

المُنْبَعُ فِي شَرْحِ الْمُقْتَضِ

الجزء الثالث

تصنيف

نور الدين بن الشيخ محمد بن التوماني الحنبلي

دراسة وتحقيق

د. عبد اللطيف بن عبد الله بن وهيب

الرئيس العام لتعليم البنات سابقاً - المملكة العربية السعودية

كتاب البيع

البيع جائز بالكتاب والسنة والمعنى والإجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ، وقوله تعالى : ﴿وَأَسْهَلُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، وقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ، وقوله تعالى : ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] .

وأما السنة فروى رفاعة « أنه خرج مع النبي ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون . فقال : يا معشر التجار ! فرفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه . فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة فُجَّاراً إلا من بَرَّ وصدق »^(١) قال الترمذي : هذا حديث صحيح . وقال ﷺ : « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء »^(٢) . قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وأما المعنى ؛ فلأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ، وصاحبه^(٣) لا يبذله بغير عوض ففي تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة .

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٠) ٣ : ٥١٥ كتاب البيوع ، باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ بإمامهم . وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٤٦) ٢ : ٧٢٦ كتاب التجارات ، باب التوثيق في التجارة .

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٠٩) للموضع السابق .

وأخرجه الدارمي في سننه (٢٥٣٥) ٢ : ١٧٠ كتاب البيوع ، باب في التاجر الصدوق .

(٣) ساقط من هـ .

قال المصنف رحمه الله: (وهو مبادلة المال بالمال لغرض التملك . وله صورتان :

إحدهما : الإيجاب والقبول ؛ فيقول البائع : بعك أو ملكتك ونحوهما ، ويقول المشتري : ابتعت أو قبلت وما في معناهما) .

أما قول المصنف رحمه الله : وهو مبادلة المال بالمال لغرض التملك فيبان لمعنى البيع في اللغة . واشتقاقه من البيع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء .

وأما في الشرع فقيل : هو عبارة عن الإيجاب والقبول . وزاد القاضي : إذا تضمن عينين للتمليك .

قال المصنف في المعنى : وهو قاصر - يعني حد القاضي - إذ يخرج منه المعاوضة ويدخل فيه عقود سوى البيع .

وأما قوله : وله صورتان فمعناه أنه يتعقد بكل واحدة من الصورتين المذكورتين .

وأما كونه يتعقد بالإيجاب والقبول ؛ فلأنه صريح فيه فانهقد به كسائر الصرائح .

والإيجاب هو : الصادر من قبل البائع ، والقبول : هو الصادر من قبل المشتري :

وأما قوله : فيقول البائع ... إلى آخره فتفسير للإيجاب والقبول .

ويتعقد البيع بما صرح به المصنف وبكل قول يدل عليه لدلالته على المقصود .

قال : (فإن تقدم القبول الإيجاب جاز في إحدى الروايتين ، وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه ، وإلا فلا) .

أما كون تقدم القبول الإيجاب يجوز في رواية؛ فلأن المعنى حاصل بذلك فوجب أن يجوز كما لو تأخر .

وأما كونه لا يجوز في رواية؛ فلأن القبول رتبته التأخر فلم يجوز تقدمه كما لو تقدم في النكاح .

وذكر المصنف في المغني أنه إن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول : أتبيعي ثوبك بكذا ؟ فيقول : بعثك لم يصح لأنه ليس بقبول ولا استدعاء، وإن تقدم بلفظ الماضي مثل أن يقول : ابتعت منك فيقول : بعثك صح لأنه متضمن معنى القبول حقيقة .

وقال أبو الخطاب : فيه رواية أنه لا يصح قياساً على تقدمه بلفظ الطلب . وإن تقدم بلفظ الطلب مثل أن يقول : بعني ثوبك فيقول : بعثك فذكر القاضي فيه روايتين :

إحدهما : يصح؛ لأن ذلك يتضمن معنى القبول فصح كما لو كان بلفظ الماضي .

والثانية : لا يصح؛ لأنه لفظ لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام .

ولأنه عقد عري عن القبول فلم يصح كما لو لم يطلب .

وأما كون القبول إذا تراخى عن الإيجاب يصح ما دام المتبايعان في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطع البيع؛ فلأن المجلس منزلٌ منزلة العقد في كثير من الأحكام فليكن هاهنا كذلك .

وأما كونه لا يصح إذا تراخى عن الإيجاب حتى انقضى المجلس؛ فلأنه لما بُعد صار كلاً قبول .

المتنع في شرح المقنع

وأما كونه لا يصح إذا تشاغلا بما يقطعه؛ فلأنهما إذا تشاغلا بذلك صارا كالمعرضين عن البيع فلم يصح بعد ذلك كما لو صرح بالرد.

قال: (والثانية: المعاطاة مثل^(١)) أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه، أو يقول البائع: خذ هذا بلرهم فأخذه.

وقال القاضي: لا يصح هذا إلا في الشيء اليسير.

أما كون الصرورة الثانية من صور البيع: المعاطاة. وهي منصوص الإمام أحمد واختيار المصنف؛ فلأن البيع موجود قبل الشرع وإنما الشرع علق عليه أحكاماً ولم يعين له لفظاً فيجب أن يرجع فيه إلى العرف كالعقبض والحِرْز.

ولأن المسلمين في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن الصحابة استعمال إيجاب وقبول في بياعاتهم ولو كانوا يستعملون ذلك في جميع بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً.

ولأن البيع مما نعم به البلوى فلو اشترط له ذلك لينه النبي ﷺ بياناً^(٢) عاماً شافياً ولم يخف حكمه؛ لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً.

وأما قول المصنف رحمه الله: مثل أن يقول... إلى فيأخذه فيبان لصورة المعاطاة.

وأما كون المعاطاة لا تصح في الشيء الكثير على قول القاضي؛ فلأن البيع عقد معاوضة فكان الإيجاب والقبول من شروطه كالتكاح.

(١) في هـ: وهو.

(٢) سقط من هـ.

وأما كونها تصح في الشيء اليسير؛ فلأن اعتبار ذلك فيه يشق فيسقط دفعاً
للمشقة.

فصل في شروط البيع

قال المصنف رحمه الله: (ولا يصح إلا بشروط سبعة :
أحدها : التراضي به، وهو أن يأتي به اختياراً، فإن كان أحدهما مكرهاً لم
يصح إلا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه).
أما كون البيع لا يصح إلا بشروط سبعة فلما يأتي ذكره في مواضعها.
وأما^(١) كون أحد الشروط السبعة : التراضي من كل واحد من البائع
والمشتري إذا لم يكن ذلك واجباً عليهما فلقوله تعالى : ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ
تِرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].
ولأن حق كل واحد منهما متعلق بماله فلم يجوز إزالة ملكه عنه بغير رضاه.
وإلى مثل هذا وقعت الإشارة بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب
نفسه »^(٢).
وأما قول المصنف رحمه الله : وهو أن يأتي به اختياراً فتفسير للتراضي منهما.
وأما كون البيع لا يصح إذا كان أحد المتبايعين مكرهاً بغير حق ؛ فلأن
تراضيهما شرط ولم يوجد .

(١) في هـ: أما.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٧١٤) ٥ : ٧٢.

وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢) ٣ : ٢٦ كتاب البيوع. كلاهما عن أبي حرة الرقاشي عن عمه.

وأما كون التراضي في المكروه بحق كالذي ذكره المصنف رحمه الله لا يشترط؛ فلأن المراد^(١) حصول وفاء الدين فلو منع الإكراه صحته لاتخذ ذلك من عليه الدين وسيلة إلى عدم الوفاء.

(١) في و: الغرض.

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله : (الثاني : أن يكون العاقد جازئ التصرف ، وهو : المكلف الرشيد ، إلا الصبي المميز والسفيه فإنه يصح تصرفهما بإذن وليهما في إحدى الروايتين ، ولا يصح بغير إذنه إلا في الشيء اليسير) .

أما كون ثاني الشروط^(١) السبعة لصحة البيع : أن يكون العاقد غير الصبي والسفيه جازئ التصرف ؛ فلأن البيع قولٌ يشترط له الرضى فاشترط في عقاقده جواز التصرف كالإقرار .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو المكلف الرشيد فتفسير لجائز التصرف . والمراد بالمكلف العاقل البالغ .

فعلى هذا لا يصح بيع طفل ولا مجنون ولا سكران ولا نائم ولا مبرسم ولا شراءه ؛ لأن كل واحد منهم لا عقل له .

وأما كون تصرف الصبي المميز والسفيه بإذن وليهما يصح في رواية : أما في الصبي فلقوله تعالى : ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء: ٦] أي اختبروهم وإنما يتحقق الاختبار بتفويض البيع والشراء إليه .

ولأنه عاقل فصح تصرفه بإذن وليه وإن كان محجوراً عليه كالعبد .

وأما في السفيه ؛ فلأنه إذا صح تصرف المميز بإذن وليه ؛ فلأن يصح تصرف السفيه بإذن وليه بطريق الأولى .

(١) في هـ : أما كون الثاني من الشروط .

وأما كونه لا يصح في رواية؛ فلما تقدم في غيرهما .
 وأما كونه لا يصح بغير إذن وليهما في الشيء الكثير؛ فللدلالة على اشتراط
 جواز التصرف السالم عن معارضة دليل صحة تصرفهما بإذن وليهما .
 وأما كونه يصح في الشيء اليسير؛ فلأن الحكمة الحاملة على الحجر عليهما
 نخوف ضياع مالهما بتصرفهما وذلك في اليسير مفقود .
 وعن أبي الدرداء « أنه اشترى من صبي عصفوراً وأطلقه » .

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله : (الثالث : أن يكون المبيع مالاً وهو ما فيه منفعة مباحة من غير ضرورة، فيجوز بيع البغل والحمار ودود القز وبزره والنحل منفرداً وفي كواراته).

أما كون ثالث الشروط^(١) السبعة لصحة البيع : أن يكون المبيع مالاً؛ فلائه مقابل بالمال .

ولأن البيع مبادلة المال بالمال .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو ما فيه منفعة مباحة من غير ضرورة فتفسير للمال . وفي تقييده بما فيه منفعة احتراز عما لا نفع فيه كالخشرات، وفي تقييد المنفعة بالإباحة احتراز عما فيه منفعة محرمة كالخمر والخنزير، وفي تقييد الإباحة بغير ضرورة احتراز عما فيه منفعة مباحة للضرورة كالكلب . ولو قال المصنف رحمه الله : لغير حاجة كان جيداً لأن اقتناء الكلب يحتاج إليه ولا يضطر إليه .

وأما كون بيع البغل والحمار يجوز؛ فلائهما يشتملان على جميع ما ذكر .

ولأن الناس يتبايعونهما من الأعصار المتقدمة من غير نكير فكان ذلك كالإجماع .

وأما كون بيع دود القز يجوز؛ فلائنه يشتمل على ما ذكر .

ولأنه حيوان يجوز اقتناؤه لغرض التملك لما يخرج منه أشبه البهائم .

(١) في هـ : أما كون الثالث من الشروط .

وأما كون بيع بزره يجوز؛ فلأنه منتفع به في المال أشبه ولد الفرس .
 وأما كون بيع النحل يجوز؛ فلأنه يشتمل على ما ذكر .
 ولأنه حيوان طاهر يخرج من بطونه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الأنعام . ولا فرق بين كونها منفردة مشاهدة وبين كونها في كواراتها لإمكان مشاهدتها بفتح رأسها .
 وقال القاضي : لا يجوز لأن بعضها لا يشاهد وهو أميرها .
 ولأنها لا تخلو من غسل يكون مبيعاً وهو مجهول .
 والأول أولى لما ذكر لأن خفاء البعض لا يمنع الصحة كبيع الصبرة ، وكما لو باع شيئاً في وعاء لا يشاهد إلا ظاهره .
 ولأن ما فيه من العسل يدخل تبعاً ولا تضر جهالته كأساسات الحيطان .
 قال : (ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الحرقى ، والأخرى لا يجوز اختارها أبو بكر) .
 أما كون بيع الهر يجوز في رواية؛ فلأنه حيوان يجوز اقتناؤه والانتفاع به من غير حاجة فجاز بيعه كالبغل والحمار .
 وأما كونه لا يجوز في رواية فلما روى جابر « أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الهر »^(١) رواه أبو داود .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٨٠٧) : ٣ : ٣٥٦ كتاب الأطعمة، باب النهي عن أكل السباع .
 وأخرجه الزمذني في جامعه (١٢٨٠) : ٣ : ٥٧٨ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية ثمن الكلب والسنور .
 نحوه .
 وأخرجه ابن ماجه في سننه (٣٢٥٠) : ٢ : ١٠٨٢ كتاب الصيد ، باب الهر . نحوه .

الممتع في شرح المقنع

وعن جابر « أنه سئل عن ثمن السنور فقال : زجر رسول الله ﷺ عن ذلك »^(١) رواه مسلم .

والأولى أولى ؛ لما تقدم . وما ذكر من الحديث محمول على ما ليس بمملوك ، أو على بيع الهر البري ، أو على ما لا منفعة فيه ؛ لأن فيه جمعاً بينه وبين المعنى المذكور .

وأما كون بيع الفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد غير الكلب يجوز في رواية ؛ فلأنه حيوان يجوز اقتناؤه والانتفاع به من غير وعيد ورد في جنسه فجاز بيعه كالبعل والحمار .

فإن قيل : ما المراد بقول المصنف : يصلح للصيد؟

قيل : يحتمل أنه أراد كونها معلمة حالة البيع . فعلى هذا لا يصح بيعها قبل التعليم ، ويحتمل أنه أراد به كونها قابلة للتعليم . وهو أولى المحملين ، وإن كان خلاف ظاهر اللفظ لأنه قال في المغني : ما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لا يجوز بيعه لعدم النفع ، وإن كان أمكن تعليمه فالأولى جواز بيعه يُعلم ، وقاسه على اقتناء الجرو الصغير وبيع الجحش الصغير .

فإن قيل قول المصنف رحمه الله : إلا الكلب ما هو؟

قيل : استثناء من جواز البيع المختلف فيه لأن بيعه لا يجوز رواية واحدة لما يذكر بعد إن شاء الله تعالى .

وأما كون بيع الفيل وسباع البهائم لا يجوز في رواية ؛ فلأنها نجسة أشبهت الكلب .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٩) ٢ : ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم من الكلب...

والأول أصح لما ذكر. وفارق الكلب من حيث إنها يجوز اقتناؤها مطلقاً بخلاف الكلب فإنه لا يجوز إلا لأحد أسباب ثلاثة.

ولأن جواز اقتناء الكلب للحاجة بخلاف ما ذكر.

قال: (ويجوز بيع العبد المرتد والمريض، وفي بيع الجاني والقاتل في المحاربة ولبن الآدميات وجهان).

أما كون بيع العبد المرتد يجوز فلحصول النفع به إلى وقت قتله وربما رجع إلى الإسلام فيحصل فيه كمال النفع.

وأما كون بيع العبد المريض يجوز؛ فلأن خشية الهلاك لا تمنع صحة البيع دليله بيع العبد المرتد.

وأما كون بيع العبد الجاني يجوز في وجه؛ فلأن قتله غير متحتم فجاز بيعه كالمرتد.

وأما كونه لا يجوز في وجه؛ فلأنه تعلق برقبته حق آدمي فممنوع جواز بيعه كالرهن بل حق الجناية أكد لأنها تقدم على الرهن.

والأول أولى لما ذكر.

ولأنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداؤه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة، أو حق ثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته، أو تصرف في^(١) الجاني فجاز كالعتق. وفارق الرهن من حيث إنه حق متعين فيه لا يجوز إبداله ومن حيث إنه يثبت الحق فيه برضى المالك.

وأما كون بيع القاتل في المحاربة يجوز في وجه؛ فلأنه ينتفع به إلى حين قتله ويعتقه فيجر ولاء ولده فجاز بيعه كالمرضى.

(١) سائط من هـ.

وأما كونه لا يجوز في وجهه؛ فلأنه متحتم القتل فلا منفعة فيه أشبه الميت .
وأما كون بيع لبن الآدميات يجوز في وجهه؛ فلأنه طاهر ينتفع به فجاز بيعه
كلبن الشاة .

وأما كونه لا يجوز في وجهه؛ فلأنه مائع خرج من آدمية أشبه العرق .
ولأنه من الآدمي فلم يجر بيعه كسائر أجزائه .

قال: (وفي جواز بيع المصحف وكراهة شرائه وإبداله روايتان).

أما كون بيع المصحف لا يجوز في رواية فلما في ذلك من صيانته .

وأما كونه يجوز في رواية «فلأن ابن عباس سئل عن ذلك . فقال: لا بأس .
يأخذون أجور أيديهم» .

والأولى أولى لما ذكر .

ولأنه قول جماعة من الصحابة منهم ابن عمر وأبو موسى وسعيد بن جبير .
ولم يُعرف لهم مخالف في عصرهم . فكان إجماعاً .

قال الإمام أحمد: لا أعلم في بيع المصحف رخصة .

وقال ابن عمر: «وددت أن الأيدي تقطع في بيعها»^(١) . أي في بيع

المصاحف .

ولأنه مشتمل على كلام الله فوجب صيانته عن البيع .

وأما كون شرائه يكره في رواية؛ فلأنه وسيلة إلى البيع المتضمن إذلال

المصحف فإذا لم يحرم فلا أقل من أن يكره .

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٠٢٠٢) ٤: ٢٩٢ كتاب البيوع والأقضية ، من كره شراء للمصاحف .

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٥٢٥) ٨: ١١٢ كتاب البيوع ، باب بيع المصاحف .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٦ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع المصاحف .

وأما كونه لا يكره في رواية؛ فلأنه استتفاذ للمصحف فوجب جوازه من غير كراهة كسواء المسلم من الكفار ومع كونه حراً محرماً مبيعاً .
وأما كون إبداله يكره في رواية؛ فلأنه بيع في الجملة فإذا لم يحرم فلا أقل من أن يكره .

وأما كونه لا يكره في رواية؛ فلأن البيع إنما منع منه لما فيه من الرغبة عن المصحف وذلك مفقود في الإبدال .

ومراد المصنف بالكراهة كراهة تنزيه لا كراهة تحريم لأنه عطفه على جواز البيع فلو أراد كراهة التحريم^(١) لكان عطف الشراء على البيع وأسقط الكراهة . فعلى هذا الفرق بين البيع والشراء والإبدال هو أن البائع في معنى الراغب مع أنه لا استتفاذ فيه بخلاف الشراء والإبدال .

قال الإمام أحمد : لا أعلم في بيع المصحف رخصة . ورخص في شرائه .
وقد صرح صاحب النهاية فيها أنه لا يصلح بيع المصحف ولا شراؤه ولا إبداله لأن جميع ذلك إذلال ، والمصحف محترم فتنافيا . وفارق الشراء هنا شراء الأسير من حيث إن شراء الأسير تدعو الحاجة إليه بخلاف المصحف . فعلى هذا يجوز أن يكون المراد^(٢) بالكراهة هنا كراهة تحريم .

قال : (ولا يجوز بيع الحشرات والميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلح للصيد ولا الكلب ولا السرجين النجس ولا الأدهان النجسة . وعنه : يجوز بيعها لكافر يعلم نجاستها ، وفي جواز الاستصباح بها روايتان . ويخرج على ذلك جواز بيعها) .

(١) ساقط من هـ .

(٢) ساقط من هـ .

المتع في شرح المتنع

أما كون بيع الحشرات لا يجوز؛ فلأنه لا منفعة فيها وقد تقلم اشترط النفع في جواز البيع.

وأما كون بيع الميتة لا يجوز؛ فلأن جابراً قال: «سمعت رسول الله ﷺ وهو بمكة يقول: إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والأصنام»^(١) متفق عليه.

وأما كون بيع شيء منها لا يجوز؛ فلأن ما لا يجوز بيع كله لا يجوز بيع شيء منه دليلاً على بيع الخمر وغيره.

وأما كون بيع سباع البهائم التي لا تصلح للصيد لا يجوز؛ فلأنها لا نفع فيها أشبهت الحشرات.

وأما كون بيع الكلب لا يجوز فلما روى أبو مسعود الأنصاري «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب»^(٢).

وقال ﷺ: «ثمن الكلب خبيث»^(٣) متفق عليهما.

وروي عن ابن عباس أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب. قال: وإن جاء يطلب ثمنه فاملؤا كفه تراباً»^(٤) رواه أبو داود.

ولأنه حيوان نهى عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه أشبه الخنزير، أو حيوان نجس العين أشبه الخنزير.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢١): ٢: ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨١): ٣: ١٢٠٧ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣١): ٥: ٢٠٤٥ كتاب الطلاق، باب مهر البغي والنكاح الفاسد.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٧): ٣: ١١٩٨ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب...

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٨): ٣: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب... ولم أره عند البخاري.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٢١): ٣: ٢٦٦ كتاب البيوع، باب في كسب الحمام.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٥): ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في ثمن الكلب.

وأخرجه أحمد في مستدركه (١٥٨٤٤): ٣: ٤٦٤.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٨٢): ٣: ٢٧٩ كتاب البيوع، باب في ثمن الكلاب.

وأما كون بيع السرجين النجس لا يجوز؛ فلأنه نجس بجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة .

وأما كون بيع الأدهان النجسة لا يجوز على المذهب؛ فلأن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم مئنه»^(١) .

ولأنها نجسة فلم يجز بيعها كشحم الميتة .

وأما كونه يجوز لكافر يعلم نجاستها على رواية؛ فلأنه يعتقد حل ذلك . واشترط المصنف رحمه الله الكفر لأجل الاعتقاد المجوز لأن ذلك لا يوجد في غيره . والعلم بنجاستها المراد به اعتقاد الطهارة^(٢) لأن نفس العلم بالنجاسة ليس شرطاً في بيع الثوب النجس فكذا هاهنا .

وأما كون الاستصباح بذلك يجوز في رواية؛ فلأنه انتفاع من غير ضرر أشبه الانتفاع بالجلد اليابس .

وأما كونه لا يجوز في رواية؛ فلأنه دهن نجس فلم يجز الاستصباح به كشحم الميتة .

وأما كون جواز بيعها يخرج على جواز الاستصباح بها؛ فلأنها تصير بذلك منتفعاً بها فجاز بيعها كالبغل والحمار .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٨٨) ٣: ٢٨٠ كتاب البيوع، باب في من الخمر والميتة. بلفظ: «... وإن الله إذا

حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم مئنه...» .

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٢١) ١: ٢٤٧ .

(٢) في هـ: والعلم بنجاستها والمراد اعتقاد الطهارة بها .

فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله : (الرابع : أن يكون مملوكاً له أو مأذوناً له في بيعه ، فإن باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئاً بغير إذنه لم يصح . وعنه : يصح ويقف على إجازة المالك ، وإن اشترى له في ذمته بغير إذنه صح ، فإن أجازته من اشترى له ملكه ، وإلا لزم من اشتراه ، ولا يجوز أن يبيع ما لا يملكه ليمضي ويشتره ويسلمه) .

أما كون رابع الشروط^(١) السبعة لصحة البيع أن يكون مملوكاً للبائع أو مأذوناً له في بيعه ؛ فلأن قول النبي ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك »^(٢) يدل على اشتراط كون البيع مملوكاً للبائع . ترك العمل به في المأذون له لقيامه مقام^(٣) المالك في ملك البيع لأن المالك نزل منزلة نفسه .

ولأن المنع من بيع ملك الغير إنما كان من أجل ذلك الغير فإذا أذن فيه زال ذلك .

ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل في البيع لكون الموكل غائباً أو مجبوراً لا يمكن حضور المشتري معه أو ما أشبه ذلك فلو لم يقم الإذن مقام الملك في ملك البيع لأدى إلى الحرج والمشقة فوجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه .

فإن قيل : ما ليس عندك ليس فيه ذكر الملك؟

(١) في هـ : أما كون الرابع من الشروط .

(٢) سيأتي تخريجه ص : ٢٤ .

(٣) ساقط من هـ .

قيل : معناه ما ليس في ملكك^(١) لأن صدر الحديث : « يأتيني الرجل يلتمس مني ما ليس عندي فأمضي إلى السوق فأشتره »^(٢) .

وأما كون بيع الغير ملك غيره بغير إذنه وشرائه بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه لا يصح على المذهب ؛ فلأن كون المبيع^(٣) مملوكاً أو مأذوناً في التصرف فيه شرط في صحته لما تقدم والشيء يفوت بفوات شرطه .

وأما كونه يصح ويقف على إجازة المالك على رواية : أما كونه يصح فلما روى عروة بن الجعد البارقى «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة . فاشترى به شاتين . ثم باع إحداهما بدينار في الطريق . قال : فأتيت^(٤) النبي ﷺ بالدينار وبالشاة . فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك»^(٥) رواه الإمام أحمد والأثرم .

وأما كون الصحة تقف على إجازة المالك ؛ فلأنه لو صح من غير إجازة المالك لتضرر المالك لتمكن الغير من بيع ملكه .

ولأنه عقد ، له مجيز حال وقوعه ، فوقف على إجازته كالوصية لأجنبي بزيادة على الثلث حيث يقف على الوارث .

والأول أولى لما تقدم .

(١) في هـ : ملك .

(٢) سيأتي تخريجه ص : ٢٤ .

(٣) في هـ : البيع .

(٤) في هـ : أتيت .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٤٣) ٣ : ١٣٣٢ كتاب المناقب ، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية ...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣ : ٢٥٦ كتاب البيوع ، باب في المضارب يخالف .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣ : ٥٥٩ كتاب البيوع ، باب .

أخرجه أحمد في مسنده (١٩٣١٦) ٤ : ٣٧٦ .

المتع في شرح المقنع

وأما حديث عروة فمحمول على أنه كان وكيلاً مطلقاً بدليل أنه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك والوكيل المطلق .

وأما كون شراء غير المالك له في ذمته بغير إذن المالك يصح ؛ فلأنه متصرف في ذمته وهي قابلة للتصرف .

وأما كون من اشترى له ذلك يملكه إذا أجاز المشتري له ؛ فلأنه اشترى لأجله ونزل المشتري نفسه منزلة الوكيل فملكه من اشترى له كما لو أذن له في ذلك .

وأما كون الشراء يلزم من اشتراؤه إذا لم يجزه من اشترى له ؛ فلأن التصرف صحيح لما تقدم ولا يلزم من اشترى له قبوله لأنه لم يأذن فيه فتعين كونه للمشتري .

وأما كونه لا يجوز أن يبيع ما لا يملكه ليمضي ويشتره ويسلمه فلما روى حكيم بن حزام أنه قال للنبي ﷺ : « إن الرجل يأتيني يلتمس مني ما ليس عندي فأمضي إلى السوق فأشتره ثم أبعه منه . فقال : لا تبع ما ليس عندك »^(١) رواه الترمذي . وقال : حديث صحيح .

قال : (ولا يصح بيع ما فتح عنوة ولم يقسم كأرض الشام والعراق ومصر ونحوها إلا المساكن وأرضاً من العراق فتحت صلحاً وهي الحيرة وأليس وبانقيا وأرض بني صلوبا ؛ لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها في كل عام ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها . وتجوز إجارتها ، وعن أحمد أنه كره بيعها وأجاز شراءها) .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٣) ٣ : ٢٨٢ كتاب البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٢) ٣ : ٥٣٤ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك .
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٣) ٧ : ٢٨٩ كتاب البيوع ، باب يبيع ما ليس عند البائع .

أما كون يبيع ما فتح عنوة ولم يقسم كأرض الشام والعراق ومصر وغير المساكن لا يصح على المذهب فلما ذكره المصنف من أن عمر رضي الله عنه وقفها^(١). روي ذلك في قصص اشتهرت عنه .

وأما قوله رحمه الله : ولم يقدر مدتها لعموم المصلحة فيها فجواب عن إشكال مقدر لأنه لما قال : وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها توجه لقائل أن يقول : الإجارة يجب تقدير مدتها فأشار إلى الفرق من حيث إن عموم المصلحة موجود هنا بخلاف ما إذا أجر إنسان ملكه . فأطلق عمر رضي الله عنه المدة لذلك .

وأما كون يبيع المساكن مما فتح عنوة ولم يقسم يصح ف « لأن الصحابة اقتطعوا الخطط في الكوفة والبصرة في زمن عمر وبنوها مساكن وتبايعوها » من غير نكير فكان إجماعاً .

وأما كون يبيع الأراضي التي سماها المصنف رحمه الله من الحيرة ... إلى آخره يصح ؛ فلما أشار إليه من أنها فتحت صلحاً لا عنوة .

وأما كون إيجارها تجوز ؛ فلأنها مؤجرة في يد أربابها وإجارة المؤجر جائزة .
وأما كونه يكره بيعها ويجوز شراؤها على رواية : أما الكراهة فللاختلاف في بيعها ، وأما الشراء ؛ فلأنه في معنى الاستنقاذ .

قال : (ولا يجوز بيع ربا ع مكة ولا إيجارها . وعنه : يجوز ذلك) .

أما كون يبيع ربا ع مكة لا يجوز على المذهب ؛ فلأنها فتحت عنوة ولم تقسم : أما كونها فتحت عنوة ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط رسوله والمؤمنين . وإنما أحلت لي ساعة من نهار »^(٢) متفق عليه .

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (١٤٧) ص: ٥٩ كتاب فتوح الأرضين صلحاً، باب فتح الأرض تؤخذ عنوة...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٠٢) ٢: ٨٥٧ كتاب في اللقطة، باب كيف تعرف لقطه أهل مكة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٥) ٢: ٩٨٨ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصلها وخلها...

و « لأن أم هانئ قالت : يا رسول الله ! إنني أجزت حمويين لي فزعم ابن أمي أنه قاتلها . فقال النبي ﷺ : قد أجزنا من أجزت »^(١) .

و « لأن ابن خطل ومقيس بن ضبابة قتلا بها حين فتحت »^(٢) ولو فتحت صلحاً لم يجز قتل أهلها .

وأما كونها لم تقسم فبالنقل عن أئمة الأثر ، وإذا فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائمين صارت وقفاً على المسلمين فلم يجز بيعها كسواد العراق .

ولأن النبي ﷺ قال في مكة : « حرام بيعها حرام إيجارتها »^(٣) .

وأما كونه يجوز على رواية ؛ فإنه روي أنها فتحت صلحاً ؛ لأن النبي ﷺ قال : « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن ألقى السلاح فهو آمن ، ومن دخل المسجد فهو آمن »^(٤) . وإذا فتحت صلحاً كانت لأهلها فجاز بيعها كسائر الأملاك .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٨٠٦) : ٥ : ٢٢٨٠ كتاب الأدب ، باب ما جاء في زعموا .

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٦) : ١ : ٤٩٨ كتاب صلاة للمسافرين وقصرها ، باب استحباب صلاة الضحى ...
(٢) عن مصعب بن سعد عن أبيه قال : « لما كان يوم فتح مكة آمن رسول الله ﷺ الناس إلا أربعة نفر وامرأتين وقال : اتلوهم وإن وجدتموهم متعلقين بأستار الكعبة عكرمة بن أبي جهل وعبد الله بن خطل ومقيس بن ضبابة وعبد الله بن سعد بن أبي السرح ... » .

أخرجه النسائي في سننه (٤٠٦٧) : ٦ : ٧٠٠٦ كتاب تحريم الدم ، الحكم في المرتد .

وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٣١) : ٣ : ٥٩ كتاب البيوع . نحوه .

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٦٨٥) : ٦٠ : ٣٠٠٦ كتاب الجهاد ، باب قتل الأسير ولا يعرض عليه الإسلام . بلفظ : « أن رسول الله ﷺ دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفر فلما نزعها رجل فقال : ابن خطل متعلق بأستار الكعبة فقال : اتلوه » .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٦٩٢) : ٢٠٢ : ٤٠٠٢ كتاب الجهاد ، باب ما جاء في المغفر . نحو لفظ أبي داود .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٢٣) : ٣ : ٥٧ كتاب البيوع .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٥) : ٦ : ٣٥٠٦ كتاب البيوع ، باب ما جاء في بيع دور مكة ...

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٨٠) : ٣ : ١٤٠٧ كتاب الجهاد والسير ، باب فتح مكة .

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٠٢٤) : ٦٣ : ٣٠٠٢ كتاب الخراج والإمارة والقيء ، باب ما جاء في خير مكة .

ويؤيد ذلك ما روي « أن عمر رضي الله عنه اشترى من صفوان بن أمية داراً بأربعة آلاف درهم»^(١) ، و « اشترى معاوية من حكيم بن حزام دارين بمكة : إحداهما بستين ألفاً ، والأخرى بأربعين ألفاً»^(٢) .

وظاهر كلام المصنف في المغني وصاحب النهاية فيها ترجيح الرواية الأولى لما تقدم .

وأجابا عن فعل عمر بأنه كان على سبيل الاستفاد لأنه اشترى ذلك لمصلحة المسلمين لأنه عمله سجناً ، ويؤيده فعله ذلك في أرض السواد .

وأما كون إجارتها لا تجوز على المذهب فلما تقدم من قوله : « حرام إجارتها»^(٣) .

وروي « أن سفیان سكن بعض رباغ مكة وهرب ولم يعطهم أجرة » .

وأما كونها تجوز على رواية فلما تقدم من أنها فتحت صلحاً .

قال : (ولا يجوز بيع كل ماء عد ؛ كمياء العيون ، ونقع البثر . ولا ما في المعادن الجارية^(٤)) ؛ كالملح ، والقار ، والنفط . ولا ما يثبت في أرضه من الكلا ، والشوك . ومن أخذ منه شيئاً ملكه إلا أنه لا يجوز له دخول ملك غيره بغير إذنه . وعنه : يجوز بيع ذلك) .

أما كون بيع الماء لا يجوز على المذهب ف « لأن النبي ﷺ نهى أن يباع الماء»^(٥) رواه الأثرم .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦ : ٣٤ كتاب البيوع ، باب ما جاء في بيع دور مكة ...

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦ : ٣٥ كتاب البيوع ، باب ما جاء في بيع دور مكة ... بلفظ : قال : « باع حكيم بن حزام دار الثلثة من معاوية بن أبي سفيان بمائة ألف ... » .

(٣) تقدم تحريجه ص : ٢٦ .

(٤) في هـ : الظاهرة .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٨) ٣ : ٢٧٨ كتاب البيوع ، باب في بيع فضل الماء .

المتع في شرح المقنع

ولأن الماء لا يملك على الصحيح من المذهب لأن رجلاً من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: النار والكلا والماء»^(١) رواه أبو داود وابن ماجه.

ولأنه لو كان مملوكاً لم يجز للمستأجر إتلافه لأن الإجارة لا يستحق بها إتلاف الأعيان.

وأما كونه يجوز على رواية؛ فلأنه خارج من ملكه فجاز بيعه كسائر الخراج منه.

وأما كون بيع ما في المعادن الجارية كما مثل المصنف رحمه الله لا يجوز على المذهب؛ فلأن نفعه يعم فلم يجز بيعه كالماء.

وأما كونه يجوز على رواية؛ فلأنه خارج من ملكه أشبه سائر ما يخرج منه. وأما كون بيع ما ينبت في أرضه من الكلا والشوك لا يجوز على المذهب فلما تقدم من قوله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث. ذكر منها الكلا»^(٢). ولأن نفعه يعم أشبه ما تقدم.

وأما كونه يجوز على رواية فلما تقدم في الماء وما في المعادن.

⇨

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧١) ٣: ٥٧١ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع فضل الماء. وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٦٣) ٧: ٣٠٧ كتاب البيوع، بيع فضل الماء. وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٧٦) ٢: ٨٢٨ كتاب الرهن، باب النهي عن بيع الماء. كلهم عن إيلس بن عبد المزني.

قال الترمذي: حديث إيلس حسن صحيح، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٧) ٣: ٢٧٨ كتاب البيوع، باب في منع الماء. وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٧٢) ٢: ٨٢٦ كتاب الرهن، باب المسلمون شركاء في ثلاث. قال في الزوائد: عبداً لله بن خيرا قد ضعه أبو زرعة والبخاري وغيرهما. وقال محمد بن عمار الموصلي: كتاب. (٢) سبق تخريجه في الحديث السابق.

• أما كون من أخذ من ذلك شيئاً يملكه على القول بعدم جواز بيعه ؛ فلأن ذلك كله من المباحات فوجب أن يملكه أخذه كما لو أخذه من أرض مباحة .
وأما كونه لا يجوز له دخول ملك غيره بغير إذنه ؛ فلأنه متصرف في ملك الغير بغير إذنه وذلك غير جائز .

فإن قيل : فكيف يملكه وقد تعدى ؟

قيل : تعديه لا يمنع ملكه كما لو عشنش في أرضه^(١) طائر ، أو دخل فيها ظبي ، أو نضب الماء عن سمك فدخل إليه داخل وأخذه فإنه يكون متعدياً بالدخول ويملك ما أخذه .

وقال ابن عقيل : يتخرج عندي أنه لا يملك بذلك لأنه سبب حرام فلا يستفاد به الملك كالبيع الفاسد . ولقوله عليه السلام : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »^(٢) .

فإن قيل : الخلاف المتقدم في الماء وما بعده^(٣) جار فيما لم يحز من ذلك أو مطلقاً ؟

قيل : فيما لم يحز من ذلك ، ولذلك وصف المصنف رحمه الله الماء بالعد لأن الماء ما له مادة ، وما حيز لا مادة له ، ولذلك مثل ما لا يجوز بيعه بماء العيون ونقع البئر . فأما ما حيز كالماء في الإناء والكلاء في العنبل وما أشبه ذلك فإنه يجوز بيعه بلا خلاف ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لأن يأخذ أحدكم حبالاً فيأخذ حزمة من حطب

(١) في هـ : ملكه .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٠) : ٢ : ٩٥٩ كتاب الصلح ، باب إذا اصطلحوا على صلح جورٍ فالصلح مردود .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٨) : ٣ : ١٣٤٣ كتاب الأفضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور .

(٣) ساقط من هـ .

الممتع في شرح المقنع

فبيع ذلك فيكف الله به وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطي أو منع»^(١) رواه البخاري .

وعن النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه »^(٢) رواه أبو عبيد في الأموال .

ولأن العادة مضت في الأمصار ببيع الماء في الروايا والخطب والكلأ المحازين من غير نكير .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٤٤) ٢ : ٨٣٦ كتاب المساقاة، باب بيع الخطب والكلأ .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٤٢) ٢ : ٧٢١ كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس .
(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٧٥٥) ص: ٢٧٨ باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء .

فصل [الشرط الخامس]

قال المصنف رحمه الله : (الخامس : أن يكون مقدوراً على تسليمه ، فلا يجوز بيع الآبق ولا الشارد ولا الطير في الهواء والسماك في الماء ولا المغصوب إلا من غاصبه أو من يقدر على أخذه) .

أما كون خامس الشروط^(١) السبعة لصحة البيع أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه ؛ فلأن ما لا يقدر على تسليمه شبيه بالمعلوم ، والمعلوم لا يصح بيعه فكذا ما يشبهه .

وأما كون بيع الآبق والشارد والطير في الهواء والسماك في الماء لا يجوز ؛ فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»^(٢) رواه مسلم .

قيل في تفسيره : هو بيع الطير في الهواء والسماك في الماء والآبق . والشارد في معناهما .

ولأن ذلك غير مقدور عليه فلم يجوز بيعه لقوات شرطه .

وأما كون بيع المغصوب لا يجوز من غير غاصبه وغير من يقدر على أخذه ؛ فلأنه لا يقدر على تسليمه .

(١) في هـ : أما كون الخامس من الشروط .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٣) : ٣ : ١١٥٣ كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة ، والبيع الذي فيه غرر .

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧٦) : ٣ : ٢٥٤ كتاب البيوع ، باب في بيع الغرر .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٠) : ٣ : ٤٩٢ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر .

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥١٨) : ٧ : ٢٦٢ كتاب البيوع ، بيع الحصاة .

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٩٤) : ٢ : ٧٣٩ كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر .

المتع في شرح المقنع

وأما كونه يجوز من أحدهما؛ فلأن المانع من الجواز عدم القدرة على تسليمه وهو معلوم هنا.

فصل [الشرط السادس]

قال المصنف رحمه الله : (السادس : أن يكون معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته . فإن اشترى ما لم يره ولم يوصف له ، [أو رآه]^(١) ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السَّلم لم يصح البيع . وعنه : يصح وللمشترى خيار الرؤية) .

أما كون سادس الشروط^(٢) السبعة لصحة البيع أن يكون المبيع معلوماً على المذهب فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر »^(٣) رواه مسلم .
ولأن المجهول يقع فيه التنازع ويتعذر تسليمه .

وأما كون ذلك معلوماً برؤية أو صفة تحصل بها معرفته ؛ فلأن كل واحد منهما إذا عدم لم يكن المبيع معلوماً وذلك شرط لما تقدم .

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأن الرؤية والصفة طريق إلى ذلك : أما الرؤية فمتفق عليها لأنها تحصل العلم بحقيقة المبيع .

وأما الصفة فينظر فيها فإن كانت يحصل بها معرفته كالصفة التي تكفي في السَّلم كان المبيع بها معلوماً لأن الصفة المذكورة تقوم مقام الرؤية في السَّلم فكنا هنا .

(١) ساقط من هـ .

(٢) في هـ : أما كون السادس من الشروط .

(٣) سبق تخريجه ص : ٣١ .

المتع في شرح المنع

ولأن المبيع يتميز بما يصفه البائع، والشرع قاض بالاعتماد على قوله . دليله قبول قوله أنه ملكه وغير ذلك مما يشترط لصحة العقد .

ولأنه مبيع معلوم للمتعاقدين مقدور على تسليمه فصح كالحاضر .

ولأن الصفة إحدى حالي العين فصح البيع بها كحالة المشاهدة .

وإنما اشترط ذكر الصفة التي تكفي في السلم لأن المشاهدة لما عدت وجب استيفاء الصفة التي قامت مقام الرؤية . وهي الصفة التي تكفي في السلم وهي معلومة في غيرها .

فعلى هذا إذا اشترى ما لم يره ولم يوصف له ، أو رآه ولم يعلم ما هو ، أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السلم لم يصح البيع لعدم العلم بالمبيع .

وأما كون بيع ذلك يصح على رواية؛ فلأنه يروى عن النبي ﷺ : « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه »^(١) والخيار لا يكون إلا في بيع صحيح .

ولأنه عقد معاوضة فصح بغير رؤية ولا صفة كالتكاح .

وأما كون المشتري له خيار الرؤية؛ فللحديث المذكور .

والخيار على الفور للحديث .

وقيل : يتقيد بالمجلس قياساً على خيار المجلس .

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٠) ٣ : ٥ - كتاب البيوع .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥ : ٢٦١ كتاب البيوع ، باب : من قال يجوز بيع العين الغائبة . كلاهما عن أبي هريرة .

قال الدارقطني : هذا باطل لا يصح . وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله .

وجاء من طريق أخرى مرسلة عن مكحول عن النبي ﷺ . أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٩٩٧) ٤ :

٢٧٣ كتاب البيوع والأقضية ، في الرجل يشتري الشيء ولا ينظر إليه ...

وأخرجها الدارقطني في سننه (٨) ٣ : ٤ . وقال : هذا مرسل ، وأبو بكر بن أبي مرزوق - أحد الرواة - ضعيف .

قال : (وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم أو رآه ثم عقد بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهراً صح في أصح الروايتين ، ثم إن وجدته لم يتغير فلا خيار له ، وإن وجدته متغيراً فله الفسخ ، والقول في ذلك قول المشتري مع يمينه) .

أما كون البيع يصح فيما ذكر من صفة ما يكفي في السلم في أصح الروايتين فلما تقدم في شرح قول المصنف رحمه الله أو صفة تحصل بها معرفته .

وأما كونه لا يصح في رواية ؛ فلأن الصفة لا تحصل العلم من كل وجه .

وأما كونه يصح فيما إذا رآه ثم عقد بعد رؤية المبيع بزمن لا يتغير فيه ظاهراً في أصح الروايتين ؛ فلأن المبيع معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حال العقد . ولأن الرؤية السابقة كالمقارنة .

وأما كونه لا يصح في رواية ؛ فلأن ما كان شرطاً يعتبر وجوده حال العقد كالشهادة في النكاح .

وقول المصنف رحمه الله : بزمن لا يتغير فيه ظاهراً مشعر بأن الزمن لو كان يتغير فيه لا يصح بيعه . وصرح غيره بعلم صحته لأنه غير معلوم .

فإن قيل : فلو احتمل الأمرين .

قيل : العقد صحيح ؛ لأن الأصل سلامته .

وأما كون المشتري لا خيار له إذا وجد المبيع لم يتغير ؛ فلأنه حصل له ما عقد عليه .

وأما كونه له الفسخ إذا وجدته متغيراً ؛ فلأن ذلك كالعيب .

وأما كون القول في ذلك قول المشتري مع يمينه ؛ فلأن الثمن يلزمه إلا ما اعترف به .

قال : (ولا يجوز بيع الحمل في البطن واللبن في الضرع والمسك في الفأر والنوى في التمر ولا الصوف على الظهر . وعنه : يجوز بشرط جزه في الحال) .

المتع في شرح المتنع

أما كون بيع الحمل في البطن لا يجوز فلما روى أبو هريرة « أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح »^(١).

قال أبو عبيد: المضامين: ما في أصلاب الفحول، والملاقيح: ما في البطون. وهي الأجنة.

وروى ابن عمر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحجر »^(٢).

قال ابن الأعرابي: الحجر ما في بطن الناقة.

ولأنه مجهول لا تعلم صفته ولا حياته فلم يصح بيعه كالمعلوم.

ولأنه غير مقدور على تسليمه، والقدرة على ذلك شرط في جواز البيع.

وأما كون بيع اللبن في الضرع لا يجوز فلما روى ابن عباس « أن النبي ﷺ نهى أن يباع لبن في ضرع »^(٣).

ولأنه مجهول الصفة والمقدار أشبه الحمل.

ولأنه بيع عين لم تخلق فلم يجز كييع ما تحمل الناقة.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٦٣) ٢: ٥٠٧. كتاب البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤١. كتاب البيوع، باب النهي عن بيع جبل الحبل. كلاهما عن ابن المسيب مرسلًا.

وأخرجه الطبراني في الكبير (١٥٨١) ١١: ٢٣٠. مرفوعاً من حديث ابن عباس. قال في الجمع: فيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة وثقه أحمد وضعه جمهور الأئمة.

وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد مرفوعاً عن أبي هريرة ٤: ١٠٤. كتاب البيوع، باب بيع الملاقيح والمضامين وجبل الحبل، وعزاه إلى البراء وقال: فيه صالح بن أبي الأخضر. وهو ضعيف.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤١. كتاب البيوع، باب النهي عن بيع جبل الحبل.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤٠. كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم واللبن في ضروع الغنم...

وأما كون بيع المسك في الفأر . وهو : الوعاء الذي يكون فيه ، والنوى في التمر لا يجوز ؛ فلأن كل واحد منهما مجهول فلا يجوز بيعه مستوراً^(١) كالدر في الصدف .

وأما كون بيع الصوف على الظهر لا يجوز على المذهب ف « لأن النبي ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر »^(٢) .

ولأنه متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه .

وأما كونه يجوز بشرط جزه في الحال على رواية ؛ فلأنه مشاهد يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة في الأرض . وفارق الأعضاء من حيث إنها لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان .

قال : (ولا يجوز بيع الملامسة ، وهو أن يقول : بعثك ثوبي هذا على أنك متى لمستته فهو عليك بكذا ، أو يقول : أي ثوب لمستته فهو لك بكذا . ولا بيع المنابذة ، وهو أن يقول : أي ثوب نبذته إليّ فهو عليّ بكذا . ولا بيع الحصاة ، وهو أن يقول : ارم هذه الحصاة فعليّ أي ثوب وقعت فهو لك بكذا ، أو يقول : بعثك من هذه الأرض بقدر ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا) .

أما كون بيع المنابذة واللامسة لا يجوز ف « لأن النبي ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة »^(٣) متفق عليه .

وأما تفسيرهما فكما ذكر المصنف رحمه الله . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد لأن فيما روى البخاري « أن النبي ﷺ نهى عن الملامسة ونهى عن المنابذة . وهي :

(١) في هـ : مستور ، وهو لحن .

(٢) تكلمة للحديث السابق وقد سبق تخريجه .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٠) : ٢ : ٧٥٤ كتاب البيوع ، باب بيع المنابذة .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١١) : ٣ : ١١٥١ كتاب البيوع ، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة .

المتع في شرح المقنع

طَرَحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إِلَى الرَّجُلِ قَبْلَ أَنْ يُقَلِّبَهُ أَوْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ . وَالْمَلَامَةُ لِمَسِّ الثَّوْبِ
لَا يَنْظُرُ إِلَيْهِ»^(١) .

وروى مسلم في تفسيرها عن أبي هريرة قال : « هو لمس كل واحدٍ منهما
ثوبَ صاحبه بغير تأمل ، والمنايذة أن يُبَدَّ كل واحدٍ منهما ثوبه ولم ينظر كل واحدٍ
منهما ثوب صاحبه»^(٢) . وهو يرجع إلى المعنى الذي فسره المصنف رحمه الله . وعلة
المتع فيهما كون المبيع مجهولاً لا يعلم .

وأما كون بيع الحصة لا يجوز ؛ فلأن أبا هريرة روى « أن النبي ﷺ نهى عن
بيع الحصة»^(٣) . وفي تفسيره خلاف هل هو في الأرض أو في الثوب؟ وقد ذكرهما
المصنف رحمه الله وكلاهما فاسد لما فيه من الغرر والجهل .

قال : (ولا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ، ولا عبداً من عبيد ، ولا شاة من
قطيع ، ولا شجرة من بستان ، ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، ولا هذا
القطيع إلا شاة . وإن استثنى معيناً من ذلك جاز . وإن باعه قفيزاً من هذه الصبرة
صح) .

أما كونه لا يجوز بيع عبد غير معين ولا عبداً من عبيد ولا شاة من قطيع ولا
شجرة من بستان ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ولا هذا القطيع إلا شاة ؛
فلأن ذلك كله غرر فيدخل في الحديث المتقدم .
ولأنه يختلف فيفضي إلى التنازع .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٧) ٢ : ٧٥٤ كتاب البيوع ، باب بيع اللامسة .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١١) ٣ : ١١٥٢ للموضع السابق .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٣) ٣ : ١١٥٣ كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصة ، والبيع الذي فيه غرر .

وأخرجه الزمذني في جامعه (١٢٣٠) ٣ : ٤٩٢ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر .

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥١٨) ٧ : ٢٦٢ كتاب البيوع ، بيع الحصة .

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٩٤) ٢ : ٧٣٩ كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع الحصة وعن بيع الغرر .

وأما كونه يجوز إذا استثنى معيناً مثل أن يقول: بعتك هؤلاء العبيد إلا هذا العبد أو إلا فلاناً وهما يعرفانه ف «لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»^(١) وهذه معلومة .

ولأن المنفسد للبيع الجهالة وقد زالت .

وأما كونه يصح إذا باعه قفيزاً من هذه الصبرة؛ فلأنه مبيع مقدر من جملة يصح بيعها أشبه ما إذا باع نصفها .

قال: (وإن باعه الصبرة إلا قفيزاً، أو ثمرة الشجرة إلا صاعاً لم يصح . وعنه : يصح) .

أما كون بيع ما ذكر لا يصح على الرواية الأولى؛ فلأن المبيع^(٢) مجهول لأن ما كان معلوماً بالمشاهدة يخرج عن كونه معلوماً بالاستثناء .

وأما كونه يصح على الرواية الثانية؛ فلأن الاستثناء معلوم فلا يدخل في نهى النبي ﷺ عن الثنيا «لأنه ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم»^(٣) وهذه معلومة .

قال: (وإن باعه أرضاً إلا جريباً، أو جريباً من أرض يعلمان جربانها صح وكان مشاعاً فيها، وإلا لم يصح) .

أما كون بيع الأرض إلا جريباً يصح إذا كان البائع والمشتري يعلمان جربانها؛ فلأنها إذا كانت مائة مثلاً فقال البائع: بعتكها إلا جريباً فكأنه قال: بعتك منها تسعة وتسعين جريباً وذلك صحيح فليكن هذا مثله .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) ٣: ١١٧٥ كتاب البيوع، باب النهي عن الخاطلة والمزابنة...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٠٥) ٣: ٢٦٢ كتاب البيوع، باب في المخابرة.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٨٨٠) ٧: ٤ كتاب الأيمان والنفور، ذكر الأحاديث المختلفة في النهي، عن كراء الأرض بالثلث والرابع. كلهم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) في هـ: البيع .

(٣) سبق تخريجه في الحديث السابق.

المتع في شرح المقنع

فعلى هذا تكون مشاعة بينهما لما ذكر قبل .

وأما كونه لا يصح بيعها إذا لم يعلم ذلك ؛ فلأن المبيع غير معلوم .

وأما كون بيع جريب من أرض يصح إذا كانا يعلمان جريباتها ولا يصح إذا لم يكونا يعلمان ذلك فلما مر .

قال : (وإن باعه حيواناً مأكولاً إلا رأسه وجلده وأطرافه صح ، وإن استثنى حملة أو شحمه لم يصح) .

أما كون بيع الحيوان المأكول إلا رأسه وجلده وأطرافه يصح ؛ فلأن عروة قال : « أقبل رسول الله ﷺ من مكة إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة فاشترى من راعي غنم شاة وشرط له سلبها » رواه أبو الخطاب وابن عقيل .
ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة .

وأما كونه لا يصح بيعه إلا حملة أو شحمه ؛ فلأن ذلك مجهول و « قد نهى النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم »^(١) .

ولأنه لا يصح إفراده بالبيع فلم يصح استثنائه كالفخذ .

قال : (ويصح بيع ما مأكوله في جوفه وبيع الباقلاء والجوز واللوز في قشريه والحب المشتد في سنبله) .

أما كون بيع ما مأكوله في جوفه وهو البيض والرمان وما أشبههما يصح وإن لم يعلم حقيقة داخله ؛ فلأن ما يستزه من مصلحته ويفسد بإزالته فصح بيعه نفيّاً للخرج والمشقة .

(١) سبق تخريجه ص : ٣٩ .

ولأن مفهوم نهيه عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها يدل على جواز البيع بعد بدو الصلاح سواء كانت مستورة بقشرها أو لم تكن .
وأما كون بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشريه يصح فلما تقدم من مفهوم الحديث .

ولأن ذلك يباع كذلك في أسواق المسلمين من غير تكبير فصار إجماعاً .
ولأن ذلك مستور بجائل من أصل الخلقة فجاز بيعه كالرمان والبيض والمستور بقشره الأسفل من ذي القشرين .

وأما كون بيع الحب المشتد في سنبله يصح فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد »^(١) . جعل الاشتداد غاية للمنع وما بعد الغاية يخالف ما قبلها فوجب زوال المنع .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣: ٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه الترمذي في جمعه (١٢٢٨) ٣: ٥٣٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.
وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٥٩٦) ٣: ٢٥٠.

فصل [الشرط السابع]

قال المصنف رحمه الله : (السابع : أن يكون الثمن معلوماً . فإن باعه السلعة برقمها ، أو بألف درهم ذهباً وفضة ، أو بما ينقطع به السعر ، أو بما باع به فلان ، أو بدينار مطلق وفي البلد نقود : لم يصح . وإن كان فيه نقد واحد انصرف إليه) .

أما كون سابع الشروط^(١) السبعة لصحة البيع أن يكون الثمن معلوماً ؛ فلائنه أحد العوضين فاشترط العلم به كالمبيع ورأس مال السلم .
ولأن المبيع يحتمل رده بعيب ونحوه فلو لم يكن الثمن معلوماً لتعذر الرجوع به .

وأما كون بيع السلعة برقمها . ومعنى الرقم : أن يكتب ثمن السلعة على ظرفها أو في ورقة تجعل فيها لا يصح ؛ فلأن الثمن في ذلك غير معلوم حال العقد ، وقد تقدم اشتراط العلم به في صحة البيع .

وأما كون بيعها بألف درهم ذهباً وفضة لا يصح ؛ فلأن مقدار كل واحد منهما من الألف مجهول .

وأما كون بيعها بما ينقطع به^(٢) السعر أو بما باع به فلان لا يصح ؛ فلأن الثمن في ذلك كله غير معلوم حال العقد والعلم به شرط لما تقدم .

(١) في هـ : أما كون السابع من الشروط .

(٢) ساقط من هـ .

[وأما كون بيعها بدينار مطلق وفي البلد نقود لا يصح؛ فلأن الثمن لا يعلم من أيها يكون فيكون غير معلوم والعلم به شرط لما تقدم. ولا بد أن يلحظ في النقود أن تكون متساوية في الرواج لأنها لو كان بعضها أظهر من بعض صح البيع؛ لأن الأظهر أرجح من غيره فيصرف الثمن إليه فلا يكون غير معلوم.

فإن قيل: كلام المصنف رحمه الله يقتضي بعدم الصحة مطلقاً؟

قيل: يجب تقييده بما ذكر نقلاً ودليلاً.

وأما كون الدينار المطلق إذا كان في البلد نقد واحد ينصرف إليه؛ فلأن المطلق يحمل على المعهود، وذلك واحد.

فعلى هذا يصح البيع لأن الثمن معلوم^(١)

قال: (وإن قال: بعتك بعشرة صحاحاً أو إحدى عشرة مكسرة أو بعشرة^(٢) نقداً أو عشرين نسيئة لم يصح، ويحتمل أن يصح).

أما كون ما ذكر لا يصح على المذهب؛ ف«لأن النبي ﷺ نهى عن يَبَعَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»^(٣) رواه الترمذي. وقال: حديث صحيح. وقد فسر بهذا.

ولأنه لم يعقد على ثمن بعينه أشبه ما إذا قال: بعتك هذين العبدتين.

وأما كونه يحتمل أن يصح فقياس على ما إذا قال: إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم.

(١) ساقط من و.

(٢) في هـ بعشر.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣١) ٣: ٥٣٣ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن يبعين في ببيعة. وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٢) ٧: ٢٩٥ كتاب البيوع، يبعين في ببيعة... كلاهما عن أبي هريرة.

قال: (وإن باعه الصبرة كل قفيز بدرهم، والقطيع كل شاة بدرهم، والثوب كل ذراع بدرهم صح. وإن باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح).

أما كون بيع الصبرة كل قفيز بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم والثوب [كل ذراع] ^(١) بدرهم يصح؛ فلأن البيع معلوم بالمشاهدة والتمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه لجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو الكيل في الأولى والعدد في الثانية والذرع في الثالثة فصح كما لو باع ما رأس ماله تسعة وتسعين درهماً مراححة لكل عشرة درهم فإنه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب. وقد روي عن علي رضي الله عنه «أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة، وجاء بالتمر إلى ^(٢) النبي ﷺ فأكله» ^(٣).

وأما كونه إذا باع من الصبرة كل قفيز بدرهم لا يصح؛ فلأن من للتبعيض وكل للعدد فيكون العدد مجهولاً بخلاف ما ذكر قبل فإن المبيع ^(٤) الكل لا البعض ولا جهالة.

قال: (وإن باعه بمائة درهم إلا ديناراً لم يصح. ذكره القاضي. ويجيء على قول الخرقني أنه يصح).

أما كون البيع بما ذكر لا يصح على المذهب؛ فلأن قيمة الدينار مجهولة ويلزم من الجهل بها الجهل بالتمن، والعلم به شرط لما تقدم.

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٤٧٢) ٤: ٦٤٥ كتاب صفة القيامة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٦) كتاب الأحكام، باب: الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط حلدة. وليس فيهما أكل النبي ﷺ منه.

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٨٩) ط إحياء التراث.

(٤) في هـ: البيع.

وأما كونه يجيء على قولٍ أنه يصح؛ فلأنه قال في الإقرار: يصح استثناء العين من الورق والورق من العين.

فعلى هذا يكون البيع صحيحاً لأن الاستثناء صحيح فكان البيع صحيحاً كسائر الاستثناءات الصحيحة.

ولقائل أن يقول: الصحة في الإقرار تختلف لأصحاب في تعليلها فعلها بعضهم باتحاد التقدين وكونهما قيم الأشياء وأرش الجنايات، وبعضهم بأن قيمة الذهب يعلمها كثير من الناس فإذا استثنى أحدهما من الآخر لم يود إلى الجهالة غالباً، وعلى كلا التعليلين لا يجيء صحة البيع على قول الخرقى في الإقرار لأن المفسد للبيع الجهل في حال العقد. ألا ترى أنه إذا باعه برقمه لا يصح للجهل حال العقد وإن علم بعده. وعلى كلا التعليلين لا يخرج الثمن عن كونه مجهولاً حال العقد. وفارق هذا الإقرار لأن الإقرار بالمجهول يصح وهذا قول متوجه لا دافع له.

فصل في تفريق الصفقة

قال المصنف رحمه الله: (وهو: أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز. وله ثلاث صور:

إحداها: باع معلوماً ومجهولاً فلا يصح).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز فيبان لمعنى تفريق الصفقة.

وأما قوله: وله ثلاث صور؛ فلأن تفريق الصفقة تارة يجمع معلوماً ومجهولاً، وتارة مشاعاً ينقسم الثمن عليه بالأجزاء، وتارة مشاعاً لا ينقسم الثمن عليه بالأجزاء.

وأما كون البيع لا يصح إذا باع معلوماً ومجهولاً؛ فلأن ما بعضه مجهول يكون كله مجهولاً.

ولأن الثمن ينقسم على المبيع بالقيمة، والمجهول لا يمكن تقويمه فلا طريق إلى معرفة ثمن المعلوم.

قال: (الثانية: باع مشاعاً بينه وبين غيره كعبد مشترك بينهما، أو ما ينقسم عليه الثمن بالأجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح في نصيبه بقسطه في الصحيح من المذهب، وللمشترى الخيار إذا لم يكن عالماً).

أما كون البيع يصح فيما ذكر في نصيب البائع بقسطه من الثمن في رواية؛ فلأنه لا يلزم منه جهالة في الثمن لانقسامه هنا على الأجزاء.

وأما كونه لا يصح في رواية؛ فلأنه عقد جمع فيه بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه فلم يصح في شيء كالمسألة المذكورة قبل.

وأما كون الصحيح في المذهب الأولى فلكون الثمن معلوماً. وبه يظهر الفرق بين هذه الصورة وبين الصورة الأولى.

وأما كون المشتري له الخيار إذا لم يكن عالماً؛ فلأن الشركة عيب، ولهذا ثبتت الشفعة في المبيع خوفاً من سوء المشاركة.

وفي قول المصنف رحمه الله: إذا لم يكن عالماً إشعار بأن المشتري إذا كان عالماً لا خيار له وهو صحيح لأن إقدامه عليه مع العلم به دليل على الرضى به.

قال: (الثالثة: باع عبده وعبده غيره بغير إذنه، أو عبداً وحرراً، أو خلاً وحرراً ففيه روايتان:

أولاهما: لا يصح، والأخرى: يصح في عبده وفي الخل بقسطه).

أما كون المبيع لا يصح فيما ذكر في رواية؛ فلأن الصفقة جمعت حرماً وحلالاً فغلب التحريم.

ولأنه عقد لم يصح في بعضه فلم يصح في كله أشبه ما لو تزوج بأختين، أو باع درهماً بدرهمين.

وأما كونه يصح في رواية؛ فلأن كل واحد منهما له حكم لو انفرد فإذا جمع بينهما وجب ثبوت ما كان له منفرداً كما لو باع شقصاً وسيفاً فإن الشفعة تجب في الشقص دون السيف.

ولأن حكم البيع الصحة، بطل في أحدهما لعدم قبوله ذلك فيبقى في الآخر كما لو أوصى بشيء لأدمي وبهيمة.

فعلى هذا يصح في عبده والخل بقسطه لأن ذلك هو الذي يقابله.

وأما كون الأولى أولى فلما ذكر.

المتع في شرح المقنع

ولأن الثمن إنما يتبين بتفسيط العوض بالقيمة وذلك غير معلوم فمنع صحة البيع كالصورة الأولى .

قال : (وإن باع عبده وعبده غيره بإذنه بثمن واحد فهل يصح؟ على وجهين) .

أما كون المبيع فيما ذكر لا يصح على وجهه ؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فكأن كل واحد قد باع عبده بحصة قيمته من الثمن منفرداً وذلك مجهول .

وأما كونه يصح على وجهه ؛ فلأن جملة الثمن معلومة .

قال : (وإن جمع بين بيع وإجارة أو بيع وصرف صح فيهما ويُقَسَطُ العوض عليهما في أحد الوجهين) .

أما كون ما جمع فيه بين بيع وإجارة يصح في وجهه ؛ فلأنهما شيئان يجوز أخذ العوض عن كل واحد منهما منفرداً فجاز مجتمعاً كالثوبين والعبدین .

وأما كونه لا يصح في وجهه ؛ فلأن حكمهما مختلف لأن المبيع المعقود عليه يُضمّن بمجرد البيع والإجارة بخلافه .

وأما كون ما جمع فيه بين بيع وصرف يصح في وجهه فلما ذكر في أول وجهي المسألة قبل .

وأما كونه لا يصح في وجهه ؛ فلأن حكمهما مختلف لأن البيع يجوز فيه التفرقة قبل القبض والصرف بخلافه .

وذكر المصنف رحمه الله الوجهين المذكورين في المسألتين في المغني الأول روايتين ، وعزاها إلى نقل أبي الخطاب .

وأما كونه يقسط على المبيع والمستأجر في المسألة الأولى وعلى المبيع والمصروف في المسألة الثانية على قدر قيمتهما فكما لو جمع بين عبده وعبده غيره .

قال : (وإن جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة بطل البيع . وفي الكتابة وجهان) .

أما كون البيع فيما ذكر يبطل ؛ فلأن المكاتب قبل تمام عقد الكتابة عبداً قن لا يصح أن يبيعه سيده شيئاً لكونه يبيع ماله لعبده .

و أما كون الكتابة تبطل في وجه ؛ فلأنه عقد بطل في بعضه فبطل في كله لما تقدم .

و أما كونها لا تبطل في وجه ؛ فلأن المقتضي للبطلان وجد في البيع فاختص

به .

فصل في البيع أثناء النداء

قال المصنف رحمه الله: (ولا يصح البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها، ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين).

أما كون البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها لا يصح؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]. أمر بترك البيع، والأمر للوجوب، وإذا وجب تركه لم يصح إذا لأنه محرم فلم يصح فعله كسائر ما نهى عنه نهى تحريم.

ولأن البيع يشغل عن الصلاة ويكون ذريعة إلى تركها أو فوات بعضها، وكلاهما لا يجوز، والمؤدي إلى ما لا يجوز لا يجوز، وإذا لم يجوز لم يصح لما تقدم. ولأنه عقد نهى عنه لأجل عبادة فكان غير صحيح كالنكاح المحرم.

فإن قيل: ما النداء الذي يحرم به البيع؟

قيل: هو المذكور في باب الجمعة.

وأما كون النكاح وسائر العقود تصح في وجه؛ فلأن ذلك يقل وقوعه فلا يكون إباحته ذريعة إلى ما ذكر في البيع.

وأما كونها لا تصح في وجه؛ فلأنها عقود معاوضات أشبهت البيع.

وأما كون الأول أصح؛ فلأن دليل الثاني قياس، والقياس مع قيام الفارق لا

أثر له.

قال: (ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمراً، ولا بيع السلاح في الفتنة أو لأهل الحرب. ويحتمل أن يصح مع التحريم).

أما كون بيع العصير لمن يتخذه خمراً لا يصح؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة: ٢] نهى والنهي يقتضي التحريم وعلم الصحة.

وروي عن رسول الله ﷺ «أنه لعن في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والحمولة إليه، وشاربها، وبائعها، ومبتاعها، وشاربها، وساقبها. وأشار إلى كل معاون إليها ومساعد فيها»^(١).

وروي «أن سعد بن أبي وقاص كان له أرض فيها عنب فأخبر أنه لا يصلح زيباً ولا يصلح إلا أن يباع لمن يعصره. فأمر بقلعه وقال: بمس الشيخ أنا إن بعث الخمر».

وأما كونه لا يصح في باقي الصور؛ فلأنها في معناها لما فيها من الإعانة على المعصية.

وأما كونه يحتمل أن يصح في الجميع مع التحريم فقياس على الصلاة في الدار المغصوبة على القول بالصحة، وقياس على الصلاة في المواضع السبعة من المقبرة ونحوها على القول بالصحة.

قال: (ولا يصح بيع عبد مسلم لكافر إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح في إحدى الروايتين).

أما كون بيع العبد المسلم لكافر لا يعتق عليه لا يصح؛ فلأن في ثبوت الملك للكافر على المسلم صغاراً للمسلم.

(١) أخرجه الزمذني في جامعه (١٢٩٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب النهي أن يتخذ الخمر خلاً. وأخرجه ابن ماجه في سننه (٣٣٨١) ٢: ١١٢٢ كتاب الأشربة، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه.

ولأن الإسلام يمنع استدامة الملك فمنع ابتدائه كالنكاح .
 وأما كون بيعه ممن يعتق عليه يصح في رواية ؛ فلأن ملكه لا يستقر عليه .
 وأما كونه لا يصح في رواية ؛ فلأنه ثبوت ملك الكافر على مسلم فلم يصح
 كما لو لم يكن ممن يعتق عليه .

وظاهر^(١) كلام المصنف رحمه الله أن الأولى أصح لما ذكر .
 ولأنه يحصل له بالحرية زوال الملك عنه بالكلية وفي ذلك إضعاف ما حصل
 من الصغار بملك لحظة .

قال : (وإن أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه وليس له كتابته ،
 وقال القاضي : له ذلك) .

أما كون الذمي يجبر على إزالة ملكه عن عبده الذي أسلم ؛ فلأن في إبقائه في
 ملكه صغار للمسلم وقد قال الله تعالى : ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
 سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١] .

وأما كونه ليس له كتابته على المذهب ؛ فلأنه إذا لم يكن للكافر شراء من
 يعتق عليه حذراً من ثبوت ملكه عليه لحظة ؛ فلأن لا يكون له كتابته مع ثبوت الملك
 عليه إلى الأداء بطريق الأولى .

وأما كونه له ذلك على قول القاضي ؛ فلأنه سبب لعنته أشبه إعتاقه له .

قال : (ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه . وهو : أن يقول لمن اشترى
 سلعة بعشرة : أنا أعطيك مثلها بتسعة ، ولا شراؤه على شراء أخيه . وهو : أن
 يقول لمن باعه سلعة بتسعة : عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ويعقد معه ، فإن فعل
 فهل يصح البيع؟ على وجهين) .

(١) في هـ : فظاهر .

أما كون بيع الرجل على بيع أخيه لا يجوز؛ فلأن النبي ﷺ قال: «لا يَبِعُ»^(١) بعضكم على بيع بعض»^(٢) متفق عليه.

ولأنه يتضمن إضرار المسلم وإفساد بيعه فحرم كشتهه.

وأما كون شراء الرجل على شراء أخيه لا يجوز؛ فلأنه في معنى ما نهى عنه

قبل.

و «لأن النبي ﷺ نهى أن يخاطب الرجل على خطبة أخيه»^(٣) وهو في معنى

الخاطب.

ولأنه يمكن استعمال لفظ الخبر عليه لأن البيع يقع على الشراء ويسمى البائع

والمشتري يعين.

وأما تفسير بيع الرجل على بيع أخيه وشراؤه على شراء أخيه فكما ذكر

المصنف رحمه الله.

وفي قوله: ليفسخ البيع إشعار بأنه لا بد أن يكون ذلك قبل لزوم العقد مثل

أن يكونا في المجلس، أو يكون في العقد خيار شرط لهما أو للذي^(٤) يطلب الفسخ

ليمكن فعله ويصح إذا فعل.

وأما كون كل واحد من البائع^(٥) والمشتري المذكورين إذا فعل لا يصح على

وجه؛ فلأنه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

(١) في هـ: يبيع.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٣) ٢: ٧٥٥ كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يُحفل بالإبل...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٢) ٣: ١١٥٤ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٣) ٢: ٧٥٢ كتاب البيوع، باب لا يبيع على بيع أبيه...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٢) ٣: ١١٥٤ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

(٤) في هـ: الذي.

(٥) في هـ: البيع.

المتع في شرح المقنع

وأما كونه يصح على وجهه؛ فلأن النهي لمعنى في غير المبيع أشبهه بيع النجس.
قال: (وفي بيع الحاضر للبادي روايتان:

إحدهما: يصح، والأخرى لا يصح بخمسة شروط:

أن يحضر البادي لبيع سلعته، بسعر يومها، جاهلاً بسعرها، ويقصده الحاضر، ويكون بالمسلمين حاجة إليها. فإن اختلف شرط منها صح البيع. وأما شراؤه له فيصح رواية واحدة).

أما كون بيع الحاضر للبادي يصح في رواية؛ فلأن النهي عن ذلك كان في أول الإسلام لما^(١) عليهم من الضيق فوجب زواله عند زواله.

وأما كونه لا يصح بالشروط الخمسة المتقدم ذكرها في رواية فد «لأن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد»^(٢) متفق عليه.

ولأن ما ثبت في حق الصحابة ثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل.

وإنما اشترطت الشروط الخمسة المتقدم ذكرها لأن النهي إنما كان لأجل التوسعة على أهل الحضر فيجب لحظ الشروط المذكورة لأن التوسعة لا تمتنع إلا معها: أما حضوره لبيع سلعته؛ فلأنه إذا حضر ليخزنها فقصده الحاضر وأحضه^(٣) على بيعها كان ذلك توسعة لا منعاً للتوسعة.

وأما بيعها بسعر يومها؛ فلأنه إذا قصد بيعها بسعر معلوم لا بسعر اليوم كان المنع من البيع من جهته لا من جهة الحاضر.

(١) في هـ: إلى.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٥٤): ٢: ٧٩٤ كتاب الإجارة، باب أجر السمسة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢١): ٣: ١١٥٧ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

(٣) في و: حضه.

وأما جهله بالسعر؛ فلأنه إذا عرفه لم يزده الحاضر على ما عنده شيئاً.
وأما قصد الحاضر له؛ فلأنه إذا طلبه البادي لم يكن للحاضر أثر في عدم التوسعة.

وأما حاجة المسلمين؛ فلأنهم إذا لم يكونوا محتاجين لم يوجد المعنى الذي نهى الشرع لأجله.

وأما كون البيع يصح إذا اختل شرط من الشروط الخمسة؛ فلأن الموقوف على شرط يزول عند زواله.

وأما كونه يصح شراؤه له رواية واحدة؛ فلأن النهي المذكور قبل لا يتناول الشراء بلفظه ولا هو في معناه لأن النهي عن البيع للرفق بأهل الضرر ليتسع عليهم الرزق ويزول عنهم الضرر وليس ذلك^(١) موجوداً في الشراء لهم إذ لا يتضررون بعدم الغبن للبادي^(٢) بل هو دفع للضرر عنه والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الضرر. فكذلك يشرع ما يدفع الضرر عن البادي، وإذا لم يكن مشروعاً فلا أقل من أن يكون جائزاً.

قال: (ومن باع سلعة نسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها نقداً إلا أن يكون قد تغيرت صفتها. وإن اشتراه أبوه أو ابنه جاز).

أما كون شراء ما باعه بما ذكر مع عدم التغير لا يجوز فـ «لأن أم ولد زيد بن أرقم قالت لعائشة: إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء. ثم اشتريته منه بستمائة درهم. فقالت لها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب»^(٣). والظاهر أنها

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: بعدم البادي.

(٣) أخرجه النارقطني في سننه (٢١٢) ٣: ٥٢ كتاب البيوع.

المتع في شرح المقنع

لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه .

ولأن ذلك ذريعة إلى الربا لأنه إنما أدخل السلعة ليستريح بيع ألف بخمسائة إلى أجل والذرائع معتبرة في الشرع بدليل منع القاتل إرث المقتول وثبوت الميراث لامرأة المطلق ثلاثاً في مرض موته .

ولأن الله تعالى غاب على بني إسرائيل التحيل في ارتكاب ما نهوا عنه لأنهم نهوا عن الصيد يوم السبت فكانوا ينصبون الشباك يوم الجمعة فيقع فيها الصيد يوم السبت فيأخذونه يوم الأحد فذمهم الله على ذلك .

وتسمى هذه المسألة مسألة العينة وقد جاء في الحديث : « أن التبايع بها من أشرط الساعة »^(١) .

وأما كونه يجوز ذلك إذا تغيرت السلعة مثل إن كانت عبداً فمرض أو ثوباً فانقطع أو ما أشبه ذلك ؛ فلأن المعنى الموجب للتحريم إنما هو الخيلة في الربا وهذا المعنى مفقود هنا .

وأما كونه يجوز إذا اشترى السلعة أبوه أو ابنه ؛ فلأن كل واحد منهما كالأجنبي بالنسبة إلى المشتري .

قال : (وإن باع ما يجري فيه الربا نسيئة ثم اشترى منه بضمنه قبل قبضه من جنسه أو ما لا يجوز بيعه به نسيئة لم يجز) .

⇨

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥ : ٣٣٠ كتاب البيوع ، باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل .

(١) عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم » .

أخرجه أبو دلود في سننه (٣٤٦٢) ٣ : ٢٧٤ كتاب البيوع ، باب : في النهي عن العينة .

وأخرجه أحمد في مسنده (٤٩٨٧) ط إحياء التراث .

أما كون بيع ذلك لا يجوز؛ فلأنه ذريعة إلى بيع المكيل بالمكيل نسيئة وذكر الثمن حيلة فحرم كمسألة العينة. وأما ما يجري فيه الربا نسيئة فالمكيل والموزون والمطعوم والأثمان أو المكيل المطعوم والموزون المطعوم على ما فيه من الخلاف في علة الربا فإذا باع غرارة قمح مثلاً بخمسين درهماً إلى أجل فلما جاء الأجل اشترى بالدرهم المذكورة غرارة قمح قبل قبضها أو غرارة شعير فالأولى اشترى من جنس ما باع قبل ثمنه مع كونه يجري فيه الربا نسيئة، والثانية اشترى ما لا يجوز بيعه نسيئة بثمن ما باع على الصفة المذكورة.

باب الشروط في البيع

الشروط : جمع شرط . والشرط في اللغة : ما يلزم من وجوده وجود المشروط .

وفي الشرع : ما يلزم من عدمه عدمه كالوضوء للصلاة والمالك في البيع .

قال المصنف رحمه الله : (وهي ضربان : صحيح . وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : شرط مقتضى البيع كالتقابض وحلول الثمن ونحوه فلا يؤثر فيه) .

أما كون الشروط في ضربين : صحيحاً وفساداً ؛ فلأن منها ما يوافق مقتضى

العقد ومنها ما ينافيه ، والأول صحيح والثاني فاسد .

وأما كون الصحيح ثلاثة أنواع : فلأنه تارة يكون شرط مقتضى البيع ، وتارة

شرطاً من مصلحة العقد ، وتارة شرطاً لنفع .

وأما كون شرط مقتضى البيع لا يؤثر فيه ؛ فلأنه شرط يقتضيه البيع فجرى

بجرى التوكيد وذلك لا يؤثر فساداً في المؤكد بل يؤكد ويقويه فكذا ما يجري

بجراه .

وأما قول المصنف رحمه الله : كالتقابض وحلول الثمن فتمثيل للشرط

الصحيح الذي هو مقتضى البيع .

قال : (الثاني : شرط من مصلحة العقد ، كاشتراط صفة في الثمن كأجله

أو الرهن والضمين به^(١) ، أو صفة في المبيع نحو : كون العبد كاتباً ، أو خصياً ، أو

(١) في هـ: فيه.

صانعاً، أو مسلماً، أو الأمة بكراً، والدابة هملاجة، والفهد صيوداً، فيصح البيع. فإن وفي به وإلا فلصاحبه الفسخ.

أما كون اشتراط شرط من مصلحة العقد يصح؛ فلأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك، والبيع إنما جاز ليحصل لكل واحد من المتعاقدين مقصوده فلو لم يصح اشتراط ما ذكر لم تحصل الحكمة التي شرع البيع لأجلها.

وأما قول المصنف كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن والضمين فتمثيل لكون الثمن ذا صفة شرطها من مصلحة العقد.

وأما قوله: أو صفة في المبيع نحو كون العبد كاتباً... إلى آخره فتمثيل لكون المبيع ذا صفة شرطها من مصلحة العقد.

وأما كون الفسخ لمن شرط له إذا لم يف من شرطه له به؛ فلأنه لم يحصل له ما شرط له فكان له الفسخ كما لو ظهر المبيع معيباً.

قال: (وان شرطها ثيباً كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ له، ويحتمل أن له الفسخ؛ لأن له فيه قصداً).

أما كون من شرط ما ذكر وشبهه لا فسخ له على المذهب؛ فلأنه حصل له أكمل مما شرط فلم يملك الفسخ به كما لو شرط كون الغلام كاتباً فظهر كاتباً عالماً.

وأما كونه يحتمل أن له الفسخ فلما ذكره المصنف رحمه الله؛ وذلك أن المشتري قد لا يطيق وطء البكر، وقد يكون غرضه من النمية كونها لا تغتسل من الجنابة على ما فيه من الخلاف.

فإن قيل: قول المصنف رحمه الله: ثيباً كافرة يلحظ فيه اجتماع الوصف

جميعاً؟

المتع في شرح المقنع

قيل : ليس مراده ذلك بل مراده متى شرط الأدنى عادة كالثيوبة والكفر فظهر على خلاف ذلك كالبكاارة أو الإسلام . ولذلك قيل في الشرح ما ذكر وشبهه ليدخل في المسألة ما صرح به المصنف رحمه الله وما يشبهه .

قال : (وإن شرط الطائر مصوتاً أو أنه يجيء من مسافة معلومة صح . وقال القاضي : لا يصح) .

أما كون شرط ما ذكر يصح على قول غير القاضي ؛ فلأن التصويت والجميء من مسافة معلومة قد يكون فيهما غرض صحيح .

وأما كونه لا يصح على قول القاضي ؛ فلأن التصويت والجميء غير معلومين فلم يصح اشتراطهما كالأجل المجهول .

قال : (الثالث : أن يشترط البائع نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملاً البعير إلى موضع معلوم ، أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب وتكسيره وخطاطة الثوب وتفصيله فيصح . وذكر الخرقى في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج هاهنا مثله . وإن جمع بين شرطين لم يصح ^(١)) .

أما كون اشتراط البائع نفعاً معلوماً في المبيع كما مثل المصنف رحمه الله وشبهه يصح ؛ فـ «لأن جابراً باع بعيراً لرسول الله ﷺ واستثنى حملانه إلى المدينة» ^(٢) رواه البخاري .

(١) ساقط من هـ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٦٩) : ٢ : ٩٦٨ كتاب الشروط ، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان

مسمى جاز .

وأخرجه مسلم في صحيحه (٧١٥) : ٣ : ١٢٢١ كتاب المساقاة ، باب بيع البعير واستثناء ركوبه .

ولأن اشتراط ذلك أكثر ما فيه أنه يتأخر التسليم مدة معلومة فصح اشتراطه كما لو باع أمة مزوجة أو داراً مؤجرة أو شجرة مؤجرة .

وأما كون اشتراط المشتري نفع البائع في المبيع كما مثله المصنف رحمه الله وشبهه يصح ؛ فلأن كل واحد من العقد والشرط يصح منفرداً فإذا جمعا صح كالعينين .

و « لأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جُرزة حطب وشارطه على حملها » .

وأما كون عدم الصحة هنا يخرج على قول الخرقى لا يصح اشتراط جزر الرطبة على البائع ؛ فلأن الشرط هنا مثله .

وقال المصنف رحمه الله في المغني : قول الخرقى في جزر الرطبة يحتمل أن البطلان يختص به ^(١) لإفضائه إلى التنازع لأن البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية ، والمشتري يريد ^(٢) الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه . ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراطه منفعة البائع .

والأول أولى لوجهين :

أحدهما : أنه قال في موضع آخر في البيع : لا يبطله شرط واحد .

والثاني : أن المذهب في غير هذا الموضع أنه يصح اشتراط ذلك .

وأما إذا جمع بين شرطين فظاهر كلام المصنف رحمه الله أن الجمع بينهما لا يصح سواء كانا صحيحين أو فاسدين .

وعن الإمام أحمد في [ذلك] ^(٣) روايتان :

(١) في هـ : له .

(٢) ساقط من هـ .

(٣) ساقط من هـ .

أحدهما : أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد .

والثانية : أنهما أن لا يبيع الجارية من أحد وأن لا يطأها وهذان فاسدان .

وقال القاضي في الجرد : ظاهر كلامه أنه متى شرط في العقد شرطين بطلا

سواء كانا صحيحين أو فاسدين أخذاً بظاهر قول النبي ﷺ : « لا شرطان في بيع »^(١) .

قال المصنف رحمه الله في المغني : الذي قاله القاضي صحيح إلا أنه استثنى

الشرطين إذا كانا من مقتضى العقد كشرط تسليم المبيع ونقد الثمن . وتصحيح

المصنف رحمه الله قول القاضي يدل على إرادة ذلك فيكون هنا قد أراد بكلامه

ظاهره . وقد تضمن كلام القاضي الدليل على أنه لا يصح اشتراط شرطين مطلقاً

فلا حاجة إلى إعادته .

(١) سيأتي تفريجه ص : ٦٣ .

فصل [في الشروط الفاسدة]

قال المصنف رحمه الله: (الضرب الثاني: فاسد. وهو ثلاثة أنواع: أحدها: أن يشترط أحدهما على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو إجارة أو صرف الثمن أو غيره فهذا يبطل البيع. ويحتمل أن يبطل الشرط وحده).

أما كون الضرب الثاني: فاسد؛ فلأن الأول صحيح فيكون الثاني فاسداً. وأما كون الفاسد ثلاثة أنواع؛ فلأنه تارة يكون شرط عقد آخر، وتارة شرط ما نافي مقتضى البيع، وتارة شرط يعلق البيع. وأما قول المصنف رحمه الله: كسلف... إلى أو غيره فتمثيل لصور عقد آخر.

وأما كون الشرط المذكور يبطل البيع المذكور على المذهب؛ فلأنه بيع منهى عنه لأجل الشرط فأبطله. ضرورة أن النهي عن الشيء يقتضي فساده وبطلانه. بيان كونه منهياً عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع»^(١). قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤): ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده. وأخرجه الترمذي في جمعه (١٢٣٤): ٣: ٥٣٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنك. وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١١): ٧: ٢٨٨ كتاب البيوع، بيع ما ليس عند البائع.

و « نهى عن بيع و شرط »^(١) ، و « عن بيعتين في بيعة »^(٢) . وهذا منه .
ولأن ما ذكر شروط فاسدة فأبطل العقد أحدها كما لو شرط أن لا يسلم
المبيع إليه .

وأما كونه يحتتمل أن يبطل الشرط وحده ؛ فلأن النبي ﷺ صحح بيع بريرة ،
وأبطل الشرط الفاسد المشروط في بيعها^(٣) .

قال المصنف رحمه الله في المعنى : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو
ظاهر كلام الخرقى .

فعلى هذا للبايع الرجوع بما نقص من الثمن لأجل الشرط لأنه إنما سمح ببيعه
بالثمن المسمى لأجل الشرط فإذا لم يحصل وجب الرجوع بما سمح به .

قال : (الثاني : شرط ما نافي مقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة
عليه ، أو متى نفق المبيع والارده ، أو أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ، أو إن أعتق
فالولاء له ، أو يشترط أن يفعل ذلك : فهذا باطل في نفسه . وهل يبطل البيع؟
على روايتين . إلا إذا شرط العتق ففي صحته روايتان :

إحداهما : يصح ويجبر عليه إن أباه . وعنه : فيمن باع جارية و شرط على
المشتري إن باعها فهو أحق بها بالثمن أن البيع جائز ، ومعناه والله أعلم أنه جائز
مع فساد الشرط .

وإن شرط رهنأ فاسداً أو نحوه فهل يبطل؟ على وجهين .

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ١ ل ٢٦٤ .

(٢) سبق تخريجه ص : ٤٣ .

(٣) سيأتي ذكر حديث بريرة وتخريجه في الحديث التالي .

أما كون كل واحد مما ذكر من^(١) الشروط غير شرط العتق باطلاً في نفسه؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد.

و « لأن النبي ﷺ قال لعائشة لما أرادت شراء بريرة فاشتراط أهلها ولاعها: اشتريها فأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق. ثم قال: من اشتراط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط^(٢) متفق عليه.

وأما كونه لا يبطل البيع على رواية فلحديث بريرة.

وأما كونه يبطله على رواية؛ فلأنه إذا بطل الشرط وجب رد ما في مقابلته من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً.

وأما كون شرط العتق يصح في المذهب؛ فلأن عائشة اشترت بريرة لتعتقها فأجازها النبي ﷺ.

فعلى هذا إن أعتقه فلا كلام وإن لم يعتقه أجبر عليه؛ لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فأجبر عليه كما لو نذر عتقه.

وأما كونه لا يصح في رواية فلأنه^(٣) شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما إذا شرط عليه أن لا يبيعه، أو شرط عليه إزالة ملكه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وعنه فيمن باع جارية إلى آخره فمعناه أنه نقل عن الإمام أحمد هذه الرواية وربما توهم منها صحة الشرط لسكوته عن فسادته وليس كذلك بل معناه والله أعلم أن البيع جائز مع فساد الشرط.

(١) في هـ: مثل.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٩): ٢: ٩٧٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤): ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

(٣) في هـ: فلا.

وأما كون من شرط رهناً فاسداً ونحوه هل يبطل البيع؟ على وجهين؛ فلأن شرط ذلك كشرط الشرط الفاسد معنى فكنا يجب أن يكون حكماً.

قال: (الثالث: أن يشترط شرطاً يعلق البيع كقوله: بعتك إن جئتني بكذا أو إن رضي فلان، أو يقول للمرتهن: إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك فلا يصح البيع. إلا بيع العربون وهو: أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول للمشتري: إن أخذته وإلا فالدرهم لك. فقال أحمد: يصح؛ لأن عمر فعله. وعند أبي الخطاب لا يصح).

أما كون البيع لا يصح إذا شرط فيه شرطاً يعلقه كما تقدم ذكره ونحوه؛ فلأن مقتضى البيع نقل الملك حال التباعد والشرط هنا يمنع.

وأما كونه لا يصح إذا قال الراهن للمرتهن: إن جئتك بحقك في محله وإلا فالرهن لك؛ فلأن النبي ﷺ قال: «لا يعلق الرهن»^(١) رواه الأثرم. ومعناه ما ذكر. قاله أبو عبيد في غريبه، وأنشد عليه:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

يعني أنها ارتهنت قبله فذهبت به.

وأما كون بيع العربون يصح على قول الإمام أحمد فلما ذكره المصنف رحمه الله من أن عمر فعله وذلك لأنه روي عنه «أنه اشترى داراً للسجن من صفوان فإن رضي عمر وإلا له كذا وكذا»^(٢) ^(٣).

(١) سيأتي تخريجه ص: ٢١٤.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة...

وأما كونه لا يصح على قول أبي الخطاب ف « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العربون »^(١) رواه ابن ماجه .

ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض أشبه ما لو شرطه لأجنبي .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول : إن أخذته وإلا فالدرهم لك فيبان لمعنى بيع العربون شرعاً .

قال : (وإن قال : بعثك على أن تنقدي الثمن إلى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه . وإن باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ . وعنه : يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه) .

أما كون البيع صحيحاً إذا قال : بعثك على أن تنقدي الثمن إلى ثلاث وإلا فلا بيع بيننا ؛ فلأن ذلك يروى عن عثمان .

ولأن اشتراط الخيار في البيع جائز والشرط المذكور في معناه .

ولأنه نوع يبيع فجاز أن يفسخ بتأخر القبض كالصرف .

وأما كون البائع لا يبرأ إذا شرط البراءة من كل عيب علم أو لم يعلم على المذهب ؛ فلأنه شرط يرتفق به أحد المتعاقدين فلا يصح كالأجل المجهول والرهن المجهول .

وأما كونه يبرأ مع الجهل ولا يبرأ مع العلم على رواية وهو المعنى بقول المصنف رحمه الله : وعنه لا يبرأ إلا أن يكون البائع علم العيب فكتمه فلما روي « أن عبداً لله بن عمر رضي الله عنه باع عبداً من زيد بن ثابت وشرط البراءة بثمانمائة درهم . فأصاب به زيد عيباً . فأراد رده على ابن عمر . فلم يقبله فترافعا إلى عثمان .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٢) : ٣ : ٢٨٣ كتاب البيوع ، باب في العربان .
وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٩٢) : ٢ : ٧٣٨ كتاب للتجارات ، باب بيع العربان .

فقال عثمان لابن عمر: أتخلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا. فرده عليه^(١). وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر فكان إجماعاً.

وروي عن الإمام أحمد أنه يبرأ مع العلم والجهل لأن البراءة من الجهول صحيحة لما روت أم سلمة « أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ. فقال رسول الله ﷺ: استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه^(٢) ».

ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في الجهول كالعتاق والطلاق وإذا صحت البراءة من الجهول وجب صحة الشرط لأنه إبراء من مجهول. ولأنه عيب رضي به^(٣) المشتري فبرئ منه البائع كما لو أطلعه عليه.

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٧٢٢) ٨: ١٦٣ كتاب البيوع، باب البيع بالبراءة...

وأخرجه مالك في الموطأ (٤) ٢: ٤٧٧ كتاب البيوع، باب العيب في الرقيق.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٢٨ كتاب البيوع، باب بيع البراءة.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٢٧٩.

(٣) ساقط من هـ.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وإن باعه داراً على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر فالبيع باطل . وعنه : أنه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما الفسخ فإن اتفقا على إمضائه جاز وإن بانت تسعة فهو باطل . وعنه : أنه صحيح والنقص على البائع وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن فإن اتفقا على تعويضه عنه جاز) .

أما كون البيع باطلاً إذا بان المبيع أزيد أو أنقص على الرواية الأولى ؛ فلأنه لا يمكن إجبار أحد المتبايعين على تسليم الزائد ولا على أخذ البعض لما فيه من ضرر الشركة أو النقصان عن حقه .

وأما كونه صحيحاً على الرواية الثانية ؛ فلأن ذلك نقص على المشتري من جهة الحقيقة أو من جهة المعنى فلا يمنع صحة البيع كالعيب . فعلى القول بالبطالان لا إشكال ، وعلى القول بالصحة يكون الزائد فيما إذا بان زائداً للبائع لأنه لم يبعه ولكل واحد منهما الخيار لأن على كل واحد منهما ضرراً بالشركة .

وقال المصنف في المعنى: يخير البائع بين دفع المبيع زائداً وبين دفع قدر المبيع فإن اختار تسليمه زائداً فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيراً فيما إذا بان زائداً ويكون النقصان فيما إذا بان ناقصاً على البائع لأنه التزمه بالبيع ولا خيار للبائع لأنه لا ضرر عليه في ذلك وللمشتري الخيار بين الفسخ لنقصه وبين أخذ المبيع بقسطه من الثمن لأن الثمن يقسط على كل جزء من أجزاء المبيع فإذا فات جزء استحق ما قابله من الثمن .

المتنع في شرح المقنع

وأما كونه يجوز إمضاء العقد في الزائد مع الاتفاق والتعويض في النقص معه؛
فلأن الحق لهما لا يعدوهما فإذا اتفقا عليه جاز كحالة الابتداء.

باب الخيار في البيع

قال المصنف رحمه الله : (وهو على سبعة أقسام :
أحدها : خيار المجلس . ويثبت في البيع ، والصلح بمعناه ، والإجارة) .
أما كون الخيار على سبعة أقسام ؛ فلأنه تارة يكون خيار المجلس ، وتارة خيار
الشرط ، وتارة خيار الغبن ، وتارة خيار التدليس ، وتارة خيار العيب ، وتارة في بيع
التولية والشركة والمراجعة والمواضعة ، وتارة لاختلاف المتبايعين .
وأما كون أحدها خيار المجلس فظاهر .

وأما كون خيار المجلس يثبت في البيع فلما روى ابن عمر عن رسول الله ﷺ
قال : «إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً ، أو يخير
أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» ^(١) متفق عليه .

وقال عليه السلام : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» ^(٢) رواه الأئمة كلهم .

وأما كونه يثبت في الصلح بمعنى البيع كمن يقر لإنسان بعين أو دين ثم
يصالحه على ذلك بعوض ؛ فلأنه بيع فيدخل تحت ما تقدم . وإن صلح على ذلك
بذهب أو فضة فحكم الصلح حكم الصرف وسيأتي ذكره .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٠٦) : ٢ : ٧٤٤ كتاب البيوع ، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد
وجب البيع .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣١) : ٣ : ١١٦٣ كتاب البيوع ، باب نبوت خيار المجلس للمتبايعين .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٧٦) : ٢ : ٧٣٣ كتاب البيوع ، باب ما يحق الكذب والكتمان في البيع .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣١) : ٣ : ١١٦٣ كتاب البيوع ، باب نبوت خيار المجلس للمتبايعين . كلاهما من
حديث حكيم بن حزام .

وأما كونه يثبت في الإجارة؛ فلأنها بيع المنافع فيدخل في الحديث المتقدم ذكره.

قال: (ويثبت في الصرف والسلم. وعنه: لا يثبت فيهما).

أما كون خيار المجلس يثبت في الصرف والسلم على المذهب؛ فلأن ذلك بيع في الحقيقة فيدخل في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(١).

ولأنه شرع نظراً لهما في الأحظ وهذا موجود في الصرف والسلم.

وأما كونه لا يثبت فيهما على رواية؛ فلأن ذلك عقد لا يدخله خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح. وإنما لم يدخله خيار الشرط لأنه عقد يفتقر إلى التقابض في الحال ويقضي عدم العلقه بينهما وثبوت الخيار بعد التفرق يمنع لزوم القبض ويثبت العلقه بينهما.

قال: (ولا يثبت في سائر العقود إلا في المساقاة والحوالة والسبق في أحد

الوجهين).

أما كون خيار المجلس لا يثبت في سائر العقود غير العقود المستثناة كالنكاح والخلع والقرض والكتابة والتدبير والعتق والوقف والرهن والضمان والكفالة والشركة والمضاربة والجمعالة والوكالة والوديعة والعارية والوصية والهبة الخالية عن العوض والشفعة والتقسمة إن قيل هي إفراز والإقالة إن قيل هي فسخ.

أما في النكاح؛ فلأنه لا يقصد منه العوض.

ولأن الخيار في البيع إنما ثبت استدراكاً للغبن؛ لأنه يقع فجأة عن غير تروء وهذا المعنى لا يوجد في النكاح؛ لأن الغالب أنه لا يوجد إلا بعد تروء وبحث.

وأما في الخلع؛ فلأنه يقصد منه التفرق أشبه الطلاق.

(١) سبق تخريجه ص: ٧١.

وأما في القرض والتدبير والكتابة والعتق والوقف والضمان والكفالة والهبة الخالية عن العوض؛ فلأن فاعل ذلك دخل فيه على أن الحظ لغيره .

وأما في الرهن؛ فلأنه يضر بالمرتهن لبقاء حقه بلا رهن بتقدير وقوع الخيار .

وأما في الشركة والمضاربة والمُعالة والوكالة والوديعة والعارية والوصية؛ فلأنها عقود جائزة متى شاء أحدهما فسخ فلا حاجة إلى خيار المجلس .

وأما في الشفعة؛ فلأنها شرعت لإزالة الضرر فلا يشرع فيها خيار لأنه يناقضه .

وأما في القسمة إذا قيل هي إفراز؛ فلأنه يجبر عليها ولا خيار في عقود الإيجاب^(١) .

وأما في الإقالة إذا قيل هي فسخ؛ فلأن الخيار يثبت استدراكاً للضرر الحاصل بالعقد، والإقالة فسخ فلم يدخله الخيار المذكور لعدم صلاحية المحل له .

وأما كونه يثبت في العقود المستثناة وهي المساقاة والحوالة والسبق في وجه: أما في المساقاة؛ فلأنها في معنى الإجارة في وجه .

وأما في الحوالة؛ فلأنها بيع في الحقيقة .

وأما في السابق فلما ذكر في المساقاة .

وأما كونه لا يثبت في شيء من ذلك في وجه: أما في المساقاة؛ فلأنها عقد يكثر فيه الغرر لما فيه من الجهالة .

ولأنها لا يثبت فيها خيار الشرط فكذا خيار المجلس .

وأما في الحوالة؛ فلأنها إسقاط وإبراء .

(١) في هـ: الإجارة.

المتع في شرح المقنع

وأما في السبق؛ فلأنه كالجُعالة في وجهه، والجُعالة لا خيار فيها لكونها من العقود الجائزة فكذا ما هو في معناها^(١).

قال: (ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما إلا أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في إحدى الروايتين، وإن أسقطه أحدهما بقي خيار صاحبه).

أما كون كل واحد من المتبايعين له الخيار ما لم يتفرقا إذا لم يتبايعا على أن لا خيار بينهما وإذا لم يسقطاه بعده فلما تقدم من قوله: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٢).

وأما كون التفرق بالأبدان لا بالأقوال؛ فلأن قبل التفرق بالأقوال لم يلزم العقد بل لم يوجد فلا حاجة إلى خيار.

ولأن في بعض ألفاظ الحديث: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع»^(٣).

ولأن ابن عمر راوي الحديث وكان يفسر الفرقة بفعله^(٤).

وأما كون الخيار يسقط إذا تبايعا بشرط أن لا خيار، أو أسقطاه بعد البيع في رواية اختارها الشريف بن أبي موسى؛ فلأن النبي ﷺ قال: «فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع»^(٥).

(١) في هـ: معناه.

(٢) سبق تخريجه ص: ٧١.

(٣) هو تكمله لحديث ابن عمر، وقد سبق تخريجه ص: ٧١.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يختارا». قال: فكان ابن عمر إذا ابتاع نبيعا وهو قاعد قام ليحب له البيع». (١٢٤٥) ٣: ٥٤٧ كتاب البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا. قال الترمذي: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم.

(٥) سبق تخريجه ص: ٧١، من حديث ابن عمر.

وقال عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»^(١) رواه البخاري.

وأما كونه لا يسقط فيهما في رواية؛ فلأن أكثر الروايات عن النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٢). والزيادة على ذلك مذكورة في حديث ابن عمر، وقول الأكثر ذوي الضبط مقدم على رواية المنفرد.

قال المصنف رحمه الله في المغني: والأول أولى لما تقدم.

ولأنه عليه السلام قال: «إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع»^(٣) متفق عليه. ولأن الأخذ بما تضمنته الزيادة أولى.

ولأن الأصل أن لا يثبت خيار. خولف مع علم الشرط والإسقاط للحديث الخالي عن المعارض فيبقى فيما وقع فيه التعارض على الأصل.

وأما كون خيار صاحب من أسقط خياره يبقى؛ فلأنه خيار في المبيع فلم يبطل حق من لم يسقطه كخيار الشرط.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٠٣) ٢: ٧٤٣ كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع.

(٢) سبق تخريجه ص: ٧١.

(٣) هذا اللفظ أخرجه النسائي في سننه (٤٤٦٧) ٧: ٢٤٨ كتاب البيوع، وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما. وأصله عند الشيعيين، وقد سبق تخريجه ص: ٧١.

فصل في خيار الشرط

قال المصنف رحمه الله: (الثاني: خيار الشرط. وهو: أن يشترطاً في العقد خيار مدة معلومة فيثبت فيها وإن طالت).

أما كون الثاني خيار الشرط فظاهر.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو أن يشترطاً في العقد خيار مدة معلومة فبيان لمعنى خيار الشرط.

وأما كون خيار الشرط يثبت في المدة المذكورة فلقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»^(١).

وأما كون ذلك يثبت في المدة إذا طالت؛ فلأنه حق مقدر يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى من شرطه كالأجل، أو نقول: مدة ملحقة بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل.

ويطلل هذا الشرط بالتخاير كخيار المجلس.

قال: (ولا يجوز مجهولاً في ظاهر المذهب. وعنه: يجوز، وهما على خيارهما إلى أن يقطعا أو تنتهي مدته).

