

فتح العزيز

عبد الكريم الرافعي ج 8

[1]

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

[2]

قال (القسم الثالث من كتاب الحج في اللواحق) (وفيه بابان الاول في موانع الحج وهي ستة) (الاولى والاحصار وهو مبيح للتحلل مهما احتاج في الدفع إلى قتال أو بذل مال وإن كانوا كفارا وجب القتال إلا إذا زادوا على الضعف ولو أحاط العدو من الجوانب لم يتحلل على قول لأنه لا يريح منه التحلل كما لا يتحلل بالمرض (ح) ولو شرط التحلل عند المرض ففي جواز التحلل قولان) * كان حجة الاسلام رحمه الله قد قسم كتاب الحج إلى ثلاثة اقسام المقدمات والمقاصد وقد حصل الفراغ منهما (والثالث) اللواحق وفيه بابان ترجم أولهما بموانع الحج ولم يرد بها موانع وجوبه

[3]

أو الشروع فيه وإنما أراد العوارض التي تعرض بعد الشروع فيه وتمنع من إتمامه وهي فيما عدها ستة أنواع (أحدها) الاحصار فإذا أحصر العدو المحرمين عن المضي في الحج من جميع الطرق كان لهم أن يتحللوا لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم (أحصر وأصحابه بالحديبية فأنزل الله تعالى: فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) (1) والمعنى فإن أحصرتم فتحللتهم أو أردتم التحلل فما استيسر من الهدى فإن نفس الاحصار

[4]

لا يوجب هديا والاولى أن لا يجعل التحلل ان وسع الوقت فربما يزول المنع فيتمون النسك وإن كان ضيقا فالاولى التعجيل كي لا يفوت الحج * ويجوز للمحرم بالعمرة التحلل أيضا عند الاحصار وعن مالك أنه لا يجوز التحلل في العمرة لأنه لا يخاف فواتها * لنا أن النبي صلى الله عليه وسلم (تحلل

بالاحصار عام الحديبية وكان محرما بالعمرة (1) * إذا عرفت ذلك ففي
الفصل مسائل (أحداها) لو منعوا ولم يتمكنوا من المسير

[5]

إلا يبذل مال فلهم أن يتحللوا ولا يبذلوا المال وإن قل إذ لا يجب احتمال
الظلم في أداء الحج بل يكره البذل إن كان الطالبون كفارا لما فيه من
الصغار * وإن احتاجوا الي قتال ليسيروا نظر ان كان المانعون مسلمين
فلهم التحلل ولا يلزمهم القتال وان قدروا عليه لما فيه من التغرير
بالنفس وان كانوا كفارا فقد حكم صاحب الكتاب بوجوب القتال إذا لم يزد
عدد الكفار على الضعف وهكذا حكى الامام رحمه الله عن بعض المصنفين
ولم يرتضه على هذا الاطلاق بل شرط فيه وجدانهم

[6]

السلاح واهية القتال وقال إذا وجدوا الالهية وقد صدتهم الكفار فلا فرار ولا
سبيل الي التحلل * وأنت إذا فحصت عن كتب الاكثرين وجدتهم يقولون لا
يجب القتال على الحجيج وان كان العدو كفارا وكان في مقابلة كل مسلم
أقل من مشركين غير أنهم إن كانوا كفارا وكان بالمسلمين قوة فالاولى
أن يقاتلوا ويمضوا نصرة للاسلام واتماما للحج وان كان بالمسلمين ضعف
أو كان العدو مسلمين فالاولى أن يتحللوا ويتحرزو عن القتال تحرزا عن
سفك دماء المسلمين ولهؤلاء أن يقولوا

[7]

للامام لا نزاع في أنهم لو قاتلوا المسلمين والصورة ما ذكرت لم يكن لهم
الفرار لكن يجوز أن يمنعوهم من الحج ولا يقاتلوهم لو تركوا الحج فهل
يلزمهم ابتداء القتا ليمضوا هذا موضع الكلام وعلى كل حال فلو قاتلوهم
كان لهم ان يلبسوا الدروع والمغافر ثم يفدون كما إذا لبس المحرم
المخيطة لدفع حر أو برد (الثانية) ما ذكرنا من جواز التحلل مفروض فيما إذا
منعوا من المضى دون الرجوع والسير في صوب آخر (فاما) إذا أحاط العدو
بهم من الجوانب كلها ففيه وجهان كذا نقل المعظم وقال

[8]

الامام والمصنف قولان (أحدهما) ليس لهم التحلل لانه لا يريحهم والحالة
هذه ولا يستفيدون به أمنا وصار كالمريض ليس له التحلل (وأصحهما) أن

لهم التحلل لانهم يستفيدون به الامن من العدو الذى بين أيديهم (الثالثة)
ليس للمحرم التحلل بعذر المرض وبه قال مالك واحمد رحمهما الله بل
يصبر حتى يبرأ فان كان محرما بعمرة أتمها وان كان محرما بحج وفاته
تحلل بعمل عمرة لانه لا يستفيد بالتحلل زوال المرض * وعن ابن عباس
رضي الله عنهما (انه لا حصر الا حصر العدو) (1) وقال أبو

[9]

حنيفة رحمه الله يجوز التحلل بالمرض وهذا إذا لم يشترط التحلل عند
المرض (أما) إذا شرط انه إذا مرض تحلل فقد نص في القديم على صحة
هذا الشرط وعلق القول في الجديد بصحة حديث ضباعة بنت الزبير رضى
الله عنهما وهو ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لها (أما تريدان
الحج فقالت انا شاكية فقال حجي واشترطي ان تحلى حيث حبستي) (1)
وللاصحاب فيه طريقان اثبت عامتهم فيه خلافا وقالوا انه صحيح في
القديم وفي الجديد يد قولان (اظهرهما)

[10]

الصحة للحديث وبه قال احمد (والثانى) المنع وبه قال مالك وابو حنيفة
رحمهما الله لانه عبادة لا يجوز الخروج منها بغير عذر فلا يجوز بالشرط
كالصلاة المفروضة وعن الشيخ ابي حامد وغيره انه صحيح جزما بصحة
الحديث * ولو شرط التحلل لغرض آخر كضلال الطريق ونفاذ النفقة
والخطأ في العدد فهو كما لو شرط التحلل عند المرض * وعن الشيخ ابي
محمد انه لغو لا محالة والخلاف مخصوص بالمرض لورود الخبر فيه
(التفريع) ان صححنا الشرط فهل يلزمه الهدى للتحلل إن

[11]

كان قد شرط التحلل بالهدى فنعم وان كان قد شرط التحلل بلا هدى فلا
وان اطلق فوجهان (اظهرهما) وبه قال ابو اسحق والداركى انه لا يلزم
ايضا لمكان الشرط * ولو شرط ان يقلب حجه عمرة عند المرض فهو أولى
بالصحة من شرط التحلل * ورواه القاضي ابن كج عن نصح * ولو قال إذا
مرضت فانا حلال فيصير حلالا بنفس المرض أم لا بد من التحلل فيه وجهان
والمنصوص منهما الاول والله أعلم *

[12]

قال (وتحلل المحصر هل يتوقف على إراقة دم الاحصار (ح) فيه قولان فان كان معسرا (وقلنا) ان الصوم بدل فغى توقفه القولان المرتبان وأولى بان لا يتوقف لان الصوم طويل ولا يشترط (ح) بعث الدم الي الحرم (وإذا قلنا) لا يتوقف فيتحلل بالحلق أو بنية التحلل ولا قضاء (ح) على المحصر)*

[13]

مقصود الفصل ثلاث مسائل (إحداها) في أن تحلل المحصر بم يحصل وهذه المسألة تحوج إلى معرفة أصليين (الأول) أنه يجب علي المحصر إذا تحلل دم شاة وبه قال أبو حنيفة واحمد رحمهما الله وقال مالك يتحلل ولا دم عليه * لنا قوله تعالى (فما استيسر من الهدى) * وهذا إذا لم يجر من المحرم شرط سابق (فاما) إذا كان قد شرط عند احرامه أنه يتحلل إذا أحصر ففي تأثير هذا الشرط

[14]

في إسقاط الدم طريقان منهم من خرجه على وجهين كما إذا شرط التحلل عند المرض وتحلل بالشرط وقد ذكرناه (والاصح) القطع بأنه لا يؤثر لان التحلل بالاحصار جائز وان لم يشترط فالشرط لاغ بخلاف التحلل بالمرض (والاصل الثاني) ان القول قد اختلف في ان دم الاحصار هل له بدل أم لا وبتقدير أن يكون له بدل فكيف سبيله وهو على الترتيب أو التخيير وهذا ستعرفه حق المعرفة في الباب الثاني إن شاء الله تعالى * إذا تقرر ذلك فنقول إن قلنا إن دم الاحصار لا بدل له وكان واجدا للدم

[15]

فيذبح وينوى التحلل عنده وانما اعتبرت نية التحلل لان الذبح قد يكون للتحلل وقد يكون لغيره فلا بد من قصد صارف وان لم يجد الهدى إما لاعساره أو غير ذلك فهل يتوقف التحلل على وجدانه فيه قولان (أحدهما) نعم وبه قال أبو حنيفة لان الهدى اقيم مقام الاعمال ولو قدر على الاعمال لم يتحلل الا بها فإذا عجز لا يتحلل الا ببدلها (واصحهما) لا بل له التحلل في الحال لان التحلل انما ابيح تخفيفها ورفقا حتى لا يتضرر بالمقام على الاحرام ولو أمرناه بالصبر الي ان يجد الهدى لتضرر

[16]

وعلى التقديرين فلا بد من نية التحلل وهل يجب الحلق بناه الائمة على الاصل الذي سبق وهو ان الحلق نسك ام لا (ان قلنا) نسك فنعم (وان قلنا) استباحة محظور فلا فيخرج من هذا انا إذا اعتبرنا الذبح والحلق مع النية والتحلل يحصل بثلاثتها وان اخرجنا الذبح عن الاعتبار فالتحلل يحصل بالحلق مع النية أو بمجرد النية فيه وجهان وهذا ما اراده المصنف بقوله (وإذا قلنا لا يتوقف فيتحلل بالحلق أو بنية فالتحلل أي فيه وجهان) (وان قلنا) ان دم الاحصار له بدل فان كان يطعم فتوقف التحلل عليه

[17]

كتوقفه علي الذبح وان كان يصوم فكذلك مع ترتب الخلاف ومنع التوقف ههنا أولى لان الصوم يفنقر الي زمان طويل فنكون المشقة في الصبر على الاحرام اعظم (المسألة الثانية) لا يشترط بعث دم الاحصار إلى الحرم بل يذبحه حيث احصر ويتحلل وبه قال أحمد وقال ابو حنيفة رحمه الله يجب ان يبعث به إلى مكة ويوكل انسانا ليذبحه يوم النحر ان كان حاجا وأي يوم شاء ان كان معتمرا

[18]

ثم يتحلل * لنا (ان النبي صلى الله عليه وسلم احصر عام الحديبية فذبح بها وهي من الحل) (1) ولانه موضع التحلل فكان موضعاً لذبح الهدى كالحرم وكما يذبح دم الاحصار حيث احصر فكذلك ما لزمه من دماء المحظورات قبل الاحصار وما حمله معه من هدى ويفرق لحومها علي مساكين ذلك الموضع وهذا كله إذا كان مصدودا عن الحرم فاما إذا كان مصدودا عن البيت دون اطراف الحرم فهل

[19]

له ان يذبح في الحال ذكروا فيه وجهين (والاصح) ان له ذلك (الثالثة) في انه هل يجب القضاء علي المحصر وهذه المسألة بشرحها مع المسائل اللائقة بها مجموعة في آخر الباب إن شاء الله تعالى * قال (الثاني لو حبس السلطان شخصا أو شرذمة من الحجيج فهو كلاحصار العام (وقيل) فيه قولان (وقيل) يجوز التحلل والقولان في وجوب القضاء) *

[20]

قد تكلمنا في الحصر العام الذي شمل الرفقة (وأما) الحصر الخاص الذي يتفق لواحد أو شرذمة من الرفقة فينظر فيه إن لم يكن المحرم معذورا فيه كما إذا حبس بسبب دين وهو متمكن من أدائه فليس له التحلل بل عليه أن يؤديه ويمضي في حجة فان فاتته الحج في الحبس فعليه أن يسير إلى مكة ويتحلل بعمل عمرة وإن كان معذورا فيه كما إذا حبسه السلطان ظلما أو بدين وهو لا يتمكن

[21]

من أدائه وهذا هو المقصود في الكتاب ففيه طريقان (احدهما) وهو ما أورده المراويزة أن في جواز التحلل به قولين (احدهما) لا يجوز كما في المرض وخطأ الطريق (وأصحهما) أنه يجوز لأن الاحصار سبب يبيح التحلل لكل فيبيح للبعض كاتمام الاعمال (وأظهرهما) وهو ما أورده العراقيون القطع بالجواز كما في الحصر العام لأن مشقة كل أحد لا تختلف بين أن يتحمل غيره مثلها أو لا يتحمل وهؤلاء ردوا الخلاف الي أنه هل يجب القضاء إذا تحلل بالحصر الخاص وسيأتى ذلك (واعلم) ان لفظ الكتاب آخر

[22]

يتعرض لهاتين الطريقتين (وقوله) اولا فهو كالاحصار العام يشعر بطريقة ثالثة تقطع بجواز التحلل وعدم القضاء كما في الاحصار العام ولم أر نقلها غيره والله أعلم * قال (الثالث الرق فليسيد منع عبده ان أحرم بغيره إذنه وإذا منع تحلل كالمحصر) * احرام العبد ينعقد سواء كان باذن السيد أو دون اذنه ثم إن أحرم باذنه لم يكن له تحليله سواء بقي نسكه صحيحا أو أفسده ولو باعه والحالة هذه من غيره لم يكن للمشتري تحليله لكن له الخيار

[23]

إن كان جاهلا باحرامه وإن احرم بغير إذنه فالاولي أن يأذن له في إتمام النسك ولو حلله جاز لان تقريره على الحجر يعطل منافعه عليه وقال أبو حنيفة رحمه الله له تحليله سواء أحرم باذنه أو بغير اذنه وإذا أذن له في الاحرام فله الرجوع قبل أن يحرم فان رجع ولم يعلم العبد به فاحرم فله تحليله في أصح الوجهين هما مبنيان على الخلاف في نفوذ تصرفات الوكيل بعد العزل وقبل العلم * ولو أذن له في العمرة فاحرم بالحج فله تحليله ولو كان بالعكس لم يكن له تحليله لان العمرة دون الحج والحج

[24]

فوقها قال في التهذيب وطني انه لا يسلم عن النزاع والخلاف * ولو أذن له في التمتع فله منعه من الحج بعد ما تحلل عن العمرة وليس له تحليله عن العمرة ولا عن الحج بعد الشروع * ولو أذن له في الحج أو في التمتع فقرن لم يجر تحليله ولو أذن له أن يحرم في ذي القعدة فاحرم في شوال فله تحليله قبل ذي القعدة وبعد دخوله لا وإذا أفسد العبد حجه بالجماع فعليه القضاء لانه مكلف بخلاف الصبي على أحد القولين وهل يجب قضاؤه في الرق عن الواجب فيه قولان كما ذكرنا في الصبي إذا قضي

[25]

في الصبي فان احتسبناه لم يجب على السيد أن يأذن له في القضاء ان كان احرامه الاول بغير اذنه وكذلك ان كان باذنه في اصح الوجهين * وكل دم يلزمه بسبب ارتكاب المحظورات كالطيب واللباس وقتل الصيد والغوات فلا يجب على السيد سواء احرم باذنه أو بغير اذنه (واما) العبد فلا ملك له حتي يذبح لكن لو ملكه السيد فعلى القديم يملك ويلزمه اخراجه وعلى الجديد

[26]

لا يملك وإذا لم يملك ففرضه الصوم وللسيد منعه منه في حال الرق ان كان احرامه بغير اذنه وكذلك ان كان باذنه على اصح الوجهين لانه لم يأذن في موجهه * ولو قرن أو تمتع بغير إذن السيد فدم القران أن التمتع حكمه حكم دماء المحظورات (اما) إذا قرن أو تمتع بالاذن فهل يجب الدم على السيد (الجديد) أنه لا يجب وفي القديم قولان بخلاف ما لو أذن لعبد في النكاح فنكح يكون السيد ضامنا للمهر في القديم قولاً واحداً لانه لا بدل للمهر وللدم بدل وهو الصوم

[27]

والعبد من أهله وعلى هذا لو أحرم باذن السيد فاحصر فتحلل (فان قلنا لا بدل لدم الاحصار صار السيد ضامنا له في القديم قولاً واحداً (وان قلنا) له بدل ففي صيرورته ضامنا له قولان في القديم وإذا لم نوجب الدم على السيد فالواجب على العبد الصوم وليس للسيد المنع منه في اصح الوجهين لاذنه في سببه * ولو ملكه السيد هدياً وقلنا إنه يملك اراقه والا لم تجز اراقته ولو اراقه السيد عنه

[28]

بأذنه فهو على هذين القولين ولو أراق عنه بعد موته جاز قولاً واحداً لأنه قد حصل اليأس عن تكفيره والتلميح بعد الموت ليس بشرط ولهذا لو تصدق عن ميت جاز وقد (أمر النبي صلى الله عليه وسلم سعداً رضي الله عنه أن يتصدق عن أمه بعد موتها) (1) ولو عتق العبد قبل الصوم ووجد

[29]

الهدى فعليه الهدى إن اعتبرنا في الكفارت حالة الاداء أو الاغلط وان اعتبرنا حالة الوجوب فله الصوم وهل له الهدى فيه قولان * وينعقد نذر الحج من العبد وان لم يأذن له السيد في أصح الوجهين ويكون في ذمته فلو أني به حال الرق هل يجزئه فيه وجهان * إذا عرفت هذه المسائل فحيث جوزنا للسيد التحليل أردنا به أنه يأمره بالتحلل لأنه يستقبل بما يحصل به التحلل وغايته ان

[30]

يستخدمه ويمنعه من المضى وبأمره بارتكاب محظورات الاحرام أو يفعلها به ولا يرتفع الاحرام بشئ من ذلك خلافاً لابي حنيفة رحمه الله حيث قال إذا أمره باستعمال المحظورات أو البسه المخيط أو طيبه أو كانت أمة فوطئها حصل التحلل وإذا أجاز للسيد التحليل جاز للعبد التحلل لان المحصر بغير حق يجوز له التحلل فللمحصر بالحق اولى وبم يتحلل إن ملكه السيد هدياً وقلنا أنه يملك

[31]

فيذبح وينوى التحلل والا فهل هو كالحرفيه طريقان (أحدهما) نعم حتى يتوقف تحلله على وجدان الهدى (ان قلنا) ان دم الاحصار لا يدل له وذلك يفتقر إلى العتق ههنا وعلى الصوم إن قلنا إن دم الاحصار له بدل كل ذلك على أحد القولين وعلى أصحهما لا توقف ويكفيه نية التحلل (وأصحهما) القطع بهذا القول الثاني وبه قال ابو اسحق لعظم المشقة في انتظار العتق ولان منافعه مستحقة للسيد وقد

[32]

يريد استعماله فيما يمنع منه المحرم كالاصطياد واصلاح الطيب فيتضرر ببقاء الاحرام * وحكم أم الولد والمدبر والمعلق عتقه بصفة ومن نصفه حر حكم الفن المحض * ولو احرم المكاتب بغير اذن المولى فمنهم من جعل

جواز تحليله على قولين بناء على القولين في سفر التجارة وهل يمنع السيد منه

[33]

ومنهم من قطع بجواز التحليل لانه لا منفعة للسيد في سفر الحج وله منفعة في سفر التجارة * وقوله في الكتاب للسيد منع عبده أي من إتمام الحج ويجوز أن يعلم بالواو لان ابن كج حكى وجها غريبا أنه ليس للسيد ذلك لتعيينه بالشروع تخريبا من أحد القولين في الزوجة إذا أحرمت بالتطوع وان يعلم

[34]

قوله بغير إذنه بالحاء لان أبا حنيفة رحمه الله يجوز المنع على الاطلاق فلا حاجة عنده الي التقييد وقوله تحلل كالمحصر إن أراد التشبه في جواز التحلل فذاك وإلا ففي الكيفية تفاوت لا يخفى مما قدمناه *

[35]

قال (الرابع الزوجية وفي منع الزوج زوجته من فرض الحج (م ح) قولان فإذا أحرمت ففي المنع قولان مرتبان وكذا ان أحرمت بالتطوع فان منعت تحللت كالمحصر فان لم تفعل فللزوجة مباشرة والاثم عليها) *

[36]

المستحب للمرأة أن لا تحرم دون إذن زوجها وللزوج أن يحج بها فإذا أرادت أداء فرض الحج عليها فهل للزوج أن يمنعها منه فيه قولان (أحدهما لا ولها أن تحرم بغير إذنه لانه عبادة مفروضة فاشبهت الصوم والصلاة المفروضين * ويحكى هذا عن كتاب اختلاف الحديث وبه قال

[37]

مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله (وأصحهما) أن له المنع لما روي أن النبي صلي الله عليه وسلم قال (في امرأة لها زوج ولها مال ولا يأذن لها

زوجها في الحج ليس لها أن تنطلق إلا باذن زوجها) (1) ولان الحج علي التراخي وحق الزوج علي الفور فكان أولى بالتقديم وبخالف الصوم والصلاة لان مدتهما

[38]

لا تطول فلا يلحق الزوج كثير ضرر وحكي بعضهم طريقة قاطعة بالقول الاول والمشهور الاول * فان قلنا ليس له منعها فلو أحرمت بغير إذنه فليس له أن يحللها بطريق الاولى لتضييقه بالشروع وان قلنا له منعها في الابتداء ففي التحليل قولان (أظهرهما) ان له ذلك كما له تحليل العبد إذا أحرم بغير إذنه (والثاني لا لتضييقه وخروجه عن احتمال التراخي بالشروع (وأما) حجة التطوع فله أن يمنعه منها

[39]

في الابتداء وان أحرمت بغير إذنه فطريقان ان جوزنا التحليل في الغرض فهنا أولى وان لم نجوز ثم فهنا قولان (أحدهما) ليس له تحليلها لا لتحاقيها بالفرائض بالشروع (وأصحهما) أن له التحليل كما له التحليل من صوم التطوع وصلاة التطوع وانما يصير الحج فرضا بالشروع إذا كان الشروع مسوغا وقوله في الكتاب وكذا إن أحرمت بالتطوع أراد به أن الخلاف في هذه المسألة وفي

[40]

تحليل المحرمة بالفرض كل واحد منهما مرتب على الخلاف في جواز منعها من حج الفرض ابتداء لان الترتيب كالترتيب فان مسألة التطوع أولى بالجواز والمسألة الاخرى أولى بالمنع وحيث قلنا بجواز التحليل فمعناه الامر بالتحلل كما ذكرنا في العبد وتحللها كتحلل الحر المحصر بلا فرق فلو لم تتحلل فللزوج ان يستمتع بها والاثم عليها هكذا حكاها الامام عن الصيدلاني ثم توقف فيه لان المحرمة محرمة لحق الله

[41]

تعالى كالمرتدة فيحتمل ان يمنع الزوج من الاستمتاع إلى ان تتحلل * فرعان (أحدهما) قال القاضي ابن كج لو كانت مطلقة فعليه حبسها للعدة وليس لها التحلل الا ان تكون رجعية فيراجعها ويحللها (الثاني) الامة المزوجة لا يجوز لها الاحرام الا باذن الزوج والسيد جميعا *

[42]

قال (الخامس للابوين منع الولد من التطوع بالحج ومن الفرض علي أحد الوجهين) من له ابوان أو أحدهما فالمتسحب له أن لا يحج دون إثنين أو اذنه ولكل واحد منهما منعه من حج التطوع في الابتداء لان رجلا استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجهاد فقال ألك ابوان فقال نعم فقال أستأذنتهما فقال لا قال ففيهما فجاهد (1) اعتبر استئذانهما في الجهاد مع انه من فروض الكفايات فلان يعتبر

[43]

في التطوع كان ذلك أولي * ولو أحرم بها فهل لها المنع فيه قولان سبق نظيرهما وتوجيههما وحكى القاضى ابن كج وجهها ضعيفا انه ليس لها المنع في الابتداء أيضا وأما حج الفرض فقد حكى القاضى ابن كج في جواز المنع في الابتداء طريقين (أحدهما) تخريجه على قولين كما في منع الزوج والزوجة (وأصحهما) ولم يورد الجمهور غيره أن لا منع لهما وليس له طاعتها في ترك الفرض * ولو أحرم به بغير إثنين

[44]

فلا منع بحال ونقل فيه وجه ضعيف أيضا * إذا عرفت ذلك فقوله للابوين منع الولد من التطوع بالحج يجوز حمله على المنع في الابتداء ويجوز حمله على التحليل بعد الاحرام وعلى التقديرين فليكن معلما بالواو (وأما) إثباته الخلاف في المنع من حج الفرض فهو خلاف المشهور سواء حمل على ابتداء المنع أو على التحليل ولم أجد حكاية الخلاف فيها لغير صاحب الكتاب

[45]

إلا للقاضى ابن كج وصاحب الكتاب قد أعاد المسألة في كتاب السير ولم يتعرض للخلاف والله أعلم * قال (السادس لمستحق الدين منع المحرم الموسر من الخروج وليس له التحلل بل عليه الاداء وان كان معسرا أو كان الدين مؤجلا لم يمنع من الخروج) *

[46]

إذا كان عليه دين حال وهو موسر فلمستحق الدين أن يمنعه من الخروج لا لأن حقه في منعه من الحج ولكن يحبس له ليستوفى حقه منه فإن كان قد أحرم فقد ذكرنا انه ليس له التحليل والحالة هذه بل عليه أن يقضي دينه ويمضى وإن كان معسرا فلا مطالبة ولا منع لانه منظر إلى ميسرة وكذا لو كان الدين مؤجلا لا منع إذ ليس عليه تسليم في الحال

[47]

ولا يتوجه للمستحق مطالبة والاولى أن لا يخرج حتى يوكل من يقضى الدين عليه عند حلول الاجل (واعلم) أن الكلام في أن مستحق الدين متى يمنع ومتى لا يمنع لا يختص بسفر الحج بل يعم الاسفار كلها وقد ذكره المصنف عاما في كتاب التفليس على ما سيأتي فلو طرحه ههنا لما ضر * قال (فأما من فاته الوقوف بعرفة بنوم أو سبب فعليه أن يتحلل بأفعال العمرة ويلزمه القضاء ودم الفوات بخلاف المحصر فانه معذور) *

[48]

مضمون الفصل قول وجيز في حكم فوات الحج وفواته بفوات الوقوف روى انه صلى الله عليه وسلم قال (الحج عرفة من لم يدرك عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاته الحج) (1) وإذا حصل الفوات فله التحلل كما في الاحصار لان في بقائه محرما حرجا شديدا يعسر احتمالاه وبم يتحلل قال في المختصر

[49]

وغيره يطوف ويسعى ويحلق وقال في الاملاء يطوف ويحلق ولم يتعرض للسعى * واتفق الاصحاب على أن الامر بالحلح مبنى على انه نسك وعلي أن الطواف لا بد منه واختلفوا في السعي على طريقتين

[50]

أشبههما انه علي قولين (أحدهما) أنه لا يجب السعي لان السعي ليس من أسباب التحلل ألا ترى انه لو سعى عقيب طواف القدوم يجزئه ولو كان من أسباب التحلل لما جاز تقديمه على الوقوف (وأصحهما) انه

[51]

يجب السعي مع الطواف لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لابي ايوب الانصاري رضى الله عنه وقد فاته الحج (اصنع ما يصنع المعتمر وقد حلت فان أدركك الحج قابلا فحج واهد ما استيسر من الهدى) (والطريق الثاني) القطع بالقول الثاني وحمل ما في الاملاء على الاختصار والايجاز فان السعي كالتابع للطواف فاكتفى بذكر الاصل أو حمله على ما إذا كان قد سعى عقيب طواف القدوم لا يلزمه الاعداء ولا يجب عليه الرمي والميت بمنى وان أدرك وفيه مع الاعمال المذكورة خلاف المزني رحمه

[52]

الله وذكر ان الاصطخرى مال إليه * لنا ما روينا عن عمر رضى الله عنه وقد اشتهر ذلك في الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينكر عليه منكر ويخالف ما إذا أفسد الحج فان هناك هو مأمور بالوقوف والرمى والمبيت من توابع الوقوف فأمر بهما وههنا بخلافه وليس أمرنا اياه بالطواف وسائر أعمال العمرة لا انقلاب احرامه بغوات الحج عمرة ولا نقول باحتسابها عن عمرة الاسلام وعن احمد انه ينقلب احرامه عمرة وعن الشيخين ابي محمد وأبي علي رواية وجه ضعيف مثل مذهبه * لنا ان احرامه انعقد بأحد النسكين فلا ينصرف إلى الآخر كما لو أحرم بالعمرة لا ينصرف إلى الحج * ثم من فاته

[53]

الحج ان كان حجه فرضا فهو في ذمته كما كان وان كان تطوعا فعليه قضاؤه كما لو أفسده * وعن أحمد رواية انه لا قضاء عليه * لنا حديث عمر رضى الله عنه ويخالف الاحصار فانه معذور فيه والغوات لا يخلو عن ضرب تقصير وفي لزوم الفور في القضاء الخلاف الذى سبق مثله في الافساد ولا يلزم قضاء العمرة مع قضاء الحج خلافا لابي حنيفة حيث قال يلزمه قضاؤهما أما الحج فلانه تلبس به وما أتمه وأما العمرة فلانه أتى بأعمالها ولم تحسب له * لنا انه أحرم باحد النسكين ولم يتممه فلا يلزمه

[54]

قضاء الآخر كما لو أحرم بالعمرة وافسدها أو بالحج وأفسده * ويجب علي من فات حجه مع القضاء دم للغوات خلافا لابي حنيفة * لنا حديث عمر رضى الله عنه ولان الغوات سبب يجب القضاء فيلزم به الهدى كالافساد ولا يلزم أكثر من دم واحد وعن صاحب التقريب رواية قول مخرج انه يلزم دمان أحدهما للغوات والثاني لانه في قضائه كالمتمتع من حيث انه تحلل

عن الاول وشرع في الثاني وتمكن بينهما من الاستمتاع (وقوله) في الكتاب فأما من فاته الوقوف بعرفة يعنى من فاته الحج لذلك

[55]

وفى ذكر اليوم إشارة إلي انه لا فرق بين أن يكون سبب الفوات سببا فيه نوع عذر أو شيئا هو تقصير صرف (وقوله) فعليه أن يتحلل بأعمال العمرة يجوز إعلامه بالواو للقول الذهاب إلي انه لا حاجة إلى السعي فان على ذلك القول جميع أعمال العمرة غير لازم وبالزاي لان على مذهبه لا يكفى أعمال العمرة بل يجب معها الرمي والمبيت (وقوله) ويلزمه القضاء بالالف وقوله ودم الفوات بالحاء لما مر (وقوله) بخلاف المحصر فانه معذور أراد به الإشارة إلى الفرق في القضاء فان الدم لازم فيهما جميعا والله أعلم * قال (فلو أحصر فاختار طريقا أطول ففاته أو صابر الاحرام على مكانه توقعا لزوال الاحصار

[56]

ففاته ففى القضاء قولان لتركب السبب من الاحصار والفوات ولو صد بعد الوقوف عن لقاء البيت لم يجب القضاء على الصحيح (و) كما قبل الوقوف والتممكن من لقاء البيت إذا صد عن عرفة ففى وجوب القضاء عليه قولان) * (كنت أشرت الكلام في ان المحصر هل يقضى وهذا موضع ذكره فانه كالقاعدة التى عليها بناء هذه المسائل فنقول إذا حصر فتحلل نظر ان كان نسكه تطوعا فلا قضاء عليه وبه قال مالك وأحمد خلافا لابي حنيفة رحمه الله * لنا (ان الذين صدوا مع النبي صلى الله عليه وسلم بالحديبة كانوا الفبا واربعمائة والذين اعتمروا معه في عمرة القضاء كانوا نفرا يسيرا ولم يأمر الباقين بالقضاء) (1) وان لم

[57]

يكن نسكه تطوعا نظران لم يكن مستقرا عليه كحجة الاسلام في السنة الاولى من سني الامكان فلا حج عليه إلا عند اجتماع الشروط بعد ذلك وان كان مستقرا عليه كحجة الاسلام فيما بعد السنة الاولى من سني الامكان وكالنذر والقضاء فهو باق في ذمته كما كان كما لو شرع في صلاة ولم يتمها تبقي في ذمته * إذا تقرر ذلك فهنا مسائل (احداها) لو صد عن طريق وهنا ك طريق آخر نظر ان تمكّن من سلوكه بأن وجد شرائط الاستطاعة فيه لزمه سلوكه ولم يكن له التحلل سواء

[58]

كان ذلك الطريق قصيرا أو طويلا وسواء كان يرجو الادراك أو يخاف الفوات أو يتيقنه كما لو أحرم في أول ذى الحجة وهو بالعراق مثلا يجب عليه المضى والتحلل بعمل عمرة ولا يجوز التحلل في الحال وإذا سلكه كما أمرناه به ففاته الحج تحلل بعمل عمرة وهل يلزمه القضاء فيه قولان (أحدهما) نعم كما لو سلك هذا الطريق ابتداء ففاته بضلال الطريق وغيره (وأظهرهما) لا لأنه بذل ما في وسعه فأنشبه ما إذا صد مطلقا ولا هذا الفوات نشأ من الاحصار فان المسألة مصورة فيما إذا اختص الطريق الآخر بطول أو حزونة وغيرهما وكان الفوات لذلك حتى لو استويا من كل وجه فيجب القضاء لا محالة لان الموجود فوات محض قاله الامام وغيره * وإن لم يتمكن من سلوك الطريق الآخر

[59]

فهو كالصد المطلق (الثانية) وقد تعرض لها في الكتاب قبل هذا الفصل أن ما ذكرنا من نفي القضاء هو حكم الاحصار العام (فاما) في الاحصار الخاص قولان أو وجهان (أحدهما) وبه قال ابو الحسين والداركي انه يجب القضاء كما لو منعه المرض عن اتمام النسك يلزمه القضاء (وأظهرهما) وبه قال القاضي أبو حامد وأبو علي الطبري انه لا قضاء كما في الاحصار العام لان مشقة المصابرة على الاحرام لا تختلف في حق صاحب الواقعة ولا تشبه المرض لانه يبيح التحلل على ما سبق بخلاف المرض (الثالثة) لو احصر فلم يتحلل بل صابر الاحرام متوقفا زواله ففاته الحج والاحصار دائم فلا بد من التحلل بعمل عمرة وفي القضاء طريقان (أظهرهما) وهو الذي أورده في الكتاب طرد القولين المذكورين في المسألة

[60]

الاولى (والثاني) القطع بوجوب القضاء لتسببه بالمصابرة إلى الفوات فانه لو تحلل لما تصور الفوات (قوله) في الكتاب لتركب السبب من الفوات والاحصار معناه ان سبب التحلل ليس هو الفوات المحض حتى يجزم بوجوب القضاء ولا الاحصار المحض حتى يجزم بسقوطه بل التحلل بمجموع الامرين فاختلف القول فيه * ثم يجوز أن يقدر هذا الكلام اشارة الي توجيه الوجهين ويجوز ان يقدر توجيهها لقول الوجوب وحده إذا اجتمع الموجب والمسقط وجب أن يثبت الوجوب احتياطا (الرابعة) لافرق في جواز التحلل بالاحصار بين أن يتفق قبل الوقوف أو بعده ولا بين أن يحصر عن البيت خاصة أو عن الموقف خاصة أو عنهما جميعا خلافا لابي حنيفة حيث قال إذا احصر بعد الوقوف لا يجوز له التحلل ولا يجوز التحلل حتى

[61]

بحصر عن البيت والموقف جميعا * لنا انه مصدود عن اتمام نسكه بغير حق فكان له التحلل كما في صورة النزاع * ثم إن كان الاحصار قبل الوقوف وأقام على إحرامه حتى فاته الحج نظر ان زال الحصر وأمكنه التحلل بالطواف والسعى يلزمه ذلك وعليه القضاء والهدى للغوات وإن لم يزل الحصر تحلل بالهدى وعليه مع القضاء هديان (أحدهما) للغوات (والثاني) للتحلل * إن كان الاحصار بعد الوقوف فان تحلل فذاك وهل يجوز البناء عليه لو انكشف العذر فيه الخلاف الذي مر في موضعه فعلى الجديد لا يجوز وعلى القديم يجوز فيحرم إحراما ناقصا ويأتى ببقية الاعمال وعلى هذا فلو لم يبين مع الامكان فهل عليه القضاء نقل الامام رحمه الله فيه وجهين * وإن لم يتحلل حتى فاته الرمي والمبيت فهو فيما يرجع إلى

[62]

وجوب الدم بغواتهما كغير المحصر وبم يتحلل بينى على أصليين (أحدهما) ان الحلق نسك أم لا (والثاني) أن زمان الرمي هل يقام مقام الرمي وقد سبق القول في كليهما (فان قلنا) الحلق نسك حلق وتحلل التحلل الاول (وإن قلنا) انه ليس بنسك حصل التحلل الاول بمضي زمان الرمي وعلى التقديرين فالطواف باق عليه فمتي أمكنه أن يطوف طاف وقد تم حجه * ثم إذا تحلل بالاحصار الواقع بعد الوقوف فهل يلزمه القضاء ذكر الامام رحمه الله ان صاحب التقريب حكى فيه قولين وطردهما في كل صورة اتى بها بعد الاحرام بنسك لتأكد الاحرام بذلك النسك فان العراقيين جزموا بنفى القضاء قال وهذا أمثل فانه تحلل بالاحصر المحض وسواء ثبت الخلاف أم لا فظاهر المذهب أنه

[63]

لاقضاء (وقوله) في الكتاب علي الصحيح يجوز حمله علي الصحيح من القولين جوابا علي طريقة اثبات الخلاف ويجوز أن يحمل علي الصحيح من الطريقتين * ولو صد عن عرفة ولم يصد عن مكة فيدخل مكة ويتحلل بعمل عمرة وفي وجوب القضاء قولان لانه محصر تحلل بعمل عمرة كمن صد عن طريق وسلك غيره ففاته الحج وقد قدمنا ذلك وبالله التوفيق *

[64]

(الباب الثاني في الدماء وفيه فصلان) قال (الفصل الاول) في ابدالها وهي أنواع (الاول) دم التمتع وهو دم ترتب وتقدير كما في القرآن وفي معناه دم الغوات والقران (الثاني) جزاء الصيد وهو دم تعديل وتخيير (و) في نص القرآن (الثالث) دم الحلق وهو دم تخيير وتقدير إذ يتخير بين شاة وثلاثة أصع من طعام كل صاع أربعة أمداد يطعمه ستة مساكين وبين صيام ثلاثة أيام فهذه الثلاث منصوص عليها) *

[65]

الدماء الواجبة في المناسك سواء تعلق بترك مأمور أو ارتكاب منهي إذا أطلقناها أردنا دم شاة فإن كان الواجب غيرها كالبدنة في الجماع فيقع النص عليه ولا يجزئ فيها جميعا إلا ما يجزئ في الاضحية إلا في جزاء الصيد فيجب المثل في الصغير صغير وفي الكبير كبير * وكل من لزمه شاة جاز له أن يذبح مكانها بقرة أو بدنة إلا في جزاء الصيد * وإذا ذبح بدنة أو بقرة مكان الشاة فالكل فرض حتى لا يجوز أكل شئ منها أو الفرض السبع حتى يجوز له أكل الباقي فيه وجهان * ولو ذبح بدنة ونوى التصدق بسبعها عن الشاة الواجبة عليه وأكل الباقي جاز له ذلك وله أن ينحر البدنة عن سبع شياه لزمته * ولو اشترك جماعة في ذبح بقرة أو بدنة وأراد بعضهم الهدى والبعض

[66]

الاضحية والبعض اللحم جاز خلافا لابي حنيفة حيث قال لا يجوز إلا أن يريد جميعهم القرية ولمالك حيث قال لا يجوز الا أن يكونوا أهل بيت واحد * ولا يجوز أن يشترك اثنان في شاتين لامكان انفراد كل واحد بواحدة * إذا عرفت ذلك فاعلم ان كلام الباب يقع في فصلين (أحدهما) في كيفية وجوبها وما يقوم مقامها (والثاني) في مكانها وزمانها والبحث في الاولى من وجهين (أحدهما) النظر في أن أي دم يجب على الترتيب وأي دم يجب على التخيير وهاتان الصفتان متقابلتان فمعنى الترتيب انه يتعين عليه الذبح ولا يجوز العدول عنه إلى غيره الا إذا عجز عنه ومعنى التخيير انه يفوض الامر الي خيره فله العدول

[67]

إلى غيره مع القدرة عليه (والثاني) النظر في ان أي دم يجب على سبيل التقدير وأي دم يجب على سبيل التعديل وهاتان الصفتان متقابلتان فمعنى التقدير ان الشرع قدر البدل المعدول إليه ترتيبا أو تخييرا بقدر لا يزيد ولا ينقص ومعنى التعديل انه أمر فيه بالتقويم والعدول إلى الغير بحسب القيمة وهذا اللفظ مأخوذ من قوله تعالى (أو عدل ذلك صياما) وكل دم بحسب الصفات المذكورة لا يخلو عن أربعة أوجه (أحدها) الترتيب والتقدير (وثانيها) الترتيب والتعديل (وثالثها) التخيير والتقدير (ورابعها) التخيير والتعديل (وأما) تفصيلها فهي على ما ذكر في الكتاب ثمانية أنواع (أحدها) دم التمتع وهو دم ترتيب وتقدير على ما ورد في نص الكتاب قال الله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى

[68]

الحج فما استيسر من الهدى) الآية وقد بينا شرح القول وبيننا فيه ان دم القران في معناه وفي دم الفوات قولان نقلهما القاضي ابن كج (أصحهما) ولم يورد الاكثرون غيره انه كدم التمتع في الترتيب والتقدير وسائر الاحكام لان دم التمتع انما وجب لترك الاحرام من الميقات والنسك المتروك في صورة الفوات أعظم * وقد روى عن عمر رضي الله عنه انه أمر الذين فاتهم الحج بالقضاء من قابل ثم قال (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع) (1) (والثاني) انه كدم الجماع في الاحكام إلا أن ذلك بدنة وهذا شاة ووجه الشبه اشتراك الصورتين في التفريط المحجوج إلى القضاء (الثاني) جزاء الصيد وهو دم تخيير وتعديل قال الله تعالى (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل

[69]

من النعم) الآية وما فيه التخيير يختلف يكون الصيد مثلها أو غير مثلي على ما سبق في موضعه وجزاء شجر الحرم كجزاء الصيد (الثالث) دم الحلق وفدينه وهو دم تخيير وتقدير فإذا حلق جميع شعره أو ثلاث شعرات تخيير بين أن يذبح شاة وبين أن يتصدق بعزق من طعامه على ستة مساكين وبين أن يصوم ثلاثة أيام والعزق ثلاثة أصبع وكل صاع اربعة أمداد فتكون الأصبع الثلاثة اثني عشر مدا نصيب كل مسكين مدان وفي سائر الكفارات لا يزداد لكل مسكين على مد هذا هو المشهور * وحكي في العدة وجها آخر انه لا يتقدر ما يصرف إلي كل مسكين وإنما أخذ التخيير في هذا الدم من نص الكتاب قال الله

[70]

تعالى (فغدية من صيام أو صدقة أو نسك) (وأما) التقدير فهو مأخوذ من حديث كعب بن عجرة وقد روينا في باب المحظورات (وقوله) في الكتاب دم الفوات يجوز اعلامه بالواو لما روينا من القول

[71]

الثاني (وقوله) وتخيير في جزاء الصيد بالواو لقول حكينا عن رواية أبي ثور من قبل انه علي الترتيب (وقوله) فهذه الثلاث منصوص عليها أي ورد نص الكتاب أو الخبر في كيفية وجوبها وما عداها مقيس بها * قال (الرابع) الواجبات المجبورة بالدم فيها دم تعديل وترتيب وقيل إنه كدم التمتع في التقدير أيضا) *

[72]

الدم المنوط بترك المأمورات كالأحرام من المقيات والرمى والمبيت بمزدلفة ليلة العيد وبمنى ليالى التشريق والدفع من عرفة قبل غروب الشمس وطواف الوداع فيه وجهان (أحدهما) أنه دم ترتيب وتعديل (أما) الترتيب فالحاقا بدم التمتع لما في التمتع من ترك الأحرام من الميقات (وأما) التعديل فجزيا على القياس والتقدير لا يعرف الا بتوقيف * فعلى هذا يلزمه ذبح شاة فان عجز قوم الشاة دارهم واشترى بها طعاما يتصدق به فان عجز صام عن كل مد يوما * وإذا ترك رمى حصة فقد ذكرنا أقوالا في أن الواجب مد أو درهم أو ثلث شاة فان عجز فالطعام والصوم على ما يقتضيه التعديل بالقيمة (والوجه الثاني) أنه يلحق بدم التمتع في التقدير كما الحق به في الترتيب ويكون الواجب دم ترتيب وتقدير فان عجز عن الدم صام ثلاثة في الحج وسبعة بعد الرجوع * وفي تعليق بعض المراوزة وجه آخر تقريرا على الوجه الثاني وهو أن الصوم المعدول إليه هو صوم فدية الاذى دون العشرة وما الاظهر من الوجهين ايراد الكتاب يشعر بترجيح الوجه الاول وبه قال

[73]

القاضي ابن كج والامام وغيرهما لكن الثاني اظهر في المذهب ولم يورد العراقيون وكثير من سائر الطبقات غيره وحكي القاضي ابن كج وجها ثالثا ضعيفا أنه دم تخيير وتعديل كجزاء الصيد * قال (الخامس الاستمتاع كالطيب واللبس ومقدمات الجماع فيه دم ترتيب وتعديل وفيه قول آخر أنه دم تخيير تشبيها بالحلق (وقيل) انه دم تقدير أيضا إتماما للتشبيه (وأما) القلم ففي معنى الحلق) * دم التطيب والتدهن واللباس ومقدمات الجماع دم ترتيب أو تخيير فيه قولان أو وجهان (أحدهما) أنه دم ترتيب كدم التمتع لانه مترفه بهذا الاستمتاع كما أن المتمتع مترفه بالتمتع (وأظهرهما) وبه قال ابو اسحق أنه دم تخيير تشبيها بفدية الحلق لاشتراكهما جميعا في الترفه وإلحاقها بالحلق أولى منه بالتمتع فان الدم ثم إنما وجب لترك الأحرام من الميقات (فان قلنا) بالاول ففي كونه دم تقدير أو تعديل وجهان (أحدهما) انه دم تقدير اتماما للتشبيه بدم التمتع (وأظهرهما) انه دم تعديل كجزاء الصيدلان التقدير انما يؤخذ من التوقيف (وان قلنا) بالثاني ففي كونه دم تقدير أو تعديل أيضا وجهان

[74]

(أظهرهما) انه دم تقدير اتماما للتشبيه بالحلق * والحاصل من هذه الاختلافات اربعة اوجه (أحدها) الترتيب والتعديل (وثانيها) التخيير والتعديل (وثالثها) لتخيير والتقدير وهذه الثلاثة هي المذكورة في الكتاب (ورابعها) الترتيب والتقدير وأظهر الوجوه الثالث وإيراد الكتاب يشعر بترجيح الاول وبه قال صاحب التهذيب وهذا الاختلاف لا يجئ في قلم الاظفار بل هو

ملحوق بالحلق بلا خلاف لاشتراكهما في معنى الترفة والاستهلاك جميعا
والله اعلم *

[75]

قال (السادس دم الجماع وفيه بدنه أو بقرة أو سبع من الغنم فان عجز قوم
البدنة دارهم والدارهم طعاما والطعام صياما فهو دم تعديل وترتيب
(وقيل) انه دم تخيير كالحلق (وقيل) بين البدنة والبقرة والشاة ايضا ترتيب)
* في خصال فدية الجماع وجهان (اصحهما) انها خمس ذبح بدنه وذبح بقرة
وذبح سبع من الغنم والاطعام بقدر قيمة البدنة على ما عرفت من سبيل
التعديل والصيام عن كل مد يوما (والثاني) حكاة القاضي ابن كج ان خصالها
الثلاث الاول فان عجز عنها فالهدى في ذمته إلى ان يجد تخريجا من أحد

[76]

القولين في دم الاحصار وسنذكره فان جربنا على الصحيح وهو اثبات
الخصال الخمس فهذا الدم دم تعديل لا محالة لانا في الجملة نقوم البدنة
وهل هو دم ترتيب أو تخيير فيه قولان ومنهم من قول وجهان (اصحهما)
انه دم ترتيب فعليه بدنة إن وجدها والا فبقرة والا فسبع من الغنم والاقوم
البدنة دارهم والدارهم طعاما ثم فيه وجهان (احدهما) انه يصوم عن كل مد
يوما فان عجز عن الصيام اطعم كما في كفارة الظهار والقتل (واصحهما)
ولم يورد الجمهور غيره ان الترتيب على العكس ويتقدم الطعام على
الصيام لانا لم نجد في المناسك تقديم الصيام على الاطعام في غير هذا
الدم فكذلك ههنا * وانما قدمت البدنة

[77]

على البقرة وان قامت مقامها في الضحايا لان الصحابة رضي الله عنهم
نصوا على البدنة وذلك يقتضى تعيينها وبينها وبين البقرة بعض التفاوت الا
ترى الي قوله صلى الله عليه وسلم (من راح في الساعة الاولى فكأنما
قرب بدنة ومن راح في الثانية فكأنما قرب بقرة) (1) واما أقيم الاطعام
والصيام مقامها تشبيها بجزاء الصيد الا ان الامر ثم علي التخيير وههنا
على الترتيب لانه يشبه القوات في ايجاب

[78]

القضاء وموجب الفوات مرتب (والقول الثاني) أنه دم تخيير لانه سبب تجب به البدنة فيكون على التخيير كقتل النعامة وأيضا فان الجماع ملحق بالاستهلاكات على ما سبق فتكون فديته على التخيير كفدية الحلق وعلى هذا فقيم يثبت التخيير وجهان (أظهرهما) أنه يتخير بين البدنة والبقرة والسبع من الغنم كما لو لزمه سبعة دماء (واما) الاطعام والصيام فهما على الترتيب ولا عدول اليهما الا إذا عجز عن الذبح (والثاني) انه يتخير بين الكل كما في قتل النعامة وكما ان في فدية الحلق يتخير بين الصيام والصدقة والنسك* وقد ذكر الفقهاء وآخرون ان الفولين في ان دم الجماع دم ترتيب أو تخيير مبني على ان الجماع

[79]

استهلاك أو استمتاع ان جعلناه استهلاكا فهو على التخيير كفدية الحلق والقلم وان جعلناه استمتعا فهو على الترتيب كفدية الطيب واللباس والتمتع* (واعلم) ان هذا التشبيه في الطيب واللباس كلام من يجعل الامر ثم على الترتيب وقد سبق ما فيه من الخلاف (وقوله) في الكتاب قوم البدنة دارهم يجوز اعلامه بالواو للوجه المنسوب إلى حكاية ابن كج (وقوله) والدرهم طعاما والطعام صياما باقى الكلام محذوف والمعنى وأطعم فان عجز صام* ثم ايراد الكتاب قد يوهم ترجيح قول التخيير بين البدنة والبقرة والشاة على الترتيب لكن الاظهر عند الاكثرين الترتيب فيها أيضا وإيراد الوسيط يوافق* قال (السابع الجماع الثاني أو بين التحليلين ان قلنا فيه شاة فهو كالقبلة وان قلنا بدنة فكالجماع الاول)* قد سبق الخلاف في أن الجماع الثاني يوجب البدنة أو الشاة وكذا الجماع بين التحليلين فان أوجبا البدنة فهي في الكيفية كالجماع الاول قبل التحليلين وان أوجبا الشاة فهي كفدية القبلة وسائر مقدمات الجماع وهذا ظاهر* قال (الثامن دم التحلل بالاحصار وهو شاة فان عجز فلا يدل له في قول وفي قول بدله كدم التمتع وفي قول كدم الحلق وفي قول كدم الواجبات المجبورة)*

[80]

على المحصر دم شاة للتحلل ولا معدل عنه ان وجد الشاة والا فهل لهذا الدم من بدل فيه قولان (أصحهما) وبه قال أحمد نعم كسائر الدماء الواجبة على المحرم (والثاني) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله لا لان الله تعالى لم يذكر لدم الاحصار بدلا ولو كان له بدل لا شبه أن يذكره كما ذكر بدل غيره (التفريع) ان قلنا له بدل فما ذلك البدل فيه ثلاثة أقوال (أحدها) الصوم وبه قال أحمد رحمه الله كدم التمتع لان التحلل والتمتع جميعا مشروعان تخفيفا وتر فيها وفيهما جمعا ترك بعض النسك فيلحق أحدهما بالآخر (والثاني) الاطعام لان قيمة الهدى أقرب إليه من الصيام وإذا لم يرد نص فالرجوع إلى الاقرب أولى (والثالث) ان لكل واحد منهما مدخلا في البدلية كفدية الحلق ووجه الشبه بينهما ان المحصر يبغى دفع أذى العدو والاحرام عن نفسه كما أن الحالق يبغى دفع أذى الشعر (التفريع) ان قلنا ان بدله الصوم فما ذلك الصوم فيه ثلاثة أقوال (أحدها) وبه قال أحمد رحمه الله صوم المتمتع عشرة ايام (والثاني) صوم فدية الاذى ثلاثة ايام (والثالث) ما يقتضيه التعديل وانما يدخل الطعام في الاعتبار على هذا القول ليعرف به

قدر الصوم لا يعطم (وان قلنا) ان بدله الاطعام ففيه وجهان (احدهما) أنه مقدر كفدية الاذى وهو إطعام ثلاثة أصعب سنة مساكين (الثاني) انه يطعم ما يقتضيه التعديل (وان قلنا) لكل واحد مدخلا فيه فهل بينهما ترتيب فيه وجهان

[81]

(احدهما) لا كما في فدية الحلق (وأصحهما) نعم كالترتيب بين الهدى وبدله فعلى الاول قدر الطعام والصيام كقدرهما في الحلق وعلى الثاني الطريق بينهما التعديل * إذا عرفت ذلك فانظر في لفظ الكتاب واعلم قوله ولا بدل له في قوله بالالف ويقابله ان له بدلا وما هو ذكر فيه اقوالا ثلاثة (احدها) ان بدله كبديل دم التمتع وهذا مختصر قولنا ان بدله الصوم وان ذلك الصوم صوم التمتع (والثاني) ان بدله كبديل دم الحلق وهذا مختصر قولنا ان للاطعام والصيام معا مدخلا في البدلية وان الامر فيهما على التخيير والتقدير (والثالث) أن بدله كبديل دم الواجبات المجبورة وهذا مختصر قولنا لكل واحد منهما مدخل فيه والامر فيما على الترتيب والتعديل فعلى

[82]

الاول هو دم ترتيب وتقدير وعلى الثاني دم تخير وتقدير وعلى الثالث دم ترتيب وتعديل وهذا حكم دماء الواجبات المجبورة على الارجح عند صاحب الكتاب على ما مر فان لم نقل بذلك لم يستمر هذا التشبيه والاصح في المسألة التي نحن فيها الترتيب والتعديل قاله القاضى الرويانى وصاحب التهذيب وغيرهما رحمهم الله وهو اختيار المزني رضى الله عنه والله أعلم * قال (الفصل الثاني في مكان إراقة الدماء وزمانها) (ولا تختص دماء المحظورات والجبرانات بزمان بعد جريان سببها بخلاف دم الضحايا ودم الفوات يراق في الحجة الفائتة أو في الحجة المقضية فيه قولان) *

[83]

مقصود الفصل بيان زمان إراقة الدماء ومكانها (أما) الزمان فالدماء الواجبة في الاحرام إما لارتكاب محظورات أو جبرا لترك مأمور لا اختصاص لها بزمان بل يجوز في يوم النحر وغيره وانما الضحايا هي التي تختص بيوم النحر وأيام التشريق * وعن أبي حنيفة رحمه الله ان دم القران والتمتع لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر * لنا القياس على جزاء الصيد ودم التطيب والحلق * ثم ما عدا دم الفوات يراق في النسك الذي هو فيه وأما دم الفوات فيجوز تأخيره إلى سنة القضاء وهل يجوز إراقة في سنة الفوات فيه قولان (أحدهما) وهو نصه في الاملاء أنه يجوز كدم الافساد يراق في الحجة الفاسدة (وأصحهما) أنه لا يجوز ويجب تأخيره إلى سنة القضاء لظاهر خبر عمر رضى الله عنه حيث قال (حج

[84]

من قابل واهد ما استيسر من الهدى (فان قلنا) بالاول فوقت وجوبه سنة الفوات وكان الفوات أوجب شيئين الدم والقضاء فله تعجيل أحد لواجبين وتأخير الثاني (وان قلنا) بالثاني ففي وقت الوجوب وجهان (أصحهما) أن لوجوب منوط بالتحريم بالقضاء كما ان دم التمتع منوط بالتحريم بالحج ووجه الشبه أن من فات حجه يتحلل من نسك ويتحرم بآخر كالتمتع الا أن نسكى التمتع يقعان في سنة واحدة والقضاء سيقع في سنة أخرى ولما بينهما من الشبه فنقول لو ذبح قبل التحلل عن الغائت لم يجزه علي الاصح كما لو ذبح التمتع قبل الفراغ من العمرة * هذا إذا كفر بالدم أما إذا كان بصوم فان قلنا أن الكفارة تجب بالتحريم بالقضاء فصيام الايام الثلاثة لا يتقدم على القضاء لا محالة لان العبادة البدنية

[85]

لا تقدم علي وقتها وبصوم السبعة بعد الرجوع وان قلنا إنها تجب بالفوات فقد حكى الامام رحمه الله في جواز صوم الايام الثلاثة في الحجة الغائتة وجهين (وجه) المنع أنه في إحرام ناقص والذي عهدناه إيقاع الثلاثة في نسك كامل * قال (وأما المكان فيختص (ح) جواز الارقاة بالحرم والافضل في الحج منى وفي العمرة عند المروة لانهما محل تحللها وقيل لو ذبح على طرف الحرم جاز وقيل ما لزم بسبب مباح لا يختص بمكان) * الدماء الواجبة على المحرم تنقسم إلى دم الاحصار وما لزم المحصر من دماء المحظورات والى سائر الدماء (أما) القسم الاول فقد ذكرنا حكمه في فصل الاحصار (وأما) الثاني وهو المقصود في الكتاب

[86]

وان كان اللفظ مطلقا فيتقيد بالحرم ويجب تخصيص لحومها بمساكين الحرم ويجوز صرفها الى القاطنين والغرباء الطارئين لكن الصرف إلى القاطنين أولى * وهل يختص ذبحها بالحرم فيه قولان (أصحهما) نعم وبه قال أبو حنيفة لان النبي صلى الله عليه وسلم (أشار الي موضع النحر من منى وقال هذا المنحر وكل فجاج مكة منحر) (1) ولان الذبح حق متعلق بالهدى فيختص بالحرم كالتصدق (والثاني) لا يختص لان المقصود هو اللحم فإذا وقعت تفرقة في الحرم وانصرف إلى مساكينه حصل الغرض * فعلى الاول لو ذبح خارج الحرم لم يعتد به * وعلى الثاني لو ذبح خارج الحرم ونقل إليه وفرقه جاز لكن يشترط أن يكون النقل والتفريق قبل تغير اللحم والى هذا أشار في الكتاب في

[87]

العبارة عن هذا القول حيث قال وقيل لو ذبح على طرف الحرم جاز * ولا فرق فيما ذكرناه بين دم التمتع والقران وسائر الدماء والواجبة بسبب منشأ في الحرم وبين الدماء الواجبة بسبب منشأ في الحل * وفي القديم قول ان ما انشئ سببه في الحل يجوز ذبحه وتفريقه في الحل كدم الاحصار وبه قال أحمد والمذهب الاول واحتج له بقوله تعالى في جزاء الصيد (هديا بالغ الكعبة) أطلق ولم يفصل بين أن يقتل الصيد في الحل أو الحرم * ولا فرق أيضا بين أن يكون السبب الموجب للدم مباحا أو بعدر كالحلق للاذى أو مطلقا كالتمتع والقرن بين أن يكون محرما * وذكر الامام أن صاحب التقريب حكى وجهها أن ما لزم بسبب مباح ولا يختص ذبحه ولا تفرقة لحمه بمكان وأن شيخه حكى

[88]

وجهها أنه لو حلق قبل الانتهاء إلى الحرم ذبح وفرق حيث حلق وهما ضعيفان وصاحب الكتاب أورد الاول منهما * ثم أفضل مواضع الحرم للذبح في حق الحاج منا وفي حق المعتمر المروة لانهما محل تحللها وكذلك حكم ما يسوقانه من الهدى * ولو كان يتصدق بالطعام بدلا عن الذبح فيجب تخصيصه بمساكين الحرم بخلاف الصوم فانه يأتي به حيث يشاء لانه لا غرض فيه للمساكين * وعند أبي حنيفة يجوز صرف اللحم والطعام إلى غير مساكين الحرم وانما الذي يختص بالحرم الذبح وإذا ذبح الهدى في الحرم ففرق منه لم يجزه عما في ذمته وعليه إعادة الذبح أو شرى اللحم والتصدق به وفيه وجه أنه يكفيه التصدق بالقيمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لا شئ عليه *

[89]

قال (واختتام الكتاب بمعنى الايام المعلومات وهي العشر الاول من ذى الحجة وفيها المناسك والمعدودات وهي أيام التشريق وفيها الهدايا والضحايا والله أعلم بالصواب) * ختم الكتاب بذكر معنى الايام المعلومات والايام المعدودات قد ذكرهما الله وتعالى في آيتين من كتابه فالمعلومات هي العشر الاول من ذى الحجة آخرها يوم النحر وبه قال أحمد رحمه الله في رواية ويروى عنه مثل ما روى عن مالك وهو أنها يوم النحر ويومان بعده وعند أبي حنيفة رحمه الله المعلومات ثلاثة أيام يوم عرفة ويوم النحر واليوم الاول من أيام التشريق * فعنده اليوم الاول داخل في المعدودات والمعلومات معا وعند مالك رحمه الله الاول والثاني من أيام

[90]

التشريق داخلان فيها * لنا التفسير عن ابن عباس رضى الله عنهما والاخذ به أولي لان الاشبه تغاير المسميات عند تغاير الاسماء (وأما) المعدودات فهي أيام التشريق بلا خلاف (وقوله) في الكتاب وفيها المناسك اراد به اصول المناسك فان توابعها قد يتأخر بعضها إلى أيام التشريق (قوله) وفيها الهدايا والضحايا لك أن تبحث فيه فتقول هذا يقتضي تخصيص الهدايا بهذه الايام وقد ذكر من قبل ان دماء الجيران والمحظورات لا تختص بزمان واسم الهدى يقع عليها كما يقع على ما يسوقه المحرم فان اراد ههنا ما يسوقه المحرم فهل يختص ذبحه بهذه الايام على ما هو قضية اللفظ أم لا (فاعلم) ان المراد في هذا الموضع بالهدايا ما يسوقها المحرم وفي اختصاصها بيوم النحر وايام

[91]

التشريق وجهان (احدهما) وهو الذى اورده في التهذيب أنها لا تختص كدماء المحظورات (وأظهرهما) وهو الذى اورده صاحب الكتاب والعراقيون انها تختص كالأضحية فعلى هذا لو اخر الذبح حتى مضت هذا الايام نظر ان كان هدبا واجبا ذبح قضاء وان كان تطوعا فقد فات وان ذبح فقد قال الشافعي رضى الله عنه هي شاة لحم * ولا يخفى ان لفظ الكتاب يحتاج إلى تأويل فان الذى جرى ذكره ايام التشريق لا غير والذبح لا يختص بها بل يوم النحر في معناها لا محالة والله اعلم (واعلم) أن في المختصر بابا في آخر كتاب الحج ترجمه بنذر الهدى

[92]

وعلى ذلك جرى الاصحاب فذكروا ههنا فروعا ومسائل كثيرة لكن صاحب الكتاب آخر ايراده منها إلى كتابي الاضحية والنذر اقتداء بالامام رحمه الله ونحن نشرح ما ذكره ونضم إليه ما يحسن ايراده ان شاء الله تعالى لكن نذكر نبذا لابد من معرفتها فنقول. من قصد مكة لحج أو عمرة

[93]

فسيحب له أن يهدى إليها شيئا من النعم (أهدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بدنة) (1) ولا يلزم ذلك الا بالنذر * وإذا ساق هدبا تطوعا أو ندرا نظر ان ساق بدنة أو بقرة فيستحب ان يقلدها نعلين وليكن لهما قيمة ليتصدق بها وان يشعرها ايضا والاشعار الاعلام والمراد ههنا ان يضرب صفحة سنامها اليميني بحديدة وهي مستقبلة للقبلة فيدميها ويلطخها بالدم ليعلم من رآها أنها هدى فلا يستجيز التعرض لها * وقال ابو حنيفة لا اشعار * ومالك واحمد استحبا الاشعار ولكن

[94]

قالا يشعرها من الجانب الايسر * لنا ما روى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم (صلى الظهر بذي الحليفة ثم دعا ببدة فاشعرها في صفحة سنامها الايمن) (1) وان ساق غنما استحب تقليدها ولكن بخرب القرب وهي عراها واذانها لا بالنعل لانها ضعيفة يثقل عليها حمل النعال * وقال

[95]

مالك وبو حنيفة لا يستحب تقليد الغنم * لنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم (اهدى مرة غنما مقلدة) (1) ولا يستحب اشعارها لانها ضعيفة ولان شعرها يمنع من ظهور الدم * ثم إذا قلد النعم وأشعرها لم تصر بذلك هديا واجبا على اصح القولين كما لو كتب الوقف علي باب داره لا تصير وقفا * وإذا عطب الهدى الذي ساقه في الطريق ينظر ان كان تطوعا فهو ماله يفعل به ما يشاء من بيع واكل وغيرهما وان كان واجبا فعليه ذبحه فلو تركه حتى هلك ضمنه وإذا ذبحه غمس النعل التي قلده في دمه وضرب بها صفحة سنامها وتركه ليعلم من مر به انه هدى فيأكل منه وهل تتوقف الاباحة على ان يقول ابخته لمن يأكل منه فيه قولان (اصحهما) عند صاحب الهذيب انه لا حاجة إليه لانه بالنذر زال ملكه عنه وصار للناس * ولا يجوز للمهدي ولا لاغنياء الرفقة الاكل منه

[96]

وفى فقرائها وجهان (اصحها) انه ليس لهم الاكل ايضا لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فيه لا تأكل كل منها انت ولا احد من اهل رفقتك (1) والله ولي التوفيق * (1) تم الربع الاول وهو ربع العبادات من كتاب العزيز في شرح الوجيز بحمد الله تعالى وعونه ويتلوه في هذا المجلد أيضا كتاب البيع ولقد نقلنا هذه الدرر النفيسة من نسخة كتبت علي يد المغفور له أبو بكر بن محمود بن بابا في سنة سبع وستين وستمائة هجرية علي صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية *

(1) وجدنا هذا الختام في بعض نسخ الاصل

[97]

(كتاب البيع والنظر في خمسة أطراف) (الاول في صحته وفساده وفيه أربعة أبواب) (الباب الاول في أركانه) قال (وهي ثلاثة (الاول) الصيغة وهي

الايجاب والقبول اعتبارا للدلالة على الرضا الباطن ولا تكفي المعاطاة (م ح و) أصلا ولا الاستيجاب (م) والايجاب وهو قوله بعنى بدل قوله اشترت على أصح الوجهين بخلاف النكاح فانه لا يجرى مفاضة (1) وينعقد البيع بالكناية مع النية علي الاصح كالكتابة والخلع بخلاف النكاح فانه مقيد بقيد الشهادة) * الاصل في الباب الاجماع وآيات الكتاب نحو قوله تعالي (وأحل الله البيع) وقوله عز وجل (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والايخبار نحو ما روى عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم (سئل عن أطيب الكسب فقال عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور) (1)

(1) (قوله) مفاضة المفاضة الاخذ على غرة اه

[98]

ولفقه هذا الكتاب أبواب منتشرة ومسائل كثيرة جمعها المصنف في خمسة أطراف وسبيل ضبطها أن البيع أما صحيح أو فاسد ويتقدير الصحة فهو اما جائز أو لازم وعلى التقديرين فاما أن يقترن به القبض أو لا يقترن وعلى التقديرين فالالفاظ المستعملة فيه اما التي تتأثر بقرائن عرفية تقتضي زيادة علي موجب اللغة أو نقصانا وإما غيرها وعلى التقديرين فالمتبايعان قد يكونا حرين وقد يكون أحدهما رقيقا وباعتبار آخر قد يعرض لهما الخلاف في كيفية البيع وقد لا يعرض والاحكام تختلف بحسب هذه الاحوال * فالطرف الاول في الصحة والفساد (والثاني) في الجواز واللزوم (والثالث) في حكم البيع قبل القبض وبعده (والرابع) في الالفاظ المتأثرة بالقرائن (والخامس) في مداينة العيب واختلاف المتبايعين * والطرف الاول في صحة البيع وفساده وفيه أبواب (أحدها) في أركانه وهي ثلاثة ترجمها في الوسيط فقال هي العاقد والمعقود عليه وصيغة العقد فلا بد منها لوجود صورة العقد هذا لفظه * ولك أن تبحث فتقول ان كان المراد أنه لا بد من وجودها لتدخل صورة البيع في الوجود فالزمان والمكان وكثير من الامور بهذه المثابة فوجب أن تعد أركانها * وإن كان المراد أنه لا بد من حضورها في الذهن ليتصور البيع فلا نسلم أن العاقد والمعقود عليه بهذه المثابة وهذا لان البيع فعل من الافعال والفاعل لا يدخل في حقيقة الفعل ألا ترى انا إذا عددنا أركان الصلاة والحج لم نعد المصلى والحاج في جملتها وكذلك مورد الفعل بل الاشبه أن الصيغة أيضا ليست جزءا من حقيقة فعل البيع الا ترى أنه ينتظم أن يقال هل المعاطاة بيع أم لا ويجب عنه مسؤول بلا وآخر بنعم (والوجه) أن يقال البيع مقابلة مال بمال وما أشبه ذلك فيعتبر في صحته أمور (منها) الصيغة (ومنها) كون العاقد بصفة كيت وكيت (ومنها) كون المعقود عليه كذا وكذا * ثم أحد الاركان على ما ذكره الصيغة وهي الايجاب من جهة البائع بان يقول بعث أو اشترت أو

[99]

ملكك وفي ملكك وجه منقول عن الحاوي والقبول من جهة المشتري بان يقول قبلت ويقوم مقامه ابتعت واشترت وتملكت ويجرى في تملكك مثل

ذلك الوجه * وإنما جعلنا قوله ابتعت وما بعده قائما مقام القبول ولم نجعله قبولاً لما ذكره إمام الحرمين من أن القبول على الحقيقة ما لا يتأتى الابتداء به (فأما) إذا أتى بما يتأتى الابتداء به فقد أتى بأحد شقي العقد * ولا فرق بين أن يتقدم قول البائع بعث علي قول المشتري اشتريت وبين أن يتقدم قول المشتري اشتريت * ويصح في البيع الحالتان ولا يشترط اتفاق اللفظين بل لو قال البائع اشتريت فقال المشتري تملكيت أو ابتعت أو قال البائع ملكت فقال المشتري اشتريت صح لأن المعنى واحد (وقوله) اعتبرنا للدلالة على الرضا يريد به أن المقصود الأصلي هو التراضي لئلا يكون واحد منهما أكلاً مال الآخر بالباطل بل يكونا تاجرين عن تراض على ما قال تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) الآية إلا أن الرضى أمر باطن يعسر الوقوف عليه فنيط الحكم باللفظ الظاهر * ثم في بعض النسخ على الرضى الباطن وفي بعضها على الرضى في الباطن وهما صحيحان ويتعلق بهذه القاعدة مسائل ثلاث (إحداها) المعاواة ليست بيعاً على المذهب المشهور لأن الأفعال لا دلالة لها بالوضع وقصود الناس فيها تختلف * وعن ابن سريج فيها تخريج قول الشافعي أنه يكتفى بها في المحقرات لأن المقصود الرضى وبالقرائن يعرف حصوله وبهذا أفتى القاضى الرويانى وغيره وذكروا لمستند التخرىج صوراً (منها) لو عطب الهدى في الطريق فغمس النعل الذى قلده بها في الدم وضرب بها صفحة سنامه هل يجوز للمارين الأكل

[100]

منه ذكرنا فيه قولين وخلافاً سيأتى إن شاء الله تعالى (ومنها) لو قال لزوجته إن أعطيتني الفأنت طالق فوضعت بين يديه ولم تتلف بشئ يملكه ويقع الطلاق وفي الاستشهاد بهذه الصور نظر (ومنها) لو قال لغيره اغسل هذا الثوب فغسله وهو ممن يعتاد الغسل بالأجرة هل ينسحق الأجر فيه خلاف سيأتى ذكره في موضعه * ثم مثلوا المحقرات بالتافه من البقل والرطل من الخبز وهل من طابط ؟ سمعت والذى رحمه الله تعالى وغيره يحكى ضابطها بما دون نصاب السرقة والأشبه الرجوع فيه إلى العادة فما يعتاد فيه الاختصار على المعاواة بيعاً ففيه التخرىج ولهذا قال صاحب التتمة معبراً عن التخرىج ما جرت العادة فيه بالمعاواة فهي بيع فيه ومالا كالدواب والجوارى والعقار فلا * وإذا قلنا بظاهر المذهب فما حكم الذى جرت العادة من الأخذ والعطاء فيه وجهان (أحدهما) أنه إباحة وبه أجاب القاضى أبو الطيب حين سأله ابن الصباغ عنه قال فقلت له لو أخذ بقطعة ذهب شيئاً فأكله ثم عاد يطالبه بالقطعة هل له ذلك قال لا قلت فلو كان إباحة لكان له ذلك قال إنما إباح كل واحد منهما بسبب إباحة الآخر له (قلت) فهو إذا معاوضة فاصحهما أن حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما سلمه إليه مادام باقياً وبضمانه أن كان تالفاً * فلو كان الثمن الذى قبضه البائع مثل القيمة فقد قال المصنف في الأحياء هذا مستحق ظفر بمثل حقه والمالك راض فله تملكه لا محالة * وعن الشيخ أبى حامد أنه لا مطالبة لواحد منهما على الآخر وتبرأ ذمتها بالتراضي وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة فإنه لإبراءة وإن وجد الرضى (وقوله) فلا تكفى

[101]

المعاطاة اصلا معلم بالواو والحاء والميم لان ابا حنيفة يجعلها بيعا في المحقرات التي جرت العادة فيها بالاكْتفاء بالاخذ والعطاء * وقال مالك ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعا واستحسنه ابن الصباغ * (المسألة الثانية) لو قال بعني فقال البائع بعك نظران قال بعد ذلك اشترت أو قبلت انعقد البيع لا محالة والا فوجهان في رواية بعضهم وكذلك اوردته المنصف ههنا وقولان في رواية آخرين وكذلك اوردته في النكاح (احدهما) انه لا ينعقد وبه قال ابو حنيفة والمزني لانه يحتمل ان يكون غرضه استبانة رغبة البائع في البيع (والثاني) ينعقد وبه قال مالك لان المقصود وجود لفظ دال على الرضى بموجب العقد والاستدعاء الجازم دليل عليه والكلام فيما إذا وجد ذلك * وعن احمد روايتان كالقولين وفي نظير المسألة من النكاح طريقان مذكوران في موضعهما والاصح فيه الانعقاد باتفاق الائمة (واما) ههنا فادعي صاحب الكتاب ان الاصح المنع * وفرق بينهما بان النكاح لا يجرى مغافصة في الغالب فتكون الرغبة معلومة من قبل ويعتبر قوله زوجني استدعاء جزما والبيع كثير ما يقع مغافصة لكن الذى عليه الجمهور ترجيح الانعقاد ههنا ايضا ولم تتعرض طائفة لحكاية الخلاف فيه * ولو قال البائع اشتر منى كذا فقال المشتري اشترت فقد سوى بينهما في التهذيب بين هذه الصورة والصورة السابقة واورد بعضهم انه لا ينعقد البيع * والفرق بينهما بان قول المشتري يعنى موضوع للطلب ويعتبر من

[102]

جهته الطلب مبتدئا أو القبول مجيبا وقول البائع اشتر بكذا لم يوضع للبدء ولا للايجاب ولا يد من جهته من بدء أو ايجاب وبني على هذا أنهما لو تبايعا عبدا بعبد وعقد البيع بلفظ الامر فايهما جعل نفسه بائعا أو مشتريا لزمه حكمه حتى لو قال الأمر بعنى عبدك هذا صح لتنزيله نفسه منزلة المشتري ولو قال اشتر منى عبدى لم يصح لتنزيله نفسه منزلة البائع * ولو قال المشتري اتبعنى عبدك بكذا أو قال بعتنى بكذا فقال بعث لم ينعقد البيع حتى يقول بعده اشترت * وكذا لو قال البائع اشتر دارى بكذا أو اشترت منى دارى فقال اشترت لا ينعقد حتى يقول بعده بعث (المسألة الثالثة) قال الائمة كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتق والابراء فينعقد بالكنايات مع النية انعقاده بالصريح ومالا يستقل به الشخص بل يفتقر إلى الايجاب والقبول فهو على ضربين (أحدهما) ما يفتقر إلى الاشهاد كالنكاح وكبيع الوكيل إذا شرط الموكل عليه الاشهاد فهذا لا ينعقد بالكناية لان الشهود لا يطلعون على المقصود والنيات والاشهاد على العقد لا بد منه وقد يتوقف في هذا التوجيه لان القرائن بما تتوفر فيبعد الاطلاع على ما في باطن الغير (والثاني) مالا يفتقر إليه فهو أيضا على ضربين (أحدهما) ما يقبل مقصوده التعليق بالاغرار كالكتابة والخلع فينعقد بالكناية مع النية * قال الشافعي رضى الله عنه لو قال لامرأته

[103]

أنت بائن بالف فقالت قبلت ونويا صح الخلع (والثاني) ما لا يقبل كالبيع والاجارة وغيرهما وفي انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية وجهان (أحدهما) لا ينعقد لان المخاطب لا يدري بم خوطب (وأظهرهما) أنه ينعقد كما في الكتابة والخلع * ومثال الكناية في البيع أن يقول خذه مني أو تسلمه مني بالف أو أدخله في ملكك أو جعلته لك بكذا ملكا وما أشبه ذلك * ولو قال سلطتك عليه بالف فهل هو من الكنايات أو لا كما لو قال أبحثه لك بالف اختلفوا فيه * ولو كتب إلى غائب بالبيع ونحوه ترتب ذلك على أن الطلاق هل يقع بالكتابة ان قلنا لا يقع فهذه العقود أولى بان لا ينعقد (وان قلنا) نعم فوجهان في انعقادها بالكنايات (فان قلنا) ينعقد فالشرط أن يقبل المكتوب إليه كما اطلع علي الكتاب على الاصح ليقترن القبول بالايجاب بحسب الامكان * ولو تباع حاضران بالكتابة ترتب ذلك على حال الغيبة إن منعنا فهنا أولى وإلا فوجهان * وحكم الكتابة على القرطاس والرق واللوح والارض والنقش على الحجر والخشب واحد ولا عبرة برسم الاحرف على الماء * والغوا في مسودات بعض أئمة طبرستان تفرعاً على انعقاد البيع بالكتابة أنه لو قال بعث من فلان وهو غائب فلما بلغه الخبر قال قبلت ينعقد البيع لان النطق أقوى من الكتابة * وقال أبو حنيفة لا ينعقد

