

شبكة مشكاة الإسلامية

المجموع شرح المذهب

الإمام محيي الدين النووي

ج 9

[1]

المجموع شرح المذهب للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة 676 هـ .. الجزء التاسع دار الفكر

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم * قال المصنف رحمه الله كتاب الاطعمة (ما يؤكل شيئاً حيوان وغير حيوان فاما الحيوان فضربان حيوان البر وحيوان البحر فاما حيوان البر فضربان طاهر ونجس فاما النجس فلا يحل أكله وهو الكلب والخنزير والدليل عليه قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وقوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) والكلب من الخبائث والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم (الكلب خبيث خبيث ثمنه) وأما الطاهر فضربان طائر ودواب فاما الدواب فضربان دواب الانس ودواب الوحش فاما دواب الانس فانه يحل منها الانعام وهي الابل والبقر والغنم لقوله تعالى (أحلّت لكم بهيمة الانعام) وقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات) والانعام من الطيبات ولم يزل الناس يأكلونها ويبتغون لحومها في الجاهلية والاسلام * وتحل الخيل لما روي جابر رضي الله عنه قال (ذبحنا يوم خيبر من الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل) ولا تحل البغال والحمير لحديث جابر رضي الله عنه ولا يحل السنور لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الهرة سبع) ولانه يصطاد بالناب ويأكل الجيف فهو كالاسد) * (الشرح) حديث (الكلب خبيث خبيث ثمنه) رواه (1) وفي صحيح مسلم عن رافع

(1) بياض بالاصل

[3]

ابن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (ثمن الكلب خبيث) وينكر علي الحميدي كونه لم يذكر هذا الحديث في الجمع بين الصحيحين في مسند رافع مع أن مسلماً كرره في كتاب البيوع من صحيحه وأما حديث جابر فصحيح رواه أبو داود وآخرون بلفظه بأسانيد صحيحة ورواه البخاري ومسلم في صحيحهما ولفظهما عن جابر قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل) وأما حديث الهرة سبع: فرواه (1) وفي سنن البيهقي عن جابر قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل الهرة وأكل ثمنها) وأما قول المصنف ما يؤكل شيطان ففيه تساهل لأن مقتضى سياقه أن المأكول ينقسم إلى مأكول وغيره وكأنه أراد بالمأكول ما يمكن أكله لا ما يحل أكله وكان الأجود أن يقول الأعيان شيطان حيوان وغيره إلى آخر كلامه وقوله طائر ودواب هكذا في النسخ طائر وكان الأحسن طير ودواب لأن الطير جمع كالدواب والطائر مفرد كالدابة (أما الأحكام) فالأعيان شيطان حيوان وغيره والحيوان قسمان بري وبحري والبري ضربان طاهر ونجس (فأما) النجس فلا يحل أكله وهو الكلب والخنزير وما تولد من أحدهما وغيره وهذا لا خلاف فيه ولو ارتضع جدى من كلية وربي على لبنها ففي حله وجهان حكاهما الشاشي وصاحب البيان وغيرهما (أصحهما) يحل (والثاني) لا (وأما) الطاهر فصنفان طير ودواب والدواب نوعان دواب الانس ودواب الوحش (فأما) دواب الانس فيحل منها الأبل والبقر والغنم ويقال لهذه الثلاثة الانعام ويحل منها الخيل سواء منها العتيق وهو الذي أبواه

(1) بياض بالاصل

[4]

عربيان والبرذون وهو الذي أبواه عجميان والهجين وهو الذي أبوه عربي وأمه عجمية والمفرق وهو عكسه وكل ذلك حلال لا كراهة فيه عندنا وبحرم البغل والحمار بلا خلاف عندنا ويحرم السنور الأهلي على المذهب وبه قطع المصنف والجمهور وفيه وجه أنه حلال وحكاه الرافعي عن أبي عبد الله البوسنجي من أصحابنا وأدلة الجميع في الكتاب والله أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في لحم الخيل. قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حلال لا كراهة فيه وبه قال أكثر العلماء ممن قال به عبد الله بن الزبير وفضالة بن عبيد وأنس بن مالك وأسماء بنت أبي بكر وسويد بن غفلة وعلقمة والاسود وعطاء وشريح وسعيد بن جبير والحسن البصري وإبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان وأحمد وأسحق وأبو يوسف ومحمد وداود وغيرهم وكرهها طائفة منهم ابن عباس والحكم ومالك وأبو حنيفة قال أبو حنيفة يائمه بأكله ولا يسمى حراماً واحتج لهم بقوله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) ولم يذكر الأكل منها وذكر الأكل من الانعام في الآية التي قبلها ويحدث صالح بن يحيى بن المقدم عن أبيه عن جده عن خالد بن الوليد قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من السباع) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من رواية تقي بن الوليد عن صالح بن يحيى بن المقدم بن معد يكرب عن أبيه عن جده عن خالد واتفق العلماء من أئمة الحديث وغيرهم على أنه حديث ضعيف وقال بعضهم هو منسوخ روى الدارقطني والبيهقي باسنادهما عن موسى بن هرون الحمال الحافظ قال هذا حديث ضعيف قال لا يعرف صالح

[5]

مضطرب ومع اضطرابه هو مخالف لاحاديث الثقةا يعنى في إباحة لحم الخيل وقال الخطابى في اسناده نظر قال وصالح بن يحيى بن المقدم عن أبيه عن جده لا يعرف سماع بعضهم من بعض وقال أبو داود هذا الحديث منسوخ وقال النسائي حديث الاباحة أصح قال وبشبهه إن كان هذا صحيحا أن يكون منسوخا لان قوله في الحديث الصحيح أذن في لحوم الخيل دليل على ذلك قال النسائي ولا أعلم رواة غير نفيه واحتج أصحابنا بحديث جابر قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الالهية وأذن في لحوم الخيل) رواه البخاري ومسلم في صحيحهما وسبق بيان صحة الرواية التى رواها المصنف وعن جابر قال (سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكنا نأكل لحوم الخيل ونشرب ألبانها) رواه الدارقطني والبيهقي بأسناد صحيح وفى رواية عن جابر أنهم كانوا يأكلون لحوم الخيل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنها (قالت أكلنا لحم فرس على عهد النبي صلى الله عليه وسلم) رواه البخاري ومسلم وفى رواية قالت (نحزنا فرسا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأكلناه) (وأما الجواب عن الآية الكريمة التى احتج بها الآخرون فهو ما أجاب الخطابى وأصحابنا وغيرهم ان ذكر الركوب والزينة لا يدل على أن منفعتهما مقصورة على ذلك وإنما خص هذان بالذكر لانهما معظم المقصود من الخيل كقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) فذكر اللحم لانه معظم المقصود وقد أجمع المسلمون على تحريم شحمه ودمه وسائر أجزائه قالوا ولهذا سكت عن حمل الاثقال عن الخيل مع قوله تعالى في الانعام (وتحمل أثقالكم) ولم يلزم من هذا تحريم حمل الاثقال على الخيل وينضم إلى ما ذكرناه في تأويل الآية ما قدمناه في الاحاديث الصحيحة في إباحة لحم الخيل مع عدم المعارض الصحيح لها وأما الحديث الذي احتجوا به فسبق جوابه والله تعالى أعلم *

[6]

(فرع) لحم الحمر الالهية حرام عندنا وبه قال جماهير العلماء من السلف والخلف قال الخطابى هو قول عامة العلماء قال وإنما رويت الرخصة فيه عن ابن عباس رواه عنه أبو داود في سننه قلت ورواه عن ابن عباس البخاري في صحيحه كما سنوضحه إن شاء الله تعالى وعند مالك ثلاث روايات في لحمها أشهرها أنه مكروه كراهة تنزيه شديدة والثانية حرام والثالثة مباح واحتج لابن عباس بقوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة) الآية وبحديث غالب بن الحر قال (أصابتنا سنة فلم يكن في مالى شئ أطعم إلا الحمر الالهية وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الالهية فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله أصابتنا السنة ولم يكن في مالى ما أطعم أهلى الا سمان حمر وإنك حرمت الحمر الالهية فقال (أطعم أهلك من سمين حمرك فانما حرمتها من أجل حوال العربى) رواه أبو داود

واتفق الحفاظ على تضعيفه قال الخطابي والبيهقي وغيرهما هو حديث يختلف في إسناده يعنون مضطربا قال البيهقي وغيره وهذا الحديث لا يعارض الأحاديث الصحيحة التي سنذكرها إن شاء الله تعالى قالوا ولو بلغ ابن عباس أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم الصحيحة الصريحة في تحريمها لم يصر إلى غيرها * ودليل الجمهور في تحريمها حديث على رضى الله عنه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية) رواه البخاري ومسلم وعن ابن عمر قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الحمر الأهلية) رواه البخاري ومسلم وعن جابر بن عبد الله (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل) رواه البخاري ومسلم * وعن البراء بن عازب قال (كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأصبنا حمرا فطبخناها فأمر مناذا فنادى أن اكفؤا القدور) رواه البخاري ومسلم من طرق وروياه من رواية عبد الله بن أبي أوفى * وعن سلمة بن الأكوع قال (لما قدمنا رأى رسول الله

[7]

الله صلى الله عليه وسلم نيرانا توقد فقال على ما توقد هذه النيران فقالوا على لحوم الحمر الأهلية قال كسروا القدور وأهريقوا ما فيها فقال رجل من القوم يارسول الله انهريقوا ما فيها ونغسلها فقال أو ذاك) رواه البخاري ومسلم وعن عمر بن دينار قال " قلت لجابر بن زيد يزعمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الحمر الأهلية فقال قد كان يقول ذاك الحكم بن عمر والغفاري عندنا بالبصرة ولكن أبا ذلك ابن عباس وقرأ (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما) " رواه البخاري وقوله أبا ذلك ابن عباس محمول على أنه لم يبلغه حديث الحكم بن عمرو وغيره * وعن ابن عباس قال (لا أدري أنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم من أجل أنه كان حمولة الناس فكره أن تذهب حمولتهم أو حرم يوم خيبر لحم الحمر الأهلية) رواه البخاري ومسلم وعن ابن أبي أوفى قال (أصابتنا مجاعة ليالى خيبر فلما كان يوم خيبر وقعنا في الحمر الأهلية فانتحرناها فلما غلت بها القدور نادى مناذا رسول الله صلى الله عليه وسلم اكفؤا القدور ولا تأكلوا من لحوم الحمر شيئا فقال ناس إنما حرمها رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنها لم تخمس وقال آخرون حرمها البتة) رواه البخاري ومسلم * وعن ابن ثعلبة الخشني قال (حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم الحمر ولحم كل ذي ناب من السباع) رواه البخاري ومسلم وهذا لفظ البخاري ولفظ مسلم (حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الأهلية) وعن أنس (أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءه جائي فقال أكلت الحمر ثم جاءه جائي فقال أكلت الحمر ثم جاءه جائي فقال أفنيت الحمر فنادى مناذا رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس إن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الأهلية فانها رجس فأكفئت القدور وإنها لتفور باللحم)

[8]

رواه البخاري ومسلم وفي رواية لمسلم (رجس من عمل الشيطان) وفي رواية له (رجس أو نجس) وعن المقدم بن معد يكرب قال (حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم أشياء يوم خيبر منها الحمار الاهلي) رواه البيهقي وغيره والاحاديث في المسألة كثيرة والله أعلم * (وأما الحديث المذكور في سنن أبي داود عن غالب بن الحر قال (أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله أصابتنا السنة ولم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا سمان حمر وإنك حرمت لحوم الحمر الاهلية فقال أطعم أهلك من سمين حمر ك فأنما حرمتها من أجل حوال العربية) يعني بالحوال التي يأكل الجلة وهي العذرة فهذا الحديث مضطرب مختلف الاسناد كثير الاختلاف والاضطراب باتفاق الحفاظ وممن أوضح اضطرابه الحافظ أبو القاسم ابن عساكر في الاطراف فهو حديث ضعيف ولو صح لحمل على الاكل منها حال الاضطراب ولانها قصة عين لا عموم لها فلا حجة فيها والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) لحم البغل حرام عندنا وبه قال جميع الائمة إلا ما حكاه أصحابنا عن الحسن البصري أنه أباحه دليلنا حديث جابر السابق وغيره * (فرع) لحم الكلب حرام عندنا وبه قالت الائمة بأسرها إلا رواية عن مالك في الجرد * (فرع) السنور الاهلي حرام عندنا وبه قال جمهور العلماء وأباحه الليث بن ربيعة وقال مالك يكره فقال بعض أصحابنا كراهة تنزيه وبعضهم كراهة تحريم والله أعلم *

[9]

(فرع) ذبح الحمار والبغل ونحوهما مما لا يؤكل ليدبغ جلده أو ليصطاد على لحمه السنور والعقبان ونحو ذلك حرام عندنا وجوزه أبو حنيفة وشعب المسألة واضحة في باب الآنية * قال المصنف رحمه الله * (وأما الوحش فانه يحل منه الطيباء والبقر لقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات) والطيباء والبقر من الطيبات يصطاد ويؤكل ويحل الحمار الوحشى للآية ولما روى (أن أبا قتادة كان مع قوم محرمين وهو حلال فسمح لهم حمر وحش فحمل عليها أبو قتادة فعقر منها أتانا فأكلوا منها قالوا نأكل من لحم صيد ونحن محرمون فحملوا ما بقي من لحمها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كلوا ما بقي من لحمها) ويحل أكل الضبع لقوله عز وجل (ويحل لهم الطيبات) قال الشافعي رحمه الله ما زال الناس يأكلون الضبع ويبعونه بين الصفا والمروة * وروى جابر إن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الضبع صيد يؤكل) وفيه كبش إذا أصابه المحرم) (الشرح) حديث أبي قتادة رواه البخاري ومسلم وحديث جابر صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذي هو حديث حسن صحيح وقوله سنج هو - بسين مهملة ونون مخففة مفتوحتين ثم حاء مهملة - أي عرض (قوله) يأكلون الضبع ويبعونه الضمير في يبيعونه يعود إلي لحم الضبع وإلا فالضبع مؤنثة وهو - بفتح الصاد وضم الباء - ويجوز أسكانها والتننية ضبعان والجمع ضباع والمذكر ضبعان - بكسر الصاد وإسكان الباء وتنوين النون - والجمع ضباعين كسرحان وسراحين (أما) الاحكام فدواب الوحش يحل منها الطيباء والبقر والحمر والضبع لما ذكره المصنف وهذا كله متفق عليه ويحل الوعل بلا خلاف * (فرع) الضبع والثعلب مباحان عندنا وعند احمد وداود وحرهما أبو حنيفة وقال مالك يكرهان وممن قال بأباحة الضبع على بن أبي طالب واسحاق بن راهويه وأبو ثور وخلائق من الصحابة والتابعين وممن أباح الثعلب طاوس وقتادة وأبو ثور *

قال المصنف رحمه الله * (ويحل أكل الارنب لقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات) والارنب من الطيبات ولما روى جابر ((أن غلاما من قومه أصاب أرنا فذبحها بمروة فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكلها فأمره أن يأكلها) ويحل اليربوع لقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات) واليربوع من الطيبات تصطاده العرب وتأكله وأوجب فيه عمر رضى الله عنه على المحرم إذا أصابه جفرة فدل على أنه صيد مأكول ويحل اكل الثعلب لقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات) والثعلب من الطيبات مستطاب يصطاد ولأنه لا يتقوى بناه فأشبهه الارنب ويحل أكل ابن عرس والوز لما ذكرناه في الثعلب ويحل القنفذ لما روى أن ابن عمر رضى الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه) الآية ولأنه مستطاب لا يتقوى بناه فحل أكله كالارنب * ويحل الضب لما روى ابن عباس رضى الله عنهما (أنه أخبره خالد بن الوليد أنه دخل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت ميمونة رضى الله عنها فوجد عندها ضبا محتوذا فقدمت الضب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده فقال خالد أحرام الضب يا رسول الله قال لا ولكن لم يكن بارض قومي فأجذني أعافه قال خالد فاجترته فأكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر فلم ينهه)

(الشرح) حديث جابر في الارنب رواه البيهقي بلفظه باسناد حسن وجاءت أحاديث صحيحة بمعناه (منها) حديث أنس قال (أفصحنا أرنا عن الظهران فأدركتها فأخذتها فذهبت بها إلى أبي طلحة فذبحها وبعث بكتفها فخذها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقبله) رواه البخاري ومسلم وفي رواية البخاري قبله وأكل منه * (وأما) الاثر المذكور عن ابن عمر في القنفذ فهو بعض حديث طويل عن عيسى بن ثميلة عن أبيه قال كنت عند ابن عمر فسئل عن أكل القنفذ فتلا (قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما) الآية قال شيخ عنده سمعت أبي هريرة يقول ذكر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال (خبينة من الخبائث فقال ابن عمر إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هذا فهو كما قال) رواه أبو داود باسناد ضعيف قال البيهقي لم يرو إلا بهذا الاسناد قال وهو إسناد فيه ضعف (وأما) حديث ابن عباس عن خالد فرواه البخاري ومسلم (قوله) فذبحها بمروة - هي بفتح الميم - وهى الحجر (قوله) القنفذ هو - بضم القاف والغاء - ويقال بفتح الغاء لغتان ذكرهما الجوهري وجمعها قنafd والوبر - باسكان الباء - جمعه وبار - بكسر الواو - والضب المخنوذ أي المسوى قوله فاجتر به هكذا هو بالراء المكررة هذا هو الصواب المعروف في كتب الحديث والفقه وغيرهما وذكر بعض من تكلم في الفاظ المهذب أنه بالزاي بعد الراء أي وطعنه (أما) الاحكام فيحل الارنب واليربوع والثعلب والقنفذ والضب والوبر وابن عرس ولا خلاف في شئ من هذه إلا الوبر والقنفذ ففيهما وجه أنهما حرام

والصحيح المنصوص تحليلهما وبه قطع الجمهور ويحل الدلك على الصحيح المنصوص وفيه وجه (وأما) السمور والسنجاب والفنل بفتح الفاء والنون والقاقم بالقافين وضم الثانية والحواصل ففيها وجهان (الصحيح) المنصوص أنها حلال (والثاني) أنها حرام والله تعالى أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في الصب * مذهبنا أنه حلال غير مكروه وبه قال مالك وأحمد والجمهور وقال أصحاب أبي حنيفة يكرهه وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره * دليلنا حديث خالد وأحاديث كثيرة في الصحيحين وأما القنفذ فحلال عندنا لا يكره وبه قال مالك والجمهور وقال أحمد يحرم وقال أصحاب أبي حنيفة يكرهه وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره وبه قال مالك وأحمد والجمهور وقال أصحاب أبي حنيفة يكرهه ونقل صاحب البيان عن أبي حنيفة تحريم الصب والوبر وابن عرس والقنفذ واليربوع * * قال المصنف رحمه الله * * (ولا يحل ما يتقوى بناه ويعدو على الناس وعلى البهائم كالاسد والفهد والذئب والنمر والذب لقوله عزوجل (ويحرم عليهم الخبائث) وهذه السباع من الخبائث لأنها تأكل الجيف ولا يستطيعها العرب ولما روى ابن عباس رضى الله عنهما (ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير) وفي ابن أوى وجهان (أحدهما) يحل لانه لا يتقوى بناه فهو كالارنب

[13]

(والثاني) لا يحل لانه مستخيث كربه الرائحة ولانه من جنس الكلاب فلم يحل أكله وفي سنور الوحش وجهان (أحدهما) لا يحل لانه يصطاد بناه فلم يحل كالاسد والفهد (والثاني) يحل لانه حيوان يتنوع إلى حيوان وحشى وأهلي يحرم الاهلي منه ويحل الوحشى منه كالحمار الوحشى ولا يحل أكل حشرات الارض كالحيات والعقارب والفار والخنافس والعطاء والصراصير والعناكب والوزغ وسام أبرص والجعلان والديدان وبنات وردان وحمار قبان لقوله تعالى (يحرم عليهم الخبائث) * (الشرح) حديث ابن عباس رواه مسلم بلفظه ورواه البخاري ومسلم جميعا من رواية أبي ثعلبة الحشى (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع) ورواه مسلم أيضا من رواية أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (كل ذي ناب من السباع فأكله حرام) قال أهل اللغة المخلب - بكسر الميم وإسكان الخاء المعجمة - وهو للظئر والسباع كالظفر للانسان (وأما) الحشرات فيفتح الحاء والشين وهى هوام الارض وصغار دوابها والحية تطلق على الذكر والانثى (1) والبطة (وأما) العقرب والعقربة والعقربا فاسم للانثى ويقال للذكر عقربان بضم العين والراء وأما الخنافس فجمع خنفساء بضم الخاء وبالمد والفاء مفتوحه

(1) بياض بالاصل

[14]

ومضمومة - والفتح أفصح وأشهر قال الجوهري ويقال خنفس وخنفسة (وأما) العناكب فجمع عنكبوت وهي هذه الناسجة المعرفة قال الجوهري الغالب عليها التأنيث (وأما) سام أبرص - فبتشديد الميم - قال أهل اللغة هو كبار الوزغ قال النحويون واللغويون سام أبرص إسمان جعلوا واحدا ويجوز فيه وجهان (أحدهما) البناء على الفتح كخمسة عشر (والثاني) إعراب الاول وإضافته إلى الثاني ويكون الثاني مفتوحا لأنه لا ينصرف (وأما) الجعلان فيكسر الجيم وإسكان العين - جمع جعل - بضم الجيم وفتح العين - وهي دوية معروفة بدحرج القدر وأما الديدان - فيكسر الدال الاولى وهي جمع دود كعود وعيدان وواحدة دودة (وأما) حمارقان فدوية معروفة كثيرة الارجل وهي فعلان لا ينصرف معرفة ولا نكرة والله تعالى أعلم (أما) الاحكام فقال الشافعي يحرم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير للحديث قالوا والمراد بذي الناب ما يتقوى بنابه ويعدو على الحيوان كما ذكره المصنف فمن ذلك الاسد والفهد والنمر والذئب والذئب والذئب والقرد والغيل والبير - ببائين موحدتين - الاولى مفتوحة والثانية ساكنة وهو حيوان معروف يعادى الاسد ويقال له أيضا الفرائق - بضم الفاء وكسر النون - فكل هذه المذكورات حرام بلا خلاف عندنا إلا وجهها

[15]

شادا في الفيل خاصة أنه حلال حكاه الرافي عن الامام أبي عبد الله البوسنجي من أصحابنا وزعم أنه لا يعدو من الفيلة إلا العجل المغتلم كالابل والصحيح المشهور تحريمه (وأما) ابن أوى وابن مفترص ففيهما وجهان (أصحهما) تحريمهما وبه قطع المراوزة * وفي سنور البروجهان (الاصح) تحريمه وقال الخضرى حلال (وأما) الحشرات فكلها مستخينة وكلها محرمة سوى ما يدرج (منها) وما يطير فمنها ذوات السموم والابر كالحية والعقرب والذنبور (ومنها) الوزغ وأنواعه كحرباء الظهيرة والعطا وهي ملساء تشبه سام أبرص وهي أخس منه واحدها عطاء وعطانه فكل هذا حرام ويحرم النمل والذر والفار والذباب والخنفساء والقراد والجعلان وبنات وردان وحمارقان والديدان إلا دودا لجبن والخل والباقلا والفواكه ونحوها من المأكول الذي يتولد منه الدود ففي حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه سبقت في باب المياه (أحدها) يحل (والثاني) لا (واصحها) يحل أكله مع ما تولد منه لا منفردا ويحرم * اللحكا وهي بضم اللام وفتح الحاء المهملة وبالمد - وهي دوية تغوص في الرمل إذا رأت انسانا قال أصحابنا ويستثنى من الحشرات البربوع والضب فانهما حلالان كما سبق مع دخولهما في اسم الحشرات وكذا أم حنين

[16]

فانها حلال على أصح الوجهين قالوا ويستثنى من ذوات الابر الجراد فانه حلال قطعاً وكذا القنفذ على الصحيح كما سبق وأما الصرارة فحرام على أصح الوجهين كالخنفساء والله سبحانه أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في حشرات الارض كالحيات والعقارب والجعلان وبنات وردان والفار ونحوها * مذهبننا انها حرام وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود وقال مالك حلال لقوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا

أن يكون ميتة) الآية وبحديث التلب - بتاء مثناة فوق مفتوحة ثم لام مكسورة ثم باء موحدة - الصحابي رضى الله عنه قال (صحب النبي صلى الله عليه وسلم فلم أسمع لحشرة الارض تحريما) رواه أبو داود * واحتج الشافعي والاصحاب بقوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) وهذا مما يستخيه العرب ويقولون صلى الله عليه وسلم (خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحرم الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور) رواه البخاري ومسلم من رواية عائشة وحفصة وابن عمر * وعن أم شريك (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الاوزاع) رواه البخاري ومسلم وأما قوله تعالى (قل لا أجد

[17]

فيما أحى محرما) الآية فقال الشافعي وغيره من العلماء معناها مما كنتم تأكلون وتستطيبون قال الشافعي وهذا أولى معاني الآية استدلالا بالسنة والله أعلم (وأما) حديث التلب فان ثبت لم يكن فيه دليل لان قوله لم اسمع لا يدل على عدم سماع غيره والله أعلم * (فرع) في مذاهيمهم في أكل السباع التى تتقوى بالنباب كالاسد والنمر والذئب واشباهها * قد ذكرنا أن مذهبنا انها حرام وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود والجمهور (وقال) مالك تكره ولا تحرم (واحتج) بقوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به) واحتج أصحابنا بالاحاديث الصحيحة من رواية ابن عباس وغيره في النهى عن كل ذى ناب من السباع وفى رواية مسلم التى قدمناها (كل ذى ناب من السباع فأكله حرام) وأجابوا عن الآية الكريمة بأنه أمر ان يخبر بأنه لا يجد محرما في ذلك الوقت إلا هذا ثم ورد وحى آخر بتحريم السباع فأخبر به والآية مكية والاحاديث مدنية ولان الحديث مخصص للآية والله سبحانه أعلم * (فرع) في أنواع اختلف السلف فيها (منها) القرد وهو حرام عندنا وبه قال عطاء وعكرمة ومجاهد ومكحول والحسن وابن خبيب المالكي * وقال مالك وجمهور أصحابه ليس بحرام (ومنها) الفيل وهو حرام عندنا وعند أبى حنيفة والكوفيين والحسن * وأباحه الشعبي وابن شهاب ومالك في رواية حجة الاولين أنه ذو ناب (ومنها) الارنب وهو حلال عندنا وعند العلماء كافة إلى ما حكى عن

[18]

ابن عمرو بن العاص وابن أبى ليلى انهما كرهاها * دلت لنا الاحاديث السابقة في إباحتها ولم يثبت في النهى عنها شئ * قال المصنف رحمه الله * (وأما الطائر فانه يحل منه النعامة لقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات) وقضت الصحابة رضى الله عنهم فيها ببدنة فدل على أنه صيد مأكول ويحل الديك والدجاج والحمام والدراج والقبيح والقطا والبط والكراسي والعصفور والقنابر لقوله تعالى (ويحل لهم الطيبات) وهذه كلها مستطابة وروى أبو موسى الاشعري رضى الله تعالى عنه قال (رايت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل لحم الدجاج) وروى سفيان رضى الله عنه مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم (قال أكلت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم حبارى) ويحل أكل الجراد لما روى عبد الله بن أبى أوفى ورضى الله عنهما

قال (غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات يأكل الجراد وتأكله) ويحرم أكل الهدد والخطاف (لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتلها) وما يؤكل لا ينهى عن قتله ويحرم ما يصطاد ويتقوى بالمخلب كالصقر والبازي لحديث ابن عباس رضى الله عنهما (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وأكل كل ذى مخلب من الطير) ويحرم أكل الحداة والغراب الأبقع لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (خمس يقتلن في الحل والحرم الحية والفأرة والغراب الأبقع والحداة والكلب العقور) وما أمر بقتله لا يحل أكله قالت عائشة رضى الله عنها (أنى لأعجب ممن يأكل الغراب وقد أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتله) ويحرم الغراب الأسود الكبير لانه مستخبث يأكل الحيف فهو كالأبقع وفى العذاف و غراب الزرع وجهان (أحدهما لا يحل للخبر (والثانى) يحل لانه مستطاب يلقط الحب فهو كالحمام والدجاج وتحرم

[19]

حشرات الطير كالنحل والزنبور والذباب لقوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) وهذه من الخبائث) * (الشرح) حديث أبى موسى رواه البخاري ومسلم وحديث سفينة رواه أبو داود والترمذي بأسناد ضعيف قال الترمذي هو غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه. وحديث عبد الله بن أبى أوفى رواه البخاري ومسلم ولفظه (غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات تأكل معه الجراد) (وأما) حديث النهى عن قتل الهدد فرواه عبيدالله بن عبد الله عن ابن عباس (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل أربع من الدواب النملة والنحلة والهدد والصراد) رواه أبو داود بأسناد صحيح على شرط البخاري ومسلم ذكره فى آخر كتابه ورواه ابن ماجه فى كتاب الصيد بأسناد على شرط البخاري (وأما) النهى عن قتل الخطاف فهو ضعيف ومرسل رواه البيهقى بأسناده عن أبى الحويرث عبد الرحمن بن معاوية وهو من تابعى التابعين أو من التابعين عن النبي صلى الله عليه وسلم (أنه نهى عن قتل الخطاطيف وقال لا تقتلوا العود أنها تعود بكم من غيركم) قال البيهقى هذا منقطع قال وروى حمزة النصيبى فيه حديثا مسندا إلا أنه كان يرمى بالوضع وصح عن عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفا عليه أنه قال لا تقتلوا الضفادع فان نقيقتها تسبيح ولا تقتلوا الخفاش فانه لما خرب بيت المقدس قال يا رب سلطني على البحر حتى أغرقم) قال البيهقى أسناده صحيح (وأما) حديث ابن عباس فرواه البخاري ومسلم وسبق بيان طريقه وشرحه فى الفصل الذى قبل هذا (وأما) حديث عائشة (خمس يقتلن في الحل والحرم إلى آخره) فصحيح رواه البخاري ومسلم وسبق قريبا (وأما) حديث عائشة (إنى لأعجب ممن يأكل الغراب إلى آخره) فرواه البيهقى بأسناد صحيح إلا أن فيه عبد الله

[20]

ابن أبى أويس وقد ضعفه الاكثرون ووثقه بعضهم وروي له مسلم فى صحيحه (أما) ألقاط الفصل فقوله (وأما) الطائر هكذا هو فى النسخ والاجود أن يقول وأما الطير لان الطير جمع والطائر مفرد وقد سبق بيانه

أول الباب والنعامة بفتح النون - قال الجوهرى يذكر ويؤنث والنعامة اسم جنس كحمامة وحمّام (وأما) الديك فهو ذكر الدجاج جمعه ديوك وديكة والدجاج - بفتح الدال وكسرهما - لغتان والفتح أفصح باتفاقهم الواحد دجاجة يقع على الذكر والانثى وجمع المصنف بين الديك والدجاج هو من باب ذكر العام بعد الخاص وهو جائز ومنه قوله تعالى (رب اغفر لى ولوالدى ولمن دخل بيتى مؤمناً وللمؤمنين والمؤمنات) وقوله تعالى (إن صلاتى ونسكى) (وأما) القيج - فيفتح القاف واسكان الباء الموحدة وبالجم - والحجل المعروف قال الجوهرى هو فارسي معرب لان القاف والجم لا يجتمعان في كلمة واحدة من كلام العرب قال والقبيجة تقع على الذكر والانثى حتى تقول يعقوب فيختص بالذكر لان الهاء إنما دخلته على أنه الواحد من الجنس وكذلك النعامة حتى تقول ظليم والنحلة حتى تقول يعسوب والدراجة حتى تقول حيقطان واليومة حتى تقول صدى أو قياد والحبارى حتى تقول حرب ومثله كثير هذا آخر كلام الجوهرى (وأما) القنابر - فبقاف مفتوحة - ثم - نون ثم - ألف ثم - باء موحدة ثم - راء - جمع قبرة - بضم القاف وتشديد الباء الموحدة - قال الجوهرى وقد جاء في الشعر قبيرة كما تقول العامة وهو ضرب من الطير (وأما) الهدهد - فيضم الهاءين - وجمعه هداهد ويقال للمفرد هداهد أيضاً (وأما) البازى ففيه ثلاث لغات المشهورة الفصيحة البازى - بتخفيف الباء - والثانية باز والثالثة بازى - بتشديد الباء - حكاهما

[21]

ابن مكى وهى غريبة أنكرها الاكثرون قال أبو زيد الانصاري يقال للبراة والشواهين وغيرهما مما تصيد صقور واحدها صقر والانثى صقرة وقد ينكر على المصنف كونه جعل الصقر قسيماً للبازي مع أنه يتناوله وغيره كما ذكره أبو زيد ويجاب عنه بأنه من باب ذكر الخاص بعد العام كقوله تعالى (من كان عدواً لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال) (وإذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح) الآية (وأما) الحدأة - فبحاء مكسورة - ثم - دال مفتوحة - ثم همزة - على وزن عنية والجماعة حدأ كعنب (وأما) الفأرة - فبالهمزة - ويجوز تركه (وأما) الغداف - فبغين معجمة مضمومة ثم - دال مهملة مخففة - وآخره فاء جمع غدافان قال ابن فارس هو الغراب الضخم قال الجوهرى هو غراب القيط وقال العبدري وغيره من أصحابنا هو غراب صغير أسود لونه لون الرماد والله أعلم (أما) الاحكام ففيها مسائل (إحداها) اتفق أصحابنا على أنه يحل أكل النعامة والدجاج والكركي والحبارى والحجل والبط والقطا والعصافير والقنابر والدراج والحمام قال أصحابنا وكل ذات طوق من الطير فهى داخله فى الحمام وهى حلال فيدخل فيه القمري والديس واليمام والقواخت ويحل الورسان وكل ما على شكل العصفور وفى حده فهو حلال فيدخل فى ذلك الصعوة والزرزور والنغز - بضم النون وفتح العين المعجمة - والبلبل ويحل العندليب والحمرة على المذهب الصحيح وفيهما وجه ضعيف انهما حرام وفى البيغاء والطاووس (وجهان) قال البغوي وغيره (اصحهما) التحريم (وأما) السقراق فقطع البغوي بحله والصيمري بتحريمه قال ابو عاصم العبادي يحرم ملاعب ظله وهو طائر يسبح فى الجو مراراً كأنه ينصب على طائر قال ابو عاصم واليوم حرام كالرخم قال والضوع - بضم الضاد المعجمة وفتح الواو وبالعين المهملة - حرام على أصح القولين قال الرافعى هذا يقتضى ان الضوع غير اليوم قال لكن فى صحاح الجوهرى أنه

الضوع طائر من طير الليل من جنس الهام وقال المفضل هو ذكر اليوم قال الرافعي فعلى هذا ان كان في الضوع قول لزم اجراؤه في اليوم لان الذكر والانثى من جنس الواحد لا يفترقان (قلت) الاشهر ان الضوع من جنس الهام فلا يلزم اشتراكهما في الحكم قال ابو عاصم النهاش حرام كالسباع التي تنهش قال واللقاط حلال الا ما استثناه النص يعني ذا المخلب وقال البوشنجي اللقاط حلال بلا استثناء قال ابو عاصم وما تقوت بالظاهر فحلال الا ما استثناه النص وما تقوت بالنجس فحرام * (فرع) قال الشافعي والمصنف والاصحاب يحرم أكل كل ذي مخلب من الطير يتقوى به ويصطاد كالصقر والنسر والبارى والعقاب وغيرها للحديث السابق (المسألة الثانية) قال الشافعي والاصحاب ما نهى عن قتله حرم أكله لانه لو حل أكله لم ينه عن قتله كما لو لم ينه عن قتل المأكول فمن ذلك النمل والنحل فهما حرام وكذلك الخطاف والصرذ والهدهد والثلاثة حرام على المذهب وفيها وجه ضعيف انها مباحة وحكاة البندنجي في كتاب الحج قولاً وجزم به في الصرد والهدهد * والخفاش حرام قطعاً قال الرافعي وقد يحى فيه الخلاف واللفاف حرام على أصح الوجهين (الثالثة) قال أصحابنا ما أمر بقتله من الحيوان فأكله حرام (لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الفواسق الخمس في الحرم والاحرام) فلو حل أكله لما أمر بقتله مع قول الله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) فمن ذلك الحية والفأرة والحدأة وكل سبصار ويدخل في هذا الاسد والذئب وغيرهما مما سبق قال أصحابنا وقد يكون للنشئ سببا أو أسباب تقتضي تحريمه * وتحرم البغائة - بفتح الباء الموحدة - ويتخفيف الغين المعجمة وبالناء المثناة في آخرها - والرخمة كما تحرم الحدأة (وأما) الغراب فهو أنواع (فمنها) الغراب الابقع وهو حرام بلا خلاف للاحاديث الصحيحة (ومنها) الاسود الكبير وفيه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وجماعة التحريم (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) التحريم (الثالث) الحل

(وأما) غراب الزرع وهو أسود صغير يقال له الزاغ وقد يكون محمر المنقار والرجلين ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) انه حلال والاصح ان الغداف حرام قال الرافعي ومن الغريبان غراب صغير أسود أو رمادي اللون وقد يقال له الغداف الصغير وهو حرام على أصح الوجهين وكذلك العقق والله تعالى أعلم * (الرابعة) يحرم حشرات الطير كالنحل والزنابير والذباب والبعوض وشبهها لما ذكره المصنف (الخامسة) يحل أكل الجراد بلا خلاف للحديث السابق وسواء مات بنفسه أو بقتل مسلم أو مجوسي وسواء قطع رأسه أم لا ولو قطع بعض جرادة وبقاها حتى فوجهان (أصحهما) يحل المقطوع لان المقطوع كالमित وميته حلال (والثانى) حرام وانما يباح منه الجملة لحرمتها والله أعلم * (فرع) قد ذكرنا أن الجراد حلال سواء مات باصطياد مسلم أو مجوسي أو مات حتف أنفه وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ومحمد بن عبد الحكم والابهرى المالكيان وجماهير العلماء من السلف والخلف (قال) العبدري وقال مالك لا يحل الا إذا مات بسبب بأن يقطع منه شئ أو يصلق أو يقلى حيا أو يشوى وان لم

يقطف رأسه قال فان مات حتف أنفه أو في وعاء لم يؤكل وعن أحمد رواية ضعيفة كمذهب مالك * واحتج مالك بقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) واحتج أصحابنا بحديث ابن أبي أوفى السابق (غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات نأكل معه الجراد) رواه البخاري ومسلم وروى الشافعي عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالحوت والجراد والدمان الكبد والطحال) قال البيهقي ورواه سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم عن عبد الله بن عمر قال (أحلت لنا ميتتان الحديث) قال البيهقي هذا هو الصحيح (قلت) معناه ان الصحيح أن القائل (أحلت لنا) ميتتان هو ابن عمر لان الرواية الاولى ضعيفة جدا لاتفاق

[24]

الحفاظ على تضعيف عبد الرحمن بن زيد بن أسلم قال أحمد بن حنبل روى حديثا منكرا (أحلت لنا ميتتان) الحديث يعنى أحمد الرواية الاولى (وأما) الثانية فصحيحة كما ذكره البيهقي وهذه الثانية هي أيضا مرفوعة لان قول الصحابي أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا أو أحل لنا كذا أو حرم علينا كذا كله مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهو بمنزلة قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذه قاعده معروفه وسبق بيانها مرات والله تعالى اعلم * وهذا الحديث عام والآية الكريمة التي احتج بها مالك مخصوصة بما ذكرناه والله أعلم * وأما حديث سليمان التيمي عن أبي عثمان النهدي عن سلمان الفارسي رضي الله عنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجراد فقال (اكثر جنود الله لا أكله ولا أحرمه) فرواه أبو داود وغيره هكذا باسناد صحيح قال أبو داود ورواه المعتمر بن سليمان عن أبيه عن أبي عثمان عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال البيهقي وكذا رواه محمد بن عبد الله الانصاري عن سليمان التيمي قلت ولا يضر كونه روى مرسلا ومتصلا لان الذي وصله ثقة وزيادة الثقة مقبولة قال البيهقي وأصحابنا ان صح هذا الحديث كان دليلا على إباحة الجراد أيضا لانه إذا لم يحرمه فقد أحله وانما لم يأكله تقذرا كما قال في الضب والله أعلم * (فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا تحريم كل ذي ناب من السباع مما يعدو على الحيوان كالاسد والذئب والنمر والفهد والذب وكذا ماله مخلب من الطير كالباري والشاهين والعقاب ونحوها وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود * وقال مالك يكره ولا يحرم * دليلنا الاحاديث السابقة فان احتجوا بقوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه) الآية فقد سبق جوابها في مسألة تحريم السباع * (فرع) قد ذكرنا مذهبنا في غراب الزرع والغداف * وقال بأباحتهما مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى *

[25]

* قال المصنف رحمه الله * (وما سوى ذلك من الدواب والطيور ينظر فيه فان كان مما يستطيه العرب حل أكه وان كان مما لا يستطيه العرب لم يحل أكله لقوله عزوجل (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) ويرجع في ذاك إلى العرب من أهل الريف والقرى وذوى اليسار والغني دون الاجلاف من أهل البادية والفقراء وأهل الضرورة فان استطاب قوم شيئا

واستخبثه قوم رجع إلى ما عليه الأكثر فان اتفق في بلاد العجم ما لا يعرفه العرب نظر إلى ما يشبهه فان كان حلالا حل وإن كان حراما حرم وإن لم يكن له شبهه فيما يحل ولا فيما يحرم ففيه وجهان (قال) أبو إسحق وأبو علي الطبري يحل لقوله عزوجل (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير) وهذا ليس بواحد منها (وقال) ابن عباس رضى الله عنه ما سكت عنه فهو عفو (ومن) أصحابنا من قال لا يحل أكله لان الاصل في الحيوان التحريم فإذا أشكل بقى على أصله) * (الشرح) هذا المذكور عن ابن عباس رواه أبو داود عنه هكذا باسناد حسن ورواه البيهقي مرفوعا عن سلمان الفارسي * وعن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو من عفوه) قال أصحابنا من الاصول المعتبرة في هذا الباب الاستطابة والاستخبات ورواه الشافعي رحمه الله الاصل الاعم (1) ولهذا أفسخ الباب والمعتمد فيه قوله تعالى (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) وقوله تعالى (ويسألونك ماذا أحل لهم

(1) كذا بالاصل فحرر

[26]

قل أحل لكم الطيبات) قال أصحابنا وغيرهم وليس المراد بالطيب هنا الحلال لانه لو كان المراد الحلال لكان تقديره أحل لكم الحلال وليس فيه بيان وإنما المراد بالطيبات ما يستطبه العرب والخبائث ما تستخبثه قال أصحابنا ولا يرجع في ذلك إلى طبقات الناس وينزل كل قوم على ما يستطيعونه أو يسخبتونه لانه يؤدي إلى اختلاف الاحكام في الحلال والحرام واضطرابها وذلك يخالف قواعد الشرع قالوا فيجب اعتبار العرب فهم أولى الامم بان يؤخذ باستطاباتهم واستخبثاتهم لانهم المخاطبون أولا وهم جيل معتدل لا يغلب فيهم الانهماك على المستقدرات ولا العفافة المتولدة من التمتع فيضيقوا المطاعم على الناس قالوا وإنما يرجع إلى العرب الذين هم سكان القرى والريف دون اجلاف البوادي الذين يأكلون ما دب ودرج من غير تمييز وتغيير عادة أهل اليسار والثروه دون المحتاجين وتغيير حالة الخصب والرفاهية دون الجذب والشدة قال الرافعي وذكر جماعة أن الاعتبار بعادة العرب الذين كانوا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لان الخطاب لهم قال ويشبه أن يقال يرجع في كل زمان إلى العرب الموجودين فيه قال أصحابنا فان استطابته العرب أو سمته باسم حيوان حلال فهو حلال وإن استخبثته أو سمته باسم محرم فمحرم فان استطابته طائفة واستخبثته أخرى اتبعنا الاكثرين فان استويا قال الماوردي وأبو الحسن العبادي يتبع قريش لانهم قطب العرب فان اختلفت قريش ولا ترجيح أو شكوا ولم يحكموا بشئ أو لم نجدهم ولا غيرهم من العرب اعتبرناه بأقرب الحيوان به شبها والشبه تارة يكون في الصورة وتارة في طبع الحيوان من الصيالة والعدوان وتارة في طعم اللحم فان استوى الشبهان أو لم نجد ما يشبهه فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الحل قال

إمام الحرمين وإليه ميل الشافعي (والثاني) التحريم قال أصحابنا وإنما يراجع العرب في حيوان لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم ولا أمر بقتله ولا نهى عن قتله فإن وجد شيء من هذه الأصول اعتمدها ولم نراجعهم قطعاً فمن ذلك الحشرات وغيرها مما سبق والله تعالى أعلم * (فرع) إذا وجدنا حيواناً لا معرفة لحكمه من كتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا استطابة ولا استخبات ولا غير ذلك من الأصول المعتمدة وثبت تحريمه في شرع من قبلنا فهل يستصحب تحريمه فيه قولان (الاصح) لا يستصحب وهو مقتضى كلام جمهور الأصحاب وهو مقتضى المختار عند أصحابنا في أصول الفقه فإن استصحبناه فشرطه أن يثبت تحريمه في شرعهم بالكتاب أو السنة أو يشهد به عدلان أسلموا منهم يعرفان المبدل من غيره قال الماوردي فعلى هذا لو اختلفوا اعتبر حكمه في أقرب الشرائع إلى الإسلام وهي النصرانية وإن اختلفوا عاد الوجهان عن تعارض الأشباه (أصحهما) الحل والله سبحانه أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ولا يحل ما يولد بين مأكول وغير مأكول كالسمع المتولد بين الذئب والضبع والحمار المتولد بين حمار الوحش وحمار الأهل لأنه مخلوق مما يؤكل ومما لا يؤكل فغلب فيه الحظر كالبعغل) * (الشرح) السمع - بكسر السين واسكان الميم - قال الشافعي والأصحاب يحرم السمع والبعغل وسائر ما يولد من مأكول وغير مأكول سواء كان المأكول الذكر أو الأنثى لما ذكره المصنف والزرافة - بفتح الزاي وضمها - حرام بلا خلاف وعدها بعضهم من المتولد بين مأكول وغير

مأكول. ولو تولد من فرس واثان وحشية أو نحو ذلك من الجنسين المأكولين كان حلالاً نص عليه الشافعي والله سبحانه أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ويكره أكل الجلالة وهي التي أكثر أكلها العذرة من ناقة أو بقرة أو شاة أو ديك أو دجاجة لما روي ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ألبان الجلالة) ولا يحرم أكلها لأنه ليس فيه أكثر من تغير لحمها وهذا لا يوجب التحريم فإن أطعم الجلالة طعاماً طاهراً وطاب لحمها لم يكره لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال تعلف الجلالة علفاً طاهراً إن كانت ناقة أربعين يوماً وإن كانت شاة سبعة أيام وإن كانت دجاجة فتلاثة أيام) * (الشرح) حديث ابن عباس صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي بأسانيد صحيحة قال الترمذي هو حديث حسن صحيح قال أصحابنا الجلالة هي التي تأكل العذرة والنجاسات وتكون من الأبل والبقر والغنم والدجاج وقيل إن كان أكثر أكلها النجاسة فهي جلالة وإن كان الطاهر أكثر فلا والصحيح الذي عليه الجمهور أنه لا اعتبار بالكثرة وإنما الاعتبار بالرائحة والنتن فإن وجد في عرفها وغيره ربح النجاسة فجلالة والا فلا وإذا تغير لحم الجلالة فهو مكروه بلا خلاف وهل هي كراهة تنزيه أو تحريم فيه وجهان مشهوران في طريقة الخراسانيين (أصحهما) عند الجمهور وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين وصححه الروياني وغيره من المعتمدين أنه كراهة تنزيه قال الرافعي صححه الأكثرون (والثاني) كراهة تحريم قاله أبو إسحاق المروزي والقفال وصححه الإمام والغزالي والبعغوي وقيل هذا الخلاف فيما إذا وجدت رائحة النجاسة بتمامها أو قربت الرائحة من الرائحة فإن قلت الرائحة الموجودة لم تضرب قطعاً

قال أصحابنا ولو حبست بعد ظهور النتن وعلقت شيئاً طاهراً فرالت الرائحة ثم ذبحت فلا كراهة فيها قطعاً قال أصحابنا وليس للقدر الذي تعلفه من حد ولا لزمانه من ضبط وإنما الاعتبار بما يعلم في العادة أو يظن أن رائحة النجاسة تزول به ولو لم تعلف لم يزل المنع بغسل اللحم بعد الذبح ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة به ولو زالت بمرور الزمان قال البيهقي لا يزول المنع وقال غيره يزول قال أصحابنا وكما منع لحمها يمنع لبنها ويبيضها للحديث الصحيح في لبنها قال أصحابنا ويكره الركوب عليها إذا لم يكن بينها وبين الراكب حائل قال الصيدلاني وغيره إذا حرمت لحمها فهو نجس ويطهر جلدها بالدباغ وهذا يقتضى نجاسة الجلد أيضاً قال الرافعي وهو نجس أن ظهرت الرائحة فيه وكذا إن لم تظهر على على أصح الوجهين كاللحم قال أصحابنا وظهور النتن وإن حرمت اللحم ونجسناه فلا نجسه موجبا لنجاسة الحيوان في حياته فإنا لو نجسناه صار كالكلب لا يطهر جلده بالدباغ بل إذا حكمنا بتحريم اللحم كان الحيوان كما لا يؤكل لحمه فلا يطهر جلده ويطهر بالدباغ والله أعلم * (فرع) السخلة المرياة بلبن الكلبة لها حكم الجلالة المعتبرة فيها وجهان (أصحهما) يحل أكلها (والثاني) لا يحل وسبق بيانها في أول هذا الباب قال أصحابنا ولا يحرم الزرع المزبل وإن كثر الزبل في أصله ولا ما يسقى من الثمار والزرع ماء نجسا وقد سبق في باب إزالة النجاسة بيان هذا مع نظائره * (فرع) لو عجن دقيق بماء نجس وخبزه فهو نجس يحرم أكله ويجوز أن يطعمه لشاة أو بعير أو بقرة ونحوها نص عليه الشافعي رحمه الله ونقله عن نصح البيهقي في كتاب

السنن الكبير في باب نجاسة الماء الدائم واستدل البيهقي بالحديث المشهور وفي فتاوى صاحب الشامل أنه يكره إطعام الحيوان المأكول نجاسة وهذا لا يخالف نص الشافعي في الطعام لأنه ليس بنجس العين ومراد صاحب الشامل نجس العين ولا يجوز إطعام المعجون بماء نجس لصعوك وسائل وغيرهما من الأدميين بلا خلاف لأنه منهي عن أكل المتنجس بخلاف الشاة والبعير ونحوهما قال ابن الصباغ في الفتاوى ولا يكره أكل البيض المصلوك بماء نجس كما لا يكره الوضوء بماء سخن بالنجاسة والله أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في الجلالة * قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا تغير لحمها كرهت كراهة تنزيه على الأصح ولا تحرم سواء لحمها ولبنها وبيضها وبه قال الحسن البصري ومالك وداود وكذا لا يحرم ما سقى من الثمار والزرع ماء نجسا * وقال أحمد يحرم لحم الجلالة ولبنها حتى تحبس وتعلف أربعين يوماً قال ويحرم الثمار والزرع والبقول المسقية ماء نجسا والله أعلم * واحتج أصحابنا لعدم التحريم أن ما تأكله الدابة من الطاهرات يتنجس إذا حصل في كرشها ولا يكون غذاؤها إلا بالنجاسة ولا يؤثر ذلك في إباحتها لحمها ولبنها وبيضها ولأن النجاسة التي تأكلها تنزل في مجاري الطعام ولا تخالط اللحم وإنما ينتشى اللحم بها وذلك لا يوجب التحريم والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (وأما حيوان البحر فإنه يحل منه السمك لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال (أحلت لنا ميتتان ودمان فأما الميتتان فالحوت والجراد وأما الدمان فالكلب

والطحال) ولا يحل أكل الضفدع. لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الضفدع ولو حل أكله. لم ينه عن قتله وفيما سوى

[31]

ذلك وجهان (أحدهما) يحل لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (في البحر اغتسلوا منه وتوضؤا به فإنه الطهور ماؤه الحل ميتته) ولأنه حيوان لا يعيش إلا في الماء فحل أكله كالسمك (والثاني) ما أكل مثله في البر حل أكله وما لا يؤكل مثله في البر لم يحل أكله اعتباراً بمثله) * (الشرح) أما الاثر عن ابن عمر فصحيح سبق بيانه قريبا في فرع مذاهب العلماء في أكل الجراد (وأما) حديث النهى عن قتل الضفدع فرواه أبو داود باسناد حسن والنسائي باسناد صحيح من رواية عبد الرحمن بن عثمان بن عبيد الله التميمي الصحابي وهو ابن أخي طلحة بن عبيدالله * قال سأل طيب النبي صلى الله عليه وسلم عن ضفدع يجعلها في دواء فنهاه عن قتلها (وأما) حديث أبي هريرة رضى الله عنه في البحر فصحيح ولغظه (سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الوضوء بماء البحر فقال هو الطهور ماؤه ماؤه الحل ميتته) وقد سبق بيانه واضحا في أول كتاب الطهارة والطحال - بكسر الطاء - والضفدع - بكسر الصاد وبكسر الدال وفتحها - لغتان مشهورتان الكسر أفصح عند أهل اللغة وأنكر جماعة منهم الفتح (قوله) حيوان لا يعيش إلا في الماء احتراز من السباع ونحوها * (أما) الاحكام فقال أصحابنا الحيوان الذى لا يهلكه الماء ضربان (أحدهما) ما يعيش في الماء وإذا خرج منه كان عيشه عيش المذبوح كالسمك بأنواعه فهو حلال ولا حاجة إلى ذبحه بلا خلاف بل يحل مطلقا سواء مات بسبب ظاهر كضغطة أو صدمة حجر أو انحسار ماء أو ضرب من الصيد أو غيره أو مات حتف أنفه سواء طفا على وجه الماء أم لا وكله حلال بلا خلاف عندنا وأما ما ليس على صورة السموك المشهورة ففيه

[32]

ثلاثة أوجه مشهورة ذكرها المصنف في التنبيه وقال القاضى أبو الطيب وغيره فيه ثلاثة أقول (أصحها) عند الاصحاب يحل الجميع وهو المنصوص للشافعي في الام ومختصر المزني واختلاف العراقيين لان الصحيح أن اسم السمك يقع على جميعها وقد قال الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه) قال ابن عباس وغيره صيده ما صيد وطعامه ما قذف ولقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح " هو الطهور ماؤه الحل ميتته " (والوجه الثاني) يحرم وهو مذهب أبى حنيفة (الثالث) ما يؤكل نظيره في البر كالبقرة والشاة وغيرهما فحلال وما لا يؤكل كخنزير الماء وكلبه فحرام فعلى هذا ما لا نظير له حلال لما ذكرناه في دليل الاصح وعلي هذا الثالث لا يحل ما أشبه الحمار وان كان في البر حمار الوحش المأكول صرح بن ابن الصباغ والبعوي وغيرهما * وقال أصحابنا وإذا أبحنا الجميع فهل تشترط الزكاة أم تحل ميتته فيه وجهان حكاهما البعوي وغيره ويقال قولان (أصحهما) يحل ميتته (الضرب) الثاني ما يعيش في الماء وفي البر أيضا فمنه طير الماء كالبط والاوز ونحوهما وهو حلال كما سبق ولا يحل ميتته بلا خلاف بل تشترط زكاته وعد الشيخ أبو حامد وامام الحرمين من هذا

الضرب الضفدع والسرطان وهما محرمان علي المذهب الصحيح المنصوص
وبه قطع الجمهور وفيهما قول ضعيف انهما حلال وحكاه البيهقي في
السرطان عن الحلبي. وذوات السموم كالحية وغيرها حرام بلا خلاف
(وأما) التمساح فحرام على الصحيح المشهور وبه قطع المصنف في التنبيه
والاكترون وفيه وجه (وأما) السلحفاة فحرام علي أصح الوجهين. قال
الرافعي واستثنى جماعة الضفدع من الحيوان الذي لا يعيش إلا في الماء
تفريعا على الصحيح وهو حل الجميع وكذا استثنوا الحيات والعقارب قال
ومقتضى هذا الاستثناء أنها لا تعيش إلا في الماء قال ويمكن أن يكون

[33]

نوع منها كذا ونوع كذا قال واستثنى القاضي أبو الطيب النسناس أيضا
فجعله حراما ووافقه الشيخ أبو حامد وخالفهما الروياني وغيره فأباحوه
(قلت) الصحيح المعتمد أن جميع ما في البحر تحل ميتته الا الضفدع ويحمل
ما ذكره الاصحاب أو بعضهم من السلحفاة والحية والنسناس على ما يكون
في ماء غير البحر والله تعالى أعلم * (فرع) قال الرافعي اطلق مطلقون
القول بحل طير الماء وكلها حلال الا اللقلق ففيه خلاف سبق قال وقال
الصيمري لا يؤكل طير الماء الابيض لخبث لحمه والله اعلم * (فرع) قد
ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا حل جميع ميتات البحر الا الضفدع وحكاه
العبدري عن ابي بكر الصديق وعمر وعثمان وابن عباس رضى الله عنهم *
قال وقال مالك يحل الجميع سواء الضفدع وغيره * وقال ابو حنيفة لا يحل
غير السمك * (فرع) السمك الطافى حلال وهو الذي مات حتف أنفه فيحل
عندنا كل ميتات البحر غير الضفدع سواء ما مات بسبب وغيره وبه قال
مالك واحمد وأبو داود وحكاه الخطابي عن ابي بكر الصديق وأبي أيوب
الانصاري وعطاء بن ابي رباح ومكحول والنخعي وأبي ثور رضى الله عنهم
* وقال ابو حنيفة ان مات بسبب كضرب وانحسار الماء عنه حل وان مات بلا
سبب حرم * وان مات بسبب حر الماء أو برده ففيه روايتان عنه والمسألة
مشهورة في كتب المذهب والخلاف بمسألة السمك الطافى وممن قال
بمنع السمك الطافى ابن عباس وجابر بن عبد الله وجابر بن زيد وطاووس
* واحتج لهم بحديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما
ألقاه البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه فطفا

[34]

فلا تأكلوه) رواه ابو داود * واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (أحل لكم صيد
البحر وطعامه) قال ابن عباس وغيره صيده ما صدموه وطعامه ما قذف
وبعموم قوله صلى الله عليه وسلم (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) وهو
حديث صحيح كما سبق بيانه وبحديث جابر ابن عبد الله قال بعثنى النبي
صلى الله عليه وسلم في ثلاثمائة راكب وأميرنا أبو عبيدة ابن الجراح
يطلب خبر فريش فأقمنا على الساحل حتى فنى زادنا فأكلنا الخبط ثم أن
البحر ألقى البنا دابة يقال لها العنبر فأكلنا منه نصف شهر حتى صلحت
أجسامنا) رواه البخاري ومسلم وعن ابن عمر قال (غزونا فجعنا حتى أن
الجيش ليقسم التمرة والتمرتين فبينما نحن على شط البحر إذ رمى البحر
بحوت ميت فاقطع الناس منه ما شاءوا من لحم وشحم وهو مثل الطرب

فبلغني أن الناس لما قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبروه فقال لهم أمعكم منه شيء) رواه البيهقي باسناد صحيح وعن ابن عباس قال (اشهد على أبي بكر رضى الله عنه أنه قال السمكة الطافية فيه حلال لمن أراد أكلها) رواه البيهقي باسناد صحيح وروى البيهقي باسناده عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه عن علي بن أبي طالب قالوا الحراد والنون زكي كله) وعن أبي أيوب وأبي صرمته الانصاريين أنهما أكلا السمك الطافى) وعن ابن عباس قال لا بأس بالسمك الطافى) وعن أبي هريرة وزيد بن ثابت أنهما كانا لا يريان بأكل ما لفظ البحر بأسا) وعن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص مثله روى البيهقي هذا كله بأسانيده المتصلة (وأما) الجواب عن حديث جابر الذى احتج به الاولون فهو انه حديث ضعيف باتفاق الحفاظ لا يجوز الاحتجاج به لو لم يعارضه شيء فكيف وهو معارض بما ذكرناه من دلائل الكتاب والسنة وأقاويل الصحابة رضى الله عنهم

[35]

المنتشرة وهذا الحديث من رواية يحيى بن سليم الطائفي عن اسماعيل بن أمية عن أبي الزبير عن جابر قال البيهقي يحيى بن سليم الطائفي كثير الوهم سئ الحفظ قال وقد رواه غيره عن اسماعيل ابن أمية موقوفا على جابر قال وقال الترمذي سألت البخاري عن هذا الحديث فقال ليس هو بمحفوظ قال ويروى عن جابر خلافة قال ولا أعرف لاثر ابن أمية عن أبي الزبير شيئا قال البيهقي وقد رواه أيضا يحيى بن أبي أنيسة عن أبي الزبير مرفوعا ويحيى بن أبي أنيسة متروك لا يحتج به قال ورواه عبد العزيز بن عبيدالله عن وهب بن كيسان عن جابر مرفوعا وعبد العزيز ضعيف لا يحتج به قال ورواه تقيه بن الوليد عن الاوزاعي عن أبي الزبير عن جابر مرفوعا ولا يحتج بما ينفرد به تقيه فكيف بما يخالف قال وقول الجماعة من الصحابة على خلاف قول جابر مع ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في البحر (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) والله أعلم * * قال المصنف رحمه الله * (وأما غير الحيوان فضربان طاهر ونجس (فأما) النجس فلا يؤكل لقوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) والنجس خبيث وروى (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الفأرة تقع في السمن ان كان جامدا فألقوها وما حولها وإن كان مائعا فأريقوه) فلو حل أكله لم يأمر بإراقته (وأما) الطاهر فضربان (ضرب) يضر (وضرب) لا يضر فما يضر لا يحل أكله كالسم والزجاج والتراب والحجر والدليل عليه قوله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم) وقوله تعالى (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وأكل هذه الاشياء تهلكت فوجب أن لا يحل وما لا يضر يحل أكله كالفواكه والحبوب والدليل عليه قوله تعالى (قل من حرم زينة الله التي أخرج لعبادة والطيبات من الرزق) *

[36]

(الشرح) أما حديث فأرة السمن فبعضه في الصحيح وبعضه في غيره فعن ابن عباس عن ميمونة " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن فأرة سقطت في سمن فماتت فقال النبي صلى الله عليه وسلم خذوها وما

حولها وكلوا سمنكم " رواه) البخاري وفي رواية له (ألقوها وما حولها وكلوه) وعن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا وقعت الفأرة في السمن فإن كان جامدا فالقوها وما حولها وإن كان مائعا فلا تقربوه) رواه ابو داود باسناد صحيح ولم يضعفه وذكره الترمذي باسناد أبي داود ثم قال وهذا حديث غير محفوظ قال سمعت البخاري يقول هو خطأ قال والصحيح حديث ابن عباس عن ميمونه وذكره البيهقي من رواية أبي داود ولم يضعفه فهو وابو داود متفقان على السكوت عليه مع صحة اسناده قال الخطابي وروى في بعض الاخبار (وان كان مائعا فأريقوه) (واما) السم والزجاج ففيهما ثلاث لغات - فتح السين والزاي وضمهما وكسرهما والفصيح فتح السين وضم الزاي - (أما) الاحكام ففيها مسائل (إحداها) قال أصحابنا يحرم أكل نجس العين كالميتة ولبن الاتان والبول وغير ذلك وكذا يحرم أكل المتنجس كاللبن والخل والدبس والطبيخ والدهن وغيرها إذا تنجست وهذا لا خلاف فيه وقد سبق في باب ازالة النجاسة وجه ضعيف ان الدهن يطهر بالغسل فعلى هذا الوجه إذا غسل طهر وحل أكله ودليل المسألة ما ذكره المصنف * واعلم أنه يستثنى من قولهم لا يحل أكل شئ نجس مسألة وهي الدود المتولد من الفواكه والجبن والخل والباقلا ونحوها فانه إذا مات فيما تولد منه نجس بالموت على المذهب وفي حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه (أصحهما) يحل أكله مع ما تولد منه لا منفردا (والثاني) يحل مطلقا (والثالث) يحرم مطلقا فعلى الصحيح يكون نجسا لا ضرر

[37]

في أكله ويحل أكله معه فيحتاج إلى استثنائه والله سبحانه أعلم * ولو تنجس فمه حرم عليه الاكل والشرب قبل غسله لان ما يصل إليه ينجس فيكون أكل نجاسة وينبغي أن يبالح في غسله وقد سبقت هذه المسألة في آخر باب ازالة النجاسة (الثانية) لا يحل أكل ما فيه ضرر من الطاهرات كالسم القاتل والزجاج والتراب الذي يؤذى البدن وهو هذا الذي يأكله بعض النساء وبعض السفهاء وكذلك الحجر الذي يضر أكله وما أشبه ذلك ودليلا في الكتاب قال ابراهيم المروزي وردت أخبار في النهي عن أكل الطين ولم يثبت شئ منها قال وينبغي أن يحكم بالتحريم إن ظهرت المضرة فيه وقد جزم المصنف وآخرون بتحريم أكل التراب وجزم به القاضي حسين في باب الربا قال أصحابنا ويجوز شرب دواء فيه قليل سم إذا كان الغالب منه السلامة واحتج إليه قال امام الحرمين ولو تصور شخص لا يضره أكل السموم الطاهرة لم يحرم عليه إذا لا ضرر قال الرباني والنبات الذي يسكر وليس فيه شدة مطربة يحرم أكله ولا حد علي أكله قال ويجوز استعماله في الدواء وإن أفضى إلى السكر ما لم يكن منه بد قال وما يسكر مع غيره ولا يسكر بنفسه ان لم ينتفع به في دواء وغيره فهو حرام وإن كان ينتفع به في التداوي حل التداوي به والله أعلم (الثالثة) كل طاهر لا ضرر فيه فهو حلال الا ثلاثة أنواع وذلك كالخبز والماء واللبن والفواكه والحبوب واللحوم الطاهرة وغير ذلك لما ذكره المصنف والاجماع (وأما) الانواع الثلاثة المستثناة (فاحداها) المستقدرات كالمخاط والمنى ونحوهما وهي محرمة على الصحيح المشهور وفيه وجه ضعيف حكاها امام الحرمين وغيره أنها حلال وممن قال به في المنى أبو زيد المروزي وحكم العرق حكم المنى والمخاط وقد جزم الشيخ أبو حامد في تعليقه

عقب كتاب السلم في مسألة بيع لبن الآدميات بأنه يحرم شرب العرق (الثاني) الحيوان الصغير كصغار العصافير ونحوها يحرم ابتلاعه حيا بلا خلاف لانه لا يحل الا بزكاة هذا في غير السمك والجراد (أما السمك والجراد فيحل ابتلاعهما في الحياة علي أصح الوجهين (الثالث) جلد الميتة المدبوغ في أكله ثلاثة أقوال أو أوجه سبقت في باب الانية (اصحها) أنه حرام (والثاني) حلال (والثالث) أن كان جلد حيوان مأكول فحلال والا فلا. وهذه الثلاثة ترد على المصنف حيث لم يستثنها والله سبحانه أعلم * (فرع) قال الخطابي اختلف العلماء في الزيت إذا وقعت فيه نجاسة فقال جماعة من أصحابنا الحديث لا يجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه لقوله (صلى الله عليه وسلم فلا تقربوه) وقال ابو حنيفة هو نجس لا يجوز أكله ولا شربه ويجوز الاستصباح به وبيعه * وقال الشافعي لا يجوز أكله ولا بيعه ويجوز الاستصباح به * وقال داود ان كان سمننا لم يجر بيعه ولا أكله وشربه وان كان زيتا لم يحرم أكله ولا بيعه وزعم أن الحديث مختص بالسمن وهو لا يقاس والله أعلم * هذا كلام الخطابي وقد سبق في باب ما يكره لبسه وان المذهب الصحيح جواز الاستصباح بالدهن النجس والمنتجس سواء ودك الميتة وغيره وسبقت هناك مذاهب العلماء في الانتفاع بالنجاسات والله أعلم * (فرع) وقعت فأرة ميتة أو غيرها من النجاسات في سمن أو زيت أو دبس أو عجين أو طبيخ أو غير ذلك قال أصحابنا حكمه ما في الحديث الذي ذكره المصنف أنه ان كان مائعا نجسته وان كان جامدا ألقيت النجاسة وما حولها وبقي الباقي طاهرا قالوا وضابط الجامد أنه إذا أخذت

منه قطعة لم يراد إلى موضعها منه على القرب ما يملؤها فان تراد فمائع وقد سبقت هذه المسألة في باب إزالة النجاسة في مسألة ولوغ الكلب والله أعلم * (فرع) قال العبدري لو نصب قدرا على النار وفيها لحم فوقع فيها طائر فمات فأخرج الطائر صار ما في القدر نجسا فإراق المرق ولا يجوز أكل اللحم إلا بعد غسله * هذا مذهبا وبه قال ابن عباس. وعن مالك روايتان (أحدهما) كمذهبا (وأصحهما) عنه أنه يراق المرق ويرمي اللحم فلا يؤكل والله أعلم * (فرع) قال الغزالي في أحياء علوم الدين في أول كتاب الحلال والحرام لو وقعت ذبابة أو نحلة في قدر طبيخ وتهرأت أجزاءها فيه لم يحرم أكل ذلك الطبيخ لان تحريم أكل الذباب والنمل ونحوه إنما كان للاستفذار ولا يعد هذا مستفذرا قال ولو وقع فيه جزء من لحم آدمي ميت لم يحل أكل شئ من ذلك الطبيخ حتى لو كان لحم الأدمي وزن دانق حرم الطبيخ لا لنجاسة فان الأدمي الميت طاهر على الصحيح ولكن لان أكل الأدمي حرام لحرمة لا لاستفذاره بخلاف الذباب هذا كلام الغزالي والمختار الصحيح أنه لا يحرم الطبيخ في مسألة لحم الأدمي لانه صار مستهلكا فهو كالبول وغيره إذا وقع في قلتين من الماء فانه يجوز استعمال جميعه ما لم يتغير لان البول صار باستهلاكه كالمعدوم والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ومن اضطر إلى أكل الميتة أو لحم الخنزير فله أن يأكل منه ما يسد به الرمق لقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) وهل يجب أكله فيه وجهان (أحدهما) يجب لقوله

تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم) (والثانى) لا يجب وهو قول أبى اسحق لان له غرضاً في تركه وهو أن يجتنب ما حرم عليه وهل يجوز أن يشبع منه فيه قولان (أحدهما) لا يجوز وهو اختيار المزني لانه بعد سد الرمق غير مضطر فلا يجوز له أكل الميتة كما لو أراد أن يتدئ بالاكل وهو غير مضطر (والثانى) يحل لان كل طعام جاز أن يأكل منه قدر سد الرمق جاز له أن يشبع منه كالطعام الحلال وان اضطر إلى طعام غيره وصاحبه غير مضطر إليه وجب عليه بذله لان الامتناع من بذله إعانة على قتله وقد قال (النبي صلى الله عليه وسلم من أعان على قتل امرئ مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه أيس من رحمة الله) وان طلب منه ثمن المثل لزمه أن يشتريه منه ولا يجوز أن يأكل الميتة لانه غير مضطر فان طلب أكثر من ثمن المثل أو امتنع من بذله فله أن يقاتله عليه فان لم يقدر على مقاتلته فاشترى منه بأكثر من ثمن المثل ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه لانه ثمن في بيع صحيح (والثانى) لا يلزمه الا ثمن المثل كالمكره على شرائه فلم يلزمه أكثر من ثمن المثل وان وجد الميتة وطعام الغير وصاحبه غائب ففيه وجهان (أحدهما) أنه يأكل الطعام لانه طاهر فكان أولى (والثانى) يأكل الميتة لان أكل الميتة ثبت بالنص وطعام الغير ثبت بالاجتهاد فقدم أكل الميتة عليه ولان المنع من أكل الميتة لحق الله سبحانه وتعالى والمنع من طعام الغير لحق الآدمى وحقوق الله تعالى مبنية على التسهيل وحقوق الآدمى مبنية على التشديد وان وجد ميتة وصيدا وهو محرم ففيه طريقان (من) أصحابنا من قال إذا قلنا أنه إذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة أكل الميتة وترك الصيد لانه إذا ذكاه صار ميتة ولزمه الجزاء (وان قلنا) أنه لا يصير ميتة أكل الصيد لانه طاهر ولان تحريمه أخف لانه يحرم عليه

وحده والميتة محرمة عليه وعلى غيره (ومن) أصحابنا من قال ان قلنا أنه يصير ميتة أكل الميتة وان قلنا أنه لا يكون ميتة ففيه قولان (أحدهما) يذبح الصيد ويأكله لانه طاهر ولان تحريمه أخف على ما ذكرناه (والثانى) أنه يأكل الميتة لانه منصوص عليها والصيد مجتهد فيه وان اضطر ووجد آدمياً ميتاً جاز له أكله لان حرمة الحى أكد من حرمة الميت وان وجد مرتداً أو من وجب قتله في الزنا جاز له أن يأكله لان قتله مستحق وان اضطر ولم يجد شيئاً فهل يجوز له أن يقطع شيئاً من بدنه ويأكله فيه وجهان (قال) أبو إسحق يجوز لانه احياء نفس بعضو فجاز كما يجوز أن يقطع عضواً إذا وقعت فيه الأكلة لاهياء نفسه ومن أصحابنا من قال لا يجوز لانه إذا قطع عضواً منه كان المخافة عليه أكثر وان اضطر إلى شرب الخمر أو البول شرب البول لان تحريم الخمر أغلظ ولهذا يتعلق به الحد فكان البول أولى وان اضطر إلى شرب الخمر وحدها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجوز أن يشرب لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله سبحانه وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم) (والثانى) يجوز لانه يدفع به الضرر عن نفسه فصار كما لو أكره على شربها (والثالث) أنه ان اضطر إلى شربها للعطش لم يحز لانه يزيد في الالهاب والعطش وان اضطر إليها للتداوي جاز) * (الشرح) حديث (من أعان على قتل مسلم بشطر كلمة) رواه (1) وأما حديث أم سلمة فرواه أبو يعلى الموصلي في مسنده باسناد صحيح الا رجلا واحداً فانه مستور والاصح جواز الاحتجاج

[42]

إذا لم يجد طاهرا يجوز له أكل النجاسات كالميتة والدم ولحم الخنزير وما في معناها ودليله في الكتاب وفي وجوب هذا الاكل وجهان ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يجب وبه قطع كثيرون أو الاكثرون وصححه الباقر (والثاني لا يجب بل هو مباح فان أوجبنا الاكل فانما يجب سد الرمق دون الشيع صرح به الدارمي وصاحب البيان وآخرون. وانفقوا علي أن المضطر إذا وجد طاهرا يملكه لزمه أكله (الثانية) في حد الضرورة قال أصحابنا لا خلاف أن الجوع القوي لا يكفي لتناول الميتة ونحوها قالوا ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى الاشراف على الهلاك فان الاكل حينئذ لا ينفع ولو انتهى إلى تلك الحال لم يحل له أكلها لانه غير مفيد وانفقوا على جواز الاكل إذا خاف على نفسه لو لم يأكل من جوع أو ضعف عن المشي أو عن الركوب وينقطع عن رفقته ويضيع ونحو ذلك فلو خالف حدوث مرض مخوف في جنسه فهو كخوف الموت وان خاف طول المرض فكذلك في أصح الوجهين وقيل أنهما قولان ولو عيل صبره وأجهده الجوع فهل يحل له الميتة ونحوها أم لا يحل حتى يصل إلى أدنى الرمق فيه قولان ذكرهما البغوي وغيره (أصحهما) الحل قال إمام الحرمين وغيره ولا يشترط فيما يخافه تيقن وقوعه لو لم يأكل بل يكفي غلبة الظن قالوا كما أن المكروه على أكل الميتة يباح له أكلها إذا ظن وقوع ما خوف به ولا يشترط أن يعلم ذلك فانه لا يطلع على الغيب وجملة جهات الظن مستندها الظن والله تعالى أعلم. (الثالثة) قال أصحابنا يباح للمضطر أن يأكل من الميتة ما يسد الرمق بلا خلاف ولا يباح له الزيادة على الشيع بلا خلاف وفي حل الشيع قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما وذكر إمام الحرمين وغيره أن الاصحاب نقلوا في المسألة ثلاثة أقوال (أحدها) لا يباح الشيع وانما يباح سد الرمق وهو أن يصير إلى حالة لو كان عليها في الابتداء لما جاز أكل الميتة لان الضرورة تزول بهذا والتماذي في أكل الميتة من غير ضرورة ممتنع (والثاني) يباح الشيع قال إمام الحرمين وليس معنى الشيع أن يمتلئ حتى لا يجد للطعام مساعا ولكن إذا انكسرت سورة الجوع بحيث لا ينطق عليه اسم جائع امسك (والثالث) ان كان بعيدا

[43]

من العمران حل الشيع والا فلا. هكذا أطلق الخلاف جماهير الاصحاب في الطريقين ونقله إمام الحرمين هكذا عن الاصحاب ثم أنكره عليهم وقال الذي يجب القطع به التفصيل وذكر هو والغزالي تفصيلا جاء نقله أنه إن كان في بادية وخاف ان ترك الشيع أن لا يقطعها ويهلك وجب القطع بأنه يشعب وان كان في بلد وتوقع طعاما طاهرا قبل عود الضرورة وجب القطع

بالاقتصار على سد الرmq وان كان لا يظهر حصول طعام طاهر وأمكن الحاجة إلى العود إلى أكل الميتة مرة بعد أخرى ان لم يجد الطاهر فهذا محل الخلاف وهذا التفصيل الذي ذكره الامام والغزالي تفصيل حسن وهو الراجع واختلف الاصحاب في الراجع من الخلاف فرجع أبو على الطبري في الافصاح والروبانى وغيرهما حل الشيع ورجح القفال وكثيرون وجوب الاقتصار على سد الرmq وتحريم الشيع وهذا هو الصحيح والله سبحانه أعلم * (الرابعة) قال أصحابنا يجوز له التزود من الميتة ان لم يرح الوصول إلى طاهر فان رجاه فوجهان (أحدهما) لا يجوز وبه قطع البغوي وغيره (وأصحهما) يجوز وبه قطع القفال وغيره وزاد القفال فقال يجوز حمل الميتة من غير ضرورة ما لم يتلوث بها (الخامسة) إذا جوزنا الشيع فأكل ماسد رmq ثم وجد لقمة حلالا لم يجر أن يأكل من الميتة حتى يأكل تلك اللقمة فإذا أكلها هل له إتمام الأكل من الميتة إلى الشيع فيه وجهان حكاهما البغوي عن شيخه القاضي حسين (أصحهما) له ذلك لانه كان مباحا (والثانى) لا لانه بوجود اللقمة عاد إلى المنع فيحتاج إلى عود الضرورة * (فرع) لو لم يجد المضطر الا طعام غيره وهو غائب أو ممتنع من البذل فله الأكل منه بلا خلاف وهل له الشيع أم يلزمه الاقتصار على سد الرmq فيه طرق (أصحها) طرد الخلاف كالميتة (والثانى) يباح الشيع قطعاً (والثالث) يحرم قطعاً بل يقتصر على سد الرmq (السادسة) في بيان جنس المباح * قال أصحابنا المحرم الذي يحتاج المضطر إلى تناوله ضربان مسكر وغيره (أما) المسكر فسنذكره ان شاء الله تعالى بعد انقضاء هذه المسائل حيث ذكره المصنف بعد هذا (وأما) غير المسكر

[44]

فيباح جميعه ما لم يكن فيه اتلاف معصوم فيجوز للمضطر أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب البول وغير ذلك من النجاسات ويجوز له قتل الحربى والمرتد وأكلهما بلا خلاف (وأما) الزانى المحصن والمحارب وتارك الصلاة ففيهم وجهان (أصحهما) وبه قطع امام الحرمين والمصنف والجمهور يجوز قال الامام لانا إنما منعنا من قتل هؤلاء تفويضا إلى السلطان لئلا يفتات عليه وهذا العذر لا يوجب التحريم عند تحقق ضرورة المضطر (وأما) إذا وجد المضطر من له عليه قصاص فله قتله قصاصا وأكله سواء حضره السلطان أم لا لما ذكرناه في المسألة قبلها صرح به البغوي وآخرون (وأما) نساء أهل الحرب وصبيانهم ففيهم وجهان (أحدهما) وبه قطع البغوي لا يجوز قتلهم للاكل لان قتلهم حرام فأشبهه الذمي (والثانى) وهو الاصح يجوز وبه قال امام الحرمين والغزالي لانهم ليسوا معصومين وليس المنع من قتلهم لحرمة نفوسهم بل لحق الغانمين ولهذا لا تجب الكفارة على قاتلهم (وأما) الذمي والمعاهد والمستأمن فمعصومون فيحرم قتلهم للاكل بلا خلاف ولا خلاف أنه لا يجوز لوالد قتل ولده ليأكله ولا للسيد قتل عبده ليأكله وان كان لا قصاص عليه في قتله لانه معصوم (أما) إذا لم يجد المضطر الا آدميا ميتا معصوما ففيه طريقان (أصحهما) وأشهرهما) يجوز وبه قطع المصنف والجمهور (والثانى) فيه وجهان حكاهما البغوي (الصحيح) الجواز لان حرمة الحى أكد (والثانى) لا لوجوب صيانتها وليس بشئ وقال الدارمي ان كان الميت كافرا حل أكله وان كان مسلما فوجهان * ثم ان الجمهور أطلقوا المسألة قال الشيخ ابراهيم المروذى الا إذا كان الميت نبيا فلا يجوز الأكل منه بلا خلاف لكمال حرمة ومزيتته على غير الانبياء قال الماوردى فان جوزنا الأكل من الأدمى الميت فلا يجوز أن نأكل منه الا ما يسد الرmq بلا خلاف حفظا للحرمتين قال وليس له طبخه وشبهه

بل يأكله نيئا لان الضرورة تندفع بذلك وفي طبخه هتك لحرمة فلا يجوز
الاقدام عليه بخلاف سائر الميتات فان للمضطر أكلها نية ومطبوخه ولو
كان المضطر ذميا ووجد مسلما ميتا ففي حل أكله له وجهان حكاهما
البعوي ولم يرجح واحدا منهما والقياس تحريمه لكمال شرف

[45]

الاسلام ولو وجد ميتة ولحم آدمي أكل الميتة ولم يجز أكل الآدمي سواء
كانت الميتة خنزيرا أو غيره ولو وجد المحرم صيدا ولحم آدمي اكل الصيد
لحرمة الآدمي * (فرع) لو أراد المضطر أن يقطع قطعه من نفسه من فخذ
أو غيرها ليأكلها فان كان الخوف منه كالخوف في ترك الاكل أو أشد حرم
القطع بلا خلاف وصرح به امام الحرمين وغيره والا ففيه وجهان مشهوران
ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) جوازه وهو قول ابن سريج وابي
اسحق المروزي (والثاني) لا يجوز اختاره أبو علي الطبري وصححه الرافعي
في المحرر والصحيح الاول وممن صححه الرافعي في الشرح والنسخ وإذا
جوزناه فشرطه أن لا يجد شيئا غيره فان وجد حرم القطع بلا خلاف ولا
يجوز أن يقطع لنفسه من معصوم غيره بلا خلاف وليس للغير أن يقطع من
أعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف صرح به امام الحرمين
والاصحاب (السابعة) إذا وجد المضطر طعاما حلالا طاهرا لغيره فله حالان
(أحدهما) أن يكون صاحبه حاضرا (الثاني) أن يكون غائبا فان حضر نظر ان
كان المالك مضطرا إليه أيضا فهو أولى به وليس للأخران يأخذه منه إذا لم
يفضل عن حاجته الا أن يكون غير المالك نبيا فانه يجب على المالك بذله له
هكذا قالوه والحكم صحيح لكن المسألة غير متصورة في هذه الازمان
وتتصور في زمن نزول عيسى بن مريم عليكم وقد تكون مسألة علمية
والله أعلم * قال أصحابنا فان أثر المالك غيره على نفسه فقد أحسن قال
الله تعالى (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) قالوا وانما يجوز
أن يؤثر على نفسه مسلما فأما الكافر فلا يؤثره حربا كان أو ذميا وكذا لا
يؤثر على نفسه بهيمة والله أعلم * (أما) إذا لم يكن المالك مضطرا فيلزمه
اطعام المضطر مسلما كان أو ذميا أو مستأمنا وكذا لو كان يحتاج إليه في
ثاني الحال على أصح الوجهين وللمضطر أن يأخذه قهرا وله مقاتله المالك
عليه فان أتى القتال على نفس المالك فلا ضمان فيه وان قتل المالك
المضطر في الدفع عن طعام لزمه القصاص وان منعه الطعام فمات جوعا
فلا ضمان قال الماوردي ولو قيل يضمن لكان مذهبا قال أصحابنا وفي
القدر الذي يلزم المالك بذله ويجوز للمضطر أخذه قهرا والقتال عليه
قولان (أصحهما) ما يسد الرمق (والثاني)

[46]

قدر الشيع بناء على القولين فيما يحل له من الميتة وهل يجب على
المضطر الاخذ قهرا والقتال فيه خلاف مرتب على الخلاف في وجوب أكل
الميتة وأولى بأن لا يجب (والاصح) هنا أنه يجب الاخذ قهرا ولا يجب القتال
لانه إذا لم يجب دفع الصائل فهنا أولى وخص البعوي الخلاف بما إذا لم يكن
عليه خوف في الاخذ قهرا قال فان خاف لم يجب قطعاً وحيث أوجبتنا على
المالك بذله للمضطر ففي الحاوي وجه ضعيف انه يلزمه بذله مجاناً ولا

يلزم المضطر شيئ كما يأكل الميتة بلا شئ والمذهب انه لا يلزمه البذل الا بعوض وبهذا قطع الجمهور * وفرقوا بينه وبين ما إذا خلس مشرفا على الهلاك بالوقوع في ماء أو نار فانه لا يثبت له أجره المثل بلا خلاف بأن هناك يلزمه التخليص ولا يجوز تأخيره إلى تقدير الأجرة وهنا بخلافه * وسوى القاضي أبو الطيب الطبري وغيره بينهما وقالوا ان احتمال الحال هناك موافقة على أجره يبذلها أو يلتزمها لم يلزم تخليصه حتى يلتزمها كما في المضطر وإن لم يحتمل الحال التأخير في صورة المضطر فأطعمه لم يلزمه العوض فلا فرق بينهما ثم ان بذل المالك طعامه مجانا لزمه قبوله ويأكل منه حتى يشبع وان بذله بالعوض نظر ان لم يقدر العوض لزم المضطر بذله وهو مثله ان كان مثليا وان كان متقوما لزمه قيمة ما أكل في ذلك الزمان والمكان وله أن يأكل حتى يشبع وان قدر له العوض فان لم يفرده ما يأكله فالحكم كذلك وان أفردته فان كان المقدر ثمن المثل فالبيع صحيح وللمضطر ما فضل عن الآخر وان كان أكثر من ثمن المثل والتزمه فقيما يلزمه أوجه (أصحها) عند القاضي أبي الطيب يلزمه المسمى لانه التزمه بعقد لازم (وأصحها) عند الروياني لا يلزمه إلا ثمن المثل في ذلك الزمان والمكان لانه كالمكره (والثالث) وهو اختيار الماوردي ان كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليساره لزمته والا فلا قال أصحابنا وينبغي للمضطر أن يحتال في أخذه منه ببيع فاسد ليكون الواجب القيمة بلا خلاف قال الرافعي وقد يفهم من كلامهم القطع بصحة البيع وان الخلاف فيما يلزمه ثمنا لكن الوجه جعل الخلاف في صحة العقد لمعني وان المضطر هل هو مكره أم لا وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يبين ذلك وقد صرح به امام الحرمين وقال الشراء بالثمن العالي لضرورة هل نجعله كرها حتى لا يصح الشراء فيه وجهان (أفيسهما) صحة البيع قال وكذا المصادر من جهة

[47]

السلطان الظالم إذا باع ماله للضرورة في المصادرة ودفع الاذى الذي يخافه فيه وجهان (أصحهما) صحة البيع لانه لا اكراه على نفس البيع ومقصود الظالم تحصيل المال من أي جهة كان وبهذا قطع الشيخ ابراهيم المروذي واحتج به لوجه لزوم المسمى في مسألة المضطر * (فرع) متى باع المضطر بثمان المثل ومع المضطر مال لزمه شراؤه وصرف ما معه من المال إلى الثمن حتى لو كان معه ساتر عورته لزمه صرفه إليه ان لم يخف الهلاك بالبرد ويصلى عاريا لان كشف العورة أخف من أكل الميتة ولهذا يجوز أخذ الطعام قهرا ولا يجوز أخذ ساتر العورة قهرا فان لم يكن معه مال لزمه التزامه في ذمته سواء كان له في موضع آخر أم لا ويلزم المالك في هذا الحال البيع نسبية قال أصحابنا والشراء هنا واجب بلا خلاف ولا يجئ فيه الوجه السابق أنه لا يجب الاكل من الميتة بل يجوز لان ذلك القائل يقول لا يجب لان فيه مباشرة النجاسة وهذا مقصود في مسألة الطعام الطاهر * (فرع) ليس للمضطر الاخذ قهرا إذا بذل المالك بثمان المثل فان طلب أكثر من ثمن المثل فله أن لا يقبل ويأخذه قهرا ويقاقله فان اشتراه بالزيادة مع امكان أخذه قهرا فهو مختار في الزيادة فيلزمه المسمى بلا خلاف والخلاف السابق انما هو فيمن عجز عن الاخذ قهرا * (فرع) لو أطعمه المالك ولم يصرح بالاباحة فوجهان (الاصح) انه لا عوض عليه ويحمل على الاباحة والمسامحة المعتادة بالطعام (والثاني) يلزمه العوض وهو شبيه بالخلاف فيمن عرف بالعمل بأجرة إذا استعمله انسان بغير شرط أجرة والاصح انها لا تجب ولو اختلفا فقال المالك أطعمتك بعوض فقال المضطر بل مجانا فوجهان حكاهما صاحبا العدة والبيان قولين (أصحهما) يصدق

المالك لانه أعرف بدفعه (والثانى) المضطر لان الاصل براءته ولو أوجر
المالك المضطر قهرا أو أوجره وهو مغمى عليه فهل يستحق القيمة عليه
فيه وجهان (أصحهما) يستحق لانه خلصه من الهلاك كمن عفا عن القصاص
ولما فيه من التحريض على مثل ذلك *

[48]

(فرع) كما يجب بذل المال لابقاء الأدمى المعصوم يجب بذله لابقاء البهيمة
المحترمة وان كانت ملكا للغير ولا يجب البذل للحربى ولا للمرتد والكلب
العقور ولو كان لرجل كلب مباح المنفعة جائع وشاة لزمه ذبح الشاة
لاطعام الكلب قال البيهقي وله أن يأكل من لحمها لانها ذبحت للاكل قال
القاضى حسين ولو كان معه كلب مضطر ومع غيره شاة ليس مضطرا إليها
لزمه بذلها فان امتنع فلصاحب الكلب قهره ومقاتلته لما سبق والله أعلم
(الحال الثانى) أن يكون المالك غائبا فيجوز للمضطر أكل طعامه ويغرم له
بذله وفى وجوب الاكل والقدر المأكول ما سبق من الخلاف وان كان
الطعام لصبى أو مجنون والولى غائب فكذلك الحكم وان كان حاضرا فهو
فى مالهما ككامل الحال فى ماله * قال أصحابنا وهذه إحدى الصور التى
يجوز فيها بيع مال الصبى نسيئة والله أعلم (المسألة الثامنة) إذا وجد
المضطر مينة وطعام الغير وهو غائب فثلاثة أوجه وقيل ثلاثة أقوال
(أصحها) يجب أكل الميتة (والثانى) يجب أكل الطعام ودليلهما فى الكتاب
(والثالث) يتخير بينهما وأشار إمام الحرمين إلى أن هذا الخلاف مأخوذ من
الخلاف فى اجتماع حق الله تعالى وحق الأدمى ولو كان صاحب الطعام
حاضرا فان بذله بلا عوض أو بثمان مثله أو بزيادة يتغابن الناس بمثلها ومع
ثمنه أو رضى بدمته لزمه القبول ولم يجز أكل الميتة فان لم يبعه إلا بزيادة
كثيرة فالمذهب والذي قطع به العراقيون والطبريون وغيرهم أنه لا يلزمه
شراؤه لكن يستحب وإذا لم يلزمه الشراء فهو كما إذا لم يبذله أصلا وإذا لم
يبذله لم يقاتله عليه المضطر إن خاف من المقاتلة على نفسه أو خاف
أهلاك المالك فى المقاتلة بل يعدل إلى الميتة وان كان لا يخاف لضعف
المالك وسهولة دفعه فهو على الخلاف المذكور فيما إذا كان غائبا هذا كله
تفريع على المذهب الصحيح وقال البيهقي يشتره بالثمن الغالى ولا يأكل
الميتة ثم يحى الخلاف السابق فى أنه يلزمه المسمى أم ثمن المثل قال
وإذا لم يبذل أصلا وقلنا طعام الغير أولى من الميتة يجوز أن يقاتله ويأخذه
قهرا والله أعلم * (التاسعة) لو اضطر محرم ولم يجد إلا صيدا فله ذبحه
وأكله ويلزمه الفدية وقد سبقت المسألة فى كتاب الحج وان وجد صيدا
وميتة فله طريقان

[49]

ذكرهما المصنف والاصحاب (أحدهما) أنه مبني على القولين السابقين فى
كتاب الحج أن المحرم إذا ذبح صيدا هل يصير ميتة فيحرم على جميع الناس
أم لا يكون ميتة فلا يحرم على غيره (والاصح) أنه يصير ميتة (فان قلنا)
يصير ميتة أكل الميتة والا فالصيد (والطريق الثانى) ان قلنا يصير ميتة أكل
الميتة والا فأيهما يأكل فيه قولان ودليل الجميع فى الكتاب ومن الاصحاب
من حكى فى المسألة ثلاثة أقوال أو أوجه (أصحها) يلزمه أن يأكل الميتة

(والثانى) يلزمه أكل الصيد (والثالث) يتخير وحكاه الدارمي عن أبى على ابن أبى هريرة والصحيح على الجملة وجوب أكل الميتة * ولو وجد المحرم لحم صيد مذبوح وميتة فان كان ذابحه حلال ذبحه لنفسه فهذا مضطر وجد ميتة وطعام الغير وقد سبق حكمه وان ذبح هذا المحرم قبل احرامه فهو واجد طعام حلال لنفسه فليس مضطرا فان ذبحه في الاحرام أو ذبحه محرم آخر وقلنا هو حرام على كل أحد فتلاثة أوجه (أصحها) يتخير بينهما (والثانى) يتعين لحم الصيد (والثالث) الميتة وقال الدارمي ان قلنا انه ميتة أكل من أيهما شاء وغير الصيد أولى وإن قلنا ليس بميتة فوجهان (أحدهما) يأكله (والثانى) يأكل الميتة ولو وجد المحرم صيدا وطعام الغير فتلاثة أوجه أو أقوال سواء جعلناه ميتة أم لا (أحدها) يتعين الصيد (والثانى) الطعام (والثالث) يتخير هذا إذا كان مالك الطعام غائبا فان حضر ومنعه تعين الصيد وان بذله تعين الطعام صرح به الدارمي وغيره وان وجد ميتة وصيدا وطعام الغير فسبعة أوجه ذكرها إمام الحرمين وغيره (أصحها) يتعين الميتة (والثانى) الصيد (والثالث) الطعام (والرابع) يتخير بين الثلاثة (والخامس) يتخير بين الطعام والميتة (والسادس) يتخير بين الصيد والميتة (والسابع) بين الصيد والطعام * (فرع) إذا لم نجعل ما يذبحه المحرم من الصيد ميتة فهل على المضطر قيمة ما أكله منه فيه وجهان بناء على القولين في المحرم هل يستقر ملكه علي الصيد (العاشر) إذا وجد ميتتان احدهما من جنس المأكول دون الاخرى أو احدهما طاهرة في الحياة دون الاخرى كشاة وحمار أو كلب فهل يتخير بينهما أم تتعين الشاة فيه وجهان (أصحهما) ترك الكلب والتخير في الباقي والله

[50]

أعلم (الحادية عشر) لا يجوز للعاصي بسفره أكل الميتة حتي يتوب هذا هو الصحيح المشهور لقول الله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) وفيه وجه ضعيف انها تحل له وقد سبق بيان المسألة واضحة في باب مسح الخف وباب صلاة المسافر (الثانية عشر) نص الشافعي رحمه الله أن المريض إذا وجد مع غيره طعاما يضره ويزيد في مرضه جاز له تركه وأكل الميتة قال أصحابنا وكذا لو كان الطعام له وعدوا هذا من أنواع الضرورة وكذا التداوى بالنجاسات كما سنوضحه إن شاء الله تعالى قريبا * (فرع) قال الشافعي رحمه الله: وإذا اضطر ووجد من يطعمه ويسقيه فليس له الامتناع الا في حالة واحدة وهى إذا خاف أن يطعمه أو يسقيه مسموما فلو تركه وأكل الميتة فله تركه وأكل الميتة والله أعلم * (الثالثة عشر) إذا اضطر إلي شرب الدم أو البول أو غيرهما من النجاسات المائعة غير المسكر جاز له شربه بلا خلاف وان اضطر وهناك خمر وبول لزمه شرب البول ولم يجر شرب الخمر بلا خلاف لما ذكره المصنف (وأما) التداوى بالنجاسات غير الخمر فهو جائز سواء فيه جميع النجاسات غير المسكر هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الجمهور وفيه وجه أنه لا يجوز لحديث ام سلمة المذكور في الكتاب (ووجه ثالث) أنه يجوز بأبوال الابل خاصة لورود النص فيها ولا يجوز بغيرها حكاهما الرافعي وهما شاذان والصواب الجواز مطلقا لحديث أنس رضى الله عنه (أن نفرا من عرينة وهى قبيلة معروفة بضم العين المهملة وبالنون - أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فبايعوه على الاسلام فليستوخموا المدينة فسقمت أجسامهم فشكوا ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال (ألا تخرجون مع راعينا في ابله فتمصيون من أبوالها وألبانها قالوا بلى فخرجوا فشربوا من ألبانها وأبوالها فصحوا فقتلوا راعى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأطردوا

النعم) رواه البخاري ومسلم من روايات كثيرة هذا لفظ احدي روايات البخاري (وفى رواية فأمرهم أن يشربوا أبوالها وألبانها) قال أصحابنا وانما يجوز التداوي بالنجاسة إذا لم يجد طاهرا يقوم مقامها فان وجده حرمت النجاسات بلا خلاف وعليه

[51]

يحمل حديث (ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم) فهو حرام عند وجود غيره وليس حراما إذا لم يجد غيره * قال أصحابنا وانما يجوز ذلك إذا كان المتداوي عارفا بالطب يعرف أنه لا يقوم غير هذا مقامه أو أخبره بذلك طبيب مسلم عدل ويكفى طبيب واحد صرح به البغوي وغيره فلو قال الطبيب يتعجل لك به الشفاء وان تركته تأخر ففى اباحتها وجهان حكاهما البغوي ولم يرجح واحدا منهما وقياس نظيره في التيمم أن يكون الاصح جوازه (أما) الخمر والنيذ وغيرهما من المسكر فهل يجوز شربها للتداوي أو العطش فيه أربعة أوجه مشهورة (الصحيح) عند جمهور الاصحاب لا يجوز فيهما (والثاني) يجوز (والثالث) يجوز للتداوي دون العطش (والرابع) عكسه قال الرافعي الصحيح عند الجمهور لا يجوز لواحد منهما ودليله حديث وائل بن حجر رضى الله عنه (أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر فنهاه أو كرهه أن يصنعها فقال انما أصنعها للدواء فقال انه ليس بدواء ولكنه داء) رواه مسلم في صحيحه واختار امام الحرمين والغزالي جوازها للعطش دون التداوي والمذهب الاول وهو تحريمها لهما وممن صححه المحاملى وسأورد دليله قريبا ان شاء الله تعالى فان جوزنا شربها للعطش وكان معه خمر وبول لزمه شرب البول وحرمة الخمر لان تحريم الخمر أخف قال أصحابنا فهذا كمن وجد بولا وماء نجسا فانه يشرب الماء النجس لان نجاسته طارئة وفى جواز التبخر بالند المعجون بالخمر وجهان بسبب دخانه (أصحهما) جوازه لانه ليس دخان نفس النجاسة والله أعلم * (فرع) قد ذكرنا أن المذهب الصحيح تحريم الخمر للتداوي والعطش وان امام الحرمين والغزالي اختارا جوازها للعطش قال امام الحرمين الخمر يسكن العطش فلا يكون استعمالها في حكم العلاج قال ومن قال ان الخمر لا يسكن العطش فليس على بصيرة ولا يعد قوله مذهبا بل هو غلط ووهم بل معافر الخمر يجتري بها عن الماء هذا كلامه وليس كما ادعى بل الصواب المشهور عن الشافعي وعن الاصحاب والاطباء انها لا تسكن العطش بل تزيده والمشهور من عادة شربة الخمر أنهم يكثرون شرب الماء وقد نقل الرويانى أن الشافعي رحمه الله نص

[52]

علي المنع من شربها للعطش معللا بأنها تجيع وتعطش وقال القاضي ابو الطيب سألت من يعرف ذلك فقال الامر كما قال الشافعي انها تروى في الحال ثم تثير عطشا عظيما وقال القاضي حسين في تعليقه قالت الاطباء الخمر تزيد في العطش وأهل الشرب يحرضون على الماء البارد فحصل بما ذكرناه أنها لا تنفع في دفع العطش وحصل بالحديث الصحيح السابق في هذه المسألة أنها لا تنفع في الدواء فثبت تحريمها مطلقا والله تعالى أعلم * (فرع) لو غص بلقمة ولم يجد شيئا يسيغها به الا الخمر فله اساعتها به بلا

خلاف نص عليه الشافعي واتفق عليه الاصحاب وغيرهم بل قالوا يجب عليه ذلك لان السلامة من الموت بهذه الاساعة قطعية بخلاف التداوي وشربها للعطش قال اهل اللغة يقال غص - بفتح الغين - لا بضمها - يغص - بفتحها - أيضا غصصا - بالفتح - أيضا فهو غاص وغصان وأغصنته والله أعلم * (فرع) قال البيهقي قال الشافعي لا يجوز أكل الترياق المعمول بلحم الحيات الا ان يكون في حال الضرورة حيث تجوز الميتة هذا لفظه واحتج * البيهقي في المسألة بحديث ابن عمرو بن العاص رضى الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ما أبالي ما أتيت ان أنا شربت ترياقا أو تعلقت تميمية أو قلت الشعر من قبل نفسي) رواه أبو داود بإسناد فيه ضعف ومعناه ان هذه الثلاثة سواء في كونها مذمومة * (فرع) في مذاهب العلماء في مسائل من أحكام المضطر (أحداها) أجمعوا أنه يجوز له الأكل من الميتة والدم ولحم الخنزير ونحوها للآية الكريمة وفي قدر المأكول قولان للشافعي سبقا (أصحهما) سد الرمق وبه قال أبو حنيفة وداود (والثاني) قدر الشيع وعن مالك وأحمد روايتان كالعولين (الثانية) إذا لم يكن مع المضطر مال وكان مع غيره طعام يستغن عنه لم يلزمه بذله له بلا عوض وله الامتناع من البذل حتى يشتريه بثمن مثله في الذمة كما سبق هذا مذهبا * قال العبدري وهو قول العلماء كافة وقول داود قال ومن أصحاب داود من قال يجوز للمضطر أن يأكل منه قدر

[53]

ما نزول به الضرورة ولا ضمان عليه في ذلك كما لو رآه يغرق أو يحترق وأمكنه تخليصه لزم تخليصه من غير الزام عوض * واحتج أصحابنا بأن الذمة كالمال ولو كان معه مال لم يلزم صاحب الطعام بذله مجانا وكذا إذا أمكن الشراء في الذمة * قال أصحابنا وأما ما احتج به المخالف فجوابه أنه لا فرق بينهما بل كل حالة أمكن فيها الموافقة على عوض لم يلزم إلا بالعوض والله أعلم * (الثالثة) إذا وجد ميتة وطعاما لغائب فللشافعي قولان (أصحهما) يأكل الميتة وبه قال أبو حنيفة وأحملانه منصوص عليها وطعام غيره مجتهد فيه (والثاني) يأكل طعام غيره وبه قال مالك لأنه مجمع عليه مع طهارته ولو وجد ميتة وصيدا وهو محرم فالاصح أنه يأكل الميتة وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد (الرابعة) إذا وجد المضطر أدبيا ميتا حل له أكله عندنا كما سبق تفصيله * وقال مالك وأحمد وأصحاب الظاهر لا يجوز * واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف ان حرمة الحى أكد من حرمة الميت والله أعلم (الخامسة) ذكرنا أن مذهبنا جواز التداوي بجميع النجاسات سوى المسكر وقال احمد لا يجوز لحديث (أن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم) وحديث ابى الدرداء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام) رواه أبو داود وحديث أبى هريرة قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدواء الخبيث) رواه أبو داود ودليلنا حديث العرنين وهو في الصحيحين كما سبق وهو محمول على شربهم الابوال للتداوي كما هو ظاهر الحديث. وحديث لم يجعل شفاءكم محمول على عدم الحاجة إليه بان يكون هناك ما يغني عنه ويقوم مقامه من الادوية الطاهرة. وكذا الجواب عن الحديثين الآخرين وقال البيهقي هذان الحديثان ان صحا حملا على النهي عن التداوي بالمسكر وعلى التداوي بالحرام من غير ضرورة للجمع بينهما وبين حديث العرنين والله تعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله * (وان مر ببستان لغيره وهو غير مضطر لم يجز أن يأخذ منه شيئا بغير إذن صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه) *

(الشرح) هذا الحديث رواه البيهقي في كتاب الغصب من رواية علي بن زيد بن جدعان عن أبي حرة الرقاشي عن أبيه عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه) اسناده ضعيف على ابن زيد ضعيف وعن ابن عباس (أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس في حجة الوداع فذكر الحديث وفيه لا يحل لامرئ من مال أخيه الا ما أعطاه من طيب نفس) رواه البيهقي في كتاب الغصب باسناد صحيح قال أصحابنا إذا مر الانسان بثمر غيره أو زرعه لم يجز أن يأخذ منه ولا أن يأكل منه بغير اذن صاحبه الا أن يكون مضطرا فيأكل حينئذ ويضمن كما سبق قال أصحابنا وحكم الثمار الساقطة من الاشجار حكم الثمار التي علي الشجر ان كانت الساقطة داخل الجدار وان كانت خارجة فكذلك ان لم تجر عادتهم باباحتها فان جرت فوجهان أحدهما لا يحل كالداخلة وكما إذا لم تجر عادتهم لاحتمال أن هذا المالك لا يبيع (وأصحابهما) يحل لاطراد العادة المستمرة بذلك وحصول الظن باباحته كما يحصل تحمل الصبي المميز الهدية ويحل أكلها والله أعلم * (فرع) هذا الذي ذكره الاصحاب حكم مال الأجنبي * أما القريب والصديق فان تشكك في رضاه بالاكل من ثمره وزرعه وبيته لم يحل الا كل منه بلا خلاف وان غلب على ظنه رضاه به وأنه يكره اكله منه جاز أن يأكل القدر الذي يظن رضاه به ويختلف ذلك باختلاف الاشخاص والازمان والاحوال والاموال ولهذا تظاهرت دلائل الكتاب والسنة وفعل سلف الامة وخلفها قال الله تعالى (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم إلى قوله تعالى أو صديقكم) وبينت الأحاديث الصحيحة عن النبي صلى الله عليه وسلم بنحو من هذا والله أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في من مر ببستان غيره وفيه ثمار أو مر بزرع غيره فمذهبنا أنه لا يجوز أن يأكل منه شيئاً الا أن يكون في حال الضرورة التي يباح فيها الميتة * وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ودواد والجمهور * وقال

أحمد إذا اجتاز به وفيه فاكهة رطبة وليس عليه حائط جاز له الاكل منه من غير ضرورة ولا ضمان عليه عنده في اصح الروايتين وفي الرواية الاخرى يباح له ذلك عند الضرورة ولا ضمان * واحتج بما روى مجاهد عن أبي عياض أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال (من مر منكم بحائط فليأكل في بطنه ولا يتخذ خبنة) وعن زيد بن وهب قال (قال عمر رضى الله عنه إذا كنتم ثلاثة فأمرؤا عليكم واحدا منكم فإذا مررتم براعى الابل فنادوا يا راعي الابل فان أجابكم فاستسقوه وان لم يجيبكم فاتوها فحلوها واشربوا ثم صروها) رواهما البيهقي وقال هذا صحيح عن عمر باسناديه جميعا قال وهو محمول عندنا على حال الضرورة * واحتج أصحابنا بالحديث الذي ذكره المصنف مع ما ذكرته مما سبق منه وبحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحلن أحدكم ماشية غيره الا باذنه أحب أحدكم أن يؤتى مشربته فتكسر خزانته فينتقل طعامه فانما تخزن لهم ضرور مواشيهم أطعمتهم فلا يحلن أحد ماشية أحد الا باذنه) رواه البخاري ومسلم وفي المسألة أحاديث كثيرة بمعنى ما ذكرته قال الشافعي رحمه الله ومن مر لرجل بزرع أو ثمر أو ماشية أو غير ذلك من

ماله لم يكن له أخذ شئ منه الا باذنه لان هذا مما لم يأت فيه كتاب ولا سنة ثابتة باباحته فهو ممنوع الا باذن مالكة قال وقد قيل من مر بحائط فاليأكل ولا يتخذ خبنة وري فيه حديث لو كان ثبت عندنا لم نخالفه والكتاب والحديث الثابت أنه لا يجوز أكل مال أحد إلا باذنه قال البيهقي فالحديث الذي أشار إليه الشافعي هو حديث يحيى بن سليم الطائفي عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من دخل حائطا فليأكل ولا يتخذ خبنة) قال البيهقي وقد أخبرنا أبو محمد السكري فذكر اسناده الى يحيى بن معين قال حديث يحيى بن سليم هذا عن عبيدالله في الرجل يمر بالحائط فيأكل منه قال هذا غلط وقال أبو عيسى الترمذي سألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال يحيى بن سليم يروي أحاديث عن عبيدالله يهتم فيها قال البيهقي وقد جاء من أوجه آخر وليست بقوية (منها) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (سمعت رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أسمع عن الضالة فذكر

[56]

الحديث قال ثم سأله عن الثمار بصيها الرجل فقال (ما أخذ في أكمامه يعني رؤس النخل فاحتمله فثمنه ومثله معه وضرب نكال وما كان في أجرانه فأخذه ففيه القطع إذا بلغ ذلك ثمن المجن وان أكل بغيه ولم يأخذ فيتخذ خبنة فليس عليه شئ) قال البيهقي وهذا إن صح فمحمول على أنه ليس فيه قطع حين لم يخرج من الحرز (ومنها) ما رواه أبو داود في سننه عن الحسن بن سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إذا أتى أحدكم على ماشية فان كان فيها صاحبها فليستأذنه فان أذن له فليحلب وليشرب وان لم يكن فيها فليصوت ثلاثا فان أجابه فليستأذنه والا فليحلب وليشرب ولا يحمل) قال البيهقي أحاديث الحسن بن سمرة لا يثبتها بعض الحفاظ ويزعم أنها من كتاب غير حديث العقيقة الذي ذكر فيه السماع فان صح فهو محمول على حال الضرورة (ومنها) حديث يزيد بن هرون عن سعيد الجريري عن أبي نضرة عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إذا أتى أحدكم على راع فليناد يا راع الابل ثلاثا فان أجابه والا فليحلب وليشرب ولا يحملن وإذا أتى أحدكم على حائط فليناد ثلاثا يا صاحب الحائط فان أجابه فليأكل ولا يحملن) قال البيهقي تفرد به سعيد الجريري وهو ثقة إلا أنه أختلط في آخر عمره وسماع يزيد بن هرون منه بعد اختلاطه فلا يصح قال وقد روى عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم خلافه ثم ذكره بأسناده عن شريك عن عبد الله بن عاصم قال سمعت أبا سعيد الخدري يقول لا يحل لاحد أن يحل صرار ناقة إلا باذن أهلها فان خاتم أهلها عليها فقيل لشريك ارفعه قال نعم) قال البيهقي وهذا يوافق حديث ابن عمر الصحيح السابق ثم روى البيهقي بأسناده عن أبي عبيد القاسم بن سلام قال إنما هذا الحديث يعني حديث عمر وحديث عمرو بن شعيب في الرخصة انه أرخص فيه للجائع المضطر الذي لا شئ معه يشتري به وهو معسر في حديث ابن جريج عن عطاء قال (رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للجائع المضطر إذا مر بالحائط أن يأكل منه ولا يتخذ خبنة) وعن الحاج ابن أرمطة عن سليمان بن عبد الله التميمي عن ذهيل بن عوف بن سماح عن أبي هريرة قال (كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال له ناس يارسول الله ما يحل للرجل من مال أخيه

قال (أن يأكل ولا يحمل ويشرب ولا يحمل) قال البيهقي هذا اسناد مجهول لا يقوم به حجة والحجاج ابن أرطاة لا يحتج به قال وقد روى من وجه آخر عن الحجاج ما دل على أنه في المضطر والله تعالى أعلم * (فرع) الضيافة سنة فإذا استضاف مسلم لا اضطرار به مسلماً استحب له ضيافته ولا تجب هذا مذهبننا ومذهب الجمهور وهو مذهب مالك وأبى حنيفة * وقال الليث بن سعد وأحمد بن حنبل هي واجبة يوماً وليلة * قال أحمد هي واجبة يوماً وليلة على أهل البادية وأهل القرى دون أهل المدن واحتجوا بحديث أبى سريح الخزاعي رضى الله عنه قال (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته قال وما جائزته يارسول الله قال يومه وليلته والضيافة ثلاثة أيام فما كان وراء ذلك فهو صدقه عليه ولا يحل لرجل مسلم يقيم عند أخيه حتى يؤتمه قالوا يا رسول الله وكيف يؤتمه قال يقيم عنده ولا شئ له يقره به) رواه البخاري ومسلم وروى أبو داود في سننه عن أشهب قال (سئل مالك رضى الله عنه عن قول النبي صلى الله عليه وسلم جائزته يوم وليلة فقال بكرمه ويتحفه ويحفظه يوماً وليلة وثلاثة أيام ضيافة) قال الخطابي معناه أنه يتكلف له في اليوم الاول ما اتسع له من بر والطف وأما في اليوم الثاني والثالث فيقدم له ما كان بحضرته ولا يزيد على عادته وما كان بعد الثلاث فهو صدقة ومعروف إن شاء فعل وإن شاء ترك قال وقوله صلى الله عليه وسلم (ولا يحل أن يقيم عنده حتى يؤتمه معناه لا يحل للضيف أن يقيم عنده بعد الثلاث من غير استدعاء منه حتى يوقعه في الائم) وعن أبى كريمة المقدم بن معد يكرب رضى الله عنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الضيف حق على كل مسلم فمن أصبح بفنائنه فهو عليه دين إن شاء اقتص وان شاء ترك) رواه أبو داود باسناد صحيح وعنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما رجل أضاف قوما فاصبح الضيف محروما فان نصره حق على كل مسلم حتى يأخذ بقرى ليلة من زرعه وماله) رواه أبو داود باسناد حسن وعن عتبة بن عامر قال (قلنا يا رسول الله انك تبعثنا فننزل بقوم فلا يقروننا فما ترى فقال لنا

رسول الله صلى الله عليه وسلم إن نزلتم بقوم فامروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا فان لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم) رواه مسلم في صحيحه ورواه أبو داود والترمذي وابن ماجه باسناد صحيح وعن أبى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الضيافة ثلاثة أيام فما سوى ذلك فهو صدقة) رواه أبو داود باسناد جيد * واحتج أصحابنا والجمهور بالاحاديث السابقة في مسألة ثمار الانسان وزرعه (وأجابوا) عن هذه الاحاديث الواردة في الضيافة بأنها محمولة على الاستحباب ومكارم الاخلاق وتأكد حق الضيف كحديث (غسل الجمعة واجب على كل محتلم) أي متأكد الاستحباب وتأول بعض هذه الاحاديث الخطابى وغيره على المضطر والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ولا يحرم كسب الحجام لما روى أبو العالية أن ابن عباس رضى الله عنهما سئل عن كسب الحجام فقال (احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم واعطاه أجره ولو كان حراما ما أعطاه) وبكره للحر أن يكتسب بالحجامة وغيرها من الصنائع الدينية كالكنس والذبح والذبح لانها مكاسب دنيئة فينزه الحر منها ولا يكره للعبد لان العبد أدنى

فلم يكره له وبالله التوفيق) * (الشرح) حديث ابن عباس رواه البخاري
ومسلم واسم أبي العالية رفيع - بضم الراء وفتح الفاء - قال أصحابنا كسب
الحجام حلال ليس بحرام * هذا هو المذهب والمعروف والمنصوص وبه
قطع الجمهور وفيه وجه شاذ قاله أبو بكر بن خزيمة من أصحابنا أنه حرام
على الاحرار ويجوز اطعامه للعبيد والاماء والدواب (والصواب) الاول قال
أصحابنا ولا يكره للعبد أكل كسب الحجام سواء كسبه حرام عبد ويكره أكله
للحر سواء كسبه حرام عبد ولكراهته معنيان (أحدهما) مخالطة النجاسة
(والثاني) دناءته فعلى الثاني يكره كسب الحلاق ونحوه وعلى الاول يكره
كسب الكناس والزبال والدباج والقصاب والخائن وهذا الوجه هو الصحيح
الذي قطع به المصنف والجمهور وفي كسب الفاصد وجهان (أصحهما) لا
يكره وهو قول أبي علي بن أبي هريرة (والثاني) يكره كراهة تنزيهه وفي
الحمامى والحائل وجهان (أصحهما) لا يكره الحائل وكره جماعة من أصحابنا
كسب الصواغين

[59]

قال صاحب البيان وفي كراهة هذه الاشياء للعبيد وجهان (أصحهما) لا يكره
لانه دنيء وهذا هو الصحيح الذي قطع به المصنف والجمهور والله اعلم *
(فرع) قال الماوردي أصول المكاسب الزراعة والتجارة والصناعة وأبها
أطيب فيه ثلاثة مذاهب للناس (أشبهها) بمذهب الشافعي ان التجارة أطيب
قال والاشبه عندي أن الزراعة أطيب لانها أقرب إلى التوكل وذكر
التشاشي وصاحب البيان وآخرون نحو ما ذكره الماوردي وأخذوه عنه قلت
في صحيح البخاري عن المقدم بن معدى كرب رضى الله عنه عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال (ما أكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من
عمل يده وأن نبى الله داود صلى الله عليه وسلم كان يأكل من عمل يده)
فالصواب ما نص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عمل اليد فان
كان زراعا فهو أطيب المكاسب وأفضلها لانه عمل يده ولان فيه توكلا كما
ذكره الماوردي وقال فيه نفعا عاما للمسلمين والدواب ولانه لا بد في
العادة أن يؤكل منه بغير عوض فيحصل له أجره وان لم يكن ممن يعمل بيده
بل يعمل له علمانه واجراؤه فاكنتسابه بالزراعة أفضل لما ذكرناه وقد ثبت
عن جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما من
مسلم يغررس غرسا إلا كان ما أكل منه له صدقة وما سرق منه له صدقة ولا
يرزؤه أحد إلا كان له صدقة) رواه مسلم في صحيحه ومعنى يرزؤه ينقصه
وفي رواية لمسلم أيضا (فلا يغررس المسلم غرسا فيأكل منه إنسان ولا
دابة ولا طير إلا كان له صدقة إلى يوم القيامة) وفي رواية لمسلم أيضا لا
يغررس مسلم غرسا ولا يزرع زراعا فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شئ إلا
كانت له صدقة) رواه البخاري ومسلم جميعا من رواية أنس والله أعلم *
(فرع) في جملة من الاحاديث الواردة في كسب الحجام والحجامة * عن
عون بن أبي جحيفة قال (اشترى أبى عبدا حجاما فأمر بمحاجمه فكسرت
وقال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى

[60]

عن ثمن الكلب ومهر البغى وثمان الدم ولعن الواشمه والمستوشمة وأكل الربا ومؤكله ولعن المصور) رواه البخاري وعن رافع بن خديج رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (كسب الحمام خبيث ومهر البغى خبيث وثمان الكلب خبيث) رواه مسلم وفى رواية (شر الكسب مهر البغى وثمان الكلب وكسب الحمام) وعن محيصة رضى الله عنه أنه استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى إجازة الحمام فنهاه عنها فلم يزل يسأله حتى قال اعلفه نواضحك) رواه مالك وأبو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم بأسانيدهم الصحيحة قال الترمذي هو حديث حسن وعن أنس رضى الله عنه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجه أبو طيبة فأمر له رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاعين من طعام وكلم مواليه فخفف عنه من ضربته وقال خير ما تداويتم به الحمامة والقسط البحري) رواه البخاري ومسلم وعنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتجم ولا يظلم أحدا أجره) رواه مسلم وعن ابن عباس (أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحمام أجره واستعط) رواه البخاري ومسلم وروى حديثه السابق فى كلام المصنف * (فرغ) فى مذاهب العلماء فى كسب الحمام * مذهبا أنه ليس بحرام لا على العبد ولا على الحر لكن يستحب للحر التنزه عنه وعن أكله وبهذا قال جماهير العلماء * وقال أحمد فى رواية ضعيفة عنه وفقهاء المحدثين يحرم على الأحرار دون العبيد * واحتجوا بالأحاديث السابقة * واحتج الجمهور بحديث ابن عباس وحملوا الأحاديث الباقية على التنزيه والارتفاع عن دنئ الاكتساب والحث على مكارم الاخلاق * (فرغ) فى فضل الحمامة مع ما سبق * عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أنه قال لمرضى

[61]

عاده لا أبرح حتى يحتجم فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إن فيه شفاء) رواه البخاري ومسلم وعن أبى هريرة رضى الله عنه (أن أبا هند حجم النبي صلى الله عليه وسلم فى يافوخه من وجع كان به وقال إن كان فى شئ شفاء مما تداوون به فالحمامة) رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة اليافوخ بهمزة - ساكنة بعد الياء - ولا خلاف أنه مهموز واختلفوا فى الياء منه هل هى أصلية أم زائدة فقال الجوهري هى زائدة ووزنه يفعل وقال ابن فارس هى أصلية وهو رباعى قال الجوهري جمعه يافوخ قال وهو الموضع الذى يتحرك من رأس الصبي وهو الرأس وعن سلمى خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم رضى الله عنها قالت (ما كان أحد يشتكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعا من رأسه إلا قال احتجم ولا وجع فى رجله إلا قال اخضبهما) رواه أبو داود بإسناد حسن * (فرغ) فى موضع الحمامة * عن ابن عباس رضى الله عنهما قال (احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم فى رأسه من صداع كان به أو وبى) رواه البخاري ورواه البخاري أيضا من رواية عبد الله بن بحينة بمعناه وروى البيهقي بإسناده عن أنس (أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم على ظهر قدمه وهو محرم) قال البيهقي كذا قال على ظهر قدمه وفى رواية ابن عباس وابن بحينة فى رأسه قال والعدد أولى بالحفظ من الواحد إلا أن يكون فعل ذلك مرتين وهو محرم وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم على وركه من وبى كان به) كذا قال على وركه وفى رواية (احتجم وهو محرم من وبى كان بوركه أو قال بطهره) قال البيهقي فكأنه صلى الله عليه وسلم احتجم فى رأسه وهو محرم من وبى كان به أو صدع) وعن أنس رضى الله عنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتجم ثلاثا

اثنتين في الاجد عين وواحد في الكاهل) رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخاري ومسلم ورواه الترمذي وقال حديث حسن قال أهل اللغة الاجدعان عرقان في جانبي العنق وعن أبي كبشة الانماري الصحابي رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (كان يحتجم على هامته وبين كتفيه ويقول من اهراق دما من هذه الدماء فلا يضره أن لا يتداوى بشئ لشيئ) رواه أبو داود وابن ماجه باسنادين حسنين *

[62]