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤): ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح. عن أبي هريرة. وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢): ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس. عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده. ولفظهما: «المسلمون على شروطهم».

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

أما كون خيار الشرط لا يجوز أن يكون مجهولاً؛ مثل: أن يشترط الخيار متى شاء، أو إلى قلوب زيد، أو إلى الأبد، أو ما أشبه ذلك في ظاهر المذهب؛ فلأنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل.

ولأن الخيار إلى الأبد يقتضي المنع من التصرف في المبيع على الأبد وذلك يناهض مقتضى العقد.

وأما كونه يجوز على رواية فلقوله عليه السلام: «المؤمنون على شروطهم»^(١).

فعلى هذا هما على خيارهما إلى أن يقطعاه أو تنتهي مدته إن كانت معلقة بما تنتهي به.

والأولى أولى. اختارها القاضي وابن عقيل.

قال: (ولا يثبت إلا في البيع، والصلح بمعناه، والإجارة في الذمة، أو على مدة لا تلي العقد).

أما كون خيار الشرط لا يثبت في غير الصور^(٢) المستثناة؛ فلأنه لا نص في ذلك ولا هو في معنى المنصوص وذلك ينفي الثبوت لا سيما إذا كان الأصل يعضده.

وأما كونه يثبت في البيع والصلح. بمعنى البيع: كما تقدم في خيار المجلس.

وأما الإجارة فهي على ضربين:

أحدهما: إجارة في الذمة؛ مثل أن يقول: استأجرتك لتخيط هذا الثوب ونحوه. فهذا يثبت فيه خيار الشرط لأنه استدراك للغبن فوجب ثبوته في ذلك كخيار المجلس.

(١) سبق تخريجه ص: ٧٦.

(٢) في هـ: الصورة.

والضرب الثاني: أن لا تكون في الذمة كإجارة الدار ونحوها: وذلك تارة لا تلي العقد؛ كإجارة سنة خمس وهو في أربع فهذا أيضاً يثبت فيه خيار الشرط لما تقدم في الإجارة في الذمة، وتارة تلي العقد فهذا لا يثبت فيه خيار الشرط لأنه يفضي إلى فوات بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز.

ولم يفصل المصنف رحمه الله هذا التفصيل في الإجارة في خيار المجلس لأنه لا يلزم فيها ما ذكره هاهنا لقصره غالباً.

قال: (وإن شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة. وعنه: يدخل).

أما كون الغد فيما ذكر لا يدخل على المذهب؛ فلأن إلى لانتهاه الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها لأن حكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها يؤيده قوله تعالى: ﴿ثم أمموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] لا يدخل الليل في الصيام، وقول الرجل لزوجه: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لا تدخل الثالثة، وقول المقر: له عندي من درهم إلى عشرة لا يدخل الدرهم العاشر.

وأما كونه يدخل في ذلك على رواية؛ فلأن إلى قد تكون بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿وأيدىكم إلى المرافق﴾ [المائدة: ٦] و﴿من أنصاري إلى الله﴾ [آل عمران: ٥٢].

ولأن الخيار ثابت بيقين فلا نزله بالشك.

والأول أصح؛ لأن إلى لانتهاه الغاية وإنما تحمل على معنى مع للدليل أو لتعذر حملها على موضوعها الأصلي.

ولأن الأصل لزوم العقد وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت فيما يتيقن منه، وما شك فيه يرجع فيه إلى الأصل.

قال : (وإن شرطاه مدة فابتدأوها من حين العقد ، ويحتمل أن يكون من حين التفرق) .

أما كون ابتداء المدة المشروطة من حين العقد على المذهب ؛ فلأن الخيار مدة ملحقة من حين العقد فكان ابتداءها من حين العقد كالأجل .

وأما كونه يحتمل أن يكون من حين التفرق ؛ فلأن الخيار ثابت في المجلس حكماً فلا معنى لإثباته بالشرط .

ولأن حالة المجلس كحالة العقد لأن لهما فيه الزيادة والنقصان .

والأول أصح . قاله المصنف في المغني لما ذكر .

ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار فوجب أن يتعقبه حكمه كالملك في المبيع .

ولأن المدة لو جعلت من التفرق لأدى إلى جهالتها لأنه لا يعلم متى ابتدأها

فلا يعلم انتهاءها . وثبوت الحكم لسببين لا يمتنع كالوعداء يحرم بالصيام والإحرام .

قال : (وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلاً له فيه ، وإن شرطاً الخيار

لأحدهما دون صاحبه جاز) .

أما كون شرط الخيار للغير يجوز ويكون توكيلاً له ؛ فلأن تصحيح الاشتراط

على الوجه المذكور ممكن فوجب حمله عليه صيانة لكلام المكلف عن اللغو . وصار

هذا بمنزلة ما لو قال لغيره : اعتق عبدك عني فإنه يقدر الملك قبل العتق تصحيحاً

لكلامه . فكذلك هاهنا .

وأما كون شرط الخيار لأحد المتبايعين دون صاحبه يجوز ؛ فلأنه إذا جاز

اشتراطه لهما ؛ فلأن يجوز اشتراطه لأحدهما بطريق الأولى .

قال : (ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ، وإن

مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما) .

المتع في شرح المقنع

أما كون من له الخيار له الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه؛ فلأنه عقد جعل إلى اختياره^(١) فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق.

وأما كون خيارهما يبطل إذا مضت المدة ولم يفسخا؛ فلأنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل.

ولأن حكم بقاء الخيار يفضي إلى بقاءه أكثر من المدة التي اشترطها، وهو إنما ثبت بالشرط فلا يجوز أن يثبت في غير مدته.

ولأن البيع سبب للزوم وإنما تخلف موجهه بالخيار فإذا انقضت مدته لزم العقد بموجبه لزوال المعارض.

وفي قول المصنف رحمه الله: ولم يفسخا نظر لأنه إذا فسخ أحدهما يصدق أنهما ما فسخا، وفي هذه الصورة لا يبطل الخيار. وقد احترز عن هذا في المعنى فقال: ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار، وليس مراد المصنف إلا هنا وإنما لم يحترز عن هذا اعتماداً على ظهور المعنى.

قال: (وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين، فما حصل من كسب أو ثناء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه).

أما كون الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين فلقوله عليه السلام: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(٢) رواه البخاري. وجه الحجة أنه جعل المال للمبتاع إذا اشترطه وهو عام في كل بيع فيدخل فيه بيع الخيار.

(١) في هذا اختيار.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠): ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له عمر أو شرب في حائط... وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣): ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر. كلاهما من حديث ابن عمر.

وأما كونه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار في رواية؛ فلأنه عقد قاصر لا يفيد التصرف ولا يلزم فلا ينتقل الملك فيه كالهبة قبل القبض.
والأولى أولى لما ذكر.

ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقبيه كما لو لم يشترط الخيار.
ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله: ملكك فيثبت به الملك كالمطلق.
ودعوى القصور فيه ممنوعة، وامتناع التصرف لأجل حق الغير لا يمنع ثبوت الملك كالمهون والمبيع قبل القبض، وعدم اللزوم لا يوجب قصوراً ولا يمنع نقل الملك بدليل بيع المعيب.

وأما كون ما حصل من كسب أو نماء منفصل للمشتري مع إمضاء العقد ومع فسخه؛ فلأنه نماء ملكه الداخلة في ضمانه.
ولأنه من ضمانه فيدخل في قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»^(١). قال الترمذي: هو صحيح.

وفي قول المصنف رحمه الله: أو نماء منفصل احتراز عن النماء المتصل كالسمن ونحوه فإن ذلك يتبع العين مع الفسخ لتعذر انفصاله. ولا بد أن يلحظ في كون النماء المنفصل للمشتري أنه مبني على القول بأن الملك ينتقل بنفس العقد لأن على رواية الانتقال بانقضاء مدة الخيار يكون جميع ذلك للبائع لما ذكر.

قال: (وليس لواحد منهما التصرف في المبيع في مدة الخيار إلا بما يحصل به تجربة المبيع، وإن تصرفاً ببيع أو هبة ونحوهما لم ينفذ تصرفهما ويكون تصرف

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الاجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً. وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.
وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

البائع فسخاً للبيع، وتصرف المشتري إسقاطاً لخياره في أحد الوجهين، وفي الآخر البيع والخيار مجاهما).

أما كون كل واحد من البائع والمشتري ليس له التصرف في المبيع في مدة الخيار على غير وجه التجربة؛ فلأنه ليس يملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه علقه فيتصرف فيه المشتري.

وأما^(١) كونهما إذا تصرفا ببيع أو هبة ونحوهما مما ينقل الملك ويثبت الشغل في العقود كالإجارة والرهن والكتابة لا ينفذ تصرفهما؛ فلأنه تصرف لم يصادف محله لأن البائع لا يملكه والمشتري يفضي تصرفه إلى إسقاط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع.

وأما كون تصرف البائع فسخاً للمبيع وتصرف المشتري إسقاطاً لخياره في وجه؛ فلأن ذلك يحصل بالتصريح فحصل بالدلالة عليه كالمعتقة فإن خيارها يسقط بتمكينها زوجها من وطئها.

وأما كون تصرف البائع لا يكون فسخاً في وجه؛ فلأن الملك انتقل عن البائع فلم يكن تصرفه فيه فسخاً واسترجاعاً كمن وجد عين ماله عند مفلس.

وأما كون تصرف المشتري لا يكون إسقاطاً لخياره في وجه؛ فلأن التصرف غير صحيح فوجوده كعدمه.

وأما كون المشتري له التصرف بما يحصل به تجربة المبيع مثل^(٢) : أن يركب الدابة لينظر سيرها، ويطحن على الرحى ليختبرها؛ فلأن الخيار إنما شرطه ليستعلم به المبيع وذلك طريق إليه فلو لم يجز لما أمكنه تحصيل ما شرط الخيار من أجله.

(١) في هـ: أما.

(٢) في و: به التجربة مثل.

قال: (وإن استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الوجهين، وكذلك إن قبلته الجارية. ويحتمل أن يبطل إن لم يمنعها).

أما كون الخيار باستخدام المبيع لا يبطل في أصح الوجهين؛ فلأن الخدمة لا تختص بالملك فلم يبطل الخيار كالنظر.

وأما كونه يبطل في وجه؛ فلأن الخدمة إحدى المنفعتين فأبطلت الخيار كما^(١) لو وطئ.

ولأنه نوع تصرف أشبه ركوب الدابة.

وأما كون تقبيل الجارية المشتري لا يبطل خياره به على المذهب؛ فلأن الحق له ولم يوجد منه ما يدل على إبطاله فوجب أن لا يبطل.

وأما كونه يحتمل أن يبطل إذا لم يمنعها؛ فلأن سكوته استمتاع بها ودليل على رضاه بدليل ما لو عتقت المرأة تحت عبد فوطئها وهي ساكنة.

ولا بد أن يقيد الخلاف المذكور بالشهوة لأنه إذا كان لغير شهوة لا يبطل بغير خلاف لأن التقييل لغير شهوة ليس باستمتاع بوجه.

قال: (وإن أعتقه المشتري نفذ عتقه وبطل خيارهما، وكذلك إن تلف المبيع. وعنه: لا يبطل خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة).

أما كون إعتاق المشتري العبد المبيع بشرط الخيار ينفذ؛ فلأنه عتق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كما بعد مدة الخيار. وقول النبي ﷺ: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»^(٢) يدل بمفهومه على نفوذه في الملك.

(١) في هـ: فعطلت الخيار به كما.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٩٠) ٢: ٢٥٨ كتاب الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح. بلفظ: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك ...».

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٨١) ٣: ٤٨٦ كتاب الطلاق، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح. بلفظ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك ...».

ولأن ملك البائع الفسخ لا يمنع صحة العتق كما لو باع عبداً تجارية معينة فأعتقه المشتري فإنه ينفذ مع ملك البائع الفسخ، وكما لو وهب الأب لابنه عبداً فأعتقه الابن فإنه ينفذ عتقه مع ملك الأب الفسخ.

وأما كون خيار المشتري يبطل فلتصرفه بالعتق الموجب للزوم.

وأما كون خيار البائع يبطل على المذهب فلتعذر الرجوع.

وأما كونه لا يبطل على رواية؛ فلأنه لم يوجد ما يدل على بطلانه، وتعذر الرجوع في العين لا يمنع الفسخ لأنه قد يكون في الفسخ مصلحة مثل: أن يكون قد باعه بأقل من ثمن مثله فإذا فسخ ملك الرجوع في قيمته.

وأما كونه له الفسخ على هذه الرواية؛ فلأن خياره لم يبطل.

وأما كونه إذا فسخ له الرجوع بقيمة المبيع لأنها بدل ما لا مثل له.

وأما كون تلف المبيع كعتق العبد في بطلان الخيار؛ فلأنه يساويه معنى فكنا يجب أن يساويه حكماً.

قال: (وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين، وفي الآخر: حكمه حكم العتق).

أما كون حكم وقف المشتري للمبيع في وجه حكم بيعه. ومعناه أنه لا ينفذ؛ فلأنه يتضمن بطلان حق غيره أشبه وقف المرهون.

وأما كون حكمه في وجه حكم عتقه. ومعناه أنه ينفذ؛ فلأنه تصرف يبطل الشفعة فنفذ كالعتق.

والأول أصح قاله المصنف في المغني لما ذكر. وفارق العتق لتأكده بدليل أنه يسري إلى ملك الغير، ويبنى على التغليب، ويصح في الرهن بخلاف الوقف.

قال : (وإن وطئ المشتري الجارية فأحبلها صارت أم ولده وولده حر ثابت النسب ، وإن وطئها البائع فكذلك إن قلنا البيع يفسخ بوطئه ، وإن قلنا لا يفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا إذا قلنا الملك له ، ولا حد فيه على كل حال .
وقال أصحابنا : عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا يفسخ بالوطء . وهو المنصوص) .

أما كون الجارية تصير أم ولد المشتري بإحباله ؛ فلأنه إحبال صادف محله فوجب أن تصير الموطوءة أم ولد كما لو أحبلها بعد انقضاء الخيار .
وأما كون ولده حر ثابت النسب ؛ فلأنه من وطئ في مملوكة له .
وأما كون البائع إذا وطئ الجارية وقيل البيع يفسخ بوطئه كالمشتري في صيرورة الجارية أم ولد وكون الولد حر ثابت النسب ؛ فلأن البيع إذا انفسخ بالوطء صادف إحبال البائع ملكه والإحبال في الملك يوجب ذلك .
وأما كون المهر عليه وكون ولده رقيقاً إذا قيل وطئ البائع لا يوجب الفسخ وقيل الملك للمشتري زمن الخيار ؛ فلأنه وطئ في ملك الغير .
وأما كونه لا مهر عليه وكون ولده حرّاً إذا قيل الملك باق للبائع ؛ فلأنه وطئ في ملك .

وأما الحد فالمنصوص عن أحمد أنه إن كان عالماً بالتحريم فعليه الحد . وهذا يستدعي كون الملك لغيره ، وأن^(١) البيع لا يفسخ بالتصرف .
والحجة في وجوبه^(٢) أنه وطئ لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك .
وقال ابن عقيل : لا حد عليه بحال . وهو اختيار المصنف .

(١) في هـ : ولأن .

(٢) في هـ : والحجة لوجوبه .

وقال في المغني: وهو الصحيح لأنه وطئه إما أن يصادف ملكاً أو شبهه لأن العلماء اختلفوا في ثبوت ملكه وإباحة وطئه وذلك شبهة.
قال: (ومن مات منهما بطل خياره ولم يورث. ويتخرج: أن يورث كالأجل).

أما كون من مات من البائع والمشتري يبطل خياره ولم يورث على المذهب؛ فلأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فيبطل ولم يورث كخيار الرجوع في الهبة.
وأما كونه يتخرج أن يورث فلقوله عليه السلام: «من ترك حقاً فلورثته»^(١)، وقياساً على الأجل في الثمن، وعلى خيار الوصية.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته» (٢٢٦٨): ٢: ٨٤٥ كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩): ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته. مثله.

فصل [في خيار الغبن]

قال المصنف رحمه الله: (الثالث: خيار الغبن. ويثبت في ثلاث صور: إحداها: إذا تلقى الركبان فاشترى منهم وباع لهم فلهم الخيار إذا هبطوا السوق وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة).

أما كون الثالث خيار الغبن؛ فلائه يلي الثاني.

وأما كون الركبان لهم الخيار إذا تَلَّقُوا واشترى منهم أو بيع لهم فغبنوا؛ فلما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: « لا تَلَّقُوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار »^(١) رواه مسلم.

وثبت الخيار مشعر بأن البيع من الركبان والشراء لهم صحيح. وفي صحة ذلك روايتان:

إحداهما: أنه صحيح لأن النهي لا لمعنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكه بالخيار أشبهه بيع المصرة.

والرواية الثانية: أنه باطل لأنه منهي عنه أشبهه بيع الحاضر للبادي. والأولى أصح لما تقدم.

والفرق بين ما ذكر وبين بيع الحاضر للبادي أن بيع الحاضر لا يمكن استدراكه بالخيار لأن الضرر ليس عليه إنما هو على المسلمين بخلاف تلقي الركبان

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٩) ٣: ١١٥٧ كتاب البيوع، باب تحريم تلقي الجلب.

المتع في شرح المقنع

فإن الضرر عليهم ، واستتراك ذلك حاصل بثبوت الخيار لهم فلا حاجة إلى إبطال البيع والشراء .

وأما ما يشترط لثبوت الخيار فأمران :

أحدهما : الغبن ؛ لأنه إنما ثبت للخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن .

فإن قيل : الحديث مطلق؟

قيل : يجب حمله على ذلك للعلم بمعناه .

فإن قيل : لم قلت إن الحديث معناه ذلك؟

قيل : لأن النبي ﷺ لما جعل لهم الخيار إذا هبطوا السوق فهم منه إرادة الغبن لأنه لولا ذلك لجعل لهم الخيار من حين البيع .

والثاني : تقدير الغبن بما يخرج عن العادة لأن الشرع لم يرد بتحديد ذلك فرجع فيه إلى ذلك كالحرز .

وقال أبو بكر في تنبيهه وابن أبي موسى في إرشاده : ذلك مقدر بالثلث لأن الثلث كثير بدليل قوله عليه السلام : « والثلث كثير »^(١) .

وقيل : هو مقدر بالسدس لأن الخيار لو ثبت بأقل من ذلك لأدى إلى بطلان كثير من العقود .

قال : (والثانية في النجش وهو : أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليغتر المشتري فله الخيار إذا غبن) .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٤٧) ٤ : ١٦٠٠ كتاب المغازي ، باب حجة الوداع .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٨) ٣ : ١٢٥٢ كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث .

أما قول المصنف وهو أن يزيد في السلعة... إلى المشتري فيبان لمعنى النجش. وزاد فيه غيره^(١): أن يكون الذي زاد معروفاً بالحذق. ولا بد منه لأن التفرير لا يحصل للمشتري إلا بذلك. ويحتمل أن المصنف رحمه الله إنما ترك ذلك هنا لأن قوله ليغر المشتري مشعر به.

وأما كون المشتري يثبت له الخيار إذا غبن في البيع المذكور؛ فلأنه مغبون فوجب أن يثبت له الخيار كالركبان إذا تلقوا فاشترى منهم وغبنوا. وثبوت الخيار مشعر بصحة البيع. وفيه أيضاً روايتان:

إحدهما: أنه صحيح؛ لأنه ثبت فيه الخيار بالقياس على الركبان. فكذاك الصحة.

وثانيهما: أنه باطل؛ لما روى ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش»^(٢).

وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تتاحشوا»^(٣) متفق عليهما. ولأن في ذلك تفريراً بالمشتري وخديعة له فدخل في المنهي عنه لقول النبي ﷺ: «الخديعة في النار»^(٤). وإذا كان منهيماً عنه كان البيع باطلاً؛ لأن النهي يقتضي الفساد والبطلان.

(١) في هـ: غير.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٥): ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب النجش، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٦): ٣: ١١٥٦ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٧١٩): ٥: ٢٢٥٣ كتاب الأدب، باب «بها أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن...»

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٣): ٢: ١٠٣٣ كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه...

(٤) ذكره البخاري تعليقا في صحيحه (٢: ٧٥٣) كتاب البيوع، باب النجش، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع.

والأول أصح؛ لأن النهي عائد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في صحة البيع.

فإن قيل: لم يُقيد المصنف رحمه الله الغبن في هذه المسألة بما يخرج عن العادة؟

قيل: قيده في المعنى. وإنما تركه هنا؛ لأنه نبه على ذكره في المسألة قبلها.

قال: (الثالثة: المسترسل إذا غبن الغبن المذكور.

وعنه: أن النجش وتلقي الركبان باطلان).

أما كون المسترسل يثبت له الخيار إذا غبن بما تقدم ذكره في الصورتين المتقدم

ذكرهما؛ فلأنه غبن حصل بجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان.

فإن قيل: ما المراد بالمسترسل المذكور؟

قيل^(١): الذي لا معرفة له بقيمة السلع والأسعار، ولا يحصل له المعرفة بذلك

بالثبوت. فلو كان عالماً بالغبن أو جاهلاً لكن لو توقف لعرف فغبن فلا خيار له:

أما العالم؛ فلأنه رضي بالغبن.

وأما المستعجل؛ فلأن الغبن حصل بتفريطه وتركه الثبوت فكان كالراضي

بالغبن.

وأما كون بيع النجش وتلقي الركبان باطلين على رواية فلما تقدم ذكره في

الصورة الأولى والثانية.

(١) ساقط من هـ.

فصل في خيار التدليس^١

قال المصنف رحمه الله: (الرابع: خيار التدليس بما يزيد به الثمن؛ كتصرية اللبن في الضرع، وتحمير وجه الجارية، وتسويد شعرها، وتجميده، وجمع ماء الرحي وإرساله عند عرضها فهذا يثبت للمشتري خيار الرد مع المصراة عوض اللبن صاعاً من تمر فإن لم يجد التمر فقيمته في موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة).

أما كون الرابع خيار التدليس؛ فلأنه يلي الثالث.

وأما قول المصنف رحمه الله: كتصرية اللبن في الضرع... إلى قوله: عند عرضها فتعداد لصور التدليس وبيان لها.

وأما كون التدليس يُثبت للمشتري خيار الرد: أما التصرية فلما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعدُ فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»^(١) متفق عليه. ولأنه تدليس غير المشتري فيه بالتصرية فكان له الخيار كبيع النجش.

وأما باقي الصور التي ذكرها المصنف رحمه الله؛ فلأنه في معناها لأنه تدليس يختلف الثمن باختلافه أشبه التصرية.

وأما معنى التصرية فهو جمع اللبن في الضرع.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤١) ٢: ٧٥٥ كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل مُحفلة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٥) ٣: ١١٥٥ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...

المتع في شرح المتنع

قال البخاري: أصل التصرية حبس الماء. يقال: صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع. وأنشد أبو عبيدة:
 رأيت غلاماً قد صرّى في فقرته ماء الشباب عنفوان سنّيته
 وأما كون المشتري يرد مع المصرة عوض اللبن صاعاً من تمر؛ فلأن النبي ﷺ قال: «إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»^(١).
 وفي لفظ للبخاري: «وإن سخطها ففي حلتها صاع من تمر»^(٢).
 وأما كونه يرد قيمة التمر إذا لم يجده؛ فلأنه عجز عن عين الواجب فوجب الرجوع إلى قيمته أشبه ما لو أتلّف ذلك على آدمي.
 وأما كون قيمة التمر في موضع العقد؛ فلأن القيمة بدل عن التمر فكان موضعه موضعه.

وأما كون التصرية تُثبت خيار الرد سواء كانت المصرة ناقة أو بقرة أو شاة فلعوم قوله عليه السلام: «من اشترى مصرية فهو بالخيار»^(٣) رواه البخاري.
 وفي حديث ابن عمر: «من ابتاع مَحْفَلَةً»^(٤). ولم يفصل.
 ولأن الإبل والغنم منصوص عليهما بقوله عليه السلام: «لا تصروا الإبل والغنم»^(٥) فثبت فيهما بالتصريح وفي البقر بالتشبيه لأن لبن البقر أغزر وأكثر.
 قال: (فإن كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزؤه. ويحمل أن لا يجوزته إلا التمر).

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٤٤) ٢: ٧٥٦ كتاب البيوع، باب إن شاء رد المصرة وفي حلتها صاع من تمر.

(٣) أخرجه البخاري في الموضوع السابق. ولفظه: «من اشترى غنماً مصرية...».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٤) ٣: ١١٥٨ كتاب البيوع، باب حكم بيع المصرة. واللفظ له.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٤٦) ٣: ٢٧١ كتاب البيوع، باب من اشترى مصرية فكرهها.

(٥) سبق تخريجه ص: ٩١.

أما كون المشتري يرد اللبن غير المتغير ويجزئه على المذهب؛ فلأن التمر إنما وجب عن اللبن فإذا رد الأصل وجب أن يجزئ كسائر الأصول مع أبدالها .
وأما كونه يَحْتَمَلُ أن لا يجزئه إلا التمر؛ فلأن كون اللبن في الضرع أحفظ له .

ولأن إطلاق الحديث يدل عليه .

وأما قول المصنف رحمه الله : لم يتغير فظاهره أن اللبن إذا تغير لا يجزئه رده وجهاً واحداً لأنه جعل علم التغير شرطاً في الإجزاء . وظاهر قول القاضي أن الخلاف موجود مع التغير وعدمه لأنه علل احتمال الإجزاء بأن النقص حصل باستعمال^(١) المبيع . وعلل احتمال عدم الإجزاء بأن اللبن نقص في يده بالحموضة فهو كما لو أتلفه . وصرح المصنف في الكافي بالخلاف مع التغير ونسب لزوم القبول إلى القاضي .

قال : (ومتى علم التصرية فله الرد .

وقال القاضي : ليس له ردها إلا بعد ثلاث) .

أما كون المشتري له الرد بمجرد العلم على المذهب؛ فلأنه علم سبب الرد فكان له حينئذ أشبه ما لو علم بالعيب .

وأما كونه ليس له ذلك قبل مضي ثلاث على قول القاضي؛ فلأن أبا هريرة روى أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى مُصْرَأةً فهو بالخيار ثلاثة^(٢) أيام^(٣) »
رواه مسلم .

(١) في و: باستعمال .

(٢) في هـ: ثلاث .

(٣) سبق تخريجه ص: ٩٢ .

وجه الحجة : أن الشرع قدر الثلاث لمعرفة التصرية لأن التصرية لا تعرف إلا بعد مضيها لأنه يجوز أن يختلف لبنها لتغير المكان واختلاف العلف^(١) فإذا مضت الثلاثة استبان ذلك فوجب أن يثبت له الخيار حينئذ ولا يثبت قبله .

وقال المصنف رحمه الله في المعني : ظاهر قول ابن أبي موسى أنه إذا علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها وهو ظاهر الحديث .

قال : (وإن صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله : إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد) .

أما كون المشتري ليس له الرد إذا صار لبن المصراة عادة ؛ فلأن الخيار يجعل للدفع الضرر بالعيب وقد زال الضرر فامتنع ثبوت الرد؛ لأن الحكم يزول بزوال علته .

وأما قول المصنف رحمه الله : في قياس قوله إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج فتنبيه على أمرين :

أحدهما : أن الحكم في المصراة مأخوذ من المسألة المذكورة لأنها منصوص عليها والمصراة في معناها .

وثانيهما : أن الأمة إذا بيعت فبانة مزوجة فطلقها الزوج لا رد لمشتريها . وقد تقدم علة ذلك .

قال : (وإن كانت التصرية في غير بهيمة الأنعام فلا رد له في أحد الوجهين . وفي الآخر : له الرد ، ولا يلزمه بدل اللبن) .

أما كون مشتري المصراة من غير بهيمة الأنعام كالأمة والأتان لا رد له في وجه ؛ فلأن لبن ذلك لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام .

(١) في هـ : العلم .

وأما كونه له الرد في وجهٍ فلعوم قوله عليه السلام: «من اشترى مُصْرَأةً»^(١) و «من اشترى مُحَفَلَةً»^(٢).

ولأن الثمن يختلف بذلك لأن ابن الأمة يراد للارتضاع ويرغب فيها ظمراً ويحسن ثديها ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ولبن الأتان يراد لولدها.

وأما كونه لا يلزمه بدل اللبن على كل حال؛ فلأن ذلك لا يباع عادة ولا يعاوض عنه.

قال: (ولا يحل للبايع تدليس سلعته ولا كتمان عيها فإن فعل فالبيع صحيح.

وقال أبو بكر: إن دلس العيب فالبيع باطل، قيل له: فما تقول في التصرية؟ فلم يذكر جواباً.

أما كون البائع لا يحل له التدليس؛ فلأن النبي ﷺ قال: «من غشنا فليس منا»^(٣).

و «نهى النبي ﷺ عن التصرية»^(٤) لكونها تدليساً وذلك يقتضي عدم حل كل تدليس.

(١) سبق تخريجه ص: ٩٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٥٦) ٢: ٧٥٩ كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، عن ابن مسعود.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٠١) ١: ٩٩ كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا».

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣١٥) ٣: ٦٠٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية الغش في البيوع.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٢٥) ٢: ٧٤٩ كتاب التجارات، باب النهي عن الغش.

(٤) سبق ذكره أحاديث النهي عن التصرية قبل قليل.

وأما كونه لا يحل له كتمان العيب؛ فلأن النبي ﷺ قال: «المسلم أخو المسلم. لا يحل لمسلم باع من أخيه يبعاً إلا بينه له»^(١).

وقال: «من باع يبعاً لم يُبينه، لم ينزل في مقت من الله، ولم تنزل الملائكة تلغنه»^(٢) رواهما ابن ماجه.

وقال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما وإن كذبا وكما محقت بركة بيعهما»^(٣) متفق عليه.

وأما كون البيع مع ذلك صحيحاً على المذهب؛ فلأن النبي ﷺ صحح بيع المصراة مع أنه منهي عنه وأثبت فيه الخيار^(٤).

ولأن العيب نقص في حق المشتري فلم يمنع صحة البيع كالتصيرية.

وأما كونه باطلاً إذا دلس العيب على قول أبي بكر؛ فلأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد والبطالان.

والأول أصح؛ للحديث المصراة.

وأشار المصنف إلى انقطاع حجة أبي بكر بقوله: قيل له: ما تقول في التصيرية؟ فلم يذكر جواباً لأن التصيرية إلزام صحيح ليس عنه جواب.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٤٦) ٢: ٧٥٥ كتاب التجارات، باب من باع عيباً فليبينه.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٤٧) الموضوع السابق. قال في الزوائد: في إسناده بقية بن الوليد وهو مدلس وشيخه ضعيف.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٧٣) ٢: ٧٣٢ كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتبما ونصحا.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٢) ٣: ١١٦٤ كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان.

(٤) رص: ٩٢.

فصل [في خيار العيب]

قال المصنف رحمه الله: (الخامس: خيار العيب. وهو: النقص كالمرض وذهاب جارحة أو سن أو زيادتها ونحو ذلك. وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرق والإباق والبول في الفراش إذا كان من مميز، فمن اشترى معيماً لم يعلم عيه فله الخيار بين الرد والإمسك مع الأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن).

أما كون الخامس خيار العيب؛ فلأنه يلي الرابع.

وأما كون العيب يثبت للمشتري خيار الرد؛ فلأن مطلق العقد يقتضي السلامة بدليل ما روي عن النبي ﷺ «أنه اشترى مملوكاً فكتب: هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العلاء بن خالد، اشترى منه عبداً أو أمة لا داء به ولا غائلة بيع المسلم للمسلم»^(١).

وإذا كان مقتضى العقد السلامة وجب ثبوت الخيار بظهور المبيع معيماً استدراكاً لما فاتته وإزالة لما يلحقه من ضرر بقائه في ملكه ناقصاً عن حقه.

وأما كون العيب المثبت للخيار النقص؛ فلأنه يقلل الثمن في عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فوجب اعتبار النقص لأنه ينقص به الثمن في عادة أهل ذلك.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٦): ٣: ٥٢٠ كتاب البيوع، باب: ما جاء في كتابة الشروط.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٥١) كتاب التجارات، باب: شراء الرقيق.

وذكره البخاري معلقاً ٢: ٧٣١ في كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكما ونصحا.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمرض... إلى قوله: ونحو ذلك فتعداد لأشياء ينقص بها الثمن ليست من فعل العبد.

وأما قوله: كالزنا والسرق والإباق والبول في الفراش فتعداد لأشياء ينقص بها الثمن وهي من فعل العبد.

وكل ذلك يثبت به الخيار لأن الزنا ينقص قيمة العبد ويعرضه لإقامة الحد ويقلل الرغبة فيه وربما أدى ذلك إلى تلفه، والسرق والإباق والبول في الفراش عيب في الكبير وهو الذي جاوز العشر. وهو المراد بقول المصنف رحمه الله: إذا كان من مميز وليس ذلك بعيب في الصغير لأن السرق والإباق في الصغير لنقصان عقله والبول لضعف بُنْيَتِهِ، وفيما بعد الكبير الخبث في طبيعته والبول لئاء في باطنه.

وأما كون من اشترى معيماً لم يعلم عيبه له الخيار بين رده وبين إمساكه مع الأرش: أما الرد؛ فلأنه ظهر على عيب لم يعلم به فاستحق به الأرش كما لو تعيب عنده.

ولأنه فاته جزء من المبيع فكان له المطالبة بعوضه كما لو أتلفه بعد البيع.

فإن قيل: النبي ﷺ خير في المصراة بين الرد وبين الإمساك بلا أرش فيجب أن يكون هنا كذلك.

قيل: المصراة ليس فيها عيب وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لقوات جزء فلذلك لا يستحق أرشاً.

ولأن إلحاق الميعب بالمصراة لا يصح لأن المصراة لا يرجع مشتريها بالأرش إذا تعذر الرد بخلاف الميعب فإنما يرجع بالأرش عند تعذر الرد وفقاً من المخالف هنا.

وفي تقييد المصنف رحمه الله الخيار بعدم العلم إشعار بأنه إذا كان عالماً لا خيار له وهو صحيح لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو صرح بالرضى به^(١).

وأما كون الأرش قسطاً ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن؛ فإلته لا يؤدي إلى محذور [بخلاف جعله قسط قيمته لأنه يؤدي إلى محذور]^(٢) وهو اجتماع الثمن والمثمن للمشتري في صورة هي: ما لو كان الثمن نصف قيمته وكان الأرش نصف قيمته لأنه إذا اشترى ما قيمته عشرون بعشرة فوجد به عيباً أرشه عشرة فإذا أخذها اجتمع له الثمن والمثمن.

فإن قيل: ما مثال قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن؟

قيل: مثاله أن يكون قيمته صحيحاً عشرة ومعيباً خمسة فالمعيب نقص خمسة ونسبتها إلى قيمته صحيحاً النصف فيرجع^(٣) بنصف الثمن وهو المعني بقول المصنف رحمه الله: وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن.

قال: (وما كسب فهو للمشتري وكذلك ثماؤه المنفصل. وعنه: لا يردده

إلا مع غائه).

أما كون كسب المبيع المعيب المردود لعيبه للمشتري؛ فلأن عائشة روت « أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ما شاء ثم وجد به عيباً فردّه. فقال: يا رسول الله! إنه استغلّ غلامي. فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمآن^(٤) » رواه أبو داود وابن ماجه.

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في هـ: ويرجع.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمآن.

وأما كون المنفصل كالولد والثمرة المخذولة واللبن المخلوب كذلك على المذهب؛ فلأنه نماءٌ حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كالكسب، وكما لو كان في يد البائع.

وأما كونه لا يرد الأصل إلا معه على رواية؛ فلأن النماء موجب العقد فلا يُرفع العقد مع بقاء موجهه.

وهذا الخلاف هو المعنى بقول المصنف رحمه الله: وكذلك نماءه المنفصل. وعنه: لا يرده إلا مع نمائه. ولا تعود هذه الرواية إلى الكسب لأنه ذكر في المغني أن الكسب زيادة من غير العين. ثم قال: فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه. ثم قال: ولا نعلم في هذا خلافاً. وحكى في الكافي في الزيادة من غير العين كالكسب ونحوه روايتين وفيه نظر لما ذكر عن المصنف في المغني.

وحكى صاحب النهاية فيها: الكسب مما أجمع عليه.

قال: (ووطء الثيب لا يمنع الرد. وعنه: يمنع).

أما كون وطاء الثيب لا يمنع الرد على رواية؛ فلأنه قول زيد بن ثابت.

وأما كونه يمنع على رواية؛ فلأنه قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

ولأن الوطاء يجري مجرى الجنابة لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال

فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكرة.

والأولى أصح لما ذكر.

ولأنه معنى لا ينقض عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يمنع الرد

كالاستخدام.

قال: (وإن وطئ البكر أو تعيبت عنده فله الأرش. وعنه: أنه مخير بين

الأرش وبين رده وأرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن.

قال الخرقى: إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملاً.

أما كون المشتري له الأرش إذا وطئ البكر أو تعيب المبيع عنده ثم ظهر على عيب؛ فلأن العقد اقتضى السلامة فقابل كل جزء من الثمن كل جزء من المبيع فإذا فات منه شيء وجب الرجوع فيما قابله من الثمن.

وفي اقتصار المصنف على الأرش إشعار بأن وطئ البكر وحثوث العيب يمنع الرد وهو صحيح على المذهب .

أما وطئ البكر؛ فلأنه إذهاب لجزء منها أشبه ما لو قطع يدها .

وأما في حثوث العيب في ملكه كقطع يدها وما أشبه ذلك؛ فلأن الرد بالعيب إنما شرع لإزالة الضرر وفي رد المبيع المعيب عند المشتري ضرر على البائع والضرر لا يزال بالضرر .

ولأن ضرر المشتري ينجر بالأرش فتعين لكونه طريقاً صالحاً لإزالة ضرر سالماً عن معارضة ضرر البائع .

وأما كونه مخيراً بين أخذ الأرش وبين رد المبيع وأرش العيب الحادث على رواية؛ فلأنه عيب حدث عند أحد المتبايعين فلم يمنع الخيار المذكور كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض .

ولأن العيبين قد وجدا والبائع قد دلس والمشتري لم يدلس فكان اعتبار خيانة المدلس أولى .

ولأن الرد كان جائزاً قبل حثوث العيب فلا يزول عنه إلا بدليل وضرر البائع ينجر برد أرش العيب الحادث عند المشتري عليه .

فعلى هذا إن أمسك المبيع وأخذ أرش العيب الموجود قبل البيع فلا إشكال، وإن رد المبيع نظر في البائع فإن لم يكن دلس العيب وجب على المشتري رد أرش العيب الحادث عنده؛ لأن التلف حصل في يده فكان ضمانته عليه .

ولأن الأرش الحادث في ملك البائع عليه . فكذلك الأرش الحادث في ملك المشتري وإذا وجب على المشتري ذلك سقط من الثمن ما قابله إن كان من جنسه وأخذ المشتري باقي الثمن؛ لأنه عوض فاث معوضه .

وإن كان البائع دلس العيب لم يجب على المشتري رد أرش العيب الحادث عنده لأن البائع غرّه فكان ما يستحقه عليه من أرش العيب الحادث عليه كما لو زوجه أمة على أنها حرة . ويأخذ المشتري من البائع الثمن كاملاً لفوات معوضه السالم عن استحقاق أرش .

قال : (قال القاضي : ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلس العيب رجع بالثمن كله . نص عليه في رواية حنبل . ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت وأرش البكر إذا وطئها لقوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »^(١) ، وكما يجب عوض لبن المصرة على المشتري) .

أما كون المشتري يرجع بالثمن كله من غير أن يضمن العين على منصوص الإمام أحمد فلما ذكر في أرش العيب الحادث عند المشتري إذا دلسه البائع . وأما كونه يحتمل أن يلزمه عوض العين وأرش البكر؛ فلأن التلف حصل في يده . وقد أيد المصنف هذا الاحتمال بأن قال في المغني : مذهب أكثر أهل العلم فيما أرى أن المبيع بعد قبضه من ضمان المشتري سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه وهو معنى قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان »^(٢) .

ولأن المصرة أصل الرد بالعيب ، والتصيرية تدليس ومع ذلك أوجب على المشتري عوض اللبن .

(١) سبق تخريجه ص: ٩٩ .

(٢) سبق تخريجه ص: ٩٩ .

ولأنه مبيع تعيب في يد المشتري بعد تمام ملكه عليه فكان من ضمانه كما لو لم يدلسه .

قال : (وإن أعتق العبد أو تلف المبيع رجع بأرشه ، وكذلك إن باعه غير عالم بعيه نص عليه ، وكذلك إن وهبه . وإن فعله عالماً بعيه فلا شيء له ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شيء إلا أن يرد عليه المبيع فيكون له حينئذ الرد أو الأرش) .

أما كون المشتري يرجع بالأرش إذا أعتق العبد ؛ فلأن الرد تعذر من جهته أشبه ما لو أمسك المبيع .

ولأنه كان مخيراً بين الرد والأرش فإذا تعذر الرد تعين الأرش لأن التخيير بين سببين يقتضي تعين أحدهما عند تعذر الآخر .

وأما كونه يرجع بالأرش إذا تلف المبيع فلتعينه طريقاً إلى استدراك ظلامته .
وأما كونه إذا باعه غير عالم بعيه كذلك على المذهب ؛ فلأن الرد متعذر أشبه ما لو أعتقه أو تلف في يده .

وأما كونه لا أرش له على رواية ؛ فلأنه استدرك ظلامته بالمبيع^(١) لكن إن رد عليه كان له حينئذ الخيرة بين الرد والأرش لأن الرد إنما امتنع للتعذر أو استدراك الظلامه فإذا عاد ملكه زال فيكون له الخيرة كما لو لم يبعه .

وأما كونه إذا وهبه كذلك ؛ فلأن الهبة كالبيع المذكور معنى فكذا يجب أن تكون حكماً^(٢) .

وأما كونه إذا باعه عالماً بالعيب لا شيء له ؛ فلأنه تصرف في المبيع بعد علمه بعيه أشبه ما لو صرح بالرضا بالعيب .

(١) في هـ: استدراك ظلامته بالمبيع

(٢) في هـ: للمذكور ومعنى فله الخيار يكون حكماً .

المتع في شرح المتنع

وقال المصنف في المغني: قياس المذهب أنه يستحق الأرش لأن له إمساك الميعب والمطالبة بالأرش، والتصرف هنا منزل منزلة الإمساك مع العلم.
قال: (وإن باع بعضه فله أرش الباقي، وفي أرش الميعب الروايتان).
وقال الخرقى: له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو أرش الميعب بقدر ملكه فيه).

أما كون البائع له أرش باقي الميعب؛ فلأنه باق^(١) في يده فات منه جزء اقتضى العقد تسليمه فكان له بدله أشبه ما لو كان الكل.
وأما كونه له أرش الميعب ففيه الروايتان المذكورتان فيما إذا باعه كله. وقد تقدم ذكر ذلك تفصيلاً ودليلاً.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أنه ليس له رد الباقي لأنه اقتصر على الأرش. ولم تثبت له الخيرة بين الأرش والرد لما تقدم، ويؤيده قوله بعد: وقال الخرقى: له رد ملكه لأنه مشعر بأنه خلاف ما تقدم.
وقال القاضي: رد الباقي مُخَرَّج على تفريق الصفقة.

والمنصوص عن الإمام أحمد جواز الرد كما قال الخرقى لأنه مبيع ظهر على عيبه وأمكنه رده فكان له ذلك كما لو كان جميعه باقياً.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: الذي يقتضيه النظر أن الميعب إن كان ينقص بالتفريق كمصراعي باب وما أشبهه لا يملك رده لما فيه من الضرر على البائع من نقصان القيمة وسوء المشاركة، وإن لم يكن كذلك يُخَرَّج على تفريق الصفقة.

قال: (وإن صبغه أو نسجه فله الأرش. وعنه: له الرد ويكون شريكاً بصبغه ونسجه).

(١) في هذا باقي.

أما كون من ذكر له الأرش فلما تقدم غير مرة . ومفهومه أنه لا رد له وذلك صحيح على المذهب لأنه شغل المبيع بملكه فلم يكن له رده لما فيه من سوء المشاركة .

وأما كونه له الرد ويكون شريكاً بقيمة الصبغ والنسج على رواية فقياس على الغاصب .

والأول المذهب لأن استدراك ظلامة المشتري ممكنة على وجه لا يتضرر البائع فتعين لما فيه من الجمع بين الحقين .

قال : (وإن اشترى ما مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسداً فإن لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن كله وإن كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند فله أرشه . وعنه : يتخير بين أرشه وبين رده ورد ما نقصه وأخذ الثمن . وعنه : ليس له رد ولا أرش في ذلك كله) .

أما كون من اشترى ما مأكوله في جوفه وكسره فوجده فاسداً ولم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج وما أشبهه يرجع بالثمن كله ؛ فلأنه تبين أنه لا ينفع وذلك يوجب عدم صحة بيعه لأن بيع ما لا نفع فيه لا يصح وما لا يصح بيعه يرجع مشترية بثمنه كله .

وأما كونه إذا كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند وما أشبههما له أرشه على المذهب ؛ فلأنه تعذر رده من أجل كسره وإذا تعذر رده تعين الأرش .

وأما كونه يتخير بين أرشه وبين رده ورد ما نقصه وأخذ الثمن على رواية فكما لو تعيب في يده على رواية .

وقال القاضي : إن كسره كسراً لا يمكن استعمال المبيع إلا به فله رده استدراكاً لظلامته ولا أرش عليه لأن الكسر حصل ضرورة الاستعمال ، وإن زاد الكسر على ذلك خرج على الروايتين فيما إذا تعيب في يده .

وأما كونه ليس له رد ولا أرش في ذلك كله على رواية؛ فلأن البائع لم يوجد منه تبليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه .

قال : (ومن علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه . وعنه : أنه على الفور . ولا يفتقر الرد إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه) .

أما كون من علم العيب لا يبطل بتأخير الرد مع عدم وجدان ما يدل على الرضا بالمبيع معيماً على المذهب؛ فلأنه خيار للنفع الضرر المتحقق فلم يبطل بالتأخير الخالي عن الرضا به كجناية القصاص .

وأما كونه يبطل بتأخير الرد مع وجدان ما يدل على رضا المشتري بالمبيع معيماً مثل إن استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه مع علمه بعيبه لأن دليل الرضا منزل منزلة التصريح به .

وأما كونه على الفور على رواية؛ فلأنه خيار ثبت بالشرع للنفع الضرر عن المال أشبه خيار الشفعة .

وأما كون الرد المذكور لا يفتقر إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه؛ فلأنه رفع عقد جعل إليه فلم يعتبر ذلك فيه كالطلاق .

قال : (وإن اشترى اثنان شيئاً وشرطاً الخيار أو وجداه معيماً فرضي أحدهما فلآخر الفسخ في نصيبه . وعنه : ليس له ذلك) .

أما كون من لم يرض له الفسخ في نصيبه على المذهب؛ فلأن نصيبه جميع ما ملكه بالعقد فجاز له زده بالعيب تارة والشرط تارة كجميع المبيع .

وأما كونه ليس له ذلك على رواية؛ فلأن المبيع خرج من ملك البائع دفعة واحدة فإذا رد أحدهما نصيبه رده مشتركاً ناقصاً فلم يكن له ذلك كما لو تعيب عنده .

قال: (وإن اشترى واحد معين صفقة واحدة فليس له إلا ردهما أو إمساكهما، فإن تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه، والقول في قيمة التالف قوله مع يمينه).

أما كون الواحد إذا اشترى ما ذكر ليس له إلا ردهما أو إمساكهما؛ فلأن في رد أحدهما تفريقاً للصفقة على البائع مع إمكان أن لا يفرقها أشبه رد بعض المغيب الواحد.

قال المصنف في المغني: القياس أنها كالمسألة قبلها. يعني ما إذا اشترى شيئين فوجد بأحدهما عيباً وفيها روايتان مضى ذكرهما وتعليقهما.

فعلى هذا يخرج في المسألة المذكورة هنا رواية أن للمشتري رد أحد المعيين. وعلل المصنف في المغني فقال: إذ لو كان إمساك أحدهما مانعاً من الرد لمنع من الرد إذا كان صحيحاً.

وأما كونه له رد الباقي بقسطه إذا تلف أحدهما؛ فلأن التالف لا يمكنه رده بخلاف ما إذا كان موجوداً.

وحكى المصنف في المغني: أن الرد هنا على الروايتين في رد أحدهما.

فعلى هذا إن قلنا ليس له رد أحدهما فليس له رد الباقي إذا تلف أحدهما.

وأما كون القول في قيمة التالف قول المشتري مع يمينه؛ فلأنه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب.

قال: (وإن كان أحدهما معيماً فله رده بقسطه. وعنه: لا يجوز له إلا ردهما أو إمساكهما، وإن كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعي باب وزوجي خف أو جارية وولدها فليس له رد أحدهما).

أما كون المشتري لما ذكر له رد المغيب وحده بقسطه من الثمن إذا لم يكن مما ينقصه التفريق ولم تكن جارية وولدها على المذهب؛ فلأنه رد للمبيع المغيب على وجه لا ضرر فيه على البائع فجاز كما لو رد الجميع.

وأما كونه لا يجوز له إلا ردهما أو إمساكهما على رواية؛ فلأن رد المغيب وحده تبعض للصفقة على المشتري فلم يكن له ذلك كما لو كان المبيع مما ينقص بالتفريق.

وأما كونه ليس له رد أحدهما إذا كان مما ينقص بالتفريق كمصراعي باب وزوجي خف؛ فلأن الرد يتضمن ضرر البائع، والخيار إنما ثبت لإزالة الضرر ولا يزال الضرر بالضرر.

وأما كونه ليس له ذلك إذا كان جارية وولدها؛ فلأن في رد أحدهما تفريقاً بينهما وذلك لا يجوز لما تقدم في موضعه.

ولا بد أن يلحظ في المنع من الجارية وولدها ما في معناهما ممن يحرم التفريق بينهما كغيرهما من كل ذي رحم محرم لأن الكل سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً. وكذلك زاد بعض من أذن له المصنف رحمه الله في الإصلاح أو ممن يحرم التفريق بينهما.

قال: (وإن اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي أيهما يقبل قوله؟ روايتان. إلا أن لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين).

أما كون القول قول المشتري في العيب الذي يحتمل حدوثه قبل الشراء وبعده كالخرق والرفو^(١) في الثوب وما أشبه ذلك في رواية؛ فلأن الأصل عدم القبض في

(١) قال في المصباح: رفوت الثوب رفواً إذا أصلحته. المصباح المنير، مادة رفا.

الجزء الفائت واستحقاق القدر الذي قابل العيب من الثمن فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في قبض الجميع .

وأما كون القول قول البائع في ذلك في رواية؛ فلأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد .

ولأن المشتري يدعي عليه فسخ العقد وهو ينكره .

وأما كون القول قول من لا يحتمل إلا قوله؛ فلأن غيره كاذب في قوله .

فإن قيل : ما صورة ذلك؟

قيل : ذلك على ضربين :

أحدهما : أن لا يحتمل إلا قول المشتري مثل : أن يكون مما لا يحتمل حدوثه عند المشتري كالأصبع الزائدة والجراحة المندملة التي لا يحتمل حدوث مثلها .

وثانيهما : أن لا يحتمل إلا قول البائع مثل : أن يكون مما لا يحتمل حدوثه قبل البيع كالجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً . والقول في الأول قول المشتري وفي الثاني قول البائع لما تقدم .

وأما قول المصنف رحمه الله : بغير يمين فأشارة إلى أن اليمين لا تجب في الموضوعين المذكورين في حق من القول قوله لأن اليمين إنما شرع في موضع يحتمل صدق صاحبه .

وفي قوله : بغير يمين أيضاً إشعار بأن المسألة قبل تجب اليمين على من قيل القول قوله لأنه يحتمل صدق صاحبه .

وصفة يمين المشتري : أن يحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب وأنه ما حدث عنده .

وصفة يمين البائع على حسب جوابه : إن أجاب : بعته بريئاً من العيوب حلف على ذلك ، وإن أجاب : لا يستحق علي ما يدعيه من الرد حلف على ذلك .

قال: (ومن باع عبداً تلزمه عقوبة من قصاص أو غيره يعلم المشتري ذلك فلا شيء له، وإن علم بعد البيع فله الرد أو الأرش، فإن لم يعلم حتى قتل فله الأرش).

أما كون المشتري لا شيء له إذا اشترى عبداً علماً أنه تلزمه عقوبة من قصاص أو غيره؛ فلأنه إذا اشتراه مع علمه بذلك يكون راضياً بعيه أشبه ما إذا اشترى المبيع علماً بعيه.

وأما كونه له الخيرة بين الرد والأرش إذا لم يعلم بذلك إلا بعد البيع؛ فلأن ذلك عيب فملك به الخيرة المذكورة كسائر العيوب.

وأما كونه له الأرش إذا لم يعلم حتى قتل؛ فلأن الرد تعذر فتعين الأرش.
فإن قيل: الأرش هنا ما هو؟

قيل: قسط ما بين كونه جانياً وبين كونه غير جان من ثمنه. مثاله: أن يقال قيمته وهو غير جان مائة وقيمته وهو جان خمسون فما بينهما خمسون نسبتها إلى القيمة النصف فالأرش إذاً نصف الثمن.

فإن قيل: هلا يرجع بالثمن كله لأن قتله بسبب حصل عند البائع فجرى مجرى ما لو أتلفه؟

قيل: التلف حصل في يد المشتري بسبب كان عند البائع فلم يرجع بجميع الثمن كما لو اشتراه فبان مريضاً ثم مات بقاء به أو مرتداً فقتل برده.

قال: (وإن كانت الجناية موجبة للمال والسيد معسر قدم حق المجني عليه وللمشتري الخيار، وإن كان السيد موسراً تعلق الأرش بذمته والبيع لازم).

أما كون حق المجني عليه يقدم؛ فلأن حق الجناية سابق على حق المشتري فإذا تعذر إمضاهما قدم السابق.

وأما كون المشتري له الخيار؛ فلأن تمكن المجني عليه من انتزاعه عيب فيه فملك الخيار به كما لو اشترى شيئاً فبان معيباً.

وأما كون الأرش يتعلق بنمة السيد مع يساره؛ فلأنه أزال ملكه من عين تعلق بها حق المجني عليه فلزمه الأرش كما لو قتله.

وأما كون البيع مع ذلك لازماً؛ فلأنه لا ضرر على المشتري لتمكن المجني عليه من الرجوع على البائع.

فصل [في خيار التولية]

قال المصنف رحمه الله: (السادس: خيار يثبت في التولية والشركة والمراجعة والمواضعة ولا بد في جميعها من معرفة المشتري رأس المال).

أما كون الخيار يثبت للمشتري في الصور المذكورة إذا ظهر له بينة أو أقبر أن رأس المال أقل؛ فلأن البائع ظلمه في القدر الذي زاد عليه فوجب أن يثبت له الخيار استدراكاً لظلامته قياساً على ما لو ظهر المبيع معيباً.

ولأن المشتري ربما كان له غرض في الشراء على الوجه الذي أوقعه لكونه حالفاً أو وصياً في الشراء على الوصف الذي فعله.

وأما كونه لا بد في جميعها من معرفة المشتري رأس المال؛ فلأن العقد يعتمد ذلك إذ معنى التولية: البيع برأس المال، والشركة: بيع البعض بحصته من ذلك، والمراجعة: بزيادة على ذلك، والمواضعة: بوضيعة من ذلك فإذا لم يكن رأس المال معلوماً خرجت الصور عن موضوعاتها.

فإن قيل: لم خص المشتري بمعرفة رأس المال؟

قيل: لأن الظاهر أن المشتري لا يعرفه بخلاف البائع لا أن ذلك شرط في المشتري دون البائع.

فعلی هذا لو كان البائع قد نسي رأس ماله لم يجز بيعه إلا مساومة لأنه لو باع بغير ذلك كان كاذباً لأنه لا بد في جميع الصور أن يقول: رأس ماله كذا فإذا لم يكن معلوماً بذلك ولا ظاناً كان كاذباً.

قال : (ومعنى التولية : البيع برأس المال ؛ فيقول : وليتكه أو بعته برأس ماله أو بما اشتريته أو برقمه ، والشركة : بيع بعضه بقسطه من الثمن ، ويصح بقوله : شركتك^(١) في نصفه أو ثلثه ، والمراجعة : أن يبيعه بربح فيقول : رأس مالي فيه بعته بها وربح عشرة أو على أن أربح في كل عشرة درهماً ، والمواضعة أن يقول : بعته بها ووضيعة درهم من كل عشرة فيلزم المشتري تسعون درهماً ، وإن قال : ووضيعة درهم لكل عشرة لزمه تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم) .

أما قول المصنف رحمه الله : ومعنى التولية : البيع برأس المال ، والشركة : بيع بعضه بقسطه ، والمراجعة : أن يبيعه بربح ، والمواضعة أن يقول : بعته بها ووضيعة درهم فيبيان لمعاني البيوع المذكورة . وفي ذكر ذلك إشارة إلى صحة البيع بذلك كله ؛ لأن الثمن معلوم في جميع ذلك فإذا وجد منضمماً إلى بقية الشروط وجب الحكم بالصحة عملاً بالعلة المقتضية لها السلامة عن المعارض .

وأما قوله عقيب كل تفسير : فيقول ، فتنبيه على أن البياعات المذكورة لها ألفاظ ينعقد البيع بها .

وأما قوله : وليتكه أو بعته فتنبيه على أن التولية لها لفظان :

أحدهما : لفظ التولية لأن التولية معناها البيع برأس المال فإذا قال : وليتك هذا الثوب كان بمنزلة ما لو قال : بعته برأس ماله .

وثانيهما : لفظ البيع . فيصح بقوله : بعته برأس ماله ، وبقوله : بعته بما اشتريته ، وبقوله : بعته برقمه لأن لفظ البيع صريح في معناه فإذا اتصل به أحد ما ذكر كان بمنزلة قوله : بعته بمائة .

(١) في و : أشركك .

فإن قيل : قد تقدم أن البيع بالرقم لا يصح فكيف يصح هاهنا؟

قيل : حيث قيل لا يصح يكون الثمن مجهولاً عندهما أو عند أحدهما ،
وحيث قيل : يصح يكون ذلك معلوماً عندهما . وقد تقدم هنا^(١) ما يوجب العلم
بالثمن وهو قوله : ولا بد من معرفة المشتري رأس المال بخلاف ما تقدم فإنه لم
يتقدمه ما يدل على العلم بالثمن ولذلك قال هنا : برأس ماله أو بما اشتريته من غير
تعيين لأنه اعتمد على اشتراط معرفة المشتري ذلك بما سبق .

وأما كون الشركة تصح بقوله : شركتك في نصفه أو ثلثه ؛ فلأنه لفظ
موضوع للشركة حقيقة فصح به كسائر ألفاظ الحقيقة ، وتصح بقوله : بعتك نصفه
بنصف رأس ماله وما أشبهه لأنه يفيد المقصود .

وأما كون المراجعة تصح بقوله : رأس مالي فيه مائة بعتك بها وريح عشرة ، أو
على أن أربح في كل عشرة درهماً ؛ فلأن الثمن والربح معلومان . وللمراجعة
صورتان :

إحداهما : تصح من غير كراهة وهو ما تقدم ذكره لما ذكر .

والثانية : تكره . وهي أن يقول : ده يازده أو ده دوازده^(٢) لأن ابن عمر وابن
عباس كراهاه^(٣) .

ولأن الثمن قد لا يعلم في الحال .

(١) ساقط من هـ .

(٢) في هـ : وازده .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٥٧٤) : ٤ : ٤١٣ كتاب البيوع ، في بيع ده دوازده .

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٥٠١١) : ٨ : ٢٣٢ كتاب البيوع ، باب بيع ده دوازده . كلاهما عن ابن عباس .

وفي (١٥٠١٠) عن ابن عمر ولفظه قال : « بيع ده دوازده ربا » .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٥ : ٣٣٠ كتاب البيوع ، باب المراجعة .

وأما كون المواضعة تصح بقوله: بعته برأس ماله ووضيعة درهم من كل عشرة؛ فلأنه لفظ محصل لمقصود البيع بدون رأس المال.

وأما كون المشتري يلزمه في هذه الصورة تسعون؛ فلأن المائة عشر عشرات فإذا أسقط من كل عشرة درهم بقي تسعون.

وأما كونه يلزمه^(١) في قوله: ووضيعة درهم لكل عشرة تسعون درهماً وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم؛ فلأنه لما قال: لكل عشرة درهم وجب أن يكون الدرهم من غير العشرة فكأنه قال: من كل أحد عشر درهماً درهم فيجب أن يسقط من تسعة وتسعين تسعة ومن أحد عشر جزءاً من درهم جزء فيبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم.

قال: (ومتى اشتراه بثمن مؤجل، أو ممن لا تقبل شهادته له، أو بأكثر من ثمنه حيلة، أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن ولم يبين ذلك للمشتري في تخيره بالثمن فللمشتري الخيار بين الإمساك والرد).

أما كون المشتري له الخيار المذكور فيما إذا كان الشراء بثمن مؤجل ولم يبينه البائع له؛ فلأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن فإذا بان للمشتري ذلك وجب أن يثبت له الخيار استدراكاً لظلامته.

وأما كونه له ذلك إذا اشتراه ممن لا تقبل شهادته له؛ فلأنه متهم في حقهم لكونه يحاييهم ويسمح لهم.

وأما كونه له ذلك إذا اشتراه حيلة؛ فلأن ذلك تدليس وهو حرام فأنبت الخيار كتدليس العيب.

(١) في هذه ويلزمه.

وأما كونه له ذلك إذا باع بعض ما اشتراه؛ فلأن قسمة الثمن على ذلك تخمين، واحتمال الخطأ فيه كثير.

وأطلق المصنف رحمه الله ثبوت الخيار هنا في بيع بعض الصفقة، وصرح في المغني بأن البيع إن كان مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كالمكيل والموزون من صنف واحد جاز بيع بعضه مراوحة لأن ذلك لا يحتاج إلى تخمين بل الثمن مقسوم عليه بالأجزاء وذلك يستدعي عدم ثبوت الخيار لأن جوازه يستدعي نفي الضرر عن المشتري وإلا حرم كالذي لا ينقسم وإذا لم يتضرر فلا خيار وهذا صحيح يجب حمل كلام المصنف هنا عليه.

وفي ثبوت الخيار في الصورة المذكورة إشعار بأمرين:

أحدهما: أن البائع يجب عليه أن يبين ذلك كله للمشتري لأن كتمانته تدليس وذلك حرام لما تقدم.

وثانيهما: أن البيع مع الكتمان صحيح لأن غاية ما تقدم أنه يبيع دلس فيه، وذلك لا يمنع الصحة دليله بيع المعيب.

ولأن الضرر يمكن استدراكه بثبوت الخيار فلم تدع حاجة إلى إبطاله.

قال: (وما يزداد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرساً لعيب أو جناية عليه يلحق برأس المال ويخبر به، وإن جنى ففداه المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به).

أما كون ما يزداد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق برأس المال ويخبر به؛ فلأن ذلك من الثمن فوجب إلحاقه برأس المال والإخبار به كأصله. وأما كون ما يؤخذ أرساً لعيب أو جناية عليه تلحق برأس المال ويخبر به؛ فلأنه أخذ في مقابلة جزء من المبيع.

وأما كون ما تفدى به الجناية لا يلحق برأس المال؛ فلأن ذلك ليس من الثمن ولا يزداد به المبيع.

وأما كون ما زيد في الثمن أو حط منه بعد لزوم العقد لا يلحق برأس المال؛ فلأن الزيادة حيثئذ بمنزلة الهبة من المشتري والنقصان من البائع لأنه لا يلزم واحداً منهما ذلك فلم يجب إلحاقه به كما لو وهب أحدهما الآخر شيئاً.

قال: (وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصره بعشرة أخبر به علي وجهه، فإن قال: تحصل علي بعشرين فهل يجوز ذلك؟ علي وجهين. وإن عمل فيه بنفسه عملاً يساوي عشرة لم يجز ذلك وجهاً واحداً).

أما كون المشتري يخبر بما فعل علي وجهه؛ فلأنه لو ضم ذلك إلى الثمن وقال: رأس ماله كذا كان كذباً وتغريباً بالمشتري.

وأما كونه يجوز أن يقول: تحصل عليّ بعشرين علي وجهه؛ فلأنه صادق. وأما كونه لا يجوز علي وجهه؛ فلأن فيه تليساً ويحتمل أن المشتري لو علم الحال لما رغب فيه لكون ذلك العمل مما لا حاجة إليه أشبه ما لو أنفق عليه. قال المصنف في الكافي: بعد ذكره هذا الوجه في المسألة هو ظاهر كلام أحمد.

وأما كونه لا يجوز أن يقول ذلك إذا عمل ما تقدم ذكره بنفسه وجهاً واحداً؛ فلأنه كاذب لأن ما عمله لم يغرم بسببه شيئاً، وإخباره بأنه تحصل عليه بعشرين كذب.

قال: (وإن اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك علي وجهه، وإن قال: اشتريته بعشرة جاز).

وقال أصحابنا: يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر أنه اشتراه بخمسة).

أما كون المشتري يخبر بالحال على وجهه؛ فلأنه أقرب إلى الحق وأبلغ في الصدق.

وأما كونه يجوز أن يقول: اشتريته بعشرة؛ فلأنه اشتراه بذلك.

وأما كونه يحط الربح من الثمن الثاني على قول الأصحاب؛ فلأن الربح أحد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المراجعة كالنماء من نفس المبيع كالولد والثمرة.

وأما كونه يخبر بأنه اشتراه بخمسة؛ فلأن الربح لما حط من الثمن بقي ذلك. وقد روي عن الإمام أحمد أنه لما بلغه أن ذلك مذهب ابن سيرين أعجبه وظاهره أنه أوجب ذلك.

وفي قول المصنف رحمه الله: وقال أصحابنا إشعار بأن جواز الإخبار بأنه بعشرة اختياره.

وقال في المغني بعد ذكره الإخبار بمثل الثمن الثاني: وهو الصحيح. وحمل كلام الإمام أحمد في ذلك^(١) على الاستحباب. ويجاب عن قياس الربح على الأرض بأن إلحاق الربح بالكسب أولى من إلحاقه بالأرض^(٢) لأن الربح والكسب نماء من غير عين المبيع بخلاف الأرض فإنه عوض عن جزء من عين المبيع ولو كان المبيع عبداً فكسب لا يجب أن يحط ذلك من الثمن. فكذلك الربح.

(١) في ج: الكافي.
(٢) في هـ: من الأرض.

فصل [في خيار اختلاف المتبايعين]

قال المصنف رحمه الله : (السابع : خيار يثبت لاختلاف المتبايعين . ومتى اختلفا في قدر الثمن تحالفا فيبدأ يمين البائع فيحلف ما بعته بكذا وإنما بعته بكذا ثم يحلف المشتري ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا ، فإن نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه ، وإن تحالفا فرضي أحدهما بقول صاحبه أقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ ، وإن كانت السلعة تالفة رجعا إلى قيمة مثلها ، فإن اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري . وعنه : لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشتري مع يمينه ، وإن ماتا فورثتهما بمنزلةتهما) .

أما كون الخيار يثبت لاختلاف المتبايعين مثل : أن يدعي المشتري أن البائع باعه العبد بمائة فيقول البائع : بل بمائة وخمسين ؛ فلأن ابن مسعود روى أن رسول الله ﷺ قال : « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول قول البائع والمشتري بالخيار »^(١) رواه الإمام أحمد والشافعي .

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٠) ٣ : ٥٤١ كتاب البيوع، باب ما جاء إذا اختلف البيعان. ولفظه : « إذا

اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار ».

وأخرجه أحمد في مسنده (٤٤٤٤) ١ : ٤٦٦ .

وأخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٣٤٩٣) ٤ : ٣٧٠ .

قال الترمذي : هذا حديث مرسل عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود .

الممتع في شرح المقنع

وفي لفظ: « إذا اختلف البيعان وليس بينهما يئنة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع»^(١) رواه ابن ماجة . وفي سياقه أن ابن مسعود رواه للأشعث بن قيس وقد اختلفا في ثمن مبيع فقال للأشعث: فإني أرى أن أرد البيع.

ولأنه فسح لاستدراك الظلامة فوجب أن يثبت الاختلاف كالرد بالعيب .
وأما كون المتبايعين يتحالفان والسلعة قائمة؛ فلأن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا يئنة لأحدهما تحالفا»^(٢).

ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه؛ فإن البائع يدعي الأكثر وينكر الأقل، والمشتري يدعي الأقل وينكر الأكثر .
ولا بد أن يلحظ في التحالف عدم اليئنة فإن كان لأحدهما يئنة قضي بها لترجحه بها .

ولأن في الحديث المتقدم: « ولا يئنة لأحدهما» .

فإن كان لكل واحد منهما يئنة تعارضتا وصارا كمن لا يئنة لهما .

وأما كونهما يتحالفان إذا كانت السلعة تالفة على رواية فلعوم قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار»^(٣)، وقياساً على ما إذا كانت السلعة باقية لم ت تلف .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١١) ٣: ٢٨٥ كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٤٨) ٧: ٣٠٢ كتاب البيوع، اختلاف المتبايعين في الثمن.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٦) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٤٤٤٦) ١: ٤٦٦.

(٣) سبق تخريجه ص: ١١٩.

فعلى هذه الرواية يُرجع إلى قيمة مثل السلعة المبيعة لأن رد العين متعذر فوجب الرجوع إلى القيمة كما لو أتلّف مال آدمي . فإن اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري لأنه غارم .

وظاهر كلام أبي الخطاب : أن القيمة إذا زادت على الثمن لا يلزم المشتري الزيادة لأنه قال : المشتري بالخيار بين دفع الثمن الذي ادعاه البائع وبين دفع القيمة . ووجهه : أن البائع لا يدعي الزيادة فلم يلزم المشتري كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه . وقال صاحب النهاية فيها : إيجاب الزيادة أظهر لأن بالفسخ سقط اعتبار الثمن .

وأما كونهما لا يتحالفان على رواية ؛ فلأن مفهوم قوله عليه السلام : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا »^(١) أن التحالف لا يشرع عند عدم السلعة . ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واختلفا في قدر زائد البائع يدعيه والمشتري ينكره والقول قول المنكر . ترك هذا حال قيام السلعة للحديث فيبقى فيما عداه على مقتضاه .

فعلى هذا القول قول المشتري مع يمينه لما تقدم ذكره .

والأولى أولى اختارها الخرقى ؛ لما تقدم .

ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فتشعر اليمين كحال قيام السلعة .

ولأنه إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها ؛ لأن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى .

وأما قول النبي ﷺ : « والسلعة قائمة » فالأجل تراد المبيع لا لأجل عدم

مشروعية التحالف حال تلف السلعة .

(١) سبق تحريجه ص: ١١٩ .

وأما ترك ما تقدم ذكره هنا فيجوز إذا لحظ مساواة محل النزاع محل الوفاق فيما ترك لأجله في محل الوفاق .

وأما كونه يبدأ يمين البائع؛ فلأنه أقوى جنبه من المشتري لأن النبي ﷺ قال: «فالقول ما قال البائع»^(١)، وفي بعض الألفاظ: «فالقول قول البائع والمشتري بالخيار»^(٢) رواه الإمام أحمد والشافعي .
ولأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه .

وأما كون الحالف يجمع في اليمين بين النفي والإثبات فلما تقدم من أن كل واحد منهما يدعي عقداً وينكر عقداً . وفي قول المصنف في صفة اليمين: ما بعته وإنما بعته إشارة إلى تقديم النفي على الإثبات لأن الأصل في اليمين أنها النفي .
ويكفيه يمين واحدة لأنه أقرب إلى فصل القضاء .

وأما كون الناكل يلزمه ما قال صاحبه؛ فلأن النكول بمنزلة الإقرار، ولو أقر لزمه ذلك . فكذلك إذا نكل .

وأما كون العقد يقر إذا رضي أحدهما بقول صاحبه؛ فلأن الراضي إما البائع أو المشتري: فإن كان البائع فلا خيار للمشتري لأنه قد حصل له ما ادعاه، وإن كان المشتري فلا خيار للبائع كذلك .

وأما كون الفسخ لكل واحد منهما فلما تقدم أول الفصل .

وفي إضافة المصنف رحمه الله الفسخ إلى كل واحد منهما إشعار بأنه لا حاجة في فسخ البيع إلى حكم حاكم، وقد صرح به في المغني، وذكر فيه احتمالاً وعلله بتعذر إمضائه في الحكم .

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٨٦) ٢: ٢٢٧ كتاب التجارات، باب البيعان يختلفان .

(٢) سبق تخريجه ص: ١١٩ .

وقال في الكافي: الأول المذهب لأن النبي ﷺ قال: «أو يترادان»^(١)، ولما تقدم من قول الأشعث: فإني أرى أن أرد البيع^(٢).

ولأنه خيار لاستدراك ظلامة فكان من غير حكم حاكم كالرد بالعيب. وأما كون ورثة المتبايعين بمنزلتهم عند موتهم؛ فلأنهم يقومون مقامهما في أخذ ما لهما وإرث حقوقهما. فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما. قال: (ومتي فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهراً وباطناً، وإن فسخ الظالم لم ينفسخ في حقه باطناً وعليه إثم الغاصب).

أما كون العقد ينفسخ ظاهراً وباطناً إذا فسخ المظلوم؛ فلأنه معذور. وأما كونه لا ينفسخ باطناً إذا فسخ الظالم؛ فلأنه لا عذر له.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله الفرق بين الظالم والمظلوم سواء كان الظالم البائع أو المشتري. ولم أجد نقلاً صريحاً يوافق ذلك ولا دليلاً يقتضيه، بل المنقول في مثل ذلك أن البائع إن كان ظالماً لم ينفسخ العقد باطناً لأنه يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه ولا ينفسخ العقد باطناً ولا يباح له التصرف وعليه إثم الغاصب؛ لأنه غاصب. وإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه هكذا نقله المصنف في المغني والكافي ولم ينقل الفرق بين المظلوم والظالم مطلقاً. ونقل عن القاضي أنه قال: ظاهر كلام أحمد أن الفسخ يثبت ظاهراً وباطناً وظاهره التعميم سواء كان الفاسخ الظالم أو المظلوم وعلل قوله بأن ذلك فسخ لاستدراك ظلامة أشبه الرد بالعيب، أو فسخ عقد بعد التحالف أشبه الفسخ باللعان.

(١) سبق تخريجه ص: ١٢٠.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢٠. وقد ذكر هنا القول في سياق حديث ابن ماجه.

قال: (وإن اختلفا في صفة الثمن تحالفاً إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع إليه).

أما كون المتبايعين يتحالفتان عند الاختلاف في صفة الثمن وفي البلد نقود؛ فلأنهما اختلفا في صفة الواجب فوجب التحالف كاختلافهما في أصل الثمن.

وقال المصنف في المعنى: يرجع إلى أوسطها. نص عليه وعليه اليمين لأن الظاهر معه فكان القول قوله مع يمينه كالمنكر.

وأما كونهما لا يتحالفتان إذا كان للبلد نقد معلوم؛ فلأنه يرجع إليه لأن الظاهر وقوع البيع به.

قال: (وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه. وعنه: يتحالفتان. إلا أن يكون شرطاً فاسداً فالقول قول من ينفيه).

أما كون القول قول من ينفى الأجل على المذهب؛ فلأن الأصل عدمه. ولأنه منكر والقول قول المنكر.

وأما كون المتبايعين يتحالفتان على رواية؛ فلأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب التحالف قياساً على الاختلاف في الثمن.

والقول في الاختلاف في رهن أو ضمير أو قدر ما وقع به الرهن أو الضمان كالقول في الاختلاف في الأجل.

وأما الاختلاف في الشروط فعلى ضربين:

أحدهما: شرط صحيح وحكمه كذلك والدليل ما ذكر.

والثاني: شرط فاسد مثل أن يقول أحدهما: وقع العقد بخمر أو بخيار مجهول

أو نحوهما فينفيه الآخر فالقول قول من ينفيه لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يتعاطى إلا عقداً صحيحاً.

ولم يحك المصنف رحمه الله هنا في مثل ذلك خلافاً لأنه استثنى ذلك من قوله : وعنه يتحالفان .

ومن الاختلاف مما يفسد البيع صورة -وحكى المصنف في المعنى فيها خلافاً- وهي ما إذا قال : بعثك وأنا صبي . وعلل قبول قوله بأن الأصل الصغر فعارض ذلك بالظاهر المتقدم ذكره .

قال : (وإن قال : بعثني هذين فقال : بل أحدهما فالقول قول البائع . وإن قال : بعثني هذا قال : بل هذا حلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما) .

أما كون القول قول البائع إذا اختلفا في مقدار المبيع ؛ فلأن البائع ينكر القدر الزائد فاختصت اليمين به كما لو اختلفا في أصل العقد .

وأما كون كل واحد يحلف على ما [أنكره]^(١) إذا اختلفا في عين المبيع ؛ فلأن كل واحد يدعي عقداً على مبيع^(٢) ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على ما أنكره .

وأما كون بيع واحد منهما لا يثبت ؛ فلأن الذي ادعاه المشتري أنكره البائع وحلف عليه والقول قول المنكر مع يمينه والذي أقر به البائع لا يدعيه المشتري .

قال : (وإن قال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه ، وقال المشتري : لا أسلمه حتى أقبض المبيع والثمن عين : جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم إليهما . وإن كان ديناً أجبر البائع على التسليم ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً معه ، وإن كان غائباً بعيداً أو المشتري معسراً فللبائع الفسخ ،

(١) زيادة يقتضيها السياق .

(٢) في هـ: على زيد مبيع .

وإن كان في البلد حُجر على المشتري في ماله كله حتى يسلمه ، وإن كان غائباً عن البلد قريباً احتمل أن يثبت للبائع الفسخ واحتمل أن يحجر على المشتري .

أما كون العدل يُجعل بين البائع والمشتري إذا اختلفا في التسليم أولاً والثمن عين ؛ فلأنهما استويا في تعلق حقهما بعين كل واحد^(١) من الثمن والمثمن ، وإذا كان كذلك وجب أن يجعل بينهما عدل يسلم إليهما لأن في ذلك تسوية بين المتساويات .

وأما كون البائع يحجر على تسليم المثمن ، ثم المشتري على تسليم الثمن الحاضر معه والثمن دين - والمراد أن يكون البيع قد وقع بثمن في الذمة لا أن يكون مؤجلاً ؛ فلأن حق المشتري تعلق بعين المثمن وحق البائع تعلق بما في ذمة المشتري فوجب تقديم^(٢) حق المتعلق بالعين كتقديم حق المرتهن على سائر غرماء المفلس .

وأما كون البائع له الفسخ إذا كان الثمن في غيبة بعيدة وهي مسافة القصر أو كان المشتري معسراً ؛ فلأنه تعذر عليه أخذ الثمن فكان له الخيار المذكور كالمفلس إذا وجد البائع عنده عين ملكه .

وأما كونه يحجر على المشتري في ماله كله حتى يسلم الثمن الذي في البلد ؛ فلأنه إذا لم يحجر عليه في ذلك خيف أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع .

وأما كونه يحتمل أن يثبت للبائع الفسخ إذا كان الثمن غائباً غيبة قريبة وهي دون مسافة القصر ؛ فلأن في التأخير ضرراً على البائع .

وأما كون : يحتمل أن الحجر على المشتري ؛ فلأن ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر .

(١) في هـ: أحد .

(٢) في هـ: تقدم .

قال: (ويثبت الخيار للخلف في الصفة، وتغير ما تقدمت رؤيته . وقد ذكرناه).

أما كون الخيار يثبت للخلف في الصفة بأن يشترط في المبيع صفة فيظهر بخلافها؛ فلأن فيه استدراكاً لما فاته من الصفة .

وللخلف في الصفة صورتان :

إحدهما: يثبت الخيار فيها بلا خلاف مثل: أن يشترط الأعلى فيبين أدنى .
مثل: أن يشترط كون المبيع مسلماً أو بكراً أو جعداً أو ذا صنعة فيظهر كافراً أو ثيباً أو سبطاً أو لا صنعة له .

وثانيهما: أن يشترط الأدنى فيظهر أعلا . مثل: أن يشترط كونه كافراً أو ثيباً أو سبطاً أو لا صنعة له فيظهر مسلماً أو بكراً أو جعداً أو له صنعة فهذا لا خيار له لأنه زاده خيراً .

وقيل: يثبت الخيار فيما إذا شرط الكفر والثبوبة لأن طالب الكافر أكثر لصلاحيته للمسلم وغيره فيكون ثمنه أكثر، وشرط الثبوبة قد يكون لعجزه عن البكر فإذا كانت بكراً يفوت قصده .

وأما كون الخيار يثبت بتغير ما تقدمت رؤيته مثل: أن يكون قد رأيا مبيعاً ثم عُقد البيع بعد ذلك فوجده المشتري قد تغير كعبد قطعت يده وثوب فصل وما أشبه ذلك؛ فلأن تغير ذلك كالخلف في الصفة .

وأما قول المصنف رحمه الله: وقد ذكرناه ففيه تبيينه على أن ذلك تقدم ذكره . والخلف في الصفة المذكور في باب الشروط في البيع في الصحيح منها^(١)، وتغير ما تقدمت رؤيته المذكور في الفصل السادس من كتاب البيع^(٢) .

(١) ص: ٥٨ .

(٢) ص: ٣٥ .

فصل في البيع قبل القبض

قال المصنف رحمه الله: (ومن اشترى مكيلاً أو موزوناً لم يجز بيعه حتى يقبضه، وإن تلف قبل قبضه فهو من مال البائع إلا أن يتلفه آدمي فيتخير المشتري بين فسخ العقد وبين إمضائه ومطالبة متلفه بالقيمة^(١)). وعنه: في الصبرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها، وإن تلفت فهي من مال المشتري.

وما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وإن تلف فهو من مال المشتري. وذكر أبو الخطاب أنه كالمكيل والموزون في ذلك).

أما كون من اشترى مكيلاً أو موزوناً لا يجوز له بيعه حتى يقبضه على المذهب ف«لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه»^(٢) متفق عليه.

وقال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه»^(٣) حتى يستوفيه»^(٤).

وعن ابن عمر: «رأيت الذين يشترون الطعام مجازفةً يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤؤوه إلى رحلهم»^(٥) متفق عليه.

(١) في هـ: ينله.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٨) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٥) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٣) في هـ: يبيعه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٩) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٦) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٤) ٢: ٧٥٠ كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦١ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

وعنه قال ^(١): « كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرِّكْبَانِ جِزَافاً فَهَنَانَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ » ^(٢) رواه مسلم .

وكان الطعام مستعملاً يومئذ غالباً فيما كان مكيلاً أو موزوناً ^(٣) .

وأما كون الصيرة المتعينة يجوز بيعها قبل قبضها على رواية؛ فلأن التعيين

كالقبض .

ولأن ابن عمر قال: « ما أذركت الصَّفْقَةَ حَيًّا مَجْموعاً فهو من مال

المشتري » ^(٤) .

وأما كون ما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه على المذهب؛

فلأن تخصيص النهي بالمكيل والموزون يدل على نفي الحكم عما عداه .

وأما كونه كالمكيل والموزون على رواية فلما روي عن النبي ﷺ « أنه نهى

أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار » ^(٥) رواه أبو داود .

وقال ابن عباس: « أحسب كل شيء بمنزلة الطعام » ^(٦) .

ولأنه لم يتم ملكه عليه أشبه المكيل .

قال المصنف في الكافي: الأول المذهب، والذي يقتضيه الدليل أن يكون

الصحيح أن ما كان مطعوماً لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلاً أو موزوناً أو

(١) ساقط من هـ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب البيوع، باب ما ذكر في الأسواق .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦١ كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض . واللفظ له .

(٣) في هـ: موزناً .

(٤) ذكره البخاري معلقاً ٢: ٧٥١ في كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع ...

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٩٩) ٣: ٢٨٢ كتاب البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي .

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٨) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض ... بلفظ: « ... ولا

أحسب كل شيء إلا مثله » .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٥) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض . واللفظ له .

المتع في شرح المقنع

لم يكن . وحكى ذلك رواية عن أحمد وعللها بما تقدم من الأحاديث . ويؤيده قول ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يُمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام .

وأما ما يكون من ضمان بائعه إذا تلف قبل قبضه فعلى ضربين :

أحدهما : ما يتلف بأمر سماوي فينظر فيه فكل ما لا يجوز للمشتري بيعه يكون من ضمان بائعه « لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن »^(١) . والمراد به ربح ما يبيع [قبل القبض ؛ لأن ربح ما يبيع]^(٢) بعده من ضمان المشتري وفاقاً .

ولأن ذلك لو كان من ضمان المشتري لجاز بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض ، وما يجوز له بيعه لا يكون من ضمان بائعه لأن ما يجوز للمشتري بيعه تصرفه فيه تام فلم يكن من ضمان بائعه كالمقبوض .

ولأن جواز بيعه يعتمد وجود ما يقوم مقام القبض فيجب أن يقوم مقامه في عدم ضمان البائع له .

وثانيهما : ما يتلف بإتلاف آدمي فينظر فيه فإن كان المشتري المتلف استقر الثمن عليه لأن ذلك كالقبض ، وإن كان أجنبياً خيراً المشتري بين فسخ العقد والرجوع بالثمن وبين إمضائه والرجوع على المتلف بمثله إن كان مثلياً وإلا بقيمته ؛

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤/٣٥٠: ٣/٢٨٣) كتاب البيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣/٤٩٢: ٣/٤٩٢ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنك .

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣١) ٧/٢٩٤: ٧/٢٩٤ كتاب البيوع ، شرطان في بيع وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا...

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٨٨) ٢/٧٢٧: ٢/٧٢٧ كتاب الشحارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عنك ، وعن ربح ما لم يضمن .

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٢٨) ٢/١٧٥ .

(٢) سقط من هـ .

لأن الإلتلاف كالعيب وقد حصل في موضع يلزم البائع ضمانه فكان له الخيار كالعيب في المبيع^(١).

وإن كان المثلث البائع فحكمه حكم الأجنبي لأنه أتلفه من يلزمه ضمانه أشبه الأجنبي.

فإن قيل: لو تلف في يده ضمنه بحكم عقد البيع فوجب أن يضمه إذا أتلفه كذلك.

قيل: إذا تلف في يده لم يوجد مقتضى للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما إذا أتلفه.

قال: (ويحصل القبض فيما بيع بالكيل والوزن بكيلاه ووزنه، وفي الصبرة وما ينقل بالنقل، وفيما يتناول بالتناول، وفيما عدا ذلك بالتخية. وعنه: أن قبض جميع الأشياء بالتخية مع التمييز).

أما كون القبض فيما بيع بما ذكر يحصل بما تقدم ذكره أولاً على المذهب؛ فلأن قبض كل شيء بحسبه لأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف كالإحياء والإحراز.

وأما كون قبض جميع الأشياء بالتخية مع التمييز على رواية [فلأن]^(٢) ذلك قبض في العقار فليكن في جميع المبيع كذلك بالقياس عليه.

والأول هو الصحيح؛ لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكثاله»^(٣) أخرجه مسلم.

(١) في و: للعيب.

(٢) زيادة يقتضيه السياق.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٨) ٣: ١١٦٢ كتاب البيع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

الممتع في شرح المنع

وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: « إذا بعْتَ فكيلٌ، وإذا ابتعْتَ فإكْتَلٌ »^(١) رواه البخاري.

وروي « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان : صاعُ البائع وصاعُ المشتري »^(٢)

وروي ابن عمر: « كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا الطعام جزافاً أن يبيعه حتى يؤروه »^(٣).

وفي لفظ: « كنا نبتاع الطعام جزافاً فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه »^(٤).

وفي لفظ: « فنهانا أن نبيعه حتى ننقله »^(٥) رواه مسلم.

وجه الحجّة من هذه الأحاديث أنه جعل قبض المبيع كَيْلاً الكيل وقبض المبيع جزافاً النقل وذلك يدل على أن القبض يختلف.

إذا تقرر هذا فقبض المكيل الكيل لما تقدم والموزون الوزن لأنه في معناه والمراد بالمكيل ما يبيع بالكيل والموزون ما يبيع بالوزن لا ما كان مكيلاً في نفسه أو موزوناً لأن النبي ﷺ جعل قبض المبيع جزافاً النقل مع كونه مكيلاً وقد جاء في

(١) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ٢: ٧٤٨ كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعتي.

وأخرجه أحمد في مسنده (٥٦٠) ١: ٧٥.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سنه (٢٢٢٨) ٢: ٧٥٠ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض. قال

في الروايد: في إسناده محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى، أبو عبدالرحمن الأنصاري، وهو ضعيف.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٢٨.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب البيوع، باب ما ذكر في الأسواق.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٧) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان المبيع قبل القبض. واللفظ له.

(٥) سبق تخريجه ص: ١٢٩.

حديث مصرحاً به عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا سَمِيتَ الْكَيْلَ فَاكْبِرْ»^(١) رواه الأثرم. فيحمل المطلق على المقيد.

وقبض الصبرة وما ينقل كالثياب والحيوان النقل: أما الصبرة فلما تقدم من حديث ابن عمر.

وأما سائر ما ينقل فبالقياس عليه لأنه في معناه.

وقبض ما لا ينقل كالعقار بالتخلية لأنه لا يمكن فيه أكثر من ذلك.

قال: (والإقالة فسخ يجوز في المبيع قبل قبضه، ولا يستحق بها شفعة، ولا يجوز إلا بمثل الثمن. وعنه: أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين).

أما كون الإقالة فسخاً على المذهب؛ فلأن الإقالة هي الرفع والإزالة يقال: أقالك الله عثرتك أي أزالها وذلك عين الفسخ.

وأما كونها بيعاً على رواية؛ فلأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج منها فكان بيعاً كالأول.

ولأنه^(٢) نقل للملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعاً كالأول.

والأول هو الصحيح لما ذكر.

ولأن الإجماع على أن للمسلم أن يقبل المسلم في جميع المسلم فيه مع إجماعهم على نهيه ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه^(٣) دليل على أن الإقالة ليست بيعاً.

ولأنها تتقدر بالثمن الأول ولو كانت بيعاً لم تتقدر به لأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٣٠) ٢: ٧٥٠ كتاب التجارات، باب بيع المجازفة.

(٢) في هـ: ولأن.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٢٨.

المتع في شرح المقنع

وفائدة الخلاف ما ذكره المصنف رحمه الله من أنها تجوز في المبيع قبل قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا تجوز إلا بمثل الثمن الأول إن قيل هي فسخ .
أما كونها تجوز في المبيع قبل القبض ؛ فلأنها فسخ والفسخ لا يعتبر فيه القبض كالرد بالعيب والفسخ بالخيار والتدليس .
وأما كونها لا يستحق بها شفعة ؛ فلأن العقد الذي يستحق به الشفعة البيع ولا بيع .
وأما كونها لا تجوز إلا بمثل الأول قدرأً ونوعاً ؛ فلأن العقد إذا ارتفع رجع كل واحد منهما بما كان له .
وأما كونها^(١) لا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن إن قيل هي بيع لأن بيع المبيع لا يجوز قبل قبضه والشفعة تستحق لبقاء نقل الملك بل تتأكد لأن النقل تكرر .
ولا يثبت ذلك في الثمن في وجهه لأن ذلك بيع فلم يشترط فيه المثل كسائر البياعات ، ويثبت فيه في وجهه لأن الإقالة خصت بمثل الثمن كالتولية وكما اختصت المراجعة بالبيع .

(١) في هـ : وأنها .

باب الربا والصرف

الربا في اللغة: الزيادة. قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَرَتْ وَرَبَتْ﴾ [فصلت: ٣٩] أي زادت.

وقال تعالى: ﴿أَنْ تَكُونَ أُمَّةً هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾ [النحل: ٩٢] أي أكثر عدداً.

وفي الشرع: الزيادة في أشياء مخصوصة.

وهو محرم بالكتاب، والسنة، والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وما بعدها من الآيات.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمَوْبِقَاتِ. قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! مَا هُنَّ؟ قَالَ: الشُّرْكُ بِاللَّهِ، وَالسَّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ»^(١).

وروي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ لَعَنَ أَكْلَ الرِّبَا، وَمُوكَلَّهُ، وَشَاهِدَيْهِ، وَكَاتِبَهُ»^(٢) متفق عليهما.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦١٥): ٣: ١٠١٧ كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٩): ١: ٩٤ كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٣٢): ٥: ٢٠٤٥ كتاب الطلاق، باب مهر البغي والنكاح الفاسد. ولم يذكر: «وشاهديه وكتبه».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٨): ٣: ١٢١٩ كتاب المساقاة، باب لعن آكل الربا وموكله. واللفظ له.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة على تحريم الربا في الجملة .
والصرف : عبارة عن بيع الدراهم بالدنانير أو بالعكس . وله شروط ستذكر
إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله : (وهو نوعان : ربا الفضل ، وربا النسيئة : فأما ربا
الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون وإن كان يسيراً كتمرة
بتمرتين وحبّة بجبتين . وعنه : لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة
وكل مطعوم . وعنه : لا يحرم إلا في ذلك إذا كان مكياً أو موزوناً) ^(١) .

أما قول المصنف رحمه الله : وهو نوعان فعائد إلى الربا .
وأما كونه نوعين ؛ فلأن ^(٢) منه ما يحرم فيه التفاضل ومنه ما يحرم فيه النسيئة .
وأما كون ربا الفضل يحرم ؛ فلأنه ربا فيدخل فيما تقدم ذكره في أول الباب .
فإن قيل : فقد قال عليه السلام : « لا ربا إلا في النسيئة » ^(٣) رواه البخاري .

قيل : الحديث يحمل على الجنسین بدليل ما تقدم من الأحاديث . ثم هو
مرجوح بالنسبة إلى ما تقدم لأنه يحمل وما تقدم مفصل . ويؤيده ما روى عبادة بن
الصامت عن النبي ﷺ أنه قال : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والتمر بالتمر مثلاً
بمثل ، والبر بالبر مثلاً بمثل ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل فمن
زاد أو أزداد فقد أربأ » ^(٤) . [رواه مسلم] ^(٥) .

(١) في هـ: موزناً.

(٢) في هـ: فلأنه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٩) ٢: ٧٦٢ كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساءً.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٦) ٣: ١٢١٨ كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧) ٣: ١٢١١ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق تقدماً.

(٥) زيادة من ج.

وأما كون ربا الفضل يحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون على المذهب؛ فلأن علة المكيل كونه مكيل جنس وعلة الموزون كونه موزون جنس لأن أنساً روى عن النبي ﷺ أنه قال: «وما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً، وما كيل مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً».

ولأن قضية البيع المساواة^(١)، والمؤثر في تحقيقها الكيل أو الوزن مع الجنس؛ لأن الكيل أو الوزن يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة. ولأن الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في غيره بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة. وأما كون ذلك يحرم وإن كان يسيراً كتمرة بتمرتين وحبّة بجبتين كالكثير فلاشترأكهما في الزيادة الموجبة للتحريم.

وأما كون ذلك لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطعوم على رواية؛ فلأن العلة في الذهب والفضة الثمنية وفيما عداهما الطعم. أما كون العلة في الذهب والفضة الثمنية؛ فلأن الثمنية وصف شريف إذ به قوام الأموال.

ولأن العلة لو كانت فيهما الوزن لما جاز إسلامهما في الموزونات لأن أحد وصفي علة ربا الفضل تكفي في تحريم النسبة.

وأما كون العلة فيما عداهما الطعم فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل»^(٢) رواه مسلم.

ولأن الطعم وصف شريف إذ به قوام الأبدان.

(١) في هـ: للواسة.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٩٢) ٣: ١٢١٤ كتاب للساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل.

المتع في شرح المقنع

وأما كون ذلك لا يحرم إلا في المطعوم إذا كان مكيلاً أو موزوناً؛ فلأن العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً لأن الطعم وكل واحد من وصفي الكيل والوزن له أثر فيجب التعليل به .
والأولى هي الصحيحة في المذهب لما تقدم .

وروى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فإني أخاف عليكم الربا »^(١) رواه الإمام أحمد .

ولأن الطعم لو كان علة لجرى الربا في الماء لكونه مطعوماً قال الله تعالى : ﴿ ومن لم يطعمه فإنه مني ﴾ [البقرة: ٢٤٩] ، ونهيه عليه السلام عن الطعام إلا مثلاً بمثل محمول على المطعوم المكيل أو الموزون ، وكون الطعام وصفاً شريفاً ينافي بتحريم البيع معه لأنه شرف من حيث تعلق الحاجة به وذاك يقتضي الإطلاق في التوصل إليه وشراؤه بكل طريق ممكن ليحصل قوام البنية ويتمكن من العبادات .

فعلى هذا كلما كيل أو وزن^(٢) يحرم التفاضل بينه وبين جنسه وإن لم يكن مطعوماً كالأشنان والنورة والقطن وما أشبه ذلك .

وعلى الرواية الثانية يحرم التفاضل في الذهب والفضة وفي كل مطعوم وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً كالسفرجل وما أشبه ذلك .

وعلى الرواية الثالثة يحرم التفاضل في المطعوم المكيل والموزون كالزبيب ولا يحرم في المطعوم غير المكيل والموزون كالسفرجل وما أشبهه ، ولا في المكيل أو الموزون غير المطعوم كالحديد والأشنان وما أشبههما .

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٥٨٨٥) ٢ : ١٠٩ .

(٢) في هذا وزن .

قال: (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً، ولا ما أصله الوزن كيلاً، فإن اختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض كيلاً ووزناً وجزافاً).

أما كون ما أصله الكيل لا يباع بشيء من جنسه وزناً؛ فلأن العبرة بالكيل في المكيل فلم يميز بيعه بغيره لما تقدم من اشتراط الكيل.

ولأنه يروى عن النبي ﷺ: «الذهب بالذهب وزناً بوزن، والفضة بالفضة وزناً بوزن، والبر بالبر كيلاً بكيل». رواه الأثرم في حديث عبادة. ورواه أبو داود ولفظه: «البر بالبر مُدِّيٌّ مُدِّيٌّ، والشعير بالشعير مُدِّيٌّ مُدِّيٌّ، والملح بالملح مُدِّيٌّ مُدِّيٌّ، فمن زاد أو ازداد فقد أربأ»^(١).

وأما كون ما أصله الوزن لا يباع بشيء من جنسه كيلاً؛ فلأن العبرة بالوزن في الموزون فلم يميز بيعه بالمكيل للمعنى المذكور في بيع ما أصله الكيل.

وأما كون البيع يجوز كيلاً ووزناً وجزافاً إذا اختلف الجنس؛ فلأن النبي ﷺ قال: «فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»^(٢).

ولأنه يجوز التفاضل في ذلك وغاية ما يقدر في البيع المذكور حصول التفاضل وذلك جائز في الجنسيتين.

وقال المصنف في المغني: ذهب كثير من أصحابنا إلى تحريم ذلك.

قال ابن أبي موسى: لا خير فيما يكال بما يكال جزافاً، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافاً اتفقت الأجناس أم اختلفت. ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافاً. وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر واحتج له بما روى أبو بكر «أن النبي ﷺ

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٩) ٣:٢٤٨ كتاب البيوع، باب في الصرف.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٧) ٣:١٢١١ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالوق نقداً.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٠) ٣:٢٤٨ كتاب البيوع، باب في الصرف. ولفظهما: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم...». من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

الممتع في شرح المقنع

نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة»، وهذا طعام . والحديث الذي رواه مسلم فيما تقدم^(١) .

ولأنه يبيع طعام بطعام أشبه الجنس الواحد .
والأول أصح لما تقدم من قوله : « فإذا اختلفت هذه الأصناف^(٢) فبيعوا كيف شئتم يبدأ بيد^(٣) » .

ولأنه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافاً من الطرفين كالمكيل بالموزون .
ولأن حقيقة التفاضل لا تمنع فإنه يجوز أن يبيع مد حنطة بأمداد شعير وشبههما فالجهل به أولى أن لا يكون مانعاً .

والحديث المذكور المراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض ألفاظه : « نهى أن تباع الصيرة لا يعلم مكيلها من التمر^(٤) » .

والظاهر أن الحديثين واحد، وإنما اختلفت ألفاظه . ثم هو مخصوص بالمكيل بالموزون فيقاس عليه محل النزاع .

قال : (والجنس ما له اسم خاص يشمل أنواعاً كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، وفروع الأجناس أجناس كالأدقة والأخباز والأدهان) .

أما قول المصنف رحمه الله : والجنس ما له اسم خاص يشمل أنواعاً؛ فيبان لمعنى الجنس لأنه لما تقدمت التفرقة بين الجنس والجنسين دعت الحاجة إلى تبيين الجنس .

(١) وهو قوله : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل » . وقد سبق تخريجه ص : ١٣٧ .

(٢) في هذا الأجلس .

(٣) سبق تخريجه ص : ١٣٩ .

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٠) ٣ : ١١٦٢ كتاب البيوع، باب تحريم بيع صرة التمر المجهولة القدر بتمر .

وأخرجه الترمذي في سننه (٤٥٤٧) ٧ : ٢٦٩ كتاب البيوع، بيع الصيرة من التمر لا يعلم مكيلها بالمكيل للمسمى من التمر .

والفرق بينه وبين النوع أن الجنس هو الشامل لأشياء كثيرة مختلفة بأنواعها، والنوع هو الشامل لأشياء كثيرة مختلفة بأشخاصها؛ فأنواع الذهب: المصري، والأتابكي، والصوري. وأنواع الفضة: الكاملي، والناصرى، والظاهرى. وأنواع البر: الحوراني، والسوادي، والغوطي، وما أشبه ذلك. وأنواع الشعير: المسلس، والرومي، ونحو ذلك. وأنواع الملح: التدمري، والجثولي، وما أشبه ذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح فتصريح بأشياء لكل واحد منها اسم خاص يشمل أنواعاً.

وأما كون فروع الأجناس أجناساً كدقيق القمح ودقيق الشعير وخبز القمح وخبز الشعير ودهن اللوز ودهن الجوز؛ فلأن الفروع تبع للأصل فلما كانت أصول هذه أجناساً وجب أن تكون هذه أجناساً إلحاقاً للفروع بأصولها.

قال: (واللحم أجناس باختلاف أصوله. وعنه: جنس واحد، وكذلك اللبن. وعنه: في اللحم أنه أربعة أجناس: لحم الأنعام، ولحم الوحش، ولحم الطير، ولحم دواب الماء. واللحم والشحم والكبد أجناس).

أما كون اللحم أجناساً باختلاف أصوله على المذهب؛ فلأنه إذا اختلف أصله فروعاً أصول هي أجناس فكانت أجناساً كالأدقة والأخباز.

وأما كونه جنساً واحداً على رواية؛ فلأنه اسم تحته أنواع فكان جنساً واحداً كالطلع.

وأما كونه أربعة أجناس كما ذكر المصنف على رواية؛ فلأن الحيوانات المذكورة تختلف في المنفعة والقصد والأكل فكانت أجناساً. وصحح القاضي هذه الرواية قاله المصنف في المغني. ونصر ابن عقيل الأول.

وقال المصنف رحمه الله في المعني: وهو الأشبه بالأصول فإن كثيراً من
المشركات في^(١) الأسماء مختلفة الأجناس لاختلاف أصولها كما تقدم.

فعلى هذا لحم الإبل جنس بخاتها وعرابها. والبقر جنس عرابها وجواميسها.
والغنم جنس ضأنها، ومعزها. والوحش أجناس بقرها جنس وغنمها جنس
وظباؤها جنس. وكل ما له اسم يخصه تحته أنواع جنس والطير أجناس.
وأما كون اللبن فيه روايتان:

إحدهما: أنه يختلف كأصوله.