[104]

نعم لو قال بعث من فلان وأرسل إليه رسولا بذلك فاخبره فقبل انعقد كما لو كاتبه قال الامام والخلاف في البيع ونحوه هل ينعقد بالكناية مع النية مفروض فيما إذا انعدمت قرائن الاحوال (فاما) إذا توفرت وأفادت التفاهم فيجب القطع بالصحة * نعم النكاح لا يصح بالكناية وان توفرت القرائن لامرئين (أحدهما) أن الاثبات عند الجحود من مقاصد الاشهاد وقرائن الحال لا تنفع فيه (والثاني) أن النكاح مخصوص بضرب من التعبد والاحتياط لحرمة الابضاع وفي البيع المقيد الاشهاد وذكر في الوسيط أن الظاهر انعقاده عند توفر القرائن وهذا نظر منه في النكاح إلى معنى التعبد دون وقع الجحود (وقوله) في الكتاب الصيغة وهي الايجاب والقبول يقتضي اعتبار الصيغتين فيما إذا باع الرجل مال ولده من نفسه أو بالعكس نصر إلى اطلاق اللفظ وفيه وجهان توجيههما في غير هذا الموضوع فان اكتفينا بصيغة واحدة فالمراد ما عدا هذه الصورة * ويتعلق بالصيغة مسائل آخر سكت عنها في الكتاب (احداها) يشترط أن لا يطول الفصل بين الايجاب والقبول ولا يتخللها كلام أجنبي عن العقد فان طال أو تخلل لم ينعقد سواء تفرقا عن المجلس أم لا * ولو مات المشتري بعد الايجاب وقبل القبول ووارثه حاضر فقبل فوجهان عن الداركي أنه يصح

[105]

والاصح المنع (الثانية) يشترط ان يكون القبول على وفق الايجاب حتي لو قال بعث بالف صحيحة فقال قبلت بالف قراضة أو بالعكس أو قال بعث جميع كذا بالف فقال قبلت نصفه بخمسائة لم يصح * ولو قال بعثك هذا بالف فقال قبلت نصفه بخمسائة ونصفه بخمسائة قال في التتمة يصح لان هذا تصريح بمقتضى الاطلاق ولا مخالفة ولك أن تقول اشكالا سيأتي

القول في ان تفصيل الثمن من موجبات تعدد الصفقة وإذا كان كذلك فالبايع ههنا أوجب بيعة واحدة والقابل قبل بيعتين لم يوجبهما البائع ولا يخفى ما فيه من المخالفة * وفي فتاوى القفال أنه لو قال بعتك بالف درهم فقال اشتريت بالف وخمسائة يصح البيع وهو غريب (الثالثة) لو قال المتوسط للبايع بع بكذا فقال نعم أو بع و قال للمشتري اشتريت بكذا فقال نعم أو اشتريت هل ينعقد البيع فيه وجهان (احدهما) لأن واحدا منهما لم يخاطب الآخر (واظهرهما) ما دل عليه إيراد صاحب التهذيب والرويانى الانعقاد لوجود الصيغة والتراضي (الرابعة) لو قال بع منك هذا بالف فقال قبلت صح البيع بخلاف النكاح يشترط فيه علي رأى ان يقول قبلت نكاحها احتياطا للايضاع. (الخامسة) لو قال بع هذا بالف ان شئت فقال اشتريت فوجهان (احدهما) انه لا ينعقد لما فيه من التعليق كما لو قال ان دخلت الدار (واظهرهما) انه ينعقد لان هذه صيغة يقتضيها إطلاق العقد فانه لو لم يشأ لم يتيسر (السادسة) يصح بيع الاخرس وشراؤه بالإشارة والكتابة وهذا يبين ان الصيغة بخصوصها ليست داخلة في البيع نفسه (واعلم) أن جميع ما ذكرناه فيما ليس بضمني من المبيعات فأما البيع الضمني فيما إذا قال اعتق عبدك عنى على بالف فلا يعتبر فيه الصبح التي قدمناها ويكفى فيه الالتماس والجواب لا محالة وبالله التوفيق * قال (الركن الثاني العاقد وشروطه التكليف فلا عبارة لصبي (ح م) ولا مجنون باذن الولي دون اذنه وكذلك لا يفيد قبضهما الملك في الهبة ولا تعين الحق في استيفاء الدين * ويعتمد اخباره عن الاذن عند فتح الباب والملك عد ايصال الهدية على الاصح) *

[106]

لفظ العاقد ينظم البائع والمشتري ويعتبر فيهما لصحة البيع التكليف فلا ينعقد البيع بعبارة الصبي والمجنون لا لنفسهما ولا لغيرهما سواء كان مميزا أو غير مميز سواء باشر باذن الولي ودون اذنه ولا فرق بين بيع الاختيار وغيره على ظاهر المذهب وبيع الاختيار هو الذي يمتحنه الولي ليستبين رشده عند مناهزة الحلم ولكن يفوض إليه الاستيلاء وتدبير العقد فإذا انتهى الامر إلى اللفظ أتى به الولي * وعن بعض أصحابنا تصحيح بيع الاختيار * وقال أبو حنيفة إن كان مميزا وباع أو اشترى بغير إذن الولي انعقد موقوفا علي إجازته وان باع باذنه نفذ ويكون دالا على أن الولي أذن له في التصرف في ماله ومتصرفا لنفسه إن أذن له في التصرف في مال نفسه حتى إذا أذن له في بيع ماله بالغبن فباع نفذ وان كان لا ينفذ من الولي ووافقه أحمد على انه ينفذ إذا كان باذن الولي * لنا انه غير مكلف فلا ينعقد بيعه وشراؤه كالمجنون وغير المميز * إذا عرفت ذلك فلو اشترى الصبي شيئا وقبض المبيع فتلف في يده أو أتلفه لا ضمان عليه في الحال ولا بعد البلوغ وكذا لو استقرض مالا لان المالك هو المضيع بالتسليم إليه وما دام باقيين فللمالك الاسترداد * ولو سلم ثمن ما اشتراه فعلى الولي استرداده والبائع يردده على الولي فان رده على الصبي لم يبرأ عن الضمان وهذا كما لو عرض الصبي دينارا علي صراف لينقده أو متاعا على مقوم ليقومه فإذا أخذه لم يحز له رده علي الصبي بل يردده علي وليه إن كان للصبي وعلي مالكة إن كان له مالك فلو أمره ولي الصبي بدفعه إليه فدفعه سقط عنه الضمان إن كان الملك للولي وإن كان الصبي فلا كما لو أمره بالقاء مال الصبي البحر ففعل يلزمه الضمان * ولو تباع صبيان وتقايبضا فأتلف كل واحد منهما مما قبضه نظر ان جرى ذلك باذن الولين فالضمان عليهما وإلا فلا ضمان عليهما وعلى الصبيين الضمان لان تسليمها لا يعد

تسليطا وتضييعا * ثم في الفصل مسألتان (احدهما) كما لا ينفذ بيع الصبي
وشراؤه لا ينفذ نكاحه وسائر تصرفاته نعم في تدبير المميز ووصيته خلاف
مذكور في الوصايا * وإذا فتح الباب وأخبر عن إذن أهل الدار في الدخول

[107]

أو أوصل هدية إلي إنسان وأخبر عن إهداء مهد فهل يجوز الاعتماد عليه
نظر ان انضمت إليه قرائن أورثت العلم بحقيقة الحال جاز الدخول
والقبول وهو في الحقيقة عمل بالعلم لا بقوله وإن لم تنضم نظر ان كان
عارما غير مأمون القول فلا يعتمد وإلا فطريقان (أحدهما) تخريجه على
وجهين ذكرا في قبول روايته (وأصحهما) القطع بالاعتماد تمسكا بعادة
السلف فانهم كانوا يعتمدون أمثال ذلك ولا يضيقون فيها (وقوله) في
الكتاب علي الاصح في هاتين الصورتين يجوز أن يريد به من الوجهين جوابا
على الطريق الاول ويجوز أن يريد من الطريقين ذهابا إلى الثاني (الثانية)
كما لا تصح تصرفاته اللفظية لا يصح قبضه في تلك التصرفات فان للقبض
من التأثير ما ليس للعقد فلا يفيد قبضه الموهوب الملك له وان اتهم له
الولي ولا لغيره إذا أمره الموهوب منه بالقبض له * ولو قال مستحق الدين
لمن عليه الدين سلم حقي إلي هذا الصبي فسلم قدر حقه لم يبرأ عن
الدين وكان ما سلمه باقيا على ملكه حتي لو ضاع منه فلا ضمان على
الصبي لان المالك ضيعه حيث سلمه إليه وإنما بقى الدين بحاله لان الدين
مرسل في لزمة لا يتعين إلا بقبض صحيح فإذا لم يصح القبض لم يزل الحق
المطلق عن الذمة كما إذا قال لمن عليه الدين الق حقي في البحر فألقى
قدر حقه لا يبرأ * ويخالف ما إذا قال مالك الوديعة للمودع سلم حقي إلي
هذا الصبي فسلم خرج عن العهدة لانه امتثل أمره في حقه المتعين كما لو
قال ألقها في البحر فامتثل * ولو كانت الوديعة لصبي فسلمها إليه ضمن
سواء كان باذن الولي أو دون اذنه إذ ليس له تضييعها وإن أمره الولي به *
قال (أما اسلام العاقد فلا يشترط الا اسلام المشتري في شراء العبد
المسلم والمصحف (ح) على أصح القولين دفعا للذل * ويصح شراء الكافر
أباه المسلم على أصح الوجهين * وكذلك كل شراء يستعقب العتاقة *
ويصح استنجاره وارتهانه للعبد المسلم على أقيس الوجهين لانه لا ملك
فيه كالأعارة والابداع عنده ولا يمنع من الرد بالعيب * وان كان يتضمن
انقلاب العبد المسلم الي الكافر على أظهر المذهبين لان الملك فيه قهري
(كما في الارث) *

[108]

اسلام البائع والمشتري ليس بشرط في صحة المطلق البيع والشراء لكن
لو اشترى الكافر عبدا مسلما ففي صحته قولان (أصحهما) وبه قال أحمد
وهو نصه في الاملاء أنه لا يصح لان الرق ذل فلا يصح اثباته للكافر على
المسلم كما لا ينكح الكافر المسلمة (والثاني) وبه قال أبو حنيفة أنه يصح
لانه طريق من طرق الملك فيملك به الكافر على المسلم كالارث *
والقولان جاريان فيما لو وهب منه عبد مسلم فقيل أو وصي له بعبد مسلم
قال في التنمة هذا إذا قلنا الملك في الوصية يحصل بالقبول (فان قلنا)
يحصل بالموت ثبت بلا خلاف كالارث * ولو اشترى مصحفا أو شيئا من اخبار

الرسول صلي الله عليه وسلم ففيه طريقان (أحدهما) وبه اجاب في الكتاب طرد القولين (وأظهرهما) القلع بالبطلان والفرق ان العبد يمكنه الاستغاثة ودفع الدل عن نفسه * قال العراقيون والكتب التي فيها آثار السلف رضي الله عنهم كالمصحف في طرد الخلاف * ولا منع من بيع كتب أبي حنيفة من الكافر لعلوها من الآثار والأخبار (وأما) كتب أصحابه رضي الله عنهم فمشحونة بها فحكمها حكم سائر الكتب المشتملة عليها * وامتنع الماوردي في الحاوي من الحاق كتب الحديث والفقهاء بالمصحف وقال ان بيعها منه صحيح لا محالة * وهل يؤمر بآزالة الملك عنها فيه وجهان * (التفريع) ان قلنا لا يصح شراء الكافر العبد المسلم فلو اشترى قريبه الذي يعتق عليه كآبيه وابنه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح أيضا لما فيه من ثبوت الملك للكافر على المسلم (وأصحهما) الصحة لان الملك المستعقب للعتق شاء المالك أو أبي ليس باذلال ألا ترى أن للمسلم شراء قريبه المسلم ولو كان ذلك إذلالا لما جاز له اذلال ابنه * والخلاف جار في كل شئ يستعقب العتق كما إذا قال الكافر لمسلم اعتق عبدك المسلم عنى بعوض أو بغير عوض فأجاب به وكما إذا أقر بحرية عبد مسلم في يد غيره ثم اشتراه * ورتب الامام الخلاف في هاتين الصورتين على الخلاف في شراء القريب وقال الاولى منهما أولى بالصحة لان الملك فيها ضمنى والثانية أولى بالمنع لان العتق وان حكم به فهو ظاهر غير محقق بخلاف صورة القريب فان العتق لا يحصل عقب الشراء وإنما يزول الملك بازالته ومنهم من جعله على وجهي شراء القريب * ويجوز أن يشتاجر الكافر المسلم على عمل في الذمة لانه كدين في ذمته وهو بسبيل من تحصيله بغيره * وان كانت الاجارة على العين

[109]

ففيه وجهان حرا كان الاجير أو عبدا (أحدهما) لا تصح لانها لو صحت لاستحق استعماله وفيه اذلال له فصار كالمشترى على القول الذي عليه التفريع (وأظهرهما) الصحة لان الاجارة لا تغيب ملك الرقبة ولا تسلطا تاما وهو في يد نفسه ان كان حرا وفي يد مولاه ان كان عبدا وانما استوفى منفعته بعوض * وعلى هذا فهل يؤمر بازالة ملكه عن المنافع بأن يؤجره من مسلم فيه وجهان (جواب) الشيخ أبي حامد منهما انه يؤمر وذكر في صحة ارتهان الكافر العبد المسلم وجهين وأعادهما مع زيادة في كتاب الرهن ونوجههما ثم إن شاء الله تعالى * ولا خلاف في جواز إعارته منه وإيداعه لانه ليس فيهما ملك رقبة ولا منفعة ولا حق لازم * وإذا باع الكافر عبدا مسلما كان قد أسلم في يده أو ورثه بثوب ثم وجد بالثوب عيبا فهل له أن يردده ويسترد العبد؟ حكى الامام فيهما وجهين وتابعه المصنف في الوسيط والحق ان له رد الثوب لا محالة والوجهان في استرداد العبد وهكذا نقله صاحب التهذيب وغيره (أحدهما) أنه ليس له استرداد، والا كان متملكا للمسلم بسبب اختياري فعلى هذا يسترد القيمة ويجعل العبد كالهالك (وأظهرهما) على ما ذكره صاحب الكتاب ان له ذلك لان الاختيار في الرد (أما) * عود العوض إليه فهو قهري كما في الارث * هكذا وجهه وفيه اشكال لانا لانفهم من الملك القهري سوى الذي يتعلق سببه بالاختيار ومن الاختياري سوى الذي يتعلق سببه بالاختيار والا فنفس الملك بعد تمام السبب قهري أبدا ومعلوم أن عود الملك بهذا التفسير اختياري لا قهري والا صوب في توجيهه ما قيل ان الفسخ بالعيب يقطع العقد ويجعل الامر كما كان وليس كأنشاء العقود ولهذا لا تثبت به المنفعة فإذا كان الامر كذلك كان نازلا منزلة استدامة الملك * ولو وجد المشتري بالعبد عيبا

والتصوير كما ذكرنا فأراد رده واسترداد الثوب فقد حكى الامام عن شيخه طرد الخلاف لانه كما لا يجوز للكافر تملك المسلم لا يجوز للمسلم تملك المسلم اياه * وعن غيره القطع بالجواز إذ لا اختبار للكافر ههنا في التملك بحال (وقوله) في الكتاب ولا يمنع من الرد بالعيب إلى آخره ينظم صورتين اللتين ذكرناهما

[110]

لكن التوجيه المذكور في الثانية أظهر * ولو باع الكافر العبد المسلم ثم تقابلا ففيه الوجهان ان قلنا الاقالة فسخ وان قلنا انها بيع لم ينفذ * ولو وكل كافر مسلما ليشتري له عبدا مسلما لم يصح لان العقد يقع للموكل أولا وينتقل إليه آخرا * ولو وكل مسلم كافرا ليشتري له عبدا مسلما فان سمي الموكل في الشراء صح والا فان قلنا يقع الملك للوكيل أولا لم يصح وإن قلنا يقع للموكل صح * وهل يجوز أن يشتري الكافر العبد المرتد فيه وجهان لبقاء علقه الاسلام * وهذا كالخلاف في أن المرتد هل يقتل بالذمي وإذا اشتري الكافر عبدا كافرا فأسلم قبل القبض هل يبطل البيع كما لو اشتري عصيرا فتخمر قبل القبض أولا يبطل كما إذا اشتري عبدا فابق قبل القبض فيه وجهان وان قلنا لا يبطل فيقبضه المشتري أو بنصب الحاكم من يقبض عنه ثم يؤمر بإزالة الملك فيه وجهان (جواب) القفال منهما في فتاويه انه لا يبطل ويقبضه الحاكم وهو الاظهر * هذا كله تفريع على قول المنع (أما) إذا صحنا شراء الكافر العبد المسلم نظر ان علم الحاكم به قبل القبض فيمكنه من القبض أو ينصب مسلما يقبض عنه فيه وجهان ثم إذا حصل القبض أو علم به بعد القبض أمره بإزالة الملك على الوجه الذي بينه في الفصل التالي لهذا الفصل * قال (ولو أسلم عبد كافر لكافر طولب بيعة فان أعتق أو أزال الملك عنه بجهته كفي وتكفي الكتابة على أسد الوجهين ولا تكفي الحيلولة والاجارة وفاقا الا في المستولدة لان الاعتناق تخير والبيع ممتنع (و) ثم يستكسب بعد الحيلولة لاجلة * ولومات الكافر قبل البيع بيع على وارثه) * إذا كان في ملك الكافر عبد كافر وأسلم لم يقر دفعا للذل عن المسلم وقطعا لسلطنة الكافر عنه قال الله عزوجل (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولا يحكم بزوال ملكه بخلاف

[111]

ما إذا أسلمت المرأة تحت الكافر لان ملك النكاح لا يقبل النقل من شخص إلى شخص فتعين البطلان وملك الثمن يقبل النقل وبه يحصل دفع الذل فيصار إليه ويؤمر بإزالة ملكه عنه بيع أو عتق أو هبة أو غيرها فأى جهة ازال الملك حصل الغرض * ولا يكفى الرهن والتزويج والاجارة والحيلولة وهل تكفى الكتابة فيه وجهان (أحدهما) لا لاستمرار الملك على رقبة المكاتب (وأظهرهما) نعم لان الكتابة تفيد الاستقلال ويقطع حكم السيد عنه (فان قلنا) بهذا فالكتابة صحيحة وان قلنا بالاول فوجهان (أحدهما) انها فاسدة وبيع العبد (والثاني) انها صحيحة ان جوزنا بيع المكاتب بيع مكاتبها وإلا فسخت الكتابة وبيع فان امتنع الكافر من إزالة الملك عنه باعه الحاكم عليه بثمان المثل كما يبيع مال الممتنع من أداء الحق فان لم يتفق الظفر

لمن يتاعه بثمن المثل فلا به من الصبر ويحال بينه وبين الكافر إلى الظفر ويتكسب له وتوخذ نفقته منه * هذا كله في المملوك القن (أما) إذا أسلمت مستولدة الكافر فلا سبيل إلى نقلها إلى الغير بالبيع والهبة ونحوهما علي المذهب الصحيح وهل يجبر على اعتاقها فيه وجهان (أحدهما) نعم لأنها مستحقة العتاقة فلا يبعد أن يؤثر عروض الاسلام في تقديمها (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب لا لما فيه من التخيير فعلي هذا يحال بينهما وينفق عليها وتتكسب له في يد غيره * ولو مات الكافر الذي أسلم العبد في يده صار العبد الي وارثه ويؤمر بما كان يؤمر به المورث فان امتثل فذاك والا بيع عليه كما ذكرنا في المورث وليس قوله في الكتاب بيع على وارثه تخصيصا للبيع القهري بالوارث فاعرف ذلك (وقوله) والحيلولة وفاقا لفظ الوفاق لا يتعلق به كثير عرض *

[112]

قال (الركن الثالث المعقود عليه وشرائطه خمسة أن يكون طاهرا منتفعا به مملوكا للعاقد مقدورا على تسليمه معلوما (الاول) الطهارة فلا يجوز بيع السرجين (م ح) والكلب (م ح) والخنزير والاعيان النجسة كما لا يجوز بيع الخمر والعذرة والجيفة وفاقا وان كان فيها منفعة * والدهن إذا نجس بملاقة النجاسة صح بيعه (م) وجاز أستباحه على اطهر القولين) يعتبر في المبيع ليصح بيعه شروط (أحدها) الطهارة فالشئ النجس ينقسم إلى ما هو نجس العين والي ما هو نجس بعرض (فاما) القسم الاول فلا يصح بيعه فمنه الكلب والخنزير وما تولد منهما أو من احدهما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن ثمن الكلب) (1) وعن جابر رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله عزوجل حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام) (2) ولا فرق

[113]

بين ان يكون الكلب معلما أو غير معلم وبهذا قال احمد * وعن ابي حنيفة رضى الله عنه يجوز بيع الكلب الا أن يكون عقورا ففيه روايتان * وعن اصحاب مالك اختلاف فيه منهم من لم يجوزه ومنهم من جوز بيع الكلب المأذون في امساكه (ومنه) السرجين والبول لا يجوز بيعهما كما لا يجوز بيع الميتة والعذرة والجامع نجاسة العين * وساعدنا احمد فيما نذهب إلى نجاسته منهما وقال ابو حنيفة يجوز بيع السرجين (وقوله) في الكتاب كما لا يجوز بيع الخمر والعذرة والجيفة وفاقا وان كانت فيها منفعة اشار به إلى الجواب عن عذر بيديه اصحاب ابي حنيفة إذا احتجنا عليهم في المنع من بيع الكلب والسرجين بالقياس على بيع الخمر والعذرة والجيفة فانها لما كانت نجسة العين امتنع بيعها بالاتفاق قال ليس لزام منهم ان يزعم ان المنع من البيع في صورة الوفاق انما كان لخلوهما عن المنفعة لان كل واحد منهما لا يخلوا عن ضرب منفعة (اما) الخمر فيعرض ان تصير خلا فلا تكون عارية عن المنفعة في الحال الا ترى ان الصغير اليوم منتفع به لما يتوقع حال كبره (واما) العذرة فلما يسمد بها الارض وأما

[114]

الجيفة فتطعم منها جوارح الصيد ثم المنع من بيع الجيفة ليس متفقا عليه في جميع اجزائها لان الحكاية عن أبي حنيفة تجوز بيع جلدها قبل الدباغ وإنما المتفق عليه اللحم * ويجوز بيع التفاح وفي باطنه الدود الميتة لان ابقائها فيه من مصالحه كالحيوان يصح بيعه والنجاسة في باطنه وفي بيع بزر القر وفارة المسك خلاف مبنى على الخلاف السابق في طهارتها (واما) القسم الثاني هو ما نجس بعارض فهو على ضربين (أحدهما) النجس الذي يمكن تطهيره كالثوب النجس والخشبة النجسة والأجر النجس بملافة النجاسة فيجوز بيعها لان جوهرها طاهر وأزالة النجاسة عنه هينة نعم ما استتر بالنجاسة التي وردت عليه يخرج بيعه على بيع الغائب (والثاني) ما لا يمكن تطهيره كالخل واللبن والديس إذا تنجست لا يجوز بيعها كما لا يجوز بيع الخمر والبول والدهن النجس ان كان تجس العين فلا سبيل إلى بيعه بحال وذلك كدهن الميتة * وان نجس بعارض ففي بيعه خلاف مبنى على انه هل يمكن تطهيره فعن ابن سريج وأبي إسحق يمكن تطهيره وعن صاحب الايضاح وغيره انه لا يمكن وهو الاظهر فعلى هذا لا يجوز بيعه وعلى الاول فيه وجهان (أحدهما) انه يجوز كالثوب النجس ويحكى عن ابن أبي هريرة

[115]

(وأصحهما) وبه قال أبو إسحق لا يجوز لما روي انه صلي الله عليه وسلم (سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال ان كان جامدا فألقوها وما حولها وان كان ذائبا فأريقوه) (1) ولو كان جائزا لما امرنا براقته وهذا أجود ما يحتج به على امتناع التطهير * وخرجوا على هذين الوجهين بيع الماء النجس لان تطهيره بالمكاثرة ممكن وأشار بعضهم إلى الجزم بالمنع وقال انه ليس بتطهير ولكنه يستحيل ببلوغه قلتين من صفة

[116]

النجاسة إلى الطهارة كالخمر يتخلل (واعلم) ان هذا الخلاف صادر ممن يجوز بيع الماء في الجملة (أما) من منع بيعه مطلقا على ما ستعرفه فلا فرق عنده بين الطاهر والنجس منه * وذكر الامام بناء مسألة الدهن على وجه آخر فقال ان قلنا يمكن تطهيره جاز بيعه والا ففي بيعه قولان مبنيان على جواز الاستصباح (واعلم) ان مسألة كون الاستصباح مكروه قد مرت بشرحها مرة في آخر صلاة الخوف (وقوله) إذا نجس بملافة النجاسة

[117]

التقييد بكون نجاسته بالملافة محتاج إليه ليحى القولان في البيع وغيره محتاج إليه ليحيى القولان في الاستصباح لما سبق (وقوله) على أظهر

القولين غير مساعد عليه في البيع بل الظاهر عند الاصحاب منعه وبه قال مالك وأحمد خلافا لابي حنيفة * ويجوز نقل الدهن النجس إلى الغير بالوصية كما تجوز الوصية بالكلب وأما هبته والصدقة به فعن القاضي أبي الطيب منعهما ويشبه أن يكون فيهما ما في هبة الكلب من الخلاف *

[118]

قال (الثاني المنفعة ويسع مالا منفعة فيه لقلته كالحبة من الحنطة أو لخشته كالخنافس والحشرات والسباع (و) التي لا تصيد باطل وكذا ما أسقط الشرع منفعته كآلات الملاهي (و) * ويصح بيع الفيل والفهد والهرة وكذا الماء (و) والتراب والحجارة وان كثر وجودها لتحقق المنفعة * ويجوز بيع (م ح) لبن الأدميات لأنه ظاهر منتفع به) * (الشرط الثاني كون المبيع منتفعا به وإلا لم يكن مالا وكان أخذ المال في مقابلته قريبا من أكل المال بالباطل ولخلو الشيء عن المنفعة سببان (أحدهما) القلة كالحبة من الحنطة والحبتين والزبيبة وغيرهما فان ذلك القدر لا يعد مالا ولا يبدل من مقابلته المال ولا ينظر الي ظهور الانتفاع إذا ضم هذا القدر الي أمثاله ولا الي ما يفرض من وضع الحبة الواحدة في الفخ ولا فرق في ذلك بين زمان الرخص والغلاء ومع هذا فلا يجوز أخذ الحبة والحبتين من صبرة الغير إذ لو جوزناه لانجر ذلك إلى أخذ الكثير * ولو أخذ الحبة ونحوها فعليه الرد فان تلفت فلا ضمان إذ لا مالية لها * وعن القفال أنه يضمن مثلها (والثاني) الخسة كالحشرات (واعلم) أن الحيوانات الطاهرة علي ضربين (أحدهما) ما ينتفع به فيجوز بيعه كالغنم والبيغال والحمير ومن الصيد كالطباء والعزلان ومن الجوارح كالصقور والبراة والفهود ومن الطيور كالحمام والعصافير والعقاب * ومنه ما ينتفع بلونه أو صوته كالطاوس والزرزور وكذا الفيل والهرة وكذا القرد فانه يعلم الاشياء فيعلم * ويجوز أيضا بيع دود القز لما فيه من المنفعة وبيع النحل في الكوارة صحيح إن كان قد شاهد جميعها والا فهو من صورة بيع الغائب وان باعها وهي طائفة من الكوارة فمنهم من صح البيع كبيع النعم المسبية في الصحراء

[119]

وهذا ما أورده في التتمة ومنهم من منعه إذ لا قدرة على التسليم في الحال والعود غير موقوف به وهذا ما أورده في التهذيب (والضرب الثاني) ما لا ينتفع به فلا يجوز بيعه كالخنافس والعقارب والحيات وكالفأرة والنمل ونحوها ولا نظر إلى منافعها المعدودة في الخواص فان تلك المنافع لا تلحقها بما يعد في العادة مالا وفي معناها السباع التي لا تصلح للاصطياد والقتال عليها والاسد والذئب والنمر ولا نظر الي اقتناء الملوك للهبية والسياسة فليست هي من المنافع المعتبرة * ونقل أبو الحسن وجهها أنه يجوز بيع النمل بعسل مكرم لانه يعالج به السكر وينصين لانه يعالج به العقارب الطيارة * وعن القاضي حسين حكاية وجه في صحة بيعها لانها طاهرة والانتفاع بجلودها متوقع في المال * ولا يجوز بيع الحدأة والرخمة والغراب فان كان في أجنحة بعضها فائدة جاء فيها الوجه الذي حكاة القاضي هكذا قاله الامام لكن بينهما فرق لان الجلود تدبغ فتظهر ولا سبيل إلى تطهيرها لاجنحة وفي بيع العلق وجهان (أظهرهما) الجواز لمنفعة

امتصاص الدم والسم ان كان يقتل بالكثير وينتفع بقليله كالسقمونيا والافيون جاز بيعه وإن قتل كثيره وقليله فجواب الجمهور فيه المنع ومال الامام وشيخه إلى الجواز ليدس في طعام الكافر * وفي بيع الحمار الزمن الذي لا منفعة فيه وجهان (أظهرهما) المنع بخلاف العبد الزمن فانه يتقرب باعتاقه (والثاني) الجواز لغرض الجلد في المال (وقوله) في الكتاب باطل يجوز أن يعلم بالواو للوجه الذي ذكرنا في الاسد ونحوه وايضا فان صاحب التئمة نقل في بيع لا ما منفعة فيه لقلته وجهين ثم في الفصل صور (احداها) آلات الملاهي كالمزامير والطنابير وغيرها فان كانت بحيث لا تعد بعد الرض والحل مالا فلا يجوز بيعهما والمنفعة التي فيهما لما كانت

[120]

محظورة شرعا كانت ملحقه بالمنافع المعدومة حسا * وان كان الرضاض بعد ما لا ففي جواز بيعها قبل الرض وجهان (أحدهما) الجواز لما فيه من المنفعة المتوقعة (وأظهرهما) المنع لانهما على هيئة آلة الفسق ولا يقصد بها غيره ما دام ذلك التركيب باقيا ويجرى الوجهان في الاصنام والصور المتخذة من الذهب والخشب وغيرها * وتوسط الامام بين الوجهين فذكر وجهها ثالثا وهو أنها إن اتخذت من جواهر نفيسة صحح بيعها لانها مقصودة في نفسها وان اتخذت من خشب ونحوه فلا وهذا أظهر عنده وتابعه المنصف في الوسيط لكن جواب عامة الاصحاب المنع المطلق وهو ظاهر لفظه ههنا ويدل عليه خبر جابر المروي في أول الركن * (فرع) الجارية المغنية إذا اشتراها بالفين ولو لا الغناء لكأنت لا تطلب الا بالف حتى الشيخ أبو علي المحمودي أفني ببطلان البيع لانه بذل مال في معصية وعن الشيخ أبي علي أنه ان قصد الغناء بطل والا فلا * وعن الاودني أن كل ذلك استحسان والقياس الصحة (الثانية) بيع المياه المملوكة صحيح لانه طاهر منتفع به وفيه وجه أنه لا سبيل إلى بيعه ولا ينسب القول في المسألة لنذكرها في احياء الموات ان شاء الله تعالى فان أقسام المياه من المملوك وغيره مذكورة ثم وصحة البيع من تفاربع الملك (الثالثة) إذا جوزنا بيع الماء ففي بيعه علي شط النهر وبيع التراب في الصحراء وبيع الحجارة فيما بين الشعاب الكثيرة الاحجار وجهان نقلهما في التئمة (أحدهما) لا يجوز لانه بذل المال لتحصيله مع وجدان مثله بلا مؤنة وتعب سفة (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب

[121]

انه يجوز لان المنفعة فيها يسيرة ظاهرة وامكان تحصيلها من مثله لا يقدر في محلته (الرابعة) بيع لبن الادميات صحيح خلافا لابي حنيفة ومالك ولاحمد أيضا في إحدى الروايتين * لنا انه مال طاهر منتفع به فأشبهه لبن الشاة * قال (الثالث أن يكون مملوكا لمن وقع العقد له فبيع الفضولي مال الغير لا يقف (ح) على إجازته على المذهب الجديد وكذلك بيع الغاصب وان كثرت تصرفاته في ائمان المغصوبات على أقيس الوجهين فيحكم ببطلان الكل * ولو باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت والمبيع ملك البائع حكم بصحة البيع على أسد القولين) * الشرط الثالث في المبيع كونه ملكا لمن يقع العقد له ان كان يباشره لنفسه فينبغي أن يكون له فان كان

يباشره لغيره بولاية أو وكالة فينبغي أن يكون لذلك الغير (وقوله) ههنا لمن وقع العقد له يبين أن المراد من قوله مملوكا للعاقد في أول الركن ما أوضحه ههنا (وأعلم) أن اعتبار هذا الشرط ليس متفقا عليه ولكنه مفرع علي الاصح كما ستعرفه * ثم مسائل الفصل ثلاثة (إحداها) إذا باع مال الغير بغير اذن وولاية ففيه قولان (الجديد) انه لاغ لما روى انه صلى الله عليه وسلم قال لحكيم ابن حزام لا تبع ما ليس عندك (1) وأيضا فان بيع الأبق غير صحيح مع كونه مملوكا له لعدم القدرة علي التسليم فبيع ما لا يملك ولا قدرة علي تسليمه

[122]

أولى (والقديم) انه ينعقد موقوفا علي اجازة المالك ان أجاز نفذ والا لغا لما روى انه صلى الله عليه وسلم (دفع دينارا إلى عروة البارقي ليشتري به شاة فاشترى به شاتين وباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فقال النبي صلى الله عليه وسلم بارك الله في صفقة يمينك) (1) والاستدلال انه باع الشاة الثانية من غير اذن النبي صلى الله عليه وسلم ثم انه أجازه * ولانه عقد له تنجيز في الحال فينعقد موقوفا كالوصية * والقولان جاريان فيما لو زوج أمه الغير أو ابنته أو طلق من منكوحته أو عتق عبده أو أجر داره أو رهنها بغير اذنه * ولو اشترى الفضولي لغيره شيئا نظر ان اشترى بغير ماله ففيه قولان وان اشترى في الذمة نظر ان أطلق ونوى كونه للغير فعلي الجديد يقع عن المباشر وعلى القديم يتوقف على الاجازة فان رد نفذ في حقه * ولو قال اشتريت لفلان بألف في ذمتي فالحكم كما لو اشترى بعين ماله ولو اقتصر على قوله اشتريت لفلان بألف ولم يصف الثمن الي ذمته فعلي الجديد يلغو العقد وتلغو التسمية ويقع العقد عن المباشر فيه وجهان * وعلى القديم يتوقف على اجازة ذلك الغير فان رد ففيه وجهان * ولو اشترى شيئا لغيره بمال نفسه نظر ان لم يسمه وقع العقد عن المباشر سواء أذن ذلك الغير أم لا وان سماه نظر ان لم يأذن

[123]

له لغت التسمية وهل يقع عنه أم يبطل من أصله فيه وجهان * وان أذن له فهل تلغو التسمية فيه وجهان ان قلنا نعم فيبطل من أصله أو يقع عن العاقد فيه وجهان وان قلنا لا وقع عن الأذن والثمن المدفوع يكون قرضا أو هبة فيه وجهان * ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب لا يقف علي اجازته بالميم والالف والحاء (أما) الميم فلان مذهب مالك كالقول القديم وأما الالف فلان عن أحمد روايتين كالقولين (وأما) الحاء فلان مذهب أبي حنيفة كالقول القديم في البيع والنكاح (وأما) في الشراء فقد قال في صورة شراء المطلق يقع عن جهة العاقد ولا ينعقد موقوفا * وعن أصحابه اختلاف فيما إذا سمي الغير * وشرط الوقف عند أبي حنيفة ان يكون للعقد تنجيز في الحال مالكا كان أو غير مالك حتى لو أعتق عبد الطفل أو طلق امرأته لا يتوقف على اجازته بعد البلوغ * والمعتبر اجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ وكذا لو باع مال الغير ثم ملكه وأجاز قال الشيخ أبو محمد ولا يخالف في ذلك ابا حنيفة إذا فرعنا على القديم * وذكر إمام الحرمين ان العراقيين لم يعرفوا القول القديم

في المسألة وقطعوا بالبطلان وهذا ان استمر اقتضى اعلام قوله على المذهب الجديد بالواو وانما اتوقف فيه لان الذي ألقته في كتب العراقيين الاقتصار على ذكر البطلان لا نفى الخلاف المذكور والمفهوم من اطلاق لفظ القطع في مثل هذا المقام وفرق بين أن لا يذكر الخلاف وبين أن لا يبقى (المسألة الثانية) لو غصب أموالا وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى ففيه قولان (أصحهما) البطلان (والثاني) للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل منها وصورة المسألة وما فيها من القولين قريبة من الاولى ويزاد

[124]

فيها عسر تتبع العقود الكثيرة بالنقض والابطال ورعاية مصلحة المالك * وعلى هذا الخلاف يبني الخلاف في أن الغاصب إذا ربح في المال المغصوب يكون الربح له أو للمالك على ما سيأتي في باب القراض وغيره إن شاء الله تعالى (الثالثة) لو باع مال ابنه علي ظن انه حي وهو فضولي فبان انه كان ميتا يومئذ وان المبيع ملك للعاقد ففيه قولان (أصحهما) أن البيع صحيح لصدوره من المالك ويخالف ما لو أخرج دراهم وقال ان مات مورثي فهذا زكاة ما ورثته وكان قد ورثه لا يجزئه لان النية لا بد منها في الزكاة ولم تبنيته على أصل وفي البيع لا حاجة الي النية (الثاني) انه باطل لان هذا العقد وان كان منجزا في الصورة فهو في المعنى معلق والتقدير ان مات مورثي فقد بعتهك وأيضا فانه كالعابث عند مباشرة العقد لا اعتقاده ان المبيع لغيره * ولا يعد تشبيه هذا الخلاف بالخلاف في أن بيع الهازل هل ينعقد وفيه وجهان والخلاف في بيع التلجنة وصورته ان يخاف غصب ماله أو الاكراه على بيعه فيبيعه من انسان يباع مطلقا ولكن توافقا قبله على انه لدفع الشر لا على حقيقة البيع وظاهر المذهب انعقاده وفيه وجه * ويجرى الخلاف فيما إذا باع العبد علي ظن انه أبق أو مكاتب فإذا هو قد رجع أو فسخ الكتابة * ويجرى أيضا فيما إذا زوج أمة أبيه على ظن انه حي ثم بان موته هل يصح النكاح فان صح فقد نقلوا وجهين فيما إذا قال ان مات أبي فقد زوجتك هذه الجارية وبهذا يضعف توجيه قول البطلان بأنه وان كان منجزا في الصورة فهو معلق في المعنى لانا لا نجعل هذا التعليق مفسدا وان صرح به علي رأى فما ظنك بتقديره * (واعلم) ان القولين في المسائل الثلاث يعبر عنهما بقولي وقف العقود وحيث قال المصنف في الكتاب ففيه قولان ووقف العقود أراد به هذين القولين وان لم يذكر هذا اللقب ههنا وانما سميا بالوقف لان الخلاف أيل إلى أن العقد هل ينعقد على الوقف أم لا فعلي قول ينعقد في المسألتين الاولتين موقوفا على الاجازة أو الرد وفي الثانية موقوفا على تبين الموت أو الحياة وعلي قول لا ينعقد موقوفا بل يبطل * ثم ذكر الامام أن الصحة ناجزة على قول الوقف لكن الملك لا يحصل الا عند الاجازة وان الوقف يطرد في كل عقد يقبل الاستنابة كالمبايعات والاجارات والهبات والعتق والطلاق والنكاح وغيرها *

[125]

قال (الرابع) أن يكون مقدرها على تسليمه فلا يصح بيع الآبق والصال والمغصوب وان قدر المشتري على انتزاعه من يد الغاصب دون البائع صح

على أسد الوجهين ثم له الخيار ان عجز * وبيع حمام البرج نهارا اعتماد على العود ليلا لا يصح على أصح الوجهين) * الشرط الرابع القدرة على التسليم ولا بد منها ليخرج العقد عن أن يكون بيع غرر ويوثق بحصول العوض * ثم فوات القدرة على التسليم يكون من حيث الحس وقد يكون من حيث الشرع وصور هذا الفصل من الضرب الاول وهى ثلاث (إحداها) بيع الضال والأيق باطل عرف موضعه أو لم يعرف لانه غير مقدور على تسليمه في الحال هذا هو المشهور قال الأئمة ولا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم بل يكفي ظهور التعذر * واحسن بعض الاصحاب فقال إذا عرفت مكانه وعرف انه يصل إليه إذا رام الوصول فليس له حكم الأبق * (الثانية) إذا باع المالك ماله المغصوب نظر ان كان يقدر على استرداده وتسليمه صح البيع كما يصح بيع الوديعة والعارية وان لم يقدر نظر (ان) باعه ممن لا يقدر على انتزاعه من يد الغاصب لم يصح لما سبق (وان) باعه ممن يقدر على انتزاعه منه ففي صحة البيع وجهان (أحدهما) لا يصح لان البائع يجب عليه التسليم وهو عاجز (وأصحهما) الصحة

[126]

لان المقصود وصول المشتري إلى المبيع * وعلى هذا ان علم المشتري حقيقة الحال فلا خيار له ولكن لو عجز عن الانتزاع لصنع عرض له أو قوة عرضت للغاصب فله الخيار وفيه وجه آخر أشار إليه الامام * وإن كان جاهلا عند العقد فله الخيار لان البيع لا يلزمه كلفة الانتزاع (وقوله) في الكتاب ثم له الخيار ان عجز المراد منه حالة العلم لان عند الجهل لا يشترط العجز في ثبوت الخيار ويجوز أن يعلم بالواو للوجه المشار إليه * ولو باع الأبق ممن يسهل عليه رده ففيه الوجهان المذكوران في المغصوب * ويجوز تزويج الأبقة والمغصوبة واعتاقهما * وذكر في البيان انه لا يجوز كتابة المغصوب لان الكتابة تقتضي مكنة التصرف وهو ممنوع منه (الثالثة) لا يجوز بيع السمك في الماء والطير في الهواء وان كان مملوكا له لما فيه من الغرر * ولو باع السمك في بركة لا يمكنها الخروج منها نظر ان كانت صغيرة يمكن أخذها من غير تعب ومشقة صح بيعها لحصول القدرة وان كانت كبيرة لا يمكن أخذها الا باحتمال تعب شديد ففيه وجهان أوردهما ابن سريج فيما رأيت له من جوابات جامعة الصغير وغيره (أظهرهما) المنع وبه قال أبو حنيفة كبيع الأبق ويبدل عليه ما روى عن ابن مسعود أنه قال لا يشتري السمكة في الماء فانه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر (1) وهذا كله فيما

[127]

إذا لم يمنع الماء رؤية السمك فان منع لكدورته فهو على قولى بيع الغائب إلا أن لا يعلم قلة السمك وكثرتها وشيئا من صفاتها فيبطل لا محالة * وبيع الحمام في البرج على التفصيل المذكور في البركة * ولو باعها وهي طائفة اعتمادا على عادة عودها بالليل ففيه وجهان كما ذكرنا في النحل (أصحهما) عند الامام الصحة كبيع العبد المبعوث في شغل (وأصحهما) على ما ذكره في الكتاب المنع وبه قال الاكثرون إذ لا قدرة في الحال وعودها غير موثوق به إذ ليس لها عقل باعث * قال (ولا يصح بيع نصف من سيف أو

نصل قبل التفصيل لان التفصيل ينقصه والبيع لا يوجب نقصان غير المبيع * ويصح بيع ذراع من كرباس (1) لا ينقص بالفصل على الاصح * ولا يصح بيع ما عجز عن تسليمه شرعا وهو المرهون * وإذا جني العبد جناية تقتضي تعلق الارش برقبته صح بيعه على أقوى القولين وكان التزاما للفداء لانه لم يحجر على نفسه فيقدر على ما لا يفوت حق المجني عليه * ثم للمجني عليه خيار الفسخ ان عجز عن أخذ الفداء). في الفصل ثلاث مسائل (إحداها) لو باع نصفاً أو ربعاً أو جزءاً آخر شائعاً من سيف أو اناء أو نحوهما فهر صحيح وذلك الشيء مشترك بينهما * ولو عين نصفاً أو ربعاً وباعه لم يصح لان التسليم لا يمكن

الكرباس بالكسر ثوب من القطن الابيض معرب فارسيته بالفتح كما في القاموس اه

[128]

الا بالقطع والكسر وفيه نقص وتضييع للمال * ولو باع ذراعاً فصاعداً من ثوب نظر إن لم يعين الذراع فسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى وان عين نظر ان كان الثوب نفيساً ينقص ثمنه بالقطع فهل يصح البيع فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ وغيرهما (أحدهما) نعم وبه قال صاحب التقريب كما لو باع ذراعاً معيناً من ارض أو دار (واظهرهما) وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد وحكاه صاحب التلخيص عن نصح لا لانه لا يمكن التسليم الا باحتمال النقصان والضرر وفرقوا بينه وبين الارض بأن التمييز في الارض يحصل يحصل بالعلامة بين النصيبين من غير ضرر ولمن نصر الاول أن يقول قد تتصيق مرافق البقعة بالعلامة وتنقص القيمة فوجب أن يكون الحكم في الارض على التفصيل أيضاً * واعترض ابن الصباغ على معنى الضرر بأنهما إذا رضيا به واحتملاه وجب أن يصح البيع كما يصح بيع أحد زوجي الخف وان نقص تفريقهما من قيمتهما * والقياس طرد الوجهين في صورة السيف والاناء لان المعنى لا يختلف * وان كان الثوب مما لا ينقص بالفصل والقطع كالكرباس الصفيق فقد حكى صاحب الكتاب وشيخه فيه وجهين (أصحهما) وهو الذي أورده الجمهور انه يصح لزوال المعنى المذكور (والثاني) المنع لان الفصل لا يخلو عن تغيير لغير المبيع وهذا فيما أورده الامام واختيار صاحب التلخيص وكان سببه اطلاق لفظه في التلخيص بعد ذكر ما لو باع ذراعاً من الارض قال ولو قال ذلك في الثوب لم يجز قاله نصاً وأيضاً قال في المفتاح ولو باعه من ثوب ذراعاً على أن يقطعه لم يجز بحال إلا أن الاكثريين حملوا كلامه على الثوب الذي تنقص قيمته بالفصل * ولو باع جزءاً معيناً من جدار أو اسطوانة نظر ان كان فوقه شيء لم يجز لانه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوقه وإن لم يكن نظر ان كان قطعة واحدة من طين أو خشب أو غيرهما لم يجز وان كان من لبن أو اجر جاز هكذا أطلق

[129]

في التلخيص وهو محمول عند الائمة على ما لو جعل النهاية شق نصف من الاجر أو اللبن دون أن يجعل المقطوع نصف سمكها * وفي تجويز البيع إذا

كان من لبن أو آجر اشكال وان جعل النهاية ما ذكره من وجهين (أحدهما) ان موضع الشق قطعة واحدة من طين أو غيره فالفصل الوارد عليه وارد علي ما هو قطعة واحدة (والثاني) هب انه ليس كذلك لكن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي وإن لم يكن قطعة واحدة فليفسد البيع ولهذا قالوا لو باع جذعا في بناء لم يصح لان الهدم يوجب النقصان فأى فرق بين الجذع والأجر وكذا لو باع فصا في خاتم * وذكر بعض الشارحين للمفتاح في تفاريع هذه المسألة انه لو باع دارا الا بيتا في صدرها لا يلى شارعا ولا ملكا له على انه لا ممر له في المبيع لا يصح البيع وهذا باب في فتحه بعد ويتأكد بمثله الميل الي الوجه الذي نصره ابن الصباغ (المسألة الثانية) لا يصح بيع المرهون بعد الاقباض وقبل الانفكاك لانه عاجز عن تسليمه شرعا لما فيه من تفويت حق المرتهن (الثالثة) الجناية الصادرة من العبد قد تقتضي المال اما متعلقا برقبته أو بدمته وقد تقتضي القصاص وموضع تفصيله غير هذا فان أوجبت المال متعلقا بدمته لم يقدر ذلك في البيع بحال وان أوجبه متعلقا برقبته فهل يصح بيعه نظر ان باعه بعد اختيار الفداء فنعم هكذا اطلقه في التهذيب وان باعه قبله وهو معسر فلا لما فيه من ابطال حق المجني عليه * ومنهم من طرد الخلاف الذي نذكره في الموسر وحكم بثبوت الخيار للمجني عليه ان صح وان كان موسرا فطريقان (اصحهما) ان المسألة على قولين (اصحهما) انه لا يصح البيع لان حق المجني عليه متعلق به فممنع صحة بيعه كحق المرتهن في المرهون وبل أولى لان حق المجني عليه اقوى الا ترى انه إذا جنى العبد المرهون تقدم حق المجني عليه على حق المرتهن (والثاني) وبه قال أبو حنيفة واحمد والمزني انه يصح لان هذا الحق تعلق به من غير اختيار المالك فلا يمنع صحة

[130]

البيع كحق الزكاة وبخالف المرهون لانه بالرهن منع نفسه من التصرف وههنا لم يعقد عقدا ولم يحجز نفسه عن التصرف * وفي التتمة ان بعض اصحابنا خرج قولنا ثالثا وهو ان البيع موقوف فان فداه نقدوا الا فلا (والطريق الثاني) القطع بالمنع كما في المرهون (التفريع) ان لم نصح البيع فالسيد على خيرته ان شاء فداه والا سلمه ليباع في الجناية وان صحناه فالسيد مختار للفداء ببيعه مع العلم بجنابته فيجبر على تسليمه لانه بالبيع فوت محل حقه فاشبه ما لو اعتقه أو قتله وبهذا قال أبو حنيفة * وفيه وجه انه ليس مختار للفداء بل هو على خيرته ان أفدى امضى البيع والا فسخ * وعلى الاول وهو المذهب لو تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لافلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع في الجناية لان حق المجني عليه اقدم من حق المشتري * هذا إذا اوجبت الجناية المال بان كانت خطأ أو شبه عمد أو كانت واردة على الاموال وكذا الحكم لو اوجبت القصاص لكن المستحق عفا على مال ثم فرض البيع (فأما) إذا اوجبت القصاص ولا عفو فطريقان (أحدهما) طرد القولين وبه قال ابن خيران ومن القائلين بهذه الطريقة من بنى القولين على أن موجب العمد ماذا إن قلنا موحيه

[131]

القصد المحض صح بيعه كبيع المرتد وان قلنا موجه أحد الامرين فهو كبيع المرهون (وأصحهما) القطع بالصحة لبقاء المالية بحالها وتوقف الهلاك كتوقع موت المريض المشرف على الموت * وإذا وقع السؤال عن بيع العبد الجاني مطلقا فالجواب فيه ثلاث طرق (أحدها) انه ان كانت الجنابة موجبة للقصاص فهو صحيح وان كانت موجبة للمال فقولان (والثاني) ان كانت موجبة للمال فهو غير صحيح وان كانت موجبة للقصاص فقولان (والثالث) طرد القولين في الحالتين * ولو أعتق السيد العبد الجاني نظر ان كان معسرا فأصح القولين انه لا ينفذ وان كان موسرا ففي نفوذه ثلاثة أقوال (أصحها) النفوذ (وثانيها) انه موقوف ان فداءه نفذ وإلا فلا (ومنهم) من قطع بالنفوذ إذا كان موسرا وبعدم النفوذ إذا كان معسرا بخلاف المرهون * والفرق (أما) عند اليسار فلانه بسبيل من نقل حق المجني عليه الي ذمته باختيار الفداء فإذا أعتق انتقل الحق إلى ذمته وفي الرهن بخلافه (وأما) عند الاعسار فلان حق المجني عليه متعلق بالرقبة ولا تعلق له بذمة السيد وفي حق المرتهن متعلق بهما جميعا فنفوذ الاعتاق

[132]

هنا يبطل الحق بالكلية وفي الرهن غايته قطع أحد التعليقين * واستيلاد الجنابة كاعتقاها * ومتى فدا السيد العبد الجاني يفديه بأقل الامرين من الارش وقيمة العبد أو بالارش بالغ ما بلغ فيه خلاف يأتي في موضعه والاصح الاول (وأما) لفظ الكتاب فقد عرفت بما ألقيت عليك من الشرح ان قوله ولا يصح بيع نصف من سيف معناه بيع نصف معين وكذا قوله بيع ذراع من كرباس ولفظ النصل لا يختص بالسهم ألا ترى أن صاحب الصحاح يقول في تعريفه والنصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح (وقوله) لان الفصل ينقصه والبيع لا يوجب نقصان غير المبيع أراد به أن التسليم لا يحصل الا بالتفصيل والقطع والتسليم لا بد منه فلو صححنا البيع وألزمناه القطع كان هذا الزام تنقيص فيما ليس مبيعا وهذه عبارة صاحب النهاية * ثم نظم الكتاب قد يوهم خروج هذه المسألة عن صور العجز الشرعي بل حصر العجز الشرعي في المرهون لانه ذكر المسألة ثم قال ولا يصح بيع ما عجز عن تسلميه شرعا وهو المرهون لكنه عدها في الوسيط من صورته وقال البيع لا يلزم تنقيص عن المبيع والشرع قد يمنعه منه إذا كان فيه اسراف (وقوله) جنابة تعلق الارش برقبته يجوز أن يقرأ تعلق بفتح التاء واللام ويجوز أن يقرأ تعلق على

[133]

إيقاع فعل التعليق على الجنابة (وقوله) صح بيعه على أقوى القولين ترجيح لقول الصحة لكن الشافعي رضى الله عنه نص على القولين في المختصر وصرح باختيار المنع وبه قال طبقات الاصحاب * ثم يجوز أن يعلم ذكر الخلاف بالواو للطريقة القاطعة بالمنع وكذا قوله وكان التزاما للفداء للوجه الذي سبق ذكره (وقوله) لانه لم يحجر على نفسه إلى آخره اشارة الي الفرق بينه وبين المرهون * قال (الخامس العلم وليكن المبيع معلوم العين والقدر والصفة (أما) العين فالجهل به يبطل ونعنى به انه لو قال بعث منك عبدا من العبيد (ح) أو شاة من القطيع بطل (ح) ولو قال بعث

صاعا من هذه الصبرة وكانت معلومة الصيعان صح ونزل علي الاشاعة وان كانت مجهولة الصيعان لم يصح على اختيار القفال لتعذر الاشاعة ووجود الابهام. وابهام ممر الارض المبيعة كابهام نفس المبيع: وبيع بيت من دار دون حق الممر جائز على الاصح).

[134]

الشرط الخامس كون المبيع معلوما ليعرف ما الذي ملك بازاء ما بذل فينفي الغرر ولا شك انه لا يشترط العلم به من كل وجه فبين ما يعتبر العلم به وهو ثلاثة أشياء عين المبيع وقدره وصفته (أما العين فالقصد به انه لو قال بعث عبدا من العبيد أو أحد عبدي أو عبيدي هؤلاء أو شاة من هذا القطيع فهو باطل وكذا لو قال بعثهم الا واحدا ولم يعين المستثنى لان المبيع غير معلوم ولا فرق بين أن تتقارب قيم العبيد والشياه أو تتباعد ولا بين عدد من العبيد وعدد ولا بين أن يقول علي أن يختار رأبهم شئت أولا يقول ولا إذا قال ذلك بين أن يقدر زمان الاختيار أو لا يقدر * وعن أبي حنيفة انه إذا قال بعثك احدى عبدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من شئت في ثلاث فما دونها صح العقد * وأغرب المتولي فحكى عن القديم قولا مثله ووجهه بأن الشرع أثبت الخيار في هذه المدة بين العوضين ليختار هذه الفسخ أو هذا الامضاء فجازا أن يثبت له الخيار بين عبيدين وكما تتقدر نهاية الاختيار بثلاث تتقدر نهاية ما يتخير به من الاعيان بثلاثة * ولا يخفى ضعف هذا التوجيه ووجه المذهب القياس علي ما إذا زاد العبيد علي ثلاثة ولم يجعل له الاختيار ولو زاده على الثلاث أو فرض ذلك في الثياب والدواب

[135]

وغير العبيد من الاعيان وعلى النكاح فانه لو قال أنكحتك احدى ابنتي لا يصح النكاح * ولو لم يكن له الا عبد واحد فحضر في جماعة من العبيد وقال السيد بعثك عبدي من هؤلاء والمشتري يراهم ولا يعرف عين عبده فحكمه حكم بيع الغائب قاله في التتمة وقال صاحب التهذيب عندي هذا البيع باطل لان المبيع غير متعين وهو الصحيح * ثم في الفصل مسألتان (أحدهما) في بيع صاع من الصبرة والرأى أن يقدم عليهما فصلين (أحدهما) أن بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من أرض ودار وعبد وصبرة وثمره وغيرها صحيح نعم لو باع جزءا مشاعا من شئ بمثله من ذلك الشئ كما إذا كان بينهما نصفين فباع هذا نصفه بنصف ذاك فوجهان (أحدهما) انه لا يصح البيع لانه لا فائدة فيه (وأصحهما) الصحة لاجتماع الشرائط المرعية في العقد وله فوائد (منها) لو ملكا أو أحدهما نصيبه بالهبة من أبيه انقطع ولا يبي الرجوع (ومنها) لو ملكه بالشراء ثم اطلع بعد هذا التصرف علي عيب لم يملك الرد على بائعه و (منها) لو ملكته صداقا وطلقها الزوج قبل الدخول لم يمكن له الرجوع فيه * ولو باع الجملة واستثنى منها جزءا شائعا فهو صحيح أيضا (مثاله) أن يقول بعثك ثمرة هذا الحائط الاربعة أو قدر الزكاة منها ولو قال بعثك ثمرة هذا الحائط بثلاثة آلاف درهم الا ما يخص ألفا فان أراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور صح وكان

[136]

استثناء للثلث وان أراد ما يساوى ألفا عند التقويم فلا لانه مجهول (الفصل الثاني) لو باع ذراعا من أرض أو دار أو ثوب ينظر ان كانا يعلمان جملة ذراعها كما إذا باع ذراعا والجملة عشرة فالبيع صحيح وكأنه قال بعث العشر قال الامام الا ان قال بعنى معينا فيفسد كقوله شاة من القطيع * ولو اختلفا فقال المشتري أردت الاشاعة فالعقد صحيح وقال البائع بل أردت معينا ففيمن يصدق احتمالا و ذكر أيضا خروج وجه في فساد العقد وان لم نعن بالذراع معينا وستعرف كيفيته ان شاء الله تعالى * وان كانا لا يعلمان أو أحدهما ذرعان الدار والثوب لم يصح البيع لان أجزاء الارض والثوب تتفاوت غالبا في المنفعة والقيمة والاشاعة متعذرة * وعن أبي حنيفة انه لا يصح البيع سواء كانت الذرعان معلومة أو مجهولة ذهابا إلى أن الذراع اسم لبقعة مخصوصه فيكون البيع مبهما * ولو وقف على طرف الارض وقال بعثك كذا اذراعا من موقفي هذا في جميع العرض إلى حيث ينتهي في الطول صح البيع في أحد الوجهين * إذا عرفت الفصلين فنقول إذا قال بعثك صاعا من هذه الصبرة بكذا فله حالتان (إحدهما) أن يعلم مبلغ صيعان الصبرة فالعقد صحيح ونقل امام الحرمين في تنزيهه خلافا للأصحاب منهم من قال المبيع صاع من جملة مشاع أي صاع كان لان المقصود لا يختلف فعلى هذا يبقى المبيع ما بقى صاع وإذا تلف

[137]

بعض الصبرة لم يتوسط على المبيع وغيره (ومنهم) من نزل الامر على الاشاعة وقال إذا كانت الصبرة مائة صاع فالمبيع عشر العشر وعلى هذا لو تلف بعض الصبرة تلف بقدره من المبيع * هذا ما أورده الجمهور في هذه الحالة ومنهم صاحب الكتاب (والثانية) ان لا يعلم أو أحدهما مبلغ صيعانها ففي صحة البيع وجهان (أحدهما) وهو اختيار القفال انه لا يصح لان المبيع غير معين ولا موصوف فاشبه ما لو باع ذراعا من أرض أو ثوب وجملة الذرعان مجهولة أو باع صاعا من ثمرة النخل (والثاني) وهو الحكاية عن نصه انه صحيح والمبيع صاع منها أي صاع كان حتي لو تلف جميعها سوى اصاع واحد تعين العقد فيه والبائع بالخيار بين أن يسلم من أعلا الصبرة أو من أسفلها وإن لم يكن الاسفل مرتبا لان رؤية ظاهر الصبرة كروية كلها ويفارق صورة الاستشهاد لان أجزاء الصبرة الواحدة لا تختلف غالبا بخلاف تلك الصورة قال المعتبرون والوجه الثاني أظهر في المذهب ولكن القياس الاول لانه لو فرق صيعان الصبرة وقال بعثك واحدا منها لم يصح فما الفرق بين أن تكون متفرقة أو مجتمعة وأيضا لانه لو قال بعثك هذه الصبرة إلا صاعا منها لا يصح العقد إلا أن تكون الصيعان معلومة ولا فرق بين استثناء المعلوم من المجهول واستثناء المجهول من المعلوم في كون الباقي مجهولا * وفيما جمع من فتاوى القفال انه كان إذا سئل عن هذه المسألة يفتي بالوجه الثاني مع ذهابه إلى الاول ويقول المستفتي يستفتي عن مذهب الشافعي رضي الله عنه لا عن ما عندي ثم ذكر الائمة للخلاف في المسألة مأخذين (أحدهما) حكوا خلافا في أن علة بطلان البيع فيما إذا قال بعث عبدا

[138]

من العبيد ماذا فمن قائل علتة الغرر الذي فيه مع سهولة الاجتناب عنه ومن قائل علتة انه لا بد للعقد من مورد يتأثر به كما في النكاح قالوا والخلاف الذي نحن فيه مبني عليه فعلى الثاني لا يصح وعلى الاول يصح إذ لا غرر لتساوي أجزاء الصبرة (والثاني) قال الامام هو مبني على الخلاف في تنزيل العقد عند العلم بالصيعان ان قلنا المبيع ثم مشاع في الجملة فالبيع باطل لتعذر الاشاعة (وان قلنا) المبيع صاع غير مشاع فهو صحيح ههنا ايضا وهذا البناء لا يسلم عن النزاع لما ذكرنا ان الجمهور نزلوه في صورة العلم علي الاشاعة إن أمكن وإلا قالوا المبيع صاع أي صاع كان لاستواء العرض * ثم ادعى الامام أن من لا يدعى الجزئية والاشاعة يحكم ببطلان البيع فيما إذا باع ذراعا من أرض معلومة الذرعان وهذا هو الوجه الذي سبقت الاشارة إليه ولم أر له ذكرا إلا في كتابه (المسألة الثانية) قوله وإبها ممر الارض المبيعة كإبها ممر المبيع صورتها أن يبيع أرضا محفوفة بملكه جميع الجهات وشرط أن للمشتري حق الممر إليها من جانب ولم يعين فالبيع باطل لان الاغراض تتفاوت باختلاف الجوانب ولا يؤمن إفضاء الامر الي المنازعة فجعلت الجهالة في الحقوق كالجهالة في المعقود عليه (أما) إذا عين الممر من جانب فيصح البيع وكذا لو قال بعثتها بحقوقها وثبت للمشتري حق الممر من جميع الجوانب كما كان ثابتا للبائع قبل البيع وإن أطلق البيع ولم يتعرض للممر ففي المسألة وجهان (أظهرهما) أن مطلق البيع يقتضي حق الممر لتوقف حق الانتفاع عليه فعلى هذا البيع صحيح كما لو قال بعثتها بحقوقها (والثاني) انه لا يقتضيه لانه لم يتعرض له فعلى هذا هو كما لو نفى الممر وفيه وجهان (أحدهما) أن

[139]

البيع صحيح لامكان التدرج إلي الانتفاع بتحصيله ممرا (وأصحهما) عند الامام وغيره البطلان لتعذر الانتفاع بها في الحال * ولو أن الارض المبيعة كانت ملاصقة للشارع فليس للمشتري طروق ملك البائع فان العادة في مثلها الدخول من الشارع فينزل الامر عليها ولو كانت ملاصقة لملك المشتري فلا يتمكن من المرور فيما أبغاه البائع لنفسه بل يدخل فيه من ملكه القديم وأبدي الامام احتمالا قال وهذا إذا أطلق البيع أما إذا قال بحقوقها فله المرور في ملك البائع وصاحب الكتاب رجح من وجهي مسألة نفى الممر وجه الصحة لكن الاكثرين على ترجيح مقابلة وتوسط في التهذيب فقال ان أمكن اتخاذ ممر من جانب صح البيع وإلا فلا * ولو باع دارا واستثنى لنفسه بيتا فله الممر وان نفى الممر نظر ان أمكن اتخاذ ممر آخر صح وان لا فوجهان ووجه المنع ما قدمناه عن شارح المفتاح * قال (أما) القدر فالجهل به فيما في الذمة ثمننا أو ثمننا مبطل كقوله بعث بزنة هذه الصنجة * ولو قال بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم صح (ح) وان كانت مجهولة الصيعان لان تفصيل الثمن معلوم وان لم يعلم جملة والغرر ينتقى به فان كان معين فالوزن غير مشروط بل يكفي عيان صبرة الحنطة والدرهم * فان كان تحتها دكة تمنع تخمين القدر فيخرج علي قولي بيع الغائب لاستواء الغرر وقطع بعض المحققين بالبطلان لعسر إثبات الخيار

مع جريان الرؤية) * المبيع قد يكون في الذمة وقد يكون معنا والاول هو السلم والثاني وهو المشهور باسم البيع

[140]

والثمن فيهما جميعا قد يكون في الذمة وان كان يشترط في السلم التسليم في مجلس العقد وقد يكون معنا فيما كان في الذمة من العوضين فلا بد وان يكون معلوم القدر حتى لو قال بعتك ملء هذا البيت حنطة أو بزنة هذه الصنجة ذهباً لم يصح البيع وكذا لو قال بعته هذا بما باع به فلان فرسه أو ثوبه وهما لا يعلمانه أو أحدهما لانه غرر يسهل الاجتناب عنه وحكى وجه انه يصح لامكان الاستكشاف وازالة الجهالة فصار كما إذا قال بعتك هذه الصبرة كل صاع منها بدرهم يصح البيع وان كانت الجملة مجهولة في الحال نقله في التتمة * وذكر بعضهم انه إذا حصل العلم قبل التفريق صح البيع ولو قال بعتك بمائة دينار الا عشرة دراهم لم يصح إلا ان يعلما قيمة الدينار بالدراهم * ولو قال بعتك بالف من الدراهم والدينانير لم يصح لان قدر كل واحد منهما مجهول وعن أبي حنيفة انه يصح * وإذا باع بدراهم أو دغانير فلا بد من العلم بنوعهما فان كان في البلد نقد واحدا ونقود ولكن الغالب التعامل بواحد منها انصرف العقد إلى المعهود وان كان فلوسا إلا أن تعين غيره وان كان نقد البلد مغشوشا فقد ذكرنا وجهين في صحة التعامل به في كتاب الزكاة إلا اننا خصصنا الوجهين بما اذا كان مقدار النقرة مجهولا وربما نقل العراقيون الوجهين على الاطلاق ووجهوا المنع بان المقصود غير مميز عما ليس بمقصود فاشبه مالوا شيب اللبن بالماء وبيع فانه لا يصح وكيف ما كان فالاصح الصحة وإذا فرعنا عليه انصرف العقد عند الاطلاق إليه * وحكى صاحب التتمة وجهها ثالثا في التعامل بالدراهم المغشوشة وهو أنه ان كان الغش غالبا لم يجز وان

[141]

كان مغلوبا فيجوز وادعي ان هذا مذهب ابي حنيفة واختيار القاضى الحسين * ولو باع شيئا بدراهم مغشوشة ثم بان ان نقرتها يسيرة جدا فله الرد وعن أبي الغياض تخرج وجهين فيه وان كان في البلد نقدان أو نقود مختلفة وليس بعضها أغلب من بعض فالبيع باطل حتى يعين وتقويم المتلفات يكون بغالب نقد البلد فان كان في البلد نقدان فصاعدا ولا غالب عين القاضى واحدا للتقويم * ولو غلب من جنس العرض نوع فهل ينصرف الذكر إليه عند الاطلاق فيه وجهان المحكى عن أبي اسحق انه ينصرف كما ذكرنا في العقد قال في التتمة وهو المذهب ومن صورته ان يبيع صاعا من الحنطة بصاع منها أو بشعير في الذمة ثم أحضر قبل التفريق * وكما ينصرف العقد إلى النقد الغالب ينصرف في الصفات إليه أيضا حتى لو باع بدينار أو بعشرة والمعهود في البلد الصحاح انصرف العقد إليه وإن كان المعهود المكسرة فكذلك قال في البيان إلا أن تتفاوت قيم المكسرة فلا يصح وعلى هذا القياس لو كان المعهود ان يوجد نصف الثمن من هذا والنصف من ذاك أو ان يوجد على نسبة أخرى فالبيع صحيح محمول عليه * وان كان يعهد التعامل بهذا مرة وبهذا مرة ولم يكن بينهما تفاوت صح البيع ويسلم ما شاء منهما وان كان بينهما تفاوت بطل البيع كما لو كان في

البلد نقدان عامان واطلق * ولو قال بعث بالف صحاح ومكسرة فوجهان (أظهرهما) انه يبطل لانه لم يبين قدر كل واحد منهما (والثاني) يصح ويحمل على التنصيف ويشبه ان يكون هذا الوجه جاريا فيما إذا قال بالف ذهباً وفضه * ولو قال بعث بدينار صحيح فجاء بصحيحين وزنهما مثقال فعليه

[142]

القبول لان الغرض لا يختلف بذلك ولو جاء بصحيح وزنه مثقال ونصف قال في التتمة عليه قبوله والزيادة امانة في يده والحق انه لا يلزمه القبول لما في الشركة من الضرر وقد ذكر صاحب البيان نحواً من هذا ولكن ان تراضيا عليه جاز وحينئذ لو أراد أحدهما كسره وامتنع الاخر لم يجبر عليه لما في هذه القسمة من الضرر * ولو باع بنصف دينار صحيح وشرط ان يكون مدورا جاز ان كان يعم وجوده وان لم يشترط فعليه شق وزنه نصف مثقال فان سلم إليه صحيحا اكثر من نصف مثقال وتراضيا على الشركة فيه جاز * 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 وان شرط في عقد الثاني تسليم صحيح عنهما فالعقد الثاني فاسد والاول ماض على الصحة ان جرى الثاني بعد لزومه والا فهو الحاق بشرط فاسد بالعقد في زمان الخيار وسيأتي حكمه * ولو باع بنقد قد انقطع عن أيدي الناس فهو باطل لعدم القدرة على التسليم وان كان لا يوجد في تلك البلدة ويوجد في غيرها فان كان حالا أو مؤجلا الي مدة لا يمكن نقله فهو باطل ايضا وان كان مؤجلا إلى مدة يمكن نقله صح ثم ان حل الاجل وقد أحضره فذاك وإلا فينبى علي ان الاستبدال عن الثمن هل يجوز (إن قلنا لا فهو كما لو انقطع المسلم فيه (وإن قلنا) نعم فيستبدل والا يفسخ العقد وفيه وجه انه يفسخ وان كان يوجد في البلد الا أنه عزيز (فان قلنا) يجوز الاستبدال عن الثمن صح العقد فان وجد فذاك وإلا تبادلا (وان قلنا لا لم يصح * ولو كان القدر الذي جرى به التعامل

[143]

موجودا ثم انقطع ان جوزنا الاستبدال تبادلا والا فهو كانقطاع المسلم فيه * ولو باع شيئا بنقد معين أو مطلقا وحملناه علي نقد البلد فابطل السلطان ذلك النقد لم يكن للبائع الا ذلك النقد كما لو اسلم في حنطته فرخصت ليس له غيرها لو فيه وجه آخر انه مخير ان شاء اجاز العقد بذلك النقد وان شاء فسخه كما لو تعيب المبيع قبل القبض وعن أحمد انه يجب تسليم النقد الجديد بالقيمة * وإذا وقفت على هذه المسائل فاعم ان صاحب الكتاب لما ذكر ان العلم بقدر العوض لا بد منه إذا كان في الذمة احتاج الي بيان مسألة هي كالمستثناة عن هذه القاعدة وهي أنه لو قال بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم يصح العقد وان كانت الصبرة مجهولة الصيعان وقدر الثمن مجهولا وبه قال مالك وأحمد وكذا الحكم لو قال بعثك هذا الارض أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم أو هذه الاغنام كل واحدة بدينار وقال أبو حنيفة إذا كانت الجملة مجهولة صح البيع في مسألة الصبرة وفي قفيز واحد دون الباقي وفي مسألة الارض والثوب لا يصح في شئ وهذا ما

حكاه القاضي ابن كج عن أبي الحسين في الصور كلها وجه الصحة أن الصبرة مشاهدة والمشاهدة كافية للصحة على ما سنذكره ولا يضر الجهل بمبلغ الثمن لان تفصيله معلوم والغرر يرتفع به فانه يعلم أقصى ما تنتهي إليه الصبرة وقد رغب فيها على شرط مقابلة كل صاع بدرهم كما كانت * ولو قال بعتك عشرة من هؤلاء الاغنام بكذا لم يصح وان علم عدد الجملة بخلاف مثله في الصبرة والارض والثوب لان قيمة الشاة تختلف فلا يدري كم العشرة من الجملة كذا ذكره في التهذيب وقياس ما قدمناه من عدم الصحة فيما إذا باع ذراعا من ثوب أو من أرض مجهوله الذرعان تعليلا بأن أجزاء الارض والثوب تختلف أن يكون قوله بعتك كذا ذراعا من الارض وهي معلومة الذرعان كقوله بعتك كذا عددا من هذه الاغنام وهي معلومة العدد فليسو بينهما في الصحة أو عدمها * ولو قال بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم لم يصح لانه لم

[144]

بيع جميع الصبرة ولا بين المبيع منها وعن ابن سريج انه يصح في صاع واحد كما لو قال بعتك قفيزا من الصبرة بدرهم ولو قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم أو قال مثله في الثوب والارض نظر ان خرج كما ذكر صح البيع وان خرج زائدا أو ناقصا فقولان قال في التهذيب (أصحهما) انه لا يصح البيع لانه باع جملة الصبرة بالعشرة بشرط مقابلة كل صاع منها بدرهم والجمع بين هذين الامرين عند الزيادة والنقصان محال (والثاني) انه يصح لاشارته الي الصبرة ويلغى الوصف وعلى هذا ان خرج ناقصا فللمشتري الخيار فان أجاز فيجوز بجميع الثمن لمقابلة الصبرة به أو بالقسط لمقابلته كل صاع بدرهم فيه وجهان وان خرج زائدا فلمن تكون الزيادة فيه وجهان (أظهرهما) انها للمشتري لان جملة الصبرة مبيعة منه فعلى هذا لا خيار له وفي البائع وجهان (أصحهما) انه لا خيار له ايضا لانه رضى ببيع جميعها (والثاني) ان الزيادة للبائع وعلى هذا لا خيار له وفي المشتري وجهان (أصحهما) ثبوت الخيار إذا لم يسلم له جميع الصبرة * هذه ما نذكره الآن في أحد القسمين وهو أن يكون العوض في الذمة فأما إذا كان معينا فلا يشترط معرفة قدره بالوزن والكيل حتي لو قال بعتك هذه الدراهم أو هذه الصبرة صح ويكفي عيان الدراهم والصبرة ربطا للعقد بالمشاهدة نعم حكوا قولين في انه هل يكره بيع الصبرة جزافا وعن مالك ان علم البائع قدر كيلها لم يصح البيع حتى يبينه وحكي إمام الحرمين عنه انه لا بد من معرفة المقدار فلا يصح بيع الصبرة جزافا ولا بالدراهم جزافا ولو كانت الصبرة علي موضع من الارض فيه ارتفاع وانخفاض أو باع السمن ونحوه في طرف مختلف الاجزاء دقة وغلطا فقد حكي المصنف في لوسيط ثلاث طرق وقضية إيراد الامام الاقتصار على الاول والثالث (أظهرها) وبه قال الشيخ أبو محمد أن في صحة البيع قولى بيع الغائب لان انخفاض الارض وارتفاعها وغلط الطرف ودقته يمنع تخمين القدر وإذا

[145]

لم يفد العيان احاطة كان كعدم العيان في احتمال الغرر (والثاني) القطع بالبطلان لانا إذا صحنا بيع الغائب أثبتنا فيه الخيار عند الرؤية والرؤية

حاصلة ههنا فيبعد إثبات الخيار معها ولا سبيل الي نفيه لمكان الجهالة
وهذان الطريقتان هما المذكوران في الكتاب والطريقة الثانية ضعيفة وان
نسبت إلى المحققين لان الصفة والمقدار مجهولان في بيع الغائب ومع
ذلك خرجناه على قولين فكيف نقطع بالبطلان ههنا مع معرفة بعض
الصفات بالرؤية فان قلنا بالصحة فوقت اثبات الخيار ههنا معرفة مقدار
الصبة أو التمكّن من تخمينه برؤية ما تحتها * (والطريق الثالث) نقله الامام
عن رواية الشيخ أبي علي في مهذبه الكبير القطع بالصحة ذهابا الي أن
جهالة المقدار غير جائزة بعد المشاهدة فان فرعنا علي البطلان فلو باع
الصبرة والمشتري يظن انها علي استواء الارض ثم بان تحتها دكة هل
يتبين بطلان العقد فيه وجهان (أحدهما) نعم وبه قال الشيخ أبو محمد لانا
تبينا بالاخرة أن العيان لم يفد علما (وأظهرهما) لا ولكن للمشتري الخيار
تنزيلا لما ظهر منزلة الغيب والتدليس هذا ما أورده صاحب الشامل وغيره *
ولو قال بعثك هذه الصبرة الا صاعا فان كانت معلومة الصيعان صح والا فلا
وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يصح وإن كانت مجهولة الصيعان واحتجوا
للمذهب بما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا في البيع *
ثم اختلفوا في وجه الاحتجاج فذكر الماوردي في الحاوي ان المراد من
الخبر الصورة التي نحن فيها وقال قائلون الخبر ينفي احتمال الاستثناء
مطلقا فان ترك العمل به في موضع وجب أن لا يترك ههنا والله أعلم *
قال (أما الصفة ففي اشتراط معرفتها بالعيان قولان اختار المزني
الاشتراط وأبطل بيع (ح م) ما لم يره وشراءه ولعله اصح القولين وفي
الهيئة قولان مرتبان وأولى بالصحة وعلي القولين يخرج شراء الاعمي لانه
يقدر على التوكيل بالرؤية والفسخ على اصح الوجهين ويصح سلم الاعمي
اعتمادا علي الوصف وكذلك الاكمه الا علي رأى المزني فانه أول كلام
الشافعي رضي الله عنه علي غير الاكمه) *

