

المغنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الحرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

و يليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد
ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الرابع

تدبيره) وضعنا كتاب المغنى في أعلى الصحائف والترح الكبير في أدناها مفصلا بينهما بخط عرضي مزدوج

أعاد طبعه بنفقته وأشرف على تصحيحه

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

• البيع مبادلة المال بالمال تملكاً وتمسكاً واشتقاقاً من الباع لان كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للاخذ والاعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أي يصاحفه عند البيع ولذلك سمي البيع صفقة ، وقال بعض أصحابنا هو الايجاب والقبول إذا تضمن عينين للتمليك ، وهو حد قاصر لخروج بيع المعاوضة منه ودخول عقود سوى البيع فيه ، والبيع جائز بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم) **وروي البخاري عن ابن عباس قال : كانت عكاظ ومجنة وذو الحجاز أسواقاً في الجاهلية فلما كان الاسلام تأثموا فيه فأنزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم) يعني في مواسم الحج ، وعن**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وبه نستعين)

كتاب البيع (*)

البيع مبادلة المال بالمال تملكاً وتمسكاً واشتقاقاً من الباع لان كل واحد من المتبايعين يمد باعه للاخذ والاعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه أي يصاحفه عند البيع ولذلك سمي البيع صفقة والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وقوله (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم) قال ابن عباس رضي الله عنها كانت عكاظ ومجنة وذو الحجاز أسواقاً في الجاهلية فلما كان الاسلام تأثموا فيه فانزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم) يعني في مواسم الحج ، وعن ابن الزبير نحوه رواه البخاري ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم

(*) ليعلم أن كتاب البيع في الشرح الكبير متأخر عن موضعه هنا فقد مناه لاجل موافقته المعنى للاستفادة

من الكتابين قراءة ومراجعة

الزبير نحوه ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » متفق عليه وروى رفاعه أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال « يا معشر التجار » فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال « ان التجار بيعثون يوم القيامة فجارا إلا من بر وصدق » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، وروى أبو سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء » قال الترمذي هذا حديث حسن - في أحاديث كثيرة سوى هذه ، وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه وصاحبه لا يبذله بغير عوض ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ، ودفع حاجته

(فصل) والبيع على ضربين (أحدهما) الايجاب والقبول فالايجاب أن يقول بعتك أو ملكتك أو لفظ يدل عليهما ، والقبول أن يقول اشتريت أو قبلت ونحوهما ، فان تقدم القبول على الايجاب بلفظ الماضي فقال ابعت منك فقال بعتك صح لان لفظ الايجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به فصح كما لو تقدم الايجاب ، وان تقدم بلفظ الطلب فقال بعني ثوبك فقال بعتك ففيه روايتان (احدهما) يصح كذلك وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يصح وهو قول أبي حنيفة لانه لو تأخر عن الايجاب لم يصح به البيع فلم يصح اذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينقد كما لو لم يطلب ، وحكى أبو الخطاب فيما اذا تقدم بلفظ الماضي روايتين أيضا

« البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » متفق عليه ، وروى رفاعه أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال « يا معشر التجار » فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال « ان التجار بيعثون يوم القيامة فجارا إلا من بر وصدق » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح في أحاديث كثيرة سوى هذه ، وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبذله صاحبه بغير عوض ففي تجويز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته

(مسألة) وله صورتان (إحدهما) الايجاب والقبول . فالايجاب ان يقول البائع بعتك أو ملكتك أو نحوها ، والقبول أن يقول المشتري ابعت أو قبلت أو ماني معناهما فان تقدم القبول الايجاب جاز في احدي الروايتين)

إذا تقدم القبول الايجاب بلفظ الماضي كقوله ابعت منك فقال بعتك صح في أصح الروايتين لان لفظ القبول والايجاب وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما فيصح كما لو تقدم الايجاب (والثانية) لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح مع تقدم القبول كالكاح ولان القبول مبني على الايجاب فاذا لم يتقدم الايجاب فقد أتى بالقول في غير محله فوجوده كعدمه ، فان تقدم بلفظ الطلب فقال : بعني ثوبك بكذا فقال بعتك ففيه روايتان أيضا (احدهما) يصح لما ذكرنا وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يصح وهو قول أبي حنيفة لانه لو تأخر عن الايجاب لم يصح به البيع فلم يصح اذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينقد كما لو لم يطلب فاما ان تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال . نص عليه احمد

فاما ان تقدم بلفظ الاستهتام مثل ان يقول أتبعني ثوبك بكذا فيقول ببتك لم يصح بحال نص عليه احمد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء (الضرب الثاني) المعاطاة مثل أن يقول اعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح نص عليه احمد فيمن قال لخباز كيف تباع الخبز قال كذا بدرهم . قال زنه وتصدق به فاذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا فانه قال : يقع البيع بما يمتدده الناس يباع ، وقال بعض الحنفية يصح في خسائس الاشياء ، وحكي عن القاضي مثل هذا قال يصح في الاشياء اليسيرة دون الكبيرة ، ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح الا بالايجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا

ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجح اليه في القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وبقائه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكيم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه من كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول . ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائماً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ، ولم يتصور منهم اهماله والنفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ولم يخف حكمه

وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء (مسئلة) (وان تراخى القبول عن الايجاب صح مادام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه والافلا) لان حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتب بالقبض فيه لما يشترط قبضه ، فان تفرقا عن المجلس أو تشاغلا بما يقطعه لم يصح لان العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاتثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام الا به

(مسئلة) (الثانية المعاطاة) وهو أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه ، وقال القاضي لا يصح هذا الا في الشيء اليسير نص احمد على صحا هذا البيع فيمن قال لخباز كيف تباع الخبز ؟ قال كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فاذا وزنه فهو عليه وقول مالك نحو من هذا فانه قال : يقع البيع بما يمتدده الناس يباع ، وقال بعض الحنفية يصح في خسائس الاشياء : وهو قول القاضي لان العرف إنما جرى به في الشيء اليسير ومذهب الشافعي أن البيع لا يصح الا بايجاب وقبول ، وذهب بعض أصحابه الى مثل قولنا

ولنا أن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجح اليه في القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم . وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكيم ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه من كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الايجاب والقبول . ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلاً شائعاً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ولم يتصور منهم اهماله والنفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الايجاب والقبول لبينه النبي صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ولم يخف حكمه لانه يفضي الى وقوع العقود الفاسدة كثيراً واكاهم المال بالباطل ولم ينقل ذلك

لانه يفضي الى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال الباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولان اناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفتنا ، فكان ذلك اجماعا ، وكذلك الحكم في الايجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه ، وقد أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها ، وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة متفق عليه . وروى البخاري عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى بطعام سأل عنه « أهديت أم صدقة ؟ » فان قيل صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ، وان قيل هدية ضرب بيده وأكل معهم ، وفي حديث سلمان حين جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « كلوا » ولم يأكل . ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بسم الله » وأكل ولم ينقل قبول ولا أمر بإيجاب ، وأما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ، وفي أكثر الاخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول وليس الا المعاطاة ، والتفرقة عن تراض بدل على صحته ، ولو كان الايجاب والقبول شرطا في هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ولان الايجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضي فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ولان الناس يتبايعون بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره قبل مخالفتنا فكان اجماعاً ولان الايجاب والقبول إنما يرادان للدلالة فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه

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

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع الا بشروط سبعة) أحدها (التراضي به وهو أن يأتي به اختياراً لقول الله تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فان كان أحدهما مكرها لم يصح لعدم الشرط الا أن يكرهه كالمذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لو فاء دينه فيصح لانه قول حمل عليه لحق فصح كاسلام المرتد) (فصل) (الثاني أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد) فلا يصح من غير طائل

﴿ خيار المتبايعين ﴾

أي باب خيار المتبايعين فحذف اختصاراً

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان البيع يقع جائزاً ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع مادام مجتمعين لم يتفرقا وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمرو بن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال مالك وأصحاب الرأي : يلزم العقد بالايجاب والقبول ولا خيار لها لانه روي عن عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار . ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد كالتكاح والخلع . ولنا ما روي ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فان خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وقال صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » رواه الأئمة كلهم ، ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو برزة الاسلمي ، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم . ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيد الله بن عمرو وابن جريج والليث بن سعد ويحيى بن سعيد وغيرهم ، وهو صريح في حكم المسئلة . وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وثبوته عنده . وقال الشافعي رحمه الله : لأدري هل أهم مالك نفسه أو نافماً ؟ وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في ركه لهذا الحديث فان قيل المراد بالتفرق ههنا الفرق بالاقوال كما قال الله تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمي

كالطفل والخجول والمبرسم والسكران والتائم لانه قول يعتبر له الرضى فلم يصح من غير عاقل كالأقرار وسواء أذن له وليه أو لم يأذن (فأما الصبي المميز والسفيه فيصح تصرفهما باذن وليهما) في إحدى الروايتين (ولا يصح بغير اذنها إلا في الشيء اليسير)

يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والنماء فيما أذن له الولي فيه في إحدى الروايتين . وهو قول أبي حنيفة (والآخرى) لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف فأشبهه غير المميز ، ولان العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لحفائه وتزايدته تزايداً خفي التدرج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة

ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) معناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وإنما يتحقق ذلك بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء اعلم هل تغير أولاً ولانه عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه باذن واية كالعبد ، وفارق غير المميز فانه لا تحصل له المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفة ولا حاجة إلى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بتصرفاته وجرياتها على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فان معرفة رشده شرط لدفع ماله اليه وصحة تصرفه كذا ههنا ، فاما إن تصرف بغير اذن وليه

على ثلاث وسبعين فرقة « أي بالاقوال والاعتقادات . قلنا هذا باطل لوجوه (منها) ان اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد أما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه (الثاني) ان هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم انها بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه أو تركه (الثالث) انه قال في الحديث « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار » فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما وقال « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » (الرابع) انه يرد به تفسير ابن عمر للحديث بفعله فانه كان اذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع وتفسير ابي برزة له بقوله على مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه . وقول عمر البيعة صفقة أو خيار معناه ان البيعة ينقسم الى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سواه صفقة لقصر مدة الخيار فيه فانه قد روي عنه ابو اسحاق الجوزجاني مثل مذهبننا ولو أراد ما قالوه لم يجز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فلاحجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد كان عمر اذا بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم رجم عن قوله فكيف يعارض قوله بقوله ؟ على ان قول عمر ليس بحجة اذا خالفه بعض الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما ، ولا يصح قياس البيع على النكاح لان النكاح لا يقم غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولان في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بمداهاها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلم المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار النحرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسئلة ظاهر لظهور دليله ووجه ما ذكره المخالف في مقابلته والله أعلم (الفصل الثاني) ان البيع يلزم بتفرقهما للدلالة الحديث عليه ولا خلاف في لزومه بعد التفرق والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقا لان الشارع علق عليه حكما ولم يبيئه فدل ذلك على انه أراد ما يعرفه اناس كالقبض والاحراز ، فان كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء

لم يصح تصرفه الا في الشيء اليسير ، وكذلك تصرف غير المميز لما روي أن ابا الدرداء رضي الله عنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ذكره ابن أبي موسى ، ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة وهو مبني على تصرف الفضولي وسنذكره ان شاء الله تعالى ، وكذلك الحكم في تصرف السفينة باذن واية فيه روايتان (احدهما) يصح لانه عقد مما وضة فذلك بالاذن كالنكاح وقياسا على الصبي المميز ، يحقق هذا ان الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه فهنا أولى بالصحة ولاننا لو منعنا تصرفه بالاذن لم يكن لنا طريق الى معرفة رشده واختباره (والثانية) لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا اذن له فقد اذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو اذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهاتين ويصح تصرفه في الشيء اليسير كالصبي

(فصل) (الثالث : أن يكون المبيع مالا وهو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة)

(فيجوز بيع البعل والحمار ودود الفز وبذره والنحل منفرداً وفي كواراته) قوله لغير ضرورة احتراز من الميتة والحرمات التي تباح في حال الحمصة والحمر يباح دفع اللقمة بها ، فكل عين ملوكة يجوز اقتناؤها والاتفاق بها في غير حال الضرورة يجوز بيعها إلا ما استثناء الشرع كالكلب وأم الولد والوقف لان الملك سبب لإطلاق التصرف ، والمنفعة المباحة يباح له استبقاؤها فجاز له أخذ عوضها أو بيع لغيره بذل ماله فيها توصلها إليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ما أبيع نفعه ، وسواء في ذلك ما كان طاهراً كالثياب والعمار وهبمة

فبان في أحدها مستدراً لصاحبه خطوات وقيل هو أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة . قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرقة الابدان فقال إذا أخذ هذا كذا وهذا كذا فقد تفرقا . وروى مسلم عن نافع قال : فكان ابن عمر إذا بايع فأراد أن لا يقبله مشى هنيئاً ثم رجع . وإن كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالمفارقة أن يفارقه من بيت الى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس الى بيت أو نحو ذلك ، فإن كانا في دار صغيرة فإذا صد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه وإن كانا في سفينة صغيرة مخرج أحدهما منها ومشى وإن كانت كبيرة صد أحدهما على أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي ، فإن كان المشتري هو البائع مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده أو اشتري لولده من مال نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لانه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لان الافتراق لا يمكن هنا لكون البائع هو المشتري ، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصداً ذلك أو لم يقصداه علماء أو جهلاء ، لان النبي صلى الله عليه وسلم عاق الحيار على التفرق وقد وجد ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد لانه فارقه باختياره ولا يقف لزوم العقد على رضاها ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع ، ولو أقام في المجلس وسدلاً بينها سترأ أو بنياً بينها حاجزاً أو ناماً أو قاماً فضيماً جميعاً ولم يفرقا فالخيار بحاجته ، وإن طالت المدة لعدم التفرق وروى أبو داود والاثرم باسنادها عن أبي الرضى قال : غزونا غزوة لنا فزلنا منزلاً فباع صاحب لنا فرساً بفلام ثم أقاماً ببقية يومها وليلتها فلما أصبحنا من الغد وحضر الرجل قام إلى فرسه يمرجه فقدم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأتى الرجل أن يدفعه إليه فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار

الانعام والخيل والصيد أو مختلفاً في نجاسته كالبعل والحمار لا نعلم في ذلك خلافاً ، ويجوز بيع الجحش الصغير والفهد الصغير وفرخ البازي إذا قلنا بجواز بيعهما لانه ينتفع به في المال فأشبهه طفل العبيد (فصل) ويجوز بيع دود القز وبذره وقال أبو حنيفة إن كان مع دود القز قز جاز بيعه وإلا فلا لانه لا ينتفع بعينه فهو كالحشرات وقيل لا يجوز بيع بذره ، ولنا أنه حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لملك ما يخرج منه أشبه البهائم ولان الدود وبذره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب ، وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع سوى التناج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلاً فان نفع هذه كثير لان الحرير الذي هو أشرف الملابس إنما يحصل منها

(فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع ، وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها منفردة كما ذكر في دود القز ، ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطنه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كهيئة الانعام ، واختلف أصحابنا في بيعها في كوارانها فقال القاضي لا يجوز لانه لا يمكن مشاهدتها جميعها ولانها لا تخلو من عسل يكون مبيعا معها وهو مجهول . وقال أبو الخطاب يجوز بيعها في كوارانها منفردة عنها فانه يمكن مشاهدتها في كوارانها إذا فتح رأسها ويعرف كثيره من قلته ، وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء فان بعضه يكون على بعض فلا يشاهد إلا ظاهره والعسل يدخل في البيع تبعاً فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان ، فان لم يمكن مشاهدته لكونه مستوراً بأقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته

ما لم يتفرقا» ما أرا كما افترقا. فإن فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ولانه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقتة لصاحبه ، وقال القاضي لا ينقطع الخيار لانه حكم نلق على التفرق فلم يثبت مع الاكراه كما لو علق عليه الطلاق ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وفارقه بغير رضاه ويكون الخيار للمكره منها في المجلس الذي يزول عنه فيه الاكراه حتى يفارقه، وإن أكرها جميعا انقطع خيارها لأن كل واحد منها ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه ما لو أكره صاحبه دونه، وذكر ابن عقيل من صور الاكراه ما لو رأيا سباعاً أو ظالماً خشياً فهربا فزها منه أو حملها سيل أو فرقت ربيع بينهما

(فصل) وإن خرس أحدهما قامت اشارته مقام لفظه فإن لم تفهم اشارته أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الاب أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي. وإن مات أحدهما بطل خياره لانه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث وأما الباقي منها فيبطل خياره أيضا لانه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم، ويحتمل أن لا يبطل لأن التفرق بالابدان لم يحصل فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً

(فصل) وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له ان يفارق صاحبه خشية أن يستقبله» رواه النسائي والاثرم والترمذي وقال حديث حسن. وقوله الا أن تكون صفقة خيار يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم بتفرقها ولا يكون تفرقها غاية للخيار فيه لكونه ثابتا بعد تفرقها، ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطاً فيه ان لا يكون بينهما فيه خيار فيأزم بمجرد العقد من غير تفرق، وظاهر

(فصل) وفي بيع العلق التي ينتفع بها كالتي تعلق على صاحب الكف فيمص الدم والديدان التي تترك في الشص فتصاد بها السمك وجهان : أصحهما جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك (والثاني) لا يجوز بيعها لانها لا ينتفع بها إلا نادراً فاشبهت ما لا نفع فيه .

(مسئلة) (وجوز بيع الهر والغيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الحرقي . والاخرى لا يجوز اختارها أبو بكر)

يجوز بيع الهر وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحامد والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي، وعن أحد أنه كره ثمنها وروي ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر ابن زيد اختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور رواه أبو داود ولنا أنه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فجاز بيعه كالغزل والحمار، ويمكن حمل الحديث على غير المملوك منها وعلى ما لا نفع فيه منها بدليل ما ذكرنا

(فصل) ويجوز بيع الغيل وسباع البهائم والطيور التي يصلح للصيد كالقهد والصقر والبازي وأنقاب والطيور المقصود صوته كالهزار والبلبل والبيعة وأشباه ذلك وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر عبدالعزيز وابن أبي موسى لا يجوز بيع القهد والصقر والغيل ونحوها لانها نجسة فلم يجز بيعها كالكلب

الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم فإنه ذكر له فعل ابن عمرو وحديث عمرو بن شعيب فقال هذا الآن قول النبي صلى الله عليه وسلم . وهذا اختيار أبي بكر، وذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لان ابن عمر كان اذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه متفق عليه، والاول أصح لان قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر والظاهر ان ابن عمر لم يبيئنه هذا ولو علمه ما خالفه

(الفصل الثالث) ان ظاهر كلام الحرقي ان الخيار يتمد الى الفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده وهو احدى الروايتين عن أحمد لان أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» من غير تعيين ولا تخصيص هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برزة وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر (والرواية الثانية) أن الخيار يبطل بالتخاير اختارها الشريف ابن أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو أصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر «فان خير احدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» يعني لزم وفي لفظ «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا الا ان يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار فقد وجب البيع» متفق عليه . والأخذ بالزيادة أولى والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد ، فالتخاير في ابتدائه ان يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الاخر على ذلك فلا يكون لها خيار والتخاير بعده ان يقول كل واحد منهما بعد العقد اخرت امضاء العقد أو الزامه أو اخرت العقد أو أسقطت خياره فيلزم العقد من الطرفين ، وان اختار احدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط لها فاسقط احدهما خياره دون الآخر . وقال أصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء

ولنا انه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فأبيح بيعه كالبلغل والحمار وما ذكره يبطل بالبلغل والحمار وحكمهما حكم سباع البهائم في الطهارة والنجاسة وابطاحه والاتفاح .

فأما الكلب فان الشرع توعد على اقتنائه وحرمه إلا في حال الحاجة فصارت ابحاثه ثابتة بطريق الضرورة ولان الاصل اباحة البيع لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) حرم منه ما استثناء الشرع لمعان غير موجودة في هذا فيبقى على أصل الاباحة ، فان كان الفهد والصقر ونحوها ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يحز بيعه لعدم النفع به، وإن أمكن تعليمه جاز بيعه لأن ما له الى الاتفاح أشبه الجحش الصغير فأما ما يصاد عليه كالبومة التي يجعل عليها شياشاً ليجمع الطير اليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع لأن ذلك مكروه لما فيه من تمذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه

(فصل) فأما بيض مالا يؤكل لحمه من الطير فان لم يكن فيه نفع لم يحز بيعه طاهراً كان أو نجساً وان كان ينتفع به بأن يصير فرخاً وكان طاهراً جاز بيعه لانه طاهر منتفع به أشبه أصله ، وان كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فحكه حكم فرخه ، وقال القاضي لا يجوز بيعه لتنجاسته وكونه لا ينتفع به في الحال وما ذكر منى بفرخه وبالبحش الصغير

(فصل) قال أحمد رحمه الله أكره بيع القرود . قال ابن عقيل هذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب فأما بيعه لمن ينتفع به لحفظ المنافع والدكان ونحوه فيجوز لانه كالصقر وهذا مذهب الشافعي وقاس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقاً

(مسئلة) ويجوز بيع العبد المرد المريض وفي بيع الجاني والقائل في المحاربة ولبن الآدميات وجهان

العقد قولان أظهرهما لا يقطع الخيار لانه اسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة ، فولى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة

ولنا قوله عليه السلام « فان خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » وقوله « الا أن يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار وجب البيع » وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ما خالفه ولان ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارنا للعقد كاشتراط الخيار ولانه أحد الخيارين في البيع فجاز اخلاؤه عنه كخيار الشرط ، وقولهم انه اسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك فان سبب الخيار البيع المطلق فاما البيع مع التخالف ليس بسبب له ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكان المانع مقارن له فلم يثبت حكمه. وأما الشفع فانه أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط اسقاط خياره في العقد بخلاف مسئلتنا ، فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الاخر شيئا فالساكت منهما على خياره لانه لم يوجد منه ما يبطل خياره ، وأما الفائل فيجوز أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخاري وأبو داود والنسائي ولانه جعل لصاحبه مامله من الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يختر فلم يؤثر فيه كما لو جعل لزوجه الخيار فلم يختر شيئا ، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختر والاول أولى اظاهر الحديث ولانه جعل الخيار لغيره ، ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا تملك فاذا لم تقبل سقط وهبنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تملكنا انما كان اسقاطا فسقط

حكم بيع المرتد حكم الفائل في صحة بيعه وسائر أحكامه ، وبيعه جائز لان قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الاسلام ولانه مملوك منتفع به ، وخشية هلاكه لا تمنع صحة بيعه كالريض فانا لانعلم خلافا في صحة بيع المريض

(فصل) ويصح بيع العبد الجاني في أصح الوجهين سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ على النفس أو مادونها موجبة للقصاص أو غير موجبة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح بيعه لانه يتعلق برقبته حق آدمي فصح صحة بيعه كالرهن . بل حق الجناية أكد لانها تقدم على حق المرهن . ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالكافة أو حق ثبت بغير رضى سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالتعلق ، وان كان الحق قصاصا فهو يرحى سلامته ويخشى تلفه وذلك لا يمنع كالريض ، أما الرهن فان الحق متعلق فيه لا يملك سيده ابداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي الرهن برضاه واختياره

(فصل) فاما التملك في المحاربة فان تاب قبل القدرة عليه فهو كالجاني وان لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالقائل في غير محاربة لانه عبد قن يصح اعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القائل ، ولانه يمكنه الاتفاع به إلى حين قتله ، ويعتقه فيجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالريض المأبوس من برئه ، وقال القاضي لا يصح بيعه لانه تحم قتله وانلافه وازهاب ماله وحرمانه بقاؤه فصار بمنزلة مالا ينتفع به من الحشرات والنبات ، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمدها محلا للبيح كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد رمق أو إطعام كلب ، والاولى أصح فانه كان محلا للبيح والأصل بقاء ذلك فيه وانحتمام إنلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت

(مسئلة) قال (فان تلفت السلعة أو كان عبدا فأعتقه المشتري أو مات بطل الخيار)

أما اذا تلفت السلعة في مدة الخيار فلا يخلو إيمان تكون قبل القبض أو بعده فان كان قبل القبض وكان مكيلا أو موفونا انفسخ ابيع وكان من مال البائع ولا أعلم في هذا خلافا الا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ويطل خياره ، وفي خيار البائع روايتان ، وان كان المبيع غير المكيل والموزون ولم يتمم البائع المشتري من قبضه فظاهر المذهب انه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض. وأمان تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويطل خياره، وفي خيار البائع روايتان (احدهما) يطل وهو اختيار الحرقى وأبي بكر لانه خيار فسخ فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب اذا تلف المبيع (والرواية الثانية) لا يطل وللبائع أن يفسخ ويطلب المشتري بقيمته وهذا اختيار القاضي وابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيع بالخيار ما لم يتفرقا» ولانه خيار فسخ فلم يطل بتلف

أحكام الموتى له من إرث ماله ونقود وصيته وغيرها ، ولان خروجه عن حكم الاصل لا يثبت إلا بدليل ولا نص فيه ولا إجماع ، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لان تلك لم يكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا المحم يمكن زواله لزوال ما يثبت به من الرجوع عن الاقرار والرجوع عن الشهود ولولم يمكن زواله فأكثر ما فيه تحقق تلفه ، وهذا يجعله كالمريض المأبوس من برئه ويغنه جائز

(فصل) فاما بيع لبن الآدميات فرويت الكراهة فيه عن أحمد ، واختلف أصحابنا في جوازه وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي . وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه مانع خارج من آدمية فلم يجز بيعه كالعرق ولانه جزء من آدمي فلم يجز بيعه أشبهه سائر أجزائه . والاول أصح لانه طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة ولانه يجوز أخذ العوض عنه في اجارة الظئر فأشبهه المتائم ويفارق العرق فانه لا تقع فيه . ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فانه يجوز بيع العبد والامة . وانما حرم بيع الحر لانه غير مملوك وحرم بيع العضو المقطوع لانه لا تقع فيه

(مسئلة) (وفي جواز بيع المصحف وكراهة شرائه وأبداله روايتان)

قال احمد لأعلم في بيع المصحف رخصة ورخص في شرائها . وقال الثراء أهون . ومن كره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير واسحاق قال ابن عمر وددت أن الايدي تقطم في بيعها . وقال أبو الخطاب يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهي رواية عن احمد لانه منتفع به فأشبهه سائر كتب العلم ، وهل يكره شراؤه وأبداله ؟ على روايتين ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي لان البيع يقع على الورق والجلد ويغنه مباح

ولنا قول الصحابة ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم ، ولانه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيافته عن البيع والابتذال (١) أما الثراء فهو أسهل لانه استنقاذ للمصحف وبذل لماله فيه فجاز شراؤه رباع مكة واستنجدار دورها ولم يريها ولا أخذ اجرتها ، وكذلك دفع الاجرة الى الحجام لا يكره مع كراهية كسبه والرواية الاخرى يكره لان المقصود منه كلام الله تعالى فيجب صيافته عن الابتذال وفي جواز شرائه التمسبب إلى ذلك والمعونة عليه ، ولا يجوز بيعه لكافر فان اشتراه فالبيع باطل وبه

(١) يقول الآخرون ان المبتذل ما لا يباع وانفس الجواهر تباع وان بيعه سهل على الناس الانتفاع به وتميم هدايته وكتبه محمد رشيد رضا

المبيع كما لو اشترى ثوبا بثوب فتلّف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً فإنه يردّه ويرجم بقيمة ثوبه كذا ههنا وأما إذا أعتقه الممترى فإن خياره يبطل لأنه أنلّفه وفي بطلان خيار البائع روايتان كما لو تلّف المبيع . وخيار المجلس وخيار الشرط في هذا كله سواء

قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي يجوز ويجبر على بيعه لأنه أهل للشراء والمصحف محل ، له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فتم من ابتدائه كسائر مالا يجوز بيعه ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو وخيفة أن تناله أيديهم ، فلا يجوز بيعهم من التوسل إلى نيل أيديهم إياه (مسئلة) (ولا يجوز بيع الحشرات ولا الميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلح للصيد) لا يجوز بيع الميتة ولا الخنزير ولا الدم . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول « إن الله ورسوله حرم بيع الميتة والحمر والخنزير والاصنام » متفق عليه ولا يجوز بيع مالا ففتح فيه كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاضطياد كالأسود والذئب ، ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والجدأة والغراب الأبقع وغراب البين وبيضها لأنه لا نفع فيه فأخذت منه أكل للمال بالباطل ولأنه ليس فيها نفع مباح أشبهت الخنزير (مسئلة) (ولا يجوز بيع الكلب أي كلب كان لأن لم فيه خلافا في المذهب)

وبه قال الحسن وربيعة . وحماة والشافعي وداود ، ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي وأجاز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ منها ، وعنه لا يجوز بيع الكلب العقور واختلف أصحاب مالك فقال قوم لا يجوز . وقال قوم يجوز بيع الكلب المأذون في أمساكه ويكره ما روى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ولأنه يباح الاتفاع به . ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار .

ولنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر النبي وحلوان الكاهن متفق عليه وعن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثمن الكلب خبيث » رواه مسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فإن جاء يطلبه فاملؤا كفه تراها رواه أبو داود ولأنه حيوان نهى عن اقتنائه في غير حال الحاجة أشبه الخنزير ، وأما حديثهم فقال الترمذي لا يصح اسناد هذا الحديث . وقال الدارقطني الصحيح أنه موقوف على جابر وقال أحمد هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف

(فصل) ولا يجل قتل الكلب الملعوم لأنه محل متفهم به مباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة . ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قاتله وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك وعطاء عليه الفرم لما ذكرنا في تحريم قتله . ولنا أنه محل محرم أخذ عوضه لحبسه فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير . وإنما حرم اتلافه لما فيه من الأضرار وهو منهي عنه . فاما قتله مالا يباح أمساكه من الكلاب فإن كان أسود بهما أبيض قتله لأنه شيطان كما جاء في حديث أبي ذر ولما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لولا أن الكلاب أمة من الأمم لامرت بقتلها فقتلوا منها كل أسود بهم » وكذلك يباح قتل الكلب العقور لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كاهن فاسق يقتلن في الحل والحرم الغراب والجدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ويقتل كل واحد من هذين وإن كان

(فصل) ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفاً يخص الملك بطل خياره كاعتاق العبد وكتابه وبيعه وهبته ووطئه الجارية أو مباشرتها أو لمسها لشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة

معاملاً لما ذكرنا من الحديثين. وعلى قياس الكلب العقور كل ما آذى الناس وضرهم في أنفسهم وأموالهم يباح قتله ولأنه يؤدي بلا نفع أشبه الذئب وما لا مضرة فيه لا يباح قتله للخبر المذكور. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها وقال «عليكم بالأسود البهيم ذي النقطين فإنه شيطان» رواه مسلم

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

(فصل) ويجوز تربية الجرو الصغير لاحتوائه في أقوى الوجهين لأنه قصده لذلك فيأخذ حكمه كما جاز بيع الجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لما له إلى الانتفاع ولأنه لو لم يتخذ الصغير لما أمكن جعل الكلب للصيد إذ لا يصير معلماً إلا بالتعلم ولا يمكن تعلمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونن) ولا يوجد كلب معلم بتربية تعليم. والثاني لا يجوز لأنه ليس من الثلاثة

(فصل) ومن اقتنى كلب صيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه لأن ذلك لا يمكن التحرز منه، وكذلك لو حصده صاحب الزرع زرعه أبيع اقتناؤه حتى يزرع زرعا آخر، وكذلك لو هلك ماشيته أو باعها وهو يريد شراء غيرها فله إمساك كلبها لينتقم به في التي يشتريها، فإن اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتتمل الجواز لاستثنائه في الخبر مطلقاً واحتمل المنع لأنه اقتناء من غير حاجة أشبه غيره من الكلاب، ومعنى كلب الصيد أي كلب يصيد به وهكذا الاحتمال لأن فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثاً أو ماشية إن حصلت أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد وليس في الحل حرث ولا ماشية، ويحتمل الجواز لقصد ذلك كما لو حصده الثور وأراد زرع غيره

(مسئلة) (ولا يجوز بيع السرجين النجس) وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يجز ولأن أهل الأمصار يبتاعونه لزرعهم من غير نكير فكان أجماعاً

ولنا أنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة وما ذكره ليس باجماع لأن الإجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد ولأنه رجيع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الآدمي

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماله بملكه كالميتة وما ذكره ليس باجماع لأن الإجماع اتفاق أهل العلم وقد روى البخاري بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطي بي ثم غدر، ورجل باع حراً وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الأدهان النجسة)

لحاجته أو سفر أو حمله عليها أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع وقصل منه فما وجد من هذا فهو رضاء بالمبيع ويبطل به خياره لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء وبدلانه ولذلك يبطل خيار المعتقة بتمكينها الزوج من وطئها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان وطئك فلا خيار لك » وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، فأما ركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها وحليب

في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه لأن أكله حرام لأن لم فيه خلاف لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة يموت في السمن فقال « ان كان مائتا فلا تقر بوه » من المسند وإذا كان حراما لم يجوز بيعه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله إذا حرم شيئا جرم ثمنه » ولأنه نجس فلم يجوز بيعه قياسا على شحم الميتة وعنه يجوز بيعه لكافر يعلم نجاستها لأنه يعتقد حياها ويستبيح أكلها ولأنه قد روي عن أبي موسى لتوا به السويق وبيعوه ولا تبيعوه من مسلم وبنوه، والصحيح الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجمعوها فباعوها وأكلوا ثمنها، ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه » متفق عليه . ولأنه لا يجوز بيعها من مسلم فلا يجوز بيعها لكافر كالحمر والخنزير فأنهم يعتقدون حله ولا يجوز بيعه لهم ولأنه دهن نجس فلم يجوز بيعه لكافر كشحوم الميتة . قال شيخنا ويجوز أن يرفع الكافر في فكك مسلم ويعلم الكافر بنجاسته لأنه ليس ببيع في الحقيقة إنما هو استنقاذ المسلم به (مسئلة) (وفي جواز الاستصباح بها روايتان ويخرج على ذلك جواز بيعها)

اختلفت الرواية في الاستصباح بالزيت النجس فروي عنه انه لا يجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم في السمن الذي مات فيه الفأرة « وان كان مائتا فلا تقر بوه » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال « لا، هو حرام » متفق عليه . وهذا في معناه وهو قول ابن المنذر وعنه اباحته لأن ذلك يروي عن ابن عمر وهو قول الشافعي لأنه أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز كالتطهير وهذا اختيار الحنفي، فعلى هذا يستصبح به على وجه لا تعدى نجاسته إما أن يجعل في ابريق ويصب منه في المصباح ولا يمس وإما أن يدع على رأس الجرة التي فيها الزيت سراجا مثقوبا ويطبقه على رأس اناء الزيت، وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرقم الزيت فيملا السراج وما أشبه هذا، وعلى قياس هذا كل انتفاع لا يفضي الى التنجيس بها يجوز ويتخرج على جواز الاستصباح به جواز بيعه وهكذا ذكره أبو الخطاب لأنه يجوز الانتفاع به من غير ضرورة فجاز بيعه كالبلغل والحمار، وهل تطهر بالنسل فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى، وإذا قلنا تطهر بالنسل فالقياس يقتضي جواز بيعها لأنها عين نجسة تطهر بالنسل أشبهت الثوب النجس . وكره أحمد رحمه الله أن تدهن بها الجلود وقال تجعل منها الاسقية، ونقل عن ابن عمر انه يدهن بها الجلود وعجب أحمد من هذا فيحتمل أن يحمل على ما لا تمتدى نجاسته كالنعال كما قلنا في جلود الميتة (فصل) فأما شحوم الميتة وشحم الكلب والخنزير فلا يجوز الاستصباح به ولا الانتفاع به في جلود ولا سفن ولا غيرها لما ذكرنا من الحديث، وإذا استصبح بالزيت النجس فاجتمع من دخانه شيء فهو نجس لأنه جزء منه، والنجاسة لا تطهر بالاستحالة فان علق بشيء عني عن يسيره لم يشق التحرز عنه وإن كثر لم يمت عنه

(فصل) ولا يجوز بيع الترياق الذي فيه لحوم الحيات لأن نفعه إنما يحصل بالاكل وهو محرم فحلالا

الشاة ليلم قدر لبها ونحو ذلك فليس برضا بالمبيع ولا يبطل خياره. لان ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختيار المبيع وذكر أبو الخطاب وجها في أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل الا

من تقع مباح فلم يحجز بيعه كالميتة ، ولا يجوز التداوي به ولا بسم الأفاعي ، فأما سم النباتات فان كان لا يندفع به أو يقتل قابله لم يحجز بيعه لعدم نفعه ، وان أمكن التداوي بيسيره كالمسقمونيا جاز بيعه لانه ظاهر منتفع به (فصل) (الرابع أن يكون مملوكا له أو مأذونا له في بيعه فان باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى بعين ماله شيئا بغير إذنه لم يصح وعنه يصح ويقف على اجازة المالك)

إذا اشترى بعين مال غيره أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان (إحداهما) لا يضح البيع وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر (والثانية) يصح البيع والشراء ويقف على اجازة المالك فان أجازته نفذ ولزم البيع وإن لم يحجزه بطل وهو قول مالك وإسحاق وبه قال أبو حنيفة في البيع . فأما الشراء فيقع للمشتري عنده بكل حال لما روى عروة بن الجعد البارقني ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا لأشترى به شاة فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ، قال فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة وأخبرته فقال « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه ابن ماجه والأثرم ولانه عقده بحين حال وقوعه فصح وقفه على اجازته كالوصية بزيادة على الثلث

ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني مالا تملك لانه ذكره جوابا له حين سأله انه يبيع الشيء وهو مضي ويشتره ويسلمه . ولا تفاقنا على صحة بيع ماله الغائب ولانه باع مالا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء . فأما الوصية فيتأخر فيها القبول عن الإيجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الفرر مالا يجوز في البيع ، وحديث عروة نحمه على ان وكالته كانت مطلقة بدليل انه سلم ويستلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا

(مسئلة) (وان اشترى له في ذمته بغير إذنه صح فان أجازته من اشترى له ملكه وإلزام من اشترى) إذا اشترى في ذمته لانسان شيئا بغير إذنه صح لانه متصرف في ذمته لا في مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الغير أو لا لأن الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا انه اذا اشترى ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل ، وان خرج مفسوبا لم يبطل العقد وانما وقف الأمر على اجازة الآخر لانه قصد التراء له فان أجازته لزمه وعمله الثمن وان لم يقبله لزم من اشترى

(فصل) وإن باع ساعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم مالو باعها بغير إذنه في قول الاكثرين منهم أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي قال ابن أبي ليلى سكوتة اقرار لانه يدل على الرضا كسكوت البكر في الاذن في الذكاح . ولما ان السكوت محتمل فله يكن إذنا كسكوت الثيب ، وفارق سلوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك موجودا هاهنا

(مسئلة) (ولا يجوز بسم مالا يملكه لمضي ويشتره ويسلمه رواية واحدة)

وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لأن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم ان الرجل يأبني يلمس من البيع ما ليس عندي فأمضي الى السوق فاشتره ثم يبيعه منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك » حديث حسن صحيح ولانه يبيع مالا يقدر على تسليمه أشبه بيع الطير في الهواء

بالتصريح بالرضا ولا يصح لان هذا يتضمن إجازة البيع وبدل على الرضا به فبطل به الخيار كصريح القول ولان التصريح انما أبطل الخيار لدلالته على الرضا به فإدله على الرضا به يقوم مقامه ككنايات

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

لا يجوز بيع شيء من الأرض الموقوفة ولا شراؤه كأرض الشام ونحوها في ظاهر المذهب وقول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وعبدالله بن عمرو رضي الله عنهم ، وروي ذلك عن عبد الله ابن مغفل وقبيصة بن ذؤيب وميمون بن مهران والاوزاعي ومالك وأبي اسحاق الفزاري . قال الاوزاعي لم نزل أئمة المسلمين ينهون عن شراء أرض الجزية ويكرهه علماءهم ، وقال : أجمع رأي عمر وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهروا على أهل الشام على أقرار أهل القرى في قراهم على ما كان بأيديهم من أرضهم يعمرونها ويؤدون خراجها إلى المسلمين ويرون أنه لا يصلح لأحد من المسلمين شراء ما في أيديهم من الأرض طوعاً ولا كرهاً وكرهوا ذلك لما كان من إيقاف عمر وأصحابه الأرضين المحبوسة على آخر هذه الأمة من المسلمين لاتباع ولا تورث قوة على جهاد من لم يظهر عليه بعد من المشركين ، وقال الثوري إذا أقر الإمام أهل العنوة في أرضهم توارثوها وتبايعوها ، وروي نحو هذا عن ابن سيرين والقرظي ، لما روى عبد الرحمن بن زيد أن ابن مسعود اشترى من دهقان أرضاً على أن يكفيه جزيتها ، وروي عنه أنه قال : هي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التبقير (١) في الأهل والمال ، ثم قال عبد الله وكيف بمال بزاذان وبكذا وكذا ؟ وهذا يدل على أن له مالا بزاذان ولأهلها أرض لهم فجاز بيعها كأرض الصلح ، وقد روي عن أحمد أنه قال : كان الشراء أسهل يشتري الرجل ما يكفيه ويغنيه عن الناس وهو رجل من المسلمين وكره البيع ، قال شيخنا وإنما رخص في الشراء والله أعلم لان بعض الصحابة اشترى ولم يسمع عنهم البيع ، ولان الشراء استخلاص للأرض ليقوم فيها مقام من كانت في يده والبيع أخذ عوض عما لا يملكه ولا يستحقه فلا يجوز

(١) التبقير التوسم

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا أراضيهم . وقال الشعبي اشترى عتبة بن فرقد أرضاً على شاطيء الفرات ليتخذ فيها قصراً فذكر ذلك لعمر فقال من اشترىها ؟ قال بن أربابها ، فلما اجتمع المهاجرون والانصار قال هؤلاء أربابها فهل اشترى منهم شيئاً ؟ قال لا ، قال فأرددها إلى من اشترىها منه وخذ مالك . وهذا قول عمر في المهاجرين والانصار بمحض سادة الصحابة وأئمتهم فلم ينكر فكان إجماعاً ولا سبيل إلى وجود إجماع أقوى من هذا وشبهه إذ لا سبيل إلى نقل قول جميع الصحابة في مسألة ولا إلى نقل قول العشرة ولم يوجد الإجماع إلا القول المنتشر ، فان قيل فقد خالفه ابن مسعود بما ذكر عنه . قلنا لانتم الخلفاء وقولهم اشترى قلنا المراد به اشترى كذا قال أبو عبيد ، والدليل عليه قوله على أن يكفيه جزيتها ولا يكون مشترياً لها وجزيتها على غيره وقد روى عنه القاسم أنه قال : من أقر بالطق فقد أقر بالصغار والذل وهذا يدل على أن الشراء هنا الاكترأه وكذلك كل من رويت عنه الرخصة في الشراء محمول

الطلاق تقوم مقام صريحه ، وان عرضه على البيع أو بآءه ببعاً فاسداً أو عرضه على الرهن أو غيره من التصرفات أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره لان ذلك يدل على الرضا به . قال أحمد . اذا علم ذلك ، وقوله فكيف بال بزاذان ليس فيه ذكر الشراء ، ولان المال الارض فيحتمل أنه أراد من السائمة أو الزرع أو نحوه ، ويحتمل أنه أراد أرضاً أكثرها وقد يحتمل أنه أراد بذلك غيره وقد يعيب الانسان الفعل المصيب من غيره

(جواب ثان) أنه يتناول الشراء وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض ، فأما المعنى فلاها موقوفة فلم يحز بيهما كسائر الوقوف والدليل على وقفها النقل والمعنى أما النقل فأن نقل من الاخبار أن عمر لم يقسم الارض التي افتتحها وتركها لتكون مادة للمسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله إلى يوم القيامة وقد نقلنا بعض ذلك وهو مشهور تعني شهرته عن نقله

وأما المعنى فلاها لو قسمت لكانت للذين افتتحوها ثم لورثته (١) ولمن أنتقلت اليه عنهم ولم تكن مشتركة بين المسلمين ، ولانه لو قسمت لنقل ذلك ولم يخف بالكلية فان قيل فهذا يلزم منه الوقف لانه يحتمل أنه تركها للمسلمين عامة فتكون فينا للمسلمين والامام نائبهم فيفعل ما يرى فيه المصاححة من بيع وغيره ، ويحتمل أنه تركها لاربابها كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بمكة ، قلنا أما الاول فلا يصح لان عمر إنما ترك قسمتها لتكون مادة للمسلمين كلهم ينتفعون بها مع بقاء أصهار وهذا معنى الوقف ، ولو جاز تخصيص قوم بأصهار لكان الذين افتتحوها أحق بها ولا يجوز أن يمنعها أهلها المفسدة ثم يخص بها غيرهم مع وجود المفسدة المانعة والثاني أظهر فساداً من الاول لانه اذا منعها المسلمين المستحقين كيف يخص بها أهل الذمة المشركين الذين لا حق لهم ولا نصيب ؟

(١) الظاهر أن تكون لورثته

(فصل) واذا بيعت هذه الارض فحكم بصحة البيع حاكم صح لانه مختلف فيه فصح بحكم الحاكم كسائر المختلفات ، وإن باع الامام شيئاً لمصلحة رآها مثل أن يكون في الارض ما يحتاج إلى عمارته ولا يعمرها الا من يشتريها صح أيضاً لان فعل الامام كحكم الحاكم ، وقد ذكر ابن عائد في كتاب فتوح الشام قال : قال غير واحد من مشايخنا إن الناس سألوا عبد الملك والوليد وسليمان أن يأذواهم في شراء الارض من أهل الذمة فأذنوا لهم على ادخال أثمانها في بيت المال ، فلما ولي عمر بن عبدالعزيز عرض عن تلك الاشربة لاختلاط الامور فيها لما وقع فيها من الموارث ومهور النساء وقضاء الديون ولما لم يقدر على تخليصه ولا معرفة ذلك كتب كتاباً قريء على الناس : إن من اشترى شيئاً بعد سنة مائة إن يبعه مردود . وتسمى سنة مائة سنة المدة فتناهى الناس عن شرايها ثم اشترى اشربة كبيرة كانت بأيدي أهلها تؤدي العشر ولا جزية عليها ، فلما أفضى الامر إلى المنصور ورفعت اليه تلك الاشربة وأن ذلك أضر بالحراج وكسره فأراد ردها إلى أهلها فقيل له قد وقعت في الموارث والمهور واختلط أمرها . فبعث المعدلين منهم عبد الله بن يزيد إلى حمص ، واسماعيل بن عباس إلى بعلبك ، وهضاب بن طوق ومحرز بن زريق إلى القوطة ، وأمرهم أن لا يضعوا على القطائع والاشربة القديمة خراجاً ومنعوا الحراج على ما بقي بأيدي الانباط وعلى الاشربة المحدثه من سنة مائة إلى السنة التي عدل فيها فعلى هذا ينبغي أن يجزيء ما باعه امام أو بيع باذنه أو تعذررد بعه هذا الجزيء في أن يضرب عليه خراج بقدر ما يحتمله ويترك في يد مشتريه أو من انتقل اليه إلا ما بيع قبل المائة سنة فانه لاخراج عليه كما نقل في هذا الخبر

اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للبتاع لأنه وجب عليه حين عرضه ، وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان (احدهما) لا يبطل خياره . وقال أبو الصقر : قلت لاحمد رجل اشترى

(فصل) وحكم إقطاع هذه الارض حكم بيعها في أن ما كان من عمر رضي الله عنه أو ما كان قبل مائة سنة فهو لاهله وما كان بعد المائة ضرب عليه الخراج كما فعل المنصور إلا أن يكون بغير إذن الامام فيكون باطلا ، وذكر ابن هيثم في كتابه باسناده عن سليمان بن عتبة أن أمير المؤمنين عبد الله بن محمد أظنه المنصور سأله في مقدمه الشام سنة ثلاث أو أربع وخمسين عن الارضين التي بأيدي أبناء الصحابة يذكرون أنها قطائع لا بأهم قديمة فقلت يا أمير المؤمنين إن الله تعالى لما أظهر المسلمين على بلاد الشام وصالحوا أهل دمشق وأهل حمص كرهوا أن يدخلوها دون أن يتم ظهورهم وأئمتهم في عدو الله وعسكروا في مرج بردان المرة إلى مرج شبان حسي بردا - مروج كانت مباحة فيما بين أهل دمشق وقراها ليست لأحد منهم فأقاموا بها حتى وطأ الله بهم المشركين قهراً ودلاً فاقتبأ كل قوم محلهم وهيئوا فيها بناء فرفع إلى عمر فأمضاه عمر لهم وأمضاه عثمان من بعده إلى ولاية أمير المؤمنين قال فقد أمضيناه لهم ! وعن الاحوص بن حكيم أن المسلمين الذين فتحوا حمص لم يدخلوها وعسكروا على نهر الاوند فأحيوه فأمضاه لهم عمر وعثمان وقد كان أناس منهم تمدوا ذلك إلى حبس الاوند الذي على باب الربتين فعسكروا في برجه مسلحة لمن خلفهم من المسلمين ، فلما بلغهم ما أمضاه عمر للعسكريين على نهر الاوند سألوا أن يشركوهم في تلك القطائع فكتب إلى عمر فيه فكتب أن يعوضوا مثله من المروج التي كانوا عسكروا فيها على باب الربتين فلم تنزل تلك القطائع على شاطيء الاوند وعلى باب حمص وعلى باب الربتين ماضية لاهلها لاخراج عليها تؤدى العشر

(فصل) وهذا الذي ذكرناه في الارض المغلة ، أما المساكن فلا بأس بمجازتها وبيعها وشراؤها وسكناها ، قال أبو عبيد ماعنا أحداً كره ذلك وقد اقتسمت بالكوفة خطاطاً في زمن عمر رضي الله عنه بأذنه وبالبرة وسكنها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الشام ومصر وغيرها من البلدان فما غاب ذلك أحد ولا انكره

(فصل) وكذلك ما فتح صاحباً بشرط أن يكون لاهله كأرض الجيرة والليس وياقيا وأرض بني صلوبا وما في معناها فيجوز بيعها لأنها ملك لاهلها فهي كالمساكن وكذلك كل أرض أسلم أهلها عاينها كأرض المدينة وشبهها فإنها ملك لاهلها يجوز بيعها لذلك

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

(مسألة) (ولا يجوز بيع رباغ مكة ولا إجارته) (ولا يجوز ذلك)

جارية وله الخيار فيها يومين فانطلق بها ففصلت رأسه أو غمزت رجله أو طحنت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك؟ قال لا حتى يبلغ منها مالا يحل لغيره. قلت فان مشطها أو خضبها أو حنطها هل يستوجبها بذلك؟ قال قد بطل خياره لانه وضع يده عليها وذلك لان الاستخدام لا يختص الملك

اختلف الرواية في بيع رباع مكة واجارة دورها فروي أن ذلك غير جائز وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه اسحاق لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة « لا تباع رباعها، ولا تتركى بيوتها » رواه الاثرم، وعن مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام بيع رباعها حرام اجارتها » رواه سعيد بن منصور في سننه وروي أنها كانت تدعى السوائب علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدد في مسنده ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم فصارت موقوفة فلم يحز بيعها كسائر الارض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها

ودليل أنها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، وانما حلت لي ساعة من نهار » متفق عليه. وروى أم هانئ أنها قالت أجزت حمون لي فأراد علي قتلها فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله: إنني أجزت حمون لي فزعم ابن أبي عمير أنه قالها فقال النبي صلى الله عليه وسلم « قد أجزنا من أجزت وأمننا من أمنت » متفق عليه. وكذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن ضبابة فدل على أنها فتحت عنوة (والرواية الثانية) أنه يجوز ذلك روي ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار وهو قول الشافعي وابن المنذر وهو أظهر في الحججة لان النبي صلى الله عليه وسلم لما قيل له أين تنزل غدا؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع؟ » متفق عليه، يعني أن عقيل باع رباع أبي طالب لانه ورثه دون اخوته لكونه كان على دينه دونها ولو كانت غير مملوكة لما أثير بيع عقيل شيئا ولان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لهم دور بمكة كآبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في بدع عقابهم، وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال له ابن الزبير بعت مكربة فريش فقال يا ابن أخي ذهبت المسكارم إلى التقوى أو كما قال، واشترى معاوية منه دارين، واشترى عمر رضي الله عنه دار السجج من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجباعا، وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم بنسبة دورهم اليهم فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابها فهو آمن » وأقرهم في دورهم ورباعهم ولم ينقل أحدا عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى ان عمر مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار للسجج لم يأخذها إلا بالبيع. ولأنها أرض حرة لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الارض وما روي من الاحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف. وأما كونها فتحت عنوة فهو صحيح لا يمكن دفعه الا أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فبذل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وابناءهم (١) وعلى القول الاول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ اجرتة. ومن احتاج إلى مسكن فله بذل الاجرة فيه. وان احتاج إلى الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه. وكان أبو عبد الله اذا سكن أعطاهم أجرها. فان سكن بأجرة جاز أن لا يدفع اليهم الاجرة ان أمكنه لانهم لا يستحقونها. وقد روي ان سفيان سكن

(١) كان الاولى أن يقول كما اعتقهم بقوله « أنتم الطلقاء »

ويراد لتجربة المبيع فأشبهه موكوب الدابة ليعلم سيرها. وتقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لأنه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها لشهوة. ويمكن أن يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته. وإن قبلت الجارية

في بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم اجرة فأدركوه فأخذوها منه، وذكر لاحمد فعل سفيان فتبسم فظاهر هذا انه اعجبه قال ابن عقيل وهذا الخلاف في غير مواضع المناسك. اما بقاع المناسك كوضع المسمى والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل) ومن بنى بمكة بألة مجلوبة من غير ارض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع ابنية الوقوف وانقاضها، وان كانت من تراب الحرم وحجارتها انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة لانها تابعة لها وهكذا تراب كل وقف وانقاضه. قال احمد واما البناء بمكة فاني اكرهه قال اسحاق البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقدروي ان النبي صلى الله عليه وسلم قيل له الابني لك بمعنى بيتا فقال «منى مناخ من سبق».

(مسئلة) (ولا يجوز بيع كل ماء عذ كياه العيون ونقع البئر ولا ما في المعادن الجارية من القار والملح والنفط ولا ما ينبت في ارضه من الكلأ والشوك ومن اخذ منه شيئاً ملكه)

الانهار التابعة في غير ملك كالانهار الكبار لا تملك بحال ولا يجوز بيعها، ولو دخل الى ارض رجل لم يملكه بذلك كالتبر يدخل الى ارضه ولكل احد اخذه وملكه، الا ان يحتفر منه ساقية فيكون احق بها من غيره، واما ما ينبت في ملكه كالبر والعين المستنبطة بنفس النهر وارض العين مملوكة لملك الارض فماء الذي فيها غير مملوك في ظاهر المذهب لانه يجري من تحت الارض فأشبهه الماء الجاري في النهر الى ملكه وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي، والوجه الآخر يملك لانه ماء الملك. وقدروي عن احمد نحو ذلك فانه قيل له في رجل له ارض ولا آخر ماء فيشترك صاحب الارض وصاحب الماء في الزرع يكون بينهما؟ فقال لا بأس اختاره ابو بكر وهذا يدل من قوله على ان الماء مملوك لصاحبه، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الاملاك كالقار والنفط والموميا والملح، وكذلك الحكم في الكلأ والشوك النبات في ارضه فكذلك كله يخرج على الروايتين في الماء، والصحيح ان الماء لا يملك فكذلك هذه وجواز بيع ذلك مبني على ملكه قال احمد: لا يعجنبي بيع الماء البتة وقال الاثرم: سمعت ابا عبد الله يسئل عن قوم بينهم نهر تشرب منه ارضهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه الحصص فجاء يومي ولا احتاج اليه اكرهه بدرهم؟ قال ما ادري اما النبي صلى الله عليه وسلم فنهى عن بيع الماء قيل له انه ليس يبيعه انما يكرهه قال انما احتالوا بهذا ليحسنوه فأى شيء هذا الا البيع؟ روى الاثرم باسناده عن جابر واياس بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع الماء وروى ابو عبيد الاثرم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «اناسمون شركاء في ثلاث في النار والكلأ والماء» فان قلنا يملك جاز يبيعه وان قلنا لا يملك فصاحب الارض احق به من غيره لكونه في ملكه فان دخل غيره بغير اذنه فأخذه ملكه لانه يباح في الاصل فأشبهه مالو عشش في ارضه طائر او دخل اليها صيد او نضبت عن سمك فدخل اليها داخل فأخذه

(مسئلة) (الا انه لا يجوز له الدخول الى ملك غيره بغير اذنه) لانه تصرف في ملك الغير بغير

المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب يحتل أن يبطل خياره اذا لم يتمها لان اقراره لها على ذلك يجري مجرى استتماعه بها ، وقال أبو حنيفة ان قبلته لشهوة بطل خياره

اذنه اشبه ما لو دخل لغير ذلك (وعنه يجوز بيعه) وهذا مبني على انه يملك وقد ذكرناه (فصل) والخلاف في بيع ذلك انما هو قبل حيازته . فاما ما يجوز من الماء في انائه او يأخذه من الكلال في حبله او يحوزه في رحله او يأخذه من المعادن فانه يملكه بذلك بغير خلاف بين اهل العلم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يأخذ أحدكم حبلأياًخذ حزمة من حطب فيبيعها فيكفها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطي أو منع » رواه البخاري ، وقد روى أبو عبيد في الاموال عن المشيخة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء الا ما حمل منه . وعلى ذلك مضت العادة في الامصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكلال من غير تكبير وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ الا باذن مالكة لانه ملكه . قال أحمد : إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره ويجوز بيع البئر نفسها والعيون ومشتريها أحق بملئها ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من يشتري بئر رومة يوسعها على المسلمين وله الجنة ؟ » أو كما قال فاشترها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي باء النبي صلى الله عليه وسلم وسبيلها للمسلمين ، وروي أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر الفاً ثم قال لليهودي اختر اما أن تأخذها يوماً وأخذها يوماً ما أن تنصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً فاختر يوماً ويوماً فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي أفستد علي بئري فاشتر باقيها فاشترأ بثمانية آلاف ، وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسبيلها وملك ما يسقيه منها وجواز قسمة ماؤها بالمهاياة وكون مالكةما أحق بملئها وجواز قسمة ما فيه حق وليس بملوك

(فصل) فاما المصانع المتخذة لمياه الامطار تجتمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالاولى أنه يملك ماؤها ويصح بيعه اذا كان معلوماً لأنه مباح حصه بشيء معد له كالصيد يحصل في شبكة والسمك في بركة معدة له ولا يحصل أخذ شيء منه بغير اذن مالكة وكذلك إن جرى من نهر غير مملوك ماء إلى بركة في أرضه يستقر الماء فيها لا يخرج منها حكمه كمياد الامطار تجتمع في البركة قياساً عليه والله أعلم . (فصل) اذا اشترى ممن في ماله حلال وحرام كالسلطان الظالم والمرابي فان علم أن المبيع من حلال فهو حلال وان علم أنه من الحرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لأن الظاهر أن ما في يد الانسان ملكه ، فان لم يعلمه من أيها هو كره لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لا مكان الحلال سواء قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة ، وبقدر قلة الحرام أو كثرته تكثر الشبهة وتقل . قال احمد لا يعجبني أن يأكل منه وذلك لما روى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه الا وان لكل ملك حمى وان سمى الله محارمه متفق عليه واللفظ مسلم ولفظ البخاري « فمن ترك ما شبه عليه كان لما استبان اتركه ، ومن اجترأ على ما يشك فيه من المأثم أو شك أن يوافق ما استبان » وروى الحسن بن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » وهذا مذهب الشافعي (فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب ما أصله الحظر كالذبيحة في بلدة فيها مجوس وعبدة أو تان

لانه استمتاع يختص الملك فباطل خياره كقبليته لها ، ولنا انها قبلة لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما نوقبت البائع ولان الخيار له لاله فلو الزمناه بفعلها لالزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه وفارق ما

يندجون فلا يجوز شراؤها وان جاز أن تكون ذبيحة مسلم لان الاصل التحريم فلا يجوز الا ييقن أو ظاهر وكذلك ان كان فيها اخلاط من المسلمين والمجوس لم يحز شراؤها لذلك والاصل فيه حديث عدي بن حاتم « إذا أرسلت كلبك نخالط أكلها لم يسم عليها فلا تأكل فانك لا تدري أيها قتله » متفق عليه . فاما ان كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر إباحها لان المسلمين لا يقرون في بلدهم ببيع ما لا يحل بيعه ظاهراً (الثاني) ما أصله الاباحة كالماء بجده متغيراً لا يعلم بنجاسة تغيره أو غيرها فهو طاهر في الحكم لان الاصل الطهارة فلا يزول عنها الا ييقن أو ظاهر ولم يوجد واحد منهما، والاصل في ذلك حديث عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال شقي الى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه في الصلاة انه يجد الشيء قال « لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » متفق عليه (الثالث) ما لا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الأولى تركها على ما ذكرناه وعملاً بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد ثمرة ساقطة فقال « لولا اني أخشى انها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع

(فصل) وكان أحمد لا يقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك . ومن كان لا يقبلها سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع لاعلى أنها حرام فان أحمد قال : جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة وقال ليس أحد من المسلمين إلا وله في هذه الدراهم نصيب فكيف أقول إنها سحت ومن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم مثل الحسن والحسين وابن جعفر ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهري والشافعي . واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده وأجاب يهوديا دماه وأكل من طعامه وقد اخبر الله تعالى أنهم أكالون للسحت ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان فان ما يعطيكم من حلال أكثر مما يعطيكم من الحرام وقال لا تسأل السلطان شيئاً وان أعطى نخذ فان ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام

(فصل) قال أحمد رضي الله عنه فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة وان كان معه مائتا درهم فيها عشرة دراهم حرام يتصدق بالعشرة لان هذا كثير وذاك قليل . قيل له قال سفيان ما كان دون العشرة يتصدق به وما كان أكثر يخرج؟ قال نعم لا يحجف به قال القاضي ليس هذا على سبيل التحديد وإنما هو على سبيل الاختيار لأنه كلما كثرت الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فانه يسهل اخراج السكل والواجب في الموضعين اخراج قدر الحرام والباقي له وهذا لان تحريمه لم يكن لتحريم عينه وإنما حرم لتعلق حق غيره به فاذا أخرج عوضه زال التحريم كما لو كان صاحبه حاضراً فرضي بعوضه وسواء كان قليلاً أو كثيراً ، والورع لإخراج ما ييقن به لإخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك إلا باخراج الجميع لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لأجل المشقة فيه واقتصر على الواجب . ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكون له سوى الدرهم البسيرة فينشق اخراجها لحاجته اليها ومنهم من يكون له كثير فيستغني عنها فيسهل اخراجها والله تعالى أعم

إذا قبلها فانه وجد منه ما يدل على الرضا بها ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فخير البائع باق محاله لان خياره لا يبطل برضا غيره الا أن يكون تصرف المشتري باذن البائع فانه يبطل خيارها

(فصل) (الخامس أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا يجوز بيع الآبق ولا الشارد ولا الطير في الهواء ولا السمك في الماء ولا المنصوب الا من غاصبه أو ممن يقدر على أخذه منه)
بيع العبد الآبق لا يجوز سواء علم بمكانه أو جهله وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبهها وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وروى عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بغيراً شارداً وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق اذا كان علمها فيه واحداً وعن شريح مثله. ولنا ما روى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الفرر رواه مسلم وهذا بيع فرر ولا يبيعه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء فان حصل في يد إنسان جاز بيعه لا مكان تسليمه

(فصل) ولا يجوز بيع الطير في الهواء مملوك كان اولاً اما المملوك فلانه غير مقدور عليه وغير المملوك لا يجوز لعلتين عدم القدرة وعدم الملك الحديث أبي هريرة قيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ولا نعلم في هذا خلافاً ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع اولاً بألفه لانه لا يقدر على تسليمه الا ان وأما يقدر اذا عاد . فان قيل فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده الا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكة برده فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الوساطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب وأن باع الطير في البرج نظرت فان كان البرج مفتوحاً لم يجز لان الطير اذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فان كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه وقال القاضي أن لم يمكن أخذه الا بتعب ومشقة لم يجز بيعه وهذا مذهب الشافعي . وهو ملغى بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره الا بتعب ومشقة ، وفرقوا بينهما بان البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج اليها في احضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة ، والصحيح أن تفاوت المدة في احضار البعيد واختلاف المشقة أكبر من التفاوت في إمساك طائر من البرج ، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذلك فاذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا اولي (فصل) ولا يجوز بيع السمك في الآجام هذا قول اكثر أهل العلم وروى عن ابن مسعود انه

نهى عنه وقال إنه غرر وكرهه الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث والمعنى ، فان باع في الماء جاز بثلاثة شروط أحدها أن يكون مملوكاً وان يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته ، وان يمكن اصطياده لانه مملوك معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالموضوع في بطست في الماء . وان اختلف شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لقوات الشرط وروى عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى فيمن رله أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لانه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج الى مؤنة في السكيل أو الوزن والنقل . ولنا قول ابن مسعود وابن عمر لا تشتروا السمك في الماء لانه غرر ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الفرر وهذا منه ولانه لا يقدر على تسليمه الا بعد اصطياده أشبه الطير في الهواء ولانه مجهول أشبه اللبن في الضرع ويفارق ما قاسوا عليه ، لان ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج الى مؤنة ليتمكن قبضه ، فاما ان كانت له بركة له فيها سمك

معا لوجود الرضا منهما باطله : وان تصرف البائس في المبيع بما يفتر الى الملك كان فسحا للبيع وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لما ذكرناه في المشتري ولانه أخذ المتعاقدين فتصرفه في المبيع اختيار له يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع المشاهدة صح بيعه على ما ذكرناه، وان لم يمكن الا بكلفة ومشقة وكانت سيرة بمنزلة اصطياذ الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا من الخنزف وان كانت كثيرة تتناول المدة فيه لم يحز بيعه للعجز عن تسليمه في الحال والجهل بإمكان التسليم (فصل) ولا يجوز بيع المصوب لعدم امكان تسليمه فان باعه لغاصبه أو لقادر على أخذه منه جاز لعدم الضرر فيه ولا مكان قبضه ، وكذلك ان باع الآبق لقادر عليه صح كذلك وان ظن انه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع فان عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لان العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه وثبت له الفسخ للعجز عن القبض فهو كما لو باعه فرسا فتردت قبل تسليمها أو غائبا بالصفة فمعجز عن تسليمه

(فصل) (السادس) أن يكون معلوما برؤية اوصفة يحصل بها معرفته فان اشترى ما لم يره ولم يوصف له اورآه ولم يعلم ماهو او ذكر له من صفته مالا يكفي في السلم لم يصح البيع وعنه يصح وللمشتري خيار الرؤية)
اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تقدم رؤيته فالشهور عنه انه لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والاوزاعي ومالك واسحاق وهذا أحد قولي الشافعي . وفيه رواية أخرى انه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي واحتج من أجاز به بعموم قوله تعالى (وأحل الله البيع) وبما روي عن عثمان وطلحة أنهما تابعا داربهما أحدهما بالكوفة والاخرى بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبت فقال ما ابالي أي بت ما لم أره . وقيل لطلحة فقال لي الخيار لا تني اشتريت ما لم أره ، فتحاكما الى جبير فجعل الخيار لطلحة . وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ولانه عقد معاوضة فلم تقتصر صحته الى رؤية العقود عليه كالتكاح . ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم ، ولانه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر ، ولانه يبيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بما ذكرنا من الاصل ، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة ومع ذلك فهو قول صحابي وقد اختلف في كونه حجة ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والتكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفي اشراط الرؤية مشقة على الحدرات واضرار بهن ولأن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالتكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع . فان قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار اذا رآه » والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح قلنا : هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه فعلى هذا يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما ، فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب فان قلنا بصحة بيع الغائب فلمشتري الخيار في أشهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة وثبتت الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ويكون على الفور فان اختار الفسخ انفسخ العقد وان لم يخر لزم العقد لان الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها وقيل يتقيد بالجلس وان اختار الفسخ قبل

كالمشترى وعن أحمد رواية أخرى انه لا يفسخ البيع بذلك لان الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعاً له كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه

فصل (وينتقل الملك الى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين

الرؤية انفسخ لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحالة الرؤية وان اختار امضاء العقد لم يلزم لان الخيار يتعلق بالرؤية ولانه يؤدي الى الزام العقد على المجهول فيفضي الى الضرر وكذلك لو تباعاً على أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط كذلك. وهل يفسد به البيع؟ على وجهين بناء على الشرط والفاصلة في البيع (فصل) ويعتبر لصحة العقد الرؤية من المتعاقدين وان قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع مالم يره فله الخيار عند الرؤية ، وان لم يره المشتري فليسك منها الخيار وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا خيار للبائع لحديث عثمان وطلحة ولاننا لو أثبتنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار بدليل مالم يره شيئاً على أنه معيب فبان غير معيب لم يثبت الخيار له

ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبهه المشتري . فأما الخبر فانه قول طلحة وجبير وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضا منها فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا منها

(مسألة) (وان ذكر له من صفته ما يكفي في السلم أو رآه ثم عقدا بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهراً صح في أصح الروايتين ثم ان وجده لم يتغير فلا خيار له ، وان وجده متغيراً فله الفسخ والقول في ذلك قول المشتري مع عيئه)

اذا ذكر له من صفات المبيع ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعنه لا يصح حتى يراه لان الصفة لا يحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم أن الصفة لا يحصل بها المعرفة فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي لا يختلف بها الثمن ظاهراً ولهذا اكتفي به في السلم ولانه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية . وأما ما لا يصح السلم فيه فاما لم يصح بيعه بالصفة لانه لا يمكن ضبطه بها . اذا ثبت هذا فانه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال ابن سيرين وأيوب ومالك والعبدي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى بيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام هذا العقد فأشبهه غير الموصوف ولاصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين ، ولنا أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ولانه مبيع موصوف فلم يكن للعاقده فيه الخيار في جميع الاحوال كالسلم . وقولهم انه يسمى بيع خيار الرؤية لا تعرف صحته فان ثبت فيحتمل انه يسميه من يرى ثبوت الخيار فلا يحتج به على غيره فاما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم فيه وان اختلفا في اختلاف الصفة فالقول قول المشتري مع عيئه لان لاصل براءة ذمته من الثمن فلم يلزمه مالم يقربه أو يثبت بينة او ما يقوم مقامها (فصل) والبيع بالصفة نوطان (احدهما) بيع عين معينة مثل أن يقول بعتك عبدي التركي ويزكر

صفاته فهذا يفسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معيناً فيزول العقد بزوال محله ، ويجوز التفرقة قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر (الثاني) بيع موصوف غير معين مثل ان يقول بعتك عبداً تركياً ثم يستقصى صفات السلم فهذا في معنى السلم متى سلم اليه عبداً على غير

كون الخيار لها أو لاحدهما أيهما كان وهذا أحد أقوال الشافعي وعن أحمد أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي ، وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لها أو للبائع وإن كان المشتري خرج عن ملك البائع فلم يدخل في ملك المشتري لأن البيع الذي فيه الخيار

ما وصف فرده أو على ما وصف فابده لم يفسد العقد لأن العقد لم يقع على غير هذا فلم يفسخ العقد برده كما لو سلم إليه في السلم غير ما وصف له فرده ولا يجوز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لأنه يبيع في الذمة فلم يحز التفرق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم وقال القاضي يجوز التفرق فيه قبل القبض لأنه يبيع حال فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين

(فصل) فإن رأيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم وحكي عن أحمد رواية أخرى لا يجوز حتى يراها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم وحماد ولأن ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح ، ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حال العقد والشرط إنما هو العلم والرؤية طريق العلم ولهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح نراد لحال العقد والاستيناق عليه فلماذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه ما لو ساء داراً أو قفاً في بيت منها أو أرضاً ووقفاً في طرفها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لا اشترط رؤية جميعه ،

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

(مسألة) (ولا يجوز بيع الحمل في البطن ، واللبن في الضرع ، والمسك في الفأرة ، والنوى في التمر)
بيع الحمل في البطن فاسد بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمعوا على أن بيع الملائيح والمضامين غير جائز ، وإنما لم يحز بيع الحمل في البطن لوجبهين (أحدهما) الجهالة فإنه لا تعلم صفته ولا حياته (والثاني) أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فإنه يقدر على الشروع في تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الملائيح والمضامين ، قال أبو عبيد الملائيح ما في البطن وهي الاجنة ، والمضامين ما في أصلاب الفحول فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما يضر به الفحل في عامه أو في أعوام وأنشد

إن المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحذب

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الجر ، قال ابن الأعرابي الجر ما في بطن الناقة والجر الربا والجر القمار والمجر الحاقلة والمزابنة

(فصل) وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع جبل الحيلة ومعناه نتاج التاج قاله أبو عبيد وعن ابن عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى جبل الحيلة ، وجبل الحيلة أن تنتج

عقد قاصر فلم ينقل الملك كالمهبة قبل القبض (والقول الثالث) للشافعي ان الملك موقوف مراعى فان امضيا البيع تبينا ان الملك للشري وإلا تبينا انه لم ينتقل عن البائع

الناقة ثم تحمل التي تتجت فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم . رواه مسلم وكلا البيعين فاسد، أما الاول فلا نه بيع معدوم ، واذا لم يجز بيع الحمل فيبيع حمله أولى ، وأما الثاني فلا نه بيع الى أجل مجهول (فصل) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ، وبه قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ونهى عنه ابن عباس وأبو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد . وحكي عن مالك أنه يجوز أياما معلومة اذا عر فاحلها لسفي الصبي كلبن الظئر وأجازه الحسن وسعيد بن حنبل ومحمد بن مسلمة ، ولنا ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع رواه الخلال وابن ماجه، ولأنه مجهول الصفة والمقدار فأشبهه الحمل ، ولأنه بيع عين لم تخلق فلم يصح كييع ما تحمل الناقة والمادة في ذلك تختلف وأما لبن الظئر فأما جاز للحضانه لانه موضع حاجة

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

إذا التاجر الهندي راح بفأرة من المسك راحت في مفارقه تجري

فان فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهد لم يجز بيعه للجباله ، وقال بعض الشافعية يجوز لان بقاءه في فأرته مصلحة له فانه يحفظ رطوبته وذكاه رائحته أشبه ماما كوله في جوفه، ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرورة وتبقى رائحته فلم يجز بيعه مستورا كالدرد في الصدف وماما كوله في جوفه اخراجه يفضي الى تلفه ، فالتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه على ما ذكره (فصل) ولا يجوز بيع النوى في التمر والبيض في الدجاجة للحمل بها ولا نعلم في هذا اختلافاً ، فأما بيع الصوف على الظهر فالمشهور أنه لا يجوز بيعه لما ذكرنا من الحديث ، ولانه متصل بالحيوان فلم يجز افراده بالمقدار كعضائه ، وعنه أنه يجوز بشرط جزه في الحال لانه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة وفارق الاعضاء لكونها لا يمكن تسليمها مع بقاء الحيوان سالما والخلاف فيه كالاخلاف في اللبن في الضرع ، فان اشراه بشرط القطع وتركه حتى طال فحكاه حكم الرطبة اذا طالت على ما ذكره في موضعه (مسألة) (فأما بيع الاعمى وشراؤه فان أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوماً أو بالشم إن كان مشموماً صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه بالصفة كالبصير وله خيار الخلف في الصفة) وبهذا قال مالك وقال أبو حنيفة له الخيار الى معرفته بالبيع اما بحسه أو ذوقه أو وصفه وقال عبيد الله بن الحسن شراؤه جائز وإذا أمر إنسانا بالنظر اليه لزمه . وقال الشافعي لا يجوز الاعلى الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشراه قبل مضي زمن يتغير فيه المبيع لانه مجهول الصفة عند العاقد فلم يصح كييع البيض في الدجاجة والنوى في التمر

ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبهه بيع البصير ، ولان اشارة الاخرس تقوم مقام عبارته فكذلك شم الاعمى وذوقه ، فأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسئلتنا

(مسألة) (ولا يجوز بيع الملاسة)

وهو أن يقول بعثك ثوبي هذا انك متى لمسته فهو عليك بكذا أو يقول أي ثوب لمسته فهو لك بكذا (ولا يبيع المنابذة) وهو أن يقول أي ثوب نبذته الي فهو علي بكذا (ولا يبيع الحصاة) وهو ان يقول ارم هذه الحصاة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » رواه مسلم وقوله « من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرته للبائع الا ان يشترطه المبتاع » متفق عليه فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه

فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا أو يقول بعتك من هذه الأرض قدر ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا لانعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذه المبيعات ، واللامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمنا بذة أن يقول أي ثوب نذته الي فقد اشترته بكذا هكذا فسره احد في الظاهر عنه ومحوه قال مالك والاوزاعي ، وفيما روى البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنا بذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل ان يقبله أو ينظر اليه ، ونهى عن الملامسة واللامسة لمس الثوب لا ينظر اليه . وروى مسلم عن أبي هريرة في تفسيرها قال هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، والمنا بذة أن يبتذ كل واحد منهما ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما الى ثوب صاحبه ، وعلى التفسير الاول لا يصح البيع فيها لثنتين (احداهما) الجهالة (والثانية) كونه معلقاً على شرط وهو نبد الثوب أو لمسه له ، وان عقد البيع قبل نبذه ولمسه فقال بعتك ما لمسه من هذه الثياب أو ما أنبذه إليك فهو غير معين ولا موصوف فأشبهه ما لو قال بعتك واحداً منها .

فأما بيع الحصاة فقد روى مسلم عن أبي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة واختلف في تفسيره فقيل هو أن يقول ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة اذا رميتها بكذا ، وقيل هو أن يقول بعتك هذا بكذا على اني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع ، وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل والله تعالى أعلم (مسألة) (ولا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ، ولا عبداً من عبيد ، ولا شاة من قطع ، ولا شجرة من بستان ، ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، ولا هذا القطيع الا شاة غير معينة ، وان استثنى معينة من ذلك جاز)

لا يجوز ان يبيع عبداً غير معين لانه مجهول ولانه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولا عبداً من عبيده سواء قولوا أو كثروا وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا باع عبداً من عبيد أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو اليه ، ولو كانوا أكثر لم يصح لانه يكثر الغرر ولنا انه مما يختلف أجزاؤه وقيمته فلا يجوز شراء بعضه غير معين ولا شاة كالاربعة ولانه لا يصح من غير شرط الخيار فلا يصح مع شرطه كالاربعة ولا حاجة الى هذا فان الاختيار يمكن قبل العقد ويطل ما قالوه بالاربعة ، ولا يجوز بيع شاة من القطيع لأن شياهه القطيع غير متساوية القيم فتكون مجهولة ولان ذلك يفضي الى التنازع ، وكذلك إن باع شجرة من بستان لا يصح لما ذكرنا ولان فيه غرراً فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر (فصل) وان باع هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، أو هذا القطيع إلا شاة غير معينة لم يصح نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك يصح أن يبيع مائة شاة الا شاة يختارها ، ويبيع ثمرة حائط ويستثنى ثمرة نخلات بعدها

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشاة إلا أن تعلم ، قال الترمذي هذا حديث صحيح ، ونهى عن بيع الغرر ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال الا شاة مطلقة ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بعتك شاة تختارها من القطيع ، وضابط هذا الباب انه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه منفرداً أو يبيع

وهو عام في كل بيع ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقبيه كالذي لا خيار له ولأن البيع تملك بدليل قوله ملكتك فثبت به الملك كسائر البيع ، يحققه ان التملك يدل على نقل الملك الى المشتري ويقضيه

ماعداء منفردا عن المستثنى ونحوه مذهب أبي حنيفة والشافعي إلا ان أصحابنا استثنوا من هذا سوا قاطب الشاة للائر الوارد فيبقى فيما عداه على قضية الاصل ، فان استثنى معينا من ذلك جاز لان المبيع معلوم بالمشاهدة لكون المستثنى معلوما ولا يبقى فيه غرر ولان نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا الا أن تعلم يدل على الصحة اذا كانت معلومة ولا نعلم في هذا خلافا

(مسئلة) (وان باع قفيزا من هذه الصبرة صح) لانه معلوم لكون أجزائها لا تختلف فلا تفضي الى الجهالة ، وكذلك اذا باعه رطلا من دن أو من زبرة حديد يصح لذلك ، وحكي عن داود انه لا يصح لانه غير مشاهد ولا موصوف . ولنا ان المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه اذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح لانه اذا شاهد الجميع فقد شاهد البعض

(مسئلة) (وان باعه الصبرة الا قفيزاً أو ثمرة الشجرة الا صاعاً لم يصح وعنه يصح) اذا باع صبرة واستثنى منها قفيزاً أو أفقرة أو باع ثمرة بستان واستثنى منها صاعاً أو أصعاً لم يصح في ظاهر المذهب، روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي واسحاق وابي ثور وأصحاب الرأي. وفيه رواية أخرى أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه ثنيا معلومة ولانه معلوم أشبه اذا استثنى منها جزءاً مشاعاً ووجه الاولى ماروى البخاري ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا ولان المبيع اعم اعلم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حكم المشاهدة لانه لا يدري كم يتو في حكم المشاهدة فلا يجوز ، ويخالف الجز فانه لا يعتبر حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها ، وكذلك اذا باع ثمرة شجرة واستثنى أرطالا فالحكم فيه على ما ذكرنا . وقال القاضي في شرحه يصح لان الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سوا قاطب الشاة والصحيح ما ذكرناه ، وهذه المسئلة أشبه بمسئلة استثناء الصاع من الحائط والمعنى الذي ذكرناه ثم متحقق هاهنا

(فصل) فان استثنى من الحائط شجرة بعينها جاز لان المستثنى معلوم ولا يؤدي الى الجهالة في المستثنى منه ، وان استثنى شجرة غير معينة لم يصح لان المستثنى مجهول . وقال مالك يصح أن يستثنى ثمرة نخلات بعدها وقد ذكرناه ، وقد روي عن ابن عمر أنه باع ثمرة بأربعة آلاف واستثنى طعام القنيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلاً معينا بقدر طعام القنيان لانه لو حمل على غير ذلك كان مخالفاً لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا الا ان تعلم ، ولان المستثنى متى كان مجهولاً لم يكن الباقي ببدء مجهولاً فلم يصح بيعه كما لو قال بعتك من هذه الثمرة طعام القنيان

(فصل) وان استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة أو الحائط مشاعاً ككثلاث او اربع او اجزاء ككثلاثة اثمان صح البيع والاستثناء ذكره اصحابنا وهو مذهب الشافعي ، وقال ابو بكر وابن ابي موسى لا يجوز ولنا انه لا يؤدي الى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو استثنى شجرة بعينها وذلك لان معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها اي بعتك ثلثها ، وان باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز ومنع منه القاضي قياساً على استثناء الشحم ولا يصح لان الشحم مجهول لا يصح افراده بالبيع وهذا معلوم يصح افراده بالبيع

لفظه والشرع قد اعتبره وقضى بصحته فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضاً بمرض فوجد كل واحد منها بما اشتراه عيماً ، وقولهم انه قاصر غير صحيح

فصح استثناءه كالشجرة المدينة ، وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا بصيران شريكين فيه للمشتري ثلاثة وللبائع ثلثه

(فصل) وإذا قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكاً جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم ولا يفضي إلى جهالة ، ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكانه قال بعتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم ، وإن قال إلا ما يساوي درهما لم يصح لأن ما يساوي الدرهم يكون الربع وأكثر وأقل فيكون مجهولاً فيبطل

(مسئلة) (وإن باعها أرضاً أجزياً أو جريباً من أرض يعلمان جربانها صح وكان مشاعاً فيها أو لا لم يصح) إذا باعها أرضاً أجزياً يريدان بذلك قدراً غير مشاع لم يصح لأن الأرض لا تتساوى أجزاؤها فيكون البيع مجهولاً فهو كما لو باعها شاة من فطيج أو عبداً من عبيد ، وإن كان الجريب المستثنى مشاعاً في الأرض وهما يعلمان جربانها صح لأنها إذا كانت عشرة أجزئة فقد باع تسعة أعشار هذه الأرض وهو معلوم بالشاهدة وإن لم يعلمان جربانها لم يصح لأن المبيع غير معلوم فهو كالمبيع هو لألاء العبيد إلا واحداً غير معين وكذلك إن باعها جريباً من هذه الأرض إن أراد قدراً غير مشاع لم يصح ، وإن باعها مشاعاً وهما يعلمان جربانها صح ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لأن الجريب عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول .

ولنا إن الجريب من عشرة عشرها ولو قال بعتك عشر هذه الأرض صح فكذلك إذا باعها منها جريباً مشاعاً وهي عشرة . وما قالوه غير مسلم لأنه عبارة عن قدر كما أن المكيال عبارة عن قدر فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزءاً منها ، وإن كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لأن الجملة غير معلومة وأجزاء الأرض مختلفة فلا يمكن أن يكون معينا ولا مشاعاً ، وإن قال بعتك من الأرض من هنا إلى هنا جاز لأنه معلوم ، وإن قال عشرة أذرع ابتداءً من هنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح لأن الموضع الذي ينتهي إليه الذرع لا يعلم حال العقد ، وإن قال بعتك نصيب من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه أو قال نصيباً منها أو سهماً لم يصح للجهالة وإن علمه صح ، وإن قال بعتك نصف دائري مما يلي دارك لم يصح نص عليه لأنه لا يدري إلى أين ينتهي فيكون مجهولاً

(فصل) (وحكم الثوب حكم الأرض إلا أنه إذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا صح فإن كان القطع لا ينقصه قطعا ، وإن كان ينقصه وشرط البائع أن يقطع له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز ، وإن تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الأرض ، وقال القاضي لا يصح لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر أشبه ما لو باع نصفاً معيناً من الحيوان ، ولنا أن التسليم ممكن ولحقوق الضرر لا يمنع التسليم إذا حصل الرضا فهو كما لو باع نصف حيوان مشاعاً وفارق نصف الحيوان المعين فإنه لا يمكن تسليمه مفرداً إلا بالتلافه وإخراجه عن المالة

(مسئلة) (وإن باعها حيواناً مأكولاً الرأسه أو جلده أو أطرافه صح وإن استثنى حمله أو شعره لم يصح) إذا باعها حيواناً مأكولاً واستثنى رأسه أو جلده أو أطرافه صح نص عليه أحمد رحمه الله وقال مالك يصح في السفر دون الحضر لأن المسافر لا يمكنه إلا تنفيع بالجلد والسواقط فحوز له شراء اللحم دونها . وقال

وجواز فسحه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كبيع الميعب وأمتاع التصرف إنما كان لاجل حق النير فلا يمنع ثبوت الملك كالرهون والمبيع قبل القبض ، وقولهم إنه يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح لانه يفضي الى وجود ملك لاملالك له وهو محال ويفضي أيضاً الى ثبوت

أبو حنيفة والشافعي لا يجوز لانه لا يجوز افراده بالبيع فليجز استثناءه كالحمل ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وهذه معلومة ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر الى المدينة ومعه أبو بكر وطامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة وشرطاله سلبها ، وروى أبو بكر في الشفاء باسناده عن جابر عن الشعبي قال: قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشروي يعني ان يعطى رأساً مثل رأس ، ولان المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة، وكونه لا يجوز افراده بالبيع لا يمنع صحة استثناءه كما أن الثمرة قبل التأبير لا يجوز افرادها بالبيع بشرط كشرط التبقية ويجوز استثناءها والحمل مجهول وفيه منع . فان امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنيها فقال اذهبوا الى السوق فاذا بلغت أقصى ثمنها فاعطوه بحساب ثنيها من ثمنها

(فصل) فان استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه أحمد ، قال أبو بكر لا يختلفون عن ابي عبد الله أنه لا يجوز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم ، ولانه مجهول لا يصح افراده بالبيع فلم يصح استثناءه كفتحها ، وان استثنى الحمل لم يصح الاستثناء لما ذكرنا وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي ، ونقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعي واسحاق وأبو ثور لما روى نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما باع جارية واستثنى مافي بطنها ، ولانه يصح استثناءه في العتق فصح في البيع قياساً عليه . ولنا ما تقدم في الصحيح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى مافي بطنها لان الثقات الحفاظ حدثوا بالحديث فقلوا أعتق جارية والاسناد واحد . قاله أبو بكر ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع لان العتق لا يمنع الجهالة ولا العجز عن التسليم ، ولا تعتبر فيه شروط البيع (فصل) وإن باع جارية حاملاً بجر ، فقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه يدخل في البيع فكأنه مستثنى. والاولى صحته لان المبيع معلوم وجهالة الحمل لا تضر لانه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ ، وقد يستثنى بالشرع مالا يصح استثناءه باللفظ كما لو باع أمة مزوجة صح ووقعت منفعة البضع مستتاة بالشرع ولو استثناءها بلفظه لم يجز ، ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع أو نخلة مؤبرة ووقعت منفعتها مستتاة مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثناءها بقوله لم يجز

(فصل) ولو باعه سمها واستثنى الكسب لم يجز لانه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم فانه غير معين ولا موصوف ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ، وكذلك إن باعه قطناً ، واستثنى الحب لم يجز للجهالة ، وكذلك إن باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز لذلك (مسئلة) (ويجوز بيع ماما كوله في جوفه وبيع الباقلا والجوز واللوز في قشره والحب المشتد في سنبه) (مسئلة) (ويجوز بيع ماما كوله في جوفه كالرمان والبيض والجوز لانعلم فيه خلافا لان الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد اذا أخرج من قشره

المالك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري أو الى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأبي ذلك ، وقول اصحاب الشافعي ان الملك موقوف ان امضيا البيع تبينا انه انتقل وإلا فلا غير صحيح أيضاً ، فان انتقال الملك انما يثبت على سببه الناقل له وهو البيع وذلك

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والفسق والباقلا والرطب في قشره مقطوعا وفي شجره وبيع الطلع قبل تشقيقه مقطوعاً وفي شجره وبيع الحب للمشتد في سنبله ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يجوز حتى ينزع قشره الا على إلا في الطلع والسنبل في أحد القولين ، واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصاحبة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلكه . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض وتؤمن العاهة فمهوره إباحتها إذا بدا صلاحه وبيض سنبله ولانه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الأسفل ، ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فإنه لا اقوام له في شجره إلا به ، والباقلا يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته ولان الباقل يباع في أسواق المسلمين من غير نكح . وهذا إجماع ، وكذلك الجوز واللوز في شجرهما والحيوان المذبوح يجوز بيعه في سلكه فانه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو مراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت ، وأما تراب الصاغة والمعادن فلنا فيها منم وان سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسألتنا .

(فصل) (السابع أن يكون الثمن معلوماً فان باعه السلمة برقمها أو بألف درهم ذهباً وفضة أو بما ينقطع به السعر أو بما باع به لان أو بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح البيع وان كان فيه نقد واحد انصرف اليه) يشترط أن يكون الثمن في البيع معلوماً عند المتعاقدين لانه أحد العوضين فاشترط العلم به كالأخر وقياساً على رأس مال السلم فان باعه السلمة برقمها وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح البيع للجهالة فيه وكذلك ان باعه بألف درهم ذهباً وفضة لأنه مجهول ولانه يبيع غرر فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر ، وان باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لان الاطلاق يقتضي التسوية كالاقرار ، ولنا أن قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة ذهب وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما . وان باعه بما ينقطع السعر به أو بما باع به فلان عبده وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح لأنه مجهول ، وان باعه بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح لجهالته وإن كان فيه نقد واحد انصرف اليه لأنه تعين بانقراده وعدم مشاركة غيره ولهذا لو أقر بدينار أو أوصى به انصرف اليه .

