

الشرح الكبير على متن المقنع

تأليف الشيخ الامام

شمس الدين أبي محمد عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن
أحمد بن قدامة المقدسي

الجزء الرابع

[جزء 4 - صفحة 3]

كتاب البيع

البيع مبادلة بالمال تمليكا وتملكا واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والإعطاء ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبيع صاحبه أي يضافه عند البيع ولذلك سمي البيع صفقة والأصل في جوازه الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى : { وأحل الله البيع } وقوله تعالى : { وأشهدوا إذا تبايعتم } وقوله : { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } وقوله : { ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم } قال ابن عباس رضي الله عنهما : كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقا في الجاهلية فلما كان الإسلام تأثموا فيه فأنزلت { ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم } يعني في مواسم الحج وعن ابن الزبير نحوه رواه البخاري وأما السنة فقول النبي : [البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] متفق عليه و [روى رفاعه أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال : يا معشر التجار فاستجابوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلى من بر وصدق] قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح في أحاديث كثيرة سوى هذه وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبذله صاحبه بغير عوض ففي تجويز البيع طريق إلى الوصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته

[جزء 4 - صفحة 4]

وله صورتان : إحداهما : الإيجاب والقبول
مسألة : وله صورتان : إحداهما : الإيجاب والقبول فالإيجاب أن يقول البائع : بعتك أو ملكتك أو نحوهما والقبول أن يقول المشتري : ابتعت أو قبلت أو ما في معناهما فإن تقدم القبول الإيجاب جاز في إحدى الروايتين

إذا تقدم القبول الإيجاب بلفظ الماضي كقوله : ابتعت منك فقال : بعتك صح في أصح الروايتين لأن لفظ القبول والإيجاب وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما فيصح كما لو تقدم الإيجاب والثانية : لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح مع تقدم القبول كالنكاح ولأن القبول مبني على الإيجاب فإذا لم يتقدم الإيجاب فقد أتى بالقبول في غير محله فوجوده كعدمه فإن تقدم بلفظ الطلب فقال : بعني ثوبك بكذا فقال : بعتك ففيه روايتان أيضا : إحداهما : يصح لما ذكرنا وهو قول مالك و الشافعي والثانية : لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأنه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع إذا تقدم كلفظ الاستفهام ولأنه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول : أتبعني ثوبك بكذا فيقول : بعتك لم يصح بحال نص عليه أحمد وبه قول أبو حنيفة و الشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء

[جزء 4 - صفحة 5]

وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه وإلا فلا
مسألة : وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه وإلا فلا
لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه فإن تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح لأن العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاستثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام إلا به

المعاطاة

مسألة : الثانية المعاطاة وهو أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه أو يقول البائع : خذ هذا بدرهم فيأخذه وقال القاضي : لا يصح هذا إلا في الشيء اليسير نص أحمد على صحة هذا البيع فيمن قال لخباز كيف تباع الخبز؟ قال : كذا بدرهم قال : زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه وقول مالك نحو من هذا فإنه قال : يقع البيع بما يعتقد به الناس بيعا وقال بعض الحنفية : يصح في خسائس الأشياء وهو قول القاضي لأن العرف إنما جرى به في الشيء اليسير ومذهب الشافعي أن البيع لا يصح إلا بإيجاب وقبول وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا
ولنا أن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفريق والمسلمون في أسواقهم وبيعاتهم على ذلك ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم وإنما علق الشرع عليه أحكاما وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم ولم ينقل عن النبي

صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ولو استعملوا ذلك في بیاعاتهم لنقل نقلا شائعا ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم إهمال والغفلة عن نقله ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط الإيجاب والقبول لبينه النبي صلى الله عليه وسلم بيانا عاما ولم يخف حكمه لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال بالباطل ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ولأن الناس يتبايعون بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا فكان إجماعا ولأن الإيجاب والقبول إنما يرادان فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه

فصل : وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة فإنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه وقد أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة متفق عليه وروى البخاري [عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى بطعام سأل عنه : أهديه أم صدقة ؟ فإن قيل : صدقة قال لأصحابه : كلوا ولم يأكل وإن قيل : هدية ضرب بيده فأكل معهم] وفي حديث سلمان رضي الله عنه حين جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : [هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه : كلوا ولم يأكل ثم أتاه ثانية بتمر فقال : رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك فقال النبي صلى الله عليه وسلم : بسم الله وأكل] ولم ينقل قبول ولا أمر بإيجاب وإنما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ولو كان الإيجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ولكانت أكثر العقود فاسدة وأكثر أموالهم محرمة وهذا ظاهر إن شاء الله تعالى

فصل : قال رضي الله عنه : ولا يصح البيع إلا بشروط سبعة أحدها : التراضي به وهو أن يأتيها به اختيارا لقول الله تعالى { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } فإن كان أحدهما مكرها لم يصح لعدم الشرط إلا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه فيصح لأنه قول حمل عليه لحق فصح كإسلام المرتد

فصل : الثاني : أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد فلا يصح من غير عاقل كالطفل والمجنون والمبرسم والسكران والنائم لأنه قول يعتبر له الرضا فلم يصح من غير عاقل كالإقرار وسواء أذن له وليه أو لم يأذن فأما الصبي المميز والسفيه فيصح تصرفهما بإذن وليهما في إحدى الروايتين ولا يصح بغير إذنهما إلا في الشيء اليسير

يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في إحدى الروايتين وهو قول أبي حنيفة والأخرى : لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لأنه غير مكلف فأشبهه غير المميز ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لخفائه وتزايد خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة

ولنا قول الله تعالى : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } معناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وإنما يتحقق ذلك بتفويض إليهم من البيع والشراء ليعلم هل تغير أو لا ولأنه عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه بإذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فإنه لا تحصل له المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلى اختباره لأنه قد علم حاله وقولهم : إن العقل لا يمكن الإطلاع عليه قلنا : يعلم ذلك بتصرفاته وجربانها على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فإن معرفة رشده شرط لدفع ماله إليه وصحة تصرفه كذا ههنا فأما إن تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه إلا في الشيء اليسير وكذلك تصرف غير المميز لما روي أن أبا الدرداء رضي الله عنه اشترى من صبي عصفورا فأرسله ذكره ابن أبي موسى ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولي وهو قول أبي حنيفة وهو مبني على تصرف الفضولي وسنذكره إن شاء الله تعالى وكذلك الحكم في تصرف السفية بإذن وليه فيه روايتان إحداهما : يصح لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح وقياسا على الصبي المميز يحقق هذا أن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه فههنا أولى بالصحة ولأننا لو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده واختباره

والثانية : لا يصح لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة و للشافعي وجهان كهاتين ويصح تصرفه في الشيء اليسير كالصبي فصل : الثالث : أن يكون المبيع مالا وهو ما فيه منفقة مباحة لغير ضرورة فيجوز بيع البغل والحمار ودود القز وبذره والنحل منفردا وفي كواراته قوله لغير ضرورة احتراز من الميتة والمحرمات التي تباح في حال المخمصة والخمر يباح دفع اللقمة بها فكل عين مملوكة يجوز اقتناؤها والانتفاع بها من غير الضرورة يجوز بيعها إلا ما استثناه كالكلب وأم الولد والوقف لأن ذلك سبب إطلاق التصرف والمنفعة المباحة له استبقاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيع لغيره بذل ماله فيه تواعلا إليها ودفعها لحاجته بها كسائر ما أبيع نفعه وسواء في ذلك ما كان ظاهرا كالثياب والعقار وبهيمة الأنعام والخيل والصيد أو مختلفا في نجاسته كالبغل والحمار لا نعلم في ذلك خلافا ويجوز بيع الجحش الصغير والفهد الصغير وفرخ البازي إذا قلنا بجواز بيعهما لأنه ينتفع به في المال فأشبهه طفل العبيد

فصل : ويجوز بيع دود القز وبذره وقال أبو حنيفة : إن كان مع دود القز قز جاز بيعه وإلا فلا لأنه لا ينتفع بعينه فهو كالحشرات وقيل : لا يجوز بيع بذره ولنا أنه حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه أشبه البهائم ولأن الدود وبذره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع سوى النتاج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلا فإن نفع هذه كثير لأن الحرير الذي هو أشرف الملابس إنما يحصل منها فصل : ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعها منفردة كما ذكر في دود القز ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطنه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الأنعام واختلف أصحابنا في

بيعها في كواراتها فقال القاضي : لا يجوز لأنه لا يمكن مشاهدتها جميعها ولأنها لا تخلو من غسل يكون مبيعا معها وهو مجهول وقال أبو الخطاب : يجوز بيعها في كواراتها منفردة عنها فإنه يمكن مشاهدتها في كواراتها إذا فتح رأسها ويعرف كثرته من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء فإن بعضه يكون على بعض فلا يشاهد إلا ظاهرة والغسل يدخل في البيع تبعا فلا تضر جهالته كأساسات الشيطان فإن لم يمكن مشاهدته لكونه مستورا بأقراصه ولم يعرف لم يجر بيعه لجهالته

فصل : وفي بيع العلق التي ينتفع بها كالتى تعلق على صاحب الكلف فيمص الدم والديدان التي تترك في الشص فتصاد بها السمك وجهان : أحدهما جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك والثاني : لا يجوز بيعها لأنها لا ينتفع بها نادرا فأشبهت ما لا نفع فيه

[جزء 4 - صفحة 10]

ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الخرقى والأخرى لا اختارها أبو بكر
مسألة : ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الخرقى والأخرى لا اختارها أبو بكر
يجوز بيع الهر وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد و الثوري و مالك و الشافعي و إسحاق وأصحاب الرأي وعن أحمد أنه كره ثمنها وروي ذلك عن أبي هريرة و طاوس و مجاهد و جابر بن زيد اختاره أبو بكر لما روى مسلم [عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال : زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك] وفي لفظ [أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور] رواه أبو داود

ولنا أنه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فجاز بيعه كالبعل والحمار ويمكن حمل الحديث على غير المملوك منها وعلى ما لا نفع فيه منها بدليل ما ذكرنا

فصل : ويجوز بيع الفيل وسباع البهائم والطير الذي يصلح للصيد كالفهد والصقر والبازي والعقاب والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والبيغا وأشباه ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى : لا يجوز بيع الفهد والصقر والفيل ونحوها لأنها نجسة فلم يجر بيعها كالكلب ولنا أنه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فأباح بيعه كالبعل والحمار وما ذكره يبطل بالبعل والحمار وحكمها سباع البهائم في الطهارة والنجاسة وإباحة الاقتناء والانتفاع

فأما الكلب فإن الشرع توعده على اقتنائه وحرمه إلا في حال الحاجة فصارت إباحته ثابتة بطريق الضرورة ولأن الأصل إباحة البيع لقول الله تعالى : { وأحل الله البيع } حرم منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا فيبقى على

أصل الإباحة فإن كان الفهد والصقر ونحوهما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه لعدم النفع به وإن أمكن تعليمه جاز بيعه لأن مآله إلى الانتفاع أشبه الجحش الصغير فأما ما يصاد عليه كالبومة التي يجعل عليها شباشبا ليجمع الطير إليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه
 فصل : فأما بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير فإن لم يكن فيه نفع لم يجز بيعه طاهرا كان أو نجسا كان ينتفع به بأن يصير فرخا وكان طاهرا جاز بيعه لأن طاهر منتفع به أشبه أصله وإن كان نجسا كبيض البازي والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه وقال القاضي : لا يجوز بيعه لنجاسته وكونه لا ينتفع به في الحال وما ذكره ملغى بفرخه وبالجحش الصغير
 فصل : قال أحمد رحمه الله : أكره بيع القرد قال ابن عقيل : هذا محمول على بيعه للإطافة به واللعب فأما بيعه لمن ينتفع به لفظ المتاع والد كان ونحوه فيجوز لأنه كالصقر وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر و ابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقا

[جزء 4 - صفحة 12]

ويجوز بيع العبد المرتد والمريض وفي بيع الجاني والقاتل في المحاربة ولبن الأدميات وجهان
 مسألة : ويجوز بيع العبد المرتد والمريض وفي بيع الجاني والقاتل في المحاربة ولبن الأدميات وجهان
 حكم بيع المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه وبيعه جائز لأن قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الإسلام ولأن مملوك منتفع به وخشية هلاكه لا تمنع صحة بيعه كالمريض فإننا لا نعلم خلافا في صحة بيع المريض
 فصل : ويصح بيع العبد الجاني في أصح الوجهين سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ على النفس أو ما دونها موجبة للقصاص أو غير موجبة وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر : لا يصح بيعه لأنه تعلق برقبته حق آدمي فممنوع صحة بيعه كالرهن بل حق الجناية أكد لأنها تقدم على حق المرتهن ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة أو حق ثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالعتق وإن كان الحق قصاصا فهو يرجى سلامته ويخشى تلفه وذلك لا يمنع كالمريض أما الرهن فإن الحق متعلق فيه لا يملك سيده إيداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه واختياره
 فصل : فأما القاتل في المحاربة فإن تاب قبل القدرة عليه فهو كالجاني وإن لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب : هو كالقاتل في غير محاربة لأنه عبد فن يصح اعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى

حين قتله ويعتقه فيجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالمريض المأيوس من برئه وقال القاضي : لا يصح بيعه لأنه تحتتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته وحرمة إبقاؤه فصار بمنزلة ما لا ينتفع به من الحشرات والميتات وهذه المنفعة البسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد رمق أو إطعام كلب والأولى أصح فإنه كان محلا للبيع والأصل بقاء ذلك فيه وانحتمام إتلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت أحكام الموتى له من إرث ماله ونفوذ وصيته وغيرها ولأن خروجه عن حكم الأصل لا يثبت إلا بدليل ولا نص فيه ولا إجماع ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لأن تلك لم يكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا المحتم يمكن زواله لزوال ما يثبت به من الرجوع عن الإقرار والرجوع من الشهود ولو لم يكن زواله فأكثر ما فيه تحقق تلفه وهذا يجعله كالمريض المأيوس من برئه وبيعه جائز

فصل : فأما بيع لبن الآدميات فرويت الكراهة فيه عن أحمد واختلف أصحابنا في جوازه وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه وهو مذهب أبي حنيفة و مالك لأنه مائع خارج من آدمية فلم يجز بيعه كالعرق ولأنه جزء من آدمي فلم يجز بيعه أشبهه سائر أجزائه والأول أصح لأنه طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة ولأنه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبهه المنافع ويفارق العراق فإنه لا نفع فيه ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الأدمي يجوز بيعها فإنه يجوز بيع العبد والأمة وإنما حرم بيع الحر لأنه غير مملوك وحرمة بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه

[جزء 4 - صفحة 14]

وفي جواز المصحف وكرهه شرائه وإبداله روايتان
مسألة : وفي جواز المصحف وكرهه شرائه وإبداله روايتان
قال أحمد : في بيع المصاحف رخصة ورخص في شرائها وقال : الشراء أهون وممن كره بيعها ابن عمر و ابن عباس و أبو موسى و سعيد بن جبير و إسحاق قال ابن عمر : وددت أن الأيدي تقطع في بيعها وقال أبو الخطاب : يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهي رواية عن أحمد لأنه منتفع به فأشبهه سائر كتب العلم وهل يكره شراؤه وإبداله ؟ على روايتين ورخص في بيعها الحسن و الحكم و عكرمة و الشافعي وأصحاب الرأي لأن البيع يقع على الورق والجلد وبيعه مباح

ولنا قول الصحابة ولم نعلم لهم مخالفا في عصرهم ولأنه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانتة عن البيع والابتذال أما الشراء فهو أسهل لأنه استنفاذ للمصحف وبذل لماله فيه فجاز كما جاز شراء رباع مكة واستئجار دورها ولم ير بيعها ولا أخذ أجرتها وكذلك دفع الأجرة إلى الحجام لا يكره مع كراهية كسبه والرواية الأخرى يكره لأن المقصود منه كلام الله تعالى فيجب صيانتة عن

الابتذال وفي جواز شرائه التسبب إلى ذلك والمعونة عليه ولا يجوز بيعه لكافر فإن اشتراه فالبيع باطل وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي : يجوز ويجبر على بيعه لأنه أهل للشراء والمصحف محل له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فممنوع من ابتدائه كسائر ما لا يجوز بيعه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم فلا يجوز تمكينهم من التوسل إلى نيل أيديهم إياه

[جزء 4 - صفحة 15]

ولا يجوز بيع الحشرات ولا الميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلح للصيد
مسألة : ولا يجوز بيع الحشرات ولا الميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلح للصيد
لا يجوز بيع الميتة ولا الخنزير ولا الدم قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به وذلك لما [روى جابر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول : إن الله ورسوله حرم بيع الميتة والخمر والخنزير والأصنام] متفق عليه ولا يجوز بيع ما لا نفع فيه كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد كالأسد والذئب وما لا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والحدأة والغراب الأبقع وغراب البين وبيضها لأنه لا نفع فيه فأخذ ثمنه أكل للمال بالباطل ولأنه ليس فيه نفع مباح أشبهت الخنزير

ولا يجوز بيع الكلب أي كلب كان لا نعلم فيه خلافا في المذهب
مسألة : ولا يجوز بيع الكلب أي كلب كان لا نعلم فيه خلافا في المذهب
وبه قال الحسن وربيعة وحماد و الشافعي و داود ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله و عطاء و النخعي وأجاز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ ثمنها وعنه لا يجوز بيع الكلب العقور واختلف أصحاب مالك فقال قوم : لا يجوز وقال قوم : يجوز بيع الكلب المأذون في إمساكه ويكره لما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ولأنه يباح الانتفاع به ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار ولنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن متفق عليه و [عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثمن الكلب خبيث] رواه مسلم و [عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فإن جاء يطلبه فاملؤوا كفه ترابا] رواه أبو داود ولأنه حيوان نهى عن اقتنائه في غير حال الحاجة أشبه الخنزير وأما حديثهم فقال الترمذي : لا يصح إسناده هذا

الحديث وقال الدارقطني : الصحيح أنه موقوف على جابر وقال أحمد : هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف

فصل : ولا يحل قتل الكلب المعلم لأنه محل منتفع به مباح اقتناؤه فحرم إتلافه كالشاة ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قاتله وهذا مذهب الشافعي وقال مالك و عطاء : عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم قتله ولنا أنه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه فلم يجب غرمه بإتلافه كالخنزير وإنما حرم إتلافه لما فيه من الاضرار وهو منهي عنه فاما قتله ما لا يباح إمساكه من الكلاب فإن كان أسود بهيما قتله لأنه شيطان كما جاء في حديث أبي ذر ولما [روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لولا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها فاقتلوا منها كل أسود بهيم] وكذلك يباح العقور لما روت عائشة رضي الله عنها [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور] متفق عليه ويقتل كل واحد من هذين وإن كان معلما لما ذكرنا من الحديثين وعلى قياس الكلب العقور كل ما أذى الناس وضرهم في أنفسهم وأموالهم يباح قتله ولأنه يؤذي بلا نفع أشبه الذئب وما لا مضرة فيه لا يباح قتله للخبر المذكور و [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها وقال : عليكم بالأسود والبهيم ذي النقطتين فإنه شيطان] رواه مسلم

فصل : ويحرم اقتناء الكلاب إلا كلب الصيد والماشية والحرث لما روى أبو هريرة [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من اتخذ كلبا إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط] متفق عليه وإن اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر ويحتمل الإباحة وهو قول أصحاب الشافعي لأنه في معنى الثلاثة والأول أصح لأن قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما تناول أول الخبر تحريمه قال القاضي : وليس هو في معناها فقد يحتال اللص بإخراجه بشيء يطعمه إياه ليسرق المتاع أما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه ولأن اقتنائه في البيوت يؤذي المارة بخلاف الصحراء

فصل : ويجوز تربية الجرو الصغير لأحد الثلاثة في أقوى الوجهين لأنه قصده لذلك فيأخذ حكمه كما جاز بيع الجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لمآله إلى الانتفاع ولأنه لو لم يتخذ الصغير لما أمكن جعل الكلب للصيد إذ لا يصير معلما إلا بالتعلم ولا يمكن تعلمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها قال الله تعالى : { وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن } ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم والثاني لا يجوز لأنه ليس من الثلاثة

فصل : ومن اقتنى كلب صيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه لأن ذلك لا يمكن التحرز منه وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه أبيع اقتناؤه حتى يزرع زرعاً آخر وكذلك لو هلك ماشيته أو باعها وهو يريد شراء غيرها فله إمساك كلبها لينتفع به في التي يشتريها فإن اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتتمل الجواز لاستثنائه في الخبر مطلقا واحتمل المنع لأنه اقتناء من غير حاجة أشبه غيره من الكلاب ومعنى كلب الصيد أي كلب يصيد به وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلبا ليحفظ له حرثا أو ماشية إن

حصلت أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد وليس في الحال حرث ولا ماشية
ويحتمل الجواز لقصده ذلك كما لو حصد الزرع وأراد زرع غيره

[جزء 4 - صفحة 16]

ولا يجوز بيع السرجين النجس
مسألة : ولا يجوز بيع السرجين النجس وبهذا قال مالك و الشافعي وقال أبو
حنيفة : يجوز ولأن أهل الأمصار يتعاونون لزرعهم من غير نكير فكان إجماعا
ولنا أنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة وما ذكروه ليس بإجماع اتفاق
أهل العلم ولم يوجد ولأنه رجيع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الآدمي
فصل : ولا يجوز بيع الحر ولا ما ليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها لا
نعلم في ذلك خلافا وقد روى البخاري بإسناده [أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر
ورجل باع حرا وأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره]

[جزء 4 - صفحة 17]

ولا يجوز بيع الادهان النجسة
مسألة : ولا يجوز بيع الادهان النجسة
في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه لأن أكله حرام لا نعلم فيه خلافا لأن النبي
صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال : [إن كان مائعا
فلا تقربوه] من المسند وإذا كان حراما لم يجز بيعه لقول النبي صلى الله عليه
[إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه] ولأنه نجس فلم يجز بيعه قياسا على شحم
الميتة وعنه يجوز بيعه لكافر يعلم نجاستها لأنه يعتقد حلها ويستبيح أكلها ولأنه
قد روي عن أبي موسى : لتوا به السوق وبيعوه ولا تبيعوه من مسلم وبينوه
والصحيح الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لعن الله اليهود حرمت
عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا ثمنها إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه]
متفق عليه ولأنه لا يجوز بيعها من مسلم فلا يجوز بيعها لكافر كالخمر والخنزير
فإنهم يعتقدون حله ولا يجوز بيعه لهم ولأنه دهن نجس فلم يجز بيعه لكافر
كشحوم الميتة قال شيخنا : ويجوز أن يدفع إلى الكافر في فكاه مسلم ويعلم
بنجاسته لأنه ليس ببيع في الحقيقة إنما هو استنقاذ المسلم به

[جزء 4 - صفحة 18]

وفي جواز الاستصباح بها روايتان ويخرج على ذلك جواز بيعها
 مسألة : وفي جواز الاستصباح بها روايتان ويخرج على ذلك جواز بيعها
 اختلفت الرواية في الاستصباح بالزيت النجس فروي عنه أنه لا يجوز لقول
 النبي صلى الله عليه وسلم في السمن الذي ماتت فيه الفأرة : [وإن كان
 مائعا فلا تقربوه] ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن شحوم الميتة
 تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال : [لا هو حرام]
 متفق عليه وهذا في معناه وهو قول ابن المنذر وعنه إباحته لأن ذلك يروى عن
 ابن عمر وهو قول الشافعي لأنه أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز كالظاهر
 وهذا اختيار الخراقي فعلى هذا يصحح به على وجه لا تتعدى نجاسته إما أن
 يجعل في إبريق ويصب منه في المصباح ولا يمس وإما أن يدع على رأس
 الجرة التي فيها الزيت سراجا مثقوبا يطبقه على رأس إناء الزيت وكلما نقص
 زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرتفع الزيت فيملا السراج وما أشبه هذان
 وعلى قياس هذا كل انتفاع لا يفضي إلى التنجيس بها يجوز ويتخرج على جواز
 الاستصباح به جواز بيعه وهكذا ذكره أبو الخطاب لأنه يجوز الانتفاع به من غير
 ضرورة فجاز بيعه كالبلغل والحمار وهل تطهر بالغسل فيه وجهان ذكرناهما فيما
 مضى وإذا قلنا : تطهر بالغسل فالقياس يقتضي جواز بيعها لأنها عين نجسة
 تطهر بالغسل أشبهت الثوب النجس وكره أحمد رحمه الله أن تدهن بها الجلود
 وقال : تجعل منها الأسقية ونقل عن ابن عمر أنه يدهن بها الجلود وعجب أحمد
 من هذا فيحتمل أن يحمل على ما لا تتعدى نجاسته كالنعال كما قلنا في جلود
 الميتة

فصل : فأما شحوم الميتة وشحم الكلب والخنزير فلا يجوز الاستصباح به ولا
 الانتفاع به في جلود ولا سفن ولا غيرها لما ذكرنا من الحديث وإذا استصبح
 بالزيت النجس فاجتمع من دخانه شيء فهو نجس لأنه جزء منه والنجاسة لا
 تطهر بالاستحالة فإن علق بشيء عفي عن يسيره لمشقة التحرز عنه وإن كثر
 لم يعف عنه

فصل : ولا يجوز بيع الترياق الذي فيه لحوم الحيات لأن نفعه إنما يحصل بالأكل
 وهو محرم فخلا من نفع مباح فلم يجز بيعه كالميتة ولا يجوز التداوي به ولا بسم
 الأفاعي فأما سم النبات فإن كان لا ينتفع به أو يقتل قليله لم يجز بيعه لعدم
 نفعه وإن أمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به
 فصل : الرابع أن يكون مملوكا له أو مأذونا له في بيعه فإن باع ملك غيره بغير
 إذنه أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه لم يصح وعنه يصح ويقف على إجازة
 المالك

إذا اشترى بعين مال غيره أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان إحداها لا يصح
 البيع وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر والثانية : يصح البيع والشراء
 ويقف على إجازة المالك فإن أجازته نفذ ولزم البيع وإن لم يجزه بطل وهو قول
 مالك وإسحاق وبه قال أبو حنيفة في البيع فأما الشراء فيقع للمشتري عنده
 بكل حال لما [روى عروة بن الجعد البارقى أن النبي صلى الله عليه وسلم
 أعطاه دينارا ليشتري به شاة فاشترى شاتين ثم باع إحداها بدينار في الطريق

قال فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة وأخبرته فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك [رواه ابن ماجة و الأثرم ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فصح وقفه على إجازته كالوصية بزيادة على الثلث ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام : [لا تبع ما ليس عندك] رواه ابن ماجة و الترمذي وقال : حديث حسن صحيح يعنى ما لا تملك لأنه ذكره جوابا له حين سأله أنه يبيع الشيء ويمضي ويشتره ويسلمه ولاتفاقنا على صحة بيع ماله الغائب ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الطير في الهواء فأما الوصية فيتأخر فيها القبول عن الإيجاب ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الغرر ما لا يجوز في البيع وحديث عروة نحمله على أن وكالته كانت مطلقة بدليل أنه يسلم ويستلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا

وإن اشترى له في ذمته بغير إذنه صح فإن أجاز له ملكه وإلا لزم من اشتراه
مسألة : وإن اشترى له في ذمته بغير إذنه صح فإن أجاز له ملكه وإلا لزم من اشتراه
إذا اشترى في ذمته لإنسان شيئا بغير إذنه صح لأنه متصرف في ذمته لا في مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الغير أو لا لأن الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا إنه إذا اشترى ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل وإن خرج مغضوبا لم يبطل العقد وإنما وقف الأمر على إجازة الآخر لأنه قصد الشراء له فإن أجاز له لزمه وعليه الثمن وإن لم يقبله لزم من اشتراه
فصل : وإن باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم ما لو باعها بغير إذنه في قول الأكثرين منهم أبو حنيفة و أبو يوسف و الشافعي قال ابن أبي ليلى : سكوته إقرار لأنه يدل على الرضا كسكوت البكر في الإذن في النكاح ولنا أن السكوت محتمل فلم يكن إذنا كسكوت الثيب وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك موجودا هاهنا

[جزء 4 - صفحة 19]

ولا يجوز بيع ما لا يملكه ليمضي ويشتره ويسلمه رواية واحدة
مسألة : ولا يجوز بيع ما لا يملكه ليمضي ويشتره ويسلمه رواية واحدة وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا ل [أن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن الرجل يأتيني يلتمس من البيع ما ليس عندي فأمضي إلى السوق فأشتره ثم أبيع منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تبع ما ليس عندك] حديث حسن صحيح ولأنه بيع ما لا يقدر على تسليمه أشبهه ببيع الطير في الهواء

ولا يجوز بيع ما فتح عنوة ولم يقسم كأرض الشام والعراق ومصر ونحوها
مسألة : ولا يجوز بيع ما فتح عنوة ولم يقسم كأرض الشام والعراق ومصر
ونحوها إلا المساكن وأرضا من العراق فتحت صلحا وهي الحيرة والليس وبانقيا
وأرض بني صلوبا لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين وأقرها في
أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها في كل عام ولم تقدر مدتها لعموم
المصلحة فيها

لا يجوز بيع شيء من الأرض الموقوفة ولا شراؤه كأرض الشام ونحوها في
ظاهر المذهب وقول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وعبد الله بن
عمر ورضي الله عنهم وروي ذلك عن عبد الله بن مغفل وقبيصة بن ذؤيب
وميمون بن مهران و الأوزاعي و مالك و أبي إسحاق الفزاري قال الأوزاعي :
لم تنزل أئمة المسلمين ينهون عن شراء أرض الجزية ويكرهه علماءهم وقال :
أجمع رأي عمر وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهروا على أهل
الشام على إقرار أهل القرى في قراهم على ما كان بأيديهم من أرضهم
يعمرونها ويؤدون خراجها إلى المسلمين ويرون أنه لا يصلح لأحد من المسلمين
شراء ما في أيديهم من الأرض طوعا ولا كرها وكرهوا ذلك لما كان من أيقاف
عمر وأصحابه الأرضين المحبوسة على آخر هذه الأمة من المسلمين لا تباع ولا
تورث قوة على جهاد من لم يظهر عليه بعد المشركين وقال الثوري : إذا أقر
الإمام أهل العنوة في أرضهم توارثوها وتبايعوها وروي نحو هذا عن ابن سيرين
و القرظي لما روى عبد الرحمن بن زيد أن ابن مسعود اشترى من دهقان أرضا
على أن يكفيه جزيتها وروي عنه أنه قال : [نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن التبقر في الأهل والمال] ثم قال عبد الله : وكيف بمال يزاedan وبكذا
وكذا ؟ وهذا يدل على أن له ما لا يزاedan ولأنها أرض لهم فجاز بيعها كأرض
الصلح وقد روي عن أحمد أنه قال : كان الشراء أسهل يشتري الرجل ما يكفيه
ويغنيه عن الناس وهو رجل من المسلمين وكره البيع قال شيخنا : وإنما رخص
في الشراء والله أعلم لأن بعض الصحابة اشترى ولم يسمع عنهم البيع ولأن
الشراء استخلاص للأرض ليقوم فيها مقام من كانت في يده أخذ عوض عما لا
يملكه ولا يستحقه فلا يجوز

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال :
لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا أراضيهم وقال الشعبي : اشترى عتبة بن فرقد
أرضا على شاطئ الفرات ليتخذ فيها قصا فذكر ذلك لعمر فقال ممن اشتريتها
؟ قال : من أربابها فلما اجتمع المهاجرون والأنصار قال هؤلاء أربابها فهل
اشتريت منهم شيئا ؟ قال : قال : فارددها إلى من اشتريتها منه وخذ مالك
وهذا قول عمر في المهاجرين والأنصار بمحض سادة الصحابة وأئمتهم فلم
ينكر فكان إجماعا ولا سبيل إلى وجود إجماع أقوى من هذا وشبهه إذ لا سبيل
إلى نقل قول جميع الصحابة في مسألة ولا إلى نقل قول العشرة ولم يوجد
الإجماع إلا القول المنتشر فإن قيل : فقد خالفه ابن مسعود بما ذكره عنه قلنا
: لا نسلم المخالفة وقولهم : اشترى قلنا : المراد به أكثرى وكذا قال أبو عبيد

والدليل عليه قوله على أن يكفيه جزيتها ولا يكون مشتربا لها وجزيتها على غيره وقد روى عنه القاسم أنه قال : من أقر بالطسق فقد أقر بالصغار والذل وهذا يدل على أن الشراء هنا الاكتراء وكذلك كل من رويت عنه الرخصة في الشراء محمول على ذلك وقوله فكيف بمال بزاذان ليس فيه ذكر الشراء ولأن المال الأرض فيحتمل أنه أراد من السائمة أو الزرع أو نحوه ويحتمل أنه أراد أرضا اكتراها وقد يحتمل أنه أراد بذلك غيره وقد يعيب الإنسان الفعل المعيب من غيره

جواب ثان : أنه يتناول الشراء وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض فأما المعنى فلأنها موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الوقوف والدليل على وقفها النقل والمعنى أما النقل : فما نقل من الأخبار أن عمر لم يقسم الأرض التي افتتحها وتركها لتكون مادة للمسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله إلى يوم القيامة وقد نقلنا بعض ذلك وهو مشهور تغني شهرته عن نقله وأما المعنى : فلأنها لو قسمت لكانت للذين افتتحوها ثم لورثته ولمن انتقلت إليه عنهم ولم تكن مشتركة بين المسلمين ولأنه لو قسمت لنقل ذلك ولم يخف بالكلية فإن قيل : فهذا لا يلزم منه الوقف لأنه يحتمل أنه تركها للمسلمين عامة فتكون فيئاً للمسلمين والإمام نائبهم فيفعل ما يرى فيه المصلحة من بيع وغيره ويحتمل أنه تركها لآريابها كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بمكة قلنا : أما الأول فلا يصح لأن عمر إنما ترك قسمتها لتكون مادة للمسلمين كلهم ينتفعون بها مع بقاء أصلها وهذا معنى الوقف ولو جاز تخصيص قوم بأصلها لكان الذين افتتحوها أحق بها ولا يجوز أن يمنعها أهلها لمفسدة ثم يخص بها غيرهم مع وجود المفسدة المانعة والثاني أظهر فسادا من الأول لأنه إذا منعه المسلمون المستحقين كيف يخص بها أهل الذمة المشركين الذين لا حق لهم ولا نصيب ؟

فصل : وإذا بيعت هذه الأرض فحكم بصحة البيع حاكم صح لأنه مختلف فيه فصح بحكم الحاكم كسائر المختلفات وإن باع الإمام شيئاً لمصلحة رأها مثل أن يكون في الأرض ما يحتاج إلى عمارته ولا يعمرها إلا من يشتريها صح أيضاً لأن فعل الإمام كحكم الحاكم وقد ذكر ابن عائد في كتاب فتوح الشام قال : قال غير واحد من مشايخنا : إن الناس سألوا عبد الملك والوليد وسليمان أن يأذنوا لهم في شراء الأرض من أهل الذمة فأذنوا لهم على إدخال أثمانها في بيت المال فلما ولي عمر بن عبد العزيز أعرض عن تلك الأشربة لاختلاط الأمور فيها لما وقع فيها من المواريث ومهور النساء وقضاء الديون ولما لم يقدر على تخليصه ولا معرفة ذلك كتب كتاباً قرئ على الناس : إن من اشترى شيئاً بعد سنة مائة إن بيعه مردود وتسمى سنة مائة المدة فتناهى الناس عن شرائها ثم اشتروا أشربة كبيرة كانت بأيدي أهلها تؤدي العشر ولا جزية عليها فلما أفضى الأمر إلى المنصور ورفعت إليه تلك الأشربة وأن ذلك أضر بالخراج وكسره فأراد ردها إلى أهلها فقيل له : قد وقعت في المواريث والمهور واختلط أمرها فبعث المعدلين منهم عبد الله بن يزيد إلى حمص وإسماعيل بن عباس إلى بعلبك وهضاب بن طوق ومحرز بن زريق إلى الغوطة وأمرهم أن لا يضعوا على القطائع والأشربة القديمة خراجاً ومنعوا الخراج على ما بقي بأيدي الأنباط

وعلى الأثرية المحدثه من سنة مائة إلى السنة التي عدل فيها فعلى هذا ينبغي أن يجزئ ما باعه إمام أو بيع بإذنه أو تعذر رد بيعه هذا المجزئ في أن يضرب عليه خراج بقدر ما يحتمله ويترك في يد مشتريه أو من انتقل إليه إلا ما بيع قبل المائة سنة فإنه لا خراج عليه كما نقل في هذا الخبر

فصل : وحكم إقطاع هذه الأرض حكم بيعها في أن ما كان من عمر رضي الله عنه أو ما كان قبل مائة سنة فهو لأهله وما كان بعد المائة ضرب عليه الخراج كما فعل المنصور إلا أن يكون بغير إذن الإمام فيكون باطلا وذكر ابن عائد في كتابه بإسناده عن سليمان بن عتبة أن أمير المؤمنين عبد الله بن محمد أظنه المنصور سأله في مقدمة الشام سنة ثلاث أو أربع وخمسين عن الأرضين التي بأيدي أبناء الصحابة يذكرون أنها قطائع لآبائهم قديمة فقلت يا أمير المؤمنين : إن الله تعالى لما أظهر المسلمين على بلاد الشام وصالحوا أهل دمشق وأهل حمص كرهوا أن يدخلوها دون أن يتم ظهورهم واثخانهم في عدو الله وعسكروا في مرج بردان المرة إلى مرج شعبان حسي بردا - مروج كانت مباحة فيما بين أهل دمشق وقراها ليست لأحد منهم فأموا بها حتى وطأ الله بهم المشركين قهرا وذلا فاختبا كل قوم محلهم وهيؤوا فيها بناء فرفع إلى عمر فأمضاه عمر لهم وأمضاه عثمان من بعده إلى ولاية أمير المؤمنين قال فقد أمضيناه لهم وعن الأحوص بن حكيم أن المسلمين الذين فتحوا حمص لم يدخلوها وعسكروا على نهر الأوند فأحيوه فأمضاه لهم عمر وعثمان وقد كان أناس منهم تعدوا ذلك إلى حبس الأوند على باب الرتبتين فعسكروا في برجه مسلحة لمن خلفهم من المسلمين فلما بلغهم ما أمضاه عمر للمعسكرين على نهر الأوند سألوا أن يشركوهم في تلك القطائع فكتب إلى عمر فيه فكتب أن يعوضوا مثله من المروج التي كانوا عسكروا فيها على باب الرتبتين فلم تزل تلك القطائع على شاطئ الأوند وعلى باب حمص وعلى باب الرتبتين ماضية لأهلها لا خراجا عليها تؤدي العشر

فصل : وهذا الذي ذكرناه في الأرض المغلة أما المساكن فلا بأس بحيازتها وبيعها وشرائها وسكناها قال أبو عبيد : ما علمنا أحدا كره ذلك وقد اقتسمت بالكوفة خططا في زمن عمر رضي الله عنه بإذنه وبالْبصرة وسكنها أصحاب الرسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الشام ومصر وغيرهما من البلدان فما عاب ذلك أحد ولا أنكره

فصل : وكذلك ما فتح صلحا بشرط أن يكون لأهله كأرض الحيرة والليس وبانقيا وأرض بني صلوبا وما في معناها فيجوز بيعها لأنها ملك لأهلها فهي كالمساكين وكذلك كل أرض أسلم أهلها عليها كأرض المدينة وشبهها فإنها ملك لأهلها يجوز بيعها لذلك

[جزء 4 - صفحة 22]

وتجوز إجارته

مسألة : وتجاوز إيجارها لأنها مستأجرة في أيدي أربابها وإجارة المستأجر جائزة علي ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى وعن أحمد أنه كره بيعها لما ذكرنا (وأجاز شراءها) لأنه كالأستنقاذ لها فجاز كإسراء الأسير ولأنه قد روي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا في المسألة التي قبلها وإذا قلنا بصحة الشراء فإنها تكون في أيدي المشتري على ما كانت في يد البائع يؤدي خراجها ويكون معنى الشراء ههنا نقل اليد من البائع إلى المشتري بعوض إلا ما كان قبل مائة سنة أو ما كان من إقطاع عمر رضي الله عنه على ما ذكرناه فإن اشتراها وشرط الخراج على البائع كما فعل ابن مسعود فهو كراء لا شراء وينبغي أن يشترط بيان مدته كسائر الإجازات

ولا يجوز بيع رباة مكة ولا إيجارها وعنه يجوز ذلك
مسألة : ولا يجوز بيع رباة مكة ولا إيجارها وعنه يجوز ذلك
اختلفت الرواية في بيع رباة مكة وإجارة دورها أن ذلك غير جائز وهو قول أبي حنيفة و مالك و الثوري و أبي عبيد وكرهه إسحاق لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة : لا تباع رباةها ولا تكرر بيوتها] رواه الأثرم وعن مجاهد [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : مكة حرام بيع رباةها حرام إيجارها] رواه سعيد بن منصور في سننه وروي أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدد في مسنده ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم فصارت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الأرض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها ودليل أنها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم [إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وإنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وإنما حلت لي ساعة من نهار] متفق عليه و [روت أم هانئ أنها قالت : أجرت حمويين لي فأراد علي قتلهما فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله إني أجرت حمويين لي فزعم ابن أمي علي أنه قاتلتهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد أجرنا من أجرنا وأمانا من أمانت [متفق عليه وكذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن ضبابة فدل على أنها فتحت عنوة والرواية الثانية أنه يجوز ذلك روي ذلك عن طاوس و عمرو بن دينار وهو قول الشافعي و ابن المنذر وهو أظهر في الحجة لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قيل له : [أين تنزل غدا ؟ قال : وهل ترك لنا عقيل من رباة ؟] متفق عليه يعني أن عقيل باع رباة أبي طالب لأنه ورثه دون أخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئا ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لهم دور بمكة كأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال له ابن الزبير : بعث مكرمة قريش فقال : يا ابن أخي ذهبت المكارم إلى التقوى أو كما قال واشترى معاوية منه دارين واشترى عمر رضي الله عنه دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة

يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان إجماعاً وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم بنسبة دورهم إليهم فقال : [من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه فهو آمن] وأقرهم في دورهم ورباعهم ولم ينقل أحداً عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى أن عمر مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع ولأنها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الأرض وما روي من الأحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف وأما كونها فتحت عنوة فهو صحيح لا يمكن دفعه إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فيدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوزان نساءهم وبنائهم وعلى القول الأول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته ومن احتاج إلى مسكين فله بذل الأجرة فيه وإن احتاج إلى الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه وكان أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أجرتها فإن سكن بأجرة جاز أن لا يدفع إليهم الأجرة إن أمكنه لأنهم لا يستحقونها وقد روي أن سفيان سكن في بعض ربايع مكة وهرب ولم يعطهم أجرة فأدركوه فأخذوها منه وذكر لأحمد فعل سفيان فتبسم فظاهر هذا أنه أعجبه قال ابن عقيل : وهذا الخلاف في غير مواضع المناسك أما بقاع المناسك كموضع المسعى والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف فصل : ومن بنى بمكة بألة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع أبنية الوقوف وانقاضها وإن كانت من تراب الحرم وحجارتها ابنى جواز بيعها على الروايتين في بيع ربايع مكة لأنها تابعه لها وهكذا تراب كل وقف وانقاضه قال أحمد : وأما البناء بمكة فإني أكرهه قال إسحاق : البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقد [روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له : ألا تبني لك بمنى بيتا فقال : منى مناخ من سبق]

[جزء 4 - صفحة 24]

ولا يجوز بيع كل ماء عد كميائه العيون ونقع البئر ولا ما في المعادن الجارية من القار والملح والنفط ولا ما ينبت في أرضه من الكلاً والشوك ومن أخذ منه شيئاً ملكه مسألة : ولا يجوز بيع كل ماء عد كميائه العيون ونقع البئر ولا ما في المعادن الجارية من القار والملح والنفط ولا ما ينبت في أرضه من الكلاً والشوك ومن أخذ منه شيئاً ملكه الأنهار النابعة في غير ملك كالأنهار الكبار لا تملك بحال ولا يجوز بيعها ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك كالطير يدخل إلى أرضه ولكل واحد أخذه وتملكه إلا أن يحتفر منه ساقية فيكون أحق بها من غيره وأما ما ينبع في ملكه كالبئر والعين المستنبطة بنفس النهر وأرض العين مملوكة لمالك الأرض فالماء الذي فيها غير مملوك في ظاهر المذهب لأنه يجري من تحت الأرض فأشبهه

الماء الجاري في النهر إلى ملكه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر يملك لأنه نماء الملك وقد روي عن أحمد نحو ذلك فإنه قيل له في رجل له أرض ولآخر ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء في الزرع يكون بينهما؟ فقال: لا بأس اختاره أبو بكر وهذا يدل من قوله على أن الماء مملوك لصاحبه وفي معنى الماء المعادن الجارية في الأملاك كالقار والنفط والمومي والملح وكذلك الحكم في الكلاً والشوك النابت في أرضه فكذلك كله يخرج على الروايتين في الماء والصحيح أن الماء لا يملك فكذلك هذه وجواز بيع ذلك مبني على ملكه قال أحمد: لا يعجبني بيع الماء البتة وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص فجاء يومي ولا أحتاج إليه أكرهه بدراهم؟ قال: ما أدرى أما النبي صلى الله عليه وسلم فنهى عن بيع الماء قيل له: إنه ليس يبيعه إنما يكرهه قال إنما احتالوا بهذا ليحسنوه فأبي شيء هذا إلا البيع؟ وروى الأثرم بإسناده [عن جابر وإياس بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع الماء] وروى أبو عبيد والأثرم [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المسلمون شركاء في ثلاث في النار والكلاً والماء] فإن دخل غيره بغير إذنه فأخذه ملكه لأنه يباح في الأصل فأشبهه ما لو عشي في أرضه طائر أو دخل إليها صيد أو نصبت عن سمك فدخل إليها داخل فأخذه

إلا أنه لا يجوز له الدخول إلى ملك غيره بغير إذنه مسألة: إلا أنه لا يجوز له الدخول إلى ملك غيره بغير إذنه لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه أشبه ما لو دخل لغير ذلك (وعنه يجوز بيعه) وهذا مبني على أنه يملك وقد ذكرناه

فصل: والخلاف في بيع ذلك إنما هو قبل حيازته فأما ما يحوزه من الماء في إنائه أو يأخذه من الكلاً في حبله أو يحوزه في رحله أو يأخذه من المعادن فإنه يملكه بذلك بغير خلاف بين أهل العلم فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: [لأن يأخذ أحدكم حبلًا فيأخذ حزمة من حطب فيبيعه فيكف بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطى أو منع] رواه البخاري وقد روى أبو عبيد في الأموال عن المشيخة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه وعلى ذلك مضت العادة في الأمصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكلاً من غير نكير وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ إلا بإذن مالكه لأنه ملكه قال أحمد: إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره ويجوز بيع البئر نفسها والعيون ومشتريها أحق بمائها وقد [روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة؟] أو كما قال فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بأمر النبي صلى الله عليه وسلم وسلم وسلم وسلبها للمسلمين وروي أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر ألفاً ثم قال لليهودي: اختر إما أن تأخذها يوماً وأخذها يوماً وأما إن تنصب لك عليها دلوا وأنصب عليها دلوا فاختار يوماً ويوما فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال لليهودي: أفسدت علي بئري فاشتر باقيها

فاشتراه بثمانية آلاف وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسجيلها وملك ما يسقيه منها وجواز قسمة مائها بالمهاياة وكون مالكةا أحق بمائها وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك

فصل : فأما المصانع المتخذة لمياه الأمطار تجتمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالأولى أنه يملك ماؤها ويصح بيعه إذا كان معلوما لأنه مباح حصله بشيء معد له كالصيد يحصل في شبكة والسمك في بركة معدة له ولا يحصل أخذ شيء منه بغير إذن مالكة وكذلك إن جرى من نهر غير مملوك ماء إلى بركة في أرضه يستقر الماء فيها لا يخرج منها فحكمه حكم مياه الأمطار تجتمع في البركة قياسا عليه والله أعلم

فصل : إذا اشترى ممن في ماله حلال وحرا كالسلطان الظالم والمرابي فإن علم أن المبيع من حلال فهو حلال وإن علم أنه من الحرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه فإن لم يعلمه من أيها هو كره لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لإمكان الحلال سواء قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة وبقدر قلة الحرام أو كثرته تكثر الشبهة وتقل قال أحمد : لا يعجبني أن يأكل منه وذلك لما روى النعمان بن بشير [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ألا وإن لكل ملك حمى وإن حمى الله محارمه] متفق عليه واللفظ ل مسلم ولفظ البخاري [فمن ترك ما اشتبته عليه كان لما استبان أترك ومن اجتراً على ما يشك فيه من المأثم أو شك أن يواقع ما استبان] وروى الحسن بن علي رضي الله عنه [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : دع ما يريبك إلى ما لا يريبك] وهذا مذهب الشافعي

فصل : والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب : ما أصله الحظر كالذبيحة في بلده فيها مجوس وعبدة أوثان يذبحون فلا يجوز شراؤها وإن جاز أن تكون ذبيحة مسلم لأن الأصل التحريم فلا يجوز إلا بيقين أو ظاهر وكذلك إن كان فيها اخلاط من المسلمين والمجوس لم يجز شراؤها لذلك والأصل فيه حديث عدي بن حاتم : [إذا أرسلت كلبك فخالط أكلها لم يسم عليها فلا تأكل فإنك لا تدري أيها قتلته] متفق عليه فأما إن كان ذلك في بلد الإسلام فالظاهر إباحتها كالماء يجده متغيرا لا يعلم بنجاسة تغييره أو غيرها فهو طاهر في الحكم لأن الأصل الطهارة فلا يزول عنها إلا بيقين أو ظاهر ولم يوجد واحد منهما والأصل في ذلك حديث عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال : [شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه في الصلاة أنه يجد الشيء قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا] متفق عليه الثالث : ما لا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الأولى تركها على ما ذكرناه وعملا بما [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد تمره ساقطة فقال : لولا أنني أخشى أنها من الصدقة لأكلتها] وهو من باب الورع

فصل : وكان أحمد لا يقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك وممن كان لا يقبلها سعيد بن المسيب والقاسم و بشر بن

سعيد و محمد بن واسع و الثوري و ابن المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع لا على أنها حرام فإن أحمد قال : جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة وقال : ليس أحد من المسلمين إلا وله في هذه الدراهم نصيب فكيف أقول إنها سحت وممن كان يقبل جوائزهم ابن عمر و ابن عباس وعائشة وغيرهم مثل الحسن والحسين وابن جعفر ورخص فيه الحسن البصري و مكحول و الزهري و الشافعي واحتد بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده وأجاب يهوديا دعاه وأكل من طعامه وقد أخبر الله تعالى أنهم أكالون للسحت وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا بأس بجوائز السلطان فإن ما يعطيكم من حلال أكثر مما يعطيكم من الحرام وقال : لا تسأل السلطان شيئا وإن أعطى فخذ فإن ما في بيت المال من الحلال أكثر ما فيه من الحرام

فصل : قال أحمد رضي الله عنه فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة وإن كان معه مائتا درهم فيها عشرة دراهم تصدق بالعشرة لأن هذا كثير وذاك قليل قيل له : قال سفيان : ما كان دون العشرة يتصدق به وما كان أكثر يخرج قال : نعم لا يحجف به قال القاضي : ليس هذا على سبيل التحديد وإنما هو على سبيل الاختيار لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فإنه يسهل إخراج الكل والواجب في الموضوعين إخراج قدر الحرام والباقي له وهذا لأن تحريمه لم يكن لتحريم عينه وإنما حرم لتعلق حق غيره به فإذا أخرج عوضه زال التحريم كما لو كان صاحبه حاضرا فرضي بعوضه وسواء كان قليلا أو كثيرا والورع إخراج ما يتيقن به إخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك إلا بإخراج الجميع لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لأجل المشقة فيه واقتصر على الواجب ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكوهن له سوى الدراهم اليسيرة فيشق إخراجها لحاجته إليها ومنهم من يكون له كثير فيستغني عنها فيسهل إخراجها والله تعالى أعلم

فصل : الخامس أن يكون مقدورا على تسليمه فلا يجوز الآبق ولا الشارد ولا الطير في الهواء ولا السمك في الماء ولا المغصوب إلا من غاصبه أو ممن يقدر على أخذه منه

بيع العبد الآبق لا يجوز سواء علم بمكانه أو جهله وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبههما وبه قال مالك و الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر وأصحاب الرأي وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بغيرا شاردا وعن ابن سيرين : لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمهما فيه واحدا وعن شريح مثله

ولنا ما [روى أبو هريرة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر] رواه مسلم وهذا بيع غرر ولأنه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء فإن حصل في يد إنسان جاز بيعه لإمكان تسليمه

فصل : ولا يجوز بيع الطير في الهواء مملوكا كان أو لا أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه وغير المملوك لا يجوز لعنتين : عدم القدرة وعدم الملك لحديث أبي هريرة قيل في تفسيره : هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ولا

نعلم في هذا خلافا ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أولا يألفه لأنه لا يقدر على تسليمه الآن وإنما يقدر إذا عاد فإن قيل : فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال قلنا : الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكة برده فيكون عاجزا عن تسليمه لعجزه عن الوساطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب وإن باعه الطير في البرج نظرت فإن كان البرج مفتوحا لم يجز لأن الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فإن كان مغلقا ويمكن أخذه جاز بيعه وقال القاضي : إن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه وهذا مذهب الشافعي وهو ملغي بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره إلا بتعب ومشقة وفرقوا بينهما بأن البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج إليها في إحضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة والصحيح أن تفاوت المدة في إحضار البعيد واختلاف المشقة أكبر من التفاوت في إمساك طائر من البرج والعادة تكون في هذا كالعادة في ذلك فإذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى

فصل : ولا يجوز بيع السمك في الآجام هذا قول أكثر أهل العلم وروي عن ابن مسعود أنه نهى عنه وقال : إنه غرر وكرهه الحسن و النخعي و مالك و أبو حنيفة و الشافعي و أبو يوسف و أبو ثور ولا نعلم لهم مخالفا لما ذكرنا من الحديث والمعنى فإن باعه في الماء جاز بثلاثة شروط أحدها أن يكون مملوكا وأن يكون الماء رقيقا لا يمنع مشاهدته ومعرفته وأن يمكن اصطیاده لأنه مملوك يمكن تسليمه فجاز بيعه كالموضوع في طست في الماء وإن اختلف شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لفوات الشرط وروي عن عمر بن عبد العزيز و ابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لأنه يقدر على تسليمه ظاهرا أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في الكيل أو الوزن والنقل ولنا قول ابن مسعود وابن عمر : لا تشتروا السمك في الماء لأنه غرر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وهذا منه ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطیاد أشبه الطير في الهواء ولأنه مجهول أشبه اللبن في الضرع ويفارق ما قاسوا عليه لأن ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج إلى مؤنة ليتمكن قبضه فأما إن كانت له بركة له فيها سمك يمكن اصطیاده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع المشاهدة صح بيعه على ما ذكرنا وإن لم يمكن إلا بكلفة ومشقة وكانت يسيرة بمنزلة اصطیاده الطائر في البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا من الخلاف وإن كانت كثيرة تتناول المدة فيه لم يجز بيعه للعجز عن تسليمه في الحال والجهل بإمكان التسليم

فصل : ولا يجوز بيع المغصوب لعدم إمكان تسليمه فإن باعه لغاصبه أو لقادر على أخذه منه جاز لعدم الغرر فيه ولإمكان قبضه وكذلك إن باع الأبق لقادر عليه صح كذلك وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع فإن عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والإمضاء لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه وثبت له الفسخ للعجز عن القبض فهو كما لو باعه فرسا فشردت قبل تسليمها أو غائبا بالصفة فعجز عن تسليمه

فصل : السادس أن يكون معلوما برؤية أو صفة يحصل بها معرفته فإن اشترى ما لم يره ولم يوصف له أو رآه ولم يعلم ما هو أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السلم لم يصح البيع وعنه يصح وللمشتري خيار الرؤية

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته فالمشهور عنه أنه لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبي و النخعي و الحسن و الأوزاعي و مالك و إسحاق وهذا أحد قولي الشافعي وفيه رواية أخرى أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني ل الشافعي واحتج من أجاز به عموم قوله تعالى : { وأحل الله البيع } وبما روى عثمان وطلحة أنهما تبايعا إحداهما بالكوفة والأخرى بالمدينة فقبل لعثمان : إنك قد غبت فقال : ما أبالي إني بعت ما لم أره وقيل لطلحة : فقال : لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره فتحاكما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح ولنا ما [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر] رواه مسلم ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر ولأنه بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بما ذكرنا من الأصل وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة ومع ذلك فهو قول صحابي وقد اختلفت في كونه حجة ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات وإضرار بهن ولأن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع فإن قيل : فقد روي [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه] والخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح قلنا : هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه فعلى هذا يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما فلو باع ثوبا مطوبا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب فإن قلنا بصحة بيع الغائب فللمشتري الخيار في أشهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة ويثبت الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والإمضاء ويكون على الفور فإن اختار الفسخ انفسخ العقد وإن لم يختار لزم العقد لأن الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها وقيل : يتقيد بالمجلس وإن اختار الفسخ قبل الرؤية فوجب أن يكون عندها وقيل يتقيد بالمجلس وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ لأن العقد غير لازم في حقه فملك كحالة الرؤية وإن اختار إمضاء العقد لم يلزم لأن الخيار يتعلق بالرؤية ولأنه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي إلى الضرر وكذلك لو تبايعا على أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط كذلك وهل يفسد به البيع ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع

فصل : ويعتبر لصحة العقد الرؤية من المتعاقدين وإن قلنا : بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع ما لم يره فله الخيار عند الرؤية وإن لم يره المشتري فلكل منهما الخيار وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا خيار للبائع لحديث عثمان

وطلحة ولأننا لو أثبتنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار بدليل ما لو باع شيئا على أنه معيب فبان غير معيب لم يثبت الخيار له ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبهه المشتري فأما الخبر فإنه قول طلحة وجبير وقد خالفهما عثمان وقوله : (أولى) لأن البيع يعتبر في الرضا منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا منهما

[جزء 4 - صفحة 29]

وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم أو رآه ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهرا

مسألة : وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم أو رآه ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهرا صح في أصح الروايتين ثم إن وجده لم يتغير فلا خيار له وإن وجده متغيرا فله الفسخ والقول في ذلك قول المشتري مع يمينه إذا ذكر له من صفات المبيع ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعنه لا يصح حتى يراه لأن الصفة لا يحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم أن الصفة لا يحصل بها المعرفة فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهرا ولهذا اكتفي به في السلم ولأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية وأما ما لا يصح السلم فيه فإنما لم يصح بيعه بالصفة لأنه لا يمكن ضبطه بها إذا ثبت هذا فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال ابن سيرين و أيوب و مالك و العنبري و إسحاق و أبو ثور و ابن المنذر وقال الثوري و أبو حنيفة وأصحابه : له الخيار بكل حال لأنه يسمى بيع خيار الرؤية ولأن الرؤية بصفاته فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الأحوال كالمسلم وقولهم : إنه يسمى بيع خيار الرؤية لا تعرف صحته فإن ثبت فيحتمل أنه يسميه من يرى ثبوت الخيار فلا يحتج به على غيره فأما إن وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم فيه وإن اختلفا في اختلاف الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته من الثمن فلم يلزمه ما لم يقربه أو يثبت بيينة أو ما يقوم مقامها

فصل : والبيع بالصفة نوعان أحدهما : بيع عين معينه مثل أن يقول بعثك عبدي التركي ويذكر صفاته فهذا يفسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معيناً فيزول العقد بزوال محله ويجوز التفريق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر والثاني : بيع موصوف غير معين مثل أن يقول بعثك عبدا تركيا ثم يستقصي صفات السلم فهذا في معنى السلم إليه عبدا على غيره ما وصف فرده أو على ما وصف فأبدله لم يفسد العقد لأن العقد لم يقع على غيره هذا فلم يفسخ العقد برده كما لو سلم إليه في السلم غير ما وصف

له فرده ولا يجوز التفريق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لأنه بيع في الذمة فلم يجز التفريق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم وقال القاضي : يجوز التفريق فيه قبل القبض لأنه بيع حال فجاز التفريق فيه قبل القبض كبيع العين

فصل : فإن رآيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم وحكي عن أحمد رواية أخرى لا يجوز حتى يراها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم وحماد ولأن ما كان شرطا في صحة العقد يجب أن يكون موجودا حال العقد كالشهادة في النكاح ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حال العقد والشرط إنما هو العلم والرؤية طريق العلم لهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه ما لو رآيا دارا أوقفا في بيت منها أو أرضا ووقفا في طرفها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لاشتراط رؤية جميعه

إذا ثبت ذلك فمتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزمه البيع وإن كان ناقصا ثبت له الخيار لأن ذلك كحدوث العيب وإن اختلفا في التغير فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به فأما إن عقدا البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لأنه مما لا يصح بيعه وإن كان يتغير فيها لم يصح بيعه أيضا لأنه مجهول وكذلك إن كان الظاهر تغيره فإن كان يحتمل التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره صح بيعه لأن الأصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فيصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

[جزء 4 - صفحة 31]

ولا يجوز بيع الحمل في البطن واللبن في الضرع والمسك في الفأرة والنوى في التمر
مسألة : ولا يجوز بيع الحمل في البطن واللبن في الضرع والمسك في الفأرة والنوى في التمر بيع الحمل في البطن فاسد بغير خلاف قال ابن المنذر : أجمعوا على أن بيع الملاقح والمضامين غير جائز وإنما لم يجز بيع الحمل في البطن لوجهين أحدهما : الجهالة فإنه لا تعلم صفته ولا حياته والثاني : أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فإنه يقدر على الشروع في تسليمه وقد روى سعيد بن المسيب [عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الملاقح والمضامين] قال أبو عبيد : الملاقح ما في البطون وهي الأجنة والمضامين ما في أصلاب الفحول فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما يضربه الفحل في عامة أو أعوام وأنشد :
(إن المضامين التي في الصلب ... ماء الفحول في الظهور الحذب)

[روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المجر] قال ابن الأعرابي : المجر ما في بطن الناقة والمجر الربا والمجر القمار والمجر المحاقلة والمزابنة

فصل : وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع حبل الحبلية ومعناه نتاج النتاج قال أبو عبيد و [عن ابن عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلية وحبل الحبلية أن تنتج الناقة ثم تحمل التي تنتج فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم] رواه مسلم ووكلا البيعين فاسد أما الأول فلأنه بيع معدوم وإذا لم يجز بيع الجمل فبيع حملة أولى وأما الثاني فلأنه بيع إلى أجل مجهول

فصل : ولا يجوز بيع اللبن في الضرع وبه قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ونهى عنه ابن عباس وأبو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد وحكي عن مالك أنه يجوز أياما معلومة إذا عرفا حلابها لسقي الصبي كلبن الطئر وأجازه الحسن و سعيد بن جبير و محمد بن مسلمة ولنا ما [روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع] رواه الخلال و ابن ماجه ولأنه مجهول الصفة والمقدار فأشبهه الحمل ولأنه بيع عين لم تخلق يصح كبيع ما تحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف وأما لبن الطئر فإنما جاز للحضانة لأنه موضع حاجة

فصل : ولا يجوز بيع المسك في الفأرة وهو الوعاء الذي يكون فيه قال الشاعر :

(إذا التاجر الهدي راح بفأرة ... من المسك راحت في مفارقهم تجري)
فإن فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهد لم يجز بيعه للجهالة وقال بعض الشافعية : يجوز لأن بقاءه في فأرته مصلحة له فإنه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته أشبه ما مأكوله في جوفه ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرورة وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستورا كالدرد في الصدف وما مأكوله في جوفه إخراجة يفضي إلى تلفه فالتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه على ما ذكره

فصل : ولا يجوز بيع النوى في التمر والبيض في الدجاجة للجهل بها ولا نعلم في هذا اختلافا فاما بيع الصوف على الظهر فالمشهور أنه لا يجوز بيعه لما ذكرنا من الحديث ولأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه وعنه أنه يجوز بشرط جزه في الحال لأنه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطوبة وفارق الأعضاء لكونها لا يمكن تسليمها مع بقاء الحيوان سالما والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع فإن اشتراه بشرط القطع وتركه حتى طال فحكمه حكم الرطوبة إذا طالت على ما ذكره في موضعه

[جزء 4 - صفحة 32]

فأما بيع الأعمى وشراؤه فإن أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوماً أو بالشَّم إن كان مشموماً صح بيعه وشراؤه وإن لم يمكن جاز بيعه بالصفة كالْبَصِير وله خيار الخلف في الصفة
 مسألة : فأما بيع الأعمى وشراؤه فإن أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوماً أو بالشَّم إن كان مشموماً صح بيعه وشراؤه وإن لم يمكن جاز بيعه بالصفة كالْبَصِير وله خيار الخلف في الصفة
 وبهذا قال مالك وقال أبو حنيفة : له الخيار إلى معرفته بالبيع إما بحسه أو ذوقه أو وصفه وقال عبيد الله بن الحسن : شراؤه جاز وإذا أمر إنساناً بالنظر إليه لزمه وقال الشافعي : لا يجوز إلا على الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير فيه المبيع لأنه مجهول الصفة عند التعاقد فلم يصح كبيع البيض في الدجاجة والنوى في التمر ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبهه ببيع البصير ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام عبارته فكذلك شم الأعمى وذوقه فأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا صفه بخلاف مسألتنا

ولا يجوز بيع الملامسة

مسألة : ولا يجوز بيع الملامسة

وهو أن يقول بعثك ثوبي هذا إنك متى لمستته فهو عليك بكذا أو يقول أي ثوب لمستته فهو لك بكذا (ولا بيع المنابذة) وهو أن يقول أي ثوب نبذته إلي فهو علي بكذا (ولا بيع الحصاة) وهو يقول ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا أو يقول بعثك م هذه الأرض قدر ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذه المبيعات واللامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع والمنابذة أن يقول أي ثوب نبذته إلي فقد اشتريته بكذا هكذا فسره أحمد في الظاهر عنه ونحوه قال مالك و الأوزاعي وفيما روى البخاري أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقبله أو ينظر إليه ونهى عن الملامسة واللامسة لمس الثوب لا ينظر إليه وروى مسلم عن أبي هريرة في تفسيرهما قال : هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه وعلى التفسير الأول لا يصح البيع فيهما لعلتين إحداهما : الجهالة والثانية : كونه معلقاً على شرط وهو نبذ الثوب أو لمسه له وإن عقد البيع قبل نبذه ولمسه فقال بعثك ما تلمسه من هذه الثياب أو ما أنبذه إليك فهو غير معين ولا موصوف فأشبهه ما لو قال بعثك واحداً منها
 فأما بيع الحصاة فقد روى مسلم [عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة] واختلف في تفسيره فقيل : هو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم وقيل : هو أن يقول بعثك من هذه الأرض مقدار ما تلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا وقيل : هو أن يقول بعثك هذا

بكذا على أني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل والله تعالى أعلم

[جزء 4 - صفحة 33]

ولا يجوز أن يبيع عبدا غير معين ولا عبدا من عبيد ولا شاة من قطع مسالة : ولا يجوز أن يبيع عبدا غير معين ولا عبدا من عبيد ولا شاة من قطع ولا شجرة من بستان ولا هؤلاء العبيد إلا واحدا غير معين ولا هذا القطيع إلا شاة غير معينة وإن استثنى معينا من ذلك جاز لا يجوز أن يبيع عبدا غير معين لأنه مجهول ولأنه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ولا عبدا من عبيده سواء قلوا أو كثروا وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : إذا باعه عبدا من عبيدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لأن الحاجة تدعو إليه ولو كان أكثر لم يصح لأنه يكثر الغرر ولنا أنه مما تختلف أجزاءه وقيمته فلا يجوز شراء بعضه غير معين ولا شياع كالأربعة ولأنه لا يصح من غير شرط الخيار فلا يصح مع شرطه كالأربعة ولا حاجة إلى هذا فإن الاختيار يمكن قبل العقد ويبطل ما قالوه بالأربعة ولا يجوز بيع شاة من القطيع لأن شياه القطيع غير متساوية القيم فتكون مجهولة ولأن ذلك يفضي إلى التنازع وكذلك إن باع شجرة من بستان لا يصح لما ذكرنا ولأن فيه غررا فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر فصل : وإن باع هؤلاء العبيد إلى واحدا غير معين أو هذا القطيع إلا شاة غير معينة لم يصح نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك : يصح أن يبيع مائة شاة إلا شاة يختارها ويبيع ثمرة حائط ويستثنى ثمرة نخلات يعدها ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم قال الترمذي : هذا حديث صحيح ونهى عن بيع الغرر ولأنه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال : إلا شاة مطلقة ولأنه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بعتك شاة تختارها من القطيع وضابط هذا الباب أنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه منفردا أو بيع ما عداه منفردا عن المستثنى ونحوه مذهب أبي حنيفة و الشافعي إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة للأثر الوارد فيبقى فيما عداه على قضية الأصل فإن استثنى معينا من ذلك جاز لأن المبيع معلوم بالمشاهدة لكون المستثنى معلوما ولا يبقى فيه غرر ولأن نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم يدل على الصحة إذا كانت معلومة ولا نعلم في هذا خلافا

[جزء 4 - صفحة 34]

وإن باع قفيزا من هذه الصبرة صح

مسألة : وإن باع قفيزا من هذه الصبرة صح لأنه معلوم لكون أجزائها لا تختلف فلا تفضي إلى الجهالة وكذلك إذا باعه رطلا من دن أو زبرة حديد يصح لذلك وحكي عن داود أنه لا يصح لأنه غير مشاهد ولا موصوف ولنا أن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه إذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح لأنه إذا شاهد الجميع فقد شاهد البعض

وإن باعه الصبرة إلا قفيزا أو ثمرة الشجرة إلا صاعا لم يصح وعنه يصح مسألة : وإن باعه الصبرة إلا قفيزا أو ثمرة الشجرة إلا صاعا لم يصح وعنه

يصح إذا باع صبرة واستثنى منها قفيزا أو قفيزا أو باع ثمرة بستان واستثنى منها صاعا أو أصعا لم يصح في ظاهر المذهب روي ذلك عن سعيد بن جبير و الحسن و الشافعي و الأوزاعي و إسحاق و أبي ثور وأصحاب الرأي وفيه رواية أخرى أنه لا يجوز وهو قول ابن سيرين و سالم بن عبد الله و مالك لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وهذه ثنيا معلومة ولأنه معلوم أشبه إذا استثنى منها جزءا مشاعا ووجه الأولى ما روى البخاري [أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا] ولأن المبيع إنما علم بالمشاهدة لا بالقدر والاستثناء يغير حكم المشاهدة لأنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز ويخالف الجز فإنه لا يعتبر حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها وكذلك إذا باع ثمرة شجرة واستثنى أرطالا فالحكم فيه على ما ذكرنا

وقال القاضي في شرحه : يصح لأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة والصحيح ما ذكرناه وهذه المسألة أشبه بمسألة الصاع من الحائط والمعنى الذي ذكرناه ثم متحقق ها هنا

فصل : فإن استثنى من الحائط شجرة بعينها جاز لأن المستثنى معلوم ولا يؤدي إلى الجهالة في المستثنى منه وإن استثنى شجرة غير معينه لم يصح لأن المستثنى مجهول وقال مالك : يصح أن يستثنى ثمرة نخلات بعدها وقد ذكرناه وقد روي عن ابن عمر أنه باع ثمرة بأربعة آلاف واستثنى طعام القنيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معيننا بقدر طعام القنيان لأنه لو حمل علي غير ذلك كان مخالفا لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم ولأن المستثنى متى كان مجهولا لزم أن يكون الباقي بعده مجهولا فلم يصح بيعه كما لو قال بعثك من هذه الثمرة طعام القنيان

(فصل) وإن استثنى جزءا معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا كثلث أو أربع أو أجزاء كثلثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر و ابن أبي موسى : لا يجوز

ولنا أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو استثنى شجرة بعينها وذلك لأن معنى بعثك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعثك ثلثها وإن باع حيوانا واستثنى ثلثه جاز ومنع القاضي قياسا على استثناء الشحم ولا يصح لأن الشحم مجهول لا يصح إفراده بالبيع وهذا معلوم يصح إفراده بالبيع فصح

استثناؤه كالشجرة المعينة وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا يصيران شريكين فيه للمشتري ثلثاه وللبيع ثلثه فصل : وإذا قال بعتك قفيزا من هذه الصبرة إلا مكوكا جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم ولا يفضي إلى جهالة ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكأنه قال بعتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم وإن قال إلا ما يساوي درهما لم يصح لأن ما يساوي الدرهم يكون الربع وأكثر وأقل فيكون مجهولا فيبطل

[جزء 4 - صفحة 35]

وإن باعه أرضا إلا جريبا أو جريبا من أرض يعلمان جربانها صح وكان مشاعا فيها وإلا لم يصح مسألة : وإن باعه أرضا إلا جريبا أو جريبا من أرض يعلمان جربانها صح وكان مشاعا فيها وإلا لم يصح إذا باعه أرضا إلا جريبا يريدان بذلك قدرا غير مشاع لم يصح لأن الأرض لا تتساوى أجزاءها فيكون البيع مجهولا فهو كما لو باعه شاة من قطع أو عبدا من عبيد وإن كان الجريب المستثنى مشاعا في الأرض وهما يعلمان جربانها صح لأنها إذا كانت عشرة أجره فقد باع تسعة أعشار هذه الأرض وهو معلوم بالمشاهدة وإن لم يعلما جربانها لم يصح لأن المبيع غير معلوم فهو كما لو باع هؤلاء العبيد إلا واحدا غير معين وكذلك إن باعه جريبا من هذه الأرض إن أراد قدرا مشاع لم يصح وإن باعه مشاعا وهما يعلمان جربانها صح وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن الجريب عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول

ولنا أن الجريب من عشرة عشرها ولو قال بعتك عشر هذه الأرض صح فكذلك إذا باعه منها جريبا مشاعا وهي عشرة وما قالوه غير مسلم لأنه عبارة عن قدر كما أن المكيال عبارة عن قدر فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزءا منها وإن كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لأن الجملة غير معلومة وأجزاء الأرض مختلفة فلا يمكن أن يكون معيننا ولا مشاعا وإن قال بعتك من الأرض من هنا إلى هنا جاز لأنه معلوم وإن قال عشرة أذرع ابتداءها من هنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح لأن الموضع الذي ينتهي إليه الذرع لا يعلم حال العقد وإن قال بعتك نصيبي من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه أو قال نصيبا منها أو سهما لم يصح للجهالة وإن علمناه صح وإن قال بعتك نصف داري مما يلي دارك لم يصح نص عليه لأنه لا يدري إلى أين ينتهي فيكون مجهولا

فصل : وحكم الثوب حكم الأرض إلا أنه إذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا صح فإن كان القطع لا ينقصه قطعه وإن كان ينقصه وشرط البائع أن يقطع له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز وإن تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الأرض وقال القاضي : لا يصح لأنه لا يقدر على

التسليم إلا بضرر أشبه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان ولنا أن التسليم ممكن ولحقوق الضرر لا يمنع التسليم إذا حصل الرضا فهو كما لو باعه نصف حيوان مشاعاً وفارق نصف الحيوان المعين فإنه لا يمكن تسليمه مفرداً إلا بإتلافه وإخراجه عن المالية

[جزء 4 - صفحة 36]

وإن باعه حيواناً مأكولاً إلا رأسه أو جلده أو أطرافه صح وإن استثنى حمله أو شحمه لم يصح
مسألة : وإن باعه حيواناً مأكولاً إلا رأسه أو جلده أو أطرافه صح وإن استثنى حمله أو شحمه لم يصح
إذا باعه حيواناً مأكولاً واستثنى رأسه أو جلده أو أطرافه صح نص عليه أحمد رحمه الله وقال مالك : يصح في السفر دون الحضر لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقيت فجوز له شراء اللحم دونها وقال أبو حنيفة و الشافعي : لا يجوز لأنه لا يجوز إفراده بالبيع فلم يجز استثنائه كالحمل ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وهذه معلومة وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشترى منه شاة وشرطاله سلبها وروي أبو بكر في الشفاء بإسناده عن جابر عن الشعبي قال : قضى زيد بن ثابت وأصحاب الرسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشروي يعني أن يعطى رأساً مثل رأس ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة وكونه لا يجوز إفراده بالبيع لا يمنع صحة استثنائه كما أن الثمرة قبل التأبير لا يجوز إفرادها بالبيع بشرط كشرط التبقية ويجوز استثنائها والحمل مجهول وفيه منع فإن امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثياها فقال اذهبوا إلى السوق فإذا بلغت أقصى ثمنها فأعطوها بحساب ثياها من ثمنها

فصل : فإن استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه أحمد قال أبو بكر : لا يختلفون عن أبي عبد الله أنه لا يجوز ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ولأنه مجهول لا يصح إفراده بالبيع فلم يصح استثنائه كفخذها وإن استثنى الحمل لم يصح الاستثناء لما ذكرنا وهو قول أبي حنيفة و مالك و الثوري و الشافعي ونقل عن أحمد صحته وبه قال الحسن و النخعي و إسحاق و أبو ثور لما روى نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما باع جارية واستثنى ما في بطنها ولأنه يصح استثنائه في العتق فصح في البيع قياساً عليه ولنا ما تقدم في الصحيح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها لأن الثقات الحفاظ حدثوا بالحديث فقالوا أعتق جارية والإسناد واحد قاله أبو بكر

ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع لأن العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم ولا تعتبر فيه شروط البيع
 فصل : وإن باع جارية حاملا بحر فقال القاضي : لا يصح وهو مذهب الشافعي لأنه يدخل في البيع فكأنه مستثنى والأولى صحته لأن المبيع معلوم وجهالة الحمل لا تضر لأنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ وقد يستثنى بالشرع ما لا يصح استثناءه باللفظ كما لو باع أمة مزوجة صح ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع ولو استثناه بلفظه لم يجز ولو باع أرضا فيها زرع للبائع أو نخله مؤبرة وقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثناه بقوله لم يجز
 فصل : ولو باعه سمسما واستثنى الكسب لم يجز لأنه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم فإنه غير معين ولا موصوف ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وكذلك إن باعه قطنا واستثنى الحب لم يجز للجهالة وكذلك إن باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز لذلك

[جزء 4 - صفحة 37]

ويجوز بيع ما مأكوله في جوفه وبيع الباقل والجوز واللوز في قشريه والحب المشتد في سنبله
 مسألة : ويجوز بيع ما مأكوله في جوفه وبيع الباقل والجوز واللوز في قشريه والحب المشتد في سنبله
 يجوز بيع ما مأكوله في جوفه كالرمان والبيض والجوز لا نعلم فيه خلافا لأن الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد إذا أخرج من قشره
 فصل : ويجوز بيع الجوز واللوز والفسق والباقل والرطب في قشريه مقطوعا وفي شجره وبيع الطلع قبل تشقيقه مقطوعا وفي شجره وبيع الحب المشتد في سنبله وبه قال أبو حنيفة و مالك وقال الشافعي : لا يجوز حتى ينزع قشره الأعلى إلا في الطلع والسنبل في أحد القولين واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلخه ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض وتؤمن العاهة فمفهومه إباحة بيعه إذا بدا صلاحه وأبيض سنبله ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الأسفل ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فإنه لا قوام له في شجرة إلا به والباقل يؤكل رطبا وقشره يحفظ رطوبته ولأن الباقل يباع في أسواق المسلمين من غير نكير وهذا إجماع وكذلك الجوز واللوز في شجرهما والحيوان المذبوح يجوز بيعه في سلخه فإنه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو مراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت وأما تراب الصاغة والمعادن فلنا فيهما منع وإن سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسألتنا

فصل : السباع أن يكون الثمن معلوماً فإن باعه السلعة برقمها أو بألف درهم ذهباً وفضة أو بما ينقطع به السعر أو بما باع به فلان أو بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح البيع وإن كان فيه نقد واحد انصراف إليه يشترط أن يكون الثمن في البيع معلوماً عند المتعاقدين لأنه أحد العوضين فاشترط العلم به كالآخر وقياساً على رأس مال السلم فإن باعه السلعة برقمها وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح البيع للجهالة فيه وكذلك إن باعه بألف درهم ذهباً وفضة لأنه مجهول ولأنه بيع غرر فيدخل في عموم النهي عن البيع الغرر وإن باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يصح ويكون نصفين لأن الإطلاق يقتضي التسوية بالإقرار ولنا أن قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة ذهباً وقوله إنه يقتضي التسوية ممنوع فإنه لو فسره بغير ذلك صح وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قول في قدر كل واحد منهما وإن باعه بما ينقطع السعر به أو بما باع به فلان عبده وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح لأنه مجهول وإن باعه بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح لجهالته وإن كان فيه نقد واحد انصرف إليه لأنه تعين بانفراده وعدم مشاركة غيره ولهذا لو أقر بدينار أو أوصى به انصرف إليه

[جزء 4 - صفحة 38]

وإن قال بعتك بعشرة صحاح أو إحدى عشرة مكسرة أو بعشرة نقداً أو عشرين نسيئة لم يصح
مسألة : وإن قال بعتك بعشرة صحاح أو إحدى عشرة مكسرة أو بعشرة نقداً أو عشرين نسيئة لم يصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة
وهذا هو كذلك فسره مالك و الثوري و إسحاق وهذا قول أكثر أهل العمل لأنه لم يجزم له بيع واحد أشبه ما لو قال بعتك أحد هذين ولأن الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول وقد روي عن طاوس و الحكم و حماد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب إلى أحدهما فيحتمل أنه جرى بينهما بعدما يجري في العقد فكان المشتري قال أنا أخذه بالنسيئة بكذا فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقداً كافياً فيقول كقول الجمهور فعلى هذا إن لم يوجد ما يدل على الإيجاب أو ما يقوم مقامه لم يصح لأن ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً وقد روي عن أحمد أنه قال فيمن قال : إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم أنه يصح فيحتمل أن لا يلحق به هذا البيع فيخرج وجهها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن العقد ثم يمكن أن يصح لكونه جعالة بخلاف البيع لأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفتين فتتبع الأجرة المسماة عوضاً فلا يفضي إلى التنازع وهذا بخلافه

[جزء 4 - صفحة 39]

وإن باعه الصبرة كل قفيز بدرهم والثوب كل ذراع بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم صح
 مسألة : وإن باعه الصبرة كل قفيز بدرهم والثوب كل ذراع بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم صح
 إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم صح وإن لم يعلم قدر قفزاتها حال العقد وبهذا قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : يصح في قفيز واحد ويبطل فيما سواه لأن جملة الثمن مجهول فلم يصح كبيع المتاع برقمه ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو كيل الصبرة فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون لكل ثلاثة عشر درهم فإنه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح كأصل المذكور وكذلك حكم الثوب والأرض والقطيع من الغنم إذا كان مشاهدا فباعه إياه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وإن لم يعلم قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة

وإن باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لأن من للتبعيض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا
 مسألة : وإن باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لأن من للتبعيض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا
 ويحتمل أن يصح البيع بناء على قوله في الإجارة إذا أجره كل شهر بدرهم قال ابن عقيل : وهو الأشبه كالمسألة التي قبلها لأن من وإن أعطيت البعض فما هو بعض مجهول بل قد جعل لكل جزء معلوم منها ثمن معلوما فهو كما لو قال قفيزا منها وكمسألة الإجارة
 فصل : وإن قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزا أو أنقصك قفيزا لم يصح لأنه لا يدري أيزيده أم ينقصه وإن قال على أن أزيدك قفيزا لم يجز لأن القفيز مجهول وإن قال على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الأخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لأن معناه بعتك هذه الصبرة وقفيزا من هذه الأخرى بعشرة دراهم وإن قال على أن أنقصك قفيزا لم يصح لأن معناه بعتك هذه الصبرة إلا قفيزا كل قفيز بدرهم وشيء مجهول ولو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الأخرى لم يصح لإفضائه إلى جهالة في التفضيل لأنه يصير قفيزا وشيئا بدرهم وهما لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان لو قصد أني أحط ثمن قفيز من الصبرة ولا أحسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها وإن علما قدر قفزان الصبرة أو قال هذه عشرة أفضة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزا

من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لأن معناه بعثك كل قفيز وعشرة بدرهم وإن لم يعلم القفزان وجعله هبة لم يصح وإن أراد أني لا احتسب عليك بثمن قفيز منها صح أيضا لأنهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن ولو قال علي أن أنقصك قفيزا صح لأن معناه بعثك تسعة أقفزة بعشرة دراهم وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع المسائل على قياس قول أحمد لأنه يجيز الشرط ولا يصح ما قاله لأن المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف الشرط الذي لا يفضي إلى الجهالة وما لا تتساوى أجزاءه كالأرض والثوب والقطيع من الغنم فيه نحو من مسائل الصبرة وإن قال بعثك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف درهم صح إذا شاهداه وإن قال : بعثك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا صح وإن قال بعثك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لا يصح لأنه مجهول

فصل : ويصح بيع الصبرة جزافا مع جهل المتبايعين بقدرها لا نعلم فيه خلافا وقد نص عليه أحمد ودل عليه حديث ابن عمر وهو قوله : [كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه] متفق عليه ولأنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فإن ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ولأن الحب تتساوى أجزاءه في الظاهر فاكتمت برؤية ظاهره بخلاف الثوب فإن نشره لا يشق وتختلف أجزاءه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لأنه علم ما اشترى بأبلغ الطرق وهو الرؤية وكذلك لو قال بعثك نصف هذه الصبرة أو جزاءا منها معلوما لأن ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحيوان قال ابن عقيل لا يصح هذا إلا أن يكون الصبرة متساوية الأجزاء فإن كانت مختلفة مثل صبرة بقال القرية لم يصح ويحتمل أن يصح لأنه يشترى منها جزاءا مشاعا فيستحق من جيدها ورديتها بقسطه ولا فرق بين الأثمان والمثمنات في صحة بيعها جزافا وقال مالك : لا يجوز في الأثمان لأن لها خطرا ولا يشق وزنها ولا عددها فأشبهه الرقيق والثياب ولنا أنه معلوم بالمشاهدة أشبه المثمنات والنقرة والحلي ويبطل بذلك ما قاله وأما الرقيق فإنه يجوز بيعهم إذا شاهدتهم ولم يعدهم وكذلك الثياب إذا شراها ورأى جميع أجزائها

فصل : فإن كان البائع يعلم قدر الصبرة لم يجز بيعها جزافا نص عليه أحمد وهو اختيار الخرقي وكرهه عطاء و ابن سيرين و مجاهد و عكرمة و به قال مالك و إسحاق و روي ذلك عن طاوس قال مالك : لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك وعن أحمد رحمه الله أنه مكروه غير محرم فقد روى بكر بن محمد عن أبيه عنه أنه سئل عن الرجل يبيع الطعام جزافا وقد عرف كيله فقلت له : وإن مالكا يقول إذا باع الطعام ولم يعلم المشتري فإن اختار أن يردده رده قال : هذا تغليظ شديد ولكن لا يعجيني إذا عرف كيله إلا أن يخبره فإن باعه فهو جائز عليه وقد أساء ولم ير أبو حنيفة و الشافعي بذلك بأسا لأنه إذا جاز البيع مع جهلها بمقداره فمع العلم من أحدهما أولى ووجه الأول ما روى الأوزاعي [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من عرف مبلغ شيء فلا يبيعه جزافا حتى يبينه] قال القاضي : وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع

الطعام مجازفة وهو يعلم كيله وأيضا الإجماع الذي نقله مالك ولأن البائع لا يعدل إلى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل إلا للتغريب ظاهرا وقد [قال صلى الله عليه وسلم : من غشنا فليس منا] فصار كتدليس البيع فإن باع ما علم كيله صبرة فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم وهو قول أبي حنيفة و الشافعي لأن المبيع معلوم لهما ولا تغريب من أحدهما أشبه ما لو علما كيله أو جهلاه ولم يثبت ما روي من النهي فيه وإنما كرهه أحمد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه ولأن تسويتهم في العلم أو الجهل أبعد من التغريب وقال القاضي وأصحابه : هذا بمنزلة التدليس والغش إن علم به المشتري فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فهو كمن اشترى مصراة يعلم تصريتها وإن لم يعلم أن البائع كان عالما بذلك فله الخيار في الفسخ والإمضاء وهذا قول مالك لأنه غش وغرر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار وذهب بعض أصحابه إلى أن البيع فاسد والنهي يقتضي الفساد فصل : فإن أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح فإن قبضه باكتياله تم البيع والقبض وإن قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافا إن كان البيع باقيا كاله عليه فإن كان قدر حقه الذي أخبره فقد استوفاه وإن كان زائدا رد الفضل وإن كان ناقصا أخذ النقص وإن كان قد تلف فالقول قول القابض مع يمينه سواء قل القبض أو كثر لأن الأصل عدم القبض وبقاء الحق وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله لأن للبائع فيه علقه فإنه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل لأن ذلك يمنعه من معرفة كيله وإن تصرف بما يتحقق أنه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزا فيتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان أحدهما : له ذلك لأنه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له والثاني : لا يجوز له التصرف في الجميع فلم يجز له التصرف في البعض كما قبل القبض فإن قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافا فأما إن أعلمه بكيلة ثم باعه إياه مجازفة على أنه له بذلك الثمن سواء زاد أو نقص لم يجز لما روى الأثرم بإسناده [عن الحكم قال : قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إذهبوا بنا إلى عثمان نعينه على طعامه فقام إلى جنبه فقال عثمان في هذه الغرارة كذا وكذا وأبيعهما بكذا وكذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سميت الكيل فكل] قال أحمد : إذا أخبره البائع أن في كل قارورة منها كذا رطلا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبني لقوله لعثمان : [إذا سميت الكيل فكل] قيل له : إنهم يقولون : إذا فتح فسد قال : فلم لا يفتحون واحدة ويتركون الباقي ؟

فصل : ولو كال طعاما وآخر يشاهده فلمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان لأنه شاهد كيله أشبه ما لو كيل له وعنه يحتاج إلى كيل للخبر وكالبيع الأول ولو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرناه ولو اشترى اثنان طعاما فاكتلاه ثم اشترى أحدهما حصة شريكه قيل تفرقهما فهو جائز وإن لم يحضر المشتري الكيل لم يجز إلا بكيل وقال ابن أبي موسى : فيه رواية أخرى لا بد من كيله وإن باعه الثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يحتج إلى وكيل ثان بنقله كالصبرة

فصل : قال أحمد في رجل يشتري الجوز فيعد في مكيل ألف جوزه ثم يأخذ الجوز كله على ذلك العيار لا يجوز وقال في رجل ابتاع أعكاما كيلا وقال للبائع : لك لي عكما منها وأخذ ما بقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها قال الثوري : كان أصحابنا يكرهون هذا وذلك لأن ما في العكوم يختلف فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض والجوز يختلف فيكون في أحد المكيلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل

فصل : وإن باع الأدهان في ظروفها جملة وقد شاهدها جاز لأن أجزاءها لا تختلف فهي كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والديبس والخل وسائر المائعات التي لا تختلف فإن باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منه أو أرطالا معلومة يعلم أن فيها أكثر منها أو باعه أجزاء أو باعه إياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمان معلوم جاز وإن باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لأنه قد علم المبيع والثمان وإن لم يعلم ذلك جاز أيضا لأنه قد رضي أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبهه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي آخر زيت كل رطل بدرهم وقال القاضي : لا يصح لأن وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر والأول أصح لأن بيع كل واحد منهما منفردا يصح كذلك فكذلك إذا جمعتهما كالأرض المختلفة الأجزاء والثياب وغيرها فأما إن باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعا وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لأنه إذا علم أن الدهن عشرة والظرف رطل كان معناه بعثك عشرة أرطال باثني عشر درهما وإن كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن في الحال وسواء جهلا زنتهما جميعا أو زنة أحدهما كذلك

فصل : وإن وجد في ظرف الدهن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد وإسحاق : إن كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمانا وإن لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وألزمه شريح بقدر الرب سمانا بكل حال وقال الثوري : إن شاء أخذ الذي وجد ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمانا ولنا أنه يوجد المبيع بكل ناقصا فأشبهه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة فإنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذلك هذا فعلى هذا إنما يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ولا يلزم البائع أن يعطيه سمانا سواء كان موجودا عنده أو لم يكن فإن تراضيا على إعطائه سمانا جاز

فصل : وإن باعه بمائة درهم إلا دينارا لم يصح ذكره القاضي لأنه قصد استثناء قيمة الدينار وذلك غير معلوم واستثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولا ولأنه استثناء من غير الجنس فلم يصح كما لو قال بمائة إلا قفيزا من حنطة ويجيء على قول الخرقى أنه يصح فيمن استثنى في الإقرار عينا من ورق أو ورقا من عين فإنه يصح فعلى هذا يحذف من الجملة بقيمة الدينار ولو قال : بمائة إلا قفيزا من حنطة لم يصح لأنه استثناء من غير الجنس فأما الذهب والفضة فهما كالجنس الواحد

فصل في تفريق الصفقة : وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز فصفقة واحدة بثمان واحد (وله ثلاث صور إحداها : أن يبيع معلوما ومجهولا)

كقولك بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الأخرى بكذا فهذا بيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافاً لأن المجهول لا يصح بيعه بجهالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليها والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط الثانية : باع مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما أو ما يقسم عليه الثمن بالأجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر والثاني لا يصح فيهما وأصل الوجهين أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين إحداهما : يفسد فيهما والثانية : يصح في الحرة والوجه الأول قول مالك و أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر : لا يصح وهو قول أبي ثور لأن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحريم ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين ووجه الأول أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فإذا جمع بينهم ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شقصاً وسيفاً ولأن ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين فامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو وصى بشيء لآدمي وبهيمة وأما الدرهمان والأختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وهذا بخلافه فصل : ومتى حكمنا بالصحة ههنا وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وإن لم يعلم مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه فله الخيار بين الفسخ والإمساك لأن الصفقة تبعضت عليه وأما البائع فلا خيار له لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه ولو وقع على شيئين يفتقر إلى القبض فيهما فتلف أحدهما قبل قبضه فقال القاضي : للمشتري الخيار بين إمساك الباقي بحصته وبين الفسخ لأن حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه ملك المشتري الفسخ به

الثالثة باع عبده وعبد غيره بغير إذنه أو عبداً وحراً أو خلا وخمراً ففيه روايتان اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فنقل صالح عن أحمد فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبدتين فأبطل الصداق فيهما جميعاً وللشافعي قولان كالروايتين وأبطل مالك العقد فيهما إلا أن يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويقف في ملك غيره على الإجازة ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال : إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو بإجماع كالحر والخمر لم يصح العقد فيهما وإن لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه لأن ما اختلفت فيه يمكن أن يلحقه حكم الإجازة بحكم حاكم بصحة بيعه وقال أبو ثور : لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ولأن الثمن مجهول لأنه إنما يبين بالتقسيط للثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال بعتك هذه السلعة برقمها أو بحصتها من رأس المال ولأنه لو صرح به فقال : بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك إذا لم يصح وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى

ووجه الرواية الأولى أنه متى سمي ثمنا في مبيع فتقسط بعضه لا يوجب جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيبا فأخذ أرشه وإذا قلنا بالصحة فللمشتري الخيار إذا لم يكن عالما كالقسم الثاني لتبعض الصفقة عليه والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع إلا أن الظاهر فيها الصحة لأنها ليست عقود معاوضة فلا تؤثر جهالة العوض فيها فصل : وإن وقع على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم يفسخ العقد في الباقي رواية واحدة سواء كانا من جنس واحد أو جنسين وبأخذ المشتري الباقي بصحته من الثمن لأن العقد وقع صحيحا فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكما لو وجد أحد المبيعين معيبا فرده أو أقال أحد المتابعين الآخر في بعض المبيع

[جزء 4 - صفحة 44]

وإن باع عبده وعبده غيره بإذنه بثمن واحد فهل يصح ؟ على وجهين مسألة : وإن باع عبده وعبده غيره بإذنه بثمن واحد فهل يصح ؟ على وجهين أحدهما : يصح فيهما ويتقسط الثمن على قدر قيمتهما وهو قول مالك و أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد وكما لو باعا عبدا واحدا لهما الثاني : لا يصح لأن كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن وهو مجهول على ما قدمنا وفارق ما إذا كانا لرجل واحد فإن جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك ينقسم عليه الثمن بالأجزاء فلا جهالة فيه فأما إن باع قفيزين متساويين له ولغيره بثمن واحد بإذنه صح لأن الثمن يتقسط عليهما بالأجزاء فلا يفضي إلى جهالة الثمن وكذلك إن باعه عبدا لهما بثمن واحد صح لما ذكرنا

وإن جمع بين بيع وإجارة أو بيع وصرف صح فيهما ويقسط العوض عليهما في أحد الوجهين مسألة : وإن جمع بين بيع وإجارة أو بيع وصرف صح فيهما ويقسط العوض عليهما في أحد الوجهين

إذا جمع بين عقدين مختلفي الحد كالبيع والإجارة والبيع والصرف بعوض واحد صح فيهما لأن اختلاف حكم العقدين لا يمنع الصحة كما لو جمع ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه وكذلك إن باع سيفا محلى بذهب وفضة وفيه وجه آخر أنه لا يصح لأن حكمهما مختلف وليس أحدهما أولى من الآخر فبطل فيهما فإن البيع فيه خيار ولا يشترط فيه التقابض في المجلس ولا يفسخ العقد بتلف المبيع والصرف يشترط التقابض وينفسخ العقد بتلف العين وإن جمع بين نكاح وبيع

بعوض واحد فقال زوجتك ابنتي وبعثك داري بمائة صح النكاح لكونه لا يفسد
بفساد العوض وفي البيع وجهان و للشافعي قولان كالوجهين

[جزء 4 - صفحة 45]

وإن جمع بين كتابه وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة مثل أن يقول
بعثك عبدي هذا وكاتبك بمائة كل شهر عشرة بطل البيع وجهها واحداً
مسألة : وإن جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة مثل أن
يقول بعثك عبدي هذا وكاتبك بمائة كل شهر عشرة بطل البيع وجهها واحداً لأنه
باع عبده لعبد فلم يصح كبيعه إياه من غير كتابة وهل تبطل الكتابة ؟ ينبني على
روايتين في تفريق الصفقة