والثانية: أنه جنس واحد فلما ذكر في اللحم.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا تجري الرواية الثالثة في اللحم في اللبن
لأنه عطفه على الروايتين في اللحم ثم خصص اللحم رواية ثالثة.

وقال في الكافي بعد ذكره الروايات الثلاث في اللحم: وفي الألبان من القول
مثل ما في اللحم لأنها من الحيوانات يتفق اسمها أشبهت اللحم.

وظاهر هذا أن في اللبن الروايات الثلاث وهو أظهر لاتحادهما في المعنى.

وأما كون اللحم والشحم والكبد أجناساً؛ فلأنها مختلفة في الاسم والخلق
فكانت أجناساً كالإبل والبقر والغنم.

قال: (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه، وفي بيعه بغير جنسه وجهان).

أما كون بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم إبل بإبل وغنم بغنم وما أشبههما
لا يجوز فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان»^(٢).

وروي عنه أنه عليه السلام: «نهى أن يباع حي بميت».

(١) سقط من هـ.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٦٤) ٢: ٥٠٧ كتاب البيوع، باب بيع الحيوان باللحم. قال ابن عبد البر: لا أعلمه يتصل

من وجه ثابت.

ولأنه نوع فيه الربا يبيع بأصله الذي فيه منه فلم يجوز كبيع السمسم بالشيرج .
وأما كون بيع لحم بحيوان من غير جنسه كلحم إبل بغنم ولحم غنم ببقر لا
يجوز في وجهٍ فلعوم ما تقدم .

وروي عن ابن عباس « أن جزوراً نحرث على عهد أبي بكر رضي الله عنه ^(١)
فجاء رجل بعناق فقال : أعطوني جزءاً بهذا العناق . فقال : لا يصلح هذا . »

وهل يشترط في غير الجنس كونه مأكولاً ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يشترط . ذكره أبو الخطاب في رؤوس المسائل .

والثاني : لا يشترط . فلا يجوز بيع لحم غنم وشبهه بحمار ونحو ذلك لدخوله
في عموم ما تقدم .

وصحح صاحب النهاية فيها الأول وعلله بأن المنع إنما كان لأجل الربا فإذا لم
يكن مأكولاً لم توجد العلة فوجب أن يزول الحكم لزوال علته . وجعله المصنف في
المغني ظاهر قول أصحابنا .

وأما كون بيع لحم بحيوان من غير جنسه يجوز في وجهٍ ؛ فلأن النهي عن بيع
اللحم بالحيوان إنما كان لاشتغال الحيوان على جنس اللحم ؛ لأن ذلك يؤدي إلى
الربا فإذا لم يكن من جنسه وجب الجواز لزوال العلة المقتضية للتحريم .

وقيل : هذان الوجهان مبنيان على كون جميع اللحم جنساً أو أجناساً . فإن

قيل : جميعها جنس واحد لم يجوز بيع اللحم بالحيوان مطلقاً ، وإن قيل : أجناس جاز
لأن التفاضل مع اختلاف الجنس لا يضر .

قال : (ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا سويقه في أصح ^(٢) الروايتين) .

(١) في هذا عهد رسول الله ﷺ .

(٢) سقط من هـ .

أما كون بيع حب بدقيقه أو سويقه لا يجوز في رواية؛ فلأن كل واحد مكيل ويشترط في بيع المكيل بجنسه التساوي وهو متعذر هنا لأن أجزاء الحب تنتشر بالطحن.

وأما كونه يجوز في رواية؛ فلأن الدقيق نفس الحب وإنما تكسرت أجزاءه فجاز بيع البعض ببعض كالحب المكسر بالصّحاح.

فعلى هذا تعتبر المساواة بالوزن لأن الكيل لا يحصل به التساوي لما ذكر. وأما كون الأصح أنه لا يجوز فلما تقدم.

ولأن التساوي بالكيل متعذر بخلاف المكسر بالصّحاح فإن الكيل غير متعذر.

واعتبار الوزن فيما هو مكيل لا يصح لما تقدم في بيع المكيل وزناً وبعبكسه. قال: (ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه، ولا أصله بعصيره، ولا خالصه بمشوبه، ولا رطبه بياسه).

أما كون بيع نيء الشيء بمطبوخه كالحنطة بالهريسة أو بالحريرة أو بالنشاء أو ما أشبه ذلك لا يجوز؛ فلأن النار تعقد أجزاء المطبوخ وتنفخها فلا يحصل التساوي.

وأما كون بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وما أشبه ذلك لا يجوز؛ فلأنه مال ربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كييع اللحم بالحيوان.

وأما كون بيع خالصه بمشوبه لا يجوز كلبن لا ماء فيه بلبن مخلوط بماء لا يجوز فلا تنفاه التساوي المشترط.

وأما كون بيع رطبه يبابسه كبيع الرطب بالتمر ف « لأن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر. فقال: أينقص الرطب^(١) إذا يس؟ فقالوا: نعم. فقال: لا إذا^(٢). علل بالنقصان إذا يس وهو موجود في كل رطب يبيع يبابسه.

قال: (ويجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة، ومطبوخه بمطبوخه، وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف، وعصيره بعصيره، ورطبه برطبه).

أما كون بيع جميع ذلك بما ذكر يجوز؛ فلأنه متساو في الحال على وجه لا يفرد أحدهما بالنقصان في ثاني الحال فوجب أن يجوز كبيع التمر بالتمر.

وأما قول المصنف رحمه الله: في اللقيق إذا استويا في النعومة فتنبيه على اشتراط التساوي في النعومة؛ لأن الكيل يسع من الخشن أكثر من الناعم لتفرق أجزاء الناعم فلا يحصل التساوي المشترط.

وأما قوله في المطبوخ والخبز إذا استويا في النشاف فتنبيه على اشتراط التساوي في النشاف لأن أحدهما إذا كان أكثر رطوبة من الآخر^(٣) لا يحصل التساوي المشترط.

قال: (ولا يجوز بيع المحاقلة. وهو: بيع الحب في سنبله بجنسه، وفي بيعه بغير جنسه وجهان، ولا المزابنة. وهو: بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر، إلا في العرايا. وهي: بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه ويعطيه من التمر مثل

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٩) ٣: ٢٥١ كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٥) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٤٦) ٧: ٢٦٩ كتاب البيوع، اشتراء التمر بالرطب.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٦٤) ٢: ٧٦١ كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر.

وأخرجه مالك في اللوطاً (٢٢) ٢: ٤٨٥ كتاب البيوع، باب ما يكره من بيع التمر.

(٣) في هـ: الإجزاء.

ما يؤول إليه ما في النخل عند الجفاف . وعنه : يعطيه مثل رطبه ، ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين) .

أما كون بيع المحاقلة لا يجوز فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع المحاقلة »^(١) .
والنهي يقتضي التحريم والفساد .

ولأن الحب إذا بيع بجنسه لا يعلم مقداره بالكيل ، والجهل بالتساوي كالعلم بالفاضل .

وأما قول المصنف رحمه الله : وهو يبيع الحب في سنبله بجنسه فتفسير لبيع المحاقلة .

قال أبو عبيد : المحاقلة يبيع الزرع في سنبله بالبر .

وأما كون يبيع الحب في سنبله بغير جنسه لا يجوز في وجه ؛ فلأن يبيع زرع الحنطة بحنطة إنما سمي محاقلة لأنه في الحقل وهذا المعنى موجود في غيره مما ذكرنا فيجب أن يدخل فيه .

قال الأزهرى : والحقل القراح المزروع .

وأما كونه يجوز في وجه ؛ فلأن تفسير أبي عبيد الحديث يدل على ذلك لأنه قال : المحاقلة يبيع الزرع في سنبله بالبر .

ولأن النهي لخوف التفاضل المحرم وهو منتف في الجنسين .

وأما كون يبيع المزبنة إذا لم يكن عرايا [لا يجوز]^(٢) ؛ فـ « لأن النبي ﷺ نهى

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٩٣) : ٢ : ٧٦٨ كتاب البيوع ، باب يبيع المحاضرة .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) : ٣ : ١١٧٤ كتاب البيوع ، باب النهي عن المحاقلة والمزبنة . . .

(٢) زيادة يقتضيها السياق .

عن المزبنة»^(١)، والنهي يقتضي التحريم والفساد. ترك العمل به في العرايا لما يأتي فيبقى فيما عداه على مقتضاه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو بيع الرطب في رؤوس النخل بالتمر فتفسير لبيع المزبنة المحرم. وفي الحديث أن ابن عمر قال: «نهى النبي ﷺ عن المزبنة. والمزبنة بيعُ ثمرِ النخلِ بالتمرِ كيلاً»^(٢) رواه مسلم.

وأما كون بيع العرايا يجوز فلما روى أبو هريرة «أن رسول الله ﷺ رخص في العرية في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق»^(٣) متفق عليه.

وأما ما يشترط لجواز بيع العرايا فأمرور:

أحدها: أن يكون الرطب على رؤوس النخل فلو كان على وجه الأرض لم يجز لأن الرخصة وردت في بيعه على رؤوس النخل ليؤخذ شيئاً فشيئاً.

وثانيها: أن يكون البيع بخرصها من التمر لا أقل ولا أكثر «لأن النبي ﷺ رخص لهم أن يتاعوا العرية بخرصها من التمر»^(٤) متفق عليه.

وفي معنى الخرص روايتان:

إحدهما: ينظر كم يجيء منها تمر فيبيعها بمثله لأنه يخرص في الزكاة كذلك.

(١) سيأتي تخريجه في الحديث الآتي.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٣): ٢: ٧٦٣ كتاب البيوع، باب بيع المزبنة...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٢): ٣: ١١٧١ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٨): ٢: ٧٦٤ كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤١): ٣: ١١٧١ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٣): ٢: ٨٣٩ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له تمر أو شرب في حائط أو في نخل.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٠): ٣: ١١٧٠ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

والثانية: يبيعهما بمثل ما فيها من الرطب لأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال بالكيل فإذا خولف الدليل في أحدهما وأمكن أن لا يخالف في الآخر وجب .
 وثالثها: كون التمر معلوماً بالكيل لأن في بعض الألفاظ: « رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً »^(١) متفق عليه .
 ولأن الأصل الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الآخر بقضية الأصل .
 ولأن مع ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر فإذا وجد أحدهما كان الغرر أقل .

ورابعها: كون المبيع دون خمسة أوسق لما يأتي .

وعن الإمام أحمد يجوز في الخمسة لأن الرخصة ثبتت في العرية ثم نهى عما زاد على الخمسة، وشك الراوي في الخمسة في قوله: « رخص رسول الله ﷺ في العرية في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق »^(٢) فردت إلى أصل الرخصة .
 والأول المذهب لأن الأصل تحريم الرطب بالتمر خولف فيما دون الخمسة بالخمر والخمسة مشكوك فيها فترد إلى الأصل .

وخامسها: أن يكون بالمشتري حاجة إلى أكل الرطب « لأن زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد: ما عراياكم هذه؟ سمي رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتعاون به رطباً يأكلونه

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٠): ٢: ٧٦٤ كتاب البيوع، باب تفسير العرايا.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٤): ٣: ١١٦٩ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٤٧.

وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتبايعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً^(١) متفق عليه .

ومتى خولف الأصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط .

ولأن ما أبيع للحاجة لم ييح مع علمها كالزكاة للمساكين والرخص في السفر .

وسادسها : أن لا يكون معه ثمن غير التمر لقوله في الحديث : «ولا نقد بأيديهم» .

وسابعها : أن يقبض البائع الثمن والمشتري الرطب قبل تفرقهما لأنه يبيع تمر بتمر فاعتبرت فيه أحكامه . وقبض التمر بالكيل ، والرطب بالتخلية؛ لأن الكيل ممكن في التمر دون الرطب .

وأما كون مثل ما ذكر لا يجوز في سائر الثمار لا يجوز في وجهه ف «لأن النبي ﷺ نهى عن المزابنة، الثمر بالتمر، إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم . وعن يبيع العنب بالزبيب و[عن] كل ثمر بخرصه»^(٢) رواه الترمذي . وقال : هذا حديث حسن .

وأما كونه يجوز في وجهه وهو للقاضي ؛ فلأن حاجة الناس إلى رطب هذه الثمار كحاجتهم إلى الرطب فجاز قياساً على النخل .
والأول أصح ؛ لما ذكر .

وعن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ « أنه أُرخص في بيع العرايا بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك »^(٣) .

(١) أخرجه الشافعي في اختلاف الحديث (ر. فتح الباري ٤ : ٤٥٩ طبعة الريان). وقول المصنف: متفق عليه وهم.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٠٣) ٣ : ٥٩٦ كتاب البيوع، باب منه. وما بين المعكوفين زيادة من الجامع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٢) ٢ : ٧٦٣ كتاب البيوع، باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر...

المتع في شرح المقنع

ولأن الرخصة وردت في تمر النخيل وغيره لا يساويه في كثرة الاقييات به وسهولة حرصه فيختص الحكم به .

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

أما كون ما ذكر لا يجوز على المذهب ويسمى مسألة مُدَّ عجوة؛ فلأنه مفض إلى^(١) الربا ويسيئ إن شاء الله تعالى .

وأما كونه يجوز بشرط كون المفرد أكثر من الذي معه غيره كمدين بمد ودرهم ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد ودرهم على رواية؛ فلأن الزائد في مقابلة غير الجنس .

قال المصنف في الكافي : الأول المذهب لما روى فضالة بن عبيد قال : «أتني رسول الله ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرزُ ابتاعها [رجل] بتسعةِ دنانير . فقال النبي ﷺ : لا ، حتى تميز بينهما»^(٢) رواه أبو داود .

ولأن الصفقة إذا جمعت^(٣) شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما . بلليل ما لو اشترى شقصاً وسيفاً فإن الشفيع يأخذ الشقص بقسطه من

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٩) ٣ : ١١٦٨ . كتاب البيوع ، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العراق .

(١) ساقط من هـ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥١) ٣ : ٢٤٩ . كتاب البيوع ، باب في حلية السيف تباع بالدرهم . وما بين المعكوفين

من السنن . وأصله عند مسلم مختصراً (١٥٩١) ٣ : ١٢١٣ . كتاب المساقاة ، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب .

(٣) في هـ : أجمت .

الثلث . فإذا قسم الثمن على القيمة أدى إلى الربا لأنه إذا باع درهماً ومدناً قيمته درهماً بمدنين قيمتهما ثلاثة حصل في مقابلة الجيد مد وثلث .

قال : (وإن باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين جاز . أو ما إليه أحمد وذكره أبو بكر ، وعند القاضي هي كالتالي قبلها) .

أما كون البيع في هذه المسألة يجوز على ما أوما إليه الإمام أحمد ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « النهب بالنهب مثلاً بمثل »^(١) ، والمماثلة المعتبرة المساواة في الوزن . والجودة ساقطة لقول النبي ﷺ : « جيدها ورديتها سواء » . واختلاف القيمة ينبي على الجودة والرداءة .

ولأنه باع ذهباً بنذهب متساوياً في الوزن فصح كما لو اتفق النوع .
وأما كونها كالتالي قبلها فهي كمسألة مد عجوة عند القاضي ؛ فلأن الثمن ينقسم على عرضه على حسب اختلافه في قيمته فكان الحكم هنا كما سبق .
والأول أصح لما سبق . والثمن إنما ينقسم على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ووديء .
قال : (ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه . وفي بيع النوى بتمر فيه النوى ، واللبن بشاة ذات لبن ، والصوف بنعجة عليها صوف روايتان) .
أما كون بيع تمر منزوع النوى أي لا نوى ، فيه بتمر فيه نوى لا يجوز ؛ فلأنه يقع النوى فضلة فلا يحصل التساوي .

وأما بيع النوى بتمر فيه نوى يجوز في رواية ؛ فلأن النوى في التمر غير مقصود ولهذا جاز بيع التمر بالتمر .

(١) سبق تخريجه ص : ١٣٦ .

وأما كونه لا يجوز في رواية؛ فلأن النوى مكيل فإذا باع كيلين نوى بكيل تمر فيه نوى لم يجوز لأن التفاضل موجود .
ولأنه إذا باع نوى وتمرأ بنوى فقد باع جنساً فيه الربا ومعه غيره وقد تقلم فساده .

وأما كون بيع اللبن بشاة ذات لبن، وبيع الصوف بنعجة لها صوف فيه الروياتان فلما ذكر في بيع النوى بتمر فيه نوى .

قال: (والمرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي ﷺ . وما لا عرف له به ففيه وجهان أحدهما : يعتبر عرفه في موضعه . والآخر : يرد إلى أقرب الأشياء شبيهاً به بالحجاز) .

أما كون المرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي ﷺ إن كان له عرف فلقوله عليه السلام: «الكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة»^(١) ، والنبي ﷺ إنما يحمل قوله على تبين الأحكام .

ولأن ما كان مكيالاً في زمن النبي ﷺ انصرف التحريم بتفاضل الكيل إليه فلا يجوز أن يتغير، وهكذا الوزن .

وأما كون ما لا عرف له بالحجاز يعتبر عرفه في بلده في وجهه؛ فلأن المرجع في القبض والحرز والتفرق إلى العرف فكذا هنا .

وأما كونه يرد إلى أقرب الأشياء شبيهاً به بالحجاز في وجهه؛ فلأن الحوادث تُردُّ إلى الأشبه بالمنصوص عليه فكذا هاهنا .

قال المصنف في المغني : هو القياس .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٠) ٣: ٢٤٦ كتاب البيوع، باب في قول النبي ﷺ: «الكيال مكيال المدينة» . وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٢٠) ٥: ٥٤ كتاب الزكاة، كم الصاع .

فصل [في ربا النسيئة]

قال المصنف رحمه الله : (وأما ربا النسيئة : فكل شيئين ليس أحدهما ثمناً ،
علة ربا الفضل فيهما واحدة ؛ كالكيل بالكيل والموزون بالموزون لا يجوز النسأ
فيهما . وإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد) .

أما كون ربا النسيئة لا يجوز ؛ فلأنه ربا فيدخل في الأدلة المذكورة أول
الباب ، وفي حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « لا تبيعوا الذهب
بالذهب ولا الورق بالورق^(١) إلا مثلاً بمثل ولا تبيعوا منها غائباً بناجز^(٢) .

وأما كون كل شيئين ليس أحدهما ثمناً ، علة ربا الفضل فيهما واحدة لا يجوز
النسأ فيهما ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم
يبدأ بيد^(٣) .

وعن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالورق ربا
إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء^(٤)»
متفق عليه .

(١) في ج: لا تبيعوا الذهب بالورق ولا الورق بالذهب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٨) ٢:٧٦١ كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٤) ٣:١٢٠٨ كتاب المساقاة، باب الربا.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٣٩.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٧) ٢: ٧٥٠ كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٦) ٣: ١٢٠٩ كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً.

وإنما اشترط كون أحدهما ليس ثمناً في كون النساء لا يجوز لأن أحد العوضين إذا كان من الأثمان والآخر من غيرها جاز النساء بغير خلاف لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس ماله الدراهم والدنانير فلو لم يجز النساء لأنسد باب السلم في الموزون. وإنما اشترط علة ربا الفضل واحدة؛ لأنها إذا اختلفت كالمكيل بالموزون أو اتفقت كالثياب بالثياب يكون في جواز النساء خلاف يأتي ذكره بعد إن شاء الله تعالى.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون فإشارة إلى ما فيه علة ربا الفضل على الصحيح من المذهب.

ومن جعل العلة الثمنية والطعم ينبغي أن يمثل بالمطعم ولا حاجة له إلى قوله: ولم يكن أحدهما ثمناً؛ لأن الثمنية لا تتعدى إلى غير الذهب والفضة، ومن جعلها الوزن والطعم أو الكيل والطعم ينبغي أن يمثل بالتمر وما أشبهه.

وأما كون العقد يطل إذا تفرقا قبل التقابض؛ فلأن ما اشترط قبضه في المجلس يطل العقد بالتفرق قبله كالصرف.

قال: (وإن باع مكيلاً بموزون جاز التفرق قبل القبض، وفي النساء روايتان).

أما كون التفرق قبل القبض فيما ذكر يجوز؛ فلأنه لو لم يجز لكان القبض شرطاً في جميع ما يحرم في النساء وليس كذلك لأنه لو كان كذلك لما بقي ربا نسيئة لأن العقد يفسد بعدم التقابض، والإجماع منعقد على أن من أنواع الربا ربا النسيئة.

وأما كون النساء فيه لا يجوز في رواية؛ فلأنهما مالان من أموال الربا ليس أحدهما ثمناً فلم يجز النساء فيهما كالمكيل بالمكيل.

وأما كونه يجوز فيه في رواية؛ فلأنه لم يوجد فيه أحد وصفي علة الربا. فحفظ النساء فيه؛ كالثياب بالحيوان.

قال : (وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النسأ فيهما .
وعنه : لا يجوز . وعنه : لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان بالحيوان ، ويجوز في
الجنسين كالثياب بالحيوان) .

أما كون ما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان وما أشبه ذلك مما ليس فيه
ربا الفضل المتقدم ذكرها يجوز النسأ فيه على المذهب ؛ فلما روى عبد الله بن عمرو
قال : « أمرني النبي ﷺ أن أستسلف إبلاً فكنيت آخذ البعير بالبعيرين إلى بجيء
المصدق »^(١) . [رواه أبو داود]^(٢) . وإذا جاز في الجنس الواحد ففي الجنسين أولى .

وأما كونه لا يجوز فيهما على رواية ؛ فلأنه بيع عرض بعرض فلم يجز النسأ
فيهما كالعرض الذي يجري فيه ربا الفضل .

وأما كونه لا يجوز في الجنس ويجوز في الجنسين على رواية ؛ فلأن سمرة روى
« أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة »^(٣) قال الترمذي : هذا حديث
صحيح .

وذلك يدل على عدم جواز النسأ في الجنس الواحد بمنطوقه وعلى جوازه في
الجنسين بمفهومه .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٧) : ٣ : ٢٥٠ كتاب البيوع ، باب في الرخصة في ذلك . ولفظه : « عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنزلت الإبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » .

(٢) زيادة من ج .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٦) : ٣ : ٢٥٠ كتاب البيوع ، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٧) : ٣ : ٤٩٢ كتاب البيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٢٠) : ٧ : ٢٩٢ كتاب البيوع ، بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .
وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٧٠) : ٢ : ٧٦٣ كتاب التجارات ، باب الحيوان بالحيوان نسيئة .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٢٣٧) : ٥ : ٤١ .

وحكى المصنف رحمه الله في الكافي رواية رابعة هي: أن ذلك جائز مع التساوي، غير جائز مع التفاضل في الجنس الواحد؛ لما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نسيماً ولا بأس به يداً يد»^(١) قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وعن ابن عمر «أن رجلاً قال: يا رسول الله! أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال: لا بأس إذا كان يداً يد»^(٢) رواه الإمام أحمد في المسند.

قال: (ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين).

أما كون بيع الكالئ بالكالئ لا يجوز فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»^(٣).

ولأن في ذلك غرراً لأنه ربما وقع ممن الدين في ذمته جحود، أو منع، أو ظهر مفلساً فلا يقدر على تسليمه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو بيع الدين بالدين فتفسير لبيع الكالئ بالكالئ.

قال أبو عبيد بعد ذكر بيع الكالئ بالكالئ: هو النسيئة بالنسيئة.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٨) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٧١) ٢: ٧٦٣ كتاب التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥٨٨٥) ٢: ١٠٩.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٦٩) ٣: ٧١ كتاب البيوع.

فصل [في الصرف]

قال المصنف رحمه الله: (ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض أو افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس ماله بطل العقد، وإن قبض البعض ثم افترقا بطل في الجميع في أحد الوجهين، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض).

أما كون العقد يبطل إذا افترق المتصارفان قبل التقابض؛ فلأن القبض في المجلس شرط في صحته بغير خلاف. والأصل فيه قوله عليه السلام: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء»^(١) وقوله: «يعوا الذهب بالورق»^(٢) و«نهى أن يباع غائب منها بناجز»^(٣).

ولأن الصرف إنما سمي صرفاً لأنصرف كل واحد منهما عن صاحبه فإذا لم يحصل التقابض فقد ذهب معنى الصرف.

وأما كونه يبطل إذا افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس ماله؛ فلأن قبض رأس ماله في المجلس لما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى^(٤).

وأما كونه يبطل فيما لم يقبض إذا افترقا قبل قبض البعض فلفوات القبض المشترط.

(١) سبق تخريجه ص: ١٥٣.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٠) ٣: ٥٤١ كتاب البيوع، باب: ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلاً... بلفظ: «... يعوا الذهب بالفضة...».

(٣) سبق تخريجه ص: ١٥٣.

(٤) ر ص: ١٩٦.

وأما كونه يبطل الباقي ففيه وجهان مبنيان على تفریق الصفقة .

قال : (وإن تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديتاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين ، والأخرى إن قبض عوضه في مجلس الرد لم يبطل ، وإن رد بعضه قلنا يبطل في المرود فهل يبطل في غيره ؟ على وجهين) .

أما كون العقد يبطل إذا تصارفا في الذمة وتقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديتاً فرده في إحدى الروايتين ؛ فلأن قبض مال الصرف شرط لما تقدم وقد تبين أنه غير مقبوض .

وأما^(١) كونه لا يبطل إذا قبض البديل في مجلس الرد في الرواية الأخرى ؛ فلأن قبض البديل في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في مجلس البيع فوجب كونه مثله .

وقول المصنف رحمه الله : فوجد ما قبضه رديتاً يشمل ما إذا كان من جنس المعقود عليه كالسواد في الفضة والوضوح في الذهب ، وما إذا كان العيب من غير جنسه مثل أن يظهر نحاساً أو رصاصاً . واشترط في المعني كون العيب من الجنس فيجب حمل لفظه هنا على ذلك إذا قلنا : قبض البديل يقوم مقام قبضه في مجلس الرد ، وإذا قلنا : لا يقوم لا حاجة إلى التفصيل ؛ لأن البطلان مشترك بين العينين .

وأما كونه يبطل في غير المرود إذا رد البعض لكونه رديتاً ، وقيل^(٢) يبطل في المرود ففيه وجهان مبنيان على تفریق الصفقة .

قال : (والدراهم والدنانير تعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز إبدالها . وإن وجدها معيبة خيراً بين الإمساك والفسخ ، ويتخرج أن يمسك ويطلب بالأرش . وإن خرجت مغبوبة بطل العقد ، والأخرى لا تعين فلا يثبت فيها ذلك) .

(١) في هـ: أما .

(٢) في هـ: قيل .

أما كون الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد مثل أن يقول: بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم في أظهر الروايتين؛ فلأن ذلك عوض مشار إليه في العقد فوجب أن يتعين كسائر الأعراض.

ولأنه أحد العوضين فتعين بالتعيين كالآخر.

فعلى هذا لا يجوز إبدالها لأن العقد واقع على عينها فإذا أخذ غير ذلك أخذ ما لم يشتره.

وإن وجدها معية خبير بين الإمساك والفسخ كما إذا وجد المبيع معيماً، ولا أرش له مع الإمساك إن كان العقد وقع على مثله كالدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير لأن أخذ الأرش مفض إلى التفاضل المحرم. وخرج القاضي وجهاً في جواز أخذه في المجلس وعلمه بأن الزيادة طرأت بعد العقد.

قال المصنف في المغني: ليس لهذا الوجه وجه.

وإن وقع العقد على غير مثله كالدراهم والدنانير فله أخذ الأرش في المجلس^(١). ذكره المصنف في المغني ولم يحك فيه خلافاً وعلمه بأن أكثر ما فيه حصول زيادة من أحد الطرفين ولا يُمنع ذلك في الجنسين. ثم قال: ولذلك أجزنا أخذ الأرش في المبيع. ثم قال: وإن كان بعد التفرق لم يجوز لأنه يفضي إلى حصول التفرق قبل قبض أحد العوضين.

فعلى هذا يجب حمل كلام المصنف هنا على ما إذا كان العقد مشتملاً على الدراهم والدنانير من الطرفين ليطبق ما ذكره في المغني.

وإن خرجت مضمومة بطل العقد كما لو خرج المبيع مضموباً.

(١) في هـ: الجنس.

وأما كونها لا تتعين في رواية؛ فلأنه يجوز إطلاق ذلك في العقد فلا تتعين كالمكاييل والصنح.

فعلى هذا يجوز إبدالها لأن المقصود يحصل بذلك، وإن وجدها معيبة لم يغير بين الإمساك والفسخ بل له المطالبة بما لا عيب فيه لأن حقه لم يتعين فيها أشبه ما لو كان الصرف في الذمة، وإن خرجت مغضوبة لم يبطل العقد وله المطالبة بالبدل لما ذكر قبل.

قال: (ويحرم الربا بين المسلم والحربي وبين المسلمين في دار الحرب كما يحرم بين المسلمين في دار الإسلام).

أما كون الربا^(١) يحرم بين المسلم والحربي؛ فلأن الربا إنما حرم لعلة التفاضل المنهي عنه شرعاً وذلك موجود بين المسلم والحربي كما هو بين المسلم والمسلم.

وأما كونه يحرم بين المسلمين في دار الحرب فلعوم قوله سبحانه: ﴿وحرّم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله عليه السلام: «من زاد أو ازداد فقد أربا»^(١).

باب بيع الأصول والثمار

قال المصنف رحمه الله: (ومن باع داراً تناول البيع أرضها وبنائها وما يتصل بها لمصلحتها كالسلايم والرفوف المسمرة والأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرحا المنصوبة، ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والأحجار المدفونة، ولا المنفصل منها كالخيل والدلو والبكرة والقفل والفرش، إلا ما كان من مصالحها كالفتاح وحجر الرحا الفوقاني فعلى وجهين).

أما كون بيع الدار يتناول أرضها وبنائها؛ فلأنهما داخلان في مسمى الدار. وأما كونه يتناول ما يتصل بالدار لمصلحتها؛ فلأنه متصل بها لمصلحتها أشبه حيطانها.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالسلايم... إلى قوله: والرحا المنصوبة فتعداد لأشياء متصلة بالدار لمصلحتها.

وأما كون ما هو مودع فيها من الكنز والأحجار المدفونة لا يدخل في بيع الدار؛ فلأن ذلك مودع فيها للنقل عنها أشبه الفرش والستور.

وأما كون المنفصل الذي لا مصلحة للدار فيه كالخيل والدلو والبكرة والقفل والفرش لا يدخل؛ فلأن اللفظ لا يشمل ولا هو من مصلحة المبيع. فلم يدخل؛ كالمودع فيها.

وأما كون ما فيه مصلحة للدار كالفتاح وحجر الرحا الفوقاني يدخل على وجه؛ فلأنه من مصلحة المبيع. أشبه المتصل بها.

وأما كونه لا يدخل على وجهه؛ فلأن لفظ الدار لا يتأوله ولا هو متصل لمصلحتها أشبه الفرش والستور.

قال: (وإن باع أرضاً بحقوقها دخل غراسها وبنائها في البيع، وإن لم يقل: بحقوقها فعلى وجهين).

أما كون الغراس والبناء يدخلان فيما إذا باع أرضاً بحقوقها؛ فلأن كل واحد منهما تابع للأرض من كل وجه ويُتخذ للبقاء فيه لأنه ليس لانتهاه مدة معلومة.

وأما كونهما يدخلان أيضاً إذا لم يقل بحقوقها على وجهه؛ فلأنهما من حقوق الأرض بدليل ما لو قال: بحقوقها، وما كان من حقوقها يدخل في الإطلاق كطرقها ومنافعها.

وأما كونهما لا يدخلان على وجهه؛ فلأنهما ليسا من الأرض فلا يدخلان في البيع كالثمرة المؤبرة في بيع الشجرة.

ومن نصر الأول قال الثمرة لا تتراد للبقاء فليست من حقوقها بخلاف البناء والشجر.

قال: (وإن كان فيها زرع يجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول، أو تتكرر ثمرة كالثقلاء والبادنجان فالأصول للمشترى والجزء الظاهرة واللقطة الظاهرة من الثقلاء والبادنجان للبائع إلا أن يشترطه المبتاع).

أما كون الأصول فيما ذكر للمشترى؛ فلأن ذلك ركب للبقاء أشبه الشجر.

وأما كون الجزء الظاهرة واللقطة الظاهرة مما ذكر للبائع ما لم يشترطه المشترى؛ فلأنه يؤخذ ثمرة مع بقاء أصله أشبه ثمرة الشجرة المؤبرة.

وأما كون ذلك للمبتاع إذا اشترطه ؛ فلأنه لو اشترى شجراً عليه ثم قد أُبر واشترطه كان له ؛ لقول النبي ﷺ : « من ابتاع نخلاً بعد أن تُؤبرَ فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »^(١) فكذا هاهنا لمشاركته لما ذكر معنى الموجب لمشاركته حكماً .
قال : زهير كان فيها زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والشعير فهو للبائع مبقى إلى الحصاد إلا أن يشترطه المبتاع .

أما كون ذلك للبائع ما لم يشترطه المبتاع ؛ فلأنه نماء ظاهر ، لفصله غاية فلم يدخل في بيع الأرض كالطلع المؤبر .
وأما كونه مبقى إلى الحصاد ؛ فلأن ذلك هو العرف في نقله فحمل عليه كالثمرة تباع بعد بُلو صلاحها .
وأما كونه للمبتاع^(٢) إذا اشترطه ؛ فلأنه بمنزلة الثمر الذي أُبر أصله وقد تقدم دليله .

(١) سيأتي تخرجه ص : ١٦٤ .

(٢) في هـ : للبائع .

فصل

قال المصنف رحمه الله: (ومن باع نخلاً مؤبراً. وهو: ما تشقق طلعه فالثمر للبائع [متزوكاً في رؤوس النخل إلى الجذاذ]^(١) إلا أن يشترطه المبتاع، وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالعنب والتين والتوت والرمان والجوز. وما ظهر من نوره كالشمش والنضاح والسفرجل واللوز، وما خرج من أكمامه كالورد والقطن وما قبل ذلك فهو للمشتري. والورق للمشتري بكل حال. ويحتمل في ورق التوت المقصود أخذه أنه إن تفتح فهو للبائع وإن كان حياً فهو للمشتري. وإن ظهر بعض الثمرة فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري. وقال ابن حامد: الكل للبائع).

أما كون ثمر النخل المؤبر للبائع إذا لم يشترطه المبتاع فلما تقدم من أن رسول الله ﷺ قال: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع»^(٢) رواه الأئمة منهم البخاري وأبو داود.

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠): ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣): ٢: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٣٣): ٣: ٢٦٨ كتاب البيوع، باب في العبد يباع وله مال.

وأخرجه الزمذني في جامعه (١٢٤٤): ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتاع النخل بعد التأبير...

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٦): ٧: ٢٩٧ كتاب البيوع، العبد يباع ويستثنى المشتري ماله.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢١١): ٢: ٧٤٦ كتاب التجارات، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال.

وأما كونه يُترك في رؤوس النخل إلى الجذاذ؛ فلأن العرف أن ذلك لا يقطع عند بيعه بل عند استحكام نضجه وصلاحيته للأكل.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو ما تشقق طلعه فتفسير للنخل المؤبر. والتأبير في اللغة: التلقيح، وقيل: هو ظهور الثمرة من جف الطلع. والأول أكثر وأشهر.

قال المصنف في المعني: إلا أن الحكم متعلق بالظهور دون التلقيح بغير خلاف، ولذلك فسره هنا بما تشقق طلعه.

وأما كون الشجر الذي فيه ثمر باد كالعنب والتين والتوت والرمان والجوز كالنخل؛ فلأن بُنُو ذلك من شجره بمنزلة ظهور الرطب من طلعه.

وأما كون ما ظهر من نوره كالشمس والنفاح والسفرجل واللوز والأجاص والخوخ للبايع وما لم يظهر للمشتري؛ فلأن ظهوره من ذلك كظهوره من الطلع وعدم ظهوره كعدم ظهوره فيجب أن يعطى حكمه.

وقال القاضي: يحتمل أن يكون للبايع بظهور نوره لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر.

والأول أولى لأن الذي في الطلع عين التمر بخلاف النور فإنه يتساقط والتمر غيره.

وأما كون ما يخرج من أكمامه كالورد والياسمين والقطن والبنفسج للبايع؛ فلأن خروجه من أكمامه كظهور الثمرة من الطلع وما ظهر من الطلع فهو للبايع. فكذلك ما هو في معناه.

وأما كون ما قبل ذلك كله للمشتري؛ فلأن تقييد ما تقدم ذكره بما ذكر يدل على نفي الحكم عند عدمه .

ولأن ذلك تبع الأصل فوجب أن يكون للمشتري بكل حال كالأصل^(١) .

وأما كون الورق الذي لا يقصد أخذه كورق المشمش والجوز وما أشبههما للمشتري بكل حال بلا خلاف في المذهب؛ فلأنه ليس بثمر ولا يقصد أخذه فكان تابعاً للأصل .

وأما كون ما يقصد أخذه كورق التوت للمشتري على المذهب فالقياس على سائر الورق .

وأما كونه محتمل أنه إن تفتح فهو للبائع وإن كان حياً فهو للمشتري؛ فلأنه بمنزلة الثمر .

وأما كون ما ظهر من الثمرة للبائع وما لم يظهر للمشتري على المذهب؛ فلأن الحديث المتقدم دل بمنطوقه على أن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري .

وأما كون الكل للبائع على قول ابن حامد؛ فلأنه إذا لم يحصل الكل للبائع أدى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البستان .

ولأن الباطن يتبع الظاهر كأساسات الحيطان .

قال: (وإن احتاج الزرع أو الثمرة إلى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منع البائع منه) .

أما كون المشتري لا يلزمه سقي زرع البائع ولا ثمرته؛ فلأنه لا يلزمه تسليم ذلك إليه .

فإن قيل: لو كانت الثمرة للمشتري على أصل البائع لزمه السقي فما الفرق؟

(١) في هذا فوجب أن يكون المشتري كالأصل .

قيل : الفرق بينهما أن ثمرة المشتري التي على أصل البائع عليه تسليمها إليه بخلاف ما ذكر . وإلى ذلك وقعت الإشارة في الدليل .

وأما كون المشتري لا يملك منع البائع من السقي ؛ فلأن ذلك مما يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الأصول .

وقيد المصنف السقي بالحاجة لأن السقي لغير حاجة يملك المشتري منعه منه لأنه سفه يتضمن التصرف في ملك غيره . وأطلق الحاجة وظاهره أنه لا يملك المنع سواء كان يضر ذلك بالشجر أو لا . وصرح به المصنف في المغني وعلله بأنه دخل في العقد على ذلك لأن العقد اقتضى التبقية .

فصل في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها

قال المصنف رحمه الله: (ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ولا الزرع قبل اشتداد حبه إلا بشرط القطع^(١) في الحال، ولا بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جزه، ولا القثاء ونحوه إلا لقطعة لقطعة إلا أن يبيع أصله، والحصاد واللقاط على المشتري فإن باعه مطلقاً أو بشرط التبقية لم يصح).

أما كون بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز إذا لم يشترط القطع في الحال ف«لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يئلو صلاحها، نهى البائع والمشتري»^(٢) متفق عليه.

والنهى يقتضي الفساد.

وأما كونه يجوز بشرط القطع في الحال؛ فلأن النهي إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ما روي «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى ترهي. قال: أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(٣) رواه البخاري.

(١) في هـ: جزه القطع.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٢) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يئلو صلاحها. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٤) ٣: ١١٦٥ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٦) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يئلو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٥) ٣: ١١٩٠ كتاب المساقاة، باب وضع الجواتح.

وهذا مأمون فيما يشترط قطعه فجاز بيعه كما لو بدا صلاحه .

وأما كون بيع الزرع قبل اشتداد حبه لا يجوز إذا لم يشترط القطع فلما روى عمر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة »^(١) رواه مسلم .
وروي عنه « أنه عليه السلام^(٢) نهى عن بيع الحب حتى يشتد »^(٣) رواه الترمذي .

وأما كونه يجوز إذا شرط القطع فلزوال معنى النهي بدليل قوله : « ويأمن العاهة »^(٤) .

وأما كون بيع الرطبة والبقول لا يجوز إلا بشرط جز الظاهر منه ؛ فلأن ما في الأرض مستور مغيب وما يحدث منه معلوم فلم يجز بيعه كبيع ما يحدث من الثمرة .
وأما كون بيع ما ظهر منه يجوز بشرط جزه ؛ فلأنه مبيع معلوم لا جهالة فيه ولا غرر أشبه ما جاز بيعه من غيره .

وأما كون بيع القشاء والبادنجان لا يجوز إلا لقطعة لقطعة ؛ فلأن الزائد على ذلك ثم لم يخلق فلم يجز بيعه أشبه ما لو باع ذلك قبل ظهور شيء منه .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٥) ٣ : ١١٦٥ كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٦٨) ٣ : ٢٥٢ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٧) ٣ : ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٥١) ٧ : ٢٧٠ كتاب البيوع، بيع السنبل حتى يبيض.

(٢) في هـ : عليه السلام أنه .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣ : ٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٨) ٣ : ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢١٧) ٢ : ٧٤٧ كتاب التحوارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٦٣٨) ٣ : ٢٥٠ .

(٤) سبق تخريجه ص : ١٦٩ .

وأما كون بيع ذلك لقطة لقطة بجوز؛ فلا أنه مبيع معلوم لا جهالة فيه ولا غرر أشبه ما تقدم.

وأما قول المصنف رحمه الله: إلا أن يبيع أصله فيحتمل أن يعود إلى قوله: ولا يبيع الرطبة وما بعده لقربه منه، ويحتمل أن يعود إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وما بعده وهو الظاهر^(١) إذ الاستثناء المتعقب جملاً يعود إلى كلها لا سيما إذا طابق الحكم.

فعلى هذا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا بيعت مع الشجرة لأن النبي ﷺ قال: «من باع نخلاً قبل أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع»^(٢)، وبيع الزرع قبل اشتداده إذا بيع مع الأرض لأنه بمنزلة الثمر على الشجر. ومثل ذلك يبيع الرطبة والبقول لأنه في معناه، وبيع القشء والبادنجان مع أصولهما لأن ذلك أصل يتكرر ثمرة أشبه الشجر.

وأما كون الحصاد واللقاط على المشتري؛ فلأن ذلك من مؤونة نقلها أشبه ما لو اشترى طعاماً في دار فإن الأجرة على المشتري. وفارق هذا الكيال في المكيل والوزان في الموزون من حيث إن أجرة ذلك على البائع لأن ذلك من مؤونة تسليم المبيع إلى المشتري وهاهنا حصل التسليم بدون القاطع واللقاط بدليل جواز بيعها والتصرف فيها بدون ذلك.

وأما كون بيع ذلك كله مطلقاً وبشرط التبقية لا يصح فلما تقدم من الأدلة الدالة على اشتراط ما تقدم ذكره من بثو صلاح واشتداد حب وشرط جز والبيع لقطة لقطة.

(١) في هـ: هو.

(٢) سبق تخرجه ص: ١٦٤.

قال : (وإن اشترط القطع ثم تركه حتى بدأ صلاح الثمرة وطالت الجيزة وحدث ثمرة أخرى فلم تتميز ، أو اشترى عرية ليأكلها رطباً فأثمرت بطل البيع . وعنه : لا يبطل ويشتركان في الزيادة . وعنه : يتصدقان بها) .

أما كون البيع فيما ذكر يبطل على المذهب فـ « لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها »^(١) . استثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطع بالإجماع فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل .

ولأن التبقية معنى حرم اشتراطها لحق الله تعالى فأبطل العقد تحققها كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء .

وأما كونه لا يبطل على رواية ؛ فلأن أكثر ما فيه اختلاط المبيع بغيره أشبه ما لو اشترى حنطة فانهاالت عليها أخرى أو ثوباً فاختلط بثوب آخر . والأول أصح قاله القاضي ووجهه ما مر .

ولأن القضاء بالصحة يفضي إلى اتخاذ ذلك وسيلة إلى الشراء للقطع ثم يترك وذلك حرام كبيع العينة .

وأما كون المشتري والبائع يشتركان في الزيادة على القول بأن البيع لا يبطل على رواية فلحصولها في ملكهما لأن ملك المشتري الثمرة وملك البائع الأصل وهما سبب الزيادة .

وقال القاضي : الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن . وحمل قول أحمد على الاستحباب .

وأما كونهما يتصلقان بها على رواية فلاشبهه الأمر فيها .

(١) سبق تخريجه ص: ١٦٨ .

المتنع في شرح المتنع

وطريق العلم بالزيادة ليشتري كان فيها أو يتصدقان بها أن ينظر كم المبيع حين الشراء؟ وكم قيمته بعد حدوث ما ذكر؟ وما بينهما يشتركان فيه أو يتصدقان به على ما مضى تقريره . فإن جهلت القيمة وقف الأمر حتى يُعلم أو يصطلحاً على شيء .

فإن قيل : على القول بأن البيع يبطل .

قيل : الزيادة للبائع مع الأصل لأن النماء تبع لأصله . وعنه : يتصدقان بالزيادة لما ذكر في المشتري .

قال : (وإذا بدى الصلاح في الثمرة واشتد الحب جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية . وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجذاذ ، ويلزم البائع سقيه إن احتاج إلى ذلك وإن تضرر الأصل) .

أما كون بيع ما ذكر مطلقاً وبشرط التبقية يجوز ؛ فلأن « نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يدر صلاحها »^(١) و « عن بيع الحب حتى يشتد »^(٢) يدل بمفهومه على جواز البيع بعد بلو الصلاح وعن بيع الحب قبل اشتداده لأجل خوف التلف وهذا المعنى مفقود هنا .

وأما كون المشتري لذلك له تبقيته إلى الحصاد والجذاذ ؛ فلأن النقل والتحويل يجب اعتباره بالعرف ، والعرف يقضي بالترك إلى الحصاد والجذاذ لأنه حينئذ أو ان الانتفاع به .

وأما كون البائع يلزمه سقيه إن احتاج إليه ؛ فلأنه يجب عليه تسليم ذلك كاملاً ولا يكون ذلك إلا بالسقي .

فإن قيل : فلم قلتم إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها؟

(١) سبق تخريجه ص: ١٦٨ .

(٢) سبق تخريجه ص: ١٦٩ .

قيل : لأن المشتري وإن كان صاحب الأصل إلا أنه لا يلزمه تسليم الثمرة لأن البائع لم يملكها من جهته وإنما بقي ملكه عليها بخلاف مسألتنا .

وصرح المصنف رحمه الله : بأن السقي لازم وإن تضرر الأصل لئلا يتوهم سقوطه عند ذلك . وإنما لم يعتبر ضرر البائع لأنه دخل على ذلك .

قال : (وإن تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع . وعنه : إن أتلفت الثلث فصاعداً ضمنه البائع ، وإلا فلا . وإن أتلفه آدمي خيّر المشتري بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف) .

أما كون المشتري يرجع على البائع بما تلف بجائحة ف «لأن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح»^(١) ، وعنه عليه السلام أنه قال : «إن بعث من أخيك ثمراً ثم أصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً . ثم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»^(٢) رواه مسلم .

وعنه عليه السلام : «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا تأخذ من مال أخيك شيئاً . علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم»^(٣) رواه أبو داود وابن ماجه .

ولأن التخلية في الشجر ليس بقبض تام فوجب كونه من ضمان البائع كالذي لم يقبض .

ولأن الثمرة في الشجر كالمنافع في الإجارة تؤخذ حالاً فحالاً . ثم لو تلفت المنافع قبل استيفائها كانت من ضمان الأجر فكذا هاهنا .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٤) ٣ : ١١٩١ كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح .

(٢) ساقط من هـ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٤) ٣ : ١١٩٠ كتاب المساقاة ، باب وضع الجوائح .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٠) ٣ : ٢٧٦ كتاب البيوع ، باب في وضع الجائحة .

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٢٧) ٧ : ٢٦٤ كتاب البيوع ، باب وضع الجوائح .

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢١٩) ٢ : ٧٤٧ كتاب التجارات ، باب بيع الثمار سنين والجائحة .

المتنع في شرح المتنع

وأما كونه يرجع من غير فرق بين القليل والكثير على المذهب؛ فلأن الأحاديث المتقدمة شملها.

وأما كون الجائحة إن أتلفت الثلث فصاعداً يضمنه البائع فلما تقدم، وإن أتلفت دون الثلث لم يضمنه على رواية؛ فلأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتشر الريح وتسقط ولا بد من ضابط فوجب أن يكون الثلث لأن ذلك قد اعتبره الشرع في مواضع منها: الوصية والعطية وتساوي جراح المرأة الرجل.

قال الإمام أحمد: يستعمل الثلث في سبع عشرة مسألة.

ولأن الثلث داخل في حد الكثرة دليله قوله عليه السلام: «الثلث والثلث كثير»^(١). وما دونه داخل في حد القلة لأن ما دونه لو دخل في حد الكثرة لقدّرته النبي ﷺ به.

وأما كون الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها؛ فلما روى جابر «أن النبي ﷺ قضى في الجائحة تكون في البرد والجراد والحشف والسييل وفي الريح»^(٢). وجه الحججة منه: أن الراوي فسر كلام النبي ﷺ فوجب الرجوع إليه لأنه أعلم بمراده وأفهم لكلامه.

وأما كون المشتري يخير بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف فيما إذا أتلف ذلك آدمي؛ فلأن ذلك شيء أتلفه آدمي قبل تكامل قبضه ثبت للمشتري الخيرة المذكورة أشبه الأدمي إذا أتلف المبيع قبل قبضه.

ولأن المشتري سكته الرجوع يبدل المتلف فلا حاجة إلى الرجوع على البائع.

(١) سبق تخريجه ص: ٨٨.

(٢) لم أتف عليه عن جابر. وقد أخرج أبو داود عن عطاء قال: «الجوائح كل ظاهر مُفسدٍ من مطرٍ أو بردٍ أو جرادٍ أو ريحٍ أو حريقٍ» (٣٤٧١) ٣: ٢٧٧ كتاب البيوع، باب في تفسير الجائحة. وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٠٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في وضع الجائحة.

قال: (وصلاح بعض ثمره الشجرة صلاح لجميعها، وهل يكون صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان؟ على روايتين).

أما كون صلاح بعض الثمرة صلاحاً لجميع ما في الشجرة؛ فلا لأنه لو لم يكن كذلك لأدى بيع ما بدى صلاحه إلى الضرر والمشقة وسوء المشاركة.

وأما كون صلاح نوع صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان على رواية فلما ذكر.

وأما كونه لا يكون صلاحاً على رواية؛ فلأن النبي ﷺ جعل بُدُوّ الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر، وفي العنب أن يسود^(١) ولم يوجد ذلك.

قال: (وبدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر، وفي العنب أن يتموه، وفي سائر الثمر أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله).

أما كون بدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر فـ «لأن النبي ﷺ نهى أن تباع الثمرة حتى تزهر. قيل: وما تزهر؟ قال: تحمار أو تصفار»^(٢) رواه البخاري.

وأما كون بدو صلاح العنب أن يتموه فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود»^(٣) رواه الترمذي.

(١) ر الحديدين التالين.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٨٥) ٢: ٧٦٦ كتاب البيوع، باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٥) ٣: ١١٩٠ كتاب للساقاة، باب وضع الجواتح. كلاهما من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٧١) ٣: ٢٥٣ كتاب البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٨) ٣: ٥٣٠ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢١٧) ٢: ٧٤٧ كتاب التجرارات، باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٥٩٦) ٣: ٢٥٠.

وأما كون بدو الصلح في سائر الثمار أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله؛
فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى يطيب»^(١) متفق عليه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٧٧) ٢: ٧٦٤ كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالنهب والفضة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٦) ٣: ١١٧٦ كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...

فصل [فيمن باع عبداً وله مال]

قال المصنف رحمه الله: (ومن باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، فإن كان قصده المال اشترط علمه وسائر شروط المبيع، وإن لم يكن قصده المال لم يشترط، وإن كانت عليه ثياب فقال أحمد: ما كان للجمال فهو للبائع وما كان للبس المعتاد فهو للمشتري).

أما كون مال العبد المبيع لبائعه إلا أن يشترطه المبتاع؛ فلأن النبي ﷺ قال: «من باع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(١) رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه.

وأما كون العلم بالمال وسائر شروط المبيع يشترط إذا كان قصد المشتري المال؛ فلأنه مبيع مقصود أشبه ما لو ضم إلى العبد عبداً آخر.

وأما كون ذلك لا يشترط إذا لم يكن قصد المشتري المال؛ فلأن المال داخل تبعاً فلم يشترط ذلك كأساسات الحيطان.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠): ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣): ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثم.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٣٣): ٣: ٢٦٨ كتاب البيوع، باب في العبد يباع وله مال.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٤): ٣: ٥٤٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأخير والعبد وله مال.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣٦): ٧: ٢٩٧ كتاب البيوع، العبد يباع ويستثنى المشتري ماله.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢١١): ٢: ٧٤٦ كتاب التجارات، باب ما جاء فيمن باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال.

وأما كون ثياب العادة للمشتري دون ثياب الجمال ؛ فلأن ثياب العادة يتعلق
بها مصلحة العبد وحاجته إذ لا غنى له عنها فجرى بجرى مفاتيح الدار بخلاف
ثياب الجمال فإنها زائدة على العادة ولم تجر العادة بالمساحة فيها فجرى بجرى
الستور في الدار.

باب السلم

السلم جائر بالكتاب والسنة والإجماع والمعنى : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَعْتُمْ بَدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. روي عن ابن عباس أنه قال : «أشهد أن السلف المضمون إلى أجلٍ مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية»^(١).

وأما السنة فما روى ابن عباس عن رسول الله ﷺ «أنه قدم المدينة وهم يُسَلِّفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّتِينَ وَالثَّلَاثَ . فَقَالَ : مَنْ أَسْلَفَ فَلْيَسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ»^(٢).

وعن عبد الله بن أبي أوفى وعبدالرحمن بن أبزى أنهما قالوا : «كنا نصيب المغامم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم في الخنطة والشعير والزبيب . فقيل : أكان لهم زرع أم لم يكن ؟ قالوا : ما كنا نسألهم عن ذلك»^(٣) رواه البخاري .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلف جائز .

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٠٦٤) ٨ : ٥ كتاب البيوع، باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦ : ١٩ كتاب البيوع، باب جواز الرهن والحميل في السلف.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٥) ٢ : ٧٨١ كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٤) ٣ : ١٢٢٦ كتاب المساقاة، باب السلم.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٣٦) ٢ : ٧٨٤ كتاب السلم، باب السلم إلى أجل معلوم.

المتع في شرح المقنع

وأما المعنى؛ فلأن الثمن في البيع أحد عوضي العقد فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن.

ولأن بالناس حاجة إليه لأن أرباب الزرع والثمار يحتاجون إلى النفقة عليها لتكامل فجوز لهم السلم ليرتفقوا أو يرتفق المسلم بالمسلم بالاسترخاض.

قال المصنف رحمه الله: (وهو: نوع من البيع يصح بألفاظه وبلفظ السلم والسلف).

أما كون السلم نوعاً من البيع؛ فلأنه بيع إلى أجل فيدخل في البيع لأنه يشملته وغيره.

وأما كونه يصح بألفاظ البيع؛ فلأنه بيع حقيقة.

وأما كونه يصح بلفظ السلم والسلف؛ فلأنهما موضوعان للبيع الذي عجل ثمنه وأجل مثنه.

قال: (ولا يصح إلا بشروط سبعة:

أحدها: أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته كالمكيل والموزون والمذروع، فأما المعدود والمختلف كالحيون والفواكه والبقول والجلود والرؤوس ونحوها ففيه روايتان).

أما كون السلم لا يصح إلا بشروط سبعة فلما يأتي ذكره في مواضعها.

وأما كون أحدها: أن يكون السلم فيما يمكن ضبط صفاته؛ فلأن ما لا يمكن ضبط صفاته يختلف اختلافاً كثيراً وذلك وسيلة إلى المنازعة والمشاقة المطلوب عدنها.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمكيل والموزون والمذروع فإشارة إلى أن ذلك كله مما يمكن ضبط صفاته والمكيل كالحنطة والشعير والزبيب وما أشبه ذلك

والموزون كالحديد والرصاص والنحاس وما أشبه ذلك، والمذروع كالثياب وما أشبه ذلك.

وأما كون السلم في المكيل والموزون مما ذكر وشبهه يصح؛ فلأن بعضه منصوص عليه والباقي في معناه فيقاس عليه.

ولأن ما ذكر ضبطه ممكن فلم يؤد إلى المنازعة المانعة من الصحة.

وأما كون المعدود المختلف كالحیوان وبقية ما ذكره المصنف رحمه الله يصح السلم فيه في رواية: أما في الحيوان؛ فلأن أبا رافع قال: «استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً»^(١) رواه مسلم.

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالأبصرة إلى مجيء المصدق»^(٢).

ولأن ذلك يثبت في الذمة صداقاً فيثبت في السلم كالثياب.

وأما في بقية ما ذكر؛ فلأنه يساوي الحيوان معنى فوجب أن يساويه حكماً.

وأما كونه لا يصح في رواية: أما في الحيوان فلما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «إن من الربا أبواباً لا تخفى، وإن منها السلم في السن»^(٣).

وأما في بقية ما ذكر فلما ذكر قبل.

وظاهر المذهب أن السلم في ذلك يصح قاله المصنف في المغني.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٠) ٣: ١٢٢٤ كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً ففضى خيراً منه... وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٦) ٣: ٢٤٧ كتاب البيوع، باب في حسن القضاء. وأخرجه الزماني في جامعه (١٣١٨) ٣: ٦٠٩ كتاب البيوع، باب ما جاء في استقراض البعير أو الشيء من الحيوان أو السن.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٧) ٧: ٢٩١ كتاب البيوع، استسلاف الحيوان واستقراضه. وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٨٥) ٢: ٧٦٧ كتاب التجارات، باب السلم في الحيوان.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٥٥.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٣ كتاب البيوع، باب من أجاز السلم في الحيوان بمن...

قال: (وفي الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط؛ كالقماقم والأسطال الضيقة الرؤوس، وما يجمع أخلاطاً متميزة؛ كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان).

أما كون السلم في المختلفة الرؤوس كما ذكر لا يصح في وجه؛ فلأن الصفة^(١) لا تأتي على ذلك.

وأما كونه يصح في وجه؛ فلأن التفاوت في ذلك يسير.

وأما كون ما يجمع أخلاطاً متميزة كالثوب المنسوج من قطن وكتان أو إبريسم يصح السلم فيه في وجه؛ فلأن ضبطه ممكن.

وأما كونه لا يصح في وجه؛ فلأنه يجمع أخلاطاً أشبه الغالية.

والأول أصح. قاله المصنف في الكافي. ودليله ما تقدم.

والفرق بين ما ذكر وبين الغالية أن ما ذكر يجمع أخلاطاً متميزة بخلاف الغالية.

قال: (ولا يصح فيما لا ينضبط كالجواهر كلها، والحوامل من الحيوان، والمغشوش من الأثمان، وغيرها، وما يجمع أخلاطاً غير متميزة؛ كالغالية والند والمعاجين).

أما كون السلم في الجواهر كاللؤلؤ والزبرجد والياقوت والعقيق ونحوها لا يصح؛ فلأنها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التلوين وزيادة ضوئها.

وأما كونه في الحوامل من الحيوان لا يصح؛ فلأن الولد مجهول. وحكى المصنف في الكافي وجهاً في صحة السلم فيها؛ لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل البيع.

(١) في هـ: الصفة.

وأما كونه في المغشوش من الأثمان لا يصح؛ فلأن غشه يمنع العلم بالقدر المقصود منه فلا يصح السلم فيه لأن فيه غرراً.

وقول المصنف رحمه الله: وغيرها مراده المغشوش من غير الأثمان كاللبن المشوب بالماء والخنطة المخلوطة بالزوان وما أشبههما. ودليل ذلك ما مر في مغشوش الأثمان.

وأما كونه فيما يجمع أخلاطاً غير متميزة كالفالية والنسد والمعاجين لا يصح؛ فلأن الصفة لا تأتي على ذلك فلم يصح السلم فيه لعدم ضبطه.

قال المصنف في الكافي: وفي معناه القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب والغزل والتوز.

قال: (ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالجبن والعجين واخل التمر والسكنجيين ونحوها).

أما كون السلم يصح فيما ذكر فلعدم كون المتزوك فيه مقصوداً.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالجبن إلى آخره فتمثيل لصور لم يقصد فيها ما ذكر.

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (الشرط الثاني: أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً؛ فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحدائمه وجودته وردائمه. وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره).

أما كون ثاني الشروط^(١) المتقدم ذكرها أن يصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن ظاهراً؛ فلأن المسلم عوض يثبت في الذمة فلا بد من كونه معلوماً بالوصف كالثمن.

ولأن العلم شرط في البيع وطريقه إما الرؤية أو الصفة، والرؤية ممتعة في المسلم فيه فيتعين الوصف.

وأما قول المصنف رحمه الله: فيذكر جنسه إلى آخره فتنبه على الصفات التي يختلف بها الثمن وذكر الجنس والنوع والحدود والرداءة مجمع عليه، والبواقي مقاسة عليها لأن ذلك مما يختلف الثمن لأجله فوجب ذكره كالمتفق عليه. وقد يسقط بعض ذكر الأوصاف للعلم به أو لقيام غيره مقامه. وقد يشترط ذكر شيء آخر وسيبين مفصلاً إن شاء الله تعالى.

فعلى هذا يصف التمر بالنوع فيقول: برني أو معقلي، وبالجلودة أو بالرداءة فيقول: جيد أو رديء، وبالقد فيقول: كبار الحب أو صغاره وهو المراد بقول المصنف رحمه الله: وقدره لأن القدر بالكيل أو الوزن سيأتي بعد، وبالبلد فيقول:

(١) في هـ: أما كون الثاني من الشروط.

بغدادى أو بصري لأن البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء والبصري بخلاف ذلك، وبالحدائة أو القدم فيقول: حديث أو قديم ويصف الرطب بما ذكر إلا الحدائة والقدم.

ويصف الخنطة بالنوع فيقول: سييلة أو سلموني، وبالعودة أو الرداءة فيقول: جيد أو رديء، وبالبلد فيقول: حوراني أو بلقاي، وبالقد فيقول: صغار أو كبار، وبالحدائة أو القدم فيقول: حديث أو قديم.

ويصف العسل بالبلد فيقول: فيجي أو نحوه. ويجزئ ذلك عن ذكر النوع، وبالزمان فيقول: خريفي أو ربيعي أو صيفي، وباللون فيقول: أبيض أو أحمر.

ويصف الحيوان بالذكورة أو الأنوثة وبالسن فيقول: عمره كذا سنة أو غير بالغ أو مميز. وإن كان رقيقاً فيذكر النوع كتركي أو رومي أو زنجي. ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة ولا الثبوبة ولا العودة والسبوطة.

ويصف الإبل بالتاج فيقول: من نتاج بني فلان مكان النوع، وبالسن فيقول: بنت مخاض أو ابنة لبون، وباللون فيقول: أحمر أو أورق، وبالذكورية أو الأنوثة^(١) فيقول: ذكر أو أنثى وأوصاف الخيل كالإبل والبغال والحمير لا يقصد نتاجها فيقول مكان ذلك نسبتها إلى بلدها؛ كرومي في البغال، ومصري في الحمير. والبقر والغنم إن عرف لها نتاج فهي كالإبل، وإلا فهي كالحمير.

ويصف اللحم بالسن والذكورة أو الأنوثة وبالسمن أو الهزال وبالرعي أو العلف والنوع وموضع اللحم من الحيوان ويزيد في الذكر فحلاً أو خصياً. وفي الصيد لا يحتاج إلى ذكر العلف والخصاء ولكن يذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة. وفي الجارحة يذكر صيد كلب أو فهد أو صقر لأن ذلك يختلف.

(١) في و: وبالذكورة أو الأنوثة.

المتع في شرح المقنع

قال المصنف في المعنى: الذي أراه أنه لا يحتاج إلى ذلك لأن التفاوت فيه يسير .

ويلزم قبول اللحم بعظامه لأنه يُقطع كذلك فهو كالنوى في التمر . ولا يحتاج في لحم الطير إلى ذكر الذكورة والأنوثة إلا أن يختلف بذلك ، ولا إلى ذكر موضع اللحم إلا أن يكون كبيراً يأخذ منه بعضه . ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لأنه لا لحم على ذلك .

ويصف السمك بذكر النوع كدجلي أو أجامي ، والكبير والصغير ، والسمن أو الهزال ، والطري أو المالح ولا يقبل الرأس والذنب ويلزمه ما بينهما . وإن كان كبيراً يؤخذ بعضه ذكر موضع اللحم .

ويوصف السمن بالنوع فيقول : سمن ضأن أو معز أو بقر ، وباللون فيقول : أبيض أو أصفر .

قال القاضي : ويذكر المرعى .

ولا يحتاج إلى ذكر حديث أو عتيق لأن إطلاقه يقتضي الحديث . ولا يصح السلم في عتيقه لأنه عيب ولا ينتهي إلى حد ينضبط به .

ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه .

ويصف اللبن بالنوع والمرعى . ولا يحتاج إلى اللون ولا حلب يومه لأن إطلاقه يقتضي ذلك .

ويصف اللبن بصفات اللبن .

ويصف الثياب بالنوع فيقول : كتان أو قطن ، وبالبلد فيقول : بغدادي أو مصري ، وبالطول أو العرض ، وبالغلظ أو الدقة ، وبالنعومة أو الخشونة .

ويصف الغزل بذلك ويجعل مكان الطول أو العرض اللون فيقول : أبيض أو أصفر .

ويصف الإبريسم بالبلد واللون والغلظ أو الدقة .
ويصف الصوف بالبلد واللون والطول أو القصر والذكورة أو الأنوثة والزمان
خريفي أو ربيعي ؛ فلأن صوف الخريف أنظف وصوف الإناث أنعم والشعر والوبر
كالصوف .

ويصف الرصاص والنحاس والحديد بالنوع فيقول في الرصاص : قلعي أو
أسرب وبالنعومة أو الخشونة وباللون إن اختلف . ويزيد^(١) في الحديد ذكراً أو أنثى
لأن الذكر أحد وأمضى .

واستقصاء ما يُسلم فيه مما لم يذكر مذكور في الكتب الكبار فعلى الطالب
تطلبه في مظانه .

قال : (فإن شرط الأجود لم يصح ، وإن شرط الأردأ فعلي وجهين) .
أما كون شرط الأجود لا يصح ؛ فلأن ما من جيد إلا ويحتمل أن يوجد
أجود منه فلا ينحصر .

وأما كون شرط الأردأ لا يصح على وجه ؛ فلأنه لا ينحصر .
وأما كونه يصح على وجه ؛ فلأن ما يدفعه إليه إن كان الأردأ فهو المسلم
فيه ، وإن لم يكن فهو خير منه فيلزم المسلم قبوله بخلاف الأجود .

قال : (وإذا جاءه بدون ما وصف أو نوع آخر فله أخذه ولا يلزمه ، وإن
جاءه بجنس آخر لم يجوز له أخذه ، وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله) .

أما كون المسلم له أخذ دون ما وصف مع اتحاد النوع ؛ فلأن الحق له فإذا
رضي بإسقاط حقه من الجودة كان له ذلك .

(١) في هـ: وزيد.

وأما كونه له أخذ نوع عن نوع آخر مع اتحاد الجنس؛ فلأن اتحادهما في الجنس يجعلهما كالشيء الواحد ولذلك حرم التفاضل بينهما .

وأما كونه لا يلزمه الأخذ؛ فلأن الإنسان لا يجبر على إسقاط حقه .

وأما كونه لا يجوز له أخذ جنس عن آخر؛ فلأن النبي ﷺ قال: « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره »^(١) رواه أبو داود .

وأما كونه يلزمه قبول الأجناس مع اتحاد النوع؛ فلأنه أتاه بما تناوله العقد وزاده خيراً .

قال: (فإن قال: خذه وزدني درهماً لم يجوز . وإن جاءه بزيادة في القدر^(٢) فقال ذلك: صح) .

أما كون المسلم إليه إذا قال: خذه وزدني درهماً لا يجوز؛ فلأنه أفرد صفة الجودة بالبيع وذلك غير جائز .

ولأن بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فبيع صفته أولى .

وأما كونه إذا جاءه بزيادة في القدر فقال ذلك: يصح؛ فلأن الزيادة هنا يجوز إفرادها بالعقد .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٨) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب السلف لا يجوز .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٨٣) ٢: ٧٦٦ كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم .

(٢) في هـ: العقد .

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله : (الثالث : أن يذكر قدره بالكيل في المكيل والوزن في الموزون والذرع في المذروع . فإن أسلم في المكيل وزناً وفي الموزون كيلاً لم يصح) .

أما كون ثالث الشروط^(١) المتقدم ذكرها : أن يذكر قدر المسلم فيه بالكيل في المكيل والوزن في الموزون ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم »^(٢) .

وأما كون ذكر الذرع في المذروع كذكر الكيل في المكيل والوزن في الموزون ؛ فلأنه في معناهما .

ولأن ذلك عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالثمن .
وأما كون السلم في المكيل وزناً وفي الموزون كيلاً لا يصح ؛ فلأنه مبيع يشترط معرفة قدره فلم يصح بيعه بغير ما هو مقدر به في الأصل كييع الربويات بعضها ببعض .

ولأنه قدر المسلم فيه بغير ما هو مقدر به في الأصل فلم يصح كما لو أسلم في المذروع وزناً .

(١) في هـ : أما كون الثالث من الشروط .

(٢) سبق تخريجه ص : ١٧٩ .

قال : (ولا بد أن يكون المكيال معلوماً ، فإن شرط مكيالاً لا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة لم يصح) .

أما كون المكيال لا بد وأن يكون معلوماً ؛ فلأنه إذا كان مجهولاً تعذر الاستيفاء به وذلك محل بالحكمة التي اشترط معرفة الكيل من أجلها .

وأما كون شرط مكيال بعينه أو صنجة بعينها لا يصح ؛ فلأن ذلك قد يهلك فيتعذر معرفة المسلم فيه وذلك منفي لما تقدم ذكره .

قال : (وفي المعدود المختلف غير الحيوان زويتان : إحداهما يسلم فيه عدداً ، والأخرى وزناً . وقيل : يسلم في الجوز والبيض عدداً وفي الفواكه والبقول وزناً) .

أما كون المعدود المختلف غير الحيوان يسلم فيه عدداً في رواية ؛ فلأنه يُقدَّر بذلك عند العامة .

وأما كونه يسلم فيه وزناً في رواية ؛ فلأنه يتباين والوزن يضبطه .

وأما كونه يسلم في المعدود المتقارب كالجوز والبيض عدداً ، وفي المتفاوت كالفواكه والبقول وزناً على قول ؛ فلأن التفاوت في المتقارب يسير ولهذا لا تكاد القيمة تتفاوت بين البيضتين والجوزتين بخلاف التفاوت في المتفاوت .

وأما تقييد المصنف رحمه الله المعدود المختلف بكونه غير حيوان ؛ فلأن السلم في الحيوان لا يكون إلا عدداً فلا يجري فيه الخلاف المذكور .

فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله : (الرابع : أن يشترط أجلاً معلوماً له وقع في الثمن كالشهر ونحوه ، فإن أسلم حالاً أو إلى أجل قريب كالיום ونحوه لم يصح إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح).

أما كون رابع الشروط^(١) المتقديم ذكرها أن يشترط أجلاً؛ فلأن النبي ﷺ قال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(٢) . أمر بالأجل والأمر للوجوب .

ولأنه أمر بهذه الأمور تيسيراً لشروط السلم ومنعاً^(٣) منه بدونها ولذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن .

ولأن السلم إنما جاز رخصة للرفق ولا يحصل ذلك إلا بالأجل فكان من شروطه كالكتابة .

ولأن الحلول يخرج عن اسمه ومعناه : أما الإسم فإنه يسمى مسلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين وتأخير الآخر ، وأما المعنى فظاهر .

وأما كون الأجل معلوماً فلقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ، وقوله عليه السلام : « إلى أجل معلوم »^(٤) .

(١) في هـ : أما كون الرابع من الشروط .

(٢) سبق تخريجه ص : ١٧٩ .

(٣) في هـ : ومعناً .

(٤) سبق تخريجه ص : ١٧٩ .

وأما كون الأجل له وقع في الثمن كما ذكر المصنف رحمه الله ؛ فلأن الأجل إنما اعتبر تحقيقاً للرفق ولا يحصل ذلك بما لا وقع له في الثمن .
فعلى هذا لا يصح في الحال ولا إلى أجل غير معلوم ولا إلى أجل لا وقع له في الثمن لفوات شرط الصحة .

وأما قول المصنف رحمه الله : إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء فاستثناء لهذه الصورة مما تقدم ذكره لأن السلم في ذلك جائز وإن فات في بعضه الأجل المشترط في غيره لأن العرف جارٍ بذلك والحاجة داعية إلى جوازه . وظاهر كلامه تعميم الجواز في كل شيء يؤخذ أجزاء معلومة .

وقال أبو الخطاب : فإن أسلم في لحم أو خبز يأخذ منه كل يوم أرتلاً معلومة جاز نص عليه . وظاهره الاختصاص بهما دون غيرهما . والعلة المتقدمة تدل عليه إذ العرف والحاجة يدلان على الصحة فيهما دون غيرهما .

قال : (وإن أسلم في جنس إلى أجلين ، أو في جنسين إلى أجل صح) .

أما كون السلم في جنس إلى أجلين يصح ؛ فلأن كل بيع صح إلى أجل صح إلى أجلين وأجال كبير الأعيان .

وأما كون السلم في جنسين كالحنطة والشعير والتمر والزبيب إلى أجل يصح ؛ فلأن جمعهما في عقد واحد حال صحيح . فكذلك السلم .

قال : (ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمان معلوم . فإن أسلم إلى الحصاد أو الجذاذ أو شرط الخيار إليه فعلى روايتين) .

أما كون الأجل لا بد أن يكون مقدراً بزمان معلوم فلما تقدم من قول النبي ﷺ : «فليسلف إلى أجل معلوم»^(١) .

(١) سبق تخريجه ص : ١٧٩ .

وأما كون السلم إلى الحصاد أو الجذاذ لا يصح على رواية فلما روى ابن عباس أنه قال: « لا تتناعوا إلى الحصاد والدياس ». .

ولأن ذلك يختلف ويقرَّب ويبعد فلا يصلح أن يكون أجلاً كقدوم زيد .

وأما كونه يصح على رواية فـ « لأن ابن عمر كان يتناع إلى العطاء » .

ولأن الاختلاف في ذلك يسير أشبه غير المختلف فيه .

وأما كونه إذا شرط الخيار إلى الحصاد أو الجذاذ فيه الخلاف المتقدم فلما مر .

قال : (وإذا جاءه بالسلم قبل مَحَلِّه ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه، وإلا

فلا) .

أما كون المسلم يلزمه قبض ما لا ضرر في قبضه كالحديد والرصاص والنحاس والزيت والعسل وسائر ما لا يختلف قديمه وحديثه إذا جاء به قبل محله؛ فلأن غرضه حاصل وزيادة تعجيل المنفعة فجرى مجرى زيادة الصفة .

وأما كونه لا يلزمه قبض ما في قبضه ضرر إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة كلها، وإما لكون قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها؛ فلأن له غرضاً في تأخيرها بأن يحتاج إلى أكله أو إطعامه في ذلك الوقت . وكذا الحيوان لا يلزم قبضه قبل محله لأنه لا يأمن تلفه ويحتاج إلى نفقة وكذا ما يحتاج في حفظه إلى مؤونة كالقطن ونحوه . وكذا لو كان الوقت مخوفاً يخشى تلف ما يقبضه لأن عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه فجرى مجرى نقصان الصفة فيه .

وفي قول المصنف رحمه الله : قبل مَحَلِّه إشعار بأنه إذا جاء بالمسلم فيه في محله لزمه قبضه سواء كان في قبضه ضرر أو لم يكن لأنه أتاه بحقه في محله فلزمه قبضه كالبيع المعين . فإن امتنع من قبضه قيل له إما أن تقبض أو تبرئ . فإن امتنع من أحدهما قبضه الحاكم وبرئت ذمة الدافع لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته إلا أنه لا يملك الإبراء لما فيه من الضرر .

فصل [الشرط الخامس]

قال المصنف رحمه الله: (الخامس: أن يكون المسلم فيه عامَّ الوجود في محله. فإن كان لا يوجد فيه أو لا يوجد إلا نادراً كالسلم في العنب والرطب إلى غير وقته لم يصح. وإن أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح).

أما كون خامس الشروط^(١) المتقدم ذكرها أن المسلم فيه عامَّ الوجود في محله؛ فإنه إذا لم يكن كذلك لم يمكن تسليمه فلم يصح كييع الآبق، وبل أولى لأن السلم احتمال فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه.

وأما كون السلم فيما لا يوجد في محله أو لا يوجد إلا نادراً كالسلم في العنب والرطب إلى غير وقته لا يصح؛ فلأن شرطه أن يكون عام الوجود فيه لما تقدم وذلك مقصود فيما ذكر فلم يصح لانتفاء شرطه.

وأما^(٢) كون السلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لا يصح؛ فإنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه أشبه ما لو أسلم في شيء قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها وقد روي عن النبي ﷺ «أنه أسلف إليه يهودي في ثمر فقال: من ثمر حائط بني فلان فقال النبي ﷺ: أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى»^(٣) رواه الجوزجاني.

(١) في هـ: أما كون الخامس من الشروط.

(٢) في هـ: أما.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٨١) ٢: ٧٦٥ كتاب التجارات، باب السلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم. ولفظه: عن عبد الله بن سلام قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن بني فلان أسلموا (لقوم من اليهود) بـ»

قال: (وإن أسلم إلى محل يوجد فيه عاماً فانقطع خيراً بين الصبر وبين الفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوماً في أحد الوجهين، وفي الآخر يفسخ بنفس التعذر).

أما كون المسلم يخير فيما ذكر بين الصبر إلى أن يوجد وبين الفسخ في وجه؛ فلأن المسلم إليه صار بانقطاع المسلم فيه عاجزاً عن دفعه وذلك يوجب الخيرة المذكورة. دليله ما لو ظهر المشتري معسراً.

وأما كون السلم يفسخ بنفس التعذر في وجه؛ فلأن المسلم فيه يجب أن يكون من ثمرة العام بدليل أنه يجب التسليم منها فإذا هلكت انفسخ العقد كما لو باع قفيزاً من صيرة فهلكت.

والصحيح الأول لأن العقد صح وإنما تعذر التسليم أشبه ما لو اشترى عبداً فأبقى قبل القبض.

ولأنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غير ثمرة ذلك العام جاز وإنما أجزى على دفع ثمرة العام؛ لأنها على صفة ما وقع عليه العقد.

فعلى هذا إذا انفسخ العقد أو فسخه هو يرجع برأس ماله إن كان باقياً أو بمثله إن كان تالفاً وكان مثلياً وبقيته إن لم يكن مثلياً لأن العقد إذا زال وجب رد الثمن فإن كان باقياً استحق عينه لأنه عين حقه وإن كان تالفاً وكان مثلياً استحق مثله كما لو أتلّف مثلياً لأدمي وإن لم يكن مثلياً استحق قيمته كالتلف.

وإنهم قد جاعوا فأخاف أن يرتدوا. فقال النبي ﷺ: من عنده؟ فقال رجل من اليهود: عندي كذا وكذا (لشيء قد سماه) أراه قال: ثلاثمائة دينار بسعر كذا وكذا من حائط بني فلان. فقال رسول الله ﷺ: بسعر كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا وليس من حائط بني فلان.

فصل [الشرط السادس]

قال المصنف رحمه الله : (السادس : أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد . وهل يشترط كونه معلوم الصفة والقدر كالمسلم فيه؟ على وجهين) .
أما كون سادس الشروط^(١) المتقدم ذكرها أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد ؛ فلأنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه يشترط قبض جميع الثمن . وصرح به الخرقى لأن ما اشترط قبضه في المجلس اشترط قبض كله كالصرف .
وأما كونه يشترط أن يكون معلوم الصفة والقدر على وجه ؛ فلأنه لا يمكن إتمامه في الحال ولا تسليم العقود عليه ولا يؤمن من انفساخه فوجب معرفة رأس مال السلم صفة وقدرًا كالقرض والشركة .
ولأنه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فيفسخ العقد في قدره فلا يدري كما بقي وكم انفسخ .

فإن قيل : هذا موهوم والموهومات لا تعتبر؟

قيل : التوهم معتبر هاهنا لأن الأصل عدم الجواز وإنما جوز إذا أمن من الغرر ولم يؤمن هاهنا .

(١) في هـ : أما كون السادس من الشروط .

وأما كونه لا يشترط على وجهه؛ فلأنه عوض مشاهد فلم يحتج إلى معرفة ما ذكر.

قال: (وإن أسلم ثمناً واحداً في جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس).
 أما كون ما ذكر لا يجوز مع علم بيان ثمن كل جنس؛ فلأن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يجز كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول.
 ولأن فيه غرراً لأنه لا يؤمن الفسخ بتعذر أحدهما فلا يعرف ما يرجع به وهذا غرر يؤثر مثله في السلم.
 وأما كونه يجوز مع البيان؛ فلأن المقتضي للمنع ما ذكر من الجهالة والغرر وكلاهما متنف فيما ذكر.

فصل [الشرط السابع]

قال المصنف رحمه الله : (السابع : أن يسلم في الذمة ، فإن أسلم في عين لم يصح . ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كالبرية فيشترط ذكره ويكون الوفاء في مكان العقد ، فإن شرط الوفاء فيه كان تأكيداً وإن شرطه في غيره صح . وعنه : لا يصح) .

أما كون سابع الشروط^(١) المتقدم ذكرها أن يسلم في الذمة ؛ فلأن العين لا يؤمن تلفها فيتعذر تسليمها عند انقضاء الأجل .

ولأنه إذا لم يجز السلم في ثمرة بستان بعينه ؛ فلأن لا يجوز في عين بطريق الأولى .

وأما كون السلم في عين لا يصح ؛ فلأن شرطه أن يكون في الذمة لما تقدم وذلك مفقود في العين .

وأما كون ذكر مكان الإيفاء إذا كان موضع العقد مما يمكن الوفاء فيه كمدينة وقرية ونحوهما لا يشترط ؛ فلأن النبي ﷺ قلم المدينة وهم يسلفون في الثمار فقال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »^(٢) ولم يذكر مكان الإيفاء .

ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء كبيع الأعيان .

(١) في هـ : أما كون السابع من الشروط .

(٢) سبق تخريجه ص : ١٧٩ .

وأما كون ذكر مكان الوفاء إذا كان موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه كالبرية ونحوها يشترط؛ فلأن الوفاء في موضع العقد متعذر وليس البعض أولى من البعض فوجب تعيينه بالقول كالمكيل والموزون .

وأما كون الوفاء في مكان العقد في موضع لا يشترط ذكره؛ فلأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

وأما كون شرط الوفاء في مكان العقد تأكيداً؛ فلأنه شرط ما هو مقتضى العقد فيكون مؤكداً له لأن ذلك يزيل اللبس .

وأما كونه إذا شرطه في مكان غيره يصح على المذهب فقياس على يوع الأعيان ومكان العقد .

وأما كونه لا يصح على رواية؛ فلأنه شرط خلاف مقتضى العقد لأن العقد يقتضي إيفاءه في مكانه فلم يصح كما لو شرط أن لا يسلمه .

قال: (ولا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه، ولا هبته، ولا أخذ غيره مكانه، ولا الحوالة به) .

أما كون بيع ما ذكر لا يصح فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه»^(١) . و «عن ربح ما لم يضمن»^(٢) .

ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يصح بيعه قبل قبضه كالطعام قبل قبضه . ويدخل في قول المصنف رحمه الله: ولا يصح بيع المسلم فيه الشركة فيه والتولية فيه لأنهما بيع في الحقيقة لأن الشركة بيع لبعضه بقسطه من الثمن والتولية بيع لجميعه بجميع الثمن .

وأما كون هبته لا تصح؛ فلأنها نقل للملك قبل قبضه فلم يصح كالبيع .

(١) سبق تخريجه ص: ١٢٨ .

(٢) سبق تخريجه ص: ١٣٠ .

المتع في شرح المقنع

وأما كون أخذ غيره مكانه لا يصح؛ فلأن النبي ﷺ قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(١). رواه ابن ماجة.

ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يصح كبيعه من غيره.

وأما كون الحوالة لا تصح؛ فلأن الحوالة إنما تصح على دين مستقر والسلم بعرضية الفسخ.

ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يصح كالبيع.

قال المصنف رحمه الله في المعنى: ومعنى الحوالة به: أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثل ذلك الطعام من قرض أو سلم آخر فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم.

وإن أحال المسلم إليه المسلم بالذي عليه لم يصح أيضاً^(٢).

قال: (ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في

الجلس، ولا يجوز لغيره).

أما كون بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته يجوز؛ فلأن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وهذه من هذه فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة. فقلت: رويدك أسألك. إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه. فقال رسول الله ﷺ: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تنفقا وليس بينكما شيء»^(٣) رواه أبو داود والترمذي.

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

(٢) في هـ: وإن أحال للمسلم إليه بالذي عليه أيضاً لم يصح.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٤) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق.

وأما قول المصنف رحمه الله : بشرط أن يقبض عوضه في المجلس فتنبه على اشتراط قبض العوض في المجلس . والأصل فيه ما تقدم من الحديث .

ولأنه إذا لم يقبض صار بيع دين بدين وذلك لا يجوز لما تقدم .

وفي قوله : المستقر إشعار بأنه لا يجوز بيع غير المستقر لمن هو في ذمته كالسلم ونحوه وقد صرح به في المغني . ودليله ما مر من قوله عليه السلام : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره »^(١) .

وأما كون بيعه لغير من هو في ذمته لا يجوز ؛ فلأنه غير قادر على تسليمه أشبه بيع الآبق .

قال : (وتجوز الإقالة في السلم ، وتجوز في بعضه في إحدى الروايتين إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة ، وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضاً من غير جنسه) .

أما كون الإقالة في السلم تجوز ؛ فلأنها فسخ على الصحيح ورفع للعقد من أصله .

وأما كونها تجوز في البعض في رواية ؛ فلأن الإقالة مندوب إليها . وكل مندوب إليه جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٢) ٣ : ٥٤٤ كتاب البيوع ، باب ما جاء في الصرف .
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨٢) ٧ : ٢٨١ كتاب البيوع ، بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة .
وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٦٢٦) ٢ : ٧٦٠ كتاب البيوع ، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب .
وأخرجه أحمد في مسنده (٥٥٥٥) ٢ : ٨٣ .

(١) سبق تخريجه ص : ١٨٨ .

وأما كونها لا تجوز فيه في رواية؛ فلأن السلم يقل فيه الثمن من أجل التأجيل فإذا فسخ في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن ومنفعة الجزء الذي فسخ فيه فلم يجز كما لو شرطه في ابتداء العقد.

وقول المصنف رحمه الله: إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة مشعر بأنه لا تجوز الإقالة في البعض إذا لم يوجد قبض أحد الأمرين وهو صحيح صرح به أصحابنا.

ووجهه: أنه إذا لم يقبض أحد الأمرين يصير ذلك القدر ديناً على المسلم إليه وعليه بقدر السلم فيصير ذلك بمعنى البيع والسلف وهو منهي عنه.

وأما أخذ العوض عن ثمن ما انفسخ بإقالة أو غيرها من غير جنسه لا يجوز فلما تقدم من قول النبي ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(١).

ولأن ما ذكر رأس مال السلم فلم يجز أخذ العوض عنه كالمسلم فيه.

-وقول المصنف رحمه الله: من غير جنسه فيه إشعار بأنه يجوز له الأخذ من جنسه لأنه إذا جاز له أخذ النوع عن النوع في السلم بشرط اتحاد الجنس؛ فلأن يجوز أخذ النوع عن نوع آخر برأس مال السلم بطريق الأولى.

قال: (وإن كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه فقال لغريمه: اقبض سلمي لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه، وهل يقع قبضه للآمر؟ على وجهين. وإن قال: اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح. وإن قال: أنا أقبضه لنفسي وخذه بالكيل الذي تشاهده فهل يجوز؟ على روايتين. وإن اكتاله ثم تركه في الكيال وسلمه إلى غريمه فقبضه صح القبض لهما).

(١) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

أما كون المسلم لا يصح قبضه لنفسه فيما إذا قال له المسلم إليه : اقبض سلمي لنفسك ؛ فلأنه لا يجوز قبضه لنفسه قبل قبض مالكه له .
وأما كون القبض يقع للأمر على وجه ؛ فلأنه أذن له في القبض أشبه قبض وكيله .

وأما كونه لا يقع له على وجه ؛ فلأنه لم يجعله نائباً عنه في القبض فلا يقع له بخلاف الوكيل . فعلى الأول يكون ملكاً للمسلم إليه لأنه إنما يزول ملكه عنه بقبض المسلم أو نائبه ولم يوجد .

وأما كون قبض المسلم لنفسه يصح فيما إذا قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ؛ فلأنه وكله في قبضه فإذا قبضه لموكله وجب أن يصح لوجود الإذن وعدم المفسد وإذا صح أن يقبضه لموكله صح أن يقبضه لنفسه بعد ذلك كما لو كان له ودیعة عند من له عليه دين فقال المدین له : اقبض حقلک مما لی عندک .

وأما كونه إذا قال : أنا أقبضه لنفسی وخذه بالکیل الذی تشاهده یجوز علی رواية ؛ فلأنه قد شاهد کیله وعلمه فلا معنى لاعتبار کیله مرة ثانية .

وأما كونه لا يجوز علی رواية فـ « لأن النبی ﷺ نهى عن یع الطعام حتى یجری فیہ الصاعان »^(١) . وهذا داخل فیہ .

ولأنه قبضه بغير کیل أشبه ما لو قبضه جزافاً .

وأما كون القبض یصح لكل واحد من المدین ورب المال إذا اکتاله ثم تركه فی المکیال وسلمه إلى غریبه فقبضه ؛ فلأن الأول قد اکتاله حقيقة والثانی حصل له استمرار الکیل واستمرار الکیل کیل كما أن استدامة اللبس والركوب لبس وركوب .

(١) سبق تخريجه ص: ١٣٢ .

قال: (وإن قبض المسلم فيه جزافاً فالقول قوله في قدره، وإن قبضه كيلاً أو وزناً ثم ادعى غلطاً لم يقبل قوله في أحد الوجهين).
أما كون القول قول القابض في قدر المسلم فيه المقبوض جزافاً؛ فلأنه منكر، والقول قول المنكر.

وأما كونه لا يقبل قوله إذا قبضه كيلاً أو وزناً ثم ادعى غلطاً في وجهه؛ فلأنه ادعى خلاف الظاهر فلم يقبل قوله.

وأما كونه يقبل في وجهه؛ فلأن الأصل أنه لم يقبض غير ما ثبت بإقراره.

قال: (وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه؟ على روايتين).

أما كون الرهن بالمسلم^(١) فيه يجوز على رواية؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ - إِلَى قَوْلِهِ -: فَرِهَانَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وجه الحجة منه: أن ابن عباس وابن عمر قالا: المراد به السَّلْم. ولأن اللفظ عام فيدخل فيه السلم.

ولأنه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيع الأعيان؟

وأما كونه لا يجوز على رواية؛ فلأن الرهن إن أخذ برأس مال السلم فهو أخذ للرهن بما ليس بواجب ولا ماله إلى الوجوب، وإن أخذ بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن.

ولأنه لا يؤمن هلاك الرهن في يده بعلوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه وقد قال النبي ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(٢) رواه أبو داود.

(١) في هـ: للمسلم.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

وأما كون الكفالة بالمسلم فيه تجوز على رواية ولا تجوز على رواية؛ فلأنها وثيقة أشبهت الرهن.

باب القرض

القرض جائر بالسنة والإجماع : أما السنة فما روى أبو رافع « أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرةً »^(١) .

وعن ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً : الصلقة بعشر أمثالها والقرضُ بثمانية عشر . فقلتُ : يا جبريل ! ما بالُ القرضِ أفضلُ من الصلقة ؟ قال : لأن السائلَ يسألُ وعنده . والمستقرضُ لا يستقرضُ إلا من حاجة »^(٢) رواهما ابن ماجة .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على جواز القرض .

قال المصنف رحمه الله : (وهو من المرافق المندوب إليها ، ويصح في كل عين يجوز بيعها إلا بني آدم ، والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه في أحد الوجهين فيهما) .

أما كون القرض من المرافق التي ندب الشرع إليها فلما تقدم من حديث ابن مسعود ، وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : « من كشف عن مسلم كربةً من كرب الدنيا كشف الله عنه كربةً من كرب يوم القيامة . والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه »^(٣) .

(١) سبق تخريجه ص : ١٨١ .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٣١) ٢ : ٨١٢ كتاب الصلقات ، باب القرض .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٦٩٩) ٤ : ٢٠٧٤ كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار ، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر .

وعن أبي الدرداء أنه قال : « لأن أقرض دينارين ثم يُردّا ثم أقرضهما أحب إليّ من أن أتصدق بهما »^(١).

وفي قول المصنف : المنلوب إليها إشعار بأنه ليس بواجب وهو صحيح لأنه من المعروف أشبه صلقة التطوع .

وأما كون القرض يصح في كل عين يجوز بيعها ما عدا المستثنى ؛ فلأن مقصود القرض حاصل من ذلك لأنه ينتفع به ويتمكن من بيعه .

وأما كون بني آدم لا يصح قرضهم في وجهه ؛ فلأنه لم ينقل ولا هو من المرافق .

ولأنه يفضي إلى أن يقترض جارية يطؤها ثم يردها .

وأما كونه يصح في وجهه ؛ فلأن السلم فيهم جائز فصح قرضهم كالبهائم .

وأما كون الجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه لا يصح قرضها ؛ فلأنها لا تنضبط بالصفة ولا يمكن فيها رد المثل ، ومقتضى القرض رد المثل .

وأما كونها يصح قرضها في وجهه وهو للقاضي ؛ فلأن ما لا مثل له تجب قيمته والجواهر وشبهها كغيرها في القيمة .

وقول المصنف رحمه الله : في أحد الوجهين متعلق بالمستثنى لا بقوله : مما لا يصح السلم فيه . وقوله : فيهما راجع إلى بني آدم والجواهر ونحوها لأنه لو لم يقل فيهما لتوهم أن الوجهين في الجواهر دون بني آدم .

⇨

وأخرجه أبو داود في سننه (٤٩٤٦) : ٤ : ٢٨٧ كتاب الأدب، باب في المعونة للمسلم .
وأخرجه الرمزي في جامعه (١٩٣٠) : ٤ : ٣٢٦ كتاب البر والصلة، باب ما جاء في السيرة على المسلم . قال الرمزي : هنا حديث حسن .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٥) : ١ : ٨٢ المقدمة، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥ : ٣٥٣ كتاب البيوع، باب ما جاء في فضل الإقراض .

قال : (ويثبت الملك فيه بالقبض فلا يملك المقرض استرجاعه ، وله طلب بدله ، فإن رده المقرض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوساً أو مكسرة فيحرمها السلطان فتكون له القيمة وقت القرض) .

أما كون الملك يثبت في القرض بالقبض ؛ فلأنه عقد تمليك فيثبت الملك فيه بالقبض كالهبة .

وأما كون المقرض لا يملك استرجاعه ؛ فلأنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع .

وأما كونه له طلب بدله ؛ فلأن العوض يثبت في النعمة حالاً فكان له طلبه كسائر الديون الحالة .

وأما كونه يلزمه قبوله إذا رده المقرض بشرطه ؛ فلأنه رده على صفة حقه فلزمه قبوله كما لو أعطاه غيره وكما في عقد السلم . واشترط المصنف رحمه الله في لزوم القبول شرطين :

أحدهما : أن لا يكون قد تعيب كحنطة ابتلت أو عفنت وما أشبه ذلك لأنه لم يدفع ذلك على صفة حقه .

الثاني : أن لا يكون فلوساً أو مكسرة فيحرمها السلطان ؛ لأن ذلك معنى يمتنع إنفاقها ويطلق ماليتها . أشبه كسرها أو تلف أجزائها .

وأما كونه له القيمة وقت القرض ؛ فلأن ذلك حينئذ يثبت في ذمته فوجب اعتبار القيمة به لأنه وقت الوجوب .

قال : (ويجب رد المثل في المكيل والموزون ، والقيمة في الجواهر ونحوها ، وفيما سوى ذلك وجهان) .

أما كون رد المثل في المكيل والموزون يجب فلا خلاف فيه .

ولأن رد المثل أقرب شهاً بالقرض من القيمة .

وأما كون رد القيمة في الجواهر ونحوها يجب؛ فلأن ذلك لا مثل له أشبه من لو أتلفه.

وأما كون رد القيمة فيما سوى ذلك كالحيوان وشبهه يجب في وجه؛ فلأنه لا مثل له أشبه الجواهر.

وأما كون رد المثل تقريباً يجب في وجه فـ «لأن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرة فرد خيراً منه»^(١). وهو مثله تقريباً. وخالف هذا الإتيان لأن القيمة أخصر ولا مسامحة فيه والقرض أسهل ولهذا جازت النسبة فيه فيما فيه الربا.

قال: (ويثبت العوض في الذمة حالاً وإن أجله، ويجوز شرط الرهن والضمين فيه ولا يجوز شرط ما يجر نفعاً نحو: أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد آخر. ويحتمل جواز هذا الشرط).

أما كون عوض القرض يثبت العوض في الذمة حالاً؛ فلأنه بدل شيء مقبوض أشبه عوض ثمن المبيع إذا ظهر مستحقاً.

وأما كونه يثبت حالاً وإن أجله؛ فلأنه حال لما تقدم والحال لا يتأجل بالتأجيل:

وأما كون القرض يجوز شرط الرهن فيه؛ فلأنه يصح الرهن فيه «لأن النبي ﷺ رهن درعه على شعير اقترضه لأهله»^(٢). وما جاز فعله جاز شرطه.

ولأن الرهن إنما يراد للتوثق بالحق وليس ذلك بزيادة.

وأما كونه يجوز شرط الضمين فيه؛ فلأنه في معنى الرهن.

(١) سبق تخريجه ص: ١٨١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٣) ٢: ٨٨٧ كتاب الرهن، باب في الرهن في الحضر. وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢١٥) ٣: ٥١٩ كتاب البيوع، باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل. وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٠) ٧: ٢٨٨ كتاب البيوع، الرهن في الحضر. وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٣٧) ٢: ٨١٥ كتاب الرهن.

المتع في شرح المتع

وأما كونه لا يجوز شرط ما يجز نفعاً؛ فلأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال: «كل قرض جر منفعة فهو حرام»^(١).

وعن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم «أنهم نهوا عن قرض جر منفعة».

ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه.
وأما قول المصنف رحمه الله: نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد آخر فتمثيل لصور فيها نفع بسبب الشرط.

وقوله: ويحتمل جواز هذا الشرط راجع إلى شرط القضاء في بلد آخر. ولذلك قيده بهذا. وفي ذلك وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن فيه نفعاً في الجملة ولهذا قالوا: يجوز قرض مال اليتيم للمصلحة مثل: أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر فيربح خطر الطريق.
والثاني: يجوز لأنه ليس بزيادة في قدر ولا صفة بل فيه مصلحة لهما فجاز كشرط الزهن.

وفصل المصنف في المغني فقال: إن كان المقرض يحمله مؤنة لم يجز لأنه زيادة، وإن لم يكن يحمله مؤنة جاز لأنه رفق بهما جميعاً ومصلحة في حقهما من غير ضرر والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة منها.

قال: (وإن فعله بغير شرط أو قضاة خيراً منه أو أهدي له هدية بعد الوفاء جاز؛ «لأن النبي ﷺ استسلف بكرة فرد خيراً منه وقال: خيركم أحسنكم

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن فضالة بن عبيد صاحب النبي ﷺ أنه قال: «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا». ٥: ٣٥٠. كتاب البيوع، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا.

قضاء»^(١). وإن فعله قبل الوفاء لم يجوز إلا أن تكون العادة جارية بينهما به قبل القرض).

أما كون فعل المقرض ما فيه نفع وقضائه خيراً مما اقترض^(٢) وهديته بعد الوفاء بغير شرط يجوز فلما ذكر المصنف رحمه الله من أن النبي ﷺ رد خيراً ومدح فاعله.

وأما كون ذلك قبل الوفاء مع عدم العادة لا يجوز فلما روي «أن رجلاً كان له علي سَمَكٍ عشرون درهماً فجعل يهدي له السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً فسأل ابن عباس فقال: أعطه سبعة دراهم»^(٣) رواه الأثرم.

وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك»^(٤) رواه ابن ماجه.

وأما كون ذلك مع العادة يجوز فلما تقدم من حديث أنس. ولأن مع العادة يكون سبب ذلك العادة لا القرض فلا يكون ذلك نفعاً جره القرض.

فإن قيل: قول المصنف رحمه الله: بعد الوفاء بم يتعلق؟

قيل: يحتمل أن يتعلق بأهدى.

فعلى هذا يكون فعل ما يجبر نفعاً غير مقيد وذلك يقتضي أن المقرض لو أسكن المقرض داره بغير عوض جاز إذا كان بغير شرط سواء كان ذلك قبل الوفاء

(١) سبق تخريجه ص: ١٨١.

(٢) في هـ: أقرض.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤٩ كتاب البيوع، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٣٢) ٢: ٨١٣ كتاب الصلقات، باب القرض. قال في الزوائد: في إسناده عتبة بن

حميد الضبي، ضعفه أحمد وأبو حاتم وذكره ابن حبان في الثقات، ويحيى بن أبي إسحاق لا يعرف حاله.

المتع في شرح المتنع

أو بعده لأن المقترض فعل ذلك من غير شرط أشبه ما لو لم يكن للمقرض عنده شيء، ويحتمل أن يتعلق ذلك بقوله: وإن فعله بغير شرط.

فعلى هذا لا يجوز أن يسكنه داره ونحو ذلك قبل الوفاء لأنه يصير القرض قرضاً يجر نفعاً ويجوز بعده لأنه حينئذ لا دين له عليه أشبه من لم يقترض منه بالكلية. وهذا الاحتمال موافق لما في المغني والكافي فإن المصنف صرح بالمتع فيما ذكر قبل الوفاء. والاحتمال الأول ظاهر كلام المصنف هنا ويوافق قول طائفة من الأصحاب.

قال صاحب الهداية فيها: ولا يجوز كل شرط يجر منفعة مثل: أن يقرضه على أن يسكنه داره أو يعطيه أجود مما أخذ أو يكتب له به سفتحة إلى بلد آخر فإن بدأه المقترض بفعل ذلك من غير شرط جاز. ويؤيد هذا الاحتمال أن بعد الوفاء إذا لم يختص بالهدية يجب أن يكون طرفاً لما قبله من المسائل وذلك لا يصح في قوله: أو قضاة خيراً منه لأن القضاء يستحيل أن يكون بعد الوفاء لأن القضاء نفس الوفاء والشيء يستحيل أن يكون بعد نفسه.

فعلى هذا كل نفع يوجد بعد الوفاء يجوز ما تقدم وكل نفع يوجد قبله ينظر فيه فإن لم يكن بينهما عادة به: فعلى الاحتمال الأول وما نقله الأصحاب يجوز ما لم يكن هدية، وعلى الاحتمال الثاني وما نقله المصنف في المغني والكافي لا يجوز وهو أظهر دليلاً من حيث الأثر والمعنى: أما الأثر فعموم قوله عليه السلام: «كل قرض جر منفعة حرام»^(١)، ونهي الصحابة المتقدم ذكرهم عن قرض جر منفعة^(٢). وأما المعنى فهو أن الأصحاب اتفقوا على المنع من الهدية قبل الوفاء. ولا فرق بينها وبين سكنى الدار ونحو ذلك.

(١) سبق تحريجه ص: ٢١٠.

(٢) رص: ٢١٠.