(مسألة) (وان قال بعتك بمائة صحاح أو احدى عشرة مكسرة أو بعشرة نقداً أو عشرين نسيئة لم يصح) لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وهذا هو كذلك فسرته مالك والثوري وأصحاب ، وهذا قول أكثر أهل العلم لأنه لم يجز له يبيع واحد أشبه ما لو قال بعتك أحد هذين ولان الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، وقد روي عن طاوس والحكم وحامد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب الى أحدهما فيحتمل انه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد فكان المشتري قال أنا آخذة بالنسيئة بكذا

لا يختلف بامضائه وفسخه فان امضاه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه اذ لو كان كذلك لما ثبت للملك قبله والفسخ ليس بمنع فان المنع لا يتقدم للمانع كما ان الحرج لا يسبق سببه ولا شرطه ولان البيع

فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقداً كافياً فيقول كقول الجمهور، فعلى هذا إن لم يوجد ما يدل على الإيجاب أو ما يقوم مقامه لم يصح لان ماضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً. وقد روي عن أحمد أنه قال فيمن قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم أنه يصح فيتحمل أن لا يلحق به هذا البيع فيخرج وجهها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن النقد ثم يمكن أن يصح لكونه جهالة بخلاف البيع ولان العمل الذي يستحق به الاجرة لا يمكن وقوعه الا على احدى الصفتين فتعين الاجرة المسماة عوضاً فلا يفضي الى التنازع وهذا بخلافه

(مسئلة) (وان باعه الصبرة كل قفيز بدرهم والثوب كل ذراع بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم صح) إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم صح وان لم يعلم قدر قفزاتها حال العقد وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز واحد ويبتل فيما سواه لان جملة الثمن مجهولة فلم يصح كييع المتاع بقرقه، ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو كيل الصبرة فجاز كما لو باع مارأس ماله اثمان وسبعون لكل ثلاثة عشر درهم فانه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا هنا ولان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح بالأصل المذكور وكذلك حكم الثوب والارض والقطيع من الغنم إذا كان مشاهداً فبأيه إياه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وان لم يعلم قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة

(مسئلة) (وان باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لان من للتبويض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولاً)

ويحتمل أن يصح البيع بناء على قوله في الاجارة إذا أجره كل شهر بدرهم. قال ابن عقيل وهو الاشبه كالمسئلة التي قبلها لان من وان أعطيت البعض فما هو بعض مجهول بل قد جعل لكل جزء معلوم منها ثمناً معلوماً فهو كما لو قال قفيزاً منها وكمسئلة الاجارة

(فصل) وإن قال بتك هذه الصبرة بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح لانه لا يدري أزيد أم ينقصه. وان قال على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لان القفيز مجهول. وان قال على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لأن معناه بتك هذه الصبرة وقفيزاً من هذه الاخرى بعشرة دراهم، وان قال على أن أنقصك قفيزاً لم يصح لان معناه بتك هذه الصبرة إلا قفيزاً كل قفيز بدرهم وشيء مجهول، ولو قال بتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لافضائه الى جهالة الثمن في التفصيل لانه يصير قفيزاً ونائباً بدرهم وهما لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية مائي الصبرة من القفزان. ولو قصد أنني احط بثنى قفيز من الصبرة ولا احتسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها. وان علما قدر قفزان الصبرة أو قال هذه عشرة أفضة بتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بتك كل قفيز وعشرة بدرهم وان لم يعلم القفزان وجعله هبة لم يصح وان أراد أنني لا احتسب

مع الخيار سبب يثبت الملك عقبيه فيما إذا لم يفسخ فوجب أن يثبت وان فسخ كبيع الميب وهذا ظاهر ان شاء الله
(فصل) وما يحصل من غلات المبيع وعائنه المنفصل في مدة الخيار فهو للمشتري امضيا العقد

عليك بمن قفيز منها صح أيضا لانها لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن، ولو قال على أن
أنقصك قفيز أصح لان معناه بتك تسعة أفضة بمشرة دراهم ، وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع
المسائل على قياس قول أحمد لانه يميز الشرط ولا يصح ما قاله لان المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف
الشرط الذي لا يفضي الى الجهالة . وما لا تتساوى أجزاؤه كالأرض والثوب والقطيع من الغنم فيه نحو
من مسائل الصبرة . وان قال بتك هذه الارض أو هذه الدار أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف درهم
صح اذا شاهدها وان قال بتك نصفه أو ثلثه أو ربهه بكذا صح وان قال بتك من الثوب كل ذراع
بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لا يصح لانه مجهول

(فصل) ويصح بيع الصبرة جزافا مع جهل المتبايعين بقدرها لا نعلم فيه خلافا وقد نص عليه
أحمد ودل عليه حديث ابن عمر وهو قوله : كنا نشترى الطعام من الركان جزافا فها أنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى تنقله من مكانه متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالتياب
والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فان ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولا يمكن بسطها
حبة حبة ، ولأن الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر فاكثري برؤية ظاهره بخلاف الثوب فان نشره
لا يشق ويختلف أجزاؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لانه علم ما شرى بأبلغ الطرق وهو
الرؤية ، وكذلك لو قال بتك نصف هذه الصبرة أو جزءا منها معلوما لأن ما جاز بيع جملة جاز بيع بعضه
كالحيوان ، قال ابن عقيل ولا يصح هذا إلا ان تكون الصبرة متساوية الاجزاء ، فان كانت مختلفة
مثل صبرة بقال القرية لم يصح ، ويحتمل أن يصح لانه يشترى منها جزءا مشاعا فيستحق من جيدها
ورديتها بقسطه ولا فرق بين الاثمان والتمنات في صحة بيعها جزافا ، وقال مالك لا يجوز في الاثمان
لان لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عدها فأشبهه الرقيق والتياب

ولنا أنه معلوم بالمشاهدة أشبه التمّنات والنقرة والحلي ويطلق بذلك ما قاله . وأما الرقيق فانه
يجوز بيعهم اذا شاهدهم ولم يعدم ، وكذلك الثياب اذا شراها ورأى جميع أجزائها

(فصل) فان كان البائع يعلم قدر الصبرة لم يجز بيعها جزافا نص عليه أحمد وهو اختيار الحرقي . وكرهه
علاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة ، وبه قال مالك واسحاق وروي ذلك عن طاوس ، قال مالك
لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ، وعن أحمد رحمه الله أنه مكروه غير محرم فقد روى بكر بن محمد عن
أبيه عنه أنه سئل عن الرجل يبيع الطعام جزافا وقد عرف كيله ، فقلت له وإن مالك يقول اذا باع الطعام
ولم يعلم المشتري فان اختار أن يردده رده قال : هذا تعليظ شديد ولكن لا يعجني اذا عرف كيله إلا
أن يخبره فان باعه فهو جائز عليه وقد أساء . ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لانه اذا جاز البيع
مع جهلها بمقداره فعلم من أحدهما أولى . ووجه الاول ما روى الاوزاعي أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبيعه جزافا حتى يبينه » قال القاضي وقد روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله وأيضاً الاجماع الذي نقله مالك ولأن
البائع لا يعدل الى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل الا للتقرير بظهوراً وقد قال عليه السلام « من غشنا

أو فسخاه ، قال أحمد فيمن اشترى عبدا فوهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد فالملك للمشتري وقال الشافعي ان امضيا العقد وقتنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له وان قلنا الملك للبائع

فليس منا « فصار كستدليس البيع فان باع ما علم كي له صبرة فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم ان البيع صحيح لازم وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن المبيع معلوم لهما ولا تقرير من أحدهما أشبه ما لو علما كي له أو جهلاء ولم يثبت ما روي من النهي فيه ، وإنما كرهه أحمد كراهة تزيه لاختلاف العلماء فيه ولأن تسويتها في العلم أو الجهل أبعد من التقرير . وقال القاضي وأصحابه هذا بمنزلة التديليس والغش ان علم به المشتري فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فهو كمن اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وإن لم يعلم ان البائع كان غابا بذلك فله الخيار في الفسخ والامضاء وهذا قول مالك لانه غش وغرر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار ، وذهب بعض أصحابه الى أن البيع فاسد والنهي يقتضي الفساد (فصل) فان أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فان قبضه باكتياله ثم البيع والقبض ، وان قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافا إن كان البيع بائنا كاله عليه ، فان كان قدر حقه الذي أخبره فقد استوفاه ، وان كان زائداً رد الفضل وان كان ناقصاً أخذ النقص ، وان كان قد تلف فالقول قول القابض مع يمينه سواء قل القبض أو كثر لأن الاصل عدم القبض وبقاء الحق وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كي له لأن للبائع فيه علة فانه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل لان ذلك ينعنه من معرفة كي له ، وان تصرف فيما يتحقق انه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزاً فيتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له (والثاني) لا يجوز لانه لا يجوز له التصرف في الجميع فلم يجز له التصرف في البعض كما قبل القبض ، فان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً ، فأما ان أعلمه بكيله ثم باعه إياه مجازفة على انه له بذلك الثمن سواء زاد أو نقص لم يجز لما روي الاثرم باسناده عن الحكم قال : قدم طعام لعثمان علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « اذهبوا بنا الى عثمان نعينه على طعامه » فقام الى جنبه فقال عثمان في هذه الدرارة كذا وكذا وأبيعها بكذا وكذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « اذا سميت الكيل فكل » قال أحمد اذا أخبره البائع ان في كل قارورة منها كذا رطلا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبني لقوله لعثمان « اذا سميت الكيل فكل » قيل له انهم يقولون اذا فتح فسد . قال فلم لا يفتحون واحدة ويتركون الباقي

(فصل) ولو كال طعاماً وآخر يشاهده فلن شاهد الكيل ثمأوه بغير كيل ثان لانه شاهد كي له أشبه ما لو كيل له وعنه يحتاج الى كيل للخبر وكالبيع الاول ولو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرنا ، ولو اشترى اثنان طعاماً فاكتلاه ثم اشترى احدهما حصة شريكه قبل تفرقها فهو جائز ، وان لم يحضر المشتري الكيل لم يجز الا بكيل . وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى لا بد من كي له ، وان باعه الثاني في هذه المواضع على انه صبرة جاز ولم يحتج الى كيل ثان بنقله كالصبرة (فصل) قال أحمد في رجل يشتري الجوز بعد في مكيل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك العيار لا يجوز . وقال في رجل ابتاع أعكماً كيلا وقال للبائع كل لي عكماً منها وأخذ ما بقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها . قال الثوري كان أصحابنا يكرهون هذا وذلك لان ما في

فالنماء له ، وان فسحنا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له وإلا فهو للمشتري ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الحراج بالضمان » قال الترمذي هذا حديث صحيح . وهذا من ضمان المشتري فيجب أن

العكوم يختلف فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض ، والجوز يختلف فيكون في أحد المكيلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل

(فصل) وان باع الادهان في ظروفها جملة وقد شاهدها جاز لأن اجزاءها لا تختلف فهي كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والديس والحل وسائر المائعات التي لا تختلف ، فان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منه أو أرتالا معلومة يعلم ان فيها اكثر منها أو باعه أجزاء مشاة أو أجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمان معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لانه قد علم المبيع والتمن ، وان لم يعلم ذلك جاز أيضاً لانه قد رضي أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبهه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي آخر زيت كل رطل بدرهم . وقال القاضي لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر . والاول أصح لان يبع كل واحد منهما منفردا يصح كذلك ، فكذلك اذا جمعهما كالأرض المختلفة الاجزاء والياب وغيرها . فأما إن باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعاً وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لانه اذا علم ان الدهن عشرة والظرف رطل كان معناه بتك عشرة أرتال باثني عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لانه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعاً أو زنة أحدهما كذلك

(فصل) وان وجد في ظرف الدهن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمانا ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وألزمه شرح بقدر الرب سمانا بكل حال ، وقال الثوري إن شاء أخذ الذي وجد ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمانا . ولنا أنه وجد المبيع بكيل ناقصاً فأشبهه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشترىها على أنها عشرة أفقرة فبانت تسعة فانه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ، كذلك هذا فعلى هذا انما يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ولا يلزم البائع أن يعطيه سمانا سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن ، فان تراضياً على اعطائه سماناً جاز

(فصل) وان باعه بمائة درهم إلا ديناراً لم يصح ذكره القاضي لانه قصد استثناء قيمة الدينار وذلك غير معلوم ، واستثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولاً ولانه استثناء من غير الجنس فلم يصح كالمال بمائة إلا قفيزاً من حنطة ويجيء على قول الحرقي انه يصح فيمن استثنى في الاقارعين من ورق أو ورقاً من عين فانه يصح ، فعلى هذا يحذف من الجملة بقيمة الدينار ، ولو قال بمائة إلا قفيزاً من حنطة لم يصح لانه استثناء من غير الجنس . فأما الذهب والفضة فهما كالجنس الواحد

(فصل في تفريق الصفقة) (وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز) صفقة واحدة بثمان واحد (وله ثلاث صور) (إحداها) أن يبيع معلوماً ومجهولاً (كقولك بتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الاخرى بكذا فهذا يبيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافاً لان المجهول لا يصح بيعه بجها لته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل الى معرفته لأن معرفته انما تكون بتقسيط الثمن عليها والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط

يلون خراجه له ولان الملك ينتقل بالبيع على ما ذكرنا فيجب أن يكون ثمناً له كما بعد انقضاء الخيار ويتخرج أن يكون الثمن المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على الرواية التي قلنا ان الملك لا ينتقل فأما الثمن المتصل فهو تابع للمبيع امضيا العقد أو فسخاه كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة

(الثانية) باع مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما أو ما يتسم عليه الثمن بالأجزاء كقفيزين متساويين لهما فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر، والثاني لا يصح فيهما وأصل الوجهين أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين (أحدهما) يفسد فيهما (والثانية) يصح في الحرة. والوجه الأول قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يصح وهو قول أبي ثور لأن الصفة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحريم ، ولأن الصفة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع العقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين ، ووجه الأول ان كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شقصاً وسيفاً ولأن ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انفرد ، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين فامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصيح في الآخر كما لو وصى بشيء لادمي وبهيمة . وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وهذا بخلافه (فصل) ومتى حكمنا بالصحة ههنا وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وإن لم يعلم مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فإن آبه لا يملك إلا نصفه فله الخيار بين الفسخ والامساك لان الصفة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفترق إلى القبض فيهما فتلف أحدهما قبل قبضه ، فقال القاضي للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ لان حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه ملك المشتري الفسخ به

(الثالثة باع عبده وعبد غيره بغير اذنه أو عبداً وحرراً أو خلا وخمراً فقيه روايتان)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فنقل صالح عن أحمد فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حرراً رجوع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حرراً فلهما قيمة العبدين فأبطل الصداق فيهما جميعاً . وللشافعي قولان كالروايتين وأبطل مالك العقد فيهما إلا ان يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويقف في ملك غيره على الاجازة ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال ان كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو بإجماع كالحرة والحمر لم يصح العقد فيهما وإن لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه لان ما اختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم للاجازة بحكم حاكم بصحة بيعه، وقال أبو ثور لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ، ولان الثمن مجهول لأنه انما يبين بالتسيط للثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو نال بملك هذه السلعة برقمها أو بحصتها من رأس المال ، ولانه لو صرح به فقال بملك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك إذا لم يصرح وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى

ووجه الرواية الأولى أنه متى سمي ثمناً في مبيع فتقسط بعضه لا يوجب جهالة ثمنه الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ ارشه ، وإذا قلنا بالصحة فللمشتري الخيار اذا لم يكن عالماً بالقسم

(فصل) وضمان المبيع على المشتري إذا قبضه ولم يكن مكبلاً ولا موزوناً فإن تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لأنه ملصك وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار وموته عليه ، وإن كان عبداً فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك فإن اشترى حاملاً فولدت عنده في

الثاني لتبعض الصفقة عليه والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع إلا أن الظاهر فيها الصحة لأنها ليست عقود معاوضة فلا تؤثر جهالة العوض فيها (فصل) وإن وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم يفسخ العقد في الباقي رواية واحدة سواء كانا من جنس واحد أو جنسين وبأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لأن العقد وقع صحيحاً فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكألو وجد أحد المبيعين معيماً فرده أو قال أحد التبايعين الآخر في بعض المبيع

(مسئلة) (وإن باع عبده وعبد غيره بأذنه بثمن واحد فهل يصح ؟ على وجهين)

(أحدهما) يصح فيهما ويتوسط الثمن على قدر قيمتهما وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي

الشافعي لأن جملة الثمن ملومة فصح كألو كانا لرجل واحد وكألو باعاً عبداً واحداً لها

(والثاني) لا يصح لأن كل واحد منهما مبيع بتوسطه من الثمن وهو مجهول على ما قدمنا وفارق ما إذا كانا لرجل واحد فإن جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك ينقسم عليه الثمن بالأجزاء فلا جهالة فيه ، فأما إن باع قفيزين متساويين له وانفرد بثمن واحد بأذنه صح لأن الثمن يتوسط عليهما بالأجزاء فلا يفرضي إلى جهالة الثمن ، وكذلك إن باع عبداً لها بثمن واحد صح لما ذكرنا (مسئلة) (وإن جمع بين بيع واجارة ، أو بيع وصرف فيهما ويتوسط العوض عليهما في أحد الوجهين)

إذا جمع بين عقدين مختلفي الحد كالبيع والاجارة والبيع والصرف بعوض واحد صح فيهما لأن اختلاف حكم العقدين لا يمنع الصحة كألو جمع ما فيه شفعة ومالا شفعة فيه ، وكذلك إن باع شيئاً محلي بذهب وفضة ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لأن حكمهما مختلف وليس أحدهما أولى من الآخر فبطل فيهما فإن البيع فيه خيار ولا يشترط فيه التقابض في المجلس ، ولا يفسخ العقد بتلف المبيع والصرف يشترط له التقابض ، وينفسخ العقد بتلف العين . وإن جمع بين نكاح وبيع بعوض واحد فقال زوجتك ابنتي وبنتك داري بمائة صح النكاح لكونه لا يفسد بفساد العوض وفي البيع وجهان وللشافعي قولان كالوجهين

(مسئلة) (وإن جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة مثل أن يقول بنتك عبيدي هذا وكاتبتك بمائة كل شهر عشرة بطل البيع وجهاً واحداً) لأنه باع عبده لبعده فلم يصح كيومه إياه من غير كتابة وهل تبطل الكتابة ؟ يبني على روايتين في تفريق الصفقة

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع ممن تلمزه الجمعة بعد نداءها)

لا يحل البيع بعد نداء الجمعة قبل الصلاة لمن تجب عليه الجمعة لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله تعالى وذروا البيع) فإن باع لم يصح البيع للتهي عنه . والنداء الذي يتعلق به المنع هو النداء عقب جلوس الإمام على المنبر لأنه النداء الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فتعلق الحكم به ، والنداء الثاني زيد في زمن عثمان رضي الله عنه ، وحكى القاضي رواية عن أحمد أن البيع محرّم

مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لانه مبيع حدثت فيه زيادة متصلة فلزمه رده زيادته كما لو اشترى عشرين فسمن احدهما عنده ، وقال الشافعي في أحد قولي لا يرد الولد لان الحمل لاحكم له

بزوال الشمس وان لم يجلس الامام على المنبر ، ولا يصح هذا لان الله تعالى علقه على النداء لا على الوقت ، ولان المقصود بهذا ادراك الجمعة وهو حاصل بما ذكر نادون ما ذكره ، ولانه لو اختص تحريم البيع بالوقت لما اختص بالزوال فان ما قبله وقت أيضاً ، فأما من لا تجب عليه الجمعة من النساء والمسافرين وغيرهم فلا يثبت في حقه هذا الحكم وذكر ابن أبي موسى فيه روايتين لعموم النهي ، والصحيح ما ذكرنا ان شاء الله تعالى فان الله تعالى انما نهى عن البيع من أمره بالسعي فقير الخطاب بالسعي لا يتناوله الذي ، ولان تحريم البيع معلل بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة وهذا معدوم في حقهم ، فان كان المسافر في غير المصر أو كان مقبلاً بقرية لا جمعة على أهلها لم يحرم البيع ولم يكره وجهاً واحداً ، فان كان أحدهما مخاطباً بالجمعة دون الآخر حرم على الخطاب وكره للآخر لما فيه من الاعانة على الاثم ، ويحتمل أن يحرم لقوله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)

(مسألة) (ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين كالأجارة والصلح ونحوهما وفيه وجه آخر أنه محرم ولا يصح لأنه عقد معاوضة أشبه البيع . ولنا أن انهي مختص بالبيع وغيره لا يساويه في الشغل عن السعي لقلته وجوده فلا يؤدي إلى ترك الجمعة فلا يصح قياسه على البيع)
(مسألة) (ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمراً ، ولا يبيع السلاح في الفتنة وللأهل الحرب ويحتمل أن يصح مع التحريم)

بيع العصير ممن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم وكرهه الشافعي ، وذكر بعض أصحابه أن البائع اذا اعتقد أنه يصيره خمراً محرم وانما يكره اذا شك فيه ، وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه مسكراً ، قال الثوري به الحلال من شئت لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولان البيع تم بأركانه وشروطه ، ولنا قول الله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وهذا نهى يقتضي التحريم ، وقد روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد : إن الله لعن الخمر وطاصرها ومعتصرها ، وحاملها والمحمولة اليه ، وشاربها وبائعها ومتباعها وساقبها ، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرجه الترمذي من حديث أنس ، وقد روي هذا الحديث عن ابن عباس وان عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم

وروي ابن بطة باسناده عن محمد بن سيرين أن قيساً كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، وأخبره عن غنم أنه لا يصلح زيباً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره فأمره بقلعه وقال بس الشيخ أنا إن بعث الخمر ، ولانه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد لها للمصيبة فأشبه إجارة أمتة لمن يعلم أنه يستأجرها للزنا بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها صورة التزاع بدليلنا ، وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه قلنا لكن وجد المانع منه

إذا ثبت هذا فإما يحرم البيع إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله أو بقرائن محتفة بقوله تدل عليه ، وان كان الامر محتماً لمن لا يعلم حاله أو من يعمل الخمر معاً ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز . فان باعها لمن يتخذها خمراً فالبيع باطل ويحتمل أن يصح ، وهو ذهب الشافعي

لأنه جزء متصل بالأم فلم يأخذ قسطاً من الثمن كأطرافها ولنا أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلاً يقسط عليه إذا كان متصلاً كاللبن وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثك والرقيم. والحكم في الأصل

لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو داس العيب ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح كاجارة الإمة للزنا والفناء، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولأن التحريم هنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع الربا وفارق التدليس فإنه لحق آدمي (فصل) وهكذا الحكم في كل ما قصد به الحرام كبيع السلاح في الفتنة أو لأهل الحرب أو لقطاع الطريق، وبيع الإمة للفناء أو اجارتها لذلك فهو حرام والعقد باطل لما قدمنا. قال ابن عقيل وقد نص أحمد على مسائل فيه بها على ذلك فقال في القصاب والحجاز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه، ومن يخرط الاقداح لا يبيعها لمن يشرب فيها ونهى عن بيع الديباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء، وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للفار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلاً

(فصل) قال أحمد في رجل مات وخلف جارية مغبية وولداً يتيماً وقد احتاج إلى بيعها قال يبيعهما على أنها ساذجة فقيل له إنها تساوي ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً. فقال لا تباع الا على أنها ساذجة. ووجهه ما روى أبو امامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز بيع المغنيات ولا أئمهاتهن ولا كسبهن » قال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه بعض أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحمل على بيعهن لأجل الفناء، فاما ما لهن من الحاصلات بغير الفناء فلا تبطل كبيع العصير لمن لا يتخذ خمرأ فإنه لا يحرم لصلاحيته للخمر

(فصل) (ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكل في بيعه ولا شرائه) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز، وعند أبي حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشراؤها ولا يصح. فان عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت التجارة في الخمر » وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال « لا، هو حرام » ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فانتل الله اليهود، ان الله تعالى حرم عليهم شحومها فجعلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك، ولأن الخمر نجسة محرمة فحرم بيعها والتوكيل فيه كالميتة والخنزير

(مسئلة) (ولا يصح بيع العبد المسلم لكافر إلا أن يكون ممن يمتق عليه فيصح في إحدى الروايتين) لا يصح شراء الكافر مسلماً، وهذا لإحدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة يصح ويجبر على إزالة ملكه لأنه يملك المسلم بالارث ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده فصح أن يشتريه كالمسلم. ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فمنع من ابتدائه كالسكاح ولأنه عقد يثبت الملك للكافر على المسلم فلم يصح كالسكاح وإنما ملكه بالارث وبقي ملكه عليه إذا أسلم في يده لان الاستدامة أقوى من الابتداء بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للحوم الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من

ممنوع ثم يفارق الحمل الأطراف لانه يؤول الى الاتصال وينتفع به منفصلا ويصح افراده بالعتق والوصية به وله وراث ان كان من أهل الميراث ويفرد بالدية ويرثها ورثته. ولا يصح قولهم انه لاحكم للحمل لهذه الاحكام وغيرها مما ذكرناه في غير هذا الموضع

ثبوت الاقوى ثبوت مادونه مع انا تقطع الاستدامة عليه باجباره على ازالها ، فان كان ممن يعتق عليه بالقرابة صح في احدى الروايتين وعق عليه وهذا قول بعض الاصحاب ، والاخرى لا يصح ولا يعتق لانه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ، ولان ما منع من شرائه لم يصح له شراؤه وان زال ملكه عقيب الشراء كمشراء المحرم الصيد . ووجه الرواية الاولى أن الملك لا يستقر عليه وانما يعتق بمجرد الملك في الحال ويزول الملك عنه بالسكينة ويحصل له من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الاماء بالملك في لحظة يسيرة . ويفارق من لا يعتق عليه فان ملكه لا يزول إلا بازالته وكذا شراء المحرم الصيد

(مسئلة) (وإن أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه)

لأنه لا يجوز استدامة الملك للكافر على المسلم اجماعاً وليس له كتابته لان الكتابة لا تزيل ملك السيد عنه ولا يجوز اقرار ملك الكافر عليه وقال القاضي له ذلك لانه يزيل يده عنه فأشبهه ببعه والاول أولى (مسئلة) (ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه وهو أن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة أنا أعطيك مثلها بتسعة ، ولا شراؤه على شراء أخيه وهو أن يقول لمن باع سلعة بتسعة عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ويعقد معه فان فعل فهل يصح ؟ على وجهين)

أما البيع فهو محرم لقول النبي ﷺ « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » ومعناه ما ذكرنا ومثله أن يقول أبيعك خيراً منها بثمنها أو يعرض عليها سلعة يرغب المشتري ليفسخ البيع ويهدد معه فلا يجوز ذلك للنهي عنه ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه ، وفي معنى ذلك شراؤه على شراء أخيه لانه في معنى النهي عنه ، ولان الشراء يسمى بيعاً فيدخل في عموم النهي ، ولان النبي ﷺ نهى أن يخاطب الرجل على خطبة أخيه متفق عليه . وهو في معنى الخاطب ، وان خالف وفعل فالبيع باطل للنهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، وفيه وجه أنه يصح لان المحرم هو عرض سلعته على المشتري أو قوله الذي فسح البيع من أجله وذلك سابق على البيع ، ولانه اذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولان النهي لحق آدمي فأشبهه ببيع النجس وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « لا يسم الرجل على سوم أخيه » ولا يخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع . فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري ، وهو الذي تناوله النهي

والثاني أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لان النبي صلى الله عليه وسلم باع فيمن يزيد فروى أنس أن رجلاً من الانصار شك الى النبي صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد فقال له « أما تبقى لك شيء ؟ » قال بلى قدح وحلس قال « فائتني بهما » فأناه بهما فقال « من يبتاعهما ؟ » فقال رجل أخذهما بدرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من يزيد على درهم ؟ » فأعطاء رجل درهين فباعها منه : رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا أيضاً اجماع فان المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة (الثالث) أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا عدمه فلا يحرم السوم أيضاً ولا الإيذاء استدلالاً

(فصل) وان تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفاً ينقل المبيع كالبيع والهبة والوقف أو يشتمله كالأجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوها لم يصح تصرفه إلا العتق سواء وجد

بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت له أن معاوية وأباهم خطباها فأمرها أن تسكح أسامة، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيع في أحدهما أبيع في الآخر (الرابع) أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصریح. فقال القاضي لا يحرم المساومة، وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة استدلالاً بحديث فاطمة ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة فحرم منه ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الأصل (قال شيخنا) ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهها حسناً فإن النهي عام خرجت منه الصورة المخصوصة بأدلتها فتبقي هذه الصورة على مقتضى العموم ولأنه وجد منه دليل على الرضا أشبه ما لو صرح به، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جات مستشيرة للنبي ﷺ وليس ذلك دليلاً على الرضا وكيف ترضى وقد نهاها النبي ﷺ بقوله « لا تفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئاً قبل مراجعة النبي ﷺ والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكنا بالتحريم فيه

(فصل) وبيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً عن مقارنة مفسدة فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط. ولنا أنها ما قصدت البيع فلم يصح منهما كالأهالين، ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ اسلطان أو غيره ملكة فيواطي رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمى بذلك ولا يريدان بيعاً حقيقياً (مسئلة) (وفي بيع الحاضر للبادي روايتان إحداهما يصح والآخرى لا يصح بخمسة شروط أن يحضر البادي لبيع سلعة بسر يومها جاهلاً بسعرها ويقصده الحاضر وبالناس حاجة إليها، وإن اختلف شرط منها صح البيع)

البادي ههنا من يدخل البلد من غير أهلها سواء كان بدوياً أو من قرية أو من بلدة أخرى، ولا يجوز أن يبيع الحاضر للبادي لقول ابن عباس نهى النبي ﷺ أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد. قال فقالت لابن عباس ما قواه حاضر لباد؟ قال لا يكون له سمساراً، متفق عليه، وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ « لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي بيع سلعته اشتراها الناس برخص وبوسم عليهم السعر، وإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد، وقد أشار النبي ﷺ في تعاليله إلى هذا. ومن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأبى بن عمرو بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي، ونقل أبو اسحاق ابن شاقلا أن الحسن بن علي المصري سأل أحمد عن بيع حاضر لباد فقال لا بأس به قال له فالخبر الذي جاء بالنهي. قال كان ذلك مرة، فظاهر هذا أن النهي اختص بأول الإسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك. هذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه، والمذهب الأول للعموم النهي وما ثبت في حقهم ثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل، وهو مذهب الشافعي وظاهر كلام الحزبي أنه يحرم بثلاثة شروط (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له فإن كان هو القاصد للحاضر جاز لأن التضييق حصل منه لا من الحاضر. (الثاني) أن يكون

من البائع أو المشتري. لأن البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن، إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه وينبطل

البادي جاهلاً بالسعر قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا كان البادي عارفاً بالسعر لم يحرم لأن التوسعة لا تحصل بتركه يبيعها لأنه لا يبيعها إلا بسعرها ظاهراً (الثالث) أن يكون قد جلب السلعة للبيع، فاما ان جلبها ليأكلها أو يخزنها ليس في بيع الحاضر له تضيقاً بل توسعة، وذكر القاضي شرطين آخرين (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها، فاما ان كان أحضرها وفي نفسه أن لا يبيعها رخصة فليس في بيعه تضيق (الثاني) أن يكون بالناس حاجة إليها وضرر في تأخير بيعها كالأقوات ونحوها، وقال أصحاب الشافعي إنما يحرم بشروط أربعة وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إليها فتى اختل شرط منها لم يحرم البيع وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام وظاهر المذهب أنه باطل نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد. وذكر الحرقي رواية أخرى أن البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لأن النهي لمعنى في غير المنهي عنه فلم يبطل كتلقي الركبان ولنا أنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد والله أعلم (مسئلة) (فأما شراؤه له فيصح رواية واحدة) وهو قول الحسن وكرهت طائفة الشراء لهم أيضاً كما كرهت البيع فروى أنس قال: كان يقال هي كلمة جامعة يقول لا تبعن له شيئاً ولا تباعن له شيئاً وهو لإحدى الروایتين عن مالك

ولنا أن النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فإن النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر ويحول عنهم الضرر، وليس ذلك في الشراء لهم ولا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر. فاما ان أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والأوزاعي وابن المنذر وكرهه مالك والليث وقول الصحابي أولى

(فصل) وليس للإمام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون وهذا مذهب الشافعي، وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل ما يبيع الناس بيع كما يبيع الناس وإلا فاخرج عنا، واحتج بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر أنه مر بمحاطب في سوق المصلى وبين يديه غرارتان فيها زبيب فسأله عن سعرها فسعر له مدين بكل درهم فقال له عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زيباً وهم يعتبرون سعرها فاما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زيبك فتبيعه كيف شئت. ولأن في ذلك إضراراً بالناس إذا زاد وإذا نقص أضر بأصحاب المتاع. ولنا ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ

فقالوا يارسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال «ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح. وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه لم يسعر وقد سأله ذلك ولو جاز لاجابهم اليه (الثاني) أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولأنه ماله فلم يجوز منه من يبعه بما تراضى عليه المتبايعان كما لو اتفق الجماعة عليه، والظاهر أنه سبب الغلاء لأن الجالين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعتهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ومن عنده البضاعة يتمتع من يبعها ويكتمها ويطلبها المحتاج

خياره لانه لاحق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالمعيب. قال أحمد اذا اشترط الخيار قباعه قبل ذلك بريح فالريح للمبتاع لانه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا والله أعلم فيما اذا اشترط

ولا يجدها الا قليلا فيرفع في ثمنها ليحصلها فتقلو الاسعار ويحصل الاضرار بالجانبين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم، وجانب المشتري في منعه من الوصول الى عرضه فيكون حراما، فاما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال: ان الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء. وانما هو شيء أردت به الخير لاهل البلد حيث شئت فبع كيف شئت وهذا رجوع الى ما قلنا وما ذكره من الضرر موجود فيما اذا باع في بيته ولا يمنع منه

(مسئلة) (من باع سلعة بنسيئة لم يحز أن يشتريها بأقل مما باعها إلا أن تكون قد تغيرت صفتها، وان اشتراها أبوه أو ابنه جاز)

من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يحز روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري والاوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي وأجازة الشافعي لانه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها

ولنا ما روى غندر عن شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة فقالت أم ولد زيد بن أرقم إني بعثت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشترته منه بسمائة درهم فقالت لها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب. رواه أحمد وسعيد بن منصور، والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه الا بتوقيف من النبي ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه لان ذلك ذريعة إلى الربا فانه يدخل السلعة ليستبيح بيع الف بخصمائه إلى أجل، ولذلك قال ابن عباس في مثل هذه المسئلة أرى مائة بخمسين بينها حريرة يعني خرقة حرير جعلها في بيعها والذرائع معتبرة، فأما ان باعها بمثل الثمن أو أكثر جاز لانه لا يكون ذريعة وهذا إن كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع، فان نقصت مثل ان هزل العبد أو نسي متاعه أو تحرق الثوب ونحوه جاز له شراؤها بما شاء لان نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل الى الربا

(فصل) فان اشتراها بعرض أو كان بيعها الاول بعرض فاشتراها بنقد جاز ولا نعلم فيه خلافا لان التحريم انما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأمان والعروض. فان باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر فقال أصحابنا يجوز لانهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما أشبه ما لو اشتراها بعرض، وقال أبو حنيفة لا يجوز استحساناً لانهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية ولان ذلك يتخذ وسيلة الى الربا فهو كما لو باعها بجنس الثمن الاول قال شيخنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهذه المسئلة تسمى مسئلة العينة قال الشاعر:

أندان أم نعتان أم ينري لنا فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

ومعنى نعتان أي نشترتي عينة كما وصفنا، وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا الى دينكم» وهذا وعيد يدل على التحريم، وقد روي عن أحمد أنه قال: العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة فان باع بنقد ونسيئة فلا بأس، وقال أكره

الخيار له وحده وكذلك اذا قلنا ان البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لها أولبائهم وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لانه ملكه وله ابطال خيار غيره . وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع

للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد قال ابن عقيل انما كره النسيئة لمضارعة الربا فان البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالاجل غالبا ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسئلة ولبيع نسيئة حملاً لكن البيع بنسيئة مباح اتفاقاً ولا يكره الا أن لا يكون له تجارة غيره

(فصل) فان باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة فقال أحمد في رواية حرب لا يجوز إلا أن تتغير السلعة لان ذلك يتخذ ونسيئة الى الربا نهى كسئلة العينة ، فان اشتراها بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها أو بمثله نسيئة جاز لما ذكرنا في مسئلة العينة ، وان اشتراها بنقد آخر بأكثر من ثمنها فهو كسئلة العينة على ما ذكرنا من الخلاف ، قال شيخنا ويحتمل أن يكون له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه اذ لم يكن ذلك عن مواطاة ولا حيلة بل وقع اتفاقاً من غير قصد لأن الاصل حل البيع وانما حرم في مسئلة العينة للأثر الوارد فيه وليس هذا في معناه لأن التوسل بذلك أكثر فلا يلحق به مادونه (فصل) وفي كل موضع قلنا لا يجوز له أن يشتري لا يجوز ذلك لو كيله لانه قائم مقامه ويجوز

أغيره من الناس سواء كان أباه أو ابنه أو غيرها لانه غير البائع اشترى بنسيئة أشبه الاجنبي

(مسئلة) (وإن باع ما يجري فيه الربا بنسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه أو مالا

يجوز بيعه به نسيئة لم يجز)

روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك وإسحاق وأجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي. قال علي بن حسين اذا لم يكن لك في ذلك رأى . وروى محمد بن عبدالله بن أبي مريم قال بعث تمرأ من التمارين كل سبعة أصح بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمرأ يبيعه أربعة أصح بدرهم فاشترت منه فسألت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بعث ، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب قال عبدالله ابن عباس ما بعث من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئاً مما يكال بمكيال إلا ورقاً أو ذهباً، فاذا أخذت ذلك فابتع ممن شئت منه أو من غيره ، فرجعت فاذا عكرمة قد طابني فقال الذي قلت لك هو حلال هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب ان فضلي عنده فضل قال فاعطه أنت الكسر وخذ منه الدراهم ووجه محرم ذلك انه ذريعة الى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كسئلة العينة ، وقد نص أحمد على ما يدل على هذا ، قال شيخنا والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما روى عنه عبدالله بن زيد قال قدمت على بن الحسين فقلت له إني آخذ نخلي وأبيع فيمن حضرني الى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل الأجل فيوقفونها بالسوق فابتاع منهم وأقاصهم ، قال لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأى وذلك لانه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد لزوم العقد الاول فصح كما لو كان المبيع الاول حيواناً أو ثياباً ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، فان لم يأخذ بالثمن طعاماً لكن اشترى من المشتري طعاماً بدراهم

وسلمها إليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها جاز كما في حديث علي بن الحسين (فصل) والاحتمار حرام لما روى أبو امامة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يحتكر الطعام ، وعن

قبل التفريق ببيع أوهبة روايتان (أحدهما) لا يضح لان في صحته اسقاط حق البائع من الخيار (والثانية) هو موقوف فان تفرقا قبل الفسخ صح وان اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري. قال أحمد في رواية أبي

سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من احتكر فهو خاطيء » رواها الاثرم ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » والاحتكار المحرم ما جمع ثلاثة شروط: (أحدها) أن يشتري فلو جلب شيئاً أو أدخل عليه من غلته شيئاً فادخره لم يكن محتكراً روي ذلك عن الحسن ومالك ، قال الاوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر بل ينفع ، فان اناس اذا علموا أن عنده طعاما معدا للبيع كان أطيب لقلوبهم (الثاني) أن يكون قوتا ، فأما الادام والعسل والزيت وعلاف البهائم فليس احتكاره بمحرم . قال الاثرم سئل أبو عبدالله عن أي شيء الاحتكار ؟ قال اذا كان من قوت الناس فهذا الذي يكره وهذا قول عبدالله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت وهو راوي حديث الاحتكار ، قال أبو داود وكان يحتكر النوى والحطب والبزر ولان هذه الاشياء لا نعم الحاجة اليها أشبهت الثياب والحيوان (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمرين (أحدهما) أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والنغور قانه أحمد ، فظاهر هذا ان البلاد الواسعة الكبيرة كبغداد والبصرة ومصر ونحوها لا يحرم فيها الاحتكار لان ذلك لا يؤثر فيها غالبا (الثاني) أن يكون في حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الاموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، وأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد لم يحرم

(فصل) ويستحب الاشهاد في البيع لقوله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وأقل أحوال الامر اندب ولانه أقطع للزراع وأبعد من التجاحد ، ويختص ذلك ماله خطر فأما ما لا خطر له كحواج البقال والعتار وشبهها فلا يستحب ذلك فيها لانهما تكثر فيشقى الاشهاد عليها وتقبح إنامة البيذة عليها ، والترافع الى الحاكم بخلاف الكثير وليس ذلك بواجب في واحد منها ولا شرط له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي واسحاق ، وقال قوم هو فرض لا يجوز تركه روي ذلك عن ابن عباس ومن رأى الاشهاد في البيع عطاء وجابر بن زيد والنخعي اظاهر الامر قياسا على النكاح . ولنا قوله تعالى (فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أوتمن أمانته) قال أبو سعيد : صار الأمر الى الأمانة وتلا هذه الآية ، ولان النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه ومن رجل سراويل ومن أعرابي فرسا فجدده الاعرابي حتى شهدته خزيمه بن ثابت ، ولم ينقل أنه شهد في شيء من ذلك وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الاسواق فمن يأمرهم بالاشهاد ولا نقل عنهم فعله ولم ينكر عليهم النبي ﷺ ولو كانوا يشهدون في كل بيعاتهم لنقل ، وقد أمر النبي ﷺ عروة بن الجعد البارقي أن يشتري له أضحية ولم يأمره بالاشهاد ، ولان المبايعه تكثر بين الناس في أوقافهم وغيرها. فلو وجب الاشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى (ما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الارشاد إلى حفظ الاموال والتعليم كما أمر بالرهن والكاتب ، وليس بواجب وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى (فصل) ويكره البيع والشراء في المسجد لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وقال

طالب اذا اشترى ثوباً بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط يردّه الى صاحبه ان طلبه فان لم يقدر على رده فللبائع قيمة الثوب لانه استهلك ثوبه أو يصالحه . فقوله يردّه ان طلبه يدل على أن وجوب رده قوم لا بأس به . والصحيح الاول للحديث المذكور فان باع فالبّيع صحيح لانه تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لانوجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية ، وفي قول النبي ﷺ «قولوا لأربح الله تجارتك» من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

باب الشروط في البيع

وهي ضربان: صحيح وهو ثلاثة أنواع (أحدها) شروط من مقتضى البيع كالتقايض وطول الثمن ونحوه فهذا لا يؤثر فيه لانه بيان وتأكيّد لمقتضى العقد فوجوده كعدمه (الثاني) شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتباً أو خطيباً أو صانعاً أو مسلماً أو ألامه بكرّاً أو الدابة هملاجة أو الفهد صيداً فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به فان لم ينف به فله شري الفسخ والرجوع بالثمن والرضا به لانه شرط وصفا مرغوباً فيه فصار الشرط مستحقاً لقول النبي ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» ولا تعلم في صحة هذين القسمين خلافاً (مسئلة) (فان شرطها ثيباً كافرة فبانت بكرّاً مسلمة فلا فسخ له لانه زاده خيراً وليس ذلك يزيد في الثمن فاشبه ما لو شرطه غير صانع فبان صانعاً)

وهذا قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثبوبة لعجزه عن البكر ويحتمل أن له النسخ لان له فيه قصداً صحيحاً وهو أن طالب الكافرة اكثره لصلاحيتها للمسلمين والكفار أو ليس يربح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو لبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقد دل اشراطه على أن له قصداً صحيحاً . فأما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشترطها سبطة فبانت جمدة أو جاهلة فبانت عالمة فلا خيار له لانه زاده خيراً .

(فصل) فان شرط الشاة لبونا صح وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لانه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه ، ولنا أنه امر مقصود يتحقق من الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن فصح اشراطه كالصناعة في الامة والهملاجة في الدابة وإعنا لم يجز بيعه ، فرداً للجهالة والجهالة فيما كان تبعاً لا تمنع الصحة ولذلك لو اشترها بغير شرط صح بيعه معها . وكذلك يصح بيع اساسات الحيطان والنوى في التمر وان لم يجز بيعها منفردين فان شرط أنها تحلب قدرأ معلوماً لم يصح لان اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه فتعذر الوفاء به ، وإن شرطها غزيرة اللبن صح لأنه يمكن الوفاء به . وان شرطها حاملاً صح . وقال القاضي قياس المذهب أن لا يصح لان الحمل لا حكم له . ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه يربح ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا . وقوله ان الحمل لاحكم له لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم في اندية بأربمين خلفه في بطونها أولادها، ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطه الحبالى المسبيات وأرخص للحامل في الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من

مشروط بطلبه وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فكان على بكر صعب وكان يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم فيقول له أبوه لا يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم أحد فقال له النبي

إقامة الحد عليها من أجل حملها . وظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لا عنها حال حملها فاتق عنه ولدها ، فإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجهاً واحداً لأنه لا يمكن الوفاء به ، وكذلك أن شرط أنها لا تحمل لذلك ، وقال مالك لا يصح في المرتفعات ويصح في غيرهن ، ولنا أنه باعها بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وإن شرطها حائلاً فبانت حاملاً فإن كانت أمة فهو عيب يثبت الخيار وإن كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخاً ، ويحتمل أن يستحق لأنه قد يريد لها لسفر أو حمل شيء لا تتمكن منه مع الحمل ، وإن شرط البيض في الدجاجة فليل لا يصح لأنه لا علم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم وقيل يصح لأنه يعرف بالعادة فأشبهه اشتراط الشاة لبونا (مسئلة) (وإن اشترط الطائر مصوتاً أو أنه يجيء من مسافة معلومة صح وقال القاضي لا يصح)

إذا شرط في الهزار والقمري ونحوهما أنه مصوت فقال بعض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لأن صياح الطير يجوز أن يوجد وأن لا يوجد ولأنه لا يمكنه إكراهه على التصويت. والأولى جوازه لأن فيه قصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه فأشبهه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد ، وإن شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة معلومة صح أيضاً اختاره أبو الخطاب لأن هذه عادة مستمرة وفيها قصد صحيح لتبليغ الأخبار وحمل الكتب فجرى مجرى الصيد والهملجة وقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأن فيه تعديلاً للحيوان أشبهه مالو شرط الكبش مناطحاً. وإن شرط الفناء في الجارية لا يصح لأن الفناء مذموم في الشرع فلم يصح اشتراطه كالزنا. وإن شرط في الكبش النطاح أو في الديك كونه مناقراً لم يصح لأنه منهي عنه في الشرع فجرى مجرى الفناء في الجارية. وإن شرط أن الديك يوقظه للصلاة لم يصح لأنه لا يمكن الوفاء به وإن شرط أنه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى التصويت في القمري على ما ذكرنا (والثالث) أن يشترط نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملات البعير إلى

موضع معلوم أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الحطب أو تكسيه أو خياطة الثوب أو تفصيله ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكانها سنة ، أو دابة ويشترط ظهره إلى مكان معلوم أو عبداً ويستثنى خدمته مدة معلومة نص عليه أحمد وهو قول الأوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح لأنه يروى أن النبي ﷺ نهي عن بيع وشرط ولأنه ينافي مقتضى البيع فأشبهه مالو شرط أن لا يسلمه ذلك لأنه شرط تأخير تسام المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعة وقال ابن عقيل فيه رواية أخرى أنه يبطل البيع والشرط نقاه عبد الله بن محمد في الرجل يشترط أن يخدمه فالبيع باطل قال شيخنا وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسئلة فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين (أحدهما) أنها مجهولة فاطلاقه يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه أعمال الخلاف في اشتراط منفعة معلومة (الثاني) أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكة عنها وذلك يفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحتها وهذا لا يوجد في غيرها ولذلك منع إعاره الأمة الشابة لغير محرماً وقال

صلى الله عليه وسلم « بعني » فقال عمر هولك يارسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هولك يا عبد الله بن عمر فاضم به ماشئت » وهذا يدل على أن التصرف قبل تفرق جائز وذكر أصحابنا في صحة تصرف

مالك ان اشترط ركوبا الى مكان قريب جاز وان كان الى مكان بعيد كره لان السير تدخله المساحة ولنا ماروى جابر انه باع النبي ﷺ جملا واشترط ظهره الى المدينة وفي لفظ قال فبعته بأوقية واستثنيت حملانه الى أهلي متفق عليه وفي لفظ فبعته بخمس أواق قال قلت على ان لي ظهره الى المدينة قال « ولك ظهره الى المدينة » رواه مسلم ولان النبي ﷺ نهى عن التنيا الا أن تعلم وهذه معلومة ولان المنفعة قد تقع مستثناء بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلا مؤبرة أو أرضا مزروعة أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة فجاز أن يستنيها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير ولم يصح نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط وإنما نهى عن شرطين في بيع ففهومه إباحة الشرط الواحد وقياسهم منقوض بشرط الخيار والتأجيل في الثمن

(فصل) وان باع أمة واستثنى وطأها مدة معلومة لم يصح لأن الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشترط وطء المكتوبة حيث نبيحه لأنها مملوكة فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك، واختار ابن عقيل عدم الإباحة أيضا وهو قول أكثر الفقهاء (فصل) وان باع المشتري العين المستثناء منقبتها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستثناء أيضا فان كان عالما بذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيماً يعلم عيبه وان لم يعلم فله خيار الفسخ كمن اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة وان اتلف المشتري العين فعليه أجره المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمن البيع وان تلفت البين بتفريطه فهو كتلفها بفعله نص عليه احمد وقال يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل قال القاضي : معناه عندي القدر الذي نقصه البائم لاجل انشروط وظاهر كلام احمد خلاف هذا لانه يضمن ما فات بتفريطه فضمنه بعوضه وهو أجره المثل فاما ان تلفت بغير فعله وتفريطه لم يضمن قال الاثرم : قلت لابي عبد الله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لانه كان له حملان قال لا إنما شرط عليه هذا بعينه لانه لا يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤبرة بشمرتها أو غير المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها وكما لو باع حائطاً واستثنى منه شجرة بينهما فتلفت ، وقال القاضي عليه ضمانها أخذاً من عموم كلام احمد وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل وكلامه محمول على حالة التفريط على ما ذكرناه

(فصل) إذا اشترط البائع منفعة المبيع فاراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير المبيع نص عليه احمد لان حقه تعلق بعينها أشبه مالو استأجر عينا فبذل له الآخر مثلها ولان البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها فان تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لها وان أراد البائع اعارة العين أو اجارها لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة الموصى بمنافعها ولا تجوز اجارها إلا مثله في الانتفاع فان أراد اجارها أو اعارة لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك كما لا يجوز له اجارة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل .

المشتري بالوقف وجبا آخر لانه تصرف يبطل الشفعة فاشبه العتق والصحيح أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات لان المبيع يتعلق به حق البائع تملقا يمنع جواز التصرف فنفع صحته كالرهن. ويفارق

(فصل) وان قال بعتك هذه الدار واجرتكها شهرا لم يصح لانه اذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فاذا أجره اياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة مامله المشتري فلم يصح قال ابن عقيل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفـز الطحان ومعناه أن يستأجر طحانا ليطحن له كذا بـقفـز منه فيصير كانه شرط له القفـز عوضا عن عمله في باقي الكـر المطحون ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع على ما ذكره ان شاء الله تعالى .

(فصل) ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع . مثل أن يشتري ثوبا ويشترط على بائعه خياطته قيصا أو بغلة ويشترط حذوها نعلا أو حزمة حطب ويشترط حملها الى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية منها وغيره ، واحتج أحمد بما روي أن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي حزمة حطب وشارطه على حملها ، وبه قال اسحاق وأبو عبيدة ، وقال أبو حنيفة يجوز أن يشري بغلة ويشترط على البائع حذوها ، وحكي عن أبي ثور والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد أشبه الشروط الفاسدة ، وروي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط ولنا ما تقدم في قضية محمد بن مسلمة ولانه بيع واجارة لانه باعه الثوب وأجره نفسه على خياطته وكل واحد منهما يصح افراده بالعقد فاذا جمعها جاز كالعينين ولم يصح أن انبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط قال أحمد: انما نهى عن شرطين في بيع وهو يدل بمفهومه على جواز الشرط الواحد ولا بد من العلم بالمنفعة لها ليصح اشتراطها لأننا نزلنا ذلك منزلة الاجارة فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح وان شرط حذوها نعلا فلا بد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء. قال احمد: في الرجل يشتري البغلة على أن يحذوها جائز إذا أراد الشراك فان تعذر العمل بتلف المبيع قبله. أو يموت البائع انفسخت الاجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك ، وان تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والأجرة عليه كقولنا في الاجارة .

(نصل) وإذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل فله ذلك بمنزلة الاجير المشترك يجوز أن يعمل السمل بنفسه وعن يقوم مقامه وان أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله وان أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لان المعاوضة عقد تراخ فلا يجبر عليه أحد وان تراخيا عليه احتمل الجواز لانها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فاذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أن تؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي ويحتمل أن لا يجوز لانه مشـرط بحكم العادة والاستحسان لاجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فانه يجوز أن يرد في الخبز والحـمير قل أو كثر ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة لم يجز ولانه أخذ عوضا عن مرفق معاد جرت العادة بالعموم عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستثناة شرعاً وهو ما إذا باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تبقيته الى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا لينتفع بالارض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك

(مسئلة) (وذكر الحرق في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج ههنا مثله)

الوقف العتق لان العتق مبني على التغليب والسراية بخلاف الوقف وأما حديث ابن عمر فليس فيه تصريح بالبيع فان قول عمر هو لك محتمل أنه أراد هبة وهو الظاهر فانه لم يذكر نتما والهبة لا يثبت

إذا اشترى زرعاً أو جزءه من الرطبة أو ثمرة على الشجر فالحصاد وجز الرطبة وجزاذ الثمرة على المشتري لان نقل المبيع وتفرغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع بخلاف الكيل والوزن والعدد فانها على البائع لانها من مؤنة تسام المبيع إلى المشتري والتسليم على البائع ، وهنا حصل التسليم بالتخاوية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً. فان شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الحرقى يبطل البيع وقال ابن أبي موسى لا يجوز وقيل يجوز فان قلنا لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على روايتين ، وقال القاضي : المذهب جواز الشرط ذكره أبو بكر وابن حامد وقال القاضي ولم أجد بما قاله الحرقى رواية في المذهب ، واختلف فيه أصحاب الشافعي فقال بعضهم إذا شرط الحصاد على البائع بطل البيع قولاً واحداً وقال بعضهم يكون على قولين فمن أفسده قال لا يصح لثلاثة معان (أحدها) شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه (والثاني) أنه شرط مالا يقتضيه العقد (والثالث) أنه شرط تأخير التسليم لان معنى ذلك تسليمه مقطوعاً ، ومن أجازة قال هذا بيع واجارة وكل واحد منهما يصح افراده فصح جمعها كالعينين وقولهم شرط العمل فيها لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع (والثاني) يبطل بشرط الرهن والسكفيل والخيار (والثالث) ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ويبقى الشرط من المستلم فليس ذلك بتأخير التسليم فاذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه. فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الاجارة لان الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الاجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكهما مختلف بدليل ثبوت الشفعة في الشقص دون السيف ، وقد صح الجمع بينهما . وقول الحرقى ان العقد ههنا يبطل محتمل أن يخص هذه المسئلة وشبهها مما يفضي الشرط فيه الى التنازع فان البائع قد يريد قطعها من أعلاها ليقبى له منها بقية والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضي إلى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله ، ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع كما ذكرنا في صدر المسئلة والاول أولى لوجهين (أحدهما) انه قد قال في موضع آخر ولا يبطل البيع شرط واحد (والثاني) ان المذهب انه يصح اشتراط منفعة البائع في البيع كما ذكرنا والله أعلم

(مسئلة) (وإن جمع بين شرطين لم يصح)

ثبت عن أحمد رحمه الله انه قال : الشرط الواحد لا بأس به أعما نهى عن الشرطين في البيع وهو ماروي عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يخل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا يبيع ما ليس عندك » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. قال الاثرم قيل لابي عبد الله ان هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفض يده وقال : الشرط الواحد لا بأس به في البيع إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على اباحة الشرط حين باعه جملة وشرط ظهره إلى المدينة. واختلف في تفسير الشرطين المنهيين عنهما فروي عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على

فيها الخيار . وقال الشافعي تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوها صحيح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد عليه واما ان يكون للمشتري والبائع يملك فسسخه فجعل البيع والهبة فسسخا واما تصرف المشتري فلا يصح اذا قلنا الملك لغيره فاذا قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان

البائع خياطته أو قصارته أو طعاماً واشترط طحنه وحمه إن شرط أحد هذه الاشياء فالبيع جائز، وإن اشترط شرطين فالبيع باطل وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو هذا التفسير وروى الاثر من أحمد تفسير الشرطين أن يشتريها على أنه لا يبيعهما من أحد ولا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين ، وروى عنه اسماعيل بن سعيد في الشرطين في المبيع ان يقول اذا بعتهما فانا أحق بها بالثمن ، وإن تخدمني سنة فظاهر كلام احمد ان الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النحو ، واما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو من مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط ان يسلم اليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وان كثر ، وقال القاضي في المجرد ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين لمصلحة العقد أو لغير مصلحته اخذاً من ظاهر الحديث وعملاً بعمومه ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين ورووا ان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولان الصحيح لا يؤثر في البيع وان كثر والفاسد يؤثر فيه وان اُخذ والحديث الذي روينا يدل على الفرق ولان المذخر اليسير اذا احتمل في العقد لا يلزم احتمال الكثير، وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا يعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه، والذي ذكره القاضي في المجرد بعيد أيضاً . فان شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ما هو من مصلحة العقد كالاجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر في بطلانه قلت أو كثرت . ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم فالظاهر أنه غير مراد له والاولى تفسيره بما حكاه ابن المنذر والله اعلم

(فصل) (الثاني) فاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) أن يشرط على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو اجارة أو صرف للثمن أو غيره فهذا يبطل البيع ، ويحتمل أن يبطل الشرط وحده (المشهور في المذهب ان هذا الشرط فاسد يبطل به البيع لان النبي ﷺ قال « لا يجلع بيع وسلف ولا شرطان في بيع » قال الترمذي هذا حديث صحيح ولان النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة ، حديث صحيح وهذا منه ، قال احمد وكذلك كل ما في معنى ذلك مثل ان يقول على ان تزوجني ابنتك او على أن أزوجك ابنتي فهذا كله لا يصح ، قال ابن مسعود صفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء وجوزوه مالك وجعل العوض المذكور في الشرط فاسداً قال ولا ألتفت الى اللفظ الفاسد اذا كان معلوماً حلالاً فكأنه باع السلعة بالدرهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير

ولنا الخبر والنهي يقتضي الفساد ولان العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به الا بالشرط فاذا فات فبات الرضا به ولانه شرط عقداً في عقد فلم يصح كسكاح الشغار ، وقوله لا ألتفت الى اللفظ لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً ، ويحتمل ان يصح البيع ويبطل الشرط بناء على ما اذا شرط ما ينافي مقتضى العقد على ما تذكره ان شاء الله تعالى

ولنا على ابطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار وقولهم يملك الفسخ قلنا الا ان ابتداء التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الاب فيما وهب لولده قبل استرجاعه وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه

(الثاني) شرط ما ينافي مقتضى البيع نحو ان يشترط ان لا خسارة عليه أو متى نفق المبيع والا رده أو الا يبيع ولا يهب ولا يعتق وان اعتق فالولاء له أو يشترط ان يفعل ذلك فهذا الشرط باطل في نفسه لقول النبي ﷺ في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » نص على بطلان هذا الشرط وقسنا عليه سائر الشروط لانها في معناها وهل يبطل بها البيع ؟ على روايتين ، قال الهاضي : المنصوص عن احمد ان البيع صحيح وهو ظاهر كلام الحرقي وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والحكمي وابن ابي ليلى وأبو ثور (والثانية) البيع فاسد وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو اشترط فيه عقداً آخر ، ولان الشرط اذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً ولان البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك اذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي ولانه قد روي عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع بشرط

ووجه الاولى ما روت عائشة قالت : جاءتني بريرة فقالت : كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، فقالت ان أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت : اني عرضت عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم ، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال « خذها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق » ففعلت عائشة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد فإنا بالرجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وأما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فابطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب فان قيل المراد بقوله « اشترطي لهم الولاء » اي عليهم بديل انه امرها به ولا يأمرها بقاسد قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين احدهما ان الولاء لها باعتبارها فلا حاجة الى اشتراطه (الثاني) أنهم ابوا البيع الا ان يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم أنهم لا يقبلونه منها وإما امرها بذلك فليس هو امرأ على الحقيقة ، وإنما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقول الله تعالى (استغفر لهم اولا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا اولا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء اولا تشترطي ولهذا قال عقبه « فانما الولاء لمن اعتق » وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا وما ذكره من المعنى في مقابلة النص لا يقبل

(فصل) واذا حكتنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي والمشتري الرجوع بزيادة الثمن ان كان هو المشترط لان البائع انما سمح بالبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشتري انما سمح له بزيادة الثمن من اجل شرطه فاذا لم يحصل غرضه ينبغي ان يرجع بما سمح به كما لو وجده معيباً ويحتمل ان يثبت الخيار ولا يرجع بشيء كمن شرط رهنا او ضمناً فامتنع

(فصل) وان تصرف المشتري باذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارها لان ذلك يدل على تراضيهما بامضاء البيع فيقطع به خيارها كما لو تخيرا ويصح تصرفها لان قطع الخيار حصل بالاذن في البيع فيقع البيع بعد انقطاع الخيار (وان تصرف البائع باذن المشتري احتمال ان يقع صحيحاً لان ذلك دليل على فسخ البيع أو استرجاع المبيع فيقع تصرفه بعد استرجاعه

الراهن والضمين ولان ما ينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولاً ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم لارباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع . وان حكمتنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء قبضه او لم يقبضه على ما ذكره ان شاء الله تعالى

(مسألة) (الا اذا شرط العتق في صحته روايتان)

احداهما يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لان عائشة اشترت بريرة وشرط عاهاها عتقها وولاءها فانكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق (والثانية) الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لانه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما لو شرط أن لا يبيعه ولأنه شرط ازالة ملكه عنه أشبه ما إذا اشترط أن يبيعه وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق انما اخبرتهم انها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا ولاءها فان حكمتنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة على ما بينا وان حكمتنا بصحته فاعتقه المشتري فقد وفي بما شرط عليه وان لم يعتقه ففيه وجهان (احدهما) يجبر لان شرط العتق اذا صح تعلق بعينه فيجبر كما لو نذر عتقه (والثاني) لا يجبر لان الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل ما لو شرط الرهن والضمين فملى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لانه لم يسلم له ما شرط أشبه ما لو شرط عليه رهناً فلم يف به ، وان تعيب المبيع أو كان أمة فاحبها أعتقه وأجزأه لان الرق باق فيه وان استغله أو أخذ من كسبه شيئاً فهو له . وان مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو يبيع مطلقاً وكم قيمته اذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين كالارش وفي الآخر بضمن بما نقص من قيمته

(مسألة) (وعنه فيمن باع جارية وشرط على المشتري انه ان باعها فهو أحق بها بالثمن ان البيع جائز) روى المرودي عن أحمد انه قال هو في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم « لا شرطان في بيع » يعني انه فاسد لانه شرط أن يبيعه اياه وان يبيعه بالثمن الاول فهما شرطان في بيع نهي عنهما ولانه ينافي مقتضى العقد لانه شرط ان لا يبيعه من غيره اذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط ان لا يبيعه الا من فلان وروى عنه اسماعيل بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود انه قال ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها ان بعها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال لا تقربها ولا حد فيها شرط قال اسماعيل فذكرت لاحد الحديث قال البيع جائز ولا تقربها لانه كان فيها شرط واحد للمرأة ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد فحمل الحديث على ظاهره وأخذ به وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساد حمل الحديث على ظاهره . وأخذ به وقد اتفق المرودي على فساد الشرط وفي رواية اسماعيل بن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعه . وقول أحمد لا تقربها قد روي مثله فيمن اشترط في الامه أن لا يبيعه ولا يهبها أو شرط عليه ولاءها أو لا يقربها والبيع جائز لحديث عمر المذكور . وقال القاضي

٥٦ اشتراط الرهن الفاسد في البيع . ما يترتب على فساد العقد (المعنى والشرح الكبير)

ويحتمل أن لا يصح لان البائع لا يحتاج الى اذن المشتري في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير اذن المشتري وقد ذكرنا انه لا يصح كذا ههنا . وكل موضع قلنا ان تصرف البائع لا ينفذ ولكن يفسخ به البيع فانه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواه صح لانه يفسخ البيع عاد اليه الملك فصح تصرفه فيه كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه ، وكذلك ان تقدم تصرفه ما يفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

وهذا يدل على الكراهة لا على التحريم قال ابن عقيل عندي انه انما منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

(مسألة) (وان شرط رهنا فاسدا كالمخمر ونحوه فهل يبطل البيع على وجهين؟) أصلها الروايتان

في الشروط الفاسدة وقد مضى ذكرهما

(فصل) واذا قال رجل لغريمه : بعني هذا على ان أقضيك دينك منه ، ففعل ، فالشرط باطل

لانه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء وهل يفسد البيع؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع على ما ذكرنا . وان قال أقبضني حقي على ان أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل وانقضاء صحيح لانه أقبضه حقه وان قال أقبضني أجود من مالي على ان أبيعك كذا فالقضاء والشرط باطلان وعليه رد ما قبضه ويطالب بماله

(فصل) ومتى حكنا بفساد العقد لم يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أو لا ولا ينفذ تصرف

المشتري فيه يبيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يثبت الملك فيه اذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع زيادته المتصلة الا ان يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته محتجا بحديث بريرة فان عائشة اشترتها بشرط الولاء فاعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق والبيع فاسد ولان المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء . بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل غير أنه عقد فيه تسليط فوجب ان يملكه كالعقد الصحيح . ولنا انه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة أو دماً فاما حديث بريرة فانما يدل على صحة العقد لا على ما ذكره وليس في الحديث ان عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر ان أهلها حين بلغهم انكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ويحتمل ان الشرط كان سابقاً للعقد فلم يؤثر فيه

(فصل) وعليه رد المبيع مع ثمنائه المنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يديه ، وان نقص ضمن

نقصه لانها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة أيضا وإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولان أخذ نص عليه في النصب ولانه قبضه باذن مالكه فأشبهه المارية ، وذكر الحرقى في النصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج ههنا كذلك ولا أصحاب الشافعي وجان كهدن

(فصل) فان كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها مملوكة ، ولان في الملك

اختلافا وعليه مهر مثلها لان الحد إذا سقط لا شبهة وجب المهر ، ولان الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه ارش البكارة إن كانت بكراً ، فان قيل أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسداً فوطئها فزال بكارتها لا يضمن البكارة؟ قلنا لان النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لأنه معقود على الوطء ولا كذلك البيع لأنه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها . فان قيل إذا أوجبت

(فصل) وإن تصرف أحدهما بالعتق نفذ عتق من حكنا بالملك له ، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فينفذ عتقه سواء كان الخيار لها أو لأحدهما لأنه عتق من مالك جائز التصرف فنقد كما بعد المدة وقول النبي ﷺ « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق كما لو باع عبداً بجماعة معينة فإن مشتري العبد ينفذ عتقه مع أن للبائع الفسخ

مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمانها لها فجزى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لأن مهر البكر ضمان المنفعة وارش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمع ، وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكراً فقد استوفى نفع هذا الجزء فوجب قيمة ما استوفى من نفعه وإذا أتلفه وجب ضمان عينه ولا يجوز أن يضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عيناً ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوباً فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فإنه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

(فصل) وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به لذلك ولاولاء عليه لأنه حر الأصل وعلى الواطيء قيمته يوم وضعه لأنه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فان سقط ميتاً لم يضمن لأنه إنما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ . فان قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً وجب ضمانه قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ولأن الجاني أتلفه وقطع بابه وههنا يضمنه بالحيلولة بميته فان كان الضارب اجنبياً فالقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة وللسيد أقل الامرين من دية الجنين أو قيمته يوم سقط لأن ضمان الضارب له قام مقام خروجه حياً ولذلك ضمنه للبائع وإنما كان للسيد أقل الامرين لأن الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لأنه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئاً وان كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لأنه بسبب ذلك ضمن ، وان ضرب الواطيء بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه الغرة أيضاً ولا يرث منها شيئاً ، وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا ، وان سلم الحاربية المبيعة إلى البائع حاملاً فولدت عنده ضمن نقص الولادة وان تلفت بذلك ضمنها لأن تلفها بسبب منه وان ملكها الواطيء لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لأنها عاقت منه في غير ملكة فأشبهت الزوجة وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره لا تصير له أم ولد بهذا

(فصل) إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لأنه باع ملك غيره بغير اذنه ، وعلى المشتري رده على البائع الاول لأنه مالكة للبائعه أخذت حيث وجدته ، ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الاول على بائعه فان تلف في يد الثاني فللبائع مطالبته من شاء منهما لأن الاول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير اذن صاحبه فكان ضامناً . فان كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الاول لأن التلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وان ضمن الاول رجع بالفضل على الثاني

(فصل) وان زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد الى ما كان عليه أو ولدت الامة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة لأنها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المنصوب واحتمل أن لا يضمنها لأنه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض ، فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده ان تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد

ولو وهب رجل ابنه عبداً فأعتقه نفذ عتقه مع ملك الاب لاسترجاعه ، ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب ، وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك ينفذ عتقه لأنه ملكه وان كان الملك انتقل فانه يسترجعه بالعتق . ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الاب عبد ابنه الذي وهبه اياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل الى المشتري ، وان قلنا بالرواية الاخرى وان الملك لم ينتقل الى المشتري نفذ عتق

زيادتها أسقطت تلك الزيادة من القيمة وضمها بما بقي من القيمة حين التلف ، قال القاضي وهذا ظاهر كلام احمد (فصل) واذا باع يبعاً فاسداً وتقاضاً ثم ألتف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع والمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لانه في يده فلان أحق به كالمهرن . ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان ودية عنده بخلاف المرهن فانه قبضه على أنه وثيقة بحقه

(فصل) واذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فاذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المبيع والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا مالو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة . لسكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد ولذلك لم يجز في النكاح . أما في ميثاً لانا فانه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لان العوض على غيره ، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان (الثالث أن يشترط شرطاً يعلق البيع كقوله بعتك ان جئتني بكذا أو ان رضي فلان) فلا يصح

البيع لانه علق البيع على شرط مستقبل فلم يصح كما اذا قال : بعتك اذا جاء رأس الشهر (مسئلة) وكذلك اذا قال المرهن ان جئتك بمحقق في محله والا فالرهن لك ، فلا يصح البيع ، الا بيع العربون وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع درهماً ويقول ان اخذته وإلا فالدرهم لك . فقال احمد يصح لان عمر فعله وعند أبي الخطاب أنه لا يصح

وممن روي عنه القول بفساد الشرط ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم ، والاصل في ذلك ماروى معاوية بن عبدالله بن جعفر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يعلق الرهن » رواه الاثرم قال الاثرم قلت لاحمد مامعنى قوله لا يعلق الرهن ؟ قال لا يدفع رهن الى رجل ويقول : ان جئتك بالدرهم الى كذا وكذا والا فالرهن لك . قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يعلق الرهن عند مالك والثوري واحمد وانما فسد البيع لانه معلق بشرط مستقبل فلم يصح كالمسئلة قبلها ، وكما لو قال ان ولدت ناقتي فصيلا فقد بعتهك بدينار

(فصل) والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة ويدفع الى البائع درهماً أو اكثر على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فهو للبائع . يقال عربون وعربان وأربان . قال أحمد ومحمد بن سيرين لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر أنه أجازاه وقال ابن المسيب وابن سيرين لا بأس اذا كره السلعة أن يردّها ويرد معها شيئاً قال احمد هذا في معناه ، وقال أبو الخطاب لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس والحسن ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون رواه ابن ماجه ولانه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لاجنبي ولانه بمنزلة الخيار المجهول فانه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما

أبائع دون المشتري ، وان أعتق البائع والمشتري جميعاً فان تقدم عتق المشتري فالحكم على ما ذكرنا وان تقدم عتق البائع فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما لان البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ولكن حصل باعتاقه ففسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية نفذ اعتاقه لانه عاد العبد اليه فأشبهه مالو استرجعه بصريح قوله ، ولو اشترى من يعتق عليه

لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم (قال شيخنا) وهذا هو القياس وانما صار احد فيه الى ماروي عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دارالسجن من صفوان بن أمية فان رضي عمر والا فله كذا وكذا ، قال الاثرم قلت لأحمد تذهب اليه قال أي شيء أقول هذا عمر رضي الله عنه ؟ وضعف الحديث المروي . روى هذه القصة الاثرم باسناده

(فصل) فاما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال لا تبع هذه السلعة لغيري وان لم اشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشترها منه بعد ذلك بمقد متبدل وحسب الدرهم من الثمن صح لان البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه فيجمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد بيع العربون . وان لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله لانه لو كان عوضاً عن ذلك لما جازجه من الثمن في حال الشراء ولان الانتظار بايتم لا يجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون المقدار كما في الاجارة

(مسألة) (وان قال بعتك على ان تقدي الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا بيع بيننا فليصح صحيح نص عليه) وهذا قول أبي حنيفة والثوري وإسحاق ومحمد بن الحسن ، وقال به أبو ثور اذا كان الى ثلاث ، وحكي مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وان كان عشرين ليلة ففسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر البيع فاسد لانه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد .

ولنا أنه يروى عن عمر ولانه علق رفع العقد بامر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار ولانه بيع فجاز ان يفسخ بتأخير القبض كما تصرف ولان هذا معنى شرط الخيار لانه كما يحتاج الى التروي في المبيع - هل يوافقه أو لا - يحتاج الى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أولاً فهما شبيهان في المعنى وان تعابرا في الصورة الا أنه في الخيار يحتاج الى التمسك وهذا يفسح إذا لم ينقد في المدة المذكورة لانه جعله كذلك .

(مسألة) (وان باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ وعنه يبرأ الا أن يكون البائع علم العيب فكتمه) اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي . وقال ابراهيم والحكم وحامد لا يبرأ الا لما سمي ، وقال شريح لا يبرأ الا بما أراه أو وضع يده عليه ، وروي عنه أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه يروى ذلك عن عثمان بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا الى عثمان فقال عثمان لابن عمر تحلف انك لم تعلم بهذا العيب ؟ قال لا فرد عليه فباعه ابن عمر بألف درهم رواه الامام أحمد ، وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت اجاباً ويتخرج

جری مجرى اعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه. وان باع عبداً بجمارية بشرط الخيار فاعتقها نفذ عتق الامة دون العبد وان اعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت فان أعتق الامة أولاً نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد وان أعتق العبد أولاً انفسخ البيع ورجع اليه العبد ولم ينفذ اعتاقه ولا ينفذ عتق الامة لانها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها-البائع لها

أن يبرأ من العيوب كلها بالبراءة وحكاه بعض أصحابنا رواية عن أحمد بناء على جواز البراءة من المجهول ، وروي هذا عن ابن عمر ، وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة أن رجلين اختصما في موارث درست الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه » وهذا يدل على أن البراءة من المجهول جائزة ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالطلاق والعتاق ولا فرق بين المجهول وغيره فثبت في أحدهما ثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر فلا يبقى حجة

(فصل) وإذا قلنا بفساد هذا الشرط لم يفسد به البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لما ذكرنا من قضية ابن عمر فانهم أجمعوا على صحتها فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط. ويكون وجوده كدمه وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (لإحداها) يفسد بها العقد فيدخل فيها هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضاً عن ماله بهذا الشرط فاذا فسد الشرط فات الرضا به فيفسد البيع لعدم التراضي .

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن باعه داراً أو ثوباً على أنه عشرة أذرع فإن احد عشر فالبيع باطل) لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وانما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضاً، وعنه أنه صحيح والزيادة للبائع لان ذلك تقص على المشتري فلم يمنع صحة البيع كالمعيب، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لانه زاده خيراً وإن أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ بجميع الثمن المسمى فان رضي بالاخذ أخذ بالعشرة والبائع شريك له بالذراع، وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين (أولها) له الفسخ لان عليه ضرراً في المشاركة (والثاني) لا خيار له لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغيره واختياره بخلاف مجبره فلا ينبغي أن يسلط به على فسخ عقد المشتري، فان بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لانها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك جاز، وإن بانت تسعة فالبيع باطل لما ذكرنا وعنه أنه صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن ، وقال أصحاب الشافعي ليس له إمساكه إلا بجميع الثمن أو الفسخ بناء على المبيع المعيب عندهم، ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنين في المعيب أن له إمساكه وأخذ الارش، فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه إنما رضي ببيعها بكل الثمن فاذا لم يصل اليه ثبت له الفسخ، فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذي رضيه فأشبهه ما لو اشترى معيماً فرضيه بجميع الثمن وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لانها

(فصل) إذا قال لعبد إذا بتك فأنت حر ثم باعه صار حراً نص عليه أحمد ، وبه قال الحسن وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وسواء شرطاً الخيار أو لم يشراطه ، وقال أبو حنيفة والثوري لا يعتق لأنه إذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لأن البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب

معاوضة فجازت بتراضيهما كغيرها

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

﴿باب الخيار في المبيع﴾

(وهو على سبعة أقسام : أحدها خيار المجلس وينبت في البيع والصلح بمعناه والاجارة وينبت في الصرف والسلم وعنه لا ينبت فيهما ولا ينبت في سائر العقود إلا في المساقاة والحوالة والسبق في أحد الوجهين)
وجملته أن خيار المجلس ينبت في البيع بمعنى أنه يقع جائزاً ولكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخه مادام مجتمعين لم يتفرقا ، وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وأبي هريرة وأبي بزة ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وقال مالك وأصحاب الرأي يلزم العقد بالإيجاب والقبول ولا خيار لهما لأنه روي عن عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد كالتكاح والخلع

ولنا ما روى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا « تباع الرجلان فلكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فان خيرا أحدهما الآخر فباعتها على ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بمدان تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » رواه الأئمة ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو ثور الأسلمي ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيد الله بن عمر وابن جريج والبيهق ابن سعد وغيرهم وهو صريح في حكم المسألة وطاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته الحديث مع روايته له وثبوته عنده قال الشافعي لأدري هل أهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم أن أقول عبيد الله بن عمر . وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث . فان قيل المراد بالتفرق هاهنا التفرق بالأقوال كقوله تعالى (وما تفرق الذين أتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالأقوال والاعتقادات قلنا هذا باطل لوجود منها ان اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بقول ولا اعتقاداً ما بينهما اتفاق على

الحرية كما لو قال لعبده اذا مت فأنت حر ، ولانه علق حرته على فعله للبيع والصادر منه في البيع اما هو الايجاب فتى قال للمشتري بعثك فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري وعلاه القاضي بان الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخيرا ثم باعه لم يعتق ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا فاتنا ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه

البيع بعد الاختلاف فيه (الثاني) ان هذا يبطل فائدة الحديث اذ قد علم انها بالخيار قبل العقد في انشائه وإتمامه أو تركه (الثالث) انه قال في الحديث « اذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار بعد تباعها » وقال « وان تفرقا بعد ان تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » (والرابع) انه يرد تفسير ابن عمر للحديث بفعله فانه كان اذا بايع رجلا مشى خطوات ليلزم البيع وتفسير أبي برزة بقوله مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه وقول عمر البيع صفقة أو خيار معناه ان البيع ينقسم الى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سواه صفقة لقصر مدة الخيار فيه لانه قد روي عن الحوزجاني مثل مذهبنا ولو أراد ما قالوه لم يجز ان يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فانه لاحجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن قول الصحابي لا يحتج به اذا خالفه غيره من الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما ، ولا يصح قياس البيع على النكاح لان النكاح لا يقع الا بعد رؤية ونظر غالباً فلا يحتاج الى الخيار بعده ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرورة لما يلزم من رد المرأة بعدا بتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد والحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت الخيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسئلة ظاهر لظهور دليله وضعف ما يذكره المخالف في مقابله

(فصل) ويثبت الخيار في الصلح بمعنى البيع لانه عقد معاوضة أشبه البيع . والهبة اذا شرط فيها عوضاً معلوماً ثبت فيها الخيار في احدى الروايتين بناء على الاختلاف فيها هل تصير بيعاً أو لا ويثبت في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع ويثبت في الصرف والسلم وما يشترط فيه القبض في المجلس كبيع مال الربا بجنسه في الصحيح لما ذكرنا من الخبر والمعنى . وعنه لا يثبت فيها قياساً على خيار الشرط فانه لا يثبت فيها رواية واحدة لان موضوعها على ان لا يبقى بينهما علة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار يبقى بينهما علة ولا يثبت في سائر العقود

وهي على اضرب (أحدها) لازم لا يقصد به العوض كالتكاح والخلع فلا يثبت فيها خيار لان الخيار انما يثبت لمعرفة الخط في كون العوض جابراً لما يذهب من ماله والعوض هاهنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة بغير عوض ولأن في ثبوت الخيار في التكاح ضرراً ذكرناه

(الضرب الثاني) لازم من أحد طرفيه كالرهن لازم في حق الراهن وحده فلا يثبت فيه خيار لأن المرهون يستغنى بالجواز في حقه عن ثبوت الخيار والراهن يستغنى بثبوت الخيار له الى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما لانهما دخلا متطوعين راضين بالغبن ، وكذلك المكاتب (الضرب الثالث) عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجمالة والوكالة والوديعة والوصية

فلا يثبت فيها خيار استثناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها (الضرب الرابع) ماهو متردد بين الجواز واللازم كالمساقاة والمزارعة ، وظاهر المذهب انها جائزان فلا يدخلها خيار ، وقيل هما اجارة فلهما حكمها ، والسبق والرمي الظاهر انها جمالة فلا

(فصل) ولا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار اذا كان الخيار لها أو للبائع وحده لانه يتعلق بها حق البائع فلم يباح له وطؤها كالمهونة ولا نعلم في هذا اختلافاً، فان وطئها فلا حد عليه لان الحد يدراً بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لها لانها مملوكته ، وان علقت منه فالولد حر يلحقه نسبه لانه من أمته ، ولا يلزمه قيمته وتصير أم ولد له ، وان فسخ البائع البيع رجح بقيمتها لانه تعذر

يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد ذكرناه ، فأما الحوالة والأخذ بالشفعة فهو عقد لازم يستقل به أحد المتعاقدين فلا خيار فيها لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لا يثبت في الآخر كسائر العقود ، ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لانه يقصد فيهما العوض فأشبهها سائر عقود المعاوضات

(مسئلة) (ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما لما ذكرناه) ولا خلاف في لزوم العقد بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه مثل أن يجد في السلعة عيباً فيردها به أو يكون قد شرط الخيار مدة معلومة فيملك الرد فيها بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ، وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن بخلافه أو يخبره في المرجحة بضمن حال وهو مؤجل ونحو ذلك وقد دل على لزوم البيع بالتفرق قول النبي صلى الله عليه وسلم «وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» والمرجع في التفرق الى عرف الناس وعاداتهم لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه فدل على انه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والاحراز ، فان كانا في فضاء واسع كالسجد الكبير والصحراء فبان يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات وقيل هو ان يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة . قال أبو الحارث سئل أحد عن تفرقة الأبدان فقال اذا أخذ هذا هكذا وأخذ هذا هكذا فقد تفرقا . وروى مسلم عن نافع قال فكان ابن عمر اذا باع فأراد أن لا يقبله مشى هنيهة ثم رجح ، وان كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالفارقة أن يفارقه من بيت الى بيت أو الى مجلس أو صفة أو من مجلس الى بيت ونحو ذلك ، فان كانا في دار صغيرة فاذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه ، وإن كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى ، وإن كانت كبيرة صعد أحدهما الى أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي ، فان كان المشتري هو البائع مثل أن اشترى لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لانه يتولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه كغيره فعلى هذا يعتبر للزومه مفارقة مجلس العقد لأن الافتراق لا يمكن هاهنا لتكون البائع هو المشتري ، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصداً ذلك أو لم يقصده علماه أو جهلاء لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد ، ولو هرب أحدهما من الآخر لزم العقد لانه فارقه ولا يقف لزوم العقد على رضاها ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع ، ولو أقام في المجلس وسدلاً بينها سترأ أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما وقاما ففضيا جميعا ولم يتفرقا فالخيار بحاله وان طالبت المدة لعدم التفرق ، وقد روى أبو داود والائرم بإسنادهما عن أبي الوضيء قال غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلاً فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقام بقية يومها وليلتها فلما أصبحنا من الغد وحضر الرحيل قام الى فرسه يسرجه فقدم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه اليه فقال بيني وبينك

الفسخ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها لانه حدث في ملك المشتري ، وان قلنا ان الملك لا ينتقل الى المشتري فلا حد عليه أيضا لان له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك اليه واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحديدراً بالشبهات وعليه المهر ، وقيمة الولد يكون حكمها حكم ثمنائها . وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت فولده رقيق ، وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع ، وقال بعض أصحاب

أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالوا له هذه القصة فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وما أرا كما افرقتما . فان فارق أحدهما الآخر مكرهاً احتمل بطلان الخيار لوجود التفرق ولانه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقتة لصاحبه ، وقال القاضي لا ينقطع الخيار لانه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الاكراه كما لو علق عليه الطلاق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار ان أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه ويبقى الخيار للمكروه منهما في المجلس الذي يزول عنه الاكراه فيه حتى يفارقه ، وان اكرها جميعا انقطع خيارها لان كل واحد منها ينقطع خياره بتفرقة الآخر له فأشبهه مالوا اكره صاحبه دونه ، وذكر ابن عقيل من صور الاكراه مالوا رأيا سبعا أو ظالما خشيا فمربا فزعا منه أو حملها سيل أو فرقت بينهما ربح . فان خرس أحدهما قامت اشارته مقام نطقه فان لم تفهم اشارته أو جن أو أغمي عليه قام أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو الحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحق وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابنا يلحقه لان لها فسخ العقد فكان لها إلحاق الخيار به كالمجلس . ولنا أنه عمدة لازم فلم يصير جائزاً بقولها كالتكاح وفارق المجلس فانه جائز لحجاز ابقاؤه على جوازه

(فصل) وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا الا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله » رواه الترمذي وقال حديث حسن وقوله « الا أن يكون صفقة خيار » يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فانه لا يلزم بتفرقها لكونه ثابتاً بعده بالشرط ، ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرط فيه أن لا يكون فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق . وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام احمد في رواية الاثرم فانه ذكر له فعل ابن عمر وهذا الحديث فقال هذا لان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو اختيار أبي بكر ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد جواز ذلك لأن ابن عمر فعله والاول أصح لان قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر ، والظاهر ان ابن عمر لم يباغه هذا ولو علمه لما خالفه

(مسئلة) (إلا أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في احدي الروايتين ، وان اسقطه أحدهما بقي خيار صاحبه)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان الخيار يمتد الى التفرق ولا يبطل بالتخاير ولا بالاسقاط قبل العقد ولا بعده وهو ظاهر كلام الخرقى لان أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » من غير تقييد ولا تخصيص في رواية حكيم بن حزام وأبي برزة

الشافعي له وطؤها لان البيع يفسخ بوطئه . فان كان الملك انتقل رجعت اليه وان لم يكن انتقل انقطع
حق المشتري منها فيكون واطئا لمملوكته التي لاحق لغيره فيها

ولنا ان الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها لقول الله تعالى (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم
فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان ابتداء الوطء يقع في غير ملكه

واكثر الروايات عن عبدالله بن عمرو. والتقييد انما هو في حديث ابن عمر ، ومتى انفرد به من الرواة
بزيادة قدم قول الاكثرين وذوي الضبط (والرواية الثانية) ان الخيار يبطل بالتخاير اختارها ابن
أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث
ابن عمر « فان خير احدهما صاحبه فبأيما على ذلك فقد وجب البيع » يعني لزم ، وفي لفظ المتبايعان
بالخيار ما لم يتفرقا الا ان يكون البيع كان عن خيار ، فان كان البيع عن خيار فقد وجب البيع « متفق
عليه . والاخذ بالزيادة اولى وهي صريحة في الحكم ، والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد
فالتخاير في ابتداءه ان يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الاخر على ذلك فلا يكون لها خيار ، والتخاير
بعده ان يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد والزامه او اخترت العقد او اسقطت
خياره فيلزم العقد من الطرفين ، وان اختار احدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار
الشرط فاسقاً في احدهما ، وقال اصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء العقد قولان اظهرهما لا يقطع
الخيار لانه اسقاط للحق قبل سببه فلم يجز كخيار الشفعة ، فلي هذا هل يبطل به العقد ؟ على وجهين
بناء على الشروط الفاسدة . ولما ذكرنا من حديثي ابن عمر وذلك صريح في الحكم فلا نعول على
ما خالفه ولان ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارناً للعقد كاشتراط الخيار ولانه أحد الخيارين في
البيع فجاز اخلاؤه عنه كخيار الشرط ، وقولهم انه اسقاط للخيار قبل سببه ممنوع فان سبب الخيار البيع
المطلق ، فأما البيع مع التخاير فليس سبباً له ثم لو ثبت أنه سبب للخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت
حكاه ، والشفعة لنا فيها منم وان سلم فالفرق بينهما ان الشفيع أجبي من العقد فلم يصح اشتراط اسقاط
خياره في العقد بخلافه مسألنا

(فصل) فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئاً فالسأكت على خياره لانه لم يوجد
منه ما يبطله وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البيعان
بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» رواه البخاري ولانه جعل لصاحبه ما ملكه من
الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يخر فله يؤثر
كما لو جعل لزوجه الخيار فلم يخر شيئاً ويحمل الحديث على أنه خيره فاختره ، والاول اولى لظاهر الحديث
ولانه جعل الخيار لغيره ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا يملك فاذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما
يملك الخيار فلم يكن قوله تملكها انما كان اسقاطا فسقط

(فصل) قال رضي الله عنه . (الثاني خيار الشرط وهو أن يشترط في العقد خيار مدة معلومة فيثبت
فيها وان طالت) هذا قول أبي يوسف ومحمد وابن المنذر وحكي ذلك عن الحسن بن صالح وابن أبي
ليل واسحاق وأبي ثور وأجازاه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل اليها في

فيكون حراماً ، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم يحل له حتى يستبرئها ولا يلزمه حد ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال بعض أصحابنا ان علم التحريم وان ملكه قد زال ولا يفسخ بالوطء فعليه الحد وذكر ان أحمد نص عليه لان وطئه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك ولنا ان ملكه يحصل بإبتدائه وطئه فيحصل تمام الوطء في ملكه مع اختلاف العلماء في كون الملك

أقل من أربعة أيام لان الخيار لحاجته فيقدر بها ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان جعل له الخيار ثلاثة أيام ان رضي أخذ وان سخط ترك. ولان الخيار ينافي مقتضى البيع لانه بمنع الملك والزوج والطلاق التصرف ، وانما جاز للحاجة فياز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فقال تمموا في داركم ثلاثة أيام - بعد قوله - فيأخذكم عذاب قريب)

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشروطه كالأجل ولم يثبت ما روي عن عمر رضي الله عنه وقد روي عن أنس خلافه ، وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فانها لا يمكن ضبط الحكم بها لحفاها واختلافها وانما يرتبط بمظنتها وهو الاقدام فانه صالح أن يكون ضابطاً وربط الحكم به في الثلاث وفي السلم والأجل ، وقول الآخرين إنه ينافي مقتضى البيع لا يصح لان مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وان سلمنا ذلك لكن متى خولف الاصل لمعنى في محل وجب تعديده الحكم لتعدي ذلك المعنى (مسئلة) (ولا يجوز مجهولاً في ظاهر المذهب ، وعنه يجوز وهما على خيارها ما لم يقطعاه أو تنتهي مدته) إذا شرط الخيار أبداً أو متى شاء ، أو قال أحدها ولي الخيار ولم يذكر مدته أو شرطاه إلى مدة مجهولة كقدوم زيد أو نزول المطر أو مشاوره انسان ونحو ذلك لم يصح في الصحيح من المذهب هذا اختيار القاضي وابن عقيل ومذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارها أبداً أو يقطعاه أو تنتهي مدته ان كان مشروطاً إلى مدة وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون على شروطهم وقال مالك يصح ويضرب لها مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لان ذلك مقرر في العادة فاذا أطلقا حمل عليه ، وقال أبو حنيفة إن اسقطا الشرط قبل مضي الثلاث أو حذفوا الزائد عليها ويندمته صح لانهما حذفوا المفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم بشرطاه

ولنا انها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ، ولان اشترط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الابد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو قال بعثك بشرط أن لا تتصرف ، وقول مالك انه يرد إلى العادة لا يصح فانه لاعادة في الخيار يرجع اليها واشترطه مع الجهالة نادر ، وقول أبي حنيفة لا يصح فان المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد ، ولان العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً فان كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطناه وان كان فاسداً لم ينقلب صحيحاً كبيع درهم بدرهمين إذا حذف أحدهما ، وإذا قلنا يفسد الشرط هل يفسد به البيع ؟ على روايتين

(إحداهما) يفسد وهو مذهب الشافعي لانه عقد قارنه شرط فاسد ككساح الشفارة ، ولان البائع إنما رضي بيذه الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري انما رضي بيذه الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صححناه لأزلنا ملك كل واحد منها عنه بغير رضاه وألزمناه ما لم يرض به ولان الشرط يأخذ قسطاً من الثمن فاذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولاً فيفسد به

له وحل الوطء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف اذا اجتمعت؟ مع أنه محتمل أن يحصل النسخ بالملامسة قبل الوطء فيكون الملك قد رجع إليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشري إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها فيما اذا مشطها أو خضبها أو حفها فبوضع يده عليها للججاج وليس فرجها بفرجه أولى فعلى هذا يكون ولده منها حراً ونسبه لاحق به ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه

العقد (والثانية) لا يفسد به العقد وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ولأن العقد قد تم بأركانها والشرط زائد فاذا فسد و زال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط

(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمال أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لأنه يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولاً ، ومحتمل أن يصح لأن ذلك يتفاوت في العادة ولا يكسر تفاوته ، وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوماً صح ، وان أراد نفس العطاء فهو مجهول

(فصل) وان شرطاً الخيار شهراً يوماً يثبت وبوما لا ، فقال ابن عقيل يصح في اليوم الاول لامكانه ويبطل فيما بعده لأنه اذا لزم في اليوم الثاني لم يعد الى الجواز ، ويحتمل ان يبطل الشرط كله لأنه شرط واحد تناول الخيار في أيام فاذا فسد بعضه فسد جميعه كما لو شرطه الى الحصاد

(مسئلة) (ولا يثبت الا في البيع والصلح بمعناه والاجارة في الذمة أو على مدة لاتلي العقد)

لانهم خلافاً في ثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا يشترط فيه القبض في المجلس وكذلك الصلح بمعنى البيع لأنه بيع بلفظ الصالح والهبة بموضع على إحدى الروايتين والاجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه لان الاجارة يبيع المنافع فاشبهت بيع الاعيان ، فاما الاجارة المعينة فان كانت مديتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط لان دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو استبقائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال يثبت فيها خيار الشرط قياماً على البيع ، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما ، فان كانت المدة لاتلي العقد يثبت فيها خيار الشرط اذا كانت مدة الخيار لاتشتمل على شيء من مدة العقد فان كانت بعض مدة العقد تدخل في مدة الخيار لم يجز لما ذكرنا

(مسئلة) (وان شرطاه إلى الندم لم يدخل في المدة) وهذا مذهب الشافعي ، وعنه يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لان إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (وايديكم إلى المرافق * ولاتأكلوا أموالهم إلى أموالكم) والخيار ثابت يقين فلا يزيد بالاشك

ولنا أن موضوع (إلى) لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله تعالى (ثم أموا الصيام إلى الليل) وكالأجل وليس ههنا شك فان الاصل حمل اللفظ على موضوعه فكان الواضح قال متى ستمم هذه اللفظة فأمموا منها انتهاء الغاية . وفيما استشهدوا به حملت إلى على معنى بدليل ، أو لتعذر حملها على موضوعها ولان الادل لزوم العقد وإنما خواف فيما اقتضاه الشرط فيثبت ما يقين منه وما شككنا فيه رددناه إلى الاصل .