(فرع) في وقت الحجامة * عن أبي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من احتجم لسبع عشرة وتسع عشرة واحدى وعشرين كان شفاء من كل داء) رواه أبو داود باسناد حسن على شرط مسلم وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (خير ما تحتجمون فيه سبع عشرة وتسع عشرة واحدى وعشرون) رواه البيهقي باسناد ضعيف وعن مغفل بن يسار عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من احتجم يوم الثلاثاء لسبع عشرة من الشهر كان دواء لداء السنة) رواه البيهقي وضعفه وعن أنس رفته (من احتجم يوم الثلاثاء لسبع عشرة خلت من الشهر أخرج الله منه داء سنته) وضعفه البيهقي وعن كيسة بنت أبي بكر أن أباها كان نهى أهله عن الحجامة يوم الثلاثاء ويزعم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوم الثلاثاء يوم الدم وفيه ساعة لا يرقأ) رواه أبو داود باسناد ضعيف ورواه البيهقي وقال اسناده ليس بالقوى قال والنهي الذي فيه موقوف وليس بمرفوع وعن سليم بن ارقم عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من احتجم يوم الاربعاء ويوم السبت قرأى وضحا فلا يلومن الا نفسه) هذا ضعيف رواه البيهقي وقال سليمان بن ارقم ضعيف قال وروى عن ابن سمعان وسليمان بن يزيد عن الزهري كذلك موصولا وهو أيضا ضعيف والمحفوظ عن الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم منقطعاً وعن عطاء بن خالد عن نافع عن ابن عمر قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان في الجمعة ساعة لا يحتجم فيها محتجم الا عرض له داء لا يشفى منه) هذا ضعيف جدا رواه البيهقي وضعفه قال عطاء بن خالد ضعيف قال ورواه يحيى بن العلاء الدارى وهو متروك باسناد له عن الحسين ابن على عنه حديثاً مرفوعاً وليس بشئ والحاصل انه لم يثبت شئ في النهى عن الحجامة في يوم معين والله سبحانه وتعالى أعلم *

[63]

(فرع) في استحباب ترك الاكتواء للتداوى وليس بحرام * عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (ان كان في أدويتكم أو ما تداويتم به خير فشرطه حجام أو شربة عسل أو لدعة بنار توافق داء وما أحب أن أكتوى) رواه البخاري ومسلم وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الشفاء في ثلاثة في شربة محجم أو شربة عسل أو كية بنار وانى أنهى أمتى عن الكى) رواه البخاري وعن ابن عباس أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (يدخل الجنة من أمتى سبعون ألفا بغير حساب فقلت من هم قال هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا

يغتابون وعلى ربهم يتوكلون) رواه البخاري ومسلم وفي روايات للبخاري (ولا يكتوون) وعن عمران بن حصين قال قال نبي الله صلى الله عليه وسلم (يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفا بغير حساب قالوا ومن هم يارسول الله قال هم الذين لا يكتوون ولا يسترقون وعلى ربهم يتوكلون) رواه مسلم وعن المغيرة بن شعبه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من اكتوى أو استرقى فقد برئ من التوكل) رواه الترمذي بإسناد صحيح وعن عمران ابن الحصين رضى الله عنهما (قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكي فاكتوبنا فلا أفلحن ولا أنجحن) رواه أبو داود بإسناد صحيح وفي رواية البيهقي (فما أفلحنا ولا أنجحنا) وإسنادها صحيح * وعن مطرف قال قال لى عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (جمع بين حج وعمرة ثم لم يمه عنه حتى مات ولم ينزل فيه قرآن يحرمه وقد كان يسلم على حتى اكتويت فتركت ثم تركت الكي فعاد) رواه مسلم في صحيحه في كتاب الحج * (فرع) في جواز الكي وقطع العروق للحاجة * عن جابر رضى الله عنه قال (بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أبي بن كعب طبيبا فقطع منه عرفا ثم كواه عليه) رواه مسلم وفي رواية لمسلم أيضا أن أبا مرض فبعث النبي صلى الله عليه وسلم إليه طبيبا فكواه على أكله) وعنه قال رمي سعد بن معاذ في أكله فحسمه النبي صلى الله عليه وسلم بيده ثم ورمت فحسمه الثانية) رواه مسلم وعن ابن مسعود قال (جاء نقر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله ان صاحبنا لنا اشتكى أفنكويه فسكت ساعة ثم قال ان شئتم فاكوه وان

[64]

شئتم فارمضوه يعني بالحجارة) رواه البيهقي بإسناد صحيح وروى البيهقي عنه (أن أنسا اكتوى وابن عمر وكوي ابن عمر ابنه) والله أعلم * (فرع) في الدواء والاحتماء (أما) الدواء فسبقت فيه جملة صالحة في أول كتاب الجبائر (وأما) الاحتماء ففيه حديث ام منذر بنت قيس الانصارية قالت (دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه على وعلى ناقه ولنادو إلى معلقة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ منها وقام على ليأكل فطفق رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لعلى مه انك ناقه حتى كف علي رضى الله عنه قالت وصنعت شعيرا وسلقا فجئت به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا على أصب من هذا فهو أنفع) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما قال الترمذي حديث حسن الناقه - بالنون والقاف - هو الذى برئ من المرض وهو قريب عهد به لم تتكامل صحته يقال ناقه ينقه فهو ناقه كعلم يعلم فهو عالم وعن صهيب رضى الله عنه قال (قدمت على النبي صلى الله عليه وسلم مهاجرا وبين يديه تمر فقال تعال فكل فجعلت أكل فقال تأكل التمر وبك رمد قلت انى أمضغه من ناحية أخرى فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه ابن ماجه والبيهقي بإسناد ضعيف * (فرع) في جواز الرقية بكتاب الله تعالى وبما يعرف من ذكر الله * عن الاسود قال سألت عائشة عن الرقية من الحمة فقالت (رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقية من كل ذي حمة) رواه البخاري ومسلم - الحمة بضم الحاء المهملة وتخفيف الميم - وهى السم وقد تشدد الميم وأنكره الازهرى وكثيرون وأصلها حموا وحمى كصرد فألفها فيها عوض من الواو والباء المحذوفة وعن عائشة رضى الله عنها قالت (أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن استنثر من العين) رواه البخاري ومسلم وعن أم سلمة (ان النبي صلى الله عليه وسلم رأى في بيتها جارية في

وجهها سفعة فقالوا استرقوا لها فان بها نظرة) رواه البخاري ومسلم
السفعة - بفتح السين واسكان الفاء - صفرة وتغيير والنظرة - بفتح النون -
هي العين. وعن أنس قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في
الرقية من العين والنملة

[65]

والحمة) رواه مسلم قال الاصمعي النملة هي قروح تخرج في الجنب
وغيره وعن جابر قال (لدغت رجلا منا عقرب ونحن جلوس مع النبي صلى
الله عليه وسلم فقال رجل يارسول الله أرقى قال من استطاع أن ينفع
أخاه فليفعل) رواه مسلم وفي رواية له (ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لاسماء بنت عميس مالى أرى أجسام بنى أخى ضارعة تصيبهم الحاجة
قالت لا ولكن العين تسرع إليهم قال ارقهم قالت فعرضت عليه فقال
ارقيهم) وعن جابر أيضا قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
الرقا فجاء آل عمرو بن حزم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا
يا رسول الله إنه كانت عندنا رقية يرقى بها من العقرب وانك نهيت عن
الرقى قال فعرضوها عليه فقال ما أرى بأسا من استطاع منكم أن ينفع
أخاه فلينفعه) رواه مسلم وعن عوف بن مالك قال (كنا نرقى في الجاهلية
فقلنا يارسول الله ما تقول في ذلك فقال اعرضوا على رقاكم لا بأس
بالرقا ما لم يكن فيه شرك) رواه مسلم وعن الشفاء بنت عبيدالله قالت
(دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا عند حفصة فقال ألا
تعلمين هذه رقية النملة كما علمتها الكتابة) رواه أبو داود بإسناد صحيح
وعن أبي خزيمة عن أبيه (أن أباه حدثه أنه قال يارسول الله أرأيت دواء
نتداوى به ورقا نسترقى بها وتقى نثقيها هل يزد ذلك من قدر الله من شئ
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه من قدر الله) رواه الترمذي
وابن ماجه والبيهقي (وأما) حديث عمران بن الحصين عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال (لا رقية الا من عين أو حمة) فصحيح رواه أبو داود
والترمذي وغيرهما بأسانيد صحيحة قال البيهقي معناه هما أولى بالرقا
من غيرهما لما فيهما من زيادة الضرر والله تعالى أعلم * وروى البيهقي
بإسناده الصحيح عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت (دخل أبو
بكر رضى الله عنه عليها وعندها يهودية ترقىها فقال ارقىها بكتاب الله
عزوجل) وبإسناده الصحيح عن الربيع بن سليمان قال (سألت الشافعي عن
الرقية فقال لا بأس ان يرقى الانسان بكتاب الله عزوجل وما يعرف من
ذكر الله قلت أيرقى اهل الكتاب المسلمين فقال نعم إذا رقوا بما يعرف
من كتاب الله

[66]

أو ذكر الله فقلت وما الحجة في ذلك فقال فيه غير حجة فان مالكا اخبرنا
عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن ان أبا بكر دخل على عائشة
رضى الله عنهما وهي تشتكى ويهودية ترقىها فقال أبو بكر رضى الله عنه
ارقيها بكتاب الله) قال البيهقي والاحبار فيما رقى به النبي صلى الله عليه
وسلم ورقى به وفيما تداوى به وأمر بالتداوى به كثيرة والله اعلم (فرع)
في تعليق التمام * عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن

مسعود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ان الرقا والتمائم والبولة شرك قالت قلت لم تقول هذا والله لقد كانت عيني تقذف وكنت اختلف إلى فلان اليهودي يرقيني فإذا رقاني سكنت فقال عبد الله انما كان عمل الشيطان ينخسها بيده فإذا رقاها كف عنها انما كان يكفيك أن تقولي كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذهب البأس رب الناس اشف أنت الشافي لا شفاء الا شفاؤك شفاء لا يغادر سقما) رواه أبو داود وابن ماجه قال أبو عبيد البولة - بكسر الباء - هو الذي يحب المرأة إلى زوجها وهو من السحر قال وذلك لا يجوز (وأما الرقاء والتمائم قال فالمراد بالنهاي ما كان بغير لسان العربية بما لا يدري ما هو * قال البيهقي ويقال ان التميمة خرزة كانوا يعلقونها يرون أنها تدفع عنهم الآفات ويقال قلادة يعلق فيها العود وعن عتبة بن عامر قال (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من علق تميمة فلا اتم الله له ومن علق ودعة فلا ودع الله له) رواه البيهقي وقال هو ايضا راجع إلى معنى ما قال أبو عبيدة قال ويحتمل أن يكون ذلك وما اشبه من النهي والكراهة فيمن يعلقها وهو يرى تمام العافية وزوال العلة بها على ما كانت عليه الجاهلية وأما من يعلقها متبركا بذكر الله تعالى فيها وهو يعلم ان لا كاشف له الا الله ولا دافع عنه سواه فلا بأس بها ان شاء الله تعالى * ثم روى البيهقي باسناده عن عائشة رضی الله عنها قالت (ليست التميمة ما يعلق قبل البلاء انما التميمة ما يعلق بعد البلاء لتدفع به المقادير) وفي رواية عنها قالت (التمائم ما علق قبل نزول البلاء وما علق بعد نزول البلاء فليس بتميمة) قال البيهقي هذه الرواية أصح ثم روى باسناد صحيح عنها قالت (ليس بتميمة

[67]

علق بعد أن يقع البلاء) قال البيهقي وهذه الرواية تدل على صحة التي قبلها * وعن عمران بن الحصين انه دخل على النبي صلى الله عليه وسلم وفي عنقه حلقة من شعر فقال ما هذه قال من الواهنة قال ايسرك ان توكل إليها انبذها عنك) رواه ابن ماجه والبيهقي باسنادين في كل منهما من اختلف فيه * وعن ابن مسعود من علق شئنا وكل إليه * وروي البيهقي باسناد صحيح عن سعيد بن المسيب انه كان يأمر بتعليق القران وقال لا بأس به قال البيهقي هذا كله راجع إلى ما قلنا انه ان رقى بما لا يعرف أو على ما كانت عليه الجاهلية من اضافة العافية إلى الرقى لم يجر وان رقى بكتاب الله أو بما يعرف من ذكر الله تعالى متبركا به وهو يرى نزول الشفاء من الله تعالى فلا بأس به والله تعالى أعلم * (فرع) في النشرة - بضم النون واسكان الشين المعجمة - قال الخطابي النشرة ضرب من الرقية والعلاج يعالج من كان يظن به مس من الجن قيل سميت نشرة لانه ينشرها عنه أي يحل عنه ما جاء مرة من الداء وجاء في حديث جابر رضی الله عنه قال (سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النشرة فقال هو من عمل الشيطان) رواه أبو داود باسناد صحيح قال البيهقي وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو مع ارساله أصح قال والقول فيما يكره من النشرة وفيما لا يكره كالقول في الرقية وقد ذكرناه * (فرع) في العين والاعتسال لها * عن أبي هريرة رضی الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (العين حق) رواه البخاري ومسلم * وعن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى في بيتها جارية في وجهها سفعة فقال (استرقوا لها فان بها النظرة) رواه البخاري ومسلم وقد سبق بيانه في فرع الرقى والنظرة العين * وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قال (العين حق ولو كان شئ سابق القدر سبقته العين وإذا استغسلتم فاغسلوا) رواه مسلم قال العلماء الاستغسال ان يقال للعائن وهو الناظر بعينه بالاستحسان اغسل داخله ازارك مما يلي الجلد بماء ثم يصب ذلك الماء على المعين وهو

[68]

المنظور إليه * وثبت عن عائشة رضی الله عنها أنها قالت (كان يؤمر العائن فيتوضأ ثم يغتسل منه المعين) رواه ابو داود باسناد صحيح على شرط البخاري ومسلم * وعن الزهري عن ابي امامة سهل بن حنيف قال مر عامر بن ربيعة على سهل بن حنيف وهو يغتسل فقال لم ار كاليوم ولا جلد محياه (1) فما لبث ان لبط به فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له أدرك سهلا صريعا فقال من يتهمون به قالوا عامر بن ربيعة فقال على ما يقتل أحدكم أخاه إذا رأى ما يعجبه فليدع بالبركة وأمره أن يتوضأ ويغسل وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه وداخله ازاره ويصب الماء عليه قال الزهري ويكفأ الاناء من حلقه) رواه النسائي في كتابه عمل اليوم والليلة وابن ماجه والبيهقي في سننهما بأسانيد صحيحة قال الزهري الغسل الذي أدركنا علماءنا يصفونه أن يؤتى الرجل العائن بقدر فيه ماء فيمسك له مرفوعا من الارض فيدخل العائن يده اليمنى في الماء فيصب على وجهه صبة واحدة في القدر ثم يدخل يديه جميعا في الماء صبة واحدة في القدر ثم يدخل يده فيتمضمض ثم يمجه ثم يدخل يده اليسرى فيغترف من الماء فيصبه على ظهر كفه اليمنى صبة واحدة في القدر ثم يدخل يده اليسرى فيصب على مرفق يده اليمنى صبة واحدة في القدر وهو ثانی يده إلى عنقه ثم يفعل مثل ذلك في مرفق يده اليسرى ثم يفعل مثل ذلك في ظهر قدمه اليمنى من عند الاصابع واليسرى كذلك ثم يدخل يده اليسرى فيصب على ركبته اليمنى ثم يفعل باليسرى مثل ذلك ثم يغمس داخله ازاره اليمنى في الماء ثم يقوم الذي في يده القدر بالقدر فيصبه على رأس المعين من ورائه ثم يكفأ القدر على وجه الارض من ورائه * وذكر البيهقي عن الزهري من طرقه زاد في بعضها ثم يعطى ذلك الرجل الذي أصابه القدر فيحسو منه ويتمضمض ويهريق على وجهه ثم يصب على رأسه ثم يكفأ القدر على ظهره قال البيهقي قال ابو عبيد انما أراد بداخله الازار طرف ازاره الداخل الذي يلي جسده والله أعلم * (فصل في الجبن) اجمعت الامة على جواز أكل الجبن ما لم يخالطه نجاسة بأن يوضع فيه أنفحة ذبحها من لا يحل ذكاته فهذا الذي ذكرناه من دلالة الاجماع هو المعتمد في اباحته وقد جمع

(1) كذا بالاصل فحرر

[69]

البيهقي في أحاديث كثيرة (منها) حديث ابن عمر رضی الله عنهما (أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجبن في تبوك فدعا بسكين فسمى

وقطع) رواه أبو داود باسناد ضعيف وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فتح مكة رأى جينة فقال ما هذا فقالوا هذا طعام يصنع بارض العجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ضعوا فيه السكين واذكروا اسم الله وكلوا) رواه البيهقي باسناد فيه ضعف * وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال (الجبن من اللبن واللبن فكلوا واذكروا اسم الله عليه ولا يغرنكم أعداء الله) وعن علي رضى الله عنه (إذا أردت أن تأكل الجبن فضع الشفرة فيه واذكر اسم الله عزوجل عليه وكل) وروى البيهقي نحوه عن عائشة وأم سلمة قال وروى عن سلمان الفارسي ثم روى البيهقي في باب ما يحل من الجبن عن عمر رضى الله عنه قال (كلوا الجبن ما صنعه أهل الكتاب) وفي رواية لا تأكلوا من الجبن الا ما صنعه أهل الكتاب) وعن ابن مسعود (كلوا من الجبن ما صنعه المسلمون وأهل الكتاب) وعن ابن عمر مثله قال البيهقي وهذا التقييد لان الجبن يعمل بأنفحة السخلة المذبوحة فإذا كانت من ذبائح المجوس لم تحل * وعن ابن عمر أنه سئل عن السمن والجبن فقال (سم وكل فقيل له ان فيه ميتة فقال ان علمت أن فيه ميتة فلا تأكله) قال البيهقي وقد كان بعض العلماء لا يسأل عنه تغليبا للطهارة وروينا ذلك عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما وكان بعضهم يسأل عنه احتياطا وروينا عن أبي مسعود الانصاري قال لان آخر من هذا القصر أحب إلى من أن أكل جينا لا أسأل عنه * وعن الحسن البصري قال كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن الجبن ولا يسألون عن السمن * وعن أبان بن أبي عباس عن أنس ابن مالك قال (كنا نأكل الجبن علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعد ذلك لا نسأل عنه) حديث ضعيف أبان بن أبي عباس ضعيف متروك * (فصل) يحل أكل الكبد والطحال بلا خلاف للحديث الصحيح السابق (أحل لنا ميتتان ودمان فاما الميتتان فالسمك والجراد والدمان الكبد والطحال) وقد سبق انه حديث صحيح من لفظ عمر هكذا وان هذه الصيغة تقتضي رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم وروى البيهقي

[70]

عن زيد بن ثابت قال (انى لأكل الطحال وما بي إليه حاجة الا ليعلم أهلى انه لا بأس به) وعن عكرمة قال قال رجل لابن عباس أكل الطحال قال نعم قال ان عامتها دم قال انما حرم الدم المسفوح * (فصل) عن مجاهد قال (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكره من الشاة سبعا الدم والمرار والذكر والانثيين والحيا والغدة والمثانة وكان أعجب الشاة إليه مقدمها) رواه البيهقي هكذا مرسلًا وهو ضعيف قال وروى موصولًا بذكر ابن عباس وهو حديث (1) قال ولا يصح وصله قال الخطابي الدم حرام بالاجماع وعامة المذكورات معه مكروهة غير محرمة * (فصل) فما حرم على بني اسرائيل ثم ورد شرعنا بنسخة * اعلم ان الشافعي رضى الله عنه اعتنى بهذا الفصل وبسط الكلام فيه وهو مما يحتاج إلى بيانه قال الله تعالى (كل الطعام كان حلا لبني اسرائيل الا ما حرم اسرائيل على نفسه) الآية وقال تعالى (وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم) قال الشافعي الحوايا ما حول الطعام والشراب في البطن وقال ابن عباس كل ذى ظفر البعير والنعامة وما حملت ظهورهما يعني ما علق بالظهر من الشحم والحوايا المبعر * وبينت الاحاديث الصحيحة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوهما فباعوها

وأكلوا اثمانها) جملوها بالجيم أي اذابوها) قال الشافعي فلم يزل ما حرم الله تعالى على بنى اسرائيل من اليهود وغيرهم محرماً من حين حرمه حتى بعث الله عزوجل محمدا صلى الله عليه وسلم ففرض الايمان به واعلم خلقه ان دينه الاسلام الذي نسخ به كل دين قبله فقال تعالى (ان الدين عند الله الاسلام) (ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين) وقال تعالى (قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد الا الله) الآية وأمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية ان لم يسلموا وأنزل فيهم (الذين يتبعون الرسول النبي الامي الذي يجدونه مكتوباً

(1) بياض بالاصل فحرر

[71]

عندهم في التوارة والانجيل بأمرهم بالمعروف وبنهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم اصرهم والاغلال التي كانت عليهم) قال الشافعي فقبل معناه اوزارهم وما منعوا مما احدثوا قبل ما شرع من نبينا محمد صلى الله عليه وسلم قال الشافعي فلم يبق خلق يعقل منذ بعث الله عز وجل محمدا صلى الله عليه وسلم من جن ولا انس بلغت دعوته الا قامت عليه حجة الله تعالى باتباع دينه ولزم كل امرئ منهم تحريم ما حرم الله على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم واحلال ما أحل الله على لسانه صلى الله عليه وسلم قال الشافعي وأحل الله تعالى طعام أهل الكتاب فكان ذلك عند أهل التفسير ذبائحهم لم يستثن منها شيئاً لا شحماً ولا غيره فدل على جواز أكل جميع الشحوم من ذبائحهم وذبائح المسلمين وفي الصحيحين عن عبد الله بن مغفل رضي الله عنه قال دلى جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت هذا لي لا أعطى أحداً منه شيئاً فالتفت فإذا النبي صلى الله عليه وسلم يبتسم فاستحييت منه) * (فرع) مذهبنا أن الشحوم التي كانت محرمة على اليهود حلال لنا ليست مكروهة وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجماهير العلماء وبعض أصحاب احمد وهو قول الخرقى منهم قال العبدري وقال مالك هي مكروهة ليست محرمة وقال ابن القاسم وابن اشهب وبعض اصحاب احمد هي محرمة وقيل انه مروى عن مالك ايضا قال القاضي عياض هذا قول كبراء اصحاب مالك دليلنا ما سبق في الفصل قبله والله تعالى أعلم * (فرع) في بيان ما حرم المشركون من الذبائح وبيان أنها ليست محرمة * قال الشافعي رحمه الله حرم المشركون على أنفسهم من أموالهم أشياء بين الله عزوجل أنها ليست محرمة كالبحيرة والسائبة والوصيلة والحامي كانوا ينزلونها في الابل والغنم كالعنق فيحرمون البانها ولحومها وملكها وساق الكلام في ذلك والله تعالى أعلم *

[72]

(باب الصيد والذبايح) * قال المصنف رحمه الله * (ولا يحل شئ من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد إلا بذكاة لقوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب) ويحل السمك والجراد من غير ذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم (أحلت لنا ميتتان السمك والجراد) ولأن ذكاتهما لا تمكن في العادة فسقط اعتبارها) (الشرح) هذا الحديث سبق بيانه واضحا في باب الاطعمة وذكرنا أنه من رواية ابن عمر وان الصحيح أن ابن عمر هو القائل (أحلت لنا) وأنه يكون بهذه الصيغة مرفوعا والميتة ما فارقت الحياة بغير ذكاة وقوله تعالى (وما أهل به لغير الله) أي ما ذبح لصنم ونحوه وقد سبق بيان هذا واضحا في باب الاضحية والموقوذة المضروبة بعضا ونحوها والمتردية التي تسقط من علو فتموت والنطيحة المنطوحة وقول المصنف لا يحل شئ من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد إلا بذكاة كلام صحيح ولا يرد الصيد الذي قتلته جارية أو سهم فان ذلك ذكاته وكذا الجنين في بطن أمه فان ذكاة أمه ذكاة له كما جاء به الحديث وقد أوضحه المصنف في أواخر هذا الباب وكذا الحيوان الذي تردى في بئر أو بند فانه يقتل حيث أمكن وذلك ذكاة له كما ذكره المصنف بعد هذا والله أعلم * وقد أجمعت الامة على تحريم الميتة غير السمك والجراد وأجمعوا على إباحة السمك والجراد وأجمعوا أنه لا يحل من الحيوان غير السمك والجراد إلا بذكاة أو ما في معنى الذكاة كما ذكرنا فلو ابتلع عصفورا حيا فهو حرام بلا خلاف وقد سبق بيانه في الاطعمة * ولو ذكبي الحيوان وله يد شلاء فهل تحل بالذكاة فيه وجهان (الصحيح) الحل (والثاني) أنها ميتة فلا تحل والله أعلم * (أما) السمك والجراد فحلل وميتتهما حلال بالاجماع ولا حاجة إلى ذبحه ولا قطع رأس الجراد قال أصحابنا ويكره ذبح السمك إلا أن يكون كبيرا يطول بقاؤه فوجهان (أصحهما) يستحب ذبحه راحة له (والثاني) يستحب تركه ليموت بنفسه * ولو صاد مجوسي سمكة حلت بلا خلاف لان

[73]

ميتها حلال ولو ابتلع سمكة حية أو قطع فلقه منها وأكلها أو ابتلع جرادة حية أو فلقه منها فوجهان (أصحهما) يكره ولا يحرم (والثاني) يحرم وبه قطع الشيخ أبو حامد ولو وجدت سمكة في جوف سمكة فهما حلال كما لو ماتت حتف أنفها بخلاف ما لو ابتلعت عصفورا أو غيره فوجد في جوفها ميتا فانه حرام بلا خلاف ولو تقطعت سمكة في جوف سمكة وتغير لونها لم تحل على أصح الوجهين لأنها كالروث والقئ ولو قلى السمك قبل موتها وطرحها في الزيت المغلى وهى تضطرب قال الشيخ أبو حامد لا يحل فعله لانه تعذيب وهذا تفريع على اختياره في ابتلاع السمكة حية انه حرام فان قلنا بكراهة ذلك فلا يحرم فكذا هذا (وأما) السمك الصغار الذي يقلى ويشوى ولا يشق جوفه ولا يخرج ما فيها ففيه وجهان (أحدهما) لا يحل أكله وبه قال الشيخ أبو حامد لان روثه نجس (والثاني) يحل وبه قال القفال وصححه الفوراني وغيره قال الروياني وبه أفتى قال ورجيعه طاهر عندي واحتج له غيره بأنه يعتد ببيعه وقد جرى الاولون على المسامحة * (فرع) ذكرنا أن مذهبنا إباحة ما صاده المجوسى من السمك ومات في يده وهكذا الجراد (فاما) السمك فمجمع عليه (وأما) الجراد فوافقنا عليه الاوزاعي وابو حنيفة واحمد واسحق وجمهور العلماء قال الليث ومالك لا يؤكل ما صاده من الجراد بخلاف السمك وفرقهما ضعيف دليلنا حديث (أحلت لنا ميتتان) * (فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا إباحة ميتات

السمك سواء الذي مات بسبب والذي مات حتف أنفه ويسمى الطافي وبه قال جمهور العلماء خلافا لابي حنيفة وطائفة وقد

[74]

سبقت المسألة مبسوطة بادلتها في باب الاطعمة * (وأما الجراد فتحل ميتة سواء مات بسبب أو حتف أنفه ولا يشترط قطع رأسه * هذا مذهبا وبه قال ابو حنيفة واحمد وجمهير العلماء * قال العبدري هو قول محمد بن الحكم والابهرى المالكيين وعامة العلماء وقال مالك لا تحل إلا إذا مات بسبب بأن يقطع بعضه أو يسلق أو يشوى أو يقلى حيا وان لم يقطع رأسه قال فان مات حتف أنفه أو في وعاء لم يؤكل وهذا رواية عن احمد والصحيح عندنا ما قدمناه دليلنا ما ذكره المصنف * قال المصنف رحمه الله * (والافضل أن يكون المذكي مسلما فان ذبح مشرك نظرت فان كان مرتدا أو وثنيا أو مجوسيا لم يحل لقوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) وهؤلاء ليسوا من أهل الكتاب وان كان يهوديا أو نصرانيا من العجم حل للآية الكريمة وان كان من نصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب لم يحل لما روى عن عمر رضى الله عنه قال (ما نصارى العرب بأهل الكتاب لا تحل لنا ذبائهم) وعن علي بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال لا تحل ذبائح نصارى بني تغلب ولانهم دخلوا في النصرانية بعد التبديل ولا يعلم هل دخلوا في دين من بدل منهم أو في دين من لم يبدل منهم فصاروا كالمجوس لما اشكل امرهم في الكتاب لم تحل ذبائهم والمستحب أن يكون المذكي رجلا لانه أقوى علي الذبح من المرأة فان كانت امرأة جاز لما روى كعب بن مالك (ان جارية لهم كسرت حجرا فذبحت به شاة فسأل النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بأكلها) ويستحب أن يكون بالغا لانه أقدر على الذبح فان ذبح صبي حل لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال (من ذبح من ذكر أو انثى أو صغير أو كبير وذكر اسم الله عليه حل) * وتكره ذكاة الاعمي لانه ربما أخطأ المذبح فان ذبح حل لانه لم يفقد فيه الا النظر وذلك لا يوجب التحريم ويكره ذكاة السكران والمجنون لانه لا يؤمن أن يخطئ المذبح ويقتل الحيوان فان ذبح حل لانه لم يفقد في ذبحهما الا القصد والعلم وذلك لا يوجب التحريم كما لو ذبح شاة وهو يظن انه يقطع حشيشا) *

[75]

(الشرح) حديث كعب بن مالك رواه البخاري وصححه بلفظه (قوله) وهم بهراء هي بفتح الباء الموحدة واسكان الهاء وبالمد - وتنوخ - بالتاء المثناة فوق ثم النون وحاء معجمة - وبنو تغلب - بناء مثناة من فوق مفتوحة وكسر اللام - وهي قبائل معروفات وفي الفصل مسائل (احداها) الافضل أن يكون المذكي مسلما ويشترط كونه مسلما أو كتابيا فتحل ذبيحة الكتابي بالاجماع للآية الكريمة سواء فيه ما يستحله الكتابي وما لا يستحله وحقيقة الكتابي ينسبها في كتاب النكاح حيث ذكرها الاصحاب ومختصره ما أشار إليه المصنف انه ان كان يهوديا أو نصرانيا من العجم أو ممن دخل في دينهم قبل النسخ والتبديل حلت ذبيحته وان كان من نصارى العرب وهم تنوخ وبهراء وبنو تغلب أو غيرهم ممن شك في وقت دخولهم في دين أهل

الكتاب لم تحل ذبائحهم لما ذكره المصنف ولا تحل ذبيحة المرتد ولا الوثني ولا المجوسى لما ذكره المصنف وهكذا حكم الزنديق وغيره من الكفار الذين ليس لهم كتاب (وأما) المتولد بين كتابي وغيره فان كان أبوه غير كتابي والام كتابية فذبيحته حرام كمناكحته وان كان أبوه كتابيا والام مجوسية فقولان (أصحهما) حرام (والثانى) حلال وهما كالقولين في مناكحته * قال أصحابنا والمناكحة والذكاة متلازمتان لا يفترقان فمن حلت مناكحته حلت ذبيحته ومن لا فلا الا في مسألة وهى الامة الكتابية فانه تحل ذبيحتها ولا تحل مناكحتها * قال أصحابنا وكما تحرم ذبيحة المرتد والوثني والمجوسى وغيرهم ممن لا كتاب له يحرم صيده بكلب أو سهم ويحرم ما شارك فيه مسلما فلو أمرا سكبنا على حلق أو قطع هذا بعض الحلقوم وهذا بعضه أو قتلا صيدا بسهم أو كلب لم يحل ولو رميا سهمين أو أرسلا كليين فان سبق سهم المسلم أو كلبه فقتل الصيد أو أنهاه إلى حركة المذبوح حل كما لو ذبح مسلم شاة ثم قدها المجوسى وان سبق ما أرسله المجوسى أو جراه معا أو مرتبا ولم يذفف واحد منهما فهلل بهما أو لم يعلم أيهما كان فهو حرام لان الاصل في الحيوان التحريم حتى تتحقق ذكاة مبيحة * وقال صاحب البحر متي اشتركا في إمساكه وعقره أو في أحدهما وانفرد واحد بالآخر

[76]

أو انفرد كل واحد بأحدهما فهو حرام ولو كان لمسلم كلبان معلم وغيره أو معلمان ذهب أحدهما بلا ارسال فقتلا صيدا فهو كاشتركا كلبى المسلم والمجوسى ولو هرب الصيد من كلب المسلم فعارضه كلب مجوسى فرده عليه فقتله كلب المسلم حل كما لو ذبح المسلم شاة أمسكها مجوسى ولو جرحه مسلم أولا ثم قتله مجوسى أو جرحه جرحا غير مذفف ومات بالجرحين فحرام ولو كان المسلم قد أنخنه بجراحته فقد ملكه ويلزم المجوسى له قيمته لانه أتلفه بجعله ميتة ويحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسى كما تحل ذبيحته بسكيبته ولو أكره مجوسى مسلما على ذبح شاة أو محرّم حلالا على ذبح صيد فذبح حل بلا خلاف وممن صرح به ابراهيم المروذى في مسألة الاكراه على القتل والله أعلم * (المسألة الثانية) تحل ذبيحة المرأة بلا خلاف لحديث كعب بن مالك المذكور في الكتاب وذكاة الرجل أفضل من ذكاتها لما ذكره المصنف وسواء كانت المرأة حرة أو أمة طاهرا أو حائضا أو نفساء مسلمة أو كتابية فذبيحتها في كل هذه الاحوال حلال نص عليه الشافعى واتفقوا عليه (الثالثة) الافضل أن يكون الذابح بالغا عاقلا فان ذبح صبى مميز حلت ذبيحته على المذهب وهو المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور * وحكى امام الحرمين والغزالي وغيرهما فيه وجهين (الصحيح) الحل (والثانى) التحريم * وأما الصبى الذى لا يميز والمجنون والسكران ففيهم طريقان (أحدهما) القطع بحل ذبائحهم وبها قطع الشيخ أبو حامد والمصنف وجمهور العراقيين (والثانى) فيه قولان (أصحهما) الحل (والثانى) التحريم واختاره امام الحرمين والغزالي وغيرهما لانه لا قصد له فأشبهه من كان في يده سكين وهو نائم فمرت على حلقوم الشاة فذبحها فانها لا تحل وهذا الطريق مشهور في كتب العراقيين (والمذهب) الاول كمن قطع حلق شاة وهو يظنه خشية فانها تحل بالاتفاق كما ذكره المصنف وحكى امام الحرمين في السكران طريقا آخر قاطعا بحل ذكاته مع اجراء الخلاف في المجنون تفريعا على أن له حكم الصاحى قال البغوي فان كان للمجنون أدنى تمييز وللسكران قصد حلت ذبيحته قطعاً وحيث حللنا ذبح المجنون والسكران فهو مكروه كراهة تنزيه كما

ذكره المصنف والله أعلم (الرابعة) تحل ذكاة الاعمى بلا خلاف ولكن تكره كراهة تنزيه

[77]

وفى حل صيده بالكلب والرمى وجهان مشهوران في كتب الخراسانيين (أصحهما) التحريم لانه لا يرى الصيد فلا يصح ارساله (والثاني) يحل كذكاته وقطع بكل واحد من الوجهين طائفة وممن قطع بالتحريم صاحب الشامل وصححه الرافعي في كتابيه * قال امام الحرمين عندي ان الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حس الصيد وبنى ارساله عليه وقال الرافعي الاشبه ان الخلاف مخصوص بما إذا أخبره بصير بالصيد فأرسل الكلب أو السهم وكذا صورهما البغوي وأطلق كثيرون الوجهين قال الرافعي ويجريان في اصطياد الصبي والمجنون بالكلب والسهم وقيل يختصان بالكلب ويقطع بالحل في السهم كالذبح (قلت) المذهب حل صيدهما قال صاحب البيان هو المشهور وقيل لا يحل لعدم القصد وليس بشئ والمراد صبي لا يميز (أما) المميز فيحل اصطياده بالكلب والسهم قطعاً كالذبح ويحتمل على الوجه الشاذ السابق في الذبح والله أعلم * (فرع) الاخرس ان كانت له اشارة مفهومة حلت ذبيحته بالاتفاق ولا فطريقان (المذهب) وبه قطع الاكثرون الحل أيضا (والثاني) انه كالمجنون وبه قطع البغوي والرافعي قال الرافعي ولتكن سائر تصرفاته على هذا القياس * (فرع) قال في المختصر ومن ذبح ممن أطاق الذبح من امرأة حائض أو صبي من المسلمين أحب إلى من ذبح اليهودي والنصراني * قال أصحابنا أولى الناس بالذكاة وأفضلهم لها الرجل العاقل المسلم ثم المرأة المسلمة أولى من الصبي ثم الصبي المسلم ثم اليهودي والنصراني والنصراني أولى من المجنون والسكران لانه يخاف منهما قتل الحيوان * (فرع) ذكرنا ان الصحيح في مذهبنا حل ذبيحة الصبي والمجنون والسكران وبه قال أبو حنيفة * وقال مالك وأحمد وابن المنذر وداود لا تحل ذكاة المجنون والسكران والصبي الذي لا يميز ونقل ابن المنذر الاجماع على حل ذكاة المرأة والصبي المميز * (فرع) نقل ابن المنذر الاجماع على إباحة مذكاة الاخرس ولم يفرق بين فهمه الاشارة وعدمه * (فرع) نقل ابن المنذر الاتفاق على ذبيحة الجنب قال وإذا دل القرآن على حل إباحة ذبيحة الكتابي مع أنه نجس فالذي نفت السنة عنه النجاسة أولى قال والحائض كالجنب *

[78]

(فرع) في ذبيحة الاقلف وهو من لم يختن * مذهبنا انه حلال وبه قال جماهير العلماء قال ابن المنذر وبه قال عوام أهل العلم من علماء الامصار قال وبه نقول قال وقال ابن عباس لا يؤكل وهو احدى الروايتين عن الحسن البصري * واحتج ابن المنذر والاصحاب بعموم قول الله تعالى (فكلوا مما ذكر اسم الله عليه) وبأن الله تعالى أباح ذبائح أهل الكتاب ومنهم الاقلف فالمسلم أولى * (فرع) مذهبنا إباحة أكل ذبيحة السارق والغاصب وسائر من تعدى بذبيح مال غيره لصاحبها ومن أذن له صاحبها وبه قال الزهري ويحيى بن سعيد الانصاري وربيعه ومالك وأبو حنيفة

والجمهور وقال طاوس وعكرمة واسحق بن راهويه بكره * (فرع) ذبيحة أهل الكتاب حلال سواء ذكروا اسم الله تعالى عليها أم لا لظاهر القرآن العزيز هذا مذهبننا ومذهب الجمهور وحكاه ابن المنذر عن علي والنخعي وحماد بن سليمان وأبى حنيفة وأحمد واسحق وغيرهم فان ذبحوا على صنم أو غيره لم يحل قال ابن المنذر وقال عطاء إذا ذبح النصراني على اسم عيسى فكل قد علم الله انه سيقول ذلك وبه قال مجاهد ومكحول وقال أبو ثور إذا سموا الله تعالى فكل وان لم يسموه فلا تأكل * وحكي مثله عن علي وابن عمر وعائشة قال ابن المنذر واختلفوا في ذبائهم لكنائسهم فرخص فيه أبو الدرداء وأبو أمامة الباهلي والعرباض بن سارية والقاسم بن مخيمرة وحمزة بن حبيب وأبو مسلم الخولاني وعمر بن الاسود ومكحول وجبر بن نفيل والليث بن سعد وكرهه ميمون بن مهران وحماد والنخعي ومالك والثوري والليث وأبو حنيفة واسحق وجمهور العلماء ومذهبننا تحريمه وقد سبق ذلك في باب الاضحية وقالت عائشة لا نأكله * (فرع) ذكرنا أن مذهبنا تحريم ذكاة نصارى العرب بني تغلب وتيوخ وبهراء وبه قال علي بن أبى طالب وعطاء وسعيد بن جبیر وأباحه ابن عباس والنخعي والشعبي وعطاء الخراساني والزهرى والحكم وحماد وأبو حنيفة واسحق بن راهوية وأبو ثور دليلنا ما ذكره المصنف *

[79]

(فرع) ذبائح أهل الكتاب في دار الحرب حلال كذبائهم في دار الاسلام وهذا لا خلاف فيه ونقل ابن المنذر الاجماع عليه * (فرع) ذبائح المجوس حرام عندنا وقال به جمهور العلماء ونقله ابن المنذر عن أكثر العلماء قال وممن قال به سعيد بن المسيب وعطاء بن أبى رباح وسعيد بن جبیر ومجاهد وعبد الرحمن ابن أبى لیلی والنخعي وعبيدالله بن يزيد ومرة الهمداني والزهرى ومالك والثوري وأبو حنيفة وأحمد واسحق قال ابن المنذر رويانا عن ابن المسيب أنه قال إذا كان المسلم مريضاً وأمر مجوسياً أن يذبح أجزاءه وقد أساء قال ابن المنذر واختلفوا في المجوسى يسمى شيئاً لئلا يذبحه مسلم فكرهه الحسن وعكرمة ورخص فيه ابن سيرين قال ابن المنذر يأكلها المسلم إذا ذبحها مسلم وسمى الله تعالى عليها * (فرع) في ذبيحة من أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي * قد ذكرنا أن مذهبنا انه إذا كان الأب مجوسياً فذبيحة الولد حرام بلا خلاف وكذا ان كانت الام على الاصح * وقال أبو حنيفة يحل في الصورتين وقال مالك وأبو ثور له حكم الاب * (فرع) ذبيحة المرتد حرام عندنا وبه قال أكثر العلماء منهم أبو حنيفة وأحمد وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وكرهها الثوري قال ابن المنذر وكان الاوزاعي يقول في هذه المسألة معني قول الفقهاء ان من تولى قوما فهو منهم وقال اسحق ان ارتد إلى النصرانية حلت ذبيحته * (فرع) قال ابن المنذر أجمع العلماء على حل ذبيحة الصبى والمرأة الكتابيين العاقلين * (فرع) في ذبائح الصابئين والسامرة * قال الشافعي وجمهور الاصحاب ان وافقت الصابئون النصارى والسامرة اليهود في أصول العقائد حلت ذبائهم ومناكحتهم والا فلا قال ابن المنذر وأباح عمر بن الخطاب رضى الله عنه ذبائح السامرة وقال اسحق بن راهويه لا بأس بذبائح أهل الصابئين لانهم أهل الكتاب وقال ابن عباس ومجاهد وأبو يوسف لا يحل قال ابن المنذر (أما)

السامرة فحكهم ما ذكره الشافعي (وأما) الصابئون فلا تحل ذبائحهم لان الله تعالى عطفهم على اليهود والنصارى بالواو * (فرع) ذبائح اليهود والنصارى خلال بنص القرآن والاجماع وحكى العبدري وغيره عن الشيعة انهم قالوا لا تحل والشيعة لا يعتد بهم في الاجماع والله أعلم * (فرع) قال المتولي وغيره لو اخبر فاسق أو كتابي انه ذكى هذه الشاة قبلناه وحل أكلها لانه من أهل الزكاة * (فرع) لو وجدنا شاة مذبوحة ولم ندر من ذبحها فان كان في بلد فيه من لا يحل ذكاته كالمجوس لم تحل سواء تمحضوا أو كانوا مختلطين بالمسلمين للشك في الذكاة المبيحة والاصل التحريم وان لم يكن فيهم أحد منهم حلت والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (والمستحب أن يذبح بسكين حاد لما روى شداد بن أوس رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله كتب الاحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القنلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته) فان ذبح بحجر محدد أو ليطه حل لما ذكرناه من حديث كعب بن مالك في المرأة التي كسرت حجرا فذبحت بها شاة ولما روى أن رافع بن خديج قال يارسول الله انا نرجو أن نلقى العدو غدا وليس معنا مدى أفنديج بالقصب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأخبركم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة فان ذبح بسن أو ظفر لم يحل لحديث رافع بن خديج * (الشرح) حديث شداد بن اوس رواه مسلم وحديث رافع رواه البخاري ومسلم وينكر على المصنف روى بصيغة التمريض مع انه حديث صحيح وقوله صلى الله عليه وسلم (فأحسنوا القنلة والذبحة هو - بكسر القاف والذال - أي هياة القتل والذبح وليحد - بضم الياء وكسر الحاء - يقال أحد السكين وحددها واستحدها كله بمعنى والمدى - بضم الميم وفتح الدال - وهو جمع مدية - بضم

الميم وكسرهما وفتحها ساكنة الدال - وهى السكين سميت مدية لانها تقطع مدى حياة الحيوان وسميت السكين سكيناً لانها تسكن حركة الحيوان وفيها لغتان التذكير والتأنيث (قوله) ليطه - بكسر اللام واسكان المثناة تحت وبطاء مهملة - وهى القشرة الرقيقة للقصابة وقيل مطلق قشرة القصابة والجماعة ليط (وقوله) صلى الله عليه وسلم (ما أنهر الدم) أي أساله (وقوله) صلى الله عليه وسلم (ليس السن والظفر) هما منصوبان بليس (وقوله) صلى الله عليه وسلم (أما السن فعظم) معناه فلا يجوز به لانه متنجس بالدم وقد نهيتم عن تنجيس العظام في الاستنجاء لكونهما زاد اخوانكم من الجن (وأما) الظفر فمدى الحبشة وهم كفار وقد نهيتم عن التشبه بالكفار والله أعلم * (أما) الاحكام ففيها مسائل (إحدهما) السنة تحديد السكين لما ذكره المصنف ويستحب امرارها بقوة وتحامل ذهابا وعودا ليكون أو حي وأسهل فلو ذبح بسكين كاله كره وحلت الذبحة ونقل ابن المنذر انه يكره أن يحدد السكين والشاة تنظر السكين وأن يذبح الشاة والاخرى تنظر وكذا قاله أصحابنا قالوا ويستحب أن تساق إلى المذبح برفق وتضع برفق ويعرض عليها الماء قبل الذبح (المسألة الثانية) قال الشافعي والاصحاب لا تحصل الذكاة بالظفر والسن ولا بسائر العظام وتحصل بما سوى ذلك من جميع المحددات سواء كانت من الحديد كالسيف

والسكين والسهم والرمح أو من الرصاص أو النحاس أو الذهب أو الفضة أو الخشب المحدد أو القصب أو الزجاج أو الحجر أو غيرها ولا خلاف في كل هذا عندنا ويحل الصيد المقتول بجميع هذه المذكورات سوى الظفر والسن وسائر العظام (وأما) الظفر والسن وسائر العظام فلا تحل بها الذكاة ولا الصيد بلا خلاف سواء كان الظفر والسن من آدمى أو غيره وسواء المتصل والمنفصل وسواء كان من حيوان مأكول أو غيره هذ هو المذهب وبه قطع الجمهور وقال صاحب الحاوي قال الشافعي أكره بالعظم الذكاة ولا بين لى ان أحرم لانه لا يقع عليه اسم سن ولا ظفر قال اعتبر الشافعي في التحريم الاسم فاجازه بالعظم لخروجه عن الاسم وكرره لانه في معناه قال وفيه عندي نظر لان النبي صلى الله عليه وسلم علل المنع من السن بانه

[82]

عظم هذا نقله وهو شاذ ضعيف * وحكي الرافعى وجها شاذاً باطلا ان عظم المأكول تحصل به الذكاة وهذا غلط ولو ركب عظم على سهم وجعل نصلا له فقتل به صيدا لم يحل هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وحكى الرافعى قولان قولاً أنه يحل وهو شاذ مردود (الثالثة) لو أراد الذكاة بمثقل فائثر بنقله دقا أو خنقا لم يحل وكذا لو كان مثقلا فقتله بنقله لم يحل بل لا بد من الجرح ولو ذبحه بحديدة لا تقطع وتحامل عليها حتى أزرقه لم يحل لان القطع هنا بقوة الذابح واعتماده الشديد لا بالآلة والله أعلم * (فرع) اعلم أنه ينكر على المصنف قوله في التنبيه يجوز الذبح بكل ماله حد يقطع إلا السن والظفر وهذا اللفظ يقتضى جواز الذبح بالعظام المحددة سوى السن وهذا لا يجوز بلا خلاف كما سبق وكان حقه أن يقول الا العظم والظفر أو الا الظفر والسن وسائر العظام وعبارته في المذهب أجود ومع هذا فاهمل فيه بيان منع الذبح بالعظم (فان قيل) لعله اقتصر على موافقة الحديث (قلنا) (أما) في المذهب فله في هذا بعض العذر (وأما) في التنبيه فلا عذر له ولا جواب عنه لانه لم يذكر الحديث حتى يستنبط منه (وأما) الحديث فليس فيه ايهام بانه منصوص فيه على العلة في السن وهو كونه عظما ففهمنا منه ان كل ما انطلق عليه اسم العظم لا تحل الذكاة به * (فرع) لو ذبح بسكين مغصوب أو مسروق أو كال وقطع الحلقوم والمرئ كره ذلك وحلت الذبيحة بلا خلاف عندنا قال العبدري وبه قال العلماء كافة الا داود فقال لا تحل وهو رواية عن أحمد لقوله صلى الله عليه وسلم (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) رواه مسلم بهذا اللفظ من رواية عائشة رضى الله عنها فيصير كأنه لم يوجد ذبح * واحتج أصحابنا بقوله تعالى (إلا ما ذكيتم) وبقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المذكور قريبا (ما أنهرم الدم) والجواب عن حديث (من عمل عملا) أنه يقتضى تحريم فعله ولا يلزم منه ابطال الذكاة ولهذا لو ذبح بسكين حلال في أرض مغصوب أو توفى بماء في أرض مغصوبة فانه تحصل الذكاة والوضوء بالاجماع *

[83]

(فرع) في مذاهب العلماء بما تحصل به الذكاة * ذكرنا أن مذهبنا حصوله بكل محدد إلا الظفر والسن وسائر العظام وبه قال النخعي والحسن بن

صالح والليث وفقهاء الحديث وأحمد واسحق وأبو داود وأبو ثور وداود
والجماهير وهو رواية عن مالك * وقال أبو حنيفة وصاحبه لا يجوز الذبح
بالظفر والعظم المتصلين ويجوز بالمنفصلين وهو رواية عن مالك وحكى
ابن المنذر عن مالك أنه قال تحصل الذكاة بكل شئ حتى بالسن والظفر
ونحوه عن ابن جريج وحكى العبدري عن ابن القصار المالكي أن الطاهر
من مذهب مالك إباحة الذكاة بالعظم ومنعته بالسن قال ابن القصار
وعندي تحصل الذكاة بهما وعن ابن جريج قال تذكى بعظم الحمار ولا تذكى
بعظم القرد لان الحمار تصلى عليه وتسقيه في خفك وهذا مذهب فاسد
واستدلال باطل * دليلنا حديث رافع والله أعلم * قال المصنف رحمه الله
* (والمستحب أن تنحر الابل معقولة من قيام لما روى (أن ابن عمر رضى
الله عنهما رأى رجلا أضجع بدنة فقال قياما سنة أبي القاسم صلى الله
عليه وسلم) وتذبح البقرة والغنم مضجعة لما روى أنس رضى الله عنه (أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما
بيده ووضع رجله على صفاحهما وسمى وكبر) والبقرة كالغنم في الذبح
فكان مثله في الاضطجاع والمستحب أن يوجه الذبيحة إلى القبلة لانه لا بد
لها من جهة فكانت جهة القبلة أولى والمستحب أن يسمى الله تعالى علي
الذبح لما روى عدي بن حاتم قال (سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن
الصيد فقال إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله عليه وكل) فان ترك التسمية
لم يحرم لما روت عائشة رضى الله عنها (ان قوما قالوا يا رسول الله ان
قوما من الاعراب يأتون باللحم لا ندرى اذكروا اسم الله تعالى عليه أم لا
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذكر اسم الله تعالى عليه وكل)
والمستحب أن يقطع الحلقوم والمرئ والودجين لانه أوحى وأروح للذبيحة
فان اقتصر على قطع الحلقوم والمرئ أجزاءه لان الحلقوم مجرى النفس
والمرئ مجرى الطعام والروح

[84]

لا تبقي مع قطعهما والمستحب أن ينحر الابل ويذبح البقر والشاة فان
خالف ونحر البقر والشاة وذبح الابل أجزاءه لان الجميع موت من غير تعذيب
ويكره أن يبين الرأس وأن يبالغ في الذبح إلى أن يبلغ النخاع وهو عرق
يمتد من الدماغ ويستيطان الفقار إلى عجب الذنب لما روى عن عمر رضى
الله عنه أنه نهى عن النخع ولان فيه زيادة تعذيب فان فعل ذلك لم يحرم
لان ذلك يوجد بعد حصول الذكاة وان ذبحه من قفاه فان بلغ السكين
الحلقوم والمرئ وقد بقيت فيه حياة مستقرة حل لان الذكاة صادفته وهو
حي وان لم يبق فيه حياة مستقرة الا حركة مذبوح لم يحل لانه صار ميتا
قبل الذكاة فان جرح السبع شاة فذبحها صاحبها وفيها حياة مستقرة حلت
وان لم يبق فيها حياة مستقره لم تحل لما روى (أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال لابي ثعلبة الخشني وان رد عليك كلبك غنمك وذكرت اسم الله
عليه وأدركت ذكاته فذكه وان لم تدرك ذكاته فلا تأكله) والمستحب إذا ذبح
أن لا يكسر عنقها ولا يسليخ جلدها قبل أن تبرد لما روى أن الغرافصة قالوا
لعمرو رضى الله عنه إنكم تأكلون طعاما لا تأكله فقال وما ذاك يا أبا حسان
فقال تعجلون الانفس قبل أن تزهق فأمر عمر رضى الله عنه مناديا ينادي
إن الذكاة في الحلق واللثة لمن قدر ولا تعجلوا الانفس حتى تزهق *
(الشرح) أما حديث ابن عمر وحديث أنس وحديث عدي فرواهم البخاري
ومسلم ولفظ روايتي البخاري ومسلم في حديث ابن عمر رضى الله عنهما
ابعتها مقيدة سنة أبي القاسم صلى الله عليه وسلم وحذف منه المصنف
مقيدة (وأما) حديث عائشة فصحيح رواه البخاري وآخرون وسبق ايضاحه مع

غيره مما في معناه في فرع مذاهب العلماء في التسمية في باب الاضحية (وأما) حديث أبي ثعلبة فروى البخاري ومسلم بعضه ولفظهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له (وما صدت بكلك الذي ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل) (وأما) الاثر عن عمر فصحيح صححه ابن المنذر وذكره البخاري في صحيحه عن ابن عمر (وقوله) في حديث ابن عمر قياما مقيدة أي معقولة احدي الرجلين (وقوله) سنة أبي القاسم صلى الله عليه وسلم هو ينصب سنة أي الزم سنة أو افعلها ويجوز رفعه أي هذه سنة والاعراب - بفتح الهمزة - ساكن

[85]

البادية والمرئ - بفتح الميم وآخره همزة ممدودة - والروح يذكر ويؤنث لغتان والنخاع - بكسر النون وفتحها وضمها - ثلاث لغات حكاهن صاحب المحكم وآخرون والنخع - بفتح النون وإسكان الخاء - وقد فسره المصنف قال الازهرى النخع للذبيحة أن يعجل الذابح فيبلغ القطع إلى النخاع قال ابن الاعرابي والنخاع خيط أبيض يكون داخل عظم الرقبة ويكون ممتدا إلى الصلب قال قال ابن الاعرابي أيضا هو خيط الفقار المتصل بالدماع هذا نقل الازهرى في تهذيب اللغة وقال في شرح ألقاط المختصر النخع قطع النخاع وهو الخيط الأبيض الذي مادته من الدماغ في جوف الفقار كلها إلى عجب الذنب وإنما تنخع الذبيحة إذا أبين رأسها والفقار - بقاء مفتوحة ثم قاف - وأما عجب الذنب - فيفتح العين واسكان الجيم - وهو أصل الذنب (وأما) ابو ثعلبة الخشني - فيضم الخاء - وفتح الشين المعجمة وبالنون - وسبق بيانه في كتاب الطهارة (وأما) الغرافصة فيضم الفاء الاولى - وكسر - الثانية (وقوله) لا تعجلون الانفيس هو - بضم التاء واسكان العين - (وقوله) الحلق واللثة هي - بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة - وهى الثغرة التى فى أسفل العنق (أما) الاحكام ففيها مسائل (إحداها) السنة فى الابل النحر وهو قطع الحلق أسفل العنق وفى البقر والغنم الذبح وهو قطع الحلق أعلى العنق والمعتبر فى الموضوعين قطع الحلقوم والمرئ وحكى صاحب البيان وغيره وجها شادا أنه يتخير فى البقر بين الذبح والنحر والصواب الاول والخيل كالبقر وكذا حمار الوحش وبقره ونحوها فلو خالف وذبح الابل ونحر البقر والغنم حلت المذكاة وكان تاركا للمستحب وهل هو مكروه فيه قولان (الصحيح) المشهور لا يكره لان المكروه هو ما ورد فيه نهى (والثانى) يكره (الثانية) السنة أن ينحر البعير قائما على ثلاث قوائم معقول الركبة ويستحب أن تكون المعقولة اليسرى فان لم ينحره قائما فباركا والسنة أن تضجع البقرة والشاة على جنبها الايسر وتترك رجلها اليمنى وتشد قوائمها الثلاث وقد صح عن جابر رضى الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليسرى قائمة على ما بقى من قوائمها) رواه ابو داود باسناد صحيح

[86]

على شرط مسلم والخيل والصيد كالبقر والغنم (الثالثة) قال أصحابنا يستحب أن يتوجه الذابح إلى القبلة ويوجه الذبيحة إليها وهذا مستحب فى كل ذبيحة وهو فى الاضحية والهدى أشد استحبابا لان الاستقبال مستحب

في القربات وفي كيفية توجيهها ثلاثة أوجه سبقت في باب الاضحية (أصحها) يوجه مذبحتها إلى القبلة ولا يوجه وجهها ليمكنه هو أيضا الاستقبال (والثاني) يوجهها بجميع بدنها (والثالث) يوجه قوائمها (الرابعة) يستحب أن يسمى الله تعالى عند الذبح وعند إرسال الكلب أو السهم إلى الصيد فلو ترك التسمية عمدا أو سهوا حلت الذبيحة والصيد لكن في تركها عمدا ثلاثة أوجه (الصحيح) أنه مكروه (والثاني) لا يكره (والثالث) يأثم به وقد سبقت المسألة مبسوطه بفروعها الكثيرة مع ما يتعلق بها مع بيان مذاهب العلماء بأدلتها في باب الاضحية * قال الشافعي في الام والاصحاب وتستحب الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم عند الذبح وفيه وجه شاذ لابي علي بن ابي هريرة أنها لا تستحب ولا تكره والمذهب الاول (الخامسة) في حقيقة الذبح وقد لخصه الرافعي رحمه الله وجمع فيه متفرقات كلام الاصحاب وهذبها وهو كما قال قال الذبح الذي يباح به الحيوان المقذور عليه انسيا كان أو وحشيا أضحية كان أو غيرها هو التدقيق بقطع جميع الحلقوم والمرئ من حيوان فيه حياة مستقرة بألة ليست عظما ولا ظفرا فهذه قيود (أما) القطع فاحتراز مما لو اختطف رأس عصفور وغيره بيد أو بندقية ونحوها فانه ميتة (وأما) الحلقوم فهو مجرى النفس خروجاً ودخولاً والمرئ مجرى الطعام والشراب وهو تحت الحلقوم ووراءهما عرفان في صفحتي العنق يحيطان بالحلقوم وقيل يحيطان بالمرئ يقال لهما الودجان ويقال للحلقوم والمرئ معهما الوداج ويشترط لحصول الذكاة قطع الحلقوم والمرئ هذا هو المذهب الصحيح المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور وفيه وجه لابي سعيد الاصطخري أنه يكفي قطع أحدهما لان الحياة لا تبقى بعده قال الاصحاب هذا خلاف نص الشافعي وخلاف مقصود الذكاة وهو الازهاق بما يوحى ولا يعذب ويستحب أن يقطع الودجين مع الحلقوم والمرئ لانه أوحى والغالب أنهما يقطعان بقطع الحلقوم والمرئ فلو تركهما جاز لحصول المقصود بالحلقوم والمرئ قال أصحابنا ولو ترك من الحلقوم والمرئ شيئاً ومات الحيوان فهو ميتة وكذا لو انتهى إلى حركة المذبوح فقطع بعد ذلك المتروك فهو ميتة وحكى الماوردي

[87]

والشاشى وغيرهما وجهها أنه إذا بقى من الحلقوم أو المرئ شئ يسير لا يضر بل تحصل الذكاة واختاره الرويانى في الحلية والمذهب الاول قال أصحابنا ولو قطع من القفاحتى وصل الحلقوم من المرئ عصي لزيادة الايلام ثم ينظران وصل إلى الحلقوم والمرئ وقد انتهى إلى حركة المذبوح لم يحل بقطع الحلقوم والمرئ بعد ذلك فان وصلهما وفيه حياة مستقرة فقطعهما حل كما لو قطع يده ثم ذكاه قال إمام الحرمين ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المرئ ولكن لما قطع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح لما ناله من قبل بسبب قطع القفا فهو حلال لان أقصى ما وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح قال أصحابنا والقطع من صفحة العنق كالقطع من القفا قالوا ولو أدخل السكين في أذن الثعلب ليقطع الحلقوم والمرئ من داخل الجلد ففيه هذا التفصيل ولو أمر السكين ملتصفا باللحيين فوق الحلقوم والمرئ وابتان الراس فليس هو بذبح لانه لم يقطع الحلقوم والمرئ وأما كون التدقيق حاصلًا بقطع الحلقوم والمرئ ففيه مسألتان (أحدهما) لو أخذ الذابح في قطع الحلقوم والمرئ وأخذ آخرون في نزع خيشومه أو نخس خاصرته لم يحل لان التدقيق لم يتمحض للحلقوم والمرئ وسواء كان ما تحرى به قطع الحلقوم مما يدق ولو انفرد أو كان يعين على التدقيق

ولو اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها بأن كان يجرى سكيننا من القفا وسكيننا من الحلقوم حتى النقتا فهى ميتة بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة إلى وصول السكين المذبح (المسألة الثانية) يجب أن يشرع الذابح في القطع ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح هكذا قاله امام الحرمين وغيره قال الرافعى وهذا قد يخالف ما سبق أن المتعبد به كون الحياة مستقرة عند الابتداء قال فيشبهه أن يكون المقصود هنا إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح وهناك إذا لم يتحقق الحال هذا كلام الرافعى وهذا الذي قاله خلاف ما سبق

[88]

تصريح الامام به بل الجواب أن هذا مقصر في الثاني لم تحل ذبيحته بخلاف الاول فانه لا تقصير في حقه ولو لم يحلله أدى إلى حرج والله أعلم * وأما كون الحيوان عند القطع فيه حياة مستقرة ففيه صور (احداها) لو جرح السبع شاة أو صيدا أو انهدم سقف على بهيمة أو جرحت هرة حمامة ثم أدركت حية فذبحت فان كان فيها حياة مستقرة حلت وان تيقن هلاكها بعد يوم ويومين لما ذكره المصنف وان لم يكن فيها حياة مستقرة لم يحل هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الجمهور وحكى قول أنها تحل في الحالين وقول أنها لا تحل في الحالين والصواب الاول قال اصحابنا وهذا بخلاف الشاة إذا مرضت وصارت إلى أدنى رمق فذبحت فانها تحل بلا خلاف لانه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه وقد ذكر صاحب البيان المسألة واوهم فيها خلاف الصواب قال إذا أشرفت المريضة على الموت لم تحل بالذكاة قال وحكى صاحب الفروع عن أبي على بن أبى هريرة أنها ما دامت تضرب بذنبها وتفتح عينها حلت بالذكاة قال وهذا ليس بشئ لان الحياة فيها غير مستقرة وانما حركتها حركة مذبوح * هذا كلامه والمذهب ما سبق ولو أكلت الشاة نباتا مخضرا فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت قال القاضي حسين مرة في حلها وجهان وجزم مرة بالتحريم لانه وجد سبب يحال الهلاك عليه فصار كجرح السبع *

[89]

(فرع) كون الحيوان منتها إلى حركة المذبوح أو فيه حياة مستقرة تارة يستيقن وتارة يظن بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة وشبه الاصحاب بعلامات الخجل والغضب ونحوهما قالوا ومن أمارات الحياة المستقرة الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرئ وانفجار الدم وتدفعه قال امام الحرمين من الاصحاب من قال كل واحد منهما يكفى دليلا على بقاء الحياة المستقرة قال والاصح ان كلا منهما لا يكفى لانهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح لكن قد ينضم إلى احدهما أو كليهما قرائن وأمارات آخر تفيد الظن أو اليقين فيجب النظر والاجتهاد. هذا كلام الامام واختار المزني وطوائف من الاصحاب الاكتفاء بالحركة الشديدة وهو الاصح المختار وحكى البخاري في صحيحه معناه عن ابن عباس وقد وقعت المسألة مرات في الفتاوى فكان الجواب فيها أن الحياة المستقرة تعرف بقرائن يدرکها الناظر ومن علاماتها الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم

والمرئ وجريان الدم فإذا حصلت قرينة مع أحدهما حل الحيوان والمختار
الحل بالحركة الشديدة وحدها فهذا هو الصحيح الذي نعتمده وقد ذكر الشيخ
ابو حامد وصاحبها الشامل والبيان وغيرهم أن الحياة المستقرة ما يجوز أن
يبقى معه الحيوان اليوم واليومين بأن يشق جوفها وظهرت الامعاء ولم
تفصل فإذا ذكيت حلت وهذا الذي ذكره منزل على ما قدمناه والله تعالى
أعلم * وإذا شك في المذبوح هل كان فيه حياة مستقرة حال ذبحه أم لا
ففي حله وجهان (أحدهما) الحل لان الاصل بقاء الحياة (وأصحهما) التحريم
للسك في الذكاة المبيحة والله أعلم * (وأما) قولنا في الآلة ليست طفرا
ولا عظما فمعناه جواز الذبح بكل ماله حد يقطع الا العظم أو الطفر وقد
سبقت المسألة قريبا واصله والله أعلم * (المسألة السادسة) قال أصحابنا
رحمهم الله إذا قطع الحلقوم أو المرئ والودجين استحبت أن يقتصر على
ذلك ويكره أن يبين رأسه في الحال وأن يزيد في القطع وأن يكسر عنقها
وأن يكسر الفقار وأن يقطع عضوا منها وأن يحركها وأن ينقلها إلى مكان
آخر وكل ذلك مكروه بل يتركه كله حتى تفارقها الروح وتبرد ويستحب أن لا
يمسكها بعد الذبح مانعا لها من الاضطراب وقد ذكر المصنف أدلة هذه
الامور والله أعلم *

[90]

(فرع) في مذاهب العلماء في ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح * قد ذكرنا أن السنة
ذبح البقر والغنم ونحر الابل فلو خالف وذبح الابل ونحر البقر والغنم جاز *
هذا مذهبا وبه قال أبو حنيفة واحمد وجمهور العلماء * قال ابن المنذر قال
بهذا أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة والزهري والثوري والليث ابن سعد
وابو حنيفة واحمد واسحق وابو ثور وقال مالك ان ذبح البعير من غير
ضرورة أو نحر الشاة من غير ضرورة كره أكلها وان نحر البقر فلا بأس قال
ابن المنذر واجمع الناس على أن من نحر الابل وذبح البقر والغنم فهو
مصيب قال ولا أعلم أحدا حرم أكل بعير مذبوح أو بقرة وشاة منحورين قال
وانما كره مالك ذلك كراهة تنزيه وقد يكره الانسان الشئ ولا يحرمه وذكر
القاضي عياض عن مالك رواية بالكراهة ورواية بالتحريم ورواية باباحة ذبح
المنحور دون نحر المذبوح ونقل العبدري عن داود انه قال إذا ذبح الابل
ونحر البقر لم يؤكل وهو محجوج باجماع من قبله وبما ذكره المصنف *
(فرع) في مذاهبهم فيما يشترط قطعه لحصول الذكاة * قد ذكرنا أن
مذهبا اشترط قطع الحلقوم والمرئ بكاملهما وان الودجين سنة وهو
أصح الروايتين عن احمد * قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أنه إذا قطع
بما يجوز الذبح به وسمى وقطع الحلقوم والمرئ والودجين وأسأل الدم
حصلت الذكاة وحلت الذبيحة قال واختلفوا في قطع البعض وكان
الشافعي يقول يشترط قطع الحلقوم والمرئ ويستحب الودجين وقال
الليث وداود يشترط قطع الجميع واختاره ابن المنذر * وقال ابو حنيفة إذا
قطع ثلاثة من الاربعة حل والاربعة هي الحلقوم والمرئ والودجين وقال
ابو يوسف لا لروايات (احداها) كأبي حنيفة (والثانية) ان قطع الحلقوم
واثنين من الثلاثة الباقية حل والا فلا (والثالثة) يجب قطع الحلقوم والمرئ
وأحد الودجين وقال محمد بن الحسن ان قطع من كل واحد من الاربعة
أكثره حل والا فلا وقال مالك يجب قطع الحلقوم والودجين ولا يشترط
المرئ ونقله العبدري عنه وعن الليث ابن سعد فيصير عن الليث روايتان
وعن مالك رواية كاشتراط قطع الاربعة وهو قول أبي ثور وعن مالك أيضا
الاكتفاء بالودجين * دليلنا ما ذكره المصنف *

(فرع) إذا ذبح الشاة ونحوها من قفاها فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه ان وصل السكين إلى الحلقوم والمرئ وفيه حياة مستقرة حل والا فلا * قال العبدري وقال مالك وداود لا تحل بحال * وقال احمد فيه روايتان (أحدهما) تحل (والثاني) لا تحل ان تعمد وقال الرازي الحنفي قال أصحابنا ان مات بعد قطع الاوداج الاربعة حل والا فلا وحكى ابن المنذر عن الشعبي والثوري والشافعي وأبى حنيفة واسحاق وأبى ثور ومحمد حل المذبوح من قفاه وعن ابن المسيب واحمد منعها * (فرع) في مذاهبهم إذا قطع رأس الذبيحة * مذهبنا أنها إذا ذكيت الذكاة المعتمدة وقطع رأسها في تمام الذبح حلت وحكاها ابن المنذر عن علي بن أبي طالب وابن عمر وعمران بن الحصين وعطاء والحسن البصري والشعبي والنخعي والزهرى وأبى حنيفة واسحاق وأبى ثور ومحمد وكرهها ابن سيرين ونافع * وقال مالك ان تعمد ذلك لم يأكلها وهى رواية عن عطاء * (فرع) في مذاهبهم في الشاة المنخوعة * قد ذكرنا أن النخع أن يعجل الذابح فيبلغ بالذبح إلى النخاع ومذهبنا أن هذا الفعل مكروه والذبيحة حلال قال ابن المنذر وقال ابن عمر لا تؤكل وبه قال نافع وكرهه اسحق * وقال مالك لا أحب أن تعمد ذلك قال وكرهت طائفة الفعل وأباح الأكل وبه قال النخعي والزهرى والشافعي وأبو حنيفة واحمد وأبو ثور قال ابن المنذر بقول هؤلاء أقول قال ولا حجة لمن منع أكله بعد الذكاة * (فرع) في مذاهبهم فيما يقطع من الشاة بعد الذكاة قبل أن تبرد * مذهبنا أن الفعل مكروه والعضو المقطوع حلال وبه قال مالك وأبو حنيفة واحمد واسحق * قال ابن المنذر وكره ذلك عطاء قال وقال عمرو بن دينار ذلك العضو ميتة * وقال عطاء ألق ذلك العضو * (فرع) في مذاهبهم في المنخقة والموقودة والمتردية والنطحية وما أكل السبع * إذا ذكيت واحدة من هؤلاء قال العبدري من أصحابنا لها ثلاثة أحوال (أحدها) أن يدركها ولم يبق فيها الا

حركة مذبوح فهذه لا تحل عندنا وبه قال مالك وأبو يوسف والجمهور وعن أبى يوسف رواية أنها ان كانت بحيث تعيش أكثر من نصف يوم حلت (الثانية) أن يدركها وفيها حياة مستقرة ولكن يعلم أنها تموت قطعاً فتحل بالذكاة بلا خلاف عندنا والصحيح عن مالك أنها لا تحل (الثالثة) أن يدركها وهى بحيث يحتمل أن تعيش ويحتمل أن لا تعيش والحياة مستقرة فتحل عندنا * وقال مالك لا تؤكل وقال أبو حنيفة وداود إذا ذكأها قبل أن تموت حلت ولم يفصلا * وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنها لا تحل الا ان علم أنها تعيش يوماً أو أكثر وقال محمد بن الحسن واحمد ان كانت تعيش معه اليوم ونحوه حلت وان كانت لا تبقى الا كبقاء المذبوح لم تحل هذا نقل العبدري وقال ابن المنذر روينا عن علي رضى الله عنه ان ادركها وهى تحرك يدا أو رجلا فذكأها حلت قال وروي معني ذلك عن أبى هريرة والشعبي والحسن البصري وقتادة ومالك وقال الثوري إذا خرق السبع بطنها وفيها الروح فذبحها فهى ذكية وبه قال احمد واسحق قال الليث ان ركضت عند الذبح فلا بأس بأكلها والله أعلم * (فرع) في مذاهبهم في نحر الابل قائمة * اجمعوا ان الافضل ذبح البقر والغنم مضجعة (وأما) الابل فمذهبنا أنه يسن

نحرها قائمة معقولة اليد اليسرى كما سبق وبه قال العلماء كافة الا الثوري
وأبا حنيفة فقالا سواء نحرها قائمة وباركة ولا فضيلة وحكى القاضى
عباس عن عطاء ان نحرها باركة معقولة أفضل من قائمة وهذان المذهبان
مردودان بالاخبار الصحيحة السابقة * قال المصنف رحمه الله * (ويجوز
الصيد بالجوارح المعلمة كالكلب والفهد والبارى والصقر لقوله تعالى (أحل
لكم

[93]

الطييات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا
مما أمسكن عليكم) قال ابن عباس رضى الله عنه هي الكلاب المعلمة
والبارى وكل طائر يعلم الصيد والمعلم هو الذى إذا أرسله على الصيد طلبه
وإذا أشلاه استشلى فإذا أخذ الصيد أمسكه وخلق بينه وبينه فإذا تكرر منه
ذلك كان معلما وحل له ما قتله) * (الشرح) هذا الاثر عن ابن عباس رواه
البيهقى عنه باسناد ضعيف لانه من رواية على ابن ابى طلحة عن ابن
عباس ولم يدرك ابن عباس وإنما روى التفسير عن مجاهد عن ابن عباس
وقد ضعفه أيضا الاكثرون قال الشافعي والاصحاب يجوز الاصطياد بجوارح
السباع المعلمة كالكلب والفهد والنمر وغيرها وبجوارح الطير كالنسر
والبارى والعقاب والباشق والشاهين وسائر الصقور وسواء في الكلاب
الاسود وغيره ولا خلاف في شئ من هذا عندنا الا وجهها لابي بكر الفارسي
من أصحابنا أن صيد الكلب الاسود حرام حكاه الرويانى والرافعى وغيرهما
وهو ضعيف بل باطل (وأما) قول الغزالي في الوسيط فريسة الفهد والنمر
حرام فغلط مردود وليس وجهها في المذهب بل لها حكم الكلب في
الاصطياد بلا خلاف نص عليه الشافعي في مختصر المزني وجميع الاصحاب
في جميع الطرق وكلهم صرحوا بالفهد والنمر وانها كالكلب وهذا نص
الشافعي رحمه الله في المختصر قال: كل معلم من كلب وفهد ونمر.
وهكذا عبارة جميعهم (أما) استبعاد الغزالي تعلمها فلا يقبل لان الاصطياد
بالفهود المعلمة كثير مشهور ومشاهد والنمر إذا أخذ صغيرا تيسر تعليمه
فحصل انه لا خلاف في جوارحه وان الكلب والنمر في هذا سواء قال
الرافعى ذكر امام الحرمين ان الفهد يبعد عنه التعليم لانفته وعدم انقياده
فان تصور تعلمه علي ندور فهو كالكلب * قال الرافعى وهذا الذى قال
الامام

[94]

بخالف ما قاله الشافعي والاصحاب قال وفى كلام الغزالي ما يوهم هذا
خلاف قال وهو مجهول على ما ذكره الامام قال ولا خلاف فيه والله أعلم *
قال أصحابنا والمراد بجواز الاصطياد بهذه الجوارح ان ما أخذته وجرته
وأدركه صاحبها ميتا أو في حركة المذبوح أو لم يتمكن من ذبحه حل أكله
ويقوم ارسال الصائد وجرح الجارح في أي موضع كان مقام الذبح في غير
الصيد قالوا وأما الاصطياد بمعنى اثبات الملك فلا يختص بها بل يحصل بأى
طريق تيسر سواء كان بكلب معلم أو غير كلب ولكن لا يحل ما قتله غير
المعلم وإنما يحل إذا ذكى وفيه حياة مستقرة قال أصحابنا ويشترط لحل
ما قتله الجارح كونه معلما وشرط تعليمه أربعة أمور (أحدها) ان ينزجر بزجر

صاحبه هكذا أطلقه المصنف والجمهور وهو المذهب وقال امام الحرمين
يعتبر ذلك في ابتداء الارسال (وأما) إذا انطلق واشتد عدوه ففي اشتراطه (1)
(أصحهما) يشترط كما قاله الجمهور (الشرط الثاني) ان يسترسل
بارساله ومعناه أنه إذا أغرى بالصيد هاج (الثالث) أن يمسك الصيد فيحبسه
على صاحبه ولا يخيه (الرابع) أن لا يأكل منه هذا هو المذهب وبه قطع
المصنف والجمهور وهو المعروف من نصوص الشافعي وفيه قول شاذ انه
لا يضر الاكل حكاه الرافعي وليس بشئ وذكر امام الحرمين ان ظاهر
المذهب أنه يشترط أن ينطلق أيضا بانطلاق صاحبه وانه لو انطلق بنفسه
لم يكن معلما وراه الامام مشكلا من حيث أن الكلب على أي صفة كان إذا
رأى صيدا بالقرب منه وهو على كلب الجوع يبعد انكفاه * هذا حكم الكلب
وما في معناه من جوارح السباع (وأما) جوارح الطير فيشترط فيها أن تهيج
عند الاعراء أيضا ويشترط ترك أكلها من الصيد على المذهب وبه قطع
المصنف وكثيرون وحكى امام الحرمين والخراسانيون فيه قولين (قال)
الامام ولا نطمع في انزاجها بعد الطيران (قال) ويبعد أيضا اشتراط
انكفائها في أول الامر والله أعلم * (فرغ) قال المصنف والاصحاب هذه
الامور المشترطة في التعليم يشترط تكررها ليغلب على الظن تأدب
الجارحة ومصيرها معلمة والرجوع في عدد ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح

(1) بياض بالاصل ولعله قولان أو وجهان

[95]

هذا هو المذهب قال الرافعي وهو مقتضى كلام الجمهور وفيه وجه أنه
يشترط تكرر ثلاث مرات ووجه ثالث انه يكفي مرتان والصحيح الاول *
(فرغ) في مذاهب العلماء * ذكرنا أن مذهبا جواز الاصطياد بجميع الجوارح
المعلمة من السباع والطير كالكلب الاسود وغيره والفهد والنمر والبارى
والعقاب والصفور كلها قال العبدري وبهذا قال أكثر الفقهاء (قال) وعن
ابن عمر ومجاهد أنهما كرها صيد البازي وغيره من الطيور وقال الحسن
البصري والنخعي وقتادة واحمد واسحق يجوز بذلك كله الا الكلب الاسود
البهيم قال ابن المنذر قال احمد ما أعلم أحد يرخص فيه إذا كان بهيما قال
ابن المنذر وقال عوام أهل العلم من أهل المدينة وأهل الكوفة باباحة صيد
الكلب الاسود كغيره وممن روي عنهم البيهقي جواز أكل صيد الطيور
كالصفور سلمان الفارسي وابن عباس وعطاء وعكرمة وسعيد بن جبير
حكاه أبو الزناد عن فقهاء المدينة الذين ينتهي إلي قولهم وحكاه ابن
المنذر عن ابن عباس وطاوس وعطاء ويحيى بن أبي كثير والحسن
البصري ومالك وأبي حنيفة وأبي ثور ومحمد * واحتج لابن عمر ومجاهد
بقوله تعالى (وما علمتم من الجوارح ملكين) فخصه بالكلاب * واحتج
أصحابنا للحسن وموافقيه بحديث جابر (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر
بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها وقال عليكم بالاسود البهيم ذي النقطتين
فانه شيطان) رواه مسلم في صحيحه * واحتج أصحابنا بقوله تعالى (وما
علمتم من الجوارح ملكين) قالوا والجوارح تطلق على السباع والطيور
والجارحة الكاسب فكل كاسب منها جارحة قال الجوهرى في الصحاح
الجوارح من السباع والطير ذوات الصيد وبهذه

الحروف قاله ابن فارس في المجمل وجماهير أهل اللغة قال الواحدى في البسيط الجوارح هي الكواسب من الطير والسباع ذوات الصيد واحدها جارحة والكلب الضارى جارحة سميت جوارح لانها كواسب أنفسها من جرح واجترح إذا اكتسب قال ابن عباس يريد الطير الصائدة والكلاب والفهود وسباع الطير كالشواهين والبواشق والعقبان فما اصطادت هذه فهو حلال قال الواحدى قال الليث سئل مجاهد عن الصقر والبارى والفهد وما يصطاد من السباع فقال هذه كلها جوارح قال الواحدى وهذا قول جميع المفسرين الا ما روى عن ابن عمر والضحاك انهما قالا الجوارح الكلاب دون غيرها قالا وما صاد غير الكلاب ولم يدرك ذكاته لم يحل ومثله عن السدى قال الواحدى وهذا قول غير معمول به قال وقوله تعالى (مكلمين) للكلب الذى يعلم الكلاب الصيد قال الواحدى قال أهل المعانى وليس فيه دليل على انه انما أبيع صيد الكلاب خاصة لانه بمنزلة قولك مؤدبين * هذا آخر نقل الواحدى فهذا الذى ذكرناه من الاحتجاج بالآية الكريمة هو المعتمد في الاستدلال مع القياس على الكلب (وأما) الحديث الذى احتج به جماعة من أصحابنا وهو حديث مخالده عن الشعبي عن عدى بن حاتم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ما علمت من كلب أو باز ثم أرسلته وذكرت اسم الله فكل مما أمسك عليك قلت وان قتل قال إذا قتله ولم يأكل منه شيئاً فانما أمسكه عليك) فرواه ابو داود والبيهقى وغيرهما ولكنه ضعيف فان مخالده ضعيف باتفاقهم قال البيهقى ذكر البازى في هذه الرواية لم يأت به الحفاظ عن الشعبي وانما أتى به مخالده والله أعلم * وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فقد ذكرنا معناها وفى ضمنه الجواب عن احتجاجهم (وأما) الجواب عن حديث الامر بقتل الكلب الاسود فهو أنه لا يلزم من قتله تحريم صيده مع أن القتل منسوخ كما سنوضحه فى باب ما يجوز بيعه ان شاء الله تعالى قال ابن المنذر وقد قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلمين) وقال النبي صلى الله عليه وسلم لعدى (إذا أرسلت كلبك فأخذ وقتله فكل) قال فالقول بظاهر الكتاب والسنة واجب ولا يجوز أن يستثنى منهما الا بكتاب أو سنة والله أعلم *

(فرع) فى مذاهبهم فى ضبط تعليم الجارحة * قد ذكرنا ان مذهبنا أنه يشترط فى مصيره معلماً أربعة شروط وأنه يشترط تكرره بحيث يقول أهل الخبرة انه صار معلماً وأوضحنا ذلك ولم يعتبر أصحابنا عدد المرات فى ذلك بل اعتبروا العرف كما ذكرنا * قال العبدى وقال مالك المعلم الذى يفقه عن مرسله فىأتمر إذا أمره وينزجر إذا زجره ولا يشترط ترك الأكل فيه سواء الكلب وغيره * وقال أبو حنيفة يعتبر تكرر ذلك مرتين وفى رواية عنه لا تقدير فى التعليم بل إذا وقع فى نفس صاحبه مصيره معلماً حل صيده وقال احمد حده أن يصطاد ولا يأكل قال وليس له كتعلم الصناعات وبهذا قال داود وقال ابو يوسف ومحمد هو أن يصطاد ثلاث مرات ولا يأكل وحكى ابن المنذر عن ربيعة أنه قال إذا دعا الكلب فأجاب وزجره فأطاع فمعلم (وأما) الطيور فما أجاب منها إذا دعى فمعلم ومثله عن أبى ثور الا أنه قال ما لم يأكل وحكى ابن المنذر عن بعض العلماء حصول التعلم بمرة * (فرع) فى مذاهبهم فى اصطلياد المسلم بكلب أو طائر علمه مجوسى * مذهبنا أنه حلال ويحل ما قتله قال العبدى وبه قال الفقهاء كافة قال ابن

المنذر وبه قال سعيد بن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وهو أصح الروايتين عن عطاء قال وممن كرهه جابر ابن عبد الله والحسن البصري وعطاء ومجاهد والنخعي والثوري واسحاق بن راهويه وكره الحسن الاصطبياد بكلب اليهودي والنصراني وقال احمد بن حنبل واسحاق كلب اليهودي والنصراني أهون * (فرع) قال ابن المنذر رويانا عن ابن عباس قال إذا قتل الكلب الصيد فأكل منه فأضربه حتى يمسك عليه * (فرع) المعروف في اللغة أن قولهم أشلى الكلب أي استدعاه وأما ارساله فيقال فيه أغراه واستعمال المصنف له هنا وفي التنبيه على وفق هذا المشهور في اللغة * وقال الشافعي في المختصر كل

[98]

معلم من كلب أو فهد أو نمر فكان إذا أشلى استشلى وإذا أخذ حبس ولم يأكل فهو معلم * هذا لفظه قال أصحابنا اعترض أبو بكر ابن داود والظاهرى على قول الشافعي إذا أشلاه استشلى فقال يقال أشلاه إذا دعاه وأغراه إذا أرسله ولهذا قال الشاعر * أشليت عيري ومسحت قعبي * وأجاب أصحابنا عن هذا الاعتراض بأجوبة (أحدها) أن الشافعي من أهل اللغة ومن فصحاء العرب الذين يحتج بلغتهم كالفرزدق وغيره لانه عربي النسب والدار والعصر * قال الاصمعي قرأت ديوان الهدلس على فتى من قريش يقال له محمد بن ادريس الشافعي قالوا فيكون أشلى من الاضداد يطلق على الاستدعاء وعلى الاغراء ومما يؤيد هذا الجواب وبوضحه أكمل ايضاح أن أبا الحسين احمد ابن فارس المجمع على توثيقه وأمانته في اللغة قال في كتاب المجمل يقال اشليت الكلب إذا دعوته وأشليته أغرته قال قال الاعجم * أتينا أبا عمرو فأشلى كلابه * علينا فكدنا بين بيتيه نوكل (الجواب الثاني) أن الاشلاء وان كان هو الاستدعاء فاستعماله هنا صحيح وكأنه يستدعيه ليرسله فعبر بالاشلاء عن الارسال لانه يؤل إليه وهو من باب تسميته الشيء بما يصير إليه ومنه (انى أرانى أعصر خمرا) (والثالث) جواب الازهرى أن معنى أشلى دعا أي أجاب كأنه يدعو للصيد فيجيبه ويقصد الصيد والله سبحانه أعلم * قال المصنف رحمه الله * (وان أرسل من تحل ذكاته جارحة معلمة علي الصيد فقتله بطفره أو نابه أو بمنقاره حل اكله لما روى ابو ثعلبة الخشني رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (إذا كنت في ارض صيد فأرسلت كلبك المعلم فاذكر اسم الله تعالى وكل) (وأما) إذا أرسله من لا تحل ذكاته فقتله لم يحل لان الكلب آلة كالسكين والمذكى هو المرسل فإذا لم يكن من أهل الذكاة لم يحل صيده فان أرسل جارحة غير معلمة فقتل الصيد لم يحل لما روى ابو ثعلبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إذا أرسلت كلبك الذى ليس بمعلم فما أدركت ذكاته فكل) وان استرسل المعلم بنفسه فقتل الصيد لم يحل

[99]

لما روى عدي ابن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (إذا أرسلت كلابك المعلمة فامسكن عليك فكل قلت وان قتلن قال وان قتلن فشرط أن يرسل وان أرسله فقتل الصيد ينقله ففيه قولان (أحدهما) لا يحل لانه آلة للصيد فإذا قتل بثقله لم يحل كالسلاح (والثانى) يحل لحديث

عدى ولانه لا يمكن تعليم الكلب الجرح وانهار الدم فسقط اعتباره كالعقر في محل الذكاة وان شارك كلبه في قتل الصيد كلب مجوسي أو كلب استرسل بنفسه لم يحل لانه اجتمع في ذبحه ما يقتضى الحظر والاباحة فغلب الحظر كالمتولد بين ما يؤكل وبين ما لا يؤكل وان وجد مع كلبه كلبا آخر لا يعرف حاله ولا يعلم القاتل منهما لم يحل لما روى عدى بن حاتم قال (سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت أرسلت كلبى ووجدت مع كلبى كلبا آخر لا أدري أيهما أخذه فقال لا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره) ولان الاصل فيه الحظر فإذا أشكل بقى على أصله) * (الشرح) حديث أبى ثعلبة الاول وحديثه الثاني رواهما البخاري ومسلم بمعناهما وحديث عدى الاول وحديثه الثاني رواهما البخاري ومسلم وسبق بيان اسم أبى ثعلبة ونسبه في باب الأنبة ولغات الظفر في باب السواك وقوله منقاره - بكسر الميم - وقوله بثقله هو - بكسر الناء - وقوله كالعقر في محل الذكاة يعني كما يسقط اعتبار العقر في محل الذكاة الذى هو الحلق واللثة (أما الاحكام) ففيها مسائل (احداها) إذا أرسل من تحل ذكاته جارية معلمة على صيد

[100]

فقتله بظفره أو منقاره أو نابه حل أكله بلا خلاف لما ذكره المصنف وإذا أرسل من لا تحل ذكاته كمرتد أو وثني أو مجوسي جارية معلمة فقتل الصيد بظفره أو نابه لم يحل سواء كان علمها مسلم أو مجوسي * هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الاصحاب في جميع الطرق الا ما شذ به صاحب العدة والبيان فحكيا وجها أنه يحل ما قتله جارية المجوسى وهذا غلط ظاهر الا أن بعض أصحابنا حكى وجها في حل مناكحة المجوسى وذبخته بناء على أن لهم كتابا فعلى هذا الوجه يحل صيده كذكاته ولعل هذا القائل أراد هذا الوجه وكيف كان فالصواب أنه لا يحل صيده مطلقا ولو اشترك المسلم والمجوسى في ارسال كلب أو سهم على الصيد واشترك كلباهما في قتله لم يحل لما ذكره المصنف وان رميا سهمين أو أرسلا كلبين فسبق كلب المسلم أو سهمه فقتل الصيد أو أنهاه إلى حركة المذبوح حل ولا أثر لوقوع سهم المجوسى أو كلبه بعد ذلك فيه كما لو ذبح مسلم شاة ثم قدها مجوسى وان سبق ما أرسله المجوسى أو جرحا معا أو مرتبا ولم يذفف واحد منهما فهلك بهما أو لم يعلم أيهما قتله لم يحل بلا خلاف قال الرويانى متى اشتركا في أمسাকে وعقره أو في أحدهما وانفرد واحد بالآخر أو انفرد كل واحد منهما بأحدهما فهو حرام ولو كان للمسلم كلبان معلم وغيره أو معلمان أرسل أحدهما وذهب الآخر بلا ارسال فقتلا صيدا أو وجد مع كلبه كلبا آخر ولم يعلم أيهما القاتل فهو كاسترسال كلبى المسلم والمجوسى ولو تقرب الصيد من كلب المسلم فعارضه كلب المجوسى فرده عليه فقتله كلب المسلم حل كما لو ذبح مسلم شاة أمسكها مجوسى ولو جرحه مسلم أولا ثم قتله مجوسى أو جرحه جرحا غير مدفف

[101]

ومات بالجرحين فحرام وان كان المسلم قد أثنه بجراحته فقد ملكه ويلزم
المجوسى قيمته له لانه أتلفه فجعله ميتة ولا خلاف عندنا أنه يحل ما
اصطاده المسلم بكلب المجوسى كما لو ذبح بسكينته أو رمى بسهمه أو
قوسه والله أعلم * (المسألة الثالثة) أرسل المسلم جارحة غير معلمة
فقتل الصيد لم يحل بالاجماع وقد سبق بيانه قريبا وذكرنا هناك أنه لو
جرحه وأدرك فيه حياة مستقرة فذكاه حل والا فلا (الرابعة) لو استرسل
المعلم بغير ارسال فقتل الصيد لم يحل لما ذكره المصنف قال أصحابنا
فلو أكل من هذا الصيد لم يقدح ذلك في كونه معلما بلا خلاف وانما يقدح
في الاكل على أصح القولين إذا أرسله صاحبه (أما) إذا استرسل فزجره
صاحبه فانزجر ووقف ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد فيحل بلا خلاف وان
لم ينزجر ومضى لوجهه لم يحل سواء زاد عدوه وحدته أم لا ولو لم ينزجر بل
أغراه فان لم يزد عدوه فحرام قطعاً وكذا ان زاد على أصحاب الوجهيين وبه
قطع أبو حامد وابن الصباغ فان كان الاغراء وزيادة العدو بعد ما زجره فلم
ينزجر فطريقان (قطع) العراقيون بالتحريم (وقال) الخرسانيون فيه
وجهان مرتبان على الوجهيين السابقين وأولى بالتحريم ولو أرسل مسلم
كلباً وأغراه مجوسى فزاد عدوه (فان قلنا) في الصورة السابقة لا ينقطع
حكم الاسترسال ولا يؤثر الاغراء حل هنا ولا أثر لاغراء المجوسى وان
قطعناه وأحلنا على الاغراء لم يحل هذا. هكذا قاله الجمهور وقطع البغوي
بالتحريم واختاره القاضى ابو الطيب لانه قطع للاول أو مشاركة وكلاهما
يحرمه ولو أرسل مجوسى كلباً فأغراه مسلم فزاد عدوه فوجهان بناء
على عكس ما سبق ومن الاصحاب من قطع هنا بالتحريم. ولو أرسل مسلم
كلباً فزجره فضولي فانزجر ثم أغراه فاسترسل وأخذ صيداً فلمن يكون
الصيد فيه وجهان (أصحهما) للفضولي (والثانى) للمالك كالوجهين

[102]

فمن غصب كلباً فاصطاد به ولو زجره فلم ينزجر فأغراه أو لم يزره بل
أغراه وزاد عدوه وقلنا الصيد للغاصب خرج على الخلاف في أن الاغراء هل
يقطع حكم الابتداء أم لا (ان قلنا لا) وهو الاصح فالصيد لصاحب الكلب والا
فللغاصب الفضولي قال امام الحرمين ولا يمتنع تخريج وجه باشتراكهما
والله أعلم * (الخامسة) إذا لم يجرح الكلب الصيد بل قتله بثقله وصدمة
فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الاصحاب أنه
يحل (والثانى لا يحل) (وأما) إذا كد الجارحة الصيد حتى اتعبه فوقع ميتاً من
التعب فلا يحل قولا واحداً لانه مات من غير فعل فأشبه المتردية والله أعلم
* (فرع) تستحب التسمية عند ارسال الجارحة أو ارسال السهم على الصيد
استحباباً مؤكداً كما ذكرنا في الذكاة فان ترك التسمية عمداً أو سهواً حل
الصيد بلا خلاف عندنا وسبقت المسألة بفروعها وأدلتها ومذاهب العلماء
فيها في باب الاضحية * (فرع) في مذاهب العلماء في صيد الكتابى * مذهبنا
أنه يحل صيد الكتابى كما تحل ذبيحته فإذا أرسل جارحة معلماً أو سهماً
فقتل صيداً حل وبه قال عطاء وأبو حنيفة والليث والاوزاعي واحمد وابن
المنذر وداود وجمهور العلماء * وقال مالك لا يحل صيده وتحل ذبيحته وهذا
ضعيف * (فرع) في صيد المجوسى بكلبه المعلم وسهمه * مذهبنا أنه حرام
قال ابن المنذر وبه قال جمهور العلماء منهم عطاء وسعيد بن جبير
والنخعي ومالك والليث والثوري وأبو حنيفة واحمد واسحق وغيرهم قال
ابن المنذر وقال ابو ثور فيهم قولان (أحدهما) كقول الجمهور (والثاني)
تحل ذبائحهم ولهم كتاب *

(فرع) في مذاهبهم في الكلب المعلم يسترسل من غير ارسال فيقتل الصيد * قد ذكرنا أن مذهبا أنه حرام سواء كان صاحبه خرج به للاصطياد أم لا وبه قال ربيعة ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر قال العبدري هو قول الفقهاء كافة قال وقال الاصم يحل قال ابن المنذر وقال عطاء والاوزاعي يؤكل ان كان اخراجه للصيد والله أعلم * (فرع) في مذاهبهم فيما إذا أرسل مسلم كلبه المعلم على صيد رده عليه كلب أرسله مجوسي فقتله كلب المسلم * فمذهبا أنه حلال وبه قال مالك وأحمد وداود * وقال أبو حنيفة حرام لاشتراكهما * دليلنا أن نفس القتل لا شركة فيه بل هو مضاف إلى كلب المسلم فأشبهه ما أمسك المجوسى حيوانا فذبحه مسلم أو رمى المسلم سهما ورمى المجوسى سهما فرده سهم المجوسى ولم يصبه وأصابه سهم المسلم فقتله فانه يحل بالاتفاق * (فرع) في مذاهبهم فيما إذا استرسل الكلب بنفسه فأغراه صاحبه فزاد في عدوه * قد ذكرنا أن الصحيح عندنا انه لا يحل ما قتله * قال أبو حنيفة وأحمد يحل وعن أبى حنيفة روايتان كالمذهبين * (فرع) إذا قتل الكلب الصيد بثقله من غير جرح فهو حلال عندنا على الاصح كما سبق * وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزنى حرام * (فرع) في مذاهبهم فيما إذا أرسل كلبه المعلم على صيد فوجد معه كلبا آخر والصيد قتيل ولا يعلم القاتل أو علم أنهما اشتركا في قتله * فمذهبا ومذهب الجمهور أنه حرام وممن قال به عطاء والقاسم به محمرة ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور وحكى ابن المنذر عن الاوزاعي أنهما

إذا اشتركا في قتله وكان الآخر معلما حل * دليلنا الحديث المذكور في الكتاب * قال المصنف رحمه الله * (وان قتل الكلب الصيد أو أكل منه ففيه قولان (أحدهما) يحل لما روى أبو ثعلبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى فكل ما أمسك عليك وان أكل منه) والثانى لا يحل لما روى عدى بن حاتم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسك عليك وان قتلن الا ان يأكل الكلب منه فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه) وان شرب من دمه لم يحرم قولا واحدا لان الدم لا منفعة له فيه ولا يمنع الكلب من شربه فلم يحرم وان كان الجارحة من الطير فأكل من الصيد فهو كالكلب وفيه قولان وقال المزني أكل الطير لا يحرم وأكل الكلب يحرم لان الطير لا يضرب على الاكل والكلب يضرب وهذا لا يصح لانه يمكن أن تعلم الطير ترك الاكل كما يعلم الكلب وان اختلفا في الضرب) * (الشرح) حديث أبى ثعلبة رواه أبو داود واسناده حسن وحديث عدى بن حاتم رواه البخاري ومسلم من طريق وروى أبو داود في سننه باسناد حسن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن اعرابيا يقال له أبو ثعلبة قال يا رسول الله ان لى كلابا مكلبة فأفتني في صيدها قال (فكل مما أمسك عليك قال وان أكل منه قال وان أكل منه) قال البيهقي حديث ابن ثعلبة مخرج في الصحيحين من غير ذكر الاكل وحديث عدى في النهى عنه إذا أكل أصح من رواية أبى داود في الاكل وأصح من حديث عمرو بن شعيب

(أما) الاحكام فقال اصحابنا إذا ثبت كون الكلب أو غيره من جوارح السباع معلما ثم اكل من صيد قبل قتله أو بعده في موضعه ففي حل

[105]

ذلك الصيد قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليهما (أصحهما) عند الاصحاب تحريمه (والثاني) اباحته قال امام الحرمين وددت لو فرق فارق بين أن ينكف زمانا ثم يأكل وبين ان يأكل بنفس الاخذ قال لكن لم يتعرضوا له * هذا كلام الاصحاب وهذا الذي تمناه الامام قد ذكره الاصحاب وهو مشهور صرح به جماعة من الاصحاب قال صاحب البيان إذا اكل من الصيد نظرت فان قتله ثم مضى عن الصيد ثم رجع إليه فأكل منه لم يحرم قولا واحدا وان اكل منه عقب قتله ففيه قولان هذا لفظه وقال صاحب الشامل إذا اكل منه عقب القتل ففيه قولان وقال الجرجاني في التحرير ان اكل الكلب من الصيد غير متصل بالعقر حل وان اكله متصلا بالعقر فعلى قولين وقال الدارمي ان اكل منه فقولان سواء اكل قبل قتله أو بعده قال وقيل بعد القتل يحل قولا واحدا. قال فان تركه ثم اكل منه بعد وقت حل وقيل ان اكل منه في الحياة لم يحل قولا واحدا وان اكل بعد قتله فقولان * هذا كلام الدارمي وهذا الذي قالوه متفق في المعنى وحاصله ان القولين مخصوصان بما اكل منه عقب العقر فان اكل منه بعد طول الفصل فهو حلال بلا خلاف سواء اكل من غير مفارقة موضعه أم بعد مفارقتها ورجوعه والله تعالى أعلم * واعلم أن هذين القولين مشهوران كما ذكرنا قال أصحابنا نص في القديم على الاباحة وتردد قوله في الجديد وقال الشيخ أبو حامد وجماعة نص في القديم على الاباحة وفي الجديد علي التحريم جزما والصحيح الذي قاله المحققون ويجمع به بين كلام الجميع انه نص في القديم على الاباحة وردد قوله في الجديد ثم مال فيه إلى التحريم وقوله فأفتى به فحصل قولان ولا فرق بين أكله قبل القتل أو عقبه هكذا صرح به الجمهور وذكرنا عن الدارمي طريقين آخرين كما سبق فحصل ثلاثة طرق (المذهب) طرد قولين مطلقا (والثاني) ان اكل قبل القتل حرم وان اكل بعده فقولان (والثالث) ان اكل بعد القتل حل وان اكل قبله فقولان ثم الصحيح من القولين عند جماهير الاصحاب التحريم هكذا صرح بتصحيحهما المحاملي والقاضي أبو الطيب والبيهقي والرافعي وخلائق لا يحصون ونقل القاضي أبو الطيب في المجرد عن أصحابنا أجمعين انهم صحوه وقطع به سليم الرازي

[106]

وآخرون من أصحاب المختصرات وشذ عنهم الجرجاني في التحرير فقال الاصح انه حلال والصواب تصحيح التحريم والله تعالى أعلم * واحتج من قال بالاباحة بحديث أبي ثعلبة وأجاب عن حديث عدي بأنه محمول على كراهة التنزيه * واحتج من قال بالتحريم بقوله تعالى (فلكوا مما أمسكن عليكم) فإذا اكل منه لم يتيقن أنه أمسك علينا ولم يحل لنا الا ما يتيقن أنه أمسك علينا بحديث عدي قالوا وهو أصح لانه مشهور في الصحيحين وغيرهما من طرق متكاثرات وحديث أبي ثعلبة لا يقارنه في الصحة وان كان حسنا وتأوله بعض أصحابنا على ما إذا قتل الصيد وفارقه ثم عاد فأكل منه فهذا

لا يضر كما ذكرنا وتأوله الخطابي في معالم السنن على أن المراد وإن أكل من الصيد الماضي قبل هذا. يعني إذا كان قد صار بعد ذلك معلما وهذا تأويل ضعيف والله أعلم * هذا كله في جوارح السباع كالكلب والفهد والنمر وغيرها (فأما) جوارح الطير فقد نص الشافعي رحمه الله أنها كالسباع على القولين وللأصحاب طريقتان (أصحهما) وبه قطع جمهورهم أنها على القولين كالسباع وهذا موافق للنص (والثاني) يجلب ما أكلت منه قولا واحدا قاله المزني وأبو علي الطبري في الإفصاح وآخرون وحكاة جماعات من المصنفين قال القاضي أبو الطيب هذا الطريق غلط مخالف لنص الشافعي وقد ذكر المصنف دليل الطريقتين في الكتاب والله سبحانه أعلم * (فرع) قال أصحابنا وإذا قلنا بتحريم الصيد الذي أكل واشترط استثناء التعليم لفساد التعليم الأول قال أصحابنا ولا ينقطع التحريم على ما اصطاده قبل الأكل وهذا لا خلاف فيه عندنا وانفق أصحابنا على التصريح بأنه لا خلاف فيه عندنا قال أصحابنا الخراسانيون ولو تكرر أكله من الصيد بعد ذلك وصار الأكل عادة له حرم الصيد الذي أكل منه آخر بلا خلاف وفي تحريم باقي الصيد الذي أكل منه قبل الأخير وجهان مشهوران عندهم (أصحهما) التحريم قال البغوي إذا قلنا لا يحرم ما أكل منه فلو تكرر ذلك منه بأن أكل من الصيد الثاني حرم الثاني قطعا وفي الأول الوجهان ولو لم يأكل من الثاني فأكل من الثالث حرم الثالث وفيما قبله الوجهان قال الرافعي وهذا ذهب من البغوي إلى أن الأكل مرتين يخرج عن كونه معلما وقد ذكرنا

[107]

خلافاً في تكرر الصفات التي يصير بها معلما قال ويجوز أن يفرق بينهما بأن أثر التعليم في الحل وأثر الأكل في التحريم فعملنا بالاحتياط فيهما فلهذا لو عرفنا كونه معلما لم ينقطع الحل على ما سبق من صيوده بلا خلاف وفي انقطاع التحريم الخلاف المذكور والله أعلم * (فرع) لو لعلق الكلب دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيئا حل لحمه * هذا هو الصواب نص عليه الشافعي وقطع به الأصحاب في جميع الطرق وشد أمام الحرميين والغزالي في البسيط فحكيا وجهها في تحريمه وهو غلط ولو أكل كلب حشوة الصيد فطريقتان حكاهما البغوي وغيره (أصحهما) على قولين كاللحم (والثاني) القطع بالحل لأنها غير مقصودة فأشبهت الدم * (فرع) قال الرافعي لو لم يسترسل الكلب عند الأرسال أو لم ينزجر عند الزجر فينبغي أن يكون في تحريم الصيد وخروجه عن كونه معلما الخلاف المذكور فيما إذا أكل * (فرع) قال القفال لو أراد الصائد أن يأخذ الصيد من الكلب فامتنع وصار يقاتل دونه فهو كالأكل والله أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في الصيد الذي تقتله الجارحة من السباع كالكلب والفهد والنمر ويأكل منه * قد ذكرنا أن الأصح في مذهبننا تحريمه وبه قال أكثر العلماء حكاه ابن المنذر عن ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وعكرمة وقتادة والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وأحمد وأسحق وأبي ثور قال وبه أقول وهو مذهب الحسن البصري وداود وقالت طائفة باباحته حكاه ابن المنذر عن سعد بن أبي وقاص وسلمان الفارسي وابن عمر ومالك (وأما) إذا أكلت منه جارحة الطير كالصقور فالأصح عندنا تحريمه كما سبق ولا أعلم أحدا وافقنا عليه بل

جماهير (1) على اباحتها حكاها ابن المنذر عن ابن عباس والنخعي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأبي حنيفة وأصحابه وهو مذهب الشعبي ومالك وأحمد والمزني وغيرهم والله أعلم * (وأما) الصيود الماضية قبل الأكل فلا تحرم عندنا بلا خلاف كما سبق وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد وداود والجمهور وقال أبو حنيفة يحرم جميع ما صاده قبل ذلك وادعى أنه تبين عدم تعليمه (وأما) إذا شرب الكلب من دم الصيد فلا يحرم عندنا وبه قال العلماء كافة إلا ما حكاها ابن المنذر عن الشعبي والثوري أنهما كرها أكله وليس بشئ * قال المصنف رحمه الله * (إذا أدخل الكلب طفره أو نابه في الصيد نجس وهل يجب غسله فيه وجهان (أحدهما) يجب غسله سبعا أحدهن بالتراب قياسا على غير الصيد (والثاني) لا يجب لانا لو أوجنا ذلك الزمانه أن يغسل جميعه لان الناب إذا لاقى جزءا من الدم نجس ذلك الجزء ونجس كل ما لاقاه إلى أن ينجس جميع بدنه وغسل جميعه يشق فسقط كدم البراغيث) * (الشرح) قوله إذا أدخل الكلب طفره أو نابه في الصيد نجس يعنى الموضع الذى أدخل فيه لاكل الصيد. واعلم ان الشافعي رحمه الله قال إذا أدخل طفره أو نابه نجس واقتصر على هذا ولم يذكر الغسل (فمن) الاصحاب من قال أراد به نجس لا يجب غسله للمشقة بل يعفى عنه ولهذا لم يذكر الغسل (ومنهم) من قال أراد به نجس يجب غسله فذكر النجاسة واستغنى بذلك عن ذكر الغسل لانه متى ثبتت النجاسة وجب الغسل فحذف ذكره للعلم به وللأصحاب في المسألة ثلاث طرق (أحدها) ان موضع الطفر والناب نجس قطعاً وفي وجوب غسله وتعفيره خلاف سنذكره ان شاء الله تعالى وهذه طريقة المصنف وجمهور الاصحاب من العراقيين والخراسانيين وهو المنصوص (والطريق الثاني) حكاها صاحب الابانة وآخرون في نجاسته قولان (أحدهما) نجس وفي وجوب الغسل والتعفير الخلاف (والثاني) انه طاهر لقول الله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولم يأمر بغسله مع أنه لا ينفك عنه غالباً أو دائماً ولهذا لم يذكره النبي صلى الله عليه مع ذكره للاحاديث الواردة فيه مع تكرار سؤاله صلى الله عليه وسلم عن ذلك (والطريق الثالث)

(1) بياض بالاصل ولعله العلماء أو الاصحاب

ان أصاب الكلب غير العروق فحكمه ما ذكرنا وان أصاب عرقاً نضاحاً بالدم سرى حكم النجاسة إلى جميع الصيد وحرم أكله حكاها امام الحرمين قال وهذا غلط لان النجاسة إذا اتصلت بالدم فالعرق وعاء حاجز بينه وبين اللحم ثم الدم إذا كان يفور امتنع غوص النجاسة فيه كالماء المتصعد من فوارة إذا وقعت نجاسة في أعلاه لم ينجس ما تحته إذا قلنا بالمذهب انه نجس ولا يحرم أكله ففيه أربعة أوجه (أصحها) عند الاصحاب وهو ظاهر نص الشافعي أنه نجس يجب غسله سبع مرات أحدهن بالتراب ويطهر حينئذ ويؤكل وانما يجب غسل موضع الطفر والناب وغيرهما مما مسه الكلب دون ما لم يمسه مع الرفق به (والوجه الثاني) أنه يعفى عنه فلا يجب غسله أصلاً مع أنه نجس ويحل أكله وقد ذكر المصنف هذين الوجهين وهما مشهوران

(والثالث) أنه يجب غسله مرة واحدة بالماء من غير تراب لان ما زاد على ذلك فيه مشقة وخرج حكاة صاحب الفروع والبيان (والرابع) أنه لا يطهر بالغسل بل يجب تقوير ذلك الموضع وطرحه لانه تشرب لعابه فلا يتخلله الماء وهذا الوجه مشهور في كتب الخراسانيين ولم يذكره العراقيون بل صرحوا بأنه لا يشترط هذا بلا خلاف كما أشار إليه المصنف وكيف كان فهو وجه باطل لا أصل له في الاحاديث ولا في القياس قال امام الحرمين والقائل بهذا الوجه يطرد ما ذكره في كل لحم وما في معناه إذا عضه الكلب بخلاف ما يناله لعابه بغير عض هذا مختصر متفرقات كلام الاصحاب في المسألة فإذا أردت ضبطه مختصراً (قلت) فيه ستة أوجه (أصحها) يجب غسله سبعا احداهن بالتراب (والثاني) يجب غسله مرة (والثالث) انه نجس يعفى عنه لا يجب غسله (والرابع) أنه طاهر (والخامس) يجب قطع ذلك الموضع ولا يطهر بالغسل (والسادس) أن أصاب عرقاً نضاحاً بالدم حرم جميعه ولا طريق إلى أكله والله أعلم * (فرع) قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه يجب غسل موضع ظفر الكلب ونابه سبع مرات احداهن بالتراب *

[110]

(فرع) لو غصب عبدا فاصطاد فالصيد لمالكه ولو غصب شبكة أو قوسا واصطاد به فالصيد للغاصب وعليه أجره مثلهما ولو غصب كلبا أو صفرا أو غيرهما من الجوارح ففي صيده وجهان (أصحهما) للغاصب (والثاني) لصاحب الجارحة (فان قلنا) للغاصب فعليه أجرته ان كان مما تجوز اجارته (وان قلنا) لصاحبه فعلى الغاصب ما نقص من الاجرة وهكذا حكم العبد والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ويجوز الصيد بالرمي لما روى أبو ثعلبة الخشني قال (قلت يارسول الله انا نكون في ارض صيد فيصيب أحدنا بقوسه الصيد ويبعث كلبه المعلم فمنه ما ندرك ذكاته ومنه ما لا ندرك ذكاته فقال صلى الله عليه وسلم ما ردت عليك قوسك فكل وما أمسك كلبك المعلم فكل) وان رماه بمحدد كالسيف والنشاب والمروة المحددة وأصابه بحده فقتله حل وان رمى بما لا حد له كالبنندق والديوس أو بماله حد فأصابه بغير حده فقتله لم يحل لما روى عدي بن حاتم قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيد المعراض قال (إذا أصبت بحده فكل وإذا أصبت بعرضه فلا تأكل فانه) وقيده وان رماه بسهم لا يبلغ الصيد وأعانه الريح حتى بلغه فقتله حل أكله لانه لا يمكن حفظ الرمي من الريح فعفى عنه وان رمى بسهم فأصاب الارض ثم ازدلف فأصاب الصيد فقتله ففيه وجهان بناء على القولين فيمن رمى إلى الغرض في المسابقة فوقع السهم دون الغرض ثم ازدلف وبلغ الغرض وان رمى طائرا فوقع على الارض فمات حل أكله لانه لا يمكن حفظه من الوقوع على الارض وان وقع في ماء فمات أو على حائط أو جبل فتردى منه ومات لم يحل لما روى عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله فان وجدته ميتا فكل الا أن تجده قد وقع في الماء فمات فانك لا تدري الماء قتله أو سهمك " (الشرح) حديث أبي ثعلبة رضى الله عنه رواه البخاري ومسلم بمعناه قال " قلت يا رسول الله

[111]

أنا بأرض صيد أصيد بقوسي أو بكليبي الذي ليس بمعلم وبكليبي المعلم فما يصلح لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم وما صدت بقوسك فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكليك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكليك غير المعلم فادركت ذكاته فكل " (وأما) حديث عدي بن حاتم الاول فرواه البخاري ومسلم وحديثه الثاني رواه مسلم وقوله المروءة المحددة هي - بفتح الميم - وهي الحجر - والمعراض - بكسر الميم واسكان العين المهملة - وهو سهم لا ريش له ولا نصل وقيل هو حديدة وقيل هو خشبة محددة الطرف والوقيد - بالقاف والذال المعجمة - الموقوذ وهو المضروب بالعصا حتى يموت (وقوله) كالبنديق والديبوس هي بفتح الدال - جمعه دبابيس وهو معروف وأنشد فيه الجوهري وقال أظنه معربا وقوله صلى الله عليه وسلم " وان أصبت بعرضه فلا تأكل " هو بفتح العين - أي العرض الذي هو خلاف الطول (أما الاحكام) ففيها مسائل (أحداها) يجوز الصيد بالرمي بالسهم المحددة بالاجماع والاحاديث الصحيحة فإذا رمى الصيد من هو اهل من مسلم أو كتابي فقتله فان قتله بحد ما رماه به كالسهم الذي له نصل محدد والسيف والسكين والسنان والحجر المحددة والخشبة المحددة وغير ذلك من المحددات سوى العظم والظفر حل أكله فان أصابه بما لا حد له فقتله كالبنديقة والديبوس وحجر لا حد له وخشبة لا حد لها أو رماه بمحدود فقتله بعرضه لا بحده لم يحل لما ذكره المصنف وكذا لو أصابه بحد عظم أو ظفر لم يحل لانه ليس من آلة الذكاة فهو كغير المحدد قال أصحابنا وإذا قتل به بما لا حد له لم يحل سواء جرحه به أم لا حتى لو رمى طائرا ببنديقة فقطعت خلقومه ومريئه لم يحل لقوله تعالى (والموقودة) وهذه منها قال أصحابنا فإذا رماه بغير محدد أو بمحدد فأصابه بعرضه فان أدركه وفيه حياة مستقرة فذكاه حل وان أدركه ميتا أو فيه حياة غير مستقرة لم يحل والله أعلم * (فرع) لو أرسل كلبا في عنقه قلادة محددة فجرح الصيد بها حل كما لو أرسل سهما * هكذا ذكره البيهقي قال الرافعي وقد يفرق بأنه قصد بالسهم الصيد ولم يقصده بالقلادة والله أعلم (قلت) الصواب ما ذكره البيهقي لان القصد لا يشترط في الذبح (فرع) لو رشق في الحيوان العصا ونحوه قال الروياني انه ان كان محمدا يرمي مور السهم

[112]

حل وإن كان لا يرمي إلا مستكرها نظر ان كان العود خفيفا قريبا من السهم حل وان كان ثقيلًا لم يحل (المسألة الثانية) لو رمى الصيد بسهم لا يبلغه فاعنته الريح فبلغه باعانتها ولولاها لم يبلغه فقتله حل لما ذكره المصنف هكذا قطع به الاصحاب في جميع الطرق وكذا نقله الرافعي عن جميع الاصحاب وأبدي امام الحرمين فيه ترددا والمذهب الحل (الثالثة) إذا أصاب السهم الارض أو الحائط ثم ازدلف وأصاب الصيد أو أصاب حجرا فنبأ عنه وأصاب الصيد أو نفذ فيه إلى الصيد أو كان الرامي في نزع القوس فانقطع الوتر وصدى إلى فوق وارتمى السهم وأصاب الصيد ففى حله في جميع هذه الصور وجهان بناء على القولين اللذين ذكرهما المصنف في المسابقة (اصحهما) الحل (الرابعة) قال أصحابنا إذا مات الصيد بسبب من محرّم ومبيح بأن مات من سهم وبنديقة أصاباه من رام أو راميين أو أصابه طرف النصل فجرحه ثم أثر فيه عرض السهم في مروره ومات منهما أو رمى إلى صيد سهما فوقع على طرف سطح ثم سقط منه أو على جبل فتدهور منه أو في ماء أو على شجرة فتصدم باعضائها أو وقع على محدد من سكين وغيره فهو حرام في كل هذه الصور بلا خلاف لما ذكره المصنف ولو جرحه فوقع على جبل فتدحرج منه من جنب إلى جنب ومات حل بلا

خلاف ولا يضر ذلك التدحرج لانه لا يؤثر في التلف بخلاف التدهور ولو
أصاب السهم الطائر في الهواء فوق وقع على الارض ومات حل بلا خلاف سواء
مات قبل وصوله الارض أو بعده لانه لا بد من الوقوع فعفى عنه كما لو كان
الصيد قائما ووقع على جنبه وانصدم بالارض فمات فانه يحل ولو زحف
قليلًا بعد اصابة السهم ومات فهو كالوقوع على الارض فيحل قطعًا ولو لم
يجرجه السهم في الهواء بل كسر جناحه فوق وقع ومات فهو حرام بلا خلاف
لانه لم يصبه بجرح يحال الهلاك عليه ولو جرح جرحًا لا يؤثر مثله لكن عطل
جناحه فوق وقع ومات فهو حرام ولو جرحه السهم في الهواء جرحًا ثقيلًا
فوقع في بئر ومات نظر ان كان فيها ماء فهو حرام كما سبق والا فهو
حلال وقعر البئر كالارض والمراد إذا لم يصدمه جدار البئر ولو كان الطائر
على شجرة فأصابه السهم فوق وقع على الارض فمات فهو حلال وان وقع
على غصن ثم سقط على الارض فهو حلال قال أصحابنا وليس الانصدام

[113]

بالاغصان أو باحرف الجبل عند التدهور من اعلاه كالانصدام بالارض لان
الانصدام بالاغصان والاحرف والتدهور ليس بلازم ولا غالب فلا تدعوا
الحاجة إليه فلم يعف عنه والانصدام بالارض لازم لا بد منه فعفى عنه
ولامام الحرمين احتمال في الصورتين لكثرة وقوع الطير على البحر
والانصدام بطرف الجبل إذا كان الصيد فيه والمذهب الاول والله أعلم (أما)
إذا رمى طيرا فان كان على وجه الماء فأصابه ومات حل ويكون الماء له
كالارض لغيره وان كان خارج الماء ووقع في الماء بعد اصابة السهم ففى
حله وجهان حكاهما صاحب الحلوى وغيره وقطع البغوي بالتحريم وفى
شرح مختصر الجويني بالحل فلو كان الطائر في هواء البحر قال البغوي ان
كان الرامى في البر لم يحل وان كان في السفينة في البحر حل * (فرغ)
جميع ما ذكرناه هو فيما إذا لم ينته الصيد بتلك الجراحة إلى حركة المذبوح
فان انتهى إليها بقطع الحلقوم والمرئ أو أصاب كبده أو أخرج حشوته أو
غير ذلك فهو حلال وقد تجب ذكاته ولا أثر لما يعرض بعد ذلك من وقوعه
في الماء وتدهوره من الجبل وعلى أغصان الشجرة وجدرا البئر وغير
ذلك مما سبق والله تعالى أعلم * (فرغ) لو أرسل سهمين على صيد فقتلاه
فان أصاباه معا فهو حلال وان أصابه أحدهما بعد الآخر بطرف فان أرمته
الاول ولم تصب الثاني المذبوح لم يحل وان أصاب المذبوح حل فان لم يرمه
الاول وقتله الثاني حل وكذا لو أرسل كلبين فارمته الاول وقتله الثاني لم
يحل وسواء قطع المذبوح أم لا ولو أرسل كلبا وسهما فان أرمته السهم ثم
أصابه الكلب لم يحل وان أرمته الكلب ثم أصاب السهم المذبوح حل والله
أعلم * (فرغ) في مذاهب العلماء إذا رمى طائرا بسهم فأصابه فوق وقع على
الارض ميتا أو حيا ثم مات في الحال فهو حلال عندنا وبه قال أبو حنيفة
واحمد وأبو ثور وقال مالك يحل في الصورة الاولى دون الثانية حكى ابن
المنذر عنه رواية كمذهبنا وهى رواية ابن وهب وانفقوا هم وغيرهم على
أنه إذا سقط الصيد المجروح جراحة غير مدفقة في الماء ومات لا يحل
للحديث الصحيح السابق

[114]

قال المصنف رحمه الله * (وان رمى صيدا أو أرسل عليه كلبا فعقره ولم يقتله نظرت فان أدركه ولم يبق فيه حياة مستقرة بأن شق جوفه وخرجت الحشوة أو أصاب العقر مقتلا فالمستحب أن يمر السكين على الحلق ليربحة فان لم يفعل حتى مات حل لان العقر قد ذبحه وإنما بقيت فيه حركة المذبوح وان كانت فيه حياة مستقرة ولكن لم يبق من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه حل وان بقي من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه فلم يذبحه أو لم يكن معه ما يذبحه به فمات لم يحل لما روى أبو ثعلبة الخشني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ما رد عليك كلبك المكلب وذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فدكه وان لم تدرك ذكاته فلا تأكل وما ردت عليك يدك وذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فدكه وان لم تدرك ذكاته فكله) وان عقره الكلب أو السهم وغاب عنه ثم وجده ميتا والعقر مما يجوز أن يموت منه ويجوز أن لا يموت منه فقد فقال الشافعي رحمه الله لا يحل إلا أن يكون خبر فلا رأى (فمن) أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) يحل لما روى عدى ابن حاتم قال (قلت يا رسول الله إني أرم الصيد فأطلبه فلا أحده إلا بعد ليلة قال) إذا رأيت سهمك فيه ولم يأكل منه سبع فكل) ولان الظاهر أنه مات منه لانه لم يعرف سبب سواه (والثاني) أنه لا يحل لما روى زياد بن أبي مریم قال (جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني رميت صيدا ثم تغيب فوجدته ميتا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هوام الارض كثير ولم يأمره بأكله) (ومنهم) من قال يؤكل قولاً واحداً لانه قال لا يؤكل إذا لم يكن خبر وقد ثبت الخبر أنه أمر بأكله) * (الشرح) حديث أبي ثعلبة رواه البخاري ومسلم مختصراً وسبق بيان لفظه قريبا وحديث عدى رواه البخاري ومسلم ولفظه (فان وجدته بعد ليلة أو ليلتين فلم تجد فيه أثرا غير أثر سهمك فشئت أن تأكل منه فكل) هكذا رواه البخاري ومسلم من رواية عدى بن حاتم وعن أبي ثعلبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا رميت سهمك فغاب ثلاث ليال فأدركته فكل ما لم ينتن) رواه مسلم قال أصحابنا النهى عن أكله إذا أنتن للتنزيه لا للتحريم وأما حديث زياد ابن أبي مریم فغريب