فصل : قال رضي الله عنها (ولا يصح البيع ممن تلزمه الجمعة بعد نداءها)
لا يحل البيع بعد نداء الجمعة قبل الصلاة لمن تجب عليه الجمعة لقول الله
تعالى : { يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر
الله وذروا البيع } فإن باع لم يصح البيع للنهي عنه والنداء الذي يتعلق به المنع
النداء عقيب جلوس الإمام على المنبر لأنه النداء الذي كان على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم فتعلق الحكم به والنداء الثاني زيد في زمن عثمان
رضي الله عنه وحكى القاضي رواية عن أحمد أن البيع يحرم بزوال الشمس
وإن لم يجلس الإمام على المنبر ولا يصح هذا لأن الله تعالى علقه على النداء لا
على الوقت ولأن المقصود بهذا إدراك الجمعة وهو حاصل بما ذكرنا دون ما
ذكره ولأنه لو اقتص تحريم البيع بالوقت لما اقتص بالزوال فإن ما قبله وقت
أيضاً فما من لا تجب عليه الجمعة من النساء والمسافرين وغيرهم فلا يثبت في
حقه هذا الحكم وذكر ابن أبي موسى فيه روايتين لعموم النهي والصحيح ما
ذكرنا إن شاء الله تعالى فإن الله تعالى إنما نهى عن البيع من أمره بالسعي
فغير المخاطب بالسعي لا يتناوله النبي صلى الله عليه وسلم ولأن تحريم البيع
معلل بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة وهذا معدوم في حقهم فإن كان
المسافر في غير المصر أو كان مقيماً بقرية لا الجمعة على أهلها لم يحرم البيع
ولم يكره وجهها واحد فإن كان أحدهما مخاطباً بالجمعة دون الآخر حرم على
المخاطب وكره للآخر لما فيه من الإعانة على الإثم ويحتمل أن يحرم لقوله
تعالى : { ولا تعاونوا على الإثم والعدوان }

ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين كالإجارة والصلح ونحوهما
مسألة : ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين كالإجارة والصلح
ونحوهما وفيه وجه آخر أنه يحرم ولا يصح لأنه عقد معاوضة أشبه البيع ولنا أن
النهي مختص بالبيع وغيره لا يساويه في الشغل عن السعي لقلته وجوده فلا
يؤدي إلى ترك الجمعة فلا يصح قياسه على البيع

ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمرا ولا بيع السلاح في الفتنة ولا لأهل الحرب ويحتمل أن يصح مع التحريم

مسألة : ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمرا ولا بيع السلاح في الفتنة ولا لأهل الحرب ويحتمل أن يصح مع التحريم

بيع العصير ممن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرما وكرهه الشافعي وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يصيره خمرا محرما وإنما يكره إذا شك فيه وحكى ابن المنذر عن الحسن و عطاء و الثوري أنه لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه مسكرا قال الثوري : بيع الحلال من شئت لقول الله تعالى { وأحل الله البيع } ولأن البيع تم بآركانه وشروطه ولنا قول الله تعالى { ولا تعاونوا على الإثم والعدوان } وهذا ينهي يقتضي التحريم وقد [روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال : يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه وشاربها ومبتاعها وساقها] وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها أخرجه الترمذي من حديث أنس وقد روي هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم

وروى ابن بطة بإسناده عن محمد بن سيرين فيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له وأخبره عن عنب أنه لا يصح زيبا ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره فأمر بقلعه وقال : بنس الشيخ أنا إن بعث الخمر ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد لها للمعصية فأشبهه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها للزنا بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها صورة النزاع بدليلنا وقولهم تم البيع بشروطه وآركانه قلنا : لكن وجد المانع منه

إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله أو بقرائن محتفه بقوله تدل عليه وإن كان الأمر محتملا كمن لا يعلم حالة أو من يعمل الخل والخمر معا ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز فإن باعها لمن يتخذها خمرا فالبيع بالظن ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعي لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم ينم صحة العقد كما لو دلس العيب ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح كإجارة الأمة للزنا والغناء وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولأن التحريم هنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع الربا وفارق التدليس فإنه لحق آدمي

فصل : وهكذا الحكم في كل ما قصد به الحرام كبيع السلاح في الفتنة أو لأهل الحرب أو لقطاع الطريق وبيع الأمة للغناء أو إيجارها لذلك فهو حرام العقد باطل لما قدمنا قال ابن عقيل : وقد نص أحمد على مسائل نبه بها على ذلك فقال في القصاب والخباز : إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ومن يخرط الأقداح لا يبيعه لمن يشرب فيها ونهى عن بيع الديباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك باطلا

فصل : قال أحمد في رجل مات وخلف جارية مغنيه وولدا يتيما وقد احتاج إلى بيعها قال يبيعه على أنها ساذجة فقيل له إنها تساوي ثلاثين ألف درهم فإذا

بيعت ساذجة تساوي عشرين دينارا فقال : لا تباع إلا على أنها ساذجة ووجه ما [روى أبو أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يجوز بيع المغنيات ولا أثمانهن ولا كسبهن] قال الترمذي : لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه بعض أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحتمل على بيعهن لأجل الغناء فأما مالىتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كبيع العصير لمن لا يتخذه خمرا فإنه لا يحرم لصلاحيته للخمر

فصل : ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكل في بيعه ولا شرائه قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز وعند أبي حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذميا في بيعها وشرائها ولا يصح فإن عائشة روت [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : حرمت التجارة في الخمر] و [عن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول : إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا هو حرام ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قاتل الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه] متفق عليه ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك ولأن الخمر نجسه محرمة فحرم بيعها والتوكيل فيه كالميتة والخنزير

[جزء 4 - صفحة 47]

ولا يصح بيع العبد المسلم لكافر إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح في إحدى الروايتين

مسألة : ولا يصح بيع العبد المسلم لكافر إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح في إحدى الروايتين

لا يصح شراء الكافر مسلما وهذا إحدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة : يصح ويجبر على إزالة ملكه لأنه يملك المسلم بالإرث ويبقى ملكه عليه إذ أسلم في يده فصح أن يشتريه كالمسلم ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فممنع من ابتدائه كالنكاح ولأنه عقد يثبت الملك للكافر على المسلم فلم يصح كالنكاح وإنما ملكه بالإرث وبقي ملكه عليه إذا أسلم في يده لأن الاستدامة أقوى من الابتداء بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للحوم الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من ثبوت ما دونه مع أنا نقطع الاستدامة عليه بإجباره على إزالتها فإن كان ممن يعتق عليه القرابة صح في إحدى الروايتين وعق عليه وهذا قول الأصحاب والأخري لا يصح ولا يعتق لأنه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ولأن ما منع من شرائه لم يبيح له شراؤه وإن زال ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد ووجه الرواية الأول أن الملك لا يستقر عليه وإنما يعتق بمجرد الملك في الحال وبزول الملك عنه بالكلية ويحصل له من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الإماء بالملك في

لحظة يسيرة وبفارق من لا يعتق عليه فإن ملكه لا يزول إلا بإزالته وكذا شراء المحرم الصيد

وإن أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه
مسألة : وإن أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه
لأنه لا يجوز استدامة الملك للكافر على المسلم إجماعاً وليس له كتابته لأن
الكتابة لا تزيل ملك السيد عنه لا يجوز إقرار الكافر عليه وقال القاضي : له
ذلك لأنه يزيل يده عنه فأشبهه ببعه والأول أولى

[جزء 4 - صفحة 48]

ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه وهو أن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة أنا
أعطيك مثلها بتسعة
مسألة : ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه وهو أن يقول لمن اشترى سلعة
بعشرة أنا أعطيك مثلها بتسعة ولا شراؤه على شراء أخيه وهو أن يقول لمن
باع سلعة بتسعة عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ويعقد معه فإن فعل فهل يصح
؟ على وجهين
أما البيع فهو محرم لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا يبيع بعضكم على بيع
بعض] ومعناه ما ذكرنا ومثله أن يقول أبيعك خيراً منها بثمنها أو يعرض عليهما
سلعة يرغب المشتري ليفسخ البيع ويعقد معه فلا يجوز ذلك للنهي عنه ولما
فيه من الأضرار بالمسلم والإفساد عليه وفي معنى ذلك شراؤه على شراء
أخيه لأنه في معنى المنهي عنه ولأن الشراء يسمى بيعاً فيدخل في عموم
النهي ول [أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يخاطب الرجل على خطبة
أخيه] متفق عليه وهو في معنى الخاطب وإن خالف وفعل فالبيع باطل للنهي
عنه والنهي يقتضي الفساد وفيه وجه أنه يصح لأن المحرم هو عرض سلعته
على المشتري أو قوله الذي فسح البيع من أجله وذلك سابق على البيع ولأنه
إذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولأن النهي
لحق آدمي فأشبهه ببيع النجش وهذا مذهب الشافعي
فصل : وروى مسلم عن أبي هريرة [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا
يسم الرجل على سوم أخيه] ولا يخلو من أربعة أقسام أحدها : أن يوجد من
البائع تصريح بالرضا بالبيع فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري وهو الذي
تناوله النهي
والثاني : أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لأن النبي صلى
الله عليه وسلم باع فيمن يزيد فروى أنس [أن رجلاً من الأنصار شكاً إلى النبي
صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد فقال له : أما تبقى لك شيء ؟ قال : بلى
قدح وحلس قال : فأتنتي بهما فاتاه بهما فقال : من يبتاعهما فقال رجل

أخذتهما بدرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم ؟ فأعطاه رجل درهماين فباعهما منه [رواه الترمذي وقال : حديث حسن وهذا أيضا إجماع فإن المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة الثالث : أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا عدمه فلا يحرم السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها فأمرها أن تنكح أسامة وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر الرابع : يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح فقال القاضي : لا تحرم المساومة وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة استدلالا بحديث فاطمة لأن الأصل إباحة السوم والخطبة فحرم منه ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الأصل قال شيخنا : ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهها حسنا فإن النهي عام خرجت منه الصورة المخصوصة بأدلتها فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ولأنه وجد منه دليل على الرضا أشبه ما لو صرح به ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جاءت مستثيرة للنبي صلى الله عليه وسلم وليس ذلك دليلا على الرضا وكيف ترضى وقد نهاها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : [لا تفوتينا بنفسك] فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه

فصل : وبيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف و محمد وقال أبو حنيفة و الشافعي : هو صحيح لأن البيع تم بأركانه وشروطه خاليا عن مقارنة مفسدة فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط ولنا أنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهالين ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطئ رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمي بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا

[جزء 4 - صفحة 49]

وفي بيع الحاضر للبادي روايتان إحداهما يصح والأخرى لا يصح بخمسة شروط مسألة : وفي بيع الحاضر للبادي روايتان إحداهما يصح والأخرى لا يصح بخمسة شروط أن يحضر البادي لبيع سلعة بسعر يومها جاهلا بسعرها ويقصده الحاضر وبالناس حاجة إليها وإن اختلف شرط منها صح البيع البادي ههنا من يدخل البلد من غير أهلها سواء كان بدويا أو من قرية أو من بلده أخرى ولا يجوز أن يبيع الحاضر للبادي لقول ابن عباس : [نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد قال : فقلت لابن عباس : ما قوله حاضر لباد ؟ قال : لا يكون له سمسارا] متفق عليه وعن جابر قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق

الله بعضهم من بعض] رواه مسلم والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي بيع سلعته اشتراها الناس برخص وتوسع عليهم السعر وإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم في تعليقه إلى هذا وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ونقل أبو إسحاق بن شاقلا أن الحسن بن علي المصري سأل أحمد عن بيع حاضر لباد فقال : لا بأس به قال له فالخبر الذي جاء النهي ؟ قال : كان ذلك مرة فظاهر هذا أن النهي اختص بأول الإسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك هذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه والمذهب الأول لعموم النهي وما ثبت في حقهم ثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل وهو مذهب الشافعي وظاهر كلام الخرقي أنه يحرم بثلاثة شروط أحدها أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له فإن كان هو القاصد للحاضر جاز لأن التضييق حصل منه لا من الحاضر الثاني : أن يكون البادي جاهلا بالسعر قال أحمد في رواية أبي طالب : إذا كان البادي عارفا بالسعر لم يحرم لأن التوسعة لا تحصل بتركه يبيعها لأنه لا يبيعها إلا بسعرها ظاهرا الثالث : أن يكون قد جلب السلعة للبيع فأما إن جلبها ليأكلها أو يخزنها فليس في بيع الحاضر له تضييقها بل توسعة وذكر القاضي شرطين آخرين أحدهما : أن يكون مريدا لبيعها بسعر يومها فأما إن كان أحضرها وفي نفسه أن لا يبيعها رخيصة فليس في بيعه تضييق الثاني : أن يكون بالناس حاجة إليها وضرر في تأخير بيعها كالأقوات ونحوها وقال أصحاب الشافعي : إنما يحرم بشروط أربعة وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إليها فمتى اختل شرط منها لم يحرم البيع وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام وظاهر المذهب أنه باطل نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وذكر الخرقي رواية أخرى أن البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لأن النهي لمعنى في غير المنهي عنه فلم يبطل كتلقي الركبان ولنا أنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد والله أعلم

[جزء 4 - صفحة 50]

فأما شراؤه له فيصح رواية واحدة
مسألة : فأما شراؤه له فيصح رواية واحدة وهو قول الحسن وكرهت طائفة الشراء لهم أيضا كما كرهت البيع فروى أنس قال : كان يقال هي كلمة جامعة يقول لا تبعن له شيئا ولا تتاعن له شيئا وهو إحدى الروايتين عن مالك ولنا أن النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فإن النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر ويزول عنهم الضرر وليس ذلك في الشراء لهم ولا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر فأما إن أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر

البيع فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله و الأوزاعي و ابن المنذر وكرهه مالك و الليث و قول الصحابي أولى
 فصل : وليس للإمام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون وهذا مذهب الشافعي وكان مالك يقول : يقال لمن يريد أن يبيع أقل ما يبيع الناس بع كما يبيع الناس وإلا فاخرج عنا واحتج بما روى الشافعي و سعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر أنه مر بحاطب في سوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما فسعر له مدين بكل درهم فقال له عمر : قد حدثت بغير مقبلة من الطائف تحمل زيبا وهم يعتبرون سعرك فيما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زيبك فتبيعه كيف شئت ولأن في ذلك إضرارا بالناس إذا زاد وإذا نقص أضر بأصحاب المتاع

ولنا ما روى أبو داود و الترمذي و ابن ماجة [عن أنس قال : غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله : غلا السعر فسعر لنا فقال : إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال] قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين أحدهما : أنه لم يسعر وقد سأله ذلك ولو جاز لأجابهم إليه الثاني : أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولأنه ماله فلم يجز بيعه بما تراضى عليه المتابعان كما لو اتفق الجماعة عليه والظاهر أنه سبب الغلاء لأن الجاليين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعتهم بلدا يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها المحتاج ولا يجدها إلا قليلا فيرفع في ثمنها ليحصلها فتغلوا الأسعار وبحصل الأضرار بالجانيين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراما فأما حديث عمر فقد روى فيه سعيد و الشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم أتى حاطبا في داره فقال : إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع كيف شئت وهذا رجوع إلى ما قلنا وما ذكروه من الضرر موجود فيما إذا باع في بيته ولا يمنع منه

[جزء 4 - صفحة 51]

من باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها إلا أن تكون قد تغيرت صفتها وإن اشتراها أبوه أو ابنه جاز
 مسألة : من باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها إلا أن تكون قد تغيرت صفتها وإن اشتراها أبوه أو ابنه جاز
 من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقدا لم يجز روي ذلك عن ابن عباس وعائشة و الحسن و ابن سيرين و الشعبي و النخعي وبه قال الثوري و

الأوزاعي و مالك و إسحاق و أصحاب الرأي و أجازوه الشافعي لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها ولنا ما روى غندر عن شعبة [عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت : دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة فقالت أم ولد زيد بن أرقم : إني بعثت غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة درهم فقالت لها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب] رواه أحمد و سعيد بن منصور والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم فجرى مجرى روايتها ذلك عنه لأن ذلك ذريعة إلى الربا فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل ولذلك قال ابن عباس في مثل هذه المسألة : أرى مائة بخمسين بينهما حريرة يعني خرقة حرير جعلها في بيعها والذرائع معتبرة فأما إن باعها بمثل الثمن أو أكثر جاز لأنه لا يكون ذريعة وهذا إن كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع فإن نقصت مثل أن هزل العبد أو نسي متاعه أو تخرق الثوب ونحوه جاز له شراؤها بما شاء لأن نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا

فصل : فإن اشترها بعرض أو كان بيعها الأول بعرض فاشترها بنقد جاز ولا نعلم فيه خلافا لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأثمان والعروض فإن باعها بنقد ثم اشترها بنقد آخر فقال أصحابنا : يجوز لأنهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما أشبه ما لو اشترها بعرض وقال أبو حنيفة : لا يجوز استحسانا لأنهما كالشيء الواحد في معنى الثمينة الأول قال شيخنا : وهذا أصح إن شاء الله تعالى وهذه المسألة تسمى العينة قال الشاعر :

(أندان أم نعتان أم ينبري لنا ... فتى مثل نصل السيف ميرت مضاربة)

ومعنى نعتان أي نشترتي عينه كما وصفنا وقد روى أبو داود بإسناده [عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم] وقد روي عن أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة فإن باع بنقد ونسيئة فلا بأس وقال : أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد قال ابن عقيل : إنما كره النسيئة لمضارعتة الربا فإن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل غالبا ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسألة ولبيع نسيئة جميعا لكن البيع بنسيئة مباح اتفاقا ولا يكره إلا أن لا يكون له تجارة غيره

فصل : فإن باع سلعة بنقد ثم اشترها بأكثر منه نسيئة فقال أحمد في رواية حرب : لا يجوز إلا أن تتغير السلعة لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فهي كمسألة العينة فإن اشترها بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها أو بمثله نسيئة جاز لما ذكرنا في مسألة العينة وإن اشترها بنقد آخر بأكثر من ثمنها فهو كمسألة العينة على ما ذكرنا من الخلاف قال شيخنا : ويحتمل أن يكون له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه إذ لم يكن ذلك عن مواطاة ولا حيلة بل وقع اتفاقا من غير قصد لأن

الأصل حل البيع وإنما حرم في مسألة العينة للأثر الوارد فيه وليس هذا في معناه لأن التوسل بذلك أكثر فلا يلحق به ما دونه
فصل : وفي كل موضع قلنا لا يجوز له أن يشتري لا يجوز ذلك لو كيله لأنه قائم مقامه ويجوز لغيره من الناس سواء كان أباه أو ابنه أو غيرهما لأنه غير البائع اشترى بنسيئة أشبه الأجنبي

[جزء 4 - صفحة 52]

وإن باع ما يجري فيه الربا بنسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه أو ما لا يجوز بيعه به بنسيئة لم يجر
مسألة : وإن باع ما يجري فيه الربا بنسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه أو ما لا يجوز بيعه به نسيئة لم يجر
روي ذلك عن ابن عمر و سعيد بن المسيب و طاوس و به قال مالك و إسحاق و أجازاه جابر بن زيد و سعيد بن جبير و علي بن حسين و الشافعي و ابن المنذر و أصحاب الرأي قال علي بن حسين إذا لم يكن لك في ذلك رأي و روى محمد بن عبد الله بن أبي مريم قال بعث تمرًا من التمارين كل سبعة أصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمرًا يبيعه أربعة أصع بدرهم فاشتريت منه فسألت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بعثت ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب قال عبد الله بن عباس ما بعث من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئًا مما يكال بمكيال إلا ورقًا أو ذهبًا فإذا أخذت ذلك فابتع ممن شئت منه أو من غيره فرجعت فإذا عكرمة قد طلبني فقال الذي قلت لك هو حلال هو حرام فقلت لسعيد بن المسيب أن فضل لي عنده فضل قال فأعطيه أنت الكسر وخذ منه الدراهم ووجه تحريم ذلك أنه ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام بنسيئة فحرم كمسألة العينة وقد نص أحمد على ما يدل على هذا قال شيخنا والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما روى عنه عبد الله بن زيد قال قدمت على علي بن الحسين فقلت له إنني أجد نخلي و أبيع فيمن حضرني إلى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل الأجل فيوقفونا بالسوق فابتاع منهم وأقاصهم قال : لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأي وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد لزوم العقد الأول فصح كما لو كان المبيع الأول حيوانًا أو ثيابًا ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا فإن لم يأخذ بالثمن طعامًا لكن اشترى من المشتري طعامًا بدراهم وسلمها إليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها إليه لكن قاصه بها جاز كما في حديث علي بن الحسين

فصل : والاحتكار حرام لما [روى أبو أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يحتكر الطعام] وعن سعيد بن المسيب [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من احتكر فهو خاطئ] رواهما الأثرم وروي [عن النبي صلى الله

عليه وسلم أنه قال : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون [والاحتكار المحرم ما جمع ثلاثة شروط : أحدها : أن يشتري فلو جلب شيئاً أو أدخل عليه من غلته شيئاً فادخره لم يكن محتكراً روي ذلك عن الحسن و مالك قال الأوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله : [الجالب مرزوق والمحتكر ملعون] ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر بل ينفع فإن الناس إذا علموا أن عنده طعاماً معداً للبيع كان أطيب لقلوبهم الثاني : أن يكون قوتاً فأما الإدام والعسل والزيت وعلف البهائم فليس احتكاره بمحرم قال الأثرم سئل أبو عبيد الله عن أي شيء الاحتكار ؟ قال إذا كان من قوت الناس فهذا الذي يكره وهذا قول عبد الله بن عمرو وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت وهو راوي حديث الاحتكار قال أبو داود وكان يحتكر النوى الخبط والبرز ولأن هذه الأشياء لا تهم الحاجة إليها أشبهت الثياب والحيوان الثالث : أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمرين أحدهما : أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور قاله أحمد فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكبيرة كبغداد والبصرة ومصر ونحوها لا يحرم فيها الاحتكار لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً الثاني : أن يكون في حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها وبضيقون على الناس وأما إن اشتراها في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد لم يحرم

فصل : ويستحب الإشهاد في البيع لقوله تعالى : { وأشهدوا إذا تبايعتم } وأقل أحوال الأمر الندب ولأنه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد ويختص ذلك ما له خطر فأما ما لا خطر له كحوائج البقال والعطار وشبهها فلا يستحب ذلك فيها لأنها تكثر فيشقى الإشهاد عليه وتقبح إقامة البينة عليها والترافع إلى الحاكم بخلاف الكثير وليس ذلك بواجب في واحد منها ولا شرطاً له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق وقال قوم هو فرض لا يجوز تركه روي ذلك عن ابن عباس وممن رأى الإشهاد في البيع عطاء و جابر بن زيد و النخعي لظاهر الأمر قياساً على النكاح ولنا قوله تعالى : { فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته } قال أبو سعيد : صار الأمر إلى الأمانة وتلا هذه الآية ولأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه ومن رجل سراويل ومن أعرابي فرساً فجحده الأعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت ولم ينقل أنه أشهد في شيء من ذلك وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق فلم يأمرهم بالإشهاد ولا نقل عنه فعله ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم ولو كانوا يشهدون في كل بياعتهم لنقل وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم عروة بن الجعد البارقي أن يشتري له أضحية ولم يأمره بالإشهاد ولأن المبايعات تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها فلو وجب الإشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى : { ما جعل عليكم في الدين من حرج } والآية المراد بها الإرشاد إلى حفظ الأموال والتعليم كما أمر بالرهن والكاتب وليس بواجب وهذا ظاهر إن شاء الله تعالى

فصل : ويكره البيع والشراء في المسجد لما [روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أربح الله

تجارتك [رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وقال قوم لا بأس به والصحيح الأول للحديث المذكور فإن باع فالبيع صحيح لأنه تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم : [قولوا لا أربح الله تجارتك] من غير أخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم

[جزء 4 - صفحة 54]

بسم الله الرحمن الرحيم باب الشروط في البيع وهي ضربان : صحيح وهو ثلاثة أنواع أحدها : شروط من مقتضى البيع كالتقايض وطول الثمن ونحوه فهذا لا يؤثر فيه لأنه بيان وتأكيد لمقتضى العقد فوجوده كعدمه الثاني : شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتباً أو خطيباً أو صانعاً أو مسلماً أو الأمة بكراً أو الدابة هملاً أو الفهد صيوداً فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به فإن لم يف به فللمشتري الفسخ والرجوع بالثمن والرضا به لأنه شرط وصفا مرغوباً فيه فصار الشروط مستحقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [المؤمنون عند شروطهم] ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً

[جزء 4 - صفحة 55]

فإن شرطها ثيباً كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ له لأنه زاده خيراً وليس ذلك يزيد في الثمن ما لو شرطه غير صانع فبان صانعاً مسألة : فإن شرطها ثيباً كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ له لأنه زاده خيراً وليس ذلك يزيد في الثمن ما لو شرطه غير صانع فبان صانعاً وهذا قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر ويحتمل أن له الفسخ لأن له فيه قصداً صحيحاً وهو أن طالب الكافرة أكثره لصلاحيته للمسلمين والكفارة أو ليسترخ من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو لبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقد دل اشتراطه على أن له قصداً صحيحاً فأما إن شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشترطها سبطة فبانت جعده أو جاهلة فبانت علامة فلا خيار له لأنه زاده خيراً فصل : فإن شرط الشاة لبونا صح وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يصح لأنه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه ولنا أنه أمر مقصود يتحقق من الحيوان وبأخذ قسطاً من الثمن فصح اشتراطه كالصناعة في الأمة

والهملجة في الدابة وإنما لم يجز بيعه مفردا للجهالة والجهالة فيما كان تبعا لا تمنع الصحة ولذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعه معها وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى في التمر وإن لم يجز بيعهما منفردين فإن شرط أنها تحلب قدرا معلوما لم يصح لأن اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه فتعذر الوفاء به وإن شرطها غزيرة اللبن صح لأنه يمكن الوفاء به وإن شرطها حاملا صح وقال القاضي : قياس المذهب أن لا يصح لأن الحمل لا حكم له ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ربح

ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا وقوله إن الحمل لا حكم له لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم في الدية بأربعين خلفه في بطونها أولادها ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع الوطاء الحبالى المسبيات وأرخص للحامل في الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من إقامة الحد عليها من أجل حملها وظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لا عنها حال حملها فاتتفى عنه ولدها فإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجها واحدا لأنه لا يمكن الوفاء به وكذلك إن شرط أنها لا تحمل لذلك وقال مالك لا يصح في غيرها ولنا أنه باعها بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات وإن شرطها حائلا فبانت حاملا فإن كانت أمة فهو عيب يثبت الخيار وإن كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسحا ويحتمل أن يستحق لأنه قد يريد لها لسفر أو حمل شيء لا تتمكن منه مع الحمل وإن شرط البيض في الدجاجة فقيل لا يصح لأنه لا علم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم وقيل يصح لأنه يعرف بالعادة فأشبهه اشتراط الشاة لبونا

وإن اشترط الطائر مصوتا أو أنه يجيء من مسافة معلومة صح وقال القاضي : لا يصح

مسألة : وإن اشترط الطائر مصوتا أو أنه يجيء من مسافة معلومة صح وقال القاضي : لا يصح

إذا شرط في الهزار والقمرى ونحوهما أنه مصوت فقال بعض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لأن صياح الطير يجوز أن يوجد وأن لا يوجد ولأنه لا يمكن إكراهه على التصويت والأولى جوازه لأن فيه قصدا صحيحا وهو عادة له وخلقه فيه فأشبهه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد وإن شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة معلومة صح أيضا اختاره أبو الخطاب لأن هذه عادة مستمرة فيها قصد صحيح لتبليغ الأخبار وحمل الكتب فجرى مجرى الصيد والهملجة وقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأن فيه تعذيبا للحيوان أشبه ما لو شرط الكبش مناطحا وإن شرط الغناء في الجارية لا يصح لأن الغناء مذموم في الشرع فلم يصح اشتراطه كالزنا وإن شرط في الكبش النطاح أو في الديك كونه مناقرا لم يصح لأنه منهي عنه في الشرع فجرى مجرى الغناء في الجارية وإن شرط أن الديك يوقظه للصلاة لم يصح لأنه لا يمكن الوفاء به وإن

شروط أنه يصح في أوقات معلومة جرى مجرى التصويت في القمري على ما ذكرنا

والثالث : أن يشترط نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيره أو خياطة الثوب أو تفصيله ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكنها سنة أو دابة ويشترط ظهره إلى مكان معلوم أو عبداً ويستثنى خدمته مدة معلومة نص عليه أحمد وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح لأنه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشروط ولأنه يناهى مقتضى البيع فأشبهه ما لو شرط أن لا يسلمه ذلك لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته وقال ابن عقيل فيه رواية أخرى أنه يبطل البيع والشروط نقلها عبد الله بن محمد في الرجل يشتري من الرجل الجارية ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل قال شيخنا : وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسألة فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين أحدهما : أنها مجهولة فإطلاقه يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة الثاني : أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها وذلك يفرض إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحتها وهذا لا يوجد في غيرها ولذلك منع إغارة الأمة الشابة لغير محرمها وقال مالك إن اشترط ركوبا إلى مكان قريب جاز وإن كان إلى مكان بعيد كره لأن اليسير تدخله المسامحة ولنا ما [روى جابر أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم جملاً واشترط ظهره إلى المدينة] وفي لفظ قال : [فبعته بأوقية واستثنيت حملانه إلى أهلي] متفق عليه وفي لفظ : [فبعته بخمس أواق قال : قلت على أن لي ظهره إلى المدينة قال : ولك ظهره إلى المدينة] رواه مسلم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وهذه معلومة ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع فيما إذا اشترى نخلاً مؤبرة أو أرضاً مزروعة أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة فجاز أن يستثنىها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير ولم يصح نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط وإنما نهى عن شرطين في بيع مفهومة إباحة الشرط الواحد وقياسهم منقوض بشرط الخيار والتأجيل في الثمن

فصل : وإن باع أمة واستثنى وطأها مدة معلومة لم يصح لأن الوطاء لا يباح في غير ملك أو نكاح لقول الله تعالى : { والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون } وفارق اشتراط وطء المكاتبه حيث نبهنا لأنها مملوكة فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك واختار ابن عقيل عدم الإباحة أيضاً وهو قول أكثر الفقهاء

فصل : وإن باع المشتري العين المستثناة منفعتها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضاً فإن كان عالماً بذلك فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه وإن لم يعلم فله خيار الفسخ كمن اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة وإن أ تلف المشتري العين فعليه

أجرة المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وضمن البيع وإن تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله نص عليه أحمد وقال : يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل قال القاضي : معناه عندي القدر الذي نقصه البائع لأجل الشرط وظاهر كلام أحمد خلاف هذا لأنه يضمن ما فات بتفريطه فضمنه بعوضه وهو أجرة المثل فأما إن تلفت بغير فعله وتفريطه لم يضمن قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لأنه كان له حملان ؟ قال لا إنما شرط عليه هذا بعينه لأنه لا يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤبرة بثمرتها أو غير المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها وكما لو باع حائطا واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت وقال القاضي عليه ضمانها أخذاً من عموم كلام أحمد وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل وكلامه محمول على حالة التفريط على ما ذكرناه

فصل : إذا اشترط البائع منفعة فأراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير المبيع نص عليه أحمد لأن حقه تعلق بعينها أشبه ما لو استأجر عينا فبذل له الآخر مثلها ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها فإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما وإن أراد البائع إعاره العين أو إيجارها لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة الموصى بمنافعها ولا تجوز إيجارها إلا لمثله في الانتفاع فإن أراد إيجارها أو إعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك كما لا يجوز له إيجار العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل

فصل : وإن قال بعثك هذه الدار وأجرتكها شهرا لم يصح لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري فلم يصح قال ابن عقيل : وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ومعناه أن يستأجر طحانا ليطحن له كذا بقفيز منه فيصير كأنه شرط له القفيز عوضا عن عمله في باقي الكر المطحون ويحتمل الجواز بناء على اشتراطه البائع في المبيع على ما نذكره إن شاء الله تعالى

فصل : ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع مثل أن يشتري ثوبا ويشترط على بائعه خياطته قميصا أو بلغة ويشترط حذوها نعلا أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره واحتج أحمد بما روي أن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي حزمة حطب وشارطه على حملها وبه قال إسحاق و أبو عبيدة وقال أبو حنيفة يجوز أن يشتري بغلة ويشترط على البائع حذوها وحكي عن أبي ثور و الثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لأنه شرط فاسد أشبه الشروط الفاسدة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط ولنا ما تقدم في قضية محمد بن مسلمة ولأنه بيع وإجارة لأنه باعه الثوب وأجره نفسه على خياطته وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد فإذا جمعتهما جاز كالعينين ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط قال أحمد : إنما نهى عن شرطين في بيع وهو يدل

بمفهومه على جواز الشرط الواحد ولا بد من العلم بالمنفعة لهما ليصح اشتراطها لأننا نزلنا ذلك منزلة الإجارة فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله والبايع لا يعرف منزله لم يصح وإن شرط حذوها نعلا فلا بد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء قال أحمد : في الرجل يشتري البغلة على أن يحذوها جائز إذا أراد الشكر فإن تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الإجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك وإن تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العلم والأجرة عليه كقولنا في الإجارة

فصل : وإذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعلم العمل فله ذلك بمنزلة الأجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه وإن أراد بذلك العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لأن المعاوضة عقد تراض فلا يجبر عليه أحد وإن تراضيا عليه احتمل الجواز لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فإذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فإذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أن تؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصى ويحتمل أن لا يجوز لأنه مشروط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فإنه يجوز أن يرد في الخبز والخمير قل أو كثر ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة لم يجز ولأنه أخذ عوضا عن مرفق معتاد جرت العادة بالعمو عنه دون أخذ العوض فأشبهه المنافع المستثناة شرعا وهو إذا باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تبقيته إلى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا ليتنفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك

[جزء 4 - صفحة 59]

وذكر الخرقى في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج ههنا مثله مسألة : وذكر الخرقى في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج ههنا مثله

إذا اشترى زراعا أو جزءه من الرطبة أو ثمرة على الشجر فالحصاد وجز الرطبة وجزاذا الثمرة على المشتري لأن نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع بخلاف الكيل والوزن والعدد فإنها على البائع لأنها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فليها وهذا مذهب أبي حنيفة و الشافعي ولا نعلم فيه خلافا إن شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الخرقى يبطل البيع وقال ابن أبي موسى لا يجوز وقيل يجوز فإن قلنا لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على الرويتين وقال القاضي : المذهب جواز الشرط ذكره أبو بكر و ابن حامد وقال القاضي ولم

أجد بما قاله الخرقى رواية في المذهب واختلف فيه أصحاب الشافعي فقال بعضهم : إذا شرط الحصاد على البائع بطل البيع قولا واحدا وقال بعضهم : يكون على قولين فمن أفسده قال لا يصح لثلاثة معان أحدها : شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه والثاني : أنه شرط ما لا يقتضيه العقد والثالث : أنه شرط تأخير التسليم لأن معنى ذلك تسليمه مقطوعا ومن أجازة قال هذا بيع وإجارة وكل واحد منهما يصح إفراده فصح جمعهما كالعينين وقولهم شرط العمل فيما لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع والثاني : يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار والثالث : ليس بتأخير لأنه يمكنه تسليمه قائما ويبقى الشرط من المستلم فليس ذلك بتأخير التسليم فإذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه

فإن قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الإجارة لأن الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الإجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا : كما يصح بيع الشقص والسيف وحكهما مختلف بدليل ثبوت الشفعة في الشقص دون السيف وقد صح الجمع بينهما وقول الخرقى أن العقد ههنا يبطل يحتمل أن يختص هذه المسألة وشبهها مما يفضي الشرط فيه إلى التنازع فإن البائع قد يريد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضي إلى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع كما ذكرنا في صدر المسألة والأول أولى لوجهين أحدهما : أنه قد قال في موضع آخر ولا يبطل البيع شرط واحد والثاني : أن المذهب أنه يصح اشتراط منفعة البائع في البيع كما ذكرنا والله أعلم

وإن جمع بين شرطين لم يصح

مسألة : وإن جمع بين شرطين لم يصح

ثبت عن أحمد رحمه الله أنه قال : الشرط الواحد لا بأس به إنما نهى عن الشرطين في البيع وهو ما روي عن عبد الله بن عمرو [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك] أخرجه أبو داود و الترمذي وقال حديث حسن صحيح قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله أن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفض يده وقال : الشرط الواحد لا بأس به في البيع إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جملة وبشرط ظهره إلى المدينة واختلف في تفسير الشرطين المنهيين عنهما عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق فيمن اشترى ثوبا واشترط على البائع خياطته أو قصارته أو طعاما واشترط طحنه وحمله إن شرط أحد هذه الأشياء فلا بيع جاز وإن اشترط شرطين فالبيع باطل وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو هذا التفسير وروى الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشترها على أنه لا يبيعهما من أحد ولا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين وروى عنه إسماعيل بن سعيد في

الشرطين في البيع أن يقول إذا بعته فأنا أحق بها بالثمن وأن تخدمني سنة فظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النحو وأما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو من مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر وقال القاضي في المجرد ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين لمصلحة العقد أو للغير مصلحته أخذاً من ظاهر الحديث وعملاً بعمومة ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين ورووا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر والفاسد يؤثر فيه وإن اتحد والحديث الذي روينا يدل على الفرق ولأن العذر اليسير إذا احتمل في العقد لا يلزم احتمال الكثير وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه والذي ذكره القاضي في المجرد بعيد أيضاً فإن شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ما هو من مصلحة العقد كالأجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر في بطلانه قلت أو كثرت ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم فالظاهر أنه غير مراد له والأولى تفسيره بما حكاه ابن المنذر والله أعلم

فصل : الثاني فاسد وهو ثلاثة أنواع أحدها : أن يشترط على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع هذا الشرط فاسد يبطل به البيع لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [لا يحل بيع وسلف ولا شرطان في بيع] قال الترمذي هذا حديث صحيح ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة حديث صحيح وهذا منه قال أحمد : وكذلك كل ما في معنى ذلك مثل أن يقول على أن تزوجني ابتك فهذا كله لا يصح قال ابن مسعود : صفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي وجمهور العلماء وجوزه مالك وجعل العوض المذكور في الشرط فاسداً قال : ولا ألتفت إلي اللفظ الفاسد إذا كان معلوماً حلالاً فكانه باع السلعة بالدرهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير ولنا الخبر والنهي يقتضي الفساد ولأن العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لأن البائع لم يرض به إلا بالشرط فإذا فات الرضا به ولأنه بشرط عقداً في عقد فلم يصح كنعكاح الشغار وقوله لا ألتفت إلي اللفظ لا يصح لأن البيع هو اللفظ فإذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً ويحتمل أن يصح البيع ويبطل الشرط بناء على ما إذا شرط ما ينافي مقتضى العقد على ما

نذكره إن شاء الله تعالى

الثاني : شرط ما ينافي مقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة عليه أو متى نفق المبيع وإلا رده أو إلا يبيع ولا يهب ولا يعتق وإن أعتق فالولاء له أو يشترط أن يفعل ذلك فهذا الشرط باطل في نفسه لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء [ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل] نص على بطلان هذا الشرط وقسنا عليه سائر الشروط لأنها في معناه وهل يبطل بها البيع ؟ على روايتين قال القاضي : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقى وبه قال الحسن و الشعبي و النخعي و

الحكم و ابن أبي ليلى و أبو ثور والثانية : البيع فاسد وهو قول أبي حنيفة و الشافعي لأنه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو اشترط فيه عقداً آخر ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي ولأنه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط

ووجه الأولى ما [روت عائشة قالت : جاءتني بريرة فقالت : كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقلت إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت : إني عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال : خذها واشترطي لهم الولاء وإنما الولاء لمن اعتق ففعلت عائشة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن اعتق [متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر : خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب فإن قبيل المراد بقوله : [اشترطي لهم الولاء] أي عليهم بدليل أنه أمرها به ولا يأمرها بفساد قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين أحدهما : أن الولاء لها بإعتاقها فلا حاجة إلى اشتراطه الثاني : أنهم أبوا البيع إلا أن يشترط لهم الولاء فكيف بأمرهم بما علم أنهم لا يقبلونه منها وأما أمرها بذلك فليس هو أمر على الحقيقة وإنما هو صيغة الأمر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقول الله تعالى : { استغفر لهم أو لا تستغفر لهم } وقوله : { اصبروا أو لا تصبروا } والتقدير واشترطي لهم الولاء أو لا تشترطي ولهذا قال عقبه [وإنما الولاء لمن اعتق] وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا وما ذكره من المعنى في مقابلة أبيض لا يقبل

فصل : وإذا حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشتري لأن البائع إنما سمح بالبيع بهذا الثمن لما حصل له من الغرض بالشرط والمشتري إنما سمح له بزيادة الثمن من أجل شرطه فإذا لم يحصل غرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به كما لو وجده معيباً ويحتمل أن يثبت الخيار ولا يرجع بشيء كمن شرط رهناً أو ضمينا فامتنع الراهن والضمين ولأن ما ينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولاً ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم لأرباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع وإن حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء قبضه أو لم يقبضه على ما ذكره إن شاء الله تعالى

إلا إذا شرط العتق ففي صحته روايتان
 مسألة : إلا إذا شرط العتق ففي صحته روايتان
 إحداهما : يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لأن عائشة اشترت
 بريرة وشرط عليها أهلها عتقها وولاءها فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم
 شرط الولاء دون العتق والثانية : الشطر فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لأنه
 شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما إذا اشترط أن يبيعه وليس في حديث
 عائشة أنها شرطت لهم العتق إنما أخبرتهم أنها تريد ذلك من غير شرط
 فاشترطوا ولاءها فإن حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة على
 ما بينا وإن حكمنا بصحته فاعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه وإن لم
 يعتقه ففيه وجهان أحدهما : يجبر لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه كما لو
 نذر عتقه والثاني : لا يجبر لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل ما لو
 شرط الرهن والضمين فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لأنه لم يسلم له ما
 شرط أشبه ما لو شرط عليه رهنا فلم يف به وإن تعيب المبيع أو كان أمة
 فأحبها أعتقه وأجزأه لأن الرق باق فيه وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئاً فهو
 له وإن مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم
 قيمته لو بيع مطلقاً وكم قيمته إذا بيع بشرط العتق ؟ فرجع بقسط ذلك من
 ثمنه في أحد الوجهين كالارش وفي الآخر يضمن بما نقص من قيمته

[جزء 4 - صفحة 63]

وعنه فيمن باع جارية وشرط على المشتري أنه إن باعها فهو أحق بها بالثمن
 أن البيع جائز
 مسألة : وعنه فيمن باع جارية وشرط على المشتري أنه إن باعها فهو أحق بها
 بالثمن أن البيع جائز
 روى المروزي عن أحمد أنه قال هو في معنى حديث النبي صلى الله عليه
 وسلم : [لا شرطان في بيع] يعني أنه فاسد لأنه شرط أن يبيعه إياه وأن يبيعه
 بالثمن الأول فيهما شرطان في بيع نهى عنهما ولأنه ينافي مقتضى العقد لأنه
 شرط أن لا يبيعه من غيره إذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من
 فلان وروى عنه إسماعيل بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود أنه قال
 ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها إن بعتهأ فهي لها بالثمن
 الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال لا تقربها ولأحد فيها شرط قال
 إسماعيل فذكرت لأحمد الحديث قال البيع جائز ولا تقربها لأنه كان فيها شرط
 واحد للمرأة ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد فحمل الحديث على ظاهره
 وأخذه به وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساد شرط
 شيخنا : ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروزي على فساد الشرط

وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحا والشرط فاسدا كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعهها وقول أحمد لا تقر بها قد روي مثله فيمن اشترط في الأمة أن لا يبيعهها ولا يهبها أو شرط عليه ولاءها أو لا يقربها والبيع جائز لحديث عمر المذكور وقال القاضي وهذا يدل على الكراهة لا على التحريم قال ابن عقيل : عندي أنه إنما منع من الوطاء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

[جزء 4 - صفحة 64]

وإن شرط رهنا فاسدا كالخمر ونحوه فهل يبطل البيع على وجهين ؟
 مسألة : وإن شرط رهنا فاسدا كالخمر ونحوه فهل يبطل البيع على وجهين ؟
 أصلهما الروايتان في الشروط الفاسدة وقد مضى ذكرهما
 فصل : وإذا قال رجل لغريمه يعني هذا على أن أقضيك دينك منه ففعل
 فالشرط باطل لأنه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء وهل يفسد البيع ؟
 ينبنى على الشروط الفاسدة على ما ذكرنا وإن قال اقبضني حقي على أن
 أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل والقضاء صحيح لأنه أقبضه حقه وإن قال
 أقبضني أجود من مالي على أن أبيعك كذا فالقضاء والشرط باطلان وعليه رد
 ما قبضه ويطالب بماله
 فصل : ومتى حكمنا بفساد العقد لم يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أو لا
 ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي
 وقال أبو حنيفة : يثبت الملك فيه إذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه
 مع زيادته المتصلة إلا أن يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ
 قيمته محتجا بحديث بريرة فإن عائشة اشترتها بشرط الولاء فاعتقتها فأجاز
 النبي صلى الله عليه وسلم العتق والبيع فاسد ولأن المشتري على صفة يملك
 المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل غير أنه عقد فيه تسليط
 فوجب أن يملكه كالعقد الصحيح ولنا أنه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو
 كان الثمن ميتة أو دما فأما حديث بريرة وإنما يدل على صحة العقد لا على ما
 ذكره وليس في الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر أن أهلها
 حين بلغهم إنكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ويحتمل أن
 الشرط كان سابقا للعقد فلم يؤثر فيه
 فصل : وعليه رد المبيع مع نمائه المنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده وإن
 نقص ضمن نقصه لأنها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة أيضا وإن تلف
 المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي : ولأن
 أحمد نص عليه في الغصب ولأنه قبضه بإذن مالكة فأشبهه العارية وذكر الخرقى
 في الغصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج ههنا كذلك ولأصحاب
 الشافعي وجهان كهذين

فصل : فإن كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها ملكة ولأن في الملك اختلافًا وعليه مهر مثلها لأن الحد إذا سقط للشبهة وجب المهر ولأن الوطاء في ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكرًا فإن قيل أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسدا فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة قلنا لأن النكاح تضمن الاذن في الوطاء المذهب للبكارة لأنه معقود على الوطاء ولا كذلك البيع لأنه ليس بمعقود على الوطاء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها فإن قيل إذا أوجبتم مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمائه لها فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لأن مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكرًا فقد استوفى نفع هذا الجزء فوجب قيمة ما استوفى من نفعه وإذا أتلفه وجب ضمان عينه ولا يجوز أن يضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فإنه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

فصل : وإن ولدت كان ولدها حرا لأنه وطئها بشبهة ويلحق به لذلك ولا ولاء عليه لأنه حر الأصل وعلى الواطئ قيمته يوم وضعه لأنه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فإن سقط ميتا لم يضمن لأنه إنما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ فإن قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا وجب ضمانه قلنا : الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ولأن الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بعينه فإن كان الضارب أجنيا فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة عبد أو أمة وللسيد أقل الأمرين من دية الجنين أو قيمته يوم سقط لأن ضمان الضارب له قام مقام خروجه حيا ولذلك ضمنه للبائع وإنما كان للسيد أقل الأمرين لأن الغرة إن كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لأنه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئا وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لأنه بسبب ذلك ضمن وإن ضرب الواطئ بطنها فألقت الجنين ميتا فعليه الغرة أيضا ولا يرث منها شيئا وللسيد أقل الأمرين كما ذكرنا وإن سلم الجارية المبيعة إلى البائع حاملا فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلفت بذلك ضمنها لأن تلفها بسبب منه وإن ملكها الواطئ لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لأنها علققت منه في غير ملكه فأشبهت الزوجة وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره لا تصير له أم ولد بهذا

فصل : إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لأنه باع ملك غيره بغير إذنه وعلى المشتري رده على البائع الأول لأنه مالكة ولبائعه أخذه حيث وجده ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الأول على بائعه فإن تلف في يد الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما لأن الأول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامنا فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الأول لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه وإن ضمن الأول رجع بالفضل على الثاني

فصل : وإن زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد إلى ما كان عليه أو ولدت الأمة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن

تلك الزيادة لأنها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المغصوب واحتمل أن لا يضمنها لأنه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده إن تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها وإلا فلا وإن تلفت العين بعد زيادتها أسقطت تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين التلف قال القاضي وهذا ظاهر كلام أحمد

فصل : وإذا باع بيعة فاسدا وتقابضا ثم أتلغ البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع والمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لأنه في يده فكان أحق به كالمرتهن ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه

فصل : وإذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لأنه لا يملك المبيع والثمن على غيره ولا يشبه هذا ما لو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضا في مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد ولذلك لم يجز في النكاح أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لأن العوض على غيره وإن كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان

الثالث : أن يشترط شرطا يعلق البيع كقوله بعثك إن جئتني بكذا أو أن رضي فلا يصح البيع لأنه علق البيع على شرط مستقبل فلم يحص كما إذا قال : بعثك إذا جاء رأس الشهر

[جزء 4 - صفحة 66]

وكذلك إذا قال المرتهن إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك فلا يصح البيع إلا بيع العربون وهو أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما ويقول أن أخذته وإلا فالدرهم لك فقال أحمد يصح لأن عمر فعله وعند أبي الخطاب أنه لا يصح مسألة : وكذلك إذا قال المرتهن إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك فلا يصح البيع إلا بيع العربون وهو أن يشتري شيئا ويعطي البائع درهما ويقول إن أخذته وإلا فالدرهم لك فقال أحمد يصح لأن عمر فعله وعند أبي الخطاب أنه لا يصح

وممن روي عن القول بفساد الشرط ابن عمر و شريح و النخعي و مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحدا خالفهم والأصل في ذلك ما روى معاوية بن عبد الله بن جعفر قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن] رواه الأثرم : قلت لأحمد ما معنى قوله لا يغلق الرهن قال لا يدفع رهن إلى رجل ويقول : إن جئتك بالدرهم إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يغلق الرهن عند مالك و الثوري و

أحمد وإنما فسد البيع لأنه معلق بشطر مستقبل فلم يصح كالمسألة قبلها وكما لو قال إن ولدت ناقتي فصيلا فقد بعتهك بدينار

فصل : والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة ويدفع إلى البائع درهما أو أكثر على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذ فهو للبائع يقال عربون وعربون وعربان وأربان قال أحمد و محمد بن سيرين لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه وعن ابن عمر أنه أجازهم وقال ابن المسيب و ابن سيرين لا بأس إذا كره السلعة أن يردّها ويرد معها شيئا قال أحمد هذا في معناه وقال أبو الخطاب لا يصح وهو قول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس والحسن ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون رواه ابن ماجه ولأنه شرط للبائع شيئا بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لاجنبي ولأنه بمنزلة الخيار المجهول فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم (قال شيخنا) وهذا قول القياس وإنما صار أحمد فيه إلى ما روى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضي عمر وإلا فله كذا وكذا قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب إليه قال أي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه وضعف الحديث المروي روى هذه القصة الأثرم بإسناده

فصل : فأما إن دفع إليه قبل البيع ردهما وقال لا تبع هذه السلعة لغيري وإن لم اشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشترها منه بعد ذلك بعقد مبتدأ وحسب الدرهم من الثمن صح لأن البيع خلا عن الشرط المفسد ويحتمل أن الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله لأنه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة

[جزء 4 - صفحة 67]

وإن قال بعتهك على أن تنقذني الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة وإلا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه

مسألة : وإن قال بعتهك على أن تنقذني الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة وإلا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه وهذا قول أبي حنيفة و الثوري و إسحاق و محمد بن الحسن وقال به أبو ثور إذا كان إلى ثلاث وحكي مثل قوله عن ابن عمر وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وإن كان عشرين ليلة فيه البيع وقال الشافعي و زفر البيع فاسد لأنه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد

ولنا أنه يروى عن عمر ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار ولأنه بيع فجاز أن يفسخ بتأخير القبض كالصرف ولأن هذا

بمعنى شرط الخيار ولأنه كما يحتاج إلى التروي في المبيع - هل يوافقه أو لا - يحتاج إلى التروي في الثمن هل يصير منقودا أو لا فهما شبيهان في المعنى وإن تغايرا في الصورة إلا أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ وهذا يفسخ إذا لم ينقد في المدة المذكورة لأنه جعله كذلك

وإن باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه

مسألة : وإن باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي وقال إبراهيم و الحكم و حماد لا يبرأ إلا ما سمى وقال شريح لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه وروي عنه أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه يروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبدا بشرط البراءة بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيبا فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا إلى عثمان فقال عثمان لابن عمر : تحلف إنك لم تعلم بهذا العيب ؟ قال لا فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم رواه الإمام أحمد وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ويتخرج أن يبرأ من العيوب كلها بالبراءة أصحاب الرأي وقول الشافعي لما [روت أم سلمة أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه] وهذا يدل على أن البراءة من المجهول جائزة ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالطلاق والعتاق ولا فرق بين المجهول وغيره فما ثبت في أحدهما يثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر فلا يبقى حجة

فصل : وإذا قلنا بفساد هذا الشرط لم يفسد به البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لما ذكرنا من قضية ابن عمر فإنهم أجمعوا على صحتها فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط وبكون وجوده كعدمه وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان إحداهما : يفسد بها العقد فيدخل فيها هذا البيع لأن البائع إنما رضي بهذا الثمن عوضا عن ماله بهذا الشرط فإذا فسد الشرط فإذ الرضا به فيفسد البيع لعدم التراضي

فصل : قال رضي الله عنه وإن باعه دارا أو ثوبا على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر فالبيع باطل لأنه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وإنما باع عشرة ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضا وعنه أنه صحيح والزيادة للبائع لأن ذلك نقص على المشتري فلم يمنع صحة البيع كالمعيب ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم العشرة فإن رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيرا وإن أبى تسليمه زائدا فللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ بجميع الثمن المسمى فإن رضي بالأخذ

أخذ بالعشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ ؟ على وجهين : أولهما : له الفسخ لأن عليه ضررا في المشاركة والثانية : لا خيار له لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولأن هذا الضرر حصل بتغيره واختياره بخلاف مجبره فلا ينبغي أن يسقط به على فسخ عقد المشتري فإن بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك جاز وإن بانّت تسعة فالبيع باطل لما ذكرنا وعنه أنه صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن وقال أصحاب الشافعي ليس له إمساكه إلا بجميع الثمن أو الفسخ بناء على المبيع المعيب عندهم ولنا أنه وجد المبيع ناقصا في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانّت خمسين وسنين في المعيب أن له إمساكه وأخذ الأرش فإن أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لأنه إنما رضي ببيعها بكل الثمن فإذا لم يصل إليه ثبت له الفسخ فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لأنه وصل إليه الثمن الذي رضيه فأشبهه ما لو اشترى معيبا فرضيه بجميع الثمن وإن اتفقا على تعويضه عنه جاز لأنها معاوضة فجازت بتراضيهما كغيرها

فصل : وإن اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانّت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لأنه لا ضرر في رد الزيادة وإن بانّت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمي الكيل في الصبرة لا يكون قبضها إلا بالكيل فإن وجدها قدر حقه أخذها وإن كانت زائدة رد الزيادة وإن نقصت أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة ؟ على وجهين أحدهما : له الخيار وهو مذهب الشافعي لأنه وجد المبيع ناقصا فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة والثاني : لا خيار له لأن نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره

[جزء 4 - صفحة 69]

باب الخيار في المبيع
(وهو على سبعة أقال : أحدها خيار المجلس ويثبت في البيع والصلح بمعناه والإجارة ويثبت في الصرف والسلم وعنه لا يثبت فيهما ولا يثبت في سائر العقود إلا في المساقاة والحوالة والسبق في أحد الوجهين)
وجملته أن خيار المجلس يثبت في البيع بمعنى أنه يقع جائزا ولكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخه ما دام مجتمعين لم يتفرقا وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة وبه قال سعيد بن المسيب و شريح و الشعبي و عطاء و طاوس و الزهري و الأوزاعي و ابن أبي ذئب و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور وقال مالك وأصحاب

الرأي يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا خيار لهما لأنه روي عن عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجردة كالنكاح والخلع : ولنا ما روي ابن عمر [عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا تبايع الرجلان فلكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع] متفق عليه و [قال عليه الصلاة والسلام : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] رواه الأئمة ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو ثور الأسلمي ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك و أيوب و عبيد الله بن عمرو و ابن جريح و الليث بن سعيد وغيرهم وهو صريح في حكم المسألة وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته الحديث مع روايته له وثبوته عنده قال الشافعي : لا أدري هل أتهم مالكا نفسه أو نافعا وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث فإن قيل المراد بالتفرق هاهنا التفرق بالأقوال كقوله تعالى : { وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة } وقول النبي صلى الله عليه وسلم [ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة] أي بالأقوال والاعتقادات قلنا هذا باطل لوجوه منها أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بقول ولا اعتقاد إنما بينهما اتفاق على البيع بعد الاختلاف فيه الثاني : أن هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم أنها بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه الثالث : أنه قال في الحديث : [إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار بعد تبايعهما] وقال : [وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع]

الرابع : أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله فإنه كان إذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع وتفسير أبي برزة بقوله مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه وقول عمر : البيع صفقة أو خيار معناه أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه لأنه قد روي عن الجورجاني مثل مذهبنا ولو أراد ما قالوه لم يجز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فإنه لا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن قول الصحابي لا يحتج به إذا خالفه غيره من الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما ولا يصح قياس البيع على النكاح لأن النكاح لا يقع إلا بعد رؤية ونظر غالبا فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت الخيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسألة ظاهر لظهور دليله وضعف ما يذكره المخالف في مقابلته

فصل : ويثبت الخيار في الصلح بمعنى البيع لأنه عقد معاوضة أشبه البيع والهيئة إذا شرط فيها عوضا معلوما ثبت فيها الخيار في إحدى الروايتين بناء على الاختلاف فيها هل تصير بيعا أو لا ويثبت في الإجارة لأنه عقد معاوضة أشبه البيع ويثبت في الصرف والسلم وما يشترط فيه القبض في المجلس كبيع مال الربا بجنسه في الصحيح لما ذكرنا من الخبر والمعنى وعنه لا يثبت فيها قياسا على

خيار الشرط فإنه لا يثبت فيها رواية واحدة لأن موضعها على أن لا يبقى بينهما علاقة بعد التفريق بدليل اشتراط القبض وثبوت الخيار يبقى بينهما علاقة ولا يثبت في سائر العقود

وهي على اضرب أحدها : لازم لا يقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيهما خيار لأن الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جابرا لما يذهب من ماله والعوض هاهنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة بغير عوض ولأن في ثبوت الخيار في النكاح ضررا ذكرناه

الضرب الثاني : لازم من أحد طرفيه كالرهن لازم في حق الراهن وحده فلا يثبت فيه خيار لأن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت الخيار والراهن يستغني بثبوت الخيار له إلى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما لأنهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن وكذلك المكاتب
الضرب الثالث : عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجمالة والوكالة والوديعة والوصية فلا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها والتمكن من فسها بأصل وضعها

الضرب الرابع : ما هو متردد بين الجواز واللزوم كالمساقاة والمزارعة وظاهر المذهب أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار وقيل هما إجارة فلهما حكمها والسبق والرمي الظاهر أنهما جمالة فلا يثبت فيهما خيار وقيل هما إجارة وقد ذكرناه فأما الحوالة والأخذ بالشفعة فهو عقد لازم يستقبل به أحد المتعاقدين فلا خيار فيهما لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لا يثبت في الآخر كسائر العقود ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لأنه يقصد فيهما العوض فأشبهها سائر عقود المعاوضات

[جزء 4 - صفحة 71]

ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانها لما ذكرناه مسألة : ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانها لما ذكرناه ولا خلاف في لزوم العقد بعد التفريق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه مثل أن يجد في السلعة عيبا فيردها به أو يكون قد شرط الخيار مدة معلومة فيملك الرد فيها بغير خلاف علمناه بين أهل العلم وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيبين بخلافه أو يخبره في المراجعة بثمان حال وهو مؤجل ونحو ذلك وقد دل على لزوم البيع بالتفرق قول النبي صلى الله عليه وسلم [وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع] والمرجع في التفريق إلى عرف الناس وعاداتهم لأن الشارع علق عليه حكما ولم يبينه فدل على أنه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والإحراز فإن كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء فبان يمشي أحدهما مستديرا لصاحبه خطوات وقيل هو أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة قال أبو الحارث : سئل أحمد عن تفرقه الأبدان

فقال : إذا أخذ هذا هكذا وأخذ هذا هكذا فقد تفرقا وروى مسلم عن نافع قال : فكان ابن عمر إذا باع فأراد أن لا يقيه مشى هنيهة ثم رجع وإن كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة أن يفارقه من بيت إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس إلى بيت ونحو ذلك فإن كانا في دار صغيرة فإذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه وإن كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى وإن كانت كبيرة صعد أحدهما إلى أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي فإن كان المشتري هو البائع مثل أن اشترى لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه يتولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه كغيره فعلى هذا يعتبر للزومه مفارقة مجلس العقد لأن الافتراق لا يمكن هاهنا لكون البائع هو المشتري ومتى حصل التفرق لزم العقد قصداً ذلك أو لم يقصده علماه أو جهلاه لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد ولو هرب أحدهما من الآخر لزم العقد لأنه فارقه ولا يقف لزوم العقد على رضاهما ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما سترا أو بنيا بينهما حاجزا أو ناما وقاما فمضيا جميعا ولم يتفرقا فالخيار بحاله وإن طالبت المدة لعدم التفرق وقد روى أبو داود و الأثرم بإسنادهما [عن أبي الوضيء قال : غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرسا بغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحنا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فندم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال : بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبو برزة في ناحية العسكر فقالوا له هذه القصة فقال : أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] وما أراكما افترقتما فإن فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود التفرق ولأنه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقتة لصاحبه وقال القاضي : لا ينقطع الخيار لأنه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الإكراه كما لو علق الطلاق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وبقى الخيار للمكره منهما في المجلس الذي يزول عنه الإكراه فيه حتى يفارقه وإن أكرها جميعا انقطع خيارهما لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بتفرقة الآخر له فأشبهه ما لو أكره صاحبه دونه وذكر ابن عقيل من صور الإكراه ما لم رأيا سبعا أو ظالما نطقه فإن لم تفهم إشارته أو جن أو أغمي عليه قام أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي

فصل : ولو ألحقا في العقد خيارا بعد لزومه لم يخلق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابنا : يلحقه لأن لهما فسخ العقد فكان لهما إلحاق الخيار به كالمجلس ولنا أنه عقد لازم فلم يصر جائزا بقولهما كالنكاح وفارق المجلس فإنه جائز فجاز إبقاؤه على جوازه

فصل : وقد روي [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن

[يستقيه] رواه الترمذي وقال حديث حسن وقوله [إلا أن يكون صفقة خيار]
 يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم بتفرقهما لكونه ثابتاً بعده
 بالشرط ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرط فيه أن لا يكون فيه خيار فيلزم
 بمجرد العقد من غير تفرق وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين
 لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم فإنه ذكر
 له فعل ابن عمر وهذا الحديث فقال هذا الآن قول رسول الله صلى الله عليه
 وسلم وهو اختيار أبي بكر وقال القاضي ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لأن ابن
 عمر فعله والأول أصح لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن
 عمر والظاهر أن ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه

[جزء 4 - صفحة 72]

إلا أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في إحدى
 الروايتين وإن سقطه أحدهما بقي خيار صاحبه
 مسألة : إلا أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في
 إحدى الروايتين وإن أسقطه أحدهما بقي خيار صاحبه
 اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه أن الخيار يمتد إلى
 التفرق ولا يبطل بالتخاير ولا بالإسقاط قبل العقد ولا بعده وهو ظاهر كلام
 الخرقى لأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم [البيعان بالخيار ما
 لم يتفرقا] من غير تقييد ولا تخصيص في رواية حكيم بن حزام وأبي برزة
 وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمرو والتقييد إنما هو في حديث ابن عمر
 ومضى انفرد بعض الرواة بزيادة قدم قول الأكثرين وذوي الضبط
 والرواية الثانية : أن الخيار يبطل بالتخاير اختار ابن أبي موسى وهذا مذهب
 الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في
 حديث ابن عمر [فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع]
 يعني لزم وفي لفظ [المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن
 خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع] متفق عليه والأخذ بالزيادة أولى
 وهي صريحة في الحكم والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد
 فالتخاير في ابتدائه أن يقول بعثك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك فلا يكون
 لهما خيار والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت إمضاء العقد
 والزامه أو اخترت العقد أو أسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين وإن اختار
 أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط فأسقطه
 أحدهما وقال أصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء العقد قولان أظهرهما لا
 يقطع الخيار لأنه إسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة فعلى هذا هل
 يبطل به العقد ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة ولنا ما ذكرنا من
 حديثي ابن عمر وذلك صريح في الحكم فلا نعول على ما خالفه ولأن ما أثر في
 الخيار في المجلس أثر فيه مقارنة للعقد كاشتراط الخيار ولأنه أحد الخيارين

في البيع فجاز إخلاؤه عنه كخيار الشرط وقولهم أنه إسقاط للخيار قبل سببه ممنوع فإن سبب الخيار البيع المطلق فأما البيع مع التخايير فليس سببا له ثم لو ثبت أنه سبب للخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه والشفعة لنا فيها منع وإن سلم فالفرق بينهما أن الشفيع أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد بخلاف مسألتنا

فصل : فإن قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئا فالساكت على خياره لأنه لم يوجد منه ما يبطله وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر] رواه البخاري ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن لا يبطل خياره لأنه خيره فلم يختر فلم يؤثر كما لو جعل لزوجته الخيار فلم يختر شيئا ويحمل الحديث على أنه خيره فاختر والأول أولى لظاهر الحديث ولأنه جعل الخيار لغيره ويفارق الزوجة لأنه ملكها ما لا تملك فإذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تمليكا إنما كان إسقاطا فسقط

فصل : قال رضي الله عنه (الثاني خيار الشرط وهو أن يشترط في العقد خيار مدة معلومة فيثبت فيها وإن طالت) هذا قول أبي يوسف و محمد و ابن المنذر وحكي ذلك عن الحسن بن صالح و ابن أبي ليلى و إسحاق و أبو ثور وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل إليها في أقل من أربعة أيام لأن الخيار لحاجته فقدر بها وقال أبو حنيفة و الشافعي لا يجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان جعل له الخيار ثلاثة أيام إن رضي أخذ وإن سخط ترك ولأن الخيار ينافي مقتضى البيع لأنه يمنع الملك وال لزوم وإطلاق التصرف وإنما جاز للحاجة فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى : { فقال تمتعوا في داركم ثلاثة أيام } - بعد قوله - { فياخذكم عذاب قريب }

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشروطه كالأجل ولم يثبت ما روي عن عمر رضي الله عنه وقد روي عن أنس خلافة وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فإنها لا يمكن ضبط الحكم بها لخفائها واختلافها وإنما ترتبط بمطنتها وهو الاقدام فإنه صالح أن يكون ضابطا وربط الحكم به في الثلاث وفي السلم والأجل وقول الآخرين إنه ينافي مقتضى البيع لا يصح لأن مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وإن سلمنا ذلك لكن متى خولف الأصل لمعنى في محل وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى

[جزء 4 - صفحة 74]

ولا يجوز مجهولا في ظاهر المذهب وعنه يجوز وهما على خيارهما ما لم يقطعاه أو تنتهي مدته

مسألة : ولا يجوز مجهولا في ظاهر المذهب وعنه يجوز وهما على خيارهما ما لم يقطعه أو تنتهي مدته
إذا شرط الخيار أبدا أو متى شاء أو قال أحدهما ولي الخيار ولم ذكر مدته أو شرطاه إلى مدة مجهولة كقدوم زيد أو نزول المطر أو مشاورة إنسان ونحو ذلك لم يصح في الصحيح من المذهب هذا اختيار القاضي و ابن عقيل ومذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبدا أو يقطعه أو تنتهي مدته أن كان مشروطا إلى مدة وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم [المسلمون على شروطهم] وقال مالك يصح ويضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لأن ذلك مقرر في العادة فإذا أطلقا حمل عليه وقال أبو حنيفة : إن اسقطا الشرط قبل مضي الثلاث أو حذف الزائد عليها وبيننا مدته صح لأنها حذف المفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم يشترطاه ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ولأن اشتراط الخيار أبدا يقتضي المنع من التصرف على الأبد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو قال بعتك بشرط أن لا تتصرف وقول مالك أنه يرد إلى العادة لا يصح فإنه لا عادة في الخيار يرجع إليها واشترطه منع الجهالة نادر وقول أبي حنيفة لا يصح فإن المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد ولأن العقد لا يخلو من أن يكون صحيحا أو فاسدا فإن كان صحيحا مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطناه وإن كان فاسدا لم ينقلب صحيحا كبيع درهم بدرهمين إذا حذف أحدهما وإذا قلنا يفسد الشرط هل يفسد به البيع ؟ على روايتين :

إحداهما : يفسد وهو مذهب الشافعي لأنه عقد قارنه شرط فاسد ككنكاح الشغار ولأن البائع إنما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري إنما رضي ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صحناه لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه والزمناه ما لم يرض به ولأن الشرط يأخذ قسطا من الثمن فإذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولا فيفسد به العقد

والثانية : لا يفسد به العقد وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ولأن العقد قد تم بأركانه والشرط زائد فإذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط

فصل : وإن شرطه إلى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لأنه يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولا ويحتمل أن يصح لأن ذلك يتفاوت في العادة ولا يكثر تفاوته وإن شرطه إلى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوما صح وإن أراد نفس العطاء فهو مجهول

فصل : وإن شرطا الخيار شهرا يوما يثبت ويوما لا فقال ابن عقيل يصح في اليوم الأول لامكانه ويبطل فيما بعده لأنه إذا لزم في اليوم الثاني لم يعد إلى الجواز ويحتمل أن يبطل الشرط كله لأنه شرط واحد تناول الخيار في أيام فإذا فسد بعضه فسد جميعه كما لو شرطه إلى الحصاد

ولا يثبت إلا في البيع والصلح بمعناه والإجارة في الذمة أو على مدة لا تلي العقد
 مسألة : ولا يثبت إلا في البيع والصلح بمعناه والإجارة في الذمة أو على مدة لا تلي العقد
 لا نعلم خلافا في ثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا يشترط فيه القبض في المجلس وكذلك الصلح بمعنى البيع لأنه بيع بلفظ الصلح والهبة بعوض على إحدى الروايتين والإجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه لأن الإجارة بيع المنافع فأشبهت بيع الأعيان فأما الإجارة المعينة فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيرا الشرط لأن دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو استبقائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال : يثبت فيها خيار الشرط قياسا على البيع وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما فإن كانت المدة لا تلي العقد يثبت فيها خيار الشرط إذا كانت مدة الخيار لا تشمل على شيء من مدة العقد فإن كانت بعض مدى العقد تدخل في مدة الخيار لم يجز لما ذكرنا

وإن شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة
 مسألة : وإن شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة وهذا مذهب الشافعي وعنه يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لأن إلي تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى : { وأيديكم إلى المرافق } - { ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم } والخيار ثابت بيقين فلا نزله بالشك
 ولنا أن موضوع (إلى) لانتهاز الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله تعالى : { ثم أتموا الصيام إلى الليل } وكالأجل وليس ههنا شك فإن الأصل حمل اللفظ على موضوعه فكان الواضع قال : متى سمعتم هذه اللفظ فافهموا منها انتهاء الغاية : وفيما استشهدوا به حملت إلى على معنى مع بدليل أو لتعذر حملها على موضوعها ولأن الأصل لزوم العقد وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت ما يتقن منه وما شككنا فيه رددناه إلى الأصل
 فصل : وإن شرط الخيار إلى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح وقال بعض أهل العلم : لا يصح توقيته بطلوعها لأنها قد تتغير فلا يعلم وقت طلوعها ولنا أنه تعليق للخيار بأمر ظاهر معلوم فصح كتعليقه بغروبها وطلوع الشمس بروتها من الأفق كما أن غروبها سقوط القرص ولذلك لو علق طلاق امرأته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع بروتها من الأفق وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها فمنع الغيم المعرفة بوقته ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو إلى غيبتها تحته كان خيارا مجهولا

[جزء 4 - صفحة 76]

وإن شرطاه مدة فابتدأؤها من حين العقد ويحتمل أن يكون من حين التفرق
مسألة : وإن شرطاه مدة فابتدأؤها من حين العقد ويحتمل أن يكون من حين
التفرق

إذا شرط الخيار مدة معلومة اعتبرنا مدة الخيار من حين العقد في أظهر
الوجهين والآخر من حين التفرق لأن الخيار ثابت في المجلس حقا فلا حاجة
إلى إثباته بالشرط ولأن حالة المجلس كحالة العقد لأن لهما فيه الزيادة
والنقصان فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه والأول أصح لأنها
مدة ملحقة بالعقد فأشبهت الأجل ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار فيجب أن
يتعقبه حكمه كالملك في البيع ولأننا لو جعلنا ابتداءها من حين التفرق أدى إلى
جهالته لأننا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتدأؤه ولا وقت انتهائه ولا يمنع
ثبوت الحكم بسببين كتحریم الوطاء بالصيام والإحرام فعلى هذا لو شرط
ابتدائه من حين التفرق لم يصح إلا على قولنا بصحة الخيار المجهول وإن قلنا
ابتدأؤه من حين التفرق فشرط ثبوته من حين العقد صح لأنه معلوم الابتداء
والانتهاء ويحتمل أن لا يصح لأن خيار المجلس يغني عن خيار آخر فيمنع ثبوته
والأول أولى ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا

وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلا له فيه
مسألة : وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلا له فيه إذا شرط الخيار لأجنبي
صح وكان اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره فيه وهذا قول أبي حنيفة و مالك و
الشافعي قولان : أحدهما : لا يصح وهو قول القاضي إذا أطلق الخيار لفلان أو
قال لفلان دوني لأن الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين
بنظره فلا يكون لما لا حظ له وإن جعل الأجنبي وكيلا صح
ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض إليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ
تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه لقول
النبي صلى الله عليه وسلم [المسلمون على شروطهم] فعلى هذا يكون لكل
واحد من المشترط ووكيله الذي شرط له الخيار الفسخ ولو كان المبيع عبدا
فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لأنه بمنزلة الأجنبي
وإن كان العاقد وكيلا فشرط الخيار لنفسه صح فإن النظر في تحصيل الحظ
مفوض إليه وإن شرطه للمالك صح لأنه المالك والحظ له وإن شرطه لأجنبي
انبنى على الروايتين في صحة توكيل الوكيل
فصل : ولو قال بعثك على أن أستأمر فلانا أو حد ذلك بوقت معلوم فهو خيار
صحيح وله الفسخ قبل أن يستأمره لأننا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول
بعض أصحاب الشافعي وإن لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار المجهول فيه
من الخلاف ما ذكرناه

[جزء 4 - صفحة 77]

وإن شرطاً الخيار لأحدهما دون صاحبه صح
 مسألة : وإن شرطاً الخيار لأحدهما دون صاحبه صح
 يجوز شرط الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر ويجوز أن يشترطاً لأحدهما مدة
 وللآخر دونها لأن ذلك حقهما وإنما جوز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز ولو
 اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح لأن أكثر ما فيه
 أنه جمع بين مبيع فيه الخيار وبين مبيع لا خيار فيه وذلك جائز بالقياس على
 شراء ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه فإنه يصح ويكون كل واحد منهما مبيعا
 بقسطه من الثمن فإن فسخ البيع فيما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كما
 لو وجد أحدهما مبيعا فرده وإن شرط الخيار في أحدهما لا بعينه أو شرط الخيار
 لأحد المتعاقدين لا بعينه لم يصح لأنه مجهول فأشبه ما لو اشترى واحدا من
 عبيدين لا بعينه ولأنه يفضي إلى التنازع فربما طلب كل واحد من المتعاقدين
 ضد ما يطلبه الآخر ويدعي أنني المستحق للخيار أو شرط الخيار في أحد
 المبيعين بعينه كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا كله مذهب الشافعي

ولمن له الخيار الفسخ بغير حضور صاحبه ولا رضاه
 مسألة : ولمن له الخيار الفسخ بغير حضور صاحبه ولا رضاه
 وبهذا قال مالك و الشافعي و أبو يوسف و زفر وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ
 إلا بحضور صاحبه كالوديعة ولنا أنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه فلم يفتقر
 إلى حضوره كالطلاق وما ذكره ينتقض بالطلاق والوديعة لا حق للمودع فيها
 ويصح فسخها مع غيبته

[جزء 4 - صفحة 78]

فإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما
 مسألة : فإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما
 إذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد وهذا قول أبو
 حنيفة و الشافعي وقال القاضي لا يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي
 الأجل في حق المولي ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل
 ولأن الحكم ببقائها يفضي إلى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها
 والشرط يثبت الخيار فلا يجوز أن يثبت به الحكم ببقائها يفضي إلى بقاء الخيار
 في غير المدة التي شرطاه فيها والشرط يثبت الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما

لم يتناوله ولأنه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات ولأن البيع يقتضي اللزوم وإنما يختلف موجهه بالشرط ففيما لم يتناوله الشرط يجب إن يثبت موجهه لزوال المعارض كما لو أمضياه وأما المولي فإن المدة إنما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسألة ظاهر فصل : فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد (لا خلاية) فقال أحمد : أرى ذلك جائزا وله الخيار إن كان خليه وإن لم يكن خليه فليس له خيار وذلك لأن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يصدق في البيع فقال [إذا بايعت فقل لا خلاية] متفق عليه ولمسلم [من بايعت فقل لا خلاية] فكان إذا بايع يقول لا خلاية قال شيخنا : ويحتمل أن لا يكون له خيار ويكون هذا الخبر خاصا بحبان لأنه روي أنه عاش إلى زمن عثمان فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار ثلاثا وهذا يدل على اختصاصه بهذا لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لمن قال لا خلاية وقال بعض الشافعية : إن كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت وإن علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين لأنه [روي أن حبان بن منقذ بن عمرو كان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال : إذا أنت بايعت فقل لا خلاية ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فإن رضيت أمسكت وإن سخطت فارددها على صاحبها] وما ثبت في حق واحد من الصحابة ثبت في حق غيره ما لم يرقم على اختصاصه دليل ولنا أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقا ولا يقتضي تقييده بثلاث والأصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه والخبر الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلا وهم لا يرون المرسل حجة ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه إنما قالوا إنه في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثا ولا يعلم ذلك أحد لأن اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه ما لا يقتضيه ولا يدل عليه وعلى أنه إنما كان خاصا لحبان بدليل ما رويناه ولأنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه

فصل : إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لأنه من الحيل ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز إذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة فإن لم يكن أراد هذا فلا بأس قيل لأبي عبد الله فإن أراد إرفاقه أراد أن يقرضه ما لا يخاف أن يذهب فاشتري منه شيئا وجعل له الخيار لم يرد الحيلة فقال أبو عبد الله هذا جائز إلا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع إلا بإتلافه أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لئلا يفضي إلى أن القرض جر منفعة

وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين
 مسألة : وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين
 ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين كون
 الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان وهو أحد أقوال الشافعي وعن أحمد أن الملك
 لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو
 حنيفة إذا كان الخيار لهما أو للبائع وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع ولم
 يدخل في ملك المشتري لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك
 كالهبة قبل القبض و للشافعي قول ثابت أن الملك موقوف فإن أمضيا البيع
 تبينا أن الملك للمشتري وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع
 ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن
 يشترطه المبتاع] وقوله [من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمره للبائع إلا أن يشترطه
 المبتاع] متفق عليه فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع ولأنه
 بيع صحيح فنقل الملك عقيب كالأذي لا خيار فيه ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح
 بقوله ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيع لأن التمليك يدل على نقل الملك إلى
 المشتري ويقتضيه لفظه وقد اعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره فيما
 يقتضيه وبدل عليه لفظه وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضا بعوض
 فوجد كل واحد منهم بما اشتراه عيبا وقولهم إنه قاصر غير صحيح وجواز
 فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب وامتناع التصرف
 إنما كان لأجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون وقولهم إنه يخرج عن
 ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح لأنه يفضي إلى وجود ملك بغير
 مالك وهو محال ويفضي أيضا إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول
 عوضه للمشتري أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون
 العقد معاوضة يابى ذلك وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف إن أمضيا
 البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح فإن انتقال الملك إنما ينبني على سببه
 الناقل وهو البيع وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه فإن أمضاه ليس من
 المقتضي ولا شرطا فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس
 بمانع فإن المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ولأن
 البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبها فيما إذا لم يفسخ فوجب أن يثبت وإن
 فسخ كبيع المعيب وهو ظاهر إن شاء الله تعالى

[جزء 4 - صفحة 80]

فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه
 مسألة : فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه

ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه قال أحمد فيمن اشترى عبدا ووهب له مال قبل التفريق ثم اختار البائع العبد فالمال للمشتري وقال الشافعي إن أمضيا العقد وقلنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له وإن قلنا الملك للبائع فالنماء له وإن فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له وإلا فهو للمشتري ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [الخراج بالضمان] قال الترمذي هذا حديث صحيح وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له ولأن الملك ينتقل بالبائع على ما بينا فيجب أن يكون نماءه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد بناء على قولنا إن الملك لا ينتقل وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بكل حال كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة

فصل : وضمان المبيع على المشتري إذا قبضه أو لم يكن مكيبلا ولا موزونا فإن تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لأنه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومؤنته عليه وإن كان عبدا فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك وإن اشترى حاملا فولدت عنده في مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لأنها مبيع حدث فيه زيادة منفصلة فلزم رده بزيادته كما لو اشترى عبيدين فسمن أحدهما عنده وقال الشافعي في أحد قوليهِ : لا يرد الولد لأن الحمل لا حكم له لأنه جزء متصل بالأم فلم يأخذ قسطا من الثمن كأطرافها ولنا أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلا يقسط عليه إذا كان متصلا باللبن وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والربع والحكم في الأصل ممنوع ثم يفارق الحمل الأطراف لأنه يؤول إلى الانفصال وينتفع به منفصلا ويصح إفراده منفصلا والوصية به وله ويرث إن كان من أهل الميراث ويفرد بالدية ويرثها ورثته وقولهم لا حكم للحمل لا يصح لهذه الأحكام وغيرها مما قد ذكرناه

وليس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع في مدة الخيار إلا بما يحصل به تجربة المبيع

مسألة : وليس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع في مدة الخيار إلا بما يحصل به تجربة المبيع

إنما لم يجز لواحد منهما التصرف في المبيع في مدة الخيار لأنه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه غلته فيتصرف فيه المشتري فأما تصرفه بما يحصل به تجربة المبيع كركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها وحب الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فيجوز لأن ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختيار المبيع

[جزء 4 - صفحة 81]

فإن تصرفا فيه ببيع أو هبة أو نحوهما لم ينفذ تصرفهما
 مسألة : فإن تصرفا فيه ببيع أو هبة أو نحوهما لم ينفذ تصرفهما
 إذا تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفا ينقل الملك كالبيع
 والهبة والوقف أو يستغله كالإجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوهما لم يصح
 تصرفه إلا العتق على ما نذكره سواء وجد تصرف من البائع أو المشتري لأن
 البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع
 المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن إلا أن يكون الخيار للمشتري
 وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لأنه لاحق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع
 تصرفه فيه كالمعيب قال أحمد : إذا اشترط الخيار فباعه قل ذلك بريح فالريح
 للمبتاع لأنه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا فيما إذا
 اشترط الخيار له وحده وكذلك إذا قلنا إن البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما
 أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لأنه ملكه وله إبطال خيار
 غيره وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع قبل التفرق ببيع أو
 هبة روايتان إحداهما : لا يصح لأن في صحته إسقاط حق البائع من الخيار
 والثانية : هو موقوف فإن تفرقا قبل الفسخ صح وإن اختار البائع الفسخ بطل
 بيع المشتري قال أحمد في رواية أبي طالب : إذا اشترى ثوبا بشرط فباعه
 بريح قبل انقضاء الشرط يردده إلى صاحبه إن طلبه فإن لم يقدر على رده
 فللبائع قيمة الثوب لأنه استهلك ثوبه أو يصلحه فقله يردده إن طلبه يدل على
 أن وجوب رده مشروط بطلبه وقد روى البخاري [عن ابن عمر أنه كان مع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فكان على بكر صعب لعمر فكان
 يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم فيقول أبوه لا يتقدم النبي صلى الله عليه
 وسلم أحد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بعنيه فقال عمر : فهو لك فقال
 النبي صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت] وهذا
 يدل على التصرف قبل التفرق والأول أصح وحديث ابن عمر ليس فيه تصريح
 بالبيع فإن قول عمر هو لك يحمل على أنه أراد هبته وهو الظاهر فإنه لم يذكر
 ثمنًا والهبة لا يثبت فيها الخيار وقال الشافعي : تصرف البائع في المبيع بالبيع
 والهبة ونحوهما صحيح لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه وأما أن
 تكون للمشتري والبائع يملك فسخره فجعل البيع والهبة فسخره وأما تصرف
 المشتري فلا يصح إذا قلنا الملك لغيره وإن قلنا الملك له ففي صحة تصرفه

وجهان

ولنا على إبطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا
 نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار وقولهم يملك الفسخ قلنا إلا أن ابتداء
 التصرف لم يصادف ملك فلم يصح كتصرف الأب فيما وهبه لولده قبل
 استرجاعه وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه
 فصل : فإن تصرف المشتري بإذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح
 التصرف وانقطع خيارهما لأنه يدل على تراضيهما بإمضاء البيع فينقطع به
 خيارهما كما لو تخيرا وإنما يصح تصرفهما لأن قطع الخيار حصل بالإذن في
 البيع فيقع بعد البيع انقطاع الخيار ويحتمل أن لا يصح تصرف البائع بإذن

المشتري لأن البائع لا يحتاج إلى إذن المشتري المبيع في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري وقد ذكرنا أنه لا يصح كذا ههنا وكل موضع قلنا إن تصرف البائع لا ينفذ ولكن يفسخ به البيع فإنه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواه صح لأن الملك عاد إليه بفسخ البيع فصح تصرفه فيه كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه إلا إذا قلنا تصرفه لا يفسخ به البيع وكذلك إن تقدم تصرفه بما يفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

[جزء 4 - صفحة 82]

ويكون تصرف البائع فسخا للبيع وتصرف المشتري إسقاطا لخياره في أحد الوجهين وفي الآخر البيع والخيار بحالهما
مسألة : ويكون تصرف البائع فسخا للبيع وتصرف المشتري إسقاطا لخياره في أحد الوجهين وفي الآخر البيع والخيار بحالهما وإن استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الوجهين وكذلك إن قبلته الجارية ويحتمل أن يبطل إذا لم يمنعها إذا تصرف البائع في المبيع بما يفتقر إلى الملك كان فسخا للبيع وهذا مذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن تصرفه يدل على رغبته في المبيع فكان فسخا للبيع كصريح القول لأن الصريح إنما كان فسخا للبيع لدلالته على الرضا به فما دل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات الطلاق وعن أحمد رواية أخرى لا يفسخ البيع بذلك لأن الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له كمن وجد متاعه عند مفلس فتصرف فيه وإن تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار بما ذكرنا ونحوه مما يختص الملك كاعتاق العبد وكتابته ووطء الجارية ومباشرتها ولمسها بشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة لحاجته أو سكنى الدر ورمها وحصاد الزرع فما وجد من هذا فهو رضا بالمبيع ويبطل به خياره لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضا وبدلالته ولذلك بطل خيار المعتقة بتمكينها من نفسها و [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن وطئك فلا خيار لك] وهذا مذهب أبي حنيفة و الشافعي فأما ما يستعلم به المبيع كركوب الدابة ليختبر فراحتها والطحن على الرحى ليعلم قدره ونحو ذلك فلا يدل على الرضا ولا يبطل به الخيار لأنه مقصود بالخيار وفيه وجه آخر أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل إلا بالتصريح كما لو ركب الدابة ليختبرها والأول أصح لأن هذا يتضمن إجازة البيع وبدل على الرضا به فيبطل به الخيار كصريح القول ولأن صريح القول إنما يبطل به الخيار لدلالته على الرضا فما دل على الرضا بالمبيع يقوم مقام القول ككنايات الطلاق وإن عرضه على البيع أو باعه بيعا فاسدا أو عرضه على الرهن أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره على الوجه الأول لأن ذلك يدل على الرضا به قال أحمد إذا شرط الخيار فباعه قبل ذلك بريح فالريح للمبتاع لأنه وجب عليه حين عرضه
فصل : وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان إحداهما : لا يبطل خياره قال أبو الصقر : قلت لأحمد رجل اشترى جارية وله الخيار فيها يومين فانطلق

بها فغسلت رأسه أو غمرت رجله أو طبخت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك ؟ قال لا حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره قلت فإن مشطها أو خضبها أو حفاها هل استوجبها بذلك ؟ قال قد بطل خياره لأنه موضع يده عليها وذلك لأن الاستخدام لا يختص الملك ويراد به تجربة المبيع فأشبهه ركوب الدابة ليعلم سيرها ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لأنه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها بشهوة ويمكن أن يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته وإن قبلت الجارية المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل ذكره أبو الخطاب إذا لم يمنعها لأن إقراره لها على ذلك يجري مجرى استمتاعه بها وقال أبو حنيفة إن قبلته بشهوة بطل خياره لأنه استمتع يختص الملك فأبطل خياره كما لو قبلها

ولنا أنها قبلة لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما لو قبلت البائع ولأن الخيار له لا لها فلو ألزمناه بفعلها لألزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه بخلاف ما إذا قبلها فإنه يدل على الرضا بها ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فخيار البائع باق بحاله لأن خياره لا يبطل برضا غيره إلا أن يكون تصرف بإذن البائع وقد ذكرناه

[جزء 4 - صفحة 83]

وإن أعتقه المشتري نفذ عتقه وبطل خيارهما وكذلك إن تلف المبيع وعنه لا يبطل خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة
مسألة : وإن أعتقه المشتري نفذ عتقه وبطل خيارهما وكذلك إن تلف المبيع وعنه لا يبطل خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة
إذا تصرف أحد المتعاقدين بعتق المبيع في مدة الخيار نفذ عتق من حكمنا بالملك له وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فنفذ عتقه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما لأنه عتق من مالك جائز التصرف فنفيذ كما بعد المدة وقول النبي صلى الله عليه وسلم [لا عتق فيما لا يملك ابن آدم] يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك وملك البائع الفسخ لا يمنع نفوذ العتق من المشتري كما لو باع عبدا بجارية معيبة فإن عتق المشتري ينفذ مع أن للبائع الفسخ ولو وهب رجل ابنه عبدا فاعتقه نفذ عتقه مع ملك الأب استرجاعه ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب وقال أبو حنيفة و مالك و الشافعي ينفذ عتقه لأنه ملكه وإن كان الملك انتقل فإنه يسترجعه بالعتق ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الأب عبد ابنه الذي وهبه إياه وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري وإن قلنا بالرواية الأخرى وإن الملك لم ينتقل إلى المشتري نفذ عتق البائع دون المشتري وإن أعتق البائع والمشتري جميعا فإن تقدم عتق المشتري فالحكم على ما ذكرناه وإن تقدم عتق البائع فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما لأن البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكة ولكن حصل بإعتاقه فسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية نفذ

إعتاقه لأنه عاد العبد إليه أشبه ما لو استرجعه بصريح قوله إلا على الرواية التي تقول إن تصرف البائع لا يكون فسخا للبيع فينبغي أن ينفذ إعتاق المشتري ولو اشترى من يعتق عليه جرى مجرى إعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه وإن باع عبدا بجارية بشرط الخيار فاعتقها نفذ عتق الأمة دون العبد وإن أعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت فإن أعتق الأمة أولا نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد وإن أعتق أولا انفسخ البيع ورجع إليه العبد ولم ينفذ إعتاقه ولا ينفذ عتق الأمة لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها الذي باعها فصل : وإذا قال لعبده إذا بعته فانت حر ثم باعه صار حرا نص عليه أحمد وبه قال الحسن و ابن أبي ليلى و مالك و الشافعي وسواء شرطنا الخيار أو لم بشرطاه وقال أبو حنيفة و الثوري لا يعتق لأنه إذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ إعتاقه له ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لأن البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب الحرية كما لو قال لعبده إذا مت فأنت حر ولأنه علق حرته على فعله للبيع والصادر منه في البيع إنما هو الإيجاب فمتى قال للمشتري بعته فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري وعلله القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخيرا ثم باعه لم يعتق ولا يصح هذا التعليل على مذهبننا لأننا قد ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ إعتاقه

فصل : وإذا أعتق المشتري العبد بطل خياره وخيار البائع وهذا اختيار الخرقى كما لو تلف المبيع على ما ذكره وفيه رواية أخرى أنه لا يبطل خيار البائع لقول النبي صلى الله عليه وسلم [البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] فعلى هذه الرواية له الفسخ والرجوع بالقيمة يوم العتق

فصل : وإن تلف المبيع في مدة الخيار فلا يخلو إما أن يكون قبل القبض أو بعده فإن كان قبل القبض وكان مكيلا أو موزونا انفسخ البيع وكان من مال البائع ولا نعلم في هذا خلافا إلا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ويبطل خياره وفي خيار البائع روايتان وإن كان البيع غير المكيل والموزون فلم يمنع البائع والمشتري من قبضه فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره وفي خيار البائع روايتان إحداهما : يبطل وهو اختيار الخرقى و أبي بكر لأنه خيار فسخ يبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المعيب والثانية : لا يبطل وللبيع الفسخ ويطالب المشتري بقيمته أو مثله إن كان مثليا اختارها القاضي و ابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم [البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] ولأنه خيار فسخ فلم يبطل بتلف المبيع كما لو اشترى ثوبا بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيبا فإنه يردده ويرجع بقيمة ثوبه كذا ههنا

وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين وفيه وجه آخر أنه كالعق لأنه تصرف يبطل الشفعة فأشبهه العتق
 مسألة : وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين وفيه وجه آخر أنه كالعق لأنه تصرف يبطل الشفعة فأشبهه العتق
 والصحيح أن حكمه حكم البيع فيما ذكرنا لأن المبيع يتعلق به حق البائع قلنا بمنع جواز التصرف فمنع صحة الوقف كالرهن ويفارق الوقف العتق لأنه مبني على التغليب والسراية بخلاف الوقف ولا نسلم أن الوقف يبطل الشفعة والله أعلم

وإن وطئ المشتري الجارية فأحبها صارت أم ولد له وولده حر ثابت النسب
 مسألة : وإن وطئ المشتري الجارية فأحبها صارت أم ولد له وولده حر ثابت النسب

لا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده لأنه يتعلق بها حق البائع فلم يصح وطؤها كالمرهونة ولا نعلم في هذا خلافا فإن وطئها فلا حد عليه لأن الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لأنها مملوكته وإن علقته منه فالولد حر يلحقه نسبه لأنه من أمته ولا يلزمه قيمته لذلك وتصير أم ولد له فإن فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لأنه تعذر الفسخ فيها ولا يرجع بقيمة ولدها لأنه حدث في ملك المشتري وإن قلنا إن الملك لا ينتقل إلى المشتري فلا حد عليه أيضا لأن له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك إليه فيها واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له والحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وقيمة الولد وحكمها حكم نمائها وإن علم التحريم وإن ملكه غير ثبت فولده رقيق

وإن وطئها البائع وقلنا البيع يفسخ بوطئه فكذلك وإن قلنا لا يفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا إذا قلنا الملك له ولا حد فيه على كل حال
 مسألة : وإن وطئها البائع وقلنا البيع يفسخ بوطئه فكذلك وإن قلنا لا يفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا إذا قلنا الملك له ولا حد فيه على كل حال
 وقال أصحابنا عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا يفسخ بوطئه وهو المنصوص وأما البائع فلا يحل له الوطاء قبل فسخ البيع وقال بضع الشافعية له وطؤها لأن البيع يفسخ بوطئه فإن كان الملك انتقل رجعت إليه وإن لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها فيكون واطئها لمملوكته التي لا حق لغيره فيها ولنا أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها لقول الله تعالى : { إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون } ولأن ابتداء الوطاء يقع في غير ملكه حراما ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم يحل حتى يستبرئها ولا حد عليه وبهذا قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي وقال بعض أصحابنا إن علم التحريم وأن ملكه قد زال ولا يفسخ بالوطء فعليه الحد وذكر أن أحمد نص عليه لأنه لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك ولنا أن ملكه يحصل بابتداء وطئه فيحصل تمام الوطاء في ملكه مع اختلاف

العلماء في كون الملك له وحل الوطاء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف إذا اجتمعت مع أنه يحتمل أن يحصل الفسخ باللامسة قبل الوطاء فيكون الملك قد رجع إليه قبل وطئه ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه فيما إذا مشطها أو خضبها أو حفها فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى وعلى هذا يكون ولده منها حراً ثابت النسب ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه وتصير أم ولد له وقال أصحابنا إن علم التحريم فولده رقيق لا يلحقه نسبه وإن لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير أم ولد له لأنه وطئها في غير ملكه فصل : ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة و الشافعي وكرهه مالك قال لأنه في معنى بيع وسلف إذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه ولنا أن هذا الحكم من أحكام البيع فجاز في مدة الخيار كالإجارة وما ذكره لا يصح لأننا لا نجيز له التصرف فيه

[جزء 4 - صفحة 86]

ومن مات منهم بطل خياره ولم يورث
مسألة : ومن مات منهم بطل خياره ولم يورث
إذا مات أحد المتبايعين في مدة الخيار بطل خياره في ظاهر المذهب ويبقى خيار الآخر بحاله إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيكون لورثته وهو قول الثوري و أبي حنيفة ويتخرج أن الخيار لا يبطل وينتقل إلى ورثته لأنه حق مالي فينتقل إلى الوارث كالأجل وخيار الرد بالعيب ولأنه حق فسخ فينتقل إلى الوارث كالفسخ بالتحالف وهذا قول مالك و الشافعي ولنا أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة
فصل : الثالث خيار الغبن ويثبت في ثلاث صور إحداها : إذا تلقى الركبان فباعهم أو اشترى منهم فلهم الخيار إذا هبطوا السوق وعلموا أنهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة روي أنهم كانوا يتلقون الاجلاب فيشترون منهم الأمتعة قبل أن يهبطوا الأسواق فربما غبنوهم غبنا بينا فيضروا بهم وربما أضروا بأهل البلد لأن الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعا ويتربصون بها السعة فهو في معنى بيع الحاضر للبادي فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فروى ابن عباس قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد] وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما وكرهه أكثر العلماء منهم عمر بن عبد العزيز و مالك و الليث و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق و حكي عن أبي حنيفة أنه لم ير ذلك بأسا وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قو الجميع قال ابن عبد البر وعن أحمد أن البيع باطل لظاهر النهي والأول أصح لما [روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار] رواه مسلم

والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ولأن النهي لا لمعنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار فأشبهه بيع المصراة وفارق بيع الحاضر للبادي فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار إذ ليس الضرر عليه إنما هو على المسلمين إذا تقرر هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن وقال أصحاب الرأي لا خيار له وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا ولا قول لأحد مع قوله وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لأنه إنما يثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده ولأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع وظاهر كلام الخرقى أن الخيار يثبت له بمجرد الغبن وإن قبل والأولى أن يتقيد بما يخرج عن العادة لأن ما دون ذلك لا ينضبط وقال أصحاب مالك إنما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق بأهل السوق لئلا ينقطع عنهم ماله حبسوا من ابتغاء فضل الله قال ابن القاسم : فإن تلقاها متلق فاشترها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها وقال الليث ابن سعد : يباع في السوق وهذا مخالف لمدلول الحديث فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع إذا هبط السوق ولم يجعلوا له خيارا وجعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن النهي عن التلقي لحقه لا لحق غيره ولأن الجالس في السوق كالمتلقي في أن كل واحد منهما مبتغى لفضل الله ولا يليق بالحكمة فسح عقد أحدهما والحق الضرر به دفعا للضرر عن مثله وليس رعاية حق المجالس أولى من رعاية حق المتلقي ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته فلا يعرج على مثل هذا

فصل : فإن تلقاهم فباعهم شيئا فهو كمن اشترى منهم ولهم الخيار إذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة وهذا أحد الوجهين للشافعية وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لأنهم عللوه بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [لا تلقوا الركبان] والبائع داخل فيه ولأن النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم وهذا في البيع كهو في الشراء والحديث قد جاء مطلقا ولو كان مختصا بالشراء لألحق به ما في معناه وهذا في معناه

فصل : فإن خرج لغير قصد التلقي فلقي ركبا فقال القاضي : ليس له الابتاع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك وهو قول الليث بن سعد والوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ولأنه نادر فلا يكثر ضرره كمن يقصد ذلك ووجه الأول أنه إنما نهى عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم وذلك متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده فأشبهه ما لو قصد

الثانية : النجش وهو أن يزيد في السلعة من يريد شراءها ليغر المشتري فله الخيار إذا غبن
 مسألة : الثانية : النجش وهو أن يزيد في السلعة من يريد شراءها ليغر المشتري فله الخيار إذا غبن
 النجش حرام وخداع قال البخاري الناجش آكل الربا خائن وهو خداع باطل لا يحل لما [روي ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش] متفق عليه ولأن في ذلك تغريرا بالمشتري وخديعة له وقد روي [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الخديعة في النار] فإن اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر العلماء منهم الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أن البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لأن النهي يقتضي الفساد ولنا أن النهي عاد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع ولأن النهي لحق آدمي فلم يفسد العقد كبيع المدلس وفارق ما كان لحق الله تعالى فإن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء كما في تلقي الركبان فإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم لا خيار للمشتري لأن التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته ولنا أنه تغرير بالعاقد فإذا غبن ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان وبذلك يبطل ما ذكروه ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط فصدقه المشتري ثم كان كاذبا فالبيع صحيح وللمشتري الخيار أيضا لأنه في معنى النجش

الثالثة المسترسل إذا غبن الغبن المذكور
 مسألة : الثالثة المسترسل إذا غبن الغبن المذكور
 يعني إذا غبن غبنا يخرج عن العادة كما ذكرنا في تلقي الركبان والنجش يثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء وبه قال مالك قال ابن أبي موسى : وقد قيل قد لزمه البيع ولا فسخ له وهو مذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المسترسل وكالغبن اليسير ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان فأما غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجعل ما لو ثبت لعلمه لم يكن له خيار لأنه انبنى على تفريطه وتقصيره والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة قال أحمد : المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد وحده أبو بكر في التنبه و ابن أبي موسى في الإرشاد بالثلث وهو قول مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم

[والثالث كثير] وقيل السدس والأولى تحديده بما لا يتغبن الناس به في العادة لأن ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف

فصل : وإذا وقع البيع على غير متعين كقفيز من صبرة ورطل من دن فظاهر قول الخرقى أنه يلزم بالتفرق سواء تقابضا أو لا وقال القاضي في موضع المبيع الذي لا يلزم إلا بالقبض كالمكيل والموزون فقد صرح بأنه لا يلزم قبل قبضه وذكر في موضع آخر : من اشترى قفيزا من صبرتين فتلفت إحدهما قبل القبض بطل العقد في التالف دون الباقي رواية واحدة ولا خيار للبائع وهذا تصريح باللزوم في حق البائع قبل القبض وأنه لو كان جائزا كان له الخيار سواء تلفت إحدهم أو لم تتلف ووجه الجواز أنه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان جائزا كما قبل التفرق ولأنه لو تلف لكان من ضمان البائع ووجه اللزوم قول النبي صلى الله عليه وسلم [وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع] وما ذكرناه للقول الأول ينتقض ببيع الموصوف والسلم فإنه لا زم مع ما ذكرناه وكذلك سائر البيع في إحدى الروايتين

فصل : قال رضي الله عنه (الرابع خيار التدليس بما يزيد الثمن كتصرية اللبن في الشرع وتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وجمع ماء الرحي وارساله عند عرضها فهذا يثبت للمشتري خيار الرد) التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع وأنشد أبو عبيدة :

(رأيت غلاما قد صرى في فقرته ... ماء الشباب عنفوان شرته)

قال البخاري : أصل التصرية حبس الماء يقال صريت الماء ويقال للمصراة المحلفة وهو من الجمع أيضا ومنه سميت مجامع الناس محافل والتصرية حرام إذا أريد بها التدليس على المشتري لقول النبي صلى الله عليه وسلم [لا تصروا الإبل] وقوله [من غشنا فليس منا] وروى ابن ماجه بإسناده [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم] ورواه ابن عبد البر [ولا تحل خلابة مسلم] فمن اشترى مصراة من بهيمة الأنعام وهو لا يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والإمسك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك و ابن أبي ليلى و الشافعي و إسحاق و أبو يوسف وعامة أهل العلم وذهب أبو حنيفة و محمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب بدليل أنها لو لم تكن مصراة فوجدها أقل لبنا من أمثالها لم يملك ردا والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل

ولنا ما روى أبو هريرة [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر] متفق عليه وروى ابن عمر [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا] رواه أبو داود ولأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كالشمطاء إذا سود شعرها وبه يبطل قياسهم فإن بياضه ليس بعيب كالكبر وإذا دلسه ثبت له الخيار وأما انتفاخ البطن فقد يكون لغير الحمل

فلا معنى لحمله عليه وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول النبي صلى الله عليه وسلم أولى إذا ثبت هذا فإنما يثبت الخيار إذا لم يعلم المشتري بالتصيرية فإن كان عالما لم يثبت له خيار وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولأن انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله كما لو تزوجت عينا ثم طلبت الفسخ ولنا أنه اشتراها عالما بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من سود شعرها عالما بذلك ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع

فصل : وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لأجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجهده أو يحمر وجهها أو يضم الماء على الرحي ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار أيضا لأنه تدليس يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصيرية وبهذا قال الشافعي ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال في تجعيده لا يثبت به خيار لأنه تدليس بما ليس بعيب أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً لأنه يحتمل أن يكون قد ولى بالدواة أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طعماً لا يستحق به فسخا فإن حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد أو احمر وجه الجارية لخجل أو تعيب أو يسود شعرها بشيء وقع عليه فقال القاضي له الرد أيضا لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد أشبه العيب ويحتمل أن لا يثبت الخيار بحمرة الوجه بخجل أو تعب لأنه يحتمل ذلك فتعين ظنه من خلقته الأصلية لطمع فأشبهه سواء أنامل العبد

فصل : وإن دلسه بما لا يختلف به الثمن كتبييض الشرع وتسييطه فلا خيار للمشتري لأنه لا ضرر في ذلك وإن علف الشاة فظنها المشتري حاملاً أو سود أنامل العبد أو ثوبه ليظنه كاتباً أو حدادا أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظنها كثيرة اللبن فلا خيار له لأن ذلك لا ينحصر فيما ظنه المشتري لأن سواد الأنامل قد يكون لولع أو خدمة كاتب أو حداد أو شروع في الكتابة وانتفاخ البطن يكون للأكل فظنه المشتري غير ذلك طمعا لا يثبت به الخيار

فصل : فإن أراد إمساك المدلس مع الأرش لم يكن له ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل له في المصراة أرشا بل خيره بين الإمساك والرد مع صاع من تمر ولأن المدلس ليس بمعيب فلم يستحق له أرشا فإن تعذر عليه الرد بتلف فعليه الثمن لأنه تعذر عليه الرد ولا أرش له أشبه غير المدلس فإن تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أرش العيب عنده وأخذ الثمن وإن شاء أمسك ولا شيء له وإن تصرف في المبيع بعد علمه بالتدليس بطل رده كما لو تصرف في المبيع المعيب وإن أصر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخير رد المعيب على ما ذكره إن شاء الله

ويرد مع المصرة عوض اللين صاعا من تمر فإن لم يجد التمر فقيمه في موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة

مسألة : ويرد مع المصرة عوض اللين صاعا من تمر فإن لم يجد التمر فقيمه في موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة

إذا رد المصرة لزمه بدل اللين في قول كل من جوز ردها وهو مقدر بصاع من تمر كما جاء في الحديث وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد الله عبيد وأبي ثور وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن الواجب صاع من قوت البلد لأن في بعض الأحاديث [ورد معها صاعا من طعام] وفي بعضها [ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا] فجمع بين الأحاديث وجعل تنصيبه على التمر لأنه غالب قوت البلد في المدينة لأنه غالب قوت بلد آخر وقال أبو يوسف يرد قيمة اللين لأنه ضمان متلف فيقدر بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وحكي عن زفر أنه يرد صاعا من تمر أو نصف صاع بر كقولهم في الفطرة ولنا الحديث الصحيح الذي أوردناه وقد نص فيه على التمر فقال [إن شاء ردها وصاعا من تمر] و للبخاري [من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبها صاع من تمر] و ل مسلم [ردها ورد صاعا من تمر لا سمرا] يعني لا يرد قمحا والمراد بالطعام في الحديث التمر لأنه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد وحديث ابن عمر في روايته جميع بن عمير التيمي قال ابن نمير هو من أكذب الناس وقال ابن حبان كان يضع الحديث مع أن الحديث متروك الظاهر بالاتفاق إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحا ثم قد شك فيه الراوي مع مخالفة الحديث الصحيح فلا يعول عليه وقياس أبي يوسف مخالف للنص فلا يقبل ولا يبعد أن يقدر الشارع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة والتنازع كما قدر دية الآدمي ودية أطرافه ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللين فلذلك أوجه لوجه ثلاثة أحدهما : أن القيمة هي الأثمان لا التمر الثاني : أنه أوجب في المصرة من الإبل والغنم جميعاً صاعاً من تمر مع اختلاف لبنها الثالث : أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعاً وإن أمكن أن يكون كذلك فيتعين إيجاب الصاع لأنه القيمة التي عين الشارع إيجابها فلا يجوز العدول عنها ويجب أن يكون صاع التمر جيداً غير معيب لأنه واجب بإطلاق الشارع فينصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ويكفي فيه أدنى ما يقع اسم الجيد ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر أقل من قيمة الشاة أو أكثر أو مثلها نص عليه وليس فيه جميع بين البدل والمبدل لأن التمر بد اللين قدره الشارع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك السيد وإن عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في موضع العقد لأنه بمنزلة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها

فصل : ولا فرق بين الناقة والبقرة والشاة فيما ذكرنا وقال داود لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لأن الحديث [لا تصروا الإبل والغنم] فدل على أن ما عداهما بخلافهما ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص والقياس لا تثبت به الأحكام ولنا عموم

قوله [من اشترى مصراة - ومن ابتاع محفلة] ولم يفصل والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لأن لبنها أكثر وأنفع فيثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع فصل : إذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد فردهن رد مع كل مصراة صاعا وبه قال : الشافعي وبعض المالكية وقال بعضهم في الجميع صاع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال [من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر] ولنا قوله [من اشترى مصراة] وهذا يتناول الواحدة ولأن ما جعل عوضا عن شيء في صفتين وجب إذا كان صفقة واحدة كإرش العيب وأما الحديث فإن الضمير فيه يعود إلى الواحدة

[جزء 4 - صفحة 92]

فإن كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه ويحتمل أن لا يجزئه إلا التمر مسألة : فإن كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه ويحتمل أن لا يجزئه إلا التمر إذا احتلبها واللبن بحاله ثم ردها مع لبنها فلا شيء عليه لأن المبيع إذا كان موجودا فرده لم يلزمه بدله فإن أبى البائع قبوله وطلب التمر فليس له ذلك إذا كان اللبن لم يتغير ويحتمل أن يلزمه قبوله لظاهر الخبر ولأنه قد نقص بالحلب لأن كونه في الضرع أحفظ له

ولنا أنه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البديل كسائر المبدلات مع أبدالها والحديث المراد به رد التمر حاله عدم اللبن لقوله : [في حلبتها صاع من تمر] وقولهم الضرع أحفظ له لا يصح لأنه لا يمكن إبقاؤه في الضرع على الدوام لأنه يضر بالحيوان فإن تغير اللبن ففيه وجهان أحدهما : لا يلزمه قبوله وهو قول مالك للخبر ولأنه قد نقص بالحموضة أشبه تلفه والثاني : يلزمه قبوله لأن التعهد حصل باستعلام المبيع بتعين البائع وتسليطه على حلبه فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة

فصل : فإن رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيبا ردها به لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد لعيب آخر كما لو اشترى أعرج فرضي به فوجده أبرص فإن رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لأنه عوض به فيما إذا ردها بالتصرية فيكون عوضا له مطلقا

فصل : ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيبا فله الرد ثم إن لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه لأن اللبن الحارث بعد العقد يحدث على ملكه وإن كان فيه لبن حال العقد إلا أنه يسير لا يخلو الضرع من مثله عادة فلا شيء فيه لأنه لا عبرة به ولا قيمة له في العادة وإن كان كثيرا وكان قائما بحاله أنبنى رده على رد لبن المصراة وقد سبق فإن قلنا ليس له رده فبقاؤه كتلفه وهل له رد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئا فتلف بعضه أو تعيب فإن قلنا برده رد مثل اللبن لأنه من المثليات والأصل ضمانها بمثلها إلا أنه خولف في لبن المصراة للنص ففيما عداه يبقى على الأصل ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا

فصل : قال ابن عقيل إذا علم التصرية قبل جلبها مثل إن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته فله ردها ولا شيء معها لأن التمر إنما وجب بدلا للبن المحتلب ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر] ولم يأخذ لها ههنا لبنا فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك قال ابن عبد البر : هذا مما لا خلاف فيه

[جزء 4 - صفحة 93]

ومتى علم التصرية فله الرد وقال القاضي : ليس له ردها إلا بعد ثلاث مسألة : ومتى علم التصرية فله الرد وقال القاضي : ليس له ردها إلا بعد ثلاث اختلف أصحابنا في مدة الخيار فقال القاضي هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيتها ولا إمساكها بعدها فإن أمسكها بعدها سقط الرد قال وهو ظاهر كلام أحمد وقول بعض أصحاب الشافعي لأن أبا هريرة روى [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد صاعا من تمر] رواه مسلم قالوا هذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فإنها لا تعرف قبل مضيتها لأن لبها في أول يوم لب التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون نقص لتغير المكان واختلاف العلق وكذلك الثالث فإذا مضت الثلاث استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها وقال أبو الخطاب : متى تبينت التصرية جاز له الرد قبل الثلاث وبعدها لأنه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به إذا ظهر كسائر التدليس وهو قول بعض المدلسين فعلى هذا فائدة التقدير في الخبر بالثلاث لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهرا فإن حصل العلم بها أو لم يحصل فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس وظاهر قول ابن أبي موسى أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها وهو قول ابن المنذر وأبي حامد من الشافعية وحكاه عن الشافعي لظاهر حديث أبي هريرة فإنه يقتضي ثبوت الخيار في الأيام الثلاثة كلها وقول القاضي لا يثبت في شيء منها وقول أبي الخطاب يسوى بينهما وبين غيرهما والعمل بالخبر أولى والقياس ما قاله أبو الخطاب قياسا على سائر التدليس

[جزء 4 - صفحة 94]

وإن صار لبها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله : إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد

مسألة : وإن صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله : إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحد الوجهين للخبر ولأن التدليس كان موجودا في حال العقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن ولنا أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اليمن ولم يوجد فامتنع الرد ولأن العيب لم يوجد ولم تختلف صفة البيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ولأن الخيار يثبت لدفع الضرر ولا ضرر

فإن كانت التصرية في غير بهيمة الأنعام كالأمة والأتان والفرس ثبت له الخيار في أحد الوجهين
مسألة : فإن كانت التصرية في غير بهيمة الأنعام كالأمة والأتان والفرس ثبت له الخيار في أحد الوجهين اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله صلى الله عليه وسلم [من اشترى مصراة] ولأنه تصرية بما يختلف به الثمن فأثبت الخيار كتصيرة بهيمة الأنعام لأن الأدمية تراد للرضاع وبرغب فيها ظئرا ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ والفرس تراد لولدها والثاني : لا يثبت به الخيار لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد كلبن بهيمة الأنعام والخبر ورد في بهيمة الأنعام ولا يصح القياس عليه لذلك ولللفظ العام أريد به الخاص لأنه أمر في ردها بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولأنه ورد عاما وخصا في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص فإن قلنا بردها لم يلزمه بذل لبنها ولا يرد معها شيئا لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعتاض عنه

ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبتها
مسألة : ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبتها لقوله صلى الله عليه وسلم [من غشنا فليس منا] قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح و [قال عليه الصلاة والسلام المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا إلا بينه] وراه ابن ماجة فإن فعل فالبيع في قول أكثر أهل العلم منهم مالك و أبو حنيفة و الشافعي بدليل حديث التصرية فإن النبي صلى الله عليه وسلم صححه مع نهيه عنه وقال أبو بكر إن دلس العيب فالبيع باطل لأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد فقل له ما تقول في التصرية ؟ فلم يذكر جوابا فدل على رجوعه

فصل : قال رضي الله عنه (الخامس خيار العيب وهو النقص كالمرض وذهاب جراحة أو سن زيادتها ونحو ذلك وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرقة والإباق والبول في الفراش إن كان من مميز) العيوب النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف التجار فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والصمم والعمى والعمور والعرج والعفل والقرن والفتق والرتق والقرع والطرش والخرس وسائر المرض

والأصعب الزائدة والناقصة والحول والخوص والسبل وهو زيادة في الأجفان والتخنيث وكونه خنثى والخصاء والتزوج في الأمة والبخر فيها وهذا كله قول أبي حنيفة و الشافعي قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشتري ولها زوج أنه عيب وكذلك الدين في رقبة العبد إذا كان السيد معسرا والجنابة الموجبة للقود ولأن الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجنابة والبيع في الدين ومستحقة الإتيان بالقصاص والزنا والبخر عيب في العبد والأمة وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس بعيب في العبد لأنه لا يراد للفراش والاستمتاع بخلاف الأمة ولنا أن ذلك ينقص قيمته وماليته فإنه بالزنا يتعرض لإقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده على عائلته ؟ والبخر يؤذي سيده ومن جالسه أو ساره والسرقه والإيق والبول في الفراش عيوب في الكبير الذي جاوز العشر وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده وقال الثوري وإسحاق ليس بعيب حتى يحتمل لأن الأحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحد فكذلك هذا ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في بطنه والسرقه والإيق لخبث في طبعه وحد ذلك بالعشر لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها والتفريق بينهما في المضاجع فأما من دون ذلك فتكون هذه الأمور منه لضعف عقله وعدم تثبته وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر ويسكر من النبيذ نص عليه أحمد لأنه يوجب الحد فهو كالزنا وكذلك الحمق الشديد والاستطالة على الناس لأنه يحتاج إلى التأديب وربما تكرر فأفضى إلى تلفه ويختص الكبير دون الصغير لأنه منسوب إلى فعله وعدم الختان ليس بعيب في العبد الصغير لأنه لم يفت وقته ولا في الأمة الكبيرة وبه قال الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لأنه زيادة ألم أشبهت العبد ولنا أنه لا يجب عليها والألم فيه يقل ولا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير فأما الكبير فإن كان مجلوبا من الكفار فليس ذلك بعيب فيه لأن العادة أنهم لا يختنون فصار ذلك معلوما عند المشتري فهو كدبتهم وإن كان مسلما مولدا فهو عيب فيه لأنه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة

فصل : والثبوبة ليست بعيب لأنها الغلاب على الجواري فالإطلاق لا يقتضي خلافها هذا اختيار القاضي وقال ابن عقيل إذا أطلق الشراء اقتضى سلامتها من الثبوبة وبقاء البكارة فالثبوبة إتلاف جزء والأصل عدم الإتلاف والتمن يختلف باختلافه فنقول جزء يختلف الثمن ببقائه وزواله فزواله عيب كتلف بعض أجزائها وتحريمها على المشتري بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل ما يوجب خلا في المالية ولا نقصا والتحريم يختص به وكذلك الإحرام والصيام لأنهما يزولان قريبا وبه قال أبو حنيفة و الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وكذلك عدة البائن فأما عدة الرجعية فهي عيب لأن الرجعية زوجة لا يؤمن ارتجاعها ومعرفة الغناء والحجامة ليس بعيب وحكي عن مالك في الجارية المغنية أنه عيب فيها لأنه محرم ولنا أنه ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فهو كالصناعة وكونه محرما ممنوع وإن سلم فالمحرم استعماله له معرفته والعسر ليس بعيب وكان شريح يرد به

ولنا أنه ليس بنقص وعمله بإحدى يديه يقوم مقام عمله بالأخرى والكفر ليس بغيب وبه قال الشافعي وهو عيب عند أبي حنيفة لأنه نقص لقول الله تعالى : { ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم } ولنا أن العيب فيهم المسلم والكفار والأصل فيهم الكفر بالإطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيرا من الكافر لا يقتضي كون الكفر عيبا كما أن المتقي خير من غيره قال الله تعالى : { إن أكرمكم عند الله أتقاكم } وليس عدمه عيبا وكون ولد زنا ليس بغيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لأنها لا تتراد للاقتراض بخلاف العبد قلنا أن النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفين النسب وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز ونحوه ليس بغيب لأن هذا حرفة فلم يكن فقدها عيبا كسائر الصنائع وكونها لا تحيض ليس بغيب وقال الشافعي هو عيب إذا كان لكبر لأن من لا تحيض لا تحمل ولنا أن الإطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيبا كما لو كان لغير الكبر

[جزء 4 - صفحة 96]

فمن اشترى معيبا لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن
مسألة : فمن اشترى معيبا لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن
من اشترى معيبا يعلم عيبه أو مدلسا أو مصراة وهو عالم فلا خيار له لأنه بذل الثمن فيه عالما راضيا به عوضا أشبه ما لا عيب فيه لا نعلم خلاف ذلك وإن علم به عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الإمساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب فكتمه أو لم يعلم لا نعلم فيه خلافا ولأن إثبات النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بالتصيرية تنبيه على ثبوته بالعيب ولأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ما [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اشترى مملوكا فكتب هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد اشترى منه عبدا - أو أمة - لا دابة ولا غائلة بيع المسلم للمسلم] ولأن الأصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر فعند الإطلاق يحمل عليها فمتى فاتت فأت بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد وأخذ الثمن كاملا
فصل : فإن اختار إمساك المعيب وأخذ الأرش فله ذلك وبه قال إسحاق وقال أبو حنيفة و الشافعي ليس له إلا الإمساك أو الرد ولا أرش له إلا أن يتعذر رد المبيع وروي ذلك عن أحمد حكاه صاحب المحرر لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرش أو الرد عن ولأنه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالرد بالخيار ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له أرش كما لو تعيب عنده ولأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع فأما المصراة فليس فيها عيب وإنما ملك الخيار بالتدليس

لا لفوات جزء وكذلك لا يستحق أرشا إذا تعذر الرد إذا ثبت هذا فمعنى الأرش أن يقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن مثاله أن يقوم المعيب صحيحا بعشرة ومعيبا بسعة والثمن خمسة عشر فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف وعلة ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن ولأننا لو ضمناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشترى شيئا بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيبا بنقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه وهذا لا سبيل إليه وقد نص أحمد على ما ذكرناه وذكره الحسن البصري فقال : يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد هذا أحسن ما سمعته

[جزء 4 - صفحة 97]

وما كسب فهو للمشتري وكذلك نماؤه المنفصل وعنه لا يردده إلا مع نمائه
مسألة : وما كسب فهو للمشتري وكذلك نماؤه المنفصل وعنه لا يردده إلا مع نمائه
وجملة ذلك أنه إذا أراد رد المبيع فلا يخلو إما أن يكون بحاله أو أن يكون قد زاد أو نقص فإن كان بحاله رده وأخذ الثمن وإن زاد بعد العقد أو حصلت له فائدة فذلك قسمان أحدهما : أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة والحمل والثمرة قبل الظهور فإنه يرددها بنمائها فإنه يتبع في العقود والفسوخ القسم الثاني : أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان أحدهما : أن تكون من غير المبيع كالكسب والأجرة وما يوهب له أو يوصى له به فهو للمشتري في مقابلة ضمانه لأن المبيع لو هلك كان من مال المشتري وهو معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم [الخراج بالضمان] ولا نعلم في هذا خلافا وقد روى ابن ماجه بإسناده [عن عائشة أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيبا فردده فقال يا رسول الله إنه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان] رواه أبو داود وبهذا قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم
النوع الثاني : أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضا ويرد الأصل بدونها وبهذا قال الشافعي إلا أن الولد إن كان لأدمية لم يملك ردها دونه وسنذكر ذلك وعنه ليس له رده دون نمائه قياسا على النماء المتصل والمذهب الأول لما ذكرناه من حديث عائشة وقال مالك : إن كان النماء ثمرة لم يرددها وإن كان ولدا رده لأن الرد حكم فسرى إلى الولد كالكتابة وقال أبو حنيفة : النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لأنه لا يمكن رد الأصل بدونه لأنه من موجهه فلا يرفع العقد مع بقاء موجهه ولا يمكن رده معه لأنه لم يتناوله العقد ولنا أنه نماء حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولأنه نماء منفصل فجاز رد الأصل بدونه كالكسب

والثمرة عند مالك وقولهم إن النماء من موجب العقد لا يصح إنما موجب الملك ولو كان موجبا للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ وقول مالك لا يصح لأن الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الأم ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما فإنه لا يسري إلى الولد بوجوده في الأم فإن اشتراها حالما لوفدت عند المشتري فردها رد ولدها معها لأنه من جملة المبيع والولادة نماء متصل وإن نقص المبيع فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى

[جزء 4 - صفحة 98]

ووطء الثيب لا يمنع الرد وعنه يمنع
مسألة : ووطء الثيب لا يمنع الرد وعنه يمنع
إذا اشترى أمة ثيبا فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها ولا شيء عليه
روي ذلك عن زيد بن ثابت وبه قال الشافعي وأبو ثور و عثمان البتي وعن
أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد يروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال
الزهري و الثوري و أبو حنيفة و إسحاق لأن الوطاء كالجناية لأنه لا يخلو في ملك
الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كوطء البكر وقال شريح و الشعبي
و النخعي و سعيد بن المسيب و ابن أبي ليلى يردونها ومعها أرش و اختلفوا فيه
فقال شريح و النخعي نصف عشر ثمنها وقال الشعبي حكومة وقال سعيد بن
المسيب عشرة دنانير وقال ابن أبي موسى مهر مثلها وحكي نحوه عن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد لأنه إذا فسخ
صار واطئا في ملك الغير لكون الفسخ رفعا للعقد من أصله ولنا أنه معنى لا
ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يمنع الرد كالاستخدام
وكوطء الزوج وما قالوه يبطل بوطء الزوج ووطء البكر ينقص ثمنها وقولهم
يكون واطئا في ملك الغير لا يصح لأن الفسخ رفع العقد من حينه لا من أصله
بدليل أنه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون ووطؤه في ملكه
فصل : ولو اشتراها مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه
فإن زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فإن كان النكاح باقيا
فهو عيب حادث وإن كان قد زال فحكمه حكم وطاء السيد وقد استحسّن أحمد
أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الأخرى إذ لا فرق بين هذا وبين وطاء
السيد وإن زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث
حكمه حكم العيوب الحادثة ويحتمل أن كون عيبا بكل حال لأنه لزمها حكم الزنا
في يد المشتري

[جزء 4 - صفحة 99]

وإن وطئ البكر أو تعيبت عنده فله الأرش وعنه أنه مخير بين الأرش وبين الرد وأرش العيب الحادث عنده وبأخذ الثمن
 مسألة : وإن وطئ البكر أو تعيبت عنده فله الأرش وعنه أنه مخير بين الأرش وبين الرد وأرش العيب الحادث عنده وبأخذ الثمن
 إذا وطئ المشتري البكر قبل علمه بالعيب ففيه روايتان إحداهما : لا يردّها وبأخذ أرش العيب وبه قال مالك و ابن سيرين و الزهري و الثوري و الشافعي و أبو حنيفة و إسحاق قال ابن أبي موسى : وهو الصحيح عن أحمد والرواية الأخرى : يردّها ومعها شيء اختارها الخرقى وبه قال شريح و سعيد بن المسيب و الشعبي و النخعي و مالك و ابن أبي ليلى و أبو ثور والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكرا مائة وثيبا ثمانين رد معها عشرين لأنه بفسخ العقد يصير مضمونا عليه بقيمته بخلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري وهذا قول مالك و أبي ثور وقال شريح و النخعي يرد عشر ثمنها وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير وما قلناه إن شاء الله أولى واحتج من منع ردّها بأن الوطاء نقص عينها وقيمتها فمنع الرد كما لو اشترى عبدا فخصاه فنقصت قيمته ووجه الرواية الأخرى أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا للاستعلام فيثبت مع الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض
 فصل : وكذلك كل مبيع كان معيبا ثم حدث به عيب عند المشتري قبل علمه بالأول ففيه روايتان إحداهما : ليس له الرد وله أرش العيب القديم وبه قال الثوري و ابن شبرمة و الشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن ابن سيرين و الزهري و الشعبي لأن الرد يثبت لإزالة الضرر وفي الرد على البائع إضرار به ولا يزال الضرر بالضرر والثانية : له الرد ويرد أرش العيب الحادث عنده وبأخذ الثمن وإن شاء أمسكه وله الأرش وبه قال مالك و إسحاق وقال الحكم يردّه ولم يذكر معه شيئا ولنا حديث المصراة فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بردّها بعد حلبها ورد عوض لبنها ولأنه روي عن عثمان أنه قضى في الثوب إذا كان به عوار يردّه وإن كان قد لبسه ولأنه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه وبين أرش العيب القديم كما لو حدث لاستعلام المبيع ولأن العيبين قد استويا والبائع قد دلس والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى ولأن الرد كان جائزا قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسألة إجماع ولا نص والقياس إنما يكون على أصل وليس لما ذكره أصل فيبقى الجواز بحاله إذا ثبت هذا فإنه يرد أرش العيب الحادث عنده لأن المبيع بجملته مضمون عليه بقيمته فكذلك أجزاءه فإن زال العيب الحادث عنده رده ولا شيء معه على كلتا الروايتين وبه قال الشافعي لأنه زال المانع مع قياس السبب المقتضي للرد فثبت حكمه ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيبا فالحمل عيب للأدميات دون غيرها لأنه يمنع الوطاء ويخاف منه التلف فإن ولدت فالولد للمشتري وإن نقصتها الولادة فذلك عيب وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردّها لزوال العيب فإن كان ولدها باقيا لم يكن له ردّها دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهو محرم وقال الشريف ابن جعفر و أبو الخطاب في مسائلهما له ردّها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه موضع حاجة فأشبهه ما لو ولدت حرا فإنه يجوز بيعها دون ولدها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [من فرق بين والدها وولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة] رواه الترمذي وقال حديث حسن ولأنه أمكن منع الضرر بأخذ الأرش أو برد ولدها معها فلم يجز ارتكاب نهى الشرع بالتفريق بينهما كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها وقولهم إن الحاجة داعية إليه قلنا قد اندفعت الحاجة بأخذ الأرش أما إذا ولدت حراً فلا سبيل إلى بيعه معها بحال ولو كان المبيع حيواناً غير الأدمي فحدث فيه حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب لأنه زيادة وإن علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة فله رد الأم وإمساك الولد لأن التفريق بينهما لا يحرم ولا فرق بين حملها قبل القبض وبعده ولو اشتراها حاملاً فولدت عنده ثم اطلع على عيب فردها رد الولد معها لأنه من جملة المبيع والزيادة فيه نماء متصل فأشبه ما لو سمت الشاة وإن تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده فإن قلنا له الرد فعليه قيمته وعن أحمد لا قيمة عليه للولد وحمل القاضي كلام أحمد على أن البائع دلس العيب وإن نقصت الأم بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ويمكن حمل كلام أحمد على أنه لا حكم للحمل وهو أحد أقوال الشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ المشتري فلا يلزمه مع بقاءه ولا قيمته مع التلف والأول أصح وعليه العمل فصل : فإن كان المبيع كاتباً أو صناعاً فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيباً فالنسيان عيب حادث فهو كغيره من العيوب وعنه يرده ولا شيء عليه وعلله القاضي بأنه ليس بنقص في العين ويمكن عوده بالتذكر قال وعلى هذا لو كان سميماً فهزل والقياس ما ذكرناه فإن الصناعة والكتابة مقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع فأشبهت الأعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وإمكان العود منتقض بالسن والبصر والحمل وما روي عن أحمد محمول على ما إذا دلس بعيب

فصل : وإذا تعيب المبيع عند البائع بعد العقد وكان المبيع من ضمانه فهو كالعيب القديم وإن كان من ضمان المشتري فهو كالعيب الحادث بعد القبض فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري لا يثبت الخيار وهو قول أبي حنيفة و الشافعي وقال مالك : عهدة الرقيق ثلاثة أيام فما أصابه فيها فهو من مال البائع إلا في الجنون والجذام والبرص فإن تبين إلى سنة ثبت الخيار لما [روي الحسن عن عقبة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام] ولأنه إجماع أهل المدينة ولأن الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر ولنا أنه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع وكما بعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال أحمد ليس فيه حديث صحيح وقال ابن المنذر : لا يثبت في العهدة حديث والحسن لم يلق عقبة وإجماع أهل المدينة ليس بحجة والداء الكامن لا عبرة به وإنما النقص بما ظهر لا بما كمن

قال الخرقى : إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا
مسألة : قال الخرقى : إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا
قال القاضي ولو تلف المبيع عنده ث معلّم أن البائع دلس العيب رجع بالثمن
كله نص عليه في رواية حنبل معنى دلس العيب أي كتمه عن المشتري أو
غطاه عنه بما يوهّم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكان
البائع يستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة فخفي على المشتري فلم يردده ولم
يعلم به

والتدليس حرام وقد ذكرناه فمتى فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب
المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملا ولا أرش عليه سواء كان بفعل
المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل أن يجيني عليه أو
بفعل العبد كالسرقة أو بفعل الله تعالى وسواء كان ناقصا للمبيع أو مذهباً
لجملته قال أحمد في رجل اشترى عبداً فأبى وأقام البيعة أن إباقه كان موجوداً
في يد البائع يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه غر المشتري ويتبع البائع عبده
حيث كان ويحكى هذا عن الحكم و مالك لأنه غره فرجع عليه كما لو غره بحرية
أمة قال شيخنا : وباحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت وأرش البكر إذا وطئها
لقول صلى الله عليه وسلم [الخراج بالضمان] وكما يجب عوض لبن المصراة
على المشتري مع كونه قد نهى عن التصرية وقال : [بيع المحفلات خلاية ولا
يحل الخلاية لمسلم] وقد جعل الشارع الضمان عليه لوجوب الخراج فلو كان
ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علقته ولأن وجوب الضمان على البائع
لا يثبت إلا بنص أو إجماع ولا الأمة وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم
يرجع عليه بشيء نص عليه

وإن أعتق العبد أو تلف المبيع يرجع بأرشه وكذلك إن باعه غير عالم بعينه
وكذلك إن وهبه وإن فعله عالماً فلا شيء له
مسألة : وإن أعتق العبد أو تلف المبيع يرجع بأرشه وكذلك إن باعه غير عالم
بعينه وكذلك إن وهبه وإن فعله عالماً فلا شيء له
إذا زال ملك المشتري عن المبيع بعثق أو موت أو وقف أو قتل أو تعذر الرد
لاستيلاذ ونحوه قبل علمه بالعيب فله الأرش وبه قال أبو حنيفة و مالك و
الشافعي إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة لا أرش له لأنه زال ملك بفعل
مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فكان له الأرش كما لو أعتقه
والباع ممنوع وإن سلم فقد استدرك ظلامته فيه وأما الهبة فعن أحمد فيها
روايتان إحداهما : أنها كالبيع لأنه لم يبايس من إمكان الرد لاحتمال رجوع
الموهوب إليه والثانية : له الأرش وهو أولى ولم يذكر القاضي غيرها لأنه لم
يستدرك ظلامته أشبه الوقف وإمكان الرد ليس بمانع من أخذ الأرش عندنا
بدليل ما قبل الهبة وإن أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجع بأرشه وبه قال
أبو يوسف و محمد وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لأنه أهلك العين فأشبه ما لو

قتل العبد ولنا أنه ما استدرك ظلامته ولا رضي بالعيب فلم يسقط حقه من الأرش كما لو تلف بفعل الله تعالى

فصل : إذا باع المشتري المبيع قبل علمه بالعيب فله الأرش نص عليه أحمد لأن البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضا به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه وظاهر كلام الخرقي أنه لا أرش له سواء باعه عالما بعيبه أو غير عالم وهذا مذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن امتناع الرد كان بفعله فأشبه ما لو أ تلف المبيع ولأنه استدرك ظلامته ببيعه فلم يكن له أرش كما لو زال العيب

فصل : وإن باعه عالما بعيبه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه أو استولد الأمة ونحوه فلا شيء له ذكره القاضي لأن تصرفه فيه مع علمه بالعيب يدل على رضاه به أشبه ما لو صرح بالرضا قال شيخنا : وقياس المذهب أن الأرش فيبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ولأن الأرش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط ببيعه كما لو باعه عشرة أقفزة وسلم إليه تسعة فباعها المشتري وقولهم نه استدرك ظلامته لا يصح فإن ظلامته من البائع ولم يستدركها منه وإنما ظلم المشتري الثاني فلا يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شيء إلا أن يرد عليه المبيع فيكون له حينئذ الرد أو الأرش لأنه إذا باعه فقد استدرك ظلامته فعلى هذا إلا علم به المشتري الثاني فرده به أو أخذ أرشه منه فللأول أخذ أرشه وهو قول الشافعي إذا امتنع على المشتري الثاني رده بعيب حدث عنده لأنه لم يستدرك ظلامته وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ما تقدم

فصل : وإذا ردها المشتري الثاني على الأول وكان الأول باعها بالعيب أو وجد منه ما يدل على الرضا به فليس له رده لأن تصرفه رضا بالعيب وإن لم يكن علم فله رده على بائعه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس له رده إلا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لأنه سقط حقه من الرد ببيعه فأشبه ما لو علم بعيبه ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك ما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه وإنما امتنع لعجزه عن رده فإذا عاد إليه زال المانع فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لغيبة البائع أو لمعنى آخر وسواء رجع إلى المشتري الأول بالعيب الألو أو بإقالة أو هبة أو شراء ثان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي وقال أصحاب الشافعي : إن رجع بغير الفسخ بالعيب الأول فيه وجهان أحدهما : ليس له رده لأنه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل فسخه ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعيب فعلى هذا إذا باعها المشتري لبائعها الأول فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الأول فله الرد على البائع الثاني ثم للثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمنين فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر

فصل : وإن استغل المشتري المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لأن ذلك لا يدل على الرضا به معييا وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم

قال ابن المنذر : كان الحسن و شريح و عبيد الله بن الحسن و ابن أبي ليلى و الثوري و إسحاق و أصحاب الرأي يقولون إذا اشترى سلعة فعرضها على البيع بعد علمه بالعيب بطل خياره وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافا فأما الأرش فقال ابن أبي موسى : لا يستحقه أيضا وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الأرش قال أحمد : أنا أقول إذا استخدم العبد فأراد نقصان العيب فله ذلك فأما إن احتلب اللين الحادث بعد العقد لم يسقط رده لأن اللين له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده وكذلك إن ركب الدابة لينظر سيرها أو استخدام الأمة ليختبرها أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط به خياره لأن ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وإن استخدمها لغير ذلك استخداما كثيرا بطل رده وإن كان يسيرا لا ينقص الملك لم يبطل الخيار قيل لأحمد إن هؤلاء يقولون إذا اشترى عبدا فوجده معيبا فاستخدمه بأن يقول ناولني هذا الثوب بطل خياره فأنكر ذلك وقال من قال هذا أو قال من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين ويطول وقد نقل عنه في بطلان خيار الشرط بالاستخدام روايتان فكذلك يخرج ههنا

فصل : فإن أبق العبد ثم علم عيبه فله أخذ أرشه فإن أخذه ثم قدر على العبد فإن لم يكن معروفا بالإباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد أرش العيب الحادث عنده والأرش الذي أخذه على روايتين وإن كان أبقا فله رده ورد ما أخذه من الأرش وأخذ ثمنه وقال الثوري و الشافعي ليس للمشتري أخذ أرشه سواء قدر على رده أو عجز عنه إلا أن يهلك لأنه لم ييأس من رده فهو كما لو باعه ولنا أنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له أرشه كما لو أعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسألتنا

فصل : إذا اشترى عبدا فأعتقه ثم علم به عيبا فأخذ أرشه فهو له وعنه رواية أخرى أنه يجعله في الرقاب وهو قول الشعبي لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع إليه شيء من بدلها ولنا أن العتق إنما صادف الرقبة المعيبة والجزء الذي أخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجودا وليس الأرش بدلا عن العبد إنما هو عن جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد وكلام أحمد في الرواية الأخرى يحمل على استحباب ذلك على وجوبه قال القاضي : إنما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفارته ولأنه إذا أعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع إليه شيء من بدله كالمكاتب إذا أدى بعض كتابته ولنا أنه أرش عبد أعتقه فهو كما لو تبرع بعتقه

[جزء 4 - صفحة 104]

وإن باع بعضه فله أرش الباقي وفي أرش المبيع الروايتان وقال الخرقي له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو أرش العيب بقدر ملكه فيه

مسألة : وإن باع بعضه فله أرش الباقي وفي أرش المبيع الروايتان وقال الخرقى له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو أرش العيب بقدر ملكه فيه إذا باع بعض المبيع ثم ظهر على عيب فله أرش الباقي لأنه كان له ذلك والأصل في كل ثابت بقاءه وفي أرش المبيع ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجميع فإن أراد رد الباقي بحصته من الثمن ففيه روايتان إحداهما : له ذلك اختارها الخرقى لأنه مبيع رده ممكن أشبه ما لو كان الجميع باقيا والأخرى : لا يجوز وهي الصحيحة إذا كان المبيع عينا واحدة أو عينين ينقصهما التفريق لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الانتفاع بها على الكمال كوطء الأمة ولبس الثوب وبهذا قال شريح و الشعبي و الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضوع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق أنه لا يجوز رد إحداهما وحدها لما فيه من الضرر وفيما إذا اشترى معيبا وتعيب عنده أنه لا يملك رده إلا أن يرد أرش العيب الحادث عنده فكذلك لا يجوز أن يرده في مسألتنا معيبا بعيب الشركة أو نقص القيمة بغير شيء وما ذكره الخرقى يحمل على ما إذا دلس البائع العيب على ما ذكرنا فيما مضى وإن كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق فهل له رد الباقية في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة قال القاضى : المسألة مبنية على تفريق الصفقة سواء كان المبيع عينا واحدة أو عينين والتفصيل الذي ذكرناه أولى

وإن صبغه أو نسجه فله الأرش ولا رد له في أظهر الروايتين مسألة : وإن صبغه أو نسجه فله الأرش ولا رد له في أظهر الروايتين فيما إذا صبغه وهو قول أبي حنيفة لأن فيه ضررا على البائع وتشق المشاركة فلم تجز كما لو فصله وخاطه أو خلط المبيع بما لا يتميز منه وعنه له الرد ويكون شريكا للبائع بقيمة الصبغ والنسج لأنه رد المبيع بالصبغ كما لو قصره وهو بعيد لأن إجبار البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة فلم يجز لقوله سبحانه : { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } وإن قال البائع أنا أخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك وقال الشافعي ليس للمشتري إلا رده لأنه أمكنه رده فلم يملك أخذ الأرش كما لو سمن عنده ولنا أنه لا يمكنه رده إلا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الأرش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده فطلب البائع أخذه مع أخذ أرش العيب الحادث والأصل لا يسلمه فإنه يستحق أخذ الأرش إذا رده

[جزء 4 - صفحة 105]

وإن اشترى ما مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا فإن لم يكن له مكسورا قيمة كبيض الدجاج رجع الثمن كله وإن كان له مكسورا قيمة كبيض النعام وجوز الهند فهو مخير بين أخذ أرشه وبين رده وعنه ليس له رد ولا أرش في ذلك مسألة : وإن اشترى ما مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسدا فإن لم يكن له مكسورا قيمة كبيض الدجاج رجع الثمن كله وإن كان له مكسورا قيمة كبيض النعام وجوز الهند فهو مخير بين أخذ أرشه وبين رده وعنه ليس له رد ولا أرش في ذلك

إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره كالبيض والجوز والرمان والبطيخ فكسره فظهر عيبه ففيه روايتان إحداهما : لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لأنه ليس من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره فجرى مجرى البراءة من العيوب والثانية : يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة و الشافعي لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري فإذا بان معيبا ثبت له الخيار كالعبد ولأن البائع إنما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح لأنه لم يملكه صحيحا فلا معنى لإيجاب الثمن كله وكونه لم يفرض لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يسلمه بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد إذا ثبت هذا فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسورا كبيض الدجاج الفاسد والرمان الأسود والجوز الخرب رجع الثمن كله لأن هذا يبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع علي ما لا نفع فيه فهو كبيع الحشرات والميتات وليس عليه رد المبيع إلى البائع لأنه لا فائدة فيه وإن كان الفاسد في بعضه رجع بقسطه الثاني : أن يكون مما لعيبه قيمة كبيض النعام وجوز الهند والبطيخ الذي فيه نفع ونحوه فإذا كسره نظرت فإن كان كسرا لا يملك استعلام المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد أرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش عيبه هذا ظاهر كلام الخرقى وقال القاضي : عندي لا أرش عليه لكسره لأنه حصل بطريق استعلام العيب والباع سلطه عليه حيث علم أنه لا يعلم صحته من فساده بغير ذلك وهذا قول الشافعي ووجه قول الخرقى أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه كلبن المصراة إذا احتلبها والبكر إذا وطئها وبهذا يبطل ما ذكره بل ههنا أولى لأنه لا تدليس من البائع والتصرية تدليس وإن كان كسرا يمكن استعلام المبيع بدونه إلا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله عند الخرقى و القاضي والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب وهذا إحدى الروايتين عن أحمد والرواية الثانية ليس له رده وله أرش العيب وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي وقد ذكرناه وإن كسره كسرا لا يبقى له قيمة فله أرش العيب لا غير لأنه اتلفه وقد أرش العيب قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن فصل : ولو اشترى ثوبا فنشره فوجده معيبا فإن كان مما لا ينقصه النشر رده وإن كان ينقصه النشر كالهسجاني الذي يطوي طاقين ملتصقين جرى ذلك مرجى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على ما يحصل به استعلام المبيع أو زاد كنشر من لا يعرف وإن أراد أخذ أرشه فله ذلك بكل حال

[جزء 4 - صفحة 106]

ومن علم العيب وآخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه
مسألة : ومن علم العيب وآخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه
وهكذا ذكر أبو الخطاب لأنه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على التراخي كخيار القصاص وعنه أنه على الفور وهو مذهب الشافعي فمتى علم العيب وآخر الرد مع إمكانه بطل خياره لأنه يدل على الرضا فأسقط خياره كالتصرف ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فأشبهه خيار الشفعة والأول أولى ولا نسلم أن الإمساك يدل على الرضا والشافعة تثبت لدفع ضرر غير متحقق بخلاف الرد بالعيب

ولا يفتقر الرد إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه قبل القبض ولا بعده
مسألة : ولا يفتقر الرد إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه قبل القبض ولا بعده
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه أو حكم حاكم لأن ملكه قد تم على الثمن فلا يزول إلا برضاه ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ولأنه مستحق الرد بالعيب فلم يفتقر إلى رضا صاحبه كقبل القبض

فإن اشترى اثنان شيئاً وشرطاً الخيار أو وجداه معيباً فرضي أحدهما فلآخر الفسخ في نصيبه وعنه ليس له ذلك
مسألة : فإن اشترى اثنان شيئاً وشرطاً الخيار أو وجداه معيباً فرضي أحدهما فلآخر الفسخ في نصيبه وعنه ليس له ذلك
نقل عن أحمد رحمه الله في ذلك روايتان حكاهما أبو بكر و ابن أبي موسى إحداهما : لمن لم يرض الفسخ وبه قال ابن أبي ليلى و الشافعي و أبو يوسف و محمد وإحدى الروايتين عن مالك والأخرى لا يجوز له رد مشترك رده ناقصاً أبه ما لو تعيب عنده ولنا أنه رد جميع ما ملكه بالعقد فجاز كما لو انفرد بشرائه والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع وإنما باع كل واحد منهما نصفها فخرجت عن ملك البائع مشقصة بخلاف العيب الحادث
فصل : وإن ورث اثنان خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لأنه لورد وحده شققت السلعة على البائع فتضرر بذلك وإنما أخرجها من ملكه إلى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها إليه مشقصة بخلاف المسألة التي

قبلها فإن عقد الواحد مع الاثنتين عقدين فكأنه باع كل واحد منهما نصفها منفردا فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه وههنا بخلافه

فصل : ولو اشترى رجل من رجلين شيئا فوجده معيبا فله رده عليهما فإن كان أحدهما غائبا رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل نص أحمد على نحو من هذا وإن أراد رد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر جاز لأنه يرد على البائع جميع ما باعه ولم يحصل برده تشقيص لأنه كان مشقفا قبل البيع

فصل : وإن اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيبا فله رده وليس له أخذ الأرش لافضائه إلى التفاضل فيما يجب فيه التماثل فإن حدث به عيب عند المشتري فعلى إحدى الروايتين يرده ويرد أرش الحادث عنده وبأخذ ثمنه وقال القاضي ليس له رده لافضائه إلى التفاضل ولا يصح لأن الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة وإنما يدفع الأرش عوضا عن العيب الحادث عنده بمنزلة ما لو خفي عليه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه وعلى الرواية الأخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن وبطالب بقيمة الحلي لأنه لم يمكن إهمال العيب ولا أخذ الأرش ولأصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين وإن تلف الحلي فسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن فإن تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ واختار شيخنا أن الحاكم إذا فسخ وجب رد الحلي وأرش ناقصه كما قلنا فيما إذا فسخ المشتري على إحدى الروايتين وإنما يرجع إلى قيمته عند تعذره بتلف أو عجز عن رده أما مع بقائه وإمكان رده فيجب رده دنون بدله كسائر المبيع إذا انفسخ العقد فيه وليس في رده ورد أرشه تفاضل لأن المعاوضة قد زالت بالفسخ ولم يبق له مقابل وإنما هذا الأرش بمنزلة الجناية عليه ولأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى إلا التفاضل لأن قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك إلا أن يأخذ القيمة من غير الجنس ولو باع قفيزا مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيبا ينقص قيمته دون كله لم يملك أخذ أرشه لئلا يفضي إلى التفاضل والحكم به على ما ذكرنا في الحكم بالدرهم

[جزء 4 - صفحة 107]

وإن اشترى واحد معين صفقة واحدة ليس له إلا درهما أو إمساكهما والمطالبة بالأرش

مسألة : وإن اشترى واحد معين صفقة واحدة ليس له إلا درهما أو إمساكهما والمطالبة بالأرش

قال القاضي وعنه له رد أحدهما بقسطه من الثمن كما لو كان أحدهما مبيعا والآخر صحيحا لأن المانع من الرد إنما هو تشقيص المبيع على البائع وهو موجود فيما إذا كان أحدهما صحيحا فإن تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه من الثمن

في إحدى الروايتين هذا قول الحارث العكي و الأوزاعي و إسحاق و قول أبي حنيفة فيما بعد القبض لأنه رد المعيب على وجه لا ضرر فيه على البائع فجاز كما لو رد الجميع والثانية : ليس له إلا أخذ الأرش مع إمساك الباقي منهما وهو ظاهر قول الشافعي و قول أبي حنيفة فيما قبل القبض لأن في الرد تبعيض الصفقة على البائع وذلك ضرر أشبه إذا كانا مما ينقصه التفريق والقول في قيمة التلف قول المشتري مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولأنه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب

وإن كان أحدهما معيبا فله رده بقسطه من الثمن وعنه ليس له إلا ردهما أو إمساكهما
مسألة : وإن كان أحدهما معيبا فله رده بقسطه من الثمن وعنه ليس له إلا ردهما أو إمساكهما ووجه الروايتين ما ذكرنا فيما إذا تلف أحدهما وفيه من التفصيل والخلاف ما ذكرنا

فإن كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعي باب أو زوجي خف أو من لا يجوز التفريق بينهما كجارية وولدها فليس له رد أحدهما
مسألة : فإن كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعي باب أو زوجي خف أو من لا يجوز التفريق بينهما كجارية وولدها فليس له رد أحدهما لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة وسوء المشاركة ولقول النبي صلى الله عليه وسلم [من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة] رواه الترمذي وفي ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى وهذا القول هو الصحيح إن شاء الله تعالى

[جزء 4 - صفحة 108]

وإن اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي أيهما يقبل قوله ؟ روايتان إلا أن لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين
مسألة : وإن اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي أيهما يقبل قوله ؟ روايتان إلا أن لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين
إذا اختلف المتبايعان في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري فإن كان لا يحتمل إلا قول أحدهما كالأصبع الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطارئ الذي لا يمكن كونه قديما فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لانا نعلم صدقة فلا حاجة إلى استحلافه وإن

احتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان إحداهما : القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار اختارها الخرقى لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض المبيع والثانية : القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن أجاب أنه باعه بريئاً من العيب حلف على ذلك وإن أجاب أنه لا يستحق ما يدعيه من الرد حلف على ذلك ويمينه على البت لأن الإيمان كلها على البت إلا ما كان على النفي في فعل الغير وعنه أنها على نفي العلم فيحلف أنه ما يعلم به عيبا حال البيع ذكرها ابن أبي موسى والرواية الثانية مذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد ولأن المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع والبائع ينكره والقول قول المنكر

فصل : وإذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان بالمبيع فله رده على الموكل لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له فإن كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وأنكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل إقراره على موكله بالعيب لأنه أمر يستحق به الرد قبل إقراره به على موكله كخيار الشرط وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي : لا يقبل إقرار الوكيل بذلك قال شيخنا : وهو أصح لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالأجنبي وفارق خيار الشرط من حيث إن الموكل يعلم صفة سلعته ولا يعلم صفة العقد لغيبته عنه فعلى هذا إذا رده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لأن رده كإقراره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه بنكوله فهل له رده على الموكل على وجهين أحدهما : ليس له رده لأن ذلك يجري مجرى إقراره والثاني : له رده لأنه رجع إليه بغير رضاه أشبه ما لو قامت به بينة

فصل : ولو اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري هي ثيب أو النساء الثقات ويقبل قول واحدة فإن وطئها المشتري وقال ما وجدتها بكرا خرج فيه وجهان بناء على الاختلاف في العيب الحادث

فصل : فإن رد المشتري السلعة بعيب فأنكر البائع أنها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الأوزاعي فإنه قال فيمن صرف دراهم فقال للصيرفي هذا درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتك وبيراً لأن البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر استحقاق الفسخ والقول قول المنكر فأما إن جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته فحكى ابن المنذر عن أحمد أن القول قول المشتري وهو قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

ومن باع عبدا يلزمه عقوبة من قصاص أو غيره ويعلم المشتري ذلك فلا شيء له

مسألة : ومن باع عبدا يلزمه عقوبة من قصاص أو غيره ويعلم المشتري ذلك فلا شيء له لأنه رضي به معييا أشبه سائر المعيبات وهذا قول الشافعي وإن علم بعد البيع فله الرد أو الأرش على أصلنا كغيره من العيوب

فإن لم يعلم حتى قتل فله الأرش لتعذر الرد
مسألة : فإن لم يعلم حتى قتل فله الأرش لتعذر الرد وهو قسط ما بين قيمته جانبا وغير جان ولا يبطل البيع من أصله وبه قال أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة و الشافعي يرجع بجميع الثمن لأن تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى إتلافه إياه ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضا فمات بدائه أو مرتدا فقتل برده وبهذا ينتقض ما ذكره ولا يصح قياسهم على إتلافه لأنه لم يتلفه فلم يشتركا في المقتضي وإن كانت الجنابة موجبة للقطع فقطعت يده عند المشتري فقد تعيب عنده لأن استحقاق القطع دون حقيقته فهل يمنع ذلك رده بعيبه ؟ على روايتين

وإن كانت الجنابة موجبة للمال والسيد معسر قدم حق المجني عليه وللمشتري الخيار إذا لم يكن عالما فإن كان السيد موسرا تعلق الأرش بذمته والبيع لازم

مسألة : وإن كانت الجنابة موجبة للمال والسيد معسر قدم حق المجني عليه وللمشتري الخيار إذا لم يكن عالما فإن كان السيد موسرا تعلق الأرش بذمته والبيع لازم

إذا كانت الجنابة موجبة للمال أو للقود فعفي عنه إلى مال فعلى السيد فداؤه ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه لأن للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه فإذا باعه تعين عليه فدائه لإخراج العبد عن ملكه ولا خيار للمشتري لعدم الضرر عليه إذ الرجوع على غيره هذا إذا كان السيد موسرا وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم السيد فداؤه لأن أكثر ما فيه أنه التزم فداؤه ولا يلزمه كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن

ولنا أنه زال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه كما لو أتلفه وبهذا قال أبو حنيفة وإن كان البائع معسرا لم يسقط حق المجني عليه من رقبة الجاني لأن المالك إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه ولا يحصل ذلك من ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدما على حق المشتري وللمشتري خيار الفسخ إن لم يكن عالما فإن فسخ رجع بالثمن وإن لم يفسخ وكانت الجنابة مستوعبة لرقبة العبد فأخذ بها رجع المشتري بالثمن أيضا لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه وإن لم تكن مستوعبة رجع بقدر أرشه وإن كان عالما بعيبه راضيا بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لأنه اشترى معييا عالما بعيبه فإن اxtار

المشتري فدائه فله ذلك والبيع بحاله لأنه يقوم مقام البائع بين تسلميه وفدائه وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه على ما نذكره في موضعه

فصل : قال رضي الله عنه السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمراوحة والمواضعة ولا بد في جميعها من معرفة المشتري برأس المال هذه أنواع من أنواع البيع وإنما اختصت بأسماء كاختصاص السلم ويثبت فيها الخيار إذا أخبره بزيادة في الثمن أو نحو ذلك فيثبت للمشتري الخيار كما لو أخبره بأنه كاتب أو صانع فاشتراه بثمن فبان بخلافه ولا بد في جميع هذه الأنواع من معرفة المشتري برأس المال لأن معرفة الثمن متوقفة على العلم به والعلم بالثمن شرط فتمى فات لم يصح البيع لفوات شرطه

[جزء 4 - صفحة 110]

ومعنى التولية البيع برأس المال فيقول وليتكه أو بعته برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه
مسألة : ومعنى التولية البيع برأس المال فيقول وليتكه أو بعته برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه
قال أحمد رحمه الله لا بأس ببيع الرقم والرقم هو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلوما لهما حلا العقد وهذا قول عامة العلماء وكره طاوس بيع الرقم ولنا أنه بيع بثمن معلوم فأشبهه ما لو ذكر مقداره أو إذا قال بعته هذا بما اشتريته وقد علمه فإن لم يعلم فالبيع باطل لجهالة الثمن

والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك في نصفه أو ثلثه
مسألة : والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك في نصفه أو ثلثه

إذا اشترى شيئا فقال له رجل أشركني في نصفه بنصف الثمن فقال له أشركتك صح وصار شركا بينهما إذا كان الثمن معلوما لهما ولو قال أشركني فيه أو قال الشركة فقال شركتك أو قال ولني ما اشتريت ولم يذكر الثمن فقال وليتك صح إذا كان الثمن معلوما لأن الشركة تقتضي ابتاع جزء منه بقسطه من الثمن على ما ذكر والتولية ابتاعه بمثل الثمن فإذا ذكر اسمه انصرف إليه كما إذا قال أقلني فقال أقلتك وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام إلى السوق فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له أشركنا فإن النبي صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة فيشركهم فرميا أصاب الراحلة كما هي فبعث بها إلى المنزل ذكره البخاري ولو اشترى شيئا فقال له رجل أشركني فشركه انصرف إلى النصف لأنها تنصرف إلى التسوية بإطلاقها فإن اشترى اثنان عبدا فقال لهما رجل

أشركاني فيه فقلا شركناك احتمل أن يكون لهما النصف لأن اشراكهما لو كان كل واحد منهما منفردا لكان له النصف فكذلك حال الاجتماع ويحتمل أن يكون له الثلث لأن الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي إلا بجعله بينهم أثلاثا وهذا أصح لأن إشراك الواحد إنما اقتضى النصف لحصول التسوية به وإن شركه لك واحد منهما منفردا كان له النصف ولكل واحد منهما الرابع وإن قال أشركاني فيه فشركه أحدهما فعلى الوجه الأول يكون له نصف حصة الذي شركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لأن طلب الشركة بينهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما فإذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه وإن قال له أحدهما أشركناك ابنى على تصرف الفضولي فإن قلنا يقف على الإجازة فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو ثلثه على الوجهين ولو قال لأحدهما أشركني في نصف هذا العبد فإن قلنا يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولهما نصفه وإلا فله نصف حصة الذي شركه فإن اشترى عبدا فلقية رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد شركتك فله نصفه فإن لقيه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالما بشركه الأول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه لأن طلبه للشركة رجع إلى ما ملكه المشارك وهو النصف فكان بينهما وإن لم يعلم بشركه الأول فهو طالب نصف العبد لاعتقاده أن جميع العبد لمن طلب منه المشاركة فإذا قال له شركتك احتمل ثلاثة أوجه أحدها : أن يصير له نصف العبد ولا يبقى للذي شركه شيء لأنه طلب منه نصف العبد فأجابه إليه فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك وهذا قول القاضي الثاني : أن ينصرف قوله شركتك فه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فيمتد في نصف نصيبه ويقف الزائد على إجازة صاحبه على إحدى الروايتين لأن لفظ الشركة يقتضي بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن له شركة لأنه لا يتحقق فيه ما طلب منه الثالث : لا يكون للثاني إلا الربع بكل حال لأن الشركة إنما تثبت بقول البائع شركتك لأن ذلك هو الإيجاب الناقل للملك وهو عالم أنه ليس له إلا نصف العبد فينصرف إيجابه إلى نصف ملكه وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لأنه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه إلا أن يقول بوقوفه على الإجازة في الوجه الثاني فيخير الآخر ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلا لأنه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة ما لو قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ربه

فصل : ولو اشترى قفيزا من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف إلى النصف المقبوض لأن المبيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه وهو المقبوض وإن قال اشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربه بربع الثمن لأن الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكر القاضي قال شيخنا : والصحيح إن شاء الله أن الشركة تنصرف إلى النصف كله فيكون بائعا لما يصح بيعه وما لا يصح فيصح المقبوض في أصح الوجهين ولا يصح فيما لم يقبض كما في فريق الصفقة

[جزء 4 - صفحة 111]

والمراوحة أن يبيعه بريح فيقول رأس مالي فيه مائة بعته بها وريح عشرة
مسألة : والمراوحة أن يبيعه بريح فيقول رأس مالي فيه مائة بعته بها وريح
عشرة
فهذا جائز لا خلاف في صحته ولا نعلم أحدا كرهه وإن قال على أن أربح في كل
عشرة درهما أو قال ده يازد أو ده داوزده فقد كرهه أحمد ورويت فيه كراهة
عن ابن عمر وابن عباس والحسن ومسروق وعكرمة وسعيد بن جبير و
عطاء بن يسار وقال إسحاق لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز كما
لو باعه بما يخرج به في الحساب ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين و
شريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن رأس
المال معلوم والريح معلوم أشبه ما إذا قال وريح عشرة دراهم ووجه الكراهة
أن عمر وابن عباس كرهاه ولم يعلم لهما في الصحابة مخالف ولأن فيه نوعا م
الجهالة فالتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح والجهالة يمكن
إزالتها بالحساب فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم أما ما يخرج به
الحساب لمجهول في الجملة التفصيل

[جزء 4 - صفحة 112]

والمواضعة أن يقول بعته بها ووضيعة درهم من كل عشرة فيلزم المشتري
تسعون درهما
مسألة : والمواضعة أن يقول بعته بها ووضيعة درهم من كل عشرة فيلزم
المشتري تسعون درهما
المواضعة أن يخبر برأس ماله ويقول بعته هذا به وأضع لك عشرة فيصح من
غير كراهة وإن قال بوضيعة درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المراوحة
وصح فإذا كان رأس ماله مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة وقال قوم
يكون الحط درهما من كل أحد عشر فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءا من أحد
عشر جزءا من درهم ويبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من
درهم وهذا غلط لأن هذا يكون حطا من كل أحد عشر وهو غير ما قاله فأما إن
قال بوضيعة درهم لكل عشرة كانت الوضيعة من كل واحد عشر درهما درهم
ويكون الباقي تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم وهذا قول
أبي حنيفة والشافعي وحكي عن أبي ثور أنه قال الحط ههنا عشرة مثل الأولى
ولا يصح فإنه إذا قال لكل عشرة درهم يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من
كل أحد عشر درهما درهم وإذا قال من كل عشرة درهم وإذا قال من كل

عشرة دهما كان الدرهم من العدة ولأن من للتبعيض فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهما

فصل : فإن باعه السلعة مرابحة مثل أن يخبره أن ثمنها مائة وبيرج عشرة ثم علم بيينة أو إقرار أن ثمنها تسعون فالبيع صحيح لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري تسعة تسعون درهما وبهذا قال الثوري و ابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بك الثمن أو يترك قياسا على المبيع

ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح فإذا بان رأس ماله قدرا كان مبيعا به وبالزيادة التي اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا فإن له أخذ الأرش ثم الفرق بينهما أن المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور وههنا رضي فيه برأس المال والربح المقدر وهل للمشتري الخيار ؟ فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه نقل ذلك حنبلي وهو قول الشافعي لأن المشتري لا يأمن الخيانة في هذا الثمن أيضا ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن لكونه خالفا أو وكيفا أو غير ذلك فظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له وحكي قولا للشافعي لأنه رضيه بمائة وعشرة فإذا حصل له بدون ذلك فقد زاده فلم يثبت له الخيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحا أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين وأما البائع فلا خيار له لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

فصل : وإن قال في المرابحة رأس مالي فيه مائة وأربح عشرة ثم قال غلظت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله إلا بيينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانيا ذكره ابن المنذر عن أحمد وإسحاق وروي أبو طالب عن أحمد إذا كان البائع معروفا بالصدق قبل قوله وإن لم يكن صدوقا جاز البيع قال القاضي : وظاهر كلام الخرقى أن القول قول البائع مع يمينه لأنه لما دخل معه في المرابحة فقد أئتمنه والقول قول الأمين مع يمينه كالوكيل والمضارب والصحيح الأول وكون البائع مؤتمنا لا يوجب قبول دعواه في الخلط كالمضارب إذا أقر بربح ثم قال غلظت وعن أحمد رواية ثالثة أنه لا يقبل قول البائع وإن أقام بيينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري و الشافعي لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوع وإن أقام بينه لإقراره بكذبها

ولنا أنها بيينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البيئات ولا نسلم أنه أقر بخلافها فإن الإقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بثمانها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن إقرارا فإن لم يكن له بيينة أو كانت له بيينة وقلنا لا تقبل فادعى أن المشتري يعلم غلظه فأنكر المشتري فالقول قوله فإن طلب يمينه فقال القاضي لا يميني عليه لأنه مدع واليمين على المدعى عليه ولأنه قد أقر له فيستغني بالإقرار عن اليمين والصحيح أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك لأنه ادعى عليه ما يلزمه رد السلعة أو زيادة في ثمنها فلزمه اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا مدع إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الأول وإن قلنا يقبل قول البائع أو قامت له بيينة بما ادعاه وقلنا تقبل بيئته فللمشتري أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها أكثر ذكره الخرقى فإنه لو باعها بدون ثمنها

عالمًا لزمه البيع بما عقد عليه لكونه تعاطى سببه عالمًا فلزمه كمشتري المعيب عالمًا بعيه وإذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى لعيه لزمته فإن نكل قضي عليه بالنكول وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين فسخ العقد قال شيخنا : ويحتمل أنه إذا قال بعثك بمائة وربح عشرة ثم تبين أنه غلط بعشرة أنه لا يلزمه حط العشرة من الربح لأن البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها وكذلك إن تبين أنه زاد في رأس المال لا ينقص الربح من عشرة لأن البائع لم يبعه إلا بربح عشرة فأما إن قال وأربح في كل عشرة درهما فإنه يلزمه حط عشرة من الربح في الصورتين وإنما أثبتنا للمشتري الخيار لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة فإذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب وإن اختار أحدهما بمائة واحدة وعشرين لم يكن للبائع خيار لأنه قد زاده خيرا فلم يكن له خيار كبائع المعيب إذا رضي المشتري وإن اختار البائع إسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضا لأنه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد ورضيا به

[جزء 4 - صفحة 113]

ومتى اشتراه بثمن مؤجل أو ممن لا تقبل شهادته له أو بأكثر من ثمنه حيلة أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن فلم يبين ذلك للمشتري في تخيره بالثمن فللمشتري الخيار بين الإمساك والرد
مسألة : ومتى اشتراه بثمن مؤجل أو ممن لا تقبل شهادته له أو بأكثر من ثمنه حيلة أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن فلم يبين ذلك للمشتري في تخيره بالثمن فللمشتري الخيار بين الإمساك والرد
إذا اشتراه بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره فإن لم يفعل لم يفسد البيع وللمشتري الخيار بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ في إحدى الروايتين وهو مذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن البائع أنه إن كان المبيع قائما مخير بين الفسخ وأخذه بالثمن مؤجلا لأنه الثمن الذي اشتراه به البائع والتأجيل صفة له فهو كما لو أخبره بزيادة في الثمن وإن كان قد استهلك حبس الثمن بقدر الأجل وهذا قول شريح
فصل : وإن اشتراه بدنانير فأخبر أنه اشتراه بدراهم أو بالعكس أو اشتراه بعوض فأخبر أنه اشتراه بثمن أو بالعكس واشباه ذلك فللمشتري الخيار بين الفسخ وبين الرضا به بالثمن الذي تبايعا به كسائر المواضع التي يثبت فيها ذلك
فصل : وإن اشتراه ممن لا تقبل شهادته له كأبيه وابنه لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز وإن لم يبين لأنه اشتراه بعقد صحيح وأخبر بثمنه فأشبهه ما لو اشتراه من أجنبي ولنا أنه متهم في الشراء منهم لكونه يحاييهم ويسمح لهم فلم يجز أن يخبر بما اشترى منهم مطلقا كما لو اشترى من مكاتبه فإنه يجب عليه أن يبين أمره لا نعلم فيه خلافا وبه يبطل قياسهم

فصل : وإن اشتراه بأكثر من ثمنه حيلة مثل أن يشتريه من غلام دكانه الحر أو غيره على وجه الحيلة لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره لأن ذلك تدليس وحرام على ما بيناه وإن لم يكن حيله فقال القاضي إذا باع غلام دكانه سلعة ثم اشترها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره لأنه يهتم في حقه فهو كمن لا تقبل شهادته له والصحيح إن شاء الله أن ذلك يجوز لأنه أجنبي فأشبهه غيره

فصل : إذا اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة أو اشترى اثنان شيئاً فقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة حتى يبين الحل على وجه نص عليه وهذا مذهب الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته كما لو كان المبيع شقفاً وشفعا فإن الشفيع يأخذ الشقص بحصته من الثمن وذكر ابن أبي موسى فيما إذا اشتراه اثنان فتقاسماه رواية عن أحمد أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة فلم يجز فيه هذا وصار هذا كالخرص الحاصل بالظن لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه وأما الشفيع فلنا فيه منع وإن سلم فإن ما أخذه الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية إليه لكونه لا طريق له سوى التقويم ولأنه لو لم يأخذه به لاتخذته الناس طريقاً إلى إسقاط الشفعة فيؤدي إلى تفويتها وهاهنا يمكن الإخبار بالحال وبيعه مساومة ولا تدعو الحاجة إليه فإن باعه ولم يبيّن فللمشتري الخيار بين الإمساك والرد كمسائل وإن كان من المماثلات التي ينقسم عليها الثمن بالأجزاء كالبر والشعير المتساوي جاز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن لا نعلم فيه خلافاً لأن مثن ذلك الجزء معلوم يقينا ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة وإن أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذها على الصفة فله بيع أحدهما مرابحة بحصته من الثمن على قياس ذلك لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة ولذلك لو أقال في أحدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً وإن حصل في أحدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع على ما نذكر إن شاء الله

[جزء 4 - صفحة 115]

وما يزداد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرشاً للعيب أو جناية عليه يلحق برأس المال ويخبر به
مسألة : وما يزداد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرشاً للعيب أو جناية عليه يلحق برأس المال ويخبر به
وجملة ذلك أن البائع إذا أراد الإخبار بثمن السلعة وكانت بحالها لم تتغير أخبر بثمنها فإن تغير سعر السلعة بأن حط البائع بعض الثمن عن المشتري أو

اشتراه في مدة الخيار لحق بالعقد واخبر به في الثمن وبه قال الشافعي و أبو حنيفة ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وأن تغير سعر السلعة وهي بحالها فإن غلت لم يلزمه الإخبار بذلك لأنه زيادة فيها وإن رخصت فكذلك نص عليه أحمد لأنه صادق بدون الإخبار بذلك ويحتمل أن يلزمه الأخبار بالحال فإن المشتري لو علم بذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانه تغريب به فإن أخبره بدون ثمنها ولم يبين الحال لم يجز لأنه كذب فأما ما يؤخذ أرشاً للعيب أو جناية عليه فذكر القاضي أنه يخبر به على وجهه وقال أبو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي وهو الذي ذكره شيخنا في هذا الكتاب لأن أرش العيب عوض عما فات به فكان ثمن الموجود ما بقي وفي أرش الجناية وجهان أحدهما : يحط من الثمن كأرش العيب وهو الأولى والثاني : لا يحطه كالنماء وقال الشافعي : يحطهما من الثمن ويقول : تقوم علي بكذا لأنه صادق فيما أخبر به أشبه ما لو أخبره على وجهه ولنا أن الإخبار بالحال أبلغ في الصدق وأقرب إلى البيان وبقي التغيير والتدليس فلزمه ذلك كما يلزمه بيان العيب وقياس أرش الجناية على النماء والكسب لا يصح لأن أرش الجناية عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه أو كقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما والنماء زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه

وإن جنى ففداه المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به مسألة : وإن جنى ففداه المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به أما إذا جنى ففداه المشتري فإنه لا يلحق بالثمن ولا يخبر به في المراجعة بغير خلاف علمناه لأن ذا لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعليقها برقبته فأشبهت الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري فأما الأدوية والمؤنة والكسوة وعلمه في السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير أجره فإنه لا يخبر بذلك في الثمن وجها واحدا وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن وكذلك ما زيد في الثمن أو حط منه بعد لزوم العقد لا يخبر به وبخبر الثمن الأول لأن ذلك هبة من أحدهما للآخر فلا يكون عوضا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يلحق بالعقد ويخبر به في المراجعة لأنه سبب العقد

[جزء 4 - صفحة 116]

وإن اشترى ثوبا بعشرة وقصره بعشرة أخبر بذلك على وجهه فإن قال تحصل علي بعشرين فهل يجوز ذلك ؟ على وجهين وإن عمل فيه بنفسه عملا يساوي عشرة لم يجز ذلك وجها واحدا

مسألة : وإن اشترى ثوبا بعشرة وقصره بعشرة أخبر بذلك على وجهه فإن قال تحصل علي بعشرين فهل يجوز ذلك ؟ على وجهين وإن عمل فيه بنفسه عملا يساوي عشرة لم يجز ذلك وجها واحدا

وجملة ذلك أن من أراد البيع مرابحة والسلعة بحالها أخبر بثمانها وإن تغيرت فهو على ضربين أحدهما : أن تتغير بزيادة وذلك نوعان أحدهما : أن تزيد لثمانها كالسمن وتعلم صنعة أو يحدث منها نماء منفصل كالولد والثمرة والكسب فهذا إذا أراد بيعها مرابحة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه الذي ابتاعها به وإن أخذ النماء المنفصل أو استخدم الأمة أو وطئ الثيب أخبر برأس المال ولم يجب تبين الحال وروى ابن المنذر عن أحمد أنه يبين ذلك كله وهو قول إسحاق وقال أصحاب الرأي في الغلة يأخذها لا بأس أن يبيع مرابحة وفي الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين لأنه موجب العقد

ولنا أنه صادق فيما أخبر به من غير تغريب بالمشتري فجاز كما لو لم يزد ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المرابحة كالغلة النوع الثاني : أن يعمل فيها عملا مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يخيطنها أو يحملها فمتى أراد بيعها مرابحة أخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من علمه هذا ظاهر كلام أحمد فإنه قال : يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز أن يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن و ابن سيرين و ابن المسيب و طاوس و النخعي و الأوزاعي و أبو ثور وفيه وجه آخر أنه يجوز فيما استأجر عليه أن يضم الأجرة إلى الثمن ويقول تحصلت علي بكذا لأنه صادق وبه قال الشعبي و الحكم و الشافعي ولنا أنه تغريب بالمشتري فإنه عسى أنه لو علم أن بعض ما تحصلت به لأجل الصناعة لم يرغب فيها لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما ينفق على الحيوان في مؤنته وكسوته وعلى المتاع في خزنه الضرب الثاني : أن يتغير بنقص كالمرض والجنابة عليه أو تلف بعضه أو الولادة أو أن يتعيب أو يأخذ المشتري بضعه كالصوف واللبن ونحوه فإنه يخبر بالحال ولا نعلم فيه خلافا

وإن اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه وإن قال اشتريته بعشرة جاز وقال أصحابنا يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر أنه اشتراه بخمسة

مسألة : وإن اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه وإن قال اشتريته بعشرة جاز وقال أصحابنا يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر أنه اشتراه بخمسة

المستحب في هذه المسألة وأمثالها أن يخبر بالحل على وجهه لأن فيه خروجاً من الخلاف وهو أبعد من التغريب بالمشتري فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز وهذا قول الشافعي و أبي يوسف و محمد لأنه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة فأنشبه ما لو لم يربح وروى عن ابن سيرين أنه يطرح الربح من الثمن الثاني ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة وأعجب أحمد قول ابن سيرين قال فإن باعه على ما اشتراه يبين أمره يعني أنه ربح مرة ثم اشتراه وهذا من أحمد على الاستحباب لما ذكرناه ولأنه الثمن الذي حصل به الملك الثاني أشبه

ما لو خسر فيه وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره أو يخبر أن رأس ماله عليه خمسة وهو قول القاضي وأصحابه لأن المرابحة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجره الخياط والقصاب وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الريح في العقد الأول لأنه أمن أن يرد عليه فعلى هذا ينبغي إذا طرح الريح من الثمن الثاني أن يقول تقوم علي بخمسة ولا يقول اشتريته بخمسة لأنه كذب وهو حرام فيصير كما لو ضم أجره القصاره ونحوها إلى الثمن وأخبر به ولنا ما ذكرناه وما ذكروه من ضم القصاره والخياطة فشيء بنوه على أصولهم لا نسلمه ثم لا يشبه هذا ما ذكروه لأن المؤنة لزمته في هذا البيع الذي يلي المرابحة وهذا الريح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبهه الخسارة فيه وأما تقويم الريح فغير صحيح فإن العقد الأول قد لزم ولم يظهر العيب ولم يتعلق به حكمه وقد ذكرنا في مثل هذه المسألة أن للمشتري أن يرد على البائع إذا ظهر على عيب قديم وإذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فهنا أولى ويجيء على قولهم أنه لو اشترى بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشترى بعشرة فإنه يخبر أنها حصلت عليه بغير شيء وإن اشترى بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشترى بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين وإن اشترى بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر نص أحمد على نظير هذا فإن لم يريح ولكن اشترى ثانية بخمسة أخبر بها لأنها ثمن للعقد الذي يلي المرابحة ولو خسر فيها مثل أن اشترى بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشترى باي ثمن كان أخبر به ولم يجز أن يضم الخسارة إلى الثمن الثاني وخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه وهو يدل على صحة ما ذكرناه

فصل : وإن ابتاع اثنان ثوبا بعشرين ثم بذل لهما فيه اثنان وعشرون فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فإنه يخبر في المرابحة بأحد وعشرين نص عليه وهذا قول النخعي وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لأن ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحزره ثم رجع إلى قول النخعي بعد ذلك ولا نعلم أحدا خالف ذلك لأنه اشترى نصفه الأول بعشرة والثاني بأحد عشر فصار أحدا وعشرين

فصل : قال أحمد المساومة عندي أسهل من بيع المرابحة لأن بيع المرابحة يعتبره أمانة واسترسل من المشتري ويحتاج فيه إلى تعيين الحال على وجهه ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل وخطر فيكون على خطر وغرر فتجنب ذلك أسلم وأولى

فصل : وإن اشترى رجل نصف سلعة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان لا نعلم فيه خلافا لأن الثمن عوض عنها فكان بينهما على حسب ملكهما فيها كالإتلاف وإن باعها مرابحة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه أحمد وهو قول ابن سيرين والحكم قال الأثرم : قال أبو عبد الله : إذا باعها فالثمن بينهما نصفان قلت أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر ؟ فقال وإن اليس الثوب بينهما الساعة سواء ؟ فالثمن بينهما لأن كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه وحكي أبو بكر عن أحمد أن الثمن بينهما على قدر رؤوس أموالهما لأن بيع المرابحة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوما بينهما على حسب رؤوس أموالهما قال

شيخنا ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر وقيل هذا وجه خرجه أبو بكر وليس براوية والمذهب الأول لأن الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه فكان ملكهما لعوضه متساويا كما لو باعه مساومة

فصل : قال رضي الله عنه (السايح خيار يثبت لاختلاف المتبايعين فمتى اختلفا في قدر الثمن تحالفا فيبدأ بيمين البائع فيحلف ما بعته بكذا وإنما بعته بكذا ثم يحلف المشتري ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا)

إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين وقال المشتري بعشرة ولأحدهما بينة حكم بينهما وإن لم يكن لهما بينة تحالفا وبه قال شريح و أبو حنيفة و الشافعي وهي رواية عن مالك وله رواية أخرى :

القول قول المشتري مع يمينه وبه قال أبو ثور و زفر لأن البائع يدعي عشرة ينكرها المشتري والقول قول المنكر وقال الشعبي : القول قول البائع أو يترادان البيع وحكاه ابن المنذر عن أحمد لما روى ابن مسعود [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع] رواه سعيد و ابن ماجة وغيرهما والمشهور في المذهب الأول ويحتمل أن يكون معنى القولين واحدا وأن القول قول البائع مع يمينه فإذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به وإن أبى حلف أيضا وفسخ البيع لأن في بعض الفاظ حديث ابن مسعود [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا] ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فإن البائع يدعي عقدا بعشرة غير العقد بعشرين فشردت يمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكره

فصل : والمبتدئ باليمين البائع فيحلف ما بعته بكذا وإنما بعته بكذا فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع وإلا حلف ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبدأ بيمين المشتري لأنه منكر واليمين في جنبته أقوى ولأنه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع] وفي لفظ [فالقول قول البائع والمشتري بالخيار] رواه أحمد ومعناه إن شاء أخذ وإن شاء حلف ولأن البائع أقوى جنبه لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه والبائع إذا حلف فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى به فهما سواء ويكفي كل واحد منهما يمين واحدة لأنه أقرب إلى فصل القضاء

[جزء 4 - صفحة 119]

فإن نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه
مسألة : فإن نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه

يعني إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضي عليه وإن نكل المشتري حلف المشتري وقضي له ووجه ذلك حديث ابن عمر لما باع زيدا عبدا واختلفا في عيب فيه فاحتكما إلى عثمان فوجبت على عبد الله اليمين فلم يحلف فرد عثمان عليه العبد رواه الإمام أحمد

فإن تخالفا فرضي أحدهما بقول صاحبه أقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ مسألة : فإن تخالفا فرضي أحدهما بقول صاحبه أقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ

إذا تخالفا لم يفسخ البيع بنفس التخالف لأنه عقد صحيح فلم يفسخ باختلافهما وتعارضهما في الحجة كما لو قلت البيعة لكل واحد منهما لكن إن رضي أحدهما بما قال الآخر أخبر عليه وأقر العقد بينهما وإن لم يرض واحد منهما فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام أحمد ويحتمل أن يقف الفسخ على الحكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إمضائه في الحكم أشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [أو يترادان البيع] وظاهره استقلالهما بذلك وروي أن ابن مسعود باع الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الإمارة فقال عبد الله بعثك بعشرين ألفا وقال الأشعث شريت منك بعشرة آلاف فقال عبد الله : سمعت رسول الله صلى وسلم يقول [إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بيعة والبيع قائم بعينه فالقول قول البائع أو يترادان البيع] قال فإني أرد البيع رواه سعيد وروي أيضا حديثا عن عبد الملك بن عبيدة قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان استحلقت البائع ثم كان للمشتري الخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك] وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لأنه جعل الخيار إليه فأشبهه من له خيار الشرط ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة أشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق

وإن كانت السلعة تالفة رجعا إلى قيمة مثلها فإن اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري وعنه لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشتري مع يمينه مسألة : وإن كانت السلعة تالفة رجعا إلى قيمة مثلها فإن اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري وعنه لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشتري مع يمينه

إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان إحداهما : يتحالفان هكذا ذكره الخرقي مثل لو كانت قائمة وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك والأخرى : القول المشتري مع يمينه اختارها أبو بكر وهو قول النخعي والثوري والأوزاعي وأبي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث [والسلعة قائمة] مفهومة أنه لا يشرع التحالف عند تلفهما ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها واختلفا في عشرة

زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها والقول قول المنكر وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس ووجه الرواية الأولى عموم قوله صلى الله عليه وسلم [إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار] قال أحمد ولم ينقل فيه [والبيع قائم] إلا يزيد ابن هارون قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواه الخلق عن المسعودي ولم يقولا هذه الكلمة ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع اليمين كحال قيام السلعة فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها وقولهم تركناه للحديث قلنا لم يثبت في الحديث قال ابن المنذر وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تعديبه الحكم بتعدي ذلك المعنى فنقيس عليه بل يثبت الحكم بالبينة فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى فإذا تحالفا فإن رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه إذا كانت السلعة باقية وبرد الثمن إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه لأنه لا فائدة في ذلك لأن الحاصل به الرجوع إلى ما ادعاه المشتري وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة ويحتمل أن يشرع لتحصل الفائدة للمشتري ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتهما فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه غارم

فصل : وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد أشبه ما إذا اختلفا في القبض

[جزء 4 - صفحة 120]

وإن ماتا فورتهما في منزلتهما
مسألة : وإن ماتا فورتهما في منزلتهما في جميع ما ذكرناه لأنهم يقومون مقامهما في أخذ ما لهما وإرث حقوقهما فيما يلزمهما أو يصير لهما ولأنهما يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في الدعوى

ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهرا وباطنا وإن فسخ الظالم لم يفسخ في حقه باطنا وعليه إثم الغاصب

مسألة : ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهرا وباطنا وإن فسخ الظالم لم يفسخ في حقه باطنا وعليه إثم الغاصب
وجملة ذلك أن الفسخ إذ وجد منهما فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهرا وباطنا لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فأشبهه الفسخ باللعان وقال أبو الخطاب إن كان البائع ظالما لم يفسخ العقد في الباطن لأنه لا يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه فلا يفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لأنه غاصب وإن كان المشتري ظالما انفسخ البيع ظاهرا وباطنا لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ولهم وجه ثالث أنه لا يفسخ في الباطن بحال وهذا فاسد لأنه لو علم أنه لا يفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فإنه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع إليه بالفسخ ومتى علم أن ذلك محرم منع منه ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهرا وباطنا فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب قال شيخنا : ويقوي عندي أن فسخه المظلوم منهما انفسخ ظاهرا وباطنا كذلك وإن فسخه الكاذب عالما بكذبه لم يفسخ بالنسبة إليه لأنه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع إليه لأنه رجع إليه بحكم من غير عدوان منه فأشبهه ما لورد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه

[جزء 4 - صفحة 121]

وإن اختلفا في صفة الثمن تحالفا إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع إليه مسألة : وإن اختلفا في صفة الثمن تحالفا إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع إليه
إذا اختلف في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد نص عليه في رواية الأثرم لأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به وإن كان في البلد نقود رجع إلى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب والمعاملة به أكثر لأن الظاهر وقوع المعاملة به أشبه إذا كان في البلد نقد واحد ويحتمل أنه ردهما إليه مع التساوي لأن فيه تسوية بينهما في الحق وتوسطا بينهما وفي العدول إلى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى وعلى مدعي ذلك اليمن لأن قول خصمه محتمل فيجب اليمن لنفي ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر وإن لم يكن في البلد إلا نقدان تحالفا لأنهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتحالفتان كما لو اختلفا في قدره

وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه وعنه يتحالفتان إلا أن يكون شرطا فاسدا فالقول قول من يثبته

مسألة : وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه وعنه يتحالفان إلا أن يكون شرطا فاسدا فالقول قول من يثبتته
إذا اختلفا في أجل أو شرط أو رهن أو ضميين أو في قدر الأجل أو الرهن فالقول قول من ينفيه في إحدى الروايتين مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة لأن الأصل عدمه فكان القول قول من يدعيه كأصل العقد
والثانية : يتحالفان وهو قول الشافعي لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا كما لو اختلفا في الثمن فاما إن اختلفا فيما يفسد العقد فقال بعتك بخمس أو خيار مجهول أو في شرط فاسد وقال لا بل بعنتي بنقد معلوم أو خيار معلوم إلى ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لأن ظهور تعاطي المسلمين الصحيح أكثر من تعاطي الفاسد وإن قال بعتك مكرها فأنكر فالقول قول المشتري لأن الأصل عدم الإكراه وصحة البيع كذلك وإن قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري وإسحاق لأنهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتي قبلها ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لأنه الأصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ويفارق ما إذا اختلفا في الإكراه والشرط الفاسد من وجهين أحدهما : أن الأصل عدمه وههنا الأصل بقاءه والثاني : أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح وههنا ما ثبت أنه كان مكلفا وإن قال بعتك وأنا مجنون فإن لم يعلم حال جنون فالقول قول المشتري لأن الأصل عدمه وإن ثبت أنه كان مجنونا فهو كالصبي وإن قال بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية منها لأنه مكلف فالظاهر أنه لا يعقد إلا عقدا صحيحا

[جزء 4 - صفحة 122]

وإن قال بعني هذين قال بل أحدهما فالقول قول البائع
مسألة : وإن قال بعني هذين قال بل أحدهما فالقول قول البائع
أما إذا قال : بعنتي هذا العبد والأمة بمائة قال : بل بعتك العبد بخمسين فالقول قول البائع لأن المشتري يدعي عقدا ينكره البائع والقول قول المنكر وإن قال البائع بعتك هذا العبد بالف فقال : بل هو والعبد الآخر بالف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لأن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله مع يمينه كما لو ادعى شراؤه منفردا وقال الشافعي : يتحالفان لأنهما اختلفا في أحد عوضي العقد أشبه ما لو اختلفا في الثمن وهذا القول أقيس وأولى إن شاء الله تعالى

وإن قال بعنتي هذا قال بل هذا حلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما

مسألة : وإن قال بعثني هذا قال بل هذا حلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما وذلك مثل أن يقول البائع بعثك هذا العبد قال بل بعثني هذه الجارية لأن كل واحد منهما يدعي عقدا على عين ينكرها المدعى عليه والقول قول المنكر فإذا حلف البائع بعثك هذه الجارية أقرت في يده وإن كان مدعيها قد قبضها ردت عليه وأما العبد فإن كان في يد البائع أقر في يده ولم يكن للمشتري طلبه لأنه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن إليه لأنه لم يصل إليه المعقود عليه وإن كان في يد المشتري فعليه رده إلى البائع لأنه يعترف أنه لم يشتريه وليس للبائع طلبه إذا بذلك ثمنه لاعترافه ببيعه وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لتعذر الثمن عليه فملك الفسخ كما لو أفلس المشتري وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لأنهما لا يتنافيان فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيع أفلس المشتري وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لأنهما لا يتنافيان فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعا وأنكره الآخر وإن أقام أحدهما بينة دون الآخر ثبت ما قامت عليه البينة دون الآخر

وإن قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عينا أو عرضا جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم إليهما

مسألة : وإن قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عينا أو عرضا جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم إليهما لأن حق البائع قد تعلق بعين الثمن حق المشتري بعين المبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على الآخر حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حق وهذا قول الثوري وأحد أقوال الشافعي وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولا وهو قول ثان للشافعي والأول أولى لما ذكرنا وقال أبو حنيفة و مالك يجبر المشتري على تسليم الثمن قبل الاستيفاء كالمرتهن

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى وبخالف الرهن فإنه لا يتعلق به مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع وإن كان دينا أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن لأن حق المشتري تعلق بعين المبيع وحق البائع تعلق بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده وكذلك تقديم الدين الذي به الرهن على ما في الذمة وكذلك تقديم أرش الجناية على الدين لذلك وقال مالك و أبو حنيفة يجبر المشتري أولا على تسليم الثمن كالمسألة قبلها وقد ذكرنا ما يدل على خلافه إذا ثبت هذا وأوجبنا على البائع التسليم فسلم فإن كان المشتري موسرا والثمن حاضرا أجبر على تسليمه وإن كان الثمن غائبا عن البلد في مسافة القصر أو كان المشتري معسرا فللبائع الفسخ لأن عليه ضررا في تأخير الثمن فكان له الفسخ والرجوع في عين ماله كالمفلس وإن كان الثمن في بيته أو

بلده حجر على المشتري في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن لئلا يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع وإن كان غائباً عن البلد قريباً دون مسافة القصر فللبائع الفسخ في أحد الوجهين لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن أشبه المفلس والثاني : لا يثبت له خيار الفسخ لأنه كالحاضر فعلى هذا يحجر على المشتري كما لو كان في البلد وهذا كله مذهب الشافعي وقال شيخنا : ويقوى عندي أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن من تسليمه لأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعة قبل حصول عوضه ولأن المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وإنما يؤثر ما ذكر في الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه أما مع الحظر المحجوج إلى الحجر أو المجوز الفسخ فلا ينبغي أن يثبت ولأن شرع الحجر لا يندفع به الضرر لأنه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولأن ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم أولى أن يمنع التسليم لأن المنع أسهل من الرفع والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها من التسليم قبل قبض صداقها ولم تملكه بعد التسليم على أحد الوجهين وكل موضع قلنا له الفسخ فإنه يفسخ بغير حكم حاكم لأنه فسخ للبيع لتعذر ثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله إذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك إلى الحاكم لأن ولاية الحجر إليه

فصل : فإن هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لأنه يملك الفسخ مع حضوره فمع هربه أولى وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم إن وجد الحاكم له مالا قضاه وإلا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فللمشتري وإن أعوز ففي ذمته قال شيخنا : ويقوى عندي أن للبائع الفسخ بكل حال لانا أبحتنا له الفسخ مع حضوره إذا كان الثمن بعيداً عن البلد للضرر في التأخير فهنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ولا يندفع الضرر برفع الأمر إلى الحاكم لأنه قد يعجز عن إثباته عنده وقد يكون المبيع في مكان لا حاكم فيه والغالب أن لا يحضره من يعرفه الحاكم بالعدالة فإحالتها على هاذ تضيع لماله وهذه الفروع تقوى ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل إحضار الثمن لما في ذلك من الضرر

فصل : وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لأجل الاستبراء وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وحكي عن مالك في القبيحة وقال في الجميلة يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ لأن التهمة تلحقه فيها فممنع منها ولنا أنه بيع عين لا خيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكره من التهمة لا يمكنه من المنع كالقبيحة ولأنه إن كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل منها بعيد نادر التهمة لا يمكنه من المنع كالقبيحة ولأنه إن كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل منها بعيد نادر وإن كان لم يستبرئها فهو الذي ترك التحفظ لنفسه ولو طالب المشتري البائع بكفيل لئلا تظهر حاملاً لم يكن له ذلك لأنه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طلب فيلا بالثمن المؤجل