(فصل) وان شرط الخيار الى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح ، وقال بعض أهل العلم لا يصح توقيته بطلوعها لانها قد تنعم فلا يعلم وقت طلوعها ، ولنا أنه تعاقب للخيار بامر ظاهر معلوم فصح كتعليقه بغروبها ، وطلوع الشمس بوزنها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص ، ولذلك لوعاق طلاق

وتصير الامة أم ولده ، وقال أصحابنا ان علم التحريم فولده رقيق ولا يلحقه نسبه فان لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير الامة أم ولده لانه وطئها في غير ملكه (فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وكرهه مالك قال لانه في معنى بيع وسلف اذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ان هذا حكم من أحكام البيع فجاز في مدة الخيار كالأجارة وما ذكره لا يصح لأننا لم نجز له التصرف فيه

امراته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع ببروزها من الافق ، وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوها فالخيار ثابت حتى يتقن طلوعها كما لو يلقه بغروبها فتقع الغيم المعرفة بوقته ، ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو إلى غيبتها تحته كان خياراً مجهولاً

(مسئلة) (وان شرطاه مدة فابتداؤها من حين العقد ويحتمل أن يكون من حين التفرق)

إذا شرط الخيار مدة معلومة اعتبرنا مدة الخيار من حين العقد في أظهر الوجهين والآخر من حين التفرق لان الخيار ثابت في المجلس حقاً فلا حاجة إلى اثباته بالشرط ولان حالة المجلس كحالة العقد لان لها فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه والاول أصح لانها مدة ملحقه بالعقد فأشبهت الاجل ، ولان الاشتراط سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالمالك في البيع ولنا لو جعلنا ابتداءها من حين التفرق أدى إلى جهالته لانا لا نعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداءه ولا وقت انتهائه ، ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحریم الوطء بالهيام والاحرام ، فعلى هذا لو شرط ابتداءه من حين التفرق لم يصح إلا على قولنا بصحة الخيار المجهول ، وان قلنا ابتداءه من حين التفرق فنسقط ثبوته من حين العقد صح لانه معلوم الابتداء والانتهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان خيار المجلس يعني عن خيار آخر فيمنع ثبوته والاول أولى ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا

(مسئلة) (وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلاً له فيه) إذا شرط الخيار لأجنبي صح وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره فيه وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي قولان (أحدهما) لا يصح وهو قول الفاضل إذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لان الخيار شرعاً لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لاحظ له ، وان جعل الأجنبي وكيلاً صح

ولنا أن الخيار يعتمد شرطها ويفوض اليها وقد أمكن تصحيح شرطها وتنفيذ تصرفها على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز الفأوه مع امكان تصحيحه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط له الخيار الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فنسقط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لانه بمنزلة الأجنبي ، وان كان العائد وكيلاً فنسقط الخيار لنفسه صح فان النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وان شرطه المالك صح لانه المالك والحظ له ، وان شرطه لأجنبي انبنى على الروايتين في صحة توكيل الوكيل

(فصل) ولو قال بعثك على أن استأمر فلانا أو حد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ قبل أن يستأمره لانا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وان لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول فيه من الخلاف ما ذكرناه

(فصل) قول الحرقي «أو مات» الظاهر انه أراد العبد ورد الضمير اليه وهو في معنى قوله أو تلفت السلعة، ويحتمل أنه رد الضمير الى المشتري وأراد إذا مات المشتري بطل الخيار لأن موت العبد قد تناوله بقوله أو تلفت السلعة والحكم في موت البائع والمشتري واحد، والمذهب أن خيار الميت منها يبطل بموته ويبقى خيار الآخر بحاله إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون

(مسئلة) (وان شرط الخيار لاحدهما دون صاحبه صح)

يجوز شرط الخيار لاحد المتعاقدين دون الآخر ويجوز أن يشترط لاحدهما مدة وللآخر دونها لأن ذلك حقها وأما جواز رفقها فكيفما تراضيا به جاز، ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار وبين مبيع لا خيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء ما فيه شفعة وبالا شفعة فيه فانه يصح ويكون كل واحد منهما مبيعا بقسطه من الثمن فان فسخ البيع فيما فيه الخيار رجح بقسطه من الثمن كما لو وجد أحدهما مبيعا فرده، وان شرط الخيار في أحدهما لا بعينه أو شرط الخيار لاحد المتعاقدين لا بعينه لم يصح لانه مجهول فأشبهه ما لو اشترى واحداً من عبيدين لا بعينه، ولانه يفضي الى التنازع فربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد ما يطلبه الآخر ويدعي أنه المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا كله مذهب الشافعي

(مسئلة) (ولمن له الخيار الفسخ بغير حضور صاحبه ولا رضاه)

وهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر، وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه كالوديعة. وإنما أنه رفع عقد لا يفتقر الى رضاه فلم يفتقر الى حضوره كالإطلاق، وما ذكره ينتقض بالإطلاق، والوديعة لاحق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته

(مسئلة) (فإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما)

إذا انقضت مدة الخيار وا بفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقال القاضي لا يلزم بمضي المدة وهو قول مالك لأن مدة الخيار ضربت لحق له لا لحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كقضي الاجل في حق المولي. ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل، ولأن الحكم ببقائها يفضي الى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطها فيها والشرط يثبت الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ولانه حكم مؤقت ففات نفوات وقته كسائر المؤقتات، ولأن البيع يقتضي الزوم وأما يخلف موجه بالشرط ففيها لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجه لزوال المعارض كما لو أمضياه. وأما المولي فإن المدة إنما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسئلة ظاهر

(فصل) فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد (لا خلافة) فقال أحمد: أرى ذلك جائز أوله الخياران كان خبله وإن لم يكن خبله فليس له خيار. وذلك لأن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يندع في البيع فقال «إذا بايعت فقل لا خلافة» متفق عليه ولمسلم «من بايعت فقل لا خلافة» فكان إذا بايع يقول لا خلافة قال شيخنا ويحتمل أن لا يكون له خيار ويكون هذا الخبر خاصا بجهان لانه روي أنه عاش الى زمن عثمان فكان

لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ، ويتخرج أن الخيار لا يبطل وينتقل إلى ورثته لانه حق مالي فينتقل إلى الوارث فالاجل وخيار ارد بالعيب ولانه حق فسخ للبيع فينتقل الى الوارث كالرد بالعيب والفسخ بالتحالف وهذا قول مالك والشافعي . ولنا أنه حق فسخ لا يجوز الا اعتباراً عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

يباع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثاً وهذا يدل على اختصاصه بهذا لانه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي ﷺ جعل الخيار لمن قال لاختلافة ، وقال بعض الشافعية ان كانا طالين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت ولن علم أحدهما دون الآخر فملى وجهين لانه روي أن جبان بن منقذ بن عمرو كان لا يزال يغبن فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال « إذا أنت باعت فقل لا اختلافة ثم أنت في كل ساعة ابعتها بالخيار ثلاث ليل فان رضيت امسكت وان سخطت فاردها على صاحبها » وما ثبت في حق واحد من الصحابة ثبت في حق غيره ما لم يتم على اختصاصه دليل ، ولنا أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقاً ولا يقتضي تقييده بثلاث والاصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه ، والخبر الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلًا وهم لا يرون المرسل حجة ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه إنما قالوا انه في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثاً ولا يعلم ذلك أحد لان اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه مالا يقتضيه ولا يدل عليه ، وعلى أنه إنما كان خاصاً لحبان بدليل مارويناه ولأنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه .

(فصل) اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لانه من الحيل ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول لك الخيار الى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز إذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ايرج فيما أقرضه بهذه الحيلة ، فان لم يكن أراد هذا فلا بأس . قيل لأبي عبدالله فان أراد إرفاقه أراد أن يقرضه مالا ، يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئاً وجعل له الخيار لم يرد الحيلة ، فقال أبو عبدالله هذا جائز الا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته . وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينفع إلا باتلافه أو على أن المشتري لا ينفع بالمبيع في مدة الخيار لثلاثا يفضي الى أن القرض جبر منفعة

(مسألة) (وينتقل الملك الى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين)

ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين كون الخيار لها أو لاحدهما أيهما كان وهو أحد أقوال الشافعي وعن أحمد ان الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لها أو للبائع وان كان للمشتري خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لان البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض ، وللشافعي قول ثالث أن الملك موقوف فان أمضيا البيع تبين أن الملك للمشتري وإلا تبين أنه لم ينتقل عن البائع

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » وقوله « من

(مسئلة) قال: (واذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لاحدهما رده الأبعيب أو خيار)

لاخلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وقوله « انبئنا بالخيار حتى يتفرقا » جعل التفرق غاية للخيار وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها إلا أن يجد بالسلعة عيباً فردها به أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة فيملك الرد أيضاً. ولا خلاف بين أهل العلم

بأنه باع بخلاف بعد أن يؤثر فشره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه ، فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع ، ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقبيه كالذي لا خيار فيه ، ولأن البيع عمليك بدليل أنه يصح بقوله ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيع لان التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه وقد اعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره فيما يقتضيه وبدل عليه لفظه وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضاً بعوض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيباً ، وقولهم إنه قاصر غير صحيح وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب ، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمهون ، وقولهم إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح لانه يفضي إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال ويفضي أيضاً إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري ، أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأبى ذلك ، وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف إن أمضيا البيع تبين أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح فان انتقال الملك إنما ينبغي على سببه انتقال وهو البيع وذلك لا يختلف بامضائه وفسخه ، فان امضاه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بانم فان المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ، ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقبيه فيما إذا لم يفسخ فوجب أن يثبت وإن فسخ كبيع المعيب وهو ظاهر إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه)

ما يحصل من غلات المبيع ونمائه في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخاه ، قال أحمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد فالملك للمشتري ، وقال الشافعي إن أمضيا العقد وقلنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له ، وإن قلنا الملك للبائع فالنماء له وإن فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له والا فهو للمشتري

ولنا قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » قال الترمذي هذا حديث صحيح وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له ، ولأن الملك ينتقل بالبيع على ما بينا فيجب أن يكون نماءه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على قولنا إن الملك لا ينتقل ، وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بكل حال كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة

(فصل) وضمان المبيع على المشتري اذا قبضه أو لم يكن مكبلاً ولا موزوناً فان تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لانه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومؤتته عليه ، وان كان عبداً فهل هلال شوال ففطرته عليه اذلك ، وان اشترى حاملاً فولدت ضده في مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لانه مبيع حدث فيه زيادة منفصلة فلزم رده

في ثبوت الرد بهذين الأمرين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم» استشهد به البخاري وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيتين بخلافه فيثبت له الخيار أيضاً ويقرب منه ما لو أخبره في المراجعة في الثمن أنه حال فإن مؤجلاً ونحو هذا ونذكر هذا في مواضعه .

زيادته كما لو اشترى عبيد بن فسمن أحدها عنده ، وقال الشافعي في أحد قولي لا يراد الولدان الحمل لا حكم له لأنه جزء متصل بالأم فلم يأخذ قسطاً من الثمن كأطرافها. ولنا أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلاً يقسط عليه إذا كان متصلاً كاللبن وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والرابع، والحكم في الأصل ممنوع ثم يشارك الحمل الأطراف لأنه يؤول إلى الانفصال وينفع به منفصلاً ويصح إفراده منفصلاً والوصية به وله ، وورث إن كان من أهل الميراث ويفرد بالدية ويرثها ورثته وقولهم لا حكم للحمل لا يصح لهذه الأحكام وغيرها مما قد ذكرناه

(مسئلة) (وايس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع في مدة الخيار إلا بما يحصل به تجربة المبيع) أما لم يحز لواحد منها التصرف في المبيع في مدة الخيار لأنه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقضت عنه غلته فيتصرف فيه المشتري فأما تصرفه بما يحصل به تجربة المبيع كركوب الدابة لينظر سيرها ، والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها ، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فيجوز لأن ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختبار المبيع

(مسئلة) (فإن تصرفاً فيه ببيع أو هبة أو نحوه لم ينفذ تصرفها)

إذا تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفاً ينقل الملك كالبيع والهبة والوقف أو يستغله كالأجارة والزويج والرهن والتأبئة ونحوها لم يصح تصرفه إلا العتق على ما نذكره سواء جدد تصرف من البائع أو المشتري لأن البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لأنه لاحق لنفيه فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالعيب ، قال أحمد إذا اشترط الخيار فبأه قبل ذلك بربح فالربح للبتاع لأنه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا فيما إذا اشترط الخيار له وحده ، وكذلك إذا قلنا إن البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لأنه ملكه وله ابطال خيار غيره ، وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع قبل الفرق ببيع أو هبة روايتان (إحداهما) لا يصح لأن في صحته إسقاط حق البائع من الخيار (والثانية) هو موقوف فإن تفرقا قبل الفسخ صح ، وإن اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري قال أحمد في رواية أبي طالب إذا اشترى ثوباً بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط رده إلى صاحبه أن طلبه فإن لم يقدر على رده فلبائعه قيمة الثوب لأنه استهلك ثوبه أو يصلحه. فقوله يرد إن طلبه يدل على أن وجوب رده مشروط بطلبه ، وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله ﷺ في سفر فكان على بكر صعب لعمر فكان يتقدم النبي ﷺ فيقول له أبوه لا يتقدم النبي ﷺ أحد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «بغنيه» فقال عمر فهو لك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «هو لك يا عبد الله ابن عمر فاصنع به ما شئت» وهذا يدل على التصرف قبل الفرق، والأول أصح وحديث ابن عمر ليس فيه

(فصل) ولو ألحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه يلحقه لان لها فسخ العقد فكان لها إلحاق الخيار به كحالة المجلس ، ولنا أنه عقد لازم فلم يصير جائزاً بقولها كالتسكح وقارقي حال المجلس لانه جائز

تصريح بالبيع فان قول عمر هو لك يحمل على أنه أراد هبته وهو الظاهر فانه لم يذكرنا والهبه لا يثبت فيها الخيار ، وقال الشافعي تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبه ونحوها صحيح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه ، وإما أن يكون للمشتري والبائع يملك فسخه ، فجعل البيع والهبه فسخاً وأما تصرف المشتري فلا يصح اذا قلنا الملك اميره وإن قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان

ولنا على أبطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار ، وقولهم يملك الفسخ قلنا إلا أن ابتداء التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الاب فيما وهبه لولده قبل استرجاعه وتصرف الشقيق في الشقص المشفوع قبل اخذه

(فصل) فان تصرف المشتري باذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارها لانه يدل على تراضيها بامضاء البيع فينقطع به خيارها كما لو تخابرا ، وأما صح تصرفها لان قطع الخيار حصل بالاذن في البيع فيقع بعد البيع انقطاع الخيار ويحتمل أن لا يصح تصرف البائع باذن المشتري لان البائع لا يحتاج الى إذن المشتري في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير اذن المشتري وقد ذكرنا أنه لا يصح كذا ههنا ، وكل موضع قلنا ان تصرف البائع لا ينفذ ولكن يفسخ به البيع فانه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفاً سواه صح لان الملك عاد اليه بفسخ البيع فصح تصرفه فيه كما لو فسخ البيع بصرح قوله ثم تصرف فيه الا اذا قلنا ان تصرفه لا يفسخ به البيع وكذلك ان تقدم تصرفه بما يفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

(مسئلة) (ويكون تصرف البائع فسخاً للبيع وتصرف المشتري اسقاطاً لخياره في أحد الوجهين وفي الآخر البيع والخيار بحالها ، وان استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الوجهين وكذلك ان قبلته الجارية ويحتمل أن يبطل اذا لم يمنعها)

اذا تصرف البائع في المبيع بما يفتقر إلى الملك كان فسخاً للبيع وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان تصرفه يدل على رغبته في المبيع فكان فسخاً للبيع كصرح القول لان الصريح انما كان فسخاً للبيع لدلالته على الرضا به فما دل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات الطلاق ، وعن احمد رواية أخرى لا يفسخ البيع بذلك لان الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعاً له كمن وجد متاعه عند مفلس فتصرف فيه ، وان تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار بما ذكرنا ونحوه مما يختص الملك كاعتاق العبد وكتابته ووطء الجارية ومباشرتها ولبسها بشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة لحاجته أو سكنى الدار وردها وحصاد الزرع فما وجد من هذا فهو رضا بالمبيع ويبطل به خياره لان الخيار يبطل بالصرح بالرضى وبدلالته ولذلك بطل خيار المعتقة بتمكينها من نفسها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان وطئك فلا خيار لك » وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، فأما ما يستعمل به المبيع كركوب الدابة ليختبر فراهتها والطحن على الرحى ليعلم قدره ونحو ذلك فلا يدل على الرضا ولا يبطل به الخيار لانه

(فصل) وكلام الخرقى يحتمل أن يريد به بيع الاعيان المرثية فلا يكون فيه تعرض لبيع الغائب ويحتمل أنه أراد كل ما يسمى خياراً فيدخل فيه خيار الرؤية وغيره وفي بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه. وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والاوزاعي ومالك وإسحاق وهو أحد قولى الشافعي، وفي رواية أخرى أنه يصح وعو مذهب أبي حنيفة والقول

المقصود بالخيار وفيه وجه آخر أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل الا بالتصريح كما لو ركب الدابة ليختبرها، والاول أصح لان هذا يتضمن اجازة البيع وبدل على الرضى به فيبطل به الخيار كصريح القول، ولان صريح القول انما يبطل به الخيار لدلالته على الرضى فما دل على الرضى بالمبيع يقوم مقام القول ككنايات الطلاق، وان عرضه على البيع أو باعه يباع فاسداً، أو عرضه على الرهن، أو وبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره على الوجه الاول لأن ذلك يدل على الرضى به، قال احمد اذا شرط الخيار فباعه قبل ذلك ببيع فالبيع للمبتاع لانه وجب عليه حين عرضه

(فصل) وإن استخدم المشتري المبيع فيه روايتان (احدهما) لا يبطل خياره، قال أبو الصقر قلت ل احمد رجل اشترى جارية واه الخيار فيها يومين فانطلق بها فغسلت رأسه أو غمزت رجله أو طبخت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك؟ قال لا حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره. قلت فان مشطها أو خضبها أو حفاها هل استوجبها بذلك؟ قال قد بطل خياره لانه وضع يده عليها. وذلك لان الاستخدام لا يختص الملك ويراد به تجربة المبيع فأشبهه ركوب الدابة ليعلم سيرها. ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لانه انتفاع بالمبيع أشبه لمساها بشهوة. ويمكن أن يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها ومالا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته، وإن قبلت الجارية المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي، ويحتمل أن يبطل ذكره أبو الخطاب اذا لم يمنعه لان اقراره لها على ذلك يجري مجرى استمتاعه بها، وقال ابو حنيفة إن قبلته بشهوة بطل خياره لانه استمتع بخص الملك فأبطل خياره كما لو قبلها

ولما انها قبلت لا أحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما لو قبالت البائع ولان الخيار له لهما فلو الزمناه بفعلها لالزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه بخلاف ما اذا قبلها فانه يدل على الرضى بها، ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه بخيار البائع باق بحاله لان خياره لا يبطل برضى غيره الا أن يكون تصرف باذن البائع وقد ذكرناه (مسئلة) (وان أعتقه المشتري نفذ عتقه وبطل خيارها، وكذلك إن تلف المبيع، وعنه لا يبطل

خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة)

إذا تصرف أحد المتعاقدين بعتق المبيع في مدة الخيار نفذ عتق من حكنا بالملك له، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فنفذ عتقه سواء كان الخيار لها أو لاحدها لانه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة وقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك ومالك انبائع الفسخ لا يمنع نفوذ العتق من المشتري كما لو باع عبداً تجارية معينة فان عتق المشتري ينفذ مع أن للبايع الفسخ. ولو وهب رجل ابنه تبيداً فاعتقه نفذ عتقه مع ملك الاب استرجاعه ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي بنفذ عتقه لانه ملكه، وإن كان الملك اتقل فانه يسرجه بالعتق، ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الاب عبد ابنه

الثاني للشافعي ، وأهل يثبت للمشتري خيار الرؤية ؟ بحجى روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبي حنيفة . واحتج من أجازته بمعموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وروي عن عثمان وطلحة أنهما تابعا داريهما بالكوفة والآخرى بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبت فقال ما أبالي لا أني بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة فقال لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره ، فتحاكما الى جبير فجعل الخيار اطلحة وهذا اتفاق منهم على صحة البيع

الذي وهبه إياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري ، وان قانا بالرواية الاخرى وان الملك لم ينتقل إلى المشتري نفذ عتق البائع دون المشتري ، وان أعتق البائع والمشتري جميعاً فان تقدم عتق المشتري فالحكم على ما ذكرناه ، وان تقدم عتق البائع فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منها لان البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ، ولكن حصل باعناقه فسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ، ومتى أعاد البائع الاعتراف مرة ثانية نفذ باعناقه لانه عاد العبد اليه أشبه ما لو استرجعه بصريح قوله إلا على الرواية التي تقول إن تصرف البائع لا يكون فسخاً للبيع فينبغي أن ينفذ اعتاق المشتري . ولو اشترى من يعتق عليه جرى مجرى اعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه ، وان باع عبداً بمجارة بشرط الخيار فاعتقها نفذ عتق الامة دون العبد ، وان أعتق أحدهما ثم أعتق الآخر نظرت فان أعتق الامة أولاً نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد ، وإن أعتق العبد أولاً انفسخ البيع ورجع اليه العبد ولم ينفذ اعتاقه ولا ينفذ عتق الامة لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها الذي باعها .

(فصل) وإذا قال لعبد إذا بعته فانت حر ثم باعه صار حراً نص عليه أحمد ، وبه قال الحسن وابن ابي ايلي ومالك والشافعي وسواء شرط الخيار أو لم يشترطه ، وقال أبو حنيفة واثوري لا يعتق لانه إذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له ، ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لان البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب الحرية كما لو قال لعبد إذا مت فأنت حر ولانه علق حرته على فعله للبيع ، والصادر منه في البيع إنما هو الايجاب فتى قال للمشتري بعتك فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري وعلله القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخايراً ثم باعه لم يعتق ، ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا لاننا قد ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه

(فصل) وإذا أعتق المشتري العبد بطل خياره وخيار البائع ، وهذا اختيار الحنفي كما لو تلف المبيع على ما ذكره ، وفيه رواية أخرى أنه لا يبطل خيار البائع لقول النبي ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » فعلى هذه الرواية له الفسخ والرجوع بالقيمة يوم العتق

(فصل) وان تلف المبيع في مدة الخيار فلا يخلو إما أن يكون قبل القبض أو بعده فان كان قبل القبض وكان سكيلاً أو موزوناً انفسخ البيع ، وكان من مال البائع ولا نعلم في هذا خلافاً إلا أن ينفذ المشتري فيكون من ضمانه ، ويبطل خياره وفي خيار البائع روايتان وإن كان المبيع غير المسكيل والموزون فلم يمنع البائع والمشتري من قبضه فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض ، وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره ، وفي خيار البائع روايتان (إحداها) يبطل وهو اختيار الحنفي وأبي بكر لانه خيار فسخ يبطل بتلف

ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته الى رؤية المعقود عليه كالسكاح. ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع الثوى في التمر ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والاية مخصوصة بالأصل الذي ذكرناه. وأما حديث عثمان وطاحه فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف ولا يعارض به حديث

المبيع كخيار الرد بالعيب إذا تلف المعيب (وإثانية) لا يبطل للبائت والتسخ وبطاب المشري بقيمته أو مثله إن كان مثليا اختارها القاضي وابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» ولأنه خيار فسخ فلم يبطل بتلف المبيع كما لو اشترى ثوباً بثوب فتلف أحدهما ووجد الآخر بالتوب عيباً فإنه يردده ويرجع بقيمة ثوبه كذا ههنا

(مسئلة) (وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين وفيه وجه آخر أنه كالتق لأنه تصرف يبطل الشفعة فأشبهه العتق)

والصحيح أن حكمه حكم البيع فيها ذكرنا لأن المبيع يتعلق به حق البائع فقلنا يمنع جواز التصرف فنع صحة الوقف كالرهن ويفارق الوقف العتق لأنه مبني على التغليب والسراية بخلاف الوقف ولا نسلم أن الوقف يبطل الشفعة والله أعلم

(مسئلة) (وان وطء المشري الجارية فأحبها صارت أم ولد له وولده حر ثابت النسب)

لا يجوز للمشري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لها أو للبائع وحده لأنه يتعلق بها حق البائع فلم يصح وطؤها كالمهرهونه ولا تعلم في هذا خلافاً، فان وطئها فلا حد عليه لأن الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لها لأنها مملوكته، وان علقته منه فالولد حر بلحقه نسبه لأنه من أمته ولا يلزمه قيمته لذلك وتصير أم ولد له، فان فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لأنه تمذرا لفسخ فيها ولا يرجع بقيمة ولدها لأنه حدث في ملك المشري، وان قلنا إن الملك لا ينتقل إلى المشري فلا حد عليه أيضاً لأن له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك إليه فيها، واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له، والحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وقيمة الولد وحكمها حكم ثماثهما، وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت فولده رقيق

(مسئلة) (وان وطئها البائع وقلنا البيع يفسخ بوطئه فكذلك، وان قلنا لا يفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا اذا قلنا الملك له ولا حد فيه على كل حال)

وقال أصحابنا عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا يفسخ بوطئه وهو المنصوص، وأما البائت فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع، وقال بعض الشافعية له وطئها لأن البيع يفسخ بوطئه فان كان الملك انتقل رجعت إليه، وان لم يكن انتقل انقطع حق المشري منها ويكون واطئاً لمملوكته التي لاحق لغيره فيها، ولنا أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطئها لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولأن ابتداء الوطء يقع في غير ملكه حراماً، ولو انفسخ البيع قبل وطئها لم يحل حتى يستبرئها ولا حد عليه، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، وقال بعض أصحابنا ان علم التحريم وان ملكه قد زال ولا يفسخ الوطء فعليه الحد، وذكر أن أحمد نص عليه لأنه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك. ولنا أن ملكه

رسول الله ﷺ وانكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا يترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات واضرار يهن على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالانكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع ، فان قيل فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح : قلنا

يحصل بإبتداء وطئه فيحصل تمام الوطء في ملكه مع اختلاف العلماء في كون الملك له وحل الوطء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف اذا اجتمعت مع انه يحتمل ان يحصل الفسخ بالامسة قبل الوطء فيكون الملك قد رجع اليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه فيما اذا مشطها أو خضها أو حفها فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى ، وعلى هذا يكون ولده منها حراً ثابت النسب ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه ، وتصير أم ولده له ، وقال أصحابنا ان علم التحريم قولده رقيق لا يلحقه نسبه ، وان لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير أم ولده له لانه وطئها في غير ملكه

(فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي وكرهه مالك قال لانه في معنى بيع وسلف اذا أقبضه الثمن ثم تقاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ان هذا الحكم من أحكام البيع فجاز في مدة الخيار كالأجارة وما ذكره لا يصح لاننا لا نجيز له التصرف فيه (مسألة) (ومن مات منهم بطل خياره ولم يورث)

اذا مات أحد المتبايعين في مدة الخيار بطل خياره في ظاهر المذهب ، ويبقى خيار الآخر بحاله الا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيكون لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ويخرج ان الخيار لا يبطل ، وينتقل الى ورثته لانه حق مالي فينتقل الى الوارث كالأجل وخيار الرد بالعبء ولانه حق فسخ فينتقل الى الوارث كالفسخ بالتخلف ، وهذا قول مالك والشافعي . ولنا انه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

(فصل) (الثالث) خيار الثمن ويثبت في ثلاث صور (إحداها) اذا تلقى الركبان فباعهم أو اشترى منهم فلمهم الخيار اذا هبطوا السوق وعلما أنهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة ، روي أنهم كانوا يتلقون الاجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن يهبطوا الاسواق فرمما غبنوهم غبنا بينا فيضروا بهم وربما أضروا باهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا امتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سرياً ويتربصون بها السعة فهو في معنى بيع الحاضر للبادي فنهى النبي ﷺ عن ذلك فروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد » وعن أبي هريرة مثله متفق عليها ، وكرهه أكثر العلماء منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق وحكى عن أبي حنيفة انه لم يرب بذلك بأساً ، وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فليبيع صحيح في قول الجميع قاله ابن عبد البر ، وعن أحمد أن البيع باطل لظاهر النهي والاول اصح لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار » رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ، ولان النهي لا معنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بانبات الخيار فاشبهه ببيع المصراة وفارق

هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه .
اذا ثبت هذا فانه يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوها فلو باع
ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب ، وان حكنا بالصحة
فلمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ويكون على الفور فان اختار الفسخ فله ذلك وان لم

يبع الحاضر للبادي فانه لا يمكن استدراكه بالخيار اذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين ، اذا تقرر
هذا فلبائع الخيار اذا علم أنه قد غبن ، وقال أصحاب الرأي لا خيار له وقد روينا قول رسول الله
صلى الله عليه وسلم في هذا ولا قول لأحمد مع قوله ، وظاهر المذهب انه لا خيار له الا مع الغبن لانه انما
يثبت لاجل الخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل
اطلاق الحديث في اثبات الخيار على هذا لعلنا بمعناه ومراده ولان النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار
إذا أتى السوق فيفهم منه انه أشار الى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين
البيع ، وظاهر كلام الخري ان الخيار يثبت له بمجرد الغبن وان قل والاولى أن يتقيد بما يخرج عن
العادة لان مادون ذلك لا ينضبط ، وقال أصحاب مالك انما نهي عن تلقي الركبان لما يفوت به من الفرق
باهل السوق لثلا ينقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله ، قال ابن القاسم فان تلقاها متلق فاشتراها
عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها ، وقال الليث بن سعد يباع في السوق وهذا مخالف لمذلول
الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع اذا هبط السوق ولم يجعلوا له خيارا وجعل النبي
صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن نهي عن التلقي لحقه لالحق غيره ، ولان الجالس في السوق
كالتلقي في أن كل واحد منهما مبتغى لفضل الله ولا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحاق الضرر به
دفعاً للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي ، ولا يمكن اشتراك أهل
السوق كلهم في سلعة فلا يرجع على مثل هذا

(فصل) فان تلقاهم فباعهم شيئا فهو كمن اشترى منهم ولهم الخيار اذا غنهم غبنا يخرج عن العادة
وهذا احد الوجهين للشافعية وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه
وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لانهم علوه بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم . ولنا
قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الركبان » والبائع داخل فيه ولان النهي عنه لما فيه من خديعتهم
وغبنهم ، وهذا في البيع كهو في الشراء ، والحديث قد جاء مطلقا ، ولو كان مختصا بالشراء لالحق به
ما في معناه وهذا في معناه

(فصل) فان خرج لغير قصد التلقي فلقى ركبا فقال انقاضي : ليس له الا ابتاع منهم ولا الشراء
وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي ، ويحتمل أن لا يجرم عليه ذلك وهو قول الليث بن سعد
والوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ولانه نادر فلا يكدر ضرره
كمن يقصد ذلك ، ووجه الاول انه انما نهي عن التلقي دفعاً للخديعة والغبن عنهم وذلك متحقق سواء
قصد التلقي أو لم يقصد فاشبهه ما لو قصد

(مسألة) الثانية التجش وعو أن يزيد في الساعمة من يريد شراها لغير المشتري

فله الخيار إذا غبن)

يفسخ لزم العقد لان الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها ، وقيل بتقيد بالمجلس الذي وجدت الرؤية فيه لانه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ، وان اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحالة الرؤية وإن اختار امضاء العقد لم يلزم لان الخيار يتعلق بالرؤية ولانه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي إلى الضرر ، وكذلك

النجش حرام وخداع قال البخاري الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش متفق عليه ، ولان في ذلك تقريراً بالمشتري وخديعة له ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الخديعة في النار » فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر العلماء منهم الشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أن البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لان النهي يقتضي الفساد . ولنا أن النهي عاد الى الناجش لا الى العاقد فلم يؤثر في البيع ولان النهي لحق آدمي فلم يفسد العقد كبيع المدلس ، وفارق ما كان لحق الله تعالى فان حق الادمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن ، لكن إن كان في البيع غبن لم يجر العادة بمثله فلم يشترى الخيارين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان فان كان يتعابن بمثله فلا خيار له ، وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار ، واختلفوا فيها إذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته . ولنا أنه تقرير بالعاقد فاذا غبن ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ، وبذلك يبطل ما ذكره ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط فصدقه المشتري ثم كان كاذباً فالبيع صحيح والمشتري الخيار أيضاً لانه في معنى النجش

(مسألة) (الثالثة المسترسل اذا غبن الغبن المذكور)

يعني اذا غبن غبنا يخرج عن المسادة كما ذكرنا في تلقي الركبان ، والنجش يثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبه قال مالك قال ابن أبي موسى وقد قيل قد لزمه البيع ولا فسخ له وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة الساعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المسترسل وكالغبن اليسير . ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار بالغبن في تلقي الركبان . فاما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالمبيع وكذا لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعله لم يكن له خيار لانه انبنى على تفريطه وتقصيره ، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعه قال أحمد : المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس وفي لفظ الذي لا يماكس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما اعطاه من غير ما كسبه ولا معرفة بغيره . ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في اثنييه وابن أبي موسى في الارشاد بالثلث وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « والثالث كثير » وقيل السدس والاولى تحديده بما لا يتعابن الناس به في العادة لان ما لا يرد بالشرع بتحديدده يرجع فيه إلى العرف (فصل) واذا وقع البيع على غير متعين كقفيز من صبرة ورطل من دن فظاهر قول الخرقي انه يلزم بالفرق سواء تقابضا أولا ، وقال القاضي في موضع المبيع الذي لا يلزم إلا بالقبض كالمسك والموزون فقد صرح بأنه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر : من اشترى قفيزا من صبرتين فنلت احداهما قبل القبض بطل العقد في الثالث دون الباقي رواية واحدة ، ولا خيار للبائع وهذا

لو تبايعا بشرط أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط لذلك وهل يفسد البيع بهذا الشرط؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع

(فصل) ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعا، وإن قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية قباع ما لم يره فله الخيار عند الرؤية وإن لم يره المشتري أيضا فلكل واحد منها الخيار وبهذا قال

تصريح بالزوم في حق البائع قبل القبض، وأنه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت أحدها أو لم تنلف. ووجه الجواز أنه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان جائزاً كما قبل التفرقة، ولأنه لو تلف لكان من ضمان البائع. ووجه الزوم قول النبي ﷺ «وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» وما ذكرناه للقول الأول ينتقض ببيع الموصوف والسلام فإنه لازم مما ذكرناه وكذلك سائر البيع في إحدى الروايتين.

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع خيار التديليس بما يزيد الثمن كتصرية اللبن في الضرع وتخمير وجه الجارية وتسويد شعرها ومجميده وجمع ماء الرحي وإرساله عند عرضها فمذا يثبت للمشتري خيار الرد) التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض، وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع وأنشد أبو عبيدة:

رأيت غلاماً قد صرى في فقرته ماء الشباب عنفوان شرته

قال البخاري أصل التصرية حبس الماء. يقال صريت الماء ويقال للمصرأة المحفلة وهو من الجمع أيضاً ومنه سميت مجامع الناس محافل، والتصرية حرام إذا أريد بها التديليس على المشتري لقول النبي ﷺ «لا تصروا الأبل» وقوله «من غشنا فليس منا» وروى ابن ماجه بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال «بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم» ورواه ابن عبد البر «ولا تحل خلافة مسلم» فمن اشترى مصرأة من هيممة الأنعام وهو لا يعلم تصريها ثم علم فله الخيار في الرد والامسك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب بدليل أنها لو لم تكن مصرأة فوجدتها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها، والتديليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فاتقن بطنها فظن المشتري أنها حامل.

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تصروا الأبل والنم من ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر» متفق عليه، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها ردهمها مثل أو مثلي لبناً فحماً» رواه أبو داود ولأنه تديليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كما لشطاء إذا سود شعرها، وبه يبطل قباسهم فإن يواضعه ليس بعيب كالكبر، وإذا دلسه ثبت له الخيار، وأما انتقاخ البطن فقد يكون لغير الحمل فلا معنى لحمله عليه وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول النبي صلى الله عليه وسلم أولى، إذا ثبت هذا فإنما يثبت الخيار إذا لم يعلم المشتري بالتصرية فإن كان علماً لم يثبت له خيار، وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولأن انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله كما لو

الشافعي ، وقال أبو حنيفة ليس له الخيار لحديث عثمان وطلحة ولا تنا لو جعلنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة
وازيادة في المبيع لأن ثبت الخيار ، وكذلك لو باع شيئاً على أنه معيب فإن غير معيب لم يثبت له الخيار
ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري فالما الخبر فانه قول جبير وطلحة وقد خالفهما عثمان
وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضى منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منهما

تزوجت عينا ثم طلبت الفسخ . ولنا أنه اشتراها علماً بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من
سود شعرها علماً بذلك ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيماً يعلم عيبه وبقاء اللبن
علي حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم ، والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع

(فصل) وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لاجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أو يحمر
وجهاً أو يضر الماء على الرحي ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار أيضاً لانه تدليس يختلف
الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية ، وهذا قال الشافعي ، ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال
في تجعده لا يثبت به خيار لانه تدليس بما ليس بعيب أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً
وما ذكره ينتقض بتسويد الشعر ، وأما تسويد أنامل العبد فليس بمنحصر في كونه كاتباً لانه يحتمل
أن يكون قد واد بالدواة أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمعا لا يستحق به فسخاً ،
فان حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد ، أو احمر وجه الجارية
لحجل أو تعب أو يسود شعرها بشيء وقع عليه ، فقال القاضي له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق
بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد أشبه العيب ، ويحتمل أن لا يثبت الخيار بحمرة
الوجه بخجل أو تعب لانه يحتمل ذلك فتعين ظنه من خلقته الاصلية لطمع فأشبهه سواد أنامل العبد

(فصل) وإن دلسه بما لا يختلف به الثمن كتمييض الشعر وتسييطه فلا خيار للمشتري لانه لا
ضرر في ذلك ، وإن علف الشاة فظنها المشتري حاملاً أو سود أنامل العبد أو ثوبه ليظنه كاتباً أو
حداداً أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقته فظنها كثيرة اللبن فلا خيار له لان ذلك لا ينحصر فيما ظنه
المشتري لان سواد الانامل قد يكون لولم أو خدمة كاتب أو حداد أو شروع في الكتابة واتفاخ
البطن يكون للاكل فظنه المشتري غير ذلك طمعا لا يثبت به الخيار

(فصل) فان أراد امسك المدلس مع الارش لم يكن له ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم لم
يجعل له في المصراة ارشاً بل خيره بين الامسك والرد مع صاع من تمر ولان المدلس ليس بمعيب فلم
يستحق له ارشاً ، فان تعذر عليه الرد بتلف فعله الثمن لانه تعذر عليه الرد ولا ارش له أشبه غير
المدلس ، فان تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد ارش العيب عنده وأخذ الثمن وان شاء امسك
ولا شيء له ، وان تصرف في المبيع بعد علمه بالتدليس بطل رده كما لو تصرف في المبيع ، المعيب وان آخر
الرد من غير تصرف في كنهه حكم تأخير رد المعيب على ما ذكره ان شاء الله

(مسئلة) (ويرد مع المصراة عوض اللبن صاعاً من تمر فان لم يجد التمر فقيمته في موضعه
سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة)

إذا رد المصراة لزمه بدل اللبن في قول كل من جوز ردها وهو مقدر بصاع من تمر كما جاء في

(فصل) واذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته مايكفي في صححة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعن أحمد لا يصح حتى يراه لان الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ، ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم انه لا يحصل به معرفة المبيع فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً وهذا يكفي بدليل انه

الحديث ، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية الى أن الواجب صاع من قوت البلد لان في بعض الاحاديث «ورد معها صاعان من طعام» وفي بعضها «ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا» فجمع بين الاحاديث وجعل تنصيبه على التمر لانه غالب قوت البلد في المدينة لانه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف يرد قيمة اللبن لانه ضمان متلف فيقدر بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى، وحكي عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع بر كقولهم في الفطرة . ولنا الحديث الصحيح الذي أوردناه وقد نص فيه على التمر فقال « ان شاء ردها وصاعاً من تمر » وللبخاري « من اشترى غنماً مصراة فاحتابها فان رضىها أمسكها وان سخطها ففي حلبها صاع من تمر » ولمسلم « ردها ورد صاعاً من تمر لا سمرأ » يعني لا يرد قمحاً والمراد بالطعام في الحديث التمر لانه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة ، والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد وحديث ابن عمر في روايته جميع بن عمير التيمي قال ابن نمير هو من اكذب الناس ، وقال ابن حبان كان يضع الحديث مع أن الحديث متروك الظاهر بالاتفاق اذ لا قائل بايجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحاً ثم قد شك فيه الراوي مع مخالفة الحديث الصحيح فلا يعول عليه ، وقياس أبي يوسف مخالف للنص فلا يقبل ولا يبعد أن يقدر الشارع بدل هذا المتلف قطعاً بالخصومة والنازع كما قدر دية الأدمي ودية أطرافه ، ولا يمكن حمل الحديث على أن اصاع كان قيمة اللبن ، فلذلك أوجه لوجه ثلاثة (أجدها) أن القيمة هي الاثمان لا التمر (الثاني) أنه أوجب في المصراة من الابل والغنم جميعاً صاعاً من تمر مع اختلاف لبثها (الثالث) أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعاً وان أمكن أن يكون كذلك فيتمين ايجاب الصاع لانه القيمة التي عين الشارع ايجابها فلا يجوز العدول عنها ، ويجب أن يكون صاع التمر جيداً غير معيب لانه واجب باطلاق الشارع فينصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ، وبكفي فيه أدنى ما يقع عليه اسم الحيد ، ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر أقل من قيمة الشاة أو أكثر أو مثلها نص عليه وليس فيه جمع بين البدل والمبدل لان التمر بدل اللبن قدره الشارع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك السيد ، وان عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في موضع العقد لانه بمنزلة عين أتاها فيجب عليه قيمتها (فصل) ولا فرق بين الناقة والبقرة والشاة فيما ذكرنا ، وقال داود لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لأن الحديث « لا تصروا الابل والغنم » فدل على ان ماعداها بخلافها ولا أن الحكم ثبت فيهما بالنص ، والقياس لا تثبت به الاحكام . ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة - ومن ابتاع محفلة » ولم يفصل والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لأن لبنها أكثر وأنفع فيثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع

(فصل) اذا اشترى مصراة أو أكثر في عقد فردهن رد مع كل مصراة صاعاً وبه قال الشافعي وبعض المالكية ، وقال بعضهم في الجميع صاع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من

بكفي في السلم وانه لا يمتد في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية. وأما مالا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة لانه لا يمكن ضبطه بها ، اذا ثبت هذا فانه متى وجدته على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والعبدي واسحاق واو ثور وابن المنذر، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى ببيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام العقد فأشبهه غير

اشترى غنما مصراة فاحتلبها فانرضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر . ولنا قوله « من اشترى مصراة » وهذا يتناول الواحدة ولان ما جعل عوضاً عن شيء في صفتين وجب اذا كان في صفة واحدة كأرض العيب . وأما الحديث فان الضمير فيه يعود الى الواحدة

(مسألة) فان كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه ويحتمل أن لا يجزئه إلا التمر

اذا احتلبها واللبن بحاله ثم ردها مع لبنها فلا شيء عليه لأن المبيع اذا كان موجوداً فردته لم يلزمه بدله فان أبي البائع قبوله وطلب التمر فليس له ذلك اذا كان اللبن لم يتغير ويحتمل أن يلزمه قبوله لظاهر الخبر ولانه قد نقص بالحلب لان كونه في الضرع أحفظ له

ولنا انه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البدل كسائر المبدلات مع أبدالها . والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « في حلبتها صاع من تمر » وقولهم الضرع أحفظ له لا يصح لانه لا يمكن ابقاؤه في الضرع على الدوام لانه يضر بالحيوان ، فان تغير اللبن ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قبوله وهو قول مالك للخبر ولانه قد نقص بالحرضة أشبه تنفه (والثاني) يلزمه قبوله لان التعهد حصل باستعلام المبيع بتعين البائع وتسليطه على حابه فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة

(فصل) فان رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيباً ردها به لان رضاه بيبب لا يمنع الرد لعيب آخر كما لو اشترى أعرج فرضي به فوجده أبرص فان رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لانه عوض به فيما اذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقاً

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيباً فله الرد ، ثم ان لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه لان اللبن الحادث بعد العقد يحدث على ملكه ، وان كان فيه لبن حال العقد إلا انه يسير لا يخلو الضرع من مثله عادة فلا شيء فيه لانه لا عبرة به ولا قيمة له في العادة ، وإن كان كثيراً وكان قائماً بحاله انبنى رده على رد لبن المصراة وقد سبق ، فان قلنا ليس له رده فبقاؤه كسائره ، وهل له رد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما اذا اشترى شيئاً فتلّف بعهه أو تصيب فان قلنا برده رد مثل اللبن لانه من المتليات والاصل ضمانها بثمنها إلا انه خواف في لبن المصراة للنص فبها عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا

(فصل) قال ابن عقيل اذا علم التصرية قبل حلبها مثل أر أقر به البائع أو شهد به من تقل شهادة فله ردها ولا شيء معها لان التمر انما يجب بدلا للبن المحتلب ولان النبي ﷺ قال « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضيا أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها ههنا نبأ فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك ، قل ابن عبد البر : هذا مما لا خلاف فيه

(مسألة) (ومتى علم التصرية فله الرد ، وقال القاضي ليس له ردها إلا بعد ثلاث)

اختلف أصحابنا في مدة الخيار فقال القاضي هو بقدر ثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيتها ولا

الموصوف ، ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين ، ولنا أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ولأنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقدة فيه الخيار في جميع الأحوال كالمسلم ، وقولهم أنه يسمى بيع خيار الرؤية لا تعرف صحته فان ثبت فيحتمل أن يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتاج به في غيره ، فاما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف

لمساكها بعدها فان أمسكها بعدها سقط الرد قال وهو ظاهر كلام أحمد وقول بعض أصحاب الشافعي لان أبا هريرة روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم ، قالوا هذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فانها لا تعرف قبل مضيتها لأن لبنها في أول يوم لبن التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون نقص لتغير المكان واختلاف العلف وكذلك الثالث ، فاذا مضت الثلاث استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها ، وقال أبو الخطاب متى تبينت التصرية جاز له الرد قبل الثلاث وبعدها لانه تدليس يثبت الخيار فذلك الرد به اذا ظهر كسائر التدليس وهو قول بعض المدلسين ، فعلى هذا فائدة التقدير في الخبر بالثلاث لان الظاهر انه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فلن حصل العلم بها أولم يحصل فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس ، وظاهر قول ابن أبي موسى انه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الايام الثلاثة الى تمامها وهو قول ابن المنذر وأبي حامد من الشافعية وحكاه عن الشافعي لظاهر حديث أبي هريرة فانه يقتضي ثبوت الخيار في الايام الثلاثة كلها ، وقول القاضي لا يثبت في شيء منها ، وقول أبي الخطاب يسوي بينها وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قاله أبو الخطاب قياساً على سائر التدليس

(مسألة) (وان صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله : اذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد . وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحد الوجهين للخبر ولأن التدليس كان موجوداً في حال العقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن . ولنا ان الرد جعل لدفع الضرر بنقص الثمن ولم يوجد فامتنع الرد ولان العيب لم يوجد ولم تختلف صفة البيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ولان الخيار يثبت لدفع الضرر ولا ضرر

(مسألة) (فان كانت التصرية في غير بهيمة الانعام كالأمة والاتان والفرس ثبت له الخيار في أحد الوجهين) اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعوم قوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى مصراة » ولانه تصرية بما يختلف به الثمن فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الانعام لأن الأدمية تراد للرضاع ويرغب فيها ظناً ، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ، والفرس تراد لولدها (والثاني) لا يثبت به الخيار لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد كلبن بهيمة الانعام ، والخبر ورد في بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه لذلك ، واللفظ العام أريد به الخاص لانه أمر في ردعا بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولانه ورد عاما وخصاً في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص فان قلنا بردها لم يلزمه بذل لبنها ولا يرد معها شيئاً لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعتاض عنه

(مسألة) (ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها) لقوله عليه السلام « من غشنا فليس منا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال عليه الصلاة والسلام « المسلم أخو المسلم لا يحل

بمخلاف الصفة فلم يلزمه كالمسلم، وأن اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت فالقول قول المشتري لأن الاصل براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بينة أو ما يقوم مقامها (فصل) والبيع بالصفة نوعان (احدهما) بيع عين معينة مثل ان يقول بعثك عبدي التركي ويذكر سائر صفاته فهذا يفسخ العقد عليه برده على البائع وتلقه قبل قبضه . لكون المعقود عليه معيناً فيزول العقد بزوال محله ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر

لمسلم باع من أخيه يبعاً إلا بينه « رواه ابن ماجه ، فان فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي بدليل حديث التصرية فان النبي صلى الله عليه وسلم صححه مع منبه عنه ، وقال أبو بكر ان دلس العيب فالبيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، فقل له ما تقول في التصرية ؟ فلم يذكر جواباً فدل على رجوعه

(فصل) قال رضي الله عنه (الخامس خيار العيب وهو النقص كالمرض وذهاب جارحة أو سن أو زيادتها ونحو ذلك ، وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرقه والاباق والبول في الفراش ان كان من ميمز) العيوب النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع انما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً والمرجع في ذلك الى العادة في عرف التجار ، فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والضمم والعمى وانعور والعرج والعقل والقرن والفتق والرتق والقرع والطرش والخرس وسائر المرض والاصبع الزائدة والناقصة والحول والخوص والسبل وهو زيادة في الاجفان والتخثيث وكونه خثي والخصاء والزواج في الامه والبخر فيها وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشتري ولها زوج أنه عيب ، وكذلك الدين في رقبة العبد اذا كان السيد معسراً ، والحناية الموجبة للقود ، ولأن الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الحناية والبيع في الدين ومستحقة الاتلاف بالقصاص ، والزنا والبخر عيب في العبد والامة وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ليس بعيب في العبد لانه لا يراد للفراش والاستمتاع بخلاف الامه . ولنا أن ذلك ينقص قيمته ومالته فانه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده على عائلته ؟ والبخر يؤذي سيده ومن جالسه أو ساره ، والسرقه والاباق والبول في الفراش عيوب في الكبير الذي جاوز العشر ، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده ، وقال الثوري واسحاق ليس بعيب حتى يحتمل لان الاحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحد فكذلك هذا . ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على ان البول لداء في بطنه ، والسرقه والاباق لخبث في طبعه . وحد ذلك بالعشر لأمر النبي ﷺ بتأديب الصبي تلى ترك الصلاة عندها والتفريق بينهم في المضاجع . فأما من دون ذلك فتكون هذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته ، وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر ويسكر من التبيذ نص عليه أحمد لانه يوجب الحد فهو كالزنا ، وكذلك اللحم الشديد والاستطالة على الناس لانه يحتاج الى التأديب وربما تكرر فأفضى الى تلقه ، ويختص الكبير دون الصغير لانه منسوب الى فعله ، وعدم الختان ليس بعيب في العبد الصغير لانه لم يفث وقته ولا في الامه الكبيرة وبه قال الشافعي ، وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لانه زيادة ألم أشبهت العبد . ولنا أنه لا يجب عليها والألم فيه يقل

(الثاني) بيع موصوف غير معين مثل أن يقول بعتك عبداً تركباً ثم يستقصي صفات السلم فهذا في معنى السلم ، فتنى سلم اليه عبداً على غير ما وصف فرده أو على ما وصف فأبدله لم يفسد العقد لان العقد لم يقع على غير هذا فلم ينفسخ العقد برده كما لو سلم اليه في السلم غير ما وصف له فرده ، ولا يجوز التفريق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لانه يبيع في الذمة فلم يجز

ولا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير ، فأما الكبير فان كان مجلوباً من الكفار فليس ذلك بهيب فيه لان العادة أنهم لا يخشون فصار ذلك معلوماً عند المشتري فهو كديتهم ، وان كان مسلماً مولداً فهو عيب فيه لانه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة

(فصل) والثبوت ليست بهيب لانها الغالب على الجوارى فالاطلاق لا يقتضي خلافها هذا اختيار القاضي ، وقال ابن عقيل اذا اطلق الشراء اقتضى سلامتها من الثبوت وبقاء البكارة ، فالثبوت اطلاقاً جزء والاصل عدم الاتلاف والتمن يختلف باختلافه فقول جزء يختلف الثمن بيبائه وزواله فزواله عيب كالتلف بعض أجزائها . ونحوهما على المشتري بنسب او رضاع ليس بهيب إذ ليس في المحل ما يوجب خلافاً في المسالية ولا نقصاً والتحرير يختص به ، وكذلك الاحرام والصيام لانهما يزولان قريباً وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وكذلك عدة البائن . فأما عدة الرجعية فهي عيب لان الرجعية زوجة لا يؤمن ارتجائها ، ومعرفة الغناء والحجامة ليس بهيب ، وحكي عن مالك في الجارية المنقبة انه عيب فيها لانه محرم . ولنا انه ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فهو كالصناعة وكونه محرماً ممنوع وإن سلم فالحرم استعماله لامعرفته ، والعسر ليس بهيب وكان شريح يرد به

ولنا انه ليس بنقص وعمله باحدى يديه يقوم مقام عمله بالآخرى ، والكفر ليس بهيب وبه قال الشافعي وهو عيب عند أبي حنيفة لانه نقص لقول الله تعالى (ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم) وانما ان العبد فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكافر ، فالاطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضي كون الكافر عيباً كما ان المتقي خيراً من غيره ، قال الله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدمه عيباً . وكونه ولد زناً ليس بهيب وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لانها تراد للافتراض بخلاف العبد ، قلنا ان النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفين بالنسب . وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز ونحوه ليس بهيب لان هذا حرفة فلم يكن فقدها عيباً كسائر الصنائع . وكونها لا تحيض ليس بهيب ، وقال الشافعي هو عيب اذا كان الكبر لان من لا تحيض لا تحمّل . وانما ان الاطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيباً كما لو كان لغير الكبر

(مسألة) (فن اشترى معيماً لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والامساك مع الارض وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن)

من اشترى معيماً يعلم عيبه أو مدلساً أو مصراً وهو عالم فلا خيار له لانه بذل الثمن فيه طالما راضياً به عوضاً أشبهه مالا عيب فيه لانعلم خلاف ذلك ، وإن علم به عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار بين الامساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب فكتمه أو لم يعلم لانعلم فيه خلافاً لان اثبات النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بالتصريح تنبيه على ثبوتها بالعيب ولان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ما روي

التفرق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم ، وقال القاضي يجوز التفرق فيه قبل القبض لانه يبيع حال
فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين

(فصل) اذا رآيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل
العلم ، وحكي عن أحمد رواية أخرى لا يجوز حتى يراها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم ومهادلان

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى مملوكا فكتب « هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن
خالد اشترى منه عبداً - أمانة - لا دابة ولا غائنة يبيع المسلم للمسلم » ولان الاصل السلامة والعيب حادث
أو مخالف للظاهر ، فعند الاطلاق يحمل عليها فتى فأتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه
بالعوض وكان له الرد وأخذ الثمن كاملاً

(فصل) فان اختار امساك المبيع واخذ الارش فله ذلك وبه قال اسحاق ، وقال ابو حنيفة
والشافعي ليس له الا الامساك أو الرد ولا أرش له الا أن يتمرد المبيع وروي ذلك عن احمد
حكاه صاحب المحرر لان النبي ﷺ جعل للمثري المصرة الخيار بين الامساك من غير أرش أو الرد
ولانه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالرد بالخيار . ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان
له الارش كما لو تعيب عنده ولانه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى
عشرة أفقرة فبانث تسعة أو كما لو أنفقه بعد البيع ، فأما المصرة فليس فيها عيب وانما ملك الخيار
بالندليس لا لفوات جزء وكذلك لا يستحق أرشاً إذا تعذر الرد ، اذا ثبت هذا فعنى الارش أن
يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم ميبياً فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن . مثاله أن يقوم المبيع صحيحاً بعشرة
وميبياً بتسعة والثمن خمسة عشر ففقد نفسه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم
ونصف ، وعلة ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من
الثمن ولاننا لو ضمانه نقص القيمة أفضى الى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيها إذا اشترى شيئاً بعشرة وقيمته
عشرون فوجد به عيباً ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه ، وهذا لا سبيل إليه وقد نص أحمد على
ما ذكرناه . وذكره الحسن البصري فقال يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه . قال أحمد هذا أحسن ما سمعته
(مسئلة) (وما كسب فهو للمشتري وكذلك ثمنه المنفصل وعنه لا يرد له الا مع ثمنه)

وجملة ذلك أنه اذا أراد رد المبيع فلا يخلو اما أن يكون بحاله أو أن يكون قد زاد أو نقص فان
كان بحاله رده وأخذ الثمن ، وان زاد بعد العقد أو حصلت له فائدة فذلك قسمان (أحدهما) أن
تكون الزيادة متصلة كالسلم والكبر وتعلم صنعة والحمل والثمرة قبل الظهور فانه يرد بها بنائها فانه يتبع
في العقود والفسوخ (القسم الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان (أحدهما) أن تكون من
غير المبيع كالسكب والاجرة وما يوهب له أو يوصى له به فهو للمشتري في مقابلة ضمانه لان المبيع لو
هلك كان من مال المشتري وهو معنى قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » ولا نعلم في هذا خلافاً
وقد روى ابن ماجه باسناده عن عائشة أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فرده
فقال يا رسول الله انه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » رواه أبو
داود وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافاً

(النوع الثاني) أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضاً ويرد

ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح . ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ما لو شاهداه حالة العقد والشرط أتما هو العلم وأتما الرؤية طريق للعلم ، ولهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيناق عليه فهذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه ما لو رأى داراً ووقفاً في بيت ، منها أو أرضاً ووقفاً في طريقها وتبايعها صح بلا خلاف مع عدم

الأصل بدونها ، وبهذا قال الشافعي إلا أن الولد ان كان لآدمية لم يملك ردها دونه وسنذكر ذلك وعنه ليس له رده دون ثمائه قياساً على الثماء المتصل ، والمذهب الأول لما ذكرناه من حديث طائفة وقال مالك : ان كان الباء ثمرة لم يرد لها ، وان كان ولداً رده لان الرد حكم فسرى الى الولد كالكتابة ، وقال أبو حنيفة : الثماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لانه لا يمكن رد الأصل بدونه لانه من موجهه فلا يرفع العقد مع بقاء موجهه ، ولا يمكن رده معه لانه لم يتناول العقد . ولنا انه ثماء حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولانه ثماء منفصل فجاز رد الأصل بدونه كالكسب والثمره عند مالك ، وقولهم ان الباء من موجب العقد لا يصح أنما موجهه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ ، وقول مالك لا يصح ، لان الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الام ، ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرها فانه لا يسري إلى الولد بوجوده في الام فان اشتراها حاملاً فولدت عند المشتري فردها رد ولدها معها لانه من جملة المبيع والولادة ثماء متصل ، وإن نقص المبيع فسيأتي حكمه ان شاء الله تعالى

(مسألة) (ووطء التي لا يمنع الرد وعنه يمنع)

اذا اشترى أمة ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها ولا شيء عليه روي ذلك عن زيد بن ثابت ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي ، وسن أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد بروي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق لان الوطء كالجنابة لانه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كوطء البكر ، وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يرد لها ومعها ارش واختلفوا فيه فقال شريح والنخعي نصف عشر ثمنها ، وقال الشعبي حكومة وقال سعيد بن المسيب عشرة دنانير ، وقال ابن أبي موسى مهر ثمنها وحكي نحوه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد لانه اذا فسح صار واطئاً في ملك النير لكون الفسخ رفعا للعقد من أصله . ولنا أنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يمنع الرد كالأستخدام وكوطء الزوج . وما قالوه يبطل بوطء الزوج ، ووطء البكر ينقص ثمنها . وقولهم يكون واطئاً في ملك النير لا يصح لان الفسخ رفع العقد من حينه لا من أصله بدليل انه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون ووطء في ملكه

(فصل) ولو اشتراها من زوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه ، فان زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فان كان النكاح باقياً فهو عيب حادث ، وان كان قد زال فحكمه حكم ووطء السيد ، وقد استحسن أحمد أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الاخرى اذ لافرق بين هذا وبين ووطء السيد ، وان زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث حكمه حكم الميوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لانه لزمها حكم الزنا في يد المشتري

المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لاشتراط رؤية جميعه ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار لان ذلك كحدوث العيب، وإن اختلفا في التغير فالقول قول المشتري مع يمينه لانه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به ، فأما إن عقد البيع بمد رؤية المبيع بمد يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لانه مما لا يصح بيعه ، وإن لم يتغير فيها لم يصح بيعه لانه مجهول وكذلك إن كان الظاهر تغيره ، فأما ان كان يحتمل التغير وعدمه وليس

(مسئلة) (وان وطئ البكر أو تعبت عنده فله الارش، وعنه انه مخير بين الارش وبين الرد

وارش العيب الحادث عنده وبأخذ الثمن)

اذا وطئ المشتري البكر قبل علمه بالعيب ففيه روايتان (احدهما) لا يردّها وبأخذ ارش العيب وبه قال مالك وابن سيرين والزهري والثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق قال ابن أبي موسى وهو الصحيح عن أحمد (والرواية الاخرى) يردّها ومعها شيء اختارها الخري وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور ، والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فاذا كانت قيمتها بكراً مائة وثمناً ثمانين رد معها عشرين لانه بفسخ العقد يصير مضموناً عليه بقيمته بخلاف ارش العيب الذي يأخذه المشتري ، وهذا قول مالك وأبي ثور ، وقال شريح والنخعي يرد عشرين ثمنها وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير وما قلناه ان شاء الله أولى ، واحتج من منع ردها بان الوطاء نقص عنها وقيمتها فنع الرد كما لو اشترى عبداً فنقص قيمته ، ووجه الرواية الاخرى انه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا للاستعلام فيثبت معه الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض (فصل) وكذلك كل مبيع كان معيائماً حدث به عيب عند المشتري قبل علمه بالاول ففيه

روايتان (احدهما) ليس له الرد وله ارش العيب القديم ، وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابن سيرين والزهري والشعبي لان الرد يثبت لازالة الضرر ، وفي الرد على البائع اضرار به ولا يزال الضرر بالضرر (والثانية) له الرد ويرد ارش العيب الحادث عنده وبأخذ الثمن وان شاء امسكه واه الارش ، وبه قال مالك واسحاق وقال الحكم بده ولم يذكر معه شيئاً : ولنا حديث المصراة فان النبي ﷺ أمر بردّها بعد حلبها ورد عوض ابنها ولانه روي عن عثمان انه قضى في الثوب إذا كان به عوار يردّه وان كان قد لبسه ولانه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وارشه وبين ارش العيب القديم كما لو حدث لاستعلام المبيع ولان العيين قد استويا والبائع قد دلس والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى ، ولان الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسئلة اجماع ولا نص ، والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكره أصل فيبقى الجواز بحاله . إذا ثبت هذا فانه يرد ارش العيب الحادث عنده لان المبيع بحالته مضمون عليه بقيمته فكذلك أجزاؤه . فان زال العيب الحادث عنده رده ولا شيء معه على كلتا الروايتين وبه قال الشافعي لانه زال المانع مع قيام السبب المقتضي للرد فثبت حكمه ، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصابها عيباً فالحمل عيب للادميات دون غيرها لانه يمنع الوطاء ويخاف منه التلف فان ولدت فالولد للمشتري ، وان نقصتها الولادة فذلك عيب ، وان لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها لزوال

الظاهر تغيره صح يبعه لان الاصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح يبعه كما لو كانت الغيبة يسيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

(فصل) ويثبت الخيار في البيع للغبين في مواضع (أحدها) تلتقي الركبان إذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبهم (الثاني) بيع التجس وتذكران في مواضعهما (الثالث) المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبهذا قال مالك وقال ابن أبي موسى ، وقد قيل قد لزمه البيع

العيب فان كان ولدها باقيا لم يكن له ردها دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهو محرم ، وقال الشريف ابن جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما له ردها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه موضع حاجة فاشبه ما لو ولدت حراً فانه يجوز بيعها دون ولدها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» رواه الرمذي وقال حديث حسن ولانه أمكن منع الضرر باخذ الارش أو برد ولدها معها فلم يجز ارتكاب نهي الشرع بالتفريق بينها كما لو أراد الاقالة فيها دون ولدها ، وقولهم إن الحاجة داعية اليه قلنا قد اندفعت الحاجة باخذ الارش . أما اذا ولدت حراً فلا سبيل الى بيعه معها بحال ولو كان المبيع حيواناً غير الآدمي فحدث فيه حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب لانه زيادة ، وان علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة فله رد الام وامساك الولد لان التفريق بينهما لا يحرم ولا فرق بين حملها قبل القبض وبعده ، ولو اشتراها حاملاً فولدت عنده ثم اطلع على عيب فردها رد الولد معها لانه من جملة المبيع والزيادة فيه بناء متصل فاشبه ما لو سمنت الشاة ، وان تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده فان قلنا له الرد فعليه قيمته ، وعن أحمد لا قيمة عليه للولد ، وحمل القاضي كلام أحمد على أن البائع داس العيب ، وان نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويمكن حمل كلام أحمد على أنه لاحق للحمل وهو أحد أقوال الشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري فلا يلزمه رده مع بقاءه ولا قيمته مع التلف ، والاول أصح وعليه العمل

(نصل) فان كان المبيع كاتباً أو صانعاً فنتسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيباً فالنسيان عيب حادث فهو كغيره من العيوب وعنه يردده ولا شيء عليه وعمله القاضي بأنه ليس بنقص في العين ، ويمكن عوده بالتذكر ، قال وعلى هذا لو كان سميماً فهزل والقياس ما ذكرناه فان الصناعة والكتابة مقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع فاشبهت الاعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وامكان العود متمتص بالسن والبصر والحمل ، وما روي عن أحمد محمول على ما إذا دلس بعيب

(فصل) واذا تعيب المبيع عند البائع بعد العقد وكان المبيع من ضمانه فهو كالعيب القديم ، وان كان من ضمان المشتري فهو كالعيب الحادث بعد القبض ، فاما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري لا يثبت الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام فما أصابه فيها فهو من مال البائع إلا في الجنون والجذام والبرص ، فان تبين الى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عقبة ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام ولانه إجماع أهل المدينة ولأن الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر . ولنا انه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع وكما بعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال أحمد ليس فيه حديث صحيح ، وقال ابن المنذر لا يثبت

وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالفين السير

ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالفين في تلقي الركبان ، فاما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة للبايعين فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجهل ما لو ثبت لعله لم يكن له خيار لانه انبني على تقصيره وتفريطه . والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ، قال أحمد المسترسل الذي

في المهدة حديث ، والحسن لم يلق عقبه ، واجماع أهل المدينة ليس بحجة ، والداة الكامن لا عبرة به وانما النقص بما ظهر لا بما كمن

(مسألة) (قال الخزي إلا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملا)

قال القاضي ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلس العيب رجح بالثمن كله نص عليه في رواية حنبل . معني دلس العيب أي كتمه عن المشتري أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكان البائع يستر العيب ، وكتمانها جعله في ظلمة تخفي على المشتري فلم يره ولم يعلم به والتدليس حرام وقد ذكرناه فتى فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملا ولا ارش عليه سواء كان بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل أن يجني عليه أو بفعل الصد كسرقة أو بفعل الله تعالى ، وسواء كان ناقصا للمبيع أو مذهبها لجلته قال احمد في رجل اشترى عبدا فأبقى وأقام البينة أن اباؤه كان موجوداً في يد البائع يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان ، ويحكى هذا عن الحكم ومالك لانه غره فرجع عليه كما لو غره بحرية أمة (قال شيخنا) ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت ، وارش البكر إذا وطئها لقوله عليه السلام « الخراج بالضمان » وكما يجب عوض لبن المصراة على المشتري مع كونه قد نهى عن التصرية وقال « بيع المحفلات خلافة ولا نحل الخلافة لمسلم » وقد جعل الشارع الضمان عليه لوجوب الخراج ، فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علمه ، ولان وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع ، ولا نعلم لهذا أصلا ولا يشبه هذا التعبير بحرية الامة في النكاح لانه يرجع على من غره وإن لم يكن سيد الامة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء نص عليه

(مسألة) (وان أعتق العبد أو تلف المبيع يرجع بارشه ، وكذلك ان باعه غير عالم بعيه ، وكذلك

إن وهبه وان فعله علما بعيه فلا شيء له)

إذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق أو موت أو وقف أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاء ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا أن ابا حنيفة قال في المقتول خاصة لا ارش له لانه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع ممنوع وإن سلم فقد استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فمن أحمد فيها روايتان (إحداهما) أنها كالبيع لانه لم يأس من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه . (والثانية) له الارش وهو أولى ولم يذكر القاضي غيرها لانه لم يستدرك ظلامته أشبه الوقف ، وامكان الرد ليس بمنع من أخذ الارش عندنا بدليل

لا يحسن أن يما كس ، وفي لفظ الذي لا يما كس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مما كسة ولا معرفة بفبته ، فأما العالم بذلك والذي لو توقف لعرف إذا استعجل في الحال فغبين فلا خيار لها. ولا تحديد للغبين في المنصوص عن أحمد. وحده أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثالث وهو قول مالك لان الثالث كثير بدليل قول النبي ﷺ « والثالث كثير » وقيل بالسدس ، وقيل مالا يتغان الناس به في العادة لان ما لا يرد الشرع بتحديدده يرجع فيه الى العرف

مقابل الهبة ، وان أكل الطعام أو لبس الثوب فأثلفه رجح بارشه وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لانه أهلك العين فأشبهه ما لو قتل العبد . ولنا أنه ما استدرك ظلामته ولا رضى بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو لم يف بفعل الله تعالى

(فصل) إذا باع المشتري المبيع قبل علمه بالعيب فله الارش نص عليه احمد لان البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضى به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه ، وظاهر كلام الخري أنه لا ارش له سواء باعه عالما بيبه أو غير عالم . وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان امتناع الرد كان بفعله فأشبهه ما لو أثلف المبيع ولانه استدرك ظلامته بيبعه فلم يكن له ارش كما لو زال العيب (فصل) وان باعه عالما بيبه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه أو استولد الامة ونحوه فلا شيء له .

ذكره القاضي لان تصرفه فيه مع علمه بالعيب يدل على رضاه به أشبهه ما لو صرح بالرضا (قال شيخنا) وقياس المذهب أن له الارش بكل حال ، وقد روي عن احمد فيما إذا باعه أو وهبه لاناخيرناه ابتداء بين رده وامساكه مع الارش بيبعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ولان الارش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بيبعه كما لو باعه عشرة أفقرة وسلم اليه تسعة فباعها المشتري ، وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح فان ظلامته من البائع ولم يستدركها منه ، وإلغا ظلم المشتري الثاني فلا يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شيء إلا أن يرد عليه المبيع فيكون له حينئذ الرد أو الارش لانه إذا باعه فقصد استدرك ظلامته ، فعلى هذا إذا علم به المشتري الثاني فرده به أو أخذ ارشه منه فلأول أخذ ارشه وهو قول الشافعي اذا امتنع على المشتري الثاني رده بيبع حدث عنده لأنه لم يستدرك ظلامته، وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ما تقدم

(فصل) وإذا ردها المشتري الثاني على الاول وكان الاول باعها عالما بالعيب أو وجد منه ما يدل على الرضى به فليس له رده لان تصرفه رضى بالعيب ، وان لم يكن علمه به رده على بائعه وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ليس له رده الا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لانه سقط حقه من الرد بيبعه فأشبهه ما لو علم بيبه . ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه ، وانما امتنع لعجزه عن رده فاذا عاد اليه زال المانع فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لغيبه البائع أو لمعنى آخر، وسواء رجح الى المشتري الاول بالعيب الاول أو باقالة أو هبة أو شراء ثمان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي ان رجح بغير الفسخ بالعيب الاول ففيه وجهان (أحدهما) ليس له رده لأنه استدرك ظلامته بيبعه ولم يزل فسخه . ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وانما امتنع لتعذره بزوال ملكه فاذا زال المانع وجب

(فصل) وإذا وقع البيع على غير معين كقفيز من صبرة ورطل زيت من دن فقتضى قول الحرقى إذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لاحدهما رده إلا بالبيع أو خيار لان البيع ههنا يلزم بالثرفق سواء تقابضا أو لم تقابضا ، وقال القاضي البيع لا يلزم إلا بالقبض كالمكيل والموزون وهذا تصریح بانه لا يلزم قبل قبضه ، وذكرف في موضع آخر من اشترى قفيزين من صبرتين فتلقت احدهما قبل القبض . بطل العقد في التائف دون الباقي رواية واحدة ، ولا خيار للبائع . وهذا يدل على اللزوم في حق البائع قبل القبض .

أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعب ، فعلى هذا اذا باعها المشتري لبائهما الاول فوجد بها عيبا كان موجوداً حال العقد الاول فله الرد على البائع الثاني ثم للثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثميين فانه قد يكون الثمن الثاني أكثر

(فصل) وان استغل المشتري المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضى به قبل علمه بالعب لم يسقط خياره لان ذلك لا يدل على الرضى به معيبا ، وان فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر كان الحسن وشريح وعبيد الله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري واسحاق وأصحاب الرأي يقولون اذا اشترى سلمة فمرضها على البيع بعد علمه بالعب بطل خياره ، وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافا ، فأما الارش فقال ابن أبي موسى لا يستحقه أيضا ، وقد ذكرنا أن قباص المذهب استحقاق الارش . قال أحمد أنا أقول اذا استخدم العبد فأراد نقصان العيب فله ذلك ، فأما أن احتلب اللبن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لان اللبن له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك ان ركب الدابة لينظر سيرها أو استخدم الامة ليختبرها أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لان ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وان استخدمها لغير ذلك استخدمها كثيرا بطل رده ، وان كان يسيرا لا ينقص الملك لم يبطل الخيار ، قيل لاحمد ان هؤلاء يقولون اذا اشترى عبداً فوجده معيبا فاستخدمه بأن يقول ناولني هذا الثوب بطل خياره فأنكر ذلك وقال من قال هذا أو قال من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين ويطول . وقد نقل عنه في بطلان خيار الشرط بالاستخدام روايتان فكذلك يخرج ههنا

(فصل) فان أبق العبد ثم علم عيبه فله أخذ أرشه فان أخذه ثم قدر على العبد فان لم يكن معروفاً بالاباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد ارش العيب الحادث عنده والارش الذي أخذه على روايتين ، وان كان آبقا فله رده ورد ما أخذه من الارش وأخذ ثمنه ، وقال الثوري والشافعي ليس للمشتري أخذ أرشه سواء قدر على رده أو عجز عنه الا ان يملك لانه لم يأس من رده فهو كما لو باعه ، ولنا أنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له أرشه كما لو أعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسائلنا .

(فصل) إذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً فأخذ أرشه فهو له . وعنه رواية اخرى أنه يجمله في الرقاب وهو قول الشعبي لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع اليه شيء من بدلها ، ولنا ان العتق إنما صادف الرقبة المعينة والجزء الذي أخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً وليس الارش بدلا عن العبد إنما هو عن جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجح بقدره من الثمن لا من قيمة العبد ، وكلام أحمد في الرواية الاخرى يحمل على استحباب ذلك لاعلى

فانه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت احدهما أو لم تلف ، ووجه الجواز أنه مبيع لا يملك يمينه ولا التصرف فيه فكان البيع فيه جائزاً كما قبل التفرق ، ولانه لو تلف امكن من ضمان البائع . ووجه الاول قول النبي ﷺ « وإن تفرقا بعد أن تبايما ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته وبيع الموصوف والمسلم فان ذلك لازم مع ما ذكرناه وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين

وجوبه . قال القاضي أما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفارته لانه إذا أعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع اليه شيء من بدله كالمكاتب إذ أدى بعض كتابته . ولنا أنه ارش عبد أعتقه فهو كالتوبع بعثته (مسئلة) (وان باع بعضه فله ارش الباقي وفي ارش المبيع الروايتان وقال الحرقي لهرد ملكه منه بقسطه من الثمن أو ارش العيب بقدر ملكه فيه)

إذا باع بعض المبيع ثم ظهر على عيب فله ارش الباقي لانه كان له ذلك والأصل في كل ثابت بقاؤه وفي ارش المبيع ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجليم فان أراد رد الباقي بمحضته من الثمن ففيه روايتان (احداها) له ذلك اختارها الحرقي لانه مبيع رده ممكن أشبه ما لو كان الجميع باقياً (والاخرى) لا يجوز وهي الصحيحة إذا كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصها التفريق لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الانتفاع بها على الكمال كوطء الامة ولبس الثوب ، وبهذا قال شرح والشعبي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضوع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصها التفريق انه لا يجوز رد احدها وحدها لما فيه من الضرر ، وفما إذا اشترى معيياً وتيب عنده انه لا يملك رده الا ان يرد ارش العيب الحادث عنده فكذلك لا يجوز أن يرد في مسألتنا معيياً بيب الشركة أو نقص القيمة بغير شيء . وما ذكره الحرقي يحمل على ما إذا دلس البائع العيب على ما ذكرنا فيما مضى . وان كان المبيع عينين لا ينقصها التفريق فهل له رد الباقي في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق للمصنفة . قال القاضي : المسئلة مبنية على تفريق الصفة سواء كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ، والتفصيل الذي ذكرناه أولى

(مسئلة) (وان صبغه أو نسجه فله الارش ولا رد له في أظهر الروايتين) فيما إذا صبغه وهو قول أبي حنيفة لان فيه ضرراً على البائع وتشق المشاركة فلم تجز كما لو فصله وخاطه أو خلط المبيع بما لا يتميز منه ، وعنه له الرد ويكون شريكاً للبائع بقيمة الصبغ والنسج لانه زد المبيع بعينه أشبه ما لو لم يصبغه ولم ينسجه ، ومتى رده لزمته الشركة ضرورة ، وعنه يرد ويأخذ زيادته بالصبغ كما لو قصره وهو بعيد لان إجبار البائع على بذل ثمن الصبغ إجبار على المعاوضة فلم يجز لقوله سبحانه (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وان قال البائع أنا آخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك ، وقال الشافعي ليس للمشتري الا رده لانه أمكنه رده فلم يملك أخذ الارش كما لو سمن عنده ، ولنا أنه لا يمكنه رده الا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الارش بامتناعه من رده كما لو تيب عنده فطلب البائع أخذه مع أخذ ارش العيب الحادث والأصل لا يسلمه فانه يستحق أخذ الارش إذا رده

(مسئلة) (وان اشترى مائماً كوله في حقه ففسكره فوجده فاسداً فان لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج رجم بالثمن كله ، وان كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهند فهو خير بين أخذ ارشه وبين رده ، وعنه ليس له رد ولا ارش في ذلك كله)

﴿مسئلة﴾ قال (والخيار يجوز أكثر من ثلاث)

يعني ثلاث ليل بأيامها وإنما ذكر الليالي لان التاريخ يفلب فيه التأنيث قال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأعمناها بعشر فم ميقات ربه أربعين ليلة) وقال تعالى (يربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) وفي حديث حبان « ولك الخيار ثلاثا » ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة

إذا اشترى مالا يطلع على عيبه الا بكسره كالبيض والجوز والرمان والبطيخ فكسره. فظهر عيبه فيه روايتان (احدهما) لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لانه ليس من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه الا بكسره فجرى مجرى البراءة من العيوب (والثانية) يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة والشافعي لان عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري فاذا بان معيبا ثبت له الخيار كالعبد ولان البائع انما يستحق من العيب دون الصحيح لانه لم يملكه صحيحا فلا معنى لاجباب الثمن كله، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجبله من مالم يسلمه بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد. اذا ثبت هذا فان المبيع ان كان مما لا قيمة له مكسورا كبيض الدجاج الفاسد والرمان الاسود والجوز الخرب رجح بالثمن كله لان هذا يبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع على مالا نفع فيه فهو كبيع الحشرات والميتات وليس عليه رد المبيع إلى البائع لانه لا فائدة فيه، وان كان الفاسد في بعضه رجح بقسطه (الثاني) أن يكون مما لعينه قيمة كبيض النعام وجوز الهند والبطيخ الذي فيه تقع ونحوه فاذا كسره نظرت. فان كان كسرا لا يمكن استسلام المبيع بدون فاشترى مخير بين رده ورد أرش السسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش عيبه. هذا ظاهر كلام الحرقي، وقال القاضي عندي لا أرش عليه لكسره لانه حصل بطريق استسلام العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا يعلم صحته من فساد غير ذلك، وهذا قول الشافعي. ووجه قول الحرقي أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه كلبن المصرة اذا احتلها والبكر اذا وطئها، وبهذا يبطل ما ذكره بل هنا أولى لانه لا تدليس من البائع والتصريه تدليس، وان كان كسرا يمكن استسلام المبيع بدونه إلا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله عند الحرقي والقاضي والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد والرواية الثانية ليس له رده وله أرش العيب، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقد ذكرناه، وان كسره كسرا لا يبقى له قيمة فله أرش العيب لا غير لانه أتلفه. وقد رد أرش العيب قسط ما بين الصحيح والعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينها من الثمن

(فصل) ولو اشترى ثوبا فنشره فوجده معيبا فان كان مما لا ينقصه النشر رده وان كان ينقصه النشر كالمسجاني الذي يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جواز الهند على التفصيل المذكور فيما اذا لم يزد على ما حصل به استسلام المبيع أو زاد كمنشره من لا يعرف، وان أراد أخذ أرشه فله ذلك بكل حال (مسئلة) (ومن علم العيب وأخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه) وهكذا ذكر أبو الخطاب لانه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على التراخي كخيار القصاص وعنه أنه على الفور وهو مذهب الشافعي، فتمت علم العيب وأخر الرد مع امكانه بطل خياره لانه يدل

المعلومة قلت مدته أو كثرت ، وبذلك قال أبو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وحكي ذلك عن الحسن بن صالح والغنبري وابن أبي ليلى واسحاق وأبي ثور ، وأجزه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل إليها في أقل من أربعة أيام لأن الخيار لحاجته فيقدر بها ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لجان حمل له الخيار ثلاثة أيام ان رضي أخذ وان سخط ترك . ولان الخيار يناهق مقتضى البيع

على الرضى فأسقط خياره كالتصرف ولانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المالك فأشبهه خيار الشفعة والاول أولى ، ولانسلم أن الامساك يدل على الرضى والشفعة تثبت لدفع ضرر غير متحقق بخلاف الرد باليب (مسئلة) (ولا يفتقر الرد إلى رضى ولا قضاء ولا حضور صاحبه قبل القبض ولا بعده)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان قبل القبض افتقر الى حضور صاحبه دون رضاه ، وان كان بعده افتقر الى رضا صاحبه أو حكم حاكم لان ملكه قد تم على الثمن فلا يزول إلا برضاه ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالاتفاق ولانه مستحق الرد باليب فلم يفتقر إلى رضا صاحبه كقبيل القبض

(مسئلة) (فان اشترى اثنان شيئاً وشرطا الخيار أو وجداه مبيعاً فرضي أحدهما فلا آخر الفسخ في نصيبه ، وعنه ليس له ذلك)

نقل عن احمد رحمه الله في ذلك روايتان حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى (احدهما) لمن لم يرض الفسخ ، وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وإحدى الروايتين عن مالك والآخرى لا يجوز له رد مشترك رده ناقصاً أشبه مالو تميب عنده . ولنا أنه رد جميع مملكته بالعقد فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع وإنما باع كل واحد منهما نصفها فخرجت عن ملك البائع مشقة بخلاف اليب الحادث

(فصل) وان ورث اثنان خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لانه لو رد وحده شقت السلعة على البائع فتضرر بذلك وإنما أخرجها من ملكة إلى واحد غير مشقة فلا يجوز رد بعضها اليه مشقة بخلاف المسئلة التي قبلها ، فان تعد الواحد مع الاثنين عقدين فكانه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه وههنا بخلافه

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده مبيعاً فله رده عليهما فان كان أحدهما غائباً رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن وبقي نصيب الغائب في يده حتى يقدم ، ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل . نص أحمد على نحو من هذا ، وان أراد رد نصيب أحدهما وامساك نصيب الآخر جاز لانه يرد على البائع جميع ما باعه ولم يحصل برده تشقيص لانه كان مشقة قبل البيع

(فصل) وان اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده مبيعاً فله رده وليس له أخذ الارش لأفضائه إلى التفاضل فيما يجب فيه التماثل ، فان حدث به عيب عند المشتري فعلى احدي الروايتين يرد ويرد ارش اليب الحادث عنده وبأخذ ثمنه ، وقال القاضي ليس له رده لأفضائه الى التفاضل ولا يصح لان الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة وإنما يدفع الارش عوضاً عن اليب الحادث عنده

لانه يمنع الملك واللزوم واطلاق التصرف ، وانا جاز لموضع الحاجة فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام — بمد قوله — فأخذكم عذاب قريب) ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشروطه كالأجل أو نقول مدة ملحقه بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل ولا يثبت عندنا ما روي عن عمر رضي الله عنه وقدروي عن أنس خلافه ، وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فان الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لخفاها واختلافها وانا يربط بمظنتها وهو الاقدام فانه يصلح أن يكون ضابطا وربط الحكم به فيما دون الثلاث وفي السلم

بمنزلة ما لو خفي عليه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه ، وعلى الرواية الاخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطلب بقيمة الحلي لانه لم يمكن اهمال العيب ولا أخذ الارش . ولا صحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين وان تلف الحلي فسخ العقد ، ويرد قيمته ويسترجع الثمن فان تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ ، واجتار شيخنا أن الحاكم اذا فسخ وجب رد الحلي وأرش نقصه كما قلنا فيما اذا فسخ المشتري على احدى الروايتين وانما يرجع الى قيمته عند تعذره بتلف أو عجز عن رده أما مع بقاءه وإمكان رده فيجب رده دون بدله كسائر المبيع اذا انفسخ العقد فيه وليس في رده ورد أرشه تفاضل لان المداوضة قد زالت بالفسخ ولم يبق له مقابل ، وإنما هذا الارش بمنزلة الجناية عليه ولان قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لان قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك إلا أن يأخذ القيمة من غير الجنس . ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدها بما أخذه عيباً ينقص قيمته دون كله لم يملك أخذ أرشه اثلاً يقضي الى التفاضل والحكم فيه على ما ذكرنا في الحكم بالدرهم (مسئلة) (وإن اشترى واحد معين صفقة واحدة ليس له إيلادها أو إمساكها والمطالبة بالارش) قاله القاضي ، وعنه له رد أحدها بقسطه من الثمن كما لو كان أحدها معيباً والآخر صحيحاً لأن المانع من الرد إنما هو تشقيص المبيع على البائع وهو موجود فيما اذا كان أحدها صحيحاً ، فان تلف أحدها فله رد الباقي بقسطه من الثمن في إحدى الروايتين ، هذا قول الحارث العكلي والاوزاعي واسحاق وقول أبي حنيفة فيما بعد القبض لانه رد الميب على وجه لا يضر فيه على البائع فجاز كالأورد الجميع (والثانية) ليس له إلا أخذ الارش مع إمساك الباقي منها وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض لأن في الرد تبعض الصفقة على البائع وذلك ضرر أشبه إذا كانا مما ينقصه التفريق ، والقول في قيمة التالف قول المشتري مع يمينه لانه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولانه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف اذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب

(مسئلة) (وان كان أحدها معيباً فله رده بقسطه من الثمن وعنه ليس له إيلادها أو إمساكها) ووجه الروايتين ما ذكرنا فيما اذا تلف أحدها وفيه من التفصيل والخلاف ما ذكرنا (مسئلة) (فان كان المبيع مما ينقصه التفريق كصراعي باب أو زوجي خف أو من لا يجوز التفريق بينها كجارية وولدها فليس له رد أحدها) لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة وسوء المشاركة لقول النبي ﷺ « من فرق بين والدها وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذي وفي ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى وهذا القول هو الصحيح إن شاء الله تعالى

والأجل، وقول الآخريْن إنه ينافي مقتضى البيع لا يصح فان مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وإن سلنا ذلك لكن متى خولف الاصل لمعنى في محل وجب تعدية الحكم لتعدي ذلك المعنى (فصل) ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين ويجوز لأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترط لأحدهما مدة وللآخر دونها لان ذلك حقهما وانا يجوز رفقا هما فكيفما تراضيا به جازء ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح لان أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار ومبيع لا خيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه فإنه يصح

(مسئلة) (وان اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففيهما يقبل قوله؟ روايتان إلا ان لا يَحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين)

إذا اختلف المتبايعان في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري ، فان كان لا يَحتمل الا قول أحدهما كالاصبع الزائدة والشجرة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطارئ الذي لا يمكن كونه قديما فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لانا نعلم صدقه فلا حاجة الى استحلافه وان اختلف قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرفو ونحوها ففيه روايتان (لأحدهما) القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشترى وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار اختارها الحرفي لان الاصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض المبيع (والثانية) القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن اجاب أنه باعه بريئا من العيب حلف على ذلك ، وان اجاب أنه لا يستحق ما يدعيه من الرد حلف على ذلك . ويمينه على البت لان الايمان كلها على البت الا ما كان على النفي في فعل الغير وعنه أنها على نفي العلم فيحلف أنه ما يعلم به عيبا حال البيع ذكرها ابن ابي موسى والرواية الثانية مذهب ابي حنيفة والشافعي لان الاصل سلامة المبيع وصحة العقد ولان المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع والبائع ينكره والقول قول المنكر

(فصل) واذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري تلى عيب كان بالمبيع فله رده على الموكل لان المبيع يرد بالعيب على من كان له ، فان كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وانكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل اقراره على موكله بالعيب لانه أمر يستحق به الرد فقبل اقراره به على موكله كخيار الشرط ، وقال أصحاب ابي حنيفة والشافعي لا يقبل اقرار الوكيل بذلك ، قال شيخنا وهو أصح لانه اقرار على الغير فلم يقبل كالأجنبي ، وفارق خيار الشرط من حيث ان الموكل يعلم صفة سلعته ولا يعلم صفة العقد لغيبه عنه ، فعلى هذا إذا رده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لان رده كاقارره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي ، فان انكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكحل عنها فرد عليه بنكوله فهل له رده على الموكل على وجهين (أحدهما) ليس له رده لان ذلك يجري مجرى اقراره (والثاني) له رده لانه رجع اليه بغير رضاه اشبه ما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى جارية على أنها بكرأ فقال المشتري هي ثيب أو النساء الثقات ويقبل قول واحدة ، فان وطئها المشتري وقال ما وجدتها بكرأ خرج فيه وجهان بناء على الاختلاف في العيب الحادث

ويحصل كل واحد منهما مبيعاً بقسطه من الثمن فان فسخ البيع بما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كالمو
وجد أحدهما مبيعاً فرده ، وإن شرط الخيار في أحدهما لابعينه أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين
لا بعينه لم يصح لانه مجهول فأشبهه ما لو اشترى واحداً من عبيد لابعينه ، ولانه يفرض إلى التنازع وربما
طلب كل واحد من المتعاقدين ضد ما يطلبه الآخر ويدعي أنني المستحق للخيار أو يطلب من له
الخيار رد أحد الميعين ويقول الآخر ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه ، ويحتمل أن لا يصح
شرط الخيار في أحد الميعين بعينه كما لا يصح بيمه بقسطه من الثمن وهذا الفصل كله مذهب الشافعي

(فصل) فان رد المشتري السلعة بعيب فأنكر البائع انها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه وبه
قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الاوزاعي فانه قال فيمن صرف دراهم فقال للصيرفي هذا
درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتك وبرأ لان البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر استحقاق
الفسخ والقول قول المسكر ، نأما ان جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع انها سلعته فحكى ابن المنذر
عن أحمد أن القول قول المشتري وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي لانها اتفاقاً على استحقاق
فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

(مسئلة) (ومن باع عبداً يلزمه عقوبة من قصاص أو غيره ويعلم المشتري ذلك فلا شيء له) لانه
رضي به مبيعاً أشبه سائر المعينات وهذا قول الشافعي ، وان علم بعد البيع فله الرد أو الأرش على
أصلنا كغيره من العيوب

(مسئلة) (فان لم يعلم حتى قتل فيه الارش لتعذر الرد) وهو قسط ما بين قيمته جانياً وغير
جان ، ولا يبطل البيع من أصله وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع
بجميع الثمن لان تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى اتلافه إياه ، ولنا أنه تلف عند المشتري
بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضاً فمات بدائه أو مرتداً فقتل
برده وبهذا ينقض ما ذكره ولا يصح قياسهم على اتلافه لانه لم يتلفه فلم يشتركا في المقضي ، وإن
كانت الجناية موجبة لقطع فقطعت يده عند المشتري فقد تميم عنده لان استحقاق القطع دون حقيقته
فهل يمتنع ذلك رده بعينه ؟ على روايتين

(مسئلة) (وان كانت الجناية موجبة للمال والسيد معسر قدم حق المجني عليه ، والمشتري الخيار
إذا لم يكن عالماً ، فان كان السيد معسراً تعلق الارش بذمته والبيع لازم)

إذا كانت الجناية موجبة للمال أو اللقود فعني عنه الى مال فعلى السيد فداؤه ويزول الحق عن رقبة العبد
ببيعه لان للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه. فاذا باعه تعين عليه فداؤه لخراج العبد عن ملكه. ولا خيار
للمشتري لعدم الضرر عليه إذ الرجوع على غيره هذا إذا كان السيد معسراً وقال بعض أصحاب الشافعي
لا يلزم السيد فداؤه لان أكثر ما فيه أنه ألزم فداءه ولا يلزمه كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن
وانما أنه أزال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه كما لو أتلفه وبهذا قال أبو حنيفة ، وان كان البائع
معسراً لم يسقط حق المجني عليه من رقبة الجاني لان المالك إنما يملك نقل حقه عن رقبة بفدائه أو
ما يقوم مقامه ولا يحصل ذلك من ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبة محاله مقدماً على حق المشتري والمشتري
خيار الفسخ ان لم يكن عالماً فان فسخ رجع بالثمن وان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد فاخذ

(فصل) وإن شرط الخيار لاجنبي صح وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي فيه قولان (أحدهما) لا يصح وكذلك قال القاضي إذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لم يصح لأن الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لاحظ له فيه وإن جعل الاجنبي وكيلًا صح

ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما ويفوض اليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز الغاؤه مع إمكان تصحيحه لقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» (١)

بها رجح المشتري بالثمن أيضاً لأن ارش مثل هذا جميع ثمنه وإن لم تكن مستوعبة رجح بقدر أرشه وإن كان عالماً بعيه راضياً بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لأنه اشترى معيياً عالماً بعيه فإن اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لأنه يقوم مقام البائع بين تسليمه وفدائه، وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه على ما ذكره في موضعه .