[115]

وزياد هذا تابعي والحديث مرسل وهو زياد ابن ابي مریم القرشي الاموي مولى عثمان ابن عفان رضی الله عنهما (واعلم) أنه لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في النهى عن أكل الصيد الذي جرحه ثم غاب عنه ولم يجد أثر سبب آخر شئ وإنما جاء فيه أحاديث ضعيفة وفيه اثر عن ابن عباس فيه نظر (فمن) الاحاديث حديث عطاء بن السائب عن عامر - يعني الشعبي أن اعرابيا أهدى لرسول صلى الله عليه وسلم طيبا فقال (من أين أصبت هذا فقال رميته أمس فطلبته فأعجزني حتى أدركني المساء فرجعت فلما أصبحت اتبعت أثره فوجدته في غار أو في أحجار وهذا مشقصى فيه أعرفه قال بات عنك ليلة ولا آمن أن تكون هامة اعانتك عليه لا حاجة لي فيه) رواه ابو داود في المراسل فهو مرسل ضعيف وعطاء بن السائب ضعيف وعن أبي رزين قال (جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم بصيد فقال إني رميته من الليل فأعيانني ووجدت سهمي فيه من الغد وقد عرفت سهمي فقال الليل خلق من خلق الله عزوجل عظيم لعله أعانك عليه شئ انبذها عنك) رواه ابو داود في المراسل قال البيهقي أبو رزين هذا اسمه مسعود مولى شقيق بن سلمة وهو تابعي والحديث مرسل قاله البخاري وأما الاثر عن ابن عباس فرواه البيهقي باسناد فيه رجل مستور أو مجهول غير ميمون بن مهران قال (أتى إعرابي إلى ابن عباس

وأنا عنده فقال إني أرمي الصيد فأصمى وأنمى فكيف ترى فقال ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت (ما غاب عنك مقتله والله أعلم) (أما) الاحكام ففيها مسألتان (إحدهما) إذا أرسل سهما أو نحوه أو جرحه معلمة من كلب أو غيره على صيد فأصابه ثم أدركه المرسل حيا نظر إن لم يبق فيه حياة مستقرة بأن كان قد قطع حلقومه ومريئه أو أخافه أو خرق أمعائه أو أخرج حشوته استحسب أمرار السكين على حلقه ليربحه فان لم يفعل وتركه حتى مات حل بلا خلاف ونقلوا فيه إجماع المسلمين كما ذكره المصنف وكما لو ذبح شاة فاضطربت أو عدت أما إذا بقيت فيه حياة مستقرة فله حالان (أحدهما) أن يتعذر ذبحه بغير تقصير من صائده حتى يموت فيحل أيضا للعدو ويستدل له أيضا بما ثبت في صحيح مسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم

[116]

قال لعدى بن حاتم (ما أمسك عليك كلبك ولم يأكل منه فكل فان ذكاته اخذه) (والثاني) أن لا يتعذر ذبحه فيتركه حتى يموت أو يتعذر بتقصيره فيموت فهو حرام كما لو تردى بثرا فلم يذبحه حتى مات فانه حرام (فمن) صور الحال الاول ان يشتغل بأخذ الآلة ونيل السكين فيموت قبل إمكان ذبحه (ومنها) ان يمتنع بما فيه من بقية قوة ويموت قبل قدرته عليه (ومنها) أن لا يجد من الزمان ما يمكن الذبح فيه (ومن) صور الحال الثاني أن لا يكون معه آلة الذبح أو تضيع آله فلا يحل بلا خلاف فلو نشبت السكين في العمد فلم يتمكن من إخراجها حتى مات ففيه وجهان (أصحهما) وبه قال أكثر الاصحاب أنه حرام لتقصيره في عدم تأمل السكين قبل هذا (والثاني) أنه حلال وهو قول أبي علي ان أبي هريرة والطبري لانه معذور ولو غصب الآلة فوجهان (أصحهما) أنه حرام لانه عذر نادر (والثاني) حلال لانه معذور كمن حال بينه وبين الصيد سبع حتى مات فانه يحل وجهها واحدا ولو اشتغل بتحديد السكين حتى مات فهو حرام لانه يمكن تحديدها قبل ذلك قال الروياني ولو اشتغل بطلب المذبح فلم يجده حتى مات فهو حلال لعدم تقصيره بخلاف تحديد السكين ولو كان يمر ظهر السكين على حلقه غلطا فمات فحرام بتقصيره ولو رجع الصيد منكسا واحتاج إلى قبله ليقدر على المذبح فمات أو اشتغل بتوجهه إلى القبلة فمات فحلال ولو شك بعد موت الصيد هل تمكن من ذكاته فيحرم أم لم يتمكن فيحل ففيه قولان لتعارض الاصل (أصحهما) أنه حلال لان الاصل عدم الامكان وعدم التقصير (والثاني) التحريم لان الاصل بقاء الحياة وهل يشترط العدو إلى الصيد إذا أصابه السهم أو الكلب فيه وجهان حكاهما الخراسانيون (أحدهما) نعم لانه المعتاد في هذه الحالة لكن لا يكلف المبالغة بحيث يناله ضرر ظاهر (وأصحهما) لا يشترط بل يكفي المشى وعلى هذا الصحيح الذي قطع به الصيد لاني والبعوى وغيرهما أنه لو مشى على هينته وأدركه ميتا وكان بحيث لو أسرع لادركه حيا قال امام الحرمين عندي أنه لابد من الاسراع قلنا لا لان الماشي على هينته خارج عن عادة الطالبين وإذا شرطنا العدو فتركه فصار الصيد ميتا ولم يدر أمات في الزمن الذي يسع العدو بحيث لو عدا

[117]

لم يدركه أم بعده قال الرافعي ينبغي أن يكون على القولين السابقين قريبا في الشك في التمكن من الذكاة والله تعالى أعلم * (فرع) لو رمى صيدا فقدته قطعيتين متساويتين أو متفاوتتين فهما حلال ولو أبان منه بسيف أو غيره عضوا كيد أو رجل نظر ان أبانه بجراحة مذففة ومات في الحال حل العضو وباقي البدن وان لم تكن مذففة وأدركه وذبحه أو جرحه جرحا مذففا فالعضو حرام لانه أبين من حي وباقي البدن حلال وان أثبتته بالجراحة الاولى فقد صار مقدورا عليه فيتعين ذبحه ولا تجزئ سائر الجراحات ولو مات من تلك الجراحة بعد مضي زمن ولم يتمكن من ذبحه حل باقي البدن وفي العضو وجهان (أصحهما) يحرم لانه أبين من حي فهو كمن قطع الية شاة ثم ذبحها فانه لا تحل الالية (والثاني) تحل لان الجرح كالذبح للجملة فتبعها العضو وان جرحه جراحة أخرى والحالة هذه فان كانت مذففة فالصيد حلال والعضو حرام والا فالصيد حلال أيضا وفي العضو وجهان (الصحيح) أنه حرام لان الابانة لم تتجرد ذكاة للصيد والله أعلم * (المسألة الثانية) إذا غاب عنه الكلب والصيد ثم وجده ميتا فوجهان (الصحيح) الذي قطع به الاكثرون لا يحل لاحتمال موته بسبب آخر ولا أثر لتضمخه بدمه فربما جرحه الكلب وأصابته جراحة أخرى (أما) إذا جرحه سهمه أو كلبه ثم غاب الصيد عنه ثم وجده ميتا فان انتهى بذلك الجرح إلى حركة المذبوح حل ولا أثر لغيبته وان لم ينته نظران وجده في ماء أو وجد عليه أثر صدمة أو جراحة أخرى ونحو ذلك لم يحل سواء وجد الكلب عليه أم لا لانه لا يعلم كيف هلك وان لم يكن فيه أثر آخر ففيه ثلاثة طرق (أحدها) يحل قطعاً (والثاني) يحرم قطعاً (وأشهرها) على القولين (أصحهما) عند الجمهور من العراقيين وغيرهم التحريم (وأصحهما) عند البغوي والغزالي في الاحياء الحل وهو الصحيح أو الصواب لصحة الاحاديث السابقة فيه وعدم المعارض الصحيح لها وقد سبق في كلام المصنف وكلامنا أيضا دليل الجمع (ومن) قال بالاباحة يتأول كلام ابن عباس والاحاديث لو صحت في النهي على التنزيه (ومن) قال بالتحريم يتأول احاديث الاباحة على

[118]

ما إذا ما انتهى بالجراحة إلى حركة المذبوح وهو تأويل ضعيف قال أصحابنا وتسمى هذه المسألة مسألة الايماء والله أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء فيمن جرح الصيد بسهم أو كلب فغاب عنه ثم وجده ميتا * فقد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا تحريمه وبه قال داود * وقال أصحاب أبي حنيفة إذا توارى عنه الصيد والكلب وهو في طلبه فوجده قد قتله حل أكله وان ترك الطلب واشتغل بعمل غيره كرهنا أكله * وقال مالك ان أدركه من يومه أكله في الكلب والسهم إذا كان فيه أثر جارحة وان غابت عنه لم يؤكل وعن أحمد ثلاث روايات (أحدها) يؤكل (والثاني) يؤكل ما لم يبت عنه (والثالث) ان كانت الاصابة موجبة حل والا فلا * (فرع) إذا رمى الصيد فقدته قطعيتين فمات فجميعه حلال سواء كانت القطعتان سواء أو متفاوتتين وبه قال داود وهو الاصح عن أحمد * وقال أبو حنيفة ان كانتا سواء أو كانت التي مع الرأس أقل حل جميعه وان كانت التي مع الرأس أكبر حلت وحرمت الاخرى وقال مالك إذا قطع وسطه أو ضرب عنقه حل جميعه وان قطع فخذة حرمت الفخذ وحل الباقي * دليلنا أن ما كان ذكاة لبعضه كان ذكاة لكليه كموضع الاتفاق * قال المصنف رحمه الله * (وان نصب أحوولة وفيها حديدة فوقع فيها صيد فقتلته الحديدة لم يحل لانه مات بغير فعل من جهة أحد فلم يحل) * (الشرح) قال الشافعي رحمه الله ولا يؤكل ما قتلته الاحبولة كان فيها سلاح أو لم يكن قال أصحابنا الاحبولة - بفتح الهمزة - هو ما

ينصب للصيد فيعلق به من حبل أو شبكة أو شرك ويقال لها أيضا حباله -
بكسر الحاء - جمعها حبال فإذا وقع في الاحبولة صيد فمات لم يحل أكله
بلا خلاف لانه لم يذكه أحد وانما مات بفعل نفسه ولم يوجد من الصائد الا
سبب فهو كمن نصب

[119]

سكينا فريضت عليها شاة فقطعت حلقها فانها حرام قطعاً ولو كان رأس
الحبل الذي في الاحبولة في يده فجره ومات به الصيد فحرام أيضا لانه من
جملة المنخقة والله أعلم * (فرع) هذا الذي ذكرناه من تحريم صيد الاحبولة
ونحوها إذا لم يدرك ذكاته هو مذهبنا ومذهب العلماء كافة الا ما حكاه ابن
المنذر عن الحسن البصري أنه يحل ان كان سمي وقت نصبها * قال
المصنف رحمه الله * (وان ارسل سهما على صيد فأصاب غيره فقتله حل
اكله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي ثعلبة (ما ردت عليك قوسك فكل)
ولانه مات بفعله ولم يفقد الا القصد وذلك لا يعتبر في الذكاة والدليل عليه
انه تصح ذكاة المجنون وان لم يكن له قصد فان ارسل كلبا على صيد
فأصاب غيره فقتله نظرت فان أصابه في الجهة التي أرسله فيها حل
لقوله صلى الله عليه وسلم (ما رد عليك كلبك ولم تدرك ذكاته فكل) وان
عدل إلى جهة أخرى فأصاب صيدا غيره ففيه وجهان (أحدهما) لا يحل وهو
قول أبي اسحاق لان للكلب اختيارا فإذا عدل كان صيده باختياره فلم يحل
كما لو استرسل بنفسه فأخذ الصيد ومن أصحابنا من قال يحل لان الكلب لا
يمكن منعه من العدول في طلب الصيد) * (الشرح) حديث أبي ثعلبة
والحديث الآخر سبق بيانهما قال أصحابنا إذا رمى صيدا يراه أولا يراه لكن
يحس به في ظلمة أو من وراء حجاب بأن كان بين أشجار ملتفة وقصده حل
فان لم يعلم به بأن رمى وهو لا يرجوا صيدا فأصاب صيدا لم يحل على
الصحيح المنصوص وفيه وجه وان كان يتوقع صيدا فبني الرمي بأن رمى
في ظلمة الليل وقال ربما أصبت صيدا فأصاب صيدا فطريقان (أحدهما)
القطع بحله (والثاني) فيه ثلاثة أوجه (أصحها) التحريم مطلقا (والثاني) يحل
(والثالث) إن توقعه بظن غالب حل وان كان مجرد تجويز حرم ولو رمى إلى
سرب من الطباء أو أرسل عليها كلبا فأصاب واحدة منها فقتلها فهي حلال
بلا خلاف ولو قصد واحدة منها معينة بالرمي فأصاب غيرها

[120]

ففيه طريقان (أحدهما) القطع بحلها وبه قطع المصنف وكثيرون أو
الاكثرون (والثاني) فيه أربعة أوجه (الحل) مطلقا لما ذكره المصنف
(والثاني) التحريم (والثالث) إن كان حالة الرمي يرى المصاد حل والا فلا
(والرابع) إن كان المصاب من السرب الذي رآه وربما حل وان كان من غيره
لم يحل وسواء عدل السهم عن الجهة التي قصدها إلى غيرها أم لم يعدل
ولو رمى شاخصا يعتقده حجرا وكان حجرا فأصاب ظبية ففي حلها وجهان
(الاصح) لا تحل وبه قطع الصيد لاني وغيره فان كان الشاخص صيدا ومال
السهم عنه وأصاب صيدا آخر ففيه الوجهان وأولى بالتحليل ولو رمى
شاخصا ظنه خنزيرا وكان خنزيرا أو كان صيدا فلم يصبه وأصاب ظبية لم
تحل على الصحيح في الصورتين لانه قصد محرما والخلاف فيما إذا كان

خنزيرا أضعف ولو رمى شاخصا ظنه صيدا فبان حجرا أو خنزيرا وأصاب السهم صيدا قال البغوي ان اعتبرنا ظنه فيما إذا رمى ما ظنه حجرا فكان صيدا وأصاب السهم صيدا آخر وقلنا بالتحريم فهنا يحل الصيد الذي أصابه وان اعتبرنا الحقيقة وقلنا بالحل هناك حرم هنا * هذا كله في رمى السهم أما إذا أرسل كلبا على صيد فقتل صيدا آخر فينظر إن لم يعدل عن جهة الارسال بل كان فيها صيود فأخذ غير ما أرسل عليه وقتله فطريقان (المذهب) أنه يحل وبه قطع المصنف والاكثرون ودليله في الكتاب (والثاني) فيه وجهان (أصحهما) يحل (والثاني) يحرم كما لو استرسل بنفسه وان عدل إلى جهة أخرى فثلاثة أوجه (أصحها) الحل لأنه بغير تكليفه ترك العدول ولان الصيد لو عدل فتبعه الكلب وقتله حل قطعاً (والثاني) يحرم كما ذكره المصنف (والثالث) وهو اختيار الماوردي ان خرج عادلا عن الجهة حرم وان خرج إليها ففاتة الصيد فعدل إلى غيرها وصاد حل لأنه يدل على حذقة حيث لم يرجع خائبا وقطع امام الحرميين بالتحريم إذا عدل وظهر من عدوله اختياره بأن امتد في جهة الارسال زمانا ثم ظهر صيد آخر فاستدبر المرسل إليه وقصد الآخر والله أعلم *

[121]

قال المصنف رحمه الله * (وان أرسل كلبا وهو لا يرى صيدا فأصاب صيدا لم يحل لأنه أرسله على غير صيد فلم يحل ما اصطاده كما لو حل رباطه فاسترسل بنفسه واصطاد وان أرسل سهما في الهواء وهو لا يرى صيدا فأصاب صيدا ففيه وجهان (قال) ابو اسحق يحل لأنه قتله بفعله ولم يفقد الا القصد إلى الذبح وذلك لا يعتبر كما لو قطع شيئا وهو يظن أنه خشبة فكان حلق شاة (ومن) أصحابنا من قال لا يحل وهو الصحيح لأنه لم يقصد صيدا بعينه فأشبهه إذا نصب أحبولة فيها حديدة فوقع فيها صيد فقتلته وان كان في يده سكين فوقعت على حلق شاة فقتلها حل في قول أبي اسحق لأنه حصل الذبح بفعله وعلى قول الآخر لا تحل لأنه لم يقصد * وان رأى صيدا فظنه حجرا أو حيوانا غير الصيد فرماه فقتله حل أكله لأنه قتله بفعله قصده وانما جهل حقيقته والجهل بذلك لا يؤثر كما لو قطع شيئا فظنه غير الحيوان فكان حلق شاة وان أرسل على ذلك كلبا فقتله ففيه وجهان (أحدهما) يحل كما يحل إذا رماه بسهم (والثاني) لا يحل لأنه أرسله على غير صيد فأشبهه إذا أرسله على غير شيء) (الشرح) قال أصحابنا إذا أرسل كلبا وهو لا يرى صيدا فاعترض صيدا فقتله لم يحل لما ذكره المصنف * هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور وحكى الرويانى في كتابه الكافي وغيره من أصحابنا فيه وجهان أنه يحل وهو شاذ ضعيف ولو أرسل سهما في الهواء وهو لا يرى صيدا أو أرسله في فضاء الارض لاختبار قوته أو رمى إلى هدف فاعترض صيدا فأصابه وقتله وكان لا يخطر له الصيد أو كان يراه ولكن رمى إلى هدف أو ذئب ولم يقصد الصيد فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) المنصوص لا يحل لعدم قصده (والثاني) يحل قاله أبو إسحق ولو كان يحل سيفه فأصاب عنق شاة وقطع الحلقوم والمرئ من غير علم بالحال فطريقان (المذهب) أنه ميتة محرمة وبه قطع امام الحرميين وغيره (والثاني) فيه وجهان ولو رمى ما ظنه حجرا أو جرثومة أو آدميا معصوما أو غير معصوم أو خنزيرا أو

حيوانا آخر محرما فكان صيدا فقتله أو ظنه صيدا غير مأكول فكان مأكولا أو قطع في ظلمة ما ظنه ثوبا فكان حلق شاة فانقطع الحلقوم والمرئ أو أرسل كلبا إلى شاخص يظنه حجرا فكان صيدا أو لم يغلب على ظنه شئ من ذلك أو ذبح في ظلمة حيوانا فظنه محرما وكان شاة فالمذهب انه حلال في جميع هذه الصور وفي الجميع وجه ضعيف انه حرام لعدم القصد ولو رمى إلى شاته الربيطه سهما جارحا فاصاب الحلقوم والمرئ وفاقا وقطعهما ففي حل الشاة مع القدرة على ذبحها. احتمال لامام الحرمين قال ويجوز ان يفرق بين ان يقصد الذبح بسهمه وبين ان يقصد الشاة فيصيب المذبح والاصح الحل والله تعالى اعلم * (فرع) في مذاهب العلماء فيمن رمى شيئا يظنه حجرا وكان صيدا فقتله * قد ذكرنا أن الصحيح عندنا حله وبه قال أبو حنيفة * وقال مالك لا يحل * وقال محمد ابن الحسن ان ظنه حجرا لم يحل وان ظنه حيوانا محرما كالكلب والخنزير حل الا أن يظنه آدميا فلا يحل وكذا قال احمد إذا ظنه إنسانا لم يحل وقال ابو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إذا رأى خنزيرا برياً أو أسداً أو ذئباً وكان ظنياً حل * وقال زفر لا يحل * (فرع) في مذاهبهم فيمن أرسل كلبا على صيد وأخذ غيره في طريقه وسمته * مذهبنا أنه حلال كما سبق وبه قال ابو حنيفة واحمد وقال مالك وداود لا يحل * قال المصنف رحمه الله * (وان توحش أهلى أو ند بعير أو تردى في بئر فلم يقدر على ذكاته في حلقه فذكاته حيث يصاب من بدنه لما روي رافع بن خديج قال (كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزاة وقد اصاب القوم غنما وابلا فند منها بعير فرمى بسهم فحبسه الله به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذه البهائم لها اوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا) وقال ابن عباس رضى الله عنه " ما اعجزك من البهائم فهو بمنزلة الصيد ولانه يتعذر ذكاته في الحلق فصار كالصيد وان تأنس

الصيد فذكاته ذكاة الاهلى كما ان الاهلى إذا توحش فذكاته ذكاة الوحشى) * (الشرح) حديث رافع رواه البخاري ومسلم والاثر المذكور عن ابن عباس صحيح رواه البيهقي باسناده وذكره البخاري في صحيحه تعليقا بصيغة الجزم فهو صحيح عنده (وقوله) ندهو - بفتح النون وتشديد الدال - أي هرب والواو - بفتح الهمزة وبالباء الموحدة - وهي النفور والتوحش جمع أبدة - بالمد وكسر الباء - ويقال أبدت - بفتح الباء والتخفيف - يأبد ويأبد - بكسر الباء وضمها - وتأبدت أي توحشت ونفرت من الانس * أما الاحكام فقال أصحابنا الحيوان المأكول الذى لا تحل ميتة ضربان مقدور علي ذبحه ومتوحش فالمقدور عليه لا يحل إلا بالذبح في الحلق واللبة كما سبق وهذا مجمع عليه وسواء في هذا الانسى والوحشى إذا قدر على ذبحه بأن أمسك الصيد أو كان متوحشا فلا يحل إلا بالذبح في الحلق واللبة لما ذكره المصنف * وأما المتوحش كالصيد فجميع أجزائه مذبح مادام متوحشا فإذا رماه بسهم أو أرسل عليه جارحة فأصاب شيئا من بدنه ومات به حل بالاجماع ولو توحش إنسى بأن ند بعير أو بقرة أو فرس أو شردت شاة أو غيرها فهو كالصيد يحل بالرمي إلى غير مذبحة وبارسال الكلب من الجوارح عليه وهذا بلا خلاف عندنا لما ذكره المصنف ولو تردى بعير أو غيره في بئر ولم يمكن قطع حلقومه فهو كالبعير الناد في حله بالرمي بلا خلاف

وفى حله بإرسال الكلب وجهان حكاهما الماوردي والرويانى والشاشى وغيرهم (أصحهما) عندهم حتى البحر والمستظهري التحريم (واختار) البصريون الحل والاول أرجح والله تعالى أعلم * قال أصحابنا وليس المراد بالتوحش مجرد الافلات بل متى تيسر اللحوق بعدو أو استعانة بمن يمسكه فليس ذلك توحشا ولا يحل حينئذ إلا بالذبح في المذبح. قال الرافعى ولو تحقق العجز في الحال فقد أطلق الاصحاب أن البعير ونحوه كالصيد لانه قد يريد الذبح في الحال فتكليفه الصبر إلى القدرة يشق عليه. قال امام الحرمين والظاهر عندي أنه لا يلحق بالصيد بذلك لانها حالة عارضة قربتها له قال لكن لو كان الصبر والطلب يؤدي إلى مهلكة أو مسببة فهو حينئذ كالصيد وان كان يؤدي إلى موضع لصوص وعصبات مترصدين فوجهان

[124]

الفرق أن تصرفهم واتلافهم متدارك بالضمان * هذا كلام الامام قال الرافعى والمذهب ما قدمناه عن الاصحاب والله أعلم * (فرع) في كيفية الجرح المفيد للحل في الناد والمتردي وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور أنه يكفي جرح يفرض إلى الزهوق كيف كان (والثانى) لا بد من جرح مذفف واختاره القفال وامام الحرمين * (فرع) حيث جرح الناد والمتردي فقتله حل سواء كانت الجراحة في فخذة أو خاصرته أو غيرهما من بدنه * هذا هو المذهب وهو المنصوص وبه قطع العراقيون وجمهور الخراسانيين وقال الغزالي في الوسيط قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لو طعنت خاصرته لجلت لك) قال فقال المراوزة خصص الخاصرة ليكون الجرح مذففا فلا يجوز جرح آخر وان كان يفرض إلى الموت قال ومنهم من قال يكفي كل جراحة تفضى إلى الموت هذا لفظه في الوسيط وفيها منكرات (منها) تغيير الحديث (ومنها) تغيير الحكم (أما) الحديث فقد سبق بانكاره الامام ابو عمرو ابن الصلاح رحمه الله فقال هذا اختصار من الغزالي لحديث استدل به في ذلك شيخه امام الحرمين قال روى أن رجلا يعرف بابى العسراء تردى له بعير في بئر فهلك فرفعت القصة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال (لابى العسراء وأبيك لو طعنت في خاصرتها لجلت لك) قال ابو عمرو وفيما ذكره امام الحرمين ثلاثة أغلاط وذلك أن هذا الحديث تفرد بروايته حماد ابن أبى سلمة عن أبى العسراء الدارمي عن أبيه قال (قلت يا رسول الله أما تكون الذكاة الا في الحلق واللثة قال (وأبيك لو طعنتها في فخذها لاجراً عنك) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه في كتبهم المعتمدة وأبى العسراء - بضم العين وبالمدة على وزن الشعراء - اسمه أسامة بن مالك وقيل غير ذلك فوقع فيما ذكره امام الحرمين الغلط من أوجه (أحدها) جعله أبى العسراء هو الذى خاطبه النبي صلى الله عليه وسلم وإنما هو أبوه وأبو العسراء تابعي مشهور (والثانى) في ذكره تردى البعير في بئر الحديث وليس ذلك من الحديث وإنما هو

[125]

تفسير من أهل العلم للحديث قالوا عند الضرورة في التردى في البئر وأشباهه وان كان الشيخ أبو حامد الاسفراينى قد قال بعد ذكره الحديث

دون ذكر التردى وفي بعض الاخبار أنه سئل عن بعير تردى في بئر فقال
أما تصلح الذكاة الا في الحلق واللثة وذكر الحديث فان ذلك أيضا باطل لا
يعرف (والثالث) في قوله (لو طعنت في خاصرتها) وانما قال (في فخذها)
وذكر الخاصرة ورد في أثر رويناه وذكره الشافعي رحمه الله قال (تردى
بعير في بئر وطعن في شاكلته فسئل عبد الله بن عمر فأمر بأكله)
والشاكله الخاصرة ولا يثبت والحالة هذه ما رامه المراوزة من تخصيص
الخاصرة وأشباهها فالصحيح اذن قول غيرهم انه يكفي في أي موضع كان
لقوله صلى الله عليه وسلم (لو طعنت في فخذها) هذا آخر كلام الشيخ أبي
عمرو وهو كما قال وهذا الحديث الذي رواه أبو داود والترمذي والنسائي
وغيرهم حديث ضعيف فقد اتفقوا على أن مداره على أبي العسراء قالوا
وهو مجهول لا يعرف الا في هذا الحديث ولم يرو عنه غير حماد بن أبي
سلمة وقد اتفق أهل العلم بالحديث على أن من يرو عنه غير واحد فهو
مجهول الا أن يكون مشهورا بعلم أو صلاح أو شجاعة ونحو ذلك ولم يوجد
شيء من هذا الاستثناء في أبي العسراء فهو مجهول واتفقوا على أنه لم
يرو عنه غير حماد بن أبي سلمة قال الترمذي هو حديث غريب لا يعرف الا
من حديث حماد قال ولا يعرف لابي العسراء عن أبيه غير هذا الحديث وقال
البخاري في تاريخه في حديث أبي العسراء وسماعه من أبيه فيه نظر والله
اعلم * فالصواب أنه في أي موضع جرحه فمات منه حل سواء الخاصرة
والفخذ وغيرهما لحديث رافع بن خديج المذكور في الكتاب وقوله صلى
الله عليه وسلم (فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا) وهو ثابت في الصحيح
كما سبق ولا معارض له ولم يثبت له مخصص فيجب العمل بعمومه واطلاقه
في كل معجز عنه كما قاله الاصحاب ونص عليه الشافعي ويتعين رد ما
حكى عن المراوزة والله أعلم * (فرع) لو وقع بعيران في بئر أحدهما فوق
الآخر فطعن الاعلى فمات الاسفل بثقله حرم الاسفل فلو تعدت الطعنة
فأصابته أيضا حلا جميعا فان شك هل مات بالطعنة النافذة أم بالثقل

[126]

وقد علم أن الطعنة أصابته قبل مفارقة الروح حل وان شك هل أصابته
قبل مفارقة الروح أم بعدها قال البغوي في الفناوي يحتمل وجهين بناء
على القولين في العبد الغائب المنقطع خبره هل يجزئ في الكفارة *
(فرع) لو رمى حيوانا غير مقدور عليه فصار مقدورا فأصاب غير المذبح لم
يحل ولو رمى مقدورا عليه فصار غير مقدور عليه فأصاب غير مذبحه حل *
(فرع) في مذاهب العلماء فيما إذا توحش الحيوان الانسى المأكول فلم
يقدر عليه كالبعير الناد أو الشاة أو البقرة أو تردى في بئر وعجز عن عقره
في محل الذكاة * فمذهبنا أن كل موضع من بدنه محل لذكاته فحيث جرحه
فقتله حل أكله وبه قال جمهور العلماء منهم على ابن أبي طالب وابن
مسعود وابن عمر وابن عباس وطاووس وعطاء والشعبي والحسن البصري
والاسود ابن يزيد والحكم وحماد والنخعي والثوري وابو حنيفة واحمد
واسحاق وأبو ثور والمزني وداود وقال سعيد بن المسيب وربيعه والليث
بن سعد ومالك لا يحل الا بذكاته في موضع الذبح وهو الحلق واللثة ولا
يتغير موضع الذكاة بتوحشه وترديه * دليلنا حديث رافع بن خديج السابق *
قال المصنف رحمه الله * (وان ذكى ما يؤكل لحمه ووجد في جوفه جنينا
ميتا حل اكله لما روى أبو سعيد قال قلنا يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح
البقرة والشاة وفي بطنها الجنين أنلقه أم نأكله فقال (كلوه ان شئتم
فان ذكاته ذكاة أمه) ولان الجنين لا يمكن ذبحه فجعل ذكاة الام ذكاة له وان
خرج الجنين حيا وتمكن من ذبحه لم يحل من غير ذبح وان مات قبل ان

يتمكن من ذكاته حل) * (الشرح) حديث أبي سعيد الخدري هذا رواه أبو داود بلفظه ورواه أبو داود أيضا والترمذي وابن ماجه من رواية مجاهد عن أبي الوداك عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ذكاة الجنين ذكاة أمه) قال الترمذي حديث حسن قال وقد روى من غير هذا الوجه عن أبي سعيد

[127]

قال والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم قال وفي الباب عن جابر وأبي أمامة وأبي الدرداء وأبي هريرة * هذا كلام الترمذي وهذه الرواية مع رواية المصنف التي نقلها عن سنن أبي داود مدارها علي مخالده وهو ضعيف لا يحتج به وقد قال الترمذي إنه حديث حسن فلعله روى من طريق آخر تقوى بعضها ببعض فيصير حسنا كما قال الترمذي فإنه قد ذكر أنه روى من طريق آخر عن أبي سعيد ورواه البيهقي من طريق جابر مرفوعا (ذكاة الجنين ذكاة أمه) باسناد جيد إلا أن فيه رجلا جرحه الاكثرون * واحتج به البخاري في صحيحه ثم قال البيهقي في الباب عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وأبي أيوب وأبي هريرة وأبي الدرداء والبراء بن عازب رضى الله عنهم مرفوعا فقد تعاضدت طرفه كما ترى فلهذا صار حديثا حسنا يحتج به كما قاله الترمذي والله سبحانه وتعالى أعلم * وقوله (ذكاة الجنين ذكاة أمه) هو بالرفع في ذكاة أمه تقديره ذكاة الجنين حاصلة بذكاة أمه * (أما الاحكام) فقال الشافعي والاصحاب إذا ذبح المأكولة فوجد في جوفها جنينا ميتا فهو حلال بلا خلاف سواء أشعر أم لا قال الشيخ أبو محمد الجويني في كتابه الفروق إنما يحل إذا سكن في البطن عقب ذبح الام أما إذا بقي زمنا طويلا يضطرب ويتحرك ثم سكن فوجهان (الصحيح) أنه حرام قال أصحابنا ولو جرح الجنين وبه حركة مذبوح ثم مات حل لانه في معنى الذى مات في البطن قبل الذبح وان جرح وفيه حياة مستقرة وأمكن ذبحه فلم يذبحه حتى مات فهو حرام وان لم يتمكن من ذبحه حتى مات فهو حلال كما قاله المصنف والاصحاب قياسا على الصيد ولو أخرج رأسه وفيه حياة مستقرة ثم ذبحت الام قبل انفصاله فوجهان (أصحهما) وبه قطع القفال يحل لان خروج بعض الولد كعدم خروجه في العدة وسائر الاحكام (والثاني) وبه قطع القاضى حسين والبعوى لا يحل إلا بذبحة لانه مقدور عليه قال البغوي ولو أخرج رجله فقياس ما قاله القاضى حسين أنه يجرحه بسكين ونحوه ليحل كما لو تردى بعير في بئر ولو وجد في جوف المذكاة مضغة لم

[128]

تبين فيها الصورة ولا تشكلت الاعضاء فحلها وجهان بناء على وجوب الغرة فيها وثبوت حكم الاستيلاد والله أعلم * (فر) في مذاهب العلماء في المسألة * مذهبنا أن الحيوان المأكول إذا ذكى فخرج من جوفه جنين ميت حل وبه قال العلماء كافة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الامصار إلا أبا حنيفة وزفر فقال لا يحل حتى يخرج حيا فيذكى * وقال مالك من خرج ميتا تام الخلق وتم شعره فحلل بذكاة الام وان لم يتم ولم ينبت شعره فحرام قال ابن المنذر كان الناس على إباحته لا نعلم أحدا

خالف ما قالوه إلى أن جاء أبو حنيفة فحرمه وقال ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين ونقل الخطابي أن ابن المنذر قال في كتاب آخر له إنه لم يقل بقول أبا حنيفة أحد من العلماء غيره قال ولا أحسب أصحابه وافقوه عليه قال الخطابي وقد ذهب أكثر العلماء إلى إباحته لكن اشترط بعضهم فيه الأشعار * واحتج لابي حنيفة بأن ذكاة حيوان لا تكون ذكاة حيوان آخر قال وتأولوا حديث (ذكاة الجنين ذكاة أمه) أي ذكاته كذكاة أمه أي ذكوه كما تذكون أمه * واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف من الحديث والقياس على الصيد قال الخطابي والأصحاب وهذا المنقول عن رواية أبي داود المذكورة في الكتاب صريح في الدلالة لمذهبننا ومبطل لتأويلهم المذكور ولأن حقيقة الجنين ما كان في البطن وذبحه في البطن لا يمكن فعلم أنه ليس المراد أنه يذكى كذكاة أمه بل ذكاة أمه كافية في حله ومما يؤيد هذا أن في رواية البيهقي (ذكاة الجنين في ذكاة أمه) وفي رواية له أيضا (ذكاة الجنين بذكاة أمه) ولأنه لو كان المراد ما قالوه لم يكن للجنين مزية ولأنه ينبعها في العتق فيتبعها في الذكاة كالأعضاء والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (إذا أثبت صيدا بالرمي أو بالكلب فزال امتناعه ملكه لانه حبسه بفعله فملكه كما لو أمسكه بيده فان رماه اثنان واحد بعد واحد فهو لمن اثبتته منهما فان ادعى كل واحد منهما انه هو الذي

[129]

سبق وأزال امتناعه وان الآخر رماه فقتله فعليه الضمان لم يحل أكله لانهما اتفقا على أنه قتل بعد إمكان ذبحه فلم يحل ويتحالفان فإذا حلف برئ كل واحد منهما مما يدعى الآخر وان اتفقا على أن أحدهما هو السابق غيران السابق ادعى انه هو الذي أثبتته بسهمه وادعى الآخر أنه بقى على الامتناع إلى أن رماه هو فالقول قول الثاني لان الاصل بقاؤه على الامتناع وان كان الصيد مما يمتنع بالرجل والجنح كالقبح والقطا فرماه احدهما فاصاب الرجل ثم رماه الآخر فاصاب الجناح ففيه وجهان (احدهما) أنه يكون بينهما لانه زال الامتناع بفعلهما فتساويا (والثاني) انه للثاني وهو الصحيح لان الامتناع لم يزل الا بفعل الثاني فوجب أنه يكون له) * (الشرح) في الفصل مسألتان (إحدهما) فيما يملك به الصيد (والثانية) في الازدحام عليه (فأما) الثانية فتؤخر شرحها ونذكره مع الفصلين بعدها إن شاء الله تعالى (وأما الاولى) فقال أصحابنا يملك الصيد بطرق (منها) أن يضبطه بيده فيملكه ولا يشترط فيه قصد التملك في أخذه بيده حتى لو أخذ صيدا لينظر إليه ملكه بلا خلاف ولو سعى وراء صيد ليأخذه فوقف الصيد للاعياء لم يملكه حتى يقبضه (ومنها) أن يجرحه جراحة مدففة أو رمية مثخنة أو يرميه فيملكه وكذا إن كان طائرا فكسر جناحه فعجز عن العدو والطيران جميعا قالوا ويكفي المتملك إبطال شدة العدو وصورته بحيث يسهل لحاقه ولو جرحه فعطش وثبت لم يملكه إن كان عطشه لعدم الماء وإن كان لعجزه عن الوصول إلى الماء ملكه لان عجزه بالجراحة (ومنها) لو نصب شبكة ونحوها لصيد فوقع فيها صيد ملكه فلو طرده طاردا فوقع في الشبكة فهو لصاحب الشبكة لا للطارد وقال الماوردي وغيره ولو وقع طائر في الشبكة ثم تقطعت الشبكة فافلت وذهب فان كان ذلك بقطع الصيد الواقع فيها عاد مباحا فيملكه من صاده بعد ذلك لان الاول لم تثبتته شبكته وإلا فيملكه صاحب الشبكة وهو باق على ملكه فلا يملكه من أخذه وقال الغزالي في الوسيط في باب البئر لو وقع في الشبكة فافلت لم يزل ملكه على الصحيح هكذا اطلقه الغزالي والمذهب التفصيل الذي ذكره

الماوردي ولو تغفل الصيد بالشبكة ثم قلع الشبكة وذهب بها فأخذه إنسان نظر إن كان يعدو ويمتنع مع الشبكة فله الاخذ فان أبطل ثقل الشبكة امتناعه بحيث تيسر أخذه فهو لصاحب الشبكة ولا يملكه غيره (ومنها) إذا أرسل كلبا فأثبت صيدا " ملكه المرسل فلو أرسل سبعا " آخر فعقره وأثبتته قال الماوردي إن كان له على السبع يد ملك الصيد والا فلا ولو أفلت الصيد بعد ما أخذه الكلب قال الروياني قال بعض الاصحاب إن كان ذلك قبل أن يدركه صاحبه لم يملكه وإن كان بعده فوجهان (أصحهما) لا يملكه لانه لم يقبضه ولا زال امتناعه فعلى هذا يملكه من صاحبه بعد ذلك (ومنها) إذا الجأه إلى مضيق لا يقدر على الافلات منه ملكه وذلك بان يدخله بيتا ونحوه ولو اضطر سمكة إلى بركة صغيرة أو حوض صغير على شط نهر ملكه كما لو اضطر الصيد إلى بيت * والصغير هو ما يسهل أخذها منه ولو اضطرها إلى بركة واسعة بعسر أخذها منها أو دخلتها السمكة فسد منافذها ففيها الخلاف الذي سنذكره إن شاء الله تعالى قريبا فيما إذا دخل الصيد ملكه (فان قلنا) بالاصح أنه لا يملكه بالدخول فسد منازل البركة ملك السمكة لانه تسبب إلى ضيائها والله اعلم * قال الرافعي وقد ترجع جميع هذه الطرق إلى شئ واحد وهو أن يقال سبب ملك الصيد إبطال زوال امتناعه وحصول الاستيلاء عليه وذلك يحصل بالطرق المذكورة والله تعالى أعلم * (فرع) لو توحل صيد بأرض إنسان وصار مقدورا عليه فوجهان (أحدهما) يملكه كما لو وقع في شبكته (وأصحهما) لا يملكه لانه لا يقصد بسقي الارض الاصطياد قال إمام الحرمين الخلاف فيما إذا لم يكن سقى الارض مما يقصد به الاصطياد وتوحل الصيد فان كان يقصد فهو كمنصب الشبكة ولم يتعرض الروياني لأرض الشخص بل قال لو توحل وهو في طلبه لم يملكه لان الطين ليس من فعله فلو كان هو أرسل الماء في الارض ملكه لان الوحل حصل بفعله فهو كالشبكة قال الرافعي وبشبهه أن يكون هذا عائدا إلى ما ذكره الامام من قصد الاصطياد بالسقي ولو وقع صيد في أرض

وصار مقدورا عليه أو عشش في أرضه طائر وباض وفرخ وحصلت القدرة على البيض والفرخ لم يملكه على أصح الوجهين وبه قطع البغوي وغيره (والثاني) يملكه قال البغوي ولو حفر حفرة لا للصيد فوقع فيها صيد لم يملكه وان حفر للصيد ملك ما وقع فيها ولو أغلق باب الدار لئلا يخرج صار ملكا له قال امام الحرمين قال الاصحاب إذا قلنا لا يملكه صاحب الارض والدار فهو أولى بملكه وليس لغيره أن يدخل ملكه وبأخذه فان فعل فهل يملكه فيه وجهان كمن يحجز مواتا وأحياء غيره هل يملكه وهذه الصور أولى بثبوت الملك لان الحجز للأحياء ولا يقصد ببناء الدار وقوع الصيد فيها (والاصح) في الصورتين أن المحيى وأخذ الصيد يملكان وان كانا غاصبين بتقويت حق المتحجز وصاحب الارض * ولو قصد ببناء الدار تعشيش الطير فعشش فيها طير أو وقعت الشبكة من يده بغير قصد فتغفل فيها صيد فوجهان لانه وجد في الاولى قصد لكنه ضعيف وفي الثانية حصل الاستيلاء بملكه لكنه بلا قصد (والاصح) أنه يملكه في الصورة الاولى دون الثانية * (فرع) لو دخل بستان غيره أو داره وصاد فيه طائرا أو غيره ملكه الصائد بلا

خلاف ولو دخل صيد دار انسان وقلنا بالاصح إنه لا يملكه فاعلق أجنبي عليه لم يملكه صاحب الدار ولا الأجنبي لانه متعدد لم يحصل الصيد في يده بخلاف من نصب شبكة واصطاد بها * (فرع) لو أخذ الكلب المعلم صيدا بغير ارسال ثم أخذه أجنبي من فمه يملكه الآخذ هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وحكى الرافعى فيه وجهها شاذا أنه لا يملكه * واحتجوا للاول بما لو أخذ فرخ طائر من شجر غيره فان الآخذ يملكه وأما الكلب الذى ليس بمعلم إذا أرسله صاحبه فاخذ صيدا فاخذه منه أجنبي وهو حي فقال الرافعى ينبغى أن يكون للمرسل ويكون ارساله كنصب شبكة تغفل بها الصيد قال فاحتمل خلافه لان للكلب اختيارا * قال المصنف رحمه الله * (وان رمى الصيد اثنان أحدهما بعد الآخر ولم يعلم باصابة من منهما صار غير ممتنع فقد قال في

[132]

المختصر انه يؤكل ويكون بينهما فحمل أبو إسحق هذا على ظاهره فقال يحل أكله لان الاصل انه بقى بعد عقر الاول على الامتناع إلى أن قتله الآخر فيحل ويكون بينهما لان الظاهر أنهما مشتركان فيه بحكم اليد ومن أصحابنا من قال ان بقى على الامتناع حتى رماه الآخر فقتله حل وكان للثاني وان زال امتناعه بالاول فهو للاول ولا يحل بقتل الثاني لانه صار مقدورا عليه فيجب أن يتأول عليه إذا لم يمتنع الصيد حتى أدركه وذلكه فيحل واختلفا في السابق منهما فيكون بينهما فان رمى رجل صيدا فأزال امتناعه ثم رماه الآخر نظرت فان أصاب الحلقوم والمرئ فقتله حل أكله لانه قد صار ذكاته في الحلق واللبة وقد ذكاه في الحلق واللبة ويلزمه للاول ما بين قيمته مجروحا ومذبوحا كما لو ذبح له شاة مجروحة وان أصاب غير الحلق واللبة نظرت فان وجاه لم يحل أكله لانه قد صار ذكاته في الحلق واللبة فقتله بغير ذكاه فلم يحل ويجب عليه قيمته لصاحبه مجروحا كما لو قتل له شاة مجروحة فان لم يوجه وبقى مجروحا ثم مات نظرت فان مات قبل أن يدركه صاحبه أو بعد ما أدركه وقبل أن يتمكن من ذبحه وجب عليه قيمته مجروحا لانه مات من جنايته وان أدركه وتمكن من ذبحه فلم يذبحه حتى مات لم يحل أكله لانه ترك ذكاته في الحلق مع القدرة واختلف أصحابنا في ضمانه فقال أبو سعيد الاضطخري تجب عليه قيمته مجروحا لانه لم يوجد من الاول أكثر من الرمي الذى ملك به وهو فعل مباح وترك ذبحه إلى أن مات وهذا لا يسقط الضمان كما لو جرح رجل شاة لرجل فترك صاحبها ذبحها حتى ماتت (والمذهب) أنه لا يجب عليه كمال القيمة لانه مات بسببين محظورين جناية الثاني وسراية جرح الاول فالسراية كالجناية في ايجاب الضمان فيصير كأنه مات من جناية اثنين وما هلك بجناية اثنين لا يجب على أحدهما كمال القيمة وإذا قلنا بهذا قسم الضمان على الجانبين فما يخص الاول يسقط عن الثاني ويجب عليه الباقي ونبين ذلك في جنايتين مضمومتين ليعرف ما يجب على كل واحد منهما فما وجب على الاول منهما من قيمته أسقطناه عن الثاني فنقول إذا كان لرجل صيد قيمته عشرة فجرحه رجل جراحة نقص من

[133]

قيمته درهم ثم جرحه آخر فنقص درهم ثم مات ففيه لأصحابنا ستة طرق (أحدها) وهو قول المزني أنه يجب على كل واحد منهما أرش جنايته ثم تجب قيمته بعد الجنايتين بينهما نصفان فيجب على الأول درهم وعلى الثاني درهم ثم تجب قيمته بعد الجنايتين وهي ثمانية بينهما نصفان على كل واحد منهما أربعة فيحصل على كل واحد منهما خمسة لان كل واحد منهما انفرد بجنايته فوجب عليه أرشها ثم هلك الصيد بجنايتهما فوجب عليهما قيمته (والثاني) وهو قول أبي إسحق أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته يوم الجناية ونصف أرش جنايته فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف وسقط عنه النصف لان أرش الجناية يدخل في النفس وقد ضمن نصف النفس والجناية كانت على النصف الذي ضمنه وعلى النصف الذي ضمنه الآخر فما حصل على النصف الذي ضمنه يدخل في الضمان فيسقط وما حصل على النصف الذي ضمنه الآخر يلزم فيحصل عليه خمسة دراهم ونصف والآخر جنى وقيمه تسعة فيلزمه نصف قيمته أربعة ونصف وأرش جنايته درهم فيدخل نصفه في النصف الذي ضمنه ويبقى النصف لأجل النصف الذي ضمنه الأول فيجب عليه خمسة دراهم ثم يرجع الأول على الثاني بنصف الارش الذي ضمنه وهو نصف درهم لان هذا الارش وجب بالجناية على النصف الذي ضمنه الأول وقد ضمن الأول كمال قيمة النصف فرجع بأرش الجناية عليه كرجل غصب من رجل ثوبا فخرقه رجل ثم هلك الثوب وجاء صاحبه وضمن الغاصب كمال قيمة الثوب فانه يرجع على الجاني بأرش الخرق فيحصل على الأول خمسة دراهم وعلى الثاني خمسة دراهم فهذا يوافق قول المزني في الحكم وان خالفه في الطريق (والثالث) وهو قول أبي الطيب بن سلمة أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته حال الجناية ونصف أرش جنايته ويدخل النصف فيما ضمنه صاحبه كما قال أبو إسحق إلا أنه قال لا يعود من الثاني إلى الأول شيء ثم ينظر لما حصل على كل واحد منهما ويضم بعضه إلى بعض وتقسم عليه العشرة فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف وعلى الثاني خمسة دراهم فذلك عشرة ونصف فتقسم العشرة على عشرة ونصف فما يخص خمسة ونصفاً يجب على الأول وما يخص خمسا يجب على الثاني (والرابع)

[134]

ما قال بعض أصحابنا أنه يجب على الأول أرش جنايته ثم تجب قيمته بعد ذلك بينهما نصفين ولا يجب على الثاني أرش جنايته فيجب على الأول درهم ثم تجب التسعة بينهما نصفان على كل واحد منهما أربعة دراهم ونصف فيحصل على الأول خمسة دراهم ونصف وعلى الثاني أربعة دراهم ونصف لان الأول انفرد بالجناية فلزمه أرشها ثم اجتمع جناية الثاني وسراية الأول فحصل الموت منهما فكانت القيمة بينهما (والخامس) ما قال بعض أصحابنا أن الارش يدخل في قيمة الصيد فيجب على الأول نصف قيمته حال الجناية وهو خمسة وعلى الثاني نصف قيمته وهو أربعة ونصف ويسقط نصف درهم قال لاني لم أجد محلاً أوجه فيه (والسادس) وهو قول أبي علي بن خيران وهو أن أرش جناية كل واحد منهما يدخل في القيمة فتضم قيمة الصيد عند جناية الأول إلى قيمة الصيد عند جناية الثاني فتكون تسعة عشر ثم تقسم العشرة على ذلك فما يخص عشرة فهو على الأول وما يخص تسعة فهو على الثاني وهذا أصح الطرق لان أصحاب الطرق الأربعة لا يدخلون الارش في بدل النفس وهذا لا يجوز لان الارش يدخل في بدل النفس وصاحب الطريق الخامس يوجب في صيد قيمته عشرة تسعة ونصفاً ويسقط من قيمته نصف درهم وهذا لا يجوز *

(الشرح) هذا الفصل مع الفصل الذي قبله والفصل الذي بعده مرتبطة ومسائلها متداخلة وهى منتشبة وقد لخصها الرافعي رحمه الله تعالى فانا ان شاء الله أنقل ما ذكره وأضم إليه ما تركه مع التنبيه على كلام المصنف رحمه الله * قال الرافعي الاشتراك في الصيد والازدحام عليه له أربعة أحوال (الحال الاول) أن يتعاقب جرحان من اثنين فالاول منهما ان لم يكن مدففا ولا مزمننا بل بقى على امتناعه وكان الثاني مدففا أو مزمننا فالصيد للثاني ولا شئ له على الاول بجراحته وان كان جرح الاول مدففا فالصيد للاول وعلى الثاني ارش ما نقص من لحمه وجلده برمييه وان كان جرح الاول مزمننا ملك الصيد به ونفصل في الثاني فان دُف فقطع الحلقوم والمرئ فهو حلال للاول وعلى الثاني للاول ما بين قيمته مذبوحا ومزمننا قال الامام إنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة

[135]

مستقرة وان كان متألما بحيث لو لم يذبح لهلك فعندي انه لا ينقص منه بالذبح شئ فان دُف الثاني لا يقطع الحلقوم والمرئ أو لم يذف ومات بالجرحين فهو صيد وكذا الحكم رمى إلى صيد فزمنه ثم رمى إليه ثانيا ودُف لا يقطع المذبح ويجب على الثاني كمال قيمة الصيد مجروحا ان كان دُف فان كان جرح لا يذف ومات بالجرحين ففيما يجب عليه. كلام له مقدمة نذكرها أولا وهي: إذا جنى رجل على عبد انسان أو بهيمته أو صيد مملوك قيمته عشرة دنانير جراحة ارشها دينار ثم جرحه آخر جراحة ارشها دينار أيضا فمات بالجرحين ففيما يلزم الجارحين ستة أوجه مشهورة (أحدها) يجب على الاول خمسة دنانير وعلى الثاني أربعة ونصف لان الجرحين سريا وصار قتلا فلزم كل واحد نصف قيمته وهذا قول ابن سريج وضعفه الاصحاب لان فيه ضياع نصف دينار على المالك (والثاني) قاله المزني وأبو إسحق المروزي والقفال يلزم كل واحد خمسة دنانير لان كل واحد كان ارش جنايته دينارا فلزمه ثم مات بجرحيهما فلزمهما باقى قيمته وهى ثمانية بينهما نصفين فصار على كل واحد خمسة وعلى هذا لو نقصت جناية الاول دينار أو جناية الثاني دينارين لزم الاول أربعة ونصف ولزم الثاني خمسة ونصف ولو نقصت جناية الاول ديناران وجناية الثاني ديناران انعكس فيلزم الاول خمسة ونصف ويلزم الثاني أربعة ونصف وضعف الاصحاب هذا الوجه أيضا لانه سوى بينهما مع اختلاف قيمته حال أخذهما (والوجه الثالث) حكاها امام الحرمين عن القفال أيضا انه يلزم الاول خمسة ونصف والثاني خمسة لان جناية كل واحد نقصت دينارا ثم سريا والارش يسقط إذا صارت الجناية نفسا فيسقط عن كل واحد نصف الارش لان الموجود منه نصف القتل (واعترضوا) على هذا بان فيه زيادة الواجب على المتلف وأجاب القفال بان الجناية قد تنجر إلى إيجاب زيادة كمن قطع يدى عبد ثم قتله آخر (وأجيب) عنه بان قاطع اليدين لا شركة له في القتل بل القتل يقطع أثر القلع ويقع موقع الاندمال وهنا بخلافه (والوجه الرابع) قاله أبو الطيب بن سلمة يلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ونصف الارش لكن لا يزيد الواجب على القيمة فيجمع ما لزمهما تقديرا وهو

[136]

عشرة ونصف وتقسم القيمة وهي عشرة على العشرة والنصف ليراعى التفاوت بينهما فيبسط أنصافا فيكون إحدى وعشرين فيلزم الاول احدى عشر جزءا من إحدى وعشرين جزءا من عشرة ويلزم الثاني عشرة من احدى وعشرين من عشرة وهو ضعيف لافراد ارش الجنابة عن بدل النفس (والوجه الخامس) قاله صاحب التقريب وغيره واختاره امام الحرمين يلزم الاول خمسة ونصف والثاني أربعة ونصف لان الاول لو انفرد بالجرح والسرابة لزمه العشرة فلا يسقط عنه الا ما لزم الثاني والثاني إنما جني على نصف ما يساوي تسعة وفيه ضعف أيضا (والوجه السادس) قاله ابن خيران واختاره صاحب الافصاح وأطبق العراقيون على ترجيحه أنه يجمع بين القيمتين فيكون تسعة عشر فيقسم عليه ما فوتا وهي عشرة فيكون على الاول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة وعلى الثاني تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة والله سبحانه وتعالى أعلم * أما إذا كانت الجنابة ثلاثة وأرش كل جنابة دينار والقيمة عشرة فعلى طريقة المزني يلزم كل واحد ثلاثة وثلاث وعلى الوجه الثالث يلزم الاول أربعة منها ثلاثة وثلاث هي ثلث سهم القيمة وثلثان هما ثلثا الارش (1) ويلزم الثالث ثلاثة منها ديناران وثلث هي ثلث القيمة يوم جنابته وثلثان هما ثلثا الارش فالجملة عشرة وثلثان وعلى الوجه الرابع توزع العشرة على عشرة وثلثين وعلى الخامس يلزم الاول أربعة وثلث ويلزم الثاني ثلاثة والثالث ديناران وثلثان وعلى السادس تجمع القيم فتكون سبعة وعشرين فتقسم العشرة عليها (أما) إذا جرح مالك العبد أو الصيد جراحة وأجنى أخرى فينظر في جنابة المالك أهى الاولى أم الثانية ويخرج على الاوجه فتسقط حصته وتجب حصة الأجنبي وعن القاضي أبى حامد المرودي أن المذكور في الجنابتين على العبد هو فيما إذا لم يكن للجنابة ارش مقدر فان كان فليس العبد فيها كالبهيمة والصيد المملوك حتى لو جني على عبد غيره جنابة ليس لها ارش مقدر وقيمتها مائة فنقصت الجنابة عشرة ثم جنى آخر جنابة لا ارش لها فنقصت عشرة أيضا ومات العبد منهما فعلى الاول خمسة وخمسون وعلى الثاني خمسون يدفع منها خمسة إلى الاول * قال فلو قطع رجل يد عبد قيمته مائة ثم قطع آخر يده الاخرى لزم الاول نصف ارش اليد

(1) كذا في الاصل وترك ما لزم الثاني وظاهر أنه كالثالث

[137]

وهو خمسة وعشرون ونصف القيمة يوم جنابته وهو خمسون ولزم الثاني نصف ارش اليد خمسة وعشرون ونصف القيمة يوم جنابته وهو أربعون فالجملة مائة وأربعون جميعها للسيدلان الجنابة التي لها ارش مقدر يجوز أن يزيد واجبها على قيمة العبد كما لو قطع يديه فقتله آخر هذا بيان المقدمة ونعود إلى الصيد فنقول: إذا جرح الثاني جراحة غير مدففة ومات الصيد بالجرحين نظر ان مات قبل أن يتمكن الاول من ذبحه لزم الثاني تمام قيمته مزمنا لانه صار ميتا بفعله بخلاف ما لو جرح شاة نفسه وجرحها آخر وماتت فانه لا يجب على الثاني إلا نصف القيمة لان كل واحد من الجرحين هناك حرام والهلاك حصل بهما وهنا فعل الاول اكتساب وذكاة ثم مقتضى كلام الاصحاب أن يقال إذا كان الصيد يساوي عشرة غير مزممن وتسعة مزمنا لزم الثاني تسعة واستدرك صاحب التقريب فقال فعل الاول

وان لم يكن افسادا فيؤثر في الذبح وحصول الزهوق قطعاً فينبغي أن يعتبر فيقال إذا كان غير مزمّن يساوي عشرة ومزمنًا تسعة ومذبوحاً ثمانية تلزمه ثمانية ونصف فإن الدرهم أثر في قواته الفعلان فوزع عليهما قال الامام وللنظر في هذا مجال ويجوز أن يقال المفسد يقطع أثر فعل الاول من كل وجه والاصح ما ذكره صاحب التقريب وان تمكن من ذبحه فذبحه لزم الثاني ارش جراحته ان نقص بها وان لم يذبحه وتركه حتى مات فوجهان (أحدهما لا شيء علي الثاني سوى ارش النقص لان الاول مقصر بترك الذبح (وأصحهما) يضمن زيادة على الارش ولا يكون تركه الذبح مسقطاً للضمان كما لو جرح رجل شاته فلم يذبحها مع التمكن لا يسقط الضمان فعلى هذا فيما يضمن (وجهان) قال الاصطخري يضمن كمال قيمته مزمنًا كما لو ذهب بخلاف ما إذا جرح عبده أو شاته وجرحه غيره أيضا لان كل واحد من الفعل هناك افساد والتحرير حصل بهما وهنا الاول اصلاح (والاصلاح) قول جمهور الاصحاب لا يضمن جميع القيمة بل هو كمن جرح عبده وجرحه غيره لان الموت حصل بهما وكلاهما افساد أما الثاني فظاهر وأما الاول فلان ترك الذبح مع التمكن يجعل الجرح وسرايته افسادا ولهذا لو لم يوجد الجرح الثاني فترك الذبح كان الصيد ميتة فعلى هذا تجب الاوجه في كيفية التوزيع على الجرحين فما هو في حصة الاول يسقط وتجب حصة الثاني والله أعلم * (الحال الثاني) أن يقع

[138]

الجرحان معا فينظران تساويا في سبب الملك فالصيد بينهما وذلك بأن يكون بكل واحد منهما مذفقا أو مزمنًا أو انفردا وأحدهما مذفقا والآخر مزمنًا وسواء تفاوت الجرحان صغرا وكبيرا أو تساويا أو كانا في المذبح أو في غيره أو أحدهما فيه والآخر في غيره وان كان أحدهما مزمنًا أو مذفقا لو انفرد والآخر غير مؤثر فالصيد لمن ذف أو أزمّن ولا ضمان على الثاني لانه لم يجرح ملك الغير ولو احتمل أن يكون الازمان بهما واحتمل أن يكون هذا دون ذاك وذلك دون هذا فالصيد بينهما في ظاهر الحكم ويستحب أن يستحيل كل واحد منهما الآخر تورعا ولو علمنا أن أحدهما مذفق وشككنا هل الآخر أثر في الازمان والتذفيف أم لا قال القفال هو بينهما فقيل له لو جرح رجل جراحة مذففة وجرحه آخر جراحة لا يدري أمذففة هي أم لا فمات فقال يجب القصاص عليهما قال الامام هذا بعيد والوجه تخصيص القصاص بصاحب المذففة وفي الصيد يسلم نصفه لمن جرحه مذفقا ويوقف نصفه بينهما إلى المصالحة أو تبين الحال فان لم يتوقع بيان جعل النصف الآخر بينهما نصفين والله سبحانه أعلم * (الحال الثالث) إذا ترتب الجرحان وأحدهما مزمّن لو انفرد والآخر مذفق وارد على المذبح ولم يعرف السابق فالصيد حلال وان اختلفنا وادعى كل واحد أنه جرحه أولا وأزمّنه أو أنه له فلكل واحد تحليف الآخر فان حلفا فالصيد بينهما ولا شيء لاحدهما علي الآخر وان حلف أحدهما فقط فالصيد له وعلى الآخر ارش ما نقص بالذبح ولو ترتبا وأحدهما مزمّن والآخر مذفق في غير المذبح ولم يعرف السابق فالمذهب الذي قطع به الجمهور أن الصيد حرام لاحتمال تقدم الازمان فلا يحل بعده الا بقطع الحلقوم والمرئ وقيل قولان كمسألة الايماء السابقة ووجه الشبه اجتماع المبيح والمحرم والفرق على المذهب أنه سبق هناك جرح يحال عليه فان ادعى كل واحد أنه أزمّنه أولا وأن الآخر أفسده فالصيد حرام ولكل واحد تحليف الآخر فان حلفا فلا شيء لاحدهما على الآخر وان حلف أحدهما لزم الثاني كل قيمته مزمنًا ولو قال الجرح أولا أزمّنته أنا ثم أفسدته أنت بقتلك فعليك القيمة وقال الثاني لم تزمّنه

أنت بل كان على امتناعه إلى أن رميته فأزمنته أو ذففته فان اتفقا على
غير جراحة الاول وعلمنا أنه لا يبقى امتناع معها ككسر (1)

(1) كذا بالاصل فحرر

[139]

وكسر رجل الممتنع بالعدو فالقول قول الاول بلا يمين والا فالقول قول
الثاني لان الاصل بقاء الامتناع فان حلف فالصيد له ولا شيء على الاول وان
نكل حلف الاول واستحق قيمته مجروحا الجراحة الاولى ولا يحل الصيد لانه
ميتة برغمه وهل للثاني أكله فيه وجهان (قال) القاضي أبو الطيب لا لان
إلزامه القيمة حكم بكونه ميتة وقال غيره له أكله لان النكول في خصومة
الأدمى لا تغير الحكم فيما بينه وبين الله تعالى * ولو علمنا أن الجراحة
المدففة سابقة على التي لو انفردت لكنت مزممة فالصيد حلال فان قال
كل واحد أنا ذففته فلكل واحد تحليف الآخر فان حلفا كان بينهما وان حلف
أحدهما كان له وعلى الآخر ضمان ما نقص * (فرع) قال الشافعي رحمه الله
تعالى في المختصر لو رماه الاول والثاني ووجدناه ميتا ولم يدر أحده
الاول ممتنعا أم لا جعلناه بينهما نصفين وقال في الام حل أكله وكان
بينهما نصفين واعترض عليه فقيل ينبغي أن يحرم هذا الصيد لاجتماع ما
يقتضى الاباحة والتحرير والاصل التحريم وعلى تقدير الحل ينبغي أن لا
يكون بينهما بل يكون لمن أثبتته منهما واختلف الاصحاب في الجواب عن
هذين الاعتراضين على ثلاثة أوجه (أحدها) ترك ظاهر كلام الشافعي
وتسليم ما قاله المعترض وتأويل كلام الشافعي (وأما) قوله إنه يحل أكله
فأراد به إذا عقره أحدهما فأثبتته ثم أصاب الثاني محل الذكاة فقطع
الحلقوم والمرئ أو اثباته ولم يصر في حكم الممتنع ثم ادركه أحدهما
فذكاه فيحل أكله (وأما) قوله انه بينهما فأراد إذا كانت يدهما عليه ولا يعلم
مستحقه منهما فيقسم بينهما (فأما) إذ وجداه ميتا من الجراحتين فلا يحل
أكله فان اتفقا على ان الثاني هو القاتل كان عليه القيمة وان اختلفا فيه
حلف كل واحد منهما لصاحبه كما سبق قال أصحابنا. ولا يمتنع التصوير
فيما ذكرناه فقد جعل الشيء لاثنين وإن كنا نعلمه في الباطن لاحدهما
كمن مات عن اثنين مسلم ونصراني ادعى كل واحد أن أباه مات على دينه
(والوجه) الثاني ترك ظاهر كلام الشافعي أيضا وتأويله على أن مراده صيد
ممتنع برجله وجناحه كالحجل فاصاب احدهما رجله فكسرها وأصاب الآخر
جناحه

[140]

ففيه وجهان (أحدهما) أنه بينهما لان امتناعه حصل بفعلها (وأصحهما) أنه
للثاني لانه كان ممتنعا بعد اصابة الاول وانما زال امتناعه باصابة الثاني
فكان له * فان قلنا بينهما فالمسألة مفروضة فيه (وان قلنا) هو للثاني لم
يعلم الثاني منهما ويدهما عليه فكان بينهما * (والوجه الثالث) وهو قول
أبي اسحق المروزي أن النص على ظاهره فان أزمنناه ومات الصيد ولم يدر

هل أثبتته الاول أم لا فالاصل بقاؤه على امتناعه إلى أن عقره الثاني فيكون عقره ذكاه ويكون بينهما لاحتمال الاثبات من كليهما ولا مزية لاحدهما قال صاحب البيان فان قيل قد قلمت الاصل بقاؤه على الامتناع إلى أن رماه الثاني فكيف لم تزل يد الاول (قلنا) هذا لا يزال به حكم اليد ولهذا لو كان في يده شيء يدعيه حكم له بذلك وان كان الاصل عدم الملك فدل على أن اليد أقوى من حكم الاصل ومن أصحابنا من قال في حل هذا الصيد قولان كمسألة الایماء السابقة والله سبحانه أعلم * (الحال الرابع) إذا تربت الجرحان وحصل الازمان بهما وكل واحد لو انفرد لم يضمن فوجهان (أصحهما) عند الجمهور أن الصيد للثاني (والثاني) أنه بينهما ورجحه إمام الحرمين والغزالي (فان قلنا) إنه للثاني أو كان الجرح الثاني مزمنًا لو انفرد فلا شيء على الاول بسبب جرحه فلو عاد الاول بعد ازمان الثاني وجرحه جراحة أخرى نظر ان أصاب المذبح فهو حلال وعليه للثاني ما نقص من قيمته بالذبح والا فالصيد حرام وعليه إن ذفقت قيمته مجروحاً بجراحته الاولى وجراحة الثاني وكذا إن لم يذفقت ولم يتمكن الثاني من ذبحه فان تمكن وترك الذبح عاد الخلاف السابق فعلى أحد الوجهين ليس على الاول إلا أرش الجراحة الثانية لتقصير المالك وعلى أصحابهما لا يقصد بالضمنان عليه وعلى هذا فوجهان (أحدهما) يلزمه نصف القيمة وخرجه جماعه على الخلاف فيمن جرح عبدا مرتدا فأسلم ثم جرحه سيده ثم عاد الاول وجرحه ثانيا ومات منهما وفيما يلزمه وجهان (أحدهما) ثلث القيمة (والثاني) ربعها قاله القفال فعلى هذا هنا ربع القيمة وعن صاحب التقريب أنه يعود في التوزيع الاوجه الستة السابقة واختار الغزالي وجوب تمام القيمة والمذهب التوزيع كما سبق والله تعالى أعلم *

[141]

(فرع) الاعتبار في الترتيب والمفسد بالاصابة لا يبدأ الرمي والله أعلم * (فرع) لو أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنه اصطاد هذا الصيد ففيه القولان في تعارض البينتين (أصحهما) سقوطها ويرجع إلى قول من هو في يده * (فرع) لو كان في يده صيد فقال آخر أنا اصطدته فقال صاحب اليد لا علم لي بذلك قال ابن كج لا نقتنع منه بهذا الجواب بل يدعيه لنفسه أو ليسلمه إلى مدعيه * (فرع) قال ابن المنذر لو أرسل جماعة كلابهم على صيد فادركه المرسلون قتيلا وادعى كل واحد أن كلبه القاتل قال أبو ثور ان مات الصيد بينهم فهو حلال فإذا اختلفوا فيه وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينها وان كان مع أحد الكلاب فهو لصاحب هذا الكلب وان كان قتيلا والكلاب ناحية أقرع بينهم وأعطى كل واحد حصته بالقرعة وقال غير أبي ثور لا تجزئ القرعة بل يوقف بينهم حتى يصطلحوا فان خيف فسادهم يبيع ووقف الثمن بينهم حتى يصطلحوا هذا كلام ابن المنذر * قال المصنف رحمه الله * (ومن ملك صيدا ثم خلاه ففيه وجهان (أحدهما) يزول ملكه كما لو ملك عبدا ثم أعتقه (والثاني) لا يزول ملكه كما لو ملك بهيمة ثم سببها وبالله التوفيق) * (الشرح) قال أصحابنا إذا ملك صيدا ثم أفلت منه لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ومن أخذه لزمه رده إليه وسواء كان يدور في البلد وحوله أو التحق بالوحوش ولا خلاف في شيء من هذا ولو أرسله مالكه وخلاه ليرجع صيدا كما كان فهل يزول ملكه عنه فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الاصحاب لا يزول وهو المنصوص كما لو أرسل بهيمة إلا (1) ونوى إزالة ملكه عنها فانه لا يزول بلا خلاف ولانه يشبه سوائب الجاهلية وقد قال الله تعالى (ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام) وفي المسألة وجه ثالث وهو قول أبي

على الطبري في الافصاح وحكاة الاصحاب عنه أنه ان قصد برسالة التقرب إلى الله تعالى زال ملكه والا فلا * (هامش) * (1) كذا بالاصل فحرر

[142]

والمذهب المنصوص أنه لا يزول مطلقا * قال أصحابنا (فان قلنا) يزول عاد مباحا فمن صاده ملكه (وان قلنا لا يزول لم يغيره أن يصيده إذا عرفه فان قال عند إرساله أبحت له لمن أخذه حصلت الاباحة ولا ضمان على من أكله لكن لا ينفذ تصرف الآخذ فيه ببيع ونحوه وإذا قلنا بالوجه الثالث فأرسله تقربا إلى الله تعالى فهل يحل اصطياده فيه وجهان (أحدهما لا كالعبد المعتق (وأصحهما) نعم لانه رجع للاباحة ولثلا يصير في معنى سوائب الجاهلية والله تعالى أعلم * (فرع) لو ألقى كسرة خبز معرضا عنها فهل يملكها من أخذها فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وغيره قالوا وهما مرتبان على إرسال الصيد وأولى بان لا تملك بل تبقى على ملك الملقى لان سبب الملك في الصيد اليد وقد أزالها وردة إلى الاباحة قال إمام الحرمين هذا الخلاف في زوال الملك وأما الاباحة فحاصلها لمن أراد أكلها على ظاهر المذهب لان القرائن الظاهرة كافية في الاباحة هذا لفظ الامام * قال الرافعي ويوضحه ما نقل عن الصالحى من التقاط السنابل هذا كلام الرافعي (قلت) الاصح الذى قطع به المصنف في التفسير وغيره من الاصحاب أنه يملك ما تركه الوارث إعراضا كالكسرة وغيرها من الطعام والسنابل وأما الذى يصيبه في شئ ونحو ذلك ويصح تمرق الآخذ فيه بالتتابع وغيره هذا ظاهر قول السلف ولم ينقل أنهم منعوا لتصرف في شئ من ذلك والله أعلم * (فرع) قد سبق في باب أخريات الاطعمة أن الثمار الساقطة من الاشجار إن كانت داخل الجدار لم تحل وإن كانت خارجه فكذلك إن لم تجر عاداتهم باباحتها فان جرت بذلك فهل تجرى العادة المطردة مجرى الاباحة فيه وجهان (أصحهما) تجرى وسبق هناك حكم الاكل من مال صديقه ومن مال الأجنبي وثماره وزرعه والله أعلم * ولو أعرض عن جلد ميتة فأخذه غيره فدبغه ملكه على المذهب لانه لم يكن مملوكا للاول وانما كان له اختصاص فضعف بالاعراض ولو أعرض عن خمر فأخذها غيره فتخللت عنده ففيه تفصيل وخلاف سنذكره في آخر كتاب الغصب حيث ذكره

[143]

المصنف إن شاء الله تعالى * (فرع) لو صاد صيدا عليه أثر مالك بان كان مرسوما. أو مقرطا أو مخضوبا أو مقصوص الجناح لم يملكه الصائد بل هو لقطة لانه يدل على انه كان مملوكا فأقلت ولا ينظر إلى احتمال أنه صاده محرم ففعل به ذلك ثم أرسله لانه تقدير بعيد وهذا كله لا خلاف فيه * (فرع) لو صاد سمكة فوجد في جوفها درة مثقوبة لم تملك الدرّة بل تكون لقطة وان كانت غير مثقوبة فهي له مع السمكة ولو اشترى سمكة فوجد في جوفها درة غير مثقوبة فهي للمشتري وان كانت مثقوبة فهي للبائع ان ادعاها كذا ذكر المسألة البغوي قال الرافعي يشبه أن يقال الدرّة للصائد كالكنز الموجود في الارض يكون لمحبيها * (فصل) إذا تحول بعض حمام إلى برج غيره قال أصحابنا إن كان المتحول ملكا للاول لم يزل ملكه عنه ويلزم

الثاني رده فان حصل بينهما بئض أو فرخ فهو تبع للأنثى دون الذكر وان ادعى تحول حمامه إلى برج غيره لم يصدق إلا ببينة والورع أن يصدقه إلا أن يعلم كذبه فان كان المتحول مباحا دخل برج الاول ثم تحول إلى الثاني فعلى الخلاف السابق في دخو الصيد ملكه (فان قلنا) بالاصح أنه لا يملكه (والثاني) أن يملكه ومن دخل برج حمام وشك هل هو مباح أو مملوك فهو أولى به وله التصرف فيه لان الظاهر أنه مباح وان تحقق أنه اختلط بملكه ملك غيره وعسر التمييز فقد قال البغوي لو اختلطت حمامة واحدة بحماماته فله ان يأكل بالاجتهاد واحدة واحدة حتى تبقى واحدة كما لو اختلطت ثمرة الغير بثمره والذي حكاه الرويانى أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يبالغ ذلك الغير أو يقاسمه قال ولهذا قال بعض مشايخنا ينبغي للورع أن يتجنب طير البروج وأن يجتنب بناءها ونقل الامام وغيره أنه ليس لواحد منهما التصرف في شئ منها ببيع أو هبة لثالث لانه لا يتحقق الملك ولو باع أحدهما أو وهب للآخر صح على أصح الوجهين وتحتمل الجهالة للضرورة ولو باع الحمام المختلط كله أو بعضه لثالث ولا يعلم واحد منهما عين ماله فان

[144]

كانت الاعداد معلومة كمأتين ومائة والقيمة متساوية ووزعا الثمن على أعدادها صح البيع باتفاق الاصحاب وان جهلا العدد لم يصح البيع لانه لا يعلم كل واحد حصته من الثمن فالطريق أن يقول كل واحد بعثك الحمام الذى في هذا البرج بكذا فيكون الثمن معلوما ويحتمل الجهل في المبيع للضرورة قال الغزالي في الوسيط لو تصالحا على شئ صح البيع واحتمل الجهل بقدر المبيع * ويقرب من هذا ما أطلقه الاصحاب من مقاسمتها قال أصحابنا وقد يجوز للضرورة المسامحة ببعض الشروط المعتبرة في حال الاختيار كالكافر إذا أسلم على أكثر من أربعة نسوة ومات قبل الاختيار فانه يصح اصطلاحهن على القسمة بالتساوى وبالتفاوت مع الجهل بالاستحقاق فيجوز أن تصح القسمة أيضا بحسب تراضيهما ويجوز أن يقال إذا قال كل واحد بعث مالى من حمام هذا البرج بكذا والاعداد مجهولة يصح أيضا مع الجهل بما يستحقه كل واحد منهما والمقصود أن ينفصل الامر بحسب ما يتراضيان عليه ولو باع أحدهما جميع حمام البرج باذن الآخر فيكون أصلا في البعض ووكيلا في البعض جاز ثم يقتسمان الثمن * (فرع) لو اختلطت حمامة مملوكة أو حمامات بحمامات مباحة محصورة لم يجر الاصطياد منها ولو اختلطت بحمام ناحية جاز الاصطياد في الناحية ولا يتغير حكم ما لا يحصر في العادة باختلاط ما ينحصر به ولو اختلطت حمام أبراج مملوكة لا تكاد تحصر بحمام بلدة أخرى مباحة ففي جواز الاصطياد منها وجهان (أصحهما) الجواز واليه مال معظم الاصحاب ومن أهم ما يجب معرفة ضبطه العدد المحصور فانه يتكرر في أبواب الفقه وقل من ينبه عليه * قال الغزالي في الاحياء في كتاب الحلال والحرام تحديد هذا غير ممكن فانما يضبط بالتقريب قال فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد يعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر كالالف ونحوه فهو غير محصور وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق باحد الطرفين بالظن وما وقع فيه الشك استفتى فيه القلب والله تعالى أعلم * (فرع) إذا انصبت حنطته على حنطة غيره أو انصب مائعه في مائعه وجهلا قدرهما فحكمه ما سبق في الحمام المختلط *

(فرع) ولو اختلط درهم حرام أو دراهم بدراهمه ولم يتميز أو دهن بدهن أو غيره من المائعات ونحو ذلك قال الغزالي في الاحياء وغيره من أصحابنا طريقه أن يفصل قدر الحرام فيصرفه إلى الجهة التي يجب صرفه فيها ويبقى الباقي له يتصرف فيه بما أراد والله تعالى أعلم * ومن هذا الباب ما إذا اختلطت دراهم أو حنطة ونحوها لجماعة أو غصب منهم وخلطت ولم تتميز فطريقه أن يقسم الجميع بينهم على قدر حقوقهم (وأما) ما يقوله العوام اختلاط الحلال بالحرام يحرمه فباطل لا أصل له وسيأتي بسط المسألة بأدلتها في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى والله سبحانه أعلم * (كتاب البيوع) * قال المصنف رحمه الله * (البيع جائز والاصل فيه قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) * (الشرح) قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة) هو استثناء منقطع أي لكن لكم أكلها بتجارة عن تراض منكم قال العلماء خص الله سبحانه وتعالى الأكل بالنهي تنبيها على غيره لكونه معظم المقصود من المال كما قال تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما) وقوله تعالى (الذين يأكلون الربا) وأجمعت الأمة على أن التصرف في المال بالباطل حرام سواء كان أكلا أو بيعا أو هبة أو غير ذلك وقوله تعالى (بالباطل) قال ابن عباس وغيره (إلا بحقها) قال أهل المعاني الباطل اسم جامع لكل ما لا يحل في الشرع كالربا والغصب والسرقة والخيانة وكل محرم ورد الشرع به قال الواحدي أجمعوا على أن هذا الاستثناء منقطع وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة) فيها قراءتان الرفع والنصب فمن رفع جعل كان تامة إلا أن تقع تجارة ومن نصب قال تقديره إلا أن يكون المأكول تجارة أو إلا أن تكون الاموال أموال تجارة فحذف المضاف قال الواحدي والاجود الرفع لانه أدل على انقطاع الاستثناء ولانه لا يحتاج إلى اضمار وأما صاحب الحاوي فيسبغ تفسير الآية في الحاوي فقال قوله تعالى (أموالكم) فيه تأويلان (أحدهما) المراد مال كل

إنسان في نفسه أي لا يصرفه في المحرمات (والثاني) معناه لا يأخذ بعضكم مال بعض كما قال تعالى (لا تقتلوا أنفسكم) (وقوله) بالباطل قيل معناه الصرف في المحرمات وقيل النهب والغارات (والثالث) التجارات الفاسدة ونحوها والمختار ما قدمنا عن ابن عباس وأهل المعاني والله تعالى أعلم * وأما قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) فقد ذكر الشافعي رحمه الله في كتاب الام تفسيرها مستوفي مع اختصار وشرحه صاحب الحاوي فقال قال الشافعي ومعنى الآية أربعة أقوال (أحدها) أنها عامة فان لفظها لفظ عموم يتناول كل بيع ويقتضى إباحة جميعها إلا ما خصه الدليل وهذا القول أصحها عند الشافعي وأصحابنا قال في الام هذا أظهر معاني الآية قال صاحب الحاوي والدليل لهذا القول أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيوع كانوا يعتادونها ولم يبين الجائز فدل على أن الآية الكريمة تناولت إباحة جميع البيوع إلا ما خص منها وبين صلى الله عليه وسلم المخصوص قال فعلى هذا في العموم قولان (أحدهما) أنه عموم أريد به العموم وان دخله التخصيص (والثاني) أنه عموم أريد به

الخصوص قال والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن العموم المطلق الذي يراد به العموم وهو ما يجرى على عمومته وإن دخله تخصيص كان الخارج منه بالتخصيص أقل مما بقى على العموم (والوجه الثاني) أن البيان فيما أريد به الخصوص مقدم على اللفظ وفيما أريد به العموم متأخر عن اللفظ أو مقترن به قال وعلى القولين جميعا يجوز الاستدلال بهذه الآية الكريمة في المسائل المختلف فيها ما لم يقم دليل تخصيص وإخراجها من العموم (والقول الثاني) من الأقوال الأربعة أنها مجملة لا يعقل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان النبي صلى الله عليه وسلم ودليله أن في البياعات الجائز وغيره وبين في الآية ما يميز هذا من ذاك فافتضت كونها مجملة فعلى هذا هل هي مجملة بنفسها أم يعارض فيه وجهان لأصحابنا (أحدهما) أنها مجملة بنفسها لأن قوله تعالى (وأحل الله البيع) يقتضى جواز البيع متفاضلا وقوله تعالى (وحرم الربا) يقتضى تحريم بيع الربوي متفاضلا فصار آخرها معارضا لأولها فحصل الاجمال فيها بنفسها (والثاني) أنها مجملة بغيرها لأنها جواز كل بيع من غرر ومعدوم وغيرهما وقد وردت السنة بالنهي عن بيع الغرر وبيع الملامسة وغيرهما فوقع الاجمال فيها بغيرها قال ثم اختلف أصحابنا في الاجمال على وجهين (أحدهما)

[147]

أن الاجمال وقع في المعنى المراد به دون صيغة لفظها لأن لفظ البيع اسم لغوي لم يرد من طريق الشرع ومعناه معقول لكن لما قام بآرائه من الشبه ما يعارضه بدافع العمومان وحدهما ولم يتعين المراد منهما إلا ببيان الشبه فصارا مجملين لهذا المعنى لأن هذا اللفظ مشكل المعنى * (والثاني) أن اللفظ محتمل والمعنى المراد منه مشكل لأنه لما لم يكن المراد من اللفظ ما وقع عليه الاسم وتبيننا أن له شرائط لم تكن معقولة في اللغة خرج اللفظ بالشرائط عن موضوعه فاللغة إلى ما استقرت عليه شرائط الشرع وإن كان له في اللغة معان معقولة كما قلنا في الصلاة إنها مجملة لأنها متضمنة شرائط لم تكن معقولة في اللغة كالخضوع فكذلك البيع قال الماوردي وعلى الوجهين جميعا لا يجوز الاستدلال بها على صحة بيع ولا فساده وإن دلت على صحة البيع من أصله قال وهذا هو الفرق بين العموم والمجمل حيث جاز الاستدلال بظاهر العموم ولم يجز الاستدلال بظاهر المجمل والله أعلم (والقول الثالث) من الأربعة يتناولهما جميعا فيكون عموما دخله التخصيص ومجملا لحقه التفسير لقيام الدلالة عليها قال الماوردي واختلف أصحابنا في وجه دخول ذلك فيهما على ثلاثة أوجه (أحدها) أن العموم في اللفظ والاجمال في المعنى فيكون اللفظ عاما مخصوصا والمعنى مجملا لحقه التفسير (والثاني) أن العموم في قوله تعالى (وأحل الله البيع) والاجمال في قوله (وحرم الربا) (والثالث) أنه كان مجملا فلما بينه النبي صلى الله عليه وسلم صار عاما فيكون داخلا في المجمل قبل البيان وفي العموم بعد البيان قال فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظاهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الثاني (والقول الرابع) أنها تناولت بيعا معهودا ونزلت بعد أن أحل النبي صلى الله عليه وسلم بيوعا وحرم بيوعا فقوله تعالى (وأحل الله البيع) أي البيع الذي بينه النبي صلى الله عليه وسلم من قبل وعرفه المسلمون منه فتناولت الآية بيعا معهودا ولهذا دخلت الالف واللام لأنهما للعهد أو للجنس ولا يكون الجنس هنا مراد الخروج بعضه عن التحليل فعلم أن المراد العهد فعلى هذا لا يجوز الاستدلال بظاهرها على صحة بيع ولا فساده بل يرجع فيما اختلف

فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التي عرف بها البيوع الصحيحة فيحصل الفرق بينها وبين المجهول من وجه وبينها وبين العموم من

[148]

وجهين (فاما) الوجه الواحد فهو أن بيان النبي صلى الله عليه وسلم للبيوع كان قبل نزولها وبيان المجهول يكون مقترنا للفظ أو متأخرا عنه على مذهب من يجوز تأخير البيان * وأما الوجهان (فأحدهما) ما سبق من تقديم البيان في المعهود وإقرار بيان التخصيص بالعموم (والثاني) جواز الاستدلال بظاهر العموم دون الظاهر المعهود * هذا آخر كلام الماوردي وذكر أصحابنا نحوه واتفقوا على نقل هذه الأقوال الأربعة عن الشافعي واتفقوا على أن أصحابنا عند الشافعي أن الآية عامة تتناول كل بيع إلا ما نهى الشرع عنه والله أعلم * (فرع) أما الحكم الذي ذكره المصنف وهو جواز البيع فهو مما تظاهرت عليه دلائل الكتاب والسنة وإجماع الأمة وأجمعت الأمة على أن المبيع يباع صحيحا يصير بعد انقضاء الخيار ملكا للمشتري قال الغزالي في أول بيوع الوسيط أجمعت الأمة على أن البيع سبب لإفادة الملك والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا وإذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا باحد سبعة أسباب وهي خيار المجلس وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الحلف بان كان شرطه كاتباً فخرج غير كاتب والاقالة والتحالف وتلف المبيع وأما خيار الرؤية ففي بيع الغائب إذا جوزناه فهو ملتحق في المعنى بخيار الشرط والله تعالى أعلم * (فرع) قال ابن قتيبة وغيره يقال بعث الشيء بمعنى بعته وبمعنى شربته ويقال شربت الشيء بمعنى شربته وبعته وأكثر الاستعمال بعته إذا أزلت الملك فيه بالمعاوضة واشتريته إذا تملكته بها قال الأزهرى العرب تقول بعث بمعنى بعث ما كنت ملكته وبعث بمعنى اشتريت قال وكذلك شربت بالمعنيين قال وكل واحد مبيع وبائع لان الثمن والمثمن كل منهما مبيع ويقال بعته أبعه فهو مبيع ومبيوع مخيط ومخيوط قال الخليل المحذوف من مبيع واو مقعول لانها زائدة فهي أولى بالحذف وقال الاخفش المحذوف عين الكلمة قال المازني كلاهما حسن وقول الاخفش أقبس والابتياح الاشتراء وباعته وتبايعنا واستبعته سألته أن يبيعه وأبعث الشيء عرضته للبيع وبيع الشيء - بكسر

[149]

الباء وضمها - والكسر أفصح وبيع - بضم الباء وبالواو - لغة فيه وكذلك القول في كيل وقيل وأما الشراء ففيه لغتان مشهورتان (أفصحهما) المد (والثانية) القصر فمن مد كتبه بالالف والالف بالياء وجمعه أشربة وهو جمع نادر ويقال شربت الشيء أشربته شربا إذا بعته وإذا اشتريته كما سبق فهو من الأضداد على اصطلاح اللغويين ومن المشترك على اصطلاح الأصوليين قال الله تعالى (ومن الناس من يشرى نفسه) وقال تعالى (وشروه بثمن بخس) وأما حقيقة البيع في اللغة فهو مقابلة المال بالمال وفي الشرع مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكاً * (فرع) أركان البيع ثلاثة العاقدان والصيغة والمعقود عليه وشروط العاقد أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً بصيراً غير محجور عليه ويشترط إسلام المشتري أن كان المبيع عبداً مسلماً أو

مصفاً وعصمته ان كان المبيع سلاحاً وشروط المبيع خمسة أن يكون طاهراً منتفعاً به معلوماً ومقدوراً على تسليمه مملوكاً لمن يقع العقد له ويدخل في الضابط أم الولد والمرهون والموقوف والمكلف والجاني إذا منعنا بيعهما والمنذور اعتاقه وهذا الحد ناقص لأنه يرد عليه المجهول والمعجوز عن تسليمه وغير المملوك فالصواب الحد الأول وهذه الشروط ستأني مفصلة ان شاء الله تعالى في مواضعها * (فرع) سبق في آخر باب الاطعمة الخلاف في أن أطيب المكاسب التجارة أم الزراعة أم الصنعة * (فصل) في الورع في البيع وغيره واجتناب الشبهات * قال الله تعالى (وتحسبونه هيناً وهو عند الله عظيم) وقال تعالى (ان ربك لبالمرصاد) وعن النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ان الحلال بين وان الحرام بين وبينهما شبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه الا وأن لكل ملك حمى الا وأن حمى الله محارمه الا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله الا وهى القلب) رواه البخاري ومسلم من

[150]

طرق كثيرة وهو أحد الاحاديث التي عليها مدار الاسلام وقد اختلف في عددها وقد جمعها في كتاب الاربعين وعن أنس (أن النبي صلى الله عليه وسلم وجد نمره في الطريق فقال لولا أنى أخاف أن تكون من الصدقة لاكنتها) رواه البخاري ومسلم وعن النواس بن سمعان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (البر حسن الخلق والاثم ما حاك في نفسك وكهرت أن يطلع عليه الناس) رواه مسلم حاك - بالحاء المهملة والكاف - أي تردد فيه * وعن وابصة بن مصدر رضى الله عنه قال (أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت تسأل عن البر قلت نعم قال استفت قلبك البر ما اطمأنت إليه النفس واطمأن إليه القلب والاثم ما حاك في النفس وتردد في الصدور وان افتناك الناس وأفتوك) حديث حسن رواه احمد بن حنبل والدارمي في مسنديهما * وعن عتبة بن الحارث رضى الله عنه (انه تزوج امرأة لابي اهاب بن عريير فأتته امرأة فقالت انى قد أرضعت عتبة والتي تزوج بها فقال لها ما أعلم أنك أرضعتيني ولا أخبرتيني فركب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل ففارقها عتبة ونكحت زوجاً غيره) رواه البخاري اهاب - بكسر الهمزة وعريير بفتح العين وبراء مكررة - وعن الحسن بن علي رضى الله عنهما قال (حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم دع ما يربيك إلى ما لا يربيك) رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح معناه اترك ما تشك فيه وخذ ما لا تشك فيه * وعن عطية بن عروة السعدي الصحابي رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً لما به البأس) رواه الترمذي وقال هو حديث حسن قال البخاري وقال حسان بن أبى سنان (ما رأيت شيئاً أهون من الورع دع ما يربيك إلى ما لا يربيك) وحسان هذا من تابعي التابعين روي عن الحسن البصري * (فصل) عن أبى حميد الساعدي رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (اجملوا في طلب الدنيا فان كلا ميسر لما كتب له منها) رواه البيهقي باسناد صحيح ورواه ابن ماجه باسناد ضعيف

وعن جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستبطنوا الرزق فانه لم يكن عبد يموت حتى يبلغه بأخر رزق هو له فاتقوا الله وأجملوا في الطلب من الحلال وترك الحرام) رواه ابن ماجه والبيهقي * (فصل) في النهى عن اليمين في البيع * عن ابى هريرة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (الحلف منفقة للسلعة ممحقة للربح: وفى رواية: للبروفى رواية للكسب) رواه البخاري ومسلم وعن أبى قتادة رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (إياكم وكثرة الحلف فانه ينفق ثم يمحق) رواه مسلم وعن أبى ذر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم فقرأها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث مرات قال أبو ذر خابوا وخسروا من هم يارسول الله قال المسبل والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب) رواه مسلم * (فصل) عن رفاعه بن رافع الزرقى رضى الله عنه قال (خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال يا معشر التجار فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال ان التجار يعثون يوم القيامة فجارا الا من اتقى الله وبر وصدق) رواه الترمذي وقال هو حديث حسن صحيح * وعن قيس بن أبى غررة بغين - معجمة ثم راء ثم راء مفتوحات الصحابي رضى الله عنه قال " خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نسعى السماسره فقال

يا معشر التجار ان الشيطان والاثم يحضران البيع فثوبوا بيعكم بالصدقة) رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح * وعن أبى سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء) رواه الترمذي وقال حديث حسن * (فصل) في التكبير في طلب المعيشة * عن صخر الغامدى الصحابي رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (اللهم بارك لامتي في بكورها) وكان إذا بعث سرية أو جيشا بعثهم أول النهار وكان صخر رجلا تاجرا وكان إذا بعث تجارة بعثهم أول النهار فأثرى وكثر ماله) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن * (فصل) في استحباب السماحة في البيع والشرى والتقاضى والاقتضاء وارجاح المكيال والميزان * قال الله تعالى (وما تفعلوا من خير فان الله به عليم) وقال تعالى (يا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم) وقال تعالى (ويل للمطففين) الآية * وعن جابر رضى الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال (رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى) رواه البخاري وعن جابر (قال اشترى منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بغيرا فوزن لى وأرجح) رواه البخاري ومسلم * وعن سويد بن قيس قال (جلبت أنا ومخرمة العبدى برا من هجر فجاءنا النبي صلى الله عليه وسلم فسامنا بسر اوبل وعندي وزان يزن بالاجر فقال النبي صلى الله عليه وسلم للوزان زن وأرجح) رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح * وعن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (اسمح يسمع لك) رواه ابن أبى عاصم * (فصل) عن حكيم بن حزام رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لها في بيعها وان كتما وكذبا محقت بركة بيعهما) رواه البخاري ومسلم وعن جرير بن عبد الله قال (بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على إقام الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم) رواه البخاري ومسلم * وعن تميم بن أوس الدارى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الدين النصيحة قلنا لمن قال لله ولكتابه ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم) رواه مسلم * وعن أنس رضى الله عنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يؤمن أحدكم حتى يحب لآخيه ما يحب لنفسه)) رواه البخاري ومسلم * (فصل) عن أنس رضى الله عنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أصاب من شئ فليلزمه) رواه ابن ماجه باسناد جيد * وعن نافع مولى ابن عمر قال (كنت أجهز إلى الشام والى مصر فجهزت إلى العراق فاتيت عائشة رضى الله عنها فقلت يا أم المؤمنين كنت أجهز إلى الشام فجهزت إلى العراق فقالت لا تفعل مالك منزل فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا سبب الله لاحد رزقا من وجه فلا يدعه حتى يتغير له أو يتنكر) رواه ابن ماجه باسناد فيه ضعف * (فصل) عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (أحب البلاد إلى الله مساجدها وأبغض البلاد إلى الله أسواقها) رواه مسلم * وعن سلمان الفارسي رضى الله عنه من قوله لا تكونن ان استطعت أول من يدخل السوق ولا آخر من يخرج منها فانها معركة الشيطان وبها ينصب رايته)

[154]

رواه مسلم هكذا موقوفا على سلمان ورواه الزقاني في صحيحه عن سلمان قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تكن أول من يدخل السوق ولا آخر من يخرج منها باض الشيطان وفرخ) قال الماوردي وغيره الدم لمن أكثر ملازمة السوق وصرف أكثر الاوقات إليها والاشتغال بها عن العبادة وهذا كما قالوه لثبوت الاحاديث في دخول النبي صلى الله عليه وسلم الاسواق مع نص القرآن قال الله تعالى (وقالوا مال هذا الرسول يأكل الطعام ويمشى في الاسواق) وقال تعالى (وما أرسلنا قبلك من المرسلين إلا أنهم ليأكلون الطعام ويمشون في الاسواق) وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال (خرج النبي صلى الله عليه وسلم في طائفة النهار لا يكلمني ولا أكلمه حتى جاء سوق بني قينقاع ثم انصرف) رواه البخاري ومسلم قينقاع قبيلة من اليهود - بفتح القاف الاولى وضم النون وفتحها وكسرهما - وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في السوق فقال رجل يا أبا القاسم فالتفت إليه وذكر تمام الحديث) رواه البخاري وعن بريدة قال (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل السوق قال بسم الله اللهم إني أسألك خير هذه السوق وخير ما فيها وأعوذ بك من شرها وشر ما فيها اللهم إني أعوذ بك أن أصيب فيها يمينا

فاجرة أو صفقة خاسرة) رواه الحاكم في المستدرک علی الصحیحین * (فصل) سبق فی مقدمة هذا الشرح أن من أراد التجارة لزمه أن يتعلم أحكامها فيتعلم شروطها وصحیح العقود من فاسدها وسائر أحكامها وباللہ التوفیق * (فصل) مذهبنا أن الاشهاد علی عقد البيع والاجارة وسائر العقود غیر النکاح والرجعة مستحب وليس بواجب وقد صرح المصنف بهذا اللفظ بحروفه فی أول کتاب الشهادات واستدل المصنف وغيره للاستحباب بقوله تعالی (وأشهد وإذا تبايعتم) هذا مذهبنا قال ابن المنذر وبه قال أبو ایوب الانصاري وأبو سعيد الخدري والشعبي والحسن وأصحاب الرأي وأحمد واسحق وبهذا قال جمهور الأمة من السلف والخلف قال ابن المنذر وقالت طائفة يجب الاشهاد علی البيع وهو فرض لازم يعصى بتركه قال روينا هذا عن ابن عباس قال وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد ولم يكتب

[155]

قال وروينا عن مجاهد قال ثلاثة لا يستجاب لهم دعوة رجل باع بنقد (1) قال وروينا نحو هذا عن أبي بردة بن أبي موسى وأبي سليمان المرعشي واحتجوا بقوله تعالی (وأشهد وإذا تبايعتم) واحتج الجمهور بالاحاديث الصحيحة أن النبي صلى الله عليه وسلم باع واشترى ولم ينقل الاشهاد في ذلك وكذلك الصحابة في زمنه وبعده وحملوا الآية الكريمة علی الاستحباب لما ذكرناه والله أعلم * * قال المصنف رحمه الله * * (ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار فاما الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق) ولانه تصرف في المال فلم يفوض إلى الصبي والمجنون كحفظ المال) * (الشرح) هذا الحديث صحيح من رواية علي وعائشة رضي الله عنهما سبق بيانه في أول كتاب الصلاة وأول كتابي الزكاة والصوم وقوله تصرف في المال احتراز من اختيار الصبي أحد الابوين وهو مميز ومن عباداته وحمله الهدية ومن وطئ الصبي والمجنون أمرأتيهما وأما قياسه علی حفظ المال فلانه مجمع عليه ومنصوص عليه في قوله تعالی (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغ النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) وأما قول المصنف يصح البيع من كل عاقل بالغ مختار فمما ينكر عليه لانه يدخل فيه الاعمى وقد ذكر المصنف بعد هذا هو والاصحاب أن المذهب الصحيح أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه ويدخل أيضا المحجور عليه بالسفه وهو لا يصح بيعه فكان ينبغي أن يزيد بصيرا غير محجور عليه كما ذكرناه في الفرع السابق قريبا وذكرنا هناك أنه يشترط أيضا إسلام المشتري إن اشترى عبدا مسلما أو مصحفا والله أعلم * * وأما المجنون فلا يصح بيعه بالاجماع وكذلك المغمي عليه (وأما السكران فالمذهب صحة بيعه وشراؤه وسائر عقوده التي تضره والتي تنفعه) (والثاني لا يصح شيء منها) (والثالث) يصح ما عليه دون ماله فعلى هذا يصح بيعه وهبته دون ايهاهه وتصح رده دون إسلامه وقد ذكر المصنف هذه الالوجه في أول كتاب الطلاق وهناك نوضحها بفروعها إن شاء الله تعالی (وأما) الصبي فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقوده لا لنفسه ولا لغيره سواء

(1) بياض بالاصل

باع بغبن أو بغبطة وسواء كان مميزا أو غيره وسواء باذن الولي أو بغير
إذنه وسواء بيع الاختبار وغيره وبيع الاختبار هو الذي يمتحن الولي به
ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام ولكن طريق الولي أن يفوض إليه
الاستلام وتديبر العقد فإذا انتهى الأمر إلى العقد أتى به الولي ولا خلاف
في شئ مما ذكرته عندنا إلا في بيع الاختبار فإن فيه وجهها شادا ضعيفا
حكاه إمام الحرمين وآخرون من الخراسانيين أنه يصح والمذهب بطلانه
والله أعلم * واستدل المصنف وغيره بهذا الحديث ووجه الدلالة منه أنه لو
صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبي وقد صرح الحديث بان الصبي
لا يجب عليه شئ وقيل وجه الدلالة منه أن مقتضى الحديث اسقاط أقواله
وأفعاله والله تعالى أعلم * (فرع) قال الفقهاء إذا اشترى الصبي شيئا
وسلم إليه فتلف في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد
البلوغ وكذا لو اقترض مالا لان المالك هو المضيع بالتسليم إليه وما دامت
العين باقية فللمالك الاسترداد وان قبضها الولي من الصبي دخلت في
ضمان الولي ولو سلم الصبي إلى البائع ثمن ما اشتراه لم يصح تسليمه
ويلزم البائع رده إلى الولي ويلزم الولي طلبه واسترداده قال أصحابنا فإن
رده إلى الصبي لم يبرأ من الضمان قال أصحابنا وهذا كما لو سلم الصبي
درهما إلى صراف لينقده أو سلم متاعا إلى مقوم ليقومه فإذا قبضه من
الصبي دخل في ضمان القابض ولم يجزله رده إلى الصبي بل يلزمه أن
يرده الي وليه إن كان المال للصبي وان كان لكامل لزمه رده إلى مالكة أو
وكيله فيه قال أصحابنا ولو أمره ولي الصبي بدفعه إلى الصبي فدفعه إليه
سقط عنه الضمان ان كان المال للولي فان كان للصبي لم يسقط كما لو
أمره بالقاء مال الصبي في بحر فألقاه فانه يلزمه ضمانه قطعاً * (فرع) *
لو تبايعا صبيان وتقايبنا وأتلف كل واحد منهما ما قبضة قال أصحابنا إن
جرى ذلك باذن الوليين فالضمان عليهما والا فلا ضمان على الوليين ويجب
في مال الصبيين الضمان لان تسليمهما لا يعد تسليطا وتضييعا بخلاف
تسليم البالغ الرشيد والله سبحانه أعلم * (فرع) قال أصحابنا لا يصح نكاح
الصبي بنفسه ولا سائر تصرفاته لكن في تديبره

ووصيته خلاف مذکور في موضعه والاصح بطلانها أيضا وسواء في هذا
كله أذن الولي أم لا لان عبارته ملغاة فلا اثر لاذن الولي كما لو اذن لمجنون
أما إذا فتح الصبي بابا وأخبر باذن أهل الدار في الدخول أو أوصل هدية
وأخبر عن اهداء مهديها فقال أصحابنا ان انضمت إلى ذلك قرائن تحصل
العلم بذلك جاز الدخول وقبول الهدية وهو في الحقيقة عمل بالعلم لا
بمجرد قوله وان لم ينضم نظر ان كان غير مأمون القول لم يجز اعتماده
قوله بلا خلاف والا فطريقان (أصحهما) القطع بجواز الاعتماد وبهذا قطع
المصنف في التنبيه في باب الوكالة وآخرون من الاصحاب لاطباق
المسلمين على فعل ذلك في جميع الاعصار من غير إنكار ولحصول الظن
بصدقه في العادة (والطريق الثاني) حكاه الامام والغزالي وآخرون فيه
وجهان كالوجهين في قبول روايته كما سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى *
(فرع) إذا سمع الصبي المميز حديثا فهل يصح تحمله وتقبل روايته فيه

ثلاثة أوجه (أحدها لا تقبل مطلقا لا قبل بلوغه ولا بعده لضعف ضبطه كما لا يصح بيعه وغيره (والثاني) تصح روايته قبل البلوغ وبعده كما حكاه إمام الحرمين والغزالي وسائر الخراسانيين وجماعات من غيرهم لان الرواية مبنية على المسامحة واحتمل فيها أشياء لا تحتمل في غيرها كاعتماده على خطه وكونها لا ترد بالتهمة وغير ذلك من المسامحة (والثالث) أنها تقبل بعد البلوغ ولا تقبل قبله وهذا هو الصحيح بل هو الصواب وما سواه باطل ومما يرد الاول اجماع الصحابة فمن بعدهم على قبول روايات صغار الصحابة ما تحملوه قبل البلوغ ورووه بعده كابن عباس والحسن والحسين وابن الزبير وابن جعفر والنعمان بن بشير وخلائق لا يحصون رضي الله عنهم أجمعين * (فرع) قال أصحابنا كما لا تصح من الصبي تصرفاته القولية لا يصح قبضه في تلك التصرفات فلو اتهم له الولي شيئا وقبله ثم قبضه الصبي باذن الواهب لم يصح قبضه ولا يحصل له الملك فيه بهذا القبض ولو وهب لاجنبي وأذن الموهوب له للصبي أن يقبضه له وأذن له الواهب في القبض فقبضه لم يصح بلا خلاف ولو قال مستحق الدين لمن هو عليه سلم حقي إلى هذا الصبي فسلم قدر حقه إلى

[158]

الصبي لم يبرأ من الدين بلا خلاف بل يكون ما سلمه باقيا علي ملكه حتى لو ضاع ضاع على الدافع ولا ضمان على الصبي لان الدافع ضيعه بتسليمه ويبقى الدين على حاله قال أصحابنا لان ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ولا يزول الدين عن الذمة كما لو قال صاحب الدين للمدين الق حقي في البحر فالقى قدر حقه لا يبرأ بلا خلاف وما يتلف من ضمان الملقى قال أصحابنا ولو قال مالك الوديعه للمودع سلم وديعتي إلى هذا الصبي فسلم إليه خرج من العهدة لانه أمثل أمره في حقه المعين كما لو قال القها في البحر فالقاها فانه لا ضمان بلا خلاف لانه أذن في اتلافها قال أصحابنا فلو كانت الوديعه لصبي فسلمها إلى الصبي ضمن سواء كان باذن الولي أو بغير اذنه لانه ليس للمودع تضعيها وان أذن له الولي فيه هذا لا خلاف فيه والله أعلم * ونقل إمام الحرمين في النهاية هذا الفرع عن الاصحاب * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع الصبي المميز * قد ذكرنا أن مذهبا أنه لا يصح سواء إذن له الولي أم لا وبه قال أبو ثور * وقال الثوري وأبو حنيفة وأحمد واسحق يصح بيعه وبشراؤه باذن وليه * وعن أبي حنيفة رواية أنه يجوز بغير اذنه ويقف على اجازة الولي قال ابن المنذر وأجاز أحمد واسحق بيعه وشراؤه في الشئ اليسير يعني بلا اذن * دليلنا ما ذكره المصنف * قال المصنف رحمه الله * (فأما المكروه فان كان بغير حق لم يصح بيعه لقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فدل على أنه إذا لم يكن عن تراض لم يحل الاكل وروي أبو سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (انما البيع عن تراض) فدل على أنه لا يبيع عن غير تراض ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم وان كان بحق صح لانه قول حمل عليه بحق فصح ككلمة الاسلام إذا أكره عليها الحربي) * (الشرح) حديث أبي سعيد هذا رواه البيهقي وهو حديث طويل وروي أبو سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (للقين الله من قبل أن أعطى احدا من مال احد شيئا بغير

طيب نفسه انما البيع عن تراض) وقوله لانه قول أكره عليه بغير حق احترز بالقول عن الفعل بان أكرهت على الارضاع أو أكره على الحدث فانه يثبت حكمهما وكذا الاكراه على القتل على اصح القولين واحترز بقوله بغير حق عن الاكراه بحق كاكراه الحربى على الاسلام واكراه من عليه دين متمكن في البيع في ادائه * أما الاحكام فقال أصحابنا المكروه على البيع ان كان اكراهه بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف لما ذكره المصنف فان كان بحق صح وصورة الاكراه بحق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه فيمتنع من بيعه بعد امتناع المالك من الوفاء والبيع قال القاضى أبو الطيب في كتاب التفتليس والاصحاب القاضى بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لو فاء الدين وان شاء أكرهه على بيعه وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه والله أعلم * (فرع) قال أصحابنا التصرفات القولية التى يكره عليها بغير حق باطله سواء الردة والبيع والاجارة وسائر المعاملات والنكاح والخلع والطلاق والاعتاق وغيرها (وأما) ما أكره عليه بحق فهو صحيح قالوا فتحصل من هذا أن المرتد والحربي إذا أكرها على الاسلام صح اسلامهما لانه اكراه بحق وكذا المكروه على البيع بحق يصح بيعه كما سبق (وأما) الذمي إذا أكره على الاسلام فهو اكراه بغير حق لانا شرطنا في الذمة أن نقره على دينه فإذا أكره فهل يصح اسلامه فيه طريقان (أحدهما) لا يصح وجها واحدا وهو مقتضى كلام المصنف هنا وآخرون (والطريق الثاني) فيه وجهان حكاهما امام الحرمين في كتاب الطلاق وفى كتاب الكفارات وحكاهما الغزالي في هذين الموضوعين لكنه حكاهما في الكفارات قولين وهو شاذ والمشهور أنهما وجهان (أصحهما) باتفاق الاصحاب لا يصح قال امام الحرمين المصير إلى صحته مع أن اكراهه غير سائغ وان صح ما ذكرناه في اكراه الحربى لكونه اكراها بحق لم يمكن ذلك في الذمي لان اكراهه ممنوع قال امام الحرمين إذا أكره الحربى على الاسلام فنطق بالشهادتين تحت السيف حكم باسلامه اتفقت الطرق على هذا مع ما فيه من الغموض من جهة المعنى لان كلمتي الشهادتين نازلتان في الاعراب عن الضمير منزلة الاقرار

والظاهر ممن يقولها تحت السيف أنه كاذب في أخباره والله تعالى أعلم * وأما المولى بعد مضى المدة فإذا طلق باكراه القاضى له نفذ طلاقه لانه اكراه بحق أو لانه ليس بحقيقة إكراه فانه لا يتعين الطلاق بل يلزمه بالغيئة أو الطلاق قال صاحب التتمة وغيره هذا إذا أكرهه على طلاقه واحدة فان أكرهه على ثلاث طلاقات فهو ظالم له فإذا تلفظ بها (فان قلنا) لا ينعزل القاضى بالفسق وقعت طلاقه ولغت الزيادة (وان قلنا) ينعزل لم يقع شئ كما لو أكرهه غيره * (فرع) قال الغزالي في كتاب الطلاق الاكراه يسقط أثر التصرفات عندنا الا في خمسة مواضع (أحداها) الإسلام فيصح اسلام الحربى المكروه ولا يصح اكراه الذمي على الاصح (الثاني) الارضاع فإذا أكرهت عليه ثبت حكمه لانه منوط بوصول اللبن إلى الجوف لا بالقصد (الثالث) القتل فإذا أكره عليه لزمه القصاص على اصح القولين (الرابع) الزنا فإذا أكره الرجل عليه لزمه الحد في أحد الوجهين وماخذ الوجهين التردد في تصور الاكراه (الخامس) إذا علق الطلاق على دخول الدار فاكره عليه وقع طلاقه في أحد القولين والاصح لا يقع وانه لا يحد المكروه على

الزنا قال والاستثناء في التحقيق يرجع إلى الاسلام فحسب والى القتل على قول (وأما) ما عداه فسيبه عدم تصور الاكراه وعدم اشتراط القصد هذا آخر كلام الغزالي (وقوله) أنه انما يستثنى هذه الخمسة يرد عليه مسائل (منها) إذا أكره على الأكل في الصوم ففي فطره قولان سبقا في موضعهما الاصح لا يفطر (ومنها) إذا أكره المصلى على الكلام فتكلم فقولان مشهوران (أحدهما) لا تبطل صلاته (وأصحهما) تبطل وبه قطع البغوي وغيره وسبق بيانه في موضعه (ومنها) إذا أكره المصلى حتى فعل أفعالا كثيرة بطلت صلاته قطعا (ومنها) لو أكره على التحول عن القبلة أو على ترك القيام في الفريضة مع القدرة فصلى قاعد الزمه الاعادة لانه عذر نادر * (فرع) المصادر من جهة السلطان وغيره ممن يظلمه بطلب مال وقهره على احضاره إذا باع ماله ليدفعه إليه للضرورة والاذى الذى يناله هل يصح بيعه فيه وجهان مشهوران حكاهما امام الحرمين والغزالي وآخرون وقد سبقا في باب الاطعمة في مسائل أكل المضطر مال الاجنبي (أحدهما)

[161]

لا يصح كالمكره (وأصحهما) يصح وبه قطع الشيخ ابراهيم المروذى لانه لا إكراه على نفس البيع ومقصود الطالم تحصيل المال من أي جهة كان والله تعالى أعلم * (فرع) ذكرنا أن المكره بغير حق لا يصح بيعه * هذا مذهبا وبه قال مالك وأحمد والجمهور * وقال أبو حنيفة يصح ويقف على إجازة المالك في حال اختياره واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وبحديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما باسناد حسن فهذا مع ما ذكره المصنف هو المعتمد في دليل المسألة * وقد احتج بعض أصحابنا بأشياء لا يحتج بها (منها) ما رواه أبو داود باسناده عن شيخ من بنى تميم قال خطبنا على رضى الله عنه قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تدرك) ورواه البيهقي عن شيخ من بنى تميم عن علي قال (سبأتى علي الناس زمان عضوض يعض الموسر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك قال الله جل ثناؤه (ولا تنسوا الفضل بينكم) وشهد الاسرار ويستدل الاخيار وما يمنع المضطرون وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر وعن بيع الغرر وعن بيع الثمرة قبل أن تطعم) وهذا الاسناد ضعيف لان هذا الشيخ مجهول قال البيهقي وقد روى من أوجه عن علي وابن عمر وكلها غير قوية (ومنها) ما رواه البيهقي باسناد ضعيف عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يركبن رجلا بحرا الا غازيا أو معتمرا أو حاجا فان تحت البحر نارا وتحت النار بحرا وتحت البحر نارا ولا يشتري مال امرئ مسلم في ضغطه). قال البخاري لا يصح هذا الحديث والله تعالى أعلم * (فرع) ذكر الخطابى في تفسير حديث علي رضى الله عنه أن بيع المضطر يكون على وجهين (أحدهما) أن يضطر إلى العقد من طريق الاكراه عليه فلا ينقذ العقد (والثانى) أن يضطر إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه فيبيع ما في يده فالوكس من أجل الضرورة فسيبيله من حيث المروءة أن لا يترك حتى يبيع ماله ولكن يعان ويقرض ويستعمل له إلى الميسرة حتى يكون له فيه بلاغ فان عقد

البيع على هذا الوجه صح ولم يفسخ ولكن كرهه عامة أهل العلم. هذا اللفظ الخطابى رضى الله عنه والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ولا ينعقد البيع إلا بالايجاب والقبول فاما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لان اسم البيع لا يقع عليه والايجاب أن يقول بعثك أو ملكتك أو ما أشبههما والقبول أن يقول قبلت أو ابتعت أو ما أشبههما فان قال المشتري بعني فقال البائع بعثك انعقد البيع لان ذلك يتضمن الايجاب والقبول وان كتب رجل الي رجل يبيع سلعة ففيه وجهان (أحدهما) ينعقد البيع لانه موضع ضرورة (والثانى) لا ينعقد وهو الصحيح فانه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره وقول القائل الاول انه موضع ضرورة لا يصح لانه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول) * (الشرح) فيه مسائل (إحداها) المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالايجاب والقبول ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير وبهذا قطع المصنف والجمهور وفيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه يصح البيع بالمعاطاة خرجه من مسألة الهدى إذا قلده صاحبه فهل يصير بالتقليد هدبا مندورا فيه قولان مشهوران (الصحيح) الجديد لا يصير (والقديم) أنه يصير ويقام الفعل مقام القول فخرج ابن سريج من ذلك القول وجهها في صحة البيع بالمعاطاة * ثم إن الغزالي والمتولي وصاحب العدة والرافعي والجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه تجوز المعاطاة في المحقرات وهو مذهب أبى حنيفة فانه جوزها في المحقرات دون الاشياء النفيسة ونقل امام الحرمين هذا عن أبى حنيفة ونقل عن ابن سريج أنه جوزها ولم يقيد الامام في نقله عن ابن سريج بالمحقرات كما قيد في نقله عن أبى حنيفة ولعله أراد ذلك واكتفى بالتقييد عن أبى حنيفة وقد أنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الغزالي كونه حكى عن ابن سريج تجوزها في المحقرات وقال ليست مختصة عند ابن سريج بالمحقرات وهذا الانكار على الغزالي غير مقبول لان المشهور عن ابن سريج التخصيص بالمحقرات كما ذكرناه والله أعلم * واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا وقال مالك كلما عدّه الناس بيعا فهو بيع وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعا صحيحة وان ما عدّه الناس بيعا فهو بيع صاحب الشامل والمتولي والبغوى والرويانى وكان الرويانى

يفتى به وقال المتولي وهذا هو المختار للفتوى وكذا قاله آخرون وهذا هو المختار لان الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف فكلما عدّه الناس بيعا كان بيعا كما في القبض والحرز واحياء الموات وغير ذلك من الالفاظ المطلقة فانها كلها تحمل على العرف ولغظة البيع مشهورة وقد اشتهرت الاحاديث بالبيع من النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم في زمنه وبعده ولم يثبت في شئ منها مع كثرتها اشتراط الايجاب والقبول والله أعلم * وأحسن من هذه المسألة وأوضحها المتولي فقال المعاطاة التى جرت بها العادة بان يزن النقد ويأخذ المتاع من غير ايجاب ولا قبول ليست بيعا على المشهور من مذهب الشافعي وقال ابن سريج كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعده بيعا فهو بيع وما لم تجر فيه العادة بالمعاطاة كالجواري والدواب والعقار لا يكون بيعا قال وهذا هو المختار للفتوى * وبه قال مالك وقال أبو حنيفة المعاطاة بيع في المحقرات فاما النفيس فلا بد فيه من الايجاب

والقبول ووجه المشهور القياس على النكاح فانه لا ينعقد الا باللفظ
وقياسا على العقار والنفائس ووجه طريقة ابن سريج ان البيع كان معهودا
قبل ورود الشرع فورد ولم يغير حقيقته بل علق به أحكاما فوجب الرجوع
فيه إلى العرف وكل ما كان عدوه بيعا جعلناه بيعا كما يرجع في إحياء
الموات والحرز والقبض إلى العرف قال ولم ينقل عنهم لفظ التباعد والله
أعلم * (فرع) صورة المعاوضة التي فيها الخلاف السابق أن يعطيه درهما أو
غيره ويأخذ منه شيئا في مقابلته ولا يوجد لفظ أو يوجد لفظ من أحدهما
دون الآخر فإذا ظهر والقرينة وجود الرضى من الجانبين حصلت المعاوضة
وجري فيها الخلاف وقد صرح بهذا التصوير المتولي كما قدمناه عنه وكذا
صرح به آخرون قال الشيخ أبو عمر وبين الصلاح رضى الله عنه وما وجد من
بعض أئمتنا في تصويرها من ذكر لفظ كقوله خذ واعطى فهو داخل في
عموم ما ذكرناه من القرينة فان ذلك مفروض فيما إذا لم ينو البيع بهذا
اللفظ الذى قرن بالعطية فان نواه به فهى مسألة البيع بالكناية وفى
صحته بالكناية وجهان (أصحهما) الصحة مع قولنا لا ينعقد بالمعاوضة هذا
كلام أبى عمرو * فاما إذا أخذ منه شيئا ولم يعطه شيئا ولم يتلفها ببيع بل
نويا أخذه بثمنه المعتاد كما يفعله كثير من الناس

[164]

فهذا باطل بلا خلاف لانه ليس ببيع لفظي ولا معاوضة ولا يعد بيعا فهو
باطل ولنعلم هذا ولنحترز منه ولا نعتبر بكثرة من يفعله فان كثيرا من
الناس يأخذ الحوائج من البياع مرة بعد مرة من غير مبايعة ولا معاوضة ثم
بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض وهذا باطل بلا خلاف لما ذكرناه والله أعلم
* (فرع) الرجوع في القليل والكثير والمحقر والنفيس إلى العرف فما
عدوه من المحقرات وعدوه بيعا فهو بيع والا فلا * هذا هو المشهور تفريعا
على صحة المعاوضة * وحكى الرافعى وجهان أن المحقر دون نصاب السرقة
وهذا شاذ ضعيف بل الصواب أنه لا يختص بذلك بل يتجاوز به إلى ما يعده أهل
العرف بيعا والله أعلم * (فرع) إذا قلنا بالمشهور ان المعاوضة لا يصح بها
البيع ففى حكم المأخوذ بها ثلاثة أوجه حكاه المتولي وغيره مجموعة
وحكاه متفرقة آخرون (أصحها) عندهم له حكم المقبوض ببيع فاسد
فيطالب كل واحد منهما صاحبه بما دفعه إليه ان كان باقيا أو بدله إن كان
تالفا ويجب على كل واحد رد ما قبضه ان كان باقيا والا فرد بدله فلو كان
الثمن الذى قبضه البائع مثل القيمة فقد قال الغزالي في الاحياء هذا
مستحق ظفر بمثل حقه والمالك راض فله تملكه لا محالة وظاهر كلام
المتولي وغيره انه يجب ردها مطلقا (والوجه الثاني) ان هذا إباحة لازمة لا
يجوز الرجوع فيها قاله القاضى أبو الطيب وحكاه عنه صاحب الشامل قال
وأوردت عليه وأجاب فأوردت علي جوابه وذكر ذلك كله وحاصله تضعيف
هذا الوجه بما ضعفه به هو والمتولي وهو انه لو أتلف أحدهما ما أخذه
وبقى مع الآخر ما أخذه لم يكن لمن تلف في يده أن يسترد الباقي في يد
صاحبه من غير أن يغرم له بدل ما تلف عنده ولو كان هذا إباحة لكان له
الرجوع كما لو أباح كل واحد منهما لصاحبه طعامه وأكل أحدهما دون الآخر
فان للأكل أن يرجع عن الإباحة ويسترد طعامه بلا خلاف (والوجه الثالث) ان
العوضين يستردان فان تلفا فلا مطالبة لأحدهما ويسقط عنهما الضمان
وبتراد منهما بالتراضى السابق وهذا قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى
وأنكروه عليه وأوردوا عليه سائر العقود الفاسدة فانه لا يراه فيها وان وجد
الرضى قال المتولي ولان إسقاط الحقوق طريقه اللفظ كالعفو عن