ويثبت الخيار للتخلف في الصفة وتغير ما تقدمت رؤيته وقد ذكرناه
مسألة : ويثبت الخيار للتخلف في الصفة وتغير ما تقدمت رؤيته وقد ذكرناه
في الفصل السادس من كتاب البيع بما يغني عن إعادته
فصل : قال رضي الله عنه : (ومن اشترى مكبلاً أو موزوناً لم يجز بيعه حتى
يقبضه وإن تلف قبل قبضه فهو من مال البائع إلا أن يتلفه آدمي فيخير
المشتري بين فسخ العقد وإمضائه ومطالبة متلفه ببدله وعنه في الصبرة
المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها وإن تلف فهي من ضمان المشتري)
ظاهر المذهب أن المكيل والموزون لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه
وهو ظاهر كلام الخرقى وكذلك قال في المعدود سواء كان متعينا كالصبرة أو
غير متعين كالقفيز منها وهو ظاهر كلام أحمد ونحوه قول إسحاق وروي عن
عثمان بن عفان و سعيد بن المسيب و الحسن و الحكم و حماد بن أبي سليمان
أن كل ما بيع على المكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه وما ليس بمكيل ولا
موزون يجوز بيعه قبل قبضه وقال القاضي وأصحابه : المراد بالمكيل
والموزون والمعدود ما ليس بمتعين كالقفيز من صبرة والرطل من زبده فأما
المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة ببيعها من غير تسمية كيل وقد
نقل عن أحمد نحو ذلك فإنه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما
فطلب من يحمله فرجع وقد احترق فهو من مال المشتري وذكر الجوزجاني
عنه فيمن اشترى ما في السفينة صبرة لم يسم كيلاً فلا بأس أن يشترك فيها
ويبيع ما شاء إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولي حتى يكال عليه ونحو هذا قال
مالك فإنه قال فيما بيع من الطعام مكايلاً أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه وما
بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلاً أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ووجه
ذلك ما روى الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبد
الله بن عمر يقول : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعاً فهو من
مال المبتاع رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقا وقول الصحابي مضت
السنة يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولأن المبيع المعين لا يتعلق به
حق توفيه فكان من مال المشتري كغير المكيل أو الموزون ونقل عن أحمد أن
المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكبلاً أو موزوناً أو لم يكن فعلى
هذا يختص ذلك بالمطعوم في أنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه فإن
الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا
يشرب قبل قبضه وقال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن قوله نهى عن ربح ما لا
يضمن قال : هذا من الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى
يقبضه وقال ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل
قبضه هو الطعام وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام
قبل قبضه فمفهومه إباحة بيع ما سواه قبل قبضه و [روى ابن عمر قال : رأيت
الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم أن يبيعه حتى يؤووه إلى رحالهم] وهذا نص في بيع المعين وعموم

قوله صلى الله عليه وسلم [من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه] متفق عليهما ول مسلم [عن ابن عمر قال : كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه] وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز بيعه والتصرف فيه كما بعد قبضه وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيبه على البيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ويدل بمفهومة على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك

فصل : وكل ما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه لا يجوز له بيعه حتى يقبضه وقد ذكرنا ذلك وذكرنا الذي يحتاج إلى قبض والخلاف فيه لما ذكرنا من الأحاديث ولأنه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالسلم ولم نعلم بين أهل العلم في ذلك خلافا إلا ما حكى عن النبي أنه لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه قال ابن عبد البر : وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمع على الطعام وأظنه لم يبلغه الحديث ومثل هذا لا يلتفت إليه

فصل : والمبيع بصفة أو برؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع فعلى هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه لأنه يتعلق به حق توفيه فجرى مجرى المكمل والموزون

فصل : وما يحتاج إلى القبض إذا تلف قبل قبضه فهو من ضمان البائع فإن تلف بأفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن وإن بان بفعل المشتري استقر عليه الثمن وكان كالقبض لأنه تصرف فيه وإن أتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لأن التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثليا وبالقيمة إن لم يكن مثليا وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا وإن أتلفه البائع فقال أصحابنا الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي وقال الشافعي : يفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير لأنه تلف يضمنه له البائع أشبه تلفه بفعل الله تعالى وفرق أصحابنا بينهما لكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتضى للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما إذا أتلفه فإن إتلافه يقتضي الضمان بالمثل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمنين بأيهما شاء

فصل : وإن تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي فالمشتري مخير بين أخذه ناقصا ولا شيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لأنه إن رضيه معيبا فكأنه اشترى معيبا عالما بعيبه لا يستحق شيئا من أجل العيب وإن فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن لأنه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن فإذا تعيب أو تلف بعضه لم يكن له الفسخ لذلك لأنه تلف ملكه فلم يرجع على غيره وإن كان بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلف أو عيب وقياس قول الشافعي أنه بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى وإن كان بفعل أجنبي فله الفسخ والمطالبة بالثمن وأخذا المبيع والمطالبة الأجنبي بعوض ما أتلف

فصل : ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه فإن كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه وإن كانت في يد البائع فهو كإتلافه وكذلك إن كانت في يد أجنبي فهو كإتلافه وإن لم يكن في يد أحد انفسخ البيع لأن المبيع هلك قبل قبضه بأمر لا ينسب إلى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى

فصل : ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام فقبض الشاة أو العبد وباعهما أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ الأول دون الثاني ولا يبطل الأخذ بالشفعة لأنه كمل قبل فسخ العقد ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة أو العبد أو الشقص بقيمة ذلك لتعذر رده وعلى الشفيع مثل الطعام لأنه عوض الشقص

[جزء 4 - صفحة 127]

وعنه في الصبرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها وإن تلفت فهي من ضمان المشتري

مسألة : وعنه في الصبرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها وإن تلفت فهي من ضمان المشتري

نقلها عنه أبو الحارث و الجوزجاني واختاره القاضي وأصحابه ونحوه قل مالك لقول ابن عمر : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع وقد ذكرنا ذلك

وما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه وإن تلف فهو من مال المشتري

مسألة : وما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه وإن تلف فهو من مال المشتري

وحكي أبو الخطاب رواية أخرى أنه كالمكيل والموزون في ذلك كله ما عدا المكيل والموزون والمعدود والمطعوم على ما ذكرنا فيه من الخلاف يجوز التصرف فيه قبل قبضه في أظهر الروايتين ويروى مثل هذا عن عثمان بن عفان و سعيد بن المسيب و الحكم و حماد و الأوزاعي و إسحاق و عن أحمد رواية أخرى لا يجوز بيع شيء قبل القبض إختارها ابن عقيل وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول أبي حنيفة و الشافعي إلا أن أبا حنيفة إختار بيع العقار قبل قبضه وإذا قلنا بجواز التصرف فيه فتلف فهو من ضمان المشتري وقال أبو حنيفة : كل مبيع قبل قبضه من ضمان البائع إلا العقار وقال الشافعي هو من ضمان البائع في الجميع وحكي أبو الخطاب عن أحمد مثل ذلك واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع الطعام قبل قبضه وبما روي عن ابن عباس أنه قال : أرى كل شيء بمنزلة الطعام وبما روى أبو داود [أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تتباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم]

وروي ابن ماجة [أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حيث تقبض] و [روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة قال : انههم عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمّنوا] ولأنه لم يتم الملك عليه فلم يجز بيعه كغير المتعين كالمكيل والموزون ولنا على جواز بيعه قبل قبضه ما [روي ابن عمر قال : كنا نبيع الإبل بالبيع بالدرهم فنأخذ بدل الدرهم الدنانير ونبيع بالدنانير فنأخذ بدلها الدرهم فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء] وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين و [روي ابن عمر أنه كان على بكر صعب يعني لعمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر : بعنيه فقال : هو لك يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت] وهذا ظاهر في التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه واشترى من جابر جملا ونقده ثمنه ثم وهبه إياه قبل قبضه ولأنه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الإجارة يجوز له إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفيه فصح بيعه كالمال في يد المودع والمضارب ولنا على إذا تلف فهو من ضمان المشتري قول النبي صلى الله عليه وسلم : [الخراج بالضمان] وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه وقول ابن عمر مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع وأما أحاديثهم فقد قيل لم يصح منها إلا حديث الطعام وهو حجة لنا بمفهومة فإن تخصيص الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على جوازه فيما سواه وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فإن السبب المقتضي للملك متحقق وأكثر ما فيه تخلف القبض واليد ليست شرطا في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة فصل : وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه قال القاضي : ولو ابتاع شيئا مما يحتاج إلى قبض فلقبه ببلد آخر لم يكن له أخذ بدله إن تراضيا لأنه مبيع لم يقبض فإن كان مما لا يحتاج إلى قبض جاز أخذ البديل عنه إلا أن يكون سلما لأنه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه فصل : وكل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا الأجرة وبدل الصلح إذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود وما لا يفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرف فيه قبل القبض كعوض الخلع والعرق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجنابة وقيمة المتلف لأن المقتضي للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزا من الغرر وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة والمهر كذلك عند القاضي وهو قول أبي حنيفة لأن العقد لا يفسخ بهلاكه وقال الشافعي : لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافق أبو الخطاب في غير المتعين لأنه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو بصفة بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهذا التعليل باطل بما بعض القبض فإن قبضه لا يمنع الرجوع فيه

قبل الدخول فأما ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة أو تعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع فهو كالمبيع المقبوض وهذا مذهب أبي حنيفة و الشافعي وإن كان لإنسان في يد غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلًا فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها فهي كالتالي في يده فإن غصبا فقد ذكرنا حكمه فصل : فإن اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما الآخر نصيبه قبل أن يقسماه احتمل أن لا يجوز وكرهه الحسن و ابن سيرين فيما يكال أو يوزن لأنه لم يقبض نصيبه منفردا فأشبهه غير المقبوض ويحتمل الجواز لأنه مقبوض لهما يجوز بيعه لأجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الأموال فإن تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله له لم يجز كما لو اشترى من رجل طعاما فاكتاله وتفرقا ثم باعه إياه بذلك الكيل وإن لم تفرقا خرج على الروايتين اللتين ذكرناهما

فصل : وكل ما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا تجوز فيه الشركة ولا التولية ولا الحوالة به وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك : يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لأنها تختص بمثل الثمن الأول فجازت قبل القبض كالإقالة ولنا أن التولية والشركة من أنواع البيع فإن الشركة بيع بعضه بقسطه من ثمنه والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه فيدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ولأنه تملك لغير من هو في ذمته فأشبهه البيع وأما الإقالة فهي فسخ للبيع فأشبهت الرد وكذلك لا يصح هبته ولا رهنه ولا دفع أجره وما أشبه ذلك ولا التصرفات المنعقدة إلى القبض لأنه غير المقبوض فلا سبيل إلى إقباضه

[جزء 4 - صفحة 131]

ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله ووزنه مسألة : ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيله ووزنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : التولية في ذلك قبض وقد روي عن أحمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتولية مع التمييز لأنه خلي بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضا له كالعقار ولنا ما روى عثمان بن عفان [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا بعث فكل وإذا ابتعت فاكتل] رواه البخاري وروى أبو هريرة [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى طعاما فلا يبيعه حتى يكتاله] رواه مسلم وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما بيع كيلا

وفي الصبرة وما ينقل بالنقل

مسألة : وفي الصبرة وما ينقل بالنقل لأن ابن عمر قال : [كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا الطعام جزافا أن لا يبيعه في مكانه حتى يحولوه] وفي لفظ [كنا نبتاع الطعام جزافا فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه] وفي لفظ [كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله] رواه ابن مسعود وفي لفظ يبين أن الكيل إنما وجب فيما بيع بالكيل وقد دل على ذلك أيضا قوله عليه الصلاة والسلام : [إذا سميت الكيل فكل]

وفيما يتناول بالتناول وفيما عدا ذلك بالتخلية
مسألة : وفيما يتناول بالتناول وفيما عدا ذلك بالتخلية
وعنه أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز إذا كان البيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد وإن كان ثيابا فقبضها نقلها وإن كان حيوانا فقبضه بمشيه من مكانه وإن كان مالا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه ولأن القبض مطلق في الشرع فيجب فيه الرجوع إلى العرف كالإحراز والتفرق والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرناه
فصل : وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون على البائع لأن عليه تقبيل المبيع للمشتري والقبض لا يحصل إلا بذلك فكان على البائع كما أن على بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة العداد في المعدودات وأما نقل المنقولات وما أشبهها فهو على المشتري لأنه لا يتعلق به حق توفيه نص عليه أحمد
فصل : ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولأن التسليم من مقتضيات العقد فمتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن

[جزء 4 - صفحة 132]

والإقالة فسخ يجوز في المبيع قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا يجوز إلا بمثل الثمن وعنه أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين
مسألة : والإقالة فسخ يجوز في المبيع قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا يجوز إلا بمثل الثمن وعنه أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين
إقالة النادم مستحبة لما روى [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أقال نادما بيعته أقاله عثرته يوم القيامة] رواه ابن ماجه و أبو داود ولم يقل أبو داود يوم القيامة وهي فسخ في أصح الروايتين اختارها أبو بكر وهي مذهب الشافعي والثانية : هي بيع وهي مذهب مالك لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها فكانت بيعا كالأول وكونها بمثل الثمن لا يمنع من كونها بيعا كالتولية وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق

غيرهما فلا تثبت أحكام البيع في حقهما بل يجوز في المبيع قبل قبضه وفي السلم ويثبت حكم البيع في حق الشفيع فيجوز له أخذ الشقص الذي تقابلا فيه بالشفعة ولنا أن الإقالة هي الرفع والإزالة يقال أقالك الله عثرتك أي أزالها فكانت فسخا للعقد الأول بدليل جواز الإقالة في السلم مع إجماعهم على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولأنها مقدره بالثمن الأول ولو كانت بيعا لم تقدر به ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخا كالرد بالعيب ويدل على أبي حنيفة ما كان فسخا في حق المتعاقدين كان فسخا في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص والأصل اعتبار الحقائق فإن قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده وقال أبو بكر : لا بد من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو لاختلاف المتبايعين وفارق العدة فإنها اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية إليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسألتنا وإن قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لأن بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخا لأنها رفع للعقد وإزالة له وليست معاوضة فأشبهت سائر الفسوخ ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث وإن كانت بيعا استحققت الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كالتولية والصحيح أنها لا تجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لأنه خصت بمثل الثمن كالتولية وفيه وجه آخر أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول وأقل منه كسائر البياعات فإذا قلنا لا تجوز إلا بمثل الثمن وأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الإقالة وكان الملك باقيا للمشتري وبهذا قال الشافعي وعن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الأول ويبطل الشرط لأن لفظها اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فيبطل ونفي الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فيبطل كبيع درهم بدرهمين ولأن القصد بالإقالة رد كل حق إلى صاحبه فإذا اشترط زيادة أو نقصا أخرج العقد عن مقصوده فيبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه وفارق سائر الفسوخ لأنه لا يعتبر فيه الرضا منهما بل يسأل به أحدهما فإذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه وإن شرط لنفسه شيئا لم يلزم أيضا لأنه لا يستحق أكثر من الفسخ وفي مسألتنا لا تجوز الإقالة إلا برضاها وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فإذا أبطلنا شرطه فات رضاه فتبطل الإقالة لعدم رضاه بها

[جزء 4 - صفحة 133]

باب الربا والصرف
الربا في اللغة الزيادة قال الله تعالى : { فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت }
وقال : { أن تكون أمة هي أربى من أمة } أي أكثر عددا وهو في الشرع

الزيادة في أشياء مخصوصة وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى : { وحرم الربا } وما عداها من الآيات وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم [اجتنبوا السبع الموبقات قيل : يا رسول الله ما هي ؟ قال : الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات] و [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه] متفق عليها وأجمعت الأمة على أن الربا محرم

[جزء 4 - صفحة 134]

وهو نوعان ربا الفضل و ربا النسيئة
مسألة : وهو نوعان ربا الفضل و ربا النسيئة
وأجمعت الأمة على تحريمها وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكى عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا إنما الربا في النسيئة لقوله صلى الله عليه وسلم [لا ربا إلا في النسيئة] رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس ثم إنه رجع إلى قول الجماعة وروى ذلك الأثرم وقاله الترمذي و ابن المنذر وروى سعيد بإسناده عن أبي صالح قال : صحبت ابن عباس حتى مات فوالله ما رجع عن الصرف وعن سعيد بن جبير قال : سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأسا وكان يأمر به والصحيح قول الجمهور لما [روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز] و [عن أبي سعيد قال : جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : من أين هذا يا بلال ؟ قال : كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به [متفق عليهما قال الترمذي : على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا ربا إلا في النسيئة] محمول على الجنس

[جزء 4 - صفحة 135]

فأما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون

مسألة : فأما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون وإن كان يسيرا كتمر بتمرتين وحبه بحتبتين وعنه لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم وعنه لا يحرم إلا في ذلك إذا كان مكيفا أو موزونا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في الربا أحاديث كثيرة من أتمها حديث عبادة بن الصامت [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل والتمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل فمن زاد أو ازداد فقد أربى بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد وبيعوا البز بالتمر كيف شئتم يدا بيد وبيعوا الأعيان الستة المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والإجماع واختلف أهل العلم فيما سواها فحكى عن طاوس و قتادة أنهما قصرا الربا عليها وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا : ما عداها على أصل الإباحة لقول الله تعالى : { وأحل الله البيع } واتفق القائلون بالقياس على أن الربا فيها بعله وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علتها لأن القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم وإثباته حيث وجدت علتة ولأن قول الله تعالى : { وأحل الله البيع وحرم الربا } يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه وهذا يعارض ما ذكره ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد إلا سعيد بن جبير فإنه قال : كل شئيين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة والدخن لأنها يتقارب نفعها فجرى مجرى نوعي الجنس وهذا مخالف لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد وبيعوا التمر بالبر كيف شئتم] فلا يعول عليه واتفق المعلقون على أن علة الذهب والفضة واحدة وعلة الأعيان الأربعة واحدة ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما فروي عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس وعلة الأعيان الأربعة كونه مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة ذكرها الخرقى وابن أبي موسى وأكثر الأصحاب وبه قال النخعي و الزهري و الثوري و إسحاق وأصحاب الرأي فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوما كان أو غير مطعوم كالحبوب والأشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والحناء والحديد والنحاس ونحو ذلك ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدودات لما [روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإني أخاف عليكم الرماء وهو الربا فقام إليه رجل فقال : يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجبية بالإبل فقال صلى الله عليه وسلم : لا بأس إذا كان يدا بيد] رواه أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر و [عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما وزن مثلا بمثل إذا كان نوعا واحدا] رواه الدارقطني وعن عمار أنه قال : لعبد خير من العبدین والثوب خير من الثوبين فما كان يدا بيد فلا بأس به إنما الربا في النساء إلى ما كيل أو وزن ولأن قضية البيع المساواة والمعتبر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس فإن الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى

فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فإنه جائز إذا تساوى في الكيل والرواية الثانية : أن العلة في الأثمان الثمينة وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ما عداها قال أبو بكر : روى ذلك عن أحمد جماعة ونحو ذلك قول الشافعي فإنه قال : العلة الطعم والجنس شرط والعلة في الذهب والفضة جوهريّة الثمينة غالباً فيختص بالذهب والفضة لما [روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل] رواه مسلم ولأن الطعم وصف شرف إذ به قوام الأبدان والثمينة وصف شرف إذ بها قوام الأموال فيقتضي التعليل بهما ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما في الموزونات لأن أحمد وصفي علة الربا يكفي في تحريم النساء والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيا أو موزونا فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والبطيخ والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والأشنان والحديد ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد بن المسيب [عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ربا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب] أخرج الدراقطني وقال : الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعة فقد وهم ولأن لكل واحد من هذه الأوصاف أثراً والحكم مقرون بجمعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ولأن الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المماثلة وإنما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه والطعم بمجرد لا تتحقق المماثلة به لعدم الغيار الشرعي فيه وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ولهذا وجبت المساواة في المكيل وفي الموزون وزناً فوجب أن يكون الطعم معتبراً في المكيل والموزون دون غيرهما والأحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينهما وتقييد كل واحد منها بالآخر فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي من كيل أو وزن ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه وهذا اختيار شيخنا وقال مالك : العلة القوت أما ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات وقال ربيعة : يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره وقال ابن سيرين في الجنس الواحد وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالأفراس والنجبية بالإبل [لا بأس إذا كان يدا بيد] و [روى أن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع عبداً بعدين] رواه أبو داود والترمذي وقال : هو حديث صحيح وقول مالك ينتقض بالحطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده وتعليل ربيعة ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة فالحاصل أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن واللبن ونحوه وهذا قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر : هذا قول علماء الأمصار في القديم والحديث وما يعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العم وذلك كالتين والنوى والقت والماء والطين الأرمني فإنه يؤكل دواء فيكون

موزونا مأكولا فهو إذا من القسم الأول وما عداه إنما يؤكل سفها فجرى مجرى الرمل والحصا

وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل والوزن من جنس واحد ففيه روايتان واختلف أهل العم فيه والأولى إن شاء الله حله إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها يعارض بعضها بعضا فوجب اطراحها والجمع بينهما والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتا كالأرز والذرة أو أدما كالقطنيات واللحم واللبن أو تفكها كالثمار أو تداويا كالأهليلج والسقمونيا فإن الكل في باب الربا واحد

فصل : وقوله في كل مكيل أو موزون أي ما كان جنسه مكيلا أو موزونا وإن لم يتأت فيه كيل ولا وزن أما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفتين وما دون الأرزة من الذهب والفضة أو لكثرتة كالزبرة العظيمة فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلا بمثل ويحرم التفاضل فيه وبهذا قال الثوري و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفتين والحبة بالحبتين وسائر الكيل الذي لا يتأتى كيله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [التمر بالتمر مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل من زاد أو ازداد فقد أربى] ولأن ما جرى الربا في كثيرة جرى في قليله كالموزون ولا يجوز بيع ثمرة بتمرة ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري لأن ما أصله الكيل لا تجري المماثلة في غيره

فصل : أما ما لا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والحريير فالمنصوص عن أحمد في الثياب والأكسية أنه لا يجري فيه الربا فإنه قال : لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين وهذا قول أكثر أهل العلم وقال : لا يباع الفليس بالفلسين ولا السكين بالسكينين ولا الإبرة بالإبرتين أصله الوزن ونقل القاضي بحكم إحدى المسألتين إلى الأخرى فجعل في الجميع روايتين

إحداهما لا يجري في الجميع وهو قول الثوري و أبي حنيفة وأكثر أهل العلم لأنه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النص والإجماع فيه والثانية يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لأن أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز وذكر أن اختيار القاضي أن ما كان يقصد وزنه بعد علمه كالاسطال ففيه الربا وإلا فلا

فصل : ويجري الربا في لحم الطير وعن أبي يوسف لا يجري فيه لأنه يباع بغير وزن ولنا أنه لحم فأشبهه سائر اللحمان وقوله لا يوزن قلنا : هو من جنس ما يوزن ويقصد نقله وتختلف قيمته بثقله وخفته أشبه ما يباع من الخبز عدا

فصل : والجيد والرديء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وهذا قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة و الشافعي وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر ذلك أصحابه وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية أنه لا يجوز بيع الصحاح بالمسكرة لأن للصناعة قيمة بدليل حالة الإتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب ولنا قول النبي

صلى الله عليه وسلم [الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل] وعن عبادة [عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها] رواه أبو داود وروى مسلم [عن أبي الأشعث أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقدم فقال : إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى] وروى الأثرم [عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل] ولأنهما تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالجيد بالرديء فأما إن قال لصنائع اصنع لي خاتما وزنه درهم وأعطيك مثل وزنته وأجرتك درهما فليس ذلك بيع درهم بدرهم وقال أصحابنا : للصائع أخذ الدرهمين أحدهما في مقابلة الخاتم والباقي أجره له

فصل : وكل ما حرم فيه برى الفضل حرم فيه النساء بغير خلاف علمناه وبحرم التفرق قبل القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [عينا بعين] وقوله : [يدا بيد] ولأن تحريم النساء أكد ولذلك جرى في الجنسين المختلفين فإذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

[جزء 4 - صفحة 144]

ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا ولا ما أصله الوزن كيلا مسألة : ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا ولا ما أصله الوزن كيلا لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الأموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا ومتى تحققت هذه المسألة لم يضر اختلافهما هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها وإن لم توجد لم يصح البيع وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي وأكثر أهل العلم وقال مالك : يجوز بيع بعض الموزونات ببعض جزافا ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن والبر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل] رواه الأثرم عن عبادة ورواه أبو داود وفي لفظ [البر بالبر مدا بمد والشعير بالشعير مدا بمد فمن زاد أو ازداد فقد أربى] فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات بالكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ولأنه جنس يجري فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافا كالمكيل ولأن حقيقة الفضل مبطللة للبيع ولا يعلم عدم ذلك إلا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والأثمان

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزنا ولا بيع الموزون بالموزون كيلا لأن التماثل في الكيل مشروط في المكيل وفي الوزن وقد عدت ولأنه متى

باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه بعض جزافا وكذلك إذا باع الموزون بالموزون بالكيل لا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل
فصل : ولو باع بعضه بعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ذلك لا يجوز إذا كانا من صنف واحد لما روى مسلم [عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر] وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم [الذهب بالذهب وزنا بوزن] إلى تمام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه إلا كذلك ولأن التماثل شرط والجهل به يبطل البيع لحقيقة التفاضل

[جزء 4 - صفحة 146]

فإن اختلف الجنس جاز بيع بعضه بعض كيلا ووزنا وجزافا
مسألة : قال : فإن اختلف الجنس جاز بيع بعضه بعض كيلا ووزنا وجزافا ما لا يشترط في تماثل كالجنسين وما لا ربا فيه يجوز بيعه بعضه بعض كيلا ووزنا وجزافا
وهذا ظاهر كلام الخراقي وهو قول أكثر العلماء قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا ندري كم كيل هذه ولا كم كيل هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم : [فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم] وذهب بعض أصحابنا إلى منع بيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون جزافا وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم أكره ذلك قال ابن أبي موسى : لا خير فيما يكال بما يكال جزافا ولا فيما يوزن جزافا اتفقت الأجناس أو اختلفت ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافا وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر قالوا لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة وقياسا على الجنس الواحد
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد] ولأنه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافا كالمكيل بالموزون يحققه أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يمنع وحديثهم أراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض ألفاظه : نهى أن تتباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر ثم هو مخصوص بالمكيل بالموزون فنقيس عليه محل النزاع والقياس لا يصح لأن الجنس الواحد يجب التماثل فيه فمنع من بيعه مجازفة لفوات المماثلة المشترطة وفي الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى
فصل : إذا بعثك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد وقد علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترط وإن قال بعثك هذه الصبرة

بهذه الصبرة مثلا بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع وإن زادت إحداهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وإن امتنع فسخ البيع بينهما ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي

[جزء 4 - صفحة 148]

والجنس ما له اسم خاص يشتمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح
 مسألة : والجنس ما له اسم خاص يشتمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح
 الجنس الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها والنوع الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها وقد يكون النوع جنسا بالنسبة إلى ما تحته والجنس نوعا بالنسبة إلى ما فوقه والمراد ههنا الجنس الأخص والنوع الأخص فكل نوعين اجتماعا في اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الحنطة وأنواع الشعير فالتمر كلها جنس وإن كثرت أنواعها كالبرني والعقلي وغيرهما وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهم حكم الشرع بتحريم التفاضل وإن اختلفت الأنواع لما ذكرنا من قول النبي صلى الله عليه وسلم : [التمر بالتمر مثلا بمثل] الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر وبالبر ثم قال : [فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم]
 فصل : واختلفت الرواية في البر والشعير فظاهر المذهب أنهما جنسان وهو قول الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وعنه أنهم جنس واحد يروى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث و الحكم و حماد و مالك و الليث لما [روي عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال : بعه ثم اشتر به شعيرا فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع فلما جاء معمرا أخبره فقال معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذن إلا مثلا بمثل فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام إلا مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير قيل فإنه ليس بمثله قال : إني أخاف أن يضارع] أخرجه مسلم ولأن أحدهما يعتبر بالآخر فكانا كنوعي الجنس ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يدا بيد] وفي لفظ [لا بأس ببيع البر بالشعير والشعير بالبر هما يدا بيد وأما نسيئة فلا] - وفي لفظ - [فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم] وهذا صريح لا يجوز تركه بغير معارض مثله وحديث معمر لا بد فيه من اضمار الجنس بدليل سائر أجناس الطعام ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو نسيئة فإنه قال في الخبر : وكان طعامنا يومئذ الشعير ثم لو كان عاما لوجب تقديم الخاص الصريح عليه وفعل معمر وقوله لا يعارض به فعل النبي صلى الله عليه وسلم منقوض بالذهب والفضة

[جزء 4 - صفحة 152]

وفروع الأجناس أجناس كالأدقة والأخباز والأدهان
 مسألة : وفروع الأجناس أجناس كالأدقة والأخباز والأدهان
 إذا كان المشتركان في الاسم الخاص من جنسين فهما جنسان كالأدقة والأخباز
 والخلول والأدهان وعصير الأشياء مختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها
 وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل العنب جنس وحكي أيضا عن مالك لأن
 الاسم الخاص يجمعهما والصحيح الأول لأنهما من جنسين مختلفين فكانا
 جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الدخن وما ذكره للرواية الأخرى منقوض بسائر
 فروع الأصول التي ذكرناها فكل فرع مبني على أصله فزيت الزيتون وزيت
 البطم وزيت الفجل أجناس ودهن السمك والشيرج والجوز واللوز والبر
 أجناس وعسل النحل وعسل القصب جنسان وتمر النخل وتمر الهند جنسان
 وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس وإن اختلفت مقاصدهما فدهن الورد
 والبنفسج والزئبق والياسمين إذا كانت من دهن واحد فهما جنس واحد وهذا
 الصحيح من مذهب الشافعي وله قول آخر لا يجري الربا فيها لأنها لا تقصد
 للأكل وقال أبو حنيفة هي أجناس كما لو طيب سائر أنواع الأجناس وقولهم لا
 تقصد للأكل قلنا هي صالحة للأكل وإنما تعد لما هو أعلى منه فلا تخرج عن
 كونها مأكولة بصلاحتها لغيره وقولهم أنها أجناس لا يصح لأنها من أصل واحد
 ويشملها اسم واحد فكانت جنسا كأنواع التمر والحنطة
 فصل : وقد يكون الجنس الواحد مشتملا على جنسين كالتمر يشتمل على
 النوى وغيره وهما جنسان واللبن يشتمل على المخيض والزبد وهما جنسان
 فما داما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد فإذا ميز أحدهما من الآخر
 صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الأصليين
 فصل : واللحم أجناس باختلاف أصوله وكذلك اللبن وعنه جنس واحد وعنه في
 اللحم أنه أربعة أجناس لحم الأنعام ولحم الوحش ولحم الطير ولحم دواب
 الماء

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في اللحم فوري عنه أنه جنس واحد وهذا
 الذي ذكره الخرقي وهو قول أبي ثور وأحد قولي الشافعي وأنكر القاضي أبو
 يعلى كون هذه رواية عن أحمد وقال الأنعام والوحش والطير ودواب الماء
 أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وإنما في اللحم روايتان إحداهما أنه
 أربعة أجناس كما ذكرناه وهو مذهب مالك إلا أنه يحتمل أن الأنعام والوحش
 جنس واحد فيكون عنده ثلاثة أصناف وروي عنه أنه أجناس باختلاف أصوله وهو
 قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لأنها فروع أصول هي أجناس
 فكانت أجناسا كالأدقة والأخباز وهذا اختيار ابن عقيل وعنه في اللحم أنه أربعة
 أجناس على ما ذكرناه وهذا اختيار القاضي واحتج بأن لحم هذه الحيوانات
 تختلف المنفعة بها والقصد إلى أكلها فكانت أجناسا قال شيخنا : وهذا ضعيف
 لأن كونها أجناسا لا يوجب حصرها في أربعة أجناس ولا نظير لهذا فيقاس عليه

والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله ووجه قول الخرقى أنه اشترك في الاسم والواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنسا واحدا كالطلع والصحيح ما ذكرنا وما ذكره من الدليل منتقض بعسل النحل وعسل القصب وغير ذلك فعلى هذا لحم الإبل كله صنف بخاتيها وعرابها والبقر عرابها وجواميسها صنف والغنم ضأنها ومعزها جنس ويحتمل أن يكونا صنفين لأن الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية فقال : (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الإبل والبقر فقال : (ومن الإبل اثنين ومن البقر اثنين) والوحش أصناف بقرها نصف وغنمها صنف وطباؤها صنف وكل ماله اسم يخصه فهو صنف والطير أصناف وكل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف فيجوز أن يباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومتماثلا ويباع بصفة متماثلا ومن جعلها صنفا واحدا بيع لحم بلحم متماثلا

فصل : وفي اللبن روايتان إحداهما : هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم والثانية : هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي وقال مالك : لبن الأنعام كلها جنس واحد

وقال ابن عقيل : لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لأن اسم البقر يشملها ولا يصح لأن لحمهما جنسان فكان لبنيهما جنسين كالإبل والبقر ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يدا بيد ويجنسه متماثلا كيلا ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين أو أحدهما حليبا والآخر حامضا لأن تغير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة وإن شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه وسنذكر ذلك

[جزء 4 - صفحة 157]

واللحم والشحم والكبد أجناس
مسألة : واللحم والشحم والكبد أجناس
اللحم والشحم جنسان والكبد جنس والطحال جنس والقلب جنس والمخ جنس ويجوز جنس بجنس آخر متفاضلا لا يجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك أن يتمثلا وظاهر المذهب إباحة البيع فيهما متماثلا ومتفاضلا وهو قول أبي حنيفة و الشافعي لأنهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة فإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لأن الشحم لا يظهر وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع ذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لأن السمين الذي كون مع اللحم عنده لحم فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم وذكر القاضي أن الأبيض الذي في ظاهر اللحم هو والأحمر جنس واحد وإن الألية والشحم جنسان وظاهر كلام الخرقى أن كل ما هو أبيض في الحيوان يذوب بالإذابة ويصير دهنًا فهو جنس واحد قال شيخنا : وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لقوله سبحانه : { حرمتنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما }

فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم ولأنه يشبه الشحم في لونه وذوبه ومقصده فكان شحما كالذي في البطن

[جزء 4 - صفحة 159]

ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان
مسألة : ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان
لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك و
الشافعي وقول الفقهاء السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان
معد للحم ويجوز بغيره وقال أبو حنيفة : يجوز مطلقا لأنه باع مال الربا بما لا ربا
فيه أشبه ببيع الحيوان بالدرهم أو بلحم م غير جنسه
ولنا ما روي عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب [أن النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان] قال ابن عبد البر : هذا أحسن
أسانيد وورد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي بميت ذكره
الإمام أحمد وروي ابن عباس أن جزروا نحرته فجاز رجل بعناق فقال :
أعطوني جزءا بهذا العناق قال أبو بكر : لا يصلح هذا قال الشافعي : لا أعلم
مخالفا لأبي بكر في ذلك وقال أبو الزناد : كل من أدركت ينهى عن بيع اللحم
بالحيوان ولأن اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع
السمسم بالشيرج وبهذا فارق ما قاسوا عليه فأما بيعه بحيوان من غير جنسه
فظاهر كلام أحمد و الخرقى أنه لا يجوز لما ذكرنا من الأحادث واختار القاضي
جوازه و للشافعي فيه قولان واحتج من أجاز به بأن مال الربا بيع بغير أصله ولا
جنسه فجاز كما لو باعه بالأثمان والظاهر أن الاختلاف مبني على الاختلاف في
اللحم فإن قلنا بأنه جنس واحد لم يجز وإن قلنا أنه أجناس جاز بيعه بغير جنسه
لما ذكرنا فإن باعه بحيوان غير مأكول جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول
عامة الفقهاء

ولا يجوز بيع حب بدقيقة ولا بسويقه في أصح الروايتين
مسألة : ولا يجوز بيع حب بدقيقة ولا بسويقه في أصح الروايتين
لا يجوز بيع الحب بالدقيق في الصحيح من المذهب وهو قول سعيد بن المسيب
و الحسن و الحكم و حماد و مكحول و الثوري و أبي حنيفة وهو المشهور عن
الشافعي وعن أحمد أنه جائز وبه قال ربيعة و مالك و حكي عن النخعي و قتادة
و ابن شبرمة و إسحاق و أبي ثور لأن الدقيق نفس الحنطة وإنما تكسرت
أجزاءها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة الكسرة بالصجاج فعلى هذا إنما يباع
الحب وزنا لأن أجزاءه قد تفرقت بالطحن وانتشرت فيأخذ من المكيال مكانا
كبيرا والحب يأخذ مكانا صغيرا والوزن يسوي بينهما وبهذا قال إسحاق

ولنا أن بيع الحب بالدقيق بيع مال الربا بجنسه متفاضلا فحرم كبيع مكيلة بمكيلتين وذلك لأن الطحن قد فرق أجزاءه فيحصل في مكيله دون ما يحصل في مكيل الحب وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه ولذلك لم يجز بيع بعضه ببعض جزافا والتساوي في الوزن لا يلزم منه التساوي في الكيل والحب والدقيق مكيلان لأن الأصل الكيل ولم يوجد ما ينقل عنه ثم لو ثبت أن الدقيق كان موزونا لم يتحقق التماثل لأن المكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالكيل

فصل : ولا يجوز بيع الحب بالسويق وبه قال الشافعي وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك متماثلا ومتفاضلا ولنا أنه بيع الحب ببعض أجزاءه متفاضلا فلم يجز كبيع مكوك حنطه بمكوكي دقيق ولا سبيل إلى التماثل قد أخذت من أحدهما دون الآخر فأشبهت المقلية بالنيئة فاما الخبز والهريسة والفالوج والنشاء وأشباهاها فلا يجوز بيعه بالحنطة وقال أصحاب أبي حنيفة : يجوز بناء على مسألة مد عجوة وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى ويجوز بيع الحب بالدقيق من غير جنسه والخبز وغير ذلك لعدم اشتراط المماثلة بينهما قال ابن أبي موسى لا يجوز بيع سويق الشعير بالبر في رواية وذلك مبني على أن البر والشعير جنس واحد وقد ذكرنا

[جزء 4 - صفحة 160]

ولا يجوز بيع أصله بعصيره ولا خالصه بمشوبه ولا رطبه بياسه ولا نيئه بمطبوخه

مسألة : ولا يجوز بيع أصله بعصيره ولا خالصه بمشوبه ولا رطبه بياسه ولا نيئه بمطبوخه

لا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الأدهان بأصولها والعصير بأصله كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وقال ابن المنذر وقال أبو ثور يجوز وقال أبو حنيفة : يجوز إذا علم أن ما في الأصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد وإن لم يعلم لم يجز ولنا أنه مال بيع بأصله الذي هو منه فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان وقد أثبتنا ذلك بالنص

فصل : ولا يجوز بيع اللبن بالزبد ولا بالسمن ولا بشيء من فروعه كاللبأ والمخيض وسواء كان فيه من غيره أو لا لأنه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يجوز بيع اللبن بالزبد إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه متماثلا وقال القاضي : وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لأن الشئيين إذا دخلهما الربا لم يجز بيع أحدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمد عجوة والصحيح أن هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسألة مد عجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر

الروايات المخالفة لغيرها لكونها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد وأما اللبن بالمخيض فلا يجوز نص عليه أحمد ويتخرج الجواز كالتالي قبلها وأما اللبن باللبن فإن كان قبل أن تمسه النار جاز تماثلاً لأنه لبن بلبن ؟ وإن مسته النار لم يجز وذكر القاضي وجهاً أنه يجوز وليس بصحيح لأن النار عقدت أجزاء أحدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار كالخبز بالعجين والمقلية بالنيئة وهذا مذهب الشافعي

فصل : ولا يجوز بيع الخالص بالمشوب كحنطة فيها شعير أو رواب بخالصة أو غير خالصة أو لبن مشوب بخالص أو مشوب باللبن بالكشك أو الكامخ ويتخرج الجواز إذا كان اللبن أكثر من اللبن الذي في الكشك والكامخ بناء على مد عجوة ولا يجوز بيع العسل في شمعته بمثله فإن كان الخلط يسيراً كحبات الشعير ويسير التراب والزوان الذي لا يظهر في الكيل لم يمنع لأنه لا يخل بالتماثل ولا يجوز بيع التمر بالدبس والخل والناطف والقطارة لأن بعضها معه من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد ولا يجوز بيع الناطف بعينه ببعض ولا غيره من المصنوع من التمر لأن معها شيئاً مقصوداً من غير جنسها فهو كمد عجوة والعنب التمر فيما ذكرناه

فصل : ولا يجوز بيع المشوب بالمشوب كالكشك والكامخ ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر كمسألة مد عجوة ولا يجوز نيئة بمطبوخة كالخبز بالعجين والحنطة المقلية بالنيئة ولأنه لا يحصل التماثل لأن النار ذهبت ببعض رطوبتها وهذا مذهب الشافعي

فصل : ولا يجوز بيع نوع بنوع آخر إذا لم يكن فيه منه فيجوز بيع الزبد بالزبد والسمن بالمخيض في ظاهر المذهب تماثلاً ومتفاضلاً لأنهما جنسان من أصل واحد أشبه اللحم والشحم وممن أجاز بيع الزبد بالمخيض الثوري والشافعي وإسحاق لأن اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فلم يمنع كالمخ في الشيرج وبيع المسن بالمخيض أولى بالجواز لخلوه من اللبن المخيض ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لأن في الزبد لبناً ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولأنه من الزبد فلم يجز بيعه كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي واختار القاضي جوازه لأن اللبن الذي في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولهذا جاز بيع الزبد بالمخيض ولا يصح ذلك لأن التماثل شرط وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز البيع كتمر منزوع النوى بما نواه فيه ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر أشبه الرطب بالتمر وكل رطب بياض من جنسه ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن كالجبين واللبن ونحوهما لأن هذه الأنواع لم ينزع منها شيء فهي كاللبن الذي فيه زبد فلم يجز بيعها به كبيع اللبن بها وأما بيع الجبن بالأقط فلا يجوز بيع رطوبتها أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر وإن كانا يابسين احتمل المنع لأن الجبن موزون والأقط مكيل فأشبه بيع الخبز بالدقيق ويحتمل الجواز إذا تماثلاً كبيع الجبن بالجبين

فصل : ولا يجوز بيع رطب بياض كالرطب بالتمر والعنب بالزيت والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة والمقلية بالنيئة ونحو ذلك وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف و

محمد وقال أبو حنيفة لا يجوز لأنه إما أن يكونا جنسا فيجوز متماثلا لقول النبي صلى الله عليه وسلم [التمر بالتمر مثلا بمثل] أو يكونا جنسين فيجوز لقوله صلى الله عليه وسلم [لا تبيعوا التمر بالتمر فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد]

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم [لا تبيعوا التمر بالتمر] وفي لفظ [نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في بيع العربية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا] متفق عليهما و [عن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر قال : أينقص الرطب إذا يبس ؟ قالوا : نعم فنهى عن ذلك] رواه مالك و أبو داود و الأثرم و ابن ماجه وفي رواية الأثرم قال : فلا إذن نهى وعلل بأنه ينقص إذا يبس وروى مالك عن نافع [عن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا] ولأنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان فلم يجز كبيع المقلية بالنبيئة ولا يلزم الحديث العتيق لأن التفاوت يسير قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في إسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر وقال زيد أبو عياش رواية ضعيف وليس الأمر على ما توهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ وهو لا يروي عن متروك الحديث

[جزء 4 - صفحة 162]

يجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة ومطبوخه بمطبوخه وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف وعصيره بعصيره ورطبه برطبه
مسألة : يجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة ومطبوخه بمطبوخه وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف وعصيره بعصيره ورطبه برطبه
يجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبو حنيفة والمشهور عن الشافعي المنع لأنه يعتبر تساويها حالة الكمال وهو حال كونهما حبا وقد فات ذلك لأن أحد الدقيقين يكون من حنطة رزينة والآخر من خفيفة فيستويان دقيقا ولا يستويان حبا
ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع التمر بالتمر إذا ثبت هذا فإنما يباع بعضه ببعض كيلا لأن الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك ويشترط تساويهما في النعومة ذكره أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لأنهما إذا تفاوتتا في النعومة تفاوتتا في ثاني الحال فيصير كبيع الحب بالدقيق وزنا وذكر القاضي أن الدقيق يباع وزنا ولا وجه له وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله
فصل : ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق وبه قال الشافعي وعنه الجواز لأن كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره أشبه السويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من السويق فلم يجز بيعه كالمقلىة بالنيئة وروي عن مالك و أبي يوسف و محمد و أبي ثور بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لأنهما جنسان ولنا أنهما أجزاء جنس واحد فأشبهه بيع أحدهما بجنسه فصل : ويجوز بيع مطبوخه بمطبوخه كاللبأ بمثله والجبن بالجبن والأقط بالأقط والسمن بالسمن متساويا ويعتبر التساوي بين الأقط والأقط بالكيل ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ويباع الجبن بالوزن لأنه لا يمكن كيله أشبه الخبز وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل كالشريح

فصل : ويجوز بيع الخبز بالخبز وزنا وكذلك النشاء بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة ويعتبر التساوي في الوزن لأنه يقدر به عادة ولا يمكن كيله وقال مالك إذا تحرى المماثلة فلا بأس وإن لم يوزن وبه قال الأوزاعي و أبو ثور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصا بقرصين وقال الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال إلا أن ييسر ويدق دقا ناعما ويباع بالكيل ففيه قولان لأنه مكيل ويجب التساوي فيه ولا يمكن كيله فتعذرت المساواة فيه ولأن في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يجز بيعه كالمغشوش من الذهب والفضة وغيرهما

ولنا على وجوب التساوي أنه مطعوم موزون فحرم التفاضل بينهما كاللحم واللبن ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي في المعيار الشرعي كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق ولنا على الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله مكيل كالأدهان ولا يجوز بيع الرطب بالياس لافراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فأشبهه الرطب بالتمر ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر إذا لم يكثر لأن ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه أشبهه بيع الحديثة بالعتيقة وما فيه من الملح والماء غير مقصود ويراد لمصلحته فهو كالملاح في الشريح فإن ييسر الخبز ودق وصار فتيتا بيع بمثله كيلا لأنه أمكن كيله فرد إلى أصله وقال ابن عقيل فيه وجه أنه يباع بالوزن لأنه انتقل إليه

فصل : فأما ما فيه غيره من فروع الحنطة مما هو مقصود كالهريسة والخزيرة والفالوذج وخبز الأباير والخشكنانج والسنبوسك ونحوه فلا جوز بيع بعضه ببعض ولا يبيع نوع بنوع آخر لأن كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه وهو مقصود كاللحم في الهريسة والعسل في الفالوذج والماء والدهن في الخزيرة ويكثر التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه وحكم سائر الحبوب حكم الحنطة فيما ذكرنا ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثلة بينهما

فصل : ويجوز بيع العصير بجنسه متماثلا ومتفاضلا بغير جنسه وكيف شاء لأنهما جنسان ويعتبر التساوي فيهما بالكيل لأنه يقدر به ويباع به عادة وهذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيين وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لأن النار تعقد أجزاءهما فيختلف ويؤدي إلى التفاضل ولنا أنهما متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبهه النبيء بالنبيء فأما بيع النبيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لأن أحدهما ينفرد

بالنقص في ثاني الحال أشبه الرطب بالتمر وقد ذكرناه وإن باع عصير شيء من ذلك بثقله فإن كان فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثقله الذي فيه بقية من الزيت إلا على قولنا بجواز مد عجوة وإن لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا متماثلا لأنهما جنسان

فصل : ويجوز بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحو من الرطب بمثله في قول الأكثرين ومنع منه الشافعي فيما يبس فأما لا يبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين لأنه لا يعلم تساويهما حالة الادخار فأشبهه الرطب بالتمر وذهب أبو حفص الكعبري إلى هذا وقال ويحتمله كلام الخرقى لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعض ببعض رطبا قال شيخنا : ومفهوم كلام الخرقى إباحته ههنا لأنه قال : ولا يباع شيء من الرطب بيبس من جنسه مفهومه جواز الرطب بالرطب ولنا أن نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر يدل بمفهومه على إباحة بيع كل واحد منهما بمثله ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولأن قوله تعالى : { وأحل الله البيع } عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس في معناه فيبقى على العموم وقياسهم لا يصح فإن التفاوت كثير وينفرد أحدهما بالنقصان بخلاف مسألتنا ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق لأن التفاوت فيه يسير ولا يمكن ضبطه فعفي عنه

فصل : ويجوز بيع القطارة والدبس والخل كل نوع بعضه ببعض متساويا قال أحمد في رواية مهنا في خل الدقل : يجوز بيع بعضه ببعض متساويا لأن الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ولا يباع نوع بالآخر لأن في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي إلى التفاضل والعنب كالتمر إلا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب لانفراد أحدهما بما ليس من جنسه ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كخل العنب وخل التمر

فصل : ويجوز بيع اللحم باللحم رطبا نص عليه وقال الخرقى لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا إذا تناهى جفافه وهذا مذهب الشافعي واختاره أبو حفص الكعبري في شرحه قال القاضي والمذهب جواز بيعه ونص أحمد على جواز بيع الرطب بالرطب ينه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب فإن حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فإذا جاز فيه البيع في اللحم أولى فأما بيع رطبه بيبسه ونيئه بمطبوخه فلا يجوز لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلم يجز كالرطب بالتمر قال القاضي : ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام كما لا يجوز بيع العسل بمثله إلا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الإباحة مطلقا فإنه قال في رواية حنبل إذا صار إلى الوزن رطبا برطلا مثلا بمثل فأطلق ولم يشترط شيئا ولأن العظم تابع للحم بأصل الخلقة فأشبهه النوى في التمر وفارق العسل في أن اختلاط الشمع به من فعل النحل لا من أصل الخلقة

[جزء 4 - صفحة 165]

ولا يجوز المحاقلة وهو بيع الحب في سنبله وفي بيعه بغير جنسه وجهان
مسألة : ولا يجوز المحاقلة وهو بيع الحب في سنبله وفي بيعه بغير جنسه
وجهان
وذلك لما روى البخاري [عن أنس قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن
المحاقلة والمحاضرة والمامسة والمنابذة والمزابنة]
والمحاضرة بيع الزرع الأخضر والمحاقلة بيع الزرع في الحقول بحب من جنسه
قال جابر : المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطه وقال الأزهري الحقل
الفراخ المزروع وفسره أبو سعيد باستكراء الأرض بالحنطة ولأنه بيع الحب
بجنسه جزافا من أحد الجانبين فلم يجوز كما لو كانا على الأرض فأما بيعه بغير
جنسه فإن كان بدراهم أو دنانير جاز لأن نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن
بيع الحب حتى يشتد يدل على جواز ذلك إذا اشتد وهذا أحد قولي الشافعي وإن
باعه بحب ففيه وجه أحدهما : يجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم [إذا
اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد] والثاني : لا يجوز لعموم الحديث
المذكور

ولا يجوز بيع المزابنة وهو بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر إلا في العرايا
وهي بيع الرطب في رؤوس النخل خرصا بمثله من التمر كيلا فيما دون خمسة
أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه
مسألة : ولا يجوز بيع المزابنة وهو بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر إلا في
العرايا وهي بيع الرطب في رؤوس النخل خرصا بمثله من التمر كيلا فيما دون
خمس أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه
لا يجوز بيع المزابنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة وهو بيع
الرطب بالتمر متفق عليه وروى البخاري [عن أنس أن النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن المزابنة] فأما العرايا فيجوز في الجملة وهو قول أكثر أهل
العلم منهم مالك في أهل المدينة والأوزاعي في أهل الشام و الشافعي و
إسحاق و ابن المنذر وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لما ذكرنا من الحديث ولأنه بيع
الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجوز ما لو كان على وجه الأرض
ولنا ما [روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في
خمس أوسق أو دون خمس أوسق] متفق عليه ورواه زيد بن ثابت و سهل بن
أبي حنيفة وغيرهما وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه وهذه
زيادة يجب الأخذ بها ولو قدر العارض وجب تقديم حديثنا بخصوصه جمعا بين
الحديثين وعملا بكال النصين قال ابن المنذر الذي نهى عن المزابنة هو الذي
أرخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى والقياس لا
يصار إليه مع النص مع أن في الحديث أنه أرخص في العرايا والرخصة استباحة

المحظور مع وجود السبب الحاضر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال
 فصل : وإن يجوز بشروط خمسة أحدها : أن يكون فيما دون خمسة أوسق في ظاهر المذهب ولا خلاف في أنه لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق ولأنها تجوز فيما نقص عن خمسة أوسق عند القائلين بجوازها فأما الخمسة الأوسق فظاهر المذهب أنه لا يجوز فيها وبه قال ابن المنذر و الشافعي في أحد قوليهِ وقال مالك و الشافعي في قول يجوز ورواه اسماعيل بن سعيد بن أحمد لأن في حديث زيد وسهل أنه أرخص في العرايا مطلقا ثم استثنى ما زاد على الخمسة وشك الراوي في الخمسة فبقي المشكوك فه على أصل الإباحة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزابنة بيع الرطب بالتمر ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فيبقى على العموم في التحريم ولأن العرية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس فيما دون الخمسة والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت إباحتها مع الشك وروى ابن المنذر بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العرية في الأوسق والوسقين والثلاثة والأربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها في وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها فأما قولهم أرخص في العرية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيجب حلم المطلق على المقيد ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقا

فصل : ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة وقال الشافعي : يجوز للإنسان بيع جميع حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع ولنا عموم النهي عن المزابنة استثنى منه العرية فيما دون خمسة أوسق فما زاد يبقى على العموم في التحريم ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعا واحدا لا يجوز في عقدين كالذي على وجه الأرض وكالجمع بين الأختين
 فصل : ولا تعتبر حاجة البائع فلو باع رجل عرية من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر و القاضي : لا يجوز لما ذكرنا في المشتري ولنا أن المقلب في التجوز حاجة المشتري بدليل ما روى محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجلا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطبيا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتناعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطبيا وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع فلا يتقيد ف حقه بخمسة أوسق ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى أن يحصل الإرفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة فإن قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد

الثاني وإن اشترى عربتين أو باعهما وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز وجها واحدا

الثاني : أن يكون مشتريها محتاجا إلى أكلها رطبا ولا يجوز بيعها لغني وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر أنها تباح مطلقا لكل واحد لأن كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البيوع ولأن حديث أبي هريرة وسهل ملطقان ولنا حديث زيد بن ثابت الذي ذكرناه وإذا خولف الأصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط ولا يلزم من إباحته للحاجة إباحته مع عدمها كالزكاة للمساكين فعلى هذا متى كان المشتري غير محتاج إلى أكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر ولو باعها لوأهبها تحرزا من دخول صاحب العرية حائطه كمذهب مالك أو لغيره لم يجز وقال ابن عقيل يباح ويحتمله كلام أحمد لأن الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجا إلى أكلها

ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ولأن في حديث زيد وسهل يأكلها أهلها رطبا ولو جازت لتخليص المعري لما شرط ذلك الثالث : أن لا يكون للمشتري نقد يشتري به للخبر المذكور الرابع : أن يشتريها بخرصها من التمر ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوما بالكيل ولا يجوز جزافا لا نعلم خلافا في هذا عند من أباح بيع العرايا لما [روى زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا] متفق عليه ولما مسلم أن يؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها رطبا إذا ثبت ذلك فمعنى خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الخارص إلى العرية فينظر كم يجيء منها تمرا فيشتريها المشتري بمثله تمرا وبهذا قال الشافعي ونقل حنبل عن أحمد أنه قال يخرصها رطبا ويعطي تمرا وهذا يحتمل الأول ويحتمل أنه يشتريها بمثل الرطب الذي عليها لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خولف في الأصل في بيع الرطب بالتمر فبقي فيما عداه على قضية الدليل قال القاضي : والأول أصح لأنه ينبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح خرصة تمرا ولأن المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمرا يفضي إلى فوات ذلك فأما إن اشتراها بخرصها رطبا لم يجز وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي والثاني يجوز والثالث لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه ووجه جوازه ما روى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر ولم يرخص في غير ذلك ولأنه إذا جاز بيعها بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ما روى مسلم بإسناده [عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا] و [عن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال : ذلك الربا تلك المزبنة] إلا أنه أرخص في العرية النخلة أو النخلتين يأخذهما أهل البيت بخرصهما تمرا يأكلونها رطبا ولأنه مبيع يجب فيه مثله تمرا فلم يجز بيعه بمثله رطبا كالتمر الجاف ولأن من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب

بأكل ما عنده وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه وحديث ابن يحيى شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل مع الشك سما وهذه الأحاديث تثبت وتزيل الشك

الخامس : التقابض في المجلس وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لأنه بيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروط إلا ما استثناه الشرع مما لم يمكن اعتباره في بيع العرايا والقبض في كل واحد منهما على حسبه ففي التمر اكتياله وفي الثمر التخلية وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ثم مضيا إلى النخيل فسلمه جاز لأن التفرق لم يحصل قبل القبض إذا ثبت هذا فإن بيع العرية يقع على وجهين أحدهما : أن يقول بعتك ثمرة هذه النخل بكذا ويصفه الثاني : أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول : بعتك هذا بهذا أو بعتك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا فإن باعه بعين فقبضه بنقله وأخذه وإن باعه بموصوف فقبضه بنقله

[جزء 4 - صفحة 168]

فيعطيه من التمر مثل ما يؤول إليه مما في النخل عند الجفاف وعنه يعطيه مثل رطبه وقد ذكرناه
مسألة : فيعطيه من التمر مثل ما يؤول إليه ما في النخل عند الجفاف وعنه يعطيه مثل رطبه وقد ذكرناه
فصل : ولا يشترط في العرية أن تكون موهوبة لبائعها وبه قال الشافعي وظاهر قول الخرقي أنه شرط وقال الأثرم : سمعت أحمد يسأل عن تفسير العرايا فقال : العرايا أن يعري الرجل الجار أو القرابة للحاجة والمسكنة فللمعري أن يبيعها ممن شاء وقال مالك بيع العرايا الجائر هو أن يعري الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل العري حائطه لأنه ربما كان مع أهله في الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز أن يشتريها منه واحتجوا بأن العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاما قال أبو عبيد الإعراء أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك وقال شاعر الأنصار (ليست بسنها ولا رجبية ... ولكن عرايا في السنين الجوائح)
يقول إنا نعريها الناس فتعين صرف اللفظ إلى موضوعه لغة ومقتضاه في العربية ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ولأنه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة أوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يجز بيعها بالتمر لأن الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخل الكثير يعريه الناس أنه لا يعجز عن أداء ثمن العرية وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها لأن علة الرخصة حاجة المشتري إلى أكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فمتى وجد ذلك جاز البيع ولأن اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطبا ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك ولأن ما

جاز بيعه لواهبة إذا كان موهوبا جاز وإن لم يكن موهوبا كسائر الأموال وما جاز بيعه لواهبة جاز لغيره كسائر الأموال وإنما سمي عربة لتعريفه عن غيره وأفراده بالبيع

[جزء 4 - صفحة 169]

ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين
مسألة : ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين
لا يجوز بيع العربة في غير النخل اختاره أبو حامد وهو قول الليث إلا تكون ثمرته مما لا يجري فيه الربا فيجوز بيع رطبها بيابسها لعدم جريان الربا فيها وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهو قول مالك والأوزاعي قياسا على ثمرة النخيل ويحتمل أن يجوز في العنب دون غيرهما وهو قول الشافعي لأن العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيه وجواز خرصه وتوسيقه وكثرة يابسه واقتنائه في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبه والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرهما لاختلافهما في أكثر هذه المعاني فإنه لا يمكن خرصها لتفرقها في الأغصان واستتارها بالأوراق ولا يقتات بيابسها فلا يحتاج إلى الشراء به ووجه الأولى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة التمر بالثمرة إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم وعن بيع العنب بالزبيب وكل ثمر بخرصة وهذا حديث حسن رواه الترمذي وهو يدل على تخصيص العربة بالتمر فعن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن رسول الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العربة بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك و [عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة - والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا -] وعن كل ثمرة بخرصة لأن الأصل يقتضي تحريم بيع العربة وإنما جازت في ثمرة النخيل رخصة ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين أحدهما : أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الأصل لأهل المدينة وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره الثاني : أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصوصا وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة وإنما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ونهى عن بيع العنب بالزبيب لم يدل على تخصيص فيقاس عليه وكذلك سائر الثمار

ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما
مسألة : ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما كمد عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين أو بمد ودرهم وعنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه

هذه المسألة تسمى مسألة مد عجوة وظاهر المذهب أن ذلك لا يجوز نص عليه أحمد في مواضع كثيرة قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة تباع بجنس ما عليها لا يجوز قولاً واحداً وروي هذا عن سالم بن عبد الله و القسام بن محمد و شريح و ابن سيرين وبه قال الشافعي و إسحاق و أبو ثور وعن أحمد أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه : قال حرب : قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفياً ودرهماً وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء ؟ قال لا يجوز إلا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة وكذلك روي عن محمد بن أبي حرب الجرجاني قال أبو داود : سمعت أحمد يسأل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم فقال لا أقول فيه شيئاً قال أبو بكر روى هذه المسألة عن أحمد خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل إلا الميموني وقال حماد بن أبي سليمان و أبو حنيفة يجوز ذلك بما ذكرنا من الشرط وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم وبه قال الشعبي و النخعي واحتجوا بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحلم على الفساد لأنه لو اشترى لحماً من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة لكن يجب حمله على أنه مذكي تصحيحاً وقد أمكن تصحيح العقد ههنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل في مقابلة الزائد على المثل ولنا ما [روى فضالة بن عبيد قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا حتى تميز بينهما قال فرده حتى ميز بينهما] رواه أبو داود وفي لفظ رواه مسلم قال : [أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزناً بوزن] ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض بيانه إذا اشترى عبيد أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلورد أحدهما بعبء رده بقسطه من الثمن وكذلك إذا اشترى شقصاً وسيفاً بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن فإذا فعلنا هذا فيمن باع درهماً ومداً قيمته درهماً بمددين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في المقابلة ثلثي مد والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث هذا إذا تفاوتت القيم ومع التساوي جهل ذلك لأن التقويم ظن وتخمين والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والخرص وقولهم يجب تصحيح العقد ممنوع بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد وكذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلد نقود بطل العقد ولم يحمل على نقد أقرب البلاد إليه أما إذا اشترى من إنسان شيئاً فإنه يصح لأن الظاهر أنه ملكه لأن اليد دليل الملك وإذا باع لحماً فالظاهر أنه مذكي لأن المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

[جزء 4 - صفحة 172]

وإن باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين
 مسألة : وإن باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين أو
 حنطة حمراء وسمراء بيضاء أو تمرًا برنيا ومعلقيا بابرحيمي فإن ذلك يصح
 قاله أبو بكر وأوماً إليه أحمد واختار القاضي أن الحكم فيها كالتي قبلها
 وهو مذهب مالك و الشافعي لأن العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على
 حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا وروى عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه
 في الثمن نقله أحمد بن القاسم لأن الأنواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها
 ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الأثمان
 ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة
 بالفضة مثلا بمثل] الحديث وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المماثلة
 المرعية وهي في الموزون وزنا وفي المكيل في الطرفين فكذلك إذا اختلفا
 واختلاف القيمة ينبنى على الجودة والرداء ولأنه باع ذهبا بذهب متساويا في
 الوزن فصح كما لو اتفق النوع وإنما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل
 على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع بنوع يشتمل على جيد ورديء

ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه لاشتمال أحدهما على ما ليس من
 جنسه دون الآخر
 مسألة : ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه لاشتمال أحدهما على ما
 ليس من جنسه دون الآخر وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم
 يجز لأن التبعية زالت بنزعه فصار كمسألة مد عجوة بخلاف ما إذا كان في كل
 واحد نواه وإن باع تمرًا منزوع النوى بتمر منزوع النوى جاز كما لو باع تمرًا فيه
 النوى بعضه ببعض وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لأنهما لم
 يتساويا في حال الكمال ولأنه يتجافى في المكيال
 ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [التمر بالتمر مدا بمد] ولأنهما تساويا
 في حال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كما لو كان في كل واحد نواه
 ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا كذلك

[جزء 4 - صفحة 173]

وفي بيع النوى بتمر فيه النوى واللبن بشاة ذات لبن والصوف بنعجة عليها
 صوف روايتان
 مسألة : وفي بيع النوى بتمر فيه النوى واللبن بشاة ذات لبن والصوف بنعجة
 عليها صوف روايتان

إذا باع النوى بتمر نوه فيه فعلى روايتين إحداهما : لا يجوز رواه عنه مهنا و ابن القاسم لأنه كمسألة مد عجوة وكما لو باع تمرا فيه نواه بتمر منزوع النوى والثانية : يجوز رواهما ابن منصور لأن النوى في التمر غير مقصود فجاز كما لو باع دارا مموها سقفا بذهب فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلا ومتساويا لأن النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بتمر منزوع النوى

فصل : وإن باع شاة ذات لبن بلبن أو شاة عليها صوف بصوف أو باع لبونا بلبون أو ذات صوف بمثلها خرج فيه الروايتان كالتي قبلها إحداهما : الجواز اختاره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة لأن ما فيه الربا غير مقصود والثاني : المنع وهو مذهب الشافعي لأنه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبهه بيع اللحم بالحيوان والأول أولى والفرق بينهما أن اللحم والحيوان مقصود بخلاف اللبن والصوف ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجها واحدا لأن اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن فأشبهه الملح في الشيرج والخبز والجبن وحبات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه خلافا وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ويحتمل أن لا يجوز على قولنا إن اللبن جنس واحد ولو باع نخلة عليها ثمر بتمر أو بنخلة عليها ثمر ففيه أيضا وجهان أحدهما : الجواز اختاره أبو بكر لأن الثمر غير المقصود بالبيع والثاني : لا يجوز ووجه الوجهين ما ذكرنا في المسألة قبلها واختار القاضي المنع وفرق بينهما وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة بخلاف اللبن في الشاة وهذا الفرق غير مؤثر فإن ما يمنع إذا جاز إفراده يمنع وإن لم يجز إفراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع وإن جاز إفراده كما العبد

فصل : وإن باع دارا سقفا مموه بذهب أو دارا مموه سقف كل واحد منهما جاز لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه وكذلك لو اشترى عبدا له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز إذا كان المال غير مقصود فهو كالسقف المموه ولو اشترى عبدا بعبد واشترط كل واحد منهما مال العبد جاز أيضا إذا كان المال غير المقصود

فصل : وإن باع جنسا فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فهو على أقسام أحدهما : أن يكون غير المقصود يسيرا لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملاح فيما يعلم فيه وحبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لأنه يسير لا يخل بالتماثل وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه كبيع الخبز بالملاح جاز لأن وجود ذلك كعدمه الثاني : أن يكون غير المقصود كثيرا إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فيجوز بيعه بمثله وبتنزل خلطه بمنزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلم يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لافضائه إلى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب ومنع الشافعي ذلك كله إلا الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج الثالث : أن يكون غير المقصود كثيرا وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء بمثله والأثمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لأن خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتماثل المقصود فيه وإن باعه بجنس غير

المقصود كبيعه الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتمال الجواز لأنه يبيعه
بجنس غير مقصود فيه فأشبهه بيع اللبن بشاة فيها لبن ويحتمل المنع بناء على
الوجه الآخر في الأصل وإن باع ديناراً مغشوشاً بمثله والغش فيهما متفاوت أو
غير معلوم المقدار لم يجز لأنه يخل بالتماثل المقصود وإن علم التساوي في
الذهب والغش الذي فيهما خرج على وجهين أولاهما الجواز لأنهما تماثلا في
المقصود وفي غيره ولا يفضي إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير
المقصود فكانه لا قيمة له

فصل : ولو دفع إلى إنسان درهما وقال أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم
وبنصفه فلوسا أو حاجة أخرى جاز لأنه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان
فصح كما لو دفع إليه درهمين فقال بعني بهذا الدرهم فلوسا وأعطني بالآخر
نصفين وإن قال أعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوسا جاز أيضاً لأن معناه ذلك
ولأن ذلك لا يفضي إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فإن قيمة النصف الذي في
الدرهم كقيمة نصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر
سواء

[جزء 4 - صفحة 175]

والمرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي صلى الله
عليه وسلم أما ما لا عرف لهم فيه ففيه وجهان
مسألة : والمرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي صلى
الله عليه وسلم أما ما لا عرف لهم فيه ففيه وجهان
أحدهما : يعتبر عرفة في موضعه ولا يرد إلى أقرب الأشياء شيها به بالحجاز
ونحو هذا مذهب الشافعي قال أبو حنيفة الاعتبار في كل بلد بعادته ولنا ما روى
عبد الله بن عمر [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المكيال مكيال
المدينة والميزان ميزان مكة] والنبي صلى الله عليه وسلم إنما يحمل كلامة
على بيان الأحكام لأن ما كان مكيلا بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه
وسلم انصرف إليه التحريم في تفاضل الكيل فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا
الوزن فأما ما لا عرف له في الحجاز ففيه وجهان أحدهما : يرد إلى أقرب
الأشياء شيها بالحجاز كما أن الحوادث ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها وهو
القياس والثاني : يعتبر عرفة موضعه لأن ما لم يكن له في الشرع حد يرجع فيه
إلى العرف كالقبض والحرز والتفرق وعلى هذا إن اختلفت البلاد فالاعتبار
بالغالب فإن لم يكن غالب تعين الوجه الأول ومذهب الشافعي كهذين الوجهين
فصل : والبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه
وسلم [البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل] وكذلك سائر الحبوب
والأبازير والأشنان الجص والنورة وما أشبهها والتمر مكيل وهو من المنصوص
عليه وكذلك سائر ثمرات النخل من الرطب والبسر وغيرهما وسائر ما تجب فيه
الزكاة من الثمار مثل الزبيب والفسق والبندق واللوز والعناب والمشمش

والزيتون والبطم والملح مكيل وهو من المنصوص عليه بقوله صلى الله عليه وسلم : [الملح بالملح مدا بمد] والذهب والفضة موزونان بقول صلى الله عليه وسلم [الذهب بالذهب والفضة بالفضة وزنا بوزن] وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض كالحديد والرصاص وغزل ذلك وما أشبهه ومنه الخبز واللحم والشحم والجبن والزبد والشمع والزعفران والورس والعصفر وما أشبه ذلك فصل : والدقيق والسويق مكيلان لأن أصلهما مكيل ولم يوجد ما ينقلهما عنه ولأنهما يشبهان ما يكال وذكر القاضي في الدقيق أنه يجوز بيع بعضه ببعض وزنا ولا يمنع أن يكون موزونا وأصله مكيل كالخبز ولنا ما ذكرناه ولأنه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطر صاع من دقيق وقد جاء ذلك في الحديث والصاع إنما يقدر به المكيلات وعلى هذا يكون الأقط مكيلا لأن في حديث صدقة الفطر صاع من أقط فأما اللبن وغيره من المائعات كالأدهان من الزيت والشيرج والعسل والدبس والخل ونحو ذلك فالظاهر أنها مكيلة

قال القاضي في الأدهان هي مكيلة وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن بعضه ببعض إلا كيلا وقد روي عن أحمد رحمه الله تعالى أنه سئل عن السلف في اللبن فقال : نعم كيلا أو وزنا وذلك لأن الماء يقدر بالصاع ولذلك قالوا : كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع ويغتسل هو وزوجته من الفرق وهذه مكاييل قدر بها الماء وكذلك سائر المائعات وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما في ضرور الأنعام إلا بكيل رواه ابن ماجه وأما غير المكيل والموزون فيما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه عرف بذلك كالنبات والحبوب والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والخيار وسائر الخضر والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ ونحوها فهذه إذا اعتبرنا التماثل فيها فإنه يعتبر في الوزن لأنه أخصر ذكره القاضي في الفواكة الرطبة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كياله بالكيل لأن الأصل الأعيان الأربعة وهي مكيلة ومن شأن الفرع أن يرد إلى أصله بحكمه والأصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعه ولنا أن الوزن أخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كياله وإنما اعتبر الكيل في المنصوص لأنه يقدر به في العادة وهذا بخلافه

فصل : قال رضي الله عنه (وأما ربا النسئة فكل شيئين ليس أحدهما ثمنا علة ربا الفضل فيهما واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون لا يجوز النساء فيهما وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد) متى كان أحد العوضين ثمنا والآخر مئنا جاز النساء بينها بغير خلاف لأن الشرع أرخص في السلم والأصل في رأس مال السلم الدراهم والدنانير فلو حرم النساء ههنا لا نسد باب السلم في الموزونات في الغالب وإن لم يكن أحدهما ثمنا فكل شيئين يجري فيهما الربا بعة واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون والمطعوم بالمطعوم عند من يعلل به يحرم بيع أحدهما بالآخر نسئة بغير خلاف نعلمه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد] وفي لفظ [لا بأس ببيع الذهب بالفضة - والفضة أكثرهما - يدا بيد وأما النسئة فلا ولا بأس ببيع البر بالشعير - والشعير أكثرهما - يدا بيد وأما النسئة فلا] رواه أبو داود

فصل : وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : لا يشترط التقابض في غير النقيدين لأن ما عداهما ليس بأثمان فلم يشترط التقابض فيهما كغير أموال الربا وكبيع ذلك بأحد النقيدين وأما قوله صلى الله عليه وسلم [فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد] فالمراد به القبض ولأنهما مالان من أموال الربا علتها واحدة فحرم التفرق بينهما قبل القبض كالذهب بالفضة

[جزء 4 - صفحة 178]

وإن باع مكيلا بموزون كاللحم بالبر جاز التفرق قبل القبض وفي التساوي روايتان
مسألة : وإن باع مكيلا بموزون كاللحم بالبر جاز التفرق قبل القبض وفي التساوي روايتان
وهذا ذكره أبو الخطاب وقال هو رواية واحدة لأن علتها مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ويحتمل كلام الخرقى وجوب التقابض لأنه قال : وما كان جنسين فجائز التفاضل فيه يدا بيد وهل يجوز النساء ؟ فيه روايتان إحداهما : لا يجوز ذكرها الخرق لأنهما مالان من أموال الربا فلم يجز النساء فيهما كالمكيل بالمكيل والثانية : يجوز هو قول النخعي لأنهما لم يجتمعا في أحد وصف علة ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالثياب بالحيوان وعند من يعلل بالطعم لا يجيزه ههنا زجها واحدا

[جزء 4 - صفحة 179]

وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النساء فيهما وعنه لا يجوز وعنه لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان ويجوز في الجنس كالثياب بالحيوان
مسألة : وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النساء فيهما وعنه لا يجوز وعنه لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان ويجوز في الجنس كالثياب بالحيوان

فيه أربع روايات إحداهن : لا يحرم النساء فيه سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويا أو متفاضلا وقال القاضي إن كان مطعوما حرم النساء فيه وإن لم يكن مكيلا ولا موزونا وهذا مبني على أن العلة الطعم وهو مذهب الشافعي ووجه جواز النساء ما روى أبو داود [عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفذت الإبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة] وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد بن علي أن عليا باع بعيرا له

يقال له عصيفير بأربعة أبعرة إلى أجل ولأنهما مالان لا يجري فيهما ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار ولأن النساء أحد نوعي الربا فلم يجز في الأموال كلها كالنوع الآخر فعلى هذه الرواية علة تحريم النساء الوصف الذي مع الجنس أما الكيل أو الوزن أو الطعم عند من يعلل به فيختص تحريم النساء بالميكل والموزون عند من يعلل به اختاره القاضي والرواية الثانية : يحرم النساء في كل بيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو لا لما [روى سمرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة] قال الترمذي حديث صحيح ولم يفرق بين الجنس والجنسين ولأنه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما المالية على هذه الرواية قال القاضي : فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم العروض نقدا والدرهم نسيئة جاز وإن كان بالعكس لم يجز لأنه يفضي إلى النسيئة في العروض قال شيخنا : وهذه الرواية ضعيفة جدا لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح فإن للمحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار وما هذا سبيله لا يجوز إثبات الحكم فيه وإن لم يخالف أصلا فيكيف مع مخالفة الأصل في حل البيع ؟ فاما حديث سمرة فهو من رواية الحسن عن سمرة و أبو عبد الله لا يصح سماع الحسن من سمرة قاله الأثرم والرواية الثالثة : يحرم النساء في كل ما بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم في غير ذلك وهذا مذهب أبي حنيفة ويروى كراهة بيع الحيوان بالحيوان نساء عن ابن الحنفية و عبد الله بن عبيد بن عمير و عكرمة بن خالد و ابن سيرين و الثوري و الحسن و روي ذلك عن عمار و ابن عمر لحديث سمرة ولأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن والرواية الرابعة : لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلا لما [روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يدا بيد] قال الترمذي : حديث حسن وروي الإمام أحمد بإسناده [عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجبية بالإبل ؟ فقال : لا بأس إذا كان يدا بيد] وهذا يدل بمفهومه على إباحة النساء مع التماثل والرواية الأولى أصح لموافقها الأصل والأحاديث المخالفة لها قد قال أحمد ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجبني أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال : هما مرسلان وحديث سمرة قد أجبتنا عنه وحديث جابر قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء و ليث بن سعد قال يعقوب بن شيبه هو واهي الحديث وهو صدوق وإن كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه والآخر فيه ربا كالميكل بالمعدود ففي تحريم النساء فيهما روايتان

ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين
مسألة : ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ رواه أبو عبيد في الغريب

فصل : قال رحمه الله تعالى (ومضى افترق المتصارفان قبل التقابض أو افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس ماله بطل العقد)
 أما إذا افتراقا عن المجلس السلم قبل قبض رأس المال فسيذكر في بابه إن شاء الله تعالى وأما الصرف فهو بيع الأثمان بعضها ببعض والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد لقول النبي صلى الله عليه وسلم [الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء] وقول صلى الله عليه وسلم [بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم بدا بيد] ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق دينا ونهى أن يباع غائب منها بناجز وكلها أحدث صحاح وجزئ القبض في المجلس وإن طال ولو تماشيا مصطحبين إلى منزل أحدهما أو إلى الصراف فتقابضاه عند جاز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال مالك : لا خير في ذلك لأنهما فارقا مجلسهما ولنا أنهما لم يتفارقا قبل التقابض فأشبهه ما لو كانا في سفينة تسير بها أو راكبين على دابة واحد تمشي بهما وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الأسلمي رضي الله عنه في قول للذين مشيا إليه من جانب العسكر : وما أراكما افترقتما وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد لفوات شرطه

[جزء 4 - صفحة 180]

وإن قبض البعض ثم افترقا بطل في الجميع في أحد الوجهين وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض بناء على تفريق الصفقة
 مسألة : وإن قبض البعض ثم افترقا بطل في الجميع في أحد الوجهين وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض بناء على تفريق الصفقة ولو وكل أحدهما وكلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس وقبل القبض أو لم يفارقه وإن افترقا قبل القبض الوكيل بطل لأن القبض في المجلس شرط وقد فات وإن تخيرا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لأنهما لم يتفرقا قبل القبض ويحتمل أن يبطل إذا قلنا بلزوم العقد وهو مذهب الشافعي لأن العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض أشبه ما لو افترقا والصحيح الأول فإن الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل ثم يبطل بما إذا تخيرا قبل الصرف ثم اصطرفا فإن الصرف يقع لازما صحيحا قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس

فصل : ولو صارف رجلا دينارا بعشرة دراهم وليس معه إلى خمسة لم يجز أن يتفرقا قبل قبض العشرة فإن قبض الخمسة وافترقا فهل يبطل في الجميع أو في نصف الدينار ؟ ينبني على تفريق الصفقة فإن أراد صحة العقد فسحا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه أو يفسخان العقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها ثم يأخذ الدينار كله فيكون نصفه له والباقي

أمانة في يده ويتفرقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له في الدينار أو اشترى به منه شيئاً أو جعله سلماً في شيء أو وهبه إياه جاز ولو اشترى فضة بدينار ونصف دفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلني في نصف الدينار الزائد صح ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فأعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وإن طال ويكون الزائد أمانة في يده لاشيء عليه في تلفه نص أحمد على أكثر هذه المسائل فإن لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملاً ودفع إليه الدراهم ثم اقتراضها منع واشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداءً ودفع إليه الخمسة ثم اقتراضها منه وندفع إليه عوضاً عن النصف الآخر على يفر وجه الحيلة فلا بأس

وإن تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين

مسألة : وإن تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين

هذا إن كان فيه عيب من غير جنسه لأنهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه فيما يشترط قبضه اختاره القاضي والآخر لا يبطل لأن قبض عوضه في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في المجلس وإن رد بعضه وقلنا يبطل في المردود فهل يبطل في الباقي ؟ على روايتين بناءً على تفريق الصفقة وإن كان العيب من جنسه فسنذكره إن شاء الله تعالى

فصل : فإذا باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمراً جيداً أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدرهم وتقابضا ثم اشترى منه بالدرهم قراضة عن غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به وقال ابن أبي موسى : لا يجوز إلا أن يمضي إلى غيره لبيتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فيبتاع منه وقال أحمد في رواية الأثرم يبيعها من غيره أحب إلي قلت له فإن لم يعلم أنه يريد أن يبيعها منه فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فإنه إذا ردها إليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي بقول هي ترجع إليه قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدراهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره فلم يجدها فرجع إليه فقال إذا كان لا يبالي اشترى منه أ من غيره فنعم فظاهر هذا أنه على وجه الاستحباب لا الإيجاب ولعل أحمد إنما أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم وقال مالك إن فعل ذلك مرة جاز وإن فعله أكثر من مرة لم يجز لأنه يضارع الربا

ولنا ما [روى أبو سعيد رضي الله عنه قال : جاء بلال رضي الله عنه إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال النبي صلى الله عليه وسلم من أين هذا ؟ قال بلال : كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به] و [روى أبو سعيد رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خبير

فجاءه بتمر جنيب فقال أكل تمر خبير هكذا ؟ فقال لا والله إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تفعل بع التمر بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيبا [متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه ولو كان ذلك محرما لبينه له وعرفه إياه ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة فجاز كما لو باعه من غيره ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الإطلاق كسائر البياعات فإن تواطأ على ذلك لم يجر وكان حيله محرمة وبه قال مالك وقال أبو حنيفة و الشافعي يجوز ما لم يكن مشروطا في العقد ولنا أنه إذا كان عن مزاطأة كان حيلة والحيل على ما سنذكره

فصل : والصرف ينقسم إلى قسمين أحدهما : أن يبيع عينا بعين وهو أن يقول بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم والثاني : أن يقع العقد على موصوف نحو أن يقول بعتك دينارا مصريا بعشرة دراهم ناصرية وقد يكون أحد العوضين معينا دون الآخر وكل ذلك جائز وظاهر المذهب أن النقود تتعين بالتعيين في العقود فيثبت الملك في أعيانها فإن تبايعا عينا بعين ثم تقابضا فوجد أحدهما عينا فيما قبضه فذلك قسمان أحدهما : أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع كالنحاس في الدراهم والمس في الذهب فالصرف باطل وهو قول الشافعي وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات احداهن : البيع باطل والثانية : صحيح وللمشتري الخيار والترك وأخذ البدل والثالثة : يلزمه العقد وليس له رد ولا بدل ولنا أنه باعه غير ما سمى له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فإذا هو حمار أو هذا الثوب القز وإذا هو كتان وأما القول بأنه يلزمه البيع فلا يصح لأنه اشترى معيبا لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر البياعات القسم الثاني : أن يكون العيب من جنسه كالسواد في الفضة والخشونة كونها تنفطر عند الضرب أو ان سكتها مخالفة لسكة السلطان فيصح العقد ويخير المشتري بين الإماسك والترك ولا بدل له لأن العقد وقع على معين فإذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فأشبهه المسلم إذا قبضه فوجد به عيبا ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرناه

فصل : ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجر لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطه في الجنس الواحد وخرج القاضي وجهها لجواز أخذ الأرش في المجلس لأن الزيادة طرأت بعد العقد وليس لذلك وجه فإن أرش العيب من العوض يجبر به في المراجعة ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ولو لم يكن من العوض فبأي شيء استحققه المشتري فإنه ليس بهبة على أن الزيادة في المجلس من العوض وإن لم يكن أرشا فالأرش ألوى وإن كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الأرش في المجلس لأن المماثلة غير معتبرة وتخلف قبض بعض العوض لا يضر ما دام في المجلس فجاز كما في سائر المبيع وإن كان بعد التفريق لم يجر لأنه يفضي إلى حصول التفريق قبل قبض أحد العوضين إلا أن يجعل الأرش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة حنطة فيجوز وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض فإذا كان مما لا يشترط قبضه

كمن باع قفيز حنطة بقبضين شعير فوجد أحدهما عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وإن كان بعد التفرق لأنه لم يحصل التفرق قبل قبض ما يشترط فيه القبض فصل : وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ويرد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها إن انفقا عليه سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي قال ابن عقيل : وقد روي عن أحمد جواز أخذ الأرش والأول أولى إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين القسم الثاني : أن يصطرفا في الذمة فيصح سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أو لا إذا تقابضا قبل الافتراق وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وحكي عن مالك لا يجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين وعن زفر مثله لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [لا تبيعوا غائباً منها بناجز] ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين ولنا أنهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرين والحديث يراد به أن لا يباع عاجل بأجل أو مقبوض بأجل أو مقبوض بغير مقبوض بدليل ما لو غير أحدهما فإنه يصح وإن كان الآخر غائباً ولأن القبض في المجلس جرى مجرى حالة العقد ألا ترى إلى قوله عينا بعين يدا بيد والقبض يجري في المجلس كذا التعيين

إذا ثبت هذا فلا بد من تعيينها بالتقابض في المجلس ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً قبل التفرق فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لأن العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فكان له المطالبة بما وقع عليه العقد كالمسلم فيه وإن رضيه بعيبه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيباً وإن اختار أخذ أرشه وكان العوضان من جنسين جاز وإن كانا من جنس لم يجر وقد ذكرناه وإن تقابضا ثم افترقا ثم وجد العيب من جنسه فله إيداله في إحدى الروايتين اختارها الخلال و الخرقى وروي ذلك عن الحسن و قتادة وبه قال أبو يوسف و محمد وهو أحد قولي الشافعي لأن ما جاز إيداله قبل التفرق جاز بعد التفرق كالمسلم فيه والثانية : ليس له ذلك اختارها أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي لأنه يقبضه بعد التفرق ولا يجوز ذلك في الصرف ومن نصر الرواية الأولى قال : قبض الأول صح به العقد وقبض الثاني بدل عن الأول ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد فإن لم يأخذه فيه بطل العقد وإن وجد البعض ردئياً فرده فعلى الرواية الأولى له البدل وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين وقال مالك إن وجد درهما زيفاً فرضي به جاز وإن رده انتقض الصرف في دينار وإن رد أحد عشر درهما انتقض في دينارين وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار

آخر
ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض وإن اختار وأجد العيب الفسخ فعلى قولنا له البدل ليس له الفسخ إذا أبدل له لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب وعلى الرواية الأخرى له الفسخ أو الإمساك في الجميع لأنه تعذر عليه الوصول إلى ما عقد عليه مع إبقاء العقد وإن اختار أخذ

أرش العيب بعد التفريق لم يكن له ذلك لأنه عوض يقبضه بعد التفريق عن
 الصرف ويجوز على الرواية الأخرى
 فصل : ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة
 يتميزان بها أو يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فينصرف الإطلاق إليه فلو قال
 بعنك ديناراً مصرياً بعشرين درهماً من نقد عشرة دنانير لم يصح إلا أن لا يكون
 في البلد نقد عشرة دنانير إلا نوع واحد فتصرف الصفة إليه وكذلك الحكم في
 البيع

فصل : وإذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرفا بما في
 ذمتها لم يصح وبهذا قال الليث و الشافعي وحكي ابن عبد البر عن مالك وأبي
 حنيفة جوازهما لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري
 الدراهم بدينار من غير تعيين

ولنا أنه بيع دين بدين وقد قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الدين
 بالدين لا يجوز وقال أحمد إنما هو إجماع وقد روي أبو عبيد في الغريب [أن
 النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ] وفسره بالدين بالدين
 إلا أن الأثرم روى أن أحمد سئل أيصح هذا الحديث ؟ قال : لا فأما الصرف
 وإنما صح بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فجرى القبض والتعيين
 في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ولو كان الرجل على رجل دنائير فقضاه
 دراهم شيئاً بعد شيء فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدنانير صح نص
 عليه فإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجز نص
 عليه لأن الدنانير دين والدراهم قد صارت دينا فيصير بيع دين بدين وإن قبض
 أحدهما من لا آخر ما له عليه ثم صارفه بعين وذمة صح وإذا أعطاه الدراهم
 شيئاً بعد شيء ولم يقبضه إياها وقت دفعها إليها ثم أحضرها وقوماها فإنه
 يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه لأنه قبل ذلك لم تصرف في ملكه
 إنما هي وديعة يده وإن تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالکها ويحتمل أن
 تكون من ضمان القابض إذا قبضها بنية الاستيفاء لأنها مقبوضة على أنه عوض
 ووفاء والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في عقد صحيح فيما يرجع إلى
 الضمان وعدمه ولو كان الرجل عند صيرفي دنائير فأخذ منه دراهم أدرارا
 لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه فإذا أراد
 التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة

فصل : ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة في قول
 الأكثرين ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة وروي
 عن ابن مسعود لأن القبض شرط وقد تختلف ولنا [أن ابن عمر قال : كنت أبيع
 الإبل فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه
 وأعطي هذه من هذه فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت
 يا رسول الله رويدك أسألك إني أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم
 وأبيع الدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فقال رسول
 الله صلى الله عليه وسلم لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفرقا وليس
 بينكما شيء] رواه أبو داود و الأثرم قال أحمد إنما يقضيه إياها بالسعر لم

يختلفوا إلا ما قال أصحاب الرأي أنه يقضيه مكانها ذهباً على التراضي لأنه بيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلفت الجنس كما لو كان العوض عرضاً ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [لا بأس أن تأخذها بسعر يومها] فشرط أخذها بالسعر وروي أن بكر بن عبد الله ومسروقاً العجلي سألوا ابن عمر عن كرى لهما له عليهما دراهم وليبس معهما إلا دنائير فقال ابن عمر أعطوه بسعر السوق ولأن هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كالقضاء من الجنس والتمائل ههنا بالقيمة لتعذر التماثل بالصورة قيل لأبي عبد الله : فإن أهل السوق يتعابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال : إن كان مما يتعابن الناس به فسهل فيه ما لم يكن حيلة

فصل : فإن كان المقضي الذي في الذمة مؤجلاً فقد توقف أحمد فيه وقال القاضي : يحتمل وجهين أحدهما : المنع وهو قول مالك والمشهور قولي الشافعي لأن ما في الذمة غير مستحق القبض فكان القبض ناجزاً في أحدهما والناجز يأخذ قسطاً من الثمن الثاني : الجواز وهو قول أبي حنيفة لأنه ثابت في الذمة وما في الذمة بمنزلة المقبوض فكانه رضي بتعجيل المؤجل وهذا هو الصحيح إذا قضاه بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلاً لأجل تأجيل ما في الذمة لأنه إن لم ينقص عن سعرها شيئاً فقد رضي بتعجيل ما في الذمة بغير عوض فأشبهه ما لو قضاه من جنس الدين ولم يستفصل النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين سأله ولو افترق الحال لسأل واستفصل هذا اختيار شيخنا فصل : قال أحمد : لو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفعت إليه ديناراً وقال استوف حقه منه فاستوفاه بعد التفريق جاز ولو كان عليه دنائير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء دينه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجز أن يأخذ منها بقدر حقه لأنه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولأنه متهم نص أحمد على ذلك فصل : ولو كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به وهو معلوم بقاؤه أو مظنون صح الصرف وإن ظن عدمه لم يصح لأن حكمه حكم المعدود وإن شك فيه فقال ابن عقيل يصح وهو قول بعض الشافعية وقال القاضي : لا يصح لأنه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي ووجه الأول أن الأصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك لأن الشك لا يزيل اليقين ولذلك صح بيع الحيوان المشكوك في حياته فإن تبين أنه كان تالفاً حين العقد تبين أن العقد وقع باطلاً فصل : وإذا عرف المصطرفان وزن العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن وكذلك لو أخبر أحدهم الآخر بوزن ما معه فصدقه فإذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف لأنهما يتبايعا ذهباً بذهب متفاضلاً وإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار فإن كان قال بعثك هذا الدينار بهذا العقد باطل لوجود التفاضل وإن قال بعثك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعاً مضموناً لمالكه لأنه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد لأنه إنما باع ديناراً بمثله وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه فإن أراد دفع عوض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غيره لأنها معاوضة مبتدأة وإن أراد أحدهما الفسخ فهل ذلك لأن أخذ الزائد وجد المبيع مختلطاً بغيره معيباً بعيب الشركة ودافعة لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد أو يدفع بدله ولو كان لرجل على رجل عشرة دنائير فوفاه

عشرة عددا فوجدها أحد عشر كان هذا الدينار زائدا في يد القابض مشاعا
مضمونا لمالكة لأنه قبضه على أنه عوض عما له فكان مضمونا بهذا القبض
ومالكة التصرف فيه كيف شاء

[جزء 4 - صفحة 190]

والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز إبدالها
وإن خرج مغصوبة بطل العقد
مسألة : والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا
يجوز إبدالها وإن خرج مغصوبة بطل العقد
وبه قال مالك و الشافعي عن أحمد أنها لا تتعين بالعقد فيجوز إبدالها ولا يبطل
العقد بخروجها مغصوبة وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه يجوز إطلاقها في العقد فلم
تتعين بالتعيين كالمكيال والصنجة ولنا أنه عوض في عقد فيتعين كسائر
الأعواض ولأنه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر ويفارق ما ذكره فإنه ليس
بعوض وإنما يراد لتقدير المعقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال
بخلاف مسألتنا وإنما جاز إطلاقها لأن لها عرفا ينصرف إليه يقوم في بابها مقام
الصفة فعلى هذا إن وجدها معيبة خير بين الإمساك والرد كالعوض الآخر
ويتخرج إن يمسك ويطالب بالإرش لأنه مبيع أشبه سائر المبيعات وإن كان ذلك
في الصرف فقد ذكرنا هذا إن كان العيب من جنس النقود وإن كان من غير
جنسها كالنحاس في الفضة والفضة في الذهب وكان في جميعها بطل العقد
وإن كان في بعضها بطل فيه وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة وإن
قلنا لا يتعين انعكست هذه الأحكام
فصل : في إنفاق المغشوش من النقود وفيه روايتان أظهرهما الجواز نقل
صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس إلا شيئا فيها فضة فقال :
إذا كان شيئا اصطالحوا عليه مثل الفلوس اصطالحوا عليه فأرجو أن لا يكون بها
باس والثانية : التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشتري بها
ويباع فلا يجوز أن يتناع بها أحد وكل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع
حرام وقال أصحاب الشافعي : إن كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها
وإن كان مما له قيمة ففي جواز إنفاقها وجهان واحتج من منع المغشوشة بقول
النبي صلى الله عليه وسلم [من غشنا فليس منا] وبأن عمر نهى عن بيع نفاية
بيت المال ولأن المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة والأولى أن يحمل
كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر عيبه واصطالح عليه فإن
المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما فلا
يمنع من بيعهما كما لو كانا متميزين ولأن هذا مستفيض في الأعصار جار بينهم
من غير نكير وفي تحريمه مشقة وضرر وليس شراؤه بها غشا للمسلمين ولا
تغيرا لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة ورواية
المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فإن ذلك يفضي إلى التغير

بالمسلمين وقد أشار أحمد إلى هذا فقال في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها ؟ قال يسبكها قيل له فيبيعها بدينار ؟ قال لا قيل يبيعها بفلوس ؟ قال لا إني أخاف أن يغر بها مسلما وقال ما ينبغي له أن يغر بها المسلمين ولا أقول أنه حرام لأنه على تأويل وذلك إنما كرهته لأنه يغر بها مسلما فقد صرح بأنه إنما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر بيع نفاية بيت المال فلما فيه من التغرير فإن مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطلحوا على انفاقه لم تكن نفاية فإن قيل روي عن عمر أنه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بها إلى البقيع فليشتر بها سحق الثياب وهذا دليل على جواز إنفاق المغشوشة التي لم يصلح عليها قلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه دراهمه أي نفيت ليس أنها زيوف ويتعين حمله على هذا جمعا بين الروايتين عنه ويحتمل أنه أراد ما ظهر غشه وبان زيفه بحيث لا يخفى على أحد ولا يحصل بها تغرير وإن تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع إلى ما ذكرنا من المعنى ولا فرق بين ما كان غشه يبقى كالنحاس والرصاص وما لا ثبات له كالزرنخية والأندراية وهو زرنخ ونورة يطلى عليه فإذا دخل النار استهلك الغش وذهب

فصل : ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لأنه مال ربا بيع بجنسه على وجه لا تعلم المماثلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وإن يغير جنسه وحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء و الشعبي و الشافعي و الثوري و إسحاق لأنه مجهول وقال ابن أبي موسى في الإرشاد يجوز وهو قول مالك وروي ذلك عن الحسن و النخعي و ربيعة و الليث قالوا فإن اختلط وأشكل فليبعه بعرض ولا يبيعه بعين ولا ورق لأنه باعه بما لا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم

فصل : والحيل كلها محرمة لا تجوز في شيء من الدين وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله عز وجل واستباحة محظوراته أو إسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك قال أيوب السختياني حرمه الله أنهم ليخادعون الله سبحانه كما يخادعون صبيا لو كان يأتون الأمير على وجهه كان أسهل علي فمن ذلك ما لو كان لرجل عشرة صحاح ومع آخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما ما مع صاحبه ثم تباريا توأصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة أو اشترى منه بها أوقية صابون ونحوها مما يأخذه بأقل من قيمته أو اشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح بمثلها من المكسرة واشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير وهكذا لو أقرضه شيئا وباعه سلعة بأكثر من قيمتها واشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توأصلا إلى أخذ عوض عن القرض فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرّم وبهذا قال مالك وقال أبو حنيفة : هذا كله وأشباهه جائز إن مل يكن مشروطا في العقد وقال بعض أصحاب الشافعي : يكره أن يدخل في البيع على ذلك لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخل عليه