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

﴿مسألة﴾ (رمعنى التولية البيع برأس المال فيقول وليتك أو بعتك برأس ماله أو بما اشترته أو برقمه) قال أحمد رحمه الله لا بأس ببيع الرقم والرقم هو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلوماً حال العقد وهذا قول عامة العلماء وكره طاوس بيع الرقم ، ولنا أنه يبيع بثمن معلوم فأشبهه ما لو ذكر مقداره أو إذا قال بعتك هذا بما اشترته وقد علمه فان لم يعلم فالبيع باطل لجهالة الثمن

﴿مسألة﴾ (والشركة يبيع بعضه بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك في نصفه أو ثلثه)

إذا اشترى شيئاً فقال له رجل أشركني في نصفه بنصف الثمن فقال له أشركتك صح وصار شركاً بينهما إذا كان الثمن معلوماً لها ، ولو قال أشركني فيه أو قال الشركة فقال شركتك أو قال ولتي ما اشتريت ولم يذكر الثمن فقال وليتك صح إذا كان الثمن معلوماً لأن الشركة تقتضي اتباع جزء منه بقسطه من الثمن على ما ذكره والتولية اتباعه بمثل الثمن فاذا ذكر اسمه انصرف إليه كما إذا قال أقلني فقال أقلتك ، وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام إلى السوق فيشترى الطعام فيأقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له أشركنا فان النبي صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الرحلة كما هي فبعث بها إلى المنزل ذكره البخاري ، ولو اشترى شيئاً فقال له رجل أشركني فشركه انصرف إلى النصف لأنها تنصرف إلى التسوية باطلاقها ، فان اشترى اثنان عبداً فقال لهما رجل أشركاني فيه فقلا شركتك احتمال أن يكون لهما النصف لأن اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً ان كان له النصف فكذلك حال الاجتماع، ويحتمل أن يكون له الثلث لأن الاشراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي إلا بجعله بينهم أثلاثاً وهذا أصح لأن اشراك الواحد إنما اقتضى النصف لحصول التسوية به وإن شركة كل واحد منهما منفرداً كان له النصف والكل

(١) رواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة بسند صحيح والثاني عن انس وعائشة بلفظ «عند شروطهم ماوافق الحق من ذلك» وصححوه أيضاً

فعلی هذا يكون لكل واحد من المشتري ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لانه بمنزلة الاجنبي ، وإن كان الماقد وكيلاً فشرط الخيار لنفسه صح فان النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وإن شرطه للمالك صح لانه هو المالك والحظ له ، وإن شرطه لاجنبي لم يصح لانه ليس له أن يوكل غيره ويحتمل الجواز بناء على الرواية التي تقول للوكيل التوكيل

(فصل) ولو قال بعتك على أن استأمر فلانا. وحدد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ

واحد منها الربع ، وان قال أشركاني فيه فشركه أحدهما فعلى الوجه الاول يكون له نصف حصة الذي شركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لان طلب الشركة بينهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وان قال له أحدهما أشركناك انبنى على تصرف القضولي . فان قلنا يقف على الاجازة فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو ثلثه على الوجهين ، ولو قال لاحدهما أشركني في نصف هذا العبد فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولها نصفه وإلا فله نصف حصة الذي شركه ، فان اشترى عبداً فلقبه رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد شركتك فله نصفه فان لقبه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالماً بشركة الاول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه لان طلبه للشركة رجح الى ما ملكه المشارك وهو النصف فكان بينهما ، وان لم يعلم بشركة الاول فهو طالب نصف العبد لاعتقاده أن جميع العبد لمن طلب منه المشاركة ، فاذا قال له شركتك احتمل ثلاثة أوجه (احدها) ان يصير له نصف العبد ولا يبقى للذي شركه شيء لانه طاب منه نصف العبد فأجابه اليه فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ، وهذا قول القاضي (الثاني) ان ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فيمتد في نصف نصيبه ويقف الزائد على اجازة صاحبه على إحدى الروايتين لان لفظ الشركة يقتضي بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن له شركة لانه لا يتحقق فيه ما طلب منه (الثالث) لا يكون للثاني الا الربع بكل حال لان الشركة أسماء ثبت بقول البائع شركتك لان ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم انه ليس له إلا نصف العبد فينصرف ايجابه الى نصف ملكه ، وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لانه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه إلا أن نقول بوقوفه على الاجازة في الوجه الثاني فيخير الآخر ، ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلاً لانه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة ما لو قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ربه .

(فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض لان البيع ينصرف الى ما يجوز له بيعه وهو المقبوض وان قال أشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربه ربع الثمن لان الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكر القاضي ، قال شيخنا والصحيح ان شاء الله ان الشركة تنصرف الى النصف كله فيكون بائعاً لما يصح بيعه وما لا يصح فيصح في نصف المقبوض في أصح الوجهين ولا يصح فيما لم يقبض كما في تفريق الصفقة

قبل أن يستأمره لانا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وإن لم يضبطه
بمدة معلومة فهو خيار مجهول حكمه حكمه

(فصل) وإن شرط الخيار يوماً أو ساعات معلومة اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد في أحد
الوجهين، والآخر من حين التفريق لان الخيار ثابت في المجلس حكماً فلا حاجة إلى اثباته بالشرط ،
ولان حالة المجلس كحالة العقد لان لها فيه الزيادة وانقضاء فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار
بعد انقضائه، والاول أصح لأنها مدة ملحقة بالعقد فكان اتداؤها منه كالأجل ، ولان الاشتراط

﴿ مسألة ﴾ (والمراجعة أن يبيعه بربح فيقول رأس مالي فيه مائة بعتك بها وربح عشرة)

فهذا جائز لاخلاف في صحته ولا نعلم أحداً كرهه وان قال على أن أربح في كل عشرة درهما
أو قال ده يازده أو ده داوزده. فقد كرهه أحمد ورويت فيه الكراهة عن ابن عمرو بن عباس والسن
ومسروق وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال اسحاق لا يجوز لان الثمن مجهول حال العقد
فلم يجز كما لو باعه بما يخرج به في الحساب، ورخص فيه سعد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي
واشوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لان رأس المال معلوم والربح معلوم أشبه ما إذا قال وربح عشرة
دراهم. ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم يعلم لها في الصحابة مخالفة ولان فيه نوعاً
من الجهالة فالتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح والجهالة يمكن ازالتها بالحساب فلم
تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم أما ما يخرج به الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل

﴿ مسألة ﴾ (والمواضعة أن يقول بعتك بها وبوضعة درهم من كل عشرة فيلزم المشتري تسعون درهما)

المواضعة أن يخبر برأس ماله ويقول بعتك هذا به وأضح لك عشرة فيصح من غير كراهة ، وان
قال بوضعة درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المراجعة وضح فاذا كان رأس ماله مائة لزمه تسعون
ويكون الحط عشرة ، وقال قوم يكون الحط درهما من كل أحد عشر فيكون ذلك تسعة دراهم وجزأ
من أحد عشر جزأ من درهم ويبقى تسعون وعشرة اجزاء من أحد عشر جزأ من درهم، وهذا غلط
لان هذا يكون خطأ من كل أحد عشر وهو غير ما قاله ، فأما إن قال بوضعة درهم لكل عشرة كانت
الوضعة من كل أحد عشر درهما درهم ويكون الباقي تسعين وعشرة اجزاء من أحد عشر جزأ من
درهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وحكي عن أبي ثور أنه قال الحط ههنا عشرة مثل الاولى ولا
يصح فانه إذا قال لكل عشرة درهم يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من كل أحد عشر درهما
درهم ، وإذا قال من كل عشرة درهما كان الدرهم من العدة ، ولان من للتبعض فكأنه قال آخذ
من العشرة تسعة وأحط منها درهما

(فصل) فان باعه السلعة مراجعة مثل أن يخبره ان ثمنها مائة ويربح عشرة ثم علم بيئته أو اقرار
أن ثمنها تسعون فالبيع صحيح لانه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع
بما زاد في الثمن وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً ،
وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة يخبر بين الأخذ بكل الثمن
أو يترك قياساً على المبيع

ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح فاذا بان رأس ماله قدره كان مبيعاً به وبالزيادة التي

سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملاك في البيع ، ولا ننالو جعلنا ابتداءه من حين التفرق أدى إلى جهالته لاننا لانعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداءه ولا متى انتهائه ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحريم الوطء بالصيام والاحرام والظهار ، وعلى هذا لو شرطنا ابتداءه من حين التفرق لم يصح لذلك إلا على الرواية التي تقول بصحة الخيار المجهول ، وإن قلنا ابتداءه من حين التفرق فهو شرطاً بثبوته من حين انعقد صحح لانه معلوم الابتداء والانهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان الخيار في المجلس يعني عن خيار آخر فيمنع ثبوته ، والاول أولى ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا فان له أخذ الارش ثم الفرق بينهما ان الميب لم يرض به إلا بالثمن المذكور وههنا رضي فيه برأس المال والريح المقدر ، وهل للمشتري الخيار؟ فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه نفل ذلك حبل وهو قول للشافعي لان المشتري لا يأمن الحياينة في هذا الثمن أيضاً ، ولانه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن لكونه خالفاً أو وكيلاً أو غير ذلك فظاهر كلام الحرقي أنه لا خيار له وحكي قولاً للشافعي لانه رضي بهائة وعشرة فاذا حصل له بدون ذلك فقد زاده خيراً فلم يثبت له الخيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين ، وأما البائع فلا خيار له لانه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

(فصل) وان قال في المراجعة رأس مالي فيه مائة وأربع عشرة ثم قال غلظت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله إلا بينة تشهدان رأس ماله عليه ما قاله ثانياً ذكره ابن المنذر عن احمد واسحاق وروى أبو طالب عن أحمد اذا كان البائع معروفاً بالصدق قبل قوله وإن لم يكن صدوقاً جاز البيع ، قال القاضي وظاهر كلام الحرقي أن القول قول البائع مع يمينه لانه لما دخل معه في المراجعة فقد ائتمنه والقول قول الامين مع يمينه كالوكيل والمضارب ، والصحيح الاول وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الخلط كالمضارب اذا أقر بربح ثم قال غلظت ، وعن أحمد رواية ثالثة أنه لا يقبل قول البائع وإن أقام ينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لانه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه وإن أقام ينة لاقراره بكذبها

ولنا أنها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البيئات ولا نسلم أنه أقر بخلافها فان الاقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بئمنها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقراراً ، فان لم يكن له ينة أو كانت له بينة وقلنا لا تقبل قاعدى أن المشتري يعلم غاظه فأنكر المشتري فالقول قوله ، فان طلب يمينه فقال القاضي لا يمين عليه لانه مدع واليمين على المدعى عليه ، ولانه قد أقر له فيستغنى بالاقرار عن اليمين ، والصحيح أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك لانه ادعى عليه ما يلزمه رد السلعة أو زيادة في ثمنها فلزمه اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا مدع إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الاول ، وان قلنا يقبل قول البائع أو قامت له بينة بما ادعاه وقلنا تقبل يئنه فللمشتري أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها أكثر ذكره الحرقي فانه لو باعها بدون ثمنها طالما لزمه البيع بما عقد عليه لكونه تعاطى شبيهة طالما فلزمه كالمشتري المعيب طالما بئمه ، واذا كان البيع يلزمه بالعلم قاعدى عليه لزمته اليمين فان نكل قضي عليه بالهكول ، وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلظ بها وحطها من الربح وبين

(فصل) وإن شرط الخيار إلى الليل أو الغد لم يدخل الليل والغد في مدة الخيار وهذا مذهب الشافعي ، ويتخرج أن يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لأن إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (وأبديكم إلى المرافق - ولا تأكلوا أموالهم إلى (١) أموالكم) والخيار ثابت بيقين فلا زيله بالشك . ولنا أن موضوع إلى لا انتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله سبحانه (ثم آتوا الصيام إلى الليل) وكالأجل، ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أو له علي من درهم إلى عشرة لم يدخل الدرهم المعاشر والطفلة الثالثة، وليس ههنا شك فإن الأصل حمل اللفظ على موضوعه فكأن الواضع قال متى

(١) إلى هذه متعلقة بوصف محذوف أفاده التضمين أي مضمومة إلى أموالكم

فسخ العقد (قال شيخنا) ويحتمل أنه إذا قال بعتك بمائة ورجع عشرة ثم تبين أنه غلط بعشرة أنه لا يلزمه حط العشرة من الربح لأن البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها ، وكذلك إن تبين أنه زاد في رأس المال لا ينقص الربح من عشرة لأن البائع لم يبعه إلا بربح عشرة، فأما إن قال وأربح في كل عشرة درهما فإنه يلزمه حط العشرة من الربح في الصورتين وإنما أثبتنا للمشتري الخيار لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة فإذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب، وإن اختار أحدها بمائة واحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لأنه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب إذا رضي المشتري ، وإن اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضاً لأنه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد ورضياً به

(مسألة) (ومضى اشتراء بضمن مؤجل أو ممن لا تقبل شهادته له أو بأكثر من ثمنه حيلة أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن فلم يبين ذلك للمشتري في تحييره بالثمن فبالمشتري الخيار بين الامساك والرد) إذا اشتراء بضمن مؤجل لم يجز يبعه مراجعة حتى يبين أمره فإن لم يفعل لم يفسد البيع وللمشتري الخيار بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ في إحدى الروايتين وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن البائع لم يرض بذمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع فلا يلزم الرضى بذلك وحكى ابن المنذر عن أحمد أنه إن كان المبيع قائماً فهو بخير بين الفسخ وأخذه بالثمن مؤجلاً لأنه الثمن الذي اشترى به البائع والتأجيل صفة له فهو كما لو أخبره بزيادة في الثمن وإن كان قد استهلك حبس الثمن بقدر الاجل وهذا قول شرح

(نصل) وان اشتراء بدنانير فأخبر أنه اشتراء بدراهم أو بالعكس أو اشتراء بعوض فأخبر أنه اشتراء بضمن أو بالعكس واشباه ذلك فبالمشتري الخيار بين الفسخ وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به كسائر المواضع التي يثبت فيها ذلك

(فصل) وان اشتراء ممن لا تقبل شهادته له كما يهوا به لم يجز يبعه مراجعة حتى يبين ذلك وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز وإن لم يبين لأنه اشتراء بعقد صحيح وأخبر بضمنه فأشبهه ما لو اشتراء من أجنبي . ولنا أنه منهم في الشراء منهم لكونه يحاييهم ويسمح لهم فلم يجز أن يخبر بما اشترى منهم مطلقاً كما لو اشترى من مكاتبه فإنه يجب عليه أن يبين أمره لا نعلم فيه خلافاً وبه يبطل قياسهم

(فصل) وان اشتراء بأكثر من ثمنه حيلة مثل أن يشتريه من غلام دكانه الحر أو غيره على وجه الحيلة لم يجز يبعه مراجعة حتى يبين أمره لأن ذلك تدليس وحرام على ما بيناه، وإن لم يكن حيلة

سمعت هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية ، وفي المواضع التي استشهدوا بها حملت على معنى مع بدليل أو لتعذر حملها على موضوعها كما تصرف سائر حروف الصلاة عن موضوعها لدليل ، والاصل حملها على موضوعها ولان الاصل لزوم المقدم ، وانما خولف فيها اقتضاه الشرط فيثبت ما يتيقن منه وما شككنا فيه رددناه إلى الاصل .

(فصل) وإن شرط الخيار الى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح وقال بعض أهل العلم لا يصح توقيته بطلوعها لانها قد تتعيم فلا يعلم وقت طلوعها . ولنا أنه تعليق للخيار بأمر ظاهر معلوم فصح

فقال القاضي إذا باع غلام دكانه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجوز بيعه مراجعة حتى يبين أمره لانه يتهم في حقه فهو كمن لا تقبل شهادته له والصحيح ان شاء الله ان ذلك يجوز لانه اجنبي فأشبهه غيره (فصل) اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مراجعة أو اشترى اثنان شيئاً فتقساه وأراد أحدهما بيع نصيبه مراجعة بالثمن الذي أداه فيه فان كان من المتقومات التي لا ينقسم عليها الثمن بالاجزاء كالتياب ونحوها لم يجوز حتى يبين الحال على وجه نص عليه وهذا مذهب الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته كالمبيع شقياً وشفعاً فان الشفيع يأخذ الشقص بحصته من الثمن ، وذكر ابن ابي موسى فيما إذا اشتراه اثنان فتقساه رواية عن احمد انه يجوز بيعه مراجعة بما اشتراه لان ذلك ثمنه فهو صادق فيها أخبر به . ولنا ان قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المراجعة امانة فلم يجوز فيه هذا وصار هذا كالحرص بالحاصل بالظن لا يجوز ان يباع به ما يجب التامل فيه ، واما الشفيع فانا فيه منع وان سلم فان ما اخذه الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه تكونه لا طريق له سوى التقويم ولانه لو لم يأخذه به لآخذ الناس طريقاً إلى اسقاط الشفعة فيؤدى إلى نفويتها وهاهنا يمكن الاخبار بالحال وبيعه مساومة ولا تدعو الحاجة اليه فان باعه ولم يبين فلم يشترى الخيار بين الامسك والرد كالمسائل المذكورة وان كان من المماثلات التي ينقسم عليها الثمن بالاجزاء كالكبر والشعير المتساوي جاز بيع بعضه مراجعة بقسطه من الثمن لا نعلم فيه خلافاً لان ثمن ذلك الجزء معلوم يقيناً ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة . وان أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذها على الصفة فله بيع احدهما مراجعة بحصته من الثمن على قياس ذلك لان الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة ، ولذلك لو أقال في أحدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما فكانه أخذ كل واحد منهما منفرداً وان حصل في أحدهما زيادة على الصفة جرت مجزى الحادث بعد البيع على ما نذكر ان شاء الله

(مسألة) (وما يزداد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرشاً للعب أو جنابة عليه يلحق برأس المال ويخبر به)

وجملة ذلك أن البائع إذا أراد الاخبار بتمن السلعة وكانت بحالها لم تغير اخبر بتمنها ، فان تغير سعر السلعة بأن حط البائع بعض الثمن عن المشتري او اشتراه في مدة الخيار لحق بالمقد واخبر به في الثمن ، وبه قال الشافعي وابو حنيفة ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وان تغير سعر السلعة وهي

كتعليقه بغروبها ، وطلوع الشمس بروزها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص ، ولذلك لو علق
 طلاق امرأته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع بروزها من الافق ، وإن عرض غيم يمنع المعرفة
 بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها فنفع القيم المعرفة بوقته ، وأوجعل الخيار
 إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو إلى غيبتها تحتها كان خياراً مجهولاً لا يصح في الصحيح من المذهب
 (فصل) وإذا شرط الخيار أبداً أو متى شئنا أو قال أحدهما ولي الخيار ولم يذكر مدته أو
 شرطه إلى مدة مجهولة كمقدوم زيد أو هبوب ربيع أو زول مطر أو مشاوراة انسان ونحو ذلك أم يصح في

بجمله فإن غات لم يلزمه الاخبار بذلك لأنه زيادة فيها ، وإن رخصت فكذلك نص عليه أحمد
 لأنه صادق بدون الاخبار بذلك ، ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال ، فإن المشتري لو علم بذلك لم يرضها
 بذلك الثمن فكأنه تعبير به فإن أخبره بدون ثمنها ولم يبين الحال لم يحز لأنه كذب ، فأما ما يؤخذ
 أرشاً للعيب أو جنابة عليه فذكر القاضي أنه يخبر به على وجهه ، وقال أبو الخطاب يحط أرش العيب
 من الثمن ويخبر بالباقي وهو الذي ذكره شيخنا في هذا الكتاب لان أرش العيب عوض عما فات
 به فكان ثمن الموجود ما بقي ، وفي أرش الجنابة وجهان (أحدهما) يحط من الثمن كأرش العيب وهو
 الاولي (والثاني) لا يحطه كالماء ، وقال الشافعي يحطها من الثمن ويقول : تقوم علي بكذا . لأنه صادق
 فيما أخبره أشبهه ما لو أخبره بالحال على وجهه

ولنا أن الاخبار بالحال أبلغ في الصدق وأقرب إلى البيان وبقي التفسير والتدليس فلزمه ذلك
 كما يلزمه بيان العيب وقياس أرش الجنابة على الماء والكسب لا يصح لان أرش الجنابة عوض نقصه
 الحاصل بالجنابة عليه فهو بمنزلة ثمن جزء منه بانه أو كقيمة أحد الثوبين اذا تلف أحدهما ، والنماء زيادة
 لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه

(مسألة) (وان حتى فقده المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به)

أما إذا حتى فقده المشتري فانه لا يلحق بالثمن ولا يخبر به في المراجعة بغير خلاف علمناه لان هذا لم
 يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا وإنما هو مزيل لنقصه بالجنابة والعيب الحاصل بتعلقها بربطه فأشبهت الدواء
 المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعماله في السلعة بنفسه او عمل غيره
 له بغير اجرة فانه لا يخبر بذلك في الثمن وجهاً واحداً ، وان أخبر بالحال على وجهه فحس وكذلك ما زيد
 في الثمن او حط منه بعد لزوم العقد لا يخبر به ، ويخبر بالثمن الاوّل لان ذلك هبة من احدهما للآخر فلا
 يكون عوضاً وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يلحق بالعقد ويخبر به في المراجعة لأنه بسبب العقد

(مسألة) (وان اشترى ثوباً بعشرة وقصره بعشرة أخبر بذلك على وجهه ، فان قال تحصل علي

بشرين فهل يجوز ذلك ؟ على وجهين ، وان عمل فيه بنفسه عملاً يساوي عشرة لم يحز ذلك وجهاً واحداً)
 وجملة ذلك ان من اراد البيع مراجعة والسلعة بجملها أخبر بثمنها . وان تغيرت فهو على ضربين
 (أحدهما) ان تتغير زيادة وذلك نوعان (أحدهما) ان تزيد لها كالمسمن وتعلم صنعة او يحدث منها
 نماء منفصل كالولد والتمر والسكب فهذا اذا اراد بيعها مراجعة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه
 الذي ابتاعها به ، وان أخذ الثاء المنفصل او استخدم الامة او وطئ الثيب أخبر برأس المال ولم يجب
 تبين الحال ، وروى ابن المنذر عن أحمد أنه يبين ذلك كله وهو قول اسحاق ، وقال اصحاب الرأي

الصحيح من المذهب وهذا اختيار القاضي وابن عقيل ومذهب الشافعي ، وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبدأ أو يقطعهما أو تنتهي مدته ان كان مئروطا الى مدة وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » وقال مالك يصح وتضرب لها مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لان ذلك مقدر في العادة فاذا أطلقا حمل عليه ، وقال أبو حنيفة ان اسقط الشرط قبل مضي

في الغلة يأخذها لأس ان يبيع مراجعة ، وفي الولد والثمرة لا يبيع مراجعة حتى يبين لانه موجب العقد ولنا انه صادق فيما اخبر به من غير تقرير بالمشري فجاز كما لو لم يزد ، ولان الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المراجعة كالفلة (النوع الثاني) ان يعمل فيها عملا مثل ان يقصرها او يرفوها او يخططها او يحماها فمتى اراد بيعها مراجعة اخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه او استأجر من عمله هذا ظاهر كلام احمد فانه قال : يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز ان يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن وابن سيرين وابن المسيب وطاوس والبخعي والاوزاعي وابو ثور ، وفيه وجه آخر انه يجوز فيما استأجر عليه ان يضم الاجرة إلى الثمن ويقول . تحصلت علي بكذا لانه صادق ، وبه قال الشعبي والحكم والشافعي . ولنا انه تقرير بالمشري فانه عسى انه لو علم ان بعض ما تحصلت به لاجل الصناعة لم يرغب فيها لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما يفتق على الحيوان في مؤنته وكسوته ، وعلى المتاع في خزنه (الضرب الثاني) ان يتغير بنقص كالمريض والجناية عليه أو تلف بعضه أو الولادة أو أن يتعب أو يأخذ المشتري بعضه كالصوف واللبن ونحوه فانه يخبر بالحال ولا نعلم فيه خلافا

(مسألة) (وان اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه وان قال اشتريته بعشرة جاز وقال أصحابنا يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر انه اشتراه بخمسة)

المستحب في هذه المسئلة وأمثالها أن يخبر بالحال على وجهه لأن فيه خروجا من الخلاف وهو أبعد من التقرير بالمشري ، فان اخبر انه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لانه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة فأشبهه مالو لم يربح ، وروي عن ابن سيرين انه يطرح الربح من الثمن الثاني ويخبر ان رأس ماله عليه خمسة ، واعجب أحمد قول ابن سيرين قال فان باعه على ما اشتراه يبين أمره يعني انه ربح مرة ثم اشتراه وهذا من أحمد على الاستحباب لما ذكرناه ، ولانه الثمن الذي حصل به الملك الثاني أشبه مالو خسر فيه ، وقال ابو حنيفة لا يجوز بيعه مراجعة إلا أن يبين أمره أو يخبر ان رأس ماله عليه خمسة وهو قول القاضي وأصحابه لان المراجعة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجرة الحياط والقصاب ، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول لانه آمن أن يرد عليه ، فعلى هذا ينبغي اذا طرح الربح من الثمن الثاني أن يقول تقوم علي بخمسة ولا يقول اشتريته بخمسة لانه كذب وهو حرام فيصير كما لو ضم أجرة القصاره ونحوها الى الثمن وأخبر به . ولنا ما ذكرناه ، وما ذكره من ضم القصاره والحياطة فشيء بنوه على أصولهم لانسلمه ثم لا يشبه هذا ما ذكره لان المؤنة لزمته في هذا البيع الذي يلي المراجعة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الحسارة فيه ، وأما تقويم الربح فغير صحيح فان العقد الاول قد لزم ولم يظهر

الثلاث أو حذف الزائد عليها وبينما مدته صحيح لانها حذفاً للمفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصبح كالو لم يشترطه ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فلا يجوز مع الجهالة كالأجل ، ولأن اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الابد وذلك يتنافى مقتضى العقد فلم يصبح كما لو قال بعثك بشرط أن لا تتصرف ، وقول مالك إنه يرد الى العادة لا يصح فانه لاعادة في الخيار يرجع اليها واشتراطه مع الجهالة نادر ، وقول أبي حنيفة لا يصح فان المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد ، ولأن العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً فان كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطه فيه وان كان فاسداً لم ينعقد .

العيب ولم يتعلق به حكمه، وقد ذكرنا في مثل هذه المسئلة ان للمشتري ان يرده على البائع اذا ظهر على عيب قديم واذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فهنا أولى، ويجيء على قولهم انه لو اشترى بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشترى بعشرة فانه يخبر انها حصلت عليه بغير شيء ، وان اشترى بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشترى بخمسة أخبر انها تقومت عليه بدرهمين ، وان اشترى بخمسة عشر أخبر انها تقومت عليه باثني عشر نص أحمد على نظير هذا ، فان لم يربح ولكن اشترى ثانية بخمسة أخبر بها لانها بمن للعقد الذي يلي المراجعة ، ولو خسر فيها مثل أن اشترى بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشترى بأي ثمن كان أخبر به ولم يحز أن يضم الخسارة الى الثمن الثاني ويخبر به في المراجعة بغير خلاف نعلمه وهو يدل على صحة ما ذكرناه

(فصل) وان ابتاع اثنان ثوبا بعشرين ثم بذل لهما فيه اثنان وعشرون فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فانه يخبر في المراجعة باحد وعشرين نص عليه وهذا قول التخمي ، وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لأن ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع الى قول انخعي بعد ذلك ولا نعلم أحداً خالف ذلك لانه اشترى نصفه الاول بعشرة واثاني باحد عشر فصار أحداً وعشرين (فصل) قال احمد المساومة عندي أسهل من بيع المراجعة لان بيع المراجعة يعتبره أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه الى تعيين الحال على وجهه ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل وخطر فيكون على خطر وغرر فتجنب ذلك أسلم وأولى

(فصل) وان اشترى رجل نصف ساعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان لا نعلم فيه خلافاً لان الثمن عوض عنها فكان بينهما على حسب ملكهما فيها كالاتلاف وان باعها مراجعة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه أحمد وهو قول ابن سيرين والحكم قال الاثرم قال أبو عبد الله إذا باعها فالثمن بينهما نصفان. قلت أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر؟ فقال وان ليس الثوب بينهما الساعة سواء؟ فالثمن بينهما لان كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه. وحكى أبو بكر عن أحمد ان الثمن بينهما على قدر رهوس أموالهما لان بيع المراجعة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوماً بينهما على حسب رهوس أموالهما، قال شيخنا ولم أجد عن أحد رواية بما قال أبو بكر، وقيل هذا وجه خروجه أبو بكر وليس برواية والمذهب الاول لان الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه فكان ملكهما لموضه متساوياً كما لو باعه مساومة

(فصل) قال رضي الله عنه (السابغ خيار يثبت لاختلاف المتبايعين فتى اختلفا في قدر الثمن تحالفاً فيبدأ يمين البائع فيحلف ما بهته بكذا وانما يتكف بكذا ثم يحلف المشتري ما اشترته بكذا وانما اشترته بكذا)

صحيحاً كما لو باع درهما بدرهمين ثم حذف أحدهما، وعلى قولنا الشرط فاسد هل يفسد به البيع على روايتين (أحدهما) يفسد وهو مذهب الشافعي لأنه عقد قارنه شرط فاسد فأفسده ككنكاح الشغار والحلل، ولأن البائع إنما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري إنما رضي ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صححناه لازلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزمناه ما لم يرض به، ولأن الشرط يأخذ قسطاً من الثمن فاذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولاً فيفسد العقد

إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة فأمة فقال البائع بعتك بعشرين، وقال المشتري بعشرة ولأحدهما بينة حكم بينهما وإن لم يكن لها بينة مخالفاً، وبه قال شريح وأبو حنيفة والشافعي وهي رواية عن مالك وله رواية أخرى القول قول المشتري مع يمينه، وبه قال أبو ثور وزفر لأن البائع يدعي عشرة ينكرها المشتري والقول قول المنكر، وقال الشعبي القول قول البائع أو يترادان البيع وحكاه ابن المنذر عن أحمد لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع» رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما. والمشهور في المذهب الأول، ومحمّل أن يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فإذا حلف ففرضي المشتري بذلك أخذ به وإن أبى حلف أيضاً وفسخ البيع لأن في بعض الفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال «إذا اختلف المتبايعان والسادة فأمة ولا بينة لأحدهما مخالفاً» ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فإن البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فتمرعت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكره

(فصل) والمبتديء باليمين البائع فيحلف ما بعته بكذا وإنما بعته بكذا فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع والاحلف ما اشتريته بكذا وإنما اشتريته بكذا، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يبدأ بيمين المشتري لأنه منكر واليمين في جنبته أقوى ولأنه يقضى بتكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى. ولنا قول النبي ﷺ «فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع» وفي لفظ «فالقول قول البائع والمشتري بالخيار» رواه أحمد ومعناه إن شاء أخذ وإن شاء حلف ولأن البائع أقوى جنبته لأنها إذا مخالفاً عاد المبيع إليه فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه والبائع إذا حلف فهو بمنزلة تكول المشتري يحلف الآخر ويقضى به فهما سواء ويكفي كل واحد منهما يمين واحدة لأنه أقرب إلى فصل القضاء

(مسئلة) (فإن نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه)

يعني إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضي عليه وإن نكل المشتري حلف المشتري وقضي له، ووجه ذلك حديث ابن عمر لما باع زبداً عبداً واختلفا في عيب فيه فاحتكما إلى عثمان فوجبت على عبدالله اليمين فلم يحلف فرد عثمان عليه العبد رواه الامام أحمد

(مسئلة) (فإن مخالفاً فرضي أحدهما بقول صاحبه أقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ)

إذا مخالفاً لم يفسخ البيع بنفس التخالف لأنه عقد صحيح فلم يفسخ باختلافها وتعارضها في الحجّة كما لو قامت البينة لكل واحد منهما، لكن إن رضي أحدهما بما قال الآخر أجزأه عليه وأفر

(والثانية) لا يفسد العقد به وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ، ولان المقدد تم باركانه والشرط زائد فاذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط
(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لان ذلك يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولا، واحتمل أن يصح لان ذلك يتقارب في العادة ولا يكثر تفاوته وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوما صح كما لو شرطه الى يوم معلوم ، وان اراد نفس العطاء فهو مجهول لأنه يختلف

العقد بينهما وان لم يرض واحد منهما فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام أحمد، ويحتمل ان يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لان العقد صحيح وأحدهما ظالم وإنما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه في الحكم أشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجعل السابق منهما
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «أوترادان البيع» وظهره استقلالهما بذلك، وروي أن ابن مسعود باع الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة فقال عبدالله بعك بشمرين الفأ ، وقال الأشعث شريت منك بشمرة آلاف ، فقال عبد الله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه فالقول قول البائع أو يترادان البيع» قال فاني أرد البيع رواه سعيد وروي أيضا حديثنا عن عبدالله بن عبيدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا اختلف المتبايعان استحلقت البائع ثم كان للمشتري الخيار إن شاء اخذ وان شاء ترك» وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لأنه جعل الخيار اليه فأشبهه من له خيار الشرط ولانه فسخ لاستدراك الظلامة أشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق
(مسئلة) (وان كانت السلعة تالفة رجما إلى قيمة مثلها فان اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري وعنه لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشتري مع بعينه)

إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن احمد فيها روايتان (إحداها) يتحالفان هكذا ذكره الخريقي مثل لو كانت قائمة ، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك (والاخرى) القول قول المشتري مع بعينه اختارها ابوبكر وهو قول النخعي والثوري والأوزاعي وابي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث «والسلعة قائمة» مفهومه انه لا يشرع التحالف عند تلفها ولانها اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها ، واختلفا في عشرة زائدة البائع يدها والمشتري ينكرها والقول قول المنكر وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيها عداه يبقى على القياس: ووجه الرواية الاولى عموم قوله عليه السلام «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار» قال أحمد ولم ينقل فيه «والبيع قائم» الا يزيد بن هارون قال ابو عبد الله وقد اخطأ ، رواه الخلق عن المسعودي ولم يقولوا هذه الكلمة ، ولان كل واحد منهما مدع ومنكر فيشمرع البين كحال قيام السامة فان ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها ، وقولهم تركناه للحديث قلنا لم يثبت في الحديث ، قال ابن المنذر وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه ، وعلى أنه إذا خولف الاصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى فنقيس عليه بل يثبت الحكم بالبينة فان التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع انه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فان الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعدد ذلك أولى ، فاذا تحالفا

(فصل) وان شرط الخيار شهراً يوماً يثبت ويوماً لا يثبت فقال ابن عقيل يصح في اليوم الاول لامكانه ويبطل فيما بعده لأنه اذا لزم في اليوم الثاني لم يعد الى الجواز ويحتمل بطلان الشرط كله لانه شرط واحد تناول الخيار في أيام فاذا فسد في بعضه فسد جميعه كما لو شرط الى الحصاد

(فصل) ويجوز لمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر ، وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ الا بحضور صاحبه لان العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فلم يملك أحدهما فسخه بغير حضور صاحبه كالوديعة . ولنا أنه رفع عقد لا يفتقر الى

فان رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه وإن لم يرضيا فلشكل واحد منها فسخه كما اذا كانت السلعة باقية ويرد الثمن إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فان كانا من جنس واحد وتساويا بعد التماض تقاضا ، وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه لانه لا فائدة في ذلك لان الحاصل به الرجوع إلى ما ادعاه المشتري . وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لان ذلك ضرر عابه من غير فائدة ، ويحتمل أن يشرع لتحصل الفائدة للمشتري ، ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفاً بصفاتها ، فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه غارم

(فصل) وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد أشبه ما اذا اختلفا في القبض

(مسألة) (وإن مانا فورتها في منزلتها) في جميع ما ذكرناه لأنهم يقومون مقامها في أخذ مالها وارث حقوقها فكذلك فيما يلزمها أو يصير لها ، ولأنها يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في الدعوى

(مسألة) (ومتى فسخ المظلوم منها انفسخ العقد ظاهراً وباطناً وإن فسخ الظالم لم يفسخ في حقه باطناً وعليه أم الغاصب)

وجملة ذلك أن الفسخ اذ وجد منها فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً لانه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كارد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فأشبهه الفسخ باللعان . وقال أبو الخطاب إن كان البائع ظالماً يفسخ العقد في الباطن لانه لا يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا يفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب ، وإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولهم وجه ثالث أنه لا يفسخ في الباطن بحال وهذا فاسد لانه لو علم أنه لا يفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فانه لا يباح لكل واحد منها التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ومتى علم ان ذلك محرم منع منه ، ولان الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهراً وباطناً فانفسخه في الباطن كارد بالعيب (قال شيخنا) ويقوى عندي إن فسخه المظلوم منها انفسخ ظاهراً وباطناً كذلك ، وإن فسخه الكاذب علماً بكذبه لم يفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حقه بالنسبة اليه ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع اليه لانه رجع اليه بحكم من غير

رضا صاحبه فلم يفتقر الى حضوره كالطلاق وما قالوه ينتقض بالطلاق ، والوديعة لاحق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته

(فصل) واذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال القاضي لا يلزم بمضي المدة وهو قول مالك لان مدة الخيار ضربت لحق له لألحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الاجل في حق المولي . ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالاصل ، ولان الحكم ببقائها يفضي الى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطها فيها

عدوان منه فأشبهه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه

(مسألة) (وان اختلفا في صفة الثمن مخالفاً إلا أن يكون للبلد تقدم معلوم فيرجع اليه)

اذا اختلفا في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد نص عليه في رواية الاثرم لان الظاهر أنها لا يعقدان إلا به ، وإن كان في البلد نقود رجع الى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل أنه أرادها اذا كان هو الاغلب والمعاملة به أكثر لان الظاهر وقوع المعاملة به أشبه اذا كان في البلد نقد واحد ، ويحتمل أنه ردّها اليه مع التساوي لان فيه تسوية بينهما في الحق وتوسطا بينهما وفي المدول الى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى ، وعلى مدعي ذلك اليمين لان قول خصمه محتمل فيجب اليمين لني ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر ، وإن لم يكن في البلد إلا نقدان مخالفاً لهما اختلفا في اثنان على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتخالفان كما لو اختلفا في قدره

(مسألة) (وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه ، وغنه يتخالفان إلا أن يكون شرطاً فاسداً فالقول قول من يثبتته)

اذا اختلفا في أجل أو شرط أو رهن أو ضمين أو في قدر الاجل أو الرهن فالقول قول من ينفيه في احدى الروايتين مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة لان الاصل عدمه فكان القول قول من يدعيه كأصل العقد (والثانية) يتخالفان وهو قول الشافعي لأنها اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتخالفا كما لو اختلفا في الثمن ، فأما ان اختلفا فيما يفسد العقد فقال بعتك بخمس أو خيار مجهول أو في شرط فاسد ، وقال لا بل بعثي بتقد معلوم أو خيار معلوم إلى ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لان ظهور طعاطي المسلمين الصحيح أكثر من تعاطي الفاسد ، وان قال بعتك مكرها فأنكر فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع كذلك ، وان قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري واسحاق لأنها اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتالي قبلها ، ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لانه الاصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ويقارق ما اذا اختلفا في الاكراه والشرط الفاسد من وجهين (أحدهما) أن الاصل عدمه وههنا الاصل بقاءه (والثاني) أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح وههنا ما ثبت أنه كان مكلفاً ، وإن قال بعتك وأنا مجنون فإن لم يعلم حال جنون فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه ، وإن ثبت أنه كان مجنوناً فهو كالصبي ، وان قال بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية منها لانه مكلف فالظاهر أنه لا يعقد إلا عقداً صحيحاً

(مسألة) (وإن قال بعثي هذين قال بل أحدهما فالقول قول البائع)

والشرط سبب الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ، ولأنه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات ولأن البيع يقتضي اللزوم ، وأما تخلف موجه بالشرط ففيها لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجه لزوال المعارض كما لو أمضوه ، وأما المولي فإن المدة إنما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسئلة ظاهر

(فصل) فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد لا خلافة فقال أحمد : أرى ذلك جائزا وله الخيار إن كان خلبه وإن لم يكن خلبه فليس له خيار وذلك لأن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يمدح في

أما إذا قال بعثني هذا العبد والامة بمائة قال بل بعثك العبد بمخسین فالقول قول البائع لأن المشتري يدعي عقداً ينكره البائع والقول قول المنكر ، وإن قال البائع بعثك هذا العبد بألف فقال بل هو والبند الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لأن البائع ينكر بيع العبد الرائد فكان القول قوله مع يمينه كما لو ادعى شراؤه منفرداً . وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في أحد عوضي العقد أشبه ما لو اختلفا في الثمن وهذا القول أقيس وأولى إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال بعثني هذا قال بل هذا خلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما)

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

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري لأسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عيناً أو عرضاً جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم اليهما)

لأن حق البائع قد تعلق بعين الثمن كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على الآخر حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه وهذا قول الثوري وأحد أقوال الشافعي ، وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولاً وهو قول ثان للشافعي والأول أولى لما ذكرنا ، وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن قبل الاستيفاء كالمترهن ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى ويخالف الرهن فإنه لا يتعلق به مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع وإن كان ديناً أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن لأن حق المشتري تعلق بعين المبيع وحق البائع تعلق بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكيد ذلك وتقديم الدين الذي به الرهن على ما في الذمة

اليوع فقال « اذا بايعت فقل لا خلاية » متفق عليه ، ولمسلم « من بايعت فقل لا خلاية » فكان اذا بايع يقول لا خلاية ويحتمل أن لا يكون له الخيار ويكون هذا الخبر خاصاً لحبان لانه روي أنه عاش إلى زمن عثمان رضي الله عنه فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار ثلاثاً ، وهذا يدل على اختصاصه بهذا لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لمن قال لا خلاية ، وقال بعض أصحاب الشافعي ان كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت ، وان علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين لأنه

وكذلك تقديم أرش الجناية على الدين لذلك ، وقال مالك وأبو حنيفة يجبر المشتري أولاً على تسليم الثمن كالمسئلة قبلها وقد ذكرنا ما يدل على خلافه ، إذا ثبت هذا وأوجبنا على البائع التسليم فسلم فان كان المشتري موسراً والتمن حاضراً أجبر على تسليمه وان كان الثمن غائباً عن البلد في مسافة القصر أو كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ لان عليه ضرراً في تأخير الثمن فكان له انفسخ والرجوع في عين ماله كالمفلس ، وان كان الثمن في بيته أو بلده حاجر على المشتري في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن لثلاثا يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع ، وان كان غائباً عن البلد قريباً دون مسافة القصر فللبائع الفسخ في أحد الوجهين لان عليه ضرراً في تأخير الثمن أشبه المفلس (والثاني) لا يثبت له خيار الفسخ لانه كالحاضر فعلى هذا يجبر على المشتري كما لو كان في البلد وهذا كله مذهب الشافعي ، وقال شيخنا ويقوى عندي انه لا يجب على البائع تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن من تسليمه لان البائع انما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ولان المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وانما يؤثر ما ذكر في الترحيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه أما مع الحظر المحوج الى الحجر أو المجوز الفسخ فلا ينبغي ان يثبت ولان شرع الحجر لا يندفع به الضرر لانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولان ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم أولى أن يمنع التسليم لان المنع أسهل من الرفع ، والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها من التسليم قبل قبض صداقها ولم تملكه بعد التسليم على أحد الوجهين . وكل موضع قلنا له الفسخ فانه يفسخ بغير حكم حاكم لانه فسخ للمبيع لتعذر ثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله اذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يجبر عليه فذلك الى الحاكم لان ولاية الحجر اليه

(فصل) فان هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لانه يملك الفسخ مع حضوره فع هر به أولى وان كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم ان وجد الحاكم له مالا قضاءه والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل للمشتري وان أعوز ففي ذمته ، قال شيخنا ويقوى عندي ان للبائع الفسخ بكل حال لانا اوجبنا له الفسخ مع حضوره اذا كان الثمن بعيداً عن البلد للضرر في التأخير فهنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ، ولا يندفع الضرر برفع الامر الى الحاكم لانه قد يمجز عن اثباته عنده وقد يكون المبيع في مكان لاحاكم فيه والغالب ان لا يحضره من يعرفه الحاكم بالمعدالة فاحاطه على هذا تضييع ماله وهذه الفروع تقوى ما ذكرته من ان للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل احضار الثمن لما في ذلك من الضرر

روي أن حبان بن عمرو كان لا يزال يفتن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له « إذا أنت بايعت فقل لا خلافة ثم أنت في كل ساعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت أمسكت وان سخطت فاردها على صاحبها » وما ثبت في حق واحد من الصحابة يثبت في حق مائر الناس ما لم يقم على تخصيصه دليل

ولنا أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقا ولا يقتضي تقييده بثلاث والاصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه والخبر على الوجه الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلا وهم لا يرون المرسل حجة ، ثم لم

(فصل) وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لاجل الاستبراء وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك في القبيحة وقال في الجملة يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ لان المهمة تلحقه فيها فتنع منها . ولنا انه بيع عين لا خيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكره من التهمة لا يمكنه من المنع كالقبيحة ولانه ان كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل منها بعيد نادر وان كان لم يستبرأها فهو الذي ترك التحفظ لنفسه ، ولو طالب المشتري البائع بكفيل لثلاث تظهر حاملا لم يكن ذلك لانه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طالب كفيلا بالثمن المؤجل (مسألة) ويثبت الخيار للتخلف في الصفة وتغير ما تقدمت رؤيته وقد ذكرناه في الفصل

السادس من كتاب البيع بما يعني عن اعادته

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن اشترى مكيلا أو موزونا لم يحجز بيعه حتى يقبضه ، وان تلف قبل قبضه فهو من مال البائع إلا ان يتلفه آدمي فيخير المشتري بين فسخ العقد وامضائه ومطالبة متلفه يبدله وعنه في الصبرة المتعينة انه يجوز بيعها قبل قبضها ، وان تلفت فهي من ضمان المشتري) ظاهر المذهب ان المكييل والموزون لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه ، وهو ظاهر كلام الخري وكذلك قال في المعدود سواء كان متعينا كالصبرة او غير متعين كقفيز منها ، وهو ظاهر كلام احمد ونحوه قول اسحاق ، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن ابي سليمان ان كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه وما ليس بكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ، وقال القاضي واصحابه المراد بالمكييل والموزون والمعدود ما ليس بتعين كالقفيز من صبرة والرطل من زبدة ، فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل ، وقد نقل عن احمد نحو ذلك فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب من يحميه فرجع وقد احترق فهو من مال المشتري . وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى ما في السفينة صبرة لم يسم كيلا فلا بأس أن يشترك فيها ويبيع ماشاء الا أن يكون بينهما كيل فلا يولى حتى يكال عليه ، ونحو هذا قال مالك فانه قال فيما يبيع من الطعام مكايبة أو موازنة لم يحجز بيعه قبل قبضه وما يبيع مجازفة أو يبيع من غير الطعام مكايبة أو موازنة جاز يبيع قبل قبضه ، وبوجه ذلك ما روى الاوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبد الله بن عمر يقول : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المتناع رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعافيا . وقول الصحابي مضت السنة يقتضي سنة النبي ﷺ ولان المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكييل والموزون ونقل عن احمد أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن ، فعلى هذا

يقولوا بالحديث على وجهه إنما قالوا به في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثاً ولا يعلم ذلك أحد لأن اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه ما ليس بمقتضاه ، وعلى أنه إنما كان خاصاً لحبان بدليل ما روينا ولا أنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه

(فصل) إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لأنه من الحيل ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه ، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن الرجل يشتري من الرجل

يخص ذلك بالمطعم في أنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا يقبضه فان التريدي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه ، وقال الأثرم سألت أبا عبد الله عن قوله نهى عن ربح ، إلا يضمن قال هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه ، وقال ابن عبد البر الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ففهموه بإباحة بيع ما سواه قبل قبضه وروى ابن عمر قال رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحلم وهذا نص في بيع المعين وعموم قوله عليه السلام «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه (١) حتى يستوفيه» متفق عليهما . ولمسلم عن ابن عمر قال . كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فمأنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز بيعه والتصرف فيه كما بعد قبضه ، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تصبصه على البيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك

(١) بالرفع وفي رواية فلا يبيعه بالجزم والخبر في الأولى بمعنى الانشله

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

(فصل) والمبيع بصفة أو برؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع فعلى هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه لأنه يتعلق به حق توفية فحجرى مجرى المكيل والموزون

(فصل) وما يحتاج إلى القبض إذا تلف قبل قبضه فهو من ضمان البائع ، فان تلف بأفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن وان بان بفعل المشتري استقر عليه الثمن وكان كالتلف لأنه تصرف فيه ، وان اتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لأن التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثلياً وبالقيمة ان لم يكن مثلياً ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وان اتلفه البائع فقال أصحابنا الحكم فيه كما لو اتلفه أجنبي ، وقال الشافعي : يفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير لأنه تلف يضمنه به البائع أشبه تلفه بفعل الله تعالى ، وفرق أصحابنا بينهما لكونه إذا تلف بفعل

الشيء ويقول لك الخيار الى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز اذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة ، فان لم يكن أراد هذا فلا بأس ، قيل لابي عبد الله فان أراد ارفاقه أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئاً وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة فقال أبو عبد الله هذا جائز الا أنه اذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته ، وقول أحمد بالجواز في هذه المسئلة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به الا بانلافه أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لثلاثا يفضي الى أن القرض جر منفعة

الله تعالى لم يوجد مقتضى للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما اذا اتلفه ، فان اتلافه يقتضي الضمان بالمثل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الحيرة الى المشتري في التضمين بأيهما شاء

(فصل) وان تعيب في يد البائع أو تلف بوضه بامر سبأوي فالمشتري مخير بين أخذه ناقصاً ولا شيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لانه ان رضيه معيباً فكانه اشترى معيباً عالماً بعيبه لا يستحق شيئاً من اجل العيب ، وان فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن لانه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن فاذا تعيب أو تلف بعضه لم يكن له الفسخ لذلك لانه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره وان كان بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بموض ما أتلف أو عيب ، وقياس قول الشافعي أنه بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى وان كان بفعل أجنبي فبه الفسخ والمطالبة بالثمن وأخذ المبيع ومطالبة الاجنبي بموض ما أتلف

(فصل) ولو باع شاة بشعر فأكلته قبل قبضه فان كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه ، وان كانت في يد البائع فهو كاتلافه وكذلك ان كانت في يد أجنبي فهو كاتلافه ، وان لم يكن في يد أحد انفسخ البيع لان المبيع هلك قبل قبضه بامر لا ينسب إلى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى

(فصل) ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام فقبض الشاة أو العبد وباعهما أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ الاول دون الثاني ولا يبطل الاخذ بالشفعة لانه كل قبل فسخ العقد ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة أو العبد أو الشقص بقيمة ذلك لتعذر رده ، وعلى الشفيع مثل الطعام لانه عوض الشقص

(مسئلة) (وعنه في الصبرة المتعينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها وان تلفت فهي من ضمان المشتري) نقلها عنه أبو الحارث والجوزجاني واختاره القاضي وأصحابه ونحوه قول مالك لقول ابن عمر مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المتباع وقد ذكرنا ذلك

(مسئلة) (وما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان تلف فهو من مال المشتري) وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه كالمكيل والموزون في ذلك كله ما عدا المكيل والموزون والمدود والمطعموم على ما ذكرنا فيه من الخلاف يجوز التصرف فيه قبل قبضه في أظهر الروايتين ويروى مثل هذا عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحكم وحامد والاوزاعي واسحاق ، وعن أحمد رواية أخرى لا يجوز بيع شيء قبل القبض اختارها ابن عقيل ، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول أبي حنيفة والشافعي الا ان أبا حنيفة اختار بيع العقار قبل قبضه وإذا قلنا بجواز التصرف فيه فتلف فهو من ضمان المشتري ، وقال أبو حنيفة كل مبيع قبل قبضه من ضمان البائع الا العقار ، وقال الشافعي

(فصل) فان قال بعتك على أن تنقذي الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري واسحاق ومحمد بن الحسن وبه قال أبو ثور اذا كان الشرط الى ثلاث ، وحكي مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وان كان عشرين ليلة ففسخ البيع ، وقال اشافعي وزفر البيه فاسد لانه علق ففسخ البيع على غير فلم يصح كما وعلقه بقدم زيد

هو من ضمان البائع في الجميع ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد مثل ذلك . واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع الطعام قبل قبضه ، وبما روي عن ابن عباس أنه قال أرى كل شيء بمنزلة الطعام (١) وبما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث يتباع حتى يحوزها التجار الى رحلم ، وروى ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حيث تقبض ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد الى مكة قال « أنهم عن بيع ما لم يقبضوا وعن رج ما لم يضمنوا » ولانه لم يتم الملك عليه فلم يحز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون .

(١) الطعام ربوي
وعليه مدار المعيشة
فلا يقاس عليه ما ليس
مثله في ذلك

ولنا على جواز بيعه قبل قبضه ما روى ابن عمر قال كنا نبيع الابل بالبيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ونبيع بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسالنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « لا بأس اذا تفرقتما وليس ينكماش شيء » وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين ، وروى ابن عمر أنه كان على بكر صعب يعني لعمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » فقال هو لك يا رسول فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد الله ابن عمر فاضع به ما شئت » وهذا ظاهر في التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملا ونقده ثمنه ثم وهبه اياه قبل قبضه ولانه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الاجارة يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ولانه مبني لا يتعلق به حق توفية فصح بيعه كاملا في يد المودع والمضارب

ولنا على أنه اذا تلف فهو من ضمان المشتري قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه وقول ابن عمر مضت السنة ان ما ادركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المتباع ، وأما احاديثهم فقد قيل لم يصح منها الاحديث الطعام وهو حجة لنا بفهمومه فان تخصيص الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على جوازه فيما سواه وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فان السبب المقتضي للملك منحقق واكثر ما فيه تخلف القبض واليد ليست شرطا في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة

(فصل) وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه قال القاضي ولو ابتاع شيئا مما يحتاج الى قبض فلقبه ببلد آخر لم يكن له أخذ بدله ان تراضيا لانه مبيع لم يقبض فان كان مما لا يحتاج الى قبض جاز أخذ البدل عنه الا أن يكون سالما لانه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه

(فصل) وكل عوض ملك بمقد يفسخ بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا والاجرة وبديل الصلح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود . ومالا يفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرف فيه قبل القبض كموض الخلع والعتر على مال وبديل الصلح عن دم العمد وأرش الجنابة وقيمة المتلف لان المقتضي للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود

ولنا أن هذا يروى عن عمر رضي الله عنه ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار ، ولأنه نوع بيع فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض كالصرف ، ولأن هذا بمعنى شرط الخيار لأنه كما يحتاج إلى التروي في البيع هل يوافقه أو لا يحتاج إلى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أولاً فها سيان في المعنى متغايران في الصورة إلا أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ وههنا ينفسخ إذا لم ينقد لأنه جعله كذلك

(فصل) والعقود على أربعة أضرب (أحدها) عقد لازم يقصد منه العوض وهو البيع وما في معناه وهو نومان (أحدهما) يثبت فيه الخياران خيار المجلس وخيار الشرط وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس والصلح بمعنى البيع والهبة بعوض على إحدى الروايتين والاجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه فهذا يثبت فيه الخيار لأن الخيار ورد في البيع وهذا في معناه ، فأما الاجارة المعينة فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط لأن دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو إلى استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز

عليه لم يجوز بناء عقد آخر عليه تجزأ من الفرر وما لا يتوهم فيه ذلك الفرر اتقى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة ، والمهر كذلك عند القاضي ، وهو قول أبي حنيفة لأن العقد لا ينفسخ بهلاكه ، وقال الشافعي لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لأنه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو بصفة بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخنوع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض فإن قبضه لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول ، فأما ماملك بارث أو وصية أو غنيمة أو تعين ملكه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالبيع المقبوض ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي وإن كان لا يمان في يد غيره ودية أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلاً فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها فهي كالتالي في يده فإن كان غصباً فقد ذكرنا حكمه

(فصل) فإن اشترى اثنان طعاماً فقبضاه ثم باع أحدهما الآخر نصيبه قبل أن يقسماه احتمل أن لا يجوز وكرهه الحسن وابن سيرين فيما يكال أو يوزن لأنه لم يقبض نصيبه منفرداً فأشبهه غير المقبوض ويحتمل الجواز لأنه مقبوض لهما يجوز بيعه لاجنبي فجاز بيعه لثريكة كسائر الاموال فإن تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله لم يجوز كما لو اشترى من رجل طعاماً فاكتاله وتفرقا ثم باعه اياه بذلك الكيل وإن لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين ذكرناهما

(فصل) وكل مالا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز فيه الشركة ولا التولية ولا الحوالة به ، وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لأنها تختص بمنثل الثمن الأول فجازت قبل القبض كالأقالة ، ولنا أن التولية والشركة من أنواع البيع فإن الشركة يبيع بعضه بقسطه من ثمنه والتولية يبيع جميعه بمنثل ثمنه فيدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ولأنه يملك لغير من هو في ذمته فأشبهه البيع ، وأما الأقالة فهي فسوخ للبيع فأشبهت الرد بالعيب ، وكذلك لا يصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة وما أشبه ذلك ولا التصرفات المنعقدة إلى القبض لأنه غير مقبوض فلا سبيل إلى اقباضه

وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال يثبت فيها الخياران قياساً على البيع وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما ، وأما الشفعة فلا خيار فيها لان المشتري يؤخذ منه المبيع قهراً والشفيع مستقل بانزاع المبيع من غير رضا صاحبه فأشبهه فسخ البيع بالرد بالعب ونحوه ، ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس لأنه قبل المبيع بثمنه فأشبهه المشتري (النوع الثاني) ما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف والسلم ويبيع مال الربا بجنسه فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة لان موضوعها على أن لا يبقى بينها علة بعد التفريق بدليل اشتراط القبض وثبوت الخيار يتي بينهما علة ويثبت فيها خيار المجلس في الصحيح من المذهب لعموم الخبر ، ولان موضوعه للنظر في الحظ في المعاوضة وهو موجود فيها وعنه لا يثبت فيها الخيار إلحاقاً بخيار الشرط (الضرب الثاني) لازم لا يقصد به الموض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيها خيار لان الخيار إنما

(مسئلة) (ويحصل القبض فيما يبيع بالكيل والوزن بكيله ووزنه)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة التخلية في ذلك قبض ، وقد روي عن احمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز لانه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضه كالعقار. ولنا ما روى عثمان بن عفان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا بعت فكل واذا ابتعت فاكتل » رواه البخاري وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله » رواه مسلم وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما يبيع كيلاً

(مسئلة) (وفي الصبرة وما ينقل بالتقل) لان ابن عمر قال كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشترى الطعام جزافاً أن لا يبيعه في مكانه حتى يحولوه ، وفي لفظ كنا نبتاع الطعام جزافاً فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتناه إلى مكان سواء قبل أن نبيعه ، وفي لفظ كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى نتقله رواه مسلم وهذا يبين أن الكيل إنما وجب فيما يبيع بالكيل ، وقد دل على ذلك أيضاً قوله عليه الصلاة والسلام « إذا سميت الكيل فكل »

(مسئلة) (وفيما يتناول بالتناول وفيما عدا ذلك بالتخلية)

وعنه أن قبض جميع الاشياء بالتخلية مع التمييز إذا كان البيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد وإن كان ثياباً فقبضها نقابها وان كان حيواناً فقبضه بمشيه من مكانه وان كان ما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لاحائل دونه ولان القبض مطلق في الشرع فيجب فيه الرجوع الى العرف كالأحراز والتفرق والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرناه

(فصل) وأجرة الكيل والوزن في المكيل والموزون على البائع لان عليه تقيض المبيع للمشتري والقبض لا يحصل الا بذلك فكان على البائع كما أن على بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة العداد في المعدودات وأما نقل المنقولات وما أشبهها فهو على المشتري لانه لا يتعلق به حق توفية نص عليه أحمد (فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لانه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولان التسليم من مقتضيات العقد فتى وجد بعه وقع موقعه كقبض الثمن

ثبت لمعرفة الحظ في كون الغوض جائزاً لما يذهب من ماله والغوض ههنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة ولان في ثبوت الخيار في النكاح ضرراً ذكرناه قبل هذا (الضرب الثالث) لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرهن فلا يثبت فيه خيار لان المرهن يستغنى بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر والراهن يستغنى بثبوت الخيار له الى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما لانهما دخلا متطوعين وراضين بالغبن وكذلك المكاتب

(الضرب الرابع) عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجمالة والوكالة والوديعة والوصية فهذه لا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها والتمكين من فسخها بأصل وضعها (الضرب الخامس) وهو متردد بين الجواز واللازم كالمساقاة والمزارعة والظاهر أنهما جائزان

(مسألة) (والاقالة فسخ يجوز في المبيع قبل قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا يجوز إلا بمثل الثمن وعنه أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك الا بمثل الثمن في أحد الوجهين

اقالة التادم مستحبة لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من أقال نادماً يبعته أقاله الله عزته يوم القيامة » رواه ابن ماجه وأبو داود ولم يقل أبو داود يوم القيامة، وهي فسخ في أصح الروايتين اختارها أبو بكر وهي مذهب الشافعي (والثانية) هي بيع وهي مذهب مالك لان المبيع عاد الى البائع على الجهة التي خرج عليها فكانت بيعاً كالاول، وكونها بمثل الثمن لا يمنع من كونها بيعاً كالتولية، وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرها فلا تثبت أحكام البيع في حقها بل يجوز في المبيع قبل قبضه وفي السلم ويثبت حكم البيع في حق الشفعة فيجوز له أخذ الشقص الذي تقابلا فيه بالشفعة ولنا أن الاقالة هي الازالة يقال أقالك الله عزتك أي أزالها فكانت فسخاً للعقد الاول بدليل جواز الاقالة في السلم مع اجماعهم على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه، ولانها مقدرة بالثمن الاول ولو كانت بيعاً لم تقدر به ولانه عاد إليه المبيع بلفظ لا يتعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب، وبدل على أبي حنيفة ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرها كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ولان حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة الى شخص دون شخص والاصل اعتبار الحقائق، فان قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده وقال أبو بكر لا بد من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة

ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو لاختلاف المتبايعين وفارق العدة فلما اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية اليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسئلتنا. وأن قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لان بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخاً لانها رفع للعقد وإزالة له وليست معاوضة فأشبهت سائر الفسوخ، ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث، وان كانت بيعاً استحقت الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعالها كالتولية. والصحيح أنها لا تجوز الا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لانها خصت بمثل الثمن كالتولية وفيه وجه آخر أنها تجوز باكثر من الثمن الاول وأقل منه كسائر البياعات فاذا

فلا يدخلها خيار وتمد قيل هما لازمان ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان ، والسبق والرمي والظاهر أنهما جمالة فلا يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد مضى ذكرها
(الضرب السادس) لازم يستقل به أحد المتعاقدين كالحوالة والاخذ بالشفعة فلا خيار فيهما لان من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، واذا لم يثبت في أحد طرفيه لم يثبت في الآخر كسائر العقود ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لانها معاوضة يقصد فيها العوض فأشبهت سائر البيع

باب الربا والصرف

الربا في اللغة هو الزيادة قال الله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (أن تكون أمة هي أربى من أمة) أي أكثر عدداً ، يقال أربى فلان على فلان اذا زاد عليه . وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة . وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (وحرم الربا) وما بعدها من الآيات

وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اجتنبوا السبع الموبقات » قيل يارسول الله ماهي ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروي عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكتابه . متفق عليهما في أخبار سوى هذين كثيره . وأجمت الامة على أن الربا محرم قلنا لا يجوز الا يمثل الثمن وأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الاقالة وكان الملك باقيا للمشتري ، وهذا قال الشافعي ، وعن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الاول ويبطل الشرط لان لفظها اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فيبطل ونفي الفسخ على مقتضاء كسائر الفسوخ ، ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فيبطل كبيع درهم بدرهمين ولان القصد بالاقالة رد كل حق إلى صاحبه فاذا اشترط زيادة أو نقصا أخرج العقد عن مقصوده فيبطل كما او باء . بشرط أن لا يسلم اليه وفارق سائر الفسوخ لانه لا يعتبر فيه الرضى منهما بل يسأل به أحدهما فاذا شرط عليه شيء لم يلزمه تمكنه من الفسخ بدونه وان شرط لنفسه شيئاً لم يلزم أيضا لانه لا يستحق أكثر من الفسخ وفي مسئلتنا لا يجوز الاقالة الا برضاها وانما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فاذا أبطلنا شرطه فات رضاه قبطل الاقالة لعدم رضاه بها

(باب الربا والصرف)

الربا في اللغة الزيادة قال الله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (أن تكون أمة هي أربى من أمة) أي أكثر عدداً ، وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (وحرم الربا) وما عداها من الآيات ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « اجتنبوا السبع الموبقات » قيل يارسول الله ماهي ؟ قال « الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروي عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكتابه متفق عليهما وأجمت الامة على أن الربا محرم .

(فصل) والربا على ضربين ربا الفضل و ربا النسيئة وأجمع أهل العلم على تحريمهما وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكى عن ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا : إنما الربا في النسيئة لقوله عليه السلام « لا ربا إلا في النسيئة » رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس ثم انه رجع إلى قول الجماعة روى ذلك الاثرم باسناده وقاله الترمذي وابن المنذر وغيرهم وقال سعيد باسناده عن أبي صالح قال صحبت ابن عباس حتى مات فوالله ما رجعت عن الصرف وعن سعيد ابن جبير قال : سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأساً وكان يأمر به . والصحيح قول الجمهور لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تتبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا غائباً بناجز » وروى أبو سعيد أيضاً قال : جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين هذا يا بلال ؟ » قال كان عندنا تمر ردي فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » متفق عليها ، قال الترمذي على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ربا إلا في النسيئة » محمول على الجنسين

(مسئلة) قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما كيل أو وزن من سائر الاشياء فلا يجوز التفاضل فيه اذا كان جنسا واحداً)

(مسئلة) (وهو نوعان ربا الفضل و ربا النسيئة)

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

(مسئلة) (فما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون ، وان كان يسيراً

قوله من سائر الاشياء يعني من جميعها وضع سائر موضع جميع تجوزا وموضوعها الاصلي لباقي الشيء ، وقد روي عن النبي ﷺ في الربا احاديث كثيرة ومن أمها ما روى عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل ، والبر بالبر مثلاً بمثل ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يبدأ بيد ، ويبعوا البر بالتمر كيف شئتم يبدأ بيد ، ويبعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يبدأ بيد » رواه مسلم ، فهذه الاعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع واختلف أهل العلم فيما سواها فحكى عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها وقالوا لا يجري في غيرها وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا ما عداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلّة وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علته ، لان القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم واثباته في كل موضع وجدت علته فيه ، وقول الله تعالى (وحرم الربا) يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه (١) وهذا يعارض ما ذكره . ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد الاسمي بن جبير فانه قال كل شيئين يتقارب الاتقاف بهما لا يجوز بيع أحدهما بالأخر متفاضلا كالخنطة بالشعير والتمر بالزبيب والذرة بالدخن لانهما يتقارب نفهما فجزيا مجرى نوعي جنس واحد وهذا يخالف قول النبي صلى الله عليه وسلم « يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يبدأ بيد ، ويبعوا البر بالتمر كيف شئتم » فلا يعول عليه ثم يبطل بالذهب بالفضة فانه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما ، واتفق المعلقون على أن علة الذهب

كتمر بتمرين وحبّة بحبّتين ، وعنه لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطوم وعنه لا يحرم إلا في ذلك إذا كان ميكلا أو موزونا)

روي عن النبي ﷺ في الربا احاديث كثيرة من أمها حديث عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل والتمر بالتمر مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً بمثل والملح بالملح مثلاً بمثل والشعير بالشعير مثلاً بمثل فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يبدأ بيد ، ويبعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يبدأ بيد ، ويبعوا البر بالتمر كيف شئتم يبدأ بيد » رواه مسلم . فهذه الاعيان الستة المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع ، واختلف أهل العلم فيما سواها فحكى عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها ، وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا ما عداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن لربا فيها بعلّة وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علته لان القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم واثباته حيث وجدت علته ولان قول الله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه وهذا يعارض ما ذكره ، ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد إلا سعيد بن جبير فانه قال : كل شيئين يتقارب الاتقاف بهما لا يجوز بيع أحدهما بالأخر متفاضلا كالخنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة والدخن لانهما يتقارب نفهما فجزى مجرى نوعي الجنس ، وهذا يخالف لقول النبي ﷺ « يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يبدأ بيد ويبعوا التمر بالبر كيف شئتم » فلا يعول عليه واتفق المعلقون على أن علة الذهب

والفضة واحدة ، وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منها فروى عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة وذكرها الخرقى وابن أبي موسى وأكثر الاصحاب وهو قول النخعي والزهرى والثوري واسحاق وأصحاب الرأي . فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوماً كان أو غير مطعوم كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والورس والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء » وهو الربا فقام اليه رجل فقال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجبية؟ بالابل فقال « لا بأس اذا كان يداً بيد » رواه الامام أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما وزن مثلاً بمثل اذا كان نوعاً واحداً ، وما كيل مثلاً بمثل اذا كان نوعاً واحداً » رواه ابن صاعد عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أحمد بن محمد بن أيوب بن محمد بن أبي بكر بن عياش عن الربيع عن صبيح عن الحسن عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال لم يروه عن أبي بكر هكذا غير محمد بن أحمد بن أيوب وخالفه غيره فرواه بلفظ آخر ، وعن عمار أنه قال العبد خير من العبدن والثوب خير من الثوبين فما كان يداً بيد فلا بأس به ، أما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن ، ولأن قضية البيع المساواة والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس فان الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فانه جائز اذا تساوى الكيل

والفضة واحدة وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منها فروى عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة كونه مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة ذكرها الخرقى وابن أبي موسى وأكثر الاصحاب وبه قال النخعي والزهرى والثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوماً كان أو غير مطعوم كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والحناء والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدونات لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء » وهو الربا فقام اليه رجل فقال : يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجبية بالابل؟ فقال « لا بأس اذا كان يداً بيد » رواه أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر ، وعن أنس أن النبي ﷺ قال « ما وزن مثلاً بمثل اذا كان نوعاً واحداً » رواه الدارقطني ، وعن عمار أنه قال : العبد خير من العبدن والثوب خير من الثوبين فما كان يداً بيد فلا بأس به ، أما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن ، ولأن قضية البيع المساواة والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس فان الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فانه جائز اذا تساوى

(والرواية الثانية) أن العلة في الأمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ما عداها ، قال أبو بكر روي ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو هذا قال الشافعي فإنه قال العلة الطعم والجنس شرط ، والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة لما روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام الا مثلاً بمثل . رواه مسلم ، ولأن الطعم وصف شرف إذ به قوام الابدان ، والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الاموال فيقتضي التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة في الأمان الوزن لم يحز اسلامهما في الموزونات لان أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء (والرواية الثالثة) العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس ميكلا أو موزوناً فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والخوخ والبطيخ والكنتري والاترج والسفرجل والاجاص والخيار والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والاشنان والحديد والرصاص ونحوه ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدراقطني وقال الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعه فقد وهم ، ولأن لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ، ولأن الدليل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المائلة وإنما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه والطعم بمجرد تحقق المائلة به لعدم المعيار الشرعي فيه وإنما تجب المائلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً فوجب أن يكون الطعم معتبراً في

في الكيل (والرواية الثانية) أن العلة في الأمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ما عداها . قال أبو بكر روي ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو ذلك قول الشافعي فإنه قال : العلة الطعم والجنس شرط والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة لما روى معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام الا مثلاً بمثل رواه مسلم ، ولأن الطعم وصف شرف اذ به قوام الابدان ، والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الاموال فيقتضي التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة في الأمان الوزن لم يحز اسلامهما في الموزونات لان أحد وصفي علة الربا يكفي في تحريم النساء (والرواية الثالثة) العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس ميكلا أو موزوناً فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والبطيخ والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والاشنان والحديد ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدراقطني وقال : الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعه فقد وهم ، ولأن لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ولأن الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المائلة وإنما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه ، والطعم بمجرد تحقق المائلة به لعدم المعيار الشرعي فيه ، وإنما تجب المائلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً فوجب ان يكون الطعم معتبراً في المكيل

المكيل والموزون دون غيرها والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقيد كل واحد منها بالآخر ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام الا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي وهو الكيل والوزن ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعم المنهي عن التفاضل فيه ، وقال مالك العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة يجري الربا فيما يجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين الجنس الواحد علة وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالافراس والتجبية بالابل « لا بأس به اذا كان يدأ بيد » وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم اتباع عبدأ بعبدين رواه أبو داود والترمذي وقال هو حديث حسن صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده (١) وتعامل ربيعة انعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة والحاصل أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن والخل واللبن واللحم ونحوه وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر هذا قول علماء الامصار في القديم والحديث سوى قتادة فإنه بلغني أنه شذ عن جماعة الناس فقصر تحريم التفاضل على الستة الاشياء ، وما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم كالتين والنوى والقت والماء والطين الارمني فإنه يؤكل دواء فيكون موزوناً ما كولا فهو اذا من القسم الاول وما عداها انما يؤكل سفها فجرى مجرى الرمل والحصا وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة « لا تأكلين الطين فإنه يصفرون اللون » وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن من جنس واحد ففيه روايتان واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله تعالى حله إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها

والموزون دون غيرها ، والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقيد كل واحد منها بالآخر فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي من كيل أو وزن ، ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعم المنهي عن التفاضل فيه وهذا اختيار شيخنا ، وقال مالك العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة يجري الربا فيما يجب فيه الزكاة دون غيره . وقال ابن سيرين في الجنس الواحد . وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالافراس والتجبية بالابل « لا بأس إذا كان يدأ بيد » وروي أن النبي ﷺ اتباع عبدأ بعبدين رواه أبو داود والترمذي وقال : هو حديث صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده ، وتعامل ربيعة انعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة . فالحاصل ان ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن واللبن ونحوه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر هذا قول علماء الامصار في القديم والحديث ، وما يعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة ، وهو قول أكثر أهل العلم وذلك كالتين والنوى والقت والماء ، والطين الارمني فإنه يؤكل دواء فيكون موزوناً ما كولا فهو إذا من القسم الاول وما عداها انما يؤكل سفها فجرى مجرى الرمل والحصا . وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل والوزن من جنس واحد ففيه روايتان ، واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله حله اذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها يعارض

(١) فيه أنه

أراد ما يصلح به القوت والملح والادام والحطب ونحوه من الوقود لم يسمه أحد مصححاً للطعام ، فالحق أن قول مالك هو المعقول الموافق لنص الحديث ، فلا يقاس على الستة الاشياء الا ما حل محلها في كونه معياراً للاثمان والمعاملات كالنقدين او قوتاً غالباً يدخر ومجرد الطعم او الكيل والوزن لا يصلح علة لهذا التضييق على عباد الله ولو ارادها الشارع لعبر بها فأوجز واختصر

يعارض بعضها بعضاً فوجب اطراحها أو الجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار. ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتاً كالارز والذرة والدخن أو أدماء كالقطنيات والبن والحجم، أو تفكها كالثمار أو تداوياً كالأهليلج والسقمونيا فان الكل في باب الربا واحد (فصل) وقوله ما كيل أو وزن أي ما كان جنسه مكيلاً أو موزوناً وإن لم يتأت فيه كيل ولا وزن إما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفتين وما دون الارزة من الذهب والفضة، أو لسكثته كالزبرة العظيمة فانه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل ومحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذي لا يتأتى كيله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، من زاد أو ازداد فقد أربى» ولان ماجرى الربا في كثيره جرى في قليله كالموزون

(فصل) ولا يجوز بيع ثمرة بثمرة ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري ولا أعلمه منصوصاً عليه ولكنه قياس قولهم لان ما أصله الكيل لا تجزي المائتة في غيره

(فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والا برسم (١) فالنصوص عن أحمد في الثياب والا كسبة أنه لا تجزي فيها الربا فانه قال لا بأس بالثوب بالثوبين والنكساء بالنكساء وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال لا يباع الفاس بالفلسين ولا السكين بالسكينين، ولا ابرة بابرتين أصله الوزن، ونقل القاضي حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى فجعل

(١) كثرت أنواع الموازين في عصرنا فصار كل شيء يوزن كما يشير إليه قوله تعالى (وأنبتنا فيها من كل شيء موزن) فكيف يحكمون موازينهم في أحكام الشرع العامة؟

بعضها بعضاً فوجب اطراحها والجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار، ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتاً كالارز والذرة أو أدماء كالقطنيات واللحم والبن أو تفكها كالثمار أو تداوياً كالأهليلج والسقمونيا فان الكل في باب الربا واحد (فصل) وقوله في كل مكيل أو موزون أي ما كان جنسه مكيلاً أو موزوناً وإن لم يتأت فيه كيل ولا وزن اما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفتين وما دون الارزة من الذهب والفضة أو لسكثته كالزبرة العظيمة فانه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل ومحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر، ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذي لا يتأتى كيله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً بمثل من زاد أو ازداد فقد أربى» ولان ماجرى الربا في كثيره جرى في قليله كالموزون ولا يجوز بيع ثمرة بثمرة ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري لان ما أصله الكيل لا تجزي المائتة في غيره

(فصل) اما ما لا وزن للصناعة فيه كعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والحزير فالنصوص عن أحمد في الثياب والا كسبة انه لا تجزي فيه الربا فانه قال لا بأس بالثوب بالثوبين والنكساء بالنكساء وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال لا يباع الفاس بالفلسين ولا السكين بالسكينين ولا الابرة بالابرتين أصله الوزن ونقل القاضي حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى فجعل

فيها جميعا روايتين (احدهما) لا يجري في الجميع وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم لأنه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النقص والاجماع فيه (والثانية) يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لأن أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز ، وذكر أن اختيار القاضي أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا وما لا فلا (فصل) ويجري الربا في لحم الطير ، وعن أبي يوسف لا يجري فيه لأنه يباع بغير وزن . ولنا أنه لم يجزى فيه الربا كسائر اللحان وقوله لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ويقصد ثقله ويختلف قيمته بثقله وخفته فأشبه ما يباع من الخبز بالعدد

(فصل) والحديد والرديء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وتحريره مع التفاضل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر أصحابه ذلك ونفوه عنه ، وحكي بعض أصحابنا عن أحمد رواية لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة ، ولأن للصناعة قيمة بدليل حالة الاتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب . ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل » وعن عبادة عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبي الأشعث أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى »

الجميع روايتين (احدهما) لا يجري في الجميع وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم لأنه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النقص والاجماع فيه (والثانية) يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لأن أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز ، وذكر أن اختيار القاضي أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا والا فلا

(فصل) ويجري الربا في لحم الطير وعن أبي يوسف لا يجري فيه لأنه يباع بغير وزن . ولنا أنه لم يفسد سائر اللحان وقوله لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ويقصد ثقله ويختلف قيمته بثقله وخفته أشبه ما يباع من الخبز عدداً

(فصل) والحديد والرديء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وهذا قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر ذلك أصحابه ، وحكي بعض أصحابنا عن أحمد رواية أنه لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة لأن للصناعة قيمة بدليل حالة الاتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل » وعن عبادة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود وروى مسلم عن أبي الأشعث أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقدم فقال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين (الجزء الرابع)

وروى الاثرم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها، فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الامتلا بمثل، ثم قدم أبو الدرداء على عمر ابن الخطاب رضي الله عنهما فذكر له ذلك، فكتب عمر الى معاوية لا تتبع ذلك الامتلا بمثل وزنا بوزن، ولانها تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالجيد والرديء، فأما إن قال لصائع صنع لي خاتما وزنه درهم وأعطيتك مثل وزنه وأجرتك درهما فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين، وقال أصحابنا للصائع أخذ الدرهمين (أحدهما) في مقابلة الخاتم (والثاني) أجرة له

(فصل) وكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء بغير خلاف نعلمه وبحرم التفرق قبل القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم «عينا بعين» وقوله «يدأ بيد» ولان تحريم النساء أكد، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

مسئلة قال (وما كان من جنسين فجواز التفاضل فيه يدايد ولا يجوز نسبة)

لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه الا عن سعيد بن جبير أنه قال: ما يتقارب الاتفاق بهما لا يجوز التفاضل فيها وهذا رده قول النبي صلى الله عليه وسلم «بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدايد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدايد، وبيعوا الشعير بالشعير كيف شئتم يدايد» وفي لفظ «إذا اختلفت هذه الاشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدايد» رواه مسلم وأبو داود، ولانها جنسان فجاز التفاضل فيها كالموزون المتباعدت منافعهما ولا خلاف في اباحة التفاضل في الذهب بالفضة مع تقارب منافعهما، فأما النساء فكل جنسين يجري فيها الربا بعتة واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون والمطعوم بالمطعوم عند من يعمل به فانه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء بغير خلاف نعلمه وذلك لقوله عليه السلام «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يدايد» وفي لفظ «لا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يدايد وأما نسبة فلا، ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يدايد وأما النسبة فلا» رواه أبو داود الا أن يكون أحد العوضين ثمتا والاخر مثنما فانه يجوز للنساء بينهما بغير خلاف لان الشرع أرخص في السلم والاصل في رأس المال الدراهم والدنانير فلوحرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب، فأما ان اختلفت عليهما كالمكيل بالموزون مثل بيع اللحم بالبر ففيهما روايتان (أحدهما) يحرم النساء فيها وهو الذي ذكره الحرقي ههنا لانها مالان من أموال الربا فحرم النساء فيها كالمكيل بالمكيل (والثانية) يجوز النساء فيها وهو قول النخعي لانها لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل فجاز انساء فيها كالتياب بالحيوان

(فصل) وإذا باع شيئا من مال الربا بغير جنسه وعلة ربا الفضل فيها واحدة لم يجز التفرق قبل القبض، فان فعلا بطل انعقد وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يشترط اشتقاقها فيها كغير أموال الربا وكبيع ذلك بأحد النقيدين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر

بعين فمن زاد أو ازداد فقد أرى» وروى الاثرم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الامتلا بمثل ولانها تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالجيد بالرديء فأما ان قال لصائع

بالتمر والملح والملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد » رواه مسلم وقال عليه السلام « فاذا اختلفت هذه الاصناف فيموا كيف شتم يدا بيد » وروى مالك بن أوس بن الحدثان أنه التمس صرفا بمائة دينار قال فدعا بني طلحة بن عبيد الله فتراوضا حتى اصطرف مني فأخذ يلقبها في يديه ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر بسمع ذلك فقال لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء ، والبر بالبر ربا الاهاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء » متفق عليه والمراد به القبض بدليل أن المراد به ذلك في الذهب والفضة ولهذا فسره عمر به ولانها مالان من أموال الربا عليهما واحدة فحرم التفرق فيها قبل القبض كالذهب بالفضة فأما إن اختلفت عليهما كالمكيل بالموزون عند من يعلل بهما فقال أبو الخطاب يجوز التفرق فيها قبل القبض رواية واحدة لان عليهما مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ، وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يتصور عنده ذلك الا في بيع الأثمان بغيرها ، ويحتمل كلام الحرفي وجوب التقاض على كل حال لقوله « يدا بيد »

(مسئلة) قال (وما كان مما لا يكال ولا يوزن بجائز التفاضل فيه يدا بيد ولا يجوز نسبته)

اختلفت الرواية في تحريم النساء في غير المكيل والموزون على أربع روايات (احداهن) لا يحرم النساء في شيء من ذلك سواء يبيع بجنسه أو بغيره متساويا أو متفاضلا الا على قولنا ان العلة الطعم فيحرم النساء في المطعوم ولا يحرم في غيره ، وهذا مذهب الشافعي واختار القاضي هذه الرواية لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجيز جيشا فنفت الابل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة . رواه أبو داود وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد أن عليا باع بعيرا له يقال له عصيفير بأربعة أبرة الى أجل ، ولانها مالان لا يجزي فيها ربا الفضل فجاز النساء فيها كالعرض بالدينار ولان النساء أحد نوعي الربا فلم يجز في الاموال كلها كالتنوع الآخر (والرواية الثانية) يحرم النساء في كل مال يبيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم في غير ذلك ، وهذا مذهب أبي حنيفة وعن كره يبيع الحيوان بالحيوان نساء ابن الحنفية وعبد الله بن عمر وعطاء وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري ، وروي ذلك عن عمار وابن عمر لما روى سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبته قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . ولان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالمكيل والوزن (والثالثة) لا يحرم النساء الا فيما يبيع بجنسه متفاضلا فاما مع التماثل فلا لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يدا بيد » قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى ابن عمر أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والتجبية بالابل فقال « لا بأس إذا كان يدا بيد » من المسند وهذا يدل على اباحة النساء مع التماثل بمفهومه (والرابعة) يحرم النساء في كل مال يبيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، وهذا

اصنع لي خاتما وزنه درهم وأعطيك مثل زنته وأجرتك درهما فليس ذلك يبيع درهم بدرهمين ، وقال اصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين أحدهما في مقابلة الخاتم والباقي أجرة له

ظاهر كلام الحرقى ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة لأنه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينها كالجنتين من أموال الربا، قال القاضي فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم العروض نقدا والدرهم نسيئة جاز وإن كانت الدراهم نقدا والعروض نسيئة لم يجز لأنه يفضي إلى النسيئة في العروض وهذه الرواية ضعيفة جدا لأنه اثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح فإن في المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار وما هذا سببه لا يجوز اثبات الحكم فيه وإن لم يخالف أصلا فكيف ثبتت مع مخالفة الأصل في حل البيع؟ وأصح الروايات هي الأولى لموافقها الأصل، والاحاديث المخالفة لها قال أبو عبد الله ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجبي أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال هما مرسلان وحديث سمرة يرويه الحسن عن سمرة قال الأثرم قال أبو عبد الله لا يصح سماع الحسن من سمرة وحديث جابر قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء وليث بن سعد سمعه من أبي الزبير ولا يذكر فيه نساء وحجاج هذا هو حجاج بن أرطاة قال يعقوب بن شيبة هو وأمي الحديث وهو صدوق . وإن كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه والآخريه ربا كالمكيل بالمعدود ففيه روايتان (أحدهما) يحرم النساء فيها (والثانية) لا يحرم كما لو باع معدودا بمعدود من غير جنسه

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يباع شيء من الرطب يابس من جنسه إلا العرايا)

أراد الرطب مما يجري فيه الربا كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب واللبن بالحين والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة أو المقلية بالنسيئة ونحو ذلك ، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابن عبد البر جمهور علماء المسلمين على أن يبيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال ، وقال أبو حنيفة يجوز ذلك لأنه لا يخلو أما أن يكون من جنسه فيجوز لقوله عليه السلام « التمر بالتمر مثلا بمثل » أو من غير جنسه فيجوز لقوله عليه السلام « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » ولنا قوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر » وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العربية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا متفق عليه وعن سعد بن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال « أينقص الرطب إذا يبس ؟ » قالوا نعم فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود والأثرم وابن ماجه ولفظ رواية الأثرم قال (فلا إذن) نهى وعلل بأنه ينقص إذا يبس وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمزبنة يبيع الرطب بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا ولأنه جنس فيه الربا يبيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالتقصان فلم يجز كبيع المقلية بالنسيئة. ولا يلزم الحديث بالعتيق لأن التفاوت يسير قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر وقال زيد أبو عياش راويه ضعيف وليس الأمر على ما توهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ وهو لا يروي عن متروك الحديث (فصل) فأما يبيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم، ومنع منه الشافعي فيما يبس فأما ما لا يبس كالقتاء والخيار ونحوه فعلى قولين لأنه

(فصل) وكل ما حرم فيه ربا الفضل حرم فيه النساء بغير خلاف علمناه ، ويحرم التفرق قبل القبض أقول النبي صلى الله عليه وسلم « عيناً بين » وقوله « يداً بيد » ولأن تحريم النساء أكد ولذلك جرى في

لا يعلم تساويهما حالة الادخار فاشبهه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العكبري من أصحابنا الى هذا وحمل كلام الحرقي عليه لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً ويجوز اذا تنأى جفاه مثلاً بمثل ومفهوم كلام الحرقي هنا إباحة ذلك لان مفهوم يبيعه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر لإباحة بيع كل واحد منهما بمثله ولائها تساويها في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالتقصان لحجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في مناه فبقي على العموم وما ذكره لا يصح فان التفاوت كثير وينفرد أحدهما بالتقصان بخلاف مسئلتنا ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق لان التفاوت في ذلك يسير ولا يمكن ضبطه فيعنى عنه .

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ولا ما أصله الوزن كيلاً)

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المائلة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها وإن لم يوجد لم يصح البيع وإن تساوى في غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور أهل العلم لانعلم أجداً خالفهم الا مالك قال يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافاً ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، والبر بالبر كيلاً بكيل ، والشعير بالشعير كيلاً بكيل » رواه الاثرم في حديث عبادة ، ورواه أبو داود ولفظه « البر بالبر مدي بمدي ، والشعير بالشعير مدي بمدي ، والملح بالملح مدي بمدي ، فن زاد أو ازداد فقد أربى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات في الكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ومشبه بهما ، ولأنه جنس يجري فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً كالمكيل ، ولأنه موزون من أموال الربا فأشبهه الذهب والفضة ولان حقيقة الفضل مبطله للبيع ولا تعلم عدم ذلك الا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والأمان ، اذا ثبت هذا فانه لا

الجنسين المختلفين فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

﴿ مسألة ﴾ (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ولا ما أصله الوزن كيلاً)

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المائلة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها وان لم يوجد لم يصح البيع وهذا قول أبي حنيفة والشافعي واكثر أهل العلم . وقال مالك يجوز بيع بعض الموزونات ببعض جزافاً . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن والفضة بالفضة وزناً بوزن والبر بالبر كيلاً بكيل والشعير بالشعير كيلاً بكيل » رواه الاثرم عن عبادة ورواه أبو داود وفي لفظ « البر بالبر مداً بمد والشعير بالشعير مداً بمد فن زاد أو ازداد فقد أربى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات بالمكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ولانه جنس يجري فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً كالمكيل ولان حقيقة الفضل مبطله للبيع ولا يعلم عدم ذلك الا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والأمان اذا ثبت هذا فانه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً ولا يبيع الموزون بالموزون كيلاً لان التماثل في

يجوز بيع المكيل بالمكيل وزنا ، ولا يبيع الموزون بالموزون كيلا لان التماثل في الكيل مشترك في المكيل ، وفي الوزن في الموزون ، فتمت باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه بعض جزافا ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالكيل فلا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل) ولو باع بعضه بعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز إذا كانا من صنف واحد وذلك لما روى مسلم عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلاها بالكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن » إلى تمام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه الا كذلك ، ولان التماثل شرط والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل

(فصل) ومالا يشترط التماثل فيه كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه بعض كيلا ووزنا وجزافا وهذا ظاهر كلام الحرقي لتخصيصه ما يكال بمنع بيعه بشيء من جنسه وزنا ، وما يوزن بمنع بيعه من جنسه كيلا وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدري كم كيل هذه ولا كيف هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب جماعة من أصحابنا الى منع بيع المكيل بالمكيل جزافا وبيع الموزون بالموزون جزافا ، وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم أكره ذلك . قال ابن أبي موسى لا خير فيما يكال بما يكال جزافا ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا اتفقت

الكيل مشترك في المكيل وفي الوزن في الموزون وقد عدت ولانه متى باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وان لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه بعض جزافا . وكذلك اذا باع الموزون بالموزون بالكيل لا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل) ولو باع بعضه بعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن ذلك لا يجوز إذا كانا من صنف واحد لما روى مسلم عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلاها بالكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن » الى تمام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه الا كذلك ولان التماثل شرط والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل

﴿ مسألة ﴾ قال (فان اختلف الجنس جاز بيع بعضه بعض كيلا ووزنا وجزافا)

مالا يشترط فيه التماثل كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه بعض كيلا ووزنا وجزافا وهذا ظاهر كلام الحرقي وهو قول أكثر العلماء قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدري كم كيل هذه ولا كم كيل هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب بعض أصحابنا الى منع بيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون جزافا ، وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم أكره

الاجناس أو اختلفت، ولا بأس ببيع المكييل بالموزون جزافاً ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة ولانه يبيع مكييل بمكييل أشبه الجنس الواحد ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فيبيعوا كيف شئتم بدأ يد » ولان قول الله تعالى (وأحل الله البيع) عام خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثل فيه ففيما عداه يجب البقاء على العموم ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافاً من الطرفين كالمكييل بالموزون . يحققة أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً وحديثهم أراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض الفاظه « نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكييلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكييلها من التمر » ثم هو مخصوص بالمكييل والموزون فتقيس عليه محل النزاع وما ذكر من القياس غير صحيح لان المكييل من جنس واحد يجب التماثل فيه فتم من بيعه مجازفة لفوات المائلة المشروطة وفي الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً .

(فصل) ولو قال بتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما لم يصح لما ذكرنا وان علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترك وان قال بتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلاً بمثل فكيلتا فكاتنا سواء صح البيع والا فلا ، وان باع صبرة بصبرة من غير جنسها صح عند من يجوز بيع المكييل بالمكييل جزافاً ، وان قال بتك هذه الصبرة بهذه مثلاً بمثل فكيلتا فكاتنا سواء صح البيع . وان زادت احدهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وان امتنع فسخ البيع بينهما ذكر هذا الفصل القاضي وهو مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز قسم المكييل وزناً وقسم الموزون كيلا وقسم الثمار خرصاً وقسم مالا يجوز بيع بعضه ببعض لان القسمة افراز حق وليست بيعاً ، ونقل عن ابن بطة ما يدل على أنها بيع فيثبت فيها أحكام البيع ويمنع فيها ما ذكرناه لان كل جزء من ذلك مشترك بينهما فاذا تعين لكل واحد منها حق فقد

ذلك قال ابن أبي موسى : لا خير فيما يكال بما يكال جزافاً ، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافاً . اتفقت الاجناس أو اختلفت ولا بأس ببيع المكييل بالموزون جزافاً ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر قالوا لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة وقياساً على الجنس الواحد ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فيبيعوا كيف شئتم بدأ يد » ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافاً كالمكييل بالموزون، يحققة أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يمنع وحديثهم أراد به الجنس الواحد ، ولهذا جاء في بعض الفاظه : نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكييلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكييلها من التمر . ثم هو مخصوص بالمكييل بالموزون فتقيس عليه محل النزاع والقياس لا يصح لان الجنس الواحد يجب التماثل فيه فتم من بيعه مجازفة لفوات المائلة المشروطة وفي الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى

(فصل) إذا قال بتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد وقد علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترك ، وان قال بتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلاً بمثل فكيلتا فكاتنا سواء صح البيع ، وان زادت إحداها فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وان امتنع فسخ البيع بينهما ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي

اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه وللشافعي قولان كالذهبيين ، والظاهر أنها أفراز حق بدليل اعتبار تعديل السهام ودخول القرعة فيها ولزومها بها والاحبار عليها وأنها لا تقتصر الى لفظ بيع ولا تملك ولا يدخلها خيار ولا تجوز الا بقدر الحقين ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم ، وتفاير الاحكام والاسماء دليل على اختلافهما ، وروي عن ابن عباس أنه قال قسمت الصحابة رضي الله عنهم الفنائم بالحجف وذلك كيلا الأمان بمحضر من جماعة كثيرة منهم وانتشر في بقيتهم فلم ينكر فصار اجماعا على ما قلناه .