[146]

في الفصل مسائل (إحداها) في بيع الاعيان الغائبة والحاضرة التي لم تر
قولان قال في القديم وفي الاملاء والصرف من الجديد انه صحيح وبه قال
مالك وأبو حنيفة وأحمد لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال (من اشترى
ما لم يره فله الخيار إذا رآه (1) ومعلوم أن الخيار انما يثبت في العقود
الصحيحة ولانه عقد معاوضة فلم يكن من شرطه رؤية المعقود عليه
كالنكاح وقال في الام والبويطى لا يصح وهو اختيار المزني ووجه انه بيع
غرر وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ولانه مبيع
مجهول الصفة عند العاقد حال العقد فلم يصح بيعه كما لو أسلم في شئ
ولم يصفه واشتهر القول الاول بالقديم والثانى بالجديد واختلفوا في
محلها علي طريقتين (أصحهما) عند ابن الصباغ وصاحب التتمة وغيرهما
ان القولين مطردان في المبيع الذي لم يره المتبايعان كلاهما وفيما لم
يره أحدهما (والثانى) ان القولين فيما إذا شاهده البائع دون المشتري أما
إذا لم يشاهده البائع فالبيع باطل قولوا واحدا لان الاجتناب عن هذا الغرر
سهل علي البائع فانه المالك والمتصرف في المبيع ومنهم من جعل البيع
أولي بالصحة لان البائع معرض عن الملك والمشتري محصل له فهو أجدر
بالاحتياط وهذا يوجب خروج طريقة ثالثة وهي القطع بالصحة إذا رآه
المشتري وتخصيص الخلاف فيما إذا لم يره وفي البيان اشارة إلى هذه
الطريقة

[147]

الثالثة والقولان في شراء الغائب وبيعه يجريان في إجارته وفيما إذا أجر بعين غائبة أو صالح عليها أو جعلها رأس مال السلم ثم سلم في مجلس العقد * ولو أصدقها عينا غائبة أو خالعهما عليها أو عفا عن القصاص على عين غائبة صح النكاح وحصلت البيونة وسقط القصاص وفي صحة المسمى القولان فإن لم يصح وجب مهر المثل على الرجل في النكاح وعلى المرأة في الخلع ووجبت الدية على المعفو عنه ويجريان أيضا في هبة الغائب ورهنه وهما أولى بالصحة لانهما ليسا من عقود المغائبات بل الرهن والواهب مغبونان لا محالة والمرتهن والمتهب مرتفقان لا محالة ولهذا قيل إنا إذا صححناهما فلا خيار عند الرؤية إذ لا حاجة إليه (الثانية) إذا لم تجوز شراء الغائب وبيعه لم يجز بيع الأعمى وشراؤه وإن جوزناه فوجهان (أظهرهما) أنه لا يجوز أيضا والفرق إنا إذا جوزنا شراء الغائب ثبت فيه خيار الرؤية وهاهنا لا سبيل إلى اثبات خيار الرؤية إذا لا رؤية فيكون كبيع الغائب على شرط أن لا خيار (والثاني) أنه يجوز ويقام وصف غيره له مقام رؤيته كما تقام الإشارة مقام النطق في حق الأخرس وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وقد يعبر عما ذكرنا بأن يقال في بيعه وشراؤه طريقان (أحدهما) أنه على قولي شراء الغائب (والثاني) القطع بالمنع وبني بانون هذين الطريقتين على

[148]

أنه هل يجوز للبصير إذا صححنا منه شراء الغائب أن يوكل غيره بالرؤية وبالفسخ أو الإجازة على ما يستصوبه وفيه وجهان (أظهرهما) أنه يجوز كالتوكيل في خيار العيب وخيار الحلف (والثاني) لا يجوز لأن هذا الخيار مربوط بإرادة من له الخيار ولا تعلق له بعرض ولا وصف ظاهر فاشبه ما لو أسلم الكافر على عشر نسوة ليس له أن يوكل بالاختيار فإن صححنا التوكيل خرج بيعه وشراؤه على قولي شراء الغائب وإلا قطعنا بالفساد لانه لو صح لتمكن منه جهالة لا تزول ولما أفضى الأمر إلى قرار وإذا قلنا لا يصح بيع الأعمى وشراؤه لا يصح منه الإجازة والرهن والهبة أيضا وهل له أن يكتب عبده قال في التهذيب لا وقال في التتممة المذهب أن له ذلك تغليا للعتق ويجوز أن يؤجر نفسه وللعبد الأعمى أن يشتري نفسه وإن يقبل الكتابة على نفسه ويجوز له أن ينكح وإن يزوج موليه تفريعا على أن العمى غير قاذح في الولاية والصدوق عين مال لم يثبت المسمى وكذلك إو خال الأعمى على مال وأما إذا أسلم في شيء أو باع سلما فينظر إن عمى بعد ما بلغ سن التمييز فهو صحيح لأن السلم يعتمد الأوصاف وهو والحالة هذه مميز بين الألوان ويعرف الأوصاف ثم يوكل من يقبض عنه على الوصف المشروط وهل يصح قبضه بنفسه فيه وجهان (أصحهما) لا لانه لا يميز بين المستحق وغيره وإن كان أكمه أو عمى قبل ما بلغ سن التمييز فوجهان (أحدهما) أنه لا يصح سلمه لانه لا يعرف الألوان ولا يميز بينها وبهذا قال المزني ويحكي عن ابن سريج وابن خيران وابن أبي هريرة أيضا واختاره صاحب التهذيب (وأصحهما) عند العراقيين وغيرهم ويحكي عن أبي إسحق المروزي وبه أجاب في الكتاب أنه يصح لانه يعرف الصفات والألوان بالسمع ويتخيل فرقا بينهما فعلى هذا إنما يصح إذا كان رأس المال موصوفا غير معين في المجلس أما إذا كان معيناً فهو كبيع العين الغائبة * وكل ما لا نصحه من الأعمى من التصرفات فسيبيله أن يوكل عنه ويحتمل

ذلك للضرورة والله أعلم * وانرجع الي ما يتعلق بلفظ الكتاب من الفوائد (قوله) الصفة إلى قوله فابطل بيع ما لم يره وشراءه جواب على طريقة طرد القولين في البيع والشراء هو الاشهر (قوله) ولعله اصح القولين انما فرض القول فيه لان طائفة من أصحابنا مالوا الي قول التصحيح وافتوا به وقد

[149]

تابعهم صاحب التهذيب والرويانى عليه * وعن الخضرى انه كان لا يحرم بالفساد إذا سئل عن بيع الغائب بل يقول ان لم يصح الخبر فالقياس فساده وقوله على القولين يخرج شراء الاعمى مصيرا إلى طرد القولين في شراء الاعمى وليكن معلما بالواو للطريقة القاطعة بالمنع وإليها ذهب الاكثرون وقوله انه يقدر على التوكيل اشارة إلى ما سبق من مضى الطريقين وجعله الصحة اصح الوجهين غير منازع فيه لكن ذهب الاكثرين إلى القطع بالمنع يشوش ذلك البناء لان قانس ترجيح وجه الصحة يرجح طريقة القولين وقوله فانه اول كلام الشافعي رضى الله عنه علي غير الاكمله اراد به ان الشافعي رضى الله عنه اطلق القول في جواز سلم الاعمى فقال المزني في مختصر سننه ان يكون اراد الشافعي رضى الله عنه لمعرفتي بلفظ الاعمى الذى عرف الالوان قبل ان يعمي واما من خلق اعمي فانه لا معرفة له بالالوان وحكم بفساد سلمه * قال (التفريع * ان شرطنا الروية فالروية السابقة كالمقارنة (و) فيما لا يتغير غالبا وليس استقصاء الوصف كالروية على الاظهر * ورؤية بعض المبيع كافية إن دل على الباقي لكونه من جنسه أو كان صوأناً له خلفة كقشر الرمان والبيض * لما فرغ من ذكر القولين في شراء الغائب والصور الملحقة به اراد أن يفرع عليها فعد في هذا الفصل فروعا علي قولنا باشتراط الرؤية وفي الفصل الذى يليه فروعا علي القول المقابل له فاما فروع هذا الفصل الذى ذكرها فهي ثلاثة (أحدها) لو اشترى غائبا رآه قبل العقد نظر ان كان مما لا يتغير غالبا كالاراضى والوانى والحديد والنحاس ونحوها أو كان لا يتغير في المدة المتخللة بين الرؤية والشراء صح العقد لحصول العلم الذى هو المقصود وقال الانماطى لا يصح لان ما كان شرطا في العقد ينبغى أن يوجد عنده كالقدرة علي التسليم في البيع والشهادة في النكاح والمذهب الاول * واحتج الاصطخرى على الذاب عن الانماطى في المسألة فقال رأيت لو كان في يده خاتم فاراه غيره حتى نظر إلى جميعه ثم غطاه بكفه ثم باعه منه هل يصح قال لا قال رأيت لو دخل

[150]

دارا ونظر الى جميع بيوتها وعلا إليها ثم خرج منها واشتراها هل يصح قال لا قال رأيت لو دخل أرضا ونظر إلى جميعها ثم وقف في ناحية منها واشتراها هل يصح فتوقف فيه ولو ارتكبه لكان مانعا بيع الاراضى والضياع التي لا تشاهد دفعة واحدة فانه خلاف الاجماع * ثم إذا صحنا الشراء فان وجدته كما رآه اولا فلا خيار له وإن وجدته متغيرا فقد حكى المصنف فيه وجهين في الوسيط (أحدهما) انه يتبين بطلان العقد لتبين انتفاء المعرفة (واصحهما) وهو الذى أورده الجمهور انه لا يتبين ذلك لبناء العقد في الاصل

على ظن غالب ولكن له الخيار قال الامام وليس المعني بتغيره تعبته فان خيار العيب لا يختص بهذه الصورة ولكن الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية وكل ما فات منها فهو بمثابة ما لو تبين الخلف في الشرط * وإن كان المبيع مما يتغير في مثل تلك المدة غالبا كما إذا رأى ما يتسارع إليه الفساد من الاطعمة ثم اشتراه بعد مدة صالحة فالباع باطل وان مضت مدة يحتمل أن يتغير فيها ويحتمل أن لا يتغير أو كان المبيع حيوانا ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يصح البيع لما فيه من الغرر ويحكى هذا عن المزني وابن أبي هريرة (واصحهما) الصحة لان الظاهر بقاؤه بحاله فان وجده متغيرا فله الخيار وإذا اختلفا فقال البائع هو بحاله وقال المشتري بل تغير فوجهان (أحدهما) أن القول قول البائع لان الاصل عدم التغير واستمرار العقد (واظهرهما) وهو المحكى عن نصه في الصرف أن القول قول المشتري مع يمينه لان البائع يدعي عليه الاطلاع على المبيع على هذه الصفة والرضى به وهو ينكره فاشبه ما إذا ادعى عليه الاطلاع على العيب وانكر المشتري * (الثاني) استقصاء الاوصاف على الحد المعبر في السلم هل يقوم مقام الرؤية وكذا سماع وصفه بطريق التواتر فيه وجهان (أحدهما) نعم لان ثمرة لرؤية المعرفة وهما يفيدانها فعلى هذا يصح البيع على القولين ولا خيار (واصحهما) لان الرؤية تطلع على أمور تضيق

[151]

عنها العبارة * ثم الصائرون إلى هذا الوجه ومنهم أصحابنا العراقيون اختلفوا في أن استقصاء الوصف هل يشترط على قولنا بصحة بيع الغائب على ما ستعرفه ان شاء الله تعالى (الثالث) إذا رأى بعض الشيء دون بعض نظر ان كان مما يستدل برؤية بعضه على الباقي صح البيع كما إذا رأى ظاهر الصبرة منه الحنطة والشعير لان الغالب أن أجزاءها لا تختلف وتعرف جملتها برؤية ظاهرها ثم لا خيار له إذا رأى باطنه الا إذا خالف باطنه ظاهره * وفي التتمة أن ابا سهل الصعلوكي حكى قولاً عن الشافعي رضى الله عنه انه لا تكفى رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من تقليبها ليعرف حال باطنها أيضا وهكذا حكاه أبو الحسن العبادي عن الصعلوكي نفسه وقال انما الجاه إليه ضرورة نظر المبيع والمذهب المشهور هو الاول * وفي معنى الحنطة والشعير صبرة الجوز واللوز والدقيق لان الظاهر استواء ظاهرها وباطنها * ولو كان شيء منها في وعاء فرأى اعلاه أو رأى اعلاء السمن والخل وسائر المائعات في ظروفها كفا ولو كانت الحنطة في بيت وهو مملوء منها فرأى بعضها من الكوة أو الباب كفى ان عرف سعة البيت وعمقه والا فلا وكذا حكم الحمد في المجمدة ولا يكفى رؤية صبرة البطيخ والرمان والسفرجل لانها تباع في العادة عددا وتختلف اختلافا بينا فلا بد من رؤية واحد واحد وكذا لا يكفى في شراء السلة من العنب والخوخ ونحوهما رؤية الاعلا لكثرة الاختلاف فيها بخلاف صبرة الحبوب والتمر ان لم تلتزق حبانه فصبرته كصبرة الجوز واللوز وان التزقت كالقوصرة فيكفى روية اعلاها على الصحيح وعن الصيمري حكاية خلاف في القطن في العدل انه هل يكفى رؤية اعلاه أم لا بد من روية جميعه قال والاشبه عندي انه كقوصرة التمر * ولو رأى انموذجا وبنى البيع عليه نظر ان قال بعثك من هذا النوع كذا فهو باطل لانه لم يعين مالا ولا راعى شرط السلم ولا يقوم ذلك مقام الوصف في السلم على الصحيح لان الوصف باللفظ يمكن الرجوع إليه عند

[152]

الاشكال * ولو قال بعثك الحنطة التي في هذا البيت وهذا لانموذج منها نظر ان لم يدخل الانموذج في البيع ففيه وجهان (احدهما) صحة البيع تنزيلا له منزلة استقصاء الوصف (وأصحهما) المنع لان المبيع غير مرئى ولا يشبه استقصاء الوصف لما ذكرنا في السلم وان أدخله في البيع فعن القفال وغيره القطع بالصحة كالو رأى بعض الصبرة وعن بعض الأئمة القطع بالمنع قال امام الحرمين والقياس ما قاله القفال ولا يخفى أن مسألة الانموذج انما تفرض في المتماثلات * وان كان ذلك الشئ مما لا يستدل برؤية بعضه على الباقي نظر ان كان المرئى صوانا للباقي كقشر الرمان والبيض كفى رؤيته وان كان معظم المقصود مستورا لان صلاحه في إبقائه فيه وكذا لو اشترى الجوز واللوز في القشرة السفلي ولا يصح بيع اللب وحده فيها لا على القول الذى يفرع عليه ولا على القول الاخر لان تسلميه لا يمكن الا بكسر القشرة وفيه تغيير عين المبيع * ولو رأى المبيع من وراء قارورة هو فيها لم يكف لان المعرفة التامة لا تحصل به ولا يتعلق صلاح بكونه فيها بخلاف السمك يراه في الماء الصافى يجوز بيعه وكذا الارض يعلوها ماء صاف لان الماء من صلاحها ولا يمنع معرفتها وان لم يكن كذلك لم تكف رؤية البعض على هذا القول (وأما) على القول الآخر ففيه كلام موضعه الفصل الذى يلى هذا الفصل * واعلم أن الرؤية في كل شئ على حسب ما يليق به ففى شراء الدار لا بد من رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلا وخارجا ومن رؤية المستحم والبالوعة وفى البستان من رؤية الاشجار والجدران ومسائل الماء ولا حاجة إلى رؤية أساس البنيان وعروق الاشجار ونحوها وفى الجرجانيات لابي العباس الروياني ذكر وجهين في اشتراط رؤية طريق الدار ومجرى الماء الذى تدور به الرحا * وفى شراء العبد لا بد من رؤية الوجه والاطراف ولا يجوز رؤية العورة وفى باقى البدن وجهان (أظهرهما) وهو المذكور في التهذيب انه لا بد من رؤيته وفى الجارية وجوه (أحدها) يعتبر رؤية ما يرى من العبد (والثانى) رؤية ما يبدو عند المهنة (والثالث)

[153]

يكفى رؤية الوجه والكعبين وفى رؤية الشعر وجهان قال فى التهذيب (أصحهما) اشتراطها ولا يشترط رؤية الاسنان واللسان فى أصح الوجهين * وفى الدواب لا بد من رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها ويجب رفع السرج والاكاف والجل وعن بعض الاصحاب أنه لا بد من أن يجرى الفرس بين يديه ليعرف سيره * والثوب المطوى لا بد من نشره قال الامام ويحتمل عندي ان نصح بيع الثياب التي لا تنشر بالكلية الا عند القطع لما فى نشرها من التنقيص وتلحق بالجوز واللوز لا يعتبر كسرهما لرؤية لليوب مع انها معظم المقصود ثم إذا نشرت فما كان صفيقا كالديباج المقش فلا بد من رؤية كلا وجهيه وفى معناه البسط والزلاي وما كان رقيقا لا يختلف وجهاه كالكرباس يكفى رؤية أحد وجهيه فى أصح الوجهين * ولا يصح بيع الثياب التورية فى المسوح على هذا القول قال الامام وعموم عرف الزمان محمول على المحافظة على المالية والاعراض عن رعاية حدود الشرع * وفى شراء المصحف والكتب لا بد من تقليب الاوراق ورؤية جميعها وفى البياض لا بد من رؤية جميع الطاقات وذكر أبو الحسن العبادي أن القفاع يفتح رأسه وينظر فيه بقدر الامكان حتى يصح بيعه وصاحب الكتاب أطلق

المسامحة في الاحياء فيما اظن والله أعلم * قال (وإن لم نشترط الروية
فبيع اللبن في الضرع باطل (م) لتوقع اختلاطه بغير المبيع وعسر التسليم
* ولو اشترى ثوبا نصفه في صندوق فالتص أنه باطل لان الروية سبب
اللزوم وعدمها سبب الجواز فيتناقضان علي محل واحد لا يتبعض * ولو
قال بعث ما في كمي لم يصح (و) ما لم يذكر الجنس * ومهما رأى البيع فله
الخيار وله الفسخ قيل الروية دون الاجازة لان الرضا قبل حقيقة المعرفة
لا يتصور وفيه وجه آخر *

[154]

أمهات مسائل الفصل أربع (إحداها) بيع اللبن في الضرع باطل وعن مالك
رضي الله عنه انه إذا عرف قدر حلابها في كل دفعة صح وان باعه أياما * لنا
ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى
أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع) (1) ولانه مجهول القدر لتفاوت
تخن الضروع ولانه يزداد شيئا فشيئا لاسيما إذا أخذ في الحلب وما يحدث
ليس من المبيع فلا يتأني التمييز والتسليم * ولو قال بعثك من اللبن الذي
في ضرع هذه البقرة كذا لم يجز أيضا على الصحيح لان وجود القدر
المذكور في الضرع لا يستيقن وفيه وجه انه يجوز كما لو باع قدرا من اللبن
في الطرف فيجى فيه قولاً ببيع الغائب * ولو حلب شيئا من اللبن فراه ثم
باعه مدا مما في الضرع فقد نقلوا فيه وجهين كما في مسألة الانموذج
قال الامام وهذا لا ينقدح إذا كان المبيع قدرا لا يتأني حليه إلا ويتزايد اللبن
فان المانع قائم والحالة هذه فلا ينفع إبداء الانموذج نعم لو كان المبيع
يسيرا وابتدر إلى الحلب فلا يفرض والحالة هذه

[155]

ازدياد شئ به مبالاة فيحتمل التجويز لكن إذا صورنا الامر هكذا فلا حاجة
إلى ابداء الانموذج في التخريج علي الخلاف بل صار صائرون الي الحاقه
ببيع الغائب وآخرون ختموا الباب والحقوا القليل بالكثير وصاحب الكتاب
في الوسيط حكى الخلاف في صورة أخرى تناسب هذه وهي أن يقبض
على قدر من الضرع ويحكم شده ويبيع ما فيه * (وقوله) في الكتاب وإن لم
نشترط الروية فبيع اللبن في الضرع باطل لا يخفى ان هذا ليس تفريعا
علي هذا القول خاصة بل هو علي قول اشتراط الروية أولى بان يبطل
وانما ذكره عند التفريع علي هذا القول ليعرف أنه وإن صح شراء ما لم ير
لم يصح بيع اللبن في الضرع لمعنى الاختلاط * ونختم المسألة بصور
تشبهها (إحداها) لا يجوز بيع الصوف علي ظهر الغنم لما مر من الخبر ولان
مطلق اللفظ يتناول جميع ما علي ظاهر الجلد ولا يمكن استيعابه الا بايلام
الحيوان وإن شرط الجز فالعادة في المقدار المجزوز تختلف وبيع
المجهول لا يجوز وعن مالك رضي الله عنه أنه يجوز بشرط الجز * وحكاه
القاضي بن كج وجهها لبعض الاصحاب ويجوز بيع الصوف علي ظهر الحيوان
بعد الذكاة إذ ليس في استيفاء جميعه ايلام * وتجوز الوصية باللبن في
الضرع وبالصوف علي ظهر الغنم بخلاف البيع (الثانية) بيع الشاة المذبوحة
قبل السلخ باطل سواء بيع اللحم وحده أو الجلد وحده أو بيعا معا لان
المقصود اللحم وهو مجهول * ولا يجوز بيع الاكارع والروس قبل الابانة

وفى الاكارع وجه مذكور فى التتمة ويجوز بيعها بعد الابانة نية ومشوية ولا اعتبار بما عليها من الجلد فانها مأكولة كذا المسموط يجوز بيعه نيا ومشويا وفى النى احتمال عند الامام (الثالثة) بيع المسك فى الفارة باطل سواء بيع معها أو دونها كاللحم فى الجلد ولا فرق بين أن يكون راس الفارة مفتوحا أو لا يكون للجهل بالمقصود وفصل فى التتمة إذا كانت مفتوحة فقال إن لم تتفاوت ثخانتها وشاهد المسك فيه صح البيع والا فلا وعن ابن سريج أنه يجوز بيعه مع الفارة

[156]

تشبيها لها بالجوز واللوز * ولو أرى المسك خارج الفارة ثم اشتراه بعد الرد إليها صح فان كان رأسها مفتوحا فرأى أعلاه يجوز والا فعلى قولى بيع الغائب (المسألة الثانية) لو رأى بعض الثوب المبيع وبعضه الآخر فى صندوق أو جراب لم يره فقد حكى المزني عن نصح أن لبيع باطل ورأى كونه مقطوعا به واحتج به لاختيار بطلان بيع الغائب وقال إذا بطل بيع ما لم يره بعضه فلان يبطل بيع ما لم يره كله كان أولى * وللأصحاب فى المسألة طريقان فقال قائلون منهم أبو إسحق المسألة على قولين كما لو لم يره شيئا منه وحيث أجاب الشافعي رضى الله عنه بالبطلان أجاب على أحد القولين فى بيع الغائب والاقتضاء على أحد القولين فى بعض الصور لا يستدع ألا ترى أنه اقتصر على قول التصحيح فى كثير من المواضع * وسلم آخرون منهم صاحب الإفصاح أبو علي ما قرره المزني من الحزم بالبطلان وفرقوا بوجهين (أحدهما) أن ما نظر الي بعضه يسهل النظر الي باقيه بخلاف الغائب فقد يعسر احضاره وتدعوا لحاجة الي بيعه (والثاني) أن الرؤية فيما يراه سبب اللزوم وعدمها فيما لم يره سبب الجواز والعقد واحد لا يتصور اثبات الجواز واللزوم فيه معا ولا يمكن تبويض المعقود عليه فى الحكمين * قال جمهور الأئمة والصحيح الطريقة الأولى والفرقان فاسدان أما الأول فلانا على قول تجويز بيع الغائب نجوز بيع ما فى الكم مع سهولة إخراجها وأما الثاني فلان وجود سبب الرد فى البعض يكفى فى رد الكل كما إذا وجد ببعض المبيع عيبا وإذا عرفت ما ذكرناه عرفت أن ما اقتصر على ذكره فى الكتاب تفريعا على هذا القول غير ما هو الصحيح عند الجمهور * هذا كله فيما إذا كان المبيع شيئا واحدا أما إذا كان المبيع شيئين ورأى أحدهما دون الآخر فان أبطلنا شراء الغائب لم يصح المبيع فيما لم يره وفيما رآه قولا تفريق الصفقة فان صححنا شراء الغائب ففى صحة العقد فيهما قولان لانه جمع فى صفقة واحدة بين مختلفى الحكم لان ماراه لاختيار فيه وما لم يره ثبت فيه الخيار فان صححنا فله رد ما لم يره وإمساك ما رآه (المسألة الثالثة) إذا لم نشترط الروية فلا بد من ذكر جنس المبيع بان يقول بعثك عدى أو فرسى ولا يكفى قوله بعثك ما فى كمي أو كفى أو خزانتى أو ما ورثته من أبى إذا لم يعرفه المشتري هذا ظاهر المذهب * وحكى الامام وجهها أنه يصح وان لم يذكر الجنس لان المرعى على القول الذى يفرع عليه أن يكون المبيع معيناً والجهالة لاتزول بذكر الجنس فلا معنى لاشتراطه فعلى هذا لا يشترط ذكر النوع بطريق الأولى وعلى قولنا أنه يشترط ذكر الجنس

[157]

فالظاهر أنه لا بد من ذكر النوع أيضا بان يقول عبدي التركي أو فرسي العربي: وأوهم الامام خلافا فيه فقال لم يشترط اصحاب القفال ذلك واشترطه العراقيون * وربما أشعر قوله في الكتاب ما لم يذكر الجنس بالاكْتفاء بذكر الجنس والاستغناء عن ذكر النوع أيضا وإذا جرينا على الظاهر فلو كان له عبدان من النوع المذكور فلا بد من أن يريد ما يقع به التمييز من التعرض للسن أو غيرها وإن لم يكن الا واحد فوجهان (أصحهما) وبه قال أبو حنيفة ويحكي عن نصح في الاملاء والقديم أنه يكفي ذكر الجنس والنوع ولا يجب التعرض للصفات لان الخيار ثابت والاستدراك حاصل به فلا حاجة إلى الوصف (والثاني) وبه قال مالك انه لا بد من التعرض إلى الصفات وعلى هذا فوجهان (أحدهما) وبه قال أبو علي الطبري أنه يشترط ذكر صفات السلم لانه مبيع غير مشاهد فاعتبر فيه التعرض للصفات كالمسلم فيه وهذا مذهب أحمد (وأقربهما) وبه قال القاضي ابو حامد أنه يكفي التعرض لمعظم الصفات وضبط ذلك بما يوصف المدعي به عند القاضي (المسألة الرابعة) إذا قلنا لا بد من الوصف فوصف نظران وجده على ما وصفه ففي ثبوت الخيار وجهان (أحدهما) لا يثبت وبه قال احمد بسلامة المعقود عليه بصفاته ويحكي هذا عن القاضي الحسين (وأصحهما) وبه قطع قاطعون انه يثبت لما سبق من الخبر * وان وجده دون ما وصفه فله الخيار لا محالة * وإن قلنا لا حاجة إلى الوصف فللمشتري الخيار عند الرؤية سواء شرط أو لم يشترطه وفي كتاب القاضي ابن كج ان ابا الحسين حكى عن بعض أصحابنا انه لا بد من اشتراط خيار الروية حتى يثبت وهل له الخيار قبل الرؤية أما الاجازة فظاهر المذهب انها

[158]

لا تنفذ لان الاجازة رضي بالعقد والزام له وذلك يستدعي العلم بالمعقود عليه وانه جاهل بحاله ولو كفى قوله اجزت العقد مع الجهل لاغني قوله في الابتداء اشترت * وحكي في التتمة وجها انه ينفذ تخريجا من تصحيح الشرط إذا اشترى بشرط ان لا خيار (واما) الفسخ فان نفذنا الاجازة فالفسخ أولى وان لم ننفذ الاجازة ففي الفسخ وجهان (أحدهما) انه لا ينفذ أيضا لان الخيار في الخبر منوط بالروية (وأصحهما) انه ينفذ لان حق الفسخ ثابت له عند الروية مغبوطا كان أو مغبوئا فلا معنى لاشتراط الروية في نفوذه * وإذا كان البائع قد رأى المبيع فهل يثبت له الخيار كما يثبت للمشتري فيه وجهان (أحدهما) نعم كخيار المجلس يشتركان فيه (وأصحهما) لا وهو نصح في الصرف ولانه احد المتبايعين فلا يثبت له الخيار مع تقدم الروية كالمشتري * ولو باع ما لم يره وصحنا العقد فهل يثبت الخيار له فيه وجهان (أحدهما) عند المراوزة وبه قال ابو حنيفة لا لان جانب البائع بعيد عن الخيار بخلاف جانب المشتري ولهذا لو باع شيئا على انه معيب فبان صحيحا لا خيار له ولو اشتراه على انه صحيح فبان معيبا له الخيار (والثاني) يثبت لانه جاهل بالمعقود عليه فاشبه المشتري وهذا هو الذي أورده الشيخ ابو حامد ومن تابعه قالوا والخيار كما يثبت للمشتري عند النقصان يثبت للبائع عند الزيادة الا ترى انه لو باع ثوبا على انه عشرة ادرع فبان احد عشر ذراعا يثبت للبائع الخيار * ثم خيار الروية على الفور أو يمتد امتداد مجلس الروية فيه وجهان (أحدهما) وبه قال ابن ابي هريرة أنه على الفور لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب (والثاني) وبه قال ابو اسحق انه يمتد امتداد مجلس الروية لانه خيار ثبت قضية للعقد فتعلق بالمجلس كخيار المجلس قال صاحب التهذيب وهذا اصح والوجهان عند الشيخ ابي محمد مبنيان على مسألة اخرى وهي انه هل يثبت خيار

المجلس مع خيار الروية وفيه وجهان (أحدهما) انه ثبت كما ثبت في شراء الاعيان الحاضرة (والثاني لا يثبت الاستغناء بخيار الروية عنه فعلي الاول خيار الروية على الفور والا لاثبتنا خيار مجلسين وعلى الثاني

[159]

يمتد امتداد مجلس الروية * وزاد الامام ترتيبا فقال إن أثبتنا خيار المجلس فهذا الخيار على الفور والا فوجهان (وقوله) في الكتاب وفيه وجه آخر اراد الوجه الصائر إلى نفوذ الاجازة على ما أوضحه في الوسيط لا الوجه الصائر إلى نفوذ الفسخ وان كان اللفظ يحتملها * فرعان * (أحدهما) لو تلف المبيع في يد المشتري قبل الروية ففي انفساخ البيع وجهان كتنظيره في خيار الشرط ولو باعه قبل الروية لم يصح بخلاف ما لو باع في زمن خيار الشرط يجوز علي الاصح لانه يصير مجيزا للعقود وههنا لا اجازة قبل الروية لما سبق (الثاني) نقل القاضي الرويانى وصاحب التتمة وجهها انه يعتبر على قول اشتراط الروية الذوق في الخل ونحوه والشم في المسك ونحوه واللمس في الثياب ونحوها فان كفيانها المقصودة بهذه الطرق تعرف والمشهور انها لا تعتبر وانما هي ضرب انتفاع واستعمال. (فرع ثالث) ذكر بعضهم انه لا بد من ذكر موضع المبيع فلو كان في غير بلد التبايع وجب تسليمه في ذلك البلد ولا يجوز شرط تسليمه في بلد التبايع بخلاف السلم فانه مضمون في الذمة والعين الغائبة غير مضمونة في الذمة فاشتراط نقلها يكون بيعا وشرطا * (فرع رابع) قال حجة الاسلام في الوسيط وقع في الفتاوى ان رأى رجل ثوبين ثم سرق احدهما فاشترى الرجل الثوب الباقي وهو لا يدري المسروق ايهما فقلت ان تساوت صفة الثوبين وقدرهما وقيمتهما كنصفي كرباس واحد صح العقد فانه اشترى معيناً مرتباً معلوماً وإن اختلفا في شئ من ذلك خرج علي قولى بيع الغائب لانه ليس يدري أن المشتري منهما الطويل أو القصير مثلا فلم تعد الرؤية السابقة العلم بحال المبيع عند العقد فلا تغني وهذا الذي ذكره يتايد باحد الرأيين فيما إذا لم يملك إلا عبدا واحدا فحضر في نفر من العبيد فقال سيده بعنك عبدي من هؤلاء والمشتري يراهم وهو لا يعرف عين ذلك العبد (فرع خامس) إذا لم نشترط الروية واختلفا فقال البائع للمشتري قد رأيت المبيع وقال المشتري ما رأيت ففيه وجهان (أحدهما) ان القول قول البائع لانه اختلاف في سبب الخيار فاشبه ما لو اختلفا في قدم العيب (وأظهرهما) عند أبي الحسن

[160]

العبادي ان القول قول المشتري كما لو اختلفا في اطلاعه علي العيب * هذا إذا لم نشترط الروية فان شرطناها وفرض هذا الاختلاف فقد ذكر المصنف في فتاويه أن القول قول البائع لان للمشتري أهلية الشراء وقد أقدم عليه فكان ذلك اعترافا منه بصحة العقد ولا ينفك هذا عن الخلاف والله أعلم * قال (الباب الثاني في الفساد بجهة الربا) (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب والورق بالورق والبر بالبر والتمر بالتمر والشعير بالشعير والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين يدا بيد) فمن باع شيئا من هذه المطعومات بجنسه فليرع المماثلة بمعيار

الشرع والحلول أعنى ضد النسبئة والتقايض (ح) في المجلس فان باع بغير جنسه لم يسقط الا رعاية المماثلة في القدر وفي معنى المطعومة كل ما يظهر فيه قصد الطعم وإن لم يكن مقدر احتي السفرجل (و) والزعفران (م) والطين الارمى (م) لان علة ربا الفضل فيه الطعم (م ح) ولكن في المتجانسين وعلّة تحريم النساء ووجوب التقايض الطعم (م ح) فقط * وإذا بيع مطعوم بمطعوم فهو في محل الحكم بتحريم النساء ووجوب التقايض * وعلّة الربا في النقدين كونهما جوهري الاثمان (ح) فتجرى في الحلى والاواني المتخذة منهما * ولا يجوز سلم شئ في غيره إذا كانا مشتركين في علة النقدية أو في الطعم) * لما كان الطرف الاول من الكتاب معقودا في صحه البيع وفساده وقد تكلم في الباب الاول في الاركان وشروطها وجب النظر في أسباب الفساد وفساده تارة يكون لاختلال في الاركان أو في بعض شروطها وإذا عرفت اعتبارها عرفت أن فقدها مفسد وتارة يكون لغيره من الاسباب فجعل بقية أبواب الطرف في بيانها فمنها الربا قال الله تعالى * (وأحل الله البيع وحرم الربا) * وقال عزوجل

[161]

(وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين) * وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم * (انه لعن أكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده) (1) والحديث الذي صدر به الباب بعض ما رواه الشافعي رضى الله عنه في المختصر قال أخبرنا عبد الوهاب عن أيوب عن محمد بن سيرين عن مسلم بن يسار ورجل آخر عن عبادة بن الصامت رضى الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين يدا بيد ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد) قال ونقص أحدهما التمر أو الملح وزاد الآخر فمن زاد أو استزاد فقد أربى ذكر بعض الشارحين أن الرجل الآخر الذي ابهم ذكره هو عبد الله بن عبيد الله المعروف بابن هرمز (وقوله) ونقص أحدهما التمر أو الملح يعنى احد الرجلين ولم يبين الذى نقص منهما كانه شك فيه وشك أيضا في ان ما نقصه التمر أو الملح (وقوله) وزاد الآخر يعنى الذى لم ينقص * واختلفوا في قوله فمن زاد أو استزاد

[162]

فمنهم من قال هذا شك آخر من الشافعي ومنهم من قال إن النبي صلى الله عليه وسلم قد يلفظ بهما جميعا واراد بقوله زادا عطى الزيادة ويقوله أو استزاد أخذ الزيادة أو طلبها وشبه ذلك بما روى انه صلى الله عليه وسلم قال (الراشئ والمرتشئ في النار) (1) واعلم أن الربا ثلاثة انواع ربا الفضل وهو زيادة أحد العوضين على الآخر في القدر * وربا النساء وهو أن يبيع مالا بمال نسبئة سمي به لاختصاص أحد العوضين بزيادة الحلول * وربا اليد وهو أن يقبض أحد العوضين دون الآخر وفي الخبر ذكر ستة أشياء وهى النقدان والمطعومات الاربعة والحكم غير مقصور عليها باتفاق جمهور

العلماء لكن الربا ثبت فيها لمعنى فيلحق بها ما يشاركها فيه (فاما الاشياء
الاربعة فللشافعي رضى الله عنه قولان في علة الربا فيها (الجديد) ان

[163]

علة الطعم لما روى معمر بن عبد الله قال كنت أسمع رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول (الطعام بالطعام مثل بمثل) (1) علق الحكم باسم
الطعام والحكم المعلق بالاسم المشتق معلل بما منه الاشتقاق كالقطع
المعلق باسم السارق والجلد المعلق باسم الزاني (والقديم) ان العلة فيها
الطعم مع الكيل والوزن واجتجوا له بما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال (الذهب بالذهب وزنا بوزن والبر بالبر كيلا بكيلا) (2) فعلى هذا
يثبت الربا في كل مطعوم مكيل أو موزون دون ما ليس بمكيل ولا موزون
كالسفرجل والرمان والبيض والجوز والآنرج والنارنج * وعن الاودنى من
أصحابنا انه تابع ابن سيرين في ان العلة الجنسية حتى لا يجوز بيع مال
بجنسه متفاضلا * وقال مالك العلة الاقتيات فكل ما هو قوت أو يستصلح به
القوت يجرى فيه الربا وقصد بالقيد الثاني أدراج الملح * وقال أبو حنيفة
علة الكيل حتى يثبت الربا في الجص والنورة وسائر المكيلات * وعن احمد
روايتان (احدهما) كقول أبي حنيفة (والآخري) كقول الشافعي رضى الله
عنه الجديد * وإذا عللنا بالطعم اما مع انضمام التقدير إليه أو دونه تعدى
الحكم إلى كل ما يقصد ويعد للطعم غالبا إما تقوتا أو تادما أو تفكها أو
غيرها فتدخل فيه الحبوب والفواكه والبقول والتوابل وغيرها ولا فرق بين
ما تؤكل نادرا كالبلوط والطرثوث أو غالبا ولا بين أن يؤكل وحده أو مع
غيره وفي الزعفران وجهان (أصحهما) انه يجرى فيه الربا لان المقصود
الاطهر من الاكل تنعما أو تداويا الا أنه يخلط بغيره (الثاني) لا يجرى لانه
يقصد به الصبغ واللون غالبا وبهذا قال القاضي أبو حامد فيما حكاه ابن كج
وابو حيان التوحيدي في بعض رسائله ولا فرق بين ما يؤكل للتداوي
كالهليلج والبليج والسقمونيا وغيرها وبين ما يؤكل لسائر الاغراض على
المذهب * وفي التتمة حكاية وجه ان ما يهلك كثيره ويستعمل قليله في
الادوية كالسقمونيا لا يجرى فيه الربا (واما) الطين فالخراساني منه ليس
بربوي لانه لا يعد ماكولا ويسفه أكله وعن الشيخ أبي محمد الميل إلى انه
ربوي * والارمني دواء فهو كالهليلج وفيه وجه آخر انه لا ربا فيه كسائر
أنواع الطين والي هذا ذهب القاضي ابن كج * وفي دهن البنفسج والورد
والبان وجهان (أصحهما) ان فيها الربا فانها متخذة من السمسسم اكنسبت
رائحة من غيره وانما لا تؤكل في العادة ضنة بها وفي دهن الكتان

[164]

وجهان (أظهرهما) انه ليس مال الربا لانه لا يعد للاكل ودهن السمك كذلك
لانه يعد للاستصباح وتدهين السفن لا للاكل قال الامام وهذا يظهر جعله
مال الربا فانه جزء من السمك * ونقل صاحب البيان وجهين في حب
الكتان والزنجبيل ووجهين عن الصميرى في ماء الورد وذكر انه لا ربا في
العود والمصطكي والاشبه ان ما سوى العود كله ربوي وفي كون الماء
ربويا إذا فرغنا على صحة بيعه وثبوت الملك فيه وجهان (أصحهما) انه ربوي
قال الشيخ أبو حامد ومن لا يجعله ربويا يقول العلة في الربويات انها

مأكولة ومن يجعله ربويا يقول العلة انها مطعومة والثاني اعم لان
المأكولية لا تطلق في الماء والمطعومية تطلق قال الله تعالى (ومن لم
يطعمه فانه مني) ولا ربا في الحيوان لانه لا يؤكل على هيئته نعم ما يباح
أكله على هيئته كالسمك الصغير على وجه يجرى فيه الربا هكذا قاله في
التممة * وحكي الامام عن شيخه وعن صاحب التقريب ترددوا فيه وقطع
بالمع لانه لا يعد للاكل * (واما) النقدان فعن بعض الاصحاب ان الربا فيهما
لعينهما لا لعله والمشهور ان العلة فيها صلاح التنمية الغالبة وان شئت
قلت جوهرية الاثمان غالبا والعبارتان تشملان التبر والمضروب والحلى
والاوانى المتخذة منهما وفي تعدى الحكم إلى الفلوس إذا راجت حكاية
وجه لحصول معني التنمية والاصح خلافه لانتفاء التنمية الغالبة * وقال ابو
حنيفة واحمد العلة فيهما الوزن فيتعدى الحك الي كل موزون كالحديد
والرصاص والفضة والذهب والفضة وقد سلموا
من الحديد والنحاس كما تعدى إلى المعمول من الذهب والفضة وقد سلموا
انه لا يتعدى * ولو باع التبر أو المضروب بالحلى من جنسه وجب رعاية
التماثل * وعن مالك رضي الله عنه انه يجوز ان يزيد ما يقابل الحلى بقدر
قيمة الصنعة * إذا تقرر هذه الاصول فنقول إذا بيع مال بمال لم يخل اما
ان لا يكونا ربويين أو يكونا ربويين (فاما) في الحالة الاولى وهى تتضمن ما
إذا لم يكن واحد منهما ربويا وما إذا كان احدهما ربويا فلا تجب رعاية
التماثل ولا الحلولا ولا التقابض ولا فرق في ذلك بين ان يتفق الجنس أو
يختلف حتى لو اسلم ثوبا أو ثوبين أو باع حيوانا بحيوانين من جنسه جاز لما
روي عن عبد الله بن عمر انه قال (أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان اشترى بعيرا ببعيرين إلى أجل) (1) وعند ابى حنيفة

[165]

لا يجوز اسلام الشئ في جنسه * وعن مالك يجوز عند التساوى ولايجوز عند
التفاضل (واما) في الحالة الثانية فينظرنا هذا ربوي بعله وذاك ربوي بعله
او هما ربويان بعله واحدة فان اختلفت العلة لم تجب رعاية التماثل ولا
الحلولولا ولا التقابض ومن صور هذا القسم ان يسلم احد النقدين في البر أو
يبع الشعير بالذهب نقدا أو نسيئة * وان انفقت العلة فينظران اتحد
الجنس كما لو باع الذهب بالذهب والبر بالبر ثبت فيه أنواع الربا الثلاثة
فيجب رعاية التماثل والحلول والتقابض في المجلس وان اختلف الجنس
لم يثبت النوع الاول ويثبت النوعان الباقيان (مثاله) إذا باع ذهبيا بفضة أو
برا بشعير لم تجب رعاية المماثلة ولكن تجب رعاية الحلول والتقابض قال
صلى الله عليه وسلم في آخر خبر عبادة (فبيعوا كيف شئتم بدا بيد) (1) اباح
التفاضل بقوله كيف شئتم واعتبر التقابض بقوله بدا بيدي وإذا كان
التقابض معتبرا كان الحلول معتبرا فانه لو جاز التأجيل لجاز تأخير التسليم
إلى مضي المدة * وعند أبى حنيفة لا يشترط التقابض الا في الصرف وهو
بيع النقد بالنقد وبه قال احمد في رواية * لنا أن النبي صلى الله عليه
وسلم ذكر النقدين وغيرهما في حديث عبادة في قرن واحد ثم قال (الا يدا
بيد) فسوى في اعتبار التقابض بين الذهب بالذهب والبر بالبر والله اعلم *
ولنعد إلى لفظ الكتاب (قوله) فمن باع شيئا من هذه المطعومات بجنسه
إلى آخره شروع منه في بيان الحكم في احد صنفى الاموال المذكورة في
الخبر وهو المطعومات ثم ما يجب رعايته في هذه المطعومات يجب رعايته
في سائر المطعومات كما بينه بقوله وفي معنى هذه المطعومات وكذلك
في النقدين (وقوله) بمعيار الشرع يعنى الكيل والوزن على ما سيأتي ذكره
في موضعه (قوله) والتقابض في المجلس معلم بالحاء والالف لما سبق

انهما لا يتعبرانه في المطعومات ويجوز ان يعلم بهما أيضا (قوله) المجلس معلم بالحاء والالف لما سبق انهما لا يعتبرانه في المطعومات ويجوز ان يعلم بهما أيضا (قوله) لم يسقط الارعاية المماثلة في القدر وقوله وإن لم يكن مقدرا قصد به التعرض للقول القديم وليكن معلما بالواو لذلك القول وكذا السفر جل وكذا الزعفران والطين الارمني لما حكينا فيهما (وقوله) لان علة ربا الفضل فيها أي في المطعومات المذكورة في الخبر وغيرها (وقوله) الطعم معلم بالميم والحاء والالف لما سمعنا من مذاهبهم (وقوله) ولكن في المتجانسين معناه أن الطعم لا يوجب تحريم ربا الفضل على الاطلاق ولكن بشرط تجانس العوضين واختلفوا في ان الجنسية هل هي وصف من العلة أم لا فذهب الشيخ أبو حامد وطبقته الي انها وصف من العلة وقالوا العلة على القديم مركبة من ثلاثة أوصاف وعلى

[166]

الجديد من وصفين واحترز المراوزة من هذا الاطلاق وقالوا الجنسية شرط ومنهم من قال هي محل عمل العلة كالاخصان بالاضافة إلى الزنا وبهذا يشعر قوله في الكتاب ولكن في المتجانسين واحتج هؤلاء بانها لو كانت وصفا لافادت تحريم النساء بمجردهما كما أفاد الوصف الآخر وهو الطعم تحريم النساء بمجردة وليس كذلك فان الجنس بانفراده لا يحرم النساء * وللاولين أن يمنعوا افادة ما هو وصف لعله ربا الفضل تحريم النساء ويقولوا قد يفيد وقد لا يفيد وليس تحت هذا الاختلاف كثير طائل (وقوله) وعلة تحريم النساء ووجوب التقابض الطعم فقط أي من غير اشتراط التجانس ويجوز اعلامه بالحاء والالف لما سبق (واعلم) ان تحريم النساء ووجوب التقابض يتلازمان وينحى بكل واحد منهما نحو الآخر وقد نرى الائمة لما بينهما من التقارب يستغنون بذكر أحدهما عن الآخر (وقوله) فإذا بيع مطعوم بمطعوم فهو في محل الحكم بتحريم النساء ووجوب التقابض أي سواء تجانسا أم لا وهو مذكور للتأكيد والايضاح والافقى قوله وعلة تحريم النساء الي آخره ما يفيد (وقوله) وعلة الربا في النقيدين كونهما جوهرى الاثمان معلم بالحاء والالف والواو أيضا للوجه الصائر إلى أن الحكم فيهما غير معلل ثم لا بد من افادتها حرمة التفاضل من الجنسية اما شرطا أو وصفا كما سبق ومجرد النقدية في افادة تحريم النساء ووجوب التقابض كمجرد الطعم فلذلك قال ولا يجوز سلم شئ في غيره إذا كانا مشتركين في علة النقدية أو الطعمية فان في السلم يفقد التقابض وكذا الحلول غالبا (وقوله) أو الطعم مكرر ذكره مرة في قوله وعلة تحريم النساء إلى آخره وأخرى في قوله فإذا بيع مطعوم بمطعوم إلى آخره وهذه مرة ثالثة وقد تورث المبالغة في الايضاح اشكالا * (فرع) حيث اعتبر التقابض فلو تفرقا قبل التقابض بطل العقد ولو تقابضا بعض كل واحد من العوضين ثم تفرقا بطل في غير المقبوض وفى المقبوض قولا تفرق الصفقة * والخاير في المجلس قبل التقابض بمثابة التفرق يبطل العقد خلافا لابن سريج * ولو وكل احدهما وكيفا بالقبض وقبض قبل مفارقة الموكل مجلس العقد جاز وان قبض بعده فلا (آخر) بيع مال الربا بجنسه مع زيادة لا يجوز الا بتوسط عقد آخر (مثاله) إذا اراد بيع دراهم أو دنانير صحاحا بمكسرة أكثر من وزنها يبيع الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم أو بعرض ثم إذا تقابضا وتفرقا أو تخايرا اشترى بالدراهم أو بذلك العرض المكسرة كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل خيبر ان يبيع الجمع بالدراهم ثم يتاع بها (جنيبا) (1) والجنيب اجود

[167]

التمر والجمع كل لون من التمر لا يعرف له اسم ولا فرق بين أن يتخذ ذلك عادة أولا يتخذه عادة خلافا لمالك حيث قال يجوز مرة واحدة ولا يجوز أن يتخذه عادة * ولو اشترى المكسرة بعرض ماله قبل أن يقبضه لم يحز وإن اشتراها به بعد قبضه وقبل التفرق والتخاير قال ابن سريج وغيره يجوز وهو الاصح بخلاف ماله باعه من غير بائعه قبل التفرق والتخاير حيث لا يجوز لما فيه من اسقاط خيار العاقد الآخر وههنا يحصل بما يحزى بينهما اجازة العقد الاول * وعن صاحب التقريب انه مبنى على الخلاف في الملك في زمن الخبار فان قلنا انه يمنع انتقال الملك لم يحز لانه باع ما لم يملكه * فهذا وجه من الحيلة ووجه ثان وهو ان يقرض الصحاح من الاخر ويستقرض منه المكسرة ثم يبرئ كل واحد منهما صاحبه * ووجه ثالث وهو ان يهب كل واحد منهما ماله من الاخر * ووجه رابع وهو ان يبيع الصحاح بمثل وزنها من المكسرة ويهب صاحب المكسرة الزيادة منه فيجوز جميع ذلك إذا لم نشط في اقراضه وهبته وبيعه ما يفعل الاخر * ولو باع النصف الشائع من دينار قيمته عشرة دراهم بخمسة جاز ويسلم إليه الكل ليحصل تسليم النصف ويكون النصف الاخر امانة في يده بخلاف ما لو كان له عشرة علي غيره فأعطاه عشرة عددا فوزنت فكانت احدى عشر دينارا كان الدينار الفاضل للمقبوض منه على الاشاعة ويكون مضمونا عليه لانه قبض لنفسه * ثم إذا سلم الدراهم الخمسة فله ان يستقرضها ويشترى بها النصف الاخر فيكون جميع الدينار له وعليه خمسة دراهم * ولو باع الكل بعشرة وليس مع المشتري الا خمسة فدفعها إليه واستقرض منه خمسة اخرى وردا إليه عن الثمن جاز * ولو استقرض الخمسة المدفوعة فوجهان اصحهما الجواز * قال (ثم النظر في اطراف (أولها) طرف المماثلة فما كان مكيلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجوز فيه الكيل وما كان موزونا فبالوزن وما لم يثبت فيه نقل فالوزن فيه أخصر (ح) وقيل الكيل جائز لانه اعم وقيل ينظر إلى عادة الوقت (و) وما لا يقدر كالبطيخ (و) فلا خلاص فيه عن الربا الا ماله حالة جفاف وهي حالة كماله فيوزن * والجهل حال العقد بالمماثلة كحقيقة المفاضلة فلا يصح بيع صبرة جزافا وإن خرجتا متماثلتين) * قد مر في الفصل السابق ان المماثلة بمعيار الشرع مرعية وان الحكم يختلف بين أن يكون الربويان متجانسين وبين لا يكونا متجانسين وذلك يحوج إلى بيان معيار الشرع والى بيان أنها في أي حالة تعتبر والى معرفة التجانس في مظان الاشكال فعقد فيها ثلاثة أطراف من الكلام (أحدها) في طرق المماثلة اعلم أن معيار الشرع الذي تراعى به المماثلة هو الكيل والوزن فالمكيل لا يجوز

[168]

بيع بعضه ببعض وزنا ولا يضر مع الاستواء في الكيل التفاوت في الوزن * والموزن لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ولا يضر مع الاستواء في الوزن التفاوت في الكيل روى انه صلى الله عليه وسلم قال (الذهب بالذهب وزنا بوزن والحنطة بالحنطة كيلا بكيل) والنقدان من الاشياء الستة المذكورة في خبر عبادة موزونا والاربعة المطعومة مكيلة نعم لو كان الملح قطعاً كبارا ففيه وجهان (أحدهما) أنه يسحق ويباع كيلا فانه الاصل فيه

(وأظهرهما) أنه يباع وزنا نظرا الي ماله من الهيئة في الحال وكذا كل شئ يتجافى في الكيل يباع بعضه ببعض وزنا * وكل ما كان مكيلا بالحجاز على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالمعتبر فيه الكيل وكل ما كان موزونا فالمعتبر فيه الوزن ولو احدث الناس خلاف ذلك فلا اعتبار به * وعن أبى حنيفة أنه يعتبر فيه غالب عادات البلدان رواه صاحب التهذيب * وما لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أو كان ولكن لا يعلم أنه كان يكال أو يوزن أو علم أنه يكال مرة وبوزن أخرى ولم يكن أحدهما أغلب فقد ذكر المتولي أنه ان كان أكبر جرما من التمر فالاعتبار فيه بالوزن لانه لم يعهد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر من التمر وان كان مثله أو أصغر منه ففيه وجوه (أحدها) أن المعتبر فيه الوزن لانه أحصر وأقل تفاوتاً (والثاني) الكيل لانه أعم فان أكثر الاشياء الستة المذكورة في الحديث مكيل وأيضا فان أغلب المطعومات في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مكيلا (والثالث) وهو الاشبه أنه ينظر إلي عادة الوقت لان الشئ إذا لم يكن محدودا في الشرع كان الرجوع فيه إلى عادة الناس كما في القبض والحرز وعلى هذا فالمعتبر أية بلدة عن الشيخ أبى حامد وغيره ان المعتبر عادة أكثر البلاد فان اختلفت عاداتها ولا غالب اعتبر ذلك الشئ بأشبه الاشياء به * وذكر صاحب المهذب والتهذيب ان النظر إلى عادة بلد البيع هو الاحسن (والوجه الرابع) انه يعتبر بأقرب الاشياء شبيهاه كما إذا شككنا في الحيوان انه مستطاب أو مستخبت نلحقه بأقرب الاشياء شبيها به (والخامس) حكاة الامام عن شيخه انه ثبت الخيرة بين الكيل والوزن * ثم منهم من خصص هذا الخلاف بما إذا لم يكن للشئ أصل معلوم المعيار أما إذا استخرج من أصل هذا حاله فهو معتبر بأصله (منهم) من اطلق ومما أفاده الامام في هذا الموضوع أنه لا فرق بين المكيال المعتاد في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وسائر المكايل المحدثه بعده كما انا إذا عرفنا التساوي بالتعديل في كفتى الميزان نكتفي به وان لم نعرف قدر ما في كل كفة * وفى الكيل بالقصة ونحوها مما لا يعتاد الكيل به حكاية تردد

[169]

عن القفال والظاهر الجواز والوزن بالطيار والقرسطون وزن * وقد يتأني الوزن بالماء بأن يوضع الشئ في ظرف ويلقى على الماء وينظر إلى مقدار غوصه لكنه ليس وزنا شرعيا ولا عرفيا والظاهر أنه لا يجوز التعويل في الربويات عليه والله أعلم * هذا كله في الشئ المقدر يباع بجنسه (فاما) ما لا يقدر بكيل ووزن كالبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل (فان قلنا) مثل هذا لاربا فيه جاز بيع بعضه ببعض كيف شاء حتي قال القفال لو جفف شئ منها وكان يوزن في جفافه لم يجز فيه الربا أيضا لان اكمل احواله حال الرطوبة وهو ليس مال ربا في تلك الحالة * قال الامام والظاهر خلاف هذا فانه في حال الجفاف مطعوم مقدر (وان قلنا) فيه الربا وهو القول الجديد وكلام الكتاب مفرع عليه فيجوز بيعه بغير جنسه كيف شاء (وأما) بجنسه فينظر ان كان مما لا يجفف كالبطيخ الذى تغلق وحب الرمان الحامض فلا يجوز بيع بعضه ببعض في حال الرطوبة كبيع الرطب بالرطب ويجوز في حالة الجفاف بشرط التساوي وهذا حكم كل ما يجفف من الثمار وان كان مقدرا كالمشمش والخوخ والكمثرى الذى تغلق * وحكى الامام وجها أنه لا يجوز بيعها في حالة الجفاف أيضا بجنسها إذ ليس يتقرر لها حالة كمال * وان كان مما لا تجفف كالقثاء ونحوه فهل يجوز بيع بعضها ببعض في حال الرطوبة فيه قولان وكذا في المقدرات التى لا تجفف كالرطب الذى لا يتمر والعنب الذى لا يترتب (أصحهما) المنع

كبيع الرطب بالرطب (والثاني) الجواز لان معظم منافع هذه الاشياء في رطوبتها فبيع بعضها ببعض كبيع اللبن باللبن فعلى هذا ان لم يمكن كيله كالبطيخ والقناء بيع وزنا وان أمكن كالتفاح والتين فيباع وزنا أو كيلا وجهان أصحهما اولهما لان الوزن أخصر ولا بأس على الوجهين بتفاوت العدد * إذا عرفت طريق المماثلة في الباب فمن فروعه ان يريد شريكان في شئ من مال الربا قسمته بينهما فهو مبني على أن القسمة بيع أو افراز (فان قلنا) بالاول وهو الاصح فلا يجوز قسمة المكيل بالوزن ولا قسمة الموزون بالكيل * وما لا يباع بعضه ببعض كالعنب والرطب فلا يقسم أيضا (وان قلنا) بالثاني جاز قسمة المكيل بالوزن وبالعكس ويجوز قسمة الرطب ونحوه بالوزن * ولا يجوز قسمة الثمار بالخرص على رؤس الاشجار ان قلنا انها بيع (وان قلنا) افراز فقد حكى الشيخ ابو حامد عن نصح الجواز في الرطب والعنب لان للخرص مدخلا فيهما دون سائر الثمار ومنهم من أطلق المنع * ومن فروعه انه لا يجوز بيع مال الربا بجنسه جزافا ولا بالتخمين

[170]

والتحري خلافا لمالك حيث اكتفى في المكيلات بالتحري إذا كانا في بادية * فلو باع صبرة من الحنطة بصبرة أو دراهم بدراهم جزافا أو بالتخمين لم يجر سواء خرجتا متماثلتين أم لا أما إذا ظهر التفاضل فظاهر وأما إذا لم يظهر فاحتجوا له بان التساوي شرط وشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد * ألا ترى انه لو نكح امرأة لا يدري أهى معتدة أم لا أو هي اخته من الرضاع ام لا لا يصح النكاح * ولا فرق بين أن يجهل كلتا الصبرتين أو احديهما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر) (1) ولو قال بعتك هذه الصبرة بتلك الصبرة مكايلة أو كيلا بكيل أو هذه الدراهم بتلك موازنة أو وزنا بوزن فان كالا أو وزنا وخرجتا متساويتين صح العقد والا فقولان قال في التهذيب (أصحهما) البطلان لانه قابل الجملة بالجملة وهما متفاوتتان (والثاني) انه يصح في الكبيرة بقدر ما يقابل الصغيرة لمقابلته صاعا بصاع ولمشتربيها الخيار إذا لم يسلم له جميعها وحيث قلنا بالصحة فلو تفرقا بعد تقابض الحملتين وقبل الكيل والوزن فهل يبطل العقد فيه وجهان (أصحهما) لا لوجود التقابض في المجلس (والثاني) نعم لبقاء العلقة بينهما * ولو قال بعتك هذه الصبرة بكيلها من صبرتك وصبرته صغيرة وصبرة المخاطب كبيرة صح لحصول المماثلة بين العوضين ثم ان

[171]

كالا في المجلس وتقابضا تم العقد وما زاد من الكبيرة لصاحبها وان تقابضا الحملتين وتفرقا قبل الكيل فعلى ما سبق من الوجهين * ولو باع صبرة حنطة بصبرة شعير جزافا جاز ولو باعها بها صاعا بصاع أو بصاعين فالحكم كما لو كانتا من جنس واحد (وقوله) في الكتاب وما لم يثبت فيه نقل فالوزن أخصر أي فيتعين ذلك وإيراد الكتاب يقتضى ترجيح هذا الوجه (قوله) وقيل الكيل جائز ظاهره يقتضى تجويز الكيل مع تجويز الوزن وحينئذ يكون هذا الوجه وجه التخيير لكنه لم يرد

[172]

ذلك وإنما أراد وجه تعيين الكيل وذلك بين من التوجيه (وقوله) وما لا يقدر كالبطيخ فلا خلاص فيه عن الربا الي آخره جواب على القول المانع من بيع بعضه ببعض في حالة الرطوبة وليكن معلما بالواو للقول الآخر (وقوله) فيوزن يجوز اعلامه بالواو لان المعنى فيباع وزنا * وقد حكينا وجهها انه لا يباع في حالة الجفاف ايضا * قال (ولا يصح بيع الهروي (ح) بالهروي ولا باحد التبرين علي الخلوص ولا يبيع مد ودرهم (ح) بمد ودرهم لان حقيقة المماثلة غير معلومة * ولو راطل مائتي دينار وسط بمائة دينار عتق ومائة دينار ردئ لم يجر لان ما في أحد الجانبين إذا وزع على ما في الجانب الثاني باعتبار القيمة أفضى الي المفاضلة إذ لا تعلم المفاضلة إلا بتقدير القيمة والتقويم تخمين وجهل لا يفيد معرفة في الربا فمهما اشتملت الصفقة على مال الربا من الجانبين واختلف الجنس في احد الجانبين أو في واختلف النوع فالبيع باطل) * (مقصود الفصل بيان القاعدة المعروفة بمد عجوة ثم يتصل بها ما يناسبها والقدر الذي تشترك فيه مسائل الفصل أن تشتمل الصفقة على مال الربا من الجانبين ويختلف مع ذلك أحد العوضين أو كلاهما جنسا أو نوعا او صفة ثم لا يحلو إما أن يكون مال الربا من الجانبين من جنس واحد

[173]

أو من جنسين (القسم الاول) أن يكون مال الربا من الجانبين من جنس واحد وفيه تقع القاعدة المقصودة فمن صورته أن يختلف الجنس من الطرفين أو من احدهما كما إذا باع مد عجوة ودرهما بمد عجوة ودرهم أو بمدى عجوة أو بدرهمين أو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير أو بصاعي حنطة أو بصاعي شعير ومن صورته ان يختلف النوع والصفة من الطرفين أو احدهما كما إذا باع مد عجوة ومد صبحاني بمدى عجوة أو بمدى صبحاني أو بمد عجوة ومد صحابي أو باع مائة دينار جيد ومائة دينار ردئ بمائتي دينار جيد أو ردئ أو وسط أو مائة جيدة ومائة رديئة فلا يصح البيع في شئ من هذه الصور ونظائرها لما روى عن فضالة بن عبيد قال (أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها خرز وذهب تباع فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب بالذهب وزنا بوزن) (1) ويروى انه قال لا يباع

[174]

مثل هذا حتى يفصل ويميز) (1) والمعنى ان قضية العقد إذا اشتمل أحد طرفيه على مالين مختلفين وزع مثل هذا حتى يفصل ويميز) (1) والمعنى ان قضية العقد إذا اشتمل أحد طرفيه علي مالين مختلفين وزع مال الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة وذلك يوجب المفاضلة أو الجهل

بالمماثلة أما ان قضيته ما ذكرنا فلانه لو باع شقصا من عقار وسيفا بالف وزع عليهما الالف باعتبار القيمة حتى إذا كانت قيمة الشقص مائة وقيمة السيف خمسين يأخذ الشفيع الشقص بثلثي الالف وايضا فلو اشترى شيئين بالف فوجد باحدهما عيبا وأراد رده وحده بالعيب يرد به بما يخصه من الالف إذا وزع عليهما باعتبار قيمتهما وكذلك لو خرج أحدهما مستحقا وأجاز البيع في الآخر يحيزه بما يخصه من الالف باعتبار القيمة (وأما) انه يلزم منه أحد الامرين فلانه إذا باع مدا ودرهما بمددين فاما ان تكون قيمة المد الذي هو مع الدرهم اكثر من درهم أو اقل أو درهما فان كان اكثر مثل ان يكون قيمته درهمين فيكون المد ثلثي ما في هذا الطرف فيقابله ثلثا المدين من الطرف الآخر فيصير كأنه قابل مدا بمد وثلث وان كان أقل مثل ان يكون قيمته نصف درهم فيكون المد ثلث ما في هذا الطرف فيقابله ثلث المدين من الطرف الآخر فيصير كأنه قابل مدا بثلثي مد * وان كان قيمته درهما فلا تظهر المفاضلة والحالة هذه لكن المماثلة فيها تستند إلى التقويم والتقويم تخمين قد يكون صوابا وقد يكون خطأ

[175]

والمماثلة المعبرة في الربا هي المماثلة الحقيقية وهذه الطريقة مطردة فيما إذا باع مدا ودرهما بمد ودرهم لان المدين من الجانبين ان اختلفت قيمتهما مثل ان كان مد زيد يساوي درهمين ومد عمر ويساوي درهما فمد زيد ثلثا ما في هذا الطرف يقابله من الطرف الآخر ثلثا مد وثلثا درهم ويبقى ثلث مد وثلث درهم في مقابلة درهم فإذا وزعنا صار ثلث مد في مقابلة نصف درهم لان قيمة مد عمرو درهم وثلث درهم في مقابلة نصف درهم فتظهر المفاضلة * وان لم تختلف قيمتهما لم تظهر المفاضلة لكن المماثلة تخمين على ما مر * واعترض الامام على هذه الطريقة بان العقد لا يقتضي في وضعه توزيعا مفصلا بل مقتضاه مقابلة الجملة بالجملة أو مقابلة الجزء الشائع مما في أحد الشقين بمثله مما في الشق الآخر بان يقابل ثلث المد وثلث الدرهم بما يقابل ثلث المدين يعني إذا باع مدا ودرهما بمددين ولا ضرورة إلى تكلف توزيع يؤدي إلى التفاضل وانما يصار إلى التوزيع المفصل في مسألة الشفعة لضرورة الشفعة قال والمعتمد عندي في التعليل انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا * إذا باع مدا ودرهما بمددين لم تتحقق المماثلة فيفسد العقد * ولنا صريحا ان يقولوا اليس قد ثبت التوزيع المفصل في مسألة الشفعة ولولا كونه قضية للعقد لكان ضم السيف الي الشقص من الاسباب الدافعة للشفعة فانها قد تندفع باسباب وعوارض وأما قوله انا تعبدنا بتحقيق المماثلة فللخصم ان يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما إذا تمحضت مقابلة شئ منها بجنسه أو على الاطلاق ان قلت بالثاني فممنوع وإن قلت بالاول فمسلم لكنه ليس صورة المسألة فهذا نقل المذهب المشهور وتوجيهه * ومن الاصحاب من صحح العقد فيما إذا باع مد عجوة ودرهما بمد عجوة ودرهم والدرهما من ضرب واحد والمدان من شجرة واحدة وفيما إذا باع صاع حنطة وصاع شعير بمثلهما وصاعا الحنطة من صبرة واحدة وصاعا الشعير كذلك للعلم باتحاد القيمة * ويحكي هذا عن القاضي ابي الطيب الطبري والقاضي الحسين وذكر الروياني في البحر انه المذهب وغلط من قال غيره * ومن صور هذا الاصل

[176]

أن يبيع ديناراً صحيحاً وديناراً مكسراً بدينار صحيح وآخر مكسر أو بصحيحين أو بمكسرين إذا كانت قيمة المكسر دون قيمة الصحيح * وعن صاحب التقريب حكاية وجه أن صفة الصحة في محل المسامحة * ثم الأئمة اطلقوا القول بالبطلان في حكايتهم عن المذهب المشهو وذكر أبو سعيد المتولي أنه إذا باع مداو درهما بدينين يبتلان القعد في المد المضموم إلى الدرهم وفيما يقابله من المدين وهل يبطل في الدرهم وما يقابله من المدين فيه قولاً تفريق الصفة وعلى هذا قياس ما لو باعها بدرهمين أو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاعي حنطة أو صاعي شعير ويمكن أن يكون كلام من أطلق محمولاً على ما فصله * ولو كان الجيد مخلوطاً بالردئ فباع صاعاً منه بمثله أو بجيد أو ردئ حازلان التوزيع إنما يكون عند تمييز أحد العوضين بالآخر أما إذا لم يتميز فهو كما لو باع صاعاً وسطاً بجيد ورددئ * (واعلم) أن صورة البطلان مفروضة فيما إذا قابل جملة ما في أحد الطرفين بجملة ما في الطرف الآخر (وأما) عند التفصيل كما إذا تباعاً مد عجوة ودرهم بمد ودرهم وجعلا المد في مقابلة المد والدرهم في مقابلة الدرهم أو جعل المد في مقابلة الدرهم أو الدرهم في مقابلة المد فيجوز ذلك بمثابة صنفتين متباينين * (القسم الثاني) ولم يذكره في الكتاب أن يكون مال الربا من الطرفين من جنسين وفي الطرفين

[177]

أو أحدهما شيئاً آخر فينظر أن اختلف العوضان في علة الربا فيجوز كما إذا باع ديناراً أو درهما بصاع حنطة أو صاع شعير * وإن اتفقا فإن كان التقابض شرطاً في جميع العوض جاز أيضاً كما لو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاعي تمر أو صاع تمر وصاع ملح وإن كان التقابض شرطاً في البعض كما لو باع صاع حنطة ودرهما بصاعي شعير ففيه قولاً الجمع بين مختلفي الحكم لأن ما يقابل الدرهم من الشعير لا يشترط فيه التقابض وما يقابل الحنطة منه يشترط فيه التقابض (وأما) لفظ الكتاب فقوله ولا يصح بيع الهروي بالهروي الهروي نقد فيه ذهب وفضة فبيعه بعضه ببعض بيع ذهب وفضة بذهب وفضة (وقوله) لأن حقيقة الممانلة غير معلومة وجهه ما ذكرناه في مسألة المراطلة من بعد (وقوله) ولا يصح بيع الهروي معلوم بالحاء وكذا قوله في مسألة المراطلة لم يجز لأن عند أبي حنيفة يصح البيع فيهما وفي جميع الصور التي ذكرناها حتى قال لو باع قرطاساً وديناراً فيه بمائة دينار يصح (وقوله) لم يجز معلوم بالالف أيضاً لأن عند أحمد لا يضر اختلاف النوع والصفة بعد اتحاد الجنس وبالواو لأن صاحب البيان حكى عن أصحابنا مثله وأيضاً فإن الإمام رأى الصحة في مسألة المراطلة * هذا مع تنصيصه على أنه رأى رآه خارج عن مذهب الشافعي وأصحابه (وقوله) تخمين وجهل أراد بالجهل ههنا عدم العلم وإلا فالجهل معناه المشهور هو الجزم بكون الشيء على خلاف ما هو عليه ضد الظن والتخمين فلا يكون الشيء تخميناً وجهلاً بذلك المعنى (وقوله) فمهما اشتملت الصفة إلى آخره محمول على الجنس الواحد وتقديره مهما اشتملت الصفة على جنس واحد من أموال الربا وإلا انتقض الضابط بما إذا باع ذهباً وفضة بحنطة أو بحنطة وشعير وبما إذا باع حنطة وشعيراً بتمر أو بتمر وملح * ثم لنختم الفصل بسرد صور فنقول إذا باع صاع حنطة بصاع حنطة وفيهما أو في أحدهما فصل وهو عقد التبن أو زوان وهو حب أسود رقيق يكون في

الحنطة لم يجر لانه يأخذ شيئاً في المكيال فان كان في أحدهما لزم
التفاضل وان كان فيهما لزم الجهل بالتماثل وكذا لو كان فيهما أو في
أحدهما مدر أو حبات شعير * وضبط الامام المنع بان يكون الخليط قدرا لو
ميز بان علي

[178]

المكيال (فاما) ما لا يبين على المكيال إذا ميز فلا مبالاة به * وان كان فيهما
أو في أحدهما دقاق بين أو قليل تراب لم يضر لان ذلك لم يدخل في
تضاعف الحنطة ولا يظهر في المكيال بخلاف ما إذا باع موزونا بجنسه
وفيها أو في أحدهما قليل تراب حيث لا يجوز لانه يؤثر في الوزن كم كان
* ولو باع حنطة بعشير وفي كل واحد منهما أو أحدهما حبات من الآخر
يسيرة صح البيع وان كثرت فلا قال الامام وليس المعتبر كونه بحيث يؤثر
في المكيال ولا كونه متمولا (أما) التأثير في المكيال فلان المماثلة غير
مرعية عند اختلاف الجنس (وأما) التمول فلانه مفردا غير مقصود فالمعتبر
أن يكون الشعير الذي خالطته الحنطة قدرا يقصد تمييزه ليستعمل شعيرا
وكذا بالعكس * ولو باع دارا بذهب فظهر فيها معدن الذهب فهل يصح البيع
فيه وجهان (أحدهما) لا كبيع دار موهت بالذهب تمويها يحصل منها شئ
يذهب (وأصحهما) نعم لانه بائع بالاضافة إلى مقصود الدار * ولو باع * دارا
فيها بئر ماء بماء وفرعنا علي أن الماء ربوي ففي صحة البيع وجهان
(أصحهما) الصحة لما ذكرنا من معنى التبعية * قال (الطرف الثاني في
الحالة التي تعتبر فيها المماثلة وقد سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع الرطب بالتمر فقال أينقص الرطب إذا جف فقل نعم فقال صلى
الله عليه وسلم فلا إذن فنبه علي أن المماثلة تراعي حالة الجفاف وهو
حال كمال الشئ ولا خلاص في المماثلة قبله فلا يجوز بيع الرطب بالرطب
(م ح ز) ولا بالتمر وكذا العنب (ح) وكل فاكهة (و) كمالها في جفافها وهو
حالة الادخار) أموال الربا تنقسم إلى ما يتغير من حال إلى حال وإلى ما لا
يتغير والتي تتغير منها تعتبر المماثلة في بيع الجنس بالجنس منها في
أكمل أحوالها فمن المتغيرات الفواكه فتعتبر المماثلة في المتجانسين
منها حالة الجفاف ولا يغنى التماثل في غير تلك الحالة روى عن سعد بن
أبي وقاص أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر
فقال (أينقص الرطب إذا يبس قالوا نعم قال فلا إذن) (1) ويروى (فنهى عن
ذلك)

[179]

أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (أينقص الرطب إذا يبس) إلى أن
المماثلة عند الجفاف تعتبر ونبه به علي على علة فساد بيع الرطب بالتمر والا
فإنقصان الرطب إذا جف أوضح من أن يبحث أو يسأل عنه * إذا تقرر ذلك
فلا يجوز بيع الرطب بالتمر ولا بالرطب (أما) بالتمر فليقن التفاوت عند
الجفاف (وأما) بالرطب فللجهل بالمماثلة لانه لا يعرف قدر النقصان منهما
وقد يكون قدر الناقص من أحدهما أكثر من الآخر وكذا لا يجوز بيع العنب
بالعنب وبالزبيب وكذا كل ثمرة لها حالة الجفاف كالتين والمشمش والخوخ
والبطيخ والكمثرى الذين يفلقان والأجاص والرمان الحامض لا يباع رطبها

برطبها ولا يبابسها ويجوز بيع الحديث بالعتيق الا أن تبقى النداءة في الحديث بحيث يظهر أثر زوالها في المكيال (وأما) ما ليس له حالة جفاف كالعنب الذي لا يتزيب والرطب الذي لا يتتمر والبطيخ والكمثرى الذين لا يغلقان والرمان الحلو والبادنجان والقرع والبقول ففي بيع بعضها ببعض قولان ذكرناهما من قبل * وعند أبي حنيفة يجوز بيع الرطب بالتمر وبالرطب وكذا في نظائره وساعدنا مالك وأحمد علي منع بيع الرطب بالتمر وساعدا أبا حنيفة على تجويز بيع الرطب بالرطب وبه قال المزني ويستثنى عن بيع الرطب بالتمر صورة العرايا وهي مذكورة من بعد (قوله) وكذا كل فاكهة كمالها في جفافها يجوز اعلامه بالواو لان الامام حكى وجها في المشمش والخوخ وما لا يعم تحفيقه عموم تحفيف الرطب انه يجوز بيع بعضها ببعض في حال الرطوبة لان رطوبتها اكمل احوالها والتجفيف في حكم النادر (وأما) ما أجراه من لفظ الادخار فان طائفة من الاصحاب ذكروه وآخرون أعرضوا عنه ولا شك انه غير معتبر لحالة التماثل في جميع الربويات ألا ترى أن اللين لا يدخر ويباع بعضه ببعض فمن أعرض عنه فذاك ومن أطلقه أراد اعتباره في الفواكه والحبوب لا في جميع الربويات فاعرف ذلك *

[180]