ولنا أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فمسخهم قردة وسماهم معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم قال بعض المفسرين في قوله تعالى : { وموعظة للمتقين } أي لأمة محمد صلى الله عليه وسلم فروي أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الأحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل إليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة فإذا جاء السمك يوم السبت جرى الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الأحد ثم يأخذها ويقول ما اصطدت يوما السبت ولا اعتديت فيه وهذا حيلة و [قال النبي صلى الله عليه وسلم من أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار] رواه أبو داود فجعله قمارا مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذا أو مأخوذا منه وإنما دخل صورة تحيلا على إباحة محرم وسائر الحيل مثل ذلك ولأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولا تزول مفسدتها مع بقاء معناها بإظهارها صورة غير صورتها فوجب أن لا يزول التحريم كما لو سمي الخمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : [ليستحلن قوم من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها] ومن الحيل في غير الربا أنهم يتوصلون إلى بيع المنهي عنه بأن يستأجروا بياض أرض البستان بأمثال أجرته ثم يساقيه على ثمر شجرة بجزء من ألف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئا ولا يريد ذلك وإنما قصده بيع الثمرة قبل وجودها بما سماه أجره والعامل لا يقصد أيضا سوى ذلك وربما لا ينتفع بالأرض التي سمي الأجرة في مقابلتها ومتى لم يخرج الثمر أو أصانته جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير ورب الأرض يعلم ذلك

فصل : وإن اشترى شيئا بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحا أقل منها قال أحمد : هذا هو الربا المحض وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل ولو اشتراه بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك فإن تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحيح أو بالمكسرة جاز ولو اشترى ثوبا بنصف دينار لزمه نصف دينار شق فإن عاد فاشترى شيئا آخر بنصف لزمه شق أيضا فإن وفاه دينارا صحيحا بطل العقد الثاني لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الأول وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الأول بطل أيضا لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه وإن كان بعد لزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

[جزء 4 - صفحة 198]

ويحرم الربا بين المسلم والحربي
مسألة : ويحرم الربا بين المسلم والحربي

وبين المسلمين في دار الحرب كما يحرم بين المسلمين في دار الإسلام وبذلك قال مالك و الأوزاعي و أبو يوسف و الشافعي و إسحاق وقال أبو حنيفة لا يجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب لا ربا بينهما لما روى مكحول [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب] لأن أموالهم مباحة وإنما حظرها في دار الإسلام فما لم يكن كذلك كان مباحا ولنا قول الله تعالى : { وحرّم الربا } - { الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس } وقوله تعالى : { اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا } وعموم الأخبار يقتضي تحريم التفاضل وقوله [من زاد أو ازداد فقد أربى] عام ولأن ما كان محرما في دار الإسلام كان محرما في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا تعرف صحته ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة بخبر مجهول ولم يرو في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وما ذكروه من الإباحة منتقض بالحربي إذا دخل دار الإسلام فإن ماله مباح إلا ما حظره الأمان

[جزء 4 - صفحة 202]

باب بيع الأصول والثمار
ومن باع دارا تناول البيع أرضها وبنائها وما يتصل بها لمصلحتها كالسلايم والرفوف المسمرة والأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرحى المنصوبة وأشباه ذلك ولأنه متصل بها لمصلحتها أشبه حيطانها

ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والأحجار المدفونة
مسألة : ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والأحجار المدفونة
لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبه الفرش والستور ولا يدخل ما هو منفصل عنها لا يختص بمصلحتها كالحبل والدلو والبكرة والقفل والفرش وكذلك الرفوف الموضوعة على الأوتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط وحجر الرحى إن لم يكن منصوبا والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها لأنه منفصل عنها لا تختص بمصلحتها أشبه الثياب والطعام

فأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمفتاح وحجر الرحى الفوقاني إذا كان السفلاني منصوبا ففيه وجهان
مسألة : فأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمفتاح وحجر الرحى الفوقاني إذا كان السفلاني منصوبا ففيه وجهان : أحدهما : يدخل في البيع لأنه

لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها والثاني : لا يدخل لأنه منفصل عنها فأشبه القفل والدلو ونحو ذلك وهذا مذهب الشافعي

وما كان في الأرض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المهدمة فهو للمشتري لأنه من أجزائها فهو كترابها
 مسألة : وما كان في الأرض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المهدمة فهو للمشتري لأنه من أجزائها فهو كترابها والمعادن الجامدة فيها والآجر في هذا وإذا كان المشتري عالماً بذلك فلا خيار له وإن لم يعلم وكان يضر الأرض وينقصها كالصخر المضر بعروق الجر فهو عيب حكمه حكم سار العيوب فإن كانت الحجارة والآجر مودعاً فيها فهو للبائع كالكنز ويلزمه نقلها وتسوية الأرض وإصلاح الحفر لأنه ضرر لحق لاستصلاح ملكه عليه إزالته وإن كان قلعه يضر بالأرض أو تتناول مدته فهو عيب وإن لم يمكن في نقلها ضرر وكان يمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فليس بعيب وله مطالبة البائع لأنه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع ومتى كان عالماً بالحال فلا أجر له في الزمان الذي نقلت فيه لأنه علم بذلك ورضي به فهو كما لو اشترى أرضاً فيها زرع وإن لم يعلم فاختار إمساك المبيع فهل له أجره لزمان النقل ؟ على وجهين أحدهما : له ذلك لأن المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدلها كالآخر والثاني : لا يجب لأنه لما رضي بإمساك المبيع رضي بتلف المنفعة في زمان النقل فإن لم يختر الإمساك فقال البائع أنا أدع ذلك لك وكان مما لا ضرر في بقائه لم يكن له خيار لزوال الضرر عنه
 فصل : فإن كان في الأرض معادن جامدة كمعادن الذهب والفضة ونحوهما دخلت في البيع وملكت بملك الأرض التي هي فيها لأنها من أجزائها فهي كأحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ويجوز بيعها بغير جنسها وإن ظهر في الأرض معدن لم يعلم به البائع فله الخيار لأنه زيادة لم يعلم بها فأشبه ما لو باعه ثوباً على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر هذا إذا كان قد ملك الأرض بإحياء أو إقطاع وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضاً فظهر فيها معدن فقالوا إنما بعنا الأرض ولم نبع المعدن وأتوا عمر بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي صلى الله عليه وسلم لأبيهم فأخذه فقبله ورد عليهم المعدن وإن كان البائع ملك الأرض بالبائع احتمال أن لا يثبت له خيار لأن الحق لغيره وهو المالك الأول واحتمل أن يثبت له الخيار كما لو اشترى معيماً ثم باعه ولم يعلم عيبه فإنه يستحق الرد وإن كان قد باعه مثل ما اشتراه وروي أبو طالب عن أحمد إذا ظهر المعدن في ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لأنه من أجزاء الأرض فأبه ما لو ظهر فيها حجارة ولها قيمة كبيرة
 فصل : فإن كان فيها بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الأرض والماء الذي فيها غير مملوك في أصح الروايتين ولأصحاب الشافعي وجهان كالروايتين وفي معنى الماء المعادن الجارية في الأملاك كالقار والنفط والموميا والملح وكذلك ما ينبت في الأرض من الكلاً والشوك ففي هذا كله روايتان فإن قلنا هي مملوكة دخلت في البيع وإلا لم تدخل

[جزء 4 - صفحة 203]

وإن باع أرضا بحقوقها دخل غراسها وبنائها في البيع وإن لم يقل بحقوقها فعلى وجهين

مسألة : وإن باع أرضا بحقوقها دخل غراسها وبنائها في البيع وإن لم يقل بحقوقها فعلى وجهين إذا باع أرضا بحقوقها أو رهنها دخل في ذلك غراسها وبنائها وإن لم يقل بحقوقها فهل يدخل الغرس والبناء فيها ؟ على وجهين ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن واختلف أصحابه في ذلك فمنهم من قال فيهما جميعا قولان ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن ووجه دخولهما في البيع أنهما من حقوق الأرض ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالإطلاق كطرقها ومنافعها والوجه الثاني : لا يدخلان لأنهما ليسا من الأرض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالمثرة المؤبرة ومن نصر الأول فرق بينهما بكون المثرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجرة والبناء فإن قال بعثك هذا البستان دخل فيه الشجر لأنه اسم للأرض والشجرة والحائط ولذلك لا تسمى الأرض المكشوفة بستانا ويدخل فيه البناء ذكره ابن عقيل لأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ويحتمل أن لا يدخل لأن اسم البستان لا يفتقر إليه وأما إن باعه شجرا لم تدخل الأرض في البيع ذكره أبو اسحاق ابن شاقلا لأن الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للمبيع

فصل : وإن قال بعثك هذه القرية وكان في اللفظ قرينة تدل على دخول أرضها مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل ثمن لا يصلح إلا فيها وفي أرضها دخل في البيع لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرينة صارفة إليه ودالة عليه فأشبهه ما لو صرح به وإن لم يكن قرينة تصرف إلى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها فإن القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لأنه يجمع الناس وسواء قال بحقوقها أو لم يقل وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس في الأرض إن قال بحقوقها وإن لم يقله فعلى وجهين

[جزء 4 - صفحة 204]

وإن كان فيها زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطوبة والبقول أو تكرر ثمرته كالقثاء والبادنجان فالأصول للمشتري والجزء الظاهرة للبائع
مسألة : وإن كان فيها زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطوبة والبقول أو تكرر ثمرته كالقثاء والبادنجان فالأصول للمشتري والجزء الظاهرة للبائع

سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا أو أكثر كالرطبة وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال فإنه ليس لذلك حد ينتهي إليه ولأن ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهرا والزيادة من الأصول التي هي ملك المشتري وكذلك إن كان مما تتكرر ثمرته كالقثاء والبطيخ والبادنجان فالأصول للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لأن ذلك مما تتكرر الثمرة فيه أشبه الشجرة وإن كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الأرض كالبنفسج والنرجس فالأصول للمشتري لأنه جعل في الأرض للبقاء فيها فهو كالرطبة وكذلك أوراقه وأغصانه لأنه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه فأما زهرته فإن تفتحت فهي للبائع وما لم تفتح للمشتري واختار ابن عقيل في هذا كله أن للبائع إن قال بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها وإلا ففيه وجهان كالشجر

فصل : وإذا اشترى أرضا وفيها بذر فاستحق المشتري أصله كالرطبة البقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو للمشتري لأنه يترك في الأرض للتبقية فهو كأصول الشجر ولأنه لو كان ظاهرا كان له إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له وقال الشافعي : يبطل البيع لأن البذر مجهول وهو مقصود ولنا أن البذر يدخل تبعا فلم يضر جهله كما لو اشترى عبدا واشترط ماله ولأنه يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في الأصل كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الأم ولا تضر جهالته ولا يجوز مفردا فإن لم يعلم المشتري ذلك فله فسخ البيع وامضاؤه لأنه يفوت عليه منفعة الأرض مدة فإن تركه البائع للمشتري أو قال أنا أحوله وأمكن ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيرا بالترك فلزمه قبوله لأن فيه تصحيح العقد وهذا مذهب الشافعي وكذلك إن اشترى نخلا فيها طلع فبان مؤبرا فله الخيار لأنه يفوت على المشتري ثمرة عامة فإن تركها البائع فلا خيار له وإن قال أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره لأن ثمرة العام تفوت وإن قطعها وإن اشترى أرضا فيها زرع للبائع أو شجرا فيه ثمر للبائع والمشتري جاهل يظن أن الزرع والثمرة له فله الخيار كما لو جهل وجوده لأنه إنما رضي ببذل ماله عوضا عن الأرض والشجر بما فيهما فإذا بان بخلافه ثبت له الخيار كمن اشترى معيبا يظنه صحيحا فإن اختلفا في ذلك فالقول قول المشتري إذا كان مثله بجهل ذلك كالعامي وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله

[جزء 4 - صفحة 205]

وإن كان فيها زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والشعير فهو للبائع مبقى إلى الحصاد إلا أن يشترط المبتاع

مسألة : وإن كان فيها زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والشعير فهو للبائع مبقى إلى الحصاد إلا أن يشترط المبتاع

إذا كان في الأرض زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والقطاني وما المقصود منه مستتر كالجزر والفجل والثوم وأشباه ذلك فاشترطه المشتري فهو له قصيلا

كان أو ذا حب مستترا أو ظاهرا معلوما أو مجهولا لكونه دخل في البيع تبعا للأرض فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها وإن أطلق البيع فهو للبائع لأنه مودع في الأرض فهو كالكنز والقماش وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

إذا ثبت ذلك فإنه يكون للبائع مبقى في الأرض إلى الحصاد بغير أجره لأن المنفعة حصلت مستثناة له وعليه حصاد في أول وقت حصاده وإن كان بقاؤه أنفع له على ما نذكر في الثمرة بهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة وسنذكر ذلك وهكذا الحكم في القصب الفارسي لأن له وقتا يقطع فيه إلا أن العروق للمشتري لأنها تترك في الأرض للبقاء فيها والقصب كالثمرة وإن لم يكن ظهر من القصب شيء فهو للمشتري فأما قصب السكر فهو كالزرع ويحتمل أن يكون كالقصب الفارسي لأنه يؤخذ سنة بعد سنة فإن حصده قبل أوان الحصاد لينتفع بالأرض في غيره لم يملك الانتفاع بها لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتتقدر ببقائه كالثمرة على الشجر وكما لو كان المبيع طعاما لا ينقل مثله عادة إلا في شهر لم يكلف إلا ذلك فإن تكلف نقله في أقل من شهر لينتفع بالدار في غيره لم يجر كذا ههنا ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضربها الأرض فعلى البائع إزالتها وإن تحفرت الأرض فعليه نسوية حفرها لأنه استصلاح لملكه فهو كما لو باع دارا فيها خابية كبيرة لا تخرج إلا بهدم الباب فهدمه كان عليه الضمان وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك آخر من غير إذن الأول ولا فعل صدر عنه النقص وأسند إليه كان الضمان على مدخل النقص فصل : قال رحمه الله ومن باع نخلا مؤبرا وهو ما تشقق طلعه فالثمر للبائع متروكا في رؤوس النخل إلى الجزاز إلا أن يشترطه المبتاع

الأبار التلقيح قاله ابن عبد البر إلا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع فعبر به عن الظاهر الثمرة للزومه منه يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهي مؤبرة ومأبورة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : [خير المال سكة مأبورة] والسكة النخل المصفوف والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح ولذلك فسره ههنا به قال القاضي : وقد يتشقق الطلع بنفسه وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو المراد هنا وهذا قول أكثر أهل العلم وحكى ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنه إذا انشق طلعه ولم يؤبر أنه للبائع لظاهر الحديث والمشهور الأول وهذا المسألة تشتمل على فصول أحدها : أن البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك و الليث و الشافعي وقال ابن أبي ليلى : هي للمشتري في الحالين لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقه فكانت تابعة له كالأغصان وقال أبو حنيفة و الأوزاعي : هي للبائع لأنه نماء له حد فمل يبتع أصله كالزرع في الأرض

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [من اتباع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع] متفق عليه وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى وحجة على أبي حنيفة و الأوزاعي بمفهومة لأنه جعل التأبير حدا لملك البائع للثمرة فيكون ما قبله للمشتري وإلا لم يكن حدا ولا كان التأبير مفيدا ولأنه نماء

كامن لظهوره غاية فيكون تابعا لأصله قبل ظهوره كالحمل في الحيوان فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية والزرع ليس من نماء الأرض وإنما هو مودع فيها

الفصل الثاني : إنه متى اشترطها أحد المتابعين فهي له مؤبرة كامن أو غير مؤبرة البائع والمشتري سواء وقال مالك : إن اشترطها المشتري بعد التأبير جاز لأنه بمنزلة مشتريها مع أصلها وإن اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز لأن ذلك بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط التبقية

ولنا أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم فصح كما لو باع حائطا واستثنى نخلة بعينها ولأنه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه ولو اشترط جزءا من الثمرة معلوما كان كاشتراط جميعها في الجواز في قول الجمهور وقال ابن القاسم من أصحاب مالك لا يجوز اشتراط بعضها لأن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها ولنا أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار وهكذا الحكم في مال العبد إذا اشترط بعضه

الفصل الثالث : أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجرة إلى أوان الجراز سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : يلزمه قطعها وتفريخ النخل منها لأنه مبيع مشغول بملك البائع فلزمه نقله وتفريغه كما لو باع دارا فيها طعام له أو قماش

ولنا أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع دارا فيها طعام لم يجب نقله إلى على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهارا شيئا بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلا ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك ههنا تفريغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها وذلك أوان جزاؤها وقياسه حجة لنا لما بيناه إذا تقرر هذا فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة فإن كان المبيع نخلا فيحن تنهاى حلاوة ثمره وإن كان مما بسره خير من رطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسرا فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره لأن هذا هو العادة فإذا استحكمت حلاوته فعليه قطعه وإن قيل بقاءه في شجره خير له وأبقى لم يمنع وجوب القطع لأن العادة في ذلك قد وجدت فليس له إبقاؤه بعد ذلك وإن كان المبيع عنبا أو فاكهة سواه فأخذه حين يتناهى ادراكه ويجز مثله وهذا قول مالك و الشافعي فصل : فإن أبر بعضه بدون بعض بما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري نص عليه أحمد واختاره أبو بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسألة وقال ابن حامد :

الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لأننا إذا لم نجعل الكل للبائع أدى إلى الاضرار باشتراك الأيدي فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعا لما أبر كثمر النخلة الواحدة إذا أبر بعضها فإن الجميع للبائع بالاتفاق وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه وهذا الخلاف في النوع الواحد لأن الظاهر أنه يتقارب ويتلاحق فيختلط فأما إن أبر نوع لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه يفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي كما في النوع الواحد والأشبه الفرق بين النوعين والنوع لأن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما عن الآخر ولا يخشى اختلاطهما أشبه الجنسيتين وما ذكره يبطل بالجنسين لا يصح القياس على النوع الواحد

لافتراقهما فيما ذكرنا ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لأنه يفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره وخرج القاضي وجها في أنه يتبع غير المبيع فيكون للبائع كما لو باع الحائط كله وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ولنا أن المبيع لم يؤبر شيء فمنه فوجب أن يكون للمشتري لمفهوم الحديث وكما لو كان منفردا في بستان وحده ولأنه لا يفضي إلى سوء المشاركة ولا اختلاف الأيدي ولا إلى ضرر فبقي على حكم الأصل فإن بيعت النخلة المؤبرة كلها أو بعضها ثم حدث طلع فهو للمشتري لأنه حدث في ملكه أشبه ما لو حدث بعد أخذ الثمرة ولأن ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتهه لتباعد ما بينهما

فصل : وطلع الفحال كطلع الإناث فيما ذكرنا وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أنه للبائع لك حال لأنه قد يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كثمرة لا تخلق إلا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره ولنا أنها ثمرة نخل إذا تركت ظهرت فهي كالإناث ولأنه يدخل في عموم الخبر وما ذكر للوجه الآخر لا يصح فإن أكله ليس هو المقصود منه وإنما يراد للتلقيح به وذلك يكون بعد ظهوره فأشبهه طلع الإناث فإن باع نخيلا فيه فحال وإناث لم يتشقق منه شيء فالكل للمشتري إلا على الوجه الآخر فإن طلع الفحال يكون للبائع وإن تشقق أحد النوعين دون الآخر فما تشقق للبائع وما لم يتشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الأنواع كلها

فصل : وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الأصل وغيره المؤبرة لمن انتقل إليه مثل أن يصدق المرأة نخلا أو يخلعها به أو يجعلها عوضا في إجارة أو عقد صلح لأنه عقد معاوضة فجرى مجرى البيع وإن انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لأجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الأب في هبة ولده أو تقايلا البيع أو كان صداقا فرجع إلى الزوج لفسخ المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فإنه في الفسخ يتبع الأصل سواء أبر أو لم يؤبر لأنه نماء متصل أشبه السمن وفي الهبة والرهن حكمهما حكم البيع في أنه يتبع قبل التأبير ولا يتبع بعده لأن الملك زال عن الأصل بغير فسخ أشبه البيع وأم رجوع البائع لفلس المشتري أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بايهما

[جزء 4 - صفحة 210]

وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالتوت والرمان والجوز
مسألة : وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالتوت والرمان والجوز
الشجر على خمسة أضرب أحدها : ما تكون ثمرته في أكمام ثم تتفتح كالنخل الذي بينا حكمه وهو الأصل وما سواه مقيس عليه ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج فإنه تظهر أكمامه ثم تتفتح

فهو كالطلع إن تفتح جنبذه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري الثاني : ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجميز فهي للبائع لأن ظهورها من شجرها من شجرها بمنزلة ظهور ما في الطلع الثالث : ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الأكل كالموز والرمان فهو للبائع أيضا بنفس الظهور لأن قشره من مصلحته ويبقى فيه إلى حين الأكل كالتين والرابع : ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضا بنفس الظهور لأن قشرة لا يزول عنه غالبا إلا بعد جزاه فأشبهه الضرب الذي قبله ولأن قشر اللوز يؤكل معه أشبه التين وقال القاضي : إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع وإن لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادرا ولا يصح قياسه على الطلع لأن الطلع لا بد من تشققه وتشققه من مصلحته وهذا بخلافه فإنه لا يتشقق على شجرة وتشققه قبل كماله يفسده

الخامس : ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والإجاص والخوخ فإذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهو للبائع وإن لم تظهر فهو للمشتري وقيل له يتناثر نوره فهو للبائع وما لا فهو للمشتري لأن الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور وقال القاضي : يحتمل أن يكون البائع بظهور نوره لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر فإن العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وإنما هي أوعية لها تكبير الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة وظاهر لفظه ههنا يقتضي ما قلناه أولا وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه علق استحقاق البائع للثمرة ببدوها ولا يبدو الثمر حتى يفتح نوره يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور فيتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ما له لأنه يبدو في قشوره شيء صغار كحب الدخن ثم يفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم وهذا يفارق الطلع لأن الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب الثمرة مذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا أو قريبا منه وبينهما اختلاف قريب مما ذكرنا

[جزء 4 - صفحة 211]

الورق للمشتري بكل حال
مسألة : والورق للمشتري بكل حال
الأغصان والزرع وسائر أجزاء الشجر للمشتري لأنه من أجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ويحتمل أن يكون ورق التوت المقصود أخذه لدود القز للبائع إذا تفتح وللمشتري قبل ذلك لأنه بمنزلة الجنبذ الذي يفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وإنما هذا في الموضع التي عادتهم أخذ الورق وإن لم يكن عادتهم ذلك فهو للمشتري كسائر الورق والله أعلم

[جزء 4 - صفحة 212]

وإن ظهر بعض الثمرة فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري وقال أبو حامد :
الكل للبائع
مسألة : وإن ظهر بعض الثمرة فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري وقال أبو
حامد : الكل للبائع وقد ذكرناه

وإن احتاج الزرع أو الثمرة إلى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منع البائع
منه
مسألة : وإن احتاج الزرع أو الثمرة إلى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منع
البائع منه

إذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت إلى سقي لم يكن
للمشتري منعه لأنه يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الأصول وإن أراد
سقيها من غير حاجة فللمشتري منعه لأن سقيه يتضمن التصرف في ملك غيره
والأصل منعه منه وإنما أبخناه للحاجة فما لم توجد الحاجة يبقى على أصل
المنع وإن احتاجت إلى سقي يضر بالشجر أو احتاج بالشجر إلى سقي يضر
بالثمرة فقال القاضي : أيهما طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لأنه دخل
العقد على ذلك فإن المشتري اقتضى لعقده تبقية الثمرة والسقي من تبقيتها
واقضى تمكين المشتري من حفظ الأصول وتسليمها فلزم كل واحد منهما ما
أوجبه العقد للآخر وإن أضربه وإنما له أن يسقي بقدر حاجته وإن اختلفا في
ذلك رجع إلى أهل الخبرة وأيهما التمس السقي فالمؤنة عليه لأنه لحاجته
فصل : وإن خيف على الأصول الضرر بتبقية الثمرة عليه لعطش أو غيره
والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها
لدفع ضرر يسير عن غيره وإن كان كثيرا فخيف على الأصول الجفاف أو نقص
حملها ففيه وجهان أحدهما : لا يجبر كذلك والثاني : يجبر على القطع لأن
الضرر يلحقها وإن لم تقطع والأصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى و
للشافعي قولان كالوجهين

فصل : ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ولا الزرع اشتداد حبة إلا بشرط
القطع في الحال

لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية إجماعا لأن النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع متفق عليه
والمنهي يقتضي فساد المنهي عنه قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على
القول بجملته هذا الحديث

فصل : وكذلك الزرع الأخضر في الأرض لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع كما
ذكرنا في الثمرة على الأصول لما روى مسلم [أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري] قال
ابن المنذر : ولا أعلم أحدا يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة
وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي فإن باعه بشرط القطع أو باع

الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع صح بالإجماع لأن المنع إنما كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها لما [روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهر قال رأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟] رواه البخاري وهذا مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه

فصل : وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبة مشاعا لم يجز سواء اشتراها من رجل أو من أكثر منه وسواء شرط القطع أو لم يشترطه لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه فلم يصح اشتراطه

[جزء 4 - صفحة 217]

ولا يجوز بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جزه ولا القثاء ونحوه إلا لقطة لقطة إلا أن يبيع أصله

مسألة : ولا يجوز بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جزه ولا القثاء ونحوه إلا لقطة لقطة إلا أن يبيع أصله

الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الأرض ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع مرة بعد أخرى كالنعناع والهندباء وشبههما لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي وروي ذلك عن الحسن و عطاء و رخص مالك في شراء جزتين وثلاثا ولا يصح ذلك لأن ما في الأرض منه مستور وما يحدث منه معدوم فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة ومضى اشترى جزء لم يجز إبقاؤها لأن ما يظهر منها أعيان لم يتناولها البيع فيكون للبايع إذا ظهر فيفضي إلى اختلاط المبيع بغيره فإن آخرها حتى طالت فالحكم فيها يذكر إن شاء الله تعالى

فصل : وإذا باع ثمرة شيء من هذه البقول كالقثاء والباذنجان لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا

ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يصح كما لو باعها قبل ظهور شيء منها والحاجة تندفع ببيع أصوله ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وإن كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا ثبت ذلك فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز إلا بشرط القطع وإن كان بعد بدو صلاحه جاز مطلقاً وبشرط القطع والتبقيّة على ما نذكر في ثمرة الأشجار وسنين بم يكون بدو صلاحه ؟

فصل : ويصح بيع هذه الأصول التي تكرر ثمرتها من غير شرط القطع ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة و الشافعي ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة لأنه أصل فيه الثمرة فأشبهه الشجر فإن باع المثمر

منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة إلى حين بلوغها إلا أن يشترطها المبتاع فإن حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري وإن اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثمرة الشجرة إذا اختلطت بثمرة أخرى علي ما يأتي حكمه فصل : والقطن ضربان أحدهما : ماله أصل يبقى في الأرض أعواما فهذا حكمه حكم الشجرة في أنه يصح إفراده بالبيع وإذا بيعت الأرض بحقوقها دخل في البيع وثمره كالطلع أن تفتح فهو للبائع وإلا فهو للمشتري الثاني : ما يتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا لم يقو ما فيه لم يصح بيعه إلا أن يشترط القطع كالزرع الأخضر وإن قوي حبه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية كالزرع إذا اشتد حبه وإذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع إلا أن يشترطه المبتاع والباذنجان الذي تبقى أصوله وتتكرر ثمرته كالشجر وما يتكرر زرعه كل عام فهو كالحنطة والشعير

فصل : ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر والفجل والثوم والبصل حتى يقلع ويشاهد وهذا قول الشافعي و ابن المنذر وأصحاب الرأي وأباحه مالك والأوزاعي وإسحاق لأن الحاجة تدعو إليه فأشبهه بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا

ولنا أنه مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبهه بيع الحمل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر رواه مسلم وهذا غرر وأما بيع ما لم يبد صلاحه فإنما جاز تبعا فإن الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضا فإن كان مما يقصد فروعه وأصوله كالبصل المبيع أخضر والكراث واللفت وسائر ما تقصد فروعه جاز بيعه لأن المقصود منه ظاهر فأشبهه الحيوان التي أساساتها مدفونة ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعا لما ظهر فلا تضر جهالته كالحمل في البطن مع بيع الحيوان فإن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه لأن الحكم للأغلب وكذا إن تساوبا لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع وإنما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهرا تبعا ففيماء عداه يبقى على الأصل

[جزء 4 - صفحة 229]

والحصاد واللقاط على المشتري
مسألة : والحصاد واللقاط على المشتري
وكذلك جاز الثمرة إذا اشتراها في شجرها لأن نقل المبيع وتفرغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع ويفارق الكيل والوزن فإنهما على البائع لأنهما من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز التصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا

فإن باعه مطلقا أو بشرط التبقية لم يصح
 مسألة : فإن باعه مطلقا أو بشرط التبقية لم يصح
 إذا باع الثمرة قبل صلاحها أو الزرع قبل اشتداد حبه بشرط التبقية لم يصح
 إجماعا وقد ذكرناه وكذلك إذا باعها ولم يشترط تبقية ولا قطعاً وبه قال مالك و
 الشافعي وأجازة أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضي القطع فحمل عليه كما لو
 اشترطه قالوا : ومعنى النهي أن يبيعه مدركة قبل إدراكها بدليل قوله في
 الحديث [أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه] فلفظة المنع
 تدل على أن العقد يتناول معنى هو مقصود في الحال حتى يتصور المنع
 ولنا النهي المطلق عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع
 واستدلناهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن إطلاق
 العقد يقتضي القطع ويقرر ما قلناه من إطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير
 العقد المطلق كالذي يشترط فيه التبقية يتناولهما النهي جميعا ويصح تعليهما
 بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها
 فصل : وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب
 أحدها : أن يبيعه منفردة لغير مالك الأصل فلا يصح وهذا الذي ذكرناه وبيننا
 بطلانه الثاني : أن يبيعه مع الأصل فيجوز بالإجماع لقول النبي صلى الله عليه
 وسلم [من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع]
 متفق عليه ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال
 الغرر فيها كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة
 وأساسات الحيطان الثالث : أن يبيعه مفردة لمالك الأصل نحو أن تكون للبائع
 ولم يشترطها المبتاع فيبيعه له بعد ذلك أو يوصي لرجل بثمره نخلة فيبيعهها
 لورثة الموصي ففيه وجهان أحدهما : يصح وهو المشهور عن مالك وأحد
 الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه الأصل والثمره للمشتري أشبه ما لو اشتراها
 معا ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال
 لكونه مالكا لأصولها فصح كبيعها مع أصلها والثاني : لا يصح وهو الوجه الثاني
 لأصحاب الشافعي لأن العقد تناول الثمرة خاصة والغرر فيما تناوله العقد أل
 يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبي ولأنها تدخل في عموم النهي بخلاف ما
 إذا باعها معا فإنه مستثنى بالخبر المذكور ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصل
 يمنع الصحة ولا يمنع إذا تناوله تبعاً فإنه يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في
 المتبوع كاللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما وإن باعه الثمرة بشرط
 القطع في الحال صح وجها واحدا ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل
 له

فصل : وإذا باع الزرع الأخضر من غير شرط القطع مع الأرض جاز كبيع الثمرة
 مع الأصل وإن باعه لمالك الأرض منفردا ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة
 واختار أبو الخطاب الجواز وإن باعه إياه بشرط القطع جاز وجها واحدا ولم
 يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له فهو كبيع الثمرة لمالك الأصل

فصل : وإذا اشترى قصيلا من شعير ونحوه فقطعه ثم نبت فهو لصاحب الأرض لأن المشتري ترك الأصول على سبيل الرفض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يدعها ولذلك أبيع التقاطعها ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الأرض نص أحمد على هاتين المسألتين ومما يؤكد هذا أن البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الأصول وبقلعها كان له ذلك ولم يملك المشتري منعه

[جزء 4 - صفحة 242]

فإن باعها بشرط القطع ثم تركه المشتري حتى بدا الصلاح واشتد الحب وطالت الجزة وحدثت ثمرة أخرى فلم تتميز
مسألة : فإن باعها بشرط القطع ثم تركه المشتري حتى بدا الصلاح واشتد الحب وطالت الجزة وحدثت ثمرة أخرى فلم تتميز أو اشترى عربة ليأكلها رطبا فأثمرت بطل البيع وعنه لا يبطل ويشتركان في الزيادة وعنه يتصدقان بها اختلفت الرواية فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى بدا صلاحها فنقل عنه حنبل و أبو طالب أن البيع يبطل اختارها الخرقى وقال القاضي : هي أصح فعلى هذا يرد المشتري الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء لأن أكثر ما فيه أن البيع اختلط بغيره فأنشبه ما لو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى أو ثوبا فاختلط بغيره ونقل عند أبو داود فيمن اشترى قصيلا فمرص أو توانا حتى صار شعيرا فإن أراد به حيلة فسد البيع وانتقض وجعل بعض أصحابنا هذا رواية ثالثة فيمن قصد التبقية وإلا لم يفسد قال شيخنا : والظاهر أن هذا يرجع إلى ما نقله أحمد بن سعيد فإنه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد على صحة البيع على من لم يرد حيلة فإن أراد الحيلة لم يصح بحال وقد ثبت من مذهبا أحمد أن الحيل كلها باطلة ووجه الرواية الأولى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع وقطعه بالإجماع فيبقى فيما عداه على أصل التحريم ولأن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فابطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التقابض فيما يشترك القبض فيه ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها وحتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلها للبائع وعنه أنهما يتصدقان بالزيادة قال القاضي : هذا مستحب لوقوف الخلاف في مستحق الثمرة فاستحب الصدقة بها وإلا فالحق أنها للبائع تبعا للأصل كسائر نماء البيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان ونقل ابن أبي موسى في الإرشاد أن البائع والمشتري يشتركان في الزيادة وإن قلنا لا يبطل العقد فقد روي أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكهما فإن الثمرة ملك المشتري والأصل ملك البائع وهو سبب الزيادة وقال القاضي : الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن وحمل قول أحمد يشتركان

على الاستحباب والأول أظهر لما ذكرنا فإن الزيادة حصلت من أصل البائع من غير استحقاق تركها فكان له فيها حق بخلاف سمن العبد فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب فإنه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما لا يستحقه بل ذلك حرام عليه فكيف يستحب وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري و محمد بن الحسن لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة قال الثوري : إذا اشترى قصيلا يأخذ رأس ماله ماله ويتصدق بالباقي ولأن الأمر اشتهب في هذه الزيادة فكان الأولى الصدقة بها قال شيخنا : ويشبه أن يكون هذا استحبابا لأن الصدقات بالشبهات مستحبة فإن أبا الصدقة بها اشتركا فيها والزيادة فيه ما بين قيمتها يوم الشراء وقيمتها يوم أخذها قال القاضي : ويحتمل أنه ما بين قيمتها قبيل بدو صلاحها وقيمتها بعده لأن الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري بنمائها لا حق للبائع فيها وكذلك الحكم في الرطوبة إذا طالت والزرع الأخضر إذا أذجن لأنه في معنى الثمرة وهذا إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيله على المنهي عنه من شراء الثرة قبل بدو صلاحها ليركها حتى يبدو صلاحها فإن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله لأنه حيلة محرمة وعند أبي حنيفة والشافعي لا حكم للقصد والبيع صحيح وقد ذكرنا ذلك في تحريم الحيل فصل : فإن حدثت ثمرة أخرى أو باع شجرا فيه ثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى فإن تميزت فلكل واحد ثمرته وإن اختلطا ولم تتميز واحدة منهما فهما شريكان فيهما كل بقدر ثمرته فإن لم يعلم قدرهما اصطلاحا عليهما ولا يبطل العقد في ظاهر المذهب لأن المبيع لم يتعذر تسليمه وإن اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما في مكان فانتال عليه طعام للبائع أو انتال هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فإن العقد يبطل في أظهر الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب نهي وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وههنا ما ارتكب نهيًا ولا يجعل هذا طريقًا إلى فعل المحرم وفيه رواية أخرى أنه يبطل ذكرها أبو الخطاب كالمسألة التي قبلها والصحيح الأولى وقد ذكرنا الفرق بينهما وقال القاضي : إن كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسمح بنصيبك لصاحبك فإن فعل أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لأنه يزول به النزاع وإن امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما إلى قدر حقه وإن اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري اسمح بنصيبك لأن الثمرة كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فإن سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول وإلا فسخ البيع وهذا مذهب الشافعي وقال ابن عقيل : لعل هذا قول لبعض أصحابنا فإنني لم أجده معزيا إلى أحمد والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لأحمد ولو اشترى حنطة فانتالت عليها أخرى لم يفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها أخرى على ما ذكرناه

فصل : فإن اشترى عرية فتركها حتى أتمرت بطل البيع وهذا قول الخرقي وعن أحمد أنه لا يبطل وهو قول الشافعي لأن كل ثمرة جاز بيعها رطبا العقد إذا صارت تمرا كغير العرية وكما لو قطفها وتركها عنده حتى أتمرت

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [يأكلها رطباً] ولأن شرائها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب فإذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ولا فرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته إليها وتركها لعذر أو الغير عذر للخبر ولو أخذها رطباً فتركها عنده فتمرت أو شمسها حتى صارت تمراً جاز لأنه قد أخذها فإن أخذ بعضها رطباً وترك باقيها حتى أترم فهل يبطل البيع فيما أتمر؟ على وجهين

[جزء 4 - صفحة 263]

وإذا اشتد الحب وبدا الصلاح في الثمر جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجزاز
مسألة : وإذا اشتد الحب وبدا الصلاح في الثمر جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجزاز
إذا بدا صلاح الثمرة جاز بيعها مطلقاً وبشرط القطع وبشرط التبقية وهو قول مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز بشرط التبقية إلا أن محمداً قال : إذا تنهى عظمها جاز واحتجوا بأن هذا شرط للانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كما لو اشترط تبقية الطعام في كندوجه ولنا أن نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها يدل على إباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم بيعها بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا يكون في ذكره فائدة ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة وتعليقه بأمن العاهة يدل على التبقية لأن ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع ولأن النقل والتحويل يجب في الممتنع بحكم العرف فإذا شرطه جاز كما لو اشترط نقل الطعام من ملك البائع حسب العادة وفي هذا انفصال عما ذكره وكذلك إذا اشتد الحب يجوز بيعه كذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث [حتى يبيض] فجعل ذلك غاية للمنع من بيعه فيدل على الجواز بعده وفي رواية [نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد] ولأنه إذا اشتد حبه بدا صلاحه فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها وإذا اشتد بعض حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة

[جزء 4 - صفحة 268]

ويلزم البائع سقيه إن احتاج إلى ذلك لأنه يجب عليه تسلم الثمرة كاملة

مسألة : ويلزم البائع سقيه إن احتاج إلى ذلك لأنه يجب عليه تسلم الثمرة كاملة

وذلك يكون بالسقي فإن قيل فلم قلت إنه إذا باع الأصل وفيه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها قلنا لأن المشتري ليس عليه تسليم المرة لأن البائع لم يملكها من جهته وإنما بقي ملكها عليها بخلاف مسألتنا فإن امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالأصل أجبر عليه لأنه دخل على ذلك
فصل : ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام والحسن البصري وأبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة لأنه تبع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض ولم يقبضه ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز بيعه كما لو قطع وقولهم لم يقبضه ممنوع فإن قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت

[جزء 4 - صفحة 171]

وإن تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع وعنه إن أتلفت الثلث فصاعدا ضمنه البائع وإلا فلا
مسألة : وإن تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع وعنه إن أتلفت الثلث فصاعدا ضمنه البائع وإلا فلا كل ما تهلكه الجائحة من الثمر على أصوله قبل أو ان الجراز من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث وهو قول الشافعي القديم وقال أبو حنيفة والشافعي في الجيد هو من ضمان المشتري لما [روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : أن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تألى فلان أن لا يفعل خيرا] متفق عليه ولو كان واجبا لاجبره عليه ولأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولأنه لا يضمه إذا تلفه آدمي فكذلك لا يضمه بإتلاف غيره
ولنا ما [روي جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح] وعنه قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن بعثت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ثم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟] رواهما مسلم ورواه أبو داود ولفظه [من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا غلام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟] وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي : لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت عندي لم أعده ولو كنت قائلا بوضعها لوضعها في القليل والكثير : قلنا الحديث ثابت رواه الإمام أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه وغيرهم : فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فإن فعل الواجب خير فإذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى أن لا يفعل خيرا وإنما لم يجبره النبي صلى الله عليه وسلم لأنه قول بمجرد قول المدعي من غير إقرار البائع ولا حضوره وأما

التخلية فليست قبضا بدليل ما لو تفلت بعطش عند بعضهم ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تفلت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة في شجرتها كالمنافع قبل استيفائها تؤخذ حالا فحالا وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة

فصل : والجائحة كل آفة لا صنع لأدمي فيها كالريح والحر والبرد العطش لما روى الساجي بإسناده [عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة - والجائحة تكون في البرد والحر وفي الحبق وفي السيل وفي الريح -] وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع إليه فأما ما كان يفعل أدمي فقال القاضي : يخير المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة كالمكيل والموزون إذا أتلفه أدمي قبل القبض لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة إلا أن في إحراق اللصوص ونهب العساكر والحرامية وجهين فإن قيل فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن والثمره غير مضمونة على المشتري فإذا كانت القيمة أكثر من الثمن فقد ربح فيه لنا إن المراد بالخبر النهي عن الربح بالبيع بدليل أن المكيل لو زادت قيمته قبل قبضه ثم قبضه جاز ذلك بالإجماع

فصل : وظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كاليسير الذي لا ينضب لا يلتفت إليه قال أحمد : إنني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ولا أدري ما الثلث ولكن إذا كان جائحة تستغرق الثلث أو الربع أو الخمس توضع وعن أحمد أن ما دون الثلث من ضمان المشتري وهو مذهب مالك و الشافعي في القديم لأنه لا بد أن يأكل الطائر منها وتنتثر الريح وتسقط منها فلم يكن بد من ضابط وجد والثلث قد اعتبره الشارع في الوصية وعطية المريض قال الأثرم : قال أحمد إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة ولأن الثلث في حد الكثرة وما دونه في حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية [الثلث والثلث كثير] فهذا قدر به

ولنا عموم الأحاديث فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيها فيجب وضعه ولأن هذه المرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من ضمان البائع وإن نقص عن الثلث كالتى على الأرض وما أكل الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولأنه لا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط إذا ثبت ذلك فمتى تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب وإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن وأما على الرواية الثانية فإنه يعتبر ثلث الثمرة وقيل ثلث القيمة فإن تلف الثلث فما زاد رجع بقسطه من الثمن وإن كان دونه لم يرجع بشيء وإن اختلفا في الجائحة أو قدر التالف فالقول قول البائع لأن الأصل السلامة ولأنه غارم والقول في الأصول قول الغارم

فصل : فإن بلغت الثمرة أو انجزها فلم يجزها حتى أصابتها جائحة فقال القاضي : عندي لا توضع لأنه مفراط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان

الضمان عليه ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لذلك وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من مال البائع كالمسألة قبلها
فصل : فإن استاجر أرضا فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا لأن المعقود عليه منافع الأرض ولم يتلف إنما تلف مال المستاجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها

[جزء 4 - صفحة 289]

وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها
مسألة : وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها
لا يختلف فيه فيباح بيع جميعها بذلك لا نعلم فيه خلافا وهل يكون صلاحا لسائر النوع الذي في البستان ؟ على روايتين أظهرهما أنه يكون صلاحا فيجوز بيعه وهو قول الشافعي و محمد بن الحسن قياسا على الشجرة الواحدة ولأن اعتبار الصلاح يشق ويؤدي إلى الاشتراك واختلاف الأيدي فوجب أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا كالشجرة الواحدة والثانية : لا يكون صلاحا ولا يجوز بيع إلا ما بدا صلاحه لأنه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه لعموم النهي ولأنه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه كالذي في البستان الآخر
فصل : فأما النوع الآخر من ذلك الجنس فقال القاضي لا يجوز بيعه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الإدراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وما يتأخر تأخرا كثيرا فلا يجوز في الباقي وقال أبو الخطاب : يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب فيتبعه في جواز البيع كالنوع الواحد والأول لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر بدو الصلاح كالجنسين ويخالف الزكاة فإن القصد هو الغني من جنس ذلك المال لتقارب منفعته وقيام كل نوع مقام الآخر في المقصود والمعنى هنا هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الأيدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصار في هذا كالجنسين
فصل : فأما النوع الواحد من بساتين فلا يتبع أحدهما الآخر ف جواز بيع أحدهما يبدو صلاح الآخر سواء متجاورين أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي وحكي عن أحمد أن بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك لأنها يتقاربان في الصلاح فأشبهه القراح الواحد ولأن المقصود الأمن من العاهة وقد وجد والأول المذهب لأنه إنما جعل ما لم يد صلاحه بمنزلة ما بدا دفعا لضرر الاشتراك واختلاف الأيدي وإلا فالأصل اعتبار كل شيء بنفسه والذي في القراح الآخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا فإن بدا صلاح النوع الواحد فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز لدخوله تحت عموم النهي وتعذر قياسه على الصورة

المخصوصة من العموم وهي إذا باعه ما بدا صلاحه لأنه دخل في البيع تبعاً دفعاً لمضرة الاشتراك ولا يوجد ذلك ههنا ولأنه قد يدخل في البيع تبعاً لما لا يجوز إفراده كالثمرة تباع مع الأصل والزرع مع الأرض ويحتمل الجواز لأن الكل في حكم ما بدا صلاحه فأشبهه ببيعته مع وكما لو أفرد بالبيع ما بدا صلاحه

[جزء 4 - صفحة 301]

وبدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر وفي العنب أن يتموه وفي سائر الثمار أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله
مسألة : وبدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر وفي العنب أن يتموه وفي سائر الثمار أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله
وجملة ذلك أن ما كان من الثمر يتغير لونه عند صلاحه كثمرة النخل والعنب غير الأبيض والإجاص فبدو صلاحه بذلك فإن كان العنب أبيض فصلاحه بتموه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفو لونه فإن كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فإن يخلو ويطيب وإن كان بطيخاً أو نحوه فإن ينمو فيه النضج وإن كان مما يتغير لونه ويؤكل كالفنجان والخيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة وقال القاضي وأصحاب الشافعي : بلوغه تناهي عظمه وما قلناه أشبهه بصلاحه مما قالوه فإن بدو صلاح الشيء ابتداءً وتناهي عظمه آخر صلاحه ولأن بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يجعل بدو صلاحه فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك و الشافعي وكثير من أهل العلم أو مقارب له وقال عطاء : لا يباع حتى يؤكل من التمر قليل أو كثير وروي عن ابن عمر وابن عباس ولعلمهم أرادوا صلاحه للأكل فيرجع معناه إلى ما قلنا فإن ابن عباس قال : [نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل] متفق عليه وإن أرادوا حقيقة الأكل فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الأخبار وهو ما [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع حتى يطيب أكله] متفق عليه ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهر [قيل وما تزهر ؟ قال : تحمار أو تصفار] رواه البخاري ونهى عن بيع العنب حتى يسود رواه الترمذي وابن ماجه والأحاديث في هذا كثيرة كلها تدل على معنى والله أعلم

[جزء 4 - صفحة 312]

ومن باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع
مسألة : ومن باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع
إذا باع عبده أو أمته وله مال ملكه إياه أو خصه به فهو للبائع لما [روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا

أن يشترطه المبتاع [رواه مسلم وغيره ولأن العبد وماله للبائع فإذا باع العبد
اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما وإن اشترطه
المبتاع كان له للخبر روي ذلك عن عمر بن الخطاب وقضي به شريح وبه قال
مالك و الشافعي وإسحاق

[جزء 4 - صفحة 315]

فإن كان قصده المال اشترط علمه وسائر شروط المبيع وإن لم يكن قصده
المال لم يشترط علمه
مسألة : فإن كان قصده المال اشترط علمه وسائر شروط المبيع وإن لم يكن
قصده المال لم يشترط علمه

إذا اشترى عبداً واشترط ماله وكان المال مقصوداً بالشراء صح اشتراطه
للخبر ويشترط أن يوجد فيه شرائط البيع من العلم به وإلا يكون بينه وبين
التمن ربا كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين لأنه مبيع مقصود فأشبه ما لو
ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما وإن لم يكن قصده المال صح شرطه وإن
كان مجهولاً نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبيت وسواء كان
المال من جنس الثمن أو من غير جنسه عينا كان أو دينا وسواء كان مثل الثمن
أو أقل أو أكثر قال البتي : إذا باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز
إذا كان رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم وذلك لأنه دخل في البيع تبعاً غير
مقصود فأشبه أساسيات الحيطان والتمويه بالذهب في السقوف وقال
القاضي : هذا ينبنى على كون العبد يملك أو لا يملك فإن قلنا لا يملك فاشترط
المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات وهو
مذهب أبي حنيفة وإن قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل
أنه بيع تبعاً فهو كطلي الآبار وهذا خلاف نص أحمد والخرقى فإنهما جعلوا الشرط
الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره قال شيخنا : وهو أصح إن شاء
الله تعالى واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود كاللبن في الضرع والحمل
في البطن وأشبه ذلك فإنه مبيع ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا وقد قيل
أن المال ليس بمبيع ههنا وإنما استبقاه المشتري على ملك العبد فلا يزول عنه
إلى البائع وهو قريب من الأول

فصل : وإذا اشترط مال العبد في الشراء ثم رده بإقالة أو عيب رد ماله وقال
داود : يردّه دون ماله لأن ماله لم يدخل فيه فأشبهه النماء الحادث عنده ولنا أنه
عين ماله أخذها المشتري لا تحصل بدون المبيع فيردها بالفسخ كالعبد ولأن
العبد إذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك رده
حتى يدفع ما يزيد نقصه فإن تلف ماله فأراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث
هل يمنع الرد ؟ على روايتين فإن قلنا بالرد فعليه قيمة ما تلف عنده قال أحمد
في رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على عيب وقد تلف القناع غرم
قيمه بحصته من الثمن

[جزء 4 - صفحة 328]

وإن كان عليه ثياب فقال أحمد : ما كان للجمال فهو للبائع وما كان للبس المعتاد فهو للمشتري
 مسألة : وإن كان عليه ثياب فقال أحمد : ما كان للجمال فهو للبائع وما كان للبس المعتاد فهو للمشتري
 إذا كان على العبد أو الجارية حلي فهو بمنزلة ماله على ما ذكرنا فأما الثياب فقال أحمد : ما كان يلبسه عند البائع فهو للمشتري وإن كان ثيابا يلبسها فوق ثيابه أو شيء يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع وإنما كان كذلك لأن ثياب البذلة جرت العادة بيعهما معه ولأنها تتعلق بها حاجة العبد وإنما يلبسها إياه لينفقه بها وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد ولم تجر العادة بالمسامحة فيها فجرت مجرى الستور في الدار والدابة التي يركبه عليها قال ابن عمر : من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها إلا أن يشترطه الذي باعها وبه قال الحسن و النخعي ولنا الخبر المذكور ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع ولا جرت العادة بيعها معه أشبه سائر مال البائع ولأنه زينة للمبيع أشبه ما لو زين الدار ببسط أو ستور والله سبحانه وتعالى أعلم

[جزء 4 - صفحة 338]

باب السلم وهو أن يسلم عينا حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ويسمى سلفا وسلما يقال : أسلم واسلف وهو نوع من البيع وينعقد بلفظ السلف والسلم لأنهما حقيقة فيه ويشترط له ما يشترط للبيع إلا أنه يجوز في المعدوم والأصل في جوازه الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول سبحة : { يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه } قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية رواه سعيد وإن اللفظ يشمل بعمومه وأما السنة فروى ابن عباس [أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم] متفق عليه وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من حفظ عنه من أله العلم على أن السلم جائز
 فصل : ولا يصح إلا بشروط سبعة أحدها : أن يكون مما يمكن ضبط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها ظاهرا كالمكيل من الحبوب وغيرها والموزون كالقطن والابريسم والكتان والقت والصوف والشعر والكاغد والحديد والصفير

والنحاس والطيب والأدهان والخلول وكل مكيل أو موزون وكذلك المذروع كالثياب وقد جاء الحديث في الثمار وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز

[جزء 4 - صفحة 339]

فأما المعدود المختلف كالحيوان والفواكه والبقول والجلود والرؤوس ونحوها ففيه روايتان
مسألة : فأما المعدود المختلف كالحيوان والفواكه والبقول والجلود والرؤوس ونحوها ففيه روايتان
اختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي أنه لا يصح السلم فيه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة و سعيد بن جبير و الشعبي قال عمر : إن من الربا أبوابا لا تخفى وإن منها السلم في البسر ولأن الحيوان يختلف اختلافا متباينا فلا يمكن ضبطه وإن استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن مثل أزج الحاجبين أكحل العينين أقى الأنف أهدب الأشفار ألمى الشفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفة وإن لم يذكرها اختلف بها الثمن ظاهرا والمشهور في المذهب صحة السلم فيه نص عليه أحمد في رواية الأثرم : قال ابن المنذر : وممن روي عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر و سعيد بن المسيب و الحسن و الشعبي و مجاهد و الزهري و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق و أبو ثور ولأن أبا رافع قال : [استلف النبي صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا] ورواه مسلم و [عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالأبصرة إلى مجيء الصدقة] رواه أبو داود ولأنه ثبت في الذمة صداقا في السلم كالثياب فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان قال الشعبي : إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشتراطوا نتاج فحل معلوم رواه سعيد وقد روي عن علي أنه باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا إلى أجل ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمي منا ممن وافقنا

فصل : واختلفت الرواية في السلم في الحيوان مما لا يكال ولا يوزن فنقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه قال : لا أرى السلم إلا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب : معناه يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف كالزرع فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه وحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق أنه لا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار لأنه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير فعلى هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سمي منا وكالبقول لأنه يختلف ولا يمكن تقديره بالحزم لأن الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر ونقل اسماعيل بن

سعيد و ابن منصور جواز السلم في الفواكه والموز والخضراوات ونحوها لأن كثيرا من ذلك يتقارب وينضب بالكبير والصغر وما لا يتقارب ينضب بالوزن كاليقول ونحوها فيصح السلم فيه كالمزروع وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي و الأوزاعي وحكي ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له قولان

فصل : وفي السلم في الرؤوس من الخلاف ما ذكرناه وكذلك الأطراف و للشافعي فيه قولان أحدهما : يجوز وهو قول مالك و الأوزاعي و أبي ثور لأنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه فجاز السلم فيه كبقية اللحم والآخر : لا يجوز وهو قول أبي حنيفة لأن أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم فإن كان مطبوخا أو مشويا فقال الشافعي لا يصح السلم فيه وهو قياس قول القاضي لا يتناثر ويختلف وعلى قول أصحابنا غير القاضي حكم ما مسته النار حكم غيره وبه قال مالك و الأوزاعي و أبي ثور والعقد يقتضيه سليما من التناثر والعادة في طبخة تتقارب فأشبهه غيره وفي الجلود من الخلاف ما في الرؤوس والأطراف وقال الشافعي : لا يصح السلم فيها لأنه يختلف فالورك تخين قوي والصدر تخين رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج إلى وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ولنا أن التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان فإنه يشتمل على الرأس والجلد والأطراف والشحم وما في البطن وكذلك الرأس يشتمل على حلم الخدين والأذنين والعينين ويختلف ولم يمنع صحة السلم فيه كذلك ههنا فصل : ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لأنه يختلف ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم] ظاهرة إباحة السلم في كل موزون ولنا قد بينا جواز السلم في الحيوان فاللحم أولى

[جزء 4 - صفحة 342]

وفي الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط كالقماقم والأسطال الضيقة الرؤوس وما يجمع أخلاطا مميزة كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان مسألة : وفي الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط كالقماقم والأسطال الضيقة الرؤوس وما يجمع أخلاطا مميزة كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان لا يصح السلم في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط لأن الصفة لا تأتي عليها وفيه وجه آخر أنه يصح إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أسلفه وأعلاه لأن التفاوت في ذلك يسير فأما الثياب المنسوجة من نوعين كالقطن والكتان والابريس فالصحيح جواز السلم فيها لأن ضبطها ممكن وفيه وجه آخر أنه لا يجوز كالمعاجين

فصل : ويصح السلم في اللبأ والخبز وما أمكن ضبطه مما مسته النار وقال الشافعي لا يصح السلم في كل معمول بالنار لأن النار تختلف ويختلف الثمن

ويختلف عملها ولنا أنه موزون فجاز السلم فيه كسائر الموزونات ولعموم الحديث ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة فأشبهه المجفف بالشمس فأما اللحم المطبوخ والمشوي فقال القاضي لا يصح السلم فيه وهو مذهب الشافعي لأنه يتفاوت كثيرا وعادة النسا فيه مختلفة فلا يمكن ضبطه وقال أصحابنا : يصح السلم في هلما ذكرنا في الخبز واللبأ فصل : ويصح السلم في النشاب والنبيل وقال القاضي : لا يصح السلم فيهما وهو مذهب الشافعي لأنه يجمع أخلاطا من خشب وعقب ريش ونصل فجرى مجرى اخلاط الصيادلة ولأن فيه ريشا نجسا لأنه من جوارح الطير ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالبا فصح السلم فيه كالقصب والخشب وما فيه من غره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به ولا يتفاوت كثيرا فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الريش طاهرا وإن كان نجسا لكن يصح بيعه فلا يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار

[جزء 4 - صفحة 343]

ولا يصح فيما لا ينضبط كالجواهر كلها والحوامل من الحيوان والمغشوش من الأثمان وغيرها وما يجمع أخلاطا غير مميزة كالعالية مسألة : ولا يصح فيما لا ينضبط كالجواهر كلها والحوامل من الحيوان والمغشوش من الأثمان وغيرها وما يجمع أخلاطا غير مميزة كالعالية والند والمعاجين ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالحين والعجين وخل التمر والسكنجيين ونحوه لا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والزبرجد والفيروزج والبلور لأن أثمانها تختلف اختلافا متباينا بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ولا يمكن تقديرها بشيء معين لأن ذلك يتلف وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك صحة السلم فيها إذا اشترط منها شيئا معلوما إن كان وزنا بوزن معروف والصحيح الأول لما ذكرناه ولا يصح في الحوامل من الحيوان لأن الصفة لا تأتي عليها ولأن الولد مجهول غير متحقق وفيه وجه آخر أنه يصح لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل صحة بيع الحامل وإن اشترط الحمل ولا نقول بأن الجهل بالحمل مبطل للبيع لكن إن لم تكن حاملا فله الرد وإذا صح البيع صح السلم لأنه بيع ولا يصح في المغشوش من الأثمان لأنه مجهول لا ينضبط بالصفة ولا فيما يجمع أخلاطا غير مميزة كالعالية والند والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها والذي يجمع أخلاطا على أربعة أضرب أحدها : مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من نوعين والصحيح جواز السلم فيها الثاني : ما خلطه لمصلحته وليس بمقصود في نفسه كالانفحة في الجبن والملح في العجين والخبز والماء في خل التمر في السكنجيين فيصح السلم فيه لأنه يسير لمصلحته الثالث : اخلاط مقصودة غير متميزة كالعالية والند والمعاجين فلا يصح السلم فيه لأن الصفة لا تأتي عليها

الرابع : ما خلطه غير مقصود فيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه لان غشه يمنع العلم بقدر المقصود منه فيكون مجهولا ولا يصح السلم في القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب والتوز إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتميز ما فيه منها وقيل يجوز السلم فيها كالثياب من نوعين وكان النشاب المشتمل على الخشب والعقب والريش والنصول والأولى ما ذكرنا فصل : الثاني أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهرا فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحدثه وقدمه وجودته ورداءته وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره إنما اشترط ذلك لأن المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من العلم به كالثمن ولأن العلم شرط في البيع وطريقه الرؤية أو الوصف والرؤية متعذرة ههنا فتعين الوصف والأوصاف على ضربين : متفق على اشتراطها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف : الجنس والنوع والجودة والرادعة فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه وكذلك معرفته وسنذكرها وهذا قول أبي حنيفة و مالك و الشافعي ولا نعلم عن غيرهم فيه خلافا لضرب الثاني : ما يتلف الثمن باختلافه غير هذه الأوصاف فينبغي أن يكون ذكرها شرطا قياسا على المتفق عليها ونذكرها عند ذكره وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة : يكفي ذكر الأوصاف الأول لأنها تشتمل على ما وراءها من الصفات ولنا أنه يبقى من الصفات من اللون والبلد ونحوهما ما يختلف الثمن والعوض لأجله فوجب ذكرها كالنوع ولا يجب استقصاء كل الصفات لأنه يتعذر وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهرا ولو استقصى الصفات حتى انتهى إلى حال يتعذر وجود المسلم فيه بتلك الصفات بطل لأن من شروط السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله واستقصاء الصفات يمنع منه

فصل : ولو أسلم في جارية وابنتها أو أختها أو عمتها أو خالتها أو بنت عمها لم يصح لأنه لا بد أن يضبط كل واحدة منهما بصفات ويتعذر وجود تلك الصفات في جارية وبنتها ولو أسلم في ثوب على صفة خرقه معيبة لم يجز لأنها قد تهلك وهذا غرر فهو كما لو شرط مكيالا بعينه غير معلوم

فصل : والجنس والجودة والقدر شرط في كل مسلم فيه فلا حاجة إلى تكرير ذكر ذلك وبذكر ما سواها فيصف التمر بأربعة أوصاف النوع برني أو معقلي والبلد إن كان يختلف فيقول بغدادي أو بصري فإن البغدادي أحلى وأقل بقاء لعدوبة الماء والبصري بخلافه والقدر كبار أو صغار أو حديث أو عتيق فإن أطلق العتيق أجزاء أي عتيق كان ما لم يكن مسوسا ولا حشفا ولا متغيرا وإن شرط عتيق عام أو عامين فهو على شرط فأما اللون فإن كان النوع الواحد يختلف كالطبرزد يكون أحمر وأسود ذكره وإلا فلا وإرطب كالتمر في هذه الأوصاف إلا الحديث والعتيق وليس له من الرطب إلا ما أرطب كله ولا يأخذ مشدخا ولا ما قارب أن يتمر وهكذا ما يشبهه من العنب والفواكه

فصل : ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول : سبيلة أو سلموني والبلد حوراني أو سمالي وصغار الحب أو كباره وحديث أو عتيق وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم إليه إلا مصفى وهذا الحكم في الشعير وسائر

الحبوب وبصف العسل بثلاثة أوصاف بالبلد وبجزئ ذلك عن النوع والزمان ربيعي وصيفي واللون وليس له إلا مصفى

فصل : ولا بد في الحيوان من ذكر النوع والسن والذكورية والأنوثة وبذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام إليه إن كان بالغا وإلا فالقول قول سيده وإن لم يعلم رجح في ذلك أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريبا وإذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفا مثل التركي منهم الجكلي والخزري فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين أولاهما : أنه يحتاج لأنه يختلف به الثمن ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر الجعودة والسبوبة لأن ذلك لا يختلف به الثمن اختلافا بينا ومثل ذلك لا يراعى كما لا تراعى صفات الحسن والملاحة فإن ذكر شيئا من ذلك لزمه ويذكر الثيوبه والبقارة لأن الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ويذكر القد خماسي أو سداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار قال أحمد : يقول خماسي سداسي أسود أبيض أبيض أعجمي أو فصيح أما الإبل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول : من نتاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون بيضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى فإن اختلف النتاج فكان فيه مهربة وأرحبية فهل يحتاج إلى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين ولا يفتقر إلى ذكر ما زاد على هذه الأوصاف وإن ذكر بعضه كان تأكيدا ولزمه وأوصاف الخيل كأوصاف الإبل وأما البغال والحمير فلا نتاج لها فيجعل بدل ذلك نسبتها إلى بلدها وأما البقر والغنم فإن عرف لها نتاج فهي كالإبل وإلا فهي كالحمير ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات فيقول في الإبل بختية أو عراقية وفي الخيل عربية أو هجين أو بردون وفي الغنم ضان أو معز إلا الحمير والبغال فلا أنواع فيها

فصل : ويذكر في اللحم السن والذكورية والأنوثة والسمن والهزال وراعي أو معلوفا ونوع الحيوان وموضع اللحم منه وبزيد في الذكر فحلا أو خصيا وإن كان لحم صيد لم يحتج إلى ذكر العلف والخصى ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة وفي الجارحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر فإن الأحبولة يؤخذ الصيد منها سليما وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب نكهة من الفهد لكونه مفتوح الفم في أكثر الأوقات والصحيح إن شاء الله أن هذا ليس بشرط لأن التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه لا يعرفه إلا القليل من الناس وإذا لم يحتج في الرقيق إلى ذكر السمن والهزال وأشباهها وما يتباين بها الثمن وتتعلق بها الرغبات ويعرفها الناس فهذا أولى ويلزم قبول اللحم بعظامه لأنه هكذا يقطع فهو كالنوى في التمر وإن كان السلم في لحم طير لم يحتج إلى ذكر الذكورية والأنوثة إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا إلى ذكر موضع اللحم إلا أن يكون كثيرا يأخذ منه بضعه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لأنه لا لحم عليها ويذكر في السمك النوع بردي أو غيره والكبير والصغير والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينهما وإن كان كثيرا يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

فصل : ويضبط السمن بالنوع من ضان أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر قال القاضي : ويذكر المرعى ولا يحتاج إلى ذكر حديث أو عتيق لأن الإطلاق يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لأنه عيب ولا ينتهي إلى حد يضبط به

ويصف الزيد بأوصاف السمن ويزيد زيد يومه أو أمسه ولا يلزم قبول متغير من السمن والزبد ولا رقيق إلا أن تكون رفته للحر ويصف اللبن بالمرعى ولا يحتاج إلى اللون ولا حليب يومه لأن اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير قال أحمد : ويصح السلم في المخيض وقال الشافعي لا يصح لأن فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولا

ولنا أن الماء يسير يترك لأجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج وفي خل التمر ويصف الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ويصف اللبأ بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ وعدمه

فصل : ويضبط الثياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفافة والرقعة والغلظ والنعومة والخشونة ولا يذكر الوزن وإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشتركة مع وزن معلوم فيكون فيه تغيير لبعده اتفاقه وإن ذكر الخام أو المقصور فله بشرطه وإن لم يذكره جاز وله خام لأنه الأصل وإن ذكر مغسولا أو لبيسا لم يجز لأن اللبيس يختلف ولا ينضبط فإن أسلم في مصبوغ مما يصيغ غزله جاز لأن ذلك من جملة صفات الثوب وإن كان مما يصيغ بعد نسجه لم يجز لأن الصيغ يمنع من الوقوف على نعومة الثوب وخشونته ولأن الصيغ غير معلوم وإن أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وكتان أو قطن وابرسم أو صوف وابرسم وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول السدي ابرسم وللحمة كتان أو نحوه جاز وقد ذكرناه ولهذا جاز السلم في الخز وهو من غزلين مختلفين وإن أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وإن كان زيادة لم يجز لأنه لا ينضبط

فصل : ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والرقعة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظة والرقعة الطول والقصر وإن شرط في القطن منزوع الحب جاز وإن أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه ويصف الابرسم بالبلد واللون والغلظ والرقعة ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ربيعي لأن صوف الخريف أنظف قال القاضي : ويصفه بالذكورية والأنوثية لأن صوف الإناث أنعم ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة لأن التفاوت في هذا يسير وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبعر وإن لم يشترطه وإن اشترطه جاز وكان تأكيدا وكذلك الشعر والوبر ويصح السلم في الكاغد لأنه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والرقعة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

فصل : ويضبط الرصاص والنحاس والحديد بالنوع فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب والنعومة والخشونة واللون إن كان يختلف ويزيد في الحديد ذكرا أو أنثى فإن الذكر أحد وأمضى وإن أسلم في الأواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالأسطال القائمة الحيطان والطلسوت جاوز ويضبطها بذلك وإن أسلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها من الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقعة وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديد وطوله وعرضه ورقته وبلده وغلظه وقديم الطبع أو محدث ماض أو غيره ويصف قبضته وجفنه

فصل : والخشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه ورطوبته ويبسه وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه إلى طرفه بذلك العرض والدور وإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيرا وإن كان أدق لم يلزمه قبوله وإن ذكر الوزن أو سمحا جاز وإن لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد لأن ذلك عيب وإن كان للقسي ذكر هذه الأوصاف وزاد سهليا أو جبليا أو خوطا أو فلقة فإن الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلقة ويذكر فيما للوقود الغلظ واليبس والرطوبة والوزن ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر ما يحتاج إلى معرفته ويخرجه من الجهالة وإن أسلم في النشاب والنبيل ضبطه بنوع خشبه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وربشه

فصل : والحجارة منها ما هو للأرجية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع إن كان يختلف منها ما هو للبناء فيذكر اللون والقدر والنوع والوزن ويذكر في حجارة الأنية النوع واللون والقدر واللين والوزن ويصف البلور بأوصافه الأجر واللين بموضع التربة واللون والدور والثخانة وإن أسلم في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ما أصابه الماء فجف ولا ما قدم قدما يؤثر فيه ويضبط التراب بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد جف إن كان لا يتأثر بذلك

فصل : ويضبط العنبر بالوزن والبلد وإن شرط قطعة أو قطعتين جاز وإن لم يشترط فله اعطاؤه صغارا أو كبارا وقد قيل : العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به ويضبط اللبان والمصطكا وشمع الشجر والمسك وسائر ما يجوز السلم فيه بما يختلف به

[جزء 4 - صفحة 351]

فإن شرط الأجود لم يصح
مسألة : فإن شرط الأجود لم يصح لتعذر الوصول إليه إلا نادرا وإن شرط الأردأ لم يصح في أحد الوجهين لذلك والثاني : يصح لأنه يمكنه تسليم المسلم أو خير منه فيلزم المسلم قبوله

وإن جاءه بدون ما وصف له أو نوع آخر فله أخذه
مسألة : وإن جاءه بدون ما وصف له أو نوع آخر فله أخذه
لأنه رضي بدون حقه ولا يلزمه لأن فيه إسقاط حقه وقال القاضي : إذ لم يكن أدنى من النوع المشترك لأنه من جنسه أشبه الزائد في الصفة ولنا أنه لم يأت بالمشروط فلم يلزم قبوله كالأدنى بخلاف الزائد في الصفة فإنه أحضر المشروط مع زيادة ولأنه أحد النوعين يصلح لما لا يصلح له الآخر بخلاف الصفة

وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه
 مسألة : وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه
 لقوله عليه الصلاة والسلام [من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره] رواه
 أبو داود وذكر ابن أبي موسى رواية أنه يجوز أن يأخذ مكان البر شعيرا مثله
 ولعله بناه على أنهما جنس واحد والأول أصح

وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله
 مسألة : وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله لأنه أتى بما تناوله العقد
 وزيادة تنفعه ولا تضره

وإن جاءه بالأجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح
 مسألة : وإن جاءه بالأجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح
 وقال أبو حنيفة يصح كما لو جاءه بزيادة في القدر ولنا أن الجودة صفة فلا يجوز
 إفرادها بالعقد كما لو كان مكيلا أو موزونا وإن جاءه بزيادة في القدر فقال له
 ذلك صح لأن الزيادة ههنا يجوز إفرادها بالبيع
 فصل : قال رحمه الله الثالث أن يذكر قدره بالكيل في المكيل والوزن في
 الموزون والذرع في المذروع فإن أسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لم
 يصح وعنه يصح

يشترط معرفة قدر المسلم في المكيل والوزن في الموزون في إحدى
 الواويتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم [من أسلف في شيء فليسلف في
 كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم] متفق عليه ويشترط معرفة
 المذروع بالذرع والمعدود بالعد لأنه عوض غائب يثبت في الذمة فاشترط
 معرفة قدره كالثمن ولا نعلم في اعتبار معرفة مقدار المسلم فيه خلافا قال
 ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في
 الثياب بذرع معلوم فإن أسلف في المكيل وزنا أو في الموزون كيلا ففيه
 روايتان إحداهما : لا يصح نقلها عنه الأثرم فقال : سئل أحمد عن السلم في
 التمر وزنا فقال : لا إلا كيلا قلت إن الناس ههنا لا يعرفون الكيل قال وإن كانوا
 لا يعرفون الكيل فعلى هذه الرواية لا يجوز في المكيل إلا كيلا ولا في الموزون
 إلا وزنا ذكره القاضي و ابن أبي موسى لأنه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يجز
 بغير ما هو مقدر به في الأصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولأنه مقدر بغير ما
 هو مقدر به في الأصل فلم يجز كما لو أسلم في المذروع وزنا والثانية : يجوز
 فنقل عن أحمد أن السلم يجوز في اللبن إذا كان كيلا أو وزنا وهذا يدل على
 إباحة السلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لأن اللبن لا يخلو من أن يكون
 مكيلا أو موزونا وقد أجاز السلم فيه بكل منهما وهو قول الشافعي و ابن المنذر
 وقال مالك : ذلك جائز إذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا وهذا الصحيح إن شاء
 الله لأن الغرض معرفة قدره وإمكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز
 ويفارق بيع الربويات فإن التماثل بالكيل في المكيل والوزن في الموزون شرط

ولا يعلم هذا إذ قدرها بغير مقدارها الأصلي وقد ذكرنا المكيل والموزون في باب الربا ولا يسلم في اللبأ إلا موزونا لأنه يجمد عقيب حله فلا يتحقق الكيل فيه وإن كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بميزان لثقله كالأرحية والحجارة الكبار وزن بالسفينة فتترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر إلى أي موضع تغوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل أو أحجار صغار إلى أن يبلغ الماء الموضع المعلم ثم يوزن بميزان فيكون زنة ذلك الشيء

[جزء 4 - صفحة 352]

ولا بد أن يكون المكيال معلوما فإن شرط مكيالا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة لم يصح
مسألة : ولا بد أن يكون المكيال معلوما فإن شرط مكيالا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة لم يصح
بشرط أن يكون المكيال والصنجة والذراع معروفة عند العامة فإن عين مكيالا أو صنجة أو ذراعا غير معلوم لم يصح لأنه يهلك فيتعذر المسلم فيه وهذا غرر لا يحتاج إليه العقد قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعرف عياره ولا في ثوب بذرع فلان لأن المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور فإن عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يختص بهما فإن لم يعلمهما لم يجز لما ذكرنا

[جزء 4 - صفحة 353]

وفي المعدود المختلف غير الحيوان روايتان
مسألة : وفي المعدود المختلف غير الحيوان روايتان
إحداهما : يسلم فيه عددا والأخرى : وزنا وقيل : يسلم في الجوز والبيض عددا وفي الفواكه والبقول وزنا وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره والمعدود نوعان أحدهما : لا يتباين كثيرا كالجوز والبيض فيسلم فيه عددا في أظهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة والأوزاعي وقال الشافعي لا يسلم فيهما عددا لأن ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عددا كالبطيخ وإنما يسلم فيهما وزنا وكيفا
ولنا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر والصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وإن بقي شيء يسير عفي عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه ويفارق البطيخ فإنه يتفاوت تفاوتا كثيرا لا ينضبط ولنا فيه منع أيضا النوع الثاني : ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فحكمه حكم ما

ليس بمعدود من البطيخ والبقول وفيه وجهان أحدهما : يسلم فيه إلا وزنا وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي لأنه لا يمكن تقديره بالعدد لأنه يختلف كثيرا ويتباين جدا ولا بالكيل لأنه يتجافى في المكيال ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لأنه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فيتعين تقديره به وقيل يسلم في الجوز والبيض عددا لأنه يباع كذلك وفي الفواكه والبقول وزنا لأنه أضبط وقد ذكرناه

قال رحمه الله تعالى فصل : الرابع : أن يشترط أجلا معلوما له وقع في الثمن كالشهر ونحوه فإن أسلم حالا أو إلى أجل قريب كالיום ونحوه لم يصح يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا ولا يصح السلم الحال نص عليه أحمد في رواية المروزي وبه قال أبو حنيفة و مالك و الأوزاعي وقال الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر : يجوز السلم حالا لأنه عقد يصح مؤجلا فصح حالا كبيع الأعيان ولأنه إذا جاز مؤجلا فحالا أجوز ومن الغرر أبعد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم] فأمر بالأجل والأمر يقتضي الوجوب ولأنه أمر بهذه الشروط تبيينا لشروط السلم ومنعاه منه بدونها ولذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن فكذلك الأجل ولأنه إنما جاز رخصة للمرفق ولا يحصل المرفق إلا بالأجل فإذا انتفى الأجل انتفى المرفق فلا يصح كالكتابة ولأن الحلول يخرج عن اسمه ومعناه أما الاسم فإنه سمي سلما وسلما لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ومعناه ما ذكرناه في أول الباب من أن الشارع رخص فيه من أجل الحاجة الداعية إليه ومع حضور ما يبيعه حالا لا حاجة إلى السلم فلا يثبت وفارق بيع الأعيان فإنها لم تثبت علي خلاف الأصل لمعنى يختص بالتأجيل وما ذكره من التنبيه غير صحيح لأن ذلك إنما يجري فيما إذا كان المعنى المقتضي موجودا في الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك ههنا فإن العيد من الغرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وإنما المصحح له شيء آخر لم يذكر اجتماعهما فيه وقد بينا افتراقهما إذا ثبت هذا فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالا في الذمة صح ومعناه السلم وإنما افترقا في اللفظ لكن يشترط في البيع أن يكون المبيع مملوكا للبائع فإن باعه ما ليس عنده لم يصح وقد ذكرناه

فصل : ويشترط كون الأجل مدة لها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه وقال أصحاب أبي حنيفة قدره بنصف يوم جاز وقدره بعضهم بثلاثة أيام وهو قول الأوزاعي لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط وهي آخر حد القلة قالوا لأن الأجل إنما اعتبر في السلم لأن السلم فيه معدوم في الأصل لكون السلم إنما يثبت رخصه في حق المفاليس فلا بد من الأجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور حصوله فيها ولنا أن الأجل إنما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من أجله السلم ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن ولا يصح اعتباره بمدة الخيار لأن الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والأجل يجوز أن يكون أعواما وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها وقولهم إن المقصود يحصل بأقل مدة لا يصح فإن السلم إنما يكون

لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ولا يحصل هذا في المدة اليسيرة غالباً

[جزء 4 - صفحة 355]

إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح
مسألة : إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح
قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : الرجل يدفع إلى الرجل الدراهم في الشيء
يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم ؟ فقلت
نعم فقال لا بأس ثم قال : مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أنه يأخذ منه
كل يوم رطلاً من لحم قد وصفه : وبهذا قال مالك وقال الشافعي إذا أسلم في
جنس واحد إلى أجلين لم يصح في أحد القولين لأن ما يقابل بعدهما أجلاً أقل
مما يقابل الآخر وذلك مجهول ولنا أن كل بيع جاز إلى أجل جاز إلى أجلين
وآجال كبيع الأعيان فعلى هذا إذا قبض البعض وتعدر رجوع بقسطه من الثمن
ولا يجعل للباقي فضلاً على المقبوض لأنه مبيع واحد متمثل الأجواء فيسقط
الثمن على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

[جزء 4 - صفحة 356]

فإن أسلم في جنس إلى أجلين أو في جنسين إلى أجل صح
مسألة : فإن أسلم في جنس إلى أجلين أو في جنسين إلى أجل صح أما إذا
أسلم في جنس إلى أجلين فقد ذكرناه في المسألة قبلها وإن أسلم في جنسين
إلى أجل واحد صح قياساً على البيع

ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمن معلوم للخبر
مسألة : ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمن معلوم للخبر
وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالأهلة نحو أو الشهر وأوسطه وآخره أو يوم
معلوم من لقوله الله تعالى { يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس
والحج } ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك فإن أسلم إلى عيد الفطر أو النحر أو
يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لأنه معلوم بالأهلة فإن جعل الأجل مقدراً
بغير الشهور الهلالية وكان ما يعرفه المسلمون وهو مشهور بينهم مثل الأشهر
الرومية كشباط ونحوه أو عيد لا يختلف كالنيروز والمهرجان عند من يعرفهما
فظاهر كلام الخرقى وابن أبي موسى أنه لا يصح لأنه أسلم إلى غير الشهور
الهلالية أشبه إذا أسلم إلى الشعانين وعيد الفطر ولأن هذه لا يعرفها كثير من

المسلمين أشبه ما ذكرنا وقال القاضي : يصح وهذا قول الأوزاعي و الشافعي لأنه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف لكونه لا يعلمه المسلمون وإن كان مما لا يعرفه المسلمون كالشعانيين وعيد الفطير ونحوهما لم يصح السلم إليه لأن المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لأن قولهم غير مقبول ولأنهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون وإن أسلم إلى ما لا يختلف مثل كانون الأول ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح لأنه مجهول عنده

فصل : وإذا جعل الأجل إلى شهر تعلق بأوله وإن جعل الأجل اسما يتناول شيئين كجمادى ويوم النفر تعلق بأولهما وإن قال إلى ثلاثة أشهر كان إلى انقضائها لأنه إذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمه وجب أن يكون ابتداءها من حين لفظه بها وكذلك لو قال إلى شهر كان إلى آخره وينصرف إلى الأشهر الهلالية لقول الله تعالى { إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا } وإن أراد الهلالية فإن كان في أثناء شهر كمل شهرا بالعدد وشهرين بالأهلة وقيل تكون الثلاثة بالعدد وسنذكر ذلك في غير هذا وإن قال محله شهر كذا صح وتعلق بأوله وقيل لا يصح لأنه جعل ذلك طرفا فيحتمل أوله وآخره والصحيح الأول فإنه لو قال لعبدك أنت حر في شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسألتنا فإن قيل : العتق بتعلق بالاخطار والاغرار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدم زيد بخلاف مسألتنا قلنا إلا أنه إذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولا وكذا السلم

[جزء 4 - صفحة 358]

وإن أسلم إلى الحصاد أو شرط الخيار إليه فعلى روايتين مسألة : وإن أسلم إلى الحصاد أو شرط الخيار إليه فعلى روايتين لا يصح أن يؤجل السلم إلى الحصاد والجزاز وما أشبه وكذلك قال ابن عباس و أبو حنيفة و الشافعي و ابن المنذر وفيه رواية أخرى أنه يجوز قال أحمد : أرجو أن لا يكون به بأس وبه قال مالك و أبو ثور وعن ابن عمر أنه كان يبتاع إلى العطاء وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد إن كان شيء يعرف فأرجو وكذلك إن قال إلى قدوم الغزاة وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لأن ذلك معلوم فأما نفس العطاء فهو مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكون يتقارب أيضا فأشبهه الحصاد ووجه ذلك أنه أجل تعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت تفاوت كثيرا أشبه إذا قال إلى رأس السنة ولنا قول ابن عباس : لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم ولأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلا كقدوم زيد فإن قيل فقد [روي عن عائشة أنها قالت : إن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلى يهودي أن ابعث إلي بثوبين إلى الميسرة] قلنا : قال ابن المنذر رواه حرمي بن عمارة وقال أحمد فيه غفلة وهو صدوق قال ابن المنذر فأخاف أن يكون من

غفلاته إذ لم يتابع عليه ثم إنه لا خلاف في أنه لو جعل الأجل إلى الميسرة لم يصح وإن جعل الخيار إليه فهو في معنى الأجل

[جزء 4 - صفحة 359]

وإذا جاءه بالسلم قبل محله ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه وإلا فلا مسألة : وإذا جاءه بالسلم قبل محله ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه وإلا فلا عبر بالسلم عن المسلم فيه كما يعبر بالسرقة عن المسروق وبالرهن عن المرهون وإذا حضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من أحوال ثلاثة أحدها : أن يحضره في محله فيلزمه قبوله كالبيع المعين سواء تضرر بقبضه أو لا لأن على المسلم إليه ضررا في بقاءه في يده فإن امتنع قيل له إذا أن تقبض حقه أو تبرئ منه لأن قبض الحاكم قام مقام قبض الممتنع بولايته إلا أنه ليس له الإبراء

الحال الثاني : أن يحضره بعد محل الوجوب فهو كما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما الحال الثالث : أن يحضره قبل محله فينظر فإن كان في قبضه قبل المحل ضرر إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة كلها أو كان قديمة دون حديثه كالحبوب ونحو هذا لم يلزم المسلم قبوله لأن له غرضا في تأخيره بأن يحتاج إلى أكله أو طعامه في ذلك الوقت وكذلك الحيوان لأنه لا يأمن تلفه ويحتاج إلى المؤنة وهكذا إن كان يحتاج في حفظه إلى مؤنة كالقطن ونحوه أو كان الوقت مخوفا يخشى على ما يقبضه فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال لأن عليه ضررا في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فهو كمنقص صفة فيه وإن كان مما لا ضرر في قبضه ولا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوي قديمه وحديثه نحو ذلك الزيت والعسل ولم يكن في قبضه ضرر الخوف ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه لحصول غرضه مع زيادة تعجل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة وزيادة الجودة في المسلم فيه

فصل : وليس له إلا أقل ما تقع عليه الصفة لأنه قد سلم إليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه فعليه أن يسلم الحبوب نقية فإن كان فيها تراب يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز وإن كان يسيرا لا يؤثر في الكيل ولا يعيب لزمه أخذه ولا يلزمه أخذ التمر إلا جافاً ولا يلزم أن يتناهى جفافه لأنه يقع عليه الاسم ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال وإن قبضه فوجده معيباً فله المطالبة بالبدل كالمبيع والله أعلم

فصل : والشرط الخامس أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله لا نعلم فيه خلافاً لأنه إذا كان ظاهراً أمكن تسليمه عند وجوب التسليم وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل كذلك فلا يمكن تسليمه فلم يصح كبيع الآبق بل أولى فإن السلم احتتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فإن كان لا يوجد فيه أو لا يوجد إلا نادراً كالسلم في العنب والرطب إلى شباط أو آذار أو أسلم إلى محل لا يعم وجوده فيه كزمان أول

العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادرا لم يصح لأنه لا يؤمن انقطاعه فلا يغلب على الظن القدرة على تسليمه عند وجوب التسليم

[جزء 4 - صفحة 360]

وإن أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه

مسألة : وإن أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه قال ابن المنذر : ابطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم منهم الثوري و مالك و الشافعي و الأوزاعي و إسحاق وأصحاب الرأي قال : وروينا [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي : من تمر حائط بني فلان فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى] رواه ابن ماجه وغيره ورواه الجوزجاني في المترجم وقال : أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولأنه لا يؤمن انقطاعه وتلفه أشبه ما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنجة معينة أو أحضر خرقة وأسلم في مثله

فصل : ولا يشترط وجود المسلم فيه حال العقد بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان الشتاء وفي كل معدوم إذا كان موجودا عند المحل وهو قول مالك و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر وقال الثوري و الأوزاعي وأصحاب الرأي يشترط أن يكون جنسه موجودا حال العقد إلى حال المحل لأن كل زمان يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه لموت المسلم إليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل ولنا [أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم] ولم يذكر الوجود ولو كان شرطا لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولا يثبت في الذمة وبوجد في محله غالبا أشبه الموجود ولا نسلم أن الدين يحل بالموت وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود إذ لو لزم إلى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ما جعله المتعاقدان محلا وههنا لم يجعله

[جزء 4 - صفحة 361]

وإن أسلم إلى محل يوجد فيه عاما فانقطع خير بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوما في أحد الوجهين وفي الآخر يفسخ بنفس التعذر

مسألة : وإن أسلم إلى محل يوجد فيه عاما فانقطع خير بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوما في أحد الوجهين وفي الآخر يفسخ بنفس التعذر

وجملة ذلك أنه تعذر تسليم المسلم فيه عند محله أما لغيبة المسلم إليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالسلم بالخيار بين الصبر إلى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجودا أو بمثله إن كان مثليا وإلا قيمته وبذلك قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر وفيه وجه آخر يفسخ بنفس التعذر لكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها فإذا هلك العقد به كما لو باعه قفيزا من صبرة فهلك والأول أصح فإن العقد قد صح وإن ما تعذر التسليم فهو كمن اشترى عبدا فأبق قبل القبض ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام فإنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتمكنه من دفع ما هو نصف حقه ولذلك يجب الدفع من ثمرة نفسه إذا قدر ولم يجد غيرها وليست متعينة فإن تعذر البعض فللمشتري الخيار بين الفسخ فله ذلك لأن الفساد طرا بعد صحة العقد فلم يوجب الفساد في الكل ويصبر على ما نذكره من الخلاف في الإقالة في بعض السلم وإن قلنا إن الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المعقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطارئ على بعض المعقود عليه لا يوجب فساد الجميع ويثبت للمشتري خيار الفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الأول

فصل : وإذا أسلم ذمي إلى ذمي في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المسلم يأخذ دراهمه لأنه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر فقد تعذر استيفاء المعقود عليه وإن كان الآخر فقد تعذر عليه الإيفاء فصار الأمر إلى رأس ماله

فصل : الشرط السادس : أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فإن تفارقا قبل ذلك بطل وبذلك قال أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطا لأنه معاوضة لا تخرج بتأخير قبضه من أن تكون سلما فأشبهه تأخيره إلى آخر المجلس

ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفريق فيه قبل القبض كالصرف ولا يصح قياسه على المجلس بدليل الصرف وإن قبض بعضه ثم تفارق فكلام الخرقى يقتضي أن لا يصح وحكي ذلك عن ابن شبرمة و الثوري وقال أبو الخطاب : هل يصح في المقبوض ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي وقد نص أحمد في رواية ابن المنصور إذا أسلمت ثلثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الأصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصح العقد في الباقي بحصته من الثمن وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلف ألفا إلى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم إليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الألف صح السلم في النصف المقبوض وبطل في الباقي وحكي عن أبي حنيفة أنه قال

يبطل في الحوالة في الكل وفي المسألة الأخرى يبطل فيما لم يقبض وحده
بناء على تفريق الصفقة

فصل : وإن قبض الثمن فوجده رديئا فرده والتمن معين بطل العقد برده فإن
كان الثمن أحد النقيدين وقلنا تتعين النقود بالتعيين بطل وبيتدئان عقدا آخر إن
اختاره وإن كان في الذمة فله إبداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لأن
العقد إنما وقع على ثمن سليم فإذا دفع إليه معيبا كان له رده والمطالبة
بالسليم ولم يؤثر قبض المعيب في العقد وإن تفرقا ثم علما عيبه فرده ففيه
وجهان أحدهما : يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق والثاني : لا يبطل
لأن القبض الأول كان صحيحا بدليل ما لو أمسكه ولم يرده وهذا بدل عن
المقبوض وهذا قول أبي يوسف و محمد وأحد قولي الشافعي واختيار المزني
لكن من شرطه أن يقبض البديل في مجلس الرد فإن تفرقا عن مجلس الرد
قبل قبض البديل بطل وجهها واحدا لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما فإن
وجد بعض الثمن رديئا فرده ففي المردود ما ذكرنا من التفضيل وهل يصح في
غير الرديء إذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة

فصل : وإن ظهرت الدراهم مستحقة والتمن معين لم يصح قال أحمد : إذا
خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع وذلك لأن الثمن إذا كان معينا فقد
اشترى بعين مال غيره بغير إذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببذله في
المجلس وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد لأن المقبوض لا يصلح عوضا فقد
تفرقا قبل أخذ الثمن إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضول أو أن
النقود لا تتعين بالتعيين وإن وجد بعضه مستحقا بطل العقد فيه وفي الباقي
على وجهين بناء على تفريق الصفقة

فصل : وإن كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلما في طعام إلى أجل لم يصح
قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وروي عن
ابن عمر أنه قال : لا يصح لذلك وذلك لأن المسلم فيه دين : فإذا جعل الثمن
دينا كان بيع دين بدين ولا يصح بالإجماع ولو قال أسلمت إليك في كرام طعام
وشرطا أن يجعل له منها خمسين ويؤجل خمسين لم يصح العقد في الكل في
قول الخرقى ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان أحدهما : يصح وهو
قول أبي حنيفة بناء على تفريق الصفقة والثاني : لا يصح وبه قال الشافعي
وهو أصح لأن للمعجل فضلا على المؤجل فيقضي أن يكون في مقابلته أكثر
مما في مقابلة المؤخر والزيادة مجهولة فلا يصح

[جزء 4 - صفحة 365]

وهل يشترط كونه معلوم القدر والصفة كالمسلم فيه على وجهين
مسألة : وهل يشترط كونه معلوم القدر والصفة كالمسلم فيه على وجهين
اختلفت الرواية في معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة
صفته إذا كان في الذمة لأنه أحد عوضي السلم فإذا لم يكن معينا اشترط

معرفة صفته كالآخر إلا أنه إذا أطلق وفي البلد نقد واحد انصرف إليه وقام مقام وصفه وإن كان الثمن معيناً فقال القاضي و أبو الخطاب : يشترط ذلك لأن أحمد قال : يقول أسلمت إليك كذا وكذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته وهذا قول مالك و أبي حنيفة لأنه عقد لا يمكن إتمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس مال السلم فيه ليرد بدله كالقرض ولأنه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فيفسخ العقد في قدره فلا يعلم في كم بقي وكم انفسخ ؟ فإن قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر قلنا الوهم ههنا معتبر لأن الأصل عدم الجواز وإنما جاز إذا وقع الأمن من الغرر ولم يوجد ههنا بدليل ما إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر السلم بصنجة بعينها وظاهر كلام الخرقى أنه لا يشترط لأنه لم يذكره في شروط السلم وهو أحد قولى الشافعي لأنه عوض مشاهد فلم يحتج إلى معرفة قدره كبيع الأعيان وكلام أحمد إنما تناول غير المعين ولا خلاف في اعتبار أوصافه ودليلهم ينتقض بعقد الإجارة فإنه يفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع التعيين إلى معرفة الأوصاف ولأن رد مثل الثمن إنما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده وجهالة ذلك لا يؤثر كما لو باع المكيل والموزون ولأن العقد قد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الأول لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم ما لا يمكن ضبطه بالصفة كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه فإن فعلاً بطل العقد ويرده إن كان موجوداً وإلا رد قيمته فإن اختلفا في القيمة فالقول قول المسلم إليه لأنه غارم وكذلك إن حكمنا بصحة العقد ثم انفسخ فإن اختلفا في السلم فيه فقال أحدهما في كذا مدي حنطة وقال الآخر في كذا مدي شعير تحالفاً وتفاسخاً وبه قال الشافعي و أبو ثور وأصاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

فصل : وكل مالين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر لأن السلم من شرطه النساء والتأجيل والذي ذكره الخرقى في أنه لا يجوز النساء في العروض وهي إحدى الروايتين فعلى هذا لا يجوز إسلام بعضها في بعض وقال ابن أبي موسى : لا يجوز أن يكون رأس مال السلم إلا عينا أو ورقاً قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد قال ابن المنذر : قيل لأحمد يسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن ؟ فلم يعجبه فعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً وهو قول أبي حنيفة لأنها لا تثبت في الذمة إلا ثمناً فلا يجوز أن تكون مثمناً وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس المال عرضاً كالثمن سواء ويجوز إسلامها في الأثمان قال الشريف أبو جعفر : يجوز السلم في الدراهم والدنانير وهذا مذهب مالك و الشافعي لأنها تثبت في الذمة صداقاً فتثبت في الذمة سلماً كالعروض ولأنه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح إسلام أحدهما مثمناً فعلى هذا إذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لأنه أتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره والثاني : لا يلزمه لأنه يفضي إلى كون الثمن هو المثلث ومن نصر الأول قال : هذا لا يصح لأن الثمن إنما هو في الذمة وهذا عوض عنه وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فجاء المحل وهي على صفة المسلم فيه فأحضرها خرج فيها

الوجهان أحدهما : لا يجوز لأنه يفضي إلى أن يكون قد استمتع بها وردّها خالية عن عقر والثاني : يجوز لأنه أحضر المسلم فيه على صفته ويبطل الأول بما إذا وجد بها عيبا فردّها و للشافعي في هاتين المسألتين وجها كهذين فإن فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطا الجارية ثم يدرّها بغير عوض لم يجز وجها واحدا

[جزء 4 - صفحة 367]

وإن أسلم ثمنا واحدا من جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس
مسألة : وإن أسلم ثمنا واحدا من جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس
يجوز أن يسلم دينارا في قفيز حنطة وقفيز شعير فإن لم يبين ثمن الحنطة من
الشعير لم يصح وقال مالك يجوز و للشافعي قولان كالمذهبين لأن كل عقد جاز
على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيع الأعيان ولنا أن ما
يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفردا بثمن
مجهول ولأن فيه غررا لأننا لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما فلم ندر بكم يرجع ؟
وهذا غرر يؤثر مثله في السلم ويمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقد ذكرنا ثم
وجها أنه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لأنه في معناه والجواز ههنا أولى لأن العقد
ثم إذا انفسخ لا يعلم مقدار ما يرجع به وههنا يرجع بقسطه من رأس مال
السلم ولأنه لو باع عبده وعبد غيره بثمن واحد جاز في أظهر الوجهين وهذا
مثله ولأنه لما جاز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما في كر حنطة إلا أن
يبين حصة ما لكل واحد منهما من المثلث والأولى صحة هذا لأنه إذا تعذر بعض
السلم رجع بقسطه منهما وإن تعذر النصف رجع بالنصف وإن تعذر الخمس
رجع بدينار وعشرة دراهم

فصل : قال رحمه الله تعالى : السابغ أن يسلم في الذمة فإن أسلم في عين
لم يصح

لأنه ربما تلف قبل أو ان تسليمه فلم يصح ما لو شرط مكيالا بعينه أو صنجة
بعينها غير معلومة ولأن المعين يمكن بيعه في الحال فلا حاجة إلى السلم فيه

[جزء 4 - صفحة 369]

ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء
مسألة : ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء
ذكره القاضي وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث
وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه
وسلم [من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم] ولم
يذكر مكان الإيفاء ولو كان شرطا لذكره وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي

أسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم [أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى] ولم يذكر مكان الإيفاء ولأنه عقد معاوضة أشبهه بيوع الأعيان وقال الثوري : يشترط وهو القول الثاني للشافعي وقال الأوزاعي هو مكروه لأن القبض يجب بحلولة ولا يعمل موضعه يومئذ وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي : إن كان لحمله مؤنة وجب شرطه وإلا فلا لأنه إذا كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف ما لا مؤنة فيه

إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه
مسألة : إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه
فيشترط ذكره لأنه متى كانا في بركة لم يمكن التسليم في مكان العقد فإذا ترك ذكره كان مجهولا

ويكون الوفاء في الموضع العقد
مسألة : ويكون الوفاء في الموضع العقد
إذا كانا في مكان الوفاء فيه اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكتفى بذلك عن ذكره

فإن شرط الوفاء فيه كان تأكيدا
مسألة : فإن شرط الوفاء فيه كان تأكيدا
وهو حسن لأنه شرط ما يقتضيه العقد أشبه ما لو شرط الحلول في ثمن المبيع