(فصل) في معرفة المسكيل والموزون والمرجع في ذلك الى العرف بالحجاز في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وهذا قال الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة أن الاعتبار في كل بلد بعادته ، ولنا ما روي عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «الكيال ميكال المدينة والميزان ميزان مكة» والنبي صلى الله عليه وسلم إنما يحمل كلامه على بيان الاحكام ولان ما كان ميكلا بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم في قاضل الكيل اليه فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا الموزون ، وما لا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين (أحدهما) يرد الى أقرب الاشياء شها به بالحجاز كما ان الحوادث ترد الى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس (والثاني) يعتبر عرفه في موضعه فان لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه الى العرف كالتقص والاحراز والتفريق وهذا قول أبي حنيفة ، وعلى هذا ان اختلفت البلاد فالاعتبار بالغالب فان لم يكن غالب بطل هذا الوجه وتعين الاول ومذهب الشافعي على هذين الوجهين ، فالبر والشعير ميكلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم «البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل» وكذلك سائر الحبوب والابازير والاشنان والحص والتورة وما أشبهها . والتمر ميكل وهو من المنصوص عليه وكذلك سائر تمر التخيل من الرطب والبسر وغيرهما وسائر ما يجب فيه الزكاة من التمار مثل الزبيب والفتق والبندق والعناب والمشمس والبطم والزيتون واللوز . والملح ميكل وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام «الملح بالملح مدي مدي» والذهب والفضة موزونان ثبت ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم «الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن» وكذلك ما أشبههما من جواهر الارض كالخديد والنحاس والعصفور والرصاص والزجاج والزئبق ومنه الابريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ومنه الخبز واللحم والشحم والحين والزبد والشمع وما أشبهه . وكذلك الزعفران والعصفور والورس وما أشبه ذلك

﴿مسئلة﴾ (والجنس ماله اسم خاص يشتمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح) الجنس الشامل لاشياء مختلفة بانواعها ، والنوع الشامل لاشياء مختلفة بأشخاصها ، وقد يكون النوع جنسا بالنسبة الى ماتحته والجنس نوعا بالنسبة الى ما فوقه . والمراد ههنا الجنس الاخص والتوع الاخص فكل نوعين اجتماعا في اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الخنطة وأنواع الشعير فالتمر وكلها جنس وان كثرت أنواعها كالبرني والمقلي وغيرها وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل ، وان اختلفت الانواع لما ذكرنا من قول النبي ﷺ «التمر بالتمر مثلا بمثل» الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ثم قال «فاذا اختلفت هذه الاجناس فبيعوا كيف شئتم»

(فصل) واختلفت الرواية في البر والشعير فظاهر المذهب أنهما جنسان وهو قول الثوري

(فصل) والدقيق والسويق مكيلان لان اصلهما مكيل ولم يوجد ما ينقلها عنه ولانها يشبهان ما يكال ، وذكر القاضي في الدقيق انه يجوز بيع بعضه ببعض بالوزن ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلاً وهو موزون كالخبز. ولنا ما ذكرناه ولا نه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطرة صاع من دقيق، وقد جاء في الحديث والصاع انما يقدر به المكيلات، وعلى هذا يكون الأقط مكيلاً لأن في حديث صدقة الفطر صاع من أقط (فصل) فأما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والاعسل والحل والدبس ونحو ذلك فالظاهر أنها مكيلة. قال القاضي في الادهان هي مكيلة ، وفي اللبن صح السلم فيه كيلاً ، وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن بعضه ببعض الا كيلاً ، وقد روي عن أحمد أنه سئل عن السلف في اللبن فقال نعم كيلاً أو وزناً وذلك لان الماء مقدر بالصاع، ولذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالماء ويغتسل بالصاع ، ويغتسل هو وبعض نسائه من الفرق، وهذه مكييل قدرها الماء وكذلك سائر المائعات وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما في ضرع الانعام إلا بالكيل. رواه ابن ماجه، وأما غير المكيل والموزون فسلم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه العرف بذلك كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والخيار وسائر الخضراوات والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى ونحوها فهذه المعدودات اذا اعتبرنا التماثل فيها فانه يعتبر التماثل في الوزن لانه أخصر . ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كيله بالكيل ، ولان الاصل الاعيان الاربعة وهي مكيلة ومن شأن الفرع أن يرد إلى أصله بحكمه والاصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعها . ولنا أن الوزن أخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كيله ، وانما اعتبر الكيل في المتصوص عليه لانه يقدر به في العادة وهذا بخلافه

﴿مسئلة﴾ قال (والتمر كلها جنس وإن اختلفت أنواعها)

الجنس هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها، والنوع الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة إلى ما تحته نوماً بالنسبة إلى ما فوقه، والمراد هنا الجنس الاخص والنوع الاخص فكل نوعين اجتماعاً في اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الخنطة فالتمر كلها جنس واحد لان الاسم الخاص يجمعها وهو التمر وان كثرت أنواعه كالبرني والعقلي والابراهيمي والحاستوي

والشافعي وأصحاب الرأي وعنه أنهما جنس واحد « يروي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن ابن الاسود بن عبد يغوث والحكم وحامد ومالك والليث لما روي عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قح فقال : به ثم اشتر به شعيراً ، فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع فلما جاء معمر أخبره فقال معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذن الا مثلاً بمثل فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير . قيل فانه ليس بمثل قال اني أخاف أن يضارع . أخرجه مسلم ولان أحدهما يعتبر بالآخر فكانا كنوعين الجنس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يبعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع

وغيرها ، وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيها حكم الشرع بتحريم التفاضل وإن اختلفت الأنواع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلاً ، والبر بالبر مثلاً» الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ، ثم قال «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيغوا كيف شئتم» وفي لفظ «فاذا اختلف الجنسان فبيغوا كيف شئتم» وفي لفظ «الا ما اختلفت ألوانه» ولا خلاف بين أهل العلم علمناه في وجوب المساواة في التمر بالتمر وسائر ما ذكر في الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها

(فصل) فان كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين فهما جنسان كالادقة والابخاز والحلول والادهان ، وعصير الاشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل الغناب جنس وحكي ذلك عن مالك لأن الاسم الخاص يجمعهما ، والصحيح أنهما جنسان لأنهما من أصلين مختلفين فكأننا جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الشعير وما ذكر للرواية الأخرى من تنقض بسائر فروع الاصول التي ذكرناها ، وكل نوع مبني على أصله فاذا كان شيان من أصلين فهما جنسان فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ، ودهن السمك والشيرج ودهن الجوز ودهن اللوز والبرز أجناس ، وعسل النحل وعسل القصب جنسان ، وتمر النخل وتمر الهند جنسان . وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس واحد وإن اختلفت مقاصدها ، فدهن الورد والبنفسج والزئبق ودهن الياسمين اذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعي وله قول آخر لا يجري الربا فيها لأنها لا تقصد للأكل ، وقال أبو حنيفة هي أجناس لأن مقاصدها مختلفة . ولنا أنها كلها شيرج وإنما طيبت بهذه الرياحين فنسبت إليها فلم نصر أجناساً كما لو طيب سائر أنواع الأجناس ، وقولهم لا تقصد الرياحين للأكل قلنا هي صالحة للأكل وإنما تعد لما هو أعلى منه فلا تخرج عن كونها ما كولة بصلاحتها لغيره وقولهم أنها أجناس لا يصح لأنها من أصل واحد ويشملها اسم واحد فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة (فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملاً على جنسين كالتمر يشتمل على انثوى وغيره وهما جنسان ، واللبن يشتمل على المحيض والزبد وهما جنسان فإدما متصين اتصال الحلقة فهما جنس واحد فاذا ميز أحدهما من الآخر صاروا جنسين حكمهما حكم الجنسين الأصليين

(فصل) في بيع التمر بالتمر وفروعه . يجوز بيع التمر بالتمر كيلاً بكيل بغير خلاف وسواء تساوي في الجودة والرداءة وفي كونها ينسكبسان في المكيال أو اختلفا في ذلك ، قيل لأحمد ساع بمساع بصاع تمر وأحد التميرين يدخل في المكيال منه أكثر ، فقال إنما هو صاع بصاع وذلك لقول النبي

البر بالشعير والشعير بالبر هما يدأ بيد وأما نسيئة فلا - وفي لفظ - فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيغوا كيف شئتم» وهذا صريح لا يجوز تركه بغير معارض مثله وحديث معمر لا بد فيه من اضرار الجنس. بدليل سائر أجناس الطعام ، ويحتمل أنه أراد الطعام المعبود عندهم وهو نسيئة فإنه قال في الخبر وكان طعامنا يومئذ الشعير ثم لو كان عاماً لوجب تقديم الخاص الصريح عليه وقيل معمر وقوله لا يعارض به فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقياسهم منقوض بالذهب والنضبة

(مسئلة) (وفروع الأجناس أجناس كالادقة والابخاز والادهان)

إذا كان المشتركان في الاسم الخاص من جنسين فهما جنسان كالادقة والابخاز والحلول والادهان وعصير الاشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل

صلى الله عليه وسلم « التبر بالتمر مدي بمدى - ثم قال - من زاد أو ازداد فقد أربى » فان كان في كل واحد منها نواه جاز بيعه متساويا بغير خلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أن التمر يكون فيه النوى وإن زرع من كل واحد منهما نواه جاز أيضاً ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لانهما لم يتساويا في حال الكمال ولانه يتجافى في المكيال

وانا قول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مدي بمدى » ولانهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالتقصان فجاز كما لو كان في كل واحد منهما نواه ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا لذلك، واذ باع عمراً مزروع النوى بتمر نواه فيه لم يجز لاشتغال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر، وان زرع النوى ثم بلع النوى والتمر بنوى وعمر لم يجز لانه زالت التبعية بزعه فصار كبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة، وإن باع النوى بتمر مزروع النوى جاز متفاضلا ومتساويا لانهما جنسان ، وان باع النوى بتمر نواه فيه فعلى روايتين منع منه في رواية مهنا وأحمد بن القاسم لان في التمر نوى فيصير كمد عجوة ، وكالو باع عمراً فيه نواه بتمر مزروع النوى وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ، ولان النوى في التمر غير مقصود ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما نواه وصار هذا كبيع دار بموهمة فقها بالذهب بذهب فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلا ومتساويا لان النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بمزروع النوى (فصل) ويصنع من التمر الدبس والحل والناطف والقطارة ولا يجوز بيع التمر بشيء منها لان مع بعضها من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد ، ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معها شيئاً مقصوداً من جنسها فينزل منزلة مدعجوة ، ويجوز بيع القطارة والدبس والحل كل نوع بعضه ببعض متساويا ، قال أحمد في رواية مهنا في خل الدقل يجوز بيع بعضه ببعض متساويا وذلك لان الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالحبز بالحبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ، ولا يباع نوع بنوع آخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي إلى التفاضل (فصل) والغلب كالتمر في ما ذكرناه إلا أنه لا يباع خل الغلب بخل الزبيب لانفراد كل واحد منهما بما ليس من جنسه ، ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض

﴿ مسألة ﴾ قال (والبر والشعير جنسان)

هذا هو المذهب وبه يقول الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنها جنس واحد وحكي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الاسود بن عبد نفوس وابن

الغلب جنس وحكي أيضاً عن مالك لان الاسم الخاص يجمعهما. والصحيح الاول لانهما من جنسين مختلفين فكانا جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الدخن وما ذكره للرواية الاخرى منقوض بسائر فروع الاصول التي ذكرناها، فكل فرع مبني على أصله فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ودهن السمك والشيرج والجوز واللوز والبزر أجناس ، وعسل النحل وعسل القصب جنسان وتمر النخل والهند جنسان ، وكل شيئ أصليها واحد فهما جنس وان اختلفت مقاصدها، فدهن الورد والبنفسج والزئبق والياسمين اذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد وهذا الصحيح من مذهب الشافعي ، وله قول آخر لا يجري الربا فيها لانه لا تقصد للاكل ، وقال أبو حنيفة هي أجناس لاختلاف

معيقيب الدوسي والحكم وحماد ومالك والليث لما روي عن معمر بن عبدالله أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال به تم اشتر به شعيراً فذهب الغلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمر أخبره بذلك فقال له معمر لم فعلت ذلك ؟ انطلق فردّه ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير قيل فانه ليس بمثله قال اني أخاف أن يضارع . أخرجه مسلم ، ولان أحدهما يغش بالآخر فكانا كنوعى الجنس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع البر بالشعير ، والشعير أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا » وفي لفظ « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح صحيح لا يجوز تركه بغير معارض مثله ، ولأنهما لم يشتركا في الاسم الخاص فلم يكونا جنساً واحداً كالتمر والحنطة ولأنهما مسميان في الاصناف الستة فكانا جنسين كسائرهما ، وحديث معمر لا بد فيه من اضمار الجنس بدليل سائر أجناس الطعام ، ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو الشعير فانه قال في الخبر وكان طعامنا يومئذ الشعير ، ثم لو كان عاماً لوجب تقديم الخاص الصريح عليه ، وفعل معمر وقوله لا يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وقياسهم بقتض بالذهب والفضة (فصل في الحنطة وفروعها . وفروعها نوعان (أحدهما) ما ليس فيه غيره كالذقيق والسويق (والثاني) ما فيه غيره كالخبز والهريسة والقالودج والنشاء وأشباهاها . ولا يجوز بيع الحنطة بشيء من فروعها وهي ثلاثة أقسام (أحدها) السويق فلا يجوز بيعه بالحنطة وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك مماثلاً ومتفاضلاً . ولنا أنه بيع الحنطة ببعض أجزائها متفاضلاً لم يحز كبيع مكوك حنطة بمكوكي دقيق ولا سبيل إلى التماثل لان النار قد أخذت من أحدهما دون الآخر فأشبهت المقابلة (القسم الثاني) ما معه غيره فلا يجوز بيعها به أيضاً ، وقال أصحاب أبي حنيفة بجوز ذلك بناء على مسألة مدعجوة وسند ذكر الدليل على ذلك إن شاء الله تعالى (القسم الثالث) الدقيق فلا يجوز بيعها به في الصحيح وهو مذهب سعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والثوري وأبي حنيفة ومكحول وهو المشهور عن الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه جائز وبهذا قال ربيعة ومالك وحكي ذلك عن الثخفي وقنادة وابن شبرمة واسحاق وأبي ثور لان الدقيق نفس الحنطة وإنما تكسرت أجزاؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح ، فعلى هذا إنما تباع الحنطة بالدقيق وزناً لأنها قد تفرقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت فتأخذ من المكيال مكاناً كبيراً والحنطة تأخذ مكاناً صغيراً والوزن يسوي بينهما وبهذا قال اسحاق

مقاصدها . ولنا أنها كلها شيرج وإنما طيبت بهذه الرياحين فنسبت إليها فلم تصر أجناساً كما لو طيب سائر أنواع الاجناس ، وقولهم لا تقصد للاكل قلنا هي صالحة للاكل وإنما تعدلها هو أعلم منه فلا يخرج عن كونها ما كولة بصالحها لغيره ، وقولهم أنها أجناس لا يصح لأنها من أصل واحد ويشملها اسم واحد فكانت جنساً كأصناف التمر والحنطة

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملاً على جنسين كالتمر يشتمل على النوى وغيره وهما جنسان واللبن يشتمل على الخيض والزبد وهما جنسان فما دامتا متصلين اتصال الحلقة فهما جنس واحد فاذا ميز أحدهما من الآخر صاروا جنسين حكمهما حكم الجنسين الاصلين

ولنا أن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطة بجنسها متفاضلا فحرم بيع مكيلة بمكيتين وذلك لأن الطحن قد فرق أجزاءها فيحصل في مكيالها دون ما يحصل في مكيال الحنطة، وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه ولذلك لم يحز بيع بعضها ببعض جزافا وتساويهما في الوزن لا يلزم منه التساوي في الكيل ، والحنطة والدقيق مكيلان لأن الاصل الكيل ولم يوجد ما ينقل عنه ، ولأن الدقيق يشبه المكيلات فكان مكيلا كالحنطة ، ثم لو كان موزونا لم يتحقق التساوي بين المكيل والموزون لأن المكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالكيل

(فصل) فأما بيع بعض فروعها ببعض فيجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبو حنيفة ، والمشهور عن الشافعي المنع من ذلك لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال وهو حال كونها حنطة وقد فات ذلك لأن أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة فيستويان دقيقا ولا يستويان حنطة . ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز بيع التمر بالتمر . إذا ثبت هذا فأما بيع بعضه ببعض كيلا لأن الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك ويشترط أن يتساويا في النعومة ذكره أبو بكر وغيره من أصحابنا وهو مذهب أبي حنيفة لأنهما إذا تفاوتتا في النعومة تفاوتتا في ثاني الحال فيصير بيع الحنطة بالدقيق ، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزنا ولا وجه له ، وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح أنه لا يجوز وهو مذهب الشافعي ، وروي عن أحمد أنه يجوز لأن كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره فأشبهه الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يحز بيع بعضه ببعض كالمقالية بالنيئة وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلا لأنها جنسان، ولنا أنها أجزاء جنس واحد فلم يحز التفاضل بينهما كالدقيق مع الدقيق والسويق بالسويق .

(فصل) فأما ما فيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان (أحدهما) أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود في نفسه أما جعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة، ويعتبر التساوي في الوزن لأنه يقدر به في العادة ولا يمكن كيده ، وقال مالك إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وإن لم يوزن به قال الاوزاعي وأبو نور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصا بقرصين ، وقال الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال إلا أن يبيس ويدق دقا ناعما ويبيع بالكيل ففيه قولان لأنه مكيل يجب التساوي فيه ولا يمكن كيده فتعدت المساواة فيه ولأن في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يحز بيعه به كالنشوش من الذهب والفضة وغيرهما ، ولنا على وجوب التساوي أنه معلوم موزون فحرم التفاضل فيها كاللحم والابن ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي

(فصل) واللحم أجناس باختلاف أصوله ، وكذلك اللبن وعنه جنس واحد وعنه في اللحم أنه أربعة أجناس لحم الانعام ولحم الوحش ولحم الطير ولحم دواب الماء)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في اللحم فروي عنه أنه جنس واحد وهذا الذي ذكره الحارثي وهو قول أبي ثور وأحد قول الشافعي وانكر القاضي أبو يعلى كون هذه رواية عن أحمد، وقال الانعام والوحش والطير ودواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وإنما في اللحم روايتان (أحدهما) أنه أربعة أجناس كما

في الميعار الشرعي كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق . وناعلى الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله غير موزون كاللحم والادهان، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فاشبهه الرطب بالتمر، ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر حال رطوبتهما اذا لم يكثر لان ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه أشبهه بيع الحديثة بالعتيقة ولا يلزم ما فيه من الملح والماء لان ذلك ليس بمقصود فيه ويراد لمصلحته فهو كالملح في الشيرج وان يبس الحبز فدق وجعل فتبنا بيع يمثله كيلا لانه أمكن كيله فرد الى اصله ، وقال ابن عقيل فيه وجه آخر أنه يباع بالوزن لانه انتقل اليه (النوع الثاني) ما فيه غيره مما هو مقصود كالهريسة والخزيرة والفالودج وخبز الالبازير والحشككنانج والسنبوسك ونحوه فلا يجوز بيعه بنصفه ببعض ولا يبيع نوع بنوع آخر لان كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه وهو مقصود كاللحم في الهريسة والعسل في الفالودج والماء والدهن في الخزيرة ويكثر التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه واذا لم يمكن التماثل في النوع الواحد ففي النوعين أولى

(فصل) والحل في الشعر وسائر الحبوب كاللحم في الحنطة ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المائلة بينهما والله أعلم

(مسألة) قال (وسائر اللحان جنس واحد)

أراد جميع اللحم وجمعه - وهو اسم جنس - لاختلاف أنواعه . ظاهر كلام الخراقي أن اللحم كله جنس واحد وذكره ابو الخطاب وابن عقيل رواية عن أحمد وهو قول أبي ثور وأحد قولي الشافعي وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن احمد وقال الانعام والوحوش والطير ودواب الماء أناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وإنما في اللحم روايتان (احدهما) أنه أربعة اجناس كما ذكرنا وهو مذهب مالك الا أنه يجعل الانعام والوحش جنسا واحدا فيكون عنده ثلاثة أصناف (والثانية) أنه اجناس باختلاف أصوله ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لانها فروع أصول هي اجناس فكانت اجناسا كالادقة والابخاز وهذا اختيار ابن عقيل ، واختار القاضي أنها أربعة اجناس وحمل كلام الخراقي عليها ، واحتج بان لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد الى أكلها فكانت اجناسا وهذا ضعيف جدا لأن كونها اجناسا لا يوجب حصرها في أربعة اجناس ولا نظير له اذا قاس عليه ولا يصح حمل كلام الخراقي عليه لعدم احتمال لفظه له وتصريحه في الايمان بانه اذا حلف لا يأكل لحما فأكل من اللحم الانعام أو الطائر أو السمك حث فيتعين حمل كلامه على عمومته في أن جميع اللحم جنس لانه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنسا واحدا كالطلع ، والصحيح أنه اجناس

ذكرناه وهو مذهب مالك الا أنه يحتمل أن الانعام والوحش جنس واحد فيكون عنده ثلاثة أصناف وروي عنه أنه اجناس باختلاف أصوله وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لانها فروع أصول هي اجناس فكانت اجناسا كالادقة والابخاز وهذا اختيار ابن عقيل ، وعنه في اللحم أنه أربعة اجناس على ما ذكرناه ، وهذا اختيار القاضي واحتج بان لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد الى أكلها فكانت اجناسا (قال شيخنا) وهذا ضعيف لان كونها اجناسا لا يوجب حصرها في أربعة

باختلاف أصوله وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي والتمر البرني وعسل القصب وعسل النحل وغير ذلك فعلى هذا لحم الابل كله صنف بجذاتها وعراياها، والبقرة عراياها وجواميسها صنف، والغنم ضأنها ومعزها صنف ويحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقرة فقال (ومن الابل اثنين ومن البقرة اثنين) والوحش أصناف بقرها صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف وكل ماله اسم يخصه فهو صنف والطيور أصناف كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومماثلاً ويباع بصفة مماثلاً ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز عنده بيع لحم بلحم الابل مماثلاً

(مسئلة) قال (ولا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً ولا يجوز اذا تناهى جفافه مثلاً بمثل)

اختار الحرقي أنه لا يباع ببعضه ببعض الا في حال جفافه وذهاب رطوبته كلها وهو مذهب الشافعي وذهب أبو حنيفة في شرحه الى هذا، قال القاضي والمذهب جواز بيعه ونس عليه، وقوله في الرطب بالرطب بجواز البيع ينه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجرى مجرى اللبن بخلاف الرطب فان حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فاذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ولانه وجد التماثل فيها في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فجاز كبيع اللبن باللبن، فأما بيع رطبه بيبسه أو نيئه بمطبوخه أو مشوية فغير جائز لا ينفرد أحدهما بالنقص في الثاني فلم يجز كالرطب بالتمر

(فصل) قال القاضي ولا يجوز بيع بعضه ببعض الا مزروع المظام كالا يجوز بيع العسل بالعسل الا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الإباحة من غير نزع عظامه ولا جفافه قال في رواية حنبل اذا صار الى الوزن مثلاً بمثل وطلا برطل فاطلق ولم يشترط شيئاً وذلك لان العظم تابع للحوم بأصل الحلقة فلم يشترط نزع كالتوى في التمر وفارق العسل من حيث إن اختلاط الشمع بالعسل من فعل التحل لا من أصل الحلقة

(فصل) واللحم والشحم جنسان والكبد صنف والطحال صنف والقلب صنف والمخ صنف ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلاً، وقال القاضي لا يجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك الا أن يماثلاً، وظاهر المذهب إباحة البيع فيها مماثلاً ومتفاضلاً، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة وان منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر وان كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتهال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون

أجناس ولا نظير لهذا فيقاس عليه، والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله، ووجه قول الحرقي أنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنساً واحداً كالتطلع، والصحيح ما ذكرنا وما ذكره من الدليل منتقض بعسل النحل وعسل القصب وغير ذلك، فعلى هذا لحم الابل كله صنف بجذاتها وعراياها، والبقرة عراياها وجواميسها صنف، والغنم ضأنها ومعزها جنس. ويحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقرة فقال (ومن الابل اثنين ومن البقرة اثنين) والوحش أصناف بقرها

مع اللحم لحم عنده فلا يتصور اشتغال اللحم على الشحم ، وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر هو والأحمر جنس واحد وان الألية والشحم جنسان وظاهر كلام الحرقى خلاف هذا لقوله ان اللحم لا يخلو من شحم ولو لم يكن هذا شحما لم يختلط لحم بشحم فعلى قوله كل أبيض في الحيوان يذوب بالأذية ويصير دهنا فهو جنس واحد وهذا أصح لقوله تعالى (حرمناعليهم شحومها الا ما حملت ظهورها) فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم ولأنه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده فكان شحما كالذي في البطن (فصل) وفي اللبن روايتان (احدهما) هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم (والثانية) هو أجناس باختلاف اصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي ، وبه قال مالك لان الانعام كلها جنس واحد وقال ابن عقيل لبن البقر الاهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لان اسم البقر يشملهما وليس بصحيح لان لحمها جنسان فكان لبها جنسين كالابل والبقر ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يبدأ بيد وبيجنسه مماثلا كيلا ، قال القاضي هو مكيل لا يباع الا بالكيل لانه العادة فيه ولا فرق بين أن يكونا حليين أو حامضين أو أحدهما حليب والآخر حامض لان تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة وان شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه لان معه من غير جنسه لغير مصلحته

(فصل) ويتفرع من اللبن قسمان ما ليس فيه غيره كالزبد والسمن والخيض واللبأ وما فيه غيره وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن لانه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالحيو ان باللحم والسمن بالشريح وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفردا أكثر من الزبد الذي في اللبن ، وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه مماثلا . قال القاضي وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لان الشيتين اذا دخلها الربا لم يجز بيع احدهما بالآخر ومع من غير

صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف، وكل ماله اسم يخصه فهو صنف، والظير أصناف، كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف، فيجوز أن يباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلا ومماثلا ويبيع بصفة مماثلا ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز بيع لحم بلحم مماثلا

(فصل) وفي اللبن روايتان (لإحدهما) هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم (والثانية) هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك لبن الانعام كلها جنس واحد وقال ابن عقيل لبن البقر الاهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لان اسم البقر يشملهما ولا يصح لان لحمها جنسان فكان لبها جنسين كالابل والبقر ، ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلا وكيف شاء يبدأ بيد وبيجنسه مماثلا كيلا، ولا فرق بين أن يكونا حليين أو حامضين أو أحدهما حليباً والآخر حامضاً لان تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة، وان شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه وسنذكر ذلك

❁ مسألة ❁ (واللحم والشحم والكبد أجناس)

اللحم والشحم جنسان ، والكبد جنس والطحال جنس والقاب جنس والمخ جنس ويجوز بيع جنس بجنس آخر متفاضلا ، وقال القاضي لا يجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك الا ان يماثلا وظاهر المذهب اباحة البيع فيها مماثلا ومتفاضلا وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنهما جنسان فجاز التفاضل

جنسه كمدعجوة ودرهم بمدين ، والصحيح أن هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسئلة مدعجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكنها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد ، وأما اللبن بالخبيض الذي فيه زبده فلا يجوز نص عليه أحمد فقال اللبن بالخبيض لا خير فيه . ويتخرج الجواز كالتالي قبلها ، وأما اللبن باللبأ فان كان قبل أن تمسه النار جازاً مماثلاً لانه لبن بلبن وان تمسته النار لم يجز ، وذكر القاضي وجهاً أنه يجوز وليس بصحيح لان النار عقدت أجراء احدها وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار كالحبز بالعجين والمقلية بالثينة وهذا مذهب الشافعي ، وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالكشك والكاخ ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره لانه مختلط بغيره فهو كمسئلة مدعجوة وما ليس فيه غيره أو فيه غيره الا أن ذلك الغير لمصلحة فيجوز بيع كل نوع منه بعضه بيض اذا تساوى في النشافة والرطوبة فيبيع الخبيض بالخبيض واللبأ باللبأ والحين بالحين والمصل بالمصل والاقط بالاقط والزبد بالزبد والسمن بالسمن متساياً ، ويعتبر التساوي بين الاقط بالاقط بالكيل لانه قدر بالصاع في صدقة الفطر وهو يشبه المكيلات وكذلك المصل والخبيض ، وبيع الحبز بالحبز بالوزن لانه موزون ولا يمكن كيه فأشبهه الحبز (١) وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ، ويحتمل كلام الحرقي ان لا يباع رطب من ذلك برطب كالحم وأما بيع ما زرع من اللبن بنوع آخر كالزبد والسمن والخبيض فظاهر المذهب أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالخبيض مماثلاً ومتفاضلاً لأنها جنسان وذلك لانهما شيان من أصل واحد أشبه اللحم بالشحم ، ومن أجاز بيع الزبد بالخبيض الثوري والشافعي واسحاق ولان اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فأشبهه الملح في الشريح ، وبيع السمن بالخبيض أولى بالجواز لخلو السمن من الخبيض ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لان في الزبد لبنا يسيراً ولا شيء في السمن فيختل التائل ولانه مستخرج من الزبد فلم يجز بيعه به كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي ، وقال القاضي عندي يجوز لان اللبن في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولذلك جاز بيعه بالخبيض وبزبد مثله وهذا لا يصح لان التائل واجب بينهما وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتائل فلم يجز بيعه به كتمر مزروع اتوى بتمر فيه نواه ولان أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر فأشبهه الرطب بالتمر والغلب بالزبيب وكل رطب يساب من جنسه ، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والخبيض بشيء من أنواع اللبن كالحين واللبأ ونحوها لان هذه الانواع لم ينزع منها شيء فيكون حكمها حكم اللبن الذي فيه زبده فلم يجز بيعها بها كبيع اللبن بها ، وأما بيع الحين بالاقط فلا يجوز مع رطوبتهما

(١) كذا في الاصل

فيهما كالذهب والفضة ، فان منع منه لسكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع ذلك لم يجز بيع لحم باجم لاشمال كل واحد منها على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون مع اللحم عنده لحم فلا يتصور اشمال اللحم على الشحم ، وذكر القاضي أن الابيض الذي في ظاهر اللحم الاحمر هو والاحمر جنس واحد وان الالية والشحم جنسان ، وظاهر كلام الحرقي أن كل ماهو أبيض في الحيوان يدوب بالاذابة ويصير دهنًا فهو جنس واحد (قال شيخنا) وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقوله سبحانه (حرمتنا

أو رطوبة أحدها كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضاً لأن الحين موزون والاقط مكيل فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالحبز بالدقيق ويحتمل الجواز إذا ما تلاكيع الحبز بالحبز

(مسألة) (قال ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان)

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك والشافعي وقول

عليهم شحومها إلا ما حملت ظهورها (فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم ، ولأنه يشبه الشحم في لونه وذوبه ومقصده فكان شحماً كالذي في البطن

(مسألة) (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان)

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك والشافعي وقول الفقهاء السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم ويجوز بغيره ، وقال أبو حنيفة يجوز مطلقاً لأنه باع مال الربا بما لاربا فيه أشبه بيع الحيوان بالدرهم أو بلحم من غير جنسه

ولنا ما روي عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان ، قال ابن عبد البر هذا أحسن أسانيد ، وورد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي ميت ذكره الامام أحمد ، وروى ابن عباس أن جزوراً نحر فجاه رجل بعناق فقال أعطوني جزأ بهذا العناق قال أبو بكر لا يصلح هذا قال الشافعي لأعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك . وقال أبو الزناد كل من أدركت نهى عن بيع اللحم بالحيوان ولأن اللحم نوع فيه الربا يبيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كييع السمسم بالشيرج وبهذا فارق ما قاسوا عليه ، فأما بيعه بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والحري أنه لا يجوز لما ذكرنا من الأحاديث واختار القاضي جوازه وللشافعي فيه قولان ، واحتج من أجازه بأن مال الربا يبيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كإلواحه بالأمان ، والظاهر أن الاختلاف مبني على الاختلاف في اللحم ، فإن قلنا بأنه جنس واحد لم يجز ، وإن قلنا أنه أجناس جاز يبيع بغير جنسه لما ذكرنا فإن باعه بحيوان غير ما كوله جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء

(مسألة) (ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا بسويقه في أصح الروايتين)

لا يجوز بيع الحب بالدقيق في الصحيح من المذهب وهو قول سعيد بن المسيب والحنبل والحكم وحماد ومكحول والثوري وأبي حنيفة وهو المشهور عن الشافعي وعن أحمد أنه جائز ، وبه قال ربيعة ومالك وحكي عن النخعي وقتادة وابن شبرمة وإسحاق وأبي ثور لأن الدقيق نفس الخنطة وإنما تكسرت اجزأؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالخنطة المكسرة بالصحاح فعلى هذا إنما يباع الحب وزناً لأن اجزأه قد تفرقت بالطحن وانتشرت فبأخذ من المكيال مكاناً كبيراً والحب يأخذ مكاناً صغيراً والوزن يسوي بينها وبهذا قال إسحاق

ولنا أن بيع الحب بالدقيق بيع مال الربا بجنسه متفاضلاً فحرم كبيع مكيلة بمكيتين وذلك لأن الطحن قد فرق أجزاءه في مكياله دون ما يحصل في مكيال الحب ، وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل المائل والجهل بالمائل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط المائل فيه ، ولذلك لم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً والتساوي في الوزن لا يلزم منه التساوي في الكيل ، والحب والدقيق مكيالان لأن الأصل الكيل ولم

فقهاء المدينة السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم ويجوز بغيره ، وقال أبو حنيفة يجوز مطلقا لأنه باع مال الربا بما لا ربا فيه أشبه بيع اللحم بالدرام أو بلحم من غير جنسه ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان زواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم يوجد ما ينقل عنه ثم لو ثبت أن الدقيق كان موزونا لم بتحقق التماثل لان المكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالمكيل

(فصل) ولا يجوز بيع الحب بالسويق ، وبه قال الشافعي وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك تماثلا ومتفاضلا . ولنا أنه بيع الحب ببعض أجزائه متفاضلا فلم يحز كبيع مكوك خنطة بمكوكي دقيق ولا شيل الى التماثل لان النار قد اخذت من احدهما دون الاخر فأشبهت المقلية بالنيئة ، فأما الخبز والمهريسة والقالودج والنشاء وأشباهاها فلا يجوز بيعه بالخنطة ، وقال اصحاب أبي حنيفة يجوز بناء على مسألة مد عجوة وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى ، ويجوز بيع الحب بالدقيق من غير جنسه والخبز وغير ذلك لعدم اشتراط المائلة بينهما ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز بيع سويق الشعير بالبر في رواية وذلك مبني على ان البر والشعير جنس واحد وقد ذكرناه

(مسئلة) (ولا يجوز بيع أصله بمصيره ولا خالصه بمشوبه ولا رطبه بياسه ولا نيئه بمطبوخه)

لا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسهم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الادهان بأصولها والمصير بأصله كصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وقال ابن المنذر وقال أبو ثور يجوز ، وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم أن ما في الاصل من الدهن والمصير أقل من المنفرد وان لم يعلم لم يحز ، ولنا أنه مال بيع بأصله الذي هو منه فلم يحز كبيع اللحم بالحيوان وقد أثبتنا ذلك بالنص

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن بالزبد ولا بالسمن ولا بشيء من فروعه كاللبأ والخبيض وسواء كان فيه من غيره أولا لأنه مستخرج من اللبن فلم يحز بيعه بأصله الذي فيه منه كالسهم بالشيرج وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد أنه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه تماثلا ، قال القاضي وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لان الشيتين اذا دخلها الربا لم يحز بيع احدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمد عجوة ، والصحيح ان هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسألة مد عجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكونها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد ، وأما اللبن بالخبيض فلا يجوز نص عليه أحمد ويتخرج الجواز كالتالي قبلها ، وأما اللبن باللبأ فان كان قبل أن تسمه النار جاز تماثلا لأنه لبن بلبن؟ وان ستمه النار لم يحز ، وذكر القاضي وجها أنه يجوز وليس بصحيح لان النار عقدت أجزاء احدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يحز بيعه بما لم تسمه النار كالخبز بالمعجن والمقلية بالنيئة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يجوز بيع الخالص بالمشوب كخنطة فيها شعير أو رواب بخانصة أو غير خالصة أو لبن مشوب بخالص أو مشوب أو اللبن بالكشك أو الكعك ، ويتخرج الجواز اذا كان اللبن أكثر من اللبن الذي في الكشك والكعك بناء على مد عجوة ، ولا يجوز بيع السسل في شمه بمثله فان كان

عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال ابن عبد البر هذا حسن أسانيد وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يباع حي بميت ذكره الامام أحمد، وروى عن ابن عباس أن جزورا انحرت فجاء رجل بناق فقال اعطوني جزأ بهذا العناق فقال أبو بكر لا يصلح هذا قال الشافعي لأعمم مخالفاً لابن بكر في ذلك، وقال أبو الزناد

الخلط يسيرا كحبات الشعير ويسير التراب والزوان الذي لا يظهر في الكيل لم يمنع لأنه لا يخل بالتأمل ولا يجوز بيع التمر بالدبس والخل والناطف والقطارة لان بعضها معه من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد ، ولا يجوز بيع الناطف بعضه بيض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معها شيئاً مقصوداً من غير جنسهما فهو كمد عجوة والعب كالتمر فيما ذكرناه

(فصل) ولا يجوز بيع المشوب بالمشوب كالكنك والسكاخ ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر كمشاة مد عجوة ولا يجوز نيئه بمطبوخة كالخبز بالخبز والحنطة المقلية بالنيئة لانه لا يحصل التأمل لان النار ذهبت ببعض رطوبتها وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يجوز بيع نوع نوع آخر إذا لم يكن فيه منه فيجوز بيع الزبد بالزبد والسمن بالخبيض في ظاهر المذهب متماثلاً ومتفاضلاً لانها جنسان من اصل واحد اشبهها اللحم والشحم ، ومن اجاز بيع الزبد بالخبيض الثوري والشافعي واسحاق لان اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فلم يمنع كالملاح في الشيرج ، وبيع السمن بالخبيض أولى بالجواز لخلوه من اللبن الخبيض ، ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لان في الزبد لبناً يسيراً ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولانه من الزبد فلم يجز بيعه كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي ، واختار القاضي جوازه لان اللبن الذي في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولهذا جاز بيع الزبد بالخبيض ولا يصح ذلك لان التماثل شرط وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز البيع كتمر منزوع النوى بما نواه فيه ولان أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر أشبه الرطب بالتمر وكل رطب يابس من جنسه ، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والخبيض بشيء من أنواع اللبن كاللبن واللبن ونحوهما لأن هذه الأنواع لم يزرع منها شيء فهي كاللبن الذي فيه زبد فلم يجز بيعها به كبيع اللبن بها ، وأما بيع الجبن بالاقط فلا يجوز بيع رطوبتها أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وان كانا يابسين احتمل المنع لان الجبن موزون والاقط مكيل فأشبه بيع الخبز بالدقيق ، ويحتمل الجواز إذا تماثلا كبيع الجبن بالجبن

(فصل) ولا يجوز بيع رطب يابس كالرطب بالتمر والعب بالزبيب والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة والمقلية بالنيئة ونحو ذلك ، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه اما أن يكونا جنساً فيجوز متماثلاً لقول النبي ﷺ « التمر بالتمر مثلاً بمثل » أو يكونا جنسين فيجوز لقوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم بعداً بيد »

ولنا قوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر » وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر وورخص في بيع العربية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً متفق عليها ، وعن سعد ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر قال « أنقص الرطب اذا يبس ؟ » قالوا نعم. فنهى عن ذلك رواه مالك وأبو داود والترمذي وابن ماجه ، وفي رواية الاثرم قال « فلا اذن » نهى وعلل بأنه ينقص اذا يبس ، وروى مالك عن

وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ولأن اللحم نوع فيه الربا يبيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج ، وبهذا فارق ما قاسوا عليه ، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والحرثي أنه لا يجوز فإن أحمد سئل عن بيع الشاة باللحم فقال لا يصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي

نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، والمزابنة يبيع الرطب بالتمر كيلا يبيع العنب بالزبيب كيلا ولأنه جنس فيه الربا يبيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان فلم يجز كبيع المقلية بالثينة ، ولا يلزم الحديث بالعتيق لأن التفاوت يسير . قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر ، وقال زيد أبو عياش راويه ضعيف وليس الامر على ما توهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ ، وهو لا يروي عن متروك الحديث

﴿مسئلة﴾ (يجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة ومطبوخه بمطبوخه وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف وعصيره بعصيره ورطبه برطبه)

يجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبو حنيفة والمشهور عن الشافعي المنع لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال وهو حال كونهما حياً وقد فات ذلك لأن أحد الدقيقين يكون من حنطة رزينة والآخر من خفيفة فيستويان دقيقاً ولا يستويان حياً

ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع التمر بالتمر . إذا ثبت هذا فإنا يباع بعضه ببعض كيلا لأن الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك ويشترط تساويهما في النعومة ذكره أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لأنهما إذا تفاوتتا في النعومة تفاوتتا في ثاني الحال فيصير كبيع الحب بالدقيق وزناً ، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزناً ولا وجه له ، وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله

(فصل) ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق وبه قال الشافعي وعنه الجواز لأن كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره أشبه السويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من السويق فلم يجز بيعه بالدقيق كالمقلية بالثينة ، وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور جواز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لأنهما جنسان ، ولنا أنهما أجزاء جنس واحد فأشبه بيع أحدهما بجنسه

(فصل) ويجوز بيع مطبوخه بمطبوخه كاللأباً بمثله والحلين بالحب والاقط بالاقط والسمن بالسمن متساويا ويعتبر التساوي بين الاقط والاقط بالكيل ، ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ويباع الحلين بالحب بالوزن لأنه لا يمكن كيله أشبه الخبز ، وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل كالشيرج

(فصل) ويجوز بيع الخبز بالخبز وزناً وكذلك النشاء بنوعه إذا تساوى في النشافة والرطوبة ويعتبر التساوي في الوزن لأنه يقدر به عادة ولا يمكن كيله ، وقال مالك إذا تحرى المائلة فلا بأس وإن لم يوزن وبه قال الاوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصاً بقرصين ، وقال الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال إلا أن يبس ويدق دقاً ناعماً ويباع بالكيل ففيه قولان لأنه مكيل ،

بميت واختار القاضي جوازه ، وللشافعي فيه قولان . واحتج من منعه به يوم الاخبار وبان اللحم كله جنس واحد . ومن أجازته قال مال الربا يبيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كولو باعه بالأمان وان باعه بحيوان غير ما كول اللحم جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء .

ويجب التساوي فيه ولا يمكن كيله فتعذرت المساواة فيه ولان في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يجز بيعه كالمشوش من الذهب والفضة وغيرها

ولنا على وجوب التساوي أنه مطعوم موزون فخرم التفاضل بينهما كاللحم واللبن ، ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي في انميار الشرعي كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق . ولنا على الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزوناً أصله مكيل كالادهان ، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فأشبه الرطب بالتمر ولا يمنع زيادة أخذ التار من أحدهما أكثر من الآخر اذا لم يكثر لان ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه أشبه بيع الحديثة بالعتيقة وما فيه من الملح والماء غير مقصود ويراد لمصلحته فهو كالمالح في الشيرج فان يبس الخبز ودق وصار قتيماً يبيع بمثله كيلاً لأنه أمكن كيله فرد الى أصله . وقال ابن عقيل فيه وجه أنه يباع بالوزن لانه اتقل اليه

(فصل) فاما ما فيه غيره من فروع الحنطة مما هو مقصود كالمريسة والخزيرة والفالودج وخبز الابازير والحشكناج والسنسوك ونحوه فلا يجوز بيع بعضه ببعض ولا يبيع نوع بنوع آخر لان كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه ، وهو مقصود كاللحم في المريسة والعسل في الفالودج والماء والدهن في الخزيرة ويكثر التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه ، وحكم سائر الحبوب حكم الحنطة فيما ذكرنا ، ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثلة بينهما (فصل) ويجوز بيع العصير بجنسه مما تالا ومتفاضلا بغير جنسه وكيف شاء لانهما جنسان ويعتبر التساوي فيها بالكيل لانه يقدر به ويبيع به عادة وهذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين ، وقال أصحاب

الشافعي : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لان النار تعقد أجزاءهما فيختلف ويؤدي إلى التفاضل ولنا أنها متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبه النبيء بالنبيء ، فأما بيع النبيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لان أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال أشبه الرطب بالتمر ، وقد ذكرناه وان باع عصير شيء من ذلك بثقله فان كان فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثقله الذي فيه بقية من الزيت الا على قولنا بجواز مد عجوة وان لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومتماثلاً لانهما جنسان

(فصل) ويجوز بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله في قول الاكثرين ومنع منه الشافعي فيما يبس ، فأما ما لا يبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين لانه لا يعلم تساويهما حالة الادخار فأشبه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العكبري الى هذا وقال ويحتمله كلام الحزقي لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً قال شيخنا ومفهوم كلام الحزقي اباحتها ههنا لانه قال :

ولا يباع شيء من الرطب بيايس من جنسه مفهومه جواز الرطب بالرطب ولنا أن نبيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر يدل بمفهومه على اباحة بيع كل واحد منهما بمثله

(فصل) ولا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الادهان بأصولها والمصير بأصله كعصير النبق والرمان وانفتاح والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وابن المنذر. وقال أبو ثور يجوز لان الاصل مختلف والمعنى

ولا هما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالتقصان فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في معناه فيبقى على العموم ، وقياسهم لا يصح فان التفاوت كثير وينفرد أحدهما بالتقصان بخلاف مستلتا، ولا بأس ببيع الحديث بالتقريب لان التفاوت فيه يسير ولا يمكن ضبطه فمفي عنه

(فصل) ويجوز بيع القطاره والدبس والحل كل نوع بعضه ببعض متساويا قال أحمد في رواية منها في خل الدقل يجوز بيع بعضه ببعض متساويا لان الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالحبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ولا يباع نوع بالأخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي الى التفاضل، والغلب كالتمر إلا أنه لا يباع خل الغلب بخل الزبيب لانفراد أحدهما بما ليس من جنسه ، ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض كخل الغلب وخل التمر

(فصل) ويجوز بيع اللحم باللحم رطبا نص عليه ، وقال الحرقى لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا اذا تنهى جفاهه وهذا مذهب الشافعي واختاره ابو حفص الكبري في شرحه ، قال القاضي والمذهب جواز بيعه ، ونص أحمد على جواز بيع الرطب بالرطب يبيعه على اباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كانه ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال ييبسه فجزى مجرى اللبن بخلاف الرطب فان حال كانه ومعظم نفعه في حال ييبسه فاذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ، فأما بيع رطبه يابسها ونبيته بمطبوخه فلا يجوز لانفراد أحدهما بالتقص في ثاني الحال فلم يجز كالرطب بالتمر ، قال القاضي ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مزروع العظام كما لا يجوز بيع العسل بمثله إلا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الاباحة مطلقاً فانه قال في رواية حنبل اذا صار الى الوزن رطلا برطل مثلا بمثل فأطلق ولم يشترط شيئا ولان العظم تابع للحم بأصل الحلقة فأشبهه انوى في التمر وفارق العسل في ان احتلاط الشمع به من فعل التحل لا من أصل الحلقة

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الحاقلة وهو بيع الحب في سنبله بجنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان) وذلك لما روى البخاري عن أنس قال نهى النبي ﷺ عن الحاقلة والمحاضرة والملاسة والمنابذة والمزانية . والمحاضرة بيع الزرع الاخضر والحاقلة بيع الزرع في الحقول بحب من جنسه ، قال جابر : الحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة ، وقال الازهري الحقل المزارع وفسره أبو سعيد باستكراه الارض بالحنطة ولانه يبيع الحب بجنسه جزافا من أحد الجانبين فلم يجز كالوكا على الارض فأما بيعه بغير جنسه فان كان بدرام أو دنانير جاز لان نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد يدل على جواز ذلك اذا اشتد وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن باعه بحب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا احتلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بدأيد » (والثاني) لا يجوز لمعوم الحديث المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز بيع المزانية وهو بيع الرطب في رموس التحل بالتمر إلا في العراق وهي

مختلف. وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم يقيناً أن ما في الأصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد وأن لم يعلم لم يجز ولنا أنه مال ربا يبيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع اللحم بالحياوان وقد أثبتنا ذلك بالنص (فصل) فأما يبيع شيء من هذه المتعصرات بجنسه فيجوز مماثلاً ويجوز بيعه بشيرجنسه متفاضلاً

بيع الرطب في رءوس النخل خرساً بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه)

لا يجوز بيع المزبنة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة وهو بيع الرطب بالتمر متفق عليه. وروى البخاري عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة، فأما العرايا فيجوز في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك في أهل المدينة والأوزاعي في أهل الشام والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لما ذكرنا من الحديث ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق متفق عليه، ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حنيفة وغيرهما وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه، وهذه زيادة يجب الأخذ بها ولو قدر التعارض وجب تقديم حديثنا بخصوصه جمعاً بين الحديثين وعملاً بكلام النصين. قال ابن المنذر الذي نهى عن المزبنة هو الذي أخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى، والقياس لا يصرح له مع النص مع أن في الحديث أنه أخص في العرايا، والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاضر، فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

(فصل) وإنما يجوز بشروط خمسة (أحدها) أن يكون فيما دون خمسة أوسق في ظاهر المذهب ولا خلاف في أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق وإنما تجوز فيما نقص عن خمسة أوسق عند الفائتين بجوازها. فالأحقة الأوسق فظاهر المذهب أنه لا يجوز فيها وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه، وقال مالك والشافعي في قول يجوز ورواه أسامة بن عمار بن سعيد عن أحمد بن محمد بن زيد وسهل أنه أخص في العرايا مثلما تم استثنى ما زاد على الخمسة وشك الراوي في الخمسة فبقي المشكوك فيه على أصل الإباحة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزبنة. والمزبنة بيع الرطب بالتمر ثم أخص في العربية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فبقي على العموم في التحريم ولأن العربية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس فيما دون الخمسة، والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت بإباحتها مع الشك، وروى ابن المنذر بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم أخص في بيع العربية في الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما انفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها في وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها فأما قولهم أخص في العربية مطلقاً فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المفيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مفيدة فيجب حمل المطلق على المفيد ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر ولذلك بقيد فيما زاد على الخمسة إتفاقاً

وكيف شاء لانهما جنسان ويعتبر التساوي فيها بالكيل لأنه يقدر به ويبيع به عادة وهو هذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لأن النار تعقد أجزاءها فيختلف ويؤدي إلى التفاضل، ولنا أنها متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبهه

(فصل) ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة ، وقال الشافعي يجوز للإنسان بيع جميع حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع، ولنا عموم النبي عن المزانية استثنى منه العربية فيما دون خمسة أوسق فإزاد يبقى على العموم في التحريم ولأن مالا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعاً واحداً لا يجوز في عقدين كالذي على وجه الأرض وكأجلهم بين الاختين.

(فصل) (١) ولا تعتبر حاجة البائع فلو باع رجل عربية من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز لما ذكرنا في المشتري

ولنا أن المقلب في التجوز حاجة المشتري بدليل ما روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتناعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ، ولنا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الأرفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة. فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني وإن اشترى عربيتين أو باعها وفيها أقل من خمسة أوسق جاز وجهاً واحداً

(الثاني) أن يكون مشتريها محتاجاً إلى أكلها رطباً ولا يجوز بيعها لغني وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر أنها تباع مطلقاً لكل أحد لأن كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البيوع ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان . ولنا حديث زيد بن ثابت الذي ذكرناه وإذا خولف الأصل بشرط لم يجز مخالفته بدون ذلك الشرط ولا يلزم من إباحته للحاجة إباحته مع عدمها كالزكاة للمساكين فعلى هذا متى كان المشتري غير محتاج إلى أكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر، ولو باعها لواهبها تخرزاً من دخول صاحب العربية حائطه كذهب مالك أو لغيره لم يجز وقال ابن عقيل يباح ويحتمله كلام أحمد لأن الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجاً إلى أكلها

ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ولأن في حديث زيد وسهل يأكلها أهلها رطباً ولو جازت لتخليص المعري لما شرط ذلك (الثالث) أن لا يكون للمشتري نقد يشتري به للخبر المذكور (الرابع) أن يشتريها بخرصها من التمر ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوماً بالكيل ولا يجوز جزافاً لأنهم خلافاً في هذا عند من أباح بيع العرايا لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً متفق عليه، ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ يأكلها أهلها رطباً ، إذا ثبت ذلك فمعنى خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الحارص إلى العربية فينظر كم يجيء منها تمرأ فيشتريها المشتري بمثل تمرأ ، وبهذا قال الشافعي ، ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطباً ويعطي تمرأ وهذا يحتمل الأول ، ويحتمل أنه يشتريها بمثل الرطب الذي عليها لأنه يبيع

(١) كذا في

الأصل وكان المناسب ان يذكر هذا الفصل عقيب الشرط الثاني ولا ندري ان كان هذا الوضع من المصنف أو من النسخ

النبيء بالنبيء فأما يسمي بالنبيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لان أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال فلم يجز بيعه به كالرطب بالتمر. وان باع عصير نبيء من ذلك بنقله فان كانت فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بنقله الذي فيه بقية من الزيت الا على الرواية

اشترطت المائنة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولان الاصل اعتبار المائنة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خولف في الاصل في بيع الرطب بالتمر فبقي فيما عداه على قضية الدليل. قال القاضي والاول أصح لانه ينبغي على خرص الثمار في العشر والصحيح خرصه تمرأ ولان المائنة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمرأ يفضي إلى فوات ذلك، فأما أن اشترها بخرصها رطباً لم يجز وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي والثاني يجوز والثالث لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه. ووجه جوازه ماروى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر ولم يرخص في غير ذلك، ولانه إذا جاز بيعها بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلا يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ماروى مسلم باسناده عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ، وعن سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال «ذلك الربا تلك المزابنة» الا أنه أرخص في العرية النخلة أو النخلةين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرأ يأكلونها رطباً ولانه مبيع يجب فيه مثله تمرأ فلم يجز بيعه بمثله رطباً كالتمر الجاف، ولان من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه وحديث ابن يحيى شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل مع الشك سيما وهذه الاحاديث تثبت وتزيل الشك

(الخامس) التقابض في المجلس وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لانه يبيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناء الشرع مما لم يمكن اعتباره في بيع العرايا، والقبض في كل واحد منهما على حسبه ففي التمر اكتياله وفي التمر التخيلية، وليس من شروطه حضور التمر عند التخييل بل لو تبايما بعد معرفة التمر والتمر ثم مضيا جميعا إلى التخييل فسلمه إلى مشتريه ثم مضيا إلى التمر فسلمه البائع أو سلم التمر أولاً ثم مضيا إلى التخييل فسلمه جاز لان التفرق لم يحصل قبل القبض. إذ اثبت هذا فان بيع العرية يقع على وجهين (أحدهما) أن يقول بمتك ثمرة هذه النخلة بكذا. ويصفه الثاني أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بمتك هذا بهذا، أو بمتك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا فان باعه بمعين فقبضه بنقله واخذه وان باعه بموصوف فقبضه بكيله

(مسئلة) (في عطيه من التمر مثل ما يؤول اليه ما في النخل عند الجفاف وعنه يعطيه مثل رطبه وقد ذكرناه) (فصل) ولا يشترط في العرية أن تكون موهوبة لبائنها، وبه قال الشافعي وظاهر قول الحرقي انه شرط، وقال الاثرم سمعت احمد يستل عن تفسير العرايا فقال: العرايا ان يعري الرجل الجار او القرابة للحاجة والمسكنة فللمعري ان يبيها ممن شاء، وقال مالك يبيع العرايا الجائز هو ان يعري الرجل الرجل فخلات من خائطه ثم يكره صاحب الخائط دخول الرجل المعري خائطه لانه ربما كان مع اهله في الخائط

التي يجوز فيها مسألة مدعجوة فان لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومما تلالا لهم اجنسان (فصل) وان باع شيئاً فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد

فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز ان يشتريها منه، واحتجوا بأن العربية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاما قال ابو عبيد الاعراء أن يجمل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك قال شاعر الانصار :
ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوامح

يقول انا لعريها الناس، فتعين صرف اللفظ إلى موضوعه لئلا يقتضاه في العربية ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك. ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ولانه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة أو سق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يجز بيعها بالتمر لان لان الظاهر من حال صاحب الخائط الذي له النخل الكثير يعريه الناس أنه لا يعجز عن أداء ثمن العربية. وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائنها لان علة الرخصة حاجة المشتري إلى أكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فتى وجد ذلك جاز البيع، ولان اشترط كونها موهوبة مع اشترط حاجة المشتري إلى أكلها رطباً ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك، ولان ماجاز بيعه لو اهبه اذا كان موهوباً جاز وان لم يكن موهوباً كسائر الاموال وما جاز بيعه لو اهبه جاز لغيره كسائر الاموال وانما سمي عربية لتعريه عن غيره وافتراده بالبيع

(سئلة) (ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجوهين)

لا يجوز بيع العربية في غير النخيل اختاره ابو حامد وهو قول الليث إلا تكون ثمرة مما لا يجري فيه الربا فيجوز بيع رطبها يابسها لعدم جريان الربا فيها، وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهو قول مالك والاوزاعي قياساً على ثمرة النخيل، ويحتمل أن يجوز في العنب دون غيرها وهو قول الشافعي لان العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيه وجواز خرصه وتوسيقه وكثرة يابسه واقنتائه في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبه، والتخصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرها لاختلافها في أكثر هذه المعاني فانه لا يمكن خرصها لتفرقها في الاغصان واستنارها بالاوراق ولا يفتات يابسها فلا يحتاج إلى الشراء به، ووجه الاولى أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة التمر بالثمرة إلا أصحاب العرايا فانه أذن لهم، وعن بيع العنب بالزبيب وكل تمر بخرصه وهذا حديث حسن رواه الترمذي وهو يدل على تخصيص العربية بالتمر فمن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العربية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمزابنة بيع تمر النخل بالتمر كيلاً. وعن كل تمر بخرصه ولان الاصل يقتضي بحريم بيع العربية وانما جازت في ثمرة النخيل رخصة ولا يصح قياس غيرها عليها لوجبهين (أحدهما) أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقنيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الاصل لأهل المدينة، وانما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره (الثاني) أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصاً وقياسهم يخالف نصواً غير مخصوصة، وانما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ونهى عن بيع العنب بالزبيب لم يدل على تخصيصه بقياس عليه وكذلك سائر الثمار

(سئلة) (ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض ومع أحدهما أو معهما من غير جنسه)

و درهم أو معدنين أو بدرهمين، أو باع شيئاً محلي بجنس حليته فهذه المسئلة تسمى «مسئلة مدعجوة» والمذهب انه لا يجوز ذلك نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة وذكره قدماء الاصحاب قال ابن أبي موسى في السيف المحلي والمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها لا يجوز قولاً واحداً وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشریح وابن سيرين ، وبه قال الشافعي واسحاق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه فان مهنا نقل عن أحمد في بيع الزبد باللبن يجوز اذا كان الزبد المتفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن ، وروي حرب قال قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفياً ودرهما وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء لكن الكوفي أوضع قال لا يجوز الا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة. وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجاني وروى الميموني أنه سأله لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها؟ فقال لا يشتريها حتى يفصلها الا ان هذا أهون من ذلك لانه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله وفيه غير النوع الذي يشتري به فاذا كان من فضل الثمن الا أن من ذهب الى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله . قيل له فما تقول أنت؟ قال هذا موضع نظر ، وقال أبو داود سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسببية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم؟ قال لا أقول فيه شيئاً ، قال أبو بكر روى هذه المسئلة عن أبي عبدالله خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل الا الميموني ونقل مهنا كلاماً آخر ، وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة يجوز هذا كله اذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه ، وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلي بالفضة بالدراهم ، وبه قال الشعبي والنخعي واحتج من أجاز ذلك بأن العقد اذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لانه لو اشترى لهما من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة ولكن يجب حمله على أنه مذكي تصحيحاً للعقد ، ولو اشترى من انسان

كمدعجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين أو بمد ودرهم وعنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه)

هذه المسئلة تسمى مسألة مدعجوة وظاهر المذهب أن ذلك لا يجوز نص عليه أحمد في مواضع كثيرة قال ابن أبي موسى في السيف المحلي والمنطقة والمراكب المحلاة تباع بجنس ما عليها لا يجوز قولاً واحداً ، وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشریح وابن سيرين وبه قال الشافعي واسحاق وأبو ثور ، وعن أحمد انه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه : قال حرب قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفياً ودرهما وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء؟ قال لا يجوز إلا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة ، وكذلك روى عن محمد بن أبي حرب الجرجاني قال أبو داود سمعت أحمد يسئل عن الدراهم المسببية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم فقال لا أقول فيه شيئاً ، قال أبو بكر روى هذه المسئلة عن أحمد خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل إلا الميموني ، وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة يجوز ذلك بما ذكرنا من الشرط ، وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلي بالفضة بالدراهم وبه قال الشعبي والنخعي واحتجوا بأن العقد اذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لانه لو اشترى لهما من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة لكن يجب حمله على أنه مذكي تصحيحاً ، وقد أمكن تصحيح العقد ههنا بجمل

شيئاً حاز مع أحمال كونه غير ملكه ولا اذن له في يمه تصحيح العقد أيضاً وقد أمكن التصحيح هنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل ولنا ما روى فضالة بن عبيد قال أني النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا حتى تميز بينهما » قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود ، وفي لفظ رواه مسلم قال فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فززع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن » ولأن العقد اذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه فاذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه أنه اذا اشترى عشرين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ولذلك اذا اشترى شقصاً وسيفاً بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فاذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومداً قيمته درهتان بعدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلاث فهذا اذا تفاوتت القيم ، ومع التساوي يجهل ذلك لان التقويم ظن وتخمين والجهل بالتساوي كالعلم بدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والحرص ، وقولهم يجب تصحيح العقد ليس كذلك بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ولذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلاد نقود بطل ولم يحمل على نقد أقرب البلاد اليه أما اذا اشترى من انسان شيئاً فانه يصح لان الظاهر أنه ملكه لان اليد دليل الملك وإذا باع لحماً فالظاهر أنه مذكي لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل ولنا ما روى فضالة بن عبيد قال أني النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ، حتى تميز بينهما » قال فرده حتى ميز بينهما رواه أبو داود وفي لفظ رواه مسلم قال فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فززع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن » ولأن العقد اذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه ، فاذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه اذا اشترى عشرين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن ، وكذلك اذا اشترى شقصاً وسيفاً بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فاذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومداً قيمته درهتان بعدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد ، والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلاث هذا اذا تفاوتت القيم ومع التساوي يجهل ذلك لان التقويم ظن وتخمين ، والجهل بالتساوي كالعلم بدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والحرص ، وقولهم يجب تصحيح العقد ممنوع بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ، وكذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلد نقود بطل العقد ولم يحمل على نقد أقرب البلاد اليه ، أما إذا اشترى من انسان شيئاً فانه يصح لان الظاهر انه ملكه لأن اليد دليل الملك ، واذا باع لحماً فالظاهر انه مذكي لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

(فصل) فاما ان باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس كدينار فربي ودينار سا بوري بدينارين مغربيين أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو قراضتين أو حنطة حمراء وسمراء بيضاء أو تمرأ برنيا ومعلياً بأرحيمي فإنه يصح قال أبو بكر وأوماً إليه أحمد واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتى قبلها ، وهو مذهب مالك والشافعي لان العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن نقله أحمد بن القاسم لان الانواع في غير الاثمان يكثر اختلاطها وبشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الاثمان ،

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل » الحديث وهذا يدل على اباحة البيع عند وجود المائئة المرعية وهي المائئة في الموزون وزناً وفي المكيل كيلاً ولأن الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما لو أخذ النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك اذا اختلفا ، واختلاف القيمة ينسب على الجودة والرداءة ولانه باع ذهباً بذهب متساوياً في الوزن فصح كما لو اتفق النوع وانما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء

(فصل) وان باع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما يبيع به الا أنه غير مقصود كدراهمه سققها بالذهب جاز ، لا أعلم فيه خلافاً ، وكذلك لو باع داراً بدار مومه سقق كل واحدة منهما بذهب أو فضة جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه ، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود ، ولو اشترى عبداً بعبد واشترط كل واحد منهما

(مسئلة) (وان باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين أو حنطة حمراء وسمراء بيضاء أو تمرأ برنيا ومعلياً بأرحيمي فان ذلك يصح قاله أبو بكر وأوماً إليه أحمد واختار القاضي ان الحكم فيها كالتى قبلها)

وهو مذهب مالك والشافعي لان العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن نقله أحمد بن القاسم لان الانواع في غير الاثمان يكثر اختلاطها وبشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الاثمان ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل » الحديث وهذا يدل على اباحة البيع عند وجود المائئة المرعية وهي في الموزون وزناً وفي المكيل كيلاً ولان الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما اذا أخذ النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك اذا اختلفا واختلاف القيمة ينسب على الجودة والرداءة ولانه باع ذهباً بذهب متساوياً في الوزن فصح كما لو اتفق النوع ، وانما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء

(مسئلة) (ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه لاشمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر ، وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز لان التبعية زالت بزعه فصار كسالة مدعوجة بخلاف ما اذا كان في كل واحد نواه ، وان باع تمرأ منزوع النوى بتمر منزوع النوى

مال البعد الذي اشتراه جاز اذا لم يكن ماله مقصوداً لانه غير مقصود بالبيع فاشبه التمويه في السقف ولذلك لا تشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه وان باع شاة ذات لبن بلبن أو عليها صوف بصوف أو باع لبونا بلبون وذات صوف بمثلها ففيه وجهان (أحدهما) الجواز اختاره ابن حامد ؟ وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذابة لان ما فيه الربا غير مقصود فلم يمنع كالدار المموه سقفا (والثاني) المنع وهو مذهب الشافعي لانه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه الحيوان باللحم. والفرق بينهما أن اللحم في الحيوان مقصود بخلاف اللبن ، ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجهاً واحداً لان اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن فأشبهه المالح في الشيرج والحبز والحجين وحببات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه أيضاً خلافاً وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) الجواز اختاره أبو بكر لان التمر غير مقصود بالبيع (والثاني) لا يجوز ، ووجه الوجهين ما ذكرناه في المسئلة قبلها ، واختار القاضي أنه لا يجوز وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة

جاز كما لو باع تمر أ فيه النوى بعضه ببعض ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لانها لم يتساويا في حال السكال ولانه يتجافى في المكيال

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مدأ بعد» ولانها تساويا في حال على وجه لا ينفرد أحدهما بالتمصان فجاز كما لو كان في كل واحد نواه ، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا كذلك

(مسئلة) (وفي بيع النوى بتمر فيه النوى، واللبن بشاة ذات لبن، والصوف بنخلة عليها صوف روايتان) اذا باع النوى بتمر نواه فيه فملى روايتين (إحدهما) لا يجوز رواه عنه منها وابن القاسم لانه كسئلة مدعجوة وكما لو باع تمر أ فيه نواه بتمر مزروع النوى (والثانية) يجوز رواها ابن منصور لأن النوى في التمر غير مقصود فجاز كما لو باع داراً بموها سقفا بذهب، فملى هذا يجوز بيعه متفاضلاً وتساويا لأن النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بتمر مزروع النوى

(فصل) وان باع شاة ذات لبن بلبن أو شاة عليها صوف بصوف أو باع لبوناً بلبون أو ذات صوف بمثلها خرج فيه الروايتان كالتى قبلها (إحدهما) الجواز اختاره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة لان ما فيه الربا غير مقصود (والثاني) المنع وهو مذهب الشافعي لانه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه بيع اللحم بالحيوان والاول اولى ، والفرق بينهما ان اللحم والحيوان مقصود بخلاف اللبن والصوف ، ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجهاً واحداً لان اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن فأشبهه المالح في الشيرج والحبز والحجين وحببات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه خلافاً ، وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ، ويحتمل أن لا يجوز على قولنا إن اللبن جنس واحد ، ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) الجواز اختاره أبو بكر لان التمر غير مقصود بالبيع (والثاني) لا يجوز ووجه الوجهين ما ذكرناه في المسئلة قبلها ، واختار القاضي المنع وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة بخلاف اللبن في الشاة، وهذا الفرق غير مؤثر فان ما يمنع اذا جاز

بخلاف اللبن في الشاة وهذا الفرق غير مؤثر فان ما يمنع إذا جاز لإفراده يمنع وان لم يجز إفراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع وان جاز لإفراده كمال العبد

(فصل) وان باع جنسا فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فذلك ينقسم أقساما (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيراً لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وجبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتأمل وكذلك لو وجد في أحدها دون الآخر لم يمنع لذلك ، ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه مثل أن يبيع الخبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله ويتزل خلطه منزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلا يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبير خل العنب بخل الزبيب لافضائه الى التفاضل فحري مجرى بيع التمر بالرطب. ومنع الشافعي ذلك كله الا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته كالألبان المشوب بالماء والأيمان المشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتأمل المقصود فيه ، وان باعه بجنس غير المقصود كبيع الدينار المشوش بالفضة بالدرهم احتمال الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فاشبهه بيع اللبن بشاة فيها لبن ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في الاصل

افراده يمنع وإن لم يجز افراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع وإن جاز افراده كمال العبد (فصل) وان باع داراً سقفها موه بذهب أو داراً بدار موه سقف كل واحدة منهما جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه ، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود فهو كالسقف الموه ، ولو اشترى عبداً بعبد واشترط كل واحد منهما مال العبد جاز أيضاً اذا كان المال غير مقصود

(فصل) وإن باع جنساً فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فهو على أقسام (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيراً لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وجبات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتأمل ، وكذلك لو وجد في أحدها دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه كبيع الخبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فيجوز بيعه بمثله ويتزل خلطه بمنزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلم يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبير خل العنب بخل الزبيب لافضائه الى التفاضل فحري مجرى بيع التمر بالرطب ، ومنع الشافعي ذلك كله إلا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير المقصود كثيراً وليس من مصلحته كالألبان المشوب بالماء بمثله والأيمان المشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتأمل المقصود فيه ، وإن باعه بجنس غير المقصود كبيع الدينار المشوش بالفضة بالدرهم احتمال الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فاشبهه بيع اللبن بشاة فيها لبن ، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في

وان باع ديناراً مغشوشاً بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لانه يخل بالتأمل المقصود، وان علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على الوجهين أو لاهما الجواز لانهما تأملا في المقصود وفي غيره ولا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكانه لاقيمة له .

(فصل) ولو دفع اليه ردما فقال أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوساً أو حاجة أخرى جاز لانه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع اليه درهمين وقال بعني بهذا الدرهم فلوساً واعطني بالآخر نصفين ، وان قال اعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز أيضاً لان معناه ذلك ولان ذلك لا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فان قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء .

(فصل) وما كان مشتتاً على جنسين بأصل الحلقة كالتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه والحيوان المشتل على لحم وشحم وغيره وأشياء ذلك فهذا اذا قوبل بمثله جاز بيعه به ولا نظر الى ما فيه فان النبي ﷺ أجاز بيع التمر بالحيوان بالحيوان وقد علم اشتباهها على ما فيها ، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى ففيه عن أحمد روايتان قد ذكرناهما فيما مضى ، فأما غسل قبل تصفيته فقال أصحابنا لا يجوز بيع بعضه ببعض لاشتماله على غسل وشحم وذلك بفعل التحل فأشبهه السيف المحلى

الاصل وان باع ديناراً مغشوشاً بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لانه يخل بالتأمل المقصود ، وإن علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على وجهين أو لاهما الجواز لانهما تأملا في المقصود وفي غيره ولا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكانه لاقيمة له (فصل) ولو دفع الى انسان درهما وقال اعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوساً أو حاجة أخرى جاز لانه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع اليه درهمين فقال بعني بهذا الدرهم فلوساً واعطني بالآخر نصفين ، وان قال اعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز أيضاً لان معناه ذلك ولان ذلك لا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فان قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة نصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء

(مسألة) والمرجع في الكيل والوزن الى عرف أهل الحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ما لعرف لهم فيه فقيه وجهان)

(أحدهما) يعتبر عرفه في موضعه ولا يرد الى أقرب الاشياء شبيهاً به بالحجاز ونحو هذا مذهب الشافعي ، قال أبو حنيفة الاعتبار في كل بلد بعادته ، ولنا ما روى عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ل «المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة» والنبي صلى الله عليه وسلم إنما يحمل كلامه على بيان الاحكام لان ما كان مكيالاً بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف اليه التحريم في تفاضل الكيل فلا يجوز أن يتغير ذلك وهكذا الوزن ، فأما ما لعرف له في الحجاز فقيه وجهان (أحدهما) يرد الى أقرب الاشياء شبيهاً به بالحجاز كما ان الحوادث ترد الى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس (والثاني) يعتبر عرفه موضعه لان ما لم يكن له في الشرع حد يرجع فيه الى العرف كالقبض والحرز والتفرق ، وعلى هذا

(فصل) ويحرم الربا في دار الحرب كتحريمه في دار الاسلام ، وبه قال مالك والاوزاعي وأبو يوسف والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة لا يجزي الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلموا في دار الحرب لاربا بينهما لما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال « لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب » (١) ولأن أموالهم مباحة وأما حظرها الايمان في دار الاسلام فما لم يكن كذلك كان مباحا ، ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا) وقوله (الذين يأكلون الربا لا يقومون

إن اختلفت البلاد فالاعتبار بالغالب فان لم يكن غالب تعين الوجه الاول ومذهب الشافعي كهذين الوجهين (فصل) والبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم « البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » وكذلك سائر الحبوب والابازير والاشنان والجص والثورة وما أشبهها والتمر مكيل وهو من المنصوص عليه وكذلك سائر ثمره النخل من الرطب والبسر وغيرها ، وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار مثل الزبيب والستق والبندق واللوز والسناب والمشمش والزيتون والبطم والملح مكيل وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « الملح بالملح مداً بمد » والذهب والفضة موزونان بقوله عليه السلام « الذهب بالذهب والفضة بالفضة وزناً بوزن » وكذلك ما أشبههما من جواهر الارض كالحديد والرصاص والصفرة والنحاس والزجاج والزئبق وكذلك الابريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ، ومنه الخبز واللحم والشحم والحين والزبد والشمع والزعفران والورث والعصفر وما أشبه ذلك

(فصل) والدقيق والسويق مكيلان لان أصلهما مكيل ولم يوجد ما يتقلها عنه ولانها يشبهان مايكال وذكر القاضي في الدقيق أنه يجوز بيع بعضه ببعض وزناً ولا يمنع أن يكون موزوناً وأصله مكيل كالخبز . ولنا ما ذكرناه ولانه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطر صاع من دقيق ، وقد جاء ذلك في الحديث والصاع إنما يقدر به المكيلات ، وعلى هذا يكون الاقط مكيلاً لان في حديث صدقة الفطر صاع من أقط . فاما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعتسل والديس والحل ونحو ذلك ، فالظاهر أنها مكيلة . قال القاضي في الادهان هي مكيلة وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا ، وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن ببعضه ببعض الا كيلا ، وقد روي عن احمد رحمه الله تعالى أنه سئل عن السلف في اللبن فقال نعم كيلا أو وزناً وذلك لان الماء يقدر بالصاع ، ولذلك قالوا : كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالماء ويفتسل بالصاع ويفتسل هو وزوجته من الفرق وهذه مكيل قدرها الماء ، وكذلك سائر المائعات ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما في ضروع الانعام إلا بكيل رواه ابن ماجه ، وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ماجري فيه عرف بذلك كالنبات والحبوب والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والحيار وسائر الخضر

(١) الحديث مرسل غريب وهو محتجج بمرسلة الثقة ، والاصل في هذا عنده ان مال الحربي مباح الاصل قالوسيلة لاخذه برضاه لا تخرجه عن أصله بخلاف مال المستامن والذمي قالوا ولذلك اجاز النبي (ص) للصديق اكل القمار من بعض مشركي مكة لما راهنه على غلب الروم لفرس وصرح بعضهم بأن المباح ان يأخذ المسلم مال الحربي دون العكس

الا كما يقووم الذي يتخطه الشيطان من المس) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) وعموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام وكذلك سائر الاحاديث ولان ما كان محرماً في دار الاسلام كان محرماً في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا نعرف صحته ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك، ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة وانعقد الاجماع على تحريمه بخبر مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتتمل، ويحتمل أن المراد بقوله « لاربا » انهي عن الربا (١) كقوله (لارفت ولا فسوق ولا جدال في الحج) وما ذكره من الاباحة منتزعة بالحربي اذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح الا فيما حظره الامان، ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل وهو محرم بالاجماع فكذا هي

والبقول والسفرجل والتفاح والكثير والحوخ ونحوها، فهذه اذا اعتبرنا المائل فيها فانه يعتبر في الوزن لانه اخصر ذكره القاضي في القواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي، والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كيله بالكيل لان الاصل الاعيان الاربعة وهي كيلة، ومن شأن الفرع أن يرد الى أصله محكمه، والاصل حكمه نحرمة التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعه ولنا أن الوزن اخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كيله، وانما اعتبر الكيل في المنصوص لانه يقدر به في العادة وهذا بخلافه

(فصل) قال رضي الله عنه (وأما ربا النسبئة فكل شيئين ليس أحدهما مائة ربا الفضل فيها واحدة كالكيل بالمكيل والموزون بالموزون لا يجوز النساء فيها وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد) متى كان أحد العوضين مائة والآخر مئتيًا جاز النساء بينهما بغير خلاف لان الشرع أرخص في السلم والاصل في رأس مال السلم الدرهم والدنانير فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الثالب وان لم يكن أحدهما مائة، فكل شيئين يجري فيها الربا بمائة واحدة كالكيل بالمكيل والموزون بالموزون والمطعم بالمطعم عند من يعال به محرم بيع أحدهما بالآخر نسبئة بغير خلاف لعله لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع الذهب بالفضة - والفضة أكثرهما - يداً بيد وأما النسبئة فلا، ولا بأس ببيع البر بالشعير - والشعير أكثرهما - يداً بيد وأما النسبئة فلا » رواه أبو داود

(فصل) وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يشترط التقابض في غير الثقلين لان ما عداها ليس بأمان . فلم يشترط التقابض فيهما كغير أموال الربا وكبيع ذلك بأحد الثقلين، وأما قوله عليه السلام « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » فالمراد به القبض، ولانها مالان من اموال الربا عليهما واحدة فحرم التفرق بينهما قبل القبض كالذهب بالفضة

(مسئلة) (وان باع مكيلاً بموزون كاللحم بالبر جاز التفرق قبل القبض وفي التساوي روايتان) وهذا ذكره أبو الخطاب وقال هو رواية واحدة لان عليهما مختلفا فجاز التفرق قبل القبض كالخن بالخن، ويحتمل كلام الحارثي وجوب التقابض لانه قال : وما كان من جنسين فجاز التفاضل فيه يداً بيد

﴿مسئلة﴾ قل (واذا اشترى ذهباً بورق عيننا بين فوجد أحدهما فيما اشتراه تيباهله الخيار بين أن يرد أو يقبل اذا كان بصرف يومه وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه)

معنى قوله عيناً بعين هو أن يقول بتك هذا الدينار بهذه الدراهم ويشير اليهما وهما حاضران وبغير عينه أن يوقع العقد على موصوف غير مشار اليه فيقول بتك ديناراً ، مصرىا بمشرة دراهم ناصرية وان وقع القبض في المجلس وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر وكل ذلك جائز ، والمشهور في المذهب أن النقود تتين بالتعيين في العقود فيثبت الملك في أعيانها فعلى هذا إذا تباها ذهباً بفضة مع

وهل يجوز النساء ؟ فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز ذكرها الحرقى لانهما مالان من أموال الربا فلم يجز النساء فيهما كالكيك بالمكيل (والثانية) يجوز وهو قول التخني لانهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالثياب بالحيوان وعند من يعلل بالطعم لا يجيزه ههنا وجها واحداً (مسئلة) وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النساء فيهما ، وعنه لا يجوز وعنه لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان بالحيوان ويجوز في الجنسين كالثياب بالحيوان)

فيه أربع روايات (احداهن) لا يحرم النساء فيه سواء بيع بجنسه أو بغيره متساويا أو متفاضلا ، وقال القاضي ان كان مطعوما حرم النساء فيه وان لم يكن مكيلا ولا موزونا ، وهذا مبني على أن العلة الطعم وهو مذهب الشافعي ، ووجه جواز النساء ماروى أبو داود عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أمره أن يجيز جيشا فنقدت الابل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة ، وروى سميذ في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد بن علي أن عليا باع بعيراً له يقال له عصيفير بأربعة أبرة الى أجل ولانها مالان لا يجري فيها ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار ، ولان النساء أحد نوعي الربا فلم يجز في الاموال كلها كالنوع الاخر فعلى هذه الرواية علة تحريم النساء الوصف الذي مع الجنس . أما الكيل أو الوزن أو الطعم عند من يعلل به فيختص تحريم النساء بالمكيل والموزون عند من يعلل به اختاره القاضي (والرواية الثانية) يحرم النساء في كل مال يبيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو لا لما روى سمرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . قال الترمذي حديث صحيح ولم يفرق بين الجنس والجنسين ، ولانه يبيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا فيكون علة النساء بينهما المالية على هذه الرواية . قال القاضي فعلى هذا لو باع عرضا بعرض ومع أحدهما دراهم المروض تقداً والدرهم نسيئة جاز وإن كان بالعكس لم يجز لانه يفضي الى النسيئة في المروض (قال شيخنا) وهذه الرواية ضيقة جداً لانه اثبات حكم يخالف الاصل بغير نص ولا اجماع ولا قياس صحيح فان للمحل الجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار ، وما هذا سبيله لا يجوز اثبات الحكم فيه وان لم يخالف أصلاً فكيف مع مخالفة الاصل في حل البيع ؟ فأما حديث سمرة فهو من رواية الحسن عن سمرة ، وأبو عبد الله لا يصحح سماع الحسن من سمرة قاله الاثرم (والرواية الثالثة) محرم النساء في كل ما يبيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم

التعيين فيها ثم تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عينا لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع مثل أن يجد الدرهم رصا أو نحاسا أو فيه شيء من ذلك أو الدينار مسافا صرف باطل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات (إحدها) البيع باطل (والثانية) البيع صحيح لأن البيع وقع على عينه وللمشتري الخيار بين الامساك أو الرد وأخذ البديل (والثالثة) يلزمه العقد وليس له رده ولا بدله

في غير ذلك وهذا مذهب أبي حنيفة، ويروى كراهة بيع الحيوان بالحيوان نساء عن ابن الحنفية وعبدالله ابن عبيد بن عمير وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري والحسن وروي ذلك عن عمار وابن عمر لحديث سمرة، ولأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن (والرواية الرابعة) لا يحرم النساء الا فيما يبيع بجنسه متفاضلا لما روي جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به بدأ بيد» قال الترمذي حديث حسن، وروي الامام أحمد باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والتجنية بالابل؟ فقال «لا بأس إذا كان يبدأ بيد» وهذا يدل بمفهومه على إباحة النساء مع التماثل والرواية الاولى أصح لموافقها الاصل، والاحاديث المخالفة لها قد قال أحمد ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجنني أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال هما مرسلان، وحديث سمرة قد أجبنا عنه وحديث جابر قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء، وليث بن سبيد قال يعقوب بن شبة هو واهي الحديث وهو صدوق، وان كان أحد المبيعين مما لاربا فيه والآخر فيه ربا كالكيل بالمعدود ففي نحرهم النساء فيهما روايتان

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الكالبي بالكالي وهو بيع الدين بالدين) لان النبي ﷺ نهى عن بيع الكالبي بالكالي رواه أبو عبيد في التريب (فصل) قال رحمه الله تعالى (ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض أو افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس ماله بطل العقد)

أما إذا افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس المال فسيذكر في باب ان شاء الله تعالى، وأما الصرف فهو بيع الأمان بعضها ببعض، والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الذهب بالورق ربا الا هاه وهاء» وقوله عليه السلام «يبيعوا الذهب بالفضة كين شتم بدأ بيد» ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق دينا ونهى أن يباع غائب منها بناجز وكلها أحاديث صحاح. ويجزيه القبض في المجلس وان طال، ولو تماشيا مصطحبين الى منزل احدهما او إلى الصراف فتقابضاه عنده جاز، وبه قال ابو حنيفة واصحابه، وقال مالك لاخير في ذلك لانهما فارقا مجلسهما

ولنا أنهما لم يتفارقا قبل التقابض فأشبهه مالوكا في سفينة تسير بهما أو راكبين على دابة واحدة تمشي بهما وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الاسلمي رضي الله عنه في قوله للذين مشيا اليه من جانب العسكر: وما ارا كما افترقها. وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد لفوات شرطه

ولنا أنه باعه غير ماسمى له فلم يصح كما لو قال بعثك هذه البغلة فإذا هو حمار أو هذا الثوب انقز فوجده كنانا ، وأما القول بأنه يلزمه المبيع فغير صحيح فإن اشترى مبيعاً لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أورش كسائر المبيعات ، ثم إن أبا بكر يقول فيمن دلس العيب لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى في البيع فهنا مع اختلاف الذات أولى (القسم الثاني) أن يكون العيب من جنسه مثل كون الفضة سوداء أو خشنة تفطر عند الضرب أو سكتها مخالفة لسكة السلطان فالعقد صحيح والمشتري مخير بين

(مسئلة) وان قبض البعض ثم افترقا بطل في الجميع في احد الوجهين ، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل احدهما وكلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه ، وان افترقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض في المجلس شرط وقد فات ، وان تخيرا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لانهما لم يتفرقا قبل القبض ، ويحتمل ان يبطل إذا قلنا بلزوم العقد وهو مذهب الشافعي لان العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض اشبه ما لو افترقا ، والصحيح الاول فان الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشترط التقابض قبل اللزوم تحمك بغير دليل ثم يبطل بما اذا تخيرا قبل الصرف ثم اصطرقا فان الصرف يقع لازماً صحيحاً قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس

(فصل) ولو صارف رجلاً ديناراً بعشرة دراهم وليس معه الا خمسة لم يجز أن يتفرقا قبل قبض العشرة ، فان قبض الخمسة وافترقا فهل يبطل في الجميع أو في نصف الدينار ؟ ينبني على تفريق الصفقة فان اراد صحة العقد فصحح الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه او فسحان العقد كله ثم يشترى منه نصف الدينار بخمسة و يدفعها اليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون نصفه له والباقي امانة في يده ويتفرقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئاً أو جعله سلماً في شيء أو وهبه إياه جاز ، ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ، ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فأعطاه أكثر من دينار ائزن له حقه في وقت آخر جاز وان طال ويكون الزائد امانة في يده لا شيء عليه في تلفه نص أحمد على أكثر هذه المسائل ، فان لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملاً ودفع اليه الدراهم ثم اقترضها منه واشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع اليه الخمسة ثم اقترضها منه ودفع اليه عوضاً عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة فلا بأس

(مسئلة) (وان تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين) هذا إن كان فيه عيب من غير جنسه لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه فيما يشترط قبضه اختاره القاضي ، والآخر لا يبطل لان قبض عوضه في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في المجلس وان رد بعضه وقلنا يبطل في المردود فهل يبطل في الباقي ؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة ، وإن كان العيب من جنسه فسنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) فإذا باع مدي ترم رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم ترمأ جيداً أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدرهم وتقابضا ثم اشترى منه بالدرهم قراضة عن غير مواطاة ولا حيلة فلا بأس به ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز إلا أن يمضي إلى غيره لينتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع

الامساك وبين فسخ العقد والرد، وليس له البدل لان العقد واقع على عينه فاذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لان الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فاشبه السلم إذا قبضه فوجد به عيباً، وإن كان العيب في بعضه فله رد الكل أو امساكه، وهل له رد العيب أو امساك الصحيح؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، والحكم فيما إذا كان العوضان من جنس واحد كالحكم في الجنسين على ما ذكرنا لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد

فبتناع منه، وقال أحمد في رواية الاثرم يبيعها من غيره أحب إلي، قلت له فإن لم يعلم أنه يريد أن يبيعها منه، فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فانه إذا ردها إليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي، يقول هي ترجع إليه، قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدرهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره (١) فلم يجدها فرجع إليه، فقال إذا كان لا يبالي اشتري منه أو من غيره فنعيم، فظاهر هذا أنه على وجه الاستحباب لا الايجاب ولعل احمد ان أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال إذا كان لا يبالي اشتري منه أو من غيره فنعيم، وقال مالك إن فعل ذلك مرة جاز وإن فعله أكثر من مرة لم يجز لأنه يضارع الربا

ولنا ما روى أبو سعيد رضي الله عنه قال: جاء بلال رضي الله عنه إلى النبي ﷺ بتمر برني، فقال النبي ﷺ «من أين هذا؟» قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أوه عين الربا عين الربا لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتريه» وروى أبو سعيد رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتته رجل على خبير فجاءه بتمر جنب فقال «أكل تمر خبير هكذا؟» فقال لا والله أنا لتأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لا تفعل ببع التمر بالدرهم ثم اشتري بالدرهم جنباً» متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه، ولو كان ذلك محرماً لبيته له وعرفه إياه، ولا نه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة فجاز كما لو باعه من غيره، ولان ما جاز من البياعات مرة جاز على الاطلاق كسائر البياعات، فان تواطأ على ذلك لم يجز وكان حيلة محرمة، وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ما لم يكن مشروطاً في العقد. ولنا أنه إذا كان عن مواطأة كان حيلة والحيلة محرمة على ما سنذكره (فصل) والصرف ينقسم إلى قسمين (أحدهما) أن يبيع عيناً بعين وهو أن يقول بعتك هذا

الدينار بهذه الدراهم (والثاني) أن يقع العقد على موصوف نحو أن يقول بعتك ديناراً بمصرى بأعشرة دراهم ناصرية وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر وكل ذلك جائز، وظاهر المذهب أن النقود تعين بالتعيين في العقود فيثبت الملك في أعيانها، فان تبايعنا عيناً بعين ثم تقابضنا فوجد أحدهما عيباً فيما قبضه فذلك قسمان (١) (أحدهما) أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع كالتحاس في الدراهم والمس في الذهب فالصرف باطل وهو قول الشافعي، وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات (أحدها) البيع باطل (والثانية) صحيح والمشتري الخيار والترك وأخذ البدل (والثالثة) يلزمه العقد وليس له رد ولا بدل. ولنا أنه باعه غير ما سمي له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فاذا هو حمار، أو هذا الثوب الفز وإذا هو كتان، وأما القول بأنه يلزمه البيع فلا يصح لانه اشتري معيناً لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر البياعات (القسم الثاني) أن يكون العيب من جنسه كالسواد في الفضة والحشونة

«١» قوله فذهب ليشتري الدرهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره فنعيم، فظاهر هذا أنه على وجه الاستحباب لا الايجاب ولعل احمد ان أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال إذا كان لا يبالي اشتري منه أو من غيره فنعيم، وقال مالك إن فعل ذلك مرة جاز

«١» عبارة المغني في الصفحة السابقة . لم يخل من قسمين . وهو جواب الشرط . وما هنا لا يصلح جواباً بل هو معطوف على ما قبله

من ذلك الجنس أنه اذا وجد بعض العوض معيماً أن يبطل العقد في الجميع لان الذي يقابل الميعب أقل من الذي يقابل الصحيح فيصير كمشكلة مدعجوة ومذهب الشافعي مثل ما ذكرنا في هذا الفصل سواء (فصل) ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المائة المشتركة في الجنس الواحد، وخرج القاضي وجهاً بجواز أخذ الارش في المجلس لان الزيادة طرأت بعد العقد، وليس لهذا الوجه وجه فان أرش العيب من العوض يجبر به في المراجعة ويأخذ به الشفيع ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ولو لم يكن من العوض فبأي شيء استحققه المشتري فانه ليس بهبة على أن الزيادة في المجلس من العوض ولو لم يكن أرشاً فالارش أولى وان كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الارش في المجلس لان المائة غير متبيرة وتختلف قبض بعض العوض عن بعض ناداما في المجلس لا يضر فجاز كما في سائر البيع، وان كان بعد التفرق لم يجز لانه يفضي الى حصول التفرق قبل انقبض لأحد العوضين الا أن يجعلا الارش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة قفيز حنطة فيجوز، وكذلك الحكم في سائر اموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض، فاذا كان الارش مما لا يشترط قبضه كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد أحدهما (١) عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وان كان بعد التفرق لانه لم يحصل التفرق قبل قبض ما شرط فيه القبض. (فصل) قول الحرقي إذا كان بصرف يومه يعني الرد جائز ما لم ينقص قيمة ما أخذه من النقدين قيمته يوم اصطرفا فان نقصت قيمته كأن أخذ عشرة دينار فصارت احد عشر دينار فظاهر كلام احمد والحرقي أنه لا يملك الرد لان المبيع تعيب في يده لنقص قيمته وان كانت قيمته قد زادت مثل أن صارت تسعة دينار لم يمنعه الرد لانه زيادة وليس بعيب، والصحيح أن هذا لا يمنع الرد لان تغير السعر

« ١ » كذا ومثله
ما في الشرح كما ترى
في أدنى الصفحة ولعل
أصله : فوجد في
أحدهما عيباً

كونها تنفطر (١) عند الضرب أو ان سكتها مخالفة لسكة السلطان فيصح العقد ويخير المشتري بين الامسك والترك ولا بدل له لان العقد وقع على معين فاذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره، وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فأشبه المسلم اذا قبضه فوجد به عيباً ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرناه

« ١ » لعل أصله
ككونها تنفطر وانظر
عبارة المعنى في اوائل
هذه الصفحة فهي
أصح وأفضل

(فصل) ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المائة المشتركة في الجنس الواحد، وخرج القاضي وجهاً لجواز أخذ الارش في المجلس لان الزيادة طرأت بعد العقد وليس لذلك وجه فان أرش العيب من العوض يجبر به في المراجعة ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ولو لم يكن من العوض فبأي شيء استحققه المشتري فانه ليس بهبة، على أن الزيادة في المجلس من العوض وإن لم يكن أرشاً فالارش أولى، وإن كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الارش في المجلس لان المائة غير متبيرة، وتختلف قبض بعض العوض عن بعض ما دام في المجلس فجاز كما في سائر المبيع، وإن كان بعد التفرق لم يجز لانه يفضي الى حصول التفرق قبل قبض أحد العوضين إلا أن يجعلا الارش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة حنطة فيجوز، وكذلك الحكم في سائر اموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض، فاذا كان مما لا يشترط قبضه كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد أحدهما عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وإن كان بعد التفرق لانه لم يحصل التفرق قبل قبض ما يشترط فيه القبض