القصاص والابراء عن الديون فان أقمنا التراضي مقام اللفظ في الاسقاط
 وجب أن نقيمه مقامه في انعقاد العقد والله أعلم * (فرع) ذكر أبو سعيد بن
 أبي عسرون تفريعا على المشهور أن البيع لا يصح بالمعاطاة انه لا مطالبة
 بين الناس فيها في الدار الآخرة لوجود طيب النفس بها ووقوع الاختلاف
 فيها هذا لفظه في كتابه الانتصار فيحتمل انه أراد ما قدمناه عن الشيخ
 أبي حامد والقاضي أبي الطيب في الوجه الثالث والثاني والظاهر انه أراد
 انه لا مطالبة علي كل وجه بها في الدار الآخرة وان كانت المطالبة ثابتة في
 الدنيا علي الخلاف السابق والله أعلم * (فرع) الخلاف المذكور في
 المعاطاة في البيع بحرى في الاجارة والرهن والهبة ونحوها هكذا ذكره
 المتولي وآخرون (وأما) الهدية وصدقة التطوع ففيها خلاف مرتب على
 البيع ان صحته بالمعاطاة ولم نشترط فيهما لفظا فهما أولى بذلك وان
 شرطنا اللفظ في البيع ففيهما وجهان مشهوران عند الخراسانيين
 وذكرهما جماعة من العراقيين (أحدهما) وبه قطع المصنف في باب اختلاف
 الزوجين في الصداق وآخرون من العراقيين أو أكثرهم يشترط فيهما
 الايجاب والقبول كالبيع و (أصحهما) عند الجمهور لا يشترط وهو الصواب
 قال الرافعي في أول كتاب الهبة هذا هو الصحيح الذي عليه قرار المذهب
 ونقله الاثبات من متأخري الاصحاب وقطع به المتولي والبعوى واعتمده
 الرويانى وغيرهم * واحتجوا بأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم فبأخذها ولا لفظ هناك وعلى ذلك جرى الناس في جميع
 الاعصار ولهذا كانوا يعثون بها على أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم قال
 اصحابنا (فان قيل) كان هذا اباحة لا هدية وتمليكا (فالجواب) انه لو كان
 اباحة ما تصرفوا فيه تصرف الملاك ومعلوم ان ما قبله النبي صلى الله
 عليه وسلم من الهدايا كان يتصرف فيه ويملكه غيره قال الرافعي ويمكن
 أن يحمل كلام من اعتبر الايجاب والقبول على الامر المشعر بالرضا دون
 اللفظ ويقال الاشعار بالرضا يكون لفظا ويكون فعلا والله أعلم * (فرع) إذا
 اشترطنا الايجاب والقبول باللفظ فالايجاب كقول البائع بعتك هذا أو
 ملكتك

ونحوهما من الالفاظ وفي ملكتك وجه شاذ حكاه الماوردى وآخرون أنه
 ليس بصريح لانه مستعمل في الهبة وأدعى الماوردى أنه الاصح وليس كما
 قال بل المذهب الاول وبه قطع المصنف والجمهور * والقبول كقول
 المشتري قبلت أو ابتعت أو اشتريت أو تملك قال الرافعي ويجئ في
 تملك ذلك الوجه قال اصحابنا وسواء تقدم قول البائع أو قول المشتري
 اشتريت فقال البائع بعده بعته فيصح البيع في الحالين بلا خلاف لحصول
 المقصود. قال اصحابنا ولا يشترط اتفاق اللفظين بل لو قال البائع بعتك أو
 اشتريت فقال المشتري تملك أو قال البائع ملكتك فقال المشتري
 اشتريت صح بلا خلاف لان المعنى واحد وكذا في النكاح لو قال زوجتك
 بنتى فقال قبلت نكاحها أو قال أنكحتكها فقال قبلت تزويجها صح النكاح
 بلا خلاف (المسألة الثانية) قال اصحابنا كل تصرف يستقل به الشخص
 كالطلاق والعناق والابراء ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف كما ينعقد

بالصريح وأما ما لا يستقل به بل يفتقر إلى إيجاب وقبول فضربان (أحدهما) ما يشترط فيه الاشهاد كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الاشهاد فهذا لا ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف لان الشاهد لا يعلم النية (والثاني) ما لا يشترط فيه الاشهاد وهو نوعان (أحدهما) ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر كالكتابة والخلع فينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف لان مقصود الكتابة العتق ومقصود الخلع الطلاق وهما يصحان بالكناية مع النية (والثاني) ما لا يقبله كالبيع والاجارة والمساقاة وغيرها وفي انعقاد هذه العقود بالكناية مع النية وجهان مشهوران في كتب الخراسانيين (أصحهما) الانعقاد كالخلع ولحصول التراضي مع جريان اللفظ واردة المعنى يدل عليه من حيث السنة حديث جابر في قصة بيعه جملة للنبي صلى الله عليه وسلم وهو حديث طويل مشهور في الصحيحين وغيرهما قال فيه (قال لي النبي صلى الله عليه وسلم بعني جملك فقلت إن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها قال قد أخذته به) هذا لفظ رواية مسلم قال أصحابنا ومثال الكناية في البيع أن يقول خذه مني بألف أو تسلمه بألف أو أدخلته في ملكي بألف أو جعلته لك أو هو لك بألف وما أشبهها ولو قال أبحثه لك بألف فليس بكناية بلا خلاف لانه صريح في الاباحة فلا يكون كناية في غيره ولو قال سلطتك عليه بألف ففي كونه كناية وجهان كقوله أبحثه لك بألف (وأصحهما) يكون لانه محتمل وليس صريحا في

[167]

الاباحة بخلاف أبحثه قال امام الحرمين وفي هذا الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بالكناية مع النية هو فيما إذا عدت قرائن الاحوال فان توفرت وأفادت التفاهم وجب القطع بالصحة لكن النكاح لا يصح بالكناية وان توفرت القرائن (وأما) البيع المقيد بالاشهاد فقال الغزالي في الوسيط الظاهر انعقاده عند توفر القرائن والله أعلم * (فرع) قال الغزالي في الفتاوى لو قال أحد المتبايعين بعني فقال قد باعك الله أو بارك الله فيه أو قال في النكاح زوجك الله ابنتي أو قال في الاقالة قد أقالك الله أو قد رده الله عليك فهذا كله كناية فلا يصح النكاح بكل حال وأما البيع والاقالة فان نواهما صحا والا فلا وإذا نواهما كان التقدير قد أقالك الله لاني أقلتك والله أعلم * (المسألة الثالثة) إذا كتب إلى غائب بالبيع ونحوه قال أصحابنا هو مرتب على أن الطلاق هل يقع بالكتب مع النية وفيه خلاف الاصح صحته ووقوعه (فان قلنا لا يصح الطلاق فهذه العقود أولى أن لا تنعقد (وان قلنا) بالصحة ففي البيع ونحوه الوجهان في انعقاده بالكناية مع النية وهذان الوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند المصنف لا يصح (والثاني) وهو الاصح أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبة لحصول التراضي لاسيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة وقد صرح الغزالي في الفتاوى والرافعي في كتاب الطلاق بترجيح صحة البيع ونحوه بالمكاتبة قال أصحابنا (وان قلنا) يصح فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب هذا هو الاصح وفيه وجه ضعيف أنه لا يشترط القبول بل يكفي التواصل اللائق بين الكتابين أما إذا تبايعا حاضرا بالكتابة فقال أصحابنا ان منعناه في الغيبة فهنا أولى والا فوجهان وإذا صحنا البيع بالمكاتبة جاز القبول بالكتب وباللفظ ذكره امام الحرمين وغيره قال أصحابنا وحكم الكتب على القرطاس والرق اللوح والارض والنقش على الحجر والخشب واحد ولا أثر لرسم الاحرف على الماء والهواء قال بعض الاصحاب تفريعا على صحة البيع بالمكاتبة لو قال بعث داري لفلان وهو غائب فلما بلغه الخبر قال قبلت انعقد البيع لان النطق أقوى من الكتب والله تعالى أعلم *

(فرع) أما النكاح ففي انعقاده بالمكاتبة خلاف مرتب على البيع ونحوه ذكره
امام

[168]

الحرمين والبعوى وآخرون قالوا إن قلنا لا يصح البيع فالنكاح أولى والا
فوجهان (والمذهب) أنه لا يصح لان الشهادة شرط فيه ولا اطلاع للشهود
على النية ولو قال بعد المكاتبة نوبنا كانت شهادة على إقرارهما لا على
نفس العقد فلا يصح ومن جوزه اعتمد الحاجة قال أصحابنا وحيث حكمنا
بانعقاد النكاح بالمكاتبة فليكتب زوجته اعتمد الحاجة قال أصحابنا وحيث حكمنا
بشترط أن يحضرهما ولا أن يقول لهما اشهدا بل لو حضرا بانفسهما كفى
فإذا بلغ الكتاب الزوج فليقبل لفظا ويكتب القبول ويحضر القبول شاهدا
الايجاب فان شهده آخران فوجهان (أصحهما) لا يصح لانه لم يحضره شاهد
له (والثاني) الصحة لانه حضر الايجاب والقبول شاهدان ويحتمل تغايرهما
كما احتمل الفصل بين الايجاب والقبول ثم إذا قبل لفظا أو كتابة يشترط
كونه على الفور هذا هو المذهب وفيه وجه ضعيف كما سبق في البيع والله
أعلم * (فرع) لو كتب إليه وكلتك في بيع كذا من مالي أو اعتاق عبدي فان
قلنا الوكالة لا تغتفر إلى القبول فهو ككتب الطلاق والا فكالبيع ونحوه
والمذهب الصحة والله أعلم * (فرع) قال الغزالي في الفتاوى إذا صحنا
البيع بالمكاتبة فكتب إليه فقبل المكتوب إليه ثبت له خيار المجلس مادام
في مجلس القبول قال ويتمادي خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب
إليه حتى لو علم أنه رجع عن الايجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه
صح رجوعه ولم ينعقد البيع والله أعلم * (المسألة الرابعة) لو قال الطالب
بعتي فقال بعتك ان قال بعده اشتريت أو قبلت انعقد البيع بلا خلاف وان
لم يقبل بعده بل اقتصر على قوله أولا بعني فطريقان حكاهما إمام
الحرمين وآخرون (أحدهما) القطع بالصحة وبه قطع المصنف وجمهور
العراقيين كما ذكره المصنف (والثاني) فيه وجهان وقيل قولان (أحدهما)
الصحة (والثاني) البطلان قال إمام الحرمين وغيره نص الشافعي أن البيع
لا ينعقد ونص مثله في النكاح أنه ينعقد فقيل قولان فيهما بالنقل
والتخريج (أصحهما) الصحة فيهما (والثاني) البطلان فيهما وهو مذهب أبي
حنيفة وقيل بالفرق على ظاهر النصين لان البيع قد يقع بغتة فيكون قوله
بعتي على سبيل الاستفهام بحذف الهمزة

[169]

بخلاف النكاح فانه لا يقع في الغالب إلا بعد طلب ومراودة فلا يراد به
الاستفهام والمذهب الصحة فيهما والله أعلم * ولو قال اشترمني فقال
المشترى اشتريت فطريقان (أصحهما) وبه قطع البعوي أنه كالصورة
السابقة (والثاني) لا ينعقد قطعاً أما إذا قال المشتري أتبعني عبدك بكذا
أو قال بعتني بكذا فقال بعت لا ينعقد البيع بلا خلاف الا أن يقول بعده
اشتريت وكذا لو قال البائع اشترى داري أو اشتريت مني فقال اشتريت لا
ينعقد بلا خلاف حتى يقول بعده بعت والله أعلم * (فرع) قال أصحابنا
يشترط لصحة البيع ونحوه أن لا يطول الفصل بين الايجاب والقبول وأن لا
يتخللها أجنبي عن العقد فان طال أو تخلل لم ينعقد سواء تفرقا من

المجلس أم لا قال أصحابنا ولا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل وهو ما أشعر بأعراضه عن القبول ولو تخللت كلمة أجنبية بطل العقد * ولو مات المشتري بعد الايجاب وقبل القبول ووارثه حاضر فقبل (فوجهان) الصحيح لا يصح البيع لعدم الايجاب والقبول من المتعاقدين (والثاني) الصحة وبه قال الدارمي لان الوارث كالميت ولهذا يقوم مقامه في خيار المجلس علي الصحيح المنصوص والله أعلم * (فرع) إذا وجد أحد شقى العقد من أحدهما اشترط اصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر واشترط أيضا بقاؤهما على أهلية العقد فلورجع عنه قبل وجود الشق الآخر أو مات أو جن أو أعمى عليه بطل الايجاب فلو قبل الآخر بعده لم يصح وكذا لو أذنت المرأة في عقد نكاحها حيث يشترط اذنها ثم أعمى عليها قبل العقد بطل اذنها ولو قال المشتري بعثك فمات المشتري قبل القبول بطل العقد فلو كان وارثه حاضرا فقبل أو جن فقبل وليه لم يصح البيع وهذا هو المذهب وبه قطع الاصحاب في كل الطرق وحكى الرويانى وجهها انه يصح قبول الوارث وهذا شاذ باطل وسنوضح الفرق بينه وبين انتقال خيار الشرط وخيار المجلس إلى الوراث في مسائل الخيار ان شاء الله تعالى * (فرع) قال أصحابنا يشترط موافقة القبول الايجاب فلو قال بعثك بألف صحاح فقال قبلت

[170]

بألف قراضة أو عكسه أو قال بألف حال فقبل بمؤجل أو عكسه أو قال بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين أو نصف شهر أو قال بعثك بألف درهم فقبل بألف دينار أو عكسه أو قال بعثك بألف فقال قبلت نصفه بخمسائة لم يصح بلا خلاف لانه لا يعد قبولا ولو قال بعثك هذا بألف فقال قبلت نصفه بخمسائة ونصفه بخمسائة قال المتولي يصح العقد لانه تصريح بمقتضى الاطلاق وقال الرافعي فيه نظر وهو كما قال الرافعي لكن الظاهر الصحة وفي فتاوى القفال انه لو قال بعثك بألف درهم فقال اشتريت بألف وخمسائة صح البيع قال الرافعي هذا غريب وهو كما قال والظاهر هنا فساد العقد لعدم الموافقة * (فرع) إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع بعث بكذا فقال نعم أو بعث وقال للمشتري اشتريت بكذا فقال نعم أو اشتريت فوجهان حكاهما الرافعي (أصحهما) عند الرافعي وغيره الانقضاء لوجود الصيغة والتراضي (والثاني) لا ينعقد لعدم تخاطبهما وبهذا قطع المتولي * (فرع) إذا قال بعثك بألف فقال قبلت فقط صح البيع بلا خلاف بخلاف النكاح فان الصحيح انه يشترط أن يقول قبلت نكاحها أو تزويجها والفرق الاحتياط للابضاع * (فرع) لو قال بعثك هذا بألف ان شئت فقال شئت لم يصح البيع بلا خلاف وصرح به المتولي وغيره قالوا لان لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك وان قال قبلت فوجهان حكاهما المتولي وغيره (أحدهما) لا يصح لان الصيغة صيغة تعليق ولا مدخل له في المعاوضات فصار كقوله بعثك إن دخلت الدار (وأصحهما) الصحة لانه تصريح بمقتضى الحال فان القبول إلى مشيئة القابل وبهذا فارق سائر ألفاظ التعليق والله تعالى أعلم * (فرع) إذا باع مال نفسه لولده أو مال ولده لنفسه فهل يفتقر إلى صيغتي الايجاب والقبول أم يكفي أحدهما فيه وجهان مشهوران (الاصح) يفتقر فيقول بعث مال ولدى بكذا واشتريته له أو قبلته له لتنتظم صورة البيع (والثاني) يكفي أحدهما لانه لما قام الوالد في صحة العقد مقام اثنين قام لفظه مقام لفظين والله أعلم *

(فرع) قال أصحابنا يصح بيع الاخرس وشراؤه بالاشارة المفهومة وبالكتابة بلا خلاف للضرورة قال أصحابنا ويصح بهما جميع عقودهم وفسوخه كالطلاق والعتاق والنكاح والظهار والرجعة والابراء والهبة وسائر العقود والفسوخ ونحوها بل قالوا اشارته المفهومة كعبارة الناطق إلا في صورتين فيهما خلاف وهما شهادته واثارته بالكلام في صلاته والاصح انه لا تصح شهادته ولا تبطل صلاته لان الشهادة يحتاط لها والصلاة لا تبطل الا بكلام حقيقي وهذا مما يسأل عنه فيقال إنسان باع وهو يصلى فيصح بيعه ولم تبطل صلاته وهذه صورته ويتصور أيضا فيمن باع فيها بالكلام ناسيا للصلاة ولم يطل فإنه يصح بيعه ولا تبطل صلاته والله أعلم * (فرع) قال المتولي والاصحاب تقديم المساومة على البيع ليس بشرط لصحته بل لو لقي رجلا في طريقه فقال بعثك هذا بألف فقال قبلت أو اشتريت صح البيع بلا خلاف لان اللفظ صريح في حكمه فلا يتوقف على قرينة ولا سابقة * (فرع) قال أصحابنا جميع ما سبق من صيغتي الايجاب والقبول هو فيما ليس بضمني من البيوع فأما البيع الضمني فيما إذا قال اعتق عبدك عنى على ألف فلا تشترط فيه الصيغ التي قدمناها بل يكفي فيه الائتماس والاعتاق عنه بلا خلاف كما ذكره المصنف والاصحاب في كتاب كفارة الظهار والله تعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا ينعقد البيع والاجارة ونحوهما من عقود المعاملات بالعجمية وسائر اللغات سواء احسن العربية أم لا وهذا لا خلاف فيه وفرق المتولي والاصحاب بينه وبين النكاح على قولنا لا ينعقد بالعجمية بأن في النكاح معنى التعبد ولهذا اختص بلفظ التزويج والانكاح فاشبه الفاظ الاذكار في الصلاة والله تعالى أعلم * (فرع) يشترط في صحة البيع ان يذكر الثمن في حال العقد فيقول بعثك بكذا فان قال بعثك هذا واقتصر على هذا فقال المخاطب اشتريت أو قبلت لم يكن هذا بيعا بلا خلاف ولا يحصل به الملك للقابل على المذهب وبه قطع الجمهور وقيل فيه وجهان (اصحهما) هذا والثاني يكون هبة

وإذا قلنا بالمذهب أنه لا يكون تمليكا فقبضه القابل كان مضمونا عليه على المذهب وقيل فيه وجهان كالهبة الفاسدة فان في المقبوض بها وجهين (أحدهما) أنه مضمون (وأصحهما) لا والصحيح هنا الضمان قطعا * (فرع) قال المتولي لو قال وهبت لك هذا بألف أو هذا لك هبة بألف فقبل هل ينعقد هذا العقد هذا فيه خلاف مبنى على قاعدة وهي ان الاعتبار في العقود بطواهرها أم بمعانيها وفيه وجهان (أحدهما) الاعتبار بطواهرها لان هذه الصيغ موضوعة لافادة المعاني وتفهم المراد منها عند اطلاقها فلا تترك طواهرها ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق وأراد به الظهار أو عكسه تعلق باللفظ دون المنوي ولان اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ ولانا أجمعنا على أن الفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له في اللغة فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له فكذا الفاظ العقود ولان العقود تفسد باقتران شرط مفسد ففسادها بتغير مقتضاها أولى (والوجه الثاني) ان الاعتبار بمعانيها لان الاصل في الامر الوجوب فإذا تعذر حمله عليه حملناه على الاستحباب وأصل النهى التحريم فإذا تعذر حمله عليه حملناه على كراهة التنزيه وكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه ولان لفظ العقد إذ أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله ولهذا لو باعه بعشرة دراهم

وفى البلد نقود احدها غالب حملناه على الغالب طلبا للصحة قال المتولي ويتفرع على هذه القاعدة مسائل (منها) المسألة الاولى وهى إذا قال وهبته لك بألف فان اعتبرنا المعنى انعقد بيعا وان اعتبرنا اللفظ فسد العقد فإذا حصل المال فى يده كان مقبوضا بحكم عقد فاسد (ومنها) لو قال بعته ولم يذكر ثمننا فان اعتبرنا المعنى انعقد هبة والا فبيع فاسد (ومنها) لو قال أسلمت هذا الدينار أو ديناراً فى هذا الثوب فان اعتبرنا المعنى انعقد بيع عين والا فهو سلم فاسد والله أعلم * (فرع) إذا كان العقد بين بائع ووكيل المشتري فليقل البائع له بعته ويقول الوكيل اشترت وبنوى موكله فيقع العقد للموكل وان لم يسمه فلو قال البائع بعته موكلك فلانا فقال الوكيل اشترت له لم يصح العقد على المذهب وبه قطع الجمهور وفيه وجه ضعيف أنه يقع العقد للوكيل والصواب الاول لانه لم يجر بينهما تعاقد قال أصحابنا وهذا بخلاف النكاح فان

[173]

الولي يقول لو وكيل الزوج زوجت بنتى فلانا يعنى الزوج ويقول الوكيل قبلت نكاحها له فلو لم يقل له ففيه الخلاف المشهور فيما إذا قال الزوج قبلت ولم يقل نكاحها (الاصح) لا يصح فلو قال الولي للوكيل زوجتك بنتي لك فقال قبلت نكاحها لفلان لم ينعقد وان قال قبلت نكاحها وقع العقد للوكيل ولم ينصرف إلى الموكل ولو جرى النكاح بين وكيلين فقال وكيل الولي زوجت فلانة فقال وكيل الزوج قبلت نكاحها لفلان صح وفرق الاصحاب بين البيع والنكاح بوجهين (أحدهما) أن الزوجين كالتمن كالتمن والمتمن ولا بد من تسميتهما (والثاني) أن البيع يرد على المال وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص والنكاح يرد على البضع وهو لا يقبل النقل ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالته فانكرها زيد لم يصح العقد له ولو اشترى زيد بوكالته فانكرها صح الشراء للوكيل قال صاحب البيان فى باب الوكالة ولو وكله أن يزوجه بنته زيدا فزوجها وكيل زيد لزيد صح ولو وكله فى بيع عبده لزيد فباعه وكيل زيد لزيد لم يصح والفرق بينهما أن النكاح لا يقبل نقل الملك والبيع يقبله ولهذا يقول وكيل النكاح للولي زوج موكلتي ولا يقول زوجنى لموكلتي ويقول فى البيع يعنى لموكلتي ولا يقول بع موكله والله أعلم * قال أصحابنا وفى الهبة يشترط فى قبول وكيل المتهب أن يسمى موكلتي فى القبول فيقول قبلت لفلان أو لموكلتي فلان فان لم يسمه وقع للمخاطب لجريان العقد معه ولا ينصرف إلى الموكل بالنية لان الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب وليس كل أحد يسمح عليه بالتبرع بخلاف البيع فان مقصوده حصول العوض والله أعلم * (فرع) قال أصحابنا فى بيع الهازل وشرائه وجهان (أصحهما) ينعقد كالطلاق وغيره (والثاني) لا لان الطلاق يقبل الاعزاز قال القاضى حسين وهما مبنيان على مسألة السر والعلانية فى الصداق وهى إذا تواطئا فى السر على أن المهر الف ثم عقده فى العلانية بالعين فقولان هل المهر مهر السر أو العلانية (فان قلنا) بالسر لم ينعقد بيع الهازل لانه لم يقصد بيعا والا فينقعد عملا باللفظ ولا مبالاة بالقصد والله أعلم * هكذا ذكر الجمهور الخلاف فى بيع الهازل وجهين وقال الجرجاني هما قولان قال وقيل وجهان والله سبحانه وتعالى أعلم *

قال المصنف رحمه الله * (وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والامضاء إلى أن يتفرقا أو يتخيرا لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر) والتفرق أن يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه لما روى نافع (ان ابن عمر رضى الله عنه كان إذا اشترى شيئا مشى أذرعاً ليحب البيع ثم يرجع) ولان التفرق في الشرع مطلق فوجب أن يحمل على التفرق المعهود وذلك يحصل بما ذكرناه وان لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره لم يسقط الخيار لان ذلك لا يسمى تفرقا * وأما التخيير فهو أن يقول أحدهما للآخر اختر امضاء البيع أو فسخه فيقول الآخر اخترت امضاءه أو فسخه فينقطع الخيار لقوله عليه السلام (أو يقول أحدهما للآخر اختر) فان خير أحدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسؤول وهل ينقطع خيار السائل فيه وجهان (أحدهما) لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته اختاري فسكتت فان خيار الزوج في طلاقها لا يسقط (والثاني) أنه ينقطع لقوله عليه السلام أو يقول أحدهما للآخر اختر) فدل على أنه إذا قال يسقط خياره ويخالف تخيير المرأة فان المرأة لم تكن مالكة للخيار وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه فإذا سكتت بقي على حقه وههنا المشتري يملك الفسخ فلا يفيد تخييره اسقاط حقه من الخيار فان أكرها على التفرق ففيه وجهان (أحدهما) يبطل الخيار لانه كان يمكنه أن يفسخ بالتخيير فإذا لم يفعل فقد رضى باسقاط الخيار (والثاني) أنه لا يبطل لانه لم يوجد منه أكثر من السكوت والسكوت لا يسقط الخيار * فان باعه على أن لا خيار له ففيه وجهان (من) أصحابنا من قال لا يصح لان الخيار جعل رفقا بهما فجاز لهما تركه ولان الخيار غرر فجاز اسقاطه وقال أبو إسحق لا يصح وهو الصحيح لانه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز اسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع (فان قلنا) بهذا فهل بطل العقد بهذا الشرط فيه وجهان (أحدهما) لا يبطل لان هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض (والثاني) يبطل لانه يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط أن لا يسلم المبيع) *

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم بلفظه وأما الأثر المذكور عن ابن عمر انه كان يمشى أذرعاً فهو في الصحيحين بغير هذا اللفظ لفظ البخاري فارق صاحبه ولفظ مسلم قام فمشى هنيهة ثم رجع ولفظ الترمذي قال نافع فكان ابن عمر إذا ابتاع بيعة وهو قاعد قام ليحب له * وقوله صلى الله عليه وسلم (أو يقول) هكذا هو في الصحيحين وفي المهذب أو يقول وهو منصوب اللام وأوهنا ناصبة بتقدير إلا أن يقول أو إلى أن يقول ولو كان معطوفاً على مالكان مجزوماً ولقال أو ليقل (وقوله) ليجب البيع معناه ليلزم (قوله) وههنا المشتري يملك الفسخ كان الاجود للقابل بدل المشتري لان القابل قد يكون البائع وقد يكون المشتري (وقوله) لانه خيار يثبت بعد تمام البيع قال القلعى قيل هو احتراز عن خيار القبول في البيع قال والظاهر انه لا احتراز فيه وانما ذكره لبيان معنى العلة * اما الاحكام فقال أصحابنا الخيار ضربان خيار نقص وهو ما يتعلق بغوات شئ مظنون الحصول وخيار شهوة وهو ما لا يتعلق بغوات شئ فالاول له باب مستقل وهو الذي سماه المصنف بعد هذا باب بيع المصراة

والرد بالعيب واما الثاني فله سببان المجلس والشرط فيقال خيار المجلس وخيار الشرط وإذا صححنا بيع الغائب اثبتنا فيه خيار الرؤية فتصير الاسباب ثلاثة * ثم في الفصل مسائل (احداها) فيما ثبت فيه خيار المجلس من العقود وقد جمعها اصحابنا هنا واعادوها في ابوابها مفرقة واقتصر المصنف على ذكرها في ابوابها مفرقة والمختار طريقة الجمهور فنسلكها قال اصحابنا العقود ضربان (احدهما) العقود الجائزة إما من الطرفين كالشركة والوكالة والوديعة والعارية والدين والقراض والجمالة وإما من أحدهما كالضمان والرهن والكتابة فلا خيار فيها كلها لانه متمكن من الفسخ متى شاء وفى وجه ضعيف يثبت الخيار في الكتابة والضمان وهو ضعيف وممن حكاه في خيار المجلس وخيار الشرط الدارمي وهو شاذ قال أصحابنا وقد يتطرق الفسخ بسبب آخر إلى الرهن إن كان مشروطا في بيع وأقبضه قبل التفريق فيمكن فسخ الرهن بأن يفسخ البيع فيفسخ الرهن تبعا (الضرب الثاني) العقود اللازمة وهي نوعان واردة على العين واردة على المنفعة والاول كالبيع والصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلاح المعاوضة فيثبت فيها كلها خيار المجلس ويستثنى منها

[176]

صور (احداها) إذا باع ماله لولده أو مال ولده لنفسه ففي ثبوت خيار المجلس وجهان (أصحهما) ثبوته فعلى هذا يثبت خيار اللولد وخيار اللاب ويكون الاب نائب الولد فان ألزم البيع لنفسه وللولد لزم وإن ألزم لنفسه بقى الخيار للولد فإذا فارق المجلس لزم العقد على الاصح من الوجهين (والثاني لا يلزم إلا بالالزام لانه لا يفارق نفسه وان فارق المجلس وذكر الماوردي أن الوجه الاول قول أبي اسحق المروزي قال والثاني قول جمهور اصحابنا قال فعلى الثاني لا ينقطع الخيار الا بأن يختار الاب لنفسه وللولد فان لم يختر ثبت الخيار للولد إذا ابلع والمذهب الاول * قال البغوي ولو كان العقد بينه وبين ولده صرفا ففارق المجلس قبل القبض بطل العقد على الوجه الاول ولا يبطل على الثاني الا بالتخاير (الثانية) لو اشترى من يعتق عليه كولده ووالده قال جمهور الاصحاب يبنى خيار المجلس على اقوال الملك في زمن الخيار (فان قلنا) هو للبايع فلهما الخيار ولا يحكم بالعقد حتى يمضى زمن الخيار (وان قلنا) موقوف فلهما الخيار فإذا امضيا العقد تبينا أنه عتق بالشراء فان قلنا الملك للمشتري فلا خيار له ويثبت للبايع وفى عتقه وجهان (أصحهما) لا يعتق حتى يمضى زمن الخيار ثم حكم بعتقه من يوم الشراء (والثاني) يحكم بعتقه حين الشرى وعلى هذا هل ينقطع خيار البايع فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أعتق المشتري العبد الأجنبي في زمن الخيار وقلنا الملك له قال البغوي ويحتمل أن يحكم بثبوت الخيار للمشتري أيضا تفريعا على أن الملك له وأن لا يعتق العبد في الحال لانه لم يوجد منه الرضا الا باصل العقد هذه طريقة الجمهور وهى المذهب * وقال إمام الحرمين المذهب أنه لا خيار وقال الاودني يثبت وتابع الغزالي إمامه على ما اختاره قال الرافعي واختيارهما شاذ والصحيح ما سبق عن الاصحاب وحكي القاضى حسين في بيع الاعطية عن الاودني أنه يثبت الخيار قال وعليه حمل قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح (لن يحزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتره فيعتقه) قال وصورته إذا كان الخيار للمشتري وقلنا الملك للبايع وأعتقه صح قال ولو قلنا الملك للمشتري صح العقد ولم يتصور إعتاقه لانه صار بمجرد الشراء حرا (الثالثة) الصحيح المنصوص

إن شراء العبد نفسه من سيده جائز وفيه قول ضعيف أو وجه أنه لا يصح وقد ذكر المصنف المسألة في أول كتاب الاقرار وذكر فيها طريقين المذهب والمنصوص صحته (والثاني) على قولين فإذا قلنا بالصحة ففي ثبوت خيار المجلس وجهان حكاهما أبو الحسن العبادي والقاضي حسين ومالا إلى ترجيح ثبوته وقطع الغزالي والمتولي بترجيح ثبوته وهو الاصح لان مقصوده العتق فأشبهه الكتابة (الرابعة) في ثبوت الخيار في شري الجمد في شدة الحر وجهان حكاهما المتولي والرويانى وآخرون لانه يتلف بمضي الزمان (والاصح) ثبوته (الخامسة) إن صحنا بيع الغائب ولم يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية فهذا المبيع من صور الاستثناء (السادسة) إن باع بشرط نفى خيار المجلس فثلاثة أوجه سنذكرها مبسوطه قريبا إن شاء الله تعالى (أحدها) يصح البيع والشرط فعلى هذا تكون هذه الصورة مستثناة * هذا حكم البيع بأنواعه والله أعلم * ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة ولا في البراء ولا في الاقالة (إن قلنا) إنها فسخ (وإن قلنا) هي بيع ففيها الخيار ولا يثبت في الحوالة (إن قلنا) إنها ليست معاوضة (وإن قلنا) معاوضة لم يثبت أيضا على أصح الوجهين لأنها ليست على قاعدة المعاوضات ولا يثبت في الشفعة للمشتري وفي ثبوته للشفيع وجهان مشهوران (أصحهما) لا يثبت وممن صححه المصنف في التنبيه والفارقي والرافعي في المحرر وقطع به البغوي في كتابيه التهذيب وشرح مختصر المزني وهو الراجح في الدليل أيضا فان أثبتناه فقبل معناه أنه بالخيار بين الاخذ والترك مادام في المجلس مع تفرعنا على قولنا الشفعة على الفور (قال) إمام الحرمين هذا الوجه غلط بل الصحيح أنه على الفور ثم له الخيار في نقض الملك ورده مادام في المجلس وهذا هو الصواب وهي حقيقة خيار المجلس (وأما) من اختار عين ماله لافلاس المشتري فلا خيار له وفيه وجه أنه يثبت له الخيار مادام في المجلس والصحيح الاول ولا خيار في الوقف والعتق والتدبير والطلاق والرجعة وفسخ النكاح وغيره والوصية ولا في الهبة إن لم يكن ثواب فان كان ثواب مشروط أو قلنا نقيضه الاطلاق فلا خيار أيضا على أصح الوجهين لأنها لا تسمى بيعا والحديث ورد في المتبايعين (قال) المتولي وغيره موضع الوجهين من الهبة بعد القبض

أما قبله فلا خيار قطعاً (وأما) إذا رجع البائع في المبيع لفلس المشتري فالاصح أنه لا خيار له وحكى الدارمي فيه قولين عن حكاية ابن القطان وثبت الخيار في القسمة إن كان فيها رد وإلا فان جرت بالاجبار فلا رد وإن جرت بالتراضي (فان قلنا) إنها إقرار فلا خيار (وإن قلنا) بيع فلا خيار أيضا على أصح الوجهين هكذا ذكرهما الاصحاب (وقال) المتولي إن كانت قسمة اجبار وقلنا هي بيع فلا خيار للمجبر وفي الطالب وجهان كالشفيع (النوع الثاني) العقد الوارد على المنفعة فمنه النكاح ولا خيار فيه بلا خلاف ولا خيار في المداق على أصح الوجهين فان أثبتناه ففسخت وجب مهر المثل وعلى هذين الوجهين يكون ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع والاصح أيضا أنه لا يثبت فيه ولا تندفع الفرقة بحال * ومنه الاجارة وفي ثبوت خيار

المجلس فيها وجهان (أصحهما) عند المصنف وشيخه أبى القاسم الكرخي -
 بالخاء - يثبت وبه قال الاصطخري وابن القاص (وأصحهما) عند إمام
 الحرمين والبعثي والجمهور لا يثبت وبه قال أبو علي بن خيران وأبو إسحق
 المروري قال القفال وطائفة الخلاف في إجارة العين (أما) الاجارة على
 الذمة فيثبت فيها قطعاً كالسلم فان اثبتنا الخيار في اجارة العين ففي
 ابتداء مدتها وجهان (أحدهما) من وقت انقضاء الخيار بالتفرق فعلى هذا لو
 أراد المؤجر أن يؤجره لغيره في مدة الخيار (قال) الامام لم يجوزه أحد فيما
 أظن وان كان محتملاً في القياس (وأصحهما) أنه يحسب من وقت العقد
 فعلى هذا فعلى من تحسب مدة الخياران كان قبل تسليم العين إلى
 المستأجر فهي محسوبة على المؤجر وان كان بعده (فوجهان) بناء على أن
 المبيع إذا هلك في يد المشتري في زمن الخيار على ضمان من يكون وفيه
 وجهان (الاصح) من ضمان المشتري فعلى هذا تحسب على المستأجر
 وعليه تمام الاجرة (والثاني) من ضمان البائع فعلى هذا تحسب على
 المؤجر ويحط من الاجرة قدر ما يقابل تلك المدة * (وأما) المساقاة ففي
 ثبوت خيار المجلس فيها طريقان أصحهما في الخلاف السابق في الاجارة
 (والثاني) القطع بالمنع لعظم الغرر فيها فلا يضم إليه غرر الخيار * (وأما
 المسابقة) فكالاتجارية ان قلنا إنها لازمة وكالعقود الجائزة ان قلنا إنها
 جائزة والله تعالى أعلم * (المسألة الثانية) لو تبايعا بشرط نفى خيار
 المجلس ففيه ثلاثة أوجه ذكرها المصنف بأدلتها

[179]

وهي مشهورة وذكرها القاضي حسين أقوالاً (أصحها) أن البيع باطل وهو
 المنصوص في البوطي والقديم (والثاني) أنه صحيح ولا خيار (والثالث)
 صحيح والخيار ثابت ولو شرطاً نفى خيار الرؤية على قولنا يصح بيع الغائب
 فالمذهب القطع ببطلان البيع وبه قطع الاكثرون وطرد الامام والغزالي
 فيه الخلاف وهذا الخلاف يشبه الخلاف في شرط البراءة من العيوب
 ويتفرع على نفى خيار المجلس ما إذا قال لعبد ان بعثك فانت حرثم باعه
 بشرط نفى الخيار (فان قلنا) البيع باطل أو صحيح ولا خيار لم يعتق (وان
 قلنا) صحيح والخيار ثابت عتق لان عتق البائع في مدة الخيار نافذ والله
 أعلم * (المسألة الثالثة) فيما ينقطع به خيار المجلس * قال أصحابنا كل
 عقد ثبت فيه هذا الخيار حصل انقطاع الخيار فيه بالتخاير ويحصل أيضاً
 بالتفرق بابدانهما عن مجلس العقد (أما) التخاير فهو أن يقولوا تخايرنا أو
 اخترنا امضاء العقد أو أمضيته أو أجزأته أو الزمناء وما أشبهها ولو قال
 أحدهما اخترت امضاءه انقطع خياره وبقي خيار الآخر كما إذا أسقط
 أحدهما خيار الشرط وفيه وجه شاذ أنه لا يبقى للآخر خيار أيضاً لان هذا
 الخيار لا يتبع ثبوته ولا يتبع سقوطه حكاة المتولي وغيره وهو فاسد
 وفيه وجه ثالث حكاة القاضي حسين وإمام الحرمين أنه لا يبطل خيار القائل
 ولا صاحبه لان شأن الخيار أن يثبت بهما أو يسقط في حقهما ولا يمكن حق
 الساكت فيبغى أن لا يسقط حق القائل أيضاً وهذا الوجه شاذ فاسد
 فحصل ثلاثة أوجه (الصحيح) سقوط خيار القائل فقط (والثاني) يسقط
 خيارهما (والثالث) يبقى خيارهما (أما) إذا قال أحدهما للآخر اختر أو خيرتك
 فقال الآخر اخترت فانه ينقطع خيارهما بلا خلاف لما ذكره المصنف وان
 سكت الآخر لم ينقطع خيار الساكت بلا خلاف لما ذكره المصنف وفي خيار
 القائل وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) لا يسقط
 خياره قال الروياني هو قول القفال (وأصحهما) باتفاق الاصحاب يسقط
 وممن صرح بتصحيحه صاحب الشامل والبعثي والمتولي والروياني

والرافعي وآخرون * قال أصحابنا ولو اختار واحد وفسخ الآخر حكم بالفسخ
لانه مقصود الخيار ولو قالوا أبطلنا أو قالوا أفسدنا (فوجهان) حكاهما إمام
الحرمين عن حكاية والده أبي محمد (أحدهما) لا يبطل الخيار لان الابطال
يشعر بمناقضة الصحة ومنافاة الشرع وليس كالاجارة فانها تصرف

[180]

في الخيار (والثاني) يبطل الخيار وهو الاصح (قال) الامام الوجه الاول
ضعيف جدا ولكن رمز إليه شيخي وذكره الصيدلاني (أما) إذا تقابضا في
المجلس وتبايعا العوضين بيعا ثانيا فيصح البيع الثاني أيضا على المذهب
وبه قطع الجمهور لانه رضاء بلزوم الاول وقيل فيه خلاف مبنى على أن
الخيار هل يمنع انتقال الملك إلى المشتري أم لا (فان قلنا) يمنع لم يصح
والا فسخ والصواب * الاول ولو تقابضا في الصرف ثم أجازا في المجلس
لزم العقد فان اختاراه قبل التقابض فوجهان (أحدهما) تلغو الاجارة فيبقى
الخيار (وأصحهما) يلزم العقد وعليهما التقابض فان تفرقا قبل التقابض
انفسخ العقد ولا يائمان ان تفرقا عن تراض وان انفرد أحدهما بالمفارقة
أثم هو وحده وفيه وجه ثالث أنه يبطل العقد بالتخاير قبل القبض لان
التخاير كالتفرق ولو تفرقا قبل القبض في الصرف بطل العقد وسنوضح
المسألة ان شاء الله تعالى مبسوطه في باب الربا حيث ذكرها المصنف
والله أعلم * وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبدانهما فلو أقاما في ذلك
المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر أو قاما وتماشيا مراحل فهما على
خيارهما هذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور وفيه وجه ضعيف حكاه القاضي
حسين وإمام الحرمين والغزالي وآخرون من الخراسانيين أنه لا يزيد على
ثلاثة أيام لثلا يزيد على خيار الشرط وفيه وجه ثالث أنهما لو شرعا في أمر
آخر وأعرضا عما يتعلق بالعقد فطال الفصل انقطع الخيار حكاه الرافعي
والمذهب الاول قال أصحابنا والرجوع في التفرق إلى العادة فما عده
الناس تفرقا فهو تفرق ملتزم للعقد ومالا فلا قال أصحابنا فإذا كانا في
دار صغيرة فالتفرق أن يخرج أحدهما منها أو يصعد السطح وكذا لو كانا في
مسجد صغير أو سفينة صغيرة فان كانت الدار كبيرة حصل التفرق بان
يخرج أحدهما من البيت إلى الصحن أو من الصحن إلى بيت أو صفة وإن
كانا في سوق أو صحراء أو ساحة أو بيعة فإذا ولي أحدهما ظهره ومشى
قليلًا حصل التفرق على الصحيح من الوجهين والثاني قاله الاصطخري
بشرط أن يبعد عن صاحبه بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع الصوت
لم يسمع كلامه وبهذا قطع المصنف وشيخه القاضي أبو الطيب في تعليقه
وصححه أبو الطيب في المجرد والمذهب الاول وبه قطع الجمهور ونقله
المتولي والرويانى عن جميع الاصحاب سوى الاصطخري * واحتجوا له بما
رواه المصنف عن

[181]

ابن عمر وهو صحيح عن ابن عمر كما سبق ودلالته للجمهور ظاهرة وحكى
القاضي أبو الطيب والرويانى وجها أنه يكفى أن يوليه ظهره ونقله
الرويانى عن ظاهر النص لكنه مؤول والمذهب الاول والله أعلم * قال
أصحابنا فلو لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حائل من ستر أو نحوه أو شق

بينهما نهر لم يحصل التفريق بلا خلاف وان بني بينهما جدار فوجهان
حكاهما القاضي حسين والبيغوي والرافعي وآخرون (أصحهما لا يحصل
التفريق كما لو جعل بينهما ستر ولانهما لم يتفرقا وممن صححه البيغوي
والرافعي وظاهر كلام المصنف القطع به لانه قال لو جعل بينهما حاجز من
ستر وغيره لم يسقط الخيار (والثاني) يسقط وبه قطع المتولي وادعى أنه
يسمى تفرقا وليس كما قال (وقال) الروياني ان جعل بينهما حائط أو غيره
لم يحصل التفريق لانهما لم يتفرقا ولانهما لو غمضا أعينهما لم يحصل
التفريق وقال والدي ان جعل الحائط بينهما بأمرهما فوجهان (الصحيح لا
يحصل التفريق قال وقيل ان أرخى ستر لم يحصل وان بنى حائط حصل
وليس بشئ قال اصحابنا وصحن الدار والبيت الواحد إذا تفاحش اتساعهما
كالصحراء فيحصل التفريق فيه بما ذكرناه والله أعلم * (فرع) لو تناديا وهما
متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف (واما) الخيار فقال امام الحرمين
يحتمل ان يقال لا خيار لهما لان التفريق الطارئ يقطع الخيار فالمقارن
يمنع ثبوته قال ويحتمل ان يقال يثبت ماداما في موضعهما فإذا فارق
أحدهما موضعه بطل خياره وهل يبطل خيار الآخر أم يدوم إلى أن يفارق
مكانه فيه احتمالا لان للامام وقطع المتولي بأن الخيار يثبت لهما ماداما في
موضعهما فإذا فارق أحدهما موضعه ووصل إلى موضع لو كان صاحبه معه
في الموضع عد تفرقا حصل التفريق وسقط الخيار هذا كلامه والاصح في
الجملة ثبوت الخيار وأنه يحصل التفريق بمفارقة أحدهما موضعه وينقطع
بذلك خيارهما جميعا وسواء في صورة المسألة كانا متباعدين في صحراء
أو ساحة أو كانا في بيتين من دار أو في صحن وصفة صرح به المتولي
والله أعلم * (فرع) إذا أكره أحد العاقدين على مفارقة المجلس فحمل
مكرها حتى اخرج منه أو أكره حتى خرج بنفسه فان منع من الفسخ بان سد
فمه لم ينقطع خياره على المذهب وبه قطع الشيخ

[182]

أبو حامد وجمهور الاصحاب وهو مقتضى كلام الاصحاب وقيل في انقطاعه
وجهان قاله الفقهاء وحكاه جماعات من الخراسانيين وصاحب البيان قالوا
وهما مبنيان على الخلاف الذي سنذكره ان شاء الله تعالى في انقطاع
الخيار بالموت قالوا وهنا أولى ببقائه لان ابطال حقه قهرا بعيد ما إذا لم
يمنع من الفسخ فطريقان (أحدهما) ينقطع وجها واحدا قاله الفقهاء وحكاه
جماعات (والثاني) هو الصحيح وبه قطع المصنف والجمهور فيه وجهان ذكر
المصنف دليلهما (أحدهما) ينقطع قاله أبو إسحق المروري (والثاني) لا
ينقطع وهو الصحيح باتفاقهم وهو قول جمهور اصحابنا المتقدمين
وغيرهم وهو داخل في القاعدة السابقة فربما إن الاكراه يسقط أثر ذلك
المنشئ ويكون كأنه لم يوجد * فالحاصل أن المذهب أنه لا ينقطع الخيار
سواء منع من الفسخ أم لا قال اصحابنا (فان قلنا) ينقطع خياره انقطع
أيضا خيار الماكت في المجلس لحصول التفريق وإلا فله التصرف بالفسخ
والاجازة إذا تمكن وهل خياره بعد التمكّن على الفور أم يمتد امتداد مجلس
التمكّن فيه وجهان كالوجهين اللذين سنذكرهما إن شاء الله تعالى فيما إذا
مات وقلنا يثبت الخيار لو ارثه (فان قلنا) لا يقيد بالفور وكان مستقرا حين
زايه الاكراه في مجلس امتد الخيار امتداد ذلك المجلس وإن كان مارا فإذا
فارق في مروره مكان التمكّن انقطع خياره وليس عليه الرجوع إلى
مجلس العقد ليجتمع هو والعاقد الآخر ان طال الزمان لان المجلس قد
انقطع حسا فلا معنى للعود إليه هكذا نقله الامام وجزم به قال فان قصر
الزمان ففي تكليفه الرجوع احتمال والله أعلم * و(إذا قلنا) لا يبطل خيار

المكره على المفارقة لم يبطل خيار الماكت أيضا إن منع الخروج معه فان لم يمنع فوجهان (أصحهما) يبطل هكذا ذكر الاصحاب المسألة ولم يفرقوا بين من حمل مكرها أو أكره على التفريق و (قال) المتولي والبعوى وطائفة هذا التفصيل فيما إذا حمل مكرها فان أكرها حتى تفرقا بأنفسهما ففي انقطاع الخيار قولان كحنت الناسي والله أعلم * (فرع) لو هرب أحد العاقدين ولم يتبعه الآخر فقد أطلق الاكثرون أنه ينقطع خيارهما ممن أطلق ذلك وحزم به الفوراني والمتولي وصاحبا العدة والبيان وغيرهم (وقال) البعوى

[183]

والرافعي إن لم يتبعه الآخر مع التمكن بطل خيارهما وإن لم يتمكن بطل خيار الهارب دون الآخر والصحيح ما قدمناه عن الاكثرين لانه متمكن من الفسخ بالقول ولانه فارقه باختياره فأشبهه إذا مشى على العادة بخلاف ما قدمناه في المكره فانه لا فعل له بسبب الاكراه فكأنه لم يفارق والله أعلم * فلو هرب وتبعه الآخر قال المتولي يدوم الخيار ماداما متقاربين فان تباعدا بحيث بعد فرقة يبطل اختيارهما والله أعلم * (فرع) قال أصحابنا لو جاء المتعاقدان معا فقال أحدهما تفرقنا بعد العقد فنلزمه وقال الثاني لم تفرق وأراد الفسخ فالقول قول الثاني مع يمينه لان الاصل عدم التفريق ولو اتفقا على التفريق وقال الآخر فسخت قبله وأنكر الآخر (فوجهان) الصحيح أن القول قول المنكر عملا بالاصل وبه قطع القاضي حسين وصححه الروياني والباقون (والثاني) قول مدعى الفسخ لانه أعلم بتصرفه قال المتولي والروياني وهذا محكى عن صاحب التقريب * ولو اتفقا على عدم التفريق وادعى أحدهما الفسخ وأنكر الآخر فدعواه الفسخ فسخ ولو أراد الفسخ فقال الآخر أنت اخترت قبل هذا فأنكر الاجازة فالقول قول المنكر لان الاصل عدمها والله أعلم * ولو قال أحدهما فسخت قبل التفريق وقال الآخر بعده قال الدارمي قال ابن القطان فيه خلاف مبني على الخلاف فيما إذا قال راجعتك فقالت بعد العدة قال وحاصله أربعة أوجه (أحدها) يصدق البائع (والثاني) المشتري (والثالث) السابق بالدعوى (والرابع) يقبل قول من يدع الفسخ في الوقت الذي فسخ فيه وقول الآخر في وقت التفريق والله أعلم * (فرع) لو مات من له الخيار أو من لو أغمى عليه في المجلس لم يبطل خياره بل ينتقل إلى وارثه والناظر في أمره هذا هو المذهب وفيه خلاف ذكره المصنف بعد خيار الشرط وسنوضحه بفروعه إن شاء الله تعالى * وإن خرس قال أصحابنا إن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة فهو على خياره وإلا نصب الحاكم نائبا عنه يعمل ما فيه حظه من الفسخ والاجازة والله أعلم *

[184]

(أما) إذا ناما في المجلس فلا ينقطع خيارهما بلا خلاف صرح به المتولي وغيره لان النوم لا يسمى تفرقا والله أعلم * (فرع) يثبت خيار المجلس للوكيل دون الموكل باتفاق الاصحاب لانه متعلق بالعاقد فلو مات الوكيل هل ينتقل الخيار إلى الموكل قال المتولي فيه الخلاف الذي سنوضحه في المكاتب إن شاء الله تعالى إذا مات هل ينتقل خياره إلى سيده (الاصح)

الانتقال قال ووجه الشبه أن الملك حصل بعقد الوكيل للموكل لا بطريق الارث كما انه حصل للسيد بحكم العقد لا بطريق الارث هذا كلام المتولي وهو الاصح وفيه خلاف آخر سنذكره هناك إن شاء الله تعالى * (فرع) قال القاضي حسين في تعليقه لو باع الكافر عبده المسلم يثبت له خيار المجلس والشرط فلو فسخ البيع في مدة الخيار صح فسخه وأجبرناه على بيعه ثانياً ويثبت له الخيار والفسخ وهكذا أبداً * (فرع) في مذاهب العلماء في خيار المجلس * مذهبنا ثبوته للمتعاقدين وبه قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم حكاه ابن المنذر عن ابن عمر وأبي برزة الاسلمي الصحابي وسعيد ابن المسيب وطاووس وعطاء وسريح والحسن البصري والشعبي والزهرى والاوزاعي واحمد واسحق وأبي ثور وأبي عبيد وبه قال سفيان بن عيينة وابن المبارك وعلي ان المدائني وسائر المحدثين وحكاه القاضي أبو الطيب عن علي بن أبي طالب وابن عباس وأبي هريرة وابن أبي ذؤيب وقال مالك وأبو حنيفة لا يثبت بل يلزم البيع بنفس الايجاب والقبول وحكى هذا عن سريح والنخعي وربيعه واحتج لهم بقول الله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فظاهر الآية جوازه في المجلس وبحديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه) فدل على أنه إذا جاز له بيعه في المجلس قبل التفريق وعن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا ان تكون صفقة خيار فلا يحل له ان يفارق صاحبه خشية ان يستقبله) رواه ابو داود والترمذي وغيره

[185]

بأسانيد صحيحة وحسنه قال الترمذي هو حديث حسن قالوا وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ الا من جهة الاستقالة * وقياساً على النكاح والخلع وغيرهما ولانه خيار بمجهول فان مدة المجلس مجهولة فاشبهه لو شرطاً خياراً مجهولاً * واحتج أصحابنا والجمهور بحديث ابن عمر قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع البخاري ومسلم وعن نافع قال سمعت ابن عمر يقول (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا تبايعا المتبايعان وكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا أو يكون بيعهما عن خيار قال وكان ابن عمر إذا تبايع البيع وأراد أن يجب مشي قليلاً ثم رجع) رواه مسلم وعن نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا الا أن يكون البيع خياراً قال نافع وكان ابن عمر إذا اشترى الشيء يعجبه فارق صاحبه) رواه البخاري ومسلم وعن نافع عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما صاحبه فتبايعاً على ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع) رواه البخاري ومسلم وفي رواية (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول احدهما لصاحبه اختر) رواه البخاري ومسلم وعن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (كل بيعين لا يبيع بينهما حتى يتفرقا الا بيع الخيار) وعن حكيم بن حزام قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وان كذبا وكتما محقت بركت بيعهما) رواه البخاري ومسلم وعن أبي الوضئ - بكسر الصاد المعجمة وبالهزم - واسمه عباد ابن نسيب بضم النون وفتح السين المهملة واسكان

الباء قال (غزونا غزوة فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرسا لغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحا من الغد حضر الرجل فقام إلى فرسه يسرجه وندم وأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال بينى وبينك أبو برزة صاحب النبي صلى الله عليه وسلم فاتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالوا له القصة فقال أنرضيان أن أقضى بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) وفي رواية قال (ما أراكما افترقتما) رواه أبو داود باسناد صحيح وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (خير

[186]

أعرابيا بعد البيع) رواه الترمذي وقال حديث صحيح * وعن ابن عباس (أن النبي صلى الله عليه وسلم بايع رجلا فلما بايعه قال اختر ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا البيع) رواه أبو داود الطيالسي والبيهقي ورواه البيهقي وفي المسألة أحاديث كثيرة من رواية أبي هريرة وجابر وسمرة وعمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده وغيرهم وذكر البخاري في صحيحه تعليقا بصيغة الجزم عن ابن عمر قال (بعث أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له تخيير فلما تبايعا رجعت على عقبى حتى خرجت من بينه خشية أن يرد في البيع وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا قال ابن عمر فلما وجب بيعي وبيعه رأيت أنى قد غننته فأتى سعيه إلى أرض ثمود بثلاث ليال وساقني إلى المدينة بثلاث ليال) روى البيهقي هذا متصلا باسناده وروى البيهقي عن ابن المبارك قال الحديث (في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا) أثبت من هذه الاساطير وروى البيهقي باسناده عن علي بن المدائني عن ابن عيينة انه حدث الكوفيين بحديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا قال فحدثوا به أبا حنيفة فقال أبو حنيفة ليس هذا بشئ رأيت ان كانا في سفينة قال ابن المدائني ان الله سائله عما قال * قال القاضي أبو الطيب والاصحاب اعترض مالك وأبو حنيفة على هذه الاحاديث فانها بلغتهما (وأما) مالك فهو راوي حديث ابن عمر (وأما) أبو حنيفة فقال ما قدمناه عنه الآن من قوله رأيت لو كانا في سفينة فانه لا يمكن تفرقهما (وأما) مالك فقال العمل عندنا بالمدينة خلاف ذلك فان فقهاء المدينة لا يشتون خيار المجلس ومذهبه أن الحديث إذا خالف عمل أهل المدينة تركه * قال أصحابنا هذه الاحاديث صحيحة والاعتراضان باطلان مردودان لمنابذتهما السنة الصحيحة الصريحة المستفيضة (وأما) قول أبي حنيفة لو كانا في سفينة فنحن نقول به فان خيارهما يدوم ماداما مجتمعين في السفينة ولو بقياسه وأكثر وقد سبقت المسألة مبينة ودليلها إطلاق الحديث (وأما) قول مالك فهو اصطلاح له وحده منفرد به عن العلماء فلا يقبل قوله في رد السنن لترك فقهاء المدينة العمل بها وكيف يصح هذا المذهب مع العلم بأن الفقهاء ورواه الاخبار لم يكونوا في عصره ولا في العصر الذي قبله منحصرين في المدينة ولا في الحجاز بل كانوا متفرقين في اقطار الارض مع كل واحد قطعة من

[187]

الاجبار لا يشاركه فيها أحد فنقلها ووجب على كل مسلم قبولها ومع هذا فالمسألة متصورة في أصول الفقه غنية عن الاطالة فيها هنا هذا كله لو سلم أن فقهاء المدينة متفقون على عدم خيار المجلس ولكن ليس هم متفقين فهذا ابن أبي ذئب أحد أئمة فقهاء المدينة في زمن مالك قد أنكر على مالك في هذه المسألة وأغلظ في القول بعبارات مشهورة حتى قال يستتاب مالك من ذلك وكيف يصح دعوى اتفاهم (فان قيل) قوله صلى الله عليه وسلم بالخيار أراد ماداما في المساومة وتقرير الثمن قبل تمام العقد لانهما بعد تمام العقد لا يسميان متبايعين حقيقة وإنما يقال كانا متبايعين (قال أصحابنا) فالجواب من أوجه * (أحدها) جواب الشافعي رحمه الله وهو أنهما ماداما في المساومة يسميان متساومين ولا يسميان متبايعين ولهذا لو حلف بطلاق أو غيره انه ما بايع وكان مساوما وتقاولا في المساومة وتقرير الثمن ولم يعقدا لم يحنث بالاتفاق (والثاني) أن المتبايعان اسم مشتق من البيع فما لم يوجد البيع لم يجر أن يشتق منه لان كل اسم من معنى لا يصح اشتقاقه حتى يوجد * (المعنى الثالث) ان حمل الخيار على ما قلنا يحصل به فائدة لم تكن معروفة قبل الحديث وحمله على المساومة يخرج عن الفائدة فان كل أحد يعلم أن المتساومين بالخيار إن شاء عقدا وإن شاء تركا (الرابع) انه صلى الله عليه وسلم مد الخيار إلى التفريق وهذا تصريح بثبوتة بعد انقضاء العقد (الخامس) ان راوي الحديث ابن عمر كان إذا أراد الزام البيع مشى قليلا لينقطع الخيار كما ثبت عنه في الصحيحين على ما قدمناه عنه وهو أعلم بمراد الحديث * (فان قيل) المراد بالتفرق التفريق بالقول كقوله عزوجل (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة) فالمراد التفريق بالقول (قلنا) الاجاب والقبول ليس تفرقا منهما في القول لان من أوجب القول فغرضه أن يقبله صاحبه فإذا قبله فقد وافقه ولا يسمى مفارقة وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة وقياسات لا حاجة إليها مع الاحاديث السابقة (وأما) الجواب عن احتجاجهم بقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فهو انه عام مخصوص بما ذكرنا وهكذا الجواب عن حديث (فلا يبيعه حتى يستوفيه) فانه عام مخصوص بما ذكرنا (وأما) الجواب عن حديث (لا يحل له ان يفارقه خشية أن يستقبله) فهو انه دليل لنا كما جعله

[188]

الترمذي في جامعه دليلا لاثبات خيار المجلس واحتج به على المخالفين لان معناه مخافة أن يختار الفسخ فعبر بالاقالة عن الفسخ والدليل على هذا أشياء (أحدها) انه صلى الله عليه وسلم أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا ثم ذكر الاقالة في المجلس ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الاقالة فدل أن المراد بالاقالة الفسخ (والثاني) أنه لو كان المراد حقيقة الاقالة لا يمنعه من المفارقة مخافة أن يقبله لان الاقالة لا تختص بالمجلس والله تعالى أعلم * (وأما) الجواب عن قياسهم علي النكاح والخلع انه ليس المقصود منهما المال ولهذا لا يفسدان بفساد العوض بخلاف البيع والجواب عن قولهم خيار مجهول أن الخيار الثابت شرعا لا يضر جهالة زمنه كخيار الرد بالعيب والاختذ بالشفعة بخلاف خيار الشرط فانه يتعلق بشرطهما فاشترط بيانه والله أعلم * (فرع) ذكرنا انهما إذا قاما من مجلس وتماشيا جميعا دام خيارهما ماداما معا وإن بقيا شهرا أو سنة هذا مذهبا وحكى الرويانى عن عبيدالله بن الحسن العنبري انه قال ينقطع به مفارقة مجلسهما وإن كانا (1) ودليلنا عموم الحديث ما لم يتفرقا * (فرع) لو حكم حاكم بابطال خيار المجلس هل ينقض حكمه حكى الدارمي فيه وجهين

(أحدهما لا ينقض للاختلاف (والثاني) ينقض قاله الاصطخري * قال المصنف رحمه الله * (ويجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها لما روى محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدى قد بلغ ثلاثين ومائة سنة لا يترك البيع والشراء ولا يزال يخدع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من بايعته فقل لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثا. (فأما) في البيوع التي فيها الربا وهي الصرف وبيع الطعام بالطعام فلا يجوز فيها شرط الخيار لانه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمام البيع ولهذا لا يجوز أن يتفرقا إلا عن قبض العوضين فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ولم يتم البيع بينهما وجاز شرط الخيار في ثلاثة أيام وفيما دونها لانه إذا جاز شرط الثلاث فما دونها أولى

(1) بياض بالاصل

[189]

بذلك ولا يجوز اكثر من ثلاثة أيام لانه غرر وإنما جوز في الثلاث لانه رخصة فلا يجوز فيما زاد ويجوز أن يشترط لهما ولاحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترط لاحدهما ثلاثة أيام وللآخر يوم أو يومان لان ذلك جعل إلى شرطهما فكان على حسب الشرط فان شرط ثلاثة أيام ثم تخايرا سقط قياسا على خيار المجلس * (الشرح) هذا الحديث أتى به المصنف مرسلا لان محمد بن يحيى بن حبان لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم وهذه القصة لم يذكر في هذه الرواية أنه سمعها من غيره وهو تابعي فثبت أنه وقع هنا مرسلا وحبان بفتح الحاء بلا خلاف بين أهل العلم من المحدثين وغيرهم وقد تصحفه المتفقون ونحوهم وهو بالباء الموحدة وهي الغبن والخديعة وهذا الحديث قد روى بالفاظ منها حديث ابن عمر قال (ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم (من بايعت فقل لا خلافة) رواه البخاري ومسلم وعن يونس بن بكير قال حدثنا محمد بن إسحق قال حدثني نافع عن ابن عمر قال سمعت رجلا من الانصار يشكو إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال يغبن في البيع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا بايعت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال فان رضيت فامسك وان سخطت فارد) قال ابن عمر فكأنني الآن اسمعه إذا ابتاع يقول لا خلافة قال ابن اسحق فحدثت بهذا الحديث محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدى منقذ بن عمرو وكان رجلا قد أصيب في رأس أمه وكسرت لسانه ونقصت عقله وكان يغبن في البيع وكان لا يدع التجارة فشكا ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إذا ابتعت فقل لا خلافة ثم أنت في كل بيع تبناعه بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فامسك وان سخطت فارد) فبقى حتى ادرك زمن عثمان وهو ابن مائة وثلاثين سنة فكبر في زمان عثمان فكان إذا اشترى شيئا فرجع به فقالوا له لم تشتري أنت فيقول قد جعلني رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ابتعت بالخيار ثلاثا فيقولون اردده فانك قد غبنت أو قال غششت فيرجع إلى بيعه فيقول خذ سلعتك واردد دراهمي فيقول لا أفعل قد رضيت فذهبت حتى يمر به الرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعلني بالخيار فيما

تبتاع ثلاثا فيرد عليه دراهمه ويأخذ سلعته) هذا الحديث حسن رواه البيهقي بهذا اللفظ باسناد حسن وكذلك رواه ابن ماجه باسناد حسن وكذا رواه البخاري في تاريخه في ترجمة منقذ بن عمرو باسناد صحيح إلى محمد بن اسحق ومحمد بن اسحق المذكور في اسناده هو صاحب المغازى والاكثرون وثقة وانما عابوا عليه التدليس وقد قال في روايته حدثني نافع والمدلس إذا قال حدثني أو أخبرني أو سمعت ونحوها من الالفاظ المصرحة بالسماع احتج به عند الجماهير وهو مذهب البخاري ومسلم وسائر المحدثين وجمهور من يعتد به وانما يتركون من حديث المدلس ما قال فيه عنه وقد سبقت هذه المسألة مقررة مرات لكن القطعة التي ذكرها محمد بن اسحق عن محمد بن يحيى بن حبان مرسله لان محمد بن يحيى لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم ولم يذكر من سمعها منه ولكن مثل هذا المرسل يحتج به الشافعي لانه يقول ان المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر أو بمسند أو بقول بعض الصحابة أو بفتيا عوام أهل العلم احتج به وهذا المرسل قد وجد فيه ذلك لان الامة مجمعة على جواز شرط الخيار ثلاثة أيام والله أعلم * (وأما) ما وقع في الوسيط وبعض كتب الفقه في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (له واشترط الخيار ثلاثة) أيام فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث * واعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الاجماع وقد نقلوا فيه الاجماع وهو كاف والحديث المذكور يحتج به لكن في دلالة اللفظ الذي ذكرناه نظر والله أعلم * (أما) الاحكام ففيها مسائل (أحداها) يصح شرط الخيار في البيع بالاجماع إذا كانت مدته معلومة (الثانية) لا يجوز عندنا أكثر من ثلاثة أيام للحديث المذكور ولان الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالبا وكان مقتضى الدليل منع شرط الخيار لما فيه من العذر وانما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعوا إليه الحاجة غالبا وهو ثلاثة أيام هذا هو المشهور في المذهب وتظاهرت عليه نصوص الشافعي رحمه الله وقطع به الاصحاب في جميع الطرق وفيه وجه انه يجوز أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت مدة معلومة وهو قول ابن المنذر قاله في الاشراف واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم (المؤمنون على شروطهم) والله أعلم * قال اصحابنا فان زاد على ثلاثة أيام ولو لحظة بطل البيع (الثالثة) يجوز شرط الخيار ثلاثة أيام ويجوز دونها إذا كان معلوما كما ذكره المصنف ويجوز أن

يشترط الخيار لاحدهما ويجوز لهما ويجوز لاحدهما ثلاثة وللآخر يومان أو يوم ونحو ذلك بحيث يكون معلوما وهذا كله لا خلاف فيه لكن لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد فباعه بشرط الخيار ثلاثة أيام فوجهان حكاهما صاحب البيان (أصحهما) يبطل البيع (والثاني) يصح ويباع عند الاشراف على الفساد ويقام ثمنه مقامه وهذا غلط ظاهر قال اصحابنا ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد فلو شرطا خيار ثلاثة أيام أو دونها من آخر الشهر أو من الغد أو متى شاء أو شرطا خيار الغد دون اليوم بطل العقد لمنافاته لمقتضاه (قال اصحابنا) ويشترط كون المدة معلومة فان شرطا الخيار مطلقا ولم يقدره بشئ أو قدره بمدة مجهولة كقوله بعض يوم أو إلى أن

يحيى. زيد أو غير ذلك بطل البيع بلا خلاف عندنا ولو شرطاه إلى وقت طلوع الشمس من الغد جاز بلا خلاف ولو شرطاه إلى طلوعها فقد قال القاضى أبو الطيب في كتابيه التعليق والمجرد قال أبو عبد الله الزبيرى في كتاب الفصول لا يصح البيع لان طلوع الشمس قد لا يحصل لحصول غيم في السماء قال فلو قال إلى غروب الشمس أو إلى وقت الغروب صح لان الغروب لا يستعمل الا في سقوط قرص الشمس هذا كلام الزبيرى وسكت عليه القاضى أبو الطيب وحكاه أيضا عنه المتولى وسكت عليه (فأما شرطهما الي وقت الطلوع والى الغروب أو وقت الغروب فيصح باتفاق الاصحاب كما قاله الزبيرى وأما إذا شرطاه إلى الطلوع فقد خالفه غيره وقال بالصحة لان الغيم إنما يمنع من إشراق الشمس واتصال الشعاع لا من نفس الطلوع وهذا هو الصحيح والله أعلم * (أما) إذا تبايعا نهارا بشرط الخيار إلى الليل أو ليلا بشرط الخيار إلى النهار فيصح البيع بلا خلاف ولا يدخل الزمن الآخر في الشرط بلا خلاف عندنا وحكى القاضى أبو الطيب في تعليقه عن أبي حنيفة أنه قال يدخل لان لفظة إلى قد تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم الي أموالكم) دليلنا أن أصل إلى الغاية فهذا حقيقتها فلا تحمل على غيره عند الاطلاق وأما استعمالها بمعنى مع في بعض المواطن ففيه جوابان (أحدهما) أنها مؤولة ففى الآية المذكورة تقديره. مضافة إلى أموالكم (والثانى) أنها استعملت بمعنى مع مجازا فلا يصير إلى المجاز في غيرها بغير قرينة ولانهم وافقونا على أنه لو باع بثمن مؤجل إلى رمضان لا يدخل رمضان في الاجل والله أعلم * (الرابعة)

[192]

ذا شرطنا الخيار ثلاثة أيام أو غيرها ثم أسقطاه قبل انقضاء المدة سقط لما ذكره المصنف وكذا لو أسقط أحدهما خياره سقط وبقي خيار الآخر ولو أسقطا اليوم الاول سقط الجميع ولو أسقطا الثالث لم يسقط ما قبله قال القاضى حسين والبعوى والمتولى فلو قال أسقطت الخيار في اليوم الثانى بشرط انه يبقى في الثالث سقط خياره في اليومين جميعا لانه كما لا يجوز ان يشترط خيارا متراجعا عن العقد لا يجوز ان يستبقى خيارا متراجعا وإنما يجوز ان يستبقى اليومين تغليبا للاسقاط لان الاصل لزوم العقد وانما جوزنا الشرط لانه رخصة فإذا عرض له ذلك حكم بلزوم العقد والله اعلم * (الخامسة) فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود قال اصحابنا حملة القول فيه انه مع خيار المجلس متلازمان غالبا لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط فقد ينفكان لهذا فإذا أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس وهما متفقان في صور الوفاق والخلاف الا في أشياء (أحدها) أن البيوع التى يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف مع أن خيار المجلس يثبت فيها ودليل المسألة المذكور في الكتاب وقد أهمل المصنف ذكر السلم هنا ولكنه ذكره في كتاب السلم (الثانى) أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف وكذا لا يثبت في الحوالة وفى خيار المجلس فيهما خلاف سبق (الثالث) أنه إذا كان رجع في سلعة باعها ثم حجر على المشتري بالفلس لا يثبت فيها خيار الشرط بلا خلاف وفى خيار المجلس خلاف ضعيف سبق (الرابع) في الهبة بشرط الثواب وفى الاجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط مع جريان الخلاف في ثبوته في خيار المجلس (وأما) شرط الخيار في الصداق فسيأتى في كتاب الصداق إن شاء الله تعالى إيضاحه وتفصيله ومختصره أن الاصح صحة النكاح وفساد المسمى ووجوب مهر المثل وانه لا يثبت

الخيار والله تعالى أعلم * (فرع) قال جماعة من أصحابنا قد اشتهر في الشرع أن قوله لا خلافة عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا فان علمه البائع دون المشتري فوجهان مشهوران حكاهما المتولي

[193]

وابن القطان وآخرون (أصحهما لا يثبت (والوجه الثاني) يثبت وهذا شاذ ضعيف بل غلط لان معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشتري غير عارف به (فرع) لو اشترى شيئا بشرط أنه ان لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما أو باع بشرط انه ان رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فوجهان حكاهما المتولي وغيره (أحدهما) يصح العقد ويكون تقدير الصورة الاولى أن المشتري شرط الخيار لنفسه فقط وفي الثانية أن البائع شرطه لنفسه فقط وهذا قول أبي اسحق قال لان عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز ذلك (والثاني) وهو الصحيح باتفاقهم وبه قطع الرويانى وغيره أن البيع باطل في صورتين لان هذا ليس بشرط خيار بل هو شرط فاسد مفسد للبيع لانه شرط في العقد شرطا مطلقا فاشبه ما لو باع بشرط أنه ان قدم زيد القوم فلا بيع بينهما * (فرع) قال أصحابنا لو باع عبيد بشرط الخيار في أحدهما لا بعينه بطل البيع بلا خلاف كما لو باع أحدهما لا بعينه ولو باع بشرط الخيار في أحدهما بعينه ففيه القولان المشهوران في الجمع بين مختلفي الحكم وكذا لو شرط الخيار في أحدهما يوما وفي الآخر يومين (والاصح) صحة البيع فان صحنا البيع ثبت الخيار فيما شرط على ما شرط * ولو شرطا الخيار فيهما ثم أرادا الفسخ في أحدهما فعلى قولى تفريق الصفقة في الرد بالعيب (الاصح لا يجوز ولو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار فلاحدهما الفسخ في نصيبه كما في الرد بالعيب ولو شرطا الخيار لاحدهما دون الآخر ففي صحة البيع قولان (الاصح) الصحة والله أعلم * (فرع) قال المتولي وغيره إذا قال بعتك بشرط خيار يوم اقتضى اطلاقه اليوم الذى وقع فيه العقد كما لو حلف لا يكلمه شهرا فان كان العقد نصف النهار مثلا ثبت له الخيار إلى أن ينتصف النهار في اليوم الثاني ويدخل الليل في حكم الخيار للضرورة وان كان العقد في أول وقت العصر ثبت إلى مثله من اليوم الثاني وان كان العقد في الليل ثبت الخيار إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل *

[194]

(فرع) إذا شرطا في البيع خيارا أكثر من ثلاثة أيام فقد ذكرنا أن البيع باطل فلو أسقطا الزيادة بعد مفارقة المجلس وقبل انقضاء الثلاثة لا ينقلب العقد صحيحا عندنا بلا خلاف وكذا لو باع بثمن إلى أجل مجهول ثم قدر الاجل قبل أن يتوهم دخول وقت المطالبة لا ينقلب العقد صحيحا ولا خلاف في صورتين * عندنا وقال أبو حنيفة يصح العقد في صورتين قال المتولي واختلف أصحاب أبي حنيفة في أصل العقد فمنهم من يقول وقع العقد فاسدا وباسقاط الزيادة والجهالة يعود صحيحا ومنهم من قال وقع صحيحا وإذا لم تسقط الزيادة فسد ومنهم من قال هو موقوف * دليلنا أن

ما وقع على وجه لا يثبت دائما لم يعد صحيحا كما لو نكح امرأة وعنده أربع ثم طلق إحداهن لا يحكم بصحة نكاح الخامسة (أما) إذا أسقطا الزيادة على ثلاثة أيام في مجلس العقد فوجهان حكاهما المتولي وآخرون هنا وهما مشهوران جاريان في كل شرط فاسد قارن العقد ثم حذف في المجلس (أحدهما) وبه قال صاحب التقريب يصح العقد لان حكم المجلس حكم حالة العقد ولان الشافعي رحمه الله قال لو لم يذكروا في السلم أجلا ثم ذكراه قبل التفريق جاز (والثاني) وهو الصحيح باتفاق الاصحاب أن العقد باطل ولا يعود صحيحا بذلك لان المجلس إنما ثبت لعقد صحيح لا لفاسد (وأما) السلم ففرعه الشافعي على الصحيح من القولين وهو صحة السلم مطلقا ويكون حالا والله أعلم * (فرع) لو تباعا بغير إثبات خيار الشرط ثم شرطا في المجلس خيارا أو أجلا ففيه الخلاف المشهور (الاصح) ثبوته ويكون كالشرط في العقد وسنوضح المسألة مبسوطا في باب ما يفسد البيع من الشروط ان شاء الله تعالى * (فرع) اتفق أصحابنا على أن الوكيل بالبيع لا يجوز أن يشترط الخيار للمشتري وأن الوكيل في الشراء لا يجوز أن يشترط الخيار للبايع من غير إذن الموكل كما لو باع بثمن مؤجل من غير إذن وقد ذكر المصنف المسألة في كتاب الوكالة قال المصنف والاصحاب وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله فيه وجهان مشهوران (أحدهما) لا يجوز لان اطلاق البيع يقتضى البيع بلا شرط فلا يجوز الشرط من غير إذن فعلى هذا لو شرطه كان العقد باطلا (وأصحهما) يصح وبه قطع جماعة

[195]

منهم القاضي حسين والغوراني هنا والمتولي في كتاب الوكالة لانه لا ضرر على الموكل في هذا ولانه مأمور بالمصلحة وهذا منها * قال أصحابنا وإذا شرط الخيار لنفسه وجوزناه على الاصح أو أذن فيه الموكل ثبت له الخيار ولا يفعل إلا ما فيه المصلحة من الفسخ والاجازة لانه مؤتمن بخلاف ما سنذكره إن شاء الله تعالى قريبا إذا شرط الخيار لاجنبي وصحناه فانه لا يلزمه رعاية الحط لانه ليس بمؤتمن هكذا ذكره الاصحاب قال الراجعي ولقائل أن يقول جعل الخيار له استئمان قال وهذا المعنى أظهر إذا جعلناه نائباً عن العاقد ثم هل يثبت للموكل الخيار مع الوكيل في هذه الصورة فيه الخلاف الذي سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا شرط الخيار لاجنبي وقلنا يثبت له هل يثبت للشارط فيه وجهان أو قولان (أصحهما) لا يثبت وهو ظاهر النص لان ثبوته بالشرط فكان لمن شرطه خاصة أما إذا أذن له الموكل في شرط الخيار وأطلق فشرط الوكيل الخيار مطلقا ولم يقل لي ولا لموكلي فقد ذكر امام الحرمين والغزالي فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يثبت الخيار للوكيل لانه العاقد (والثاني) للموكل لانه المالك (والثالث) لهما والاصح للوكيل لان معظم أحكام العقد متعلقة به وحده والله أعلم * (فرع) إذا مضت مدة الخيار من غير فسخ ولا اجازة تم البيع ولزم بلا خلاف عندنا * وقال مالك لا يلزم بمضي المدة كما لا يلزم المولى حكم الايلاء بمجرد مضي المدة دليلنا أن الخيار يمنع لزوم العقد فإذا انقضت مدته لزم بخلاف الايلاء * قال المصنف رحمه الله (وان شرط الخيار لاجنبي ففيه قولان (أحدهما) لا يصح لانه حكم من أحكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين كسائر الاحكام (والثاني) يصح لانه جعل إلى شرطهما للحاجة وربما دعت الحاجة إلى شرطه للاجنبي بان يكون أعرف بالمتناع منهما * فان شرطه للاجنبي (وقلنا) إنه يصح فهل يثبت له فيه وجهان (أحدهما) يثبت له لانه إذا ثبت للاجنبي من جهة فلان يثبت له أولى (والثاني) لا يثبت لان ثبوته بالشرط فلا يثبت الا لمن شرطه له * قال الشافعي رحمه الله في الصرف

إذا اشترى بشرط الخيار على أن لا يفسخ حتى يستأمر فلانا لم يكن له أن يفسخ حتى يقول استأمرته فأمرني بالفسخ فمن أصحابنا من قال له أن يفسخ من غير اذنه لأن له أن يفسخ من غير شرط الاستئمار فلا يسقط حقه بذكر الاستئمار وتأول ما قاله على أنه أراد أنه لا يقول استأمرته إلا بعد أن يستأمره لئلا يكون كاذبا (ومنهم) من حملة على ظاهره أنه لا يجوز أن يفسخ لأنه ثبت بالشرط فكان على ما شرط) * (الشرح) قال أصحابنا يجوز شرط الخيار للعاقدين ولا حدهما بالاجماع فان شرطه لاجنبي فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الاصحاب يصح البيع والشرط وهو الأشهر من نصوص الشافعي رحمه الله نص عليه في الاملاء وفي الجامع الكبير وبه قطع الغزالي وغيره ونقل إمام الحرمين في النهاية اتفاق الاصحاب عليه ولم يذكر فيه خلافا وليس كما ادعى (والقول الثاني) أن البيع باطل وحكى الماوردي عن ابن سريج وجها أن البيع صحيح والشرط باطل قال وعلى هذا وجهان (أحدهما) يكون البيع لازما لا خيار فيه (والثاني) أن بطلان الخيار يختص بالاجنبي فيصح البيع وينت الخيار للعاقد وكل هذا ضعيف والمذهب الاول * قال أصحابنا ولو باع عبدا بشرط الخيار للعبد ففيه القولان (أصحهما) يصح البيع والشرط لأنه اجنبي من العقد فأشبهه غيره وأطلق ابن القاص انه لا يصح في صورة العبد قال القاضي أبو الطيب وغيره وهو تفريع منه على قولنا لا يصح شرطه لاجنبي فأما إذا صحناه للاجنبي فيصح للعبد والله أعلم * قال أصحابنا ولا فرق على القولين بين أن يشترطا جميعا أو أحدهما الخيار لشخص واحد أو يشترط أحدهما لواحد والآخر لآخر فلو شرطه أحدهما لزيد من جهته وشرطه الآخر لزيد أيضا من جهته صح على قولنا بصحته للاجنبي قال المتولي والفرق بينه وبين الوكيل الواحد في طرفي البيع والشراء أن عقد البيع لا يجوز أن ينفرد به أحدهما فلا ينفرد وكيلهما (وأما) الفسخ والاجازة فينفرد به أحدهما فانفرد به وكيلهما * قال المتولي وغيره وإذا شرطه لاجنبي وصحناه لا يشترط فيه قبول الاجنبي باللفظ بل يكون إمتثاله كما لو قال بع مالي فانه يكفي في قبول الوكالة اقدمه

على البيع قالوا ويشترط أن لا يصرح بالرد * قال أصحابنا (فإذا قلنا) بالاصح انه يثبت الخيار للاجنبي المشروط له فهل يثبت للشارط أيضا فيه خلاف مشهور ذكره المصنف بدليله ثم ان المصنف وجماعة حكوه وجهين وحكاه المتولي وآخرون قولين (أحدهما) يثبت له أيضا وصححه الروياني (وأصحهما) عند الجمهور لا يثبت وهذا ظاهر نصه في الصرف وفي الاملاء لأنه قال في الاملاء من باع سلعة على رضا غيره كان للذي شرط له الرضا الرد ولم يكن للبائع قال أصحابنا فان لم تثبته للشارط مع الاجنبي بل خصصنا به الاجنبي فمات الاجنبي في زمن الخيار فهل يثبت الآن للشارط فيه وجهان حكاهما البيهقي وآخرون (أصحهما) عند البيهقي والرافعي وغيرهما يثبت كما يثبت للوارث (والثاني) لا لأنه ليس بوارث وبهذا جزم صاحب البحر والمذهب الاول * قال أصحابنا وإذا أثبتنا الخيار للاجنبي والشارط جميعا فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ فلو فسخ أحدهما

واختار الآخر قدم الفسخ والله أعلم * (اما) إذا اشترى شيئا على أن يؤامر فلانا فيأتي به من الفسخ والاجازة فقد نص الشافعي رحمه الله في كتاب الصرف على أن البيع صحيح وانه ليس له أن يفسخ حتى يقول استأمرته فأمرني بالفسخ * وتكلم الاصحاب في النص من وجهين (أحدهما) انه له إذا شرط أن يقول استأمرته وأى مدخل لو أمر به مع انه لا خيار له واختلفوا في جواب هذا وقال القائلون بالاصح في الصورة السابقة ان الخيار المشروط للاجنبي يختص بالأجنبي هذا جواب على المذهب الذي بيناه ومؤيد به وقال الآخرون هو مذكور احتياطا ولا يشترط استثماره وإنما أراد الشافعي انه لا يقول استأمرته إلا بعد الاستثمار لئلا يكون كاذبا ونقل المارودي هذا عن أبي اسحق المروزي والبصريين كافة والجواب الاول أصح وأقرب إلى ظاهر النص لانه قال لم يكن له أن يفسخ ولم يقل لم يجر له إن يكذب (الاعتراض الثاني) انه أطلق في التصوير شرط المؤامرة ولم يقيد بثلاثة أيام فما دونها واختلفوا في جوابه على وجهين حكاهما البغوي والرويانى وآخرون (الصحيح) منهما باتفاقهم وبه قطع الجمهور أنه محمول على ما إذا قيد ذلك بالثلاثة فان أطلق لم يصح البيع (والثانى) يحتمل الاطلاق والزيادة على الثلاثة كخيار الرؤية في بيع الغائب

[198]

إذا جوزناه فانه تجوز الزيادة فيه على الثلاثة والمذهب الاول (قال) البغوي وإذا شرط المؤامرة ثلاثة أيام فمضت الثلاثة ولم يؤامره وأمره ولم يشر بشئ لزم العقد ولا ينفرد هو بالفسخ والامضاء في مدة الثلاثة حتى يؤامر والله أعلم * (فرع) إذا شرط الخيار لاجنبي وقلنا يصح شرطه له وثبت له ولهما فتبايعا بشرط الخيار لاجنبي وصرحا بنفيه عن انفسهما ففي صحة هذا الشرط والنفي وجهان حكاهما امام الحرمين (أحدها) يصح اتباعا للشرط (والثانى) لا يصح والاول أصح * قال المصنف رحمه الله * (وإذا شرط الخيار في البيع ففي ابتداء مدته وجهان (أحدهما) من حين العقد لانه مدة ملحقة بالعقد فاعتبر ابتداءها من حين العقد كالأجل ولانه لو اعتبر من حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولا لانه لا يعلم متى يفترقان (والثانى) انه يعتبر من حين التفرق لان ما قبل التفرق الخيار ثابت فيه بالشرع فلا يثبت فيه بشرط الخيار (فان قلنا) ان ابتداءه من حين العقد فشرط ان يكون من حين التفرق بطل لان وقت الخيار مجهول ولانه يزيد الخيار على ثلاثة أيام (وإن قلنا) ان ابتداءه من حين التفرق فشرط أن يكون من حين العقد ففيه وجهان (أحدهما) يصح لان ابتداء الوقت معلوم (والثانى) لا يصح لانه شرط ينافى موجب العقد فأبطله * (الشرح) قوله مدة ملحقة بالعقد قال القلعى هو احتراز من الاستبراء إذا قلنا لا يحسب إلا بعد القبض أو بعد انقضاء الخيار * قال أصحابنا إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها ففي ابتداء مدته وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الاصحاب من حين العقد (والثانى) من حين انقطاع خيار المجلس اما بالتخاير واما بالتفرق قال الرويانى هذا اختيار ابن القطان وابن المرزبان والاول قول ابن الحداد وقول ابن الحداد هو الصحيح عند جميع المصنفين حتى قال الرويانى قول ابن القطان ليس بشئ * قال المصنف والاصحاب (فان قلنا) انه من حين العقد فشرطاه من حين التفرق بطل البيع هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والاصحاب في جميع الطرق * وحكى امام الحرمين عن حكاية صاحب التفرق وجهان انه يصح البيع

والشرط وهذا شاذ مردود (فان قلنا) من حين التفريق فشرطاه من حين العقد فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) يبطل البيع (وأصحهما) باتفاق الاصحاب لا يبطل ممن صححه صاحب الشامل والرويانى وصاحب البيان والرافعي وآخرون * قال أصحابنا (فان قلنا) ابتداء المدة من حين العقد فانقضت وهما مصطحبان فقد انقطع خيار الشرط وبقي خيار المجلس وان تفرقا والمدة باقية فالحكم بالعكس ولو أسقطنا أحد الخيارين سقط ولم يسقط الآخر ولو قالنا ألزمتنا العقد أو أسقطنا الخيار سقطا جميعا ولزم البيع هذا تفريع كونه من العقد (فأما) إذا قلنا من التفريق فإذا تفرقا انقطع خيار المجلس وابتدئ خيار الشرط وان أسقطنا الخيار قبل التفريق انقطع خيار المجلس وفى خيار الشرط وجهان حكاهما امام الحرمين والبعوى وغيرهما (أحدهما) ينقطع لان مقتضاها واحد (وأصحهما) لا ينقطع لانه غير ثابت فى الحال فكيف يسقط والله تعالى أعلم * (فرع) لو شرطا الخيار بعد العقد وقبل التفريق وقلنا بصحته على الخلاف السابق (فان قلنا) ابتداء المدة من التفريق لم يختلف الحكم (وان قلنا) من العقد حسبت المدة هنا من حين الشرط لا من العقد ولا من التفريق والله أعلم * (فرع) إذا باع بثمن مؤجل ففى ابتداء وقت الاجل طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والعراقيون وجماعة من غيرهم أنه من حين العقد وجهها واحدا (والثانى) أنه مرتب على ابتداء مدة الخيار ان جعلناها من العقد فالاجل أولى بذلك (وان قلنا) من التفريق ففى الاجل وجهان وهذا الطريق مشهور فى كتب الخراسانيين وممن ذكره منهم القاضى حسين وأبو علي السنجى وامام الحرمين والغزالي وغيرهم وجمع القاضى حسين وغيره المسألتين فقالوا فى ابتداء مدة الخيار والاجل ثلاثة أوجه (أصحها) من حين العقد فيهما (والثانى) من حين التفريق (والثالث) الاجل من العقد والخيار من التفريق وفرقوا بينهما بأن الاجل ليس من جنس خيار المجلس فكان اجتماعهما أقرب بخلاف خيار الشرط قال امام الحرمين (فان قيل لا وجه لقول من قال بحسب الاجل من التفريق وقلنا الخيار يمنع المطالبة بالثمن كالاجل فكان قريبا والخيار فى التحقيق تأجيل للزام

الملك أو نقله والاجل تأخير المطالبة قال الامام ومن قال بتأخير الاجل عن العقد عن خيار المجلس فقياسه أنه إذا باع بشرط خيار ثلاثة أيام وبشرط الاجل أن يفسخ أول الاجل بعد انقضاء خيار الثلاث لانه عنده فى معناه ولا سبيل إلى الجمع بين المثلين هذا كلام الامام * والمذهب أن الاجل من العقد سواء شرط خيار الثلاث أم لا والله أعلم * قال الغزالي فى الوسيط (وأما) مدة الاجارة إذا قلنا يثبت فيها خيار الشرط ففى ابتدائها هذا الخلاف المذكور فى الاجل قال والاصح أنها من العقد والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ فى محضر من صاحبه وفى غيبته لانه رفع عقد جعل إلى اختياره فجاز فى حضوره وغيبته كالطلاق) * (الشرح) قوله جعل إلى اختياره قال القلعى هو احتراز من الافالة والخلع فانهما لم يجعلوا إلى اختياره وحده بل إلى اختيارهما قال

اصحابنا من ثبت له خيار الشرط كان له الفسخ في حضرة صاحبه وفي غيبته لما ذكره المصنف وهذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا وبه قال مالك واحمد وزفر وأبو يوسف * وقال أبو حنيفة ومحمد لا يصح الا في حضرة صاحبه ولهذا قاسه المصنف على الطلاق لانه مجمع على نفوذه بغير حضورها والله أعلم * (فرع) الاقالة فسخ للعقد على القول الصحيح الجديد كما سنوضحه في موضعه ان شاء الله تعالى قال اصحابنا ولا تصح الا بحضور المتعاقدين هذا هو المذهب وبه قطع الجماهير وذكر الروياني فيها وجهين (الصحيح) منهما هذا (والثاني) انه إذا قال اقلني ثم غاب في الحال ثم قال الآخر اقلنيك بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه صحت الاقالة وان لم يسمعه لبعده منه وهذا شاذ ضعيف * (فرع) إذا فسخ المستودع الوديعة من غير حضور مالکها ففي صحة الفسخ وجهان حكاهما الروياني هنا (أحدهما) لا يصح لان الامانة لا تنفسخ بالقول ولهذا لو قال فسخت الامانة كان على الامانة ما لم يردّها حتى لو هلكت قبل امكن الرد لا ضمان (والثاني) يصح ويرتفع حكم عقد الوديعة ويبقى حكم الامانة كالثوب إذا ألقته الريح في دار انسان يكون امانة والا يكون وديعة فيلزمه ان يعلم صاحبه بذلك فان

[201]

آخر الاعلام مع القدرة ضمن هذا كلام الروياني * وجزم القاضي أبو الطيب في تعليقه وصاحب الشامل وغيرهما في هذا الموضوع بصحة فسخ الوديعة في غيبة المالك قال القاضي أبو الطيب تنفسخ ويلزمه ردها إلى مالکها فان لم يجده دفعها إلى الحاكم فان لم يفعل وهلكت ضمن (فان قيل) لو انفسخت الوديعة لوجب أن يضمها إذا تلفت في يده قبل العلم بالفسخ لانه لا يجوز أن تنفسخ ولا تكون مضمونة (قلنا) لا يمتنع أن تنفسخ وتبقى في يده امانة ولهذا لو حضر المالك وقال فسخت وديعتي انفسخت وتكون امانة في يد إلى أن يسلمها فان ذهب ليحضرها فتلفت قبل التمكن لم يضمها والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * فان تصرف في المبيع تصرفا يفتقر إلى الملك كالعتق والوطئ والهبة والبيع وما أشبهها نظرت فان كان ذلك من البائع كان ذلك اختيارا للفسخ لانه تصرف يفتقر إلى الملك فجعل اختيارا للفسخ والرد إلى الملك وان كان ذلك من المشتري ففيه وجهان (قال) أبو إسحق ان كان ذلك عتقا كان اختيارا للامضاء وان كان غيره لم يكن ذلك اختيارا لان العتق لو وجد قبل العلم بالعيب منع الرد فاسقط خيار المجلس وخيار الشرط وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد بالعيب فلم يسقط خيار المجلس وخيار الشرط (وقال) أبو سعيد الاصطخري الجميع اختيار للامضاء وهو الصحيح لان الجميع يفتقر إلى الملك فكان الجميع اختيارا للملك ولان في حق البائع الجميع واحد فكذلك في حق المشتري فان وطئها المشتري بحضرة البائع وهو ساكت فهل ينقطع خيار البائع بذلك فيه وجهان (أحدهما) ينقطع لانه أمكنه أن يمنعه فإذا سكت كان ذلك رضاء بالبيع (والثاني) لا ينقطع لانه سكوت عن التصرف في ملكه فلا يسقط عليه حكم التصرف كما لو رأى رجلا يخرق ثوبه فسكت عنه والله أعلم * (الشرح) قوله لان الجميع يفتقر إلى الملك احتراز من الاستخدام (وقوله) لانه سكوت عن التصرف في ملكه قال القلعي فيه احتراز من المودع إذا رأى من يسرق الوديعة فسكت عنه (أما) الاحكام ففيها مسائل (أحداها) قال اصحابنا يحصل الفسخ والاجازة في خيار المجلس وخيار الشرط

بكل لفظ يفهم منه ذلك كقول البائع فسخت البيع أو استرجعت المبيع أو رددته أو رددت الثمن ونحو ذلك فكل هذا فسخ والاجازة أجزت البيع وأمضيته وأسقطت الخيار وأبطلت الخيار ونحو ذلك قال الصيمري وقول البائع في زمن الخيار لا أبتع حتى يزيد في الثمن مع قول المشتري لا أفعل يكون فسخا وكذا قول المشتري لا أشتري حتى ينقص عني من الثمن مع قول البائع لا أفعل وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال كل هذا فسخ * هذا كلام الصيمري وحكاة عنه صاحب البيان والرافعي وغيرهما وسكتوا عليه موافقين له (الثانية) إعتاق البائع إذا كان الخيار لهما أوله وحده ينفذ ويكون فسخا بلا خلاف وفي بيعه وجهان مشهوران (أحدهما) ليس بفسخ (والثاني) وهو الصحيح انه فسخ وبه قطع المصنف والجمهور فعلى هذا في صحة البيع وجهان (أصحهما) الصحة كالعتق (والثاني) لا يصح بل يحصل الفسخ دون البيع قال أصحابنا ويجرى الوجهان في التزويج والاجازة وكذا الرهن والهبة ان اتصل بهما القبض سواء وهب لولده أو لغيره فان تجرد الرهن والهبة عن القبض فهو كالعرض على البيع كما سنوضحه متصلا به ان شاء الله تعالى * (فرع) العرض على البيع والاذن في البيع والتوكيل فيه والرهن والهبة إذا لم يتصل بهما قبض في جميع هذا وجهان (أحدهما) أنها كلها فسخ ان صدرت من البائع وإجازة ان صدرت من المشتري (وأصحهما) انها ليست فسخا ولا إجازة * ولو باع المبيع في مدة الخيار بشرط الخيار قال امام الحرمين ان قلنا لا يزول ملك البائع فهو قريب من الهبة الخالية عن القبض وان قلنا يزول ففيه احتمال لانه ابقى لنفسه مستدركا والله أعلم * (الثالثة) لو وطئ البائع الجارية المبعة في زمان الخيار والخيار له أو لهما ففيه ثلاثة أوجه (الصحيح المشهور) الذي قطع به المصنف والجمهور انه فسخ لاشعاره باختيار الامساك (والثاني) لا يكون فسخا ولو وطئ الرجعية لا تكون رجعة (والثالث) إن نوى به الفسخ كان فسخا والا فلا وهذا وجهان شاذان حكاهما الرافعي وحكى الثالث منهما الدارمي والصواب الاول وبه قطع الاصحاب ونقل المتولي وغيره الاتفاق عليه قالوا والفرق

بينه وبين الرجعة ان الرجعة جعلت لتدارك ملك النكاح وابتداء ملك النكاح لا يحصل بالفعل وانما يحصل بالقول فكذا تداركه وأما فسخ البيع فلتدارك ملك اليمين وابتداء ملك اليمين يحصل بالفعل كالاغتصاب والاحتشاش والاصطياد وسبى الجارية واحياء الموات ونحو ذلك فعلى الصحيح لو باشر فيما دون الفرج بشهوة أو قبل أو لمس بشهوة أو استخدم الجارية أو العبد أو الدابة أو ركبها هل يكون فسخا فيه وجهان حكاهما القاضي حسين وغيره (أحدهما) يكون وبه القطع البغوي كالوطئ والعتق (وأصحهما) لا يكون فسخا وزيف امام الحرمين قول من قال الركوب والاستخدام فسخ وقال هو هفوة والله أعلم * ولو طلق احدى زوجتيه لا بعينها ثم وطئ احدهما لم يكن تعيينا للملاق في الاخرى على الاصح في القولين وهذا مما أورده الغزالي على الشافعي في مسألة وطئ البائع وفرق الاصحاب نحو ما سبق في فرق الرجعة وحاصله الاحتياط للنكاح بخلاف الملك (الرابعة) وطئ المشتري هل هو إجازة منه فيه ثلاثة أوجه حكاه المتولي وغيره (أصحها) باتفاق الاصحاب يكون اجازة لانه متضمن للرضا وكما جعلنا

وطئ البائع فسخا لتضمنه الرضا كذا وطئ المشتري اجازة لتضمنه الرضا (والثانى لا لان وطئ المشتري لا يمنع الرد بالعيب فلا يمنع الفسخ كخيار الشرط قال المتولي وهذا على قولنا ان الملك للمشتري في زمن الخيار وان الفسخ يرفع العقد من حينه لا من اصله (والثالث) ان كان عالما بثبوت الخيار له حالة الوطئ بطل خياره وان كان جاهلا فلا وصور جهله بأن يرث الجارية من مورثه ولا يعلم ان مورثه اشتراها بشرط الخيار وقاسه هذا القائل على الرد بالعيب فانه إذا وطئ وهو عالم بالعيب بطل حقه من الرد وان كان جاهلا فلا ولم يفرق الاصحاب بين خيار المجلس وخيار الشرط وقال القاضى حسين ان وطئ في خيار الشرط بطل خياره وان وطئ في خيار المجلس فوجهان فحصل وجه رابع في المسألة أنه يبطل خيار الشرط دون خيار المجلس والله أعلم * (وأما) اعتاقه فان كان باذن البائع نفذ وحصلت الاجازة من الطرفين ولزم البيع بلا خلاف وان كان بغير اذنه ففي نفوذه خلاف سنذكره واضحا ان شاء الله تعالى في تفريع الاقوال الثلاثة في الملك في زمن الخيار لمن هو ومختصره ان المذهب انه لا ينفذ اعتاقه ان كان الخيار لهما أو للبائع فان

[204]

كان للمشتري وحده نفذ (فان قلنا) ينفذ حصلت الاجازة قطعاً والا فوجهان (اصحهما) الحصول أيضا لدلالته على الرضا واختيار التملك وبهذا قطع المصنف وآخرون قال امام الحرمين ويتجه ان يقال ان أعتق وهو يعلم عدم نفوذه لم يكن اجازة قطعاً والمذهب أنه لا فرق (أما) إذا باع المشتري أو وقف أو وهب واقبض بغير اذن البائع فلا ينفذ شئ من ذلك بلا خلاف وهل يكون اجازة فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (اصحهما) يكون اجازة وبه قال الاصطخرى وصححه المصنف والاصحاب (والثانى لا يكون قاله ابو اسحق المروزي قال اصحابنا ولو باشر المشتري هذه التصرفات باذن البائع أو باع المبيع للبائع نفسه فوجهان (اصحهما) صحة التصرف لتضمنه الاجازة (والثانى لا لصنع الملك وعدم تقدم الاجازة (قال) ابن الصباغ وغيره وعلى الوجهين جميعا يصير البيع لازماً ويسقط الخيار (قال) الرافعي وقياس ما سبق انا إذا لم تنفذها كان سقوط الخيار على وجهين والمذهب ما قاله ابن الصباغ وموافقوه والله تعالى أعلم * أما إذا اذن له البائع في طحن الحنطة المبيعة فطحنها فانه اجازة منهما (قال) الصيدلانى وغيره ومجرد الاذن في هذه التصرفات لا يكون اجازة من البائع ما لم يتصرف حتى لو رجع البائع قبل التصرف كان على خياره وفى هذا الذى قالوه نظر لان الاعتبار بالدلالة على الرضا وذلك حاصل بمجرد الاذن وسيأتى في المسألة الخامسة ان شاء الله تعالى عن القاضى حسين خلاف في هذا والله أعلم * (الخامسة) إذا وطئ المشتري المبيعة فقد سبق الخلاف في كونه اجازة منه وأما خيار البائع فان كان جاهلا بوطئ المشتري لم يسقط قطعاً وان أدركه حصلت الاجازة منه قطعاً ولا يجب على المشتري مهر ولا قيمة الوطئ قطعاً وتصير الجارية أم ولد فان لم يأذن له ولكن علم أنه يطاء أو راه يطاء وسكت عليه فهل يسقط خيار البائع ويكون مخيراً فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (اصحهما) لا يكون مجيزاً قطعاً وكما لو سكت على وطئ امته لا يسقط به المهر قطعاً أو على تخريق ثوبه لا يسقط القيمة قطعاً هكذا ذكر الاصحاب المسألة ولم يفرقوا بين خيار الشرط وخيار المجلس وقال المتولي إذا أبطلنا

خيار المشتري بالوطئ وكان البائع جاهلا بوطئ المشتري فان كان خيار الشرط لم يبطل حق البائع منه وإن كان خيار المجلس فوجهان بناء على الوجهين السابقين فيما إذا أسقط المشتري خياره هل يسقط خيار البائع أم لا وهذا الذي قاله شاذ مردود والمذهب انه لا يسقط خيار المجلس والحالة هذه كالشرط قال القاضي حسين ولو أذن له البائع في الوطئ ولم يطأها هل يبطل خيار البائع بمجرد الاذن فيه خلاف مرتب (ان قلنا) إذا رآه يطأ فسكت يبطل فهنا أولى والا فوجهان والفرق انه وجد هنا صريح الاذن والله أعلم * (فرع) إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو رهن أو هبة أو تزويج ونحوها وصحناه يبطل خيار البائع إذا لم يكن اذن في ذلك بلا خلاف * واحتج له المتولي بأن هذه التصرفات لا تبطل مالية الممتنع وهي قابلة للرفع والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (وان جن من له الخيار أو أغمى عليه انتقل الخيار إلى الناظر في ماله وإن مات فان كان في خيار الشرط انتقل الخيار الى من ينتقل إليه المال لانه حق ثابت لاصلاح المال فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن فان لم يعلم الوارث حتى مضت المدة ففيه وجهان (أحدهما) يثبت له الخيار في القدر الذي بقي من المدة لانه لما انتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت وجب أن ينتقل إلى غير الزمان الذي شرط فيه (والثاني) انه تسقط المدة ويثبت الخيار للوارث على الفور لان المدة فانت وبقي الخيار فكان على الفور كخيار الرد بالعيب وان كان في خيار المجلس فقد روى المزني أن الخيار للوارث وقال في المكاتب إذا مات وجب البيع فمن أصحابنا من قال لا يسقط الخيار بالموت في المكاتب وغيره (وقوله) في المكاتب وجب البيع أراد به انه لا يفسخ بالموت كما تنفسخ الكتابة ومنهم من قال يسقط الخيار في بيع المكاتب ولا يسقط في بيع غيره لان السيد يملك بحق الملك فإذا لم يملك في حياة المكاتب لم يملك بعد موته والوارث يملك بحق الارث فانتقل إليه بموته ومنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الاخرى وخرجهما على قولين

(أحدهما) انه يسقط الخيار لانه إذا سقط الخيار بالتفرق فلان يسقط بالموت - والتفرق فيه أعظم - أولى (والثاني) لا يسقط وهو الصحيح لانه خيار ثابت لفسخ البيع فلم يبطل بالموت كخيار الشرط فعلى هذا ان كان الذي انتقل إليه الخيار حاضرا ثبت له الخيار الا ان يتفارقا أو يتخايرا وان كان غائبا ثبت له الخيار إلى ان يفارق الموضع الذي بلغه فيه) * (الشرح) قوله حق ثابت لاصلاح المال احتراز ممن اسلم على أكثر من أربع زوجات واسلمن ومات قبل الاختيار فان الخيار لا ينتقل إلى الوارث (وقوله) خيار ثابت لفسخ البيع احتراز بالفسخ عن خيار القبول في ايجاب البيع وهو إذا قال البائع بعتك فمات المشتري قبل القبول لم يقبل الوارث عنه واحتراز بالبيع عن فسخ النكاح بالعيب ويعتق الامة تحت عبده (أما) الاحكام فانفتحت نصوص الشافعي وطرق الاصحاب على أن خيار الشرط وخيار الرد بالعيب ينتقل إلى الوارث بموت المورث وإلى السيد بموت المكاتب في مدته ولا خلاف في هذا الا ان الرافعي حكى أن في خيار الشرط قولاً شاذاً أنه يسقط بالموت مخرجا من خيار المجلس وهذا ضعيف جدا ومردود فإذا قلنا بالمذهب فان كانت المدة باقية عند بلوغ الخبر ثبت للوارث الخيار إلى

انقضائها وان كانت قد انقضت فأربعة أوجه الوجهان الاولان منها مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يكون على الفور قال الروياني وغيره هذا ظاهر نصه في الام (والوجه الثاني) يثبت في القدر الذي كان بقى عند الموت (والثالث) يبقى الخيار مادام المجلس الذي بلغه فيه الخبر حكاه القفال والروياني

[207]

وآخرون من الخراسانيين (والوجه الرابع) يسقط الخيار ويلزم البيع بمجرد مضي المدة حكاه الروياني وبه جزم الماوردي لفوات المدة وهذا شاذ مردود والله أعلم * وأما خيار المجلس فإذا مات احد المتعاقدين في المجلس نص الشافعي أن الخيار لو ارثه وقال في المكاتب إذا باع ومات في المجلس وجب البيع وللأصحاب في المسألتين ثلاث طرق مشهورة ذكرها المصنف بدلائلها واضحة (أحدها) وهو قول أبي اسحق المروزي وأكثر أصحابنا المتقدمين وهو أصحها عند الأصحاب في المسألتين قولان (أصحهما) يثبت الخيار للوارث وليسيد المكاتب كخيار الشرط والرد بالعيب (والثاني) لا يثبت بل يلزم البيع بمجرد الموت لأنه ابلغ في المفارقة من مفارقتة بالبدن (والطريق الثاني) يثبت لهما قطعا وتأويل نص المكاتب بما ذكره المصنف وبهذا الطريق قال أبو علي بن أبي هريرة (والثالث) تقرير النصين وهو ثبوت الخيار للوارث دون السيد والفرق أن الوارث خليفة الميت بخلاف السيد * ولو مات العاقدان في المجلس ففي انتقال الخيار إلى وارثهما وسيد المكاتب الخلاف المذكور في موت أحدهما صرح به الدارمي والأصحاب والله أعلم * أما إذا باع العبد المأذون له أو اشترى ومات في المجلس فكالمكاتب وكذا الوكيل بالشراء إذا مات في المجلس هل للموكل الخيار فيه الخلاف كالمكاتب هذا إذا فرعنا على الصحيح أن الاعتبار بمجلس الوكيل وفي وجه شاذ ضعيف يعتبر مجلس الموكل وهو شاذ ليس بشيء * قال أصحابنا فان لم يثبت الخيار للوارث فقد انقطع خيار الميت (وأما) العاقد الآخر الحي فذكر البغوي أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس وقال امام الحرميين يلزم العقد من الجانبين قال الرافعي ويجوز تقرير خلاف لما سبق أن هذا الخيار لا يتبعض سقوطه كموته وذكر القاضي حسين فيه وجهين (أحدهما) يمتد إلى أن يفارق مجلسه ثم ينقطع (والثاني) يبقى إلى أن يجتمع هو والوارث الآخر (والثالث) يمتد إلى مفارقتة مجلس العقد وهذا هو الصحيح

[208]

وهو الذي جزم به البغوي وحكي الروياني وجها رابعا انه ينقطع خياره بموت صاحبه فإذا بلغ الخبر إلى وارثه حدث لهذا الحي الخيار معه وهذا شاذ ضعيف (فان قلنا) يثبت الخيار للوارث فان كان حاضرا في المجلس امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخيرا وان كان غائبا فله الخيار إذا وصله الخبر وهل هو على الفور أم يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه فيه وجهان كالوجهين في خيار الشرط إذا ورثه الوارث وبلغه الخبر بعد مضي مدة الخيار ففي وجه هو على الفور وفي وجه يمتد كما كان يمتد للميت لو بقى. ومنهم من بناهما على الوجهين في كيفية ثبوته للعاقد

الباقى (أحدهما) له الخيار مادام في مجلس العقد فعلى هذا يكون خيار الوارث ثابتا في المجلس الذى يشاهد فيه المبيع (والثانى) يتأخر خياره إلى أن يجتمع هو والوارث في مجلس فحينئذ يثبت الخيار للوارث وجمع القاضى حسين في تعليقه هذا الخلاف فحكى في المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) يثبت له على الفور (والثانى) ما لم يفارق مجلس بلوغ الخبر (والثالث) ما لم يجتمع هو والعاقد الآخر وحكى الرويانى وجهها رابعا أنه يثبت له الخيار إذا أبصر السلعة ولا يتأخر عن ذلك (والاصح) أن خيار الوارث يثبت مادام في مجلس بلوغ الخبر إليه وبه قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب والماوردي وآخرون وهو قول أبى اسحق المروزى * (فرع) إذا ورث خيار المجلس اثنان فصاعدا وكانوا حضورا في مجلس العقد فلهم الخيار إلى أن يفارقوا العاقد الآخر ولا ينقطع بمفارقة بعضهم على الاصح المشهور وبه جزم الاكثرون فان كانوا غائبين عن المجلس قال المتولى ان قلنا في الوارث الواحد يثبت الخيار في مجلس مشاهدة المبيع فلهم الخيار إذا اجتمعوا في مجلس (وان قلنا) له الخيار إذا اجتمع هو والعاقد وكذا لهم الخيار إذا اجتمعوا هم وهو ومضى فسخ بعضهم وأجاز بعضهم فوجهان مشهوران حكاهما ابن القبطان والقاضى حسين والمتولى والرويانى وغيرهم (أحدهما) لا يفسخ في شئ (وأصحهما) يفسخ في الجميع كالمورث لو فسخ في حياته في بعضه وأجاز في بعض قال المتولى ولا خلاف أنه لا يبعث الفسخ لان فيه اضرار بالعاقد الآخر قال ولو حضر بعضهم وغاب البعض فللحاضر الخيار فان فسخ وقلنا يغلب الفسخ نفذ الفسخ

[209]

في الجميع وان اجاز توقفنا حتى يبلغ الخبر الي الغائب هذا ما نقله المتولى * وقال الماوردي والرويانى ان مات البائع فلكل واحد من ورثته ان ينفرد بالفسخ في حصته بلا خلاف وان مات المشتري فوجهان (أحدهما) يثبت الفسخ لكل من ورثته كعكسه (وأصحهما) ليس لاحدهم الفسخ والفرق ان المشتري يثبت له الخيار بتبعض الصفقة عليه فيزول عنه الضرر بخلاف البائع والمذهب ما ذكره المتولى * (فرع) لو جن العاقدين أو أغمى عليه لم ينقطع الخيار بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والاجازة * هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والاصحاب وفيه وجه مخرج من الموت انه ينقطع حكاه جماعة من الخراسانيين منهم المتولى والرويانى قال وليس هو بشئ ولو خرس أحدهما في المجلس قال اصحابنا ان كانت له إشارة مفهومة أو كتابة فهو على خياره والانصب الحاكم نائباً عنه وهذا متفق عليه عند اصحابنا * (فرع) إذا جن احد العاقدين أو أغمى عليه في مدة الخيار وأقام القاضى فيما يقوم مقامه في الخيار ففسخ القيم أو اجاز فافاق العاقد وادعى ان الغبطة خلاف ما فعله القيم قال القاضى حسين وغيره ينظر الحاكم في ذلك فان وجد الامر كما يقول المفيق مكنه من الفسخ والاجازة ونقض فعل القيم وان لم يكن ما ادعاه المفيق ظاهرا فالقول قول القيم مع يمينه لانه أمين فيما فعله الا ان يقيم المفيق بينه بما ادعاه * (فرع) قال القاضى حسين حيث أثبتنا خيار المجلس أو الشرط للوارث وكان واحدا فان قال اجزت انبرم العقد وان قال فسخت انفسخ وان قال اجزت وفسخت أو فسخت واجزت فالحكم باللفظ المتقدم منهما وان قال اجزت في النصف وفسخت في النصف غلب الفسخ كما لو فسخ احد العاقدين واجاز الآخر فانه يقدم الفسخ كما سبق * (فرع) لو حضر الموكل مجلس العقد فحجر على الوكيل في خيار

[210]

فينقطع خيار الوكيل قال وهو مشكل لانه يلزم منه رجوع الخيار إلى
الموكل وهو مشكل (والثاني لا يمثل لانه من لوازم السبب السابق وهو
المنع لكنه مشكل لانه مخالف بيان (1) الوكالة التي مقتضاها امتثال قول
الموكل وهذا الثاني ارجح هذا معنى كلام الغزالي وليس في المسألة خلاف
وان كانت عبارته موهمة اثبات خلاف والله أعلم * (فرع) إذا كان الخيار
لاحدهما دون الآخر فمات من لا خيار له بقى الخيار للآخر بلا خلاف قال
المتولي وهذا كما ان الدين المؤجل لا يحل بموت من له الدين وانما يحل
بموت من عليه وتتصور المسألة في الشرط وتتصور في خيار المجلس إذا
اجاز احدهما دون الآخر ثم مات المخير في المجلس * (فرع) إذا شرط
الخيار لاجنبي وصحناه وخصناه به دون الشارط فمات ففي انتقاله إلى
الشارط الخلاف المذكور في المكاتب ذكره المتولي وغيره وسبق بيانه في
مسألة شرط الخيار للاجنبي قال المتولي ولا خلاف انه ينتقل إلى وارث
الأجنبي قال وكذا لو شرط الوكيل الخيار لنفسه حيث يصح وخصناه به
فمات لا ينتقل إلى وارثه بلا خلاف وفي انتقاله إلى الموكل الخلاف
كالمكاتب وحكى الفوراني وجهها أنه ينتقل إلى وارث الوكيل وهذا ضعيف
أو غلط وحكى أيضا طريقا آخر أنه ينتقل إلى الموكل قطعاً وادعى أنه
المذهب لانه نائبه وطريقا ثالثاً أنه يبطل الخيار قطعاً وحكى القاضي
حسين هذا الطريق والمذهب المشهور أنه كالمكاتب والصحيح على الجملة
أنه ينتقل إلى الموكل قال وكذا المكاتب إذا شرط الخيار ثم عجز نفسه هل
ينتقل الخيار إلى سيده فيه الخلاف والله أعلم * (فرع) قد ذكرنا أن خيار
الرد بالعيب يثبت للوارث بلا خلاف إذا مات الوارث قبل التقصير المسقط *
وهذا حكم خيار الخلف فيما إذا شرط أن العبد كاتب فاخلف ونحوه قال
المتولي وهكذا الخيار الثابت للبائع عند عجز المشتري عن تسليم الرهن
المشروط في البيع ينتقل إلى الوارث

(1) كذا بالاصل فحرر

[211]

فأما خيار القبول فلا يورث بلا خلاف وصورته إذا قال البائع بعته فمات
المشتري ووارثه حاضر فقبل في الحال لا يصح * هذا هو المذهب وبه قطع
الاصحاب * وحكى الروياني وجهها أنه إذا قبل وارثه في الحال صح البيع وهو
شاذ باطل وقد سبقت المسألة بفروعها في مسائل الايجاب والقبول قال
المتولي والفرق بينهما أن خيار القبول ليس بلازم لان من عليه وهو البائع
لو قال رجعت أو أبطلت الايجاب بطل خيار المشتري بخلاف الخيار في هذه
المسألة فانه لازم حتى لو قال من عليه الخيار لصاحبه أبطلت عليك خيارك
لم يبطل حقه يبطل فما كان جائزاً سقط بالموت وما كان لازماً لم يسقط

بالموت كالعقود فانه يبطل بالموت الجائز منها دون اللازم * (فرع) قال المتولي لو وهب لولده شيئا فمات الواهب لا ينتقل حق الرجوع فيه إلى الورثة لانهم لا يرثون العين فلا يرثون الخيار منها وكما لا يورث حق النكاح * قال المتولي وحد ما يورث وما لا يورث من الحقوق ان كل حق لازم متعلق بالمال يورث بوراثه المال هذا كلامه وليس هذا الذي قاله حدا صحيحا فانه ترك أشياء كثيرة لم تدخل في حده: (منها) حد القذف (ومنها) القصاص (ومنها) النجاسات المنتفع بها كالكلب والسرجين وجلد الميتة وغير ذلك والله أعلم * (فرع) إذا مات صاحب الخيار وقلنا ينتقل إلى الورثة فكانوا أطفالا أو مجانين قال الروباني وغيره ينصب القاضى (1) فيما يفعل ما هو المصلحة من الفسخ والاجازة كما لو جن صاحب الخيار والله أعلم * قال المصنف رحمه الله: (وفى الوقت الذى ينتقل الملك في البيع الذى فيه خيار المجلس أو خيار الشرط ثلاثة أقوال (أحدها) ينتقل بنفس العقد لانه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح (والثانى) أنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار لانه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار فدل على أنه لا يملك إلا بهما (والثالث) أنه موقوف مراعى فان لم يفسخ العقد تبينا أنه ملك بالعقد وان فسخ تبينا

(1) كذا بالاصل ولعله من

[212]

أنه لم يملك لانه لا يجوز أن يملك بالعقد لانه لو ملك بالعقد لملك التصرف ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار لان انقضاء الخيار لا يوجب الملك فثبت أنه موقوف مراعى فان كان المبيع عبدا فأعتقه البائع نفذ عتقه لانه ان كان باقيا على ملكه فقد صادف العتق ملكه وإن كان قد زال ملكه عنه الا انه يملك الفسخ فجعل العتق فسخا وان أعتقه المشتري لم يخل إما أن يفسخ البائع البيع أو لا يفسخ فان لم يفسخ وقلنا إنه يملكه بنفس العقد أو قلنا انه موقوف نفذ عتقه لانه صادف ملكه (وإن قلنا) إنه لا يملك بالعقد يعتق لانه لم يصادف ملكه وان فسخ البائع وقلنا إنه لا يملك بالعقد أو موقوف لم يعتق لانه لم يصادف ملكه (وان قلنا) إنه يملك بالعقد ففيه وجهان (قال) أبو العباس ان كان موسرا عتق وان كان معسرا لم يعتق لان العتق صادف ملكه وقد تعلق به حق الغير فاشبه عتق المرهون (ومن) أصحابنا من قال لا يعتق وهو المنصوص لان البائع اختار الفسخ والمشتري اختار الاجازة بالعتق والفسخ والاجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ ولهذا لو قال المشتري اجزت وقال البائع بعده فسخت قدم الفسخ وبطلت الاجازة وان كانت سابقة للفسخ (فان قلنا) لا يعتق عاد العبد إلى ملك البائع (وان قلنا) يعتق فهل يرجع البائع بالثمن أو القيمة قال أبو العباس يحتمل وجهين (أحدهما) يرجع بالثمن ويكون العتق مقرا للعقد ومبطلا للفسخ (والثانى) أنه يرجع بالقيمة لان البيع انفسخ وتعد الرجوع إلى العين فرج إلى قيمته كما لو اشترى عبدا بثوب وأعتق العبد ووجد البائع بالثوب عينا فرده فانه يرجع بقيمة العبد فان باع البائع المبيع أو رهنه صح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه وإما أن يكون للمشتري الا أنه يملك الفسخ فجعل البيع والهبة فسخا وان باع المشتري المبيع أو وهبه نظرت فان كان بغير رضا البائع (فان قلنا) انه في ملك البائع لم يصح تصرفه (وان قلنا) انه في ملكه ففيه وجهان (قال) أبو سعيد الاصطخرى يصح للبائع ان يختار

الفسخ فإذا فسخ بطل تصرف المشتري ووجهه ان التصرف صادف ملكه الذي ثبت للغير فيه حق الانتزاع فاشبه إذا اشترى شقفا فيه شفعة فباعه (ومن) اصحابنا من قال لا يصح لانه باع عينا تعلق بها حق الغير من غير رضاه فلم يصح كما لو باع

[213]

الراهن المرهون فأما إذا تصرف فيه برضا البائع نظرت فان كان عتقا نفذ لانهما رضيا بامضاء البيع وان كان بيعا أو هبة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لانه ابتداء بالتصرف قبل أن يتم ملكه (والثاني) يصح لان المنع من التصرف لحق البائع وقد رضى البائع) * (الشرح) قوله لانه عقد معاوضة يوجب الملك احتراز بالمعاوضة عن الهبة فانها لا تملك بالعقد بل بالقبض وعن الوصية (ويقوله) يوجب الملك عن الكتابة فانها عقد معاوضة لكن لا توجب الملك فان العبد لا يملك نفسه ابدا وانما فائدة عتقه تقدم ملك فيه (وقوله) فاشبه عتق المرهون يعني على أصح الاقوال الثلاثة المشهورة فيه (وقوله) ثبت للغير فيه حق هذا مما انكره بعض أهل العربية على الفقهاء وغيرهم فقال لفظه غير لا تدخل عليها الالف وكذا كل وبعض وجوزه آخرون وقد أوضحته في تهذيب الاسماء واللغات (أما) الاحكام فقال أصحابنا في ملك المبيع في زمن خيار المجلس وخيار الشرط ثلاثة أقوال مشهورة ذكرها المصنف بدليلها (أحدها) أنه ملك المشتري ينتقل إليه بنفس العقد ويكون الثمن ملكا للبائع قال الماوردي وهذا نصه في باب زكاة الفطر (والثاني) انه باق على ملك البائع ولا يملكه المشتري الا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ ويكون الثمن باقيا على ملك المشتري قال الماوردي وهذا نصه في الام (والثالث) موقوف فان تم البيع حكما بأنه كان ملكا للمشتري بنفس العقد وإلا بان ان ملك البائع لم يزل وهكذا يكون الثمن موقوفا على هذا القول وفي موضع الاقوال ثلاث طرق حكاها المتولي وغيره (أحدها) أنه إذا كان الخيار لهما اما بالشرط وإما بالمجلس (أما) إذا كان لاحدهما فالمبيع على ملكه لانه ملك التصرف (والطريق الثاني) أنه لا خلاف في المسألة بل ان كان الخيار للبائع فالملك له وان كان للمشتري فله وان كان لهما فموقوف وتنزل الاقوال على هذه الاحوال (والثالث) طرد الاقوال في جميع الاحوال وهو الاصح عند عامة الاصحاب منهم العراقيون والحليمي هذا نقل الرافعي * وقال امام الحرمين طرد الائمة الاحوال الثلاثة فيه إذا كان لهما أو لاحدهما قال وقال بعض المحققين ان كان الخيار لهما ففيه الاقوال وان كان الخيار للمشتري فالاصح أن الملك له وان كان الخيار للبائع (فالاصح)