وإن شرطه في غيره صح
مسألة : وإن شرطه في غيره صح
لأنه بيع فصح شرط الإيفاء في غير مكانه كبيع الأعيان ولأنه شرط ذكر مكان الإيفاء فصح كما لو ذكره في مكان العقد (وعنه لا يصح) ذكرها ابن أبي موسى لأنه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لأن العقد يقتضي الإيفاء في مكانه وقال القاضي و أبو الخطاب : متى ذكر مكان الإيفاء ففيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره لأنه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فأشبهه تعيين المكيال اختاره أبو بكر ولنا أن في تعيين المكان غرضا ومصلحة لهما أشبه تعيين الزمان وبهذا يبطل ما ذكره ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الإيفاء نفيا للجهالة عنه وقطعا للتنازع فالغرر في تركه لا في ذكره وتعيين المكان يفارق هذا فإنه لا حاجة إليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد وبفضي إلى التنازع وفي مسألتنا لا يفوت به

شرط ويقطع التنازع والمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو مقتضى لذكر مكان الإيفاء فكيف يصح قياسهم عليه

[جزء 4 - صفحة 370]

ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولا هبته ولا أخذ غيره مكانه ولا الحوالة به مسألة : ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولا هبته ولا أخذ غيره مكانه ولا الحوالة به
لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه بغير خلاف علمناه لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه وكذلك التولية والشركة وبهذا قال أكثر أهل العلم وحكي جواز الشركة والتولية عن مالك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية وقياسا على الإقالة ولنا أنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يصح كما لو كان بلفظ البيع ولأنهما نوعا بيع فلا يجوز فيه السلم قبل قبضه كالنوع الآخر والحديث لا نعرفه وهو حجة لنا لأنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه والشركة والتولية بيع فيدخلان في النهي ويحمل قوله وأرخص في الشركة والتولية على أنه أرخص فيهما في الجملة لا في هذا الموضع وأما الإقالة فإنها فسخ وليست بيعا وأما أخذ غيره مكانه فهو أن يأخذ غير المسلم فيه عوضا عن المسلم فيه وذلك حرام سواء كان المسلم فيه موجودا أو معدوما وسواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو أكثر وبه قال أبو حنيفة و الشافعي وذكر ابن أبي موسى رواية فيمن أسلم في بر فعدمه عند المحل فرضي أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره إلا الطعام وقال ابن المنذر : وقد ثبت أن ابن عباس قال : إذا أسلمت في شيء إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا فخذ عوضا أنقص منه ولا تريح مرتين رواه سعيد في سننه ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره] رواه أبو داود و ابن ماجه ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يجز كبيعته لغيره

فصل : ولا تجوز الحوالة به لأنها إنما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع ومعنى الحوالة أن يكون لرجل سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي عنده السلم فلا يجوز وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضا لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز كالبيع

[جزء 4 - صفحة 371]

ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ولا يجوز لغيره
 مسألة : ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ولا يجوز لغيره
 لحديث ابن عمر : [كنا نبيع الأبعرة بالبيع بالدنانير ونأخذ عوضها الدراهم وبالدرهم ونأخذ عوضها الدنانير فسالنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء] فقد دل الحديث على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقدين بالآخر وغيره مقاس عليه ودل على اشتراط القبض في المجلس [قوله : إذا تفرقتما وليس بينكما شيء] وفي ذلك اختلاف ذكرناه في الصرف وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بيعه لمن هو في ذمته كما لا يصح في السلم والأول أولى فإن اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لأنه يكون بيع دين بدين وإن أعطاه معينا بما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه عوض الحنطة شعيرا جاز ولم يجز التفرق قبل القبض وإن أعطاه معينا لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض كما لو قال : بعثك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل أن لا يجوز لأن المبيع في الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالسلم
 فصل : وإن باع الدين لغير من هو في ذمته لم يصح وبه قال أبو حنيفة و الثوري وإسحاق قال أحمد : إذا كان لك على رجل طعام قرضا فيبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة وإذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عوضا بما لك عليه وقال الشافعي إن كان الدين على معسر أو مماطل بما ثابت البيع لأنه معجوز عن تسليمه وإن كان على مليء باذل له ففيه قولان أحدهما : يصح لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ويشترط أن يشتري بعين أو يتقابض في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الأبق والطير في الهواء

[جزء 4 - صفحة 372]

وتجوز الإقالة في السلم وتجوز في بعضه في أحد الوجهين إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة
 مسألة : وتجوز الإقالة في السلم وتجوز في بعضه في أحد الوجهين إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة
 الإقالة في السلم جائزة لأنه فسخ قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائز ولأن الإقالة فسخ للعقد وقع من أصله وليست بيعا قال القاضي : ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني على ثمنه جاز لأنه أقاله فأما الإقالة في بعض السلم فاختلفت الرواية

فيه فروي عنه أنها لا تجوز وقد رويت كراهتها عن ابن عمر و سعيد بن المسيب و الحسن و ابن سيرين و النخعي و سعيد بن جبير و ربيعة و ابن أبي ليلى و إسحاق و روى حنبل عن أحمد أنه قال : لا بأس بها روي ذلك عن ابن عباس و عطاء و طاوس و محمد بن علي و حميد بن عبد الرحمن و عمرو بن دينار و الحكم و الثوري و الشافعي و أبي حنيفة وأصحابه و ابن المنذر لأن كل معروف جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء والأنظار ووجه الرواية الأولى أن السلف في الغلاب يزداد فيه في الثمن من أجل التأجيل فإذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه فلم يجز كما لو شرط ذلك في ابتداء العقد وبخرج الإبراء والأنظار فإن هلا يتعلق به شيء من ذلك

فصل : وإذا أقاله رد الثمن إن كان باقيا وإلا رد مثله إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن مثليا ويشترط رده في المجلس كما يشترط في السلم

[جزء 4 - صفحة 373]

وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ من الثمن عوضا من غير جنسه

مسألة : وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ من الثمن عوضا من غير جنسه

متى أراد أن يعطيه عوضا عن الثمن فقال الشريف أبو جعفر : لا يجوز له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم [من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره] ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد المسلم فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم فلم يجز أخذ عوضه كالمسلم فيه وقال القاضي أبو يعلى : يجوز أخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لأنه عوض مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه كما لو كان قرضا ولأنه مال عاد إليه بفسخ العقد فجاز أخذ العوض عنه كالثمن في المبيع والفرق بين المسلم فيه والثمن أن المسلم فيه مضمون بالعقد والثمن مضمون بعد فسخه والخبر أريد به المسلم فيه فإن قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان في قرض أو ثمن في بيوع الأعيان لا يجوز أن يجعل سلما في شيء آخر لأنه بيع دين بدين ويجوز فيه ما يجوز في القرض واثمان البياعات إذا فسخت ويأخذ أحد النقدين عن الآخر ويقبضه في مجلس الإقالة لأنه صرف

[جزء 4 - صفحة 374]

وإذا كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه فقال لغريمه اقبض سلمى لنفسك
لم يصح قبضه لنفسه
مسألة : وإذا كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه فقال لغريمه اقبض سلمى
لنفسك لم يصح قبضه لنفسه لأن قبضه حوالة به والحوالة بالسلم لا تجوز وهل
يقطع قبض للأمر ؟ على روايتين إحداهما : يصح لأنه أذن له في القبض فأشبهه
قبض وكيله وكما لو نوى المأمور القبض للأمر والثانية : لا يصح لأنه لم يجعله
نائبا في القبض فلم يقع بخلاف الوكيل فصار كالقابض بغير إذن فإذا قلنا لا يصح
القبض بقي على ملك المسلم إليه ولو قال الأول للثاني أحضر اکتیالی منه
لأقبضه لك ففعل لم يصح قبضه للثاني وهل يكون قابضا لنفسه ؟ على وجهين
أولاهما : أنه يكون قابضا لنفسه لأن قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه
كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا إذا قبضه للآخر صح

وإن قال اقبضه لي ثم أقبضه لنفسك صح
مسألة : وإن قال اقبضه لي ثم أقبضه لنفسك صح لأنه استنابه في قبضه له
فصح كما لو لم يقل ثم أقبضه لنفسك وإذا وقع القبض للأمر ملكه وقبضه ثانية
فجاز أن يقبضه لنفسه كما لو كان في يد غيره وكذلك إن قال الأمر احضرنى
حتى اکتاله لنفسى ثم تكتاله أنت صح

[جزء 4 - صفحة 375]

وإن قال أنا أقبضه لنفسى وحده بالكيل
مسألة : وإن قال أنا أقبضه لنفسى وحده بالكيل الذي يشاهد جاز في إحدى
الروايتين لأن علمه وشهد كيله والثانية لا يجوز وهو مذهب الشافعي لأن النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع
وصاع المشتري ولم يوجد ذلك ولأنه قبض بغي كيل أشبه ما لو قبضه جزافا

وإن اکتاله وتركه في المكيال وسلمه إلى غريمه فقبضه صح القبض
مسألة : وإن اکتاله وتركه في المكيال وسلمه إلى غريمه فقبضه صح القبض
لهما لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه فلا معنى لابتداء الكيل ههنا لأنه لا يحصل
به زيادة علم وقال الشافعي : لا يصح للحديث الذي ذكرنا في المسألة قبلا
وهذا يمكن القول بموجبه لأن قبض المشتري له جري لصاعه فيه
فصل : وإن دفع زيد إلى عمرو دراهم فقال اشتر لي بها مثل الطعام الذي لك
علي ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا تكون عوضا لعمرو فإن اشترى الطعام
بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي وإن قال اشتر لي بها طعاما ثم اقبضه
لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه

الصورة وإن قال اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل نص عليه وأصحاب الشافعي : لا يصح لأنه لا يجوز أن يكون قابضا من نفسه لنفسه ولنا أنه يجوز أن يشتري من مال ولده ويبيعه ويقبض لنفسه من نفسه ولولده من نفسه وكذلك لو وهب ولده الصغير شيئا جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا

[جزء 4 - صفحة 376]

وإن قبض المسلم فيه جزافا فالقول قوله في قدره مسألة : وإن قبض المسلم فيه جزافا فالقول قوله في قدره لا يقبض ما أسلم فيه كيلا إلا بالكيل ولا وزنا إلا بالوزن ولا بغير ما قدر به وقت العقد لأن الكيل والوزن يختلفان فإن قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا ومتى قبضه جزافا فإنه يقدر حقه ويرد الباقي ويطالب إن نقص وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن نعتبره ؟ على وجهين ذكرهما في كتاب البيع وإن اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه لأنه أعلم بكيله ولأنه منكر للزائد والقول قول المنكر

[جزء 4 - صفحة 377]

وإن قبضه كيلا أو وزنا ثم ادعى غلطا لم يقبل قوله في أحد الوجهين مسألة : وإن قبضه كيلا أو وزنا ثم ادعى غلطا لم يقبل قوله في أحد الوجهين لأن الأصل عدم الغلط والآخر يقبل لأنه علم بكيل ما قبض يعين إذا كاله فوجده ناقصا

وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه ؟ على روايتين مسألة : وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه ؟ على روايتين اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروي المروزي و ابن القاسم و أبو طالب منع ذلك وهو الذي ذكره الخرقى واختاره أبو بكر ورويت كراهته عن علي وابن عمر وابن عباس و الحسن و سعيد بن جبير و الأوزاعي وروي حنبل جوازه وهو قول عطاء و مجاهد و عمرو بن دينار و الحكم و مالك و الشافعي و إسحاق وأصحاب الرأي ابن المنذر لقول الله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين } - إلى قوله - { مقبوضة } وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولأن اللفظ عام فيدخل فيه السلم ولأنه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيع الأعيان ووجه الأولى أن الرهن

والضمين أن أخذ برأس مال السلم فقد أخذ بما ليس بواجب ولا ما ماله إلى الوجوب لأن المسلم إليه قد ملكه وإن أخذ بالسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ولا من ذمة الضامن ولأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفيا لحقه من غير المسلم فيه وقد [قال النبي صلى الله عليه وسلم من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره] رواه أبو داود ولأنه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه ولا يجوز ذلك

فصل : فإن أخذ رهنا أو ضمينا بالسلم فيه ثم تقابلا المسلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن ويرئ الضامن وعلى المسلم إليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لأنه ليس بعوض ولو أقرضه ألفا وأخذ به رهنا ثم صالحه عن الألف على طعام معلوم في ذمته صح لزوال الرهن لزوال دينه من الذمة وبقي الطعام في الذمة ويشترط قبضه في المجلس كيلا يكون بيع دين بدين فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجع الالف إلى ذمته برهنه لأنه يعود إلى ما كان عليه كالعصير إذا تخمر ثم عاد خلا وكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم على ما بينا في هذه المسألة

فصل : وإذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وأيهما قضاه برئت ذمتهما منه فإن سلم المسلم إليه المسلم فيه إلى الضامن ليدفعه إلى المسلم جاز وكان وكيلا وإن قال خذه عن الذي ضمننت عني لم يصح وكان قبضا فاسدا مضمونا عليه لأنه إنما استحق الأخذ بعد الوفاء فإن أوصله إلى المسلم برئ بذلك لأنه سلم إليه ما سلطه المسلم إليه في التصرف فيه وإن تلف فعليه ضمانه لأنه قبضه على ذلك وإن صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لأنه إقالة فلا يصح من غير المسلم إليه وإن صالحه المسلم إليه بثمنه يصح وبرئت ذمته وذمة الضامن لأن هذا إقالة وإن صالحه على غير ثمنه لم يصح لأنه بيع للمسلم فيه قبل القبض

فصل : والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والأجرة في الإجازات والمهر وعوض الخلع والقرض وأروش الجنایات وقيم المتلفات ولا يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا ما ماله إلى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لأنها لم تجب بعد ولم يعلم افضاؤها إلى الوجوب لأنها قد تسقط بالجنون أو الفقر أو الموت فلم يصح أخذ الرهن بها ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول لأن الأصل بقاء الحياة واليسار والعقل فأما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها لأنها قد استقرت ولا يجوز أخذ الرهن بالجعل في الجعالة قبل العمل لأنه لم يجب ولا يعلم افضاؤه إلى الوجوب ويحتمل جواز اخذ الرهن به ذكره القاضي لأن ماله إلى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات والأولى أولى لأن افضاءها محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لأنه قد وجب ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لأنه غير لازم فإن للعبد تعجيز نفسه ولا يمكن استيفاء دينه

من الرهن لأنه لو عجز صار الرهن للسيد لأنه من جملة مال المكاتب وقال أبو حنيفة يجوز
ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولا يجوز أخذ
الرهن بعوض المسابقة لأنها جعالة لا يعلم افضاؤها إلى الوجوب لأن الوجوب
إنما يثبت بسبق غير المخرج وهو غير معلوم ولا مظنون وقال بعض أصحابنا
فيها وجهان هل هي إجارة أو جعالة ؟ فإن قلنا هي إجارة جاز أخذ الرهن
بعوضها وقال القاضي إن لم يكن فيها محلل فهي جعالة وإن كان فيها محلل
فعلى وجهين وهذا كله بعيد لأن الجعل ليس في مقابلة العمل بدليل أنه لا
يستحقه إذا كان مسبوqa وقد عمل العمل وإنما هو عوض عن السبق ولا تعلم
القدرة عليه ولأنه لا فائدة للجاعل فيه ولا هو مراد له وإذا لم يكن إجارة مع
عدم المحلل فمع وجوده أولى لأن مستحق الجعل هو السابق وهو غير معين
فلا يجوز استئجار رجل معين ثم لو كانت إجارة لكان عوضها غير واجب في
الحال ولا يعلم افضاؤها إلى الوجوب ولا يظن فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل
في يد الأبق ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين
والأجرة المعينة في الإجارة والمعقود عليه في الإجارة إذا كان منافع معينه
كإجارة الدار والعبد المعين والدابة المعينة مدة معلومة أو لحمل شيء معين
إلى مكان معلوم لأن هذا حق تعلق بالعين لا بالذمة ولا يمكن استيفاؤه من
الرهن لأن منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها وتبطل الإجارة بتلف العين
فأما إن وقعت الإجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار أخذ الرهن
به لأنه ثابت في الذمة ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستاجر من ثمنه من
يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما
قلنا

فصل : فأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعوراي والمقبوض على وجه
السوم ففيه وجهان أحدهما : لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لأن الحق
غير ثابت في الذمة أشبه ما ذكرنا ولأنه إن رهنه على قيمتها إذا تلفت فهو رهن
على ما ليس بواجب ولا يعلم افضاؤه إلى الوجوب وإن كان الرهن على عينها
لم يصح لأنه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أثمان البياعات المتعينة
والثاني : يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبو حنيفة وقال : كل عين كانت
مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالمبيع يجوز
أخذ الرهن به لأنه مضمون بفساد العقد ولأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا
حاصل فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على ادائها وإن تعذر أدائها
استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة
فصل : قال القاضي : كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز
الرهن به لم يجز أخذ الضمين به إلا ثلاثة أشياء : عهدة المبيع يصح ضمانها ولا
يصح الرهن بها والكتابة لا يصح الرهن بدينها ويصح ضمانها في إحدى الروايتين
وما لا يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين أحدهما :
أن الرهن بهذه الأشياء يبطل الارفاق فإنه إذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي
الفا فكأنه ما قبض الثمن ولا ارتفق به والمكاتب إذا دفع ما يساوي كتابته فما
ارتفق بالأجل لأنه كان يمكنه بيع الرهن وإيقاء الكتابة وبستيرج والضمان هذا

والثاني : أن ضرر الرهن يعم لأنه يدوم بقاءه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه
 فصل : وإذا اختلف المسلم والمسلم إليه في حلول الأجل فالقول قول المسلم ذلك وإن اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم إليه لذلك وإن اتفقا عليه وقال أحمد كان في المجلس قبل التفريق وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لأن معه سلامة العقد وإن أقام كل واحد بينة ادعاه قدمت أيضا بينته لأنها مثبتة بخلاف الأخرى

[جزء 4 - صفحة 382]

باب القرض وهو نوع من السلف وهو جائز بالسنة والإجماع أما السنة ف [روى أبو رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت على النبي صلى الله عليه وسلم إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال يا رسول الله لم أجد فيها إلا خيارا رباعيا فقال أعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاء] رواه مسلم و [عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما من مسلم يقرض مسلما قرضا مرتين إلا كان كصدقة مرة] و عن أنس قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوبا الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ قال : لأن السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة] رواهما ابن ماجه وأجمع المسلمون على جواز القرض

[جزء 4 - صفحة 383]

وهو من المرافق المندوب إليها في حق المقرض مسألة : وهو من المرافق المندوب إليها في حق المقرض لما روي من الأحاديث ولما روي عن أبي الدرداء أنه قال : لأن أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق بهما ولأن فيه تفريحا عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته فكان مندوبا إليه كالصدقة وليس بواجب قال أحمد ولا أثم على من سئل فلم يقرض وذلك لأنه من المعروف أشبه صدقة التطوع وهو مباح للمقرض وليس مكروها قال أحمد ليس القرض من المسألة يريد أنه لا يكره لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يستقرض وقد ذكرنا حديث أبي رافع ولو كان مكروها كان أبعد الناس منه قال ابن أبي موسى لا أحب أن يتحمل

بأمانته ما ليس عنده يريد ما لا يقدر على وفائه ومن أراد أن يستقرض فليعلم المقرض بحاله ولا يغره من نفسه إلا الشيء اليسير الذي لا يتعذر مثله وقال أحمد : إذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجيني وقال : ما أحب أن يقترض بجاهه لآخوانه قال القاضي : إذا كان من يقترض له غير معروف بالوفاء لكونه تغريرا بمال المقرض واضرارا به وأما إذا كان معروفا بالوفاء لم يكره لكونه إعانة له وتفريجا لكربته

فصل : ولا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع وحكمه في الإيجاب والقبول على ما مضى ويصح بلفظ السلم والقرض لورود الشرع بهما وبكل لفظ يؤدي معناهما نحو قوله ملكتك هذا على أن ترد علي بدله أو توجد قرينة دالة على إرادته وإن لم يذكر البديل ولم توجد قرينة فهو هبة فإن اختلفا فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه لأن التملك من يغر عوض هبة ولا يثبت فيه خيار لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره والمقترض متى شاء رده وذلك يغنيه عن ثبوت الخيار

[جزء 4 - صفحة 385]

ويصح في كل عين يجوز بيعها إلا بني آدم والجواهر ونحوهما مما لا يصح السلم فيه أحد الوجهين فيهما

مسألة : ويصح في كل عين يجوز بيعها إلا بني آدم والجواهر ونحوهما مما لا يصح السلم فيه أحد الوجهين فيهما

يجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ما له مثل من المكيل والموزون والأطعمة جائز ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلما غير بني آدم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض المكيل والموزون لأنه لا مثل له أشبه الجواهر ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا وليس بمكيل ولا موزون ولأن ما يثبت سلما يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالمكيل والموزون وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فإن عند أبي حنيفة لو أتلف ثوبا ثبت في ذمته مثله ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته فأما ما لا يثبت في الذمة سلما كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لأن ما لا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم وقال أبو الخطاب لا يجوز لأن القرض يقتضي رد امثل وليس لها مثل ولأنه م ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليس من المرافق ولا تثبت في الذمة سلما فيجب إبقاءها على المنع ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون فإذا قلنا يجب رد المثل لم يجز قرض الجواهر ولا ما لا يثبت في الذمة سلما لتعذر رد مثلها وإن قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لإمكان رد القيمة ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

فصل : فأما بنو آدم فقال أحمد : أكره قرضهم فيحتمل كراهة التنزيه ويصح قرضهم وهو قول ابن جريج و المزني لأنه مال يثبت في الذمة سلما فصح قرضه كسائر الحيوان ويحتمل صحة قرض العبيد دون الإماء وهو قول مالك و الشافعي إلا أن يقرضهن من ذوي محارمهن لأن الملك بالقرض ضعيف فإنه لا يمنعها من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطاء كالمملك في مدة الخيار وإذا لم يبيح الوطاء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ولأن الإيضاع مما يحتاط لها ولو أبحنا قرضهن افضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه ومنى احتاج إلى وطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده ولنا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبد والأمة كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فإنه مطلق كسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار وقولهم متى شاء المقرض ردها ممنوع فإننا إذا قلنا الواجب رد القيمة لا يملك المقرض رد الأمة وإنما يرد قيمتها وإن سلمنا ذلك ولكن متى قصد المقرض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطلقها ثم يردها بالمقابلة أو يعيب فيها وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع وكما لو أسلم جاربة في أخرى موصوفة بصفاتهما ثم درها بعينها عند حلول الأجل ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطاء لم يمنع منه في الجوارى كالبيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ما عرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فإن أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز

فصل : ولو اقترض دراهم أو دنائير غير معروفة الوزن لم يجز لأن القرض فيها يوجب رد المثل فإذا لم يعرف القدر لم يمكن القضاء وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يجز كذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لأنه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبهه السلم وقد قال أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مسماة فاحتاج بعضهم إلى أن يستقي في غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وإن كان غير محدود كرهته فكرهه إذا لم يكن محدودا لأنه لا يمكن رد مثله وإن كانت الدراهم يتعامل بها عددا جاز قرضها عددا ويرد عددا وإن استقرض وزنا ورد وزنا وهذا قول الحسن و ابن سيرين و الأوزاعي واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عددا وأعطاه بالبصرة عددا ولأنه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بالوزن فاقترض وزنا ورد وزنا

[جزء 4 - صفحة 387]

ويثبت الملك فيه بالقبض
مسألة : ويثبت الملك فيه بالقبض لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض
فوقف الملك عليه كالهبة

ولا يملك المقرض استرجاعه
 مسألة : ولا يملك المقرض استرجاعه
 وجملة ذلك أن القرض عقد لازم من جهة المقرض جائز في حق المقرض فلو
 أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك وقال الشافعي له ذلك لأن
 لك ما يملك المطالبة بمثله يملك أخذه إذا كان موجودا كالمغصوب والعارية
 ولنا أنه زال ملكه عنه بعقد لازم من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع
 ويفارق المغصوب والعارية فإنه لم يزل ملكه عنهما ولأنه لا يملك المطالبة
 بمثلها مع وجودهما وفي مسألتنا بخلافه

وله طلب بدله في الحال
 مسألة : وله طلب بدله في الحال
 لأنه سبب يوجب بدر المثل في المثليات فأوجبه حالا كالإتلاف ولو أقرضه
 تفريق ثم طالبه بها جملة فله ذلك لأن الجميع حال فأشبهه ما لو باعه بيوعا
 حالة ثم طالبه بثمنها جملة وإن أجل القرض لم يتأجل وكل دين حل أجله لم
 يصير مؤجلا بتأجيله وبه قال الأوزاعي و الشافعي و ابن المنذر وقال مالك و
 الليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم [المؤمنون عند
 شروطهم] ولأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة والإمضاء
 فملكا الزيادة فيه كخيار المجلس وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف
 كقولنا وفي ثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع كقولهما لأن الأجل
 يقتضي جزءا من المعوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل
 المتلف يجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتأجل وبقية الأعواض
 يجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها ولنا أن الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع ووعده فلا
 يلزم الوفاء به كما لو اعاره شيئا وهذا لا يقع عليه اسم الشروط ولو سمي
 فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به ما اختلفنا فيه لأنه مثله ولنا على أبي حنيفة
 أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبهه القرض وأما الإقالة فهي فسخ وابتداء عقد
 آخر بخلاف مسألتنا وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجري
 القبض لما يشترط قبضه والتعيين لما في الذمة

[جزء 4 - صفحة 388]

فإن رده المقرض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوسا أو مكسرة
 فيحرمها السلطان فيكون له القيمة وقت القرض
 مسألة : فإن رده المقرض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوسا أو
 مكسرة فيحرمها السلطان فيكون له القيمة وقت القرض

يجوز للمقترض رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب ويلزم المقرض قبوله لأنه على صفة حقه أشبه ما لو أعطاه غيره وقياسا على المسلم فيه وسواء تغير سعره أو لم يتغير ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول غير المثلي لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالبيع فصل : فإن تعيب أو تغير لم يجب قبوله لأن عليه في قبوله ضررا لأنه دون حقه فأشبه ما لو نقص وكذلك إن كان القرض فلوسا أو مكسرة فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها لأنه كالعيب فلا يلزمه قبولها ويكون له قيمتها وقت القرض سواء كانت باقية أو استهلكها نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة فقال يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يعطيه ؟ وسواء نقصت قيمتها قليلا أو كثيرا وذكر أبو بكر في التنبيه أنه يكون له قيمتها وقت فسدت وتركت المعاملة بها لأنه كان يلزمه رد مثلها ما دامت نافعة فإذا فسدت انتقل إلى قيمتها حينئذ كما لو عدم المثل قال القاضي : هذا إذا اتفق الناس على تركها فأما إن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها وقال مالك والليث والشافعي ليس له إلا مثل ما أقرضه لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها فجرى مجرى رخص سعرها ولنا أن تحريم السلطان منع انفاقها أبطل ما ليتهأ فأشبهه كسرها أو تلف أجزائها وأما رخص السعر فلا يمنع سواء كان قليلا أو كثيرا لأنه لم يحدث فيه شيء إنما تغير السعر فأشبهه الحنطة إذا رخصت أو غلت وكذلك يخرج في المغشوشة إذا حرمها السلطان

ويجب رد المثل في المكيل والموزون والقيمة في الجواهر ونحوها وفيما سوى ذلك وجهان

مسألة : ويجب رد المثل في المكيل والموزون والقيمة في الجواهر ونحوها وفيما سوى ذلك وجهان

لا نعلم خلافا في وجوب رد المثل في المكيل والموزون قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن من أسلف سلفا مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله أن ذلك جائز وإن للمسلف أخذ ذلك ولأن المكيل والموزون يضمن في الغضب والإتلاف بمثله فكذا ههنا فإن أعوز المثل لزمته قيمته يوم الاعواز لأنها حينئذ تثبت في الذمة ويرد القيمة في الجواهر ونحوها إذا قلنا بجواز قرضها لأنها من ذوات القيم ولا مثل لها لأنها لا تنضبط وفيما سوى ذلك وجهان أحدهما : يرد القيمة لأن ما أوجب المثل في المثليات أوجب القيمة فيما لا مثل له كالإتلاف والثاني : يجب رد مثله لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فرد مثله ولأن ما ثبت في الذمة في السلم ثبت في القرض كالمثلي ويخالف الإتلاف فإنه لا مسامحة فيه فوجب القيمة لأنها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسبئة فيما في الربا ويعتبر مثل صفاته تقريبا فإن حقيقة المثل إنما توجد في المكيل والموزون فإن تعذر المثل فعليه قيمته يوم التعذر وإذا قلنا تجب القيمة وجبت حين القرض لأنه حينئذ تثبت في الذمة

[جزء 4 - صفحة 389]

ويثبت العوض في الذمة حالا وإن أجله
مسألة : ويثبت العوض في الذمة حالا وإن أجله
لأن التأجيل في الحال عدة وتبرع فلم يلزم الوفاء به وفيه اختلاف ذكرناه فيما
مضى وينبغي أن يفى له بما وعده

ويجوز شرط الرهن والضمين به
مسألة : ويجوز شرط الرهن والضمين به لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن
درعه على شعير أخذه لأهله متفق عليه
فصل : ويجوز قرض الخبز ورخص فيه أبو قلابة و مالك ومنع منه أبو حنيفة ولنا
أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات وإذا أقرض بالوزن رد المقرض مثله
بالوزن وإن استقرضه عددا رده عددا وقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان
إحدهما : لا يجوز كسائر الموزونات والثانية : يجوز وقال ابن أبي موسى : إذا
كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا يحتاج إلى وزن والوزن أحب إلي ووجه
الجواز ما [روت عائشة قالت : قلت يا رسول الله إن الجيران يقترضون الخبز
والخمير ويردون زيادة ونقصانا فقال لا بأس إن ذلك من مرافق الناس لا يراد
به الفضل] رواه أبو بكر في الشافعي بإسناده وروي أيضا بإسناده [عن معاذ
بن جبل أنه سئل عن استقراض الخبز والخمير فقال : سبحان الله إنما هو من
مكارم الأخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم
أحسنكم قضاء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك] ولأن هذا
مما تدعوا الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المسامحة فأشبهه دخول
الحمام والركوب في سفينة الملاح من غير تقدير أجره فإن شرط أن يعطيه
أكثر مما أقرضه أو أجود كان ذلك حراما وكذلك إن أقرضه صغيرا قصد أن
يعطيه كبيرا لأن الأصل تحريم ذلك وإنما أبيع لمشقة امكان التحرز منه فإذا
قصد أو شرط أو أفردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الأصل كما
لو فعل ذلك في غيره

[جزء 4 - صفحة 390]

ولا يجوز شرط ما يجر نفعاً نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد
آخر ويحتمل جواز هذا الشرط
مسألة : ولا يجوز شرط ما يجر نفعاً نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو
في بلد آخر ويحتمل جواز هذا الشرط

كل قرض شرط فيه الزيادة فهو حرام بغير خلاف قال ابن المنذر أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولأنه عقد ارفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرج عن موضوعه ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرض مكسرة فيعطيه صحاحا أو نقدا ليعطيه خيرا منه فإن شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر لم يجز إن كان لحمله مؤنة لأنه زيادة وإن لم يكن لحمله مؤنة فقد روي عن أحمد أنه لا يجوز أيضا ورويت كراهته عن الحسن البصري و ميمون بن أبي شبيب و عبدة بن أبي لبابة و مالك و الأوزاعي و الشافعي لأنه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص أحمد أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر وروي عنه جواز ذلك حكاه عنه ابن المنذر لكونه مصلحة لهما وحكاه عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير و ابن سيرين و عبد الرحمن بن الأسود و أيوب السختياني و الثوري و إسحاق واختاره وذكر القاضي أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد ليربح خرط الطريق قال شيخنا : والصحيح جوازه لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي مضرة فيها ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فوجب ابقاؤه على الإباحة

فصل : وإن شرط أن يؤجره داره أو يبيعه شيئا أو أن يقرضه المقرض مرة أخرى لم يجز لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولأنه شرط عقدا في عقد فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره وإن شرط أن يؤجر داره بأقل من أجرتها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها أو على يهدي له أو يعمل له عملا كان أبلغ في التحريم

فصل : وإن شرط أن يوفيه أنقص مما أقرضه لم يجز إذا كان مما يجري فيه الربا لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه وإن كان في غيره فكذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن القرض يقتضي رد المثل وشرط النقصان يخالف مقتضاه فلم يجز كشرط الزيادة ولهم وجه آخر أنه يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض وشرط النقصان لا يخرج عن موضوعه بخلاف الزيادة

[جزء 4 - صفحة 392]

وإن فعل ذلك من غير شرط أو قضاة خيرا أو أهدي له هدية بعد الوفاء جاز مسألة : وإن فعل ذلك من غير شرط أو قضاة خيرا أو أهدي له هدية بعد الوفاء جاز وكذلك إن كتب له سفتجة أو قضاة في بلد آخر خيرا منه جاز ورخص في ذلك ابن عمر و سعيد بن المسيب و الحسن و النخعي و الشعبي و الزهري و قتادة و مكحول و مالك و الشافعي و إسحاق وقال أبو الخطاب : أن قضاة خيرا منه أو

زاده زیادة بعد الوفاء من غير شرط ولا مواطأة فعلى روايتين وروي عن أبي كعب و ابن عباس أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلا لئلا يكون قرضا جر منفعة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا فرد خيرا منه وقال [خيركم أحسنكم قضاء] متفق عليه ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضا في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه أشبه ما لو لم يكن قرض وقال ابن أبي موسى : إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتبس منه قرضا ثانيا ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه فإن أخذ زيادة أو أجود مما أعطاه حرم قولا واحدا وإذا كان الرجل معروفا بحسن القضاء لم يكره إقرضه وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لأنه يطمع في حسن عاداته وهذا لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان معروفا بحسن القضاء فهل يسوغ لأحد أن يقول إقرضه مكروه ؟ ولأن معروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسألته وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروها وإنما يمنع من الزيادة المشروطة ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذا بجميع حقه لم يجز لأن ذلك معاوضة للنقد بأقل منه فكان ربا وكذلك ما يشترط فيه المماثلة

[جزء 4 - صفحة 393]

وإن فعله قبل الوفاء لم يجز إلا أن تكون العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه
مسألة : وإن فعله قبل الوفاء لم يجز إلا أن تكون العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه
وذلك لما روى الأثرم أن رجلا كان له على سماك عشرون درهما فجعل يهدي إليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال : أعطه سبعة دراهم وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبله فاتاه أبي فقال : لقد علم أهل المدينة أنني من أطيبهم ثمر وأنه لا حاجة لنا فبم منعت هديتنا ؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل ؟
وعن زر بن حبيش قال : قلت لأبي بن كعب أنني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال إنك تأتي أرضا فاش فيها الربا فإن أقرضت رجلا قرضا فاتاك بقرضك ليؤدي إليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته رواهما الأثرم وروي البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال : قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثا وفيه ثم قال لي : إنك بارض فيها الربا فاش فإذا كان لك على رجل قرض فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا قال ابن أبي موسى : ولو أقرضه قرضا ثم استعمله عملا لم يكن يستعمله مثله قبل القرض كان قرضا جر منفعة ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بذلك بينهما حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن

أنس قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حملة على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك] وهذا كله في مدة القرض فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط وقد ذكرناه

فصل : ولو اقترض نصف دينار فدفع إليه المقترض ديناراً صحيحاً وقال نصفه وفاء نصفه وديعة عندك أو سلم في شيء صح ولا يلزم المقرض قبوله لأن عليه في الشركة ضرراً ولو اشترى بالنصف الباقي من الدينار سلعة جاز فإن كان بشرط مثل أقضيك صحيحاً بشرط أن آخذ منك بنصفه الباقي قميصاً لم يجز لأنه لم يدفع إليه صحيحاً إلا ليعطيه بالنصف الباقي ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضي وإن اتفقا على كسره كسراه وأن اختلفا لم يجبر أحدهما على ذلك لأنه ينقص قيمته

فصل : ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفاً ليوفيه كل شهر شيئاً معلوماً جاز لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها جاز لذلك ولو أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئاً وإن أقرض أكاره ما يشتري به بقراً يعمل عليها في أرضه أو بذراً يبذره فيها فإن كان شرط ذلك في القرض لم يجز لأنه بشرط ما ينتفع به أشبه الزيادة وإن لم يكن شرطاً فقال ابن أبي موسى : لا يجوز لأنه قرض جر منفعة قال ولو قال أقرضني ألفاً وادفع إلي أرضك أزرعها بالثلث كان خبيثاً قال شيخنا والأولى جواز ذلك إذا لم يكن مشروطاً لأن الحاجة داعية إليه والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبهه أخذ السفينة به وإيفاءه في بلد آخر من حيث أنه مصلحة لهما جميعاً

فصل : قال أحمد في رجل اقترض دراهم وابتاع بها منه شيئاً فخرجت زيوفاً فالبيع جائز ولا يرجع عليه بشيء يعني لا يرجع البائع على المشتري ببذل الثمن لأنها دراهمه بعينها فعيبها عليه وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفاً وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها فأما إن باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلاً عنها غير عالم بها فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته فإن حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز قال ولو أقرض رجلاً دراهم وقال إذا مت فأنت في حل كانت وصية وإن قال : إن مت فأنت في حل لم يصح لأن هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح ذلك والأول وصية لأنه علقه على موت نفسه وذلك جائز قال ولو أقرضه تسعين ديناراً وزناً بمائة عدداً وزنها تسعون وكانت لا تنفق في مكان إلا بالوزن جاز وإن كانت تنفق برؤوسها فلا وذلك لأنها كانت تنفق في مكان برؤوسها كان ذلك زيادة لأن تسعين من المائة تقوم مقام التسعين التي أقرضه إياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن اختلف عددها قال : ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس وقول قال أكفل عني ولك ألف لم يجز وذلك لأن قوله اقترض لي ولك عشرة جعله على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط

ولك عشرة وأما الكفالة فلأن الكفيل يلزمه أداء الدين فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض فإذا أخذ عوضا صار قرضا جر منفعة فلم يجر

[جزء 4 - صفحة 396]

وإذا أقرضه أثمنا فطالبه بها ببلد آخر لزمته وإن أقرضه غيرها فطالبه بها لم تلزمه فإن طالبه بالقيمة لزمه اداؤها
 مسألة : وإذا أقرضه أثمنا فطالبه بها ببلد آخر لزمته وإن أقرضه غيرها فطالبه بها لم تلزمه فإن طالبه بالقيمة لزمه اداؤها
 وجملة ذلك أنه إذا أقرضه ما لحمله مؤنة وطالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه لأنه لا يلزمه حمله إلى ذلك البلد فإن تبرع المقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لأن عليه ضررا في قبضه لأنه ربما احتاج إلى حمله إلى المكان الذي أقرضه فيه وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه ولو أقرضه أثمنا أو ما لا مؤنة لحمله وطالبه بها وهما ببلد آخر لزمه دفعه لأن تسليمه إليه في هذا البلد وغيره واحد
 فصل : ولو أقرض ذمي خمرا ثم أسلما أو أحدهما بطل القرض ولم يجب على المقرض شيء سواء كان هو المقرض لأنه إذا أسلم لم يجر أن يجب عليه خمر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لأنه لا قيمة لها ولذلك لا يضمنها إذا أتلها وإن كان المقرض لم يجب له شيء لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

[جزء 4 - صفحة 397]

باب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء رهن أي راكد ونعمه رهنه أي دائمة وقي هل الحبس قال الله تعالى { كل نفس بما كسبت رهينة } وقال الشاعر :
 (وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا)
 شبه لزوم قلبه واحتباسه عندها لوجوده بها بالرهن الذي يلزمه فيحبسه عنده ولا يفارقه وغلق الرهن استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه

وهو وثيقة بالحق

مسألة : وهو وثيقة بالحق

الرهن في الشرع المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاءه من ذمة الغريم وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع قال الله سبحانه وتعالى { وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة } و [روت

عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه [متفق عليه و] عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يعلق الرهن [وأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة فصل : ويجوز الرهن في الحضر كجوازه في السفر قال ابن المنذر لا نعلم أحدا خالف في ذلك إلا مجاهدا قال : ليس الرهن إلا في السفر لقول تعالى : { وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة } ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وكانا بالمدينة ولأنها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان فأما ذكر السفر فإنه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالبا ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور في الآية فصل : وهو غير واجب لا نعلم فيه مخالفا لأنه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة وقول الله تعالى { فرهان مقبوضة } إرشاد لنا لا إيجاب علينا بدليل قول الله تعالى { فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته } ولأنه أمر به عند اعواز الكتابة وهي غير واجبة فكذلك بدلها

[جزء 4 - صفحة 398]

وهو لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن مسألة : وهو لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن لأن العقد لحقه وحده فكان له فسخه كالمضمون له وهو لازم من جهة الراهن لأن الحظ لغيره فلزم من جهته كالضمان في حق الضامن

يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله إلا عند أبي الخطاب مسألة : يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله إلا عند أبي الخطاب وجملة ذلك أن الرهن لا يخلو من أحوال ثلاثة أحدها : أن يقع مع الحق فيقول بعنك هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها كذا فقول قبلت فيصح ذلك وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن الحاجة داعية إلى ثبوته فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من إلزام المشتري عقده وكانت الخيرة إلى المشتري والظاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق الحال الثاني : أن يقع بعد الحق فيصح بالإجماع لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولأن الله تعالى قال { وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة } جعله بدلا عن الكتابة فيكون في محلها بعد وجوب الحق ولأن في الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى : { إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه } فجعله مذكورا بعدها بفاء العتقيب الحال الثالث : أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب واختاره أبو بكر والقاضي وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية ابن

منصور وهو مذهب الشافعي واختار أبو الخطاب أنه يصح فإذا قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غدا وسلمه إليه ثم أقرضه الدراهم لزمه الرهن وهو مذهب أبي حنيفة و مالك لأنه وثيقة بالحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم يصح قبله كالشهادة ولأن الرهن بالحق تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالنذر

[جزء 4 - صفحة 400]

ويصح في كل عين يجوز بيعها

مسألة : ويصح في كل عين يجوز بيعها

لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاءه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل ما يجوز ولأن كل ما كان محلا للبيع كان محلا لحمه الرهن ومحل الشيء محل حكمته إلا أن يمنع من ثبوته مانع أو يفوت بشرط فيبقى الحكم به

إلا المكاتب إذا قلنا : استدامة القبض شرط لم يجز رهنه

مسألة : إلا المكاتب إذا قلنا : استدامة القبض شرط لم يجز رهنه

إذا قلنا لا يجوز بيع الكاتب لم يجز رهنه لعدم مقصود الرهن به وإن قلنا يجوز بيعه وقلنا استدامة القبض شرط في الرهن لم يصح والصحيح أن استدامة القبض شرط فلا يصح رهنه وهذا مذهب الشافعي لأن استدامة القبض غير ممكنة في حق المكاتب لمنافاتها مقتضى الكتابة وقال القاضي : قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لأنه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم الكتابة رهنا معه وإن عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه وإن عتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهنا بمنزلة ما لو كسب العقد ثم مات

فصل : فأما المعلق عتقه بصفة فإن كانت توجد قبل حلول الدين لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه وإن كان الدين يحل قبلها صح رهنه لإمكان بيعه واستيفاء الدين من ثمنه وإن كانت تحتل الأمرين كقدوم زيد فقياس المذهب صحة رهنه لأنه في الحال محل للرهن ويمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين من ثمنه فأشبهه المريض والمدبر وهو مذهب أبي حنيفة ويحتمل أن لا يصح لان فيه غررا إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق ولأصحاب الشافعي اختلاف كنعو هذا

فصل : ويجوز رهن الجارية دون ولدها وولدها دونها وإن كان صغيرا لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يحصل بذلك تفرقه ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمة والأم مع

ولدها فإن دعت الحاجة إلى بيع أحدهما بيع معه الآخر لأن الجمع في العقد ممكن والتفريق حرام فإذا بيعا معا تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الرهن من الثمن فإذا كانت الجارية رهنا وكانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فحصتها ثلثا الثمن فإن لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والإمسك لأن الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فإن أمسك فلا شيء له غيرها وإن ردها فله فسخ البيع إن كانت مشروطة فيه

[جزء 4 - صفحة 403]

ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل وبيع ويجعل ثمنه رهنا مسألة : ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل وبيع ويجعل ثمنه رهنا يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين حال ومؤجل لأنه يمكن إيفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب وسواء كان مما يمكن تجفيفه كالعنب أولا يمكن كالبطيخ فإن كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته فأشبه نفقة الحيوان وإن كان مما لا يجفف فإنه يباع ويقضي الدين من ثمنه إن كان حالا أو يحل قبل فساده وإن لم يحل قبل فساده فشرطا بيعه وجعل ثمنه رهنا فعلا ذلك وإن أطلق العقد فذكر القاضي فيه وجهين أحدهما : لا يصح لأن بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب كما لو شرط أن يبيعه والثاني : يصح وهو الصحيح لأن العرف يقتضي ذلك لكون المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فإذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد كالتجفيف في العنب والإنفاق على الحيوان وللشافعي قولان كالوجهين فأم إن شرطا أن لا يباع فلا يصح لأنه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود فأشبه ما لو شرط عدم النفقة على الحيوان إذا ثبت ذلك فإنه إن شرط للمرتهن بيعه أو أذن له فيه بعد العقد أو اتفقا على أن الراهن يبيعه أو غيره باعه وإلا باعه الحاكم وجعل ثمنه رهنا ولا يقضي الدين من ثمنه لأنه لا يجوز له تعجيل وفاء الدين قبل حله وكذلك الحكم إن رهنه ثيابا فخاف تلفها أو حيوانا فخاف موته لما ذكرنا

[جزء 4 - صفحة 405]

ويجوز رهن المشاع مسألة : ويجوز رهن المشاع وبه قال ابن ليلى و النخعي و مالك و الأوزاعي و العنبري و الشافعي و أبو ثور وقال أصحاب الرأي : لا يصح إلا أن يرهنه لشريكه أو يرهنها الشريك لرجل واحد أو يرهن رجل داره من رجلين فيقبضانها معا لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع بيانه أن مقصوده

الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لأن شريكه ينزعه في نوبته ولأن استدامة القبض شرط وهذا يستحق زوال العقد عنه لمعنى فارق العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب ولنا أن المشاع يصح بيعه في محل الحق فصح رهنه كالمفرد قولهم مقصوده الحبس ممنوع إنما المقصود استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك ثم يبطل ما ذكره برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه فإنه يصح عندهم إذا ثبت ذلك فرضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فإن اختلفا جعله الحاكم في يد أمين أمانة أو بأجرة لأن المالك لا يلزمه تسليم ما لم يرهنه والمرتهن لا يلزمه ترك الرهن عند المالك فقال الحاكم مقامهما في حفظه لهما

فصل : ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح رهن جميعه سواء رهنه مشاعا في نصيبه مثل أن يرهن بعض نصيبه أو رهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه وقال القاضي : يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء يمكن قسمته لاحتمال أن يقسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه ولنا أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره وما ذكره لا يصح لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع القسمة المضرة كما يمنع من بيعه

فصل : ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ على النفس وما دونها وقال القاضي : لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني والاختلاف في ذلك مبني على الاختلاف في صحة بيعه وقد سبق فإن كان المرتهن عالما بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة أشبه المشتري إذا علم العيب وإن لم يكن عالما ثم علم بعد اسلام المرتد وفداء الجاني كذلك لأن العيب زال فهو كزوال عيب المبيع وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطا في العقد لأن العقد اقتضاه سليما فإذا ظهر معييا ملك الفسخ كالبيع وإن اختار أمساكه فلا أرش له لأن الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالرد أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتهن وذكر القاضي أن قياس المذهب أن له الأرش في هذه المواضع قياسا على البيع وليس الأمر كذلك فإن المبيع عوض عن الثمن فإذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله كتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر وبيع في الجناية لأن حق المجني عليه مقدم على الرهن كما لو حدثت الجناية بعد الرهن فعلى هذا إن استغرق الأرش قيمته بيع وبطل الرهن وإن لم يستغرقها بيع منه بقدر الأرش والباقي رهن

فصل : ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ونممه منه أبو حنيفة و الشافعي لأنه معلق عتقه بصفة أشبه ما لو كانت توجد قبل حلول الحق

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه بالإجارة ولأنه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق أشبه ما لو علقه بصفة لا توجد قبل حلول الحق وما ذكره ينتقض بهذا الأصل ويفارق التدبير التعليق بصفة توجد قبل حلول الحق لأن الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود والدين في المدبر ويمنع عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود والحكم فيما إذا علم وجود التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن وإن عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن الوفاء الدين بيع المدبر في الدين وبطل التدبير ولا يبطل الرهن به وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق ثلث الباقي وباقيه للورثة

[جزء 4 - صفحة 409]

ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلى على ثمنه في أحد الوجهين
 مسألة : ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلى على ثمنه في أحد الوجهين
 لأنه يصح بيعه فصح رهنه كما بعد القبض فأما رهنه على ثمنه قبل قبضه ففيه وجهان أحدها : لا يصح لوجوده ثلاثة أحدها : أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً والرهن يقتضي تسليم الثمن أولاً والثاني : أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي إيفاء الثمن منه والثالث : أن البيع يقتضي إمساك المبيع مضموناً والرهن يقتضي عدم الضمان وهذا يوجب تناقض الأحكام وإنما تتحقق هذه المعاني إذا شرط رهنه قبل قبضه فإن شرط أنه يقبضه ثم يسلمه رهناً فإنه يتحقق فيه بعض هذه المعاني وقد روي عن أحمد أنه قال : إذا حبس ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهناً إلا أن يكون شرط عليه في نفس البيع قال القاضي : معناه شرط عليه رهناً غير المبيع فيكون له حبسه حتى يقبض الرهن فإن وفى له به وإلا فسخ والوجه الثاني : يصح كما يصح لغير البائع فأما المكيل والموزون فذكر القاضي أنه يجوز رهنه قبل قبضه لأن قبضه مستحق فيمكن المشتري أن يقبضه ثم يقبضه وإنما لم يجز بيعه لأنه يفضي إلى ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه ويحتمل أنه لا يصح رهنه لأنه لا يصح بيعه بربح ولا برأس مال ولا يصح هبته فكذلك رهنه

[جزء 4 - صفحة 410]

وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين
مسألة : وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين

لا يصح رهن ما لا يجوز بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز فلو قال الراهن للمرتهن زدني ما لا يكون الذي عندك رهنا به وبالدين الأول لم يجز وبه قال أبو حنيفة و محمد وهو أحد قولي الشافعي وقال مالك و أبو يوسف و المزني و أبو ثور و ابن المنذر يجوز ذلك لأنه لو زاده رهنا جاز فكذلك إذا زاد في دين الرهن ولأنه لو فدا المرتهن العبد الجاني فإذن الراهن ليكون رهنا بالمال الأول وبما فداه به جاز فكذلك ههنا ولأنه وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنا بدين آخر كما لو رهنا عند غير المرتهن فأما الزيادة في الرهن فتجوز لأنه زيادة استيثاق بخلاف مسألتنا فأما العبد الجاني فلنا فيه منه وإن سلمنا فإنما يصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء والمال الأول لكون الرهن لا يمنع تعلق الأرش بالجاني لكون الجناية أقوى ولأن لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن وإخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائر قبل قبضه والرهن الجائر تجوز الزيادة فيه فكذلك إذا صار جائزا بالجناية ويفارق الرهن الضمان فإنه يجوز أن يضمن لغيره إذا ثبت هذا فرهنه بحق بان كان رهنا بالأول خاصة فإن شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به وإن اعتقدا صحته جاز أن يشهدا بكيفية الحال ولا يشهدان أنه رهنه بالحقين مطلقا

فصل : ويصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع والزرع الأخضر في أحد الوجهين اختاره القاضي لأن الغرر يقل فيه فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة الراهن ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه ومتى حل الحق بيع وإن اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك والثاني : لا يصح وهو منصوص الشافعي لأنه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه كسائر ما لا يجوز بيعه
فصل : وإن رهن ثمرة إلى محل تحدث فيه أخرى لا تتميز فالرهن باطل لأنه مجهول حين حلول الحق ولا يمكن إمضاء الرهن على مقتضاه وإن رهنها بدين حال أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها جاز لأنه لا غرر فيه فإن لم يقطعها حتى اختلطت لم يبطل الرهن لأنه وقع صحيحا لكن ان سمح الراهن بيع الجميع أو اتفقا على قدر منه جاز وإن اختلفا وتشاحا فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر

فصل : ولا يصح رهن المصحف في إحدى الروايتين نقل جماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الراهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك إلا ببيعه وبيعه غير جائز والثانية : يصح فإنه قال إذا رهن مصحفا لا يقرأ فيه إلا يذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك و الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيع فيصح رهنه كغيره والخلاف في ذلك مبني على جواز بيعه وقد ذكرناه في كتاب البيع

[جزء 4 - صفحة 413]

ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر
 مسألة : ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر
 اختاره القاضي لأنه عقد يقتضي قبض المعقود عليه والتسليط على بيعه فلم
 يجز كالبيع واختار أبو الخطاب صحته إذا شرطاً كونه على يد مسلم وبيعه
 الحاكم إذا امتنع مالكة وهذا أولى لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر
 فصل : ولا يصح رهن المجهول لأنه لا يصح بيعه فلو قال رهنتك هذا الجراب أو
 البيت أو الخريطة بما فيها لم يصح للجهالة وإن لم يقل بما فيها صح للعلم بها
 ولو قال رهنتك أحد هذين العبدین لم يصح لعدم التعيين وقال أبو حنيفة يصح
 لأنه يصح بيعه عنده بشرط الخيار له وقد ذكر في البيع وفي الجملة أنه يعتبر
 للعلم في الرهن ما يعتبر في البيع وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن
 الآبق ولا الشارد ولا غير مملوك لأنه لا يصح بيعه
 فصل : فأما سواد العراق والأرض الموقوفة على المسلمين فظاهر المذهب
 أنه لا يجوز رهنها لأنه لا يجوز بيعها وهذا منصوص الشافعي وحكم بنائها حكمها
 فإن كان فيها من غير ترابها أو الشجر المتجدد فيها فإنه يصح إفراده بالبيع
 والرهن في إحدى الروايتين نص عليهما في البيع لأنه تطلق والثانية : لا يجوز
 لأنه تابع لما لا يجوز رهنه فهو كأساسات الحيطان وإن رهنه مع الأرض بطل في
 الأرض وهل يجوز في الأشجار والبناء إذا قلنا يجوز رهنها منفردة ؟ يخرج على
 الروايتين في تفريق الصفقة وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه
 فصل : ولو رهن عبداً أو باعه يعتقد مغبوباً فبان ملكه نحو أن يرهن عبد ابنه
 فيبين أنه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث أو وكل إنساناً يشتري له عبداً
 فباعه الموكل أو رهنه يعتقد لسيده الأول وكان تصرفه بعد شراء وكيله ونحو
 ذلك صح تصرفه لأنه صادف ملكاً فصح كما لو علم ويحتمل أن لا يصح لأنه
 اعتقده باطلاً
 فصل : ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح إلا أن يرهنه المشتري والخيار
 له وحده فيصح ويبطل خياره ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي ولو أفلس
 المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها قبل الرجوع لم يصح لأنه
 رهن ما لا يملكه وكذلك رهن الأب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لما
 ذكرنا وفيه وجه لأصحاب الشافعي أنه يصح لأن له استرجاع العين وتصرفه فيها
 تدل على الرجوع ولنا أنه رهن ما لا يملكه بغير إذن المالك ولا ولاية عليه فلم
 يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول
 فصل : ولو رهن ثمر شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر
 فرهن الحمل الأول إلى محل يحدث الحمل الثاني على وجه لا يتميز لم يصح
 لأنه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فأشبهه ما لو كان
 مجهولاً حين العقد وإن شرط قطع الحمل الأول إذا خيف اختلاطه بالثاني صح
 وإن كان الحمل المرهون بحق حال أو كان الثاني يتميز عن الأول إذا حدث

فالرهن صحيح فإن وقع التواني في قطع الحمل الأول حتى اختلط بالثاني وتعذر التمييز لم يبطل الرهن لأنه وقع صحيحا وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله فعلى هذا إن سمح الراهن بكون الثمرة رهنا كلها أو اتفقا على قدر المرهون منهما فحسن وإن اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لأنه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

فصل : ولو رهنه منافع داره شهرا لم يصح لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك إلى حلول الحق وإن رهنه أجرة داره شهرا لم يصح لأنها مجهولة وغير مملوكة

فصل : ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح لأنه لا يملك بيعه وأجازه أبو حنيفة لأنهم لا يدخلون معه في الكتابة ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح لأن ما في يده لسيدة فقد صار حرا بشرائه

فصل : ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحد الوجهين وفيه وجه أنه لا يصح وقال أصحاب الشافعي لا يصح إذا كان الدين يستغرق التركة لأنه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون ولنا أنه تصرف صادم ملكه ولم يعلق به حقا فصح كما لو رهن المرتد وفارق المرهون فإن الحق تعلق باختياره وفي مسألتنا تعلق بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق يثبت من غير إثباته كالزكاة والجنابة فإنه لا يمنع رهنه فإذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لأن حقهم سابق والحكم فيه كالحكم في الجاني وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل إن وقع إن انسان أو بهيمة في بئر حفرها في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحي غير نافذ فإن قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن وعلى الوجه الآخر لا يصح تصرفه والله أعلم

فصل : ولا يصح الرهن والارتهان إلا من جائز الأمر وهو المكلف الرشيد غير المحجور عليه لصغر أو سفه أو فليس لأنه نوع تصرف في المال فلم يصح من غير إذن من المحجور عليه كالبيع ويعتبر ذلك في حال رهنه واقباضه لأن العقد والتسليم ليس بواجب وإنما هو إلى اختيار الراهن فإذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح منه كالبيع فإن جن أحد المتراهنين قبل القبض أو مات لم يبطل الرهن لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته كالبيع في مدة الخيار ويقوم ولي المجنون مقامه فإن كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقييض مثل أن يكون شرطا في بيع يستضر بفسخه ونحوه اقبضه وإن كان الحظ في قبضه لم يجز له تقييضه وإن كان المجنون المرتهن قبضه وليه فإذا مات قام وارثه مقامه في القبض فإن مات الراهن لم يلزم ورثته تقييضه لأنهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك فإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فللورثة تقييض الرهن وإن كان عليه دين سواه فظاهر المذهب أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن نص عليه في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي وذكر القاضي فيه رواية أخرى أن لهم ذلك أخذا مما نقل ابن منصور و أبو طالب عن أحمد أنه قال : إذا مات الراهن أن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله قال شيخنا :

وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد لأنه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جدا لندرته فكيف يعارض بها الخاص لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنيا على الرواية التي لا يعتبر فيه القبض في غير المكيل والموزون فيكون الراهن قد لزم قبل القبض ووجب تقييظه على الراهن فكذلك على وراثه وبختص ذلك بغير المكيل والموزون وأما ما يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقييظه لأن الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يجز تخصيصه به غير رضاهم كما لو أفلس الراهن إذا قلنا إن للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من أموالهم فإن قيل فما الفائدة في القول بصحة الرهن إذا لم يختص المرتهن به ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه فيتم الرهن وسواء فيما ذكرنا ما بعد الاذن في القبض وقبله لأن الأذن يبطل بالجنون والموت والإغماء والحجر

فصل : ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه لأن فيه تخصيصا للمرتهن بثمانه وليس له تخصيص بعض غرمائه وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على ما أسلفنا وإن أغمى عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لأحد تقييظه لأن المغمى عليه لا تثبت عليه الولاية وإذا أغمى عليه لم يكن لأحد أن يقوم مقامه في قبض الرهن وانتظر إفاقته وإن خرس وكانت له كتابة مفهومة أو إشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين وإن لم يفهم اشارته ولا كتابته لم يجز القبض وإن كان أحد هؤلاء قد أذن في القبض فحكمه حكم من لم يأذن لأن إذنه يبطل بما عرض لهم

[جزء 4 - صفحة 419]

ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في اللزوم
مسألة : ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في اللزوم
لا يلزم الرهن إلا بالقبض ويكون قبل القبض رهنا جائزا يجوز للراهن فسخه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وسواء في ذلك المكيل والموزون وغيره وقال بعض أصحابنا في غير المكيل والموزون رواية أخرى أنه يلزم بمجرد العقد كالبيع وقد نص عليه أحمد في رواية الميموني وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لأنه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع ووجه الأولى قوله تعالى : { فرهان مقبوضة } وصفها بكونها مقبوضة ولأنه عقد ارفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه كما لو مات الراهن فعلى هذا إن تصرف الراهن فيه قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق أو جعله صداقا أو رهنه ثانيا بطل الرهن الأول سواء قبض الهبة والبيع والرهن الثاني أو لم يقبضه لأنه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك وإن دبره أو أجره أو زوج الأمة لم يبطل الرهن لأن هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع البيع صحة الرهن ولأنه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه وإن كاتب العبد الرهن انبنى على صحة رهن

المكاتب فإن قلنا يجوز رهنه لم يبطل الرهن كالتدبير وإن قلنا لا يجوز بطل
الرهن كما لو أعتقه
فصل : فإن قلنا إن ابتداء القبض شرط في لزوم الرهن فاستدامة شرط لأنها
أحدى حالتها الرهن فأشبهت الابتداء وإن قلنا إن الابتداء ليس بشرط في
اللزوم فكذلك الاستدامة

[جزء 4 - صفحة 420]

فإن أخرجه المرتهن إلى الراهن باختياره زال لزوم الرهن
مسألة : فإن أخرجه المرتهن إلى الراهن باختياره زال لزوم الرهن
وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إيداع أو غير
ذلك فإذا عاد فرده إليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق لأنه أقبضه باختياره
فلزم به كأول قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن دارا ثم أكرأها
صاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت إليه صارت رهنا وقال فيمن رهن جارية
ثم سأل المرتهن دارا ثم أكرأها صاحبها خرجت من الرهن فإذا جرعت إليه
صارت رهنا وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعثها إليه لتخبز لهم
فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن فإن لم يكن وطئها فلا شيء قال أبو بكر :
لا يكون رهنا في تلك الحال فإذا ردها رجعت إلى الرهن وممن أوجب استدامة
القبض مالك و أبو حنيفة وهذا التفريق على القول الصحيح فأما على قول من
قال ابتداء القبض ليس بشرط فأولى أن يقول الاستدامة غير مشروطة لأن كل
شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء وقد يعتبر في الابتداء ما لا يعتبر
في الاستدامة وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطا لأنه عقد يعتبر
القبض في ابتدائه فلم تشترط استدামته كالهبة
ولنا قول الله تعالى : { فرهان مقبوضة } ولأنها إحدى حالتها الرهن فكان
القبض فيه شرطا كالابتداء ويفارق الهبة فإن القبض في ابتدائها يثبت الملك
فإذا ثبت استغنى عن القبض ثانيا والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه
واستيفاء الدين من ثمنه فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه وإن أزيلت يد
المرتهن بغير حق كالغصب والسرقه أو إباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم
يزل لزوم الرهن لأن يده ثابتة حكما فكانها لم تزل

[جزء 4 - صفحة 421]

ولو رهنه عصيرا فتخمر زال لزومه فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق
مسألة : ولو رهنه عصيرا فتخمر زال لزومه فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد
السابق

يصح رهن العصير لأنه يصح بيعه وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمريض والجاني فإن صار إلى حال لا يخرج فيها عن المالية كالخل فهو رهن بحاله وإن تخمر زال لزوم العقد ووجبت إراقته فإن أريق بطل العقد ولا خيار للمرتهن لأن التلف حصل في يده فإن عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت إليه وإن استحال خمرا قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لأنه عقد ضعيف لعدم القبض فأنشبه أسلام أحد الزوجين قبل الدخول وذكر القاضي أن العصير إذا استحال خمرا بعد القبض بطل الرهن أيضا ثم إذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهونا بالعقد السابق لأنه يعود مملوكا بحكم الملك الأول فيعود حكم الرهن لأنه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا قول الشافعي وقال مالك و أبو حنيفة : هو رهن بحاله لأنه كانت له قيمة حال كونه عصيرا ويجوز أن تصير له قيمة فلا يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني ولأن اليد لم تنزل عنه حكما بدليل أنه لو غصبه غاصب فتخلل في يده كان ملكا للمغصوب منه ولو زالت يده كان ملكا للغاصب ما لو أراقه فجمعه إنسان فتخلل في يده كان له دون من أرقاه وهذا القول هو قولنا الأول في المعنى إلا أن يقول ببقاء اللزوم فيه حال كونه خمرا قال شيخنا : ولم تظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهنا باستحالته خلا وأرى القول ببقائه رهنا أقرب إلى الصحة لأن العقد لو بطل لما عاد صحيحا من غير ابتداء عقد فإن قالوا يمكن عوده صحيحا لعود المعنى الذي بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينهما فإن أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الأول لزوال الاختلاف في الدين قلنا هناك ما زالت الزوجية ولا بطل العقد ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جديد وإنما العقد كان موقوفا مراعى فإذا أسلم في العدة تبينا أنه لم يبطل وإن لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل وههنا قد جزمتم ببطلانه وعنه أن القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط ويلزم بمجرد العقد كالبيع فعلى هذا إن امتنع الراهن من تقبضه أجبر عليه كالبيع فإن رده المرتهن على الراهن بعبارة أو غيرها ثم طلبه أجبر الراهن على دره لأن الرهن صحيح والقبض واجب فيجبر عليه كبيع

فصل : وإذا استعار شيئا ليرهنه جاز قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئا يرهنه عن دنائير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل أن ذلك جائز وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لأن الضرر يختلف بذلك فاحتج إلى بيانه كأصل الرهن ومتى شرط شيئا من ذلك فخالف ورهنه بغيره لم يصح الرهن لأنه لم يؤذن له فيه أشبه من لم يأذن في أصل الرهن إجماع حكاه ابن المنذر فإن أذن له في رهنه بقدر المال فنقص عنه صح لأن من أذن في شيء فقد أذن في أقل منه وإن رهنه بأكثر احتمل أن يبطل في الكل لأنه خالف المنصوص عليه فبطل كما لو قال أرهنه بدنانير فرهنه بدارهم أو بحال فرهنه بمؤجل أو بالعكس فإنه لا يصح وهذا منصوص الشافعي واحتمل أن يصح في القدر المأذون فيه ويبطل في الزائد عليه لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فصح فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة ويفارق ما ذكرنا من الأصول

فإن العقد لم يتناول مأذونا فيه بحال وكل واحد من هذه الأمور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر فإن الراهن قد يقدر على فكأكه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الأجل وبالعكس وقد يقدر على فكأكه بأحد النقدين دون الآخر فيفوت الغرض بالمخالفة وفي مسألتنا إذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فإن أطلق الأذن في الرهن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي والآخر لا يجوز حتى يتبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلولة وتأجيله لأن هذا بمنزلة الضمان لأن منفعة العبد لسيدته والعارية ما أفادت المنفعة إنما حصلت له نفعاً بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح ولنا أنها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن والدليل على أنه عارية أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة وقولهم أنه ضمان غير صحيح لأن الضمان يثبت في الذمة وهذا في الرقبت ولأن الضمان لازم في حق الضامن وهذا له الرجوع في العبد قبل الرهن والزام المستعير بفكأكه بعده وقولهم أن المنافع للسيد قلنا المنافع مختلفة فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يخطط لسيدته أو يعمل له شيئاً أو استعاره ليخطط له ويحفظ المتاع لسيدته فإن قيل لو كان عارية لما صح رهنه لأن العارية لا تلزم والرهن لازم قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فإن لصاحب العبد المطالبة بفكأكه قبل حلول الدين ولأن العارية قد تكون لازمة فيما إذا أعاره حائطاً ليني عليه أو أرضاً فيها ما لا يحصد قصيلاً ثم هو منقوض بما إذا استعاره ليرهنه بدين موصوف عند رجل معين إلى أجل معلوم إذا ثبت ذلك فإنه يصح رهنه بما شاء إلى أي وقت شاء لأن الأذن يتناول الكل بإطلاقه وللسيد مطالبة الراهن بفكأكه حالاً كان أو مؤجلاً في محل الحق وقبله لأن العارية لا تلزم ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة أو مثلها أن كانت من ذوات الأمثال ولا يرجع بما بيعت سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر في أحد الوجهين والثاني : إنها إن بيعت بأقل من قيمتها رجعت بما بالقيمة لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها وإن بيعت بأكثر رجعت بما بيعت به لأن العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له وكذلك لو اسقط المرتهن حقه عن الراهن رجعت الثمن كله إلى صاحبه فإذا قضى به دين الراهن رجعت به عليه ولا يلزم من ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه فأما إن تلف الرهن فإن الراهن يضمنه بقيمته سواء اتلف بتفريط أو بغير تفريط نص عليه أحمد لأن العارية مضمونة

فصل : وإن فك المعير الرهن وأدى الدين الذي عليه بإذن الراهن رجعت عليه وإن قضاه متبرعاً لم يرجع بشيء وإن قضاه بغير إذنه محتسباً بالرجوع فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ويترجح الرجوع ههنا لأن له المطالبة بفكأك عبده وأداء دينه فكأكه وإن اختلفا في الأذن فالقول قول الراهن مع يمنه لأنه منكر وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته لأنه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً وإن قال أذنت لي في رهنه بعشرة قال بخمسة فالقول

قول المالك لأنه منكر وبهذا قال الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي وإن كان الدين مؤجلا فقضاه حالا بإذنه رجع به حالا وإن قضاه بغير إذنه فقال القاضي يرجع به حالا أيضا لأنه المطالبة بفكك عبده من الحال

فصل : ولو استعار من رجل عبدا ليرهنه عند رجلين صح لأن تعيين ما يرعن به ليس شرطا فكذلك من يرهن عنده ولأن رهنه من اثنين أقل ضررا لأنه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما إذا رهنه عند واحد فإذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ولو استعار عبدا من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين لم ينفك من الرهن شيء في أحد الوجهين لأنه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد أشبه ما لو كان العبد لواحد والثاني : ينفك نصف العبد لأن لك واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهنا بأكثر منهما كما لو قال له الرهن نصيبي بخمسين لا تزد عليها فعلى هذا الوجه إن كان المرتهن عالما بذلك فلا خيار له وإن لم يكن عالما والرهن مشروط في بيع احتمل أن له الخيار لأنه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك واحتمل أن لا يكون له خيار لأن الرهن سلم له كله بالدين كله وهو قد دخل على ذلك ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه وإن قضى نصف دين أحدهما انفك نصيب أحدهما على أحد الوجهين وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما فصل : ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهنهما عند رجل مطلقا صح فإن شرط أحدهما أنني متى قضيت ما علي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر أو في نصيب من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لأنه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لأن في هذا الشرط نقضا على المرتهن ولك شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن فأما إن شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضى جميع الدين فهو فاسد أيضا لأنه شرط أن يبقى الرهن محبوسا بغير الدين الذي هو رهن به لكنه لا ينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن بذلك على وجهين وقد ذكرنا أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض في الصحيح فصل : والقبض في الرهن كالقبض في البيع على ما ذكرناه فلو رهنه دارا فخلى بينه وبينها وللراهن فيها قماش لم يمنع من صحة التسليم لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمرة في الشجرة وكذلك الدابة التي عليها حمل للراهن ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها إليه بحملها صح القبض لأنه حصل فيهما جميعا فيكون موجودا في الرهن منهما

فصل : وإذا رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل خلى بينه وبينه وإن لم يحضر الشريك وإن كان منقولا كالجواهر تناولها ولا يمكن تناولها إلا برضا الشريك فإن رضي الشريك تناولها المرتهن وإن امتنع فرضي الراهن أو المرتهن بيد الشرك جاز وناب عن المرتهن في القبض وإن تنازع الشريك والمرتهن أقام الحاكم عدلا تكون في يده لهما وإن سلما الراهن إلى المرتهن بغير إذن الشريك فتناولها وقلنا استدامة القبض شرط لم يكف هذا التناول وإن قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لأن الرهن حصل في يده والتعدي في غيره لا يمنع صحة

القبض كما لو رهنه ثوبا فسلمه إليه مع ثوب غيره فتناولهما جميعا ولو رهنه ثوبا فاشتبه عليه بغيره فسلم إليه أحدهما لم يثبت القبض لأنه لا يعلم أنه أقبضه الرهن فإن تبين أنه الرهن صح القبض وإن سلم إليه الثوبين معا حصل القبض لأنه قد تسلم الرهن يقينا

فصل : ولو رهنه دارا فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها لأنه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية ولنا أن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع أشبه ما لو كانا خارجين عنها ولا يصح ما ذكره لأن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها ولأنه بخروجه عنها محقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

فصل : وإن رهنه مالا في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لأنه مالك له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن ههنا بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد فإنه قال إذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يعتبر أمرا زائدا وذلك لأن اليد ثابتة والقبض حاصل وإنما يتغير الحكم لا غير ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما أنه لو طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد ولو عاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها خذ وديعتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد وقال القاضي وأصحاب الشافعي : لا يصير رهنا حتى تمضي مدة يتأتى قبضه فيها فإن كان منقولاً فيمضي مدة يمكن نقله فيها وإن كان مكيلا فيمضي مدة يمكن اكتياله فيها وإن كان غير منقول فيمضي مدة التخلية وإن كان غائبا عن المرتهن لم يصر مقبوضا حتى يوفيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لأن العقد يفتقر إلى القبض والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه فيكفي ذلك ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض لأنه مقبوض حقيقة فإن تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ثم هل يفتقر إلى الاذن من الراهن في القبض ؟ يحتمل وجهين أحدهما : يفتقر لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير إذن كما لو كان في يد الراهن وإقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المغصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه والثاني : لا يفتقر لأن إقراره في يده بمنزلة إذنه في القبض فإن أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها

فصل : وإذا رهنه المضمون على المرتهن كالمغصوب والعارية والمقبوض على وجه السوم أو في بيع فاسد صح وزال الضمان وبه قال مالك و أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يزول الضمان ويثبت حكم الرهن والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافي بينهما بديل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا وهو رهن كما كان فكذلك ابتداءه لأنه أحد حالتي الرهن ولنا أنه مأذون له في إمساكه رهنا لم تجدد في منه عدوان فلم يضمه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبراه من ضمانه وقولهم لا تنافي ممنوع فإن الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ويد المرتهن محققة جعلها الشرع له ويد

المرتهن يد أمانة ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنه وهذان متنافيان ولأن السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده إلى مالكه وذلك لأن سبب الضمان الغصب أو العارية ونحوهما وهما لم يبق غاصبا ولا مستعيرا ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدث سبب يخالف حكمه وأما إذا تعدى في الرهن فإنه يلزمه الضمان لعدوانه لا يكونه غاصبا ولا مستعيرا وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجب فلم يثبت

فصل : وإذا رهنه عينين فتلفت إحداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لأن العقد كان صحيحا فيها وإنما طرأ انفساخ العقد في إحداهما فلم يؤثر في الأخرى كما لو اشترى شيئين فرد أحدهما بعيب أو غيره والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها إذا قلنا إن الراهن لا يلزم إلا بالقبض فإن كان التلف بعد قبض الأخرى لزم الرهن فيها فإن كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكامله فإن رضي لم يكن له المطالبة ببديل التالفة لأن الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن فإن تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لأن الرهن لو تلف كله لم يثبت للبائع خيار فإذا تلف بعضه كان أولى ثم إن كان تلفها بعد قبض العين الأخرى فقد لزم الرهن فيها وإن كان قبل قبض الأخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه فإن امتنع من قبضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تتلف الأخرى

فصل : فإذا رهنه دارا فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لأن ماليتها لم تذهب بالكلية فإن عرصتها وانقاضها باقية ويثبت للمرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطا في بيع لتعيبها ونقص قيمتها فإن قيل فلم لا ينفسخ عقد الرهن كعقد الإجارة ؟ قلنا الإجارة عقد على منفعة السكنى وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه والرهن عقد استيثاق يتعلق بالأعيان التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصه والأنقاض من الخشب والأحجار ونحوها من الرهن لأن العقد وارد على جميع الأعيان والأنقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

فصل : ويجوز للمرتهن أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه فإن وكل المرتهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن قبضا لأن الرهن وثيقة يستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فإذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة وقد ذكرنا في البيع أن المشتري لو دفع إلى البائع وعاء وقال كل لي حقي فيه ففعل كان قبضا فيخرج ههنا مثله

فصل : إذا أقر الراهن بتقبض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان مقبولا فيهما يمكن صدقهما فيه فإن أقر الراهن بالتقبض ثم أنكر وقال أقررت بذلك ولم أكن أقبضت شيئا أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكره فالقول قول المقر له فإن طلب المنكر يمينه ففيه وجهان أحدهما : لا يلزمه يمين لأن الإقرار أقوى من البينة ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يجب إليها فكذلك الإقرار والثاني : يلزمه اليمين وهو قول الشافعي وهو أولى لأن العادة جارية بأن الإنسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فكذلك تسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة بخلاف البينة فإنها لا تشهد إلا بالحق

قبله ولو فعلت ذلك لم تكن عادلة وقال القاضي : إن كان المقر غائبا فقال
أقررت لأن وكيلتي كتب إلي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه
وإن أقر أنه باشر ذلك بنفسه ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه وهذا قول
بعض أصحاب الشافعي فأما إن اختلفا في القبض فقال المرتهن قبضته وأنكر
الراهن فالقول قول صاحب اليد لأنه إن كان في يد الراهن فالأصل معه وهو
عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل خلافه وإن كان في يد المرتهن فقد وجد القبض
لكونه لا يحصل في يده إلا بعد قبضه وإن اختلفا في الإذن فقال الراهن : أخذته
بغير إذني قال : بل بإذنك وهو في يد المرتهن فالقول قوله لأن الظاهر معه
فإن العقد قد وجد ويده تدل على أنه بحق ويحتمل أن يكون القول قول الراهن
لأن الأصل عدم الأذن وهذا مذهب الشافعي ذكر القاضي هذين الوجهين

[جزء 4 - صفحة 430]

وتصرف الراهن في الرهن لا يصح إلا العتق فإنه يصح ويؤخذ منه قيمته فيجعل
رهنًا مكانه وعنه لا ينفذ عتق المعسر
مسألة : وتصرف الراهن في الرهن لا يصح إلا العتق فإنه يصح ويؤخذ منه
قيمه فيجعل رهنًا مكانه وعنه لا ينفذ عتق المعسر
إذا تصرف الراهن بغير رضا المرتهن بغير العتق كالبيع والهبة والوقف والرهن
ونحوه فتصرفه باطل لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني
على التغليب فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن وفي الوقف وجه آخر
أنه يصح لأنه يلزم لحق الله تعالى أشبه العتق والصحيح الأول أنه تصرف لا
يسري إلى ملك الغير فلم يصح كالهبة فإن أذن فيه صح وبطل الرهن إلا أن
يأذن في البيع ففيه تفصيل نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى
فصل : وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطاء ولا سكنى ولا غير ذلك
ولا يملك التصرف فيه بإجارة ولا إعارة ولا غيرهما بغير رضا المرتهن وبهذا قال
الثوري وأصحاب الرأي وقال مالك و ابن أبي ليلى و الشافعي و ابن المنذر :
للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن
يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم وإن كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه
بغيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص
بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا تعلق بها حقه
وسياتي الكلام فيه
ولنا أنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع
على قبض ثمنه إذا ثبت هذا فإن المتراهنين إن لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز
الانتفاع وكانت منافعة معطلة فإن كانت داراً أغلقت وإن كان عبداً أو غيره
تعطلت منافعه حتى يفك الرهن فإن اتفقا على إجارة الرهن وإعارته جاز ذلك
في ظاهر قول الخرقى لأنه جعل غلة الدار وخدمة العبد من الرهن ولو عطلت
منافعهما لم تكن لهما غلة وقال ابن أبي موسى : إن أذن الراهن للمرتهن في

إعارته أو إجارته صح والأجرة رهن وإن أجره الراهن بإذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين ولا يخرج في الآخر كما لو أجرة المرتهن وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لهما وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقا ولا يؤجره وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وقالوا إذا أجر الراهن بإذن المرتهن كان اخراجا من الرهن لأن الرهن يقتضي حبسه عن المرتهن أو نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن

ولنا أن مقصود الرهن والاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا لا ينافي الانتفاع به ولا إجارته ولا إعارته فجاز إجتماعهما كانتفاع المرتهن به ولأن تعطيل منفعته تضييع للمال وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم تمنع إجارته كالعبد إذا ضمن بإذن سيده ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس بل مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به ولو سلمنا بأن مقتضاه الحبس فلا يمنع كون المستأجر نائبا عنه في إمساكه وحبسه ومستوفيا لمنفعته لنفسه

فصل : ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته إن احتاج إليها فإذا كان ماشية فاحتاجت إلى إطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة الرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر وإن كانت فحولا لم يكن للراهن إطراقها بغير رضا المرتهن لأنه انتفاع لا مصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام إلا أن يكون يتضرر بترك الإطراق فيجوز لأنه كالمداواة له

فصل : وليس للراهن عتق الرهن لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة وذلك إضرار به فإن فعل نفذ عتقه موسرا كان معسرا نص عليه أحمد وبه قال شريك و الحسن بن صالح وأصحاب الرأي و الشافعي في أحد أقواله إلا أن أبا حنيفة قال : يستسعى العبد في قيمته إن كان المعتك موسرا وعن أحمد أنه لا ينفذ عتق المعسر وذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الاضرار بالمرتهن ولأنه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له في عبد وقال عطاء و البتي و أبو ثور : لا ينفذ عتق الراهن موسرا كان أو معسرا وهو القول الثالث للشافعي لأنه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن أشبه البيع

ولنا أنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع والعتق يخالف البيع فإنه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعليقه على الشرط بخلاف البيع إذا ثبت هذا فإن كان موسرا أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهنا لأنه أبطل حق الوثيقة بغير إذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو أبطلها أجنبي أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهنا لكونها نائبة عن العين وبدلا منها وإن كان معسرا فهي في ذمته فإن أيسر قبل حلول الحق أخذت منه فجعلت رهنا إلا أن يختار تعجيل الحق فيقضيه ولا يحتاج إلى رهن وإن أسر بعد

حلول الحق طولب بالدين خاصة لأن ذمته تبرأ من الحقين معا والاعتبار بقيمة العبد حلا العتق لأنه وقت الإلتلاف وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه إيجاب الكسب على العبد ولا صنيع له ولا جناية منه فكان الزام الغرم للمتلف أولى كحال اليسار وكسائر الإلتلاف

فصل : فإن أعتقه بإذن المرتهن فلا نعلم خلافا في نفوذ عتقه على كل حال لأن المنع كان لحق المرتهن وقد أذن ويسقط حقه من الوثيقة موسرا كان المعتق أو معسرا لأنه أذن فيما ينافي حقه فإذا وجد زال حقه وقد رضي به لرضاه بما ينافيه وإذنه فيه فلم يكن له بدل فإن رجع عن الإذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه بطل الإذن وإن لم يعلم برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه وإن رجع بعد العتق لم ينفعه الرجوع والقول قول المرتهن مع يمينه لأن الأصل عدم الإذن وإن اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول الورثة أيضا إلا أن أيمانهم على نفي العلم لأنها على فعل الغير وإن اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه وإن لم يحلق قضي عليه بالنكول

[جزء 4 - صفحة 435]

وليس عليه تزويج الأمة المرهونة فإن فعل لم يصح
مسألة : وليس عليه تزويج الأمة المرهونة فإن فعل لم يصح
وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك و الشافعي وقال القاضي وجماعة من أصحابنا يصح وللمرتهن منع الزوج من وطئها لحق المرتهن حتى لا تخرج عن يده فيفوت القبض ومهرها رهن معها لأنه من نمائها وبسببها فكان رهنا معها كأجرتها وسائر نمائها وهذا مذهب أبي حنيفة لأن محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن المزوجة ولأن الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع التزويج كالإجارة ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضا المرتهن كالإجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فإنه يعطل منافع بعضها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليها تمكين زوجها من الاستمتاع بها ويعرضها بوطنه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتربية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقضا كثيرا وربما منه بيعها بالكلية وقولهم إن محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فإن محل الرهن محل البيع والبيع يتناول جملتها ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها وإنما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة ويفارق الرهن الإجارة فإن التزويج لا يؤثر في مقصود الإجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها لأن تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فيتعذر استيفاء الدين بكماله

[جزء 4 - صفحة 436]

وإن وطئ الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهنا
مسألة : وإن وطئ الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها
فجعلت رهنا

لا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم وقال بعض
أصحاب الشافعي له وطء الأيسة والصغيرة لكونه لا ضرر فيه فإن علة المنع
خوف الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج من الرهن أو تتعرض للتلف وهذا معدوم
فيهما وسائر أهل العلم على خلاف هذا قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على
أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة ولأن سائر من يحرم وطؤها لا
فرق فيه بين الأيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والأجنبية ولأن
الوقت الذي تحمل فيه يختلف ولا ينحرز فممنوع من الوطاء جملة كما حرم الخمر
للسكر وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف فإن وطئ فلا حد
عليه لأنها ملكه وإنما حرمت عليه لعارض كالمحرمة والصائمة ولا مهر عليه لأن
المرتتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها إذا كانت ثيبا فأشبه ما لو
استخدمها وإن تلف جزء منها أو نقصها مثل أن اقتض البكر أو أفضاها فعليه
قيمة ما أتلف فإن شاء جعله رهنا معها وإن شاء جعله قضاء من الحق إن لم
يكن حل فإن كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فإنه لا فائدة في جعله رهنا
ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فيما ذكرناه

فصل : فإن أولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح
العبد كانت عليه قيمته يوم جرحه ولا فرق بين الموسر والمعسر إلا أن الموسر
تؤخذ منه قيمتها والمعسر تكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في
العتق وهذا قول أصحاب الرأي وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق إلا أنه إذا
قال لا ينفذ الاحبال فإنما هو في حق المرتتهن فأما في حق الراهن فهو ثابت فلا
يجوز له أن يهبها للمرتتهن ولو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها لأنها حامل
بحر فإذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقي ولدها اللبا ثم إن وجد من يرضعه بيعت
وإلا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين ويثبت للباقي حكم الاستيلاد
فإذا مات الراهن عتق وإن رجع المبيع إلى الراهن بيع أو غيره أو بيع جميعها ثم
رجعت إليه ثبت لها حكم الاستيلاد وقال مالك إن كانت الأمة تخرج إلى الراهن
وتأتيه خرجت من الرهن وإن تسور عليها أخذ ولدها وبيعت

ولنا أن هذه أم ولد فلم يثبت في حكم الرهن كما لو كان الوطاء سابقا على
الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنفاه في دوامه كالحرية
فصل : فإذا كان الوطاء بإذن المرتتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتتهن لأنه
أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وإن لم تحبل
فهي رهن بحالها فإن قيل إنما أذن في الوطاء ولم يأذن في الاحبال قلنا الوطاء
هو المفضي إلى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالإذن في سببه أذن فيه

فإن أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن وإن اختلفا في الإذن فالقول قول من ينكره وإن أقر المرتهن بالإذن وأنكر كون الولد الولد من الوطاء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط أحدها : أن يعترف المرتهن بالإذن الثاني : أن يعترف بالوطء الثالث : أن يعترف بالولادة الرابع : أن يعترف بمضي مدة بعد الوطاء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت إلى انكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لأننا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع فإن أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فيما وطئت أو قال لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت أو قال ليس هذا ولدها إنما استعارته فالقول قوله لأن الأصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البنية وهذا مذهب الشافعي

فصل : ولو أذن في ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه لأن ذلك تولد من المأذون فيه فهو كتولد الاحبال من الوطاء
فصل : وإذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال أحدها : أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة الرهن لأن الأصل عدم الحمل فإن بانث حائلاً أو حاملاً بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله وكذلك إن كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل إن وطئها وهي زوجته ثم ملكها ورهنها وإن بانث حاملاً بما تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن وإن كان مشروطاً في بيع العلم لأنه دخل مع العلم قد لا تكون رهناً فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض إذا مات والجاني إذا اقتص منه وهذا قول أكثر الشافعية وقال بعضهم له الخيار لأن الوطاء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضا بالحمل الذي يحمل منه بخلاف الجناية والمرض ولنا أن أذنه في الوطاء أذن فيما يؤول إليه كذلك رضاه به رضا بما يؤول إليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فإن يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتهن لأنه أقر بما يفسخ عقداً لازماً لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها ويحتمل أن يقبل لأنه أقر في ملكه بما لا تهمه فيه لأنه يستنصر من ذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن والأول أصح لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل

[جزء 4 - صفحة 439]

وإن أذن المرتهن في بيع أو هبة أو نحو ذلك صح وبطل الرهن إلا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يجعل دينه من ثمنه
مسألة : وإن أذن المرتهن في بيع أو هبة أو نحو ذلك صح وبطل الرهن إلا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يجعل دينه من ثمنه
وجملة ذلك أنه متى أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن أو هبته أو وقفه ففعل صح لأن المنع كان لحقه فجاز بإذنه وببطل الرهن لأن هذا تصرف ينافي الرهن فلا يجتمع مع ما ينافيه إلا البيع فله ثلاثة أحوال أحدها : أن يأذن له في بيعه بعد

حلول الحق فيصح ويتعلق حق المرتهن بثمنه ويجب قضاء الدين منه لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه الثاني : أنه يأذن له قبل حلوله مطلقا فيبيعه فيبطل الرهن ولا يكون عليه عوضه لأنه أذن له فيما ينافي حقه فأشبهه ما لو أذن في عقته وللمالك أخذ ثمنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة و محمد يكون الثمن رهنا لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين قال الطحاوي : حق المرتهن يتعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف ولنا أنه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن فإذا أذن فيه أسقط حقه كالعق و يخالف ما بعد الحلول لأن المرتهن يستحق البيع ويخالف الإتلاف لأنه غير مأذون فيه من جهة المرتهن فإن قال إنما أردت بإطلاق الإذن أن يكون ثمنه رهنا لم يقبل قوله لأن إطلاق الإذن يقتضي بيعا يفسخ الرهن وبهذا قال الشافعي الثالث : أن يأذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه رهنا مكانه أو يجعل له دينه من ثمنه فيجوز ويلزم ذلك لأنه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز فكذلك قبله وإن اختلفا في الإذن فالقول قول المرتهن لأنه منكر وإن أقر بالإذن واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا أو تعجيل دينه منه فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم اشترط ويحتمل أن يقدم قول المرتهن لأن الأصل بقاء الوثيقة

[جزء 4 - صفحة 440]

ونماء الرهن وكسبه وأرث الجناية عليه من الرهن
 مسألة : ونماء الرهن وكسبه وأرث الجناية عليه من الرهن
 وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالأصل وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل وسواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر وبنحو هذا قال النخعي و الشعبي وقال الثوري وأصحاب الرأي : يتبع النماء ولا يتبع الكسب لأن الكسب لا يتبع في حكم الكتابة والاستيلاء والتدبير فلا يتبع في الرهن كإعتاق مال الراهن وقال مالك : يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد وقال الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب لأنه حق تعلق بالأصل يستوفي من ثمنه فلا يسري إلى يغره كحلق جنايته حتى قال الشافعي : لو رهنه ماشية مخاضا فنتجت فالنتاج لا يدخل في الرهن وخالفه أبو ثور و ابن المنذر واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم [الرهن من رهانه له غنمه وعليه غرمه] وإنما يكون رهنا كسائر ماله
 ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المال فيدخل فيه النماء والمنافع كالمالك بالبيع وغيره ولأن النماء حادث من غير الرهن فيدخل فيه كالممتصل ولأنه حق

مستقر في الأم ثبت برضا المالك فسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاء ولنا على مالك إنه نماء حادث من غير الرهن فسرى إليه حكم الرهن كالولد وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء وأما الحديث فنقول به وأن غنمه وكسبه ونماءه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله وأما حق الجناية فإنه ثبت بغير رضا المالك فلم يتعد ما ثبت فيه لأنه جزاء عدوان فاخص الجاني كالقصاص ولأن السراية في الرهن لا تفضي إلى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه وأما أرش الجناية على الرهن فيتعلق بها حق المرتهن لأنها بدل جزء منه فكانت من الرهن كقيمتها إذا أتلفه إنسان وهذا قول الشافعي وغيره فصل : وإذا ارتهن أرضا أو دارا أو غيرهما تبعه في الرهن ما يتبع في البيع فإن كان في الأرض شجرة فقال رهنتك هذه الأرض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجرة في الرهن دخل وإن لم يذكر ذلك فهل يدخل في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع وإن رهنه شجرا مثمرا وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لا تدخل في البيع وإن لم تكن ظاهرة دخلت وقال الشافعي لا تدخل بحال وقال أبو حنيفة : تدخل بكل حال لأن الرهن عنده يصح على الأصل دون الثمرة وقد قصد إلى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة ولنا أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته وإزالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى وعلى الشافعي أنه عقد الشجر فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع وكذلك الحمل وسائر ما يتبع في البيع لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع ولو كان الرهن دارا فخربت كانت أنقاضها رهنا معها لأنها من أجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها ولو رهنه أرضا فبنت فيها شجرة فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بغير فعله لأنه من نمائها

[جزء 4 - صفحة 441]

ومؤنته على الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه إن كان مخزونا مسألة : ومؤنته على الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه إن كان مخزونا مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنة وغير ذلك على الراهن وبهذا قال مالك و الشافعي و العنبري و إسحاق وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرتهن لأنه من مؤنة إمسأكه وارتهانه ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه] رواه الدارقطني وقال إسناد جيد متصل ولأنه نوع اتفاق فكان على الراهن كالطعام ولأن الرهن ملك الراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن وإن أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن وقال أبو حنيفة يكون بقدر الأمانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن وإن احتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن وعند أبي حنيفة هو كأجرة من يرده من إباقه وبني ذلك على أصله في

أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده ويأتي الكلام على ذلك فيما بعد فإن مات العبد كانت مؤنة تجهيزه وتكفينه ودفنه على الراهن لأن ذلك تابع لمؤنته فإن كل من لزمته مؤنة شخص في حياته لا في مقابلة نفع كانت مؤنة تجهيزه ودفنه عليه كسائر العبيد والإماء والأقارب من الأحرار

فصل : وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجزا فذلك على الراهن وإن احتاجت إلى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لأنه يحتاج إلى أن يستبقها رهنا حتى يحل الحق وإن كان حالا بيعت ولم يحتج إلى تجفيفها فإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها بالحق المؤجل جاز وإن اختلفا قدم قول من يستبقها بعينها لأن العقد يقتضي ذلك إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطبا فيباع ويجعل ثمنه رهنا واتفقا على قطع الثمرة في وقت جاز سواء كان الحق حالا أو مؤجلا أو كان الأصلح القطع أو الترك لأن الحق لا يخرج عنهما وإن اختلفا قدم قول من طلب الأصلح إن كان ذلك قبل حلول الحق وإن كان الحق حالا قدم قول من طلب القطع لأنه إن كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم إجابته وإن كان الراهن فهو يطلب بتبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غررا ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ويحتمل أن ينظر في الثمرة فإن كانت تنقص بالقطع نقصا كثيرا لم يجبر الممتنع من قطعها لأن ذلك إتلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقص داره لبيع أنقاضها ولا على ذبح فرسه لبيع لحمها فإن كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال لما فيه من إضاعة المال والله أعلم

فصل : فإن كان الرهن ماشية تحتاج إلى إطراق الفحل لم يجبر عليه لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقا ولا يمنع من ذلك لكونه زيادة لهما لا ضرر على المرتهن فيه وإن احتاجت إلى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعيا لأن ذلك يجري مجرى علفها فإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تتماسك به فللمرتهن منعه لأن في السفر بها إخراجها عن نظره ويده وإن أجذب مكانها فلم تجد ما تتماسك به فللراهن السفر بها لأنها تهلك إذا لم يسافر بها إلا أنها تكون في يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها فإن امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لأن في بقائها هلاكها وضياع حقه من الراهن وإن أرادا جميعا السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الأصلح فإن استويا قدم قول المرتهن وعند الشافعي يقدم قول الراهن وإن كان الأصلح غيره لأنه أملك بها إلا أنه يكون مأواها إلى يد عدل ولنا أن للمرتهن فكان أولى كما لو كانا في بلد واحد وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء أراد نقلها إلى مثله أو أخصب منه إذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع إمكان ترك السفر به وإن اتفقا على نقلها جاز سواء كان أنفع لها أو لا لأن الحق لا يخرج عنهما

فصل : وإن كان عبدا يحتاج إلى ختان والدين حال أو أجله قبل برئه منع منه لأنه ينقص ثمنه وفيه ضرر وإن كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه فله ذلك لأنه من الواجبات ويزيد من الثمن ولا يضر بالمرتهن ومؤنة ختانه على الراهن وإن مرض فاحتاج إلى دواء لم يجبر الراهن عليه لأنه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة وإن أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لا يمنع منه لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما فإن كان الدواء مما يخاف غائلته كالسوموم فللمرتهن منعه منه لأنه لا يأمن تلفه وإن احتاج إلى فصد أو احتاجت الدابة إلى توديج ومعناه فتح الودجين ليسيل الدم وهما عرقان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبريغ وهو فتح الرهصة فللراهن فعل ذلك ما لا يخف منه ضرر وإن احتج إلى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز وإن خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر إن كانت به آكلة الخبرة : الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن قطعها وإلا فلا وإن تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لأنه يحدث جرحا فيه لم يترج إحداثه وإن كانت به سلعة أو اصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها لأن قطعها يخاف منه وتركها لا يخاف منه وإن كان الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجى نفعه ولا يخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع وإن خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه وقال القاضي : له ذلك بغير إذن المرتهن لأن له معالجة ملكه وإن امتنع من ذلك لم يجبر عليه ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لأن فيه إصلاح حقه بما لا يضر بغيره وإن خيف منه الضرر لم يمكن منه لأن فيه خطرا بحق غيره