ليس بيب وهذا لا يضمن في النصب ولا يمنع من الرد باليب في القرض ولو كان عيبا فان ظاهر المذهب أنه إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم ظهر على عيب قديم فله رده ورد أورش العيب الحادث عنده وأخذ الثمن . (فصل) وان تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ورد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها إن اتفقا على ذلك سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي ، قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد جواز أخذ الارش والاول أولى إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين

(فصل) إذا علم المصطر فان قدر الموضين جاز أن يتبايما بغير وزن، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن مامعه فصدقه فاذا باع ديناراً بدينار كذلك وأفرقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصا بطل الصرف لانهما تبايما ذهبا بذهب متفاضلا ، فان وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار نظرت في العقد فإن كان قال بتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل لانه باع ذهبا بذهب متفاضلا، وإن قال بتك ديناراً بديناراً ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا للمالك لانه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد لأنه إنما باع ديناراً بمثله وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فان أراد دفع عوض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لانه معاوضة مبتدأة ، وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك لان أخذ الزائد وجد المبيع مختلطا بغيره معيب الشركة ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد ويدفع بدله ، ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر كان هذا الدينار الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا للمالك لانه قبضه على أنه عوض عن ماله فكان مضمونا بهذا القبض وللمالك التصرف فيه كيف شاء

(فصل) والدرهم والدنانير تعين بالتعيين في القدم بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ويتعين عوضا فيه فلا يجوز ابداله ، وإن خرج مقصوبا بطل العقد ، وهذا قال مالك والشافعي ، وعن أحمد أنها لاتعين بالعقد فيجوز ابدالها ولا يبطل العقد بخروجها مقصوبة وهذا مذهب أبي حنيفة لانه يجوز اطلاقها في العقد فلا تعين بالتعيين فيه كما في الكيل والصنعة . ولنا أنه عوض في عقد فیتعين بالتعيين كسائر الاعواض ، ولانه أحد الموضين فیتعين بالتعيين كالأخر ويفارق ما ذكره فانه ليس بموض وإنما يراد لتقدير العقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسئلتنا

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا تبايما ذلك بغير عينه فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا فله البطل إذا

كان العيب ليس بدخيل تليه من غير جنسه كالوضوح في الذهب والسواد في الزنقة)
يعنى اصطرفا في الذمة نحو أن يقول بتك ديناراً مصريا بعشرة دراهم فيقول الآخر قبلت فيصح

(فصل) وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ويرد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها إن اتفقا عليه سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي ، قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد جواز أخذ الارش والاول أولى إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين (القسم الثاني) أن بصطرفا في الذمة فيصح (المغني والشرح الكبير) (٢٢) (الجزء الرابع)

البيع سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أو لم يكونا إذا تقابضا قبل الافتراق بأن يستقرضا أو غير ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك لا يجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لا يجوز حتى تظهر لإحدى العينين وتعين ، وعن زفر مثله لأن النبي ﷺ قال « لا تبعوا غائباً منها بناجز » ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين وهو غير جائز . ولنا أنهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرين والحديث يرد به أن لا يباع عاجل بأجل ، أو مقبوض بغير مقبوض بدليل مالو عين أحدهما فإنه يصح ، وإن كان الآخر غائباً والقبض في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ألا ترى إلى قوله « عيناً بعين يداً بيد » والقبض يجري في المجلس كذا التعين ، إذا ثبت هذا فلا بد من تعيينهما بالتقابض في المجلس ، ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيماً قبل التفرق فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لأن العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فله المطالبة بما وقع عليه العقد كالمسلم فيه ، وإن رضيه بعينه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيماً ، وإن اختار أخذ الارش فإن كان العوضان من جنس واحد لم يجز لافضائه إلى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل وإن كانا من جنسين جاز ، فأما إن تقابضا وافتراقاً وجد العيب من جنسه فله بداله في إحدى الروايتين اختارها الخلال والحرقى وروي ذلك عن الحسن وقادة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لأن ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه

(والرواية الثانية) ليس له ذلك وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي لأنه يقبضه بعد التفرق ولا يجوز ذلك في الصرف، ومن صار إلى الرواية الأولى قال قبض الأول صح

سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أولاً إذا تقابضا قبل الافتراق وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وحكي عن مالك لا يجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لا يجوز حتى تظهر لإحدى العينين وتعين ، وعن زفر مثله لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تبعوا غائباً منها بناجز » ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين . ولنا أنهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرين ، والحديث يرد به أن لا يباع عاجل بأجل أو مقبوض بغير مقبوض بدليل ما لو غير أحدهما فإنه يصح وإن كان الآخر غائباً ولأن القبض في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ألا ترى إلى قوله عيناً بعين يداً بيد ، والقبض يجري في المجلس كذا التعين . إذا ثبت هذا فلا بد من تعيينها بالتقابض في المجلس ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيماً قبل التفرق فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لأن العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فكان له المطالبة بما وقع عليه العقد كالمسلم فيه وإن رضيه بعينه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيماً ، وإن اختار أخذ ارشه وكان العوضان من جنسين جاز وإن كانا من جنس لم يجز وقد ذكرناه ، وإن تقابضا افتراقاً وجد العيب من جنسه فله بداله في إحدى الروايتين اختارها الخلال والحرقى وروي ذلك عن الحسن وقادة وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لأن ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعد التفرق كالمسلم فيه . (الثانية) ليس له ذلك اختارها أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة . والقول الثاني للشافعي لأنه يقبضه بعد التفرق ولا يجوز ذلك في الصرف ، ومن نصر الرواية الأولى قال قبض الأول صح

به العقد ، وقبض الثاني يدل على الاول ويشترط أن يأخذ البديل في مجلس الرد فان تفرقا من غير قبض بطل العقد ، وإن وجد البعض رديئا فرده فعلى الرواية الاولى له البديل ، وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة ، ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين ، وقال مالك إن وجد درهما زيفا فرضي به جاز وإن رده انتقض الصرف في دينار ، وإن رد أحد عشر درهما انتقض الصرف في دينارين ، وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وإن اختار واجد العيب الفسخ فعلى قولنا له البديل ليس له الفسخ إذا أبدل له لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى له الفسخ أو الامسك في الجميع لأنه تعذر عليه الوصول إلى ماعقد عليه مع إبقاء العقد فان اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك لأنه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف الا على الرواية الاخرى

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بها وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فيصرف الاطلاق اليه ، ولو قال بعتك دينارا مصريا بششرين درهما من نقد عشرة دينار لم يصح الا أن لا يكون في البلد نقد عشرة دينارا لا نوع واحد فتصرف تلك الصفة اليه وكذلك الحكم في البيع

(فصل) اذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرقا بما في ذمتها لم يصح وبهذا قال الليث والشافعي ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لان الذمة الحاضرة

به العقد وقبض الثاني يدل عن الاول ، ويشترط أن يأخذ البديل في مجلس الرد فان لم يأخذه فيه بطل العقد ، وإن وجد البعض رديئا فرده فعلى الرواية الاولى له البديل وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد على وجهين بناء على تفريق الصفة ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين وقال مالك ان وجد درهما زيفا فرضي به جاز وان رده انتقض الصرف في دينار وان رد أحد عشر درهما انتقض في دينارين وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر

ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وإن اختار واجد العيب الفسخ فعلى قولنا له البديل ليس له الفسخ إذا أبدل له لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى له الفسخ أو الامسك في الجميع لأنه تعذر عليه الوصول إلى ماعقد عليه مع إبقاء العقد وان اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك لأنه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف ويجوز على الرواية الأخرى

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بها أو يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فيصرف الاطلاق اليه ، فلو قال بعتك دينارا مصريا بششرين درهما من نقد عشرة دينار لم يصح إلا أن لا يكون في البلد نقد عشرة دينار إلا نوع واحد فتصرف الصفة اليه وكذلك الحكم في البيع

(فصل) وإذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرقا بما في ذمتها لم يصح وبهذا قال الليث والشافعي ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لان الذمة الحاضرة كالعين

كالمين الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين . ولنا أنه بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالإجماع ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز وقال أحمد إنما هو إجماع ، وقد روى أبو عبيد في الغريب أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالي بالكالي . وفسره بالدين بالدين إلا أن الأثرم روى عن أحمد أنه سئل أيصح في هذا حديث ؟ قال لا . وإنما صح الصرف بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فخرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاء دراهم شيئاً بعد شيء نظرت ، فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح نص عليه أحمد ، وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك فصارفه بها وقت الحاسبة لم يجز نص عليه أيضاً لأن الدنانير دين والدراهم صارت ديناً فيصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، وإذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ولم يقضه ذلك وقت دفعها إليه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه لأنها قبل ذلك لم تصرف في ملكه إنما هي ودبمة في يده ، فان تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالكةا ، ويحتمل أن تكون من ضمان القابض لها إذا قبضها بنية الاستيفاء لأنها مقبوضة على أنها عوض ووفاء والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه ، ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم إدرارا لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك ، بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه ، فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد التقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة في قول أكثر أهل

الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين

ولنا أنه بيع دين بدين وقد قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز ، وقال أحمد إنما هو إجماع وقد روى أبو عبيد في الغريب أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالي بالكالي . وفسره بالدين بالدين إلا أن الأثرم روى عن أحمد أنه سئل أيصح هذا الحديث ؟ قال لا . فأما الصرف فأما صح بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فخرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاء دراهم شيئاً بعد شيء فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدنانير صح نص عليه ، فان لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد فصارفه بها وقت الحاسبة لم يجز نص عليه لأن الدنانير دين والدراهم قد صارت ديناً فيصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، وإذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ولم يقضه إياها وقت دفعها إليه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه لانه قبل ذلك لم تصرف في ملكه إنما هي ودبمة في يده ، وان تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالكةا ويحتمل أن تكون من ضمان القابض إذا قبضها بنية الاستيفاء لأنها مقبوضة على أنها عوض ووفاء ، والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في عقد صحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه ، ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم إدرارا لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك ، بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه ، فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد التقدين من الآخر ويكون صرفا بعين وذمة في قول الاكثرين ومنع

العلم ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة ، وروي ذلك عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد تخلف . ولنا ماروي أبو داود والاثرم في سننهما عن ابن عمر قال : كنت أبيع الابل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدرهم ، وأبيع بالدرهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت : يا رسول الله رويدك أسألك ، اني أبيع الابل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدرهم ، وأبيع الدرهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء » قال أحمد : إنما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا انه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال أصحاب الرأي انه يقضيه مكلتها ذهباً على التراضي لانه يبع في الحال فجاز ما تراضيا عليه اذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضاً . ووجه الاول قول النبي ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » وروي عن ابن عمر ان بكر بن عبدالله المزني ومسروق العجلي سألاه عن كري لهاله عليهما درهم وليس معها إلا دنانير فقال ابن عمر اعطوه بسعر السوق . ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو قضاء من الجنس والتماثل هنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة . قيل لأبي عبد الله فان أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال اذا كان مما يتغابن الناس به فسهل فيه ما لم يكن حيلة ويزاد شيئاً كثيراً

(فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا فقد توقف أحمد فيه . وقال القاضي بحتمل وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قولي الشافعي لان ما في الذمة لا يستحق قبضه فكان القبض

منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة، وروي عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد يختلف ولنا ان ابن عمر قال : كنت أبيع الابل فأبيع بالدنانير وأخذ الدرهم، وأبيع بالدرهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت يا رسول الله رويدك أسألك إنني أبيع الابل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدرهم، وأبيع بالدرهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وليس بينكما شيء » رواه أبو داود والاثرم قال أحمد إنما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا إلا ما قال أصحاب الرأي أنه يقضيه مكلتها ذهباً على التراضي لانه يبع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضاً

ولنا قول النبي ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » فشرط أخذها بالسعر وروي أن بكر بن عبدالله ومسروق العجلي سألاه عن كري لهاله درهم وليس معها الا دنانير فقال ابن عمر اعطوه بسعر السوق . ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كالقضاء من الجنس والتماثل هنا بالقيمة لتعذر التماثل بالصورة ، قيل لأبي عبد الله فان أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه فقال ان كان مما يتغابن الناس به — فسهل فيه ما لم يكن حيلة

(فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا فقد توقف أحمد فيه ، وقال القاضي بحتمل وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قولي الشافعي لان ما في الذمة غير مستحق القبض فكان

ناجز آ في أحدهما والناجز يأخذ قسطا من الثمن (والآخر) الجواز وهو قول أبي حنيفة لأنه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه رضي بتعجيل المؤجل . والصحيح الجواز إذا قضاء بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلا لاجل تأجيل ما في الذمة لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئا فقد رضي بتعجيل ما في الذمة بغير عوض فأشبهه ما لو قضاء من جنس الدين ولم يستفصل النبي ﷺ ابن عمر حين سأله ولو افترق الحال لسأل واستفصل

(فصل) قال أحمد ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفعت إليه دينارا فقال استوف حقه منه فاستوفاه بعد يومين جاز ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء حقه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجوز أن يأخذ منها قدر حقه لأنه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولأنه متهم ، ولوباع جارية بدنانير فأخذها دراهم فردت الجارية ببيع أو اقالة لم يكن للمشتري إلا الدنانير لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد وإنما أخذ الدراهم بعقد صرف مستأنف . نص أحمد على هذه المسائل

(فصل) إذا كان عليه دين مؤجل فقال لغريمه ضم عني بعضه وأعجل لك بقيته لم يجوز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم والحسن وحماد والحكم والشافعي ومالك والثوري وهشيم وابن علية واسحاق وأبو حنيفة ، وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك كلا كما قد أذن بحرب من الله ورسوله ، وروي عن ابن عباس أنه لم يربه بأسا وروي ذلك عن التخي وأبي ثور لأنه أخذ

القبض ناجز آ في أحدهما والناجز يأخذ قسطا من الثمن (الثاني) الجواز وهو قول أبي حنيفة لأنه ثابت في الذمة وما في الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه رضي بتعجيل المؤجل ، وهذا هو الصحيح إذا قضاء بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلا لاجل تأجيل ما في الذمة لأنه ان لم ينقص عن سعرها شيئا فقد رضي بتعجيل ما في الذمة بغير عوض فأشبهه ما لو قضاء من جنس الدين ، ولم يستفصل النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين سأله ، ولو افترق الحال لسأل واستفصل . هذا اختيار شيخنا

(فصل) قال أحمد لو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفعت إليه دينارا أو قال استوف حقه منه فاستوفاه بعد التفرق جاز ، ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء دينه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجوز أن يأخذ منها بقدر حقه لأنه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولأنه متهم نص أحمد على ذلك (فصل) ولو كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به وهو معلوم بقاؤه أو مظنون صح الصرف وإن ظن عدمه لم يصح لأن حكمه حكم المدوم ، وإن شك فيه فقال ابن عقيل بصح وهو قول بعض الشافعية ، وقال القاضي لا يصح لأنه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي . ووجه الأول أن الأصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك لأن الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان المشكوك في حياته فإن تبين أنه كان تالفا حين العقد تبين أن العقد وقع باطلا

(فصل) وإذا عرف المصطرفان وزن العرضين جاز أن يتبايعا بغير وزن ، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدقه فاذا باع دينارا بدينار كذلك واقترا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصا بطل الصرف لأنهما يتبايعا ذهباً بذهب متفاضلا ، فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار فإن كان قال بعتك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل لوجود التفاضل وإن قال بعتك دينارا بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه لأنه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد لأنه إنما باع

لبعض حقه تارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالا ، وقال الحرقي لا بأس أن يجعل المكاتب لسيدة ويضع عنه بعض كتابته ، ولنا أنه يبيع الحلول فلم يجز كما لو زاده الذي له الدين فقال له أعطيك عشرة دراهم وتعمل لي المائة التي عليك ، فأما المكاتب فإن معاملته مع سيده وهو يبيع بعض ماله ببعض فدخلت المساحة فيه ولأنه سبب العتق فسومح فيه بخلاف غيره

(مسألة) قال (فإن كان العيب دخيلاً عليه من غير جنسه كان الصرف فيه فاسداً)

يعني إذا وجد أحدها ما قبضه مشوشاً بفش من غير جنسه فينظر فيه فإن كان الصرف عينا بعين فهو فاسد لما أسلفناه ، وإن كان بفش عين وعلم ذلك في المجلس فرده وأخذ بدله فالصرف صحيح لأنه عين المعقود عليه وإن افترقا قبل رده فالصرف فيه فاسد أيضاً لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ولم يقبض ما يصلح عوضاً عن المعقود عليه وهذا ظاهر كلام الحرقي . وقيل عن أحمد أنه إذا أخذ البديل في مجلس الرد لم يبطل كما لو كان العيب من جنسه . وهذا فيما إذا لم يكن مشتري المبيع عالماً بعيبه فأما إن علم بعيبه فاشتراه على ذلك والعيب من جنسه جاز ولا خيار له ولا بديل ، وإن كان من غير جنسه وكان الصرف ذهباً بذهب أو فضة بفضة بمنثلها فالصرف فيه فاسد لأنه يخل بالتائل إلا أن يبيع ذهباً أو فضة مشوشاً بمنثل غشه كبيع ديناراً سورياً بمنته مع علمه بتساوي غشها وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه ، وإن باع مشوشاً بغير مشوش لم يجز إلا أن يكون للغش قيمة فيخرج على مسألة مدعوجة وإن كان الصرف في جنسين كذهب بفضة انبنى على انفاق المشوشة

ديناراً بمنته وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فإن أراد دفع عرض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غيره لأنها معاوضة مبتدأة ، وإن أراد أحدها الفسخ فله ذلك لأن أخذ الزائد وجد المبيع مختلطاً بغيره معيباً ببيع الشركة ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فإرد الزائد أو يدفع بدله ، ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر كان هذا الدينار زائداً في يد القابض مشاماً مضموناً للمالك لأنه قبضه على أنه عوض عما له فكان مضموناً بهذا القبض ولما لكة التصرف فيه كيف شاء

(مسألة) (والدراهم والدنانير تعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز إبدالها ،

وإن خرجت مفسوبة بطل العقد)

وبه قال مالك والشافعي وعن أحمد أنها لا تعين بالعقد فيجوز إبدالها ولا يبطل العقد بخروجها مفسوبة ، وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه يجوز إطلاقها في العقد فلم تعين بالتعيين كالمكيل والصنجة . ولنا أنه عوض في عقد فیتعين بالتعيين كسائر الاعراض ولأنه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالأخر ويفارق ما ذكره فانه ليس بعوض وإنما يراد لتقدير المعقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسئلتنا ، وإنما جاز إطلاقها لأن لها عرفاً ينصرف إليه يقوم في باهما مقام الصفة ، فعلى هذا إن وجدها معيبة خير بين الامساك والرد كالعوض الآخر ، ويتخرج أن يمسك ويطلب بالارش لأنه مبيع أشبه سائر المبيعات ، وإن كان ذلك في الصرف فقد ذكرناه . هذا إن كان العيب من جنس النقود وإن كان من غير جنسها كالنحاس في الفضة والفضة في الذهب وكان في جميعها بطل العقد وإن كان في بعضها بطل فيه ، وفي الباقي وجهان بناء على تفریق الصفة وإن قلنا لا يتعين انعكست هذه الأحكام

(فصل) وفي اتفاق المغشوش من النقود روايتان أظهرهما الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئاً فيها فضة فقال اذا كان شيئاً اصطالحوا عليه مثل الفلوس اصطالحوا عليها فأرجو أن لا يكون بها بأس (والثانية) التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشتري بها ويبيع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام، وقال أصحاب الشافعي ان كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها، وان كان من مما له قيمة ففي جواز اتفاقها وجهان، واحتج من منع اتفاق المغشوشة بقول النبي ﷺ «من غشنا فليس منا» وبأن عمر رضي الله عنه نهى عن بيع نقابة بيت المال، ولان المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة، والاولى أن يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه واصطالح عليه فان المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتاله على جنسين لا غرر فيها فلا يمنع من بيعها كما لو كانا متميزين، ولان هذا مستفيض في الاعصار جار بينهم من غير تكبر وفي تحريمه مشقة وضرر وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ولا تقريراً لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فان ذلك يفضي الى التقرير بالمسلمين وقد أشار أحمد الى هذا في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها؟ قال يسبكها، قيل له فيبيعها بدنانير؟ قال لا. قيل يبيعها بفلوس؟ قال لا. قيل فسلعة؟ قال لا، اني أخاف أن يفرها مسلماً. قيل لابي عبدالله أتصدق بها؟ قال اني أخاف أن يفرها مسلماً وقال ما ينبغي له لانه يفرها المسلمين ولا أقول انه حرام لانه على تأويل وذلك انما كرهته لانه يفرها مسلماً. فقد صرح بأنه انما كرهه لما فيه من التقرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر نقابة بيت المال لما فيه من التقرير

(فصل) في اتفاق المغشوش من النقود وفيه روايتان أظهرهما الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئاً فيها فضة فقال إذا كان شيئاً اصطالحوا عليه مثل الفلوس اصطالحوا عليها فأرجو أن لا يكون بها بأس (والثانية) التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشتري بها ويبيع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام، وقال أصحاب الشافعي ان كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها، وان كان مما له قيمة ففي جواز اتفاقها وجهان. واحتج من منع المغشوشة بقول النبي صلى الله عليه وسلم «من غشنا فليس منا» وبأن عمر نهى عن بيع نقابة بيت المال ولان المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة، والاولى ان يحمل كلام احمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غيبه واصطالح عليه فان المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتاله على جنسين لا غرر فيهما فلا يمنع من بيعها كما لو كانا متميزين ولان هذا مستفيض في الاعصار جار بينهم من غير تكبر وفي تحريمه مشقة وضرر وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ولا تقريراً لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فان ذلك يفضي الى التقرير بالمسلمين، وقد أشار أحمد الى هذا فقال في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها؟ قال يسبكها. قيل له فيبيعها بدنانير؟ قال لا، قيل يبيعها بفلوس؟ قال لا اني أخاف أن يفرها مسلماً قيل لابي عبد الله فيتصدق بها؟ قال: اني أخاف ان يفرها مسلماً، وقال ما ينبغي له أن يفرها المسلمين ولا أقول انه حرام لانه على تأويل وذلك انما كرهته لانه يفرها مسلماً. فقد صرح بأنه انما كرهه لما فيه من التقرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر بيع نقابة بيت المال لما فيه من التقرير

بالمسلمين فان مشتريها ربما خلطها بدرام جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطاح على اتفاه لم يكن نفاية ، فان قيل فقد روي عن عمر أنه قال من زافت عليه درامه فليخرج بها الى البقيع فليشتر بها سحق الثياب . وهذا دليل على جواز اتفاق المشوشة التي لم يصطلح عليها ، قلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه درامه أي نقيت ليس أنها زيوف فيتعين حملها على هذا جمعا بين الروايتين عنه ويحتمل انه أراد ما ظهر غشه وبان زيفه بحيث لا يخفى على أحد ولا يحصل بها تغرير وان تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع الى ما ذكرنا من المعنى ، ولا فرق بين ما كان غشه ذا بقاء وثبات كالرصاص والنحاس وما لا ثبات له كالزرنخية والاندراية وهو زرنخ ونورة بطل على فضة فاذا دخل النار استهلك الغش وذهب

(مسألة) قال (ومضى) انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما)

الصرف بيع الأمان بعضها بيعض والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجم كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين اذا افترقا قبل أن يتقابضا ان الصرف فاسد ، والاصل فيه قول النبي ﷺ « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء » وقوله عليه السلام « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم بدا بيد » ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناء ، ونهى أن يباع غائب منها بناجز ، كلها أحاديث صحاح ، ويجزي القبض في المجلس وان طال ، ولو تماشيا مصطحين الى منزل أحدهما أو الى الصراف فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا خير في ذلك لانها فارقا مجلسهما ، ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض فاشبه مالوكا في سفينة تسير بها أوراكين على دابة واحدة تمشي بها ، وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الاسلمي للذين مشيا اليه من جانب العسكر : وما أراكما افترقا . وان تفرقا قبل التقابض بطل الصرف لقوات شرطه ، وان قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من العوض وهل يصح في المقبوض على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل أحدهما وكلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقها جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه ، وان افترقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض في المجلس شرط وقد فات ، وان تخيرا قبل القبض في المجلس لم يطل العقد بذلك لانهما لم يفترقا قبل القبض ويحتمل ان يبطل اذا قلنا بلزوم

فان مشتريها ربما خلطها بدرام جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطاحوا على اتفاه لم تكن نفاية ، فان قيل روي عن عمر انه قال من زافت عليه درامه فليخرج بها الى البقيع فليشتر بها سحق الثياب ، وهذا دليل على جواز اتفاق المشوشة التي لم يصطلح عليها قلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه درامه أي نقيت ليس أنها زيوف ويتعين حملها على هذا جمعا بين الروايتين عنه ويحتمل انه أراد ما ظهر غشه وبان زيفه بحيث لا يخفى على احد ولا يحصل بها تغرير ، وان تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع الى ما ذكرنا من المعنى ، ولا فرق بين ما كان غشه يبقى كالنحاس والرصاص وما لا ثبات له كالزرنخية والاندراية وهو زرنخ ونورة يطلى عليه فضة فاذا دخل النار استهلك الغش وذهب .

العقد وهو مذهب الشافعي لأن العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض أشبه ما لو افترقا، والصحيح الأول فان الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشتراط التقابض قبل الزوم تحكيم بغير دليل ثم يبطل بما إذا تخيرا قبل الصرف ثم اصطرفا فان الصرف يقع لازما صحيحا قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس (فصل) ولو صارف رجلا دينارا بعشرة دراهم وليس معه الا خمسة دراهم لم يحجز ان يفرقا قبل قبض العشرة كلها فان قبض الخمسة وافترقا بطل الصرف في نصف الدينار وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة؟ على وجهين بناء على تفریق الصفقة، وان أرادا التخلص فسحا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه أو يفسحان العقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها اليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون ما اشتراه منه له وما بقي أمانة في يده ثم يفترقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئا أو جعله سلما في شيء أو وهبه له جاز وكذلك ان وكله فيه. ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فاعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وإن طال ويكون الزائد أمانة في يده لاشيء عليه في تلفه نص احمد على أكثر هذه المسائل. فان لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض دينارا كاملا ودفع اليه الدراهم ثم افترضها منه فاشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع اليه الخمسة ثم افترضها منه ودفعها اليه عوضا عن النصف الاخر على غير وجه الحيلة فلا بأس

(فصل) واذا باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمرا جنيا أو اشترى من رجل دينارا صحيحا بدرهم وتقابضاها ثم اشترى منه بالدراهم قراضة من غير مواطاة ولا حيلة فلا بأس به، وقال ابن أبي موسى لا يجوز الا أن يمضي إلى غيره لينتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فينتاع منه، وقال احمد في رواية الاثرم يبيعها من غيره أحب إلي قلت له قال لم يعلمه أنه يريد أن يبيعها منه؟ فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فانه اذا ردها اليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي يقول هي رجع اليه. قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدراهم الذهب الذي أخذها منه من غيره (١) فلم يجدها فرجع اليه؟ فقال اذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعيم. فظاهر أن هذا على وجه الاستحباب لا الايجاب ولعل أحمد انما أراد اجتناب المواطاة على هذا ولهذا قال إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعيم. وقال مالك ان فعل ذلك مرة جاز وان فعله أكثر من مرة لم يحجز لانه يضارع الربا

(١) كذافي الاصل

ولنا ما روى أبو سعيد قال جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «من أين هذا؟» قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطلع النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «أوه عين الربا لا تقعل، ولكن اذا أردت أن تشتري فبع

(فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لانه مال ربا يبع بجنسه على وجه لا تعلم المائلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وان يبع بغير جنسه، وحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء والشمي والشافعي والثوري واسحاق لانه مجهول، وقال ابن أبي موسى في

التمر ببيع آخر ثم اشتر به « وروى أيضا أبو سعيد، وأبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خبير فجاءه بتمر خيب ففك « اكل تمر خيب هكذا ؟ » قال لا والله انا لتأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تفعل ببع التمر بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيا » متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه ولو كان ذلك محرما لينه له وعرفه إياه ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة فجاز كما لو باعه من غيره ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الاطلاق كسائر البياعات ، فاما ان توطأ على ذلك لم يحز وكان حيلة محرمة وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ما لم يكن مشروطا في العقد ولنا أنه اذا كان عن مواطأة كان حيلة والحيل محرمة على ما سندر

(فصل) والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته أو اسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك قال أيوب السخيتاني إنهم ليخادعون الله كأنما يخادعون صبيا لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي فمن ذلك ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ومع الآخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما ماع صاحبه ثم تباريا توصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة أو اشترى منه بها أوقية صابون أو نحوها ما يأخذه بأقل من قيمته أو اشترى منه بعشرة الاحبة من الصحيح بمثلها من المكسرة ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير وهكذا لو أقرضه شيئا أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا إلى أخذ عوض عن القرض فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرّم وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي ذلك كله واشباهه جائز إذا لم يكن مشروطا في العقد، وقال بعض أصحاب الشافعي يكره أن يدخل في البيع على ذلك لان كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخل عليه

الارشاد يجوز وهو قول مالك، وروى ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث قالوا فان اختلط واشكل لمبيعه بعرض ولا يبيعه بعين ولا ورق لانه باعه بما لا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم

(فصل) والحيل كلها محرمة لا تجوز في شيء من الدين وهو ان يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً مخادعةً وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله عز وجل واستباحة محظوراته أو اسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك قال أيوب السخيتاني رحمه الله إنهم ليخادعون الله سبحانه كما يخادعون صبيا ، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي . فمن ذلك ما لو كان لرجل عشرة صحاح ومع آخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما ماع صاحبه ثم تباريا توصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة أو اشترى منه بها أوقية صابون ونحوها مما يأخذه بأقل من قيمته أو اشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح بمثلها من المكسرة واشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير ، وهكذا لو أقرضه شيئا وباعه سلعة بأكثر من قيمتها أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا إلى أخذ عوض عن القرض فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرّم وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة هذا كله واشباهه جائز ان لم يكن مشروطا في العقد ، وقال بعض اصحاب الشافعي يكره ان يدخل في البيع على ذلك لان كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره ان يدخل عليه

ولنا أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فسخهم قردة وسهام معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم. وقال بعض المفسرين في قوله تعالى (وموعظة للمتقين) أي لأمة محمد صلى الله عليه وسلم، فروي أنهم كانوا ينصبون شباكهم للحياتان يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الأحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل اليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة فإذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الأحد ثم يأخذها ويقول ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه فهذه حيلة، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار» رواه أبو داود وغيره فجعله قماراً مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه أخذاً أو مأخوذاً منه وإنما دخل صورة تحيلاً على إباحة المحرم وسائر الحيل مثل ذلك، ولأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولا تزول مفسدتها مع ابقاء معناها باظهارها صورة غير صورتها فوجب أن لا يزول التحريم كالمسمى الخمر بغير اسمها لم يبيح ذلك شربها وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «ليستحلن قوم من امتي الخمر بسمونها بغير اسمها» ومن الحيل في غير الربا أنهم يتوصلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر يابض أرض البستان بأمثال أجرته ثم يساقه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك وإنما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما ساء أجره والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك وربما لا ينتفع بالأرض التي سمي الاجرة في مقابلتها ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته جائحة

ولنا ان الله تعالى عذب امة بحيلة احتالوها فسخهم قردة وسهام معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم، قال بعض المفسرين في قوله تعالى (وهو عظة للمتقين) اي لامة محمد صلى الله عليه وسلم فروي أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الأحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل اليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة فإذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها الى يوم الأحد ثم يأخذها ويقول ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه وهذا حيلة ، وقال النبي ﷺ «من ادخل فرسا بين فرسين وقد أمن ان يسبق فهو قمار» رواه ابو داود فجعله قماراً مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه أخذاً أو مأخوذاً منه وإنما دخل صورة تحيلاً على إباحة محرم وسائر الحيل مثل ذلك، ولأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولا تزول مفسدتها مع بقاء معناها باظهارها صورة غير صورتها فوجب ان لا يزول التحريم كما لوسمى الخمر بغير اسمها لم يبيح ذلك شربها ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليستحلن قوم من امتي الخمر بسمونها بغير اسمها» ومن الحيل في غير الربا أنهم يتوصلون الى بيع المنهي عنه بأن يستأجروا يابض أرض البستان بأمثال أجرته ثم يساقه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك ، وإنما قصده بيع الثمرة قبل وجودها بما ساء أجره والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك وربما لا ينتفع بالأرض التي سمي الاجرة في مقابلتها ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته

جاء المستأجر يطلب الجائحة ويمتد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير ورب الارض يعلم ذلك (فصل) ولو اشترى شيئاً بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحاً أقل منها . قال أحمد هذا هو الربا المحض وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل بينهما ، ولو اشترى بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك فإن تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحاح أو بالمكسرة جاز ، ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصف دينار شق ، فإن عاد فاشترى شيئاً آخر بنصف آخر لزمه نصف شق أيضاً فإن وفاه ديناراً صحيحاً بطل العقد الثاني لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الاول ، وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الاول بطل أيضاً لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد تفرقها فلزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ، ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا (فصل) إذا كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به وهو معلوم بقاؤه أو مظنون صح الصرف وإن ظن انه غير موجود لم يصح الصرف لأن حكمه حكم المعدوم ، وإن شك فيه فقال ابن عقيل يصح وهو قول بعض الشافعية ، وقال القاضي لا يصح لأنه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي ، ووجه الاول أن الاصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك فإن الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان الغائب المشكوك في حياته فإن تبين انه كان تالفاً حين العقد تبين ان العقد وقم بأطلا (فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لأنه مال ربا يبيع بجنسه على وجه لا تعلم المائلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وإن يبيع بغير جنسه فحكي ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء والشافعي والشعبي والثوري والاوزاعي وإسحاق لأنه مجهول وقال ابن أبي موسى في الارشاد يجوز ذلك وهو قول مالك وروي ذلك عن الحسن والنخعي وربيعه واللبث قالوا فإن اختلط أو اشكل فليعه بعرض ولا يبعه بعين ولا ورق لأنه باعه بمالا ربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوباً بدينار ودرهم

« مسألة » قال (والعرايا التي أرخص فيها رسول الله ﷺ هو أن يوهب للانسان من

النخل ما ليس فيه خمسة أوسق فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطباً)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أولها) في إباحة بيع العرايا في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم

جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ويمتد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير ورب الارض يعلم ذلك (فصل) وإن اشترى شيئاً بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحاً أقل منها ، قال أحمد هذا هو الربا المحض وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل ، ولو اشترى بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك ، فإن تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحاح أو بالمكسرة جاز ، ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصف دينار شق ، فإن عاد فاشترى شيئاً آخر بنصف لزمه نصف شق أيضاً فإن وفاه ديناراً صحيحاً بطل العقد الثاني لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الاول ، وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الاول بطل أيضاً لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد لزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

منهم مالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لأن النبي ﷺ نهى عن بيع المزانة والمزانة يسم الثمر بالتمر متفق عليه. ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يحز كما لو كان على وجه الأرض أو فيما زاد على خمسة أوسق. ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق متفق عليه ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حنيفة وغيرهما وخرجه أئمة الحديث في كتبهم وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه وهذه زيادة يجب الأخذ بها ولو قدر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه جمعا بين الحديثين وعملا بكلام النصين. وقال ابن المنذر: الذي نهى عن المزانة هو الذي أخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى والقياس لا يصار إليه مع النص معان في الحديث أنه أخص في العرايا والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاضر فلومع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

(الفصل الثاني) أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف نعلمه، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها، فأما في خمسة أوسق فلا يجوز عند إمامنا رحمه الله، وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه، وقال مالك والشافعي في قول يجوز ورواه إسماعيل بن سعيد عن أحمد لأن في حديث زيد وسهل أنه رخص في العربية مطلقا ثم استثنى ما زاد على الخمسة في حديث أبي هريرة وشك في الخمسة فاستثنى اليقين وبقي المشكوك فيه على مقتضى الإباحة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانة، والمزانة يسم الرطب بالتمر. ثم أخص في العربية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فيبقى على العموم في التحريم ولأن العربية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس يقينا فيما دون الخمسة، والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت لإباحتها مع الشك، وروى ابن المنذر بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العربية في السوق والوسقين والثلاثة والأربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر وروى مسلم عن سهل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العربية النخلة والتخلتين ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها بدليل وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها ولأنها قدر تجب الزكاة فيه فلم يحز ببيعها كالأزيد عليها، فأما قولهم أخص في العربية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد ويصير المقيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر ولذلك يقيده فيما زاد على الخمسة اتفاقا

(فصل) ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة، وقال الشافعي يجوز للإنسان بيع جميع عمر حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد وسهل ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع. ولنا عموم النهي عن المزانة استثنى منه العربية فيما دون خمسة أوسق فما زاد يبقى على العموم في التحريم ولأن

(مسئلة) (ويحرم الربا بين المسلم والحربي)

وين المسامين في دار الحرب كما يحرم بين المسامين في دار الإسلام وبذلك قال مالك والاوزاعي

مالا يجوز عليه العقد مرة اذا كان نوحا واحداً لا يجوز في عقدين كالذي على وجه الارض وكالجمع بين الاختين ، فأما حديث سهل فانه مقيد بالتحلة والنخلتين بدليل ماروينا فيدل على تحريم الزيادة عليهما ثم إن المطلق يحمل على المقيد كما في العقد الواحد فاما ان باع رجل عريتين من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز لما ذكرنا في المشتري .

ولنا أن المذهب في التجوز حاجة المشتري بدليل ماروى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطبا يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتناوعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطبا ، واذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع الى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ، ولاننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى الى أن لا يحصل الارفاق اذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة . فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني وان اشترى عريتين أو باعهما وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز زوجها واحدا (الفصل الثالث) أنه لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهوبة لبائنها هذا ظاهر كلام أصحابنا وبه قال الشافعي وظاهر قول الحرقى انه شرط ، وقد روى الاثرم قال : سمعت أحمد سئل عن تفسير العرايا فقال العرايا أن يعري الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة فله معرى أن يبيعها ممن شاء ، وقال مالك : بيع العرايا الجائز هو أن يعري الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى لانه ربما كان مع اهله في الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز ان يشتريها منه واحتجوا بان العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل اما قال ابو عبيد : الاعراء ان يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك قال الشاعر الا نصاري يصف النخل

ليست بسهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوايح

يقول انا نعريها الناس ، فتمين صرف اللفظ الى موضوعه لغة ومقتضاه في العرية ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك . ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب لانه لو كان لحاجة الواهب لما احتص بخمسة اوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يعجز بيعها بالتمر لان الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخيل الكثير يعريه الناس انه لا يعجز عن اداء ثمن العرية وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائنها لان علة الرخصة حاجة المشتري إلى اكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فتبي وجد ذلك جاز البيع ، ولان اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطبا ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولان ما جاز بيعه اذا كان موهوبا جاز وإن لم يكن موهوبا كسائر الاموال وما جاز بيعه لو اهبه جاز لغيره كسائر الاموال وانما سمي عرية لتعريه عن غيره وافراده بالبيع

(الفصل الرابع) انه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر لا أقل منه ولا أكثر ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوما بالكيل ولا يجوز جزا قالا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافا لما روى

وأبو يوسف والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة لا يجري الربا بين مسلم وحرابي في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلموا في دار الحرب لاربا بينهما لما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لاربا بين

زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا متفق عليه. ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ يأكلها أهلها رطباً، ولان الاصل اعتبار الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الاخر بقضية الاصل، ولان ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر صحته مع كثرتة ، ومعنى خرصها بمثلها من التمر أن يطيف الخارص بالعرية فينظر كم يجيء منها تمرأ فيشترها المشتري بمثلها تمرأ وبهذا قال الشافعي ونقل حنبل عن أحمد انه قال بخرصها رطباً ويعطي تمرأ رخصة وهذا يحتمل الأول ، ويحتمل أنه بشرتها بتمر مثل الرطب الذي عليها لانه بيع اشترطت المائلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولان الاصل اعتبار المائلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خوفاً الاصل في بيع الرطب بالتمر فيبقى فيما عداه على قضية الدليل ، وقال القاضي الاول أصح لانه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح ثم خرصه تمرأ ولان المائلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمرأ يفضي إلى فوات ذلك ، فأما ان اشتراها بخرصها رطباً لم يجز وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي (والثاني) يجوز (والثالث) لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه . ووجه جوازها ما روى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر ولم يرخص في غير ذلك ولانه اذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلان يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ما روى مسلم باسناده عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ ، وعن سهل بن أبي حنمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال « ذلك الربا تلك المزانية » الا أنه رخص في العرية النخلة والتختين بأخذها أهل البيت بخرصها تمرأ يأكلونها رطباً ولانه مبيع يجب فيه مثله تمرأ فلم يجز بيعه بمثله رطباً كالتمر الجاف ، ولان من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل به مع الشك سيما وهذه الاحاديث تبينه وتزيل الشك (فصل) ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس وهذا قول انشافي ولا نعلم فيه مخالفاً لانه يبيع بتمر فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناء الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا والقبض في كل واحد منها على حسبه في التمر اكتياله أو نقله وفي الثمرة التخلية ، وليس من شروطه حضور التمر عند التخليل بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والتمر ثم مضيا جميعا إلى النخلة فسلما إلى مشتريهما ثم مشيا إلى التمر فتسلما من مشتريها أو تسلم التمر ثم مضيا إلى النخلة جميعا فسلما إلى مشتريها أو سلم النخلة ثم مضيا إلى التمر فتسلما جاز لان التفرق لا يحصل قبل القبض . اذا ثبت هذا فان بيع العرية يقع على وجهين (أحدهما) أن يقول بتمك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه (والثاني) أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بتمك هذا بهذا أو يقول بتمك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ونحو هذا وإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه ، وان باعه بموصوف فقبضه باكتياله

المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب» لان أموالهم مباحة وأما حظرها الامان في دار الاسلام فلان لم يكن كذلك كان مباحا . ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا - الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم

(الفصل الخامس) انه لا يجوز بيعها إلا لاحتاج إلى أكلها رطباً ولا يجوز بيعها لغيري وهذا أحد قولي الشافعي وأباحها في القول الآخر مطلقاً لكل أحد لان كل بيع جاز للمحتاج جاز للغير كسائر البياعات ، ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان . ولنا حديث زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد : ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالاً محتاجين من الانصار شكوا إلى رسو الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتناعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتناعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً ومتى خواف الاصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط ، ولان ما أبيع للحاجة لم يبيع مع عدمها كالزكاة للمساكين والترخص في السفر ، فعلى هذا متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشتري به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر وسواء باعها لواهبها تحرزاً من دخول صاحب العرية حائطه كذهب مالك أو لغيره فإنه لا يجوز ، وقال ابن عقيل يباح ويحتمل كلام أحمد لان الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجاً إلى أكلها . ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ولان في حديث زيد وسهل « يأكلها أهلها رطباً » ولو جاز لتخليص المعري لما شرط ذلك ، فيشترط اذا في بيع العرية شروط خمسة أن يكون فيادون خمسة أوسق ، وبيعها بخرصها من التمر ، وقبض ثمنها قبل الفرق ، وحاجة المشتري إلى أكل الرطب ، وأن لا يكون معه ما يشتري به سوى التمر ، واشترط القاضي وأبو بكر شرطاً سادساً وهو حاجة البائع إلى البيع ، واشترط الحرقى كونها موهوبة لبائعها ، واشترط أصحابنا لبقاء العقد أن يأكلها أهلها رطباً فان تركها حتى تصير تمرأً بطل العقد وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (فان تركه المشتري حتى يتم بطل العقد)

يعني ان لم يأخذها المشتري رطباً بطل العقد خلافاً للشافعي في قوله لا يبطل ، وعن أحمد مثله لان كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت تمرأً كغير العرية . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يأكلها أهلها رطباً » ولان شراؤها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب فاذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ثم لافرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته اليها أو تركها لعذر أو لغير عذر للخبر ، ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأمرت أو شمسها حتى صارت تمرأً جاز لانه قد أخذها ، ونقل عن أحمد رواية أخرى فيمن اشتري ثمرة قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها لا يبطل البيع فيخرج ههنا مثله فان أخذ بعضها رطباً وترك باقيها حتى أتمر فهل يبطل البيع في الباقي على وجهين

(فصل) ولا يجوز بيع العرية في غير النخيل وهو اختيار ابن حامد وقول الليث بن سعد الا أن يكون مما ثمرته لا يجري فيها الربا فيجوز بيع رطبها بياؤها لعدم جريان الربا فيها ، ويحتمل أن الذي يتخبطه الشيطان من المس) وقوله تعالى (اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) وعموم الاخبار يقتضي تحريم النفاضل ، وقوله « من زاد أو زاد فقد أربى » عام ولان ما كان محرماً في دار الاسلام كان محرماً في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا تعرف محته (١) ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة بخبر مجهول ولم يرو في صحيح ولا

(١) استدلوا

أيضاً بان ما لهم مباح

في دارهم فبأي طريق

أخذ المسلم حل وأما

المستأمن منهم بدارنا

فأله محرم بمقد الامان

لان أخذه غدر محرم

وفي فتح القدير

اشترط أن يكون

الريح للمسلم

(الجزء الرابع)

(٢٤)

(المغني والشرح الكبير)

يجوز في العنب والرطب دون غيرها وهو قول الشافعي لان العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيها، وجواز خرصها وتوسيقها وكثرة تبيسها واقتياتها في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبها، والتنصيص على الشيء بوجوب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرها لاختلافها في أكثر هذه المعاني فانه لا يمكن خرصها لتفرقها في الاغصان واستئثارها بالأوراق ولا يقتات يابسها فلا يحتاج إلى الشراء به وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهو قول مالك والاوزاعي قياسا على ثمرة النخيل. ولنا ما روى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانية الثمر بالتمر إلا أصحاب الغرايا فانه قد أذن لهم وعن يمين العنب بالزبيب وكل ثمرة بخرصها، وهذا حديث حسن وهذا يدل على تخصيص العربية بالتمر، وعن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رخص بعد ذلك في بيع العربية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك، وعن ابن عمر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزانية، والمزانية بيع ثمر النخل بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا وعن كل ثمر بخرصه، ولان الاصل يقتضي تحريم بيع العربية، وإنما جازت في ثمرة النخيل رخصة، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين (أحدهما) ان غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الاصل لاهل المدينة وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره (الثاني) أن القياس لا يعمل به اذا خالف نصا وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة، وإنما يجوز تخصيص القياس على المحل المخصوص ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيص قياس عليه وكذلك سائر الثمار والله أعلم

باب بيع الاصول والثمار

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن باع نخلا مؤبدا وهو ما قد تشقق طامه فالثمرة للبايع متروكة في النخل إلى الجراز الا أن يشترطها المبتاع) أصل الا بار عند أهل العلم التلقيح قال ابن عبد البر الا انه لا يكون حتى يتشقق الطلع وتظهر

مسند ولا كتاب موثوق به وما ذكره من الاباحة منتقض بالحربي اذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح إلا ما حظره الامان

﴿باب بيع الاصول والثمار﴾

ومن باع داراً تناول البيع أرضها وبناءها وما يتصل بها المصلحتها كاسلالم والرغوف المسمرة والابواب المنصوبة والحوابي المدفونة والرحى المنصوبة وأشياء ذلك لانه متصل بها لمصلحتها أشبه حيطانها (مسئلة) (ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والاحجار المدفونة) لان ذلك مودع فيها للتقل عنها فاشبه الفرش والستور، ولا يدخل ما هو منفصل عنها لا يختص بمصلحتها كالجلب والدلو والبكرة والقفل والفرش، وكذلك الرغوف الموضوعة على الاوتاد بغير تسمير

الثمرة فغيره عن ظهور الثمرة للزومه منه والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير اختلاف بين العلماء يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهي مؤبرة ومأبورة ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم

ولا غرز في الحائط ، وحجر الرحي إن لم يكن منصوبا والحوابي الموضوعة من غير أن بطين عليها لأنه منفصل عنها لا تختص بمصلحتها أشبه الثياب والطعام

(مسئلة) فأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالفتح وحجر الرحا فوقاني إذا كان السفلاي منصوبا ففيه وجهان (أحدهما) يدخل في البيع لأنه لمصلحتها فأشبه المنصوب فيها (والثاني) لا يدخل لأنه منفصل عنها فأشبه القفل والدلو ونحو ذلك وهذا مذهب الشافعي

(مسئلة) وما كان في الأرض من الحجارة الخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المهدامة فهو للمشتري لأنه من أجزائها فهو كترابها

والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا ، وإذا كان المشتري طالما بذلك فلا خيار له وإن لم يعلم وكان يضر بالأرض وينقصها كالصخر المضر بهروق الشجر فهو عيب حكمه حكم سائر العيوب فإن كانت الحجارة والآجر مودعا فيها فهو للبائتم كالكبريت ويلزمه نقلها وتسوية الأرض واصلاح الحفر لأنه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته وإن كان قلما يضر بالأرض أو تتناول مدته فهو عيب ، وإن لم يكن في نقلها ضرر وكان يمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فليس ببيع وله مطالبة البائع لأنه لا عرف في بقيتها بخلاف الزرع ، ومتى كان طالما بالحال فلا أجرة له في الزمان الذي نقلت فيه لأنه علم بذلك ورضي به فهو كما لو اشترى أرضا فيها زرع ، وإن لم يعلم فاجتار امسالك المبيع فهل له أجرة لزمان النقل على وجهين (أحدهما) له ذلك لأن المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدؤها كالأجر (والثاني) لا يجب لأنه لما رضي بامسالك المبيع رضي بتلف المنفعة في زمان النقل ، فإن لم ينخر الامسالك فقال البائتم أنا أدع ذلك لك وكان مما لا ضرر في بقاءه لم يكن له خيار لزوال الضرر عنه

(فصل) فإن كان في الأرض معادن جامدة كعادن الذهب والفضة ونحوهما دخلت في البيع وملكت بملك الأرض التي هي فيها لأنها من أجزائها فهي كأحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ، ويجوز بيعها بغير جنسها وإن ظهر في الأرض معدن لم يعلم به البائع فله الخيار لأنه زيادة لم يعلم بها فأشبه ما لو باعه ثوبا على أنه عشرة أذرع فإن أحد عشر ، هذا إذا كان قد ملك الأرض باحيا أو إنقطع ، وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضا فظهر فيها معدن فقالوا إنما بعنا الأرض ولم نبع المعدن وأتوا عمر بالكتاب الذي فيه قطعة النبي صلى الله عليه وسلم لأبيهم فأخذهم فقبله ورد عليهم المعدن. وإن كان البائع ملك الأرض بالبيع احتمل أن لا يثبت له خيار لأن الحق لغيره وهو المالك الأول ، واحتمل أن يثبت له الخيار كما لو اشترى معيانم باعه ولم يعلم عيبه فانه يستحق الرد وإن كان قد باعه مثل ما اشترى ، وروى أبو طالب عن أحمد إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لأنه من أجزاء الأرض فأشبه ما لو ظهر فيها حجارة ولها قيمة كبيرة

(فصل) فإن كان فيها بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الأرض والماء الذي فيها غير مملوك في أصح الروايتين ، ولا صحاب الشافعي وجهان كما لروايتين وفي معنى الماء المعادن

« خير المال سكة مأبورة » والسكة النخل المصفوف وأبرت النخلة آبرها أبراً وإباراً أو أبرتها تأبيراً وتأبرت النخلة واثبرت ، ومنه قول الشاعر : * تأبري ياخيرة الفسيل *

الجارية في الاملاك كالتار والنفط والموميا والملح وكذلك ما ينبت في الارض من الكلال والشوك ففي هذا كله روايتان ، فان قلنا هي مملوكة دخلت في البيع لوالا لم تدخل
 (مسئلة) (وان باع أرضاً بمحقوقها دخل غراسها وبنائها في البيع وان لم يقل بمحقوقها فعلى وجهين) إذا باع أرضاً بمحقوقها أو رهنها دخل في ذلك غراسها وبنائها ، وان لم يقل بمحقوقها فهل يدخل الغرس والبناء فيها على وجهين ، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن واختلاف أصحابه في ذلك فمنهم من قال فيها جميعاً قولان ، ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى يستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن ووجه دخولهما في البيع أنهما من حقوق الارض ولذلك يدخلان إذا قال بمحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها (والوجه الثاني) لا يدخلان لأنهما ليسا من الارض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة ومن نصر الاول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجرة والبناء فان قال بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لانه اسم للارض والشجر والحائط ولذلك لا تسمى الارض المكشوفة بستاناً ويدخل فيه البناء ذكره ابن عقال لان ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ، ويحتمل أن لا يدخل . لان اسم البستان لا يفترق اليه ، فأما ان باعه شجراً لم تدخل الارض في البيع . ذكره أبو اسحاق ابن شافلا لان الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للبيع

(فصل) (وان قال بعتك هذه القرية وكان في اللفظ قرينة تدل على دخول أرضها مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذلك عن لا يصلح الا فيها وفي أرضها دخل في البيع لان الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرينة صارفة اليه ودالته عليه فأشبهه ما لو صرح به وان لم يكن قرينة تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عاينها فان القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس وسواء قال بمحقوقها أو لم يقل ، وأما الغراس بين بنائها فحكمه حكم الغراس في الارض إن قال بمحقوقها دخل وان لم يقله فعلى وجهين
 (مسئلة) (وان كان فيها زرع يحجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول أو تكرر ثمرة كالقناء والباذنجان فالاصول للمشتري والجزء الظاهرة للبائع)

سواء كان مما يبقى سنة كالحندبا أو أكثر كالرطبة ، وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال فانه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهراً والزيادة من الاصول التي هي ملك المشتري ، وكذلك إن كان مما تكرر ثمرة كالقناء والبطيخ والباذنجان فالاصول للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لأن ذلك مما تكرر الثمرة فيه أشبه الشجر ، وان كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والزجس فالاصول للمشتري لأنه جعل في الارض للبقاء فيها فهو كالرطبة ، وكذلك أوراقه وغصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه ، فأما زهرته فان تفتحت فهي للبائع وما لم تفتح للمشتري ، واختار ابن عقال في هذا كله أن البائع إن قال بعتك هذه الارض بمحقوقها دخل فيها وإلا ففيه وجهان كالشجر

وفسر الحرقى المؤبر بما قد تشقق طلعه لتعلق الحكم بذلك دون نفس التأبير . قال القاضي :
وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر وقد يشقه الصماد فيظهر وأبها كان فهو التأبير المراد هنا وفي هذه
المسئلة فصول ثلاثة

(فصل) وإذا اشترى أرضاً وفيها بذر فاستحق المشتري أصله كالرطبة والبقول التي تجز مرة
بعد أخرى فهو للمشتري لأنه يترك في الأرض للتقية فهو كأصول الشجر ولأنه لو كان ظاهراً كان له
فالمستتر أولى وسواء عقلت له عروق في الأرض أولاً ، وإن كان بذراً لما يستحقه البائع كالشعير فهو
له إلا أن يشترطه المتباع فيكون له ، وقال الشافعي يبطل البيع لأن البذر مجهول وهو مقصود
ولنا أن البذر يدخل تبعاً فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً واشترط ماله ولأنه يجوز في التسامح
من الفرر مالا يجوز في الأصل كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الام ولا تضر جهالته ،
ولا يجوز مفرداً فإن لم يعلم المشتري ذلك فله فسخ البيع وامضاؤه لأنه يفوت عليه منفعة الأرض مدة
فإن تركه البائع للمشتري أو قال أنا أحوله وأمكن ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الأرض فلا خيار
للمشتري لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فله قبوله لأن فيه تصحيح العقد وهذامذهب
الشافعي ، وكذلك إن اشترى نخلاً فيها طلع فبان مؤبراً فله الخيار لأنه يفوت على المشتري ثمرة عامه
فإن تركها البائع فلا خيار له ، وإن قال أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره لأن ثمرة العام تقوت وإن قطعها
وإن اشترى أرضاً فيها زرع للبائع أو شجراً فيه ثمر للبائع والمشتري جاهل يظن أن الزرع والثمر له
فله الخيار كما لو جهل وجوده لأنه إنما رضي ببذل ماله عوضاً عن الأرض والشجر بما فيها فإذا بان بخلافه
ثبت له الخيار كمن اشترى معيماً يظنه صحيحاً ، فإن اختلفا في ذلك فالقول قول المشتري إذا كان مثله
يجهل ذلك كالعالمي ، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله

(مسئلة) (وان كان فيها زرع لا يحصد إلا مرة كالبز والشعير فهو للبائع مبقى الى الحصاد الا

أن يشترط المتباع)

إذا كان في الأرض زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والقطاني وما المقصود منه مستر كالجزر
والفجل والثوم وأشبه ذلك فاشترطه المشتري فهو له قصيلاً كان أو ذاحب مستراً أو ظاهراً معلوماً
أو مجهولاً لكونه دخل في البيع تبعاً للأرض فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط
ثمرتها بعد تأبيرها ، وإن أطلق البيع فهو للبائع لأنه مودع في الأرض فهو كالكنز والقماش وهذا قول
أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً . إذا ثبت ذلك فإنه يكون للبائع مبقى في الأرض الى الحصاد
بغير أجره لأن المنفعة حصلت مستثناة له ، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وإن كان بقاؤه أنفع له
على ما نذكر في الثمرة وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة ، وسنذكر
ذلك ، وهكذا الحكم في القصب الفارسي لأن له وقتاً يقطع فيه إلا أن العروق للمشتري لأنها تترك
في الأرض للبقاء فيها والقصب كالثمره وإن لم يكن ظهر من القصب شيء فهو للمشتري : فأما قصب
السكر فهو كالزرع ، ويحتمل أن يكون كالقصب الفارسي لأنه يؤخذ سنة بعد سنة ، فإن حصده قبل أو ان
الحصاد لينتفع بالأرض في غيره لم يملك الانتفاع بها لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد
ضرورة بقاء الزرع فتتقدر ببقائه كالثمره على الشجر ، وكالو كان المبيع طعاماً لا يتقل مثله عادة إلا في

(الاول) ان البيع متى وقع على نخل مشر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك والليث والشافعي وقال ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة فكانت تابعة له كالأغصان، وقال أبو حنيفة والأوزاعي هي للبائع في الحالين لأن هذا نماء له حد فلم يتبع أصله في البيع كالزراع في الأرض . ولنا قول النبي ﷺ « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع » متفق عليه ، وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى وحجة على أبي حنيفة والأوزاعي بمفهومه لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ماقبله للمشتري والآن لم يكن حداً ولا كان ذكر التأبير مفيداً ، ولأنه نماء كامن لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل في الحيوان ، فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية والزراع ليس من نماء الأرض وإنما هو مودع فيها

شهر لم يكلف إلا ذلك فان تكلف نقله في أقل من شهر لينتفع بالدار في غيره لم يجز كذا ههنا ، ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضربها الأرض فعلى البائع إزالتها ، وإن تحفرت الأرض فعليه تسوية حفرها لأنه استصلاح لملكه فهو كما لو باع داراً فيها خاية كبيرة لا يخرج إلا بهدم الباب فهدمه كان عليه الضمان وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك آخر من غير إذن الأول ولا فعل صدر عنه النقص واسند إليه كان الضمان على مدخل النقص

(فصل) قال رحمه الله (ومن باع نخلاً مؤبراً وهو ما تشقق طلعه فالثمر للبائتم متروكا في رهوس النخل إلى الجزاء إلا أن يشترطه المبتاع)

الابار التلقيح قاله ابن عبد البر إلا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهي مؤبرة وما بورة ومنه قوله عليه السلام « خير المال سكة مأبورة » والسكة النخل المصفوف والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح ولذلك فسره ههنا به قال القاضي وقد يتشقق الطلع بنفسه وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو المراد هنا وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنه إذا انشق طلعه ولم يؤبر أنه للبائع لظاهر الحديث والمشهور الأول . وهذه المسئلة تشمل على فصول (أحدها) أن البيع متى وقع على نخل مشر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع ، وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك والليث والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة فكانت تابعة له كالأغصان ، وقال أبو حنيفة والأوزاعي هي للبائع لأنه نماء له حد فلم يتبع أصله كالزراع في الأرض

ولنا قول النبي ﷺ « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع » متفق عليه وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى وحجة على أبي حنيفة والأوزاعي بمفهومه لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ماقبله للمشتري والآن لم يكن حداً ولا كان التأبير مفيداً ولأنه نماء كامن لظهوره غاية فيكون تابعا لأصله قبل ظهوره كالحمل في الحيوان ، فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية ، والزراع ليس من نماء الأرض وإنما هو مودع فيها

(الفصل الثاني) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة البائع فيه والمشتري سواء وقال مالك : إن اشترطها المشتري بعد التأخير جاز لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها ، وإن اشترطها البائع قبل التأخير لم يجز لأن اشترطها لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها ولنا أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم فصح كإلحاقه حائطا واستثنى نخلة بينهما ولأن النبي ﷺ نهى عن التنيا إلا أن تعلم ولأنه أحد المتبايعين فصح اشترطها للثمرة كالمشتري وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه وبقوله عليه السلام « إلا أن يشترطها المتبايع » ولو اشترط أحدها جزءاً من الثمرة معلوماً كان ذلك كاشترط جميعها في الجواز في قول جمهور الفقهاء وقول أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم : لا يجوز اشترط بعضها لأن الخبر إنما ورد بأشترط جميعها . ولنا أن ما جاز اشترط جميعه جاز اشترط بعضه كدرة الخيار وكذلك القول في مال العبد إذا اشترط بعضه

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أو أن الجزاز سواء استحقتها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يلزمه قطعها وتفريغ النخل فيها لأنه مبيع مشغول بملك البائع فلزم نقله وتفريغه كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش له . ولنا أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهائياً بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلاً ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك هنا يفرغ النخل من الثمرة في أو أن تفريغها وهو أو أن جزازها وقياسه حجة لنا لما بيناه ، إذا تقرر هذا فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة فإذا كان المبيع نخلاً فحين تنتهي حلاوة ثمره إلا أن يكون مما يسره خير من

(الفصل الثاني) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة البائع والمشتري سواء ، وقال مالك إن اشترطها المشتري بعد التأخير جاز لأنه بمنزلة مشتريها مع أصلها وإن اشترطها البائع قبل التأخير لم يجز لأن ذلك بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط التبقية . ولنا أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم فصح كإلحاقه حائطا واستثنى نخلة بينهما ولأنه أحد المتبايعين فصح اشترطها للثمرة كالمشتري ، وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه ، ولو اشترط جزءاً من الثمرة معلوماً كان كاشترط جميعها في الجواز في قول الجمهور ، وقال ابن القاسم من أصحاب مالك لا يجوز اشترط بعضها لأن الخبر إنما ورد بأشترط جميعها . ولنا أن ما جاز اشترط جميعه جاز اشترط بعضه كدرة الخيار وهكذا الحكم في مال العبد إذا اشترط بعضه

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أو أن الجزاز سواء استحقتها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يلزمه قطعها وتفريغ النخل منها لأنه مبيع مشغول بملك البائع فلزمه نقله وتفريغه كما لو باع داراً فيها طعام له أو قماش ولنا أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهائياً بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلاً ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك هنا تفريغ النخل من الثمرة في أو أن تفريغها وذلك أو أن جزازها ، وقياسه حجة لنا لما بيناه ، إذا تقرر هذا فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة فإن كان المبيع نخلاً فحين تنتهي حلاوة ثمره ، وإن كان مما يسره خير من رطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسراً فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره لأن هذا

وطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسرأ فانه يجزه حين استحكم حلاوة بسره لان هذا هو العادة، فاذا استحكت حلاوته فعليه نقله وان قيل بقاؤه في شجره خير له وأبقى فعليه النقل لان العادة في النقل قد حصلت وليس له إبقاؤه بعد ذلك، وان كان المبيع عنبا أو فاكهة سواء فاخذه حين يتناهى إدراكه وتستحكم حلاوته ويجز مثله وهذا قول مالك والشافعي

(فصل) فان أبر بمضه دون بعض فالمقصود عن أحمد أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري وهو قول أبي بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسئلة فان صريحه أن ما أبر للبائع ومضمومه أن ما لم يؤبر للمشتري وقال ابن حامد الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لانا إذا لم نجعل الكل للبائع أدى إلى الاضرار باشتراك الايدي في البستان فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعاً لما أبر كثمر النخلة الواحدة فانه لاخلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع ، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه ، ولان البستان إذا بدأ صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع كذا هنا ، وهذا من النوع الواحد لان الظاهر أن النوع الواحد يتقارب ويتلاحق فاما ان أبر لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي كما في النوع الواحد . ولنا أن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما من الآخر ولا يخشى اختلاطهما واشتداهما فاشبهها الجنسين وما ذكره يبطل بالجنسين ، ولا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرناه ، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه ، ولو أبر بعض الحائط فافرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره ، وخرج القاضي وجهاً في أنه يتبع

هو العادة فاذا استحكت حلاوته فعليه قطعه ، وان قيل بقاؤه في شجره خير له وأبقى لم يمنع وجوب القطع لأن العادة في ذلك قد وجدت فليس له ابقاؤه بعد ذلك وان كان المبيع عنبا أو فاكهة سواء فأخذه حين يتناهى ادراكه ويجز مثله وهذا قول مالك والشافعي

(فصل) فان أبر بمضه دون بعض فما أبر للبائع وما يؤبر للمشتري نص عليه أحمد واختاره أبو بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسئلة ، وقال ابن حامد الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لانا اذا لم نجعل الكل للبائع أدى الى الاضرار باشتراك الايدي فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعاً لما أبر كثمر النخلة الواحدة اذا أبر بعضها فان الجميع للبائع بالاتفاق، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه، وهذا الخلاف في النوع الواحد لأن الظاهر أنه يتقارب ويتلاحق فيختلطه فأما إن أبر نوع لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي كما في النوع الواحد ، والاشبه الفرق بين النوعين والنوع لأن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما عن الآخر ولا يخشى اختلاطهما أشبه الجنسين وما ذكره يبطل بالجنسين، لا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرنا ، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه ، ولو أبر بعض الحائط فافرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره وخرج القاضي وجهاً في أنه يتبع غير المبيع فيكون للبائع كما لو باع الحائط كله وهو أحد الوجهين لأصحاب

غير المبيع ويكون للبائع لانه قد ثبت للعائظ كله حكم التأبير وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ولا يصح هذا لان المبيع لم يؤبر منه شيء فوجب أن يكون للمشتري بمفهوم الخبر وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ، ولانه لا يفضي الى سوء المشاركة ولا اختلاف الايدي ولا الى ضرر فبقي على حكم الاصل فان بيعت النخلة وقد أبرت كلها أو بعضها فأطلعت بعد ذلك فالطلع للمشتري لانه حدث في ملكه فكان له كما لو حدث بعد جزاز الثمرة ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشبهه لتباعد ما بينهما (فصل) وطلع الفحاح كطلع الاناث وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أن يكون طلع الفحاح للبائع قبل ظهوره لانه يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كثمرة لا تخلق الا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طاعه كظهور ثمرة غيره ، ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت فهي كالاناث أو يدخل في عموم الخبر وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح فان أكله ليس هو المقصود منه وإنما يراد للتفويض به وهو يكون بعد ظهوره فأشبهه طلع الاناث ، فان باع نخلاً فيه فحاح واناث لم يشقق منه شيء فالكل للمشتري الا على الوجه الآخر فان طلع الفحاح يكون للبائع وان كان قد تشقق طلع أحد النوعين دون الآخر فاشقق فهو للبائع وما لم يتشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الانواع كلها ، وإن تشقق طلع بعض الاناث أو بعض الفحاح فالذي قد ظهر للبائع ، وما لم يظهر على ما ذكرنا من الاختلاف فيه

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الاصل وغير المؤبرة لمن انتقل اليه مثل أن يصدق المرأة نخلاً أو يخلعها به أو يجعله عوضاً في اجارة أو عقد صلح لانه عقد معاوضة فجرى مجرى البيع ، وان انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لاجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الاب في هبة لولده أو تقايلا المبيع أو كان صداقاً رجوع إلى الزوج

الشافعي . ولنا أن المبيع لم يؤبر شيء منه فوجب أن يكون للمشتري لمفهوم الحديث وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ولانه لا يفضي الى سوء المشاركة ولا اختلاف الايدي ولا الى ضرر فبقي على حكم الاصل ، فان بيعت النخلة المؤبرة كلها أو بعضها ثم حدث طلع فهو للمشتري لانه حدث في ملكه أشبه ما لو حدث بعد أخذ الثمرة ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشبهه لتباعد ما بينهما

(فصل) وطلع الفحاح كطلع الاناث فيما ذكرنا وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أنه للبائع بكل حال لانه قد يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كثمرة لا تخلق الا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طاعه كظهور ثمرة غيره . ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت فهي كالاناث ، ولانه يدخل في عموم الخبر وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح فان أكله ليس هو المقصود منه وإنما يراد للتفويض به وذلك يكون بعد ظهوره فأشبهه طلع الاناث ، فان باع نخلاً فيه فحاح واناث لم يشقق منه شيء فالكل للمشتري إلا على الوجه الآخر ، فان طلع الفحاح يكون للبائع ، وان تشقق أحد النوعين دون الآخر فاشقق للبائع وما لم يتشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الانواع كلها

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الاصل وغير المؤبرة لمن انتقل اليه مثل أن يصدق المرأة نخلاً أو يخلعها به أو يجعله عوضاً في اجارة أو عقد صلح لانه عقد معاوضة فجرى مجرى البيع ، وان انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لأجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الاب في هبة ولده أو تقايلا المبيع ، أو كان صداقاً فرجع إلى

نفس المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فإنه في الفسخ يتبع الاصل سواء أبر أو لم يؤبر لانه نماء متصل فأشبه السمن ، وفي الهبة والرهن حكمها حكم البيع في انه يتبع قبل التأبير ولا يتبع فيما بعده لان الملك زال عن الاصل بغير فسخ فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع وأما رجوع البائتم لفلس المشتري أو الزوج لا تفساخ النكاح فيذكران في بايها

(مسئلة) قال (وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد)

وجملة ذلك أن الشجر على خمسة أضرب (أحدها) ما يكون ثمره في أكامه ثم تفتخ الاكام فيظهر كالنخل الذي وردت السنة فيه ويدنا حكمه وهو الاصل وما عداه مقيس عليه وملحق به ، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والزجس والبنفسج فإنه تظهر أكامه ثم تفتخ فيظهر فهو كالطلع ان تفتح جنبه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري (الثاني) ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجزير فهي للبائع لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قشره (الثالث) ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الأكل كالرمان والموز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره من مصلحته ويبقى فيه إلى حين الأكل فهو كالتين ولان قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه وكونه من مصلحته (الضرب الرابع) ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالباً الا بعد جزائه فأشبه الضرب الذي قبله ولان قشر اللوز يؤكل معه فأشبه التين وقال القاضي ان تشقق القشر الأعلى فهو للبائع وان لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع الا نادراً ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه

الزوج لنفس المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فإنه في الفسخ يتبع الاصل سواء أبر أو لم يؤبر لانه نماء متصل أشبه السمن وفي الهبة والرهن حكمها حكم البيع في أنه يتبع قبل التأبير ولا يتبع بعده لان الملك زال عن الاصل بغير فسخ أشبه البيع ، وأما رجوع البائع لفلس المشتري ، أو الزوج لا تفساخ النكاح فيذكران في بايها

(مسئلة) (وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالتوت والتين والرمان والجوز)

والشجر على خمسة أضرب (أحدها) ما تكون ثمرته في اكام ثم تفتخ فتظهر كالنخل الذي بينا حكمه وهو الاصل وما سواه مقيس عليه ، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والزجس والبنفسج فإنه تظهر أكامه ثم تفتخ فهو كالطلع ان تفتح جنبه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري (الثاني) ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجزير فهي للبائع لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور ما في الطلع (الثالث) ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الاكل كالوز والرمان فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره من مصلحته ويبقى فيه إلى حين الاكل كالتين (الرابع) ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالباً إلا بعد جزائه فأشبه الضرب الذي قبله ، ولان قشر اللوز يؤكل معه أشبه التين ، وقال القاضي ان تشقق القشر الأعلى فهو للبائع ، وان لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ، ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه من مصلحته وهذا بخلافه فإنه لا يتشقق على شجره وتشققه قبل كاله يفسده

من مصلحته وهذا بخلافه فإنه لا يتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده (الخامس) ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والاجاص والحوخ فاذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع وان لم تظهر فهي للمشتري وقيل ما تناثر نوره فهو للبائع وما لا فهو للمشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور ، وقال القاضي بحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره لان الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وإنما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قيع الرطبة ، وقول الحرقي يقضي ما قلناه لانه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر باديا لا يبدو نوره ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره وقد يبدو اذا كبر قبل أن ينثر النور فتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ماله نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم والله أعلم . وهذا يفارق الطلع لأن الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا ههنا أو قريبا منه وبينها اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف أو قريبا منه

(فصل) فأما الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال لانه من اجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز لان تفتح فهو للبائع وإلا فهو للمشتري لانه بمنزلة الحبيذ الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وهذا في المواضع التي عادت لهم أخذ الورق (١) وان لم تكن عادت لهم ذلك فهو للمشتري كسائر ورق الشجر والله أعلم

(١) المعقول

ان الحكم للمادة
والعرف في كل عقد
اطلق ولم يشترط البائع
فيه لنفسه الثمر
والحديث في التحل
المؤبر مبني على أنه
كان ذلك عرفهم لا
أنه تبدت بعدنا به

(الخامس) ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والاجاص والحوخ ، فاذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهو للبائع ، وان لم تظهر فهو للمشتري ، وقيل ما يتناثر نوره فهو للبائع وما لا فهو للمشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور وقال القاضي بحتمل أن يكون للبائع بظهور نوره لان الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر ، فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وإنما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قيع الرطبة ، وظاهر لفظه ههنا يقضي ما قلناه أولا وهو ظاهر كلام الحرقي لانه علق استحقاق البائع للثمرة يبدوها ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور فيتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ماله نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم وهذا يفارق الطلع لان الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا أو قريبا منه وبينهما اختلاف قريب مما ذكرنا

(مسألة) (والورق للمشتري بكل حال)

الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر للمشتري لانه من اجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت المقصود أخذه لدود القز للبائع إذا تفتح والمشتري قبل ذلك لانه بمنزلة الحبيذ الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وإنما هذا في المواضع التي عادت لهم أخذ الورق وان لم يكن عادت لهم ذلك فهو للمشتري كسائر الورق والله أعلم

(مسألة) (وان ظهر بعض الثمرة فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشتري ، وقال أبو حامد

السلبي للبائع) وقد ذكرناه

(فصل) وإذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت الى سقي لم يكن للمشتري منعه منه لانه يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الاصول وان أراد سقيها من غير حاجة فالمشتري منعه منه لانه بسقيه يتضمن التصرف في ملك غيره ولان الاصل منعه من التصرف في ملك غيره وإنما أباحته الحاجة فان لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع ، فان احتاجت إلى السقي وفيه ضرر على الشجر أو احتاج الشجر الى سقي يضر بالثمرة فقال القاضي أيهما طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لانه دخل في العقد على ذلك فان المشتري اقتضى عقده ببقية الثمرة والسقي من بقيتها والعقد اقتضى تمكين المشتري من حفظ الاصول وتسليمها فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر وان أضر به وإنما له أن يسقي بقدر حاجته ، فان اختلفا في قدر الحاجة رجع الى أهل الخبرة وأيهما التمس السقي فالمؤنة عليه لانه لحاجته (فصل) فان خيف على الأصول الضرر ببقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره ، وان كان كثيراً فخيف على الأصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر أيضاً لذلك (الثاني) يجبر على القطع لان الضرر يلحقها وان لم تقطع والأصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى وللشافعي قولان كالوجهين (فصل) وإذا باع شجراً فيه ثمر للبائع فحدثت ثمرة أخرى أو اشترى ثمرة في شجرها فحدثت ثمرة أخرى فان تميزتا فلكل واحد ثمرته وان لم تميز احدهما من الاخرى فهما شريكان فيها كل واحد بقدر ثمرته ، فان لم يعلم قدر كل واحدة منها اصطلاحاً عليها ولا يبطل العقد لان المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاماً في مكان فأتاه عليه طعام للبائع أو أتاه هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها أو اشترى عربة فتركها حتى أتمت فان العقد يبطل في احدي الروايتين لكون

(مسألة) (وان احتاج الزرع أو الثمرة الى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منع البائع منه)

إذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت إلى سقي لم يكن للمشتري منعه لانه يبقى به فلزمه تمكينه منه كتركه على الاصول ، وان أراد سقيها من غير حاجة فالمشتري منعه لان سقيه يتضمن التصرف في ملك غيره والاصل منعه منه وإنما أبحناه للحاجة فإله توجد الحاجة يبقى على أصل المنع ، وان احتاجت الى سقي يضر بالشجر أو احتاج الشجر الى سقي يضر بالثمرة فقال القاضي : أيهما طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لانه دخل العقد على ذلك فان المشتري اقتضى عقده ببقية الثمرة والسقي من بقيتها واقتضى تمكين المشتري من حفظ الاصول وتسليمها فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر وان أضر به وإنما له أن يسقي بقدر حاجته ، وان اختلفا في ذلك رجع الى أهل الخبرة وأيهما التمس السقي فالمؤنة عليه لانه لحاجته

(فصل) وان خيف على الاصول الضرر ببقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره ، وان كان كثيراً فخيف على الاصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر كذلك (والثاني) يجبر على القطع لان الضرر يلحقها وان لم تقطع والأصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى وللشافعي قولان كالوجهين (فصل) ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ولا الزرع قبل اشتداد حبه إلا بشرط القطع في الحال

اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب التهي وكونه بتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل من غير حاجة الى أكله رطباً وهنأ ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقاً الى فعل المحرم، وجمع أبو الخطاب بينهما فقال في الجميع روايتان (احداها) يبطل العقد (والاخرى) لا يبطل، وقال القاضي ان كانت الثمرة للبائع فحدث ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسبح بنصيبك لصاحبك فان فعله أحدهما أقرنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع وان امتنا فسحنا العقد لتعذر وصول كل واحد منها الى قدرحقه، وان اشترى ثمرة فحدث ثمرة أخرى لم نقل للمشتري اسبح بنصيبك لان الثمرة كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والافسخ البيع بينهما، وهذا مذهب الشافعي، قال ابن عقيل لعل هذا قول لبعض أصحابنا فاني لم أجده معزيا الى أحد والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لاحد ولو اشترى حنطة فانتالت عليها أخرى لم يفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة فحدث معها أخرى والله أعلم (فصل) اذا باع الارض وفيها زرع لا يحصد الا مرة كالحنطة والشعير والقطني وما المقصود منه مستر كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهاها فاشترطه المشتري فهو له قصيلا كان أو ذا حب مستراً أو ظاهراً معلوماً أو مجهولاً لكونه دخل في البيع للارض فلم يضر جهله وعدم كماله كالمواشى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها وان أطلق البيع فهو للبائع لانه مودع في الارض فهو كالكنز والقاش ولانه يراد للتقل فأشبه الثمرة المؤبرة، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً ويكون للبائع مبقى في الارض الى حين الحصاد بغير أجرة لأن المنفعة حصلت مستتاة له، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وان كان بقاؤه أنفع له كقولنا في الثمرة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة وقد مضى الكلام فيها وهكذا قال الحكم في القصب الفارسي لان له وقتاً يقطع فيه الا أن العروق تكون للمشتري لانها تترك في الارض للبقاء فيها والقصب نفسه كالثمرة وان لم يظهر منه شيء فهو للمشتري وأما قصب السكر فانه يؤخذ مرة واحدة فهو كالزرع فان حصده قبل الحصاد لينتفع بالارض في غيره لم يملك الاتفاح بها لان منفعتها اما حصلت مستتاة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتقدر ببقائه كالثمرة على الشجرة وكما لو كان المبيع طعاما لا ينقل مثله عادة الا في شهر لم يكلف الا ذلك فان تكلف نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجز كذلك ههنا ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستنصرها الارض كعروق القطن والذرة فعلى البائع ازالها وان تمفرت الارض فعليه تسوية حفرها لانه استصلاح للملك فصار كما لو باع داراً فيها خاية كبيرة لا تخرج الا يهدم باب الدار فهدها كان عليه الضمان، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لا استصلاح ملك الاخر من غير اذن الاول ولا فعل صدر عنه النقص واستند اليه كان الضمان على مدخل النقص (فصل) وان باع أرضاً وفيها زرع يجر مرة بعد أخرى فالاصول للمشتري والجزء الظاهرة عند البيع للبائع سواء كان مما يبقى سنة كالحندبا والبقول أو أكثر كالرطبة وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في

لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية إجماعاً لان النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع . متفق عليه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث

الحال فانه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهراً والزيادة من الاصول التي هي ملك للمشتري ، وكذلك ان كان الزرع مما تكرر ثمرة كالفواكه والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه فهو للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لان ذلك مما تكرر الثمرة فيه فأشبهه الشجر ، ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والزنجبيل فالاصول للمشتري لانه جعل في الارض للبقاء فيها فهو كالرطبة وكذلك أوراقه وغصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه ، وأما زهرته فان كانت قد فتحت فهي للبائع والا فهي للمشتري على ما ذكرناه فيما مضى واختار ابن عقيل في هذا كله أن البائع ان قال بتلك هذه الارض بمقوقها دخل فيها وان لم يقل بمقوقها فهل يدخل ؟ على وجهين كالشجر .

(فصل) وإذا اشترى أرضاً فيها بذر فاستحق المشتري اصله كالرطبة والنعناع والبقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو له لانه ترك في الارض للتبعية فهو كأصول الشجر ولانه لو كان ظاهراً كان له فالمستتر أولى سواء علقت عروقه في الارض أولاً فان كان بذراً لما يستحقه البائع فهو له إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له ، وقال الشافعي البيع باطل لان البذر مجهول وهو مقصود

ولنا أن البذر يدخل تبعاً في البيع فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً فاشترط ما له ويجوز في التابع من الفرر ما لا يجوز في المتبوع كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الأم والسقوف في الدار وأساسات الحيطان تدخل تبعاً في البيع ولا تضر جهالها ولا يجوز مفردة ، وان لم يعلم المشتري بذلك فله الخيار في فسخ البيع وامضائه لانه يفوت عليه منفعة الارض عاماً ، فان رضي البائع بتركه للمشتري أو قال أنا أحوله وأمكنه ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الارض فلا خيار للمشتري لانه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله لان فيه تصحيحاً للعد ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك لو اشترى نخيلاً فيه طلع فبان انه مؤثر فله الخيار لانه يفوت المشتري ثمرة عامه ويضر بفاؤها بنخله فان تركها له البائع لم يكن له خيار ، فان قال أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك لان ثمرة العام تقوت سواء قطعها أو تركها ، وان اشترى أرضاً فيها زرع للبائتم أو شجراً فيه ثم للبائع والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار أيضاً كما لو جهل وجوده لانه انما رضي ببذل ماله عوضاً عن الارض والشجر بما فيها فاذا بان خلاف ذلك ينبغي ان يثبت له الخيار كما اشترى للمعيب يظنه صحيحاً ، وإن اختلفا في جهله لذلك فالقول قول المشتري إذا كان ممن يجهل ذلك لكونه عامياً فان هذا مما يجهله كثير من الناس وان كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله لان الظاهر أنه لا يجهله

(فصل) إذا باع أرضاً بمقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع وكذلك اذا قال رهنتك هذه الارض بمقوقها دخل في الرهن غراسها وبنائها وان لم يقل بمقوقها فهل يدخل الغراس والبناء فيهما ؟ على وجهين ، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن ، واختلف أصحابه في ذلك فهم من قال فيهما جميعاً قولان ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن

(فصل) وكذلك الزرع الاخضر في الارض لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كما ذكرنا في الثمرة على الاصول ، روى مسلم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري . قال ابن المنذر ولا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل

ومهم من قال لإثما سواء لان ما تبع في البيع تبع في الرهن كالطرق والمنافع وفيها جميعا وجهان (أحدهما) يدخل البناء والشجر لأثما من حقوق الأرض ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها (والثاني) لا يدخلان لأثما ليس من حقوق الأرض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمره المؤبرة ، ومن نصر الاول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجر والبناء ، فان قال بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لان البستان اسم للأرض والشجر والحائط ولذلك لا تسمى الأرض المكشوفة بستانا قال ابن عقيل ويدخل فيه البناء لأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ويحتمل أن لا يدخل

(فصل) وان باعه شجرا لم تدخل الأرض في البيع ذكره أبو اسحاق ابن شاقلا لأن الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للبيع .

(فصل) وان قال بعتك هذه القرية فان كانت في اللفظ قرية مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل ثمن لا يصلح الا فيها وفي أرضها دخل في البيع لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرية صارفة اليه ودالة عليه فأشبهه ما لو صرح به، وان لم يكن قرية تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها فان القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس وسواء قال بحقوقها أو لم يقل ، وأما الغراس بين بنائها فتحكمه حكم الغراس في الأرض ان قال بحقوقها دخل وان لم يقل فعلى وجهين .

(فصل) وان باعه دارا بحقوقها تناول البيع أرضها وبنائها وما هو متصل بها مما هو من مصلحتها كالبواب المنصوبة والحواشي المدفونة والرفوف المسمرة والاولتاد المغروزة والحجر المنصوب من الرحا وأشبه ذلك ، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها كالكنز والاحجار المدفونة لان ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبهه الفرش والستور ولا ما كان منفصلا عنها يختص بمصاحبتها كالفرش والستور والطلاء والرفوف الموضوعة على الاولتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط والدلو والبكرة والقفل وحجر الرحي اذا لم يكن واحد منهما منصوبا والحواشي الموضوعة من غير أن يطين عايرها ونحوه لانه منفصل عنها لا يختص بمصاحبتها فأشبهه الثياب ، وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالفتاح والحجر الفوقاني من الرحا إذا كان السفلائي منصوبا فيحتمل وجهين (أحدهما) يدخل في البيع لانه لمصاحبتها فأشبهه المنصوب فيها (والثاني) لا يدخل لانه منفصل عنها فأشبهه السفلائي إذا لم يكن منصوبا والقفل والدلو ونحوها ومذهب الشافعي في هذا كذهبنا سواء .

(فصل) وما كان في الأرض من الحجارة الخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المتهدمة فهي للمشتري بالبيع لانه من اجزائها فهي كحيطانها ورأبها والمعادن الجامدة فيها والاجر كالحجارة في هذا ، واذا كان المشتري عالما بذلك فلا خيار له وان لم يكن عالما به وكان ذلك يضر بالأرض وينقصها كالضجر المضر بعروق الشجر فهو عيب وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن أو الامسك

البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي ، فان باعه بشرط القطع أو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع صح بالاجماع لان المنع إنما كان خوفا من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها قبل أخذها لما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهر قال «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ

وأخذ أرض العيب كما في سائر المبيع ، فأما ان كانت الحجارة أو الآجر مودعا فيها للنقل عنها فهي للبائع كالكنز وعليه نقلها وتسوية الأرض اذا نقلها واصلاح الحفر لانه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته وان كان قلما يضر بالأرض أو تطاول مدته ولم يكن المشتري عالما فله الخيار كما ذكرنا لانه عيب وان لم يكن في نقلها ضرر ويمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فلا خيار له وله مطالبة البائع بنقلها في الحال لانه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع ، وان كان عالما بالحال فلا خيار له ولا أجره في الزمان الذي نقلت فيه لانه علم بذلك ورضي فأشبهه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع ، وان لم يعلم واختار امساك المبيع فهل له أجره لزمان النقل على وجهين (احدهما) له ذلك لان المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدلها كالأجزاء (والثاني) لا يجب لانه لما رضي بمساك المبيع بتلف المنفعة في زمان النقل فان لم يختر الامساك فقال البائع أنا أدع ذلك لك وكان مما لاضرر في بقاءه لم يكن له خيار لان الضرر زال عنه (فصل) فان كان في الأرض معادن جامدة كعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرماس ونحوها دخلت في البيع وملكت بملك الأرض التي هي فيها لانها من اجزائها فهي كترابها واحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ولا معدن الفضة بفضة ويجوز بيعها بغير جنسها ، وان ظهر في الأرض معدن لم يعلم البائع به فله الخيار لانه زيادة لم يعلم بها فأشبهه ما لو باعه ثوبا على انه عشرة فبان احد عشر هذا إذا كان قد ملك الأرض باحياى أو اقطاع ، وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبدالعزیز أرضاً فظهر فيها معدن فقالوا إنما بنا الأرض ولم نبع المعدن وأتوا عمر بن عبدالعزیز بالكتاب الذي فيه قطعة النبي ﷺ لا بهم فأخذه عمر فقبله ورد عليهم المعدن . وان كان البائع ملك الأرض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار لان الحق لغيره وهو المالك الاول ، واحتمل أن يكون له الخيار كما لو اشترى مبيئاً ثم باعه ولم يعلم عيبه فانه يستحق الرد عليه وان كان قد باعه مثل ما اشتراه ، وقد روي أبو طالب عن أحمد انه إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لانه من أجزاء الأرض فأشبهه ما لو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة

(فصل) واذا كان في الأرض بئر أو عين مستقنطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الأرض والماء الذي فيها غير مملوك لانه يجري من تحت الأرض الى ملكه فأشبهه الماء الجاري في النهر الى ملكه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الآخر) يدخل في الملك لانه تمام الملك ، وقد روي عن أحمد ما يدل على انه يملك فانه قال في رجل له أرض ولا آخر ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء في الزرع ويكون بينهما فقال لا بأس ، اختاره أبو بكر وهذا يدل على ان الماء مملوك لصاحبه ، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الاملاك كالقار والنفط والمومياء والملح وكذلك الحكم في النبات في أرضه من الكلال والشوك ففي كل ذلك يخرج على الروايتين في الماء ، والصحيح ان الماء لا يملك فكذلك هذه ، قال أحمد لا يعجبني بيع الماء البتة ، قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن قوم بينهم نهر

أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري وهذا مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه

(فصل) وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً لم يجز سواء اشترها من رجل أو من أكثر منه ، وسواء شرط القطع أو لم يشترطه لانه لا يمكنه قطعه إلا بقطع مالا يملكه فلم يصح اشتراطه .

شرب منه أرضهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص فجاء يومي ولا أحتاج إليه أكرهه بدرام؟ قال ما أدري أما النبي ﷺ فهي عن بيع الماء قيل انه ليس يبيعه إنما يكرهه ، قال إنما احتالوا بهذا ليحسنوه فأى شيء هذا إلا البيع ؟ وروى الأثرم بأسناده عن جابر وإياس بن عبدالله المزني أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع الماء ، وروى أيضاً عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال «المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء والنار والكلأ» رواه أبو عبيد في كتاب الاموال ، فإذا قلنا لا يملك فصاحب الارض أحق به من غيره لكونه في ملكه فان دخل غيره بغير اذنه فأخذه ملكه لانه مباح في الاصل فأشبهه مالو عيش في أرضه طائر أو دخل فيها ظبي أو نضبت عن سمك فدخل اليه داخل فأخذه ، وأما ما يجوز من الماء في إنائه أو يأخذه من الكلأ في حبله أو يحوزه في رخله أو يأخذه من المعادن فانه يملكه بذلك وله يبيعه بلا خلاف بين أهل العلم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال «لأن يأخذ أحدكم حبلأ يأخذ حزمة من حطب فيبيعه فكيف الله به وجهه خيره من أن يسأل الناس أعطي أو منع» رواه البخاري ، وروى أبو عبيد في الاموال عن المشيخة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه ، وعلى ذلك مضت العادة في الامصار يبيع الماء في الروايا والحطب والكلأ من غير نكير ، وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ إلا باذن مالكة وكذلك لو وقف على بئر أو بئر مباح فاستقى بدلوه أو بدولاب أو نحوها فما يرقبه من الماء فهو ملكه وله يبيعه لانه ملكه بأخذه في إنائه ، قال أحمد إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره . ويجوز بيع البئر نفسها والدين ومشرها أحق بمائها ، وقد روي أن النبي ﷺ قال «من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة؟» أو كما قال ، فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بأمر النبي صلى الله عليه وسلم وسبها للمسلمين وكان اليهودي يبيع ماءها ، وروي أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر الفاً ثم قال لليهودي اخبر إما أن تأخذها يوماً وأخذها أنا يوماً وأما أن تنصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً فاختار يوماً ويوماً ، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي أفسدت علي بئري فاشتر باقيها فاشترأ بثانية آلاف ، وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسجيلها وصحة بيع ما يستقيه منها وجواز قسمة مائها بالمهاياة وكون مالكة أحق بمائها ، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك . فأما المياه الجارية فما كان نابها في غير ملك كالأنهار الكبار وغيرها لم تملك مجال ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك كالظير يدخل إلى أرضه ولكل أحد أخذه ولا يملكه إلا أن يجعل له في أرضه مستقراً كالبركة والقرار أو يحتفر ساقية يأخذ فيها من ماء النهر الكبير فيكون أحق بذلك الماء من غيره كتنقع البئر ، وان كان ما يستقر في البركة لا يخرج منها فالأولى أنه يملكه بذلك على ما سنذكره في مياه الامطار . وما كان نابهاً أو مستنبطاً كالقني فهو كتنقع البئر وفيه من الخلاف ما فيه ، فأما المصانع المتخذة لمياه الامطار تجتمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالأولى أنه يملك ماءها ويصح بيعه إذا كان معلوماً لانه مباح حصله بشيء معد له فملكه كالصيد يحصل في شبكته والسمك في بركة معدة له ولا يجوز أخذ شيء منه إلا باذن مالكة .