فإن قيل: لو وجد ذلك حالة الوفاء؟

قيل: ينظر فيه فإن كان النفع صفة في الوفاء مثل: أن يقضيه خيراً منه جاز لما تقدم. وإن كان زيادة في القضاء مثل: أن يقرضه درهماً فيعطيه أكثر منه لم يجز لأنه ربا.

وقال المصنف في المغني والكافي: تجوز الزيادة في الصفة والقدر لما تقدم من الحديث وحكى أبو الخطاب من غير تقييد روايتين.

قال: (وإن أقرضه أثماً فطالبه بها ببلد آخر لزمته، وإن أقرضه غيرها لم تلزمه. فإن طالبه بالقيمة لزمه أداؤها).

أما كون المقرض تلزمه الأثمان فيما ذكر؛ فلأنه أمكنه قضاء الحق من غير ضرر فلزمه كما لو طالبه في بلد القرض.

وأما كونه لا يلزمه غير الأثمان كالحنطة والشعير وغير ذلك مما لنقله مؤونة؛ فلأن عليه مؤونة في حملة^(١).

وأما كونه يلزمه أداء القيمة؛ فلأنه إذا تعذر رد المثل تعينت القيمة.

(١) في هـ: تحمله.

باب الرهن

الرهن في اللغة: الثبوت. يقال: ماء رهن أي راكد، ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة. قال الشاعر:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا
وفي الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى منه إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه.

وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهاناً مقبوضاً﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وأما السنة فما روت عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه»^(١) متفق عليه.

وروى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الظهُرُ يُرَكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرَهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرَكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةَ»^(٢) رواه البخاري.

وعنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يَغْلِقُ الرهن»^(٣) رواه ابن ماجه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٨) ٢: ٨٨٨ كتاب الرهن، باب الرهن عند اليهود وغيرهم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٣) ٣: ١٢٢٦ كتاب للساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٧٧) ٢: ٨٨٨ كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٤١) ٢: ٨١٦ كتاب الرهن، باب لا يغلق الرهن. قال في الزوائد: في إسناده محمد

بن حميد الرازي، وإن وثقه ابن معين في الرواية فقد ضعفه في أخرى. وضعفه أحمد والنسائي والبخاري. وقال

ابن حبان: يروي عن الثقات المقلوبات. وقال ابن معين: كذاب.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة .
قال المصنف رحمه الله : (وهو وثيقة بالحق لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله إلا عند أبي الخطاب) .

أما كون الرهن وثيقة بالحق ؛ فلأن الحق يستوفى منه عند تعذر الوفاء من المدين .

وأما كونه لازماً في حق الراهن ؛ فلأن الحظ في الرهن لغيره فلزم من جهته كالضمان في حق الضامن .

ولأنه وثيقة أشبه الضمان .

وأما كونه جائزاً في حق المرتهن ؛ فلأن الحظ فيه له وحده فكان له فسخه كالضمنون له .

وأما كونه جائزاً مع الحق مثل أن يقول : بعثك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك فلاناً فيقول : اشتريت منك ورهنتك عيدي ؛ فلأن الحاجة داعية إلى جوازه لأنه لو لم يجوز مع ثبوت الحق كان من عليه الحق بالخيار بين أن يرهن وبين أن لا يرهن .

وأما كونه جائزاً بعد الحق فبالإجماع .

ولأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به .

ولأن الله قال : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] جعله بدلاً عن الكتابة فيكون في محلها وكتابة الدين تكون صحيحة بعد وجوبه وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى : ﴿ إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مَسْمُومٍ فَكُتِبَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ذكره بقاء التعقيب .

وأما كونه لا يجوز قبله على المذهب ؛ فلأن الرهن وثيقة بحق فلم يجوز قبل ثبوته كالشهادة .

ولأن الرهن يبع فلم يجوز أن يتقدم الحق كالثمن لا يتقدم المبيع^(١) .
وأما كونه يجوز عند أبي الخطاب ؛ فلأنه وثيقة بحق فجاز قبل الحق كالضمان ،
أو فجاز على حق يحدث في المستقبل كضمان الدرك .
فإن قيل : ما صورة المسألة؟

قيل : هي أن يرفع إلى رجل ثوباً ويقول : رهنتك هذا على عشرة دراهم
تقرضنيها غداً ثم يقرضه الدراهم المذكورة .

قال : (ويصح رهن كل عين يجوز بيعها إلا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض
شرط لم يجوز رهنه) .

أما كون رهن كل عين يجوز بيعها ما خلا المكاتب يصح ؛ فلأن مقصود
الرهن الاستيثاق ليتوصل إلى استيفاء الحق من ثمنه عند تعذر الوفاء من الراهن وهو
حاصل في رهن كل عين يجوز بيعها .

وأما كون رهن المكاتب إذا قيل استدامة القبض شرط لا يصح ؛ فلأن
استدامة القبض تنافي عقد الكتابة لأن المكاتب يحتاج إلى التصرف والتنقل والتسبب
في أداء كتابته .

وأما قول المصنف رحمه الله : إذا قلنا استدامة القبض شرط فمشعر بأن في
الاستدامة خلافاً وسيأتي ذكر ذلك مفصلاً إن شاء الله تعالى .

قال : (ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه
وهناً) .

أما كون رهن ما يسرع إليه الفساد بدين كالعنب والرطب والبطيخ ؛ فلأنه
يجوز بيعه فيحصل مقصود الرهن .

(١) في و: البيع.

وقول المصنف رحمه الله: بدين مؤجل ليس قيماً في المسألة بل ذكره تنبيهاً على أن التأجيل لا أثر له في منع صحة ذلك وذلك أنه ربما توهم أن عقد الرهن يقتضي بقاء المرهون إلى استحقاق الاستيفاء فإذا كان الدين مؤجلاً أدت الصحة إلى مخالفة الاقتضاء المذكور وليس كذلك لأن بيع ما ذكر وجعل ثمنه مكانه يقوم مقام العين لأن الثمن بدل العين وبدل الشيء يقوم مقامه .

وأما كونه يباع؛ فلأن تركه يؤدي إلى تلفه وضياعه وذلك منهى عنه .

ولم يفرق المصنف رحمه الله بين ما يمكن تخفيفه كالعنب والرطب وبين ما لا يمكن تخفيفه كالبطيخ والطبيخ . وصرح في المغني بأن ما يمكن تخفيفه يجب على الراهن أن يخففه لأن ذلك من مؤونة حفظه وتبقيته فكان على الراهن كنفقة الحيوان وأن ما لا يمكن تخفيفه يباع لما في تركه من ضياع المال وهذا صحيح يجب حمل كلام المصنف عليه .

وأما كونه يجعل ثمن الرهن رهناً؛ فلأنه بدل عن رهن وحكم البدل حكم المبدل .

قال: (ويجوز رهن المشاع ثم إن رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز وإن اختلفا جعله الحاكم في يد أمين أمانة أو بأجرة) .

أما كون رهن المشاع يجوز؛ فلأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالمفروز .

وأما كونه إذا رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما يجوز؛ فلأن الحق لهما لا يعدوهما .

وأما كون الحاكم يجعل ذلك في يد أمين أمانة أو بأجرة إذا اختلف الشريك والمرتهن؛ فلأن قبض المرتهن واجب ولا يمكن ذلك منفرداً لكونه مشاعاً فيتعين ما ذكر؛ لكونه وسيلة إلى القبض الواجب .

قال: (ويجوز رهن المبيع غير المكييل والموزون قبل قبضه إلا على ثمنه في أحد الوجهين).

أما كون رهن المبيع غير المكييل والموزون قبل قبضه على غير ثمنه يجوز؛ فلأنه يجوز بيعه قبل قبضه، وما جاز بيعه جاز رهنه لما تقدم ذكره قبل^(١).

وأما كون رهنه قبل قبضه على ثمنه يجوز في وجه؛ فلأن الثمن صار ديناً في الذمة والمبيع صار ملكاً للمشتري فجاز رهنه بالثمن كغيره من الديون.

وأما كونه لا يجوز في وجه؛ فلأن المبيع محبوس بالثمن فلا فائدة في صيرورته رهنًا.

ولأن بين الرهن والبيع تنافياً لأن حكم الرهن أن يباع في الدين عند التعذر وحكم البيع إيفاء الثمن من غيره.

ولأن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً والرهن يقتضي تسليم الدين أولاً.

وأما كون رهن المكييل والموزون قبل قبضه لا يجوز فمبني على الرواية التي اختارها المصنف رحمه الله وهي أن المنع من بيع المبيع قبل قبضه مختص بالمكييل والموزون وقد تقدم في ذلك أربع روايات^(٢):

إحداها: أن المنع مختص بهما.

والثانية: أن ذلك مختص بالمبيع غير المعين كقفيز من صبرة.

فعلى هذه لا يجوز رهن المعين قبل قبضه ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه، وفي رهنه على ثمنه الخلاف.

والثالثة: أن المنع من البيع مختص بالمطعموم.

(١) ص: ٢٠٦.

(٢) ص: ١٢٨.

فعلى هذه لا يجوز رهن المطعوم قبل قبضه ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه ،
وفي رهنه على ثمنه الخلاف .

والرابعة : أن المنع يعم كل مبيع .

فعلى هذه لا يجوز رهن كل مبيع قبل قبضه على غير ثمنه وفي رهنه على ثمنه
الخلاف .

قال : (وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير
شرط القطع في أحد الوجهين) .

أما كون رهن ما لا يجوز بيعه - غير الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط
القطع - كأم الولد والوقف والعين المرهونة لا يجوز ؛ فلأن مقصود الرهن استيفاء
الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه .

وأما كون رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع لا يجوز في
وجه ؛ فلأنه لا يجوز بيعها .

وأما كونه يجوز في وجه وهو الأصح ؛ فلأن الرهن لا يصح قياسه على البيع
لأن النهي عن البيع إنما كان لعدم الأمن من العاهة وقد تقدم ما يدل عليه وحكمته
أن بتقدير وجودها يفوت مال المشتري مجاناً ولهذا قضى النبي ﷺ بوضع الجوائح
وهذا مفقود هنا لأن بتقدير وجود العاهة لا يفوت حق المرتهن من الدين لتعلقه بذمة
المدين .

ولأن رهن المرتد وما يسرع إليه الفساد يجوز ؛ فلأن يجوز هذا بطريق الأولى .

قال : (ولا يجوز رهن العبد المسلم لكافر إلا عند أبي الخطاب إذا شرطاً

كونه في يد مسلم) .

أما كون رهن العبد المسلم لكافر مع علم شرط كونه في يد مسلم لا يجوز؛
فلأن مقتضى الرهن أن يكون المرهون في يد المرتهن والمرتهن هاهنا ليس أهلاً
لذلك.

وأما كون رهنه مع شرط ذلك لا يجوز -قاله القاضي-؛ فلأن القبض
واستدامته شرط والكافر لا يكون له يد على مسلم ولذلك أمر ببيع عبده إذا أسلم.
وأما كونه يجوز عند أبي الخطاب؛ فلأنه مال فجاز رهنه عند الكافر كسائر
الأموال وما ذكر مندفع بالاشتراط المذكور.

قال: (ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في اللزوم. فإن أخرجه
المرتهن باختياره إلى الراهن زال لزومه. فإن زده إليه عاد اللزوم. ولو رهنه
عصيراً فتخمر زال لزومه فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق. وعنه: أن
القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط، فمتى امتنع الراهن من تقييضه أُجبر
عليه).

أما كون رهن غير المتعين لا يلزم بغير القبض؛ فلأن الله قال: ﴿فرهان
مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وصفه بكونه مقبوضاً.

ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فاقتقر إلى القبض كالقرض.
ولأنه رهن لم يقبض فلم يلزم إقباضه^(١) كما لو مات الراهن.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما
وصرح به في المغني لعموم ما ذكر. وحكي في المغني أيضاً عن بعض الأصحاب^(٢)
أنه قال: المكيل والموزون لا يلزم فيهما إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان كالبيع.
وهذا القياس ليس بصحيح لأنه يوهم أن البيع في غير المكيل والموزون لا يلزم في

(١) في هذا التباضه.

(٢) في و: أصحابنا.

رواية ولا خلاف في لزومه لأن أحد المتبايعين لو أراد فسخه لم يملكه بخلاف الرهن وإنما الخلاف في ضمانه هل هو على البائع أو على المشتري فإذا حكم المقيس والمقيس عليه مختلف لأن الكلام في الرهن في اللزوم وفي البيع في الضمان .

وأما كون رهن المتعين لا يلزم إلا بالقبض على المذهب فكغيره .

وأما كونه يلزم بمجرد العقد على رواية ؛ فلأن تعيينه قائم مقام قبضه ولذلك

قام مقام قبضه في البيع في رواية .

وأما كون استدامة القبض شرطاً في اللزوم على المذهب فلما تقدم من قوله

تعالى : ﴿فَرِهَانَ مِقْبُوضَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٣] .

ولأنها إحدى حالتَي الرهن . فكان القبض فيها شرطاً ؛ كالاتداء .

ولأن الرهن يراد للوثيقة^(١) ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فإذا لم يكن

في يده لم يتمكن من بيعه ولم يحصل وثيقة .

فعلى هذه الرواية إن أخرجه المرتهن باختياره زال اللزوم ؛ لأن استدامة القبض

شرط في اللزوم وقد زالت . فوجب أن يزول اللزوم لزوال شرطه . وقيد إخراج

المرتهن الرهن باختياره احترازاً من خروجه لا باختياره ؛ كالغصب والسرقه

ونحوهما ؛ لأن ذلك لا يزيل اللزوم ؛ لأن يد المرتهن ثابتة عليه حكماً فكان حكمه

حكم من لم يزل يده . وإن رده عاد اللزوم بحكم العقد السابق . ولا يحتاج إلى تجديد

عقد ؛ لأن العقد قد وجد ، ولم يوجد ما يبطل الصحة . أشبه ما لو تراخى القبض عن

العقد .

ولو كان الرهن عصيراً فتحمر زال لزومه أيضاً ؛ لأن تخمير العصير بمنزلة

إخراجه من يده في زوال يده ؛ لأنه لا يد لمسلم على حمر .

(١) في هـ: للوثيقة.

ولأن صيرورته خمراً يخرج عن صحة العقد؛ فلأن يخرج عن اللزوم بطريق الأولى. وإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق؛ لأن صيرورته خمراً شارك إخراج الرهن من يد المرتهن في زوال اللزوم فوجب أن يشارك عوده خلاً عود الرهن إلى يد المرتهن في عود اللزوم. ولقائل أن يفرق بين إعادة الرهن وبين تخلل الخمر؛ لأن العقد مقتض للصحة واستدامة القبض شرط في اللزوم، فإذا زالت الاستدامة بقيت الصحة، فإذا عادت الاستدامة عاد اللزوم مستنداً إلى العقد المقتضي للصحة بخلاف ما إذا تخلل الخمر فإنه لما صار خمراً خرج عن اللزوم وعن الصحة إذ لا يصح رهن الخمر فارتفع موجب العقد، فإذا تخلل لم يجد اللزوم ما يستند إليه. وقد صرح المصنف رحمه الله ببطلان الرهن بصيرورته خمراً وبأن اللزوم يعود بتخلله، وأورد ما ذكر من الإشكال. وأجاب عنه: بأن العقد إذا وقع صحيحاً ثم حدث بالمعقود معنى أخرجه من حكم العقد، ثم زال ذلك لا يمتنع^(١) عود حكم العقد؛ كزوجة الكافر إذا أسلمت فإنه يحرم وطؤها ويخرج عن حكم العقد فإذا أسلم الزوج في العدة عاد حكم العقد. وفي هذا الجواب نظر فإن الزوج إذا أسلم بعد زوجته يحكم ببقاء النكاح لا بعوده. بناء على أن الفرقة تتوقف على انقضاء العدة على الصحيح من المذهب. وعلى رواية وقوع الفرقة باختلاف الدين لا يحكم بعود النكاح؛ لأنه انفسخ فكيف يعود بعد^(٢) فسخه. ولقائل أن يقول في مسألة التحلل: إن الصحة تبقى مراعاة؛ كالكافرة إذا أسلمت. إلا أنه يناقض منصوص المصنف في المعنى بالبطلان. ويجاب عنه: بأن مقتضى الدليل أن لا يثبت صحة شيء مع ما ينافيها خولف ذلك في إسلام أحد الزوجين؛ لأن جماعة من الصحابة أسلم الأزواج قبل

(١) في هـ: يمتنع.

(٢) ساقط من هـ.

النساء وبالعكس فأقرهم النبي ﷺ على ذلك فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضى الدليل .

قال : (وتصرف الراهن في الرهن لا يصح إلا العتق فإنه ينفذ ويؤخذ منه قيمته رهناً مكانه . وعنه : لا ينفذ عتق المعسر .

وقال القاضي : له تزويج الأمة وبيع الزوج وطئها ومهرها رهن معها .
والأول أصح) .

أما كون تصرف الراهن في الرهن بغير العتق والتزويج كالبيع والهبة والإجارة والوقف والرهن لا يصح ؛ فلأنه تصرف يبطل حق الوثيقة ، وليس بمبني على السراية والتغليب فلم يصح كما لو فسخ عقد الرهن .

وأما كون تصرف الموسر بالعتق ينفذ ؛ فلأنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر .

ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع .

ولأن العتق مبني على السراية والتغليب وينفذ في ملك الغير ؛ فلأن ينفذ في ملكه بطريق الأولى .

فعلى هذا يجب عليه قيمته لأنه أبطل حق المرتهن من الوثيقة فوجب عليه قيمته كما لو أتلفه ويؤخذ منه فيجعل رهناً لأنها نائبة عن العين أو بدل عنها .

وأما كون تصرف المعسر بالعتق ينفذ على المذهب فلما ذكر في الموسر .

فعلى هذا تبقى القيمة^(١) في ذمته كما إذا أتلف شيئاً من مال غيره .

فإن قيل : فأَيُّ فائدة في بقاء القيمة في ذمته والدين ثابت فيها ؟

(١) في و: قيمته.

قيل : فائدته أنه إذا أيسر قبل حلول الدين ملك المرتهن مطالبته بالقيمة ليكون رهناً .

وتعتبر القيمة حال الإعتاق لأنها حال الإتلاف .

وأما كونه لا ينفذ عتق المعسر على رواية؛ فلأن نفوذ عتقه يسقط الوثيقة وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الإضرار بالمرتهن، وكما لو أعتق شريكاً له في عبد وهو معسر . وذكر أبو الخطاب هذه الرواية في الهداية احتمالاً . وذكرها المصنف رحمه الله في المغني عن أبي الخطاب تحريماً .

وأما تصرفه في التزويج فقال القاضي وجماعة من أصحابنا : إذا زوج الأمة المرهونة صح؛ لأن محل عقد النكاح غير محل عقد الرهن بدليل صحة رهن الأمة المزوجة .

ولأن الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع التزويج كالإجارة .

فعلى هذا يكون المهر رهناً معها لأنه من ثماء الرهن فكان رهناً لما يأتي إن شاء الله تعالى . ويمنع الزوج وطئها لئلا تحبل فتتقص قيمتها وربما تلفت بسبب الحمل . واختار أبو الخطاب أن التزويج لا يصح لأنه تصرف ينقص قيمتها ويشغل بعض منافعها فلم يملكه الراهن بغير رضى المرتهن كالإجارة . وصح المصنف اختيار أبي الخطاب لما ذكر .

ولأن التزويج يذهب رغبات المشترين فيها فينقص من أجل ذلك ثمنها وليس للراهن ذلك كما لو فسخ عقد الرهن .

قال : (وإن وطئ الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهناً) .

أما كون الجارية المرهونة تخرج من الرهن بالإيلاد؛ فلأنها تصير به أم ولد .

وأما كون قيمتها تؤخذ من الواطئ؛ فلأنه فوت على المرتهن الرهن فوجب أن يؤخذ منه بدله كما لو أتلفه .

وأما كون القيمة تجعل رهناً؛ فلأنها بدله والبدل يعطى حكم مبدله .

قال: (وإن أذن المرتهن له في بيع الرهن أو هبته ونحو ذلك ففعل صح وبطل الرهن . إلا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يعجل له^(١) دينه من ثمنه) .

أما كون فعل ما ذكر بإذن المرتهن يصح؛ فلأن المنع منه كان لحقه فإذا أُذِن زال المنع .

وأما كون الرهن يبطل في غير المستثنى؛ فلأنه لا يجتمع مع ما ينافيه .

وأما كونه لا يبطل إذا أذن المرتهن في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يعجل له دينه من ثمنه؛ فلأنه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز . فكذلك قبله .

قال: (وإنما الرهن وكسبه وأرش الجناية عليه من الرهن ومؤنته على الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه إن كان مخزوناً) .

أما كون نماء الرهن وكسبه وأرش الجناية عليه من الرهن؛ فلأن الرهن عقد وارد على العين فيدخل فيه ما ذكر كالبيع والهبة .

ولأن ما ذكر تبع للأصل فكان رهناً كأساسات الحيطان .

وأما كون مؤنته وكفنه وأجرة مخزنه على الراهن؛ فلأن النبي ﷺ قال:

«الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» وجميع ما ذكر من غرمه .

ولأن الرهن ملك الراهن فكان عليه جميع ما ذكر كغير المرتهن .

(١) ساقط من هـ .

قال : (وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه . وإن تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين) .

أما كون الرهن أمانة في يد المرتهن ؛ فلأن النبي ﷺ قال في الرهن : « لصاحبه غنمه وعليه غرمه »^(١) .

ولأن الرهن لو ضمن لامتتع الناس من فعله خوفاً من الضمان وذلك وسيلة إلى تعطيل القروض والمداينات غالباً وفي ذلك ضرر عظيم والضرر منفي^(٢) شرعاً .
ولأن الرهن مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان كله أمانة كالوديعة .

وأما كونه لا شيء على المرتهن إذا تلف بغير تعد منه ؛ فلأنه أمانة في يده فلم يكن في تلفه شيء كالوديعة .

وأما قول المصنف رحمه الله : إذا تلف بغير تعد منه ففيه إشعار بأنه يضمنه مع التعدي ؛ لأن الوديعة إذا تعدى فيها ضمن فكذا هاهنا .

وأما كون شيء من الدين لا يسقط بهلاكه ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « لا يَغْلُقُ الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه »^(٣) رواه الأثرم .

ولأنه مقبوض على وجه الأمانة فلم يسقط الحق كالوديعة إذا تلفت في يد من له عند صاحبها دين .

وأما كون باقي الرهن رهنًا بجميع الدين ؛ فلأن الدين كله يتعلق بجميع أجزاء الرهن . لما سيأتي إن شاء الله تعالى .

(١) أخرجه للبارقطني في سنته (١٢٧) ٣ : ٣٢ كتاب البيوع .

(٢) في هـ : متفق .

(٣) سبق تخريجه ص : ٢٢٦ .

قال: (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين . وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك في نصيبه . وإن رهنه رجلان شيئاً فوفاه أحدهما انفك في نصيبه) .

أما كون الرهن لا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين ؛ فلأنه عين تعلق به حق فلا ينفك من الرهن بحساب ما قضى كالمكاتب لا يعتق بعضه إذا أدى بعض المكاتبه .

ولأن الأعيان تزيد قيمتها وتنقص باختلاف الأسعار ورغبة الطلاب فلو خرج من الرهن شيء بقدر ما قضى لم يؤمن أن الباقي لا يفي ببقية الحق لنقصان سعره .
وأما كونه ينفك في نصيب من وفى إذا كان الرهن عند رجلين فوفى أحدهما ؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً .

وقال أبو الخطاب في الهداية : يكون ذلك رهناً عند الآخر حتى يوفيه نظراً إلى أن العقد واحد .

وقال المصنف في المغني : كلام أحمد وأبي الخطاب -يعني في ذلك- محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه فيه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً إذ لا يجوز أن يقال : رهنه نصف العبد فصار جميعه رهناً .

وأما كون ينفك في نصيب من وفى إذا كان الراهن رجلين فوفى أحدهما ؛ فلأن الراهن متعدد فتعلق ما على هذا بنصيبه وما على هذا بنصيبه لأن الرهن لا يتعلق بملك الغير إلا إذا كان مأذوناً في رهنه ولم يوجد ذلك .

قال : (وإذا حل الدين وامتنع الراهن من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو للعدل في بيعه باعه ووفى الدين وإلا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو يبيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه) .

أما كون المرتهن أو العدل يبيع الرهن إذا حل الدين وامتنع الراهن من وفائه وكان الراهن قد أذن في بيعه؛ فلأنه مأذون له في ذلك.

وأما كونه يوفي الدين؛ فلأن ذلك هو المقصود من البيع.

وأما كونه يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الوفاء أو يبيع الرهن إذا لم يكن الراهن أذن في بيعه؛ فلأن شأن الحاكم ذلك.

وظاهر كلام المصنف أن الحاكم لا يبيع الرهن بنفسه هنا لأنه قال: يجبره على الوفاء أو يبيع الرهن.

وقال في المغني: إن رأى حبسه وتعزيره فعل وإن رأى يبعه بنفسه أو بأمينه فعل.

وأما كون الحاكم يبيع ذلك إذا امتنع الراهن من كل واحد من الأمرين؛ فلأن ذلك تعين طريقاً إلى أداء الحق الواجب أدائه.

وأما كونه يقضي دينه؛ فلما تقدم.

فصل

قال المصنف رحمه الله : (وإذا شرط في الرهن جعله على يد عدل صح ، وقام قبضه مقام قبض المرتهن . وإن شرط جعله في يد اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه) .

أما كون شرط جعل الرهن على يد عدل يصح ؛ فلأنه قبض في عقد فجاز التوكيل فيه كقبض الموهوب .

وأما كون قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن ؛ فلأنه وكيله ، وقبض الوكيل يقوم مقام قبض الموكل .

وأما كون أحد الاثنين لا يكون له الانفراد بحفظ الرهن إذا شرط جعله في يد اثنين ؛ فلأن الراهن لم يرض إلا بحفظهما فلم يجز لأحدهما الانفراد بحفظه كالوصيين .

قال : (وليس للراهن ولا المرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل إلا أن تتغير حاله وله رده عليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فإن فعل فعليه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر) .

أما كون كل واحد من الراهن والمرتهن ليس له نقل الرهن عن يد العدل إذا لم تتغير حاله ؛ فلأنهما رضيا به ابتداء .

وقول المصنف رحمه الله : إذا لم يتفقا مشعر بأنه مع الاتفاق منهما يجوز نقله . وصرح به في المعني ؛ لأن الحق لهما لا يعلوهما .

وأما كون الحاكم ليس له ذلك؛ فلأن الراهن إذا لم يملك ذلك وهو صاحب الحق؛ فلأن لا يملكه الحاكم بطريق الأولى.

وأما كون كل واحد من الراهن والمرتهن له نقل الرهن عن يد العدل إذا تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ أو عداوة ونحو ذلك؛ فلأن في مقامه في يده ضرراً على الطالب.

فعلى هذا إن اتفقا على شخص يضعانه عنده جاز لأن الحق لهما وإن اختلفا وضعه الحاكم عند عدل لأن الحاكم شأنه قطع النزاع وذلك طريق إليه.

وأما كون العدل له رده على الراهن والمرتهن؛ فلأنه أمين متطوع بالحفظ فكان له رده كسائر الأمانات.

وأما كونه لا يملك رده إلى أحدهما؛ فلأن للآخر حظاً في إمساكه في يده. وفي رده إلى أحدهما تضييع له.

وأما كون العدل عليه أن يرده إلى يده؛ فلأن في ذلك عوداً للحق إلى مستحقه.

وأما كونه يضمن حق الآخر إذا لم يفعل الرد؛ فلأنه فوت عليه ما استحقه بعقد الرهن أشبه ما لو أتلفه.

قال: (وإن أذنا له في البيع لم يبع إلا بتقد البلد. فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين فإن لم يكن فيها جنس الدين باع بما يرى أنه أصلح).

أما كون العدل ليس له أن يبيع إلا بتقد البلد إذا أذن له في البيع من غير تعيين؛ فلأن الحظ في ذلك للراجح فيه.

وأما كونه يبيعه بجنس الدين إذا كان في البلد نقود؛ فلأنه أقرب إلى وفاء الحق.

وأما كونه يبيعه بما يرى أنه أصلح إذا لم يكن في النقود جنس الدين؛ فلأن عليه الاحتياط فيما هو متوليه أشبه الحاكم. واعلم أن المصنف قال في المغني: إذا تعددت^(١) النقود باع بأغلبها لأنه راجح على غيره. فيجب حمل كلامه هنا على ما إذا كانت النقود متساوية جمعاً بين نقلية^(٢) في كتابه.

وقال في المغني أيضاً بدل قوله: باع بما يرى أنه أصلح عين له الحاكم ما يبيعه به. وهو أولى لأنه أعرف بالأحظ وأبعد من التهمة.

قال: (وإن قبض الثمن فتلّف في يده فهو من ضمان الراهن. وإن استحق المبيع رجع المشتري على الراهن. وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولم يكن قضاة بينة ضمن. وعنه: لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل. وهكذا الحكم في الوكيل).

أما كون الثمن التالف في يد العدل من ضمان الراهن؛ فلأنه وكيله في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه أشبه سائر الأمانات.

وأما كون المشتري يرجع على الراهن إذا استحق المبيع؛ فلأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه. واشترط المصنف رحمه الله في المغني في الرجوع على الراهن دون العدل أن^(٣) يكون العدل قد أعلم المشتري أنه وكيل؛ لأنه إذا لم يعلم كان هو البائع ظاهراً فإذا ادعى بعد ذلك أنه وكيل لم يقبل لمخالفته الظاهر وللتهمة.

وأما إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولا بينة للعدل عليه فعلى

ضريين:

(١) في هـ: تعدد.

(٢) في و: نقله.

(٣) في هـ: قد.

المتع في شرح المتنع

أحدهما: أن يكون أمره بالإشهاد فيضمن لتفريطه ومخالفة أمر موكله .

وثانيهما: أن يطلق ولم يأمره بإشهاد ولا غيره وفيه روايتان :

إحداهما: يضمن ؛ لأنه فرط حيث لم يُشهد .

ولأنه إنما أذن له في قضاء مير ولم يحصل .

والثانية: لا يضمن ؛ لأنه أمينه .

وقد المصنف رحمه الله رواية الضمان بعدم البينة بينهما .

على أن القضاء إذا كان بينة لا يضمن لعدم التفريط . ولا فرق في عدم

الضمان بين أن تكون البينة قائمة أو ميتة أو غائبة لما ذكر . ولا بد أيضاً من قيد ثان

وهو: أن لا يكون قضاؤه بحضرة الموكل صرح بذلك جماعة من أصحابنا ؛ لأنه لا

يعد مفراطاً . واشترط في رواية عدم الضمان: أن لا يكون الموكل أمره بالإشهاد .

فلم يفعل يضمن قولاً واحداً ؛ لما تقدم من أنه يعد مخالفاً مفراطاً .

وأما كون حكم الوكيل حكم العدل فيما ذكر ؛ فلأنه في معناه .

قال : (وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح . فإن عزلها صح عزله .

وإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لم يصح

الشرط . وفي صحة الرهن روايتان) .

أما كونه إذا شرط أن يبيع المرتهن أو العدل الرهن يصح ؛ فلأن كل واحد

منهما أهل للم كالة أشبه الوكيل

ولأن ما صح توكيل غيرهما فيه صح به نيلهما فيه كبيع عين أخرى .

وأما كونه يصح عزلها ؛ فلأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر

الوكالات .

وقال المصنف في المغني : قال ابن أبي موسى : يتوجه أن لا يصح ؛ لأن

الوكالة هنا صارت من حقوق الرهن .

والأول المنصوص؛ لما ذكر. وكونها من حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرط الرهن في البيع فإنه لا يصير لازماً؛ كما لو مات الراهن بعد الإذن فإنه تنفسخ الوكالة.

وأما كونه إذا شرط أن لا يبيعه عند الحلول لا يصح؛ فلأنه شرط يناهق مقتضى عقد الرهن.

وأما كونه إذا شرط إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لا يصح فلقول النبي ﷺ: «لا يعلقُ الرهن»^(١).

قأن الأثرم: قلت لأحمد: ما معنى قوله: لا يعلقُ الرهن؟ قال: لا يرفع رهناً إلى رجل ويقول: إن جئتك بالدرهم إلى كذا وإلا فالرهن لك.

وروي «أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى شيء مسمى. فمضى الأجل. فقال الذي ارتهن: منزلي فقال النبي ﷺ: لا يعلقُ الرهن» رواه الأثرم.

ولأنه علق البيع على شرط لأنه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح.

وأما كون الرهن صحيحاً ففيه روايتان مبنيتان على الروايتين في البيع.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: قال القاضي: يحتتمل فساد الرهن بالشرط الفاسد بكل حال لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فإذا لم يسلم له أفضى إلى أخذ ماله بغير رضاه. والقياس يقتضي ذلك في البيع لكن ترك فيه للأثر^(٢) فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس.

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٤.

(٢) في و: الأثر.

ولأنه شرط فاسد فأفسد عقد الرهن كما لو وقته . ونصر أبو الخطاب في رؤوس المسائل صحته استدلالاً بقوله عليه السلام : « لا يَغْلُقُ الرهن »^(١) . وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده . [وقيل : ما يَنْقُصُ بفساده]^(٢) حق المرتهن^(٣) يَظْلَهُ وجهاً واحداً ، وما لا يَنْقُصُ به فعلى وجهين .

(١) سبق تخريجه ص : ٢١٤ .

(٢) ساقط من هـ .

(٣) في هـ : الرهن .

فصل

قال المصنف رحمه الله: (إذا اختلفا في قدر الدين أو الرهن أو رده، أو قال: أقبضتك عصيراً قال: بل^(١) حمراً فالقول قول الراهن).

أما كون القول قول الراهن إذا اختلف هو والمرتهن في قدر الدين فقال المرتهن: لي عليك ألف رهنتني عليها عبدك فلاناً فقال الراهن: بل مائة، أو في قدر الرهن فقال المرتهن: رهنتني هذا العبد وهذه الجارية فقال الراهن: بل أحدهما؛ فلأن الراهن منكر والقول قول المنكر.

ولأن القول قوله في أصل العقد . فكذلك في صفته .

وأما كون القول قوله إذا اختلفا في رد الرهن فقال المرتهن: رددته إليك، وقال الراهن: لم أقبضه فلما ذكر .

ولأن الأصل معه والمرتهن قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر .

وأما كون القول قوله إذا قال: أقبضتك عصيراً فقال المرتهن: بل حمراً؛ فلأن المرتهن معترف بعقد وقبض ويدعي فساده . والأصل فيه السلامة .

قال: (وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه عتق وأخذت منه قيمته رهناً . وإن أقر أنه كان جنياً أو أنه باعه أو غصبه قبل على نفسه، ولم يقبل على المرتهن إلا أن يصدقه).

(١) في هـ: قال لا بل.

المتع في شرح المنع

أما كون العبد المقر بعته يعتق؛ فلأن السيد غير متهم في الإقرار بعته لأنه لو أنشأ العتق بعد لزوم الرهن عتق لما تقدم .
وأما كون القيمة تؤخذ من المقر رهناً؛ فلأنه فوت عليه الوثيقة بالعتق فلزمته القيمة تجعل رهناً جبراً لما فاتته من الوثيقة .
وأما كونه إذا أقر أنه كان جنياً أو أنه باعه أو غصبه يقبل قوله على نفسه؛ فلأنه مقر على نفسه فقبل كما لو أقر له بدين .
وأما كونه لا يقبل قوله على المرتهن مع تكذيبه إياه؛ فلأنه متهم في حقه .
ولأن قول الغير على الغير غير مقبول .
فعلى هذا يلزم المقر أورش الجناية إن كان موسراً؛ لأنه حال بين المجني عليه وبين رقبة الجاني بفعله أشبه ما لو قتله ، ويتعلق حق المجني عليه برقيقته إذا انفك الرهن إن كان معسراً ويستحق المشتري والمغصوب منه الرهن إذا انفك منه؛ لأن اعترافه مفتض لذلك في الحال وفي المال . خولف في الحال لأجل حق المرتهن . فمتى زال : عمل المقتضي عمله ، وإن صدقه المرتهن ثبت ذلك في الحال؛ لأن المقتضي قائم والمانع زائل .

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وإذا كان الرهن مركوباً أو مخلوباً فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحريراً للعدل في ذلك، وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فهو متبرع، وإن عجز عن استدانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين).

أما كون المرتهن له أن يركب ويحلب فيما ذكر بقدر نفقته فلما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الظهُرُ يُرَكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرَهُونًا، وَلِبْنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرَهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرَكَبُ وَيَشْرَبُ النِّفْقَةَ»^(١) رواه البخاري.

ولأن الحيوان نفقته واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من منفعه مع بقاء عينه فجاز كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند عدم الإنفاق عليها.

فإن قيل: المراد به أن الراهن ينفق ويتنفع.

قيل: هذا لا يصح لوجهين:

أحدهما: أنه روي في بعض الألفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن

علفها.

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٤.

المتع في شرح المقنع

والثاني : أن قوله : بنفقته فيه إشارة إلى أن الانتفاع عوض النفقة والراهن النفقة عليه لا بطريق المعاوضة وهذا الإنفاق لا فرق فيه بين تعذر النفقة من الراهن بعينه أو امتناع أو مع القدرة على أخذ النفقة منه أو استئذانه لعموم الحديث .
ويجب أن يكون الانتفاع بما ذكر بقدر النفقة لأن فيه معنى المعاوضة .
وعن أحمد لا ينتفع بما ذكر ؛ لأن النبي ﷺ قال : « الرهن من رآه له غنمه وعليه غرمه » .

ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم تكن له ذلك كغير المرتهن .
والأول أصح ؛ لما ذكر من الحديث .

وقوله : « غنمه » نقول به ؛ لأن النماء عندنا للراهن لكن للمرتهن الانتفاع بما ذكر بشرط النفقة لما تقدم .

وفي قول المصنف رحمه الله : وإذا كان الرهن مركوباً أو مخلوباً إشعار بأن المرتهن ليس له أن ينتفع بغيرهما . وقد صرح بذلك المصنف رحمه الله في بقية كتبه وغيره من الأصحاب فيما عدا الخدمة وحكوا في الخدمة روايتين ، والأصح أنه لا ينتفع من الرهن إلا بالركوب والحلب ؛ لأن القياس يقتضي أن لا ينتفع بشيء من ذلك . ترك ذلك في الركوب والحلب ؛ للأثر . فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس .

وأما كون المرتهن متبرعاً إذا أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه ؛ فلائنه مفرط حيث لم يستأذن المالك .

ولأن الرجوع فيه معنى المعاوضة فافتقر إلى الإذن والرضى كسائر المعاوضات .

وأما كونه إذا عجز عن استئذنه ولم يستأذن الحاكم يرجع على رواية؛ فلأنه فعل ما يجب عليه وهو محتاج إليه لحراسة حقه أشبه الشريك إذا أنفق على الدابة المشتركة مع غيبة شريكه .

وأما كونه لا يرجع على رواية؛ فلأن النفقة معاوضة فافتقرت إلى رضا المالك وإذنه كسائر المعوضات .

قال: (وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمال إذا هرب الجمال وتركها في يد المكترى . وإن انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة) .

أما كون حكم الإنفاق على الوديعة والجمال التي هرب جمالها عنها حكم الإنفاق على الرهن على ما ذكر من التفصيل؛ فلتساوي الكل معنى الموجب للتساوي حكماً .

وأما كون المرتهن لا يرجع بما غرمه في الدار المرهونة بغير إذن الراهن رواية واحدة؛ فلأن العمارة لا تجب على الراهن بخلاف نفقة الحيوان . وذكر صاحب النهاية فيها بعد قوله في هذه المسألة لا يرجع قولاً واحداً أن ابن عقيل قال: يحتمل أن يرجع؛ لأن غرضه حفظ وثيقته . أشبه الحيوان .

فصل

قال المصنف رحمه الله : (وإذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ولسيده فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو يبعه في الجناية أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه . وعنه : إن اختار فداءه لزمه جميع الأرش ، فإن فداه فهو رهن بحاله ، وإن سلمه بطل الرهن) .

أما كون أرش الجناية تتعلق برقبة الرهن الجاني ؛ فلأن الجناية مقدمة على حق المالك ، والملك أقوى من الرهن فأولى أن تقدم على الرهن .
فإن قيل : المرتهن أيضاً مقدم على حق المالك .

قيل : حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده بخلاف حق الجناية فإنه ثبت بغير اختياره مقدماً على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده .

ولأن حق الجناية يختص بالعين بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أخف وأدنى .

وأما كون السيد له الخيرة بين فدائه وبين يبعه وبين تسليمه ؛ فلأن حق المحني عليه في قيمته لا في عينه .

وأما كونه يفديه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته على المذهب ؛ فلأنه إن كان الأرش أقل فالجني عليه لا يستحق أكثر من أرش الجناية عليه ، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزم السيد أكثر منها ؛ لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزمه أكثر من قيمته كما لو أتلفه .

وأما كونه يلزمه جميع الأرش إن اختار فداءه على رواية؛ فلأنه ربما رغب فيه راغب فيشتره بأكثر من قيمته .

وأما كونه إذا فداه رهناً بحاله؛ فلأن الرهن لم يبطل، وإنما قلم حق المجني عليه لقوته فإذا زال ظهر حق المرتهن .

وأما كونه إذا سلمه يبطل الرهن؛ فلأن الجناية تعلقت بالعبد والتسليم استقر كونه عوضاً عنها فبطل كونه محلاً للرهن . أشبه ما لو مات أو ظهر مستحقاً لغيره .

قال: (فإن لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن . وقيل: يباع جميعه، ويكون باقي ثمنه رهناً) .

أما كون الجنائي الذي لا يستغرق أرش جنايته قيمته يباع منه بقدر أرش الجناية فقط على المنهوب؛ فلأن المقصود يحصل بذلك .
وأما كون باقيه رهناً؛ فلزوال المعارض .

وأما كونه يباع جميعه على قول؛ فلأن تعلق الجناية كتعلق دين الرهن، ودين الرهن ينسب على جميع أجزائه . فكذلك دين الجناية .

فعلى هذا إذا بيع دفع منه أرش الجناية والباقي رهن؛ لأنه بدل عن الرهن وعوض عنه فتعلق به ما كان متعلقاً بمبدله .

قال: (وإن اختار المرتهن فداءه فقداه بإذن الراهن رجع به، وإن فداه بغير إذنه فهل يرجع به؟ على روايتين) .

أما كون المرتهن يرجع بالفداء إذا فداه بإذن الراهن؛ فلأنه غرمه بإذن مالكه فوجب أن يستحق الرجوع به عليه كما لو أذن المضمون عنه لضمانه في الوفاء .

وأما كونه إذا فداه بغير إذنه هل يرجع به على روايتين؛ فلأنه في معنى ما إذا قضى دين الغير بغير إذنه . وسيذكر الخلاف فيه إن شاء الله تعالى .

ويشترط في الخلاف المذكور: أن يكون المرتهن يعتقد الرجوع لأنه إذا فدها وهو لا يعتقد ذلك يكون متبرعاً. ولم يذكر المصنف رحمه الله اعتقاد الرجوع؛ لأنه قد تقرر أن المتبرع ليس له أن يرجع. واعتمد هنا على لحظ ذلك.

فإن قيل: فلو بذل المرتهن الفداء لتكون العين رهناً عليه وعلى الدين الأول هل كان له ذلك؟

قيل: نعم؛ لأنه في مقابلة جناية ملك الراهن وذلك لازم له، ولهذا تعلق برقبة ملكه. ذكره ابن عقيل.

وقال صاحب النهاية فيها بعد ذكر قول ابن عقيل: يحتمل أن لا يصير رهناً بالفداء بل يكون ديناً بغير رهن؛ لأن الزيادة في دين الرهن لا يجوز.

قال: (وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فليسده القصاص، فإن اقتصر فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه، وكذلك إن جنى على سيده فاقص منه هو أو ورثته^(١)).

أما كون السيد له القصاص؛ فلأن حاجته داعية إلى ذلك صيانة لماله وزجراً لتعدي الغير عليه.

وقال أبو الخطاب في الهداية: ليس له القصاص بغير رضا المرتهن لما فيه من إسقاط حقه من الوثيقة ويندفع ذلك بإيجاب القيمة تجعل رهناً؛ لأن فيه تعويضاً عن العين فلم يسقط حقه.

وأما كون القيمة عليه إذا اقتصر؛ فلأنه أتلف مالاً استحق بسبب إتلاف الرهن. فغرم قيمته؛ كما لو كانت الجناية موجبة للمال.

(١) في هـ: هو ورثته.

وأما كون القيمة أقل القيمتين ومعناه أن الرهن لو كان يساوي عشرة والجاني خمسة أو بالعكس لم يكن عليه إلا الخمسة؛ فلأن في الأولى لم يفوت على المرتهن إلا ذلك القدر، وفي الثانية لم يكن حق المرتهن متعلقاً إلا بذلك القدر.

وقال المصنف في المغني: إن اقتص أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهناً. وظاهره أنه يجب على الراهن جميع قيمة الجاني وهو متجه؛ لأنه بدل عن الرهن فكان كله رهناً.

وأما كون القيمة تجعل مكانه؛ فلأن ذلك بدل الرهن وعوض عنه.

وأما كون الحكم إذا جنى على سيده فاقترض منه هو أو ورثته كالحكم إذا جنى عليه أجنبي فاقترض الراهن منه؛ فلأنهما مستويان معنى فوجب أن يستويا حكماً.

قال: (فإن عفى السيد على مال أو كانت الجناية موجبة للمال فما قبض منه جعل مكانه فإن عفى السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن، فإذا انفك الرهن رد إلى الجاني).

وقال أبو الخطاب: يصح وعليه قيمته).

أما كون ما قبض من الفداء إذا عفى السيد على مال أو كانت الجناية موجبة له يجعل مكانه؛ فلأن ذلك بدل عنه فوجب أن يعطى حكمه.

وأما كون السيد إذا عفى عن المال يصح في حقه دون المرتهن على الأول؛ فلأن عفوه صادق حقاً له وحقاً لغيره فصح في حقه؛ لأنه لا مانع منه ولم يصح في حق الغير لما فيه من إبطال حقه.

فعلى هذا إذا انفك الرهن رد إلى الجاني؛ لزوال المانع.

الممتع في شرح المقنع

وأما كونه يصح مطلقاً على قول أبي الخطاب؛ فلأنه إبراء صدر من مالك فوجب أن يصح كما لو لم يكن بدلاً عن رهن وحق المرتهن مجبور بإيجاب القيمة على الراهن.

فعلى هذا عليه قيمته ليحصل الجبر.

وقال بعض أصحابنا: لا يصح مطلقاً؛ لأن حق المرتهن متعلق به. أشبه ما لو وهبه أو ما لو عصبه فأبرأ الغاصب منه.

قال: (وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة فعليه الحد والمهر، وولده رقيق. وإن وطئها بإذن الراهن، وادعى الجهالة، وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته).

أما كون المرتهن عليه الحد والمهر إذا وطئ الجارية المرهونة بغير شبهة؛ فلأنه وطئ حرام لا شبهة فيه فأوجب ذلك كما لو لم يكن رهناً. وأما كون ولده رقيقاً؛ فلأن الجارية ملك لغير الواطئ.

وأما كونه لا حد عليه إذا وطئ بإذن الراهن وادعى الجهالة ومثله يجهل ذلك؛ فلأن ذلك شبهة والحد يدرأ بالشبه.

وأما كونه لا مهر عليه؛ فلأن المهر يجب للسيد بسبب الوطاء وقد أذن فيه. أشبه قيمة الجارية إذا أذن في قتلها.

وأما كون ولده حراً؛ فلأنه اعتقد حل الوطاء وأن ولده حر وكان حراً كولد المغرور.

وأما كونه لا تلزمه قيمته بخلاف المغرور؛ فلأن ذلك حدث عن وطئ ما دون فيه. فلم تلزمه قيمة الولد؛ كالمهر.

وقال صاحب النهاية فيها: قال ابن عقيل: لا تسقط قيمة الولد؛ لأنه أحال بين الولد وبين مالكة باعتقاده فلزمه قيمته كالمغرور.

وفرق بين المهر والولد من حيث: إن الإذن صريح في الوطاء الموجب للمهر فأسقطه بخلاف الولد فإن الإذن في الوطاء ليس بصريح في الإحبال فلم يسقطه . ثم قال صاحب النهاية: والأول أصح؛ لأن الإذن في الوطاء إذن فيما يترتب عليه، والإحبال والولد مما يترتب عليه فكان إذناً فيه . فلم تلزمه قيمة الولد؛ كالمهر .

كتاب الضمان

(١) الضمان جائر بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حَمَلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

قال ابن عباس : الزعيم الكفيل .

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « الزعيمُ غارِمٌ » (٢) رواه أبو داود والترمذي . وقال : حديث حسن .

وعن سلمة بن الأكوع « أن النبي ﷺ أتني برجل ليصليَ عليه . فقال : هل عليه دين ؟ فقالوا : نعم . ديناران . فقال : هل تركَ لهما وفاء ؟ قالوا : لا . فتأخرَ . فقيل : لم لا تصلي عليه ؟ فقال : ما تنفعهُ صلاتي وذمتُهُ مرهونة ؟ ألا قام أحدكم فضمنهُ ! فقام أبو قتادة فقال : هما (٣) عليّ يا رسول الله ! فصلى عليه النبي ﷺ » (٤) .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على صحة الضمان .

قال المصنف رحمه الله : (وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، ولصاحب الحق سُنْدَابَةٌ مِنْ ثَمَاءِ هُنَيْمًا فِي الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ ، فَإِنْ بَرِئَتْ

(١) ورد العنوان في هـ: باب الضمان.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٥) ٣: ٥٦٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مودعة.
وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٠٥) ٢: ٨٠٤ كتاب الصلقات، باب الكفالة.

(٣) في هـ: لهما .

(٤) أخرجه البيهاري في صحيحه (٢١٧٣) ٢: ٨٠٣ كتاب الكفالة، باب من يكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع.

ذمة المضمون عنه برئ الضامن ، وإن برئ الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه).

أما معنى الضمان فقيل هو كما ذكره المصنف رحمه الله ، واشتقاقه من الضم.

وقال القاضي : هو مشتق من التضمن لأن ذمة الضامن تتضمن الحق .

وقال صاحب المستوعب فيه : قال ابن عقيل : هو مأخوذ من الضمن ثم قال : فتصير ذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه .

وأما كون صاحب الحق له مطالبة من شاء من المضمون عنه والضامن في الحياة والموت ؛ فلأن الحق ثابت في الذمتين فكان له مطالبة من شاء منهما كالضامنين .

وأما كون الضامن يبرأ ببراءة ذمة المضمون عنه ؛ فلأنه تبع له .

ولأن الضمان وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن .

وأما كون المضمون عنه لا يبرأ ببراءة ذمة الضامن مما ذكر ؛ فلأنه أصل فلا يبرأ ببراءة التبع .

ولأن ذلك وثيقة انحلت بغير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء .

قال : (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمرأ فأسلم المضمون له أو المضمون عنه برئ هو والضامن معاً) .

أما كون المضمون عنه يبرأ بإسلام المضمون له ؛ فلأن مالية الخمر بطلت في حقه فلم يملك مطالبة المكفول عنه .

وأما كون الضامن يبرأ بذلك ؛ فلأنه تبع للأصل فإذا برئ أصله برئ هو .

وأما كونهما يبران بإسلام المضمون عنه؛ فلائنه صار مسلماً ولا يجوز وجوب
خمر على مسلم، وإذا برئ المضمون عنه كذلك برئ الضامن لأنه تبعه. وذكر أبو
الخطاب في الهداية في هذه الصورة وجهاً آخر أنهما لا يبران لأن المضمون له يملك
الخمر فلا يسقط كما لو أعاره عبداً فرهنه على خمر ثم أسلم المستعير فإنه يلزمه فك
الرهن.

قال: (ولا يصح إلا من جازر التصرف، ولا يصح من مجنون ولا صبي ولا
سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده. ويحتمل أن يصح ويُتبع به بعد العتق. فإن
ضمن بإذن سيده صح، وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين).

أما كون الضمان لا يصح من غير جازر التصرف؛ فلائنه إيجاب مال بعقد فلم
يصح من غير جازر التصرف كالبيع.

وأما كون يصح من جازر التصرف؛ فلأن جازر التصرف يصح بيعه وإقراره
وسائر أحكامه. فكذلك ضمانه.

وأما كونه لا يصح من مجنون ولا صبي ولا سفيه؛ فلأنهم غير جازري
التصرف.

وأما كونه لا يصح من عبد بغير إذن سيده؛ فلائنه عقد يقتضي إيجاب مال
بغير إذن سيده كالنكاح.

وأما كونه يحتمل أن يصح ويُتبع به بعد العتق؛ فلائنه لا ضرر على السيد فيه
فصح منه ولزمه بعد العتق كالإقرار بالإتلاف.

وأما كونه إذا ضمن بإذن سيده يصح؛ فلأن السيد لو أذن له في التصرف
صح فكذا هاهنا.

وأما كونه يتعلق بما ذكر ففيه روايتان منشأهما أن ديون المأذون له في التجارة
هل تتعلق برقبته أو ذمة سيده. وسيدكر دليل ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال: (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لهما ولا كون الحق معلوماً ولا واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب، فلو قال: ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به صح).

أما كون الضمان لا يصح إلا برضى الضامن؛ فلأنه التزام حق فلم يصح إلا برضى الضامن كسائر العقود التي يلزم العاقد فيها حق.

وأما كونه لا يعتبر رضى المضمون له؛ فلأن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له فأجازه النبي ﷺ^(١) وروي نحوه عن علي^(٢).

ولأن الضمان وثيقة لا يعتبر فيها قبض. أشبهت الشهادة.

ولأنه ضمان دين. أشبه ضمان بعض الورثة دين الميت.

وأما كونه لا يعتبر رضى المضمون عنه؛ فلأنه لو قضى عنه الدين بغير إذنه ورضاه صح. فكذلك إذا ضمن عنه.

وأما كونه لا يعتبر معرفة الضامن للمضمون له ولا للمضمون عنه؛ فلأنه لا يعتبر رضاهما. فكذلك معرفتهما.

وقال المصنف في المعنى: قال القاضي: يعتبر معرفتهما: أما المضمون له فلما يأتي، وأما المضمون عنه فليعلم هل هو أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا.

ولأنه تبرع فلا بد من معرفة من يتبرع عنه.

وفيه وجه ثالث أنه يعتبر معرفة المضمون له ليؤدى إليه ولا يعتبر معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه.

والأول أولى لحديث أبي قتادة^(٣) فإنه ضمن لمن لم يعرفه وعمن لم يعرفه.

(١) سبق ذكره قريباً.

(٢) سيأتي ذكره ص: ٢٥٢.

(٣) سبق ذكره ص: ٢٤٧.

وأما كونه لا يعتبر كون الحق معلوماً؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] ضمن القائل حمل بعير وهو غير معلوم لأنه يختلف .

ولعموم قوله عليه السلام: «الزعيم غارم»^(١) .

ولأنه التزام حق في الذمة من غير معارضة فصح في المجهول كالإقرار .

ولأنه يصح تعليقه بغير وخطر وهو ضمان العهدة ، وإذا قال: ألقى متاعك في البحر وعليّ ضمانه فصح في المجهول كالعتاق والطلاق .

وأما كونه لا يعتبر كونه واجباً؛ فلأن الآية دلت على ضمان حمل بعير مع أنه لم يكن وجب .

فإن قيل: الضمان ضم ذمة إلى ذمة فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم ولا يكون ثم ضمان .

قيل: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في كونه يلزمه ما يلزمه وما يحدث في ذمة مضمونه يحدث في ذمته مثله وهذا كاف .

واشترط المصنف رحمه الله في عدم اعتبار كونه واجباً كون مآله إلى الوجوب لأن ما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب لا يوجد فيه ضم ذمة إلى ذمة لا حالاً ولا مآلاً . ثم مثل غير المعلوم وغير الواجب ولكن مآله إلى الوجوب بقوله: ضمننت لك ما على فلان أو ما تداينه به .

قال: (ويصح ضمان دين الضامن ودين الميت المفلس وغيره، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين) .

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٧ .

أما كون ضمان دين الضامن يصح؛ فلأنه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون.

وأما كون ضمان دين الميت يصح؛ فلأن أبا قتادة ضمن دين الميت^(١). وصرح المصنف رحمه الله بالميت المفلس إشارة إلى قول من منع صحة ضمان الميت الذي لم يخلف وفاء. وقد دل حديث أبي قتادة على صحة ذلك فإنه ضمن ميتاً لا وفاء له وحثهم النبي ﷺ على ضمانه فقال: «ألا قام أحدكم فضمنه»^(٢). ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء.

وأما كون ذمة المضمون عنه الميت لا تبرأ قبل القضاء في رواية فكالمضمون عنه الحي.

وأما كونه يبرأ بنفس الضمان في رواية فلما روى أبو سعيد الخدري قال: «كنا مع النبي ﷺ في جنازة فلما وُضعت قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم. درهمان. فقال: صلوا على صاحبكم. فقال عليّ: هما عليّ يا رسول الله! وأنا لهما ضامن. فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه. ثم أقبل عليّ فقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً وفكّ الله رهانك كما فككت رهان أخيك»^(٣) رواه الدارقطني. وفيه: «فقيل: يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة قال: للناس عامة»^(٤).

(١) سبق ذكره ص: ٢٤٧.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٤٧.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٩٢): ٣: ٧٨-٧٩ كتاب البيوع.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٣ كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان.

(٤) تكملة للحديث السابق.

والأولى أصح؛ لقول النبي ﷺ: «نفسُ المؤمنِ مُعلقةٌ بِدينهِ حتى يُقضَى عنه»^(١).

وفي بعض أخبار أبي قتادة أنه لما ذكر أنه قضى عنه قال: «الآن بردت جلده»^(٢).

وقوله: «فككت رهان أخيك»^(٣) أراد أنه كان امتنع من الصلاة عليه فلما ضمن عنه فكه من ذلك.

قال: (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين).

أما كون ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري. وهو: أن يضمن شخص عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب، وضمن العهدة عن المشتري للبائع. وهو: أن يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه أو إن ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن يصح؛ فلأن الحاجة تدعو إليه لأنه لو لم يصح ذلك لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف وفي ذلك ضرر بين دافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها ومثل ذلك لا يرد به الشرع.

وأما كون ضمان دين الكتابة لا يصح في رواية؛ فإنه ليس بلازم ولا يفضي إلى اللزوم لأن للمكاتب أن يُعَجَّزَ نفسه ويمتنع من الأداء فإذا لم يكن لازماً للأصل فالفرع أولى.

(١) أخرجه الزملي في جامعه (١٠٧٨) ٣: ٣٦٩. كتاب الخنازير، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه».

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤١٣) ٢: ٨٠٦. كتاب الصلقات، باب التشديد في الدين.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٥٧٦) ٣: ٣٣٠.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

وأما كونه يصح في رواية؛ فلأنه يصح أن يضمن عنه ديناً آخر فيصح أن يضمن عنه دين الكتابة .

والأولى أصح لما تقدم . والفرق بين مال الكتابة وبين غيره من الديون من حيث إن ذلك الغير إما لازم أو مآله إلى اللزوم بخلاف دين الكتابة فإنه ليس فيه واحد منهما لما تقدم .

قال : (ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها إلا أن يضمن التعدي فيها ، وأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها) .

أما كون ضمان الأمانات كالوديعة والشركة والمضاربة والمدفوع إلى الخياط والقصار لا يصح؛ فلأنها غير مضمونة على المضمون عنه . فكذلك على الضامن . وأما كون ضمان التعدي فيها يصح؛ فلأنها مضمونة على من هي في يده في ذلك أشبهت المغصوب .

وأما كون ضمان الأعيان المضمونة المتقدم ذكرها يصح؛ فلأنها مضمونة على من هي في يده فهي كالحقوق الثابتة في الذمة .

قال : (وإن قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ على روايتين . وإن أذن في أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قلر الدين) .

أما كون الضامن لا يرجع بشيء إذا قضى الدين متبرعاً؛ فلأنه تبرع به أشبه ما لو وهبه إياه ثم قضاه عنه .

وأما إذا قضى ناوياً للرجوع فله أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن ويقضى بغير إذن المضمون عنه وفيها روايتان :

أحدهما: أنه يرجع لأنه قضاء مبرء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه .

والثانية: لا يرجع لأن الضامن بغير إذن لو استحق الرجوع لاستحق أبو قتادة الرجوع على الميت ولو استحق ذلك لصار ديناً له عليه ولو صار ديناً له عليه لامتعت الصلاة .

ولأنه فعل غير مأذون فيه فلم يستحق الرجوع فيه كما لو علف داوبه وأطعم عبيده بغير إذنه .

وأجاب المصنف رحمه الله في المغني عن عدم استحقاق أبي قتادة بأنه قضى متبرعاً بدليل أنه علم أنه لا وفاء له فلا يحتاج به على من قضى معتقداً للرجوع لما بينهما من الفرق .

والحال الثانية: أن يأذن في الضمان دون القضاء^(١) فله الرجوع لأنه أذن له في الضمان وهو ملزم للقضاء^(٢) فاستحق الرجوع كما لو صرح بالقضاء .

والحال الثالثة: أن يأذن له في القضاء دون الضمان^(٣) فله الرجوع أيضاً لأنه أدى عنه فرجع به كما لو ضمن بإذنه ، أو كما لو لم يكن ضامناً .

الحال الرابعة: أن يضمن بإذنه ويقضي بإذنه فله الرجوع لأنه إذا رجع فيما إذا ضمن بإذنه أو قضى بإذنه ؛ فلأن يرجع فيما إذا وقع الضمان والقضاء بإذنه بطريق الأولى .

(١) في هـ: والحال الثانية أن يضمن بإذن ويقضي بغير إذن.

(٢) في و: ملزم القضاء.

(٣) في هـ: الحال الثالثة أن يضمن بغير إذن ويقضي بإذنه.

وأما كون الضامن إذا استحق الرجوع يرجع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين؛ فلأنه إذا كان الأقل ما قضاه^(١) فإنه يرجع بما غرم. ولهذا لو أبرأه الغريم لم يرجع بشيء وإن كان الأقل الدين قد أدى ما لا يجب على المضمون عنه أداءه فيكون متبرعاً.

فإن قيل: لو دفع عن الدين عرضاً ثم يرجع؟

قيل: يرجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكر.

قال: (وإن أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه. وإن اعترف بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره).

أما كون الضامن لا يرجع على المضمون عنه إذا أنكر المضمون له القضاء وحلف؛ فلأن المضمون عنه ما أذن للضامن إلا في قضاء مير ولم يوجد. وأما كون الحكم كذلك سواء صدقه المضمون عنه أو الضامن أو كذبه؛ فلأن المانع من الرجوع تفريط الضامن من حيث: إنه قضى بغير بينة وذلك مشترك بين التصديق والتكذيب.

فإن قيل: لو كان القضاء بينة؟

قيل: إن كانت بينته حاضرة عادلة فلا إشكال وإن كانت ميتة أو غائبة لم يرجع الضامن على المضمون عنه لإنكاره الوفاء الموجب للرجوع. ورجع عليه إن صدقه؛ لأنه معترف أنه ما قصر ولا فرط. وإن كانت البينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع عليه الضامن أيضاً صدقه أو كذبه للتفريط؛ لأن وجود هذه البينة كعدمها. وإن ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو لكون الشهادة

(١) في و: قضى.

مختلفاً فيها كشهادة العييد ونحوها احتمال أن يرجع؛ لأنه قضاء بيينة شرعية والجرح والتعديل ليس إليه واحتمل أن لا يرجع؛ لأنه قضاء بمن لا يثبت الحق بشهادته .

وأما كون إنكار المضمون عنه إذا اعترف المضمون له بالقضاء لا يسمع؛ فلأن ما في ذمته حق للمضمون له فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق صار للضامن فيجب أن يقبل إقراره؛ لكونه إقرار في حق نفسه .

قال : (وإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل . وإن مات المضمون عنه أو الضامن فهل يحل الدين عليه؟ على روايتين . وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر .

أما كون الضامن لا يرجع بما قضاة قبل أجله؛ فلأنه متبرع بالتعجيل . فلم يرجع قبل الأجل؛ كما لو قضاة أكثر من الدين .

وأما كون الدين المؤجل يحل بموت المضمون عنه أو الضامن على رواية؛ فلأن ذمة الميت تخرب بالموت . فلم يحل؛ لأدى إلى ضياع حقه مما له على الميت .

وأما كونه لا يحل على رواية؛ فلأن التأجيل حق من حقوق الميت . فلم يبطل بموته؛ كسائر حقوقه .

ولأن موته لا يوجب حلول ماله فلا يجب حلول ما عليه .

وأما قول المصنف رحمه الله : وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر فمعناه : أن المضمون عنه إذا مات وقتلنا يحل عليه بالموت لم يحل على الضامن؛ لأن الإنسان لا يحل عليه دين بموت غيره بل يبقى الدين حالاً بالنسبة إلى المضمون عنه مؤجلاً بالنسبة إلى الضامن، وذلك جائز؛ لما يذكر بعد إن شاء الله تعالى .

وكذا لو مات الضامن وقتلنا : يحل بموته لا يحل على المضمون عنه؛ لما ذكر .

قال : (ويصح ضمان الحال مؤجلاً . وإن ضمن المؤجل حالاً لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين) .

أما كون ضمان الحال مؤجلاً يصح؛ فلما روى ابن عباس «أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ. فقال: ما عندي شيء أعطيكه. فقال: والله لا فارقتك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل. فجره إلى النبي ﷺ. فقال له النبي ﷺ: كم تستظره؟ قال: شهراً. قال رسول الله ﷺ: فأنا أحمل. فجاءه في الوقت الذي قال النبي ﷺ^(١). فقال له النبي ﷺ: من أين أصبت هذا؟ قال: من معدن. قال: لا خير فيها. وقضاها عنه»^(٢).

ولأنه ضمن مالاً بعقد مؤجل. فكان مؤجلاً؛ كالبيع.

فإن قيل: الدين الحال لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوجه الذي يثبت في ذمة المضمون عنه؟

قيل: الحق^(٣) يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان ثبوته بعقد، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً. ويجوز أن يخالف ما في ذمة المضمون عنه بدليل: ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل.

وأما كونه إذا ضمن المؤجل حالاً لا يلزمه قبل أجله في وجه؛ فلأن الضامن فرع المضمون عنه، فلا يستحق مطالبته دون أصله.

ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل ذلك لم يلزمه فلأن لا يلزم الضامن أولى.

(١) سقط من هـ.

(٢) في ذمة النبي.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٢٨) ٣: ٢٤٣ كتاب البيوع، باب في استخراج نكاحين.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٠٦) ٢: ٨٠٤ كتاب الصلوات، باب الكفالة.

(٤) سقط من هـ.

ولأن الضمان التزام دين ثابت في الذمة ، فلا يجوز أن يلزمه ما ليس بلازم للمضمون عنه .

وأما كونه يلزمه قبل أجله في وجهه ؛ فلأن مقتضى صحة الضمان ذلك .

فصل في الكفالة

الكفالة بالبدن صحيحة بالكتاب والمعنى : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتني به إلا أن يحاط بكم﴾ [يوسف: ٦٦].
وأما المعنى ؛ فلأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو بالبدن وضمان المال يتمتع منه كثير من الناس فلو لم تجز الكفالة بالبدن لأدى إلى الحرج وعدم المعاملات المحتاج إليها .

قال المصنف رحمه الله : (وهي التزام إحضار المكفول به . وتصح بيدن من عليه دين وبالأعيان المضمونة) .

أما قول المصنف رحمه الله : وهي التزام إحضار المكفول به ؛ فيبان لمعنى الكفالة .

وأما كون الكفالة التزام إحضار المكفول به ؛ فلأن الواقع عليه العقد هو الملتزم إحضاره والعقد في الكفالة واقع على بدن المكفول به فكان إحضاره هو الملتزم به كالضمان فإن العقد لما كان واقعاً على المال كان ذلك المال هو الملتزم به . فكذاك هاهنا .

وأما كون الكفالة بيدن من عليه دين تصح ؛ فلأن الدين حق مال . فصحت الكفالة به ؛ كالضمان .

وأما كونها بالأعيان المضمونة كالغصوب والعواري يصح ؛ فلأن ضمانها صحيح . فكذاك الكفالة بها .

ولأن الكفالة بالأعيان أولى من الكفالة بالبدن ؛ لأن الكفالة بالبدن ذريعة إلى حصول المقصود ، والكفالة بالأعيان متعلقة بالمقصود ، فإذا صحت فيما هو ذريعة إلى المقصود فلائن تصح بما هو المقصود بطريق الأولى .

قال : (ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص ، ولا بغير معين كأحد هذين) .

أما كون الكفالة ببدن من عليه حد لا تصح فلما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : « لا كفالة في حد »^(١) .

ولأن الكفالة استيثاق يلزم الكفيل ما على المكفول عند تعذر إحضاره والحدود مبنها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولا يمكن استيفؤها من غير الجاني .

وأما كونها ببدن من عليه قصاص لا تصح ؛ فلأنه بمنزلة من عليه حد معنى فليكن بمنزلة حكماً .

وأما كونها بغير معين كأحد هذين لا يصح ؛ فلأن المكفول به مجهول لا يعلم في الحال ولا في المال بخلاف ضمان المجهول فإنه إن لم يمكن معرفته في الحال يمكن معرفته في المال .

قال : (وإن كفّل بجزء شائع من إنسان أو عضو ، أو كفّل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين) .

أما كون الكفالة بجزء شائع من إنسان كثلثه أو ربهه يصح ؛ فلأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضار الكل .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦ : ٧٧ كتاب الضمان ، باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق .

وأما كونها بعضو كيده أو رجله أو ما أشبههما يصح؛ فلأنه لا يمكنه إحضاره على صفته إلا بإحضار الكل.

وأما كونها إذا كفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه يصح؛ فلأن ذلك كفالة أو ضمان فصح تعليقه على شرط كضمان العهدة.

وأما قول المصنف رحمه الله: في أحد الوجهين فإشارة إلى الخلاف والخلاف في الصور الثلاث: أما الصحة فقد تقدم دليلها، وأما عدم الصحة: أما في الجزء الشائع والعضو؛ فلأن تسليم ذلك وحده متعذر والسراية ممتعة، وأما في الصور الثلاثة؛ فلأنه تعليق عقد على آخر. فلم يصح؛ كالبيع المعلق على آخر.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: قال القاضي: ولا تصح الكفالة ببعض البدن بحال؛ لأن ما لا يسري لا يصح إذا خص به عضو كالبيع والإجارة.

وظاهر قول القاضي: أنه لا تصح الكفالة بالجزء الشائع ولا بالعضو؛ لأنه قال: لا تصح ببعض البدن، وما ذكره من التعليل لا يدل على عدم الصحة في الجزء الشائع؛ لأن بيع ذلك وإجارته جائزة. ولم يفرق المصنف رحمه الله في العضو بين كونه مما لا يبقى البدن بلونه؛ كالرأس والكبد، ولا بين كونه يبقى؛ كاليد والرجل.

وذكر في الكافي: إذا تكفل بوجهه صح، ولم يحك فيه خلافاً. وهو الظاهر الذي ينبغي حمل كلامه هاهنا عليه؛ لأن الوجه يكتفى به عن الكل فصح كما لو تكفل بيده.

وحكى في الكافي أيضاً وجهاً ثالثاً في الفرق بين ما لا يبقى البدن بلونه؛ كالرأس، وبين ما يبقى؛ كاليد وشبهها.

قال: (ولا تصح إلا برضا الكفيل. وفي رضا المكفول به وجهان).

أما كون الكفالة لا تصح إلا برضا الكفيل؛ فلأنه لا يلزمه الحق ابتداءً إلا برضاه.

وأما كونها لا تصح إلا برضا المكفول به في وجه؛ فلأن مقصودها إحضاره فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه.

وأما كونها تصح ببلونه في وجه؛ فبالقياس على الضمان.

والأولى أولى؛ لما ذكر. وبه يظهر الفرق بين الكفالة وبين الضمان؛ لأن مقتضى الكفالة إحضار المكفول به فإذا كان بغير إذنه لم يلزمه الحضور فلا يحصل مقصود الكفالة. والضمان تمكين الضامن أن يقضي الدين ولا يحتاج إلى المضمون عنه.

قال: (ومتى أحضر المكفول به وسلمه برئ إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر).

أما كون الكفيل إذا أحضر المكفول به وسلمه إلى المكفول له عند الأجل أو بعده يبرأ؛ فلأن المسلم فيه لو أحضره المسلم إليه عند الأجل أو بعده لزم قبوله فكذا هاهنا؛ لأنه في معناه.

وأما كونه إذا أحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر لا يبرأ؛ فلأن المسلم فيه لو أحضره المسلم إليه قبل وقته وفي قبضه ضرر لم يلزمه قبله فكذا هاهنا؛ لأنه في معناه أيضاً.

قال: (وإن مات المكفول به، أو تلفت العين بفعل الله تعالى، أو سلم نفسه برئ الكفيل).

أما كون الكفيل يبرأ بموت المكفول به؛ فلأن الحضور سقط عن المكفول به. فبرئ كفيله؛ كما لو برئ من الدين.

ولأن^(١) ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين .

وأما كونه يبرأ بتلف العين بفعل الله تعالى ؛ فلأن تلف العين بمنزلة موت المكفول به .

وقيد المصنف رحمه الله التلف بكونه بفعل الله تعالى ؛ لأنه لو كان بفعل آدمي وجب على المتلف بدلها .

قال : (وإن تعذر إحضاره مع بقاءه لزم الكفيل الدين أو عوض العين . وإن غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره ، فإن تعذر إحضاره ضمن ما عليه) .

أما كون الكفيل يلزمه الدين أو عوض العين إذا تعذر إحضار المكفول به مع بقاءه ؛ فلعموم قوله عليه السلام : « الزعيم غارم »^(٢) .

ولأن الكفالة بالبدن أحد نوعي الكفالة . فوجب الغرم بها ؛ كالضمان .

وأما كونه يمهل بقدر ما يمضي فيحضر المكفول به إذا غاب ؛ فلأنه لا يمكن إحضاره إلا بذلك .

وأما كونه يضمن ما عليه إذا تعذر إحضاره ؛ فلما تقدم .

قال : (وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه ، أو طالبه صاحب الحق بإحضاره ، وإلا فلا) .

أما كون المكفول به يلزمه الحضور مع الكفيل إذا طالبه بذلك وكان قد كفله بإذنه ؛ فلأنه شغل ذمته من أجله بإذنه . فكان عليه تخليصها ؛ كما لو استعار عبده فرهنه بإذنه كان للسيد مطالبته بتخليصه .

(١) في هـ: فلأن .

(٢) سبق تخريجه ص : ٢٤٧ .

وأما كونه يلزمه ذلك إذا طالبه صاحب الحق بإحضاره؛ فلأن طلبه منه توكيل له في إحضاره. فلزمه الحضور معه؛ كما لو صرح له بالوكالة.

وأما كونه لا يلزمه ذلك إذا كان قد كفله بغير إذنه ولم يطلبه منه صاحب الحق؛ فلأن المكفول لم يشغل ذمته. وإنما شغلها الكفيل باختياره مع أنه ليس بوكيل.

قال: (وإذا كفل اثنان برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر. وإن كفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر).

أما كون أحد الكفيلين لا يبرأ بتسليم صاحبه المكفول به؛ فلأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء. فلم تنحل الأخرى؛ كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنيين من غير قضاء الحق. وفارق هذا ما إذا سلم المكفول به نفسه من حيث إنه أصل لهما فإذا برئ الأصل برئ فرعاه، وكل واحد من الكفيلين ليس فرعاً للآخر فلم يبرأ ببراءته. وكذلك لو أبرأ المكفول به برئ كفيلاه، ولو أبرأ أحد الكفيلين برئ وحده دون صاحبه.

وأما كون الكفيل الواحد لاثنين لا يبرأ إذا أبرأه أحد المكفول لهما؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فإذا يكون قد التزم إحضاره عند كل واحد منهما، فإذا أبرأه أحدهما برئ منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين، وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه.

باب الحوالة

الحوالة: ثابتة بالسنة والإجماع؛ أما السنة؛ فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «مَطْلُ الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مَلِيءٍ فليَتَّبِعْ»^(١) متفق عليه. وفي لفظ: «من أحمِلَ بحقه على مَلِيءٍ فليَحْتَلْ»^(٢).
وأما الإجماع؛ فأجمع المسلمون في الجملة على جواز الحوالة. واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة. وقيل: هي بيع جاز تأخير القبض فيه رخصة.

قال المصنف رحمه الله في المغني: الصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره. بدليل: أنها لو كانت بيعاً لكانت بيع دين بدين وهو غير جائز، ولَمَّا جاز التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع ما فيه الربا بجنسه، ولجازت بلفظ البيع، ولجازت بين جنسين كالبيع.

فعلى هذا لا يدخلها خيار. وهو أشبه بكلام الإمام أحمد وأصوله.

ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه.

قال المصنف رحمه الله: (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يملك المحتال الرجوع عليه بمحال).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٦٦) ٢: ٧٩٩ كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٤) ٣: ١١٩٧ كتاب المساقاة، باب تحريم مظل الغني وصحة الحوالة...

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٩٩٧٤) ٢: ٤٦٣.

أما كون الحوالة تنقل الحق؛ فلما تقدم من أنها مشتقة من التحويل .
وأما كون المحتال لا يملك الرجوع على المحيل؛ فلأن الحق انتقل فلا يعود بعد
انتقاله .

قال : (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة :

أحدها : أن يحيل على دين مستقر ، فإن أحال على مال الكتابة ، أو
السلم ، أو الصداق قبل الدخول لم يصح ، وإن أحال المكاتب سيده ، أو الزوج
امراته صح .

أما كون الحوالة لا تصح إلا بشروط ثلاثة؛ فلما يذكر في مواضعها .
وأما كون أحدها : أن يحيل على دين مستقر؛ فلأن ما ليس بمستقر بعرضية
السقوط ، والحوالة إلزام المحال عليه الدين مطلقاً فلا يصح فيما هو بعرضية السقوط .
وفي ذكر المصنف رحمه الله استقرار الدين المحال عليه دون استقرار المحال به
دليل على أنه لا يشترط استقراره . وصرح به في الكافي وغيره . وعلله بأنه يجوز أداء
غير المستقر .

وقال أبو الخطاب في الهداية : يشترط استقراره أيضاً قياساً على المحال عليه .
وأما كون من أحال على مال الكتابة لا يصح؛ فلأنه غير مستقر بدليل : أن
له أن يمتنع من أدائه .

وأما كون من أحال على السلم لا يصح؛ فلأنه أيضاً غير مستقر؛ لأنه
بعرضية الفسخ بالانقطاع ، وقد قال عليه السلام : « من أسلم في شيء فلا يصرفه
إلى غيره »^(١) .

(١) سبق ترجمته ص: ١٨٨ .

ولأن الحوالة لا تصح إلا فيما لا يجوز أخذ العوض عنه، والسلم ليس كذلك.

وأما كون من أحال على الصداق قبل الدخول لا يصح؛ فلأنه غير مستقر بدليل سقوطه بالردة، وسقوط نصفه بالطلاق.

وأما كون المكاتب إذا أحال سيده أو الزوج امرأته يصح؛ فلأن أقصى ما في ذلك أنه دين غير مستقر. وقد تقدم أنه لا يشترط استقرار الحال به على ظاهر قول المصنف رحمه الله. ويجيء على قول أبي الخطاب أنه لا تصح الحوالة به؛ لأن مال الكتابة والصداق غير مستقر واستقرار الحال به شرط عنده.

قال: (والثاني: اتفاق الدئنين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل).

أما كون الثاني من الشروط المتقدم ذكرها الاتفاق فيما ذكر؛ فلأن الحوالة تحويل الحق ونقله فيجب أن يكون مثل الحال عليه فيما ذكر.

وأما معنى الاتفاق في الجنس فإن يكونا ذهباً أو فضة أو ما أشبههما فلو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح.

وأما معنى الاتفاق في الصفة فإن يكونا مصريين أو أميريين أو ما أشبههما فلو أحال من عليه مصرية بأميرية أو بالعكس لم يصح.

وأما معنى الاتفاق في الحلول أو التأجيل فإن يكونا حالين أو مؤجلين فلو أحال من عليه حالاً بمؤجل أو بالعكس لم يصح.

ويشترط في المؤجل اتفاق الأجل فلو كان أحدهما يحل بعد شهر والآخر بعد شهرين لم يصح؛ لما ذكر.

قال: (والثالث: أن يحيل برضاه، ولا يعتبر رضي الحال عليه ولا رضي المحتمل إن كان الحال عليه مليئاً. وإن ظنه مليئاً فبان مفلساً ولم يكن رضي بالحوالة رجع عليه، وإلا فلا. ويحتمل أن يرجع).

أما كون الثالث من الشروط المتقدم ذكرها : أن يحيل المحيل برضاه ؛ فلأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه .

وأما كون رضى المحال عليه لا يعتبر ؛ فلأن للمحيل أن يستوفي الحق الذي على المحال عليه بنفسه وبوكيله ، وقد أقام المحال مقام نفسه في التقبض . فلم يعتبر رضى المحال عليه ؛ كالتوكيل .

وأما كون رضى المحتال لا يعتبر إذا كان المحال عليه مليئاً ؛ فلقول النبي ﷺ : « إذا أتبع أحدكم على مَلِيٍّ فليتبِعْ »^(١) .

والمراد بالمليء : القادر على الوفاء ؛ لأنه جاء عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الله تعالى يقول : مَنْ يُقْرِضِ الْمَلِيَّ غَيْرَ الْمَعْلَمِ » .

وقال الشاعر :

تُطِيلِين لِيَّابِي وَأَنْتَ مَلِيئَةٌ وَأَحْسَنُ يَا ذَاتَ الْوَشَاحِ التَّقَاضِيَا
يعني بالمليئة القادرة على الوفاء .

وأما كون المحتال يرجع على المحيل إذا ظن ملاءة المحال عليه فظهر مفسلاً ولم يكن رضى بالحوالة ؛ فلأن الفليس عيب ولم يرض به فاستحق الرجوع كما لو اشترى سلعة فظهرت معيبة ولم يرض بالعيب .

وأما كونه إذا رضى بالحوالة لا يرجع على المذهب ؛ فلأنه إذا رضى بذلك زال شغل النمة فلا يعود بعد زواله .

وأما كونه يحتمل أن يرجع ؛ فلأنه لم يرض . أشبه ما تقدم .

وذكر المصنف رحمه الله في المغني ما تقدم احتمالين ، وذكر في الكافي هذين الاحتمالين روايتين .

(١) سبق تخريجه ص : ٢٦٦ .

المتع في شرح المقنع

وفي قول المصنف رحمه الله : وإن ظنه مليحاً إشعار بأن المحتال إذا رضي بالحوالة مع علمه بفلس الحال عليه لا يرجع قولاً واحداً وهو صحيح ؛ لأنه لو رضي بعيب المبيع لم يرجع قولاً واحداً فكذا هاهنا .

قال : (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن ، أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلاً^(١) فالحوالة باطلة . وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة . وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى . وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية ، ويحتمل أن يبطل إن لم يكن قبضها) .

أما كون الحوالة باطلة إذا بان البيع مثل أن يكون المبيع عبداً فيظهر جراً أو مستحقاً ؛ فلا تبيّن بطلان البيع أن لا ثمن ، والحوالة فرع على الثمن ، فإذا بطل الأصل بطل الفرع .

فعلى هذا يرجع المشتري على من كان له عليه الدين في مسألة حوالاته ، وعلى الحال عليه في مسألة الحوالة عليه لا على البائع ؛ لأن الحوالة لما بطلت وجب بقاء حقه على ما كان ، ووجب له الرجوع على الحال عليه ضرورة كونه قبضه بعد تبيّن بطلانه .

وأما إذا فسخ البيع بعيب أو إقالة فعلى ضريرين :

أحدهما : أن يكون المحتال قد قبض مال الحوالة ، فلا تبطل الحوالة وجهاً واحداً ؛ لأن عقد البيع لم يرتفع هنا فالثمن لم يسقط فلم تبطل الحوالة ؛ لانتفاء المبطل .

ولأن المشتري دفع إلى البائع بدل ماله في ذمته وعارضه عنه بما في ذمة الحال عليه .

(١) في ههنا باطل .

فعلى هذا للمشتري الرجوع على البائع في مسألي حوائه والحوالة عليه لا على من كان له عليه الدين في المسألة الأولى ولا على من أحيل عليه في الثانية .
وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى ،
وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية .

أما كون المشتري له الرجوع على البائع فيهما ؛ فلأنه لما رد العوض استحق الرجوع بالعوض لكن الرجوع في عينه متعذر للزوم الحوالة فوجب الرجوع في بدله ، وإذا لزم البديل وجب على البائع ؛ لأنه هو الذي انتفع بمبدله .

وأما كونه ليس له الرجوع على من كان عليه الدين ؛ فلأن ما كان عليه قد انتقل إلى غيره بعقد باقي الصحة .

وأما كونه ليس له الرجوع على من أحيل عليه ؛ فلأنه أخذ حقه بعقد صحيح لازم .

وأما كون البائع له أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه وكون المشتري له أن يحيل المحتال عليه على البائع ؛ فلأن دين البائع ثابت على من أحاله المشتري عليه ، ودين المشتري ثابت على البائع^(١) ثبوتاً مستقراً فصحت الحوالة عليه كسائر الحقوق المستقرة^(٢) .

وثانيهما : أن يكون المحتال لم يقبض مال الحوالة . وفي ذلك وجهان :

أحدهما : لا تبطل ؛ لما تقدم قبل .

فعلى هذا الحكم كما تقدم .

والثاني : تبطل ؛ لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فوجب أن تبطل

الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به .

(١) ساقط من هـ .

(٢) في هـ : للمستقر .

فعلى هذا الحكم هنا كما لو ظهر المبيع مستحقاً .

قال : (وإذا قال : أحلتك قال : بل وكتني ، أو قال : وكتك قال : بل أحلتني فالقول قول مدعي الوكالة . وإن اتفقا على أنه قال : أحلتك وادعى أحدهما أنه أريد بها الوكالة وأنكر الآخر ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان . وإن قال : أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً) .

أما كون القول قول مدعي الوكالة إذا اختلفا في المقول من لفظي الوكالة والحوالة ؛ فلأنه مدع بقاء الحق على ما كان عليه ومنكر انتقاله ، والقول قول المنكر . وأما كون القول قول مدعي الحوالة إذا اتفقا على لفظ الحوالة واختلفا في الإرادة في وجه ؛ فلأن الظاهر معه لموافقة دعواه الحقيقة ودعوى خصمه المجاز .

وأما كون القول قول مدعي الوكالة في وجه ؛ فلما ذكر في المسألة قبل .

وأما كون القول قول مدعي الحوالة وجهاً واحداً إذا قال : أحلتك بدينك ؛ فلأن ذلك لا يحتمل الوكالة لا بلفظه ولا بمعناه بخلاف ما تقدم .

باب الصلح

الصلح : معاقدة يتوصل بها الى الإصلاح بين المختلفين . وتتنوع أنواعاً المقصود منها هنا الصلح بين المتخاصمين في الأموال .

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿وَالصَّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] ، وقوله تعالى : ﴿فَاصْلِحُوا بَيْنَ أَخْوَيْكُمْ﴾ [الحجرات: ١٠] .
وأما السنة فما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « الصلحُ بينَ المسلمينَ جائزٌ إلا صلحاً حرمَّ حلالاً أو أحلَّ حراماً »^(١) أخرجه الترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

وأما الإجماع فأجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة .

قال المصنف رحمه الله : (الصلح في الأموال قسمان :

أحدهما : صلح على الإقرار . وهو نوعان :

أحدهما : الصلح^(٢) على جنس الحق ؛ مثل : أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه ، أو بعين^(٣) فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط ؛ مثل أن يقول : على أن تعطيني الباقي ، أو يمنعه حقه بدونه) .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) : ٣ : ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) : ٣ : ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس .

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٥٣) : ٢ : ٧٨٨ كتاب الأحكام، باب الصلح .

(٢) في هـ : صلح .

(٣) في هـ : عين .

أما كون الصلح في الأموال قسمين؛ فلأنه تارة يكون على الإقرار، وتارة يكون على الإنكار.

وأما كون الصلح على الإقرار نوعين؛ فلأنه تارة يكون على جنس الحق كما مثل المصنف رحمه الله، وتارة يكون بغير جنس الحق كما سيأتي بعد إن شاء الله تعالى.

وأما كون أحدهما الصلح على جنس الحق؛ فظاهر.

وأما كونه يصح إن لم يكن بشرط إعطاء الباقي أو المنع من إعطاء الحق بدون الصلح؛ فلأن الإنسان لا يُمنع من إسقاط بعض حقه كما لا يُمنع من استيفائه. وأما كونه لا يصح بشرط إعطاء الباقي أو المنع من إعطاء الحق بدونه؛ فلأنه أكل لمال الغير بالباطل وهو هضم لحقه.

قال: (ولا يصح ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الإنكار وعدم البيئة).

أما كون صلح من لا يملك التبرع في غير حال الإنكار وعدم البيئة لا يصح؛ فلأن ذلك تبرع ومن ذكر لا يملك التبرع.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم فتمثيل لمن لا يملك التبرع.

وأما كونه في حال الإنكار وعدم البيئة يصح؛ فلأن استيفاء البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه. وتقييد المصنف رحمه الله الإنكار بعدم البيئة إشعار بأن الصلح في حال الإنكار مع البيئة لا يصح وهو صحيح لأنه يمكنه استيفاء الكل فالصلح والحالة هذه تبرع ومن^(١) ذكر لا يملك التبرع.

(١) في هـ: من.

قال: (ولو صالح عن المؤجل ببعضه حالاً لم يصح، وإن وضع بعض الحال وأجل باقيه صح الإسقاط دون التأجيل).

أما كون الصلح عن المؤجل ببعضه حالاً لا يصح؛ فلأن الذي يسقط يقع عوضاً عن التأجيل وذلك لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة دراهم حالة بعشرين مؤجلة.

وأما كون الإسقاط إذا وضع بعض الحال وأجل باقيه يصح؛ فلأنه أسقطه عن طيب نفسه ولا مانع من صحته؛ لأنه ليس في مقابلة تأجيل فوجب أن يصح كما لو أسقطه.

وأما كون التأجيل لا يصح؛ فلأن الحال لا يتأجل.

قال: (وإن صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه؛ مثل: أن يصالح عن دية الخطأ أو عن قيمة مُتَلَفٍ بأكثر منها من جنسها لم يصح. وإن صالحه بعرض قيمته أكثر منها صح فيهما، وإن صالحه عن بيت علي^(١) يسكنه سنة أو يبني له فوفقه غرفة لم يصح).

أما كون الصلح عن الحق بأكثر منه من جنسه كما مثل المصنف رحمه الله لا يصح؛ فلأن الزائد لا مقابل له فيكون ربا وذلك حرام والصلح لا يُحل الحرام؛ لقوله عليه السلام: «إلا صلحاً أحل حراماً»^(٢).

وأما كونه يصح في كل واحد منهما بعرض قيمته أكثر منها؛ فلأنه معاوضة لا ربا بين العوض والعوض فصح كما لو باعه ما يساوي عشرة بدرهم والضمير في قوله: فيهما عائد إلى دية الخطأ وقيمة المتلف.

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٧٣.

المتع في شرح المقنع

وأما كون الصلح عن البيت على أن يسكنه سنة أو يبني له فوفه غرفة لا يصح؛ فلأنه صالحه عن ملكه بملكه.

قال: (وإن قال: أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صح الإقرار، ولم يصح الصلح).

أما كون الإقرار فيما ذكر يصح؛ فلأنه إقرار بحق يحرم عليه إنكاره. وأما كون الصلح لا يصح؛ فلأنه يجب عليه الإقرار بالحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه.

قال: (وإن صالح إنساناً ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجة^(١) لم يصح. وإن دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعي ملاً صلحاً عن دعواه صح).

أما كون من صالح إنساناً ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجة لا يصح؛ فلأن ذلك صلح يحل حراماً؛ لأن إرقاق الحر وبذل المرأة نفسها بعوض لا يجوز. وأما كون المدعى عليه العبودية إذا دفع إلى المدعي ملاً صلحاً عن دعواه يصح: أما في حق الآخذ؛ فلأنه يجوز أن يعتق عبده بعوض. وأما في حق الدافع؛ فلأنه يقطع الخصومة المتوجهة عليه.

وزاد المصنف رحمه الله في المغني على ذلك بأن قال: ويدفع اليمين الواجبة عليه. وفي تخصيص المصنف رحمه الله جواز الدفع في العبودية دليل على أن المرأة المدعى عليها الزوجية لا يجوز أن تدفع شيئاً إلى المدعي على وجه الصلح. وقد صرح به في المغني وعلمه بأن الدفع في الإنكار لا يفيد اليمين وقطع الخصومة، ولا يمين عليها.

(١) في هـ: الزوجة.

ولأن خروج البعض من ملك الزوج لا قيمة له وإنما أجز الخلع لأجل الحاجة إلى افتداء نفسها .

ثم قال : وخرج ابن عقيل جوازه بناء على مشروعية اليمين في حقها على رواية ، وعلى أن العوض يصح أخذه عن البضع في جانب الزوج خلعاً وفي جانب المرأة نكاحاً . وصرح في الكافي بجواز ذلك وقدمه على المنع وعلمه بأنها تنفع شره عن نفسها . وهذا ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية ؛ لأنه ذكر المسألتين ثم قال : فإن دفع إليه المدعى عليه مائة صلحاً عن دعواه صح الصلح . وما ذكره المصنف رحمه الله في المعني مانعاً من الصحة في الزوجية موجود بعينه في العبودية ؛ لأن المدعى عليه العبودية لا يستحلف كما لا يستحلف المدعى عليها الزوجية . وتحرير الصحة في الموضوعين مع أنه لا يستحلف فيهما على الصحيح أن في^(١) الصلح قطعاً للخصومة والمقابلة ودفعاً للشر وذلك مطلوب والصلح طريق إليه . فجاز تحصيلاً لما هو مطلوب .

قال : (النوع الثاني : أن يصالح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة ، فإن كان بأثمان عن أثمان فهو صرف ، وإن كان بغير الأثمان فهو بيع ، وإن كان بمنفعة كسكنى دار فهو إجارة تبطل بتلف الدار كسائر الإجازات) .

أما كون النوع الثاني : أن يصالح عن الحق بغير جنسه ؛ فلائنه يلي الأول . وأما كونه معاوضة ؛ فلائنه بدل مال في مقابلة مال وذلك شأن المعاوضة . وأما كونه صرفاً إذا كان بأثمان^(٢) عن أثمان ؛ فلائنه الصرف يبع أحد الثمنين بالآخر ، وهو موجود هنا .

فعلى هذا يشترط له ما يشترط في الصرف من القبض في المجلس ونحوه .

(١) في هـ: في أن.

(٢) في هـ: أثمان.

المتع في شرح المنع

وأما كونه يبعاً إذا كان بغير الأثمان ؛ فلأن البيع مبادلة المال بالمال وأنه موجود هنا .

فعلى هذا يشترط فيه ما يشترط في البيع من العلم به ونحوه .

وأما كونه إجارة إذا كان بمنفعة كسكنى دار ؛ فلأن الإجارة بيع المنفعة وهو موجود هنا .

فعلى هذا يثبت فيها أحكام الإجارة من البطلان بتلف الدار ونحوه .

قال : (وإن صالحت المرأة بتزويج نفسها صح ، فإن كان الصلح عن عيب في مبيعها فزال رجعت بأرشفه لا بمهرها) .

أما كون المرأة إذا صالحت عن الحق الذي عليها بتزويج نفسها يصح ؛ فلأن عقد التزويج يقتضي عوضاً فإذا جعلت ذلك عوضاً عن الحق الذي عليها صح كغيره .

وأما كونها ترجع بأرشف العيب لا بمهرها إذا كان الصلح عن عيب في مبيعها فزال ؛ فلأنها جعلت صداقها أرشف العيب فإذا زال العيب وجب الرجوع بما كان صداقاً .

وقول المصنف رحمه الله : زال العيب معناه : تبين أنه ليس بعيب ، ولذلك أصلح بعض من أذن له المصنف رحمه الله زال بتبين .

فإن قيل : ما مثال ذلك ؟

قيل : مثل إن كانت أمة ظننها حاملاً لا تنتفخ جوفها فتفشى ونحوه صرح به أبو الخطاب في الهداية .

فعلى هذا إن كان موجوداً عند العقد ثم زال كميمع ظهر مريضاً فتعافى لا شيء لها ؛ لأن زوال العيب بعد ثبوته حال العقد لا يوجب بطلان الأرش .

فإن قيل : قد تقدم أن بهيمة الأنعام إذا ظهرت مصراة يملك المشتري الرد وكذا إذا اشترى أمة فظهرت مزوجة فإذا صار لبن المصراة عادة وطلقت المزوجة^(١) امتنع الرد . فعلى هذا إذا ظهر المبيع معيباً ثم زال العيب يجب أن يتبين أن لا أرش .
قيل : الرد فسخ للملك بسبب العيب فلم يكن بد من وجوده حين الرد ؛ لأنه زمن الفسخ . بخلاف أرش العيب فإنه عوض عما فات من العيب وقت العقد فلم يسقط^(٢) بزواله بعده .

قال : (وإن صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض ؛ لأنه بيع دين بدين . ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة) .

أما كون من صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لا يجوز التفرق قبل القبض ؛ فلما علل المصنف رحمه الله من أنه بيع دين بدين ؛ وذلك أنه متى حصل التفرق قبل القبض يكون كل واحد من العوضين ديناً ؛ لأن محله الذمة وذلك شأن الدين ، وإذا كان التفرق قبل القبض مفضياً إلى ذلك لم يجز ؛ لأن بيع الدين بالدين غير جائز «لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»^(٣) رواه الدارقطني .
تفسيره : بيع الدين بالدين قاله أبو عبيد .

وأما كون الصلح عن المجهول بمعلوم يصح في الجملة ؛ فلما روي عن النبي ﷺ : « أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست بينهما : استهما وتوخيا الحق ، وليحلل أحدهما صاحبه »^(٤) . رواه الإمام أحمد وأبو داود .

(١) في و: الزوجة.

(٢) في و: فلم يسقط وقت العقد .

(٣) سبق تخريجه ص: ١٥٦ .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٨٥) ٣: ٣٠٢ كتاب الأفضية، باب في قضاء الفاضي إذا أخطأ .

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٧٦٠) ٦: ٣٢٠ .

المتع في شرح المقنع

ولأنه إسقاط حق فصيح في المجهول كالعتاق والطلاق .
وأما ما يشترط في صحة الصلح المذكور فأمران :
أحدهما : أن يكون المصالح به معلوماً لأنه يفتقر إلى تسليم وذلك لا يمكن في
غير معلوم .
وثانيهما : أن يكون مما لا يمكن معرفته كمواريث دارسة وحقوق سائلة ؛
لأن المصالح للصلح المذكور الحديث المذكور والأمر فيه كذلك .
ولأن المبيع للصلح المذكور الحاجة وما يمكن معرفته لا حاجة إلى الصلح
عليه .

فصل [الصلح على إنكار]

قال المصنف رحمه الله: (القسم الثاني: أن يدعي عليه عيناً أو ديناً فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون بيعاً في حق المدعي حتى إن وجد فيما أخذه عيناً فله رده وفسخ الصلح. وإن كان شقصاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ما صالح عنه^(١) بعيب ولا يؤخذ بشفعة. ومتى كان أحدهما عالماً بكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه).

أما كون القسم الثاني ما ذكر ويسمى الصلح على الإنكار؛ فلأنه يلي

الأول.

وأما كونه يصح؛ فلعموم قوله عليه السلام: «الصلح بين المسلمين

جائز»^(٢).

ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح على الإقرار.

وتحقيقه: أنه إذا صح مع الأجنبي مع علم حاجته إليه، فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه بطريق الأولى.

ويشترط لصحة الصلح المذكور: أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق

والمدعى عليه معتقداً أن لا حق عليه؛ لأن الصلح حينئذٍ يكون لافتداء اليمين وقطع

(١) في: هـ: عن.

(٢) سبق تخريجه ض: ٢٧٣.

المتع في شرح المتنع

الخصومة وذلك مطلوب؛ لما فيه من صيانة النفوس الشريفة، وذوي المروعات العزيزة عن التبذل، وحضور مجالس الحكام. بخلاف غيرهم.

فإن قيل: ذلك مجوز للمدعى عليه فما شأن المدعى؟

قيل: المدعى يأخذ ذلك عوضاً عن الحق الذي يعتقد.

وأما كونه يبعاً في حق المدعى؛ فلأنه يعتقد عوضاً عن حقه فيلزمه حكم اعتقاده.

فعلى هذا له رده إن وجد معيماً وإن كان شقياً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة لأنه يبيع.

وأما كونه إبراء في حق الآخر؛ فلأنه دفع المال لاقتداء بيمينه ودفع الضرر عن نفسه لا عوضاً عن حق يعتقد.

فعلى هذا لا يرد ما صالح عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة لاعتقاده أنه ليس بعوض.

وأما كون الصلح باطلاً في حق العالم بكذب نفسه؛ فلأنه عالم بالحق قادر على إيصاله إلى مستحقه غير معتقد أنه محق واعتقاد ذلك شرط لما تقدم.

وأما كون ما يأخذه حراماً؛ فلأنه أكل لمال الغير بالباطل.

قال: (وإن صالح عن المنكر أجني بغير إذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين).

أما كون صلح الأجنبي عن المنكر يصح؛ فلأنه قصد براءة ذمته فصح كما لو قضى دينه.

وأما كونه لا يرجع عليه في وجه؛ فلأن الدين لم يثبت عليه.

وأما كونه يرجع عليه في وجه؛ فبالقياس على الضمان.

والأول أصح؛ لما تقدم.

والفرق بينه وبين الضمان: أنه هاهنا أدى ما لا يلزمه أدؤه. بخلاف الضمان فإنه قضى ما يلزمه قضاؤه.

قال: (وإن صالح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها عالمًا بعجزه عن استقاذه لم يصح. وإن ظن القدرة عليه صح ثم إن عجز عن ذلك فهو مخير بين فسخ الصلح وإمضائه).

أما كون صلح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى لا يصح؛ فلأنه [اشترى منه ما لم يثبت له ولم توجه إليه خصومة فيفتدي نفسه منها. أشبه ما لو] ^(١) اشترى منه ملك غيره.

وأما كون صلحه إذا اعترف له بذلك عالمًا بعجزه عن استقاذه لا يصح؛ فلأنه اشترى ما لا يقدر على تسليمه.

وأما كونه يصح إذا اعترف له بصحة دعواه وظن القدرة على الاستقاذ؛ فلأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه. ولم يفرق بين المصنف رحمه الله بين أن يكون المصالح عنه عيناً أو ديناً. وفرق بينهما في المغني فصحه في العين، وقال في الدين: لا يصح؛ لأنه اشترى ما لا يقدر على قبضه. ثم قال: ومن أصحابنا من قال: يصح. وليس بشيء؛ لأن بيع الدين في ذمة المقر لا يصح فيبيع دين في ذمة من ينكره، ولا يقدر مشتره على قبضه أولى.

وأما كونه إذا عجز عن ذلك يخير بين الفسخ والإمضاء؛ فلأنه إذا فات بعض المعقود عليه يكون له الخيرة دليلاً للرد بالعيب؛ فلأن تكون له الخيرة إذا فات كل المعقود عليه بطريق الأولى.

(١) سقط من هـ.

فصل

قال المصنف رحمه الله : (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهراً . ولو صالح سارقاً ليطلقه ، أو شاهداً ليكتبم شهادته ، أو شقيقاً عن شفيعته ، أو مقدوفاً عن حده لم يصح الصلح ، وتسقط الشفعة . وفي الحد وجهان) .