فصل : فإن كان الرهن نخلا فاحتاج إلى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لأن فيه مصلحة بغير مضرة وما يسقط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن لأنه من أجزائه أو من نمائه وقال أصحاب الشافعي ليس من الرهن بناء منهم على أن نماء الرهن ليس منه ؟ ولا يصح ذلك ههنا لأن السعف من جملة الأعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالأصول وانقاض الدار وإن كان الرهن كرما فله زباره لأن لمصلحته ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن وإن كان الشجر مزدحما وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك وإن قيل هو الأولى لأنه قد لا يعلق فيفوت الرهن وإن امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لأنه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

فصل : وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع منها أجبره الحاكم عليها فإن لم يفعل أكثرى الحاكم من ماله فإن لم يكن له مال أكثرى من الرهن فإن بذلها المرتهن متطوعا لم يرجع بشيء وإن كان بإذن الراهن محتسبا بالرجوع رجوع فإن أنفق بإذن الراهن ليكون الرهن رهنا بالنفقة والدين الأول لم يصح ولم يصبر رهنا بالنفقة لما ذكرنا وإن قال الراهن انفقت متبرعا وقال المرتهن بل انفقت محتسبا بالرجوع فالقول قول المرتهن لأن الخلاف في بيته وهو أعلم بها وعليه الميمين لأن ما قاله الراهن محتمل وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها سواء أنفقها محتسبا أو متبرعا

[جزء 4 - صفحة 444]

وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه

مسألة : وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه

شيء من دينه

وجملة ذلك أن الرهن إذا تلف في يد المرتهن فإن كان تلفه بتعد أو بتفريط في حفظه ضمنه لا نعلم في ذلك خلافا لأنه أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو بتفريطه كالوديعة فأما إن تلف بغير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال عطاء و الزهري و الأوزاعي و الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر ويروى عن شريح و النخعي و الحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وإن كان أكثر من قيمته لأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : [الرهن بما فيه] وقال مالك إن كاهن تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق فمن ضمان الراهن وإن ادعى تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله ويضم وقال الثوري و أبو حنيفة : يضمن المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى عطاء [أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال : ذهب حقك] ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء من قبضها لذلك أو من قبضها نائيه كحقيقة المستوفي ولأنه محبوس بدين فكان مضمونا كالمبيع إذا حبس الاستيفاء ثمنه

ولنا ما روى ابن أبي ذؤيب عن الزهري عن سعيد بن المسيب [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه] رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذؤيب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذؤيب ولفظه [الرهن من صاحبه الذي رهنه وباقيه سواء] قال : ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة ولأنه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة وعلى مالك أن لا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة فأما حديث عطاء فهو مرسل وقوله يخالفه قال الدارقطني : يرويه اسماعيل بن أمية وكان كذابا وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا ويحتمل أنه أراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمه الرهن والحديث الآخر أن صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه وأما المستوفي فإنه صار ملكا للمستوفي وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والمبيع قبل القبض ممنوع إذا ثبت ذلك لا يسقط بهلاك شيء من دينه وهو قول

الشافعي لأن الدين كان ثابتاً فيذمة الراهن قبل التلف ولم يوجد ما يسقطه
فبقي بحاله

[جزء 4 - صفحة 445]

وإن تلف بعضه فبأقيه رهن بجميع الدين
مسألة : وإن تلف بعضه فبأقيه رهن بجميع الدين
لأن جميعه كان رهنا بجميع الدين فإذا تلف البعض بقي البعض الآخر رهنا بجميع
الدين لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ولأن الباقي بعض الجملة وقد كان
الجميع رهنا فيكون البعض رهنا لأنه من الجملة
فصل : وإذا قضاه حقه وأبرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يد المرتهن وبه
قال الشافعي وقال أبو حنيفة : إذا قضاه كان مضمونا وإذا أبرأه لم يكن
مضمونا استحسانا وهذا مناقضه لأن القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه
وعندنا أنه كاهن أمانة وبقي على ما كان عليه وليس رده لأنه أمسكه بإذن
مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية فإنه يختص بنفعها وبخلاف
ما لو أطارت الريح إلى داره ثوبا فإنه يلزمه رده إلى مالكه لأن مالكه لم يأذن
في إمساكه فأما إن طلبه الملاك في هذه الحال لزم من هو من يده من
المرتهن أو العدل دفعه إليه إذا أمكنه فإن امتنع صار ضامنا كالمودع إذا امتنع
من رد الوديعة بعد طلبها فإن كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينهما طريق
مخوف أو باب مغلق لا يمكنه فتحه أو خاف فوت جمعه أو جماعة أو فوت وقت
صلاة أو كان به مرض أو جوع شديد ونحوه فأخر التسليم لم يضمن لأنه لا
تفريط منه أشبه المودع

فصل : وإذا قبض الرهن فوجده مستحقا لزمه رده على مالكه والرهن باطل
من أصله فإن أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر الضمان عليه
وللمالك تضمين أيهما شاء فإن ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك وإن
ضمن الراهن رجع عليه وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه ففيه ثلاثة
أوجه أحدها : يستقر الضمان عليه أيضا لأن مال الغير تلف تحت يده العادية
أشبه ما لو علم الثاني : لا ضمان عليه لأنه قبضه على أنه أمانة من غير علمه
فهو كالوديعة فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير الثالث : للمالك
تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب لأنه غره فرجع عليه كالمغرور
بحرية أمة

[جزء 4 - صفحة 446]

ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين

مسألة : ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين
وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن فيصير محبوسا بكل الحق وبكل
جزء منه لا نفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته
أو لا قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن
شيئا بمال فإدى بعض المال وأراد إخراج بعض الرهن إن ذلك ليس له ولا يخرج
شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك كذلك قال مالك والثوري و
الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الرهن وثيقة بحق لا يزول إلا
بزوال جميعه كالضمان والشهادة

[جزء 4 - صفحة 447]

وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك في نصيبه
مسألة : وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك في نصيبه
إذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه فمتى وفي
أحدهما خرجت حصته من الرهن لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين
فكانه رهن كل واحد منهما النصف منفردا فإن أراد مقاسمه المرتهن وأخذ
نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون فله ذلك
وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لأن على المرتهن ضررا فيها ويقر
في يد المرتهن بعضه رهن وبعضه وديعة وقال أبو الخطاب فيمن رهن عبده
عند رجلين فوفى أحدهما يبقى جميعه رهنا عند الآخر حتى يوفيه وكلامه
محمول على أنه ليس للراهن مقاسمه المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى
أن العين كلها تكون رهنا إذ لا يجوز أن يقال أنه رهن نصف العبد عند رجل فصار
جميعه رهنا

وإن رهنه رجلان شيئا فوفاه أحدهما انفك في نصيبه
مسألة : وإن رهنه رجلان شيئا فوفاه أحدهما انفك في نصيبه
لما ذكرنا وقد قال أحمد في رواية مهنا في رجلين رهنا دارا لهما عند رجل على
ألف فقضاه أحدهما ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقي وهذا من كلام
أحمد محمول أيضا على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر
لا بمعنى أن العين كلها تكون رهنا عند الآخر لأنه إنما رهنه نصفها
فصل : ولو رهن اثنان عبدا لهما عند اثنين بألف فهذه أربعة عقود وبصير كل
ربع من العبد رهنا بمائتين وخمسين فمتى قضاهما من هي عليه انفك من الرهن
ذلك القدر ذكره القاضي وهو الصحيح

وإذا حل الدين وامتنع من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو العدل في بيع الرهن باعه ووفى الدين وإلا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه

مسألة : وإذا حل الدين وامتنع من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو العدل في بيع الرهن باعه ووفى الدين وإلا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه

وجملة ذلك أنه إذا حل الدين لزم الإيفاء لأنه دين حال فلزم إيفاءه كالذي لا رهن به فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه لأن هذا هو المقصود من الرهن وقد باعه بإذن صاحبه في قضاء دينه فصح كما في غير الرهن وما فضل من ثمنه فهو للمالك وإن فضل من يدن شيء فعلى الراهن وإن لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء أو بيع الرهن فإن أبى فعلى الحاكم ما يرى من حبسه أو تعزيره لبيعه الحاكم بنفسه أو نائبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بغير إذنه ولنا أنه حق تعين عليه فإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه الإيفاء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

فصل : قال الشيخ رحمه الله وإن شرط في الرهن جعله على يد عدل صح وقام قبضه مقام قبض المرتهن

وجملة ذلك أن المترهين إذا شرطوا كون الرهن على يدي رجل رضاه واتفقا عليه جاز وكان وكيلًا للمرتهن نائبًا عنه في القبض فمتى قبضه صح قبضه وقام مقام قبض المرتهن في قول أكثر الفقهاء منهم عطاء و عمرو بن دينار و مالك و الثوري و ابن المبارك و الشافعي و إسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأي و قال الحكم و الحارث العكلي و قتادة و ابن أبي ليلى لا يكون مقبوضًا بذلك لأن القبض من تمام العقد فتعلق بالمتعاقدين كالإيجاب والقبول ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض وفارق القبول لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه لأنه مخاطب به ولو وكل في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضا وما ذكره ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يجعل الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائز التصرف مسلما كان أو كافرا عدلا أو فاسقا ذكرا أو أنثى ولا يكون صبيًا لأنه غير جائز التصرف مطلقًا فإن فعلا كان قبضه وعدم القبض واحدا ولا عبدا بغير إذن سيده لأن منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذنه فإن أذن له السيد جاز وأما المكاتب فيجوز جعله لأن له الكسب وبذلك منافعه بغير إذن السيد ولا يجوز بغير جعل لأنه ليس له التبرع بمنافعه

فإن شرط جعله في يد اثنين فليس لأحدهما الانفراد بحفظه
 مسألة : فإن شرط جعله في يد اثنين فليس لأحدهما الانفراد بحفظه
 لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معا فلم يجر لأحدهما الانفراد به
 كالوصيين فإن سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لأنه القدر الذي
 تعدى فيه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وفي الآخر إذا رضي أحدهما
 بإمساك الآخر جاز وبهذا قال أبو يوسف و محمد وقال أبو حنيفة إن كان مما
 ينقسم اقتسامه وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه لأن اجتماعهما على
 حفظه يشق عليهما فحمل على الأمر على أن لكل واحد منهما الحفظ
 ولنا أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معا فلم يجر لأحدهما الانفراد بذلك
 كالوصيين ولا يجوز لأحدهما الانفراد بالتصرف قولهم أن الاجتماع على الحفظ
 يشق ممنوع لإمكان جعله في مخزن عليه لكل واحد منهما قفل

وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل إلا بتغير
 حاله
 مسألة : وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل إلا
 بتغير حاله

وجملة ذلك أن العدل ما دام بحاله لم يتغير عن الأمانة ولا حدثت بينه وبين
 أحدهما عداوة فليس لأحدهما ولا للحاكم نقله عن يده لأهما رضيا به في
 الابتداء وإن اتفقا على نقله جاز لأن الحق لهما لم يعددهما وكذلك لو كان الرهن
 في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده فإن
 تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف أو حدثت عداوة بينه وبينهما أو بينه وبين
 أحدهما فمن طلب نقله عن يده له ذلك ويضعانه في يد من اتفقا عليه فإن
 اختلفا وضعه الحاكم عند عدل وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما
 ظهر له وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن
 رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل وإذا ادعى الراهن تغير حال
 المرتهن فأنكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له فإن مات العدل أو
 المرتهن لم يكن لورثتهما إمساكه إلا برضاها فن اتفقا عليه جاز وإن اتفقا
 على عدل يضعانه عنده فلهما ذلك لأن الحق لهما فيفوض أمره إليهما وإن
 اختلفت الراهن والمرتهن عند موت العدل أو اختلفت الراهن وورثة المرتهن
 رفعوا الأمر إلى الحاكم ليضعه على يد عدل فإن كان الرهن في يد اثنين فمات
 أحدهما أو تغيرت حاله بفسخ أو ضعف عن الحفظ أو عداوة أقيم مقامه عدل
 يضم إلى العدل الآخر فيحفظان معا

[جزء 4 - صفحة 450]

وله رده إليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فإن فعل فعليه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر
 مسألة : وله رده إليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فإن فعل فعليه رده إلى يده
 فإن لم يفعل ضمن حق الآخر
 وجملة ذلك أن العدل متى أراد رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله لأنه أمين
 متطوع بالحفظ فلم يلزمه المقام عليه فإن امتنع أجبرهما الحاكم فإن تغيبا
 نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لأن للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي
 عليه فإن دفعه إلى أمين من غير امتناعهما ضمن الأمين وضمن الحاكم لأنه لا
 ولاية له على غير الممتنع وكذلك لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن
 وضمن القابض فإن امتنعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن وإن
 امتنع أحدهما لم يكن له دفعه إلى الآخر فإن فعل ضمن والفرق بينهما أن
 أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما هذا فيما إذا كانا حاضرين فإن كانا
 غائبين نظرت فإن لم كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه دفعه إلى
 الحاكم فقبضه منه أو نصب له عدلا يقبضه لهما فإن لم يجد حاكما أودعه عند
 ثقة وليس له أن يودعه عند ثقة مع وجود الحاكم فإن فعل ضمن فإن لم يكن له
 عذر وكانت الغيبة بعيدة قبضه الحاكم منه فإن لم يجد حاكما دفعة إلى عدل
 وإن كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لأنهما في حكم
 الإقامة وإن كانا أحدهما حاضرا وحده فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعة
 إلى الحاضر منهما وفي كل موضع قلنا لا يجوز له دفعة له دفعه إلى أحدهما إذا
 دفعه إليه لزمه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر لأنه فرط في دفعه
 إليه وقد [قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي] رواه
 أبو داود و الترمذي و النسائي

فإن أذنا له في البيع لم يبيع إلا بنقد البلد فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين
 مسألة : فإن أذنا له في البيع لم يبيع إلا بنقد البلد فإن كان فيه نقود باع بجنس
 الدين
 وجملة ذلك أنهما إذا أذنا للعدل في البيع ولم يعنا نقدا لم يبيع إلا بنقد البلد لأن
 الحظ فيه فإن كان فيه نقود باع بأغلبها لذلك فإن تساوا فقال القاضي يبيع بما
 يؤديه إليه اجتهاده وهو قول الشافعي لأنه الأحظ
 فإن تساوا يبيع بجنس الدين والذي ذكره شيخنا أن النقود إذا تساوت قدم البيع
 بجنس الدين على البيع بما يرى فيه الحظ لأنه يمكن القضاء منه فإن لم يكن
 فيها جنس الدين وتساوت النقود عنده في الحظ عين الحاكم له ما يبيعه به وإن
 عينا له نقدا لم يجز أن يخالفهما لأن الحق لهما وإن اختلفا لم يقبل قول واحد
 منهما لأن لكل واحد منهما فيه حقا للراهن ملك الثمن وللمرتهن حق الوثيقة
 واستيفاء حقه فعلى هذا يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمر ببيعه بنقد البلد سواء كان
 من جنس الحق أو لم يكن وافق قول أحدهما أو لم يوافق لأن الحظ في ذلك
 قال شيخنا : والأولى أنه يبيعه بما يرى الحظ فيه فإن كان في البلد نقود فهو
 كما لو لم يعينا نقدا وحكمه في البيع حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع

من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء ومتى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف وذكر القاضي رواية في البيع نساء أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لأن البيع ههنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع من ذلك وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له وإنما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن وكل موضع حكمنا ببطلان البيع وجب رد المبيع إن كان باقيا فإن تعذر فللمرتهن تضمين أيهما شاء من العدل أو المشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لا رهنا فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منهما وإن استوفى دينه من الراهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لأن العين تلتفت في يده وإن ضمن العدل رجع على المشتري

فصل : ومتى قدر له ثمن لم يجز بيعه بدونه وإن أطلق فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدرهم والكلام معه في الوكالة : فإن أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل مما يتغابن الناس به صح ولا ضمان عليه لأن ذلك لا يضبط غالبا وإن كان النقص أكثر من ذلك أو باع بأنقص مما قدر له لم يصح البيع لأنه بيع لم يؤذن فيه فلم يصح كما لو خالف في النقد اختاره شيخنا وقال أصحابنا يصح ويضمن النقص كله

[جزء 4 - صفحة 452]

وإن قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن

مسألة : وإن قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن إذا باع العدل الرهن بإذنهما وقبض الثمن فتلف في يديه من غير تفريط فلا ضمان عليه لأنه أمين فهو كالوكيل ولا نعلم في ذلك خلافا ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة و مالك : يكون من ضمان المرتهن لأن البيع لأجله ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فإذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمناء وإن ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين ويتعذر عليه إقامة البينة على ذلك فإن كلفناه البينة شق عليه وربما أدري إلى أن لا يدخل الناس في الأمانات فإن خالفاه في قبض الثمن فقالا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجه أحدهما : يقبل قوله لأنه أمين والآخر : لا يقبل لأن هذا ابراء للمشتري من الثمن فلم يقبل قوله ما لو أبراه من غير الثمن

وإن استحق المبيع رجع المشتري على الراهن

مسألة : وإن استحق المبيع رجع المشتري على الراهن

إذا خرج المبيع مستحقا فالعهدة على الراهن دون العدل إذا أعلم المشتري أنه وكيل وهكذا كل وكيل باع مال غيره وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة :
 العهدة على الوكيل والكلام معه يأتي في الوكالة فإن علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل فإن قيل لم لا يرجع المشتري على العدل لأنه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لأنه سلمه إليه على أنه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه وأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فإن كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه فإن كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لأنهم تساووا في ثبوت حقوقهم في الذمة فاستووا في قسم ماله بينهم فأما إن خرج مستحقاً بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وهو قول الشافعي : وقال أبو حنيفة : يرجع إلى العدل ويرجع العدل على من شاء منهما من الراهن والمرتهن
 ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوع عليه كما لو قبضه منه فإن كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لأنه قبض الثمن بحق ولا على العدل لأنه أمين ويرجع على الراهن فأما إن كان العدل يحن باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن إن أقر العدل بذلك أو قامت به بينة فإن أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه فإن نكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول وأوردت اليمين على المشتري فحلف ورجع على العدل لم يرجع على الراهن لأنه يقر أنه ظلمه وعلى قول الخرقي : القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد فإذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن فإن تلف المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقاً قبل وزن ثمنه فللمغصوب منه تضمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن والمشتري ويستقر الضمان على المشتري لأن التلف في يده هذا إذا علم بالغصب وإن لم يكن عالماً فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب ؟ على روايتين

[جزء 4 - صفحة 453]

وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولم يكن قضاءه بينة ضمن وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم في الوكيل مسألة : وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولم يكن قضاءه بينة ضمن وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم في الوكيل إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ففيه وجهان أحدهما : يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأن العدل وكيل الراهن في دفع الثمن إلى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك إنما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلاً في قضاء دين فادعى أنه سلمه إلى صاحب الدين والثاني :

يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في نفي الضمان من غيره ذكره الشريف أبو جعفر وهو مذهب أبي حنيفة لأنه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة فعلى هذا إذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه وعلى القول الأول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما فإن رجع عن العدل لم يرجع العدل على الراهن لأنه يقول ظلمني وأخذ مني بغير حق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر وإن رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل؟ ينظر فإن كان دفعه إلى المرتهن بحضرة الراهن أو بينه فماتت أو غابت لم يجرع عليه لأنه أمين ولم يفرط في القضاء وإن دفعه في غيبة الراهن بغير بينة رجع عله في إحدى الروايتين لأنه فرط في القضاء بغير بينة فلزمه الضمن كما لو تلف الرهن بتفريطه اليمن فإن كن الراهن أمره بالإشهاد فلم يفعل لزمه الضمان لأنه مفرط وهكذا الحكم في الوكيل لأنه في معناه فصل: إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم أزال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لأن استئمانه زال بذلك فلم يعد بفعله مع بقائه في يده بخلاف التي قبلها فإنه رد إلى يد نائب مالكةا أشبه ما لو ردها إلى مالكةا فصل: إذا استقرض ذمي من مسلم مالا فرهنه خمرا لم يصح سواء جعله في يد ذمي أو غيره فإن باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بثمنها لزمه قبوله فإن أبى قيل له أما أن تقبض وأما أن تبرئ لأن أهل الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيح قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمة معهم الخمر: ولوهم يبيعها وخذوا من أثمانها وإن جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن لأنه بيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له

[جزء 4 - صفحة 454]

وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح فإن عزلها صح عزله مسألة: وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح فإن عزلها صح عزله إذا كان على يدي عدل فشرط أن يبيعه العدل عند حلول الحق أو أن يبيعه المرتهن صح ويصح بيعه لأنه شرط فيه مصلحة للمرتهن لا ينافي مقتضى الرهن فصح كما لو شرط صفة فيه وبه قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي فيما إذا شرط أن يبيعه العدل فإن شرط أن يبيعه المرتهن ففيه اختلاف يذكر في الشروط في الرهن فإن عزل الراهن العدل أو المرتهن عن البيع صح ولم يملك البيع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة و مالك لا ينعزل لأن وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه وقال ابن أبي موسى: يتوجه لنا مثل ذلك فإن أحمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن فإنه شرط ذلك للمرتهن ليجيبه إليه ثم يعزله والمنصوص الأول لأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الولايات

وكونه في حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرطا الرهن في البيع فإنه لا يصير لازما وكذلك إذا مات الراهن بعد الاذن تنفسخ الوكالة وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع وكان الرهن مشروطا في بيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن عنه كما لو امتنع من تسليم الرهن المشروط في البيع فأما إن عزله المرتهن لم ينعزل لأن العدل وكيل الراهن لأن الراهن ملكه ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لكن لا يجوز بيعه بغير إذنه وهكذا لو لم يعزله فحل الحق لم يبيعه حتى يستأذن المرتهن لأن البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن في ظاهر كلام أحمد لأن الأذن قد وجد فاكثفي به كما في الوكالة في سائر الحقوق وذكر القاضي وجها أنه يحتاج إلى تجديد إذن لأنه قد يكون له غرض في قضاء الحق من غيره والأول أولى فإن الأذن كاف له يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل ما لو جدد الأذن بخلاف المرتهن فإن البيع يفتقر إلى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو هذا

فصل : ولو أتلّف الرهن في يد العدل أجني فعلى الجاني قيمته تكون رهنا في يده وله المطالبة بها لأنها بدل الراهن وقائمة مقامه وله إمساك الرهن وحفظه فإن كان المتراهنان أدنا له في بيع الرهن فقال القاضي : قياس المذهب أن له بيع بدله لأن له بيع نماء الرهن تبعا للأصل فالبدل أولى وقال أصحاب الشافعي : ليس له ذلك لأنه متصرف بالإذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وبدله غيره و للقاضي أن يقول أنه قد أذن له في بيع الرهن والبدل رهن ثبت له حكم الأصل من كونه يملك المطالبة به وإمساكه واستيفاء دينه من ثمنه فكذلك بيعه فإن كان البدل من جنس الدين وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك إيفاء منه لأن بدل الرهن من جنس الدين فأشبهه ثمن المبيع

[جزء 4 - صفحة 455]

فإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه في محله وإلا فالرهن له لم يصح الشرط وفي صحة الرهن روايتان
مسألة : فإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه في محله وإلا فالرهن له لم يصح الشرط وفي صحة الرهن روايتان
الشروط في الرهان قسمان : صحيح وفاسد فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يدي عدل أو عدلين أو أكثر أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحته خلافا فإن شرط أن يبيعه المرتهن صح وبه قال أبو حنيفة و مالك وقال الشافعي لا يصح لأنه وكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وإنجاز المبيع ولنا ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع عين أخرى ولأن من جاز أن يشترط

له الإمساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين إذا كان غرض المرتهن مستحقا له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وإنجاز البيع وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماح به كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه ولئن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا وموجبا قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا

فصل : إذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذي محرم أو كونها في يد المرتهن أو أجنبي على وجه لا يفضي إلى الخلوة بها مثل أن يكون لهما زوجات أو سراري أو نساء من محارمهما معهما في دارهما جاز لأنه لا يفضي إلى محرم وإن لم يكن كذلك فسد الشرط لافضائه إلى الخلوة المحرمة فلا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لأنه لا يعود إلى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده وإن كان الرهن عبدا فشرط موضعه جاز أيضا كالأمة ويحتمل أن لا يصح لأن للأمة عرفا بخلاف العبد والأول أصح فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد وإذا كان المرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضا فاستويا

القسم الثاني : الشروط الفاسدة وهو أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفي الدين من ثمنه أو لا يباع ما خيف تلفه أو بيع الرهن بأي ثمن كان أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها العقد فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود وكذلك إن شرطا الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازما في حقه أو توقيت الرهن أو أن يكون رهنا يوما ويوما لا أو كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به المرتهن أو كونه مضمونا على المرتهن أو العدل فهذه كلها فاسدة لأن منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها ما لا يقتضيه ولا هو من مصلحته وعن أحمد إذا شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن أنه يجوز في البيع قال القاضي : معناه أن يقول بعثك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهرا فيكون بيعا واجارة فهو صحيح وإن أطلق فالشرط باطل لجهلة الثمن وقال مالك : لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والأرضين وكرهه في الحيوان والثياب وكرهه في القرض

ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض فإن شرط شيئا منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فإذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضا به بدون وقيل أن شرط الرهن مؤقتا أو رهنه يوما أو يوما لا يفسد الرهن وله يفسد بسائرهما ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع ونصر أبو الخطاب في رؤوس المسائل صحته وبه قال أبو حنيفة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [لا يعلق الرهن] وهو مشروط فيه شرط فاد ولم يحكم بفساده وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجهها واحدا وما لا فعلى وجهين وهو مذهب الشافعي لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

فصل : وإن شرط أنه متى حل الحق ولم توفي فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد وروي ذلك عن ابن عمر و شريح و النخعي و مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لما روى عبد الله بن جعفر قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يعلق الرهن] رواه الأثرم قلت ل أحمد ما معنى قوله [لا يعلق الرهن] ؟ قال لا يندفع رهنا إلى رجل ويقول إن جئتك بالدرهم إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يعلق الرهن عند مالك و الثوري و أحمد وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر [أن رجلا رهن دارا بالمدينة إلى أجل مسمى فمضى الأجل فقال الذي ارتهن : منزلي فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن] ولأنه علق البيع على شرط فإنه جعله مبيعا بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح فإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن وفيه رواية أخرى أنه لا يفسد لما ذكرنا في الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رؤوس مسائله واحتج بالحديث المذكور فيقي غلق الرهن على أصله فدل على صحته ولأن الراهن قد رضي رهنه مع هذا الشرط فمنعه بطلانه أولى أن يرضى به ؟ ولنا أنه رهن بشرط فاسد فكان فاسدا كما لو شرط توقيته وليس في الخبر أنه يشرط ذلك في ابتداء لعقد

فصل : وإذا قال الغريم رهنتك عبدي هذا على أن تزيدني في الأجل كان باطلا لأن الأجل لا يثبت في الدين إلا أن يكون مشروطا في عقد قد وجب به وإذا لم يثبت الأجل لم يصح الرهن لأنه جعله في مقابلته ولأن ذلك يضاهاى ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الأجل

فصل : إذا كان له على رجل ألف فقال اقرضني ألفا بشرط أن أرهنتك عبدي هذا بألفين فنقل حنبل عن أحمد أن القرض باطل وهو مذهب الشافعي لأنه قرض يجر منفعة وهي الاستيثاق بالألف الأول وإذا بطل الرهن فإن قيل اليس لو شرط أن يعطيه رهنا بما يقترضه جاز ؟ قلنا ليس هذا قرضا جر منفعة لأن غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسألتنا شرط في هذا القرض الاستيثاق لدينه الأول فقد شرط استيثاقا لغير موجب القرض ونقل مهنا أن القرض صحيح ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفرضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الألف الأول وحده ولو كان مكان القرض بيع فقال بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنتك عبدي به وبالألف الآخر علي فالبيع باطل رواية واحدة لأن الثمن مجهول لكونه جعله ألفا ومنفعة هي وثيقة بالألف الأول وتلك المنفعة مجهولة ولأن شرط عقد الرهن بالألف الأول فلم يصح كمن لو أفردته أو كما لو باعه داره بشرط أو يبيعه الآخر داره

فصل : إذا فسد الرهن وقبضه المرتهن فلا ضمان عليه لأنه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحا مضمونا أو غير مضمون ففاسد كذلك فإن كان مؤقتا أو شرط أن يصبر المرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضمونا لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان وإن كان أرضا فغرسها قبل انقضاء الأجل فهو كغرس الغاصب لأنه غرس بغير

إذن وإن غرس بعد الأجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس بإذن لأن البيع قد تضمن الأذن وإن كان فاسدا فعلى هذا يكون مخيرا بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يلزمه بقلعه ويضمن له ما نقص فصل : إذا اشترى سلعة وشرط أن يرهنه بها شيئا من ماله أو شرط ضمينا فالبيع والشرط صحيح لأنه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافا إذا كان معلوما ومعرفة الرهن تحصل بالمشاهدة وبالصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض والضمين يعلم بالإشارة إليه ويذكر اسمه ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لأن الصفة لا تأتي عليه ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسدا لأن ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف إليه بالإطلاق ولو قال بشرط الرهن أحد هذين العبدین أو يضممني أحد هذين الرجلين لم يصح لأن الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع وهذا مذهب الشافعي وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع إليه رهنا بقدر الدين لأنه وثيقة فجاز شرطها مطلقا كالشهادة وقال أبو حنيفة : إذا قال على أن أرهنك أحد هذين العبدین جاز لأن بيعه جائز عنده

ولنا أنه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن ما في كفه ولأنه عقد يختلف في المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع وفارق الشهادة فإن لها عرفا في الشرع فحملت عليه والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع فإن الخلاف فيه واحد إذا ثبت هذا فإن المشتري إن وفى بالشرط فسلم الرهن أو ضمن عنه الضامن لزم البيع وإن أبى تسلم الرهن أو أبى الضامن أن يضمن فللبائع الخيار بين البيع وامضائه والرضا به بلا رهن ولا يضمن فإن رضي لزمه البيع وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن وقال مالك وأبو ثور : يلزم الرهن إذا شرط في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وإن وجده الحاكم دفعه إلى البائع لأن عقد البيع وقع عليه أشبه الخيار والأجل وقال القاضي : ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد وقد مضى الكلام فيه

ولنا أنه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع أو كالمكيل والموزون وإنما لزم الخيار والأجل بالشرط لأنه من توابع البيع لا ينفرد بنفسه والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولأن الخيار والأجل يثبت بالقول ولا يفتقر إلى تسليم فاكتفى في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فأما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان إذ لا يلزمه شغل ذمته ووفاء دين غيره باشتراط غيره ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزمه كما لو وعده أن يبيعه ثم امتنع ومضى لم يف للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط له صفة في الثمن فلم يف بها

فصل : ولو شرط رهنا أو ضمينا معينا فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله وإن كان ما أتى به خيرا من المشروط مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط أو بضامن أو ثق من المعين لأنه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع ولأن الغرض يختلف بالأعيان فمنها ما يسهل بيعه ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل

حفظا وبعض الذمم أملاً من بعض وأسهل فلا يلزمه قبول غير المعين كسائر العقود
 فصل : فإن تعيب الرهن أو استحال العصير خمرا قبل القبض فللبائع الخيار بين قبضه معيبا ورضاه بلا رهن فيما إذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن وإن علم بالعيب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه أرش من أجل العيب لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الأرش بدلا عنه بخلاف المبيع وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع وإن اختلفا في زمن حدوث العيب فإن كان لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين لأن اليمين إنما يراد لرفع الاحتمال وإن احتمل قوليهما معا انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب وفيه روايتان فيكون ههنا وجهان أحدهما : القول قول الراهن وهو قول أبي حنيفة و الشافعي لأن الأصل صحة العقد ولزومه والآخر : القول قول المرتهن وهو قياس قول الخرقى لأنهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه وإن اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لأنه منكر للقبض وإن كان الرهن عصيرا فاستحال خمرا واختلفا في زمن استحاله فالقول قول الراهن نص عليه أحمد وقال القاضي يخرج فيه رواية أخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف في البيع هو قول أبي حنيفة لأن الأصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف

ولنا أنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد وفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين أحدهما : أنهما اتفقا على القبض ههنا وتم اختلفا في قبض الجزء الفائت الثاني : أنهما اختلفا ههنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه
 فصل : ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم ضمانه بخلاف البيع وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحي ما ذكرناه وإن هلك الرهن في يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لأنه قد تعذر عليه رده فإن قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمنع رده بحدوث العيب فيه قلنا إنما تضمن قيمته لأن العقد لم يقع على ملكه وإنما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة أما إذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئا فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه

فصل : ولو لم يشترط رهننا في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في المبيع إلا إذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع

فصل : إذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهننا على ثمنه لم يصح قاله ابن حامد وهو قول الشافعي لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له وسواء أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه وقد روي عن أحمد أنه قال : إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهننا إلا أن يكون شرطا عليه في

نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لأنه يصح بيعه فصح رهنه وقال القاضي معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في البيع رهنا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن فإن لم يف به فسخ البيع وأما شرط رهن المبيع نفسه على ثمنه فلا يصح لوجوه أحدها : أنه غير مملوك له والثاني : أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والثالث : أن البيع يقتضي أن يكون إمساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي أن لا يكون مضمونا الرابع : أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولا ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن وهذا تناقض في الأحكام وظاهر الرواية صحة رهنه قولهم أنه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد ملكه وقولهم البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع ممنوع إنما يقتضي إيفاء الثمن مطلقا ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفى من ثمنه قولهم البيع يقتضي تسليم المبيع قبل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينفي بشرط الخيار وهذا الجواب عن باقي الوجوه فأما إن لم يشترط ذلك في البيع رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لأنه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فيصح رهنه على ثمنه وإن كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لأنه نوع تصرف أشبه البيع

فصل : قال الشيخ رحمه الله وإن اختلفا في قدر الدين أو رده أو قال أقبضتك عصيرا قال بل خمرا فالقول قول الراهن إذا اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن وبه قال النخعي و الثوري و الشافعي و البتي و أبو ثور وأصحاب الرأي وحكي عن الحسن و قتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه] رواه مسلم ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الألف فكان القول قول من ينفىها كما لو اختلفا في أصل الدين وما ذكروه من الظاهر غير مسلم فإن العادة رهن الشيء بأقل من قيمته إذا ثبت هذا فإن القول قول الراهن في قدر ما رهنه سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا فلو اتفقا على أن الدين الفان وقال الراهن إنما رهنتك بأحد الألفين وقال المرتهن إنما رهنتني بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الألفين بعينه والقول قول المنكر وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين وقال الراهن رهنته بالمؤجل وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر ولأن القول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته هذا إن لم يكن بينه فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وجها واحدا وإن اختلفا في قدر الرهن فقال رهنتك هذا العبد فقال بل هو والعبد

الآخر فالقول قول الراهن لأنه منكر ولا نعلم في هذا خلافا وإن قال رهنتك هذا العبد قال بل هذه الجارية خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بأنه لم يرهنه وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضا

فصل : وإن اختلفا في رد الرهن إلى الراهن فالقول قوله لأنه منكر والأصل معه وكذلك الحكم في المستأجر إذا ادعى رد العين المستأجرة وقال أبو الخطاب يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل فإن فيهما وجهين والفرق بينهما وبين المرتهن أن المرتهن قبض العين لينتفع بها وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لا بالعين والمضارب قبضها لنتبع بريحها لا بها وإن اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن يده أمانة ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف فقبل قوله في كالمودع فإن أتلّفها المرتهن أو تلفت بتفريطه واختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه لأنه غارم لا نعلم في ذلك خلافا

فصل : وإن قال الراهن رهنتك عصيرا قال بل خمرا فالقول قول الراهن يريد إذا كان الرهن شرط في البيع فقال الراهن رهنتك عصيرا فليس لك فسخ البيع وقال المرتهن بل رهنتني خمرا فلي فسخ البيع فالقول قول الراهن نص عليه أحمد لأنهما اختلفا فيما يفسد العقد فكان القول قول من ينفيه وقد ذكرنا ذلك

فصل : وإذا قال بعثك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبدك هذين قال بل على رهن هذا وحده فحكى القاضي فيها روايتين إحداهما : يتحالفان لأنهما اختلفا في البيع فهو كالإختلاف في الثمن والثانية : القول قول الراهن لأنه منكر لشرط رهن العبد المختلف فيه والقول قول المنكر هذا أصح

فصل : وإن قال أرسلت وكيك فرهنني عبدك هذا على عشرين وقبضها قال ما أمرته إلا بعشرة ولا قبضت إلا عشرة سئل الرسول فإن صدق الراهن فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا قبض إلا عشرة ولا يمين على الراهن لأن الدعوى على غيره فإذا حلف الوكيل برئنا جميعا وإن نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لأنه يصدق الراهن في أنه ما أخذها ولا أمره بأخذها وإنما المرتهن ظلمه وإن صدق المرتهن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه فإن نكل قضى عليه بالعشرة وتدفع إلى المرتهن وإن حلف برئ وعلى الوكيل غرامة العشرة للمرتهن لأنه يزعم أنها حق له وإنما الراهن ظلمه فإن عدم الوكيل وتعذر إحلافه فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه إلا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى لرهن بعشرة

فصل : إذا كان على رجل الفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفا وقال قضيت دين الرهن وقال المرتهن بل قضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا في نية الراهن أو في لفظه لأنه أعلم بنيته وصفة دفعه ولأنه يقول الدين الباقي بلا رهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته وإن أطلق القضاء ولم ينو شيئا فقال أبو بكر له صرفها إلي أيهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما فإن له أن يعين عن أي المالين شاء وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معا عن كل واحد نصفه لأنهما تساويا في القضاء فتساويا في وقوعه

عنهما فأما إن أبرأه المرتهن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه في الرهن ذكره أبو بكر
 فصل : إذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقهما ولم يضر إنكاره لأن الحق لهما وإن قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا في قبض المرتهن فإن أشهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لأنها شهادة الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه
 فصل : إذا كان في يد رجل عبد فقال رهنتني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعرتة فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده لأن الأصل عدم الرهن وإن قال السيد بعثك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذي ينكره ويأخذ السيد عبده وإن قال رهنتك بألف أقرضتني قال بل بعثتني بألف قبضه مني ثمنا فكذلك ويرد صاحب العبد الألف ويأخذ عبده

فصل : وإذا ادعى على رجلين فقال رهنتما بي عبدكما بديني عليكما فأنكره فالقول قولهما فإن شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته وللمرتهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهنا أو يحلف مع أحدهما ويصير نصيب الآخر رهنا وإن أقر أحدهما ثبت في حقه وحده وإن شهد المقر على المنكر قبلت شهادته لأنه لا يجلب لنفسه نفعاً ولا يدفع عنها وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال بعضهم إذا أنكرا جميعاً ففي شهادتهما نظر لأن المشهود له يدعى أن كل واحد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن ومتى طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم له قلنا هذا لا يصح فإن إنكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه وإن كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو يحلقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره ولذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وإن كان أحدهما كاذباً ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في أحدهما

فصل : وإذا ادعى رجلان على رجل أنه رهنتما عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون صاحبي فأنكرهما فالقول قوله وإن أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم إلى من صدقه وحلف للآخر وإن قال لا أعلم المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو في يده منهما مع يمينه وإن كان في أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهنا عنده وإن كان في يد غيرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعى ملكه وإن قال رهنته عند أحدهما ثم رهنته عند الآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك وإن قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم إليه وحلف الآخر وإن نكل والعبد في يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فإنه يسلم إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو وإن نكل والعبد في يد الثاني أقر في يده وغرم قيمته للأول لأنه أقر له بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له به فلزمته قيمته كما قلنا وقال القاضي إذا اعترف لغير من هو في يده فهل يرجع صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين ولو اعترف لأحدهما وهو في أيديهما ثبتت يد المقر له في النصف وفي النصف الآخر وجهان

[جزء 4 - صفحة 472]

وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه فالحكم في ذلك كما لو أعتقه بعد
رهنه
مسألة : وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه فالحكم في ذلك كما لو
أعتقه بعد رهنه
على ما ذكرنا من الخلاف لأن كل من صح منه إنشاء عقد صح منه الإقرار به ولا
يقبل قوله في تقديم عتقه لأنه يسقط حق المرتهن من عوضه فعلى هذا تؤخذ
منه قيمته فتجعل رهنا مكانه إن كان موسرا لأنه فوته على الراهن بإقراره فهو
كما لو أعتقه وإن كان معسرا فالحكم فيه كما ذكرنا

[جزء 4 - صفحة 473]

وإن أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبه قبل على نفسه ولم يقبل على
المرتهن إلا أن يصدقه
مسألة : وإن أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبه قبل على نفسه ولم يقبل
على المرتهن إلا أن يصدقه
وجملته أنه إذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه فكذب المرتهن وولي
الجناية لم يسمع قوله وإن صدقه ولي الجناية وحده قبل إقراره على نفسه
دون المرتهن ويلزمه أرش الجناية لأنه حال بين المجني عليه وبين رقبة الجاني
بفعله فأشبه ما لو جنى عليه وإن كان معسرا فمتى انفك الرهن كان المجني
عليه أحق برقبته وعلى المرتهن أنه لا يعلم ذلك فإن نكل قضي عليه وفيه وجه
آخر أنه يقبل إقرار الراهن لأنه غير متهم لكونه تغريما يخرج الرهن من ملكه
وعليه اليمين لأنه يبطل بإقراره حق المرتهن فيه فإن أقر أنه غصبه لم يقبل
على المرتهن لأن إقرار غيره لا يقبل في حقه فعلى هذا لا يخرج من الرهن ولا
يزول شيء من أحكام الرهن ويلزمه قيمته للمغصوب منه لأنه حال بينه وبينه
برهنه وكذلك لا يقبل إقراره على المرتهن ببيع ولا هبة لما ذكرنا فإن صدقة
المرتهن في ذلك بطل أرهن لاعترافه بما يبطله فإذا انفك أخذ الراهن بإقراره
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه وإذا كان الرهن مركوبا أو مخلوبا فللمرتهن
أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحريا للعدل في ذلك
وجملة ذلك أن الرهن ينقسم إلى قسمين : حيوان وغيره والحيوان نوعان
أحدهما : أن يكون مركوبا أو مخلوبا فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب
بقدر نفقته متحريا للعدل في ذلك نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم و
أحمد بن القاسم واختاره الخرقى وهو قول إسحاق وسواء انفق مع تعذر
النفقة من الراهن لغيبة أو امتناع أو مع القدرة على أخذ النفقة منه واستئذانه

وعن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء وهذا قول أبي حنيفة و مالك و الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه] ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن ولنا ما روى البخاري بإسناده عن أبي هريرة قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونا والدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة] فجعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع فإن قيل المراد به الرهن ينفق وينتفع قلنا لا يصح لوجهين أحدهما : أنه قد روي في بعض الألفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولأن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع الثاني : أن قوله بنفقته يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة وإنما ذلك في حق المرتهن أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر ولأن نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منفعته فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتا من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الإنفاق عليها والحديث نقول به والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته لثبوت يده عليه وولايته وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع فإن أنفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

فصل : النوع الثاني : الحيوان غير المركوب والمحلوب كالعبد والأمة فليس للمرتهن أن ينفق ويستخدمه بقدر نفقته في ظاهر المذهب كره القاضي ونص عليه أحمد في رواية الأثرم قال : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يرهن فيستخدمه فقال : الرهن لا ينتفع منه بشيء إلا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف قلت له : فإن كان الركوب واللبن أكثر ؟ قال : لا إلا بقدر ونقل حنبل عن أحمد أن له استخدام العبد أيضا وبه قال أبو ثور إذا امتنع المالك من الإنفاق عليه وقال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع فإن القياس أنه لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للأثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس القسم الثاني : ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه لا يجوز للمرتهن الانتفاع بغير إذن الراهن لا نعلم في ذلك خلافا لأن الرهن ملك الراهن فكذلك نماءه فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الراهن من قرض لم يجز لأنه يصير قرضا جر منفعة وذلك حرام قال أحمد : أكره قرض الدور وهو الربا المحض يعني إذا كانت رهنا في قرض ينتفع بها المرتهن وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فإن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك وقد روي عن الحسن و ابن سيرين وهو قول إسحاق فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل إن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض إنما انتفع بالإجارة وإن حاباه فهو كالانتفاع بغير عوض يجوز في غير القرض ومتى استأجرها أو استعارها المرتهن فظاهر كلام أحمد أنها تخرج عن كونها رهنا فمتى انقضت الإجارة أو العارية عاد الرهن بحاله قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب قال

أحمد إذا كان الرهن دارا فقال المرتهن اسكنها بكرائها وهي وثيقة بحقي تنتقل فتصير دينا وتتحول عن الرهن وكذلك إن أكرها للراهن وقال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن دارا ثم أكرها لصاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت صارت رهنا قال شيخنا : والأولى أنها لا يخرج من الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها لأن القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكنها كما في رواية ابن منصور لأنها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضمونا عليه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه ومبنى ذلك على العارية هل هي مضمونة أم لا ؟ وسيأتي ذلك

[جزء 4 - صفحة 477]

وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فهو متبرع مسألة : وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فهو متبرع إذا أنفق على الحيوان متبرعا لم يجز بشيء لأنه تصدق به فلم يرجع بعوضه كالصدقة على مسكين وإن نوى الرجوع على المالك وكان ذلك بإذن المالك رجع عنه لأنه ناب عنه في الإنفاق بإذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك

وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين مسألة : وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين مفهوم كلامه ههنا أنه متى قدر على استئذان المالك فلم يستأذنه أن يكون متبرعا لا يرجع بشيء وكذلك ذكره أبو الخطاب لأنه مفطر في ترك استئذانه مع القدرة عليه فلم يرجع كما لو عمر داره بغير إذنه وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم ففيه روايتان إحداهما : أنه متبرع لأنه لم يستأذن مالكة ولا من يقوم مقامه أشبه ما لو كاهن المالك حاضرا فلم يستأذنه والثانية : يرجع عليه لأنه أنفق عليه عند العجز عن استئذانه أشبه ما لو عجز عن استئذانه الحاكم وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون وقال شيخنا فيمن أنفق بغير إذن الراهن بينة الرجوع مع إمكانه أنه يخرج على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه وهذا أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم

[جزء 4 - صفحة 478]

وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمال إذا هرب الجمال وتركها في يد
المكتري
مسألة : وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمال إذا هرب الجمال وتركها
في يد المكتري لأنها أمانة فأشبهت الرهن

وإن انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن لم يجز به رواية واحدة
مسألة : وإن انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن لم يرجع به رواية
واحدة
وليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب
عنه فيما لا يلزمه فإن فعل كان متبرعا كالأجنبي بخلاف نفقة الحيوان فإنها
تجب على مالكه لحرمة في نفسه وكذلك كفن العبد إذا مات يجب على سيده
فصل : قال الشيخ : إذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته
وللسيد فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو بيعه في الجناية أو يسلمه إلى
ولي الجناية فيملكه وعنه إن اختار فداءه لزمه جميع الأرش
وجملة ذلك أن العبد المرهون إذا جنى على إنسان أو على ماله تعلقت الجناية
برقبته وقدمت على حق المرتهن بغير خلاف علمناه لأنها مقدمة على حق
المالك والمملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن فإن قيل فحق
المرتهن أيضا يقدم على حق المالك قلنا حق المرتهن ثبت من جهة المالك
بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقدم على ما ثبت
بعقده ولأن حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط
بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى فإن كانت جنايته موجبة
للقصاص في النفس فلولي الجناية استيفاؤه فإن اقتصر سقط الرهن كما لو
تلف وإن كانت في طرف اقتصر منه وبقي الرهن في باقيه وإن عفى على مال
تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد أنت مخير بين
فدائه وبين تسليمه للبيع فإن اختار فداره بأقل الأمرين من قيمته أو أرش
الجناية في أصح الروايتين لأنه إن كان الأرش أقل المجني عليه لا يستحق أكثر
من أرش جنايته وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لأن ما يدفعه عوض
عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه والثانية : يفديه بأرش الجناية
بالغا لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته

[جزء 4 - صفحة 479]

فإن فهو رهن بحاله وإن سلمه بطل الرهن
مسألة : فإن فهو رهن بحاله وإن سلمه بطل الرهن

إذا فداه الراهن فهو رهن بحاله لأن حق المرتهن قائم لوجود سببه وإنما قدم حق المجني عليه لقوته فإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرتهن في تركة المفلس إذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر وهذا مذهب الشافعي وإن سلمه بطل الرهن لفوات محله فهو كما تلف

[جزء 4 - صفحة 480]

فإن لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن وقيل يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهنا
مسألة : فإن لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن وقيل يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهنا
إذا لم يستغرق أرش الجناية قيمة الرهن بيع منه بقدر الأرش وباقيه رهن لأن بيعه إنما جاز ضرورة إيفاء الحق فإما اندفعت الضرورة ببيع البعض لم يجز بيع ما بقي لعدم الضرورة فيه فإن تعذر بيع بعضه بيع كله للضرورة المقتضية لبيعه ويكون باقي ثمنه رهنا لعدم الجناية به وقال أبو الخطاب : هل يباع منه بقدر الجناية أو يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهنا ؟ على وجهين أحدهما : يباع بعضه خاصة لما ذكرنا والثاني : يباع جميعه لأن بيع البعض يستقبض له وهو عيب بنقص به الثمن وذلك يضر المالك والمرتهن وقد [قال صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار]

فإن اختار المرتهن فداءه ففداه بإذن الراهن رجع به وإن فداه بغير إذنه فهل يرجع به ؟ على روايتين
مسألة : فإن اختار المرتهن فداءه ففداه بإذن الراهن رجع به وإن فداه بغير إذنه فهل يرجع به ؟ على روايتين
إذا امتنع الراهن من فداء الجاني فالمرتهن مخير بين فدائه وتسليمه فإن اختار فداءه فبكم يفديه ؟ يخرج على روايتين فيما يفديه به الراهن فإن فداه بإذن الراهن رجع به عليه كما لو قضى دينه بإذنه وإن فداره متبرعا لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه فإن زاد على الفداء الواجب لم يرجع به وجهها واحدا ومذهب الشافعي كما ذكرنا إلى أنه لا يرجع بما فداه بغير إذنه وجهها واحدا وإن شرط له الراهن الرجوع رجع قولاً واحداً وإن قضاه بإذنه من يفر شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر فيما بعد وإن فداه وشرط أن يكون رهنا بالفداء مع الدين الأول فقال القاضي : يجوز ذلك لأن المجني عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والزيادة في الرهن قبل لزومه جائزة ولأن أرش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن وفيه وجه آخر أنه لا يجوز لأن العبد رهن بدين فلم يجز رهنه بدين سواء كما لو رهنه بدين غير هذا

وذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جنابة الرهن على المرتهن فإن فداه لم يجزع بالفداء وإن فداه الراهن وبيع في الجنابة سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في أن الرهن من ضمان المرتهن وقد ذكرنا ذلك فصل : فإن كانت الجنابة على سيد العبد فلا يخلو من حالين أحدهما : أن تكون غير موجبة للقود كجنابة الخطأ وإتلاف مال فيكون هدرا لأن العبد مال سيده فلا يثبت له مال في ماله الثاني : أن يكون موجبة للقود فلا يخلو أن تكون على النفس أو على ما دونها فإن كانت على ما دون النفس فالحق للسيد فإن عفى على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا وكذلك إن عفا على غير مال وإن أراد أن يقتص فله ذلك لأن السيد لا يملك الجنابة على عبده فيثبت له ذلك بجنابته عليه كالأجنبي ولأن القصاص يجب للزجر والحاجة داعية إلى زجره عن سيده فإن اقتص فعليه قيمته تكون رهنا مكانه أو قضاء عن الدين لأنه أخرج عن الرهن باختياره فكان عليه بدله كما لو أعتقه ويحتمل أن لا يجب عليه شيء لأنه اقتص بإذنه فكانه اقتص بإذن الشارع فلم يلزمه شيء كالأجنبي وكذلك إن كانت الجنابة على النفس فاقتص الورثة فهل تجب عليهم القيمة ؟ يخرج على ما ذكرنا وليس للورثة العفو على مال لما ذكرنا في السيد لأنهم يقومون مقام الموروث وذكر القاضي وجها آخر أن لهم ذلك لأن الجنابة في ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على أجنبي وللشافعي قولان كوجهين فإن عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغر العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

فصل : فإن جنى المرهون على عبد سيده لم يخل من حالين أحدهما : أن لا يكون مرهونا فحكمه حكم الجنابة على طرف سيده له القصاص إن كانت جنابته موجبة له فإن عفا على مال أو غيره كانت الجنابة لا توجب القصاص ذهبت هدرا وسواء كان المجني عليه قلنا أو مدبرا أو أم ولد الحال الثاني : أن يكون رهنا فلا يخلو إما أن يكون رهنا عند مرتهن القاتل أو غيره فإن كان عند مرتهن القاتل والجنابة موجبة للقصاص فللسيد القصاص فإن اقتص بطل الرهن في المجني عليه وعليه قيمة المقتص منه ويحتمل أن لا يجب لأنه اقتص بإذن الشارع فإن عفا على مال أو كانت الجنابة موجبة للمال وكان رهنا بحق واحد فجنابته هدر لأن الحق بتعلق بكل واحد منهما فإذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقا بالآخر وإن كان كل واحد منهما رهنا بحق منفرد ففيه أربع مسائل :

إحداها : أن يكون الحقان سواء وقيمتها سواء فتكون الجنابة هدرا سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر بدراهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لأنه لا فائدة في اعتبار الجنابة المسألة الثانية : أن يختلف الحقان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة فإن كان دين القاتل أكثر لم ينقل إلى دين المقتول لعدم الغرض فيه وإن كان دين المقتول أكثر نقل إلى القاتل لأن المرتهن غرضا في ذلك وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهنا مكان المقتول أو ينقل بحاله ؟ على وجهين : أحدهما : لا يباع لأنه لا فائدة فيه والثاني

: يباع لأنه ربما زاد فيه من يبلغه أكثر من ثمنه فإن عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك

المسألة الثالثة : أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله وإن كانت قيمة الجاني أكثر يبع منه بقدر جنايته تكون رهنا بدين المدين عليه والباقي رهن بدينه وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين إليه صار مرهونا بهما فإن حل أحد الدينين يبع بكل حال أه إن كان دينه المعجل يبع ليستوفي من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر وإن كان المعجل الآخر يبع ليستوفي منه بقدره والباقي رهن بدينه

المسألة الرابعة : أن يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كان دين المقتول أكثر نقل إليه وإلا فلا

فصل : فإن كان المجني عليه رهنا عند غير مرتتهن القاتل فللسيد القصاص لأنه مقدم على حق المرتتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فإن اقتض بطل الرهن في المدين عليه لأن الجناية عليه لم توجب ما لا تجعل رهنا مكانه وعليه قيمة المقتص منه يكون رهنا لأنه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره ويحتمل أن لا تجب لما ذكرنا وللسيد العفو على مال فتصير كالجناية الموجبة للمال فيثبت المال في رقبة العبد لأن السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتتهن فبأن يثبت على عبده أولى فإن كان الأرش لا يستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهنا عند مرتتهن المجني عليه وباقيه رهن عند مرتتهن وإن لم يكن يبع بعضه يبع جميعه وقسمة ثمنه بينهما على حسب ذلك يكون رهنا وإن كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجله رهنا عند الآخر ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب في شرائه راغب بأكثر من قيمته فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتتهن وهذا قول الشافعي

فصل : فإن كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص إن كانت موجبة له والعفو على مال غيره وإن كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فإن انتقل ذلك إلى السيد بموت المستحق فله ما لموروثه من القصاص والعفو على مال لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها ما لا يثبت في الابتداء وإن كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيدته وله أن يقتص فيما يوجب القصاص وإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان أحدهما : يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الجناية على غيره فأشبهت الجناية على ما دون النفس والثاني : لا يثبت له مال في عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبي ثور لأنه حق ثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه وأصل الوجهين في وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل إلى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء ؟ على وجهين وكل موضع ثبت له المال في رقبة عبده فإنه يقدم على الرهن لأنه يثبت للموروث بهذا الصفة فينتقل إلى وارثه كذلك فإن اقتص في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لأنه

إذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص أولى ولأن القصاص ثبت للموروث مقدما على حق المرتهن فكذلك في حق وارثه فإن كانت الجناية على مكاتب السيد هي كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرناه فصل : فإن جنى العبد المرهون بإذن سيده وكان ممن يعلم تحرم الجناية وإنه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير إذنه وإن كان صبيا أو أعجميا لا يعلم ذلك فالجاني هو السيد يتعلق به موجب الجناية ولا يباع العبد فيها موسرا كان أو معسرا كما لو باشر السيد الجناية وقال القاضي فيه وجه أن العبد يباع مع اعسار السيد لأن العبد باشر الجناية والصحيح الأول لأن العبد آلة فلو تعلقت الجناية به يبع مع اليسار وحكم إقرار العبد بالجناية حكم إقرار غير المرهون على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى

[جزء 4 - صفحة 485]

وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه مسألة : وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه إذا جنى على الرهن فالخصم في ذلك السيد لأنه المالك والأرش الواجب بالجناية ملكه وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستاجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره فإن ترك المطالبة أو أخرها أو كان غائبا أو له عذر يمنعه منها فللمرتهن بها لأن حقه متعلق بموجبها فكان له المطالبة به كما لو كان الجاني سيده ثم إن كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لأنه حق له وإنما يثبت ليستوفي فإن اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهنا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول إسحاق ويتخرج أن لا يجب عليه بشيء وهو مذهب الشافعي لأنه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مال ووجه الأول أنه أتلف مالا استحق بسبب إتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال هكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون وإنما أوجبنا أقل القيمتين لأن حق المرتهن إنما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين لأن الرهن كان أقل لم يجب أكثر من قيمته وإن كان الجاني أقل قيمة لم يجب أكثر من قيمته لأنها التي أتلفها بالقصاص وإن عفا على مال صح عفوهُ ووجب أقل القيمتين لما ذكرنا هذا إذا كان القصاص قتلا وإن كان جرحا أو قلع سن أو نحوه فالواجب بالعفو أقل الأمرين من أرش الجرح أو قيمة الجاني لما ذكرنا وإن عفا مطلقا انبنى على موجب العمد ما هو ؟ فإن قلنا موجب أحد شيئين ثبت المال وإن قلنا موجب القصاص عينا فحكمه كما لو اقتص أو قلنا ثم تجب القيمة على الراهن وجب هنا وهو اختيار أبي الخطاب لأنه فوت بدل الرهن بعفوه أشبه مالهو اقتص وإن قلنا لا تجب على الراهن ثم لم تبج ههنا وهو

قول القاضي ومذهب الشافعي لأنه اكتساب مال فلا يجبر عليه وكذلك إن عفا على غير مال

[جزء 4 - صفحة 486]

وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته
مسألة : وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته وقد ذكرنا ذلك

[جزء 4 - صفحة 468]

وإن عفا السيد على مال أو كانت موجبة للمال فاقتص منه جعل مكانه
مسألة : وإن عفا السيد على مال أو كانت موجبة للمال فاقتص منه جعل مكانه
أما إذا كانت الجناية موجبة للمال أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة
للقصاص فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويجب م غالب نقد البلد كقيم
المتلفات فلو أراد الراهن أن يصلح عنها ويأخذ عوضا عنها لم يجز إلا بإذن
المرتهن فإن أذن جاز لأن الحق لهما وما قبض من شيء فهو رهن بدلا عن
الأول وقائما مقامه

[جزء 4 - صفحة 487]

وإن عفا السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن فإذا انفك
الرهن رد إلى الجاني وقال أبو الخطاب يصح وعليه قيمته
مسألة : وإن عفا السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن فإذا
انفك الرهن رد إلى الجاني وقال أبو الخطاب يصح وعليه قيمته
إذا عفا السيد عن المال قال القاضي يسقط حق الراهن دون المرتهن فتؤخذ
القيمة من الجاني تكون رهنا فإذا زال الرهن رجع الأرش إلى الجاني كما لو أقر
أن الرهن مغصوب أو جان فإن استوفى الدين من الأرش احتمل أن لا يرجع
الجاني على العافي لأن ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو
استعاره فرهنه واحتمل أن لا يرجع عليه لأنه لم يوجد منه في حق الجاني ما
يقتضي وجوب الضمان وإنما استوفى بسبب منه حال ملكه له فأشبه ما لو
جنى انسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلغ بالجناية السابقة وقال أبو الخطاب
: يضمن العفو مطلقا ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنا لأنه أسقط دينه عن
غريمه فصح كسائر ديونه قال : ولا يمكن كونه رهنا مع تقدم حق الراهن فيه

ولزمته القيمة لتقوية حق المرتهن كما لو ائلف بدل الرهن وقال الشافعي : لا يصح العفو أصلا لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفا عن غاصبه قال شيخنا : وهذا أصح في النظر فإن قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك يسقط لأنه ينفع الراهن ولا يضره وإن قال سقطت الأرش أو أبرأت منه لم يسقط لأنه ملك للراهن فلا يسقط بإسقاط يغر وهل يسقط حقه ؟ فيه وجهان أحدهما : يسقط وهو قول القاضي لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه وإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن والثاني : لا يسقط لأن العفو والإبراء منه لا يصح فلم يصح ما يضمنه

فصل : وإن أقر رجل بالجنابة على الرهن فكذبا فلا شيء لهما وإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الأرش ولا حق للمرتهن فيه وإن صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالأرش وله قبضه فإذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الأرش إلى الجاني ولا شيء للراهن فيه وإن استوفى حقه من الأرش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لأنه مقر له باستحقاقه

فصل : ولو كان الرهن أمة حاملا فضرب بطنها أجنبى فألقت جنينا ميتا ففيه عشر قيمة أمه وإن ألقته حيا ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة لأنه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة لأنه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصها أو ضمان جنينها لأن سبب ضمانها وجد فإذا لم يجتمع ضمانها وجب ضمان أكثرهما وإن ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتا ففيه ما نقصتها الجنابة لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الأمر وقال الشافعي : ما وجب لنقص الأم أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الأمة فليس برهن ولنا أنه ضمان وجد بسبب الجنابة على الراهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وولد البهيمة

[جزء 4 - صفحة 489]

وإن وطئ المرتهن الجارية بغير إذن الراهن فعليه الحد والمهر وولده رقيق مسألة : وإن وطئ المرتهن الجارية بغير إذن الراهن فعليه الحد والمهر وولده رقيق

لا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعا لقول الله تعالى : { إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم } وليست هذه زوجته ولا ملكه فإن فعل بغير إذن الراهن عالما بالتحريم فعليه الحد لأنه لا شبه له فيه فإن الرهن وثيقة بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطاء ولأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى ويجب عليه المهر سواء أكرهها أو طاوعته وقال الشافعي لا يجب المهر مع المطاوعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي ولأن

الحد إذا وجب على الموطأة لم يجب المهر كالحره ولنا أن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الأمة وإذنها كما لو أذنت في قطع يدها ولأنه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير إذنه فكان عليه عوضها كما لو أكرهها وكأرش بكارتها لو كانت بكرًا والحديث مخصوص بالمكرهه على البغاء فإن الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهه فقال : { ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصن } وقولهم لا يجب الحد والمهر قلنا لا يجب المهر لها وفي مسألتنا لا يجب لها وإنما يجب لسيدها ويفارق الحره فإن المهر لو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقها بإذنها وههنا المستحق لم يأذن ولأن الوجوب في حق الحره تعلق باكرهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط بإذنه ينبغي أن يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقدا للحل أو غير معتقد له أو ادعى بشبهة أو لم يدعها لا يسقط المهر بشيء من ذلك لأنه حق آدمي فلا يسقط بالشبهات وولده رقيق للراهن لأنه من زنا ولأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبهه الأجنبي

[جزء 4 - صفحة 490]

وإن وطئها بإذن الراهن وادعى الجهالة وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته
مسألة : وإن وطئها بإذن الراهن وادعى الجهالة وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته
وجملة ذلك أن المرتهن إذا وطئها بإذن الراهن وادعى الجهالة بالتحريم فإن احتمل صدقة لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالإسلام فلا حد عليه وولده حر لأنه وطئها معتقدا بإباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته وإن لم يحتمل صدقة كالناشئ ببلاد المسلمين مختلطا بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لأنه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل فيكون ولده رقيقا للراهن لأنه من زنا ومضى كان الوطاء بإذن الراهن لم يجب عليه قيمة الولد وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأن الإذن في الوطاء إذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطاء فحملت سقط حقه من الراهن وكما لو أذن في قطع أصبع لم يضمنها وكالحره إذا أذنت في وطئها سقط عنه الضمان وفيه قول أن قيمة الولد تجب وإن أذن الراهن في الوطاء وهو منصوص الشافعي لأن وجوب الضمان يمنع اتخاذ الولد رقيقا ويشيع اعتقاد الحل وما حصل ذلك بإذنه بخلاف وطاء الراهن فإن خروجها من الرهن بالحمل الذي سببه الوطاء المأذون فيه ولا يجب المهر إذا كان الوطاء بإذن الراهن وقال أبو حنيفة يجب وعن الشافعية كالمذهبيين
ولنا أنه أذن في سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ولأن المالك أذن في استيفاء المنفعة فلم يجب عوضها كالحره المطاوعة وولده حر للشبهة وقد ذكرناه ولا تصير هذه الأمة أم ولد بحال سواء ملكها المرتهن بعد الوضع أو قبله

وسواء حكمنا برق الولد أو حرثته وفيه وجه آخر أنه إذا ملكها حاملا إنها أم ولد
وسنذكر ذلك في أمهات الأولاد
فصل : قال عبد الله بن أحمد : سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف
أصحابها ولا من رهن عنده قال : إذا ابست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى
أن تباع ويتصدق بثمنها فإن عرف بعد إربابها خيرهم بين الأجر أن يغرم لهم هذا
الذي أذهب إليه وقال أبو الحارث عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين
الكثير يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل فظاهر هذا أنه يستوفي حقه
ونقل أبو طالب لا يستوفي حقه من ثمنه ولكن إن جاء صاحبه بعد فطلبه
أعطاه إياه وطلب منه حقه وأما إن رفع أمره إلى الحاكم فباعه ووفاه حقه منه
جاز ذلك

[جزء 4 - صفحة 492]

باب الحجر

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرم حجرا قال الله تعالى :
{ ويقولون حجرا محجورا } أي حراما محرما ويسمى العقل حجرا قال الله
تعالى : هل في ذلك قسم لذي حجر ؟ أي عقل سمي حجرا لأنه يمنع صاحبه
من ارتكاب ما يقبح وهو في الشرع منع الإنسان من التصرف في ماله

وهو على ضربين حجر على الإنسان لحظ نفسه وحجر لحق غيره
مسألة : وهو على ضربين حجر على الإنسان لحظ نفسه وحجر لحق غيره
كالحجر على المريض في التبرع بما زاد على الثلث لحق الورثة وعلى العبد
والمكاتب لحق السيد والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن
ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها ومن ذلك الحجر على المفلس لحق الغرماء وهو
المذكور ههنا والمفلس هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما [قال
النبى صلى الله عليه وسلم لأصحابه : أتدرون من المفلس ؟ قالوا : يا رسول
الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال : ليس ذلك المفلس ولكن
المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ضرب هذا
ولطم هذا وأكل مال هذا وأخذ من عرض هذا ف يأخذ هذا من حسناته وهذا من
حسناته فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى
النار] أخرجه مسلم معناه فقولهم ذلك اخبار عن حقيقة المفلس وقول النبى
صلى الله عليه وسلم [ليس ذلك المفلس] تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل
أراد أن فليس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغني
ونحو ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : [ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد
الذي يغلب نفسه عند الغضب] وقوله [ليس الغني عن كثرة العرض إنما
الغني غني النفس] ومنه قول الشاعر :

(ليس من مات فاستراح بميت ... إنما الميت ميت الأحياء)
 قيل إنما سمي هذا مفلسا لأنه لا مال له إلا المفلس وهي أدنى أنواع المال
 والمفلس في عرف الفقهاء من دينه أكثر من ماله وسموه مفلسا وإن كان ذا
 مال مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم وقد دل عليه تفسير النبي
 صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال
 لكنها لا تفي بما فيه فقسمت بين الغرماء وبقي لا شيء له يجوز أن يكون
 سمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه ويجوز أن يكون سمي
 بذلك لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به
 كالفلوس

[جزء 4 - صفحة 494]

ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله
 مسألة : ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله لأنه لا يلزمه أدائه ولم
 يحجر معليه من أجله لأنه لا يستحق المطالبة به فلم يجز منعه من التصرف في
 ماله بسببه فإن كان بعض دينه مؤجلا وبعضه حالا وكان ماله يفي بالحال لم
 يحجر عليه أيضا وقال بعض أصحاب الشافعي إن ظهرت أمارات الفليس لكونه
 ماله بازاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله حجر عليه في أحد الوجهين لأن الظاهر
 أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصا ولنا أن ماله واف بما يلزمه
 أدائه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفليس ولأن الغرماء لا يمكنه
 طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر

فإن أراد سفرا يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل
 مسألة : فإن أراد سفرا يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه إلا أن يوثقه برهن
 أو كفيل
 وجملة ذلك أن المدين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فإن كان محل
 الدين قبل محل قدومه من السفر كمن يسافر إلى الحج لا يقدم إلا في صفر
 ودينه يحل في المحرم فله منعه من السفر لأن عليه ضررا في تأخير حقه عن
 محله فإن أقام ضميئا مليئا أو دفع رهنا يفي بادين عند المحل فله السفر لزوال
 الضرر بذلك

فإن كان لا يحل الدين قبله ففي منعه روايتان
 مسألة : فإن كان لا يحل الدين قبله ففي منعه روايتان
 أما إذا كان الدين لا يحل إلا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع
 وقدومه في صفر فإن كان سفره إلى الجهاد فلغريمه منعه إلا بضمين أو رهن

لأنه سفر يتعرض فيه لذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق وإن كان لغير الجهاد فليس له منعه في إحدى الروايتين وهو ظاهر كلام الخرقى لأن هذا السفر ليس بإمارة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسعي إلى الجمعة والثانية : له منعه لأن قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر فملك منعه منه كأول وقال الشافعي : ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل إذا كان الدين مؤجلاً بحال سواء كان الدين يحل قبل محل سفره أو لا إلى الجهاد أو إلى غيره لأنه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه إذا لم يوثقه برهن أو كفيل كالسفر بعد حلول الحق ولأنه لا يملك تأخير الدين عن محله وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملك كحجره

[جزء 4 - صفحة 495]

وإذا كان حالا وله ما يفي به لم يحجر عليه
مسألة : وإذا كان حالا وله ما يفي به لم يحجر عليه
لعدم الحاجة إلى ذلك ويأمره بوفائه فإن أبى حبسه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [لي الواجد يحل عرضه وعقوبته] رواه أحمد فعقوبته حبسه وعرضه أن يغلط له فيقال له يا ظالم يا معتدي ونحو ذلك

فإن أصر باعه الحاكم وقضى دينه
مسألة : فإن أصر باعه الحاكم وقضى دينه
وجملة أن الغريم إذا حبس فصبر على الحبس ولم يقض الدين قضى الحاكم دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه وقضى دينه وهذا مذهب الشافعي وأبي يوسف و محمد وقال أبو حنيفة ليس للحاكم بيع ماله لكنه يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه فإن امتنع لم يبيعه الحاكم وإنما يحسه لبيع نفسه إلا أن يكون عليه أحد النقدين وما له من النقد الآخر فيدفع أحد النقدين عن الآخر لأنه رشيد لا ولاية عليه فلم يجز بيع ماله بغير إذنه كالذي لا دين عليه

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ما له في دينه رواه الخلال بإسناده وروي عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس فقال : إلا أن أسيف جبهة قد رضي من يده وأمانته بان يقال سبق الحاج فادان معرضاً فاصبح وقد ربن به فمن كان له عليه ما فليحضر غداً فأنا بأتعو ماله وقاسموه بين غرمائه ولأنه محجوز عليه محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفينة ولأنه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأثمان وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير

[جزء 4 - صفحة 496]

وإن ادعى الاعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم البينة على نفاذ ماله أو إعساره وهل يحلف معها؟ على وجهين وإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله
 مسألة: وإن ادعى الاعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم البينة على نفاذ ماله أو إعساره وهل يحلف معها؟ على وجهين وإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله
 وجملة ذلك أن من وجب عليه دين حال فطولب به فلم يؤده فإن كان في يده مال ظاهر أمره الحاكم بالقضاء وإن لم يظهر له مال فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم يجز ملازمته لقول الله تعالى: { وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة } ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لغرماء الذي كثر دينه [خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك] ولأن الحبس أما أن يكون لإثبات عسرتة أو لقضاء دينه وعسرتة ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس فإن كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف فإن عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع يمينه فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة باعساره قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين منهم مالك و الشافعي و أبو عبيد و النعمان و سوار و عبد الله بن الحسن و روي عن شريح و الشعبي وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس وبه قال عبد الله بن أبي جعفر و الليث بن

سعد

ولنا أن الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فإن شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لان التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم وإن طلب الغريم احلافه على ذلك لم يجب إليه لأنه تكذيب للبينة وإن شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفى بشهادتهما وثبتت عسرتة وإن لم تشهد إلا بالتلف وطلب الغريم يمينه على عسرتة وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لأنه غير ما شهدت به البينة وإن لم تشهد بالتلف وإنما شهدت بالاعسار لم تقبل الشهادة إلا من ذي خبرة باطنة لأن هذا في الأمور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب إلا أهل الخبرة والمخالطة وهذا مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه قال لا تسمه البينة على الاعسار لأنها شهادة على النفي فلم تسمع كما لو شهدت أنه لا دين عليه
 ولنا ما [روى قبيصة بن المخارق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيب ثم يمسك ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش - أو قال - سدادا من عيش ورجل أصابته فاقة

حتى يقول ثلاثة من أهل الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش - أو قال - سدادا من عيش [رواه مسلم و أبو داود وقولهم إن الشهادة على النفي لا تقبل قلنا لا ترد مطلقا فإنه لو شهدت بينة أن هذا وارث هذا الميت لا وارث له سواء قبلت ولأن هذه وإن كانت تضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حق له فإن هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها إلى معرفته بخلاف مسألتنا وتسمع البينة في الحال وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا تسمع في الحال وتحبس شهرا وقيل ثلاثة أشهر وروي أربعة حتى تغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره ولنا أن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات وما ذكره لو كان صحيحا لأغنى عن البينة فإن قال الغريم أحلفوه لي مع بينته أن لا مال لم يستحلف في ظاهر كلام أحمد لأنه قال في رواية إبراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه لا يستحلف لأن ظاهر الحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر قال القاضي سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار وهذا أحد قولي الشافعي لأنها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده وفيه وجه آخر أنه يستحلف وهو القول الثاني للشافعي لأنه يحتمل أن يكون له مال خفي عن البينة قال شيخنا : ويصح عندي الزامه اليمين على الاعسار إذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما إذا شهدت بالاعسار لأنها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمة بتلف ذلك المال ادعى له مالا سواه أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى أن له مالا سواه لزمته اليمين فكذلك إذا قامت به البينة فإنها لا تزيد على الاقرار فإن كان الحق ثبت عليه في غير مقابلة مال أخذه كإرش الجنابة وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كانت امرأة فإن لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلي سبيله وهذا قول الشافعي وابن المنذر وإنما اكتفينا بيمينه لأن الأصل عدم المال وقد [روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء لا تياسا من الرزق ما اهترت رؤوسكما فإن ابن آدم يخلق وليس له إلا قشرتا ثم يبرزه الله تعالى] قال ابن المنذر : الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والأصل عدم ماله بخلاف من علم له مال فإن الأصل بقاء ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه ومطلق كلام الخرقى يدل على أنه يحبس في الحالين لكنه ينبغي أن يحمل كلامه على هذا القيام الدليل على الفرق فصل : ومتى ثبت اعساره عند الحاكم لم يجز مطالبته ولا ملازمته وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعه من الكسب فإذا رجع إلى بيته فأذن لهم في الدخول معه وإلا منعه من الدخول لقول النبي صلى الله عليه وسلم [لصاحب الحق اليد واللسان] ولنا أن ليس له لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كصاحب الدين المؤجل وقول الله تعالى : { فنظرة إلى ميسرة } ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قال ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الغرماء

الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه [خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك]
رواه مسلم و الترمذي

[جزء 4 - صفحة 500]

وإن كان له مال لا يفي به فسأل غرماءه الحاكم عليه لزمته إجابته
مسألة : وإن كان له مال لا يفي به فسأل غرماءه الحاكم عليه لزمته إجابته
إذا اتفق الغرماء على طلب الحجر عليه في هذه الحال لزم الحاكم إجابتهم ولا
يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لأنه لا ولاية له في ذلك إنما يفعله لحق
الغرماء فاعتبر رضاهم وكذلك إن سأل بعضهم وبهذا قال مالك و الشافعي
وقال أبو حنيفة : ليس للحاكم الحجر عليه فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه
ثبت لأنه فصل مجتهد فيه ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ
وباع ماله في دينه رواه الخلال بإسناده
فصل : وتصرفه قبل حجر الحاكم في ماله نافذ من البيع والهبة والإقرار وقضاء
بعض الغرماء وغير ذلك وبه قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي ولا نعلم فيه
خلافاً لأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ولأن سبب المنع الحجر
فلا يتقدم سببه ولأنه من أهل التصرف ولم يحجر عليه أشبه المليء وإن أكرى
جملاً بعينه أو داراً لم تنفسخ إجارته بالفلس وكان المكتري أحق به حتى تنقضي
مدته

[جزء 4 - صفحة 501]

ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه
مسألة : ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه
لتجنب معاملته لئلا يستضر الناس بضياع أموالهم ويشهد عليه لينتشر ذلك
وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج إلى ابتداء حجر
ثان
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام أحدها :
تعلق حق الغرماء بماله فلا يصح تصرفه فيه ولا يقبل إقراره عليه إلا العتق على
إحدى الروايتين متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فإن
تصرف فيه ببيع أو هبة أو وقف أو إصداق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح وبه
قال مالك و الشافعي في قول وقال في آخر يقف تصرفه فإن كان فيما بقي
من ماله وفاء لغرماء وإلا بطل ولنا أن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم
يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ولأنه محجور عليه بحكم حاكم فأشبهه
السفيه وإن أقر بدين لم يقبل في الحال ويتبع به بعد فك الحجر عنه نص عليه

وهو قول مالك و محمد بن الحسن و الثوري و الشافعي في قول وقال في الآخر يشاركهم اختاره ابن المنذر لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت بينة ولنا أنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه ولأنه إقرار يبطل ثبوته في غير حق غير المقر فلم يقبل أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن ولأنه متهم في إقراره وفارق البينة فإنه لا تهمه في حقها فإن كان المفلس صانعا كالقصار والحائك في يده متاع فأقر به لأربابه لم يقبل والقول فيها كالتى قبلها وتباع العين التي في يده وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها لأنها انصرفت في وفاء دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك وإن توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضي عليه فحكمه حكم إقراره يلزم في حقه دون الغرماء فإن أعتق بعض رقيقه صح في إحدى الروايتين ونفذ وهو في قول أبي يوسف و إسحاق لأنه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر وفارق سائر التصرفات لأن للعتق تغليبا وسراية ولهذا يسري إلى ملك الغير بخلاف غيره والأخرى لا ينفذ عتقه وبه قال مالك و ابن أبي ليلى و الثوري و الشافعي واختاره أبو الخطاب في رؤوس المسائل لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله وأما سرايته إلى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسرا يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه ولا يتضرر ولو كان معسرا لم ينفذ عتقه إلا في ملكه صيانة لحق الغير وحفظا له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح إن شاء الله تعالى

[جزء 4 - صفحة 502]

فإن تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو اقرار صح
مسألة : فإن تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو إقرار صح
ويتبع به بعد فك الحرج عنه لأنه أهل للتصرف وإنما وجد في حقه الحجر
والحجر متعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لأنهم
رضوا بذلك إذا عملوا بفلسه وعاملوه ومن لا يعلم فقد فرط في ذلك فإن هذا
في مظنة الشهرة فعلى هذا يتبع بها بعد فك الحجر عنه وفي إقراره خلاف
ذكرناه في المسألة التي قبلها فأما إن ثبت عليه بينة شارك صاحبه الغرماء
لأنه دين ثابت قبل الحجر عليه أشبه ما لو شهدت به قبل الحجر

وإن جنى شارك المجني عليه الغرماء وإن جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه
مسألة : وإن جنى شارك المجني عليه الغرماء وإن جنى عبده قدم المجني
عليه بثمنه

إذا جنى المفلس بعد الحجر جناية موجبة للمال شارك المجني عله الغرماء لأن
حق المجني عليه ثبت بغير اختياره ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا

صاحبها عنها إلى مال أو صالحه المفلس على مال شارك الغرماء لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبهه ما أوجب المال فإن قيل ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا لأن الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا فإن جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه لأن الحق تعلق بالعين فقدم على من تعلق حقه بالذمة كما يقدم حق المرتهن بثمن الرهن على الغرماء ولأن حق المجني عليه يقدم على حق المرتهن فأولى أن يقدم على حق الغرماء

فصل : قال رحمه الله : الثاني أن من وجد عنده عينا باعها إياه فهو أحق بها بشرط أن يكون المفلس حيا ولم ينقد من ثمنها شيئا والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق وجملته أن المفلس إذا حجر عيه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعها إياها بعينها فله فسخ البيع والرجوع في عين ماله بالشروط التي نذكرها روي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة وبه قال عروة ومالك والشافعي والأوزاعي والعنبري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة : هو أسوة الغرماء لأن البائع كان له حق الإمساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حق الإمساك فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس كالمرتهن إذا سلم الرهن إلى الراهن ولأنه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساوهم في الاستحقاق كسائرهم

ولنا ما [روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به] متفق عليه قال أحمد : لو أن حاكما حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر الغرض كالمسلم فيه إذا تعذر ولأنه لو شرط في البيع رهنا فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ويفارق البيع الرهن فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل والثمن ههنا بدل عن العين فإذا تعذر استيفاءه رجع إلى المبدل وقولهم تساووا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فإن بقاء العين شرط الملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده إذا ثبت هذا فإن البائع بالخيار إن شاء رجع في السلعة وإن شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر لأن الاعسار سبب يثبت جواز الفسخ فلا يوجب كالعيب والخيار ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يحتج إلى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتيق أمة

فصل : وهل خيار الفسخ على الفور أو التراخي فيه وجهان أحدهما : أنه على التراخي لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة والثاني : على الفور لنا جواز تأخيره يفضي إلى الضرر بالغرماء لإفضائه إلى تأخير حقوقهم فأشبهه خيار الأخذ بالشفعة وهذا الوجهان مبنيان على الروايتين في خيار الرد بالعيب ونصر القاضي الوجه الثاني ولأصحاب الشافعي الوجهان

فصل : فإن بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليركها لم يلزمه قبوله نص عليه أحمد وبه قال الشافعي وقال مالك ليس له الرجوع إنما جاز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن فإذا بدل له بكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب

ولنا الخبر الذي رويناه ولأنه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو أعسر المكاتب فبذل غيره ما عليه لسببه وبهذا ينتقض ما ذكره وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من مال المفلس وفي هذا القسم ضرر آخر لأنه لا يأمن أن يظهر له غريم لم يحضر فيرجع عليه وإن دفعوا إلى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن فزال مالك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الأداء أو وهب له مال فأمكنه الأداء منه أو غلب أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يملك الفسخ لزوال سببه ولأنه أمكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

فصل : فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعد الحجر في ذمته وتعذر الاستيفاء لم يكن له الفسخ سواء علم أو لم يعلم لأنه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلاً ولأن العالم بالفلس دخل على بصيرة بخراب الذمة أشبه من اشترى معيياً يعلم عيبه وفيه وجه آخر له الخيار لعموم الخبر ولأنه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها وفيه وجه ثالث إن كان عالماً بفلسه فلا فسخ له وإن لم يعلم فله الفسخ كمشتري المعيب ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضا بالمعسر بها رضا بعيب ما لم يجب بخلاف مسألتنا وإنما يشبه هذا إذا تزوجت معسراً بالصداق وسلمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ

فصل : وإن استأجر أرضاً للزرع فأفلس قبل مضي شيء من المدة فللمؤجر فسخ الإجارة لأنه وجد عين ماله وإن كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالأجرة وإن كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه فإن المدة ههنا كالمبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجر لأنه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال وقال القاضي في موضع آخر : من اشترى أرضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الأرض فعليه زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله لأن المعقود عليه المنفعة فإذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد تلف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يقتضيه مذهبا ولا يشهد بصحته الخبر ولا يصح في النظر أما الخبر فلأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قال [من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به] وهذا ما أدرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالإجماع فإنهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها ولأن معنى قوله من أدرك متاعه بعينه أي على

وجه يمكنه أخذه ويتعلق حقه بعينه وليس هذا كذلك وأما النظر فإن البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله إليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين ولا أمكن ردها إليه وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المقتضي في محل النص ولا هو في معناه فإثبات الحكم به بغير دليل ولو اکتري من يحمل له متاعاً إلى بلد ثم أفلس المکتري قبل حمل شيء فللمکتري الفسخ وإن حمل البعض أو بعض المسافة لم يكن له الفسخ في قياس المذهب وقياس قول القاضي له ذلك وإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى وعلى قياس قول القاضي يفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسألة التي حكينا قوله فيها

فصل : وإن أقرض رجلاً مالا ثم أفلس المقترض وعين المال قائمة فله الرجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم [من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به] ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع فإن أصدق امرأة عينا ثم أنفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل الدخول بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا

فصل : وإنما يستحق الرجوع في السلعة بشروط خمسة أحدها : أن يكون المفلس حياً فإن مات فالبائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه وبهذا قال مالك وإسحاق وقال الشافعي : له الفسخ واسترجاع العين لما [روى ابن خلد الزرقى قاضي المدينة قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد بعينه] رواه أبو داود وابن ماجه ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه ولأن الفليس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالغيب ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث المفلس [فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء] رواه أبو داود وروى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي هريرة قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء] رواه ابن ماجه ولأنه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه الموهوب وحدثهم مجهول الإسناد قاله ابن المنذر وقال ابن عبد البر : يرويه أبو المعتمر عن الزرقى و أبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ثم هو غير معمول به إجماعاً فإنه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه والأمر بخلاف ذلك عند جميع العلماء إلا ما حكى عن الأصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها إذا مات المشتري وإن خلف وفاء وهذا شذوذ عن أهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله ويفارق حال الحياة حالة الموت لأمرين أحدهما : أن الملك في الحياة

للمفلس وههنا لغيره والثاني : أن ذمة المفلس خربت ههنا خرابا لا يعود واختصاص هذا بالعين يضر بالغرماء كثيرا بخلاف حال الحياة الشرط الثاني : أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئا فإن كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع وبهذا قال إسحاق و الشافعي في القديم وقال في الجديد : له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن لأنه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد فجاز أن يرجع في بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح وقال مالك : هو مخير إن شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم [أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئا فهو له] رواه الإمام أحمد ورواه أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئا فهي له وإن كان قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء] رواه أبو داود و ابن ماجه ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضا للصفقة على المشتري واضرارا به وليس ذلك للبائع فإن قيل : لا ضرر عليه في ذلك لأن ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر قلنا لا يندفع الضرر بالبيع فإن قيمة الشقص تنقص ولا يرغب فيها مشقفا فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ولأنه سبب يفسد به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ولا فرق بين كون المبيع عينا واحدة أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى فإن قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ولا حجة في المراسيل قلنا قد رواه مالك و موسى ابن عقيبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ابن عبد البر وأخرجه أبو داود و ابن ماجه و الدراقطني في سننهم متصلا فلا يضر إرسال من أرسله على أن حديثنا الأول يكفي في الدلالة وهو متصل رواه الإمام أحمد

فصل : الشرط الثالث أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها فإن تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهب عينه أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجرا مثمرا لم تظهر ثمرته فتلفت الثمرة أو نحو هذا لم يمكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال إسحاق وقال مالك و الأوزاعي و الشافعي و العنبري : له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف لأنها عين يملك الرجوع في جميعها فملك كالرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالأب فيما وهب لولده

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به] بشرط أن يجده بعينه وهذا لم يجده بعينه ولأنه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه منه لأنه فات شرط الرجوع وإن كان المبيع عينين كعبدتين أو ثوبين تلف أحدهما أو نقص ففي جواز الرجوع في الباقي منهما روايتان إحداهما : لا يرجع نقلها منه أبو طالب قال : لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء لأنه

لم يجد المبيع بعينه فأشبهه ما لو كان عينا واحدة ولأن بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع فيه كما لو قطعت يد العبد ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد إن كان ثوبا واحدا فتلف بعضه فهو أسوة الغرماء وإن كان رزما فتلف بعضها فإنه يأخذ بقيتها إذا كان بعينه لأن السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل في عموم الحديث المذكور ولأنه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع فإن باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه لأن البائع ما أدرك ماله بعينه

فصل : فإن تغيرت صفتها بما يزيل اسمها فطحن الحنطة أو زرعها أو خبز الدقيق أو عمل الزيت صابونا أو قطع الثوب قميصا أو نسج الغزل ثوبا أو نجر الخشبة أبوابا أو علم الشرط إبرا أو شيئا فصل به مال أزال اسمه سقط حق الرجوع وقال الشافعي فيه قولان أحدهما : به أقول يأخذ عين ماله ويعطي قيمة عمل المفلس فيها لأن عين ماله موجودة وإنما تغير اسمها فأشبهه ما لو كان المبيع حملا فصار كبشا أو وديا فصار نخلا ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع وإن سلم فإنه لم يتغير اسمه بخلاف مسألتنا

فصل : فإن كان حبا فصار زرعاً أو بالعكس أو نوي فنبت شجرا أو بيضا فصار فرخا سقط الرجوع وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليهما لأن الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فأخذ قيمته ولأن الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودا عند البيع وكذلك أعيان الزرع والفرخ ولو استأجر أرضا واشترى بذرا وماء فزرع وسقى واستحصد وأفلس فالمؤجر وبائع البذر والماء غرماء لا حق لهم في الرجوع لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم وعلى قول من قال له الرجوع في الزرع تكون عليه غرامة الأجرة وثمان الماء أو قيمة ذلك

[جزء 4 - صفحة 513]

ولم يتعلق بها حق من شفعة أو جناية أو رهن
مسألة : ولم يتعلق بها حق من شفعة أو جناية أو رهن
وهذا هو الشرط الرابع وهو أن لا يتعلق بها حق الغير فإن رهنا المفلس أو وبها لم يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها لأن الرجوع إضرار بالمرتتهن ولا يزال الضرر بالضرر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به] وهذا لم يجده عند المفلس ولا نعلم في هذا خلافا فإن كان دين المرتتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضي منه دين المرتتهن والباقي يرد على مال المفلس يشترك فيه الغرماء وإن بيع بعضه فباقيه لهم يباع أيضا ولا يرجع به البائع وقال القاضي له الرجوع وهو مذهب الشافعي لأنه عين ماله وهذا مثل تلف بعض المبيع وقد ذكرناه وما ذكره

القاضي لا يخرج على المذهب لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب بعضه بالمبيع ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا فإن كان المبيع عينين فرهن إحدهما فهل يملك البائع الرجوع في الأخرى ؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين فإن فك الرهن قبل فلس المشتري أو أبراه من دينه فللبائع الرجوع لأنه أدرك عين ماله عند المشتري وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين عن غيره فللبائع الرجوع أيضا لذلك

فصل : فإن كان المبيع شقفا مشفوعا ففيه أوجه ثلاثة أحدها : البائع أحق به هذا قول ابن حامد للخبر ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه فيزول الضر عن الشفيع لأنه عاد كما كان قبل البيع والثاني : أن الشفيع أحق وهو الذي ذكره شيخنا ههنا وحكاه أبو الخطاب لأن حقه أسبق فكان أولى لأن حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالمبيع ولأن حقه أكد لأنه يستحق انتزاع الشقص من المشتري وممن نقله إليه وحق البائع إنما يتعلق بالعين ما دامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده إلى البائع بدليل ما لو باعه المشتري من بائعه أو وهبه إياه أو أقاله فإنه لا يسقط حق الشفيع والوجه الثالث : أن الشفيع إن كان طالب بالشفعة فهو أحق لتأكد حقه بالمطالبة وإن لم يكن طالب فالبائع أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كالأولين ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيخص به البائع جمعا بين الحقين فإن غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جيدا لأن حق البائع إنما يثبت في العين فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

فصل : فإن كان المبيع عبدا فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته ففيه وجهان أحدهما : ليس للبائع الرجوع لأن تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن يمنع وهذا ذكره أبو الخطاب والثاني : لا يمنع الرجوع لأنه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه بخلاف الرهن فإن قلنا لا يرجع فحكمه حكم الرهن وإن قلنا له الرجوع فهو مخير إن شاء رجع فيه ناقصا بأرش الجناية وإن شاء ضرب بثمنه مع الغرماء وإن أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع لأنه وجد متاعه بعينه خاليا من تعلق حق غيره به

فصل : فإن أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع أو عتق أو وقف أو غير ذلك لم يكن ذلك للبائع الرجوع لأنه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاع المبيع بخيار له أو عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده أو غيره ذلك لما ذكرنا فإن أفلس بعد رجوع ذلك إلى ملكه ففيه أوجه ثلاثة أحدها : له الرجوع للخبر ولأنه أدرك عين ماله خاليا عن حق غيره أشبه ما لو لم يبعه الثاني : لا يرجع لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه ذكر أصحابنا الوجهين ولأصحاب الشافعي مثل ذلك والثالث : أنه إن عاد إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو إرث أو وصيه لم يكن للبائع الرجوع لأنه لم يصل أخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ولأن في ذلك ضررا على المشتري والغرماء ولا يزال الضرر بالضرر ولأنه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما إذا وجدها غير مشغولة بشيء وأما الثوب إذا صبغه

فلا نسلم أن له الرجوع فهو كمسألتنا وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين أحدهما : أن الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والغرس فإنه أعيان متميزة وأصل في نفسه إله من جهته وإن عاد إليه بفسخ كالإقالة والرد بعيب أو خيار ونحوه فللبائع الرجوع لأن هذا الملك استند إلى السبب الأول فإن فسخ العقد الثاني لا يقتضي ثبوت الملك وإنما زال السبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسبب الأول فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه

[جزء 4 - صفحة 516]

ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة مسألة : ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة وهذا هو الشرط وهو أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الكتابة أو القران ونحو ذلك فيمنع الرجوع وهذا اختيار الخرقى وروي الميموني عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك و الشافعي لأن مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به واحتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلم تمنع المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فإنه ليس بفسخ ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاما وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع ولأنها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة وكالحاصل بفعله ولأن النماء لم يصل إليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله وفارق الرد بالعيب لوجهين أحدهما : أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسألتنا الثاني : أن الفسخ لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة وقولهم أن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة لا يصح فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنع من أخذ حقه من العين ولأنه لو كان مستحقا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له فلما لم يكون كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة ولأنه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى فإن الزيادة ههنا يتعلق بها حق المفلس والغرماء فمنع البائع من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام حقوقهم والمفلس المحتاج إلى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد تعلق به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل يحققه أنه إذا كان تلف بعض المبيع مانعا له من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا الغرماء فلأن بمنع الزيادة فيه مع تفويتها

بالرجوع عليهم أولى ولأنه إذا رجع في الناقص فما رجع إلا فيما باعه وخرج منه فإذا رجع في الزائدة ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمنع أحق

[جزء 4 - صفحة 517]

فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع والزيادة للمفلس وعنه للبائع
 مسألة : فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع والزيادة للمفلس وعنه للبائع
 وجملة ذلك أن الزيادة المنفصلة كالولد والثرة والكسب لا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك و الشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص إذا كان نقص والزيادة للمفلس وهذا ظاهر كلام الخرقي ولأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى وهو قول ابن حامد و القاضي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى وقال أبو بكر : الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع لأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة ولنا أنها زيادة في ملك المشتري فكانت له كما لو رده بعيب ولأنه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار والإقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم [الخراج بالضمان] يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه وقياسهم على الزيادة المتصلة الأصل فيه ممنوع ثم لو سلم ثم فالفرق ظاهر فإن المتصلة تتبع في الفسخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة قال شيخنا : ولا ينبغي أن يقع في هذا خلاف لظهوره وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعهما في حال حملهما فيكونان بسببين ولهذا بالذكر دون بقية النماء فصل : فإن نقصت مالية المبيع لذهبا صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر أو تغير عقله أو كان ثوبا فخلق لم يمنع الرجوع لأن فقد الصفة لا يخرج عن كونه عين ماله لكنه يخير بين أخذه ناقصا بجميع حقه وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن أو هزال فيها لما ذكرنا فإنها لم تنقص في ذات ولا صفات وإن كانت بكرا فقال القاضي : له الرجوع لأنه فقد صفة فإنه لم يذهب منها جزء وإنما هو كالجراح وقال أبو بكر : ليس له الرجوع لأنه أذهب منها جزءا فأشبه ما لو فقأ عينها وإن وجد الوطاء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا فصل : وإن جرح العبد أو شج فعلى قول أبي بكر لا يرجع لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن أشبه ما لو فقئت عين العبد ولأنه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع كما لو قطعت يد العبد ولأنه لو كان نقص صفة مجردة لم يكن مع الرجوع فيها شيء سواه كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وههنا بخلافه ولأن الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع وبزيل المعاملة بينهما فلا

يثبت في محل لا يثبت به هذا المقصود وقال القاضي : قياس المذهب أن له الرجوع لأنه فقد صفة فأشبهه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب فإذا رجع نظرنا في الجرح فإن كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو بهيمة أو جناية المفلس أو جناية عبده أو جناية العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش وإن كان الجرح موجبا لأرش كجناية الأجنبي للبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لأنه مضمون على المشتري للبائع بالثمن فإن قيل فهلا جعلتم له الأرش الذي وجب على الأجنبي لأنه لو لم يجب له أرش لم يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الأرش ؟ قلنا لما أتلفه الأجنبي صار مضمونا بإتلافه للمفلس فكان الأرش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمه بالأرش وإذا لم يتلفه أجنبي لم يكن مضمونا فلا يجب بفواته شيء فإن قيل فهلا كان هذا الأرش للمشتري ككسبه لا يضمه للبائع ؟ قلنا : الكسب بلد منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك للمشتري