[214]

أن المبيع باق على ملكه قال الامام وكان شيخي يقول يتجه أن يجعل ذلك قولاً رابعاً * واختلف أصحابنا في الاصح من هذه الاقوال فصحت طائفة القول بأن المشتري يملك بنفس العقد منهم الشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي أبو الطيب وامام الحرمين وغيرهم وبه قطع المحاملي في المقنع وسليم الرازي في الكفاية والجرجاني في التحرير وهو مذهب احمد وصحت طائفة قول الوقف ممن صححه البغوي وصحت طائفة

التفصيل فقالوا ان كان الخيار للبائع فالاصح ان الملك له وان كان الخيار للمشتري وحده فالاصح ان الملك له وان كان لهما فالاصح انه موقوف وممن صحح هذا التفصيل القفال حكاه عنه الرويانى في البحر وأشار إلى موافقته وصححه أيضا صاحب (1) والرافعي في كتابيه الشرح والمحرر وقطع به الرويانى في الحلية والله أعلم * (التفريع) قال أصحابنا رحمهم الله لهذه الاقوال فروع كثيرة منها ما يذكر في ابوابه ومنها ما يذكر هنا (فمنها) كسب العبد والامة المبيعين في زمن الخيار فان تم البيع فهو للمشتري (ان قلنا) الملك له أو موقوف (وان قلنا) الملك للبائع فوجهان (أصحهما) وبه قال الجمهور الكسب للبائع لان الملك له عند حصوله وقال أبو على الطبري هو للمشتري واستدل له المتولي وغيره بان سبب زوال ملك البائع موجود حال وجود الزيادة فلم يجعل لها حكم وجعلت تابعة للعين وكانت لمن استقر ملك العين له وان فسخ البائع فهو للبائع (ان قلنا) الملك له أو موقوف (وان قلنا) للمشتري فوجهان مشهوران (أصحهما) للمشتري (والثاني) للبائع وبه قال أبو إسحق المروزي قال المتولي هما مبنيان علي أن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله وفيه وجهان مشهوران في كتب الخراسانيين (أصحهما) من حينه (والثاني) من أصله (فان قلنا) من حينه فهو للمشتري والا فللبائع قال أصحابنا وفي معنى الكسب اللين والشعر والثمرة ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة أو أكرهت على الزنا وكون الجميع حكم كسب العبد علي التفصيل والخلاف (ومنها) النتاج فان وجد حدوث الولد وانفصاله في مدة الخيار لامتداد المجلس فهو كالكسب وان كانت الجارية أو البهمة حاملا عند البيع وولدت في زمن الخيار بني على ان الحمل هل له حكم وهل يأخذ قسطا

[215]

من الثمن وفيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بعد هذا بدليلهما (أحدهما) لا كالأعضاء فعلى هذا هو كالكسب كما سبق بلا فرق (وأصحهما) له قسط كما لو بيع بعد الانفصال مع الام فعلى هذا يكون الحمل مع الام كعينين بيعتا معا فان فسخ البيع فهما للبائع والا فللمشتري (ومنها) العتق فإذا اعتق البائع العبد المبيع في زمن الخيار المشروط لهما أو للبائع وحده نفذ اعتاقه على كل قول وهذا لا خلاف فيه ودليله ما ذكره المصنف وان اعتقه المشتري (فان قلنا) الملك للبائع لم ينفذ ان فسخ البيع قطعاً وكذا ان تم على اصح الوجهين وهو المنصوص لما ذكره المصنف (وان قلنا) موقوف فالعتق أيضا موقوف فان تم البيع بان نفوذ والا فلا (وان قلنا) الملك للمشتري ففي نفوذه العتق وجهان (أصحهما) وهو ظاهر النص لا ينفذ صيانة لحق البائع على الاتصال (والثاني) ينفذ وبه قال ابن سريج وعلى هذا وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف أنه انما ينفذ إذا كان موسرا بقيمة فان كان معسرا فلا كالموهوب على أصح الاقوال (والثاني) ينفذ موسرا كان أو معسرا (فان قلنا) لا ينفذ فاختر البائع الاجازة ففي الحكم بنفوذه الآن وجهان (أصحهما) لا ينفذ (فان قلنا) ينفذ فهل ينفذ من وقت الاجازة أم من وقت الاعتاق فيه وجهان (أصحهما) من وقت الاجازة (وان قلنا) بقول ابن سريج ففي بطلان خيار البائع وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) يبطل وليس له الا الثمن (وأصحهما) لا يبطل لكن لا يرد العتق بل إذا فسخ أخذ قيمة العبد كتنظيره في الرد بالعيب فعلى هذا ان اختلفا في قيمة العبد وتعذرت معرفتها لموته أو غيبته ونحو ذلك فالقول قول المشتري لانه غارم هذا كله إذا كان الخيار لهما أو للبائع (أما) إذا كان للمشتري وحده فينفذ اعتاقه على جميع الاقوال بلا خلاف لانه إما

مصادف ملكه وإما إجازة وليس فيه ابطال حق لغيره وان اعتقه البائع وكان الخيار للمشتري وحده (فان قلنا) الملك للمشتري لم ينفذ سواء تم البيع أو فسخ وفيما إذا فسخ الوجه الشاذ السابق الناظر إلى المال (وان قلنا) موقوف لم ينفذ ان تم البيع والا فينفذ (وان قلنا) الملك للبائع فان انفسخ العقد بطل العتق والا فقد اعتق

[216]

تبينا ثبوت الاستيلاء وإلا فلا فلو ملكها بعد ذلك عاد القولان وعلى قولنا الملك للمشتري في ثبوت الاستيلاء الخلاف السابق في العتق فان لم يثبت في الحال وتم البيع تبينا ثبوته ورتب الخراسانيون الخلاف في الاستيلاء على الخلاف في العتق ثم اختلفوا فقيل الاستيلاء أولى بالثبوت وقيل عكسه قال إمام الحرمين ولا تبعد التسوية قال أصحابنا والقول في وجوب قيمة الولد على المشتري كقول ملكه الذي تعلق به حق لازم فهو كاعتاق المرهون والله أعلم * (ومنها) الوطئ فان كان الخيار لهما أو للبائع ففي حله للبائع طرق (احدها) ان قلنا الملك له فحلل والا فوجهان وجه الحل أنه يتضمن الفسخ وفي ذلك عود الملك إليه معه أو قبيله (والطريق الثاني) ان قلنا لا ملك له فحرام والا فوجهان وجه التحريم ضعف الملك (والثالث) القطع بالحل مطلقا قال الرافعي والمذهب من هذا كله الحل ان جعلنا الملك له والتحرير ان لم نجعله له ولا مهر عليه بحال بلا خلاف (وأما) وطئ المشتري فحرام قطعاً والصورة فيما إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده لانه وان ملك على قول فملك ضعيف ولكن لو وطئ فلا حد على الاقوال كلها بلا خلاف لوجود الملك أو شبهته (وأما) المهر فان تم البيع لم يلزمه (ان قلنا) الملك له أو موقوف (وان قلنا) للبائع فوجهان (الصحيح) وقول الجمهور وجوب المهر له (وقال) أبو إسحق لا يجب نظراً إلى المال فان فسخ البيع وجب المهر للبائع (ان قلنا) الملك له أو موقوف (وان قلنا) للمشتري فوجهان (اصحهما) لا مهر (والثاني) يجب لضعف ملكه وزواله * فان أولدها المشتري فالولد نسيب بلا خلاف على الاقوال كلها لانه وطئ في ملك أو شبهة وأما الاستيلاء (فان قلنا) الملك للبائع لم يثبت ثم إن تم البيع أو ملكها بعد ذلك ففي ثبوته حينئذ القولان المشهوران فيمن وطئ جارية غيره بشبهة ثم ملكها (اصحهما) لا يثبت وعلى الوجه الضعيف الناظر إلى المال يثبت إذا تم البيع بعد الاستيلاء بلا خلاف وعلى قول الوقف ان تم البيع تبينا ثبوت الاستيلاء وإلا فلا فلو ملكها بعد ذلك عاد القولان وعلى قولنا الملك للمشتري في ثبوت الاستيلاء الخلاف السابق في العتق فان لم يثبت في الحال وتم البيع

[217]

في المهر وإذا وجبت قيمة الولد اعتبرت يوم الولادة فان وضعته ميتاً لم تجب قيمته لانه لم يخل بينه وبينه هذا كله إذا كان لهما أو للبائع (فاما) إذا كان للمشتري وحده فحكمه حل الوطئ له كما سبق في حله في طرف البائع إذا كان الخيار لهما أو للبائع وأما البائع فيحرم عليه الوطئ هنا فلو وطئ فالقول في وجوب المهر وفي ثبوت الاستيلاء ووجوب القيمة كما ذكرنا في طرف المشتري إذا كان الخيار لهما أو للبائع والله تعالى أعلم *

قال القاضى حسين (إذا قلنا) الملك للمشتري وأحبها ثبت الاستيلاء وبطل خياره وفى بطلان خيار البائع وجهان فان ابطلناه انبرم العقد واستقر الثمن وان لم يبطله فاختار البائع الاجازة فكذلك فان فسخ البيع فهل يبطل الاستيلاء (ان قلنا لا يبطل العتق فالاستيلاء أولى والا فوجهان والفرق ان الاستيلاء فعل وهو أقوى من العتق ولهذا ينفذ استيلاء المجنون والسفيه والمريض والاب في جارية ابنه دون اعتاقهم (فان قلنا لا يفسخ الاستيلاء رجوع بقيمتها (وان قلنا) له فسخه استرد الجارية والله أعلم * (ومنها) بيع البائع والمشتري وهبتها وسائر عقودهما وسبق بيانها قبل هذا الفصل والله أعلم * (فرع) إذا اشترى عبد الجارية ثم اعتقها معا فان كان الخيار لهما عتقت الجارية بناء على ما سبق ان اعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ ولا يعتق العبد المشتري وان قلنا الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق صاحبه هذا هو الاصح وعلى الوجه القائل بنفاذ اعتاق المشتري تقريرا على أن الملك للمشتري يعتق العبد ولا تعتق الجارية أما إذا كان الخيار لمشتري العبد فثلاثة أوجه (أصحها) يعتق العبد لانه اجازة والاصل استمرار العقد (والثانى) تعتق الجارية لان عتقها فسخ فقدم على الاجازة ولهذا لو فسخ احد المتبايعين واجاز الآخر قدم الفسخ (والثالث) لا يعتق واحد منهما اما إذا كان الخيار لبائع العبد وحده فالمتعق بالاضافة إلى العبد مشتر والخيار لصاحبه وبالاضافة إلى الجارية بائع والخيار لصاحبه وقد سبق الخلاف في اعتاقهما قال الرافعى والذى يفتى به أنه لا ينفذ العتق في واحد منهما في الحال فان فسخ صاحبه نفذ في الجارية وإلا ففي العبد * ولو كانت المسألة بحالها واعتقهما مشتري الجارية فليفس الحكم بما سبق وإن كان الخيار لهما عتق العبد دون الجارية على الاصح

[218]

وان كان للمعتق وحده فعلى الالوجه الثلاثة ففي الاول يعتق العبد وفى الثانى الجارية ولا يخفى حكم الثالث والله أعلم * اما إذا اعتق المتعاقدين أحد المبيعين فقال القاضى حسين (ان قلنا) الخيار يمنع نفذ عتقه فيما باع وإن قلنا لا يمنع قلنا له عين احدهما للعتق فان عين ما اشتراه كان كاعتاق المشتري في مدة الخيار وان عين فيما باع نفذ قطعاً * قال المصنف رحمه الله * (وان كان المبيع جارية لم يمنع البائع من وطئها لانها باقية على ملكه في بعض الاقوال ويملك ردها إلى ملكه في بعض الاقوال فإذا وطئها انفسخ البيع ولا يجوز للمشتري وطؤها لان في أحد الاقوال لا يملكها وفى الثانى مراعى فلا يعلم هل يملكها أم لا وفى الثالث يملكها ملكاً غير مستقر فان وطئها لم يجب الحد وان أحبها ثبت نسب الولد وانعقد الولد حراً لانه إما أن يكون في ملك أو شبهة ملك * وأما المهر وقيمة الولد وكون الجارية أم ولد فانه يبنى على الاقوال فان اجاز البائع البيع بعد وطئ المشتري وقلنا ان الملك للمشتري أو موقوف لم يلزمه المهر ولا قيمة الولد وتصير الجارية أم لولد لانها مملوكة (وان قلنا) ان الملك للبائع فعليه المهر وقال أبو إسحق لا يلزمه كما لا تلزمه اجرة الخدمة والمذهب الاول لانه وطئ في ملك البائع ويخالف الخدمة فان الخدمة تستباح بالاباحة والوطئ لا يستباح وفى قيمة الولد وجهان (أحدهما) لا تلزمه لانها وضعت في ملكه والاعتبار بحال الوضع الا ترى أن قيمة الولد تعتبر حال الوضع (والثانى) تلزمه لان العلوق حصل في غير ملكه والاعتبار بحال العلوق لانها حالة الاتلاف وانما تأخر التقويم إلى حالة الوضع لانه لا يمكن تقويمه في حل العلوق وهل تصير الجارية أم ولد فيه قولان كما قلنا فيمن احبل جارية غيره بشبهة فأما إذا فسخ البيع وعادت إلى ملكه (فان قلنا) ان الملك للبائع

أو موقوف وجب عليه المهر وقيمة الولد ولا تصير الجارية في الحال أم ولد وهل تصير أم ولد إذا ملكها فيه قولان (وان قلنا) أن الملك للمشتري لم يجب عليه المهر لان الوطئ صادف ملك ومن أصحابنا من قال يجب لانه لم يتم ملكه عليها وهذا يبطل به إذا أجاز البائع البيع وعلى قول أبي العباس تصير

[219]

أم ولد كما تعتق إذا أعتقها عنده وهي ترجع البائع بقيمتها أو بالثمن فيه وجهان وقد بينا ذلك في العتق وعلى المنصوص أنها لا تصير أم ولد له لان حق البائع سابق فلا يسقط بأحبال المشتري فان ملكها المشتري بعد ذلك صارت أم ولد لانها إنما لم تصير أم ولد له في الحال لحق البائع فإذا ملكها صارت أم ولد * وان اشترى جارية فولدت في مدة الخيار بيننا على أن الحمل هل له حكم في البيع وفيه قولان (أحدهما) له حكم ويقابله قسط من الثمن وهو الصحيح لان ما أخذ قسطا من الثمن بعد الانفصال أخذ قسطا من الثمن قبل الانفصال كاللبن (الثاني) لا حكم ولا قسط له من الثمن لانه يتبعها في العتق فلم يأخذ قسطا من الثمن كالأعضاء (فان قلنا) إن له حكما فهو مع الام بمنزلة العينين المتبعين فان أمضى العقد كانا للمشتري وان فسخ العقد كانا للبائع كالعينين المبيعين (وان قلنا) لا حكم له نظرت فان أمضى العقد (وقلنا) أن الملك ينتقل بالعقد أو موقوف فهما للمشتري (وان قلنا) إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار فالولد للبائع فان فسخ العقد (وقلنا) إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار أو قلنا إنه موقوف فالولد للبائع (وان قلنا) يملك بالعقد فهو للمشتري وقال أبو إسحق الولد للبائع لان على هذا القول لا ينفذ عتق المشتري وهذا خطأ لان العتق يفتقر إلى ملك تام والنماء لا يفتقر إلى ملك تام * (الشرح) هذه المسائل كلها واضحة وسبق شرحها في الفصل السابق والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (وان تلف البيع في يد المشتري في مدة الخيار فلمن له الخيار الفسخ والامضاء لان الحاجة التي دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع فان فسخ وجبت القيمة على المشتري لانه تعذر رد العين فوجب رد القيمة وإن أمضينا العقد (فان قلنا) إنه يملك بنفس العقد أو موقوف فقد هلك من ملكه (وان قلنا) يملك بالعقد وانقضاء الخيار وجب على يشتري قيمته والله أعلم) * (الشرح) قوله وجبت قيمته لو قال وجب بدله كان أحسن وأعم ليدخل فيه المثل فيما له

[220]

مثل قال أصحابنا إذا تلف المبيع في مدة الخيار في يد المشتري لم ينقطع الخيار بل يبقى الخيار في الفسخ والامضاء لمن كان له لما ذكره المصنف وقال الخراسانيون إذا تلف في يد المشتري (فان قلنا) الملك للبائع انفسخ البيع كالتلف (وان قلنا) للمشتري أو موقوف نظر ان أتلفه أجنبي بنى على ما لو تلف بأفة سماوية وفيه خلاف سنذكره ان شاء الله تعالى (فان قلنا) يفسخ العقد هناك فهو كاتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض وسيأتي حكمه ان شاء الله تعالى (وان قلنا) لا يفسخ وهو الاصح فكذا هنا وعلى الأجنبي البدل وهو المثل ان كان مثليا والا فالقيمة ويبقى الخيار بحاله فان تم

البيع فالبديل للمشتري والا فالبائع وان أتلفه المشتري استقر عليه الثمن فان أتلفه في يد البائع وجعلنا اتلافه قبضا فهو كما لو تلف في يده وان أتلفه البائع في يد المشتري قال المتولي يبني على أن اتلافه كاتلاف الأجنبي أم كالتلف بأفة سماوية وفيه خلاف مشهور (فقال) القاضى حسين إن أتلفه البائع في يد نفسه وقلنا الملك له انفسخ العقد له (وان قلنا) للمشتري ففي انفساخه قولان (ان قلنا) لا ينفسخ بطل خيار البائع وفي خيار المشتري وجهان (إن قلنا) لا يبطل فذاك فان أجاز أخذ من البائع القيمة ورجع إليه الثمن * (فرع) قال أصحابنا إذا تلف المبيع بأفة سماوية في زمن الخيار فان كان قبل القبض انفسخ البيع وان كان بعده (وقلنا) الملك للبائع انفسخ أيضا فيسترد الثمن ويغرم المشتري للبائع البديل وهو المثل أو القيمة وفي كيفية القيمة الخلاف المشهور في كيفية غرامة المقبوض بالسوم (وان قلنا) الملك للمشتري أو موقوف فوجهان أو قولان (أحدهما) ينفسخ أيضا لحصول الهلاك قبل استقرار العقد (وأصحهما) لا ينفسخ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض ولا أثر لولاية الفسخ كما في خيار العيب فان قلنا بالانفساخ فعلى المشتري القيمة. قال إمام الحرمين وهنا نقطع باعتبار قيمة يوم التلف لان الملك قبل ذلك للمشتري (فان قلنا) بعدم الانفساخ ففي انقطاع الخيار وجهان (أحدهما) ينقطع كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع (وأصحهما) لا كما لا يمتنع التحالف بثمن المبيع ويخالف الرد بالعيب لان الضرر هناك يندفع بالارش (فان قلنا) بالاول

[221]

استقر العقد ولزم الثمن (وان قلنا) بالثاني فان تم العقد وجب الثمن وإلا وجبت القيمة على المشتري ويرد الثمن وان تنازعا في قدر القيمة فالقول قول المشتري بيمينه وقطعت طائفة من الاصحاب بعدم الانفساخ (وان قلنا) الملك للبائع وهو ظاهر كلام المصنف قال الامام وذكروا تفريعا أنه لو لم ينفسخ حتى انقضى زمن الخيار فعلى البائع رد الثمن وعلى المشتري القيمة قال الامام وهذا تخليط ظاهر واللع أعلم * (فرع) لو تلف بعض المبيع في زمن الخيار بعد أن قبض المشتري بأن اشترى عبدين فقبضهما فتلف أحدهما ففي الانفساخ في التالف الخلاف السابق فان انفسخ جاء في الآخر قولاً تفريق الصفقة وان لم ينفسخ بقى خياره في الباقي إن قلنا يجوز رد أحد العبدین إذا اشتراهما بشرط الخيار وإلا ففي بقاء الخيار في الباقي الوجهان وإذا بقى الخيار فيه ففسخ رده مع قيمة التالف * (فرع) لو قبض المبيع في زمن الخيار ثم أودعه عند البائع فتلف في يده فهو كما لو تلف في يد المشتري حتى إذا فرعنا على أن الملك للبائع ينفسخ البيع ويسترد الثمن ويغرم القيمة هكذا جزم به الدارمي وآخرون وحكاه إمام الحرمين عن الصيدلاني ثم أبدى احتمالا لنفسه في سقوط القيمة لحصول التلف بعد العود إلى يد المالك * ونقل القاضى حسين عن نص الشافعي أن المشتري يلزمه القيمة. قال القاضى وهذا تفريع على أن الملك للمشتري وقد تلف في يده لان يد المستودع يد المودع حكما (قال) وفيه قول آخر أنه لا ينفسخ العقد والله أعلم * (فرع) قال أصحابنا لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليمه الثمن في مدة الخيار فلو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده وله استرداد المدفوع هذا هو المذهب وفيه وجه ضعيف أنه ليس له استرداده وله أخذ ما عند صاحبه بغير رضاه وممن حكى

هذا الوجه الرافعى * (فرع) قال (1) لو اشترى زوجته بشرط الخيار ثم
خاطبها بالطلاق في زمن الخيار فان تم الغد

(1) كذا بالاصل

[222]

وقلنا الملك للمشتري أو موقوف لم يقع الطلاق (وإن قلنا) للبائع وقع علي
أصح الوجهين وإن فسخ (وقلنا) هو للبائع أو موقوف وقع (وإن قلنا)
للمشتري فوجهان وليس له الوطئ في زمن الخيار لأنه لا يدري أياً
بالمالك أو بالزوجة هذا هو الصحيح المنصوص وفيه وجه ضعيف إن له
الوطئ * قال الروياني فان تم البيع فهل يلزمه استبرأؤها فيه وجهان بناء
علي جواز الوطئ (إن حرمانه) وجب الاستبراء والا فلا * قال وإن انفسخ
البيع (فإن قلنا) الملك للبائع أو موقوف فالنكاح بحاله (وإن قلنا) الملك
للمشتري فوجهان أحدهما يفسخ لحصوله في ملكه (والثاني) قال وهو
ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله إن النكاح بحاله لأن ملكه غير مستقر *
قال الروياني ولو طلقها ثم استبرأها ثم راجعها في مدة الخيار فان تم
البيع فالرجعة باطلة وإن فسخ فإن قلنا لا يملك بالعقد أو قلنا موقوف
صحت الرجعة (وإن قلنا) يملك بنفس العقد ففي صحة الرجعة وجهان *
(فصل) في مسائل وفروع تتعلق بباب الخيار في البيع (منها) ثبت في
الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع
الخيار) وفي رواية (إلا أن يكون البيع خياراً) وفي رواية (أو يخير أحدهما
صاحبه) وفي رواية (أو يقول لصاحبه اختر) واختلف العلماء من أصحابنا
وغيرهم في معنى قوله صلى الله عليه وسلم (إلا بيع الخيار) علي ثلاثة
أقوال جمعها القاضي حسين في تعليقه والروياني وآخرون من أصحابنا
(أصحها) المراد التخيير بعد تمام العقد وقبل مفارقة المجلس وتقديره
لهما الخيار ما لم يتفرقا إلا إن يتخيرا في المجلس فيلزم البيع بنفس
التخاير ولا يدوم إلى المفارقة (والثاني) معناه إلا يبيعا شرط فيه خيار
الشرط ثلاثة أيام أو دونها فلا ينقض الخيار فيه بالمفارقة بل يبقى حتى
تنقضي المدة المشروطة (والثالث) معناه إلا يبيعا شرط فيه إن لا خيار لهما
في المجلس فيلزم البيع بمجرد العقد ولا يكون فيه خيار وهذا على الوجه
الضعيف السابق لأصحابنا فيما إذا تبايعا على أن لا خيار وقلنا يصح البيع ولا
خيار فهذا يفسخ على الأقوال المذكورة في تفسيره واتفق أصحابنا على
ترجيح القول الأول وهو المنصوص للشافعي ونقلوه عنه وأبطل كثير من
أصحابنا ما سواه وغلطوا قائله وممن رجحه من المحدثين البيهقي فقال
الروايان الأخيرتان من

[223]

الروايات التي ذكرتها تدل على أن المراد بالقول الأول الأولى ثم بسط
دلائله وضعف ما يعارضها ثم قال وذهب كثيرون من أهل العلم إلى تضعيف

الاثر المنقول عن عمر رضى الله عنه (البيع صفقة أو الخيار وان البيع لا يجوز فيه شرط قطع الخيار وان المراد ببيع الخيار التخيير بعد البيع أو بيع شرط فيه خيار ثلاثة أيام فلا ينقطع خيارهما بالتفرق) ثم قال والصحيح ان المراد التخيير بعد البيع لان نافعاً ربما عبر عنه ببيع الخيار وربما فسره قال والذي يبين هذا رواية ابي داود عن نافع عن ابن عمر قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار حتى يتفرقا أو يكون بيع خيار قال وربما قال نافع أو يقول احدهما للآخر اختر رواه مسلم في صحيحه) هذا كلام البيهقي ومن قال بالقول الاول أيضاً من المحدثين الترمذي فقال في جامعه المشهور معناه الا ان يخير البائع المشتري بعد ايجاب البيع فإذا احضره فاختار البيع ليس لهما خيار بعد ذلك في فسخ البيع وان لم يتفرقا قال هكذا فسره الشافعي وغيره وهكذا نقل الشيخ أبو حامد والاصحاب هذا التفسير عن الشافعي وحزم به كثيرون ومن ذكر منهم خلافاً صححه ونقل ابن المنذر في الاشراف هذا التفسير عن سفيان الثوري والاوزاعي وسفيان بن عيينة وعبيدالله بن الحسن العنبري والشافعي وأسحق ابن راهوية والله أعلم * (فرع) قال المزني في المختصر قال الشافعي وكل متبايعين في سلعة وعين وصرف وغيره فلكل واحد منهما الخيار حتى يتفرقا تفرق الابدان إلى آخره * قال القاضي حسين والرويانى وغيرهما غلط المزني في قوله سلعة وعين فانهما شئ واحد وانما قال الشافعي في سلف بالفاء أو عين وأراد بالسلف السلم وأما قوله تفرق الابدان فاحتراز من تأويل ابي حنيفة فانه يقول المراد بالحديث حتى يتفرقا بالقول وهو تمام عقد البيع والله سبحانه أعلم * (فرع) قال الشافعي في مختصر المزني ولا بأس بنقد الثمن في بيع الخيار قال اصحابنا اراد بنقد الثمن تسليمه إلى البائع قال اصحابنا فلا يكره تسليم الثمن في مدة الخيار إلى البائع وتسليم المبيع إلى المشتري في مدة الخيار * هذا مذهبا وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يكره تسليم الثمن في مدة الخيار * وانما يسلم

[224]

بعدها قال لان قبضه تصرف ولا يجوز التصرف فيه قبل انقضاء الخيار ولانه يصير بيعاً وسلفاً فانه إذا سلم إليه الثمن ثم فسخا البيع استرجع الثمن منه فيصير كأنه أقرضه الثمن واسترجعه منه قبل التصرف وقد نهى عن بيع وسلف * واحتج اصحابنا بأن القبض حكم من أحكام العقد فكان في مدة الخيار كالفسخ والامضاء ولانه لا ضرر في قبضه في مدة الخيار وما لا ضرر فيه لا يمنع منه لان امتناع التسليم قبل انقضاء الخيار لحق المتعاقدين فإذا تراضيا عليه جاز كالأقالة وغيره (وأما) قوله القبض تصرف فلا يسلمه اصحابنا وكذا لا يسلمون أن هذا بيع وسلف ولا يؤدي إليه ولا ما في معناه والله أعلم * قال اصحابنا وإذا سلم المشتري الثمن إلى البائع في مدة الخيار أو سلم البائع المبيع إلى المشتري لا يسقط خيارهما بلا خلاف عندنا * ونقل القاضي حسين عن مالك اسقاط الخيار لانه يتضمن الرضا * واحتج اصحابنا بأن مقصوده بالتسليم الخلاص من عهده ضمانه قال القاضي حسين وهل له بعد ذلك أن ينزعه من يد صاحبه عند استيفاء العوض الآخر فيه وجهان (أحدهما) له لان هذا التسليم لا يسقط الخيار فلا يسقط حق الحبس (والثانى) ليس له لتضمنه اسقاط حق الحبس * (فرع) إذا ألحقنا بالحبس في مدة خيار المجلس أو خيار الشرط زيادة في الثمن أو نقصاً أو زيادة خيار أو أجالا وشرطاً نقداً أو نحو ذلك فهل يلحق فيه ثلاثة أوجه سنذكرها بفرعها مبسوطة إن شاء الله تعالى في باب ما يفسد البيع من الشروط (أصحها) انه كالمقارن للعقد (والثانى) انه لغو (والثالث) إن كان

في خيار المجلس فكالمقارن وان كان في خيار الشرط فلغو والله اعلم *
(فرع) قال صاحب البحر إذا تقابضا الثمن والمثمن في مدة الخيار ثم
تفاسخا لزمهما ترداد العوضين وليس لواحد منهما حبس ما في يده بعد
طلب صاحبه فليس له إذا طلب صاحبه أن يقول لا أرد حتى ترد أنت بل إذا
بدأ أحدهما بالمطالبة لزم الآخر الدفع إليه ثم يرد ما كان في يده قال
بخلاف ما لو قال البائع لا أسلم المبيع حتى يسلم الثمن وقال المشتري لا
أسلم الثمن حتى يسلم المبيع فان

[225]

كل واحد حبس ما في يده حتى يدفع صاحبه على الخلاف المشهور فيه
والفرق أن الفسخ هنا رفع حكم العقد وبقي التسليم بحكم اليد دون العقد
واليد توجب الرد وهناك التسليم بالعقد والعقد يوجب التسليم من الجانبين
* (فرع) في مذاهب العلماء في شرط الخيار وهو جائز بالاجماع واختلفوا
في ضبطه فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها ولا يجوز أكثر وبه قال أبو
حنيفة وعبد الله بن شبرمة وزفر والاوزاعي في رواية عنه وقال ابن أبي
ليلى والحسن بن صالح وعبيدالله بن الحسن العنبري وأحمد ابن حنبل
واسحق بن راهوية وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وداود وفقهاء
المحدثين يجوز في كل شئ بقدر الحاجة فيه فيجوز في الثوب ونحوه اليوم
واليومان وفي الجارية ونحوها ستة أيام وسبعة وفي الدار نحو الشهر *
(فرع) في مذاهبهم إذا تبايعا بشرط الخيار غير مؤقت مذهبنا بطلان البيع
لان فيه غرر وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وقال أحمد واسحق البيع
صحيح وأن الخيار باطل وقال الاوزاعي وابن أبي ليلى البيع صحيح
والشرط باطل لقوله صلى الله عليه وسلم (كل شرط ليس في كتاب الله
فهو باطل) قالا وهذا ظاهر في أبطال الشرط وصحة البيع وقال مالك
البيع صحيح وبثبت لهما الخيار مدة تليق بذلك البيع والله أعلم * (باب ما
يجوز بيعه وما لا يجوز) قال المصنف رحمه الله * (الاعيان ضربان نجس
وطاهر فأما النجس فعلى ضربين في نفسه ونجس بملاقاة النجاسة فأما
النجس في نفسه فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر
والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات والاصل فيه ما روى جابر رضى
الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (ان الله تعالى حرم بيع
الخمر والميتة والخنزير والاصنام) وروى أبو مسعود البدرى وأبو هريرة
رضى الله عنهما ان

[226]

رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب فنص على الكلب
والخنزير والخمر والميتة وقسنا عليها سائر الاعيان النجسة) * (الشرح) أما
حديث جابر رضى الله عنه فرواه البخاري ومسلم في صحيحهما طويلا
ولفظه فيهما عن جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
عام الفتح وهو بمكة (إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير
والاصنام فليل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانها يطلى بها السفن
ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال لا هو حرام ثم قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم عند ذلك قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها

حملوه ثم باعوه فأكلوا الميتة) فقال حملة - بالحاء وتخفيف الميم - أحمله أي أدامه (وأما) حديث أبي مسعود البدرى الانصاري فرواه البخاري ومسلم أيضا ولفظه عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن (وأما) حديث أبي هريرة فرواه أبو داود باسناد حسن بلفظ حديث أبي مسعود واسم أبي مسعود عمرو بن عمرو الانصاري البدرى قال أكثر العلماء لم يشهد بدرأ مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في الغزوة المشهورة وإنما قيل له البدرى لانه سكن بدرأ ولم يشهدا وقال محمد بن إسحق إمام المغازى ومحمد بن شهاب الزهري إمام المغازى وغيرهما ومحمد بن اسماعيل البخاري صاحب الصحيح في صحيحه أنه شهدها واتفقوا على أنه شهد العقبة مع السبعين وكان أصغرهم روى له عن النبي صلى الله عليه وسلم مائة حديث وحديثان اتفق البخاري ومسلم على تسعة أحاديث منها وانفرد البخاري بحديث ومسلم بسبعة سكن الكوفة وتوفى بها وقيل توفى بالمدينة رضي الله عنه (وأما السرجين - فيكسر السين وفتحها وبالجم - ويقال بالقاف - بدلها وسبق إيضاحه في أول كتاب الطهارة والله أعلم * (أما) حكم المسألة فقد سبق في أول كتاب البيوع أن شروط البيع خمسة أن يكون طاهرا منتفعا به مقدورا على تسليمه معلوما مملوكا لمن وقع العقد له فبدأ المصنف بالشرط الاول وهو الطهارة فقال النجس ضربان نجس في نفسه كالكلب والخنزير وما تولد منهما أو من أحدهما والخمر والنبيد والسرجين والعدرة ودهن الميتة وعصبتها وشعرها إذا قلنا بالمذهب إنه نجس وكذا

[227]

ريشها ولبن ما لا يؤكل إذا قلنا بالمذهب إنه نجس وسائر الاعيان النجسة ولا يجوز بيعها بلا خلاف عندنا وسواء الكلب المعلم وغيره وسواء الخمر المحترمة وغيرها * ودليل المسألة ما ذكره المصنف والله أعلم * (فرع) الفيلج - بالفاء والجم - هو القز قال القاضى حسين في فتاويه وآخرون يجوز بيعه في باطن الدود الميت لان بقاءه من مصالحه كالنجاسة التى في جوف الحيوان قالوا وسواء باعه وزنا أو جزافا وسواء كان الدود حيا أو ميتا فبيعه جائز بلا خلاف والله أعلم * (فرع) قال أصحابنا في بيع فأرة المسك أو بيض ما لا يؤكل لحمه ودودة القز وجهان بناء على طهارتها ونجاستها (اصحهما) الطهارة وجواز البيع (وأما) دود القز فيجوز بيعه في حياته بلا خلاف لانه حيوان ينتفع به كسائر الحيوان وقد ذكر المصنف المسألة في آخر هذا الباب وسبق إيضاها في باب إزالة النجاسة هذا مذهبا * وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع بزر القز ولا دوده دليلنا أنه طاهر منتفع به فجاز بيعه كسائر الطاهر المنتفع به * (فرع) في حكم لبن ما لا يؤكل لحمه ذكرنا في باب إزالة النجاسة ثلاثة أوجه (أصحها) وأشهرها أنه نجس (والثانى) طاهر يحل شربه قال أصحابنا (إن قلنا) إنه نجس لا يجوز بيعه قال المتولي وآخرون (وإن قلنا) طاهر يحل شربه جاز بيعه (وإن قلنا) طاهر لا يحل شربه فان كان فيه منفعة مقصودة جاز بيعه وإلا فلا * (فرع) ذكرنا أن بيع الخمر باطل سواء باعها مسلم أو ذمى أو تبايعها ذميان أو وكل المسلم ذميا في شرائها له فكله باطل بلا خلاف عندنا وقال أبو حنيفة يجوز أن يوكل المسلم ذميا في بيعها وشرائها وهذا فاسد منابذ للاحاديث الصحيحة في النهي عن بيع الخمر * (فرع) بيع الخمر وسائر أنواع التصرف فيها حرام على أهل الذمة كما هو حرام على المسلم هذا مذهبا وقال أبو حنيفة لا يحرم ذلك عليهم قال المتولي المسألة مبينة على أصل معروف في

الاصول وهو أن الكافر عندنا مخاطب بفروع الشرع وعندهم ليس بمخاطب وقد سبقت هذه المسألة في باب إزالة النجاسة *

[228]

(فرع) لو أتلف لغيره كلبا أو خنزيرا أو سرجينا أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغه أو غير ذلك من الأعيان النجسة لم تلزمه قيمته بلا خلاف عندنا قال الماوردي قال أصحابنا لم يكن يعرف خلاف في أنه لا قيمة على من أتلف كلبا معلما حتى قال به عطاء بن رباح * (فرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيع الكلب سواء كان معلما أو غيره وسواء كان جروا أو كبيرا ولا قيمة على من أتلفه وبهذا قال جماهير العلماء وهو مذهب أبي هريرة وحسن البصري والأوزاعي وربيعة والحكم وحمام وأحمد وداود وابن المنذر وغيرهم وقال أبو حنيفة يصح بيع جميع الكلاب التي فيها نفع وتجب القيمة على متلفه وحكى ابن المنذر عن جابر وعطاء والنخعي جواز بيع الكلب للصيد دون غيره وقال مالك لا يجوز بيع الكلب وتجب القيمة على متلفه وإن كان كلب صيد أو ماشية وعنه رواية كمذهبنا ورواية كمذهب أبي حنيفة واحتج لمن جوز بيعه بالحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد) وفي رواية (ثلاث كلهن سحت فذكر كسب الحمام ومهر البغي وثمر الكلب إلا كلب صيد) وعن عمر رضي الله عنه (أنه غرم رجلا عن كلب قتله عشرين بعيرا) وعن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى في كلب ماشية بكبش * ولأنه حيوان يجوز الانتفاع به فأشبهه الفهد ولأنه تجوز الوصية به والانتفاع به فأشبهه الحمار * واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة في النهي عن بيعه والنهي يقتضي الفساد فإنه لا قيمة على متلفه فمن الأحاديث حديث أبي مسعود البدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن) رواه البخاري ومسلم * وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن ثمن الدم وعن ثمن الكلب ومهر البغي ولعن أكل الربا وموكله والواشمة والمستوشمة ولعن المصور) رواه البخاري * وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحمام خبيث ومهر البغي خبيث وثمر الكلب خبيث) رواه مسلم * وعن ابن الزبير قال (سألت جابرا رضي الله عنه عن ثمن الكلب والسنور فقال زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك) رواه مسلم وعن

[229]

ابن عباس رضي الله عنهما قال (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب وقال إن جاء يطلب ثمن الكلب فأملا كفه ترابا) رواه أبو داود بإسناد صحيح وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغي) رواه أبو داود بإسناد صحيح حسن * وعن ابن عباس قال (رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم خاليا عند الركن فرفع بصره إلى السماء فقال لعن الله اليهود ثلاثا إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها وإن الله إذا حرم على

قوم أكل شئ حرم عليهم ثمنه) رواه أبو داود باسناد صحيح ولانه حيوان نجس فلم يجر بيعه كالخنزير (وأما) الجواب عما احتجوا به من الاحاديث والآثار فكلها ضعيفه باتفاق المحدثين وهكذا وضع الترمذي والدارقطني والبيهقي ضعفها ولانهم لا يفرقون بين المعلم وغيره بل يجوزون بيع الجميع وهذه الاحاديث الضعيفة فارقة بينهما * والجواب عن قياسهم على الفهد ونحوه أنه طاهر بخلاف الكلب * والجواب عن قياسهم على الوصية أنها محتتمل فيها ما لا يحتتمل في غيرها ولهذا تجوز الوصية بالمجهول والمعدوم والأبق والله أعلم * قال ابن المنذر لا معنى لمن جوز بيع الكلب لانه مخالف لما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ونهيه صلى الله عليه وسلم عام يدخل فيه جميع الكلاب قال ولا يعلم خبر عارض الاخبار الناهية يعني خيرا صحيحا وقال البيهقي الاسناد المذكور في كلب الصيد ليس ثابتا في الاحاديث الصحيحة والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) بيع الهرة الاهلية جائز بلا خلاف عندنا إلا ما حكاه البغوي في كتابه في شرح مختصر المزني عن ابن العاص أنه قال لا يجوز وهذا شاذ باطل مردود والمشهور جوازه وبه قال جماهير العلماء نقله القاضى عياض عن الجمهور وقال ابن المنذر أجمعت الامة على أن اتخاذه جائز ورخص في بيعه ابن عباس وابن سيرين والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي وأحمد واسحق وأبو حنيفة وسائر أصحاب الرأي قال وكرهت طائفة بيعه منهم أبو هريرة ومجاهد وطاووس وجابر بن زيد قال ابن المنذر إن ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم النهى عن بيعه فبيعه باطل وإلا فجائز هذا كلام ابن المنذر واحتج من منعه بحديث أبى الزبير قال سألت جابرا عن ثمن الكلب والسنور فقال زجر النبي صلى الله عليه وسلم

[230]

عن ذلك) رواه مسلم * واحتج أصحابنا بأنه طاهر منتفع به ووجد فيه جميع شروط البيع بالخيار فجاز بيعه كالحمار والبغل والجواب عن الحديث من وجهين (أحدهما) جواب أبى العباس بن العاص وأبى سليمان الخطابي والقفال وغيرهم أن المراد الهرة الوحشية فلا يصح بيعها لعدم الانتفاع بها إلا على الوجه الضعيف القائل بجواز أكلها (والثاني) أن المراد نهى تنزيه والمراد النهى على العادة بتسامح الناس فيه ويتجاوزونه في العادة فهذان الجوابان هما المعتمدان (وأما) ما ذكره الخطابي وابن عبد الله أن الحديث ضعيف فغلط منهما لان الحديث في صحيح مسلم باسناد صحيح وقول ابن عبد الله إنه لم يروه غير أبى الزبير عن حماد بن سلمة فغلط أيضا فقد رواه مسلم في صحيحه من رواية معقل ابن عبيدالله عن أبى الزبير فهذان ثقتان رواياه عن أبى الزبير هو ثقة والله أعلم * (فرع) قال ابن المنذر أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير وشرائها قال واختلفوا في الانتفاع بسعر الخمر فمنعه ابن سيرين والحكم وحماد والشافعي وأحمد واسحق ورخص فيه الحسن البصري والاوزاعي ومالك وأبو حنيفة وأبو يوسف * (فرع) مذهبنا المشهور أن عظم الفيل نجس سواء أخذ منه بعد ذكاته أو بعد موته ولنا وجه شاذ أن عظام الميتة طاهرة وسبق بيانه في باب الآنية وسبق في باب الاطعمة وجه شاذ أن الفيل يؤكل لحمه فعلى هذا إذا ذكى كان عظمه طاهرا والمذهب نجاسته مطلقا ولا يجوز بيعه ولا يحل ثمنه وبهذا قال طاووس وعطاء بن أبى رباح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأحمد وقال ابن المنذر ورخص فيه عروة بن الزبير وابن سريج قال ابن المنذر مذهب من حرم هو الاصح * (فرع) بيع سرجين البهائم المأكولة وغيرها وذرقت الحمام باطل وثمره حرام هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة يجوز

بيع السرجين لاتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار علي بيعه من غير انكار ولانه يجوز الانتفاع به فجاز بيعه كسائر الاشياء) واحتج أصحابنا بحديث

[231]

ابن عباس السابق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان لله إذا حرم على قوم شيئاً حرم عليهم ثمنه) وهو حديث صحيح كما سبق بيانه قريباً وهذا عام إلا ما خرج بدليل كالحمار والعبد وغيرهما ولانه نجس العين فلم يجر بيعه كالعذرة فانهم وافقوا علي بطلان بيعها مع أنه ينتفع بها (وأما) الجواب عما احتجوا به فهو ما أجاب به الماوردي أن بيعه إنما يفعله الجهلة والارزاق فلا يكون ذلك حجة في دين الاسلام (وأما) قولهم إنه منتفع به فأشبهه غيره فالفرق أن هذا نجس بخلاف غيره * (فرع) جلد الميتة لا يجوز بيعه عندنا وعند الجمهور قبل الدباغ وجوزه أبو حنيفة ودليل المذهبين نحو ما سبق في الفرع قبله وممن حكى بطلان بيعه عن الجمهور العبدري في أول كتاب الطهارة * (فرع) اتفق أصحابنا وغيرهم على أنه لو كان له كلاب فيها منفعه مباحة ككلب الصيد والزرع فمات قسمت بين ورثته كما يقسم السرجين وجلود الميتة وغير ذلك من النجاسات المنتفع بها * (فرع) الوصية بالكلب المنتفع به * والسرجين ونحوها من النجاسات جائزة بالاتفاق وفي إجازة الكلب وهبته وجهان مشهوران (أصحهما) البطلان وسنوضح كل ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى * ويورث الكلب بلا خلاف وممن نقل الاتفاق عليه الدارمي * (فرع) قال الدارمي يجوز قسمة الكلاب وليست يباعا وقال البيهقي في كتابه شرح مختصر المزني إذا مات وخلف كلابا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم بالقيمة قال وهذا ضعيف لانه لا قيمة (والثاني) يقسم على طريق الانتفاع وقيل على طريق نقل اليد (والثالث) لا يقسم بل يترك بين الورثة كما لو خلف ورثة وجوهرة لا تقسم بل تترك بينهم هذا ما حكاه البيهقي (والاصح) أنها تقسم باعتبار قيمتها عند ما يرى لها قيمة كما في نظائره والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (فأما اقتناؤها فينظر فيه فان لم يكن فيها منفعة مباحة كالخمر والخنزير والميتة والعذرة لم يجر اقتناؤها لما روى أنس رضي الله عنه قال (سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر تصنع خلا فكرهه وقال أهرقها) ولان اقتناء ما لا منفعة فيه سفه فلم يجر فان كان فيه منفعة مباحة كالكلب

[232]

جاز اقتناؤه للصيد والماشية والزرع لما روى سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره يوم قيراطان) وفي حديث أبي هريرة (إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع) ولان الحاجة تدعو إلى الكلب في هذه المواضع فجاز اقتناؤه وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدروب فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز للخبر (والثاني) يجوز لانه حفظ مال فأشبهه الزرع والماشية وهل يجوز لمن لا يصطاد أن يقتنيه ليصطاد به إذا أراد فيه وجهان (أحدهما) يجوز للخبر (والثاني) لا يجوز لانه لا حاجة به إليه وهل يجوز اقتناء الجرو للصيد والماشية والزرع فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه ليس فيه منفعة يحتاج

إليها (والثانى) يجوز لانه إذا جاز اقتناؤه للصيد جاز اقتناؤه لتعليم ذلك (وأما) السرجين فانه يكره اقتناؤه وتربية الزرع به لما فيه من مباشرة النجاسة) * (الشرح) أما حديث أنس فرواه مسلم في صحيحه بمعناه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الخمر يتخذ خلا فقال لا وفى الصحيح أحاديث كثيرة صريحة في اراقه الخمر (منها) حديث لابي سعيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (يا أيها الناس ان الله يعرض بالخمير ولعل الله سينزل فيها فمن كان عنده منها شئ فليبعه ولينتفع به قال فما لبثنا الا يسيرا حتى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم الخمر فمن أدركته هذه الآية وعنده منها شئ فلا يشتره ولا يبيعه فاستقبل الناس بما كان عندهم منها

[233]

في طرق المدينة فسفكوها) رواه مسلم وعن ابن عباس رضى الله عنهما (أن رجلا أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله قد حرمها قال لا فسارر انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته قال امرته ببيعها فقال ان الذى حرم شربها حرم بيعها ففتح المزاد حتى ذهب ما فيها) رواه مسلم * وفى الصحيحين عن أنس (أنه لما نزل تحريم الخمر أمره أبو طلحة أن يريق الخمر التى كانت عندهم فأراقها) وعن أنس (أن أبا طلحة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا قال أهرقها قال أفلا أجعلها خلا قال لا) رواه أبو داود بإسناد صحيح أو حسن (وأما) حديث ابن عمر وأبى هريرة فرواه البخاري ومسلم من طرق في بعضها نقص من أجره كل يوم قيراطان وفى بعضها قيراط قال صاحب البحر والقيراط عبارة عن جزء من عمله قال واختلفوا في المراد به فقيل ينقص من ماضى عمله وقيل من مستقبله قال واختلفوا في محل نقص القيراطين فقال قيراط من عمل النهار وقيراط من عمل الليل وقيل قيراط من عمل الغرض وقيراط من عمل النقل هذا كلامه (وأما) اختلاف الرواية في قيراط وقيراطين فقيل يحتمل أنه لنوعين من الكلاب أحدهما أشد ضررا أو لمعنى فيهما أو يكون ذلك مختلفا باختلاف المواضع فيكون القيراطان في المدينة خاصة لزيادة فضلها والقيراط في غيرها أو القيراطان في القرى والقيراط في البراري أو أنه في زمنين فذكر القيراط ثم زاد التعليل فذكر قيراطان وقد أوضحت هذا مع سبب النقص وما يتعلق به في شرح صحيح مسلم رضى الله عنه والله سبحانه أعلم * وسالم المذكور هو ابن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم * والجرو - بكسر الجيم وفتحها - والكسر أفصح وحكى الجوهري ضمها (أما) الاحكام ففيها مسائل (أحداها) لا يجوز اقتناء الخنزير سواء كان فيه عدوى تعدو الناس أم لم يكن لكن ان كان فيه عدوى وجب قتله قطعاً والا فوجهان (أحدهما) يجب قتله (والثانى) يجوز قتله ويجوز إرساله

[234]

وهو ظاهر نص الشافعي وقد ذكر المصنف المسألة في آخر كتاب السير وهناك تبسطها ان شاء الله تعالى وهذا الخلاف في وجوب قتله كما ذكرنا

(وأما) اقتناؤه فلا يجوز بحال كذا صرح به المصنف والرويانى وآخرون (الثانية) يكره اقتناء العذرة والميتة وقال المصنف ومن بايعه لا يجوز وظاهره التحريم وليس هو على ظاهره بل هو محمول على كراهة التنزيه وقد سبق بيان مثل هذه العبارة في باب الاستطابة في قوله لا يجوز أن يستنجدى بيمينه (الثالثة) الخمر ضربان محترمة وغيرها وسبق بيانها في باب ازالة النجاسة والمحترمة يجوز امساكها وغير المحترمة يحرم امساكها وسبق بيان هذا كله ودليله في باب ازالة النجاسة (الرابعة) يكره اقتناء السرحين والوقود به وتربية الزرع والبقول لما ذكره المصنف وهى كراهة تنزيه وأشار الرويانى إلى وجه أنه مباح لا مكروه وسبق في ازالة النجاسة بيان حكم الزرع والبقل النابت منه (الخامسة) قال الشافعي والاصحاب لا يجوز اقتناء الكلب الذى لا منفعة فيه وحكى الرويانى عن أبى حنيفة جوازه دليلنا الاحاديث السابقة قال الشافعي والاصحاب ويجوز اقتناء الكلب للصيد أو الزرع أو الماشية بلا خلاف لما ذكره المصنف وفى جواز ايجاده لحفظ الدور والدروب وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الجواز وهو المنصوص فى المختصر قال الشافعي لا يجوز اقتناء الكلب الا للصيد أو ماشية أو زرع وما فى معناها هذا نصه فى المختصر قال القاضى حسين فى تعليقه وفى جواز ايجاده فى السفر للحراسة الوجهان (أصحهما) الجواز وفى جواز تربية الجرو للصيد أو الزرع أو غيرهما مما يباح اقتناء الكبير له فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الجواز * ولو أراد إيجاد الكلب ليصطاد به إذا أراد ولا يصطاد به فى الحال أو ليحفظ الزرع أو الماشية إذا صار له فوجهان (أصحهما) الجواز وأتفق الاصحاب على أنه يجوز اقتناء الكلب الكبير لتعلم الصيد وغيره وانما الوجهان فى الجرو (أما) إذا اقتنى كلب صيد ولا يريد أن يصطاد به فى الحال ولا فيما بعد فظاهر كلام الجمهور القطع بتحريمه وذكر صاحب الشامل أن الشيخ أبا حامد حكى عن القاضى أبى حامد فيه وجهين (أحدهما) يجوز لانه كلب صيد وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الا كلب صيد) (وأصحهما)

[235]

لا يجوز لانه اقتناء لغير حاجة فأشبهه غيره من الكلاب ومعنى الحديث الا كلبا يصطاد به وممن حكى الوجهين صاحب البيان أيضا * (فرع) أما اقتناء ولد الفهد فالمشهور جوازه كالقرد والفيل وغيرهما وحكى صاحب البحر فيه طريقين (المذهب) القطع بجوازه (والثانى) فيه وجهان حكاهما القاضى أبو علي البندنجي والله أعلم * (فرع) قال أصحابنا الكلب العقور والكلب يقتلان للحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (خمس يقتلن فى الحل والحرم منها الكلب العقور) قال أصحابنا وإن لم يكن الكلب عقورا ولا كلبا لم يجر قتله سواء كان فيه منفعة أم لا وسواء كان أسود أم لا وهذا كله لا خلاف فيه بين أصحابنا وممن صرح به القاضى حسين وإمام الحرمين قال إمام الحرمين الامر بقتل الكلب الاسود وغيره كله منسوخ فلا يحل قتل شئ منها اليوم لا الاسود ولا غيره إلا الكلب والعقور * قال المصنف رحمه الله * (وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الاعيان الطاهرة إذا إصابته نجاسة فينظر فيها فان كان جامدا كالثوب وغيره جاز بيعه لان البيع يتناول الثوب وهو طاهر وإنما جاورته النجاسة وإن كان مائعا نظرت فان كان مما لا يطهر كالخل والديس لم يجز بيعه لانه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة وإن كان ماء ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز بيعه لانه نجس لا يطهر بالغسل فلم يجز

بيعه كالخمر (والثاني) يجوز بيعه لانه يطهر بالماء فأشبهه الثوب * فان كان دهنًا فهل يطهر بالغسل فيه وجهان (أحدهما) لا يطهر لانه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل (والثاني) يطهر لانه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب (فان قلنا) لا يطهر لم يجر بيعه كالخل (وان قلنا) يطهر ففي بيعه وجهان كالماء النجس ويجوز استعماله في السراج والاولى ان لا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة) * (الشرح) قوله لانه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل هذا تعليل فاسد لانه

[236]

يقتضى أن المنع من طهارة الخل ونحوه والدهن إنما هو لتعذر العصر وقد علم أن الصحيح أنه لا يشترط العصر في طهارة المغسول من النجاسة بل التعليل الصحيح أنه لا يدخل الماء جميع أجزائه بخلاف الثوب ونحوه (أما) الاحكام ففيها مسائل (إحداها) إذا كانت العين متنجسة بعارض وهي جامدة كالثوب والبساط والسلاح والجلود والوانى والارض وغير ذلك جاز بيعها بلا خلاف لما ذكره المصنف ونقلوا فيه إجماع المسلمين * قال أصحابنا فان تستر شئ من ذلك بالنجاسة الواردة ففيه القولان في بيع الغائب (الثانية) إذا كانت العين الطاهرة المتنجسة بملاقاة النجاسة مائة فينظر ان كانت لا يمكن تطهيرها كالخل واللبن والديس والعسل والمرق ونحو ذلك لم يجر بيعها بلا خلاف لما ذكره المصنف ونقلوا فيه إجماع المسلمين (وأما) الصبغ النجس فالمشهور الذي قطع به الجمهور أنه لا يجوز بيعه كالخل ونحوه وشذ المتولي فحكى فيه طريقين (أحدهما) هذا (والثاني) أن في جواز بيعه طريقين كالزيت النجس (أصحهما) لا يجوز لانه لا يمكن تطهيره بخلاف الزيت على الوجه القائل بجواز بيعه وإنما يصبغ الناس به ثم يغسلون الثوب وممن حكى الوجه الشاذ في جواز بيع الصبغ النجس القاضى حسين والرويانى وطرده القاضى حسين في الخل المتنجس قال لانه يصبغ به * (الثالثة) هل يجوز بيع الماء النجس فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يجوز وبه قطع الغزالي في البسيط قال الرويانى وفيه طريق آخر وهو الحزم ببطلان بيعه لانه لا يطهر بل يستحيل بلوغه فلتين من صفة النجاسة إلى الطهارة كالخمر يتخلل (الرابعة) الدهن النجس ضربان ضرب نجس العين كودك الميتة فلا يجوز بيعه بلا خلاف ولا يطهر بالغسل (والضرب الثاني) متنجس بالمجاورة كالزيت والسيرج والسمن ودهن الحيوان وغيره فهذا كله هل يطهر بالغسل فيه وجهان مشهوران (أحدهما) يطهر كله (والثاني) لا يطهر ودليلهما في الكتاب وفي المسألة وجه ثالث أنه يطهر الزيت ونحوه ولا يطهر السمن وممن ذكر هذا الوجه القاضى أبو الطيب والرويانى وهو شاذ والصحيح عند الاصحاب أنه لا يطهر شئ من الادهان بالغسل وهو ظاهر نص الشافعي وبه قال أبو على الطبري قال صاحب الحاوى وهو

[237]

مذهب الشافعي وجمهور أصحابه (والوجه الثاني) يطهر الجميع بالغسل وهو قول ابن سريج وأبي اسحق المروزي واختاره الرويانى * قال أصحابنا (فان قلنا) لا يطهر بالغسل لم يجر بيعه وجها واحدا (وان قلنا) يطهر

بالغسل ففي صحة بيعه وجهان (أصحهما) باتفاق الاصحاب لا يجوز بيعه وبه قال أبو إسحق المروزي وممن صححه القاضي أبو الطيب في تعليقه والماوردي والمتولي وقطع به البغوي وهو المنصوص في مختصر المزني في أول الباب الثالث من كتاب الاطعمة (والوجه الثاني) يجوز بيعه وهذا الوجه خرجه ابن سريج من بيع الثوب النجس * قال القاضي أبو الطيب في تعليقه هذا تخريج باطل ومخالف لنص الشافعي وامام الحرمين في النهاية (إن قلنا) يطهر الدهن بالغسل جاز بيعه قبل الغسل وجهها واحدا كالثوب (وان قلنا) لا يطهر فوجهان وهذا الترتيب غلط عند الاصحاب ومخالف للدليل ولنص الشافعي ولم اتفق عليه الاصحاب وامام الحرمين والغزالي منفردان به فلا يعتد به ولا يعترن بالله والله تعالى أعلم * (فرع) إذا قلنا بالضعيف أن الدهن يطهر بالغسل وقد قال الماوردي طريقه أن يراق الدهن في قلتين من الماء ويحرك أشد تحريك حتى يصل الماء إلى جميع أجزائه ولم يتعرض الجمهور لاشتراط القلتين (والصواب) أنه إن أورد الدهن على الماء اشترط كون الماء قلتين وإن أورد الماء لم يشترط كونه قلتين بل يشترط فيه الغلبة للدهن كما في غسل سائر النجاسات * (فرع) مما استدلوا به للمذهب من أن الدهن المتنجس لا يطهر بالغسل الحديث في الفأرة تقع في السمن فلم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالغسل مع نهيه عن اضاءة المال * (فرع) نص الشافعي رحمه الله تعالى في مختصر المزني في أول الباب الثالث من كتاب الاطعمة على جواز الاستصباح بالزيت النجس وبهذا قطع المصنف وسائر العراقيين وكثير من الخراسانيين وهو المذهب وذكر أكثر الخراسانيين في جوازه قولين (أصحهما) جوازه (والثاني) تحريمه لانه يؤدي إلى ملابسته وملابسة دخانه ودخانه نجس على الاصح والخلاف في جواز الاستصباح جار في الزيت النجس والسمن والشيرج وسائر الادهان المتنجسة بعارض وفي ودك

[238]

الميتة أيضا (والصحيح) في الجميع جواز الاستصباح وقد سبقت المسألة واضحة في آخر باب ما يجوز لبسه قال إمام الحرمين أطلق الائمة الخلاف في جواز الاستصباح وفيه تفصيل عندي فإن كان السراج الذي فيه الدهن النجس بعيدا بحيث لا يلقى دخانه المتنجس به فليست أرى لتحريم هذا وجهها فان الانتفاع بالنجاسات لا يمنع وكيف يمنع مع تجويز تزييل الارض وتدميلها بالعدرة (قال) ولعل الخلاف في جواز الاستصباح ناشئ من لحوق الدخان وفيه تفصيل نذكره (أما) رماد الاعيان النجسة فنجس على المذهب وفيه وجه ضعيف (وأما) دخان الاعيان النجسة إذا أحرقت وقلنا رمادها نجس ففي دختانها وجهان (أصحهما) نجس وبه كان يقطع شيعي (وأما) الدهن النجس في عينه كودك الميتة ففي دخانه الخلاف الذي ذكرناه (وأما) الدهن المتنجس بعارض فدخانه أجزاء الدهن وما وقع فيه ونجسه لا يختلط بالدخان فيطهر في هذا الدخان الحكم بالطهارة فان الذي خالط الدهن يتخلف قطعا والدخان محض أجزاء الدهن قال ولا يمنع على بعد أن يطرد الخلاف في جواز الاستصباح وإن بعد السراج لان هذا ممارسة نجاسة مع الاسعناء عنها بخلاف التزييل فانه لا يسد مسده شئ فكان في حكم الضرورة هذا آخر كلام الامام * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع الزيت النجس والسمن النجس * ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه لا يمكن غسله ولا يصح بيعه وبه قال مالك وأحمد وجماهير العلماء * وقال أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد يمكن غسله ويجوز بيعه قبل غسله كالثوب النجس وكما يجوز الاستصباح به والوصية به والصدقة والهبة وقال داود

يجوز بيع الزيت دون السمن وسبقت المسألة في آخر كتاب الاطعمة * واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق قريبا في مسألة بيع الكلب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله إذا حرم علي قوم أكل شئ حرم عليهم ثمنه) وهو حديث صحيح كما سبق وبحديث الفأرة تقع في السمن وقد سبق بيانه وإيضاح طرقة في آخر باب الاطعمة وبالقياس على اللبن والخل ونحوهما إذا وقعت فيها نجاسة (والجواب) عن قياسهم على الثوب أنه يمكن غسله بالاجماع بخلاف الدهن ولان المنفعة المقصودة بالثوب هي اللبس وهو حاصل مع أنه نجس والمنفعة

[239]

المقصودة بالزيت الاكل وهو حرام (وأما) جواز الاستصباح به فلا يلزم منه جواز البيع كما أنه يجوز اطعام الميتة للجوارح ولا يجوز بيعها (وأما) الوصية به فمبناها على الرفق والمساهلة ولهذا احتملت انواعا من الغرر (وأما) الصدقة فكالوصية وكذلك الهبة ان صححناها وفيها خلاف سنوضحه قريبا متصلا بهذا ان شاء الله تعالى * (فرع) قال الرويانى قال أصحابنا لا تجوز هبة الزيت النجس والا تصدق به قال وأرادوا بذلك على سبيل التملك (فأما) على سبيل نقل اليد فيجوز كما قلنا في الكلب هذا كلام الرويانى (وأما) قوله بجواز نقل اليد فهو كما قال ولا يجرى فيه خلاف وأما تملكه بالهبة والصدقة فينبغي أن يكون على الوجهين في الكلب وأولى بالجواز * قال المصنف رحمه الله * (وأما) الاعيان الطاهرة فضربان ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة (فأما) ما لا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التي لا تصلح للاصطياد والطيور التي لا تؤكل ولا تصطاد كالرخمة والحدأة وما لا يؤكل من الغراب فلا يجوز بيعه لان ما لا منفعة فيه لا قيمة له فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل وبذل العوض فيه من السفه) * (الشرح) قد قدمنا أن شروط المبيع خمسة (أحدهما) أن يكون منتفعا به وهذا شرط لصحة البيع بلا خلاف قال أصحابنا ولعدم المنفعة سببان (أحدهما) القلة كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب ونحوهما فان هذا القدر لا يعد ما لا قالوا ولا ينظر إلى حصول النفع به إذا ضم إليه غيره ولا إلى ما قد يفرض من وضع الحبة في فخ يصطاد به لان هذه منفعة لا تقصد قال أصحابنا ولا فرق في هذا كله بين زمن الرخص والغلاء قال أصحابنا ولا خلاف أنه لا يجوز أخذ هذه الحبة من صبرة الغير فان أخذها كان عاصيا ولزمه ردها فان تلفت فوجهان (الصحيح) أنه لا ضمان فيها إذ لا ماليتها لها (والثاني) وهو قول القفال يلزمه ضمان مثلها لانها مثلية وهذا الذي ذكرناه من بطلان بيع الحبة مما لا منفعة فيه لقلته هو المذهب وبه قطع الاصحاب في كل الطرق وشذ المتولي

[240]

فحكى وجهها " ضعيفا " أنه يصح بيعه وليس بشئ (السبب الثاني) الحية كالحشرات فلا يجوز بيعها قال أصحابنا الحيوان الطاهر المملوك من غير الآدمى قسمان (قسم) ينتفع به فيجوز بيعه كالابل والبقر والغنم والخيول والبعال والحمير والظباء والغزلان والصفور والبراة والفهود والحمام والعصافير والعقاب وما ينتفع بلونه كالطاوس أو صوته كالزرزور والبيغاء

والعندليب وكذلك القرد والفيل والهره ودود القز والنحل فكل هذا وشبهه يصح بيعه بلا خلاف لانه منتفع به وهذا الذي ذكرناه من صحة بيع النحل هو إذا شاهده المتعاقدان فان لم يشاهدا جميعه فقيه تفصيل وخلاف وسنوضحه في الباب الذي بعد هذا ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف * قال أصحابنا ويجوز بيع الجحش الصغير بلا خلاف لانه يؤول إلى المنفعة والله تعالى أعلم * (القسم الثاني) من الحيوان ما لا ينتفع به فلا يصح بيعه وذلك كالخنافس والعقارب والحيات والديدان والفأر والنمل وسائر الحشرات ونحوها * قال أصحابنا ولا نظر إلى منافعها المعدودة من خواصها لانها منافع نافهة * قال أصحابنا وفي معناها السباع التي لا تصلح للاصطياد ولا القتال عليها ولا تؤكل كالاسد والذئب والنمر والذب وأشباهها فلا يصح بيعها لانه لا منفعة فيها * قال أصحابنا ولا ينظر إلى اقتناء الملوك لها للهيبة والسياسة هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجمهور الخراسانيين * وحكى القاضي حسين وامام الحرمين والغزالي وجماعة آخرون من الخراسانيين وجها شادا ضعيفا أنه يجوز بيع السباع لانها طاهرة والانتفاع بجلودها بالدباغ متوقع وضعفوا هذا الوجه بان المبيع في الحال غير منتفع به ومنفعة الجلد غير مقصودة ولهذا لا يجوز بيع الجلد النجس بالاتفاق وان كان الانتفاع به بعد الدباغ ممكنا والله أعلم * قال الرافعي ونقل أبو الحسن العبادي رحمه الله وجها أنه يجوز بيع النمل في عسكر مكرم وهي المدينة المشهورة بالمشرق قال لانه يعالج به السكر وينصيين لانه يعالج به العقارب الطيارة وهذا الوجه شاذ ضعيف (وأما) الحدأة والرخمة والنعام والغراب الذي لا يؤكل فلا يجوز بيعها هكذا قطع به جماهير الاصحاب قال امام الحرمين ان كان في أجنحة بعضها فائدة جاء فيها الوجه السابق في بيع السباع لجلودها قال الرافعي انكارا على الامام بينهما فرق فان الجلود تدبغ ولا سبيل

[241]

إلى تطهير الاجنحة (قلت) وجه الجواز على ضعفه الانتفاع بريشها في النبل فانه وإن قلنا بنجاسته يجوز الانتفاع به في النبل وغيره من اليابسات والله تعالى أعلم * (فرع) العلق وهو هذا الدود الاسود والاحمر الذي يخرج من الماء وعادته أن يلقى على العضو الذي ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه هل يجوز بيعه فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع إمام الحرمين والغزالي والبعوى في شرح المختصر وآخرون يجوز لان فيه غرضا مقصودا وهو امتصاصه الدم من العضو المتألم (والطريق الثاني) فيه وجهان وممن حكاها المتولي (أصحهما) يجوز (والثاني) لانه حيوان مؤذ كالحية والعقرب * (فرع) اتفق أصحابنا على جواز بيع العبد الزمن لانه ينتفع به للاعتاق فانه يثاب على عتقه بلا خلاف (وأما) الحمار الزمن والبغل الزمن فلا يجوز بيعهما على المذهب وبه قطع كثيرون وحكى القاضي حسين وإمام الحرمين والغزالي وغيرهم وجها أنه يجوز بيعه للانتفاع بجلده بعد الدباغ وهو الوجه السابق في بيع السباع التي لا تصطاد * قال المصنف رحمه الله * (واختلف أصحابنا في بيع دار لا طريق لها أو بيع بيت من دار لا طريق إليه فمنهم من قال لا يصح لانه لا يمكن الانتفاع به فلم يصح بيعه ومنهم من قال يصح لانه يمكن أن يحصل له طريق فينتفع به فيصحبه) * (الشرح) هذان الوجهان مشهوران (أصحهما) صحة البيع * قال أصحابنا الخراسانيون لو باع أرضا معينة محفوفة بملك البائع من جميع الجوانب فان شرط للمشتري حق الممر من جانب واحد ولم يعينه لم يصح البيع

لاختلاف الغرض بالممر وإن شرط الممر من جانب معين صح البيع فإن قال بعثها بحقوقها صح البيع وثبت للمشتري حق الممر من كل جانب كما كان للبائع قبل البيع وإن أطلق بيعها ولم يتعرض للممر فوجهان (أصحهما) يصح ويكون كما لو قال بعثتها بحقوقها (والثاني) أنه لا يقتضى الممر فعلى هذا هو كما لو صرح بنفي الممر وفيه وجهان (أصحهما)

[242]

بطلان البيع لعدم الانتفاع في الحال (والثاني) الصحة لامكان تحصيل الممر وقال البغوي إن أمكن تحصيل ممر صح البيع وإلا قالوا ولو كانت الارض المبيعة ملاصقة للشارع صح البيع وممر البائع إليها من الشارع وليس له سلوك ملك البائع لان العادة في مثلها الدخول من الشارع فحمل الاطلاق عليه وإن كانت ملاصقة ملك المشتري لم يكن المرور فيما بقى للبائع بل يدخل المشتري من ملكه القديم الملاصق وذكر إمام الحرمين فيه احتمالا قال والصورة فيما إذا أطلق البيع (أما) إذا قال بحقوقها فله الممر في ملك البائع (أما) إذا باع دارا واستثنى لنفسه بيتا فله الممر لان الممر كان ثابتا فبقى فان شرط نفي الممر نظر ان أمكن إيجاد ممر صح البيع وإلا فوجهان (أصحهما) بطلان البيع وبه قطع بعضهم كمن ذراعا من ثوب تنقص قيمته بقطعه * قال المصنف رحمه الله * (وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحرمه لما روي أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (قال ربكم ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطابى ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرأ فاستوفى منه ولم يوفه أجره * (الشرح) حديث أبي هريرة رواه البخاري الا قوله ومن كنت خصمه خصمته وهذه الزيادة رواها أبو يعلى الموصلي في مسنده باسناد ضعيف ومعنى أعطابى عاهد إنسانا بي وبيع الحر باطل بالاجماع * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع أم الولد لما روي ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع أمهات الاولاد ولانه استقر لها حق الحرية وفي بيعها إبطال ذلك فلم يجز) * (الشرح) حديث ابن عمر (1) أما حكم المسألة فقال الشافعي والاصحاب لا يجوز بيع أم الولد ولا هبتها ولا رهنها ولا الوصية بها هكذا قطع به الاصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعي ونقل الخراسانيون أن الشافعي مثل القول في بيعها في القديم فقال جمهورهم ليس للشافعي فيه اختلاف قول وانما مثل القول إشارة إلى مذهب

(1) بياض بالاصل

[243]

غيره وقال كثيرون من الخراسانيون للشافعي قول قديم أنه يجوز بيع أم الولد وممن حكاه صاحب التقريب والشيخ أبو علي السنجى والصيدلاني والشيخ أبو محمد وولده إمام الحرمين والغزالي وغيرهم فعلى هذا القديم هل يعتق بموت السيد فيه وجهان (أحدهما) لا وبه قال صاحب التقريب وأبو

علي السنجي (وأصحهما) نعم قاله الشيخ أبو محمد والصيدلاني وغيرهما كالمدير قال إمام الحرمين وعلى هذا يحتمل أن تعتق من رأس المال ويحتمل أن تعتق من الثلث قلت الأقوى من رأس المال لتأكد حقها والله أعلم * وإذا قلنا بالمذهب أنه لا يجوز بيعها فقضى قاض بجوازه فطريقان (أحدهما) وهو الذي نقله أبو علي السنجي في شرح التلخيص وإمام الحرمين وصاحب البيان وغيرهم أن في نقض قضائه وجهين (والثاني) أنه ينقض وجها واحدا وهو الذي نقله الروياني عن الاصحاح كلهم ولم يحك غيره قالوا لانه مجمع عليه الآن وما كان فيه من خلاف في القرن الاول فقد ارتفع وصار الآن مجمعا على بطلان بيعها والله أعلم * وقد حكى اصحابنا عن داود جواز بيعها مع قولهم إنه مجمع على بطلانه الآن فكأنهم لم يعتدوا بخلاف داود وقد سبق أن الاصحح أنه لا يعتد بخلافه ولا خلاف غيره من أهل الظاهر لانهم نفوا القياس وشرط المجتهد أن يكون عارفا بالقياس وقالت الشيعة أيضا بجواز بيعها ولكن الشيعة لا يعتد بخلافهم والله سبحانه أعلم * والمعتمد في تحريم بيع أم الولد ما رواه مالك والبيهقي وغيرهما بالاسانيد الصحيحة عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه (أنه نهى عن بيع أمهات الاولاد) واجماع التابعين فمن بعدهم على تحريم بيعها وهذا على قول من يقول من أصحابنا إن الاجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف وحينئذ يستدل بهذا الثابت عن عمر بالاجماع على نسخ الاحاديث الثابتة في جواز بيع أم الولد (منها) حديث جابر قال (بعنا أمهات الاولاد على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبى بكر فلما كان عمر نهانا فانتهيانا) رواه أبو داود باسناد صحيح وفي رواية (قال كنا نبيع سراريننا أمهات أولاد والنبي صلى الله عليه وسلم حى لا يرى بذلك بأسا) رواه الدارقطني والبيهقي باسناد صحيح قال الخطابي وغيره يحتمل أن بيعها كان مباحا في أول الاسلام ثم نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في آخر حياته ولم يشتهر ذلك النهى

[244]

إلى زمن عمر فلما بلغ عمر النهى نهاهم والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله (ويجوز بيع المدير لما روى جابر رضى الله عنه (أن رجلا دبر غلاما له ليس له مال غيره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يشتريه منى فاشتره نعيم) * (الشرح) حديث جابر صحيح رواه البخاري ومسلم ولقطه (عن جابر أن رجلا من الانصار أعتق غلاما له عن دين لم يكن له غلام غيره فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه منى فاشتره نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه فقال جابر بن عبد الله كان عبدا قبطيامات عام أول وفي رواية لمسلم مات عام أول في ولاية ابن الزبير وفي رواية للبخاري عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم باع المدير (قوله) نعيم هو - بضم النون - (وقوله) النحام - هو بنون مفتوحة ثم حاء مهملة مشددة ووقع في بعض نسخ المذهب نعيم فقط وفي بعضها نعيم بن النحام وكذا وقع في بعض روايات مسلم قالوا وهو غلط وصوابه نعيم النحام فالنحام هو نعيم ومعنى النحام السعال وهو الذي يسعل وسمى بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قال له سمعت نحمك في الجنة أي سعلتك وقيل هي النحنحة وكل هذا صفة لنعيم لا لابييه عبد الله وأسلم نعيم قديما بعد عشرة أنفس وقيل ثمانية وثلاثين وكان جواد أو استشهد يوم إجنادين في خلافة أبى بكر رضى الله عنه سنة ثلاث عشرة وأسم هذا الغلام المدير يعقوب واسم سيده مديره أبو مذكور والله أعلم * (أما) حكم المسألة فمذهبا جواز بيع المدير سواء كان محتاجا إلى ثمنه أم

لا وسواء كان على سيده دين أم لا وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا هذا مذهبا وبه قالت عائشة أم المؤمنين ومجاهد وطاووس وعمر بن عبد العزيز وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود وغيرهم وقال الحسن وعطاء يجوز إذا احتاج إلي ثمنه سيده وقال أبو حنيفة إن كان تدبيرا مطلقا لم يجوز إن كان مقيدا بأن يقول إن مت من مرضي هذا فأنت حر جاز وقال مالك لا يجوز مطلقا وهو رواية عن أبي حنيفة وبه قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي والزهرى والاوزاعي والثوري ونقله القاضي عياض عن جمهور العلماء من السلف وغيرهم من أهل الحجاز والشام

[245]

والكوفة * واحتجوا بالقياس على أم الولد * واحتج أصحابنا بحديث جابر المذكور في الكتاب وقد بيناه وبالقياس على الموصى بعثقه فإنه يجوز بيعه بالاجماع والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ويجوز بيع المعتق بصفة لأنه ثبت له العتق بقول السيد وحده فجاز بيعه كالمدير وفي المكاتب قولان (قال) في القديم يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر فلا يمنع من البيع وقال في الجديد لا يجوز لأنه كالخارج من ملكه ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه إليه فلم يملك بيعه كما لو باعه * ولا يجوز بيع الوقف لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال أصاب عمر رضى الله عنه أرضا بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال إن شئت حبست أصلها وتصدق بها قال فتصدق بها عمر صدقة لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث) * (الشرح) حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم (وقوله) ثبت له العتق بقول السيد احتراز من فعله وهو الاستيلاء (وقوله) وحده احتراز من المكاتب وفي الفصل ثلاث مسائل (إحداها) بيع المعلق عتقه على صفة صحيح لا خلاف فيه لما ذكره المصنف وإنما قاسه على المدير لأن النص ثبت في المدير وإلا لم يقل أحد ببطلان بيع المعلق عتقه على صفة وسواء كانت الصفة محققة الوجود كطلوع الشمس أو محتملة كدخول الدار والله سبحانه وتعالى أعلم (الثانية) بيع العين الموقوفة باطل بلا خلاف عندنا سواء قلنا إن الملك فيه لله تعالى أو للموقوف عليه أو باق على ملك الواقف (الثالثة) في بيع السيد رقبة المكاتب قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) باتفاق الأصحاب وهو نص الشافعي في الجديد ببطلانه وقطع به جماعة (والقديم) صحته قال أصحابنا والقولان جاريان في الهبة (فإن قلنا) بالجديد فأدى المكاتب النجوم إلى المشتري فهل يعتق قال أصحابنا فيه الخلاف فيما لو باع السيد النجوم التي على الكاتب وقلنا بالمذهب إنه لا يصح بيعه فأداها المكاتب إلى المشتري وللشافعي فيه نصان (نص) في المختصر أنه يعتق بدفعها إلى المشتري (ونص) في الام أنه لا يعتق وللأصحاب فيه طريقان (المذهب) وبه قال الجمهور إن المسألة على قولين

[246]

(أحدهما) يعتق لأن السيد سلطه على القبض فأشبهه الوكيل (وأصحهما) لا يعتق لأنه يقبض زاعما أنه يقبض لنفسه حتى لو تلف في يده ضمنه بخلاف الوكيل وقال أبو إسحق المروزي النصان على حالين فإن قال بعد البيع

خذها منه أو قال للمكاتب ادفعها إليه صار وكبلا وعتق بقبضه وإن اقتصر على البيع فلا وقيل إن أبا اسحق عرض هذا الفرق على شيخه أبي العباس بن سريج فلم يرتضه ولم يعبا به وقال هو وإن صرح بالاذن فانما يأذن بحكم المعاوضة لا الوكالة (فإن قلنا لا يعتق فما يأخذه المشتري يسلمه إلى السيد لانا جعلناه كوكيله (فإن قلنا لا يعتق طالب السيد المكاتب بالنجوم واستردها المكاتب من المشتري قال أصحابنا (وإذا قلنا) بالجديد إن بيع رقية المكاتب باطل فاستخدمه المشتري مدة لزمه أجره المثل للمكاتب وهل على السيد أن يمهل قدر المدة التي كان في يد المشتري فيه القولان المشهوران فيما إذا استخدمه السيد أبو حنيفة والله سبحانه وتعالى أعلم * (أما إذا قلنا) بالقديم وإن بيع رقية المكاتب صحيح ففي حكم الكتابة ثلاثة أوجه (الصحيح) الذي قطع به كثيرون أن الكتابة تبقى وينتقل إلى المشتري مكانها فإذا أدى إليه النجوم عتق وكان الولاء للمشتري جمعا بين الحقوق (والثاني) يعتق بالاداء إلى المشتري ويكون الولاء للبائع ويكون انتقاله بالشري كانتقاله بالارث (والثالث) تبطل الكتابة بمجرد البيع فينتقل غير مكاتب وهذا ضعيف جدا والله سبحانه أعلم * (فرع) لو قال أجنبي لسيد المكاتب أعتق مكاتبك على ألف أو أعتقه عني على ألف أو مجانا فأعتقه نفذ العتق ولزمه الألف ويكون ذلك افتداء منه كاخلاص الأجنبي وكذا لو قال أعتق مستولدتك وستأتي المسألة مبسولة مع نظائرها في كتاب الكفارات عقيب كتاب الظهار حيث ذكرها المصنف إن شاء الله تعالى * (فرع) لا خلاف أنه لا يجوز للسيد بيع ما في يد المكاتب من الأموال كما لا يعتق عبده ولا يزوج أماءه والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع العين الموقوفة * ذكرنا أن مذهبنا بطلان بيعها سواء

[247]

حكم بصحته حاكم أولا وبه قال مالك واحمد والعلماء كافة الا أبا حنيفة فقال يجوز بيعه ما لم يحكم بصحته حاكم * (فرع) في مذاهبهم في بيع رقية المكاتب * قد ذكرنا ان الاصح في مذهبنا بطلانه وبه قال ربيعة وابو حنيفة ومالك وهو قول ابن مسعود وقال عطاء والنخعي واحمد يجوز بيعه وهو رواية عن مالك واحتج من جوز بيع رقية المكاتب بحديث عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة (أنها كانت مكاتبه فاشترتها عائشة رضي الله عنها باذن النبي صلى الله عليه وسلم) رواه البخاري مسلم من طرق واحتج اصحابنا للمنع بما ذكره المصنف والشافعي وغيره عن حديث بريرة بأنها رضيت هي واهلها بفسخ الكتابة ثم باعوها * (فرع) ضبطوا ما به يجوز بيعه من الحيوان فكل حيوان طاهر منتفع به في الحال أو المال ليس بحر ولم يتعلق به حق لازم يجوز بيعه واحترزوا بالطاهر عن النجس وبالمنفعة عن الحشرات ونحوها والحمار الزمن والسباع وبالمال عن الجحش الصغير وقولهم لم يتعلق به حق احتراز من المرهون والموقوف وأم الولد والمكاتب والجاني وقولهم لازم احتراز من المدبر والمعلق عتقه والموصى به * قال المصنف رحمه الله * (ويجوز بيع ما سوى ذلك من الاعيان المنتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والمشوم وما ينتفع به من الحيوان بالركوب والاكل والدر والنسل والصيد والصوف وما يقتنيه الناس من العبيد والجواري والاراضي والعقار لاتفاق أهل المصارف في جميع الاعصار على بيعها من غير انكار ولا فرق فيها بين ما كان في الحرم من الدور وغيره لما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر نافع بن عبد الحرث أن يشتري دارا بمكة للسجن من صفوان بن أمية فاشتراها بأربعة آلاف درهم ولانه أرض حية لم يرد عليها صدقة مؤبدة

فجاز بيعها كغير الحرم) * (الشرح) هذا الاثر عن عمر مشهور رواه البيهقي وغيره ونافع هذا صحابي هكذا قاله الجمهور وأنكر الواقدى صحبته والصواب المشهور صحبته وهو خزاعي أسلم يوم فتح مكة وأقام بمكة

[248]

وكان من فضلاء الصحابة واستعمله عمر بن الخطاب على مكة والطائف وفيها سادات قريش وثقيف والله تعالى أعلم * وصفوان بن أمية صحابي مشهور وهو أبو وهب وقيل أبو أمية صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن خزامة بن جمح القرشي الجمحي المكي أسلم بعد شهوده حينما كافرا وكان من المؤلفة وشهد اليرموك توفى بمكة سنة اثنتين وأربعين وقيل توفى في خلافة عمر وقيل عام الجمل سنة ست وثلاثين (وقوله) لانه أرض حبة هكذا هو في النسخ والضمير عائد إلى البيع (وقوله) أرض حبة احتراز من الموات (وقوله) لم يرد عليها صدقة مؤيدة احتراز من العين الموقوفة (أما) الاحكام ففيها مسألتان (أحدهما) أن الاعيان الطاهرة المنتفع بها التي ليست حرا ولا موقوفا ولا أم ولد ولا مكاتبه ولا مرهونا ولا غائبا ولا مستأجرة يجوز بيعها بالاجماع لما ذكره المصنف سواء المأكول والمشروب والملبوس والمشموم والحيوان المنتفع به بركوبه أو دره ونسله أو صوفه كالعندليب والبيغاء أو بحراسته كالقرد أو بركوبه كالغيل أو بامتصامة الدم وهو العلق وفي معناه دود الفز وغير ذلك مما سبق بيانه فكل هذا يصح بيعه (الثانية) يجوز بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم ويجوز اجارتها وهي مملوكة لاصحابها يتوارثونها ويصح تصرفهم فيها بالبيع وغيره من التصرفات المقتفرة إلى الملك والله أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم وإجارتها ورهنها مذهبنا جوازه وبه قال عمر بن الخطاب وجماعات من الصحابة ومن بعدهم وهو مذهب أبي يوسف وقال الاوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة لا يجوز شئ من ذلك والخلاف في المسألة مبني على أن مكة فتحت صلحا أم عنوة فمذهبنا انها فتحت صلحا فتبقى على ملك اصحابها فتورث وتباع وتكرى وترهن ومذهبهم انها فتحت عنوة فلا يجوز شئ من ذلك * واحتج هؤلاء بقوله تعالى (والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد) قالوا والمراد بالمسجد جميع الحرم لقوله سبحانه وتعالى (سبحان الذي اسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام) أي من بيت خديجة بقوله تعالى (انما امرت ان اعبد رب هذه البلدة الذي حرمها) قالوا أو المحرم لا يجوز بيعه وبحديث اسماعيل

[249]

ابن ابراهيم بن مهاجر عن أبيه عبد الله بن يابان عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة مباح لا تباع ولا تؤجر بيوتها) رواه البيهقي * وبحديث عائشة رضی عنها قالت (قلت يا رسول الله ألا نبني لك بيتا أو بناء يظلك من الشمس قال لا إنما هو مباح لمن سبق إليه) رواه أبو داود * وعن أبي حنيفة عن عبد الله بن أبي زياد عن أبي نجیح عن عبد الله بن عمرو قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة حرام وحرام بيع رباها وحرام أجر بيوتها) وعن عثمان بن أبي سليمان

عن علقمة بن نضلة الكنانى قال (كانت بيوت مكة تدعى السوائب لم تبع رباها في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أبى بكر ولا عمر من احتاج سكن ومن استغنى أسكن) رواه البيهقى وبالحدیث الصحیح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قال منى مباح لمن سبق) وهو حدیث صحیح سبق بیانه فی کتاب الجنائز فی باب الدفن قالوا ولانها بقعة من الحرم فلا يجوز بيعها واجارتها كنفس المسجد الحرام * واحتج الشافعي والاصحاب لمذهبنا بقوله تعالى (للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم) والاضافة تقتضي الملك (فان قيل) قد تكون الاضافة للسكنى لقوله تعالى (وقرن في بيوتكن) (فالجواب) أن حقيقة الاضافة تقتضي الملك ولهذا لو قال هذا الدار لزيد حكم بملكها لزيد ولو قال اردت به السكنى واليد لم يقبل * واحتجوا أيضا بحديث أسامة بن زيد أنه قال (أين نزل من دارك في مكة فقال وهل ترك لنا عقيل من دار وكان عقيل ورث أباً طالب هو وطالب ولم يرثه جعفر ولا على لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين) رواه البخاري ومسلم في صحيحهما قال أصحابنا فهذا يدل على ارث دورها والتصرف فيها * وعن أبى هريرة رضى الله عنه في قصة فتح مكة قال (فجاء أبو سفيان فقال يا رسول الله أبيت حضراء قريش لا قريش بعد اليوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ومن ألقى سلاحه فهو آمن ومن أغلق بابه فهو آمن) رواه مسلم وبالأثر المشهور في سنن البيهقى وغيره (أن نافع ابن عبد الحرث اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب رضى الله عنه بربيع مائة وفى رواية بربيعه آلاف) وروى الزبير بن بكار وغيره (أن حكيم بن حرام باع دار الندوة بمكة

(1) كذا بالاصل

[250]

من معاوية بن أبى سفيان بمائة ألف فقال له عبد الله بن الزبير يا أبا خالد بعث مائة قريش وكريمتها فقال هبته المكارم فلا مكرمة اليوم إلا الاسلام فقال اشهدوا أنها في سبيل الله تعالى يعني الدراهم) ومن القياس أنها أرض حية ليست موقوفة فجاز بيعها كغيرها * وروى البيهقى بأسناد عن ابراهيم بن محمد الكوفى قال (رأيت الشافعي بمكة يفتى الناس ورأيت اسحق بن راهويه واحمد بن حنبل حاضرين فقال أحمد لاسحق تعال حتى أريك رجلا لم تر عيناك مثله فقال اسحق لم تر عيناي مثله فقال نعم فجاء به فوقفه على الشافعي فذكر القصة إلى أن قال ثم تقدم اسحق إلى مجلس الشافعي فسأله عن كراء بيوت مكة فقال الشافعي هو عندنا جائز قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وهل ترك لنا عقيل من دار فقال اسحق حدثنا يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن أنه لم يكن يرى ذلك وعطاء وطاووس لم يكونا يريان ذلك فقال الشافعي لبعض من عرفه من هذا قال هذا اسحق بن راهويه الحنظلي الخراساني فقال له الشافعي أنت الذى يزعم أهل خراسان أنك فقيهم قال اسحق هكذا يزعمون قال الشافعي ما أحوجنى أن يكون غيرك في موضعك فكنت أمر بفراك أذنيه أنا أقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنت تقول قال طاووس والحسن وابراهيم هؤلاء يرون ذلك وهل لاحد مع النبي صلى الله عليه وسلم حجة وذكر كلاما طويلا ثم قال الشافعي قال الله تعالى

للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم أفتنسب الديار إلى مالكين أو غير مالكين فقال اسحق إلى مالكين قال الشافعي قول الله أصدق الأقاويل وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دخل دار أبي سفيان فهو آمن وقد اشترى عمر بن الخطاب رضى الله عنه دار الحجامين وذكر الشافعي له جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اسحق سواء العاكف فيه والباد فقال الشافعي قال الله تعالى والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد والمراد المسجد خاصة وهو الذى حول الكعبة ولو كان كما تزعم لكان لا يجوز لاحد أن ينشد في دور مكة وفجاج ضالة ولا ينحر فيها البدن ولا يلقى فيها الارواث ولكن هذا في المسجد خاصة فسكت اسحق ولم يتكلم فسكت عنه الشافعي (وأما) الجواب عن أدلتهم فالجواب عن قوله سواء العاكف فيه والباد سبق الآن في كلام الشافعي (وأما) قوله تعالى (هذه البلدة التى

[251]

حرمها فمعناه حرم صيدها وشجرها وخلاها والقتال فيها كما بينه النبي صلى الله عليه وسلم في الاحاديث الصحيحة ولم يذكر شئ منها مع كثرتها في النهى عن بيع دورها (وأما) حديث اسمعيل بن ابراهيم ابن مهاجر عن ابيه فضعيف باتفاق المحدثين واتفقوا على تضعيف اسمعيل وابيه ابراهيم (وأما) حديث عائشة رضى الله عنها فان صح كان محمولا على الموات من الحرم وهو ظاهر الحديث (وأما) حديث ابي حنيفة فضعيف من وجهين (أحدهما) ضعف إسناده فان ابن ابي زياد هذا ضعيف (والثانى) أن الصواب فيه عند الحفاظ أنه موقوف على عبد الله بن عمر وقالوا رفعه وهم هكذا قاله الدارقطني وأبو عبد الرحمن السلمى والبيهقى (وأما) حديث عثمان بن ابي سليمان فجوابه من وجهين (أحدهما) جواب البيهقى أنه منقطع (والثانى) جواب البيهقى أيضا والاصحاب أنه أخبار عن عادتهم في إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم بالاغارة تبرعا وجود أو قد اخبر من كان أعلم بشأن مكة منه بأنه جرى الارث والبيع فيها (وأما) حديث (منا مباح من سبق) فمحمول على مواتها ومواضع نزول الحجيج منها (وأما) الجواب عن قياسهم على نفس المسجد فمردود لان المساجد محرمة محررة لا تلحق بها المنازل المسكونة في تحريم بيعها ولهذا في سائر البلاد يجوز بيع الدور دون المساجد والله سبحانه أعلم * (فرع) قال الرويانى في البحر في باب بيع الكلاب لا يكره بيع شئ من الملك الطلق الا أرض مكة فانه يكره بيعها وإجارتها للخلاف وهذا الذى ادعاه من الكراهة غريب في كتب أصحابنا والاحسن أن يقال هو خلاف الاولى لان المكروه ما ثبت فيه نهى مقصود ولم يثبت في هذا نهى * (فرع) قال الرويانى والاصحاب هذا الذى ذكرناه من اختلاف العلماء في بيع دور مكة وغيرها من الحرم هو في بيع الارض (فأما) البناء فهو مملوك يجوز بيعه بلا خلاف * قال المصنف رحمه الله * (ويجوز بيع المصاحف وكتب الادب لما روى عن عباس رضى الله عنه (أنه سئل

[252]

عن بيع المصاحف فقال لا بأس يأخذون أجور أيديهم ولانه طاهر منتفع به
 فهو كسائر الاموال) * (الشرح) اتفق أصحابنا على صحة بيع المصحف
 وشرائه وأجارته ونسخه بالاجرة ثم إن عبارة المصنف والدارمي وغيرهما
 أنه يجوز بيعه وظاهر هذه العبارة أنه ليس بمكروه وقد صرح بعدم الكراهة
 الروياني والصحيح من المذهب أن بيعه مكروه وهو نص الشافعي في كتاب
 اختلاف على وابن مسعود وبه قطع البيهقي في كتابه السنن الكبير
 ومعرفة السنن والآثار والصيمري في كتابه الايضاح وصاحب البيان فقال
 يكره بيعه قال وقيل يكره البيع دون الشراء هذا تفصيل مذهبنا وروى
 الشافعي والبيهقي بإسناده الصحيح عن ابن مسعود أنه كره شري
 المصحف وبيعه قال الشافعي ولا يقول أبو حنيفة وأصحابه بهذا بل لا
 يرون بأسا ببيعه وشرائه قال ومن الناس من لا يرى بأسا بالشراء قال
 الشافعي ونحن نكره بيعها وقال ابن المنذر في الاشراف اختلفوا في شراء
 المصحف وبيعه فروى عن ابن عمر أنه شدد في بيعه وقال وددت أن الايدي
 تقطع في بيع المصاحف قال وروينا عن أبي موسى الاشعري كراهة ذلك
 قال وكره بيعها وشراءها علقمة وابن سيرين والنخعي وسريح ومسروق
 وعبد الله بن يزيد ورخص جماعة في شرائها وكرهوا بيعها رويانا هذا عن
 ابن عباس وسعيد بن جبير وإسحق * وقال أحمد الشري أهون وما أعلم في
 البيع رخصة قال ورخصت طائفة في بيعه وشرائه منهم الحسن وعكرمة
 والحكم * وروى البيهقي بإسناده عن ابن عباس ومروان ابن الحكم أنهما
 سئلا عن بيع المصاحف للتجارة فقالا لا نرى أن تجعله متجرا ولكن ما علمت
 بيدك فلا بأس به * وعن مالك بن أنس أنه قال لا بأس ببيع المصحف
 وشرائه * وعن ابن عباس بإسناد ضعيف (اشتر المصحف ولا تبعه) وبإسناد
 صحيح عن سعيد بن جبير (اشتره ولا تبعه) وعن عمر أنه قال (كان يمر
 بأصحاب المصاحف فيقول نئس التجارة) وبإسناد صحيح عن عبد الله بن
 شقيق التابعي المجمع على جلالته وتوثيقه قال (كان أصحاب رسول الله
 صلى الله عليه وسلم يكرهون بيع المصاحف) قال البيهقي وهذه الكراهة
 على وجه التنزيه تعظيما للمصحف عن أن يتبدل بالبيع أو يجعل متجرا قال

[253]

وروى عن ابن مسعود الترخيص فيه وإسناده ضعيف قال وقول ابن عباس
 اشتر المصحف ولا تبعه ان صح عنه يدل على جواز بيعه مع الكراهة والله
 سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا يجوز بيع كتب الحديث والفقهِ
 واللغة والادب والشعر المباح المنتفع به وكتب الطب والحساب وغيرهما
 مما فيه منفعة مباحة * قال أصحابنا ولا يجوز بيع كتب الكفر لانه ليس فيها
 منفعة مباحة بل يجب إتلافها وقد ذكر المصنف المسألة في اواخر كتاب
 السير وهكذا كتب التنجيم والشعبذة والفلسفة وغيرها من العلوم الباطلة
 المحرمة فبيعهها باطل لانه ليس فيها منفعة مباحة والله تعالى أعلم * *
 قال المصنف رحمه الله * (واختلف أصحابنا في بيع بيض دود القز وبيض ما
 لا يؤكل لحمه من الطيور التي يجوز بيعها كالصقر والباري فمنهم من قال
 هو طاهر ومنهم من قال هو نجس بناء على الوجهين في طهارة مني ما لا
 يؤكل لحمه ونجاسته (فان قلنا) ان ذلك طاهر جاز بيعه لانه طاهر منتفع به
 فهو كبيض الدجاج (وان قلنا) انه نجس لم يجز بيعه لانه عين نجسة فلم يجز
 بيعه كالكلب والخنزير) * (الشرح) اتفق أصحابنا على جواز بيع دود القز لانه
 حيوان طاهر منتفع به فهو كالعصفور والنحل وغيرهما (وأما) بيض دود
 القز وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور ففيه وجهان مشهوران (أصحهما)
 صحة البيع (والثاني) بطلانه وهما مبنيان على طهارته ونجاسته وفيها

وجهان كمني ما لا يؤكل فيه وقد سبق بيان الخلاف في باب إزالة النجاسة وان الاصح طهارته (وأما) قول المصنف من الطيور التي يجوز بيعها فزيادة لا تعرف للاصحاب بل الصواب المعروف أنه لا فرق بين ما لا يؤكل لحمه كالرخمة وغيرها وفي الجميع الوجهان (اصحهما) جواز بيعه لان الخلاف مبنى كما ذكر المصنف والاصحاب على طهارة هذا البيض ونجاسته والخلاف فيه شامل لما يجوز بيعه وغيره والله تعالى أعلم * وحكي المتولي عن أبي حنيفة انه لا يجوز بيع دود القولا بيضه * (فروع في مسائل مهمة تتعلق بالباب)

[254]

(فرع) بيع لبن الآدميات جائز عندنا لا كراهة فيه هذا المذهب وقطع به الاصحاب الا الماوردي والساشي والرويانى فحكوا وجها شادا عن أبي القاسم الانماطى من اصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه وانما يربى به الصغير للحاجة وهذا الوجه غلط من قائله وقد سبق بيانه في باب إزالة النجاسة فالصواب جواز بيعه قال الشيخ أبو حامد هكذا قاله الاصحاب قال ولا نص للشافعي في المسألة هذا مذهبنا * وقال ابو حنيفة ومالك لا يجوز بيعه وعن أحمد روايتان كالمذهبين * واحتج المانعون بأنه لا يباع في العادة وبأنه فضلة آدمى فلم يجر بيعه كالدمع والعرق والمخاط وبأن ما لا يجوز بيعه متصلا لا يجوز بيعه منفصلا كشعر الآدمي ولانه لا يؤكل لحمها فلا يجوز بيع لبنها كالاتان * واحتج أصحابنا بأنه لبن طاهر منتفع به فجار بيعه كلبن الشاة ولانه غذاء للآدمي فجار بيعه كالخبز (فان قيل) هذا منتقص بدم الحيض فانه غذاء للجنين ولا يجوز بيعه قال القاضى أبو الطيب في تعليقه (فالجواب) ان هذا ليس بصحيح ولا يتغذى الجنين بدم الحيض بل يولد وفمه مسدود لا طريق فيه لجريان الدم وعلى وجه المشيمة ولهذا اجته البهائم تعيش في البطون ولا حيض لها ولانه مائع يحل شربه فجار بيعه كلبن الشاة قال الشيخ أبو حامد (فان قيل) ينتقض بالعرق (قلنا) لا نسلم بل يحل شربه (وأما) الجواب عن قولهم لا يباع في العادة فإنه لا يلزم من عدم بيعه في العادة ان لا يصح بيعه ولهذا يجوز بيع بيض العصافير وبيع الطحال ونحو ذلك مما لا يباع في العادة (والجواب) عن القياس على الدمع والعرق والمخاط انه لا منفعة فيها بخلاف اللبن وعن البيض بأنه لا يجوز الانتفاع به بخلاف اللبن وعن لبن الاتان بأنه نجس بخلاف لبن الآدمية والله تعالى اعلم * (فرع) في بيع القينة بفتح القاف وهى الجارية المغنية فإذا كانت تساوى الفا بغير غناء والفين مع الغناء فان باعها بألف صح البيع بلا خلاف وإن باعها بألفين ففيها ثلاثة اوجه ذكرها إمام الحرميين وغيره (اصحها) يصح بيعها وبه قال ابو بكر الازدي لانها عين طاهرة منتفع بها فجار بيعها بأكثر من قيمتها كسائر الاعيان (والثاني) لا يصح قاله ابو بكر المحمودى من اصحابنا لان الالف تصير في معنى المقابل للغناء (والثالث) ان قصد الغناء بطل البيع والا فلا قال الشيخ

[255]

أبو زيد المروزى * قال امام الحرميين القياس السديد هو الجزم بالصحة ذكره في فروع مبتورة عند كتاب الصداق (وأما) الحديث الذى يروى عن

على بن زيد عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبي أمامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قال لا تبيعوا القينات ولا تشتروهن ولا تعلموهن ولا خير في تجارة فيهن وثمرهن حرام) وفي مثل هذا أنزلت هذه الآية (ومن الناس من يشتري لهو الحديث) رواه بهذا الاسناد الترمذي وابن ماجه والبيهقي وغيرهم واتفق الحفاظ على أنه ضعيف لان مداره على بن يزيد وهو ضعيف عند اهل الحديث ضعفه احمد بن حنبل وسائر الحفاظ قال البخاري هو منكر الحديث وقال النسائي ليس هو ثقة وقال أبو حاتم ضعيف الحديث أحاديثه منكورة وقال يعقوب بن شيبة هو واهى الحديث قال الترمذي في تعليقه هذا الحديث لا نعرفه الا من هذا الوجه وعلى بن يزيد تكلم فيه بعض أهل العلم في على بن يزيد وضعفه ونقل البيهقي عن الترمذي يعني من كتاب العلل له قال سألت البخاري عن هذا الحديث فقال علي بن يزيد ذهب الحديث قال البيهقي وروى عن ليث بن أبي سليم عن عبد الرحمن بن سابط عن عائشة وليس بمحفوظ وخلط فيه ليث * (فرع) الكيش المتخذ للنطاح والديك المتخذ للهراس بينه وبين أم حكيم في البيع حكم الجارية المغنية فان باعه بقيمته ساذجا جاز وان زاد بسبب النطاح والهراس ففيه الاوجه الثلاثة (أصحها) صحة بيعه وممن ذكر المسألة القاضي حسين وآخرون (وأما) قول الغزالي في الوسيط في أول كتاب البيع في بيع القينة والكيش الذي يصلح للنطاح كلام سنذكره فلم يذكره في الوسيط وكأنه نوى أن يذكره حيث ذكره شيخه إمام الحرمين عند كتاب الصداق ثم نسبه حين وصله * (فرع) بيع اناء الذهب أو الفضة صحيح قطعاً لان المقصود عين الذهب والفضة وقد سبقت المسألة في باب الأنية * (فرع) بيع الماء المملوك صحيح علي المذهب وبه قطع الجمهور وسنأتي تعاريفه ان شاء

[256]

الله تعالى في احياء الموات فإذا أصبحنا بيع الماء ففي بيعه على شط النهر مع التمكن من الاخذ من النهر وبيع التراب في الصحراء وبيع التجارة بين الشعاب الكبيرة الاحجار وجهان مشهوران في كتب الخراسانيين (أصحهما) جوازه وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين لانه وجد فيه جميع شرائط المبيع وانما الاستغناء عنه لكثرتة وذلك لا يمنع صحة البيع (الثاني) بطلانه لان بذل المال فيه والحالة هذه سفه والله تعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا السم إن كان يقتل كثيره وينفع قليله كالسقمونيا والافيون جاز بيعه بلا خلاف وإن قتل قليله وكثيره فالمذهب بطلان بيعه وبه قطع الجمهور ومال إمام الحرمين ووالده إلى الجواز ليدس في طعام الكافر * (فرع) آلات الملاهي كالمزمار والطنبور وغيرهما ان كانت بحيث لا تعد بعد الرض والحل مالا لم يصح بيعها لانه ليس فيها منفعة شرعا هكذا قطع به الاصحاب في جميع الطرق إلا المتولي والرويانى فحكيا فيه وجها أنه يصح البيع وهو شاذ باطل وان كان رضاضها يعد مالا ففي صحة بيعها وبيع الاصنام والصور المتخذة من الذهب والفضة وغيرها ثلاثة اوجه (أصحها) البطلان وبه قطع كثيرون (والثاني) الصحة (والثالث) وهو اختيار القاضي حسين في تعليقه والمتولي وامام الحرمين والغزالي انه ان اتخذ من جوهر نفيس صح بيعها وان اتخذ من خشب ونحوه فلا * قال الراقعي والمذهب البطلان مطلقا قال وبه قطع عامة الاصحاب والله تعالى أعلم * (فرع) قال القاضي حسين والمتولي والرويانى وغيرهم يكره بيع الشطرنج قال المتولي وأما الغرر فان صلح لبنادق الشطرنج فكالشطرنج والا فكالمزمار * (فرع) قال المتولي لبن الاضحية المعينة يتصدق به على

الفقراء في الحال ويجوز لهم بيعه قال وكذا لبن صيد الحرم إذا أبحنا
للفقراء شربه ويجوز لهم بيعه لانه طاهر منتفع * (فرع) يجوز بيع المشاع
كنصف من عبد أو بهيمة أو ثوب أو خشبة أو أرض أو شجرة أو غير ذلك بلا
خلاف سواء كان مما ينقسم أم لا كالعبد والبهيمة للاجماع فلو باع بعضا
شائعا من شئ

[257]

بمثله من ذلك الشئ كدار بينهما نصفين فباع النصف الذي له بالنصف الذي
لصاحبه ففي صحة البيع وجهان حكاهما إمام الحرمين وغيره (أحدهما لا
يصح لعدم الحاجة إليه (وأصحهما) يصح وبه قطع المتولي لوجود شرائطه
كما لو باع درهما بدرهم من سكة واحدة أو صاعا بصاع من صبرة واحدة
فعلى هذا يملك كل واحد النصف الذي كان لصاحبه وتظهر فائدته في
مسائل (منها) لو كانا جميعا أو أحدهما قد ملك نصيبه بالهبة من والده
انقطعت سلطة الرجوع في الهبة لزوال ملكه عن العين الموهوبة (ومنها)
لو ملكه بالشراء ثم اطلع على عيب بعد هذا التصرف لم يملك الرد على
بائعه (ومنها) لو ملكه بالصداق ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع
فيه (ومنها) لو اشترى النصف ولم يؤد ثمنه ثم حجر عليه بالافلاس لم يكن
للبيع الرجوع فيه بعد هذا التصرف * ولو باع النصف الذي له بالثلث من
نصيب صاحبه ففي الصحة الوجهان (أصحهما) الصحة وبصير بينهما أثلاثا
وبهذا قطع صاحب التقريب والمتولي واستبعده إمام الحرمين والله
سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا لا يصح بيع العبد المندور اعتاقه
كما لا يصح بيع أم الولد وممن صرح به المتولي والرويانى وقد سبقت
الإشارة إليه عند ذكر شروط المبيع والله سبحانه وتعالى أعلم * (باب ما
نهى عنه من بيع الغرر وغيره) قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع
المعدوم كالثمرة التى لم تخلق لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر وما انطوى عنه أمره
وخفى عليه عاقبته ولهذا قالت عائشة رضى الله عنها في وصف أبي بكر
رضى الله عنه (فرد نشر الاسلام على غره) أي على طيه والمعدوم قد
انطوى عنه أمره وخفى عليه عاقبته فلم يجز بيعه * وروى جابر رضى الله
عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المعاومة وفى بعضها عن بيع
السنين) * (الشرح) حديث أبى هريرة رواه مسلم وحديث جابر رواه مسلم
أيضا ولفظه (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين) وفى
رواية أبى داود ذكر السنين والمعاومة كما ذكره

[258]

المصنف واسناده اسناد الصحيح ولفظ المعاومة في الترمذي أيضا وقال
هو حديث حسن صحيح وفى رواية لمسلم بيع تمر سنتين وهو مفسر لبيع
السنين وبيع المعاومة (وأما) الاثر المذكور عن عائشة فمشهور من جملة
خطبتها المشهورة التى ذكرت فيها أحوال أبيها وفضائله (وقولها) نشر
الاسلام هو بفتح النون والشين والاسلام مجرور بالاضافة أي رد ما انتشر
من الاسلام ودخله من الاختلافات وتفرق الكلمة إلى ما كان عليه في زمان
النبي صلى الله عليه وسلم وهو المراد بقولها على غره والله تعالى أعلم *

(أما) حكم المسألة فبيع المعدوم باطل بالاجماع ونقل ابن المنذر وغيره اجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك * (فرع) الاصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه (فأما) ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر وذكر أو أنثى وكامل الاعضاء أو ناقصها وكشراء الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك فهذا يصح بيعه بالاجماع ونقل العلماء الاجماع أيضا في أشياء غررها حقير (منها) أن الامة أجمعت على صحة بيع الجبة المحشوة وإن لم ير حشوها ولو باع حشوها منفردا لم يصح * وأجمعوا على جواز إجازة الدار وغيرها شهرا مع انه قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين * وأجمعوا على جواز دخول الحمام بأجرة وعلي جواز الشرب من ماء السقاء بعوض مع اختلاف أحوال الناس في استعمال الماء أو مكثهم في الحمام * قال العلماء مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرناه وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيرا جاز البيع وإلا فلا وقد تختلف العلماء في بعض المسائل كبيع العين الغائبة وبيع الحنطة في سنبلها ويكون اختلافهم مبني على هذه القاعدة فبعضهم يرى الغرر يسيرا لا يؤثر وبعضهم يراه مؤثرا والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكة لما روى حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم

[259]

قال (لا تبع ما ليس عندك) ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء أو السمك في الماء * (الشرح) حديث حكيم صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم باسناد صحيحة * قال الترمذي هو حديث حسن وقول المصنف من غير إذن يريد من غير إذن شرعى فيدخل فيه الوكيل والولى والوصى وقيم القاضى في بيع مال المحجوز عليه والقاضى ونائبه في بيع مال من توجه عليه أداء دين وامتنع من بيع ماله في وفائه فكل هذه الصور يصح فيها البيع لوجود الاذن الشرعى ويخرج منه اذن المحجوز عليه لصغر أو فلس أو سفه أو رهن فانه لو اذن لاجنبى في البيع لم يصح مع انه مالك وجملة القول في هذا الفصل أنه سبق أن شروط المبيع خمسة منها أن يكون مملوكا لمن يقع العقد له فان باشر العقد لنفسه فشرطه كونه مالكا للعين وان باشره لغيره بولاية أو وكالة فشرطه أن يكون لذلك الغير فلو باع مال غيره بغير إذن ولا ولاية فقولان (الصحيح) أن العقد باطل وهذا نصه في الجديد وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين وكثيرون أو الاكثرون من الخراسانيين لما ذكره المصنف وسنزيده دلالة في فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى (والقول الثانى) وهو القديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك ان أجاز صح البيع والالغا وهذا القول حكاة الخراسانيون وجماعة من العراقيين منهم المحاملى في اللباب والشاشى وصاحب البيان وسيأتى دليله ان شاء الله تعالى في فرع مذاهب العلماء * (وأما) قول امام الحرمين إن العراقيين لم يعرفوا هذا القول وقطعوا بالبطلان فمراده متقدموهم الجديد قال الشافعى في آخر باب الغصب من البيوطى ان صح حديث عروة البارقى فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير اذنه ثم رضى فالبيع والعتق جائزان هذا نصه وقد صح حديث عروة البارقى كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى في فرع مذاهب العلماء فصار للشافعى قولان في الجديد أحدهما موافق للقديم والله تعالى أعلم * قال الخراسانيون ويجرى

القولان فيما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق مملوكه أو
أجر داره أو وهبها بغير اذنه قال امام الحرمين يطرد هذا

[260]

القول في كل عقد يقبل الاستنابة كالبيوع والاجارات والهبات والعتق
والنكاح والطلاق وغيرها ويسمى هذا بيع الفضولي * قال امام الحرمين
والغزالي في البسيط والمحاملى وخلاتق لا يحصون القولان في بيع
الفضولي جاريان في شرائه لغيره بغير اذن * قال أصحابنا فإذا اشترى
الفضولي لغيره نظران اشترى بعين مال ذلك الغير ففيه هذان القولان
(الجديد) بطلانه (والقديم) وقفه على الاجازة وان اشترى في الذمة نظر ان
أطلق لفظ العقد ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقع للمباشر وعلى القديم
يقف على الاجازة فان أجاز نفذ للمجيز والا نفذ للمباشر وان قال اشترت
لفلان بالف في ذمته فهو كاشترائه بعين مال الغير ففيه القولان (الجديد)
بطلانه (والقديم) وقفه على الاجازة وان اقتصر على قوله اشترت لفلان
بالف ولم يصف الثمن إلى ذمته فعلى الجديد فيه وجهان حكاهما امام
الحرمين والغزالي وغيرهما (أحدهما) يلغو العقد (والثاني) يقع على
المباشر وعلى القديم يقف على الاجازة فان أجاز نفذ للمجيز والا ففيه
الوجهان في وقوعه للمباشر (أما) إذا اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه فان
لم يسمه في العقد وقع العقد للمباشر بلا خلاف سواء كان ذلك الغير اذن
له أم لا وان سماه نظر إن لم ياذن له لغت التسمية وهل يقع للمباشر أم
يبطل فيه الوجهان فان اذن له فهل تلغو التسمية فيه وجهان (فان قلنا)
تلغو فهل يبطل العقد من أصله أم يقع عن المباشر فيه الوجهان (وإن
قلنا لا تلغو وقع عن الأذن وهل يكون الثمن المدفوع قرصاً أم هبة وجهان
* قال الشيخ أبو محمد الجوينى وحيث قلنا بالقديم فشرطه أن يكون للعقد
مجيز في الحال مالكا كان أو غيره حتى لو أعتق عبد الصبى أو طلق امرأته
لا يتوقف على اجازته بعد البلوغ بلا خلاف والمعتبر اجازة من يملك
التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ وكذا لو باع
ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعاً والله تعالى أعلم * (فرع) لو
غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى بحيث يعسر أو
يتعذر تتبع ملك التصرفات بالنقض وقلنا بالجديد فقولان حكاهما امام
الحرمين والغزالي وغيرهما (أصحهما) بطلان التصرفات كلها كما لو كان
تصرفاً واحداً لانه ممنوع من كل تصرف منها (والثاني) للمالك

[261]

أن يجيزها ويأخذ الحاصل من أثمانها لعسر تتبعها بالنقض والله تعالى أعلم
* (فرع) لو باع مال مورثه على ظن أنه حي وأنه فضولي فيان ميتاً حينئذ
وأنه ملك العاقد فقولان وقيل وجهان مشهوران (أصحهما) أن القعد صحيح
لصدوره من مالك (والثاني) البطلان لانه في معنى المعلق بموته ولانه
كالغائب) قال الرافعى ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف ببيع الهازل هل ينفذ أم
لا وفيه وجهان والخلاف في بيع التحلية وصورته أن يخاف غصب ماله أو
الأكراه على بيعه فيبيعه لانسان بيعاً مطلقاً وقد توافقا قبله على أنه لدفع
الشر لا على صفة البيع والصحيح صحته لان الاعتبار عندنا بظاهر العقود

ولا بما ينويه العاقدان ولهذا يصح بيع المعينة ونكاح من قصد التحليل ونظائره * قال أصحابنا ويجرى الخلاف في بيع العبد على ظن أنه أبق أو مكاتب فبان أنه رفع وأنه فسخ الكتابة قالوا ويجرى فيمن زوج أمة أبيه على ظن حياته فبان ميتا هل يصح النكاح والاصح صحته * قال الرافعي فان صح فقد نقلوا فيه وجهين فيمن قال إن مات أبى فقد زوجتك هذه الجارية (قلت) الاصح هنا البطلان ويجرى القولان فيمن باع واشترى لغيره على ظن أنه فضولي فبان أنه قد وكله في ذلك والاصح صحة تصرفه والله سبحانه وتعالى أعلم * هذان القولان في بيع الفضولي وفي الفرعين بعده يعبر عنهما بقولي وقف العقود وحيث قال أصحابنا الخراسانيون فيه قولاً وقف العقود أرادوا هذين وسميا بذلك لان الخلاف راجع إلى أن العقد هل ينعقد على التوقف أم لا ينعقد بل يكون باطلا من أصله * قال إمام الحرمين والصحة على قول الوقف وهو القديم ناجز لكن الملك لا يحصل الا عند الاجازة والله أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في تصرف الفضولي بالبيع وغيره في مال غيره بغير إذنه قد * ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلانه ولا تقف على الاجازة وكذا الوقف والنكاح وسائر العقود وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر وأحمد في أصح الروايتين عنه وقال مالك يقف البيع والشراء والنكاح على الاجازة فان أجازته من عقد له صح والابطل وقال أبو حنيفة إيجاب النكاح وقبوله يقفان على الاجازة ويقف البيع على الاجازة ولا يقف الشراء وأوقفه اسحق بن راهويه في البيع واحتج لهم

[262]

بقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وفي هذا اعانة لاختيه المسلم لانه يكفيه نعت البيع إذا كان مختاراً له وبحديث حكيم بن حزام (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له به أضحية فاشترى به أضحية وباعها بدينارين واشترى أضحية بدينار وجاءه بأضحية ودينار فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار ودعا له بالبركة) رواه أبو داود والترمذي * (بحديث عروة البارقي قال (دفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا لا يشتري له شاة فاشترى له شاتين فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ما كان من أمره فقال بارك الله لك في صفقة يمينك فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالا) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وهذا لفظ الترمذي واسناد الترمذي صحيح واسناد الآخرين حسن فهو حديث صحيح * وبحديث ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (قال الثالث اللهم استأجرت أجراً فاعطيتهم أجرهم غير رجل واحد ترك الذي له وذهب فتمرت أجره حتى كثرت منه الاموال فجاءني بعد حين فقال يا عبد الله أد إلى أجرى فقلت كل ما ترى من أجرك من الابل والبقر والغنم والرقيق فقال يا عبد الله لا تستهزئ بي فقلت لا أستهزئ فأخذه كله فاستاقه فلم يترك منه شيئاً) وفي رواية استأجرت أجيراً بفرق أرز وذكر ما سبق رواه البخاري ومسلم * قالوا ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على الاجازة كالوصية بأكثر من الثلث ولان البيع بشرط خيار ثلاثة أيام يجوز بالاتفاق وهو بيع موقوف على الاجازة قالوا ولان اذن المالك لو كان شرطاً في انعقاد البيع لم يجز أن يتقدم على البيع لان ما كان شرطاً للبيع لا يجوز تقدمه عليه ولهذا لما كانت الشهادة شرطاً في النكاح اشترط مقارنتها لعقده فلما أجمعنا على أن الاذن في البيع يجوز تقدمه دل على أنه ليس بشرطه في صحة انعقاده * واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام قال

(سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيع منه قال لا تبع ما ليس عندك) وهو حديث صحيح سبق بيانه أو هذا الفصل * وعن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تطلق إلا فيما يملك

[263]

ولا عتق إلا فيما يملك ولا يبيع إلا فيما يملك ولا وفاء نذر إلا فيما يملك) حديث حسن أو صحيح رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة ومجموعها يرتفع عن كونه حسنا ويقتضى أنه صحيح وقال الترمذي هو حديث حسن * وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عني أربع خصال أنه لا يصلح شرطان في بيع ولا بيع وسلف ولا تبع ما لم يملك ولا ربح ما لم تضمن) رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة ولأنه أحد طرفي البيع فلم يقف على الإجازة كالقبول ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح كبيع الأبق والسمك في الماء والطير في الهواء (وأما) احتجاجهم بالآية الكريمة فقال أصحابنا ليس هذا من البر والتقوى بل هو من الأثم والعدوان (وأما) حديث حكيم فأجاب أصحابنا عنه بجوابين (أحدهما) أنه حديث ضعيف (أما) اسناد أبي داود فيه فيه نسخ مجهول وأما اسناد الترمذي ففيه انقطاع بين حديث ابن أبي ثابت وحكيم بن حزام (والجواب الثاني) أنه محمول على أنه كان وكيلًا للنبي صلى الله عليه وسلم وكالة مطلقة يدل عليه أنه باع الشاة وسلمها واشترى وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بأذن مالكها ولا يجوز عند أبي حنيفة شراء الثانية موقوفًا على الإجازة وهذا الجواب الثاني هو الجواب عن حديث عروة البارقي (وأما) حديث ابن عمر حديث الغار فجوابه أن هذا شرع لمن قبلنا وفي كونه شرع لنا خلاف مشهور (فان قلنا) ليس بشرع لنا لم يكن فيه حجة والا فهو محمول على أنه استأجره بارز في الذمة ولم يسلمه إليه بل عينه له فلم يتعين من غير قبض فبقي على ملك المستأجر لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ثم إن المستأجر تصرف فيه وهو ملكه فيصح تصرفه سواء اعتقده له أو للاجبر ثم تبرع بما اجتمع منه على الآخر بتراضيهما (والجواب) عن قياسهم على الوصية أنها تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع (والجواب) عن شرط الخيار أن البيع مجزوم به منعقد في الحال وإنما المنتظر فسخه ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع (والجواب) عن القياس الأخير أنه ينتقض بالصوم فإن النية شرط لصحته وتتقدم عليه ولأن الأذن متقدما على العقد وإنما الشرط كونه مأذونا له حلة العقد والله

[264]

سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم ياذن ولم يتكلم ولم ينكر لم يصح البيع عندنا وبه قال ابن المنذر وحكاه عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال ابن أبي ليلى يصح البيع * قال المصنف رحمه الله * * (ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان * ثم إن كل من حكاه إنما حكاه عن القديم خاصة وهو نص للشافعي في البيوطى وهو من

المملوكة بالبيع والاجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض لما روى أن حكيم بن حزام قال يارسول الله إنى أبيع ببوعا كثيرة فما يحل لى منها مما يحرم قال لا يبيع ما لم تقبضه ولان ملكه عليه غير مستقر لانه ربما هلك فانفسخ العقد وذلك عرر من غير حاجة فلم يجز وهل يجوز عتقه فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز لما ذكرناه (والثانى) يجوز لان العتق له سراية فصح لقوته (فاما) ما ملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية أو عاد إليه بفسخ عقد فانه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض لان ملكه عليه مستقر فجاز التصرف فيه كالمبيع بعد القبض) * (الشرح) حديث حكيم رواه البيهقى بلفظه هذا وقال اسناده حسن متصل وفى الصحيحين أحاديث بمعناه سنذكرها ان شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء (أما) الاحكام فمذهبنا أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه عقارا كان أو منقولا لا باذن البائع ولا بغير اذنه لا قبل اداء الثمن ولا بعده وفى اعتاقة ثلاثة أوجه (اصحها) وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين يصح وبصير قبضا سواء كان للبائع حق الحبس أم لا (والثانى) لا يصح وهو قول أبى على بن خيران ودليلهما فى الكتاب (والثالث) قاله ابن سريج حكاه عنه القاضى أبو الطيب فى تعليقه ان لم يكن للبائع حق الحبس بأن كان الثمن مؤجلا أو حالا أداءه المشتري صح والا فلا وفى الكتابة وجهان (أصحهما) وبه قطع صاحب البيان وغيره لا يصح لانها تقتضى تخليته للتصرف ولانه ليس لها قوة الصرف وسرايته والاستيلاء كالاتاق * ولو وقف المبيع قبل قبضه قال المتولي (ان قلنا) الوقف يفتقر إلى القبول فهو كالبيع والا فكالاتاق وهذا هو الاصح وبه قطع الماوردى وغيره قال الماوردى وبصير قابضا حتى ولو لم يرفع البائع يده عنه صار