أما كون الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهراً يصح ؛ فلأن المال لم يتعين فيه فصح بالدية وبأكثر منها وبأقل .

ولأنه^(١) يصح إسقاطه فلأن يصح الصلح عنه بما ذكر بطريق الأولى .

وقول المصنف رحمه الله : وبكل ما يثبت مهراً فيه إشارة إلى أنه يصح بالشيء وإن قل ؛ لأنه قابل ذلك بقوله : بديات وذلك عبارة عن كثرة الشيء المصالح به .

وأما كون صلح السارق ليطلق لا يصح ؛ فلأن الرفع إلى السلطان ليس حقاً يجوز الاعتياض عنه .

وأما كون صلح الشاهد ليكتبم شهادته لا يصح ؛ فلأن كتمان الشهادة حرام فلا يصح الاعتياض عنه .

وأما كون صلح الشفيع عن شفيعته لا يصح ؛ فلأنها إنما ثبتت لإزالة الضرر فإذا رضي بالعوض تبين أن لا ضرر فلا استحقاق فيبطل العوض لبطلان معوضه ولهذا العلة تسقط شفيعته .

(١) في هـ: فلأنه .

وأما كون صلح المقنوف عن حده لا يصح؛ فلأنه ليس بمال ولا يؤول إليه بخلاف دم العمد.

وأما كون الحد يسقط ففيه وجهان مأخذهما: أن حد القذف هل هو للآدمي أو لله؟ فإن قلنا: للآدمي سقط؛ لأن الصلح منه دليل على الإسقاط.

ولأن الحد يسقط بالشبهة وما ذكر شبهة.

وإن قلنا: لله لم يسقط لعدم ما ذكر قبل.

قال: (وإن صالحه على أن يُجري على أرضه أو سطحه ماء معلوماً صح. ويجوز أن يشتري ممراً في دار وموضعاً في حائط^(١) يفتحه باباً، وبقعة يحفرها بئراً، وعلو بيت يبني عليه بنياناً موصوفاً. فإن كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين، وفي الآخر يجوز إذا وصف العلو والسفل).

أما كون الصلح على إجراء ماء معلوم على أرض أو سطح يصح؛ فلأن الحاجة داعية إليه. واشترط المصنف رحمه الله كون الماء معلوماً؛ لأن الماء يختلف بكثرته وقلته. وطريق العلم في الماء على الأرض تقديره بالإصبع^(٢) أو العيدان^(٣) أو نحو ذلك، وفي ماء السطح بمعرفة السطح. ويشترط في إجرائه على الأرض إذا شرط إجرائه في قناة تبيين موضعها وطولها وعرضها؛ لأنه يبع لموضع من أرضه. ولا حاجة إلى بيان عمقها؛ لأن قراره للمشتري. وإن شرط أن الأرض لربها كان إجارة تفتقر إلى معرفة عمقها ومدتها كإجارتها للزرع. ولا يشترط في إجراء الماء على السطح ذكر المدة؛ لأن هذا لا يستوفى به منافع السطح بخلاف القناة.

(١) في هـ: داره وموضعاً في حائطه.

(٢) في و: بالأرض.

(٣) في و وهـ: بالعيدان، وما أثبتاه من ج.

وأما كون شراء الممر من دار يجوز؛ فلأنه حق أعطي حكم العين بدليل جواز تملكه ابتداء بدون ملك العين بخلاف تملك المنفعة المباحة فإنه لا يتصور بذل ملك العين. ودليل تملك الممر ابتداء دون ملك العين أن شخصاً لو أحيا أرضاً ميتة ثم أحيا غيره الأرض التي تليها كان له حق المرور في تلك الأرض وإن لم يملك رقبته. وأما كون شراء موضع في حائط يفتحه باباً ويقع بها بئراً يجوز؛ فلأنه شراء لبعض ما يملكه البائع فصح كما لو باعه نصف حائطه أو نصف أرضه. وأما كون بيع علو بيت يبني عليه بنياناً موصوفاً بجوز؛ فلأنه ملك البائع فجاز بيعه كالأرض. واشترط المصنف رحمه الله في صحة ذلك كون البنيان موصوفاً ليكون معلوماً.

وأما كون بيع ذلك لا يجوز إذا كان البيت غير مبني في وجهه؛ فلأن المبيع العلو ولا وجود له قبل وجود السفل فوجب أن لا يجوز بيعه كالمعلوم. وأما كونه يجوز في وجهه؛ فلأنه موصوف أشبه ما إذا كان السفل مبنياً. واشترط المصنف رحمه الله في الجواز وصف السفل والعلو؛ لأن المبيع لا يكون معلوماً إلا بذلك.

قال: (وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها لزمه ذلك، فإن أبى فله قطعها، فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز. وإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم).

أما كون إزالة أغصان الشجرة الحاصلة في هواء الجار يلزم مالكةا مع طلب الجار؛ فلأن الهواء ملك لأصاحب القرار، فإذا طلب إخلاء ملكه لزمه إخلاؤه؛ كما لو دخلت دابة إلى داره فطالب مالكةا بإخراجها.

وأما كون مالك الهواء له قطعها إذا أبى مالكةا من إزالتها؛ فلأن في ذلك إخلاء ملكه الواجب إخلاؤه.

وأما كون الصلح عن ذلك بعوض لا يجوز؛ فلأن ذلك يزيد وينقص .
وحكى المصنف رحمه الله ذلك في المغني عن أبي الخطاب .

وحكى عن القاضي: إن كانت الأغصان رطبة لم يجز الصلح عنها؛ لأنها تزيد في كل وقت .

وحكى عن ابن حامد: أنه يجوز في الرطب واليابس؛ لأن الجهالة في المصلح عنه لا يمنع الجواز لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتقر إلى العلم به لوجوب التسليم .

واشترط القاضي أن يكون الغصن معتمداً على نفس الحائط ومنع منه إذا كان على نفس الهواء؛ [لأنه بيع للهواء]^(١) المجرد . وأيد المصنف رحمه الله الجواز في المغني مطلقاً بأن قال: ومن مذهبنا جواز بيع الهواء . والزيادة التي تتجدد في الغصن يحتمل أن يعفى عنها؛ كالتسليم الحادث في المستأجر للركوب .

وأما كون الاتفاق على أن الثمرة لمالك الهواء أو بينهما يجوز؛ فلأن هذا يكثر في الأملاك المتجاورة، وفي القطع إتلاف وإضرار فدعت الحاجة إلى الصلح بالثمرة أو بعضها؛ لأنه أسهل .

قال المصنف رحمه الله في المغني: سئل الإمام أحمد عن ذلك فقال: لا أدري . ثم قال: يحتمل أن يصح؛ لما ذكر، ويحتمل أن لا يصح؛ لأن العوض مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض .

وأما كون ذلك لا يلزم؛ فلأنه لو لزم لأدى إلى ضرر مالك الشجر لتأبد استحقاق الثمرة عليه، أو إلى ضرر مالك الهواء لتأبد بقاء الأغصان في ملكه .

(١) ساقط من هـ.

قال: (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاناً، ولا أن يفعل ذلك في ملك إنسان، ولا درب غير نافذ إلا بإذن أهله. وإن صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين).

أما كون إشراع الجناح. وهو الروشن يكون على أطراف الخشب مدفون في الحائط وأطرافه خارجة إلى الطريق، وكون إشراع الساباط وهو المستوي في هواء الطريق، وكون إشراع الدكان وهي الدكة إلى طريق نافذ: لا يجوز؛ لأنه تصرف في ملك الغير من غير إذن مالكة. ولا فرق فيما ذكر بين أن يضر ذلك بالمارة أو لا يضر؛ لأنه إن لم يضر حالاً فقد يضر مآلاً، ولا بين أن يأذن الإمام فيه أو لم يأذن؛ لأنه ليس له أن يأذن فيما لا مصلحة فيه للمسلمين لا سيما إذا احتمل أن يكون ضرراً عليهم في المال.

وقال ابن عقيل: إذا أذن الإمام فيما هو مشترك بين المسلمين ولا ضرر فيه جاز؛ لأنه نائب عن المسلمين فجرى إذنه مجرى إذنتهم.

وأما كون فعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ بغير إذن أهله لا يجوز؛ فلما تقدم ذكره.

وأما كونه يجوز إذا أذن فيه أهله؛ فلأن المنع لحقهم فإذا رضوا بإسقاطه جاز. فإن قيل: قول المصنف رحمه الله: إلا بإذن أهله يرجع إلى جميع ما تقدم أم

لا؟

قيل: لا؛ لأن أهل الطريق النافذ هو جميع المسلمين والإذن من جميعهم غير متصور فلا فائدة في الحكم عليه بالجواز.

وأما كون الصلح عن ذلك بعوض يجوز في وجه وهو قول أبي الخطاب؛ لأنه يجوز الصلح بغير عوض. فجاز بعوض؛ كما لو كان القرار مبنياً.

وأما كونه لا يجوز في وجهه وهو قول القاضي؛ فلأنه بيع للهواء. وظاهر إطلاق المصنف رحمه الله^(١) هذا الوجه الجواز سواء كان جناحاً أو ساباطاً أو دكاناً، وصرح في الكافي بأن قول القاضي في الجناح والسباط، ولم يذكر الدكان وهو صحيح يجب حمل إطلاق المصنف هنا عليه؛ لأن تعليل القاضي لا يساعده في الدكان؛ لكونها تبني على القرار لا على هوائه.

قال: (وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز ويحتمل أن لا يجوز. وإن فتحه للاستطراق لم يجز إلا بإذنه في أحد الوجهين، وإن صالحهم جاز، ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله إلى أوله، ولم يملك نقله إلى داخل منه في أحد الوجهين).

أما كون من فتح باباً لغير الاستطراق في ظهر داره التي في درب غير نافذ يجوز على المذهب؛ فلأن له رفع حائطه بالكلية فرفع بعضه أولى. وأما كونه يحتمل أن لا يجوز؛ فلأن الباب دليل الاستطراق. وليس له أن يستطرق؛ لما يذكر بعد.

وأما كون من فتحه للاستطراق بغير إذن أهل الدرب لا يجوز في وجهه؛ فلأنه لا يجوز أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في مكان مملوك لأهله لا حق له فيه. وأما كونه يجوز في وجهه فلما ذكر قبل.

وأما كون ذلك يجوز مع الإذن؛ فلأن الحق لهم فإذا رضوا بإسقاطه سقط. وأما كون الصلح عن ذلك يجوز؛ فلأن ذلك حقهم فجاز أخذ العوض عنه كسائر الحقوق.

(١) في هـ زيادة: على.

وأما كون من بابه في آخر الدرب الذي ليس بنافذ يملك^(١) نقله إلى أوله؛
فلا أنه يترك بعض حقه؛ لأن له الاستطراق إلى آخره.

وأما كونه يملكه في وجهه؛ فلا أنه له رفع حائطه كله فرفع بعضه أولى.

ولأن ما يلي حائطه فناء له فملك فتح الباب فيه كحالة ابتداء البناء فإن له في
الابتداء جعل بابه حيث شاء. فتركه له لا يسقط حقه منه.

قال: (وليس له أن يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة، ولا
طاقاً إلا بإذن صاحبه. وليس له وضع خشبة عليه إلا عند الضرورة بأن لا يمكنه
التسقيف إلا به. وعنه: ليس له وضع خشبة على جدار المسجد، وهذا تنبيه
على أنه لا يضع على جدار جاره).

أما كون من ذكر ليس له فتح روزنة ولا طاق في حائط جاره ولا حائط
مشترك بغير إذن صاحبه؛ فلأن ذلك انتفاع بملك الغير فلم يجوز بغير إذنه لا سيما إذا
كان يضر بينائه ويضعفه.

وأما كونه له ذلك مع الإذن؛ فلأن الحق له فإذا أذن في إسقاطه سقط.

وأما كونه ليس له وضع خشبة عليه إذا لم يكن ضرورة؛ فلما تقدم.

وأما كونه له ذلك في حائط جاره عند الضرورة على المذهب؛ فلما روى أبو
هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على
جداره فنكس القوم رؤوسهم. فقال أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين؟ والله
لأرمينها بين أكفكم»^(٢) متفق عليه.

(١) في هذا ملك.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٣١): ٢: ٨٦٩ كتاب المظالم، باب لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٩): ٣: ١٢٣٠ كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

ولأنه انتفاع لا يضر بالمالك فلم يمنع منه كالاتغلال بحائطه والجلوس في ضوء مصباحه .

فإن قيل : ما معنى قول أبي هريرة : « لأرمنيها بين أكتافكم » .

قيل معناه : لأضعن هذه السنة بين أكتافكم ولأحملنكم على العمل بها .

وقيل معناه : لأكلفنكم ذلك ولأضعن جنوع الجيران على أكتافكم ضرباً للمثل وقصداً للمبالغة .

وأما قول المصنف رحمه الله : بأن لا يمكنه التسقيف إلا به فتفسير للضرورة المشتركة عنده . وظاهره أنه لا فرق بين من كان له حائط واحد أو حائطان . وصرح به في المغني ، وحكى فيه عن القاضي وأبي الخطاب : ليس هذا في كلام أحمد ، وعلل ما ذهب إليه بأنه قد يمتنع عليه التسقيف على حائطين لكون البيت واسعاً لا يصل إليه الخشب . وإنما اشترطت الضرورة ؛ لأن مقتضى الدليل علم جواز الانتفاع بملك الغير بغير إذنه . ترك العمل به عند الضرورة للضرورة فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه . ولا بد أن يلحظ أنه لا ضرر في ذلك فإن كان يضر بأن يهدم الحائط أو يضعفه لم يكن له ذلك ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا ضرر ولا إضرار »^(١) رواه مالك وابن ماجه والدارقطني .

فإن قيل : حديث أبي هريرة مطلق فلم اشترط ما ذكر من الضرورة وعلم

الضرر؟

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٤١) : ٢ : ٧٨٤ كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره . قال في الزوائد : في إسناده جابر الجعفي متهم .

وأخرجه مالك في الموطأ (٣١) : ٢ : ٥٧١ كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق . ولفظهما : « لا ضرر ولا ضرار » .

وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) : ٤ : ٢٢٨ كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت . باللفظ الذي ساقه المصنف .

قيل : أما الأول فيجب حمل الحديث عليه لما تقدم من أن مقتضى الدليل عدم جواز الانتفاع بملك الغير . ترك العمل به عند الضرورة للضرورة فيجب أن يبقى فيما عداها على مقتضاه .

وقال بعض أصحابنا : لا يشترط ذلك عملاً بعموم الخبر .

قال المصنف في المغني : أشار ابن عقيل إلى جواز ذلك وقال : ليس لنا مباح تعتبر في إباحته الحاجة . بدليل انتزاع الشقص المشفوع والفسخ بالخيار . فكذلك هاهنا .

وأما الثاني ؛ فلأن قوله : « لا ضرر ولا ضرار »^(١) يدل عليه فيجب أن يحمل حديث أبي هريرة عليه جميعاً بينهما .

وأما كونه له وضع خشبة على الحائط المشترك عند الضرورة المتقدم ذكرها على المذهب ؛ فلأنه إذا كان له ذلك في حائط جاره مع أنه لا حق له فيه ، فلأن يكون له ذلك في الحائط المشترك وله فيه حق بطريق الأولى .

وأما كونه له وضع خشبة على جدار المسجد عند وجود الضرورة وعلم الضرر على المذهب ؛ فلأنه إذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبني على الشج والضيق ففي حق الله المبني على المسامحة والمساهلة أولى .

وأما كونه ليس له ذلك على رواية ؛ فلأن القياس يقتضي المنع . ترك في ملك الجار للخبر فيبقى في غيره على مقتضاه .

وأما كونه لا يضع خشبه على جدار جاره على رواية مأخوذة مما ذكر من الرواية الثانية في جدار المسجد ؛ فلأنه إذا لم يكن له ذلك مع أن له فيه حقاً ؛ لأنه من

(١) سبق تخريجه ص : ٢٩١ .

المسلمين والمسجد مشترك بينهم؛ فلأن لا يكون له ذلك في ملك الغير المختص به بطريق الأولى.

قال: (وإن كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه بنائه معه أجبر عليه. وعنه: لا يجبر لكن ليس له منعه من بنائه، فإن بناه بآلته فهو بينهما. وإن بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به، فإن طلب ذلك خيّر الباني بين أخذ نصف قيمته منه وبين أخذ آله).

أما كون الممتنع من البناء مع شريكه يجبر عليه على المذهب؛ فلما فيه من إزالة الضرر عن شريكه.

وأما كونه لا يجبر عليه على رواية؛ فلأنه ملك لا حرمة له في نفسه. فلم يجبر مالكة على الإنفاق عليه؛ كما لو انفرد به.

قال القاضي: أصحهما أنه يجبر لأن في ترك البناء إضراراً بالشريك فأجبر عليه كما يجبر على القسّم إذا طلبه شريكه وعلى النقص إذا خيف سقوطه. ويؤيده قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»^(١). وعدم حرمة الملك إن لم يوجب فحرمة شريكه الذي يتضرر بترك البناء يوجب. وفارق الملك المنفرد من حيث إنه لا يفوت به حق أحد ولا يتضرر به.

وأما كونه على رواية أنه لا يجبر: ليس للشريك منع شريكه من بنائه؛ فلأن له حقاً في الحمل^(٢) ورسماً في الحائط فلا^(٣) يجوز منعه من ذلك.

وأما كون الحائط مشتركاً بينهما إذا بناه بآلته؛ فلأن آله مشتركة وقد عادت فيجب أن تعود كما كانت.

(١) سبق تخريجه ص: ٢٩١.

(٢) في و: الجملة.

(٣) في هـ: ولا.

ولأن الباني إنما أنفق على التأليف وذلك أثر لا عين يملكها .
وظاهر كلام المصنف هنا وفي المغني والكافي أنه لا يملك منع شريكه من وضع
ما كان له عليه ؛ لأنه ذكر المنع في المسألة التي تأتي دون هذه .

ولأنه قال في الكافي : عاد بينهما كما كان برسومه وحقوقه ؛ لأنه عاد بعينه .
وصرح صاحب النهاية بذلك فيها ، فقال : فإن بناه بآلته فهو بينهما على الشركة
ولا يلزم شريكه أجرة البنائين ، وليس لشريكه أن يمنعه أن ينتفع بأعيان ملكه .
وفيما ذكره الأصحاب نظر . وينبغي أن الباني يملك منع شريكه من التصرف
فيه حتى يؤدي ما يخصه من الغرامة الواقعة بأجرة المثل ؛ لأنه لو لم يكن كذلك
لأدى إلى ضياع حق الشريك .

ولأننا إذا أجرناه على العمارة نجبره على وزن أجرة البناء كما نجبره على وزن
ثمن الآلات فيجب أنه إذا وزنها الشريك يرجع بها كما لو وزن ثمن الآلات فإنه
يرجع بها .

ولأن الأصحاب اتفقوا على أن للشريك أن يمنع شريكه من التصرف فيما إذا
بناه بآلة من عنده حتى يؤدي ما يخصه من قيمة البناء وذلك اسم الآلة مع التأليف
فإذا وجب الرجوع بقيمة التأليف مع قيمة الآلة فما المانع من وجوب رد قيمة
التأليف المنفرد .

وأما كون البناء للباني إذا بناه بآلة من عنده ؛ فلائنه ملكه .

وأما كون الآخر ليس له الانتفاع به - والمراد قبل أداء ما يجب عليه- ؛ فلائنه
يتصرف في ملك الغير بغير إذنه .

وأما كون الباني يجبر بين أخذ نصف قيمته من شريكه إذا طلب الانتفاع به
ويبين أخذ آله ؛ فلائنه ليس له إبطال حق شريكه ، وفي أخذ القيمة جمع بين الحقيين ؛
وفي أخذ الآلة تمكين للغير من استيفاء حقه .

قال: (وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولا ب أو ناعورة أو قناة واحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتع روايتان . وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته وإذا عمّره فالماء بينهما على الشركة) .

أما كون الممتع في الصورة المذكورة يجري فيه الخلاف المذكور؛ فلما تقدم قبل .

وأما كون أحدهما ليس له منع صاحبه من عمارته؛ فلما تقدم أيضاً .
وأما كون الماء بينهما على الشركة؛ فلأن عامر ذلك ليس له فيه عين بل أثر فيجب أن يعود بينهما على ما كان كما لو بنى الحائط المشترك بآلته، ويجيء في هذا ما تقدم من النظر؛ لأنه مثله .

كتاب الحجر

(١) الحجر في اللغة: المنع. ومنه سمي الحرام حجراً؛ لأنه ممنوع منه. قال الله تعالى: ﴿ويقولون حجراً محجوراً﴾ [الفرقان: ٢٢] أي حراماً محرماً. ويسمى العقل حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح قال الله تعالى: ﴿هل في ذلك قسم لذي حجر﴾ [الفجر: ٥] أي لذي عقل.

وفي الشرع: منع المحجور عليه من التصرف فيما حجر عليه فيه.
قال المصنف رحمه الله: (وهو على ضربين: حجر لحق الغير. نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس).

أما كون الحجر على ضربين؛ فلأنه تارة يكون لحق غير المحجور عليه، وتارة يكون لحق المحجور عليه وسيأتي بيانهما في مواضعهما.
وأما قول المصنف رحمه الله: نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس فمشعر بأمرين:

أحدهما: أن الحجر لحق الغير يكون لغير المفلس وهو صحيح لأن المريض مرض الموت يحجر عليه في التصرف بالزائد على الثلث لحق الورثة، والمكاتب والمأذون له (٢) يحجر عليهما لحق سيدهما.

وثانيهما: أن المقصود هاهنا ذكر الحجر على المفلس الذي الحجر عليه لأجل غرمائه لأن ما عدا ذلك يذكر في مواضعه إن شاء الله تعالى.

(١) ورد العنوان في و: باب الحجر.

(٢) في هـ زيادة: فيما.

فإن قيل: ما المفلس؟

قيل: الذي دينه أكثر من ماله، وفي قوله عَلَيْهِ: «ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسناتٍ أمثال الجبال وقد ظلمَ هذا، ولطمَ هذا، وأخذَ من عرضِ هذا. فيأخذُ هذا من حسناته وهذا من حسناته. فإن بقي عليه شيء أخذَ من سيئاتهم فردَّ عليه ثم صكَّ له^(١) صكاً إلى النار»^(٢): تنبيه على ذلك لأنه أخير أن المفلس له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ما عليه.

قال: (ومن لزمه دين مؤجل لم يُطالب به قبل أجله، ولم يحجر عليه من أجله، فإن أراد سفيراً يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل، وإن كان لا يحل قبله ففي منعه روايتان).

أما كون من لزمه دين مؤجل لا يطالب به قبل أجله؛ فلأن الدين المؤجل لا يلزم أدائه قبل الأجل ومن شرط المطالبة لزوم الأداء.

وأما كونه لا يحجر عليه من أجله؛ فلأن المطالبة به لا تستحق فكذا الحجر.

وأما كون الغريم له منع غريمه من سفر يحل الدين قبل مدته عند علم التوثيق؛ فلأن في ذلك تأخيراً لحقه عن محله فملك منعه كنفس التأخير.

وأما كونه ليس له منعه مع التوثيق؛ فلأن ضرر التأخير يزول بذلك لتمكنه من الاستيفاء عند محله من الرهن أو الكفيل.

وأما كونه له منعه من سفر لا يحل الدين قبل مدته في زواية؛ فلأن قدومه قبل المحلّ غير متيقن ولا ظاهر. أشبه ما لو كان السفر طويلاً.

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٥٨١): ٤: ١٩٩٧ كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٤١٨): ٤: ٦١٣ كتاب صفة القيامة، باب ما جاء في شأن الحساب والقصاص. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

وأما كونه ليس له ذلك في رواية؛ فلأنه لا يستلزم تأخير حقه بخلاف المسألة قبل.

قال المصنف في المغني بعد رواية المنع: هو ظاهر كلام أحمد.

قال: (وإن كان حالاً وله مال يفي به لم يحجر عليه ويأمره الحاكم بوفائه. فإن أبي حبسه. فإن أصر باع ماله وقضى دينه).

أما كون من ذكر لا يحجر عليه؛ فلأن الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر.

وأما كون الحاكم يأمره بالوفاء؛ فلأن الغرماء إذا طلبوا ذلك منه تعين عليه لما فيه من فصل القضاء المرصد له.

وأما كونه يجسه إذا أبى ذلك؛ فلأن كل ممتع من وفاء حق عليه يجب حبسه إذا كان قادراً عليه حتى يوفي، وما لا يتم الواجب إلا به واجب.

قال: (فإن ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض، أو عرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم اليانة على نفاذ ماله وإعساره. وهل يحلف معها؟ على وجهين. وإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله).

أما كون من ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض، أو عرف له مال سابق يجس إذا لم^(١) يقم اليانة على نفاذه وإعساره؛ فلأن الأصل بقاء ماله وإذا كان باقياً تعين حبسه ليقضي دينه؛ كالمقر يساره. ولا بد أن يُلحظ أن صاحب الدين مكذب للمدعي في دعواه لأنه لو صدقه لكان كما لو قامت اليانة بإعساره. وسيأتي ذكره.

(١) ساقط من هـ.

وأما كونه لا يجبس إذا أقام البينة على ذلك؛ فلأن البينة تظهر الإعسار فيجب إنظاره لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وقول النبي ﷺ لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه: «خُنُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ»^(١).

ولأن الجبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو ليقضي دينه، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر. وإذا كان كذلك لم يكن في الجبس فائدة.

وأما صفة ما تشهد به البينة فظاهر كلام المصنف هنا أنها لا بد وأن تشهد على النفاذ. وذكر في المغني أن البينة إن شهدت بالتلف سُمعت وإن لم تكن من أهل الخبرة الباطنة، وإن شهدت بالإعسار لم تسمع إلا أن تكون من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة لأن الإعسار من الأمور الباطنة التي لا يعلمها إلا أهل الخبرة الباطنة والمخالطة. وفي هذا إشعار بأن البينة إن كانت من أهل الخبرة الباطنة كفى أن تشهد بالإعسار دون النفاذ، وإن لم يكن كذلك لم يكف بل لا بد من الشهادة على النفاذ. وهو تفصيل حسن لأن البينة إذا كانت من أهل الخبرة الباطنة لزم من صحة شهادتهما نفاذ المال بخلاف ما إذا لم يكن كذلك.

وأما كونه لا يحلف مع البينة على وجه؛ فلأن في ذلك تكديباً للبينة.

وأما كونه يحلف على وجه فلاحتمال أن يكون له مال لا يعلم.

وأما كونه يخلى سبيله؛ فلأن الأصل أنه لا مال له.

قال: (وإن كان له مال لا يفي بدينه فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه

لزمته إجابتهم. ويستحب إظهاره، والإشهاد عليه).

(١) سيأتي تخريجه ص: ٣٢١.

أما كون الحاكم يلزمه إجابة غرماء المفلس إذا سأله الحجر عليه ؛ فلأن النبي ﷺ حجر على معاذ لما سأل غرماؤه ذلك، وفي الحديث عن عبدالرحمن بن كعب قال: « كان معاذ^(١) من أفضل شباب قومه ، ولم يكن يُمسك شيئاً . فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين . فكلم النبي ﷺ غرماؤه . ولو ترك أحد من أجل أحد لترك معاذ من أجل رسول الله ﷺ . فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء^(٢) . »

وأما كون إظهار الحجر والإشهاد عليه يستحب ؛ فلأن في ذلك إعلماً للناس بحاله ، فلا يعامله أحد إلا على بصيرة وظن فوات ما عامله به^(٣) .

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٥١٧٧) ٨ : ٢٦٨ كتاب البيوع، باب المفلس والمحجور عليه.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦ : ٤٨ كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في دينه.
(٣) زيادة من ج.

فصل في أحكام الحجر

قال المصنف رحمه الله: (ويتعلق عليه بالحجر أربعة أحكام: أحدها: تعلق حق الغرماء بماله . فلا يقبل إقراره عليه . ولا يصح تصرفه فيه إلا العتق على إحدى الروايتين). أما كون المال المذكور يتعلق به أربعة أحكام إذا حجر على مالكة فلما يأتي ذكره في مواضعه.

وأما كون حق الغرماء يتعلق به ؛ فلأنه لو لم يكن كذلك لما كان في الحجر فائدة.

ولأنه يباع في ديونهم فكانت حقوقهم متعلقة به كالرهن . وأما كونه لا يقبل إقراره عليه ؛ فلأنه مال متعلق به حق الغير فلم يقبل الإقرار عليه كالعين المرهونة.

وأما كونه إذا تصرف فيه بغير العتق لا يصح فلما ذكر.

ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلم يصح تصرفه فيه كالسفيه.

وأما كونه إذا تصرف بالعتق لا يصح على رواية فلما ذكر.

ولأن حق الغرماء تعلق بماله فمنع صحة عتقه كما لو كان مريضاً.

وأما كونه يصح على رواية ؛ فلأنه عتق من مالك رشيد صحيح . أشبه عتق

الراهن.

ولأن للشارع تشوقاً إلى العتق . ولذلك صحح معلقه وكمثل مبعوضه.

قال صاحب النهاية فيها: لعل الأول أولى لأن الحاكم لم ينشئ الحجر إلا^(١) لمنع من التصرف، وفي صحة العتق إبطال لذلك.
قال: (وإن تصرف في ذمته بشراء، أو ضمان، أو إقرار: صح. ويُتبع به بعد فك الحجر عنه).

أما كون تصرف المفلس في ذمته يصح؛ فلأنه أهل للتصرف، والحجر تعلق بماله لا بذمته فوجب أن يصح تصرفه في ذمته عملاً بأهليته السالبة عن معارضة الحجر.

وأما كونه يُتبع به بعد فك الحجر عنه؛ فلأنه حق عليه لم يمكن تعلقه بماله قبل فك الحجر لحق الغرماء فوجب أن يُتبع به بعد فك الحجر عنه لزوال المعارض. ومفهوم كلام المصنف رحمه الله: أن من اشترى منه أو ضمن له أو أقر له ليس له مشاركة الغرماء وهو صحيح صرح به في المغني لأن من علم فقد رضي بالتأخير ومن لم يعلم فقد فرط.

قال: (وإن جنى شارك المجني عليه الغرماء. وإن جنى عبده قُدّم حق المجني عليه بثمانه).

أما كون من جنى عليه المفلس يشارك الغرماء؛ فلأن حقه ثبت على الجاني بغير اختيار من له الحق، ولم يرض بتأخيره. بخلاف التي قبلها.
فإن قيل: لِمَ لم يقدم أرش الجناية هنا على الغرماء كما تقدم جناية العبد المرهون [على حق المرتهن]؟

قيل: لأن دين الجناية والغرماء متعلق فيهما بالذمة بخلاف جناية العبد المرهون^(٢) فإنها متعلقة بالعين تفوت بفواتها.

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

المتع في شرح المقنع

وأما كون من جنى عليه عبده يقدم بثمنه ؛ فلأنه يقدم حقه على المرتهن الذي يقدم على سائر الغرماء ؛ فلأن يقدم على الغرماء بطريق الأولى :

فصل [الحكم الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (الثاني: أن من وجد عنده عيناً باعها إياه فهو أحق بها . بشرط أن يكون المفلس حياً ، ولم ينفد من ثمنها شيئاً ، والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ، ولم تتغير صفتها بما لا يزيل اسمها ؛ كنسج الغزل ، وخبز الدقيق ، ولم يتعلق بها حقٌّ من شفعة أو جناية أو رهن ونحوه ، ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة . وعنه : أن الزيادة لا تمنع الرجوع).

أما كون من وجد عينه التي باعها عند من قد أفلس أحق بها فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به»^(١) رواه البخاري ومسلم.

ولأن الثمن أحد عوَضِي العقد فتعذره يثبت خيار الفسخ كتعذر المسلم فيه.

وأما ما يشترط لذلك فأمرور:

أحدها: أن يكون المفلس حياً . فإن كان قد مات ثم تبين أنه كان مفلساً كان الذي باعها أسوة الغرماء ؛ لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أبما امرئ

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٧٢) ٢: ٨٤٦ كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٩) ٣: ١١٩٣ كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه.

المتع في شرح المنع

ماتَ وعندهُ مالٌ امرئٍ بعينه ، اقتضى منه شيئاً أو لم يقتضِ ، فهو أسوةٌ للغرماء^(١)»^(٢)
رواه ابن ماجة .

وفي روايةٍ أبي داود في حديثِ المفلس عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال :
«فإن^(٣) ماتَ فصاحبُ المتاعِ أسوةٌ للغرماء^(٤)» .

ولأن الملك انتقل عن المفلس إلى الورثة فلم يكن لصاحب المتاع أخذه كما لو
باعه المفلس .

وثانيها: أن لا يكون نغد من ثمنها شيئاً . فإن كان قد نغد منه شيئاً فهو أسوة
الغرماء لأن في حديث أبي هريرة: «وإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة
الغرماء»^(٥) . رواه أبو داود وابن ماجة والدارقطني .

ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به
وليس ذلك للبائع .

فإن قيل: ليس فيه ضرر لأن مال المفلس يباع ولا يبقى له .

قيل: الضرر متحقق مع البيع فإنه لا يُرغب فيه مُشَقَّصاً. مثل ما يرغب فيه غير
مُشَقَّص فينقص ثمنه فيتضرر المفلس والغرماء .

ولأنه سبب يُفسخ به البيع فلم يجز مع تشقيصه كالد بالعيب والخيار .

(١) في هـ: أسوة أمثاله .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٦١) ٢ : ٧٩١ كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس .

(٣) في هـ: من .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢٢) ٣ : ٢٨٧ كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢١) للموضع السابق .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٩) ٢ : ٧٩٠ كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس .

وأخرجه الدارقطني في سننه (١٠٩) ٣ : ٢٩-٣٠ كتاب البيوع .

ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين لما ذكر من الحديث والمعنى .
ذكره المصنف في المعنى.

وثالثها: أن تكون السلعة لم يتلف بعضها . فإن كان قد تلف بعضها ؛ كعبدٍ قطعت يده ، أو قلعت عينه ، أو ثوبٍ ذهب بعضه ، أو دار انهدم بعضها ، أو شجرٍ مثمر تلف ثمره ، أو نحو ذلك : لم يكن البائع أحق به ؛ لأن النبي ﷺ قال : « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحقُّ به »^(١) . شرط في كونه أحق به أن يدرکه بعينه ، والتالف بعضه لم يدرکه بعينه .

ولا فرق بين أن يرضى به بجميع الثمن وبين أن يأخذ الموجود بقسط من الثمن لأنه فات شرط الرجوع .

فإن قيل : لو كان المبيع عينين كان الحكم كذلك .

قيل : فيه روايتان : إحداهما : أن يكون كذلك ؛ لأنه لم يوجد المبيع بعينه .
أشبه ما لو كان عيناً واحدة .

وثانيهما : أنه يرجع في الباقي بقسطه من الثمن لأنه متاع وجده بعينه فيدخل في عموم الخبر .

فإن قيل : فما الفرق على هذه الرواية بين ذلك وبين ما إذا قبض من الثمن شيئاً ؟

قيل : الفرق بينهما أن المقبوض من الثمن مقسط على المبيع فيقع القبض من ثمن كل واحدة من العينين ، وقبض شيء من ثمن ما يريد الرجوع فيه مبطل له . بخلاف التلف فإنه لا يلزم من تلف بعض أحد العينين تلف شيء من العين الأخرى .

(١) سبق تحريجه ص : ٣٠٥ .

ورابعها: أن لا يغير صفة السلعة بما يزيل اسمها . فإن غير صفتها بما يزيل اسمها ؛ كغزل نسيج ، ودقيق خبز ، وحنطة طحنت ، وزيت عمل صابوناً ، وثوب مُصَلِّ قميصاً ، وخشبة جعلت باباً ، ونحو ذلك : لم يكن البائع أحق به ؛ لأنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف .

ولأنه تغير اسم المبيع وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى فبثت شجراً .

وفي تقييد المصنف رحمه الله: التغيير بما يزيل الاسم إشعار بأنه لو تغير بما يزيل الاسم لم يمنع الرجوع وسيأتي مصرحاً به في قوله: وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع .

وخامسها: أن لا يتعلق بالسلعة حق من شفعة أو جناية أو رهن . فإن تعلق بها أحد ذلك منع البائع الرجوع :

أما كون الشفعة تمنع ذلك ؛ فلأن الشفيع حقه أسبق لأنه ثبت بالبيع والبيع ثبت حقه بالحجر وإذا كان حقه أسبق كان أولى لسبقه .

ولأن حقه أكد لأنه يستحق انتزاع العين من المشتري ومن نقلها إليه المشتري وحق البائع ليس كذلك .

وقال ابن حامد: للبائع أخذ ذلك لعموم الخبر .

ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه وزال الضرر عنه وعن الشفيع لأنه عاد كما كان قبل البيع ولم تتجدد شركة لغيره .

والأول أولى لما ذكر . وما ذكر من زوال الضرر غير مُسَلَّم . بدليل ما لو باعها المشتري من البائع أو أقاله فيها فإن للشفيع الأخذ بالشفعة ، ولو زال الضرر لم يملك ذلك .

وأما كون الجناية تمنع؛ فلأن الرهن يمنع الرجوع وحق الجناية مقدم عليه فأولى أن يمنع.

قال المصنف في المغني: ويتوجه أن يقال: لا يمنع لأنه حق^(١) لا يمنع تصرف السيد بالبيع وغيره فلا يمنع الرجوع كما لو ثبت في ذمته دين.

وأما كون الرهن يمنع؛ فلأن المفلس عقد قبل الفليس عقداً منع نفسه من التصرف فلم يكن للبائع الرجوع كما لو باعه أو وهبه.

ولأن في الرجوع إضراراً بالمرتهن، ولا يزال الضرر بالضرر.

وسادسها: أن لا تزيد زيادة متصلة. فإن زادت زيادة متصلة كالتسمن والكبير وتعلم صنعة لم يكن البائع أحق بها لأن الرجوع فسخ لسبب حادث فلم يملكه في عين المال الزائدة زيادة متصلة؛ كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع. وهذا قول الخرقى. ذكره المصنف في المغني.

ومنصوص الإمام أحمد -رحمة الله عليه- أن ذلك لا يمنع؛ لعموم قوله عليه السلام: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به»^(٢).

ولأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المتصلة كالرد بالعيب.

وفارق الرد هنا الرد بالفسخ بالإعسار أو الرضاع من حيث إن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيحصل له حقه تاماً. وهاهنا لا يمكن البائع الرجوع في جميع الثمن لمزاحمة الغرماء فلا يحصل له حقه تاماً.

وفرق المصنف رحمه الله -مؤيداً لقرول الخرقى- بين الرد هنا وبين الرد

بالعيب من وجهين:

(١) في هـ: لاحق.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

المتع في شرح المتنع

أحدهما: أن العيب معنى قارن العقد بخلاف الرد هنا فإنه بسبب حادث وهو الحجر على المشتري.

والثاني: أن المشتري هو الفاسخ فيكون فسخه رضاً بترك الزيادة، والفسخ هنا من البائع فلا يكون فسخه رضاً بترك حق المشتري.

قال: (فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع، والزيادة للمفلس. وعنه: للبائع).

أما كون الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا يمنع الرجوع؛ فلأن البائع وجد عين ماله بعينه فكان أحق به للحديث.

ولأن المانع في الزيادة المتصلة مفقود في المنفصلة فكان أحق بعينه عملاً بالحديث السالم عن المعارض.

وأما كون الزيادة للمفلس وهو قول الخزقي؛ فلأنه مُنع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى.

ولأن المنفصلة لا تتبع الأصل في الفسخ بدليل الرد بالعيب والخيار والرجوع في الصداق بالطلاق.

وأما كونها للبائع عند الإمام أحمد؛ فلأنها زيادة فكانت للبائع كالتصلة. وذكر المصنف هذه الرواية في المغني قولاً لأبي بكر، وحكى عنه أنه أخذه من قول أحمد في ولد الجارية وتناج الدابة هو للبائع ثم قال: والأول هو الصحيح لأن الزيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لو وجد بالمبيع عيباً فرده وقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»^(١) يدل على أن النماء والغلة لمن كان عليه الضمان. وفارق

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠): ٣: ٢٨٤ كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً. وأخرجه الزمزمي في جامعه (١٢٨٥): ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠): ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.

الزيادة المتصلة من حيث إنها تتبع في الفسوخ ، وكلام أحمد يُحمل على أنه باعها حاملاً.

وأما كون النقص بنهاب صنعة كعبد هُزل أو نسي صناعة ، أو ثوب فخلِقَ لا يمنع الرجوع ؛ فلأن فقد الصفة لا تخرجه عن كونه عين ماله ، وإذا كان كذلك كان لبائعه أخذه لقوله عليه السلام: «من أدرك متاعه بعينه... الحديث»^(١).

فإن قيل: هل له أن يأخذ عوض نقصه شيئاً؟

قيل: لا . لكنه يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه ؛ لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سيمَن وهُزال وعلم ونحوه . وإذا كان كذلك كان بمنزلة نقصان قيمته لتغير الأسعار.

قال: (وإن صيغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس).

أما كون ما ذكر لا يمنع الرجوع ؛ فلأن العين قائمة مشاهدة لم يتغير اسمها ولا صفتها . أشبه ما لو وجدها غير مصبوغة ولا مقصورة.

وأما كون الزيادة للمفلس ؛ فلأنها حصلت بفعله في ملكه.

قال: (وإن غرس الأرض أو بنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص . وإن أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع).

أما كون البائع له الرجوع في المبيع بغرسه وبنائه فيملكه إذا دفع قيمة ذلك مع عدم اختيار المفلس والغرماء القلع ؛ فلأن الغراس والبناء حصل في ملكه لغيره بحق فكان له ذلك ؛ كالشفيع إذا غرس المشتري في الأرض المشفوعة أو بنى.

⇨

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

(١) سبق تحريجه ص: ٣٠٥.

المتع في شرح المقنع

وأما كونه ليس له ذلك إذا اختار المفلس والغرماء القلع ومشاركة البائع بالنقص؛ فلأنه لا حق للبائع في الغراس والبناء فلا يملك إجبار مالكهما على المعاوضة.

فعلى هذا يرجع في أرضه ويضرب مع الغرماء بأرض ما نقصت الأرض بالقلع لأن ذلك نقصٌ حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه؛ كما لو أدخل^(١) فصيلاً دار إنسان فكبير. فأراد صاحبه إخراجه ولم يمكن إلا بهدم الباب. فإنه يُهدم ويخرج ويضمن ما نقص.

فإن قيل: لو وجد البائع عين ماله ناقصة فاختر الرجوع لم يكن له أرض النقص فلم لا يكون هاهنا كذلك؟

قيل: الفرق بينهما أن النقص هنا حدث بعد رجوعه في العين بخلاف ما ذكر.

وأما كونه يسقط الرجوع إذا امتنع المفلس والغرماء من القلع، والبائع من دفع القيمة؛ فلأن في الرجوع ضرراً على المشتري، والضرر لا يزال بالضرر.

ولأن عين مال البائع صارت مشغولة بملك غيره فسقط حقه من الرجوع كما لو كان المبيع مسامير فسمر بها باباً أو خشبة فبنى عليها داراً.

وقال القاضي: يحتمل أن له الرجوع لأن أكثر ما فيه أنه مشغول بملك المفلس فلم يمنع الرجوع كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري.

فعلى هذا إذا رجع في الأرض بقسي الغراس والبناء للمفلس فإن اتفق هو والغرماء والبائع على البيع يبعث الأرض بما فيها وأخذ كل واحد منهم بقدر حقه.

(١) في هـ: دخل.

وإن امتنع صاحب الأرض من البيع احتمل أن يجبر عليه كما لو كان المبيع ثوباً
فصبغه ، واحتمل أن لا يجبر لأنه يمكن إفراد مال المفلس بالبيع بخلاف الثوب.

فصل [الحكم الثالث]

قال المصنف رحمه الله: (الحكم الثالث: بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه . وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ، ويبيع كل شيء في سوقه).

أما كون الحاكم يبيع مال المفلس إذا حجز عليه ؛ فلأن النبي ﷺ لما حجز على معاذ باع ماله في دينه وقسم ثمنه بين غرمائه^(١) .

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب الناس وقال: «ألا إن أسيف^(٢) جهينة قد رضي من دينه وأماتته بأن يقال: سبق الحاج فاذان معرضاً فأصبح وقد رين به . فمن كان له مالٌ فليحضر غداً فإننا بائعوا ماله ، وقاسموه بين غرمائه»^(٣) .

ولأنه محجور عليه يحتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله فيه بغير رضاه ؛ كالصغير والسفيه .

وأما كون الحاكم ينبغي له أن يحضر المفلس في وقت البيع فلمعان أربعة:

أحدها: أنه يحصي ثمن متاعه ويضبطه .

وثانيها: أنه أعرف بالجليد من متاعه ورديته فإذا حضر تكلم عليه ، وعرف

الغبين من غيره .

(١) سبق ذكره ص: ٣٠١ .

(٢) في هـ: أشيفع .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦ : ٤٩ كتاب التفليس ، باب الحجر على المفلس وبيع ماله في دينه .

وثالثها: أن تكثر فيه الرغبة . فإن شراء الشيء من صاحبه^(١) أحب إلى المشتريين.

ورابعها: أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه.

وأما كونه ينبغي له أن يُحضر الغرماء فلأمور أربعة أيضاً:

أحدها: أنه يباع لهم.

وثانيها: ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم

وللمفلس.

وثالثها: أنه أطيب لقلوبهم وأبعد في التهمة.

ورابعها: أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها.

وظاهر كلام المصنف أن ذلك غير واجب وهو صحيح لأن ذلك موكول

إليه ومفوض إلى اجتهاده وربما أدى اجتهاده إلى خلاف ذلك بأن يرى المصلحة في

المبادرة إلى البيع قبل الإحضار ونحو ذلك.

وأما كونه يبيع كل شيء في سوقه . ومعناه: أنه يبيع البز في البزازين ،

والكتب في الكتبيين ، وما أشبه ذلك ؛ فلأنه أحوط وأكثر لطلابيه ومعرفة ثمنه.

فإن قيل: لو يبيع في غير سوقه بثمن مثله ما الحكم؟

قيل: يجوز ؛ لأن الغرض تحصيل الثمن.

فعلى هذا يكون قول المصنف رحمه الله: ويبيع كل شيء في سوقه معطوفاً

على ويحضر^(٢) . ويقدر: وينبغي أن يبيع ؛ ليكون كلامه مشعراً بالجواز المذكور . ثم

يستأنف: ويُترك له من ماله لأن ذلك واجب.

(١) في هذا صاحب.

(٢) في هذا يحضر.

قال: (ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن وخدام، وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه).

أما كون الحاكم يترك للمفلس من ماله ما تدعو حاجته إليه من مسكن وخدام؛ فلأن ذلك ما لا غنى له عنه فلم يبيع في دينه كتيابه وقوته.

وأما كونه ينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه؛ فلأن ملكه قبل القسمة باق على ذلك.

ولأن^(١) النبي ﷺ قال: «ابدأ بنفسك ثم عن تعول»^(٢). ومن المعلوم أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه كالزوجة. فإذا قُلم نفقة نفسه على نفقتها فكذلك تقدم على حق الغرماء.

ولأن الحي أكد حرمة من الميت؛ لأنه^(٣) مضمون بالإتلاف، وتجهيز الميت وتكفينه مقدم على دينه فنفقة الحي أولى.

قال: (ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد ثم بالحيوان ثم بالأثاث ثم بالعقار. ويعطي المنادي أجرته من المال).

أما كون الحاكم يبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد كالبطيخ والطبيخ وما أشبههما؛ فلأن بقاءه يتلفه بيقين.

(١) في هـ: فلأن.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٤١) ٥: ٢٠٤٨ كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ولفظه: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «خير الصدقة ما كان على ظهر غني، وابدأ عن تعول». وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٤٢) ٢: ٧٢١ كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس. ولفظه عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «... فإن اليد العليا أفضل من اليد السفلى، وابدأ عن تعول». وفي (٩٩٧) ٢: ٦٩٢ كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة. وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٥٢) ٧: ٣٠٤ كتاب البيوع، بيع المدير. ولفظهما: «ابدأ بنفسك...».

(٣) في هـ: لا.

وأما كونه يقدم بيع الحيوان على ما بعده ؛ فلأنه معرض للإتلاف ويحتاج في بقائه إلى نفقة.

وأما كونه يقدم بيع الأثاث على العقار ؛ فلأنه يخاف عليه وتنااله اليد.

وأما كونه يعطي المنادي أجرته من المال ؛ فلأن البيع حق عليه.

وقال المصنف في المغني وأبو الخطاب في الهداية وغيرهما: الأجرة في بيع المال ؛ لأنه من المصالح . فإن لم يكن فمن المال لما تقدم . فيحتمل أن المصنف هنا قصد بقوله: أنه من المال ذلك . وإنما لم يذكر من بيع المال بناء على التعذر من بيع المال ؛ لأنه يومئذ لا يصرف منه شيء في مثل ذلك . ويحتمل أن يكون في المسألة وجهان ذكر أحدهما هنا وفي المغني الآخر .

ويشترط أن يكون المنادي ثقة فإن اتفق المفسس والغرماء على ثقة أمضاه الحاكم لوجود الشرط فيه ، وإن اتفقوا على غير ثقة رده .

فإن قيل: لم يردده وأصحاب الحق قد رضوا به ، وهلا كان ذلك مثل الراهن والمرتهن إذا اتفقا على غير ثقة ؟

قيل: لأن للحاكم هنا نظراً واجتهاداً فإنه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن فإنه لا ننظر للحاكم فيه .

فإن اختار المفسس والغرماء آخر قدم المتطوع منهما ؛ لأنه أوفر ، وإن كانا متطوعان ضم أحدهما إلى الآخر وإلا قدم أوثقهما وأعرفهما .

قال: (ويبدأ بالجني عليه فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني . ثم بمن له رهن فيخص بثمنه . فإن فضل له فضل ضرب به مع الغرماء . وإن فضل منه فضل رد على المال^(١) . ثم بمن له عين مال يأخذها . ثم يقسم الباقي بين باقي

(١) في هـ: رد على الجاني.

الغرماء على قدر ديونهم . فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحلّ . وعنه : أنه يحلّ فيشاركهم).

أما كون الحاكم يبدأ بالجاني عليه ؛ فلأنه حقه متعلق بالعين يفوت بفواتها . بخلاف بقية الغرماء .

وأما كونه يدفع الأقل مما ذكر إليه ؛ فلأن الأقل إن كان الأرض فهو لا يستحق إلا أرش الجناية ، وإن كان ثمن الجاني فهو لا يستحق غيره ؛ لأن حقه متعلق بعينه .

فعلى هذا إذا فضل شيء من ثمن الجاني عن أرش الجناية قسم على بقية الغرماء .

وأما كونه يبدأ بعد ذلك بمن له رهن فيقدمه على بقية الغرماء ويخصه بضمن الرهن ؛ فلأن المرتهن لم يرض بمجرد الذمة بخلاف بقية الغرماء .

فعلى هذا إن فضل للمرتهن فضل ضرب بما بقي له مع الغرماء لأنه سواهم في ذلك ، وإن فضل من الرهن فضل رد على المال ؛ لأنه انفك من الرهن بالوفاء فصار كسائر أموال المفلس .

وأما كونه يبدأ بعد ذلك بمن له عين مال يأخذها ؛ فلما تقدم من قوله عليه السلام : « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحقُّ به »^(١) .

وأما كونه يقسم الباقي على باقي الغرماء ؛ فلتساوي حقوقهم في تعلقها بنعمة المفلس .

وأما كون القسمة على قدر ديونهم ؛ فلأن فيه تسوية بينهم ومراعاة لكمية حقوقهم .

(١) سبق تخريجه ص : ٣٠٥ .

وأما كون من له دين مؤجل لا يحلّ بالفلس على المذهب؛ فلأن التأخير حق للمفلس فلا يبطل بإفلاسه كسائر حقوقه.

ولأنه لا يوجب حلول ما له فلا يوجب حلول ما عليه؛ كالجنون والإغماء. ولأنه دين مؤجل على حي فلا يحلّ بالفلس كغيره.

وأما كونه يحلّ على رواية؛ فلأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت.

والأول أصح لما ذكر. والقياس على الموت مردود بالمنع. ثم بتقدير تسليمه الفرق بينهما أن ذمة الميت خربت وبطلت بخلاف المفلس.

وقال المصنف في المغني: قال القاضي: لا يحلّ الدين بالفلس رواية واحدة.

قال: (ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحلّ إذا وثق الورثة. وعنه: يحلّ).

أما كون من مات وعليه دين مؤجل لا يحلّ إذا وثق الورثة على المذهب فلما ذكر في الفلس.

وأما كونه يحلّ على رواية؛ فلأنه لا يخلو: إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو متعلقاً بالمال. والأول لا يجوز لخراب الذمة بالموت، وكذا الثاني لأن صاحب الدين لم يرض بئمة الورثة لا سيما إذا كانت مختلفة متباينة، وكذا الثالث لأن في تعليق الدين بالمال مع كونه مؤجلاً ضرراً بالميت وصاحب الدين والورثة: أما ضرر الميت فلبقاء ذمته مرتبهة قال النبي ﷺ: «الميتُ مُرْتَهَنٌ بدينه حتى يُقضى عنه»^(١).

وأما ضرر صاحب الدين؛ فلأنه يتأخر دينه وقد تلف العين فتسقط بالكلية.

وأما ضرر الورثة فظاهر لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بالأعيان.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٣ كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان. ولفظه: (... إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرتهن بدينه...).

والأول أصح؛ لما ذكر.

ولأن التأجيل حق للميت فلا يسقط بالموت لقوله عليه السلام: «من ترك حقاً فلورثته»^(١)، وكسائر حقوقه.

وأما قول المصنف رحمه الله: لم يحل إذا وثق الورثة فيه إشعار بحلوله إذا لم يوثقوا وهو صحيح صرح به في المعنى وعلله بأن عدم الحلول يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية.

قال: (وإن ظهر غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه. وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها؟ على روايتين).

أما كون الغريم الذي ظهر بعد القسمة يرجع على بقية الغرماء بقسط حقه؛ فلأنه لو كان حاضراً قاسمهم فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كالغريم للميت يظهر بعد قسمة تركته.

وأما كون المفلس يجبر على إيجار نفسه لقضاء دينه على رواية ف «لأن النبي ﷺ باع سرقاً في دينه»^(٢)، والحر لا يباع فعلم أنه باع منافعه.

ولأن المنافع تجرى مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة فكنا هاهنا.

ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله.

وأما كونه لا يجبر على رواية؛ فلأنه معسر فيدخل في قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠].

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٥٠): ٦: ٢٤٧٦ كتاب الفرائض، باب قول النبي ﷺ: «من ترك مالا فلأهله».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩): ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته.

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه (٧٠٦٢): ٤: ١١٤ كتاب الأحكام. قال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه. قال في التلخيص: كذا قال، وعبدالرحمن بن البيهقي، ولم يحتج به البخاري.

ولأن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها: «خُنوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(١) رواه مسلم.

ولأن ذلك تكسب فلا يجبر عليه كما لا يجبر على قبول الهبة والصدقة.
والأولى أصح لحديث سُرَّق.

فإن قيل: حديث سُرَّق منسوخ؛ لأن الحر لا يباع الآن، والبيع ثم وقع على رقبته. بليل أن في الحديث أن غرماء قالوا لمشتريه: «ما تصنع به؟ قال: أعتقه. قالوا: لسنا بأزهد منك في إعتاقه فأعتقوه»^(٢).

قيل: هذا إثبات نسخ بالاحتمال. فلا يجوز. وذلك أنه لم يثبت أن يبيع الحر كان جائزاً في شريعتنا في وقت. وحمل لفظ يبعه على يبيع منافعه أسهل من حمله على النسخ وأحسن.

وقول المشتري: أعتقه. يعني به من خفي عليه. ولذلك أعتقه غرماءه أي أسقطوا دينهم عليه.

وأما قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] فمحمول على من لا صنعة له جمعاً بينه وبين الحديث المتقلم، وكذا الذي أصيب في الثمار.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٦) ٣: ١١٩١ كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٩) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب في وضع الجائحة.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٥٥) ٣: ٤٤ كتاب الزكاة، باب ما جاء من نحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٧٨) ٧: ٣١٢ كتاب البيوع، الرجل يتاع البيع فيفلس ويوجد المتاع بعينه.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٥٦) ٢: ٧٨٩ كتاب الأحكام، باب تفليس المعلم والبيع عليه لغرمائه.

(٢) هو تكلمة لحديث سُرَّق السابق ص: ٣٢٠. ولفظه: «... قال: فجعل الناس يسومونه بي ويلتفت إليهم فيقول:

ماذا تريدون؟ فيقولون: نريد أن نقديه منك. فقال: والله إني منكم أحق وأحوج إلى الله عز وجل انهب فقد

أعتقتك».

قال: (ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم . فإذا انفك عنه الحجر فلزمته ديون وحجر عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني . وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا).

أما كون المفلس لا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم ؛ فلأنه ثبت بحكمه فلا ينفك إلا بحكمه كالحجور عليه لسفه.

وأما كون غرماء الحجر الأول يشاركون غرماء الحجر الثاني إذا فك عنه الحجر ثم حجر عليه ثانياً ؛ فلأنهم تساوا في ثبوت حقوقهم في ذمته فوجب أن يتساوا في المشاركة كغرماء الميت.

وأما كون غرماء المفلس [لا يحلفون]^(١) إذا كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه ؛ فلأنهم يثبتون ملكاً لغيرهم ليتعلق به حقوقهم بعد ثبوته فلم يجز ؛ كما لم يجز للمزوجة أن تحلف لإثبات ملك لزوجها ليتعلق به نفقتها.

(١) ساقط من هـ .

فصل [الحكم الرابع]

قال المصنف رحمه الله: (الحكم الرابع: انقطاع المطالبة عن المفلس، فمن أقرضه شيئاً أو باعه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه).

أما كون المفلس تنقطع المطالبة عنه بالحجر عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] لأن ﴿فَنَظِرَةٌ﴾ خبر بمعنى الأمر، والتقدير: أنظروه إلى يساره.

ولأن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في الثمار: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(١) رواه مسلم.

وأما كون من أقرضه شيئاً بعد فلسه أو باعه لا يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه؛ فلما تقدم.

ولأنه هو الذي أتلف ماله بمعاملته من لا شيء له.

(١) سبق تخريجه ص: ٣٢١.

فصل في المحجور عليه لِحَظِهِ

قال المصنف رحمه الله: (الضرب الثاني: المحجور عليه لِحَظِهِ وهو الصبي والمجنون والسفيه، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن. ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً، وإن تلف فهو من ضمان مالكة علم بالحجر أو لم يعلم. وإن جنوا فعليهم أرش الجناية).

أما كون الحجر هنا لِحَظِّ المحجور عليه؛ فلأن مصلحته تعود عليه بخلاف المفلس فإن الحجر عليه لمصلحة غيره.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو الصبي والمجنون والسفيه فيبان للمحجور عليه لحظه.

وأما كون الصبي يحجر عليه؛ فلأن الله تعالى لما قال: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: 6] دل بمفهومه على أنه لا يسلم إليهم قبل الرشد.

وأما كون المجنون يحجر عليه؛ فلأنه إذا حجر على الصبي مع أن له عقلاً؛ فلأن يحجر على المجنون الذي لا عقل له بطريق الأولى.

وأما كون السفيه يحجر عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم... الآية﴾ [النساء: 5].

وأما كون من ذكر لا يصح تصرفهم قبل الإذن؛ فلأن المفلس إذا لم يصح تصرفه لكونه محجوراً عليه؛ فلأن لا يصح تصرف هؤلاء بطريق الأولى.

وأما تصرفهم بالإذن فينظر فيه فإن كان من مجنون لم يصح لعدم عقله وتمييزه، وإن كان من صبي مميز أو سفیه ففيه خلاف تقدم ذكره في الفصل الثاني من كتاب البيع.

وأما كون من دفع إليهم ماله يبيع أو قرض أو نحوهما يرجع إن كان باقياً؛ فلأنه باق على ملكه لكون أحد العاقدين ليس أهلاً.

وأما كون ذلك من ضمان مالكة إن تلف؛ فلأنه تلف بتفريط من صاحبه وتسليطه^(١) عليه.

وأما كون الحكم كما ذكر عليم المالك بالحجر أو لم يعلم؛ فلأنه مفرط في الحالين: أما مع علمه بالحجر عليه فظاهر، وأما مع عدم علمه؛ فلأنه عامل من لا يعرفه.

ولأن الظاهر العلم بحال من حُجر عليه فحيث لم يعلم ذلك يكون ذلك منسوباً إلى تقصيره.

وأما كون أورش الجناية على من ذكر إذا جنوا؛ فلأن الإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره. دليله إتلاف المال.

قال: (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما ما لهما. ولا ينفك قبل ذلك بحال).

أما كون المجنون ينفك الحجر عنه إذا عقل ورشدا فبالاتفاق لأنه حجر عليه لجنونه فإذا زال وجب زوال الحجر لزوال علته.

(١) في هـ: وتسليط.

وأما كون الصبي ينفك الحجر عنه إذا بلغ ورشد؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] أمر بدفع أموالهم إليهم بعد البلوغ وإيناس الرشد. وأما كون الحجر عليهم ينفك عنهما بغير حكم حاكم: أما في المجنون فبالاتفاق.

قال صاحب المغني فيه: لا خلاف في أن المجنون يدفع إليه ماله إذا زال جنونه وهو رشيد.

وأما في الصبي؛ فلأن اشتراط ذلك فيما ذكر زيادة على قوله: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا... الآية﴾ [النساء: ٦].

ولأنه حجر عليه بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون. وأما كونه يدفع مالهما إليهما إذا انفك الحجر عنهما؛ فلأن المانع من الدفع الحجر وقد زال.

وأما كونه لا ينفك الحجر عنهما قبل زوال ما ذكر: أما في المجنون؛ فلأن الحجر عليه لجنونه فما دام كذلك يجب ثبوته عليه عملاً بالعلة.

وأما في الصبي؛ فلأن الله تعالى علق الدفع على شرطين، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بغيرهما.

قال: (والبلوغ يحصل بالاحتلام أو بلوغ خمس عشرة^(١) سنة أو نبات الشعر الخشن حول القبل، وترديد الجارية بالحيض والحمل. والرشد الصلاح في المال).

(١) في هـ: خمسة عشر.

أما كون البلوغ يحصل بالاحتلام فلقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور: ٥٩]. وقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم»^(١) رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وقوله لمعاذ في الجزية: «خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً»^(٢) رواه أبو داود.

وأما كونه يحصل بخمس عشرة سنة فلما روى ابن عمر قال: «عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ بَدْرٍ وَأَنَا ابْنُ ثَلَاثِ عَشْرَةَ سَنَةً فَرَدَّنِي، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَرَدَّنِي وَلَمْ يَرِنِّي بَلْغْتُ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي. فَأَخْبَرَ بِهَا عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ فَكُتِبَ إِلَى عَمَالِهِ أَنْ لَا يَفْرَضُوا إِلَّا مَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً»^(٣) رواه الشافعي في مسنده قزياً من هذا المعنى.

وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال: «إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَ مَا لَهُ وَمَا عَلَيْهِ وَأُخِذَتْ مِنْهُ الْحُلُودُ».

وأما كونه يحصل بالإنبات فـ «لأن النبي ﷺ لما حَكَّم سَعْدَ بْنَ مَعَاذٍ فِي بَنِي قَرْيَظَةَ حَكَّم بِأَنْ تَقْتَلَ مَقَاتِلَتَهُمْ وَتَسْبِي ذُرَارِيَهُمْ، وَأَمَرَ بِأَنْ يَكْشِفَ عَنْ مَوْتَرَتِهِمْ فَمَنْ أَنْبَتَ فَهُوَ مِنَ الْمَقَاتِلَةِ وَمَنْ لَمْ يَنْبِتْ فَهُوَ مِنَ الذَّرِيَّةِ. فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: لَقَدْ حَكَّمَ بِحُكْمِ اللَّهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقَعَةٍ»^(٤).

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٣) ٤ : ١٤١ كتاب الخلود، باب في المخنون يسرق أو يصبب حداً.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٢٣) ٤ : ٣٢ كتاب الخلود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣٨) ٣ : ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٣) ٣ : ٢٠ كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة البقر.

قال الترمذي: حديث حسن.

وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٢) ٥ : ٢٦ كتاب الزكاة، باب زكاة البقر.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٢١) ٢ : ٩٤٨ كتاب الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٦٨) ٣ : ١٤٩٠ كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ.

وأخرجه الشافعي في مسنده (٤٢١) ٢ : ١٢٨ كتاب الجهاد.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٧٨) ٣ : ١١٠٧ كتاب الجهاد، باب إذا نزل العدو على حكم رجل. مختصر.

المتع في شرح المتنع

وروي عن عطية القرظي قال: «عُرِضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا فيّ فأمر أن ينظر إليّ هل أنبت بعد فنظروا إليّ فلم يجدوني أنبت بعد فخلوا عني وألحقوني بالذرية»^(١) متفق على معناه.

ولأن الإنبات خارج يلزمه البلوغ غالباً ويستوي فيه الذكر والأنثى فكان بلوغاً كالأحتلام.

وأما كون الجارية تزيد بالحيض والحمل؛ فالأن كل واحد منهما معنى لا يوجد في غيرها.

وأما كون البلوغ يحصل بهما: أما بالحيض؛ فالأن النبي ﷺ قال: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»^(٢) رواه أبو داود والترمذي.

وأما بالحمل؛ فالأن الله تعالى أجرى العادة أن المرأة لا تحمل إلا بعد أن تحيض.

ولأن الله تعالى أخبر أن الولد يخلق من ماء الرجل وماء المرأة بقوله تعالى: ﴿فليُنظَرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ۖ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ۖ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾ [الطارق: ٥-٦-٧].

⇒

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٦٨) ٣: ١٣٨٨ كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد... مختصر.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٠٤) ٤: ١٤١ كتاب الخلود، باب في الغلام يصيب الحد. وأخرجه الترمذي في جامعه (١٥٨٤) ٤: ١٤٥ كتاب السير، باب ما جاء في النزول على الحكم. ولم أره عند الشيخين.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٧٧) ٢: ٢١٥ أبواب الصلاة، باب ما جاء لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار. وأخرجه أبو داود في سننه (٦٤١) ١: ١٧١ كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير حمار.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٦٥٥) ١: ٢١٥ كتاب الطهارة وسننهما، باب إذا حاضت الجارية لم تصل إلا بخمار. قال الترمذي: حديث حسن والعمل عليه عند أهل العلم. وقال الحاكم في مستدركه: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.

وأخبر النبي ﷺ بذلك في أحاديث غير واحدة^(١).

وأما كون الرشد الصلاح في المال فـ «لأن ابن عباس قال في تفسير قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا﴾ [النساء: ٦] أي صلاحاً في أموالهم»^(٢).
ولأن هذا مصلح ماله فكان رشيداً كالعدل.

ولأن الحجر إنما هو في المال فالمؤثر فيه يجب أن يكون ما أثر في تضييعه أو حفظه.

قال: (ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر فإن كان من أولاد التجار فبأن يتكرر منه البيع والشراء فلا يغبن، وإن كان من أولاد الرؤساء والكتّاب فبأن يستوفي على وكيله فيما وكله فيه. واجارية بشرائها القطن واستجادته ودفعها الأجرة إلى الغزالات والاستيفاء عليهن. وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه كالقمار والغناء وشراء المحرمات ونحوه).

أما كون الصبي لا يدفع إليه ماله قبل اختباره؛ فلأن الله تعالى علق الدفع على الاختبار والبلوغ وإيناس الرشد بقوله: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ عَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] أي اختبروهم ونظيره قوله تعالى: ﴿لِيَلْبُوَكُمْ آيَاتِكُمْ أَعْمَالًا﴾ [الملك: ٢].

وأما صفة الاختبار فتختلف باختلاف الأشخاص كما بين المصنف رحمه الله لأن العرف يقتضي ذلك فوجب أن يختلف باختلاف أحواله كالحرز والقبض.

(١) منها ما رواه أنس «أن عبد الله بن سلام بلغه مقدم النبي ﷺ المدينة فأتاه يسأله عن أشياء فقال: إنني سألتك عن ثلاث لا يعلمهن إلا نبي ما أول أشراف الساعة؟ وما أول طعام يأكله أهل الجنة؟ وما بال الولد يتزع إلى أبيه أو إلى أمه؟ قال أخبرني به جبريل أنفاً قال ابن سلام: ذلك عدو اليهود من الملاحكة. قال: أما أول أشراف الساعة فتار تحشرهم من المشرق إلى المغرب. وأما أول طعام يأكله أهل الجنة فزيادة كبد الحوت. وأما الولد فإذا سبق ماء الرجل ماء المرأة نزع الولد، وإذا سبق ماء المرأة ماء الرجل نزعت الولد...». أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٢٣) ٣: ١٤٣٣ كتاب فضائل الصحابة، باب كيف آخى النبي ﷺ بين أصحابه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٥٩ كتاب الحجر، باب الرشد هو الصلاح في الدين وإصلاح المال.

المتع في شرح المقنع

وأما قوله: أن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه ففتييه على أنه يضم إلى ما ذكر حفظ ما في يده عن الأمور المذكورة لأن من صرف ماله فيما ذكر يعد مبذراً سفيهاً عرفاً فكذا شرعاً.

ولأن الشخص قد يحكم بسفهه بصرف ماله في المباح فلأن يحكم بسفهه بصرف ماله في المحرمات بطريق الأولى .

وتحرير ما ذكره المصنف أن الاختبار يحصل بأمرين:

أحدهما: علم الغبن فيما هو متصرف فيه.

والثاني: علم صرف ما في يده فيما يفضي إلى ضياعه.

قال: (وعنه: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة . ووقت الاختبار قبل البلوغ . وعنه: بعده).

أما كون الجارية لا يدفع إليها مالها حتى يوجد ما ذكره المصنف على رواية فلما روي عن شريح أنه قال: «عهد إليّ عمر بن الخطاب أن لا أجزى لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً أو تلد ولداً». رواه سعيد في سننه. ولم يعرف له مخالف فكان إجماعاً.

والأول أصح؛ لأنها كالرجل لدخولها في عموم الآية.

ولأنها مكلفة فوجب أن يدفع إليها مالها إذا أنس منها الرشد كالرجل وكالتي دخل بها زوجها وولدت أو أقامت سنة . وحديث عمر إن صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة فلم يترك به عموم الكتاب والقياس.

وأما كون وقت الاختبار قبل البلوغ على المذهب؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا

اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ [النساء: ٦].

ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد؛ لأنه إلى أن

يختبر يمنع من ماله.

وأما كونه بعده على رواية؛ فلأنه قبله ليس أهلاً للتصرف؛ لأنه لم يوجد البلوغ الذي هو مظنة العقل فكان عقله بمنزلة المعلوم.

فصل في أحكام الولي

قال المصنف رحمه الله: (ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب ثم لوصيه ثم للحاكم).

أما كون الولاية لا تثبت على من ذكر لغير الثلاثة من الأب والوصي والحاكم؛ فلأنه لا يوجد فيه كمال الشفقة ولا هو نائب لمن كملت شفقتة ولا له ولاية عامة.

ولأن غير الثلاثة إما جد أو غير جد، وغير الجد لا ولاية له وفاقاً إذا لم يكن وصياً ولا حاكماً والجد مسلوب الصفات الثلاثة فوجب أن يساوي غيره من غير الثلاثة.

وأما كون الولاية تثبت للأب؛ فلأنه كامل الشفقة لأنه يؤثر مصلحة ولده على مصلحة نفسه غالباً بخلاف غيره.

وأما كونها تثبت للوصي؛ فلأنه نائبه.

وأما كونها تثبت للحاكم؛ فلأنه ولي^(١) من لا ولي له. وقد نَهى الشرع على هذا في النكاح حيث قال: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»^(٢).

(١) في هـ زيادة: به.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٣) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي؛ وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٢) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي. قال الترمذي: حديث حسن.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (١٨٧٩) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.

وأما كون الأب مقدماً على وصيه والحاكم فلما ذكر من كمال شفقتة ولهذا يجوز له أن يشتري لنفسه من مال ابنه وبالعكس بخلاف غيره.

ولأن الوصي نائبه والنيب مقدم على النائب فإذا قدم على الوصي - والوصي مقدم على الحاكم لما يأتي - فلأن يقدم على الحاكم بطريق الأولى.

وأما كون الوصي مقدم على الحاكم؛ فلأن الحاكم إنما يلي لعدم الولاية عليه والوصي منزل منزلة الموصي.

قال: (ولا يجوز لولييهما أن يتصرف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما. فإن تبرع أو حابا أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤونته بالمعروف ضمن).

أما كون ولي الصبي والمجنون لا يجوز لهما التصرف في مالهما إلا على وجه الحظ: أما ولي الصبي؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الإسراء: ٣٤].

وأما ولي المجنون؛ فلأنه في معناه.

وأما كون وليهما يضمن ما تبرع به من مالهما أو حابا أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤونته بالمعروف؛ فلأنه منسوب في ذلك إلى التفريط والتقصير.

ولأنه لم يقرب مال موليه بالتي هي أحسن فيكون عاصياً لارتكابه النهي فيجب عليه الضمان كالغاصب لذلك.

قال: (ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه ولا يبيعهما إلا الأب).

أما كون الولي غير الأب لا يجوز له أن يشتري من مال موليه شيئاً لنفسه؛
فلأن النبي ﷺ قال: «لا يشتري الوصي من مال اليتيم»^(١). فيثبت فيه للنص، ويقاس
عليه الحاكم.

ولأن كل واحد من الوصي والحاكم متهم في ذلك.

وأما كونه لا يجوز له أن يبيعه؛ فلأنه كالشراء معنى فيكون كذلك حكماً.

وأما كون ذلك يجوز للأب؛ فلأن كمال شفقتة تمنعه من الحيف علي ولده
ولم يوجد فيه المقتضى للمنع في غيره.

قال: (ولو لوليهما مكاتبه رقيقهما وعتقه على مال وتزويج إمائهما والسفر
بماهما والمضاربة به والربح كله لليتيم، وله دفعه مضاربة بجزء من الربح وبيعه
نساءً وقرضه برهن وشراء العقار لهما وبنائهما بما جرت عادة أهل بلده به إذا رأى
المصلحة في ذلك كله).

أما كون ولي الصبي والمجنون له مكاتبه رقيقهما وعتقه على مال؛ فلأن للولي
أن يبيع بذلك؛ فلأن يجوز له المكاتبه والعتق بطريق الأولى لأن فيه تحصيلاً لمصلحة
الدنيا والآخرة بخلاف البيع.

وأما كونه له تزويج إمائهما؛ فلأن فيه إعفاهن وتحسينهن عن الزنا ووجوب
نفقتهن على أزواجهن.

وأما كونه له السفر بما لهما؛ فلأنه سبب للربح وقد نبه الشرع على تحصيله
بقوله عليه السلام: «اتجروا في أموال اليتامى»^(٢).

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن صلة بن زفر قال: «كنت جالساً عند ابن مسعود.
فجاء رجل من همدان على فرس أبلق. فقال: يا أبا عبد الرحمن! أشترى هذا؟ قال: ما له؟ قال: إن صاحبه
أوصى إلي. قال: لا تشتريه، ولا تستقرض من ماله». ٦: ٣ كتاب البيوع، باب: لا يشتري من ماله لنفسه إذا
كان وصياً.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط ١: ٢٥٠. عن أنس.

وأما كونه له المضاربة به فلما ذكر.

وأما كون الربح كله لليتيم؛ فلأن العامل إنما يستحق بالشرط ولا شرط.

ولأنه لا يصح أن يشرط لنفسه للتهمة.

وأما كونه له دفعه مضاربة بجزء من الربح؛ فلأن في ذلك نفعاً لليتيم لما فيه من

استنماء ماله. وعن عائشة رضي الله عنها «أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر».

وأما كونه له بيعه نساء؛ فلأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن فيكون في بيعه

كذلك زيادة لثمنه وذلك مصلحة لليتيم.

وأما كونه له قرضه برهن؛ فلأنه أجود له من إيداعه لما فيه من تعريضه للتلف

وغيره.

وقول المصنف رحمه الله: برهن يقتضي أنه لا يجوز بغير رهن لأنه قد لا يأمن

عوده لفلس المقرض ونحوه^(١).

وقال المصنف رحمه الله في المغني: ظاهر كلام أحمد جوازه لأنه إنما يجوز للميء

يأمن جحوده فينتفي ما ذكر قبل.

وأما كونه له شراء العقار؛ فلأن ذلك مصلحة لموليه لأنه يحصل منه المغل

ويبقى الأصل.

ولأنه إذا جازت المضاربة بمالهما مع احتمال الغرر؛ فلأن يجوز شراء العقار مع

أن أصله محفوظ بطريق الأولى.

وأما كونه له بناء العقار؛ فلأنه في معنى الشراء.

⇨

وأخرجه مالك في الموطأ موقوفاً على عمر (١٢) : ١ : ٢١٥ كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة هم فيها.

(١) في ج: فلس المرتهن المقرض ونحوه.

المتع في شرح المقنع

وأما قول المصنف رحمه الله: بما جرت عادة أهل بلده به^(١) فاختيار له .
والذي ذكره الأصحاب أنه يئنه بالآجر والطين ولا يئنه باللبن ؛ لأنه إذا نقضه فسد
بخلاف الآجر ، ولا بالحص ؛ لأنه يلتزق بالآجر فلا يتخلص منه .

قال المصنف في المغني: والذي أراه أن له بناؤه بما يرى الحظ فيه .
وليس كل الأماكن يئني فيها^(٢) بالآجر ولا يُقدَّر فيها على الآجر الجيد ، وإن
وجد فبقيمة كثيرة جداً فمتى قيد البناء بما ذكر أفضى إلى فوات الحظ .
وأما قوله: إذا رأى المصلحة في ذلك كله فراجع إلى قوله: ولوليهما مكاتبة
رفيقهما ... إلى آخره ؛ لأن المصلحة إذا انتفت في شيء من ذلك لم يكن قربنا بالتي
هي أحسن وقد نهى عنه .

قال: (وله شراء الأضحية لليتيم الموسر . نص عليه . وتركه في المكتب
وأداء الأجرة عنه) .

أما كون الولي له شراء الأضحية لليتيم الموسر ؛ فلأن فيه توسعة على اليتيم
الموسر في يوم العيد وجزاً لقلبه . وقد نبه الشرع على التوسعة في العيد بقوله: «أيام
أكل وشرب وذكر لله عز وجل»^(٣) رواه مسلم .
وأما كونه له تركه في المكتب وأداء الأجرة عنه ؛ فلأن ذلك من مصلحته
فجرى مجرى نفقته لما كوله ومشروبه .

قال: (ولا يبيع عقارهما إلا لضرورة أو غبطة وهو أن يزداد في ثمنه الثلث
فصاعداً) .

(١) ساقط من هـ .

(٢) في هـ: فيه .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٤١) ٢: ٨٠٠ كتاب الصيام، باب تحريم صوم أيام التشريق .

أما كون الولي لا يجوز له بيع عقار الصبي والمجنون لغير ضرورة أو غبطة؛
 فلأنه لا مصلحة له فيه، والتصرف له مشروط بالمصلحة.
 ولأن الولي مأمور بالشراء للحظ؛ فلا معنى للبيع.
 وأما كونه يجوز له ذلك للضرورة كحاجتهما إلى نفقة أو كسوة أو قضاء
 دين؛ فلأن الضرورة لا بد من دفعها.
 وأما كونه يجوز له ذلك للغبطة فلتضمنه المصلحة.
 وأما مقدار الغبطة فقيدها أبو الخطاب بالثلث لتكون المصلحة بينة، ووافقها
 المصنف هنا.

وقال في المغني: ليس في كلام أحمد تقييد، وقد تكون المصلحة في غير هذا
 مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو يكون نفعه به قليلاً فيباع ويشترى في مكان
 ينتفع به، أو يكون في شراءه غبطة كثيرة ولا يمكنه ذلك إلا ببيع عقاره. وقد نص
 أحمد على بيع عقاره وأثائه وآنيته ونحو ذلك^(١) إذا كان فيه حظ فلا معنى لتقييده
 بالثلث.

قال: (وإن وصي لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى
 له أو غير ذلك وجب على الولي قبول الوصية، وإلا لم يجز له قبولها).
 أما كون الولي يجب عليه قبول الوصية إذا لم يلزم المولى عليه نفقة الموصى به؛
 فلأنه مصلحة محضة له، وعلى الولي أن يفعل ما فيه مصلحة موليه.
 وأما كونه لا يجوز له القبول إذا لزمته النفقة؛ فلأن عليه فيه مضرة.

(١) في هـ: ويجوز ذلك.

فصل فيمن عاود السفه

قال المصنف رحمه الله: (ومن فك^(١) عنه الحجر فعاود السفه أعيد الحجر عليه ولا ينظر في ماله إلا الحاكم ولا ينفك إلا بحكمه. وقيل: ينفك بمجرد رشده. ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه لتجنب معاملته).

أما كون الحجر يعاد على من عاود السفه فلما روى عروة بن الزبير: «أن عبداً لله بن جعفر ابتاع يبعاً فأتى الزبير فقال: إني قد ابتعتُ يبعاً وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر عليّ. فقال الزبير: أنا شريكك في البيع فأتى علي عثمان. فقال: إن ابن جعفر قد ابتاع يبع كذا فاحجر عليه. فقال الزبير: أنا شريكه. فقال عثمان: كيف أحجرُ علي رجلٍ شريكه الزبير»^(٢) رواه الشافعي في مسنده.

وهذه قضية قد اشتهرت ولم تنكر فتكون إجماعاً.

ولأن السفه يقتضي الحجر لو قارنه فيقتضيه إذا طرأ كالجنون^(٣).

وأما كونه لا ينظر في ماله إلا الحاكم؛ فلأن علياً سأل عثمان الحجر على ابن جعفر ولو كان الحجر لغيره لسأل من له الحجر.

ولأن معرفة التبذير يحتاج إلى نظر لأن الغبن قد يكون تبذيراً وقد يكون غير تبذير فلم يكن بد من الحاكم كالحجر للقلس.

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٥٥٦) ٢: ١٦٠ كتاب البيوع، باب في الربا.

(٣) في هـ: كالجنون.

ولأنه حجر مختلف فيه . أشبه الحجر للفلس .
وأما كونه لا ينفك الحجر عنه إلا بحكم الحاكم على المذهب ؛ فلأنه حُجِر
عليه بحكم الحاكم فلا ينفك إلا بحكمه .

وأما كونه ينفك عنه . بمجرد رشده على قول ؛ فلأن السفه سبب الحجر
فوجب أن ينفك بزواله كما في حق الصبي والمجنون . وعزا المصنف في المغني هذا
القول إلى أبي الخطاب ثم قال : والأول أولى لما ذكر .

ولأنه يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفة رشده وزوال تبذيره . وفارق الصبي
والمجنون من حيث إن الحجر عليهما ثبت بغير حكم الحاكم فينفك بغير حكمه .

وأما كونه يستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه فقد صرح المصنف
رحمه الله بالعلة من اجتناب معاملته وذلك مطلوب لما فيه من أمن ضياع المال لأن
الإظهار والإشهاد سبب إلى تحصيله .

قال : (ويصح تزويجه بإذن وليه .

وقال القاضي : يصح من غير إذنه . وهل يصح عتقه ؟ على روايتين .)

أما كونه يصح تزويج السفية بإذن وليه ؛ فلأنه لا يأذن إلا بما فيه المصلحة .
ولأن حاجته تدعو إلى ذلك وليس مآله إلى التبذير .

وأما كونه لا يصح من غير إذنه على غير قول القاضي فكسائر تصرفاته .

وأما كونه يصح على قوله ؛ فلأن حاجته تدعو إليه ودفعها مطلوب شرعاً .

وأما كون عتقه يصح على رواية ؛ فلأنه تصرف من مالك مكلف فصح
كعتق الراهن والمفلس .

وأما كونه لا يصح على رواية ؛ فلأنه إتلاف لماله . أشبه هبته .

قال: (وإن أقر بجد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به، وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره، ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً).

أما كون السفية يؤخذ بما أقر به من حد أو قصاص أو نسب؛ فلأنه غير متهم في حق نفسه، والحجر إنما يتعلق بماله فوجب أن يقبل على نفسه لأن الحجر لا تعلق له به.

وأما كونه لا يلزمه ما أقر به من المال في حال حجره؛ فلأنه محجور عليه ليحظّه فلم يصح إقراره بالمال كالصبي، وإذا لم يصح إقراره انتفى اللزوم لتوقفه عليه. ولأننا لو قبلنا إقراره في ماله سقط معنى الحجر عليه.

ولأنه ممنوع من التصرف فيه فلم يصح إقراره به كإقرار الراهن على الرهن. وأما كونه يلزمه ذلك إذا فك الحجر عنه على الأول؛ فلأنه محجور عليه فلزمه ما أقر به في حال الحجر كالمفلس.

ولأنه مكلف أقر بما لا يلزمه في المال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بدين والراهن يقر على الرهن بجنايته ونحوها.

وأما كونه يحتمل أنه لا يلزمه ذلك؛ فلأن الحجر عليه ليحظّه فلم يصح إقراره ولم يلزمه شيء كالصبي.

ولأن ثبوت إقراره في ذمته لا يفيد الحجر معه إلا تأخير الضرر إلى أكمل حالته.

قال: (وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون).

أما كون حكم تصرف ولي السفية حكم تصرف ولي الصبي والمجنون؛ فلأن ولايته على السفية ليحظّه. أشبه ولي الصبي والمجنون.

وأما مراد المصنف رحمه الله بذلك فهو أن ولي السفية لا يتصرف في ماله إلا على وجه الحظ له، وأنه إن تبرع أو حابا أو زاد على النفقة عليه أو على من تلزمه

نفقته بالمعروف ضمن ، وأنه لا يشتري من ماله شيئاً لنفسه ولا يبيعه من ماله شيئاً ، وأن له مكاتبه رقيقه ، وعتقه على مال ، وتزويج إيمائه ، والسفر بماله ، والمضاربة به ، ودفعه مضاربة بجزء من الربح ، ويبيعه نسأ ، وقرضه برهن ، وشراء العقار وبناءه . بما جرت العادة به ، وأنه لا يبيع عقاره إلا لضرورة أو غبطة ، وأنه إذا وصى له بمن يعتق عليه من لا تلزمه نفقته لزمه قبولها ، وإن كان ممن تلزمه لم يجز له القبول .

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وللوي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه، وهل يلزمه عوض ذلك إذا أيسر؟ على روايتين. وكذلك يخرج في الناظر في الوقف).

أما كون الولي له أن يأكل من مال المولى عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦].

وأما ما يشترط لذلك فإن يكون بقدر عمله، وأن يكون محتاجاً إليه: أما الأول؛ فلأنه إنما يستحق بعمله فلا يجوز أن يتعدها. وأما الثاني؛ فلأن الله شرطه في الأكل حيث قال: ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦] ثم أكد ذلك بأن قال: ﴿ومن كان غنياً فليستعفف﴾ [النساء: ٦].

وقال صاحب المغني فيه ما معناه: أنه يأكل بقدر أقل الأمرين من أجرته وقدر كفايته لأنه يستحقه بالعمل والحاجة معاً فلم يجوز أن يأخذ إلا ما وجد فيه كلاهما. وأما كونه إذا أيسر يلزمه العوض على رواية؛ فلأنه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه عوضه كمن اضطر إلى طعام غيره.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على رواية؛ فلأن الله أمر بالأكل ولم يذكر عوضاً له عن عمله فلم يلزمه عوضه كالأجير والمضارب. وهذا الخلاف فيما عدا الأب.

قال المصنف في المغني: وإن كان أباً - يعني الولي - لم يلزمه عوضه رواية واحدة.

وأما كون الناظر في الوقف كالوصي في جواز الأخذ^(١) من الوقف مع الشرطين المذكورين ولزوم العوض مع اليسار على الخلاف المذكور؛ فلأنه مثل الوصي معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (ومتى زال الحجر فادعى على الولي تعدياً أو ما يوجب ضماناً فالقول قول الولي . وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده).

أما كون القول قول الولي إذا ادعى عليه المولى عليه^(٢) تعدياً أو ما يوجب ضماناً؛ فلأن الأصل عدم ذلك.

ولأنه أمينه فكان القول قوله في ذلك كالمودع.

وأما كون القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده؛ فلأنه دفع ممن القول قوله في نفي التعدي فكذا يجب أن يكون في الدفع.

قال: (وهل للزوج أن يحجر على امرأته [في التبرع]^(٣) بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين).

أما كون الزوج ليس له الحجر على امرأته في التبرع بما ذكر على رواية؛ فلأن النبي ﷺ كان يقول: «يا معشر النساء! تصدقن ولو من حُلِيكن»^(٤)، وأنهن كن يتصدقن ويقبل منهن ذلك. ولم يسأل هل ذلك ياذن أزواجهن أم لا؟.

(١) في هـ: كالوصي في الأكل.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٩٧): ٢: ٥٣٣ كتاب الزكاة، باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٠٠): ٢: ٦٩٥ كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقرين...

ولأن من وجب دفع ماله إليه برشده جاز له التصرف في جميع ماله دليله الغلام.

ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يكن له الحجر عليها في التصرف كالرجل ليس لامرأته الحجر عليه في ذلك.

وأما كونه له ذلك على رواية فلما روي «أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها. فقال لها النبي ﷺ: لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها. فهل استأذنت كعباً؟ فقالت: نعم. فبعث إليه فسأله. فقال: نعم. فقبله»^(١) رواه ابن ماجه.

ولأن العادة جارية بتبسط الزوج في مال الزوجة فجري ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض.

والأول أصح؛ لما ذكر. والحديث الدال على الثانية لا يعلم صحته وتقدير صحته هو غير معمول به فيما دون الثلث، والتبسط في مال زوجها لا يوجب المنع؛ لأن المرأة تتبسط في مال زوجها وليس لها منعه من التصرف في ماله.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٨٩) ٢: ٧٩٨ كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها. قال في الزوائد: في إسناده يحيى، وهو غير معروف في أولاد كعب. فالإسناد ضعيف.

فصل في الإذن

قال المصنف رحمه الله: (يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدى الروايتين. ويجوز ذلك لسيد العبد. ولا يتفك الحجر عنهما إلا فيما أذن لهما فيه، وفي النوع الذي أمرأ به).

أما كون ولي الصبي المميز يجوز له أن يأذن له في التجارة في رواية؛ فلأنه لو لم يجز لم يكن طريق إلى معرفة رشد واختياره.

وأما كونه لا يجوز له ذلك في رواية؛ فلأنه ليس بأهل للتصرف فلم يجز لوليه الإذن له في ذلك كما لا يجوز لولي المجنون أن يأذن له في ذلك.

وأما كونه يجوز ذلك لسيد العبد؛ فلأن الحجر على العبد لحق السيد فإذا أذن له جاز لزوال المانع.

وأما كونه لا يتفك الحجر عنهما إلا فيما أذن لهما فيه، وفي النوع الذي أمرأ به؛ فلأن كل واحد منهما متصرف بالإذن من جهة آدمي فوجب أن يختص بما أذن له فيه وأمر به دون غيره؛ كالوكيل والمضارب.

قال: (وإن أذن له في جميع أنواع التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره. وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه؟ على وجهين. وإن رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً له فيه).

أما كون العبد المأذون له في جميع أنواع التجارة لا يجوز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره؛ فلأن ذلك يشغله عن التجارة المقصودة بالإذن.

المتع في شرح المقنع

ولأن الإذن لم يتناول الرقبة وهذا تصرف في الرقبة.
وأما كونه له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ففيه وجهان مبنيان على
التوكل . وسيأتي مبيناً في موضعه إن شاء الله تعالى^(١) .
وأما كون كل واحد من العبد والصبي المأذون لهما لا يصير مأذوناً له إذا
رأى^(٢) العبد سيده والصبي وليه يتجر فلم ينهه ؛ فلأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلا
يكون السكوت عنه إذناً فيه كييع مال الغير .
قال : (وما استدان العبد فهو^(٣) في رقبته يفديه سيده أو يسلمه . وعنه :
يتعلق بذمته يُتبع به بعد العتق . إلا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على
روايتين).

أما كون استئانة العبد غير المأذون له في رقبته على رواية قياسي على جنائته .
فعلى هذه يتخير السيد بين فدائه وبين تسليمه كما لو جنى .
وأما كونها تتعلق بذمته على رواية ؛ فلأن صاحب الحق رضي بتأخير حقه
لأنه عامل من لا مال له . أشبه من عامل المعسر .
ولأنه لا سبيل إلى تعلقه بكسبه ولا برقبته لأن ذلك ما ، السيد و لم يبد منه ما
يوجب أن يتعلق ذلك بماله .
فإن قيل : الجناية كذلك وقد تعلق بماله .
قيل : الفرق بينها وبين ما ذكر أن الجناية لزم من غير إذن المستحق بخلاف
ما ذكر .

ولأن الجناية تثبت على خلاف القياس فلا يقاس عليها .

(١) ص : ٣٥٦ .

(٢) سياتط من هـ .

(٣) سياتط من هـ .

فعلی هذه يُتبع بالدين بعد عتقه.

وأما كون استدانة المأذون له تتعلق برقبته على رواية؛ فلأن دينها دين تعلق به بإذن سيده فوجب أن يتعلق برقبته كالرهن.

وأما كونها تتعلق بذمة السيده على رواية؛ فلأنه لما أذن له غير الناس بمعاملته وإذنه له فصار ضامناً كما لو قال لهم: داينوه، وكما لو أذن في مداينة تزيد على قيمة العبد.

قال: (وإذا باع السيد عبده المأذون له^(١) شيئاً لم يصح في أحد الوجهين، ويصح في الآخر إذا كان عليه دين بقدر قيمته).

أما كونه لا يصح بيع السيد عبده المأذون له شيئاً إذا لم يكن عليه دين بقدر قيمته؛ فلأنه يبيع ماله بماله.

وأما كونه لا يصح إذا كان عليه دين بقدر قيمته في وجه فلما ذكر.
وأما كونه يصح في وجه لأن الثمن الذي قبضه من العبد مستحق لأرباب الدين فكأنه غير مملوك للبايع.

قال: (ويصح إقرار المأذون في قدر ما أذن له فيه، وإن حُجر عليه وفي يده مال ثم أذن له فأقر به صح).

أما كون إقرار المأذون له في قدر ما أذن له فيه يصح؛ فلأن مقتضى الإقرار الصحة. ترك فيما لم يأذن له فيه سيده فوجب أن يبقى فيما عدا ذلك على مقتضاه.
وأما كون إقرار من حجر عليه وفي يده مال ثم أذن له فأقر به يصح؛ فلما ذكر قبل.

ولأنه إقرار صدر من مأذون له. أشبه من لم يحجر عليه.

(١) ساقط من هـ.

قال: (ولا يبطل الإذن بالإباق . ولا يصح تبرع المأذون له بهية الدراهم وكسوة الثياب . ويجوز هديته للمأكول وإعارة دابته).

أما كون الإذن لا يبطل بالإباق ؛ فلأن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن في التجارة فلم يمنع استدامة ذلك كما لو غصبه غاصب أو حُبس لدين عليه.

وأما كون تبرع المأذون له فيما ذكر لا يصح ؛ فلأن الحجر عليه مستمر إلا فيما أُذن له ، والتبرع بما ذكر غير مأذون له فيه.

وأما كونه تجوز هديته للمأكول وإعارة دابته ؛ فـ «لأن النبي ﷺ كان يُجيبُ دعوة المملوك»^(١).

ولأن العادة جارية بذلك فجاز كما يجوز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها.

قال: (وهل لغير المأذون الصدقة من قوته بالرغيف إذا لم يضره به ونحوه؟ على روايتين. وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك؟ على روايتين).

أما كون غير المأذون له له الصدقة بالرغيف من قوته ونحوه إذا لم يضره به على المذهب ؛ فلأن العادة جارية بمثله.

وأما كونه ليس له ذلك على رواية ؛ فلأنه تصرف في ملك سيده بغير إذنه فلم يجز كالكثير ، أو كما لو أضر به.

وأما كون المرأة لها الصدقة من بيت زوجها بنحو ذلك بغير إذنه على المذهب ؛ فلأن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «ما أنفقت المرأة

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٩٦) ٢: ٧٧٠ كتاب التجارات، باب ما للعبد أن يعطي ويتصدق.

من بيت زوجها غير مُفسِدةٍ كَانَ لها أجرها، وله مثله بما كَسَبَ، ولها بما أنفقتُ، وللخازنِ مثلُ ذلك من غير أن ينقصَ من أجورهم شيءٌ»^(١) ولم يذكر إذناً.

وعن أسماء «أنها جاءت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله! ليس لي شيء إلا ما أدخل عليّ الزبيرُ. فهل عليّ جناحٌ أن أرضخَ مما يُدخلُ عليّ؟ قال: أرضخي ولا تُوعيي فيوعيي الله عليك»^(٢) متفق عليهما.

ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس به فجرى مجرى صريح الإذن.

وأما كونها ليس لها ذلك على رواية؛ فلما روى أبو أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تُتفقُ المرأةُ من بيتها إلا بإذن زوجها. قيل: يا رسول الله! ولا الطعام؟ قال: ذلك أفضلُ أمورنا»^(٣) رواه سعيد والترمذي. وقال: حديث حسن. ولأنها تبرعت بمال غيرها فلم يجز كالصدقة بثيابه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٥٩) ٢: ٥١٧ كتاب الزكاة، باب من أمر خادمه بالصدقة ولم يتناول بنفسه.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٢٤) ٢: ٧١٠ كتاب الزكاة، باب أجر الخازن الأمين...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٥٠) ٢: ٩١٥ كتاب الحبة، باب هبة المرأة لغير زوجها...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٢٩) ٢: ٧١٤ كتاب الزكاة، باب الخبز في الإتيان وكراهة الإحصاء.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٠) ٤: ٤٣٢ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٩٥) ٢: ٧٠٠ كتاب التجارات، باب مال المرأة من مال زوجها.

باب الوكالة

الوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع والمعنى: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠]، وقوله تعالى: ﴿فَاعْبَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾ [الكهف: ١٩].

وأما السنة فما روي عن عروة بن الجعد قال: «عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً. فقال: يا عروة! أتيت الجلب فاشتر لنا شاة. قال: فأتيت الجلب فساومت فشريت شاتين... الحديث»^(١) رواه أبو داود وابن ماجه.

وعن جابر: «أتيت رسول الله ﷺ فقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر. فقال: ائت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً. فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترؤفوتيه»^(٢) رواه أبو داود.

وروي «أنه عليه السلام وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم^(٣) حبيبة»^(٤). و«أبا رافع في قبول نكاح ميمونة»^(٥).

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٠٢) ٢: ٨٠٣ كتاب الصلقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦٣٢) ٣: ٣١٤ كتاب الأتضية، باب في الوكالة.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٣٩ كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٤١) ٣: ٢٠٠ كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٢٤٠) ٦: ٣٩٣.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز الوكالة.
وأما المعنى؛ فلأن الحاجة داعية إليها فإنه لا يمكن كل واحد فعل كل ما يحتاج إليه.

قال المصنف رحمه الله: (تصح الوكالة بكل قول يدل على الإذن، وكل قول أو فعل يدل على القبول).

أما كون الوكالة تصح بالقول المذكور؛ فلأنها عقد شرعي لها قول فصحت به كسائر العقود.

والقول على ضربين:

أحدهما: صريح كقول الموكل للوكيل: وكّلتك فلا شبهة^(١) في صحة الوكالة به لكونه صريحاً فيها.

وثانيهما: غير صريح. لكن فيه دلالة على الوكالة؛ كقوله: افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا. والوكالة به أيضاً صحيحة لأن النبي ﷺ وكّل عروة بن الجعد بقوله: «اشتر لنا شاة»^(٢)، والإذن في معناه.

ولأنه لفظ دال على الإذن فجرى مجرى قوله: وكّلتك.

وأما كون قبول الوكيل يصح بالقول المذكور كقوله: قبلت وما في معنى ذلك مما يدل عليه؛ فلأنه قبول. أشبه القبول في النكاح والبيع. ولأنه يصح القبول بالفعل لما يأتي؛ فلأن يصح بالقول الدالّ عليه بطريق الأولى.

وأما كونه يصح بالفعل المذكور؛ فلأن وكلاء النبي ﷺ لم يتقل عنهم قبول سوى امتثال أمره.

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

ولأنه إذن في التصرف فصح القبول فيه بالفعل كأكل الطعام.
قال: (ويصح القبول على الفور والتراخي بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه
بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول: قبلت).

أما كون القبول يصح على الفور فلا شبهة فيه لأن سائر العقود يصح قبولها
على الفور فكذا هذا.

وأما كونه يصح على التراخي؛ فلأن قبول وكلاء رسول الله ﷺ لو كآله
كان بفعلهم وكان متراخياً على توكيله لهم.

ولأنه إذن له في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع عليه.

وأما قول المصنف رحمه الله: بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه... إلى آخره فيبيان

للقبول على التراخي.

قال: (ولا يجوز التوكيل والتوكل في شيء إلا ممن يصح تصرفه فيه).

أما كون التوكيل في شيء لا يجوز ممن لا يصح تصرفه فيه؛ فلأن الموكل إذا
كان لا يصح تصرفه في شيء بنفسه فلأن لا يجوز له أن يوكله غيره بطريق الأولى.

وأما كون التوكل في شيء لا يجوز ممن لا يصح تصرفه فيه؛ فلأن الوكيل إذا
كان قاصراً عن التصرف لنفسه، فلأن يكون قاصراً عن التصرف بالإذن الذي هو
أضعف منه بطريق الأولى.

وأما كون التوكيل والتوكل في شيء يجوز ممن يصح تصرفه فيه؛ فلأن كل
واحد منهما يملك التصرف بنفسه. فجاز أن يستنيب غيره وأن ينوب عن غيره؛
لانتفاء المفسد المتقدم ذكره.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا: أن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه
جاز أن يوكله فيه وأن يتوكل. واستثنى من التوكل في المغني الفاسق فإنه يصح أن

يقبل النكاح بنفسه ولا يصح أن يقبله لغيره . وحكاه عن القاضي ثم قال: وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس .

قال: (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والأيمان ، ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج وَلِيِّتِهِ إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لنفسه وَمَوْلِيَّتِهِ).

أما كون التوكيل يجوز في العقود ؛ فـ «لأن النبي ﷺ وكل عروة بن الجعد في الشراء»^(١) ، وسائر العقود في معناه .

وأما كونه يجوز في الفسوخ والعتق والطلاق ؛ فلأنه إذا جاز التوكيل في الإنشاء ؛ فلأن يجوز في الإزالة بطريق الأولى .

وأما كونه يجوز في الرجعة ؛ فلأنه يجوز في النكاح فلأن يجوز في الرجعة بطريق الأولى .

وأما كونه يجوز في تملك المباحات ؛ فلأنه نوع يملك . أشبه التوكيل في الشراء .

وأما كونه لا يجوز في الظهار واللعان والأيمان ؛ فلأنها أيمان فلا تدخلها النيابة كالصلاة . ويدخل في الأيمان النذر ؛ لأنه يمين ، والقسامة كذلك .

وينبغي أن يستثنى من^(٢) جواز الوكالة في كل حق آدمي القسم بين الزوجات ؛ لأنه يتعلق بنفس الزوج ، والشهادة لأنها تتعلق بالشاهد . ذكرهما المصنف في المغني . ثم قال: ولا يصح في الالتقاط فإذا أمر بذلك فالتقط كان أحق به

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٠ .

(٢) ساقط من هـ .