قال (وادخار الحب إذا بقي حبا فلا يدخر الدقيق (ح م و) وما يتخذ منه ولا الحنطة المقلية والمبلولة * ويدخر السمسم والدهن والزبيب والخل * وكمال منفعة اللين أن يكون لبنا أو سمنا أو مخيضا دون ما عداه من سائر أحواله وكذا كل معروض على النار من دبس أو لحم فلا كمال فيه وما عرض للتمييز كالعسل فهو على الكمال وإذا نزع النوى من التمر بطل (و) كماله بخلاف العظم إذا نزع من اللحم إذ ليس في إبقائه صلاح لادخاره) في الفصل مسائل (أحدهما) للحنطة ونحوها من الحبوب حالتان (أحدهما) ما قبل التنقية من القشر والتبن وسياتى حكم بيعها فيهما (والثانية) ما بعدها فيجوز بيع بعضها ببعض ما بقيت على هيئتها بشرط تنهى جفافها فإذا بطلت تلك الهيئة فقد خرجت عن حالة الكمال فلا يجوز بيع الحنطة بشئ مما يتخذ منها من المطعومات كالدقيق والسويق والخبز والنشا ولا بما فيه شئ مما يتخذ من الحنطة كالمصل ففيه الدقيق والغالوج ففيه النشا * وكذا لا يجوز بيع هذه الاشياء بعضها ببعض لخروجها عن حالة الكمال وعدم العلم بالمماثلة ولو كان العوضان على حالة الكمال هذا ما يقتضيه من المذهب * ونقل الحسين وهو المعروف بالكرائيسى عن أبي عبد الله تجويز بيع الحنطة بالدقيق فمنهم من جعله قولا آخر للشافعي رضي الله عنه وبه قال ابو الطيب بن سلمة ووجهه بأن الدقيق نفس الحنطة الا أن أجزاءها تفرقت فاشبهه بيع حنطة صغيرة الحبات بحنطة كبيرة الحبات وعلى هذا فالمعيار الكيل (ومنهم) من لم يشبهه قولا وقال أبى عبد الله مالكا رضي الله عنه وأحمد * وجعل الامام منقول الكرايسى شيئا آخر

[181]

وهو أن الدقيق مع الحنطة جنسان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ويشبه أن يكون هو منفردا بهذه الرواية * وحكى البويطي والمزني في

المنثور قولاً انه يجوز بيع الدقيق بالدقيق وان امتنع ببعه بالحنطة كما يجوز بيع الدهن بالدهن وان امتنع ببعه بالسمن * وفى بيع الخبز الجاف المدقوق بمثله قول انه يجوز لامكان كيله والا من من التفاصل فيه وهذا رواه الشيخ ابو حامد والعراقيون عن رواية حرملة والشيخ ابو عاصم العبادي وآخرون عن رواية ابن مقلاص * ورد الامام رواية ابن مقلاص إلى شئ آخر وهو تجوز بيع الحنطة بالسويق وجعلهما جنسين * وقال مالك رضى الله عنه يجوز بيع الحنطة بالدقيق وبه قال أحمد فى أظهر الروايتين الا أن مالكا يعتبر الكيل وأحمد يجوز الكيل والوزن * وقال أبو حنيفة يجوز بيع الدقيق بالدقيق بشرط تساويهما فى النعومة والخشونة ولا يجوز بيع الحنطة المقلية بالمقلية ولا بغيرها لتغيرها عن هيئتها واختلاف الحبات فى التأثير بالنار ولا بيع الحنطة المبلولة بالمبلولة ولا بغيرها لما فى المبلولة من الانتفاخ والتجافى فان جفت لم يجر ايضا لتفاوت جنسها عند الجفاف وإذا منع مجرد البيل بيع البعض البعض فالتى نحت قشرتها بعد البيل بالتهريس أولى أن لا يباع بعضها ببعض * قال الامام وفى الجاروس عندي احتمال إذا نحت قشرتها وكما أن المبلولة مجاوزة حالة الكمال فالتى لم يتم جفافها غير واصله إلى حالة الكمال وان أفركت واخرجت من السنابل * ويجوز بيع الحنطة وما يتخذ منها من المطعومات بالنخالة لانها ليس مال الربا وكذا بيع المسوسة بالمسوسة إذا لم يبق فيها شئ من اللب قاله فى النهاية (الثانية) السمن وغيره من الحبوب التى يتخذ منها الادهان على حالة الكمال ما دامت على هيئتها كالأقوات ولا يجوز بيع طحينها بطحينها كبيع الدقيق بالدقيق والدهن المستخرج منها على حالة الكمال ايضا حتى يجوز بيع بعضها ببعض مماثلا وفيه وجه ان بيع الدهن بالدهن لا يجوز لان الدهن لا يستخرج الا بعد طرح حلاوة أو ملح على الطحين فيلتحق بصورة مد عجو

[182]

والمذهب الاول * ويجوز أن يكون للشئ حالاً كمال ألا ترى ان الزبيب والخل كلاهما على حالة الكمال مع أن أصلهما العنب وكذلك العصير على حالة الكمال فى أصح الوجهين حتى يجوز بيع عصير العنب بعصير العنب وعصير الرطب بعصير الرطب والمعيار فيه وفى الدهن الكيل * ويجوز بيع الكسب بالكسب أيضا ان لم يكن فيه خلط فان كان فيه خلط لم يجر والادهان المطوية كدهن الورد والبنفسج والنوفر كلها مستخرجة من السمن فإذا فرغنا على جريان الربا فيها جاز بيع بعضها ببعض ان رمى السمن فيها ثم استخرج دهنه وان استخرج الدهن ثم طرح اوراقها فيه لم يجر لان اختلاطها به يمنع معرفة التماثل * وعصير الرمان والتفاح وسائر الاثمار كعصير الرطب والعنب وكذا عصير قصب الكسر * ويجوز بيع خل الرطب بخل الرطب وخل العنب بخل العنب لانه على هيئة الادخار والمعيار فيه الكيل ولا يجوز بيع خل الزبيب بمثله ولا بيع خل التمر بمثله لما فيهما من الماء وأنه يمنع معرفة التماثل بين الخلين وكذا لا يجوز بيع خل العنب بخل الزبيب ولا خل الرطب بخل التمر لان فى أحد الطرفين ماء فيلزم التفاصل بين الخلين ولا يجوز أيضا بيع خل الزبيب بخل التمر إذا فرغنا على أن الماء ربوي لان فى الطرفين ماء والمماثلة بين الجانبين غير معلومة ويجوز بيع خل الزبيب بخل الرطب وخل التمر بخل العنب لان الماء فى احد الطرفين والمماثلة بين الخلين غير معتبرة تغريعا على الصحيح فى انهما جنسان (الثالثة) اللبن حالة الكمال يباع بعضه ببعض بخلاف الرطب لان اللبن يؤكل على هيئته فى الاكثر ومعظم منافعه تفوت

بغوات تلك الهيئة (وأما) الرطب فما يؤكل منه في الحال يعد عجالة تفكه والمقصود الاعظم اقتناؤه قوتا فجعل حال كمال كل واحد منهما ما يليق به وحكم الرائب والحامض والخائر منه ما لم يكن مغلى حكم الحليب في الحال حتى يباع البعض منهما بالبعض أو بالحليب ولا نظر إلى أن الشيء إذا خثر كان أنقل وما يحويه المكيال من الخائر يزيد في الوزن على الرقيق من جنسه لان المعيار في اللبن الكيل نص عليه الجمهور * وإذا حصل الاستواء في الكيل فلا مبالاة بتفاوت الوزن كما في الحنطة الصلبة مع الرخوة وفي كلام الامام ما يقتضي تجويز الكيل والوزن جميعا * ويجوز

[183]

بيع السمن بالسمن أيضا لانه يدخل ولا يتأثر بالنار تأثر انعقاد ونقصان وانما يعرض على النار للتصفية فالمعيار فيه الكيل إن كان ذاتيا والوزن ان كان جامدا قاله في التهذيب وهو متوسط بين وجهين أطلقهما العراقيون فحكموا عن المنصوص انه يوزن وعن أبي اسحق انه يكال ويجوز بيع المخيض بالمخيض إذا لم يكن فيهما ماء ومال المتولي الي المنع لانه ليس علي حالة الادخار ولا علي حال كمال المنفعة فليكن كبيع الدقيق بالدقيق ولا يجوز بيع الاقط بالاقط والمصل بالمصل والجبن بالجبن لتأثرها بالنار ولانها لا تخلو عن مخالطة شيء فالمالح خليط الاقط والدقيق خليط المصل والانفحة خليط الجبن وهل يجوز بيع الزبد بالزبد فيه وجهان (أحدهما) نعم كبيع السمن بالسمن (وأصحهما) لا لان الزبد لا يخلو عن قليل مخيض وانه يمنع معرفة المماثلة وعلى هذا لا يجوز بيعه بالسمن لتحقق المفاضلة ولا يجوز بيع اللبن بكل ما يتخذ منه من السمن والمخيض وغيرهما كبيع الحنطة بما يتخذ منها (وقوله) في الكتاب وكمال منفعة اللبن أن يكون لبنا أو سمنا أو مخيضا لا يمكن اجراؤه على ظاهره لانه ليس كونه لبنا كمال منفعته ولو طرح لفظ المنفعة وقال حال كمال اللبن أن يكون لبنا أو مخيضا أو سمنا لكان أولى ويجوز اعلام قوله دون ما عداه من أحواله بالواو للوجه المذكور في الزبد (الرابعة) المعروض من مال الربا على النار ضربان (أحدهما) المعروض للعقد والطبخ كالديس واللحم المشوى وفي جواز بيع الديس بمثله وجهان (أحدهما) يجوز لامكان ادخاره ولتأثير النار فيه غاية يعرفها أهل البصر (وأصحهما) وهو المذكور في الكتاب انه لا يجوز لان النار تأخذ بعض العصير فيصير دبسا وقدر المأخوذ منه يختلف أختلافا بينا فلا تدرى المماثلة بين أجزاء العصير وفي بيع السكر بالسكر والفاسد بالفاسد واللبن باللباء وجهان كما في الديس * ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ولا بالسكر كبيع الرطب بالرطب والتمر بالتمر (وأما) اللحم إذا بيع بجنسه فان كانا طريين أو أحدهما لم يجز لان معظم منافع اللحم تنتفى بعد التقديد فهو كالرطب والعنب * وعن ابن سريج انه يجوز كبيع اللبن باللبن وان كانا مقددين جاز إلا

[184]

أن يكون فيهما أو في أحدهما من الملح ما يظهر في الوزن قال الائمة ويشترط أن يتناهى جفافه بخلاف التمر يباع الحديث منه بالحديث وبالعتيق لانه مكبل وائر الرطوبة الباقية لا يظهر في المكيال واللحم موزون وأثر

الرطوبة يظهر في الميزان هذا إذا لم يكن اللحم مطبوخا أو مشويا (أما المطبوخ والمشوى فلا يجوز بيعها بمنلها ولا بالنى لما ذكرنا من اختلاف تأثير النار * وعن أبي حنيفة يجر بيع المطبوخ بالنى متماثلا * وعن مالك تجوز به متماثلا ومتفاضلا. (الضرب الثاني) المعروض للتمييز والتنقية فهو على حالة الكمال يجوز بيع بعضه ببعض كالسمن على ما مر وكالذهب والفضة بعرضان على النار لتمييز الغش وفي العسل المصفى بالنار وجهان (أحدهما) أنه خارج عن الكمال لان النار قد تعقد أجزاءه (وأظهرهما) وهو المذكور في الكتاب انه على الكمال لان المقصود عن عرضه تمييز الشمع عنه ونار التمييز لينة لا تؤثر في التعقيد فاشبه المصفى بالشمس ولا يجوز بيع الشهد بالشهد لان الشمع يمنع معرفة التماثل بين العسلين ولا بالعسل لظهور التفاضل ويجوز بيع الشمع بالعسل وبالشهد بلا حجر لان الشمع ليس من أموال الربا ومعيار التساوى في العسل علي ما ذكرناه في السمن (الخامسة) التمر إذا نزع منه النوى بطل كماله لانه يبطل ادخاره ويتسارع إليه الفساد فلا يجوز بيع منزوع النوى بمثله ولا بغير المنزوع وقيل يجوز بيع المنزوع بمثله لان النوى ليس من جنس التمر فلا يضر فصله عنه وانما لم يشترط ذلك لما فيه من المشقة وحكى الامام الخلاف في بيع المنزوع بالمنزوع ايضا ومغلق المشمش والخوخ ونحوهما لا يبطل كمالها بنزع النوى في أصح الوجهين لان الغالب في تحفيها نزع النوى ولا يبطل كمال اللحم بنزع العظم لانه لا يتعلق صلاح ببقائه وهل يشترط النزع في جواز بيع بعضه ببعض فيه وجهان (أظهرهما) عند الاكثرين نعم وبه قال ابو اسحق (والثاني) ويحكى عن الاصطخري أنه يسامح به وعلى هذا يجوز بيع لحم الفخذ بالجنب ولا نظر الي وتفاوت اقدار العظام كتفاوت النوى هذا شرح مسائل الفصل وما يناسبها وإذا نظرت في هذا الطرف عرفت أن النظر في حالة الكمال الي أمرين في الاكثر (أحدهما) كون الشئ بحيث يتهاى لاكثر الانتفاعات

[185]

المطلوبة منه (والثاني) كونه على هيئة الادخار لكنهما لا يعتبران جميعا فان اللبن ليس بمدخر والسمن ليس بمتهى لا اكثر الانتفاعات المطلوبة من اللبن وكل واحد من المعنيين غير مكفى به ايضا لا الثمار التي لا تدخر تنهيا لاكثر الانتفاعات المطلوبة منها والدقيق مدخر وليس على حالة الكمال على ما سبق ولا تساعدني عبارة ضابطة كما أحب في تفسير الكمال فان ظفرت بها الحقها بهذا الموضع وبالله التوفيق * قال (الطرف الثالث في معني الجنسية والادقة والالبان والخلول والادهان مختلفة باختلاف أصولها وفي لحوم الحيوانات قولان (أصحهما) أنها مختلفة لتفاوت المعنى وان اتفق الاسم وأعضاء الحيوان الواحد كالكرش والكبد والشحم أجناس على الاظهر ان جعلنا اللحم أجناسا ولا يجوز بيع (ح و) اللحم بالحيوان من غير جنسه على أحد القولين للنهى عنه ولا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم ولا بيع السمن باللبن وان جاز بيع كل واحد منهما بجنسه) عرفت في صدر الباب أن بيع المال الربوي بجنسه مشروط برعاية المماثلة وبغير جنسه غير مشروط بها فالتجانس والاختلاف قد يظهر فلا يحتاج إلى التنصيص عليه وقد يقع في محل الاشكال والاشتباه وموضوع الطرف بيان مواضع الاشتباه وفيه مسألتان (أحدهما) اختلف قول الشافعي رضى الله عنه في أن لحوم الحيوان جنس أو جنسان فاحد القولين انها جنس واحد لانها مشتركة في الاسم الذي لا يقع بعده التمييز إلا بالاضافة فاشبهت أنواع الرطب والعنب وتخالف الثمار المختلفة فانها

وإن اشتركت في اسم الثمرة لكنها تمتاز باسمائها الخاصة (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة والمزني أنها أجناس مختلفة لأنها فروع أصول مختلفة فاشبهت الأدقة والابخاز* وعن مالك أن اللحوم ثلاثة أجناس الطيور والدواب أهلها ووحشيتها والبحريات* وبه قال أحمد في أحد الروايتين وعنه روايتان أخرتان كالقولين (التفريع) إن جعلناها جنسا واحدا فلا فرق بين لحوم الحيوانات البرية أهلها ووحشيتها وكذا لحوم البحريات جنس واحد وفي لحوم البريات مع البحريات وجهان (أحدهما) وبه قال أبو علي الطبري والشيخ

[186]

أبو حامد انهما جنسان وكذلك لو حلف أن لا يأكل اللحم لا يحنت بلحوم الحيتان (والثاني) انهما جنس واحد لشمول الاسم قال الله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طريا) وهذا اختيار القاضي أبي الطيب وابن الصباغ وهو الذي أوردته في التهذيب* وان جعلناها أجناسا فحيوان البر مع حيوان البحر جنسان ثم الاهليات من حيوان البر جنس والوحشيات جنس ثم لكل واحد من القسمين أجناس فلحوم الابل على اختلاف أنواعها جنس واحد ولحوم البقر والجواميس وغيرها جنس واحد ولحوم الغنم ضأنها ومعزها جنس والبقر الوحشي جنس والظباء جنس وفي الظباء مع الابل تردد للشيخ أبي محمد واستقرار جوابه على انهما كالضأن والمعز وأما الطيور والعصافير على اختلاف أنواعها جنس والبطوط جنس والدحج جنس* وعن الربيع أن الحمام بالمعنى المتقدم في الحج وهو ما عب وهدر جنس فيدخل فيه القمري والديسي والفاخته وهذا اختيار جماعة منهم الامام وصاحب التهذيب واستبعده اصحابنا الراقيون وجعلوا كل واحد منهما جنسا برأسه والسموك من حيوان البحر جنس وفي غنم الماء وبقره وغيرهما مع السموك وكذا في بعضها مع بعض قولان (أصحهما) أنها أجناس كحيوانات البر وهل الجراد من جنس اللحوم فيه وجهان (ان قلنا) نعم فهو من البريات أو البحريات فيه وجهان وفي أعضاء الحيوان الواحد كالكرش والكبد والطحال والقلب والرئة طريقان (أشهرهما) انا ان قلنا ان اللحوم أجناس فهذه أولى لاختلاف اسمائها وصفاتها (وان قلنا) انها جنس واحد ففيها وجهان لان من حلف أن لا يأكل اللحم لا يحنت (باكل هذه الاشياء علي الصحيح وهذا كالخلاف في ان لحم السمك جنس برأسه أو هو من جنس سائر اللحوم) لان من حلف أن لا يأكل اللحم لا يحنت بأكل السمك (والثاني) عن القفال انا إن جعلناها جنسا واحدا فهذه الاشياء مجانسة لها وان جعلناها أجناسا فوجهان لاتحاد الحيوان وصار كلحم الطير وشحمه (وقوله) في الكتاب أجناس على الاظهر ان جعلنا اللحوم أجناسا إلى هذه الطريقة أقرب ولو قال وان لم نجعل اللحوم أجناسا لكان ذلك للطريقة الاولى وكيف ما قدرت الترتيب فظاهر المذهب انها أجناس والمخ جنس آخر وكذلك الجلد وشحم الظهر مع شحم البطن جنسان وسنام البعير معهما جنس آخر والرأس

[187]

والاكارع من جنس اللحم وفي الاكارع احتمال عند الامام (وأما) الادقة والخلول والادهان فهي اجناس مختلفة على المشهور لانها اصول فروع مختلفة وهي من أموال الربا فاجرى عليها حكم أصولها بخلاف اللحوم فان أصولها وهي الحيوانات ليست ربوية وكذا عصير العنب مع عصير الرطب جنسان ودبسهما كذلك وفي الادقة حكاية قول عن أمالي حرمله انها جنس واحد وأبعد منه وجه ذكره في الخلول والادهان ويجرى مثله في عصير العنب مع عصير الرطب (وأما) الالبان ففيها طريقان (أظهرهما) عند الاكثرين انها على قولين في اللحمين فعلى الاصح يجوز بيع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلا وبيع أحدهما بما يتخذ من الآخر ولبن الضأن والمعز جنس واحد ولبن الوعل مع المعز الاهلي جنسان اعتبار بالاصول (والطريق الثاني) وهو قضية ايراد الكتاب القطع بأنها اجناس مختلفة والفرق أن الاصول التي حصل اللبن منها باقية بحالها وهي مختلفة فيدأ حكمها علي الفروع بخلاف اصول اللحم * ويوض الطيور اجناس ان جعلنا اللحوم اجناسا وان جعلناها جنسا واحدا فهي اجناس ايضا على اصح الوجهين * والزيت المعروف مع زيت الفجل جنسان وهو دهن يتخذ من بزر الفجل يسمى زيتا لانه يصلح لبعض ما يصلح له الزيت العروف (ومنهم) من قال حكمهما حكم اللحمين والتمر المعروف مع الهندي جنسان وعن ابن القطان وجه انهما جنس واحد * وفي البطيخ المعروف مع الهندي وجهان ايضا وكذا في القثاء مع الخيار والبقول كالهنديا والنعنع وغيرهما اجناس إذا قلنا بجريان الربا فيها ودهن السمسم وكسبه جنسان كالمخيض والسمن وفي عصير العنب مع حله وجهان (أظهرهما) أنهما جنسان لافراط التفاوت في الاسم والصفة والمقصود وفي السكر والفانيد وجهان ايضا (أظهرهما) انهما جنسان لاختلاف قصبهما والسكر والنبات والطبرزد جنس واحد والسكر الاحمر وهو القوالب عكر الابيض ومن قصبه ومع ذلك ففي التجانس تردد للائمة لمخالفتها في الصفة * قال الامام ولعل الاظهر انه جنس من السكر (المسألة الثانية) بيع اللحم بالحيوان المأكول من جنسه باطل وهو قول مالك واحمد خلافا لابي حنيفة والمزني * لنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع اللحم بالحيوان) (1) وان باعه بحيوان مأكول لا من جنسه

كما لو باع لحم الشاة بالبقرة فيبنى على ان اللحمين جنس أو اجناس (ان قلنا) انهما جنس فهو باطل ايضا (وان قلنا) اجناس فقولان (أحدهما) وبه قال مالك واحمد انه صحيح كما لو باع اللحم باللحم (وأصحهما) أنه باطل لعموم الخبر * (روى ان جزورا نحرت على عهد أبي بكر رضى الله عنه فجاء رجل بعناق وقال اعطوني جزءا بهذه العناق فقال ابو بكر رضي الله عنه لا يصلح هذا) (1) وان باعه بحيوان غير مأكول كعبد أو حمار ففيه قولان (أصحهما) عند القفال المنع لطاهر الخبر (والثاني) الجواز لان سبب المنع بيع مال الربا باصلة المشتمل عليه ولم يوجد ذلك ههنا وفي بيع الشحم والالية والطحال والقلب والكلية والرئة بالحيوان وجهان وكذا في بيع السنام بالابل (أحدهما) يجوز لان النهى ورد في بيع اللحم بالحيوان (وأصحهما) المنع لانه في معناه وعلى هذا الخلاف بيع الجلد بالحيوان ان لم يكن مدبوغا وان كان مدبوغا فلا منع وعلي الوجهين ايضا بيع لحم السمك بالشاة ولا يجوز بيع دهن السمسم ولا كسبه بالسمسم ولا بيع دهن الجوز بلب الجوز ولا بيع السمن باللبن كما لا يجوز بيع اللحم بالحيوان وبيع دقيق الحنطة بالحنطة * وذكر الامام ههنا اشكالا وطريق حله (أما) الاشكال فهو

ان السمسسم جنس في نفسه لا أنه دهن وكسب واللبن جنس في نفسه لا أنه سمن ومخيض ولهذا جاز بيع السمسسم بالسمسم واللبن باللبن وان كان لا يجوز بيع الدهن والكسب بالدهن والكسب وبيع السمن والمخيض بالسمن والمخيض وإذا كان جنسا برأسه وجب أن يجوز

[189]

بيع السمسسم بالدهن كما جاز بيع السمسسم بالسمسم (وأما) الحل هو انه إذا قوبل السمسسم بالسمسم واللبن باللبن فالعوضان متجانسان في صفهما الناجزة فلا ضرورة إلى تفريق الاجزاء وتصوير ما يكون حينئذ وإذا قوبل السمسسم بالدهن فلا يمكننا جعل السمسسم مخالفا للدهن مع اشتمال السمسسم على الدهن وإذا ارتفعت المخالفة جاءت المجانسة ولا شك أن مجانستهما في الدهنية فنضطر إلى اعتبارها وإذا اعتبارناها كان ذلك بيع دهن كسب بدهن (وقوله) في الكتاب وإن جاز بيع كل واحد منهما بجنسه اشارة الي هذا الاشكال ويجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز ولا بأس بما عليهما من القشر لان الصلاح يتعلق به ثم المعيار في الجوز الوزن لانه اكبر من التمر وفي اللوز الكيل ويجوز ايضا بيع لب الجوز بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز وفيه وجه انه لا يجوز بيع اللب باللوز لخروجه عن حالة الادخار وبهذا أجاب في التتمة * وحكى القاضي ابن كج عن نص الشافعي رضي الله عنه انه لا يجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز مع القشر وبيع البيض بالبيض كبيع الجوز بالجوز فيجوز على الظاهر وان كان في القشر والمعيار فيه الوزن ويجوز بيع لبن الشاة بغير اللبون من الشاة وكذا باللبون إذا لم يكن في ضرعها لبن ان جرى البيع عقيب الحلب وان كان في ضرعها لبن لم يجر لان اللبن في الضرع يأخذ قسطا من الثمن ألا ترى أنه وجب التمر في مقابلته في المصراة وكذا لو باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن كما لو باع حيوانا ولينا بحيوان ولين * وعن أبي الطيب ابن سلمة انه يجوز كبيع السمسسم بالسمسم وبيع البيض بالدجاجة كبيع اللبن بالشاة ولو باع لبن الشاة ببقرة في ضرعها لبن (فان قلنا) الالبان جنس واحد لم يجر (وان قلنا) انها اجناس فقولان للجمع بين مختلفي الحكم فان ما يقابل اللبن من اللبن يشترط فيه التقابض وما يقابله من الحيوان لا يشترط فيه التقابض والله أعلم * (فرع) الربا يجرى في دار الحرب جريانه في دار الاسلام لان النصوص الواردة فيه مطلقة وبه قال مالك وأحمد * وعن ابي حنيفة ان الربا في دار الحرب انما يجرى بين المسلمين المهاجرين فأما بين حربيين وبين مسلمين لم يهاجرا أو احدهما فلا ربا *

[190]

قال (الباب الثالث في الفساد من جهة النهي) (والمناهي قسمان (احدهما) ما يدل على فساد العقد وذلك كنهيه عن بيع اللحم بالحيوان (ح) وبيع ما لم يقبض وبيع الطعام حتى يجرى فيه الصيعان وبيع الكائى بالكائى وبيع الغرر وبيع الكلب والخنزير وبيع عسب الفحل وهو نطفته) مقصود الباب عدد البياعات التي ورد فيها نهى خاص والترجمة تقتضي انقسام الفساد إلى ما يكون للنهي والى ما يكون لغيره لكن يمكن ان يقال لا فساد إلا للنهي فان الربا الذي أفرده بالذكر منهى عنه أيضا وكذا تفريق الصفقة إذا منعنا

عنه وكل فاسد منهى عنه أمام نهى خاص وأما نهى عام ثم ما ورد فيه النهى من البيوع فقد يحكم بفساده قضية للنهى وهو الاغلب وقد لا يحكم وهو حيث يقارن البيع ما يعرف عود النهى إليه كالمنع عن البيع حالة النداء فانا نعلم ان المنع غير متوجه نحو خصوص البيع وانما هو متوجه نحو ترك الجمعة حتى لو تركها بسبب آخر فقد ارتكب المنهي ولو باع في غير تلك الحالة لم يصادفه نهى * (القسم الاول) ما حكم فيه بالفساد وهو انواع (فمنها) بيع اللحم بالحيوان وقد مر (ومنها) بيع ما لم يقبض وبيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان وبيع الكالى وسنشرحها من بعد (ومنها) بيع الغرر فمنه بيع ما لم يقدر على تسليمه وقد سبق ومنه ان يبيع مال الغير ومنه أن يبيع ما ليس عنده روى أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عنه حكيم بن حزام) (1)

[191]

وله تفسيران (أحدهما) أن يبيع ما هو غائب عنه (والثاني) أن يبيع ما لم يملكه ليشتريه فيسلمه ومنها بيع الكلب والخنزير وقد تقدم ذكره في شرط طهارة المبيع ومنها ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع عسب الفحل) (1) وروى انه (نهى عن ثمن عسب الفحل) وهذه رواية الشافعي رضى الله عنه في المختصر قال في الصحاح العسب الكراء الذى يؤخذ علي ضرب الفحل وعسب الفحل أيضا ضرابه ويقال ماءه فهذه ثلاثة معان (والثالث) هو الذى أطلقه في الكتاب (والثاني) هو المشهور في الفقهيات ثم ليس المراد من الخبر في الرواية الاولى الضراب فان نفس الضراب لا يتعلق به نهى ولا منع من الايذاء أيضا بل الاعارة للضراب محبوبة ولكن الثمن المذكور في الرواية الثانية مضمرة فيه هكذا قاله ويجوز أن يحمل العسب على الكراء على ما هو أحد المعاني فيكون نهيا عن اجارة الفحل للضراب ويستغنى عن الاضمار وأما على الرواية الثانية فالمفسرون للعسب بالضراب ذكروا ان المراد من الثمن الكراء وقد يسمى الكراء ثمنا مجازا ويجوز أن يفسر العسب بالماء ويقال هذا نهى عن بيعه والحاصل ان بذل المال للضراب ممنوع بطريق البيع لان ماءه غير متقوم ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه (وأما) بطريق الاستئجار ففيه وجهان قد ذكرهما في الكتاب في باب الاجارة (أصحهما) المنع أيضا وبه قال ابو حنيفة واحمد لان فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك بل يتعلق باختيار

[192]

الفحل (والثاني) وبه قال ابن أبي هريرة ويحكى عن مالك انه يجوز كالاستئجار لتلقيح النخل ويجوز أن يعطى صاحب الانثى صاحب الفحل شيئا على سبيل الهدية خلافا لاحمد والله أعلم * قال (وحبل الحبله وهو نتاج النتاج والملاقيح وهى ما في بطون الامهات والمضامين وهى ما في أصلاب الفحول) (ومنها) ما روى عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع حبل الحبله) (1) وحبل الحبله هو نتاج النتاج ثم ذكروا للخبر تفسيرين (أحدهما) أن يبيع الشئ الي ان ينتج نتاج هذه الدابة (والثاني) ان يبيع نتاج النتاج نفسه (والاول) هو تفسير ابن عمر وبه أخذ الشافعي رضى الله عنه (والثاني) تفسير أبى عبيد وأهل اللغة وكلا البيعين

باطل (أما) الاول فلانه بيع الي أجل مجهول (وأما) الثاني فلانه بيع ما ليس بمملوك ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه (ومنها) ما روى عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الملاقيح والمضامين) (2) فالملاقيح ما في بطون الامهات من الاجنة الواحدة ملقوحة من قولهم لقت كالمجنون من جن والمحموم من حم والمضامين ما في اصلاب الفحول سمي بذلك لان الله تعالى ضمنها فيها وكانوا في الجاهلية يبيعون ما في بطن الناقة وما يحصل من ضراب الفحل في عام أو اعوام وسبب بطلانها من جهة المعنى بين

[193]

قال (وبيع الملامسة وهو أن يجعل اللمس بيعا * والمنايذة بان يجعل النبد بيعا * ورمى الحصة وهو ان يعين للبيع ما تقع الحصة عليه * وبيعتين في بيعة فيقول بعت بالفين نسيئة أو بالف نقدا فخذ بايهما شئت) * (ومنها) ما روى عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الملامسة والمنايذة) (1) وللملامسة تأويلات (احدها) أن يأتي ثوب مطوى أو في ظلمة فيلمسه المستام فيقول صاحب الثوب بعتك هذا بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته وهو تأويل الشافعي رضي الله عنه في المختصر وهذا البيع باطل (أما) إذا ابطالنا بيع الغائب فظاهر (وأما) إذا صحناه فلاشترط قيام اللمس مقام النظر * قال الامام وتطرق إلى هذا احتمال من جهة أن من اشترى شيئا على شرط نفى خيار الرؤية ففي صحة الشرط خلاف فلا يمتنع ان يكون هذا على ذلك الخلاف وبهذا الاحتمال أجاب ابو سعد المتولي في كتابه (والثاني) وهو المذكور في الكتاب ان يجعل نفس اللمس بيعا ومثله الامام بان يقول صاحب الثوب لطالبه إذا لمست ثوبي فهو مبيع منك بكذا وهو باطل لما فيه من التعليق والعدول عن الصيغة الشرعية وذكر في التتمة ان هذا في حكم المعاطاة (والثالث) ان يبيعه شيئا على أنه متي لمسه فقد وجب البيع وسقط خيار المجلس وغيره وهو فاسد للشرط الفاسد (وأما) بيع المنايذة فله تأويلات (احدها) ان يجعل النبد بيعا فيقول احدهما للآخر انبذ اليك ثوبي وتنبذ إلى ثوبك على ان كل واحد مبيع بالآخر أو يقول انبذ اليك ثوبي بعشرة وتنبذ إلى ثوبك يكون النبد بيعا وهذا تأويل الشافعي رضي الله عنه في المختصر وهو المذكور في الكتاب ووجه بطلان العقد اختلاف الصيغة قال الاثمة وحيث فيه الخلاف المذكور في المعاطاة فان المنايذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها (والثاني) أن يقول بعتك هذا بكذا علي اني إذا نبذته اليكم فقد وجب البيع وحكمه ما مر في الملامسة (والثالث) ان المراد منه نبذ الحصة وسنفسره (ومنها) ما روى عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الحصة) (2) وله تأويلات (أحدها) ان يقول بعتك

[194]

ثوبا من هذه الاثواب وارم بهذه الحصة فعلى أيها وقعت فهو المبيع أو يقول ارم بهذه الحصة فعلى أي موضع بلغت من الارض يكون مبيعا منك (والثاني) ان يقول بعتك هذا بكذا على انك بالخيار إلى ان أرمى بهذه

الحصاة (والثالث) ان يجعل نفس الرمي بيعا فيقول البائع إذا رميت بهذه الحصاة فهذا الثوب مبيع منك بعشرة والبيع باطل في الصور الثلاث * أما في الاولى فللجهل بالمبيع (وأما) في الثانية فلكون الخيار مجهولا (وأما) في الثالثة فلاختلال الصيغة (ومنها) ما روى عن ابي هريرة رضي الله عنه أيضا ان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيعتين في بيعة) (1) وله تأويلان مذكوران في المختصر (احدهما) وهو المذكور في الكتاب ان يقول بعتك هذا العبد بالف نقدا أو بالفين الي سنة فخذ بايهما شئت أو شئت انا فهذا العقد باطل للجهل بالعوض كما لو قال بعتك هذا العبد أو هذه الجارية بكذا ولو قال بعتك بالف أو بالفين إلى سنة أو قال بعتك نصف هذا العبد بالف ونصفه بالفين صح البيع ولو قال بعتك هذا العبد بالف نصفه بالف ونصفه بستمائة لم يصح لان ابتداء الكلام يقتضي توزيع الثمن على المثلين بالسوية وآخره يناقضه هكذا نقله صاحب التهذيب حكما وتعليلا (والثاني) أن يقول بعتك هذا العبد بالف على أن تبيعني دارك بكذا أو اشترى مني دار بكذا فهو باطل لانه بيع وشرط وسنذكر المعنى في بطلانه على الاثر * قال (وعن بيع وشرط فلو باع بشرط قرض أو بشرط بيع آخر أو بشرط على بائع الزرع أن يحصده (و) أو كان مما يبقى علقه بعد العقد يثبت نزاع بسببها لم يحز)

[195]

ومن البيوع التي ورد النهى عنها البيع المشروط روى ان النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع وشرط) (1) قال حجة الاسلام مطلق الخبر يقتضي امتناع كل شرط في البيع لكن المفهوم من تعليله انه إذا انضم الشرط إلى البيع بقيت علقته بعد العقد يثور بسببها منازعة وقد يفضي ذلك إلى فوات مقصود العقد فحيث تفقد هذه العلة تستثنى عن الخبر ولذلك يستثنى عنه شروطا ورد في تصحيحها نصوص (اعلم) ان الشرط في العقد ينقسم إلى فاسد وإلى صحيح والفاسد منه يفسد العقد أيضا على المذهب وفيه شئ سنورده من بعد والفصل يشتمل على أمثلة من الشروط الفاسدة ثم يليه بيان الشروط الصحيحة (فمن الشروط الفاسدة) إذا باع عبده بالف بشرط أن يبيعه داره أو يشتري منه داره أو بشرط أن يقرضه عشرة لم يصح لانه جعل الالف ورفق العقد الثاني ثمنا واشترط العقد الثاني فاسد فيبطل بعض الثمن وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقي وإذا أتيا بالبيع الثاني نظر ان كانا يعلمان بطلان الاول صح والا فلا لاتيانهما به على حكم الشرط الفاسد هكذا نقله صاحب التهذيب وغيره والقياس صحته وبه قطع الامام وحكاه عن شيخه في كتاب الرهن * ولو اشترى زراعا واشترط على بائعه أن يحصده ففيه ثلاث طرق (أحدها) وبه قال ابو اسحق ان هذا التصرف شرا للزرع واستتجار للبائع على الحصاد فيجئ فيه القولان فيما لو جمع بين صفتين مختلفي الحكم وهذا هو اختيار ابن الصباغ (والثاني) ان شرط الحصاد باطل قولا واحدا لانه شرط عملا فيما لم يكن فاشبهه مالو استأجره لخياطة ثوب لم يملكه وفي صحة البيع قولا تفريق الصفة (والثالث) وهو الاصح انهما باطلان (أما) شرط العمل فلما ذكرنا وأيضا فلانه بشرط يناقض قضية العقد لان قضية العقد كون القطع على المشتري (وأما) البيع فلان الشرط إذا فسد فسد البيع وكذا الحكم لو أفرد الشراء بعوض

[196]

والاستئجار بعوض فقال اشتريت هذا الزرع بعشرة على أن تحصده بدرهم
لأنه جعل الاجارة شرطا في البيع فهو في معني بيعتين في بيعة في
التأويل الثاني ولو قال اشتريت هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بعشرة
فقال بعت وأجرت ففيه طريقان (أحدهما) انهما على القولين في الجمع
بين مختلفي الحكم (والثاني) ان الاجارة باطلة قولا واحدا * ثم إذا فسدت
الاجارة ففي فساد البيع قولا تفريق الصفقة * ولو قال اشتريت هذا الزرع
بعشرة واستأجرتك لتحصده بدرهم صح الشراء ولا تصح الاجارة لأنه
استأجره على العمل فيما لم يملكه ونظائر مسألة الزرع يقاس بها كما إذا
اشترى ثوبا وشرط عليه صبغة أو خياطته أو لبنا وشرط عليه طبخه أو نعلا
علي أن ينعل به دابته أو عبدا رضيعا علي أن يتم ارضاعه أو متاعا علي أن
يحملة إلى بيته والبائع يعرف بيته فان لم يعرف بطل البيع لا محالة ولو
اشترى حطبا على ظهر بهيمة مطلقا فيصح العقد ويسمله إليه في موضعه
أو لا يصح حتى يشترط تسلمه إليه في موضعه لان العادة قد تقتضي حملة
الي داره * حكى صاحب التتمة فيه وجهين والله أعلم * قال (إلا في مواضع
عدة استثنيت بالنصوص (أحدها) شرط الاجل المعلوم (والثاني) شرط
الخيار ثلاثة أيام (والثالث) شرط وثيقة الثمن بالرهن بعد تعيين المرهون
وبالكفيل بعد تعيينه وبالشهادة ولا يشترط فيها التعيين * ومهما تعذر
الوفاء بالرهن المشروط أو وجد به عيبا فله فسخ العقد)

[197]

من الشروط الصحيحة في البيع شرط الاجل المعلوم في الثمن قال الله
تعالى (إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) وروى أن النبي صلى الله
عليه وسلم (أمر عبد الله بن عمر أن يجهز جيشا وإمره أن يتناع ظهرا إلى
خروج المصدق) وان كان مجهولا كقدوم زيد أو مجئ المطر واقباض المبيع
فهو فاسد وذكر القاضى الروياني أنه لو أجل الثمن إلى الف سنة بطل
العقد للعلم بأنه لا يبقى الي هذه المدة ويسقط الاجل بالموت كما لو أجر
ثوبا الف سنة لا يصح فعلى هذه بشرط في صحة الاجل مع كونه معلوما
احتمال بقائه إلى المدة المضروبة * ثم موضع الاجل ما إذا كان العوض في
الذمة فاما ما ذكر في المبيع أو في الثمن المعين مثل أن يقول اشتريت
بهذه الدنانير على أن تسلمها في وقت كذا فهو فاسد لان الاجل رفق أثبت
لتحصيل الحق في المدة والمعين حاصل ولو حل الاجل فاجل البائع
المشترى مدة أو زاد في الاجل قبل حلول الاجل المضروب اولا فهو وعد لا
يلزم خلافا لابي حنيفة فيهما وساعدنا علي أن بدل الاتلاف لا يتأجل وان
أجله وقال مالك رحمه الله تعالى يتأجل * ولو أوصى من له دين حال على
انسان بامهاله مدة فعلى ورثته امهاله تلك المدة لان التبرعات بعد الموت
تلزم قاله في التتمة * وحكى هو وصاحب التهذيب وجهين فيما لو أسقط
من عليه الدين المؤجل الاجل هل يسقط حتى يتمكن المستحق من
مطالبته في الحال (اصحهما) انه لا يسقط لان الاجل صفة تابعة والصفة لا
تفرد بالاسقاط ألا ترى ان مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصالح لو
أسقط صفة الجودة أو الصحة لا تسقط (ومنها) شرط الخيار ثلاثة أيام على
ما سيأتي (ومنها) شرط وثيقة الثمن بالرهن والكفيل والشهادة فيصح
البيع بشرط أن يرهن المشتري بالثمن أو يتكفل به كفيل أو يشهد عليه
سواء كان الثمن مؤجلا أو حالا ولا يخفى وجه الحاجة إلى التوفيق بهذه

الجهات وقد قال تعالى (فرهن مقبوضة) وقال (واشهدوا إذا تبايعتم) وكذلك يجوز أن يشترط المشتري على البائع كفيلا بالعهد ولا بد من تعيين الرهن والكفيل والمعتبر في الرهن المشاهدة أو الصفة كما يوصف المسلم فيه وفي الكفيل

[198]

المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ولا يكفي الوصف بان يقول رجل موسر ثقة هذا هو النقل * ولو قال قائل الاكتفاء بالصفة أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله لم يكن بعيد وهل يشترط التعيين في شرط الاشهاد فيه وجهان (أحدهما) نعم كما في الرهن والكفيل (وأصحهما) لا وهو المذكور في الكتاب لان المطلوب في الشهود العدالة لاثبات الحق عند الحاجة بخلاف الرهن والكفيل فان الاغراض فيهما تتفاوت ولصاحب الوجه الاول أن يقول وقد يكون بعض العدول أوجه وقوله أسرع قبولا فيتفاوت الغرض في اعيانهم أيضا وادعى الامام القطع بالوجه الثاني ورد الخلاف إلى انه لو عين الشهود هل يتعينون أم لا وهل يجب التعرض لكون المرهون عند المرتهن أو عند عدل فيه وجهان (أظهرهما) لا بل ان اتفقا على يد المرتهن أو يد عدل فذاك وإلا جعله الحاكم في يد عدل وليكن المشروط رهنه عند المبيع (أما) إذا شرط أن يكون المبيع نفسه رهنا بالثمن لم يصح الرهن لان المرهون غير مملوك له بعد ولا البيع هكذا أطلقه الجمهور وأورد الامام فيه تفصيلا كما سيأتي والمطلقون وجهوه بامور (منها) ان الثمن إما مؤجل فلا يجوز حبس المبيع لاستيفائه أو حال فله حبسه لاستيفائه فلا معنى للحبس بحكم الرهن (ومنها) تناقض الاحكام فان قضية الرهن كون المال أمانة وان يسلم الدين أولا وقضية البيع بخلافه (ومنها) أن فيه استثناء منفعة الاستيثاق ولا يجوز أن يستثنى البائع بعض منافع المبيع لنفسه (ومنها) قال بعض المتأخرين المشتري لا يملك رهن المبيع الا بعد صحة البيع فلا تتوقف عليه صحة لبيع كيلا يؤدي الي الدور وللنزاع مجال في هذه التوجيهات (أما الاول) فان كان الثمن مؤجلا لا يجوز حبس المبيع إذا لم يجر رهن فان جرى فهو موضع الكلام وإن كان حالا فيجوز أن يتقوى احد الجنسين بالآخر (وأما) الثاني فيتقدير الصحة يبقى المال مضمونا بحكم البيع استيفاء لما كان ويسلم الدين

[199]

اولا لاقدامه علي الرهن * (وأما) الثالث ففي جواز استثناء بعض المنافع تفصيل سنذكره ان شاء الله تعالى (وأما) الرابع فمسلم انه لا يتوقف صحة البيع علي الرهن لكن لا كلام فيه وانما الكلام في انه هل يمنع صحة البيع فهذا كلام المطلقين (وأما) التفصيل فان الامام ذكر ان المسألة مبنية على أن البدأة في التسليم بمن (فان قلنا) البدأة بالبائع أو قلنا يخيران معا أو قلنا لا اختيار ما لم يبتد أحدهما فسد البيع لانه شرط يبطل مقتضى البيع لتضمنه حبس المبيع إلى استيفاء الثمن (وان قلنا) البدأة بالمشتري فوجهان (أحدهما) انه يصح هذا الشرط لموافقته مقتضى العقد (والثاني) لا يصح ويفسد البيع لما سبق من تناقض الاحكام والاطهر عند صاحب الكتاب هو الوجه الاول * وأنت إذا تنبعت إلى الاصل المبنى عليه عرفت حال هذا

البناء قوة وضعفا * ولو شرط أن يرهنه بالثمن بعد القبض ويرده إليه فالبيع باطل أيضا لبعض المعاني المذكورة * ولو رهنه بالثمن من غير شرط صح إن كان بعد القبض وإن كان قبله فلا إن كان الثمن حالا لأن الحبس ثابت له وإن كان مؤجلا فهو كما لو رهن المبيع قبل القبض بدين آخر ثم إذا لم يرهن المشتري ما شرطه أو لم يتكفل الذي عينه فلا اجبار لكن للبائع الخيار ولا يقوم رهن وكفيل آخر مقام المعين فإن فسخ فذاك وإن أجاز فلا خيار للمشتري * ولو عين شاهدين فامتنعا من تحمل الشهادة (فإن قلنا لا بد من تعيين الشاهدين فللبائع الخيار أيضا) (وإن قلنا لا حاجة إليه أيضا فلا * ولو باع بشرط الرهن فهلك الرهن قبل القبض أو تعيب أو وجد به عيبا قديما فله الخيار في البيع وإن تعيب قبل القبض فلا خيار * ولو ادعى الرهن أنه حدث بعد القبض وقال المرتهن بل قبله فالقول قول الراهن استدامة للبيع ولو هلك الرهن بعد القبض أو تعيب ثم اطلع على عيب قديم به فلا ارش له وهل له فسخ البيع فيه وجهان (أصحهما) لا لأن الفسخ إنما يثبت إذا أمكنه رد الرهن كما أخذ (وأما) لفظ

[200]

الكتاب فقوله شرط وثيقة الثمن لفظ الثمن وإن كان مطلقا لكن المراد منه ما إذا كان في الذمة فإن الاعيان لا يرهن بها وفي ضمانها تفصيل طويل يذكر في موضعه إن شاء الله تعالى هذا كما ذكرناه في الاجل (وقوله) بعد تعيين المرهون يجوز اعلامه بالميم والحاء (أما) الميم فلان عند مالك رضي الله عنه لا يشترط تعيين المرهون بل ينزل المطلق على ما يصلح أن يكون رهنا لمثل ذلك في العادة (وأما) بالحاء فلان عند أبي حنيفة لو قال رهنتك أحد هذين العبدین جاز كما ذكره في البيع (وقوله) وبالكفيل بعد تعيينه يجوز اعلامه بالواو لأن في كتاب القاضي ابن كج أنه لا حاجة الي تعيين الكفيل وإذا أطلق أقام من شاء ضمينا والله أعلم قال (والرابع) شرط عتق العبد احتمال لحديث بريرة والقياس إبطال الشرط وقد قيل به * ثم للبائع المطالبة بالعتق على الاصح فإن أبي المشتري أجبر عليه (و) وإن شرط أن يكون الولاء له صح الشرط (و) لدلالة الخبر في بيع الرقيق بشرط العتق قولان (أحدهما) وهو مخرج أنه لا يصح كما لو باعه بشرط أن يبيعه أو يهبه وبهذا قال أبو حنيفة (وأصحهما) أنه يصح وعلى هذا ففي صحة الشرط قولان (أحدهما) وهو ما حكاه العراقيون عن رواية أبي ثور أنه باطل لظاهر ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال (ما كان من شرط ليس في كتاب الله عزوجل فهو باطل) (1) (وأصحهما) وبه قال مالك وأحمد في أصح الروايتين أنه صحيح لما روى (أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط مواليتها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم إلا شرط الولاء وقال شرط الله أوثق وقضاء الله أحق والولاء لمن أعتق) (2) (وقوله) والقياس إبطال الشرط أراد مع تصحيح العقد على ما دل عليه كلامه في الوسيط قال

[201]

لأن المصير إلى إبطال العقد مع الحديث لا وجه له وإن قال قائلون به وتأويل أذنه في الشرط أنه كان يثق بعائشة رضي الله عنها أنها تفي به

تكرما لا انه لازم * (التفريع ان صححنا شرط العتق فذلك إذا أطلق أو قال بشرط أن تعتقه عن نفسك أما إذا قال بشرط أن تعتقه عنى فهو لاغ ثم العتق المشروط حق من فيه وجهان (أظهرهما) أنه حق الله عزوجل كالملتزم بالنذر (والثاني) أنه حق البائع لان اشتراطه يدل على تعلق عرضه به والظاهر أنه تسامح في الثمن إذا بشرط العتق (فان قلنا) انه حق البائع فله المطالبة به لا محالة (وان قنا) أنه حق الله تعالى فوجهان (أحدهما) أنه ليس له المطالبة به إذ لا ولاية له في حقوق الله عزوجل (وأصحهما) أنه ليس له ذلك لانه ثبت بشرطه وله عرض في تحصيله وإذا أعتقه المشتري فقد وفى بما التزم والولاء له (وإن قلنا) العتق حق البائع لانه صدر عن ملكه وإن امتنع فهل يجبر عليه فيه وجهان وقيل قولان (أصحهما) عند المصنف أنه يجبر عليه (والثاني) لا ولكن للبائع الخيار في فسخ البيع وهما مبنيان على أن العتق حق من (إن قلنا) إنه حق الله عزوجل فيجبر عليه (وإن قلنا) إنه حق البائع فلا يجبر كما في شرط الرهن والكفيل وإذا قلنا بالاجبار فهل يخرج على الخلاف في المولى إذا امتنع من الطلاق حتى يعتق القاضى علي رأى أو يحبس حتى يعتق على رأى أو لا طريق سوى الحبس حتى يعتق أبدى الامام فيه احتمالين (والال) هو المذكور في التتمة قال الامام والخلاف في الاجبار لا يبعد طرده في شرط الرهن والكفيل ومن جهة القياس لكن لم يطرده (وإذا قلنا) العتق حق للبائع فلو أسقطه سقط كما لو شرط رهنا أو كفيلًا ثم عفا عنه وعن أبى محمد ان

[202]

شرط الرهن والكفيل أيضا لا يفرد بالاسقاط كحق الاجل * وهل يجوز إعتاق هذا العبد عن الكفارة (ان قلنا) إن العتق حق الله عزوجل فلا كاعتاق المندور عتقه عن الكفارة وإن قلنا إنه حق البائع فكذلك إن لم يسقط حقه وان أسقطه جاز على أصح الوجهين (والثاني) لا يجوز لان البيع بشرط العتق لا يخلو عن محاباة فكأنه أخذ على العتق عوضا ويجوز له الاستخدام والوطئ والاكساب الحاصلة له ولو قتل كانت القيمة له ولا يكلف صرفها إلى عبد آخر ليعتقه وليس له أن يبيعه من غيره وبشروط العتق عليه في أصح الوجهين لان العتق مستحق عليه فليس له نقله الي غيره وهل يجزى ابلاد الجارية عن الاعتاق فيه وجهان (أصحهما) لا بل عليه أن يعتقها * ولو مات العبد قبل أن يعتقه ففيه أوجه (أظهرها) أنه ليس عليه الا الثمن المسمى لانه لم يلتزم غيره (والثاني) أن عليه مع ذلك قدر التفاوت بين ثمن مثله المشتري مطلقا و ثمن مثله مشتري بشرط العتق ومنهم من زاد في هذا الوجه أنه يعرف قدر التفاوت هكذا ويجب عليه مثل نسبته من الثمن المسمى (والثالث) أن البائع بالخيار إن شاء أجاز العقد ولا شئ له وان شاء فسخ البيع ورد مأخذ من الثمن ويرجع بقيمة العبد عليه وحكى بعضهم بدل هذا الوجه أنه يفسخ العقد لتعذر إمضائه إذ لا سبيل إلى ايجاب شئ على المشتري من غير تفويت ولا الزام ولا إلى الاكتفاء بالمسمى فان البائع لم يرض به الا بشرط العتق وهذه الوجوه مفرعة على أن العتق للبائع أو هي مطردة سواء قلنا انه للبائع أو لله تعالى فيه رأبان للامام (أظهرهما) الثاني * ولو اشترى عبدا بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة أو دارا بشرط

[203]

أن يجعلها وقفا ففي هذه الشروط وجهان (أصحهما) أنها ليست كشرط العتق بل يبطل البيع بها وجميع ما ذكرناه في شرط العتق مفروض فيما إذا لم يتعرض الولاء فاما إذا شرط مع العتق كون الولاء للبائع ففيه وجهان (أحدهما) أنه يبطل البيع لان شرط الولاء تغيير ظاهر المقتضى العقد لتضمنه نقل الملك إلى البائع وارتفاع العقد (والثاني) أنه يصح لحديث بريرة فان عائشة رضى الله عنها أخبرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مواليها لا يبيعونها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى واشترطي لهم الولاء أذن في الشراء بهذا الشرط وهو لا ياذن في باطل وعلي هذا ففي صحة الشرط قولان نقلهما الامام (أحدهما) أنه لا يصح لما روى أنه صلى الله عليه وسلم (خطب بعد ذلك وقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله عزوجل كل شرط ليس في كتاب الله عزوجل فهو باطل بشرط الله أوثق وقضاء الله أحق والولاء لمن أعتق) (والثاني) أنه يصح لانه أذن في اشتراط الولاء وهو لا ياذن في باطل وهذا هو الذي أورده صاحب الكتاب (وأعلم) انه خلاف ما اتفق عليه جمهور الاصحاب فانهم أطبقوا على أن شرط الولاء يفسد البيع وحكموا قولاً ضعيفاً على خلافه عن رواية الاضطحري أو تخريجه ثم على ذلك القول الضعيف قضوا بفساد الشرط وقصروا الصحة على العقد ولا تكاد تجد حكاية الخلاف في صحة الشرط بعد تصحيح العقد الا للامام رحمه الله تعالى وفي حديث بريرة إشكال أفسدنا العقد أو صحناه وافسدنا الشرط أو صحناه (أما) إذا أفسدنا العقد أو الشرط فلاذنه في الشراء واشترط الولاء وأما إذا صحنهما فلخطيته بعد ذلك وانكاره على هذا الشرط وكيف يجوز أن

[204]

الشيء ثم ينكر عليه ويبطله الا ان الصائرين إلى الفساد لم يثبتوا الاذن في شرط الولاء وقالوا إن هشاماً تفرد به ولم يتابعه سائر الرواة عليه فيحمل على وهم وقع له لان النبي صلى الله عليه وسلم لا ياذن فيما لا يجوز ويتقدير الثبوت فقد تكلموا عليه من وجوه لا تطول بذكرها وأما من صحنهما قال انه نهاهم عن الاتيان بمثل هذه الشروط ولما جرت أنكر عليهم لارتكابهم مانهاهم عنه لكنه صححه وقد ينهى عن الشيء ثم يصححه * ولو جرى البيع بشرط الولاء دون شرط العتق بان قال بعتهك بشرط أن يكون الولاء لى ان أعتقته يوماً من الدهر فقد ذكر في التتمة أن العقد ههنا باطل بلا خلاف إذ لم يشترط العتق حتى يحصل الولاء تبعاً له * ولو اشترى أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه فعن القاضي حسين أن العقد باطل لتعذر الوفاء بهذا الشرط فانه يعتق عليه قبل ان يعتقه والله اعلم * قال (والخامس أن يشترط ما لا يبقى علقه ككل شرط يوافق العقد من القبض وجواز الانتفاع * أو ما لا يتعلق به عرض كشرطه ان لا يأكل الا الهريسة وهذا استثنى بالقياس * وكذلك شرطه أن يكون خبازاً أو كاتباً وكذا كل وصف مقصود) * عرض الفصل التعرض لاقسام الشروط التي لا تفسد العقد بعد ما تقدم ذكره والاصحاب قد ضبطوا صحيح الشروط وفسادها في تقسيم هو كالترجمة والتفاصيل المذكورة في مواضعها قالوا الشرط ينقسم الي ما يقتضيه مطلق العقد والى ما لا يقتضيه فالاول كالقبض وجواز الانتفاع والرد

[205]

بالعيب ونحوها فلا يضر التعرض له ولا ينفع (والثاني) ينقسم الي ما يتعلق بمصلحة العقد والي ما لا يتعلق فالاول قد يتعلق بالثمن كشرط الرهن والكفيل وقد يتعلق بالثمن كشرط أن يكون العبد خبازا أو كاتباً وقد يتعلق بالطرفين كشرط الخيار فهذه الشروط لا تفسد العقد وتصح في نفسها (والثاني) ينقسم إلى ما لا يتعلق به غرض يورث تنافسا وتنازعا والي ما لا يتعلق فالاول كشرط أن لا يأكل الا الهريسة أو لا يلبس الا الخز وما أشبه ذلك فهذا لا يفسد العقد ويلغو في نفسه هكذا قاله صاحب الكتاب وشيخه لكن في التتمة أنه لو شرط ما يقتضي الزام ما ليس بلازم كما لو باع بشرط أن يصلى النوافل أو يصوم شهرا غير رمضان أو يصلى الفرائض في أول أوقاتها يفسد العقد لانه أوجب ما ليس بواجب وقضية هذا فساد العقد من مسألة الهريسة والخز أيضا (والثاني) كشرط أن لا يقبض ما اشتراه ولا يتصرف فيه بالبيع والوطئ ونحوهما وكشرط بيع آخر أو قرض وكشرطه أن لا خسارة عليه في ثمنه يعني لو باعه وخسر في ثمنه ضمن له النقصان فهذه الشرائط والشباها فاسدة مفسدة للبيع الا بشرط العتق كما مر (وقوله) في الكتاب وهذا استثنى بالقياس اراد به ما سبق ان المفهوم من نهي عن بيع وشرط دفع محذور المنازعة النائرة من الاشتراط والعلقة الباقيه بينهما

[206]

بسيبه وهذا المعنى مقصود في هذه الصورة (وأما) ما يوافق مقتضى العقد فهو ثابت ذكر أو لم يذكر (وأما) ما لا يتعلق به غرض فلا يتنازعان في مثله غالبا (وأما) شرط الكتابة والخبر وسائر الاوصاف المقصودة فانها لا تتعلق بانشاء أمر في المستقبل بل هي أمور حاضرة ناجزة والظاهر أن الشارط لا يلتزمها الا وهي حاصلة فإذا هذه الشرائط وان كانت مستثناة عن صورة اللفظ لكنها منطبقة على المعنى المفهوم منه * قال (ولو شرط أن تكون حاملا فقولان ولو شرط ان تكون لبونا (فالاصح) أنه كشرط الكتابة) * إحدى مسألتي الفصل أن يبيع جارية أو دابة بشرط ان تكون حاملا ونقدم عليها أن يبيع الحمل لا يجوز لا من مالك الام ولا من غيره لما مر في النهي عن بيع الملاقيح فانه غير معلوم ولا مقدور * ولو باع حاملا مطلقا دخل الحمل في البيع تبعا وهل يقابله قسط من الثمة فيه خلاف نذكره في موضعه * ولو باع الحامل واستثنى حملها ففي صحة البيع وجهان منقولان في النهاية (احدهما) انه يصح كما لو باع الشجرة واستثنى الثمرة قبل بدو الصلاح (واصحهما) وبه اجاب الجمهور انه لا يصح لان الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلا يجوز استثناءه كاعضاء الحيوان ولو كانت الام لواحد والحمل لآخر فهل لمالك الام يبيعها من مالك الحمل أو غيره فيه وجهان وكذا لو باع جارية حاملا بحر * الذي ذكره المعظم انه لا يصح لان الحمل لا يدخل في البيع فكأنه استثناه (والثاني) وهو اختيار الامام وصاحب الكتاب انه يصح ويكون الحمل مستثنى شرعا إذا تقرر ذلك فلو باع جارية أو دابة بشرط أنها حامل ففي صحة البيع قولان ويقال وجهان مبنيان على أن الحمل هل يعلم أم لا (ان قلنا لا لم يصح شرطه (وان قلنا) نعم صح وهو الاصح وخص بعضهم الخلاف بغير الآدمى وقطع بالصحة في الجوارى لان الحمل

[207]

في الجواي عيب فاشترط الحمل اعلام بالعيب فتصير كما لو باعها على أنها أبقة أو سارقة * ولو قال بعتك هذه الدابة وحملها ففي صحة العقد وجهان * عن أبي زيد انه يصح لانه داخل في العقد عند الاطلاق فلا يضر التنصيص عليه كما لو قال بعتك هذا الجدار وأساسه (والاصح) وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو علي انه لا يصح لانه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودا مع غيره بخلاف ما إذا باع بشرط انها حامل فانه جعل الحاملة وصفا تابعا وهذا الخلاف يجرى فيما إذا قال بعتك هذه الشاة وما في ضرعها من اللبن * وفي قوله بعتك هذه الجبة وحشوها طريقان (منهم) من طرد الخلاف ومنهم من قطع بالجواز لان الحشو داخل في مسمى الجبة فذكره ذكر ما دخل في اللفظ فلا يدل التنصيص عليه والحمل غير داخل في مسمى الشاة فذكره ذكر الشئ المجهول مع المعلوم * وإذا قلنا بالبطلان في هذه الصورة فقد قال الشيخ أبو علي في بيع الظهارة والبطانة في صورة الجبة قولا تفريق الصفقة وفي صورة الدابة يبطل البيع في الكل والفرق ان الحشو يمكن معرفة قيمته عند العقد والحمل واللبن لا يمكن معرفتهما حينئذ فيتعذر التوزيع قال الامام وهذا حسن لكننا نجرى قولا التفريق حيث يتعذر التوزيع كما لو باع شاة وخنزيرا أو باع حاملا وبشرط

[208]

وضعها لرأس الشهر ونحنوه لم يصح البيع قولا واحدا لانه غير مقدور عليه قاله في الشامل وبيض الطير كحمل الجارية والدابة في جميع ذلك (والمسألة الثانية) لو باع شاة بشرط أنها لبون ففيه طريقان (أحدهما) أنها على الخلاف في البيع بشرط الحمل (والثاني) القطع بصحة البيع والفرق أن شرط الحمل يقتضي وجود الحمل عند العقد وهو غير معلوم بشرط كونها لبونا لا يقتضي وجود اللبن حينئذ وانما هو اشتراط صفة فيها فكان بمثابة شرط الكتابة والخبز في العقد حتي لو بشرط كون اللبن في الصرع كان بمثابة شرط الحمل وطريقة طرد الخلاف أظهر لانه نص في الام على قولين في السلم في الشاة اللبون إلا أن قول الصحة ههنا أظهر منه في المسألة الاولى (وقوله) في الكتاب فالاصح انه كشرط الكتابة يجوز ان يريد من الطرفين (والاولى) أن يريد من القولين جوابا على الطريقة الاولى واعلم قوله كشرط الكتابة بالحاء لان عند أبي حنيفة لا يصح البيع بهذا الشرط ولذا قال في شرط الحمل ولو بشرط انها تدر كل يوم كذا رطلا من اللبن لم يصح البيع لان ذلك لا يضبط ولا يقدر عليه فصار كما لو بشرط في العبد أنه يكتب كل يوم عشرة اوراق * ولو باع شاة لبونا واستثنى لبنها ففي صحة العقد وجهان (اصحهما) انه لا يصح كما لو استثنى الحمل في بيع الجارية والكسب في بيع السمسم والحب في بيع القطن والله اعلم * وفي الشروط الصحيحة باتفاق أو على اختلاف مسائل اخر نسير الي بعضها في هذا الموضوع على الاختصار (منها) البيع بشرط البراءة من العيوب (ومنها) بيع الثمار بشرط القطع وسنشرجهما (ومنها) لو باع مكيلا أو موزونا أو مدروعا بشرط ان يكال بمكيال معين أو يوزن بميزان معين أو يذرع بذراع معين أو بشرط

[209]

ذلك في الثمن ففيه خلاف ونورده في السلم وفي معناه تعيين رجل يتولى الكيل أو الوزن (ومنها) لو باع دارا واستثنى لنفسه سكنها أو دابة واستثنى ظهرها نظر إن لم يبين مدة لم يصح العقد وإن بين ففيه خلاف مذكور في الكتاب في آخر الاجارة (والاصح) أنه يبطل العقد وذهب أحمد إلى صحته (ومنها) لو شرط أن لا يسلم المبيع حتى يستوفى الثمن نظر إن كان مؤجلا يبطل العقد وإن كان حالا بنى على أن البدأة في التسليم بمن فان جعلنا ذلك من قضايا العقد لم يضر ذكره والا فسد العقد (ومنها) لو قال بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا فان أراد هبة صاع أو بيعه من موضع آخر فهو باطل لانه شرط عقد في عقد وإن أراد أنها إن خرجت عشرة أصع أخذت تسعة دراهم فان كانت الصيعان مجهولة لم يصح لانه لا يدري صحة كل صاع وإن كانت معلومة صح فان كانت عشرة فقد باع صاعا وتسعا بدرهم ولو قال بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن انقصك صاعا فان أراد رد صاع إليه فهو فاسد لانه شرط عقد في عقد وإن أراد أنها إن خرجت تسعة أصع أخذت عشرة دراهم فان كانت الصيعان مجهولة لم يصح وإن كانت معلومة صح وإذا كانت تسعة أصع فيكون كل صاع بدرهم وتسع وعن صاحب التقريب انه لا يصح في صورة العلم أيضا لان العبارة لا تنبئ عن الممثل المذكور ولو قال بعثك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن انقصك صاعا أو ازيدك صاعا ولم يبين إحدى الجهتين فهو باطل (ومنها) لو باع قطعة ارض على أنها مائة ذراع فخرجت دون المائة ففيه قولان (احدهما) بطلان البيع لان قضية قوله بعثك هذه الارض ان لا يكون غيرها مبيعا وقضية الشرط ان لا تدخل الزيادة في البيع فوقع التضاد وتعذر التصحيح (واظهرهما) وقطع به قاطعون انه صحيح تغلبا للاشارة وتنزيلا لخلف الشرط في المقدار منزلة خلفه في الصفات وبهذا قال ابو حنيفة فعلى هذا للمشتري الخيار بين الفسخ والاجارة ولا يسقط خياره بان يحط البائع من الثمن قدر النقصان وإذا اجاز فيحيز بجميع الثمن أو بالقسط فيه قولان

[210]

كما في تفريق الصفقة لكن الاظهر ههنا ان يجيز بجميعه لان المتناول بالاشارة تلك القطعة لا غير ولو كان المسألة بحالها وخرجت القطعة اكثر من المائة ففي صحة البيع قولان أيضا ان صحناه فالمشهور ان للبائع الخيار فان اجاز كانت كلها للمشتري ولا يطالبه للزيادة بشئ فيه وجه آخر اختاره صاحب التهذيب انه لا خيار للبائع ويصح البيع في الكل بالثمن المسمى وينزل شرطه منزلة ما لو شرط كون المبيع معينا فخرج سليما لا خيار له فعلى المشهور لو قال المشتري لا نفسح فاني اقنع بالقدر المشروط سابقا والزيادة لك فهل يسقط خيار البائع فيه قولان عن رواية صاحب التقريب وغيره (احدهما) نعم لزوال الغيبة عن البائع (والثاني) لا لان ثبوت حق المشتري على الشيوخ يجر ضررا وهذا اظهر وبه قال الامام ورجح ابن سريج الاول في جوابات الجامع الصغير لمحمد رحمهما الله * ولو قال لا نفسح حتى ازيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف ويقاس بهذه المسألة ما إذا باع الثوب على أنه

عشرة أدرع أو القطيع على انه عشرون رأسا أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وفرض نقصانا أو زيادة * وفرق صاحب الشامل بين الصبرة وغيرها فروى أن الصبرة إذا زادت على القدر المشروط يرد الفضل وإن نقصت وأجاز المشتري يجيز بالحصه وفيما عداها يجيز بجميع الثمن لان أجزاءها تتساوى فلا يجر التوزيع جهالة (ومنها) لو قال لغيره بع عبدك من زيد بالف على أن على خمسمائة فباعه على هذا الشرط هل يصح البيع فيه قولان لابن سريج (أظهرهما) لا لان الثمن يجب جميعه على المشتري وههنا جعل بعضه على غيره (والثاني) نعم ويجب على زيد الف وعلى الأمر خمسمائة كما لو قال الق متاعك في البحر على أن على كذا * قال (ومهما فسدت هذه الشرائط فسد بفسادها العقد * والاصح ان شرط نفي خيار المجلس والرؤية فاسد * ما يصح من المبيوع لولا الشرط إذا ضم إليه شرط لم يخل ذلك الشرط اما أن يكون صحيحا أو فاسدا فان كان صحيحا فالعقد صحيح لا محالة وان كان فاسدا فلا يخلو إما ان يكون شيئا لا يفرد بالعقد وإما ان يكون شيئا يفرد بالعقد فان كان الاول نظر إن لم يتعلق به عرض يورث تنافسا وتنازعا فلا يؤثر ذلك في العقد على ما سبق * قال الامام ومن هذا القبيل ما إذا عين الشهود لتوثيق الثمن

[211]

وقلنا انهم لا يتعينون فلا يفسد به العقد لانا إذا الغينا تعيين الشهور فقد أخرجناه عن ان يكون من مقاصد العقد وإن تعلق به عرض فسد العقد بفساده للنهي عن بيع وشرط ولانه يفرض إلى المنازعة ولانه يوجب الجهل بالعوض وكل ذلك قد تقدم * وعن أبي ثور رواية قول ان فساد الشرط لا يتعدى إلى فساد العقد بحال لقصة بريرة فانه صلى الله عليه وسلم أنكر على الشرط وأبطله ولم يفسد العقد * وإن كان مما يفرد بعقد كالرهن والكفيل فهل يفسد البيع بشرطهما على نعت الفساد فيه قولان (أظهرهما) وبه قال أبو حنيفة نعم كسائر الشروط الفاسدة (والثاني) وبه قال المزني لا لانه يجوز افراده عن البيع فلا يوجب فساد فساد البيع كالصداق في النكاح لا يوجب فساد النكاح * إذا عرفت ما ذكرناه عرفت أن قوله في الكتاب ومهما فسدت هذه الشرائط فسد بفسادها العقد غير مجرى على إطلاقه (وأما) قوله والاصح أن نفي خيار المجلس والرؤية فاسد فلا يخفى أنه ليس له كبير تعلق بهذا الموضوع ثم فقهه أنه إذا باع شيئا بشرط نفي خيار المجلس وقبله المشتري هل يصح هذا الشرط فيه طريقان (أظهرهما) أنه المسألة على قولين (أحدهما) أنه يصح لقوله صلى الله عليه وسلم (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار) (1) (وأصحهما) أنه لا يصح لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يتخيرا) وهذا ما نص عليه في البويطي والقديم (وقوله) إلا بيع الخيار المراد منه أن يقطع الخيار بعد العقد وهو التخابر وقيل أراد إلا يباع بشرط فيه الخيار فان الخيار في ذلك البيع ينفي بعد التفريق والاستثناء على هذا راجع إلى قوله ما لم يتفرقا (والطريق الثاني) القطع بالقول الثاني واليه ذهب ابو اسحق بعد ما كان يقول بطريقة القولين: فان صححنا الشرط صح البيع ولزم وإن أفسدنا الشرط فهل يفسد البيع فيه وجهان (أصحهما) نعم لانه شرط ينافى مقتضى العقد فاشبه ما إذا قال بعثك بشرط أن لا أسلمه * وإذا سلكت سبيل الاختصار قلت في المسألة ثلاثة أقوال أو وجوه (أصحها) فساد الشرط والعقد جميعا * ولو شرط نفي خيار الرؤية على قول صحة بيع الغائب فقد طرد الامام وصاحب الكتاب فيه الخلاف والاكثر قطعوا بانه فاسد مفسد والفرق انه

لم ير المبيع ولا عرف حاله فنفي الخيار فيه يؤكد الغرر ونفي خيار المجلس لا يمكن

[212]

غررا بل هو مخل لمقصود العقد وإنما اثبتته الشرع على سبيل التخفيف رفقا بالمتعاقدين فجاز ان لا يقدر نفيه * (وقوله) في الكتاب والاصح ان نفي خيار المجلس اراد الاصح من الوجوه جوابا على طريقة اثبات الخلاف في صورتين وهذا الخلاف شبيه بالخلاف في البيع بشرط البراءة من العيوب وسيأتي من بعد * ويتفرع على هذا الخلاف ما إذا قال لعبده إذا بعته فانت حر ثم باعه بشرط نفي الخيار (فان قلنا) البيع باطل أو قلنا بشرط أيضا صحيح لم يعتق (أما) على التقدير الأول فلان اسم المبيع يقع على الصحيح ولم يوجد (وأما) على الثاني فلان ملكه قد زال والعقد قد لزم ولا سبيل إلى اعتاق ملك الغير (وإن قلنا) ان العقد صحيح والشرط فاسد عتق لبقاء الخيار ونفوذ العتق من البائع في زمن الخيار * وعند أبي حنيفة ومالك لا يعتق إلا أن يبيع بشرط الخيار لان خيار المجلس غير ثابت عندهما * قال (والعقد الفاسد لا يفيد الملك (ح) وان اتصل القبض به * وان كانت جارية فوطئها وجب المهر وثبت النسب للشبهة والولد حر) * إذا اشترى شيئاً شراءً فاسداً بشرط فاسد أو بسبب آخر ثم قبضه لم يملكه بالقبض ولا ينفذ تصرفه فيه وبه قال أحمد ومالك * وقال أبو حنيفة ان اشترى مالا قيمة له كالدوم والميتة فالحكم كذلك فان اشتراه بشرط فاسد وبماله قيمة في الجملة كالخمر والخنزير ثم قبض المبيع باذن البائع ملكه ونفذ تصرفه فيه لكن للبائع أن يسترده بجميع زوائده ولو تلف في يده أو زال ملكه عنه بيع أو هبة أو اعتاق فعليه قيمته الا أن يشتري عبداً بشرط العتق فانه قال يفسد العقد وإذا تلف في يده فعليه الثمن * لنا انه بيع مسترد بزوائده المتصلة والمنفصلة فلا يثبت الملك فيه للمشتري كما لو اشترى بدم أو ميتة * إذا تقرر ذلك فعلي المشتري رد المقبوض بالبيع الفاسد ومؤنة رده كالمغصوب ولا يجوز حبسه لاسترداد الثمن ولا يتقدم به على الغرماء خلافاً لأبي حنيفة في المسألتين * وحكى القاضي ابن كج مثله جها عن الاصطخري ونقل القاضي حسين عن نص الشافعي رضي الله عنه جواز الحبس والظاهر الأول ويلزمه أجرة المثل للمدة التي كان في يده سواء استوفى المنفعة أو تلفت تحت يده أو بقيت في يده فعليه ارش النقصان وان تلف فعليه قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى

[213]

يوم التلف كالمغصوب لانه مخاطب كل لحظة من جهة الشرع برده وفيه وجه آخر انه تعتبر قيمته يوم التلف كالعارية * وعن الصيدلاني وغيره حكاية وجه ثالث انه يعتبر قيمته يوم القبض وقد يعبر عن هذا الخلاف بالاقوال * وما حدث في رده من الزوائد المنفصلة كالولد والثمرة والمتصلة كتعلم الحرفة والسمن مضمون عليه كزوائد المغصوب وفيه وجه انه لا يضمن الزيادة عند التلف * ولو أنفق على العبد المبيع مدة لم يرجع على البائع إن كان عالماً بفساد البيع فان كان جاهلاً فعن الصيمري انه على وجهين * ولو كان المبيع جارية فوطئها المشتري فان كانا جاهلين فلا حد ويجب المهر

وان كانا عالمين وجب الحد وان اشتراها بميتة أو دم أو خمر أو بشرط فاسد لم يجب لاختلاف العلماء كالوطئ في النكاح بلا ولي ونحوه قال الامام ويجوز أن يقال يجب الحد لان أبا حنيفة لا يبيح الوطئ وان كان يثبت الملك بخلاف الوطئ في النكاح بلا ولي * وإذا لم يجب الحد يجب المهر ولا عبرة بالاذن الذي يتضمنه التملك الفاسد وان كانت بكرا وجب مع مهر البكر ارش البكارة (أما) مهر المثل فلاستمتاع بها (وأما) الارش فلا تلاف ذلك الجزء * ولو استولدها فالولد حر للشبهة وعليه قيمته إن خرج حيا باعتبار يوم الوضع وتستقر القيمة عليه بخلاف ما لو اشترى جارية واستولدها فخرجت مستحقة يغرر قيمة الولد ويرجع على البائع لانه غره ثم الجارية لا تصير أم ولد في الحال فان ملكها يوما من الدهر ففيه قولان وان دخل علي الام نقص بالحمل أو الوضع وجب الارش وان خرج الولد ميتا فلا قيمة لكن ان سقط بجناية جان وجبت الغرة على عاقلة الجاني وعلي المشتري أقل الامر من قيمة الولد يوم الولادة والغرة ويطالب به المالك من شاء من الجاني والمشتري ولو ماتت في الطلق لزمه قيمتها وكذلك لو وطئ أمة الغير بالشبهة فاحبلها فماتت في الطلق وهذه الصورة وأخواتها مذكورة في باب الرهن في الكتاب وسينقف على شرحها ان شاء الله تعالى * ولو اشترى شيئا فاسدا ثم باعه من آخر فهو كالغاصب يبيع المصوب فان حصل في يد الثاني فعليه رده إلى المالك فان تلف في يده نظران كانت قيمته في يديهما سواء أو كانت في الثاني أكثر رجع المالك بالجميع على من شاء منهما والقرار على الثاني لحصول التلف في يده وإن كانت القيمة في يد الاول

[214]