[265]

مضمونا عليه بالقيمة قال وهكذا لو كان طعاما اشتراه جزافا وأباحه للمساكين (وأما) الرهن والهبة ففيهما وجهان وقيل قولان (اصحهما) عند جمهور الاصحاب وبه قطع كثيرون لا بصحان وإذا صححناهما فنفس العقد ليس قبضا بل يقبضه المشتري من البائع ثم يسلمه إلى المرتهن والمتهب فلو اذن المشتري لهما فى قبضه قال البغوي يكفى ويتم به البيع والرهن والهبة بعده وقال الماوردى لا يكفى ذلك المبيع وما بعده ولكن بنظران قصد قبضه للمشتري صح قبض المبيع ولا بد من استئناف قبض للهبة ولا يجوز أن يأذن له فى قبضه من نفسه لنفسه وإن قصد قبضه لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة لان قبضها يجب ان يتأخر عن تمام البيع والاقراض والتصديق كالهبة والرهن ففيهما الخلاف (وأما) الاجارة ففيها وجهان مشهوران (أصحهما) عند الاكثرين لا يصح لانها بيع وحكى المتولي طريقا آخر وصححه وهو القطع بالبطلان (وأما) تزويج المبيعة قبل قبضها ففيه ثلاثة أوجه (أصحها) صحته وبه قطع صاحب البيان لانه يقتضى ضمنا بخلاف البيع قال المتولي وغيره ولهذا يصح تزويج المغصوبة والآبقة (والثانى) البطلان (والثالث) ان لم يكن للبائع حق الحبس صح والا فلا وحكى هذا الوجه فى الاجارة ايضا وإذا صححنا التزويج فوطئ الزوج لم يكن قبضا والله سبحانه اعلم * (فرع) قال أصحابنا كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض لا يجوز جعله أجرة ولا عوضا فى صلح ولا اسلامه فى شئ ولا التولية فيه ولا الاشتراك وفى التولية والاشتراك وجه ضعيف * (فرع) قال أصحابنا المال المستحق للانسان عند غيره قسمان دين وعين (أما) الدين فقد ذكره المصنف فى هذا الفصل بعد هذا وسنوضحه ان شاء الله تعالى (وأما) العين فضربان أمانة ومضمون (الضرب الاول) الامانة فيجوز للمالك بيع جميع

الامانات قبل قبضتها لان الملك فيها تام وهى كالوديعة في يد المودع ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل فالمال في يد الوكيل في البيع بعد فكك الرهن وفي يد المستأجر بعد فراغ المدة والمال في يد الولى بعد بلوغ الصبى ورشده ورشد السفهه وافاقه المحنون وما كسبه العبد باصطياد واحتطاب واحتشاش ونحوها أو قبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد من يده وما أشبه هذا كله يجوز بيعه قبل قبضه * ولو ورث مالا فله بيعه قبل قبضه الا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضا بأن اشتراه ولم يقبضه ولو اشترى من مورثه شيئا ومات المورث قبل التسليم فله بيعه قبل قبضه سواء كان على المورث دين أم لا فان كان عليه دين تعلق

[266]

الغريم بالثمن فان كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه ولو أوصى له انسان بمال فقبل الوصية بعد موت الموصى فله بيعه قبل قبضه وإن باعه بعد الموت وقبل القبول جاز (إن قلنا) تملك الوصية بالموت (وإن قلنا) بالقبول أو موقوف فلا * (الضرب الثاني) المضمونات وهى نوعان الاول المضمون بالقيمة ويسمى ضمان اليد فيصح بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه ويدخل فيه ما صار مضمونا بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره حتى لو باع عبدا فوجد المشتري به عيبا وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد قبل أن يسترده ويقبضه قال المتولي الا إذا لم يؤد الثمن فان للمشتري حبسه إلى استرجاع الثمن فلا يصح بيعه قبله قال وقد نص الشافعي على هذا * ولو فسخ السلم لانقطاع المسلم فيه كان للمسلم بيع رأس المال قبل استرداده * ولو باع سلعة فافلس المشتري بالثمن وفسخ به البائع فله بيعها قبل قبضتها ويجوز بيع المال في يد المستعير والمسأجر وفي يد المشتري شراء فاسدا والمثبت هبة فاسدة ويجوز بيع المغصوب للغاصب (النوع الثاني) المضمون بعوض في عقد معاوضة لا يصح بيعه قبل قبضه وذلك كالبيع والاجرة والعوض المصالح عليه عن المال والعوضين في الهبة بشرط ثواب حيث صححناها ودليله الحديث وعلوه بعلتين (إحدهما) ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه (والثاني) توالى الضمان ومعناه أن يكون مضمونا في حالة واحدة لاثنين وهذا مستحيل فانه لو صححنا بيعه كان مضمونا للمشتري الاول على البائع الاول والثاني على الثاني وسواء باعه المشتري للبائع أو لغيره لا يصح هكذا قطع به قطع العراقيون وكثيرون أو الاكثرون من الخراسانيين وحكى جماعة من الخراسانيين وجها شادا ضعيفا أنه يجوز بيعه للبائع تفريعا على العلة الثانية وهى توالى الضمان فانه لا يتوالى إذا كان المشتري هو البائع لانه لا يصير في الحال مقبوضا له أو بعد لحظة بخلاف الأجنبي والمذهب بطلانه كالأجنبي قال المتولي والوجهان فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة والا فهو اقالة بصيغة البيع * ولو رهنه عند البائع أو هبة له فطريقان (أحدهما) القطع بالبطلان (وأصحهما) أنه على الخلاف كغيره فان جوزناه فاذن له في القبض فقبض ملك في صورة الهبة وتم الرهن ولا يزول ضمان البيع في صورة الرهن بل إن تلف

[267]

انفسخ البيع * هذا إذا رهنه بغير الثمن فان رهنه به صح ان كان بعد قبضه فان كان قبله فلا ان كان الثمن حالا لان الحبس ثابت له وان كان مؤجلا فهو كرهنه بدين آخر قبل القبض والله سبحانه أعلم * (وأما) بيع الصداق قبل القبض من يد الزوج ففيه قولان حكاهما الخراسانيون بناء على القولين الشهوريين في أنه مضمون على الزوج ضمان العقد كالمبيع أم ضمان اليد كالعارية والاصح ضمان العقد (فان قلنا) ضمان اليد جاز كالعارية (وان قلنا) ضمان العقد فهو كالمبيع فلا يجوز بيعه قبل قبضه لاجنبي وفي بيعه للزوج الخلاف والمذهب أنه لا يجوز * وقطع المصنف وأكثر العراقيين بأنه لا يجوز بيع الصداق قبل قبضه قال الخراسانيون ويجرى القولان في بيع الزوج بدل الخلع قبل أن يقبضه وفي بيع العاقى عن القصاص المال المعفو عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ والله سبحانه أعلم * (فرع) قال الرافعي رحمه الله ووراء ما ذكرناه صور إذا تأملتها عرفت من أي ضرب هي (فمنها) ما حكى صاحب التلخيص عن نص الشافعي رحمه الله أن الارزاق التي يخرجها السلطان للناس يجوز بيعها قبل القبض فمن الاصحاب من قال هذا إذا أفرزه السلطان فتكون يد السلطان في الحفظ يد المقر له ويكفى ذلك لصحة البيع ومن الاصحاب من لم يكتف بذلك وحمل النص على ما إذا وكل وكبلا في قبضه فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل والا فهو بيع شئ غير مملوك وبهذا قطع القفال (قلت) الاول أصح وأقرب إلى النص وقول الرافعي وبه قطع القفال يعني بعدم الاكتفاء لا بالتأويل المذكور فاني رأيت في شرح التلخيص للقفال المنع المذكور وقال ومراد الشافعي بالرزق الغنيمة ولم يذكر غيره ودليل ما قاله الاول وهو الاصح أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة احتمل للمصلحة والرفق بالجند لمسيس الحاجة وممن قطع بصحة بيع الارزاق التي أخرجها السلطان قبل قبضها المتولي وآخرون * وروى البيهقي فيه آثار الصحابة مصرحة بالجواز * قال المتولي وهكذا غلة الوقف إذا حصلت لاقوام وعرف كل قوم قدر حقه فباعه قبل قبضه صح بيعه كرزق الاجناد * قال الرافعي (ومنها) بيع أحد الغانمين نصيبه من الغنيمة على الاشاعة قبل القبض وهو صحيح إذا كان معلوما

[268]

وحكمنا بثبوت الملك في الغنيمة وفيما يملكها به خلاف المذكور في بابه قال (ومنها) لو رجع فيما وهب لولده فله بيعه قبل قبضه على الصحيح من الوجهين (ومنها) الشفيع إذا تملك الشقص قال البيهقي له بيعه قبل القبض وقال المتولي ليس له ذلك لان الاخذ بها معاوضة وهذا أصح وأقوى كذا قال الرافعي هنا ثم قال في كتاب الشفعة في نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن وجهان (أصحهما) المنع كالمشتري (والثاني) الجواز لانه قهري كالارث قال ولو ملك بالاشهاد أو بقضاء القاضى لم ينفذ تصرفه قطعا وكذا لو ملك برضاء المشتري بكون الثمن يبقى في ذمة الشفيع وفي جواز أخذ الشفيع الشقص من يد البائع قبل قبض المشتري وجهان ذكرهما المصنف في كتاب الشفعة وسنوضحهما هناك ان شاء الله تعالى (ومنها) للموقوف عليه بيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها (ومنها) إذا استأجر صباغا ليصغ ثوبا وسلمه إليه فليس للمالك بيعه قبل صبغه لان له حبسه بعمل ما يستحق به الاجرة وإذا صبغه فله بيعه قبل استرداده ان دفع الاجرة وإلا فلا لانه يستحق حبسه إلى استيفاء الاجرة وإذا استأجر قصارا لقصير ثوب وسلمه إليه لم يجز بيعه قبل قصره فإذا قصره بنى على أن القصاره هل هي عين فتكون كمسألة الصبغ

أم أثر فله البيع إذ ليس للقصار الحبس على هذا (والاصح) أنها عين * قال المتولي وغيره وعلى هذا قياس صوغ الذهب ورياضة الدابة ونسج الغزل * قال المتولي ولو استأجره ليرعى غنمه شهرا وليحفظ متاعه المعين ثم أراد المستأجر التصرف في ذلك المال قبل انقضاء الشهر صح تصرفه وبيعه لان حق الاجير لم يتعلق بعين ذلك المال فان للمستأجر أن يستعمله في مثل ذلك العمل (ومنها) إذا قاسم شريكه فبيع ما صار له قبل قبضه يبني على أن القسمة بيع أو إفراز * قال المتولي (فان قلنا) القسمة إفراز جاز بيعه قبل قبضه من يد شريكه (وان قلنا) بيع فنصف نصيبه حصل له بالبيع ونصفه حصل بملكه القديم لان حقيقة القسمة على هذا القول بيع كل واحد نصف ما صار لصاحبه بنصف ما صار له فله التصرف في نصف ما صار له دون نصفه قال فان كان فيها رد فحكمها في القدر المملوك بالعوض حكم البيع (ومنها) إذا أثبت صيدا بالرمي أو وقع في شبكته فله بيعه وإن لم يأخذه ذكره صاحب التلخيص هنا وقال القفال ليس

[269]

هو مما نحن فيه لانه باثباته قبضه حكما والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) تصرف المشتري في زوائد المبيع قبل القبض كالولد والثمرة وكسب العبد وغيره يبني على أنها تعود إلى البائع لو عرض انفساخ أم لا تعود فان أعدناها لم يتصرف فيها قبل قبضها كالأصل والا فيصح تصرفه * ولو كانت الجارية حاملا عند البيع وولدت قبل القبض (إن قلنا) الحمل يقابله قسط من الثمن لم يتصرف فيه والا فهو كالولد الحادث بعد البيع والله تعالى أعلم (فرع) إذا باع متاعا بدراهم أو بدنانير معينة فله حكم البيع فلا يجوز تصرف البائع فيها قبل قبضها لانها تتعين بالتعيين عندنا ولا يجوز للمشتري إبدالها بمثلها ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع ولو وجد البائع بها عينا لم يستبدل بها إن رضىها والا فسخ العقد فلو أبدلها بمثلها أو بغير جنسها برضاء البائع فهو كبيع المبيع للبائع والاصح بطلانه كما سبق والله تعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا لو اشترى شيئا بثمن في الذمة وقبض المبيع ولم يدفع الثمن فله بيع المبيع بلا خلاف سواء باعه للبائع أو لغيره * (فرع) لو باع سلعة وتقابضا ثم تقايلا وأراد البائع بيعها قبل قبضها من المشتري فالمذهب صحته قال صاحب البيان قال أصحابنا البغداديون يصح بيعه قطعاً لانه ملكها بغير عقد وقال صاحب الابانة هل يصح بيعها فيه قولان بناء على أن الاقالة بيع أو فسخ وفيها قولان (الصحيح) الجديد أنها بيع (والقديم) أنها فسخ (فان قلنا) فسخ جاز والا فلا وكذا قال المتولي (ان قلنا) الاقالة بيع لم يحز والا فكالمنفوخ بعيب وغيره فنفرق بين أن يكون قبض الثمن أم لا كما ذكرناه عنه في أول الضرب الثاني * (فرع) نقله الاصحاب عن ابن سريج إذا باع عبداً بعد ثم قبض أحد العاقدين ما اشتراه قبضاً شرعياً ثم باعه قبل أن يقبض صاحبه ما اشتراه منه صح بيعه لانه قبضه فان تلف عبده الذي باعه صاحبه قبل قبضه بطل البيع الاول لتلف المبيع قبل القبض ولا يبطل الثاني لتعلق حق المشتري الثاني به ولكن يجب على البائع الثاني قيمة الذي باعه ثانياً لانه تعذر رده فوجبت

[270]

قيمته هكذا قطع الاصحاب بهذا كله في الطريقتين الا المتولي فقال في بطلان العقد الثاني وجهان (أصحهما) لا يبطل كما قطع به الجمهور قال وهما مبنيان على أن الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو من حينه (ان قلنا) من أصله بطل والا فلا قال أصحابنا فان اشترى من رجل شقصا من دار بعبد وقبض المشتري الشقص فأخذه الشفيع بالشفعة ثم تلف العبد في يد المشتري قبل أن يقبضه بائع الشقص انفسخ البيع في العبد ولم يبطل الاخذ بالشفعة فلا يؤخذ الشقص من يد الشفيع بل يلزم المشتري قيمة الشقص لبائعه ويجب على الشفيع للمشتري قيمة العبد لان العقد وقع به والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا للمشتري الاستقلال بقبض المبيع بغير إذن البائع إن كان دفع الثمن إليه أو كان مؤجلا كما للمرأة قبض صداقها بغير إذن الزوج إذا سلمت نفسها فان كان حالا ولم يدفعه إلى البائع لم يجز له قبضه بغير إذنه فان قبضه لزمه رده لان البائع يستحق حبسه لاستيفاء الثمن فان تصرف المشتري فيه لم ينفذ تصرفه ولكن يكون في ضمانه بلا خلاف * قال المتولي وغيره حتى لو تلف في يده استقر عليه الثمن * ولو تعيب لم يكن له رده بالعيب ولو رده على البائع بعد ذلك وتلف في يد البائع لم يسقط الثمن عن المشتري * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع المبيع قبل القبض * قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه مطلقا سواء كان طعاما أو غيره وبه قال ابن عباس ثبت ذلك عنه ومحمد بن الحسن * قال ابن المنذر أجمع العلماء على أن من اشترى طعاما فليس له بيعه حتى أن يقبضه قال واختلفوا في غير الطعام على أربعة مذاهب (أحدها) لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما في الطعام قاله الشافعي ومحمد بن الحسن (والثاني) يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكمل والموزون قاله عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والاوزاعي وأحمد واسحق (والثالث) لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض قاله أبو حنيفة وأبو يوسف (والرابع) يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب قاله مالك وأبو ثور قال ابن المنذر وهو أصح

[271]

المذاهب لحديث النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى * واحتج لمالك وموافقيه بحديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه) رواه البخاري ومسلم وعنه * قال (لقد رأيت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون جزافا يعني الطعام فضرَبوا أن يبيعوه في مكانهم حتى يؤوه إلى رجالهم) رواه البخاري ومسلم * وعن ابن عباس قال أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فهو الطعام ان يباع حتى يقبض قال ابن عباس وأحسب كل شيء مثله) رواه البخاري ومسلم * وفي رواية لمسلم عن ابن عباس قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه قال ابن عباس وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام) وعن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكيله) رواه مسلم وفي رواية قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى) وعن جابر قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه) رواه مسلم قالوا فالتنصيص في هذه الأحاديث يدل على أن غيره بخلافه قالوا وقياسا على ما ملكه بارث أو وصية وعلى اعتاقه وأجارته قبل قبضه وعلى بيع الثمر قبل قبضه * واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه

وسلم (قال لا تبع ما لم تقبضه) وهو حديث حسن كما سبق بيانه في أول هذا الفصل وبحديث زيد بن ثابت (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تتباع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم) رواه أبو داود بإسناد صحيح إلا أنه من رواية محمد بن إسحق بن يسار عن أبي الزناد وابن إسحق مختلف في الاحتجاج به وهو مدلس وقد قال عن أبي الزناد والمدلس إذا قال عن لا يحتج به لكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده فلعله اعتضد عنده أو ثبت عنده بسماع ابن إسحق له من أبي الزناد وبالقياس على الطعام (والجواب) عن احتجاجهم بأحاديث النهى عن بيع الطعام من وجهين (أحدهما) أن هذا استدلال بداخل الخطاب والتنبيه مقدم عليه فإنه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره أولى (والثاني) أن النطق الخاص مقدم عليه وهو حديث حكيم وحديث زيد (وأما) قياسهم على العتق ففيه خلاف سبق فإن سلمناه فالفرق أن العتق له قوة وسراية ولأن العتق اتلاف للمالية والاتلاف قبض (والجواب) عن قياسهم على الثمن أن فيه قولين فإن سلمناه فالفرق أنه في الذمة مستقر لا يتصور تلفه ونظير المبيع إنما هو الثمن المعين ولا يجوز بيعه قبل القبض وأما بيع الميراث والموصى به فجوابه أن الملك فيهما مستقر بخلاف المبيع والله أعلم *

[272]

واحتج لابي حنيفة باطلاق النصوص ولأنه لا يتصور تلف العقار بخلاف غيره * واحتج أصحابنا بما سبق في الاحتجاج على مالك وأجابوا عن النصوص بأنها مخصوصة بما ذكرناه (وأما) قولهم لا يتصور تلفه فينتقض بالحديد الكثير والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله * (وأما الديون فينظر فيها فإن كان الملك عليها مستقرا كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض لأن ملكه مستقر عليه فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض وهل يجوز من غيره فيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة (والثاني) لا يجوز لأنه لا يقدر على تسلمية إليه لأنه ربما منعه أو جرده وذلك غرر لا حاجة به إليه فلم يجز والاول أظهر لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود * وإن كان الدين غير مستقر نظرت فإن كان مسلما فيه لم يجز بيعه لما روى أن ابن عباس رضى الله عنهما (سئل عن رجل أسلف في حبل دقاق فلم يجد تلك الحبل فقال أخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل فكرهه ابن عباس وقال خذ برأس المال علفا أو غنما) ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر لأنه ربما تعذر فأنفسخ البيع فيه فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض * وإن كان ثمنا في بيع ففيه قولان قال في الصرف يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر قال (كنت أبيع الإبل بالبيع بالدنابير فأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم فأخذ الدنابير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شئ) ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك فصار كالمبيع بعد القبض * وروى المزني في جامعه الكبير أنه لا يجوز لأن ملكه غير مستقر عليه لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض وفي بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقان (أحدهما) أنه على قولين بناء على القولين في بيع رقبته (والثاني) أنه لا يصح ذلك قولا واحدا وهو المنصوص في المختصر لأنه لا يملكه ملكا مستقرا فلم يصح بيعه كالمسلم فيه

(الشرح) حديث ابن عمر صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وآخرون بأسانيد صحيحة عن سماك بن حرب عن سعيد عن ابن عمر بلفظه هنا قال الترمذي وغيره لم يرفعه غير سماك وذكر البيهقي في معرفة السنن والآثار أن أكثر الرواة وقفوه على ابن عمر (قلت) وهذا لا يقدر في رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلًا وبعضهم متصلًا وبعضهم موقوفًا مرفوعًا كان محكومًا بوصله ورفعته على المذهب الصحيح لذي قاله الفقهاء والاصوليون ومحققوا المحدثين من المتقدمين والمتأخرين (وقوله) بالبيع هو بالباء الموحدة وإنما قيده لاني رأيت من يصحفه (وقوله) السلم في حلل هو جمع حلة بضم الحاء وهي ثوبان ولا يكون إلا ثوبان كذا قاله أهل اللغة والدق بكسر - الدال - والجل بكسر - الجيم - وهو الغليظ (وقوله) من غير حاجة إليه يحترز من أساس الدار فإنه يصح بيعه وهو غرر للحاجة وهذا الاحتراز يكرره المصنف في كتاب البيوع كثيرًا (أما) الأحكام فقد لخصها الرافي أحسن تلخيص وهذا مختصر كلامه قال الدين في الذمة ثلاثة أضرب مئمن ومئمن وغيرهما وفي حقيقة المئمن ثلاثة أوجه (أحدها) أنه ما ألصق به الباء كقولك بعت كذا وكذا والاول مئمن والثاني مئمن وهذا قول القفال (والثاني) أنه النقد مطلقًا والمئمن ما يقابله على الوجهين (وأصحهما) أن المئمن النقد والمئمن ما يقابله فان لم يكن في العقد نقد أو كان العوضان نقدين فالمئمن ما ألصقت به الباء والمئمن ما يقابله فلو باع أحد النقيدين بالآخر فلا مئمن فيه على الوجه الثاني ولو باع عرضًا بعرض فعلى الوجه الثاني لا مئمن فيه وإنما هو مبادلة ولو قال بعتك هذه الدراهم بهذا العبد فعلى الوجه الاول العبد مئمن والدراهم مئمن وعلى الوجه الثاني والثالث في صحة هذا العقد وجهان كالسلم في الدراهم والدنانير (الاصح) الصحة في الموضوعين فان صححناه فالعبد مئمن * ولو قال بعتك هذا الثوب بهذا العبد ووصفه صح العقد (فان قلنا) المئمن ما ألصق به الباء فالعبد مئمن ولا يجب تسليم الثوب في المجلس والا ففي وجوب تسليم الثوب وجهان لانه ليس فيه لفظ السلم لكن فيه معناه * فإذا عرف عدنا إلى بيان الأضرب الثلاثة (الضرب الاول) المئمن وهو المسلم فيه فلا يجوز بيعه ولا الاستبدال عنه وهل تجوز الحوالة به بان يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض أو

إتلاف أو الحوالة عليه بان يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه فيه ثلاثة أوجه (أصحهما) لا (والثاني) نعم (والثالث) لا يجوز عليه ويجوز به هكذا حكوا الثالث وعكسه الغزالي في الوسيط فقال يجوز عليه لابه ولا أظن نقله ثابتًا (الضرب الثاني) المئمن فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة ففي الاستبدال عنها طريقان (أحدهما) القطع بالجواز قاله القاضي أبو حامد وابن القطان (وأشهرهما) على قولين (أصحهما) وهو الجديد جوارزه (والقديم) منعه * ولو باع في الذمة بغير الدراهم والدنانير (فان قلنا) المئمن ما ألصقت به الباء صح الاستبدال عنه كالنقيدين وادعى البغوي أنه المذهب والا فلا لان ما ثبت في الذمة مئمنًا لم يجز الاستبدال عنه (وأما) الاجرة فكالمئمن (وأما) الصداق وبديل الخلع فكذلك إن قلنا إنهما مضمومان ضمان العقد والا فهما كبديل الاتلاف (التفريع) إن منعنا الاستبدال عن الدراهم فذلك إذا استبدل عنها عرضًا فلو استبدل نوعًا

منها بنوع أو استبدال الدراهم عن الدنانير فوجهان لاستوائهما في الرواج وان جوزنا الاستبدال فلا فرق بين بدل وبدل ثم ينظر ان استبدل ما يوافقهما في علة الربا كدنانير عن دراهم اشترط قبض البديل في المجلس وكذا إن استبدل عن الحنطة المبيعة شعيرا ان جوزنا ذلك وفي اشترط تعيين البديل عند العقد وجهان (أحدهما) يشترط وإلا فهو بيع دين بدين (وأصحهما) لا يشترط كما لو تصارفا في الذمة ثم عينا وتقابضا في المجلس * وان استبدل ما ليس موافقا لها في علة الربا كالطعام والثياب عن الدراهم نظر إن عين البديل في الاستبدال جاز وفي اشترط قبضه في المجلس وجهان (صحح) الغزالي وجماعة الاشرط وهو ظاهر نصه في المختصر (صحح) الامام والبعوى عدمه (قلت) هذا الثاني أصح وصحح الرافعي في المحرر * وان لم يعين بل وصف في الذمة فعلى الوجهين السابقين وان جوزناه اشترط التعيين في المجلس وفي اشترط القبض الوجهان (الضرب الثالث) ما ليس ثمنا ولا مثمنا كدين القرض والاتلاف فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف كما لو كان له في يد غيره مال بغصب أو عارية فانه يجوز بيعه له ثم الكلام في اعتبار التعيين والقبض على ما سبق وذكر صاحب الشامل أن القرض انما يستبدل عنه إذا تلف فان بقي في يده فلا ولم يفرق الجمهور بينهما * ولا يجوز

[275]

استبدال المؤجل عن الحال ويجوز عكسه وهذا الذي ذكرناه كله في الاستبدال وهو بيع الدين ممن هو عليه فاما بيعه لغيره كمن له على رجل مائة فاشترى من آخر عبدا بتلك المائة ففي صحته قولان مشهوران (أصحهما) لا يصح لعدم القدرة على التسليم (والثاني) يصح بشرط أن يقبض المشتري الدين ممن هو عليه وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس فان تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد * ولو كان له دين على انسان ولآخر مثله على ذلك الانسان فباع أحدهما ماله عليه بما لصاحبه لم يصح سواء اتفق الجنس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالى بالكالى هذا آخر كلام الرافعي (قلت) قد صحح المصنف هنا وفي التنبيه جواز بيع الدين بغير من هو عليه وصحح الرافعي في الشرح والمحرر أنه لا يجوز * (فرع) قال الشيخ أبو حامد في تعليقه في آخر باب بيع الطعام قبل أن يستوفى إذا باع طعاما بثمن مؤجل فحل الاجل فأخذ بالثمن طعاما جاز عندنا قال الشافعي وقال مالك لا يجوز لانه يصير في معنى بيع طعام بطعام مؤجل * دليلنا أنه إنما يأخذ منه الطعام بالثمن الذي له عليه لا بالطعام وهذا الذي جزم به أبو حامد تفريعا على الصحيح وهو الاستبدال عن الثمن وقد صرح بهذا جماعة منهم القاضي أبو الطيب في تعليقه قال صاحب البيان قال الصيمري والصيدلاني فلو أراد أن يأخذ ثمن الدين المؤجل عوضا من نقد أو عرض قبل حلوله لم يصح (أما) تقديم الدين نفسه فيجوز لانه لا يملك المطالبة به قبل الحلول فكأنه أخذ العوض عما لا يستحقه والله سبحانه وتعالى أعلم * * قال المصنف رحمه الله * (والقبض فيما ينقل النقل لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث يتباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم وفيما لا ينقل كالعقار والتمر قبل أوان الجذاذ التخلية لان القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية) * (الشرح) أما حديث زيد فسبق بيانه قريبا في فرع مذاهب العلماء في بيع المبيع قبل القبض وفي التجار لغتان - كسر التاء مع تخفيف الجيم -

وضمها مع التشديد - والجذاز - بفتح الجيم وكسرهما - (أما) الاحكام فقال
أصحابنا الرجوع في القبض إلى العرف وهو ثلاثة أقسام

[276]

(أحدها) العقار والثمر على الشجرة فقبضه بالتخلية (والثاني) ما ينقل في
العادة كالأخشاب والحبوب والحيتان ونحوها فقبضه بالنقل إلى مكان لا
اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشتري أو موات أو شارع أو مسجد
أو غيره وفيه قول حكاه الخراسانيون أنه يكفي فيه التخلية وهو مذهب أبي
حنيفة (والثالث) ما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والمنديل والثوب والبناء
الخفيف والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول بلا خلاف صرح بذلك الشيخ أبو
حامد في تعليقه والقاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي والمصنف
في التنبيه والبغوي وخلائق لا يحصون وينكر على المصنف كونه أهمله هنا
مع شهرته ومع ذكره له في التنبيه والله تعالى أعلم * وقد لخص الرافعي
رحمه الله كلام الأصحاب وجمع متصرفه مختصرا وأنا أنقل مختصره وأضم
إليه ما أهمله أن شاء الله تعالى قال رحمه الله القول الجملي فيه أن
الرجوع فيما يكون قبضا إلى العادة وتختلف بحسب اختلاف المال (وأما)
تفصيله فنقول المال إما أن يباع من غير اعتبار تقدير فيه وإما مع اعتبار
فيه فهما نوعان (الأول) ما لا يعتبر فيه تقدير إما لعدم إمكانه وإما مع
إمكانه فينظر إن كان المبيع مما لا ينقل كالارض والدار فقبضه بالتخلية
بينه وبين المشتري ويمكنه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه ولا
يعتبر دخوله وتصرفه فيه ويشترط كونه فارغا من أمتعة البائع فلو باع دارا
فيها أمتعة للبائع توقف التسليم على تفرغها وكذا لو باع سفينة مشحونة
بالقماش * وحكى الرافعي بعد هذا وجها شادا ضعيفا عند ذكر بيع الدار
المذروعة أنه لا يصح بيع الدار المشحونة بالاقمشة وادعى إمام الحرمين
أنه ظاهر المذهب * ولو جمع البائع متاعه في بيت من الدار وخلق بين
المشتري وبين الدار حصل القبض فيما عدا ذلك البيت كذا قاله الأصحاب
وكذا نقله المتولي عن الأصحاب * وفي اشتراط حضور البائع عند المبيع
في حال الاقباض ثلاثة أوجه (أحدها) يشترط أن حضرا عنده فقال البائع
للمشتري دونك هذا ولا مانع حصل القبض والا فلا (والثاني) يشترط حضور
المشتري دون البائع (وأصحهما) لا يشترط حضور واحد منهما لان ذلك يشق
فعلى هذا هل يشترط زمان إمكان المضي فيه وجهان (أصحهما) نعم وبه
قطع المتولي وغيره وفي معنى الارض الشجر الثابت والثمرة المبيعة على
الشجر قبل أو ان الجذاز والله سبحانه أعلم * (أما) إذا كان المبيع من
المنقولات فالمذهب والمشهور أنه

[277]

لا تكفي التخلية بل يشترط النقل والتحويل وفي قول رواه حرملة تكفي
التخلية لنقل الضمان إلى المشتري ولا تكفي لجواز تصرفه فعلى المذهب
إن كان المبيع عبدا بأمره بالانتقال من موضعه وإن كان دابة ساقها أو
قادها (قلت) قال صاحب البيان لو أمر العبد بعمل لم ينتقل فيه عن موضعه
أو ركب البهيمة ولم تنتقل عن موضعها فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يكون
قبضا كما لا يكون غصبا * قال ولو وطئ الجارية فليس قبضا على الصحيح

من الوجهين وبهذا قطع الجمهور وهذا الذي ذكره في الغصب فيه خلاف
نذكره في الغصب ان شاء الله تعالى * قال الرافعي إذا كان المبيع في
موضع لا يختص بالبائع كموات ومسجد وشارع أو في موضع يختص
بالمشتري فالتحويل إلى مكان منه كاف في حصول القبض وان كان في
بقعة مخصوصة بالبائع فالنقل من زاوية منه إلى زاوية أو من بيت من داره
إلى بيت غير اذن البائع لا يكفي لجواز التصرف ويكفي لدخوله في ضمانه
وان نقل بآذنه حصل القبض وكأنه استعار ما نقل إليه * ولو اشترى الدار
مع امتعة فيها صفقة واحدة فخلى البائع بينهما وبينه حصل القبض في
الدار وفي الامتعة وجهان (أصحهما) يشترط نقلها لأنها منقولة كما لو
أفردت (والثاني) يحصل فيها القبض تبعاً وبه قطع الماوردي وزاد فقال لو
اشترى صبرة لم ينقلها حتى اشترى الأرض التي عليها الصبرة وخلى البائع
بينه وبينها حصل القبض في الصبرة (قلت) قال الماوردي ولو استأجر
الأرض من البائع فوجهان (الصحيح) أنه ليس قبضاً للامتعة والله سبحانه
أعلم * قال الرافعي ولو لم يتفقا على القبض فحاء البائع بالمبيع فامتنع
المشتري من قبضه أجبره الحاكم عليه فان أصر أمر الحاكم من قبضه كما
لو كان غائباً قال ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري ضعه فوضعه بين
يديه حصل القبض فان وضعه بين يديه ولم يقل المشتري شيئاً أو قال لا
أريده فوجهان (أحدهما) لا يحصل القبض كما لا يحصل الأيداع (وأصحهما)
يحصل لوجوب التسليم كما لو وضع المغصوب بين يدي المالك فانه يبرأ من
الضمان فعلى هذا للمشتري التصرف فيه ولو تلف فمن ضمانه لكن لو خرج
مستحقاً ولم يجر إلا وضعه فليس للمستحق مطالبة المشتري بالضمان لان
هذا القدر لا يكفي لضمان الغصب (قلت) قال المتولي ولو قال البائع
للمشتري

[278]

أحمله إلى واتركه عندي ففعل صار قابضاً بلا خلاف لانه بأمره قال وإذا
وضعه عنده وقلنا يصير قابضاً فباعه قبل أن ينقله وينقله المشتري الثاني
وتلف في يده ثم خرج مستحقاً فللمستحق تغريم البائع الاول لان العين
كانت في يده وله تغريم المشتري الثاني لانها تلفت في يده وليس له
تغريم المشتري الاول لان ضمان الاستحقاق ضمان عدوان وضمن
العدوان لا يتعلق إلا بحقيقة الاستيلاء ولهذا لو خلا بمال غيره لا يضمنه
بمجرد ذلك وانما جعلناه هنا قابضاً ليصح بيعه وتصرفه والله سبحانه
وتعالى أعلم * ولو وضع المديون الدين بين يدي مستحقه ففي حصول
التسليم خلاف مرتب على المبيع وأولى بعدم الحصول لعدم تعيين الدين
فيه * (فرع) للمشتري الاستقلال بنقل المبيع ان كان دفع الثمن أو كان
مؤجلاً وقد سبقت المسألة مبسوطه قريباً * (فرع) لو دفع طرفاً إلى البائع
فقال اجعل المبيع فيه ففعل لا يحصل التسليم إذ لم يوجد من المشتري
قبض والطرف غير مضمون على البائع لانه استعمله في ملك المشتري
بآذنه وفي مثله في السلم يكون الطرف مضموناً على المسلم إليه لانه
استعمله في ملك نفسه * ولو قال للبائع أعزني طرفك واجعل المبيع فيه
ففعل لا يصير المشتري قابضاً (النوع الثاني) أن يعتبر فيه تقدير بأن
اشترى ثوباً أو أرضاً مزارعة أو متاعاً موارثه أو صبرة مكائلة أو معدوداً
بالعدد فلا يكفي للقبض ما سبق في النوع الاول بل لابد مع ذلك من الذرع
أو الوزن أو الكيل أو العد * وكذا لو أسلم في أصع طعام أو أرتال منه
يشترط في قبضه القبض أو الكيل أو الوزن فلو قبض جزافاً ما اشترى
مكائلة وقع المقبوض في ضمانه (وأما) تصرفه فيه بالبيع ونحوه فان باع

الجميع لم يصح لانه قد يزيد على المستحق فان باع ما تبين أنه له لم يصح
أيضا على الصحيح الذي قال الجمهور وفيه وجه ضعيف أنه يصح قال
المتولي هذا الوجه لابي إسحق المروزي * قال أصحابنا وقبض ما اشتراه
كيلا بالوزن أو وزنا بالكيل كقبضه جزافا * ولو قال البائع خذه فانه كذا
فأخذه مصدقا له فالقبض فاسد أيضا حتى يقع إكتيال صحيح فان زاد رد
الزيادة فان نقص أخذ التمام فلو تلف المقبوض فزعم الدافع أنه كان قدر
حقه أو أكثر

[279]

وزعم القابض أنه كان دون حقه أو قدره فالقول قول القابض فلو أقر
بجريان الكيل لم يسمع منه خلافه * واعلم أن للمبيع مكايلة صورا (منها)
قوله بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم (ومنها) بعتكها على أنها عشرة أصع
(ومنها) بعتك عشرة أصع منها وهما يعلمان صيعانها أو لا يعلمان إذا جوزنا
ذلك * (فرع) ليس على البائع الرضا بكيل المشتري ولا على المشتري الرضا
بكيل البائع بل يتفقان على كيال وان لم يتراضيا نصب الحاكم أمينا يتولاه
قاله الماوري * (فرع) مؤنة الكيل الذي يفتقر إليه القبض تكون على البائع
كمؤنة إحضار المبيع الغائب فانها على البائع (وأما) مؤنة وزن الثمن فعلى
المشتري لتوقف التسليم ومؤنة نقد الثمن هل هي على البائع أو المشتري
فيه وجهان قلت (أصحهما) على البائع (وأما) مؤنة نقل المبيع بعد القبض
إلى دار المشتري فعلى المشتري * (فرع) لو كان لزيد على عمرو طعام
سلما ولآخر مثله على زيد فأراد زيد أن يؤدي ما عليه مما له على عمرو
فقال لغريمه اذهب إلى عمرو فاقبض لنفسك مالي عليه فقبضه فهو
قبض فاسد وكذا لو قال احضره معي لاكتاله منه لك ففعل * وإذا فسد
القبض فالمقبوض مضمون على القابض وهل تبرأ ذمة عمرو من حق زيد
فيه وجهان (أصحهما) نعم (فان قلنا لا تبرأ فعلى القابض رد المقبوض إلى
عمرو على عمرو * ولو قال زيد اذهب فاقبضه له ثم اقبضه مني لنفسك
بذلك الكيل أو قال احضر معي لاقبضه لنفسي ثم تأخذه لنفسك بذلك
الكيل ففعل فقبضه لزيد في الصورة الاولى وقبض زيد لنفسه في الثانية
صحيحان وتبرأ ذمة عمرو من حق زيد والقبض الآخر فاسد والمقبوض
مضمون عليه وفي وجه ضعيف يصح قبضه لنفسه في الصورة الاولى ولو
اكتال زيد وقبضه لنفسه ثم كاله على مشتريه واقبضه فقد جرى الصاعان
وصح القبضان فان زاد حين قبضه ثانيا أو نقص فالزيادة لزيد والنقص عليه
إن كان قدرا يقع بين الكيلين فان كان أكثر علمنا أن الكيل الاول غلط فيرد
زيد الزيادة ويأخذ النقصان ولو أن زيدا لما اكتاله لنفسه لم يخرج من
المكيال وسلمه كذلك إلى مشتريه

[280]

فوجهان (أحدهما) لا يصح القبض الثاني حتى يخرج ويبتدئ كيلا
(وأصحهما) عند الاكثرين أن استدامته في المكيال كابتداء الكيل وهذه
الصورة كما تجرى في ديني السلم تجرى فيما لو كان (أحدهما) مستحقا
في السلم والآخر بقرض أو اتلاف * (فرع) قال أصحابنا للمشتري أن يوكل
في القبض وللبيع أن يوكل في الاقباض ويشترط في ذلك أمران (أحدهما)

ان لا يوكل المشتري من يده يد البائع كعبده ومستولده ولا بأس بتوكيل
 ابيه وابنه ومكاتبه وفي توكيل عبده المأذون له وجهان (أصحهما لا يجوز *
 ولو قال للبائع وكل من قبض لي منك جاز ويكون وكيلًا للمشتري في
 التوكيل وكذا لو وكل البائع بان يأمر من يشتري منه للموكل (الامر الثاني)
 أن لا يكون القابض والمقبض واحدا فلا يجوز أن يوكل البائع رجلا في
 الاقباض ويوكله المشتري في القبض كما لا يجوز أن يوكله هذا في البيع
 وذاك في الشراء * ولو كان عليه طعام وغيره من سلم أو غيره فدفع إلى
 المستحق دراهم وقال اشترىها مثل ما تستحقه لي واقبضه ثم اقبضه
 لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للموكل ولا يصح قبضه لنفسه لانحداد
 القابض والمقبوض ولا امتناع كونه وكيلًا لغيره في حق نفسه وفي وجه
 ضعيف يصح قبضه لنفسه وانما يمتنع قبضه من نفسه لغيره * ولو قال
 اشتر بهذه الدراهم لي واقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح قبضه
 لنفسه ويكون المقبوض مضمونا عليه وهل تبرأ ذمة الدافع من حق الموكل
 فيه الوجهان السابقان * ولو قال اشتر لنفسك فالتوكيل فاسد وتكون
 الدراهم امانة في يده لانه لم يقبضها ليطمئنها فان اشترى نظر إن اشترى
 في الذمة وقع الشراء له وأدى ثمنه من ماله وإن اشترى بعينها فوجهان
 (الصحيح) بطلان الشراء (والثاني) صحته * ولو قال لمستحق الحنطة اکتل
 حنك من هذه الصبرة ففعل لم يصح قبضه على أصح الوجهين لان الكيل
 أحد ركني القبض وقد صار نائبًا من جهة البائع ومناصلا لنفسه ويستثنى
 عن الشرط الثاني ما إذا اشترى الاب لابنه الصغير من مال نفسه أو لنفسه
 من مال الصغير فانه يتولى طرفي القبض كما يتولى طرفي البيع وفي
 احتياجه إلى النقل في المنقول وجهان (أصحهما) يحتاج كما يحتاج إلى
 الكيل إذا باع كيلا *

[281]

(فرع) يستثنى عن صورة القبض المذكور اتلاف المشتري المبيع فانه قبض
 كما سبق * (فرع) قبض الجزء المشاع المبيع من دابة وثوب وغير ذلك إنما
 يحصل بتسليم الجميع ويكون ما عد المبيع امانة في يده فلو طلب
 المشتري القسمة قبل القبض قال صاحب التتمة يجاب إليها لانا ان قلنا
 القسمة افراز فظاهر وان قلنا بيع فالرضا غير معتبر فيه فان الشريك
 يجبر عليه وإذا لم نعتبر الرضا جاز ألا نعتبر القبض كالشفعة والله سبحانه
 وتعالى أعلم * هذا آخر ما نقله الرافعي رحمه الله * (فرع) قال المتولي لو
 باع شيئًا هو في يد المشتري قبل الشراء فان كان في يده بجهة ضمان
 كعصب أو عارية أو سوم صار بمجرد الشراء مقبوضا له لان البيع جهة
 ضمان ايضا فيسقط ضمان القيمة ويحصل ضمان المشتري وإن كان في
 يده بجهة امانة كودبعة أو وكالة أو شركة أو قراض صار بمجرد البيع
 مقبوضا له ولا يحتاج إلى اذن في القبض وهل يشترط مضي زمان يتأني
 فيه النقص إذا كان المبيع غائبا عن مجلس العقد فيه وجهان قال ولنا وجه
 ضعيف أن من اشترى شيئًا في يده لا يصح قبضه إياه قبل أداء الثمن الا
 باذن البائع * قال ولو باع الرهن للمرتهن بالدين لم يشترط الاذن في
 القبض بلا خلاف وفي اشتراط مضي الزمان والنقل ما سبق من الخلاف *
 (فرع) قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله قول الاصحاب إنه إذا نقله
 من زاوية من دار البائع إلى زاوية لا يحصل القبض لان الدار وما فيها في
 يد البائع فيه إشكال لانه إذا أخذه وأثبتنا له لنقله فمجرد هذا قبض ولا
 يتوقف كونه قبضا على وضعه فوضعه بعد احتواء يده عليه في دار البائع لا
 يخرج ما سبق عن أن يكون قبضا بل كأنه قبضه ثم أعاده إلى يد البائع * وقد

احتج امام الحرمين لما ذكره الاصحاب بأنه لو دخل دار انسان ثم تنازعا في متاع قريب من الداخل فان اليد فيه لرب الدار لا للداخل بخلاف ما لو كانت يده محتوية عليه قال الشيخ أبو عمرو وهذا حجة على الامام فانا لا نجعله قبضا بسبب نقله إلى ملك البائع بل لاحتواء يده عليه حالة النقل (فان قيل)

[282]

فهذا مبنى على ما ذكره الاصحاب أن القبض فيما يتناول باليد التناول وأن الثقل لا يد فيه من النقل لان أهل العرف لا يعدون احتواء اليد على هذا قبضا من غير تحويل لان التزاحم لا يصلح قرارا لهذا الثقل فاحتواء اليد عليه حالة الاشالة كعدم الاحتواء لاضطراره إلى ازالته على قرب (قلنا) هذا جواب حسن ويتأيد بقوله صلى الله عليه وسلم في الطعام (حتى يحوزه التجار إلى رحالهم) ولكن الاشكال باق فان احتواء اليد عليه حالة الحمل قبض حسى ولا يخفى أنه لو نازعه غيره وكانت اليد فيه لمن هو في يده حسا وصدق في قوله له بيمينه فان كان النزاع بينه وبين مالك موضع النزاع (1) هذا آخر كلام أبى عمرو رحمه الله والجواب المذكور صحيح ولا يبقى بعده إشكال يلتفت إليه لان أهل العرف لا يعدون مجرد دفعه قبضا والله سبحانه أعلم * (فرع) إذا انقضى الخيار ولزم البيع حصل الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع من غير توقف على القبض بلا خلاف ونقل المتولي وغيره فيه اجماع المسلمين واحتج له بحديث ابن عمر السابق (كنت أبيع الابل بالبيع) إلى آخره * (فرع) إذا باع بنقد معين أو بنقد مطلق وحملناه على نقد الملك فأبطل السلطان المعاملة به قبل القبض قال أصحابنا لا يفسخ العقد ولا خيار للبائع وليس له الا ذلك النقد المعقود عليه كما لو اشترى حنطة فرخصت قبل القبض أو أسلم فيها فرخصت قبل المحل فليس له غيرها هكذا قطع به الجمهور وحكى البغوي والرافعي وجهها أن البائع مخير ان شاء أجاز البيع بذلك النقد وان شاء فسخه كما لو تغيب قبل القبض والمذهب الاول * قال المتولي وغيره ولو جاء المشتري بالنقد الذي أحدثه السلطان لم يلزم البائع قبوله فان تراضيا به فهو اعتياض وحكمه حكم الاعتياض عن الثمن وعن أبى حنيفة رواية أنه يجب قبوله وعنه رواية أنه يفسخ البيع * دليلنا عليه في الاول أنه غير الذي التزمه المشتري فلم يجب قبوله كما لو اشترى بدراهم وأحضر دنانير ودليلنا في الثاني أن المقصود عليه باق مقدور على تسليمه فلم يفسخ العقد فيه كما لو اشترى شيئا في حال الغلاء فرخصت الاسعار *

(1) كذا بالاصل فحرر

[283]

(فرع) في مذاهب العلماء في حقيقة القبض * قد ذكرنا أن مذهبنا أن القبض في العقار ونحوه بالتخلية وفي المنقول بالنقل وفي المتناول باليد التناول وبه قال أحمد * وقال مالك وأبو حنيفة القبض في جميع الاشياء بالتخلية قياسا على العقار * دليلنا حديث زيد بن ثابت الذي ذكره

المصنف والمعنى الذى ذكره المصنف (فان قيل) فحوزه إلى الرجال ليس بشرط الاجماع (قلنا) دل الحديث على أصل النقل وأما التخصيص بالرجال فخرج على الغالب ودل الاجماع أنه ليس بشرط في أصل النقل (والجواب) عن القياس على العقار أنه لا يمكن فيه إلا التخلية ولانها قبض له في العرف بخلاف المنقول والله سبحانه أعلم * واحتج البيهقى للمذهب بحديث ابن عمر قال (كنا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام فبيعت علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه) رواه مسلم رحمه الله * وفى رواية (كنا نشترى الطعام من الركبىان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه) رواه البخارى ومسلم * وفى رواية عنه (قال رأيت الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ابتاعوا الطعام جزافا يضربون في أن يبيعوه مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم) رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء أو السمك في الماء والحمل الشارد والفرس العائر والعبد الأبق والمال المغصوب في يد الغاصب لحديث أبى هريرة رضى الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر) وهذا غرر ولهذا قال ابن مسعود لا تشترى والسمك في الماء فانه غرر) ولان القصد بالبيع تمليك التصرف وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه * فان باع طيرا في برج مغلق الباب أو السمك في بركة لا تتصل بنهر نظرت فان قدر على تناوله إذا أراد من غير تعب جاز بيعه وإن كان في برج عظيم أو بركة عظيمة لا يقدر على أخذه إلا بتعب لم يجز بيعه لانه غير مقدور عليه في الحال وان باع العبد الأبق ممن يقدر عليه أو المغصوب من الغاصب أو ممن يقدر على أخذه منه جاز لانه لا غرر في بيعه منه) *

[284]

(الشرح) حديث أبى هريرة صحيح سبق بيانه والاثر المذكور عن ابن مسعود صحيح رواه البيهقى مرفوعا منقطعا ثم قال الصحيح أنه موقوف (وقوله) في بركة - بكسر الباء - والنهر - بفتح الهاء - ويجوز اسكانها (أما) الاحكام فقد سبق أن أحد شروط المبيع القدرة على تسليمه قال أصحابنا وفوات القدرة قد يكون حسيا وقد يكون شرعيا فمن الشرعي بيع المرهون والوقف وام الولد وكذا الجاني في قول وغير ذلك (وأما) الحسبى فيه مسائل (احداها) لا يجوز بيع الطير في الهواء ولا السمك في الماء المملوكين له لما ذكره المصنف فلو باع السمك المملوك له وهو في بركة لا يمكنه الخروج منها أو طير في برج مغلق فان أمكن أخذه بلا تعب كبركة صغيرة وبرج صغير جاز بيعه بلا خلاف وان لم يمكن أخذه الا بتعب فوجهان مشهوران في كتب الخراسانيين (أصحهما) وبه قطع المصنف وآخرون وهو ظاهر النص في المختصر ونقله صاحب البيان عن النص لا يصح (والثانى) يصح كما يصح ما يحتاج في نقله إلى مؤنة كبيرة وهذا الوجه لابن سريج قال الشيخ أبو حامد هذا لا وجه له (أما) إذا كان باب البرج مفتوحا فلا يصح على الصحيح وبه قطع صاحب البيان لانه لا يقدر على تسليمه لتمكنه من الطير ان قال أصحابنا وحيث صحناه فشرطه ان لا يمنع الماء رؤيته فان منعها فيه قولاً بيع الغائب ان عرف المتعاقد ان قدره وصفته صح والا فلا يصح بلا خلاف * ولو باع الطير في حال ذهابها إلى الرعى أو غيره اعتمادا على عادة عودها في الليل فوجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) عند جمهورهم لا يصح وهو ظاهر كلام المصنف وغيره (وأصحهما) عند امام الحرمين الصحة كالعبد المبعوث في شغل والمذهب الاول لانه لا وثوق

بعودها لعدم عقلها بخلاف العبد (الثانية) لا يجوز بيع العبد الآبق والجمل
الشارد والفرس العائر والمال الضال ونحوها لما ذكره المصنف وسواء
عرف موضع الآبق والضال ونحوه أم لا لأنه غير مقدور على تسليمه في
الحال هكذا قاله الاصحاب وكذا قال الرافعي أنه المذهب المعروف * قال
الاصحاب لا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم بل يكفي
ظهور التعذر قال واحسن بعض الاصحاب فقال إذا عرف موضعه وعلم انه
يصله إذا رام وصوله فليس له حكم الآبق (قلت) والمذهب ما سبق

[285]

(وأما) المغصوب فإذا باعه مالكة نظر ان قدر البائع على استرداده وتسليمه
صح البيع بلا خلاف كما يصح بيع الوديعة والعارية وان عجز نظر ان باعه لمن
لا يقدر على انتزاعه من الغاصب لم يصح قطعاً وان باعه من قادر على
انتزاعه فوجهان مشهوران في كتب الخراسانيين (أصحهما) وبه قطع
المصنف وغيره يصح لما ذكره المصنف (والثاني) لا لان البيع لا يقتضى
تكليف المشتري تعب الانتزاع * وان صحناه وعلم المشتري الحال فلا
خيار له ولكن لو عجز من انتزاعه لضعف عرض له أو قوة عرضت للغاصب
فله الخيار على المذهب وبه قطع الاكثرون وفيه وجه أنه لا خيار حكاه
الرافعي وان كان جاهلاً حال العقد كونه مغصوباً فله الخيار بلا خلاف * ولو
باع الآبق ممن يسهل عليه رده ففيه الوجهان كالمغصوب (الصحيح) الصحة
* (فرع) قال أصحابنا يجوز تزويج الآبقة والمغصوبة وإعتاقهما بلا خلاف
قال في البيان ولا يجوز كتابة المغصوب لأنها تقضى التمكين من التصرف
(الثالثة) لو باع ملحاً أو حمذاً وزناً وكان بحيث ينماع إلى أن يوزن ففي صحة
بيعه وجهان (الأصح) لا يصح لامكان بيعه جزافاً * (فرع) قال الشافعي
والاصحاب لا يجوز أن يستاجر البركة لأخذ السمك منها لان الاعيان لا تملك
بالاجارة فلو استاجر البركة ليحبس فيها الماء ليجتمع فيها السمك
ويصطاده فوجهان (أحدهما) لا يجوز قاله الشيخ أبو حامد (وأصحهما) عند
الاصحاب جوازه وبه قطع صاحب الشامل وآخرون لان البركة يمكن
الاصطياد بها فجازت اجارتها كالشبكة قالوا وقول الشافعي لا تجوز اجارة
البركة للحيثان اراد به إذا حصل فيها سمك وأجرها لأخذ ما حصل فيها وهذه
الاجارة باطلة لانها اجارة لأخذ الغير فأما البركة الفارغة (1) والله أعلم *
(فرع) قد ذكرنا أن بيع الآبق باطل فلو عاد الآبق بعد البيع لم ينقلب البيع
صحيحاً عندنا * وقال أبو حنيفة ينقلب صحيحاً واستدل أصحابنا بما لو باع
طائراً في الهواء ثم وقع في يده فإنه لا ينقلب العقد صحيحاً وحكى صاحب
البيان عن ابن عمر أنه باع أبياً *

(1) بياض بالاصل

[286]

(فرع) قال الروياني لو باع سفينة في لجة البحر لا يقدر على تسليمها حال
العقد لم يصح سواء كان فيها أم لا فان قدر جاز * قال المصنف رحمه الله

* (ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب لان ذلك غرر من غير حاجة ويجوز أن يبيع قفيزا من صبرة لانه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر) * (الشرح) القفيز مكيال معروف ومراد الفقهاء به التمثيل وأصل القفيز مكيل يسع اثني عشر صاعا والصاع خمسة ارطال وثلت بالبغدادي هكذا ذكره أهل اللغة وانتخاب الغريب وغيرهم قال الازهرى الاردب أربعة وعشرون صاعا وهو أربعة وسبعون منا والمنا رطلان والعنقل نصف أردب قال والكرستون قفيزا والقفيز ثمانية مكايل والمكول صاع ونصف وهو ثلت حجليات والعرق ثلاثة أصع (وقول) المصنف لان ذلك غرر من غير حاجة احتراز من السلم ومن أساس الدار (أما) الاحكام فقد سبق أن من شروط المبيع كونه معلوما قال أصحابنا وليس معناه أنه يشترط العلم به من كل وجه بل المشترط علم عينه وقدره وصفته وقد ذكر المصنف ذلك كله في فصول متراسلة فبدأ باشتراط عين المبيع قال أصحابنا لا يجوز بيع عين مجهولة فلو قال بعتك أحد عبيدي أو أحد عبيدي هذين أو شاة من هذا القطيع أو هاتين الشاتين أو ثوبا من هؤلاء أو من هذين

[287]

أو ما أشبه ذلك فالبيع باطل وكذا لو قال بعتهم إلا واحدا منها وسواء تساوت قيمهم وقيم الشياه والأثواب أم لا وسواء قال ولك الخيار في التعيين أم لا فالبيع باطل في كل هذا عندنا بلا خلاف إلا قولا قديما حكاه المتولي أنه إذا قال بعتك أحد عبيدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من بينهم في ثلاثة أيام أو أقل صح العقد وهذا شاذ مردود لانه غرر * ولو كان له عبد فاختلط بعبيد لغيره ولم يعرفه فقال بعتك عبيدي من هؤلاء والمشتري يراهم كلهم ولا يعرف عينه فوجهان قطع المتولي بأنه كبيع الغائب ففيه الخلاف وقال البغوي عندي أن هذا باطل وهذا أصح * ولو فرقت صبعان الصبرة المتمثلة فباع صاعا منها فالمشهور في المذهب بطلان البيع وبه قطع الجمهور كما ذكرنا في نظائره وحكى المصنف في تعليقه عن شيخه القاضي أبو الطيب الطبري في صحة بيعه لعدم الغرر وكما لو باع بدرهم فانه يحمل على درهم من نقد البلد ولا يضر عدم تعينه والمذهب البطلان لانه قد يختلف به عرض بخلاف الدراهم ولانه يمكنه أن يبيع أحد الصعيان بعينه ولا يجوز ابهامه وأما الدراهم فنحتاج إلى إثباته في الذمة والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا يجوز بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من دار أو ارض أو عبد أو صبرة أو ثمرة وغيرها لعدم الغرر لكن لو باع جزءا شائعا من شئ بمثله من ذلك الشئ بأن كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه لشريكه بنصيبه ففي صحة البيع وجهان (الصحيح) الصحة وسبقت المسألة بفروعها وفوائدها في آخر باب ما يجوز بيعه * ولو باع الجملة واستبقى منها جزءا شائعا جاز مثاله بعتك هذه التمار إلا ربعها وقدر الزكاة منها ولو قال بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص الفا فان اراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور صح وكان استثناء للثلث وإن اراد ما يساوي الفا عند التقويم فلا لانه مجهول والله سبحانه اعلم * (فرع) إذا باع قفيزا من صبرة فقد قطع المصنف بالصحة ومراده إذا كانت الصبرة

أكثر من قفيز وهى متساوية وكانت مجهولة الصيعان فباع صاعا منها فيصح على المذهب وبه قطع الاكثرون وهو المنصوص وفيه وجه انه لا يصح وهو اختيار الفقهاء وسنعيد المسألة واضحة ان شاء الله تعالى حيث بسطها المصنف بعد هذا في فصل بيع مجهول القدر * (فرع) قد ذكرنا ان مذهبنا انه لا يجوز بيع عبد من عبيد ولا من عبيدين ولا ثوب من ثياب ولا من ثوبين سواء بشرط الخيار ام لا وقال أبو حنيفة إذا باع عبدا من عبيدين أو ثلاثة بشرط خيار ثلاثة أيام صح وان باعه عبدا من أربعة فأكثر لم يصح وقال مالك إذا باع عبدا من عبيد أو ثوبا من ثياب وكلها متقاربة في الصفة وبشرط الخيار للمشتري صح البيع * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها لحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفي بيع ما لا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير فان علم الجنس والنوع بأن قال بعثك الثوب المروى الذى فى كمى أو العبد الزنجى الذى فى دارى أو الفرس الادهم الذى فى اصطبلى ففيه قولان (قال) القديم والصرف يصح ويثبت له الخيار إذا رآه لما روى ابن أبى مليكة (أن عثمان رضى الله عنه ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة ناقله بارض له بالكوفة فقال عثمان بعثك ما لم أره فقال طلحة انما النظر لى لانى ابتعت مغيبا وأنت قد رأيت ما ابتعت فتحاكما إلى جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز وان النظر لطلحة لانه ابتاع مغيبا ولانه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح (وقال) فى الجديد لا يصح لحديث ابى هريرة (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر) وفى هذا البيع غرر ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالمسلم (فإذا قلنا) بقوله القديم فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه (والثانى) لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة (والثالث) أنه لا يفتقر إلى ذكر شئ من الصفات وهو المنصوص فى الصرف لان الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار إذا رآه فلا يحتاج إلى ذكر الصفات * فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار وإن وجده على ما وصف أو أعلى ففيه

وجهان (أحدهما) لا خيار له لانه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه (والثانى) ان له الخيار لانه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز ان يخلو من الخيار * وهل يكون له الخيار على الفور ام لا فيه وجهان (قال) ابن أبى هريرة هو على الفور لانه خيار تعلق بالرؤية فكان على الفور كخيار الرد بالعيب (وقال) ابو اسحق يتقدر الخيار بالمجلس لان العقد انما يتم بالرؤية فيصير كأنه عقد عند الرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس (وأما) إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه فان كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه وقال ابو القاسم الانماطى لا يجوز فى قوله الجديد لان الرؤية شرط فى العقد فاعتبر وجودها فى حال العقد كالشهادة فى النكاح والمذهب الاول لان الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الاولى أخذه وإن وجده ناقصا فله الرد لانه ما التزم العقد فيه الا على تلك الصفة وان اختلفا فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول قول المشتري لانه يؤخذ منه الثمن فلا يجوز من غير رضاه وإن كان مما يجوز أن يتغير

ويجوز أن لا يتغير أو يجوز أن يبقى ويجوز أن لا يبقى ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يصح لانه مشكوك في بقائه على صفته (والثاني) يصح وهو المذهب لان الاصل بقاءه على صفته فصح بيعه قياسا على ما لا يتغير) * (الشرح) حديث أبي هريرة صحيح سبق بيانه أول الباب والاثر المذكور عن عثمان وطلحة رواه البيهقي باسناد حسن لكن فيه رجل مجهول مختلف في الاحتجاج به وقد روى مسلم له في صحيحه (قوله) الثوب المروى باسكان الراء بلا خلاف ولا يجوز فتحها منسوب إلى مرو المدينة المشهورة بخراسان والزنجى - بفتح الزاى وكسرهما - والاصطبل بهمزة قطع (قوله) قال في القديم والصرف أي في بيان الصرف من الكتب الجديدة وهو أحد كتب الام * وابن أبى ملكية اسمه عبد الله بن عبد الله ابن أبى ملكة واسم أبى ملكة زهير بن عبد الله بن جدعان - بضم الجيم واسكان الدال المهملة - ابن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة التيمى المكى كنيته أبو بكر كان قاضى مكة لعبدالله ابن الزبير ومؤزنا له توفى سنة سبع عشرة (وقوله) ناقله بأرض له لكوفة هو - بالنون والقاف - أي

[290]

بأدله بها ونقل كل واحد ملكه إلى موضع آخر (وقوله) ابتعت مغيبا هو - بضم الميم وفتح الغين المعجمة وفتح الياء المشددة - (وقوله) عقد على عين هو احتراز من السلم (وقوله) نوع بيع احتراز من الوصية والنكاح (وقوله) خيار تعلق بالرؤية احتراز من خيار الفسخ كالأعسار بالنفقة (أما) الأحكام فقد سبق أنه يشترط العلم بقدر المبيع وعينه وصفته وهذا الفصل مع الفصول التى بعده متعلقة بصفة المبيع وفى الفصل مسائل (أحداها) في بيع الأعيان الحاضرة التى لم تر قولان مشهوران (قال) في القديم والأملء والصرف من الجديد يصح (وقال) في الام والبويطى وعامة الكتب الجديدة لا يصح * قال الماوردى في الحاوي نص الشافعى في ستة كتب على صحته في القديم والأملء والصلح والصداق والصرف والمزارعة ونص في ستة كتب أنه لا يصح في الرسالة والسير والاجارة والغصب والاستبراء والتصرف في العروض واختلف الاصحاب في الاصح من القولين فصحح البيهقي والرويانى صحته وصحح الاكثرون بطلانه ممن صححه المزني والبويطى والربيع وحكاه عنهم الماوردى وصححه أيضا الماوردى والمصنف في التنبيه والرافعى في المحرر وهو الاصح وعليه فتوى الجمهور من الاصحاب وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضوع ويتعين هذا القول لانه الآخر من نص الشافعى فهو ناسخ لما قبله * قال البيهقى في كتابه معرفة السنن والآثار في أول كتاب البيوع جوز الشافعى بيع الغائب في القديم وكتاب الصلح والصرف وغيرهما ثم رجع فقال لا يجوز لما فيه من الغرر والله أعلم * وفى محل القولين ثلاث طرق (أصحها) طردهما فيما ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما ولا فرق بينهما (والثاني) أنهما فيما رآه البائع دون المشتري فان لم يره البائع فباطل قطعا لانه يقتضى الخيار والخيار في جانب البائع تعبد (والثالث) إن رآه المشتري صح قطعا سواء رآه البائع أم لا فان لم يره ففيه القولان لان المشتري محصل والبائع معرض والاحتياط للمحصل أولى وهذا الطريق هو اختيار العراقيين قال اصحابنا ويجرى القولان في بيع الغائب وشرائه في اجارته وكونه رأس مال سلم إذا سلمه في المجلس وفى المصالحة عليه وفى قفه (وأما) إذا اصدقها عينا غائبة أو خالعا عليها أو عفى عن القصاص صح النكاح وحصلت البيونة في الخلع وسقط القصاص ولا خلاف

في هذه الثلاثة وفي صحة المسمى فيها القولان فان لم نصح وجب مهر المثل لها في مسألة الصداق وله في مسألة الخلع ووجبت الدية على المعفو عنه * وفي رهن الغائب وهبته القولان وقيل هما اولى بالصحة لعدم الغرر ولهذا إذا صححناهما فلا خيار عند الرؤية (الثانية) إذا لم نجوز بيع الغائب وشراؤه فعليه فروع (أحدها) استقصاء الاوصاف على الحد المعتبر في السلم هل يقوم مقام الرؤية وكذا سماع وصفه بطريق التواتر فيه وجهان (أصحهما) لا يقوم وبه قطع العراقيون (الثاني) إذا كان الشيء مما لا يستدل برؤية بعضه على الباقي فان كان المرئ صوانا له - بكسر الصاد وضمها - كقشر الرمان والبيض والقشر الاسفل من الجوز واللوز وقشر البندق ونحوه كالخشكان كفى رؤيته وصح البيع بلا خلاف ولا يصح بيع لب الجوز واللوز ونحوهما بانفراده مادام في قشره بلا خلاف لان تسليمه لا يمكن إلا بتغيير عين المبيع (أما) إذا رأى المبيع من وراء قارورة هو فيها لم يكف بل هو بيع غائب لان المعرفة التامة لا تحصل به وليس فيه صلاح له بخلاف السمك يراه في الماء الصافي مع سهولة أخذه فانه يصح بيعه كما سبق وكذا الارض يعلوها ماء صاف لان الماء من صلاحها (وأما) إذا لم يكن كذلك فلا يكفي رؤية البعض على قولنا ببطلان بيع الغائب (وأما) التفرع على القول الآخر فسيأتي ان شاء الله تعالى (الثالث) قال أصحابنا الرؤية في كل شيء بحسب ما يليق به ففي شراء الدار يشترط رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلا وخارجا والمستحم والبالوعة وفي البستان يشترط رؤية الجدران والاشجار والارض ومسائل الماء ولا يشترط رؤية اساس البنيان والبستان والدار ولا عروق الاشجار ونحو ذلك وفي اشتراط رؤية طريق الدار والماء الذي يدور به الرحي وجهان (أصحهما) الاشتراط لاختلاف الغرض به قال أصحابنا ويشترط في العبد رؤية الوجه والاطراف ولا تجوز رؤية العورة وفي باقى البدن وجهان (أصحهما) الاشتراط وبه قطع البغوي وأبو الحسن العبادي في كتاب الرقم * وفي الجارية أوجه (أصحها) كالعبد (والثاني) يشترط رؤية ما يبدو عند الخدمة والتصرف (والثالث) يكفي رؤية الوجه والكفين وفي الاسنان واللسان وجهان (الاصح) لا يشترط وفي رؤية الشعر وجهان (أصحهما) الاشتراط * ويشترط في الدواب رؤية مقدمها ومؤخرها

وقوائمها ورفع السرج أو الاكاف والجل وهل يشترط أن تجرى الفرس بين يديه ليعرف سيره فيه وجهان حكاهما الروياني والرافعي (الاصح) لا يشترط ويشترط في الثوب المطوى نشره هكذا أطلقه الاصحاب وقطعوا به (قال) امام الحرمين يحتمل عندي أن لا يشترط النشر في بيع الثوب التي لا تنشر أصلا الا عند العقد لما في نشرها من النقص والضرر * ثم إذا نشرت الثياب فما كان منها صفيقا كالديباج المنقوش اشترط رؤية وجهيه وكذا يشترط رؤية وجهي البسط والرلاي وأما ما كان رفيعا كالكرباس فيكفي رؤية أحد وجهيه على أصح الوجهين (قال) أصحابنا ولا يصح بيع الثياب التوزية في المنسو على هذا القول وهي التوزية - بناء مئناة فوق مفتوحة ثم واو مفتوحة مشددة ثم زاي - ويشترط في شراء المصحف

وكتب الحديث والفقهاء وغيرها تغليب الأوراق ورؤية جميعها وفي الورق
البياض يشترط رؤية جميع الطاقات وممن صرح به القاضي والرافعي
والبعوي وغيرهم * (فرع) أما القفاح فقال أبو الحسن العبادي يفتح رأسه
فينظر فيه بقدر الامكان ليصح بيعه * وأطلق الغزالي في الاحياء أنه يصح
بيعه من غير اشتراط رؤية وهذا هو الاصح لان بقاءه في الكوز من مصالحه
ولانه تشق رؤيته ولانه قدر يسير يتسامح به في العادة وليس فيه عرر
يفوت به مقصود معتبر (المسألة الثالثة) إذا جوزنا بيع الغائب فعليه فروع
(أحدها) إذا لم تشترط الرؤية اشترط ذكر الجنس والنوع فيقول بعتك عبدى
التركي وفرسى العربى أو الادهم أو ثوبى المروى أو الحنطة الجبلية أو
السهيلة ونحو ذلك فلو أخل بالجنس والنوع فقال بعتك ما في كفى أو
كمى أو خزانتى أو ميراثى من فلان ولم يكن المشتري والبائع يعرف ذلك
لم يصح البيع هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور * وفيه وجه
أنهما لا يشترطان فيصح بيع ما في الكم ونحوه ووجه ثالث أنه يشترط ذكر
الجنس دون النوع فيقول عبدى وهذان الوجهان حكاهما الخراسانيون
وهما شاذان ضعيفان * وإذا ذكر الجنس والنوع ففي افتقاره مع ذلك إلى
ذكر الصفات ثلاثة أوجه مشهورة ذكرها المصنف بأدلتها (أصحابها) عند
الاصحاب لا يفتقر وهو المنصوص في القديم والاملاء

[293]

والصرف (والثانى) يفتقر إلى ذكر معظم الصفات وضبط الاصحاب ذلك بما
يصف به المدعى عند القاضي (والثالث) يفتقر إلى ذكر صفات السلم
وهذان الوجهان ضعيفان الثالث أضعف من الثانى والثانى قول القاضي
أبو حامد المروذى والثالث قول أبى على الطبري * فعلى المنصوص لو كان
له عبدان من نوع فباع أحدهما اشترط تمييزه بسن أو غيره قال الماوردى
واتفق أصحابنا على أنه لا يشترط ذكر جميع الصفات فان وصفها بجميعها
فوجهان (أحدهما) وهو قول أصحابنا البغداديين يصح لانه أبلغ في نفي
العرر (والثانى) وهو قول البصريين لا يصح لانه يصير في السلم والسلم
في الاعيان لا يجوز وهذا شاذ ضعيف * (فرع) قال الماوردى ان كان المبيع
مما لا ينقل كالدار والارض اشترط ذكر البلد الذى هو فيه فيقول بعتك دارا
ببغداد وفى اشتراط ذكر البقعة من البلد وجهان وإن كان مما ينقل كالعبد
والثوب اشترط ذكر البلد الذى هو فيه لان القبض يتعجل ان كان قريبا أو
يؤجل ان كان بعيدا أو لا يشترط ذكر البقعة من البلد * وإذا ذكر البلد الذى
فيه المبيع لزمه تسليمه فيه لا في غيره فان شرط المشتري على البائع
أن يسلمه في بلد البيع وكان المبيع في غيره فالبيع باطل بخلاف السلم
لانه في الذمة هذا كلام الماوردى وحكاه الرافعي عن بعض الاصحاب
وسكت عليه (الثانى) إذا شرطنا الوصف فوصفه فان وجده دون ما وصف
فللمشتري الخيار بلا خلاف وإن وجده كما وصف فطريقان (أحدهما)
القطع بثبوت الخيار وبه قطع المصنف في التنبيه وجماعة وهو المنصوص
(وأشهرهما) أنه على وجهين ذكرهما المصنف بدليلهما هنا (أصحابهما) ثبوت
(أما) إذا قلنا لا يشترط فللمشتري الخيار عند الرؤية سواء كان شرط الخيار
أم لا هذا هو المذهب وفيه وجه أنه لا يثبت إلا أن يكون شرطه والصحيح
الاول * وهل له الخيار قبل الرؤية حتى ينفذ فسخره وإجازته فيه ثلاثة أوجه
(أحدها) ينفذان (والثانى) لا ينفذ واحد منهما (والثالث) وهو الصحيح ينفذ
فسخره قبل الرؤية دون إجازته هذا كله في المشتري (وأما) البائع ففيه
ثلاثة أوجه (أصحابها) لا خيار له سواء كان رأى المبيع أم لا لان الخيار في

جانبه تعيد (والثانى) له الخيار في الحالين كالمشترى (والثالث) له الخيار ان لم يكن رآه

[294]

وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه * وحيث قلنا يثبت خيار الرؤية هل يكون على الفور فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يمتد مادام مجلس الرؤية وهو قول أبي اسحق المروزي (والثانى) أنه على الفور وبه قال أبو علي بن أبي هريرة قال الشيخ أبو حامد الجوينى في كتابه السلسلة هذان الوجهان مبنيان على وجهين في ثبوت خيار المجلس في بيع الغائب (أحدهما) يثبت كما يثبت في بيع العين الحاضرة (والثانى) لا يثبت للاستغناء عنه بخيار الرؤية فعلى الاول خيار الرؤية على الفور لئلا يثبت خيار مجلسين في وقت واحد وعلى الثانى يمتد إلى انقضاء المجلس قال والفرع مبنى على أصل آخر وهو أنه إذا مات أحد العاقدين في المجلس وقلنا بالمذهب والمنصوص أنه ينتقل الخيار إلى الوارث فالى متى يمتفيه وجهان (أحدهما) على الفور (والثانى) مادام الوارث في مجلس خبر الموت وقد سبقت المسألة واضحة (والثالث) هل يجوز أن يوكل في الرؤية من يفعل ما يستصوبه من فسخ أو إجازة فيه وجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) يجوز كما يجوز التوكيل في خيار الخلف والرد بالعيب (والثانى) لا لأنه خيار شهوة ولا يتوقف على نقص ولا عرض فلا يجوز التوكيل فيه كمن أسلم على أكثر من أربع نسوة فإنه لا يصح توكيله في الاختيار (الرابع) إذا لم تشترط الرؤية فاختلغا فقال البائع للمشترى أنت رأيت المبيع فلا خيار لك فأنكر المشترى فوجهان (أصحهما) يصدق المشترى بيمينه (والثانى) البائع فان شرطنا الرؤية فاختلغا فقال الغزالي في الفتاوى القول قول البائع لان اقدام المشترى على العقد اعتراف بصحته قال الرافعى فلا ينفك هذا عن خلاف قلت هذه المسألة هي مسألة اختلاف المتبايعين في شرط يفسد العقد وفيها القولان المشهوران الاصح قول مدعى الصحة (والثانى) قول مدعى الفساد فيتعين جريان القولين في مسألتنا ولعل الغزالي فرعها على الاصح * (فرع) لو رأى ثوبين فسرق أحدهما فاشترى الثانى ولا يعلم أيهما المسروق قال الغزالي في الوسيط إن تساوت قيمتهما وصفتهما وقدرهما كنصفي كرباس واحد صح البيع بلا خلاف وان اختلفا في شئ من ذلك ففيه القولان في بيع الغائب وهذا الذى قاله حسن ولا يقال هذا بيع ثوب من

[295]

ثوبين لان المبيع هنا واحد بعينه ولكن ليس مرثيا حالة العقد وقد سبقت رؤيته فاكتفى بها * واعلم أن الشيخ أبا عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى اعترض على الغزالي في هذا الفرع فقال جزم بالصحة فيما إذا تساوت صفتها وقدرهما وقيمتها مع اجرائه الخلاف في الصورة الثانية قال والتحقيق يوجب اجراء الخلاف السابق في استقصاء الاوصاف في صورة التساوى كما أجراه في مسألة الانموذج التى سنذكرها ان شاء الله تعالى لانه اعتمد مساواة غير المبيع في الصفة المعلق به بالمشاهدة فهو كالانموذج الذى ليس بمبيع المساوى في الصفة للمبيع ولا فرق فان ذكره

التساوى في القيمة اعتبار للقيمة مع الوصف ولا وجود لمناله في هذا الباب هذا كلام أبى عمرو وهذان الاعتراضان اللذان ذكرهما فاسدان (أما الاول) فليس هذا كمسألة النموذج لان المبيع غير النموذج ليس مرئيا ولا سبقت رؤيته وهنا سبقت رؤية الثوبين (وأما) قوله يجب اجراء الخلاف المذكور في الثانية في الاولى فالفرق أن الثوبين في الثانية مختلفين فيحصل الغرر بخلاف الاولى (وأما) الاعتراض الثاني فجوابه أنه قد تختلف القيمة مع اتحاد القدر والصفة في نحو العبيد والجوارى فيحصل الغرر والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) هل يشترط الذوق في الخل ونحوه على قولنا باشتراط الرؤية وكذلك الشم في المسك ونحوه واللبس في الثياب ونحوها فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع الاكثرون واقتضاه كلام الجمهور أنه لا يشترط قال الرافعى هو الصحيح المعروف (والثانى) حكاه المتولي فيه وجهان (أصحهما) هذا لان معظم المقصود يتعلق بالرؤية فلا يشترط غيرها (والثانى) يشترط لانه يقع في هذا النوع اختلاف * (فرع) لو تلف المبيع في يد المشتري قبل الرؤية على قولنا بجواز بيع الغائب ففى انفساخ البيع وجهان كتنظيره في خيار الشرط وقد سبقت المسألة بفروعها في مسائل خيار الشرط * ولو باعه قبل الرؤية لم يصح بلا خلاف بخلاف ما لو باعه في زمن خيار الشرط فانه يصح على أصح الوجهين

[296]

كما سبق في موضعه لانه يصير مجيزا للعقد وهنا لا تصح الاجارة قبل الرؤية على الصحيح كما سبق والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) لو رأى بعض الثوب وبعضه الآخر في صندوق فطريقان (المذهب) وبه قطع الجمهور انه على القولين في بيع الغائب (والثانى) باطل قطعاً لان ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار والجمع بين الخيار وعدمه في عين واحدة ممتنع والطريق الاول قول أبى اسحق والثانى حكاه الماوردى عن كثير من البصريين وغيرهم * ولو كان المبيع شيئين رأى أحدهما فقط فان ابطالنا بيع الغائب بطل فيما لم يره وفى المرئى قولاً تفريق الصفقة (وان) صحنا بيع الغائب ففى صحة العقد فيهما القولان فيمن جمع في صفقة واحدة مختلفى الحكم كالبيع والاجارة لان ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار (فان صحناه) وهو الاصح فله الرد فيما لم يره وامسك ما رآه (المسألة الرابعة) إذا لم نجوز بيع الغائب فاشترى ما رآه قبل العقد ولم يره حال العقد فله ثلاثة احوال (أحدها) ان يكون مما لا يتغير غالباً كالارض والاوانى والحديد والنحاس ونحوها أو كان لا يتغير في المدة المتخللة بين العقد والرؤية صح البيع على المذهب ولا يجئ فيه الخلاف في بيع الغائب هكذا قطع جماهير الاصحاب وشذ الانماطى فأبطل البيع وهذا فاسد ودليل الجيع في الكتاب قال الروبانى في البحر وقد ذكر ابو بكر البيهقى عن عبد العزيز بن مقلاص من تلامذة الشافعى أنه نقل عن الشافعى مثل قول الانماطى (فإذا قلنا) بالمذهب فوجده كما رآه اولاً فلا خيار له بلا خلاف لانه ليس ببيع غائب وان وجده متغيراً فالمذهب الذى قطع به الاصحاب ان البيع صحيح وله الخيار وحكى الغزالى في الوسيط انه يتبين بطلان البيع ليتبين ابتداء المعرفة حالة العقد والصواب الاول * قال إمام الحرمين وليس المراد بتغييره حدوث عيب فان خيار العيب لا يختص بهذه الصورة بل الرؤية بمنزلة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية فكل ما فات منها فهو كتبين الخلف في الشرط فيثبت الخيار (الحال الثانى) أن يكون المبيع مما يتغير في تلك المدة غالباً فان رأى ما يسرع فساده من الاطعمة ثم اشتراه بعد مدة يتغير فيها في العادة فالبيع

باطل لانه بيع مجهول (الثالث) ان يمضى على المبيع بعد الرؤية زمان
يحتمل ان يبقى فيه ويحتمل ان لا يبقى ويحتمل ان يتغير فيه ويحتمل ان
لا يتغير أو كان حيوانا فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما
(أصحهما) عنده وعند الاصحاب صحة العقد فعلى هذا إن وجده متغيرا فله
الخيار والا فلا (والثانى لا يصح قال المتولي هو قول المزني وأبى على بن
أبى هريرة وذكر الماوردي هذا الخلاف قولين قال الاول نصه في كتاب
البيوع وبه قال أكثر الاصحاب والثانى أشار إليه في كتاب الغصب واختاره
المزني والله سبحانه أعلم * (فرع) إذا اختلفا في هذه الاحوال في التغير
فادعاه المشتري وأنكره البائع فوجهان (الصحيح) المنصوص وبه قطع
المصنف وكثيرون أن القول قول المشتري بيمينه لان البائع يدعى عليه
علمه بهذه الصفة فلم يقبل كادعائه اطلاقه على العيب (والثانى) حكاه
الخراسانيون عن صاحب التقريب القول قول البائع بيمينه لان الاصل عدم
التغير والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قد ذكرنا أنه إذا سبقت رؤيته فله
ثلاثة احوال قال الماوردي صورة المسألة أن يكون حال البيع متذكر
الايوصاف فان نسيها لطول المدة ونحوه فهو بيع غائب وهذا الذى قاله
غريب لم يتعرض له الجمهور * (فرع) لو رأى بعض المبيع دون البعض وهو
مما يستدل برؤية بعضه على الباقي صح البيع بلا خلاف قال أصحابنا وذلك
كصبرة الحنطة تكفى رؤية ظاهرها ولا خيار له إذا رأى بعد ذلك باطنها إلا
إذا خالف ظاهرها قال المتولي وحكى أبو سهل الصعلوكى قولا شادا أنه لا
يكفى رؤية ظاهر الصبرة بل يشترط أن يقبلها ليعرف باطنها والمذهب
الاول وبه قطع الاصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعي * قال أصحابنا
وفى معنى الحنطة والشعير صبرة الجوز واللوز والدقيق ونحوها فلو رأى
شيئا منها فى وعائه فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن والزيت والخل وسائر
المائعات فى ظروفها كفى ذلك وصح البيع ولا يكون بيع غائب * ولو كانت
الحنطة فى بيت مملوء منها فرأى بعضها من الكوة أو الباب كفى إن عرف
سعة البيت وعمقه والا فلا وكذا حكم الحمد فى المحمدة إن رأى أعلاه

وعرف سعتها وعمقها صح البيع والا فلا * قال أصحابنا ولا يكفى رؤية
صبرة السفرجل والرمان والبطيخ نحو ذلك بل يشترط رؤية كل واحد منها
قالوا ولا يكفى فى سلة العنب والتين والخوخ ونحو ذلك رؤية أعلاه لكثرة
الاختلاف فيها بخلاف الحبوب (وأما) الثمر فان لم يلتزق بعض حياته ببعض
فصبرته كصبرة الجوز واللوز فيصح بيعها وان التزقت كقوصرة التمر
فوجهان حكاهما المتولي وآخرون (الصحيح) الاكتفاء برؤية أعلاها (والثانى)
لا يكفى بل يكون بيع غائب وذكر الماوردي فيه طريقين من غير تفصيل
اللازق وغيره (أحدهما) على قول بيع الغائب (وأصحهما) وهو قول جمهور
الاصحاب يصح قولا واحدا (وأما) القطن فى الاعدال فهل يكفى رؤية أعلاه
فيه خلاف حكاه الصميرى قال والاشبه عندي أنه كقوصرة التمر وهذا هو
الصحيح * (فرع) إذا رأى أنموذجا من المبيع منفصلا عنه وبنى أمر المبيع
عليه نظر إن قال بعثك من هذا النوع كذا وكذا فالبيع باطل لانه لم يعين
مالا ولم يراع شروط السلم ولا يقوم ذلك مقام الوصف فى السلم على

الصحيح من الوجهين لان الوصف يرجع إليه عند النزاع بخلاف هذا * وإن قال بعتك الحنطة التي في هذا البيت وهذا الاممومج منها فان لم يدخل الاممومج في البيع فوجهان (اصحهما لا يصح البيع لان المبيع غير مرئي وإن أدخله صح على أصح الوجهين كما لو راه متصلا بالباقي وان شئت جمعت الصورتين فقلت فيه ثلاثة أوجه (أحدها) الصحة (والثاني) البطلان (وأصحها) ان أدخل الاممومج في البيع صح والا فلا ثم صورة المسألة مفروضة في الممماثلات والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) إذا اشترى الثوب المطوى وصحناه فنشره واختار الفسخ ولم يحسن طيه وكان لطيئه مؤنة قال القفال في شرح التلخيص وجبت مؤنة طيه على المشتري كما لو اشترى شيئا ونقله إلى بيته فوجد به عيبا فان مؤنة رده على المشتري * (فرع) قال اصحابنا لا يصح بيع الشاة المذبوحة قبل الفسخ بلا خلاف سواء جوزنا بيع الغائب أم لا سواء باع الجلد واللحم معا أو أحدهما ولا يجوز بيع الاكارع والروس قبل الابانة وفي

[299]

الاکارع وجه شاذ أنه يصح بيعها * ويجوز بيعهما بعد الابانة نية ومشوية وكذا المسموط نيا ومشويا وفي النئ إجماع لامام الحرمين من حيث إنه مستور بالجلد والمذهب الصحة لانه جلد مأكول فأشبهه المشوي * (فرع) إذا رأى فصار لم يعلم أنه جوهر أو زجاج فاشتراه فوجهان حكاهما المتولي (أحدهما) لا يصح البيع لان مقصود الرؤية انتفاء الغرر ولم يحصل (وأصحهما) يصح لوجود العلم بعينه * (فرع) قال الروياني لو رأى ارضا وأجرا وطنينا ثم بني حماما في تلك الارض بذلك الأجر والطين فاشترى الحمام ولم يره وهو حمام فيحتمل أن يصح البيع لان أكثر ما تغير الصفات وذلك لا يبطل البيع ويحتمل أن لا يصح لان الرؤية لم تحصل على العادة قال وهذا أصح قال وعلى هذا لو رأي رطبا ثم اشتراه تمرا لم يصح قلت هذا الاحتمال الثاني هو الصواب لان هذا غرر كبير تختلف به الاغراض هذا إذا لم يصح بيع الغائب * (فرع) قال الروياني قال القفال يصح لو رأي سخلة فصارت شاة أو صبيا فصار رجلا ولم يره غير الرؤية الاولى ثم اشتراه ففيه قولان بيع الغائب وقال أبو حنيفة يصح ولا خيار * (فرع) قال الماوردي إذا جوزنا بيع الغائب فتبايعاه بشرطه فهل العقد تام قبل الرؤية فيه وجهان (أحدهما) قاله أبو إسحق المروزي ليس تاما لان تمامه بالرضا به وقبل الرؤية لا يحصل الرضا فعلى هذا ان مات أحدهما بطل العقد ولم يرق وارثه مقامه لان العقد الذي ليس بلازم يبطل بالموت وكذا لو جن أحدهما أو حجر عليه بسفه بطل العقد ولكل واحد منهما الفسخ قبل الرؤية (والثاني) وهو قول أبي على بن أبي هريرة أن العقد تام ولهما خيار المجلس ما لم يتفرقا فان مات أحدهما لم يبطل العقد بل يقوم وارثه مقامه وان جن أو حجر عليه قام وليه مقامه وليس لاحدهما الفسخ قبل الرؤية قال الماوردي وثبت الخيار عند الرؤية ينبنى على هذا الخلاف فعند أبي إسحق ان خيار المجلس عند الرؤية ويدوم ما لم يفارق المجلس قال وله أن يشترط في المجلس خيار الثلاث وتأجيل الثمن والزيادة فيه والنقصان منه وعند أبي على لا خيار له الا بعيب وليس له شرط خيار الثلاث ولا تأجيل

[300]

الثلث ولا الزيادة فيه ولا النقص منه * (فرع) قال الماوردي بيع العين الغائبة بشرط نفى خيار الرؤية باطل بلا خلاف (قال) فاما بيع الحاضر بشرط خيار الرؤية كثوب في سقطة أو مطوي ففيه وجهان (أحدهما) أنه على القولين في بيع الغائب لأنه أبعد من العرر (والثاني) لا يصح قولاً واحداً قل وهو قول أكثر أصحابنا واليه أشار أبو إسحق وأبو علي بن أبي هريرة لأن الحاضر تمكن رؤيته فلا ضرورة إلى بيعه بشرط خيار الرؤية بخلاف الغائب هذا كلام الماوردي * وذكر الروياني مثله بحروفه إلا أنه ذكر في بيع الغائب بشرط نفى خيار الرؤية وجهاً شاذاً أنه يصح البيع ويلغو الشرط تخريباً من الخلاف في البيع بشرط البراءة من العيوب * (فرع) قال الماوردي بيع الجزر والسلجم وهو الذي يقال له في دمشق اللفت والبصل ونحوها في الأرض قبل قلعه بشرط خيار الرؤية فيه طريقان (أحدهما) على القولين في بيع الغائب (والثاني) لا يصح قولاً واحداً قال وهو قول سائر أصحابنا والفرق بينه وبين بيع الغائب من وجهين (أحدهما) أن الغائب يمكن وصفه بخلاف هذا (والثاني) أن الغائب إذا فسخ العقد فيه برده المشتري كما كان بخلاف هذا * (فرع) إذا جوزنا بيع الغائب فاشترى ثوباً غائباً فحضر ونشر بعضه ونظر إليه قال الروياني لا يبطل خياره حتى يرى جميعه * (فرع) قال الروياني لو كان المبيع مضبوطاً بخبر ففي بيعه طريقان (أحدهما) يصح (والثاني) فيه القولان في بيع الغائب * (فرع) قال أصحابنا الاعتبار في رؤية المبيع وعدمها بالعاقدة فإذا وكل من يشتري له عيناً فإن رآها الوكيل حال العقد أو قبله واكتفينا بالرؤية السابقة صح انبيع قولاً واحداً سواء كان الموكل رآها أم لا ولا خيار إذا رآها بعد العقد وإن لم يرها الوكيل ولكن رآها الموكل فهو بيع غائب ففيه القولان

[301]

(فرع) قال أصحابنا لو كان الثوب على منسج قد نسج بعضه فباعه على أن ينسج البائع باقيه لم يصح البيع بلا خلاف ونص عليه الشافعي في كتاب الصرف لعلتين (فرع) إذا اشترى جبة محشوة ورأى الجبة دون الحشو صح البيع كما يصح بيع الدار وإن لم ير أساسها وقد نقل المازري المالكي وغيره الإجماع على صحة بيع الجبة وقد ذكرناه في أول هذا الباب (فرع) في مذاهب العلماء في بيع العين الغائبة * قد ذكرنا أن أصح القولين في مذهبننا بطلانه وبه قال الحكم وحمام * وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد وابن المنذر وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم يصح نقله البعوي وغيره عن أكثر العلماء * قال ابن المنذر فيه ثلاثة مذاهب (مذهب) الشافعي أنه لا يصح (والثاني) يصح البيع إذا وصفه وللمشتري الخيار إذا رآه سواء كان على تلك الصفة أم لا وهو قول الشعبي والحسن والنخعي والثوري وأبي حنيفة وغيره من أهل الرأي (والثالث) يصح البيع وللمشتري الخيار إن كان على غير ما وصف والا فلا خيار قاله ابن سيرين وأيوب السختياني ومالك وعبيدالله بن الحسن وأحمد وأبو ثور وابن نصر قال ابن المنذر وبه أقول * واحتج لمن صححه بقوله تعالى (وأحل الله البيع) وهذا على عمومته إلا بيعاً منعه كتاب أو سنة أو إجماع وبحديث أبي بكر بن عبد الله بن أبي مریم عن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم (قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه) وبحديث عمر بن إبراهيم بن خالد عن وهب البكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه) وبحديث عثمان وطلحة المذكور في الكتاب وقد سبق بيانه قالوا وقياساً على النكاح فإنه لا يشترط رؤية الزوجين بالإجماع

وقياسا على بيع الرمان والجوز واللوز في قشره الاسفل وقياسا على ما لو رآه قبل العقد * واحتج الاصحاب بحديثي ابي هريرة وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الغرر) رواهما مسلم وهذا غرر ظاهر فأشبهه بيع المعدوم الموصوف كحبل الحبله وغيره وبحديث لا تبع ما ليس عندك) وسبق بيانه * وقياسا على من باع النوى في التمر (وأما) الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فهي عامة مخصوصة بحديث النهى عن بيع الغرر (والجواب) عن حديث مكحول فهو أنه حديث ضعيف باتفاق المحدثين

[302]

وضعه من وجهين (أحدهما) أنه مرسل لان مكحولا تابعي (والثاني) أن أحد رواته ضعيف فان ابا بكر ابن ابي مريم المذكور ضعيف باتفاق المحدثين وكذا الجواب عن حديث ابي هريرة فانه أيضا ضعيف باتفاقهم وعمر بن ابراهيم بن خالد مشهور بالضعف ووضع الحديث * وممن روي هذين الحديثين وضعفهما الدارقطني والبيهقي قال الدارقطني أبو بكر بن ابي مريم ضعيف وعمر بن ابراهيم يضع الحديث قال وهذا حديث باطل لم يروه غيره وإنما يروي هذا عن ابن سيرين من قوله (والجواب) عن قصة عثمان وطلحة وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك في الصحابة رضى الله عنهم (والصحيح) عندنا أن قول الصحابة ليس بحجة الا أن ينتشر من غير مخالفة (والجواب) عن قياسهم على النكاح أن المعقود عليه هناك استباحة الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها ولان الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية هناك لمشتقتها غالبا (والجواب) عن قياسهم على الرمان والجوز أن ظاهرهما يقوم مقام باطنهما في الرؤية كصبرة الحنطة ولان في استتار باطنها مصلحة لها كأساس الدار بخلاف بيع الغائب (والجواب) عن قياسهم على ما لو رآه قبل العقد أن المبيع هناك يكون معلوما للمشتري حال العقد بخلاف مسألتنا والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله * (وإن باع الاعمى أو اشترى شيئا لم يره (فان قلنا) ان بيع ما لم يره البصير لا يصح لم يصح بيع الاعمى وشراؤه (وإن قلنا) يصح ففى بيع الاعمى وشراؤه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح من البصير فيما لم يره ويستتبع في القبض والخيار كما يستتبع في شرط الخيار (والثاني) لا يصح لان بيع ما لم يره يتم بالرؤية وذلك لا يوجد في حق الاعمى ولا يمكنه أن يوكل في الخيار لانه خيار ثبت بالشرع فلا تجوز الاستتابة فيه كخيار المجلس بخلاف خيار الشرط) * (الشرح) قال أصحابنا المذهب بطلان بيع الاعمى وشراؤه وهذا مختصره وتفصيله أنه إن لم تجوز بيع الغائب وشراؤه لم يصح بيع الاعمى ولا شراؤه وإن جوزناه فوجهان (أصحهما) لا يجوز أيضا لانه لا طريق له إلى رؤيته فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار (والثاني) يجوز فيقام وصف

[303]

غيره له مقام رؤيته وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد فان صحناه قال المتولي وغيره ثبت له الخيار عند وصف السلعة له ويكون الوصف بعد العقد كروية البصير (فان قلنا) لا يصح بيعه وشراؤه لم تصح أيضا اجازته ورهنه وهبته وفى مكانته عبده وجهان حكاهما المتولي وآخرون (أصحهما) جوازه صححه المتولي تغليبا للعتق (والثاني) لا يجوز وبه قطع البغوي *

ويجوز أن يؤجر نفسه وللعبد الاعمى أن يشتري نفسه وأن يقبل الكتابة على نفسه لعلمه بنفسه ويجوز أن يتزوج بلا خلاف وفى ثبوت ولايته فى النكاح وجهان مشهوران (أحدهما لا يصح تزويجه (وأصحهما) يصح فعلى هذا إذا زوج وكان الصداق مالا معيبا لم يثبت المسمى بل يجب مهر المثل وكذا لو جامع على مال معين (أما) إذا أسلم فى شئ أو أسلم إليه فان كان عمى بعد بلوغه سن التمييز صح السلم بلا خلاف لانه يعرف الاوصاف ثم يوكل من يقبض عنه ولا يصح قبضه بنفسه على أصح الوجهين لانه لا تمييز بين المستحق وغيره فان خلق أعمى قبل التمييز فوجهان (أحدهما لا يصح وهو الاصح عند المتولي (وأصحهما) عند العراقيين والجمهور من غيرهم الصحة وهو المنصوص أو ظاهر النص لانه يعرف بالسمع فعلى هذا انما يصح إذا كان رأس المال موصوفا وعين فى المجلس فان كان معيناً فى العقد فهو كبيع العين والمذهب بطلانه * قال اصحابنا وكل ما لا يصح من الاعمى من التصرفات فطريقه ان يوكل وتحتل صحة وكالته للضرورة وهذه المسألة مما ينكر على المصنف فى باب الوكالة من المهذب والتنبيه حيث قال من لا يجوز تصرفه فيما يوكل فيه لا يجوز توكيله فالاعمى لا يصح بيعه وشراؤه ونحوهما على المذهب ويجوز توكيله فى ذلك بلا خلاف كما ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) لو كان الاعمى رأى شيئاً لا يتغير صح بيعه وشراؤه إياه إذا صححنا ذلك من البصير وهو المذهب كما سبق والله سبحانه أعلم * (فرع) إذا ملك الاعمى شيئاً بالسلم أو الشراء حيث صححناه لم يصح قبضه ذلك بنفسه بل يوكل بصيراً يقبضه له بتلك الاوصاف فلو قبضه الاعمى لم يعتد به قال المتولي ولو اشترى البصير

[304]

شيئاً ثم عمى قبل قبضه وقلنا لا يصح شراء الاعمى فهل يفسخ هذا البيع فيه وجهان كما إذا اشترى الكافر كافراً فأسلم العبد قبل القبض قلت الاصح لا يبطل * (فرع) الاعمى يخالف البصير فى مسائل كثيرة (أحداها لا يجتهد فى الاواني والثياب فى قول (الثانية) يكره أن يكون مؤذناً راتباً الا مع بصير كابن أم مكتوم مع بلال (الثالثة) لا يجتهد فى القبلة (الرابعة) لا جمعة عليه إذا لم يجد قائداً (الخامسة) البصير اولى منه بغسل الميت (السادسة) لا حج عليه إذا لم يجد قائداً (السابعة) تكره ذكاته كراهة تنزيه بلا خلاف ولا يحل صيده بارساله كلباً أو سهماً فى أصح الوجهين (الثامنة) لا يصح بيعه وشراؤه واجارته ورهنه وهبته ومساقاته ونحوها من المعاملات على المذهب الصحيح (العاشر) لا يجوز كونه وصياً فى وجه (الحادية عشرة) لا تجوز مكاتبته عبده فى أحد الوجهين (الثانية عشرة) لا يكون ولياً فى النكاح فى وجه (الثالثة عشرة) لا يجزئ فى الكفارة (الرابعة عشرة) لا تؤخذ عين البصير بعينه (الخامسة عشرة) لا يكون سلطاناً (السادسة عشرة) لا جهاد عليه (السابعة عشرة) لا يكون قاضياً (الثامنة عشرة) لا تقبل شهادته الا فيما تحمله قبل العمى أن بالاستفاضة أو على من تعلق به * * قال المصنف رحمه الله * (إذا رأى بعض المبيع دون بعض نظرت فان كان مما لا تختلف اجزأؤه كالصبرة من الطعام والجرة من الدبس جاز بيعه لان برؤية البعض يزول غرر الجهالة لان الظاهر ان الباطن كالظاهر وان كان مما يختلف نظرت فان كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز فى القنبر الاسفل جاز بيعه لان رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان وان لم تشق رؤية الباقي كالثوب المطوى ففيه طريقان (من) اصحابنا من قال فيه قولان كبيع ما لم ير شيئاً منه (ومنهم) من قال يبطل البيع قولاً واحداً لان ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار وذلك لا يجوز

[305]

قال المصنف رحمه الله * (واختلف أصحابنا في بيع الباقلاء في قشره فقال أبو سعيد الاصطخري يجوز لانه يباع في جميع البلدان من غير انكار (ومنهم) من قال لا يجوز وهو المنصوص في الام لان الحب قد يكون صغارا وقد يكون كبارا وقد يكون في بيوته م الا شئ فيه وقد يكون فيه حب متغير وذلك غرر من غير حاجة فلم يجر * واختلفوا أيضا في بيع نافحة المسك فقال أبو العباس يجوز بيعها لان النافحة فيها صلاح للمسك لان بقاءه فيها أكثر فجاز بيعه فيها كالجوز في القشر الاسفل ومن أصحابنا من قال لا يجوز وهو ظاهر النص لانه مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من غير حاجة فلم يجر * واختلفوا في بيع الطلع في قشره فقال أبو إسحق لا يجوز بيعه لان المقصود مستور بما لا يدخر فيه فلم يصح بيعه كالتمر الجراب وقال أبو علي بن أبي هريرة رضى الله عنه يجوز لانه مستور بما يؤكل معه من القشر فجاز بيعه فيه كالقثاء والخيار * واختلف قوله في بيع الحنطة في سنبلها (فقال) في القديم يجوز لما روى أنس (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد) (وقال) في الجديد لا يجوز لانه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب وذلك غرر لا تدعوا الحاجة إليه فلم يجر) * (الشرح) حديث أنس رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة قال الترمذي هو حديث حسن وفي الباقلى لغتان سبقتا في أول كتاب الطهارة التخفيف مع المد والتشديد مع القصر (وقوله) غرر من غير حاجة احتراز من أساس الدار ومن السلم * ونافحة المسك - بالنون والفاء والجيم - وهى طرفه الذى يكون فيه من أصله والجراب - بكسر الجيم وفتحها - الكسر أفصح والقثاء - بكسر القاف وضمها - الكسر أفصح وهو ممدود (أما الاحكام) ففيها مسائل (أحداها) يجوز بيع الباقلى في القشر الاسفل بلا خلاف وسواء كان أخضر أو يابساً وأما بيعه في قشره الاعلى والاسفل فان كان يابساً لم يجر على قولنا بمنع بيع الغائب فان جوزناه جاز هكذا صرح به إمام الحرمين والبعوي والجمهور * وحكى المتولي وجهاً أنه يصح ان منعنا بيع الغائب وهذا شاذ ضعيف لانه مستور بما لا يحتاج إلى بقاءه فيه ولا حاجة إلى

[306]

شرائه كذلك * وان كان رطباً ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) وهو قول الاصطخري يجوز وأدعى امام الحرمين والغزالي أن الاصح صحته لان الشافعي رضى الله عنه أمر أن يشتري له الباقلى الرطب (والثاني) لا يجوز وهو المنصوص في الام كما ذكره المصنف والاصحاب وهذا هو الاصح عند البعوي وآخرين وقطع به المصنف في التنبيه (الثانية) في بيع طلع النخل مع قشره وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) جوازه وهو قول أبي علي بن أبي هريرة (الثالثة) المسك طاهر ويجوز بيعه بلا خلاف وهو اجماع المسلمين نقل جماعة فيه الاجماع ونقل صاحب الشامل وآخرون عن بعض الناس أنه

نجس لا يجوز بيعه قال الماوردي هو قول الشيعة قالوا لانه دم ولانه منفصل من حيوان حى وما أبين من حى فهو ميت وهذا المذهب خلط صريح وجهالة فاحشة ولولا خوف الاعتزاز به لما تجاسرت على حكايته وقد تظاهرت الاحاديث الصحيحة عن عائشة وغيرها من الصحابة أنهم رأوا وبيض المسك في مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم وانعقد اجماع المسلمين على طهارته وجواز بيعه (وأما) قوله إنه دم فلا يسلم ولو سلم لم يلزم منه نجاسته فانه دم غير مسفوح كالكد والطحال (وأما) قوله منفصل من حيوان حى فأجاب الاصحاب عنه بجوابين (أحدهما) أن الطيبة تلقى كما تلقى الولد وكما يلقى الطائر البيضة فيكون طاهرا كولد الحيوان المأكول وبيضه ولانه لو كان من حيوان لا يؤكل لم يلزم من ذلك نجاسته فان العسل من حيوان لا يؤكل وهو طاهر حلال بلا شك (والجواب الثاني) أن هذا قياس منابذ للسنة فلا يلتفت إليه والله سبحانه وتعالى أعلم * (وأما) بيع المسك في فأرته وهى نافخته ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز مطلقا قاله ابن سيرين لما ذكره المصنف (والثاني) ان كانت مفتوحة وشاهد المسك فيها ولم يتفاوت ثمنها صح البيع والا فلا وبه قطع المتولي وصاحب البيان (والثالث) وهو الصحيح لا يصح بيعه فيها مطلقا سواء بيع معها أو دونها مفتوحة وغير مفتوحة كما لا يصح بيع اللحم في الجلد وهذا هو المنصوص * ولو رأى المسك خارج الفأرة ثم رده إليه وباعه فيها وهى مفتوحة الرأس صح البيع قطعاً وان كانت غير مفتوحة فقد قالوا فيه القولان في بيع الغائب وهذا محمول على أنه مضى عليه زمن يتغير فيه غالباً والا فيصح قولاً واحداً

[307]

لانه قد رآه * قال أصحابنا ولو باع المسك المخلوط بغيره لم يصح قولاً واحداً لان المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بالماء والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال الماوردي وأما الزباد فهو لبن سنور يكون في البحر قال ولأصحابنا في جواز بيعه وجهان إذا قلنا بنجاسة ما لا يؤكل لحمه (أحدهما) نجس لا يجوز بيعه (والثاني) طاهر ويجوز بيعه كالمسك هذا كلام الماوردي والصواب طهارته وصحة بيعه لان الصحيح حل لحم كل حيوان البحر وحل لبنه كما سبق في بابه وقد سبقت هذه المسألة في باب إزالة النجاسة * (فرع) قال أصحابنا لا يجوز بيع اللبن والخل ونحوهما إذا كان مخلوطاً بالماء لان المقصود مجهول * (فرع) اتفق أصحابنا على أنه لو باع المسك المختلط بغيره لم يصح لان المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المختلط بالماء والمراد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب فان كان معجوناً مع غيره كالعالية والند جاز بيعه ولم يجر السلم فيه * (فرع) اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز بيع تراب المعدن قبل تصفيته وتمييز الذهب والفضة منه وكذا تراب الصاغة سواء باعه بذهب أم بفضة أم بغيرهما هذا مذهبننا * وقال الحسن والنخعي وربيعه والليث يجوز بيع تراب الفضة بالذهب وبيع تراب الذهب بالفضة وقال مالك يجوز بيع تراب المعدن بما يخالفه بالوزن إن كان ذهباً ووافقنا أنه لا يجوز بيع تراب الصاغة بحال * دليلنا أن المقصود مستور بما لا مصلحة له فيه في العادة فلم يصح بيعه فيه كبيع اللحم في الجلد بعد الذبح وقيل السليخ (المسألة الرابعة) قال أصحابنا يشترط ظهور المقصود في بيع الثمرة والزرع ونحو ذلك فإذا باع ثمرة لاكمام لها كالتين والعنب والكمثرى والمشمش والخوخ والاحاص ونحو ذلك صح البيع بالاجماع سواء باعها على الارض أو على الشجر لكن يشترط في بيعها على الشجر كونه بعد بدو الصلاح أو يشترط القطع * قال

أصحابنا ولو باع الشعير أو الذرة أو السلت مه سنبله جاز قبل الحصاد وبعده
بلا خلاف لان حياته ظاهرة * ولو كان للثمر والحب كمام لا يزال الا عند
الاكل كالرمان ونحوه

[308]

والعلس جاز بيعه في كمامه أيضا بلا خلاف (وأما) ماله كما مان يزال أحدهما
ويبقى الآخر إلى وقت الاكل كالجوز واللوز والرايح فيجوز بيعه في القشر
الاسفل بلا خلاف ولا يجوز في القشر الا على لا على الارض ولا على
الشجر لا رطبا ولا يابساً وفي قول ضعيف حكاه الخراسانيون يجوز مادام
رطبا والمذهب البطلان مطلقا (أما) ما لا يرى حبه في سنبله كالحنطة
والعدس والحمص والسمسم والحبة السوداء فما دام في سنبله لا يجوز
بيعه منفردا عن سنبله بلا خلاف كما لا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن *
قال أصحابنا ولو باع الحنطة لم يصح بلا خلاف لما ذكرناه (أما) إذا باع هذا
النوع مع سنبله فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الاصح)
الجديد لا يصح بيعه (والقديم) صحته وفي الارز طريقان (المذهب) صحة
بيعه في سنبله كالشعير ولانه يدخر في قشره فأشبه العلس وبهذا
الطريق قال ابن القاص وأبو علي الطبري والاكثرون وصححه القاضي أبو
الطيب وصاحب الشامل والرافعي (والثاني) فيه القولان كالحنطة قاله
الشيخ أبو حامد والله تعالى أعلم * (فرع) لا يجوز بيع الجزر والثوم والبصل
والفجل والسلق في الارض لان المقصود مستور ويجوز بيع أوراقها
الظاهرة بشرط القطع ويجوز بيع القنبيط في الارض لظهوره وكذا نوع
من الشلجم يكون ظاهرا وهو بالشين المعجمة والجيم - والقنبيط - بضم
القاف وفتح النون المشددة - كذا هو في صحاح الجوهري وغيره وقد
سبق هذه المسألة قريبا * (فرع) قال أصحابنا يجوز بيع اللوز في الاعلى
قبل انعقاد الاسفل لانه مأكول كله كالتفاح * (فرع) حيث قلنا ببطلان البيع
في هذه الصور السابقة فهل هو تفريع على بطلان بيع الغائب فيه
طريقان سبقا عن حكاية الماوردي (أحدهما) وبه قطع امام الحرمين هو
مفرع عليه فان جوزنا بيع الغائب صح البيع في كل هذه الصور (والطريق
الثاني) وبه قطع البغوي في بيع الجزر ونحوه ليس هو مفرعا عليه بل هو
باطل على القولين لان في بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد العقد بصفته
وهنا لا يمكن وهذا الطريق هو الاصح وقد سبق عن الماوردي أنه نقله عن
جمهور أصحابنا وسبق ايضاح الفرق

[309]

(فرع) إذا قلنا بالبطلان في هذه الصور فباع الجوز مثلا في قشره الا على
مع الشجر أو باع الحنطة في سنبلها مع الارض فطريقان (أحدهما) يبطل
البيع في الجوز والحنطة وفي بطلانه في الشجر والارض قولاً تفريق
الصفقة (وأصحهما) القطع بالبطلان في الجميع للجهل بأحد المقصودين
وتعذر التوزيع * ولو باع أرضا مبدورة مع البذر فوجهان مشهوران وقد
ذكرهما المصنف في باب بيع الاصول والثمار (أحدهما) يصح في الارض
وفي البذر تبعا لها (والثاني) وهو الصحيح باتفاق الاصحاب ببطلان البيع في
البذر ثم في الارض الطريقان قال الرافعي ومن قال بالصحة لا يقول

بالتوزيع بل يوجب جميع الثمن بناء على قولنا بالضعيف في تفريق الصفة أنه يأخذ بجميع الثمن والله سبحانه أعلم * (فرع) ثبتت الأحاديث الصحيحة (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة) قال العلماء المحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بكيل معلوم من الحنطة واتفق العلماء على بطلانها وله علتان مع الحديث (أحدهما) أنه بيع حنطة وتبن بحنطة وذلك ربا (والثانية) أنه بيع حنطة في سنبلها * فلو باع شعيرا في سنبله بحنطة خالصة صافية وتغابضا في المجلس جاز بلا خلاف ولو باع زرعا قبل ظهور حبه بحب من جنسه صح البيع بلا خلاف لان الحشيش ليس ربويا * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع الحنطة في سنبلها * ذكرنا أن الصحيح في مذهبنا بطلانه وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد يصح * دليلنا ما ذكره المصنف * (فرع) في مذاهبهم في بيع الجزر والبصل والثوم والشلجم والفجل وهو غائب في منبته * قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلان بيعه وحكاه ابن المنذر عن الشافعي وأحمد قال وأجازه مالك والأوزاعي وأسحق قال ابن المنذر وبطلانه أقول لانه غرر * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع مجهول القدر فان قال بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لحديث أبي هريرة رضى الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفى بيع البعض غرر لانه يقع على

[310]

القليل والكثير ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالمسلم * وان قال بعتك هذه الصبرة جاز وان لم يعرف قفزاتها وان قال بعتك هذه الدار أو هذا الثوب جاز وان لم يعرف ذرعانها لان غرر الجهالة ينتفي عنهما بالمشاهدة قال الشافعي وأكره بيع الصبرة جزافا لانه جهل قدرها على الحقيقة * وان قال بعتك ثلثها أو ربعها أو بعتك الا ثلثها أو ربعها جاز لان من عرف الشيء عرف ثلثه أو ربعه وما يبقى بعدهما * وان قال بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها أو هذه الدار أو هذا الثوب الا ذراعا منه نظرت فان علما مبلغ قفران الصبرة وذرعان الدار والثوب جاز لان المبيع معلوم وان لم يعلم ذلك لم يجز لما روى جابر (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا) ولان المبيع هو الباقي بعد القفيز والذراع وذلك مجهول * وإن قال بعتك عشرة أفرزة من هذه الصبرة جاز لانها معلومة القدر والصفة فان اختلفا فقال البائع أعطيك من أسفلها وقال المشتري من أعلاها فالخيار إلى البائع فمن أي موضع أعطاه جاز لانه أعطاه من الصبرة وإن قال بعتك عشرة أذرع من هذه الدار أو عشرة أذرع من هذا الثوب فان كانا يعلمان مبلغ ذرعان الدار والثوب وانها مائة ذراع صح البيع في عشرها لان العشرة من المائة عشرها فلا فرق بين أن يقول بعتك عشرها وبين أن يقول بعتك عشرة من مائة ذراع منها وان لم يعلما مبلغ ذرعان الدار والثوب لم يصح لانه ان جعل البيع عشرة أذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه عشرها أو ثلثها أو سدسها وان جعل البيع في عشرة أذرع من موضع بعينه لم يعرف صفة المبيع فان أجزاء الثوب والدار تختلف وقد يكون بعضها أجود من بعض وان قال بعتك عشرة أذرع ابتداء من هذا المكان ولم يبين المنتهى ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان أجزاء المبيع مختلفة وقد ينتهي إلى موضع يخالف موضع الابتداء (والثاني) أنه يصح لانه يشاهد السمات وان بين الابتداء والانتهاء صح في الدار (وأما) في الثوب فانه ان كان مما لا ينقص قيمته بالقطع فهو كالدار وان كان مما ينقص لم يصح لانه شرط إدخال نقص عليه فيما لم يبيع من الثوب ومن أصحابنا من قال يصح لانه رضى بما يدخل

[311]

وسبق بيانه * وحديث جابر المذكور في الكتاب أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثنيا) رواه مسلم في صحيحه هكذا من رواية الترمذي والنسائي وزاد (نهى عن بيع الثنيا الا أن يعلم) قال الترمذي وهو حديث حسن صحيح وهذه الزيادة التي ذكرها الترمذي والنسائي حسنة فانها مبينة لرواية مسلم المذكورة في الكتاب * وقد سبق بيان القفيز وأن الذراع تؤنث وتذكر والتأنيث أفصح (وقوله) لان نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدره احتراز من شرط الثواب في الهبة على أحد القولين والله سبحانه وتعالى أعلم * (أما) الاحكام فقال الشافعي والاصحاب رحمهم الله يشترط العلم بمقدار المبيع وهذا لا خلاف فيه للحديث الصحيح (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر) فلو قال بعثك بعض هذه الصبرة أو بعض العبد أو الثوب ونحوه لم يصح بلا خلاف لانه يقع على القليل والكثير (أما) إذا قال بعثك صاعا من هذه الصبرة فله حالان (أحدهما) أن يعلم ما مبلغ صيعانها فيصح البيع بلا خلاف وينزل على الاشاعة فإذا كانت الصبرة مائة صاع فالمبيع عشر عشرها فلو تلف بعضها تلف بقدره من المبيع هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور * وحكي امام الحرمين في تنزيه وجهين (أحدهما) هذا (والثاني) المبيع صاع من الجملة غير مشاع أي صاع كان وعلى هذا قالوا يبقى المبيع ما بقى صاع ولو تلف بعضها لم يقسط على المبيع وغيره (الحال الثاني) إن كان لا يعلم ما مبلغ صيعانها فوجهان (أحدهما) وهو اختيار القفال لا يصح البيع كما لو فرق صيعانها وقال بعثك صاعا منها فانه لا يصح على المذهب وبه قطع الاصحاب الا القاضي أبا الطيب فصحه وسبق نقله عنه (والوجه الثاني) يصح وهو المذهب المنصوص وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وطوائف من غيرهم لان المبيع معلوم القدر فصار كالبيع بدرهم مطلق فانه يصح وينزل على النقد الغالب ولا يشترط أن يبين صفة الدرهم ولا وزنه لكونه معروفا وكذا الصاع وفي فتاوى القفال أنه كان إذا سئل عن هذه المسألة يفتى بالصحة مع أنه يعتقد البطلان فيقال له فيقول المستفتى يستفتيني عن مذهب الشافعي رضى الله عنه لا عن اعتقادي (فإذا قلنا) بالمذهب وهو الصحة فالمبيع صاع منها أي صاع كان فلو تلف جميعها الا صاعا تعين العقد فيه والبائع بالخيار ان شاء سلم صاعا من أعلاها وان شاء من أسفلها وان شاء من جوانبها ولا يضر كون باطن الصبرة غير مرئي لان رؤية ظاهر الصبرة كروية

[312]

وكلها وهذا الذي ذكرناه من أنه إذا تلفت الا صاعا واحدا تعين العقد هو المذهب وبه قطع الجمهور منهم إمام الحرمين والرويانى والرافعي * وقال صاحبا العدة والبيان لا يتعين خلافا لابي حنيفة بل يكون مشتركا وهذا شاذ باطل والصواب الاول * قال الرويانى فلو تلفت كلها الا بعض صاع يسلمه إلى المشتري ان رضيه وسقط من الثمن بقدر ما فات من

الصاع والله سبحانه أعلم * (فرع) قال الشافعي والاصحاب لو قال بعتك هذه الصبرة الا صاعا منها فان كانت مجهولة الصيعان لم يصح البيع لان المبيع مجهول القدر وليس متميزا حتى تكفى في المشاهدة وان كانت معلومة الصيعان صح البيع ونزل على الاشاعة كما سبق فان كانت عشرة أصع كان المبيع تسعة أعشارها واحتج القفال فيما إذا كانت مجهولة بأنه لا يصح بيع صاع من صبرة كما حكينا عن اختياره قال الغزالي في الوسيط في توجيه قول القفال أي فرق بين استثناء المعلوم من المجهول والمجهول من المعلوم والابهام يعمهما قال وفي الفرق غموض واعتراض على الغزالي في هذا بأنه ليس فيه غموض لان المبيع معلوم المقدار في مسألة بيع صاع من الصبرة بخلاف الصبرة الا صاعا والله سبحانه أعلم * (فرع) إذا باع الصبرة من الحنطة أو الشعير أو الجوز أو غير ذلك جزافا ولم يعلم واحد منهما قدرها كيلا ولا وزنا ولكن شاهدها فالبيع صحيح بلا خلاف عندنا ويكفي رؤية ظاهرها لان الظاهر أن أجزاءها متساوية ويشق تقليبها والنظر إلى جميع أجزائها بخلاف الثوب المطوى * قال الشافعي والاصحاب وكذا لو باع بصبرة من الدراهم جزافا لا يعلم واحد منهما قدرها لكنها مشاهدة لهما صح البيع بلا خلاف عندنا لكن هل يكره بيع الصبرة جزافا والبيع بصبرة الدراهم جزافا فيه قولان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) يكره وبه قطع المصنف وآخرون لما فيه من الغرر (والثاني لا يكره لانها مشاهدة وممن حكى القولين من العراقيين صاحب البيان ونقل أصحابنا عن مالك انه قال إذا علم البائع كيل الصبرة ولم يبينه بطل البيع * (فرع) إذا باعه نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو ربعها أو عشرها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة أو باعها الا نصفها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة صح البيع بلا خلاف (أما) إذا

[313]

قال بعتك بعض هذه الصبرة أو نصيبا منها أو جزءا أو هما أو ما شئت ونحو هذا من العبارات التي ليس فيها قدر معلوم فالبيع باطل بلا خلاف لانه غرر * ولو قال بعتك هذه الصبرة وهي عشرة أقدرة على أن أنقصك قفيزا منها جاز لانه باعه تسعة أعشارها * ولو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم أو هذه الاغنام كل شاة بدرهم صح البيع في الجميع كما ذكرنا ولا تضر جهالة جملة الثمن لان الثمن معلوم التفصيل والمبيع معلوم بالمشاهدة فانتهقى الغرر هذا هو المذهب وبه قطع الاصحاب في طرقهم * وحكى الدارمي والرافعي وجهها لابي الحسين بن القطان أنه لا يصح البيع في شيء من ذلك وهذا شاذ ضعيف * ولو قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لان من للتبعيض ولفظ كل للعدد فيصير كانه قال بعتك أقدرة من هذه الصبرة هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور * وفيه وجه ضعيف لابن سريج أنه يصح في صاع واحد بدرهم حكاه عنه الرويانى وآخرون وحكاه الدارمي كما قال في نظيره في الاجارة إذا قال اجرتك من هذه الصبرة كل شهر بدرهم أنه يصح في الشهر الاول بدرهم * ونقل إمام الحرمين في كتاب الاجارة عن الاصحاب أنهم قالوا إذا قال بتعك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم لم يصح البيع لانه لم يصف إلى جميع الصبرة بخلاف ما لو قال بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم قال وكان ينبغي أن يفرق فيقال ان قال بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم بطل على المذهب ويصح قول ابن سريج في صاع واحد قال وكذلك يفرق في الاجارة وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد الجويني فسوى بين قوله بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم وبين قوله بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم

فصح البيع في الصورتين في جميع الصبرة والمذهب الذي قطع به الجمهور الفرق وهو صحته في بعثك الصبرة كل صاع بدرهم وبطلانه في بعثك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم والله سبحانه أعلم * (أما إذا قال بعثك عشرة من هذه الاغنام بمائة درهم وعلم عدد الشياه فلا يصح البيع بلا خلاف بخلاف مثله في الصبرة والثوب والارض فانه يصح وينزل على الاشاعة لان قيمة الشياه تختلف * ولو قال بعثك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم أو قال مثله في الارض أو الثوب نظر إن خرج المبيع كما ذكر صح البيع وان زائدا أو ناقصا

[314]