من الأمر، ولا في الاغتنام لأنه يستحق بالحضور، ولا في الرضاع لأنه يتعلق بالمرضع والمرتضع، ولا في الغصب لأنه محرم، ولا في الجنائيات كذلك.

وأما كون توكيل من يقبل له النكاح يجوز؛ فـ «لأن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيسة»^(١) و «أبا رافع في قبول نكاح ميمونة»^(٢).

وأما كونه يجوز في تزويج وليته؛ فلأن الحاجة تدعو إليه فجاز كالتقبول.

وأما قول المصنف رحمه الله: إذا كان الوكيل ممن يصح ذلك منه لنفسه وموليته فاحتراز عن الصبي والمجنون وما أشبههما لأن توكيلهما لا يصح لما تقدم، وعن الفاسق؛ لأن توكيله في إيجاب النكاح لا يصح؛ لأنه لا يصح أن يتولى نكاح موليته بنفسه لأنه لا ولاية لفاسق. وفيه إشعار بأن الفاسق يصح أن يكون وكيلاً في القبول. وقد تقدم الكلام فيه والخلاف^(٣).

قال: (ويصح في كل حق لله تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها، ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته إلا القصاص وحد القذف عند^(٤) بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته).

أما كون التوكيل في العبادات التي تدخلها النيابة كالزكوات والمنشورات والكفارات ونحو ذلك يصح؛ فـ «لأن النبي ﷺ بعث أناساً لقبض الصدقات

(١) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٥٠.

(٣) ص: ٣٥٤.

(٤) في هـ: وعند.

وتفريقها». وقال في حديث معاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم... مختصر»^(١) متفق عليه.

فيثبت الحكم فيما ذكر لما ذكر، وفي^(٢) باقي الصور لأنه في معناه.

وأما كونه يصح في الحدود في إثباتها واستيفائها؛ فلأن النبي ﷺ قال: «واغدُ يا أنيسُ إلى امرأةٍ هذا فإن اعترفتُ فارجمها»^(٣). وكله في الإثبات والاستيفاء.

وقال أبو الخطاب في الهداية: لا يجوز التوكيل في إثباتها لأنها تسقط بالشبهات. ونصر المصنف في المغني الأول للحديث.

ولأن الحاكم إذا استتاب دخل في ذلك إثبات الحدود، وإذا دخل ذلك في التوكيل بطريق العموم؛ فلأن يدخل بطريق الخصوص بطريق الأولى.

وأما كون الاستيفاء يجوز في حضرة الموكل؛ فكسائر الحقوق.

وأما في غيبته فينظر فيه فإن كان ذلك في زنا وشبهه جاز؛ لأنه لا يحمل العفو حتى يدرأ بالشبهة، وإن كان في قصاص أو حد قذف فالذهب جوازه أيضاً؛ لأن ما جاز للوكيل استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته. دليله حد الزنا وسائر الحقوق.

وقال بعض الأصحاب: لا يجوز؛ لأنه يحتمل أن يعفو عنه حال غيبته فيسقط، وهذه شبهة تمنع من استيفائه.

ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر جاز أن يرحمه فيعفو عنه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٩٣٧) ٦: ٢٦٨٥ كتاب التوحيد، باب ما جاء في دعاء النبي ﷺ أمته إلى توحيد الله.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩) ١: ٥٠ كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام. (٢) في هـ: في.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٩٠) ٢: ٨١٣ كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٧) ٣: ١٣٢٥ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

المتنع في شرح المتنع

قال المصنف رحمه الله في المغني: ظاهر المذهب جواز الاستيفاء لما ذكر .
وأجاب عن احتمال العفو بأن الأصل عدمه . وهو بعيد فلا يؤثر . ألا ترى أن قضاة
رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد بالحدود مع احتمال النسخ .

قال: (ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكل .
وعنه: يجوز . وكذلك الوصي والحاكم . ويجوز توكيله فيما لا يتولى مثله بنفسه
[أو يعجز عنه لكثرتة] .

أما كون الوكيل لا يجوز له التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه^(١) إذا لم يأذن
الموكل له في ذلك على المذهب ؛ فلأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه له
لكونه يتولى مثله .

وأما كونه يجوز^(٢) له ذلك على رواية ؛ فلأنه وكيله فملك ذلك كما لو وكله
فيما لا يتولى مثله .

قال المصنف في المغني: والأول أولى ؛ لما ذكر .

ولأنه استئمان فلم يكن له أن يوليه غيره مع إمكان فعله بنفسه كالوديعة .

وأما كونه يجوز له ذلك فيما لا يتولى مثله بنفسه لكونه دينياً والوكيل شريعياً
لا يليق به أن يباشر ذلك ، وفيما يعجز عنه لكثرتة رواية واحدة ؛ فلأن حال الوكيل
وكثرة الموكل فيه قرينة صارفة للوكالة إلى ذلك .

وظاهر كلام المصنف جواز التوكيل في الكل إذا كان كثيراً لأن الوكالة
اقتضت جواز التوكيل فجاز في كله كما لو أذن في التوكيل بلفظه .

وقال القاضي: وعندي أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن من فعله ؛ لأن
التوكيل إنما جاز للكثرة فاحتص بذلك بخلاف التوكيل بالإذن .

(١) ساقط من هـ .

(٢) في و: لا يجوز .

وأما كونه يجوز له التوكيل إذا أذن له الموكل فيه رواية واحدة ؛ فلأنه عقد
أذن له فيه فكان له ذلك عملاً بالإذن.

فإن قيل: فإن نهاه عن ذلك؟

قيل: لا يجوز له التوكيل رواية واحدة عملاً بالنهي.

وأما كون حكم الوصي والحاكم حكم الوكيل ؛ فلأن كل واحدٍ متصرف
بالإذن . أشبه الوكيل.

وقال المصنف في المغني في باب الوكالة بعد ذكر الوكيل: قال أصحابنا:
الحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به إليه ، وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية هل
له أن يستتبع غيره ؟ حكم الوكيل على التفصيل الذي ذكرناه سواء. ثم قال: إلا
أن القاضي قال: المنصوص في رواية مهنا جواز ذلك. وقال فيه أيضاً في باب المصرة
بعد قوله: ويتجر الوصي بمال اليتيم: قال القاضي: يجوز للوصي أن يستتبع فيما
يتولى مثله بنفسه وما لا يتولى مثله بنفسه ، فأما الوكيل فهل له أن يستتبع فيما يتولى
مثله بنفسه على روايتين. والفرق بينهما: أن الوكيل يمكنه الاستئذان بخلاف
الوصي . ثم قال: قال أبو بكر: في الوصي روايتان كالوكيل . فحاصل ذلك أن
المصنف نقل في موضع الفرق بين الوصي والوكيل ، وفي موضع آخر التسوية بينهما.
فعلى القول بالتسوية لم يحتج إلى ذكر الفرق ، وعلى القول بالفرق فقد نبه
المصنف رحمه الله عليه فيما تقدم.

قال: (ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده ، ولا يجوز بغير إذنه . وإن وكله
بإذنه في شراء نفسه من سيده فعلى وجهين).

أما كون عبد الغير يجوز توكيله بإذن سيده ؛ فلأن العبد ممنوع من التصرف
لحق السيد فإذا أذن له جاز أن يوكل كالحر.

ولأن الوكالة نفع . فجازت بإذن السيد ؛ كالتجارة ونحوها.

وأما كونه لا يجوز بغير إذنه سيده؛ فلأن منافعه مملوكة فلا يجوز صرفها في شيء إلا بإذنه.

وأما كونه يجوز توكيله^(١) بإذنه في شراء نفسه من سيده على وجه؛ فلأنه لو وكله أن يشتري من مولاه عبداً غيره صح فكذا إذا وكله في شراء نفسه كالمرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز توكيلها في طلاق نفسها.

وأما كونه لا يجوز على وجه؛ فلأن يد العبد كيد السيد بدليل أنه يحكم لماله الذي في يد عبده بما يحكم لماله الذي في يده فكأنه إذا قد وكل السيد في الشراء من نفسه.

قال المصنف رحمه الله في المغني: هذا الوجه لا يصح لأنه لو وكله في الشراء من نفسه جاز لأن الولي في النكاح يجوز أن يتولى طرفي العقد فكذا هاهنا.

قال: (والوكالة عقد جائز من الطرفين لكل واحد منهما فسخها. وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه. وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة. ولا تبطل بالسكر والإغماء والتعدي. وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين).

أما كون الوكالة من العقود الجائزة من الطرفين؛ فلأنها من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بدل نفع، وكلاهما جائز: أما الأول فكما لو أذن في أكل طعامه، وأما الثاني؛ فلأنه في معناه.

وأما كون كل واحد من الموكل والوكيل له فسخ الوكالة؛ فلأن ذلك شأن العقود الجائزة من الطرفين. وقد تقدم دليله.

(١) في هـ: توكله.

وأما كونها تبطل بالموت والجنون والحجر للسفه ؛ فلأن الوكيل يتصرف بطريق النيابة عن الموكل فإذا خرج الموكل عن أهلية التصرف بطلت نيابته. ولأن الوكالة تعتمد الحياة والعقل وعدم الحجر فإذا انتفى ذلك انتفت صحة الوكالة لانتهاء ما تعتمد عليه.

وقول المصنف رحمه الله: والحجر للسفه مشعر بأن الحجر لغير السفه لا يبطل الوكالة.

وقال في المغني: وإذا حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها فإنه لم يخرج عن كونه أهلاً للتصرف ، وإن حجر على الموكل نظرت في الوكالة فإن كانت في أعيان ماله بطلت ؛ لانقطاع تصرفه فيها. وإن كانت في الخصومة ، أو في الشراء في الذمة ، أو الخلع ، أو الطلاق ، أو القصاص ، فالوكالة بحالها ؛ لأن الموكل أهل لذلك حينئذ.

وأما كون كل عقد جائز كالشركة والمضاربة ونحوهما كالوكالة فيما ذكر من البطالان وغيره ؛ فلأن الكل مشترك معنى فكذا يجب أن يكون حكماً. وأما كونها لا تبطل بالسكر والإغماء ؛ فلأن من اتصف بذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا يثبت عليه بذلك ولاية.

وأما كونها لا تبطل بالتعدي مثل أن يلبس الوكيل الثوب الموكل في يعه ؛ فلأن تصرفه في البيع تصرف بإذن موكله . أشبه ما لو لم يتعد فيه.

ولأن الوكالة اقتضت الأمانة والإذن فإذا بطلت الأمانة بالتعدي كان الإذن في التصرف باقياً.

وأما كونها لا تبطل بالردة على وجه فقال المصنف في المغني: فإن كانت من الوكيل فلا تبطل الوكالة ؛ لأن رده لا يؤثر في تصرفه وإنما يؤثر في ماله ، وإن كانت من الموكل ففيها وجهان مبنيان على صحة تصرف المرتد في ماله : فإن قيل:

تصح فالوكالة بحالها، وإن قيل: لا تصح بطلت الوكالة؛ لأن النائب يحذو حذو
النائب.

وأما كونها لا تبطل بحرية عبده على وجه؛ فلأن كل شيء لا يمنع ابتداء
الوكالة لا يمنع استدامتها.

وأما كونها تبطل على وجه؛ فلأن توكيل العبد استخدام بحق الملك فإذا زال
الملك زال الاستخدام.

قال: (وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين).

أما كون الوكيل ينعزل بموت الموكل قبل علمه على رواية؛ فلأن العزل رفع
عقد لا يفتقر إلى رضی صاحبه فلا يفتقر إلى علم الوكيل كالفسخ بعيب المبيع.

وأما كونه لا ينعزل على رواية؛ فلأن ذلك رفع فلا يترتب عليه مقصوده قبل
العلم به^(١) كالفسخ.

وأما كونه ينعزل بالعزل ففيه الروايتان نقلاً ودليلاً.

وتقييد المصنف الخلاف المذكور في المسألتين بقبل العلم مشعر بانعزاله إذا علم
رواية واحدة وهو صحيح أما إذا مات الموكل؛ فلأن الوكيل يتصرف عنه بطريق
النيابة وقد بطل ذلك في الأصل فكذا الفرع. وأما إذا عزله؛ فلأن تصرفه مستنداً إلى
الإذن وقد زال بالعزل.

قال: (وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف إلا أن يجعل
ذلك إليه).

أما كون أحد الوكيلين لا يجوز له الانفراد بالتصرف إذا لم يجعل ذلك إليه؛
فلأن الموكل لم يرض بتصرف أحدهما منفرداً بدليل إضافة الغير إليه.

(١) ساقط من هـ.

وأما كونه يجوز له ذلك إذا جعل إليه؛ فلأنه مأذون فيه. أشبه الوكيل الواحد.

قال: (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه. وعنه: يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشتريين. وهل يجوز أن يبيعه لولده أو والده^(١) أو مكاتبه؟ على وجهين).

أما كون الوكيل لا يجوز له أن يبيع لنفسه ما وكل في بيعه على المذهب؛ فلأن العرف في بيع الوكيل أن يبيع لغيره فحملت الوكالة عليه وصار كما لو قال: بعه لغيرك.

ولأن الوكيل تلحقه التهمة في البيع لنفسه ويتنافى الغرضان في البيع لنفسه؛ لأن يبيعه بالوكالة يقتضي الحرص على كثرة الثمن ويبيعه لنفسه يقتضي أخذه رخيصاً.

وأما كونه يجوز له ذلك على رواية إذا زاد على ما بُدِّل فيه أو وكل شخصاً في البيع؛ لأنه إذا كان كذلك حصل غرض الموكل من الثمن فجاز كما لو باعه لأجنبي.

فإن قيل: كيف يوكل في البيع وليس للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على الصحيح؟

قيل: ذكر المصنف هذا الإشكال في المعنى وأجاب عنه بأن التوكيل فيما لا يتولى مثله جائز والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الوكلاء بنفوسهم. وفيه نظر؛ لأن الوكيل إذا جاز له أن يعطي ما وكل فيه لمن ينادي عليه لما ذكر فالعقد لا بد له من عاقد ومثله يتولاه فلا يجوز أن يوكل فيه غيره. ويمكن التخلص من ورود هذا الإشكال بأن يجعل بدل التوكيل في البيع التوكيل في الشراء.

(١) في و: لوالده أو والده.

المتع في شرح المنع

وأما كونه لا يجوز له أن يبيعه لولده أو والده^(١) أو مكاتبه على وجهه؛ فلا نه متهم في حقهم وفي الميل إلى ترك الاستقصاء في الثمن عليهم . أشبه ما لو باعه لنفسه.

وأما كونه يجوز له ذلك على وجهه؛ فلأنهم غيره وقياسهم عليه لا يصح؛ لأن التهمة في حقهم أقل.

قال: (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد . ويحتمل أن يجوز كالمضارب).

أما كون الوكيل لا يجوز أن يبيع مال موكله نساء ولا بغير نقد البلد على المذهب؛ فلأن الموكل لو باع بنفسه وأطلق انصرف إلى الحال وإلى نقد البلد . فكذلك إذا وكل وجب أن تنصرف الوكالة إليهما وإذا انصرفت إليهما لم يملك الوكيل التصرف بغيرهما؛ لأن عقد الوكالة لم يقتضه.

وأما كونه يحتمل أن يجوز فبالقياس على المضارب، وفي جواز بيع المضارب بذلك روايتان يأتي ذكرهما ودليلهما في باب المضاربة^(٢).

وقال المصنف في المغني: يمكن الفرق بينهما من حيث إن المقصود في المضاربة الربح والربح في النساء أكثر ولا يتعين في الوكالة ذلك^(٣) بل ربما كان المقصود تحصيل الثمن للدفع حاجته.

ولأن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر النساء عليه واستيفاء الثمن في الوكالة على الموكل فيعود ضرر الطلب عليه وهو لم يرض به.

(١) في و: لوالده أو والده.

(٢) رص: ٤١٠.

(٣) ساقط من هـ.

قال: (وإن باع بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدره له صح وضمن النقص .
ويحتمل أن لا يصح).

أما كون بيع الوكيل ما وكل في يعه بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدره له
الموكل يصح على المذهب ؛ فلأن من صح يعه بثمن المثل صح بدون . دليله
المريض.

وأما كونه يضمن النقص ؛ فلأن الاحتياط وطلب الحظ واجب عليه فيجب
عليه تكملة ثمن مثله لأنه فوّته عليه.

وأما كونه يحتمل أن لا يصح ؛ فلأن العرف يقيد الوكالة بثمن المثل فإذا باع
بلونه لم يصح ؛ لأنه غير مأذون فيه . أشبه بيع الأجنبي.

قال المصنف في المغني: وعن أحمد ما يدل على أن العقد باطل وهو الصحيح .
ومعناه والله أعلم أن ذلك هو الصحيح عنده لما ظهر له من الدليل ؛ لأن
الصحيح في المذهب أنه صحيح ويضمن النقص لما تقدم.

ولأن فيه جمعاً بين حظ المشتري بعدم الفسخ وبين حظ البائع بوجوب
التضمن.

وأما الوكيل فلا يعتبر حظه ؛ لأنه مفرط .

قال: (وإن باع بأكثر منه صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي
أمره به أو لم تكن . وإن قال: بعه بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين . وإن
قال: بعه بألف نساء فباعه بألف حالة صح إن كان لا يستتضر بحفظ الثمن في
الحال).

أما كون بيع الوكيل بأكثر [من ثمن المثل أو بأكثر]^(١) مما قدره الموكل له يصح؛ فلائنه باع بالمأذون فيه وزاده خيراً.

وأما كون ذلك يصح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن كمن وكل في البيع بمائة درهم ودرهم، أو من غير جنسه كمن وكل في البيع بمائة درهم بمائة درهم ودينار فلاشتراك الكل في زيادة الخير.

وأما كونه يصح إذا قال الموكل: بعه بدرهم فباعه الوكيل بدينار في وجه؛ فلائنه مأذون فيه عرفاً لأن من رضي بدرهم يرضى بدينار بطريق الأولى.

وأما كونه لا يصح في وجه؛ فلائنه مخالف في الجنس المأذون فيه. أشبه ما لو باع بثياب كثيرة القيمة.

وأما كونه يصح إذا قال: بعه بألف نساء فباعه بألف حالة لا يستتضر بحفظها في الحال؛ فلائنه زاده خيراً.

وأما كونه لا يصح إذا كان يستتضر بذلك؛ فلأن حكم الإذن إنما يثبت في السكوت عنه لتضمنه المصلحة، فإذا كان يتضرر به علم انتفاء المصلحة فتتفي الصحة، وحكم خوف التلف والتعدي عليه ونحوهما حكم الاستضرار بحفظه لاشتراك الكل في المعنى.

قال: (وإن وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل، أو بأكثر مما قدره له، أو وكله في بيع شيء فباع نصفه: لم يصح).

أما كون الوكيل في الشراء إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره الموكل له لا يصح؛ فلائنه فعل غير ما وكل فيه. أشبه من لم يوكله بالكلية.

(١) ساقط من هـ.

فإن قيل: قد تقدم أنه إذا وكله في البيع فلم يقدر الثمن أو قدره فباع بدون ثمن المثل أو بدون المقدر أنه يصح فهلا كان هذا مثله؟ أو كان البيع مثل هذا؛ وذلك أن^(١) عقد الوكالة: إن لحظ فيه الإذن دون التقييد إما بالعرف أو النطق يصح نظراً إلى الإذن ينبغي أن يصح في الشراء لأنه مأذون فيه كالبيع، وإن لحظ الإذن والتقييد ينبغي أن لا يصح البيع لأن الإذن فيه مقيد؟

قيل: على اختيار المصنف في المعنى لا إشكال لأنه صحح عدم صحة البيع فهو كالشراء، وعلى المذهب في الفرق عُسْرٌ.

وأما كونه لا يصح بيع الوكيل نصف الشيء الموكل في بيع كله؛ فلأن على الموكل ضرراً في بيع بعضه. أشبه ما لو وكله في شراء شيء فاشتري نصفه.

ولا بد أن يلحظ في بيع النصف المذكور أن لا يكون الوكيل باعه بثمان الكل فإن باعه بثمان الكل صح. ذكره المصنف في المعنى لأنه مأذون فيه من جهة العرف. لأن من يرضى بمائة ثمناً للكل مثلاً يرضى بها ثمناً للنصف.

ولأنه حصل له المطلوب وأبقى له زيادة تنفعه.

ولذلك ألحقه بعض الأصحاب المأذون له في ذلك بالأصل.

ولا بد أن يلحظ في ذلك أن يكون في بيع البعض ضرر كالعبد الذي يتشقق ببيع بعضه فإن لم يكن فيه ضرر كالحنطة صح لأن العلة الضرر ولا ضرر هاهنا.

قال: (وإن اشتراه بما قدر^(٢) له مؤجلاً، أو قال: اشتري لي شاة بدينار فاشتري شاتين تساوي إحداهما ديناراً أو اشتري شاة تساوي ديناراً بأقل منه صح، وإلا لم يصح).

(١) ساقط من هـ.

(٢) في و: تدره.

أما كون شراء الوكيل بما قدر الموكل له مؤجلاً يصح فلما ذكر من أنه زاده خيراً.

وأما كونه يصح شراءه شاتين تساوي إحداهما ديناراً بدينار إذا وكل في شراء شاة بذلك فلما روى عروة بن الجعد «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً فقال: اشتري لنا شاة. قال: فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار. فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار. فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة. فقلت: يا رسول الله! هذا ديناركم وهذه شاتكم. قال: فحدثته الحديث. قال: اللهم! بارك له في صفقة يمينه»^(١). رواه البخاري بمعناه.

ولأنه حصل له المأذون فيه [وزيادة.

وأما كونه يصح شراء شاة تساوي ديناراً بأقل منه؛ فلأنه حصل المقصود وزيادة لأن ذلك مأذون فيه]^(٢) عرفاً لأن من رضي بشراء شيء بدينار يرضى به بأقل منه.

وأما كونه لا يصح إذا كانت كل واحدة من الشاتين تساوي أقل من دينار؛ فلأن الحجّة في الصحة ما تقدم من حديث عروة ولا يدل على هذا. ولأنه لم يحصل المقصود فلم يقع البيع له لكونه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً. وأما كونه لا يصح إذا كانت الشاة الموكل في شرائها بدينار تساوي أقل منه؛ فلأن ذلك غير موكل فيه لفظاً ولا عرفاً.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٤٣): ٣: ١٣٣٢ كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤): ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب بخلاف.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨): ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع، باب.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٠٢): ٢: ٨٠٣ كتاب الصلقات، باب الأمين يتحر فيه فربح.

(٢) ساقط من هـ.

قال: (وليس له شراء معيب؛ فإن وجد بما اشترى عيباً فله الرد، فإن قال البائع: موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لا يعلم ذلك، فإن رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين).
 أما كون الوكيل ليس له شراء معيب؛ فلأن الإطلاق يقتضي السلامة، ولذلك ملك المشتري الرد في البيع إذا ظهر معيباً.
 وأما كونه له الرد إذا وجد بما اشترى عيباً؛ فلأنه قائم في الشراء مقام الموكل، ولو وجد الموكل العيب ملك الرد. فكذلك من أقيم مقامه.
 وأما كونه يُقبل قول الوكيل مع يمينه في أنه لا يعلم برضى موكله؛ فلأنه منكر والقول قول المنكر مع يمينه.

فإن قيل: لم وجبت اليمين على الوكيل، ولم كانت على نفي العلم؟
 قيل: أما الأول؛ فلأنه يجوز أن يعلم ذلك وذلك مسقط للرد، وأما الثاني؛ فلأن اليمين على فعل الغير.
 وأما كون الرد ما صح إذا صدق الموكل البائع في الرضى بالعيب على وجه؛ فلأن رضى الموكل بالعيب عزل للوكيل عن الرد ومنع له بدليل أن الوكيل لو علمه لم يكن له الرد.
 وأما كونه يصح على وجه؛ فلأن عزل الوكيل لا يحصل إلا بعد علمه به على رواية فيكون الرد حينئذ صادق ولاية.

قال: (وإن وكله في شراء معين فاشتراه ووجده معيباً فهل له الرد قبل إعلام الموكل؟ على وجهين).

أما كون الوكيل له الرد على وجه؛ فلأن الإذن يقتضي السلامة. أشبه ما لو وكله في شراء موصوف.

وأما كونه ليس له ذلك على وجه؛ فلأن الموكل قطع نظره واجتهاده بالتعيين.

قال: (وإن قال: اشترى لي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل، وإن قال اشترى لي في ذمتك وأنقد الثمن فاشترى بعينه صح).

أما كون الموكل لا يلزمه ما اشتراه الوكيل في ذمته مع تعيين⁽¹⁾ الموكل الثمن؛ لأنه إذا تعين الثمن فسخ العقد بتلفه فلم يلزمه ثمن في ذمته، وفي هذا غرض صحيح فلا تجوز مخالفته، ولا يلزم قبوله لعدم تناول أمره له لفظاً و عرفاً.

وأما كون شراء الوكيل بعين الثمن يصح إذا قال الموكل: اشترى لي في ذمتك وأنقد الثمن؛ فلأن الموكل أمره بعقد يلزمه الألف مع بقاء الألف وتلفها، وقد عقد عقداً يلزمه الألف مع البقاء دون التلف.

قال المصنف في المغني: ويحتمل أن لا يصح لأنه قد يكون له غرض في الشراء في الذمة لكون المال فيه شبهه لا يجب أن يقع العقد به، أو يجب أن يقع العقد على وجه لا يفسخ بالتلف فلا يجوز مخالفة غرضه.

قال: (فإن أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في سوق آخر صح. وإن قال: بعه لزيد فباعه من غيره لم يصح).

أما كون البيع يصح إذا قال: بعه في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في آخر؛ فلأن الغرض البيع بما قدره له وقد حصل.

وأما كونه لا يصح إذا قال: بعه لزيد فباعه من غيره؛ فلأنه قد يقصد نفع زيد أو نفع المبيع بإيصاله إليه فلا يجوز مخالفته.

(1) في هذه تعيين.

قال: (وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه إلا بقرينة، فإن تعذر قبضه لم يلزم الوكيل شيء).

أما كون الوكيل في بيع شيء يملك تسليمه؛ فلأن العرف يقتضيه. ولأنه من تمام العقد وحقوقه ولا يلحقه تهمة في تسليمه.

وأما كونه لا يملك قبض الثمن مع عدم القرينة؛ فلأن اللفظ لا يتناول ولا قرينة تدل عليه فلم يملكه كما لو لم يوكله.

ولأن الموكل قد يرضى للبيع من لا يرضاه للقبض.

وقال المصنف في المغني: ويحتمل أن يكون له قبض الثمن لأنه موجب عقد البيع.

وأما كونه يملك القبض مع القرينة؛ فلأن القرينة تجري مجرى التصريح. فكذلك ما هنا.

وأما كونه لا يلزمه شيء إذا تعذر قبض الثمن؛ فلأنه ليس بمفرط لكونه لا يملكه.

قال: (وإن وكله في بيع فاسد أو كل قليل وكثير لم يصح. وإن وكله في بيع ماله كله صح. وإن قال: اشتر لي ما شئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن. وعنه: ما يدل على أنه يصح).

أما كون التوكيل في البيع الفاسد لا يصح؛ فلأن الله تعالى لم يأذن فيه فكان وجود التوكيل فيه كعدمه.

وأما كونه لا يصح في كل قليل وكثير؛ فلأن فيه غرراً عظيماً وخطراً كبيراً وربما باع كل ماله المحتاج إليه وغيره فيتضرر به ويعظم ضرره.

وأما كونه يصح في بيع ماله كله؛ فلأنه يعرف ماله فيقل الضرر.

وأما كونه إذا قال: اشتر لي ما شئت أو عبداً بما شئت ولم يذكر النوع وقدر الثمن لا يصح على المذهب؛ فلأن ما يمكن شراؤه ويمكن الشراء به يكثر فيكثر الغرر.

وأما كونه يصح على رواية؛ فلأنه إذن في التصرف فجاز من غير تعيين؛ كالإذن في التجارة.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله اعتبار ذكر النوع وقدر الثمن جميعاً وهو قول أبي الخطاب.

وقال القاضي: يكفي ذكر النوع لأن الغرر يقل.

وأما كونه يصح إذا قال ذلك وذكر النوع وقدر الثمن فلا شبهة فيه لانتفاء الغرر المتقدم ذكره فيه.

قال: (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض، وإن وكله في القبض كان وكيلاً في الخصومة في أحد الوجهين).

أما كون الوكيل في الخصومة لا يكون وكيلاً في القبض؛ فلأن الإذن لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً؛ إذ ليس في العرف أن من يرضاه للخصومة يرضاه للقبض. ومعنى الوكالة في الخصومة الوكالة في إثبات الحق.

وأما كون الوكيل في القبض وكيلاً في الخصومة في وجه؛ فلأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالخصومة فكان مأذوناً فيها من جهة العرف.

ولأن القبض لا يتم إلا بها فملكها؛ كما لو وكله في شراء شيء فإنه يملك تسليم ثمنه، أو في بيع شيء فإنه يملك تسليمه.

وأما كونه لا يكون وكيلاً فيها في وجه؛ فلأنهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر؛ كما لا يكون وكيلاً في القبض إذا وكل في الخصومة.

قال: (وإن وكله في قبض الحق من إنسان لم يكون^(١) له قبضه من وارثه، وإن قال: أقبض حقي الذي قبله فله القبض من وارثه، وإن قال: أقبضه اليوم لم يملك قبضه غداً).

أما كون الوكيل في قبض الحق من إنسان لا يكون له قبضه من وارثه؛ فلأن الوكيل إنما يتصرف بالإذن فإذا لم يكن إذن وجب المنع من القبض لزوال صحة التصرف.

وأما كونه له القبض منه إذا قال: أقبض حقي الذي قبله؛ فلأن الوكالة تعم قبض حقه مطلقاً فتشمل القبض من الوارث لأنه من حقه.

وأما كونه لا يملك قبضه غداً إذا قال له: أقبضه اليوم؛ فلأنه ليس توكيل فيه لأن الوكالة مقيدة بزمان فإذا انقضت زالت الوكالة.

قال: (وإن وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن، وإن وكله في قضاء دين فقضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل).

أما كون الوكيل في الإيداع لا يضمن إذا أودع ولم يشهد على المودع؛ فلأن القول قول المودع في الرد والهلاك فلم يكن الوكيل مفراطاً في عدم الإشهاد.

وأما كون الوكيل في قضاء الدين يضمن إذا قضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ولم يكن القضاء بحضرة الموكل؛ فلأنه مفراط حيث لم يشهد.

ولأنه أذن له في قضاء دين مبرئ ولم يوجد.

وظاهر هذا أنه يضمن سواء صدقه الموكل أو كذبه، وصرح به المصنف في المغني ونسبه إلى القاضي؛ لما ذكر من التفريط.

(١) في هـ: لا يكن.

وأما كونه لا يضمن إذا قضاها بحضرة الموكل؛ فلأن التفريط من الموكل حيث لم يشهد ولم يأمره بالإشهاد.

فصل [في أحكام الوكالة]

قال المصنف رحمه الله: (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط . والقول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط . ولو قال: بعث الثوب وقبضت الثمن فتلف فالقول قوله).

أما كون الوكيل أميناً لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط ؛ فلأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك ، فجرى مجرى المودع والمضارب والشريك والوصي وشبههم . ومفهوم قوله: بغير تفريط وجوب الضمان إذا فرط ؛ مثل : أن لا يحفظه في حرز مثله ، وما أشبه ذلك . وصرح به في المعنى لأنه مفرد فلزمه الضمان لتفريطه . ومثل التفريط التعدي فيما وكله فيه ؛ مثل : أن يركب الدابة أو يلبس الثوب أو يطلب منه المال فيمتنع من دفعه لغير عذر لأن التعدي أبلغ من التفريط .

وأما كون القول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط ؛ فلأنه أمين .

ولأن الأصل براءة ذمته مما يُدعى عليه .

وأما كونه يُقبل قوله إذا قال: بعث الثوب وقبضت الثمن فتلف ؛ فلأنه أمين .

ولأنه يتعذر إقامة البينة على ذلك فلا^(١) يكلفها كالمودع .

ولأنه لو كلف إقامة البينة على ذلك لامتنع الناس من الدخول في الوكالة مع

دعوى الحاجة إليها .

(١) سقط من هـ .

وقال القاضي: إذا ادعى الهلاك بأمر ظاهر كالخريق والنهب وشبههما كلف إقامة البينة على ذلك، وقبل قوله في نفس التلف.

قال: (وإن اختلفا في رده إلى الموكل فالقول قوله إن كان متطوعاً، وإن كان بجعل فعلي وجهين. وكذلك يُخَرَّج في الأجير والمرتهن).

أما كون القول قول الوكيل بغير جعل في الرد؛ فلأنه قبض المال لمنفعة [ماله فقط فقبل قوله في الرد؛ كالمودع.

وأما كون الوكيل بجعل لا يقبل قوله على وجه؛ فلأنه قبض المال لمنفعة^(١) نفسه. أشبه المستعير.

وأما كونه يقبل على وجه؛ فلأنه لا منفعة له في العين المقبوضة لأن منفعته بالجعل دونها.

وأما كون الأجير والمرتهن يُخَرَّج فيهما ما ذكر في الوكيل بجعل؛ فلاشتراك الكل في قبض العين لمنفعة القابض.

قال: (وإن قال: أذنت لك في البيع^(٢) نساء وفي الشراء بخمسة فأنكره فعلي وجهين).

أما كون القول قول المالك في النساء ومقدار الثمن على وجه؛ فلأن القول قوله في أصل الوكالة. فكذلك في صفتها.

وأما كون القول قول الوكيل على وجه؛ فلأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط.

قال: (وإن قال: وكنيتي أن أتزوج لك فلانة ففعلتُ وصدقته المرأة فأنكره فالقول قول المنكر بغير يمين. وهل يلزم الوكيل نصف الصداق؟ على وجهين).

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: أذنت لي البيع.

أما كون القول قول المدعى عليه الوكالة؛ فلأنه منكرها والأصل معه.
وأما كون ذلك بغير يمين؛ فلأن الوكيل بعد العقد يدعي حقاً لغيره لا
لنفسه. ومقتضى هذا التعليل أن المرأة لو ادعتة وجبت^(١) اليمين. وصرح به المصنف
في المغني؛ لأنه يحتمل كونها صادقة فيستحلف لذلك.

وأما كون الوكيل يلزمه نصف الصداق على وجه؛ فلأن الوكيل ضامن
للثمن في البيع وللبائع مطالبته به فكذا هاهنا.

وأما كونه لا يلزمه؛ فلأن دعوى المرأة على الموكل دون الوكيل فلم يلزم
الوكيل شيء لعدم الدعوى عليه.

قال: (ويجوز التوكيل بجعلٍ وبغيره؛ فلو قال: بع ثوبي بعشرة فما زاد فلك
صح. نص عليه).

أما كون التوكيل يجوز بجعل؛ ف«لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض
الصدقات ويجعل لهم على ذلك جعلاً».

ولأن تصرفه لغيره لا يلزمه فجاز أخذ العوض كرد الآبق.

وأما كونه يجوز بغير جعل؛ ف«لأن النبي ﷺ وكل أنيساً في إقامة الحد»^(٢)
و«عروة في شراء شاةٍ ولم يجعل لهما شيئاً»^(٣).

وأما كونه يصح إذا قال: بع ثوبي بعشرة فما زاد فلك؛ فلأن ابن عباس كان
لا يرى بأساً بذلك.

ولأنه تصرف في ماله بإذنه فصح شرط الربح كالمضارب والعامل في المساقاة.

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق ذكره ص: ٣٥٥.

(٣) سبق ذكره ص: ٣٥٠.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (فإن كان عليه حقٌّ لإنسان فادعى رجل أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه وإن كذبه لم يستحلف، فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة حلف ورجع على الدافع وحده، وإن كان المدفوع وديعة فوجدتها أخذها وإن تلفت فله تضمين من شاء منهما ولا يرجع من ضمنه على الآخر).

أما كون المدعى عليه لا يلزمه الدفع مع التصديق؛ فلأن عليه فيه تبعه لجواز أن ينكر الموكل الوكالة فيستحق الرجوع عليه.

وأما كونه لا يستحلف مع التكذيب؛ فلأنه لا فائدة في استحلافه؛ إذ فائدة الاستحلاف الحكم عليه بالنكول ولو أقر لم يلزمه الدفع فكيف يقضى عليه بالنكول.

وأما كون صاحب الحق يحلف إذا أنكر الوكالة؛ فلأنه يحتمل صدق الوكيل في الوكالة.

ولأن صاحب الحق منكر للوكالة واليمين تجب على المنكر لقوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على المنكر»^(١).

وأما كون صاحب الحق يرجع على الدافع وحده إذا كان المدعي حقاً في الذمة؛ فلأن حقه في ذمته لم يبرأ منه بتسليمه إلى غيره وكيله.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٥١١): ٤: ٢١٧ كتاب في الأفضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت.

وأما كونه يأخذ العين إذا كان المدفوع وديعة فوجدتها؛ فلأنها عين حقه.
وأما كونه له تضمين من شاء من الدافع والقابض؛ فلأن الدافع ضمنها بالدفع
والقابض قبض ما لا يستحقه.

وأما كون من ضمنه لا يرجع على الآخر؛ فلأن كل واحد منهما يدعي أن
ما يأخذه المالك ظلم، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد والظلم لا يرجع به من^(١)
ظلم على غيره.

قال: (وإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله به ففي وجوب الدفع إليه مع
التصديق، واليمين مع الإنكار وجهان).

أما كون الدفع لا يجب مع التصديق على وجه؛ فلأنه معترف أن الحق له لا
لغيره. أشبه الوارث.

قال المصنف في المغني: الأول أشبه؛ لأن العلة في جواز منع الوكيل كون
الدافع لا يبرأ، وهي موجودة هاهنا، والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه
مستحقاً والدافع إليه يبرأ وهذا متخلف هاهنا فالحاقه بالوكيل أولى.

وأما كون اليمين تجب مع الإنكار على وجه ولا تجب على وجه فمخرج
على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق وعدم وجوبه.

قال: (وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه لزمه الدفع إليه مع التصديق، واليمين
مع الإنكار).

أما كون المدعى عليه ما ذكر يلزمه الدفع مع التصديق؛ فلأنه مقرر له بالحق
فلزمه الدفع كما لو جاء صاحب الحق.

(١) في هـ: على من.

المتع في شرح المقنع

وأما كونه يلزمه اليمين مع الإنكار؛ فلأن الدفع واجب، واليمين على نفي العلم؛ لأنها على فعل الغير.

كتاب الشركة

(١) الشركة هي: الاجتماع في استحقاق أو تصرف .

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] ، وقوله: ﴿وإن كثيراً من الخلطاء ليغني بعضهم على بعض﴾ [ص: ٢٤] . والخلطاء هم الشركاء .

وأما السنة فما روي «أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين . فاشتريا فضة بنقد ونسيئة . فبلغ رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجزوه ، وما كان بنسيئة فردوه» (٢) رواه البخاري بمعناه .

وما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا» (٣) . وروي أنه كان يقول: «إن الله يقول: أنا ثالثُ الشريكين ما لم يخنُ أحدهما صاحبه ، فإذا خانَ أحدهما صاحبهُ خرجتُ من بينهما» (٤) رواه أبو داود .

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز الشركة .

قال المصنف رحمه الله: (وهي على خمسة أضرب:

(١) ورد العنوان في هـ: باب الشركة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٥٥) ٢: ٧٢٦ كتاب البيوع، باب التجارة في البر. بمعناه.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٩) ٣: ١٢١٢ كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً. بمعناه .

وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٨٢٠) ط إحياء التراث . واللفظ له .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٠) ٣: ٣٥ كتاب البيوع.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٣) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في الشركة.

(٥) ساقط من هـ.

أحدها: شركة العنان . وهي: أن يشترك اثنان بمالهما ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما . فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه).

أما كون الشركة على خمسة أضرب؛ فلأنها شركة عنان، ومضاربة، ووجوه، وأبدان، ومفاوضة . وتلك خمسة.

وأما كون أحدها: شركة العنان فظاهر . وهي صحيحة بالإجماع . وسميت بذلك لأن الشريكين فيها متساويان في المال والتصرف؛ كالفارسين إذا استويا^(١) فرسيهما وتساويا في السير.

وقال الفراء: هي مشتقة من عَن الشيء إذا عرض . يقال عَنَّت لي حاجة إذا عرضت . فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عَن له أن يشارك صاحبه . وقيل: هي مشتقة من المعانئة وهي المعارضة يقال: عانت فلاناً إذا عارضته بمثل ماله أو فعاله . فكل واحد من الشريكين معارض بماله وفعاله .

وأما كون صفتها كما ذكر المصنف رحمه الله؛ فلأنها تجمع مالاً وعملاً من كل جانب لأن المال لو كان من جانب والعمل من آخر لكانت مضاربة . وأما كون الربح لهما؛ فلأنه بناءً ملاكهما وعمليهما .

وليس مراد المصنف رحمه الله التسوية في الربح بل الربح هاهنا على ما شرطاه . ويجوز متساوياً ومتفاضلاً لأن الربح يستحق بالمال تارة وبالعمل أخرى دليله المضارب فإنه يستحق جزءاً من الربح ولا مال له بل عمل، والعمل قد يتفاوت فيجوز أن يتفاوت الربح لذلك.

(١) في و: سوا.

وأما كون تصرف كل واحد منهما ينفذ في نصيبه بالملك وفي نصيب شريكه بالوكالة أما الأول فظاهر، وأما الثاني؛ فلأنه متصرف بجهة الإذن وذلك معنى الوكالة.

قال: (ولا تصح إلا بشرطين:

أحدهما: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير. وعنه: تصح بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد. وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين).

أما كون شركة العنان لا تصح إلا بشرطين فلما يأتي ذكره فيهما. وأما كون أحد الشرطين: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير على المذهب؛ فلأن الشركة بغير ذلك: إما أن تقع على الأعيان، أو على القيمة، أو على الثمن. والأول باطل لأن العقد يقتضي الرجوع عند المفصلة برأس المال ولا مثل له فيرجع به، والثاني مثله لأن القيمة [قد تزيد بحيث يستوعب جميع الربح وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح.

ولأن القيمة^(١) غير متحققة المقدار فيفضي إلى التنازع.

والثالث مثله لأن الثمن معدوم حال العقد.

وأما كونها تصح بالعروض^(٢) على رواية؛ فلأن مقصود الشركة أن يملك كل واحد منهما نصف مال الآخر وينفذ تصرفهما فيه، وهذا موجود في العروض فوجب أن يصح فيهما كالأثمان.

فعلى هذا يُقوّم وقت العقد وتجعل القيمة رأس المال ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاضل.

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

والأول المذهب . قاله المصنف رحمه الله في المغني . وفيما تقدم تبيينه على الفرق بين الأيمان والعروض فلا يصح قياسها عليه .

وأما كون الشركة بالمغشوش والفلوس لا تصح على وجهه ؛ فلأن المغشوش لا ينضبط غشه فلا يمكن رد مثله ، والفلوس تزيد وتنقص قيمتها . أشبهت العروض .

وأما كونها تصح على وجهه ؛ فلأن المغشوش يصير غشه كالمستهلك ، والفلوس تشبه الثمن . ولهذا منع الإمام رضي الله عنه من السلم فيها .

قال : (والثاني : أن يشترطاً لكل واحد جزءاً^(١) من الربح مشاعاً معلوماً . فإن قالوا : الربح بيننا فهو بينهما نصفين . فإن لم يذكر الربح ، أو شرطاً لأحدهما جزءاً مجهولاً أو دراهم معلومة ، أو ربح أحد الثوبين لم يصح . وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) .

أما قول المصنف رحمه الله : والثاني أن يشترطاً لكل واحد جزءاً من الربح فظاهره أن ذلك شرط لصحة الشركة . وقوله بعد ذلك : فإن لم يذكر الربح أو شرطاً لأحدهما جزءاً مجهولاً أو دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح صريح فيه . ووجهه^(٢) أن عقد الشركة مبني على أن الربح مستحق لهما بحسب الاشتراط فلم يكن بد من ذكره ؛ كالمضاربة .

فعلى هذا لو تشاركا ولم يذكر الربح كانت الشركة باطلة لفوات شرطها . وأما كونه يشترط كون الجزء مشاعاً ؛ فلأنه لو عين له دراهم معلومة لاحتمل أن يربح غيرها فيأخذ جميع الربح ، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم .

وأما كونه يشترط كون الجزء معلوماً ؛ فلأن الجهل به يفضي إلى التنازع .

(١) في هذا جزء .

(٢) في هذا وجهه .

وأما كون الربح بين الشريكين نصفين إذا قالوا: الربح بيننا؛ [فلأن لفظ
بيننا^(١)] لا رجحان فيه لأحد الشريكين على الآخر. ولهذا لو كانت دار في يد
شخص فقال: هي بين زيد وعمرو^(٢) كانت لهما نصفين.

وأما كونه لا يصح إذا لم يذكر الربح أو شرطه غير مشاع أو مجهولاً؛ فلما
تقدم من اشتراط ذلك كله.

وأما كون الحكم في المساقاة والمزارعة كالحكم في الشركة في اشتراط ذلك
كله؛ فلاشتراك الكل في المعنى الموجب للاستواء حكماً. هذا تعليل^(٣) كلام
المصنف. وفيما قاله نظر نقلاً ودليلاً: أما النقل فذكر المصنف في المغني كلاماً
يتضمن صحة العقد إذا لم يذكر الربح فقال جواباً عن قول الشافعي رحمه الله:
الربح على قدر المال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره
بالشرط كالخسران: أما حالة الإطلاق فإنه لما لم يكن شرطاً يُقسَّم الربح عليه
ويتقدر به قدرناه بالمال فإذا وجد الشرط فهو الأصل. وهذا يتضمن صحة العقد مع
عدم الاشتراط من وجهين:

أحدهما: أنه لم يجبه بالمنع.

والثاني: أنه قسم الربح على قدر المال ولم يذكر الرجوع بأجرة العمل على
وجه.

وقال في موضع آخر: والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في معرفة ما
لكل واحد منهما من الربح. ثم قال: إلا أنهما إذا أطلقا الربح اقتضى أن يكون

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وعمرو.

(٣) في هـ: التعليل.

بينهما على قدر المالين وشركة الوجوه على قدر ملكيهما في المشتري لأن لهما أصلاً يرجع إليه ويقدر الربح به بخلاف المضاربة .

وأما الدليل فما ذكره المصنف من أن رأس المال في الشركة يتقدر به الربح فلا يؤدي إلى المنازعة بخلاف المضاربة فإنه إذا لم يكن يذكر نصيب العامل من الربح أدى إلى جهالة ما يستحقه العامل من الربح ؛ لأنه لا مال له يرجع في نصيبه إليه .

قال: (ولا يشترط أن يخلط المالين، ولا أن يكونا من جنس واحد).

أما كون الشركة لا يشترط فيها أن يخلط الشريكان المالين ؛ فلأنه^(١) عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة، أو يقال : عقد على^(٢) التصرف فلم يكن من شرطه الخلط ؛ كالوكالة .

وأما كونها لا يشترط فيها أن يكونا من جنس واحد ؛ فلأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد .

فعلى هذا يصح أن يخرج الواحد دراهم والآخر دنانير وإذا أرادا القسمة أخذ صاحب الدراهم دراهمه وصاحب الدنانير دنانيره ثم يقتسمان ما فضل بشرطه .

قال: (وما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما . وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما . والوضيعة على قدر المال).

أما كون ما يشترطه كل واحد من الشريكين بعد عقد الشركة بينهما ؛ فلأنهما لو اشتريا ذلك بعد الاختلاط لكان الحكم كذلك فكذا إذا لم يخلطوا .

وأما كون تلف أحد المالين من ضمانهما ؛ فلأنه صار في حكم مالهما بعقد الشركة فوجب أن يكون من ضمانهما كالمختلط .

(١) في هـ: فلأنها .

(٢) في هـ: يفيد .

وأما كون الوضعية على قدر المال؛ فلأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بالقدر فيكون النقص منه دون غيره.

فصل في أحكام شركة العنان

قال المصنف رحمه الله: (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع، ويشترى، ويقبض، ويُقبض، ويطالب بالدين، ويخاصم فيه، ويحيل، ويحتال، ويرد بالعيب، ويقربه، ويقايل، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما).

أما كون كل واحد من الشريكين يجوز له البيع والشراء؛ فلأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل، فملكهما كالوكيل.

وأما كونه يجوز له القبض والإقباض؛ فلأنه مؤتمن في ذلك فملكهما. بخلاف الوكيل في قبض الثمن لما تقدم^(١) فإنه قد لا يأتمنه.

وأما كونه يجوز له المطالبة بالدين والمخاصمة فيه؛ فلأن من ملك قبض شيء ملك المطالبة به والمخاصمة فيه. دليله ما لو وكله في قبض دينه.

وأما كونه يجوز له الحوالة والاحتيال؛ فلأنهما عقد معاوضة وهو يملك المعاوضة.

وأما كونه يجوز له الرد بالعيب؛ فلأن الوكيل يرد به فالشريك بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز له الإقرار بالعيب؛ فلأن الوكيل يُقبل إقراره على موكله بذلك. نص عليه لأنه تولى بيع السلعة فقبل إقراره بالعيب كمالكها.

وأما كونه يجوز له المقايلة؛ فلأنها قد يكون الحظ فيها. وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه يجوز له الإقالة مطلقاً.

(١) ص: ٣٦٩.

وقال في المغني: إن قلنا هي بيع ملكها؛ لأنه يملك البيع وإن قلنا هي فسخ لم يملكها لأن الفسخ ليس من التجارة. ثم قال: وقد ذكرنا أن الصحيح أنها فسخ فلا يملكها.

وأما كونه يجوز له فعل كل ما هو من مصلحة التجارة؛ فلأن ذلك عادة التجار، وقد أُذِن له في التجارة.

قال: (وليس له أن ي كاتب الرقيق، ولا يزوجه، ولا يعتقه بمال، ولا يهب، ولا يقرض، ولا يجابي، ولا يضارب بالمال، ولا يأخذ سفتجة، ولا يعطيها إلا بإذن شريكه).

أما كون كل واحد من الشريكين ليس له فعل شيء مما ذكر إذا لم يأذن شريكه له؛ فلأن الشركة تعقد على التجارة؛ وليست هذه الأشياء بتجارة فلا يملكها.

وأما كونه له ذلك إذا أذن شريكه له؛ فلأنه يكون بمنزلة الوكيل.

قال: (وهل له أن يودع، أو يبيع نساء، أو يضع، أو يوكل فيما يتولى مثله، أو يرهن، أو يرتهن؟ على وجهين).

أما كون كل واحد من الشريكين له الإيداع والبيع نساءً والإيضاع على وجه؛ فلأن ذلك عادة التجار.

وأما كونه ليس له ذلك على وجه فلما في ذلك من الغرر.

وأما كونه له أن يوكل وكونه ليس له ذلك فمبني على توكيل الوكيل وقد تقدم^(١).

(١) ص: ٣٥٦.

وقيل: يجوز هنا بخلاف الوكيل لأن وكيل الوكيل يستفيد مثل عقد موكله بخلاف وكيل الشريك فإنه لا يستفيد مثل عقد موكله بل يستفيد ما هو أخص منه. وأما كونه له الرهن على ما عليهما والارتهان على مالهما في وجهه؛ فلأن الرهن يراد للإيفاء وهو يملكه، [والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملكه]^(١).

وأما كونه ليس له ذلك على وجهه؛ فلما فيه من الخطر.

قال: (وليس له أن يستدين على الشركة. فإن فعل فهو عليه وربحه له إلا أن يأذن شريكه).

أما كون الشريك ليس له أن يستدين على مال الشركة إذا لم يأذن شريكه في ذلك؛ فلأنه إذا استدان أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه. فعلى هذا ربحه له وضمانه عليه؛ لأنه لم يقع للشركة فكان ربحه له وضمانه عليه كما لو لم ينوه للشركة.

وأما كونه له أن يستدين على الشركة إذا أذن له شريكه في ذلك؛ فلأنه مأذون له في ذلك. أشبه البيع والشراء.

فعلى هذا يكون ربحه لهما وضمانه عليهما كسائر أموال الشركة.

قال: (وإن أخرج حقه من الدين جاز. وإن تقاسموا الدين في الذمة لم يصح في إحدى الروايتين).

وإن أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه. وكذلك إن أقر بمال.

وقال القاضي: يقبل إقراره على مال الشركة).

أما كون الشريك يجوز له أن يؤخر حقه من الدين؛ فلأنه إسقاط لحقه من المطالبة فجاز أن ينفرد به كالإبراء.

(١) ساقط من هـ.

وأما كون الشريكين إذا تقاسما الدين في الذمة - وهو: أن يكون على جماعة دين فيتفق الشريكان على أن يكون لأحدهما ما على فلان وللآخر ما على فلان -: لا يصح في رواية؛ فلأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعادل وإذا لم يحصل التعادل تكون القسمة بمنزلة البيع، ويبيع الدين بالدين لا يجوز.

وأما كونه يصح في رواية؛ فلأن الاختلاف لا يمنع القسمة قياساً على اختلاف الأعيان.

وقول المصنف رحمه الله: في الذمة ظاهر في الذمة الواحدة كإنسان عليه دين لهما، ويجوز أن يشمل ما فسرناه أولاً، ويجب حمله عليه؛ لأنه قال في المغني بعد ذكر قسّم ما في الذمم: هذا إذا كان في ذمم فأما في الذمة الواحدة فلا يمكن القسمة؛ لأن معنى القسمة إفراس، ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة.

وأما كون الشريك تلزمه البراءة في حقه دون صاحبه فيما إذا أبرأ من الدين؛ فلأن شريكه إنما أذن له في التجارة وليس الإبراء داخلاً فيها.

وأما كون حكم إقراره بمال حكم إبرائه من الدين على المذهب؛ فلما ذكر في الإبراء.

وأما كونه يقبل إقراره على مال الشركة على قول القاضي؛ فلأنه يجوز له الشراء نساءً وهو إقرار ببقاء الثمن.

قال: (وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه. فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه. وما جرت العادة أن يستتبع فيه فله أن يستأجر من يفعله. فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين).

أما كون كل واحد من الشريكين عليه أن يتولى ما جرت عادة الشريك أن يتولاه؛ فلأن ذلك هو المعتاد فحمل الإطلاق عليه كالحرز والقبض.

المتع في شرح المقنع

وأما قول المصنف: من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه فيبان لصور جرت العادة أن يتولاها كل واحد من الشريكين.
وأما كون الأجرة عليه إذا استأجر من يفعل ذلك؛ فلأن العمل عليه .
فكذلك بدله.

وأما كونه له أن يستأجر من يفعل ما جرت العادة أن يستتبع فيه كالنداء وحمل المتاع ونحوهما؛ فلأن العادة لم تجر بفعل الشريك ذلك بنفسه، ولا بد من فعله لأن الحاجة تدعو إليه.
فعلى هذا إن فعله متبرعاً فلا شيء له، وإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟
فيه وجهان:

أحدهما: لا شيء له؛ كما لو فعله متبرعاً.

والثاني: له ذلك لأنه فعل ما لا بد من فعله فاستحق الأجرة عليه كما لو دفعه إلى من يفعله.

وحكى المصنف في المغني هذين الوجهين روايتين ثم قال: والصحيح أنه لا شيء له؛ لأنه عمل عملاً في مال غيره لم يجعل له في مقابلته شيء. فلم يستحق شيئاً؛ كالأجنبي.

فصل [في شروط الشركة]

قال المصنف رحمه الله: (والشروط في الشركة ضربان:

• صحيح؛ مثل: أن يشترط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع، أو بلد بعينه، أو لا يبيع إلا بنقد معلوم، أو لا يسافر بالمال، أو لا يبيع إلا من فلان.
 • موفاسد؛ مثل: أن يشترط ما يعود بجهالة الربح، أو ضمان المال، أو أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله، أو أن يوليه ما يختار من السلع، أو يرتفق بها، أو لا يفسخ الشركة مدة بعينها. فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد. ويُخرَج في سائرهما ووايتان).

أما كون شروط الشركة ضربين صحيحاً وفاسداً؛ فلأنها عقد فكان فيها شروط صحيحة وأخرى فاسدة كالبيع.

وأما كون شرط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع، أو بلد بعينه، أو لا يبيع إلا بنقد معلوم، أو لا يسافر بالمال، أو لا يبيع إلا من فلان من الشروط الصحيحة؛ فلأن تصرف الشريك في مال شريكه إنما هو بطريق الوكالة، وغير ما ذكر غير موكل فيه فلم يكن شرط عدم التصرف فيه فاسداً.

وأما كون باقي الشروط المذكورة فاسداً؛ أما ما يعود بجهالة الربح، كما مثل المصنف رحمه الله؛ فلأنه يفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح، ومن شرط صحة الشركة كونه معلوماً.

المتع في شرح المتنع

وأما ضمان المال وأن^(١) عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله؛ فلأنه ينافي مقتضى العقد لما تقدم من أن الوضيعة على قدر المال.
وأما توليته ما يختار من السلع وارتفاقه بها؛ فلأن ذلك لا مصلحة للعقد فيه .
أشبه ما ينافيه.

وأما كونه لا يفسخ الشركة مدةً بعينها؛ فلأن الشركة عقد جائز، واشتراط لزومها ينافي مقتضاها؛ كالكوكالة.

وأما كون ما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد؛ فلأن الفساد لمعنى^(٢) في العوض المعقود عليه فأفسد العقد؛ كما لو جعل رأس المال خمرًا أو خنزيرًا.
وأما كون سائرها يُخرَج فيه رزابتان؛ فبالقياس على الروايتين في فساد البيع بذكر الشرط الفاسد فيه^(٣).

قال: (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين . وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله؟ على وجهين).

أما كون الربح يقسم على قدر المالين إذا فسد العقد؛ فلأن الربح تابع للمال.
وأما كون كل واحد يرجع بأجرة عمله على وجه؛ فلأنه إنما عمل في مقابلة ما يحصل له، فإذا فات الربح تعينت الأجرة.
وأما كونه لا يرجع على وجه؛ فلأنه عمل^(٤) عملاً لغيره لم يجعل له في مقابلته شيء . أشبه الأجنبي.

(١) في هـ: فات.

(٢) في هـ: في المعنى.

(٣) رص: ٦٤.

(٤) ساقط من هـ.

فصل [في المضاربة]

قال المصنف رحمه الله: (الثاني: المضاربة. وهي: أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه، والربح بينهما).

أما كون الثاني من أضرب الشركة المضاربة؛ فلأنها تلي الأول. والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض والسفر بها للتجارة. قال الله تعالى: ﴿وَأَخْرُوجُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]. ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح ويسمى قراضاً. واشتقاقه من القطع يقال: قرض الفأر الثوب أي قطعه. فكان صاحب المال قطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح.

وقيل: اشتقاقه من المساواة والموازنة. يقال: تقارض الشاعران^(١) إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره. وهاهنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا. وأجمع أهل العلم على صحتها في الجملة.

وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده «أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق»^(٢).

وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه «أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش إلى العراق فتسلقا من أبي موسى مالاً وابتاعا به متاعاً

(١) في هـ: الشاعر.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٣٦١) ٤: ٣٩٥ كتاب البيوع، في مال التيم يدفع مضاربة.

المتع في شرح المقنع

وقدماً به إلى المدينة فباعه وربح فيه . فأراد عمرُ أخذَ رأس المال والربح كله . فقالوا: لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكونُ ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين! لو جعلته قراضاً . قال: قد جعلته . وأخذ منهما نصف الربح»^(١) . وهذا يدل على صحة القراض.

وروي «عن عثمان^(٢) ، وعلي^(٣) ، وابن مسعود ، وحكيم بن حزام^(٤) أنهم قارضوا» . ولا يخالف لهم في الصحابة فكان إجماعاً .

ولأن بالناس حاجة إلى المقارضة فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة ، وليس كلُّ من يملكها يحسن التجارة ، [ولا كل من يحسن التجارة]^(٥) له رأس مال^(٦) فاحتيج إليها من الجانبين فشرعها الله تعالى للدفع الحاجتين .

وأما قول المصنف: وهي أن يدفع ماله ... إلى آخره فيبيان لمعنى المضاربة شرعاً .

قال: (فإن قال: خذه فاتجر به والربح كله لي فهو إبطاع . وإن قال: والربح كله لك فهو قرض . وإن قال: والربح بيننا فهو بينهما نصفين).

أما كون قول رب المال: خذه فاتجر به والربح كله لي فهو إبطاعاً؛ فلأنه قرن به حكم الإبطاع فانصرف إليه .

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١) ٢: ٥٢٩ كتاب القراض، باب ما جاء في القراض .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١١٠ كتاب القراض .

(٢) أخرجه مالك في موطئه عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه: «أن عثمان أعطاه مالاً مقارضة» . كتاب القراض ، باب: ما جاء في القراض .

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن الشعبي عن علي: «في المضاربة: الوضعة على المال، والربح على ما اصطالحوا عليه» . (١٥٠٨٧) ٨: ٢٤٨ كتاب البيوع ، باب: نفقة المضارب ووضيعة .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن حكيم بن حزام: «أنه كان يدفع المال مضاربة إلى أجل» . ٦: ١١١ كتاب البيوع .

(٥) ساقط من هـ .

(٦) في هـ: المال .

وأما كون قوله: فاتجر به والربح كله لك قرضاً؛ فلأن اللفظ يصلح له وقد قرن به حكمه فانصرف إليه.

وأما كون الربح بينهما نصفين فيما إذا قال: الربح بيننا؛ فلأنه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على صاحبه فاقضى التسوية كما تقدم في الشركة^(١)، وكما لو قال: هذه الدار بيني وبين عمرو.

قال: (وإن قال: خذ مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح. وإن قال: لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال. وإن قال: ولي ثلث الربح فهل يصح؟ على وجهين. وإن اختلفا من الجزء المشروط فهو للعامل).

أما كون قول رب المال: خذ مضاربة والربح كله لك أو لي لا يصح؛ فلأن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضاها. أشبه ما لو شرط الربح في شركة لأحدهما.

وأما كون قوله: لك ثلث الربح يصح؛ فلأن نصيب العامل معلوم.

وأما كون الباقي لرب المال؛ فلأنه لا يحتاج إلى ذكر نصيبه لأنه يستحق الربح بماله لكونه نماؤه وفرعه.

وأما كون قوله: ولي ثلث الربح يصح على وجه؛ فلأن الربح لا يستحقه غيرهما فإذا شرط لأحدهما شيء علم أن الباقي للآخر كما علم كون ثلث الميراث للأب من قوله: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١].

وأما كونه لا يصح على وجه؛ فلأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء.

(١) ص: ٢٨٢.

وأما كون الجزء المشروط للعامل إذا اختلفا لمن هو؛ فلأن الشرط له لأن رب المال يستحق الربح بماله والعامل بعمله والعمل يقل ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان له.

قال: (وكذلك حكم المساقاة والمزارعة. وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وما يلزمه فعله^(١) وفي الشروط. وإن فسدت فالربح لرب المال وللعامل الأجرة. وعنه: له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح).

أما كون حكم المساقاة والمزارعة حكم المضاربة؛ فلأن كل واحد من العامل في المساقاة والمزارعة والمضاربة إنما يستحق بفعله وفي ذلك مساواة بينهم معنى فوجب أن يحصل التساوي بينهم حكماً.

فإن قيل: ما المقصود بالتشبيه هنا؟

قيل: هو أن صاحب الشجر والأرض إذا قال: الثمرة أو الزرع بيننا فالثمرة أو الزرع بينهما نصفين، وإذا قال: لك ثلث ذلك صح والباقي لرب الشجرة أو الأرض، وإذا قال: ولي ثلث ذلك فعلى وجهين.

وأما كون حكم المضاربة حكم الشركة فيما تقدم ذكره؛ فلاشتراكهما في التصرف بالإذن.

وأما كون الربح لرب المال إذا فسدت المضاربة؛ فلأنه نماء ملكه والعامل إنما يستحق بالشرط فإذا جهل لم يستحق المشروط.

(١) ساقط من هـ.

وأما كون العامل له أجره المثل على المذهب ؛ فلأن عمل العامل إنما كان في مقابلة المسمى فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه ، وذلك متعذر فوجب له أجره المثل كما لو اشترى شراءً فاسداً فقبضه وتلف.

وأما كونه له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح ؛ فلأنه إن كان الأقل الأجرة فهو لا يستحق غيرها لبطلان الشرط ، وإن كان الأقل المشروط فهو قد رضي به.

قال: (وإن شرطاً تأقيت المضاربة فهل تفسد؟ على روايتين).

أما كون المضاربة تفسد بشرط تأقيتها على رواية ؛ فلأنه شرط يناهض مقتضى العقد.

وأما كونها لا تفسد على رواية ؛ فلأن ذلك قد يكون فيه لرب المال غرض صحيح.

فإن قيل: الحكم المذكور داخل فيما تقدم من قوله: وحكم المضاربة حكم الشركة لأنه قال: وفي الشروط. وقد تقدم في الشركة^(١): أن من الشروط الفاسدة أن يشترط أن لا يفسخ الشركة مدة بعينها وهو المعنى بالتأقيت؟
قيل: ليس الأمر كذلك ؛ لأن معناه^(٢) مختلف ، ولذلك حكى المصنف رحمه الله الخلاف المذكور في الكافي في صحة التأقيت لا في فساد الشرط المتقدم ذكره.

قال: (وإن قال: بع هذا العرض وضارب بئمه ، أو قبض وديعتي وضارب بها ، أو إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح. وإن قال: ضارب بالدَّين الذي عليك لم يصح).

(١) ص: ٣٩١.

(٢) في هـ: معانها.

أما كون المضاربة تصح فيما إذا قال: بع هذا العرض وضارب بئمنه ؛ فلأنه إذا باعه صار الثمن في يده أمانة فصار كما لو كان المال عنده وديعة.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: اقبض وديعتي وضارب بها ؛ فلأن الوديعة إذا قبضها صارت أمانة في يده فوجب أن تصح المضاربة بها كما تقدم ، وكما لو قال: ضارب بهذه الألف التي في زاوية البيت.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: إذا قدم الحاج فضارب بهذا ؛ فلأنها عقد يتصرف فيه بالإذن فجاز أن يقع معلقاً كالوكالة .

وأما كونها لا تصح فيما إذا قال: ضارب بالدين الذي عليك ؛ فلأن المال الذي في يد الغريم له ، وإنما يصير لغريمه بقبضه ، وما قبضه ، ولا يصح قبض الإنسان من نفسه.

قال: (وإن أخرج مالاً ليعمل هو فيه وآخر والربح بينهما صح . ذكره الخرقى).

وقال القاضي: إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال لم يصح ، وإن شرط عمل غلامه فعلى وجهين).

أما كون ما ذكر يصح على قول الخرقى ؛ فلأن العمل أحد ما يتم به المضاربة فصح أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كما لو كان من أحدهما مال ومن الآخر عمل ومال.

وأما كونه لا يصح إذا شرط المضارب عمل رب المال معه على قول القاضي ؛ فلأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فإذا شرط عليه العمل لم يتسلمه ؛ لأن يده عليه وذلك يخالف مقتضاها.

وأما كونه يصح إذا شرط عمل غلامه على وجه ؛ فلأن عمل الغلام يصح أن يكون تابعاً لعمل العامل بخلاف عمل سيده .

ولأن^(١) عمل الغلام مال لسيدِه فصنح ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمة
يحمل عليها.
وأما كونه لا يصح على وجه؛ فالأن يد الغلام كيد سيده وعمله كعمله.

(١) في هـ: فلأن.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال . فإن فعل صح وعتق وضمن ثمنه . وعنه : يضمن قيمته علم أو لم يعلم . وقال أبو بكر: إن لم يعلم لم يضمن . ويحتمل أن لا يصح البيع) .
أما كون العامل ليس له شراء من يعتق على رب المال ؛ فلأن عليه في ذلك ضرراً .

ولأن المضاربة عقدت للربح حقيقة أو مظنة وذلك منتف في شراء من ذكر .
وأما كون الشراء يصح إذا فعل ذلك على المذهب ؛ فلأنه مال متقوم ، قابل للعقود فصح شراء العامل له كما لو اشترى من نذر رب المال حرثته إذا ملكه .
وأما كون المشتري يعتق ؛ فلأن رب المال ملكه وذلك موجب للعتق لما يأتي في موضعه .

وأما كون العامل يضمن ثمنه على المذهب ؛ فلأن التفريط فيه حصل .
وأما كونه يضمن قيمته على رواية ؛ فلأنه تلف بفعله . أشبه ما لو قتله .
وأما كونه يضمن علم أو لم يعلم على المذهب ؛ فلأن الإلتلاف لا فرق فيه بينهما .

وأما كونه لا يضمن على قول أبي بكر إن لم يعلم ؛ فلأنه معذور حيث لم يعلم .

والأول أصح . قاله في المعني لما تقدم .

وأما كونه يحتمل أن لا يصح البيع؛ فلأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه، ومن يعتق على رب المال ليس كذلك.
والأول أصح؛ لأن ما ذكر ثانياً ينتقض^(١) بشراء من نذر رب المال حرته إذا ملكه.

قال: (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها).

أما كون شراء المضارب من ذكر يصح؛ فلأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فصح كما لو اشترى أجنبية.
وأما كون النكاح ينفسخ؛ فلأن المرأة دخلت في ملك زوجها وذلك موجب للفسخ لما يأتي.

ولم يذكر المصنف رحمه الله هنا وجوب الضمان على العامل وصرح في المعنى بأن ما يجب على الزوج يرجع^(٢) به على العامل إذا كان قبل الدخول لأنه قرره عليه فرجع به عليه كما لو أفسدت المرأة النكاح بالرضاع.

قال: (وإن اشترى من يعتق على نفسه ولم يظهر ربح لم يعتق، وإن ظهر ربح فهل يعتق؟ على وجهين).

أما كون من ذكر لا يعتق مع عدم ظهور الربح؛ فلأن العامل لا يملك العبد وإنما هو ملك رب المال.

وأما كونه يعتق مع ظهور الربح ففيه وجهان مبنيان على أن العامل هل يملك نصيبه من الربح بالظهور أو بالقسمة وفيه روايتان.

فإن قيل: إنه يملكه بالظهور عتق عليه لأنه ملكه بفعله فعتق عليه كما لو اشتراه بماله.

(١) في هـ: ذكرنا يناقض.

(٢) في هـ: ويرجع.

المتع في شرح المتنع

وأطلق المصنف رحمه الله العتق وظاهره عتق كله.

وقال في المغني: يعتق عليه بقدر حصته من الربح إن كان معسراً ويقوم عليه باقيه إن كان موسراً.

وعلى اليسار أو أن له من الربح ما يقابل قيمة العبد المعتق يجب حمل كلام المصنف رحمه الله هنا.

وإن قيل: لا يملك إلا بالقيمة لم يعتق عليه لأنه ما ملكه.

وحكى في المغني وجهاً ثالثاً: أنه لا يعتق وإن قيل أنه يملك بالظهور؛ لأن الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لأن ملكه لم يتم عليه.

قال: (وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول. فإن فعل رد نصيبه من الربح في شركة الأول).

أما كون المضارب ليس له أن يضارب لآخر مع الضرر على الأول؛ فلأن المضاربة تتعد على الحفظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه من ذلك لم يكن له؛ كما لو أراد التصرف بالعين.

وأما كونه يرد نصيبه من ربح المضاربة الثانية في المضاربة الأولى؛ فلأنه استحق ذلك بالمنفعة التي استحققت بالعقد الأول فكان بينهما كالأول.

وفي تقييد المصنف رحمه الله قوله: وليس للمضارب أن يضارب لآخر بكونه فيه ضرر على الأول إشعار بأنه إذا لم يكن فيه ضرر على الأول له ذلك وهو صحيح؛ لأن المانع للضرر ولا ضرر هنا.

ولأن عقد المضاربة لا يقتضي ملك كل منافع العامل.

قال: (وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه. وعنه: يصح. وكذلك شراء السيد من عبده المأذون).

أما كون رب المال ليس له أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه على المذهب؛ فلأنه ملكه فلم يكن له شراؤه؛ كما لو اشترى ذلك من وكيله أو عبده المأذون الذي لا دين عليه.

وأما كونه يصح على رواية؛ فلأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه؛ كما لو اشترى من مكاتبه.

والأول أصح؛ لما ذكر. والفرق بين مال المضاربة وبين المكاتب أن السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكي ما في يده ويؤخذ منه بالشفعة.

وأما كون شراء السيد من عبده المأذون كشراء رب المال من مال المضاربة؛ فلأن ما ذكر جار فيه.

فإن قيل: ظاهر التشبيه جريان الخلاف في شراء السيد من عبده مطلقاً.

قيل: مُسَلَّم. لكن يجب حمل الجواز على ما إذا كان عليه دين بقدر قيمته لأن المسألة قد تقدمت في باب المأذون مقيدة بذلك.

قال المصنف في المغني: والصحيح الأول لما تقدم من أنه ملكه. واستحقاق أخذ ما في يده لا يوجب زوال الملك. دليله مال المفلس.

قال: (وإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح. وإن اشترى الجميع بطل في نصيبه. وفي نصيب شريكه وجهان. ويتخرج أن يصح في الجميع).

أما كون شراء أحد الشريكين نصيب شريكه يصح؛ فلأنه ملك غيره فصح شراؤه له كالأجنبي.

وأما كونه يبطل في نصيبه إذا اشترى الجميع؛ فلأنه ملكه، ولا يصح شراء الإنسان ذلك.

وأما كون نصيب شريكه فيه وجهان فمبنيان على تفريق الصفقة.

المتع في شرح المتنع

وأما كونه يتخرج أن يصح في الجميع فمبني على أن لرب المال الشراء من مال المضاربة . ذكره المصنف في المغني.

قال: (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط . فإن شرطها له وأطلق فله جميع نفقته من المأكل والملبوس بالمعروف . فإن اختلفا رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة ، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله).

أما كون المضارب ليس له نفقة مع عدم الشرط ؛ فلائنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلم يكن له غيره.

ولأنه لو استحق النفقة لأفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفق.

وأما كونه له النفقة مع الشرط فلقوله عليه السلام: «المؤمنون على شروطهم»^(١) رواه الترمذي . وقال: حديث حسن صحيح.

وتصح مقدرة ولا نزاع فيه ، ومطلقاً لأن له معهود يرجع فيه إليه فإذا أطلقا كان له نفقة مثله بالمعروف لأنه كذلك تجب لمن تجب عليه نفقته.

وأما كونه يرجع مع الاختلاف في القوت إلى الإطعام في الكفارة^(٢) ، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله ؛ فلأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المقيد من كلام الشرع وهو كذلك .

وفيما ذكره المصنف رحمه الله نظر ؛ لأنه إن لحظت الكفارة في ذلك فليرجع

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأفضية، باب في الصلح .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين
النس.

(٢) في هـ: في الإطعام.

في القوت والملبوس إليها، وإن لحظ حاله فليرجع فيهما إلى قوت^(١) مثله وملبوس مثله؛ كالزوجة. وهو أشبه. وحكاه صاحب المحرر فيه ولم يحك ما تقدم ذكره. قال: (وإن أذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً. نص عليه).

أما كون العامل يملك الجارية؛ فلأن رب المال أذن له في التسري، والإذن في التسري يستدعي الإذن في الوطاء، والوطء لا يجوز في غير عقد نكاح أو ملك يمين لقوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون: ٦]، ولا عقد نكاح هنا فيتعين الملك.

وأما كون ثمنها يصير قرضاً؛ فلأن المال لربه ولم يوجد منه ما يدل على تبرعه فوجب كونه قرضاً لأنه المتيقن.

قال: (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال. وإن اشترى سلعتين فربح في إحدهما وخسر في الأخرى، أو تلفت جُبرت الوضعية من الربح). أما كون المضارب ليس له ربح حتى يستوفي رأس المال؛ فلأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال فإذا لم يفضل فليس بربح.

وأما كون الوضعية تجبر من الربح في صورتها الخسران والتلف؛ فلأن تلك مضاربة واحدة فجرت الوضعية من الربح؛ كما لو اشترى شيئاً فربح فيه في وقت وخسر فيه في آخر قبل فسخ المضاربة.

قال: (وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة. وإن تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة فهي له وثمنها عليه إلا أن يجيزه رب المال. وإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثلث على رب المال).

(١) في هـ: فليرجع فيها قوت.

المتع في شرح المقنع

أما كون المضاربة تنفسخ في التالف فيما إذا تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه ؛ فلأنه تلف قبل التصرف . أشبه التالف قبل القبض .

وأما كون السلعة المشتراة للمضاربة بعد تلف المال للمضارب إذا لم يجزءه الشراء رب المال ؛ فلأن المضاربة انفسخت بالتلف فالشراء بعده شراء غير مستند إلى إذن .

فعلى هذا يكون ثمنها عليه لأن الثمن على من له الملك .

وأما كونها لرب المال إذا أجاز ذلك فمبني على تصرف الفضولي إذا أجازته المالك وفيه خلاف تقدم ذكره وتعليقه^(١) .

وأما كون المضاربة بمجالها إذا كان التلف بعد الشراء ؛ فلأن الموجب لفسخ المضاربة التلف ولم يوجد حين الشراء ولا قبله .

فعلى هذا يكون الثمن على رب المال لأن الشراء ضادف المضاربة بمجالها وذلك يوجب كون الشراء له فيكون الثمن عليه .

قال: (وإذا ظهر الربح لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال . وهل يملك العامل حصته من الربح قبل القسمة؟ على ووايتين).

أما كون العامل ليس له أن يأخذ شيئاً من الربح مع عدم إذن رب المال فيه فثلاثة أوجه:

أحدها: أن الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي ينجبر بالربح .

وثانيها: أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه بغير إذنه .

وثالثها: أن ملكه مترنزل لأنه بعرضية أن يخرج عن يده بجبران خسارة المال .

وأما كونه له ذلك مع الإذن ؛ فلأن الحق لهما غير خارج عنهما .

(١) ص: ٢٢ .

وأما كون العامل يملك حصته من الربح قبل القسمة على رواية؛ فلأن الشرط صحيح ويقتضي أن يكون له^(١) جزء من الربح فإذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط؛ كما يملك المساقى حصته من الثمرة بعد ظهورها، وقياساً على كل شرط صحيح في عقد.

وأما كونه لا يملكها إلا بالقسمة على رواية؛ فلأنه لو ملكها بالظهور لكان ربحها له، ولوجب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان. والأولى أصح.

قال صاحب المغني فيه: ظاهر المذهب أنه يملك بالظهور ودليله ما مر. ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فلو لم يكن له ملك لم يملك المطالبة بملك غيره. ولا يمتنع أن يملك وتكون وقاية لرأس المال كتصيب رب المال من الربح. قال: (وإن طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح، وإلا فلا).

أما كون رب المال يجبر على البيع إذا طلبه العامل وكان في المال ربح؛ فلأن مع الربح له فيه حق فأجبر الممتنع من أدائه؛ كسائر الحقوق. وأما كونه لا يجبر إذا لم يكن فيه ربح؛ فلأنه لا حق له فيه. أشبه ما لو لم يضاربه.

قال: (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك، وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه). أما كون رب المال له أن يأخذ بماله عرضاً إذا انفسخ القراض والمال عرض؛ فلأن غاية ما في ذلك أنه يحتاج إلى التقويم لأن العامل يستحق الربح إلى حين الفسخ

(١) ساقط من هـ.

المتع في شرح المقنع

وذلك لا يضر . دليله المستعير إذا غرس أو بنى ، والمشتري إذا فعل ذلك فإن المعير يأخذ ذلك بالقيمة إذا رجع ، والشفيع يأخذه بها إذا طلب الشفعة . أو يقال: إذا أخذ المعير والشفيع ملك غيره بالقيمة ؛ فلأن يأخذ رب المال ماله بالقيمة بطريق الأولى .

وأما كونه له طلب البيع ؛ فلأن رب المال استحق على المضارب أن يرد المال ناضاً كما أخذه وفي البيع تحصيل لذلك .

وأما كون العامل يلزمه تقاضي الدين ؛ فلأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته ، والديون لا تجري بجرى المال الناض فلزمه أن ينضه ؛ كما يلزمه بيعه لو كان عرضاً .

قال: (وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجره المثل ، ويقدم به على سائر الغرماء) .

أما كون الربح من رأس المال فيما ذكر ؛ فلأنه عوض عن عمله .

وأما كون الزيادة منه أيضاً ؛ فلأن ما يحدث من الربح يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حابى المستأجر الأجير فإنه يحتسب^(١) بما حاباه من ثلثه لأن الأجرة تؤخذ من ماله .

وأما كون العامل يقدم بذلك على سائر الغرماء ؛ فلأنه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه .

ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان مقدماً على ما تعلق بالذمة ؛ كحق الجناية . أو يقال: حقه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق فقدم ؛ كالرهن .

(١) في هذا يحسب .

قال: (وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته وكذلك الوديعة).

أما كون مال المضاربة يصير ديناً في تركة الميت إذا لم يعرف بعينه؛ فالأن الأصل بقاء المال في يده، ولا سبيل إلى معرفة عينه، فتعين جعله متعلقاً بالتركة. وأما كون الوديعة كالمضاربة فلا اشتراكهما في الدليل المذكور فيها.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (والعامل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران، وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض، وما يدعي عليه من خيانة).

أما كون العامل أمين؛ فلأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا لمحض منفعته فكان أميناً؛ كالوكيل. وفارق المستعير فإن قبضه لمنفعته^(١) خاصة.

وأما كون القول قوله فيما يدعيه من جميع ما ذكر؛ فلأن تأمينه يقتضي ذلك. ولأنه يدعي عليه ذلك وهو ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه.

قال: (والقول قول رب المال في رده إليه، والجزء المشروط للعامل، وفي الإذن في البيع نساً أو الشراء بكذا. وحكي عنه: أن القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل).

أما كون القول قول رب المال في رده إليه؛ فلأن العامل قبض المال لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في رده؛ كالمستعير. وفارق المودع من حيث إن قبضه لمنفعة غيره.

وأما كون القول قول رب المال في الجزء المشروط للعامل؛ مثل أن يقول العامل: شرطت لي النصف، فيقول رب المال: بل الثلث على المذهب؛ فلأنه ينكر الزائد والعامل يدعيه والقول قول المنكر.

(١) في و: لمنفعة.

وأما كون القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل أو زيادة يتغابن الناس بمثلها على رواية؛ فلأن الظاهر صحة قول من ادعى ذلك. ولم يذكر المصنف قبول قوله في زيادة يتغابن الناس بمثلها فيحتمل أنه لم يره، ويحتمل أنه تركه ليعلم من الكتب المطولة. وقد صرح في المغني والكافي بقبول قوله مع ذلك على الرواية المذكورة.

وأما الإذن في البيع نساً فالمنقول فيه أن القول قول العامل. كذا ذكره في المغني، ولم يحك فيه خلافاً. وذكره بقية الأصحاب. ووجهه: أن العامل أمين، فقبل قوله في ذلك. ولم أجد بما قاله المصنف رواية ولا وجهاً عن أحد من المتقدمين. غير أن صاحب المستوعب حكى بعد قوله: القول قول العامل أن ابن أبي موسى قال: ويتجه أن يكون القول قول رب المال. وربما حكى بعض المتأخرين في ذلك وجهاً. وأظنه أخذه من كلام المصنف رحمه الله هنا، أو ظن قول ابن أبي موسى يقتضي ذلك. وفي^(١) الجملة لقبول قول رب المال وجه من الدليل لو وافق رواية أو وجهاً لأن رب المال يدعي عليه العامل أنه أذن له في البيع نساً وهو ينكره والقول قول المنكر.

وأما كون القول قول رب المال في الشراء بكذا؛ مثل أن يقول العامل: أذنت لي في شراء كذا بعشرة فيقول رب المال: بل أذنت فيه بخمسة؛ فلأنه منكر للإذن فكان القول قوله.

ولأن قول العامل لو قبل لألزمنا رب المال بخمسة لم يعترف بها ولا دليل عليها لأن الإذن في النسا كالإذن في المقدار.

فإن قيل: لم قبل قول رب المال في المقدار دون النسا على المنصوص؟

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ في.

قيل: لم يوجد في الإذن في المقدار قرينة تدل على صدق العامل، والأصل ينفي قوله، فوجب العمل به لأنه مقتض، سلم عن المعارض. بخلاف الإذن في النسأ فإن فيه قرينة تدل على صدق العامل فعارضت الأصل. بيان القرينة: أن عقد المضاربة مبني على الربح والنسأ مظنته فمن ادعى ما يقتضي حصوله يكون معه قرينة حالية دالة^(١) على صدقه.

قال: (وإن قال العامل ربحت ألفاً ثم خسرتها أو هلكت قبل قوله. وإن قال: غلظت لم يقبل قوله).

أما كون العامل يقبل قوله في دعوى الخسارة والهلاك بعد الإقرار بالربح؛ فالأنه أمين يقبل قوله في تلف المال وخسارته فقبل قوله في خسارة الربح وهلاكه لاشتراك الكل في المعنى الموجب لاشتراكه حكماً.

وأما كونه لا يقبل قوله في دعوى الغلط؛ فالأنه مقر فلا يقبل قوله في الرجوع عن إقراره كغيره من المقرين.

(١) في هـ: عن دالة.

فصل [في شركة الوجوه]

قال المصنف رحمه الله: (الثالث: شركة الوجوه . وهي: أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما دينا فما ربحا فهو بينهما . فكل واحد منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن . والملك بينهما على ما شرطاه ، والوضيعة على قدر ملكيهما فيه والربح على ما شرطاه^(١) . ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما . وهما في التصرفات كشريكي العنان).

أما كون الثالث من أضرب الشركة: شركة الوجوه ؛ فلأنها تلي الثاني .
وأما كونها تصح ؛ فلأن معناها وكالة كل واحد منهما صاحبه في الشراء والبيع والكفالة بالثمن وكل ذلك صحيح .
وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يشتركا ... إلى كفيل عنه بالثمن فيبان لمعناها .

وأما كون الملك بينهما على ما شرطاه ؛ فلأن العقد ميناه على الوكالة فتقيد بما أذن فيه .
وأما كون الوضيعة على قدر ملكيهما ؛ فلأنها كذلك في شركة العنان فليكن هاهنا كذلك .

(١) في هـ: شرطاً .

وأما كون الربح على ما شرطاه^(١) على المذهب؛ فلأن العمل بينهما قد يتساوى فيه بحسب الشرط كالعنان.

وأما كونه يَحْتَمَلُ أن يكون على قدر ملكيهما؛ فلأن الربح هاهنا يستحق بالضمن وهو لا يضمن بطريق الأصالة إلا قدر ملكه فلا يكون له من الربح إلا قدر ملكه «لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن»^(٢).

وأما كون تصرفهما كتصرف شريكي العنان؛ فلأن كل واحد من شريكي العنان متصرف في نصيبه بطريق الأصالة وفي نصيب شريكه بطريق الوكالة، وبعد أخذ شريكي الوجوه المال بجاههما يكون تصرف كل واحد منهما في نصيبه بطريق الأصالة وفي نصيب شريكه بطريق الوكالة، فوجب جعل تصرفهما كتصرف شريكي العنان. ضرورة استوائهما في جهة التصرف.

(١) في هذا شرطاً.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣١) ٧: ٢٩٤ كتاب البيوع، شرطان في بيع وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا...

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٨٨) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن.

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٢٨) ٢: ١٧٥.

فصل [في شركة الأبدان]

قال المصنف رحمه الله: (الرابع: شركة الأبدان . وهي : أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما . فهي شركة صحيحة ، وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما ، يطالبان به ويلزمهما عمله . وهل يصح مع اختلاف الصنائع؟ على وجهين).

أما كون الرابع من أضرب الشركة شركة الأبدان ؛ فلأنه يلي الثالث .
وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما فيبان لمعنى شركة الأبدان .

وأما كونها صحيحة فلما روي عن عبد الله قال: «اشتركتُ أنا وسعدٌ وعمارٌ يومَ بدرٍ . فلمْ أجدْ أنا وعمارٌ بشيءٍ وجاءَ سعدٌ بأسيرين»^(١) رواه أبو داود والأثرم .
ومثل هذا لا يخفى على النبي ﷺ .

فإن قيل: الغنائم مشتركة بين الغائمين بحكم الله فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحمل أن يكون إقراره لهم على ذلك لذلك .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٨) ٣: ٢٥٧ كتاب البيوع، باب في الشركة على غير رأس مال .
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٩٧) ٧: ٣١٩ كتاب البيوع، الشركة بغير مال .
وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٨٨) ٢: ٧٦٨ كتاب البيوع، باب الشركة والماء لولة .

قيل: أما الأول فلا يصح لأن غنائم بدر كانت قبل أن يشرك الله بين الغانمين فيها ولهذا نقل أن رسول الله ﷺ قال: «من أخذ شيئاً فهو له»^(١). فكان ذلك من قبل المباحات من سبق إلى أخذ شيء فهو له.

وأما الثاني فهو مثل الأول؛ لأن الشركة كانت قبل نزول قوله تعالى: ﴿قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ١]. ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم تخل: إما أن يكون قد أباحها لهم فتكون كالمباحات، أو لم^(٢) يبوحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم.

ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال.

وأما كون ما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله؛ فلأن شركة الأبدان لا تتعقد إلى على ذلك لأنه لا شيء فيها غير ذلك تتعقد عليه.

وأما كونها تصح مع اختلاف الصنائع؛ مثل: أن يكون أحدهما خياطاً والآخر قصّاراً وما أشبه ذلك على وجه وهو للقاضي؛ فلأنهما اتفقا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع.

وأما كونها لا تصح على وجه وهو لأبي الخطاب؛ فلأن مقتضى الشركة لزوم كل واحد منهما ما يتقبله الآخر ولا يمكن القيام بذلك مع اختلاف الصنعة لأنه لا قدرة له عليه.

قال: (ويصح في الاحتشاش والاصطياد والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات).

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١٦ كتاب قسم الفية والضيعة، باب الوجه الثالث من النفل.
(٢) في هذا ولم.

أما كون الشركة تصح في الاحتشاش ؛ فلأنه اشترك في مكسب مباح فصح كالاشترك في القسارة والخياطة.

وأما كونها في الاصطياد والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات ؛ فلأن ذلك كما تقدم معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما . فإن طالبه الصحيح أن يقيم^(١) مقامه لزمه ذلك).

أما كون الكسب بينهما مع مرض أحدهما ؛ فلأنه لو لم يعمل معه وهو صحيح يكون الكسب بينهما لحديث سعد المتقدم^(٢) . فمع العذر بطريق الأولى.

وأما كون المريض يلزمه أن يقيم مقامه إذا طلب الصحيح ذلك ؛ فلأنهما دخلا على أنهما يعملان فإذا تعذر العمل بنفسه لزمه ما يقوم مقامه توفية للعقد ما يقتضيه.

قال: (وإن اشتركا ليحملا على دابتيهما والأجرة بينهما صح . فإن تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما صحت الشركة ، والأجرة على ما شرطاه . وإن أجرهما بأعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته . وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح).

أما كونه يصح أن يشترك الشريكان ليحملا على دابتيهما ؛ فلأن الحمل قد يكون في الذمة فوجب صحة الشركة عليه ؛ كشركة الوجوه.

وأما كون الأجرة على ما شرطاه إذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمهما ثم حملاه على الدابتين ؛ فلأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان عليهما فكانت الأجرة على ما شرطاه كشريكي الوجوه.

(١) في هذا يقوم.

(٢) سبق ذكره ص: ٤١٥.

وأما كون كل واحد منهما له أجرة دابته إذا أجزاهما بأعيانهما؛ فلأنه لم يجب ضمان الحمل في ذمهما وإنما استحق المستأجر منفعة البهيمة التي استأجرها فوجب أن يكون للمالكها عوض المنفعة وذلك أجرة دابته وفي كون كل واحد من الشريكين له أجرة دابته إشعار بأن الشركة على عين الدواب لا تصح وصرح به المصنف في المغني وعلله بما تقدم وبأن الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على الوجه المذكور لا تصح ثم قال: ولهذا لو قال: أجزع عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم يصح ولو قال: بع دارك وثمرتها بيننا لم يصح.

وأما كونه يصح الجمع بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة؛ فلأن كل واحدة تصح منفردة وضم الصحيح بعضه إلى بعض لا يوجب الفساد كما لو ضم ماء طهور إلى مثله.

فصل [في شركة المفاوضة]

قال المصنف رحمه الله: (الخامس: شركة المفاوضة. وهي: أن يدخل في الشركة الأكساب النادرة؛ كوجدان لقطه، أو ركاز، وما يحصل لهما من ميراث، وما يلزم أحدهما من ضمان غضب أو أورش جنابة ونحو ذلك. فهذه شركة فاسدة).

أما كون الخامس من أضرب الشركة شركة المفاوضة؛ فلأنه يلي الرابع. وأما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يدخل في الشركة الأكساب النادرة فييان لمعنى شركة المفاوضة.

وأما قوله: كوجدان لقطه... إلى ونحو ذلك فتعداد لصور من صور الأكساب النادرة وبيان لها.

وأما كونها فاسدة؛ فلأن ذلك عقد يكثر فيه الغرر فلم يصح كييع الثمرة قبل بدو صلاحها. ودليل الغرر: أن^(١) ما يلزم أحدهما من غرم يلزم الآخر وقد يفسد العقد بدون هذا.

ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح. أو عقد لا يصح بين المسلم والكافر فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة.

فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ: «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة».

ولأنها نوع شركة مختص باسم فكانت صحيحة كشركة العنان.

(١) ساقط من هـ.

قيل: أما الخير فلا يعرف، ولا رواه أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على إرادة هذه الشركة. فتحمل على المفارقة في الحديث، ولهذا روي فيه^(١): «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان».

وأما القياس فلا يضح واختصاص الشيء باسم لا يقتضي صحته. دليله بيع المنابذة والملازمة ونحوهما.

(١) ساقط من هـ.

باب المساقاة

المساقاة: أن يُسَلِّمَ الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره. وسميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي؛ لأن أهل الحجاز أكثر حاجتهم إلى السقي لأنهم كانوا يسقون من الآبار. والأصل فيها «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطراً^(١) ما يخرج منها من ثمرٍ أو زرعٍ»^(٢) حديث صحيح متفق عليه. قال المصنف رحمه الله: (تجوز المساقاة في النخل، وكل شجر له ثمر مأكول ببعض ثمرته).

أما كون المساقاة تجوز في النخل؛ فلما تقدم من معاملة النبي ﷺ أهل خيبر بشطراً ما يخرج منها. ولأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم فعلوا ذلك. ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة؛ لأن أرباب الثمار لا يتمكنون من عملها، والأكثر يحتاجون إلى الانتفاع بما يحصل لهم من غلتها فشرعت لذلك. وأما كونها تجوز في كل شجر له ثمر مأكول؛ فلأن ذلك مساوٍ للنخل معنى فوجب أن يساويه حكماً.

(١) في هـ: بشرط.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٤) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥١) ٣: ١١٨٦ كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

المتع في شرح المقنع

وأما قول المصنف رحمه الله: ببعض ثمرته ففيه تنبيه على أنه لا بد وأن يكون نصيب العامل من المساقى عليه.

ولأنه لا بد وأن يكون مشاعاً. وقد تقدم ذكر ذلك في الشركة^(١).

فإن قيل: الحديث المتقدم ذكره منسوخ بما روى رافع بن خديج «أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة»^(٢). وذلك معاملة أهل خير.

قيل: هذا حديث مضطرب جداً. وقد فسره رافع في بعض الروايات بما لا يختلف في فساده. فروى البخاري بإسناده عن رافع قال: «كنا نكري الأرض بالناحية. فرمما يصاب ذلك وتسلم الأرض، ورمما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا»^(٣).

وروى البخاري ومسلم بإسنادهما عن طاووس قال: «إن أعلمكم - يعني ابن عباس - أخبرني أن النبي ﷺ لم يبه عنه. ولكن قال: لأن يمنع أحدكم أحاه خير له من أن يأخذ عليه خراجاً معلوماً»^(٤).

وقد اشتهر عن النبي ﷺ أنه لم يرجع عن معاملة أهل خير حتى مات ثم عمل به أبو بكر حتى مات. ثم عمر حتى أجلى اليهود فكيف يكون منسوخاً؟

قال: (وتصح بلفظ المساقاة والمعاملة وما في معناهما. وتصح بلفظ الإجارة في أحد الوجهين. وقد نص أحمد رحمه الله في رواية جماعة فيمن قال: أجرتك

(١) ص: ٣٨٢.

(٢) أخرجه النسائي في سنته (٣٩١٧) ٧: ٤ كتاب الأيمان والنور، ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض بالثلث والرابع.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٢) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب قطع الشجر والنخل.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٥) ٢: ٨٢١ كتاب المزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٠) ٣: ١١٨٤ كتاب البيوع، باب الأرض تمنح.

هذه الأرض بثلت ما يخرج منها أنه يصح . وهذه مزارعة بلفظ الإجارة . ذكره أبو الخطاب .

وقال أكثر أصحابنا: هي إجارة . والأول أقيس وأصح .

أما^(١) كون المساقاة تصح بلفظ المساقاة ؛ فلأن ذلك فيها صريح فصحت كصحة سائر العقود بسائر صرائحها .

وأما كونها تصح بلفظ المعاملة ؛ فلما تقدم من قول الصحابي: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر»^(٢) .

وأما كونها تصح بما في معنى المساقاة والمعاملة ؛ فلأن القصد المعنى فإذا أتى بما يدل عليه صح ؛ كالبيع .

وأما كونها تصح بلفظ الإجارة مثل أن يقول: استأجرتك لتعمل لي هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته في وجه ؛ فلأنه يحصل معنى قوله: ساقيتك على ذلك بنصف ثمرته .

وأما كونها لا تصح في وجه ؛ فلأنها عقد خاص فلم تصح بلفظ الإجارة كما لا تصح الإجارة بلفظ البيع .

وأما الصحة فيما إذا قال: أجزتلك هذه الأرض بثلت ما يخرج منها على منصوص الإمام أحمد فقد اختلف الأصحاب في معناها فقال أبو الخطاب: هي مزارعة بلفظ الإجارة ويشترط فيها شروط المزارعة وحكمها حكمها لأن النبي ﷺ قال: «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرهها بثلت ولا يربع ولا بطعام مسمى»^(٣) رواه أبو داود .

(١) في هـ: وأما .

(٢) سبق ذكره ص: ٤٢١ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٩٥) ٣: ٢٥٩ كتاب البيوع ، باب في التشديد في ذلك .

ولأن هذا مجهول فلم يجوز جعله عوضاً في الإجارة كثلث نماء أرض أخرى.
وقال أكثر الأصحاب: هي إجارة يشترط فيها شروط الإجارة لأنه صرح
بالإجارة. والأصل في الإطلاق الحقيقة.

والأول أقيس عند المصنف وأصح لأن الحديث المتقدم يدل عليه. واللفظ قد
يعدل عن حقيقته إلى مجازه إذا دل عليه الدليل، وقد دل.

قال: (وهل تصح على ثمرة موجودة؟ على روايتين).

أما كون المساقاة لا تصح على ما ذكر على رواية فـ «لأن النبي ﷺ عامل
أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»^(١). وذلك مفقود هاهنا.
ولأن الثمرة إذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمثابة مضاربه على المال
بعد ظهور الربح.

وأما كونها تصح على رواية؛ فلأنها إذا صحت على الثمرة المعدومة مع كثرة
الغرر؛ فلأن تصح مع وجودها وقلة الغرر فيها بطريق الأولى.

والحديث دل بنصه على صحة المساقاة قبل الظهور وتبنيه على صحتها بعد
الظهور. وفارق المضاربة من حيث إنها بعد ظهور الربح لا تحتاج إلى عمل. واشترط
المصنف رحمه الله لهذه الرواية في المغني والكافي أن يبقى من العمل ما تستراد به
الثمرة كالتأبير وإصلاح الثمرة والسقي. ثم قال في المغني: فإن لم يبق من العمل
شيء تزيد به الثمرة كالجذاذ لم يجوز. وهذا صحيح يجب حمل إطلاقه هنا عليه.

قال: (وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يُثمر بجزء من الثمرة

صح).

أما كون المساقاة على ما ذكر تصح؛ فلأن العمل وعوضه معلومان فصحت كالمساقاة على شجر موجود.

وأما قول المصنف: حتى يثمر ففيه تنبيه على أنه لو ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه مدة لا يثمر في مثلها لم يصح لأن من شرط المساقاة أن يكون للعامل نصيب من الثمرة ولم يوجد.

قال: (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه لا تفتقر إلى ذكر مدة. ولكل واحد منهما فسخها فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما، وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له، وإن فسخ رب المال فعليه للعامل أجره عمله، وقيل هي عقد لازم تفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها).

أما كون المساقاة عقداً جائزاً في ظاهر كلام الإمام أحمد فـ «لأن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ: نقركم على ذلك ما شئنا»^(١).

ولأنها لو كانت لازمة لم تجز بغير تقدير مدة.

ولأنه عقد على جزء من ثماء المال فكان جائزاً كالمضاربة.

وأما كونها عقداً لازماً على قول؛ فلأنها عقد معاوضة فكان لازماً كالإجارة.

ولأنه لو كان جائزاً لجاز لرب المال الفسخ إذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل وذلك إضرار به.

وأما كونها لا تفتقر إلى ذكر مدة على القول بأنها عقد جائز؛ فلأن النبي ﷺ لم يذكر لأهل خبير مدة حين عاملهم.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢١٣) ٢: ٨٢٤ كتاب المزارعة، باب إذا قال رب الأرض: أترك ما أترك الله... وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥١) ٣: ١١٨٧ كتاب المساقاة، باب للمساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

ولأنها عقد جائز فلم تفتقر إلى ذكر المدة؛ كسائر العقود الجائزة.
وأما كون كل واحد من المتعاقدين له فسخها على ذلك؛ فلأن ذلك شأن كل عقد جائز.

وأما كون الثمرة بينهما إذا حصل الفسخ بعد ظهورها؛ فلأنها ظهرت على ملكهما.

وأما كون العامل إذا فسخ قبل ظهورها لا شيء له؛ فلأنه رضي بإسقاط حقه. أشبه المضارب إذا فسخ قبل ظهور الربح.

وأما كون رب المال عليه للعامل أجره عمله إذا فسخ؛ فلأنه منعه من إتمام عمله الذي استحق به العوض. أشبه الجاعل إذا فسخ الجعالة.

وأما كونه يفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها على القول بأنها^(١) عقد لازم؛ فلأنها مشبهة بالإجارة فلم يكن بد من ضرب مدة يكمل فيها المقصود؛ كالإجارة.

قال: (فإن جعلاً مدة لا تكمل فيها لم تصح. وهل للعامل أجره؟ على وجهين).

أما كون المساقاة فيما ذكر لا تصح^(٢)؛ فلأن المقصود الاشتراك في الثمرة وذلك لا يوجد في تلك المدة.

وأما كون العامل لا أجره له^(٣) على وجه؛ فلأنه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمنتوع.

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: فيما ذكر لا تصح فيما ذكر.

(٣) ساقط من هـ.

وأما كونه له الأجرة على وجه؛ فلأن المساقاة تقتضي العوض فلا تسقط بالرضى بتركه كالوطء في النكاح.

قال: (وإن جعلنا مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل فهل تصح؟ على وجهين. فإن قلنا لا تصح فهل للعامل أجرة؟ على وجهين).

أما كون المساقاة فيما ذكر تصح على وجه؛ فلأن الشجر يجوز أن يحمل وأن لا يحمل. أشبه ما يحمل غالباً.

وأما كونها لا تصح على وجه؛ فلأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم.

وأما كون العامل له أجرة مثله إذا قيل بعلم الصحة ففيه وجهان وجههما^(١) ما تقدم.