أكثر فضمان النقصان على الاول والباقي يرجع به على أيهما شاء والقرار على الثاني لحصول التلف في يده وكل نقص حدث في يد الاول لا يكون الثاني مطالبا به وكل نقص حدث في يد الثاني يكون الاول مطالبا به ويرجع على الثاني وكذلك حكم أجرة المثل والله أعلم * قال (ولا ينقلب العقد صحيحا * بخلاف الشرط وان كان في المجلس (ح) * ولا يصح شرط اجل (ح) وخيار وزيادة ثمن (ح) ومثمن بعد لزوم العقد * والاقيس منعه ايضا في حالة الجواز * هذه البقية تشتمل على مسألتين (أحدهما) لو فسد البيع بشرط فاسد ثم حذف الشرط لا ينقلب العقد صحيحا سواء كان الحذف في المجلس أو بعده * وعن أبي حنيفة أنه إن كان الحذف في المجلس انعقد صحيحا ولنا مثله وجه نذكره بما فيه في كتاب السلم * واحتج الاصحاب بان العقد الفاسد لا عبرة به فلا يكون لمجلسه حكم بخلاف العقد الصحيح * (الثانية) لو زاد في الثمن أو المثمن أو زاد شرط الخيار أو الاجل أو قدرهما نظر ان كان ذلك بعد لزوم العقد لم يلتحق بالعقد لان زيادة الثمن لو التحقت بالعقد لوجبت على الشفيع كاصل الثمن ولا يجب وكذا الحكم عندنا في رأس مال السلم والمسلم فيه والصداق وغيرهما وكذا الحط عندنا لا يلتحق بالعقد حتى يأخذ الشفيع بما سمي في العقد لا بما بقى بعد الحط * وعند أبي حنيفة الزيادة في المثمن والصداق ورأس مال السلم تلزم وكذا في الثمن ان كان باقيا وان كان تالفا فله مع اصحابه اختلاف فيه ولا يثبت في المسلم فيه على المشهور وشرط الاجل يلتحق بالعقد في الثمن والاجرة والصداق وسائر الاعراض قال وأما الحط فان الحط نقص يلتحق بالعقد دون حط الكل * وان كانت هذه اللاحقات قبل لزوم العقد فان كانت في مجلس العقد أو في زمان الخيار المشروط فيه أوجه (أحدها) انها لا تلتحق لتتمام العقد كما بعد اللزوم وهذا أقيس عند

صاحب الكتاب وفي التتمة انه الصحيح (والثانى) عن أبي زيد والقفال انها
تلتحق في خيار المجلس دون

[215]

خيار الشرط لان مجلس العقد كنفس العقد الا ترى انه يصلح لتعيين رأس مال السلم والعوض في عقد الصرف بخلاف زمان الخيار المشروط (وأصحها) عند الاكثرين انها تلتحق أما في مجلس العقد فلما ذكرنا وأما في زمان الخيار المشروط فلانه في معناه من حيث ان العقد غير مستقر بعد والزيادة قد يحتاج إليها لتقرير العقد فان زيادة العوض من أحدهما تدعو الآخر إلى امضاء العقد وبؤيد هذا الوجه أن الشافعي رضى الله عنه نص في كتاب السلم أنه لو أطلق السلم ثم ذكر الاجل قبل التفريق صح ولزم ثم هذا الجواب مطلق أم هو مخصوص ببعض الاقوال في الملك في زمان الخيار * اختار العراقيون انه مطلق وحكوا عن أبي على الطبري انه مفرغ على قولنا ان الملك في زمان الخيار للبائع فاما إذا قلنا انه للمشتري أو قلنا أنه موقوف وامضينا العقد لم يلتحق بما بعد اللزوم وان قلنا أنه موقوف واتفق الفسخ فليلتحق ويرتفع بارتفاع العقد وهذا ما اختاره الشيخ أبو على ووجهه بأننا إذا قلنا ان الملك للمشتري فالزيادة في الثمن لا يقابلها شئ من المئمن وكذا الاجل والخيار لا يقابلها شئ من العوض وحينئذ يمتنع الحكم بلزومهما وتابعه صاحب التهذيب وغيره على ما اختاره * وإذا قلنا انها تلتحق فالزيادة تجب على الشفيع كما تجب على المشتري وفى الحط قبل اللزوم مثل هذا الخلاف فان التحق بالعقد انحط عن الشفيع أيضا وعلى هذا الوجه ما يلتحق بالعقد من الشروط الفاسدة قبل انقضاء الخيار بمثابة ما لو اقترنت بالعقد في افساده وان حط جميع الثمن كان كما لو باع بلا ثمن والله أعلم * قال (القسم الثاني من المناهى ما لا يدل على الفساد وهو كل ما نهى عنه لمجاورة ضرر اياه دون خلل في نفسه * ومنه النهى عن الاحتكار * والتسعير *

[216]

أما ترجمة القسم فقد مرما فيها في أول الباب (وأما) فقه الفصل فمسألتان (أحدهما) الاحتكار منهى عنه ثم هو مكروه أو محرم قال بعض الاصحاب إنه مكروه (والاصح) التحريم لما روى انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر الاخاطي أي أثم (1) وروى انه صلى الله عليه وسلم قال (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون (2) وروى ايضا (من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله عزوجل منه) (3) والاحتكار ان يشتري ذو الثروة الطعام في وقت الغلاء ولا يدعه للضعفاء ويحبسه لبيعه منهم بأكثر عند اشتداد حاجاتهم * ولا بأس بالشراء في وقت الرخص لبيع في وقت الغلاء لنفقة نفسه وعياله تم يفضل شئ فيبيعه في وقت الغلاء ولا بان يمسك غلة ضيعته لبيعه في وقت الغلاء ولكن الاولي ان يبيع ما فضل عن كفايته وهل يكون إمساكه مكروها ذكرها فيه وجهين وتحريم الاحتكار يختص بالاقوات ومنها التمر والزبيب ولا يعم جميع

[217]

الاطعمة (الثانية) لا ينبغي للإمام أن يسعر (روى أن السعر غلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يارسول الله سعر لنا فقال إن الله عزوجل هو المسعر القابض الباسط الرازق وإنى لارجو ان القى ربي وليس أحد منكم يطلبني بظلامه في دم ولا مال) (1) وهل يجوز ذلك؟ إن كان في وقت الرخص فلا وإن كان في وقت الغلاء فوجهان (أحدهما) وبه قال مالك يجوز رفقا بالضعفاء (واصحهما) أنه لا يجوز تمكيننا للناس من التصرف في أموالهم ولأنهم قد يمتنعون بسبب ذلك عن البيع فيشتد الأمر * وعن أبي إسحاق أنه لو كان يجلب الطعام إلى البلد فالتسعير حرام وإن كان يزرع بها وهو عند الغلاء فيها فلا يحرم * وحيث جوزنا التسعير فذلك في الاطعمة ويلتحق بها علف الدواب في أظهر القولين * وإذا سعر الامام عليه فخالف استحق التعزير وفي صحة البيع وجهان منقولان في التتمة) * قال (وأن يبيع حاضر لباد وهو أن يتربص بسلعته إلى أن يغالى في ثمنها فيفوت الرزق والربح على الناس) * عن جابر وأبي هريرة رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع حاضر لباد (2) وصورته أن يحمل البدوى أو القروى متاعه الي البلد ويريد بيعه بسعر اليوم ليرجع إلى موضعه ولا يلتزم مؤنة الاقامة فيأتيه البلدى ويقول ضع متاعك عندي وارجع لابيعة لك على التدرج باغلا من هذا السعر * وهو مأثوم به بشروط (أحدها) أن يكون عالما بورود النهى فيه وهذا شرط يعم جميع المناهي (وثانيها)

[218]

أن يظهر من ذلك المتاع سعة في البلد فان لم يظهر امام لكبر البلد وقلة ذلك الطعام أو لعموم وجوده أو رخص السعر فيه فقيه وجهان (أوفقهما) لمطلق الخبر أنه يحرم (والثاني) لا لان المعنى المحرم تفويت الرفق والربح على الناس وهذا المعنى لم يوجد ههنا (وثالثها) ان يكون المتاع المطلوب مما تعم الحاجة إليه كالصوف والاقط وسائر اطعمة القرى (فاما) ما لا يحتاج إليه الا نادرا فقلا يدخل تحت النهى قاله في التهذيب (ورابعها) أن يحصر القروى لحضري ذلك على البدوى ويدعوه إليه (فاما) إذا التمس البدوى منه بيعه تدرجا أو قصد الاقامة في البلد لبيعه كذلك فسأل البدوى تفويضه إليه فلا بأس به لان لم يضر بالناس ولا سبيل إلى منع المالك عنه لما فيه من الاضرار به * ولو أن البدوى استشار الحضري فيما فيه حظه فهل يرشده إلى الادخار والبيع على التدرج حكى القاضى ابن كج عن ابي الطيب بن سلمة وأبى اسحاق المروزي أنه يجب عليه إرشاده إليه بدلا للنصيحة وعن أبي حفص بن الوكيل أنه لا يرشده إليه توسيعا على الناس * ثم لو باع الحضري للبدوى عند اجتماع شرائط التحريم صح البيع وإن أتم واحتج الشافعي رضي الله عنه بما روى في بعض الروايات أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في آخر الخبر (دعوا الناس يرزق الله عزوجل بعضهم من بعض) (1) ولولا صحة البيع لما كان في فعله تفويت علي الناس قال (وأن يتلقى الركبان ويكذب في سعر سلعتهم فيشتريها رخيصةا فللبائع الخيار إذا عرف كذبه لانه تغرب) * روى أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع وفي رواية فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق (2) وصورته أن يتلقى الانسان طائفة يحملون متاعا إلى البلد فيشتريه

[219]

منهم قبل قدوم البلد ومعرفة سعره فيأثم ان كان عارفا بالخبر قاصدا لتلقى الركبان لكن البيع صحيح ولا خيار لهم قبل ان يقدموا ويعرفوا السعر ويعدده يثبت الخيار إن كان الشراء بارخص من سعر البلد سواء أخبر كاذبا أو لم يخبر وان كان الشراء بسعر البلد أو أكثر ففي ثبوت الخيار وجهان (أحدهما) يثبت وبه قال الاصطخري وابن الوكيل لظاهر الخبر (وأصحهما) لا يثبت لانه لم يوجد تعيير وخيانة وأجرى الوجهان فيما إذا ابتداء الباعة والتمسوا منه الشراء عن علم منهم بسعر البلد أو غير علم * ولو لم يقصد التلقي بل خرج لشغل آخر من اصطلياد وغيره فراهم مقبلين فاشترى منهم شيئا فهل يعصى فيه وجهان (أحدهما) لا لانه لم يتلق (واظهرهما) عند الاكثرين نعم لشمول المعنى فعلى الاول لا خيار لهم وإن كانوا مغبونين (وقيل) إن أخبر عن السعر كاذبا ثبت الخيار وحيث ثبت الخيار في هذه الصورة فهو على الفور كخيار العيب أو يمتد ثلاثة أيام فيه وجهان كما في خيار التصرية أصحهما أولهما * ولو تلقى الركبان وباع منهم ما يقصدون شراؤه في البلد فهل هو كالتلقي للشراء فيه وجهان (أحدهما) لا لان النهي إنما ورد عن الشراء (والثاني) نعم لما فيه من الاستبداد بالرفق الحاصل منهم وعن مالك أن البيع باطل في صورة تلقي الركبان وكذلك بيع الحاضر للبادي فيجوز أن يعلم الفصلان بالميم إشارة إليه وبمثله قال احمد في بيع الحاضر للبادي *

[220]

فيجوز ان يعلم الفصلان بالميم اشارة إليه وبمثله قال احمد في بيع الحاضر للبادي * وإذا تأملت ما أوردناه عرفت ان قوله في الكتاب ويكذب في سعر سلعتهم ليس بشرط في ثبوت الخيار والله اعلم * قال (ونهي عن السوم على السوم وهو بعد فرار الثمن وقبل العقد * ونهي عن البيع

[221]

علي البيع وهو بعد العقد وقبل اللزوم * ونهي عن النجش وهو ان يرفع قيمة السلعة وهو غير راغب فيها ليخدع المشتري بالترغيب) * مقصود الفصل الكلام في ثلاثة من المناهي في البيع (أحدها) روي عن ابن عمر وأبي رضى الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يسوم الرجل علي سوم اخيه (1) وصورته ان

[222]

يأخذ شيئا ليشتريه فيجئ غيره إليه ويقول رده حتى ابيع منك خيرا منه
بارخص أو يقول لمالكة استرده لا تشتريه باكثر وانما يحرم ذلك بعد
استقرار الثمن (فاما) ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب فلغيره الدخول
عليه والزيادة في الثمن روى (أن النبي صلى الله عليه وسلم نادى على
قدح وجلس لبعض أصحابه فقال رجل هما علي بدرهم ثم قال آخرهما
علي بدرهمين فقال صلى الله عليه وسلم هما لك بدرهمين) (1) وإنما يحرم
إذا حصل التراضي صريحا فان جرى ما يدل علي الرضى ففي تحريم

[223]

السوم علي سوم الغير وجهان كالقولين في تحريم الخطبة في نظيره
(والجديد) أنه لا يحرم وهل السكوت من أدلة الرضى إذا لم يقترن به ما
يشعر بالانكار (اما) الخطبة فنعم (وأما) ههنا فقد قال الاكثرون لا بل هو
كالتصريح بالرد وعن بعضهم أنه كما في الخطبة حتى يخرج علي الخلاف
(وثانيها) عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا بيع بعضكم
علي بيع بعض) وصورته ان يشتري الرجل شيئا فيدعوه غيره الي الفسخ
ليبيعه خيرا منه بارخص

[224]

وفى معناه الشراء على الشراء وهو أن يدعو البائع الي الفسخ ليشتريه
منه باكثر ولا شك ان ذلك انما يكون عند امكان الفسخ * ثم الشافعي رضى
الله عنه صورته فيما إذا كان المتبايعان في مجلس العقد بعد وعليه جرى
كثير من الشارحين ونقلوا عن ابي حنيفة ان المراد من البيع علي البيع هو
السوم لان عنده خيار المجلس لا يثبت فلا يتصور البيع علي البيع * وقال
قائلون مدة الخيار المشروط كزمان المجلس وهذا هو الوجه (وقوله) في
الكتاب وقيل اللزوم يبطل الخيارين جميعا وشرط القاضي ابن كج لتحريم
البيع على البيع شرطا وهو ان لا يكون المشتري مغبونا غبنا مفرطا فان
كان فله ان

[225]

يعرفه ويبيع على بيعه لانه ضرب من النصيحة قالوا ولو اذن البائع في البيع
على بيعه ارتفع التحريم خلافا لبعض الاصحاب (وثالثها) عن ابن عمر (ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش) (1) وصورته ان يزيد في ثمن
السلعة المعروضة للبيع وهو غير راغب فيها ليخدع الناس ويرغبهم فيها
فهو محرم لما فيه من الخديعة لكن لو انحدر انسان واشتراها صح العقد
ولا خيار له ان لم يكن ما فعله الناجش عن مواطأة البائع وان كان عن
مواطأة فوجهان (احدهما) وبه قال ابو اسحق انه يثبت الخيار للتدليس كما
في التصرية (واشبههما) عند الائمة وبه قال ابن ابي هريرة انه لا خيار لان
التفريط من جهته حيث اغتر بقوله ولم يحتط بالبحث عن ثقات اهل الخبرة

وتخالف صورة التصرية إذ لا تفريط من المشتري وقد حكى صاحب الكتاب هذين الوجهين في فصول خيار النقيصة وجعل وجه ثبوت الخيار اقيس * ولو قال البائع اعطيت بهذه السلعة كذا فصدقه المشتري واشتراه ثم بان خلافه فان ابن الصباغ خرج ثبوت الخيار له على هذين الوجهين * وعن مالك أن شراء المنخدع في صورة النجش غير صحيح وهو رواية عن أحمد ضعيفة (واعلم) ان الشافعي رضي الله عنه أطلق القول في المختصر بتعصية الناجش وشرط في تعصية من باع على بيع أخيه أن يكون عالما بالحديث الوارد فيه قال الشارحون السبب فيه أن النجش خديعة وتحريم الخديعة واضح لكل أحد ومعلوم من الالفاظ العامة وان لم يكن يعلم هذا الخبر بخصوصه والبيع على بيع الاخ انما عرف تحريمه من الخبر الوارد فيه فلا يعرفه من لا يعرف الخبر * وذكر بعضهم أن تحريم الخداع يعرف بالعقل وان لم يرد بشرع * ولك أن تقول كما أن النجش خديعة فالبيع على بيع الاخ اضرار وكما أن تحريم النجش يعرف من الالفاظ العامة في تحريم الخداع فكذلك تحريم البيع

[226]

على البيع يعرف من الالفاظ العامة في تحريم الاضرار وإن لم يعلم الخبر الوارد فيه بخصوصه (وأما) الكلام الثاني فليس معتقدا ومن قال به فقد يطرده في الاضرار (والوجه) توقيف المعصية على مطلق معرفة الحرمة إما من عموم أو من خصوص * قال (ونهي عن أن توله والدة بولدها وذلك في الصغر * فان فرق بينهما بالبيع ففي فساد البيع قولان لان التسليم تفريق محرم فكأنه معتذر) * عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. انه قال لا توله والدة بولدها (1) وعن أبي أوب رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال (من فرق بين والدة وولدها فرق الله عزوجل بينه وبين أحبته يوم القامة) (2) وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يفرق بين الام وولدها قيل إلي متى قال حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية) (3) فهذه الاخبار ونحوها عرفتنا تحريم التفريق

[227]

بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة وغيرها ولا يحرم التفريق في العتق ولا في الوصية فلعل الموت يكون بعد انقضاء زمان التحريم وفي الرد بالعيب اختلاف للاصحاب وعن الشيخ ابي اسحق الشيرازي أنه لو اشترى جارية وولدها الصغير ثم تفاسخا البيع في أحدهما جاز وحكم التفريق في الرهن مذکور في كتاب الرهن * وإذا فرق بينهما بالبيع والهبة ففي الصحة قولان (أحدهما) يصح وبه قال أبو حنيفة لان النهي لما فيه من الاضرار لا يحلل في نفس البيع (وأصحهما) المنع لما روى عن علي رضي الله عنه أنه (فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع) (1) ولان التسليم تفريق محرم فيكون كالمعتذر فلما مر أن العجز قد يكون حسيا وقد يكون شرعيا وحكى أبو الفرج البرزاق أن القولين فيما إذا كان التفريق بعد سقي الام ولدها اللباء فاما قبله فلا صحة جزما لانه تسبب الي هلاك الولد والى متى يمتد تحريم التفريق فيه قولان (احدهما) الي البلوغ وبه قال أبو حنيفة لخبر عبادة

(واظهرهما) وهو الذي نقله المزني انه إلى سن التمييز وهو سبع أو ثمان على التقريب لانه حينئذ يستغني عن التعهد والحضانة ويقرب من هذا مذهب مالك فان عنده يمتد التحريم إلى وقت سقوط الاسنان (وقوله) في الكتاب وذلك في الصغر يوافق القول الاول لفظا* ويكره التفريق بعد البلوغ ولكن لو فرق بالبيع أو الهبة صح خلافا ل احمد* ولو كانت الام رقيقة والولد حرا وبالعكس فلا منع من بيع الرقيق ذكره في التتمة والتفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن جائز وعن الصيمري حكاية وجه آخر* وهل الجدة والاب وسائر المحارم كالام في تحريم التفريق* هذه الصورة مذكورة في كتاب السير وسنأتي في الشرح عليها إن شاء الله تعالى والآن نختم

[228]

الباب بذكر انواع اخر ورد النهي عنها (منها) ما هو من القسم الاول (ومنها) ما هو من القسم الثاني فما هو من القبيل الاول بيع المحافلة والمزابنة وسنذكرهما (ومنها) ما روي انه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع المجر) (1) وفسره ابو عبيدة بما في الرحم (وقيل) هو الزنا (وقيل) هو للحاملة والزنا (ومنها) ما روي انه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع العريان) (2) ويقال له العربون أيضا وصورته أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم على انه ان أخذ السلعة فهي من الثمن والا فهي للمدفع إليه مجاناً وتفسر أيضا بان تدفع دراهم إلى صانع ليعمل له ما يريد من خاتم يصوغه

[229]

أو خف يخرزه أو ثوب ينسجه على انه ان رضيه فالمدفوع من الثمن والا لم يسترده منه وهما متقاربان (ومنها) ما روي أنه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع السنين) (1) وله تفسيران (أحدهما) أن يبيع ثمرة النخل سنين (والثاني) ان يقول بعثك هذا سنة على انه إذا انقضت السنة فلا يبيع بينها فأردنا الثمن وترد انت المبيع (ومنها) ما روي انه صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع وسلف) (2) وهو البيع بشرط القرض وقد مر (ومنها) ما روي انه صلى الله عليه وسلم (نهى عن ثمن الهرة) (3) قال القفال اراد الهرة الوحشية إذ ليس فيها منفعة استثناس ولاغيره (ومنها) بيع السلاح من اهل الحرب لا يصح لانه لا يراد الا للقتال فيكون بيعه منهم تقوية لهم على قتال المسلمين ويجوز بيع الحديد

[230]

منهم لانه لا يتعين للسلاح (ومنها) ما روي (أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحب حتى يفرك) (1) وروي النهي عن بيع الغنبت حتى يسود وعن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة (2) وسيأتي القول فيها ومما هو من القبيل

الثاني بيع الرطب والعنب ممن يتوهم أنه يتخذ منهما النبيذ والخمر مكروه
وان تحقق فمنهم من قال مكروه ومنهم من قال

[231]

حرام وعلى التقديرين فلو باع صح خلافا لمالك وكذا بيع السلاح من البغاة
وقطاع الطريق مكروه لكنه صحيح وبكره مبايعة من اشتملت يده على
الحلال والحرام سواء كان الحلال أكثر وبالعكس ولو بايعه لم يحكم بالفساد
وعن مالك (أن مبايعة من أكثر ماله حرام باطل) وليس من المنافي بيع
العينة (1) وهو أن يبيع شيئا من غيره بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم
يشتره قبل قبضه للثمن بأقل من ذلك نقدا وكذا يجوز أن يبيع بثمن نقدا
ويشتري بأكثر منه إلى أجل سواء قبض الثمن الاوّل

[232]

أو لم يقبضه وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهم لا يجوز أن
يشترى بأقل من ذلك الثمن قبل قبضه وجوز أبو حنيفة أن يشترى بسلعة
قيمتها أقل من قدر الثمن * لنا أنه ثمن يجوز بيع السلعة به من غير بائعها
فيجوز من بائعها كما لو اشتراه بسلعة أو بمثل ذلك الثمن أو أكثر ولا فرق
بين أن يصير بيع العينة عادة غالبية في البلد أو لا يصير على المشهور
وأفتى الاستاذ أبو إسحق والشيخ أبو محمد بأنه إذا صار عادة صار البيع
الثاني كالمشروط في الاوّل فيبطلان جميعا ولهذا نظائر ستذكر في
مواضعها وليس من المناهي بيع رباة مكة بل هو جائز (1) وعن مالك وأبي
حنيفة (انه لا يجوز لنا اتفاق الصحابة فمن بعدهم عليه) وليس من المناهي
أيضا (بيع المصحف وكتب الحديث) وعن الصيمري (أن بيع المصحف مكروه)
قال وقد قيل أن الثمن يتوجه إلى الدفتين لأن كلام الله عزوجل لا يباع
وقيل انه بدل من اجرة النسخ * قال (الباب الرابع * في الفساد من جهة
تفريق الصفقة) (ومهما باع الرجل ملك نفسه وملك غيره ففي صحة بيعه
في ملكه قولان الاصح الصحة * ولو كان ما بطل البيع فيه حرا أو خمرا أو
خنزيرا أو ما لا قيمة له فقولان مرتبان وأولى بالبطلان * وللبطلان علتان
(إحداهما) أن الصفقة متحدة فإذا فسدت في بعض المقتضيات لم تقبل
التجزى (والاخرى) أن الثمن فيما يصح يصير مجهولا * وعلى هذه العلة لا
يتمتع تفريق الصفقة في الرهن والهبة إذ لا عوض

[233]

فيهما * ولا في النكاح فانه لا يفسد بالجهل بالعوض) * هذا باب طويل
التفريع كثير التردد في قواعد الفقه ولطول تفاريعه لم ير المزمع إيداع
مسائله في المختصر وبيض ورقة أو ورقتين ليلخصها أو يقتصر على ذكر
أوضح القولين فيها ثم لم يتفق له ذلك فبقي في النسخ القديمة بعض
البياض وللغفال وأصحابه تقسيم حاو لمسائل الباب في نهاية الحسن إلا

أن إيراد الكتاب لا ينطبق عليه كل الانطباق والتقسيم المناسب له أن يقال: إذا جمع بين شيئين في صفقة واحدة لم يخل (إما) أن يجمع بينهما في عقد واحد (أو) في عقدين مختلفي الحكم (القسم الاول) أن يجمع بينهما في عقد واحد فله حالتان (إحدهما) أن يقع التفريق في الابتداء (والاخرى) أن تقع في الانتهاء (فأما) في الحالة الاولى فينظر إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع فلا يخفى بطلان العقد في الكل كما لو جمع بين أختين في النكاح أو بين خمس نسوة وإن لم يكن كذلك فأما أن يجمع بين شيئين كل منهما قابل لما أورده عليه من العقد (وإما) أن لا يكون كذلك فإن كان الاول كما لو جمع بين عينين في البيع يصح العقد فيهما ثم إن كان من جنسين كعبد وثوب أو من جنس واحد لكنهما ما مختلفا القيمة كعبدين يوزع الثمن عليهما باعتبار القيمة وإن كانا من جنس واحد وكانا منفقى القيمة كقفيزى حنطة واحدة يوزع عليهما باعتبار الاجزاء وإن كان الثاني فاما أن لا يكون واحد منهما قابلا لذلك العقد كما لو باع خمرا ومبته فلا يخفى حكمه (وإما) أن يكون أحدهما قابلا فالذي هو غير قابل ضربان (أحدهما) أن يكون متقوما كما لو باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة ففي صحة البيع في عبده قولان (أصحهما) وهو اختيار المزني أنه يصح لانه باع شيئين مختلفي الحكم فيأخذ كل واحد منهما حكم نفسه كما لو باع شقصا مشفوعا وثوبا ثبتت الشفعة في الشقص دون الثوب وأيضا فإن الصفقة إذا اشتملت على صحيح وفساد فالعقد صحيح في الصحيح وقصر الفساد على الفاسد ومثلوا ذلك بما إذا شهد عدل وفساق لا يقضي برد الشهادتين ولا يقبولهما بل تلك مقبولة وهذه مردودة ولو قال قائل قدم زيد وعمرو وكان قدم

[234]

زيد دون عمرو لا يقضى بالصدق فيهما ولا بالكذب فيهما بل ذلك صدق وهذا كذب (والثاني) لا يصح لاحد معنيين (الاول) ان اللفظة واحدة لا يتأتى تبعيضا فاما أن يغلب حكم الحرام على الحلال أو بالعكس والاول أولى لان تصحيح العقد في الحرام يمتنع وإبطاله في الحلال غير ممتنع (والثاني) أن الثمن المسمى ينوزع عليهما باعتبار القيمة ولا يدري حصة كل واحد منهما عند العقد فيكون الثمن مجهولا وصار كما لو قال بعتك عبدي هذا بما يقابله من الالف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان فانه لا يصح وهاتان العلتان على ما حكاه أكثر الناقلون منسوبة إلى الاصحاب ولهم خلاف في أن العلة أيهما ورواهما القاضي ابن كج عن الشافعي رضي الله عنه وقال له قولان في أن العلة هذه أم هذه (والضرب الثاني) الا يكون متقوما وهو على نوعين (أحدهما) أن يتأتى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير في الخلقة كما لو باع حرا وعبدا فان الحر غير متقوم لكن يمكن تقدير القيمة فيه من غير تغيير في الخلقة ففي صحة البيع في العبد طريقان (أحدهما) القطع بالفساد لان

[235]

المضموم إلى العبد ليس من جنس المبيعات ولانا سنذكر في التفريع الحاجة إلى التوزيع والتوزيع ههنا يحوج إلى تقدير شئ في الموزع عليه

وهو غير موجود فيه (وأصحهما) طرد القولين قال الامام ولو قلنا في صحة البيع قولان مرتبان على ما إذا باع عبدا مملوكا والاخر مغصوبا لافاد ما ذكرنا من نقل الطريقتين وهكذا كل ترتيب ونقل عن شيخه ان القولين على الطريقة الثانية فيما إذا كان المشتري جاهلا بحقيقة الحال فان كان عالما فالوجه القطع بالبطلان كما لو قال بعتك عبدي بما يخصه من الالف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان ولو باع عبده ومكاتبه أو أمته أو أم ولده فليس ذلك كما لو باع عبدا وحرًا بل هو من صور الضرب الاول لان المكاتب وأم الولد متقومان بالاتلاف والنوع الثاني

[236]

أن لا يتأني تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير في الخلقة كما لو باع خلا وخمرة أو مزكاة وميته أو شاة وخنزيرا ففي صحة البيع في الخل والمزكاة والشاة خلاف مرتب على الخلاف في العبد والحر والفساد ههنا أولا لان تقدير القيمة غير ممكن ههنا الا بفرض تغيير الخلقة وحينئذ لا يكون المقوم هو المذكور في العقد. وقال أبو حنيفة العقد فاسد في الكل في الضرب الثاني وأما في الضرب الاول فيصح في الحلال ويتوقف في المضموم إليه على الاجازة. وصح مالك البيع في الحلال في الضربين جميعا وعن احمد روايتان كقولي الشافعي رضي الله عنه ولو رهن عبده وعبد غيره من إنسان أو

[237]

وهبهما منه أو رهن عبدا أو حرا أو وهبهما هل يصح الرهن والهبة في المملوك يترتب ذلك على البيع ان صححنا ثم فكذلك ههنا والا ففيه قولان مبنيان على العلتين (ان) عللنا بامتناع تجزئة العقد الواحد فلا يصح (وان) عللنا بجهالة العوض يصح إذ لا عوض ههنا حتى يفرض الجهل فيه وعلى هذا الترتيب ما إذا زوج منه مسلمة ومجوسية أو أخته وأجنبيته لان جهالة العوض لا تمنع صحة النكاح (وقوله) في الكتاب احدهما أن الصفقة متحدة وفي بعض النسخ أن الصيغة متحدة وكلاهما مستقيم وزاد الامام في هذه العلة قيدا فقال العقد متحد في نفسه فإذا تطرق الفساد إليه وجب أن لا ينقسم إذ لم يبين على الغلبة والسريان وقصد به الاحتراز عن العتق والطلاق وما في معناهما * قال (ولو اشترى عبدين وانفسخ العقد في أحدهما بالتلف قبل القبض أو بسبب يوجب الفسخ ففي الانفساخ في الباقي قولا تفريق الصفقة * وأولى بأن لا ينفسخ في الباقي) *

[238]

الحالة الثانية أن يقع التفريق في الانتهاء وهو على ضربين (أحدهما) ان لا يكون اختياريا كما لو اشترى عبدين ثم قبل ان يقبضهما تلف احدهما فان العقد ينفسخ فيه وهل ينفسخ في الثاني فيه طريقان (احدهما) انه على

القولين فيما لو جمع بين مملوك وغير مملوك تسوية بين الفساد المقررون بالعقد والفساد الطارئ قبل القبض كما يسوي في العيب بين المقررون بالعقد وبين الطارئ قبل القبض وهذا قد حكاه القاضي عن أبي إسحق المروري (واصحهما) القطع بعدم الانفساخ في الثاني لان الانفساخ طرأ بعد العقد فلا يتأثر به الآخر كما لو نكح اجنبتين دفعة واحدة ثم ارتفع نكاح احدهما برده أو رضاع لا يرتفع نكاح الاخرى وايضا فان علة الفساد (إما) الجمع بين الحلال والحرام وإما جهالة الثمن ولم يوجد الجمع بين الحلال والحرام والثمن ثابت كله في الابتداء والسقوط الطارئ لا يؤثر في الانفساخ كما لو خرج المبيع معيبا وتعذر الرد لبعض الاسباب والثمن غير مقبوض فيسقط بعضه على سبيل الارش ولا يلزم منه فساد العقد والطريقان جاربان فيما إذا تفرقا في السلم وبعض رأس المال غير مقبوض أو في الصرف وبعض العوض غير مقبوض وانفسخ العقد في غير المقبوض هل ينفسخ في الباقي هذا إذا تلف احدهما في يد البائع قبل ان يقبضهما فاما إذا قبض أحدهما وتلف الاخر في يد البائع ترتب الخلاف في انفساخ العقد في المقبوض على الصورة السابقة وهذه أولى بعدم الانفساخ لتأكد العقد في المقبوض بانتقال الضمان فيه إلى المشتري هذا إذا كان المقبوض باقيا في يد المشتري فان تلف في يده ثم تلف الاخر في يد البائع فالقول بالانفساخ

[239]

أضعف لتلف المقبوض على ضمانه (وإذا قلنا) بعدم الانفساخ فهل له الفسخ فيه وجهان (أحدهما) نعم وترد قيمته (والثاني) لا وعليه حصته من الثمن ولو اكرى دارا مدة وسكنها بعض المدة ثم انهدمت الدار انفسخ العقد في المستقبل وهل ينفسخ في الماضي يخرج على الخلاف في المقبوض التالف في يد المشتري (فان قلنا) لا ينفسخ فهل له الفسخ فيه الوجهان (فان قلنا) ليس له ذلك فعليه من المسمى

[240]

ما يقابل الماضي (وان قلنا) له الفسخ فعليه أجرة المثل للماضي ولو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل والباقي مقبوض أو غير مقبوض وقلنا لو انقطع الكل انفسخ العقد فيه انفسخ في المنقطع وفي الباقي الخلاف المذكور فيما إذا تلف أحد الشئتين قبل قبضهما وإذا قلنا لا ينفسخ فله الفسخ فان أجاز فعليه حصته من

[241]

راس المال لا غير (وان قلنا) لو انقطع الكل لم ينفسخ العقد فالمسلم بالخيار إن شاء فسخ العقد في الكل وإن شاء أجازة في الكل وهل له الفسخ في القدر المنقطع والاجازة في الباقي فيه قولان بناء على

الخلاف الذي سنذكره في الضرب الثاني (والضرب الثاني) أن يكون اختياريا
كما لو اشترى عبدين

[242]

صفقة واحدة ثم وجد باحدهما عيبا فهل له افراده بالرد جزم الشيخ ابو
حامد في التعليق بأنه ليس له ذلك (والمشهور) أنه على قولين وبنوهما
على جواز تفريق الصفقة ان جوزنا تجويز الافراد والا فلا وقياس هذا البناء
أن يكون قول التجويز أظهر ولكن صرح كثير من الصائرين إلى جواز
التفريق بان منع الافرار أصح واحتجوا له بان الصفقة وقعت مجتمعة ولا
ضرورة إلى تفريقها فلا تفريق والقولان

[243]

مفروضان في العبدین وفي كل شیئين لا يتصل منفعة أحدهما بالآخر فاما
في زوجي الخف ومصراعي الباب فلا سبيل إلى افراد المعيب بالرد بحال
وارتكب بعضهم طرد القولين فيه ولا فرق على القولين بين أن ينفق ذلك
بعد القبض أو قبله وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز افراد المعيب بالرد قبل
القبض

[244]

ويجوز بعده إلا أن تتصل منفعة أحدهما بالآخر فان لم تجوز الافراد فلو قال
رددت المعيب هل يكون هذا ردا لها عن الشيخ أبي علي رواية وجهين فيه
(أصحهما) لابل هو لغو ولو رضي البائع بافراده جاز في أصح الوجهين وان
جوزنا الافراد فان رده استرد قسطه من الثمن ولا يسترد

[245]

الجميع إذ لو صرنا إليه لاخلينا بعض المبيع عن المقابل وعلى هذا القول لو
أراد رد السليم والمعيب معه فله ذلك أيضا وفيه وجه ضعيف ولو وجد العيب
بالعبدین وم ؟ اد وأفرد أحدهما بالرد جرى

[246]

القولان ولو تلف أحد العبدین أو باعه ووجد بالباقي عيبا ففي افراده قولان مرتبان. وهذه الصورة أولى بالجواز لتعذر ردهما جميعا (فان قلنا) يجوز الافراد رد الباقي واسترد من الثمن حصته وسبيل التوزيع تقدير العبدین سلیمین وتقویهما ويقسط الثمن على القيمتين فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى

[247]

المشتري ما يقتضي زيادة الواجب على ما اعترف به البائع فقولان (أصحهما) وقد نص عليه في أخلاف العراقيين أن القول قول البائع مع يمينه لانه ملك جميع الثمن بالبيع فلا رجوع عليه الا بما اعترف به (والثاني) أن القول قول المشتري لانه تلف في يده فاشبه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة لان القول قول الغاصب الذي حصل الهلاك في يده (وان قلنا لا يجوز الافراد فوجهان

[248]

ويقال قولان (أحدهما) أنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما ويفسخ العقد وهذا اختيار القاضي أبي الطيب واحتج له بان النبي صلى الله عليه وسلم (أمر في المصراة برد الشاة وبدل اللبن الهالك) (1) فعلى هذا لو اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لانه حصل التلف في يده وهو الغارم وروي

[249]

في التتمة وجها آخر أن القول قول البائع لان المشتري يريد إزالة ملكه عن الثمن المملوك (وأصحهما) أنه لا يصح له ولكنه يرجع بارش العيب لان الهلاك أعظم من العيب ولو حدث عنده عيب ولم يتمكن من الرد فعلى هذا لو اختلفا في قيمة التالف عاد القولان السابقان لانه في الصورتين يرد

[250]

بعض الثمن الا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقي وعلى هذا القول يرد ارش العيب والنظر في قيمة التالف إلى يوم العقد أو يوم القبض فيه مثل الخلاف الذي سيأتي في اعتبار القيمة لمعرفة ارش العيب القديم. وإذا عرفت ما ذكرنا لم يخف عليك أن قوله في الكتاب ولو اشترى عبدين وانفسخ

[251]

العقد في أحدهما بالتلف قبل القبض إشارة إلى الحالة الأولى (وقوله) أو بسبب يوجب الفسخ يمكن حمله على الحالة الثانية وهو الأقرب إلى اللفظ ويمكن حمله على سائر الصور المذكورة في الحالة الأولى نحو الصرف والسلم وتأول لفظ الفسخ والله أعلم * قال (والأصح أن الفساد مقصور على الفاسد إلا إذا صار ثمن ما يصح العقد عليه مجهولا حتى لو باع عبدا له نصفه صح في نصيبه إذ حصته نصف الثمن وكذا بيع جملة الثمار وفيها عشر الصدقة بخلاف ما لو باع أربعين شاة وفيها الزكاة إذ حصة الباقي مجهولة) (أدرج في الفصل صورا تتفرع على علتي قول الفساد من قولي التفريق (منها) لو باع شيئا

[252]

يتوزع الثمن على أجزائه بعضه له وبعضه لغيره كما لو باع عبدا له نصفه أو صاع حنطة له نصفه أو صاعين حنطة أحدهما له والآخر لغيره صفقة واحدة ترتب ذلك على ما لو باع عبدين أحدهما له والآخر لغيره ان صحنا فيما يملكه فكذلك ههنا والافقولان ان عللنا بالجمع بين الحلال والحرام لم يصح وان عللنا بجهالة الثمن صح لان حصة المملوك ههنا معلومة (ومنها) لو باع جملة الثمار وفيها عشر الصدقة فهل يصح البيع في قدر الزكاة قد بينه في باب الزكاة (فان قلنا لا يصح فالترتيب في الباقي كما ذكرنا فيما لو باع عبدا له نصفه لان توزيع الثمن على ماله بيعه وما ليس له معلوم على التفصيل (ومنها) لو باع أربعين شاة وفيها قدر الزكاة وفرعنا على امتناع البيع في قدر الزكاة فالترتيب في الباقي كما مر فيما لو باع عبده وعبده غيره ومما يتفرع على هاتين العلتين لو ملك زيد عبدا وعمرو

[253]

عبدا فباعهما صفقة واحدة بثمن واحد ففي صحة العقد قولان وكذا لو باع من رجلين عبدين له هذا من هذا وهذا من هذا بثمن واحد ان عللنا بالجمع بين الحلال والحرام صح وان عللنا بجهالة العوض لم يصح لان حصة كل واحد منهما مجهولة (ومنها) قال في التتمة لو باع عبده وعبده غيره وسمى لكل واحد منهما ثمنا فقال بعثك هذا بمائة وهذا بخمسين ان عللنا باجتماع الحلال والحرام فسد العقد وان عللنا بجهالة الثمن صح في عبده * ولك أن تقول سنذكر أن تفصيل الثمن من أسباب تعدد العقد وإذا تعدد وجب القضاء بالصحة على التعليلين * إذا تقرر ذلك فاعلم أن قوله (والأصح) أن الفساد مقصور على الفاسد إلى آخره توسط بين القولين وترجيح لقول الصحة في المملوك إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على أجزائه ولقول الفساد فيما إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على قيمته وهذا قد اختاره صاحب الكتاب في آخرين لكن الأكثرين لم يفرقوا بين الحالتين ورجحوا الصحة على الاطلاق والله أعلم *

[254]

قال (ثم مهما قضينا بالصحة فللمشتري الخيار إذا لم يسلم له جميع ما اشتراه وبأخذ الباقي أن أجاز بقسطه من الثمن على أصح القولين لا بكل الثمن) * (مقصود الفصل التفريع على قولى تفريق الصفقة من أصلهما والرأى أن نفرد كل مرتبة بالذكر فنقول إذا باع ماله ومال غيره صفقة واحدة وصحنا البيع في ماله نظر ان كان المشتري جاهلا بالحال فله الخيار لانه دخل في العقد على أن يسلم له كل المبيع ولم يسلم فان أجاز فكم يلزمه من الثمن فيه قولان (أحدهما) جميعه لانه لغا ذكر المضموم إلى ماله فيقع جميع الثمن في مقابلة ما صح العقد فيه (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة أنه لا يلزمه الا حصة المملوك من الثمن إذا وزع على القيمتين لانه أوقع

[255]

الثمن في مقابلتهما جميعا فلا يلزم في مقابلة احدهما الا قسطه وما موضع القولين قال قائلون موضعهما ان يكون المبيع ما يتقسط الثمن على قيمته فان كان مما يتقسط على اجزائه على ما مر نظائره فالواجب قسط المملوك من الثمن قولاً واحداً والفرق ان المصير إلى التقسيط ههنا لا يورث جهالة في الثمن عند العقد وثم بخلافه ومنهم من طرد القولين وهو الاظهر لان الشافعي رضي الله عنه نص على قولين فيما إذا باع الثمار بعد وجوب العشر فيها وأفسدنا البيع في قدر الزكاة دون غيره أن الواجب جميع الثمن أو حصته (فان قلنا) الواجب جميع الثمن فلا خيار للبايع إذا طفر بما ابتغاه (وان قلنا) الواجب القسط فوجهان (أحدهما) أن له الخيار إذا لم يسلم له جميع الثمن (وأصحهما) أنه لا خيار له لان التفريط من حيث باع مالا يملكه وطمع في ثمنه وان كان المشتري عالما بالحال فلا خيار له كما لو اشترى

[256]

معيبا وهو عالم بعيبه وكم يلزمه من الثمن فيه القولان كما لو كان جاهلا وأجاز وقطع قاطعون بوجوب الجميع ههنا لانه التزمه عالما بان بعض المذكور لا يقبل العقد * ولو باع عبداً وحرأ أو خلا وخرماً أو مذكاة وميتة أو شاة وخنزيراً وصحنا العقد فيما يقبله وكان المشتري جاهلا بالحال وأجاز أو عالما

[257]

ففيما يلزمه من الثمن طريقان (أحدهما) القطع بوجوب جميع الثمن لان
مالا قيمة له لا يمكن التوزيع على قيمته ويحكي هذا عن صاحب التلخيص
(وأصحهما) طرد القولين (فان قلنا) الواجب قسط من الثمن فكيف نعتبر
هذه الاشياء في التوزيع فيه وجهان (أصحهما) عند المصنف انه ينظر إلى
قيمتها عند من يرى لها قيمة (والثاني) انه يقدر الخمر خلا ويوزع عليهما
باعتبار الاجزاء ونقدر الميتة مذكاة

[258]

والخنزير شاة وتوزع عليهما باعتبار القيمة * ومنهم من قال يقدر الخمر
عصيرا والخنزير بقرة * ولو نكح مسلمة ومجوسية في عقد واحد وصحنا
نكاح المسلمة (فالصحيح) المشهور انه لا يلزم جميع المسمى للمسلمة بلا
خلاف لانا إذا اثبتنا الجميع في البيع اثبتنا الخيار ايضا وههنا لا خيار فايجاب
الجميع اجحاف ولا مدفع له وعن رواية الشيخ أبي على قول أنه يلزم لها
جميع المسمى لكن له الخيار في رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل قال
الامام وهذا لا يدفع الضرر فان مهر المثل قد يكون مثل المسمى أو أكثر
وما الذي يلزم إذا قلنا بالصحيح فيه قولان (أظهرهما) مهر المثل (وثانيهما)
قسطها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل المجوسية * ولو
اشترى عبيدين وتلف أحدهما قبل القبض وانفسخ العقد فيه وقلنا لا
ينفسخ في الباقي فله الخيار فيه فان أجاز فالواجب قسطه من الثمن لان
الثمن وجب

[259]

في مقابلتهما في الابتداء فلا ينصرف إلى أحدهما في الدوام وعن أبي
اسحق المروزي طرد القولين فيه * (فرع) لو باع شيئا من مال الربا بجنسه
ثم خرج بعض أحد العوضين مستحقا وصحنا العقد في الباقي وأجاز
فالواجب حصته بلا خلاف لان الفصل بينهما حرام * (فرع) لو باع معلوما
ومجهولا لم يصح البيع في المجهول وفي المعلوم يبني على ما لو كانا
معلومين وأحدهما لغيره (إن قلنا) لا يصح فيما له لم يصح ههنا في المعلوم
(وإن قلنا) يصح ففيه قولان مبنيان على أنه كم يلزمه من الثمن ثم (إن
قلنا) الجميع صح ولزم ههنا أيضا جميع الثمن (وإن قلنا) حصته من الثمن لم
يصح ههنا لتعذر التوزيع ومنهم من حكى قولاً أنه يصح وله الخيار فان أجاز
لزمه جميع الثمن (واعلم) أن لصاحب التلخيص والشارحين لكلامه تخرج
مسائل دورية على تفريق الصفقة لم أوتر إخلاء هذا المجموع عن طرف
منها فعقدت له فصلا *

[260]

فصل قال صاحب التلخيص في التلخيص في القول الذي يرى تفريق
الصفقة يقع للشافعي رضي الله عنه مسائل من الدور من ذلك لو باع

مريض قفيز حنطة بقفيز حنطة وكان قفيز المريض يساوي عشرين وقفيز الصحيح يساوي عشرة ومات المريض ولا مال له غيره ففيها قولان (أحدهما) أن البيع باطل (والآخر) أن البيع جائز في ثلثي قفيز بثلثي قفيز ويبطل في الثلث ولكل واحد منهما الخيار في إبطال البيع وفيه قول آخر أنه لا خيار لهما فيه هذا لفظه وإنما صور في الجنس الواحد من مال الربا لتجتمع أشكال الدور والربا وأول ما يجب معرفته في المسألة وأحوالها أن محاباة المريض مرض الموت في البيع والشراء نازلة منزلة هبته وسائر تبرعاته في الاعتبار من الثلث فإن زادت على الثلث ولم تجز الورثة ما زاد كما لو باع عبدا يساوي ثلاثين بعشرة ولا مال له غيره فيرتد البيع في بعض المبيع وما الحكم في الباقي فيه طريقان (أحدهما) القطع بصحة البيع فيه لأنه نفذ في الكل ظاهرا والرد في البعض تدارك حادث وهذا أصح عند صاحب التهذيب ووجهه بان المحاباة في المرض وصية والوصية تقبل من الغرر ما لا يقبله غيرها (وأظهرهما) عند أكثرهم أنه على قولي تفريق الصفقة (وإذا قلنا) بصحة البيع في الباقي ففي كفيئتها قولان ويقال وجهان (أحدهما) أن البيع يصح في القدر الذي يحتمله الثلث والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن ويبطل في الباقي لأنه اجتمع للمشتري معاوضة ومحاباة فوجب أن يجمع بينهما فعلى هذا يصح العقد في ثلثي العبد بالعشرة ويبقى مع الورثة ثلث العبد وقيمته والثلث وهو عشرة وذلك مثلا المحاباة وهي عشرة ولا تدور المسألة على هذا القول (والثاني) أنه إذا ارتد البيع في بعض المبيع وجب أن يرتد إلى المشتري ما يقابله من الثمن فعلى هذا تدور المسألة لأن ما ينفذ فيه البيع يخرج من التركة وما يقابله من الثمن يدخل فيها ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة وينقص بنقصانها فيزيد المبيع بحسب زيادة التركة وتزيد التركة بحسب زيادة المقابل الداخل ويزيد المقابل الداخل بحسب زيادة المبيع وهذا دور ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق (منها) أن ينظر إلى ثلث المال وينسبه إلى قدر المحاباة ويجيز البيع في المبيع

[261]

يمثل نسبة الثلث من المحاباة فنقول في هذه الصور. ثلث المال عشرة والمحاباة عشرون والعشرة نصف العشرين فيصح البيع في نصف العبد وقيمته خمسة عشر بنصف الثمن وهو خمسة كأنه اشترى سدسه بخمسة وثلثه وصية له تبقى مع الورثة نصف العبد وهو خمسة عشر والثلث خمسة فالمبلغ عشرون وذلك مثلا المحاباة وتحكي هذه الطريقة عن محمد بن الحسن (ومنها) طريقة الجبر يقول صح البيع في شيء من العبد وقابله من الثمن مثل ثلث ذلك الشيء لأن الثمن مثل ثلث العبد ويبقى في يد الورثة عبد إلا شيء لكن بعض النقصان انجبر بثلث الشيء العائد فالباقي عندهم عبد إلا ثلثي شيء وثلثا شيء قدر المحاباة وعبد إلا ثلثي شيء مثله وإذا كان عبد إلا ثلثي شيء مثلي ثلثي شيء كان عديلا لشيء وثلث شيء فإذا أجبرنا العبد بثلثي شيء وزدنا على عديله مثل ذلك كان العبد عديلا لشيئين فعرفنا أن الشيء الذي نفذ فيه البيع نصف العبد ولا أطنب بايراد سائر الطرق كطريقة الخطأين والدينار والدرهم وغيرهما في هذا الموضوع (فان قلت) ما حال الخلاف الذي ذكرتم أنهما قولان للشافعي رضي الله عنه أو وجهان للاصحاب وأيهما كان فما الاظهر منهما (فالجواب) أما الاول فان الامام قال ما أراهما منصوبين ولكنهما مستخرجان من معان كلام الشافعي رضي الله عنه لكن القفال والاستاذ أبا منصور البغدادي وغيرهما ذكروا أن الاول منصوب عليه والثاني مخرج لابن سريج (وأما) الثاني فان ايراد

كثيرين يميل إلى ترجيح القول الاول وبه قال ابن الحداد لكن الثاني أقوى في المعنى وهو اختيار أكثر الحساب وبه قال ابن القاص وابن اللبان وتابعهم إمام الحرمين وادعى انه اختيار ابن سريج لكن في هذه الدعوى نظر فان الاستاذ أبا منصور وغيره نسبوا القول الاول إلى اختيار ابن سريج والله أعلم إذا تقرر ذلك عدنا إلى مسألة التلخيص (إن قلنا) بالاول فالبيع باطل فيها بلا خلاف لان مقتضاه صحة البيع في قدر الثلث وهو ستة وثلثان وفي القدر الذي يقابل من قفيزه قفيز الصحيح وهو نصفه فيكون خمسة أسداس قفيز في مقابلة قفيز وذلك ربا (وإن قلنا) بالثاني صح

[262]

البيع في ثلثي قفيز المريض بثلثي قفيز الصحيح وبطل في الباقي وقطع قاطعون ههنا بهذا القول الثاني كى لا يبطل عرض الميت في الوصية قال في التهذيب وهو الاصح ووجهه (أما) على طريقة النسبة فلان ثلث مال المريض ستة وثلثان والمحاباة عشرة وستة وثلثان ثلثا عشرة فقلنا بنفوذ البيع في ثلثي القفيز (وأما) على طريق الجبر فلان البيع نفذ في شئ وقابله من الثمن مثل نصفه فان قفيز الصحيح نصف قفيز المريض وبقي في يد الورثة قفيز الا شئ لكن حصل لهم نصف شئ والباقي عندهم قفيز الانصف شئ فنصف شئ هو المحاباة وما في يدهم وهو قفيز ناقص بنصف شئ مثلاه (والهاء) كناية عن النصف (1) وإذا كان قفيز ناقص بنصف شئ مثلي نصف شئ كان عدلا للشئ الكامل فإذا جبرنا وقابلنا صار قفيز كامل عدل شئ ونصف شئ فعرف أن الشئ ثلثا قفيز وقد عرفت بما ذكرنا أن القول الثاني من القولين اللذين اطلقهما صاحب التلخيص علام يئني (وأما) الاول فخروجه على قولنا أن البيع يصح في قدر الثلث وما يوازي الثمن بجميع الثمن ظاهر لما فيه من الربا ويجوز أن يكون مبنيا على قولنا ان الصفقة لا تفرق جوابا على طريقة طرف القولين في صور المحاباة (وأما) قوله ولكل واحد منهما الخيار في ابطال البيع فهو خطأ في جانب ورثة المريض باتفاق الاصحاب لانا لو اثبتنا لهم الخيار لا بطلوا المحاباة أصلا ورأسا بفسخ البيع ولا سبيل إليه لتسليط الشرع إياه على ثلث ماله وكذا خطاه في قوله وفيه قول آخر أنه لا خيار لهما في جانب المشتري لان تبعض الصفقة على المشتري من موجبات الخيار بكل حال ولو كانت المسألة بحالها لكن قفيز المريض يساوي ثلاثين وقلنا بتقسيط الثمن صح البيع في نصف قفيز بنصف القفيز ولو كانت بحالها لكن قفيز المريض يساوي أربعين صح البيع في أربعة أتساع القفيز وعليك تخريج الفتوى على الطريقتين ثم قال صاحب التلخيص ولو كان المريض قد أكل القفيز الذي أخذ استوت المسائل كلها فيجوز بيع ثلث قفيز بثلث قفيز قال الشارحون لكتابه إذا أتلف المريض المحابي القفيز الذي أخذه ثم مات وفرعنا على القول الذي يجئ عليه الدور صح البيع في ثلثه بثلث قفيز صاحبه سواء كانت قيمة قفيز المريض عشرين أو ثلاثين أو أكثر لان ما أتلفه قد نقص من ماله (أما)

(1) زيادة في بعض النسخ

[263]

ما صح فيه البيع فهو ملكه وقد أتلفه (وأما) ما بطل فيه البيع فعليه ضمانه فينتقص قدر الغرم من ماله ومتى كثرت القيمة كان المصروف إلى الغرم أقل والمحاباة أكثر ومتى قلت كان المصروف إلى الغرم أكثر والمحاباة أقل ولنوضح ذلك في صورتين (أحدهما) إذا كانت قيمة قفيز المريض عشرين وقيمة قفيز الصحيح عشرة وقد أتلفه المريض فنقول على طريقة النسبة مال المريض عشرون وقد أتلف عشرة يحطها من ماله يبقى عشرة كأنها كل ماله والمحاباة عشرة فثلث ماله هو ثلث المحاباة فيصح البيع في ثلث القفيز على القياس الذي مر وعلى طريقة الجبر صح البيع في شئ من قفيز المريض ورجع إليه مثل نصفه فعند ورثته عشرون الا نصف شئ لكنه قد أتلف عشرة فالباقي في أيديهم عشرة الا نصف شئ وذلك مثلا نصف شئ فيكون مثل شئ فإذا جبرنا وقابلنا كانت عشرة مثل شئ ونصف شئ فالعشرة نصف القفيز فيكون القفيز الكامل مثل ثلاثة أشياء فالشئ ثلث القفيز وامتحانه أن ثلث قفيز المريض ستة وثلثان وثلث قفيز الصحيح في مقابلته ثلاثة وثلث فتكون المحاباة بثلاثة وثلث وقد بقي في يد الورثة ثلثا قفيز وهو ثلاثة عشر وثلث يؤدي منه قيمة ثلثي قفيز الصحيح وهو ستة وثلثان يبقى في أيديهم ستة وثلثان وهي مثلا المحاباة (الثانية) قفيز المريض يساوي ثلاثين وباقي المسألة بحالها فعلى طريقة النسبة نقول مال المريض ثلاثون وقد أتلف عشرة يحطها من ماله يبقى عشرون كأنها كل ماله والمحاباة عشرون فثلث ماله هو ثلث المحاباة فيصح البيع في ثلث القفيز وعلى طريقة الجبر نقول صح البيع في شئ من قفيز المريض ورجع إليه مثل ثلثه فالباقي ثلاثون الا ثلثي شئ لكنه أتلف عشرة فالباقي عشرون الا ثلثي شئ وذلك مثلا ثلثي شئ فيكون مثل شئ وثلث شئ فإذا جبرنا وقابلنا

[264]

كان عشرون مثل شئين فعرفنا أن الشئ عشرة وهي ثلث الثلاثين وامتحانه أن ثلث قفيز المريض عشرة وثلث قفيز الصحيح في مقابلة ثلاثة وثلث فالمحاباة بستة وثلثين وقد بقي في يد الورثة ثلثا قفيز وهو عشرون يؤدي منه قيمة ثلثي قفيز الصحيح وهي ستة وثلثان يبقى في أيديهم ثلاثة عشرة وثلث وهي مثلا المحاباة هذا كله فيما إذا أتلف صاحب القفيز الجيد ما أخذه (أما) إذا أتلف صاحب القفيز الرديء ما أخذه ولا مال له سوى قفيزه ففي الصورة الاولى وهي ما إذا كانت قيمة قفيزه عشرين وقيمة قفيز الآخر عشرة يصح البيع في الحال في نصف القفيز الجيد وقيمته عشرة ويحصل للورثة في مقابلته نصف القفيز الرديء وقيمته خمسة فتبقى المحاباة بخمسة ولهم نصف الآخر غرامة لما أتلف عليهم فتحصل لهم عشرة وهي مثلا المحاباة والباقي في ذمة متلف القفيز الجيد ولا تجوز المحاباة في شئ الا بعد أن يحصل للورثة مثلاه (وفي الصورة الثانية) وهي ما إذا كانت قيمة قفيزه ثلاثين قال الاستاذ أبو منصور يصح البيع في نصف القفيز الجيد وهي خمسة عشر

[265]

والمحابة ثلثه وهو خمسة وقد حصل للورثة القفيز الردئ وقيمته عشرة وهي ضعف المحابة ويبقى في ذمة المشتري خمسة عشرة كلما حصل منها شيء جازت المحابة في مثل ثلثه وغلظه إمام الحرمين فيما ذكره من جهة أنا إذا صحنا البيع في نصف الجيد فانما نصحه بنصف الردئ وهو خمسة فتكون المحابة بعشرة لا بخمسة وإذا كانت المحابة بعشرة فالواجب أن يكون في يد الورثة عشرون وليس في يدهم الا عشرة (فالصواب) أن يقال يصح البيع في ربع القفيز الجيد وهو سبعة ونصف برقع الردئ وهو درهمان ونصف فتكون المحابة بخمسة وفي أيدي الورثة ضعفها عشرة ثم قال صاحب التلخيص فان كانت المسألتان بحالهما وكانا جميعا مريضين والقفيزان بحالهما لم يوكل منهما شيء فاستقالا فاقال كل واحد منهما صاحبه فمن أبطل البيع أبطله ومن أجاز البيع أجاز في المسألة الاولى في سبعة أثمان قفيز وأبطله في ثمن وأجاز الاقالة في خمسة أثمان وأبطلها في ثمنين وفي المسألة الثانية أجاز البيع في خمسة أثمان

[266]

وأبطله في ثلاثة أثمان وأجاز الاقالة في ثلاثة أثمان وأبطلها في ثمنين (وقوله) فان كانت المسألتان أراد باحدى المسألتين ما إذا كانت قيمة القفيز الجيد عشرين وبالاخرى ما إذا كانت قيمته ثلاثين وقيمة الردئ عشرة والذي ينبغي أن يعرف في مقدمة هذه الصورة أنه كما تعتبر محابة المريض في البيع من الثلث كذلك تعتبر محاباته في الاقالة من الثلث سواء قدرت الاقالة فسحا أو بيعا جديدا * إذا عرفت ذلك فنقول إذا باع مريض قفيز حنطة يساوي عشرين من مريض بقفيز حنطة يساوي عشرة ثم تقايلا وماتا من مرضهما والقفيزان بحالهما ولا مال لهما سواهما ولم تجز الورثة ما زاد من محابتهما على الثلث فان

[267]

منعنا تفريق الصفقة وقلنا بالتصحيح بجميع الثمن فلا بيع ولا إقالة (وإن قلنا) بالتصحيح بالقسط فيدور كل واحد مما نقد فيه البيع والاقالة على الآخر لان البيع لا ينفذ إلا في الثلث وبالاقالة يزيد ماله فيزيد ما نفذ فيه البيع وإذا زاد ذلك زاد مال الثاني فيزيد ما نفذ فيه الاقالة (فالطريق) أن يقال صح البيع في شيء من القفيز الجيد ورجع إليه من الثمن نصف ذلك الشيء فبقى في يده

[268]

عشرون الا نصف شئ وفي يد الاخر عشرة ونصف شئ ثم إذا تقايلا فالاقالة إنما تصح في ثلث مال المقيل فيأخذ ثلاثة عشر وثلث نصف شئ وهو ثلاثة وثلث وسدس شئ فيضمه إلى مال الاول وهو عشرون الا نصف شئ يصير ثلاثة وعشرين وثلثا إلا ثلث شئ وهذا يجب أن يكون مثلى المحاباة أولا وهو نصف شئ فيكون ذلك كله مثل شئ فإذا جبرنا وقابلنا كان ثلاثة وعشرون وثلث مثل شئ وثلث شئ يبسط الشئ والثلث أثلاثا يكون أربعة والشئ ثلاثة أرباعه فإذا أردنا أن نعرف كم الشئ من ثلاثة وعشرين وثلث انكسر فسبيلنا أن نصح السهام بان نجعل كل عشرة ثلاثة لان الزائد على العشرين ثلاثة وثلث وهو ثلث العشرة وإذا جعلنا كل

[269]

عشرة ثلاثة أسهم صارو ثلاثة وثلث سبعة اسهم فتزيد قسمتها على الاربعة والسبعة لا تنقسم على الاربعة فنضرب سبعة في اربعة فيكون ثمانية وعشرين فالشئ ثلاثة أرباعها وهي إحدى وعشرون فلما عرفنا ذلك رجعنا إلى الاصل وقلنا العشرون التي كانت قيمة القفيز صارت اربعة وعشرين لانا ضربنا كل ثلاثة وهي سهام العشرة في اربعة فصارت اثني عشر تكون العشرون اربعة وعشرين وقد صح البيع منهم في احدى وعشرين وذلك سبعة اثمان اربعة وعشرون وإذا عرفنا ذلك وأردنا التصحيح من غير كسر جعلنا القفيز الجيد ستة عشرة والقفيز الردي ثمانية وقلنا صح البيع في سبعة اثمان الجيد وهي اربعة عشر بسبعة اثمان الردي وهو سبعة فتكون المحاباة

[270]

بسبعة ويبقى في يد بائع الجيد تسعة سهما بقيا عنده وسبعة أخذها عوضا ويحصل في يد الاخر خمسة عشر لانه أخذ اربعة عشر وكان قد بقي في يده سهم فلما تقايلا نفذت الاقالة في عشرة وهي خمسة اثمان القفيز الجيد بخمسة اثمان القفيز الردي وهي خمسة فقد أعطى عشرة وأخذ خمسة فالمحاباة بخمسة والحاصل من ذلك كله المستقر في يد الاول اربعة عشر مثلا محاباة سبعة وفي يد الثاني عشرة مثلا محاباة خمسة ولو كانت المسألة بحالها والقفيز الجيد يساوي ثلاثين (فنقول) صح البيع في شئ منه ورجع إليه من الثمن مثل ثلث ذلك الشئ فيبقى في يده ثلاثون الا ثلثي شئ وفي يد الاخر عشرة وثلثا شئ فإذا تقايلا أخذنا ثلاثة عشر وثلثي

[271]

شئ وذلك ثلاثة دراهم وثلث وتسعا شئ يضم إلى مال الاول فيصير ثلاثة وثلاثين وثلثا الا اربعة أتساع شئ وهو مثلا المحاباة وهي ثلثا شئ فيكون مثل شئ وثلث شئ فإذا جبرنا وقابلنا صار ثلاثة وثلاثون وثلث مثل شئ وسبعة أتساع شئ فعلمنا أن ثلاثة وثلاثين يجب أن تقسم على شئ وسبعة

أتساع شئ فيبسط هذا المبلغ أتساعا يكون ستة عشر يكون الشئ منه تسعة والعدد المذكور لا ينقسم على ستة عشر فنصح السهام بان نجعل كل عشرة ثلاثة لان الزائد على الثلاثين ثلاثة وثلاث وذلك ثلث العشرة وإذا فعلنا ذلك صارت ثلاثة وثلاثون وثلاث عشرة

[272]

أسهم يحتاج إلى قسمتها على ستة عشر وعشرة لا تنقسم على ستة عشر لكن بينهما موافقة بالنصف فنضرب جميع أحدهما في نصف الآخر تكون ثمانين فنرجع إلى الاصل ونقول الثلاثون التي كانت قيمة القفيز صارت اثنين وسبعين لانا ضربنا كل ثلاثة وهي سهام العشرة في ثمانية فصارت اربعة وعشرين فتكون الثلاثون اثنين وسبعين والشئ كان تسعة من ستة عشر صار مضروبا في نصف العشرة وهي خمسة فيكون خمسة واربعين وذلك خمسة اثمان اثنين وسبعين فعرفنا صحة البيع في خمسة اثمان القفيز الجيد * فان اردنا التصحيح على الاختصار من غير كسر جعلنا القفيز

[273]

الجيد اربعة وعشرين ليكون القفيز الردئ هو ثلاثة وثمان صحيح وقلنا صح البيع في خمسة اثمان الجيد وهي خمسة عشر بخمسة اثمان الردئ وهي خمسة تكون المحاباة بعشرة ويبقى في يد بائع الجيد اربعة عشر تسعة بقيت عنده وخمسة اخذها عوضا ويجعل في يد الآخر ثمانية عشر لانه اخذ خمسة عشر وكان قد بقي عنده ثلاثة فلما تقايلا نفذت الاقالة في تسعة وهي ثلاثة اثمان الجيد بثلاثة اثمان الردئ وهي ثلاثة فقد اعطى تسعة واخذ ثلاثة تكون المحاباة بستة فيستقر

[274]

في يد الاول عشرون تسعة أخذها بحكم الاقالة واحد عشر هي بقية الثمن وقد بقيت عنده من اربعة عشر بعد رد الثلاثة وذلك مثلا محاباته بستة والله أعلم * وحكى إمام الحرمين عن بعض من لقيه من افاضل الحساب في الصورتين واخواتهما تمهيد طريقة مبنية على اصول سهلة المأخذ (منها) ان القفيز الجيد في هذه المسائل يعتبر بالاثمان فيقدر ثمانية اسهم وينسب الردئ إليه باعتبار

[275]

الاثمان (ومنها) ان محاباة صاحب الجيد لا تبلغ أربعة اثمان قط ولا تنقص عن ثلاثة اثمان قط بل تكون بينهما فإذا اردت ان تعرف قدرها فانسب القفيز الردئ إلى الجيد وخذ مثل تلك النسبة من الثمن الرابع وإذا اردت ان تعرف ما يصح البيع فيه من القفيز فانسب الردئ فيه لى المحاباة في الاصل وزد مثل تلك النسبة على التبرع فالمبلغ هو الذي يصح فيه البيع وإذا اردت ان تعرف ما يصح فيه تبرع المقييل فانظر إلى تبرع بائع الجيد واضربه في ثلاثة ابداء وقابل الحاصل من الضرب بالقفيز الجيد فما زاد على القفيز فهو تبرعه فان اردت ان تعرف ما صحت فيه الاقالة فرد على تبرعه

[276]

بمثل نسبة زيادتك على تبرع صاحبه فالمبلغ هو الذي صحت الاقالة فيه (مثاله) في الصورة الاولى نقول القفيز الجيد ثمانية والردئ اربعة فالردئ نصف الجيد فالتبرع في ثلاثة اثمان ونصف ثمن وإذا نسبنا الردئ إلى اصل المحاباة وجدناه مثله لان المحاباة عشرة من عشرين فنزيد على التبرع مثله يبلغ سبعة اثمان فهو الذي صح البيع فيه وإذا اردنا ان نعرف تبرع المقييل ضربنا تبرع الاول في ثلاثة

[277]

تكون عشرة ونصفا وزيادة هذا المبلغ على الثمانية اثنان ونصف فعرفنا ان تبرعه في ثمنين ونصف فان اردنا ان نعرف ما تصح فيه الاقالة زدنا على الثمنين والنصف مثله تكون خمسة اثمان ولا يخفى

[278]

تخريج الصورة الاخرى ونحوها على هذه الطريقة والله الموفق * قال (وأصح القولين أنه لو جمع بين عقدين مختلفين في صفقة واحدة كالاجارة والسلم أو الاجارة والبيع أو النكاح والبيع مثل أن يقول زوجتك جاريتي وبعتك عبدي بدينار فالعقد صحيح وإن اختلفت في الدوام احكامها)

[279]

ذكرنا في أول الباب ان الجمع في صفقة واحدة بين شيئين اما ان يكون في عقد واحد أو في عقدين مختلفي الحكم وقد فرغنا من القسم الاول (وأما) القسم الثاني فإذا جمع في صفقة واحدة بين الاجارة والسلم أو الاجارة والبيع ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يصح واحد من العقدين لانهما

مختلفا الحكم إذ الاجارة والسلم يختلفان في أسباب الفسخ والانفساخ وكذا

[280]

الاجارة والبيع يختلفان في الحكم فان التأقيت شرط في الاجارة ومبطل للبيع وكمال القبض في الاجارة لا يتحقق الا بانقضاء المدة لانه قبل ذلك يعرض الانفساخ بخلاف البيع وإذا اختلفت الاحكام فربما يعرض ما يوجب فسخ أحدهما فيحتاج إلى التوزيع وتلزم الجهالة (وأصحهما) أنهما جميعا صحيحان لان كل واحد منهما قابل للعقد الذي أورده عليه على الانفراد فالجمع بينهما لا يضر

[281]

واختلاف الحكم لا أثر له الا ترى أنه لو باع شقصا من دار وثوبا يجوز وان اختلفا في حكم الشفعة واحتجنا إلى التوزيع بسببه * وصورة الاجارة والسلم أن يقول أجرتك هذه الدار سنة وبعتك كذا سلما بكذا * وصورة الاجارة والبيع أن يقول بعتك عبدي هذا وأجرتك داري سنة بكذا وعلى القولين ما إذا جمع بين بيع عين وسلم أو بيع وصرف وغيره بان باع ديناراً وثوبا بدراهم لاختلاف الحكم فان قبض رأس المال شرط في السلم والتقابض شرط في الصرف ولا يشترط ذلك في سائر البيوع * ولو جمع بين البيع والنكاح بان قال زوجتك جاريتي هذه وبعتك عبدي هذا بكذا والمخاطب ممن يحل له

[282]

نكاح الامة أو قال زوجتك ابنتي وبعتك عبدها وهي صغيرة أو كبيرة وكلته بالبيع صح النكاح بلا خلاف وفي البيع والمسمى في النكاح القولان ان صححنا وزع المسمى على قيمة المبيع ومهر مثل المرأة والا وجب في النكاح مهر المثل * ولو جمع بين البيع والكتابة بان قال لعبده كاتبك على نجمين وبعتك عبدي هذا جميعا ألف فان حكمتنا بالبطلان في الصورة السابقة فهنا أولى والا فالبيع

[283]

باطل إذ ليس للسيد البيع منه قبل أداء النجوم وفي الكتابة قولان * (واعلم) أن من الاصحاب من لا يعد هذا الفصل من صور تفريق الصفة لانا

في قول يبطل العقدين جميعا وفي قول نصحهما جميعا فلا تفريق والله اعلم * قال (وتتعدد الصفقة بتعدد البائع وتفصيل الثمن مثل ان يقول بعتك هذا بدرهم والاخر بدينار وهل تتعدد بتعدد المشتري فيه قولان) *

[284]

لما كان محل القولين في مسائل الباب ما إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تعددت حتى لو باع ماله في صفقة ومال غيره في صفقة اخرى صحت الاولى بلا خلاف وجب النظر في انها متى تتعدد فإذا سمي لكل واحد من الشئين ثمنا مفصلا فقال بعتك هذا بكذا وهذا بكذا وقبل المشتري كذلك على التفصيل فهما عقدان متعددان ولو جمع المشتري في القبول فقال قبلت فيهما فكذلك على المذهب لان القبول يترتب على الايجاب فإذا وقع ذلك مفردا فكذلك القبول (وقيل) إن لم تجوز تفريق الصفقة لم يجز الجمع في القبول * وتتعدد الصفقة أيضا بتعدد البائع وإن اتحد المشتري والمعقود عليه كما إذا باع

[285]

رجلان عبدا من رجل صفقة واحدة وهل تتعدد بتعدد المشتري مثل أن يشتري رجلان عبدا من واحد فيه قولان (أصحهما) نعم كما في طرف البائع (والثاني لا لان المشتري بان على الايجاب السابق فالنظر إلى من صدر منه الايجاب والقولان على ما ذكر الامام مأخوذان من قولين يأتي ذكرهما في أن المشتريين إذا وجدا بالعبد عيبا واراد أحدهما افراد نصيبه بالرد هل له ذلك (ان قلنا) نعم

[286]

عدنا الصفقة والا فلا وللتعدد والاتحاد وراء ما نحن فيه آثار آخر (منها) أنا إذا حكمنا بالتعدد فوفي أحد المشتريين نصيبه من الثمن وجب على البائع تسليم قسطه من المبيع كما يسلم المشاع وان حكمنا بالاتحاد لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما وان وفي جميع ما عليه حتى يوفي الآخر لثبوت حق الجنس للبائع كما لو اتحد المشتري ووفر بعض الثمن لا يسلم إليه قسط من المبيع على ان فيه وجهها انه يسلم إليه القسط إذا كان المبيع مما يقبل القسمة (ومنها) أنا إذا قلنا بالتعدد فلو خاطب واحد رجلين فقبلت منكما هذا العبد بألف فقبل أحدهما نصفه بخمسائة ففي صحته وجهان (أحدهما) يصح لانه في حكم صفقتين (وأصحهما) انه لا يصح لان الايجاب وقع جملة وانه يقتضي جوابهما جميعا * ويحرى

[287]

الوجهان فيما لو قال مالكا عبد لرجل بعنا منك هذا العبد بالف فقيلي نصيب احدهما بعينه بخمسائة * وقد يعرض للناظر تخريج خلاف في تعدد الصفقة بتعدد البائع من وجهين ذكروهما فيما إذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من انسان هل لاحدهما ان ينفرد باخذ شئ من الثمن (أحدهما) وبه قال المزني انه لا ينفرد ولعلنا نذكرهما بتوجيههما في غير هذا الموضوع * قال (وإذا جرى العقد بوكالة فالاصح ان الاعتماد على الموكل في تعداده واتحاده) * إذا وكل رجلان رجلا بالبيع أو الشراء وقلنا ان الصفقة تتعدد بتعدد المشتري أو وكل رجل

[288]

رجلين بالبيع أو الشراء فالاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعاقد أو المعقود له فيه وجوه (أحدها) وبه أجاب ابن الحداد ان الاعتبار بالعاقد لان الاحكام تتعلق به الا ترى ان العتبر؟ رؤيته دون رؤية الموكل وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل (والثاني) وبه قال ابو زيد والخضري ان الاعتبار بالمعقود له لان الملك يثبت له وهذا اصح عند صاحب الكتاب والاول اصح عند الشيخ أبي علي والاكثرين (والثالث) ويتحلى عن أبي اسحاق ان الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي طرف الشراء بالعاقد والفرق ان العقد يتم في جانب الشراء بالمباشر دون المعقود له ان ترى ان المعقود له لو أنكر كون المباشر مأذونا له وقع العقد عن المباشر وفي جانب البيع لا يتم بالمباشر حتى لو جحد المعقود له الاذن بطلا البيع قال الامام وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل بالشراء في الذمة فاما إذا وكله بشراء عبد بثوب له معين فهو كالتوكيل بالبيع (والرابع) ذكره في التتمة ان الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعا فايهما تعدد تعدد العقد ووجه ان العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصا لاثنين كان للشفيع ان ياخذ حصة احدهما وبالعكس لو اشترى وكيلان شقصا لواحد لم يجز للشفيع اخذ بعضه وفي جانب البيع حكم تعدد الوكيل والموكل واحد حتى لو باع وكيل رجلين شقصا من رجل ليس للشفيع اخذ بعضه وإذا ثبت ما ذكرناه في حكم الشفقة فكذلك في سائر الاحكام ويتفرع على هذه

[289]

الوجوه فروع (أحداها) لو اشترى شيئا بوكالة رجلين فخرج معيبا وقلنا الاعتبار بالعاقد فليس لاحد الموكلين أفراد نصيبه بالرد كما لو اشترى ومات عن ابنين وخرج معيبا لم يكن لاحدهما افراد نصيبه بالرد وهل لاحد الموكلين والابنين اخذ الارش إن وقع الياس عن رد الاخر بان رضي به فنعم وإن لم يقع فكذلك في اصح الوجهين (الثاني) لو وكل رجلان رجلا ببيع عبد لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ثم خرج معيبا فعلى الوجه الاول لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما وعلى الوجه الاخر يجوز * ولو وكل رجل رجلين ببيع عبده فباعاه من رجل فعلى الاول يجوز

للمشتري رد نصيب احدهما وعلى الوجوه الاخرى لا يجوز* ولو وكل رجلان
رجلا بشراء عبد

[290]

أو وكل رجل رجلان بشراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيها فعلى
الوجه الاول والثالث ليس لاحد الموكلين افراد نصيبه بالرد وعلى الثاني
والرابع يجوز* وعن القفال انه إن علم البائع انه يشتري لاثنين فلا حدهما
رد نصيبه لرضا البائع بالتشقيص وإن جهله البائع فلا رد (الثالث) لو وكل
رجلان رجلا ببيع عبد ورجلان رجلا بشراء فتبايع الوكيلان وخرج المبيع معيها
فعلى الوجه الاول لا يجوز التفريق وعلى الوجوه الاخرى يجوز* ولو وكل
رجل رجلين ببيع عبد ورجلين آخرين بشراء فتبايع الوكلاء فعلى الوجه
الاول يجوز التفريق وعلى الوجوه الاخرى لا يجوز والله أعلم*

[291]

قال (والنظر الثاني في لزوم اتحاد العقد وجوازه) والاصل في البيع اللزوم
والخيار عارض ثم ينقسم الخيار إلى خيار التروي والى خيار النقيصة وخيار
التروي ما لا يتوقف على فوات وصف وسببان (أحدهما) المجلس فيثبت (م
ح) خيار المجلس في كل معاوضة محضة من بيع وسلم وصرف واجارة (ح)
لا فيما يستعقب عتاقة كسواء القريب وشراء العبد نفسه (و) ولا يثبت فيما
لا يسمى بيعا لان مستنده قوله عليه السلام (المتبايعان بالخيار ما لم
يتفرقا)* ذكرنا في أول البيع انه أدرج كلام الكتاب في خمسة اطراف وهذا
أوان الفراغ من الطرف الاول والشروع في الطرف الثاني وهو الكلام في
لزوم العقد وجوازه ولا تناقض في أبداله لفظ الطرف ههنا وبعده بالنظر
فالامر فيه سهل (وقوله) والاصل في البيع اللزوم والخيار عارض ليس