فقولان مشهوران (أصحهما لا يصح البيع لتعذر الجمع بين الامرين (والثاني) يصح لوجود الاشارة إلى الصبرة ويلغو الوصف فعلى هذا إن خرج ناقصا فللمشتري الخيار فان اجاز فوجهان (أصحهما) يخير بقسط الموجود لانه قابل كل صاع بدرهم (والثاني) يخير بجميع الثمن لانه قابل الجملة به وان خرج زائد فللمن تكون الزيادة فيه وجهان (أصحهما) للمشتري فعلى هذا لا خيار له قطعا ولا للبائع على أصح الوجهين (والثاني) يكون للبائع فعلى هذا لا خيار له وفي ثبوته للمشتري وجهان (أصحهما) ثبوته والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) لو كانت الصبرة على موضع من الارض فيه ارتفاع وانخفاض فباعها وهي كذلك أو باع السمن أو نحوه في طرف مختلف الاجزاء رقة وغلطا ففيه ثلاثة طرق (أصحها) أن في صحة البيع قولى بيع الغائب لانه لم يحصل رؤية تفيد المعرفة (والثاني) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان وهذا ضعيف قال الرافعي وهو ضعيف وإن كان منسوبا إلى المحققين (فان قلنا) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكّن من تخمينه برؤية ما تحتها (وإن قلنا) بالبطلان فلو باع الصبرة والمشتري يظنها على أرض مستوية فبان تحتها دكة فهل يتبين بطلان البيع فيه وجهان (أصحهما) لا بل هو صحيح وللمشتري الخيار كالعيب والتدليس وبهذا قطع صاحب الشامل وغيره (والثاني) يبطل وهو اختيار الشيخ أبو محمد لان معرفة المقدار تخمينيا أو تحقيقا شرط وقد تبينا فواتها * (فرع) قال أصحابنا إذا قال بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا فان أراد بذلك هبة فباع لم يصح لانه شرط عقد في عقد وان أراد بيعه فباع آخر من غير الصبرة لم يصح لانه إن كان الصاع مجهولا فهو بيع مجهول وإن كان معلوما لم يصح إذا كانت الصبرة مجهولة الصيعان لانا نجعل تفصيل الثمن وجملته وان أراد أنه يزيد صاعا من هذه الصبرة وأنها إن خرجت عشرة أصع كان الثمن تسعة دراهم فينظر إن كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصح البيع بلا خلاف لانه لا يعلم حصة كل صاع وإن كانت معلومة الصيعان فوجهان مشهوران في كتب العراقيين

[315]

حكاها الشيخ أبو حامد ومتابعوه وغيرهم (أصحهما) يصح وبهذا قطع إمام الحرمين والغزالي والبعوي والرافعي ومعظم الخراسانيين وإذا كانت عشرة أصع فقد باعه كل صاع وتسع صاع بدرهم (والثاني) لا يصح رجحه الشيخ أبو حامد والرويانى وادعى الرويانى أن العراقيين كلهم جزموا به

سوى القاضى أبى الطيب وغلط في هذه الدعوي فالخلاف مشهور في ذلك في كتب العراقيين كالشيخ أبى حامد والماوردي والمحاملى وغيرهم والمذهب الصحة * وان قال بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعا فان أراد رد صاع إليه فالبيع باطل وان أراد انها ان خرجت تسعة أصع أخذت منك عشرة دراهم فان كانت الصيعان مجهولة لم يصح البيع بلا خلاف وان كانت معلومة فوجهان (الصحيح) الذي قطع به العراقيون والجمهور وغيرهم صحة البيع فإذا كانت تسعة أصع فقد باع كل صاع بدرهم وتسع (والثانى) لا يصح لقصور العبارة عن الحمل المذكور حكاة الرافعي * ولو قال بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على ان ازيدك صاعا أو أنقصك صاعا ولم يبين انه ينقصه أو يزيده لا يصح البيع بلا خلاف قال الرويانى ولو قال بعتكها كل صاع بدرهم على ان تهب لى منها صاعا لم يصح لانه شرط هبة البائع وان اراد ان الثمن بجملته يقابل جميع الصبرة الا صاعا منها وهى معلومة الصيعان صح البيع وبصير كأنه باع كل صاع بدرهم وتسع دراهم أعني إذا كانت عشرة أصع فان اراد أنه يأخذ جميع الصيعان العشرة ويعطيه أحد عشر درهما جاز ايضا إذا كانت معلومة وان قال ازيدك من غيرها لم يصح بكل حال للجهالة * قال فلو قال بعتك هذا الثوب أو الارض كل ذراع بدرهم على أن ازيدك ذراعا أو قال على أن أنقصك ذراعا فحكمه حكم نظيره من الصبرة * (فرع) لو كانت له صبرة بعضها حنطة وبعضها شعير مختلط وباع جميعها جزافا جاز لان المبيع مشاهد وان باع منها فان كانت الحنطة والشعير سواء جاز قطعاً والا فوجهان حكاهما الرويانى (أصحهما) الجواز * (فرع) لو كان له صبرة ولاخر صبرة فقال بعتك من صبرتي بقدر صبرتك بدينار لم

[316]

يصح البيع نص عليه الشافعي في كتاب الصرف واتفقوا عليه * (فرع) فيما إذا كان البيع فيما لا تتساوى أجزاءه كالارض والدار والثوب ففيه مسائل (إحداها) إذا قال بعتك هذه الدار كل ذراع بدرهم جاز سواء علما ذراعها أم لا كما قلنا في بيع الصبرة كل صاع بدرهم هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور * وقال الماوردي في الحاوى ان علما ذراعها صح والا فوجهان (أحدهما) وهو قول اصحابنا البصريين يجوز كالصبرة (والثاني) وهو قول اصحابنا البغداديين لا يجوز للجهل بجملة الثمن قال الرويانى لعله اراد بالبغداديين بعضهم (أما) إذا قال بعتك ربع هذه الدار أو ثلثها فيصح قطعاً سواء علما ذراعها أم لا وان قال بعتك من هذه الدار كل ذراع بدرهم لم يصح قطعاً ولا يحث فيه الوجه السابق في نظيره من الصبرة عن ابن سريج أنه يصح في صاع واحد لان أجزاء الدار تختلف بخلاف الصبرة * ولو قال بعتك من هذه الدار عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فان كانت ذراعها مجهولة لهما أو لاحدهما لم يصح البيع بلا خلاف بخلاف نظيره من الصبرة فانه يصح على الاصح والفرق ما ذكرناه الآن من اختلاف أجزاء الدار دون الصبرة وان كانت ذراعها معلومة لهما صح البيع عندنا وحمل على الاشاعة فإذا كانت مائة ذراع كان المبيع عشرين صاعاً وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح وهو وجه لبعض اصحابنا حكاة الرافعي (والصحيح) المشهور الصحة وبه قطع الاصحاب قال إمام الحرمين الا أن يقصد أذرعاً معينة فيبطل البيع كشاة من القطيع * ولو اختلفا فقال المشتري أردت الاشاعة فالعقد صحيح فقال البائع بل أردت معينة فغيمن يصدق احتمالان (أرجحهما) يصدق البائع لانه أعلم بنيته وهذا بخلاف ما لو اختلفا في شرط مفسد للعقد فان الاصح تصديق مدعى الصحة لانه ليس هناك مرجح

والظاهر جريان عقود المسلمين صحيحة (وأما) هنا فيترجح جانب الناوي
لانه أعلم بنيته والله سبحانه أعلم (الثانية) إذا قال في الدار أو الأرض بعثك
من هنا إلى هنا صح البيع بلا خلاف وان وقف في وسطها فقال بعثك أذرعاً
ابتدأوها من هنا ولم يبين إلى أي جهة تدرع لم يصح بلا خلاف لانه يختلف
ويتفاوت به الغرض وان قال ابتدأوها من هنا إلى هذه الجهة في جميع

[317]

العرض ولم يبين إلى أين ينتهي فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف
والاصحاب (أصحهما) الصحة وهو قول أبي اسحق المروري وأبي علي بن
أبي هريرة وصححه الاكثرون منهم والرافعي وغيرهم لانتفاء الغرر
(والثاني) لا يصح لانه قد ينتهي الذرع إلى موضع يخالف الابتداء وصحح
الرويانى في البحر هذا (الثالثة) إذا باع ذراعاً أو أذرعاً من ثوب فان كانت
ذرعانه معلومة لهما صح البيع ونزل على الاشاعة فان كان باعه ذراعاً
والجملة عشرة كان المبيع العشر شائعاً كما سبق في الصبرة وفي الأرض
والدار هذا هو المذهب وفيه الوجه الشاذ السابق في الدار والأرض
والصبرة أنه لا يصح البيع والصواب الاول * وان كانت ذرعاً مجهولة لهما أو
لاحدهما نظران كان الثوب مما لا تنقص قيمته بالقطع كالكرباس الغليظ
ونحوه فوجهان حكاهما الشيخ أبو محمد الجويني وامام الحرمين والغزالي
ومن تابعهم (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور يصح البيع كبيع أذرع
من أرض وصيعان من صبرة (والثاني) لا يصح لانه لا يلزم منه تغيير عين
المبيع وان كان تنقص قيمته بالقطع فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف
والاصحاب (الصحيح) المنصوص أنه لا يصح لانه شرط ادخال نقص في عين
المبيع (والثاني) يصح لانه رضى بالضرر وهذا الوجه قول ابن سريج واختاره
صاحب التقريب القاسم بن القفال الساسى وقاسوه على بيع ذراع من
الدار وعلى بيع أحد زوجي الخف فانه يصح وان نقصت قيمتهما بتقدير
التفريق والفرق أن ذلك النقص ليس في نفس الخف بخلاف مسألتنا * وإذا
جمعت صورتى الثوب قلت إذا باع ذراعاً من ثوب مجهول الذرعان فثلاثة
أوجه (أحدها) الصحة (والثاني) البطلان (وأصحها) ان لم تنقص قيمته
بالقطع صح والا فلا وطريق من أراد شراء ذراع من ثوب حيث قلنا لا يصح
أن يواطئ صاحبه على شرائه ثم يقطعه قبل الشراء ثم يشتريه بعد قطعه
فيصح بلا خلاف والله تعالى أعلم * (فرع) إذا باع جزءاً شائعاً من سيف أو
سكين أو اناء أو نحوها صح بلا خلاف وصار مشتركاً ولو عين بعضه وباعه لم
يصح هكذا قطع به الاصحاب قال الرافعى القياس أن يحنى فيه الوجهان
السابقان في ذراع من ثوب ينقص بالقطع (أما) إذا باع جزءاً معيناً من جدار
أو اسطوانة ونحوها فان

[318]

كان فوجه شئ لم يصح لانه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوجه وان لم يمكن
نظر ان كان قطعة واحدة من طين أو خشب أو غيرهما لم يصح وان كان
من لبن أو آجر جاز هكذا أطلقه صاحب التلخيص قال الرافعى وهو محمول
عند الاصحاب على ما إذا جعلت النهاية صنفاً من الآجر أو اللبن دون ما إذا
جعل المقطع نصف سمكها قال الرافعى وفي تجويزه إذا كان من آجر أو

لبن إشكال وان جعلت النهاية ما ذكره لان موضع الشق قطعة واحدة ولان رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي فليفسد البيع ولهذا قالوا لو باع جذعا في بناء لم يصح البيع لان النقص يحصل بالهدم قال ولا فرق بين الجذع والأجر وكذا الحكم لو باع فصا في خاتم * (فرع) قال أصحابنا إذا قال بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم الا ما يخص ألفا إذا وزعت الثمرة على ثلاثة آلاف صح البيع ويكون قد استثنى ثلثها فيحصل البيع في ثلثها بثلاثة آلاف ولو قال بعتكها بأربعة آلاف الا ما يخص ألفا صح البيع في ثلاثة أرباعها بأربعة آلاف ولو قال الا ما يساوي ألفا لم يصح البيع لان ما يساوي الألف مجهول * (فرع) لو قال بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة ففي صحة البيع وجها (أحدهما) لا يصح كما لو أسلم في ملئه (وأصحهما) الصحة لانه لا غرر فيه في صورة البيع * ولو عين في البيع أو السلم مكيالا معتادا فوجهان (أحدهما) يفسد البيع والسلم لاحتمال تلفه (وأصحهما) الصحة في البيع والسلم ويلغوا تعيينه كسائر الشروط التي لا غرض فيها والله سبحانه وتعالى أعلم * * قال المصنف رحمه الله * (وان قال بعتك هذا السمن مع الطرف كل منا بدرهم نظرت فان لم يعلم مقدار السمن والطرف لم يجز لان ذلك غرر لان الطرف قد يكون خفيفا وقد يكون ثقيلًا وان علما وزنهما جاز لانه لا غرر فيه) * (الشرح) المنا على وزن العصا هو رطلان بالبغدادي وفيه لغة ضعيفة من بتشديد النون قال أصحابنا في بيع السمن في الطرف مسائل (أحداها) إذا كان السمن أو الزيت أو غيرهما من الأدهان

[319]

ونحوها مما لا يختلف في طرف فراه ثم اشترى منه رطلا أو اربطالا صح البيع كما سبق بيانه في مسائل الصبرة هكذا قطعوا به ويحى فيه الوجه السابق عن القفال في بيع صاع من الصبرة وقد أشار إليه صاحب التئمة (الثانية) إذا رآه ثم اشتراه مع طرفه بعشره دراهم مثلا صح البيع سواء كان طرفه من فخار أو خشب أو حديد أو نحاس أو كان زقا وسواء عرفا وزنهما أم لا هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور قال الروياني وحكى بعض أصحابنا الخراسانيين قولين فيما إذا لم يعلم الوزن قال وليس هذا بشئ * ولو اشترى نصفه أو ربعه صح (الثالثة) إذا قال بعتك جميع هذا السمن كل رطل بدرهم صح البيع ويوزن السمن في شئ آخر ويوزن في طرفه ثم يسقط وزن الطرف بعد تفريغه هكذا قطع به الاصحاب وينبغي أن يحى فيه الوجه السابق عن أبى الحسين ابن القمطان في مثله في الصبرة (الرابعة) إذا قال بعتك كل رطل بدرهم على أن يوزن معه الطرف ثم يحط وزن الطرف صح البيع بالاتفاق كالصورة التي قبلها لانها هكذا تباع في العادة ولانه لا غرر (الخامسة) إذا قال بعتك هذا السمن كل رطل بدرهم على أن يوزن الطرف معه وبحسب على المشتري وزنه ولا يكون الطرف مبيعا فالبيع باطل باتفاق الاصحاب لانه شرط في بيع السمن أن يزن معه غيره وليس ذلك الوزن معه مبيعا فلم يصح كما لو قال بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أكيل معها شعيرا هكذا أطلقه الاصحاب ولم يفرقوا بين أن يعلم وزن الطرف أم لا قال ابن الصباغ وينبغي أن يجوز إذا علما وزن الطرف والسمن ويكون كقوله بعتك الصبرة على أن أنقصك صاعا وأحسب ثمنه عليك وهى معلومة الصيعان لانه لا غرر حينئذ وحكى المتولي هذا وجها لبعض الاصحاب وحكى الروياني كلام الاصحاب ثم حكى كلام ابن الصباغ عن بعض الاصحاب ولم يسمه ومراده ما نقله المتولي أو ما قاله ابن الصباغ فهو كثير النقل عنهما (السادسة) إذا قال بعتك هذا السمن بطرفه

كل رطل من المجمو بدرهم فثلاثة أوجه (أصحها) عند الجمهور وأشهرها
وبه قطع المصنف والشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي أبو الطيب في
المجرد وجمهور سائر العراقيين وصححه المتولي وآخرون انهما إن علما
وزن كل واحد صح البيع والا فلا لما ذكره المصنف (والثاني) يصح مطلقا
وهو الاصح

[320]

عند البغوي وبه قال الدارمي واختاره ابن الصباغ لان جملة المبيع مرئية ولا
يضر اختلاف قيمتها كما لو اشترى فواكه من اجناس وهي مختلطة وزنا أو
حنطة مختلطة بالشعير كيلا فانه يصح (والثالث) أنه لا يصح مطلقا حكاة
البغوي وغيره لان المقصود السمن وهو مجهول بخلاف الفواكه فانها كلها
مقصودة قال أصحابنا وصورة المسألة أن يكون للطرف قيمة فان لم يكن
له قيمة لم يصح البيع بلا خلاف لانه شرط عليه ما لا قيمة له وأخذ الثمن
في مقابلة وزنه (السابعة) إذا قال بعثك هذا السمن بعشرة على أن أزنه
بظرفه ثم أسقط الثمن بقسط وزن الطرف قال الرويانى والاصحاب ان
كانا عند العقد عالمين قدر وزن الطرف وقدر قسطه صح البيع وان جهلاه
أو أحدهما لم يصح لانهما لا يعلمان هل يكون المسقط درهمين فيكون
الثمن عشرة أو أقل أو أكثر فصار الثمن مجهولا قالوا وهذا بخلاف ما لو
قال بعثك هذا السمن كل رطل ثم أطرف كذا وزن الطرف فانه يصح كما
سبق لان حاصله بيع السمن جميعه كل رطل بدرهم فلا يضر جهالة وزن
الطرف * (فرع) ذكرنا أنه إذا اشترى السمن ونحوه مع طرفه جزافا صح
البيع هكذا أطلقه الجمهور قال القاضي حسين والمتولي هذا إذا كانا قد
شاهدا الطرف فارغا وعرفا قدر ثخانتة أو كانت ثخانتة معلومة بالعادة وان
كان الطرف مما تختلف ثخانتة وتتفاوت لم يصح البيع لانه لو باع السمن
وحده والحالة هذه لم يصح البيع للجهل بقدره فإذا باعهما فأولى بالبطلان
قال القاضي حسين ولو كان الطرف يستوفه (1) ورأى أعلاها فان كانت
جوانبها مستترة لم يصح البيع وان كانت مكشوفة ولكن أسفلها مستتر
قال الاصحاب لا يصح قال القاضي وعندي أنه يصح لانه يستدل بالجوانب
على الاسفل لان الغالب استواؤهما فان خرج اغلظ من الجوانب ثبت
الخيار كما لو اشترى صبرة فخرج تحتها دكة * (فرع) قال البغوي والاصحاب
لو قال بعثك المسك مع فأرته كل مثقال بدينار فهو

(1) كذا بالاصل فحرر

[321]

كبيع السمن بظرفه كل رطل بدرهم ويجئ فيه باقى المسائل * (فرع) قد
ذكرنا أنه إذا باع السمن مع طرفه جزافا صح البيع قال أصحابنا ولو باع لبنا
مخلوطا بالماء لم يصح بلا خلاف والفرق أن المقصود وهو اللبن غير متميز
ولا معلوم (وأما) هنا فالمقصود السمن وهو متميز فصار كما لو باع عبدا
وعليه ثوب مع الثوب فانه يصح بالاجماع * (فرع) إذا اشترى جامدا في

طرفه كالدقيق والحنطة والتمر والزبيب وغير ذلك موازنة كل رطل بدرهم بشرط أن يوزن مع طرفه ثم يسقط قدر وزن الطرف فوجهان حكاهما الماوردي والرويانى (أحدهما) لا يصح البيع لان الجامد لا يحتاج إلى وزنه مع طرفه لامكان وزنه بدونه قالوا وإلى هذا ميل أبى اسحق المروزي (والثانى) يصح وهذا مقتضى كلام جمهور الاصحاب وهو الصواب إذ لا مفسدة فيه ولا عرر ولا جهالة * (فرع) إذا اشترى سمنا أو غيره من المائعات أو غيرها في طرفه كل رطل بدرهم مثلا على أن يوزن بطرفه ويسقط أرطال معينة بسبب الطرف ولا يوزن الطرف فالبيع باطل بلا خلاف لانه عرر ظاهر وهذا من المنكرات المحرمة التي تقع في كثير من الاسواق * قال المصنف رحمه الله * (واختلف أصحابنا في بيع النحل في الكندوج فقال ابو العباس يجوز بيعه لانه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه * ومن أصحابنا من قال لا يجوز وهو قول أبى حامد الاسفراينى لانه قد يكون في الكندوج ما لا يخرج وان اجتمع فرخه في موضع وشوهد جميعه جاز بيعه لانه معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه) * (الشرح) الكندوج - بكاف مضمومة ثم نون ساكنة ثم دال مهملة مضمومة ثم واو ثم جيم - وهو الخلية وهو عجمى معرب والخلية عربية ويقال لها الكوارة أيضا قال أصحابنا بيع النحل في الجملة جائز لانه حيوان طاهر منتفع به فأشبه الحمام فان كان فرخه مجتمعا على غصن أو غيره وشاهده كله صح بيعه بلا خلاف عندنا فان كان في الخلية ولم يره في دخوله وخروجه فهو من بيع الغائب وقد

[322]

سبق بيانه فيفرق بين أن يصفه أو لا يصفه فان رآه في دخوله وخروجه ولم يعرف أنه خرج جميعه وقلنا لا يجوز بيع الغائب ففي بيعه والحالة هذه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الاصح) الصحة لانه يعرف غالبا ولان الحاجة تدعو إليه ولا تمكن رؤيته مجتمعا الا في لحظة لطيفة في نادر من الاحوال فلو اشترطت رؤيته مجتمعا لامتنع بيعه غالبا وفي ذلك حرج (والثانى) لا يصح وصحة الرويانى وصاحب الانتصار * فلو طار ليرعى فباعه وهو طائر وعادته أن يعود في آخر النهار كما هو الغالب وقد رآه قبل طيرانه ففي صحة بيعه وجهان حكاهما الماوردي والرويانى وآخرون (أحدهما) لا يجوز بيعه وبه قطع البغوي لانه غير مقدور عليه في الحال فلم يصح بيعه كالحمام وغيره من الطير الالوف إذا باعه في حال طيرانه (وأصحهما) يصح وبه قال ابن سريج قطع به المتولي لان الغالب عوده إلى موضعه فجاز بيعه كعبد خرج لقضاء شغل ويخالف سائر الطيور لانه يمكن امساكها وحبسها عن الطيران بالعلف في برجها (وأما) النحل فلا بد من الطيران ليرعى ولو حبس عنه تلف ولا يمكن الانتفاع به الا إذا طار واجتني ما يحصل به العسل والطير يمكن الانتفاع به محبوسا والله سبحانه أعلم * (فرع) في مذاهب العلماء في أصل بيع النحل * ذكرنا أن مذهبنا جوازه وبه قال أحمد ومحمد والحسن * وقال أبو حنيفة لا يجوز كالزنبور والحشرات * واحتج أصحابنا بأنه حيوان طاهر منتفع به فجاز بيعه كالشاة بخلاف الزنبور والحشرات فانه لا منفعة فيها والله سبحانه أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع الحمل في البطن لما روي ابن عمر رضى الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المجر) والمجر اشتراء ما في الارحام ولانه قد يكون حملا وقد يكون ربحا وذلك عرر من غير حاجة فلم يجز ولانه إن كان حملا فهو مجهول القدر ومجهول الصفة وذلك عرر من غير حاجة فلم يجز * وإن باع حيوانا وشرط أنه حامل ففيه قولان (أحدهما) ان البيع

باطل لانه مجهول الوجود مجهول الصفة (والثانى) انه يجوز لان الظاهر انه موجود والجهل وبه لا يؤثر لانه لا تمكن رؤيته

[323]

فعفى عن الجهل به كأساس الدار) * (الشرح) حديث ابن عمر رواه البيهقى وأشار إلى تضعيفه وضعفه يحيى بن معين والمجر - بميم مفتوحة ثم جيم ساكنة ثم راء - وهو بيع الجنين كما فسره المصنف وأجمع العلماء على بطلان بيع الجنين وعلى بطلان بيع ما في أصلاب الفحول نقل الاجماع فيهما ابن المنذر والماوردي وغيرهما لانه غرر وللاحاديث ولما ذكره المصنف (أما) إذا باع حيوانا من شاة أو بقرة أو ناقة أو فرس أو جارية أو غيرها وبشرط أنها حامل ففي صحة البيع خلاف مشهور حكاه المصنف والجمهور قولين وحكاه جماعة وجهين ودليلهما في الكتاب (أصحهما) عند الاصحاب الصحة (والثانى) البطلان وقيل يصح في الجارية قولا واحدا حكاه الرويانى وآخرون قالوا لان الحمل في الجارية عيب فيكون اعلاما بالعيب والمشهور أنها على القولين قال أصحابنا هما ميبنان على القولين المشهورين في أن الحمل هل يعرف أم لا (أصحهما) يعرف وله حكم وله قسط من الثمن (والثانى) لا يعرف ولا حكم له ولا قسط من الثمن وقد ذكر المصنف القولين في آخر الباب الاول من كتاب البيوع وسبق شرحهما هناك (وإن قلنا) يعرف صح هنا وإلا فلا * (أما) إذا قال بعتك هذه الجارية وحملها أو هذه الشاة وحملها أو مع حملها أو بعتك هذه الشاة وما في ضرعها من اللبن فوجهان مشهوران (أصحهما) لا يصح البيع وبه قال ابن الحداد والشيخ ابو علي السنجى لانه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم بخلاف البيع بشرط انها حامل فانه وصف بائع فاحتمل (والثانى) يصح وبه قال الشيخ ابو زيد ونقله في البيان عن الاكثرين لانه يدخل عند الاطلاق في البيع فلا يضر ذكره بل يكون توكيدا وبيانا لمقتضاه قال هؤلاء وهذا كما لو قال بعتك هذه الرمانة وجها أو هذا الجوز ولبه فانه يصح قطعاً مع انه لو أفرد اللب بالبيع لم يصح قال القاضى ابو الطيب وينبغي ان يطرد الخلاف في مسألتى الرمانة والجوز أيضا (والمذهب) الجزم بالصحة فيهما (أما) إذا قال بعتك هذه الجبة وحشوها أو بحشوها فطريقان (أحدهما) انه علي الوجهين في قوله بعتك الشاة وحملها (والثانى) يصح قولا واحدا (وأصحهما) الصحة قطعاً لان الحشو داخل في مسمى الجبة فيكون ذكره توكيدا للفظ الجبة

[324]

بخلاف الحمل ولان الحشو متيقن بخلاف الحمل (فإذا قلنا) بالبطلان في هذه الصور قال ابو علي السنجى يكون في مسألة الجبة في صحة البيع في الطهارة والبطانة قولا تفريق الصفة وفي صورة الجارية والشاة يبطل البيع في الجميع لان الحشو يمكن معرفة قيمته قال إمام الحرمين هذا التفصيل حسن * قال أصحابنا ولو باع حاملا وبشرط وضعها لرأس البيع لم يصح بلا خلاف واستدل له صاحب الشامل والاصحاب بانه بشرط لا يقدر على الوفاء به قال أصحابنا وبيض الطير كحمل الجارية والداية في كل ما ذكرناه * (فرع) قال أصحابنا لو باع بشرط انها لبون فطريقان مشهوران

(اصحهما) انه علي القولين في البيع بشرط الحمل لكن الصحة هنا اقوى
(والطريق الثاني) يصح قطعاً لان هذا شرط صفة فيها لا يقتضى وجود
اللبن حالة العقد فهو كشرط الكتابة في العبد فان شرط كون اللبّن في
الضرع في الحال كان فيه القولان في شرط الحمل (اصحهما) الصحة ولو
شرط كونها تدر كل يوم قدرا معلوما من اللبّن بطل البيع بلا خلاف لان ذلك
لا يمكن معرفته ولا ضبطه فلم يصح كما لو شرط في العبد ان يكتب كل
يوم عشر ورقات * (فرع) إذا شرط كونها حاملا أو لبونا وصحنا البيع فلم
يجدها كذلك ثبت الخيار بلا خلاف كما لو شرط ان العبد كاتب فاختلف *
(فرع) قد ذكرنا ان بيع الحمل باطل بالاجماع قال أصحابنا سواء باعه لمالك
الام أو لغيره بخلاف ما إذا باع الثمرة قبل بدو الصلاح لمالك الشجرة فانه
يصح البيع على احد الوجهين لان الثمرة متيقنة الوجود معلومة الصفات
بالمشاهدة بخلاف الحمل * (فرع) إذا باع حاملا بيعا مطلقا دخل الحمل في
البيع بالاجماع ولو باعها الا حملها لم يصح البيع على الصحيح وبه قطع
المصنف في الفصل الاخير من هذا الباب وجمهور الاصحاب كما لو باعها
الا عضوا منها فانه لا يصح بالاتفاق وحكى إمام الحرمين وغيره فيه وجهين
والمذهب (1) ولو كانت الام لانسان والحمل لآخر بالوصية ونحوها فباع الام
لمالك الحمل أو لغيره أو باع جارية

[325]

حاملا بحر فطريقان (اصحهما) وبه قطع الجمهور لا يصح البيع لانه لا يدخل
في البيع فيصير كأنه استثناه (والثاني) فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين
والغزالي واختارا الصحة وصرح الغزالي في مواضع كثيرة من الوسيط ان
الاصح صحة بيع الجارية الحامل بحر وليس كما قال بل الصحيح الذي قطع
به الجماهير بطلان بيعها * ولو باع سمسما واستثنى لنفسه منه الكسب أو
باع قطنا واستثنى لنفسه منه الخشب فالبيع باطل بلا خلاف * ولو باع شاة
لبونا واستثنى لبنها لم يصح البيع على المذهب وبه قطع الجمهور وفيه
وجه شاذ ضعيف جدا انه يصح حكاه الرافعي وجعله صاحب الشامل احتمالا
لنفسه قال لانه يمكن تسليم الاصل دونه بان يخليه في الحال بخلاف
الحمل * (فرع) إذا قلنا بالمذهب أنه يجوز بيع الجارية دون حملها إذا كانت
الام لواحد والولد لآخر فوكلا رجلا لبيعهما معا بصفقة واحدة أو وكل
أحدهما الآخر في بيع ملكه فباعها لم يصح البيع ذكره الروياني وغيره قالوا
لانه لا يملك العقد بنفسه فلا يصح توكيه فيه * (فرع) قال الشافعي في
كتاب الصرف لا خير في أن يبيع الدابة ويشترط عقاقها قال أصحابنا
وغيرهم العقاق - بكسر العين - الحمل وهو أحد القولين وهو منع بيعها
بشرط الحمل هكذا أطبق أصحابنا على تفسيره ويجوز أن يفسر بأنه بشرط
استثناء حملها للبائع * (فرع) ذكر أصحابنا هنا النهى المشهور عن بيع
الملاقيح والمضامين قالوا والملاقيح بيع ما في بطون الحوامل من الاجنة
والمضامين ما في أصلاب الفحول من الماء هكذا فسره أصحابنا وجماهير
العلماء وأهل اللغة وممن قاله من أهل اللغة أبو عبيدة وأبو عبيد والزهري
والهروي والزهري وخلائق لا يحصون قال مالك بن انس وصاحب المحمل
والمحكم المضامين ما في بطون الاناث وهذا ضعيف لانه يكون مكررا مع
الملاقيح قال العلماء وواحدة الملاقيح ملفوحة (وأما) المضامين فواحد
يجوز أن يكون مضمانا ومضمونا الاول كمقدام ومقاديم والآخر كمجنون
ومجانين وقد اشار إلى الاول صاحب المحكم والى الثاني الزهري قال
الزهري سميت بذلك لان الله تعالى أودعها ظهورها فكانها ضمنيتها *

قال المصنف رحمه الله * * (ولا يجوز بيع اللبن في الضرع لما روي عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال لا تبيعوا الصوف على ظهر الغنم ولا تبيعوا اللبن في الضرع) ولأنه مجهول القدر لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن أنه من اللبن ولأنه مجهول الصفة لأنه قد يكون اللبن صافياً وقد يكون كدراً وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز * (الشرح) هذا الاثر عن ابن عباس صحيح رواه الدارقطني والبيهقي وروياه عنه مرفوعاً باسناد ضعيف قال البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروح وليس بقوى قال والمحفوظ أنه موقوف واتفقت نصوص الشافعي والاصحاب على بطلان بيع اللبن في الضرع لما ذكره المصنف ولأن لا يمكن تسليمه حتى يختلط بغيره مما يحدث وهذه العلة هي المرضية عند إمام الحرمين * فلو قال بعثك من اللبن الذى في ضرع هذه الشاة أو البقرة رطلا فطريقان (المذهب) بطلانه وبه قطع الاكثرون لأنه مجهول ولأنه لا يتيقن وجود ذلك القدر (والطريق الثاني) فيه قولاً ببيع الغائب حكاه المتولي وغيره * ولو حلب شيئاً من اللبن فأراه ثم قال بعثك رطلاً مما في الضرع فوجهان مشهوران في كتب الخراسانيين ذكرهما القاضي حسين وإمام الحرمين والفوراني والرويانى وآخرون (أحدهما) يصح كما لو رأى أنموذجاً من خل أو لبن في إناء (وأصحهما) لا يصح لأنه يختلط بغيره مما يدر في الضرع لحظة بلحظة صححه القاضي حسين والرويانى وآخرون * ولو قبض قدراً من الضرع وأحكم شده ثم باع ما فيه فقد ذكر الغزالي في الوسيط في صحته وجهين وهذا نقل غريب لا يكاد يوجد لغيره (والصحيح) بطلان هذا البيع * (فرع) أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وإن كان اللبن مجهولاً لأنه تابع للحيوان ودليله من السنة حديث المصراة * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع اللبن في الضرع * قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه وبه قال جمهور العلماء

منهم ابن عباس وأبو هريرة ومجاهد والشعبي وأحمد واسحق وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر * وقال طاووس يجوز بيعه كيلاً وقال سعيد بن جبير يجوز بيعه وقال الحسن البصري يجوز شراء لبن الشاة شهراً ومثله عن مالك ومحمد بن مسلمة المالكي قالوا لأنه معلوم القدر والصفة في العادة وقاسوه على ما إذا استأجر امرأة للارضاع شهراً فإنه يصح ويستحق اللبن * واحتج اصحابنا بما ذكره المصنف وذكرناه من الاثر عن ابن عباس وكونه مجهولاً مختلفاً مع الحديث الصحيح في النهى عن بيع الغرر (واما) قولهم معلوم القدر والصفة في العادة فغير مسلم والفرق بينه وبين استئجار المرأة للارضاع ان الحاجة تدعو إلى استئجارها بخلاف مسألتنا والله أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقول ابن عباس ولأنه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ولأنه لا يمكن تسليمه الاستئصاله من أصله ولا يمكن ذلك الا بايلاام الحيوان وهذا لا يجوز) * (الشرح) قوله لقول ابن عباس يعني المذكور في الفصل قبله قال الشافعي والاصحاب لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لما ذكره المصنف سواء شرط جزه في الحال أم لا هذا هو

المذهب والمنصوص وبه قطع الجماهير * وفيه وجه أنه يجوز بشرط الجز في الحال حكاه الرافعي وهو شاذ ضعيف * ولو قبض على كفلة من الصوف وهي قطعة جمعها وقال بعتك هذه صح بلا خلاف كذا قاله امام الحرمين والغزالي كما لو باع شجرة في ارض قال الغزالي وفيه احتمال لانه يتغير به عين المبيع بخلاف الارض فانها لا تتغير بقطع الشجر وغيره * (فرع) اتفق اصحابنا على جواز بيع الصوف على ظهر الحيوان المذبوح لان استيقاهه بكماله ممكن من غير ضرر بخلاف بيعه في حياة الحيوان وممن صرح بالمسألة البغوي في التهذيب ولم يذكر غير هذا وقال في كتابه شرح مختصر المزني قال اصحابنا يجوز قال وعندي أنه لا يجوز بيع الرأس قبل السلخ والمذهب ما نقله الاصحاب *

[328]

(فرع) اتفق اصحابنا على انه يجوز ان يوصى باللبن في الصرع والصوف على ظهر الغنم لان الوصية تقبل الغرر والجهالة وممن صرح به البغوي في كتابه التهذيب وشرح مختصر المزني وآخرون قال البغوي في شرح المختصر ويجز الصوف على العادة قال وما كان موجودا حال الوصية يكون للموصى له على العادة وما حدث يكون للوارث * قال ولو اختلفا في قدره فالقول قول الوارث بيمينه * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع الصوف على ظهر الغنم * ذكرنا أن مذهبنا بطلانه وبه قال جماهير العلماء نقله الروياني في البحر عن الجمهور وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وابى حنيفة واحمد واسحق وابى ثور قال وبه أقول * وقال سعيد بن جبير وربيعه ومالك والليث بن سعد وابو يوسف يجوز بيعه بشرط ان يجز قريبا من وقت البيع كما يجوز بيع الرطب والفصيل والبقل * واحتج اصحابنا بما ذكره المصنف وأجابوا عن قياسهم بأنه يمكن استثناء جميع ذلك من أصله بغير اضرار بخلاف الصوف * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز البيع الا بثمن معلوم الصفة فان باب ثمن مطلق في موضع ليس فيه نقد متعارف لم يصح البيع لانه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه فان باع بثمن معين تعين لانه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع فان لم يره المتعاقدان أو احدهما فعلى ما ذكرناه من القولين في بيع العين التي لم يرها المتبايعان أو أحدهما) * (الشرح) قوله عوض في البيع احتراز من الثواب في الهبة على أحد القولين قال اصحابنا يشترط كون الثمن معلوم الصفة فان قال بعتك هذه الدار أو قال بهذه الدنانير أو قال بهذه الدراهم وهي مشاهدة لهما صح البيع سواء علما قدرها ام لا وقد سبقت المسألة عند مسألة بيع الصبرة جزافا * وان قال بعتك بالدنار الذي في بيتي أو في همياني أو الدراهم التي في بيتي فان كان قد رآها قبل ذلك صح البيع وإلا ففيه الخلاف في بيع العين الغائبة (أما) إذا قال بعتك بدنار في

[329]

ذمتك أو قال بعشرة دراهم في ذمتك أو اطلق الدراهم فلا خلاف انه يشترط العلم بنوعها فان كان في البلد نقد واحد أو نقود لكن الغالب واحد منها انصرف العقد إلى ذلك النقد الواحد أو الغالب وان كان فلوسا انصرف إليها عند الاطلاق صرح به البغوي والرافعي وغيرهما فان عين غير ذلك

في العقد تعين * (فرع) قد ذكرنا في باب زكاة الذهب والفضة في جواز المعاملة بالدرهم المغشوشة أنها إن كان الغش معلوم القدر صحت المعاملة بها قطعاً فإن كان مجهولاً فأربعة أوجه (أصحها) تصح المعاملة بها معينة وفي الذمة (والثاني) لا تصح (والثالث) تصح معينة ولا تثبت في الذمة بالبيع ولا بغيره (والرابع) إن كان الغش غالباً لم تصح والا فتصح وذكر هناك توجيه الأوجه وتفرعها وفوائدها قال أصحابنا فإن قلنا بالصحيح وهو الصحة مطلقاً انصرف إليها العقد عند الإطلاق * ولو باع بمغشوش ثم بان أن فضته ضئيلة جداً فله الرد على المذهب وبه قطع الجمهور وحكى الصيمري عن شيخه أبي العباس البصري أنه كان يقول فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا خيار لأن غشها معلوم في الأصل وحكى هذا الوجه أيضاً صاحب البيان والرافعي وغيرهما) * (فرع) إذا كان في البلد نقدان أو نقود لا غالب فيها لم يصح البيع هناك حتى يعين نقداً منها وهذا لا خلاف فيه لأنه ليس بعضها أولى من بعض * (فرع) قال أصحابنا وتقويم المتلف يكون بغالب نقد البلد فإن كان فيه نقدان فصاعداً ولا غالب فيها عين القاضى واحداً للتقويم بلا خلاف * (فرع) لو غلب من جنس العروض نوع فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق فيه وجهان مشهوران في طريقة الخراسانيين (أصحهما) ينصرف كالنقد (والثاني) لا لأن النقد لا يختلف الغرض فيه بخلاف العرض وصورة المسألة أن يبيع صاعاً من الحنطة بصاع منها أو شعير في الذمة وتكون الحنطة والشعير الموجودان في البلد صنفاً معروفاً أو غالباً لا يختلف ثم يحضره بعد العقد ويسلمه في المجلس *

[330]

(فرع) قال أصحابنا كما ينصرف العقد عند الإطلاق إلى النقد الغالب من حيث النوع ينصرف إليه أيضاً من حيث الصفة فإذا باع بدينار أو دنانير والمعهود في البلد الدينانير الصحاح انصرف إليها وإن كان المعهود المكسرة انصرف إليها كذا نقله الصيمري وصاحب البيان عن الأصحاب قالا إلا أن تتفاوت قيمة المكسر فلا يصح قال الرافعي وعلي هذا القياس لو كان المعهود أن يؤخذ نصف الثمن من هذا ونصفه من ذاك أو أن يؤخذ على نسبة أخرى فالبيع صحيح محمول على ذلك المعهود * وإن كان المعهود التعامل بهذا مرة وبهذا مرة ولم يكن بينهما تفاوت صح البيع وسلم ما شاء منهما وإن كان بينهما تفاوت لم يصح البيع كما لو كان في البلد نقدان غالبان وأطلق * ولو قال بعثك بألف صحاح ومكسرة فوجهان (أصحهما) بطلان البيع لعدم بيان قدر الصحيح والمكسرة (والثاني) صحته ويحمل على النصف قال الرافعي ويشبهه أن يجرى هذا الوجه فيما إذا قال بعثك بألف مثقال ذهب وفضة (قلت) لا جريان له هناك والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر * وإن قال بعثك بألف درهم مسلمة أو منقبة لم يصح لأنه ليس لها عادة مضبوطة ذكره الصيمري وصاحب البيان * (فرع) قال أصحابنا لو قال بعثك بدينار صحيح فأحضر صحيحين وزنهما مثقال لزمه قبولهما لأن الغرض لا يختلف بذلك وإن أحضر صحيحاً وزنه مثقال ونصف قال صاحب التتمة لزمه قبوله وتبقى الزيادة أمانة في يده والصواب الذي عليه المحققون أنه لا يلزمه قبوله لما في الشركة من الغرر وقد جزم صاحب البيان وآخرون بأنه لا يلزمه قبوله فلو تراضيا جاز ثم إن أراد أحدهما كسره وامتنع الآخر لم يجز البيع لما في هذه القسمة من الضرر * قال أصحابنا ولو باع بنصف دينار صحيح بشرط كونه مدوراً جاز إن كان يعم وجوده هناك فإن لم يشترط كونه مدوراً وكان وزنه نصف مثقال فإن سلم إليه صحيحاً أكثر من نصف مثقال وتراضيا بالشركة فيه

جاز فان امتنع أحدهما لم يجز لما ذكرناه * ولو باعه شيئا بنصف دينار صحيح ثم باعه شيئا آخر بنصف دينار صحيح فان سلم صحيحا عنهما فقد زاده خيرا وان سلم قطعتين وزن كل واحدة نصف دينار جاز فلو شرط في العقد الثاني تسليم

[331]

صحيح عنهما فالعقد الثاني باطل (وأما الاول) فان كان الشرط بعد لزومه فهو ماض على الصحة ويلزمه نصف هو شق وإن كان قبل لزومه فهو الحاق شرط فاسد بالعقد في زمن الخيار والاصح أنه يلحق فيبطل العقد الاول أيضا والله سبحانه أعلم * قال الصيمري وصاحب البيان وان قال بعتك هذا الثوب بنصفي دينار لزمه تسليم دينار مضروب لان ذلك عبارة عن دينار وان قال بعته بنصف دينار وثلاث دنانير وسدس دينار لم يلزمه دينار صحيح بل له دفع شق من كل وزن * (فرع) لو باع بنقد قد انقطع من ايدي الناس فالعقد باطل لعدم القدرة على التسليم فان كان لا يوجد في ذلك البلد ويوجد في غيره فان كان الثمن حالا أو مؤجلا إلى أجل لا يمكن نقله فيه فالعقد باطل أيضا وان كان مؤجلا إلى مدة يمكن نقله فيها صح البيع ثم ان حل الاجل وقد احضره فذاك والا فينبني على أن الاستبدال على الثمن هل يجوز (ان قلنا لا فهو كأنقطاع المسلم فيه (وان قلنا) نعم استبدل ولا يفسخ العقد على المذهب وفيه وجه ضعيف أنه يفسخ (أما) إذا كان يوجد في البلد ولكنه عزيز فان جوزنا الاستبدال صح العقد فان وجد فذاك والا فيستبدل وان لم نجوزه لم يصح (أما) إذا كان النقد الذي جرى به التعامل موجودا ثم انقطع فان جوزنا الاستبدال والا فهو كأنقطاع المسلم فيه والله سبحانه أعلم * (فرع) لو باع بنقد معين أو مطلق وحملناه على نقد البلد فأبطل السلطان المعاملة بذلك النقد لم يكن للبائع الا ذلك النقد هذا هو المذهب وقد سبقت المسألة في هذا الباب في فرع من مسائل كيفية القبض وذكرنا فيها اوجها وتفاريحها * (فرع) قال صاحب البيان قال الصيمري إذا باعه بنقد في بلد ثم لقيه ببلد آخر لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد فدفع إليه النقد المعقود عليه فامتنع من قبضه فهل له الامتناع فيه ثلاثة أوجه (الصحيح) ليس له الامتناع بل يجبر على أخذه لانه المعقود عليه كما لو باعه بحنطة فلم يقبضها حتى رخصت (والثاني) لا يجبر على أخذها وله الامتناع منه كما لو سلم إليه في موضع مخوف (والثالث)

[332]

ان كان البلد الذي يدفعه فيه لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد أيضا لم يجبر عليه وان كانوا يتعاملون به بوكس لزمه أخذه وأجبر عليه * (فرع) إذا باعه بثمن معين تعين الثمن وقال أبو حنيفة لا يتعين وكذا لو عينا في الاجارة أو الصداق أو الخلع أو غيرها من العقود دراهاهم أو دنانير تعينت بالتعيين عندنا وقال أبو حنيفة لا تتعين الدراهاهم والدنانير في العقود كلها وتظهر فائدة الخلاف في مسائل (منها) لو تلفت تلك الدراهاهم قبل القبض انفسخ العقد ولا يفسخ عنده (ومنها) لو أراد أن يمسك تلك ويدفع بدلها لم يكن له ذلك عندنا ويجوز عنده (ومنها) لو وجد بتلك الدراهاهم عينا وردها انفسخ العقد وليس له طلب البديل وعنده له ذلك (ومنها) لو أراد أن يأخذ عنها عوضا من

القبض لا يجوز عندنا كالقبض وعنده يجوز * واحتج أبو حنيفة بأن المقصود من الدراهم والدنانير رواجها لا عينها وغير المعين يعمل عمل المعين * واحتج أصحابنا بالقياس على السلعة فانها تتعين بالاجماع وبالقياس على الغصب فان الدراهم والدنانير تتعين فيه بالاجماع وبالقياس على ما لو أخذ صاعا من صبرة فباعه بعينه فانه يتعين بالاجماع ولا يجوز أن يعطى صاعا آخر بدله من تلك الصبرة مع أنه يعمل عمله ولانه قصد بالتعيين أن لا يتعلق الثمن بدمته فلا يجوز تعليقه بها * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز الا بئمن معلوم القدر فان باع بئمن مجهول كبيع السلعة برقمها وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته وهما لا يعلمان ذلك فالبيع باطل لانه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره كالمسلم فيه * فان باعه بئمن معين جزافا جاز لانه معلوم بالمشاهدة ويكره ذلك كما قلنا في بيع الصبرة جزافا * وان قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم وهما لا يعلمان مبلغ قفران الصبرة وعدد القطيع صح البيع لان غرر الجهالة ينتفى بالعلم بالتفصيل كما ينتفى بالعلم بالجملة فإذا جاز بالعلم بالجملة جاز بالعلم والتفصيل (الشرح) أما مسألة القطيع والصبرة والبيع بدراهم جزاف فسبق شرحه واضحا قريبا في مسائل البيع بئمن معلوم القدر وذكرنا هناك أن الجزاف يقال - بكسر الجيم وفتحها وضمها -

[333]

واتفق الاصحاب على أنه يشترط كون الثمن معلوم القدر لحديث النهى عن بيع الغرر فلو قال بعثك هذا بدرهم أو بما شئت أو نحو هذه العبارات لم يصح البيع بلا خلاف * ولو قال بعثك هذه السلعة برقمها أي بالثمن الذي هو مرقوم به عليها أو بما باع به فلان فرسه أو ثوبه فان كانا عالمين بقدره صح البيع بلا خلاف وان جهلاه أو أحدهما فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعات من الخراسانيين لا يصح البيع لما ذكره المصنف مع أنه غرر (والثاني) حكاة الفوراني وصاحب البيان وغيرهما فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثاني) ان علما ذلك القدر قبل تفرقهما من المجلس صح البيع * وحكى الرافعي وجهان ثالثا أنه يصح مطلقا للتمكن من معرفته كما لو قال بعث هذه الصبرة كل صاع بدرهم يصح البيع وإن كانت جملة الثمن في الحال مجهولة وهذا ضعيف شاذ * (فرع) لو قال بعثك هذا بمائة دينار الا عشرة دراهم أو بمائة درهم الا دينار قال المتولي والرافعي ان علما قيمة الدينار بالدراهم صح والا فلا بخلاف ما لو أقر بمائة دينار الا عشرة دراهم فانه يصح وان لم يعلم قدر القيمة لان الاقرار بالمجهول صحيح هذا كلامهما * وينبغي أن لا يكفي علمهما بل يشترط علمهما بالقيمة قصدتهما استثناء القيمة * وقد ذكر صاحب المستطهرى فيما إذا لم يعلم حالة العقد قيمة الدينار بالدراهم ثم علما ذلك في الحال طريقين (أصحهما) لا يصح كما ذكرناه (والثاني) فيه وجهان * وقال صاحب البيان إذا باعه بدينار الا درهم لم يصح على المشهور قال وحكى الصيمري وجهان أنهما إذا كانا يعلمان قيمة الدينار من الدراهم صح البيع وهذا الذي ادعى أنه المشهور غريب (والاصح) أنهما إذا علما قيمته وقصدا استثناء القيمة صح والا فلا * قال في البيان ولو قال بعثك بالف درهم من صرف عشرين بدينار لم يصح لان المسمى هي الدراهم وهي مجهولة ولا تصير معلومة بذكر قيمتها قال وان كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لم يصح أيضا لان السعر يختلف ولا يختص ذلك بنقد البلد قال ابن الصباغ وهكذا يفعل الناس اليوم يسمون الدراهم وبتناعون بالدنانير ويكون كل قدر من الدراهم معلوم عندهم دينارا قال وهذا البيع باطل لان الدراهم لا يعبر بها

عن الدنانير حقيقة ولا مجازا ولا يصح البيع بالكناية * هذا ما نقله صاحب
البيان وهو ضعيف بل الاصح صحة البيع بالكناية كما سبق أول كتاب البيوع
وعلى هذا إذا عبر بالدنانير عن الدراهم صح والله أعلم

[334]

(فرع) في بيع التلحيه وصورته أن يتفقا على أن يظهر العقد إما للخوف
من ظالم ونحوه وأما لغير ذلك ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعا
ثم يعقد البيع فإذا عقده انعقد عندنا ولا أثر للاتفاق السابق وكذا لو اتفقا
على أن البيع بألف ويظهرا الفين فعقدا بالفين صح البيع بالفين ولا أثر
للاتفاق السابق * هذا مذهبنا وكذا رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة وروى
عنه محمد أنه لا يصح إلا أن يتفقا على أن الثمن ألف درهم فتبايعا بمائة
دينار فيكون الثمن مائة دينار استحسانا وبه قال أبو يوسف ومحمد قالوا
لأنه إذا تقدم الاتفاق صارا كالهائزين * دليلنا أن الاتفاق السابق ملغى
بدليل أنهما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا بلا شرط صح العقد (وأما)
قولهم كالهائزين فالاصح عندنا انعقاد بيع الهازل * (فرع) روى عمرو بن
شعيب عن أبيه عن جده (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الغربان) رواه مالك في الموطأ قال أخبرني الثقة عن عمرو بن شعيب
فذكره ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء ورواه أبو
داود في سننه عن العقبى عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب وهذا أيضا
منقطع لا يحتج به ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرخامي عن
حبيب بن أبي ثابت كاتب مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن
شعيب وحبيب بن أبي ثابت هذا وعبد الله بن عامر الأسلمي هذا ضعيفان
باتفاق المحدثين وذكر البيهقي رواية مالك وهي قوله بلغني عن عمرو بن
شعيب ثم قال البيهقي هكذا روى مالك هذا الحديث في الموطأ فلم يسم
روايه الذي رواه عنه قال ورواه حبيب بن أبي ثابت عن مالك عن عبد الله
بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب وقيل إنما رواه مالك عن ابن لهيعة
عن عمرو بن شعيب كذا قاله أبو أحمد بن عدي الحافظ قال ابن عدي
والحديث عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مشهور قال البيهقي وقد
روى هذا الحديث عن الحارث ابن عبد الرحمن بن أبي دياب عن عمرو بن
شعيب ثم رواه البيهقي بإسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن
عمرو ثم قال البيهقي عاصم هذا فيه نظر وحبيب بن أبي ثابت هذا ضعيف

[335]

أبو عبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتج بهما والاصل في هذا الحديث أنه
مرسل مالك * وقال البيهقي في كتابه معرفة السنن والآثار بلغني أن
مالكا أخذ عن عبد الله بن عامر وقيل عن ابن لهيعة وقيل عن الحارث بن
عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب قال وفي الجميع ضعف فالحاصل أن هذا
الحديث ضعيف قال وإنما بسطت الكلام فيه لشهرته والحاجة إلى معرفته
* قال أهل اللغة في الغريبان ست لغات عربان وعربون - بضم العين
واسكان الراء - فيهما وعربون - بفتحهما وأربان وأربون وأربون - بالهمزة
بدل الغين - والوزن كالوزن وقد أوضحتهم في تهذيب الاسماء واللغات
وفي الفاظ التنبيه افصحهم عربون - بفتحهما - وهو عجمي معرب ويقال

منه عربت في الشئ واعربت وهو أن يشتري شيئاً ويعطى البائع درهما أو دراهم ويقول ان تم البيع بيننا فهو من الثمن والا فهو هبة لك قال أصحابنا ان قال هذا الشرط في نفس العقد فالبيع باطل وان قاله قبله ولم يتلفظا به حالة العقد فهو بيع صحيح هذا مذهبا وقد ذكر المصنف المسألة في التنبيه ولم يذكرها في المذهب * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع العربون * قد ذكرنا أن مذهبا بطلانه ان كان الشرط في نفس العقد وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس والحسن ومالك وأبي حنيفة قال وهو يشبه قول الشافعي قال وروينا عن ابن عمر وابن سيرين جوازه قال وقد روينا عن نافع بن عبد الحرث أنه اشترى دارا بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف فان رضى عمر فالبيع له وان لم يرض فلصفوان أربع مائة قال ابن المنذر وذكر لاحمد بن حنبل حديث عمر فقال أي شئ أقدر أقول * هذا ما ذكره ابن المنذر وقال الخطابي اختلف الناس في جواز هذا البيع فابطله مالك والشافعي للحديث ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر وأكل المال بالباطل وأبطله أيضا أصحاب الرأي * وعن عمر وابن عمر جوازه ومال إليه أحمد بن حنبل والله سبحانه وتعالى أعلم * * قال الصمغاني رحمه الله * (وان كان لرجل عبدان فباع أحدهما من رجل والآخر من رجل آخر في صفقة واحدة بثمن واحد فان الشافعي رحمه الله قال فيمن كاتب عبيدين بمال واحد أنه على قولين (أحدهما) يبطل

[336]

العقد لان العقد الواحد مع اثنين عقدان فإذا لم يعلم قدر العوض في كل واحد منهما بطل كما لو باع كل واحد منهما في صفقة بثمن مجهول (والثاني) يصح ويقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما فمن أصحابنا من قال في البيع أيضا قولان وهو قول أبي العباس وقال أبو سعيد الاصطخري وأبو إسحق يبطل البيع قولاً واحداً لان البيع يفسد بفساد العوض (والصحيح) قول أبي العباس لان الكتابة أيضا تفسد بفساد العوض وقد نص فيها على قولين) * (الشرح) نص الشافعي رحمه الله علي أنه إذا كانت عبيدا بعوض واحد علي قولين (أحدهما) صحة الكتابة ويوزع العوض عليهم بالقيمة (والثاني) فسادها ونص علي أنه لو اشترى عبيداً من مالكيهم أو وكيلهم ولكل واحد عبد معين فاشتراهم بثمن واحد أن البيع باطل ونص انه لو باع عبديه لرجلين لكل واحد عبد معين بثمن واحد أن البيع باطل وصورته أن يقول بعتك يا زيد هذا العبد وبعتك يا عمرو * هذا العبد كليهما بألف درهم فقالا قبلنا * قال الاصحاب ويتصور أن يخلع نسوة بعوض واحد وأن يتزوج نسوة بعوض واحد في عقد واحد بأن يكون الولي واحداً مثل ان يكون له بنات بنين أو بنات اخوة أو بنات أعمام أو معتقات ويتصور مع تعدد الولي بأن يوكل الاولياء رجلاً واحداً قال أصحابنا فيصح النكاح في مسألة النكاح ويقع الطلاق في مسألة الخلع (وأما) المسمى في الصداق والخلع ففيه طريقان (أحدهما) يفسد ويجب مهر المثل لكل واحدة في مسألة النكاح وعلى كل واحدة في مسألة الخلع (والطريق الثاني) وهو الاصح أن المسألة على قولين في النكاح والخلع (أصحهما) فساد المسمى ووجوب مهر المثل (والثاني) صحته ويوزع عليهن على قدر مهور أمثالهن (وأما) البيع والكتابة ففيهما أربع طرق (أصحها) طرد القولين فيهما (أصحهما) الفساد فيهما (والثاني) الصحة والتوزيع عليهما بالقيمة (والطريق الثاني) القطع بفساد البيع وصحة الكتابة (والثالث) يفسد البيع وفي الكتابة قولان (والرابع) تصح الكتابة وفي البيع قولان وان افردت

قلت في البيع طريقان (أصحهما) قولان (أصحهما) البطلان (والطريق الثاني) القطع بالبطلان وفي الكتابة طريقان (أصحهما) قولان

[337]

(أصحهما) الفساد (والطريق الثاني) القطع بالصحة والاصح في الجميع الفساد (فإذا قلنا) بصحة الصداق وزع المسمى على نسبة مهر أمثالهن على المذهب وفيه قول ضعيف وبعضهم يحكيه وجها أنه يوزع على عدد رؤسهن (وإذا قلنا) بفساد الصداق ففيما يجب لكل واحدة القولان فيما لو أصدقهما خمرا ونحوها (أصحهما) مهر المثل (والثاني) يوزع المسمى على مهور أمثالهن ويجب لكل واحدة ما يقتضيه التوزيع ويكون الحاصل لهن على هذا القول بقدر المسمى إذا قلنا بالصحة لكن يدفع الزوج من حيث شاء ولا يجب من نفس المسمى (أما) إذا زوج أمتيه بعبد على صداق واحد فيصح المسمى بلا خلاف فإن المستح لصدقاتهما واحد كما لو باع عبديه بثمن * ولو كان له أربع بنات ولآخر أربعة بنين فروجهن بهم صفقة بمهر واحد بأن قال زوجت بنتي فلانة ابنك فلانا وفلانة فلانا بألف فطريقان حكاهما المتولي (أحدهما) في صحة الصداق القولان (والثاني) القطع ببطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) لو كان لرجل عبد فقال لرجلين بعنكما هذا العبد بألف فقلنا صح البيع لأن الثمن ينقسم على أجزائه ويكون لكل واحد منهما نصفه بخمسائة وهذا لا خلاف فيه فإن قال أحدهما قبلت ولم يقبل الآخر كان للقبيل نصفه بخمسائة لأن إيجابه لهما بمنزلة عقدين لكل واحد عقد فصح قبول أحدهما دون الآخر * ولو كان له عبدان فقال لرجلين بعنكما هذين العبدین بألف فقلنا صح البيع بلا خلاف ويكون لكل واحد نصف العبدین بخمسائة كما لو باعها لواحد فلو قال أحدهما قبلت نصفهما وسكت الآخر صح البيع في نصفيهما للقبيل بخمسائة لما ذكرناه

[338]

في العبد الواحد وهكذا لو قال أحدهما قبلت ولم يقل نصفهما وسكت الآخر صح في نصفيهما للقبيل بخمسائة لأن إطلاق القبول يرجع إلى ما يقتضيه الإيجاب وهو نصفهما له بخمسائة وإن قال أحدهما قبلت أحد العبدین أو قبلت هذا بخمسائة لم يصح البيع بلا خلاف لأنه ليس مطابقا للإيجاب وإن قال أحدهما قبلت نصف أحد العبدین أو نصف هذا العبد بحصته لم يصح بلا خلاف لما ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله * (فإن قال بعنك بألف مثقال ذهباً وفضة فالبيع باطل لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما فكان باطلا * وإن قال بعنك بألف نقد أو بألفين نسيتة فالبيع باطل لأنه لم يعقد على ثمن بعينه فهو كما لو قال بعنك أحد هذين العبدین) * (الشرح) هاتان المسألتان كما قالهما بانفاق الأصحاب وهما داخلتان في النهي عن بيع الغرر وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة) رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح قال وفي الباب عن ابن عمر وابن عباس وأبي سعيد وأنس وفسر الشافعي وغيره من العلماء البيعتين في بيعة تفسيرين (أحدهما) أن يقول بعنك هذا بعشرة نقداً أو بعشرين نسيتة

(والثاني) أن يقول بعته بمائة مثلا على ان تبيني دارك بكذا وكذا وقد ذكر المصنف التفسيرين في الفصل الذي بعد هذا وذكرهما ايضا في التنبيه وذكرهما الاصحاب وغيرهم (والاول) أشهر وعلى التقديرين البيع باطل بالاجماع (وأما) الحديث الذي في سنن ابي داود عن ابي هريرة قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع بيعتين في بيعة له أو كسهما أو الربا) فقال الخطابي وغيره يحتمل ان يكون ذلك في قصة بيعتها كأنه اسلف دينارا في قفيز حنطة إلى شهر فحل الاجل فطالبه فقال بعني القفيز الذي لك على إلى شهرين بقفيزين فهذا بيع ثان قد دخل على البيع الاول فصار بيعتين في بيعة فيرد إلى او كسهما وهو الاصل فان تابعا البيع الثاني قبل فسح الاول كانا قد دخلا في الربا والله سبحانه وتعالى أعلم *

[339]

(فرع) في مذاهب العلماء فيمن باع بألف مثقال ذهب وفضة * مذهبنا انه بيع باطل وقال ابو حنيفة يصح ويكون الثمن نصفين واحتج اصحابنا بالقياس على ما لو باعه بألف بعضه ذهب وبعضه فضة فانه لا يصح * قال المصنف رحمه الله * (وإن باع بثمن مؤجل لم يجر إلى أجل مجهول كالبيع إلى العطاء لانه عوض في بيع فلم يجر إلى أجل مجهول كالمسلم فيه) * (الشرح) اتفقوا على انه لا يجوز البيع بثمن إلى أجل مجهول لما ذكره المصنف (وقوله) عوض في بيع احتراز من الجعل في الجعالة فانه يستحقه عند فراغ العمل وهو وقت مجهول * قال اصحابنا فإذا باع بمؤجل إلى الحصاد أو إلى العطاء لم يصح وان كان إلى وقت استحقاق العطاء وهو معلوم لهما صح وابتدأ الاجل من العقد على المذهب وقيل فيه وجهان كابتداء مدة خيار الثلاث (أحدهما) من العقد (والثاني) من التفريق وسبقت المسألة واضحة في مسائل خيار الشرط وفي الاجل مسائل وفروع كثيرة ذكرها المصنف والاصحاب في كتاب السلم وهناك نوضحها ان شاء الله تعالى * (فرع) قال الرويانى لو باع بثمن مؤجل إلى الف سنة بطل العقد للعلم بانه لا يعيش الف سنة قال الرافعي فعلى هذا الشرط في صحة الاجل احتمال بقائه إليه (قلت) الصواب انه لا يشترط احتمال بقائه إليه بل ينتقل إلى وارثه ثم وارثه وهلم جرا لكن لا يصح التأجيل بألف سنة وغيرها مما يعتقد بقاء الدنيا إليه * (فرع) قال اصحابنا إنما يجوز الاجل إذا كان العوض في الذمة (فاما) إذا أجل تسليم المبيع أو الثمن المعين بان قال اشترت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا فالعقد باطل * (فرع) قال اصحابنا ولو حل الاجل وأجل المشتري البائع مدة أخرى أو زاد في الاجل قبل حلول الاجل المضروب فهو وعد لا يلزم عندنا خلافا لابي حنيفة ووافقنا على أن بدل الاتلاف لا يتأجل بالتأجيل * ولو أوصى من له دين حال على إنسان بامهاله مدة لزم ورثته امهاله تلك المدة لان التبرعات بعد الموت تلزم وممن ذكره المتولي * ولو أسقط من عليه دين مؤجل الاجل فهل يسقط

[340]

حتى يتمكن المستحق من مطالبته في الحال فيه وجهان (أصحهما) لا يسقط لان الاجل صفة تابعة والصفة لا تفرد بالاسقاط ألا ترى ان مستحق

الحنطة الحيدة أو الدنانير الصحاح لو أسقط صفة الجودة والصحة لم يسقط * (فرع) في مذاهب العلماء في البيع إلى العطاء والحصاد ونحوهما من الآجال المجهولة * قد ذكرنا أنه لا يصح عندنا قال ابن المنذر وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة * وقال مالك وأحمد وأبو ثور يجوز بثمن إلى الحصاد والدياس والعطاء ونحو ذلك لأنه معروف قال ابن المنذر وروينا ذلك عن ابن عمر قال وقال ابن أبي ليلى إذا باع إلى العطاء صح وكان الثمن حالا قال وقول ابن عباس أصح * * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجئ الشهر وقدم الحاج لأنه بيع غرر من غير حاجة فلم يجر * ولا يجوز بيع المنابذة وهو أن يقول إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع ولا بيع الملامسة وهو أن يمس الثوب بيده ولا ينشره وإذا مسه فقد وجب البيع لما روى أبو سعيد الخدري قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين المنابذة واللامسة) والمنابذة أن يقول إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع واللامسة أن يمس بيده ولا ينشره فإذا مسه فقد وجب البيع * ولأنه إذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب فقد علق البيع على شرط وذلك لا يجوز وإذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولا وذلك غرر من غير حاجة فلم يجر * ولا يجوز بيع الحصى وهو أن يقول بعثك ما وقع عليه الحصى من ثوب أو أرض لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الحصى) ولأنه بيع مجهول من غير حاجة فلم يجر * ولا يجوز بيع حبل الحيلة لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع واختلف في تأويله فقال الشافعي رضي الله عنه هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد الناقة وولد حملها وقال أبو عبيد هو بيع ما يلد حمل الناقة فإن كان على ما قال الشافعي رحمه الله فهو بيع بثمن إلى أجل مجهول وقد بينا أن ذلك لا يجوز * وإن كان على ما قال أبو عبيد فهو بيع معدوم ومجهول وذلك لا يجوز * ولا يجوز بيعتان في بيعة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم

[341]

عين بيعتين في بيعة) فيحتمل أن يكون المراد به أن يقول بعثك هذا بالف نقدا أو بالفين نسيئة فلا يجوز للخبر ولأنه لم يعقد على ثمن معلوم ويحتمل أن يكون المراد به أن يقول بعثك هذا بالف على إن تبيني دارك بالف فلا يصح للخبر ولأنه شرط في عقد وذلك لا يصح فإذا سقط وجب أن يضاف إلى ثمن السلعة بآراء ما سقط من الشرط وذلك مجهول فإذا أضيف إلى الثمن صار مجهولا فيبطل * (الشرح) أما حديث أبي سعيد فرواه البخاري ومسلم مع تفسيره (وأما) حديث النهي عن بيع الحصاة فرواه مسلم في صحيحه من رواية أبي هريرة (وأما) حديث ابن عمر في حبل الحيلة فرواه البخاري ومسلم (وأما) حديث أبي هريرة في النهي عن بيعتين في بيعة فهو صحيح سبق بيانه قريبا في الفصل الذي قبل هذا وبسملنا القول فيه (وقوله) وهو أن يمس هو - بفتح الياء والميم - ويجوز ضم الميم في لغة قليلة ونكر على المصنف قوله وروى في حديث النهي عن بيع الحصاة فأتى به بصيغة التمريض الموضوع للضعيف مع أنه حديث صحيح كما أوضحناه (وقوله) حبل الحيلة هو - بفتح الباء - فيهما قال أهل اللغة الحيلة هنا جمع حابل كظالم وظلمة وفاجر وفجرة وكاتب وكتبة وقال الاخفش يقال حبلت المرأة فهي حابل ونسوة حيلة وقال ابن الانباري وغيره الهاء في الحيلة للمبالغة واتفق أهل اللغة على أن الحبل مختص بالآدميات وإنما يقال في غيرها الحمل يقال حملت المرأة ولدا وحبلت بولد وحملت الشاة - بالميم - وكذا البقرة والناقة ونحوها قال أبو عبيد لا

يقال لشيء من الحيوان حبل غير الآدمى الا ما جاء في هذا الحديث *
واختلف العلماء في تفسيره على قولين ذكرهما المصنف فالذي حكاه عن
الشافعي وهو تفسير ابن عمر راوي الحديث ثبت ذلك عنه في الصحيحين
وبه قال مالك وآخرون * والذي حكاه عن أبي عبيد قاله أيضا أبو عبيدة
معمر بن المثنى شيخ أبي عبيد وقاله أحمد بن حنبل واسحق بن راهويه
وهو أقرب إلى اللغة ولكن المذكور عن الشافعي وموافقه أقوى لانه
تفسير الراوي وهو أعرف * وعلي التقديرين البيع باطل بالاجماع لما ذكره
المصنف * واعلم أن أبا عبيد الذي ذكره المصنف هنا وفي التنبيه هو
باسقاط الهاء في آخره وهو القاسم

[342]

ابن سلام الامام المشهور في علوم كثيرة والله سبحانه وتعالى أعلم *
(وأما) بيع المنابذة ففيه تأويلات (أحدها) أن يجعل نفس النبذ بيعا قاله
الشافعي وغيره وهو بيع باطل قال الرافعي قال الاصحاب ويحى فيه
الخلاف في المعاطاة فان المنابذة مع قرينة البيع في نفس المعاطاة
(والثاني) أن يقول بعتك علي أنى إذا نبذته اليك انقطع الخيار ولزم البيع
هو بيع باطل (والثالث) أن المراد بنبذ الحصاة الذي سنذكره ان شاء الله
تعالى (وأما) بيع الملامسة ففيه تأويلات (أحدها) تأويل الشافعي وجمهور
الاصحاب وهو ان يأتي بثوب مطوى أو في ظلمة فيلمسه المستلم فيقول
صاحبه بعته بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأته
(والثاني) أن يجعل نفس اللمس بيعا فيقول إذا لمسته فهو بيع لك
(والثالث) أن يبيعه شيئا على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره
ولزم البيع وهذا البيع باطل على التأويلات كلها وفي الاول احتمال لامام
الحرمين وقال صاحب التقريب تفريعا على صحة نفى خيار الرؤية قال
وعلى التأويل الثاني له حكم المعاطاة (والمذهب) الحزم ببطلانه على
التأويلات كلها (وأما) بيع الحصاة ففيه تأويلات (أحدها) أن يقول بعتك من
هذه الاثواب ما تقع عليه الحصاة التي أرميها أو بعتك من هذه الارض من
هنا إلى حيث تنتهي إليه هذه الحصاة (والثاني) أن يقول بعته على أنك
بالخيار إلى أن أرمى الحصاة (والثالث) أن يجعل نفس الرمي بيعا وهو إذا
رمى هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع لك بكذا والبيع باطل على جميع
التأويلات (وأما) البيعتان في بيعة ففيه هذان التأويلان اللذان ذكرهما
المصنف وقد نص الشافعي عليهما في مختصر المزني وقد قدمناهما مع
كلام الائمة فيه وظاهر كلام المصنف يقتضى ان التأويلين لنفسه وليس
كذلك والله سبحانه أعلم * (فرع) مختصر ما ذكره المصنف في هذا الفصل
أن لا يجوز بيعتان في بيعة ولا بيع حبل الحيلة ولا بيع الحصاة والمنابذة
والملامسة ولا تعليق البيع على شرط مستقبل بان يقول إذا جاء المطر أو
قدم الحاج أو إذا جاء زيد أو إذا غربت الشمس أو ما أشبه هذا فقد بعته
وهذا عقد باطل بلا خلاف للحديث الصحيح في النهى عن بيع الغرر (1) *

[343]

قال المصنف رحمه الله (ولا يجوز مبايعة من يعلم أن جميع ماله حرام لما
روى أبو مسعود البدرى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن حلوان

الكاهن ومهر البغى * وعن الزهري (في امرأة زنت بمال عظيم قال لا يصلح لمولاها أكله لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغى) فان كان معه حلال وحرام كره مبايعته والاخذ منه لما روى النعمان بن بشير قال (سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول الحلال بين والحرام بين وبين ذلك امور مشتهيات وسأضرب لكم في ذلك مثلا ان الله تعالى حمى حمى وان حمى الله حرام وان من يرعى حو الحمى يوشك ان يخالط الحمى) وان بايعه وأخذ منه جاز لان الظاهر مما في يده انه له فلا يحرم الاخذ منه) الخلط في البلد حرام لا ينحصر بحلال لا ينحصر لم يحرم الشراء منه بل يجوز الاخذ منه إلا أن يقترن بتلك العين علامة تدل على انها من الحرام فان لم يقترن فليس بحرام ولكن تركه ورع محبوب وكلما كثر الحرام تأكد الورع * ولو اعتلفت الشاة علفا حراما أو رعت في حشيش حرام لم يحرم لبنها ولحمها ولكن تركه ورع لان اللحم واللبن ليس هو عين العلف * ولو امتنع من أكل طعام حلال لكونه حمله كافر أو فاسق بالزنا أو بالقتل ونحوه لم يكن هذا ورعا بل هو وسواس وتنطع مذموم * ولو اشترى طعاما في الذمة وقضى ثمنه من حرام نظر ان سلم البائع إليه الطعام قبل قبض الثمن بطيب قلبه فأكله قبل قضاء الثمن فهو حلال بالاجماع ولا يكون تركه ورعا مؤكدا ثم إن قضى الثمن بعد الاكل فاداه من الحرام فكأنه لم يقضه فيبقى الثمن في ذمته ولا ينقلب ذلك الطعام المأكول حراما فان أبرأه البائع من الثمن مع علمه بانه حرام برئ المشتري وان أبرأه طائفا حل الثمن لم تحصل البراءة لانه انما أبرأه براءة استيفاء ولا تحصل بذلك الاستيفاء * وان لم يسلم إليه بطيب قلبه بل أخذه المشتري قهرا فأكله فالاكل حرام سواء أكله قبل توفية الثمن أو بعد توفيته من الحرام لان للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن على الصحيح فيكون عاصيا باكله كعصيان الراهن إذا أكل الطعام المرهون بغير اذن المرتهن وهو أخف تحريما

[344]

من أكل المغصوب (أما) إذا أوفى الثمن الحرام ثم قبض المبيع فان علم البائع بان الثمن حرام وأقبض المبيع برضاه سقط حقه من الحبس وبقي الثمن له في الذمة ويكون أكل المشتري المبيع حلالا * وان لم يعلم البائع كون الثمن حراما وكان بحيث لو علم لما رضى به ولما اقبض المبيع لم يسقط حق الحبس بهذا التدليس فالاكل حينئذ حرام كتحریم أكل طعامه المرهون والامتناع من الاكل في كل هذا ورع منهم * ولو اشترى سلطان أو غيره شيئا بثمن في الذمة شراء صحيحا وقبضه برضا البائع قبل توفية الثمن ثم وهبه لانسان وكان في مال المشتري حلال وحرام ولم يعلم من أين يوفيه الثمن لم يحرم على الانسان الموهوب له ولكن الورع تركه ويتأكد الورع أو يخف بحسب كثرة الحرام في يد المشتري وقلته * ولو اشترى انسان شيئا في الذمة وفي ثمنه عنيا لمن عرف باتخاذ الخمر أو سيفا لمن عرف بقطع الطريق ونحو ذلك كره أكل ذلك المشتري ولم يحرم * ولو حلف لا يلبس غزل زوجته فباعته غزلها ووهبته الثمن لم يكره أكله فان تركه فليس بورع بل وسواس * ومن الورع المحبوب ترك ما اختلف العلماء في اباحته اختلافا محتملا ويكون الانسان معتقدا مذهب إمام يبيحه ومن امثله الصيد والذبيحة إذا لم يسم عليه فهو حلال عند الشافعي حرام عند الاكثرين والورع لمعتقد مذهب الشافعي ترك أكله (وأما) المختلف فيه الذي يكون في اباحته حديث صحيح بلا معارض وتأويله ممتنع أو بعيد فلا أثر لخلاف من منعه فلا يكون تركه ورعا محبوبا فان الخلاف في هذه الحالة لا

يورث شبهة وكذلك إذا كان الشئ متفقا عليه ولكن دليله خبر آحاد فتركه إنسان لكون بعض الناس منع الاحتجاج بخبر الواحد فهذا الترك ليس بورع بل وسواس لان المانع للعمل بخبر الواحد لا يعتد به وما زالت الصحابة فمن بعدهم على العمل بخبر الواحد * قال ولو اوصى بمال للفقهاء فالفاضل في الفقه مدخل في الوصية والمبتدي من شهر ونحوه لا يدخل فيه والمتوسط بينهما درجات يجتهد المفتي فيهما والورع لهذا المتوسط ترك الاخذ منها وان أفتاه المفتي بأنه داخل في الوصية قال وكذا الصدقات المصروفة إلى المحتاجين قد يتردد في حقيقة الحاجة وكذا ما يجب من نفقة الاقارب وكسوة الزوجات وكفاية العلماء في بيت المال * (فرع) قال الغزالي في الاحياء إذا قدم لك إنسان طعاما ضيافة أو أهده لك أو أردت شراؤه منه ونحو ذلك لم يطلق الورع فانك تسأل عن حله ولا يترك السؤال قد يجب وقد يحرم وقد يندب وقد يكره وضابطه مظنة السؤال هي موضع الرية ولها حالان (احدهما) يتعلق بالمالك (والثاني) بالملك

[345]

(أما) الاول فالمالك ثلاثة اضرب (الضرب الاول) أن يكون مجهولا وهو من ليس فيه علامة تدل على طيب ماله ولا فساد له فإذا دخلت قرية فرأيت رجلا لا تعرف من حاله شيئا ولا عليه علامة فساد ماله وشبهه كهينة الاجناد ولا علامة طيبه كهينة المتعبدين والتجار فهو مجهول ولا يقال مشکوك فيه لان الشك عبارة عن اعتقادين متقابلين لهما سببان مختلفان قال وأكثر الفقهاء لا يدركون الفرق بين ما لا يدري وبين ما يشك فيه فالورع ترك ما لا يدري ويجوز الشراء من هذا المجهول وقبول هديته وضيافته ولا يجب السؤال بل لا يجوز والحالة هذه لانه ابداء لصاحب الطعام فان أراد الورع فليتركه وان كان لابد من أكله فليأكل ولا يسأل فان الاقدام على ترك السؤال أهون من كسر قلب مسلم وايدائه (الضرب الثاني) أن يكون مشکوكا فيه بان يكون عليه دلالة تدل على عدم تقواه كلباس أهل الظلم وهيئاتهم أو ترى منه فعلا محرما تستدل به على تساهله في المال فيحتمل أن يقال يجوز الاخذ منه من غير سؤال ولا يحرم الهجوم بل السؤال ورع ويحتمل أن يقال لا يجوز الهجوم ويجب السؤال قال وهو الذي نختاره ونفتى به إذا كانت تلك العلامة تدل على أن أكثر ماله حرام فان دلت على أن فيه حراما يسيرا كان السؤال ورعا (الضرب الثالث) أن يعلم حاله بممارسة ونحوها بحيث يحصل له ظن في حل ماله أو تحريمه بان يعرف صلاح الرجل وديانته فهنا لا يجب السؤال ولا يجوز أو يعرف أنه مراب أو مغن ونحوه فيجب السؤال (الحال الثاني) أن يتعلق الشك بالمال بان يختلط خلال بحرام كما إذا حصل في السوق أحمال طعام مغصوب واشتراها أهل السوق فلا يجب السؤال على من يشتري من تلك السوق إلا أن يظهر أن أكثر ما في أيديهم حرام فيجب السؤال وما لم يكن الاكثر حراما يكون التفطيش ورعا لان الصحابة رضى الله عنهم لم يمتنعوا من الشراء من الاسواق وكانوا لا يسألون في كل عقد وإنما نقل السؤال عن بعضهم في بعض الاحوال لرية كانت * (فرع) قال الغزالي في الاحياء لو كان في يد ناظر الاوقاف أو الوصايا مالان احدهما لموصوفين بصفة والآخر لموصوفين بصفة أخرى فاراد إنسان فيه صفة أحدهما دون الآخر أن يأخذ من الناظر شيئا فان كانت تلك الصفة ظاهرة يعرفها المتولي وهو ظاهر العدالة جاز الاخذ من غير سؤال وان كانت الصفة خفية أو عرف من حال المتولي التساهل وأنه لا يبالي بخلط المالين وجب السؤال لانه ليس هنا

علامة ولا استصحاب يعتمد * (فرع) قال ويجوز أن يشتري دارا من دور البلد وان علم ان فيه دورا مغصوبة لان

[346]

* [المجموع شرح المهدب] * ذلك اختلاط بغير محصور والسؤال هنا ورع واحتياط * ولو كان في البلد عشر دور فيها واحدة مغصوبة أو وقف ولا يعرفها وجب السؤال لانه محصور * ولو كان في البلد مدارس أو رباطات خصص بعضها بالمنسويين إلى مذهب معين لم يجز أن يسكن في شيء منها ولا يأكل من وقفها حتي يسأل ويتبين الصواب * (فرع) قال حيث قلنا السؤال ورع فليس له أن يسأل صاحب الطعام والمال لان ذلك يغيظه فلا يرتكب ايذاء مسلم لتحصيل أمر مندوب قال وانما أوجبنا السؤال إذا كان الأكثر حراما وعند ذلك لا نبالي بغيظه فان الظالم يؤدي بأكثر من هذا قال الحرث المحاسبي لو كان له أخ أو صديق يأمن غيظه لو سأله فينبغي أن لا يسأله أيضا للورع لانه ربما طهر منه شيء كان مستورا يؤدي إلى البغضاء قال الغزالي وهذا حسن * قال (فان قيل لا فائدة في سؤال من بعض ماله حرام (فالجواب) انه متى كان في مال الانسان حرام مختلط فارتدت مباحته أو الاكل من ضيافته أو هديته أو نحو ذلك لم يكف سؤاله ولا فائدة فيه وانما يسأل غيره وانما ينفع سؤال صاحب اليد إذا كان ثقة غير متهم كمتولى الاوقاف من أي جهة هذا المال (1) وكما سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الذي أتى به هل هو هدية أم صدقة فان ذلك لا يؤدي المسؤل ولا يتهم فيه * وله سؤال خادمه وعبده الثقة ومتى سأل فآخبره ثقة اعتمده فان آخبره فاسق وعلم بقربنة الحال أنه لا يكذب من حيث إنه لا غرض له جاز له قبوله

(1) كذا بالاصل

[347]

* [المجموع شرح المهدب] * لان المطلوب من السؤال ثقة النفس وقد تحصل بقول الفاسق فان آخبره صبي مميز معروف بالثبوت جاز قبوله ومتى وجب السؤال فتعارض قول عدلين أو فاسقين سقطا ويجوز ان يرجح بقلبه احدهما وبكثرة المخبرين وبمعرفةتهم (فرع) قال الغزالي لو نهب متاع مخصوص فصادف من ذلك النوع شيئا يباع واحتمل أن لا يكون من المنهوب فان كان ذلك في يد من عرف بالصلاح جاز شراؤه وكان تركه ورعا وان كان رجلا مجهولا فان كان ذلك النوع كثيرا في البلد من غير المنهوب جاز الشراء منه وان كان لا يوجد هناك غير المنهوب إلا نادرا فليس هنا دليل للحل سوى اليد وقد عارضها علامة خاصة وهى شكل المتاع المنهوب فالامتناع من شرائه ورع منهم وفى تحريمه نظر * (فرع) قال الغزالي خادم الصوفية إذا خرج إلى السوق والبيوت وجمع طعاما وغيره ثم قدمه للصوفية حل لهم أكله ويحل لغيرهم الأكل منه برضاء الخادم ولا يحل بغير رضاه وهكذا لو كان للرجل عيال وأعطى له الناس

شيئا بسبب عياله يكون ذلك ملكا للرجل لا للعيال وله أن يطعم منه غير العيال وكذا ما يعطاه الخادم يقع ملكا له وانما يطعم الصوفية وفاء بالمروءة * (فرع) قال الغزالي الوقف على الصوفية لغيرهم أن يأكل معهم منه برضاهم وانما يأكل مرة أو مرتين ونحوهما لان معنى الوقف على الصوفية الصرف إلى مصالحتهم ومبني الاطعمة على المسامحة ولا يجوز لمن لم يكن صوفيا الاكل معهم من الوقف على الدوام وان رضوا لانه ليس لهم تغيير شرط الواقف بمشاركة غير جنسهم (وأما) الفقيه إذا كان على زيهم واخلقهم فله النزول عليهم أو كونه صوفيا وليس الجهل شرطا للتصوف قال ولا يلتفت إلى حركات بعض الحملى وقولهم

[348]

* [المجموع شرح المهدب] * العلم حجاب بل الجهل هو الحجاب وكذا العلم المذموم * (فرع) قال الغزالي قد يعطى الانسان غيره المال تبرعا لكونه محتاجا وقد يعطيه لنسبه أو صلاحه أو نحو ذلك فان علم الآخذ أن يعطيه لحاجته لم يحل له اخذه ان لم يكن محتاجا وان علم انه يعطيه لشرف نسبه لم يحل له اخذه ان كان حادثا في النسب وان أعطاه لعلمه لم يحل له اخذه الا أن يكون في العلم كما يعتقد المعطى وان أعطاه لدينه وصلاحه لم يحل له الاخذ ان كان فاسقا في الباطن فسقا لو علمه المعطى لما أعطاه * (فرع) قال الغزالي الارض المغصوبة إذا جعلت شارعا لم يجز المرور فيها فان لم يكن لها مالك معين جاز والورع اجتنابه ان أمكن العدول عنها فان كانت الارض وعليها سبابط مغصوب الاخشاب ونحوها جاز المرور تحته فان قعد تحته لدفع حر أو برد أو مطر ونحوه فهو حرام لان السقف لا يراد الا لهذا قال وكذا لو كانت أرض المسجد مباحة وسقف بحرام جاز المرور فيه ولا يجوز الجلوس لدفع حر أو برد ونحو ذلك لانه انتفاع بالحرام هذا كلام الغزالي وفي قوله نظر والمختار انه لا يحرم القعود في هاتين الصورتين وهو من باب الانتفاع بضوء سراج غيره والنظر في مرآته من غير أن يستولى عليهما وهما جائزان بلا خلاف * (فرع) قال الغزالي المواضع التي بناها الظلمة كالقناطر والربط والمساجد والسقايات ينبغي أن يحتاط فيها (أما) القناطر فيجوز العبور عليها للحاجة والورع اجتنابه وانما جوزنا العبور وان وجد عنها معدلا لان تلك الآلات إذا لم يعرف لها مالك كان حكمها أن ترصد للمصالح وهذا منها وإذا عرف ان الاحجار واللبن مغصوبة من انسان أو من مسجد أو مقبرة ونحوها فانه يحرم العبور عليها الا لضرورة يحل بها ذلك من مال الغير ثم يجب الاستحلال من المالك الذي يعرفه (وأما) المسجد فان بنى من أرض مغصوبة أو خشب مغصوب من مسجد آخر أو ملك إنسان معين فيحرم دخوله لصلاة الجمعة وغيرها وان كان من مال لا يعرف مالكة فالورع العدول إلى مسجد آخر فان لم يجد لم يترك الجمعة والجماعة لانه يحتمل انه بناه بماله ويحتمل انه ليس له مالك معروف فيكون للمصالح (وأما) السقايات فحكمها ما ذكرناه فالورع ترك الوضوء والشرب منها وترك دخولها الا أن يخاف فوات وقت الصلاة (وأما) الرباط والمدرسه فان كانت أرضها مغصوبة أو الاكتاف كاللبن والحجارة وأمكن ردها إلى مالكها لم يجز دخولها وان اشتبه فله دخولها والمكث فيها والورع تركه

* [المجموع شرح المذهب] * قال الغزالي إذا أمر السلطان بدفع شيء من خزانته لانسان يستحق في بيت المال شيئاً وعلم أن الخزانة فيها الحلال والحرام كما هو الغالب في هذه الازمان والحلال في أيدي سلاطين هذه الازمان عزيز أو معدوم (1) وإذا كان محتملاً كونه من الحلال أو كونه من الحرام فقد قال قوم يجوز أخذه ما لم يتيقن أنه حرام وقال آخرون لا يجوز حتى يتحقق أنه حلال قال وكلاهما اسراف والاعدل أنه إن كان الاكثر حراماً حرم وإن كان حلالاً ففيه توقف هذا كلام الغزالي وهو جار على اختياره أنه إذا كان المختلط أكثره حراماً حرم الاخذ منه وقد قدمنا ان المشهور أنه مكروه وليس بحرام وهكذا مثال خزانة السلطان يكون مكروها قال الغزالي واحتج من جوزه بأن جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أخذوا من السلاطين الظلمة ونوابهم الظلمة منهم أبو هريرة وأبو سعيد الخدري وأبو أيوب وزيد بن ثابت وجرير بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وانس والمسور ابن مخرمة والحسن البصري والشعبي وابراهيم النخعي وابن أبي ليلى والشافعي وأخذ ابن عمر من الحجاج والشافعي من هرون الرشيد وأخذ مالك من الخلفاء أموالاً كثيرة وإنما ترك من ترك منهم الاخذ تورعاً * وعن ابن عمر أنه قبل هدية المختار ابن عبيد وزعمت هذه الفرقتان ما نقل من امتناع جماعة لا يدل على التحريم كما أن الخلفاء الراشدين وابارز وآخرين من الزهاد تركوا الحلال المطلق الذي لا شبهة فيه زهداً * قال الغزالي والجواب عن هذا أنه قليل محصور بالاضافة إلى ما نقل من ردهم وانكارهم أو يحمل على أنهم تحققوا أن ذلك القدر المصروف إليهم من جهة حلال فحينئذ يكون المدفوع إليهم حلال ولا يضرهم كون يد السلطان مشتملة على حرام منفصل عن هذا أو يحمل على أنهم أخذوه وصرفوه في مصارف بيت المال وقد قال جماعة منهم اخذناه كله وصرفنا اياه في المحتاجين خير من تركه في يد السلطان ولهذا قال ابن المبارك ان الذين ياخذون اليوم الجوائز ويحتجون بان عمر وعائشة لا يقتدون بهما لان ابن عمر فرق ما أخذ حتى استقرض في مجلسه بعد أن فرق ستين الفا وكذا فعلت عائشة رضی الله عنهما وكذا فعل الشافعي أخذ من هرون الرشيدى وفرقه في الحال فلم يدخر منه حبة ومع هذا فان الاموال في زمن الخلفاء الاوائل بعد الراشدين كان ما عند السلطان منها غالبه حلال بخلاف الاموال التي في أيدي السلاطين في هذه الازمان فان معظمها حرام والحلال فيها قليل جداً * (فرع) قال الغزالي مال المصالح لا يجوز صرفه الا لمن فيه مصلحة عامة أو هو محتاج عاجز

(1) كذا بالاصل

* [المجموع شرح المذهب] * عن الكسب مثل من يتولى أمراً تتعدى مصلحته إلى المسلمين ولو اشتغل بالكسب لتعطل عليه ما هو فيه فله في بيت المال كفايته فيدخل فيه جميع أنواع علماء الدين كعلم التفسير والحديث والفقه والقراءة ونحوها ويدخل فيه طلبة هذه العلوم والقضاة

والمؤذنون والاحناد ويجوز أن يعطى هؤلاء مع الغني ويكون قدر العطاء إلى رأى السلطان وما تقتضيه المصلحة ويختلف بصيق المال وسعته * (فرع) قال الغزالي لو لم يدفع السلطان إلى كل المستحقين حقوقهم من بيت المال فهل يجوز لأحدهم أخذ شئ من بيت المال قال فيه أربعة مذاهب (أحدها) لا يجوز أخذ شئ أصلا ولا حبة لأنه مشترك ولا يدرى حصته منه حبة أو دانق أو غيرهما فهذا علو (والثاني) يأخذ كل يوم قوت يومه فقط (والثالث) يأخذ كفايته سنة (والرابع) يأخذ ما يعطى وهو حصته والباقيون يظلمون قال الغزالي وهذا هو القياس لان المال ليس مشتركا بين المسلمين كالغنيمة بين الغانمين والميراث بين الورثة لان ذلك ملك لهم حتى لو ماتوا قسم بين ورثتهم وهنا لو مات لم يستحق وارثه إرث شئ وهذا إذا صرف إليه ما يليق صرفه إليه * (فرع) قال الغزالي إذا بعث السلطان إلى انسان مالا ليفرقه على المساكين فان عرف ان ذلك المال مغصوب لانسان بعينه لم يجز له أخذه وتفرقته لكن يكره ذلك ان قارنته مفسدة بحيث يعتبر به جهال ويعتقدون طيب أموال السلطان أو يجب بقاء ذلك السلطان مع ظلمه قال وينبغي أن يتجنب معاملة السلطان وعلمائه واعوانه وعمالهم * (فرع) قال الغزالي الاسواق التى بناها السلاطين بالاموال الحرام تحرم التجارة فيها وسكنائها فان سكنها باجرة وكسب شيئا بطريق شرعى كان عاصيا بسكنائه ولا يحرم كسبه وللناس أن يشتروا منه ولكن ان وجدوا سوقا أخرى فالشراء منها أولى لان الشراء من الاولى اعانة لسكنائها وترغيب في سكنائها وكثرة أجزتها والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال الغزالي لو كان في يده مال مغصوب من الناس معين فاختلط بماله ولم يتميز وأراد التوبة فطريقه أن يترضى هو وصاحب المغصوب بالقسمة فان امتنع المغصوب منه من ذلك رفع النائب الامر إلى القاضى ليقبض عنه فان لم يجد قاضيا حكم رجلا متدينا لقبض ذلك فان عجز تولى هو بنفسه ذلك ويعزل قدر ذلك فيه الصرف إلى المغصوب منه سواء كان دراهم

[351]

* [المجموع شرح المهدب] * أو حبا أو ذهبا أو غيره من نحو ذلك فإذا فعل ذلك حل له الباقي فلو أراد أن يأكل من ذلك المختلط وينفق منه قبل تمييز قدر المغصوب فقد قال قائلون يجوز ذلك مادام قدر المغصوب باقيا ولا يجوز أخذ الجميع وقال آخرون لا يجوز له أخذ شئ منه حتى يميز قدر المغصوب بنية الابدال والتوبة * (فرع) من ورث مالا ولم يعلم من أين كسبه مورثه أمن حلال أم حرام ولم تكن علامة فهو حلال باجماع العلماء فان علم ان فيه حراما وشك في قدره اخرج قدر الحرام بالاجتهاد * (فرع) قال الغزالي إذا كان معه مال حرام وأراد التوبة والبراءة منه فان كان له مالك معين وجب صرفه إليه أو إلى وكيله فان كان ميتا وجب دفعه إلى وارثه وان كان لمالك لا يعرفه وينس من معرفته فينبغي أن يصرفه في مصالح المسلمين العامة كالقناطر والربط والمساجد ومصالح طريق مكة ونحو ذلك مما يشترك المسلمون فيه والا فيتصدق به على فقير أو فقراء وينبغي أن يتولى ذلك القاضى ان كان عفيفا فان لم يكن عفيفا لم يجز التسليم إليه فان سلمه إليه صار المسلم ضامنا بل ينبغي أن يحكم رجلا من أهل البلد دينا عالما فان التحكم أولى من الانفراد فان عجز عن ذلك تولاه بنفسه فان المقصود هو الصرف إلى هذه الجهة وإذا دفعه إلى الفقير لا يكون حراما على الفقير بل يكون حلالا طيبا وله أن يتصدق به على نفسه وعياله إذا كان فقيرا لان عياله إذا كانوا فقراء فالوصف موجود فيهم بل

هم أولى من يتصدق عليه وله هو ان يأخذ منه قدر حاجته لانه أيضا فقير وهذا الذى قاله الغزالي في هذا الفرع ذكره آخرون من الاصحاب وهو كما قالوه ونقله الغزالي أيضا عن معاوية بن أبى سفيان وغيره من السلف عن احمد بن حنبل والحارث المحاسبى وغيرهما من أهل الورع لانه لا يجوز انلاف هذا المال ورميه في البحر فلم يبق إلا صرفه في مصالح المسلمين والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال الغزالي إذا وقع في يده مال حرام من يد السلطان قال قوم يرده إلى السلطان فهو أعلم بما يملك ولا يتصدق به واختار الحارث المحاسبى هذا وقال آخرون يتصدق به إذا علم أن السلطان لا يرده إلى المالك لان رده إلى السلطان تكثير للظلم قال الغزالي والمختار أنه ان علم أنه لا يرده على مالكة فيتصدق به عن مالكة (قلت) المختار أنه إن علم أن السلطان يصرفه في مصرف باطل أو ظن ذلك ظلما ظاهرا لزمه هو أن يصرفه في مصالح المسلمين مثل القناطر وغيرها فان عجز عن ذلك أو شق عليه لخوف أو غيره تصدق به على الاحوج فالاحوج واهم المحتاجين ضعاف

[352]

* [المجموع شرح المذهب] * اجناد المسلمين وان لم يظن صرف السلطان اياه في باطل فليعطه إليه أو إلى نائبه ان أمكنه ذلك من غير ضرر لان السلطان اعرف بالمصالح العامة وأقدر عليها فان خاف من الصرف إليه ضررا صرفه هو في المصارف التى ذكرناها فيما إذا ظن انه يصرفه في باطل * (فرع) قال الغزالي إذا كان في يده مال بعضه حلال وبعضه فيه شبهة وله عيال ولا يفضل عن حاجته فليخص نفسه بالحلال ثم بمن يعول وإذا تردت حاجة نفسه بين القوت واللباس وبين غيرها كأجرة الحمام والصباغ والقصار والحمال ودهن السراج وعمارة المنزل وتعهد الدابة وثمان الحطب ونحو ذلك فليخص بالحلال قوته ولباسه فان تعارضا فيحتمل أن يخص القوت بالحلال لانه يمتزج بلحمه ودمه ولاكل الحرام والشبهة أتر في قساوة القلب (وأما) الكسوة ففائدتها دفع الحر والبرد والستر عن الاعين وذلك يحصل وقال الحاسبى يخص الكسوة بالحلال لانها تبقى مدة وهذا يحتمل أيضا ولكن الاول أظهر * (فرع) قال الغزالي الحرام الذى في يده حيث قلنا يتصدق به كما سبق فيتصدق به على الفقراء أو يوسع عليهم وإذا انفق على نفسه جوزناه فليضيق ما أمكنه وما أنفق على عياله فليقتصد ولكن بين التوسعة والتضييق فان ضافه انسان فان كان فقيرا وسع عليه وان كان غنيا لم يطعمه شيئا أصلا منه الا ان يكون في بربة أو نحوها بحيث لا يجد شيئا فيطعمه فانه حينئذ في معنى الفقير فان عرف من حال الفقير أنه لو علم ذلك المال لتورع عنه أحضر الطعام وأخبره بالحال ليكون قد جمع بين حق الضيافة وترك الخداع ولا يكتفى بأن ذلك الفقير لا يدري لان الحرام إذا حصل في المعدة أثر في قساوة القلب وان لم يعرف أكله * (فرع) قال الغزالي إذا كان الحرام أو الشبهة في يد أبيه أو أمه فليمتنع من مؤاكلتهما فان كرها امتناعه لم يوافقهما على الحرام فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق بل بينهما وان كان ذلك شبهة يريد تركه للورع فقد عارضه طلب رضاهما وهو واجب فليتلطف في الامتناع فان عجز فليأكل وليقلل من ذلك وليصغر اللقمة ويطيل المضغ ولا يتوسع منه قال والاخت والاخ قريب من الاب والام فان حقهما مؤكد قال وكذلك إذا ألبسته أمه ثوبا من شبهة وكانت تسخط لو رده فليقبله وليلبسه بين يديها وينزعها إذا غاب عنها ويجتهد أن لا يصلى فيه الا بحضرتها * (فرع) قال الغزالي إذا لم يكن في يده الامال حرام محض فلا حج عليه ولا زكاة ولا

* [المجموع شرح المذهب] * تلزمة كفارة مالية فان كان مال شبهة فليس بحرام محض لزمه الحج ان أبقاه في يده لانه محكوم بأنه ملكه وكذا الباقي * (فرع) قال الغزالي إذا كان في يده مال حرام لا يعرف له صاحب وجوزنا انفاقه على نفسه للحاجة كما سبق تفصيله فأراد أن يتطوع بالحج فان كان ماشيا جاز وان كان يحتاج إلى مركوب لم يجز لانا جوزنا له الاكل للحاجة ولا نجوز ما لا ضرورة إليه كما لا يجوز له شراء المركوب في البلد من هذا المال * (فرع) قال الغزالي من خرج إلى الحج بمال فيه شبهة فليجتهد أن يكون قوته في جميع طريقه من حلال فان عجز فليكن من حين الاحرام إلى التحلل وليجتهد في الحلال في يوم عرفة والله سبحانه أعلم * هذا آخر الفروع التي انتخبناها من إحياء علوم الدين وبالله التوفيق * (فرع) قال ابن المنذر اختلفوا في مبايعة من يخالط ماله حرام وقبول هديته وجائزته فرخص فيه الحسن ومكحول والزهرى والشافعي قال الشافعي ولا أحب ذلك وكره ذلك طائفة قال وكان ممن لا يقبل ذلك ابن المسيب والقاسم بن محمد وبشر بن سعيد والثوري ومحمد بن واسع وابن المبارك واحمد بن حنبل رضى الله عنهم أجمعين * قال المصنف رحمه الله * (ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والتمر ممن يعمل النبيذ وبيع السلاح ممن يعصى الله تعالى به لانه لا يأمن أن يكون ذلك معونة علي المعصية فان باع منه صح البيع لانه قد لا يتخذ الخمر ولا يعصى الله تعالى بالسلاح) * (الشرح) قال الشافعي رحمه الله في المختصر أكره بيع العصير ممن يعصر الخمر والسيف بمن يعصى الله تعالى به ولا أنقص هذا البيع هذا نصه * قال أصحابنا يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ والسلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح فان تحقق اتخاذه لذلك خمرا ونبيذا وانه يعصى بهذا السلاح ففي تحريمه وجهان حكاهما ابن الصباغ والمتولي والبعوى في شرح المختصر والرويانى وغيرهم (أحدهما) نقله الرويانى والمتولي عن أكثر الاصحاب يكره كراهة شديدة ولا يحرم (وأصحهما) يحرم وبه قطع الشيخ أبو حامد والغزالي في الاحياء وغيرهما من الاصحاب فلو باعه صح على الوجهين وان كان مرتكبا للكراهة أو التحريم قال الغزالي في الاحياء وبيع الغلمان المرد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمار قال وكذا كل تصرف يقضى إلى معصية *

* [المجموع شرح المذهب] * (فرع) ذكرنا أن بيع السلاح لمن عرف عصيانه بالسلاح مكروه قال أصحابنا يدخل في ذلك قاطع الطريق والبعاءة (وأما) بيع السلاح لاهل الحرب فحرام بالاجماع ولو باعهم اياه لم ينعقد البيع علي المذهب الصحيح وبه قطع جماهير الاصحاب في الطريقتين ونقله امام الحرمين والغزالي عن الاصحاب وحكيما وجهها لهما والماوردي والشناسى والرويانى شادا أنه يصح مع انه حرام قال الغزالي هذا الوجه منقاس ولكنه غير مشهور * واحتجوا للمذهب بأنهم يعدون السلاح لقتالنا فالتسليم إليهم معصية فيصير بائعا ما يعجز عن تسليمه شرعا فلا ينعقد قال الماوردي والرويانى هذان الوجهان مخرجان من قول الشافعي في صحة بيع العبد

المسلم الكافر قال الرويانى فان صحناه امر بازالة الملك فيه كما في شرائه العبد المسلم والله سبحانه وتعالى أعلم * (وأما) بيع السلاح لاهل الذمة في دار الاسلام ففيه طريقان (أحدهما) وبه قطع امام الحرمين والجمهور صحته لانهم في أيدينا فهو كبيعه لمسلم (والثانى) في صحته وجهان حكاهما المتولي والبغوى في كتابيه التهذيب وشرح المختصر والرويانى وغيرهم (وأما) بيع الحديد لاهل الحرب فاتفق الاصحاب على صحته لانه لا يتعين لاستعماله في السلاح وقد يستعملونه في آلات المهنة كالمساحي وغيرها وممن صحح المسألة وجزم بها امام الحرمين والبغوى في كتابيه وآخرون والله سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع المصحف ولا العبد المسلم من الكافر لانه يعرض العبد للصغار والمصحف للابتدال فان باعه منه ففيه قولان (أحدهما) أن البيع باطل لانه عقد منع منه لحرمة الاسلام فلم يصح كتزويج المسلمة من الكافر (والثانى) يصح لانه سبب بملك به العبد الكافر فجاز أن يملك به العبد المسلم كالارث (فإذا قلنا) بهذا أمرناه بازالة ملكه لان في تركه في ملكه صغارا على الاسلام * فان باعه أو أعتقه جاز وان كاتبه ففيه قولان (أحدهما) يقبل منه لان بالكتابة يصير كالخارج من ملكه في التصرفات (والثانى) لا يقبل لانه عقدة لا يزيل الملك فلا يقبل منه كالتزويج والاجارة * فان ابتاع الكافر أباه المسلم ففيه طريقان (أحدهما) أنه على القولين (والثانى) أنه يصح قولاً واحداً لانه يحصل له من الكمال بالحرية أكثر مما يلحقه من الصغار بالرق) * (الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله يتصور ملك الكافر عبدا مسلما وجارية مسلمة في صور (منها) أن يسلم عبده أو أمته فلا يزول ملكه بنفس الاسلام بلا خلاف لكن يؤمر بازالة الملك

[355]

* [المجموع شرح المذهب] * (ومنها) لو أسلم عبده فمات السيد قبل أن يزيل ملكه عنه وورثه أقاربه الكفار فدخل في ملكهم هذا العبد المسلم بلا خلاف ويؤمرون بازالة الملك كما ذكرنا (وأما) إذا اشترى الكافر عبدا مسلما من مسلم أو غيره فهذا البيع حرام بلا خلاف وفي صحته قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما وقد صرح المصنف بان القولين انما هما في صحة البيع وانما التحريم بلا خلاف وكذا صرح به الدارمي والاصحاب ونقل الرويانى في البحر اتفاق الاصحاب عليه وانما الخلاف في صحة البيع قال أصحابنا القول ببطلان البيع هو نصه في الاملاء والقول بصحته هو نصه في الام وغيره قال الشيخ أبو حامد في تعليقه والرويانى في البحر القول بالصحة هو نصه في عامة كتبه واختلفوا في الاصح من القولين فصح الشيخ أبو حامد في تعليقه وصاحب البيان القول بالصحة وصح الجمهور قول البطلان وهو الصحيح ممن صححه المصنف في التنبيه والجرجاني في التحرير والبغوى والغزالي وصاحب الانتصار والرافعي وآخرون قال أصحابنا ويجزى القولان في تملكه العبد المسلم بالسلم والهبة والوصية ونحوها والاصح أنه لا يملك في الجميع قال المتولي والرويانى القولان في الوصية انما هما إذا قلنا يملك بالقبول (وان قلنا) بالموت ملك بلا خلاف كالارث (أما) إذا اشترى الكافر مصحفا ففيه طريقان مشهوران (أحدهما) وبه قطع المصنف وجماعة انه على القولين كالعبد (أصحهما) أنه لا يصح البيع (والثانى) يصح (والطريق الثانى) القطع بانه لا يصح البيع وقطع به جماعة وصححه آخرون والخلاف انما هو في صحة البيع ولا خلاف انه حرام * وفرق الاصحاب بين المصحف والعبد على الطريق السابق بان المصحف لا يدفع عن نفسه الامتهان والابتدال بخلاف العبد * واتفق الاصحاب على أن

بيع كتب حديث النبي صلى الله عليه وسلم حكم بيع المصحف في هذا فيحرم بيعها لكافر وفي صحته الطريقتان * قال أصحابنا وحكم كتب الفقه التي فيها آثار السلف حكم المصحف في هذا هو الصحيح المشهور وشذ الماوردي عن الاصحاب فقال بيع كتب الحديث والفقه للكافر صحيح وفي أمره بازالة ملكه عنه وجهان (والمذهب الاول) قال أصحابنا ويملك الكافر المصحف وكتب الحديث والفقه بالارث بلا خلاف إلا على الوجه الشاذ الذي حكيناه عن الماوردي في الحديث والفقه وهو وجه باطل * (فرع) إذا اشترى الكافر من يعتق عليه كآبيه وابنه وامه وجدته فطريقتان مشهوران ذكرهما المصنف والاصحاب بدليلهما (أحدهما) على القولين (وأصحهما) الصحة قطعاً قال أصحابنا ويجرى هذا الخلاف في كل شراء يستعقب عتق كقول الكافر لمسلم اعتق عبدك المسلم عني

[356]

* [المجموع شرح المذهب] * بعوض أو بغير عوض فيجيبه إلى ذلك وكذا لو أقر الكافر بحرية عبد مسلم في يد غيره ثم اشتراه (والمذهب) الصحة في الجميع ورتب إمام الحرمين الخلاف في هاتين الصورتين على الخلاف في شراء القريب وقال الصورة الاولى أولى بالصحة من مسلم القريب لان الملك فيها ضمنى والثانية أولى بالمنع لان العتق فيها وان حكم به فهو ظاهر غير محقق بخلاف القريب (أما) إذا اشترى الكافر عبدا مسلما بشرط الاعناق وصحنا الشراء بهذا الشرط وهو المذهب فطريقتان حكاهما المتولي والرويانى وآخرون (المذهب) أنه كما لو اشتراه مطلقا لان العتق لا يحصل بنفس الشراء (والثانى) أنه كإشراء القريب والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) لو اشترى الكافر كافرا فاسلم قبل قبضه فهل يبطل بيعه فيه وجهان (أحدهما) نعم كمن اشترى عصيرا فتحمر قبل قبضه (وأصحهما) لا كمن اشترى عبدا فابق قبل قبضه وممن ذكر المسألة بدليلها إمام الحرمين والغزالي والمتولي والرويانى والرافعي وغيرهم قالوا (فان قلنا) لا يبطل فهل يقبضه المشتري أم ينصب القاضى من يقبضه عنه بآمره بازالة الملك فيه وجهان وقطع القفال في فتاويه بأنه لا يبطل ويقبضه القاضى عنه وهذا هو الاصح وصححه الرافعي ورجحه إمام الحرمين وغيره قال الامام فعلى هذا يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع لان تعذر استمرار الملك فيه ودوام اليد عليه ليس باقل من إباق العبد قال الامام ولا وجه للانفساخ إذا كان البائع كافرا أيضا لانه ينقلب من كافر إلى كافر والله سبحانه أعلم * (فرع) لو وكل الكافر مسلما ليشتري له عبدا مسلما لم يصح التوكيل ولا الشراء له بلا خلاف إذا قلنا لا يصح شراء الكافر بنفسه ولو وكل مسلم كافرا ليشتري له عبدا مسلما فان سمي الموكل في الشراء صح قطعاً والا فوجهان مبنيان على الوجهين في أن العقد يقع أولا للموكل أم للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل (أصحهما) للموكل فيصح هنا (والثانى) للوكيل فلا يصح وممن ذكر الفرع امام الحرمين وآخرون * (فرع) لو اشترى الكافر مرتدا وقلنا لا يصح شراؤه مسلما ففي صحة شرائه المرتد وجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون (الاصح) لا يصح له لبقاء علقه الاسلام قال الامام هما مبنيان على الخلاف فيما إذا قتل المرتد ذميا هل يقتل به * (فرع) لو كان للكافر عبد مسلم ورثه أو أسلم عنده فباعه بثوب ثم وجد بالثوب عيبا

* [المجموع شرح المذهب] * فهل له رد الثوب بالعيب واسترداد العبد فيه ثلاثة أوجه (أصحها) له ذلك ثم يؤمر بإزالة الملك في العبد (والثاني) ليس له ذلك كيلا يدخل المسلم في ملكه باختياره (والثالث) يرد الثوب ولا يرجع في العبد بل يسترد قيمته ويصير كالتالف وممن ذكر الخلاف في رد الثوب امام الحرمين والغزالي فالصواب القطع بجواز رد الثوب وبه جزم البغوي والمتولي وآخرون ونقل المتولي اتفاق الاصحاب عليه (أما) إذا وجد مشترى العبد عيبا ففي رده واسترداده الثوب طريقان حكاهما امام الحرمين وغيره (أحدهما) ونسبه امام الحرمين إلى بعض المحققين القطع بالجواز لان ملك الكافر له هنا يقع بغير اختياره (والثاني) أنه على الوجهين وبه قال الشيخ أبو محمد لانه كما يمنع الكافر من تملكه يمنع المسلم من تملكه اياه ويرجع بأرث العيب * (فرع) إذا صحنا شراء الكافر عبدا مسلما أو مصحفا فان علم الحاكم به قبل القبض فهل يمكنه من القبض أم ينصب من قبض فيه ثلاثة أوجه حكاها الروباني وغيره (أصحها) عنده يمكن (والثاني) لا يمكن بل يؤمر بأن يوكل مسلما يقبضه (والثالث) ينصب القاضي من يقبضه وإذا حصل القبض أو علم به بعد القبض ألزمه إزالته الملك كما سنذكره في الفرع بعده إن شاء الله تعالى * (فرع) إذا كان في يد الكافر عبد كافر فأسلم لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ولكن لا يقر في يده بل يؤمر بإزالة ملكه عنه ببيع أو هبة أو عتق أو غيرهما ولا يكفى الرهن والتزويج والاجارة والحيلولة وفي الكتابة قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما وحكاهما امام الحرمين والغزالي وجماعة وجهين (أصحهما) باتفاقهم الاكتفاء بها وتكون كتابة صحيحة (وان قلنا لا تكفى فوجهان (أحدهما) أنها كتابة فاسدة فيباع العبد (والثاني) أنها صحيحة ثم إن جوزنا بيع المكاتب ببيع مكاتبنا والا فسخت الكتابة وبيع * قال أصحابنا ولو امتنع من إزالة ملكه باعه الحاكم عليه بثمن مثله كما يبيع مال من امتنع من اداء الحق قال امام الحرمين والاصحاب فان لم يجد مشتريا بثمن مثله صبر إلى أن يوجد وحال بينه وبينه ويتكسب لمالكة وتؤخذ نفقته منه (واما) إذا أسلمت مستولدة كافر فلا سبيل إلى نقلها إلى غيره ببيع ولا هبة ولا نحوهما هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وفيه وجه حكاها الرافعي وهو شاذ مردود * وهل يجبر على اعناقها فيه وجهان (الصحيح) المنصوص الذي قطع به كثيرون أو الاكثرون لا يجبر بل يحال بينهما وينفق

* [المجموع شرح المذهب] * عليها وتتكسب له في يد مسلم (والثاني) حكاها امام الحرمين والغزالي وغيرهما أنه يجبر على اعناقها وذكره المصنف في التنبيه احتمالا وهو ضعيف شاذ * ولو مات كافر قد أسلم عبده في يده صار لوارثه وأمر بما كان يؤمر به مورثه فان امتثل والا يبيع عليه والله سبحانه أعلم * (فرع) قال المحاملي في اللباب لا يدخل عبد مسلم في مال كافر أبدا الا في ست مسائل (أحداها) بالارث (والثانية) يسترجعه بافلاس المشتري (الثالثة) يرجع في هبته لولده (الرابعة) إذا رد عليه بعيب (الخامسة) إذا قال لمسلم اعتق عبدك عني فأعتقه وصحناه (السادسة) إذا كاتب عبده الكافر فأسلم العبد ثم عجز عن النجوم فله تعجيزه وهذه السادسة غلط فان المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتعجيز وترك سابعة وهي إذا اشترى من يعتق عليه وصحناه والله سبحانه أعلم * (فرع)

قال المتولي والرويانى إذا صحنا هبة العبد المسلم لكافر فعلم القاضى به قبل القبض منعه لانها لا تلزم قبل القبض هذا كلامهما وفيه نظر وينبغى أن يكون قبضه كقبضه من اشتراه ثم يؤمر بازالة الملك * (فرع) قال المتولي والرويانى إذا باع الكافر عبده المسلم ثم تقايلا (فان قلنا) الاقالة بيع لم يصح والا فوجهان كما سبق في مسألة بيعه بثوب معيب * (فرع) قال المتولي والبعوى والرويانى إذا باع الكافر عبده المسلم بشرط الخيار فالبيع صحيح لان ملكه يزول بنفس البيع في قول وفى قول هو معرض للزوال فان أراد فسخ البيع (فان قلنا) الملك في زمان الخيار للبائع صح الفسخ لكن ان كثر ذلك منه ألزمه القاضى أن يبيعه بيعا ماضيا لان هذا ليس بائداء تملك وانما هو منع من الزوال (وان قلنا) بزوال الملك في المبيع بنفس العقد ففي تمكينه من الفسخ وجهان كالوجهين في مسألة العبد بالنوب المعيب * (فرع) قال الرويانى لو اشترى الكافر عبدا كافرا بشرط الخيار فأسلم في مدة الخيار قال والذي يحتمل قولين (أحدهما) يبطل البيع (والثاني) لا بل لهما الفسخ والاجارة فان أجازا ألزم المشتري بازالة ملكه * (فرع) قال الرويانى قال أصحابنا لا يكره للمسلم بيع عبده الكافر لكافر سواء كان العبد

[359]

صغيرا أو كبيرا قال بغض أصحابنا لكن الاولى ألا يبيعه الصغير وقال أبو حنيفة يكره بيعه الصغير وقال أحمد لا يجوز لانه ينشأ على دين مالكة * (فرع) قال أصحابنا يجوز أن يشتجر الكافر مسلما على عمل في الذمة بلا خلاف كما يجوز للمسلم أن يشتري منه شيئا بثمن في الذمة وهل يجوز للمسلم أن يؤجر نفسه لكافر اجارة على عينه فيه طريقان مشهوران ذكرهما المصنف في أول كتاب الاجارة (أصحهما) الجواز (والثاني) على قولين وبعضهم يحكيهما وجهين واتفقوا على أن الاصح الجواز سواء كان المسلم حرا أو عبدا الا الجرجاني فصح البيع والمذهب الجواز لكن نص الشافعي والاصحاب على أنه يكره ذلك * فإذا صحناها فهل يؤمر بازالة ملكه عن المنافع بأن يؤجره مسلما فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون (أصحهما) يؤمر وبه قطع الشيخ أبو حامد * (فرع) اتفق الاصحاب على جواز ابداع العبد المسلم عند كافر وأما إعارته اياه فقد جزم امام الحرمين والعزالي والرافعي وغيرهم بجوازه وهو الصحيح * وقطع المصنف في باب العارية من المهذب والتنبيه والجرجاني في التحرير وصاحب البيان بأنه لا يجوز وهذا ضعيف * (والمذهب) الاول لانهم ذكروا أن الاصح في الاجارة على عينه الجواز فالاعارة أولى لانها عقد جائز يرجع فيها متى شاء ولا يملك المستعير المنافع بل يستنتجها شيئا فشيئا بخلاف الاجارة والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) لو رهن المسلم عبده المسلم أو المصحف عند كافر ففي صحته طريقان ذكرهما المصنف في كتاب الرهن بدليلهما (أحدهما) القطع بصحته (والثاني) على قولين كبيعه واتفق الاصحاب على أن الاصح صحة رهنه فعلى هذا يوضع في يد عدل مسلم والله سبحانه أعلم * (فرع) قال البعوى في التهذيب في آخر كتاب الهدية وهناك ذكر مسألة بيع المسلم لكافر قال لو كان بين مسلم وكافر عبد مسلم مشترك بينهما فاعتق الكافر نصيبه وهو موسر سرى إلى نصيب المسلم وعتق على الكافر سواء قلنا تحصل السراية بنفس الاعتاق أم بدفع القيمة لانه يقوم عليه شرعا لا باختياره فهو كالارث * (فرع) في مذاهب العلماء في بيع العبد المسلم لكافر * قد ذكرنا أن الاصح من مذهبتنا

بطلانه وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة يصح ونقله الرويانى عن جمهور العلماء * وعن مالك روايتان كالمذهبيين * احتج أبو حنيفة بالقياس على الارث * واحتج اصحابنا باجماع المسلمين أنه لا يقر ملكه على مسلم وسبب ذلك ما فيه من اثبات السلطنة والسييل لكافر على مسلم وقد قال الله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ويخالف الارث فانه ملك قهري والله سبحانه وتعالى أعلم * * قال المصنف رحمه الله * (ولا يجوز بيع الجارية الا حملها لانه يتبعها في البيع والعتق فلا يجوز بيعها دونه كاليد والرجل ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنين لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا تولد والدته بولدها) وقال عليه السلام (من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع لانه تفريق محرم في البيع فأفسد البيع كالتفريق بين الجارية وحملها * وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ فيه قولان (أحدهما لا يجوز لعموم الاخبار ولانه غير بالغ فلا يجوز التفريق بينه وبين أمه في البيع كما لو كان دون سبع سنين) (والثانى) يجوز لانه مستغن عن حضانتها فجاز التفريق بينهما كالبالغ) * (الشرح) حديث أبي سعيد الخدرى والحديث الآخر سنوضحهما مع غيرهما من الاحاديث الواردة في هذا في فرع بعد بيان الاحكام ان شاء الله تعالى (أما) الاحكام ففى الفصل مسألتان (أحدهما لا يجوز بيع الجارية والبقرة وغيرهما من الحيوان دون حملها وقد سبقت المسألة واضحة بفروعها في مسألة بيع الحيوان بشرط أنه حامل (المسألة الثانية) قال الشافعي والاصحاب رحمهم الله تعالى يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة ونحوها بلا خلاف ولا يحرم التفريق بينهما في العتق بلا خلاف وتجوز الوصية على المذهب وقال المتولي والرويانى فيه قولان وطرداهما في الوصية بالحمل هل يصح أم لا (والمذهب) الصحة والجواز في صورتى الحمل والولد * وفى التفريق بينهما في الرد بالعيب وجهان وقال الشيخ أبو إسحق المصنف في كتابه في الخلاف لو اشترى جارية وولدها الصغير ثم نفاسخا البيع في أحدهما جاز وأما التفريق بينهما في الرهن ففيه تفصيل يذكر في كتاب الرهن ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف والاصحاب وإذا فرق بين الجارية وولدها الصغير في البيع والهبة ونحوهما ففي صحة العقد طريقان (أحدهما) القطع ببطلانه لانه تفريق محرم فهو معجوز عن تسليمه شرعا وبهذا الطريق قطع المصنف وجماهير

العراقيين (والثاني) حكاه الخراسانيون فيه قولان وبعضهم يقول وجهان (أصحهما) وهو الجديد بطلان العقد وبه قال أبو يوسف (والقديم) صحته وقال أبو حنيفة قال الامام أبو الفرج الرار - براءين معجمتين - الخلاف انما هو في التفريق بعد أن يسقيه اللباء أما قبله فلا يصح بلا خلاف هذا حكم التفريق في الصغر وهو ما قبل سن التمييز وهو نحو سبع سنين أو ثمان تقريبا * وفيما بعد التمييز إلى البلوغ قولان (أصحهما) يكره ولا يحرم وهو الذى نص عليه في رواية المزني وفى سير الواقدي (والثانى) يحرم حتى

يبلغ فعلى هذا في صحته الطريقتان (وأما التفريق بعد البلوغ فلا يحرم بلا خلاف ولكن يكره باتفاق الاصحاب * (فرع) لو كانت الام رقيقة والولد حرا أو بالعكس لم يحرم بيع الرقيق منهما بلا خلاف للضرورة * (فرع) إذا قلنا بالضعيف إنه يصح بيع الام دون ولدها قال الماوردي لا يقر المتبايعان على التفريق بينهما بل يقال لهما تراضيتما ببيع ملك أحدهما للآخر فذاك وإلا فسح البيع وقال ابن كج يقال للبائع تتطوع بتسليم الآخر أو تفسخ البيع فان تطوع فامتنع المشتري من القبول فسح البيع * (فرع) لو رضيت الام بالتفريق لم يزل التحريم على المذهب الصحيح رعاية لحق الولد وحكى الرافعى وجهها شاذا أنه يزول * (فرع) اتفق أصحابنا على أن أم الام عند عدم الام كالام في التفريق بينها وبين ولد بنتها فلو كان له أم وجدة فان بيع مع الام فلا يحرم وان بيع مع الجدة وقطع عن الام ففي تحريمه قولان (الصحيح) المشهور تحريمه لانه تفريق بينه وبين أمه * ولو كان له أب وأم حرم التفريق بينه وبين الام ولا يحرم بينه وبين الاب لان حق الام أكد ولهذا قدمت عليه في الحضانة * ولو كان له أب ولا أم له حرم التفريق بينه وبين الاب على الصحيح من القولين وقيل من الوجهين (والثاني) لا يحرم لماما كرهناه من ضعف مرتبة عن مرتبة الام وفي التفريق بينه وبين الاجداد والجدات من جهة الاب ومن جهة الام إذا لم يكن أب ولا أم ثلاثة أوجه (أحدها) يحرم (والثاني) يجوز (والثالث) يجوز بينه وبين الاجداد دون الجدات لانهن أصلح للتربية وأشد حزنا لفراقه (وأما) التفريق بينه وبين سائر المحارم كالاخ والعم وبنيهما والخال وغيرهم (فالمذهب) أنه يكره