وقال المصنف رحمه الله في المغني بعد ذكر هذه المسألة: إن قلنا هو فاسد استحق أجرة المثل سواء حمل أو لم يحمل؛ لأنه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً. بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحمل في مثلها غالباً وهذا متجه؛ لأن تعليل أحد الوجهين فيما إذا كانت الشجرة لا تحمل في مدة المساقاة أنه رضي بغير عوض وهذا لا يتجه هنا.

قال: (وإن مات العامل تم الوارث، فإن أبي استؤجر على العمل من تركته، فإن تعدو فرب المال الفسخ).

أما كون وارث العامل يتم عمل موروثه؛ فلأنه يقوم مقامه في ما له فكذا فيما عليه.

(١) في هـ: ووجههما.

وأما كونه يستأجر على العمل من تركته إذا أبقى الوارث ذلك؛ فلأن العمل كان عليه فوجب أن يتعلق بتركته؛ كسائر ما عليه.

وأما كون رب المال له الفسخ إذا تعذر العمل من التركة؛ فلأن تعذر المعوض في المعاملات يُثبت سُلْطَنَةَ الفسخ. دليله البيع.

قال: (فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما. وإن فسخ قبله فهل للعامل أجرة؟ على وجهين. وكذلك إن هرب العامل فلم يوجد له ما ينفق عليها).
أما كون الثمرة بين العامل ورب المال إذا فسخ بعد ظهور الثمرة؛ فلأن الثمرة حدثت على ملكهما.

وأما كون العامل له أجرة إذا فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة على وجه؛ فلأن مطلق العقد يقتضي العوض المسمى. فإذا تعذر وجب الرجوع بما يقوم مقامه.

وأما كونه لا شيء له على وجه؛ فلأن الفسخ بسبب من جهته. أشبه ما لو فسخ هو.

وأما كون حكم العامل إذا هرب فلم يوجد له ما ينفق على الثمرة حكم ما إذا مات؛ فلأنهما اشتركا في تعذر العمل وتضرر رب المال بتعذر الفسخ فوجب اشتراكهما فيما ذكر؛ لأن الاشتراك معنى يوجب الاشتراك حكماً.

قال: (وإن عمل فيها رب المال بإذن حاكم أو إسهاد رجوع به، وإلا فلا).
أما كون رب المال يرجع بما عمله بإذن حاكم؛ فلأن الحاكم نائب عن الغائب.

وأما كونه يرجع بما عمله بإسهاد فينظر فيه فإن كان ذلك عند تعذر استئذان الحاكم رجوع به؛ لأنه معذور لعدم القدرة على الاستئذان، وليس بمتبرع بليليل

الإشهاد، وإن كان ذلك عند القدرة على الاستئذان ففيه وجهان مبنيان على من
قضى دين الغير بغير إذنه:

وأما كونه لا يرجع إذا لم يوجد إذن ولا إشهاد؛ فلأنه متبرع ظاهراً.

فصل فيما يلزم العامل ورب المال

قال المصنف رحمه الله: (ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة، وزيادتها من السقي، والحراث، والزبار، والتلقيح، والتشميس، وإصلاح طرق الماء، وموضع التشميس، ونحوه. وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل: من سد الحيطان، وإجراء الأنهار، وحفر البئر، والدولاب، وما يديره. وقيل: ما يتكرر كل عام فهو على العامل، وما لا فلا).

أما كون العامل يلزمه جميع ما ذكره المصنف مفصلاً على المذهب؛ فلأن العامل إنما يراد لأجل الثمرة فاقتضى أن يكون عليه ما يؤدي إلى صلاحها وزيادتها، وجميع ما ذكر يؤدي إلى ذلك.

وأما كون ما يتكرر كل عام عليه في قول؛ فلأنه يتعلق بعمله فكان عليه كالحراث.

وظاهر ما ذكر أن الذي يلحق به على العامل لأنه مما يتكرر.

وقال المصنف في المغني: وقيل ما يتكرر كل عام على العامل إلا ما يلحق به فإنه على المالك وإن تكرر لأنه ليس بعمل. فيجب حمل كلامه هنا عليه لئلا يتناقض، ولما ذكر من الدليل.

وأما كون رب المال عليه ما فيه حفظ الأصل لا غير على المذهب: أما كونه عليه ذلك؛ فلأن الأصل له فكان ما يراد لحفظه عليه.

وأما كونه ليس عليه غير ذلك؛ فلعدم العلة المذكورة.

وأما كونه عليه ما لا يتكرر كل عام في قول؛ فلأن ذلك لا تعلق للعمل به .
أشبه ما فيه حفظ الأصل.

وأما قول المصنف: من سد الحيطان ... إلى آخره فتعداد لصور فيها حفظ
الأصل، وبيان لها . وكل ذلك على رب المال لما تقدم ذكره.

فعلى هذا ما يدبر السلولاب من بقر ونحوه على رب المال لأنه مما ذكر،
وبذلك صرح أصحابنا.

وقال المصنف في المغني: ذلك على العامل لأنه يراد للعمل كبقر الحرث.
ولأن سقي الماء عليه إذا لم يحتج إلى دابة فكذا هاهنا . وهذا اختياره لا نقل
عن غيره.

قال: (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد . وإن
ثبتت خيانتة ضم إليه من يشارفه . فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل
العمل).

أما كون حكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد؛ فلأن
العامل في المساقاة أمين رب المال فوجب أن يكون حكمه حكم المضارب فيما ذكر
لاشتراكهما في كونهما أميني رب المال.

وأما كونه يضم أمين إلى العامل يشارفه إذا ثبتت خيانتة؛ فلأنه أمكن دفع
الضرر عن رب المال بذلك مع إمضاء العامل على عمله.

وأما كونه يستأجر من يعمل العمل من مال العامل إذا لم يمكن حفظه؛ فلأنه
تعذر استيفاء العمل منه فاستوفي بغيره كما لو هرب.

قال: (وإذا شرط إن سقى سبياً فله الربع . وإن سقى بكلفة فله النصف .
وإن زرعها شعيراً فله الربع . وإن زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد
الوجهين .

وإن قال: ما زرعت من شعير فلي ربه، وما زرعت من حنطة فلي نصفه أو ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً.

أما كون المساقاة لا تصح فيما إذا شرط إن سقى سيحاً فله الربع، وإن سقى بكلفة فله النصف. وإن زرعتها شعيراً فله الربع، وإن زرعتها حنطة فله النصف في وجه؛ فلأن العمل مجهول.

ولأنه في معنى يبعين في بيعه وهو قوله: بعتك بعشرة نقداً أو بعشرين نساءً. وأما كونها تصح في وجه؛ فلأنه في معنى إن خطته رومياً فلك كذا، وإن خطته فارسياً فلك كذا، وقد صح هناك في رواية فليكن هنا مثله^(١).

وأما كونها لا تصح وجهاً واحداً فيما إذا قال: ما زرعت من شعير فلي ربه، وما زرعت من حنطة فلي نصفه؛ فلأن ما يزرعه من كل واحد من الصنفين مجهول القدر فجرى مجزأ ما لو شرط في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منهما.

وأما كونها لا تصح وجهاً واحداً فيما إذا قال: ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع؛ فلأنه شرط عقداً في عقد فلم يصح؛ كما لو قال: بعتك هذا بكذا على أن أبيعك هذا بكذا.

(١) رص: ٤٤٤.

فصل في المزارعة

قال المصنف رحمه الله: (وتجوز المزارعة بجزء معلوم يُجعل للعامل من الزرع. فإن كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح. ولا يشترط كون البذر من رب الأرض، وظاهر المذهب اشتراطه).

أما كون المزارعة تجوز؛ فلما تقدم من «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع»^(١) متفق عليه.

قال البخاري: قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل يست إلا ويزرعون على الثلث والرابع^(٢).

وعنه قال: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشرط ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم».

وأما كون المزارعة والمساقاة تصح فيما إذا كان في الأرض شجر فزارعه الأرض، وساقاه على الشجر؛ فلأن كل واحد منهما عقد لو انفرد لصح فإذا اجتمعا وجب أن يصححا كحالة الانفراد.

وأما ما يشترط لصحة المزارعة فأمرور:

منها: كون نصيب العامل مشاعاً معلوماً. وقد تقدم ذكر دليله في الشركة ومساواة حكم المزارعة لحكم المساقاة فيما ذكر^(٣).

(١) سبق تخريجه ص: ٤٢١.

(٢) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه.

(٣) ر ص: ٣٨٢.

وثانيها: كون البذر من رب الأرض في ظاهر المذهب؛ لأن المزارعة عقد يشترك العامل ورب الأرض في ثمائه. فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة. وروي عن الإمام أحمد أنه لا يشترط ذلك. وهو اختيار المصنف لأن ابن عمر قال: «دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها»^(١).

وفي لفظ: «على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها»^(٢) أخرجهما البخاري.

فجعل عملها^(٣) من أموالهم وزرعها عليهم، ولم يذكر شيئاً آخر. وظاهره كون البذر من أهل خيبر.

وروى البخاري «أن عمر رضي الله عنه عامل الناس على أنه إن جاء بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاؤا بالبذر فلهم كذا»^(٤).

وهذه الرواية هي أصح دليلاً لأن دليل المذهب قياس في مقابلة النص. ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما.

قال: (وإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما^(٥) الباقي، أو شرط لأحدهما قفزاناً معلومة، أو دراهم معلومة^(٦))، أو زرع ناحية معينة من الأرض فسدت المزارعة والمساقاة. ومتى فسدت فالزرع لصاحب البذر وعليه أجره صاحبه. وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا).

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٩٣٠) ٧: ٥٣ كتاب الأيمان والنذور، ذكر اختلاف الألفاظ المتأورة في المزارعة. ولم نجد هذا اللفظ عند البخاري.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٦) ٢: ٨٢١ كتاب المزارعة، باب المزارعة مع اليهود.

(٣) في هن: عملهما.

(٤) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه.

(٥) في هن: ويقتسمان.

(٦) ساقط من هن.

أما كون المزارعة والمساقاة تفسد بكل واحد من الشروط المذكورة؛ فلائن كل واحد منها غير جائز. فوجب أن يفسد عقده؛ كما لو باعه شيئاً وشرط عليه أن لا يبيعه. بيان علم جواز كل واحد مما ذكر.

أما شرط أخذ رب الأرض مثل بذره؛ فلائن ذلك بمنزلة ما لو شرطه له. وأما شرط قفزان معلومة لأحدهما؛ فلائنه ربما لا يخرج من الأرض مثل ذلك فيؤدي إلى ضرر المعطي للزائد.

وأما شرط دراهم معلومة لأحدهما؛ فلائنه ربما لا يخرج من الأرض ما يساوي ذلك فيؤدي إلى الضرر المذكور قبل.

وأما شرط زرع ناحية معينة؛ فلائن ذلك منهي عنه في الحديث.

وأما كون الزرع لصاحب البذر مع فساد المزارعة؛ فلائنه نماء بذره.

وأما كون أجرة صاحبه عليه؛ فلائنه دخل على أنه يأخذ مما سمي له. فإذا

فات رجع إلى بدله.

ولأنه لم يرض بالعمل بجاناً.

وأما كون حكم المزارعة حكم المساقاة فيما تقدم ذكره من الجواز واللزوم وما

يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك؛ فلائنهما سواء معنى فكنا يجب أن يكون حكماً.

قال: (والحصاد على العامل. نص عليه. وكذلك الجذاذ. وعنه: أن

الجذاذ عليهما).

أما كون الحصاد على العامل على منصوص الإمام أحمد؛ ف« لأن النبي ﷺ دفع خبير إلى يهود خبير على أن يعملوها من أموالهم»^(١). وهذا من العمل الذي لا يستغني عنه الزرع.

وأما كون الجذاذ كذلك على المذهب فلما ذكر في الحصاد. وأما كونه عليه وعلى رب الشجر على رواية؛ فلأنه يوجد بعد تكامل النماء.

والأول أولى لما ذكر.

ودليل الثانية: ينتقض بالشمس.

قال: (وإذا قال: أنا أزرع الأرض بينري وعواملي، وتسقيها بمائك، والزرع بيننا فهل يصح؟ على روايتين. وإن زارع شريكه في نصيبه صح).

أما كون المساقاة فيما إذا قال: أنا أزرع الأرض بينري وعواملي وتسقيها بمائك لا تصح على رواية وهي اختيار القاضي؛ فلأن العوض الذي في مقابلته الماء مجهول.

وأما كونها تصح على رواية وهي اختيار أبي بكر؛ فلأنه لما جاز أن يؤجر الأرض ببعض الخارج منها وهو مجهول جاز أن يجعل عوض الماء كذلك.

قال المصنف في المغني: الأولى أصح وأقرب لأنها لا تتحقق مزارعة، ولا يجوز أن يستأجر الماء ولا أن يتناع بعوض معلوم فكيف إذا كان مجهولاً. وأجاب عن إجارة الأرض ببعض الخارج بالمنع وتقدير التسليم يطلب الجامع.

وأما كون مزارعة الشريك لشريكه في نصيبه تصح؛ فلأن ذلك بمنزلة شراء الشريك نصيب شريكه وذلك جائز فكنا هذا.

(١) سبق ذكره ص: ٤٣٤.

باب الإجارة

الإجارة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿قالت إحداهما يا أبتِ استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين﴾ [القصص: ٢٦]، وقوله: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧].

وأما السنة فنثبت «أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الدليل هادياً خريئاً»^(١).

وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «يقولُ اللهُ تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باع حُرّاً وأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفّه أجره»^(٢). والأخبار في هذا كثير.

وأما الإجماع فأجمع أهل العلم على جواز الإجارة في الجملة.

قال المصنف رحمه الله: (وهي: عقد على المنافع. تنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما. وفي لفظ البيع وجهان).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٤٥): ٢: ٧٩٠ كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أجيراً ليعمل له بعد ثلاثة أيام...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١١٤): ٢: ٧٧٦ كتاب البيوع، باب إنم من باع حراً.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٤٢): ٢: ٨١٦ كتاب الرهون، باب أجر الأجراء.

وأخرجه أحمد في مسنده (٨٦٧٧): ٢: ٣٥٨.

المتع في شرح المقنع

أما قوله رحمه الله: وهي عقد على المنافع فيبان لمعنى الإجارة ليحصل به معرفة حقيقتها وتمييزها عن الأعيان.

وأما كونها تتعقد بلفظ الإجارة والكرأء؛ فلأنهما موضوعان لذلك.

وأما كونها تتعقد بلفظ البيع في وجه؛ فلأنها حقيقة فانتعقدت بلفظه كسائر أنواعه.

وأما كونها لا تتعقد به في وجه؛ فلأن فيها معنى خاصاً فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى.

ولأن الإجارة تضاف إلى العين التي يضاف البيع إليها إضافة واحدة فاحتيج لفظ يفرق بينهما كالعقود المتباينة.

ولأنها تخالف البيع في الاسم والحكم . أشبهت النكاح.

فصل في شروط الإجارة

قال: (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة:

أحدها: معرفة المنفعة: إما بالعرف كسكنى الدار شهراً أو خدمة العبد سنة، وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين وبناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته وإجارة أرض معينة لزراع كذا أو غرس أو بناء معلوم).

أما كون الإجارة لا تصح إلا بشروط ثلاثة فلما يأتي في مواضعها.

وأما كون أحد شروط صحة الإجارة: معرفة المنفعة؛ فلأن الإجارة بيع، والبيع لا يصح إلا بمعرفة المبيع.

وأما طريق المعرفة فأمران:

أحدهما: العرف.

وثانيهما: الوصف؛ لأن كل واحد منهما تتميز به المنفعة. وذلك هو

المطلوب.

وأما قول المصنف رحمه الله: كسكنى الدار شهراً وخدمة العبد سنة فتمثيل

لحصول معرفة المنفعة.

وقوله: كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين وبناء حائط... إلى

قوله: وآلته فتمثيل لحصول المنفعة بالوصف. وإنما اشترط الوزن والمسافة في الزبرة،

وذكر الطول والعرض والسلك والآلة في بناء الحائط لأن المعرفة لا تحصل إلا بذلك.

ولأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فلم يكن بُدُّ من ذكره.

وأما قوله: وإجارة أرض معينة لزراع كذا أو غرس أو بناء معلوم فيبان لأن إجارة الأرض تارة تكون لزراع وتارة لغرس وتارة لبناء. وفيه تنبيه على اشتراط ما ذكر لأن الغرض يختلف باختلافه فاشتراط ذكره؛ كالصفات التي يختلف الثمن بسببها في السلم.

قال: (وإذا استأجر للركوب: ذكر المركوب فرساً أو بعيراً ونحوه^(١)). فإن كان للحمل لم يحتاج إلى ذكره).

أما كون المستأجر يذكر المركوب إذا كانت الإجارة للركوب؛ فلأن غرض الراكب يختلف فلم يكن بد من ذكره نفيًا للنزاع. وأما كونه لا يحتاج إلى ذلك إذا كانت الإجارة للحمل؛ فلأن الغرض في ذلك لا يختلف.

(١) في هـ: أو نحوه.

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (والثاني: معرفة الأجرة بما يحصل به معرفة الثمن . إلا أنه يصح أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته، وكذلك الظئر . ويستحب أن تعطى عند القظام عبداً أو وليدة إذا كان المسترضع موسراً).

أما كون الثاني من شروط صحة الإجارة^(١): معرفة الأجرة بما يحصل به معرفة الثمن غير المستثناة؛ فلأن الأجرة أحد العوضين فاشتراط معرفتها بما ذكر؛ كالعوض في البيع.

وأما كون إجارة الأجير بطعامه وكسوته تصح؛ فلأن النبي ﷺ قال: «رحمَ اللهُ أخي موسى آجرَ نفسه ثمانِي سنينَ على طعامَ بطنه^(٢) وعِفَّةِ فرجه^(٣)» رواه ابن ماجة.

ولأن العادة جارية به من غير تكبير . أشبه الإجماع .

وأما كون إجارة الظئر وهي المرزعة كذلك؛ فلأنها في معنى الأجير بل أولى لأن الحاجة تدعو إلى الرضاع أكثر من غيره.

(١) في هـ: الإجارة صحة.

(٢) في هـ: نفسه.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٤) ٢: ٨١٧ كتاب الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه.

قال في الزوائد: إسناده ضعيف لأن فيه بقية، وهو منسلس وليس لبقية هنا عند ابن ماجة سوى هذا الحديث . وليس له شيء في بقية الكتب الخمسة.

وأما كونها يستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو وليدة إذا كان المسترضع موسراً؛ فلما روي «أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: ما يذهب عني مَذْمَةٌ^(١) الرضاع؟ قال: الغرة: العبد أو الأمة»^(٢) رواه أبو داود. ولأن في ذلك إبقاء لحياته فاستحب جعل الجزء رقبة للتناسب.

قال: (وان دفع ثوبه إلى قصار أو خياط ليعمله ولهما عادة بأجرة صح ولهما ذلك وان لم يعقدا عقد إجارة. وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح).

أما كونه يصح أن يدفع الثوب إلى من ذكر كما ذكر إذا كان للمدفوع إليه عادة بأخذ الأجرة وكونه له الأجرة المعروفة؛ فلأن العرف يجري مجرى الشرط. دليله ما لو باع شيئاً وأطلق الثمن وللبلد نقد واحد معروف. ولأن^(٣) شاهد الحال يقتضي أخذ الأجرة. أشبه ما لو عرض له فقال: خذه وأنا أعلم أنك إنما تعمل بالأجرة.

وأما كون دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح كذلك؛ فلاشتراك الجميع في العرف الجاري مجرى الشرط.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أن أحد هؤلاء متى لم تكن له عادة بأخذ الأجرة لا يستحق شيئاً^(٤) إلا أن يشترط له. وصرح المصنف بذلك في الخياط والقصار فقال في المعني بعد ذكر المسألة: فإن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا

(١) في هـ: مدة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦٤) ٢: ٢٢٤ كتاب النكاح، باب في الرضخ عند الفصال.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٥٣) ٣: ٤٥٩ كتاب الرضاع، باب ما جاء ما يذهب منعة الرضاع.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٢٩) ٦: ١٠٨ كتاب النكاح، حق الرضاع وحرمة.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) في هـ: فلأن.

(٤) زيادة من ج.

الأجرة إلا بالعقد أو شرط العوض أو تعريض به لأنه لم يجر بذلك عرف يقوم مقام العقد.

قال: (وتجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وترويج امرأة)^(١).
أما كون إجارة دار تجوز بسكنى دار وخدمة عبد؛ فلأن كل واحد منهما يجوز في مقابلته بالعوض فجاز أن يكون^(٢) عوضاً في الإجارة كالدرهم والدنانير.
ولأن ذلك يكون عوضاً في البيع، والإجارة مثله لأنها بيع المنافع.
وأما كونها تجوز بترويج امرأة؛ فلأن ما ذكر قبل يجري فيه فوجب أن يلحق به.

قال: (وتجوز إجارة الحلبي بأجرة من جنسه . وقيل : لا تصح).
أما كون إجارة الحلبي تجوز بأجرة من جنسه على المذهب والمراد به صحتها؛ فلأن الحلبي عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها . أشبهت الدور والأراضي.
وأما كونها لا تصح على وجه؛ فلأنها تحتك بالاستعمال فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة، وتحصل الأجرة التي من جنسها في مقابلة ذلك الانتفاع^(٣) فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر، أو فضة بفضة وشيء آخر .
والأول أولى؛ لما ذكر . والأجرة في مقابلة الانتفاع لا غير فيزول الإشكال.
قال: (وإن قال: إن خبط هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته^(٤) غداً فلك نصف درهم فهل يصح؟ على روايتين).

(١) في هـ: وترويج أمة.

(٢) في هـ: يكونا.

(٣) في هـ: والانتفاع.

(٤) في هـ: خطه.

أما كون ذلك يصح على رواية؛ فلأن في ذلك غرضاً صحيحاً تدعو الحاجة إليه فوجب أن يصح تحصيلاً لتلك الحاجة.

وأما كونه لا يصح على رواية؛ فلأنه عقد واحد اختلف عرضه بالتقديم والتأخير فلم يصح؛ كما لو قال: بعتك بعشرة نقداً أو بعشرين نساءً.

قال: (وإن قال: إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم فعلى وجهين).

أما الخلاف المذكور من الوجهين فمخرج على الخلاف المتقدم من الروايتين.

وأما معنى الرومي...، وأما معنى الفارسي...^(١).

قال: (وإن أكره دابة وقال: إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة، وإن رددتها غداً فكراؤها عشرة. فقال أحمد: لا بأس به. وقال القاضي: يصح في اليوم الأول دون الثاني).

أما كون ما ذكر لا بأس به على ما قال الإمام أحمد؛ فلأنه لا يؤدي إلى التنازع.

وأما كونه يصح في اليوم الأول دون الثاني على قول القاضي؛ فلأن الموجر في اليوم الأول معلوم دون الثاني.

قال: (وإن أكره دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال أحمد: هو جائز. وقال القاضي: يصح في العشرة وحدها).

أما كون ذلك جائزاً على قول الإمام أحمد فلما يأتي من حديث علي رضي الله عنه.

(١) كذا في هـ، و في ج ترك فراغاً مقداره أربع كلمات بعد قوله: وأما معنى الرومي، وكذا بعد قوله: وأما معنى الفارسي.

وأما كونه يصح في العشرة وحدها على قول القاضي؛ فلأن الموجر الذي يقابله العشرة معلوم دون ما بعده.

قال: (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته. وإن سمي لكل يوم شيئاً معلوماً فجائز).

أما كونه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته على المنصوص؛ فلأن ذلك مجهول. وأما كونه يجوز أن يسمي لكل يوم شيئاً معلوماً؛ ف«لأن علياً آجر نفسه كل دلو بتمرة»^(١). ولم ينكره النبي ﷺ. وهذا في معناه.

ولأن ما يقابل كل يوم من المدة معلوم الأجرة. أشبه ما لو قال: أجزتكم سنة كل يوم بدرهم، أو قال: استأجرتكم لنقل هذه الصبرة كل قفيزٍ منها بدرهم.

قال: (وإن أكرأه كل شهر بدرهم، أو كل دلو بتمرة، فالمنصوص أنه يصح، وكلما دخل شهر^(٢) لزمهما حكم الإجارة. ولكل واحدٍ الفسخ عند تقضي كل شهر. وقال أبو بكر وابن حامد: لا يصح).

أما كون ما ذكر يصح على المنصوص؛ فلما تقدم من حديث علي^(٣)، وعدم إنكار النبي ﷺ.

وأما كونه لا يصح ويلزمهما حكم الإجارة كلما دخل شهر^(٤)؛ فلأن دخوله بمنزلة إيقاع العقد على عينه ابتداءً.

وأما كون كل واحدٍ منهما له الفسخ عند تقضي كل شهر؛ فلأن اللزوم إنما كان لأجل الدخول المنزّل بمنزلة إيقاع العقد ابتداءً ولم يوجد بعد.

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١١٣٥) ١: ١٣٥.

(٢) في هذا شهرًا.

(٣) سبق قريباً.

(٤) في هذا شهرًا.

وأما كون ما تقدم ذكره لا يصح على قول أبي بكر وابن حامد؛ فلأن مدة
الإجارة مجهولة.

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله: (الثالث: أن تكون المنفعة مباحة مقصودة فلا تجوز الإجارة على الزنا والزمر والغناء، ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمس).

أما كون الثالث من شروط الإجارة: أن تكون المنفعة مباحة مقصودة؛ فلأن المنفعة المحرمة مطلوبة العدم، وصحة الإجارة تنافيها لأنها تقضي كثرة إيقاعها. ولأن المنفعة المحرمة لا يجوز مُقَابَلَتُهَا بالعوض في البيع فكنا في الإجارة. ولأن ما لا يقصد لا يقابل بالعوض.

وأما كون الإجارة لا تجوز على الزنا ولا على الزمر ولا على الغناء؛ فلأن جميع ذلك محرم.

وأما كون إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمر لا يجوز؛ فلأن في ذلك إعانة على المعصية. أشبه الإجارة للزنا.

قال: (ولا يصح الاستحجار على حمل الميتة والخمر. وعنه: يصح ويكره أكل أجرته).

أما كون الاستحجار على حمل ما ذكر لا يصح على المذهب؛ فلأنه استحجار لفعل محرم فلم يصح؛ كغيره من المحرمات.

وأما كونه يصح على رواية؛ فلأن الفعل لا يتعين عليه.

الممتع في شرح المنع

ولأنه يجوز حملة^(١) لإراقته فكذا حملة لغيره.
وأما كونه يكره أكل أجرته؛ فللاختلاف في حرمة.

(١) ساقط من هـ.

فصل [في أنواع الإجارة]

قال المصنف رحمه الله: (والإجارة على ضربين:

أحدهما: إجارة عين، فيجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، فيجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه، وحيوان ليصيد به إلا الكلب، واستئجار كتاب ليقراً فيه إلا المصحف في أحد الوجهين، واستئجار النقد للتحلي والوزن لا غير. فإن أطلق الإجارة لم تصح في أحد الوجهين وتصح في الآخر، وينتفع بها في ذلك).

أما كون [الإجارة على ضربين؛ فلأنها تارة تكون على العين، وتارة تكون على عمل في الذمة.

وأما كون^(١) [إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها يجوز؛ فلأن الشروط المعتبرة مجتمعة فيها.

فعلى هذا يجوز استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه؛ لأن الحائط عين يمكن استيفاء المنفعة منها مع بقائها، واستئجار حيوان غير كلب له ليصيد به لما ذكر. وإنما لم يجوز في الكلب لأن إجارته كبيعته وبيعه غير جائز فكذا إجارته، واستئجار كتاب غير مصحف ليقراً فيه لما تقدم.

وأما إجارة المصحف ففيها وجهان مخرجان على بيعه.

(١) ساقط من هـ

المتع في شرح المقنع

واستحجار النقد للتحلي والوزن لما تقدم ولا يجوز لغير ذلك من إنفاق وغيره لأن فيه إذهاباً لعينه، ويقاؤها شرط.

فعلى هذا إذا أطلق الإجارة فهل تصح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح ويكون قرضاً. ذكره القاضي لأن الإجارة تقتضي الانتفاع، والانتفاع بالدرهم والدنانير المعتاد إنما هو بأعيانهما فإذا أطلق الانتفاع حمل على العرف.

وثانيهما: يصح. ذكره أبو الخطاب لأن المنفعة المستوفاة منهما بالإجارة المنفعة في التحلي والوزن وهما متقاربان فوجب أن يحمل الإطلاق عليهما؛ كاستحجار الدار مطلقاً فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها.

فعلى هذا ينتفع بهما في الوزن والتحلي لأنهما اللذان حمل العقد عليهما.

قال: (ويجوز استحجار ولده لخدمته وامراته لرضاع ولده وحصانته).

أما كون استحجار الولد لخدمة والده يجوز؛ فلا أنه يجوز أن يؤجره من الأجنبي فجاز من نفسه بالقياس عليه.

وأما كون استحجار امراته لرضاع ولده يجوز؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦]، وروى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ترضع لكم الحمقاء»^(١) فدل بمفهومه على جواز استرضاع غيرها.

ولأن كل عقد صح مع غير الزوج صح معه؛ كالبيع.

ولأن منافعها في الرضاع والحصانة غير مستحقة للزوج بدليل أنه لا يملك

إيجارها على ذلك.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٦٤ كتاب الرضاع، باب ما ورد في اللبن يشبه عليه. مرسل.

قال صاحب النهاية فيها: النهي في الحديث نهى شفقة لأن الحمق مرض والمرض يضر بالولد.

وقال: الحضانة تربية الولد ودهنه ومعاهدته بالكحل والغسل لأقذاره وأوساخه وإصلاح طعامه.

قال: (ولا تصح إلا بشرط خمسة:

أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها، فلا تصح إجارة الطعام للأكل، ولا الشمع ليشعله، ولا حيوان ليأخذ لبنه. إلا في الظئر، ونقع البئر يدخل تبعاً).

أما كون إجارة العين لا تصح إلا بالشروط الخمسة المذكورة فلما يأتي ذكره في كل واحد منها.

وأما كون أحد الشروط المذكورة: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها فيما عدا المستثنى؛ فلأن الإجارة عقد على المنافع فإذا وقع على الأجزاء لم تكن إجارة. فعلى هذا لا تصح إجارة شيء مما ذكر المصنف كما ذكره لأنها إجارة على جزء لا على عين^(١).

وأما كون إجارة الظئر وهي المرضعة تصح؛ فلما تقدم من قوله: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦].

و «لأن النبي ﷺ استرضع ولده إبراهيم».

ولأن الحاجة تدعو إليه . أشبه سائر المنافع.

وأما كون إجارة نقع البئر يصح؛ فلأن الحاجة تدعو إليه . أشبه لبن الظئر.

(١) في هـ: نفع.

وأما قول المصنف رحمه الله: يدخل تبعاً فيحتمل أنه عائد إلى تقع البئر لأنه أفرد الضمير، ويحتمل أنه عائد إلى الظئر ونقع البئر. وبه صرح غيره فقال: إلا في الظئر ونقع البئر فإنهما يدخلان تبعاً.

فعلى هذا يكون في الكلام إشعار بأن المعقود عليه في الظئر غير اللبن. واختلف الأصحاب في ذلك: فمنهم من قال: هو الخدمة، واللبن تبعاً؛ كالصبيغ في إجارة الصباغ لأن اللبن لو كان معقوداً عليه لاستحق بالإجارة عين من الأعيان. ومنهم من قال: هو اللبن.

قال القاضي: هو أشبه لأنه لو كان الخدمة لما وجب على الظئر سقي الولد^(١) اللبن فيكون استحقاق العين بالإجارة. وخصه لموضع الحاجة لأن غيره لا يقوم مقامه ولهذا جاز في الآدمي دون غيره من الحيوان لأن الحاجة تدعو إلى حفظه وإبقائه بخلاف غيره. ولقائل أن يقول: استثناء لبن الظئر مما لا تجوز إجارته لكونه لا ينتفع به إلا بذهاب عينه مع القول بأنه يدخل تبعاً لا يصح؛ لأن المعقود عليه إن كان الخدمة فلا يصح استثناءها مما ذكر لكونها ليست من جنس المستثنى منه لأن خدمة المرضعة نفع مع بقاء العين، وإن كان اللبن فلا يصح قوله: يدخل تبعاً لأنه معقود عليه فهو أصل لا تبع. والأولى أن يحمل كلام المصنف على تقع البئر خاصة ليخلص من هذا الإشكال.

وأما تقع البئر فإنه يدخل تبعاً لأن هواء البئر وعمقه فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه.

قال: (الثاني: معرفة العين برؤية أو صفة في أحد الوجهين، وتصحح في الآخر بدونه. وللمستأجر خيار الرؤية).

(١) ساقط من هـ.

أما كون الثاني من شروط صحة إجارة العين: معرفة العين المستأجرة برؤية أو صفة في أحد الوجهين؛ فلأن الإجارة بيع المنافع فوجب أن لا تصح إلا بذلك كالبيع.

فعلى هذا لو استأجر ما لم يره ولم يوصف له لم تصح الإجارة لفقدان الشرط.

وأما كونها تصح بدون ذلك في وجه؛ فلأن البيع يصح بدون ذلك في رواية. وأما كون المستأجر له خيار الرؤية على الوجه المذكور؛ فلأن من اشترى ما لم يره ولم يوصف له: له الخيار المذكور فكذا المستأجر لذلك.

قال: (الثالث: القدرة على التسليم، فلا تصح إجارة الأبق والشارد ولا المغصوب^(١) ممن لا يقدر على أخذه).

أما كون الثالث من شروط صحة^(٢) إجارة العين: القدرة على التسليم؛ فلأنها بيع. أشبهت بيع الأعيان.

وأما كونه لا تصح إجارة الأبق والشارد ولا المغصوب ممن لا يقدر على أخذه فلعدم القدرة المشترطة.

قال: (ولا تجوز إجارة المشاع مفرداً لغير شريكه. وعنه: ما يدل على جوازه).

أما كون إجارة المشاع لا تجوز مفرداً لغير شريك المؤجر على المذهب؛ فلأنه لا يقدر على تسليمه فلم تجز إجارته. وإنما قلنا لا يقدر على تسليمه لأنه لا يقدر على ذلك إلا بتسليم نصيب شريكه.

وأما كونها تجوز على رواية؛ فلأنه يجوز بيعه فجاز إجارته كالمفرد.

(١) في هـ: والمغصوب.

(٢) ساقط من هـ.

وأما قول المصنف: مفرداً لغير شريكه فمشعر بأمرين:

أحدهما: جواز إجارته مع نصيب شريكه؛ مثل: أن يوكل شخصاً في إجارة ذلك أو يوكل أحدهما صاحبه.

وثانيهما: جواز إجارته لشريكه. وصرح به المصنف في المعنى لأن المانع من الصحة تعذر التسليم وهو منتف في الموضوعين المذكورين.

قال: (الرابع: اشتمال العين على المنفعة. فلا تجوز إجارة بهيمة زمنية للحمل، ولا أرض لا تثبت للزرع).

أما كون الرابع من شروط صحة إجارة العين: اشتمال العين المستأجرة على المنفعة؛ فلأن الإجارة عقد معاوضة فاشتراط اشتماله على المنفعة؛ كالبيع.

وأما كونه لا تجوز إجارة بهيمة زمنية للحمل، ولا أرض لا تثبت للزرع فلعدم اشتمالها على المنفعة المشترطة.

قال: (الخامس: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها. فيجوز للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه، ويجوز للمؤجر وغيره بمثل الأجرة وزيادة. وعنه: لا يجوز بزيادة. وعنه: إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة والإلا فلا. وللمستعير إجارته إذا أذن له المعير مدة بعينها).

أما كون الخامس من شروط صحة إجارة العين: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذون له فيها؛ فلأنها بيع المنافع فاشتراط فيها ذلك؛ كالبيع.

وأما كون المستأجر يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن يقوم مقامه؛ فلأن المنفعة مملوكة له فجاز له بيعها كبيع المشتري للمبيع. وإنما اشترط كون المستأجر ثانياً ممن يقوم مقام المستأجر أولاً ليكون انتفاعه كانتفاعه؛ لأنه إذا زاد عليه كان فيه إقتضار وذلك منتفٍ شرعاً.

وأما كون إجارة العين المستأجرة تجوز للمؤجر؛ فلأن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد دليله البيع.

وأما كونها تجوز لغيره بمثل الأجرة فلا شبهة فيه.

وأما كونها تجوز بزيادة على المذهب؛ فلأنه عقد يجوز برأس المال فيجوز بالزيادة؛ كبيع المبيع.

وأما كونها لا تجوز على رواية فـ «لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن»^(١). والمنفعة في الإجارة غير مضمونة.

وأما كونه إن جدد فيها عمارة جاز على رواية؛ فلأن الربح يقع في مقابلة ذلك، وإن لم يجدد لم يجز للحديث المذكور. وذكر المصنف في المغني رواية أخرى أنه إن أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز.

وأما كون المستعير له إجارة المستعار إذا أذن له المعير مدة بعينها؛ فلأن شرط المنفعة كونها مملوكة للمؤجر أو مأذون له فيها وذلك موجود هاهنا.

قال: (وتجوز إجارة الوقف. فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين، وللثاني حصته من الأجرة).

أما كون إجارة الوقف تجوز؛ فلأن المنافع مملوكة للمؤجر.

وأما كونها لا تنفسخ بموت المؤجر الأجر في وجه؛ فلأنه أجر ملكه في زمن ولايته فلم تنفسخ كما لو أجر ملكه المطلق.

وأما كونها تنفسخ فيما بقي في وجه؛ فلأنه تبين أنه أجر ملكه وملك غيره فتنفسخ كما في ملكه، وتكون البطلان في ملك غيره لأن المنافع بعد موته حق لغيره فلا ينقض عمله عليه من غير ولاية. وفارق المطلق من حيث إن الوارث يملك من جهة

(١) سبق تخريجه ص: ٤١٤.

موروثه بخلاف البطن الثاني في الوقف فإنه يملك من جهة الواقف . فعلى القول بأنها لا تنفسخ : للثاني حصته من الأجرة من حين موت الأول . فإن كان الأول قبضها رجع من انتقل إليه الوقف بحصته في تركة المؤجر ؛ لأنه تبين عدم استحقاقه له ، وعلى القول بأنها تنفسخ يرجع من انتقل إليه الوقف في عين المنفعة ويرجع المستأجر على تركة المؤجر بحصة الباقي من الأجرة .

قال : (وإن أجز الوالي اليتيم أو العبد ثم بلغ الصبي وعتق العبد لم تنفسخ الإجارة ، ويحتمل أن تنفسخ) .

أما كون إجارة اليتيم لا تنفسخ ببلوغه ، والعبد بعثقه على المذهب ؛ فلأن الإجارة عقد لازم ، عُقد بحق الولاية في اليتيم والملك في العبد . فلم تنفسخ ببلوغ اليتيم ؛ كما لو^(١) باع داره أو زوجته ، ولا يعتق العبد ؛ كما لو زوج أمته ثم باعها . وأما كونه يحتمل أن تنفسخ ؛ فلما ذكر في إجارة الوقف .

(١) ساقط من هـ

فصل [في الأجير الخاص]

قال المصنف رحمه الله: (وإجارة العين تنقسم قسمين: أحدهما: أن تكون على مدة؛ كإجارة الدار شهراً، والأرض عاماً، والعبد للخدمة، أو للرعي مدة معلومة. ويسمى الأجير فيها: الأجير الخاص).

أما كون إجارة العين تنقسم قسمين؛ فلأنها تارة تنضبط بالمدة كما مثل المصنف رحمه الله، وتارة بالعمل كما يأتي في القسم الثاني. وكلاهما صحيح.

أما الأول؛ فلأن ابن المنذر قال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن^(١) استئجار المنازل والنواب جائر، وقد «ثبت أن موسى عليه السلام أجر نفسه للرعي مدة معلومة»^(٢).

وأما الثاني فيأتي ذكره في موضعه.

وأما كون الأجير فيما ذكر يسمى الأجير الخاص؛ فلأن المستأجر يختص بالمنفعة في تلك المدة دون سائر الناس.

قال: (ويشترط كون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طال: ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح سواء كانت العين^(٣) مشغولة وقت العقد أو لم تكن).

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٤١.

(٣) في هـ: الإجارة.

أما كونه يشترط كون المدة معلومة كشهر وسنة ؛ فلأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له فوجب أن تكون معلومة ؛ كعدد المكيلات فيما يبيع بالكيل .
وأما كونه يشترط كون المدة يغلب على الظن بقاء العين فيها ؛ فلأن العين إذا كانت كذلك يتمكن المستأجر من استيفاء المقصود من الإجارة غالباً . بخلاف ما إذا لم تكن كذلك .

وأما قول المصنف رحمه الله : وإن طال ففيه تنبيه على أن الإجارة في المدة الطويلة صحيحة إذا كانت العين يغلب على الظن بقاءها فيها كالمدة القصيرة لأن المصحح في القصيرة الغلبة المذكورة وهي موجودة في الطويلة فوجب الصحة عملاً بالعلة .

وأما كونه لا يشترط أن تلي المدة العقد ؛ فلأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها منفردة كالتالي تلي العقد .

فعلى هذا يصح أن يستأجر سنة خمس في أربع^(١) غاية ما يقدر في ذلك أنها مدة تلي لا تلي العقد وذلك غير شرط .

وأما كونه يصح فيما ذكر سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن ؛ فلأن التسليم في الحال لا يجب فلا يضر الشغل .

قال : (وإذا آجره^(٢) في أثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد وسائرهما بالأهلة . وعنه : يستوفى الجميع بالعدد . وكذلك الحكم في كل ما يعتبر فيه الأشهر ؛ كعدة الوفاة ، وشهري صيام الكفارة .)

(١) في هـ : لا .

(٢) في هـ : أجاره .

أما كون المستأجر يستوفي الشهر الأول بالعدد، وسائر السنة بالأهلة على المذهب؛ فلأن الشهر الأول تعذر إتمامه بالهلال فوجب إتمامه بالعدد، وما عداه لا يتعذر فوجب اعتباره بالأهلة لأنها الأصل.

وأما كونه يستوفي الجميع بالعدد على رواية؛ فلأنها مدة يستوفي بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها بالعدد؛ كما لو كانت المدة شهراً واحداً.

ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه وكذلك كل شهر يأتي بعده.

وأما كون الحكم في كل ما يعتبر فيه الأشهر كما مثل المصنف كالحكم فيما ذكر؛ فلأن الكل سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (القسم الثاني: إيجارها لعمل معلوم؛ كإجارة الدابة للركوب إلى موضع معين، أو بقر لحرث مكان، أو دياس زرع، أو استئجار عبد ليدله على طريق، أو رحي لطحن قفزان معلومة. فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف).

أما كون الإجارة كما ذكر تصح؛ فلأن المنفعة معلومة. أشبهت إجارة الدار. وقد جاء «أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا عبداً لله بن أريقط هادياً خريئاً»^(١). أي ماهراً بالهداية فلهما على طريق المدينة.

وأما كونه يشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف؛ فلأن العمل إذا لم يكن معروفاً مضبوطاً بما ذكر يكون مجهولاً فلا تصح الإجارة معه.

ولأن العمل هو المعقود عليه فاشترط معرفته وضبطه بما ذكر؛ كالمبيع^(٢).

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٧. ولم يذكر لفظ: «عبداً لله بن أريقط».

(٢) في هـ: كالمبيع.

فصل في الأجير المشترك

قال المصنف رحمه الله: (الضرب الثاني: عقد على منفعة في الذمة، مضبوطة بصفات كالسلم؛ كخياطة ثوب، وبناء حائط، أو حمل إلى موضع معين. ولا يكون الأجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف. ويسمى الأجير المشترك). أما كون الإجارة على منفعة في الذمة تصح؛ فلأن الإجارة بيع فصح عقدها في الذمة كالسلم.

وأما كونها يشترط ضبطها بصفات كالسلم؛ فلأن الإجارة في الذمة منوطة بالسلم جوازاً فيجب أن تكون منوطة به اشتراطاً. وأما كونها لا يكون الأجير فيها إلا آدمياً؛ فلأنها متعلقة بالذمة ولا ذمة لغير آدمي.

وأما كونه لا يكون إلا جائز التصرف؛ فلأن الإجارة بيع فلم تصح من غير جائز التصرف؛ كبيع الأعيان.

وأما كونه يسمى الأجير المشترك؛ فلأنه يتقبل أعمالاً كثيرة من ناس كثير في وقت واحد فيشتركون في استحقاق منفعته.

قال: (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل؛ كقوله: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم. ويحتمل أن يصح).

أما كونه لا^(١) يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كما مثل المصنف رحمه الله على المذهب؛ فلأنه قد يفرغ من خياطته في بعض اليوم. فإن طولب بالعمل في بقيته كان زيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تركاً للعمل في بعض المدة التي وقع العقد عليها وقد لا يفرغ من خياطته في اليوم فيفضي أيضاً إلى مثل ما ذكرناه.

وأما كونه يحتمل أن يصح؛ فلأن الإجارة معقودة على العمل، والمدة المذكورة للتعجيل فلا يُفسد ذلك العقد. وحكى المصنف في المغني أن في كلام أحمد ما يدل على صحة ذلك.

قال: (ولا تصح الإجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القرية^(٢))؛ كالحج والأذان ونحوهما. وعنه: تصح).

أما كون الإجارة على ما ذكر لا تصح على المذهب؛ فلأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قرينة إلى الله تعالى فلم يصح أخذ الأجرة عليها؛ كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه الجمعة والتراويح.

وأما كونها تصح على رواية فـ «لأن النبي ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن»^(٣) متفق عليه.

وإذا صح كون تعليم القرآن عوضاً في باب النكاح وقام مقام المهر صح أخذ الأجرة عليه في الإجارة.

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: القرب.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٢) ٥: ١٩٧٣ كتاب النكاح، باب السلطان ولي.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٥) ٢: ١٠٤٠ كتاب النكاح، باب الصلح وجواز كونه تعليم قرآن...

وثبت «أن أبا سعيد رقى رجلاً بفاتحة الكتاب على جعل فيراً، وأخذ الصحابة الجعل، وأتوا به النبي ﷺ فأخبروه وسألوه. فقال: لعمرى! لمن أكل برقية باطل. لقد أكلت برقية حق. كلوا واضربوا لي معكم بسهم»^(١).

ولأنه يصح أخذ الرزق عليه من بيت المال فصح أخذ الأجرة عليه كبناء المساجد والقناطر.

والأول أصح؛ لما روى عثمان بن أبي العاص قال: «آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا^(٢) يأخذ على أذانه أجراً»^(٣) قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وروى عبادة بن الصامت قال: «علّمتُ ناساً من أهل الصُّفَّةِ القرآنَ والكتابةَ. فأهدى إلي رجلٌ منهم قوساً. فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال^(٤): إن سرَّكَ أن يُقلدَكَ اللهُ قوساً من نارٍ فاقبلها»^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٢١) ٤: ١٩١٣ كتاب فضائل القرآن، باب فضل فاتحة الكتاب.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢٠١) ٤: ١٧٢٧ كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار. كلاهما من دون قوله: «فقال: لعمرى لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق». وهذه اللفظة أخرجه أبو داود في سننه من حديث خارجه بن الصلت عن عمه «أمر بقوم فأتوه فقالوا: إنك حجت من عند هذا الرجل بخير. فارق لنا هذا الرجل. فأتوه برجل معصوه في القيود. فرقاه بأمر القرآن ثلاثة أيام غدوة وعشية وكلما ختمها جمع بزائه ثم تفل فكأنما أنشط من عقال. فأعطوه شيئاً. فأتى النبي ﷺ فذكره له. فقال النبي ﷺ: كل فلعمري لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق». (٣٤٢٠) ٣: ٢٦٦ كتاب البيوع، باب في كسب الأطباء.

(٢) في هـ: أن لا.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩) ١: ٤٠٩ أبواب الصلاة، باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجراً.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٧١٤) ١: ٢٣٦ كتاب الأذان والسنة فيها، باب السنة في الأذان.

(٤) في هـ: قال.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤١٦) ٣: ٢٦٤ كتاب البيوع، باب في كسب المعلم.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٥٧) ٢: ٧٣٠ كتاب التجارات، باب الأجر على تعليم القرآن.

وعن أبي بن كعب «أنه علم رجلاً سورة من القرآن فأهدى له خميصة أو ثوباً. فذكر ذلك لرسول الله ﷺ. فقال: لو أنك لبستها أو أخذتها ألبسك الله مكانها ثوباً من نار»^(١).

وعن عبدالرحمن بن شبل الأنصاري قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقرأوا القرآن ولا تغفلوا فيه ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكبروا به»^(٢). روى هذه الأحاديث كلها الأثرم في سننه.

وأما الأخذ على الرقية فإن الإمام أحمد اختار جوازه.

وأما جعل التعليم صداقاً فعن أحمد فيه خلاف، وذكر الخیر ليس فيه تصريح بأن التعليم صداق وإنما قال: «زوجتكها على ما معك من القرآن»^(٣) فيحتمل أنه زوجه إياها بغير صداق إكراماً له لما معه من القرآن. ويُقِلُّ عنه جوازه. والفرق بينه وبين الأجرة أن الصداق ليس عوضاً محضاً وإنما وجب وصلة ونحلة. ولهذا جاز خلوه العقد عن تسميته وصح مع فساده. بخلاف الأجرة في غيره.

قال: (وإن استأجره ليحجمه صح. ويكره للحر أكل أجرته ويُطعمه الرقيق والبهائم. وقال القاضي: لا يصح).

أما كون الاستئجار على الحجامة تصح على قول غير القاضي فـ «لأن النبي ﷺ حجمه أبو طيبة وأعطاه أجرة»^(٤) متفق عليه. قال ابن عباس: ولو كان حراماً ما أعطاه أجرة»^(٥).

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٥٨) ٢: ٧٣٠ كتاب التجارات، باب الأجر على تعليم القرآن.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٧٠٦) ٣: ٤٤٤.

(٣) سبق تفريجه ص: ٤٦١.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٣٧١) ٥: ٢١٥٦ كتاب الطب، باب الحجامة من الداء.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٧٧) ٣: ١٢٠٤ كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٩٧) ٢: ٧٤١ كتاب البيوع، باب ذكر الحجامة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٢) ٣: ١٢٠٥ كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

المتع في شرح المنع

وأما كونه يكره للحر أكل أجرة الحجامة فللحديث الآتي ذكره.
ولأن أسوأ أحوال الأجرة في الحديث أن تكون مكروهة.
وأما كونه يطعم الأجرة رقيقه وبهائمهم ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «أطعمه ناضحك ورقيقك»^(١) رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.
وأما كونه لا يصح على قول القاضي ؛ فلأن النبي ﷺ قال: «كسب الحمام خبيث»^(٢) متفق عليه.
والأول اختيار المصنف رحمه الله وأبي الخطاب .
وذكر القاضي أن الإمام أحمد نص على عدم الإجارة عليها في مواضع.
قال المصنف في المعنى: تسميته خبيثاً لا يلزم منه الحرام ؛ «لأن النبي ﷺ سمي الثوم والبصل خبيثين»^(٣) . وهما مباحان.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٢٢) ٣: ٢٦٦ كتاب الإجارة ، باب في كسب الحمام.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٧) ٣: ٤٩٢. كتاب البيوع، باب ما جاء في كسب الحمام.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢١٦٦) ٢: ٧٣٢ كتاب التجارات، باب كسب الحمام.

(٢) لم أره بهذا اللفظ عند البخاري ، وقد أخرج البخاري معناه عن عون بن أبي جحيفة قال: «رأيت أبي اشعري حجاً فأمر به . تاجمه فكسرت، فسألته عن ذلك قال: إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم و ثمن الكلب ، وكسب الأمة ، ولعن الواشمة والمستوشمة ، وأكل الربا وموكله ، ولعن المصور» . (٢١٢٣) ٢: ٧٨٠ كتاب البيوع، باب ثمن الكلب.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٨) ٣: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب ... واللفظ له.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٥٦٥) ١: ٣٩٥ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب نهى من أكل ثوماً أو بصلاً أو كرثاً أو نحوهما. ولفظه: عن أبي سعيد قال: «لم نعد أن نتحت خيبر. فوقفنا أصحاب رسول الله ﷺ في تلك البقعة الثوم والنس جياح فأكلنا منها أكلاً شديداً. ثم رُحنا إلى المسجد فوجد رسول الله ﷺ الريح. فقال: من أكل من هذه الشجرة الخبيثة شيئاً فلا يقربنا في المسجد».

فصل [في استيفاء المنفعة]

قال المصنف رحمه الله: (وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ومثله . ولا يجوز بمن هو أكثر ضرراً منه، ولا بمن يخالف ضرره ضرره).

أما كون المستأجر له استيفاء المنفعة بنفسه ؛ فلأن أصل العقد يراد للعائد .
وأما كونه له استيفاؤها بمثله ؛ فلما تقدم في قوله: ويجوز إجارة العين لمن يقوم مقامه^(١).

وأما كونه لا يجوز بمن هو أكثر ضرراً منه ؛ فلأنه يضر بالمؤجر .
ولأن المستأجر الثاني ينبغي أن يكون له ما للأول فإذا كان الأول ضرره قليل
وجب أن يكون الثاني مثله .

قال: (وله أن يستوفي المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها . فإذا اكترى
لزراع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه، وليس له زرع الدخن ونحوه . ولا يملك
الغرس ولا البناء، وإن اكترأها لأحدهما لم يملك الآخر، وإن اكترأها للغرس^(٢)
ملك الزارع).

أما كون المستأجر له استيفاء المنفعة المعقود عليها من زرع وبناء وغير ذلك ؛
فلأن ذلك هو المقصود من الإجارة والمعقود من أجله .

(١) ص: ٤٥٤ .

(٢) في هذا للغرس .

المتع في شرح المقنع

وأما كونه له استيفاء [ما دون]^(١) المنفعة المعقود عليها في الضرر مع اتحاد الجنس؛ فلأنه إذا كان له استيفاء نفس المنفعة المعقود عليها فما دونها أولى. فعلى هذا إذا اكرت أرضاً لزرع حنطة فله زرعها بها لأنها المعقود عليها، وله زرع الشعير لأنه دونها في الضرر، وليس له زرع الدخن ونحوه. ولا يملك الغرس ولا البناء لأن كل واحد من ذلك فوق الحنطة في الضرر. وإن اكرتها للغرس لم يملك الآخر لأن ضرر كل واحد يخالف ضرر الآخر. وإن اكرتها للغرس ملك الزرع لأنه أقل ضرراً.

قال: (وإن اكرت دابة للركوب أو للحمل لم يملك^(٢) الآخر. وإن اكرتها لحمل الحديد أو القطن لم يملك حمل الآخر. فإن فعل فعليه أجره المثل). أما كون المستأجر لا يملك الحمل إذا اكرت للركوب؛ فلأن الراكب يعين الظهر بجرته.

وأما كونه لا يملك الركوب إذا اكرت للحمل؛ فلأن الراكب أشد على الظهر لأنه يقعد في موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبه. وأما كونه لا يملك حمل القطن إذا اكرت الدابة لحمل الحديد؛ فلأنه أضر منه لكونه يتجافى، وتهب فيه الريح فيتعب الظهر. وأما كونه لا يملك حمل الحديد إذا اكرت لحمل القطن؛ فلأنه أضر منه لاجتماعه وثقله.

وأما كونه عليه أجره المثل إذا فعل غير ما استأجره؛ فلأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره. أشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى.

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

قال: (وإن اکتزأها حمولة شيء فزاد عليه، أو إلى موضع فجأوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد. ذكره الخرقى. وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع. وإن تلفت ضمن قيمتها إلا أن تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين).

أما كون المستأجر عليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد إذا زاد على ما استأجر أو جاوز مكانه على قول الخرقى: أما الأجرة المذكورة؛ فلأنه استوفى المعقود عليه، وأما أجرة المثل للزائد؛ فلأنه حملة على ملك غيره بغير إذنه ولا تقدير عوضه فلزمه أجرة مثله.

وأما كونه عليه أجرة المثل للجميع على قول أبي بكر؛ فلأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره. أشبه ما لو فعل ذلك من غير إجارة.

وأما كونه يضمن قيمة الدابة إن تلفت في زمان التعدي ولم يكن في يد صاحبها؛ فلأنه متعد في فعله. أشبه ما لو غصبها فتلفت.

وأما كونه يضمنها إذا كانت في يد صاحبها في وجه؛ فلأنها تلفت بجنايته عليها، وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان؛ كمن جلس إلى إنسان فحرق ثوبه وهو ساكت.

وأما كونه يضمن نصف قيمتها في وجه؛ فلأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون. أشبه ما إذا جرح أجنبي شخصاً جرح نفسه فمات فإن الأجنبي يلزمه نصف الدية.

وقال صاحب النهاية فيها: والمذهب الأول؛ لأن رجلاً لو ألقى حجراً في سفينة مملوءة بالأمتعة فغرقت وجب عليه ضمان السفينة وما^(١) فيها، وإن كان مثل الحجر لا تغرق به السفينة تغليياً للفعل المضمون، وإضافة للحكم إلى السبب

(١) ساقط من هـ.

الأخير . فكذلك هاهنا . ومثل ذلك إذا زاد الجلاد في الحد سوطاً فمات المخلود فإنه يلزمه كمال الدية على المذهب .

فصل [فيما يلزم المؤجر والمستأجر]

قال المصنف رحمه الله: (ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كترمام الجمل، ورحله، وحزامه، والشد عليه، وشد الأحمال، والمحامل، والرفع، والخط، ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض، ومفاتيح الدار، وعمارتها، وما جرت عادته به. فأما تفريغ البالوعة والكنف فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة).
أما كون المؤجر يلزمه ما ذكر... إلى التفريغ؛ فلأن ذلك بفعل عادة فحمل مطلق العقد عليه.

ولأن^(١) التمكين واجب عليه، ولا يتم بدون ذلك، وما لا يتم الواجب إلا به واجب.

وأما كون المستأجر يلزمه تفريغ البالوعة والكنف إذا تسلمها فارغة؛ فلأن ذلك حصل بفعله فكان تنظيفه عليه؛ كما لو طرح فيها قماشاً.
وفي تقييد اللزوم بتسليمها فارغة دليل على أنه إذا تسلمها ملئى يكون تفريغها على المؤجر وصرح به في المعنى لأنه لا يمكن الانتناع إلا بذلك.

(١) في هذا فلاته.

فصل [الإجارة عقد لازم]

قال المصنف رحمه الله: (والإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لأحدهما فسخها. وإن بدا له قبل تَقْضِي المدة فعليه الأجرة. وإن حوله المالك قبل تقضيها لم يكن له أجرة لما سكن. نص عليه. ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه).

أما كون الإجارة عقد لازم من طرفي المؤجر والمستأجر؛ فلأنها عقد معاوضة . أشبهت البيع .

ولأنها نوع من البيع . وإنما اختلفت باسم كما اختلفت الصرف والسلم .
وأما كون المتعاقدين ليس لأحدهما فسخها؛ فلأن هذا شأن العقود اللازمة من الطرفين .

وأما كون الأجرة على من بدا له قبل تَقْضِي المدة؛ فلأن الإجارة عقد لازم يقتضي أن يملك المالك الأجرة، والمستأجر المنافع، وقد وجدت فوجب أن يلزم المستأجر الأجرة عملاً بمقتضاها .

وأما كون المالك لا أجرة له لما سكن المستأجر إذا حوَّله قبل تَقْضِي المدة على منصوص الإمام أحمد؛ فلأنه لم يُسَلَّم إليه ما عقد عليه في الإجارة لغير عذر فلم يستحق شيئاً؛ كما لو استأجره ليحمل له كتاباً إلى الكوفة فحمله بعض الطريق، أو كما لو استأجر حفاراً ليحفر له بئراً طولها عشرون ذراعاً فحفر له منها عشرة وامتنع من حفر الباقي .

وأما كونه يحتمل أن له من الأجرة بقسطه؛ فلأن المستأجر استوفى بعض العقود عليه فلزمه بقدر ما استوفاه؛ كما لو اشترى مكيلاً فسلم إليه البائع بعضه ومنع باقيه.

قال: (وإن هرب الأجير حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة. وإن كانت على عمل خَيْرِ المستأجر بين الفسخ والصبر).

أما كون الإجارة تفسخ إذا هرب الأجير حتى انقضت المدة؛ فلأن العقود عليه يفوت بانقضائها. أشبه تلف العين.

وفي قول المصنف رحمه الله: حتى انقضت المدة دليل على أنها لا تفسخ قبل انقضائها. وصرح به في المعنى لأن المدة إذا لم تنقض لم يفوت العقود عليه.

وأما كون المستأجر يجبر بين الفسخ والصبر إذا كانت الإجارة على عمل في الذمة؛ فلأن ذلك عمل^(١) في الذمة ليس له مدة يفوت بفواتها. أشبه الأجير قبل انقضاء مدة إجارته.

قال: (وإن هرب الجمال وترك الجمال أنفق عليها الحاكم من مال الجمال، أو أذن للمستأجر في النفقة. فإذا انقضت الإجارة باعها الحاكم، ووفى المنفق، وحفظ باقي ثمنها لصاحبه).

أما كون الحاكم ينفق على ذلك؛ فلأن نفقة الحيوان واجبة على المالك وهو غائب، والحاكم نائب عن الغائب.

وأما كونه يأذن للمستأجر في النفقة؛ فلأن إقامة أمين غير المستأجر يشق ويتعذر مباشرته في كل لحظة.

(١) في هـ: على عمل.

المتع في شرح المتنع

وأما كونه يبيع ذلك إذا انقضت الإجارة ويوفي المنفق؛ فلأن في ذلك تخليصاً
لذمة صاحب الجمال، وإيفاءً لحق صاحب النفقة.
[وأما كونه^(١)] يحفظ باقي الثمن لصاحبه؛ فلأن الحاكم يلزمه حفظ مال
الغائب.

قال: (وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها، وموت الصبي المرتضع،
وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، وانقلاع الضرس
الذي اكثرى لقلعه، أو برئه، ونحو هذا).

أما كون الإجارة تنفسخ بتلف العين المعقود عليها كمن اكثرى بعيراً بعينه
فمات؛ فلأن المنفعة زالت بالكلية فانفسخ العقد الواقع على عينه؛ كتلف المبيع قبل
قبضه.

وأما كونها تنفسخ بموت الصبي المرتضع؛ فلأن استيفاء المعقود عليه قد تعذر
لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن
باختلافهم لأن المرضعة قد تدور على ولد دون آخر.

وأما كونها تنفسخ بموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء
المنفعة؛ فلأنه تعذر استيفاء المعقود عليه منه وممن يقوم مقامه. أشبه ما لو مات
الركوب.

وفي قوله: إذا لم يكن له من يقوم مقامه دليل على أنها لا تنفسخ إذا كان له
من يقوم مقامه لأن الاستيفاء لا يتعذر لوجود من يقوم مقامه.

فإن قيل: كيف الجمع بين قول المصنف: تنفسخ بموت الراكب، وبين قوله
بعده: لا تنفسخ بموت المكتري؟

(١) ساقط من هـ.

قيل: يجب حمل قوله: لا تنفسخ بموت المكترى على أنه مات وله وارث. وقد ذكر المصنف رحمه الله في المغني قول الخرقي: وإذا مات المكري والمكترى أو أحدهما فالإجارة بجلها وعمله. ثم قال: ونقل عن الإمام أحمد في رجل اكترى بعبيراً فمات في بعض الطريق فإن رجع البعير خالياً فعليه بقدر ما وجب له. ثم قال: وظاهر هذه الرواية أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة إذا مات المستأجر.

ثم قال: ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لأن الوارث يقوم مقام الموروث فإذا لم يكن فقد جاء أمر يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد. أشبه ما لو مات.

ثم قال: وتأولها القاضي بأن المكري منع الورثة من الانتفاع. ولا يصح؛ لأنه لو كان كذلك لما استحق شيئاً من الكري.

وأما كونها تنفسخ بانقلاع الضرس أو برثه الذي اكترى لقلعه فلتعذر استيفاء المعقود عليه: أما تعذره بالانقلاع فأمر محس، وأما تعذره بالبرء فأمر شرعي لأنه لا يجوز قلع الضرس إلا لعارض الألم فإذا زال العارض تعذر قلعه شرعاً.

وأما قوله: ونحو هذا فيدخل فيه ما إذا اكترى كحالاً ليكحل عينه فبرئت أو طيباً ليداويه فبرأ فإن ذلك كله تنفسخ به الإجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه.

قال: (وإن اكترى داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع^(١) فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين، وفي الآخر يثبت للمستأجر خيار الفسخ).

(١) ساقط من هـ.

أما كون الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة في وجه ؛ فلأن المقصود السكنى والزرع ولا يمكن استيفاء ذلك بعد الانهدام وانقطاع الماء.
وأما كونها لا تنفسخ في وجه ؛ فلأن المنفعة لم تنعلم بالكلية لإمكان الانتفاع بها في الجملة.

فعلى هذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ لنقصان المنفعة المستأجرة.

قال: (ولا تنفسخ بموت المكري والمكثري ، ولا بعذر لأحدهما ؛ مثل: أن يكثر للبحر فضيع نفقته ، أو دكاناً فيحترق متاعه).

أما كون الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ؛ فلأنها عقد لازم فلا تنفسخ بموت من ذكر ؛ كاليع ، وكما لو زوج أمته ثم مات.
وأما كونها لا تنفسخ بعذر لأحدهما ؛ فلأنها إذا لم تنفسخ بالموت فلأن لا تنفسخ بالعذر بطريق الأولى.

قال: (وإن غصبت العين المستأجرة خيّر المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل فإن فسخ فعليه أجرة ما مضى).

قال الخرقي: وإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه).

أما كون المستأجر يخير بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ؛ فلأن في عدم ثبوت الخيار تأخيراً لحقه.

ولأن تعذر الانتفاع بملك من غير جهته عيب في المقود عليه فملك الغير به ؛ كالعيب في المبيع . وإنما لم يفسخ العقد بمجرد الغصب ؛ لأن المقصود به البيع يفت مطلقاً بل فات إلى بدل . أشبه ما لو أتلّف الثمرة المصيبة آدمي قبل قبضتها.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: يتخرج انفساخها بناء على أن منافع

الغصب لا تضمن على رواية.

وأما كونه عليه أجره ما مضى إذا فسخ؛ فلأنه استوفى ما يقابل بالعوض فلزمه أجرته.

وأما قول المصنف: قال الخزقي... إلى آخره ففيه^(١) تأكيد لوجوب الأجرة فيما مضى، ويان أن الخزقي قال ذلك. وفسر في المغني قول الخزقي هذا، ولم يجعله من صورة^(٢) ما إذا غضبت العين المستأجرة. والصحيح اشتماله عليه؛ لأن الغضب أمر غالب يحجز المستأجر عن^(٣) منفعة ما وقع عليه العقد. ولهذا ذكره المصنف رحمه الله هنا.

قال: (ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة عليه).

أما كون المريض يقيم مقامه من يعمل ما استؤجر عليه؛ فلأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه ولو بغيره كالمسلم فيه.

ولأنه لا يجب على المستأجر إنظاره لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل. ولأن في التأخير إضراراً به.

وأما كون الأجرة عليه؛ فلأن العمل عليه فكان عوضه عليه.

قال: (وإن وجد العين معيبة أو حدث بها عيب فله الفسخ وعليه أجره ما مضى).

أما كون المستأجر له الفسخ بما ذكر؛ فلأنه عيب في المستأجر فأثبت الخيار كالعيب في يوع الأعيان.

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: صور.

(٣) في هـ: من.

وأما كون أجرة ما مضى عليه؛ فلأنها تلزمه إذا فسخ لما تقدم في فسخ المغصوب وقد وجد.

قال: (ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشترها المستأجر فتفسخ على إحدى الروايتين).

أما كون بيع العين المستأجرة يجوز؛ فلأن الإجارة عقد على المنافع فلم يمنع جواز البيع؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كون الإجارة لا تنفسخ إذا اشترى العين المستأجرة غير المستأجر؛ فلأن عقد الإجارة سابق على عقد البيع، واللاحق لا يوجب فسخ السابق؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كونها لا تنفسخ إذا اشترها المستأجر على رواية؛ فلأنه ملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوقة المنفعة [بعقد آخر]^(١) فلم يتنافيا؛ كما لو ملك الثمرة بعقد ثم ملك الأصل بعقد آخر.

وأما كونه يفسخ فيما بقي من المدة على رواية؛ فلأن ملك الرقبة لما منع ابتداء الإجارة منع استدامتها كالنكاح لما منع ابتداء ملك اليمين منع استدامته. وذكر المصنف هاتين الروايتين في المعني وجهين.

(١) ساقط من هـ.

فصل [في ضمان الأجير]

قال المصنف رحمه الله: (ولا ضمان على الأجير الخاص - وهو: الذي يسلم نفسه إلى المستأجر - فيما يتلف في يده إلا أن يتعدى. ويضمن الأجير المشترك ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله. ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله؛ ولا أجره له فيما عمل فيه. وعنه: يضمن).

أما كون الأجير الخاص لا ضمان عليه فيما يتلف في يده مع علم التعدي منه فيما عمله؛ كرجل أكثرى آخر ليسقي له ماء فانكسرت الجرة، أو ليكيل له فسقط من يده الكيل فانكسر، ونحو ذلك؛ فلأنه غير متعد. أشبه تلف الوديعة.

وأما كون الضمان عليه مع التعدي؛ مثل: أن يتعمد كسر الجرة، أو يكون حجازاً فيسرف في الوقود، أو يلزقه قبل وقته، أو يتركه أكثر من وقته حتى يحترق؛ فلأنه متعد. أشبه الغاصب.

وأما كون الأجير المشترك يضمن ما جنت يده من تخريق الثوب، وغلطه في تفصيله؛ فلما روي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي «أنه كان يُضْمَنُ الصباغ^(١) والصواغ. وقال: لا يُصلح الناس إلا ذلك»^(٢).

ولأن الأجير المشترك عمله مضمون عليه دليله أنه لا يستحق الأجرة إلا بعمله مما تولد منه يجب أن يكون مضموناً؛ كالجناية على عضو ظلماً.

(١) في ج: الصناع.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٢٢ كتاب الأجير، باب ما جاء في تضمين الأجير.

ولأنه قبض العين لمنفعته فكان ضامناً لها؛ كالمستعير.

وأما كونه لا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله على المذهب؛
فلأن العين في يده أمانة. أشبه المودع.

وأما كونه يضمن ذلك على رواية؛ فلما تقدم من حديث علي.

وأما كونه لا أجرة له فيما عمله؛ فلأن الأجرة لما يعملها الأجير المشترك لا
يستحق إلا بالتسليم، وقد فات هنا فيقوت ما هو مرتب عليه.

قال: (ولا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا بزاع، ولا طيب: إذا
عرف منهم حذق، ولم تكن أيديهم. ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد)^(١).

أما كون الحجام والختان والبزاع وهو البيطار والطيب لا ضمان عليهم مع
معرفة الحذق منهم وعدم جناية أيديهم؛ فلأنهم فعلوا فعلاً مأذوناً لهم فيه فلم
يضمنوا سرية ذلك؛ كقطع الإمام يد السارق.

وأما كونهم عليهم الضمان مع عدم معرفة الحذق منهم؛ فلأنهم إذا لم يكن
فيهم حذق لم يحل لهم مباشرة القطع ولا التداوي لما فيه من الخطر المؤدي إلى التلف
وذلك لا يقتضي نفي الضمان بل وجوبه.

وأما كونهم عليهم الضمان إذا جنت أيديهم؛ كختان تجاوز القطع من الختان
إلى الحشفة، وطيب قطع ساعة فتجاوزها، أو قطع بآلة كآلة يكثر ألمها، ونحو
ذلك؛ فلأن الإلتلاف لا يختلف ضمانته بالعمد^(٢) والخطأ.

ولأن هذا فعل محرم فيضمن كالقطع ابتداءً.

وأما كون الراعي لا ضمان عليه إذا لم يتعد؛ فلأنه أجير خاص وقد تقدم أن
الأجير الخاص لا ضمان عليه.

(١) في هـ: لم يتعدى.

(٢) في هـ: العمل.

قال: (وإذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلّف ضمنه . وإن أتلّف الثوب بعد عمله بخير مالكة بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجره له وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجرته).

أما كون الصانع يضمن الثوب إذا حبسه على أجرته فتلّف ؛ فلأنه ليس له حق حبسه لأنه لم يرهنه عنده فوجب عليه ضمانه كالعاصب.

وأما كون مالك الثوب يخيّر بين ما ذكر ؛ فلأن الجناية على ماله فكانت الخيرة له لا لغيره.

وأما كونه لا أجره له إذا ضمّنه إياه غير معمول ؛ فلأن الأجره إنما تجب بالتسليم ولم يوجد.

وأما كونه يدفع الأجره إليه إذا ضمّنه معمولاً ؛ فلأنه لو لم يدفع إليه الأجره لاجتمع على الأجير فوات الأجره وضمن ما يقابلها.

ولأن المالك إذا ضمّنه ذلك معمولاً يكون في معنى تسليم ذلك معمولاً فيجب أن يدفع إليه الأجره لحصول التسليم الحكمي.

قال: (وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة، أو كبجها، أو الرائض الدابة لم يضمن ما تلف به. وإن قال: أذنت لي في تفصيله قباه قال: بطل قديمياً فالقول قول الخياط. نص عليه).

أما كون المستأجر والرئيس لا يضمن ما ذكر ؛ فلأن ذلك تلف من فعله يستحق فلم يضمنه ؛ كما لو تلف تحت الحمل . ودليل استحقاق الضرب « أن يبرئ الله عز وجل ضرباً بحمل جارية حين ساقه »^(١).

ولأنه لا يمكنه استيفاء المنفعة إلا به.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٠٦) ٣ : ٦٠٠ كتابه الطهارة، باب من ضربت دابة غيره في الطريق.

وأما تقييد المصنف رحمه الله علم الضمان بقدر العادة فدليل على أنه يجب عليه الضمان عند علم ذلك . وصرح به في الكافي فقال: وإن تلفت بعلوان كضربها من غير حاجة أو لإسرافه فيه ضمن لأنه جناية على ملك الغير فوجب الضمان كالغاصب.

وأما كون القول قول الخياط فيما إذا قال: أذنت لي في تفصيله قباء قال: بل قميصاً على المنصوص؛ فلأنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول الخياط كالمضارب إذا ادعى الإذن في النسأ.
ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع، والظاهر أنه فعل ما ملكه، واختلفا في لزوم الغرم له، والأصل عدمه.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وتجب الأجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها . ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه).

أما كون الأجرة تجب بنفس العقد إذا كانت الإجارة على عين كذا أو أرض ونحوهما ولم يتفقا على تأخيرها؛ فلأن الأجرة عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيجب. مطلق العقد كالثمن، أو يقال: عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل. مطلق العقد كالثمن.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن﴾ [الطلاق: ٦] أمر بالإيتاء بعد الرضاع.

وقال رسول الله ﷺ: «يقول الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»^(١). توعدده على الامتناع من دفع الأجرة بعد العمل فدل على تعقب الوجوب له.

وروي عنه عليه السلام: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»^(٢) رواه ابن ماجة.

قيل: الآية يحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الإرضاع أو تسليم نفسها له؛ كما قال: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ﴾ [النحل: ٩٨] أي إذا أردت القراءة.

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٧.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٣) ٢: ٨١٧ كتاب الرهن، باب أجر الأجراء. قال في الزوائد: أصله في صحيح البخاري وغيره، من حديث أبي هريرة لكن إسناد المصنف ضعيف. وهب بن سعيد وعبدالرحمن بن زيد ضعيفان.

ولو قدر أنه أراد بعد الفراغ فالأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله . دليله ﴿فما استمتعتم به منهن فاتوهن أحورهن﴾ [النساء: ٢٤] والصداق يجب قبل الاستمتاع . وهذا هو الجواب عن الحديث . ثم يحتمل أنه توعد على ترك الإيتاء في الوقت الذي يتوجه المطالبة فيه عادة . ويمكن أن يحمل على الإجازة في الذمة . وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى .

وأما كون الأجرة لا تجب بنفس العقد إذا اتفقا على تأخيرها فكما لو اتفقا على تأخير الثمن في البيع .

وأما كون تسليم أجرة العمل في الذمة لا يجب قبل تسليمه ؛ فلما تقدم من الآية والخبر .

ولأنه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه قبل فعله .

قال: (وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضائها خير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بالأجرة أو قلعه وضممان نقصه . وإن شرط قلعه لزم ذلك ولم يجب تسوية الأرض إلا بشرط) .

أما كون المالك يجير بين الأخذ بالقيمة وبين الترك بالأجرة وبين القلع وضممان النقص مع عدم اشتراط القلع عند انقضاء الإجارة ؛ فلأنه لو لم يجز لأدى إلى ضرره . ولأنه في الأخذ بأحد الأمور جمعاً بين حقي الآجر والمستأجر .

فإن قيل: هلا ملك القلع من غير ضمان النقص؟

قيل: لأن مفهوم قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق»^(١) يدل على أن ما ليس بظالم له حق ، وهذا ليس بظالم .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج والإمارة والقيء ، باب في إحياء الموات . وأخرجه الرمزي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات . قال الرمزي: حديث حسن غريب .

ولأنه غرس ياذن المالك فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص كما لو استعار منه أرضاً للغراس مدة فرجع قبل انقضائها.

وأما كونه يلزمه القلع مع الشرط فلما فيه من الوفاء بموجب الشرط.

وأما كون تسوية الأرض تجب مع عدم الشرط؛ فلأنهما دخلا على ذلك لرضاهما بالقلع.

وأما كونها تجب مع الشرط؛ فلما تقدم من الوفاء بموجب الشرط.

قال: (وإن كان فيها زرع، بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالأجرة. وإن كان بغير تفريط لزم تركه بالأجرة).

أما كون المالك له أخذ ذلك بالقيمة وتركه بالأجرة مع تفريط المستأجر في بقاءه؛ فلأن المستأجر حينئذ بمنزلة الغاصب لإبقائه زرعاً في أرض غيره بغير حق والمعنى بالتفريط أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة.

وأما كونه يلزمه تركه بالأجرة مع عدم تفريط المستأجر في بقاءه؛ فلأن الزرع حصل في أرض المالك ياذنه فلزمه تركه بأجرة مثله؛ كما لو أعاره إياها وأذن له في الزرع ثم رجع المالك قبل كمال الزرع. والمعنى بعدم التفريط أن يزرع زرعاً ينتهي مدته عند آخر المدة ثم يتأخر ذلك بسبب برد أو غيره.

فإن قيل: فما الفرق بين الزرع والغرس؟

قيل: سيذكر في باب العصب إن شاء الله تعالى.

قال: (وإذا تسلم العين في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن. وإذا اكترى بلراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم).

أما كون من تسلم ما ذكر حتى انقضت المدة عليه الأجرة إذا سكن؛ فلأن المعوض قد استوفاه فوجب أن يجب عليه عوضه.

وأما كونه عليه ذلك إذا لم يسكن؛ فلأن الإجارة كالبيع والمنفعة كالعين والبيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل . فكذلك الإجارة .
وعن الإمام أحمد لا شيء عليه إذا لم يسكن . ذكره المصنف في المغني لأن الإجارة هنا عقد فاسد على منفعة لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد .
وأما كون الواجب أجرة المثل حيث تجب الأجرة؛ فلأن ما ضُمن بالمسمى^(١) في العقد الصحيح ضمن بالقيمة في الفاسد كالأعيان .
وأما كون المستأجر يرجع بالدرهم^(٢) إذا اكترى بدراهم وأعطى المؤجر عنها دنانير ثم انفسخ العقد؛ فلأن الدراهم التي وقع عليها العقد، والمستحق عند الفسخ مثل الأجرة، وأما الدنانير فإنما أخذت بعقد صرف مستأنف .

(١) في هـ: المسمى .

(٢) سقط من هـ .

باب السبق

قال المصنف رحمه الله: (تجوز المسابقة على الدواب، والأقدام، وسائر الحيوانات، والسفن، والمزاريق، وغيرها).

أما كون المسابقة على الدواب تجوز فبالسنة والإجماع: أما السنة فما روى ابن عمر «أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع، وبين التي لم تُضمّر من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق»^(١). متفق عليه.

قال موسى بن عقبة: من الحفياء إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة.

وقال سفيان: من الثنية إلى مسجد بني زريق ميل.

وأما الإجماع فأجمعت الأمة في الجملة على جواز المسابقة.

وأما كونها على الأقدام تجوز فلما روي عنه عليه السلام «أنه كان في سفرٍ معه عائشة فسابقها على رجلها فسبقتة. قالت: فلما حملت اللحم سابقته فسبقني. فقال: هذه بتلك»^(٢). رواه أبو داود.

وأما كونها في باقي الصور تجوز؛ فبالقياس على المنصوص.

قال: (ولا تجوز بعوض إلا في الخيل والإبل والسهام بشروط خمسة:

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧١٥): ٣: ١٠٥٣ كتاب الجهاد والسير، باب غاية السبق للخيل المضمرة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٨٧٠): ٣: ١٤٩٢ كتاب الإمامة، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٨): ٣: ٢٩ كتاب الجهاد، باب في السبق على الرجل.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤١٦٤): ٦: ٣٩.

أحدها: تعيين المركوب والرماة . سواء كانا اثنين أو جماعتين . ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين).

أما كون المسابقة بعوض لا تجوز إلا فيما ذكر فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: « لا سبقَ إلا في نصلٍ أو خُفٍ أو حَافِرٍ »^(١) . رواه أبو داود.

ولأن المعنى يقتضي اختصاص ذلك بالعوض لأنه من آلات الحرب^(٢) المأمور بتعلمها وإحكامها قال الله تعالى: ﴿وَأَعْلُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ وَعَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠].

وقال النبي ﷺ: «ألا! إن القوة الرمي، ألا! إن القوة الرمي»^(٣).

وأما كون ما ذكر لا يجوز إلا بشروط خمسة؛ فلما يأتي ذكره في مواضعها. وأما كون تعيين المركوب والرماة أحد الشروط المذكورة؛ فلأن الغرض معرفة الخدق في ذلك، ولا يحصل ذلك مع الإبهام.

وأما كون ذلك كذا سواء كانا اثنين أو جماعتين فلاشتراك الصورتين في

المعنى.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٤) ٣: ٢٩ كتاب الجهاد، باب في السبق.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٧٠٠) ٤: ٢٠٥ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرهان والسبق. قال الترمذي: حديث حسن.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٨٩) ٦: ٢٢٧ كتاب الخيل، باب السبق.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٨٧٨) ٢: ٩٦٠ كتاب الجهاد، باب السبق والرهان. قلت: ولم يذكر ابن ماجه «أو نصل» وإسناده حسن.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٠١٤٢) ٢: ٤٧٤.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩١٧) ٣: ١٥٢٢ كتاب الإمارة، باب فضل الرمي والحث عليه...

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٥١٤) ٣: ١٣ كتاب الجهاد، باب في الرمي.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٠٨٣) ٥: ٢٧٠ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة الأنفال.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٨١٣) ٢: ٩٤٠ كتاب الجهاد، باب الرمي في سبيل الله.

وأما كونه لا يشترط تعيين الراكبين والقوسين ؛ فلأن الغرض معرفة حذق
الفرس والرامي ، لا معرفة الراكب والقوس لأنهما آلة المقصود ، فلم يعتبر معرفتها ؛
كسرج الدابة.

قال: (الثاني: أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد . فلا يجوز بين
عربي وهجين ، ولا قوس عربي وفارسي . ويحتمل الجواز).

أما كون الثاني من الشروط المذكورة: أن يكون المركوبان والقوسان من نوع
واحد ؛ فلأن النوعين يتفاوتان عادة فلم تصح المسابقة عليهما ؛ كالمسابقة على بعير
وفرس.

وأما كونه يحتمل الجواز ؛ فلأنه قد يسبق كل واحد منهما الآخر ، والتفاوت
بينهما قريب لاتفاق الجنس . وذكر المصنف هذا الاحتمال للقاضي.

قال: (الثالث: تحديد المسافة والغاية ومدى الرمي بما جرت به العادة).

أما كون الثالث من الشروط: تحديد المسافة والغاية ومدى الرمي ؛ فلأن
الغرض معرفة الأسبق ، ولا يحصل إلا بذلك.

ولأن أحدهما قد يكون مقصراً في أول عدوه سريعاً في انتهائه وبعكس
ذلك ، فلا بد من ضبط ذلك بما ذكر ليحصل العلم بالمقصود.

وأما كون التحديد المذكور بما جرت به العادة ؛ فلأن الزائد على ذلك قد
يؤدي إلى عدم العلم بالسابق لبعده المسافة.

قال: (الرابع: كون العوض معلوماً).

أما كون الرابع من الشروط المذكورة: أن يكون العوض معلوماً ؛ فلأنه مال
في عقد فاشترط العلم به ؛ كسائر العقود.

وأما ما يحصل العلم به : فبالمشاهدة ، وبالقدر ، وبالصفة لأن ذلك محصل
للعلم بثمن المبيع فكذا هاهنا.

قال: (الخامس: الخروج عن شبه القمار؛ بأن لا يخرج جميعهم. فإن كان الجعل من الإمام، أو أحدٍ غيرهما، أو من أحدهما على أن من سبق أخذه جاز. فإن جاء معاً فلا شيء لهما. وإن سبق المخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من الآخر شيئاً. وإن سبق الآخر أحرز سبق صاحبه).

أما كون الخامس من الشروط المذكورة: الخروج عن شبه القمار؛ فلأن القمار محرم وشبه القمار مثله، ولذلك قال النبي ﷺ: «من أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو قمار»^(١).

وأما كون الخروج عن شبه القمار بأن لا يخرج جميعهم؛ فلأن الجميع إذا لم يخرجوا بقي من لم يخرج سالماً من الغرم، والمقامر لا يخلو منه أو من الغنم.

وأما كون الجعل يجوز من الإمام؛ فلأن في ذلك حثاً على إحكام الرمي، وفي ذلك مصلحة للمسلمين.

وأما كونه يجوز من أحدٍ غيرهما؛ فلأنه بدل مال في مصلحة المسلمين، وفيه تحصيل مقصود الرمي لما ذكر قبل فصح كونه من غيرهما كما لو كان من أحدهما.

وأما كونه يجوز من أحدهما؛ فلأنه إذا جاز كونه من غيرهما؛ فلأن يجوز من أحدهما بطريق الأولى.

وأما قول المصنف رحمه الله: على أن من سبق أخذه فمتعلق بالجعل من الإمام، أو أحدٍ غيرهما، أو من أحدهما، ويبان لصفة الجعل، وتنبه على أن الجعل لو جعل منهما جميعاً لم يجز.

وأما كونه لا شيء لهما إذا جاء معاً؛ فلأنه لا سابق فيهما.

(١) سيأتي تفريجه ص: ٤٨٩.

وأما كون المخرج يحرز سبق نفسه إذا سبق؛ فلأن صاحبه لم يسبق فلم يستحق شيئاً.

وأما كونه لا يأخذ من الآخر شيئاً؛ فلأنه لم يشترط للسابق عليه شيئاً.

وأما كون الآخر يحرز سبق^(١) صاحبه إذا سبقه؛ فلأنه سبقه فملك المال الذي جعل عوضاً في العقد الصحيح كالعوض المحعول في رد الضالة والآبق.

قال: (فإن أخرجاً معاً لم يجز إلا أن يدخلها بينهما محلاً يكافئ فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما^(٢)) أو رميه رميهما، فإن سبقهما أحرز سبقهما وإن سبقاه أحرزا سبقيهما ولم يأخذا منه شيئاً، وإن سبق أحدهما أحرز السبقين فإن سبق معه المحلل فسبق الآخر بينهما).

أما كون المسابقة لا تجوز إذا أخرج المتسابقان ولم يدخلها بينهما محلاً؛ فلما تقدم من أنه لا يجوز كون الجعل من جميع المتسابقين.

وأما كونها تجوز إذا أدخلها بينهما محلاً؛ فلأنه إدخاله يخرج الرمي عن شبه القمار لأنه لا يخرج مع المتسابقين فلم يوجد الإخراج من الجميع.

وأما قول المصنف رحمه الله: يكافئ فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما أو رميه رميهما فيان لا اشتراط المكافأ في المركوب والرمي والأصل فيها ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو قمار»^(٣) رواه أبو داود. وأما كون المحلل إذا سبق يحرز سبقيهما؛ فلأنه جعل لمن سبق وقد سبق.

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: بعيرهما.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٧٩) ٣: ٣٠ كتاب الجهاد، باب في المحلل.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٨٧٦) ٢: ٩٦٠ كتاب الجهاد، باب السبق والرهان.

وأما كون المخرجين إذا سبقاه يجرزان سبقيهما ؛ فلأن المحلل لم يسبقهما حتى يستحق سبقيهما .

وأما كونهما لا يأخذان منه شيئاً ؛ فلأنه لم يشرط عليه لمن سبقه شيئاً .

وأما كون إذا سبق يجرز السبقين ؛ فلأنهما قد جعلتا لمن سبق وقد سبق .

وأما كون المحلل إذا سبق معه سبق الآخر بينهما ؛ فلأن ذلك مستحق بالسبق وقد اشتركا فيه فوجب أن يشتركا في عوضه .

قال: (وإن قال المخرج: من سبق فله عشرة، ومن صلى فله كذا: لم يصح . وإن قال: ومن صلى فله خمسة صح) .

أما كون المسابقة لا تصح إذا استوى بين السابق والمصلي وهو الثاني ؛ فلأنه ليس فيه تحريض على السبق ، فيفوت المقصود من العقد .

وأما كونها تصح إذا قال: ومن صلى فله خمسة ؛ فلأن كل واحد منهما يقصد أن يكون سابقاً ليحصل له أكثر العوضين .

ولا بد أن يُلحظ كونه لا ثالث معهما لأنهم إذا كانوا ثلاثة يجتهد كل واحد منهم أن لا يكون أخيراً فيفوت المقصود من العقد . ولذلك قيد كلام المصنف رحمه الله من أذن له في إصلاحه فقال: إذا كانا اثنين .

قال: (وإن شرط أن السابق يطعم السابق أصحابه أو غيرهم لم يصح الشرط . وفي صحة المسابقة وجهان) .

أما كون الشرط المذكور لا يصح ؛ فلأنه عوض عن عمل فلا يستحقه غير العامل ؛ كالعوض في رد الأبق .

وأما كون المسابقة تصح في وجه ؛ فلأن عقد المسابقة لا تقف صحته على تسمية بدل ، فلم يفسد بالشرط الفاسد ؛ كالنكاح .

وأما كونها لا تصح في وجهه ؛ فلأنه بذل العوض لهذا الغرض فإذا لم يحصل له غرضه لم يلزمه العوض.

فعلى هذا إن كان المخرج السابق أحرز سبقه ، وإن كان الآخر فله أجره عمله ؛ لأنه عمل عملاً بعوض لم يُسَلَّم له فاستحق أجره المثل ؛ كالأجارة الفاسدة.

فصل في أحكام المسابقة

قال المصنف رحمه الله: (والمسابقة جعالة لكل واحد منهما فسخها . إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فيكون له الفسخ دون صاحبه . وتفسخ بموت أحد المتعاقدين . وقيل : هي عقد لازم ليس لأحدهما فسخها . لكنها تفسخ بموت أحد المركوبين ، وأحد الراميين . ولا تبطل بموت أحد الراكبين ، ولا تلف أحد القوسين).

أما كون المسابقة جعالة . والمراد به : أنها من العقود الجائزة ؛ فلأنها عقد على ما لا يقدر على تسليمه فكان جائزاً ؛ كرد الآبق . بيان أنه لا يقدر على تسليمه أنه عقد على الإصابة وهي لا تدخل تحت قدرته .
وأما كونها عقداً لازماً على قول ؛ فلأنها عقد من شرطه أن يكون العوض والم عوض معلومين ، فكان لازماً ؛ كالأجارة .

فعلى القول بالجواز لكل واحد منهما الفسخ إذا لم يظهر فضل ؛ لأن ذلك شأن كل عقد جائز ، وإن ظهر لأحدهما فضل ؛ مثل : أن يسبقه بفرسه في بعض المسافة ، أو يصيب بسهامه أكثر منه : كان لمن ظهر له الفضل الفسخ ؛ لأن الحق له ولم يكن للآخر الفسخ لأنه لو جاز ذلك لفات^(١) غرض المسابقة ؛ لأنه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك المسابقة . فلا يحصل المقصود ، وتفسخ بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والمضاربة وسائر العقود الجائزة . وعلى القول باللزم ليس

(١) في هـ : لفوات .

لأخذهما الفسخ لأن هذا شأن كل عقد لازم، ولا تنفسخ بموت أحد الراكبين، ولا تلف أحد القوسين لأنه لم يتلف المعقود عليه.

قال: (ويقوم وارث الميت مقامه . فإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته).

أما كون وارث الميت يقوم مقام الموروث هنا؛ فلأنه يقوم مقامه فيما له فكذا فيما عليه.

وأما كون الحاكم يقيم مقامه إذا لم يكن له وارث؛ فلأن الموروث لزمه فعل ذلك فوجب أن يقيم الحاكم مقامه بعد موته؛ كالإجارة.

قال: (والسبق في الخيل بالرؤوس^(١) إذا تماثلت الأعناق، وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف).

أما كون سبق بالرؤوس في الخيل المتساوية الأعناق؛ فلأن السبق يعلم به. وأما كون سبق بالكتف في مختلفي العنق؛ فلأن العلم بالسبق في المختلف لا يحصل إلا بمساحة قدر الزائد، وفي ذلك حرج ومشقة.

وأما كونه في الإبل بذلك؛ فلأن منها ما يرفع عنقه ومنها ما يمد فرجاً كان الرافع لرأسه سابقاً ويسبقه الآخر برأسه لمدته إياه.

قال: (ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرساً يجرضه على العدو . ولا يصح به في وقت سباقه لقول رسول الله ﷺ: «لا جَلَبَ ولا جَنَبَ»^(٢)).

(١) في ج: بالرأس.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٣) ٣: ٤٣١ كتاب النكاح، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٣٦) ٦: ١١١ كتاب النكاح، باب الشغار.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

أما كون أحد المتسابقين لا يجوز أن يجنب فرساً يحرص فرسه على العدو ولا أن يصيح به في وقت سباقه فلما ذكر المصنف من الحديث.
وأما معنى: لا جَلَبَ ولا جَنَبَ فما ذكره. وقد فسره قوم بغير ذلك وليس بصحيح؛ لأنه جاء مفسراً بحديث عمران بن حصين عن النبي ﷺ قال: «لا جَلَبَ ولا جَنَبَ في الرهان»^(١).
ويروى عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه^(٢) قال: «من أجلبَ على الخيل يومَ الرهانِ فليسَ منا»^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٨١) ٣: ٣٠ كتاب الجهاد، باب في الجلب على الخيل في السباق.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١١٣١٨) ١١: ١٤٧.

فصل في المناضلة

المناضلة: المسابقة بالسهم . ويقال: نضال وكلاهما مصدر ناضل. يقال: ناضله نضالاً ومناضلة؛ مثل: قاتله قتالاً ومقاتلة .

والأصل في ذلك الكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا﴾ [يوسف: ١٧] قيل معناه: يسابق بعضنا بعضاً في الرمي ، وبعضه قراءة من قرأ: نتضل .

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ «أنه خرج على أصحاب له يتنضلون . فقال: ارمؤا وأنا مع ابن الأدرع . فأمسك الآخرون وقالوا: يا رسول الله ! كيف نرمي وأنت مع ابن الأدرع؟ فقال: ارمؤا وأنا معكم كلكم»^(١) متفق عليه .
وعنه عليه السلام أنه قال: «إن الملائكة لا تحضرن من أهوكم إلا الرهان والنضال»^(٢) .

قال الأزهري: الرهان في الخيل ، والنضال في الرمي ، والسباق فيهما .

قال المصنف رحمه الله: (ويشترط لها شروط أربعة:

أحدها: أن تكون على من يحسن الرمي . فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسنه بطل العقد فيه ، وأخرج من الحزب الآخر مثله . وهم الفسخ إن أحبوا) .
أما كون المناضلة يشترط لها شروط أربعة ؛ فلما يأتي ذكره فيها .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٤٣) ٣: ١٠٦٢ كتاب الجهاد والسير، باب التحريض على الرمي. ولم أره في مسلم.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٣) ٢: ١٧٢ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرمي وفضله.

المتع في شرح المقنع

وأما كون أحد الشروط المذكورة: أن تكون على من يحسن الرمي؛ فلأن من لا يحسن الرمي وجوده كعدمه.

ولأن الغرض معرفة الحذق، ومن لا يحسن الرمي لا حذق له، ولا يحصل لمن غلبه ميزة.

وأما كون العقد يبطل فيمن لا يحسن الرمي؛ فلما تقدم من اشتراط كونه ممن يحسن.

وقوله: فيه مشعر بأن البطلان مختص بمن لا يحسن، فأما من يحسن فالعقد باق^(١) في حقه؛ لأن المفسد موجود فيمن لا يحسن دون غيره فوجب أن يختص البطلان به وذكر المصنف في المعنى في بطلان العقد في حق من يحسن وجهين بناء على تفريق الصفقة.

وأما كونه يخرج مثل من لا يحسن من الحزب الآخر مع القول ببقاء الصحة فيمن يحسن؛ فلأن البيع إذا بطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن فكأنها هاهنا.

وأما كون الحزبين لهم الفسخ إن أحبوا؛ فلأن الصفقة تفرقت عليهم.
قال: (الثاني: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة).

أما كون الثاني من الشروط المذكورة: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة؛ فلأن الغرض معرفة الحذق، ولا يحصل إلا بذلك.

وأما معنى معرفة عدد الرشق فإن تكون عشرين رمية أو ما أشبه ذلك.

وأما معنى معرفة الإصابة فإن تكون الإصابات خمساً من العشرين أو أربعاً أو ما أشبه ذلك.

(١) في هذا باقي.

قال: (الثالث: معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة؟ فالمبادرة أن يقولوا: من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي فهو السابق. ولا يلزم إتمام الرمي. والمفاضلة أن يقولوا: أيُّنا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية سبق. فأيهما فضل بذلك فهو السابق).

أما كون الثالث من الشروط المذكورة معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة؛ فلأن غرض الرماة يختلف: فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها^(١) في الانتهاء، ومنهم من هو بالعكس. فوجب اشتراط ذلك ليعلم ما دخل فيه. وذكر المصنف في المعنى عن القاضي أنه لا يشترط ذلك لأن مقتضى النضال أن من بادر إلى الإصابة فقد سبق.

وأما معنى المفاضلة والمبادرة فكما ذكر المصنف. وللمناضلة صورة ثلاثة ذكرها أبو الخطاب والمصنف في المعنى واسمها محاطة. ومعناها: أن يشترطاً حطاً ما يتساويان فيه من الإصابة في رشق معلوم فإذا فضل أحدهما بإصابة معلومة فقد سبق صاحبه. وصورتها مثلاً: أن يجعل الرشق عشرين ويشترط حطاً ما يتساويان فيه فإذا فضل أحدهما بثلاثة أو أربعة أو ما أشبه ذلك فقد نضل صاحبه.

قال: (وإذا أطلقا الإصابة تناووها على أي صفة كانت. وإن قالوا: خواصل كان تأكيداً لأنه اسم لها كيف ما كانت. وإن قالوا: خواسق وهو ما خرق الغرض وثبت فيه، أو خوارق وهو: ما خرقه ولم يثبت فيه، أو خواصر وهو: ما وقع في أحد جانبي الغرض تقيدت بذلك. وإن شرطاً إصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه تقيده به).

(١) في هذا منهما.

أما كون إطلاق الإصابة يتناولها على أي صفة كانت ؛ فلأن أي صفة كانت تدخل تحت مسمى الإصابة.

وأما كون قولهما: خواصل تأكيداً فلما ذكر المصنف من أنها اسم للإصابة كيف ما كانت.

وأما كون الإصابة تنقيد بقولهما: خواسق أو خوارق أو خواصر، أو شرطهما إصابة موضع من الغرض كالدائرة ؛ فلأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فوجب أن تنقيد المناضلة به تحصيلاً للغرض.

ولأنه وصف وقع العقد عليه فوجب أن يتقيد به ضرورة الوفاء بموجبه.

وأما معنى كل واحد من الألفاظ المذكورة فكما ذكر المصنف رحمه الله.

قال: (الرابع: معرفة قدر الغرض: طوله، وعرضه، وسمكه، وارتفاعه من الأرض).

أما كون الرابع من الشروط المذكورة: معرفة قدر الغرض طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض ؛ فلأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك، فوجب العلم به. أشبه تعيين النوع.

وأما قول المصنف رحمه الله: طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض فيبان لقدر الغرض.

وأما معنى ذلك كله فمعلوم لأهله.

قال: (وإن تشاحاً في المبتدأ بالرمي أقرع بينهما. وقيل: يُقدم من له مزية بإخراج السبق. وإذا بدأ أحدهما في وجه بدأ الآخر في الثاني).

أما كونه يقرع بينهما مع التشاح على المذهب ؛ فلأنه يميز ما أشكل.

ولأن مقتضى العقد التساوي والقرعة مشروعة^(١) عند ذلك لأن تقديم أحدهما من غير قرعة ترجيح من غير مرجح. وأما كونه يقدم من له مزية بإخراج السبق على وجهه؛ فلأن له نوعاً من الترجيح فيجب أن يقدم به.

فعلى هذا إن كان العوض من أحدهما قدم صاحبه، وإن كان العوض من أجنبي قلم صاحب العوض من شاء منهما.

قال صاحب النهاية فيها: الصحيح أنه لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لأن العقد موضوع على أن لا يفضل صاحب السبق على صاحبه.

وأما كون أحدهما يبدأ في الوجه الثاني إذا بدأ صاحبه في الأول فلتحصل المساواة بينهما.

قال: (والسنة أن يكون لهما غرضان إذا بدأ أحدهما بغرض بدأ الآخر بالثاني).

أما كون السنة أن يكون للمتاضلين غرضان يرميان إلى أحدهما ثم يمضيان فيأخذان السهام ثم يرميان إلى الغرض الآخر؛ فلأن ذلك فعل أصحاب رسول الله ﷺ، وكذلك روي أن النبي ﷺ قال: «ما بين الغرضين روضة من رياض الجنة»^(٢).

وقال إبراهيم التيمي: «رأيتُ حذيفةً يشتدُّ بين الغرضين يقولُ: أنا بها»^(٣). وعن ابن عمر مثله^(٤).

(١) في هـ: مشرعة.

(٢) أخرجه الديلمي في الفردوس. متأور الخطاب (٢٢٤٥) ٢: ٤٣ عن أبي هريرة: «تعلموا الرمي. فإن ما بين اللغفين روضة من رياض الجنة».

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٨) ٢: ١٧٣ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرمي وفضله.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٥٩) الموضوع السابق.

المتع في شرح المقنع

ويروى «أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يشتدون بين الأغراض. يضحك بعضهم إلى بعض».

وعن عمر: «علموا أولادكم الرمي والمشي بين الغرضين»^(١).

وأما كون أحد المتناضلين يبدأ بالغرض الثاني إذا صاحبه بالغرض الآخر فلتحصل المساواة بينهما.

وفي قول المصنف رحمه الله: والسنة أن يكون لهما غرضان تنبيه على أن الغرض لو كان واحداً جاز. وهو صحيح؛ لأن الغرض معرفة حذق الرماة، وذلك حاصل بالغرض الواحد.

قال: (وإذا أطارت الريح الغرض فوق السهم موضعه فإن كان شرطهم خواصل احتسب به، وإن كان خواسق لم يحتسب له به ولا عليه).

أما كونه يحتسب بالسهم الواقع موضع الغرض مع كون الشرط خواصل؛ فلأن الشرط الإصابة ولو كان الغرض في موضعه لأصابه.