[292]

المراد منه عروض الجواز على اللزوم بعد ثبوت اللزوم لكن المراد منه أحد
أمرين (أولهما) ان البيع من العقود التي يقتضي وضعها اللزوم ليتمكن كل
واحد من المتعاقدين من التصرف فيما أخذه أمنا من نقض صاحبه عليه
(والثاني) ان الغالب من حالات البيع اللزوم والجواز لا يثبت الا في الاقل
ومن البيئات أن المراد من اللزوم انفاكاه عن الخيار ومن الجواز كونه
بحال ثبوت الخيار ثم الخيار على قسمين لانه أما أن لا يتوقف على فوات
شئ بل يتعلق بمجرد التشهي وهذا ما عبر عنه بخيار التروي وأما أن يتوقف
على فوات شئ مظنون الحصول وهذا ما عبر عنه بخيار النقيصة (أما)
القسم الاول فقد ذكر في الكتاب ان له سببين وهو مفرع على قولنا ان
بيع الغائب لا يصح فان

[293]

صحناه اثبتنا خيار الرؤية ومعلوم أنه لا يتوقف على فوات شيء فتصير
الاسباب ثلاثة (السبب الاول) كونهما مجتمعين في مجلس العقد فلكل
واحد من المتبايعين فسخ البيع ما لم يتفرقا أو يتخيرا على ما سنفصله
وبه قال أحمد * وقال مالك وأبو حنيفة لا خيار بالمجلس لنا ما روى عن ابن
عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (المتبايعان كل
واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار) (1)

[294]

ولنفصل القول فيما يثبت فيه خيار المجلس من العقود وما لا يثبت
والعقود ضربان (أحدهما) العقود الجائزة اما من الجانبين كالشركة
والوكالة والقراض والوديعة والعارية أو من أحدهما كالضمان والكتابة فلا
خيار فيهما (أما) الجائزة من الجانبين فلانهما بالخيار فيها أبدا فلا معنى
لخيار المجلس (وأما) الجائزة من أخذ الجانبين فمثل هذا المعنى في حق
من هي جائزة في حقه والآخر دخل فيها موطننا نفسه على الغبن ومقصود
الخيار أن ينظر ويتروى ليدفع الغبن عن نفسه وكذا الحكم في الرهن نعم
لو كان الرهن مشروطا في بيع وأقبض قبل التفريق أمكن فسخ الرهن بان
يفسخ البيع حتى يفسخ الرهن تبعا وحكى القاضي ابن كج عن بعض
الأصحاب وجها أنه يثبت الخيار في الكتابة وعن ابن خيران أنه يثبت في
الضمان وهما غريبان (والضرب الثاني) العقود اللازمة وهي نوعان العقود
الوردة على العين والعقود الواردة على المنفعة (أما) النوع الاول فمنه
أنواع البيع كالصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك
وصلح المعاوضة فيثبت فيها خيار المجلس جميعا لظاهر

[295]

الخبر ويستثنى صور (إحداها) إذا باع مال نفسه من ولده أو بالعكس ففي
ثبوت خيار المجلس وجهان (أحدهما) لا يثبت لان الذي ورد في الخبر لفظ
المتبايعين وليس ههنا متبايعان (وأصحهما) يثبت لانه اقيم مقام الشخصين
في صحة العقد فكذلك في الخيار ولفظ الخبر ورد على الغالب فكذا هذا
يثبت للمولي خيار وللطفل خيار والولي نائب عنه فان الزم لنفسه
وللطفل لزم وان الزم لنفسه بقي الخيار للطفل فإذا فارق المجلس لزم
العقد في في أصح الوجهين (والثاني) لا يلزم الا بالالزام لانه لا يفارق
نفسه وان فارق المجلس (الثانية) لو اشترى من يعتق عليه كإبنة وابنة
فالذي ذكره في الكتاب انه لا يثبت فيه خيار المجلس واتبع فيه الامام حيث
نقل ان لا خيار فيه على المشهور لانه ليس عقد معاينة من جهة المشتري
لانه وطن نفسه على الغبن المالي (وأما) من جهة البائع فهو وان كان عقد
معاينة لكن النظر إلى كونه عتاقا ثم حكى الاودني أنه يثبت تمسكا بظاهر
قوله صلى الله عليه وسلم (لن يجزي ولد والده الا بان يجده مملوكا
فيشتره فيعتقه) (1) فانه يقتضي إنشاء اعتاق بعد العقد والاكثر

[296]

بنوا ثبوت الخيار في المسألة على الخلاف في أقوال الملك في زمن الخيار (فان قلنا) انه للبائع فلهما الخيار ولا نحكم بالعتق حتى يمضي زمان الخيار (وان قلنا) انه موقوف فلهما الخيار أيضا فإذا أمضينا العقد تبين أنه عتق بالشراء (وان قلنا) ان الملك للمشتري فلا خيار له وثبت للبائع ومنى يعتق فيه وجهان (أظهرهما) أنه لا يحكم بالعتق حتى يمضي زمان الخيار ثم يحكم حينئذ بعتقه من يوم الشراء (والثاني) أنه يعتق في الحال وعلى هذا هل يبطل خيار البائع فيه وجهان كالوجهين فيما إذا اعتق المشتري العبد الاجنبي في زمان الخيار على قولنا ان الملك له قال صاحب التهذيب ويحتمل أن يحكم بثبوت الخيار للمشتري أيضا تفريعا على أن الملك في زمان الخيار له وأن العبد لا يعتق في الحال لانه لم يوجد منه الرضا الا باصل العقد فإذا ما في الكتاب يخالف مقالة الاكثرين لان الصحيح من أقوال الخيار قول التوقف أو قول انتقال الملك إلى المشتري على ما سيأتي وعلى التقدير الاول يثبت الخيار لهما وعلى الثاني يثبت للبائع والمذكور في الكتاب نفيه على الاطلاق (الثالثة) الصحيح أن

[297]

بيع العبد من نفسه جائز وعلى هذا فهل فيه خيار المجلس قال في الكتاب لا ويمثله أجاب في التتمة حيث نزله منزلة الكتابة وذكر ابو الحسن العبادي مع هذا وجه آخر أنه يثبت فيه الخيار ومال إلى ترجيحه (الرابعة) ذكروا وجهين في ثبوت الخيار في شراء الجمد في شدة الحر لانه يتلف بمضي الزمان (الخامسة) ان صحنا بيع الغائب ولم يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية فهذا البيع من صور الاستثناء وكذا البيع بشرط نفي خيار المجلس ان صحنا البيع والشرط وقد مرت المسألتان * هذا هو الكلام في البيع بانواعه ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة والابراء لانه شرع فيهما على يقين بان لا حظ له فيهما ولا في الاقالة (إن قلنا) انها فسخ (وان قلنا) انها بيع ففيها الخيار ولا يثبت أيضا في الحوالة ان لم نجعلها معاوضة وان جعلناها معاوضة فكذلك في أظهر الوجهين لانه ليست على قواعد المعاوضات إذ لو كانت كذلك لبطلت لان بيع الدين بالدين لا يجوز ولا يثبت أيضا في الشفعة للمشتري وفي ثبوته للشفيع وجهان (وجه) الثبوت أن سبل الاخذ بالشفعة سبل المعاوضات

[298]

ألا ترى أنه يثبت فيه الرد بالعيب والرجوع بالعهد (ووجه) المنع أن المشتري لا خيار له وتخصيص خيار المجلس باحد الجانبين بعيد فان أثبتناه فعن بعضهم أن معناه انه بالخيار بين الاخذ والترك ما دام في المجلس هذا مع تفريعا على قول الفور * وغلط إمام الحرمين ذلك القائل وقال الصحيح انه على الفور ثم له الخيار في نقض الملك ورده ومن اختار عين

ماله المبيع من المفلس لزمه ولا خيار له * وروي القاضي ابن كج أن أبا الحسن حكى وجها أنه بالخيار مادام في المجلس وهذا شبيه بالخلاف في الشفيع ولا خيار في الوقف كما في العتق ولا في الهبة إن لم يكن فيها ثواب وإن وهب بشرط الثواب أو مطلقا وقلنا أنه يقتضي الثواب فوجهان (أظهرهما) أنه لا يثبت لأنه لا يسمى بيعا والخبر ورد في المتبايعين ويثبت الخيار في القسمة إن كان فيها رد والا فإن جرت بالأخيار فلا خيار فيها وإن جرت بالتراضي فيبني على أنها بيع أو أفرار حق (إن قلنا) أفرار حق لم يثبت (وإن قلنا) بيع فكذلك في أصح الوجهين (وأما) النوع الثاني وهو العقد الوارد على المنفعة فمنه النكاح فلا

[299]

يثبت فيه خيار المجلس للاستغناء عنه بسبق التأمل غالبا ولا يثبت في الصداق المسمى أيضا على أصح الوجهين لأن المال بيع في النكاح (والثاني) يثبت فإن الصداق عقد مستقل فعلى هذا إن فسح وجب مهر المثل وعلى هذين الوجهين ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع ولا مدفع للفرقة بحال (ومنه) الاجارة وفي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان (أحدهما) وبه قال الاصطخري وصاحب التلخيص يثبت لأنها معاوضة لازمة كالبيع بل هي ضرب من البيوع (والثاني) وبه قال أبو اسحاق وابن خيران لا يثبت لأن عقد الاجارة مشتمل على الغرر لأنه عقد على معدوم والخيار غرر فلا يضم غرر إلى غرر وبالوجه الاول أجاب صاحب الكتاب ورجحه صاحب المذهب وشيخه الكرخي * وذكر الامام وصاحب التهذيب والاكثر أن الاصح هو الثاني * وعن القفال في طائفة أن الخلاف في اجارة العين (أما) الاجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة بناء على أنها ملحقة بالسلم حتى أنه يجب فيها قبض البديل في المجلس (فإن قلنا) بثبوت الخيار في اجارة

[300]

العين فابتداء المدة يحسب من وقت انقضاء الخيار بالتفرق أم من وقت العقد حكى الامام فيه خلافا (قيل) يحسب من وقت انقضاء الخيار لأن الاحتساب من وقت العقد يعطل المنافع على المكثري أو المكري وعلى هذا لو أراد المكري أن يكرهه من غيره في مدة الخيار قال لا مجيز له فيما أظن وإن كان محتملا في القياس (والصحيح) أنه يحسب من وقت العقد إذ لو حسب من وقت انقضاء الخيار لتأخر ابتداء مدة الاجارة عن العقد فيكون كاجارة الدار السنة القابلة وهي باطلة وعلى هذا فعلى من تحسب مدة الخيار (إن) كان قبل تسليم العين إلى المستأجر فهي محسوبة على المكري (وإن) كان بعد التسليم فوجهان مبنيان على أن المبيع إذا هلك في يد المشتري في زمان الخيار من ضمان من يكون (أصحهما) أنه من ضمان المشتري فعلى هذا هي محسوبة على المستأجر وعليه تمام الاجارة (والثاني) أنها من ضمان البائع فعلى هذا يحسب على المكري ويحط من الاجارة بقدر ما يقابل تلك المدة (وأما) المسابقات ففي ثبوت خيار المجلس فيها طريقان (أظهرهما) أنه على الخلاف المذكور في الاجارة (والثاني) القطع بالمنع لأن الغرر فيه اعظم لأن كل واحد من المتعاقدين لا يدري

[301]

ما يحصل له فلا يضم إليه غرر آخر * والمسابقة كالأجارة ان قلنا انها لازمة وكالعقود الجائزة ان قلنا أنها جائزة (وقوله) ولا يثبت فيما لا يسمى بيعة يجوز اعلامه بالواو للوجوه الصائرة إلى ثبوته في الكتابة والخلع وسائر ما حكينا الخلاف فيه والله اعلم * قال (وينقطع الخيار بلفظ يدل على اللزوم وتام الرضى وبمفارقة المجلس بالبدن وهل يبطل بالموت فيه قولان (أصحهما) انه لا يبطل كخيار الشرط (وح) فيثبت للوارث ولو فرق بينهما على اكراه ففي بطلان الخيار خلاف ويثبت عند جنون أحد المتعاقدين قبل التفرق للقيم) * مقصود الفصل الكلام فيما ينقطع به خيار المجلس وجملة أن كل عقد ثبت فيه هذا الخيار فانه ينقطع بالتخاير وبان يتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد (أما) التخاير فهو أن يقولوا تخايرنا أو اخترنا امضاء العقد أو امضيناه أو اجزناه أو الزمناه وما اشبهها ولو قال احدهما اخترت انقطع خياره ويبقى خيار الاخر كما في خيار الشرط إذا أسقط احدهما الخيار وفي وجه لا يبقى خيار الاخر ايضا لان

[302]

الخيار لا يتبعض في الثبوت فلا يتبعض في السقوط * ولو قال احدهما لصاحبه اختر أو اخيرتك فقال الاخر اخترت انقطع خيارهما جميعا وان سكت لم ينقطع خياره وينقطع خيار القائل في اصح الوجهين لان قوله اختر رضني منه باللزوم وقد روي في بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم قال (أو يقول احدهما لصاحبه اختر) (1) ولو قال احدهما اخترت وقال الاخر فسخت قدم الفسخ على الاجازة * ولو تقابضا في المجلس وتبايعا العوضين بيعة ثانيا صح البيع الثاني على المشهور وهو قول ابن سريج لان البيع الثاني منهما رضني بلزوم الاول وعن صاحب التقريب أنه مبني على أن الخيار هل يمنع انتقال الملك (ان قلنا) يمنع لم يصح * ولو تقابضا في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس لزم العقد وان أجازاه قبل التقابض فوجهان (أحدهما) ان الاجازة لاغية لان القبض متعلق بالمجلس وهو باق فبقي حكمه في الخيار (والثاني) انه يلزم العقد وعليهما التقابض فان تفرقا قبل القبض انفسخ العقد ولا نقصهما ان تفرقا عن تراض فان انفرد احدهما بالمفارقة عصي (وأما) التفرق فهو أن يتفرقا

[303]

بأبدانهما فلو اقاما في ذلك المجلس مدة طويلة أو قاما وتماشيا منازل فهما على خيارهما هذا هو المذهب ووراءه وجهان (أحدهما) قال بعض الاصحاب لا يزيد الخيار على ثلاثة أيام لانها نهاية الخيار المشروط شرعا (والثاني) انه لو لم يتفرقا ولكن شرعا في أمر آخر وأعرضا عما يتعلق بالعقد وطال الفصل انقطع الخيار نقله صاحب البيان * ثم الرجوع في التفرق إلى العادة فما بعده الناس تفرقا يلزم به العقد فلو كانا في دار

صغيرة فالتفرق بان يخرج احدهما منها أو يصعد السطح وكذا لو كانا في مسجد صغير أو سفينة صغيرة * وان كانت الدار كبيرة جعل التفرق بان يخرج احدهما من البيت إلى الصحراء أو يدخل من الصحن في بيت أو صفة وان كانا في صحراء أو سوق فإذا ولى احدهما ظهره الآخر ومشى قليلا حصل التفرق وكان ابن عمر رضي الله عنهما (إذا ابتاع شيئا واران أن يوجب البيع قام ومشى قليلا) (1) وعن الاصطخري أنه يشترط أن يبعد بحيث إذا كلم صاحبه على

[304]

الاعتقاد من غير رفع الصوت لم يسمع ولا يحصل التفرق بان يرخي بينهما ستر أو يشق بينهما نهر وهل يحصل بان يبني بينهما جدار من طين أو حص فيه وجهان (أصحهما) لأنه في مجلس العقد والحقه الامام بما إذا حمل أحدهما وأخرج وسيأتي الكلام فيه * وصحن الدار والبيت الواحد إذا تفاحش اتساعهما كالصحراء ولو تناديا متباعدين وتبايعا صح البيع وما حكم الخيار قال الامام يحتمل أن يقال لا خيار لان التفرق الطارئ قاطع للخيار فالمقارن يمنع ثبوته ويحتمل ان يقال يثبت ما دام في موضعهما وهذا ما أورده المتولي * ثم إذا فارق أحدهما موضعه وبطل خياره هل يبطل خيار الآخر أو يدوم إلى أن يفارق مكانه فيه احتمالان للامام * ثم في الفصل ثلاث مسائل (أحدها) إذا مات أحد المتبايعين في مجلس العقد فقد نص في المختصر في البيوع أن الخيار لو ارثه وفي المكاتب أنه إذا باع ولم يتفرقا حتى مات المكاتب وجب البيع وللأصحاب في النصين ثلاثة طرق (أظهرها) أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج وبه قال القاضي ابو حامد وابو اسحاق (أحدهما) انه يلزم البيع لانه خيار يسقط بمفارقة المكان فيمفارقة الدنيا أولى (وأصحهما) انه لا يلزم بل يثبت للوارث والسيد كخيار الشرط والعيب (والثاني) القطع بثبوت الخيار للوارث والسيد (وقوله) في المكاتب وجب البيع أراد أنه لا يبطل بموته لا كالكتابة (والثالث) تقرير النصين والفرق أن

[305]

الوارث خليفة المورث فيقوم مقامه في الخيار والسيد ليس خليفة للمكاتب وإنما يأخذ ما يأخذ بحق الملك والعبد المأذون إذا باع أو اشترى ومات في المجلس كالمكاتب فيجئ فيه هذا الخلاف وكذلك في الوكيل بالشراء إذا مات في المجلس هل للموكل الخيار وهذا إذا فرعنا على أن الاعتبار بمجلس الوكيل في الابتداء وهو الصحيح وروي وجه أن الاعتبار بمجلس الموكل (التفريع) ان لم يثبت الخيار للوارث فقد انقطع خيار الميت (واما) الحي ففي التهذيب أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس * وذكر الامام تفريعا على هذا القول أنه يلزم العقد من الجانبين ويجوز تقدير خلاف فيه لما مر أن هذا الخيار لا يتبعض في السقوط كما في الثبوت وان قلنا يثبت الخيار للوارث فان كان حاضرا في المجلس امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخيرا * وإن كان غائبا فله الخيار إذا وصل الخبر إليه ثم هو على الفور أو يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه فيه وجهان (وجه) الاول أن المجلس قد انقضى وانما أثبتنا له

الخيار كيلا يعطل حقا كان للمورث (ووجه) الثاني أن الوارث خليفة المورث فليثبت له مثل ما ثبت للمورث وهذان الوجهان كالوجهين في خيار الشرط إذا ورثه الوارث وكان بلوغ الخبر إليه بعد انقضاء مدة الخيار ففي وجه هو على الفور وفي وجه يدوم مثل ما كان يدوم للمورث لو لم يمت * هذا ترتيب الاكثرين وبني بانون

[306]

ثبوت الخيار للوارث على وجهين نقلوهما في كيفية ثبوته للعاقد الباقي (أحدهما) أن له الخيار ما دام في مجلس العقد فإذا فارقه بطل فعلى هذا يكون خيار الوارث في المجلس الذي يشاهد فيه المبيع ليتأمل ويختار ما فيه الخط (والثاني) أن خياره يتأخر إلى أن يجتمع مع الوارث في مجلس واحد فعلى هذا حينئذ يثبت الخيار للمورث * (فرع) إذا ورثه اثنان فصاعدا وكانوا حضورا في مجلس العقد فلهم الخيار إلى أن يفارقوا العاقد الاخر ولا ينقطع الخيار بمفارقة بعضهم على الاصح * وإن كانوا غائبين عن المجلس ففي التتمة أنا إن قلنا في الوارث الواحد يثبت الخيار في مجلس مشاهدة المبيع فلهم الخيار إذا اجتمعوا * في مجلس واحد (وان قلنا) الخيار إذا اجتمع مع العاقد فكذلك لهما الخيار إذا اجتمعوا معه ومتى فسخ بعضهم وأجاز بعضهم ففي وجه لا يفسخ في شيء (والاصح) أنه يفسخ في الكل كالمورث لو فسخ في حياته في البعض وأجاز في البعض (المسألة الثانية) إذا حمل احد المتعاقدين واخرج من المجلس مكرها نظر إن منع من الفسخ أيضا بان سد فوه لم ينقطع خياره على أظهر الطريقين إذ لم يوجد منه ما يدل على الرضا باللزوم (والثاني) في انقطاعه وجهان كالقولين في صورة الموت وهذه أولى ببقاء الخيار لان ابطال حقه قهرا مع بقاءه بعيد فان لم يمنع من الفسخ فطريقان على العكس (اظهرهما) ان في انقطاع الخيار وجهين (احدهما) وبه قال ابو اسحق ينقطع لان سكوته عن الفسخ

[307]

مع القدرة رضا بالامضاء (واصحهما) انه لا ينقطع لانه مكره في المفارقة وكأنه لا مفارقة والسكوت عن الفسخ لا يبطل الخيار كما في المجلس (الثاني) القطع بالانقطاع وهو اختيار الصيدلاني (فان قلنا) ينقطع خياره انقطع خيار الماكت أيضا والا فله التصرف بالفسخ والاجازة إذا وجد التمكّن و ؟ ؟ هو على الفور فيه ما سبق من الخلاف (فان قلنا) لا وكان مستقرا حين زايله الاكراه في مجلس ابتداء الخيار امتد الخيار امتداد ذلك المجلس وان كان مارا فإذا فارق في مروره مكان التمكّن انقطع خياره وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الاخر ان طال الزمان وإن لم يطل ففيه احتمال عند الامام * وإذا لم يبطل خيار المخرج لم يبطل خيار الماكت أيضا ان منع من الخروج معه وان لم يمنع بطل في اصح الوجهين * ولو ضربا حتى تفرقا بانفسهما ففي انقطاع الخيار قولان كما في حيث المكره * ولو هرب احدهما ولم يتبعه الاخر مع التمكّن بطل خيارهما وان لم يتمكن من متابعتها ففي التهذيب انه يبطل خيار الهارب دون الاخر (المسألة الثالثة) إذا جن احد المتعاقدين أو اغمى عليه لم ينقطع

الخيار لكن يقوم وليه أو الحاكم مقامه فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والاجازة وفيه وجه مخرج من الموت انه ينقطع وعلى المذهب لو فارق المجنون مجلس العقد قال الامام يجوز ان يقال لا ينقطع الخيار لان التصرف انقلب إلى القوام عليه ويعارضه انه لو كان كذلك لكان الجنون كالموت * ولو خرس احد المتعاقدين في المجلس فان كانت له إشارة

[308]

مفهومة أو كتابة فهو على خياره والا نصب الحاكم نائبا عنه (وقوله) في مسألة الموت فيه قولان يجوز إعلامه بالواو للطريقين الاخرين (وقوله) كخيار الشرط معلم بالحاء والالف لان عند أبي حنيفة وأحمد خيار الشرط غير موروث وبالواو أيضا لان عن صاحب التقريب أن بعض أئمتنا خرج قولاً من خيار المجلس في خيار الشرط أنه لا يورث (وقوله) وبثبت عند جنون أحد المتعاقدين معلم بالواو لما مر * قال (ولو تنازعا في جريان التفرق فالاصل عدمه ومن يدعيه مطالب بالبينة * ولو تنازعا في الفسخ بعد الاتفاق على التفرق فالاصل عدم الفسخ (و)) * في الفصل صورتان هيتا الخطب (إحدهما) لو جاء المتعاقدان معا فقال أحدهما تفرقنا بعد البيع وأنه قد لزم وأنكر الثاني التفرق وأراد الفسخ فالقول قول الثاني مع يمينه لان الاصل دوام الاجتماع وعلى من يدعي خلافه البينة * ولك أن تقول هذا بين ان قصرت المدة ولكنها إن طال

[309]

فدوام الاجتماع خلاف الظاهر وان كان على وفاق الاصل فلا يبعد تخريجه على الخلاف المشهور في تعارض الاصل والظاهر والاصحاب لم يفرقوا بين الحالين (الثانية) اتفقا على التفرق وقال أحدهما فسخت قبله وأنكر الاخر فالقول قول الاخر مع يمينه لان الاصل عدم الفسخ وعلى المدعي البينة هذا هو الظاهر وبه أجاب في الكتاب * وعن صاحب التقريب ؟؟ القول قول من يدعي الفسخ لانه أعرف بتصرفه * ولو اتفقا على عدم التفرق وتنازعا هكذا ففي التهذيب أن دعوى مدعي الفسخ فسخ * قال (السبب الثاني الشرط قال النبي صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ وكان يخدم في البيوع (قل لا خلافة واشترط الخيار ثلاثة أيام) فلا تجوز الزيادة عنها (م) ولا التقدير بمدة مجهولة ولا الابهام في أحد العبدین) *

[310]

الاصل في خيار الشرط الاجماع وما روي عن ابن عمر (أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدم في البيوع فقال صلى الله عليه وسلم إذا بايعت فقل لا خلافة) (1) وروي أن ذلك الرجل كان حبان بن منقذ أصابه أمة في رأسه فكان يخدم في البيع فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (إذا بايعت فقل لا خلافة وجعل الخيار ثلاثا) وفي رواية (وجعل له بذلك خيار

ثلاثة أيام) وفي رواية (قل لا خلاية ولك الخيار ثلاثا) وهذه الروايات كلها في كتب الفقه ولا يلقي في مشهورات كتب الحديث سوى الرواية المقتصرة على قوله (لا خلاية) وهذه الكلمة في الشرع عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثا فإذا أطلقها عالمين بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار وإن علم البائع

[311]

دون المشتري ففيه وجهان عن ابن القطان (أحدهما لا يثبت لعدم التراضي (والثاني) يثبت لظاهر قوله (قل لا خلاية ولك الخيار ثلاثا) (وأما اللفظة المروية في الكتاب وهي قوله (ولي الخيار ثلاثة أيام) فلا تكاد توجد في كتب الحديث ولا الفقه نعم في شرح مختصر الجويني للموفق بن طاهر (قل لا خلاية واشترط الخيار ثلاثا) وهما متقاربان * إذا عرفت ذلك ففي الفصل ثلاث صور (إحداها لا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فلو زاد فسد العقد لان الخيار غرر فلا يزداد على ما ورد به الخبر * وقال مالك تجوز الزيادة بحسب الحاجة حتى لو اشترى ضيعة يحتاج النظر فيها إلى شهر فصاعدا يجوز شرطه * وعن أحمد تجوز الزيادة من غير تحديد * ويجوز شرط ما دون الثلاث بطريق الأولى لكن لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد فيبطل البيع أو يصح ويبيع عند الاشراف على الفساد ويقام عنه مقامه حكى يحيى اليماني عن بعض من لقيه فيه وجهين وقال مالك إن كان المبيع مما يعرف حاله بالنظر ساعة أو يوما لم تجز الزيادة ويشترط

[312]

أن تكون المدة متصلة بالعقد حتى لو شرطا خيار ثلاثة فما دونها من آخر الشهر أو متى شاء أو شرطا خيار الغد دون اليوم فسد العقد لانه إذا تراخت المدة عن العقد لزم وإذا لزم لم يعد جائزا ولهذا لو شرطا خيار الثلاثة ثم أسقط اليوم الاول سقط الكل (الثانية لا يجوز شرط الخيار مطلقا ولا تقديره بمدة مجهولة ويفسد العقد به خلافا لمالك حيث قال يصح ويحمل على ما تقتضيه العادة فيه لنا القياس على الاجل * ولو شرطا الخيار إلى وقت طلوع الشمس من الغد جاز ولو قالوا إلى طلوعها فعن الزبيري أنه لا يجوز لان السماء قد تكون متعيمة فلا تطلع وهذا بعيد فان التعميم انما يمنع من الاشراف واتصال الشعاع لا من الطلوع وفي الغروب لا فرق بين أن يقولوا إلى الغروب أو إلى وقت الغروب بالاتفاق * ولو تباعا نهارا بشرط الخيار إلى الليل أو بالعكس لم يدخل فيه الليل والنهار كما لو باع شيئا إلى رمضان لا يدخل رمضان في الاجل وقال أبو حنيفة يدخل الليل والنهار (الثالثة) لو باع عبدين بشرط الخيار في أحدهما لا على التعيين فسد العقد كما لو باع أحدهما لا على التعيين وقال أبو حنيفة يجوز في العبدین والثوبين والثلاثة ولا يجوز في الاربعة وما زاد كما قال في البيع ولو شرطا الخيار في أحدهما على التعيين ففيه قولان الجمع بين مختلفي الحكم وكذا لو شرطا في أحدهما خيار يوم وفي الآخر خيار يومين فان صحنا البيع ثبت الخيار فيما شرط وكما لو شرط فيهما ثم

[313]

اراد الفسخ في أحدهما فعلى قولى تفريق الصفقة في الرد بالعيب * ولو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار فلاحدهما الفسخ في نصيبه كما في الرد بالعيب ولو شرط لاحدهما الخيار دون الاخر ففي صحة البيع قولان (الاصح) الصحة * (فرع) ابتاع على شرط أنه ان لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما أو باع على شرط انه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهذا شرط فاسد كما إذا تبايعا على شرط انه إن قدم زيد اليوم فلا بيع بينهما وعن أبي إسحق أنه يصح العقد والمذكور في الصورة الاولى شرط الخيار للمشتري وفي الثانية شرطه للبائع والله أعلم * (وأول مدته عند الاطلاق من وقت العقد لا من التفريق على الاصح ولا يتوقف الفسخ به على حضور (ح) لخصم وقضاء القاضي) * إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة فما دونها فابتداء المدة من وقت العقد أو التفريق فيه وجهان (اصحهما) من وقت العقد وبه قال ابن الحداد لان ثبوته بالشرط والشرط وجد في العقد (والثاني) من وقت التفريق أو التخيير ونقل الامام عمن صار إليه تعليين (احدهما) أن الخيارين متماثلان والمثلان لا يجتمعان (والثاني) أن الظاهر ان الشارط ينبغي بالشرط إثبات ما لو لا الشرط لما ثبت وخيار المجلس ثابت وان لم يوجد الشرط فيكون المقصود ما بعده * ولك ان تقول اما الاول فليس الخيار الا واحدا لكن له جهتان المجلس والشرط وذلك لا بعد فيه كما انه قد يثبت الخيار بجهة الخلف والعيب معا (واما) الثاني فتنزيل الشرط على ما ذكره يورث الجهالة لان وقت التفريق مجهول والوجهان على ما روي الشيخ ابو على وغيره مطردان في الاجل لكن بالترتيب ان جعلنا الخيار من وقت العقد فالاجل اولى والا فوجهان والفرق ان الاجل لا يثبت الا بالشرط فالنظر فيه إلى وقت الشرط والخيار قد يثبت من غير شرط فمقصود الشرط اثبات ما لولاه لما ثبت وايضا فان الاجل وان شارك الخيار في منع المطالبة بالثمن لكنه يخالفه من وجوه واجتماع المختلفين غير مستنكر (التفريع) ان قلنا بالاول فإذا انقضت المدة وهما مصطلحان بعد انقطع خيار الشرط وبقي خيار المجلس وان تفرقا والمدة باقية فالحكم بالعكس ولو أسقطا أحد الخيارين لم يسقط الاخر ولو قالوا الزمنا العقد وأسقطنا الخيار مطلقا سقطا ولو شرطا الاحتساب من وقت التفريق بطل الشرط والعقد لانه مجهول وعن رواية صاحب التقريب وجه أنهما صحيحان (وان قلنا) بالوجه الثاني فإذا تفرقا

[314]

انقطع خيار المجلس واستؤنف خيار الشرط ولو أسقطا الخيار قبل التفريق بطل خيار المجلس ولا يبطل الاخر في اصح الوجهين لانه غير ثابت بعد ولو شرطا الاحتساب من وقت العقد فوجهان (اصحهما) صحة العقد والشرط وبناهما الامام على التعليين السابقين ان عللنا باجتماع الخيارين بطلا وإلا صحا لان التصريح بالاحتساب من العقد يبين أنه ما اراد بالشرط ما بعد التفريق ولو شرط الخيار بعد العقد وقبل التفريق وقلنا بثبوته فالحكم على الوجه الثاني لا يختلف وعلى الاول فالاحتساب من وقت الشرط لا من وقت العقد ولا من وقت التفريق هذا شرح احدي مسألتي الفصل (والثانية) لمن له خيار الشرط من المتعاقدين فسخ العقد حضر صاحبه أو غاب وبه قال مالك واحمد * وقال ابو حنيفة ليس له الفسخ الا بحضور صاحبه * لنا أنه احد طرفي الخيار فلا يتوقف على حضور

المتعاقدين كالأجارة وأيضا فإنه إذا لم يفتقر في رفع العقد إلى صاحبه وجب أن لا يفتقر إلى حضوره كما لو طلق زوجته ولا يفتقر نفوذ هذا الفسخ إلى الحاكم لأنه فسخ متفق على ثبوته بخلاف الفسخ بالعنة فإنه مختلف فيه والله أعلم * قال (ويثبت خيار الشرط في كل معاوضة محضة مما هو بيع إلا في التصرف والسلم وما يستعقب العتق من البيوع) * غرض الفصل بيان ما يثبت فيه خيار الشرط من العقود وما لا يثبت والقول الجملي فيه أنه مع خيار المجلس يتلازمان في الأغلب لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط لأن زمان المجلس أقصر غالبا فرمما انفكا لذلك فإن أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس (واعلم) أنهما متقاربان في صور الخلاف والوفاق إلا أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز بشرط الخيار فيها وإن ثبت خيار المجلس لأن ما يشترط فيه القبض لا يحتمل فيه التأجيل والخيار أعظم غررا من الأجل لأنه مانع من الملك أو من لزومه فهو يولي بان لا يحتمل وأيضا فالمقصود من اعتبار القبض أن يتفرقا ولا علقه بينهما تحرزا من الربا أو من بيع الكالي بالكالي ولو أثبتنا الخيار لبقيت العلقه بينهما بعد التفرق إلا أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف وكذا في الحوالة على ما حكاه العراقيون مع نقلهم الخلاف في خيار المجلس * قال الامام ولا أعرف فرقا بين الخيارين إلا أن الوجه الغريب المذكور في خيار المجلس للبائع من المفلس لم يطرد ههنا والا أن في الهبة بشرط الثواب طريقة عن القاضي

[315]

أبي الطيب قاطعة بنفي خيار الشرط والا أن في الاجارة أيضا طريقة مثل ذلك (أما) في اجارة العين فلما في هذا الخيار من زيادة تعطل المنفعة (وأما) في الاجارة على الذمة فبناء على تنزيلها منزلة السلم وحكم شرط الخيار المذكور في كتاب الصداق (وقوله) في الكتاب وما يستعقب العتق من البيوع لا بد من إعلامه بالواو والقول فيه على ما ذكرنا في خيار المجلس ولم يستثن في لفظ الكتاب بيع الطعام بالطعام ولا بد منه والله أعلم * قال (ثم إن كان الخيار للبائع وحده فالمبيع باق على ملكه على الاصح وإن كان للمشتري وحده فالملك منتقل (وح) إليه وإن كان لهما فتلاثة أقوال (احدها) أنه موقوف فإن استقر العقد تبين زوال الملك بنفس العقد وإن فسخ تبين أنه لم يزل الملك ولم يتم السبب والكسب والنتاج والوطئ والاستيلاء والعتق وغير ذلك من الطوارئ فروع الملك فينتظر آخر الامر فما يستقر عليه آخر يقدر وجوده أولا (و)) * نقدم على فقه الفصل مقدمة وهي أن الخيار إما أن يشترط لأحد المتعاقدين أو لكليهما أو لغيرهما فإن شرط لأحدهما أو لهما فهو جائز (أما) للمشتري فلحديث حبان (وأما) للبائع أو لهما فبالقياس عليه والاجماع ويجوز أن يشترط لأحدهما خيار يوم وللآخر خيار يومين أو ثلاثة وإن شرط لغيرهما فذلك الغير إما اجنبي أو الموكل الذي وقع العقد له فإن كان اجنبيا فقولان (احدهما) أنه يفسد العقد والشرط لأنه خيار يتعلق بالعقد فيختص بالمتعاقدين كخيار العيب (واصحهما) وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد أنهما صحيحان لأنه خيار يثبت بالشرط للحاجة وقد تدعو الحاجة إلى شرطه للاجنبي لكونه اعرف بحال المعقود عليه ويجرى القولان في بيع العبد بشرط الخيار للعبد ولا فرق على القولين بين أن يشترط أو أحدهما الخيار لشخص واحد وبين أن يشترط هذا الخيار لواحد وهذا للآخر وإذا قلنا بالأصح ففي ثبوت الخيار

لمن شرط أيضا قولان أو وجهان (أصحهما) وهو ظاهر نصه في الصرف انه لا يثبت اقتصارا على الشرط كما إذا شرط لأحدهما لا يثبت للآخر (والثاني) يثبت وبه قال أبو حنيفة وأحمد وعللوه بمعنيين (أحدهما) ان شرط الخيار للاجنبي يشعر باستبقاء الشارط الخيرة لنفسه بطريق الاولى (والثاني) انه يستحيل ثبوت الخيار لغير المتعاقدين لا على سبيل النيابة وخرج الامام عليهما ما لو شرطا الخيار للاجنبي دونهما فعلى المعنى الاول يختص بالاجنبي وعلى الثاني لا يختص ويفسد الشرط فان لم يثبت الخيار للعاقده مع الاجنبي فمات الاجنبي في زمان الخيار ثبت الان له في الاصح الوجهين كذا قاله في التهذيب وإن أثبتا

[316]

الخيار للعاقده مع الاجنبي فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر فالفسخ أولى ولو اشترى شيئا على أن يؤامر فلانا فيأتي بما يأمره به من الفسخ والاجازة فالمنقول عن نصه في الاملاء على مسائل مالك انه يجوز وليس له الرد حتى يقول استأمرته فأمرني بالفسخ وتكلموا فيه من وجهين (أحدهما) انه لم شرط أن يقول استأمرته قال الذين خصوا الخيار المشروط للاجنبي به هذا جواب على المذهب الذي قلناه ومؤيد له وقال آخرون انه مذكور احتياطا (والثاني) انه أطلق في التصوير شرط المؤامرة فهل يحتمل ذلك الصحيح انه لا يحتمل واللفظ محمول على ما إذا قيد المؤامرة بالثلاث فما دونها وقيل يحتمل الاطلاق والزيادة على الثلاث كما في خيار الرؤية وأما إذا كان ذلك الغير هو الموكل ثبت لخيار الموكل دونه * واعلم أن الوكيل بالبيع والشراء له شرط الخيار للموكل في أظهر الوجهين لان ذلك لا يضره وطرد الشيخ ابو علي الوجهين في شرط الخيار لنفسه أيضا وليس للوكيل بالبيع شرط الخيار للمشتري ولا للوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع فان خالف بطل العقد وإذا شرط الخيار لنفسه وجوزناه أو أذن فيه صريحا ثبت له الخيار ولا يفعل إلا ما فيه الحظ للموكل لانه مؤتمن بخلاف الاجنبي المشروط له الخيار لا يلزمه رعاية الحظ هكذا ذكره ولناظر ان يجعل الخيار له ائتمانا وهو أظهر إذا جعلناه نائبا عن العاقده ثم هل يثبت الخيار للموكل معه في هذه الصورة فيه الخلاف المذكور فيما إذا شرط للاجنبي هل يثبت للعاقده وحكى الامام فيما إذا أطلق الوكيل شرط الخيار بالاذن المطلق من الموكل ثلاثة أوجه ان الخيار يثبت للوكيل أو للموكل أولهما * إذا تقررت المقدمة فللشافعي رضي الله عنه ثلاثة أقوال في ان الملك في المبيع في زمان الخيار لمن هو (أحدها) وبه قال احمد انه للمشتري لان البيع قد تم بالايجاب والقبول فثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك كخيار العيب وعلى هذا فالملك في الثمن للبائع (والثاني) وبه قال مالك انه باق للبائع لنفوذ تصرفاته وقد روي انه صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع بينهما حتى يتفرقا (1) وعلى هذا فالملك في الثمن للمشتري (والثالث) انه موقوف فان تم البيع بان حصول الملك للمشتري

[317]

من وقت البيع والا بان أن ملك البائع لم يزل وكذا يتوقف في الثمن ووجهه أن البيع سبب الزوال إلا ان شرط الخيار يشعر بأنه لم يرض بعد بالزوال جزما فوجب أن يتربص وينتظر عاقبة الامر وفي موضع الاقوال طرق (أحدها) أن الخلاف فيما إذا كان الخيار لهما اما بالشرط أو في خيار المجلس (أما) إذا كان لاحدهما فهو المالك للمبيع لنفوذ تصرفه فيه ويحكي هذا عن صاحب التقريب وهو قريب مما أورده في الكتاب (والثاني) أنه لا خلاف في المسألة ولكن ان كان الخيار للبائع فالملك له وإن كان للمشتري فهو له وإن كان لهما فهو موقوف وتنزل الاقوال على هذه الاحوال وهو اختيار القاضي الرواني في الحلية (والثالث) طرد الاقوال في الاحوال وهو اظهر عند عامة الاصحاب منهم العراقيون والحليي وإذا جرت الاقوال فما الاظهر منها قال الشيخ أبو حامد ومن نحو الاظهر أن الملك للمشتري وبه قال الامام * وقال آخرون الاظهر الوقف وبه قال صاحب التهذيب والاشبه توسط ذكره جماعة وهو انه ان كان الخيار للبائع فالأظهر بقاء الملك له وإن كان للمشتري فالأظهر انتقاله إليه وإن كان لهما فالأظهر الوقف وعلى هذا تتفات الاحوال في الاظهر من الاقوال لا في تخصيص الخلاف ببعضها * وقال أبو حنيفة ان كان الخيار لهما أو للبائع فالملك للبائع وإن كان للمشتري زال ملك البائع ولم يحصل للمشتري (التفريع) لهذه الاقوال فروع كثيرة الانشعاب (منها) ما يورد في سائر الابواب ومنها ما يختص بهذا الموضوع وصاحب الكتاب أشار إلى صور (منها) كسب العبد والجارية المبيعين في زمان الخيار فان تم المبيع بينهما فهو للمشتري إن قلنا الملك له أو موقوف (فان قلنا) الملك للبائع فوجهان (قال) الجمهور الكسب له لانه المالك حين حصوله وعن أبي الطبري أنه للمشتري لان سبب ملكه موجود اولا وقد استقر عليه آخر فيكتفي به وإن فسخ البيع فهو للبائع إن قلنا الملك للبائع أو موقوف (وان قلنا) للمشتري وجهان (أصحهما) أنه له وعن أبي اسحق انه للبائع نظرا إلى المال وبنى صاحب التتمة الوجهين على أن الفسخ رفع العقد من حينه أو من أصله (إن قلنا) بالاول فهو للمشتري (وان قلنا) بالثاني فللبائع وفي معنى الكسب اللبن والبيض والثمره ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة (ومنها) النجاج فان فرض حدوث الولد وانفصاله في زمان الخيار لامتناد

[318]

المجلس أو كانت البهيمة أو الجارية حاملا عند البيع وولدت في زمان الخيار فيبني على أن الحمل هل يأخذ قسطا من الثمن وفيه قولان (أحدهما) لا لان الحمل كالحزء منها فاشبهه سائر الاعضاء فعلى هذا هو كالكسب بلا فرق (وأصحهما) نعم كما لو بيع بعد الانفصال مع الام فعلى هذا الحمل مع الام كعنين تباعان معا فان فسخ البيع فهما للبائع وإلا فللمشتري (ومنها) العتق وهو مؤخر في لفظ الكتاب لكن تقديمه اليق بالشرح فنقول إذا كان المبيع رقيقا فاعتقه البائع في زمان الخيار المشروط لهما أو للبائع نفذ اعتاقه على كل قول اما إذا كان الملك له فظاهر واما على غير هذا القول فلانه بسبيل إلى الفسخ والاعتاق يتضمن الفسخ فينقل الملك إليه قبله وإن أعتقه المشتري فان قلنا الملك للبائع لم ينفذ ان فسخ البيع وإن تم فكذلك في أصح الوجهين (والثاني) ينفذ اعتبارا بالمال (وان قلنا) بالوقف فالعتق موقوف ايضا ان تم العقد بان نفوذه والا فلا (وان قلنا) ان الملك للمشتري ففي نفوذ العتق وجهان (أصحهما) وهو ظاهر النص انه لا ينفذ صيانة لحق البائع عن الابطال وعن ابن سريج انه ينفذ لمصادفته الملك * ثم اختلفوا فمن مطلق نقل النفوذ عنه ومن فارق بين ان يكون معسرا فلا

ينفذ كما في الرهن (فان قلنا) لا ينفذ فاختار البائع الاجازة ففي الحكم
بنفوذ الان وجهان (ان قلنا) ينفذ من وقت الاجازة أو الاعتاق وجهان
أظهرهما أولهما (وان قلنا) بوجه ابن سريج ففي بطلان خيار البائع وجهان
(أحدهما) يبطل وليس له الا الثمن (وأظهرهما) لا يبطل ولكن لا يرد العتق
وإذا فسخ أخذ قيمة العبد كما في نظيره من الرد بالعيب هذا إذا كان الخيار
لهما أو للبائع أما إذا كان الخيار للمشتري نفذ اعتاقه على جميع الاقوال
لانه اما مصادف للملك أو أجازته وليس فيه إبطال حق الغير وان أعتقه
البائع (فان قلنا) ان الملك لم ينفذ تم البيع أو فسخ ويحى فيما لو فسخ
الوجه الناظر إلى المال (وان قلنا) بالوقف لم ينفذ ان تم البيع والا نفذ
(وان قلنا) انه للبائع فان اتفق الفسخ فهو نافذ والا فقد أعتق ملكه الذي
تعلق به حق لازم فهو كاعتاق الراهن (ومنها) الوطئ فان كان الخيار لهما
أو للبائع فالكلام في وطيئ البائع ثم في وطيئ المشتري

[319]

(فاما) وطيئ البائع ففي حله طرق (أحدها) انا ان جعلنا الملك له فهو حل
والا فوجهان (وجه) الحل انه يتضمن الفسخ على ما سيأتي وفي ذلك عود
الملك إليه معه أو قبيله (والثاني) أنا ان لم نجعل الملك له فهو حرام وان
جعلناه له فوجهان وجه التحريم ضعف الملك (والثالث) عن الشيخ أبي
محمد القطع بالحل على الاطلاق والظاهر من هذا كله الحل ان جعلنا
الملك له والتحرير ان لم نجعله له ولا مهر عليه بحال (وأما) وطيئ المشتري
فهو حرام اما ان لم يثبت الملك له فظاهر واما ان اثبتناه فهو ضعيف كملك
المكاتب ولكن لا حد عليه على الاقوال لوجود الملك أو شبهة الملك وهل
يلزمه المهر ان تم البيع بينهما فلا ان قلنا ان الملك للمشتري أو موقوف
وان قلنا انه للبائع وجب المهر له وعن أبي اسحق انه لا يجب نظرا إلى
المال وان فسخ البيع وجب المهر للبائع ان قلنا الملك له أو موقوف وان
قلنا انه للمشتري فلا مهر عليه في اصح الوجهين * ولو اولدها فالولد
حرنسب على الاقوال وهل يثبت الاستيلاء ان قلنا الملك للبائع فلا ثم ان
تم البيع أو ملكها بعد ذلك ففي ثبوته حينئذ قولان كالقولين فيما إذا وطيئ
جارية الغير بالشبهة ثم ملكها وعلى الوجه الناظر إلى المال إذا تم البيع
نفذ الاستيلاء بلا خلاف وعلى قول الوقف ان تم البيع بان ثبوت الاستيلاء
وإلا فلا فلو ملكها يوما عادا القولان وعلى قولنا ان الملك للمشتري في
ثبوت الاستيلاء الخلاف المذكور في العتق فان لم يثبت في الحال وتم البيع
بان ثبوته ثم رتب الائمة الخلاف في الاستيلاء على الخلاف في العتق
واختلفوا في كيفية فمن صائر إلى أن الاستيلاء أولى بالثبوت ومن عاكس
ذلك ووجهها مذكور في الكتاب في الرهن قال الامام ولا يبعد الحكم
باستوائهما لتعارض الجهتين والقول في وجوب قيمة الولد على المشتري
كالقول في المهر نعم ان جعلنا الملك للبائع وفرضنا تمام البيع فللوجه
الناظر إلى المال مخذ آخر وهو القول بأن الحمل لا يعرف أما إذا كان
الخيار للمشتري وحده فحكم حل الوطئ كما مر في حل الوطئ للبائع إذا
كان الخيار له أو لهما وأما البائع فيحرم عليه الوطئ ههنا ولو وطيئ
فالقول في وجوب المهر وثبوت الاستيلاء ووجوب

[320]

القيمة كما ذكرنا في طرق المشتري إذا كان الخيار لهما أو للبائع هذا شرح الفروع المذكورة في الكتاب ووراءها فروع (أحدها) إذا تلف المبيع بأفة سماوية في زمان الخيار نظر ان كان قبل القبض انفسخ البيع بلا شك وإن كان بعده وقلنا الملك للبائع انفسخ ايضا لانا نحكم بالانفساخ عند بقاء يده فعند بقاء ملكه أولى فيسترد الثمن ويغرم للبائع القيمة ويحتمل في القيمة المغرومة الخلاف المذكور في كيفية عرامة المستعير والمستام (وان قلنا) الملك للمشتري أو موقوف فوجهان أو قولان (أحدهما) انه ينفسخ أيضا لحصول الهلاك قبل استقرار العقد (وأصحهما) انه لا ينفسخ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض ولا اثر لولاية الفسخ كما في خيار العيب (وان قلنا) بالانفساخ فعلى المشتري القيمة قال الامام وههنا يقطع باعتبار قيمة يوم التلف لان الملك قبل ذلك للمشتري وانما يقدر انتقاله إليه قبيل التلف وان قلنا بعدم الانفساخ فهل ينقطع الخيار فيه وجهان (أحدهما) نعم كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع (وأصحهما) لا كما لا يمتنع التخالف بتلف المبيع ويخالف الرد بالعيب لان الضرر ثم يندفع بالارش (فان قلنا) بالاول استقرار العقد ولزم الثمن (وان قلنا) بالثاني فان تم العقد لزم الثمن والا وجبت القيمة على المشتري واسترد الثمن فان تنازعا في تعيين القيمة فالقول قول المشتري وعن بعض الاصحاب طريقة أخرى في المسألة وهي القطع بعدم الانفساخ وان قلنا إن الملك للبائع وذكروا تقريرا عليه أنه لو لم ينفسخ حتى انقضى زمان الخيار فعلى البائع رد الثمن وعلى المشتري القيمة لان المبيع تلف على ملك البائع فلا يبقى الثمن على ملكه قال الامام وهذا تخليط ظاهر (الثاني) لو قبض المشتري المبيع في زمان الخيار وأتلفه متلف قبل انقضاءه (ان قلنا) ان الملك للبائع انفسخ البيع كما في صورة التلف لان نقل الملك بعد الهلاك لا يمكن (وان قلنا) انه للمشتري أو موقوف نظر ان أتلفه أجنبي فيبني على ما لو تلف (ان قلنا) ينفسخ العقد ثم فهذا كاتلاف الاجنبي

[321]

المبيع قبل القبض وسيأتي حكمه (وان قلنا) لا ينفسخ وهو الاصح فكذلك ههنا وعلى الاجنبي القيمة والخيار بحاله فان تم البيع فهي للمشتري والا للبائع ولو أتلفه المشتري استقر الثمن عليه فان أتلفه في يد البائع وجعلنا إتلافه قبضا فهو كما لو تلف في يده وان أتلفه البائع في يد المشتري ففي التهمة أنه يبني على أن أتلافه كاتلاف الاجنبي أو كاتلاف بأفة سماوية وستعرف الخلاف فيه (والثالث) لو تلف بعض المبيع في زمان الخيار قبل القبض كما لو اشترى عبيدين فمات أحدهما ففي الانفساخ فيما تلف الخلاف السابق ان انفسخ جاء في الانفساخ في الباقي قولاً تفريق الصفة وان لم ينفسخ بقي خياره في الباقي ان قلنا بجواز رد أحد العبيدين إذا اشترهما بشرط الخيار والا ففي بقاء الخيار في الباقي الوجهان وإذا بقي الخيار فيه وفسخ رده مع قيمة الهالك * (فرع) إذا قبض المبيع في زمان 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 المشتري الثمن ويغرم القيمة حكاها الامام عن الصيدلاني ثم أبدى في وجوب القيمة احتمالا لحصول التلف بعد العود إلى يد المالك (واعلم) أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار ولو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده وله استرداد المدفوع وقيل ليس له استرداده وله أخذ ما عند صاحبه دون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم المبيع (والرابع) لو اشترى

زوجته بشرط الخيار ثم خاطبها بالطلاق في زمان الخيار فان تم العقد بينهما وقلنا أن الملك للمشتري أو موقوف لم يقع الطلاق وان قلنا أنه للبائع وقع * وان فسخ وقلنا أنه للبائع أو موقوف وقع وان قلنا للمشتري فوجهان عن رواية الصيمري وليس له الوطئ في زمان الخيار لانه لا يدري أيضا بالملك أو بالزوجة هكذا حكى عن نصح وفيه وجه آخر (وأما) ما يتعلق بلفظ الكتاب (فقوله) فالمبيع باق على ملكه معلم بالالف وقوله على الاصح يمكن أن يريد به الاصح من الطريقتين ويمكن أن يريد به الاصح من الاقوال وعلى التقدير الثاني يجوز اعلامه بالواو للطريقة النافية للخلاف (وقوله) فالملك منتقل إليه معلم بالحاء والميم والواو (وقوله) فتلاثة أقوال بالواو (وقوله) موقوف بالحاء والميم والالف ووجه ذلك كله ما مر وقوله فينتظر آخر الامر إلى آخره عبارة أجراها على قول الوقف ومعناها ان ما يستقر عليه العقد آخر من الفسخ والامضاء يقدر وجوده في الابتداء فان فسخ قدرنا أنه لم يجر بينهما عقد وان أمضى قدرناه من الابتداء هذا

[322]

ما ينطبق اللفظ عليه والله أعلم * قال (ويحصل الفسخ بوطئ البائع (و) وبيعه وعتقه وهبته مع القبض وان كان من ولده ولا تحصل الاجارة (و) بسكوته على وطئ المشتري وما جعلناه فسخا من البائع فهو اجارة (و) من المشتري ان وجد وكذا الاجارة والتزويج في معنى البيع (و) من واحد منهما والعرض على البيع والاذن فيه لا يقطع خيار البائع (لا يخفى ما يحصل به الاجارة من الالفاظ ولا ما يحصل به الفسخ كقول البائع فسخت البيع واسترجعت المبيع ورددت الثمن وعن الصيمري أن قول البائع في زمان الخيار لا ابيع حتى يزيد في الثمن وقول المشتري لا أنقل اختيار للفسخ وكذا قول المشتري لا اشتري حتى ينقص لي من الثمن وقول البائع لا أنقل وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال ثم في الفصل صور (أحداها) إذا كان للبائع خيار فوطئه في زمان الخيار فسخ لاشعاره باختيار الامساك ويخالف الرجعة لا تحصل بالوطئ لان الرجعة لتدارك النكاح وابتداء النكاح لا يحصل بالفعل فكذا تداركه والفسخ ههنا لتدارك ملك اليمين وابتدائه تارة يحصل بالقول وأخرى بالفعل وهو السبي فكذا تداركه جاز أن يحصل بالفعل * وحكى الامام عن بعض الخلافين وجهان ان وطئ البائع ليس بفسخ تخريجا من الخلاف في أن الوطئ هل يكون تعيينا للمملوكة والمنكوحة عند إبهام العتق والطلاق وروي القاضي ابن كج وجهان أنه إنما يكون فسخا إذا نوى به الفسخ وعلى المذهب لو قبل أو باشر فيما دون الفرج أو لمس بشهوة هل يكون فسخا فيه وجهان قال ابو اسحاق نعم وهذا ما أورده صاحب التهذيب وبمثلته أجاب في الاستخدام وركوب الدابة لكن الاظهر في المذهب انهما لا يتضمنان الفسخ (الثانية) اعتاق البائع ان كان الخيار له فسخ بلا خلاف وفي بيعه وجهان (احدهما) انه ليس بفسخ لان الاصل بقاء العقد فيستصحب إلى أن يوجد الفسخ صريحا وانما جعلنا العتق فسخا لقوته (وأصحهما) أنه فسخ لدلالته على ظهور الندم وعلى هذا ففي صحة البيع المأتي به وجهان (اصحهما) صحته كالعتق (والثاني) المنع لان الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد جميعا كما ان التكبير الثانية في الصلاة بنية الشروع يخرج بها من الصلاة فلا يشرع بها في الصلاة ويجري هذا الخلاف في الاجارة والتزويج وكذا في الرهن والهبة ان اتصل بهما القبض ولا فرق بين أن يهب ممن لا يتمكن من الرجوع في هبته وبين أن يهب من يتمكن كما لو وهب من ولده لان الملك في صورتين زائل

[323]

والرجوع اعادة لما زال وان تجرد الرهن والهبة عن القبض فالحكم فيه كما في العرض على البيع وسيأتي (الثالثة) إذا علم البائع ان المشتري يطلأ الجارية وسكت عليه هل يكون مجيزا فيه وجهان (أحدهما) نعم لاشعاره بالرضا وأيد ذلك بقوله في المختصر ولو عجل المشتري فوطئها فأجلها قبل التفريق في غفلة من البائع فاختار البائع الفسخ كان على المشتري مهر مثلها قيد بما إذا وطئ في غفلة من البائع (وأصحهما) لا كما لو سكت على بيعه وأجارته وكما لو سكت على وطئ آمنه لا يسقط به المهر وهذا هو المذكور في الكتاب * ولو وطئ بالاذن حصلت الاجازة ولم يجب على المشتري مهر ولا قيمة ولد وثبت الاستيلاد بلا خلاف وما مر في الفصل السابق مفروض فيما إذا لم ياذن له البائع في الوطئ ولا علم به (الرابعة) وطئ المشتري هل يكون اجازة منه فيه وجهان (أحدهما) لا بل له الفسخ بعد ذلك كما أن له الرد بالعيب بعد الوطئ (وأصحهما) وبه اجاب في الكتاب نعم لان وطئ البائع اختيار للبيع فكذا وطئ المشتري ويخالف الرد بالعيب لانه عند الوطئ جاهل بالحال حتى لو كان عالما يسقط الخيار * ولو اعتق المشتري نظر ان اعتق باذن البائع نفذ وحصلت الاجازة من الطرفين وإن اعتق بغير اذنه ففي نفوذه ما سبق فان نفذ حصلت الاجازة والا فوجهان حكاهما الامام (اظهرهما) الحصول ايضا لدلالته على اختيار الملك قال ويتوجه ان يقال ان اعتق وهو يعلم عدم نفوذه لم يكن اجازة بلا خلاف * ولو باع أو وقف أو وهب أو قبض بغير إذن البائع لم ينفذ ولا يجئ فيها الخلاف المذكور في العتق لاختصاصه بمزيد القوة والغلبة وهل يكون اجازة قال ابو اسحاق لا لان الاجازة لو حصلت لحصلت ضمنا للتصرف فإذا لغا التصرف فلا اجازة * وقال الاصطخري نعم لدلالته على الرضا والاختيار وهذا اصح عند الاصحاب * ولو باشر هذا التصرفات باذن البائع أو باع من البائع نفسه صح التصرف على اصح الوجهين قال في الشامل وعلى الوجهين جميعا يلزم البيع ويسقط الخيار ولكن قياس ما مر ان يكون سقوط الخيار ان قلنا بعدم نفاذها على الوجهين ولو اذن له البائع في طحن الحنطة المبيعة فطحنها كان مجيزا ومجرد الاذن في هذه التصرفات لا يكون اجازة من البائع حتى لو رجع قبل التصرف كان على خياره ذكره الصيدلاني وغيره (الخامسة) في العرض على البيع والاذن في التوكيل فيه وجهان وكذا في الرهن والهبة دون القبض (أحدهما) ان هذه التصرفات فسخ من جهة البائع واجازة من جهة المشتري لدلالته على الاستئثار بالبيع ولهذا يحصل بها الرجوع عن الوصية (واظهرهما) وهو المذكور في الكتاب انها ليست بفسخ ولا اجازة فانها

[324]

لا تقتضي ازالة ملك وليست بعقود لازمة ومن المحتمل صدورها عن ترده في الفسخ والاجازة * ولو باع المبيع في زمان الخيار بشرط الخيار قال إمام الحرمين ان قلنا لا يزول ملك البائع فهو قريب من الهبة الخالية عن القبض وان قلنا يزول ففيه احتمال ايضا لانه ابقى لنفسه مستردكا (وقوله) في الكتاب لا يقطع خيار البائع لا معنى للتخصيص بالبائع فانه كما لا يقطع خيار البائع لا يقطع خيار المشتري ولو أبدل لفظه البائع بالبيع لم

يكن به باس والمواضع المحتاجة إلى الاعلام من لفظ الكتاب بينة مما أوردناه والله أعلم * قال (ولو اشترى عبدا بجارية وأعتقهما معا تعين العتق في العبد على الاصح (ح) تقديما للاجازة على الفسخ) * إذا اشترى عبدا بجارية ثم أعتقهما معا نظر ان كان الخيار لهما عتقت الجارية بناء على ما مر أن اعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ ولا يعتق العبد المشتري وان جعلنا الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق صاحبه على الاصح وعلى الوجه الذي قلنا بنفاذ اعتاق المشتري تفرعا على أن الملك للمشتري يعتق العبد ولا تعتق الجارية * وان كان الخيار لمشتري العبد وهو المراد من مسألة الكتاب لم يحكم بعتقهما معا وعن أبي حنيفة أنهما يعتقان * لنا أنه لا ينفذ اعتاقهما على التعاقب فكذلك دفعة واحدة وفيمن يعتق منهما وجهان (أحدهما) وهو ما أورده ابن الصباغ أنه يعتق الجارية لان تنفيذ العتق فيها فسخ وفي العبد اجازة والفسخ والاجازة إذا اجتمعا يقدم الفسخ ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين وأجاز الآخر قدم الفسخ (وأصحهما) وبه أجاب ابن الحداد أنه يعتق العبد لان الاجازة إبقاء للعقد والاصل فيه الاستمرار قال الشيخ أبو علي الوجهان مبنيان على أن الملك في زمان الخيار للبائع أو المشتري (ان قلنا) بالاول فالعبد غير مملوك لمشتريه وانما ملكه الجارية فينفذ العتق فيها (وان قلنا) بالثاني فملكه العبد فينفذ العتق فيه ثم حكى وجهها ثالثا وهو أنه لا يعتق واحد منهما لان عتق كل واحد منهما يمنع عتق الآخر وليس أحدهما أولى من الآخر فيتدافعان * وان كان الخيار لبائع العبد وحده فالمعتق بالاضافة إلى العبد مشتري والخيار لصاحبه وبالاضافة إلى الجارية بائع والخيار لصاحبه وقد سبق الخلاف في إعتاقهما والصورة هذه والذي يخرج منه للفتوى أنه لا يحكم بنفوذ العتق في واحد منهما في الحال فان فسخ صاحبه البيع فهو نافذ في الجارية والا ففى العبد * ولو كانت المسألة

[325]

بحالها وأعتقهما مشتري الجارية ففس الحكم بما ذكرنا (وقيل) ان كان الخيار لهما عتق العبد دون الجارية على الاصح وإن كان الخيار للمعتق وحده فعلى الوجوه الثلاثة في الاول يعتق العبد وفي الثاني تعتق الجارية (ولا يخفى الثالث) * قال (القسم الثاني خيار النقيصة وهو ما يثبت بغوات أمر مطلقون نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفي أو تعبير فعلى أما الالتزام الشرطي فهو أن يقول بعته بشرط أنه كاتب أو خباز أو متجدد الشعر فان فقد فللمشتري الخيار وكذلك كل وصف يتعلق به غرض أو مالية) * لما فرغ عن الاول من قسمي الخيار وهو خيار التروي شرع في الثاني وهو خيار النقيصة المنوط بغوات شئ في المعقود عليه كان يتوقع ويظن حصوله وذلك الظن على ما ذكره ينشأ من أحد ثلاثة أمور (أولها) أن يشترط العاقد كون المعقود عليه بتلك الصفة (وثانيها) اطراد العرف بحصولها فيه (وثالثها) ان يفعل العاقد ما يورث ظن حصولها فالاول مثل قوله بعث هذا العبد بشرط انه كاتب أو خباز (واعلم) ان الصفات الملزمة بالشرط قسمان (احدهما) الصفات التي تتعلق بها زيادة مالية فيصح التزامها والخلف فيها يثبت الخيار كالعيب (والثاني) الصفات التي لا تتعلق بها زيادة مالية وهي قسمان (احدهما) التي يتعلق بها غرض معقول والخلف فيها يثبت الخيار أيضا وفاقا أو على اختلاف فيه وذلك بحسب قوة الغرض وضعفه (والثاني) التي لا يتعلق بها غرض معقول فاشتراطها يلغو ولا خيار يفقدها ولنقص الصور على هذه الاقسام فإذا شرط كون العبد خبازا أو كاتباً أو صائغا فهو من القسم الاول ويكفى ان يوجد من الصفة

المشروطة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها ولو شرط اسلام العبد فيان كافرا فله الرد لغوات فضيلة الاسلام وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فيانت مجوسية ولو شرط كفر الرقيق فيان مسلما ثبت الخيار على المذهب وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت ولكن لان الكافر يشتره المسلم والكافر والمسلم لا يشتره إلا المسلم فقط فتقل فيه الرغبات (وقيل) ان كان قريبا من بلاد الكفر أو في ناحية أغلب أهلها الذميون ثبت الخيار والا فلا وقال ابو حنيفة والمزني لا خيار أصلا * ولو شرط بكاره الجارية فيانت ثيبا فله الرد ولا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة وعن ابي الحسن ان ابا اسحاق قال لا خيار إذا كانت مزوجة لانها وان كانت بكرا فالافتراض مستحق للزوج ولا عرض للمشتري في بكارتها والمذهب الاول

[326]

لان الزوج قد يطلقها فتخلص له ولو شرط ثيابتها فيانت بكرا فوجهان (احدهما) انه يثبت الخيار لانه قد يضعف عن مباشرة البكر فيريد الثيب (واصحهما) انه لا خيار لان البكر افضل واكثر قيمة فصار كما لو شرط كون العبد اميا فيان كاتبا أو فاسقا فيان عقيفا ولو شرط السبوة في الشعر فيان جعدا فعلى هذين الوجهين لان السبوت قد يكون أشهي إلى بعض الناس ولو شرط الجعودة فيان سبطا ثبت الخيار (فان قلت) ذكرتم في بيع الامة أن رؤية الشعر معتبرة على أصح الوجهين والشعر إذا رؤي عرفت جعودته وسبوطته فكيف تصورون المسألة (فالجواب) أن خروجها على تجويز بيع الغائب وعلى أن رؤية الشعر غير معتبرة واضح (وأما) على الاصح فان الشعر قد يرى ولا تعرف جعودته وسبوطته لعروض ما يستوي الحالان عنده من الابتلال وقرب العهد بالتسريح ونحوهما * ولو لبس بتجعيد السبوت أو بالعكس فسياتي ذلك * ولو شرط كون العبد خصيا فيان فحلا أو بالعكس ثبت الرد لشدة اختلاف الاغراض وذكر ابو الحسن العبادي انه لا رد في الصورة الاولى لان الفحولة فضيلة ولو شرط كونه مختونا فيان اقلف فله الرد وبالعكس لا يرد قال في التتمة الا أن يكون العبد مجوسيا وتم مجوسيون يشترون الاقلف بزيادة فله الرد * ولو شرط كونه احمق أو ناقص الخلقة فهو لغو (واعلم) ان خيار الخلف على الفور ويبطل بالتأخير على ما سنذكر في المعيب ولو تعذر الرد بهلاك وغيره فله الارش كما في العيب ومسائل الفصل بأسرها مبنية على أن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع وحكى الحناطي قولان غريبا انه يوجب والله أعلم * قال (وأما القضاء العرفي فهو السلامة عن العيوب المذمومة فمهما فاتت ثبت الخيار وذلك بكل عيب ينقص القيمة أو العين والخصي معيب وان زادت قيمته واعتياد الزنا والسرقة وإلا باق والبول في الفراش (ح) عيب والبخر والصنان (ح) الذي لا يقبل المعالجة ويخالف العادة عيب في العبيد والاماء وكون الضيعة منزل الجنود وثقل الخراج عيب * الثاني من اسباب الظن اطراد العرف فمن دخل في العقد لتحصيل مال كان ظانا صفة السلامة فيه لان سلامة الاشخاص والاعيان عن العيوب المذمومة هي الغالبة والغلبة من موجبات الظن وحينئذ يكون بذله المال في مقابلة التسليم فإذا تبين العيب وجب أن يتمكن من التدارك والاصل فيه من جهة *

[327]

النقل ما روي عن عائشة رضي الله عنها (ان رجلا اشترى غلاما في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان عنده ما شاء الله ثم رده من عيب وجده) (1) ومن باع عينا وهو يعلم بها عيبا وجب عليه أن يبينه للمشتري روي انه صلى الله عليه وسلم قال (ليس منا من غشنا) (2) وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (المسلم أح المسلم لا يحل لمن باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له) (3) إذا تقرر ذلك ففي الفصل ذكر عيوب معدودة (منها) لو اشترى عبدا فوجده خصيا أو مجبويا فله الرد لان الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي وقد دخل في العقد على ظن الفحولة لان الغالب سلامة الاعضاء فإذا فات ما هو متعلق العرض وجب ثبوت الرد وإن زادت القيمة باعتبار آخر (ومنها) الزنا والسرقة عيان لتأثيرهما في نقصان القيمة وقال ابو حنيفة الزنا عيب في الاماء دون العبيد نعم لو ثبت زنا العبد عند الحاكم ولم يقم عليه الحد بعد ثبت الرد (ومنها) الابق وهو من أفحش عيوب المماليك (ومنها) البول في الفراش عيب في العبيد والاماء إذا كان في غير أوانه أما في الصغر فلا وقدره في التهذيب بما دون سبع سنين وقال ابو حنيفة انه عيب في الاماء دون العبيد (ومنها) البخر والصنان عيان خلافا لابي حنيفة في العبيد * لنا انهما يؤذيان عند الخدمة والمكالمة وينقصان القيمة والبخر الذي نجعله

[328]

عيبا هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لفلج الانسان فان ذلك يزول بتنظيف الفم والصنان الذي نجعله عيبا هو المستحکم الذي يخالف العادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ (ومنها) كون الضيعة أو الدار منزل الجنود عيب لانه يقلل الرغبات قال القاضي حسين في فتاويه وهذا إذا اختصت من بين ما حواليتها بذلك فأما إذا كان ما حواليتها من الدور بمنابقتها فلا رد به وكونها ثقيلة الخراج عيب أيضا وإن كنا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد لتفاوت القيمة والرغبات ونعني بثقل الخراج أن يكون فوق المعتاد في أمثالها وعن حكاية أبي عاصم العبادي وجه انه لا رد بثقل الخراج ولا بكونها منزل الجنود لانه خلل في نفس المبيع * والحق في التثمة بهاتين الصورتين ما إذا اشترى دارا فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ويزرعون الابنية أو أرضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع * ولو اشترى أرضا وهو يتوهم الاخراج عليها فبان خلافه نظر ان لم يكن على مثلها خراج فله الرد وان كان على مثلها ذلك القدر فلا رد (وأما) لفظ الكتاب فقوله فمهما فانت يعني السلامة (وقوله) وذلك أي قواتها (وقوله) بكل عيب ينقص القيمة لا يصلح للضبط لمسألة الخصي وربما يذكر في آخر الفصل ما يصلح له (وقوله) اعتياد الزنا إلى آخره يشعر باعتبار الاعتياد في الامور المذكورة وليس كذلك (أما) في الزنا فقد نصوا على أنه لو زنا مرة في يد البائع فللمشتري الرد وان تاب وحسنت حاله لان تهمة الزنا لا تزول عنه الا ترى أن الحر إذا زنا لا يجد مأزقه وان تاب (وأما) الابق فعن أبي علي الزجاجي أنه لو أبق في يد البائع فللمشتري الرد به وان لم يبق في يده وهذا ما اختاره القاضي حسين وقال الفعلة الواحدة في الابق يجوز أن تعد عيبا أبديا كالوطن في ابطال الحصانة والسرقة قريبة من هذين (وأما) البول في الفراش فالاطهر اعتبار الاعتياد فيه والله أعلم * (وقوله) الصنان الذي لا يقبل العلاج هذا

القيد لا حاجة إليه كما في سائر العلل والأمراض والامام لم يذكره هكذا وإنما قال إذا كان لا يندفع إلا بعلاج يخالف المعتاد وهو مستقيم هذا ما يتعلق بفقه الكتاب ولفظه ونعد بعده عيوباً (فمنها) كون الرقيق مجنوناً أو مخراباً أو أبله أو أبرص أو مجذوماً أو أشل أو أقرع أو أصم أو أعمى أو أعور أو أخفش أو أجهر أو أعشى أو أخشم أو أبكم أو أرث لا يفهم أو فقيد حاسة الذوق أو فقيد أصبع أو انملة أو فقيد الطفر والشعر كذلك قاله في التتمة (ومنها) كونه ذا أصبع زائدة أو سن شاذة أو مقلوع بعض الأسنان أو ادرج وكون البهيمه درداء إلا في السن

[329]

المعتاد وكونه ذا قروح أو نائليل كثيرة أو بهق قاله الصيمري وكونه مريضاً مرضاً مخوفاً وكذا في سائر الحيوانات كذا قاله في التتمة وكونه أبيض الشعر في غير أوانه ولا بأس بحمرته وكونه نماماً؟ أو ساحراً أو قاذفاً للمحصنات وكونه مقامراً أو تاركاً للصلاة أو شارباً للخمر* وفي الرقم للعبادي أنه لا رد بالشرب وترك الصلاة وكونه خنثى مشكلاً أو غير مشكل وعن بعض المتأخرين أنه إن كان رجلاً وكان يبول من فرج الرجال فلا رد وكون العبد مختناً؟ أو ممكناً من نفسه وكون الجارية رتقاءً أو قرناءً أو مستحاضةً أو معتدةً أو محرمةً أو متزوجةً وكون العبد متزوجاً وفي البيان حكاية وجه في التزوج وتعلق الدين برقبتهما ولا رد بما يتعلق بالذمة وكونهما مرتدين* ولو كانا كافرين أصليين فمنهم من قال لا رد به في العبيد ولا في الأماء سواء كان ذلك الكفر مانعاً من الاستمتاع كالتمجس والتنصر والتوثن أو لم يكن كاليهود والتنصر وهذا ما أورده في التتمة والظاهر وهو المنقول في التهذيب أنه لو وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد ولو وجدها كتابية أو وجد العبد كافراً أي كفر كان فلا رد إن كان قريباً من بلاد الكفر بحيث لا تغل فيه الرغبات وإن كان في بلاد الإسلام بحيث تغل الرغبات في الكافر وتنقص قيمته فله الرد ولو وجد الجارية لا تحيض وهي صغيرة أو أبسة فلا رد وإن كانت في سن تحيض النساء في مثلها غالباً فله الرد وكذا إذا تناول طهرها وتجاوز العادات الغالبة فله الرد بكون الجارية حاملاً ولا رد به في سائر الحيوانات وقال في التهذيب يثبت به الرد (ومنها) كون الدابة جموحاً أو عضوضاً أو رموحاً وكون الماء المشتري مشمساً قاله الروياني في التجربة* والرمل تحت الأرض إن كانت مما يطلب للبناء والأحجار وإن كانت مما يطلب للزرع والغرس ولا رد بكون الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد الزنا أو مغنياً أو حجاماً أو أكولاً أو زهيداً وترد الدابة بالزهادة ولا بكون الأمة ثيباً إلا إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة ولا بكونها عقيماً وكون العبد عنيماً وعن الصيمري اثبات الرد بالعنة وهو الطهر عند الامام ولا بكون الأمة مختونة أو غير مختونة وكون العبد مختوناً أو غير مختون إلا إذا كان كبيراً يخاف عليه من الختان وقيل لا تستثنى هذه الحالة أيضاً ولا بكون الرقيق ممن يعتق على المشتري ولا بكون الأمة أخته من الرضاع أو النسب أو موطوءة أبيه أو ابنه بخلاف المحرمة والمعتدة لأن التحريم ثم عام فيقلل الرغبات وههنا يختص التحريم به* ورأي

[330]

القاضي ابن كج الحاق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة ولا أثر لكونها صائمة وفيه وجه ضعيف * ولو اشترى شيئا ثم بان له أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة فهل له الرد لخطر فساد النيابة حكى القاضي الماوردي فيه وجهين ونقل وجهين أيضا فيما لو بان كون العبد مبيعا في جناية عمد وقد تاب عنها وإن لم يتب فهو عيب والجناية خطأ ليست بعيب إلا أن تكثر ومن العيوب كون المبيع نجسا إذا كان مما ينقص بالغسل وخشونة مشي الدابة بحيث يخاف منها السقوط أو شرب البهيمه لبن نفسها * وذكر القاضي أبو سعد بن احمد في شرح أدب القاضي لابي عاصم العبادي فصلا في عيوب العبيد والجواري (منها) اصطكاك الكفين وانقلاب القدمين إلى الوحشي والخللان الكثيرة واثار الشجاج والقروح والكي وسواد الاسنان وذهاب الاشعار والكلف المغير للبشرة وكون احدي يدي الجارية اكبر من الاخرى والحفر في الاسنان وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولهما هذا ما حضر ذكره من العيوب ولا مطمع في استيعابها لكن ان أرادت ضبطا فاشد العبارات تلخيصا ما أشار إليه الامام وهو أن يقال يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص للقيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه وانما اعتبرنا نقصان العين لمسألة الخصي وإنما لم نكتف بنقصان العين بل شرطنا فوات غرض صحيح به لانه لو بان قطع فلقة يسيرة من فخذة أو ثاقه لا يورث شيئا ولا يفوت غرضا لا يثبت الرد ولهذا قال صاحب التقريب لو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد وإلا فلا وإنما اعتبرنا الشرط المذكور لان الثيابة مثلا في الاماء معنى ينقص القيمة لكن لا رد بها لانه لا يمكننا أن نقول الغالب فيهن عدم الثيابة والله أعلم * قال (وكل عيب حدث قبل القبض فهو من ضمان البائع والرد يثبت به وما حدث بعده فلا خيار به ؟) وان استند الي سبب سابق كالقطع بسرقة سابقة والقتل برده سابقة والافتراع بنكاح سابق ففيه خلاف) * العيب ينقسم إلى ما كان موجودا قبل البيع فيثبت به الرد والى ما حدث بعده فينظر ان حدث قبل القبض فكمثل لان المبيع قبل القبض من ضمان البائع وان حدث بعده فله حالتان

[331]