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جذه ولا القنأ ونحوه إلا لفظه لفظة إلا أن يبيع أصله) الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الارض ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع مرة بعد أخرى كالغناص والهندبا وشبهها لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي ، وروي (المنفي والشرح الكبير) (٢٦) (الجزء الرابع)

﴿مسئلة﴾ قال (واذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبدو صلاحها على بالترك الى الجزاء لم

يجز وان اشتراها على القطع جار)

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يشتريها بشرط التبقية فلا يصح البيع إجماعاً لأن النبي ﷺ من بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهي البائع والمبتاع، متفق عليه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملته هذا الحديث (القسم الثاني) أن يبيعهها بشرط القطع في الحال فيصح بالاجماع لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الثمار حتى تزهر قال «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري وهذا مأمون فيها يقطع فصح بيعه كما لو بدأ صلاحه

(القسم الثالث) أن يبيعهها مطلقاً ولم يشترط قطعاً ولا تبقية فالبيع باطل، وبه قال مالك والشافعي وأجازوه أبو حنيفة لأن اطلاق العقد يقتضي انقطع فهو كما لو اشترطه قال ومعنى انهي أن يبيعهها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله «أرأيت ان منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع، واستدلوا به بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن اطلاق العقد يقتضي القطع، ويقرر ما قلنا من أن اطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطابق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولها النهي جميعاً، وبصح تعامليهما بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها

(فصل) وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب (أحدها) أن يبيعهها مفردة لغير مالك الأصل فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبيننا بطلانه (الثاني) أن يبيعهها مع الأصل فيعجز بالاجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها الذي باعها إلا أن يشترط المبتاع» ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار (الثالث) أن يبيعهها مفردة لمالك الأصل نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعهها له بعد ذلك أو يوصي لرجل بثمره نخلة فيبيعهها لورثة الموصي ففيه وجهان (أحدهما) يصح البيع وهو المشهور من قول مالك وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مجتمع الأصل والثمره للمشري فيصح كما لو اشتراها معاً ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال لكونه مالكا لأصولها وقرارها فصح كيومها مع أصلها (والثاني) لا يصح وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن العقد يتناول الثمرة

ذلك عن الحسن وعطاء ورخص مالك في شراء جزتين وثلاثاً ولا يصح ذلك لأن ما في الأرض منه مستور وما يحدث منه معدوم فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة، ومتى اشترى جزء لم يجز ابتاؤها لأن ما يظهر منها أعيان لم يتناولها البيع فيكون نبتاً إذا ظهر فيفرض إلى اختلاط المبيع بغيره فإن أضرها حتى طالت فالحكم فيها يذكر ان شاء الله تعالى

خاصة والفرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبي ولأنها تدخل في عموم النهي بخلاف ما إذا باعها معاً فإنه مستثنى بالخبر المروي فيه ولأن الفرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة وفيما إذا باعها معاً تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز في التابع من الفرر ما لا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرها ، وإن باع الثمرة بشرط القطع في الحال صح وجهاً واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له .

(فصل) ولا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال كما ذكرنا في الثمرة على الأصول لما روى مسلم عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري ، قال ابن المنذر لا أعلم أحداً يبدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي . فإن باع مع الأرض جاز كبيع الثمرة مع الأصل ، وإن باع مالك الأرض ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة تباع من مالك الأصل وقال أبو الخطاب يجوز ، وإن باع إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له فهو كبيع الثمرة من مالك الأصل بشرط القطع وإذا اشتد حب الزرع جاز به مطلقاً وبشرط التبقية لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث «حتى يبيض» فجعل ذلك غاية المنع من بيعه فيدل على الجواز بعده وفي رواية نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد . ولأنه إذا اشتد حبه بدا صلاحه فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها ، وإذا اشتد شيء من حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة إذا بدا صلاح في شيء منها .

(فصل) ذكره القاضي في الصالح قال : وإذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه منه بعوض صح فيما يصح في البيع وبطل فيما يبطل فيه ، ولو ادعى اثنان زرعاً في يد آخر فأقر لهما به فالزرع بينهما نصفان فإن صالح أحدهما عن حقه منه قبل اشتداد حبه لم يجز سواء شرط القطع أو أطلق لأنه إن أطلق بطل للنهي عن بيع المحاضرة ، وإن شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه إلا بقطع الزرع كله ، وإن كانت الأرض للمقر احتمل أن يصح واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما إذا اشترى زرعاً أخضر في أرض مملوكة له ، ولو كانت الأرض لرجل والزرع لاخر فقال أحدهما صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك فيكون الزرع والأرض بيننا نصفين فإن كان بعد اشتداد حبه جاز لأنه يجوز بيعه ، وإن كان قبل ذلك فهل يجوز على وجهين بناء على بيع الزرع من مالك الأرض وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لمالك الأرض ويشترى منه نصف الأرض التي له فيها الزرع ، وإن شرطاً في البيع أن يقطعا الزرع جميعه ويسلم الأرض فارغة ففيه وجهان أيضاً (أحدهما) يصح لاشتراطها قطع كل الزرع وتفرغ الأرض منه ، واحتمل أن يبطل لأن صاحب الأرض باع نصف الأرض بشرط قطع زرع غيره ليسلم إليه أرضه ، وإن قلنا يصح لم يلزم الوفاء بالشرط لأن كل واحد منهما حصل زرعه في أرضه فلم يلزم قطعه (فصل) وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه

(فصل) وإذا باع ثمرة شيء من هذه الأقول كالقضاء والباذنجان لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا

مشاعاً لم يجز سواء اشتراه من رجل أو من أكثر منه وسواء شرط القطع أو لم بشرطه لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه فلم يصح اشتراطه
 (فصل) والقطن ضربان (أحدهما) ماله أصل يبقى في الأرض أعواماً كالشجر تكرر ثمرته فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح إفراده بالبيع وإذا بيعت الأرض بمقومتها دخل في البيع وثمره كالطلع إن تفتح فهو للبائع والافوه للمشتري (والثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع وبقي كان جوزه ضعيفاً وطباً لم يقو ما فيه لم يجز بيعه إلا بشرط القطع كالزرع الأخضر، وإن قوي جوزه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية كالزرع الذي اشتد حبه وإذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع إلا أن يشترطه المبتاع، وبالباذنجان نوعان (أحدهما) ماله شجر تبقى أصوله وتكرر ثمرته فهو كالشجر (والثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فهو كالخنطة والشعير

مسئلة قال (فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدأ صلاحها فنقل عنه حنبل وأبو طالب أن البيع يبطل قال القاضي هي أصح فعلى هذا برد المشتري الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن، ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء لأن أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى ولم تتميز أو حنطة فاتالت عليها أخرى أو ثوباً فاختلف بغيره، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصباً لافرض أو ثوباً حتى صار شعيراً أقال إن أراد به حيلة فسد البيع والالم يفسد. والظاهر أن هذه مرجع إلى ما نقله ابن سعيد فإنه يمين حمل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة البيع على من لم برد حيلة فإن أراد الحيلة وقصد بشرطه القطع الحيلة على إبقائه لم يصح بحال إذ قد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة، ووجه الرواية الأولى أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالإجماع فيبقى ما عداه على أصل التحريم ولأن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فأبطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التبايض فيما يشترط فيه القبض أو التفضل فيما يجب التساوي فيه ولأن صحة البيع بحمل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة، ومتى حكمتنا بفساد البيع فالثمره كلها للبائع وعنه أنها يتصدقان بالزيادة قال القاضي هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة فاستحبت الصدقة لها والأل فالخلق أنها للبائع تبعاً للأصل كما اثر نماء المبيع المتصل إذا رد على البائع بنسخ أو بطلان، ونقل ابن أبي موسى في الإرشاد أن البائع والمشتري يكونان شريكين في الزيادة، وأما إن حكمتنا بصحة العقد فقد روي أنها يشتركان في الزيادة لخصولها في ملكهما فإن ملك المشتري الثمرة وملك البائع الأصل وهو سبب الزيادة وقال القاضي الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن وحمل قول أحمد يشتركان على الاستحباب، والأول أظهر لما ذكرنا فإن الزيادة حصلت من أصل

ولنا أنها ثمرة لم يخلق فلم يصح بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها والحاجة تندفع ببيع أصوله ولأن ما لبس صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تماماً لما خلق، وإن كان ما لم يبدو صلاحه تبعاً لما بدأ، إذا ثبت ذلك فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز

البائع من غير استحقاق تركها فكان فيها حق له بخلاف العبد إذا سمن فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب فإنه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس بحق له بل ذلك حرام عليه فكيف يكون مستحبا ؟ وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن لأن عين المبيع زاد بحجة محظورة قال الثوري إذا اشترى قصيلا بأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي ولأن الأمر اشبه في هذه الزيادة وفي مستحباتها فكان الأولى الصدقة بها ويشبه أن يكون هذا استحبابا لأن الصدقة بالشبهات مستحبة، وإن أيا الصدقة بها اشتركا فيها، والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء وقيمتها يوم أخذها. قال القاضي ويحتمل أنها ما بين قيمتها قبل بدو صلاحها وقيمتها بعده لأن الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري، بتامها لاحق للباقي فيها، وقال الثوري يأخذ المشتري رأس ماله ويتصدق بالباقي، وكذلك الحكم في الرطبة إذا طالت والزرع الأخضر إذا أوجن وهذا فيما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيرها ولم يحمل شراءه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليركها حتى يبدو صلاحها فالبايع باطل من أصله لأنه حيلة محرمة وعند أبي حنيفة والشافعي لاحق لقصده والبيع صحيح قصد أولم يقصد وأصل هذا الخلاف في تحريم الحيل وقد سبق الكلام في هذا

﴿ مسألة ﴾ قال (فإن اشتراها بعد أن بدأ صلاحها على الترتك إلى الجزاز جاز)

وجملة ذلك أنه إذا بدأ الصلاح في الثمرة جاز بيعها مطلقا وبشرط التبقية إلى حال الجزاز وبشرط القطع ، وبذلك قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بشرط التبقية إلا أن محمدا قال إذا تنهى عظمها جاز واحتجوا بأن هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كالمعنى بشرط تبقية الطعام في كند وجهه. ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ففهم منه إباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم البيع بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزا بعد بدو الصلاح والا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا فائدة في ذكره، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة، وتمليله بأمن العاهة يدل على التبقية لأن ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه ، وإذا بدأ الصلاح فقد أمنت العاهة فيجب أن يجوز بيعه بقى لزوال علة المنع ولأن النقل والتحويل يجب في المبيع بحكم العرف فإذا شرطه جاز كما لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الامكان وفي هذا انفصال عما ذكره

(فصل) ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها أعني أنه يباح بيع جميعها بذلك ولا أعلم فيه اختلافا وهل يجوز بيع سائر ما في البستان من ذلك النوع؟ فيه روايتان أظهرهما جوازه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن، وعنه لا يجوز إلا بيع ما بدأ صلاحه لأن ما لم يبدأ صلاحه داخل في عموم النهي ولأنه لم يبدأ صلاحه فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر وكالذي في البستان الآخر ، ووجه الأولى أنه بدأ الصلاح في نوعه من البستان الذي هو

الإبشرط القطع ، وإن كان بعد بدو صلاحه جاز مطلقا وبشرط القطع والتبقية على ما نذكر في ثمرة الأشجار وسنين . بم يكون بدو صلاحه ؟

(فصل) ويصح بيع هذه الأصول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ذكره القاضي وهو

فيه فجاز بيع جميعه كالشجرة الواحدة ولان اعتبار بدو الصلاح في الجميع يشق ويؤدي الى الاشتراك واختلاف الايدي فوجب أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا على ما ذكرنا فيما أبر بعضه دون بعض، فاما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضي لا يتبعه وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الادراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وان كان يتأخر ادراك البعض تأخيراً كثيراً فالبيع جائز فيما أدرك ولا يجوز في الباقي وقال أبو الخطاب: يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لان الجنس الواحد يضم بعضه الى بعض في اكمال الثصاب في الزكاة فيتبعه في جواز البيع كالتنوع الواحد، والاول أولى لان النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ويخالف الزكاة فان القصد هو الفنى من جنس ذلك المال لتقارب منفته وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود والمعنى هنا هو تقارب ادراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الايدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصارا في هذا كالجنسين

(فصل) فاما النوع الواحد من بستانين فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدو الصلاح في أحدهما متجاورين كانا أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن أحمد رواية أخرى ان بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك لانها يتقاربان في الصلاح فأشبه القراح الواحد، ولان المقصود الامن من العاهة وقد وجد، والمذهب الاول لانه انما جعل ما لم يد صلاحه بمنزلة ما بدا وتابعا له دفعا لضرر الاشتراك واختلاف الايدي وإلا فالاصل اعتبار كل شيء بنفسه وما في قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا، وما ذكره ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع، ولو بدا صلاح بعض أنواع الواحد فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز لدخوله تحت عموم النهي وبقدر قياسه على الصورة المحصورة من العموم وهي ما اذا باعه مع ما بدا صلاحه لانه دخل في جواز البيع تبعا دفعا لمضرة الاشتراك واختلاف الايدي ولا يوجد ذلك هنا ولانه قد يدخل في البيع تبعا ما يجوز افراده كالثمرة تباع مع الاصل والزرع مع الارض واللبن في الضرع مع الشاة، ويحتمل الجواز لان الكل في حكم ما بدا صلاحه ولانه يجوز بيعه مع غيره فجاز بيعه مفردا كالذي بدا صلاحه

(فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقي لزم البائع ذلك لانه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة وذلك يكون بالسقي، فان قيل فلم قلتم انه اذا باع الاصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها قلنا لان المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة لانه لم يملكها من جهته وانما بقي ملكه عليها بخلاف مستثناة فان امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه لانه دخل على ذلك

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام وزيد بن ثابت

مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا فرق بين كون الاصول صفاراً أو كباراً مشمرة أو غير مشمرة لانه أصل فيه الثمرة فأشبه الشجر، فان باع المتمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها الا أن بشرطها المبتاع فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري وان اختلطت بثمره البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثمره الشجرة اذا اختلطت بثمره أخرى على ما يأتي حكمه

(المعنى والشرح الكبير) الامور التي يحصل بها بدو الصلاح في النخل والكرم وغيرها ٢٠٧

والحسن بن أبي الحسن البصري وأبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة لأنه يبع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الارض فلم يقبضه . ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز له بيعه كما لو جده ، وقولهم لم يقبضه لا يصبح فان قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخيلية وقد وجدت

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ فان كانت ثمرة نخل فبدو صلاحها ان تظهر فيها الحمرة أو الصفرة وان

كانت ثمرة كرم فصلاحتها ان تنموه وصلاح ماسوى النخل والكرم ان يبدو فيها النضج)

وجملة ذلك ان ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه كثمرة النخل والنب الاسود والاجاص

فبدو صلاحه بذلك ، وان كان الغناب ابيض فصلاحة تنموه وهو ان يبدو فيه الماء الحلو وبلين ويصفر

لونه ، وان كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فبان محلو أو يطيب ، وان كان بطيخاً أو نحوه فبان يبدو فيه

النضج ، وان كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً صفراً وكباراً كافئاً والخيار فصلاحة بلوغه أن يؤكل

عادة ، وقال الماضي وأصحاب الشافعي بلوغه أن يتناهي عظمه ، وما قلناه أشبه بصلاحة مما قالوه فاق بدو

صلاح الشيء ابتداءً وتناهي عظمه آخر صلاحه ولان بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا

يجوز أن يجعل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة إلا أن يريدوا بتناهي عظمه انتهاء إلى

الحال التي جرت المادة بأخذها فيها فيكون كما ذكرنا ، وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي

وكثير من أهل العلم أو مقارب له ، وقال عطاء لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير ، وروي نحوه

عن ابن عمر وابن عباس ، ولعلمهم أرادوا صلاحه للاكل فيرجع معناه الى ما قلنا فان ابن عباس قال :

نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل . متفق عليه ، وان أرادوا حقيقة الأكل

كان ما ذكرنا أولى لان ما رووه يحتمل صلاحه للاكل فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الاخبار وهو

ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب متفق عليه ، ونهى أن تباع الثمرة حتى

ترهق . قيل وما ترهق ؟ قال «حمار أو تصفار» رواه البخاري ، ونهى عن بيع الغناب حتى يسود . رواه

الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل على هذا المعنى

﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ولا يجوز بيع الثناء والخيار والباذنجان وما شبهه الا لقطعة لقطعة ﴾

وجملة ذلك أنه اذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز الا بيع الموجود منها دون المعدوم وهذا

قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك يجوز بيع الجميع لان ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر

كما ان ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا . ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها

والحاجة تدفع ببيع أصوله ولان ما لم يبد صلاحه يجوز افراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ولان ما لم يخلق

من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وان كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا . اذا تقرر هذا فان باعها

قبل بدو صلاحها لم يجز الا بشرط القطع فان كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقاً وبشرط القطع والتبعية

على ما ذكرنا في ثمرة الاشجار وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه

(فصل) وقطن ضربان (أ-دها) ماله أعلى يبقى في الأرض أعواماً فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح

افراده بالبيع ، وإذا بيعت الأرض بمقتوقها دخل في البيع وعمره كالظلع ان تفتح فهو للبايع والا فهو

للمشتري (الثاني) ما يتكرر زرع كل عام فحكمه حكم الزرع ، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطباً لم يقو ما فيه لم

(فصل) قال القاضي ويصح بيع أصول هذه البقول التي تكرر ثمرتها من غير شرط القطع وهو منذهب أبي حنيفة والشافعي ، ولا فرق بين كون الأصول صفاراً أو كباراً ثمرة أو غير ثمرة لانه أصل تكرر فيه الثمر فأشبه الشجر فان باع الثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها الا أن يشترطها المتناع فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري فان اختلطت بثمره البائع ولم تميز كان الحكم فيها كثمره الشجرة اذا اختلطت بثمره أخرى على ما مر حكمه

(فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الارض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي، وأباحه مالك والاوزاعي واسحاق لان الحاجة داعية اليه فأشبهه بيع مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدأ، ولنا أنه مبيع مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبهه بيع الحمل ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الفرر رواه مسلم وهذا غرر، وأما بيع ما لم يبد صلاحه فانما جاز بيعه لان الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضاً، فان كان بما تقصد فروعه وأصوله كالبصل المبيع أخضر والكراث والفجل أو كان المقصود فروعه فالاولى جواز بيعه لان المقصود منه ظاهر فأشبهه الشجر والحيطان التي لها أساسات مدفونة، ويدخل مالم يظهر في البيع تبعاً فلا تضر جهائته كالحمل في البطن واللبن في الضرع مع الحيوان ، وان كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الارض لان الحكم للاغاب ، فان تساوى لم يجز لان الاصل اعتبار الشرط في الجمع وانما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً فقبها عداه يبقى على الاصل

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الأخضر في قشرته مقطوعاً وفي شجره، وبيع الحب المشتد في سنبله ، وييم الطلع قبل تشققه مقطوعاً على وجه الارض وفي شجره وهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يجوز حتى ينزع منه قشره الأعلى الا في الطلع والسنبل في أحد القولين ، واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلخه

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن الباهة ففهموه اباحة بيعه إذا بدأ صلاحه وأبيض سنبله، ولانه مستور بمجائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الاسفل ، ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فانه لا أقوام له في شجره الا به والباقلا يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته ولان الباقل يباع في أسواق المسلمين من غير نكير فكان ذلك اجماعاً وكذلك الجوز واللوز في شجرهما ، والحيوان المذبوح يجوز في سلخه فانه اذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة اذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك اذا كسرت ، وأما تراب الصاغة والمعدن فلنا فهما منع وان سلم فليس ذلك من أصل الحلقة في تراب الصاغة ولا بقاءه فيه من مصلحته بخلاف مسألنا

إذا اشتد حبه ، وإذا بيعت الارض لم يدخل في البيع إلا ان يشترطه المتناع ، والباذنجان الذي تبقى أصوله وتكرر ثمرته كالشجر وما يتكرر زرعه كل عام فهو كالنخلة والشعير .

(فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الارض كالجزر والفجل والثوم والبصل حتى يقلع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وأباحه مالك والاوزاعي واسحاق لان الحاجة

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك الرطبة كل حزة)

وجملة ذلك ان الرطبة وما اشبهها بما تثبت أصوله في الارض ويؤخذ ماظم منه بالقطع دفعة بعد دفعة كالتناع والمهدبا وشبههما لا يجوز بيعه الا ان يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي ، وروي ذلك عن الحسن وعطاء ، ورخص مالك في أن يشتري جزين وثلاثا ولا يصح لان باقي الارض منه مستور وما يحدث منه معدوم ، فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة قاتا ثبت هذا فتمت اشتراها قبل لم يحزله ابقاؤها لان ما لم يظهر منها أعيان لم تقناها البيع فيكون ذلك للبائع إذا ظهر فيفضي الى اختلاط المبيع بغيره والثمره بخلاف ذلك ، فان اخرها حتى طالت فالحكم فيها كالثمره اذا اشتراها قبل بدو صلاحها ثم ركبها حتى بدا صلاحها

(فصل) وان اشترى قصيلا من شبر ونحوه فقطعه ثم عاد فثبت فهو لصاحب الارض لان المشتري ترك الاصل على سبيل الرض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السابل التي بخلفها ولذلك أبيع لكل القاطها ، ولو سقط من الزرع خب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الارض نص احمد على هاتين المسئلتين ، وما يؤكد ما قلنا ان البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الاصول ويقلمها كان له ذلك ولم يملك المشتري منعه منه ، ولو كان الباقي مستحقاً له لملك منعه منه

﴿مسئلة﴾ قال (والحصاد على المشتري فان شرطه على البائع بطل البيع)

السلام في هذه المسئلة في فصاين (الاول) أن من اشترى زرعاً أو حزة من الرطبة ونحوها أو ثمرة في أصولها فان حصاد الزرع وجذ الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشتري لان نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع ويفارق الكيل والوزن فانهما على البائع لانهما من مؤنة التسليم إلى المشتري والتسليم على البائع وهما حصل التسليم بالخلية بدون القطع بدليل جوز بيعها والتصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعم فيه مخالفاً (الفصل الثاني) اذا شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فنال الحرقي يبطل البيع وقال ابن موسى لا يجوز وقيل يجوز فان قلنا لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على روايتين ، وقال القاضي المذهب جواز الشرط ذكره ابن حامد وأبو بكر ولم أحد هذا الذي ذكره الحرقي روايته في المذهب ، واختلف أصحاب الشافعي أيضاً فقال بعضهم اذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولاً واحداً ، وقال بعضهم يكون على قولين فمن أفسد قال لا يصح لثلاثة معان (أحدها) أنه شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه (والثاني) أنه شرط مالا يقتضيه المقدم (والثالث) أنه شرط تأخير التسليم لان معنى ذلك تسليمه مقطوعاً ، ومن أجازته قال هذا بيع واجارة لانه باعه الزرع وآجره نفسه على حصاده وكل واحد منهما يصح افراده بالعقد فاذا جمعهما جاز كالعنين وقولهم شرط العمل فهال يملكه

تدعو اليه فأشبهه بيع ما لم يبد صلاحه تماماً بدأ

ولنا أنه مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبهه بيع الحمل ولان النبي ﷺ عن بيع الفرر رواه مسلم وهذا غرر ، وأما بيع ما لم يبد صلاحه فاما جاز تبماً فان الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه

يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع والثاني يبطل بشرط الرهن والسكفيل والخيار والثالث ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ولان الشرط من المتسلم فليس ذلك بتأخير التسليم ، فاذا فسدت هذه الماني صح ما ذكرناه ، فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الاجارة لان الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الاجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمها مختلف فان الشفعة ثبت في الشقص دون السيف ويجوز الجميع بينهما ، وقول الحرقي ان العقد هنا يبطل بمحتمل أن يخص بهذه المسئلة وشبهها بما بفضي الشرط فيه الى التنازع فان البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليقى له منها قيمة والمشري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه ففضي الى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله، ويحتمل أن يفسد ما أشبهه من اشترط منفعة البائع في المبيع لما ذكرنا في صدر المسئلة ، والاول أولى لوجهين (أحدهما) أنه قال في موضع آخر ولا يبطل البيع بشرط واحد (والثاني) أن المذهب أنه يصح اشترط منفعة البائع في المبيع مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قيصاً أو فلعة ويشترط حذوها نعلماً أو جرزة حطب وبشرط حماها الى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره حتى قال القاضي لم أجد بما قال الحرقي رواية في أنه لا يصح واحتج أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرزة حطب وشارطه على حماها وبه قال اسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة يجوز أن يشتري فلعة ويشترط على البائع تشريكها ، وحكي عن أبي ثور والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد فأشبهه سائر الشروط الفاسدة ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط

ولنا ما تقدم ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط انما الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع كذا ذكره الترمذي ، وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد . قال احمد انما النهي عن شرطين في بيع أما الشرط الواحد فلا بأس به

(فصل) ولا بد من كون المنفعة معلومة لها ليصح اشترطها لاننا نزلنا ذلك منزلة الاجارة فلو اشترط حمل الحطب الى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح ولو اشترط حذوها نعلماً فلا بد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء قال احمد في الرجل يشتري النمل على أن يحذوها جائز اذا أراد الشراك وان تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الاجارة ورجع المشتري عليه بموجب ذلك وان تعذر بمرض أقم مقامه من يعمل العمل والاجرة عليه كقولنا في الاجارة

(فصل) وبصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكاها شهراً أو جملاً ويشترط ظهره الى مكان معلوم أو عبداً ويستثنى خدمته سنة نص على هذا احمد وهو قول الاوزاعي واسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح اشترط لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولانه ينافي مقتضى البيع فأشبهه مالو شرط أن لا يسلمه وذلك لانه شرط تأخير تسليم المبيع الى أن يستوفي البائع منفعته ولان مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه وهذا الشرط

بعضاً ، فان كان مما يقصد فروعه وأصوله كالصل المبيع اخضر والكرات والنفث وسائر ما تقصد فروعه جاز يبعه لان المقصود منه ظاهر فأشبهه الحيطان التي أساساتها مدفونة ، ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً لما ظهر فلا تضر جهاته كالحمل في البطن مع بيع الجوان ، فان كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز يبعه

بنا فيه وقال ابن عقيل فيه رواية ثانية أنه يبطل البيع والشرط نقلها عبد الله بن محمد الفقيه في الرجل يشتري من الرجل جارية ويشترط أن تخدمه نالبيع باطل وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسئلة فان اشترط خدمة الجارية باطل لوجهين (أحدهما) أنها مجهولة وإطلاقها يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه أما الخلاف في اشترط منفعة معلومة (الثاني) أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها فيفضي إلى الخلو بها والخطر برؤيتها وصحبها ولا وجد هذا في غيرها ولذلك منع اعارة الجارية الشابة لغبر محرماً، وقال مالك إذا اشترط ركوبها إلى مكان قريب جاز وإن كان إلى مكان بعيد كره لأن السير تدخه المساحة. ولنا ما روى جابر أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً واشترط ظميره إلى المدينة وفي لفظ قال فسته بأوقية واستنبت حملانه إلى أهلي متفق عليه وفي لفظ قال فبعته منه بخمس أواق قال قلت على أن لي ظميره إلى المدينة قال «ولك ظميره إلى المدينة» ورواه مسلم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التبا إلا أن تعلم وهذه معلومة ولأن المنفعة قد تقع مستتاة بالشرع على المشتري فما إذا اشترى نخلة مؤبرة أو أرضاً مزروعة أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة فجاز أن يستنيها كما لو اشترط البائع اشيرة قبل التأبير، ولم يصح نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وإنما نهى عن شرطين في بيع فقوله «إباحة الشرط الواحد وقياسهم ينتقض باشرط الخيار واتأجيل في الثمن

(فصل) وإن باع أمة واستنى وطئها مدة معلومة لم يحجز لأن الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح لقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وقارق اشترط وطء المكاتبه حيث يبيحه لأن المكاتبه مملوكة فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك، واختار ابن عقيل أنه لا يباح وطؤها أيضاً وهو قول أكثر الفقهاء.

(فصل) وإن باع المشتري الدين المستتاة منفتحها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستتاة أيضاً فإن كان مالاً بذلك فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى مبيعاً يعلم عيبه فإن لم يعلم فله خيار الفسخ لأنه عيب فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة، وإن أتلف المشتري العين فعليه أجره المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وضمن المبيع، وإن تلفت العين بتفريطه فهو كئافها بفعله نص عليه أحمد وقال يرجع البائع على المبتاع بأجره المثل، قال القاضي مناه عندي القدر الذي نقصه البائع لأجل الشرط، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا لأنه بضمن ما فات بتفريطه فضمنه بموضه وهو أجره المثل، فاما إن تلفت بنير فعله ولا بتفريطه لم بضمن. قال الاثرم: قلت لابي عبد الله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لأنه كان له حملان قال لا إنما شرط هذا عليه بعينه ولأنه لم يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤبرة أو غيرها المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرها وكما لو باع حائطاً واستنى منه شجرة بيمينها فتلفت، وقال القاضي عليه ضمانها أخذاً من عموم كلام أحمد وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجره المثل وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا

لأن الحكم للاغلب، وكذا إن تساوى لأن الاصل اعتبار الشرط في الجميع وأما سقط اعتباره فيما كان ممظ المقصود منه ظاهراً تبماً فقها عداه يبقى على الاصل (مسئلة) (والحماد والقاط على المشتري)

(فصل) وإذا اشترط البائع منفعة المبيع وأراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير مبيع نص عليه أحمد لأن حقه تعلق بها فأشبهه ما لو استأجر عيناً فبذل له الآخر مثلها ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها ، فان تراخيا على ذلك جاز لأن الحق لها ولا يخرج عنها ، وإن أراد البائع إعاقة العين أو إجارتها لمن يقوم مقامه منه ذلك في قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له فلك ذلك فيما كناقم الدار المستأجرة والموصى بمنافعها ولا يجوز إجارتها إلا بمثلها في الاتفاقات ، فإن أراد إجارتها أو إعاقتها من يضر بالعين باتفاقه لم يجز ذلك كما لا يجوز له إعاقة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل

(فصل) إذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يملك العمل فله ذلك لأنه ههنا بمنزلة الإيجار المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه ومن يقوم مقامه ، وإن أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله ، وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لأن المعاوضة عند تراخى فلم يجبر عليه أحد وإن تراخيا عليه احتتمل الجواز لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فإذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أن يؤثر المنافع الموصى بها من ورثة الموصى ، ويحتمل أن لا يجوز لأنه مشروط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالفرض فإنه يجوز أن يرد في الحزب والحزب أقل أو أكثر، ولو أراد أن يأخذ بقدر خبره وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يجز ولاه أخذ عوض عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستتاة شرعاً وهو ما لو باع أرضاً فيها زرع للبائع واستحق بقبضته إلى حين الحصاد فلو أخذه قصيلاً لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

(فصل) ولو قال بعتك هذه الدار وأجرتكها شهراً لم يصح لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري فلم يصح . قال ابن عقيل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن فقير الطحان وممنه أن يستأجر طحاناً ليطحن له كراه بقفير منه فيصير كأنه شرط عمله في الفقير عوضاً عن عمله في باقي الكراء المطحون ، ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع .

(فصل) وإن شرط في المبيع أن هو باعه فالبائع أحق به بالثمن فروى المروزي عنه أنه قال في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم « لا شرطان في بيع » يعني أنه فاسد لأنه شرط أن يبيعه إياه وأن يعطيه إياه بالثمن الأول فهما شرطان في بيع نهي عنهما ، ولأنه يناقض مقتضى العقد لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان أو أن لا يبيعه أصلاً ، وروى عنه أسامة بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود أنه قال ابتعت من امرأتى زينب الثقفية جارية وشرطت لها أن بعتها فهي لها الثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقل لا تقرها ولا أحد فيها شرط قال أمعاء . فذكرت لاحد الحديث فقال البيع جائز ولا تقرها لأنه كان فيها شرط واحد المرأة ولم يقل عمر في

وكذلك جزاز الثمرة إذا اشتراها في نجرها لأن نقل المبيع وتفرغ ملك البائع منه على المشتري كتحليل النعام المبيع من دار البائع ، ويفارق السكن والوزن فانها على البائع لأنها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز التصرف فيها ،

ذلك البيع فاسد فحمل الحديث على ظاهره وأخذه وقد انفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساده، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروزي على فساد التبرط وفي رواية اسماعيل ابن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً كما لو اشترها بشرط أن لا يبيعها، وقول أحمد لا تقرها قد روي مثله فيمن اشترط في الأمة أن لا يبيعها ولا يهبها أو شرط عليه ولاءها ولا يقربها والبيع جائز واحتج بحديث عمر لا تقرها ولا حد فيها منوية، قال القاضي: وهذا على الكراهة لا على التحريم، قال ابن عقيل: عندي أنه إنما منع من الوطء لمكان الخلاف في القدر لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا باع حائطاً واستثنى منه صاعاً لم يجز وإن استثنى منه نخلة أو

شجرة بينهما جاز)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أنه إذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعاً أو أصماً أو موداً أو أمداً أو باع صبرة واستثنى منها مثل ذلك لم يجز، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبدالله ومالك لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم رواه الترمذي وقال هو حديث حسن صحيح، وهذه ثنيا معلومة ولأنه استثنى معلوماً أشبه ما إذا استثنى منها جزءاً، ولنا أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا رواه البخاري ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر والاستثناء يغير حكم المشاهدة لانه لا بدري كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز وبخالف الجزء فإنه لا يغير حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها

(فصل) وان باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطاً واستثنى أصماً وقال القاضي في شرحه يصح لأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة، والصحيح ما ذكرناه وهذا أشبه بمسئلة الصاع من الحائط واليهما أقرب، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق هنا فلا يصح والله أعلم.

(الفصل الثاني) أنه إذا استثنى نخلة أو شجرة بينهما جز ولا تعلم في ذلك خلافاً وذلك لأن المستثنى معلوم ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه، وإن استثنى شجرة غير معينة لم يجز لأن الاستثناء غير معلوم فصار المبيع والمستثنى مجهولين، وروي عن ابن عمر أنه باع ثمرة بأربعة آلاف واستثنى طعام القيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلاً معيناً بقدر طعام القيان لانه لو حمل على غير ذلك كان مخالفاً لنهي النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم ولأن المستثنى متى كان مجهولاً لزم أن يكون الباقي بعده مجهولاً فلا يصح بيعه كما لو قال بعتك من هذه الثمرة طعام اقيان.

(فصل) وان استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة أو الحائط مشاعاً كثلث أو ربع أو أجزاء كسبعين

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً

(مسئلة) (فإن باعه مطلقاً أو بشرط التبقية لم يصح)

إذا باع الثمرة قبل صلاحها أو الزرع قبل اشتداد حبه بشرط التبقية لم يصح إجماعاً وقد ذكرناه

أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر وابن أبي موسى لا يجوز، ولنا أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو اشترى شجرة بينها وذلك لأن معنى بتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بتك ثلثها وقوله إلا ربعها معناه بتك ثلاثة أرباعها ولو باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز وكان معناه بتك ثلثه، ومنع منه القاضي أبو يعلى قياساً على استثناء الشحم ولا يصح لأن الشحم مجهول لا يصح إفراده بالبيع وهذا معلوم ويصح إفراده بالبيع فصح استثاؤه كالشجرة المعينة بقياس العلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا يصحان شريكتين فيه للشعري ثلثه والبايع ثلثه .

(فصل) فإن قال متك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكاً جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم فلا يفتى إلى الجهالة، ولو قال بتك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكأنه قال بتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم ولو قال إلا ما يساوي درهما لم يصح لأن ما يساوي الدرهم قد يكون الربع أو أكثر أو أقل فيكون مجهولاً فيطل .

(فصل) وإن باع قطعاً واستثنى منه شاةً بعينها صح وإن استثنى شاةً غير معينة لم يصح نص عليه وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال مالك يصح أن يبيع مائة شاة إلا شاةً بخارها أو يبيع ثمرة حائطه ويستثنى ثمرة نخلات يدها، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ونهى عن بيع الغرر ولأنه مبيع مجهول والمستثنى منه مجهول فلم يصح كما لو قال إلا شاةً مطلقة ولأنه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بتك شاةً تختارها من القطيع، وضابط هذا الباب أنه لا يصح استثناء مالا يصح بيعه مفرداً أو بيع ما عداه مفرداً من المستثنى، ونحو هذا مذهب أبي حنيفة والشافعي إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة وجلدها للأثر الوارد فيه والحمل على رواية الجواز لفضل ابن عمر وما عدا هذا فيبقى على الأصل .

(فصل) وإن باع حيواناً ما كره ولا استثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه صح نص عليه أحد وقال مالك يصح في السفر دون الحضر لأن المسافر لا يمكنه الاتمتاع بالجلد والسواقط فحوز له شراء اللحم دونها، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز لأنه لا يجوز إفراده بالعقد فمجاز استثناءه كالحمل، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وهذه معلومة وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشترى منه شاةً وشرط له سلها، وروي أبو بكر في الشافعي بإسناده عن جابر عن الشعبي قال قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشرى يعني أن يعطى رأساً مثل رأس، ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كالمبيع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة، وكونه لا يجوز إفراده بالبيع يطل بالثمرة قبل التأبير لا يجوز إفراده بالبيع بشرط التبقية ويجوز استثناءها، والحمل مجهول ولنا فيه منع فإن امتنع المشتري من ذبحه لم يجز عليه ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقه وشرط

وكذلك إذا باعها ولم يشترط تبقية ولا قطعاً، وبه قال مالك والشافعي وأجازوا أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضي القطع فحمل عليه كما لو اشترطه قالوا: ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدليل قوله في الحديث « أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ » فلفظة المنع تدل على أن العقد

فباها فقال اذهبوا الى السوق فاذا بلغت أقصى منيما فاعطوه حساب ثمنها من ثمنها
(فصل) فان استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه احد قال أبو بكر لا يختلفون. عن أبي عبد الله
أنه لا يجوز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا ان تعلم ولا نه مجهول لا يصح افراده بالبيع
فرب يصح استثناءه كمنهذها، وان استثنى الحمل لم يصح استثناءه لذلك، وهذا قول أبي حنيفة ومالك
والثوري والشافعي وقد نقل عن أحد صحته، وبه قال الحسن والنخعي وإسحاق وأبو ثور لما روى
نافع عن ابن عمر أنه باع جارية واستثنى ما في بطنها ولانه يصح استثناءه في العتق فصح في البيع قياساً عليه
ولنا ما تقدم والصحيح من حديث ابن عمر أنه اعتق جارية واستثنى ما في بطنها لان التفاء الحفظ
حدثوا الحديث فقالوا أعتق جارية والاسناد واحد قاله أبو بكر ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة
في البيع لأن العتق لا يتمه الجهالة ولا المعجز عن التسليم ولا يتر فيه شروط البيع

(فصل) وان باع جارية حاملاً بجر فقال الماضي لا يصح، وهو مذهب الشافعي لانه لا يدخل في
البيع فكانه مستثنى والاولى صحته لان المبيع معلوم وجهالة الحمل لا تضر من حيث إنه ليس بمبيع ولا
مستثنى باللفظ وقد يستثنى بالشرع مالا يصح استثناءه باللفظ كما لو باع أمة مزوجة صح ووقعت منفعة
الضم مستثناة بالشرع ولو استثناها باللفظ لم يجز ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع أو نخلة مؤجرة لوقعت
منفعتاً مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثناها بقوله لم يجز

(فصل) ولو باع داراً إلا ذراعاً وهما يلمان ذرعان الدار جاز وكان مستثناً جزءاً مشاعاً منها لانه جزء
معلوم يصح افراده بالبيع فجاز استثناءه كمثلها وربها، وان لم يعلم لم يجز لانه مجهول لا يجوز افراده
بالبيع ولانه استثنى معلوم المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة لم يجز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط والقفيز
من الصبرة وهكذا الحكم اذا باعه ضيعة الاجرياً فتي علماً جرباً بالضيعة صح والا فلا

(فصل) واذا باع سمياً واستثنى المكسب لم يجز لانه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم
فانه غير معين ولا موصوف ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا الا أن تعلم وكذا لو باعه قطناً واستثنى
الحب لم يجز لجهالة ذلك ولان المستثنى غير معلوم، ولو باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز كذلك
(فصل) ولو باعه بدينار الا درهماً او الا قفيزاً من حنطة أو شعير لم يصح البيع لأنه قصد
رفع قدر المستثنى من المستثنى منه وقدر ذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً

﴿مسئلة﴾ قال (واذا اشترى لثمرة دون الاصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (الاول) أن ما هلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع
وهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد الانصاري ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث
وه قال الشافعي في القديم، وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري لما روي أن
امرأة أنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبها الجائحة فساءلته أن يضع عنه فتألى

يتأول معنى هو مقصود في الحال حتى يتصور المنع

ولنا النهي المطلق عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع واستدلالهم بسباق
الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن اطلاق العقد يقتضي القطع ويقرر ما قلناه من أن

أن لا يفعل فقال النبي صلى الله عليه وسلم «تألى فلان أن لا يفعل خيراً» متفق عليه ولو كان واجباً لجره عليه لان التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولانه لا يضمته اذا ألمفه آدمي كذلك لا يضمته بانلاف غيره .

ولنا ما روى مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وعنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان بعث من أخيك عمراً فأصابته جائحة فلا يحملك أن تأخذ منه شيئاً لم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » رواه مسلم وأبو داود ولفظه « من باع عمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً ، على م يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟ » وهذا صريح في الحكم فلا يبدل عنه قال الشافعي لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت لم أعده ، ولو كنت قائلاً بوضعها لو ضئها في القليل والكثير (قلنا) الحديث ثابت رواه الأئمة منهم الامام أحمد ويحيى بن معين ويلي بن حرب وغيرهم عن ابن عيينه عن حميد الاعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه وابن ماجه وغيرهم ولا حجة لهم في حديثهم فان فعل الواجب خيراً فاذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى الأيفل خيراً فأما الاجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعي من غير اقرار من البائع ولا حضور ولان التخلية ليست بقبض تام بدليل مالو تلمت بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المتافم في الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة فانها في شجرها كالمتافم قبل استيفائها توجد حالاً خالاً ويقاسهم يبطل بالتخلية في الاجارة

(الفصل الثاني) أن الجائحة كل آفة لاصم للادمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش لما روى الساجي باسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي الحبق والسيل وفي الريح وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع اليه ، وأما ما كان بفعل آدمي فيقال انقاضي المشتري بالخيار بين نسخ المقدم ومطالبة البائع بالتمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع بيده بخلاف البالف بالجائحة

(الفصل الثالث) أن ظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها الا أن ما جرت العادة بتلف منه كالشيء اليسير الذي لا ينضب فلا يلتفت اليه . قال أحمد اني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدري ما التلك ولكن اذا كانت جائحة تعرف التلك أو الربع أو الخمس توضع . وفيه رواية أخرى أن ما كان بعد دون التلك فهو من ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لانه لا بد أن يأكل الطير منها وتثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة ، والتلك قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع منها الوصية وعطايا المريض ، وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى التلك . قال الاثرم قال أحمد أنهم يستعملون التلك في سبع عشرة مسألة ولان التلك في حد الكثرة وما دونه في حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية « التلك والتلك كثير » فبدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فهذا قدر به ، ووجه الاول عموم الاحاديث

اطلاق المقدم يقتضي التبقية فيصير المقدم المطلق كالذي بشرطه التبقية يتناولها التهي جميعاً ويصح تعليها بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها (فصل) ويبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب (احدها) ان يبيها

(المنفي والشرح الكبير) المبيع الذي لا يكون من ضمان المشتري إلا بعد القبض ٢١٧

فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون ذلك داخل فيه فيجب وضه ولان هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع ، وان كان قليلا كالتي على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . إذا ثبت هذا فانه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب فان تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن ، وأما على الرواية الاخرى فانه يعتبر ثلث المبلغ وقبل ثلث القيمة فان تلف الجميع أو أكثر من الثلث يرجع بقيمة التالف كله من الثمن، وإذا اختلفا في الجائحة أو قدر ما تلف فالقول قول البائع لان الاصل السلامة ولانه غارم والقول في الاصول قول الغارم .

(فصل) فان بلغت الثمرة أو ان الجزاز فلم يجزها حتى اجتاحت فقال القاضي عندي لا يوضع عنه لانه مفروط بترك الثقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فامكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لان تلفها بتفريطه ، وإن تلفت قبل امكان قطعها فهي من ضمان بائنها كالمسئلة فيها .

(فصل) إذا استأجر أرضاً فزرعها قتلت الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا لان المعقود عليه منافع الارض ولم تلف وانما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا قتلت الثياب فيها .

(مسئلة) قال (وإذا وقع البيع على مكيل أو خلى مورون أو معدود فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع)

ظاهر كلام الخري أن المكيل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه سواء كان متعينا كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها وهو ظاهر كلام أحمد ونحوه قول اسحاق ، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحكم وحماد بن أبي سليمان أن كل ما يبيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ، وقال القاضي وأصحابه المراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بمتعين منه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة ومكيلة زيت من دن فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع وقد احترق الطعام فهو من مال المشتري واستدل بحديث ابن عمر : ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المشتري . وذكر الجوز جاني عنه فيمن اشترى مافي السفينة صبرة ولم يسم كيلا فلا بأس أن يشرك فيها ويبيع ماشاء إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولي حتى يكال عليه ونحو هذا قال مالك فانه قال : ما يبيع

منفردة لغير مالك الاصل فلا يصح وهذا الذي ذكرناه وبيننا بطلانه (الثاني) ان يبيعا مع الاصل فيجوز بالاجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها لذني باعها الا ان يشترط المبتاع » منفق عليه ولانه اذا باعها مع الاصل حصت نبعها في البيع فلم يضر احتمال الضرر فيها كما

من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه ، وما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ما روى الاوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبدالله بن عمر يقول: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع . رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقا وقول الصحابي مضت السنة يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولأن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون ، ونقل عن احمد أن المظوم لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه فان الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه وقال الاثرم سألت أبا عبدالله عن قوله نهى عن ربح ما لم يضمن قال هذا في الطعام وما أشبهه من ما أكل أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه ، قال ابن عبدالبر الاصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ففهومه اباحة بيع ما سواه قبل قبضه ، وروى ابن عمر قال : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يؤوه الى رحالهم وهذا نص في بيع المعين وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه » متفق عليها ولسلم عن ابن عمر قال : كنا نشترى الطعام من الركبان جزا فافقنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى نتقله من مكانه وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فبيعه له أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض ، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تصيبه على المبيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ، ويدل بمفهومه على أن ماعدا الطعام يخالفه في ذلك ووجه قول الخرقى أن الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلا أو موزونا أو معدودا فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه اراد المكيل والموزون والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه وهذا أظهر دليلا وأحسن . إذا ثبت هذا فانه ان تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بأفة سهاوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن ، وان تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه وكان كالقبض لانه تصرف فيه ، وان أتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت له المشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لان التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل ان كان مثليا وهذا قال الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ، وان أتلفه البائع فقال أصحابنا الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي لانه أتلفه من يلزمه ضمانه فأشبهه ما لو أتلفه أجنبي وقال الشافعي يفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير لانه تلف يضمنه به البائع ، فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتضى للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما إذا أتلفه فان إتلافه ينتضي الضمان بالمثل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمين بأيهما شاء .

احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة وأساسات الحيطان (الثالث) أن يبيعه مفردة لمالك الاصل نحو أن تكون للبائع ولم يشترطها المبتاع فيبيعه له بعد ذلك أو يوصي لرجل بشرة نخلة فيبيعه لورثة الموصي ففيه وجهان (أحدهم) يصح وهو المشهور عن مالك وأحد الوجهين لأصحاب

(فصل) ولو تيب في يد البائع أو تلف بعضه بأمر ساهوي فالمشتري غير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لأنه إن رضيه مبيعاً فكانه اشتري مبيعاً هو عالم بعيبه ولا يستحق شيئاً من أجل العيب، وإن فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن لأنه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن فإذا تيب أو تلف بعضه كان أولى، وإن تيب بفعل المشتري أو تلف بعضه لم يكن له فسخ لذلك لأنه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره، وإن كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري غير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلف أو عيب، وقياس قول الشافعي أن يكون بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى، وإن كان بفعل اجنبي فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن وبين أخذ المبيع ومطالبة التلف بعوض ما أتلف

(فصل) ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه فإن كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه، وإن كانت في يد البائع فهو بمنزلة إتلافه له، وكذلك إن كانت في يد اجنبي فهو كإتلافه فإن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى (فصل) ولو اشتري شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام فقبض الشاة أو العبد أو باعها أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ العقد الأول دون الثاني ولا يبطل الأخذ بالشفعة لأنه كمل قبل فسخ العقد، ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة والعبد والشقص بقيمة ذلك تعذر رده وعلى الشفيع مثل الطعام لأنه عوض الشقص

(مسئلة) قال (وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض وإن تلف فهو من مال المشتري)

يعني ما عدا المكيل والموزون والمدود فإنه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه، وقال أبو حنيفة كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع إلا الدمار وقال الشافعي كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقولها لأن ابن عباس قال: أرى كل شيء بمنزلة الطعام ولأن التسامح واجب على البائع لأنه في يده فإذا تعذر بتلفه انفسخ العقد كالمكيل والموزون والمدود. ولنا قول النبي ﷺ «الحراج بالضمآن» وهذا المبيع نأوه للمشتري فضمانه عليه، وقول ابن عمر مضت السنة إن ما أركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع ولأنه لا يتعلق به حق توفية، هو من ضمانه بعد قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له

(فصل) والمبيع بصفة أو رؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع لأنه يتعلق به حق توفية فجرى مجرى المكيل والموزون، قال أحمد لو اشتري من رجل عبداً بعينه فمات في يد البائع فهو من مال المشتري إلا أن يطلبه فيمنعه البائع فهو ضامن لقيمته حين عطل، ولو حبسه ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهناً إلا أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن

الشافعي لأنه مجتمع الأصل والثمرة للمشتري أشبه ما لو اشتراها معاً، ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال لكونه مالكا لأصولها فصح كيبها مع أصلها (والثاني) لا يصح وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأن العقد تناول الثمرة خاصة والفرق فيما تناوله العقد

(فصل) وقض كل شيء بحسبه فان كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا فقبضه بكيله ووزنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة التحلية في ذلك قبض ، وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتحلية مع التميز لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضه كالعقار . ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا بعت فكل ، وإذا ابتعت فأكل » رواه البخاري ، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما بيع كيلا ، وإن بيع جزا فاق قبضه نقله لان ابن عمر قال كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشترى طعاما جزا فأن يبيعه في مكانه حتى يحولوه وفي لفظ كنا نبتاع الطعام جزا فاق فيبث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتناه الى مكان سواء قبل أن نبيعه ، وفي لفظ: كنا نشترى الطعام من الركبان جزا فاقفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله رواه مسلم ، وهذا يبين أن الكيل إما واجب فيما يبيع بالكيل ، وقد دل على ذلك أيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا سميت الكيل فكل » رواه الاثرم . وإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد ، وإن كان ثيابا فقبضها نقلها ، وإن كان حيوانا فقبضه بمشيته من مكانه ، وإن كان مما لا ينقل ويحول فقبضه التحلية بينه وبين مشريه لا حائل دونه ، وقد ذكره الحرق في باب الرهن فقال : إن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راحته منقولاً ، وإن كان مما لا ينقل فقبضه تحلية راحته بينه وبين مرهته لا حائل دونه ، ولان القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف كالأحراز والفرق والمادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرنا

(فصل) وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون تلي البائع لان عليه تقيض المبيع للمشتري والقبض لا يحصل الا بذلك فكان على البائع كما أن تلي بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة الذي يعد العدادات ، وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشتري لانه لا يتناق به حق توفية نص عليه أحمد (فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لانه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولان التسليم من مقتضيات العقد فتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اشترى ما يحتاج الى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه)

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه وكل ما يحتاج إلى قبض اذا اشراه لم يجز بيعه حتى يقبضه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه » متفق عليه ، ولانه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالمسلم ولم أعلم بين أهل العلم خلافا إلا ما حكى عن النبي أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه ، وقال ابن عبد البر وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمة على الطعام وأظنه لم يبيته هذا الحديث ومثل هذا لا يلتفت اليه ، وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين ويروى مثل هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والاوزاعي وإسحاق ، وعن

أصل بمنع الصحة كما لو كانت الاصول لاجنبي ولانها تدخل في عموم النهي بخلاف ما اذا باعها ماعاً فانه مستثنى بالخبر المذكور ، ولان الفرر فيما يتناوله العقد أصل يمنع الصحة ولا يمنع إذا تناوله تبعاً فانه يجوز في البايع من الفرر ما لا يجوز في المتبوع كاللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرها ، وإن باعه الثمرة بشرط

أحمد رواية أخرى لا يجوز بيع شيء قبل قبضه اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه وبما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السباع حيث تباع حتى يحوزها اشجار إلى رحالهم ، وروى ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حتى تقبض ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة قال «أنهم عن بيع ما لم يقبضوه وعن ربح ما لم يضمنوه» ولأنه لم يتم الملك عليه فلم يجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون

ولنا ما روى ابن عمر قال : كنا نبيع الابل بالبقيع بالدرهم فنأخذ بدل الدرهم الدنانير ، ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدرهم فسأنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال «لا بأس إذا انفردت لئلا ينكح شيئا» وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد الموضين ، وروى ابن عمر انه كان على بكر صعب - يعني لعمر - فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر «بعينه» فقال هولك يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم «هولك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت» وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملة ونقده منه ثم وهبه إياه قبل قبضه ، ولأنه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كلنا فم في الاجارة فانه يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ، ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصح بيعه كالمال في يد مودعه أو مضاربه ، فأما أحاديثهم فقد قيل لم يصح منها الا حديث الطعام وهو حجة تامة يفهمه فان تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يبدل على إباحة ذلك فيما سواه ، وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فان السبب المقضي للملك متحقق وأكثر ما فيه تخلف القبض ، واليد ليست شرطاً في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعض الخلع عند أبي حنيفة

(فصل) وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لعموم الخبر فيه . قال القاضي : ولو ابتاع شيئاً مما يحتاج الى قبض فلقبه ببدل آخر لم يكن له مطالبته ولا أخذ بدله وان تراضيا لانه مبيع لم يقبض ، فان كان مما لا يحتاج الى قبض جاز أخذ البدل عنه وان كان في سلم لم يجز أخذ البدل عنه لانه أيضاً لا يجوز بيعه (فصل) وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا والاحرة وبدل الصالح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود ، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه كجواز التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجنابة وقيمة المتلف لان المطلق للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تجزاً من الغرر وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر اتقى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة والمهر كذلك عند القاضي وهو قول أبي حنيفة لان العقد لا ينفسخ بهلاكه وقال الشافعي لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافق أبو الخطاب في غير المتعين لانه ينحى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو نصفه بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض فان قبضه لا يمنع الرجوع

القطع في الحال صح وجهاً واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له (فصل) وإذا باع الزرع الاخضر من غير شرط القطع مع الارض جاز كييع الثمرة مع الاصل وان باعه لملك الارض منفرداً ففيه وجهان علي ما ذكرنا في الثمرة ، واختار أبو الخطاب الجواز

فيه قبل الدخول، وأما ماملك بارث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالبيع المقبوض. وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم. وإن كان لانسان في يد غيره ودبعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلاً فيه جاز له يبعه من هون في يده ومن غيره لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا تخشى انفساخ الملك فيها فجاز بيعها كالتي في يده، وإن كان غصباً جاز يبعه ممن هو في يده لأنه مقبوض معه فأشبهه ببيع العارية ممن هي في يده وأما يعة لغيره فإن كان عاجزاً عن استنقاذه أو ظن أنه عاجز لم يصح شراؤه لأنه معجوز عن تسليمه إليه فأشبهه ببيع الإلّاق والشارد وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع لا مكان قبضه فإن عاجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض فأشبهه مالو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها أو غائباً بالصفة فعجز عن تسليمه (فصل) وإن كان يزيد على رجل طعام من سلم وعليه لعمره ومثل ذلك الطعام سلماً فقال زيد لعمره اذهب فاقبض الطعام الذي لي من غريمي لنفسك ففعل لم يصح لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه وهل يصح القبض لزيد؟ على روايتين (إحداها) يصح لأنه أذن له في القبض فأشبهه قبض وكيله (والثانية) لا يصح لأنه لم يجمله نائباً له في القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل، فعلى الوجه الأول يصبر ملكاً لزيد وعلى الثاني يكون باقياً على ملك المسلم إليه، ولو قال زيد لعمره احضرا كتيالي منه لا قبضه لك ففعل لم يصح وهل يكون قابضاً لنفسه؟ على وجهين (أولاهما) أنه يكون قابضاً لنفسه لأن قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه فصح القبض له كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا إذا قبضه لعمره وصح وإن قال خذ هذا الكيل الذي قد شاهدته فأخذه به صح لأنه قد شاهد كيله وعلمه فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية وعنه لا يجزيه وهو مذهب الشافعي لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، وهذا داخل فيه ولأنه قبضه بغير كيل أشبهه مالو قبضه جزافاً، ولو قال زيد لعمره احضرا حتى اكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت وفعل صح بغير اشكال، وإن اكتاله زيد لنفسه ثم أخذه عمره بذلك الكيل الذي شاهده فعلى روايتين، وإن تركه زيد في المكيل ودفعه إلى عمره ليفرغه لنفسه صح، وكان ذلك قبضاً صحيحاً لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ولا معنى لابتداء الكيل هنا إذ لا يحصل به زيادة علم، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، وهذا يمكن القول بموجبه وقبض المشتري له في المكيل جري لصاعيه فيه، ولو دفع زيد إلى عمره درهم فقال اشترك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لأن درهم زيد لا يكون عوضاً لعمره فإن اشترى الطعام ببئنها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي على ما نبين، وإن قال اشتر لي بها طعاماً ثم أقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وإن قال أقبضه لنفسك ففعل جاز نص أحمد على نظير ذلك، وهكذا جميع المسائل التي تقدمت إذا حصل الطعام في يد عمره لزيد فاذن له أن يقبض من نفسه، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأنه لا يجوز أن يكون

وإن باعه إياه بشرط القطع جاز وجهياً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له فهو كبيع الثمرة لمالك الأصل

(فصل) وإذا اشترى قصبلاً من شعير ونحوه فقطعه ثم نبت فهو لصاحب الأرض لأن المشتري

قابضاً لنفسه من نفسه . ولنا أنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ويقبض لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا هنا (فصل) وان اشترى اثنان طعاماً فقبضاه ثم باع أحدهما للأخر نصيبه قبل أن يقبضاه احتمال أن لا يجوز ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين كرها ان يبيع الرجل من شريكه شيئاً بما يكال أو يوزن قبل أن يقبضاه لانه لم يقبض نصيبه منفرداً فأشبهه غير المقبوض ، ويحتمل الجواز لانه مقبوض لهما يجوز بيعه لاجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الاموال فان تقاسماه وتفرقا ثم باع احدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله لم يجز كما لو اشترى من رجل طعاماً فاكتاله وتفرقا ثم باعه لإياه بذلك الكيل، وان لم يفرقا خرج على الرويتين اللتين تقدمتا

(مسألة) قال (والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع)

وجملته ان ما يحتاج الى القبض لا تجوز الشركة تحفيه ولا توليته ولا الحوالة به قبل قبضه وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لأنها تختص بمنثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالاقالة . ولنا أن هذه أنواع يبيع فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه فان الشركة يبيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه ، والتولية يبيع جميعه بمنثل ثمنه ولانه تملك لغير من هو في ذمته فأشبهه البيع وفارق الاقالة فانها فسوخ للبيع فأشبهت الرد بالمبيع وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجره ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة الى القبض لانه غير مقبوض فلا سبيل الى اقباضه (فصل) وأما التولية والشركة فيما يجوز يمه فجازان لانها نوعان من انواع البيع، وانما احتصا باسماء كما احتص بيع المراهجة والمواضعة باسماء . فاذا اشترى شيئاً فقال له رجل اشركني في نصفه بنصف الثمن فقال اشركتك صح وصار مشتركاً بينهما ، وان قال ولي ما اشتريته بالثمن فقال وليتك صح اذا كان الثمن معلوماً لهما فان جهله أحدهما لم يصح كما لو باعه بالرفم ، ولو قال اشركني فيه أو قال الشركة فيه فقال اشركتك أو قال ولي ما اشتريت ولم يذكر الثمن صح اذا كان الثمن معلوماً لان الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن والتولية ابتياعه بمنثل الثمن فاذا أطلق اسمه انصرف اليه كما لو قال افلني فقال افلتك ، وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به عبدالله بن هشام الى السوق فيشتري الطعام فيتلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له اشركنا فان النبي صلى الله عليه وسلم دالك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الرحلة كما هي فيبعث بها الى المنزل ذكره البخاري ، ولو اشترى شيئاً فقال له رجل اشركني فأشركه انصرف الى نصفه لانها باطلانها تقتضي التسوية ، فان اشترى اثنان عبداً فأشركا فيه فقال لهما رجل اشركاني فيه فقالا اشركناك احتمال أن يكون له النصف لان اشرا كهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً كان له النصف فكذلك حال الاجتماع ، ويحتمل أن يكون له الثلث لان الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي الا بجمله بينهم أطلاقاً وهذا أصح لان اشراك الواحد انما اقتضى

ترك الاصول على سبيل الرفض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السابل التي يدعها ولذلك أبيع التقاطها ، ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الارض نص أحمد على هاتين المسئلتين ، وبما يؤكد هذا ان البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما

النصف لحصول التسوية به وان اشركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف ولكل واحد منها الربع ، وان قال اشركاني فيه فأشركه أحدهما فعلى الوجه الاول يكون له نصف حصة الذي اشركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لان طلب الشركة منهما يقتضي طلب ثلث مافي يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وان قال له أحدهما أشركاك انبني على تصرف انفضولي فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه على الوجهين ، ولو قال لأحدهما أشركني في نصف هذا العبد فأشركه فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولها نصفه والا فله نصف حصة الذي اشركه ، وان اشترى عبدا فلقبه رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد اشركتك فله نصفه ، فان لقيه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالما بشركة الاول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي اشركه لان طلبه للاشراك يرجع الى ماملكه المشارك وهو النصف فيكون بينهما ، وان لم يعلم بشركة الاول فهو طالب لنصف العبد لا اعتقاده أن العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة فاذا قال له اشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه (أحدها) ان يصير له نصف العبد كله ولا يبقى للذي اشركه شيء لانه طلب منه نصف العبد فأجابه الى ذلك فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك وهذا قول القاضي (الثاني) أن ينصرف قوله شركتك فيه الى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فينفذ في نصف نصيبه ويقف في الزائد على اجازة صاحبه على احدى الروايتين لان لفظ الشركة يقتضي بيع بعض نصيبه وسواوة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركة ولا يستحق فيه ما طلب منه (والثالث) أن لا يكون للثاني إلا الربع بكل حال لان الشركة انما تثبت بقول البائع شركتك لان ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم انه ليس له الا نصف العبد فينصرف لإجابه الى نصف ملكه وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لانه إما طلب النصف فلم يحصل له جميعه الا أن نقول بوقوفه على الاجازة في الوجه الثاني فيجزئه الآخر ويحتمل ان لا تصح الشركة أصلا لانه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة ما لو قال بعني نصف هذا العبد فقال بعتك ربه

(فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقضى نصفه فقال له رجل بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض كله لان البيع ينصرف إلى ما يجوز له يبعه وهو النصف المقبوض وان قال اشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة الا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربه بقسطه من الثمن لان الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكره القاضي ، والصحيح ان شاء الله تعالى انه تنصرف الشركة الى النصف كله فيكون تابعاً لما يصح يبعه وما لا يصح فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة فلا يصح في الربع الذي ليس بمقبوض وهل يصح في المقبوض ؟ على وجهين

(فصل) فاما الحوالة فمعناه أن يكون على مشتري الطعام طعام من سلم أو من قرض مثل الذي

يفسد الاصول ويقلمها كان له ذلك ولم يملك المشتري منه

(مسئلة) فان باعها بشرط القطع ثم تركه المشتري حتى بدا الصلاح واشتد الحب وطالت الجزة وحدثت ثمرة أخرى فلم تتميز ، أو اشترى عربة لبأكلها رطباً فأعمرت بطل البيع ، وعنه لا يبطل

اشتراه فيقول لغريمه اذهب فاقبض الطعام الذي اشتريته لنفسك فلا يجوز ذلك لانه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفريع هذا في الفصل الذي قبل هذه المسئلة

(فصل) اذا كان لرجل في ذمة آخر طعام من قرض لم يجوز أن يبيعه من غيره قبل قبضه لانه غير قادر على تسليمه ، ويجوز بيعه ممن هو في ذمته في الصحيح من المذهب لحديث ابن عمر كنا نبيع الابرمة بالبيع بالدراهم فنأخذ مكانها الدنانير . وهذا مذهب الشافعي ، وروي أنه لا يصح كالا يصح في السلم والاول أولى ، فان اشتراه منه بمسحوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لانه يكون بيع دين بدين فان أعطاه معيناً بما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه بدل الخنطة شعيراً جاز ولم يجوز التفرق قبل القبض وان أعطاه معيناً لا يشترط فيه التقابض جاز اتفرق قبل القبض كما لو قال بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل ان لا يجوز لان المبيع في الذمة فلم يجوز التفرق قبل القبض كالسلم

(فصل) وإذا قال رجل لغريمه بعني هذا على أن أقضيك دينك منه ففعل فالشرط باطل لانه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء وهل يبطل البيع؟ ينبغي على الشروط الفاسدة في البيع هل تبطله على الروايتين ، وان قال اقضني حتى على أن أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل والقضاء صحيح لانه قبضه حقه ، وإن قال اقضني أجود من مالي على أن أبيعك كذا وكذا فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بما له .

(مسئلة) قال (وليس كذلك الاقالة لانها فسخ وعن أبي عبد الله الاقالة بيع)

اختلفت الرواية في الاقالة فعنه أنها فسخ وهو الصحيح ، واختيار أبي بكر وهو مذهب الشافعي (واثنائية) أنها بيع وهي مذهب مالك لان المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه فلما كان الاول بيعاً كذلك الثاني ، ولانه نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعاً كالاول وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما فلا تثبت أحكام البيع في حقها بل يجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه ، وبثبت حكم البيع في حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقابلا فيه بالشفعة ولنا أن الاقالة هي الدفع والازالة يقال أقالك الله عزتلك أي أزالها قال النبي صلى الله عليه وسلم «من أقال نادما يعته أقاله الله عزته يوم القيامة» قال ابن المنذر وفي اجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع اجماعهم على أن له أن يقبل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الاقالة ليست بيعاً ، ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه فلم تكن بيعاً كالاستنقاط ولانها تقدر بالثمن الاول ، ولو كانت بيعاً لم تقدر به ، ولانه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينمقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب ويدل على أبي حنيفة بان ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص ، والاصل اعتبار الحقائق

وبشتركان في الزيادة وعنه يتصدقان بها)

اختلفت الرواية فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى بدا صلاحها فنقل عنه حنبل وأبو طالب أن البيع يبطل اختارها الحرفي ، وقال القاضي هي أصح فعلى هذا يرد المشري

(فصل) فان قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده ، وقال أبو بكر : لا بد فيها من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة ، ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو اختلاف المتبايعين ، وفارق العدة فانها اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية اليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسئلتنا . فان قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لان يبعه من بائنه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة ان كانت فسخاً لانها زرع للمقد وازالة له ، وليست بماوضة فأشبهت سائر الفسوخ ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحث ، ولو كانت بيعاً استحققت بها الشفعة وحث الحالف على ترك البيع بفعلها كسائر أنواع البيع ، ولا يجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لانها خصت بمثل الثمن كالتولية ، وفيه وجه آخر انها يجوز باكثر من الثمن الاول وأقل منه اذا قلنا إنها بيع كسائر البياعات فان قلنا لا يجوز إلا بمثل الثمن الاول فأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الاقالة وكان الملك باقياً للمشتري وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الاول ويبطل الشرط لان لفظ الاقالة اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فبطل وبقي الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ ، ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه البائل فبطل كبيع درهم بدرهمين ، ولان القصد بالاقالة رد كل حق إلى صاحبه فاذا شرط زيادة أو نقصاناً أخرج المقدم عن مقصوده فبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه ، ويفارق سائر الفسخ لانه لا يعتبر فيه الرضا منهما بل يستقل به أحدهما فاذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه ، وان شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً لانه لا يستحق أكثر من الفسخ ، وفي مسئلتنا لا تجوز الاقالة الا برضاها وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فاذا أبطلنا شرطه فأت رضاه فبطل الاقالة لعدم رضاه بها .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها)

هذه المسئلة تدل على حكمين (أحدهما) اباحة بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعم فيه خلافاً وقد نص عليه أحمد ودل عليه قول ابن عمر : كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى تنقله من مكانه متفق عليه ، ولانه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فان ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ولان الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر فاكتفي برؤية ظاهره بخلاف الثوب فان شمره لا يشق ولم تختلف أجزاؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لانه علم ما اشترى بأبلغ الطرق وهو الرؤية وكذلك لو قال بعتك نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو جزءاً منها معلوماً جاز لان ما جاز بيع جملة جاز بيع بعضها كالحوان ، ولان جملة معلومة

اشمرة إلى البائع وبأخذ الثمن ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول اكثر الفقهاء لان اكثر ما فيه ان المبيع اختلط بغيره فأشبهه ما لو اشترى حنطة فاعتلت عليها أخرى أو ثوباً فاحتلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصباً فرس أو توتاناً حتى صار شعيراً فان أراد به حيلة فسد البيع وانتهى

بالمشاهدة فكذلك جزؤها : قال ابن عقيل ولا يصح هذا إلا أن تكون الصبرة متساوية الاجزاء فان كانت مختلفة مثل صبرة يقال القرية لم يصح ويحتمل أن يصح لانه يشتري منها جزءاً مشاعاً فيستحق من جبرها وردئها بقسطه ولا فرق بين الاثمان والثلثات في صحة بيعها جزافاً ، وقال مالك لا يجوز في الاثمان لان لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها فأشبهه الرقيق والثياب ولنا أنه معلوم بالمشاهدة فأشبهه الثلثات والنقرة والحلي ويبطل بذلك ما قاله ، وأما الرقيق فانه يجوز بيعهم إذا شاهدتهم ولم يعدم وكذلك الثياب إذا نثرها ورأى جميع أجزائها (الحكم الثاني) أنه إذا اشترى الصبرة جزافاً لم يحز له بيعها حتى ينقلها نص عليه أحمد في رواية الاثرم وعنه رواية أخرى له بيعها قبل نقلها . اختارها القاضي وهو مذهب مالك لانه مبيع متعين لا يحتاج إلى حق توفية فأشبهه الثوب الحاضر .

ولنا قول ابن عمر ان كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فتمانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى تنقله من مكانه . وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه » مع ما ذكرنا من الاخبار ، وروى الاثرم باسناده عن عبيد بن حنين قال : قدم زيت من الشام فاشترت منه امرأة وفرغت من شرائها فقام الي رجل فأربحني فيها رحماً فبسطت يدي لأبيعه فاذا رجل يأخذني من خلفي فنظرت فاذا زيد بن ثابت فقال : لا تبعه حتى تنقله الى رحلك فان رسول الله ﷺ أمرنا بذلك فاذا تقرر هذا فان قبضها نقلها كما جاء في الخبر ولان القبض لو لم يعين في الشرع لوجب رده الى العرف كما قلنا في الاحياء والاحراز ، والعادة في قبض الصبرة التقل

(فصل) ولا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجمعها على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها أو يجمع الرديء في باطنها أو المبلول ونحو ذلك لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فنالت أصابعه بلالا فقال « يا صاحب الطعام ما هذا ؟ » قال أصابته السماء يا رسول الله قال « أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ » ثم قال « من غشنا فليس منا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، فاذا وجد ذلك ولم يكن المشتري علم به فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينها لانه عيب ، وان بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها فلا خيار للمشتري لانه زيادة له ، وان علم البائع ذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة به وان لم يكن علمه فله الفسخ كالوباع بعشرين درهما فوزنها بصنجة ثم وجد الصنجة زائدة كان له الرجوع ، وكذلك لو باع بكيال ثم وجد زائداً ويحتمل أنه لا خيار له لان الظاهر انه باع ما يعلم فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال

(مسألة) قال (ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة)

نص أحمد على هذا في مواضع وكراهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وبه قال مالك واسحاق وروى ذلك عن طاوس . قال مالك : لم يزل اهل العلم يتهنون عن ذلك ، وعن أحمد أن هذا مكروه غير

وحمل بعض أصحابنا هذا رواية تامة فيمن قصد التبقية وإلا لم يفسد ، قال شيخنا : والظاهر أن هذا يرجع إلى ما نقله أحمد بن سعيد فانه يمين حمل ما نقله أحمد بن سعيد على صحة البيع على من لم يرد حيلة فان أراد الحيلة لم يصح بحال ، وقد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة ، ووجه الرواية الاولى

محرم فان بكر بن محمد روى عن أبيه أنه سأله عن الرجل يبيع الطعام جزافاً وقد عرف كيله وقلت له إن مالكا يقول اذا باع الطعام ولم يعلم المشتري فان أحب أن يردده رده قال هذا تغليظ شديد ولكن لا يعجبني اذا عرف كيله الا أن يخبره فان باعه فهو جائز عليه وقد أماء ، ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لانه اذا جاز البيع مع جهلها بمقداره فمع العلم من أحدها أولى ؟ ووجه الاول ما روى الاوزاعي أن النبي ﷺ قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافاً حتى يبينه » قال القاضي ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله ، والنهي يقتضي التحريم وأيضاً الاجماع الذي نقله مالك ، ولان الظاهر أن البائع لا يعدل الى البيع جزافاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتغريب بالمشتري والغش له ولذلك أثر في عدم لزوم المقدم ، وقد قال عليه السلام « من غشنا فليس منا » فصار كالودلس العيب فان باع ما علم كيله صبرة فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم ، وهو قول مالك والشافعي لان المبيع معلوم لها ولا تغريب من أحدهما فأشبه ما لو علما كيله أو جهلاه ، ولم يثبت ما روي من النهي فيه وإنما كرهه أحمد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه ولان أستواءهما في العلم والحيل أبعدهن التغريب ، وقال القاضي وأصحابه هذا بمنزلة التدليس والغش ان علم به المشتري فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فهو كما لو اشترى مصراة يعلم تصريتها ، واز لم يعلم أن البائع كان طالماً بذلك فله الخيار في الفسخ والامضاء وهذا قول مالك لانه غش وغدر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار ؟ وذهب قوم من أصحابنا الى أن البيع فاسد لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد (فصل) وان أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فان قبضه باكتياله ثم البيع والقبض وان قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافاً فان كان المبيع باقياً كاله عليه فان كان قدر حقه الذي أخبره به فقد استوفاه ، وإن كان زائداً رد الفضل وان كان ناقصاً أخذ النقص وان كان قد تلف فالقول قول القابض في قدره مع يمينه سواء كان النقص قليلاً أو كثيراً لان الاصل عدم القبض وبقاء الحق ، وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله لان للبائع فيه علقه فانه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل لان ذلك يمنعه من معرفة كيله ، وان تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزاً فتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له (والثاني) لا يجوز لانه لا يجوز له التصرف في الجميع فلم يجوز له التصرف في البعض كما قبل القبض ، وان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً فاما ان أعلمه بكيله ثم باعه اياه مجازفة على انه له بذلك الثمن سواء كان زائداً أو ناقصاً لم يجوز لما روى الاثرم باسناده عن الحكم قال : قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله ﷺ فقال « اذهبوا بنا الى عثمان نعينه على طعامه » فقام الى جنبه فقال عثمان في هذه الغارة كذا وكذا وابتعتها بكذا وكذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » قال أحمد إذا أخبره البائع ان في كل قارورة منا فأخذ بذلك ولا يكتبه فلا يعجبني لقوله لعثمان « اذا سميت الكيل فكل » قيل له انهم يقولون

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع وقطعه بالاجماع فيبقى فيما عداه على أصل التحريم ، ولان التيقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فباطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التقابض فيما يشترك القبض فيه ، ولان

إذا فتح فسد قال فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقي؟

(فصل) ولو كال طاماً وآخر ينظر اليه فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان؟ على روايتين نص عليهما (إحداهما) لا يحتاج الى كيل لانه شاهد كيله فأشبهه ماو كيل له (والثانية) يحتاج الى كيل لانه بيع فاحتاج الى كيل الاخبار والقياس على البيع الاول ولو كاله البائع المشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرنا في التي قبلها ، ولو اشترى اثنان طاماً فاكتلاه ثم ابتاع أحدهما حصته شريكه قبل تفرقها فقال أحمد في رواية حرب : اذا اشترى باغلة أو نحوها وحضرها جميعاً وعرفا كيلها فقال أحدهما اشريك بغير نصيبك وأربحك فهو جائز وان لم يحضر هذا المشتري الكيل فلا يجوز إلا بكيل ، قال ابن أبي موسى وفيه رواية أخرى لا بد من كيله ووجهها . اتقدم ، قال القاضي ومضى الكيل في هذه المسائل أنه يرجع في قدره الى قول الفاض اذا كان النقص يسيراً يقع مثله في الكيل فالقول قوله مع يمينه ، وان كان لا يقع مثله في الكيل لم يقبل قوله لأننا نتحقق كذبه بخلاف مسائل الفصل الذي قبله لانه لم يكل بحضرته ، والظاهر أنه أراد بالكيل حقيقته دون ما ذكره القاضي ، وقائدة اعتبار الكيل ما ذكره القاضي وأنه لا يجوز للمشتري التصرف فيه الا ما ذكرنا في الفصل الذي قبله وان باع للثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يفتقر الى كيل ثان والقبض فيه بنقله كسائر الصبر

(فصل) قال أحمد في رجل يشتري الجوز فيعد في مكيل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك المعيار قال لا يجوز ، وقال في رجل ابتاع اعكاماً كيلاً وقال للبائث كل لي عكماً واحداً واحداً ما بقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها ، وقال الثوري : كان أصحابنا يكرهون هذا ، وذلك لان ما في العكوم يختلف فيكون في بعضها أكثر من بعض فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض والجوز يختلف عدده فيكون في أحد المكيلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزن بالكيل

(مسئلة) قال (وإذا اشترى صبرة على ان كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز)

وجملة ذلك أنه إذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح وإن لم يعلم مقدار ذلك حال العقد ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة صح في قفيز واحد ويطل فيما سواه لان جملة الثمن مجهولة فلم يصح كبيع المتاع برقه . ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لشارته الى ما يعرف مبالغته لا تتعلق بالتعاقدين وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفيزها فيعلم مبلغه فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مراً بجملة لكل ثلاثة عشر درهماً درهم فانه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا ، ولان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح كالاصل المذكور ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه أجر نفسه كل دلو بتمرة وجاء النبي ﷺ بالتمر (فصل) ولو قال بعتك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال عشرة أفقزة وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح ، وحكي عن داود أنه لا يصح لانه غير مشاهد ولا موصوف ، ولنا أن المبيع مقدر معلوم من

صحة البيع تجمل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة ، ومتى حكمتا بفساد البيع فالثمره كلها للبائث ، وعنه أنها يتصدقان بالزيادة قال القاضي هذا مستحب لو وقع الخلاف في مستحق الثمرة فاستحب الصدقة بها وإلا فالحق أنها للبائع

جملة يصح بيعها أشبه إذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح فانه إذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع لانه بعضها

(فصل) وإن قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لان من التبعض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولا ، ويحتمل أن يصح البيع كما يصح في الاجارة كل دلو بترة وكل شهر بدرهم ، وان قال بعتك هذه الصبرة الاخرى بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح لانه لا يدري أزيده أم ينقصه ، ولو قال على أن أزيدك قفيزاً لم يحز لان القفيز مجهول ولو قال أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك هذه وقفيزاً من هذه الاخرى بعشرة دراهم وان قال على أن أنقصك قفيزاً لم يصح لان معناه بعتك هذه الصبرة الا قفيزاً كل قفيز بدرهم وشيء مجهول ، ولو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لانضائه الى جهالة الثمن في التفصيل لانه يصير قفيزاً أو شيئاً بدرهم والثشي لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان ، ولو قصد أني أحظ ثمن قفيز من الصبرة لا أحسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها ، وان كانت الصبرة معلوما قدر قفزاتها أو قال هذه عشرة أقفزة بعتك كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم ، وان لم يعلم القفيز أو جعله هبة لم يصح ، وان أراد أني لا أحسب عليك ثمن قفيز ، منها صح أيضاً لانهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن ، ولو قال على أن أنقصك قفيزاً صح لان معناه بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم وكل قفيز بدرهم وتسع ، وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع المسائل على قياس قول أحمد لانه يحجز الشرط الواحد ، ولا يصح هذا لان المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف الشرط الذي يفضي الى جهالة

(فصل) ولو باع مالا تتساوى أجزاؤه كالارض والثوب والقطيع من الغنم ففيه نحو من مسائل الصبر وان قال بعتك هذه الارض أو هذه الدار أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف صح اذا كان مشاهداً أو قال بعتك نصفه أو ثلثه أو ربهه بكذا صح أيضاً فان قال بعتك كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وان لم يعلم قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة ، وان قال بعتك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لم يصح لانه مجهول ، وان باع شاة من القطيع لم يصح لان شياه القطيع غير متساوية القيم فيفضي ذلك الى التنازع بخلاف القفيز من الصبرة فانه يصح لان أجزاءها متساوية ، وان باع ذراعاً من الدار أو عشرة أذرع منها يريدان بذلك قدر غير مشاع لم يصح كذلك ، وان أراد امشاعاً منها وهما يعلمان عدد ذرعانها صح وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لان الذراع عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول .

ولنا أن عشرة من مائة عشرها ولو قال بعتك عشرها صح فكذلك اذا قال بعتك عشرة من مائة وما ذكره غير مسلم بل هو عبارة عن قدر كأن المكيال عبارة عن قدر فاذا أضافه الى جملة كان

تبعاً للاصل كسائر ثمن المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان ، ونقل ابن أبي موسى في الارشاد أن البائع والمشتري يشتركان في الزيادة وان قلنا لا يبطل العقد فقد روي أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكها فان الثمرة ملك المشتري والاصل ملك البائع وهو سبب الزيادة وقال القاضي

ذلك جزءاً منها وان اتفقا على أنهما أرادا قدرا منها غير مشاع لم يصح البيع، وان كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لأن الجملة غير معلومة وأجزاء الارض مختلفة فلا يمكن أن تكون معينة ولا مشاعة، وان قال بعتك من الدار من ههنا الى ههنا جاز لانه معلوم وان قال عشرة أذرع ابتداءها من ههنا الى ههنا الى حيث ينتهي الذرع لم يصح لان الذرع يختلف والموضع الذي ينتهي اليه لا يعلم حال العقد، ولو قال بعتك نصيب من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه منها أو قال نصيباً منها أو سهماً لم يصح لانه مجهول وان علما ذلك صح، وان قال بعتك نصف داري بما يلي دارك لم يصح نص عليه لانه لا يدري الى أين ينتهي فيكون مجهولاً .

(فصل) ولو باعه عبداً من عبيد أو أكثر لم يصح، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا باعه عبداً من عبيد أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو اليه وان كانوا أكثر لم يصح لانه يكثر الثمن، ولنا أن ما يختلف اجزاؤه وقيمه لا يجوز شراء بمضه غير معين ولا مشاعاً كالاربعة وما لا يصح بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه كالاربعة ولا حاجة الى هذا فان الاختيار يمكن قبل العقد ثم ما قالوه يبطل بالاربعة .

(فصل) وحكم الثوب حكم الارض الا أنه اذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع الى هذا الموضع صح فان كان مما لا ينقصه القطع قطعه وان كان مما ينقصه القطع وشرط البائع أن يقطعه له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز وان تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الارض، وقال القاضي لا يصح لانه لا يقدر على التسليم إلا بضرر فأشبهه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان، ولنا أن التسليم يمكن ولحوق الضرر لا يمنع التسليم إذا رضيه البائع كما لو باعه نصفاً من الحيوان مشاعاً وفارق نصف الحيوان المعين فانه لا يمكنه تسليمه مفرداً الا باتلافه واخراجه عن المأوى .

(فصل) اذا قال بعتك هذه الارض أو هذا الثوب على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ففيه روايتان (احدهما) البيع باطل لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وأما باع عشرة ولا المشتري على أخذ البعض وأما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضاً (والثانية) البيع صحيح وللزيادة للبائع لان ذلك نقص على المشتري فلا يمنع صحة البيع كالعيب ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة، فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لانه زاده خيراً وان أبى تسليمه زائداً فله مشتري الخيار بين الفسخ والاخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد فان رضي بالاخذ أخذ العشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين (أحدهما) له الفسخ لان عليه ضرراً في المشاركة (والثاني) لا خيار له لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغيره واخباره بخلاف غيره فلا ينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري فان بذلها البائع للمشتري بشمن أو طلبها المشتري بشمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وان تراضيا على ذلك

الزيادة للمشتري كالعبد اذا سمن، وحمل قول أحمد يشتركان على الاستحباب والاول اظهر لما ذكرنا فان الزيادة حصت من أصل البائع من غير استحقاق تركها فكان له فيها حق بخلاف سمن العبد فانه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب، فانه لا يستحب

جاز ، فان بان تسعة ففيه روايتان (إحداها) يبطل البيع لما تقدم (والثانية) البيع صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ والاساك بتسعة أعشار الثمن ، وقال أصحاب الشافعي ليس له امساكه الا بكل الثمن أو الفسخ بناء على قولهم إن المعيب ليس لمشتريه الا الفسخ أو امساكه بكل الثمن ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له امساكه بقسطه من الثمن كالصبرة اذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنين أن المعيب له امساكه واخذارشه فان أخذها بقسطها من الثمن فلبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه انما رضي ببيعها بهذا الثمن كله واذا لم يصل اليه كان له الفسخ فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذي رضيه فأشبهه ما لو اشترى معيياً فرضيه بجميع الثمن .

(فصل) وان اشترى صبرة على أنها عشرة أقفرة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لانه لا ضرر في الزيادة وان بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمي الكيل في الصبرة لا يكون قبضها الا بالكيل فاذا كالمها فوجدتها قدر حقه أخذها وان كانت زائدة رد الزيادة وان كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة ؟ على وجهين (أحدها) له الخيار وهو مذهب الشافعي لانه وجد المبيع ناقصاً فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة (والثاني) لا خيار له لان نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره (فصل) إذا باع الادهان في ظروفها جملة ، وقد شاهدها جاز لان أجزاءها لا تختلف فهو كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والديس والحل وسائر المائعات التي لا تختلف ، وان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منها أو أرتالاً معلومة يعلم ان فيها أكثر منها أو باعه جزءاً مشاعاً أو أجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمان معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لانه قد علم المبيع والثمن فان لم يعلم ذلك جاز أيضاً لانه قد رضي ان يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبهه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي الآخر زيت كل رطل بدرهم ، وقال القاضي لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غيره ، والاول أصح لان بيع كل واحد منهما منفرداً يصح لذلك فكذلك إذا جمعتهما كالارض المختلفة الأجزاء والياب وغيرها ، وأما ان باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيجسب عليه بوزنه ولا يكون مبيماً وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لانه إذا علم ان الدهن عشرة والظرف رطلا كان معناه بعثك عشرة أرتال باثني عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لانه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتها جميعاً أو زنة أحدها لذلك

(فصل) وإن وجد في ظرف السمن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق : ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمانا ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن ، والزمه شريح بقدر الرب سمانا بكل حال وقال الثوري إن شاء أخذ الذي وجده ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب

للبائع أن يأخذ من المشتري ما لا يستحقه ، بل ذلك حرام عليه فكيف يستحب وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن لان عين المبيع زاد بجهة محظورة ، قال الثوري إذا اشترى قصيلاً يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي ، ولان الامر اشتهب في هذه الزيادة فكان

سمنا . ولنا أنه وجد المبيع المكيل ناقصا فأشبهه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أفقرة فباتت تسعة ، وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذا هنا . فعلى هذا إنما يأخذ الموجود من السممن بقسطه من الثمن ، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن ، فان تراضيا على اعطائه سمنا جاز والله أعلم

﴿ باب المصرة وغير ذلك ﴾

التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع وأنشداً بوعبيدة رأيت غلاماً قد صرى في فقرته ماء الشباب عفتوان شرته

وماء صرى وصر إذا طال استنقاعه قال البخاري أصل التصرية حبس الماء يقال صريت الماء ويقال للمصرة المحفلة وهو من الجمع أيضاً ، ومنه سميت بجامع الناس محافل والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تصروا » وقوله « من غشنا فليس منا » وروى ابن ماجه في سننه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم » رواه ابن عبد البر ولا يحل خلافة لمسلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا اشترى مصرة وهو لا يعلم فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردّها

وصاعاً من تمر)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (الاول) أن من اشترى مصرة من بهيمة الانعام لم يعلم تصرتها ثم علم فله الخيار في الرد والامسك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس واليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي واسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد الى أنه لا خيار له لان ذلك ليس بعيب بدليل أنه لو لم تكن مصرة فوجدتها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علقها فانفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تصروا الا بل والغنم فمن ابتاعها بعدقانه بخير النظرين بعد أن يحتلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعاً من تمر » متفق عليه ، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن ردها رد معها مثل أومثلي لبنها قحاً » رواه أبو داود ، ولان هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كما لو كانت شطاء فسود شعرها ، وقياسهم يبطل بتسويد الشعر فان يياضه ليس بعيب كالكبر ، وإذا دلسه ثبت له الخيار ، وأما اتفاح البطن فقد يكون من الاكل والشرب فلا معنى لحمله على الحمل ، وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى . إذا تقرر هذا فانما يثبت الخيار بشرط أن

الاولى الصدقة بها ، قال شيخنا : ويشبه ان يكون هذا استجاباً لان الصدقات بالشبهات مستحبة فان أيا الصدقة بها اشتركا فيها والزيادة هي ما بين قيمتها يوم الشراء وقيمتها يوم أخذها ، قال القاضي : ويحتمل أنه ما بين قيمتها قبيل بدو صلاحها وقيمتها بعده لان الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري

لا يكون المشتري عالماً بالتصرية فان كان عالماً لم يثبت له الخيار ، وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولان انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله فلم يجعل ذلك رضى كما لو تزوجت عينا ثم طلبت الفسخ ولنا أنه اشتراها عالماً بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من سود شعرها عالماً بذلك ولانه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معييا يعلم عيبه وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع ، ولو اشترى مصراة فصار لبنها عادة واستمر على كثرته لم يكن له الرد ، وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحد الوجهين للخبر ، ولان التدليس كان موجودا حال انعقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن ، ولنا أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ولم يوجد فمتنع الرد ، ولان العيب لم يوجد ولم تختلف صفة المبيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ، ولان الخيار ثبت لدفع الضرر ولم يوجد ضرر

(الفصل الثاني) أنه إذا رد لزمه رد بدل اللبن ، وهذا قول كل من جوز ردها وهو مقدر في الشرع بصاع من تمر كما في الحديث الصحيح الذي أوردهناه ، وهذا قول الليث واسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبمض الشافعية إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد لان في بعض الحديث «ورد معها صاعا من طعام» وفي بعضها «ورد معها مثل أو مثلي لبنها قحاً» فجمع بين الاحاديث وجعل تصميحه على التمر لانه غالب قوت البلد في المدينة ، ونص على القمح لانه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف: يرد قيمة اللبن لانه ضمان متلف فكان مقدراً بقيمته كما سائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وحكي عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة

ولنا الحديث الصحيح الذي أوردهناه وهو المعتمد عليه في هذه المسئلة وقد نص فيه على التمر فقال «ان شاء ردها وصاعاً من تمر» وفي لفظ للبخاري «من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها فان رضىها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» وفي لفظ نسلم رواه ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم «ورد صاعاً من تمر لاسمراء» وفي لفظ له «طعاماً لاسمراء» يعني لا يرد قحاً والمراد بالطعام ههنا التمر لانه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد ، وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قحاً ثم قد شك فيه الراوي وخالفته الاحاديث الصحاح فلا يعول عليه ، وقياس أبي يوسف مخالف للنص فلا يلتفت اليه ولا يبعد أن يقدر ائتماع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة ودفعاً للتنازع كما قدر بدل الآدمي ودية أطرافه ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن فلذلك أوجبه لوجوه ثلاثة (أحدها) أن القيمة هي الأثمان لا التمر (ثاني) أنه أوجب في المصراة من الابل والغنم جميعاً صاعاً من تمر مع اختلاف لبنها (الثالث) أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعاً وان أمكن أن يكون كذلك فيتعين إيجاب الصاع لانه القيمة التي عين الشارع لإيجابها فلا يجوز أن يعدل عنها

بنائها لاحق للبائع فيها ، وكذلك الحكم في الرطبة إذا طالت والزرع الاخضر إذا أذجن لأنه في معنى الثمرة وهذا إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها ، فان قصد ذلك فالبيع

وإذ قد ثبت هذا فإنه يجب أن يكون الصاع من التمر جيداً غير معيب لأنه واجب باطلاق الشارع فيصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في التطرة ولا يجب أن يكون من الاجود بل يجوز أن يكون من أدنى ما يقع عليه اسم الجيد، ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة الشاة أو أقل أو أكثر نص عليه أحمد وليس هذا جمعاً بين البديل والمبدل لأن التمر بدل اللبن قدره الشرع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك سيده، وإن عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد لأنه بمثابة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها

(فصل) وإن علم بالتصرية قبل حلبها مثل أن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته فله ردها ولا شيء معها لأن التمر انما وجب بدلا للبن المحتلب ولذلك قال رسول الله ﷺ « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها لنا هنا فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك قال ابن عبد البر هذا مالا خلاف فيه، وأما لو احتلبها وترك اللبن بحاله ثم ردها رد لبنها ولا يلزمه أيضا شيء لأن المبيع اذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله فإن أتى البائع قبوله وطلب التمر لم يكن له ذلك اذا كان بحاله لم يتغير، وقيل لا يلزمه قبوله لظاهر الخبر ولأنه قد نقص بالحلب وكونه في الضرع أحفظ له، ولنا أنه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البديل كسائر المبدلات مع ابدالها والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « ففي حلبتها صاع من تمر » وما ذكرنا من المعنى، وقولهم ان الضرع أحفظ له لا يصح لأنه لا يمكن ابقاؤه في الضرع على الدوام وبقاؤه يضر بالحليوان، وإن كان اللبن قد تغير فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قبوله وهذا قول مالك لا يخبر ولا نه قد نقص بالمخوضه أشبه ما لو أتلفه (والثاني) يلزمه قبوله لأن النقص حصل باستلام المبيع وتقرير البائع وتسليطه على حلبه فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة

(فصل) وإذا رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجدها عيباً آخر ردها به لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر كما اشترى أعرج فرضي بعيبه ثم أصاب به رصاً وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لأنه قد جعل عوضاً له فيما إذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقاً

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجدها عيباً فله الرد ثم إن لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه لأن ما حدث من اللبن بعد العقد يحدث على ملك المشتري، وإن كان فيه لبن حال العقد إلا أنه شيء لا يخلو الضرع من مثله في العادة فلا شيء فيه لأن مثل هذا لا عبرة به ولا قيمة له في العادة فهو تابع لما حدث، وإن كان كثيراً وكان قائماً بحاله فهل له رده؟ يبنى على رد لبن التصرية وقد سبق، فإن قلنا ليس له رده كان بقاءه كتلافه، وهل له أن يرد المبيع؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئاً فتاف منه جزء أو تيبب، والاشهر في المذهب أنه رده فعلى هذا يلزمه رد مثل اللبن لأنه من ذوات الامثال، والاصل ضمان ما كان من المثليات بمثله إلا أنه خولف في ابن التصرية بالتصن فبقيا عداه يبقى على الاصل ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا

باطل من أصله لأنه حيلة محرمة، وعند أبي حنيفة والشافعي لا حكم للقصد والبيع صحيح وقد ذكرنا ذلك في تحريم الحيل

(فصل) فإن حدثت ثمرة أخرى أو باع شجراً فيه ثمرة لبائع فحدثت ثمرة أخرى، فإن تميزت

(الفصل الثالث في الخيار) اختلف أصحابنا في مدته فقال القاضي هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيتها ولا أمسكها بعدها فان أمسكها بعد ذلك لم يكن له الرد ، قال وهو ظاهر كلام أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان أبا هريرة روى أن النبي ﷺ قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ان شاء أمسكها وان شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر » رواه مسلم قالوا فهذا الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فانها لا تعرف قبل مضيتها لانها في اليوم الاول لبنها لبن التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون لبنها نقص لتغير المكان واختلاف العلف وكذلك في الثالث ، فاذا مضت الثلاثة استبان التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضاءها ، وقال أبو الخطاب عندي متى ثبت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها لانه تدليس يثبت الخيار فلك الرد به اذا تبينه كسائر التدليس ، وهذا قول بعض الدينين فعلى هذا يكون فائدة التقدير في الخبر بالثلاثة لان الظاهر أنه لا يحصل العلم الا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً فان حصل العلم بها أو لم يحصل بها فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس ، وظاهر قول ابن أبي موسى أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الايام الثلاثة الى تمامها وهذا قول ابن المنذر وأبي حامد من أصحاب الشافعي وحكاها عن الشافعي لصلاً لظاهر حديث رسول الله ﷺ فانه يقتضي ثبوت الخيار في الايام الثلاثة كلها ، وعلى قول القاضي لا يثبت الخيار في شيء منها وانما يثبت عقبها ، وقول أبي الخطاب يسوي بين الايام الثلاثة وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قال أبو الخطاب لان الحكم كذلك في العيوب وسائر التدليس

(مسئلة) قال (وسواء كان المشتري ناقة أو بقرة أو شاة)

جمهور أهل العلم على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة وشذ داود فقال لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لان الحديث « لا تصروا الابل والغنم » فدل على ان ما عداها بخلافها لان الحكم ثبت فيها بالنص والقياس لا تثبت به الاحكام . ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام » وفي حديث ابن عمر « من ابتاع محفلة » ولم يفصل ، ولانه تصرية بلبن من بهيمة الانعام أشبه الابل والغنم ، والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لان لبنها أغزر وأكثر نفعاً ، وقولهم إن الاحكام لا تثبت بالقياس ممنوع ثم هو هنا ثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع

(فصل) اذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فردهن رد مء كل مصراة صاعاً ، وبهذا قال الشافعي وبنص أصحاب مالك وقال بعضهم في الجميع صاع واحد لان رسول الله ﷺ قال « من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها فان رضىها أمسكها وان سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولنا عموم قوله « من اشترى مصراة -و- من اشترى محفلة » وهذا يتناول الواحدة ولان ما جعل عوضاً عن الشيء في صفتين وجب إذا كان في صفقة واحدة كأرض العيب ، وأما الحديث فان الضمير يسود الى الواحدة (فصل) فان اشترى مصراة من غير بهيمة الانعام كالامة والاتان والفرس ففيه وجهان (أحدهما)

لكل واحد ثمرة ، وان اختلطتا ولم تميز واحدة منهما ففيها شريكان فيها كل بقدر ثمرة ، فان لم يميز قدرهما اصطلاحاً عليهما ولا يبطل العقد في ظاهر المذهب لان المبيع لم يتعد تسليمه ، وانما احتياط بغيره فهو كما لو اشترى طعاماً في مكان فانتال عليه طعام للبائع أو انتال هو على طعام للبائع ولم يعرف

يثبت له الخيار اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لمعوم قوله « من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة » ولانه تصرية بما يختلف الثمن به فأثبت الخيار كتصريه بهيمة الانعام وذلك أن لبن الأدمية يراد للرضاع ويرغب فيها ظمناً وبحسن نديها ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فإن بخلافه ملك الفسخ ولو لم يكن مقصوداً لما ثبت بأشراطه ولا ملك الفسخ بعده ولأن الاتان والقرس يرادان لوادها (والثاني) لا يثبت به الخيار لأن لبنها لا يتفاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الانعام والخبر ورد في بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه لأن قصد لبن بهيمة الانعام أكثر واللفظ العام أريد به الخاص بدليل انه أمر في ردها بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولانه ورد عاماً وخاصاً في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص ويكون المراد بالعام في أحد الحديتين الخاص في الحديث الآخر ، وعلى الوجه الاول إذا ردها لم يلزم بدل لبنها ولا يرد معها شيئاً لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعاوض عنه .