فصل : فإن اشترى زيتا فخلطه بزيت آخر أو قمحا فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع وقال مالك يأخذ أرشه وقال الشافعي : إن خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل والوزن وإن خلطه بأجود منه ففيه قولان أحدهما : يسقط حقه قال الشافعي : وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ولأنه ليس له أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوبا فصبيغه أو سويقا فلتته ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ولأن ما يأخذه عوضا عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله وقول النبي صلى الله عليه وسلم [من أدرك متاعه بعينه] أي من قدر عليه وتمكن من أخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس عنه أو كان مسامير قد سمر بها بابا أو حجرا قد بنى عليه أو خشبا في سقفه أو أمة استولدها وهذا إذا أخذ مثله أو قيمته إنما يأخذ عوض ماله فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فإن عينه يمكنه أخذها والسويق كذلك فاختلفا

[جزء 4 - صفحة 520]

وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس مسألة : وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس إذا صبغ المفلس الثوب أو لت السويق بزيت فقال أصحابنا : لبائع الثوب والسويق الرجوع في أعيان أموالهما وهو مذهب الشافعي لأن عين مالهما قائمة مشاهدة ما تغير اسمها ويكون المفلس شريكا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتها فإن حصل زيادة فهي له وإن حصل نقص فعليه وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق فإن شاء البائع أخذهما ناقصين ولا شيء له وإن شاء

تركهما وله أسوة الغرماء لأن هذا نقص صفة فهو كالهزال قال شيخا : ويحتمل أن يكون له الرجوع إذا زادت القيمة لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كسمن العبد ولأن الرجوع لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة بل يحصل له ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به

فصل : فإن قصر الثوب لم يخل من حالين أحدهما : أن لا تزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع كما لو علم العبد صناعة لم تزد بها قيمته وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص لأن ذلك النقص نقص صفة فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولا شيء له مع الرجوع الثاني : أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع في قياس قول الخرقي لأنه زاد زيادة لا تتميز زيادتها فلم يملك البائع الرجوع فيه كسمن العبد ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائع الصيغ إذا صيغ به وقال القاضي وأصحابه : له الرجوع فيها لأنه أدرك متاعه بعينه ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك كالرجوع فيها كما لو صبغها فعلى قولهم إن كانت القصارة نعمل المفلس أو بأجرة وفاها فهما شريكان في الثوب فإذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه وللبائع خمسة أسداسه فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبهه مالمو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري وإن لم يختار بيع الثوب وأخذ كل واحد بقدر حقه وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فإن كانت الزيادة بقدر الأجرة دفعت إليه وإن كانت أقل فله حبس الثوب على قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما يبقى وإن كانت أكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين والأجر درهم فله قدر أجره وما فضل الغرماء

فصل : وإن اشترى صبغا فصيغ به ثوبا أو زيتا فلت به سوبقا فبائعهما أسوة الغرماء وقال أصحاب الشافعي : له الرجوع لأنه وجد عين ماله قالوا ولو اشترى ثوبا وصيغ فصيغ الثوب بالصيغ رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصيغ شريكا لبائع الثوب وإن حصل نقص فهو من صاحب الصيغ لأنه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله فإذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصيغ خمسة فصارت قيمتهما اثني عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداس الثوب وللآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم وذكر القاضي في موضع مثل هذا

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولأن المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كما لو كان حجرا فبني عليه أو مسامير سمر بها بابا ولو اشترى ثوبا وصيغا من واحد فصيغه به فقال أصحابنا : هو كما لو كان الصيغ من غير بائع الثوب فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكا له بزيادة الصيغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصيغ ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا لأنه وجد عين ماله متميزا عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولأن المعنى في المحل الذي ثبت فيه الرجوع موجود ههنا

فملك الرجوع به كما يملكه ثم ولو اشترى دفوفا ومسامير من بائع واحد فسمرها به رجع بائعها فيهما لذلك وكذلك ما أشبهه
 فصل : ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها إلا أن يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها بسببه فيكون من قبيل الزيادة المتصلة على ما مضى وإن أفلس بعد وضعها فقال القاضي : له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل قال شيخنا : والصحيح أننا إن قلنا إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة لا يمنع الرجوع فيها على قول أبي بكر لأن الزيادة المنفصلة عنده للبائع وهذه زيادة منفصلة وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمتنع الرجوع في الأم لئلا يفضي إلى التفريق بين الأم وولدها ويحتمل أن يرجع في الأم ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعا له وإن لم ليفعل بيعت الأم وولدها جميعا وقسم الثمن على قدر قيمتها فما خص الأم فهو للبائع وما خص الأم فهو للبائع وما خص الولد للمفلس وإن قلنا : إن للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم كانت الأم والولد قد زادا بالوضع فحكمه حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وإن لم يزيدا جاز الرجوع فيهما وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على روايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلق بعض إحداهما هل يمنع ذلك الرجوع في الأخرى ؟ كذلك يخرج ههنا وجهان أحدهما : أن له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه حكم الرجوع في الأم دون الولد على ما فصلناه والثاني : ليس له الرجوع في شيء منهما لأنه لم يجد المبيع إلا زائدا فأشبهه العين الواحدة فإن كان المبيع حيوانا غير الأمة فحكمه حكم إلا في التفريق بينهما فإنه جائز بخلاف الأمة

فصل : فإن اشترى حائلا فحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقى ولا تمنعه على رواية الميموني وإن أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح وتمنع الرجوع في الأم دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي ويحتمل أن يرجع في الأم على ما ذكرنا في التي قبلها وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما وقال القاضي : إذا وجدها حاملا ابنتي على أن الحمل هل له حكم أو لا ؟ فإن قلنا لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة وإن قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل تتربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجدته بعد وضعه وإن كان الحمل في غير الأدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

فصل : فإن كان المبيع نخلا أو شجرا فأفلس المشتري لم يخل من أربعة أحوال أحدها : أن يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها الثاني : أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر فيشترطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم ما لو اشترى عينين فتلفت إحداهما ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الأصول ويضرب مع الغرماء بصحة التالف من الثمر ؟ على روايتين وإن تلف بعضها فهو كتلف جميعها وإن زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها الحال الثالث : أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجرا فيه ثمرة لم تظهر فهذه تدخل في مطلق البيع فإن أفلس بعد تلف الثمرة أو بعضها أو

الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لأن المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها الحال الرابع : باعه نخلا حائلا فأطلعت أو شجرا فأثمر فذلك على أربعة أضرب أحدها : أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع وهو اختيار الخرقى كالسمن ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع لأنه يمكن فصله ويصح افراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن وهذا قول ابن حامد وعلي رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ العيب وهو أحد قولي الشافعي والقول الثاني يرجع في الأصل دون الطلع وكذلك عندهم الرد بالعيب والأخذ بالشفعة الضرب الثاني : أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر والصحيح الأول لأن الثمرة لا تتبع الذي يثبت بتراضيها ففي الفسخ الحاصل بغير رضا المشتري أولى ولو باعه فزرعها المشتري ثم أفلس فإنه يرجع في الأرض دون الزرع وجها واحدا من مال المشتري الضرب الثالث : أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع فيه كما لو أفلس بعد التأبير لأن العين لا تنتقل إلا باختياره وهذا لم يخترها إلا بعد تأبيرها وإن ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكر المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء ملكه وإن قال البائع بعث بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فإن شهد الغرماء للمفلس لم تقبل شهادتهم لأنهما يجرون إلى أنفسهم نفعا وإن شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة في حقهم الضرب الرابع : أفلس بعد أخذ الثمن أو ذهابها بجائحة أو غيرها فله الرجوع في الأصل والثمره للمشتري إلا على قول أبي بكر وكل موضع لا يتبع الثمرة الشجر إذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزاز وكذلك إذا رجع في الأرض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أوان الحصاد لأن المشتري زرع في أرضه بحق فطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كماله كما لو باع الأصل وعليه الثمرة أو الأرض وفيها زرع وليس على صاحب الزرع أجر لأنه زرع في أرضه زرعا يجب تبقيته فكانه استوفى منفعة الأرض فلم يكن عليه ضمان ذلك إذا ثبت هذا فإن اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك وإن اختلفوا فطلب بعضهم القطع وبعضهم التبقية وكان مما لا قيمة له مقطوعا أو قيمته يسيرة لم يقطع لأن قطعة سفه وإضاعة مال وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته وإن كانت قيمته كثيرة قدم قوله من طلب القطع في أحد الوجهين لأن في تبقيته غررا ولأن طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي وأكثر الشافعية الثاني : ينظر ما فيه الحظ فيعمل به لأن ذلك أنفع للجميع والظاهر سلامته ولهذا يجوز أن يزرع للمولى عليه وفيه وجه آخر إن كان الطالب القطع الغرماء وجب اجابتهم لأن حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرهم مع إمكان إيفائها وإن كان الطالب المفلس دونهم وكان التأخير أحظ لم يقع لأنهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع الغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء إجابته إلى ذلك

فصل : فإن أقر الغرماء بالطلع أو الزرع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به وليسوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لأنهم يقرون أنه لا حق لهم فيه فإن أراد دفعة إلى أحدهما أو تخصيصه بثمنه فله ذلك لإقرار باقئهم أنه لا حق لهم فيه فإن امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر عليه أو على الإبراء من قدره من دينه وهذا مذهب الشافعي لأنه محكوم به للمفلس فكان له أن يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب نجوم كتابته إلى سيده فقال سيده هي حرام وأنكر المكاتب وإن أراد قسمه على الغرماء لزمهم قبوله أو الإبراء لما ذكرنا فإن قبضوا الثمرة بعينها لزمهم ردها إلى البائع لأنهم مقرون له بها فلزمهم دفعها إليه كما لو أقروا بعق عبد ثم اشتروه فإن باع الثمرة وقسم ثمنها فيهم أو دفعه إلى بعضهم لم يلزمه رد ما أخذ من ثمنها لأنهم اعترفوا بالعين لا بثمنها وإن شهد بعضهم دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره وإن عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لأنهم إنما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فيهم من له جنس الثمر أو الزرع كالمقرض والمسلم فيلزمه أخذ ما عرض عليه إذا كان بصفة حقه ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبدا له قبل فلسه فإنكر ذلك لم يقبل قولهم إلا أن يشهد منهم عدلان بإعتاقه ويكون حكمهم في قبض العبد وأخذ ثمنه إن عرضه عليهم حكم ما لو أقروا بالثمرة للبائع وكذلك إن أقروا بعين مما في يديه أنها غصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء وإن أقروا بأنه أعتق بعد فلسه ابنى ذلك على صحة عتق المفلس فإن قلنا : لا يصح عتقه فلا أثر لإقرارهم وإن قلنا : بصحته فهو كإقرارهم بعتقه قبل فلسه فإن حكم حاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه لأنه فصل فيه فلزم ما حكم به الحاكم ولا يجوز نقضه ولا تغييره

فصل : فإن صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل إقراره لأن حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهرا فلم يقبل إقراره ما لو أقر بالنخيل وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائع رجع قبل التأبير لأن هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف ما لو ادعى حقا وأقام شاهدا فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد لأن اليمين على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقا لغيرهم ولا يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقا ولا يجوز أن يكون نائبا فيها لأن الإيمان لا تدخلها النيابة وفي مسألتنا الأصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله والبائع يدعي ما يزيل حقوقهم عنه فأشبهه سائر أعيان ماله ويحلفون على نفي العلم لأنه يمين على فعل غيرهم فكانت على نفي العلم كيمين الوارث على نفي الدين على الميت ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لأجنبي أو لبعض الغرماء فإنكر الباقي فالحق قولهم وعليهم اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ومثله لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه حلفوا أيضا على نفي العلم لذلك وإن أقر بعق عبده ابنى على صحة عتق المفلس فإن قلنا بصحة عتقه صح إقراره وعتق لأن من ملك شيئا ملك الإقرار به وإن قلنا لا يصح عتقه لم يقبل إقراره وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعملون ذلك وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهين على جمعهم فإن حلفوا وإلا قضى للمدعي أن نقول برد اليمين

على المدعي فيحلف ويستحق وإن حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه وحكم الناكل على ما ذكرنا
 فصل : وإن أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ سنة وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر الغرماء فإن قلنا إقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه فإن قلنا : يقبل إقراره لم يقبل في كسبه كان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لأن إقراره إنما قبل في العتق دون غيره لصحته منه لكونه على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولأننا نزلنا إقراره منزلة اعتاقه في الحال فلم تثبت به الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوماً به لسيده كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

[جزء 4 - صفحة 529]

وإن غرس الأرض أو بنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص
 مسألة : وإن غرس الأرض أو بنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص
 إذا كان المبيع أرضاً فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فأراد البائع الرجوع في الأرض نظرت فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لأنه وجد عين ماله فإن أراد الرجوع قبل القلع فله ذلك وهو مذهب الشافعي لأنه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه البيع فلم يمنعه الرجوع كما لو صبغ الثوب ويحتمل أن لا يستحقه إلا بعد القلع لأنه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشتري فأشبهه ما لو كان مسامير في باب المشتري فإن قلنا : له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الأرض وأرث نقص الأرض الحاصل به لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيل دار إنسان فكبر فأراد صاحبه إخراجه فلم يمكن إلا بهدم بابها فإن الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص بخلاف ما إذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فإنه لا يرجع في النقص فإن النقص كان في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فلهذا ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء وإن قلنا : ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أرث النقص لأنهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فإن امتنع المفلس والغرماء من القلع لم يجبروا عليه لأنه غرس بحق ومفهوم قوله صلى الله عليه وسلم [ليس لعرق ظالم حق] أنه إن لم يكن ظالماً فله حق فإن بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليملكه أو قال أنا أقلع وأضمن النقص فله ذلك إن قلنا له الرجوع قبل القلع لأن البناء والغراس حصل في ملكه لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمن ناقصه كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غراس أو بناء للمشتري والمعير إذا رجع في أرضه بعد غرس

المستعير وإن قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لأنه بناء المفلس وغرسه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع في الأرض

[جزء 4 - صفحة 530]

فإن أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع
مسألة : فإن أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع
وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال القاضي : يحتمل
أن له الرجوع وهو قول للشافعي لأنه أدرك متاعه بعينه متصلا بملك المشتري
على وجه التبع فلم يمنع الرجوع كالثوب إذا صبغه المشتري
ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفردا عن غيره فلم يكن له
أخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ولأن في ذلك ضررا على
المشتري والغرماء ولا يزال الضرر بالضرر ولأنه يحصل بالرجوع ههنا انقطاع
النزاع والخصومة بخلاف ما إذا وجدها غير مشغولة بشيء وأما الثوب إذا صبغه
فلا نسلم أن له الرجوع وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين أحدهما : أن
الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة بخلاف البناء والغراس فإنهما أعيان
متميزة وأصل في نفسه الثاني : أن الثوب لا يرد للبقاء بخلاف الأرض والبناء
فإذا قلنا لا يرجع فلا كلام وإن قلنا : يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما بيعا
لهما كذا ههنا ويحتمل أن لا يجبر لأنه يمكن طالب البيع أن يبيع ملكه منفردا
بخلاف الثوب المصبوغ فإن بيعهما بيعا لهما كذا ههنا ويحتمل أن لا يجبر لأنه
يمكن طالب البيع أن يبيع ملكه منفردا بخلاف الثوب المصبوغ فإن بيعا لهما
قسم الثمن على قدر القيمتين فتقوم الأرض لا شجر فيها ولا بناء ثم تقوم وهما
فيها فما كان قيمة الأرض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن والزائد
للمفلس والغرماء وإن قلنا : لا يجبر على البيع أو لم يطلب أحدهما البيع فإن
اتفقا على كيفية كونها بينهما جاز ما اتفقا عليه وإن اختلفا كانت الأرض للبائع
والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهما دخول الأرض لسقي الشجر وأخذ
الثمرة وليس لهم دخولها للتفرج أو لغير حاجة وللبيع دخولها للزرع ولما شاء
لأن الأرض ملكه فإن باعوا الشجر والبناء لإنسان فحكمه في ذلك حكمهم فإن
بذل المفلس والغرماء أو المشتري للبائع قيمة الأرض ليدعها لهم لم يلزمه
ذلك لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف الغراس والبناء
فصل : فإن اشترى غراسا فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله
الرجوع فيه لأنه أدرك متاعه بعينه فإذا أخذه فعليه تسوية الأرض وأرش نقصها
الحاصل بقلعه لأنه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره وإن بذل المفلس
والغرماء قيمته له ليملكوه لم يجبر على قبولها لأنه إذا اختار أخذ ماله وتفرغ
ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشتري إذا غرس في الأرض
المشفوعة وإن امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه
وضمنان النقص فلهم ذلك وكذلك لو أرادوا قلعه من غير ضمان النقص لأن

المفلس إنما ابتاعه مقلوعاً فلم يجب عليه إبقاؤه في أرضه وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص لأنه غرس بحق فأشبهه غرس المفلس في الأرض التي ابتاعها إذا رجع بائعها فيها والفرق بينهما ظاهر فإن إبقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله وفي التي قبلها إبقاؤه حق له فوجب له بغراسه في ملكه فان اختيار بعضهم القلع وبعضهم التيقية قدم قول من طلب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء لأن الإبقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع من الإجابة إليه وإن زاد الغراس في الأرض فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع إلا على رواية الميموني

فصل : وإن اشترى أرضاً من رجل وغرسها من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يلزم الشجرة فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ولصاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان النقص بالقلع كما ذكرنا لأن البائع إنما باعه مقلوعاً فلا يستحقه إلا كذلك وإن أراد بئعه قلعه من الأرض فقلعه فعليه تسوية الأرض وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم فإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لصاحبها ليملكها لم يجبر على ذلك لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها تبعا وإن بذل صاحب الأرض قيمة الغراس لصاحبها ليملكه إذا امتنع من القلع فله ذلك لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبهه غرس المفلس في أرض البائع ويحتمل أن لا يملك ذلك لأنه لا يجبر على إبقائه إذا امتنع من دفع قيمته أو أورش نقصه فلا يكون له أن يملكه بالقيمة بخلاف التي قبلها والأول أولى وهذا منتقض بغرس الغاصب

فصل : فإن كان المبيع صيدا فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لأنه تملك للصيد فلم يجز في الإحرام كشرائه وإن كان البائع حلالاً في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فللبائع الرجوع فيه لأن الحرم إنما يحرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرمه ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بئعه حلال فله أخذه لأن المانع غير موجود فيه

فصل : إذا أفلس وفي يده عين دين بئعها مؤجل وقلنا لا يحل الدين بالفلس فقال أحمد في رواية الحسن بن ثواب : يكون موقوفاً إلى أن يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك وهو قول بعض أصحاب الشافعي والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عليه ماله والقول الأول أولى للخبر ولأن حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره وإن كان مؤجلاً كالمرتهن والمجني عليه

فصل : قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً نسيئاً ونظر إليه وقبله وقال : أقبضه غداً فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشتري ويتبعه الغرماء بالثمن وإن كان رخيصاً وكذلك الثوري وإسحاق لأن الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه

فصل : ورجوع البائع فسخ للبيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه فلورجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم ي تلف شيء منه صح رجوعه وإن رجع في العبد بعد إبقائه أو الجمل بعد شروده صح وصار ذلك له فإن قدر عليه أخذه وإن ذهب كان من ماله وإن تبين

أنه كان تالفا حال استرجاعه بطل الاسترجاع وله أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله وإن رجع في المبيع واشتبه بغيره واختلفوا في عينه فالقول قول المفلس لأنه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والأصل معه فصل : قال رحمه الله تعالى الحكم الثالث بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ويبيع كل شيء في سوقه إذا حجر على المفلس باع الحاكم ماله لما ذكرنا من حديث معاذ ولأنه مقصود الحجر ويستحب إحضار المفلس لمعان أربعة : أحدها : إحصاء ثمنه وضبطه الثاني : أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديته فإذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره الثالث : أن الرغبة تكثر فيه فإن شراؤه من صاحبه أحب إلى المشتري الرابع : أنه أطيب لقلبه ويستحب إحضار الغرماء لأمر أربعة أحدها : أن يباع لهم والثاني : أنهم ربما رغبوا في شيء فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس الثالث : أنه أطيب لقلوبهم وأبعد عن التهمة الرابع : لعل فيهم من يجد عين ماله فيأخذها فإن باعه من غير حضورهم كلهم جاز لأن ذلك مفوض إليه وموكول إلى اجتهاده وربما أداه اجتهاده إلى خلاف ذلك والمبادرة إلى البيع قبل احضارهم وبأمرهم أن يقيموا مناديا ينادي على المتاع فإن تراضوا بثقة أمضاه الحاكم وإن لم يكن ثقة رده فإن قيل لم يردده وقد اتفق عليه أصحاب الحق فأشبهه ما لو اتفق المرتهن والراهن على أن يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا الحاكم هنا له نظر واجتهاد لأنه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن فإنه لا نظر للحاكم فيه فإن اختار المفلس رجلا واختار الغرماء آخر أقر الحاكم الثقة منهما فإن كانا ثقتين قدم المتطوع منهما لأنه أوفر فإن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر وإن كانا بجعل قدم أوثقهما وأعرفهما فإن تساويا قدم من يرى منهما فإن وجد متطوعا بالنداء وإلا دفعت الأجرة من مال المفلس لأن البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه وقيل من بيت المال لأنه من المصالح وكذلك الحكم في أجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم ويستحب بيع كل شيء في سوقه لأنه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة قيمته فإن باع في غير سوقه بثمن المثل جاز لأن الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد إلى أنه أصلح ولهذا لو قال بع ثوبي بثمن كذا في سوق عينه فباعه بذلك في غيره جاز ويبع بنقد البلد لأنه أصلح فإن كان في البلد نقود باع بغالبها فإن تساوت باع بجنس الدين فإن زاد في السلعة أحد في مدة الخيار لزم الأمين الفسخ لأنه أمكنه بيعه بثمن فلم يبيعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشتري الإقالة واستحب للمشتري الإجابة لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه

[جزء 4 - صفحة 536]

ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكين وخادم

مسألة : ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكين و خادم لا تباع دار المفلس التي لا غنى له عن سكنها وبه قال أبو حنيفة وإسحاق و الخادم في معنى الدار إذا كان محتاجا إليه وقال شريح و مالك و الشافعي : تباع ويكتري له بدلها اختاره ابن المنذر لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعهما فكثر دينه فقال لغرمائه : [خذوا ما وجدتم] وهذا مما وجدوه ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضية في عين يحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ويحتمل [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : خذوا ما وجدتم] مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو يحتاج إلى سكنها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع وقياسهم منقض بذلك وبأجر المسكن وسائر ماله يستغنى بخلاف مسألتنا فإن كان له داران يستغني بإحدهما بيعت الأخرى لأنه به غني عن سكنها وإن كان واسعاً يفضل عن سكنى مثله بيع واشتري له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء وكذلك الثياب التي له إذا كانت رقيقة لا يلبس مثله مثلها

فصل : فإن كان المسكن والخادم الذي لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ووجدتها أصحابها فلهم أخذها بالشرائط المذكورة لقول النبي صلى الله عليه وسلم [من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به] ولأن حقه تعلق بالعين فكان أقوى سببا من المفلس ولأن الإعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنع منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالعيب والخيار ولأن منعهم من أخذ أموالهم يفتح باب الحيل بأن المشتري من لا مال له في ذمته ثيابا يلبسها ودارا يسكنها أو خادما يخدمه وفرسا يركبها وطعاما له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغني هو بها فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له منه شيء لأنه أعيان أموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصبا

[جزء 4 - صفحة 537]

وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه

مسألة : وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه وجملة ذلك أنه إذا حجر على المفلس فإن كان ذا كسب يفي بنفقته ونفقة من تلزمه مؤنته فهي في كسبه فإنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يجز كالزيادة على النفقة وإن كان كسبه دون نفقة كملت من ماله وإن لم يكن ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر وإن طال لان ملكه باق وقد [قال النبي صلى الله عليه وسلم ابدأ بنفسك ثم بمن تعول] إن فيمن يعوله من تجب عليه نفقته ويكون دينا عليه وهي زوجته فإذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة

فكذلك على حق الغرماء ولأن تجهيز الميت يقدم على دينه بالاتفاق والحي أكد حرمه من الميت لأنه مضمون بالإتلاف ويقدم أيضا نفقة من تلزمه نفقته من أقاربه مثل الوالد والولد وغيرهم ممن تجب نفقته لأنهم تجرون مجرى نفسه في كون ذوي رحمه منهم يعتقدون إذا ملكهم كما يعتقد إذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته وكذلك نفقة زوجته لأن نفقتها أكد من نفقة الأقارب وممن أوجب الإنفاق على المفلس وزوجته وأولاده أبو حنيفة و مالك و الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وتجب كسوتهم لأن ذلك مما لا بد منه والواجب من النفقة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وأدنى ما يكتسي مثله وكذلك كسوته لا من جنس ما يكتسبه مثله وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يفرض على مثله وأقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه قلنسوة أو عمامة أو غيرهما مما جرت عادته ولرجله حذاء إن كان يعتاده وجهه أو فروة في الشتاء لدفع البرد فإن كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشترى له كسوة مثله ورد الفضل على الغرماء فإن كانت إذا بيعت واشترى له كسوة مثله لا يفضي منها شيء تركت لعدم الفائدة في بيعها

فصل : وإن مات المفلس كفن من ماله لأن نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره وكذلك يجب كفن من يمونه لأنهم بمنزلته ولا يلزم كفن زوجته لأن نفقتها تجب في مقابلة الاستماع وقد فات فسقطت بخلاف الأقارب فإن قرابتهم باقية ويلزمه تكفين من مات من عبيده تجهيزه لأن نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به بدليل وجوب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم ويكفن في ثلاثة أثواب كما كان يلبس في حياته ويحتمل أن يكفن في ثوب يستره لأنه يكفيه لا حاجة إلى الزيادة وفارق حال الحياة لأنه لا بد من تغطية رأسه وكشفه يؤذيه بخلاف الميت ويمتد الإنفاق المذكور إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

فصل : فإن كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك من المباحات ما يكفيه أو يؤجر نفسه أو يتوكل بجعل يكفيه لم يترك له شيء من ماله للنفقة وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه قال أحمد رحمه الله في رواية أبي داود : يترك له قوت يتقوته وإن كان له عيال ترك له قوام وقال في رواية الميموني : يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويباع الباقي وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم وينبغي أن يجعل مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سببا من غيره كما ذكرنا في الدار والخادم

فصل : وإذا تلف شيء من ماله تحت يد الأمين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي وقال مالك العروض من ماله والدرهم والدنانير من مال الغرماء وقال المغيرة : الدنانير من مال أصحاب الدنانير والدرهم من مال أصحاب الدراهم ولنا أنه من مال الفلاس ونمائه فكن تلفه ماله كالعروض

[جزء 4 - صفحة 540]

ويبدأ بيع ما يسرع إليه الفساد من الطعام الرطب
مسألة : ويبدأ بيع ما يسرع إليه الفساد من الطعام الرطب
لأن بقاءه يتلفه بيقين ثم بيع الحيوان لأنه معرض للإتلاف ويحتاج إلى مؤنة في
بقائه ثم بيع الأثاث لأنه عليه وتناله اليد ثم بيع العقار آخراً لأنه لا يخالف تلفه
وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابيه

ويعطي المنادي أجرته من المال
مسألة : ويعطي المنادي أجرته من المال
لأن البيع حق المفلس لكونه طريق وفاء دينه وقيل هو من بيت المال لأنه من
المصالح

ويبدأ بالمجني عليه فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني
مسألة : ويبدأ بالمجني عليه فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني
وقد ذكرنا ذلك في الرهن هذا إذا كان عبده الجاني فعلى هذا يبدأ ببيعه وما
فضل من ثمنه صرف إلى الغرماء وإن كان المفلس هو الجاني فالمجني عليه
أسوة الغرماء لأن حقه يتعلق بالذمة بخلاف جناية العبد وقد ذكرناه

ثم بمن له رهن فيخص بثمنه
مسألة : ثم بمن له رهن فيخص بثمنه
يباع الرهن ويختص المرتهن بثمنه إذا كان ثمنه بقدر دينه أو أقل منه سواء كان
المفلس حياً أو ميتاً لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم
يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى لا نعلم في هذا خلافاً وهو مذهب
الشافعي وأصحاب الرأي فإن كان ثمن الرهن فضل عن دين المرتهن أعطي
قدر دينه ورد الباقي على الغرماء وإن فضل شيء من دينه ضرب بالفاضل مع
الغرماء

فصل : ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت
السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لأن حقه لم يتعلق بعين المال فهو
بمنزلة أرش جناية المفلس وذكر القاضي احتمالاً أنه يقدم على الغرماء لأنه لم
يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن ولأنه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع
الناس من شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل
ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب
الشافعي

ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتهن فإن حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الأول منتقض بأرش جناية المفلس والثاني : مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها فإن كان الثمن موجودا يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه لأنه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها ومتى باع وكيل المفلس أو العدل أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالعهدة على المفلس ولا شيء على العدل لأنه أمين

فصل : ومن استأجر دارا أو بعيرا أو شيئا غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لأن حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئا فإن هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الإجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الإجرة وإن استأجر جملا في الذمة ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء لأن حقه لم يتعلق بالعين وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا وإن أجر دارا ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضائه مدة الإجارة فلهم ذلك وبيعونها مستأجرة فإن اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لأن أحوط من التأجير فإذا استوفى المستأجر سلم المشتري فإن اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الإجارة فلهم ذلك لأن الحق لا يخرج عنهم

فصل : ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقييضها فالمشتري أقح بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو لم تكن لأن المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وبعده وإن كان عليه سلام فوجد المسلم الثمن قائما فهو أحق به لأنه وجد عين ماله وإن لم يجده فهو أسوة الغرماء لأنه لم يتعلق حقه بعين ماله ولا يثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه لأنه الذي يستحقه دون الثمن فإن كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له قدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلا عما في الذمة من المسلم فيه وذلك لا يجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم [من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره] فإن أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشترى له بقدر ورد الباقي على الغرماء مثاله رجل أفلس وله دينار وعلي لرجل دينار وآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فإنه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب السلم نصفه فإن رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس إلا ثلثه يشتري له بد ثلثا قفيز فيأخذه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر وإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا أنه يستحق مثلي ما يستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشتري له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشتري له به أيضا لأن المعزول ملك للمفلس وإنما للغريم قدر حقه فإن زاد فللمفلس وإن نقص فعليه

[جزء 4 - صفحة 543]

ثم بمن له عين ماله يأخذها بالشروط المذكورة
مسألة : ثم بمن له عين ماله يأخذها بالشروط المذكورة
وقد ذكرنا ذلك ثم يقسم الباقي بين باقي الغرماء على قدر ديونهم لتساويهم
في الاستحقاق فإن كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها وإن كان فيهم من
دينه من غير جنس الأثمان كالقرض لغير الأثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه
من الأثمان جاز وإن امتنع وطلب جنس حقه اشترى له بحصته من الثمن من
جنس دينه ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع وقال المفلس لا أفضيك إلا
من جنس دينك قدم قول المفلس لأن هذه معاوضة فلا تجوز إلا بتراضيهما

فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل وعنه أنه يحل فيشاركهم
مسألة : فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل وعنه أنه يحل فيشاركهم
لا يحل دين المؤجل بفلس من هو عليه ذكره القاضي رواية واحدة وحكى أبو
الخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وهو قول مالك وعن الشافعي كالمذهبين
واحتجوا بأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت ولنا أن
الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولأنه لا يوجب حلول ما له
فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاعماء ولأنه دين مؤجل على حي فلم يحل
قبل أجله كغير المفلس والأصل المقيس عليه ممنوع وإن سلم فالفرق بينهما
أن ذمته جرت بخلاف المفلس إذا ثبت هذا فإنه إذا حجر على المفلس فقال
أصحابنا لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالة ويبقى
المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله فإن لم يقسم الغرماء حتى حل الدين
شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته فإن أدرك بعض المال
قبل قسمته شاركهم فيه بجميع دينه ويضرب مع باقي الغرماء ببقية ديونهم وإن
قلنا يحل الدين فهو كأصحاب الديون الحالة سواء

[جزء 4 - صفحة 544]

من مات وعليه دين مؤجل لم يحل إذا وثق الورثة وعنه أنه يحل
مسألة : من مات وعليه دين مؤجل لم يحل إذا وثق الورثة وعنه أنه يحل
اختلفت الرواية في حلول الدين بالموت على من هو عليه فروي أنه لا يحل
اختاره الخرقى بشرط أن يوثق الورثة وهو قول ابن سيرين و عبيد الله بن
الحسن و إسحاق و أبي عبيد والرواية الأخرى أنه يحل بالموت وبه قال الشعبي
و النخعي و سوار و مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي لأنه لا يخلو إما

أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها ولا ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضي صاحب الدين بدممهم وهي مختلفة متباينة ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال [الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه] وأما صاحبه فيتأخر حقه وقد تلف العين فيسقط حقه وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ وصاحب الدين لمنفعة لهم

ولنا ما ذكرنا في المفلس ولأن الموت ما جعل مبطلا للحقوق وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة وقد [قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك حقا أو مالا فلورثته] وما ذكره إثبات حكم بالمصلحة المرسلة لم يشهد لها شاهد الشرع باعتبار فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فإن أحب الورثة التزام أداء الدين ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فإنهم قد لا يكونون أملاء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي إلى فوات الحق وذكر القاضي أن الحق ينتقل إلى ذمم الورثة بموت موروثهم من غير أن يشترط التزامهم له فلا ينبغي أن يلزم الإنسان دين لا يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك بموت موروثهم للزمهم وإن لم يخلف وفاء فإن قلنا الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التركة فلهم ذلك وإن اختاروا القضاء منها فلهم ذلك وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجلة وقلنا يحل المؤجل بالموت اقتسموا التركة على قدر ديونهم وإن قلنا لا يحل فأوثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة وإن امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لثلا يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية

فصل : وذكر بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة روايتين : إحداهما : لا يمنعه للخبر المذكور ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في العبد الجاني والرهن والمفلس فلم يمنع نقله فعلى هذا إن تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني والثانية : يمنع نقل التركة إليهم لقول الله تعالى : { من بعد وصية يوصى بها أو دين } فجعل التركة للوارث بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلهما فعلى هذا لا يصح تصرف الورثة لأنهم تصرفوا في غير ملكهم إلا أن يأذن لهم الغرماء وإن تصرف الغرماء لم يصح إلا بإذن الورثة

[جزء 4 - صفحة 546]

وإن ظهر له غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه
مسألة : وإن ظهر له غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه
وبهذا قال الشافعي وحكي عن مالك وحكي عنه لا يحاصهم لأنه نقض لحكم
الحاكم

ولنا أنه غريم يقاسمهم لو كان حاضرا فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت
يظهر بعد قسم ماله وليس قسم الحاكم ماله حكما إنما هو قسمه بان الخطأ
فيها فأشبهه ما لو قسم أرضا بين شركاء ثم ظهر شريك آخر وقسم الميراث ثم
ظهر وارث سواه

فصل : ولو أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة
انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة وسقط من الأجرة بقدر ذلك ثم إن وجد
عين ماله أخذ مه بقدر ذلك وإن لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وإن كان ذلك
بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته لأن سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك
يشاركهم إذا وجب قبل القسمة ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها
المشتري عيبا فردها به أو ردها بخيار أو اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين
ماله أخذه لأن البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك
المشتري عن المبيع وإن كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء

[جزء 4 - صفحة 547]

وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها
على روايتين

مسألة : وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه
لقضائها على روايتين :

إحداهما : لا يجبر وهو قول مالك و الشافعي لقول الله تعالى : { وإن كان ذو
عسرة فنظرة إلى ميسرة } ولما [روى أبو سعيد أن رجلا أصيب في ثمرة
ابتاعها فكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدقوا عليه
فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم
إلا ذلك] رواه مسلم ولأنه تكسب للمال فلم يجبر كقبول الهبة والصدقة وكما
لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر

والثانية : يجبر على الكسب وهو قول عمر بن عبد العزيز و سوار و العنبري و
إسحاق لما [روى أن النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقا في دينه وكان
سرق دخل المدينة وذكر أن وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن
وراءه مال فسماه سرقا وباعه بخمسة أبعرة] رواه الدارقطني بمعناه من
رواية خلد بن مسلم الربحي إلا أن فيه كلاما والحر لا يباع ثبت أنه باع منافعه
ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة
وثبوت الغني بها فكذلك في وفاء الدين منها ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز
إجباره عليه كبيع ماله ولأنها إجارة لما يملك إجارته فيجبر عليها لوفاء دينه

كإجارة أم ولده فإن قيل حديث سرق منسوخ لأن الحر لا يباع والبيع وقع على رقبته بدليل أن في الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه : ما تصنع به ؟ قال اعتقه قالوا : لسنا بأزهد منك في إعتاقه فأعتقوه قلنا هذا إثبات نسخ بالاحتمال ولا يجوز ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزا في شريعتنا وحمل بيعه بيع منافع أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم فإن حذف المضاف وإقامة المضاف إليه كثير في القرآن وفي كلام العرب كقوله تعالى : { وأشربوا في قلوبهم العجل } - { واسأل القرية } وغير ذلك وكذلك قوله أعتقه أي من حقي عليه يدل على ذلك قوله فأعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملكون إلا الدين الذي عليه وأما قوله تعالى : { فنظرة إلى ميسرة } فيمكن منع دخوله تحت عمومها لما ذكرنا من أنه في حكم الأغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها إلا في مثلها ولم يثبت أن لذلك الغريم كسبا يفضل عن قدر نفقته أما قبول الهدية والصدقة فمضرة تأبأها قلوب ذوي المروءات لما فيها من المنة فعلى هذا لا يجبر على الكسب إلا من كسبه يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته لما تقدم

فصل : ولا يجبر على قبول صدقة ولا هدية ولا وصية ولا قرض ولا المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لأن في ذلك ضررا للحقوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وتملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والإمضاء لأن الفليس يمنعه من إحداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقوده فلا

فصل : وإن جنى على المفلس جناية توجب المال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ولا يصح عفوه فإن كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لأن ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحة الزجر فإن اقتصر لم يجب للغرماء شيء وإن عفا على مال ثبت وتعلق به حقوق الغرماء وإن عفا مطلقا انبنى على الروايتين في موجب العمد إن قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء وإن قلنا أحد أمرين ثبتت الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء وإن عفا على غير مال وقلنا القصاص هو الواجب علينا لم يثبت شيء وإن قلنا أحد الأمرين ثبتت الدية ولم يصح إسقاطه لأن عفوه عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح إسقاطها وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذلك له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له إسقاطه لأنه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب كالثمن في المبيع وليس له إسقاط شيء من ثمن مبيع أو أجره إجارة ولا قبض رديء ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا بإذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

[جزء 4 - صفحة 550]

ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم

مسألة : ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم لأنه ثبت بحكمه لا يزول إلا بحكمه كالمحجور عليه لسفه وفيه وجه آخر أنه يزول بقسمة ماله لأنه حجر عليه لأجله فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر المجنون لزوال جنونه والأول أولى وفارق الجنون فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله بخلاف هذا ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحث فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون
فصل : وإذا فك الحجر عنه فليس لأحد مطالته وملازمته حتى يملك مالا فإن جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالا لم يقبل إلا ببينة فإن جاءوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالا أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر عنه وبيتوا سببه أحضره الحاكم وسأله فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء وإن أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربة وكان المقر له حاضرا سأله الحاكم فإن صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز أن يكونا تواطأ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس وإن لم يصدقه عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه أقر أن المال له فيعاد الحجر عليه إن طلب الغرماء ذلك فإن أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا في الحاضر

ومتى فك عنه الحجر فلزمته ديون وظهر له مال فحجر عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني
مسألة : ومتى فك عنه الحجر فلزمته ديون وظهر له مال فحجر عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني
إلا أن الأولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجمعها وبهذا قال الشافعي وقال مالك : لا يدخل غرماء الحجر الأول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا إلا أن يكون له فائدة من ميراث أو يجني عليه جنابة فيتخاص الغرماء فيه ولنا أنهم تساوا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساوا في الاستحقاق كالذين ثبتت حقوقهم في حجر واحد وكتساوهم في الميراث وأرش الجنابة ولأن كسبه مال له فتساوا فيه كالميراث

[جزء 4 - صفحة 551]

وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا
مسألة : وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا
المفلس في الدعوى كغيره فإذا ادعى حقا له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء وإن امتنع لم يجبر لأننا لا نعلم صدق الشاهد ولو ثبت الحق بشهادته لم يكن لهم ذلك وبهذا قال الشافعي في الجديد

وقال في القديم : يحلفون معه لأن حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم ولنا أنهم يثبتون ملكا لغيرهم لتتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم بجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لإثبات ملك زوجها لتتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فإن المال انتقل إليه فهم يثبتون بأيمانهم مكللا لأنفسهم

فصل : قال رحمه الله الحكم الرابع انقطاع المطالبة عن المفلس فمن أقرضه شيئا أو باعه إياه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه

إذا تصرف المحجور عليه في ذمته بشراء أو اقتراض صح لأنه أهل للتصرف والحجر إنما يتعلق بماله وقد ذكرناه وليس للبائع ولا للمقرض مطالبته في حال الحجر لأن حق الغرماء تعلق بعين ماله الموجود حال الحجر وبما حدث له من المال فقدموا على غيرهم ممن لم يتعلق حقه بعين المال كتقديم حق المرتهن بضمن الرهن وتقديم حق المجني عليه بضمن العبد الجاني فلا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لما ذكرنا ولأن من علم منهم بفلسه فقد رضي بذلك ومن لم يعلم فهو مفطر ويتبعونه بعد فك الحجر عنه كما لو أقر لإنسان بمال بعد الحجر عليه وفي إقراره خلاف ذكرناه فيما مضى فإن وجد البائع والمقرض أعيان أموالهم فهل لهم الرجوع فيها ؟ على وجهين أحدهما : لهما ذلك للخبر والثاني : لا فحس لهما لأنهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة فأشبهه من اشترى معيبا يعلم عيبه وقد ذكرنا ذلك

فصل : قال الشيخ رحمه الله الضرب الثاني المحجور عليه لحظه هو الصبي والمجنون والسفيه

الحجر على هؤلاء الثلاثة حجر عام لأنهم يمنعون التصرف في أموالهم ودممهم والأصل في الحجر عليهم قول الله تعالى : { ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما } وقوله : { وابتلوا اليتامى } الآية قال سعيد بن جبير و عكرمة : هو مال اليتيم عند لا تؤته إياه وانفق عليه وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم لأنهم قوامها ومدبروها وقوله : { وابتلوا اليتامى } اختبروهم في حفظهم لأموالهم

[جزء 4 - صفحة 552]

فلا يصح تصرفهم قبل الإذن
مسألة : فلا يصح تصرفهم قبل الإذن لأن تصحيح تصرفهم يفضي إلى ضياع أموالهم وفيه ضرر عليهم

ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقيا
مسألة : ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقيا

لأنه عين ماله وتصرفهم فاسد فإن أتلفه واحد منهم فهو من ضمان مالكة وكذلك إن تلف في يده لأنه سلطه عليه برضاه وسواء علم بالحجر على السفية أو لم يعلم لأنه إن علم فقد فرط وإن لم يعلم فهو مفراط أيضا إذ كان في مظنة الشهرة هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه فأما أن حصل في باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختر القاضي أنه يلزمه الضمان إن أتلفه أو تلف بتفريطه إن كان سفيةا لأنه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبه ما لو كان القبض بغير اختياره ويحتمل أن لا يضمن لأنه عرضها لإتلافه وسلطه عليه فأشبهه المبيع أما ما أخذه بغير اختيار المالك كالغصب والجناية فعليه ضمانه لأنه لا تفريط من المالك وكذلك الحكم في الصبي والمجنون فإن أودع عند الصبي والمجنون أو أعارهما فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما لأنها ليسا من أهل الحفظ وإن أتلفاه ففيه وجهان نذكرهما في الوديعة

[جزء 4 - صفحة 553]

ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما ما لهما ولا ينفك قبل ذلك بحال
مسألة : ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما ما لهما ولا ينفك قبل ذلك بحال
إذا عقل المجنون ورشدا انفك الحجر عنه ولا يحتاج إلى حكم حاكم بغير خلاف وكذلك الصبي إذا بلغ ورشدا وهذا مذهب الشافعي وقال مالك لا يزول إلا بحكم حاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنه موضع اجتهاد ونظر فإنه يحتاج في معرفته البلوغ والرشد إلى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم حاكم كزوال الحجر عن السفية ولنا قول تعالى : { فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } أمر بدفع أموالهم إليهم عند البلوغ وإيناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجود ذلك حتى يحكم الحاكم وهذا مخالف لظاهر النص ولأنه حجر ثبت بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكم كالحجر على المجنون ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظا لماله عليه فمتى بلغ ورشدا زال الحجر لزوال سببه والسفيه لنا فيه منع فعلى هذا الحجر منقسم إلى ثلاثة أقسام : قسم يزول بغير حكم الحاكم وهو الحجر للمجنون وقسم لا يزول إلا بحكم حاكم وهو الحجر للسفيه وقسم الخلاف وهو الحجر على الصبي

فصل : ومتى انفك الحجر عنهما دفع إليهما مالهما لقول الله تعالى : { فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك ولأن منعه من التصرف إنما كان لعجزه عن التصرف حفظا لماله فإذا صار أهلا للتصرف زال الحجر لزوال سببه

فصل : ولا ينفك عنه الحجر ولا يدفع إليه ماله قبل البلوغ والرشد ولو صار شيخا وهو قول الأكثرين قال ابن المنذر : أكثر علماء الأمصار من أهل العراق

والحجاز والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرا كان أو كبيرا وبه قال القاسم بن محمد و مالك و الشافعي و أبو يوسف و محمد و روى الجوزجاني في كتابه قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل و مال فلا يجوز له أمر في ماله دون لضعف عقله قال ابن إسحاق رأيت شيخا يخضب و قد جاء إلى القاسم بن محمد فقال يا أبا محمد ادفع إلي مالي فإنه لا يولي على مثلي فقال : إنك فاسد فقال امرأته طالق البتة و كل مملوك له حر إن لم تدفع إلي مالي فقال القاسم بن محمد و ما يحل لنا أن ندفع إليك مالك على حالك هذه فبعثت إلى امرأته و قال : هي حرة مسلمة و ما كنت لأحبسها عليه و قد فهت بطلاقها فأرسل إليها فأخبرها ذلك و قال أما رقيتك فلا عتق لك و لا كرامة فحبس رقيقه و قال ابن إسحاق ما كان يعاب على الرجل إلا سفهه و قال أبو حنيفة لا يدفع إليه ماله قبل خمس و عشرين سنة و إن تصرف نفذ تصرفه فإذا بلغ خمسا و عشرين سنة فك الحجر عنه و دفع إليه ماله لقول الله تعالى : { ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده } و هذا قد بلغ أشده و يصلح أن يكون جدا و لأنه حر بالغ عاقل مكلف فلا حجر عليه كالرشيد

ولنا قول الله تعالى : { ولا تؤتوا السفهاء أموالكم } أي أموالهم و قوله تعالى : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } علق الدفع على شرطين و الحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما و قال تعالى : { فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل } فأثبت الولاية على السفه و لأنه مبذر فلم يجر دفع ماله إليه كمن له دون ذلك و أما الآية التي احتجوا بها فإنما تدل بدليل خطابها وهو لا يقول به ثم هي مخصصة فيما قبل خمس و عشرين بالإجماع لعلة السفه وهو موجود بعد خمس و عشرين فيجب أن يخص به أيضا كما أنها لما خصت في حق المجنون لجنونه فيما قبل خمس و عشرين خصت بعدها و ما ذكرنا من المنطوق ألوى مما يستدل به من المفهوم المخصص و قوله أنه صار يصلح جدا لا معنى تحته يقتضي الحكم و لا له أصل يشهد له في الشرع فهو إثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور ممن هو دون هذا السن فإن المرأة تكون جدة لأحدى و عشرين سنة و قياسهم منتقض بمن له دون خمس و عشرين سنة فما أوجب الحجر قبلها يوجب بعده إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه و لا إقراره و قال أبو حنيفة : يصح بيعه و إقراره لأن البالغ عنده لا يحجر عليه و إنما لم يسلم إليه للآية

ولنا أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده فلم يخص تصرفه و إقراره كالصبي و المجنون و لأنه إذا نفذ تصرفه و إقراره تلف ماله و لم يفد منعه من ماله شيئا و لأن تصرفه لو كان نافدا لسلم إليه ماله كالرشيد فإنه إنما منع ماله حفظا له لم يحفظ بالمنع و جب تسليمه إليه بحكم الأصل

والبلوغ يحصل بالاحتلام وبلوغ خمس عشرة سنة ونبات الشعر الخشن حول القبل وتزيد الجارية بالحيض والحمل

مسألة : والبلوغ يحصل بالاحتلام وبلوغ خمس عشرة سنة ونبات الشعر الخشن حول القبل وتزيد الجارية بالحيض والحمل

يثبت البلوغ في حق الجارية والغلام بأحد الأشياء الثلاثة المذكورة وهي : خروج المنى من القبل وهو الماء الدافق الذي منه الولد كيفما خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك يحصل به البلوغ لا نعلم فيه خلافا لقول الله تعالى : { وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا } وقوله { والذين لم يبلغوا الحلم منكم } وقول النبي صلى الله عليه وسلم [رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم] رواه أبو داود وقال ابن المنذر أجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل وعلى المرأة بظهور الحيض منها الثاني : السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في حق الغلام والجارية وبهذا قال الأوزاعي و الشافعي وأبو يوسف و محمد وقال داود لأحد للبلوغ من السن لقوله صلى الله عليه وسلم : [رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم] واثبات البلوغ لغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك وقال أصحابه سبع عشرة أو ثماني عشرة وعن أبي حنيفة في الغلام روايتان إحداهم : سبع عشرة والثاني : ثماني عشرة والجارية سبع عشرة بكل حال لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاقا ولا توقيف فيما دون هذا ولا اتفاقا ولنا [أن ابن عمر قال : عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني] متفق عليه وفي لفظ [عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني] فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب إلى عماله أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة رواه الشافعي في مسنده و الترمذي وقال حديث صحيح ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الجارية والغلام فاستويا فيه كالإنزال وما احتج به مالك و داود لا يمنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل وهذا كان انبات الشعر علما عليه الثالث : نبات اشعر الخشن حول ذكر الرجل وفرج المرأة فأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فإنه يثبت في حق الصغير وبهذا قال مالك و الشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لأنه نبات شعر أشبه سائر شعر البدن

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعد بن معاد في بني قريظة حكم بأن يقتل مقاتلتهم ويسبى ذراريهم فأمر بأن يكشف عن مؤترريهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت الحقوه بالذرية [قال عطية القرظي : عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن ينظر إلي هل أنبت بعد فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية] متفق على معناه وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي وروى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الأنصار شبب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر فلم يجد أنبت فقال :

لو أنبت لحددتك ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالبا يستوي فيه الذكر والأنثى فكان علما على البلوغ كالاختلام ولأن الخارج ضربان متصل ومنفصل فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المصل وما كان بلوغا في حق المشرك كان بلوغا في حق المسلم كالاختلام والسن

فصل : والحيض علم على البلوغ في حق الجارية لا نعلم فيه خلافا وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم [لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار] رواه الترمذي وقال حديث حسن وكذلك الحمل يحصل به البلوغ لأن الله تعالى أجرة العادة أن الولد إنما يخلق من ماء الرجل وماء المرأة قال الله تعالى : { فلينظر الإنسان مم خلق * خلق من ماء دافق * يخرج من بين الصلب والترائب } وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الأحاديث فعلى هذا يحكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه

فصل : إذا وجد خروج المني من الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا وإن خرج من فرجه أو حاض كان علما على بلوغه وكونه امرأة وقال القاضي : ليس واحد منهما علما على البلوغ فإن اجتمعا فقد بلغ وهو مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج ذلك منه خلقة زائدة ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على ذكوريته أو أنوثيته فخرج المني والحيض أولى وإذا ثبت كونه رجلا خرج المني من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ ولأن خروج مني الرجل من المرأة أو الحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين وإذا ثبت التعيين لزم كونه دليلا على البلوغ كما لو تعين قبل خروجه ولأنهم سلموا أن خروجهما معا دليل عليه فخرج أحدهما منفردا أولى لأن خروجهما معا يقتضي تعارضهما وإسقاط دلالتهما إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فلزم أن يكون أحدهما فضلا خارجه من غير محلها وليس أحدهما أولى بذلك من الآخر فتبطل دلالتهما كالبيتين إذا تعارضتا وكالبول إذا خرج من المخرجين جميعا بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفردا فإن الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه فإذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضي بثبوت دلالتة كالحكم بكونه رجلا بخروج البول من ذكره وبكونه أنثى بخروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المني من ذكره وللجارية بخروج الحيض من فرجها فعلى هذا إذا خرجا جميعا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان أحدهما : يثبت وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لأنه إن كان رجلا فقد خرج المني من ذكره وإن كانت أنثى فقد حاضت والثاني : لا يثبت لأن هذا يجوز أن لا يكون حيضا ولا منيا فلا يكون فيه دلالة وقد دل على ذلك تعارضهما فانتفت دلالتهما على البلوغ كانتفاء دلالتهما على الذكورية والأنوثة

والرشد الصلاح في المال
 مسألة : والرشد الصلاح في المال
 وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك و أبو حنيفة وقال الحسن و الشافعي و
 ابن المنذر الرشد الصلاح في الدين و المال لأن الفاسق غير رشيد ولأن افساد
 دينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله و ثبوت الولاية على غيره
 وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير ولنا قول الله تعالى : { فإن أنستم منهم
 رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } قال ابن عباس : يعني صلاحا في أموالهم وقال
 مجاهد إذا كان عاقلا ولأن هذا اثبات في نكره و من كان مصلحا لماله فقد وجد
 منه رشيد ولأن العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء
 كالزهد في الدنيا ولأن هذا مصلح لماله فأشبه العدل يحققه أن الحجر عليه إنما
 كان لحفظ ماله عليه و المؤثر فهو رشيد ثم هو منتقض بالكافر فإنه غير رشيد
 في دينه ولا يحجر عليه لذلك ولا يلزم من منع قبول القول منه دفع ماله إليه
 فإن من عرف بكثرة الغلط و النسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجليه في
 مجمع الناس لا تقبل شهادتهم وتدفع أموالهم إليهم

[جزء 4 - صفحة 560]

ولا يدفع ماله إليه حتى يختبر
 مسألة : ولا يدفع ماله إليه حتى يختبر
 لأنه إنما يعرف رشده باختباره لقول اله تعالى : { وابتلوا اليتامى } أي
 اختبروهم واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله إليه فإن كان
 من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء فإذا تكرر منه فلم يغبن ولم يضع ما
 في يديه فهو رشيد وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصاب أمثالهم
 عن الأسواق دفعت إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فإن صرفها في
 مصارفها ومواقعها واستوفى على وكيله فيما وكله واستقصى عليه دل على
 رشده والمرأة يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت من استئجار الغزالات
 وتوكيلها في شراء الكتان وأشباه ذلك فإن وجدت ضابطة لما في يديها
 مستوفية من وكيلها فهي رشيدة

وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه
 مسألة : وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه
 كالغناء والقمار وشراء المحرمات وشراء آلات اللهو والخمر وأن يتوصل به
 الفساد فيها غير رشيد لأنه تبذير لماله وتضييعه فيما لا فائدة فيه فإن كان فسقه
 بالكذب و التهاون بالصلاة مع حفظه لماله لم يمنع ذلك من دفع ماله إليه كما
 ذكرنا

وعنه لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة

مسألة : وعنه لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة

المشهور في المذهب أن الجارية إذا بلغت وردت دفع إليها مالها كالغلام وزال الحجر عنها وإن لم تتزوج وهذا قول عطاء و الثوري و أبي حنيفة و الشافعي و أبي ثور و ابن المنذر ونقل أبو طالب عن أحمد أن الجارية لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج وتلد وتقيم سنة في بيت الزوج روي ذلك عن عمر وبه قال شريح و الشعبي و إسحاق لما روي عن شريح أنه قال : عهد إلي عمر بن الخطاب أن لا أجز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار إجماعا وقال مالك لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من يغر إذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قول الله تعالى : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } ولأنها يتيم بلغ وأنس منه الرشد فيدفع إليه ماله كالرجل ولأنها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كالتي دخل بها الزوج وحديث عمر إن صح فلم نعلم انتشاره في الصحابة فلا يترك به الكتاب والقياس وعلى أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وإنما اعتمد على إيجاب الأب لها على النكاح

ولنا أن نمعه وإن سلمناه فإنما أجبرها على النكاح لأن اختبارها للنكاح ومصالحة لا يعلم إلا بمباشرته والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها عملا بعموم حيث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها فلم يجر دفعه إليها كما لو لم ترشد وقال القاضي : عندي أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

[جزء 4 - صفحة 562]

وقت الاختبار قبل البلوغ في إحدى الروايتين

مسألة : وقت الاختبار قبل البلوغ في إحدى الروايتين وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الله تعالى قال : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين أحدهما : أنه سماهم يتامى وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ الثاني : أنه مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتى فيدل على أن الاختبار قبله ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد

لأن الحجر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى لكن لا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة وإذا أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما ذكره وعنه اختباره بعد البلوغ أو ما إليه أحمد لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ولأصحاب الشافعي نحو هذا الوجه

فصل : قال رضي الله عنه ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب لأنها ولاية على الصغير فقدم فيها الأب كولاية النكاح ثم وصيته بعده لأنه نائبه أشبه وكيله في الحياة ثم للحاكم لأن الولاية انقطعت من جهة القرابة فتثبت للحاكم كولاية النكاح ومذهب أبي حنيفة و الشافعي أن الجد يقوم مقام الأب في الولاية لأنه أب

ولنا أن الجد لا يدلي بنفسه وإنما يدلي بالأب الأدنى فلم يل مال الصغير كالأخ ولأن الأب يسقط الأخوة بخلاف الجد وترث الأم معه ثلث الباقي في زوج وأم وأب وزوجة وأم أب بخلاف الجد فلا يصح قياسه عليه فأما من سواهم فلا يثبت لهم ولاية لأن المال محل الجناية ومن سواهم قاصر الشفقة غير مأمون على المال فلم يله كالأجنبي ومن شرط ثبوت الولاية على المال العدالة بغير خلاف ولأن في تفويضها إلى الفاسق تضييعا للمال فلم يجز كتفويضها إلى السفية وكذلك الحكم في السفية إذا حجر عليه صغيرا واستدام الحجر عليه بعد البلوغ

[جزء 4 - صفحة 563]

وليس لوليها التصرف في مالها إلا على وجه الحظ لهما وما لا حظ فيه ليس له التصرف به كالتق والهبة والتبرعات والمحاباة
مسألة : وليس لوليها التصرف في مالها إلا على وجه الحظ لهما وما لا حظ فيه ليس له التصرف به كالتق والهبة والتبرعات والمحاباة
لقول الله سبحانه تعالى : { ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن } وقوله صلى الله عليه وسلم : [لا ضرر ولا ضرار] رواه الإمام أحمد وهذا فيه اضرار فإن فعل شيئا من ذلك أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن لأن مفراط فضمن كتصرفه في مال غيرهما

ولا يجوز أن يشتري من مالها شيئا لنفسه ولا يبيعهما إلا الأب لأنه غير متهم عليه لكمال شفقتة
مسألة : ولا يجوز أن يشتري من مالها شيئا لنفسه ولا يبيعهما إلا الأب لأنه غير متهم عليه لكمال شفقتة
وبه قال أبو حنيفة و مالك و الأوزاعي و الشافعي وزادوا الجد وقال زفر لا يجوز لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم

ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعقد فأما الجد فلا ولاية له على ما ذكرناه فهو كالأجنبي ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه والميل إليه وترك حظ نفسه لحظه وبهاذ فارق الوصي والحاكم وأمينه فأما الحاكم والوصي فلا يجوز لهما ذلك لأنهما متهمان في طلب الحظ لأنهما فلم يجز ذلك لهما بخلاف الأب

ولوليها مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال
 مسألة : ولوليها مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال
 إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته ألفا فكاتبه بألفين أو يعتقه بهما فإن لم يكن فيها حظ لم يصح وقال مالك و أبو حنيفة : لا يجوز إعتاقه لأن الإعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار وقال الشافعي : لا يجوز كتابته ولا إعتاقه لأن المقصود منهما العتق دون المعاوضة فلم يجز كالإعتاق بغير عوض
 ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكهما وليه كبيعة ولا عبرة بنفع العبد ولا بضره كونه تعليقا فإنه إذا حصل لليتيم حظ له يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ما قاسوا عليه فإنه لا نفع فيه لعدم الحظ وانتفاء المتقضي لا لما ذكره ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادرا وإن كان العتق على مال بقدر قيمته أو أقل لم يجز لعدم الحظ فيه وقال أبو بكر : يتوجه جواز العتق بغير عوض للحظ فيه مثل أن تكون له جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعتين ولو أفردت إحداهما ساوت مائتين ولا يمكن إفرادها بالبيع فيعتق الأخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتهما

[جزء 4 - صفحة 564]

وله تزويج إمائهما
 مسألة : وله تزويج إمائهما إذا وجب تزويجهن بأن يطلبن ذلك أو يرى المصلحة فيه لأنه ولي عليهن وقائم مقام مالكن فكان له تزويجهن كالمالك

وله السفر بمالهما للتجارة فيه والمضاربة بمال اليتيم والمجنون وله أن يدفعه مضاربة بجزء من الربح
 مسألة : وله السفر بمالهما للتجارة فيه والمضاربة بمال اليتيم والمجنون وله أن يدفعه مضاربة بجزء من الربح
 أبا كان أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم وهو أولى من تركه وممن رأى ذلك ابن عمر و النخعي و الحسن بن صالح و مالك و الشافعي و أبو ثور و يروى بإباحة التجارية به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم أحدا كرهه إلى الحسن ولعله

أراد اجتناب المخاطرة به ورأى خزنه أحفظ له وهو قول الجمهور لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من ولي يتيما له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة] وروي موقوفا على عمر وهو أصح من المرفوع ولأن ذلك أحفظ للمولي عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البالغون في أموالهم إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة ولا يدفعه إلا إلى الأمانة ولا يغرب به وقد روي عن عائشة أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ويحتمل أنها جعلت ضمانه لعيها إن هلك

[جزء 4 - صفحة 565]

والربح كله لليتيم
مسألة : والربح كله لليتيم
يعني إذا اتجر بنفسه وأجاز الحسن بن صالح وإسحاق أن يأخذ الوصي مضاربة لنفسه لأنه جاز له أن يدفعه بذلك فجاز أن يأخذه بذلك له ويتخرج لنا مثل ذلك كما قلنا في الشريك إذا فعل بنفسه ما يجوز له الإجارة عليه فإنه يستحق الأجرة في أحد الوجهين كذلك هاذ وبه قال أبو حنيفة والصحيح ما قلناه لأن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة لنفسه

فأما إن دفعه إلى غيره فللمضارب ما جعل له الولي
مسألة : فأما إن دفعه إلى غيره فللمضارب ما جعل له الولي
ووافق عليه في قولهم جميعا لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته وهذا فيه مصلحته فأشبهه تصرف المالك في ماله
فصل : وله إبضاع ماله وهو دفعه إلى من يتجر به والربح كله لليتيم لأنه إذا جاز دفعه بجزء م ربح فدفعه إلى من يوفر الربح أولى

ويجوز له بيعه نساء إذا كان له الحظ في ذلك
مسألة : ويجوز له بيعه نساء إذا كان له الحظ في ذلك
فإنه قد يكون أكثر ثمنا وأنفع لكن يحتاط على الثمن بأن يأخذ به رهنا أو كفيلا موثوقا يتحفظ الثمن به

وله قرضه برهن
مسألة : وله قرضه برهن

إذا لم يكن في قرض مال اليتيم حظ له لم يجز وإن كان في قرضه حظ لليتيم جاز قال أحمد : لا تقرر مال اليتيم لأحد تريد مكافأته ومودته ويقرر على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر وقيل لأحمد ابن عمر اقترض مال اليتيم قال : إنما اقترض نظرا لليتيم واحتياطاً إن أصابه شيء غرمه قال القاضي : ومعنى الحظ أن يكون للصبي مال في بلد فيريد نقله إلى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الغرر فينقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو غيرهما أو يكون مما يتلف بتناول مدته أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوهما فيقرضه خوفاً من السوس أو تنقص قيمته وأشباه هذا فيجوز القرض لأن لليتيم فيه حظاً فجاز كالتجارة به وإن لم يكن فيه حظ لم يجز لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهنته وإن أراد الولي السفر لم يمكن له المسافرة لماله فإن أراد أن يودع مال اليتيم فقرضه لثقة أولى من ذلك لأن الوديعة لا تضمن فإن لم يجد ثقة يستقرضه فله إيداعه لأنه موضع حاجة وإن أودعه مع إمكان قرضه جاز ولا ضمان عليه لأنهما ربما رأى الإيداع أولى من القرض فلا يكون مفرطاً وكل موضع قلنا له قرضاً فلا يجوز إلا لمليء أمين ليأمن جوده وتعذر الإيفاء وينبغي أن يأخذ رهناً إن أمكنه فإن تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد لأن الظاهر أن من يستقرضه لحظ اليتيم لا يبذل رهناً فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ وظاهر كلام شيخنا في هذا الكتاب المشروح أنه لا يجوز وكذلك ذكره أبو الخطاب لأن فيه احتياطاً للمال فإن تركه احتتمل أن يضمن إن ضاع المال واحتمل أن لا يضمن لأن الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام أحمد لكونه لم يذكر الرهن

فصل : قال أبو بكر : هل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين بناء على الوكيل وقال القاضي : يجوز ذلك للوصي وفي الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه

[جزء 4 - صفحة 567]

وله شراء العقار لهما وبنائهما بما جرت عادة أهل بلده به
مسألة : وله شراء العقار لهما وبنائهما بما جرت عادة أهل بلده به
إذا رأى المصلحة في ذلك كله لأنه مصلحة له فإنه يحصل له الفض ويبقى الأصل والغرر فيه أقل من التجارة لأن أصله محفوظ

فصل : ويجوز أن يبني لهما عقاراً لأنه في معنى الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه وإذا أراد بناءه بناه بما يرى الحظ فيه مما جرت عادة أهل البلد به وقال أصحابنا : يبنيه بالآجر والطين لا يبنيه باللبن لأنه إذا هدم لا مرجوع له ولا بجص لأنه يلتصق بالآجر فلا يخلص منه فإذا انهدم فسد لأن تخليصه منه يفضي إلى كسره وهذا مذهب الشافعي والذي قلناه أولى إن شاء الله تعالى فإنه إذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع حظه وماله ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم

البناء ولعل ذلك لا يكون في حياته إليه مع أن كثيرا من البلدان لا يوجد فيها الأجر وكثير منها لم تجر عاداتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا إلى غرامه كثيرة لا يحصل منها طائل فعلى هذا يحمل قول أصابنا على من عاداتهم البناء بالأجر كالعراق ونحوها ولا يصح حمله في حق غيرهم وإنما يفعل ما ذكرنا من الشراء والبناء إذا رأى المصلحة فيه والحظ لهما

وله شراء الأضحية لليتيم الموسر

مسألة : وله شراء الأضحية لليتيم الموسر

نص عليه إذا كان له مال كثير لا يتضرر بشرائها فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو يوم عيد وفرج وفيه جبر قلبه وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم [إنها أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل] رواه مسلم وهذا قول أبي حنيفة و مالك قال مالك : إذا كان له ثلاثون دينارا يضحى عنه بالشاة بنصف دينار وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يجوز وهو مذهب الشافعي لأنه إخراج شيء من ماله بغير عوض فلم يجر كالهدية قال شيخنا : ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الروايتين على حالين فالموضع الذي منع التضحية إذا كان الطفل لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ولا ينكسر قلبه بتركها لعدم الفائدة فيها والموضع الذي أجازها إذا كان اليتيم يعقلها وينجبر قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة فيها وعلى كل حال من ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشيء منها ويوفرها لنفسه لأنه لا تحل الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا

فصل : ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الجبر وأمكن في حصول الأدم فهو أولى وإن كان الأفراد أرفق لقول الله تعالى : { ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم } أي ضيق عليكم وشدد من قولهم أعنت فلان فلانا إذا ضيق عليه وشدد

[جزء 4 - صفحة 568]

ويجوز تركه في المكتب وأداء الأجرة عنه بغير إذن الحاكم

مسألة : ويجوز تركه في المكتب وأداء الأجرة عنه بغير إذن الحاكم وحكي لأحمد قول سفيان : لا يسلم الوصي الصب إلا بإذن الحاكم فأنكر ذلك وذلك لأن المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقته لماكوله وملبوسه وكذلك يجوز أن يسلمه في صناعة إذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرنا

ولا يبيع عقارهم إلا لضرورة أو غبطة وهو أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعدا
مسألة : ولا يبيع عقارهم إلا لضرورة أو غبطة وهو أن يزداد في ثمنه الثلث
فصاعدا
وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لأننا نأمره بالشراء لما فيه من
الحظ فيبيعه إذا تفويت للحظ فإن احتيج إلى بيعه جاز قال أحمد يجوز للموصي
بيع الدور على الصغار إذا كان أحظ لهم وبه قال الثوري و الشافعي وأصحاب
الرأي و إسحاق قالوا يبيع إذا رأى الصلاح قال القاضي لا يجوز بيعه إلا في
موضعين أحدهما : أن يكون فيه ضرورة إلى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما
لا بد منه وليس له ما تندفع به حاجته : الثاني أن يكون في بيعه غبطة وهو أن
يبدل فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله وقال أبو الخطاب : كالثالث فما زاد أو
يخاف لعيه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه وهذا الذي ذكره شيخنا في المقنع
وهو قول في مذهب الشافعي وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع
يكون نظرا لهم ولا يختص بما ذكره فإن الولي قد يرى الحظ في غيره هذا
مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشترى له في مكان
يكثر نفعه أو يرى شيئا في شرائه غبطه لا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره وقد
تكون داره بمكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجواز أو غيره فيبيعه
ويشترى له بتمنها دارا يصلح له المقام بها وأشباه هذا مما لا ينحصر وقد لا
يكون له حظ في بيع عقاره وإن دفع مثلا ثمنه إما لحاجته إليه وأما لأنه لا يمكن
صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي صلى الله
عليه وسلم [من باع دارا أو عقارا ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه]
فلا يجوز بيعه إذا فلا معنى لتقييده بما ذكره في الجواز ولا في المنع بل متى
كان الحظ في بيعه جاز ولما لا فلا وهذا اختيار شيخنا وهو الصحيح إن شاء الله
تعالى

[جزء 4 - صفحة 569]

وإن وصى لأحدهما بيمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له أو غيره
ذلك وجب على الولي قبول الوصية
مسألة : وإن وصى لأحدهما بيمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى
له أو غيره ذلك وجب على الولي قبول الوصية لأن مصلحة ليس فيها ضرر وإن
كانت تلزمه نفقته لم يجز لها قبولها لما فيه من ضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه
فصل : قال رحمه الله ومن فك عنه الحجر فعاوده السفه أعيد الحجر عليه
وجملة ذلك أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع إليه ماله
ثم عاد إلى السفه أعيد الحجر وبه قال القاسم بن محمد و مالك و الأوزاعي و
الشافعي و إسحاق و أبو ثور و أبو عبيد و أبو يوسف و محمد وقال أبو حنيفة : لا
يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ روي عن ابن سيرين و النخعي لأنه
مكلف فلم يحجر عليك كالرشيد

لنا ما روى عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع فقال علي : لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال : قد ابتعت بيعا وإن عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير : أنا شريكك في البيع فأتى علي عثمان فقال : إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير : أنا شريكه في البيع فقال عثمان : كيف أحجر علي من شريكه الزبير ؟ قال أحمد : لم أسمع هذا من أبي يوسف القاضي وهذه قضية يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون إجماعا ولأنه سفيه فحجر عليه كما لو بلغ سفيها فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيها سفيه وهو موجود ولأن السفيه لو قارن البلوغ منه دفع ماله إليه فإذا حدث وجب انتزاع المال كجنون وفارق الرشيد فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه إذا ثبت ذلك سبب فلا يحجر فأشبهه الجنون ولنا أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم حاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ولا خلاف فيه

[جزء 4 - صفحة 571]

ولا ينظر في ماله إلا الحاكم
مسألة : ولا ينظر في ماله إلا الحاكم لأن الحجر عليه يفتقر إلى الحاكم فكذلك النظر في ماله

ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكمه
مسألة : ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكمه
يعني إذا رشد احتاج فك الحجر إلى حكم الحاكم وبه قال الشافعي وقيل ينفك بمجرد رشده وقاله أبو الخطاب لأن سبب الحجر زال فيزول بزواله كما في حق الصبي والمجنون ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول إلا بحكمه كالمفلس ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان ابتداء الحرج عليه وفارق الصبي والمجنون فإن الحجر عليهما بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه ولأننا لو وقفنا صحة تصرف الناس في الحاكم كان أكثر الناس محجورا عليهم قال أحمد : والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني إذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة المجنون لأنه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبهه الصبي والمجنون

[جزء 4 - صفحة 572]

ويستحب إظهار الحجر عليه وأن يشهد عليه الحاكم
مسألة : ويستحب إظهار الحجر عليه وأن يشهد عليه الحاكم ليظهر أمره
فيجتنب معاملته وإن رأى أن يأمر منادياً ينادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا
يشترط الإشهاد لأنه قد ينتشر أمره لشهرته

ويصح تزويجه بإذن وليه
مسألة : ويصح تزويجه بإذن وليه
وبغير إذنه وهو قول أبي حنيفة واختاره القاضي وقال أبو الخطاب : لا يصح بغير
إذن وليه وهو قول الشافعي وأبي ثور لأنه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير
إذن وليه كالشراء ووجه الأول أنه عقد غير مالي فصح منه كخلعة وطلاقه وإن
لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن فلم يمنع صحة التصرف
فصل : وإن خالغ صح خلعة لأنه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع
الذي يحصل به المال أولى إلا أن العوض لا يدفع إليه وإن دفع إليه لم يصح
قبضه وقال القاضي : يصح وسنذكر ذلك في باب الخلع فإن قلنا : لا يصح
القبض فأتلفه بعد قبضه فلا ضمان عليه وإلا تبرأ المرأة بدفعه إليه وهو من
ضمانها إن أتلفه أو تلف في يده لأنها سلطته عليه

[جزء 4 - صفحة 573]

وهل يصح عتقه ؟ على روايتين
مسألة : وهل يصح عتقه ؟ على روايتين إحداهما : لا يصح وهو قول القاسم بن
محمد و الشافعي والثانية : يصح لأنه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح
كعتق الراهن والمفلس
ولنا أنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولأنه تبرع فأشبهه هبته ووقفه
ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح كعتق الصبي والمجنون وفارق
المفلس ولراهن فإن الحجر عليهما لحق غيرهما وفي عتقهما خلاف أيضاً قد
ذكرناه
فصل : ويصح تدبيره ووصيته لأن ذلك محض مصلحة لأنه تقرب إلى الله تعالى
بماله بعد غناه عنه ويصح استيلاؤه وتعتق الأمة المستولدة بموته لأنه إذا صح
ذلك من المجنون فمن السفية أولى وله المطالبة بالقصاص لأنه موضوع
للتشفي والانتقام وهو من أهله وله العفو على مال لأنه تحصيل للمال لا تضييع
له وإن عفا على غير مال وقلنا الواجب القصاص عينا صح عفو له لأنه لم يتضمن
تضييع المال وإن قلنا أحد شيئين لم يصح عفو عن المال ووجب المال كما لو
سقط القصاص بعفو أحد الشريكين
وإن أحرم بالحج صح لأنه مكلف أشبه غيره ولأنه عبادة فصحت منه كسائر
العبادات فإن كان أحرم بفرض دفع إليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن

نفسه وإن كان تطوعاً وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت لأنه لا ضرر في إحرامه فإن زادت نفقة السفر فقال : أنا أكسب تمام نفقتي دفعت إليه أيضاً لأنه لا يضر بماله وإن لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما في مضيه فيه من تضييع ماله وتحلل بالصيام كالمعسر لأنه ممنوع من التصرف في ماله ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده وإن لزمه كفارة يمين أو ظهار أو قتل أو وطء في نهار رمضان كفر بالصيام لما ذكرنا وإن أعتق أو أطعم لم يجزه لأنه ممنوع من ماله أشبه المفلس وبهذا قال الشافعي ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحة عتقه وإن نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لأنه غير محجور عليه في بدنه وإن نذر الصدقة بمال لم يصح منه وكفر بالصيام فإن فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع لزمه العتق إن قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك الحجر عنه أنه يلزمه أدائه وإن فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

[جزء 4 - صفحة 574]

وإن أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به مسألة : وإن أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به وجملة ذلك أن المحجور عليه لسفه أو فليس إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقه والقذف والقتل والشرب أو قطع اليد وما أشبهها فإنه يصح إقراره ويلزمه حكم ذلك في الحال بغير خلاف علمناه قال ابن المنذر : أجمع كل من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه في نفسه جائز إذا كان إقراره بزنا أو سرقه أو شرب خمر أو قذف أو قتل وإن الحدود تقام عليه وهذا قول الشافعي و أبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه غير متهم في حق نفسه والحجر إنما تعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال وإن طلق زوجته نفذ طلاقه في قول الأكثرين وقال ابن أبي ليلى : لا يقع لأن البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال ولنا أن الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالإقرار منه بالحد والقصاص ودليل أنه لا يجري مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب فصل : وإن أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح لكما لو ثبت بالبينة واحتمل أن لا يصح لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال بأن يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص والعفو عنه إلى مال ولأنه وجوب مال مستنده إقراره فلم يثبت كالإقرار به ابتداء فعلى هذا القول القصاص ولا يجب المال في الحال

فصل : وإن أقر بنسب ولد قبل منه لأنه ليس بإقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل
 إقراره بالحد والطلاق وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن
 ذلك حصل ضمنا لما صح منه فأشبهه نفقة الزوجة

[جزء 4 - صفحة 575]

قال : وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره ويحتمل أن لا يلزمه مطلقا
 مسألة : قال : وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره ويحتمل أن لا يلزمه
 مطلقا
 إذا أقر السفية بمال كالدين أو ما يوجب كجناية الخطأ وشبه العمد وإتلاف المال
 وغصبه وسرقته لم يقبل إقراره به لأنه محجور عليه لحظه فأشبهه الصبي
 والمجنون ولأننا لو قبلنا إقراره في ماله لزال فائدة الحجر لأنه يتصرف في
 ماله ثم يقربه فيأخذه المقر له ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم
 ينفذ كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال وظاهر قول الأصحاب أنه
 يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه وهو قول أبي ثور واختيار الخرقى لأنه
 مكلف أقر بما يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بالدين
 وكإقرار الراهن على الرهن وكإقرار المفلس ويحتمل أن لا يصح إقراره ولا
 يؤخذ به في الحكم بحال وهذا مذهب الشافعي لأنه محجور عليه لعدم رشده
 فلم يلزمه حكم إقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولا المنع من
 نفوذ إقراره في الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد
 فك الحجر عنه لم يفد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالته وفارق المحجور
 عليه لحق غيره فإن المانع تعلق حق الغرماء بماله فيزول المانع بزوال الحق
 عن ماله فيثبت مقتضى إقراره وفي مسألتنا انتفى الحكم لخلل في الإقرار
 فلم يثبت كونه سببا ولزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال
 السبب كما لا يثبت بعد فك الحجر ولأن الحجر لحق الغير فلم يمنع تصرفهم في
 ذممهم فأمكن تصحيح إقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم والحجر
 ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف قبله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر إلا بإبطال
 إقراره بالكلية كالصبي والمجنون فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فإن علم
 صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أدائه
 لأنه علم حقا فلزمه أدائه كما لو لم يقرب به وإن علم فساد إقراره مثل أن علم
 أنه أقر بدين ولا دين عليه ولا بجناية منه أو أقر بما لا يلزمه مثل أن أتلف مال
 من دفعه إليه بقرض أو بيع لم يلزمه أدائه لأنه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه
 كما لو لم يقرب به

[جزء 4 - صفحة 576]

وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون على ما ذكرنا من قبل
 مسألة : وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون على ما ذكرنا
 من قبل
 لأنه محجور عليه لحظه فهو كالصبي والمجنون

وللولي أن يأكل من مال المولي عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه
 مسألة : قال الشيخ رحمه الله وللولي أن يأكل من مال المولي عليه بقدر
 عمله إذا احتاج إليه
 وإن كان عينا لم يجر له ذلك إذا لم يكن أبا لقول الله تعالى : { ومن كان غنيا
 فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف } وإذا كان فقيرا فله أقل
 الأمرين أجرته أو قدر كفايته لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعا فلم يجر أن
 يأخذ إلا ما وجدا فيه وقال ابن عقيل : يأكل وإن كان غنيا قياسا على العمل في
 الزكاة والآية محمول على الاستحباب والأول أولى لظاهر الآية

وهل يلزمه عوض ذلك إذا أيسر ؟ على روايتين
 مسألة : وهل يلزمه عوض ذلك إذا أيسر ؟ على روايتين
 أما إذا كان أبا فلا يلزمه رواية واحدة لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع
 الحاجة وعدمها وإن كان غير الأب لم يلزمه عوض ذلك في إحدى الروايتين
 وهذا قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لأن الله تعالى أمر بالأكل من
 غير ذكر عوض فأشبهه سائر ما أمر يأكله ولأنه عوض عن عمله فلم يلزمه بدله
 كالأجير والمضارب والثانية : يلزمه عوضه وهو قول عبيدة السلماني و عطاء و
 مجاهد و سعيد بن جبير و أبي العالية لأنه استباحة بالحاجة من مال غيره فلزمه
 قضاؤه كالمضطر إلى طعام غيره والأول أصح لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان
 واجبا في الذمة قبل اليسار فإن اليسار ليس سببا للوجوب فإذا لم يجب
 بالسبب الذي هو الأكل لم يجب بعده وفارق المضطر فإن العوض واجب عليه
 في ذمته ولأنه لم يأكله عوضا عن شيء وهذا بخلافه

وكذلك يخرج في الناظر في الوقف
 مسألة : وكذلك يخرج في الناظر في الوقف قياسا عليه

ومتى زال الحجر عنه فادعى على الولي تعديا أو ما يوجب ضمانا فالقول قول
 الولي
 مسألة : ومتى زال الحجر عنه فادعى على الولي تعديا أو ما يوجب ضمانا
 فالقول قول الولي

إذا ادعى الولي الإنفاق على الصبي والمجنون أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى أنه باع عقارا لحظه أو بناه لمصلحته أو أنه تلف قبل وله وقال أصحاب الشافعي : لا يمض الحاكم بيع الأمين والوصي حتى يثبت عنده الحظ بينة ولا يقبل قولهما في ذلك ويقبل قول الأب والجد ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالأب والجد لأنه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالأب وإذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل إلا بينة فإن لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه وإن قال الولي أنفقت عله منذ ثلاث سنين وقال الغلام إنما مات أبي سنتين فقال القاضي : القول قول الغلام لأن الأصل حياة والدة واختلافهما في أمر ليس الوصي أمينا فيه فقدم من يوافق قوله الأصل

[جزء 4 - صفحة 577]

وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده
مسألة : وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده
لأنه أمين فأشبهه المودع ويحتمل أن القول قول الصبي لأن أصله معه لأن الله سبحانه قال { فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم } فمن ترك الإشهاد فقد فرط فلزمه القضاء والألو المذهب وكذلك الحكم في المجنون والسفيه

وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها ؟ على روايتين
مسألة : وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها ؟ على روايتين
إحداهما : ليس له الحجر عليها وهو قول أبي حنيفة و الشافعي و ابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي والثانية : ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت بعق جارية ليس لها غيرها فحنث ولها زوج فرد لذلك عليها زوجها قال : له أن يرد عليها وليس لها عتق لما [روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي صلى الله عليه وسلم بحلي لها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن لها زوجها فهل استأذنت كعبا فقالت : نعم فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى كعب فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ فقال : نعم فقبله [رواه ابن ماجه وروي أيضا] عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة خطبها لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذ هو مالك عصمتها [رواه أبو داود ولفظه] عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها [ولأن حق الزوج متعلق بما لها فإن النبي صلى الله عليه

وسلم قال [تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها] والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به وإذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض ولنا قول الله تعالى : { فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } وهو ظاهر في فك الحجر عنهم واطلاقهم في التصرف وقد ثبت [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن] وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولا استفصل وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألت عن الصدقة هل يجزئهن أن يتصدقن على أزواجهن وإيتامهن فقال : نعم ولم يذكر لهن هذا الشرط ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده جاز التصرف فيه من غير إذن كالغلام ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه كاختها وحديثهم وضعيف وشعيب لم يذكر عبد الله بن عمرو فهو مرسل ويمكن حمله على أنه لا يجوز عطيتها من ماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث والتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل ولا يصح قياسهم على المريض لوجوه أحدها : أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردهما كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوارث بدون المرض الثاني : إن تبرع المريض موقوف فإن برئ من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله الثالث : أن ما ذكره منتقض بالمرأة فإنها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وارتفاعها بماله أكثر من ارتفاعه بمالها وليس لها الحجر لعيه لعي أن هذا المعنى ليس بموجود في الأصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعا فصل : في الأذن قال الشيخ رحمه الله يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدى الروايتين ويصح تصرفه بالأذن وهذا قول أبي حنيفة والثانية : لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لأنه غير مكلف أشبه غير المميز ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به للتصرف لخفائه وتزايدته تزايدا خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة ولنا قول الله تعالى : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وإنما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء ليعلم هل يغبن أم لا ولأنه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فإنه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلى اختباره لأنه قد علم حاله وقولهم أن العقل لا يمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كم يعلم في حق البالغ فإن معرفة رشده شرط دفع ماله إليه وصحة تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ومبنى ذلك على ما إذا تصرف في مال غيره بغير إذنه وقد ذكرناه فيما مضى

[جزء 4 - صفحة 578]

ويجوز ذلك لسيد العبد
مسألة : ويجوز ذلك لسيد العبد
بغير خلاف نعلمه لأن الحجر عليه إنما كان لحق السيد فجاز له التصرف بإذنه
لزوال المانع

ولا ينفك عنهما الحجر إلا فيما أذن لهما فيه وفي النوع الذي أمرا به
مسألة : ولا ينفك عنهما الحجر إلا فيما أذن لهما فيه وفي النوع الذي أمرا به
لأن تصرفه إنما جاز بإذن وليه وسيده فزال الحجر في قدر ما أذنا فيه دون
غيره كالتوكيل فإن دفع السيد إلى عبده مالا يتجر فيه كان له أن يبيع ويشترى
ويتجر به وإن أذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعا من المال يتجر
فيه لم يكن له أن يتجر في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يجوز أن
يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقا لأن إطلاقا من الحجر وفك له
والإطلاق لا يبيح كبلوغ الصبي
ولنا أنه متصرف بالإذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل
والمضارب وما قاله ينتقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله
ويخالف البلوغ فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر فإن البلوغ مظنة كمال
العقل الذي يتمكن به التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو
موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وإنما يتصرف العبد بالإذن إلا ترى
أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد ؟

[جزء 4 - صفحة 579]

وإن أذن له في جميع أنواع التجارة لم يجز أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره
مسألة : وإن أذن له في جميع أنواع التجارة لم يجز أن يؤجر نفسه ولا يتوكل
لغيره
وبه قال الشافعي وجوزهما أبو حنيفة لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب
ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالإذن في التجارة كبيع نفسه وتزويجه
وقولهم يتصرف لنفسه ممنوع إنما يتصرف لسيده وبهذا فارق المكاتب فإن
المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبتاع من سيده

وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين
 مسألة : وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين
 إحداهما : لا يجوز لأنه تصرف بالإذن فاختص بما أذن فيه ولم يؤذن له في
 التوكيل والثانية : يجوز لأنهم يملكون التصرف بأنفسهم فملكوه بنائهم كالمالك
 الرشيد ولأنه أقامه مقام نفسه

وإذا باع السيد عبده المأذون شيئاً لم يصح في أحد الوجهين
 مسألة : وإذا باع السيد عبده المأذون شيئاً لم يصح في أحد الوجهين
 وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة في العبد يصير مأذوناً له لأنه سكت عن حقه
 فكان مسقطاً له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفاعة
 ولنا أنه تصرف يفتقر إلى الأذن فلم يرقم السكوت مقام الإذن كما لو باع الراهن
 الرهن والمرتهن ساكت أو باعه المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الأجانب
 ويخالف الشفاعة فإنها تسقط بمضي الزمان إذا علم لأنها على الفور

وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه وعنه يتعلق بذمته يتبع به
 بعد العتق إلا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين
 مسألة : وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه وعنه يتعلق
 بذمته يتبع به بعد العتق إلا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على
 روايتين

يقال أذان واستدان وتداين بمعنى واحد والعبد قسمان : محجور عليه فما لزمه
 من الدين بغير رضا سيده مثل أن يقترض ويشترى شيئاً في ذمته ففيه روايتان
 إحداهما : يتعلق برقبته اختارها الخرقى و أبو بكر لأنه دين لزمه بغير إذن سيده
 فتعلق برقبته كالإتلاف والثانية : يتعلق بذمته يتبعه الغريم به إذا عتق وأيسر
 وهو مذهب الشافعي لأنه متصرف في ذمته بغير إذن سيده فتعلق إذن سيده
 فتعلق بذمته كعوض الخلع من الأمة وكالحر القسم الثاني : المأذون له في
 التصرف أو في الاستدانة فما يلزمه من الدين هل يتعلق برقبته أو ذمة بيعه
 وهذا روايتان إحداهما : يتعلق برقبته وهو ظاهر قول أبي حنيفة لأنه قال يباع إذا
 طالب الغرماء ببيعه وهذا معناه أنه يتعلق برقبته لأنه دين ثبت برضا من له
 العين فيباع فيه كما لو رهنه والثانية : يتعلق بذمة السيد وهو الذي ذكره
 الخرقى فعلى هذه الرواية يلزم مولاه جميع ما أذان وقال مالك و الشافعي إن
 كان في يده مال قضيت ديونه منه وإن لم يكن في يده شيء يتعلق بذمته يتبع
 به إذا عتق وأيسر لأنه دين ثبت برضا من له الدين أشبه غير المأذون أو فوجب
 أن لا يتعلق برقبته كما لو اقترض بغير إذن سيده ووجه قول الخرقى أنه إذا أذن
 له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها فصار ضامناً كما لو قال
 لهم داينوه أو أذن في استدامة تزيد على قيمته ولا فرق بين الدين الذي لزمه
 في التجارة المأذون فيها أو فيما لم يؤذن له فيه مثل إن أذن له في التجارة في

البر فاتجر في غيره فإنه لا ينفك عن الغرير إذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضا

فصل : فأما أروش جناباته وقيم متلفاته فهي متعلقة برقبة العبد سواء كان مأذونا له أو لا رواية واحدة وبه يقول أبو حنيفة و الشافعي وكل ما تعلق برقبة العبد خير السيد بين تسليمه للمبيع وبين فدائه فإذا بيع وكان ثمنه أقل مما عليه فليس لرب الدين إلا ذلك لأن العبد هو الجاني فلم يجب علي غيره شيء وإن كان ثمنه أكثر فالفضل للسيد وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أن السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب إلى أنه دفعه أكثر عوضا عن الجناية فلم يبق لسيدة فيه شيء كما لو ملكه إياه عوضا عن الجناية وليس هذا صحيحا فإن المجني عليه لا يستحق أكثر من قدر أروش الجناية عليه فهو كما لو جنى عليه حر والجاني لا يجب عليه أكثر من أروش جنابته ولأن الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيدة كالرهن ولا يصح قولهم أنه دفعه عوضا لأنه لو كان عوضا لملكه المجني عليه ولم يبيع في الجناية وإنما دفعه لبيع فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد إليه الباقي وكذلك لو أتلف درهما لم يبطل حق سيده منه بذلك وإن عجز عن أداء الدراهم من غير ثمنه فإن اختار السيد فداءه لزمه أقل الأمرين من قيمته أو أروش جنابته لأن أروش الجناية إن كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره وإنما تجب قيمته وإن كان أقل فلم يجب بالجناية إلى هو وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يلزمه أروش الجناية كله لأنه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتريه بأروش الجناية فإذا منع منه لزمه جميع الأروش لتفويته ذلك و للشافعي قولان كالروايتين

فصل : فإن تصرف العبد غير المأذون ببيع أو شراء بعين المال لم يصح لأنه تصرف من المحجور عليه فيما حجر عليه فيه أشبه المفلس وقياسا على تصرف الأجنبي ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد متصرف الفضولي فأما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لأنه محجور عليه أشبه السفهية ويحتمل أن يصح لأن الحجر لحق غيره أشبه المفلس والمريض ويتفرع عن هذين الوجهين أن التصرف إن كان فاسدا فللبائع والمقرض أخذ ماله إن كان باقيا سواء كان في يد العبد أو السيد وإن كان تالفا فله قيمته أو مثله إن كان مثليا فإن تلف في يد السيد رجح عليه بذلك لأن عين ماله تلف في يده وإن شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لأنه الذي أخذه منه وإن تلف في يد العبد فالرجوع عليه وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين وإن قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع وللمقرض الرجوع فيما أقرض لأنه قد تحقق اعسار المشتري والمقرض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر وإن كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك لأنه أخذ من عبده مالا في يده بحق فهو كالصيد فإذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال فإن كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أن في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد

وإذا باع السيد عبده المأذون شيئاً لم يصح في أحد الوجهين
 مسألة : وإذا باع السيد عبده المأذون شيئاً لم يصح في أحد الوجهين
 لأنه مملوكه فلا يثبت له دين كغير المأذون له أو كمن لا يدن عليه ويصح في
 الآخر إذا كان عليه دين بقدر قيمته لأنه إذا قلنا إن الدين يتعلق برقبته فكان
 صار مستحقاً لأصحاب الديون فيصير كعبد غيره

ويصح إقرار المأذون له في قدر ما أذن له فيه دون ما زاد عليه
 مسألة : ويصح إقرار المأذون له في قدر ما أذن له فيه دون ما زاد عليه
 لأنه لم يؤذن له فيه فهو كغير المأذون له ولأن الذي أذن له فيه يصح تصرفه فيه
 فصح إقراره به كالحر

وإن حجر عليه وفي يده مال ثم أذن له فيه فأقر به صح
 مسألة : وإن حجر عليه وفي يده مال ثم أذن له فيه فأقر به صح
 لأن المانع من صحة إقراره الحجر عليه وقد زال ولأنه يصح تصرفه فيه فصح
 إقراره به كما لو لم يحجر عليه وقياساً على غيره من الأحرار

ولا يبطل الاذن بالإباق
 مسألة : ولا يبطل الاذن بالإباق
 وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يبطل لأنه يزبل ولاية السيد عنه في التجارة
 بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه ما لو باعه ولنا أن الإباق لا يمنع ابتداء
 الأذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصب غاصب أو حبس بدين
 عليه ولا يصح ما ذكره فإن سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه وإجارته
 ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب

ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب
 مسألة : ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب لأن ذلك ليس
 من التجارة ولا يحتاج إليه فيها فأشبهه غير المأذون له

وتجوز هديته للمأكول وإعارة دابته
 مسألة : وتجوز هديته للمأكول وإعارة دابته
 واتخاذ الدعوة ما لم يكن اسرافاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يجوز
 ذلك بغير إذن سيده لأنه تبرع بمال مواله فلم يجز كهبة الدراهم ولنا أن النبي

صلى الله عليه وسلم كان يجب دعوة المملوك فروى أبو سعيد مولى بني أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منه معبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فامهم وهو يومئذ عبد رواه صالح في مسائله بإسناده ولأنه مما جرت به عادة التجار فيما بينهم فيدخل في عموم الأذن

[جزء 4 - صفحة 582]

وهل لغير المأذون له الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه إذا لم يضر به ؟ على روايتين
مسألة : وهل لغير المأذون له الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه إذا لم يضر به ؟ على روايتين
إحدهما : ليس له ذلك لأن المال لسيده وإنما أذن له في الأكل فلم يملك الصدقة به كالضيف ولا يتصدق بما أذن له في أكله والثانية : يجوز لأنه مما جرت العادة بالمسامحة فيه والإذن عرفا فجاز كصدقة المرأة من بيت زوجها

وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك ؟ على روايتين
مسألة : وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك ؟ على روايتين
إحدهما : يجوز لأن عائشة قالت : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله بما كسب ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينقص من أجورهم شيء] ولم يذكر إذنا و [عن أسماء أنها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير فهل علي جناح أن أرضخ مما يدخل علي قال : أرضخي ما استطعت ولا توعي فيوعي الله عليك] متفق عليهما و [روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : إنا كل علي أزواجنا وأبنائنا فما يحل لنا من أموالهم ؟ قال : الرطب تأكلينه وتهدينه] ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس به فجرى مجرى صريح الأذن كما أن تقديم الطعام بين يدي الأكلة قام مقام صريح الإذن في أكله الثانية : لا يجوز لما [روى أبو أمامة الباهلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها قيل يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا الطعام قال : ذاك أفضل أموالنا] رواه سعيد في سننه و [قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه] وقال : [إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا] ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه فلم يجز كغير الزوجة والصحيح الأول لأن الأحاديث فيه خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويثبت ويعرف أن المراد بالعام غير الصورة المخصوصة والحديث الخاص

للمرواية الثانية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتوسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبتها والإذن العرفي يقوم مقام الأذن الحقيقي فصار كأنه قال لها افعلي هذا فأما إن منعها ذلك وقال : لا تتصدقني بشيء ولا تتبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجر لها ذلك المنع الصريح نفي الإذن العرفي وكذلك لو كانت امرأته ممنوعة من مالي بقليل ولا كثير لم يجر لها ذلك لأن المنع الصريح نفي الإذن العرفي وكذلك لو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالذي يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه فهو كما لو منعها بالقول فإن كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته وأخته وغلामه المتصرف في بيت سيده وطعامه فهو كزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه والله أعلم