(احدهما) أن لا يستند إلى سبب سابق على القبض فلا رد به * وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام الا في الجنون والجذام والبرص فانها إذا ظهرت إلى سنة ثبت الخيار * لنا القياس على ما بعد الثلاثة (والحالة الثانية) أن يستند إلى سبب سابق على القبض وفيها صور (إحداها) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك وحكى الشيخ أبو علي وجهها انه لا يصح تخريجا من الخلاف في العبد الجاني والعبد الذي قتل في المحاربة فان تاب قبل الظفر به فبيعه كبيع العبد الجاني لسقوط العقوبة المتحتمة وكذا ان تاب بعد الظفر وقلنا بسقوط العقوبة والا فتلاثة طرق (أظهرها) عند كثير من الائمة ان يبيعه كبيع المرتد (والثاني) وهو اختيار أبي حامد وظيفته القطع بمنع بيعه إذ لا منفعة فيه لاستحقاق قتله بخلاف المرتد فانه ربما يسلم (والثالث) وبه قال القاضي أبو الطيب أنه كبيع الجاني * إذا عرفت ذلك فان صححنا البيع في هذه الصور فقتل العبد المرتد أو المحارب أو الجاني جناية نوجب القصاص نظر ان كان ذلك قبل القبض انفسخ البيع وإن كان بعده وكان المشتري جاهلا بحاله ففيه وجهان (أحدهما) وبه قال أحمد وابن سريج وابن ابي هريرة والقاضي أبو الطيب انه من ضمان المشتري لان القبض سلطه على التصرف فيدخل المبيع في

ضمانه أيضا لكن تعلق القتل برقبته كعيب من العيوب فإذا هلك رجع على البائع بالارش وهو نسبة ما بين قيمته مستحق القتل وغير مستحق القتل من الثمن (وأصحهما) وبه قال أبو حنيفة وابن الحداد وأبو اسحق أنه من ضمان البائع لان التلف حصل بسبب كان في يده فاشبهه مالو باع عبدا مغصوبا فاخذه المستحق منه فعلى هذا يرجع المشتري عليه بجميع الثمن ويخرج على الوجهين مؤنة تجهيزه من الكفن والدفن وغيرهما ففي الاول هي على المشتري وفي الثاني على البائع * وان كان المشتري عالما بالحال عند الشراء أو تبين له بعد الشراء ولم يرد فعلى الوجه الاول لا يرجع بشئ كما في سائر العيوب وعلى الثاني فيه وجهان (أحدهما) ويحكي عن أبي اسحق وهو اختيار أبي حامد أنه يرجع بجميع الثمن تماما للتشبيه بالاستحقاق (وأصحهما) عند الجمهور وهو قول ابن الحداد انه لا يرجع بشئ لدخوله في العقد على بصيرة أو امساكه مع العلم بحاله وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه ولو كان كذلك ؟

[332]

صح بيعه أصلا (الثانية) بيع العبد الذي وجب عليه القطع قصاصا أو بسرقة صحيح بلا خلاف فلو قطع في يد المشتري عاد التفصيل المذكور في الصورة السابقة فان كان جاهلا بحاله حتى قطع فعلى قول ابن سريج ومن ساعده ليس له الرد لكون القطع من ضمانه ولكن يرجع إلى البائع بالارش وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن وعلى الاصح له الرد واسترجاع جميع الثمن كما لو قطع في يد البائع فلو تعذر لرد بسبب فالنظر في الارش على هذا الوجه إلى التفاوت بين العبد السليم والاقطع وان كان المشتري علما فليس له الرد ولا الارش * قال الشيخ ابو علي ولا يحث ههنا الوجه المحكي عن أبي اسحق في القتل لانه لا يبقى ثم شئ ينصرف العقد إليه وههنا بخلافه والله أعلم (الثالثة) لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض فان كانت ثيبا فله الرد وإن كانت بكرًا فنقصت بالافتراء فهو من ضمان البائع أو المشتري فيه الوجهان (ان جعلناه) من ضمان البائع فللمشتري الرد بكونها مزوجة فان تعذر الرد بسبب رجع بالارش وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة مزوجة مفترعة من الثمن (وان جعلناه) من ضمان المشتري فلا رد له وله الارش وهو ما بين قيمتها بكرًا غير مزوجة وبكرًا مزوجة من الثمن * وان كان عالما بكونها مزوجة أو علم ورضي فلا رد له فان وجد بها عيبا قديما بعد ما افترعت في يده فله الرد ان جعلناه من ضمان البائع والارجع بالارش وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة ومثلها معيبة (الرابعة) اشترى عبدا مريضا وتمادي المرض إلى أن مات في يد المشتري فعن الشيخ أبي محمد فيه طريقان (أحدهما) انه على الخلاف المذكور في الصور السابقة ويحكي هذا عن الحلبي (وأشهرهما) القطع بأنه من ضمان المشتري لان المرض يزداد شيئا فشيئا إلى الموت والرد خصلة واحدة وجدت في يد البائع فعلى هذا إذا كان جاهلا رجع بالارش وهو ما بين قيمته صحيحا ومريضا وتوسط صاحب التهذيب بين الطريقين فقطع فيما إذا لم يكن المرض مخوفا بكونه من ضمان المشتري وجعل المرض المخوف والجرح الساري على الوجهين (واعلم) أن هذه الصورة والخلاف فيها قد ذكرها في أحكام بيع الثمار وإن لم تكن مذكورة في هذا الموضوع وإذا وقفت على هذا الشرح عرفت أن الخلاف في قوله في الكتاب فيه خلاف ليس منصوبا في أنه هل يثبت خيار الرد في جميع الصور المذكورة

[333]

لان في صورة القتل المرتد ان جعلناه من ضمان المشتري فلا رد لهلاك المبيع وان جعلناه من ضمان البائع فينفسخ البيع ويتبين تلفه على ملك البائع وحينئذ لا معنى لخيار الرد فإذا الخلاف في هذه الصورة في انه من ضمان من على ما تقرر في الصورتين الباقيتين يصح نصبه في خيار الرد بناء على هذا الاصل والله أعلم * قال (وأما التعبير الفعلي فهو أن يصري صرع الشاة حتى يجتمع اللبن ويخيل غزارة اللبن فمهما اطلع عليه ولو بعد ثلاثة أيام ردها (ح) ورد معها صاعا من تمر بدلا عن اللبن الكائن في الصرع الذي تعذر رد عينه لاختلاطه بغير المبيع لورود الخبر ولو تحفلت الشاة بنفسها أو صرى الاتان أو الجارية أو لطخ الثوب بالمداد مخيلا انه كاتب فلا خيار له (ح و) لانها ليست في معنى النصوص وأحوط المذهبين أن غير التمر لا يقوم مقام التمر وان قدر الصاع لا ينقص (و) بقلة اللبن ولا يزيد بكثرتة للاتباع) * السبب الثالث من أسباب الظن الفعل المغرر والاصل في صورة التصرية هو أن يربط اخلاف الناقة أو غيرها ويترك حلابها يومين أو أكثر حتى يجتمع اللبن في صرعها فيتخيل المشتري غزارة لبنها ويزيد الثمن واشتقاقها من قولهم صر الماء في الحوض ونحوه أي جمعه وتسمى المصرة محفلة أيضا وهو من الحفل وهو الجمع أيضا ومنه قيل للجمع محفل وهذا الفعل حرام لما فيه من التديس ويثبت به الخيار للمشتري وبه قال مالك وأحمد خلافا لابي حنيفة * لنا ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لا تصروا في الابل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين من بعد أن يحلبها ان رضيتها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر (1)

[334]

وروي (بعد أن يحلبها ثلاثا) (وقوله) بعد ذلك أي بعد هذا النهي وعن أبي هريرة رضي الله عنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها صاعا من تمر لا سمرء) (1) وعن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (من باع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها مثل أو مثلى لبنها قمحا) (2) إذا تقرر ذلك ففي الفصل مسائل (إحداها) كيف يثبت خيار التصرية فيه وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حامد المروزي انه يمتد ثلاثة أيام لظاهر الخبر (والثاني) وهو الاصح وبه قال ابن ابي هريرة انه على الفور كخيار العيب وما ذكره في الخبر بناء على الغالب إذ التصرية لا تتبين فيما دون الثلاثة غالبا لانه يحمل النقصان على اختلاف العلف وتبدل الايدي وغيرهما وللوجهين (فروع) (احدها) لو عرف التصرية قبل ثلاثة أيام باقرار البائع أو بشهادة الشهود ثبت له الخيار على الفور في الوجه الثاني وعلى الاول يمتد إلى آخر الثلاثة وابتدؤها من وقت العقد أو من وقت التفريق يعود فيه الوجهان المذكوران في خيار الشرط (والثاني) لو عرف التصرية في آخر الثلاثة أو بعدها ذكر في الحاوي أن على الوجه الاول لاخيار له لامتناع مجاوزة الثلاث كما في خيار الشرط وعلى الثاني يثبت وعلى هذا فهو على الفور بلا خلاف (والثالث) لو اشترى وهو عالم بكونها مصراة

فعلى الاول له الخيار اخذا بظاهر الخبر وعلى الثاني لاختيار كسائر العيوب
(الثانية) ظهور

[335]

التصرية إن كان قبل الحلف رده ولا شئ عليه وإن كان بعده فاللين أما أن يكون باقيا أو تالفا ان كان باقيا فلا يكلف المشتري رده مع المصرة لان ما حدث بعد البيع ملك له وقد اختلط بالمبيع وتعدر التمييز وإذا أمسكه كان بمثابة ما لو تلف وإن أراد رده فهل يجب على البائع أخذه فيه وجهان (أحدهما) نعم لانه أقرب إلى استحقاقه من بدله (وأصحهما) لا لذهاب طراوته بمضى الزمان ولا خلاف في أنه لو حمض وتغير لم يكلف أخذه وإن كان اللين تالفا رد مع المصرة صاعا من تمر ولا يخرج ردها على الخلاف في تفريق الصفقة لتلف بعض المبيع وهو اللين اتباعا للاخبار الواردة في الباب على أن اللين في رأي لا يقابله قسط من الثمن وهل يتعين للضم إليها جنس التمر وقدر الصاع أما الجنس ففيه وجهان (أصحهما) عند الشيخ أبي محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه لقوله صلى الله عليه وسلم (صاعا من تمر لا سمراء) ويحكي هذا عن أبي اسحق وعلى هذا لو أعوز التمر قال الماوردي يرد قيمته بالمدينة (والثاني) لا يتعين وعلى هذا فوجهان (أصحهما) أن القائم مقامه الاقوات كما في صدقة الفطر قال الامام لكن لا يتعدى ههنا إلى الاحط بخلاف ما في صدقة الفطر للخبر وعلى هذا فوجهان (أحدهما) أنه يخبر بين الاقوات لان في بعض الروايات ذكر التمر وفي بعضها ذكر القمح فاشعر بالتخير ويحكي هذا عن ابن أبي هريرة (وأصحهما) أن الاعتبار بغالب قوت البلد كما في صدقة الفطر ويحكي هذا عن مالك والاصطخري وتخرج ابن سريج (والوجه) الثاني حكاة الشيخ أبو محمد انه يقوم مقامه غير الاقوات حتى لو عدل إلى مثل اللين أو إلى قيمته عند أعواز المثل اجبر البائع على القبول اعتبارا بسائر المتلفات وهذا كله فيما إذا لم يرض البائع فأما إذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو على رد اللين المحلوب عند بقائه جاز بلا خلاف كذا قاله صاحب التهذيب وغيره ورأيت القاضي ابن كج حكى

[336]

وجهين في جواز ابدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه (وأما) القدر ففيه وجهان أيضا (أصحهما) أن الواجب صاع قل اللين أو كثر لظاهر الخبر والمعنى فيه أن اللين الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده ويتعدر التمييز فتولى الشارع تعيين بدل له قطعاً للخصومة بينهما وهذا كايجاب الغرة في الجنين مع اختلاف الاجنة ذكورة وأنوثة والارش في الموضحة مع اختلافها صغرا وكبرا (والثاني) أن الواجب يتقدر بقدر اللين لما سبق من رواية ابن عمر رضي الله عنهما وعلى هذا فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص ثم منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت عن النصف ومنهم من أطلقه اطلاقاً ومتى قلنا بالوجه الثاني فقد قال الامام تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز فإذا كان اللين عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة* (فرع) اشترى شاة بصاع

تمر فوجدها مصراة فعلى الاصح بردها وصاعا ويسترد الصاع الصاع الذي هو ثمن وعلى الثاني يقوم مصراة وغير مصراة ويجب بقدر التفاوت من الصاع * (فرع) غير المصراة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب قال في التهذيب يرد بدل اللبن كما في المصراة وفي تعليق أبي حامد حكاية عن نصه انه لا يرد لانه قليل غير معنني بجمعه بخلاف ما في المصراة ورأي الامام تخرج ذلك على أن اللبن هل يأخذ قسطا من الثمن أم لا والصحيح الاخذ * (الثالثة) لو لم يقصد البائع التصرية لكن ترك الحلاب ناسيا أو لشغل عرض أو تحفلت هي بنفسها فهل يثبت الخيار وجهان (أحدهما) لا وبه أجاب في الكتاب لعدم التلبيس (والثاني) نعم لان ضرر المشتري لا يختلف فصار كما لو وجد بالمبيع عيبا لم يعلمه البائع وهذا أصح عند صاحب التهذيب (الرابعة) خيار التصرية لا يختص بالنعم بل يعم ساير الحيوانات المأكولة وفي الحاوي ذكر وجه أنه يختص * ولو اشترى أتانا فوجدها مصراة فوجهان (أحدهما) انه لا يرد إذ لا مبالاة بلبنها (وأصحهما) انه يثبت الرد لانه مقصود لتربية الجحش وعلى هذا فالمذهب انه لا يرد اللبن لانه نجس وقال الاصطخري يرد لذهابه إلى انه طاهر مشروب * ولو اشترى جارية فوجدها مصراة فوجهان ايضا (في احدهما) لا يرد لانه لا يقصد لبنها الا على ندور (وفي اصحهما) يرد لان غزارة البان الجوارى مطلوبة في الحصانة

[337]

مؤثرة في القيمة فعلى الاول يأخذ الارش قاله في التهذيب وعلى الثاني هل يرد معها بدل اللبن وجهان (أظهرهما) لا لان لبن الادميات لا يعتاض عنه غالبا (الخامسة) هذا الخيار غير منوط بخصوص التصرية بل بما فيها من المعنى المشعر بالتلبيس فيلحق بها ما يشاركها فيه حتى لو حبس ماء القناة أو الرحي ثم ارسله عند البيع أو الاجارة فتخيل المشتري كثيره ثم تبين له الحال فله الخيار وكذا لو حمر وجه الجارية أو سود شعرها أو جده أو ارسل الزنبور في وجهها حتى ظننها المشتري سميئة ثم بان خلاف المظنون * ولو لطح ثوب العبد بالمداد أو البسه ثوب الكنية أو الخبازين وخيل كونه كاتباً أو خبازاً فبان خلافه فوجهان (أحدهما) يثبت الخيار للتلبيس (وأصحهما) أنه لا خيار لان الانسان قد يلبس ثوب الغير عارية فالذنب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغرير ويجرى الوجهان فيما لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها فتخيل المشتري كونها حاملا أو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ فظننها لبونا لان الحمل لا يكاد يلتبس على الخبير ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي بخلاف صورة التصرية (وأما) لفظ الكتاب (فقوله) ولو بعد ثلاثة أيام يجوز اعلامه بالواو للوجه الذاهب إلى أنه لو تبين التصرية بعد الثلاثة لم يثبت الخيار (وقوله) ردها بالحاء (وقوله) بدلا عن اللبن الكائن في الصرع أي عند البيع وظاهر اللفظ يقتضي رد الصاع وان بقى اللبن وهو أصح الوجهين كما مر (وقوله) لورود الخبر تعليل لقوله ردها ورد معها (وقوله) فلا خيار معلم بالواو وهو في صورتى الاتان والجارية جواب على خلاف اختيار الاكثرين (وقوله) وأحوط المذهبين أي الوجهين (وقوله) للاتباع إشارة إلى ما ذكره الائمة من أن مأخذ الخلاف في المسألتين ونحوهما الاقتصار على مورد الخبر واتباعه أو رعاية المعنى * (فرع) لو بان التصرية ثم رد اللبن على الحد الذي أشعرت به التصرية واستمر كذلك ففي ثبوت الخيار وجهان كالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم الا بعد زواله والقولين فيما إذا اعتقت الامة تحت العبد ولم تعرف عنقها حتى عنق الزوج *

[338]

(فرع) رضى بامسك المصراة ثم وجد بها عيبا قديما نص أنه يردّها ويرد اللين ايضا وعن رواية الشيخ أبي علي وجه أنه كما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما وأراد رد الآخر فتخرج على تفريق الصفقة والله أعلم * قال (وثبت الخيار بالكذب في مسألة تلقي الركبان من باب التغرير وكذلك خيار النجش إذا كان عن مواطأة البائع على أقيس المذهبين ولا يثبت (م) بالغبن خيار إذا لم يستند إلى تغرير يساوي تغرير المصراة حتى لو اشترى جوهرة رآها فإذا هي زجاجة فلا خيار) * الخيار في تلقي الركبان قد ذكره في المناهي وشرحناه والغرض ههنا التنبيه على أن مستنده التغرير كما في التصرية وكذا خيار النجش أن أثبتناه وقد تكلمنا فيه من قبل (وأما مسألة الغبن (فاعلم) أن مجرد الغبن لا يثبت الخيار وان تفاحش خلافا لمالك حيث قال ان كان الغبن فوق الثلث ثبت الخيار للمغبون ونقل بعض أصحاب أحمد مثله وقدر بعضهم بما فوق السدس وفي كتب اصحابنا عنه انه ان كان المغبون ممن لا يعرف المبيع ولا هو ممن لو توقف لعرفه ثبت الخيار * لنا قصة حبان بن منقذ رضى الله عنه (فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يثبت له الخيار بالغبن ولكن أرشده إلى شرط الخيار ليتدارك غبنه عند الحاجة) (1) * إذا تقرر ذلك فلو اشترى زجاجة وهو يتوهمها جوهرة بثمن كبير فلا خيار له ولا عبرة بما لحقه من الغبن لان التقصير من جهته حيث جرى على الوهم المجرد ولم يراجع أهل الخبرة * ونقل المتولي وجها أنه كشراء الغائب والرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر كالمعدومة ولك أن لا تستحسن لفظ الكتاب حيث قال ولو اشترى جوهرة رآها وتقول ليس التصوير فيما لو اشترى جوهرة وإنما التصوير فيما لو اشترى زجاجة توهمها جوهرة والله أعلم * قال (هذه أسباب الخيار أما دوافعه ومسقطاته أعني في خيار النقيصة فهي أربعة (الاول) شرط البراءة من العيب على أقيس القولين ويفسد (ح) العقد به على القول الثاني ويصح العقد ويلغو الشرط (ح) في قول ثالث ويصح في الحيوان ويفسد في غيره (ح) في قول رابع) *

[339]

إذا باع بشرط انه برئ من كل عيب بالمبيع هل يصح هذا الشرط فيه طريقان (أشهرهما) وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والاصطخري انه على ثلاثة اقوال (أحدها) انه يبرأ ولا يرد عليه بحال وبه قال ابو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم (المؤمنون عند شروطهم) (1) وايضا فان خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة فإذا صرح بالبراءة فقد ارتفع الاطلاق (وثانيها) انه لا يبرأ عن عيب ما لانه خيار ثابت بالشرع فلا ينفي بالشرط كسائر مقتضيات العقد وايضا فان البراءة من جملة المرافق فلتكن معلومة كالرهن والكفيل والعيوب المطلقة مجهولة وبهذا القول قال احمد في رواية وعنه رواية اخرى انه يبرأ عما لا يعلمه دون ما يعلمه (وثالثها) وهو الاصح ويروي عن مالك انه لا يبرأ في غير الحيوان بحال ويبرأ في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي (ان ابن عمر رضى الله عنهما باع عبدا من زيد بن ثابت رضى الله عنه بثمانمائة درهم بشرط البراءة فاصاب زيد به عيبا فاراد رده على ابن عمر رضى الله عنهما فلم

يقبله فترافعا إلى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر اتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه فباعه ابن عمر رضى الله عنهما بالف درهم) (2) فرق عثمان وزيد رضى الله عنهما بين ان يكون

[340]

العيب معلوما أو لا يكون والفرق بينهما من جهة المعنى أن كتمان المعلوم يلتبس والفرق بين الحيوان وغيره ما ذكره الشافعي رضى الله عنه قال الحيوان يغتدى بالصحة والسقم ونحول طبائعه وقل ما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر معناه انه يغتدى وبأكل في حالتي صحته وسقمه ونحول طبيعته وقل ما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج البائع إلى هذا الشرط فيه ليثق بلزوم البيع (والطريق الثاني) وبه قال ابن خيران وابو إسحاق القطع بالقول الثالث ونصه في المختصر واختلاف العراقيين بهذا اشد إشعارا وزاد القاضي الماوردي طريقة ثالثة حكاه عن ابن ابي هريرة وهي انه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم وفي غير المعلوم قولان ويخرج من منقول الامام طريقة رابعة وهي إثبات ثلاثة اقوال في الحيوان وغيره وثالثها الفرق بين المعلوم وغير المعلوم * ولو قال بعتك بشرط الا ترد بالعيب جرى فيه هذا الاختلاف وزعم صاحب التتمة انه فاسد قطعاً مفسد للبيع * ولو عين بعض العيوب وشرط البراءة عنه نظر إن كان مما لا يعاين مثل ان يقول بشرط براءتي من الزنا والسرقة والاباق برئ منها بلا خلاف لان ذكرها اعلام واطلاع عليها وان كان مما يعاين كالبرص فان اراه قدره وموضعه فكمثل وان لم يره فهو كشرط البراءة مطلقاً لتفاوت الاغراض باختلاف قدره وموضعه هكذا فصلوه وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب (فاما) ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان فقد حكى الامام تفرعاً على فساد الشرط فيه خلافاً مخرجا على ما ذكرنا من المعنيين في التعليل (التفريع) إن بطل هذا الشرط ففي العقد وجهان (أحدهما) يبطل كسائر الشروط الفاسدة (وأظهرهما) أنه يصح لاشتهار القصة المذكورة بين الصحابة رضى الله عنهم وعدم إنكارهم وايضا فانه شرط يؤكد العقد ويوافق ظاهر الحال وهو السلامة عن العيوب وان صح فذلك في العيوب الموجودة عند العقد

[341]

(أما) الحادثة بعده وقبل القبض فيجوز الرد بها * ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتي تحدث ففيه وجهان (اصحهما) ولم يذكر الاكثرون غيره انه فاسد فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى وإن فرعنا على القول الثاني فكما لا يبرأ مما علمه وكتمه كذلك لا يبرأ من العيوب الظاهرة لسهولة البحث عنها والوقوف عليها وإنما يبرأ من عيوب باطن الحيوان التي لا يعلمها (ومنهم) من اعتبر نفس العلم ولم يفرق بين الظاهر والباطن وهل يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان قيل نعم لعسر الوقوف وقال الاكثرون لا لتبدل أحوال الحيوان هذا فقه الفصل (وأما) لفظ الكتاب فاعلم أنه لم عد أنواع خيار النقيصة أراد أن يبين ما يسقطه فقال هذه أسباب الخيار أما دوافعه ومسقطاته وإنما جمع بين هاتين

اللفظتين لان منها ما يدفع كشرط البراءة ومنها ما يسقط بعد الثبوت كالتقصير وإنما قال أعني في خيار النقيصة لان هذه الامور لا تعلق لها بخيار التروي على أن جميعها لا يشمل انواع خيار النقيصة أيضا فان شرط البراءة لا مدخل له في خيار الخلف وخيار التصرية ثم لا يخفى أن ايراد الكتاب انما يتمشى على طريقة اثبات الاقوال وانه أدرج فيه الخلاف في أن فساد الشرط هل يتعدى إلى فساد العقد (وقوله) ويصح في الحيوان ويفسد في غيره إنما يخرج على الطريقة التي نقلها الامام ومواضع العلامات سهلة المدرك على العارف بما قدمناه والله أعلم * قال (الثاني) هلاك المعقود عليه فلو اطلع على عيب العبد بعد موته فلا رد إذ لا مردود فلو كان العبد قائما والثوب الذي هو عوضه تالفارد العبد بالعيب ورجع إلى قيمة الثوب * والعتق والاستيلاء كالأهلاك وهل يجوز أخذ الارش بالتراضي فيه وجهان وإذا عجز عن الرد فله الارش وهو الرجوع إلى جزء من الثمن يعرف قدره بمعرفة نسبة قدر نقصان العيب من قيمة المبيع فيرجع من الثمن بمثل نسبته * وزوال الملك عن المبيع يمنعه من الرد في الحال ولا يمنع طلب الارش في الحال لتوقع عود الملك على الاصح ولو عاد الملك إليه ثم اطلع على عيب فله الرد على الاصح فالزائل العائد كالذي لم يزل * من موانع الرد أن لا يتمكن المشتري من رد المبيع وذلك قد يكون لهلاكه وقد يكون مع بقائه وعلى التقدير الثاني فربما كان لخروجه عن قبول النقل من شخص إلى شخص وإنما

[342]

كان مع قبوله للنقل وعلى الثاني فربما كان لزوال ملكه وربما كان مع بقائه لتعلق حق مانع وكلام الكتاب يتعرض لأكثر هذه الاحوال فنشرح ما تعرض له ونضم الباقي إليه مختصرين وبالله التوفيق (الحالة الاولى والثانية) إذا هلك المبيع في يد المشتري بان مات العبد أو قتل أو تلف الثوب أو أكل الطعام أو خرج عن أن يقبل النقل من شخص إلى شخص كما إذا أعتق العبد أو ولد الجارية أو وقف الضيعة ثم عرف كونه معيبا فقد تعذر الرد لغوات المردود ولكن يرجع على البائع بالارش وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة لا أرش له إذا هلك بنفسه بالقتل ونحوه * لنا القياس على العتق والموت بجامع أنه عيب اطلع عليه بعد الياس عن الرد والارش جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن لانه لو بقى كل المبيع عند البائع كان مضمونا عليه بالثمن فإذا احتبس جزء منه كان مضمونا بجزء من الثمن (مثاله) إذا كانت القيمة مائة دون العيب وتسعين مع العيب فالتفاوت بالعشر فيكون الرجوع بعشر الثمن وان كان مائتين فبعشرين وان كان خمسين فبخمسة والاعتبار باية قيمة نقل عن نصه في موضع أن الاعتبار بقيمة يوم البيع وعن رواية ابن مقلاص أن الاعتبار بقيمة يوم القبض فمنهم من جعلهما قولين واطراف اليهما ثالثا وهو أصحها وهو أن الاعتبار بقيمة باقل القيمتين منهما وجه الاول ان الثمن يومئذ قابل المبيع ووجه الثاني انه يوم دخول المبيع في ضمانه ووجه الثالث ان القيمة ان كانت يوم البيع أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري وإن كانت يوم القبض أقل فما نقص نقص من ضمان البائع والاكترون قطعوا باعتبار أقل القيمتين وحملوا كل نص على ما إذا كانت القيمة المذكورة أقل وإذا ثبت الارش فان كان الثمن بعد في ذمة المشتري فيبرأ عن قدر الارش بمجرد الاطلاع على العيب أو يتوقف على الطلب فيه وجهان (أظهرهما) الثاني وان كان قد وفاه وهو باق في يد البائع فيتعين لحق المشتري أو يجوز للبائع إبداله لانه

غرامة لحقته فيه وجهان (أظهرهما) الاول ولو كان المبيع باقيا والتمن
تالفا جاز الرد وبأخذ مثله إن كان مثليا

[343]

وقيمته ان كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع إلى القبض لانها ان
كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك البائع وإن كانت يوم القبض
أقل فالنقصان من ضمان المشتري ويشبه أن يحث فيه الخلاف المذكور
في اعتبار الارش ويجوز الاستبدال عنه كما في القرض وخروجه عن ملكه
بالباع ونحوه كالتلف * ولو خرج وعاد فهل يتعين لآخذ المشتري أو للبائع
إبداله فيه وجهان أصحهما أولهما وإن كان الثمن باقيا بحاله فإن كان معينا
في العقد أخذه وإن كان في الذمة وبعده ففي تعيينه لآخذ المشتري
وجهان وان كان ناقصا نظر ان تلف بعضه أخذ الباقي وبذل التالف وإن
رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الارش في أصح الوجهين
كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها محانا * (فرع) لو لم تنقص القيمة بالعيب
كما لو خرج العبد خصيا فلا ارش كما لا رد * (فرع) اشترى عبد بشرط العتق
ثم وجد به عيبا بعد ما أعتقه * نقل القاضي ابن كج عن أبي الحسين
العبادي أنه لا ارش له ههنا لانه وان لم يكن معيبا لم يمسه ونقل عنه
وجهين فيما إذا اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيبا قال وعندى له الارش
في صورتين * (الحالة الثالثة) إذا زال ملكه عن المبيع ثم عرف العيب فلا
رد في الحال وهل يرجع بالارش ان زال الملك بعوض كالهبة بشرط الثواب
والبيع فقولان (أحدهما) نعم لتعذر الرد كما لو مات العبد وأعتقه وهذا
مخرج خرجه ابن سريج وفي رواية البويطي ما يقتضيه وعلى هذا لو أخذ
الارش ثم رد عليه مشتره بالعيب فهل برده مع الارش ويسترد الثمن فيه
وجهان (أصحهما) وهو المنصوص ان لا يرجع بالارش ولم لا يرجع قال أبو
إسحق وابن الحداد لانه استدرك الظلامة وروح المعيب كما روج عليه وقال
ابن أبي هريرة لانه لم يئأس من الرد فرما يعود إليه ويتمكن من رده وهذا
اصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ورايته منصوصا
عليه في اختلاف العراقيين وان زال الملك بغير عوض على تخرج ابن
سريج يرجع بالارش وعلى المنصوص فيه وجهان مبنيان على المعنيين إن
عللنا بالاول يرجع لانه لم يستدرك الظلامة وان عللنا

[344]

بالثاني فلا لانه ربما يعود إليه (ومنهم) من حكى القطع بعدم الرجوع ههنا
وأيد به المعنى الثاني * ولو عاد الملك إليه بعد ما زال نظر ازال بعوض اولا
بعوض (القسم الاول) أن يزول بعوض كما لو باع فينظر هل عاد بطريق
الرد بالعيب أو غيره (القسم الاول) أن يعود بطريق الرد بالعيب فله أيضا
رده على بائعه لانه زال التعذر الذي كان وتبين أنه لم يستدرك الظلامة
وليس للمشتري الثاني رده على البائع الاول لانه ما تلقي الملك منه ولو
حدث به عيب في يد المشتري الثاني ثم ظهر عيب قديم فعلى تخرج ابن
سريج للمشتري الاول أخذ الارش من بائعه كما لو لم يحدث عيب ولا يخفى
الحكم بينه وبين المشتري الثاني وعلى الاصح ينظر ان قبله المشتري
الاول مع العيب الحادث خير بائعه فان قبله فذاك والا أخذ الارش منه وعن

أبى الحسين أنه لا يأخذه واسترداده رضي بالمعيب ون لم يقبله وغرم الارش للثاني ففي رجوعه بالارش على بائعه وجهان (أحدهما لا يرجع وبه قال ابن الحداد لانه ربما قبله بائعه هو فكان متبرعا بغرامة الارش (وأظهرهما) انه يرجع لانه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر قال الشيخ ابو علي يمكن بناء هذين الوجهين على ما سبق من المعنيين ان عللنا بالاول فإذا غرم الارش زال استدراك الظلامة فيرجع وإن عللنا بالثاني فلا يرجع لانه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود إليه قال وعلى الوجهين جميعا لا يرجع ما لم يغرم للثاني فانه ربما لا يطالبه الثاني بشئ فيبقى مستدركا للظلامة * ولو كانت المسألة بحالها وتلف المبيع في يد المشتري الثاني أو كان عبدا فاعتقه ثم ظهر العيب القديم رجع الثاني بالارش على الاول والاول بالارش على بائعه بلا خلاف لحصول الياس عن الرد لكن هل يرجع على بائعه قبل أن يغرم المشتري فيه وجهان مبنيان على المعنيين وان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم يغرم وان عللنا بالثاني يرجع ويجري الوجهان فيما لو أبراه الثاني هل يرجع هو على بائعه (القسم الثاني) من الاول ان يعود إليه لا بطريق الرد كما إذا عاد بارت أو اتهاب أو قبول وصية أو إقالة فهل له رده على بائعه فيه وجهان ذو مأخذين (أحدهما) البناء على المعنيين السابقين إن عللنا بالاول لم يرد وبه قال ابن الحداد لان استدراك الظلامة قد حصل بالمبيع ولم يبطل ذلك الاستدراك بخلاف ما لو رد عليه بالعيب وإن عللنا بالثاني يرد لزوال العذر وحصول القدرة على الرد كما لو رد عليه بالعيب (والثاني) ان الملك العائد هل ينزل منزلة

[345]

غير الزائل ففي جواب نعم لانه عين ذلك المال وعلى تلك الصفة وفي جواب لا لانه ملك جديد والملك نقص لذلك وهذا اصل يخرج عليه مسائل (منها) لو افلس بالثمن وقد زال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ (ومنها) لو زال ملك المرأة عن الصداق وعاد ثم طلقها قبل المسيس هل يرجع في نصفه أو يبطل حقه من العين كما لو لم يعد (ومنها) لو وهب من ولده وزال ملك الولد وعاد هل للاب الرجوع ولو عاد إليه بطريق الشراء ثم ظهر عيب قديم كان في يد البائع الاول فان عللنا بالمعنى الاول لم يرد على البائع الاول لحصول الاستدراك ويرد على الثاني وان عللنا بالثاني فان شاء رد على الثاني وإن شاء رد على الاول وإذا رد على الثاني فله ان يرده عليه وحينئذ يرد هو على الاول ويحى وجه انه لا يرد على الاول بناء على ان الزائل العائد كالذي لم يعد ووجه انه لا يرد على الثاني لانه لو رد عليه لرد هو ثانيا عليه وسنذكر نظيره (القسم الثاني) ان يزول بلا عوض فينظران عاد لا بعوض أيضا فجواز الرد مبني على انه هل يأخذ الارش لو لم يعد (إن قلنا لا فله الرد لان ذلك لتوقع العود (وإن قلنا) يأخذ فينحصر الحق فيه أو يعود إلى الرد عند القدرة فيه وجهان وإن عاد بعوض كما لو اشتراه (فان قلنا لا رد في الحالة الاولى فكذلك ههنا ويرد على البائع الاخير (وان قلنا) يرد فههنا يرد على الاول أو على الاخير أو يتخير فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق * (فرع) باع زيد شيئا من عمرو ثم اشتراه منه فظهر به عيب كان في يد زيد فان كانا عالمين بالحال فلا رد وان كان زيد عالما فلا رد له ولا لعمر وايضا لزوال ملكه ولا ارش له على الصحيح لاستدراك الظلامة أو لتوقع العود فان تلف في يد زيد أخذ الارش على التعليل الثاني وهكذا الحكم لو باعه من غيره وان كان عمرو عالما فلا رد له ولزيد الرد وان كانا جاهلين فلزيد الرد ان اشتراه بغير جنس ما باعه أو باكثر منه ثم لعمر وان يرد عليه وان اشتراه بمثله فلا رد لزيد في أحد الوجهين

[346]

لان عمرا يرده عليه فلا فائدة فيه وله ذلك في أصحهما لانه ربما يرضى به فلا يرد ولو تلف في يد زيد ثم عرف به عيبا قديما فحيث يرد لو بقى يرجع بالارش وحيث لا يرد لا يرجع (الحالة الرابعة) إذا تعلق به حق كما لو رهنه ثم عرف العيب فلا رد في الحال وهل يأخذ الارش ان عللنا باستدراك الظلامة فنعم وإن عللنا بتوقع العود فلا وعلى هذا فلو تمكن من الرد ولو حصل اليأس أخذ الارش ولو كان قد أحر ولم نجوز بيع المستاجر فهو كالرهن وإن جوزناه فان رضى البائع به مسلوب المنفعة مدة الاجارة رد عليه وإلا تعذر الرد وفي الارش الوجهان ويجريان فيما لو تعذر الرد بغصب أو أباق ولو عرف العيب بعد تزويج الجارية أو العبد ولم يرض البائع بالاخذ قطع بعضهم بان المشتري يأخذ الارش ههنا (أما) على المعنى الاول فظاهر (وأما) على الثاني فلان النكاح يراد للدوام فاليأس حاصل واختار القاضي الروياني وصاحب التتمة ما ذكروه ولو عرفه بعد الكتابة ففي التتمة أنه كالتزويج وذكر الماوردي أنه لا يأخذ الارش على المعنيين بل يصبر لانه قد يستدرك الظلامة بالنجوم وقد يعود إليه بالعجز فيرده (والاظهر) أنه كالرهن وانه لا يحصل استدارك بالنجوم (وقوله) في الكتاب فله الارش وهو الرجوع إلى جزء من الثمن لا يعود (وقوله) هو إلى الارش فان الارش ليس هو الرجوع إلى الثمن وإنما هو جزء من الثمن بل المعنى أن استحقاق الارش هو الرجوع إليه (وقوله) ولا يتمنع طلب الارش لتوقع عود الملك معناه أنا لا نقول بامتناع طلب الارش بسبب هذا التوقع لانه تليل لعدم الامتناع ثم اعلم أن طريقة الجمهور بناء طلب الارش في الحال والرد عند العود على المعنيين كما حكيناها مهذبة وصاحب الكتاب وشيخه بنيا الرد عند المال على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد وبنيا أخذ الارش في الحال على الرد في المال أن لم يجز الرد في المال جاز أخذ الارش في الحال وإن جاز ففي الارش في الحالة للحيلولة وجهان كالقولين في شهود المال إذا رجعوا هل يغرمون للحيلولة ومثل هذا التصرف محمود في الفقه لكن الذهاب إلى أن طلب الارش في الحال

[347]

جائز خلاف المذهب المشهور فاعرف ذلك وقد أجاب صاحب الكتاب فيما إذا وجد بالشقص عيبا بعد أخذ الشفيع بانه لا أرش له على خلاف ما رجه ههنا والخلاف واحد والله أعلم * قال (الثالث التقصير بعد معرفة العيب سبب بطلان الخيار وفوات المطالبة بالارش لتقصيره وترك التقصير بان يرد عليه في الوقت أن كان حاضرا وإن كان غائبا أشهد شاهدين حاضرين على الرد فان لم يمكن حضر عند القاضي) * الرد بالعيب على الفور وببطل بالتأخير من غير عذر لان الاصل في البيع اللزوم فإذا أمكنه الرد وقصر لزمه حكمه ولا يتوقف على حضور الخصم وقضاء القاضي وقال أبو حنيفة ان كان قبل القبض فلا بد من حضور الخصم ولا يشترط رضاه وان كان بعده فلا بد من رضاه أو قضاء القاضي لنا ما مر في خيار الشرط * إذا تقرر ذلك فالمبادرة إلى الرد معتبرة بالعادة فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله التأخير إلى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الامور فاشتغل بها فلا بأس وكذا لو لبس ثوبا أو

أغلق بابا ولو وقف عليه ليلا فله التأخير إلى أن يصبح * وإذا لم يكن عذر فقد ذكر حجة الاسلام ههنا وفي الوسيط أنه إن كان البائع حاضرا يرد عليه وإن كان غائبا تلفظ بالرد وأشهد عليه شاهدين فإن عجز حضر عند القاضي وأعلمه الرد ولو رفع إلى القاضي والمردود عليه حاضر قال في الوسيط هو مقصر وأشار في النهاية إلى خلاف فيه وقال هذا ظاهر المذهب لكنه ذكر في الشفعة أن الشفيع لو ترك المشتري وابتدر إلى مجلس الحكم واستعدى عليه فهو فوق مطالبة المشتري لانه ربما يحوجه آخر إلى المرافعة وحكيا معا وجهين فيما إذا تمكن من الاشهاد فتركه ورفع إلى القاضي وفي الترتيب المذكور إشكال لان الحضور في هذا الموضوع اما أن يعني به الاجتماع في المجلس أو السكون في البلدة فان كان الاول فإذا لم يكن

[348]

البائع عنده ولا وجد الشهود لم يسع إلى القاضي ولا يسعي إلى البائع واللائق بمن يمنع من المبادرة إلى القاضي إذا وجد البائع أن يمنع منها إذا أمكنه الوصول إليه وإن كان الثاني فاي حاجة إلى أن يقول شاهدين حاضرين ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن اشهاده ثم على التفسيرين يكون حضور مجلس الحكم مشروطا بالعجز عن الاشهاد بعيد (اما) على الاول فلان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من احضار من يشهده أو الحضور عنده (وأما) على الثاني فلانه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج إلى الاشهاد بل يتعين عليه ذلك إن أراد الفسخ فظهر أن الترتيب الذي يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى (وأعلم) بعد ذلك أن القول في كيفية المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون انما ببسط في كتاب الشفعة واذكر ههنا ما لا بد منه فاقول الذي فهمته من كلام الاصحاب أن البائع إذا كان في البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله وكذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة إلى المرافعة ولو تركه ورفع الأمر إلى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تخبيره بين الأمرين وإن كان غائبا عن البلد رفع الأمر إلى مجلس الحكم * قال القاضي الحسين في فتاويه يدعى شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وانه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب وانه فسخ البيع ويقم البينة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع البينة لانه قضاء على الغائب ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يدي عدل والثمن يبقى دينا على الغائب فيقضيه القاضي من ماله فان لم يجد له سوى المبيع باعه فيه إلى أن ينتهي إلى الخصم أو القاضي في الحالين لو تمكن من الاشهاد على الفسخ هل يلزمه ذلك فيه وجهان منقول صاحب التتمة وغيره منهما للزوم ويجري الخلاف فيما إذا عجز مرض أو غيره ولو عجز في الحال عن الاشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ فيه وجهان (أصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة إليه وإذا لقي البائع فسلم عليه لم يضر ولو اشتغل بمحادثته بطل حقه ولو أخر الرد مع العلم بالعيب ثم قال أخرت لاني لم أعلم أن لي حق الرد فان كان قريب العهد بالاسلام أو أنشئ في برية لا يعرفون الاحكام قبل قوله وممكن من الرد

[349]

وإلا فلا ولو قال لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل قوله لأنه مما يخفي على العوام وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الارش أيضا وليس لمن له الرد أن يمسك المبيع ويبطل الارش خلافا لآحمد وليس للبائع أيضا أن يمنعه من الرد ليغرم له الارش ولو رضى بترك الرد على جزء من الثمن أو على مال آخر ففي صحة هذه المصالحة وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة ومالك وابن سريج أنها تصح كالصلح عن حق القصاص على مال (وأظهرهما) المنع لأنه خيار فسخ فاشبه خيار الشرط والمجلس وعلى هذا يجب على المشتري رد ما أخذ وفي بطلان حقه من الرد وجهان (أحدهما) يبطل لأنه آخر الرد مع الامكان واسقط حقه (وأصحهما) المنع لأنه نزل عن حقه على عوض ولم يسلم له العوض فيبقى على حقه ولا يخفي ان موضع الوجهين ما إذا كان بطن صحة المصالحة (أما) إذا علم فسادها بطل حقه بلا خلاف والله أعلم * قال (ويترك الانتفاع في الحال فينزل عن الدابة ان كان راكبا ويضع عنه أكافة وسرجه فانه انتفاع ولا يحط عذاره فانه في محل المسامحة الا ان تعسر عليه القود فيعذر في الركوب إلى مصادفة الخصم أو القاضي) * كما ان تأخير الرد مع الامكان تقصير فكذلك الاستعمال والانتفاع والتصرف لاشعارها بالرضى والاختيار فلو كان المبيع رقيقا فاستخدمه في مدة طلب الخصم أو القاضي بطل حقه وإكان بشئ خفيف كقوله اسقني أو ناولني الثوب أو أغلق الباب ففيه وجه انه لا أثر له لان مثل هذا قد يؤمر به غير المملوك وبهذا اجاب القاضي الماوردي وغيره ولكن الاشهر انه لا فرق ولو ركب الدابة لا للرد بطل حقه وإن ركبها للرد أو للسقي فوجهان (أظهرهما) البطلان أيضا لأنه ضرب انتفاع كما لو وقف على عيب الثوب فلبسه للرد نعم لو كانت جموحا بعسر قودها وسوقها فيعذر في الركوب (والثاني) وبه قال أبو حنيفة وابن سريج في جوابات جامع الصغير انه لا يبطل لأنه أسرع للرد وعلى الاول لو كان قد ركبها للانتفاع فاطلع على عيب بها لم يجز استدامته

[350]

وإن توجه للرد ولو كان لابسا فاطلع على عيب الثوب في الطريق فتوجه للرد ولم ينزع فهو معذور لان نزع الثوب في الطريق غير معتاد كذا قاله الماوردي ولو علف الدابة وسقاها في الطريق لم يضر وكذا لو حلب لبن البهيمة في الطريق لأنه مما حدث في ملكه ولو كان عليه سرج أو أكاف فتركهما عليها بطل حقه لأنه استعمال وانتفاع ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل أو تحميل ويعذر بترك العذار أو اللجام لانهما خفيفان ولا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعا ولان القرد يعسر دونهما وسئل الشيخ أبو حامد عما لو أنعلها في الطريق فقال ان كانت تمشي بلا نعل بطل حقه والا فلا * ولك أن تعلم قوله في الكتاب ويترك الانتفاع - بالواو - وكذا قوله وينزل عن الدابة وقوله ويضع لان القاضي الروياني نقل جواز الانتفاع في الطريق مطلقا حتى روي عن أبيه جواز وطئ الجارية الثيب (وقوله) الا أن يعسر عليه القود راجع إلى قوله من قبل أن كان راكبا وأن تخلل بينهما كلام آخر والله أعلم * قال (الرابع العيب الحادث مانع من الرد وطريق دفع الظلامة أن يضم أرش العيب الحادث إلى المبيع ويرده أو يغرم البائع له أرش العيب القديم وإن تنازعا في تعيين احد الملكين فالأصح ان طالب ارش العيب القديم أولى بالاجابة لان ارش العيب الحادث غرم وخيل لم يقتضه العقد) * إذا حدث بالمبيع عيب في يد المشتري بجناية أو أفة ثم اطلع على عيب قديم فلا يمكن الرد قهرا لما فيه من الاضرار بالبائع ولا تكليف المشتري القناعة به لما فيه من الاضرار به ولكن يعلم المشتري البائع بالحال فان

رضي به معينا قيل للمشتري اما أن ترده وأما أن تقنع به معينا ولا شيء وان لم يرض فلا بد من أن يضم المشتري ارش العيب الحادث إلى المبيع ليرده أو ان يغرم البائع للمشتري ارش العيب القديم ليمسكه رعاية للجانبين فان توافقا على أحد هذين المسلكين فذاك وان تنازعا فدعا احدهما إلى الرد مع ارش العيب الحادث ودعا الامر إلى الامساك وGRAMة ارش العيب القديم فحاصل ما اشتمل كلام الاصحاب عليه وجوه اختصرها الامام (احدها) أن المتبع رأى المشتري ويجبر البائع على ما يقوله لان الاصل ان لا يلزمه تمام الثمن الا بمبيع سليم فإذا تعذر ذلك فوضت الخيرة إليه ولان البائع ملبس بترويج المبيع فكان رعاية جانب المشتري أولى ويروي هذا الوجه عن مالك واحمد وعن أبي ثور أنه نصفه في القديم (والثاني) ان المتبع رأى البائع لانه اما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد

[351]

عليه (والثالث) وهو الاصح أن المتبع رأى من يدعو إلى الامساك والرجوع بارش العيب القديم سواء كان هو البائع أو المشتري لما فيه من تقرير العقد وأيضا فالرجوع بارش العيب القديم يستند إلى أصل العقد لان قضيته الا يستقر الثمن بكماله الا في مقابلة التسليم وضم ارش العيب الحادث ادخال شيء جديد لم يكن في العقد فكان الاول أولى فعلى هذا لو قال البائع رده مع ارش العيب الحادث فللمشتري ان يأتي ويغرم ارش القديم وما ذكرناه من اعلام المشتري البائع يكون على الفور حتى لو اخره من غير عذر بطل حقه من الرد والارش الا ان يكون العيب الحادث قريب الزوال غالبا كالرمد والحمى فلا يعتبر الفور في الاعلام على احد القولين بل له انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير ارش ومهما زال الشيء الحادث بعد ما اخذ المشتري ارش العيب القديم فهل له الفسخ ورد الارش فيه وجهان (أحدهما) لا واخذ ارش اسقاط للرد (والثاني) نعم والارش للحيلولة ولو لم يأخذه ولكن قضى القاضي بشوته فوجهان بالترتيب وأولى بجواز الفسخ * ولو تراضيا ولا قضاء فوجهان بالترتيب وأولى بالفسخ وهو الاصح في هذه الصورة واما بعد الاخذ فالاصح المنع وكذا بعد الحكم عند صاحب التهذيب * ولو عرف العيب القديم بعد زوال الحادث رد وفيه وجه ضعيف ولو زال العيب القديم قبل اخذ ارشه لم يأخذه وان زال بعد اخذه وورده ومنهم من جعله على وجهين كما لو ثبت سن المجني عليه بعد اخذ الدية هل يرد الدية * واعلم ان كل ما يثبت الرد على البائع لو كان في يده يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري ومالا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري الا في الاقل فلو خصى العقد ثم عرف عيبا قديما فلا رد وان زادت قيمته ولو نسي القرآن أو الحرفة ثم عرف به عيبا فلا رد لنقصان القيمة ولو زوجها ثم عرف بها عيبا فكذلك قال الروياني إلا أن يقول الزوج ان ردك المشتري بعيب فانت طالق كان ذلك قبل الدخول فله الرد لزوال المانع بالرد * ولو عرف عيب الجارية المشتراة من ابنه أو أبيه بعد ما وطئها وهي تيب فله الرد وإن حرمت على البائع لان القيمة لا تنقص بذلك وكذا لو كانت الجارية رضیعة فارضعتها أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم عرف بها عيبا واقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري بدين المعاملة أو بدين الانلاف مع تكذيب المولى لا يمنع من الرد بالعيب

[352]

القديم وان صدقه المولى على دين الائتلاف منع فان عفا المقر له بعد ما أخذ المشتري الارش هل له الفسخ ورد الارش فيه وجهان جاريان فيما إذا أخذ الارش لرهينة العبد أو كتابة أو إبلة أو عصبة ونحوها ان مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد قال في التهذيب (أصحهما) أنه لا فسخ * (فرع) حدث في يد المشتري نكتة بياض بعين العبد ووجد نكتة قديمة ثم زالت احديهما فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد ولا أرش وقال المشتري بل الحادثة ولي ارد فيحلفان على ما يقولان فان حلف احدهما دون الآخر قضى بموجب يمينه وان حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد واستفاد المشتري بيمينه أخذ الارش فان اختلفا في الارش فليس له الاقل الا لانه المستيقن (وقوله) في الكتاب (فالاصح) أن طالب ارش القديم يعنى من الاوجه الثلاثة ويجوز أن يعلم قوله أولى بالميم والالف لما حكينا من مذهبيهما والله أعلم * قال (وان كان المبيع حليا قوبل بمثل وزنه وضم الارش إليه إذا استراد جزء من الثمن للعيب القديم يوقع في الربا قال ابن سريج بفسخ العقد لتعذر إمضائه ولا برد الحلبي بل يقوم بالذهب ان كان من فضة أو على العكس حذارا من ربا الفضل وهو الاصح (وقيل) أنه لا يبالي بذلك إذ المحذور الزيادة في المقابلة في ابتداء عقده) * إذا اشترى حليا من ذهب أو فضة وزنه مائة مثلا بمائة من جنسه ثم اطلع على عيب قديم وقد حدث عنده عيب آخر ففيه ثلاثة أوجه (احدها) وبه قال ابن سريج انه لا يرجع بالارش لانه لو أخذ الارش لنقص الثمن عن المائة فتصير المائة مقابلة بما دونها وذلك ربوا ولا يرده مع ارش العيب الحادث لان المردود حينئذ يزيد على المائة المستردة وذلك ربوا فيفسخ العقد لتعذر مصابه ولا برد الحلبي على البائع لتعذر رده دون الارش ومع الارش فيجعل بمثابة مالو تلف ويغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيبا بالعيب القديم سليما عن العيب الحادث (والثاني) وبه قال الشيخ أبو حامد انه يفسخ البيع ويرد الحلبي مع ارش النقصان الحادث ولا يلزم الربا فان المقابلة بين الحلبي والثمن وهما متماثلان والعيب الحادث مضمون عليه كعيب المأخوذ

[353]

على جهة السوم فعليه غرامته (والثالث) عن صاحب التقريب والداركى انه يرجع بارش العيب القديم كما في غير هذه الصورة والمماثلة في مال الربا انما تشترط في ابتداء العقد وقد حصلت والارش حق ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق (واعلم) ان الوجه الاول والثاني متفقان على انه لا يرجع بارش العيب القديم وانه يفسخ العقد وانما اختلفا في انه يرد الحلبي مع ارش النقص أو يمسكه ويرد قيمته (واما) صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الارش ايضا كما في سائر الاموال وإذا أخذ الارش فقد قيل يجب ان يكون من غير جنس العوضين كيلا يلزم ربا الفضل (والاظهر) انه يجوز ان يكون من جنسهما لان الجنس لو امتنع اخذه لامتنع اخذ غير الجنس لانه يكون بيع مال

[354]

الربا بجنسه مع شئ آخر وذلك من صور مدعجوة * ثم ان صاحب الكتاب رأى الاصح الوجه المنسوب إلى ابن سريج وهو غير مساعد عليه بل اختيار القاضي الطبري وصاحب المهدب والعراقيين انما هو الثاني واختيار الامام وغيره الثالث * وذكر الامام أن أبعد الوجوه ما قاله ابن سريج (وقوله) فضم الارش إليه أو استرداد جزء من الثمن يوقع في الربا قبل ذكر الخلاف إنما كان يحسن كل الحسن أن لو كان ذلك متفقا عليه وكان الاختلاف في طريق الخلاص وليس كذلك بل صاحب الوجه الثاني لا يرى ضم الارش إليه موقعا في الربا وصاحب الثالث لا يرى الاسترداد موقعا فيه والاحسن في النظم أن يذكر قول ابن سريج اولا ويعلل تعذر الامضاء بذلك (وقوله) وقيل

[355]

لا يبالي بذلك يمكن تنزيهه على الوجه الثاني وعلى الثالث ولو عرف العيب القديم بعد تلف الحلبي عنده فالذي أورده صاحب الشامل والتتمة انه يفسخ العقد ويسترد الثمن ويعرم قيمة التالف ولا يمكن أخذ الارش للربا وفيه وجه آخر أنه يجوز أخذ الارش قال في التهذيب وهو الاصح وعلى هذا ففي اشتراط كونه من غير الجنس ما مر ولا يخفى ان المسألة لا تختص بالحلبي والنقديين بل تجرى في كل مال من أموال الربا بيع بجنسه والله أعلم * قال (وإذا أنعل الدابة فاراد ردها بالعيب فلينزع النعل فان كان النزع يعيبه فليسمح بالنعل والا فليس له على البائع أرش ولا قيمة النعل وان صبح الثوب بما زاد في قيمته فطلب قيمة الصبح له

[356]

وجه ولكن ادخال الصبح وهو دخيل في ملك البائع كادخال ارش العيب (الحادث) * في الفصل صورتان (الاولى) إذا أنعل الدابة المشتراة ثم وقف على عيب قديم بها ينظر ان لم يعيبها نزع النعل فله النزع والرد وان لم ينزع والحالة هذه لم يجب على البائع القبول وان كان النزع يخرم ثقب المسامير ويتعيب الحافر به فنزع بطل حقه من الرد والارش وكان تعيبه بالاختيار قطعاً للخيار وفيه احتمال للامام ولوردها مع النعل اجبر البائع على القبول وليس للمشتري طلب قيمة النعل فانه حقير في معرض رد الدابة ثم ترك النعل من المشتري تمليك حتى يكون للبائع لو سقط أو اعراض حتى يكون للمشتري فيه وجهان اشبههما الثاني. (الثانية) لو صبح الثوب بما زاد في قيمته ثم عرف عيبه

[357]

فان رضى بالرد من غير ان يطالب بشئ فعلى البائع قبوله وبصير الصبح ملكا له فانه صفة للثوب لا تزايله وليس كالنعل هذا لفظ امام الحرمين قال ولا صائر إلى انه يرد الثوب ويبقى شريكاً بالصبح كما يكون مثله في المغصوب والاحتمال يتطرق إليه وان أراد الرد وأخذ قيمة الصبح ففي

وجوب الاجابة على البائع وجهان (أظهرهما لا يجب لكن يأخذ المشتري الارش ولو طلب المشتري أرش العيب وقال البائع رد الثوب لا غرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب منهما وجهان (الذي) أورده ابن الصباغ والمتولي ان المجاب البائع ولا أرش للمشتري * ولما حكى الامام الخلاف في الطرفين ذكر ان الصبغ الزائد قد جرى مجرى ارش العيب الحادث في طرفي المطالبة ومعناه أنه إذا قال البائع رد مع الارش

[358]

وقال المشتري بل أمسك وأخذ الارش ففيمن يجاب وجهان * وكذا إذا قال المشتري أردته مع الارش وقال البائع بل اغرم الارش وهذا ظاهر للمتأمل في الوجوه الثلاثة المذكورة هناك إذا أفرد أحد الجانبين بالنظر ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث ما أشار إليه صاحب الكتاب وهو ان ادخال الصبغ في ملك البائع مع أنه دخيل في العقد كادخال الارش الدخيل ثم ظاهر لفظ الكتاب يقتضي عود الوجوه الثلاثة هاهنا حتى يقال المجاب منهما في وجه من يدعو إلى فضل الامر بالارش القديم وقد صرح به في الوسيط ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره ويتقدير ثبوته فقد بينا ثم ان الاصح الوجه الثالث وههنا قضية ايراد الائمة انه لا يجاب المشتري إذا طلب

[359]

الارش كما مر (وقوله) فطلب قيمة الصبغ له وجه المعنى الذي ينبغي أن تنزل عليه هذه الكلمة ان طلب قيمة الصبغ ليس كطلب قيمة النعل فان النعل تابع بالاضافة إلى الدابة حقير والصبغ بخلافه فان هذا الطلب متجه وذاك مستنكر * ولو قصر الثوب ثم وقف على العيب فيبني على أن القصاره عين أو أثر (إن قلنا) بالاول فهي كالصبغ (وان قلنا) بالثاني رد الثوب ولا شئ له كالزيادات المتصلة وعلى هذا فقس نظائره والله أعلم * قال (ولا يرد البطيخ (ح و) والجوز والبيض واللوز بعد السكر وان وجده معيبا بل يأخذ ارش العيب وقيل ان له الرد (م ح و) وضم أرش الكسر إليه) *

[360]

إذا اشترى ما مأكوله في جوفه كالبطيخ والرانج والرمان والجوز واللوز والغندق والبيض فكسره ووجده فاسدا ينظر ان لم يكن لفاسده قيمة كالبيضة المدرة التي لا تصلح لشيء والبطيخة الشديدة التغير رجع المشتري بجميع الثمن نص عليه وكيف سبيله قال معظم الاصحاب تبين فساد البيع لوروده على غير متقوم وعن القفال في طائفة انه لا يتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الطلامة فكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع وتظهر ثمرة هذا الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يكون عليه تطهير الموضوع عنها * وإن كان

لغاسده قيمة كالرانج وبيض النعام والبطيخ إذا وجده حامضا أو مدود بعض
الاطراف فلكسر حالتان (إحدهما)

[361]

أن لا يوقف على ذلك الفساد إلا بمثله ففيه قولان (أحدهما) وبه قال أبو
حنيفة والمزني أنه ليس الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه
وعلى هذا هو كسائر العيوب الحادثة فيرجع المشتري بارش العيب القديم
أو يضم ارش النقصان إليه ويرده كما سبق (وقوله) في الكتاب بل يأخذ
الارش أن لم يتراضيا على الرد مع الارش لانه لا يعدل عنه بحال (والثاني)
له ذلك وبه قال مالك وكذا أحمد في رواية لانه نقص لا يعرف العيب الا به
فلا يمنع الرد كالمصرأة وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح القول الاول وبه قال
صاحب التهذيب لكن القاضي الماوردي والشيخ أبا حامد ومن تابعه رجحوا
الثاني وبه قال القاضي الروباني وغيره * وإذا فرعنا على الثاني فهل
يغرم ارش

[362]

الكسر فيه قولان (أحدهما) نعم وهو الذي أورده في الكتاب كما يرد
المصرأة ويغرم (والثاني) لا لانه لا يعرف العيب الا به فهو معذور فيه
والبائع بالبيع كانه سلطه عليه وهذا أصح عند صاحب التهذيب وغيره (فان
قلنا) بالاول غرم ما بين قيمته صحيحا فاسد اللب ومكسورا فاسد اللب ولا
نظر إلى الثمن (الحالة الثانية) أن يمكن الوقوف على ذلك الفساد باقل من
ذلك الكسر فلا رد كما في سائر العيوب وعن أبي اسحق أن بعض الاصحاب
طرد القولين * إذا عرفت ذلك فكسر الجوز ونحوه وثقب الرانج من صور
الحالة الاولى وكسر الرانج وترضيض بيض النعام من صور الحالة الثانية
وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شئ فيه وكذا
التقوير الكبير

[363]

إذا أمكن معرفتها بالتقوير الصغير والتدويد لا يعرف الا بالتقوير وقد يحتاج
إلى الشق ليعرف وقد يستغني في معرفة حال البيض بالقلقلة عن الكسر
وليست الحموضه بعيب في الرمان بخلاف البطيخ فان شرط في الرمان
الحلاوة فبان حامضا بالغرزر رده وان بان بالشق فلا * (فرع) إذا اشترى ثوبا
مطوبا وهو مما ينقص بالنشر فنشره ووقف على عيب به لا يوقف عليه الا
بالنشر فيه القولان كذا أطلقه الاصحاب على طبقاتهم مع جعلهم بيع
الثوب المطوي من صور بيع الغائب ولم يتعرض الأئمة لهذا الاشكال فيما
رأيت الا من وجهين (أحدهما) ذكر إمام الحرمين أن هذا الفرع مبني على
تصحيح بيع الغائب (والثاني) قال صاحب الحاوي

[364]

وغيره ان كان مطويا أكثر من طاقين لم يصح البيع ان لم تجوز خيار الرؤية وان كان مطويا على طاقين يصح البيع لانه يرى جميع الثوب من جانبه وهذا حسن لكن المطوى على طاقين لا يرى من جانبه إلا أحد وجهي الثوب وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق وراء ما ذكره تنزيلا (أحدهما) أن يفرض رؤية الثوب قبل الطي والطي قبل البيع ويستمر الفرع (والثاني أن ما ينقص بالنشر مرة ينتقص بالنشر مرتين فوق ما ينتقص به مرة واحدة فلو نشر مرة وبيع وأعيد طيه ثم نشره المشتري وزاد النقصان بذلك انتظم الفرع والله اعلم * قال (وإذا اشترى عبدا من رجلين فله أن يفرد أحدهما (ح) برد نصيبه وإذا اشترى رجلا

[365]

عبدا من واحدا فلاحدهما أن يفرد نصيبه بالرد على أصح القولين) * (المبيع في الصفقة الواحدة اما شئ واحد أو شيئين فان كان الثاني كما لو اشترى عبدين فخرجا معيين فله ردهما وكذا لو خرج أحدهما معيا واما أفراد المعيب بالرد فقد ذكرناه في تفريق الصفقة * وان كان لأول كما لو اشترى دارا أو عبدا فخرج معيا فليس له رد بعضه ان كان الباقي قائما في ملكه لما فيه من تشقيص ملك البائع عليه فان رضى البائع جاز في أصح الوجهين وان كان الباقي زائلا كما إذا عرف العيب بعد بيع بعض المبيع فقد حكى الشيخ أبو علي في رد الباقي طريقين (أحدهما) أنه على قولين بناء على تفريق الصفقة (وأصحهما) القطع بالمنع كما لو كان الباقي قائما في ملكه

[366]

وعلى هذا فهل يرجع بالارش (أما) للقدر المبيع فكما ذكرنا إذا باع الكل (وأما) للقدر الباقي فوجهان قال في التهذيب (أصحهما) أنه يرجع لتعذر الرد ولا ينتظر عود الرائل ليرد الكل كما لا ينتظر زوال العيب الحادث والوجهان جاريان فيما إذا اشترى عبدين وباع أحدهما ثم عرف العيب ولم تجوز رد الباقي هل يرجع بالارش ولو اشترى ومات وخلف ابنين فوجدا به عيبا (فالاصح) وهو قول وهو قول ابن الحداد أنه لا يفرد احدهما بالرد لان الصفقة وقعت متحدة ولهذا لو سلم احد الابنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف إليه وفيه وجه أنه يفرد لانه رد جميع ما ملك * هذا كله فيما إذا اتحد المتعاقدان (أما) إذا اشترى رجل عبدا من رجلين وخرج معيا فله أن يفرد نصيب أحدهما

[367]

بالرد لان تعدد البائع يوجب تعدد العقد وأيضا لا يتشقص على المردود عليه ما خرج عن ملكه * ولو اشترى رجلان عبدا من واحد فقولان (أصحهما) أن ينفرد بالرد لانه رد جميع ما ملك كما ملك وبهذا قال أحمد وكذا مالك في رواية (والثاني) يحكى عن رواية أبي مور وبه قال أبو حنيفة أنه ليس له الانفرد لان العبد خرج عن ملك البائع كاملا والآن يعود إليه بعضه وبعض الشيء لا يشتري بما يخصه من الثمن لو بيع كله * (التفريع) ان جوزنا الانفرد فانفرد أحدهما فتبطل الشركة بينهما ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسك الممسك واسترده الراد حكى القاضى الماوردى

[368]

فيه وجهين (أصحهما) أولهما * وان منعنا الانفرد فذاك فيما ينتقص بالتبعض (وأما) ما لا ينتقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعض أو اتحاد الصفقة * ولو أراد الممنوع من الرد الارش قال الامام ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الاخر بان أعتقه وهو معسر فله أخذ الارش وان لم يحصل نظر ان رضى صاحبه بالعيب فيبنى على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه واراد ان يرد الكل ويرجع بنصف الثمن هل يجبر على قبوله كما في مسألة الغل وفيه وجهان (ان قلنا لا أخذ الارش (وان قلنا) نعم فكذلك في أصح الوجهين لانه توقع بعيد وان كان صاحبه غائبا لا يعرف الحال في الارش وجهان من جهة الحيلولة الناجزة ولو اشترى

[369]

رجلان عبدا من رجلين كان كل واحد منهما مشتريا ربع العبد من كل واحد من البائعين فلكل واحد رد الربع إلى أحدهما * ولو اشترى ثلاثة من ثلاثة كان كل واحد منهم مشتريا تسع العبد من كل واحد من الباعة * ولو اشترى رجلان عبيد من رجلين فقد اشترى كل واحد من واحد ربع كل واحد فلكل واحد رد جميع ما اشترى من كل واحد عليه * ولو رد أحد العبيد وحده ففيه قولاً التفريق * لو اشترى بعض عبد في صفقة وباقيه في صفقة اما من البائع الاول أو غيره فله رد احد البعضين خاصة لتعدد الصفقة ولو علم بالعيب بعد العقد الاول ولم يمكنه الرد فاشترى الباقي فليس له رد الباقي وله رد الاول عند الامكان والله اعلم *

[370]

قال (وإذا تنازعا في قدم العيب وحدوثه فالقول قول البائع إذ الأصل لزوم العقد فيحلف أنى بعته وأقبضته وما يوجب) * إذا وجد بالمبيع عيبا فقال البائع عيبا أنه حدث عند المشتري وقال المشتري بل كان عندك نظرا أن كان العيب مما لا يحتمل حدوثه بعد البيع كالاصبع الزائدة وشين الشجة المتدملة والبيع جرى أمس فالقول قول المشتري من غير يمين وإن لم يحتمل تقدمه كالجراحة الطرية وقد جرى البيع والقبض منذ سنة فالقول قول البائع من غير يمين وإن كان مما يحتمل حدوثه وقدمه كالبرص وهو المراد من مسألة الكتاب فالقول قول البائع مع يمينه لأن الأصل لزوم العقد واستمراره وكيف يحلف ينظر

[371]

في جوابه لدعوى المشتري فإذا ادعى المشتري بأن بالمبيع عيبا كان قبل البيع أو قبل القبض وأراد الرد فقال في الجواب ليس له الرد على العيب الذي يذكره أو لا يلزمني قبوله حلف على ذلك ولا يكلف التعرض لعدم العيب يوم البيع ولا قبل القبض لجواز أنه أقبضه معيبا وهو عالم به أو أنه رضي بعد البيع ولو نطق به لصار مدعيا مطالبا بالبينة ولو قال في الجواب ما بعته إلا سليما أو ما أقبضته إلا سليما فهل يلزمه أن يحلف كذلك أو يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق الرد أو لا يلزمني قبوله فيه وجهان (أحدهما) أنه يكفيه الجواب المطلق كما لو اقتصر عليه في الجواب (وأظهرهما) أنه يلزمه التعرض لما تعرض له في الجواب لتكون اليمين مطابقة للجواب ولو كان له غرض في الاقتصار على الجواب المطلق لوجب الاقتصار عليه

[372]

في الجواب وهذا ما أورده صاحب التهذيب وغيره وهذا التفصيل والخلاف جاريان في جميع الدعاوى والاجوبة * إذا تقرر ذلك فاعلم أن لفظ الشافعي رضي الله عنه في المسألة أن القول قول البائع مع يمينه على البت لقد باعه بريئا من العيوب واعترض المزني فقال ينبغي أن يحلف لقد أقبضته بريئا من العيب لأن ما يحدث قبل القبض يثبت الرد كالسابق على البيع * وتكلم الاصحاب على اعتراضه بحسب الخلاف المذكور فمن اعتبر كون اليمين وفق الجواب قال أراد الشافعي رضي الله عنه ما إذا ادعى المشتري عيبا سابقا على الرد وأراد الرد به وقال البائع في الجواب بعته وما به هذا العيب فيحلف كذلك * ولو قال المشتري قبضته معيبا ونفاه البائع

[373]

في الجواب حلف كما ذكره المزني ولو اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق الرد لم يلزمه ذكر هذا ولا ذلك * ومن قال تكفى اليمين على نفى

الاستحقاق بكل حال قال لم يقصد الشافعي رضي الله عنه أن الان على ماذا يحلف ولاى وقت يتعرض ولكن أراد أن يتبين أنه يحلف على البت فلا يقول مثلا بعته وما أعلم به عيبا ولكن يقول بعته وما به عيب ويجوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد واطلع على خفايا أمره كما يجوز بمثله الشهادة على الاعسار وعدالة الشهود وغيرهما * وعند عدم الاختبار يجوز الاعتماد على ظاهر السلامة إذا لم يعرف ولا ظن خلافه (وقوله) في الكتاب بعته وأقبضته وما به عيب محمول على ما إذا نفى في جواب المشتري العيب في الحالتين واعتبرنا

[374]

موافقة اليمين للجواب لفظا ومعني والا فمدار الرد التعيب عند القبض حتى لو كان معيبا عند البيع وقد زال العيب فلا رد له بما كان بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حق الرد * ولو زعم المشتري أن بالمبيع عيبا وأنكره البائع فالقول قوله لان الاصل السلامة ودوام العقد ولو اختلفا في بعض الصفات أنه هل هو عيب فالقول قول البائع أيضا مع يمينه وهذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما قال في التهذيب فان قال واحد من أهل العلم به انه عيب ثبت الرد به * واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين * ولو ادعى البائع علم المشتري بالعيب أو تقصيره في الرد فالقول قول المشتري والله أعلم * قال (ولا يمتنع الرد بوطئ الثيب (ح) والاستخدام ولا بالزوائد (ح) المنفصلة بل تسلم (م)

[375]

الزوائد للمشتري إن حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبل القبض على أقيس الوجهين * والحمل الموجود عند العقد يسلم أيضا للمشتري على أصح القولين) * أصل مسائل الفصل أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله لان العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى فكذلك الفسخ * هذا هو المذهب الصحيح وفيما إذا انفسخ قبل القبض وجه انه يرد العقد من أصله لان العقد ضعيف بعد فإذا فسخ فكأنه لا عقد وفي التتمة ذكر وجه انه يرفع العقد من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجود مهر المثل إذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المسيس * إذا عرف ذلك فالمسائل ثلاث (أحداها لا خلاف ان الاستخدام لا يمنع من الرد بالعيب وأما الوطئ فالجارية

[376]

اما بكر أو ثيب فان كانت ثيبا فوطئ المشتري لا يمنع الرد بالعيب وإذا رد لم يضم إليه مهرا وبه قال مالك وهو رواية عن احمد وقال أبو حنيفة يمنع * لنا انه معنى لا يوجب نقصا ولا يشعر برضى فاشبهه الاستخدام * ووطئ البائع والاجنبي بالشبهة كوطئ المشتري لا يمنع الرد ووطئهما عن طواعية منها زنا وذلك عيب حادث هذا إذا وطئت بعد القبض فان وطئها

المشتري قبل القبض لم يمنع الرد ولا يصير قابضا لها ولا مهر عليه ان سلمت وقبضها وان تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع فيه وجهان مبنيان على أن العقد إذا انفسخ بتلف قبل القبض ينفسخ من أصله أو من حينه وفيه وجهان (أصحها) الثاني وبه قال ابن سريج * وان وطئها أجنبي فهي زانية وهو عيب حدث قبل القبض

[377]

وان كانت مكرهة فللمشتري المهر ولا خيار له بهذا الوطئ ووطئ البائع كوطئ الاجنبي لكن لا مهر عليه ان قلنا ان جنابة البائع قبل القبض كالإفاهة السماوية (وأما) البكر فافتضاؤها بعد القبض نقص حادث وقبله جنابة على المبيع قبل القبض فان افتضاها أجنبي بغير آلة الافتضاض فعليه ما نقص من قيمتها وان أفتض بآلته فعليه المهر وارش البكارة هل يدخل فيه أو يفرد فيه وجهان (اصحهما) يدخل فعليه مهر مثلها بكرا (والثاني) يفرد فعليه ارش البكارة ومهر مثلها ثيبا ثم المشتري ان أجاز العقد فالكل له والا فقدر ارش البكارة للبائع لعودها إليه ناقصة والباقي للمشتري * وان افتضاها البائع فان أجاز المشتري فلا شئ على البائع ان قلنا ان جنابته كالإفاهة السماوية وان قلنا انها كجنابة الاجنبي فالحكم كما في

[378]

الاجنبي وان فسخ المشتري فليس على البائع ارش البكارة وهل عليه مهر مثلها ثيبا ان افتض بآلته يبيى على أن جنابته كالإفاهة السماوية أم لا وان افتضاها المشتري استقر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها فان سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكامله وان تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقصان الافتضاض من الثمن وهل عليه مهر مثل ثيب ان افتضاها بآله الافتضاض يبيى على أن العقد ينفسخ من أصله أو من حينه هذا هو الصحيح وفيه وجه أن افتضاض المشتري قبل القبض كافتضاض الاجنبي * (المسألة الثانية) الزيادة في المبيع ضربان متصله ومنفصلة (أما) المتصلة كالسمن وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجرة فهي تابعة لرد الاصل ولا شئ على البائع بسببها (وأما) المنفصلة كما إذا أجر المبيع

[379]

وأخذ أجرته وكالولد والثمرة وكسب العبد ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة فانها لا تمنع الرد بالعيب وتسلم للمشتري وبه قال أحمد * وقال ابو حنيفة الولد والثمرة يمنعان الرد بالعيب والكسب والغلة لا يمنعان لكن ان رد قبل القبض ردهما مع الاصل وان رد بعده بقيا له * وقال مالك يرد مع الاصل الزيادة التي هي من جنس الاصل وهي الولد ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة * لنا ما روي (أن مخلد بن خفاف ابتاع غلاما استغله ثم اصاب به عيبا فقضى له عمر بن عبد العزيز برده وغلته فاخبره عروة عن عائشة

رضى الله عنها إن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في مثل هذا ان
الخراج بالضمان فرد عمر رضي الله عنه قضاءه وقضى لمخلد بالخراج (1)
ومعنى الخبر ان ما يخرج من المبيع من فائدة وغلة فهو للمشتري

[380]

في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه ولا فرق بين الزوائد الحادثة قبل
القبض والزوائد الحادثة بعده مهما كان الرد بعد القبض وان كان الرد قبله
ففي الزوائد وجهان بناء على ان الفسخ والحالة هذه رفع للعقد من اصله
أو من حينه (والاصح) أنها تسلم للمشتري أيضا (وقوله) في الكتاب وكذلك
ان حصلت قبل القبض على أقبس الوجهين يقتضي كون الزوائد الحاصلة
قبل القبض على وجهين وان كان الرد بعد القبض لكنه ليس كذلك كذا قاله
الامام وغيره وموضع الوجهين ما إذا كان الرد قبل القبض فاعرف ذلك
واعلم أنه لو نقصت البهيمة أو الجارية بالولادة امتنع الرد للنقص الحادث
وان لم يكن الولد مانعا وتكلموا في افراد الجارية بالرد وان لم تنقص
بالولادة من

[381]

جهة أنه تفريق بين الام والولد فقال قائلون لا يجوز الرد ويتعين الارش الا
ان يكون الوقوف على العيب بعد بلوغ الولد سنا لا يحرم بعده التفريق
وقال آخرون لا يحرم التفريق ههنا للحاجة وسنذكر نظيره في الرهن
(المسألة الثالثة) عرفت حكم الولد الحادث بعد البيع (فاما) إذا اشترى جارية
أو بهيمة حاملا ثم وجد بها عيبا فان كان حاملا بعد ردها كذلك وان وضعت
الحمل ونقصت بالولادة فلا رد وان لم تنقص ففي رد الولد معها قولان بناء
على أن الحمل هل يعرف ويأخذ قسما من الثمن أم لا والاصح نعم ويخرج
على هذا الخلاف أنه هل للبائع حبس الولد إلى استيفاء الثمن وانه لو هلك
قبل القبض هل يسقط من الثمن بحصته وانه هل للمشتري بيع الولد قبل
القبض فان قلنا له قسط

[382]

من الثمن جاز الحبس وسقط الثمن ولم يجز البيع والا انعكس الحكم * ولو
اشترى نخلة عليها طلع غير مؤبر ووجد بها عيبا بعد التأبير ففي الثمرة
طريقان (أظهرهما) أنه على القولين في الحمل وتشبيها للثمرة في
الكمام بالحمل في البطن (والثاني) القطع بانها تأخذ قسما من الثمن
لأنها مشاهدة متيقنة ولو اشترى جارية أو بهيمة حائلا فحبلت ثم اطلع على
عيب فان نقصت بالحمل فلا رد ان كان الحمل في يد المشتري وان لم
تنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرد وحكم الولد مبني على الخلاف
السابق (ان قلنا) أنه يعرف ويأخذ قسما من الثمن يبقى للمشتري فيأخذه