[362]

ولا يحرم وبه قطع الجمهور (والثاني) فيهم وجهان كالأب حكاه الرافعى * (فرع) قال أصحابنا التفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن ان كان لغرض مقصود كالذبح جاز والا فهو مكروه ولا يحرم على المذهب وبه قطع جماهير الاصحاب وحكى الصيمري وصاحب البيان والرافعى فيه وجهان شاذا أنه حرام والله سبحانه أعلم * (فرع) في بيان الاحاديث الواردة في المسألة (منها) عن ابي أيوب رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أخته يوم القيامة) رواه الترمذي وقال حديث حسن * وعن الحاج بن أرطاة عن الحكم عن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنه قال (وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت احدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا على ما فعل غلامك فأخبرته فقال رده) رواه الترمذي وابن ماجه وآخرون قال الترمذي حديث حسن وليس بمقبول منه لان مداره على الحاج بن أرطاة وهو ضعيف ولانه مرسل فان ميمون بن أبى شبيب لم يدرك عليا رضى الله عنه وقد ضعف البيهقى هذا الحديث * وعن أبى موسى رضى الله عنه قال (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ وأخيه) وراه ابن ماجه والدارقطني باسناد ضعيف * وعن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنه (أنه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم ورد البيع) رواه أبو داود وقال ميمون لم يدرك عليا * وعن حسين بن عبد الله بن ضمرة عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يفرق بين والدة وولدها) رواه البيهقى وهو حديث ضعيف وحسين بن عبد الله هذا مجمع على ضعفه * وعن جابر الجعفي عن عبد الرحمن بن الاسود عن ابن مسعود (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أتى بالشئ أعطى أهل البيت جميعا وكره أن يفرق بينهم) رواه البيهقى وقال تفرد به جابر هذا

وهو ضعيف مشهور بالضعف * وعن عبادة بن الصامت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (أنه نهى عن التفريق بين الام وولدها حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية) رواه الدارقطني وضعفه فان أحد رواه عبد الله بن عمرو بن حسان وهو كذاب وقد انفرد به وعن سلمة بن الاكوع قال (غزونا فزاره وعلينا أبو بكر أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم علينا فلما كان بيننا وبين الماء ساعة أمرنا أبو بكر فعرسنا ثم شن الغارة فورد الماء فقتل من قتل عليه وانظر إلى عنق من الناس فيهم الدراري فخشيت أن يسبقوني إلى الخيل فرميت

[363]

بسهم بينهم وبين الخيل فلما رأوا السهم وقفوا فجئت بسهم أسوقهم وفيهم امرأة من بنى فزاره معها بنت لها من أحسن العرب فسقتهم حتى أتيت بهم أبا بكر فنقلني ابنتها فقدمنا المدينة وما كشفت لها ثوبا فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال يا سلمة هب لي المرأة فقلت يا رسول الله اعجبني وما كشفت لها ثوبا ثم لقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا سلمة هب لي المرأة فقلت هي لك يا رسول الله فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أهل مكة ففدا بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة) رواه مسلم وفيه دلالة للتفريق بين المرأة وولدها بعد البلوغ والله سبحانه وتعالى أعلم * (باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده) * قال المصنف رحمه الله * (إذا شرط في البيع شرطا نظرت فان كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما لم يبطل العقد لان شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله فان شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والاجل والرهن والضمين لم يبطل العقد لان الشرع ورد بذلك على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله وبه الثقة ولان الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد * فان شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد لان عائشة رضی الله عنها اشترت بربرة لتعتقها فأراد أهلها ان يشترطوا ولاءها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (اشترىها واعتقها فانما الولاء لمن أعتق) وان اشتراه بشرط العتق فامتنع من اعتاقه ففيه وجهان (أحدهما) يجبر عليه لانه عتق مستحق عليه فإذا امتنع أجبر عليه كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه (والثاني) لا يجبر بل يثبت للبائع الخيار في فسخ البيع لانه ملكه بالعوض وانما شرط للبائع حقا فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار كما لو اشترى شيئا بشرط أن يرهن بالثمن رهنا فامتنع من الرهن فان رضى البائع باسقاط حقه من العتق ففيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لانه عتق مستحق فلا يسقط باسقاط الآدمي كالمنذور (والثاني) أنه يسقط لانه حق شرطه البائع لنفسه فسقط باسقاطه كالرهن والضمين وان تلف العبد قبل العتق ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه ليس للبائع الا الثمن لانه لم يفقد أكثر من العتق (والثاني) يأخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق فيقوم من غير شرط العتق ثم يقوم مع شرط العتق ويجب ما بينهما من الثمن (والثالث) أنه

[364]

يفسخ العقد لان البائع لم يرض بهذا الثمن وحده والمشتري لم يلتزم أكثر من هذا الثمن فوجب أن يفسخ العقد) * (الشرح) حديث عائشة رواه البخاري ومسلم وبريرة - بفتح الباء الموحدة - وهى بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضى الله عنها روت حديثا واحدا (قوله) عتق مستحق عليه احتراز ممن نذر عتقا على وجه اللجاج ثم اختار كفارة اليمين بالاطعام وممن وعد العبد أنه يعتقه (أما) الاحكام فقال أصحابنا الشروط خمسة أضرب (أحدها) ما هو من مقتضى العقد بان باعه بشرط خيار المجلس أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب أو الرجوع بالعهد أو انتفاع المشتري به كيف شاء وشبه ذلك فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف لما ذكره المصنف ويكون شرطه توكيدا وبيانا لمقتضاه (الضرب الثاني) أن يشترط ما لا يقتضيه اطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعائد كخيار الثلاث والاجل والرهن والضمين والشهادة ونحوها وكشروط كون العبد المبيع خياطا أو كاتباً ونحوه فلا يبطل العقد أيضا بلا خلاف بل يصح ويشيت المشروط (الضرب الثالث) ان يشترط ما لا يتعلق به عرض يورث تنازعا كشرط ألا يأكل الا الهريسة أو لا يلبس الا الخبز أو الكتان قال امام الحرمين وكذا لو شرط الاشهاد بالثمن وعين شهودا وقلنا لا يتعينون فهذا الشرط لا يفسد العقد بل يلغو ويصح البيع هذا هو المذهب وبه قطع امام الحرمين والغزالي ومن تابعهما وقال المتولي لو شرط التزام ما ليس بلازم بان باع بشرط أن يصلى النوافل أو يصوم غير رمضان أو يصلى الفرائض في أول أوقاتها بطل البيع لانه ألزم ما ليس بلازم قال الرافعي مقتضى هذا فساد العقد في مسألة الهريسة ونحوها والله سبحانه وتعالى أعلم (الضرب الرابع) أن يبيعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري ففيه ثلاثة اقوال (الصحيح) المشهور الذى نص عليه الشافعي في معظم كتبه وقطع به المصنف وأكثر الاصحاب أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به (والثاني) يصح البيع ويبطل الشرط فلا يلزمه عتقه (والثالث) يبطل الشرط والبيع جميعا كغيره من الشروط والمذهب صحتهما وعليه التفريع قال أصحابنا وإذا صحناه فصورته إذا شرط أن يعتقه المشتري عن نفسه أو أطلق اشتراط عتقه (أما) إذا باعه بشرط ان يعتقه المشتري عن البائع فالبيع باطل قطعاً قال أصحابنا وإذا شرط العتق للمشتري أو أطلق ففي العتق المشروط وجهان (أصحهما) انه حق لله تعالى كالعتق الملتزم بالنذر (والثاني) أنه حق للبائع وقد أشار المصنف إلى دليلهما (فان قلنا) إنه حق للبائع فله مطالبة المشتري

[365]

به بلا خلاف (وان قلنا) حق لله تعالى فللبائع مطالبته أيضا على اصح الوجهين وان امتنع من الاعتاق (فان قلنا) الحق لله تعالى أجبر عليه المشتري قطعاً (وان قلنا) للبائع لم يجبر بل يجبر البائع في فسخ البيع (وإذا قلنا) بالاجبار قال المتولي يخرج على الخلاف في المولى إذا امتنع من الطلاق ومن الغيبة ففي قول يعتقه القاضى وفى قول يحبس حتى يعتقه وذكر امام الحرمين احتمالين (أحدهما) تخريجه على القولين كما قال المتولي (والثاني) يتعين الحبس (قلت) ويحتمل أن يجزم بان يعتقه القاضى كما إذا توجه عليه بيع ماله في دين فامتنع فان القاضى يبيعه في وفاء الدين (أما) إذا أسقط البائع حق الاعتاق (فان قلنا) الحق لله تعالى لم يصح إسقاطه (وان قلنا) للبائع صح إسقاطه كما لو شرط رهنا أو كفيلا ثم عفا عنه فانه يسقط على المذهب وبه قطع الجمهور وفيه وجه ضعيف للشيخ أبى محمد الجويني أن شرط الرهن والكفيل لا يصح إفراده بالاسقاط كالأجل * قال أصحابنا ومتى اعتقه المشتري فالولاء له قطعاً

سواء قلنا الحق فيه لله تعالى أم للبائع لانه أعتق ملكه هذا إذا أعتقه المشتري مجاناً فلو أعتقه عن كفارة عليه (فان قلنا) الحق فيه لله تعالى أو للبائع ولم يأذن لم يجزئه (وإن قلنا) له وأذن فوجهان (أصحهما) يجزئه عن الكفارة وعن أداء حق العتق (والثاني) لا يجزئه والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال أصحابنا يجوز استخدام العبد والامة اللذين اشتراهما بشرط العتق قبل حصول العتق ويجوز الوطئ وتكون أكسابهما للمشتري لانهما على ملكه قبل العتق ولو قتلا كانت القيمة للمشتري ولا يكلف صرفها إلى عتق غيرهما * ولو أجره قال الدارمي يحتمل وجهين (أصحهما) بطلان الاجارة * (فرع) لو باعه لآخر بشرط أن يعتقه الثاني فوجهان (الصحيح) المشهور لا يصح البيع (والثاني) يصح البيع والشرط * ولو أولد الجارية لم تجزئه عن الاعتاق على الصحيح وبه قطع الجمهور وفيه وجه شاذ * (فرع) لو مات هذا العبد قبل اعتاقه ففيه أربعة أوجه منها ثلاثة مشهورة ذكرها المصنف بأدلتها (أصحها) ليس على المشتري إلا الثمن المسمى لانه لم يلتزم غيره (والثاني) يلزمه مع المسمى قدر التفاوت بمثل نسبته من المثل بان يقال قيمته من غير شرط العتق مائة وبشرطه تسعون فيجب قدر عشر المسمى مضافاً إلى المسمى (والثالث) يفسخ البيع ويلزم المشتري قيمة العبد لفواته في يده

[366]

ويرجع بالثمن (والرابع) للبائع الخيار إن شاء أجاز العقد ولا شئ له غير المسمى وان شاء فسخه ورد الثمن ورجع بقيمة العبد * ثم هذه الواجهة هل هي مفرعة على أن العتق للبائع أم مطردة سواء قلنا له أو لله تعالى فيه احتمالان لامام الحرمين (أصحهما) الثاني وهو مقتضى كلام الاصحاب وإطلاقهم (فرع) لو اشتراه بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة أو يعلق عتقه أو يشتري داراً بشرط أن يقفها فطريقان (أصحهما) القطع ببطلان البيع (والثاني) أنه على الخلاف في شرط الاعتاق * (فرع) جميع ما سبق هو فيما إذا شرط العتق ولم يتعرض للولاء أو شرطاً كونه للمشتري (فأما) إذا شرطاه للبائع فالمذهب ببطلان البيع وبه قطع الجمهور لانه منابذ لقوله صلى الله عليه وسلم (إنما الولاء لمن أعتق) وحكى جماعة قولاً شاذاً أنه يصح البيع ويلغو شرط الولاء وحكاها الدارمي وجهها للاصطخري وحكى إمام الحرمين وجهها باطلاً أنه يصح البيع ويصح أيضاً شرط الولاء للبائع قال الرافعي لا يعرف هذا الوجه لغير الامام ولو اشتراه بشرط الولاء للبائع دون اشتراط الاعتاق بان قال بعتك بشرط أن يكون الولاء لى ان اعتقته فالبيع باطل بلا خلاف ذكره المتولي والرافعي * (فرع) لو اشتري أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه قال القاضي حسين البيع باطل بلا خلاف لتعذر الوفاء بالشرط فانه يعتق عليه بمجرد الملك فلا يتصور اعتاقه وحكى الرافعي هذا عن القاضي وسكت عليه موافقة وفيه نظر ويحتمل أن يصح البيع ويكون شرط الاعتاق توكيداً للمعنى فان مقصود الشرط تحصيل الاعتاق وهو حاصل هنا * (فرع) لو اشتري جارية حاملاً بشرط العتق فولدت ثم اعتقها فهل يتبعها الولد فيه وجهان حكاهما ابن كج (الاصح) لا يتبعها قال الدارمي هما مبنيان على أن الحمل هل له حكم أم لا والاصح ان له حكم فلا يتبعها * (فرع) لو باع بشرط أن يبيعه المشتري بشرط العتق فالمذهب ببطلان هذا البيع وبه قطع الجمهور وحكى ابن كج عن ابن القطان ان في صحته وجهين وهذا شاذ ضعيف * (فرع) في مذاهب العلماء فيمن باع عبداً بشرط العتق * قد ذكرنا ان الصحيح المشهور من مذهبنا صحة البيع والشرط وبه قال النخعي وأحمد وغيرهما وقال ابن أبي ليلى

وأبو ثور البيع صحيح والشرط باطل وقال أبو حنيفة وصاحباؤه البيع فاسد
لكن لو اعتقه بعد عتقه لزمه الثمن عند

[367]

أبى حنيفة والقيمة عند صاحبيه وهو عندهم مملوك للمشتري ملكا ضعيفا
كما قالوا في غيره من البيوع الفاسدة واحتجوا بحديث النهى عن بيع
وشرط وبحديث (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) وسنوضحهما
قريبا إن شاء الله تعالى * واحتج أصحابنا بحديث عائشة في قصة بريرة
رضى الله عنهما فإن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لها في شرائها
بشرط العتق (فان قيل) إنما كان بشرط الولاء (قلت) الولاء يتضمن اشتراط
العتق (فان قيل) فبريرة كانت مكاتبه والمكاتب لا يصح بيعه على الصحيح
(قلنا) هو محمول على أنها عجزت نفسها وفسخ أهلها الكتابة ولان للعتق
قوة سراية فاحتمل اشتراطه في البيع بخلاف غيره (واما) الحديثان اللذان
احتجوا بهما فعامان مخصوصان بما ذكرناه * * قال الصنف رحمه الله *
(فان شرط ما سوى ذلك من الشروط التى تنافى مقتضى البيع بان عبدا
بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه أو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة أو ثوبا
بشرط أن يخيطه له أو فلعة بشرط أن يحذوها له بطل البيع لما روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم (أنه نهى عن بيع وشرط) وروى (أن عبد الله
ابن مسعود اشترى جارية من امراته زينب الثقفية وشرطت عليه أنك ان
بعتها فهى لى بالثمن فاستفتى عبد الله عمر رضى الله عنهما فقال لا
تقربها وفيها شرط لاحد) وروى أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها
فقال له عمر رضى الله عنه لا تقربها وفيها مثنوية ولانه شرط لم يبن
على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته فأفسد العقد كما لو
شرط أن لا يسلم إليه المبيع فان قبض المبيع لم يملكه لانه قبض في عقد
فاسد فلا يوجب الملك كالوطئ في النكاح الفاسد فان كان باقيا وجب رده
وان هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف ومن
أصحابنا من قال يضمن قيمته يوم التلف لانه مأذون في امساكه فضمن
قيمته يوم التلف كالعارية وليس بشئ لانه قبض مضمون في عين يجب
ردها فإذا هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف
كقبض العاصب ويخالف العارية فان العارية مأذون في اتلاف منافعها ولان
في العارية لو رد العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن ولو رد المبيع ناقصا
ضمن النقصان وان حدثت في عينها زيادة بأن سمئت ثم هزلت ضمن ما
نقص لان ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب ومن أصحابنا من قال لا
يضمن لان البائع دخل في العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة والمنصوص
هو الاول وما قاله هذا القائل يبطل بالمنافع فانه لم يدخل في العقد ليأخذ
بدلها ثم تستحق * فان كان لمثله أجره لزمه الاجرة للمدة التى اقام في
يده لانه

[368]

مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب * فان
كانت جارية فوطئها لم يلزمه الحد لانه وطئ بشبهة لانه اعتقد أنها ملكه
ويجب عليه المهر لانه وطئ بشبهة فوجب به المهر كالوطئ في النكاح

الفاسد وان كانت بكرا وحب عليه ارش البكارة لان البكارة جزء من اجزائها واجزاؤها مضمونة عليه فكذلك البكارة وان أتت منه بولد فهو حر لانه اعتقد انها جاريته ويلزمه قيمة الولد لانه اتلف عليه رقه باعتقاده ويقوم بعد الانفصال لانه لا يمكن تقويمه قبل الانفصال ولانه يضمن قيمة الولد للحيلولة وذلك لا يحصل إلا بعد الانفصال فان القت الولد ميتا لم يضمنه لانه لا قيمة له قبل الانفصال ولا توجد الحيلولة إلا بعد الانفصال فان ماتت الجارية من الولادة لزمه قيمتها لانها هلكت بسبب من جهته ولا تصير الجارية ام ولد في الحال لانها علققت منه في غير ملكه وهل تصير ام ولد إذا ملكها فيه قولان) * (الشرح) أما الحديث فغريب وأما الاثران عن عمر رضى الله عنه صحيحان روي الاول مالك في الموطأ ورواهما جميعا البيهقي * وعبد الله في الموضوعين هو ابن مسعود والذي أفتاه في الصورتين هو عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقد يقع في بعض نسخ المذهب مصحفاً بآب عمر وهو غلط فاحش * والفلة - بكسر الفاء واسكان اللام - جمعها فلع وهى جلدة النعل ومعنى يحدوها يجعلها حذاء (وقوله) لانه شرط لم يبين على التغليب اجترار من العتق (وقوله) ولا هو مقتضى العقد اجترار من شرط سقى الثمرة ونحوه (وقوله) ولا من مصلحته اجترار من شرط الرهن والضمين ونحوهما (وقوله) لانه قبض مضمون في عين يجب ردها اجترار بالمضمون عن الوديعة ويقوله في عين عن المنفعة فانه تجب قيمتها يوم الاستيفاء لا اكثر الامرين ويقوله يجب ردها عن المقبوضة ببيع صحيح (قوله) سمنت ثم هزلت هو - بضم الهاء - (وقوله) لانه مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به اجترار من العارية (اما) الاحكام فقد ذكرنا الشروط في البيع خمسة أضرب ومرت اربعة وهذا الخامس وهو أن يشترط ما سوى الاربعة من الشروط التى تنافى مقتضى البيع بأن باعه شيئاً بشرط أن لا يبيعه ولا ينتفع به اولا يعتقه اولا يقبضه اولا لا يؤجره اولا لا يطأها اولا لا يسافر به اولا لا يسلمه إليه اولا بشرط ان يبيعه غيره اولا يشتري منه اولا يقرضه اولا يؤجره اولا خساره عليه ان باعه بأقل اوانه إذا باعه لا يبيعه الا له اوما اشبه ذلك فالبيع باطل في جميع هذه الصور واشباهها

[369]

لمنافاة مقتضاه ولا فرق عندنا بأن بشرط شرطاً واحداً أو شرطين * وحكى إمام الحرمين والرافعي وغيرهما قولاً غريباً حكاه أبو ثور عن الشافعي أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال بل يلغو الشرط ويصح البيع لقصة بريرة رضى الله عنها وهذا ضعيف وحينئذ البيع عكس النكاح فان المشهور أنه لا يفسد بالشروط الفاسدة وفيه قول شاذ ضعيف أنه يفسد بها فإذا جمع البيع والنكاح حصل فيهما ثلاثة أقوال (أحدها) يفسدان بالشروط الفاسدة (والثاني) لا (والثالث) وهو المذهب والمشهور يفسد البيع دون النكاح والتفريع على هذا القول وبالله التوفيق * ولو باع بشرط خيار المجلس أو خيار الرؤية ففيه خلاف سبق في بابه * هذا كله فيما إذا شرط شرطاً فاسداً وكان الشرط مما لا يفرد بالعقد فان كان مما يفرد كالرهن والضمين فهل يفسد البيع لفسادهما فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف في بابهما (أصحهما) يفسد كسائر الشروط الفاسدة (والثاني) لا كالصداق الفاسد لا يفسد به النكاح * (فرع) إذا باع داراً واشترط البائع لنفسه سكنها أو دابة واستثنى ظهرها فان لم يبين المدة المستثناة وبعلم قدرها فالبيع باطل بلا خلاف وان بناها فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والعراقيون فساد البيع (والثاني) فيه وجهان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) هذا (والثاني) يصح البيع والشرط لحديث جابر

وقصة جملة التي سنذكرها في فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى وحكى القاضى أبو الطيب هذا الوجه عن ابن خزيمة من أصحابنا وبه قال ابن المنذر * (فرع) لو باع بشرط أن لا يسلم المبيع حتى يستوفى الثمن فان كان الثمن مؤجلا بطل العقد لانه يجب تسليم المبيع في الحال فهو شرط مناف لمقتضاه وان كان حالا بنى على أن البداءة في التسليم بمن (فان قلنا) بالبائع لم يفسد والا فيفسد للمنافاة * (فصل) متى اشترى شيئا شراء فاسدا لشرط مفسد أو لسبب آخر لم يجر له قبضه فان قبضه لم يملكه بالقبض سواء علم فساد البيع أم لا ولا يصح تصرفه فيه ببيع ولا اعتاق ولا هبة ولا غيرها ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب وكالمقبوض بالسوم ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن ولانه يقدم به على الغرماء هذا هو المذهب وبه قطع (1) وفيه قول غريب ووجه للاصطخري أن له حبسه ويقدم به على الغرماء وهو شاذ ضعيف ويلزمه أجرته للمدة التي كان في يده سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده لانه مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب

(1) كذا بالاصل

[370]

وان كان تعيب في يده لزمه أرش نقصه لما ذكرناه وان تلف لزمه ضمانه بلا خلاف لما ذكرناه وفي القيمة المعتبرة ثلاثة أوجه (أصحها) باتفاق الاصحاب تجب القيمة أكثر مما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب لانه مخاطب في كل لحظة من جهة الشرع برده (والثاني) تجب قيمته يوم التلف كالعارية لانه مأذون في امساكه (والثالث) يوم القبض حكاه المصنف في التنبيه وأخرون وهو غريب (والمذهب الاول) وهو المنصوص ونقل بعض الاصحاب هذه الأوجه أقوالا والمشهور أنها أوجه قال الشافعي رحمه الله في كتاب الغصب يضمن المغصوب بقيمته أكثر ما كانت يوم الغصب إلى التلف قال وكذلك في البيع الفاسد قال القاضى أبو الطيب حمل أكثر أصحابنا نص الشافعي على ظاهره فأوجبوا قيمته أكثر ما كانت كالمغصوب وقال بعضهم تجب قيمته يوم التلف وحملوا نصه على أن المراد أنه كالمغصوب في أصل الضمان دون كقيمته وفرق المصنف والاصحاب بينه وبين العارية بفرقين (أحدهما) أن العارية مأذون في اتلاف منافعها مجانا بخلاف هذا (والثاني) أنه لورد العارية ناقصة بالاستعمال لم يضمن بخلاف هذا والله سبحانه وتعالى أعلم * (أما) الزوائد الحادثة منه فيلزمه ضمانها إذا تلفت عنده سواء كانت منفصلة كاللبن والثمرة والولد والصوف وغيرها أم متصله بأن سمتت عنده ثم هزلت أو تعلم صنعة ثم نسيها وسواء تلفت العين أوردتها فيلزمه ضمان الزيادة الفائتة عنده هذا هو المذهب والمنصوص وفيه وجه ضعيف حكاه المصنف والاصحاب أنه لا يضمن الزيادة إذا تلفت العين وانما يضمنها إذا رد العين وقد ذهبت الزيادة (والصواب) الاول لانه كالمغصوب فلو زادت عنده ثم نقصت ثم زادت فردها كذلك فان كانت الزيادة الثانية من غير جنس الاولى ضمنها قطعا وان كانت من جنسها وعلى قدرها فوجهان حكاهما الدارمي (أصحهما) يلزمه ضمانها أيضا (والثاني) لا كالوجهين في نظيره من الغصب * (فرع) إذا انفق على العبد أو البهيمة المقبوضين ببيع فاسد لم يرجع على البائع بالنفقة إن كان المشتري عالما بفساد البيع فان كان جاهلا فوجهان (أصحهما) لا يرجع أيضا

لانه متبرع * (فرع) لو كان المقبوض ببيع فاسد جارية فوطئها المشتري فان كان الواطئ والموطوءة جاهلين فلا حد للشبهة ويلزمه المهر للبائع لانه وطئ شبهة فلو تكرر الوطئ بهذه الشبهة لم يجب الا مهر واحد سواء تكرر في مجلس أو مجالس وان كانا عالمين لزمهما الحد ان كان اشتراها بمينة أو دم لانه لا يملكها ولا يباح وطؤها له بالاجماع فان اشتراها بخمر أو شرط فاسد فلا حد لاختلاف

[371]

* [المجموع شرح المهدب] * العلماء في حصول الملك له فان أبا حنيفة رحمه الله يقول في هذه الحال إنه يملكها ملكا حقيقيا فصار كالوطئ في النكاح بالاولى ونحوه قال إمام الحرمين ويجوز أن يقال يجب الحد لان أبا حنيفة لا يبيع الوطئ فان كان يثبت الملك بخلاف الوطئ في النكاح بالاولى فحيث قلنا لاحد ويجب المهر فان كانت ثيبا وجب مهرها وإن كانت بكرًا وجب مهر بكر وارش البكارة أيضا (أما) أرش البكارة فلانه أتلغها بغير حق (وأما) مهر البكر فلانه وطئ بكرًا بشبهة هكذا صرح بوجوب مهر بكر مع أرش البكارة في هذا الموضع الشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي أبو الطيب والمحاملي وسائر المتقدمين وصاحب البيان والرافعي وغيرهما من المتأخرين ونقله القاضي أبو الطيب وغيره عن نص الشافعي * قال القاضي والاصحاب (فان قيل) هذا يؤدي إلى ضمان البكارة مرتين (قلت) الا أنه أتلغ جزء من بدنها بغير اذن من له الاذن فلزمه أرشه ووطئها بكرًا فحصل له كمال اللذة فلزمه مهر بكر ولا يتداخلان لانهما وجبا بشيئين مختلفين لان الارش يجب باتلاف الجزء وهو سابق لتغيب الحشفة الموجب للمهر (فان قيل) إذا فصلتم اتلاف البكارة عن الوطئ فيجب أرش بكارة ومهر ثيب لان تغيب كمال الحشفة صادفها ثيبا فصار كما لو أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها فانه يلزمه أرش البكارة ومهر ثيب قال أصحابنا (فالجواب) أنه حصل له لذة جماع بكر ويسمى واطئ بكر بخلاف مسألة الاصبع (فان قيل) فقد نص الشافعي والاصحاب على انه لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ووطئها وهي بكر لزمه مهر مثلها بكرًا ولا يلزمه مع أرش البكارة مع أنه لا يستحق اتلاف بكارتها بخلاف المنكوحه نكاحا صحيحا (فالجواب) أن اتلاف البكارة مأذون فيه في النكاح الفاسد كما أنه مأذون فيه في النكاح الصحيح بخلاف البيع الفاسد فانه لا يلزم منه الوطئ فهي في النكاح الفاسد كمن قالت لانسان اذهب بكارتي بأصبعك وكمن قال لغيره اقطع يدي أو أتلغ سواتي فلا ضمان والله سبحانه أعلم * فان احبلها فالولد حر للشبهة وهل عليه ولاء فيه وجهان حكاهما الدارمي (الصحيح لا ولاء لانه انعقد حرا وبهذا قطع القاضي أبو الطيب والجمهور فان خرج الولد حيا لزمه قيمته يوم الولادة لانه صار حرا بطنه فأتلغ رقه على مالك الامة وتستقر عليه القيمة فلا يرجع بها على البائع بخلاف ما لو اشترى جارية فاستولدها فخرجت مستحقة فانه يغرم قيمة الولد ويرجع بها على البائع لانه غره بخلاف مسألتنا قال المصنف والاصحاب ولا تصير الجارية أم ولد للواطئ في الحال لانه لا يملكها فان ملكها بعد ذلك ففي مصيرها أم ولد القولان

[372]

* [المجموع شرح المذهب] * المشهوران فيمن أولاد جارية غيره بشبهة ثم ملكها (أصحهما لا تصير * فان نقصت بالحمل أو الولادة لزمه أرشته * وان خرج الولد ميتا فلا قيمة لكن ان سقط بجناية وجبت الغرة على عاقلة الجاني ويجب حينئذ للبائع أقل الامرين من قيمة الولد يوم الولادة والغرة يطالب به من شاء من الجاني والمشتري لان ضمان الجاني له قام مقام خروجه حيا فان كانت الغرة أقل أخذها البائع ولا شئ له غيرها وان كانت أكثر أخذ قدر القيمة وكانت البقية لورثة الجنين * ولو رد المشتري الجارية إلى البائع فولدت عنده وماتت في الطلق وجبت قيمتها بلا خلاف وهل تكون في مال الجاني أم على عاقلته فيه القولان المشهوران في أن العاقلة هل تحمل قيمة العبد (أصحهما) تحملها * ولو وطئ أمة الغير بشبهة فماتت في الطلق لزمه قيمتها في ماله على قول وعلى عاقلته في الاصح وفيه وجه ضعيف أنه لا ضمان في الأمة الموطوءة بشبهة وهو شاذ مردود * ولو وطئ حرة بشبهة أو في نكاح فاسد فماتت بالولادة ففي وجوب ديتها وجهان وحكاهما الشيخ أبو حامد قولين (أحدهما) تجب كالامة (وأصحهما لا تجب لان الوطئ سبب ضعيف وإنما أوجبنا الضمان في الأمة لان الوطئ استيلاء عليها والعلوق من أثاره فادمنا الاستيلاء كالمحرم إذا نفر صيدا وبقي نفاؤه إلى الهلاك بالبيع وغيره فانه يضمنه (وأما) الحرة فلا تدخل تحت الاستيلاء * ولو زنى بامرأة مكرهه فماتت بالولادة حرة كانت أو أمة ففيها قولان مشهوران (أصحهما لا ضمان لان الولادة غير مضافة شرعا لعدم النسب (والثاني) يجب لانه مولد من فعله * ولو ماتت زوجته في الطلق من حملها منه لم يجب الضمان بلا خلاف لتولده من مستحق * وحيث أوجبنا ضمان الحرة فهو الدية على عاقلة الواطئ وحيث أوجبنا ضمان قيمة الأمة فهو على عاقلته في أصح القولين وفي ماله في الآخر ومتى تعتبر قيمتها فيه ثلاثة أوجه (أصحها) يوم الاحبال لانه سبب التلف كما لو جرح عبدا قيمته مائة فبقي متألما إلى أن مات منه وقيمه عشرة يلزمه مائة (والثاني) يوم الموت لانه وقت التلف (والثالث) يجب أكثرهما كالغصب والله أعلم * (فرع) إذا اشترى شيئا فاسدا فباعه لآخر فهو كالغاصب يبيع المغصوب فإذا حصل في يد الثاني وعلم الحال لزمه رده إلى المالك ولا يجوز رده إلى المشتري الاول فان تلف في يد الثاني نظر إن كانت قيمته في يدهما سواء أو كانت في يد الثاني أكثر رجع المالك بالجميع على من شاء منهما والقرار على الثاني لحصول التلف في يده وان كانت القيمة في يد الاول أكثر فضمن النقص

[373]

* [المجموع شرح المذهب] * على الاول خاصة والثاني يرجع به على من شاء منهما والقرار على الثاني وكل نقص حدث في يد الاول يطالب به الاول دون الثاني وكل نقص حدث في يد الثاني يطالب به من شاء منهما والقرار على الثاني وكذا حكم أجرة المثل * ولو رد الثاني العين إلى الاول فتلفت عنده فللمالك مطالبة من شاء منهما والقرار على الاول (فرع) إذا باعه شيئا بشرط أن يبيعه داره أو يشتري منه عبده فالعقد الاول باطل كما سبق فإذا عقد العقد الثاني المشروط في الاول فان كانا يعلمان بطلان الشرط صح العقد الثاني والا فلا لانهما بائيان به على حكم الشرط الفاسد هكذا قطع به البغوي وغيره وقطع إمام الحرمين بالصحة وحكاه عن والده في كتاب الرهن لان المواطأة قبل العقد لا أثر لها عندنا والاول أصح لان المواطأة ألا يعتقدا لزوم الوفاء بخلاف مسألتنا فنطيرها من مسألتنا أن يعلمنا فساد الشرط * (فرع) لو اشترى زرعاً وشرط على بائعه ان يحصده

فالمذهب بطلان البيع وبه قطع جمهور المصنفين ونقله الماوردي وغيره عن جمهور أصحابنا المتقدمين وقال أبو علي بن أبي هريرة في القولان فيمن جمع في عقد بين بيع وإجارة وقيل شرط الحصاد باطل وفي البيع قولا تفريق الصفقة وسواء قال بعته بألف على أن تحصده وقال الشيخ أبو حامد لا يصح الأول قطعاً وفي الثاني الطريقان * ولو قال اشترت منك هذا الزرع واستأجرتك على حصده بعشرة فقال بعته وأجرتك فطريقان (أحدهما) أنه على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم (وأصحهما) بطلان الإجارة وفي البيع قولا تفريق الصفقة * ولو قال اشترت هذا الزرع بعشرة واستأجرتك على حصده بدرهم فقال بعته وأجرت قال البيهقي وغيره صح الشراء لأنه لا شرط فيه ولم تصح الإجارة لأنه استئجار على العمل فيما لم يتم ملكه فيه لأن أحد شقي الإجارة وجد قبل تمام البيع فصار كما لو قال استأجرتك لتخيط

[374]

* [المجموع شرح المذهب] * لى هذا الثوب والثوب غير مملوك له في الحال فلو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض بعقد فقال اشترت بعشرة على أن تحصده بدرهم أو اشترى ثوبا وشرط عليه خياطته وصبعه أو لبنا وشرط عليه جعله أجرا أو نعلا وشرط عليه أن ينعل به دابته أو جلدة وشرط عليه خبزها خفا أو عبدا رضيعا وشرط عليه إتمام رضاعته أو متاعا على أن يحمله إلى بيته وهما يعلمان البيت فالمذهب بطلان العقد في كل هذه الصور ونظائرها فلو لم يعرف أحدهما البيت في مسألة المتاع بطل العقد بلا خلاف وممن صرح بهذه المسائل مجموعة البيهقي وتابعه الرافعي * ولو اشترى حطباً على ظهر بهيمة وشرط عليه حمله إلى بيته بطل على المذهب كما ذكرناه فلو شرط وضعه موضعه صح قطعاً فلو أطلق فوجهان (أصحهما) يصح ويسلمه إليه موضعه لأنه مقتضى الإطلاق (والثاني) لا يصح العقد حتى يصرح باشتراط تسليعه في موضعه لأن العادة تقتضي حمله إلى داره فيصير ذلك كالمشروط وهذا الخلاف له تعلق بمسألة السر والعلانية في الصداق ونظائرها * (فرع) الشرط المقارن للعقد يلحقه فان كان شرطاً صحيحاً لزم الوفاء به وإن كان فاسداً أفسد العقد (وأما) الشرط السابق فلا يلحق العقد ولا يؤثر فيه فلا يلزم الوفاء به ولا يفسد العقد به إن كان شرطاً فاسداً لأن ما قبل العقد لغو هكذا نص عليه وقطع به الأصحاب (وأما) الشرط الذي يشترط بعد تمام العقد فإن كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فهو لغو قطعاً وإن كان قبله في مدة خيار المجلس أو الشرط فثلاثة أوجه (أحدها) لا يلحق وصحة المتولي (والثاني) يلحق في خيار المجلس دون خيار الشرط قاله الشيخ أبو زيد والقفال (والثالث) وهو الصحيح عند الجمهور وبه قطع أكثر العراقيين يلحق في مدة الخيارين جميعاً وهو ظاهر نص الشافعي فعلى هذا في محل صحة اللاحق وجهان (أحدهما) قاله أبو علي الطبري وصححه الشيخ أبو علي السنجى والبيهقي وغيرهما أنه مفرغ على قولنا الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف وفسخ العقد فاما (إن قلنا) للمشتري أو موقوف وامضى العقد فلا يلحق كما يلحق بعد انقضاء الخيار والوجه (الثاني) إن جواز

[375]

* [المجموع شرح المذهب] * اللاحق مطرد على الاقوال كلها وهذا هو الصحيح صححه العراقيون * ولو ألحقا بالعقد زيادة في الثمن أو المثلن أو ازدادا بباب (1) الخيار أو الاجل أو قدرهما أو فعلا ذلك في المسلم فيه أو في رأس مال السلم أو في الصداق أو الاجارة أو غيرهما من العقود فحكمه حكم الحاق الصحيح الفاسد كما سبق فان كان بعد لزوم العقد فهو لغو وان كان قبله ففيه الخلاف (فإذا قلنا) يلحق فالزيادة تلحق الشفيع كما تلزم المشتري ولو حط من الثمن شئ فحكمه كذلك فان كان بعد لزوم العقد فلغو فلا يسقط شئ من الثمن ويأخذ الشفيع بجميع ما سمي في العقد ويختص المشتري بفائدة الحط وان كان قبل لزوم العقد ففيه الخلاف فان ألحقناه بالعقد انحط عن الشفيع ولو حط جميع الثمن فهو كالبيع بلا ثمن وسبق حكمه في اول البيوع وحيث فسد العقد لشرط فاسد ثم اسقطا الشرط لم ينقلب العقد صحيحا سواء كان الاسقاط في المجلس أو بعده وحكى الرافعي وجها انه ينقلب صحيحا بالاسقاط في المجلس وهو شاذ ضعيف والله سبحانه أعلم * (فرع) لو قال بع عبدك لزيد بألف على ان علي خمسمائة فباعه على هذا الشرط فوجهان (اصحهما) فساد البيع لانه ينافى مقتضى البيع فان مقتضاه ان جميع الثمن على المشتري ولا يلزم غيره شئ (والثاني) يصح ويجب على زيد الف وعلى الأمر خمسمائة بالتزامه وقد يكون له عرض صحيح في ذلك فهو كما لو قال ألق متاعك في البحر وعلى كذا عند اشراف السفينة على الغرق بسبب ذلك المتاع وكما لو خالغ الاجنبي بمال في ذمته (اما) إذا قال بع عبدك لزيد بألف في ذمتي فباعه كذلك فالبيع باطل قطعا * (فرع) قد ذكرنا انه يصح البيع بشرط الرهن والكفيل والاشهاد فيصح البيع بشرط أن يرهن المشتري بالثمن أو يقيم كفيلا به أو يشهد عليه سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا ويجوز أيضا ان يشترط المشتري على البائع كفيلا بالعهد ويشترط تعيين الرهن والكفيل والمعتبر في الرهن المشاهدة أو الوصف بصفة المسلم فيه وفي الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ولا يكفي الوصف كقوله رجل موسر ثقة هكذا ذكره الاصحاب ونص عليه ونقله الرافعي عنهم ثم قال ولو قال قائل الاكتفاء بالوصف اولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف لم يكن مبعدا وقال ابن كج لا يشترط تعيين الكفيل فإذا اطلق اقام من شاء كفيلا وهذا شاذ مردود لان الغرض يختلف به اختلافا ظاهرا ولا يشترط تعيين الشهود على أصح الوجهين وادعى إمام

(1) كذا بالاصل

[376]

* [المجموع شرح المذهب] * الحرمين أنه لا يشترط قطعا وجعل الخلاف في انه لو عين شهودا هل يتعينون * ولا يشترط كون المرهون عند المرتهن أو عند عدل على اصح الوجهين بل إن اتفقا على يد المرتهن أو عدل والا جعله الحاكم في يد عدل (والثاني) يشترط ليقطع النزاع فلو لم يرهن المشتري ما شرطه أو لم يشهد أو لم يقم كفيلا أو لم يتكفل الذي عينه لم يجبر على شئ من ذلك بل للبائع الخيار في فسخ البيع ولا يقوم رهن آخر ولا كفيل آخر مقام المعين فان فسخ فذاك وان أجاز لزم البيع ولا خيار للمشتري ولو عين شاهدين فامتنعا من التحمل فان قلنا يشترط تعيينهما فللبائع الخيار وإلا فلا * (فرع) في مذاهب العلماء فيمن باع شيئا

بشرط ينافى مقتضاه بان شرط أن لا يبيعه أولاً يبيعه لغيره أولاً بطلانها أولاً يزوجها أولاً يخرجها من البلد * قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلان هذا البيع وسواء شرط واحد أم شرطين وبه قال ابن عمر وعكرمة والاوزاعي ومالك وأبو حنيفة وجماهير العلماء قال الماوردي هو مذهب جميع الفقهاء وقال ابن سيرين وعبد الله بن شبرمة التابعان وحماد بن أبي سليمان البيع صحيح والشرط * وقال الحسن البصري والنخعي وابن أبي ليلى وأبو ثور وابن المنذر البيع صحيح والشرط باطل لاغ * وقال أحمد واسحق إن شرطا شرطا واحدا من هذه الشرائط ونحوها صح البيع وإلزم الشرط وإن شرط شرطين فأكثر بطل البيع والا فإذا باع ثوبا بشرط أن يخطه البائع ويقصره فهما شرطان فيبطل العقد فإن شرط أحدهما فقط صح وإلزم * واحتج من صحح البيع وأبطل الشرط بقصة بريرة في قوله صلى الله عليه وسلم (واشترطي لهم الولاء) رواه البخاري ومسلم قالوا فصحح النبي صلى الله عليه وسلم البيع وأبطل الشرط * واحتج من صححهما بحديث جابر رضى الله عنه أنه قال (كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر فاشترى مني جملا واستثنيت حملانه يعني ركوبه إلى أهلي) رواه البخاري ومسلم * وبحديث أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (المسلمون على شروطهم) رواه أبو داود بإسناد حسن أو صحيح * واحتج أحمد بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا يبيع ما ليس عندك) حديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذي حديث حسن صحيح * واحتج أصحابنا بحديث عائشة في قصة بريرة رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم (خطب فقال ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان

[377]

* [المجموع شرح المذهب] * من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط فهو باطل قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق) رواه البخاري ومسلم وبحديث النهى عن بيع وشرط وبالآخرين المذكورين في الكتاب عن عمر رضى الله عنه وهما صحيحان كما سبق لأنه شرط يمنع كمال التصرف فأبطل البيع كما لو شرط أن يسلم بعض المبيع دون بعض (والجواب) عن قصة بريرة بجوابين (أحدهما) أن الشرط لم يكن في نفس العقد بل كان سابقا أو متأخرا (والثاني) أن معنى اشترطي لهم أي عليهم وهذا منقول عن الشافعي رضى الله عنه والمزني وغيرهما (والجواب) عن قصة جابر من وجهين (أحدهما) أنه لم يكن بيعا مقصودا وإنما أراد النبي صلى الله عليه وسلم بره والاحسان إليه بالثمن على وجه لا يستحق من أخذه وفي طرق الحديث دلالة على هذا (والثاني) أن الشرط لم يكن في نفس العقد ولأنها قضية عين يتطرق إليها احتمالات ولا عموم لها فلا دلالة فيها مع أن الحديث فيه اضطراب (والجواب) عن حديث (المسلمون على شروطهم) أنه عام مخصوص والمراد به الشروط الجائزة وليس هذا منها (والجواب) عن حديث عمرو بن شعيب أن هذا مفهوم اللقب والصحيح الذي عليه الأكثر أن لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يلزم النهى عن بيع وشرطين جواز شرط واحد فهذا هو الجواب المعتمد (وأما الخطابى وغيره فمعناه أن يقول بعثك هذا بدينار نقدا ودينارين نسيئة فيكون بمعنى بيعتين فيبيعة وحملهم على هذا التأويل أن العلة في النهى عن شرطين موجودة في شرط وهى الغرر * (فرع) في مذاهبهم

فيمن اشترى شيئاً شراءاً فاسداً * قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يملكه ولا يصح تصرفه فيه ويلزمه رده فان تلف لزمه بدله وبه قال أكثر العلماء وقال أبو حنيفة يملكه بالقبض ملكاً ضعيفاً خبيثاً ويصح تصرفه ويلزم كل واحد منهما فسح الملك ورد العوض على صاحبه وحقيقة مذهبه أنه لا يملكه بالعقد ولا يجب الاقباض فان اقبضه ملكه ملكاً ضعيفاً ومعناه أن للبائع انتزاعه عن المشتري لكن لو تصرف فيه المشتري قبل ذلك ببيع أو عتق أو غيرهما نفذ تصرفه فان تلف عنده ضمنه بالقيمة هذا إذا اشتراه بشرط فاسد أو بخمر أو خنزير قال فان اشتراه بميتة أو دم أو عذرة أو نحو ذلك مما ليس هو مالا عند أحد من الناس لم يملكه أصلاً ولم يصح تصرفه فوافقنا في الدم ونحوه وشبهه واحتج له بقصة بريرة فان عائشة رضی الله عنها شرطت لهم الولاء وهو شرط فاسد بالاتفاق ثم أعتقتها ونفذ عتقها وأقر النبي صلى الله عليه وسلم كل ذلك

[378]

* [المجموع شرح المذهب] * وقياساً على النكاح فان الوطئ في فاسدة يترتب عليه أحكام الوطئ في صحيحه وقياساً على الكتابة فان فاسدها كصحيحها في حصول العتق إذا وجدت الصفة * واحتج أصحابنا بقوله تعالى (الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس) فلو كان المقبوض بعقد فاسد يملكه لما توعدده وقياساً على ما إذا اشتراه بميتة أو دم ولان كل قبض أوجب ضمان القيمة لم يحصل به شرط الخيار عند تمنع حصول الملك في الصحيح والفاسد (والجواب) عن قصة بريرة من أوجه (أحدها) أن الشرط لم يكن في نفس العقد (والثاني) أن لهم بمعنى عليهم (والثالث) هو اختيار الشيخ أبي حامد والمحققين أن هذا الشرط والعقد كانا خاصة في قصة عائشة لمصلحة قطع عادتهم كما جعل فسح الحج إلى العمرة خاصاً بالصحابة في حجة الوداع لمصلحة بيان جواز العمرة في أشهر الحج (والجواب) عن قياسهم على النكاح انا لا نسلم ما ادعوه وأن الاحكام في النكاح تتعلق بمجرد العقد لا بالوطئ ولهذا يملك به الطلاق والطهار والخلع بخلاف الفاسد وقد أجمعنا على أنه لا يملك البضع بالوطئ في النكاح الفاسد (وأما) ما تعلق به من وجوب المهر ولحوق النسب والعدة وسقوط الحد فلم يمكن ذلك بسبب العقد بل لكونه وطئ شبهة ولهذا تترتب هذه الاحكام على وطئ الشبهة من غير عقد (والجواب) عن قياسهم على الكتابة أن العتق حصل بوجود الصفة لا بالعقد ولهذا لو مات السيد بطلت الصفة ولم يعتق بالاداء إلى الوارث * (فرع) في مذاهبهم فيمن باع داراً أو عبداً أو بهيمة واستثنى منفعة مدة معلومة * قد ذكرنا أن الصحيح المشهور في مذهبنا بطلان البيع وبه قال أبو حنيفة وفقهاء العراق وقال الاوازعي واحمد واسحق يصح البيع ويثبت الشرط وبه قال اربعة من ائمة اصحابنا الفقهاء المحدثين ابو ثور ومحمد بن نصر وابو بكر بن خزيمة وابن المنذر ونقله ابن المنذر عن اصحاب الحديث وروي نحوه عن عثمان وصهيب رضی الله عنهما * وقال مالك إن شرط مدة قريبة كالشهر والشهرين أو ركوب الدابة إلى مكان قريب جاز وان كانت مدة طويلة أو مكاناً بعيداً فمكروه * واحتج المجوزون بحديث جابر السابق وبالقياس على من باع نخلاً عليها ثمرة غير مؤبرة واستثنى البائع الثمرة له فانه يصح البيع وتبقى الثمرة على النخل إلى أوان الحذاذ وهذا استثناء لمنفعة البيع * واحتج أصحابنا بما سبق واجابوا عن حديث جابر بما سبق وعن الاجارة بأنه ليس باستثناء بل المنافع كانت مستحقة قبل البيع * وعن النخل انها ليس باستثناء منفعة بل هو استثناء جزء معلوم من عين المبيع *

* [المجموع شرح المذهب] * (فرع) في مذاهبهم فيمن باع سلعة وقال في العقد للمشتري ان لم تأت بالثمن في الوقت الغلاني فلا بيع بيننا فمذهبا بطلان هذا البيع وحكى ابن المنذر عن الثوى واحمد واسحق انه يصح البيع والشرط قال وبه قال ابو ثور إذا كان الشرط ثلاثة ايام وروى مثله عن ابن عمر وقال أبو حنيفة ان كان الوقت ثلاثة ايام صح البيع وبطل الشرط وان كان أكثر ففسد البيع فان نقده في ثلاثة ايام صح البيع ولزم وقال محمد يجوز نحو عشرة ايام قال وقال مالك ان كان الوقت نحو يومين وثلاثة جاز * دليلنا انه في معنى تعليق البيع فلم يصح * (باب تفريق الصفقة) (هي عقد البيع لانه كان عادتهم ان يضرب كل واحد من المتعاقدين يده علي يد صاحبه عند تمام العقد) * قال المصنف رحمه الله * (إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبد غيره ففيه قولان (أحدهما) تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز لانه ليس ابطاله فيهما لبطلانه في أحدهما باولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما فيبطل حمل أحدهما علي الآخر وبقي علي حكمهما فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز (والقول الثاني) أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما واختلف أصحابنا في علته فمنهم من قال يبطل لان العقد جمع حلالا وحراما فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين في النكاح أو باع درهما بدرهمين ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن وذلك أنه إذا باع حرا وعبدا بالف سقط ما يخص الحر من الثمن فيصير العبد مبيعا بما بقى وذلك مجهول في حال العقد فيبطل كما لو قال بعتك هذا العبد بحصته من الف درهم (فان قلنا) بالتعليل الاول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه علي القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه علي الاجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره أو كربين من طعام أحدهما له والآخر لغيره وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع لانه جمع بين الحلال والحرام (وان قلنا) إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع فما ينقسم الثمن فيه علي الاجزاء لان العوض غير مجهول ولا يبطل الرهن والهبة لان لا عوض فيه ولا يبطل النكاح لان الجهل بالعوض لا يبطله (فان قلنا) ان العقد يبطل فيهما رد المبيع

* [المجموع شرح المذهب] * واسترجع الثمن (وان قلنا) إنه يصح في أحدهما فله الخيار بين فسخ البيع وبين امضائه لانه لا يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار فان اختار الامساك فيكم يمسك فيه قولان (أحدهما) يمسك بجميع الثمن أو يرد لان ما لا يقابل العقد لا ثمن له فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر (والثاني) أنه يمسكه بقسطه لانه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما واختلف أصحابنا في موضع القولين (فمنهم) من قال القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة فأما يتقسط العوض عليه بالاجزاء فانه يمسك الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً لان فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن في مقابلته ليصير معلوماً وفيما يتقسط الثمن عليه بالاجزاء ما يخص الجائز معلوم فلا

حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن في مقابلته (ومنهم) من قال القولان في الجميع وهو الصحيح لانه نص علي القولين في بيع النمرة قبل أن تخرج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالاجزاء (فان قلنا) يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لانه لا ضرر عليه (وان قلنا) يمسك بحصته فهل للبائع الخيار فيه وجهان (أحدهما) أن له الخيار لانه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار كما يثبت للمشتري (والثاني) لا خيار له لانه دخل على بصيرة لان الحر لا يؤخذ منه بثمن * وإن باع مجهولا ومعلوما (فان قلنا) لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما (وان قلنا) تفرق وقلنا انه يمسك الجائز بحصته بطل البيع فيه لان الذي يخصه مجهول (وان قلنا) يمسكه بجميع الثمن صح العقد فيه * وان جمع بين حلالين ثم تلف أحدهما قبل القبض بطل البيع فيه وهل يبطل في الباقي فيه طريقان (أحدهما) أنه على القولين في تفريق الصفقة لان ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في ابطال العقد فوجب أن يكون كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه (والثاني) لا يبطل إلا فيما تلف لان في الجمع بين الحلال والحرام انما يبطل للجهل بالعوض أو للجمع بين الحلال والحرام في العقد ولا يوجد ههنا واحد منهما فعلى هذا يصح العقد في الباقي وللمشتري الخيار في فسخ العقد لانه تفرقت عليه الصفقة فان امضاء أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً لان العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك) * (الشرح) تفريق الصفقة باب مهم يكثر تكرره والحاجة إليه والفتاوى فيه فانا الخص مقاصده وأوضحه إن شاء الله تعالى * فإذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان (أحدهما) ان تجمعهما في عقدين مختلفي الحكم وهذا هو الذي ذكره المصنف في الفصل الذي بعد هذا (والثاني) ان تجمعهما في

[381]

* [المجموع شرح المذهب] * عقد واحد وهذا الضرب له حالان (أحدهما) يقع التفريق في الابتداء (والثاني) في الانتهاء فالحال الاول ينظر فيه ان جمع فيه شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع كجمع أختين أو خمس نسوة في عقد نكاح فالعقد باطل في الجميع بلا خلاف * وان جمع بين ما لا يمتنع جمعها فان كان كل واحد منهما قابلاً للعقد بأن جمع عينين له كعبد وثوب أو من جنس لكنهما مختلفا القيمة كعبدين وزرع الثمن عليهما باعتبار القيمة وان كانا من جنس متفقي القيمة كقفيزي حنطة واحدة وزرع الثمن عليهما باعتبار الاجزاء * وان كان احدهما قابلاً للبيع دون الآخر فهذه مسألة الكتاب فالذي ليس قابلاً للبيع قسمان (أحدهما) أن يكون متقوماً كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة فلا يصح البيع في عبد غيره وفي صحته في عبده قولان مشهوران (أحدهما) لا يصح (وأصحهما) يصح (فان قلنا) لا يصح ففي علته وجهان وقيل قولان (أصحهما) الجمع بين حلال وحرام فصار كمن باع درهما بدرهمين أو جمع في عقد النكاح بين أختين أو خمس نسوة (والثانية) جهالة العوض القابل للحلال فيصير كما لو قال بعثك هذا العبد بما يخصه من الالف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان فانه لا يصح قطعاً قال امام الحرميين لا يصح بالاجماع (وان قلنا) يصح فوجهه أنه يصح العقد عليه لو أفردته فلا يتغير حكمه بضم غير ماله كما لو باع شقصاً وسيفاً فانه تثبت الشفعة في الشقص بلا خلاف كما لو أفردته ولانه ليس له الحاق ما يقبل البيع بالآخر بأولى من عكسه (والجواب) عن العلة الاولى بأنها منكورة بمن باع شقصاً وسيفاً ولانه ليس أحد الدرهمين وأحدى الاختين أو الخمس بأولى من مشاركته فبطل في الجميع بخلاف مسألتنا (والجواب) عن الثانية

أن المسمى وقع في العقد معلوما وسقط بعضه لمعني في العقد فلم يفسد العقد كما إذا رجع بأرش العيب (القسم الثاني) أن لا يكون متقوما وهو نوعان (أحدهما) يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع حرا وعيدا فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقا وفي هذا النوع طريقتان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعة من غيرهم أنه على القولين (أصحهما) الصحة (والطريق الثاني) القطع بالفساد لان الحر ونحوه غير قابل للبيع بحال * ولو باع عبده ومكاتبه أو أم ولده وقلنا لا يصح بيعهما فهو كما لو باع عبده وعبد غيره فيكون على قولين لان المكاتب وأم الولد متقوما بدليل وجوب قيمتهما على متلفهما (النوع الثاني) أن لا يتأتى تقدير تقويمه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع خلا وخمرا أو مذكاة وميتة أو شاة وخنزيرا ففي صحة البيع في الخل والمذكاة والشاة طريقتان (أصحهما) طرد الطريقتين السابقين فيما إذا جمع حرا وعيدا

[382]

* [المجموع شرح المذهب] * (والثاني) القطع بالفساد لانه لا بد في التقويم من التقدير بغيره فلا يكون المقوم هو المذكور في العقد والمذهب الصحة * ولو باع شيئا يتوزع الثمن على أجزائه بعضه له وبعضه لغيره كعبد أو صاع حنطة له نصفهما أو صاع حنطة له أحدهما صفقة واحدة ففيه خلاف مرتب على ما إذا باع عبدين له أحدهما (فان قلنا) يصح هناك في ملكه فهنا أولى والا فقولان ان عللنا بالجمع بين حلال وحرام لم يصح وان عللنا بالجهالة صح لان حصة المملوك معلومة لا تتوقف على التقويم الذي لا يفيد الاطنا * ولو باع الثمار التي وجبت فيها الزكاة ففي صحة البيع في قدر الزكاة خلاف سبق في كتاب الزكاة (الاصح) لا يصح فعلى هذا الترتيب في الباقي كما ذكرنا فيمن باع عبدا له بصفة * ولو باع أربعين شاة وجبت فيها الزكاة وقلنا بالاصح انه لا يصح البيع في قدر الزكاة والترتيب في الثاني كما سبق فيمن باع عبده وعبد غيره * (فرع) المذهب في صحة البيع فيما نقلناه من جميع هذه الصور السابقة هكذا صححه الجمهور سواء كان ذلك مما يتوزع الثمن على أجزائه كعبد له نصفه وكذا صاع حنطة وثوب وصاع حنطة من صيرة مستوية له أحدهما أو كان مما يتوزع عليه بالقيمة كعبد وعبد غيره أو وحر أو كخل وخمر وميتة ومذكاة وخنزير وشاة وغير ذلك (فالصحيح) صحة البيع في جميع هذه الصور عند الجمهور قال الرافعي توسطت طائفة من الاصحاب بين قولى تفريق الصفقة فقالوا (الاصح) الصحة في المملوك إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على أجزائه والفساد فيما يتوزع على قيمته قال وقال الاكثرون الاصح الصحة في القسمين * (فرع) لا فرق في جريان الخلاف في المسائل السابقة بين أن يكون العاقدان عالمين بالحال أو جاهلين * هذا هو المذهب الذي صرح به كثيرون واقتضاه كلام الباقيين وقال الشيخ أبو محمد في مسألة الجمع بين حر وعبد الخلاف مخصوص بما إذا كان المشتري جاهلا بحقيقة الحال (فأما) إذا كان عالما فالوجه القطع بالبطلان كما لو قال بعثك عبدي هذ بما يخصه من الالف لو وزع عليه وعلى عبد فلان قال إمام الحرمين هذا الذي قاله شيخى أبو محمد غير سديد بل الوجه طرد القولين واختار الغزالي قول أبى محمد وهو شاذ * (فرع) لو رهن عبده وعبد غيره أو عبده وحر أو وهبهما أو زوج موليته وغيرها أو مسلمة ومجوسية أو حرة وأمة لمن لا تحل له الأمة فان صححنا البيع في الذي

يملكه فهنا أولى والا فقولان بناء على العلتين إن عللنا بجهالة العوض صح
إذ لا عوض هنا وإن عللنا بالجمع بين حلال وغيره فلا

[383]

وإن شئت قلت فيه طريقان (المذهب) الصحة (والثاني) فيه قولان ولو جمع
في شهادته بين مقبول وغيره كشهادته لابنه وأجنبي ففي قبولها في حق
الأجنبي هذا الخلاف (المذهب) القبول * (فرع) إذا باع ماله وغيره وصحنا
العقد في ماله فإن كان المشتري جاهلا بالحال فله الخيار في فسخ البيع
فإن فسخ فذاك وإن أجاز فكم يلزمه من الثمن فيه قولان مشهوران
(أصحهما) صحة حصة المملوك فقط إذا وزع على القيمتين لأنه لم يبدل
جميع العوض الا مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما
(والثاني) يلزمه جميع الثمن لأن ما لا يقبل العقد لا ثمن له فيصير العوض
في مقابلة الآخر * ثم في موضع القولين طريقان مشهوران ذكرهما
المصنف والاصحاب (أصحهما) أنهما مخصوصان بما إذا كان المبيع مما
يتقسط الثمن عليه بالقيمة فإن كان مما يتقسط على أجزائه فالواجب
القسط قطعاً لأن حصته معلومة من غير تقويم (وأصحهما) طرد القولين
في الحال ورجح المصنف والاصحاب هذا الطريق لأن الشافعي نص في
كتاب الام وغيره على القولين في بيع الثمرة قبل اخراج الزكاة والثمرة
يتقسط الثمن عليها بالأجزاء قال المصنف والاصحاب (فإن قلنا) الواجب
جميع الثمن فلا خيار للبائع لأنه لا ضرر عليه (فإن قلنا) بالقسط فوجهان
قال الشيخ ابو حامد في تعليقه وقيل هما قولان (أحدهما) له الخيار
لتبعض الثمن (وأصحهما) لا خيار له لأنه لم يلحقه نقص فيما يخص ملكه *
هذا كله إذا كان المشتري جاهلا فإن كان عالماً بالحال فلا خيار له قطعاً كما
لو اشترى معيباً عالماً بعيبه وفيما يلزمه من الثمن طريقان (المذهب) أنه
على القولين (أصحهما) القسط (والثاني) جميعه (والطريق الثاني) القطع
بجميع الثمن لأنه التزمت عالماً وهذا فاسد فإنه انما التزمه في مقابلة
العبيدين فلم يلتزم في مقابلة الحلال الا حصته * ولو اشترى عبداً وحرراً أو
خلاً وخرماً أو مذكاة وميتة أو شاة وخنزيراً وصحنا العقد فيما يقبله وكان
المشتري جاهلاً بالحال فأجاز أو عالماً فقيماً يلزمه الطريقان (المذهب)
طرد القولين (أصحهما) القسط (والثاني) الجميع (والطريق الثاني) الجميع
وهذا الطريق وإن كان فيه احتمال في صورة العلم فهو غلط في صورة
الجهل وهذا الطريق قول صاحب التلخيص وابن أبي هريرة والمارودي
وممن حكاه الدارمي وابو علي الطبري في الافصاح والبيغوي وإن أوجنا
القسط في هذه الصورة ففي كيفية توزيع الثمن على هذه الاشياء أوجه
(أشهرها) وبه قطع الدارمي والبيغوي وآخرون ونقله إمام الحرمين عن
طوائف من أصحاب الفقهاء أنه يقدر الحر عبداً والميتة مذكاة والخنزير شاة
ويوزع الثمن عليهما باعتبار الاجزاء (والثاني) يقدر الخمر خلاً والخنزير
بقره (والثالث) ينظر إلى

[384]

قيمتها عند من يرى لها قيمة وصحح الغزالي هذا الوجه وهو احتمال لامام
الحرمين وضعفه الامام فقال وكل هذا خبط والله سبحانه أعلم * ولو نكح

مسلمة ومجوسية حرة وأمة في عقد وصحنا نكاح المسلمة الحرة فطريقان المذهب وبه قطع الجماهير انه لا يلزمه جميع المسمى وله الخيار في رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل حكاه امام الحرمين عن الشيخ أبي علي السنجي وضعفه جدا وقال هذا لم أره لغيره وهو ضعيف جدا لان فيه إجحافا بالزوج لانه لا خيار له في النكاح (وأما) تخييره في رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل فلا يزول به الاجحاف لان مهر المثل قد يكون بقدر المسمى أو أكثر (فإذا قلنا) بالمذهب إنه لا يلزمه جميع المسمى ففيما يلزمه قولان (أصحهما) مهر المثل (والثاني) قسطها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل المجوسية أو الامة وإذا اختصرت الخلاف جاء ثلاثة أقوال كما حكاه الشيخ أبو علي وامام الحرمين (أصحها) الواجب مهر المثل (والثاني) قسطها من المسمى (والثالث) جميع المسمى وهو شاذ ضعيف (فرع) لو باع ربويا بجنسه فخرج بعض أحد العوضين مستحقا وصحنا العقد في الباقي فأجاز المشتري فالواجب قسطه من الثمن بلا خلاف لان المفاضلة بينهما حرام كذا نقله البغوي وغيره * (فرع) لو باع معلوما ومجهولا بثمن واحد كقوله بعتك هذا العبد وعبدا آخر والجميع له لم يصح في المجهول قطعاً (وأما) المعلوم فقال المصنف والاصحاب يبني على ما لو كان معلومين وأحدهما ليس له (فان قلنا) هناك لا يصح فيما هو له لم يصح هنا في المعلوم (وان قلنا) هناك يصح فهنا قولان بناء على أنه كم يلزمه من الثمن (ان قلنا) جميعه صح ولزمه هنا ايضا جميع الثمن (وان قلنا) القسط وهو الاصح لم يصح هنا في المعلوم لتعذر التقسيط وحكى البغوي والرافعي وغيرهما هنا قولاً شاذاً أنه يصح في المعلوم وبثبت للمشتري الخيار فان أجاز لزمه جميع الثمن قطعاً والمذهب فساد البيع في المعلوم *

[385]

(فرع) (1) محل الفرعين في مسائل الكتاب إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تعددت حتى لو باع ماله في صفقة ومال غيره في صفقة أخرى فيصح في ماله بلا خلاف وطريق بيان تعددها واتحادها أن يقول إذا سمي لكل واحد من الشئيين ثمنا مفصلاً فقال بعتك هذا بألف وهذا بمائة فقبلهما المشتري كذلك على التفصيل فان قال قبلت هذا بالالف وهذا بالمائة فهما عقدان متعددان فيصح في ماله بلا خلاف ويجب ما سمي له بلا خلاف فلو جمع المشتري في القبول فقال قبلتهما أو قبلت فطريقان حكاهما البغوي وغيره (أحدهما) الصفقة متحدة فيكون فيه القولان (وأصحهما) وبه قطع الاكثرون أنها متعددة فيصح في ماله بما سمي له لان القبول يترتب على الايجاب فإذا وقع مفرداً وكذلك القبول * وتتعدد الصفقة أيضا بتعدد البائع فان اتحد المشتري والمعقود عليه كما إذا باع رجلان عبداً لرجل صفقة واحدة وهل تتعدد بتعدد المشتري مثل أن يشتري رجلان من رجل عبداً فيه قولان (أصحهما) تتعدد كالبائع (والثاني) لا لان المشتري يبني على الايجاب السابق بالنظر إلى ما وجب وهو واحد * وللتعدد والاتحاد فوائد غير ما ذكرنا (منها) إذا حكمنا بالتعدد فوزن أحد المشتريين نصيبه من الثمن لزم البائع تسليم نصيبه إليه من المبيع تسليم المشاع (وان قلنا) بالاتحاد لم يجب تسليم شئ إلى أحدهما وان وزن جميع ما عليه حتى يزن الآخر لثبوت حق الحبس كما لو اتحد المشتري وسلم بعض الثمن لا يجب تسليم قسطه من المبيع وفيه وجه ضعيف حكاه امام الحرمين والغزالي أنه يجب أن يسلم إليه القسط في المقيس والمقيس عليه إذا كان قابلاً للقسمة وهذا شاذ (ومنها) إذا قلنا بالتعدد فخاطب رجل رجلين فقال بعكما هذا العبد

بألف فقبل أحدهما نصفه بخمسائة أو قال مالكا عبد لرجل بعناك هذا العبد بألف فقبل نصيب أحدهما بعينه بخمسائة فوجهان (حكاهما) البغوي وغيره (أصحهما) بطلان العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب (والثاني) صحته كما يجوز لأحد المشتريين رد نصيبه من المعيب * ولو قال لرجلين بعنكما هذين العبدين بألف فقال أحدهما قبلت هذا بخمسائة لم يصح قطعاً كما لو قال بعنك هذا بألف فقبل نصفه بخمسائة أو بعنك هذين العبدين فقبل أحدهما بخمسائة أو بما يخصه من الألف لم يصح قال الشيخ أبو علي وإمام الحرمين والغزالي والبغوي وهذا بخلاف ما لو قال ولى المرأتين زوجتكهما بألف فقبل إحداهما بعينها فإنه يصح النكاح فيهما * ولو وكل رجلاً رجلاً في البيع أو الشراء وقلنا الصفقة تتعدد بتعدد المشتري أو وكل الرجل رجلين في البيع أو الشراء فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعقد أم المعقود له فيه

(1) (تنبيه) هذا الفرع عبارته هكذا في الأصل فانظر وحرر

[386]

أربعة أوجه (أصحها) وبه قال ابن الحداد ونقل الرافعي تصحيحه عن الأكثرين أن الاعتبار بالعقد لأن أحكام العقد تتعلق به لا ترى أن الاعتبار برؤيته دون رؤية الموكل وكذا خيار المجلس يتعلق به دون الموكل (والثاني) الاعتبار بالمعقود له قاله الشيخ أبو زيد وأبو عبد الله الخضرى وصححه الغزالي في الوجيز لأن الملك له (والثالث) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعقد وهو قول أبي إسحق المروزي والفرق أن العقد يتم في الشراء بال مباشر دون المعقود له ولهذا لو أنكر المعقود له الأذن في المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع قال إمام الحرمين رحمه الله وهذا الفرق هو فيما إذا كان التوكيل بالشراء في الذمة فان وكله في شراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع (والرابع) الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعاً فإنهما ان تعددا تعدد العقد اعتباراً بالشفيع المشفوع فان العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع لا بتعدد الوكيل ويتفرع على هذه الأوجه مسائل (منها) لو اشترى شيئاً بوكالة رجلين فخرج معيياً فان اعتبرنا العقد فليس لأحد الموكلين أفراد نصيبه بالرد وهل لأحد الموكلين وأحد الابنين طلب الارش ينظر (ان وقع الناس بمن رد الآخر بان رضى به أو تلف) (1) فله والا فوجهان (أصحهما) له أيضاً (ومنها) لو وكل رجلاً رجلاً لبيع عبداً لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الجميع فخرج معيياً فعلى الوجه الأول لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما فقط وعلى الوجه الآخرى يجوز ولو وكل رجلين في بيع عبده فباعاه لرجل فعلى الوجه الأول يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما وعلى الوجه الآخرى لا يجوز ولو وكل رجلاً رجلاً في شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيياً فعلى الوجه الأول والثالث ليس لأحد الموكلين أفراد نصيبه بالرد وعلى الثاني والرابع يجوز وقال القفال إن علم البائع أنه يشتري لها فلاحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالشفيع وان جهله فلا (ومنها) لو وكل رجلاً رجلاً في بيع عبداً ورجلاً رجلاً في شرائه فتبايعه الوكيلان فخرج معيياً فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق وعلى الوجه الآخر يجوز ولو وكل رجلين في بيع عبداً ووكلاً آخرين في شرائه فتبايعه الوكلاء فعلى الوجه الأول يجوز التفريق وعلى الوجه

الآخر لا يجوز والله تعالى أعلم * (الحال الثاني) أن يقع التفريق في الانتهاء وهو صنفان اختياري وغيره فالاختياري هو فيما إذا اشترى شيئين صفقة فوجد باحدهما عيبا وقد ذكره المصنف في باب المصراة والرد بالعيب وسنشرحه بفروعه هناك إن شاء الله تعالى (وأما) غير الاختياري فمن صورته إذا اشترى عبيدين أو ثوبين ونحوهما أو ثوبا وعبدا فتلف أحدهما

(1) هذه العبارة هكذا بالأصل فحرر

[387]

قبل القبض دون الآخر فيفسخ العقد في التالف بلا خلاف وفي الباقي طريقان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أحدهما) أنه على القولين فيمن باع عبده وعبد غيره لان ما يحدث قبل القبض كالموجود في حال العقد في ابطال العقد (وأصحهما) القطع بأنه لا يفسخ لعدم علتى الفساد المذكورتين هناك (فإذا قلنا لا يفسخ فللمشترى الخيار في الفسخ فيه لتبعض الصفقة عليه فان أجاز فيكم يحيز فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور لا يلزمه إلا قسط الباقي قولا واحدا لان العوض هنا قابل المبيعين مقابلة صحيحة حال العقد وانقسم العوض عليهما فلا يتغير بهلاك بعضه (والثاني) فيه القولان فيمن جمع بين عبده وعبد غيره (أصحهما) التقسيط (والثاني) يلزمه جميع الثمن وهذا الطريق مشهور في كتب الخراسانيين وذكره جماعات من العراقيين منهم القاضي أبو حامد والقاضي أبو الطيب والدارمي والماوردي وابن الصباغ وآخرون منهم وهو قول أبي اسحق المروري الحاقا للطائري بالمقارن قال القاضي أبو الطيب وصاحب البيان وآخرون (فان قلنا) يلزمه جميع الثمن فلا خيار للبائع (وان قلنا) بالقسط ففي ثبوت الخيار له الوجهان السابقان (أصحهما) لا خيار له * ولو اشترى عصيرا فصار بعضه خمرا قبل القبض فهو كتلف أحد العبيدين والحكم ما سبق * ولو تفرقا في السلم وقد قبض بعض رأس المال دون بعض أو في الصرف وقد قبض البعض فهل يفسخ في الباقي فيه الطريقان (المذهب) لا يفسخ * ولو قبض أحد العبيدين ثم تلف الآخر في يد البائع ففي الانفساخ في المقبوض خلاف مرتب على الصور السابقة وهي إذا تلف أحدهما قبل قبض الآخر وهذا أولى بعدم الانفساخ لتأكد العقد فيه بانتقال ضمانه إلى المشتري * هذا إذا كان المقبوض باقيا في يد المشتري فان تلف في يده ثم تلف الآخر في يد البائع ففي الانفساخ في المقبوض خلاف مرتب على الصورة التي قبلها وأولى بعدم الانفساخ لتلقه من ضمان المشتري (وإذا قلنا) في هذه الصورة بعدم الانفساخ فهل له الفسخ فيه وجهان (أحدهما) نعم ويرد قيمته ويسترد الثمن ان كان سلمه (وأصحهما) لا بل عليه حصته من الثمن ولو اشترى دارا وسكنها بعض المدة ثم انهدمت انفسخ العقد في المستقبل وفي الماضي الخلاف الذي ذكرناه في المقبوض التالف (المذهب) أنه لا يفسخ فعلى هذا هل له الفسخ فيه الوجهان (فان قلنا) لا فسخ وهو الاصح فعليه من المسمى حصة الماضي من المدة (وان قلنا) بالانفساخ أو قلنا له الفسخ ففسخ فعليه أجرة المثل للماضي ويسترد المسمى ان كان دفعه * ولو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل وكان الباقي مقبوضا أو غير مقبوض وقلنا لو انقطع الجميع انفسخ العقد فينفسخ هنا في المنقطع وفي الباقي

الخلاف فيما إذا تلف أحد الشئيين قبل قبضتهما (فإذا قلنا لا يفسخ فله الفسخ فان اجاز فيلزمه حصته من رأس المال فقط (وان قلنا) لو انقطع الجميع لم يفسخ العقد كان المسلم بالخيار ان شاء فسخ العقد في الجميع وان شاء اجازه في الجميع وهل له الفسخ في القدر المنقطع والاجازة في الباقي فيه قولان (أصحهما) ليس له بناء على القولين فيمن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا هل له افراده بالرد (الاصح) ليس له * (فرع) لو اشترى عبدين فأبق أحدهما قبل القبض لم يبطل البيع في الثاني لان البيع في الأبق (1) * (فرع) في مذاهب العلماء فيمن باع ما يملكه وغيره صفقة واحدة * ذكرنا مذهبا وممن قال ببطلان العقد فيهما مالك وأبو ثور وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة ان جمعت الصفقة مالا وغيره كخل وخمر وعبد وحر وشاة وخنزير ومذكاة وميتة يبطل العقد في الجميع وان جمعت مالا وماله حكم المال كعبده وأم ولده يبطل في أم الولد وصح في عبده لان أم الولد في حكم المال فانها لو تلفت وجبت قيمتها لسيدها وقد يحكم حاكم بصحة بيعها قال وان جمعت ماله ومال غيره صح البيع في ماله ووقف في مال غيره على اجازته ان اجاز نفذ وان رد يبطل العقد فيه بناء على قاعدته وفي مذهب أحمد ثلاث روايات البطلان مطلقا والصحة مطلقا والاصح عندهم صحته فيما ينقسم الثمن على أجزائه وبطلانه في غيره * * قال المصنف رحمه الله * (وان جمع بين بيع واجارة أو بين بيع وصرف أو بين عبدين بشرط الخيار في أحدهما دون الآخر بعوض واحد ففيه قولان (أحدهما) انه يبطل العقدان لان أحكام العقدين متضادة وليس أحدهما بأولي من الآخر فيبطل الجميع (والثاني) أنه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما لانه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم العقدين وهذا لا يمنع صحة العقد كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه وان جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد فالنكاح لا يبطل لانه لا يبطل بفساد العوض وفي البيع قولان ووجههما ما ذكرناه * وان جمع بين البيع والكتابة (فان قلنا) في البيع والاجارة إنهما يبطلان بطل البيع والكتابة (وان قلنا) إن البيع والاجارة يصحان بطل البيع ههنا لانه لا يجوز أن يبيع السيد من عبده وهل تبطل الكتابة يبنى على تفريق الصفقة (فان قلنا) لا تفريق يبطل (وان قلنا) تفريق يبطل البيع وصحت الكتابة) * (الشرح) فيه ثلاث مسائل (إحداها) إذا جمع في العقد مبيعين مختلفي الحكم كثنوبين

(1) كذا بالاصل فحرر

شرط الخيار في أحدهما دون الآخر أو بين بيع واجارة أو بيع وسلم أو اجارة وسلم أو صرف وغيره فقولان مشهوران (أصحهما) صحة العقد فيهما ويقسط العوض عليهما بالقيمة (والثاني) يبطل فيهما وصورة البيع والاجارة بعتك عبدي وأجرتك داري سنة بألف وصورة البيع والسلم بعتك ثوبي ومائة صاع حنطة سلما بدينار وصورة الاجارة والسلم أجرتك داري

سنة وبعتك مائة صاع سلما بمائة درهم * ولو باع حنطة وثوبا بشعير ففي صحة البيع القولان لان التقابض في الحنطة وما يقابلها من الشعير واجب ولا يجب في الباقي فهو كبيع وصرف (والثانية) إذا جمع بيعا ونكاحا وقال زوجتك جاريتي هذه وبعتك عبدي هذا بمائة وهو ممن تحل له الامة أو قال زوجتك بنتي وبعتك عبدها وهي في حجره أو رشيدة وكلته في بيعه صح النكاح بلا خلاف وفي البيع والصداق القولان السابقان في البيع والاجارة (أصحهما) الصحة فان صححناهما وزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل والا وجب في النكاح مهر المثل (وإذا قلنا) بالتوزيع فهو إذا كانت حصة النكاح في صورة تزويج ابنته مهر المثل فأكثر فان كانت أقل وجب مهر المثل بلا خلاف فهذه صورة الجمع بين البيع والنكاح وهي أن يكون العوضان لشخص كما ذكرنا فلو كانا لاثنتين بأن قال بعتك عبدي وزوجتك (1) بنتي بألف فقد قطع الشيخ أبو حامد ببطلان البيع ولعله فرعه على الصحيح والا فتحقيقه أن يبني على أنهما لو كانا لشخص (فان قلنا لا يصح البيع فهنا أولى والا ففيه القولان فيما لو كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد فباعهما بثمان واحد والاصح البطلان (الثالثة) لو جمع بيعا وكتابة فقال لعبده كاتبك على نجمين إلى كذا وكذا وبعتك ثوبي هذا جميعا بألف (فان قلنا) في المسألتين السابقتين بالبطلان فيهما فهنا أولى والا فالبيع باطل وفي الكتابة القولان (أصحهما) الصحة وهذا الذي ذكره من القطع ببطلان البيع تفريع على المذهب المشهور أن البيع يفسد بالشرط الفاسد وفيه القول شاذ السابق * (فرع) في شئ من مسائل الدور يتعلق بتفريق الصفقة * فإذا باع مريض عبدا لا مال له غيره بعشرة وهو يساوي ثلاثين بطل البيع في بعض المبيع وفي الباقي طريقان (أصحهما) عند الجمهور أنه على قولى تفريق الصفقة (والثاني) القطع بالصحة وصحة البغوي لان المحاباة هنا وصية وهي تقبل من الغرر ما لا يقبل غيرها فان صححنا بيع الباقي ففي كفيته قولان وقيل وجهان (أحدهما) يصح البيع في القدر الذي يحتمله الثلث والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن ويبطل في الباقي

(1) كذا بالاصل فحرر

[390]

فيصح في ثلثي العبد بالعشرة ويبقى مع الورثة ثلث العبد وقيمه عشرة والتمن وهو عشرة وذلك مثلا المحاباة وهي عشرة ولا تدور المسألة على هذا القول (والثاني) أنه إذا أزيد البيع في بعض المبيع وجب ان يزيد إلى الشراء ما يقابله من الثمن فتدور المسألة لان ما ينفذ فيه البيع يخرج وما يقابله من الثمن يدخل فيها ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة وينقص بنقصها ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق (منها) أن ينسب ثلث المال إلى قدر المحاباة ويصح البيع في المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة فنقول في هذه الصورة ثلث المال عشرة والمحاباة عشرون والعشرة نصف العشرين فيصح البيع في نصف العبد وقيمه خمسة عشر بنصف الثمن وهو خمسة كأنه اشترى سدسه بخمسة ووصى له بثلثه ويبقى مع الورثة نصف العبد وهو خمسة عشر والتمن وهو خمسة فالمبلغ عشرون وذلك مثل المحاباة واختلفوا في الاصح من هذين القولين أو الوجهين في الكيفية فرجح كثيرون الاول وبه قال ابن الحداد قال القفال

والاستاذ أبو منصور وغيرهما هو المنصوص للشافعي رحمه الله قالوا
والثاني خرج ابن سريج ورجح آخرون الثاني واختاره أكثر الحساب وبه
قال ابن القاص وابن اللبان وإمام الحرمين قال الرافعي وهو في المعنى
والله سبحانه أعلم * (باب الربا) الربا مقصور وهو من ربا يربو فيكتب
بالالف وتثنيته ربوان واختار الكوفيون كتبه وتثنيته بالياء بسبب الكسرة
في أوله وغلطهم البصريون قال الثعلبي كتبه في المصحف بالواو وقال
الفراء إنما كتبه بالواو لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحيرة
ولغتهم الربوا فعلموهم صورة الخط على لغتهم قال وكذلك قرأها أبو
سماك العدوي بالواو وقرأ حمزة والكسائي بالامالة بسبب كسرة الراء
وأقر الباقر بالتفخيم لفتح الباء قال وأنت بالخيار في كتبه - بالالف
والواو والياء - والرماء بالميم والمد - والريبة بالضم والتخفيف لغة في
الربا وأصله الزيادة وأرى الرجل وأرمى عامل بالربا * قال المصنف
رحمه الله * (الربا محرم والأصل فيه قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم
الربا) وقوله تعالى (الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي
يتخبطه الشيطان من المس) روى في التفسير حين يقوم من قبره وروى
ابن مسعود رضى الله عنه قال (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل
الربا وموكله وشاهده وكاتبه) *

[391]

(الشرح) المس الجنون قال العلماء من المفسرين وغيرهم قوله تعالى
(الذين يأكلون الربا) معناه يتعاملون به بيعا أو شراء وإنما خص الأكل بالذكر
لأنه معظم المقصود كما قال تعالى (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما)
وقوله تعالى (لا يقومون) أي يوم القيامة من قبورهم (إلا كما يقوم الذي
يتخبطه الشيطان) قال أهل التفسير واللغة التخبط هو الضرب على غير
الاستواء ويقال خبط البعير إذا ضرب بأخفافه ويقال للرجل الذي يتصرف
تصرفا ردينا ولا يهتدي فيه هو يخبط خبط عشواء وهى الناقة الضعيفة
البصر قالوا فمعنى الآية أن الشيطان يصيبه بالجنون حين يقوم من قبره
فيعت مجنونا فيعرف أهل الموقف أنه من أكلة الربا (وأما) حديث ابن
مسعود المذكور في الكتاب فصحيح رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه
وآخرون بأسانيد صحيحة قال الترمذي هو حديث حسن صحيح وهو من
رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه وقد قال يحيى بن معين
أنه لم يسمع أباه ولكن قال على بن المديني والاكثرون المحققون سمعه
وهى زيادة علم ورواه مسلم في صحيحه من رواية جابر بن عبد الله رضى
الله عنهما ووقع في المذهب وسنن أبي داود وشاهده بالافراد وفي
الترمذي وشاهده بالتثنية (وأما) الأحكام فقد أجمع المسلمون على تحريم
الربا وعلى أنه من الكبائر وقيل أنه كان محرما في جميع الشرائع وممن
حكاه الماوردي والله سبحانه وتعالى أعلم * (فرع) قال الماوردي اختلف
أصحابنا فيما جاء به القرآن من تحريم الربا على وجهين (أحدهما) أنه
محمل فسرته السنة وكل ما جاءت به السنة من أحكام الربا فهو بيان
لمحمل القرآن نقدا كان أو نسيئة (والثاني) أن التحريم الذي في القرآن
إنما تناول ما كان معهودا للجاهلية من ربا النساء وطلب الزيادة في المال
بزيادة الاجل وكان أحدهم إذا حل أجل دينه ولم يوفه الغريم أضعف له
المال وأضعف الاجل ثم يفعل كذلك عند الاجل الآخر وهو معنى قوله تعالى
(لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة) قال ثم وردت السنة بزيادة الربا في النقد
مضافا إلى ما جاء به القرآن قال وهذا قول أبي حامد المروزي * (فرع)
يستوي في تحريم الربا الرجل والمرأة والعبد والمكاتب بالاجماع ولا فرق

في تحريمه بين دار الاسلام ودار الحرب فما كان حراما في دار الاسلام
كان حراما في دار الحرب سواء جرى بين مسلمين أو مسلم وحربي سواء
دخلها المسلم بأمان أم بغيره هذا مذهبنا وبه قال مالك

[392]

وأحمد وأبو يوسف والجمهور * وقال أبو حنيفة لا يحرم الربا في دار الحرب
بين المسلم وأهل الحرب ولا بين مسلمين لم يهاجرا منها وإذا باع مسلم
لحربي في دار الحرب درهما بدرهمين أو أسلم رجلا في دار الحرب ولم يهاجرا
فتبايعا درهما بدرهمين جاز واحتج له بما روى عن مكحول عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال لا ربا بين مسلم وحربي في دار الحرب) ولأن أموال
أهل الحرب مباحة بغير عقد فالعقد الفاسد أولى * واحتج أصحابنا بعموم
القرآن والسنة في تحريم الربا من غير فرق ولأن ما كان ربا في دار
الاسلام كان ربا محرما في دار الحرب كما لو تبايعه مسلمان مهاجران وكما
لو تبايعه مسلم وحربي في دار الاسلام ولأن ما حرم في دار الاسلام حرم
هناك كالخمر وسائر المعاصي ولأنه عقد على ما لا يجوز في دار الاسلام
فلم يصح كالتكاح الفاسد هناك (والجواب) عن حديث مكحول أنه مرسل
ضعيف فلا حجة فيه ولو صح لتأولناه على أن معناه لا يباح الربا في دار
الحرب جمعا بين الأدلة (وأما) قولهم إن أموال الحربي مباحة بلا عقد فلا
نسلم هذه الدعوى إن دخلها المسلم بأمان فإن دخلها بغير أمان فالعلة
منتقضة كما إذا دخل الحربي دار الاسلام فتبايعه المسلم فيها درهما
بدرهمين وأنه لا يلزم من كون أموالهم تباح بالاعتناء استباحتها بالعقد
الفاسد ولهذا تباح ابضاع نسائهم بالنسي دون العقد الفاسد * قال
المصنف رحمه الله * (والأعيان التي نص على تحريم الربا فيها الذهب
والفضة والبر والشعير والتمر والملح والدليل عليه ما روى عبادة بن
الصامت رضي الله عنه قال (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى
عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر والبر والشعير
بالشعير والملح بالملح الأسواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو استزاد فقد
أربى (فأما) الذهب والفضة فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة وهو أنهما
من جنس الأثمان فيحرم الربا فيهما ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات
والدليل عليه أنه لا يجوز أن يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما إلى غيرهما
من الأموال لأنه لو كان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسلامهما فيما
سواهما من الأموال لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز
إسلام أحدهما في الآخر كالذهب والفضة والحنطة والشعير فلما جاز
إسلام الذهب والفضة في الموزونات والمكبلات وغيرهما من الأموال دل
على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما وهو أنه من جنس الأثمان) *
(الشرح) حديث عبادة رضي الله عنه رواه مسلم وأجمع المسلمون على
تحريم الربا في هذه الأعيان الستة المنصوص عليها واختلفوا فيما سواها
فقال داود الظاهري وسائر أهل الظاهر والشيعة

[393]

والغاساني وسائر ثقات الناس لا تحريم في الربا في غيرها وحكاه صاحب
الحاوي عن طاوس ومسروق والشعبي وقتادة وعثمان البتي وقال سائر

العلماء لا يتوقف تحريم الربا عليها بل يتعدى إلى ما في معناها وهو ما وجدت فيه العلة التي هي سبب تحريم الربا في السنة واختلفوا فيها (فأما الذهب والفضة فالعلة عند الشافعي فيهما كونهما جنس الاثمان غالباً وهذه علة قاصرة عليهما لا تتعداهما إذ لا توجد في غيرهما وقال أبو حنيفة العلة فيهما الوزن في جنس واحد فالحق بهما كل موزون كالحديد والنحاس والرصاص والقطن والكتان والصوف وكل ما يوزن في العادة ووافق أنه لا يحرم الربا في معمول الحديد والنحاس ونحوهما وإنما يحرم في التبر وممن قال بمعنى قول أبي حنيفة الزهري والحكم وحماد والثوري والاوزاعي واحتج لهم بحديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضى الله عنهم أنهما حدثاه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا بني عدى الانصاري فاستعمله على خبير فقدم بثمر حبيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خبير هكذا قال لا والله يا رسول الله أنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو بيعوا هذا واشتروا قيمته من هذا وكذلك الميزان) رواه البخاري ومسلم قالوا نعى وكذلك الموزون فيدل على أن كل موزون لا يجوز التفاضل فيه قالوا ولان علتكم قاصرة فانها لا تتعدى الذهب والفضة وهما الاصل الذي استنبطتم منه العلة وعندكم في العلة القاصرة وجهان لاصحاب الشافعي (أحدهما) أنها فاسدة لا يجوز التعليل بها لعدم الفائدة فيها فان حكم الاصل قد عرفناه وانما مقصود العلة أن يلحق بالاصل غيره (والوجه الثاني) أن القاصرة صحيحة ولكن المتعدية أولى قالوا فعلتكم مردودة على الوجهين لان حكم الذهب والفضة عرفناه بالنص قالوا ولان علتكم قد توجد ولا حكم وقد يوجد الحكم ولا علة كالفلوس بخراسان وغيرهما فانها اثمان ولا ربا فيها عندكم والثاني كأولى الذهب والفضة يحرم الربا فيها مع أنها لسبت اثماناً * واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف * وهو أنه يجوز اسلام الذهب والفضة في غيرهما من الموزونات بالاجماع كالحديد وغيره فلو كان الوزن علة لم يجز كما لا يجوز اسلام الحنطة في الشعير والدرهم في الدنانير ولان أبا حنيفة جوز بيع المصروب من النحاس والحديد والرصاص بعضه ببعض متفاضلاً ولو كانت العلة الوزن لم يجز (فان قالوا) خرجت بالضرب عن كونها موزونة (قلنا) لا نسلم * وأجاب أصحابنا عن حديثهم بثلاثة أجوبة (أحدها) جواب البيهقي قال قد قيل إن قوله وكذلك الميزان من كلام

[394]

أبي سعيد الخدري موقوف عليه (الثاني) جواب القاضي أبو الطيب وآخرين أن ظاهر الحديث غير مراد فان الميزان نفسه لا ربا فيه واضمرت فيه الموزون ودعوى العموم في المضمرة لا يصح (الثالث) أنه يحمل الموزون على الذهب والفضة جمعا بين الأدلة وأجابوا عن قولهم لا فائدة في العلة القاصرة بأن مذهبنا جواز التعليل بها فان العلة اعلام نصبها الله تعالى للاحكام منها متعدية ومنها غير متعدية إنما يراد منها بيان حكمة النص لا الاستنباط وإلحاق فرع بالاصل كما أن المتعدية عامة التعدي وخاصته * ثم لغير المتعدية فائدتان (أحدهما) أن تعرف أن الحكم مقصور عليها فلا تطمع في القياس (والثانية) أنه ربما حدث ما يشارك الاصل في العلة فيلحق به وأجابوا عن الفلوس بأن العلة عندنا كون الذهب والفضة جنس الاثمان غالباً وليست الفلوس كذلك فانها وإن كانت ثمناً في بعض البلاد فليست من جنس الاثمان غالباً وان لم تكن اثماناً والله سبحانه أعلم * (فرع) (وأما) داود وموافقوه فاحتجوا بعموم قوله تعالى (وأحل الله البيع)

ويقوله (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وبأن أصل الاستثناء الإباحة * واحتج أصحابنا بحديث معمر بن عبد الله رضي الله عنه قال (كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل) رواه مسلم وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزبنة أن يبيع الرجل تمر حائطه أن كان نخلا بتمر كيلا وأن كان كرما أن يبعه بزبيب كيلا وأن كان زرعاً أن يبعه بكيل طعام نهى عن ذلك كله) رواه البخاري ومسلم قال أصحابنا الطعام المذكور في الحديث الأول عام يتناول جميع ما يسمى طعاما (فان قيل) فقد خصه بالاشياء السنة (قلنا) ذكر بعض ما يتناوله العموم ليس تخصيصا على الصحيح (فان قيل) الطعام مخصوص بالحنطة (قلنا) هذا غلط بل هو عام لكل ما يؤكل قال الله تعالى (كل الطعام كان حلالا لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه) وقال تعالى (فلينظر الإنسان إلى طعامه) إلى قوله تعالى (فأنبئنا فيها حبا وعنبا) الآية وقال تعالى (فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فإنه مني) وعن أبي ذر رضي الله عنه في حديثه الطويل في قصة أسلامه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان يطعمك قلت ما كان لي طعام إلا ماء زمزم فسمنت حتى تكسرت عكن بطني قال إنها مباركة أنها طعام طعم) رواه البخاري ومسلم * وعن عائشة رضي الله عنها قالت (مكثنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم زمانا مالنا طعام إلا الأسودان الماء والتمر رواه) (1) والجواب عن الآيتين أنهما عام مخصوص بما ذكرنا (وقولهم) أصل الاشياء الإباحة ليس كذلك بل مذهب داود

(1) بياض بالأصل.

[395]

أنها على الوقف والصحيح عندنا أنه لا حكم قبل ورود الشرع والله سبحانه أعلم * (فرع) ذكرنا أن علة الربا في الذهب والفضة عندنا كونهما جنس الاثمان غالبا قال أصحابنا وقولنا غالبا احتراز من الفلوس إذا راجت رواج النقود كما قدمناه ويدخل فيه الاواني والتبر وغير ذلك فهذه العبارة هي الصحيحة عند الاصحاب وهي التي نقلها الماوردي وغيره عن نص الشافعي قال الماوردي ومن أصحابنا من يقول العلة كونهما قيم المتلفات قال ومن أصحابنا من جمعها قال ولكنه قريب * وجزم المصنف في التنبيه بأنهما قيم الاشياء وأنكره القاضي أبو الطيب وغيره على من قاله من أصحابنا قالوا لان الاواني والتبر والحلى يجرى فيها الربا وليس مما يقوم بها ولنا وجه ضعيف غريب أن تحريم الربا فيهما بعينهما لا لعله حكاة المتولي وغيره * (فرع) إذا راجت الفلوس رواج النقود لم يحرم الربا فيها هذا هو الصحيح المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور وفيه وجه شاذ أنه يحرم حكاة الخراسانيون (وأما) ما سواها من الموزونات كالحديد والنحاس والرصاص والقطن والكتان والصوف والغزل وغيرها فلا ربا فيها عندنا فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ومؤجلا ولا خلاف في شيء من هذا عندنا إلا وجهها حكاة المتولي والرافعي عن أبي بكر الاولي من أصحابنا المتقدمين أنه قال لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا سواء كان مطعوما أو نقدا أو غيرهما وهذا شاذ ضعيف * قال المصنف رحمه الله * (فاما الاعيان الاربعة ففيها قولان) (قال) في الجديد العلة فيها أنها مطعومة والدليل عليه ما روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الطعام

بالطعام مثلا بمثل) والطعام اسم لكل ما يتطعم والدليل عليه قوله تعالى (وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) وأراد به الذبائح وقالت عائشة رضی الله عنها (مكثنا مع نبينا صلى الله عليه وسلم سنة مالنا طعام الا الا سودان الماء والتمر وقال لبيد لمعفر قهد ينازع شلوه * غبس كواسب ما يمن طعامها * وأراد به الفريسة والحكم إذا علق على اسم مشتق كان ذلك علة فيه كانقطع في السرقة والحد في الزنا ولان الحب مادام مطعوما يحرم فيه الربا فإذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوما لم يحرم فيه الربا فإذا انعقد الحب وصار مطعوما حرم فيه الربا فدل على أن العلة فيه كونه مطعوما فعلى هذا يحرم الربا في كل ما يطعم من الاقوات والادام والحلاوات والفواكه والادوية وفي الماء وجهان

[396]

(أحدهما) يحرم فيه الربا لانه مطعوم فهو كغيره (والثاني لا يحرم فيه الربا لانه مباح في الاصل غير متمول في العادة فلا يحرم فيه الربا * وفي الادهان المطبية وجهان (أحدهما لا ربا فيها لانها تعد للانتفاع برائحتها دون الاكل (والثاني) أنه يحرم فيها الربا وهو الصحيح لانه مأكول وانما لا يؤكل لانه ينتفع به فيما هو أكثر من الاكل * وفي البزر ودهن السمك وجهان (أحدهما لا ربا فيه لانه يعد للاستصباح (والثاني) أنه يحرم الربا فيه لانه مأكول فاشبه الشيرج (وقال) في القديم العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة والدليل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الطعام بالطعام مثلا بمثل) والمماثلة لا تكون الا بالكيل أو الوزن فدل على أنه لا يحرم الا في مطعوم يكال أو يوزن فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يكال ولا يوزن من الاطعمة كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها) * (الشرح) أما حديث معمر فرواه مسلم وسبق بيانه وحديث عائشة (1) (وقوله) وأما الاعيان الاربعة هكذا هو في المذهب الاربعة وكان الاصل أن يقول الاربع ولكنه أراد بالاعيان الاجناس فأثبت الهاء (وقولها) الاسودان هو من باب التغليب وتسمية الشيبين باسم أحدهما كالأبوين والقمرين والعمرين ونظائره فان الماء ليس بأسود (قوله) في بيت لبيد لمعفر هو - بفتح العين المهملة والفاء المشددة - وهو ولد الطيبة إذا أرادت فطامه عن الرضاع فانها تقطعه عن الرضاع أياما ثم تعود إلى ارضاعه أياما ثم تقطعه عن الرضاع أياما ثم ترضعه تفعل ذلك حتى لا يضره القطع جملة فإذا فعلت هذا قيل عفرت الطيبة ولدها ومعفر هو هكذا فسرره صاحب البيان وفسره غيره بانه الذي سحب في التراب وعفر به والقهد - بفتح القاف واسكان الهاء - قيل هو الابيض وقيل ابيض فيه كدورة وفيه حمرة أو صفرة وجمعه فهاد (وقوله) تنازع شلوه أي تحادف أعضائه (وقوله) غبس بغين معجمة ثم موحدة ساكنة ثم سين مهملة - أي ذئب جمع أغبس وهو الذي لونه كلون الرماد (وقوله) كواسب أي تكسب قوتها (وقوله) ما يمن طعامها فيه تاويلان (أصحهما) وأشهرهما أنه لا منة عليها فيه بل تأخذه بالقهر والغلبة لا بالسؤال والمسكنة بخلاف السنور وشبهه (والثاني) معناه لا ينقص ولا ينقطع لقوله تعالى (أجر غير ممنون) وقيل هذا البيت بيت آخر يظهر معني هذا وهو خنساء ضيعت الفرير فلم يرم * عرض الشائق طوفها وبعامها الخنساء بقرة وحشية والفرير - بفتح الفاء - ولدها (وقوله) يرم - بفتح الباء وكسر الراء معناه يفارق وعرض - بضم العين - وهو الناحية والشقائق جمع شقيقة وهي رملة فيها نبات وقيل أرض

[397]

غليظة بين رملين (وقوله) طوفها - بفتح الطاء ورفع الفاء - وهو ذهابها ومجيئها وهو فاعل يرم وبعامها - بضم الباء الموحدة وبالعين المعجمة ويرفع الميم - معطوف على طوفها والبعام الصوت واللام في قوله لمعفر مكسورة وهى لام التعليل ومعنى البيتين أنها ضيعت ولدها فلا تزال تطوف في ناحية الرمال لطلبه ظانة أنه هناك ولا تعلم أن الذئب تجاذبت أعضائه وأكلته (وأما) ليبد صاحب هذا فهو أبو عقيل بفتح العين ليبد بن ربيعة بن مالك العامري الصحابي الشاعر المشهور كان من فحول شعراء الجاهلية ثم وفد على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسلم وحسن اسلامه وكان من المعمرين عاش مائة واربعاً وخمسين سنة وقيل غير ذلك توفي في خلافة عثمان وقيل في أول خلافة معاوية رضى الله عنهم (قوله) في الماء لانه مباح في الاصل احتراز مما يتأثر من الزروع والثمار وما يلقى من الاطعمة رغبة عنه فانه إذا أخذ انسان شيئاً من ذلك جرى فيه الربا لانه ليس بمباح في الاصل (وقوله) غير متمول في العادة احتراز من الصيد والبرز - بفتح الباء وكسرهما - لغتان والقناء - بكسر القاف وضمها - والكسر أفصح وأشهر (أما) الاحكام ففي علة تحريم الربا في الاجناس الاربعة قولان (أصحهما) وهو الجديد أنها الطعم فيحرم الربا في كل مطعوم سواء كان مما يكال أو يوزن أو غيرهما ولا يحرم في غير المطعوم فيجرى الربا في السفرجل والبطيخ والرمان والبقول وغيرها من المطعوم (والثاني) وهو القديم لا يحرم الا في مطعوم يكال أو يوزن فعلى هذا لا ربا في السفرجل والرمان والبيض والجوز والبقول والخضراوات وغيرها مما لا يكال ولا يوزن فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا وهذا القول ضعيف جدا والتفريع انما هو على الجديد فعلى هذا قال الشافعي والاصحاب المراد بالمطعوم ما يعد للطعم غالبا تقوتا وتأدما أو تفكها أو تدابيا أو غيرها فيدخل فيه الحبوب والادام والحلاوات والفواكه والبقول والتوابل والادوية وغيرها فيحرم الربا في جميع ذلك قال أصحابنا وسواء ما أكل غالبا أو نادرا كالبلوط والطرثوث وهو نبت معروف وسواء ما أكل وحده أو مع غيره وفي الزعفران وجهان حكاهما القاضي حسين والمتولي والرافعي (أحدهما) لا ربا فيه لانه لا يقصد بالاكل (والثاني) وهو الصحيح المنصوص وبه قطع الجمهور يحرم فيه الربا لانه مأكول في الجملة وفي المصطكى والزنجبيل وجهان (الصحيح) المشهور ويحرم فيهما الربا (والثاني) لا ربا فيهما حكاه (1) والرافعي وقطع صاحب البيان بأنه لا ربا في المصطكى ويجرى تحريم الربا في جميع الادوية كالأهلج والابلج والسقمونيا وغيرها نص عليه الشافعي واتفق

[398]

عليه الاصحاب إلا وجها حكاه القاضي حسين والمتولي وغيرهما أن ما يقتل كثيره ويستعمل قليله في الادوية كالسقمونيا لا ربا فيه وهو شاذ ضعيف (وأما) الماء (إذا قلنا) بالمذهب انه مملوك يصح بيعه فهل يحرم فيه الربا فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يحرم هكذا صححه إمام الحرمين والرافعي والجمهور وهو الصواب ولا يغتر بتصحيح صاحب الانتصار الاباحه فانه شاذ ضعيف (فان قيل) لو كان مطعوما لم يجز الاستنجاء به (قلنا) ثبت الاحاديث في جواز الاستنجاء به فصار مستثنى (وأما) الادهان فأربعة أضرب (أحدها) ما يعد للاكل كالزبد والسمن والزيت والشيرج ودهن الجوز واللوز والبطم ودهن الفجل والخردل والصنوبر وأشبهاتها فيحرم فيه الربا أيضا لانه يؤكل للتداوي فاشبه الاهليلج (1) (الثالث) ما يراد للطيب كدهن البنفسج والورد والياسمين والزئبق والبان وسائر الادهان المطيبة فيها وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عنده وعند الاصحاب أنها ربوية وذكر أمام الحرمين أن العراقيين نقلوا في المسألة قولين المنصوص أنها ربوية وفي قول مخرج ليست ربوية قال وقال صاحب التقريب دهن البنفسج ربوي وفي دهن الورد وجهان قال الامام ولا أفهم الفرق بينهما (فإذا قلنا) انها ربوية لم يجز بيع شئ من هذه الادهان بعضه ببعض متفاضلا ولا بيع بعضها متفاضلا ولا بيع بعضها بالشيرج متفاضلا بلا خلاف هكذا صرح به الاصحاب ونقله الامام عن العراقيين ولم يذكر خلافه قالوا لانها كلها شيرج اختلفت رائحته بحسب ما جاورها من هذه الادهان (الرابع) ما يراد للاستصباح كدهن السمك وبزر الكتان ودهنه وفيه وجهان مشهوران في الطريقتين ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) أنه ليس بربوي (وأما) قول إمام لحرمين والغزالي أن العراقيين قطعوا بأنه لا ربا فيه فليس بمقبول بل الخلاف فيه مشهور في كتب العراقيين والله أعلم * (فرع) الطين الارموي ربوي على الصحيح من الوجهين ونقله امام الحرمين عن الغزالي قال ولا خلاف فيه وممن ذكر الوجهين فيه القاضي حسين والمتولي والرافعي (وأما) الطين الذي يؤكل سفها ويقال له الخراساني ففيه الوجهان (الصحيح) أنه ليس ربويا وبه قطع القاضي حسين وأبو الطيب والمتولي وصاحب البيان ونقله امام الحرمين عن العراقيين قال وتردد فيه الشيخ أبو محمد ومال إلى أنه ربوي وصححه الغزالي في الوسيط أنه ربوي والمذهب الاول * (فرع) في دهن الورد وجهان حكاهما الصيمري وصاحب البيان وغيرهما (أصحهما)

(1) كذا بالاصل وانظر أين الضرب الثاني

[399]

ليس بربوي صححه الرافعي وهو كلام الجمهور وحكى الرافعي الوجهين في العود المطيب أيضا وقطع الاكثرون بأنه ليس ربويا * (فرع) لا ربا في الحيوان عندنا فيجوز بيع شاة بشاتين وبغير ببعيرين ودجاجة بدجاجتين وكذا سائر الحيوان ولا خلاف في هذا عندنا الا الوجه الذي قدمناه عن الاودني وهو شاذ ضعيف والا وجها حكاه امام الحرمين ومتابعوه في السمك الصغار التي يمكن ابتلاعها في حياتها أنه يجري فيه الربا بناء على جواز أكلها حية وفيه وجهان سبقا في الاطعمة والصيد والذبائح (ان قلنا) لا يجوز أكلها حية ليست ربوية فيجوز بيع سمكة بسمكات كسائر الحيوان والا فوجهان (أصحهما) الجواز وهو مقتضى كلام الجمهور (والثاني) لا وبه قطع

المتولي تفرعاً على جواز أكله (فرع) قال ابن الصباغ والاصحاب لا ربا في النوى لأنه ليس بطعام للآدمي وإن كان طعاماً للبهائم فاشبه الحشيش * (فرع) لا ربا في الجلود والعظام إن كان يجوز أكلها وهذا لا خلاف فيه وممن صرح به الماوردي لأنها لا تؤكل في العادة * (فرع) قال المتولي وغيره أنواع الحشيش التي تنبت في الصحارى وتؤكل في حال رطوبتها وأطراف قضبان العنب لا ربا فيها لأنها لا تقصد للاكل عادة * * قال المصنف رحمه الله * (وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيها الربا فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً ونسيئته ويجوز فيها التفرق قبل التقابض لما روي عبد الله بن عمرو بن العاص قال (أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشاً فنفتد الأبل فأمرني أن أخذ على قلاص الصدقة فكنت أخذ البعير بالبعيرين إلى ابل الصدقة) وعن علي كرم الله وجهه (أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين بعيراً) وباع ابن عباس رضى الله عنه بعيراً بأربعة أبعره واشترى ابن عمر رضى الله عنه راحلة بأربع رواحل ورواحله بالريذة واشترى رافع بن خديج رضى الله عنه بعيراً ببعيرين فأعطاه أحدهما وقال أتيتك بالآخر غداً * ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة لما روي ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ قال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة) * (الشرح) حديث ابن عمر وبن العاصي رواه أبو داود وسكت عليه فيقتضى أنه عنده

[400]

حسن كما سبق تقريره وإن كان في اسناده نظر لكن قال البيهقي له شاهد صحيح فذكره بأسناده الصحيح عن عبد الله بن عمرو بن العاصي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً قال عبد الله وليس عندنا ظهر قال فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتناع ظهراً إلى خروج التصديق فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين وبالأبصرة إلى خروج التصديق بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذه الرواية رواها أيضاً الدارقطني بأسناد صحيح (وأما) الأثر المذكور عن علي رضى الله عنه فرواه مالك في الموطأ والشافعي في مسنده وفي الام بأسناد صحيح عن حسين بن محمد بن علي أن علي بن أبي طالب رضى الله عنه باع جملاً له عصيفير بعشرين بعيراً إلى أجل لكن في اسناده انقطاع من طريق حسين ابن محمد بن علي فلم يدركه (وأما) الأثر عن ابن عمر فصحيح رواه مالك في الموطأ والشافعي عن مالك عن نافع وذكره البخاري في صحيحه تعليقا (وأما) الأثر عن رافع بن خديج فصحيح ذكره البخاري في صحيحه تعليقا (وأما) حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ فرواه الدارقطني والبيهقي بأسناد ضعيف مداره على موسى بن عبيدة الزبدي وهو ضعيف (أما) الفاظ الفصل القلاص - بكسر القاف - جمع قلاص والقلاص جمع قلاص وهي الناقة الشابة ذكره الجوهري وغيره (وقوله) أخذ من قلاص الصدقة هكذا هو في المذهب من والذي في سير أبي داود والبيهقي وغيرهما في ومعناهما السلف على ابل الصدقة إلى أجل معلوم (وأما) الراحلة فالبعير النجيب والريذة - بفتح الراء والباء الموحدة والذال معجمة موضع علي ثلاث مراحل من المدينة والكالئ بالهمز (أما) الأحكام ففي الفصل مسألتان (أحدهما) أن ما سوى الذهب والفضة والمطعم لا يحرم فيه الربا فيجوز بيع بعير بأبصرة وشاة بشياه وثوب بثياب وصاع نورة أو حص أو اشنان بصيعان ورطل غزل بأرطال من جنسه واشباهه وكل هذا مما سبق بيانه (المسألة الثانية) لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة بأن يقول بعني ثوبا في ذمتي بصفته كذا إلى شهر كذا بدينار مؤجل إلى وقت كذا فيقول قبلت وهذا فاسد بلا خلاف * (فرع)

في مذاهب العلماء في بيان علة الربا في الاجناس الاربعة وهى البر والشعير والتمر والملح ولهم فيها عشرة مذاهب (أحدها) مذهب أهل الظاهر ومن موافقهم انه لا ربا في غير الاجناس الستة كما سبق (الثاني) مذهب أبى بكر عبد الرحمن بن كيسان الاصم ان العلة فيها كونها منتفعا به حكاه عنه القاضى حسين (والثالث) مذهب ابن سيرين وأبى بكر الاودنى من اصحابنا ان العلة الجنسية تحرم الربا في كل شئ بيع بجنسه كالتراب بالتراب متفاضلا والثوب بالثوبين والشاة بالشاتين (الرابع) مذهب الحسن البصرى ان العلة المنفعة في الجنس فيجوز عنده بيع ثوب

[401]

قيمه دينار بثوبين قيمتهما دينار ويحرم بيع ثوب قيمته دينار بثوب قيمته ديناران (الخامس) مذهب سعيد بن جبير أن العلة تقارب المنفعة في الجنس فحرم التفاضل في الحنطة بالشعير أن العلة تقارب المنفعة في الجنس فحرم التفاضل في منافعها وكذلك الباقلى بالحمص والدخن بالذرة (السادس) مذهب ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن العلة كونه جنسا تجب فيه الزكاة فحرم الربا في جنس تجب فيه الزكاة من المواشى والزرع وغيرها ونفاه عما لا زكاة فيه (السابع) مذهب مالك كونه مقتاتا مدخر جنس فحرم الربا في كل ما كان قوتا مدخرا ونفاه عما ليس بقوت كالفواكه وعما هو قوت لا يدخر كاللحم (الثامن) مذهب أبى حنيفة أن العلة كونه مكيل جنس فحرم الربا في كل ميكل وان لم يؤكل كالجص والنورة والاشنان ونفاه عما لا يكال ولا يوزن وان كان مأكولا كالسفرجل والرمان (التاسع) مذهب سعيد بن المسيب وقول الشافعي في القديم أن العلة كونه مطعوما يكال أو يوزن فحرمه في كل مطعوم يكال أو يوزن ونفاه عما سواه وهو كل ما لا يؤكل ولا يشرب أو يؤكل ولا يكال ولا يوزن كالسفرجل والبطيخ (العاشر) ان العلة كونه مطعوما فقط سواء كان مكيلا أو موزونا أم لا ولا ربا فيما سوى المطعوم غير الذهب والفضة وهذا مذهب الشافعي الجديد الصحيح وهو مذهب احمد وابن المنذر وغيرهما (فأما) أهل الظاهر فسبق دليلهم والدليل عليهم (وأما) الباقر فدليلنا على جميعهم قوله صلى الله عليه وسلم (الطعام بالطعام مثلا بمثل) وهو صحيح سبق بيانه ووجه الدلالة فيه ما ذكره المصنف وأيضا هذه الآثار مع الحديث المذكور في الكتاب * وعن جابرا (ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى عبدا بعدين أسودين) رواه مسلم * وعن انس (ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى صفة من دحية الكلبي بسبعة أرؤس) رواه مسلم وغيره * واحتج لابن كيسان بأن المقصود بتحريم الربا الفرق بالناس وهذا المعنى موجود في الجميع واحتج أصحابنا عليه بما ذكره المصنف من الآثار والمعنى وبحديث العبد بالعبدين والبعير بالبعيرين وغير ذلك وأفسدوا علته بأنها تؤدي إلى تحريم التجارات والارباح * واحتج لابن سيرين بحديث عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبربر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد) رواه مسلم وموضع الدلالة أنه شرط في جواز التفاضل اختلاف الاصناف وهى الاجناس * واحتج أصحابنا بالأحاديث والآثار السابقة في بيع عبدين بعبد

وأبكرة ببيع فدل على أن الجنس ليس بعله (والجواب) عن حديث فإذا اختلفت هذه الاصناف فالمراد جواز التفاضل في هذه الاصناف إذا اختلفت ومنعه فيها إذا اتفقت لأمعنه في غيرها * واحتج للحسن بأن المقصود بتحريم الربا في القدر موجود في القيمة فيمتنع التفاضل في القيمة كما امتنع في القدر واحتج الاصحاب بما سبق ولا نسلم الحاق القيمة بالقدر * واحتج لابن جبير بأن المنفعة كالقدر قال الاصحاب هذا مردود بالمنصوص على جواز التفاضل في الحنطة بالشعير لقوله صلى الله عليه وسلم (إذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم) واحتج لربيعه بأن تحريم الربا في هذه الاجناس إنما كان حنا على المواساة بالتمائل وأموال المواساة هي أموال الزكاة قال أصحابنا هذا فاسد منابذ للاحاديث والآثار السابقة في جواز التفاضل في الحيوان وفساد أيضا بالملح فانه ربوي بالنص وعلى مقتضى مذهبه لا ربا فيه لانه ليس ربويا * واحتج لمالك بأن علته أكثر شبيها بالاصل فهي أولى واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم (إذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم) وما قاله مالك منتقض بالرطب فانه ربوي بالنص وليس مدخرا (فان قيل) الرطب يؤول إلى الادخار (قلنا) الربا جاز في الرطب الذي لا يصير تمرا أو العنب الذي لا يصير زيبا * واحتج لابي حنيفة بأن الكيل هو المعتبر في التساوي فكان علته واحتج أصحابنا بما سبق ولا يلزم من كون الكيل معيارا كونه علة والله سبحانه أعلم * (فرع) مذهبنا جواز بيع ثوب بثوبين وثياب من جنسه حالا ومؤجلا وبه قال أبو ثور وابن المنذر ومنعه مالك وأبو حنيفة (1) لا ربا في القليل من الحنطة والشعير ونحوهما كالحفنة والحفنتين ونحوهما مما لا يكال في العادة قال وكذا لا ربا في البطيخ والبادنجان والبيض والسفرجل والرمان وسائر الفواكه التي تباع عددا بناء على قاعدته السابقة أنه لا ربا في غير المكيل والموزون ومذهبنا ومذهب الجمهور ثبوت الربا في كل ذلك لعموم النصوص في تحريم الربا * (فرع) يجوز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلا كبيع ببعيرين وشاة بثناتين حالا ومؤجلا سواء كان يصلح للحمل والركوب والاكل والنتاج ام للاكل خاصة * هذا مذهبنا وبه قال جماهير العلماء وقال مالك لا يجوز بيع بعير ببعيرين ولا ببيعير إذا كانا جميعا أو أحدهما لا يصلح الا للذبح كالكسير والحطيم ونحوهما لانه لا يقصد به إلا اللحم فهو كبيع لحم بلحم جزافا أو لحم بحيوان * دليلنا الاحاديث والآثار السابقة في بيع بعير ببعيرين وأبعره *

(1) كذا بالاصل

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا جواز بيع كل ما ليس مطعوما ولا ذهبيا ولا فضة بعضه ببعض متفاضلا ومؤجلا وبه قال جمهور العلماء وقال ابو حنيفة يحرم التأجيل في بيع الجنس بعضه ببعض من أي مال كان لحديث الحسن عن سمرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه قال الترمذي حديث حسن صحيح * وعن ابن عباس قال (نهى رسول الله صلى الله عليه

وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة) واحتج أصحابنا بالاحاديث والآثار السابقة في بيع الابل بالابل مؤجلة ولانهما عوضان لا تجمعهما علة واحدة فلا يحرم فيهما النساء كما لو باع ثوب قطن بثوب حرير إلى أجل ولانه لا ربا فيه نقدا فكذا النسيئة (والجواب) عن حديث سمرة من وجهين (أحدهما) جواب الشافعي أنه حديث ضعيف قال البيهقي أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة إلا حديث العقيقة (والثاني) أنه محمول على أن الأجل في العوضين فيكون بيع دين بدين وذلك فاسد كما سبق (والجواب) عن حديث ابن عباس من الوجهين فقد اتفق الحفاظ على ضعفه وأن الصحيح أنه مرسل عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم وممن قال ذلك البخاري وابن خزيمة والبيهقي وغيرهم قال ابن خزيمة الصحيح عند أهل العلم بالحديث أنه مرسل * * قال المصنف رحمه الله * (فاما يحرم فيه الربا فينظر فيه فان باعه بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التفاضل لما روى عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد) فان باعه بغير جنسه نظرت فان كان مما يحرم الربا فيهما لعله واحدة كالذهب والفضة والشعير والحنطة جاز فيه التفاضل وحرم فيه النساء والتفرق قبل التفاضل لقوله صلى الله عليه وسلم (إذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد) فان تباعا وتاخيرا في المجلس قبل التفاضل بطل البيع لان التبايع كالتفرق ولو تفرقا قبل التفاضل بطل العقد فكذلك إذا تبايع * وان تباعا دراهم بدنانير في الذمة وتفاضل ثم وجد أحدهما بما قبض عينا نظرت فان لم يتفرقا جاز أن يرد ويطالب بالبديل لان المعقود عليه ما في الذمة وقد قبض قبل التفرق وان تفرقا ففيه قولان (أحدهما) يجوز ابداله لان ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه (والثاني) لا يجوز وهو قول المزني لانه إذا ابدله صار القبض بعد التفرق وذلك لا يجوز * وان كان مما يحرم بهما الربا بعلتين كبيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التفاضل لاجماع الامة على جواز اسلام الذهب والفضة

[404]

في المكيلات المطعومة) * (الشرح) حديث عبادة رواه مسلم والنساء - بالمد والتأجيل قال الشافعي والاصحاب إذا باع مالا ربويا فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يبيعه بجنسه فيحرم فيه ثلاثة أشياء التفاضل والنساء والتفرق قبل التفاضل (الثاني) أن يبيعه بغير جنسه لكنهما مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة كالذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح والزيت بالعسل فيجوز فيهما التفاضل والنساء والتفرق قبل التفاضل (1) ودليل الجميع في الكتاب وحيث شرطنا التفاضل فمعناه التفاضل قبل التفرق الذي ينقطع به خيار المجلس كما سبق تفصيله قال الشافعي في كتاب الصرف من الام والاصحاب لا بأس أن يطول مقامهما في مجلسهما ولا بأس أيضا بطولهما متماشيين وان طال مشيهما وتباعدا عن مجلس العقد ثم تقابضا قبل افتراقهما فيصح البيع لعدم افتراقهما * ولو باعه ديناراً في الذمة بعشرة دراهم في الذمة ووصفا الجميع أو كان في موضع فيه نقد غالب ولم يكن العوضان حاضرين ثم ارسلنا من احضرهما أو ذهباً مجتمعين اليهما وتفاضل قبل التفرق صح البيع وسلمنا من الربا * ولو وكلا أو أحدهما في القبض وحصل القبض قبل مفارقة العاقدين جاز والا فلا ومتى تفرقا قبل القبض وحصل القبض بطل العقد وبأثمان بذلك قال ابن الصباغ

والاصحاب يكون هذا ربا جاريا مجرى بيع الربوي نسيئة ولا يكفيهما
تفرقهما في منع الاثم وان كان يبطل كما أن العقد مع التفاضل باطل
ويأثمان به قال أصحابنا قال تعذر عليهما التقايض في المجلس وأرادا أن
يتفرقا لزمهما أن يتفاسخا العقد قبل التفرق لئلا ياتما وان قبض كل واحد
منهما نصف المعقود عليه وتفرقا قبل قبض الباقي بطل العقد في الذي
لم يقبض وفي بطلانه في المقبوض الطريقتان السابقتان فيمن اشترى
عبدین فتلف أحدهما قبل القبض (المذهب) أنه لا يبطل بل يصح والله
سبحانه وتعالى أعلم * قال المصنف والاصحاب وإذا تخايرا في المجلس
قبل التقايض فهو كالتفريق فيبطل العقد لما ذكره المصنف هذا هو
المذهب وبه قطع الجمهور وقال ابن سريج لا يبطل لظاهر الحديث فانه
يسمى يدا بيد * آخر المجلد والى هنا انتهى كلام الشيخ مصنفه أبو زكريا
يحيى بن شرف النواوي فأدرسته المنية رحمه الله ونفعنا به في الدنيا
والآخرة والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم
تسليما وحسبنا الله ونعم الوكيل.

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الالكترونية