وأما كونه لا يحتسب له به ولا عليه مع كون الشرط خواسق؛ فلأن الشرط أن يثبت فيه، ولو كان الغرض في موضعه لاحتمل أن يثبت فيه وأن لا يثبت.

قال: (وإن عرض عارض من كسر قوس، أو قطع وتر، أو ريح شديدة لم يحتسب عليه بالسهم. وإن عرض مطر، أو ظلمة جاز تأخير الرمي. ويكره للأمين والشهود مدح أحدهما؛ لما فيه من كسر قلب صاحبه).

أما كونه لا يحتسب على الرامي بالسهم مع عارض كسر قوس، أو قطع وتر، أو اشتداد^(٢) ريح؛ فلأن الخطأ للعارض لا لسوء رمية.

(١) لم أتف عليه هكذا. وقد أخرج ابن حبان عن أبي عثمان: «أنا كتاب عمر. ونحن مع عتبة بن فرقد بأذربيجان. فذكر الحديث. وفيه: وازموا الأغراض، وامشوا بين الهدفين». (٥٤٣٠) ٧: ٤٠١.

(٢) ساقط من هـ.

ومفهوم قوله: لم يحتسب عليه أنه لو أصاب مع العارض حسب له لتحقق الشرط.

وقال في المعنى: لا يحتسب له كما لا يحتسب عليه.

ولأن الريح الشديدة كما يجوز أن تصرف السهم الشديد فيخطئ، يجوز أن تصرف السهم المخطئ عن خطئه فيقع مصيباً فتكون إصابته بالريح لا بالحلق. ولم يحك غيره.

وأما كونه يجوز تأخير الرمي إذا عرض مطر أو ظلمة؛ فالأن ذلك عذر لا يمكن معه فعل المعقود عليه.

وأما كونه يكره مدح الأمين والشهود لأحد المتناضلين؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله من كسر قلب صاحبه.

كتاب العارية

العارية: مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء. ومنه قيل للبطال: عيار لتردده في بطالته. والعرب تقول: أعاره وعاره مثل: أطاعه وطاعه.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعنى: أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿وَيَعْنُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧]. روي عن ابن عباس وابن مسعود قالوا: العواري. وفسرها ابن مسعود فقال: القلر والميزان والدلو.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه ^(١) قال: «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاءٌ» ^(٢).

وروي صفوان بن أمية «أن النبي ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعاً». فقال: أغضباً يا محمد! قال: بل عارية مضمونة» ^(٣) رواه أبو داود.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على جواز العارية.

وأما المعنى فهو أن العارية هبة المنافع أو إباحتها. فوجب أن تكون جائزة؛ كهية الأعيان وإباحة أكلها.

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية. وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٠) ٤: ٤٣٣ كتاب نوصايا، باب ما جاء لا وصية لوأرث. وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٩٩) ٢: ٨٠٢ كتاب المصلقات، باب العارية. قال الترمذي: حديث حسن غريب. وقال البوصيري في الزوائد: إسناد حديث أنس صحيح. وعبدالرحمن هو بن يزيد بن جابر ثقة. وسعيد هو بن أبي سعيد المقبري.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٢) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية. وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٦٧٤) ٦: ٤٦٥.

قال المصنف رحمه الله: (وهي هبة منفعة. تجوز في كل المنافع إلا منافع البضع. ولا تجوز إعاره العبد المسلم لكافر. وتكره إعاره الأمة الشابة لرجل غير محرماً، واستعارة والديه للخدمة).

أما قول المصنف: وهي هبة منفعة فهو بيان للمعنى العارية.

وقال صاحب المستوعب: هي إباحة منفعة. وقدمه.

وأما كون العارية تجوز في كل المنافع ما خلا منافع البضع، وإعارة العبد المسلم لكافر؛ فـ «لأن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرساً فركبها»^(١)، و «من صفوان أدراعاً»^(٢)، و «سئل عن حق الإبل فقال: إعاره ذكورها وإطراق فحلها»^(٣). فيثبت ذلك في المنصوص، ويقاس عليه سائر المنافع.

وأما كونها لا تجوز في منافع البضع؛ فلأن الوطاء لا يجوز إلا في عقد نكاح أو ملك يمين، وذلك غير حاصل.

وأما كون إعاره العبد المسلم لكافر لا تجوز؛ فلأنه لا تجوز إعارته له حذراً من استخدامه.

وأما كون إعاره الأمة الشابة لرجل غير محرماً تكره؛ فلأنه لا يؤمن عليها، ولا يجوز له الخلوة بها. وذكر المصنف في المعنى أن ذلك لا يجوز لما ذكر.

وفي قوله: الشابة لرجل غير محرماً إشعار بأن إعاره الكبيرة لرجل غير محرّم، وإعارة الشابة لامرأة، ومحرّم لا تكره، وهو صحيح؛ لأنه يؤمن فيهما ما ذكر قبل.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٨٤): ٢: ٩٢٦ كتاب الهبة، باب من استعار من الناس الفرس. وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٠٧): ٤: ١٨٠٣ كتاب الفضائل، باب في شجاعة النبي عليه السلام وتقدمه للحرب.

(٢) سبق ذكره ص: ٥٠٣.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٨٨): ٢: ٦٨٥ كتاب الزكاة، باب إثم مانع الزكاة. وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٤): ٥: ٢٧ كتاب الزكاة، باب مانع زكاة البقر.

وأما كون استعارة والسدي الشخص للخدمة [تكره]^(١)؛ فلأنه يكره استخدامهما، فكره استعارتهما لذلك.

قال: (وللمعير الرجوع متى شاء ما لم يأذن في شغله بشيء يستضر المستعير^(٢) برجوعه؛ مثل: أن يعيره سفينة لحمل متاعه فليس له الرجوع ما دامت في جثة البحر. وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه، فإن سقط عنه هدم أو غيره لم يملك رده).

أما كون المعير^(٣) له الرجوع متى شاء مع عدم إذنه في الشغل بشيء يستضر المستعير بالرجوع كما مثل المصنف رحمه الله؛ فلأن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده، فلا يملكها بالإعارة؛ كما لو لم تحصل العين في يده.

وأما كونه ليس له^(٤) ذلك مع الإذن في الشغل المذكور؛ فلأنه قلب لموضوع العارية. إذ موضوعها ارتفاق المستعير بالعين، وحصول النفع له، وضرره ينافي ذلك. وأما كونه لا يرجع في السفينة ما دامت في لجة البحر؛ فلأن الرجوع قبل ذلك يستضر به، فلم يملك الرجوع لفقد شرطه.

وأما كونه لا يرجع إذا أعاره أرضاً للدفن حتى يبلى الميت؛ فلأن في الرجوع هتك حرمة الميت بالنبش فلم يُمكن منه؛ كما لو كان ضرراً على الحي.

وأما كونه لا يرجع في الحائط المعار لوضع أطراف خشبه ما دام عليه؛ فلأن هذا يراد للبقاء.

ولأن في الرجوع ضرراً على المستعير.

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في أ: المستعير.

(٤) ساقط من هـ.

وأما كونه لا يملك رده إذا سقط عنه لهدم أو غيره؛ فلأن الإذن^(١) يتناول الحائط الأول^(٢) فلا يتعدى إلى غيره.

قال: (وإن أعاره أرضاً للزراع لم يرجع إلى الحصاد. إلا أن يكون مما يُحصد قصيلاً فيحصده).

أما كونه لا يرجع إلى الحصاد إذا كان الزرع مما لا يُحصد قصيلاً؛ فلأن فيه ضرراً على المستعير.

وأما كونه يحصده إذا كان مما يحصد قصيلاً؛ فلأنه أمكن الرجوع من غير ضرر.

قال: (وإن أعارها للغراس والبناء، وشرط عليه القلع في وقت، أو عند رجوعه، ثم رجع: لزمه القلع. ولا يلزمه تسوية الأرض إلا بشرط. وإن لم يشرط عليه القلع لم يلزمه إلا أن يضمن له المعير النقص. فإن قلع فعليه تسوية الأرض. وإن أباى القلع فللمعير أخذه بقيمته. فإن أباى ذلك يباع لهما. فإن أباى البيع ترك بحاله).

أما كون المستعير يلزمه القلع مع الشرط؛ فلقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣).

ولأنه رضي بالتزام الضرر الداخِل عليه بالقلع.

وأما كونه لا يلزمه تسوية الأرض أي الحفر الحاصلة فيها بالقلع مع عدم الشرط؛ فلأنه رضي بعدم التسوية حيث لم يشرطها.

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤): ٣، ٣٠٤ كتاب الأفضية، باب في الصلح.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢): ٣، ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

وأما كونه يلزمه ذلك مع الشرط؛ فلما تقدم في القلع.
وأما كونه لا يلزمه القلع إلا عند عدم ضمان النقص؛ فلأن فيه ضرراً على المستعير.

وأما كونه يلزمه القلع عند ضمان النقص؛ فلأنه رجوعٌ من غير إضرار.
وأما كونه عليه تسوية الأرض إذا قلع وليس مشروطاً عليه قلع الغرس؛ فلأن القلع باختياره. لو امتنع منه لم يجبر عليه. فلزمه التسوية؛ كالمشتري لما فيه شفعة إذا أخذ غرسه^(١).

ونقل المصنف في المعني عن القاضي: لا يلزمه تسوية الحُفر؛ لأنه لما أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه كان ذلك رضاً منه بما يحصل بالقلع من التخريب^(٢)، فلم تلزمه التسوية كما لو شرط القلع. ولم يحك عن الأصحاب غيره. وحكى في الكافي الوجهين معاً.

وأما كون المعير له أخذ ذلك بقيمته إذا أوى المستعير القلع؛ فلأن غرسه حصل في ملك غيره. أشبه الشفيع مع المشتري.

وأما كون الغرس والأرض يباعان لهما إذا أبا ما ذكر؛ فلأن ذلك طريق إلى تحصيل مالية كل واحدٍ منهما.

ولا بد أن يلحظ في قوله: يباع لهما أن البيع يكون بالاتفاق لقوله بعد: فإن أبا البيع ترك بحاله.

فعلى هذا إذا يباع دفع إلى كل واحدٍ منهما حصته. وطريقه أن يقال: كم قيمة الأرض غير مغروسة؟ فيقال: عشرة. ويقال: كم تساوي مغروسة؟ فيقال: خمسة عشر. فيكون للمعير ثلثا الثمن، وللمستعير ثلثه.

(١) في ج: كالشفيع إذا أخذ غرسه.

(٢) في هـ: التحريث.

وأما كون ذلك يترك بحاله إذا أبيع؛ فلأن جائر التصرف لا يجبر على بيع ملكه إلا في دين.

قال: (وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر. وللمستعير الدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة. ولم يذكر أصحابنا عليه أجره من حين الرجوع، وذكروا عليه أجره في الزرع وهذا مثله فيخرج فيهما. وفي سائر المسائل وجهان).

أما كون المعير والمستعير لكل واحدٍ منهما التصرف بما تقدم ذكره؛ فلأن لكل واحدٍ حاجة إلى ذلك مع عدم ضرر صاحبه.

ولأن الملك يقتضي أن يملك المعير التصرف في ملكه مطلقاً. خولف فيما يضر المستعير للضرر فيبقى فيما عداه على مقتضاه. وإذنه للمستعير في الغرس والزرع إذن له فيما هو من ضروراته، والدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة من ضرورات ذلك، فملكه لشمول الإذن له عرفاً.

وأما كون المستعير لا أجره عليه في الشجر من حين الرجوع؛ فلأن بقاء ذلك بحكم العارية. فوجب كونه بغير أجره؛ كالخشب على الحائط.

وأما كونه عليه أجره في الزرع؛ فلأن المعير لما رجع اقتضى رجوعه أن المستعير لا يملك الانتفاع بالعارية. ضرورة بطلان الإذن المبيح لذلك بالرجوع. لكن الانتفاع لو منع منه إلى حصاد الزرع لأدى إلى ضرر المستعير. فوجب بقاؤه بأجره؛ لما فيه من الجمع بين الحقين.

وأما كون مسألة الغرس مثل مسألة الزرع فيما ذكر؛ فلاستوائهما في الرجوع الموجب لما ذكر.

فعلى هذا يخرج فيهما وفي كل موضع يشبههما وجهان وجههما^(١) ما تقدم.
قال: (وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه).

أما كون من ذكر غاصباً؛ فلأنه تصرف بغير إذن المالك، وذلك شأن الغاصب.

وأما كون الغاصب يأتي حكمه؛ فلأنه يأتي في باب الغصب^(٢).

قال: (وإن حمل السيل بذراً إلى أرض فبنت فيها فهو لصاحبه يبقى إلى الحصاد بأجرة مثله. وقال القاضي: لا أجرة له. ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته).

أما كون ما نبت لصاحب البذر لا لصاحب الأرض؛ فلأنه ثناء ملكه.
وأما كونه مبقى إلى الحصاد؛ فلأنه حصل في ملك غيره بغير تعدد منه، وفي قلعه إتلاف له فلم يجب عليه كما لو أذن له فيه، وكما لو حصل فصيلة في ملك غيره فلم يمكن إخراجه إلا بذبحه أو قلع الباب فإنه لا يجبر على ذبحه.

وأما كون صاحب الأرض له أجرة المثل عليه على المذهب؛ فلأنه انتفع بملك غيره بغير إذنه. فوجب عليه أجرة المثل؛ كالغاصب، وكما لو انقضت مدة المستأجر وله في الأرض زرع لم يفرط في زرعه.

وأما كونه لا أجرة له على قول القاضي؛ فلأنه حصل بغير تفریطه.

وأما كونه يحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته؛ فلأنه حصل زرع غيره في ملكه فكان له ذلك؛ كما لو غصب ملكه وزرع.

(١) في هـ: ووجهها.

(٢) رص: ٥١٨.

قال: (وان حمل غرس رجل فنبت في أرض غيره فهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الغاصب؟ على وجهين).

أما كون ما ذكر كغرس الشفيع على وجه؛ فلأنه ساواه في عدم التعدي. وأما كونه كغرس الغاصب على وجه؛ فلأنه ساواه في عدم الإذن. وحكم غرس الشفيع أن قلعه مجاناً غير مستحق. بخلاف غرس الغاصب. وقول المصنف: كغرس الشفيع فيه نظر؛ لأنه يوهم أن الغرس ملك الشفيع. كما أن قوله: كغرس الغاصب كذلك، وليس الغرس ملك الشفيع بل الشفيع إذا أخذ^(١) بالشفعة وكان المشتري قد غرس لا يملك الشفيع قلع الغرس من غير ضمان النقص، والعبارة الصحيحة أن يقال: كغرس المشتري لما فيه شفعة.

(١) ساقط من هـ.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر. والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وإن شرط نفي ضمانها. وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه. وعن الإمام أحمد أنه ذكر له ذلك فقال: «المسلمون على شروطهم»^(١)، فيدل على نفي الضمان بشرطه).

أما كون حكم المستعير حكم المستأجر في استيفاء المنفعة؛ فلأن المنافع صارت مملوكة له فكان حكمه حكم المستأجر لاشتراكهما في ذلك.

وأما كون العارية مضمونة مع عدم شرط نفي الضمان؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «بل عارية مضمونة»^(٢)، ويروى عنه عليه السلام أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(٣) رواه أبو داود.

ولأنه أخذ ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير استحقاق ولا إذن في الإتلاف. فكان مضموناً؛ كالغصب والمقبوض على وجه السوم.

(١) سبق تخريجه ص: ٥٠٦.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٠٣.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦١) كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٦) ٣: ٥٦٦ كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤدلة.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٠٠) ٢: ٨٠٢ كتاب الصلقات، باب العارية.

قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وأما كونها مضمونة مع شرط نفي الضمان على المذهب؛ فلما تقدم من الحديثين.

ولأن كل عقد اقتضى الضمان أو عدمه لم يغيره^(١) الشرط؛ كالبيع والوديعة والهبة والشركة والمضاربة.

وأما كونها لا تكون مضمونة على رواية؛ فلما ذكر الإمام أحمد من الحديث. ولأن الضمان حق المعير. فإذا شرط نفيه كان راضياً بإسقاط حقه، وإذا رضي بإسقاط حقه وجب أن يسقط؛ كما لو أذن له في إتلاف ماله. والأول أصح؛ لما تقدم. والحديث المراد به غير ذلك. جمعاً بينه وبين ما تقدم من الحديثين.

والفرق بين شرط نفي الضمان وبين الإذن في الإتلاف: أن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه، ويسقط حكمه. إذ لا ينعقد سبباً للضمان مع كونه مأذوناً في عكسه. أما إسقاط الضمان فهو نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك إلى المالك. ولا يملك الإذن فيه.

وأما كون العارية مضمونة بقيمتها؛ فلأن القيمة بدلٌ عنها في الإتلاف. فوجبت عند تلفها؛ كالإتلاف.

وأما كون الضمان حيث وجب معتبراً بيوم التلف؛ فلأنه حينئذ تحقق فوات العارية. فوجب اعتبار الضمان به.

وأما كون كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه؛ فلأن العقد إذا اقتضى شيئاً فشرط غيره يكون شرطاً لشيء، ينافي مقتضى العقد فلم يصح؛ كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه.

(١) في هذا يغير.

قال: (وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشقة فعلى وجهين).
 أما كون الأجزاء المذكورة تضمن على وجه؛ فلأن الثالف أجزاء مضمونة لو
 تلفت العين قبل تلفها. فوجب أن تضمن بالاستعمال؛ كسائر الأجزاء.
 وأما كونها لا تضمن على وجه؛ فلأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في
 الإتلاف، وما أذن في إتلافه لا يضمن؛ كالمنافع. وفارق ما إذا تلفت العين من
 حيث إنه لا يمكن تمييزها من العين.

ولأنه إنما أذن فيها على وجه الانتفاع، فإذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على
 غير الوجه الذي أذن فيه. فضمنها؛ كما لو أجر العين المستعارة.

قال: (وليس للمستعير أن يعير، فإن فعل فلف عند الثاني فله تضمين
 أيهما شاء. ويستقر الضمان على الثاني).

أما كون المستعير ليس له أن يعير؛ فلأن الانتفاع بالعارية مستفاد بالإذن لا
 بطريق المعاوضة. وهو يختلف باختلاف فاعله. فقد يرضى الشخص بانتفاع شخص
 دون آخر. وعلل المصنف ذلك في المغني بأن العارية: إباحة المنفعة. فلا يجوز أن
 يبيحها؛ كإباحة الطعام. وهذا صحيح على قول من يقول: العارية إباحة المنفعة، أما
 من يقول: هي هبة المنفعة فلا يصح ذلك وينبغي حينئذ أن يقال: المنفعة وإن كانت
 مملوكة للمستعير إلا أن الرقبة باقية على ملك المعير. ويلزم من استيفاء المنفعة السلطة
 على الرقبة. فوجب أن لا يملك ذلك إلا بإذن من المعير.

فإن قيل: هذا المعنى بعينه موجود في العين المستأجرة، وإجارتها جائزة.

قيل: الغرض من الإجارة غالباً الأجرة، وذلك لا يختلف. بخلاف العارية فإن
 الغرض فيها: نفع المستعير، وذلك يختلف بالنسبة إلى من ينتفع.

ولأن الإجارة من باب المعاوضة فهي أبلغ من العارية. ولا يلزم من الجواز في
 الإجارة الجواز في العارية؛ لقصورها عنها. ويمكن أن يقال: مقتضى الدليل أن لا

تجوز في الإجارة؛ لما ذكر، لكن المستأجر قد يستغني عن العين. فلو لم تجز الإجارة لأدى إلى فوات ماله وما قابله، وهذا مفقود في المستعير. فوجب بقاؤه على المنع، عملاً بمقتضى الدليل، السالم عن المعارض.

وأما كون مالك العارية له تضمين من شاء من المستعير أولاً والمستعير ثانياً إذا أعار^(١) الأول العارية لآخر؛ فلأن كل واحدٍ منهما متعد.

فإن قيل: إذا لم يعلم المستعير الثاني الحال لا يوصف بالتعدي.

قيل: إن علم فالعلة ما ذكر، وإن لم يعلم فيجب عليه الضمان لحصول التلف

في يده.

وأما كونه يستقر الضمان على الثاني؛ فلأن التلف حصل في يده.

قال: (وعلى المستعير مؤونة رد العارية. فإن ردّ الدابة إلى اصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ من الضمان إلا أن يردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده؛ كالسائس ونحوه).

أما كون مؤونة رد العارية على المستعير؛ فلأن النبي ﷺ قال: «العارية مؤدّاة»^(٢)، وقال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»^(٣). وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤونة الرد على من يجب عليه الرد.

وأما كونه لا يبرأ من الضمان إذا ردّ الدابة إلى اصطبل المالك؛ فلأنه لم يردها إلى المالك، ولا إلى وكيله. أشبه ما لو ردّها إلى أجنبي.

(١) في هـ: عار.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٠٣.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥١١.

وأما كونه لا يبرأ إذا ردها إلى غلامه الذي لم تجر عاداته بجريان ذلك على يده؛ فلأنه لم يقبضها مأذون له في القبض قولاً ولا عرفاً. أشبه ما لو ردها إلى الاصطبل.

وأما كونه يبرأ إذا ردها إلى من جرت عاداته بما تقدم ذكره؛ كالسائس ونحوه؛ فلأن العرف قائم مقام صريح الإذن.

فصل [إذا اختلف المعير والمستعير]

قال المصنف رحمه الله: (إذا اختلفا فقال: أجرتك، قال: بل أعرتني عقيب العقد. فالقول قول الراكب. وإن كان بعد مضي مدة لها أجره فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها. وهل يستحق أجره المثل أو المدعى إن زاد عليها؟ على وجهين).

أما كون القول قول الراكب مع الاختلاف عقيب العقد؛ فلأن المالك يدعي عقداً ينكره الراكب. فكان القول قوله؛ كسائر من أنكر.

وأما كون القول قول المالك فيما مضى مع الاختلاف بعد مضي مدة لها أجره؛ فلأن قابض العين ادعى الإذن في الانتفاع بغير عوض، والمالك ينكره، [والقول قول المنكر]^(١).

وأما كونه لا يقبل قوله فيما بقي؛ فلأنه يدعي عقداً الأصل عدمه، وشغل ذمة غيره، والأصل براءتها.

وأما كونه يستحق فيما يقبل قوله فيه أجره المثل على وجه؛ فلأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في قدر الأجرة وجب أجره المثل فمع الاختلاف في الأصل بطريق الأولى.

وأما كونه يستحق المدعى إن زاد على أجره المثل على وجه؛ فلأن المالك قبل قوله في الإجارة. فوجب أن يقبل في المدعى بالقياس عليها.

(١) زيادة من أ.

قال: (وإن قال: أعرتك، قال: بل أجرتي والبهيمة تالفة: فالقول قول المالك. وإن قال: أعرتني أو أجرتي، قال: بل غصبتني: فالقول قول المالك. وقيل: قول الغاصب).

أما كون القول قول المالك إذا ادعى العارية وادعى من العين في يده الإجارة والبهيمة تالفة؛ فلأنهما اختلفا في صفة القبض. والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان؛ لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى ترده»^(١).

وأما كون القول قول المالك فيما إذا قال من العين في يده: أعرتني أو أجرتي، فقال المالك: بل غصبتني على المذهب؛ فلما ذكر.

وأما كون القول قول الغاصب على قول؛ فلأن المالك يدعي عليه عوضاً، الأصل براءة ذمته منه.

ولأن الظاهر من اليد أنها بحق. فكان القول قول صاحب اليد.

(١) سبق تخريجه ص: ٥١١.

كتاب الغصب

الغصب حرامٌ بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقولهُ تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْخِلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وأما السنة فما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حُرَامٌ كَحَرَمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بِلَادِكُمْ هَذَا»^(١) رواه مسلم^(٢).

وعن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ أَخَذَ شَيْئاً مِنْ الْأَرْضِ ظُلْمًا طُوقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ»^(٣) متفق عليه.

وقال عليه السلام: «لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنِ طَيْبِ نَفْسِهِ»^(٤) رواه ابن ماجه والدارقطني والجوزجاني.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على تحريمه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٥٤): ٢: ٦٢٠ كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى. عن أبي بكر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨): ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٠٢٦): ٣: ١١٦٨ كتاب بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٠): ٣: ١٢٣١ كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٧١٤): ٥: ٧٢.

وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢): ٣: ٢٦. كتاب البيوع. كلاهما عن أبي حرة الرقاشي عن عمه. ولم أره في ابن ماجه.

قال المصنف رحمه الله: (وهو: الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق. وتضمن أم الولد والعقار بالغصب. وعنه: ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغصب).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق؛ فبيان لمعنى الغصب شرعاً.

وأما كون أم الولد تضمن بالغصب؛ فلأنها تجري مجرى المال. بدليل أنها تضمن بالقيمة في الإتلاف.

ولأنها مملوكة. أشبهت المدبرة.

وأما كون العقار يضمن بالغصب على المذهب؛ فلقوله عليه السلام في بعض ألفاظ الحديث: «من غصب شيئاً من أرض طوَّقه يوم القيامة من سبع أرضين»^(١).
أخبر أنه غصب.

ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب؛ كالمقول.

وأما كونه لا يضمن بالغصب على رواية؛ فلأنه لا يوجد فيه النقل والتحويل. فلم يضمن؛ كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع.

ولأن الغصب إثبات اليد على المال تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك في العقار.

والأول أصح؛ لما ذكر.

(١) سبق تخريجه من حديث سعيد بن زيد ص: ٥١٨. ولم أتف عليه بهذا اللفظ: «من غصب ...». نعم روى الطبراني في الكبير من حديث وائل بن حجر: «من غصب رجلاً أرضاً لقي الله وهو عليه غضبان» (٢٥) ٢٢:

المتع في شرح المقنع

قال: (وإن غصب كلباً فيه نفع، أو خمر ذمي : لزمه رده. وإن أتلفه لم تلزمه قيمته. وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه رده؟ على وجهين. فإن دبغه وقلنا بطهارته لزمه رده).

أما كون الغاصب يلزمه رد الكلب ذي النفع؛ فلائنه يجوز اقتناؤه والانتفاع به. فلزم رده؛ كسائر الأموال المنتفع بها.

وأما كونه يلزمه رد خمر الذمي؛ فلائنه يُقرُّ على شربها.

ولأنها مالٌ عنده. فلزم ردها؛ كسائر أمواله.

وأما كونه لا يلزمه قيمة الكلب إذا أتلفه؛ فلائنه ليس له عوض شرعي؛ لأنه لا يجوز بيعه.

وأما كونه لا يلزمه قيمة خمر الذمي إذا أتلفها؛ فلما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام»^(١). متفق على صحته.

وما حرم بيعه لا لحرمة لم تجب قيمته؛ كالميتة.

ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي؛ كالمرتد.

وأما كونه يلزمه رد جلد الميتة ففيه وجهان مبينان على الروايتين في طهارته بالدبغ: فعلى رواية الطهارة: يلزمه رده؛ لأنه يمكن إصلاحه. أشبه الثوب النجس، وعلى الأخرى: لا يلزمه رده؛ لأنه لا سبيل إلى إصلاحه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢١) ٢: ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨١) ٣: ١٢٠٧ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

وأما^(١) كونه يلزمه رده إذا دبغه وقلنا بطهارته؛ فلأنه طاهر له قيمة . فلزمه رده؛ كسائر الأموال الطاهرة.

قال: (وإن استولى على حر لم يضمنه بذلك إلا أن يكون صغيراً ففيه وجهان. فإن قلنا : لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحُلِيِّه؟ على وجهين).

أما كون الغاصب لا يضمن الحر الكبير بالاستيلاء؛ فلأنه ليس بمال.

وأما كونه لا يضمن الصغير في وجه؛ فلما ذكر في الحر الكبير.

وأما كونه يضمنه في وجه؛ فلأنه لا يقدر على الامتناع فجرى مجرى القماش.

وأما كونه يضمن ما عليه إذا قلنا [يضمن فلا إشكال.

ولأنه حينئذ بمنزلة عبد عليه قماش.

وأما كونه لا يضمنه إذا قلنا^(٢) لا يضمن على وجه؛ فلأنه تبع لما لا يضمن.

فلو ضمن لرجح التابع على المتبوع.

وأما كونه يضمنه على وجه؛ فلأن عدم الضمان في الصغير لكونه ليس بمال،

وهذا مفقودٌ فيما عليه.

قال: (وإن استعمل الحر كرهاً فعليه أجرته. وإن حبسه مدة فهل تلزمه

أجرته؟ على وجهين).

أما كون المستعمل للحر كرهاً عليه أجرته؛ فلأن منافع الحر مالٌ. بدليل

صحة مقابلتها بالمال في باب الإجارة. وإذا كانت مالاً وجب أن تضمن؛ كسائر

الأموال.

(١) في هـ: أما.

(٢) ساقط من هـ.

المتع في شرح المقنع

وأما كونه تلزمه أجرته إذا حبسه مدة على وجه؛ فلأنه فوت منفعه . أشبه ما لو استعمله .

وأما كونه لا تلزمه على وجه؛ فلأنه ما استعمله . أشبه ما لو لم يحبسه .

فصل [في رد المغضوب]

قال المصنف رحمه الله: (ويلزمه رد المغضوب إن قدر على رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته. وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده. وإن بنى عليه لزمه رده. إلا أن يكون قد بلي. وإن سمر بالمسامير باباً لزمه قلعها وردّها).
أما كون الغاصب يلزمه ردّ المغضوب مع القدرة على رده؛ فلأن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»^(١).

ولأن حق المغضوب منه متعلق بعين ماله ولا يتحقق ذلك إلا برده.
وأما قول المصنف رحمه الله: وإن غرم عليه أضعاف قيمته فتبينة على أن غرامة الغاصب على رده لا تسقط الرد؛ لأنه هو المتعدي فلم يُنظر إلى مصلحته. ولأنه هو المفرط فكان أولى بالغرامة.
وأما كونه يلزمه تخليصه ورده إذا خلطه بما يتميز منه؛ فلأنه أمكنه ردّ مال غيره فلزمه ذلك كما لو لم يخلطه بغيره.
وأما كونه يلزمه ردّ ما بُني عليه إذا لم يكن قد بلي؛ فلأنه مغضوبٌ يمكن رده. فوجب؛ كما لو لم يبن عليه.
وأما كونه لا يلزمه رده إذا كان قد بلي؛ فلأنه هلك فلم يلزم رده؛ كما لو غضب شيئاً فتلف.

(١) سبق تخريجه ص: ٥١١.

وأما كونه يلزمه قلع المسامير من الباب المسمّرة فيه؛ فلأن ردها واجب لما يأتي، ولا يمكن ذلك إلا بالقلع، ولا أثر لضرره؛ لأنه حصل بتعدّيه.
وأما كونه يلزمه ردها؛ فلأن ذلك حقّ يمكن إيصاله إلى مستحقه فلزمه ردها؛ كما لو كانت باقية لم يسمرها فيه.

قال: (وإن زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها. وإن أدركها ربّها والزرع قائم خيّر بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه. وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على روايتين. ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب، وعليه الأجرة).

أما كون أجرة الأرض على زارعها غصباً إذا ردّ الأرض بعد أخذ الزرع؛ فلأنه استوفى نفعها. فوجب عليه عوضه؛ كما لو استوفاه بالإجارة.
ولأن المنفعة مالٌ. فوجب أن تضمن؛ كالعين.

وأما كون رب الأرض يخيّر بين ترك الزرع إلى الحصاد بالأجرة، وبين أخذه بعوضه على المذهب؛ فلأن كل واحدٍ منهما يُحصّل غرضه. فملك الخيرة بينهما، تحصيلاً لغرضه.

ولأن الحق له. فإذا تركه بأجرة مثله كان رضاً منه بأخذ عوضه. فكان له ذلك؛ كالأرض المستأجرة إذا انقضت الإجارة، وفيها زرع فرط في إيقائه.

وإذا أخذه بعوضه كان ذلك له؛ لما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء، وله نفقته»^(١).
رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣-٣٤) ٣: ٢٦١ كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٦) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنه.

وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٤٦٦) ٢: ٨٢٤ كتاب الرهون، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنه.

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأن الغاصب لا يجبر على قلع الزرع .
 وصرح به في المغني وغيره؛ لأن في أخذه بعوضه أو تركه بأجرته جمعاً بين الحقين .
 ولأنه لو حمل في سفينة غيره مائلاً وأدخلها لجة البحر لا يجبر على إلقاء المتاع
 في البحر . ولو غصب لوحاً فرقع به سفينة لم يجبر على قلعه في لجة البحر . فكذلك
 هاهنا .

ولأنه زرعٌ حصل في ملك غيره . فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به ؛ كما
 لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة .

وأما كون عوض الزرع قيمته وقت أخذه على رواية؛ فلأنها بدل عن الزرع
 فتقدرت بقيمته .

ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك . فوجب أخذه بقيمته ؛ كما لو
 أخذ الشقص المشفوع .

قال المصنف في المغني: فعلى هذا ينبغي^(١) أن يجبر على الغاصب أجرة الأرض
 إلى حين تسليم الزرع؛ لأن الزرع كان محكوماً له به ، وقد شغل به أرض غيره .
 وأما كونه له^(٢) نفقته على رواية؛ فلما تقدم من الحديث .

والنفقة: هي ما أنفق من البذر ، وموونة الزرع في الحرث ، والسقي ، وغيره .

وأما كون الزرع يحتمل أن يكون للغاصب؛ فلأنه نماء البذر ، وهو ملكه .

وأما كون الأجرة عليه؛ فلأنه استوفى منفعة الأرض . فلزمته الأجرة لما تقدم .

والأول أصح؛ لما تقدم من الحديث ، والجمع بين الحقين .

☞

وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٣٠٨) : ٤ : ١٤١ .

(١) في هذا يجب .

(٢) ساقط من هـ .

قال: (وإن غرسها أو بنى فيها أخذ بقلع غرسه، وبنائه، وتسوية الأرض، وأرش نقصها، وأجرتها).

أما كون الغاصب يؤخذ بقلع غرسه؛ فلقوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق»^(١) رواه أبو داود والترمذي: وقال: حديث حسن^(٢).

ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير إذنه. فلزمه تفرغه؛ كما لو جعل فيه قماشاً.

فإن قيل: فما الفرق بينه وبين الزرع؟

قيل: الزرع لا تطول مدته. بخلاف الغرس.

وأما كونه يؤخذ بقلع بنائه؛ فلأنه يؤخذ بقلع الغرس لما تقدم؛ فلأن يؤخذ بقلع بنائه بطريق الأولى؛ لأن ضرر البناء أكثر وأدوم.

وأما كونه يؤخذ بتسوية الأرض وأرش النقص؛ فلأنه نقص حصل بسبب تعديّه.

وأما كونه يؤخذ بالأجرة؛ فلما تقدم.

قال: (وإن غصب لوحاً فوقع به سفينة لم يقلع حتى ترسي).

أما كون اللوح لا يقلع قبل إرساء السفينة؛ فلأن في قلعه إفساداً لمال الغير مع إمكان ردّ الحق إلى مستحقه بعد زمن يسير.

وأما كلام المصنف رحمه الله فمشعرٌ بأمرين:

أحدهما: أن اللوح يُقلع إذا أُرست السفينة وهو صحيح؛ لأنه أمكن ردّ الحق إلى مستحقه من غير ضرر أحد.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج، باب في إحياء الموات.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات.
(٢) ساقط من هـ.

وثانيهما: أنه لا فرق بين مال الغاصب وبين غيره؛ لا شترًا كهما.
وقال صاحب النهاية فيها بعد ذكر مال الغاصب: ويحتمل أن يُقْلَع، ولا يُنظَر
ذلك؛ كما لا يُنظَر وقوع البناء الذي بُني على دَفِّ غُصْب. ثم قال: والأول أصح؛
لأن ضرر المالك في السفينة يزول عن قريبٍ والبناء يراود للتأييد.

قال: (وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليهِ
قيمته. إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟
على وجهين. وإن مات الحيوان لزمه رده إلا أن يكون آدمياً).

أما كون الغاصب عليه قيمة الخيط الذي خاط به جرح حيوان غير مأكول؛
فلأنه تعذر ردّ الخيط إلى صاحبه. فوجب^(١) أن يجب بدله وهو القيمة.

وقول المصنف: فعليهِ قيمته مشعرٌ بأنه: لا يلزمه قلعه. وصرح به في المغني؛
لأن الحيوان أكد حرمةً من المال. ولهذا يجوز أخذ مال الغير لحفظ حياته.

وأما كونه لا يلزمه رده إذا خاط به جرح حيوان مأكول على وجه؛ فلما
تقدم من أن الحيوان أكد حرمةً في نفسه، وقد «نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير
مأكلة».

وأما كونه يلزمه رده على وجه؛ فلأنه يمكنه ذبح الحيوان، والانتفاع بلحمه،
وذلك جائز.

وقول المصنف: للغاصب مشعرٌ بأن الوجهين في ملك الغاصب، فإن كان
ملكاً لغيره لم يلزمه رده، وصرح به في المغني؛ لأن فيه ضرراً بصاحب الحيوان،
والضرر لا يزال بالضرر. ولا يجوز إتلاف مالٍ مَنْ لم يجن، صيانةً لمالٍ آخر.

(١) في هذا يجب.

وأما كونه يلزمه الردّ بعد موت الحيوان غير الآدمي؛ فلأن الدليل يقتضي الرد، لكونه إيصالاً للمال إلى مالكة خولف فيما إذا كان الحيوان حياً لحرمة. فبقي فيما عدا الحيوان على مقتضى الدليل.

ولأن عدم الرد في الحياة إنما كان خشية التلف فإذا مات أمكن ذلك. وأما كونه لا يلزمه الرد في الآدمي الميت؛ فلأن حرمة الميت كحرمة الحي، وقد جاء في الحديث: «كسّر عظم الميت ككسّر عظم الحي»^(١).

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٢٠٧) ٣: ٢١٢ كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتكف ذلك المكان. وأخرجه ابن ماجه في سننه (١٦١٧) ١: ٥١٦ كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت. قال في الزوائد: في إسناده عبد الله بن زياد، مجهول. ولعله عبد الله بن زياد بن سمعان المدني، أحد المتروكين.

فصل [إذا رد المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن زاد لزمه ردّه بزيادته. سواء كانت متصلة؛ كالسمن، وتعلم صنعة، أو منفصلة؛ كالولد، والكسب. ولو غصب جارحاً فصاد به، أو شبكة، أو شركاً فأمسك شيئاً، أو فرساً فصاد عليه، أو غنم: فهو للمالك).

أما كون الغاصب يلزمه ردّ المغصوب؛ فلما تقدم^(١).

وأما كونه يلزمه ردّ زيادته؛ فلأنها نماء ملك المالك. فلزم ردها؛ كالأصل.

وأما كون الزيادة المتصلة والمنفصلة سواء في لزوم الرد؛ فلاشترأكما في كونهما نماء ملك المغصوب منه.

وأما كون الصيد والغنيمة في المسائل المذكورة للمالك الجارح والشبكة والشرك والفرس؛ فلأن ذلك كله حصل بسبب ملكه. فكان له؛ كما لو غصب دابة فحمل عليها مال غيره. فإن الأجرة مستحقة للمالك دونه.

قال: (وإن^(٢) غصب ثوباً فقصره، أو غزلاً ففسجه، أو فضة أو حديداً فضربه، أو خشباً فنجره، أو شاة فذبحها وشواها: ردّ ذلك بزيادته، وأرش نقصه، ولا شيء له. وعنه: يكون شريكاً بالزيادة. وقال أبو بكر: يملكه وعليه قيمته).

(١) ص: ٥٢٣.

(٢) في هـ: ولو.

المتع في شرح المقنع

أما كون الغاصب يلزمه ردّ ذلك كله بزيادته على المذهب؛ فلأن ذلك عين المال المغصوب منه. فلزمه رده إليه؛ كما لو ذبح الشاة ولم يشوها.

ولأن كل ما فعله الإنسان بماله لا يزيل ملكه عنه، إذا فعله بملك غيره لا يزيل ملكه عنه؛ لأن الفعل المذكور إذا لم يكن صالحاً للإزالة. فلأن لا يكون صالحاً للإزالة في ملك غيره بطريق الأولى.

وأما كونه يردّ أورش النقص إن نقص المغصوب بذلك؛ فلأنه حصل بفعله. وأما كون الغاصب لا شيء له بعمله المؤدي إلى الزيادة على المذهب؛ فلأنه تبرع في ملك غيره.

وأما كونه شريكاً بالزيادة على رواية؛ فلأن الزيادة حصلت بمنافعه، والمنافع تجرى مجرى الأعيان. أشبه ما لو غصب ثوباً فصبغه. وفرّق المصنف بينهما بأن الصبغ عين مال لا يزول ملك مالكة عنه بجعله مع ملك غيره. بخلاف ما ذكر. وذكر أبو الخطاب: أنه يكون شريكاً على الصحيح.

وأما كونه يملك ذلك وعليه قيمته على قول أبي بكر؛ فلأنه يروي «أن النبي ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم. فقدموا إليه شاة مشوية. فجعل يلوكها ولا يسيغها. فقال: إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق. فقالوا: نعم يا رسول الله! طلبنا شاة في السوق فلم نجد. فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها. فقال النبي ﷺ: أطمعوها الأسرى»^(١).

وجه الدلالة: أنه لو لم ينقطع ملك المالك لأمر بردها إليه.

(١) لم أتف عليه هكذا. وقد أخرج أحمد في مسنده عن جابر: «أن رسول الله ﷺ وأصحابه مروا بامرأة. فذبحت لهم شاة واتخذت لهم طعاماً. فلما رجع قالت: يا رسول الله! إننا اتخذنا لكم طعاماً فادخلوا فكلوا. فدخل رسول الله ﷺ وأصحابه، وكانوا لا يتلبثون حتى يتبدأ النبي ﷺ. فأخذ النبي ﷺ لقمة. فلم يستطع أن يسيغها. فقال النبي ﷺ: هذه شاة ذبحت بغير إذن أهلها. فقالت المرأة: يا نبي الله! إننا لا نختشم من آل سعد بن معاذ ولا يختشمون منا. نأخذ منهم ويأخذون منا». (٤٨٢٧) ٣: ٣٥١.

وذكر المصنف في المغني : أن كلام أحمد يدل على أن الغاصب ملكها بالقيمة . ثم قال : إلا أن المذهب ما قلناه . يعني : أن الملك باقٍ على ملك مالكة ، ووجهه^(١) ما تقدم . ثم^(٢) قال : والحديث غير معروف كما روي .

قال : (وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ، ووضع ترابها في أرض مالكها : لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين) .

أما كون الغاصب لا يملك طم البئر المتقدم ذكرها إذا أبرأه المالك من الضمان في وجهه ؛ فلأنه إتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله ؛ كما لو غصب نقرة فضر بها دراهم ثم أراد ردها نقرة .

وأما كونه يملك طمها في وجهه ؛ فلأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك له ؛ لأنه إبراء مما لم يجب بعد .

ولأنه إبراء من حق غيره ، وهو الواقع فيها .

وكلام المصنف في المغني يشعر بتزجيج الأول ؛ لأنه قال بعد ذكر المسألة : ولنا : أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي ، فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان ، وليس هذا إبراء مما لم يجب إنما هو إسقاط للتعدي لرضاه بذلك .

وفي تقييد المصنف الخلاف المذكور بوضع التراب في أرض المالك ، وإبراءه : إشعاراً بأن الغاصب إذا وضع التراب في أرض غير المالك ، أو لم يبرئه صاحب الأرض لا يجري الخلاف المذكور . وهو صحيح : أما مع كون التراب في أرض غير المالك ؛ فلأن التراب متى كان في أرض غير^(٣) المالك كان له في طم البئر غرض منه ، أمته من إلزامه نقل التراب إلى موضع يستضر بنقله إليه .

(١) في هـ: ووجه .

(٢) ساقط من هـ .

(٣) ساقط من هـ .

وأما مع عدم إبراء المالك من الضمان؛ فلما فيه من الضرر اللاحق به، المنفي شرعاً.

قال: (وإن غصب حباً فزرعه، أو أيضاً فصار فرجاً، أو نوى فصار غرساً : ردّه، ولا شيء له. ويتخرج فيه مثل الذي قبله).

أما كون الغاصب يرد ما ذكر على المذهب؛ فلأنه عين مال مالكة.
وأما كونه لا شيء له؛ فلأنه تبرع بفعله.

وأما كون ما ذكر يتخرج فيه مثل الذي قبله. والمراد به الغزل إذا نسج؛ فلأنه يساويه معنى. فوجب أن يساويه حكماً.

فصل [إذا نقص المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن نقص لزمه ضمان نقصه بقيمته، رقيقاً كان أو غيره. وعنه: أن الرقيق يُضمن بما يضمن به في الإتلاف. ويتخرج أن يضمن بأكثر الأمرين منهما. وإن غصبه وجنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين. وإن جنى عليه غير الغاصب فله تضمين الغاصب أكثر الأمرين، ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية. وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقي من النقص. وإن غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته. وعنه: في عين الدابة من الخيل والبغال والحمير ربع قيمتها. والأول أصح).

أما كون الغاصب يلزمه ضماناً ما نقص من عين الرقيق بالقيمة؛ فلأنه يُضمن بذلك في الإتلاف فكذا هاهنا؛ لاشتراكهما في التلف تحت يد عادية.

وأما كون الرقيق يُضمن بذلك على المذهب؛ فبالقياس على غيره؛ لاشتراكهما في التلف.

وأما كونه يُضمن بما يضمن به في الإتلاف. على رواية؛ فكما لو أتلفه غير الغاصب.

وأما كونه يتخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين المتقدم ذكرهما؛ فلأن في ذلك ردعاً للغاصب، وكما لو غصبه ثم أتلفه.

المتع في شرح المقنع

وأما كونه يضمن أكثر الأمرين إذا غضبه وجنى عليه؛ فلأنه وجد سبب ضمان كل واحدٍ منهما. فوجب اعتبار أكثرهما ترتيباً على السبب الموجب^(١) ما يقتضيه.

وأما كون المالك له الخيرة بين تضمين الغاصب وبين تضمين الجاني إذا جنى عليه غير الغاصب؛ فلأن كل واحدٍ منهما متعدٌّ؛ أما الغاصب؛ فلأن النقص حصل في يده، وأما الجاني؛ فلأن النقص حصل بإتلافه.

فعلى هذا إن ضمن الغاصب ضمنه أكثر الأمرين لما تقدم. ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجنائية، لأنه هو المتلف. وإن ضمن الجاني ضمنه أرش الجنائية لا أكثر الأمرين؛ لأن أكثر الأمرين إنما وجب لوجود اليد العادية، ولا يد للجاني^(٢)، وضمن الغاصب ما بقي من أكثر الأمرين؛ لأنه كان يجب عليه أكثر الأمرين. سقط منه قدر أرش الجنائية؛ لأنه استوفى من فاعلها فبقي الباقي على ما كان عليه. وأما كونه يلزمه ردّ العبد إذا خصاه؛ فلأنه عينٌ ملك غيره.

وأما كونه يلزمه ردّ قيمته؛ فلأن الخصيتين يجب فيهما كمالُ القيمة؛ كما يجب فيهما كمالُ الدية من الحرّ.

وأما كون الدابة من الخيل والبغال والحمير يضمن عينها بربع قيمتها على رواية؛ فلما روى زيد بن ثابت «أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها». وروى عن عمر رضي الله عنه «أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة: إنا كنا ننزلها منزلة الأدمي. إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن»^(٣).

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: الجاني.

(٣) أخرجه عبدلرزاق في مصنفه نحوه (١٨٤١٨) ١٠: ٤٠٠ كتاب العقول، باب عين الدابة.

وأما كون الأول أصح . والمراد به أن المغصوب يضمن نقصه بالقيمة ، رقيقاً كان أو غيره ؛ فلما ذكر .

ولأن ضمان اليد ضمان المال فكان الواجب فيه ما نقص ؛ كالثوب . وحديث زيد لا يُعرف صحته ولو صح لما احتج الإمام أحمد وغيره بحديث عمر ، وتركوا قول النبي ﷺ . وقول عمر محمول على أن ذلك كان قدر نقصها ؛ كما روي عنه « أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً »^(١) . ولو كان تقديراً لوجب في العين نصف الدية كعين الآدمي .

قال : (وإن نقصت العين لتغير الأسعار لم يضمن . نص عليه . وإن نقصت القيمة لمرض ثم عادت بيرثه لم يلزمه شيء . وإن زاد من جهة أخرى ؛ مثل : إن تعلم صنعة فعادت القيمة ضمن النقص) .

أما كون الغاصب لا يضمن النقص لتغير الأسعار على المنصوص ؛ فلأنه ردّ المغصوب بحاله ، لم ينقص منه عين ولا أثر . فلم يجب عليه شيء ؛ كما لو لم ينقص في السوق .

وأما كونه لا يلزمه شيء إذا نقصت القيمة لمرض ، ثم عادت بيرثه ؛ فلأنه عاد ما ذهب . أشبه ما لو أبق العبد ثم عاد .

وأما كونه يضمن بعض ما زاد من جهة أخرى ؛ مثل : إن تعلم صنعة ، وعادت القيمة ؛ فلأن حدوث المرض أوجب الضمان ، والزيادة حدثت على ملك المغصوب منه . فلا ينجر ملك الإنسان بملكه .

قال : (وإن زادت القيمة لسمن أو نحوه . ثم نقصت : ضمن الزيادة . وإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها لم يضمنها في أحد الوجهين . وإن كانت من

(١) لم أتف عليه هنا . وقد أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن قتادة قال : « قضى عمر بن الخطاب في العين القائمة إذا نقت بثلث ديها » . (١٧٤٤١) : ٩ / ٣٣٤ كتاب العقول ، باب العين القائمة .

غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها . وإن غصب عبداً مفراطاً في السَّمْنِ ، فهزِلَ ، فزادت قيمته : ردّه ولا شيء عليه).

أما كون الغاصب يضمن زيادة القيمة بسِمْنٍ أو نحوه إذا نقصت؛ فلأنها زيادة في عين المغصوب . فوجب أن يضمّنها؛ كما لو طالبه بردها فلم يردّها .

وأما كونه إذا عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها؛ كمن غصب عبداً قيمته مائة فسَمِنَ فصارت قيمته مثلاً مائتين . ثم ذهب السَّمْنُ فصارت قيمته مائة . ثم سَمِنَ فصارت قيمته مائتين لا يضمن الزيادة وهي هنا مائة في وجهه؛ فلما ذكر في براء العبد بعد مرضه .

وأما كونه يضمّنها في وجهه؛ فكما لو كانت الزيادة من جنس آخر .

وأما كون الضمان لا يسقط إذا كانت الزيادة من غير جنس الأولى؛ فلما ذكر في الصحيح إذا مرض ثم تعلم صنعة .

وأما كونه يردّ العبد إذا غصبه مفراطاً في السَّمْنِ فهزِلَ فزادت قيمته؛ فلأنه عين ملك غيره .

وأما كونه لا شيء عليه؛ فلأنه لم تنقص قيمته .

قال: (وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر؛ كحنطة ابتلت وعفنت ؛ خَيْرٌ بين أخذ مثلها ، وبين تركها حتى يستقر فسادها . ويأخذها وأرش نقصها) .

أما كون مالك ما ذكر يخير بين ما ذكر؛ فلأنه لا يمكن أن يجب له المثل؛ لأن عين حقه موجودة، ولا يمكن أن يجب له أخذها في الحال؛ لأنه لا يخلو: إما أن يجب مع الأرش النقص، أو لا، مع أرشه، وكلاهما باطل: أما الأول؛ فلأنه يلزم منه سقوط حقه بسبب النقص .

وأما الثاني؛ فلأن أرش العيب قبل استقرار العيب لا يمكن معرفته ولا ضبطه . وإذا كان الأمر كذلك كان له الخيرة بين أخذ المثل؛ لأن في التأخير إلى أن يستقر

الفساد ضرراً، وقد تغرر قبولها معيبة في الحال؛ لما تقدم فلم يبق سوى المثل، وبين تركه حتى يستقر الفساد؛ لأن التأخير ضرر^(١) عليه. فإذا رضي بإسقاطه سقط فإذا استقر أخذ العين؛ لأنها ملكه، وأخذ أرش النقص من الغاصب؛ لأنه حصل بجنايته. أشبه تلف الجزء المغصوب.

قال: (وإن جنى المغصوب فعليه أرش جنايته. سواء جنى على سيده أو غيره. وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر).

أما كون أرش جناية المغصوب على الغاصب؛ فلأنه نقص في مالية العبد لكونه يتعلق برقبته فكان مضموناً على الغاصب؛ كسائر النقص. وأما كون جنايته^(٢) على سيده وجنايته على غيره سواء؛ فلحصولهما تحت يده العادية.

وأما كون جنايته على الغاصب وعلى ماله هدرًا؛ فلأنها إذا كانت على الغير كانت على الغاصب، وإذا كانت على نفسه أو ماله وجب أن تكون هدرًا؛ كسيد غير المغصوب إذا جنى عبده عليه أو على ماله.

قال: (وتضمن زوائد الغصب؛ كالولد، والثمرة إذا تلفت، أو نقصت؛ كالأصل).

أما كون زوائد الغصب تضمن؛ فلأنها مال غيره، حصلت في يده بالغصب. فضمنت بالتلف؛ كما لو أتلفها^(٣)، وقياساً على الأصل. وأما قول المصنف رحمه الله: إذا تلفت أو نقصت؛ فيان لنوعي ما يجب به الضمان.

(١) في هـ: ضرراً.

(٢) سقط من هـ.

(٣) في هـ: أتلفها.

المتنع في شرح المقنع

وأما قوله: كالأصل؛ فإشارة إلى أن كل ما يضمن به الأصل يضمن به الزوائد
لينبه على ذلك، ولينتقل كل حكم ثابت في الأصل إلى زوائده.

فصل [إذا خلط المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز؛ مثل: إن خلط حنطة، أو زيتاً بمثله: لزمه مثله منه في أحد الوجهين، وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء).

أما كون الغاصب إذا خلط المغصوب بماله كما ذكر يلزمه ردّ المثل فلا خلاف فيه؛ لأنه مثلي.

وأما كون المثل من المختلط في وجه؛ فلائنه يقدر على دفع بعض ماله فلم ينتقل إلى بدله.

وأما كونه من حيث شاء في وجه؛ فلائنه تعذر ردّ عين ماله بالخلط. فوجب مطلق المثل.

قال: (وإن خلطه بدونه، أو خيّر منه، أو بغير جنسه: لزمه مثله في قياس التي قبلها. وظاهر كلامه: أنهما شريكان بقدر ملكيهما).

أما كون من خلط ما ذكر يلزمه المثل في قياس التي قبلها؛ فلائنه صار بالخلط مستهلكاً. ولهذا لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع كسائر الغرماء.

ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له الانتقال إلى بدله؛ كما لو كان تالفاً.

المتع في شرح المقنع

وأما كونهما شريكين بقدر ملكيهما في ظاهر كلام أحمد؛ فلائه إذا فعل ذلك وصل كل واحد إلى عين ماله، وعند إمكان الرجوع إلى عين المال لم يُرجع إلى البذل.

فعلى هذا يباع، ويقسم بينهما على قدر ملكيهما.

قال: (وإن غصب ثوباً فصبغه، أو سوقاً فلتته بزيت، فنقصت قيمتهما، أو قيمة أحدهما: ضمن النقص. وإن لم تنقص ولم تزد، أو زادت قيمتهما: فهما شريكان بقدر ماليهما. وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه).

أما كون الغاصب يضمن النقص إذا نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما؛ فلائه نقص حصل بتعديه. فضمن؛ كما لو أتلف بعضه.

ولا بد أن يلحظ أن النقص هنا بسبب العمل. فإن كان بسبب تغير السعر لم يضمه. صرح به المصنف في المغني.

وأما كونهما شريكين بقدر ماليهما إذا لم ينقص ولم يزد، أو زادت قيمتهما؛ فلائن عين الصبغ ملك الغاصب، واجتماع الملكين يقتضي الاشتراك.

وأما كون الزيادة لصاحب الملك الذي زادت قيمته؛ فلائها تبع للأصل.

قال: (فإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه. ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص).

أما كون كل واحد من الغاصب والمغصوب منه لا يجبر على قلع الصبغ على الأول؛ فلائن المزيد إما المغصوب منه وإما الغاصب: فإن كان المغصوب منه لم يجبر الغاصب عليه؛ لأن الصبغ يهلك بالإخراج وقد أمكن وصول الحق إلى صاحبه بلونه وهو البيع، وإن كان الغاصب لم يجبر المغصوب منه؛ لأن ماله ينقص بسبب أخذه.

وأما كون المغصوب منه يحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص؛ فلأن المانع ما يلحقه من الضرر، فإذا ضمنه الغاصب انتفى. فوجب أن يجبر. عملاً بالمقتضي له، السالم عن المعارض.

واعلم أن المذهب فيما ذكر: أن الغاصب إذا أراد قلع الصبغ أجزر المالك، وأن المالك إذا أراد قلعها لم يجبر الغاصب؛ لأن ضرر المالك يندفع بضمان الغاصب نقص الثوب بالقلع. بخلاف الغاصب فإن ضرره لا يندفع لفوات صبغه بالكلية. وقال المصنف في المعني: إن لم يكن للصبغ قيمة إذا قلع، فأراد الغاصب القلع: لم يكن له ذلك؛ لأنه سفة.

قال: (وإن وهب الصبغ للمالك، أو وهبه تزويق الدار، ونحوها. فهل يلزم قبولها؟ على وجهين).

أما كون المالك يلزمه القبول على وجه؛ فلأن الصبغ صار من صفات العين. فهو كزيادة الصفة في السلم.

وأما كونه لا يلزمه على وجه؛ فلأن الصبغ عين يمكن إفرادها. فلم يلزمه قبولها؛ كما لو وهبه عيناً مفردة.

قال: (وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً، أو زيتاً فلت به سويقاً: احتتمل أن يكون كذلك، واحتتمل أن تلزمه قيمته، أو مثله إن كان مثلياً).

أما كونه يحتمل أن يكون الغاصب والمغصوب منه شريكين بقدر ماليهما، وهو المعني بقول المصنف رحمه الله: احتتمل أن يكون كذلك فقياس على ما إذا غصب ثوباً فصبغه.

وأما كونه يحتمل أن يلزم الغاصب مثله إن كان مثلياً، وإلا فقيمتها؛ فلأن الصبغ والزيت صار في الثوب والسويق مستهلكين. أشبه ما لو أنلفهما.

قال: (وان غصب ثوباً وصبغاً، فصبغه به : ردّه وأرّش نقصه، ولا شيء له في زيادته).

أما كون الغاصب يرد الثوب؛ فلأنه عين ملك غيره.
وأما كونه يرد أرش النقص؛ فلأنه حصل بفعله.
وأما كونه لا شيء له في زيادته؛ فلأنه متبرع.

فصل [إذا وطئ الجارية المغصوبة]

قال المصنف رحمه الله: (وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر وإن كانت مطاوعة، وأرش البكارة. وعنه: لا يلزمه مهر الثيب. وإن ولدت فالولد رقيق للسيد. ويضمن نقص الولادة).

أما كون الواطئ عليه الحد؛ فلأنه زان فيدخل تحت الأدلة الموجبة للحد. وأما كونه عليه المهر إذا كانت الموطوعة بكراً؛ فلأن المهر يجب بالوطء في غير زوجته وأمه. دليله وجوبه في وطء الحرة.

وأما كونه عليه ذلك إذا كانت ثيباً على المذهب؛ فلما ذكر.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على رواية؛ فلأنه لم يُنقص منها جزءاً ولم يُتلف بعضها. أشبه ما لو لم يطأها.

والأول أصح؛ لما ذكر.

ولأنه لا فرق بين الثيب والبكر في استحقاق المهر بسبب العقد. فكذا في استحقاقه بسبب الوطء.

وأما كون الحكم كذلك وإن كانت الجارية مطاوعة؛ فلأن المهر هنا للسيد. فلا يسقط بمطاوعتها؛ كما لو أذنت في قطع يدها.

ولأنه حتى يجب للسيد مع إكراهها. فوجب مع مطاوعتها؛ كأجرة منافعها. وبهذا فارقت الحرة المطاوعة إذ انتهى لها فسقط بما يدل على إسقاطه؛ لأن رضاها اقترن بالسبب الموجب.

وأما كونه عليه أرش البكارة؛ فلأنه إذهب جزء. أشبه قطع يدها.

فإن قيل: لم جمعتم^(١) بين المهر وأرش البكارة؟

قيل: لأن كل واحد يُضمن منفرداً. بدليل: أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها، ولو افتضاها بأصبعه وجب أرش بكارتها. وإذا وجب ضمانهما منفردين وجب ضمانهما مجتمعين.

وأما كون الولد رقيقاً للسيد؛ فلأن ولد الأمة يتبع أمه في الرق في النكاح الحلال، ففي الحرام بطريق الأولى، لأن حال الجاني يقتضي التحامل عليه؛ لما فيه من الزجر.

وأما كونه يضمن نقص الولادة؛ فلأنه نقص حصل بفعله. أشبه ما لو نقصت بقطع يدها ونحوه.

قال: (وإن باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء: نقصها، ومهرها، وأجرتها، وقيمة ولدها إن تلف. فإن ضمن الغاصب رجع على الآخر، ولا يرجع الآخر عليه).

أما كون المالك له تضمين من شاء من الغاصب والمشتري أو الموهوب له؛ فلأن كل واحدٍ منهما متصرف في ماله بغير إذنه. فوجب تضمين من شاء منهما؛ لما فيه من تحصيل حقه، وزجر من يشتريه من غاصبه أو متهبه.

وأما كونه له تضمين نقص العين المغصوبة ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها التالف؛ فلأن ذلك جميعه يضمنه الغاصب لو انفرد فكذا هنا.

(١) في هذا جعلتم.

وأما كون الغاصب يرجع على الآخر إذا ضمّنه المالك؛ فلأن النقص حصل في يده، والمنفعة التي يقابلها المهر، والأجرة حصلت له دون الغاصب، والأولاد ولاده. فوجب أن يستقر ضمان ذلك عليه.

وأما كونه لا يرجع الآخر عليه إذا ضمّنه؛ فلأن الغاصب لو ضمّنه المالك ذلك لرجع به عليه فكيف يرجع الآخر بذلك عليه؟.

قال: (وإن لم يعلم بالغصب فضمّنه رجعا على الغاصب. وإن ولدت من أحدهما فالولد حر ويفديه بمثله في صفاته تقريباً. ويحتمل أن يعتبر مثله في القيمة. وعنه: يضمّنه بقيمته، ويرجع به على الغاصب. وإن تلفت فعليه قيمتها، ولا يرجع بها إن كان مشترياً، ويرجع بها المتهب. وعنه: أن ما حصلت له به منفعة؛ كالأجرة، والمهر، وأرش البكارة: لا يرجع به).

أما كون المشتري والموهوب له يرجعان على الغاصب إذا لم يعلم بالغصب وضمّنه المالك؛ فلأنهما دخلا في العقد على أن يتلقا ذلك بغير عوض. فوجب أن يرجعا عليه؛ لأنه غرّهما.

وأما كون الولد حراً إذا ولدت من أحدهما؛ فلأن اعتقادهما أنهما بطنان مملوكتهما منع انخلاق^(١) الولد رقيقاً. أشبه المغرور في النكاح.

وأما كون الوالد يفدي ولده؛ فلأنه فوّت رقّه باعتداده. أشبه المغرور.

وأما كونه يفديه بمثله في صفاته تقريباً على المذهب؛ فلأنه حر. فلا يضمّن بقيمته؛ كسائر الأحرار.

وأما كونه يحتمل أن يُعتبر مثله في القيمة؛ فلأنه أقرب من نفس القيمة.

(١) في هذا الخلق.

وأما كونه يضمنه بقيمته على رواية . وهي الصحيحة من جهة المعنى؛ فلأنه ليس بمثلي . فضمن بالقيمة؛ كسائر المتقومات .

وأما كونه يرجع على الغاصب؛ فلأن الواطئ دخل على أن يسلم له الأولاد . فإذا لم يسلم له ذلك فقد غرّه الغاصب . فوجب أن يرجع عليه؛ كالغرور في النكاح .

وأما كون من تقدم ذكره من المشتري، والموهوب له : عليه قيمة الجارية إذا تلفت؛ فلأن التلف حصل تحت يده العادية . فوجب عليه ضمانها؛ كالغاصب .

وأما كون القيمة لا يرجع بها إن كان مشترياً ويرجع بها المتهب؛ فلأن المشتري دخل مع الغاصب على أن العين إن تلفت كان ضمانها لها بالثمن . بخلاف المتهب فإنه لم يدخل على ذلك .

وأما كون من تقدم ذكره لا^(١) يرجع بما حصلت له به منفعة؛ كالأجرة، والمهر، وأرش البكارة على رواية؛ فلأنه غرم ما استوفى بدله . فلم يرجع به . إذ في الرجوع الجمع بين العوض والمعوض، وهو غير جائز .

قال: (وإن ضمن الغاصب رجوع على المشتري بما لا يرجع به عليه).

أما كون الغاصب يرجع على المشتري بما ذكر؛ فلأن التلف حصل في يده وهو كالباشر، والغاصب كالتسبب .

وأما كونه لا يرجع عليه بما يرجع المشتري به عليه؛ فلأنه لا فائدة فيه .

فإن قيل: ما تحقيق ذلك؟

قيل: ما يجب ضمانه على ثلاثة أضرب:

(١) ن: هـ: لأنه .

أحدها: قيمة العين. فهذا إذا ضمنه الغاصب يرجع به على المشتري؛ لأن المشتري دخل على أن العين إن هلكت هلكت^(١) في ضمانه.

وثانيها: قيمة الولد. فهذا إذا ضمنه الغاصب لا يرجع به على المشتري؛ لأن المشتري لو ضمنه رجع عليه. فكيف يرجع هو بما يرجع به^(٢) عليه؟.

وثالثها: المهر، وأرش البكارة، والأجرة، ونحو ذلك. فهذا إذا ضمنه الغاصب فيه روايتان. منشئهما: أن المشتري إذا ضمن ذلك هل يرجع به على الغاصب؟ وفيه روايتان: فعلى قولنا يرجع بذلك على الغاصب لا يرجع به الغاصب عليه إذا ضمنه؛ لما ذكر قبل.

وعلى قولنا: لا يرجع به عليه إذا ضمنه الغاصب: رجع به على المشتري؛ لأنه يصير بمنزلة قيمة العين.

قال: (وإن ولدت من زوج، فمات الولد: ضمنه بقيمته، وهل يرجع بها على الغاصب؟ على روايتين).

أما كون الزوج يضمن الولد بالقيمة؛ فلأنه يتعقد رقيقاً؛ لأن الواطئ لا يعتقد أنها مملوكة. بخلاف المشتري الجاهل بالغصب.

وأما كونه يرجع بالقيمة على الغاصب على رواية؛ فلأن الغاصب غرّه.

ولأنه دخل على أن الولد إن تلف تلف على مالك الجارية؛ لأنه مملوكه.

وأما كونه لا يرجع بها على رواية؛ فلأن التلف حصل في يده. أشبه تلف الجارية.

قال: (وإن أعارها، فتلفت عند المستعير: استقر ضمان قيمتها عليه، وضمن الأجرة على الغاصب).

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

أما كون ضمان القيمة يستقر على المستعير؛ فلأن العارية مضمونة بالقيمة.
وأما كون ضمان الأجرة يستقر على الغاصب؛ فلأن المستعير دخل على أن
يستوفي المنافع مجاناً. ويجب أن لا يكون المستعير هاهنا عالماً بالغصب؛ لأنه إذا كان
عالماً به استقر عليه قيمة العين والأجرة. صرح به المصنف في المعني.

وفي قول المصنف رحمه الله^(١): استقر: تنبيه على أن للمالك مطالبة من شاء
منهما. وهو صحيح؛ لما تقدم.

فعلى هذا إن ضَمَّن المالك الغاصب قيمة العين رجع بها على المستعير، وإن
ضَمَّنَهَا المستعير لم يرجع بها على الغاصب. ولو ضَمَّن الغاصبُ الأجرة لم يرجع بها
على المستعير. ولو ضَمَّنَهَا المستعير رجع بها على الغاصب. وهذا هو المعنى
بالاستقرار.

وحكى المصنف في المعني في المستعير وجهاً: أنه لا يرجع إذا ضمن الأجرة؛
لأنه انتفع ببلها، وهو نظير المهر وأرش البكارة مما تقدم.

قال: (وإذا اشترى أرضاً فغرسها، أو بنى فيها فخرجت مستحقة، فقلع
غرسه وبنائه: رجع المشتري على البائع بما غرمه. ذكره القاضي في القسمة).

أما كون المشتري يرجع بما غرمه على البائع؛ فلأن البائع غرّه. فوجب أن
يرجع بما غرمه عليه. أشبه ما غرمه المشتري من الغاصب من قيمة ولدٍ ونحوه^(٢).

وأما قول المصنف: ذكره القاضي في القسمة فتنبه على أن الحكم نقل في
الباب المذكور.

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: ونحوها.

قال: (وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه. وإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله، فإنه طعامي: استقر الضمان على الغاصب. وإن لم يقل فقي أيهما يستقر الضمان عليه؟ وجهان).

أما كون الضمان يستقر على الأكل العالم بالغصب؛ فلأنه أتلف مال الغير من غير تغرير. فوجب استقرار الضمان عليه؛ كما لو غصبه ثم أكله.

وأما كونه يستقر على الغاصب إذا قال لمن لا يعلم أنه غصب: كله، فإنه طعامي؛ فلأنه غرّه.

وأما كونه يستقر على الأكل إذا لم يقل الغاصب في وجه؛ فلأنه ضمن ما أتلف. فلم يرجع على أحد.

وأما كونه يستقر على الغاصب في وجه؛ فلأنه غرّ الأكل وأطعمه على أنه لا يضمنه. وذكر المصنف في المغني هذين الوجهين روايتين.

قال: (وإن أطعمه لمالكه، ولم يعلم: لم يبرأ. نص عليه في رجل له عند رجل تبعة، فأوصلها إليه على أنها صلة أو هدية، ولم يعلم: كيف هذا. يعني أنه لا يبرأ. وإن رهنه عند مالكه، أو أودعه إياه، أو أجره، أو استأجره على قصارته وخياطته: لم يبرأ إلا أن يعلم. وإن أعاره إياه برئ عليم أو لم يعلم).

أما كون من أطعم المغصوب لمالكه، وهو لا يعلم: لا يبرأ؛ فلأنه بالغصب أزال يد المالك وسلطته^(١)، وبالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطة؛ لأنه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من الأخذ والصلقة وغير ذلك فلم يزل عنه الضمان؛ كما لو علفه لدواب المغصوب منه.

(١) في هـ: وسلطه.

وفي قول المصنف رحمه الله: لم يعلم إشعار بأنه إذا أكله علماً بأنه طعامه برئ الغاصب. وهو صحيح لزوال ما ذكر قبل. وصرح به المصنف في الكافي، وعلله: بأنه أتلف ماله برضاه علماً به.

وأما كون من رهنه عند مالكة، أو أودعه إياه، أو أجره، أو استأجره على قصارته أو خياطته: لا يبرأ إذا لم يعلم المالك أن ذلك ملكه؛ فلأن الغاصب أزال يد المالك وسلطته^(١)، ولم يعد ذلك بما ذكر.

وأما كونه يبرأ إذا علم؛ فتمكنه من التصرف فيه على حسب اختياره. وأما كونه يبرأ إذا أعاره إياه عليم أو لم يعلم؛ فلأنه دخل على أنه مضمون عليه.

قال: (ومن اشترى عبداً، فأعتقه، فادعى رجل أن البائع غصبه منه، فصدقه أحدهما: لم يقبل على الآخر. وإن صدقاه مع العبد لم يبطل العتق. ويستقر الضمان على المشتري. ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم).

أما كون تصديق أحد الرجلين من البائع والمشتري المدعي لا يقبل على الآخر؛ فلأن إقرار كل واحدٍ منهما إقرار على غيره، وذلك غير مقبول.

وأما كون العتق لا يبطل مع تصديقهما إياه وتصديق العبد على المذهب؛ فلأن العتق حق لله تعالى، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق فقال العبد: ما أعتقني لم يقبل منه.

وأما كونه يستقر الضمان على المشتري؛ فلأن التلف حصل في يده.

(١) في هذا وسلطه.

وأما كونه يحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم؛ فلأن مجهول النسب يصح إقراره بالرق، وقد أقرّ به، ووافقه عليه من له به تعلق. فوجب ثبوت الرق. عملاً بمقتضيه السالم عن معارضه.

فصل [إذا تلف المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن تلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلاً أو موزوناً. وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه. وقال القاضي: يضمه بقيمته يوم القبض. وعنه: تلزمه قيمته يوم تلفه).

أما كون الغاصب يضمن المغصوب المكيل أو الموزون بمثله؛ فلأن المثل أقرب إلى الحق، ولهذا ضمن به في الإتلاف.

ولأن المثل طريقه المشاهدة، والقيمة طريقها الظن. فكان الأول أولى؛ كالنص مع القياس. فإن النص يدرك بالسمع، والقياس بالظن.

وأما كونه عليه قيمة مثله يوم إعوازه إذا أعوز المثل على المذهب؛ فلأنه يستحق المطالبة بقيمة المثل يوم الإعواز. فوجب أن تعتبر القيمة حينئذ؛ لأنه يوم وجوبها.

وأما كونه يضمه يوم القبض على قول القاضي؛ فلأن المثل لو وجد قبل القبض كان له المطالبة به. فوجب أن تعتبر القيمة عند القبض؛ لأن القيمة إنما تثبت في الذمة يوم تلفه. فاعتبرت تلك الحال؛ كما لو لم تختلف القيمة.

قال: (وإن لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده. ويتخرج أن يضمه بقيمته يوم غصبه).

أما كون الغاصب يضمن غير المثلي بقيمته على المذهب؛ فلأن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد، فكان له مالٌ يبلغُ ثمنَ العبدِ قومٍ وأعطيَ شركاؤه حصصَهُم»^(١) متفق عليه. أو جب القيمة؛ لأنه غير مثلي.

ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن؛ لاختلاف ذلك في القيمة. فصارت القيمة أقرب إلى إيفاء^(٢) حقه.

وأما كون القيمة معتبرة بيوم تلفه في بلده من نقده على المذهب؛ فلأن ذلك زمن الضمان وموضعه.

وأما كونه يتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه؛ فلأنه الوقت الذي أزال يده فيه. فلزمته^(٣) القيمة فيه؛ كما لو أتلفه.

قال: (وإن كان مصوغاً، أو تبراً تخالف قيمته وزنه: قومه بغير جنسه. فإن كان محلّي بالتقديدين معاً قومه بما شاء منهما، وأعطاه بقيمته عرضاً).

أما كون المصوغ أو التبر يقوم بغير جنسه إذا كانت قيمته تخالف وزنه؛ فلتلا يؤدي إلى الربا.

وأما كونه يقوم بما شاء المقوم من التقديدين إذا كان محلّي بهما فلأن^(٤) كلاً منهما ثمن في قيم المتلفات وأروش^(٥) الجنايات، وغيرهما ليس كذلك.

وأما كون الغاصب يعطي المصوب منه بقيمته عرضاً؛ فلتلا يؤدي إلى الربا.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٨٦) ٢: ٨٩٢ كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠١) ٣: ١٢٨٦ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

(٢) في هـ: بقاء.

(٣) في هـ: فلزمه.

(٤) في هـ: فإن.

(٥) في هـ: وأروش.

قال: (وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه؛ كزوجي خُفِ تلف أحدهما: فعليه رد الباقي، وقيمة التالف، وأرش النقص. وقيل: لا يلزمه أرش النقص).

أما كون الغاصب عليه رد الباقي مما ذكر؛ فلأنه ملك غيره. وأما كونه عليه قيمة التالف؛ فلأن التلف حصل تحت يده العادية. وأما كونه عليه أرش النقص على المذهب؛ فلأنه نقص حصل في يده. أشبهه قيمة التالف.

وأما كونه ليس ذلك عليه على قول؛ فلأنه زائد على قيمة التالف. فإن قيل: ما مثال ذلك؟

قيل: مثاله: أن يكون زوجاً الخف يساويان عشرين، والباقي يساوي خمسة. فعلى الأول عليه خمسة عشر، وعلى الثاني عليه عشرة. قال: (وإن غصب عبداً فأبق، أو فرساً فشرد، أو شيئاً تعذر رده مع بقائه: ضمن قيمته. فإن قدر عليه بعد رده، وأخذ القيمة).

أما كون الغاصب يضمن ما ذكر بقيمته قبل القدرة عليه؛ فلأن ذلك حتى تعذر رده إلى مالكة. فوجب أن ينتقل إلى القيمة^(١)؛ كما لو أتلفه. وأما كونه إذا قدر عليه بعد رده؛ فلأن القيمة إنما وجبت لتعذر رد العين، وقد زال ذلك. فوجب رد العين إلى مالكةا.

وأما كونه يأخذ القيمة؛ فلتلا يجتمع للمالك البدل والمبدل.

قال: (وإن غصب عصيراً فتخمر فعليه مثله. فإن انقلب خلاً رده، وما نقص من قيمة العصير).

(١) سقط لفظي: إلى القيمة من هـ.

أما كون الغاصب عليه مثل العصير إذا تخمّر؛ فلأنه تلف بصيرورته خمراً.
ولأن ماليته زالت تحت يده العادية. [أشبه ما لو زالت بالإتلاف.
وأما كونه يردّه إلى مالكة إذا انقلب خلاً؛ فلأنه عين ملكه.
وأما كونه يردّ أرش النقص إليه؛ فلأنه نَقَصَ تحت يده العادية^(١). أشبه ما لو
نقص منه جزء.

(١) ساقط من أ.

فصل في أجره المغصوب

قال المصنف رحمه الله: (وإن كان للمغصوب أجره فعلى الغاصب أجره مثله مدة مقامه في يده. وعنه: التوقف عن ذلك. قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه).

أما كون الغاصب عليه أجره المغصوب مدة مقامه في يده على المذهب؛ فلأن ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد وجب أن يضمه الغاصب بمجرد التلف في يده؛ كالأعيان.

وأما كون ذلك يتوقف عنه على رواية؛ فلأن قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»^(١) يقتضي كون الخراج للغاصب؛ لأن الضمان عليه، وذلك ينفي كون الأجرة عليه، وحينئذ يجب التوقف.

وأما قول المصنف رحمه الله: قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه فتية على ضعف هذه الرواية، ولذلك قال المصنف في المعني: المذهب الأول؛ لما ذكر. ولأنه فوت متقوماً. فوجب ضمانه؛ كالأعيان. أو نقول: مال متقوم مغصوب. فوجب ضمانه؛ كالعين.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠): ٣: ٢٨٤ كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً. وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦): ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشترى العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠): ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان. وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٤٣): ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

وأما الخبز فوارد في البيع، ولا يدخل فيه الغاصب؛ لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمصوب بالإجماع.

قال: (وإن تلف المصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه. وإن غصب شيئاً فعجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة. وفيما بعده وجهان).

أما كون الغاصب عليه أجرة ما عجز عن رده إلى وقت أداء القيمة؛ فلأن منفعه هلكت تحت يده. فوجب عليه ضمانها؛ لما تقتضيه تضمين المنافع^(١).
وأما كونه عليه الأجرة فيما بعد أداء القيمة وقبل الرد في وجه؛ فلما ذكر.
وأما كونه ليست عليه في وجه؛ فلأنه لما أدى القيمة لم يبق لها أجرة؛ لأنها لو بقيت لاجتمع للشخص عوض العين وعوض المنفعة الحاصلة بعده، وذلك لا يجتمع. دليله: الإتلاف.

(١) ص: ٥٢١.

فصل في تصرفات الغاصب

قال المصنف رحمه الله: (وتصرفات الغاصب الحكمية؛ كالحج، وسائر العبادات، والعقود؛ كالبيع، والنكاح، ونحوها: باطلة في إحدى الروايتين، والأخرى صحيحة).

أما كون التصرفات المذكورة باطلة على المذهب؛ فلأن ذلك التصرف تصرف الفضولي. والصحيح من المذهب أنه باطل؛ لما تقدم^(١).

وأما كونها صحيحة على رواية؛ فلأن الغاصب تطول مدة غصبه غالباً، فتكثر تصرفاته. ففي إبطالها إضرارٌ كثير، وربما عاد بعض الضرر على المالك. فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح فيها للمالك، والحكم ببطالها يمنع ذلك.

قال: (وإن أتجر بالدرهم فالربح للمالكها. وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك. وعنه: الربح للمشتري).

أما كون ربح الدرهم التي أتجر الغاصب بعينها للمالكها؛ فلأنه نماء ملكه. وأما كون ربح ما اشترى في ذمته، ثم نقد الدرهم عنه كذلك على المذهب؛ فكما لو اشترى بعينه.

وأما كونه له على رواية؛ فلأنه اشترى في ذمته ولنفسه. فكان الشراء له، والربح تبع لمن الشراء له.

(١) رص: ٢٢.

قال: (وإن اختلفا في قيمة المغصوب، أو قدره، أو صناعة فيه: فالقول قول الغاصب. وإن اختلفا في ردّه، أو عيب فيه: فالقول قول المالك).

أما كون القول قول الغاصب في القيمة والقدر والصناعة؛ فلأن الأصل براءة ذمته مما يدعى عليه. فلا يلزمه غير^(١) ما أقرّ به؛ كما لو ادعى عليه ديناً فأقرّ ببعضه. وأما كون القول قول المالك في الرد والعيب؛ فلأن الأصل عدم الرد وعدم العيب.

قال: (وإن بقيت في يده غُصوب، لا يعرف أربابها: تصدق بها عنهم. بشرط الضمان؛ كاللقطة).

أما كون من في يده ما ذكر يتصدق به بشرط الضمان؛ فلأن حبس المغصوب في يده حرام؛ كأصل الغصب. فتخلصه منه مطلوب شرعاً، وصدقته بشرط الضمان طريق له. فتعين جواز فعله؛ لما فيه من الجمع بين مصلحته ومصلحة المالك.

وأما قول المصنف رحمه الله: بشرط الضمان فتنبيةً على أنه لا يجوز التصديق بالمغصوب إلا بذلك؛ لأن الصلقة بدون ذلك إضاعة لمال المالك لا على وجه بدل، وذلك غير جائز.

وأما قوله: كاللقطة فتنبيةً على أن للصلقة بشرط الضمان أصلاً هو اللقطة^(٢). وسيأتي ذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى^(٣).

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: كاللقطة.

(٣) ٨٧: ٤.

فصل فيمن أتلف مالا لغيره^(١)

قال المصنف رحمه الله: (ومن أتلف مالا محترماً لغيره ضمنه. وإن فتح قفصاً عن طائره، أو حلّ قيد عبده، أو رباط فرسه، أو وكاء زقٍ مائع، أو جامدٍ فأذابته الشمس، أو بقي بعد حله قاعداً فألقته الريح فاندفق: ضمنه. وقال القاضي: لا يضمن ما ألقته الريح).

أما كون من أتلف مالا محترماً مملوكاً لغيره يضمنه بالإتلاف؛ فإنه فوته عليه. فضمنه؛ كما لو غصبه فتلف عنده.

وفي قوله: مالا احتراز^(٢) عما ليس بمال؛ كالكلب والسرجين؛ لأن ما ليس بمال لا يقابل بالمال.

وفي قوله: محترماً احتراز^(٣) عما ليس بمحترم. وإن كان مالا؛ كأموال أهل الحرب، وخمر الذمي، وآلة اللهور. فإن جميع ذلك لا يضمن. وتقدير ذلك يذكر في مواضعه.

وفي قوله: لغيره احتراز^(٣) عن مال نفسه فإنه لا يضمن ذلك؛ لأن الضمان لا يجب على من له الضمان.

(١) في هـ: احترازاً.

(٢) نفس السابق.

(٣) نفس السابق.

وأما كون من فتح قفصاً عن طائرٍ غيره، أو حلَّ قيد عبده، أو رباط فرسه، أو وكاء زقٍ مائعٍ أو جامدٍ فأذابته الشمس: يضمنه؛ فلأن ذلك كله تلف بسبب فعله. فلزمه ضمانه؛ كما لو باشره بالتلف.

وفي كلام المصنف رحمه الله حذف تقديره: وإن فتح قفصاً عن طائره فطار، أو حلَّ قيد عبده فهرب، أو رباط فرسه فشرد؛ لأن الطائر لو بقي في القفص، أو لم يهرب العبد، أو لم يشرد الفرس فتلف ذلك بأفة سماوية لم يجب الضمان؛ لأنه لم يحصل التلف بسبب فعله. وإنما حذف المصنف ذلك اعتماداً على ظهوره.

ولأنه نَبَّه على مثل ذلك فيما ساواه وهو في قوله: فاندفق. بعد قوله: أو وكاء زقٍ مائعٍ أو جامد.

وأما كونه يضمن إذا بقي المائع بعد حلِّ زقه قاعداً فألقته الريح فاندفق على المذهب؛ فلما تقدم ذكره في الصورة المذكورة.

وأما كونه لا يضمن ذلك على قول القاضي؛ فلأن فعله غير ملجئ. فلم يتعلق به ضمان؛ كما لو دفعه إنسان.

والأول أصح؛ لأنه لم يتخلل بين فعله وبين التلف مباشرةً يمكن إحالة الحكم عليها. فوجب الضمان عليه؛ كما لو جرح فمات عقيب ذلك. ثم ما ذكره القاضي منتقض بما إذا أذابته الشمس مع أنه لا يقول فيه بعلم الضمان.

قال: (وإن ربط دابةً في طريق فأتلقت، أو اقتنى كلباً عقوراً فققر، أو خرق ثوباً: ضمن. إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه. وقيل: في الكلب روايتان في الجملة).

أما كون من ذكر يضمن ما أتلفته الدابة إذا ربطها في طريق؛ فلأنه مُتَعَدُّ بربطها.

وأما ضمان ما أتلّفه الكلب العقور فينظر فيه : فإن كان التلف في غير ملك مقتنيه^(١) وجب عليه ضمان ما أتلّفه؛ لأنه مفرط باقتنائه. وإن كان التلف في ملكه نظرت : فإن كان المعقور دخل بغير إذن فلا ضمان؛ لأنه متعدّد في الدخول متسبب إلى إتلاف نفسه بجنايته، وإن كان دخل بإذن فعلى مقتنيه ضمانه؛ كما لو كان في داره بئر مغطاة فأذن لإنسان فدخل فوقع فيها.

وقال بعض الأصحاب: في الكلب روايتان في الجملة : أي رواية أنه يضمن سواء دخل بإذن أو بغير إذن؛ لأن مقتنيه متعدّد في اقتنائه، وذلك يناسب الضمان؛ لما فيه من المبالغة في الزجر. ورواية: أنه لا يضمن بحال؛ لأنه لم يحصل منه جناية. ويمكن أن يجاب عنه بأنه متسبب.

قال: (وإن أجاج ناراً في ملكه، أو سقى أرضه فعدى إلى ملك غيره فأتلّفه : ضمن إذا كان قد أسرف فيه أو فرط، وإلا فلا).

أما كون من ذكر يضمن إذا أسرف أو فرط؛ فلأن التلف بذلك سرية فعل محذور. فوجب أن يضمن؛ كما لو باشر ذلك بالإتلاف.

وأما كونه لا يضمن إذا لم يوجد ذلك؛ فلأنه غير متعدّد.

ولأنها سرية فعل مباح. أشبه سرية القود. وفارق ما إذا حلّ زقاً فانلقق ما فيه فإنه من آثار فعل هو متعدّد فيه.

قال: (وإن حفر في فئانه بشرّاً لنفسه ضمن ما تلف بها. وإن حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين).

أما كون صاحب الفناء يضمن ما أتلّف بالبئر التي حفرها لنفسه؛ فلأنه متسبب إلى إتلاف غيره. فوجب الضمان عليه؛ كواضع السكين.

(١) في: نفسه.

وأما كونه لا يضمن إذا حفرها في سابلة لنفع المسلمين في رواية؛ فلأنه غير منسوب إلى علوان. إذ قصده نفع المسلمين لا نفع نفسه.
وأما كونه يضمن في رواية؛ فلأنه مأذون له في ذلك بشرط سلامة العاقبة، ولم توجد.

قال: (وإن بسط في مسجد حصيراً، أو علق فيه قنديلاً: لم يضمن ما تلف به. وإن جلس في مسجد، أو طريق واسع فعثر به حيوان: لم يضمن في أحد الوجهين. وإن أخرج جناحاً، أو ميزاباً إلى الطريق فسقط على شيء فأتلفه: ضمن).

أما كون من ذكر لا يضمن ما تلف بالحصير أو القنديل؛ فلأنه مأذون له في ذلك شرعاً. فلم يضمن ما تولد منه؛ كسراية القود.

وأما كونه لا يضمن ما تلف بتعثر^(١) حيوان في وجهه؛ فلأن له أن يجلس في المسجد، وفي طريق واسع فلم يضمن لعدم تعديه.

وأما كونه يضمن ذلك في وجهه؛ فلما ذكر فيما إذا حفر بئراً في سابلة لنفع المسلمين.

وأما كونه يضمن ما تلف بسقوط الجناح والميزاب الخارجين إلى الطريق؛ فلأنه متعد بفعل ذلك. فوجب عليه ضمان ما تولد منه؛ كما لو جرح إنساناً فتعدى إلى قتله.

قال: (وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه. نص عليه. وأوماً في موضع: أنه إن تقلم إليه بنقضه، وأشهد عليه فلم يفعل: ضمن).

(١) في هـ: بخر.

أما كون مالك الحائط لا يضمن على المنصوص؛ فلأن السقوط ليس من فعله.

وأما كونه يضمن على ما أو ما إليه الإمام أحمد رحمه الله؛ فلأنه إذا تقدم إليه بنقضه وأشهد عليه فلم يفعل يعدُّ مفرطاً. فيجب عليه الضمان؛ كما لو باشر الإتلاف.

قال: (وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها إلا أن تكون في يد إنسان^(١))؛ كالراكب، والسائق، والقائد: فيضمن ما جنت يدها أو فمها. دون ما جنت رجلها، وما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً. ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً. ومن صال عليه آدمي أو غيره فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه).

أما كون صاحب البهيمة لا يضمن ما أتلفته إذا لم تكن في يده؛ فلأن النبي ﷺ قال: «العجماء جبار»^(٢). أي هلر.

وأما كونه يضمن ما جنت يدها أو فمها إذا كانت في يده؛ مثل: أن يكون راكباً لها، أو سائقاً، أو قائداً دون ما جنت رجلها؛ فلأنه يمكنه حفظها عن ذلك بخلاف الرجل.

ولأنه قد روي في حديث أبي هريرة «رجل العجماء جبار»^(٣). وذلك يدل بمفهومه على الضمان بغيرها.

ولا بد أن يلحظ في عدم الضمان برجل البهيمة: أن لا يكون كبجها فأتلفت؛ لأنه إذا فعل ذلك يكون التلف منسوباً إليه. فيجب عليه الضمان؛ كسائر مواضع التسبب في الإتلاف.

(١) في هـ: الإنسان.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥١٥): ٦: ٢٥٣٣ كتاب الديات، باب العجماء جبار.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٠): ٣: ١٣٣٤ كتاب الخلود، باب جرح العجماء وللعدن والبئر جبار.

(٣) أخرجه أبو دلود في سننه (٤٥٩٢): ٤: ١٩٦ كتاب الديات، باب في الدابة تنفح برجلها.

فإن قيل: هلاّ حمل مُطلق قوله عليه السلام: «العجماء جبار» على مُقيّده من قوله: «رجلُ العجماء جبار» فيما إذا لم تكن البهيمة في يده؟
 قيل: لأن في ذكر الرجل إشارةً إلى الفرق بينها وبين غيرها من يدٍ ونحوها، وذلك لا يتحقق في بهيمة ليست^(١) في يده. بخلاف ما إذا كانت في يده، فإن الفرق بينهما ما تقدم ذكره: من إمكان الحفظ في اليد والقدم. دون الرجل.
 وأما كونه يضمن ما أفسدت البهيمة من الزرع والشجر ليلاً، وكونه لا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً؛ فلما روي «أن ناقةً للبراء دخلتُ حائطَ قومٍ. فقضى رسولُ الله ﷺ أن على أهل الأموال حِفْظُهَا بالنهار، وما أفسدتُ بالليل فهو مضمونٌ عليهم»^(٢). [رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه]^(٣).
 قال ابن عبد البر: إن كان هذا مرسلًا فهو مشهور. حدّث به الأئمة الثقات واستعمله فقهاء الحجاز بالقبول.
 ولأن العادة حفظُها نهاراً. دون أهل المواشي.
 وذكر المصنف في المغني: أن القاضي قال: هذا محمول على المواضع التي فيها المزارع والمراعي، فأما القرى العامرة التي ليس فيها مرعى إلا بين قراحين^(٤)؛ كساقية، وطريق، وطرف زرع: فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظٍ عن الزرع. فإن فعل فعليه الضمان؛ لأنه مفرط.

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٧٠) ٣: ٢٩٨ كتاب البيوع، باب: المواشي تقسد زرع قوم. وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٣٣٢) ٢: ٧٨١ كتاب الأحكام، باب: الحكم فيما أفسدت المواشي. وأخرجه مالك في الموطأ (٣٧) ٢: ٥٧٣ كتاب الأقضية، باب القضاء في الضوراي والحريسة.

(٣) زيادة من ج.

(٤) القراح: المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر. ر المصباح مادة: قرح.

المتع في شرح المقنع

ولا بد أن يُلحظ في ضمان ما أتلفت^(١) البهيمة من الزرع والشجر ليلاً: أن يكون المالك قد فرط في إرسالها، فإن لم يكن فرط مثل: إن حفظها فانفلتت من ذلك، أو أخرجها غيره من لص وغيره لم يضمن؛ لأن الموجب للضمان تفريطه في إرسالها، وذلك مفقود فيما ذكر. لكن إن كان المرسل غيرَه وجب الضمان عليه؛ لأنه السبب في الإتلاف.

وقول المصنف رحمه الله: وما أفسدت من الزرع والشجر مشعراً بأمرين:

أحدهما: أن ضمان ما ذكر مشروط بكون البهيمة في يد راكبٍ وسائقٍ وقائدٍ؛ لأنه عطفه على ضمان ما جنت يدها أو فمها بعد اشتراط كونها في يد إنسان موصوف بما ذكر. وليس كذلك بل ذلك يُضمن سواء كانت في يد أحدٍ^(٢) أو لا. صرح بذلك المصنف رحمه الله في المغني وغيره من الأصحاب.

وثانيهما: أن الحكم المذكور مختص بالزرع والشجر؛ لأنه خصهما بالذكر. وليس كذلك أيضاً عند الأصحاب. صرح به صاحب المستوعب. فقال فيه: وما أتلفت البهائم من الزرع وغيرها ليلاً فعلى صاحبها ضمانه. ووجهه^(٣) عموم قوله عليه السلام: «وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم»^(٤).

وقال صاحب المغني فيه: وإن أتلفت غير الزرع لم يضمن مالكها، نهائراً كان أو ليلاً، وعلله بقوله عليه السلام: «العجماء جبار»^(٥)، وبأن البهيمة لا تُتلف ذلك عادة. بخلاف الزرع. ولم أجده لغيره. فيحتمل أنه أراد هنا ذلك فلذلك خصص الزرع والشجر بالذكر، ويحتمل أن التخصيص وقع اتفاقاً.

(١) في ج: أتلفته.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في هـ: ووجه.

(٤) سبق تحريجه ص: ٥٦٥.

(٥) سبق تحريجه ص: ٥٦٤.

وأما كون قاتل الصائل عليه لا يضمنه إذا قتله دفعاً عن نفسه؛ فلأنه قتله بلفح جائز. فلم يضمنه؛ لما فيه من صيانة النفس عن القتل.

قال: (وإن اصطدمت سفينتان ففرقتا ضمن كل واحدٍ منهما سفينة الآخر وما فيها. وإن كانت إحداهما مُنحدرة فعلى صاحبها ضمان المُصعِدة. إلا أن يكون غلبه ريح فلم يقدر على ضبطها).

أما كون ملاحٍ كل سفينة يضمن السفينة الأخرى وما فيها؛ فلأن التلف حصل بسبب فعلهما. فوجب على كل واحدٍ منهما ضمان ما تلف بسبب فعله.

وأما كون صاحب المنحدرة عليه ضمان المُصعِدة إذا لم يكن غلبه الريح؛ فلأنها تحط على^(١) المُصعدة من علو. فيكون ذلك سبباً لغرقها، وتُنزل المنحدرة منزلة السائرة، والمُصعدة منزلة الواقعة.

وأما كونه لا يضمن إذا غلبه الريح فلم يقدر على ضبط السفينة؛ فلأنه حينئذٍ لا يُعد مفرطاً.

ولأن التلف يمكن إسناده إلى الريح. بخلاف ما تقدم.

قال: (ومن أتلّف مزماراً، أو طنبوراً، أو صليياً، أو كسر إناء ذهب، أو فضة، أو إناء خمر: لم يضمنه. وعنه: يضمن آنية الخمر إن كان يتضع بها في غيره).

أما كون من أتلّف مزماراً، أو طنبوراً، أو صليياً: لا يضمنه؛ فلأن بيع ذلك لا يحل. فلم يضمنه؛ كالميتة. ودليل تحريم بيع ذلك كله قول النبي ﷺ: «بُعِثْتُ بِمَحَقِّ الْقَيْنَاتِ وَالْمَعَارِفِ».

(١) في هذا عن.

المتع في شرح المنع

وأما كون من كسّر إناء فضة، أو ذهب : لا يضمه؛ فلأن اتخاذه محرّم فلم يصادف الإتلاف شيئاً مباح البقاء. فلم يضم؛ كإتلاف الخنزير. ولأنه أتلف ما ليس بمباح^(١). فلم يضمه؛ كالميتة.

وأما كونه لا يضم إناء الخمر على المذهب؛ فلما روى أنس قال: «كنت أسقي أبا طلحة، وأبي بن كعب^(٢)، وأبا عبيدة شراباً من فضيخ. فأتانا أت. فقال: إن الخمرة قد حرمت. فقال أبو طلحة: قم يا أنس! إلى هذه الجرار فاكسرها^(٣)». وهذا يدل على سقوط حرمة، وإباحة إتلافه. فلم يضم؛ كسائر المباحات.

وأما كونه يضم إن كان يُنتفع به في غيره على رواية؛ فلأنه يمكنه الانتفاع به في غير الخمر. فلم يجز إتلافه؛ كسائر الآنية.

والأول أصح؛ لما تقدم. ولما روى الإمام أحمد بإسناده عن ابن عمر قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن آتية بمدية - وهي الشفرة - فأتيتها بها. فأرسل بها. فأرهِفَتْ ثم أعطانيها. وقال: اغد^(٤) عليّ بها^(٥) ففعلت. فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر، فأخذ المدية مني، فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي وأن يعاونوني. وأمرني أن آتي الأسواق كلها. فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته. ففعلت. فلم أترك في أسواقها زقا إلا شققته^(٦)».

(١) في هـ: مباح.

(٢) سقطت جملة: وأبي بن كعب من هـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٢٦): ٦: ٢٦٤٩ كتاب التمني، باب ما جاء في إجازة خير الواحد الصلوق...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٨٠): ٣: ١٥٧٢ كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر...

(٤) في هـ: أعط.

(٥) ساقط من هـ.

(٦) أخرجه أحمد في مسنده (٦١٦٥): ٢: ١٣٣.

انتهى بعون الله تعالى

الجزء الثالث، وينتقلوا الجزء الرابع

وأول باب الشفاعة

فهرس

الصفحة

الموضوع

الصفحة	الموضوع
٥	كتاب البيع
١٠	فصل في شروط البيع
١٢	فصل الشرط الثاني
١٤	فصل الشرط الثالث
٢٢	فصل الشرط الرابع
٣١	فصل الشرط الخامس
٣٣	فصل الشرط السادس
٤٢	فصل الشرط السابع
٤٦	فصل في تفريق الصفقة
٥٠	فصل في البيع أثناء النداء
٥٨	باب الشروط في البيع
٦٣	فصل في الشروط الفاسدة
٦٩	فصل
٧١	باب الخيار في البيع
٧٦	فصل في خيار الشرط
٨٧	فصل في خيار الغبن
٩١	فصل في خيار التدليس

الصفحة	الموضوع
٩٧	فصل في خيار العيب
١١٢	فصل في خيار التولية
١١٩	فصل في خيار اختلاف المتبايعين
١٢٨	فصل في البيع قبل القبض
١٣٥	باب الربا والصرف
١٥٣	فصل في ربا النسئة
١٥٧	فصل في الصرف
١٦١	باب بيع الأصول والثمار
١٦٤	فصل
١٦٨	فصل في بيع الثمرة قبل بلوغ صلاحها
١٧٧	فصل فيمن باع عبدا وله مال
١٧٩	باب السلم
١٨٤	فصل الشرط الثاني
١٨٩	فصل الشرط الثالث
١٩١	فصل الشرط الرابع
١٩٤	فصل الشرط الخامس
١٩٦	فصل الشرط السادس
١٩٨	فصل الشرط السابع
٢٠٦	باب القرض

الصفحة	الموضوع
٢١٤	باب الرهن
٢٢٩	فصل
٢٣٥	فصل
٢٣٧	فصل
٢٤٠	فصل
٢٤٧	كتاب الضمان
٢٦٠	فصل في الكفالة
٢٦٦	باب الحوالة
٢٧٣	باب الصلح
٢٨١	فصل الصلح على إنكار
٢٨٤	فصل
٢٩٧	كتاب الحجر
٣٠٢	فصل في أحكام الحجر
٣٠٥	فصل الحكم الثاني
٣١٤	فصل الحكم الثالث
٣٢٣	فصل الحكم الرابع
٣٢٤	فصل في المحجور عليه لِحظّه
٣٣٢	فصل في أحكام الولي
٣٣٨	فصل فيمن عاود السفه

الصفحة	الموضوع
٣٤٢	فصل
٣٤٥	فصل في الإذن
٣٥٠	باب الوكالة
٣٧٣	فصل في أحكام الوكالة
٣٧٦	فصل
٣٧٩	كتاب الشركة
٣٨٦	فصل في أحكام شركة العنان
٣٩١	فصل في شروط الشركة
٣٩٣	فصل في المضاربة
٤٠٠	فصل
٤١٠	فصل
٤١٣	فصل في شركة الوجوه
٤١٥	فصل في شركة الأبدان
٤١٩	فصل في شركة المفاوضة
٤٢١	باب المساقاة
٤٣٠	فصل فيما يلزم العامل ورب المال
٤٣٣	فصل في المزارعة
٤٣٧	باب الإجارة
٤٣٩	فصل في شروط الإجارة

الصفحة	الموضوع
٤٤١	فصل الشرط الثاني
٤٤٧	فصل الشرط الثالث
٤٤٩	فصل في أنواع الإجارة
٤٥٧	فصل في الأجير الخاص
٤٦٠	فصل في الأجير المشترك
٤٦٥	فصل في استيفاء المنفعة
٤٦٩	فصل فيما يلزم الموجر والمستأجر
٤٧٠	فصل الإجارة عقد لازم
٤٧٧	فصل في ضمان الأجير
٤٨١	فصل
٤٨٥	باب السبق
٤٩٢	فصل في أحكام المسابقة
٤٩٥	فصل في المناضلة
٥٠٣	كتاب العارية
٥١١	فصل
٥١٦	فصل إذا اختلف المعير والمستعير
٥١٨	كتاب الغصب
٥٢٣	فصل في رد المغصوب
٥٢٩	فصل إذا رد المغصوب

٥٣٣	فصل إذا نقص المغصوب
٥٣٩	فصل إذا خلط المغصوب
٥٤٣	فصل إذا وطئ الجارية المغصوبة
٥٥٢	فصل إذا تلف المغصوب
٥٥٦	فصل في أجرة المغصوب
٥٥٨	فصل في تصرفات الغاصب
٥٦٠	فصل فيمن أتلف مالا لغيره