إذا انفصل * وحكى القاضي الماوردي وجها أنه للبائع لاتصاله بالام عند الرد (وان قلنا) إنه لا يعرف ولا يأخذ قسطا فهو للبائع ويكون تبعا

[383]

للام عند الفسخ كما يكون تبعا لها عند العقد واطلق بعضهم القول بان الحمل الحادث نقص (أما) في الجوارى فلانه يوتر في الجمال والنشاط (وأما) في البهائم فلانه ينقص لحم المأكول ويخل بالحمل عليها والركوب * ولو اشترى نخلة واطلعت في يده ثم اطلع على عيب فلمن الطلع فيه وجهان * ولو كان على ظهر الحيوان صوف عند البيع فجزه ثم عرف به عيبا رد الصوف معه فان استجز ثانيا وجزه ثم عرف العيب لم يرد الثاني لحدوثه في ملكه وان لم يجز رده تبعا * ولو اشترى أرضا فيها اصول الكراث ونحوه وادخلناها في البيع فنبت في يد المشتري ثم عرف بالارض عيبا يردّها ويبقى النابت للمشتري فانها ليست تبعا للارض الا ترى ان الظاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه والله أعلم *

[384]

قال (والاقالة فسخ (م) على الجديد الصحيح ولا يتوقف الرد بالعيب على حضور الخصم وقضاء القاضي (ح)) * الاقالة بعد البيع جائزة بل إذا ندم احدهما على الصفقة استحب للاخران يقيه روى انه صلى الله عليه وسلم قال (من أقال أخاه المسلم صفقة كرهها أقال الله عثرته يوم القيامة) (1) والاقالة ان يقول

[385]

المتبايعان تقايلا أو تفاسخنا أو يقول احدهما أقلت ويقول الاخر قبلت وما أشبه ذلك وفي كونها بيعا أو فسحا قولان (أحدهما) وبه قال مالك أنها بيع لانها نقل ملك بعوض بايجاب وقبول فاشبهت التولية (وأصحهما) أنها فسخ إذ لو كانت بيعا لصحت مع غير البائع وبغير الثمن * وذهب بعضهم إلى أن القولين في لفظ الاقالة فاما إذا قالا تفاسخنا فهو فسخ لا محالة (واعلم) أن القول الثاني منصوص في الجديد وأما الاول فمنهم من حكاها وجها والاكثرون نقلوه عن نصه في القديم وعن أبي حنيفة ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما * (التفريع) ان كانت بيعا تجدد بها الشفعة وان كانت فسحا فلا خلافا لابي حنيفة * ولو تقايلا

[386]

في الصرف وجب التقابض في المجلس ان كانت بيعا وان كانت فسخا فلا وتجوز الاقالة قبل قبض المبيع ان كانت فسخا وان كانت بيعا فهي كبيع المبيع من البائع قبل القبض وتجوز في السلم قبل القبض ان كانت فسخا وان كانت بيعا فلا ولا تجوز الاقالة بعد تلف المبيع ان كانت بيعا وان كانت فسخا فوجهان (احدهما) المنع كالرد بالعيب (وأصحها) الجواز وهو اختيار أبي زيد كالفسخ بالتحالف فعلى هذا يرد المشتري على البائع مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان كان متقوما * ولو اشترى عبدين وتلف أحدهما ففي الاقالة في الثاني وجهان بالترتيب إذ القائم تصادفه الاقالة فيستتبع النالف * وإذا تقايلا والمبيع في يد المشتري بعد لم ينفذ تصرف البائع فيه ان كانت بيعا ونفذ ان كانت فسخا

[387]

فان تلف في يده انفسخت الاقالة ان كانت بيعا وبقي البيع بحاله وان كانت فسخا فعلى المشتري الضمان لانه مقبوض على حكم العوض كالمأخوذ قرضا أو سوما والواجب فيه ان كان متقوما أقل القيمتين من يوم العقد والقبض ولو تعيب في يده فان كان بيعا تخير البائع بين ان يجيز الاقالة ولا شئ له وبين ان يفسخ ويأخذ الثمن وان كان فسخا غرم أرش العيب ولو استعمله بعد الاقالة فان جعلناها بيعا فهو كالمبيع يستعمله البائع وان جعلناها فسخا فعليه الاجرة ولو عرف البائع بالمبيع عيبا كان قد حدث في يد المشتري قبل الاقالة فلا رد له ان كانت فسخا وان كانت بيعا فله رده ويجوز للمشتري حبس المبيع لا سترداد الثمن على القولين * ولا يشترط ذكر الثمن في الاقالة ولا تصح الا

[388]

بذلك الثمن فلو زاد أو نقص فسدت وبقي البيع بحاله حتى لو اقاله على أن ينظره بالثمن أو على أن يأخذ الصحاح عن المكسرة لم يجز ويجوز للورثة الاقالة بعد موت المتبايعين ويجوز الاقالة في بعض المبيع كما تجوز في كله قال الامام رحمه الله هذا إذا لم تلزم جهالة اما إذا اشترى عبدين وتقايلا في احدهما مع بقاء الثاني لم يجز على قولنا انه بيع للجهل بحصة كل واحد منهما * وتجوز الاقالة في بعض المسلم فيه ايضا لكن لو اقاله في البعض ليعجل له الباقي أو عجل المسلم إليه البعض ليقيله في الباقي فهي فاسدة (وأما) قوله ولا يتوقف الرد بالعيب إلى آخره فقد ذكرته من قبل وتختتم الباب بفروع *

[389]

(أحدها) الثمن المعين إذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع وان لم يكن معيبا فيستبدل ولا يفسخ العقد سواء خرج معيبا بخشونة أو سواد أو ظهر أن سكتة مخالفة لسكة النقد الذي تناوله العقد أو خرج نحاسا أو رصاصا * ولو

تصارفا وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبضه خلافا له حالان (إحدهما) ان يرد العقد على معينين فان خرج أحدهما نحاسا فالعقد باطل لانه بان أنه غير ما عقد عليه وقيل إنه صحيح تغليا للإشارة وهذا إذا كان له قيمة فان لم يكن لم يجئ فيه هذا الخلاف وان خرج بعضه بهذه الصفة بطل العقد فيه وفي الباقي قولا بتفريق الصفقة إن لم تبطل فله الخيار فان أجاز والجنس مختلف بان تبايعا فضة بذهب جاء القولان في أن الاجازة بجميع الثمن أو بالحصه وان كان الجنس متفقا فالاجازة بالحصه لا محالة

[390]

لامتناع الفضل * وان خرج أحدهما خشنا أو أسود فلمن أخذه الخيار ولا يجوز الاستبدال وان خرج بعضه كذلك فله الخيار أيضا وهل له الفسخ في المعيب والاجازة في الباقي فيه قولا بتفريق فان جوزنا فالاجازة بالحصه لان العقد صح في الكل فإذا ارتفع في البعض كان بالقسط (الحالة الثانية) أن يرد على ما في الذمة ثم يحضرا ويتقابضا فان خرج أحدهما نحاسا وهما في مجلس العقد استبدل وإن تفرقا فالعقد باطل لان المقبوض غير ما ورد عليه العقد وان خرج خشنا أو أسود فان لم يتفرقا بعد فهو بالخيار بين الرضا به وبين الاستبدال وان تفرقا فهل له استبداله فيه قولان (أحدهما) لا لانه قبضه بعد التفريق (وأصحهما) نعم كالمسلم فيه إذا خرج معيبا وهذا لان القبض الاول صحيح إذ لو رضي به جاز والبديل مأخوذ فقام مقام

[391]

الاول ويجب أخذ البديل قبل التفريق عن مجلس الرد * وان خرج البعض كذلك وقد تفرقا فان جوزنا الاستبدال استبدله والا فهو بالخيار بين فسخ العقد في الكل والاجازة وهل له الفسخ في ذلك القدر والاجازة في الباقي فيه قولا بتفريق * ورأس مال السلم حكمه حكم عوض الصرف ولو وجد أحد المتصارفين بما أخذ عيبا بعد تلفه أو تبايعا طعاما بطعام ثم وجد أحدهما بالمأخوذ عيبا بعد تلفه نظر إن ورد العقد على معينين أو على ما في الذمة وعين وقد تفرقا ولم نجوز الاستبدال فان كان الجنس مختلفا فهو كبيع العرض بالنقد وان كان متفقا ففيه الخلاف الذي سبق في مسألة الحلبي وان ورد على ما في الذمة ولم يتفرقا بعد غرم ما تلف عنده ويستبدل وكذا ان تفرقا وجوزنا الاستبدال * ولو وجد المسلم

[392]

إليه برأس مال السلم عيبا بعد تلفه عنده فان كان معيناً أو في الذمة وعين وقد تفرقا ولم نجوز الاستبدال فيسقط من المسلم فيه بقدر نقصان العيب من قيمة رأس المال وان كان في الذمة وهما في المجلس يغرم التالف ويستبدل وكذا لو كان بعد التفريق إذا جوزنا الاستبدال * (الثاني) باع عبدالف وأخذ بالالف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده فعن القاضي

أبي الطيب أنه يرجع بالثوب لان الثوب إنما ملكه بالثمن فإذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فيفسخ بيع الثوب به وقال الاكثرون يرجع بالالف لان الثوب مملوك بعقد آخر ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع قال ابن سريج يرجع بالالف دون الثوب لان الانفساخ بالتلف يقطع العقد

[393]

ولا يرفعه من أصله وهو الاصح وفيه وجه آخر * (الثالث) باع عصيرا حلوا فوجد المشتري به عيبا بعد ما تخمر فلا سبيل إلى رد الخمر لكن يأخذ الارش فان تخلل فللبائع أن يسترده ولا يدفع الارش * ولو اشترى ذمي خمرا من ذمي ثم أسلما وعرف المشتري بالخمر عيبا استرد جزءا من الثمن على سبيل الارش ولا رد ولو أسلم البائع وحده فلا رد أيضا ولو أسلم المشتري وحده فله الرد قاله ابن سريج وعلله بأن المسلم لا يملك الخمر والن يزيل يده عنه * (الرابع) مؤنة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب على المشتري ولو هلك في يده ضمنه *

[394]

(الخامس) لو اختلفا في الثمن بعد رد المبيع فعن أبي الحسين أن ابن أبي هريرة قال أعيتني هذه المسألة والاولى أن يتحالفا وتبقى السلعة في يد المشتري وله الارش على البائع قيل له إذا لم يتبين الثمن كيف يعرف الارش قال احكم بالارش من القدر المتفق عليه قال أبو الحسين وحكى أبو محمد الفارسي عن أبي اسحق أن القول قول البائع لانه الغارم كما لو اختلفا في الثمن بعد الاقالة وهذا هو الصحيح * ولو دفعت الحاجة إلى الرجوع بالارش فاختلغا في الثمن فالقول قول البائع أو المشتري روى القاضي ابن كج فيه قولين والاصح الاول * (السادس) أوصي إلى رجل ببيع عبده أو ثوبه وشراء جارية بثمانه واعتاقها ففعل الوصي ذلك ثم وجد

[395]

المشتري عيبا بالعبد فله رده على الوصي ومطالبته بالثمن كما يرد على الوكيل والوصي يبيع العبد المردود ويدفع الثمن إلى المشتري ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهي للوكيل بيعة ثانيا فيه وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة نعم كالوصي ليتم البيع على وجه لا يرد عليه (واصحهما) لانه امتثل الأمور وهذا ملك جديد فيحتاج فيه إلى إذن جديد وبخالف الايضاء فانه تولية وتفويض كلي * ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري فامتثل ورد المشتري (فان قلنا) ملك البائع لم يزل فله بيعة ثانيا (وان قلنا) زال وعاد فهو كالرد بالعيب ثم إذا باعه الوصي ثانيا نظر ان باعه بمثل الثمن الاول فذاك وان باعه بأقل فالتقصان على الوصي أو في ذمة الموصي فيه وجهان (أصحهما) الاول وبه قال ابن

[396]

الحداد لانه انما أمره بشراء الجارية بثمن العبد لا بالزيادة عليه وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غرم جميع الثمن ولو باعه بأكثر من الثمن الاول فان كان ذلك لزيادة قيمة أو رغبة راغب دفع قدر الثمن إلى المشتري والباقي للوارث وان لم يكن كذلك فقد بان أن البيع الاول باطل للغبن * ويقع عتق الجارية عن الوصي بأن اشترى الجارية في الذمة فان اشترها بعين ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الاعتاق وعليه شراء جارية أخرى بهذا الثمن واعتاقها عن الموصى هكذا أطلقه الاصحاب ولا بد فيه من تقييد وتأويل لان بيعه بالعين وتسليمه عن علم وبصيرة بالحال خيانة والامين ينعزل بالخيانة فلا يتمكن من شراء جارية أخرى والله أعلم *

[397]

قال (النظر الثالث في حكم العقد قبل القبض وبعده ولا بد من بيان حكم القبض وصورته ووجوبه (اما) الحكم فهو انتقال الضمان إلى المشتري والتسلط على التصرف إذ المبيع قبل القبض في ضمان البائع (م) ولو تلف انفسخ العقد وانلاف المشتري قبض منه وانلاف الاجنبي لا يوجب الانفساخ على اصح القولين ولكن يثبت الخيار للمشتري وانلاف البائع كاتلاف الاجنبي على الاصح) * مقصود هذا النظر بيان حكم المبيع قبل القبض وبعده على ما فصلناه في أول البيع وتكلم حجة الاسلام رحمه الله فيه في ثلاثة أمور (أحدها) حكم القبض وثمرته (والثاني) أن القبض بم يحصل (والثالث) وجوبه والاجبار عليه (أما) الاول فللقبض حكمان (احدهما) انتقال الضمان إلى المشتري فان المبيع قبل القبض من

[398]

ضمان البائع ومعناه أنه لو تلف انفسخ العقد وسقط الثمن * وعن مالك وأحمد فيما رواه ابن الصباغ أنه إذا لم يكن المبيع مكبلا ولا موزونا ولا معدودا فهو من ضمان المشتري ومنهم من أطلق رواية الخلاف عنهما * لنا انه قبض مستحق بالبيع فإذا تعذر انفسخ البيع كما لو تفرقا في عقد الصرف قبل التقابض * إذا تقرر ذلك فلو أبرأ المشتري البائع عن ضمان المبيع قبل القبض هل يبرأ حتى لو تلف لا ينفسخ العقد ولا يسقط الثمن نقل صاحب التهذيب فيه قولين (أصحهما) أنه لا يبرأ وحكم العقد لا يتغير ثم إذا انفسخ البيع كان المبيع هالكا على ملك البائع حتى لو كان عبدا كان مؤنة تجهيزه على البائع وكيف التقدير أنقول بانتقال الملك إليه قبل الهلاك أو يرتفع العقد من أصله فيه وجهان أخرجهما ابن سريج

[399]

(أصحهما) وهو اختياره واختيار ابن الحداد أنه لا يرتفع من أصله كما في الرد بالعيب والزوائد الحادثة في يد البائع من الولد واللبن والبيض والكسب وغيرهما تخرج على هذين القولين وقد ذكرنا نظيرهما في الرد بالعيب قبل القبض وطردهما طاردون في الاقالة إذا جعلناها فسحا وخرجوا عليهما الزوائد (والاصح) فيها جميعا أنها للمشتري وتكون أمانة في يد البائع ولو هلكت والاصل باق فالبيع باق بحاله ولا خيار للمشتري وفي معنى الزوائد الركاز الذي يجده العبد وما وهب منه فقبله وقبضه وما اوصى له فقبله هذا حكم التالف بالافة السماوية (أما) إذا أتلف المبيع قبل القبض فله ثلاثة أقسام (الاول) أن يتلفه المشتري فهو قبض منه على المذهب لانه أتلف ملكه فاشبه ما إذا أتلف المالك

[400]

المغصوب في يد الغاصب يبرأ الغاصب من الضمان وبصير المالك مستردا بالاتلاف وحكى الشيخ ابو علي وغيره وجها أن اتلافه ليس بقبض ولكن عليه القيمة للبائع ويسترد الثمن ويكون التالف من ضمان البائع هذا عند العلم (أما) إذا كان جاهلا بان قدم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فاكله هل يجعل قابضا قال القاضي حسين رحمه الله فيه وجهان تفريعا على القولين فيما إذا قدم الغاصب الطعام المغصوب إلى المالك فاكله جاهلا هل يبرأ الغاصب ان لم نجعله قابضا فهو كما لو اتلف البائع (والثاني) أن يتلفه اجنبي ففيه طريقان (أظهرهما) أنه على قولين (احدهما) انه كالتلف بأفة سماوية لتعذر التسليم (واصحهما) وبه قال ابو حنيفة وأحمد انه ليس كذلك ولا يفسخ البيع لقيام القيمة مقام

[401]

المبيع لكن للمشتري الخيار ان شاء فسخ واسترد الثمن ويغرم البائع الاجنبي وان شاء أجاز وغرم الاجنبي (والثاني) القطع بالقول الثاني ويحكى هذا عن ابن سريج (وإذا قلنا) به فهل للبائع حبس القيمة لاخذ الثمن فيه وجهان (احدهما) نعم كما يحبس المرتهن قيمة المرهون (واظهرهما) لا لان الحبس غير مقصود بالعقد حتى ينتقل إلى البديل بخلاف الرهن ولهذا لو اتلف الراهن المرهون غرم القيمة والمشتري إذا اتلف المبيع لا يغرم القيمة ليحبسها البائع وعلى الاول لو تلفت القيمة في يده بأفة سماوية هل يفسخ البيع لانها بدل المبيع فيه وجهان (أظهرهما) لا (والثالث) ان يتلفه البائع فطريقان (أظهرهما) انه على قولين (أصحهما) انفساخ البيع كما في الافة السماوية لان المبيع مضمون

[402]

عليه بالثمن فإذا أتلفه سقط الثمن وبهذا قال ابو حنيفة (والثاني) المنع كاتلاف الاجنبي لانه جنى على ملك غيره فعلى هذا ان شاء المشتري فسخ البيع وسقط الثمن وان شاء اجاز وغرم القيمة البائع وادى الثمن وقد يقع ذلك في اقوال التقاص (والثاني) القطع بالقول الاول فان لم نحكم بالانفساخ عاد الخلاف في حبس القيمة * وعن الشيخ ابى محمد القطع بانه لا حبس ههنا لتعديه باتلاف العين * ولو باع شقصا من عبد واعتق باقيه قبل القبض وهو موسر عتق كله وانفسخ البيع وسقط الثمن ان جعلنا اتلاف البائع كالإفاه السماوية وان جعلناه كاتلاف الاجنبي فللمشتري الخيار ولو استعمل البائع المبيع قبل القبض فلا اجرة عليه ان جعلنا اتلافه كالإفاه السماوية والا فعليه الاجرة * واتلاف

[403]

الاعجمي والصبى الذي لا يميز بأمر البائع أو المشتري كاتلافهما واتلاف المميز بامرهما كاتلاف الاجنبي وذكر القاضى الحسين رحمه الله ان أذن المشتري للاجنبي في الاتلاف يلغو وإذا أتلف فله الخيار وانه لو أذن البائع في الاكل والاحراق ففعل كان التلف من ضمان البائع بخلاف ما إذا أذن للغاصب ففعل يبرأ لان الملك ثم مستقر * ورأيت في فتاوى القفال أن اتلاف عبد البائع كاتلاف الاجنبي وكذا اتلاف عبد المشتري بغير اذنه فان اجاز جعل قابضا كما لو أتلفه بنفسه وان فسخ اتبع البائع الجاني وانه لو كان المبيع علفا فاعتلفه حمار المشتري بالنهار ينفسخ البيع وان اعتلفه بالليل لا ينفسخ وللمشتري الخيار فان اجاز فهو قابض والا طالبه البائع بقيمة ما أتلفه حماره وفى بهيمة البائع اطلق القول بان اتلافها كالإفاه

[404]

السماوية قيل له هلا فرقت أيضا بين الليل والنهار فقال هذا موضع التروى * ولو صال العبد المبيع على المشتري في يد البائع فقتله دفعا فعن الشيخ أبى على أنه لا يستقر الثمن عليه وعن القاضى أنه يستقر لانه أتلفه في عرض نفسه * ولو أخذ المشتري المبيع بغير اذن البائع فللبائع الاسترداد إذا ثبت له حق الفسخ وان أتلفه في يد المشتري ففيه قولان عن رواية صاحب التقريب (أحدهما) أن عليه القيمة ولا خيار للمشتري لاستقرار العقد بالقبض وان كان ظالما فيه (والثاني) أنه يجعل مستردا بالاتلاف كما أن المشتري قابض بالاتلاف وعلى هذا فينفسخ البيع أو يثبت الخيار للمشتري قال الامام رحمه الله الظاهر الثاني (واعلم) أن وقوع الدرة في البحر قبل القبض بمثابة التلف ينفسخ به البيع وكذا انفلات الطير والصيد المتوحش

[405]

قاله في التتمة * ولو غرق البحر الارض المشتراة أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل بجنبها أو لبسها رمل فهي بمثابة التلف أو أثرها ثبوت الخيار فيه وجهان الاشبه الثاني * ولو ابق العبد قبل القبض أو ضاع في انتهاب العسكر لم يفسخ البيع لبقاء المالية ورجاء العود وفيه وجه أنه يفسخ كما في التلف * ولو غصبه غاصب فليس إلا الخيار فان أجاز لم يلزمه تسليم الثمن وان سلمه فعن القفال أنه ليس له الاسترداد لتمكنه من الفسخ وان أجاز ثم أراد الفسخ فله ذلك كما لو انقطع المسلم فيه فاجاز ثم أراد الفسخ لانه يتضرر كل ساعة وحكى عن جواب القفال مثله فيما إذا تلف الاجنبي المبيع قبل القبض واجاز المشتري ليتبع الجاني ثم أراد الفسخ وقال القاضي في هذه الصورة وجب أن لا يمكن من الرجوع لانه رضى بما في ذمة الاجنبي

[406]

فاشبه الحوالة * ولو جحد البائع العين قبل القبض فللمشتري الفسخ لحصول التعذر (وأما) لفظ الكتاب فقوله أما الحكم فهو انتقال الضمان إلى المشتري والتسليط على التصرف ترجمة لحكمي القبض معا وشرح الحكم الثاني وتفصيله يبتدئ من قوله وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم وما قبل ذلك يتعلق بالحكم الاول (وقوله) في ضمان البائع معلم - بالميم والالف - وكذا قوله انفسخ العقد وقوله قبض منه - بالواو - وقوله على أصح القولين - بالواو - للطريقة الجازمة وقوله كاتلاف الاجنبي على الاصح جواب على طريقة اثبات القولين فيجوز اعلام الاصح - بالواو - واعلام قوله كاتلاف الاجنبي - بالحاء - لما سبق ثم قضية ما ذكروه أن يكون الاصح في اتلاف البائع ثبوت الخيار لا الانفساخ لان الامر

[407]

كذلك في اتلاف الاجنبي لكن جمهور الاصحاب رحمهم الله على أن الانفساخ اصح فاعرف ذلك * (فرع) منقول عن فتاوى القاضي * باع عبدا من رجل ثم باعه من آخر وسلمه إليه وعجز عن انتزاعه وتسليمه إلى الاول فهذا جناية منه على المبيع فينزل منزلة الجناية الحسية حتى يفسخ البيع في قول ويثبت للمشتري الخيار في الثاني بين أن يفسخ وبين أن يجيز ويأخذ القيمة من البائع ولو أنه طالب البائع بالتسليم وزعم قدرته عليه وقال البائع أنا عاجز حلف عليه فان نكل حلف المدعى على أنه قادر ثم حبس إلى أن يسلم أو يقيم بينته على عجزه ولو ادعى المشتري الاول على الثاني العلم بالحال فانكر حلفه فان نكل حلف هو وأخذه منه *

[408]

قال (وان تعيب المبيع بأفة سماوية قبل القبض فللمشتري الخيار فان اجاز يجيز بكل الثمن ولا يطالب بالارش إلا أن يكون التعيب بجناية أجنبي

فيطالبه بالارش وكذا ان كان بجناية البائع على الاصح) * ذكرنا حكم التلف والاتلاف الكليين قبل القبض فاما إذا طرأ عيب أو نقصان نظر ان كان بأفة سماوية كما إذا عمى العبد أو شلت يده أو سقطت فللمشتري الخيار ان شاء فسخ والا أجاز بجميع الثمن ولا ارش له مع القدرة على الفسخ وان كان بجناية جان عادت الاقسام الثلاثة (أولها) أن يكون الجاني المشتري فإذا قطع يد العبد مثلا قبل القبض فلا خيار له لحصول النقص

[409]

بفعله بل يمتنع بسببه الرد بسائر العيوب القديمة أيضا ويجعل قابضا لبعض المبيع حتى يستقر عليه ضمانه وإن مات العبد في يد البائع بعد الاندمال فلا يضمن اليد المقطوعة بارشها المقدر ولا بما نقص من القيمة بالقطع وانما يضمنها بجزء من الثمن كما يضمن الكل بالثمن وفي مقداره وجهان (أصحهما) وبه قال ابن سريج وابن الحداد أنه يقوم العبد صحيحا ثم يقوم مقطوعا ويعرف التفاوت بينهما فيستقر عليه من الثمن بمثل تلك النسبة (بيانه) إذا قوم صحيحا بثلاثين ومقطوعا بخمسة عشر فعليه نصف الثمن ولو قوم مقطوعا بعشرين فعليه ثلث الثمن (والثاني) ويحكى عن القاضي أبي الطيب أنه يستقر من الثمن بنسبة أرش اليد من القيمة وهو النصف وعلى هذا لو قطع يديه واندملتا ثم

[410]

مات العبد في يد البائع وجب على المشتري تمام الثمن وهذا كله تفريع على المذهب الصحيح وهو أن اتلاف المشتري قبض منه وعلى الوجه المنسوب إلى رواية الشيخ أبي علي أنه لا يجعل قابضا لشيء من العبد وعليه ضمان اليد بارشها المقدر وهو نصف القيمة كالأجنبي وقياسه أن يكون له الخيار (وثانيها) إذا قطع أجنبي يده قبل القبض فللمشتري الخيار ان شاء فسخ وتبع البائع الجاني وان شاء أجاز البيع بجميع الثمن وغرم الجاني قال القاضي الماوردي وإنما يغرمه إذا قبض العبد اما قبله فلا لجواز موت العبد في يد البائع وانفساخ البيع ثم الغرامة الواجبة على الاجنبي نصف القيمة أو ما نقص من القيمة بالقطع فيه قولان جريان في جراح العبد مطلقا والاصح الاول (وثالثها)

[411]

إذا قطع البائع يد العبد قبل التسليم فان جعلنا جنايته كالإفة السماوية فللمشتري الخيار ان شاء فسخ واسترد الثمن وإن شاء أجاز بجميع الثمن وان جعلناها كجناية الاجنبي فله الخيار أيضا ان فسخ فذاك وان أجاز رجع بالارش على البائع وفي قدره القولان المذكوران في الاجنبي وصاحب الكتاب جعل القول الصائر إلى أن جناية البائع كجناية الاجنبي أصح لكن معظم الاصحاب على ترجيح القول المقابل له (وقوله) الا أن يكون التعيب

بجناية أجنبي استثناء منقطع فانه لا يدخل فيما قبله حتى يحمل على حقيقة الاستثناء * (قال وتلف أحد العبدین يوجب الانفساخ في ذلك القدر (و) وسقوط قسطه من الثمن * والسقف

[412]

من الدار كأحد العبدین لا كالوصف على الاظهر) * إذا اشترى عبدین وتلف أحدهما قبل القبض انفسخ البيع فيه وفي الثاني قولا تفريق الصفقة فان قلنا لا يفسخ وأجاز فيكم يجيزه قد ذكرناه في باب التفريق وفيه ما يقتضي اعلام قوله قسطه من الثمن - بالواو - وقد أورد المسألة في الكتاب وإنما أعادها ههنا ليتبين أن المسألة الثانية دائرة بين هذه المسألة وبين صور العيب فلذلك تردد الاصحاب فيها (وصورتها) أن يحترق سقف الدار المبعة قبل القبض أو يتلف بعض أبنيتها وفيه وجهان (أحدهما) أنه كتعب المبيع مثل عمى العبد وسقوط يده وما أشبههما (وأظهرهما) أنه كتلف أحد العبدین حتى ينفسخ البيع فيه وفي الباقي الخلاف لان السقف

[413]

يمكن إفراده بالبيع بتقدير الانفصال بخلاف يد العبد (وقوله لا كالوصف فيه إشارة إلى أن النقصان ينقسم إلى فوات صفة وهو العيب وإلى فوات جزء وذلك ينقسم إلى ما لا ينفرد بالقيمة المالية كيد العبد وهي في معنى الاتباع والاصناف وإلى ما ينفرد كأحد العبدین وأحد الصاعين وذكر بعض المتأخرين أنه إذا احترق من الدار ما يفوت الغرض المطلوب منها ولم يبق الا طرف ينفسخ البيع في الكل ويجعل فوات البعض في مثل ذلك كفوات الكل * قال (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض ولا يقاس على البيع العتق (و) والهبة (و) والرهن وكذلك لا يقاس عليه والاجارة التزويج على الاصح) *

[414]

الحكم الثاني للقبض التسلط على التصرف فلا يجوز بيع المبيع قبل القبض عقارا كان أو منقولا لا باذن البائع ولا دونه لا قبل أداء الثمن ولا بعده خلافا لابي حنيفة رحمه الله حيث قال يجوز بيع العقار قبل القبض ولمالك رحمه الله حيث جوز بيع غير الطعام قبل القبض وكذا بيع الطعام إذا اشتراه جزافا ولاحمد رحمه الله حيث جوز بيع ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود ولا مذروع قبل القبض ويروى عن مالك وأحمد رحمهما الله ما بينه وبين هذه الرواية بعض التفاوت * لنا ما روى عن ابن عمر رضی الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال - من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه) (1) وقال ابن عباس رضی الله عنهما (أما الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو الطعام ان يباع حتى يستوفي قال ولا أحسب كل شئ الا مثله) (2) وروى أنه صلى الله

[415]

عليه وسلم (نهى عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن) (1) وروى أنه لما بعث عتابا إلى مكة قال (أنهم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا) (2) وذكر الاصحاب من طريق المعنى سببين (أحدهما) أن الملك قبل القبض ضعيف لكون المبيع من ضمان البائع وانفساخ البيع لو تلف فلا يفيد ولاية التصرف (والثاني) أنه لا يتوالى ضمانا عقدين في شئ واحد ولو نفذنا البيع من المشتري لافضى

[416]

الامر إليه لان المبيع مضمون على البائع للمشتري وإذا نفذ منه صار مضمونا عليه للمشتري الثاني فيكون الشئ الواحد مضمونا له وعليه في عقدين والاعتماد على الاخبار والا فللمعترض ان يقول تعينون بضعف الملك الانفساخ لو فرض تلف أو شيئا آخر ان عينتم شيئا آخر فهو ممنوع وان عينتم الاول فلم فلتم ان هذا القدر يمنع صحة البيع (وأما) الثاني فلا يعرف لكون المبيع من ضمانه معنى سوى انه لو تلف ينفسخ البيع ويسقط الثمن فلم لا يجوز أن يصح البيع ثم لو تلف في يد البائع ينفسخ البيعان ويسقط الثمنان ويتبين أنه هلك في يده * إذا تقرر ذلك فهل لاعتاق كالبيع فيه وجهان (أحدهما) ويحكى عن ابن خيران نعم لانه ازالة ملك كالبيع (وأصحهما) لا بل يصح الاعتاق ويصير

[417]

قابضا به لقوة العتق وعلبته ولهذا يجوز اعتاق الابق دون بيعه هذا إذا لم يكن للبائع حق الحبس بان كان الثمن مؤجلا أو حالا وقد اداه المشتري فإذا ثبت حق الحبس فمنهم من ينزله منزلة اعتاق الراهن (والصحيح) أنه ينفذ كما في الحالة الاولى بخلاف اعتاق الراهن لان الراهن لان الراهن حجر على نفسه بالرهن والرهن انشئ ليحبسه المرتهن * ولو وقف المبيع قبل القبض ففي التتمة انه يبنى على أن الوقف هل يفتقر إلى القبول (إن قلنا) نعم فهو كالبيع (وان قلنا) بالثاني فهو كالاقتاق وبهذا أجاب صاحب الحاوي وقال انه يصير قابضا حتى لو لم يرفع البائع يده عنه يصير مضمونا بالقيمة وكذا قال في اباحة الطعام للفقراء والمساكين إذا كان قد اشتراه جزافا والكتابة كالبيع في أصح الوجهين

[418]

إذ ليس لها قوة العتق وعليته والاستيلاد كالعتق * وفي هبة المبيع قبل القبض ورهنه وجهان ويقال قولان (أحدهما) انهما صحيحان لان التسليم غير لازم فيهما بخلاف البيع وهذا ما أورده في الكتاب (وأصحهما) عند عامة الاصحاب المنع لضعف الملك فانه كما يمنع البيع يمنع الهبة الا ترى أنه لا يصح رهن المكاتب وهبته كما لا يصح بيعه وقطع بعضهم بمنع الرهن إذا كان محبوسا بالثمن وإذا صححناهما فنفس العقد ليس بقبض بل يقبضه المشتري من البائع ثم يسلمه من المتهب أو المرتهن ولو أذن للمتهب أو المرتهن حتى قبضه ففي التهذيب انه يكفي ذلك ويتم به البيع والهبة والرهن بعده وقال أقصى القضاة الماوردي لا يكفي ذلك للبيع وما بعده ولكن ينظر ان قصد قبضه للمشتري صح قبض

[419]

البيع ولا بد من استئناف قبض للهبة ولا يجوز أن يأذن له في قبضه من نفسه لنفسه وان قصد قبضه لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة فان قبضها يجب أن يتأخر عن تمام البيع والاقراض والتصدق كالهبة والرهن ففيهما الخلاف * وفي إجارة المبيع قبل قبضه وجهان (أحدهما) يصح لان مورد عقد الاجارة غير مورد عقد البيع فلا يتوالى ضمنا عقدين من جنس واحد (والثاني) لا يصح لضعف الملك ولان التسليم مستحق فيها كما في البيع (والاصح) عند المعظم الثاني وعند صاحب الكتاب الاول * وفي تزويج المشتري الجارية قبل القبض مثل هذين الوجهين لكن الاصح في التزويج الصحة بالاتفاق ومنهم من أشار إلى وجه ثالث فارق بين أن يكون للبائع حق الحبس فلا يصح التزويج لانه منقص

[420]

وبين أن لا يكون فيصح وطرد مثله في الاجارة إذا كانت منقصة وإذا صححنا التزويج فوطئ الزوج لا يكون قبضا وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قبض وكما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض لا يجوز جعله اجرة في اجارة وعوضا في صلح وكذا لا يجوز السلم والاشراك والتولية وعن مالك أنه يجوز الاشراك والتولية وحكاه الشيخ ابو علي عن بعض الاصحاب * وجميع ما ذكرناه فيما إذا تصرف مع غير البائع (أما) إذا باع من البائع فوجهان (أحدهما) الجواز كبيع المغصوب من الغاصب (وأصحهما) المنع كالبيع من غيره والوجهان فيما إذا باع بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقصان أو تفاوت صفة والا فهو إقالة بصيغة البيع قاله في التتمة * ولو وهب منه أو رهن فطريقان (أحدهما) القطع بالمنع لانه لا يجوز أن

[421]

يكون نائبا من المشتري في القبض (وأصحهما) فيما نقل صاحب التهذيب أنه على القولين فان جوزنا فإذا أذن له في القبض عن الهبة أو الرهن

ففعل اجزأ ولا يزول ضمان البيع في صورة الرهن بل إذا تلف يفسخ العقد ولو رهنه من البائع بالثمن فقد مر حكمه * (فرع) لابن سريج * باع عبدا بثوب وقبض الثوب ولم يسلم العبد له بيع الثوب وليس للآخر بيع العبد فلو باع الثوب وهلك العبد في يده بطل العقد فيه ولا يبطل في الثوب ويغرم قيمته لبائعه ولا فرق بين أن يكون هلاك العبد بعد تسليم الثوب أو قبله لخروجه عن ملكه بالبيع ولو تلف العبد والثوب في يده غرم لبائع الثوب القيمة ورد على مشتريه الثمن *

[422]

قال (وبيع الميراث والوصية والملك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد جائز وإنما المانع يد تقتضي ضمان العقد ولذلك لا يجوز بيع الصداق قبل القبض إذا قلنا إنه مضمون على الزوج ضمان العقد وكذلك في بدل الخلع والصلح عن دم العمدة) * المال المستحق للإنسان عند غيره قسما عين في يد غيره ودين في ذمته (أما) الثاني فيأتي في الفصل التالي لهذا الفصل (وأما) القسم الأول فماله في يد الغير إما أن يكون أمانة أو مضمونا (الضرب الأول) الأمانات فيجوز للمالك بيعها لتمام الملك عليها وحصول القدرة على التسليم وهي كالوديعة في يد المودع ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل والمال في يد الوكيل بالبيع ونحوه

[423]

وفي يد المرتهن بعد انفكاك الرهن وفي يد المستاجر بعد انقضاء المدة والمال في يد القيم بعد بلوغ الصبي رشيدا وما اختطبه العبد واكتسبه وقبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد * ولو ورث مالا فله بيعه قبل قبضه الا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضا مثل ما اشتراه ولم يقبضه * ولو اشترى من مورثه شيئا ومات المورث قبل التسليم فله بيعه سواء كان على المورث دين أو لم يكن وحق الغريم يتعلق بالثمن فان كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه * ولو أوصى له بمال فقبل الوصية بعد موت الموصي فله بيعه قبل أخذه ولو باعه بعد الموت وقبل القبول جاز (ان قلنا) الوصية تملك بالموت (وان قلنا) تملك بالقبول أو هو موقوف فلا (الضرب الثاني) المضمونات وهي

[424]

ضربان مضمون بالقيمة ومضمون بعوض في عقد معاوضة (الضرب الأول) المضمون بالقيمة وهذا الضمان يسمى ضمان اليد فيصح بيعه قبل القبض أيضا لتمام الملك فيه فانه لو تلف تلف على ملكه ويدخل فيه ما صار مضمونا بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره حتى لو باع عبدا فوجد المشتري به عيبا وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد وإن لم يسترده قال في التتمة الا إذا لم يرد الثمن فان للمشتري حبسه إلى استرجاع الثمن * ولو فسخ السلم

لإنقطاع المسلم فيه فللمسلم بيع راس المال قبل استرداده وكذا للبايع
بيع المبيع إذا فسخ بافلاس المشتري ولم يسترده بعد * ويجوز بيع المال
في يد المستعير والمستام وفي يد المشتري والمنهب في الشراء والهبة
الفاسين وكذا

[425]

بيع المعسوب من العاصب (الضرب الثاني) المضمون بعوض في عقد
معاوضة فلا يصح بيعه قبل القبض لتوهم الانفساخ بتلفه وذلك كالمبيع
والاجرة والعوض المصالح عليه عن المال * وفي بيع المرأة الصداق قبل
القبض قولان مبنيان على أن الصداق مضمون في يد الزوج ضمان اليد أو
ضمان العقد وموضع بيانهما كتاب الصداق (والاصح) أنه مضمون ضمان
العقد والقولان جريان في بيع الزوج بدل الخلع قبل القبض وبيع العافي
عن القود المال المعقود عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ والله أعلم *
وراء ما ذكرنا صورة أخرى إذا تأملت لها لم يخف عليك أن كل واحدة منها من
أي ضرب هي (فمنها) حكى صاحب التلخيص عن نص الشافعي رضى الله
عنه أن الارزاق التي يخرجها السلطان

[426]

للناس يجوز بيعها قبل القبض (فمن) الاصحاب من قال هذا إذا افرزه
السلطان فتكون يد السلطان في الحفظ يد المفرز له ويكفي ذلك لصحة
البيع (ومنها) من لم يكتف بذلك وحمل النص على ما إذا وكل وكبلا بقبضه
فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل والا فهو بيع شيء غير مملوك وهذا ما أورده
القفال في الشرح (ومنها) بيع أحد الغانمين نصيبه على الاشاعة قبل
القبض صحيح إذا كان معلوما كما إذا كانوا خمسة فالخمس لاهل الخمس
والباقي على خمسة أسهم فيكون نصيب الواحد أربعة من خمسة وعشرين
وهذا إذا حكمنا بثبوت الملك في الغنيمة وفيما تملك به الغنيمة خلاف يذكر
في موضعه (ومنها) إذا رجع فيما وهب لولده له ببيعه قبل استرداده وقال
القاضي ابن كج ليس

[427]

له ذلك (1) (ومنها) الشفيع إذا تملك الشقص قال في التهذيب له ببيعه قبل
القبض وقال في التتمة ليس له ذلك لان الاخذ بالشفعة معاوضة
وللموقوف عليه أن يبيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن
يأخذها (ومنها) إذا استأجر صباغا ليصبع له ثوبا وسلمه إليه فليس للمالك
بيعه ما لم يصبغه لان له أن يحبسه إلى أن يعمل ما يستحق به العوض وإذا
صبغه فله ببيعه قبل الاسترداد إن وفي الاجرة والا فلا لانه يستحق حبسه
إلى استيفاء الاجرة ولو استأجر قصار القصاره ثوب وسلمه إليه فلا يجوز
بيعه ما لم يقصره وإذا قصره فيبني على ان القصاره عين فتكون كمسالة

الصبيغ أو أثر فله البيع إذ ليس للقصار الحبس وعلى هذا قياس صوغ الذهب
وربماضة الدابة ونسج الغزل (ومنها) إذا قاسم شريكه فبيع

(1) مسألة بيع ما وهبه لولده قبل استرداده ليست في النسخة التي بأيدينا ولكنها موجودة
بنسخة أخرى نقلناها برمتها اه مصححه

[428]

ما صار له قبل القبض من الشريك يبني على أن القسمة بيع أو افراز
(ومنها) إذا اثبت صيدا بالرمي أو وقع في شبكته فله بيعه وان لم يأخذه
ذكره صاحب التلخيص في هذا الموضوع قال القفال وليس هو مما نحن فيه
فانه إذا أثبتته كان في قبضته حكما * (فرع) تصرف المشتري في زوائد
المبيع قبل القبض مثل الولد والثمرة يبني على أنه تعود إلى البائع لو عرض
انفساخ أولا تعود إن عادت لم يتصرف فيها كما في الاصل والا تصرف *
ولو كانت الجارية حاملا عند البيع وولدت قبل القبض ان قلنا الحمل يقابله
قسط من الثمن لم يتصرف فيه والا فهو كالولد الحادث بعد البيع *

[429]

قال (والمبيع سواء كان منقولا أو عقارا) (ح) فيمتنع (م) ببيع قبل القبض
وان كان ديننا كالمسلم فيه فكمثل (م) وكل دين ثبت لا بطريق المعاوضة بل
بقرض أو بانلاف فيجوز الاستبدال عنه ولكن بشرط قبض البديل في
المجلس على الاصح ولا يجوز بيع الدين من غير من عليه الدين على الاصح
والاظهر منع الحوالة بالمسلم فيه وعليه لان في الحوالة معنى الاعتياض
وبجوز (و) أن يستبدل عن النقد بالنقد وان كان ثمنا (و) للحديث هذا إذا لم
يكن معينا فان عين تعين (ح) وامتنع (ح) الاستبدال عنه وانفسخ العقد بتلفه
(ح) * قوله والمبيع سواء كان منقولا أو عقارا فيمتنع ببيع قبل القبض كانه
قصد به التعرض لمذهب أبي حنيفة رحمه

[430]

الله في العقار والتدرج به إلى ذكر ما إذا كان المبيع ديننا والا فقد سبق ما
يعرف منه امتناع بيع المبيع قبل القبض وشرح الفصل يحوج إلى تقديم
وتأخير في مسأله فلا نبال بذلك (واعلم) ان من مسائل القسم الاول وهو
أن يكون المستحق عينا في يد الغير ما إذا باع متاعا بدراهم أو دنانير معينة
فليس للبائع التصرف فيهما قبل القبض وذلك لان الدراهم والدنانير
متعينا بالتعيين كالمبيع فلا يجوز للمشتري ابدالها بمثلها ولو تلفت قبل
القبض انفسخ البيع ولو وجد البائع بها عينا لم يستبدلها بل يرضى بها أو
يفسخ العقد وبهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة لاتعين ويجوز ابدالها بمثلها

وإذا تلفت قبل القبض لا يفسخ العقد وإذا وجد بها عيبا فله الاستبدال *
لنا القياس على طرف البيع وأيضا فإن الدراهم والدنانير تعينان في
الغصب والوديعة

[431]

فكذلك ها هنا. ولو أبدلها بمثلها أو * بغير جنسها برضى البائع فهو كبيع
المبيع من البائع (القسم الثاني) الدين في ذمة الغير وهو على ثلاثة أضرب
لأنه إما أن يكون مئنا أو ثمننا أو لامئنا ولائنا وقبل الشروع في هذه
الأضرب نذكر أصلا وهو أن الثمن ماذا والمئمن ماذا وجملة ما قيل فيه ثلاثة
أوجه (أحدها) أن الثمن ما الصق به الباء لأن هذه الباء تسمى بـاء التئمين
ويحكى هذا عن القفال (والثاني) أن الثمن هو النقد لأن أهل العرف لا
يطلقون اسم الثمن على غيره والمئمن ما يقابل ذلك على اختلاف
الوجهين (والثالث) وهو الأصح أن الثمن هو النقد والمئمن ما يقابله فإن لم
يكن في العقد نقد أو كان العوضان نقدين فالثمن ما الصق به الباء
والمئمن ما يقابله * ولو باع أحد النقيدين بالآخر فعلى الوجه الثاني لا مئمن
فيه ولو باع

[432]

عرضا بعرض فعلى الوجه الثاني لا ثمن فيه وإنما هو مقابضة ولو قال بعتك
هذه الدراهم بهذا العبد فعلى الوجه الأول العبد ثمن والمئمن الدراهم
وعلى الثاني والثالث في صحة العقد وجهان كالسلم في الدراهم والدنانير
لأنه جعل الثمن مئنا فإن صححنا فالعبد مئمن * ولو قال بعتك هذا الثوب
بعبد ووصفه صح العقد فإن قلنا الثمن ما الصق به الباء فالعبد ثمن ولا
يجب تسليم الثوب في المجلس وإن لم نقل بذلك ففي وجوب تسليم
الثوب وجهان في وجه لا يجب إذ لم يجر بينهما لفظ السلم وفي وجه يجب
اعتبارا بالمعنى * إذا عرفت هذه المقدمة (فالضرب الأول) المئمن وهو
المسلم فيه فلا يجوز الاستبدال عنه ولا بيعه من غيره روى عن أبي سعيد
الخدري رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال

[433]

" من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره " (1) وأيضا فإن المبيع مع
تعيينه لا يجوز بيعه قبل القبض فالمسلم فيه مع كونه مرسلا في الذمة
أولى وهل للحوالة مدخل في المسلم فيه (إما) به بأن يحيل المسلم إليه
المسلم بحقه على من له عليه دين قرض أو اتلاف (وإما) عليه بأن يحيل
المسلم من له عليه دين قرض أو اتلاف على المسلم إليه فيه ثلاثة أوجه
(أصحها) لا لما فيه من تبديل المسلم فيه بغيره (والثاني) نعم تخريجا على
أن الحوالة استيفاء وإيفاء لا اعتياض (والثالث) لا تجوز الحوالة عليه لأنها

بيع سلم بدين وتجاوز الحوالة به على القرض ونحوه لان الواجب على المسلم إليه توفير الحق على المسلم وقد فعل هكذا حكى

[434]

الوجه الثالث امام الحرمين وهو حاصل ما رواه القاضي ابن كج عن أبي علي الطبري وأبي الحسين بعد رواية الوجه الثاني عن ابن الوكيل وعكس صاحب الكتاب رحمه الله الوجه الثالث في الوسيط وقال تجاوز الحوالة عليه ولا تجوز به ولا اخاله ثابتا * (الضرب الثاني) الثمن فإذا باع بدراهم أو دنائير في الذمة ففي الاستبدال عنها قولان (القديم) أنه لا يجوز لمطلق النهي عن بيع ما لم يقبض وايضا فانه عوض في معاوضة فاشبه المسلم فيه (والجديد) الجواز لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال " كنت أبيع الابل بالبيع بالدنائير وأخذ مكانها الورق وأبيع بالورق وأخذ مكانها الدنائير فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال لا بأس به بالقيمة

[435]

ويروى أنه قال لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شئ " (1) وعن القاضي أبي حامد وأبي الحسين رحمهما الله القطع بالقول الثاني * وإذا باع شيئا بغير الدراهم والدنائير في الذمة فجواز الاستبدال عنه يبنى على أن الثمن ما ألصق به بآء التثمين أو غيره (إن قلنا) انه هو فيجوز الاستبدال عنه كالنقدين وادعى في التهذيب أنه المذهب (وان لم نقل) بذلك فلا يجوز لان ما ثبت في الذمة مئنا لا يجوز أن يستبدل عنه والاجرة كالثمن

[436]

والصداق وبدل الخلع كذلك ان قلنا إنهما مضمونان ضمان عقد والا فهما كبديل الاتلاف (التفريع) ان منعنا الاستبدال عن الدراهم فذاك في استبدال العروض عنها فاما استبدال نوع عنها عن نوع أو استبدال الدنائير عن الدراهم ففيه وجهان عن صاحب التفرغ لاشتوائهما في مقصود الرواج وان جوزنا الاستبدال عنها وهو الصحيح فلا فرق بين بدل وبدل ثم ينظر ان استبدل عنها ما يوافقها في علة الربا كما إذا استبدل عن الدراهم الدنائير فيشترط قبض البدل في المجلس وكذا إذا استبدل عن الحنطة المبيع بها شعيرا ان جوزنا ذلك ففي اشتراط تعيين البدل عند العقد وجهان (أحدهما) يشترط والا فهو بيع دين بدين (وأصحهما) أنه لا يشترط كما لو تصارفا في الذمة ثم عينا وتقابضا في المجلس * وان استبدل عنها

[437]

ما لا يوافقها في علة الربا كما إذا استبدل عن الدراهم طعاما أو ثيابا نظر ان عين البديل جاز وهل يشترط قبضه في المجلس فيه وجهان (أحدهما) نعم وهو اختيار الشيخ أبي حامد ويحكي عن أبي اسحق لان أحد العوضين دين فيشترط قبض الثاني كرأس مال السلم (وأصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا يشترط كما لو باع ثوبا بدرهم في الذمة لا يشترط قبض الثوب في المجلس ويحكي هذا عن ابن سريج * وان لم يعين البديل ولكن كان موصوفا في الذمة فعلى ما سبق من الوجهين (ان جوزنا) فلا بد من التعيين في المجلس وفي اشتراط القبض الوجهان * (الضرب الثالث) ما ليس بنمن ولا مئمن كدين القرض والاتلاف فيجوز الاستبدال عنه بلا

[438]

خلاف كما لو كان في يده عين مال بغصب أو عارية يجوز بيعه منه ويفارق المسلم فيه فانه غير مستقر لجواز أن يطرأ ما يقتضي انفساخ السلم وهذا مستقر * ثم الكلام في اعتبار التعيين والقبض على ما سبق * وفي الشامل ان القرض إنما يستبدل عنه إذا استهلكه اما إذا بقى في يده فلا لانا إن قلنا ان القرض يملك بالقبض فبدله غير مستقر في الذمة لان للمقرض ان يرجع في عينه وان قلنا يملك بالتصرف فالمستقرض متسلط عليه وذلك يوجب ضعف ملك المقرض فلا يجوز الاعتياض عنه والله أعلم * ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ويجوز العكس وكان من عليه المؤجل قد عجله (واعلم) أن الاستبدال بيع ممن عليه الدين وقد تبين حكمه فاما بيعه من غير من عليه كما إذا كان علي إنسان

[439]

مائة فاشترى من آخر عبدا بتلك المائة فقولان (أحدهما) أنه يجوز كبيعه ممن عليه (وأصحهما) المنع لعدم القدرة على التسليم وعلى الاول يشترط أن يقبض مشتري الدين ممن عليه وان يقبض بائع الدين العوض في المجلس حتى لو تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد * ولو كان له دين على إنسان ولاخر مثله على ذلك الانسان فباع أحدهما ماله عليه بما لصاحبه وقبل الاخر لم يصح إن اتفق الجنس أو اختلف (لنهييه صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ) (1) (وقوله) في

[440]

الكتاب وكل دين ثبت لا بطريق المعاوضة بل بقرض أو اتلاف لا شبهة أن دين الاتلاف ثبت لا بطريق المعاوضة (وأما) دين القرض فسيأتي في فصل القرض أنه ليس على سبيل المعاوضات أيضا (وقوله) ولكن يشترط قبض

البدل في المجلس على الاصح أي من الوجهين وترجيح وجه الاشتراط
خلاف ما ذكرنا عن اختيار الامام وصاحب التهذيب لكنه متايد بظاهر نصه
في

[441]

المختصر وبه قال جماعة من الاصحاب (وقوله) ويجوز أن يستبدل عن النقد
النقد وإن كان ثمنا أي إستبدال أحد النقيدين عن الآخر لا يختص بدين
القرض والاتلاف بل يجرى في الثمن أيضا وليعلم قوله وإن كان ثمنا -
بالواو - للقول الآخر وأراد بالحديث ما روينا عن ابن عمر رضى الله عنهما
* قال (اما صورة القبض فيحكم فيه بالعادة ففي العقار يكفي فيه التخلية
وفي المنقول يكفي فيه النقل ولا يكفي التخلية (م ح) وقد قيل يحصل
انتقال الضمان بالتخلية وما يشتري مكايلة فتمام القبض فيه بالنقل
والكيل فإذا اشترى مكايلة فلا بد لكل بيع (و) من كيل جديد لتمام القبض
للحديث)*

[442]

قد تم بيان الامر الاول وهو حكم القبض وثمرته وهذا اول الشروع في
الامر الثاني وهو أن القبض بم يحصل والقول الجملى فيه أن الرجوع فيما
يكون قبضا إلى العادة ويختلف بحسب اختلاف المال وتفصيله أن المال إما
أن يباع من غير اعتبار وتقدير فيه أو يباع معتبرا فيه تقدير (الحالة الاولى)
أن لا يعتبر فيه تقدير اما لعدم إمكانه أو مع الامكان فينظر إن كان المبيع
مما لا ينقل كالدار والاراضي فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري وتمكينه
من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه
ويشترط كونه فارغا عن أمتعة البائع فلو باع دارا فيها أمتعة للبائع توقف
التسليم على تفرغها وكذا لو باع سفينة مشحونة بأمتعة لكون البائع

[443]

مستعملا للمبيع منتفعا به * ولو جمع البائع متاعه في بيت من الدار وخلي
بين المشتري وبين الدار حصل القبض فيما عدا ذلك البيت * وفي اشتراط
حضور المتبايعين عند المبيع ثلاثة أوجه منقولة في التهذيب (أحدهما)
يشترط فإن حضرا عنده وقال للمشتري دونك هذا ولا مانع حصل القبض
وإلا فلا (والثاني) أنه يشترط حضور المشتري عنده دون البائع ليأتي اثبات
اليد عليه (والثالث) وهو الاظهر أنه لا يشترط حضور واحد منهما لان ذلك
قد يشق فإذا خلى بينه وبين المبيع فقد أتى بما عليه فليتصرف وعلى هذا
فهل يشترط أن يمضى زمان إمكان المضي إليه فيه وجهان (الاصح)
الاشتراط وفي معنى العقار الشجر الثابت والثمر المبيعة على الشجرة
قبل أو ان الجذاز * وان كان المبيع من جملة

[444]

المنقولات فالمذهب المشهور وبه قال أحمد أنه لا يكفي فيه التخلية بل لا بد من النقل والتحويل * وقال مالك وأبو حنيفة أنه يكفي التخلية كما في العقار وعن رواية حرملة قول مثله وفيه وجه آخر أن التخلية كافية لنقل الضمان إلى المشتري غير كافية للتسلط على التصرف لأن البائع أتى بما عليه والمقصر المشتري حيث لم ينقل فليثبت ما هو حق البائع * وجه ظاهر المذهب ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال " كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه " وأيضا فإن العادة في قبض المنقول النقل فعلى هذا يأمر العبد بالانتقال من موضعه

[445]

ويسوق الدابة أو يقودها * وإذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كموات ومسجد وشارع أو في موضع يختص بالمشتري فالنقل من حيز إلى حيز كاف * وإن كان في دار البائع أو في بقعة مخصوصة به فالنقل من زاوية إلى زاوية أو من بيت من الدار إلى بيت آخر بدون إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف ولكن يكفي لدخوله في ضمانه وإن نقل بآذنه حصل القبض وكأنه استعار ما نقل إليه المال * ولو اشترى الدار مع أمتعة فيها صفقة واحدة فخلى البائع بينه وبينها حصل القبض في الدار وفي الأمتعة وجهان (أصحهما أنه لا بد فيها من النقل كما لو بيعت وحدها) (والثاني) أن القبض يحصل فيها أيضا تبعا وبهذا اجاب الماوردي وزاد فقال لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الارض التي

[446]

عليها الصبرة وخلي البائع بينه وبينها حصل القبض في الصبرة * ولو لم يتفقا على القبض ولكن جاء البائع بالمبيع وامتنع المشتري من قبضه أجبره الحاكم عليه فان أصر امر الحاكم من يقبضه عنه كما لو كان غائبا * ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري ضعه فوضعه بين يديه حصل القبض وإن وضعه بين يديه ولم يقل المشتري شيئا أو قال لا أريده فوجهان (أحدهما) انه لا يحصل القبض كما لا يحصل به الأيداع (وأصحهما) يحصل لوجوب التسليم كما لو وضع الغاصب المعصوب بين يدي المالك يبرأ عن الضمان فعلى هذا للمشتري التصرف فيه ولو تلف فهو من ضمانه لكن لو خرج مستحقا ولم يجر الا وضعه بين يديه فليس للمستحق مطالبة المشتري بالضمان لأن هذا القدر لا يكفي لضمان الغصب * ولو وضع

[447]

المديون الدين بين يدي مستحق الدين ففي حصول التسليم خلاف مرتب على البيع وهذه الصورة أولى بعدم الحصول لعدم تعيين الملك * وهل للمشتري الاستقلال بنقل المبيع ان كان قد وفى الثمن أو كان الثمن موجلا فنعم كما أن للمرأة قبض الصداق بدون إذن الزوج إذا سلمت نفسها والا فلا وعليه الرد لان البائع مستحق الحبس لاستيفاء الثمن ولا ينفذ تصرفه فيه لكن يدخل في ضمانه * (فرع) دفع طرفا إلى البائع وقال اجعل المبيع فيه ففعل لا يحصل التسليم إذا لم يوجد من المشتري ما هو قبض والطرف غير مضمون عليه لانه استعمله في ملك المشتري بآذنه وفي مثله في السلم يكون الطرف مضمونا على المسلم إليه لانه استعمله في ملك نفسه * ولو قال للبائع أعزني طرفك واجعل

[448]

المبيع فيه ففعل لا يصير المشتري قابضا ايضا (الحالة الثانية) أن يباع الشيء مع اعتبار تقدير فيه كما إذا اشترى ثوبا أو أرضا مذارعة أو متاعا موازنة أو صبرة حنطة مكايلة أو معدودا بالعدد فلا يكفي للقبض ما مر في الحالة الأولى بل لا بد مع ذلك من الذرع أو الوزن أو الكيل أو العد وكذا لو اسلم في أصع أو أمناء من طعام لا بد في قبضه من الكيل أو الوزن فلو قبض جزافا ما اشتراه مكايلة دخل المقبوض في ضمانه وأما تصرفه فيه بالبيع ونحوه فان باع الكل لم يصح لانه قد يزيد على القدر المستحق * وإن باع ما يستيقن انه له فوجهان (عن أبي اسحق) انه يصح (وقال) ابن أبي هريرة وساعده الجمهور لا يصح لعدم القبض

[449]

المستحق بالعقد * وقبض ما اشتراه كيلا بالوزن ووزنا بالكيل كقبضه جزافا * ولو قال الدافع خذه فانه كذا فآخذه مصدقا له فالقبض فاسد ايضا حتى يجرى اكتيال صحيح فان زاد رد الزيادة وان نقص أخذ الباقي * ولو تلف المقبوض فزعم الدافع أنه كان قدر حقه أو أكثر وزعم المدفوع إليه انه كان دون حقه أو قدره فالقول قوله قال الشيخ أبو حامد وغيره ومعنى التصديق المذكور في صورة المسألة أن يحمل خبره على الصدق وبأخذه بناء عليه فاما إذا أقر بحريان الكيل لم يسمع منه خلافه وفسر إمام الحرمين البيع مكايلة بأن يقول بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم وهو من صورها (ومنها) أن يقول بعتكها على أنها عشرة أصع (ومنها) أن يقول بعتك

[450]

عشرة أصع منها وهما يعلمان صيعانها أو لا يعلمان إذا جوزنا ذلك * وإذا اعتبر في المبيع كيل أو وزن فليس على البائع الرضا بكيل المشتري وعلى المشتري الرضا بكيل البائع بل يتفقان على كيال فان لم يتراضيا نصب الحاكم أمينا يتولاه ذكره في الحاوي * ولو كان لزبد طعام على رجل سلما ولاخر مثله على زيد فاراد زيد أن يوفى ما عليه مما له على الآخر فقال اذهب إلى فلان واقبض لنفسك مالى عليه فقبضه فهو فاسد وكذا لو قال احضر معي لا قبضه واكتاله لك وفعل لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا ومسنداً أنه " نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان يعني صاع البائع وصاع المشتري " (1) وعلى هذا الخبر بناء مسائل الباب * وإذا فسد القبض فالمقبوض مضمون على الاخذ وهو تبرأ ذمة الدافع عن

[451]

حق زيد فيه وجهان (اصحهما) نعم وهما مبنيان على القولين فيما إذا باع نجوم الكتابة وقبضها المشتري هل يعتق المكاتب (فان قلنا لا يبرأ فعلى القابض رد المقبوض إلى الدافع * ولو قال زيد اذهب إليه واقبضه لي ثم اقبضه مني لنفسك بذلك الكيل أو قال احضر معي لا قبضه لنفسي ثم تأخذه أنت بذلك الكيل ففعل فقبضه لزيد في الصورة الاولى وقبض زيد لنفسه في الصورة الثانية صحيح وتبرأ ذمة الدافع عن حقه والقبض الاخر فاسد والمقبوض مضمون عليه وفي قبضه لنفسه في الصورة الاولى وجه آخر أنه صحيح وسنذكره في

[452]

نظائره ويؤيده أنه لو كان المبيع في يد المشتري عند البيع صح قبضه لنفسه على تفصيل سيأتي في الرهن فان حجة الاسلام ذكر طرفاً منه هناك * ولو اكنال زيد وقبضه لنفسه ثم كاله على مشتريه واقبضه فقد جرى الصاعان وصح القبضان ثم ان كان وقع في الكيل الثاني زيادة أو نقصان ينظر ان كان قدر ما يتفق بين الكيلين فالزيادة لزيد والنقصان عليه ولا رجوع له وان كان كثيراً تبين ان في الكيل الاول غلطا أو تغليطا فيرد زيد الزيادة ويرجع بالنقصان * ولو ان زيد لما اكناله لنفسه لم يخرج من المكيال وسلمه كذلك إلى مشتريه فوجهان (أحدهما) انه لا يصح القبض الثاني حتى يخرج ويبتدئ كيلا (وأظهرهما) عند الاكثرين ان استدامته في المكيال كابتداء الكيل وهذه الصورة كما تجري في ديني السلم تجري ايضاً فيما إذا

[453]

كان أحدهما مستحقاً بالسلم والآخر بقرض أو اتلاف * ونختم شرح الفصل بكلامين في شرح لفظ الكتاب (أحدهما) قوله فتمام القبض فيه بالنقل والكيل لفظ التمام انما كان يحسن ان لو اقتصر على ذكر الكيل ليكون ذلك

إشارة إلى النقل الكافي فما سبق غير كاف ها هنا بل لا بد من تنمة له وهو الكيل اما إذا وقع التعرض للامرین جميعا فلفظ التمام مستغني عنه (والثاني) قوله فلو اشترى مكايلة وباع مكايلة يمكن تنزيله على صورة لسلم ويمكن ان يكون شراء المعين وبيعه مرادا ولكن البيع حينئذ يقع بعد ما اكثاله لنفسه والا فهو باطل لكونه قبل القبض وظاهر قوله فلا بد من كيل جديد يوافق الوجه الذاهب إلى ان استدامته في المكيال غير كافية (وقوله) ولا تكفى التخلية يجوز اعلامه - بالحاء والميم

[454]

والواو - لما رواه حرملة (وقوله) يحصل انتقال الضمان بالتخلية بالالف * (فرع) مؤنة الكيل الذي يفتقر إليه القبض على البائع كمؤنة احضار المبيع الغائب ومؤنة وزن الثمن على المشتري لتوقف التسليم عليه ومؤنة نقد الثمن على البائع أو على المشتري حتى صاحب الحاوي فيه وجهين * قال (وليس لاحد و) ان يقبض لنفسه من نفسه فيتولى الطرفين الا الوالد يقبض لولده من نفسه ولنفسه من ولده كما يفعل ذلك في طرفي البيع) * للمشتري ان يوكل بالقبض كما له ان يوكل بالعقد وكذا للبائع ان يوكل بالاقباض

[455]

ويعتبر في ذلك امران (أحدهما) ان لا يوكل المشتري من يده البائع كعبده ومستولديه ولا باس بتوكيل ابنه وأبيه ومكاتبه وفي توكيل عبده المأذون في التجارة وجهان (اصحهما) انه لا يجوز * ولو قال للبائع وكل من يقبض لى منك ففعل جاز ويكون وكيل المشتري وكذا لو وكل البائع بان يأمر من يشتري منه للموكل (والثاني) الا يكون القابض والمقبض واحدا فلا يجوز ان يوكل البائع رجلا بالاقباض ويوكله المشتري بالقبض كما لا يجوز ان يوكله هذا بالبيع وذاك بالشراء ليتولى الطرفين * ولو كان عليه طعام أو غيره من سلم أو غيره فدفع إلى المستحق دراهم وقال اشترىها مثل ما تستحقه واقبضه لى ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للموكل

[456]

ولم يصح قبضه لنفسه لاتحاد القابض والمقبض وامتناع كونه وكبلا لغيره في حق نفسه هذا هو المشهور * وحكى المسعودي وجهها انه يصح قبضه لنفسه وانما الممتنع ان يقبض من نفسه لغيره * ولو قال اشترى بهذه الدراهم لى واقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح قبضه لنفسه لان حق الاسنان لا يتمكن الغير من قبضه لنفسه ويكون المقبوض مضمونا عليه وهل تبرأ ذمة الدافع عن حق الموكل فيه ما مر من الوجهين ولو قال اشترى لنفسك فالتوكيل فاسد إذ كيف يشتري بمال الغير لنفسه وتكون الدراهم امانة في يده لانه لم يقبضها ليمتلكها فان اشترى نظر ان اشترى

في الذمة وقع عنه وادى الثمن من ماله وان اشترى بعينها فهو باطل وذكر
ابن سريج وجها أنه صحيح * ولو أذن لمستحق

[457]

الحنطة أن يكتال من الصيرة حقه ففيه وجهان (أصحهما) أنه لا يجوز لان
الكيل أحد ركني القبض وقد صار نائبا فيه من جهة البائع متأصلا لنفسه
(والثاني) يجوز لان المقصود منه معرفة المقدار والمقبض هو البائع
ويستثنى عن الشرط الثاني ما إذا اشترى الاب لابنه الصغير من مال نفسه
أو لنفسه من مال ابنه الصغير فانه يتولى طرفي القبض كما يتولى طرفي
البيع وهل يحتاج إلى النقل والتحويل في المنقول روى

[458]

القاضي الماوردي فيه وجهين (والاظهر) اعتباره كما يعتبر الكيل إذا باع
بالكيل (وقوله) في الكتاب وليس لاحد ان يقبض من نفسه لنفسه يجوز
اعلامه بالواو لما رواه المسعودي ثم هذا اللفظ غير مجرى على اطلاقه لما
ستعرفه فيما إذا كان المبيع في يد المشتري (وقوله) الا الوالد يقبض لولده
من نفسه استثناء منقطع والا فهو غير داخل في قبض الانسان لنفسه من
نفسه هذا تمام الكلام

[459]

في صورة القبض * وينبغي أن نتذكر الان ما مر ان اتلاف المشتري المبيع
قبض وان لم توجد فيه هذه الصورة وقبض الجزء الشائع انما يحصل
بتسليم الجميع ويكون ما عدا المبيع امانة في يده ولو طلب القسمة قبل
القبض قال في التتمة يجاب إليه (أما) إذا جعلنا القسمة افرازا فظاهر
(وأما) إذا جعلناها بيعا فان الرضى غير معتبر فيه لان الشريك يجبر عليه
وإذا لم يعتبر الرضى جاز أن لا يعتبر القبض كما في الشفعة *

[460]

قال (وأما وجوب التسليم يعم الطرفين والبداءة بالبائع (ح م) في قول
وبالمشتري في قول ويتساويان (م ح) في أعدل الاقوال فمن ابتدا أجبر
صاحبه فان سلم البائع طالب المشتري بالثمن من ساعته فان كان ماله
غائبا اشهد على وقف ماله أي حجر عليه (و) فان وفى اطلق الوقف عنه

وان لم يكن له مال فهو مفلس والبائع أحق (ح) بمتاعه هذا لفظ الشافعي رضي الله عنه وهذا حجر سببه ميسس الحاجة إليه خيفة فوات

[461]

أمواله بتصرفه وذلك عند امتناع الفسخ بالفلس وقيل بانكار الحجر لكنه خلاف نص الشافعي رضي الله عنه) * الامر الثالث وجوب التسليم لا شك أن على كل واحد من المتبايعين تسليم العوض الذي استحقه الآخر ليكن لو اختلفا فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لا أؤدى

[462]

الثمن حتى أقبض المبيع ففيه أربعة أقوال (أحدها) ان الحاكم يجبرهما على التسليم فيأمر كل واحد منهما باحضار ما عليه فإذا أحضرا سلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري لا يضره بايهما ابدا أو يأمرهما بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك ووجهه ان كل واحد منهما يستحق قبض ما عند الآخر فلا سبيل إلى تكليف الابقاء فيؤمر بايقائه كما لو كان لكل واحد منهما وديعة عند الآخر وتنازعا

[463]

هكذا (والثاني) أنه لا يجبر واحدا منهما ولكن يمنعهما من التخاصم فإذا سلم احدهما ما عليه اجبر الآخر * ووجهه ان على كل واحد إيفاء واستيفاء ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء قبل الاستيفاء (والثالث) وبه قال مالك وأبو حنيفة انه يجبر المشتري على تسليم الثمن أولا لان حقه متعين في المبيع وحق البائع غير متعين في الثمن فيؤمر بالتعيين (والرابع) وبه قال أحمد وهو الاصح يجبر البائع على تسليم المبيع أولا لانه

[464]

لا يخاف هلاك الثمن فملكه مستقر فيه وتصرفه فيه بالحوالة والاعتياض نافذ وملك المشتري في المبيع غير مستقر فعلى البائع التسليم ليستقر * وفي المسألة طريقة أخرى وهي القطع بالقول الرابع وحمل الاول والثاني على حكاية مذهب الغير وما روى عن نصح في الام واستغربه (وأما الثالث فهو من تخريج بعضهم وليس منصوصا عليه * واختار الشيخ أبو حامد هذه الطريقة * ومنقول المزمعي في المختصر

[465]

يمكن تنزيله على القول الرابع وبه قال الاكثرون ويمكن تنزيله على الاول
وبه قال المسعودي وهذا كله فيما إذا كان الثمن في الذمة (فان) كان معينا
سقط القول الثالث وان تبايعا عرضا بعرض سقط القول

[466]

الرابع ايضا * وبقي قولان (أحدهما) أنهما يجبران (والثاني) لا يجبران
ويشبه أن يكون الاول أظهر وبه قال أحمد وهو الذي أورده في الشامل *

[467]

(التفريع) إن قلنا يجبر البائع على تسليم المبيع أولا أو قلنا لا يجبر ولكنه
تبرع وأبتدأ بالتسليم أجبر المشتري على تسليم الثمن في الحال إن كان
حاضرا في المجلس وإلا فللمشتري حالتان

[468]

(إحدهما) أن يكون موسرا فان كان ماله في البلد حجر عليه إلى أن يسلم
الثمن كيلا يتصرف في أملاكه بما يفوت حق البائع وحكى صاحب الكتاب
هاهنا وفي الوسيط وجها أنه لا يحجر عليه ويمهل إلى

[469]

أن يأتي بالثمن ولم أر لغيره نقل هذا الوجه على هذا الاطلاق (فان قلنا)
بالمذهب المشهور فقيم يحجر عليه قال عامة الاصحاب يحجر عليه في
المبيع وفي سائر أمواله ومنهم من قال لا يحجر عليه في سائر

[470]

أمواله إن كان ماله وافيا بديونه وهذا ما أورده صاحب التهذيب وعلي هذا
فهو يدخل المبيع في الاحتساب فيه وجهان (أشبههما) أنه يدخل * وان
كان ماله غائبا عن البلد فينظر إن كان على مسافة القصر فلا

[471]

يكلف البائع الصبر إلى إحضاره وفيما يفعل وجهان (أحدهما) أنه يباع في
حقه ويؤديه من ثمنه (والاظهر) عند الاكثرين أن له أن يفسخ البيع لتعذر
تحصيل الثمن كما لو أفلس المشتري بالثمن فان

[472]

فسخ فذاك وإن صبر إلى الاحضار فالحجر على ما سبق * وحكى الامام عن
ابن سريج أنه لا يفسخ ولكن يرد المبيع إلى البائع ويحجر على المشتري
ويمهل إلى الاحضار وادعى في الوسيط أنه الصحيح *

[473]

وإن كان دون مسافة القصر فهو كما لو كان في البلد أو كما لو كان على
مسافة القصر فيه وجهان (الحالة الثانية) أن يكون معسرا فهو مفلس
والبائع أحق بمتاعه وفيه وجه أنه لا يفسخ ولكن تباع السلعة ويوفي

[474]

من ثمنها حق البائع فان فضل شيء فهو للمشتري والمنصوص الاول (وأما)
لفظ الكتاب فقولته والبداءة بالبائع معلم - بالميم والحاء - وكذا قوله
ويتساويان (وقوله) وبالمشتري - بالالف - ويجوز أن يعلم لفظ الاقوال

[475]

- بالواو - إشعارا بالطريقة النافية للخلاف (وقوله) هذا لفظ الشافعي رضي
الله عنه ليس هو هو لكنه قريب منه ولفظه في المختصر (فان غاب ماله
اشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة فإذا دفع

[476]

اطلق عنه الوقف فان لم يكن له مال فهو مفلس والبائع أحق بسلعته)
واعلم أن هذا النص ظاهر في أنه إذا حجر عليه يحجر في السلعة المبيعة
وفي سائر الاموال سواء كانت وافية بالديون أو لم تكن ويمكن

[477]

الاحتجاج به لما نقله الامام عن ابن سريج وهو أنه لا فسخ عند الغيبة فانه
لم يثبت في الغيبة الا الحجر وخص أحقيته بالمتاع بحالة الافلاس (وقوله)
وذلك عند امتناع الفسخ بالفلس أراد به أنه لا حجر عند

[478]

إمكان الفسخ بالفلس وادعى في الوسيط الوفاق فيه لكن ذكرنا أن من
أثبت الفسخ عند الغيبة قال ان اختار الصبر إلى الاحضار يحجر عليه وجميع
ما ذكرنا من الاقوال والتفريع جاء فيما إذا اختلف المكري

[479]

والمكترى في البداءة بالتسليم بلا فرق * ثم ها هنا أمر مهم لا بد من ذكره
وهو أن طائفة توهمت أن الخلاف في البداءة بالتسليم خلاف في أن البائع
هل له حق الحبس أم لا (ان قلنا) البداءة بالبائع فليس

[480]

له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن والا فله ذلك ونازع الاكثرون فيه وقالوا
هذا الخلاف مفروض فيما إذا كان نزاعهما في مجرد البداءة وكان كل واحد
منهما يبذل ما عليه ولا يخاف فوت ما عند صاحبه

[481]

فاما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف وكذلك

[482]

للمشتري حق حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المثلن نص على ذلك الشيخ ابو حامد وأقضى

[483]

القضاة الماوردي رحمهما الله * والمثبتون من المتأخرين قالوا انما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالا أما

[484]

المؤجل فليس له حبسه لاستيفائه لرضاه بتأخيره ولو لم يتفق التسليم حتى حل الاجل فلا حبس ايضا

[485]

ولو تبرع بالتسليم لم يكن له رده إلى حبسه وكذا لو أعاره من المشتري في أصح الوجهين ولو أودعه

[486]

إياه فله ذلك ولو صالح من الثمن على مال لم يسقط حق الحبس لاستيفاء العوض * ولو اشترى بوكالة

[487]

اثنين شيئا ووفي نصف الثمن عن أحدهما لم يجب على البائع تسليم
النصف بناء على ان الاعتبار بالعاقد

[488]

ولو باع بوكالة اثنين فإذا أخذ نصيب احدهما من الثمن فعليه تسليم النصف
هكذا ذكره في التهذيب

[489]

وفيه كلامان (أحدهما) ان العبد المشترك بين الرجلين إذا باعه مالكاه ففي
انفراد احدهما بأخذ

[490]

نصيبه من الثمن وجهان وكان أخذ الوكيل لاحدهما مبني على ثبوت
الانفراد لو باعا بأنفسهما (والثاني)

[491]

انا إذا قلنا ان لاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالعاقد فينبغي ان يكون
تسليم النصف على

[492]

الخلاف فيما إذا أخذ البائع بعض الثمن هل عليه تسليم قسطه من المبيع
وفيه وجهان

[493]

ذكرناهما في باب التفريق والله أعلم *

[494]

هذا وليعلم المطلع على هذا السفر الجليل انه ضاق المقام في هذا الجزء
عن ان ندون به باقي كتاب البيوع

[495]

من شرح العزيز على متن الوجيز للامام الامجد والعلامة الاوحد الامام
الرافعي رحمه الله رحمة واسعة

[496]

ولقد أجاتنا الضرورة حتى وقفنا على موقف كان لا يحسن الوقوف عليه
فالى هنا

[497]

نختم هذا الجزء ونفتتح الجزء التالي ان شاء الله تعالى بقول المصنف
النظر الرابع في موجب ألفاظ الكتاب المطلقة وتأثيرها باقتران العرف
والله ولي التوفيق