(فصل) وكل تدليس يختلف الثمن لأجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجمده أو يجمر وجهها أو يضر الماء على الرحا ويرسله تند عرضها على المشتري يثبت الخيار لانه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصريه، وبهذا قال الشافعي ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال في تجعيده لا يثبت به الخيار لانه تدليس بما ليس بيب أشبهه مالو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً ولنا أنه تدليس بما يختلف به الثمن أشبهه تسويد الشعر وأما تسويد الانامل فليس بمختص بكونه كاتباً لانه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمع لا يستحق به فسخاً ، فإن حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد أو احمر وجه الجارية لحجل أو تعب أو تسود شعرها بشيء وقع عليه فقال القاضي : له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد فاشبهه اليب ، ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحرمة وجهها بحجل أو تعب لأنه يحتمل ذلك فيتعين ظنه من خلقته الأصلية طمعاً فاشبهه شواد أنامل العبد .

(فصل) فإن عاف الشاة فلا خواصرها وظن المشتري أنها حامل أو سود أنامل العبد أو ثوبه يوم أنه كاتب أو حداد أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقته ظن أنها كثيرة اللبن لم يكن له خيار لأن هذا لا يمين للجهة التي ظنها فان امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرها وسواد أنامل العبد قد يكون لولع بالدواة أو لكونه شارعاً في الكتابة أو غلاماً لكاتب فعمله على أنه كاتب من باب الطمع فلا يثبت خياراً

(فصل) وإذا أراد امساك المدلس وأخذ الارش لم يكن له أرش لأن النبي ﷺ لم يجعل له في المصراة ارشاً وأما خيره في شيئين قال « ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعاً من تمر » ولأن المدلس ليس بيب فلم يستحق من أجله عوضاً وان تعذر عليه الرد بتأف فعلية الثمن لانه تعذر عليه

قدر كل واحد منهما ، ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فان العقد يبطل في أظهر الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب نهي وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وههنا ما ارتكب نهيًا ولا يجعل هذا طريقاً إلى فعل المحرم ، وفيه

الرد فيما لا أُرش له فأشبهه غير المدلس وان تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أُرش العيب عنده وأخذ الثمن وان شاء أمسك ولا شيء له وان علم بالتدليس فتصرف في المبيع بطل رده كما لو تصرف في المبيع العيب وان آخر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخر رد العيب على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا اشترى أمة نبيياً فأصابها أو استغلما ثم ظهر على عيب كان خيراً بين أن يردها وبأخذ الثمن كاملاً لأز الخراج بالضمان والوطء كالخدمة وبين أن يأخذ ما بين الصحة والعيب)

في هذه المسئلة فصول خمسة : (أحدها) أن من علم بسلته عيباً لم يجوز بيعها حتى يبينه للشري فان لم يبينه فهو آثم عاص نص عليه أحمد لما روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «اليمان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما وان كذبا وكما بحق بركة بيعها» متفق عليه وقال عليه السلام «المسلم أخو المسلم لا يبل المسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه له» وقال «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تنزل الملائكة تلغنه» رواهما ابن ماجه وروى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من غشنا فليس منا» وقال هذا حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم كرهوا الغش وقالوا هو حرام ، فان باعه ولم يبينه فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي بكر عبدالعزيز أن البيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التصرية وصحح البيع ، وقد روي عن أبي بكر أنه قيل له ما تقول في المصراة؟ فذكر جواباً

(الفصل الثاني) أنه متى علم بالبيع عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار بين الامسك والفسخ سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم لانه بين أهل العلم في هذا خلافاً واثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب ولان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه اشترى مملوكاً فكتب «هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من الداء بن خالد اشترى منه عبداً أو أمة لاداء به ولا غائلة بيع المسلم المسلم» فثبت ان بيع المسلم اقتضى السلامة ولان الاصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر فمعد الاطلاق يحمل عليها فتى فانت فانت بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالمعوض وكان له الرد واخذ الثمن كاملاً

(فصل) خيار الرد بالعيب على التراخي فتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ذكره ابو الخطاب ، وذكر القاضي شيئاً يدل على ان فيه روايتين (أحدها) هو على التراخي (والثانية) هو على الفور وهو مذهب الشافعي فتى علم العيب فأخر رده مع امكانه بطل خياره

رواية أخرى أنه يبطل ذكرها أبو الخطاب كالمسئلة التي قبلها ، والصحيح الاولى وقد ذكرنا الفرق بينهما ، وقال القاضي : ان كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسبح بنصيبك لصاحبك ، فان فعل أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع ، وان

لانه يدل على الرضا به فأسقط خياره كالتصرف فيه، ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص ولا نسلم دلالة الامساك على الرضا به

(الفصل الثالث) أنه لا يخلو المبيع من ان يكون بحاله فانه يردده ويأخذ رأس ماله أو يتون قد زاد بعد العقد أو جعلت له فائدة فذلك قسمان (أحدهما) أن تكون الزيادة منصبة كالمسمن والكبير والتعلم والحمل قبل الوضع والثمرة قبل التأبير فانه يرددها بنائها لانه يتبع في العقود والفسوخ (القسم الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان (أحدهما) أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب وهو معنى قوله أو استغلها يعني أخذ غلتها وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالخدمة والاجرة والكسب، وكذلك ما يوهب أو يوصى له به فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه لان العبد لو هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله عليه السلام «الحراج بالضمان» ولا نعلم في هذا خلافاً، وقد روى ابن ماجه عن هشام بن عمار عن مسلم بن خالد عن همام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فردده فقال يارسول الله انه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الحراج بالضمان» ورواه أبو داود والشافعي ورواه سعيد في سننه عن مسلم بهذا الاسناد وقال فيه «الغلة بالضمان» وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم (النوع الثاني) أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضاً ويرد الاصل دونها وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ان كان الثاء ثمرة لم يرددها وان كان ولداً رده معها لان الرد حكم فسرى الى ولدها كالكتابة، وقال أبو حنيفة النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لانه لا يمكن رد الاصل بدونه لانه من موجه فلا يرفع العقد مع بقاء موجهه ولا يمكن رده معه لانه لم يتناوله العقد. ولنا أنه حادث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولانه منفسل فجاز رد الاصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك، وقولهم ان الثاء موجب العقد غير صحيح انما موجه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد الى البائع بالفسخ، وقول مالك لا يصح لان الولد ليس بجميع فلا يمكن رده بحكم رد الام ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما فانه لا يسري الى الولد بوجوده في الام وان كان قد نقص فهذا نذكر حكمه ان شاء الله تعالى

(الفصل الرابع) إن كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها وليس معها شيء، وروي ذلك عن زيد بن ثابت وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان بن عيسى وعن أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق لان الوطء مجري مجرى الجنابة لانه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكرأ، وقال شريح والنخعي وسميد بن المسيب وابن أبي ليلى يرددها معها وأرضوا. واختلفوا فيه فقال شريح والنخعي نصف عشر ثمنها وقال الشعبي حكومة وقال ابن المسيب عشرة دنانير وقال ابن أبي ليلى مهر مثلها وحكي نحو قوله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره

امتعا فسختنا العقد لتعذر وصول كل واحد منها الى قدر حقه، وان اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري اسمح بنصيبك لان الثمر كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والا فسخ البيع وهذا مذهب الشافعي، وقال ابن عقيل:

ابن أبي موسى رواية عن أحمد لانه إذا فسخ صار واطئا في ملك الغير لكون الفسخ رفعا للعقد من أصله . ولنا أنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالمغيب فلا يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج وما قالوه يبطل بوطء الزوج ووطء البكر ينقص ثمنها ، وقولهم يكون واطئا في ملك الغير ليس بصحيح لان الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله بدليل أنه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون ووطؤه في ملكه

(فصل) ولو اشترى مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه ، فان زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالمغيب فان كان ذلك التكاك باقيا فهو عيب حادث وان كان قد زال فحكمه حكم ووطء السيد ، وقد استحسنت أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الاخرى اذ لا فرق بين هذا وبين ووطء السيد ، وان زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيبا بكل حال لانه لزمها حكم الزنا في يد المشتري

(الفصل الخامس) أنه اذا اختار المشتري امساك المغيب وأخذ الارش فله ذلك وهذا قول اسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له إلا الامساك أو الرد وليس له أرش الا أن يتعذر رد المبيع لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصراة الخيار بين الامساك من غير أرش أو الرد ولانه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالذي له الخيار

ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الارش كما لو تعيب عنده ولانه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بموضه كما لو اشترى عشرة أفقزة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فاما المصراة فليس فيها عيب وانما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ولذلك لا يستحق أرشا اذا امتنع الرد عليه . اذا ثبت هذا فعنى أرش العيب أن يقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا فيؤخذ قسط ما ينهها من الثمن فنسبته الى الثمن نسبة القضان بالمغيب من القيمة ، مثاله أن يقوم المغيب صحيحا بعشرة ومعيبا بتسعة والثمن خمسة عشرة فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف وعلته ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه فقوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قبله من الثمن أيضا ولاننا لو ضمناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما اذا اشترى شيئا بنصف قيمته فوجد به عيبا ينقصه نصف قيمته مثل أن يشريه بعشرة وقيمه عشرون فوجد به عيبا ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه وهذا معنى قول الحرقي أو يأخذ ما بين الصحة والعيب وقد نص أحمد على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصري فقال يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد هذا أحسن ما سمعت

(مسئلة) قال (وان كانت بكرة فأراد ردها كان عليه ما نقتصها)

أجل هذا قول لبعض أصحابنا قانني لم أجده معزيا الى أحمد ، والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لأحمد ولو اشترى خنطة فاتالت عليها أخرى لم يفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة يحدث معها أخرى على ما ذكرناه

يعني الامة البكر إذا وطئها المشتري ثم ظهر على عيب فردها كان عليه أن يرد معها أرض النقص وعن أحمد في جواز ردها روايتان احدهما لا يردّها ويأخذ أرض العيب وبه قال ابن سيرين والزهري والثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق قال ابن أبي موسى وهو الصحيح عن احمد، والرواية الثانية يردّها ويرد معها شيئاً وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكرة عشرة وثمناً ثمانية رد دينارين لانه بفسخ العقد يصير مضموناً عليه بقيمته بخلاف أرض العيب الذي يأخذه المشتري وهذا قول مالك وأبي ثور، وقال شريح والنخعي يرد عشر ثمنها، وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير وما قلناه أولى ان شاء الله تعالى، واحتج من منع ردها بأن الوطء نقص عنها وقيمتها فلم يملك ردها كولو اشترى عبداً فخصاه فنقصت قيمته. ولنا أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلام فأثبت الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض

(فصل) وكل مبيع كان معيماً ثم حدث به عند المشتري عيب آخر قبل علمه بالاول فمن أحمد رحمه الله فيه روايتان (احدهما) ليس له الرد وله أرض العيب القديم وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن ابن سيرين والزهري والشعبي لان الرد ثبت لازالة الضرر وفي الرد على البائع اضرار به ولا يزال الضرر بالضرر (والثانية) له الرد ويرد أرض العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وان شاء أمسكه وله الارش وبهذا قال مالك واسحاق وقال النخعي وحماد ابن أبي سليمان يردّه ونقصان العيب، وقال الحكم يردّه لم يذكر معه شيئاً

ولنا حديث المصراة فان النبي ﷺ أمر بردّها بعد حلها ورد عوض لبنها واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضي الله عنه قضى في الثوب اذا كان به عوار يردّه وان كان قد لبسه، ولانه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه وبين أخذ أرض العيب القديم كولو كان حدوته لاستلام المبيع ولان العيين قد استويا والبائع قد دنس به والمشتري لم يبدل فكان رعاية جانبه أولى ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسئلة اجماع ولا نص، والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكره أصل فيبقى الجواز بحاله، اذا ثبت هذا فانه يرد أرض العيب الحادث عنده لان المبيع بمجملته مضمون عليه فكذلك أجزاءه، وان زال العيب الحادث عند المشتري رده ولا أرض معه على كلتا الروايتين وبه قال الشافعي لانه زال المانع مع قيام السبب المقتضي للرد فثبت حكمه، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيباً فاحمل عيب في الأدميات دون غيرها لانه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فان ولدت فالولد للمشتري وان نقصتها الولادة فذلك عيب أيضاً وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها لانه زال العيب، وان كان ولدها باقياً لم يكن له ردها دون ولدها لان ذلك تفريق بينهما وهو محرم، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائله انه الفسخ فيها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي ولانه موضع حاجة فأشبهه ما لو ولدت حراً

(فصل) فان اشترى عربة فتركها حتى أمّرت بطل البيع وهذا قول الحرقي، وعن أحمد أنه لا يبطل وهو قول الشافعي لان كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت ثمراً كثيراً الثرية، وكما لو قطها وتركها عنده حتى أمّرت

فانه يجوز بيعها دون ولدها. ولنا عموم قول النبي ﷺ «من فرق بين والده وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ولانه أمكن دفع الضرر بأخذ الارش أو برد ولدها معها فلم يحز ارتكاب منهي الشرع بالتفريق بينهما كما لو أراد الافالة فيها دون ولدها ، وقولهم ان الحاجة داعية اليه قلنا قد اندفعت الحاجة بأخذ الارش أما إذا ولدت حراً فلا سبيل الى بيعه معها بحال ، ولو كان المبيع حيوانا غير الآدمي فحدث به حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالمعيب لانه زيادة وان علم بالمعيب بعد الوضع ولم تنقصه الولادة فله امساك الولد ورد الام لان التفريق بينهما جائز ولا فرق بين حملها قبل القبض أو بعده ، ولو اشراها حاملا فولدت عنده ثم اطلع على العيب فردها رد الولد معها لانه من جملة المبيع والزيادة فيه مائة متصل بالمبيع فأشبه ما لو سمت الشاة فان تلف الولد فهو كتعييب المبيع عنده فان قلنا له الرد فعليه قيمته ان اختار رد الام ، وعن أحمد أنه لا قيمة عليه للولد وحمله القاضي على أن البائع دلس العيب، وان نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة، ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له وهذا أحد القولين للشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري فلا يلزمه رده ان كان بأقيا ولا قيمته ان كان تالفا والاول هو الصحيح وعليه العمل ان شاء الله تعالى

(فصل) وان كان المبيع كاتباً أو صانماً فبني ذلك عند المشتري ثم وجد به عيباً فذلك عيب حادث عند المشتري حكمه حكم غيره من العيوب وعن أحمد يردده ولا يرد منه شيئاً وعلاه القاضي بأنه ليس بنقص في العين ويمكن عوده بالتذكر قال : وعلى هذا لو كان سنيماً فهنزل والقياس ما ذكرناه فان الصياغة والكتابة متقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع فأشبهت الأعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وامكان العود منقبض بالسن والبصر والحمل ولعل ما روي عن أحمد أراد به إذا دلس البائع العيب

(فصل) وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد فان كان المبيع من ضمانه فحكمه حكم العيب القديم وان كان من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري ولا يثبت به خيار وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع إلا في الجنون والجذام والبرص فان ظهر الى سنة ثبت الخيار لماروى الحسن عن عقبة أن النبي ﷺ جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام وانه اجماع أهل المدينة ولان الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر . ولنا أنه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع أو مابعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال الامام أحمد : ليس فيه حديث صحيح، وقال ابن المنذر لا يثبت في المهدة حديث صحيح والحسن لم يبق عقبة واجماع أهل المدينة ليس بحجة والداء الكامن لا عبرة به وإنما النقص بما ظهر لا بما كمن

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يأكلها رطباً » ولان شراءها إنما جاز للحاجة الى أكل الرطب فاذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ولا فرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته اليها وتركها لعذر أو لعذر للخبر ، ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأتمرت أو شمسها حتى صارت تمرأ

﴿مسئلة﴾ قال (الا أن يكون البائع تدلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملاً وكذلك سائر المبيع)

معنى تدلس العيب أي كتمه عن المشتري مع علمه به أو غطاء عنه بما يوهم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكان البائع يستر العيب وكتماه جملة في ظلمة تخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به وسواء في هذا ما علم به فكتمه وما ستره فكلاهما تدليس حرام على ما بيناه فإذا فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملاً ولا أرض عليه سواء كان الحادث بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل أن يجني عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والابق أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه سواء كان ناقصاً للمبيع أو مذهباً لجميعه. قال أحمد في رحل اشترى عبداً فأبق من يده وأقام البينة ان اباقه كان موجوداً في يد البائع يرجع به على البائع بجميع الثمن الذي أخذ منه لانه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان وهذا يحكى عن الحكم ومالك لانه غره فيرجع عليه كما لو غره بحرية أمة وظاهر حديث المصراة يدل على أن ما حدث في يد المشتري مضمون عليه سواء تدلس البائع العيب أو لم يدلسه فان التصرية تدليس ولم يسقط عن المشتري ضمان اللبن بل ضمنه بصاع من العر مع كونه قد نهى عن التصرية وقال «يسع المحفلات خلافة ولا تحمل الخلافة لمسلم» وقول النبي ﷺ «الحراج بالضمان» يدل على أن من له الحراج فعليه الضمان لكونه جمل الضمان علة لوجوب الحراج له فلو كان ضمانه على البائع لسكان الحراج له لوجود علمه ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولا نعلم في هذا نصاً ولا إجماعاً والقياس إنما يكون على أصل ولا نعلم لهذا أصلاً ولا يشبه هذا التعبير بحرية الأمة في النكاح لانه يرجع على من غره وان لم يكن سيد الأمة وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء.

(فصل) في معرفة العيوب وهي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً، والمرجع في ذلك الى العادة في عرف أهل هذا الشأن وهم التجار، فالعيوب في الحلقة كالجنون والجذام والبرص والعمى والعمود والدرج والعقل والقرن والعتق والرتق والقرع والصمم والطرش والحرس وسائر المرض والاصبع الزائدة والناقصة والحول والحوص والسبل وهو زيادة في الاجفان والتخثيث وكونه خثني والخصاء والنزوح في الأمة والبخر فيها، وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشتري ولها زوج أنه عيب وكذلك الدين في رقبة العبد اذا كان السيد مسعراً، والجنابة الموجبة للفقود لان الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجنابة والبيع في الدين ومستحقة للاتلاف بالقصاص، والزنا والبخر عيب في العبد والأمة جميعاً، وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس ذلك بعيب في العبد لانه لا يراد للفراش والاستمتاع به بخلاف الأمة ولنا أن ذلك ينقص قيمته ومالته فانه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده

جاز لانه قد أخذها، فان أخذ بمضها رطباً وترك باقيها حتى أتم فهل يبطل البيع فيما أتم؟ على وجهين (مسئلة) (وإذا اشتد الحب وبدا الصلاح في الثمر جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية، والمشتري تبقيته إلى الحصاد والجزاز)

على عائلته وحرمة والبحر يؤذي سيده ومن جالسه وخاطبه أو ساره ، وأما السرقة والاباق والبول في الفراش فهي عيوب في الكبير الذي جاوز العشر، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده ، وقال الثوري واسحاق ليس بعيب فيه حتى يحتمل لان الاحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحدود ويبلغه فكذلك هذا، ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في باطنه والسرقة والاباق لحث في طبعه وحد ذلك بالمشتر لا امر النبي ﷺ بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها والتفريق بينهم في المضاجع لبلوغها فامان دون ذلك فتكون هذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته وكذلك ان كان العبد يشرب الخمر أو يسكر من التبيذ نص عليه أحمد لانه يوجب عليه الحد فهو كالزنا وكذلك الحلق الشديد والاستطالة على الناس لانه يحتاج الى التأديب وربما تكرر فافضى الى تلفه، ولا يكون عيباً إلا في الكبير دون الصغير لانه منسوب الى فعله، وعدم الحثان ليس بعيب في الصغير لانه لم يفترق وقتها ولا في الامة الكبيرة وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لانه زيادة ألم فأشبهت العبد ، ولنا أنه ليس بواجب في حقها والالم فيه سير لا يجنسى منه التلف بخلاف العبد الكبير فأما العبد الكبير فان كان مجلوباً من الكفار فليس ذلك بعيب فيه لان العادة أنهم لا يختنون فصار ذلك معلوماً عند المشتري فهو كذئبهم وان كان مسلماً مولداً فهو عيب فيه لانه يجنسى عليه منه وهو خلاف العادة .

(فصل) والثبوة ليست عيباً لان الغالب على الجوارى الثبوة فالاطلاق لا يقتضي خلافها، وكونها محرمة على المشتري بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل ما يوجب خلافاً في المالية ولا نقصاً وإنما التحريم مختص به وكذلك الاحرام والصيام لانهما يزولان قريباً ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم لهما مخالفاً وكذلك عدة البائن وأما عدة الرجعية فهي عيب لان الرجعية زوجة ولا يؤمن ارتجاعها لمعرفة الغناء والحجامة ليست بعيب وحكي عن مالك في الجارية المغنية أن ذلك عيب فيها لأن الغناء محرم ، ولنا أن هذا ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فلم يكن عيباً كالصناعة ولا نسلم ان الغناء محرم وان سلمناه فالمحرم استعماله لا معرفته، والسر ليس بعيب وكان شريح يرد به، ولنا أنه ليس بنقص وعمله باحدى يديه يقوم مقام عمله بالآخرى ، والكفر ليس بعيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب لانه نقص بدليل قول الله تعالى (وابد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم)

ولنا أن العيب يكون فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكفر فالاطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضي كون الكافر عيباً كما أن المتقي خير من غيره قال الله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدم ذلك عيباً ، وكونه ولد زنا ليس بعيب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لانها تراد للافتراش بخلاف العبد ، ولنا أن النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفين بالنسب ، وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الحبز أو نحو هذا ليس بعيب لان هذه حرفة فلم يكن فواتها عيباً كسائر الصنائع، وكونها لا تحيض ليس بعيب

إذا بدأ صلاح الثمرة جاز بيعها مطلقاً وبشرط القطع وبشرط التبقية وهو قول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بشرط التبقية إلا أن محمداً قال: إذا تناهى عظمها جاز واحتجوا بان هذا شرط للاتفاق بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كما لو اشترط تبقية الطعام في كندوجه

وقال الشافعي هو عيب اذا كان اكبر لان من لا تحيض لا تحمل ، ولنا ان الاطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيباً كما لو كان لغير الكبر .

(فصل) وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يمدفده عيباً صح اشتراطه وصارت مستحقة بثبت له خيار الفسخ عند عدمها مثل أن يشترط مسلماً فبين كافر أو يشترط الامة بكراً أو جمدة أو طبخة أو ذات صنعة أو لبن أو انها تحيض أو بشرط في الدابة أنها هملجة أو في الفهد أنه صيود وما أشبه. هذا فتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ والرجوع بالثمن أو الرضا به ولا شيء له لانهم بينهم في هذا خلافاً لانه شرط وصفا مرغوباً فيه فصار بالشرط مستحقاً

فاما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشترطها سبطة فبانت جمدة أو جاهلة فبانت عالمة فلا خيار له لانه زاده خيراً ، وان شرطها كافرة فبانت مسلمة أو ثيباً فبانت بكرأ فله الخيار لان فيه قصداً صحيحاً وهو أن طالب الكافرة أكثر لصلاحيتها للمسلمين وغيرهم أو ليستريح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو لبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقيل لا خيار له لان هذين زيادة ، وهو قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر وليس هذا ببعيد فانه ممكن والاشتراط يدل عليه فيصير بالدليل قريباً ، وان شرط الشاة لبوناً صح وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لانه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه .

ولنا أنه أمر مقصود يتحقق في الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن فصح اشتراطه كالصناعة في الامة والهداية في الدابة وإعالم لم يجز بيعه مفرداً للجهاالة والجهالة تسمق فيما كان بيعاً وكذلك لو اشترى بغير شرط صح بيعها معه وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى في التمر معه وإن لم يجز بيعها مفردين وإن شرط أنها تحلب كل يوم قدرأ معلوماً لم يصح لتعذر الوفاء به لأن اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه ، وان شرطها غزيرة اللبن صح لانه يمكن الوفاء به وان شرطها حاملاً صح ، وقال القاضي قياس المذهب أنه لا يصح لان الحمل لا حكم له ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ربح .

ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا وقد بينا فيما قبل أن للحمل حكماً ولذلك حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الدية بأربعين خلفه في بطونها أولادها ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسييات وجعل الله تعالى عدة الحامل وضع حملها وأرخص لها الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من الاقتصاص منها واقامة الحد عليها من أجل حملها وظاهر الحديث الروي في اللعان يدل على أنه لا عنها في حال حملها فاتفق عنه ولدها، وإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجهاً واحداً لانه لا يمكن الوفاء به، وان شرط أنها لا تحمل لم يصح الشرط لانه لا يمكن الوفاء به ، وقال مالك لا يصح في المرتفات ويصح في غيرهن ، ولنا أنه باعياً

ولنا أن نهي النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها يدل بمفهومه على إباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم ببيعها بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا يكون في ذكره فائدة، ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة

بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وان شرطها حائلاً فبانت حاملاً فان كان ذلك في الامة فهو عيب يثبت الفسخ به وان كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسحاً ويحتمل أن يستحق لانه قد يريد لها لسفر أو حمل شيء لا يتمكن منه مع الحمل ، وان شرط البيض في الدجاجة فقد قيل لا يصح لانه لا علم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم ، والاولى أنه يصح لانه يعرف بالعادة فأشبهه اشراط الشاة لبونا ، وان اشترط الهزار أو القمري مصوناً فقال بهض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لان سياح الطير يجوز أن يوجد ويجوز ان لا يوجد والاولى جوازه لان فيه مقصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه فأشبهه الهماجة في الدابة والصيد في الفهد ، وان شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة ذكرها فقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لان فيه تعديلاً للحيوان والتقصده منه غير صحيح وقال أبو الخطاب يصح لان هذه عادة مستمرة وفيه قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب فجرى مجرى الصيد في الفهد والهامة في الدابة ، وان شرط في الجارية أنها مغنية لم يصح لان الغناء مذموم في الشرع فلم يصح اشراطه كالزنا ، وان شرط في الكلب كونه نطاحاً وفي الديك كونه مقاتلاً لم يصح الشرط لانه منهي عنه في الشرع فجرى مجرى الغناء في الجارية ، وان شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح لانه لا يمكن الوفاء به وان شرط كونه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى اشراط التصويت في القمري على ما ذكرنا

(فصل) ولا يفترق الرد بالعيب الى رضا البائع ولا حضوره ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه أو حكم حاكم لان ملكه قد تم على الثمن فلا يزول الا برضاه ، ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفترق إلى رضا صاحبه ولا حضوره كاطلاق ولانه مستحق الرد بالعيب فلا يفترق إلى رضا صاحبه كقبول القبض

﴿مسئلة﴾ قال (ولو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (منها) أنه إذا اشترى معيماً فباعه سقط رده لانه قد زال ملكه عنه فان عاد اليه فأراد رده بالعيب الاول نظرنا فان كان باعه عالماً بالعيب أو وجد منه ما يدل على رضاه به فليس له رده لان تصرفه رضا بالعيب وان لم يكن علم بالعيب فله رده على بائعه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس له رده الا ان يكون المشتري فسحاً بحكم الحاكم لانه سقط حقه من الرد ببيعه فأشبهه مالو علم ببيعه ، ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك كما لو فسح الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه وانما امتنع لعجزه عن رده فاذا عاد اليه زال المانم فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لغيبه البائع أو لمعنى سواء وسواء رجع الى المشتري الاول بالعيب

حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة ، وتعليه بأمن العاهة يدل على التبقية لان ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه ، واذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة فيجب أن يجوز بيعه بمقضى لزوال علة المنع ، ولان النقل والتحويل يجب في الممتنع بحكم العرف ، فاذا شرطه جاز كما لو اشترط نقل الطعام من ملك البائع حسب

الاول أو باقالة أو هبة أو شراء ثمان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي إن رجع بغير الفسخ بالميب الاول ففيه وجهان (أحدهما) ليس له رده لأنه استدرك ظلامته بيبه ولم يزل بفسخه ، ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وإنما امتنع لتمذره بزوال ملكه فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالميب ، فملى هذا إذا باعها المشتري لبائعها الاول فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الاول فله الرد على البائع الثاني ثم لثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمنين فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر

(الفصل الثاني) انه اذا باع الميب ثم أراد أخذ ارشه فظاهر كلام الحرقي أنه لا ارش له سواء باعه علما بيبه أو غير عالم ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان امتناع الرد كان بفعله فأشبهه ما لو أتلف المبيع ولانه قد استدرك ظلامته بيبه فلم يكن له ارش كما لو زال العيب ، وقال القاضي ان باعه مع علمه بالميب فلا ارش له لرضاه به معيياً ، وإن باعه غير عالم بالميب فله الارش نص عليه أحمد لان البائم لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضا به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه وقياس المذهب أن له الارش بكل حال سواء باعه علما بيبه أو جاهلا به لاتنا خيرناه ابتداء بين رده وإمساكه وأخذ الارش فيبيع والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ولان الارش عوض الجزء الغائب من المبيع فلم يسقط بيبه ولا رضاه كما لو باعه عشرة أفقرة وسلم اليه تسعة فباعها المشتري وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح فان ظلامته من البائع ولم يستدركها منه وإنما ظلم المشتري فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب عن أحمد في رجوع بائع الميب بالارش روايتين من غير تفريق بين علم البائع بالميب وجهله به وعلى قول من قال لا يستحق الارش فإذا علم به المشتري الثاني فرد به أو أخذ أرشه منه فللاول أخذ أرشه ، وهو قول الشافعي اذا امتنع على المشتري الثاني رده بيب حدث عنده لانه لم يستدرك ظلامته وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة الميب من الثمن الذي اشتراه به على ما ذكرناه فيما تقدم

(الفصل الثالث) اذا باع المشتري بعض الميب ثم ظهر على عيب فله الارش لما بقي في يده من المبيع وفي الارش لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما اذا باع الجميع ، وان أراد رد الباقي بحصته من الثمن فالذي ذكره الحرقي ههنا أن له ذلك وقد نص عليه أحمد ، والصحيح أنه ان كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصهما التفريق كصراعي باب وزوجي خف أنه لا يملك الرد لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الاتفاع بها على الكمال كإباحة الوطء والاستخدام وبهذا قال شريح والشعبي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضوع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق انه لا يجوز رد إحداها دون الأخرى لما فيه من الضرر ، وفيما لو اشترى معيياً فتعيب عنده انه لا يملك رده إلا ان يرد ارش العيب الحادث عنده فلا يجوز ان يرد في مسئلتنا معيياً بيب الشركة او نقص القيمة بغير شيء إلا ان يكون الحرقي اراد ما إذا دلس البائع

العادة وفي هذا انفصال عما ذكره ، وكذلك اذا اشتد الحب يجوز بيعه كذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث « حتى يبيض » فجعل ذلك غاية للنوع من بيعه فيدل على الجواز بعده ، وفي رواية نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد ، ولانه اذا اشتد حبه بدأ صلاحه فصارك كالمرة اذا بدأ صلاحها

المبيع فان ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من المبيع على ما ذكرنا فيما مضى، وإن كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق فباع إحداهما ثم وجد بالآخرى عيباً أو علم أنها كانتا مبيعيتين فهل له رد الباقي في ملكه؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة، وقال القاضي المسئلة مبنية على تفريق الصفقة سواء كان المبيع عينا واحدة أو عينين والتفصيل الذي ذكرنا أولى

(فصل) وإن اشترى عينين فوجد باحدهما عيباً وكانا مما لا ينقصهما التفريق أو مما لا يجوز التفريق بينهما كالولد مع أمه فليس له إلا ردهما جميعاً أو امسكهما وأخذ الارش وإن لم يكونا كذلك ففيها روايتان (احدهما) ليس له إلا ردهما أو أخذ الارش مع امسكهما وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض لأن الرد ببعض الصفقة من المشتري فلم يكن له ذلك كما لو كانا مما ينقصه التفريق (والثانية) له رد المبيع وامسك الصحيح وهذا قول الحارث العكلي والاوزاعي واسحاق وهو قول أبي حنيفة فيما بعد القبض لأنه رد المبيع على وجه لا ضرر فيه على البائع فجاز كالورد لجميع وفارق ما ينقص بالتفريق فإن فيه ضرراً، وإن تلف أحد الميعين أو تعيب أو وجد بالآخر أو بهما عيباً فأراد رده فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف، وإن اختلفا في قيمة التالف فالتالف قول المشتري مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولأنه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يعرّمه فهو بمنزلة المستعير والناسب، فأما إن كان الميعان باقنين معيين لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده فأراد رد أحدهما دون الآخر فقال القاضي ليس له ذلك ولم يذكر فيه سوى المنع من رد أحدهما والقياس أنها كالتى قبلها إذ لو كان امسك أحدهما مانعاً من الرد فيها إذا كانا معيين لمنع منه إذا كان صحيحاً

(فصل) إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً أو اشترط الخيار ففرضي أحدهما ففيه روايتان عن أحمد حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى (احدهما) لمن لم يرض القسح وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد وهو إحدى الروايتين عن مالك (والأخرى) لا يجوز له رده وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور لأن المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقق فاذا رده مشتركاً رده ناقصاً أشبه ما لو تعيب عنده. ووجه الأولى أنه رد جميع ما ملكه بالتفريق فجاز كما لو انقرد بشرائه، والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع لأنه باع كل واحد منهما نصفها فخرجت عن ملك البائع مشقصة بخلاف المبيع الحادث (فصل) وإذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لأنه لو رد وحده تشققت السلعة على البائع فتضرر بذلك وإنما أخرجها عن ملكه إلى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها إليه مشقصة بخلاف المسئلة التي قبلها فإن عقد الواحد مع الاثنان عقدان فكانه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه وههنا بخلافه

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده معيباً فله رده عايباً فإن كان أحدهما غالباً رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم، ولو كان أحدهما باع العين

وإذا اشتد بهض حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة

﴿مسئلة﴾ (ويلزم البائع سقيه إن احتاج إلى ذلك لأنه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة)

وذلك يكون بالسقي فإن قيل فلم قلتم إنه إذا باع الأصل وفيه ثمرة للبايع لا يلزم المشتري سقيها

كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء أكان الحاضر الوكيل أو الموكل نص أحمد علي قريب من هذا فان أراد رد نصيب أحدهما وامسك نصيب الآخر جاز لانه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص لان المبيع كان مشقوعاً قبل البيع

(فصل) فان اشترى حلي فضة بوزنه دوام فوجده معيباً فله رده وليس له أخذ الارش لافضائه الى التفاضل فيما يجب البائل فيه فان حدث به عيب عند المشتري فعلى إحدى الروايتين برده ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه ، وقال القاضي لا يجوز له رده لافضائه الى التفاضل فلا يصح لان الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة وإنما يدفع الارش عوضاً عن العيب الحادث عنده بمنزلة مالو حتى عاينه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه وعلى الرواية الاخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلي لانه لم يمكن اهلاك العيب ولا أخذ الارش ولا أصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين ، وان تلف الحلي فانه يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن فان تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ ، وعندي أن الحاكم اذا فسخ وجب رد الحلي وأرش ناقصه كما قلنا فيما اذا فسخ المشتري على الرواية الاخرى ، وإنما يرجع الى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز وليس في رده ورد أرشه تفاضل لان المعاوضة زالت بالفسخ فلم يبق له مقابل وإنما هذا الارش بمنزلة أرش الجناية عليه ، ولان قيمته اذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لان قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك الا أن يأخذ قيمته من غير جنسه ، ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيباً بنقص قيمته دون كيله لم يملك أخذ أرشه لثلاثي يفضي الى التفاضل ، والحكم فيه على ما ذكرناه في الحلي بالدرهم

﴿ مسألة ﴾ قال (وان ظهر على عيب بعد اعتاقه لها أو موتها في ملكه فله الارش)

وجملته أنه اذا زال ملك المشتري عن المبيع بعنق أو وقف أو موت أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاء ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة لا ارش له لانه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع لنا فيه منع ومع تسليمه فانه استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فمن أحد فيها روايتان (إحداهما) أنها كالبيع لانه لم ينش من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه (والثانية) له الارش وهي أولى ولم يذكر القاضي غيرها لانه ما استدرك ظلامته فأشبهه مالو وقفه ، وامكان الرد ليس يمنع من أخذ الارش عندنا بديل ما قبل الهبة ، وان أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجع بأرشه وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لانه أهلك العين فأشبهه مالو قتل العبد . ولنا أنه ما استدرك ظلامته ولا رضي بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وان فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب ففهم كلام الحرفي أنه لا أرش له وهو

قلنا لان المشتري ليس عليه تسليم الثمرة لان البائنه لم يملكها من جهته ، وإنما بقي ملكه عليها بخلاف مسئلتنا ، فان امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه لانه دخل على ذلك

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة يبعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام والحسن البصري وأبي

مذهب أبي حنيفة والشافعي وهو قياس قول القاضي اقله فيمن باع المبيع عالماً بعيبه ليس له أرش لانه رضي به معيماً بتصرفه فيه مع علمه بعيبه ، وقياس المذهب أن له الارش لان له امسك المبيع والمطالبة بأرشه وهذا ينزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه ، ولان البائع لم يوفه ما أوجبه المقدفكان له الرجوع بأرشه كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه ولان الارش عوض الجزء الفائت بالعيب فلم يسقط بتصرفه فيما سواه كما لو باعه عشرة أفقزة فأقبضه تسعة فتصرف فيها

(فصل) فان استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لان ذلك لا يدل على الرضا به معيماً وان فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر وكان الحسن وشريح وعبدالله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري وأصحاب الرأي يقولون اذا اشترى سلعة فعرضها على البيع لزمته ، وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً فاما الارش فقال ابن أبي موسى لا يستحقه أيضاً ، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الارش قال احمد أنا اقول : اذا استخدم العبد واراد تقصان العيب فله ذلك ، فاما ان احتلب الابن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لان الابن له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك ان ركب الدابة لينظر سيرها او ليستقيها او ليردها على بائعها ، وان استخدم الامة ليجتريها او لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لان ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، وان استخدمها لغير ذلك استخداماً كثيراً بطل رده ، فان كانت بسيرة لا تختص الملك لم يبطل الخيار ، قيل لأحمد ان هؤلاء يقولون اذا اشترى عبداً فوجده معيماً فاستخدمه بأن يقول فاولني هذا الثوب يعني بطل خياره فأنكر ذلك وقال من قال هذا او من اين اخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين ، وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان وكذلك يخرج هنا

(فصل) وان أبق العبد ثم علم عيبه فله اخذ أرشه فان اخذه ثم قدر على العبد فان لم يكن معروف الا باق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد ارش العيب الحادث عنده والارش الذي اخذه على روايتين ، وان كان أبقاً فله رده وما اخذه من الارش واخذ منه ، وقال الثوري والشافعي ليس للمشتري أخذ أرشه سواء قدر على رده او عجز عنه إلا ان يهلك لانه لم يباش من رده فهو كما لو باعه ، ولنا انه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلما فيه فكان له ارشه كما لو اعتقه وفي البيع استدرك ظلما منه بخلاف ما سلمنا (فصل) واذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً فأخذ أرشه فهو له ، وعن احمد رواية اخرى انه يجعله في الرقاب وهو قول الشافعي لانه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع اليه شيء من بدلها ، ولنا ان العنق اما صادف الرقبة المعيبة والجزء الذي اخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً ولان الارش ليس بدلا عن العبد اما هو جزء من الثمن جعل مقابلاً للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن فكأنه لم يصح العقد فيه ولهذا رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد وكلام احمد في الرواية الاخرى يحمل على استحباب ذلك لاعلى وجوبه قال القاضي انما الروايتان فيما

حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأوسمة لانه تبع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الارض ولم يقبضه . ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز بيعه كما لو قطعه ، وقولهم لم يقبضه ممنوع فان قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التحلية وقد وجدت

إذا اعتقه عن كفارته لأنه إذا اعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع إليه بشيء من بدلها كالكتاب إذا أدى من كتابته شيئاً. ولنا أنه ارش عبد اعتقه فكان له كما لو تبرع بعتقه

(مسئلة) قال (فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده حلف المشتري وكان له الرد أو الارش)

وجلة ذلك أن المتبايعين إذا اختلفا في العيب هل كان في الميسم قبل العقد أو حدث عند المشتري؟ لم يخل من قسمين (أحدهما) أن لا يحتمل إلا قول أحدهما كالاصح الزائدة والشجة التمدلة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً فالقول قول من يدعي ذلك بغير بين لا تنا نعلم صدقه وكذب خصمه فلا حاجة إلى استحلانته (والثاني) أن يحتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان (أحدهما) القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار لأن الاصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض البيع (والثانية) القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن أجاب أنني بعته بريئاً من العيب حلف على ذلك، وإن أجاب بأنه لا يستحق علي ما يدعيه من الرد حلف على ذلك، ويمينه على البت لا على نفي العلم، لأن الايمان كلها على البت لا على نفي فعل الغير وهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأن الاصل سلامة المبيع وصحة العقد ولأن المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع وهو ينكره والقول قول المنيكر

(فصل) وإذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان به فله رده على الموكل لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له فإن كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وأنكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل إقراره على موكله بالعيب لأنه أمر يستحق به الرد فيقبل إقرار الوكيل به على موكله كخيار الشرط، وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي لا يقبل إقرار الوكيل بذلك وهو أصح لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالأجنبي، فأذارده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لأنه رده بإقراره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي، فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فتكفل عنها فرد عليه فيكوله فهل له رده على الموكل؟ على وجهين (أحدهما) ليس له رده لأن ذلك يجري مجرى إقراره (والثاني) له رده لأنه يرجع إليه بغير اختيار أشبه ما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري إنما هي ثيب أريت النساء الثقات، ويقبل قول امرأة ثقة فإن وطئها المشتري وقال ما أصبتها بكرأ خرج فيه وجهان بناء على الروايتين فيها إذا اختلفا في العيب الحادث

(فصل) وإن رد المشتري السلعة بعيب فيها فأنكر البائع كونها سلعة فالقول قول البائع مع يمينه وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الاوزاعي فإنه قال فيمن صرف دراهم بدنانيه ثم رجع بدرهم

(مسئلة) (وإن تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع، وعنه إن أتلقت الثلث فصاعداً ضمنه البائع وإلا فلا) كل ما تهلكت الجائحة من الثمر على أصوله قبل أو ان الجزاز من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث وهو قول الشافعي القديم،

فقال الصيرفي ليس هذا درهمي يخاف الصيرفي بالله لقد وفيتك ويبرأ لان البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر لاستحقاق الفسخ والقول قول المتكر ، فأما ان جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته فحكى ابن المنذر عن احمد ان القول قول المشتري وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي لانهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

(مسئلة) قال (وإذا اشترى شيئاً مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسداً فإن لم يكن لمكسوره قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن على البائع وان كان لمكسوره قيمة كجوز الهند فهو مخير في الرد وأخذ الثمن وعليه أرش الكسر أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه)

وجملة ذلك أنه اذا اشترى ما لا يطلع على عيبه الا بكسره كالبطيخ والمان والجوز والبيض وكسره فإن عيبه فقيه روايتان (احدهما) لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لانه ليس من البائع تدليس ولا تفریط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه الا بكسره فخرى مجرى البراءة من العيوب (والثانية) يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة والشافعي لان عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري ، فاذا بان معيباً ثبت له الخيار ، ولان البائع انما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح لانه لم يملكه صحيحاً فلا معنى لاجاب الثمن كله ، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يسلمه بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد . إذا ثبت هذا فان المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والمان الاسود والجوز الحزب والبطيخ التالف رجع بالثمن كله لان هذا تبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع على ما لا تقع فيه ولا يصح بيع ما لا تقع فيه كالخشرات والميتات وليس عليه أن يرد المبيع الى البائع لانه لا فائدة فيه (الثاني) أن يكون مما لمعيبه قيمة كجوز الهند وبيض التعام والبطيخ الذي فيه فم ونحوه فاذا كسره نظرت فان كان كسراً لا يمكن استعمال المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد ارض الكسر وأخذ الثمن وبين اخذ ارض عيبه وهو قسط ما بين صحيحه ومعيبه وهذا ظاهر كلام الحرقي ، وقال القاضي عندي لا ارض عليه لكسره لان ذلك حصل بطريق استعمال العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا تعلم له صحتة من فساده بغير ذلك وهذا قول الشافعي ووجه قول الحرقي أنه قصص لم يمنع الرد فلزم رد ارضه كبن المصراة إذا حلبها والبكر اذا وطئها ، وبهذين الاصلين يبطل ما ذكره فانه لاستعمال العيب ، والبائع سلطه عليه بل هنا أولى لانه تدليس من البائع والتصرية حصلت بتدليسه، وان كان كسراً يمكن استعمال المبيع بدونه الا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله في قول الحرقي وهو قول القاضي أيضاً والمشتري مخير بين رده وأرض الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ ارض العيب وهو لإحدى الروايتين عن أحمد ، والرواية الثانية ليس له رده وله أرض العيب وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري لما روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : ان ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تألى فلان أن لا يفعل خيراً » متفق عليه ، ولو كان واجباً

وان كسره كسراً لا يبق له قيمة فله أرش العيب لا غير لانه أتلفه ، وقدر أرش العيب قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه

(فصل) ولو اشترى ثوباً فنشره فوجده معيباً فان كان مما لا ينقصه النشر رده وإن كان ينقصه النشر كالهسجاني الذي يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيها إذا لم يزد على ما يحصل به استعمال المبيع أو زاد كمنشر من لا يعرف، وان أحب أخذ أرشه فله ذلك بكل حال (فصل) إذا اشترى ثوباً فصبغ ثم ظهر على عيب فله أرشه لا غير وبهذا قال أبو حنيفة وعن أحمد أن له رده وأخذ زيادته بالصبغ لانها زيادة فلا تمنع الرد كالسمن والكسب والاول أولى لان هذا معاوضة فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات وقارق السمن والكسب فانه لا يأخذ عن السمن عوضاً والكسب المشتري لا يرده ولا يعاوض عنه، وان قال البائع أنا أخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك، وقال الشافعي ليس للمشتري إلارده لانه أمكنه رده فلم يملك أخذ الارش كما لو سمن عبده أو كسب. ولنا أنه لا يمكنه رده الا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الارش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده وطالب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث والاصل لانسلمه فانه يستحق أخذ الارش اذا أراد به بكل حال

(فصل) يصح بيع العبد الجاني سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ على النفس ومادونها موجبة للقصاص أو غير موجبة له وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي، وقال في الآخر لا يصح بيعه لانه تعلق برقبته حق آدمي فمنع صحة بيعه كالرهن بل حق الجناية أكد لانها تقدم على حق المرتهن ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة أو حق ثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالتق، وان كان الحق قصاصاً فهو ترحي سلامته ويحتمى تلفه فأشبه المريض، أما الرهن فان الحق متعين فيه لا يملك سيده ابداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي الرزمه رضاه واختياره، إذا ثبت هذا فتى باعه وكانت الجناية موجبة للمال أو القود فمفي عنه الى مال فعلى السيد فداؤه باقل الامرين من قيمته أو أرش جنابته ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه لان للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه فان باعه تعين عليه فداؤه لاجراج العبد من ملكه ولا خيار للمشتري لعدم الضرر عليه إذ الرجوع على غيره، هذا إذا كان السيد موسراً، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم السيد فداؤه لان أكثر ما فيه أنه التزم فداءه فلا يلزمه ذلك كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن

ولنا أنه زال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه كما لو قتله بخلاف الرهن وبهذا قال أبو حنيفة ، وان كان البائع معسراً لم يسقط حق الجاني عليه من رقبة الجاني لأن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه ولا يحصل ذلك في ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدماً على حق المشتري وللمشتري

لا جبره عليه ، ولان التخاية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالتقل والتحويل، ولانه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي فكذلك لا يضمنه بالتلاف غير

ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، وعنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

خيار الفسخ ان كان غير عالم ببقاء الحق في رقبته فان فسخ رجوع بالثمن وان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد فأخذها رجوع المشتري بالثمن أيضا لان أرش مثل هذا جميع ثمنه وان كانت غير مستوعبة لرقبته رجوع بقدر أرشه وان كان عالماً بعيبه راضياً بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى مبيعاً عالماً بعيبه فان اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لانه يقوم مقام البائع في الخبرة بين تسليمه وفدائه وحكمه في الرجوع بما فداءه به على البائع حكم قضاء الدين عنه ، فان كانت الجناية موجبة للقصاص فلمشتري الخيار بين الرد وأخذ الارش فان اقتصر منه تعين الارش وهو قسط قيمة ما بينه جانباً وغير جان ولا يطل البيع من أصله وبهذا قال أصحاب الشافعي، وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع بجميع الثمن لان تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى اتلافه إياه ، ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضاً فمات بدائه أو مرتداً فقتل برده وما ذكره منتقض بما ذكرناه ولا يصح قياسهم على اتلافه لانه لم يتلفه فمات اشتراكاً في مقتضى ، ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده فقطعت عند المشتري فقد تعيب في يده لان استحقاق القطع دون حقيقته فهل يمنع ذلك رده بعيبه ؟ على روايتين ومتى اشترى عالماً بعيبه لم يكن له رده ولا أرش كسائر المبيعات ، وهذا قول الشافعي .

(فصل) وحكم المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه المذكورة فيه فان قتله غير متعمد لاحتمال رجوعه إلى الاسلام وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه فان لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالفانل في غير محاربة لانه عبد قن يصح اعتاقه وملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ولانه يمكنه الانتفاع به الى حال قتله ويعتقه فينجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالمرض المأبوس من برئه ، وقال القاضي لا يصح بيعه لانه نجس قتله وإتلافه وإذهاب ماله وحرم ابقاؤه فصار بمنزلة مالا تقع فيه من الحشرات والميتات وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به الى قتله لا يشهد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد ثقب أو اطعام كلب والاول أصح فانه كان محلا للبيع والاصل بقاء ذلك فيه وانحتمام اتلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت أحكام الموتى له من ارث ماله وقود وصيته وغيرها ولان خروجه عن حكم الاصل لا يثبت الا بدليل ولا نص في هذا ولا إجماع ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لان تلك لم تكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا التحريم يمكن زواله لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الاقرار وان كان ثبت به أو رجوع البينة، ولو لم يمكن زواله فاكتر ما فيه يحقق تلفه وذلك يجعله كالمرض المأبوس من برئه وبيعه جائز

﴿مسئلة﴾ قال (ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع اذا كان

قصده للعبد لا للمال)

«إن بعث من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحمل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بفيرحق ؟» رواها مسلم ، ورواه أبو داود ولفظه «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً علم يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟» وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي لم يثبت عندي

وجملة ذلك أن السيد إذا باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به فهو للبائع لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه ولان العبد وماله للبائع فإذا باع العبد اقتص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما، وان اشترطه المبتاع كان له للخبر وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وقضى به شريح وبه قال عطاء وطاوس ومالك والشافعي واسحاق، قال الحرقي: إذا كان قصده للعبد لا للمال هذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبتي ومعناه انه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد انما يقصد بقاء المال لعبده واقتراره في يده فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً من جنس الثمن أو من غيره عينا كان أو دينا وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر، قال البتي: إذا باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كان رغبة المبتاع في العبد لافي الدراهم وذلك لانه دخل في البيع تبعاً غير مقصود فأشبهه أساسات الحيطان والتمويه بالذهب في السقوف، فأما ان كان المال مقصوداً بالشراء جاز اشتراطه اذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين لانه مبيع مقصود فأشبهه مالو ضم الى العبد عينا أخرى وباعها، وقال القاضي هذا ينبغي على كون العبد يملك أو لا يملك فان قلنا لا يملك فاشترط المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات وهذا مذهب أبي حنيفة، وان قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل لانه تبع في البيع لا أصل فأشبهه طي الآبار وهذا خلاف نص أحمد. وقول الحرقي لانها جملة الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره وهو أصح ان شاء الله تعالى، واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود كما ذكرنا وكالبن في ضرع الشاة المبيعة والحمل في بطنها والصوف على ظهرها وأشبه ذلك فانه مبيع، ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا وقد قيل ان المال ليس بمبيع ههنا وانما استبقاه المشتري على ملك العبد لا يزول عنه الى البائع وهو قريب من الاول

(فصل) واذا اشترى عبداً واشترط ماله ثم رد العبد بيب أو خيار أو إقالة رد ماله معه، وقال داود يرد العبد دون ماله لان ماله لم يدخل في البيع فأشبهه النماء الحادث عنده. ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد، ولان العبد اذا كان ذامال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيد نقصه، فان تلف ماله ثم أراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري هل يمنع الرد على روايتين، فان قلنا يرد فعله قيمة ما أتلف، قال احمد في رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على عيب وقد تلف القناع غرم قيمته بحصته من الثمن (فصل) وما كان على العبد أو الجارية من الحلي فهو بمنزلة ماله على ما ذكرنا، فاما الثياب فقال أحمد ما كان يلبسه عند البائع فهو للمشتري، وان كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أو شيئاً يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، يعني ان الثياب التي يلبسها عادة للخدمة والبذلة تدخل في البيع دون

أن رسول الله ﷺ امر بوضع الجوائح، ولو ثبت عندي لم اعده، ولو كنت قائلاً بوضعها لرضيتها في القليل والكثير: قلنا الحديث ثابت رواه الامام احمد ومسلم وابو داود وابن ماجه وغيرهم: فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان فعل الواجب خير، فاذا تألى ان لا يفعل الواجب فقد تألى ان لا يفعل

الثياب التي يتجمل بها لان ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه ، ولانها تتعلق بها مصلحته وحاجته
 إذ لا غناء له عنها فجرت مجرى مفاتيح الدار بخلاف ثياب الجمال فانها زيادة على العادة ولا تتعلق بها
 حاجة العبد ، وإنما يلبسها إياه لينفقه بها وهذه حاجة السيد لا حاجة للعبد ولم تجر العادة بالمساحة فيها
 فجرت مجرى الستور في الدار والدابة التي يركب عليها مع دخولها في الخبر وبقائها على الأصل .
 وقال ابن عمر : من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها إلا أن يشترطه الذي باعها ، وبه
 قال الحسن والنخعي . ولنا الخبر الذي رواه ابن عمر ، ولان الثياب لم يتناولها لفظ البيع ولا جرت
 العادة ببيعها معه أشبه سائر مال البائع ، ولانه زينة للمبيع فأشبهه مالو زين الدار ببساط أو ستر
 (فصل) ولا يملك العبد شيئاً اذا لم يملكه سيده في قول عامة أهل العلم ، وقال أهل الظاهر يملك
 لدخوله في عموم قوله تعالى (خلق لكم ما في الارض جميعاً) وقول النبي ﷺ « من باع عبداً وله
 مال » فأضاف المال اليه بلام التملك ولنا قوله تعالى (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء)
 ولان سيده يملك عينه ومنافعه فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيدة كهيئته ، فأما ان ملكه سيده
 شيئاً ففيه روايتان (إحداهما) لا يملكه وهو ظاهر قول الحرقي فانه قال : والسيد يزكي عما في يد
 عبده لانه مالكه ، وقال والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه . وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة
 والثوري واسحاق والشافعي في الجديد لانه مملوك فلم يملك كالبهيمة (والثانية) يملك وهي أصح عندي
 وهو قول مالك والشافعي في القديم للإية والخبر ، ولانه آدمي حي فملك كالحر ، ولانه يملك في النكاح
 فملك في المال كالحر ، ولانه يصح الافرار له فأشبهه الحر ، وما ذكروه تعليل بالمنع ولا يثبت اعتباره
 إلا أن يوجد المقتضي في الاصل ولم يوجد في البهيمة ما يقتضي ثبوت الملك لها ، وإنما تنفى ملكها لعدم
 المقتضي له لا لكونها مملوكة وكونها مملوكة عديم الاثر فان سائر البهائم التي ليست مملوكة من الصيود
 والوحوش لا تملك ، وكذلك الجمادات ، واذا بطل كون ما ذكروه مانعاً ، وقد تحقق المقتضي
 لزوم ثبوت حكمه والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن باع سلعة بذميمة لم يجز ان يشتريها بأقل مما باعها به)

وجملة ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز في قول أكثر أهل
 العلم روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال أبو الزناد
 وربيعة وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري والاوزاعي ومالك واسحاق وأصحاب الرأي وأجازوه
 الشافعي لانه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها. ولنا ما روى غندر
 عن شعبة عن ابي اسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت : دخلت انا
 وام ولد زيد بن ارقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها ، فقالت ام ولد زيد بن ارقم : اني بعث

خيراً ، وإنما لم يجزه النبي ﷺ لانه قول بمجرد قول المدعي من غير إقرار البائع ولا حضوره ،
 واما التخلية فليست قبضاً تاماً بدليل مالو تلفت بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف
 تمام القبض بدليل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ، واو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك
 الثمرة في شجرها كالمنافع قبل استيفائها تؤخذ حالاً فخلاً وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة

غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشترته منه بسبائة درهم فقالت لها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب رواه الإمام أحمد وسعيد بن منصور ، والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التخليط وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرى مجرى روايتها ذلك عنه ، ولأن ذلك ذريعة إلى الربا فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخسائة إلى أجل معلوم ، وكذلك روي عن ابن عباس في مثل هذه المسئلة أنه قال : أرى مائة بخمسين بينها حريرة يعني خرقة حرير جملاها في بيعها والذرائع معتبرة لما قدمناه ، فأما بيعها بمثل الثمن أو بأكثر فيجوز لأنه لا يكون ذريعة وهذا إذا كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع ، فإن نقصت مثل أن هزل العبد أو نسي صناعة ، أو تحرق الثوب أو بلي جاز له شراؤها بما شاء لأن نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوصل إلى الربا ، وإن نقص سعرها أوزاد ذلك أو لمعنى حدث فيها لم يجز بيعها بأقل من ثمنها كما لو كانت بحالها نص أحمد على هذا كله

(فصل) وإن اشترها بمرض أو كان بيعها الأول بمرض فاشترها بنقد جاز وبه قال أبو حنيفة ولا نعلم فيه خلافاً لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأمان والعروض ، فأما إن باعها بنقد ثم اشترها بنقد آخر مثل أن يبيعها بمائتي درهم ثم اشترها بعشرة دنانير فقال أصحابنا يجوز لأنهما جنسان لا يجزى التفاضل بينهما فجاز كالأول بمرض أو بمثل الثمن ، وقال أبو حنيفة لا يجوز استحساناً لأنهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية ، ولأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول وهذا أصح إن شاء الله تعالى

(فصل) وهذه المسئلة تسمى مسئلة العينة . قال الشاعر :

أند أن أم نعتان أم يبري لنا فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

فقوله نعتان ، أي شترتي عينة مثل ما وصفنا ، وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا تباعم بالعينة وأخذتم أذنان البقر ، ورضيم بالزرع ، وركتم الجهاد سلت الله عليكم ذلاً لا يزرعه حتى ترجعوا إلى دينكم » وهذا وعيد يدل على التحريم ، وقد روي عن أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة ، فإن باعه بنقد ونسيئة فلا بأس وقال أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد ، وقال ابن عقيل إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا فإن الغالب إن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل ، ويجوز أن تكون العينة اسماً لهذه المسئلة وللبيع بنسيئة جميعاً ، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقاً ولا يكره إلا أن يكون له تجارة غيره

(فصل) وإن باع سلعة بنقد ثم اشترها بأكثر منه نسيئة فقال أحمد في رواية حرب لا يجوز ذلك إلا إن يغير السلعة لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فأشبه مسئلة العينة ، فإن اشترها بنقد آخر أو بسلمة أخرى أو بأقل من ثمنها نسيئة جاز لما ذكرناه في مسئلة العينة ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه إلا أن يكون ذلك عن مواطاة أو حياة فلا يجوز ، وإن وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد

(فصل) والحائجة كل آفة لا يصنع لا دمي فيها كالترييح والحر والبرد والعمطش لما روى الساجي بإسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الحائجة - والحائجة تكون في البرد والحر وفي الحبق وفي السبل وفي الريح - وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع إليه ، فأما ما

جاز لان الاصل حل البيع ، وإلما حرم في مسألة العينة بالامر الوارد فيه وليس هذا في معناه ولان التوسل بذلك اكثر فلا يلتحق به ما دونه والله أعلم

(فصل) وفي كل موضع قلنا لا يجوز له ان يشتري . لا يجوز ذلك لو كيه لانه قائم منامه ويجوز غيره من الناس سواء كان اباه او ابنه او غيرها لا نه غير البائع ويشترى لنفسه فأشبهه الأجنبي (فصل) ومن باع طعاما إلى اجل ، فلما حل الاجل اخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاما قبل قبضه لم يجز ، روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك واسحاق واجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر واصحاب الرأي ، قال علي بن حسين إذا لم يكن لك في ذلك رأي ، وروي عن محمد بن عبد الله ابن ابي مرجم أنه قال : بتت تمرأ من التمارين كل سبعة أصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمرأ يبيعه أربعة أصع بدرهم فاشتريت منه فسأت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بتت ، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب ، قال عبد الله بن عباس ما بتت من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئاً مما يكال بمكيال إلا ورقاً أو ذهباً فاذا أخذت ورقك فابتع بمن شئت منه أو من ذيره فرجعت فاذا عكرمة قد طلبني فقال : الذي قلت لك هو حلال هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب : إن فضل لي عنده فضل ؟ قال فأعطه أنت الكسر وخذ منه الدرهم . ووجه ذلك أنه ذريعة الى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كسئلة العينة ، فعلى هذا كل شيتين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه اذا كان البيع نساء نص أحمد على ما يدل على هذا ، وكذلك قال سعيد بن المسيب فيما حكينا عنه ، والذي يقوى عندي جواز ذلك اذا لم يفعل حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما يروي عنه عبد الله بن زيد قال : قدمت على علي بن الحسين فقلت له اني أجد نخلي وأبيع من حضرتي التمر إلى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل ذلك الاجل فبوفقونها بالسوق فابتاع منهم وأقاصمهم ؟ قال لا بأس بذلك اذا لم يكن منك على رأي ، وذلك لانه اشترى الطعام بالدرهم التي في الذمة بعد انبرام العقد الاول ولزومه فصح كما لو كان المبيع الاول حيواناً أو ثياباً ، ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا فانه لم يأخذ بالثمن طعاماً ولكن اشترى من المشتري طعاماً بدرهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها كما في حديث علي بن الحسين

﴿مسئلة﴾ قال (ومن باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ سواء علم به البائع أو لم يعلم)

اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي ، وقال ابراهيم والحكم وحامد لا يبرأ إلا بما سمى ، وقال شريح لا يبرأ إلا بما أراه أو وضع يده عليه ، وروي نحو ذلك عن عطاء والحسن واسحاق لأنه مرفق في البيع لا يثبت

كان بفعل آدمي فقال القاضي يغير المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين ابقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة كالمكيل والموزون إذا أتفه آدمي قبل القبض لأنه يمكن الرجوع ببدله بخلاف الناقل والحائجة إلا أن في إحراق اللصوص ونهب المساكر والحرامية وجنين ، فان قيل فقد نهى النبي صلى الله

إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالحيار (والرواية الثانية) أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب نلمه ، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا إلى عثمان ؟ فقال عثمان لابن عمر : تخلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال لا فردده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم وهذه قضية اشهرت فلم تنكر فكانت اجماعاً وروي عن أحمد أنه أجاز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب : روي هذا عن ابن عمر وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة ان رجلين اختصما في موارث درست الى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ « استهما ونوحيا ، وليحلل كل واحد منكما صاحبه » فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة ، ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح من المجهول كالتق والطلاق ، ولا فرق بين الحيوان وغيره فثبت في أحدهما ثبت في الآخر ، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة

(فصل) فان قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لان ابن عمر باع بشرط البراءة فأجمعوا على صحته ولم ينكروه منكر فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط ويكون وجوده كعدمه ، وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) أنها تفسد انعقد فيدخل فيها هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط ، فاذا فسد الشرط فالتراضي به فيفسد البيع لعدم التراضي به

(مسألة) قال (ومن باع شيئاً مراجعة فعلم أنه زاد في رأس ماله رجع عليه بالزيادة

وحاصلها من الربح)

معنى بيع المراجعة هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشترط علمهما برأس المال فيقول رأس مالي فيه أو هو علي بمائة بعثك بها وربح عشرة فهذا جائز لا خلاف في صحته ولا نعلم فيه عند أحد كراهة وإن قال بعثك برأس مالي فيه وهو مائة وأربح في كل عشرة درهماً أو قال ده يارده أو ده داوذه فقد كرهه أحمد . وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال اسحاق لا يجوز لان الثمن مجهول حال العقد فلم يجوز كما لو باعه بما يخرج به في الحساب ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ولان رأس المال معلوم والربح معلوم فأشبه ما لو قال وبيع عشرة دراهم ، ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً ، ولان فيه نوعاً من الجهالة والتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح لما ذكرنا والجهالة يمكن إزالتها بالحساب فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قيرز بدرهم ، وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل

عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن والثمرة غير مضمونة على المشتري ، فاذا كانت القيمة أكثر من الثمن فقد ربح فيه . قلنا إن المراد بالخبر النهي عن الربح بالبيع بدليل أن المكيل لو زادت قيمته قبل قبضه ثم قبضه جاز ذلك بالاجماع

إذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول متى باع شيئاً برأس ماله وبيع عشرة ثم علم بتبنيها أو اقرار أن رأس ماله تسعون غاليين صحيح لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالمبيع والمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال، وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهماً وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة هو غير بين الاخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المبيع

ولنا انه باعه برأس ماله وما قدره من الربح، فإذا بان رأس ماله قدره كان مبيعاً به وبالإضافة التي اتفقا عليها والمبيع كذلك عندنا فإن له أخذ الارش ثم المبيع لم يرض به إلا بالثمن المذكور وهنارضي فيه برأس المال والربح المقرر وهل للمشتري خيار؟ فالمنصوص عن احمد ان المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه نقله حنبلي، وحكى ذلك قولاً للشافعي لان المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضاً، ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حائلاً أو وكيلاً أو غير ذلك، وظاهر كلام الحنفي انه لا خيار له لأنه لم يذكره، وحكى ذلك قولاً للشافعي لأنه رضيه بمائة وعشرة، فإذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً فلم يكن له خيار كما لو اشتراه على انه مبيع فإن صحيحاً أو أمي فإن صانماً أو كاتباً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين، وأما البائع فلا خيار له لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

(فصل) وإذا أراد الاخبار بثمن السلعة فإن كانت بحالها لم يتغير أخبر بثمنها، وإن حط البائع بعض الثمن عن المشتري أو اشتراه بعد لزوم العقد لم يجزئه ويخبر بالثمن الاول لا غير، ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضاً، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلحق بالعقد ويخبر به في المراجعة وهذه مسألة يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد وأخبر به في الثمن وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ولا أعلم عن غيرهم خلافهم فإن تغير سعرها دونها، فإن غلت لم يلزمه الاخبار بذلك لأنه زيادة فيها، وإن رخصت فنص أحمد على أنه لا يلزمه الاخبار بذلك لأنه صادق بدون الاخبار به: ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال فإن المشتري لو علم ذلك لم يرضه بذلك الثمن فكتمانته تغريب به فإن أخبر بدون ثمنها ولم يتبين الحال لم يجز لأنه يجمع بين الكذب والتغريب

(فصل) فاما إن تغيرت السلعة فذلك على ضربين (أحدهما) ان تغيرت بزيادة وهي نوعان أحدهما أن تزيد ثمنها كالمسمن وتعلم صنعة أو يحصل منها نماء منفصل كالولد والثمره والكسب فهذا إذا أراد أن يبيعه مراجعة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه القدر الذي اشتراها به، وإن أخذ الثمن المنفصل أو استخدم الامه أو وطيء الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبين الحال، وروي ابن المنذر عن أحمد أنه يلزمه تبين ذلك كله وهو قول اسحاق، وقال أصحاب الرأي في الغلة يأخذها لا بأس أن يبيع مراجعة وفي الولد والثمره لا يبيع مراجعة حتى يبين ولأنه من موجب العقد

ولنا أنه صادق فيما أخبر به من غير تغريب بالمشتري فجاز كالمال ولم يزد ولأن الولد والثمره نماء منفصل

(فصل) وظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن ماجرت العادة بتلف مثله كاليسير الذي لا ينضب لا يلتفت اليه، قال أحمد إنني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ولا أدري ماثلث ولكن إذا كانت جائحة تستغرق الثلث أو الربع أو الخمس توضع، وعن أحمد أن مادون الثلث

فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغلة ، وقد بينا من قبل أنه ليس من موجبات العقد (النوع الثاني) أن يعمل فيها عملاً مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يجملها أو يخطها فهذه متى أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من عمله هذا ظاهر كلام أحمد فإنه قال بين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز أن يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وطاوس والنخعي والأوزاعي وأبو ثور، ويحتمل أن يجوز فيما استأجر عليه أن يضم الإجرة إلى الثمن ويقول : تحصلت علي بكذا لأنه صادق وبه قال الشعبي والحكم والشافعي

ولنا أنه تقرير بالمشتري فإنه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصلت به لاجل الصناعة لا يرغب فيه لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما ينقص الحيوان في مؤنته وكسوته وعلى المتاع في خزنه (الضرب الثاني) أن يتغير بنقص كقصه بمرض أو جنابة عليه أو تلف بعضه أو بولادة أو عيب أو بأخذ المشتري بعضه كالصوف واللبن الموجود ومحوه فإنه يجز بالحال على وجهه لا نعلم فيه خلافاً ، وإن أخذ أرض العيب أو الجنابة أخبر بذلك على وجهه ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب يحط أرض العيب من الثمن ويجز بالباقي لأن أرض العيب عوض ما فات به فكان بمن الموجود هو ما بقي وفي أرض الجنابة وجهان (أحدهما) يحطه من الثمن كأرض العيب (والثاني) لا يحطه كالثاء ، وقال الشافعي يحطها من الثمن ويقول تقوم علي بكذا لأنه صادق فيما أخبر به فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه . ولنا إن الأخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق وأقرب إلى البيان ونفي التفرير بالمشتري والتدليس عليه فلزمه ذلك كما لو اشترى شيئين بثمن واحد وقسط الثمن عليهما وقياس أرض الجنابة عليه على الثاء والكسب غير صحيح لأن الأرض عوض نقصه الحاصل بالجنابة عليه فهو بمنزلة من جزء منه باعه وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما والثاء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه ، فأما إن جنى المبيع ففداه المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يجز به في المرابحة بغير خلاف نعلمه لأن هذا الأرض لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتاً وإنما هو مزيل لنقصه بالجنابة والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الأدوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلامة بنفسه أو عمل غيره له بغير أجره فإنه لا يجز بذلك في الثمن وجهاً واحداً ، وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن

(فصل) وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة أو اشترى اثنتان شيئاً فتقسماه وأراد أحدهما يبيع نصيبه مرابحة بالثمن الذي أداء فيه فذلك قسمان (أحدهما) أن يكون البيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشياء هذا فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يجز بالحال على وجهه نص عليه أحمد فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه لا يبيع أحدهم مرابحة إلا أن يقول اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه وهذا مذهب الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي يجوز يبعه بمحضته من الثمن لأن الثمن ينقسم على قدر قيمته

من ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لأنه لا بد أن يأكل الطائر منها وتثر الريح وتسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد والثالث قد اعتبره الشارع في الوصية وعطية المريض قال الأثرم قال أحمد إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة ، ولأن الثلث في جد الكثرة ومادونه في حد الغلة

بدليل مالو كان المبيع شقصاً وسيفاً أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، ولو اشترى شبتين فوجد احدهما معيباً رده بحصته من الثمن ، وذكر ابن أبي موسى فيما اشترى اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن احمد أنه يجوز بيعه مراجعة بما اشتراه لأن ذلك منه فهو صادق فيما أخبر به

ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن والتخمين واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المراجعة أمانة فلم يجز هذا فيه فصار هذا كالحرص الحاصل بالظن لا يجوز أن يباع به ما يجب التامل فيه وإنما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه وكونه لا طريق له سوى التقوم ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذ الناس طريقاً لاسقاطها فيؤدي الى تفويتها بالكلية وههنا له طريق وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة (القسم الثاني) أن يكون المبيع من المماثلات التي ينقسم اثنان عاينها بالأجزاء كالكبر والشعير المتساوي فيجوز بيع بعضه مراجعة بقسطه من اثنان وبهذا قال ابو ثور واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً لأن ثمن الجزء معلوم يقيناً ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة ، وان أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذها على الصفة وأراد بيع احدهما مراجعة بحصته من الثمن فالقياس جوازه لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة وكذلك لو أقاله في احدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منها فكأنه أخذ كل واحد منها منفرداً ولأن الثمن وقع عاينها متساويا لتساوي صفتها في الذمة فهما كقفيزين من صبرة ، وإن حصل في احدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع

(فصل) وان اشترى شيئاً بثمن مؤجل لم يجز بيعه مراجعة حتى يبين ذلك وان اشترى من أبيه أو ابنه أو من لا تقبل شهادته له لم يجز بيعه مراجعة حتى يبين أمره وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان لأنه أخبر بما اشترى عقداً صحيحاً فأشبهه مالو اشترى من أجنبي . ولنا أنه منهم في الشراء منهم لكونه يحاييهم ويسمح لهم فلم يجز أن يخبر بما اشترى منهم مطلقاً كما لو اشترى من مكاتبه ، وفارق الأجنبي فإنه لا يتم في حقه ، وقياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه فإنه لا يجوز له بيع ما اشترى من مكاتبه مراجعة حتى يبين أمره ولا نعلم فيه خلافاً ، وان اشترى من غلام دكانه الحر فقال القاضي اذا باعه سلعة ثم اشترى منها بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مراجعة حتى يبين أمره ولا نعلم فيه خلافاً ولأنه منهم في حقه فأشبهه من لا تقبل شهادته له ، وقال ابو الخطاب إن فعل ذلك حرام لم يجز وظاهره الجواز اذا لم يكن حيلة وهذا أصح لأنه أجنبي لكن لا يختص هذا بغلام دكانه بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز وكان حراماً وتديساً على ما ذكرنا من قبل

(فصل) فان اشترى ثوباً بمشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشترى بمشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه فان أخبر أنه اشترى بمشرة ولم يبين جاز وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة ولا تغرير بالمشتري فأشبهه ما لو لم يربح فيه ، وروي عن ابن سيرين أنه يعطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة واعجب احمد قول ابن سيرين قال فان باعه على

بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية « الثلث والثلث كثير » فهذا قدره
ولنا عموم الاحاديث فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ومادون الثلث داخل فيها فيجب وضعه ، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من ضمان البائع ، وان نقص عن الثلث كالتالي على الارض

ما اشتراه بين امره يعني يخبر انه ربح فيه مرة ثم اشتراه وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه ، وقال ابو حنيفة لا يجوز بيعه مراجعة إلا أن يبين أمره أو يخبر ان رأس ماله عليه خمسة وهذا قول القاضي واصحابه لان المراجعة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجرة الحياط والقصار، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول لانه آمن ان يرده عليه ولان الربح احد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المراجعة كالولد والثمره، فعلى هذا ينبغي أنه اذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول يقوم علي بخمسة ولا يجوز أن يقول اشتريته بخمسة لان ذلك كذب والكذب حرام وبصير كما لو ضم أجرة القصار والحياطة الى الثمن وأخبر به . ولنا ما ذكرناه فيما تقدم، وما ذكره من ضم القصار والحياطة والولد والثمره فشيء بنوه على أصلهم لانسلمه ، ثم لا يشبه هذا ما ذكره لان المؤنة والنماء لزماء في هذا البيع الذي يلي المراجعة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبهه الخسارة فيه، وأما تقرير الربح فغير صحيح فان العقد الاول قد لزم ولم يظهر العيب ولم يتعلق به حكمه ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسئلة ان للمشتري أن يرده على البائع اذا ظهر على عيب قديم واذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فهنا أولى، ويجزي على هذا القول انه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فانه يخبر أنها حصلت بغير شيء، وان اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين، وان اشتراها بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر نص أحمد على نظير هذا ، وعلى هذا يطرأ الربح من الثمن الثاني كيفما كان فان لم يربح ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها لانها ثمن العقد الذي يلي المراجعة ، ولو خسر فيها مثل أن اشتراها بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان أخبره ولم يجز أن يضم الخسارة الى الثمن الثاني فيخبر به في المراجعة بغير خلاف نعلمه وهذا يدل على صحة ما ذكرناه والله أعلم

(فصل) وكل ما قلنا انه يلزمه أن يخبر به في المراجعة ويبيئه فلم يفعل فان البيع لا يفسد به ويثبت للمشتري الخيار بين الاخذ به وبين الرد إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله على ما قدمناه من القول فيه، وإن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين أمره فمن أحد انه مخير بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان البائع لم يرض بذمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع فلا يلزمه الرضى بذلك ، وحكى ابن المنذر عن أحمد انه ان كان المبيع قائماً كان له ذلك الى الاجل يعني وان شاء، فسخ، وان كان قد استهلك حبس المشتري الثمن بقدر الاجل وهذا قول شريح لانه كذلك وقع على البائع فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته كما لو أخبر بزيادة على الثمن، وكونه لم يرض بذمة المشتري لا يمنع نفوذ البيع بذلك كما أنه اذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعها إلا بما أخبر به ولم يلتفت الى رضاه بل وجب الرجوع الى ما وقع به البيع الاول كذا هنا

(فصل) فان ابتاعه بدناني فأخبر انه اشتراه بدراهم أو كان بالعكس أو اشتراه بعرض فأخبر انه اشتراه بثمن ، أو بثمن فأخبر انه اشتراه بعرض واشباه هذا فله للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع

وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في المادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولانه لا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم المادة فكانه مشروط . إذا ثبت ذلك فتى تلف شيء له قدر خارج عن المادة وضع من الثمن بقدر الناهب ، وإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن ، وأما على

بالتنم وبين الرضى به بالتتمن الذي تبايما به كسائر المواضع الذي ثبت فيها ذلك (فصل) وان ابتاع اثنا نوبا بعشرين أو بذل لها فيه اثنا وعشرون فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فانه يحجر في المراجعة بأحد وعشرين نص عليه أحمد وهذا قول النخعي وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لان ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع بعد ذلك إلى قول ابراهيم ولا نعلم أحدا خالف ذلك لانه اشترى نصفه الاول بمشرة ثم اشترى نصفه الثاني بأحد عشر فصار مجموعها أحدًا وعشرين

(فصل) قال أحمد ولا بأس أن يبيع بالرقم ومعناه أن يقول بعتك هذا الثوب برقمه وهو التمن المكتوب عليه اذا كان معلوماً لها حال العقد وهذا قول عامة الفقهاء وكرهه طائفة. ولنا انه يبيع بشتم معلوم فأشبهه ماله ذكر مقداره أو ماله قال بعتك هذا بما اشتريته به وقد علمنا قدره، فان لم يكن معلوماً لها أو لأحدهما لم يصح لان التمن مجهول، قال أحمد والمساومة عندي أسهل من بيع المراجعة، وذلك لان بيع المراجعة تعتره أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه الى تبيين الحال على وجهه في المواضع التي ذكرناها ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرور ونجيب ذلك أسلم وأولى (فصل) ويبيع التولية هو البيع بمنثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة وحكمه في الاخبار بشتمه وتبين

ما يلزمه تبيئنه حكم المراجعة في ذلك كله ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية

(مسئلة) قال (وإن أخبر بنقصان من رأس ماله كان على المشتري رده أو إعطاؤه

ما غلط به وله أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شرائها بأكثر)

وجملة ذلك أنه اذا قال في المراجعة رأس مالي فيه مائة وأربع عشرة ثم عاد فقال غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله في الغلط إلا بينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله تائياً، وذكره ابن المنذر عن أحمد واسحاق، وروى أبو طالب عن احمد اذا كان البائع معروفاً بالصدق قبل قوله، وان لم يكن صدوقاً جاز البيع، قال القاضي وظاهر كلام الحرقي ان القول قول البائع مع يمينه لانه لما دخل معه في المراجعة فقد اتممه، والقول قول الامين مع يمينه كالكيل والمضارب، والظاهر أن الحرقي لم يترك ذكر ما يلزم البائع في اثبات دعواه لكونه يقبل مجرد دعواه بل لانه عطفه على المسئلة قبلها وقد ذكر فيها فعلم انه زاد في رأس المال، ولم يتمرض لما يحصل به العلم لكن قد علمنا ان العلم انما يحصل بينة أو إقرار كذلك علم غلطه ههنا يحصل بينة أو إقرار من المشتري وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الغلط كالمضارب والوكيل اذا أقر بربح ثم قال غلطنا أو نسينا، واليمين التي ذكرها الحرقي ههنا انما هي على نفي علمه بملط نفسه وقت البيع لا على اثبات غلطه، وعن أحمد رواية ثالثة انه لا يقبل قول البائع وان اقام به بينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لانه أقر بالتتمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه ولا يبيئه لإقراره بكذبها

الرواية الثانية فانه يعتبر ثلث الثمرة وقيل ثلث القيمة، فان تلف الثلث فما زاد رجع بقسطه من الثمن وان كان دونه لم يرجع بشيء، وان اختلفا في الجلمعة أو قدر التالف فالقول قول البائع لان الاصل بالسلامة، ولانه غارم والقول في الاصول قول انصارم

ولنا انها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البيئات ، ولا نسلم انه اقر بخلافها ، فان الاقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بشئها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقراره ، فان لم تكن بينة او كانت له بينة وقلنا لا تقبل بينته فادعى ان المشتري يعلم غلظه فانكر المشتري فالقول قوله ، وإن طلب يمينه فقال القاضي : لا يمين عليه لانه مدع واليمين على المدعى عليه ولانه قد اقر له فيستغنى لاقرار عن اليمين ، والصحيح ان عليه اليمين انه لا يعلم ذلك لانه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أبو زيادة في ثمنها فلزمته اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا موعباً إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الاول ثم قال الحرقي : له أن يحلفه ان وقت ما باعها لم يعلم ان شراءها أكثر وهذا صحيح فانه لو باعها بهذا الثمن عالماً بان ثمنها عليه أكثر لزمه البيع بما عقد عليه لانه تعاطى شيئاً عالماً بالحال فلزمه كمشترى المعيب عالماً بعيبه واذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين فان نكل قضي عليه ، وان حلف خير المشتري بين قوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين فسخ العقد ، ويحتمل انه اذا باعه بمائة وبيع عشرة ثم انه غلط بعشرة لا يلزمه حط العشرة من الربح لان البائع رضي ببيع عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها ، وكذلك إن تبين له انه زاد في رأس ماله لا ينقص الربح من عشرة لان البائع لم يبعه الا ببيع عشرة فاما ان قال وأرجح في كل عشرة درهما أو قال ده يازده لزمه حط العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين ، وانما أثبتنا له الخيار لانه دخل على ان الثمن مائة وعشرة فاذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب ، وان اختار أخذها بمائة وأحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لانه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائمه المعيب إذا رضيه المشتري ، وان اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضاً لانه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد وتراضيا به (فصل) ويجوز بيع المواضعة وهو أن يخبر برأس ماله ثم يقول بمتك هذا به وأضع عنك كذا فان قال بوضعية درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المراجعة وصح ويطرح من كل عشرة درهما فان كان الثمن مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة وقال قوم يكون الحط من كل احد عشر درهما فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءاً من احد عشر جزءاً من درهم وتبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وهذا غلط لان هذا يكون حطاً من كل أحد عشر وهو غير ما قاله ، فأما ان قال بوضعية درهم لكل عشرة كان الوضعية من كل احد عشر درهما ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وحكي عن أبي ثور انه قال : الحط ههنا عشرة مثل الاولى ، وليس بصحيح فانه إذا قال لكل عشرة درهما يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من كل أحد عشر درهما درهما ، وإذا قال من كل عشرة درهما كان الدرهم من العشرة لان من التبعض فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهماً

(فصل) اذا اشترى رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعها مساومة بثمان واحد فهو بينهما نصفان لانهم فيه خلافا لان الثمن عوض عنها فيكون بينهما على حسب ملكيتها فيها ، وان باعها مراجعة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه احمد وهو قول ابن سيرين والحكم

(فصل) فان بلغت الثمرة أو ان الجزاز فلم يجزها حتى أصابها جائحة فقال القاضي عندي لا توضع لانه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط

قال الاثرم قال أبو عبد الله رحمه الله : اذا باعها فالثمن بينها نصفان قلت أعطي أحدها أكثر مما أعطي الآخر فقال وإن اليسر الثوب بينها الساعة سواء ، فالثمن بينها لان كل واحد منها يملك مثل الذي يملك صاحبه ، وحكى أبو بكر عن أحمد رواية أخرى ان الثمن بينهما على قدر رهوس أموالها لان بيع المراجعة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوما بينهما على حسب رهوس أموالها ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر ، وقيل هذا وجه خرجه أبو بكر وليس برواية والمذهب الاول لان الثمن عوض المبيع ومدكها متساو فيه فكان ملكها كموضه متساوياً كما لو باعاه مساواة (فصل) ومتى باعاه السلعة برقمها ولا يعلمانه أو جهلا رأس المال في المراجعة أو المواضعة أو التولية أو جهل ذلك أحدها أو جهل قدر الربح أو قدر الوضعية فالبيع باطل لان العلم بالثمن شرط لصحة البيع فلا يثبت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لان الاطلاق يقتضي التسوية كالاقرار . ولنا ان قدر كل واحد منها مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة بمضاه ذهب ، وقوله انه يقتضي التسوية لا يصح فانه لو فسره بغير ذلك صح وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منها

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا باع شيئاً واختلفا في ثمنه تحالفاً فان شاء المشتري أخذه بعد ذلك

بما قال البائع وإلا انفسخ البيع بينهما والمبتديء باليمين البائع)

والكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة

(أحدها) انه اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين وقال المشتري بل بعشرة ولا أحدها بينة حكم بها ، وان لم يكن لها بينة تحالفاً ، وبهذا قال شريح وابو حنيفة والشافعي ومالك في رواية ، وعنه القول قول المشتري مع يمينه ، وبه قال ابو ثور وزفر لان البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري والقول قول المنكر وقال الشعبي : القول قول البائع أو يترادان البيع وحكاه ابن المنذر عن امامنا رحمه الله ، وروى ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع » رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما ، والمشهور في المذهب الاول ، ويحتمل ان يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فاذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به ، وان أبي حلف ايضاً وفسخ البيع بينها لان في بعض الفاظ حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفاً » ولان كل واحد منها مدع ومدعى عليه فان البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشردت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكره

(الفصل الثاني) ان المبتديء باليمين البائع فيحلف ما بعته بعشرة وأما بعته بعشرين فان شاء المشتري

أخذه بما قال البائع والا يحلف ما اشترى به بعشرين وأما اشترى به بعشرة وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة

القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لذلك ، وان تلفت قبل ان كان قطعها فهي من مال البائع كالمسئلة قبلها .

يبتديء يمين المشتري لانه منكر واليمين في جنبته أقوى ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب الى فصل الخصومة كان أولى . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فالقول ما قال البائع » وفي لفظ « فالقول ما قال البائع والمشتري بالخيار » رواه الامام أحمد ومعناه إن شاء أخذوا إن شاء حلف ولان البائع أقوى جنبه لانهما إذا تخالفا عاد المبيع اليه فكان أقوى كصاحب اليد ، وقد بينا ان كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه ، والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء (الفصل الثالث) انه إذا حلف البائع فكل المشتري عن اليمين قضى عليه ، وان نكل البائع حلف المشتري وقضى له ، وان حلفا جميعا لم يفسخ البيع بنفس التحالف لانه عقد صحيح فتنازعا وتعارضهما لا يفسخه كما لو أقام كل واحد منهما بيته بما ادعاه لكن ان رضي أحدهما قال صاحبه افر العقد بينهما وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام احمد ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لان العقد صحيح وأحدهما ظالم وإنما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه في الحكم فأشبهه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما . ولنا قول النبي ﷺ « او يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك ، وفي القصة ان ابن مسعود رضي الله عنه باع الاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة فقال عبد الله بعثك بعشرين الفاً . قال الاشعث اشتريت منك بعشرة آلاف فقال عبيد الله : سمعت رسول الله ﷺ يقول « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بينهما فالقول قول البائع او يترادان البيع » قال فإني ارد البيع رواه سعيد عن هشيم عن ابن ابي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود ، وروى ايضا حديثنا عن عبد الملك بن عبيدة قال قال رسول الله ﷺ « اذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ وان شاء ترك ، وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لانه جعل الخيار اليه فأشبهه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ولانه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبهه الرد بالعيب ولا يشبهه النكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق واذا فسخ العقد فقال القاضي ظاهر كلام احمد ان الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً لانه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فوقع في الظاهر والباطن كما فسخ باللعان ، وقال أبو الخطاب ان كان البائع ظالماً لم يفسخ العقد في الباطن لانه كان يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا يفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب ، فان كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً معجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفسس المشتري ، ولا صحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولهم وجه ثالث انه لا يفسخ في الباطن بحال ، وهذا فاسد لانه لو علم انه لم يفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فانه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرم منع منه ولان الشارع جعل للمظلوم منها الفسخ ظاهراً وباطناً فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب ، ويقوى عندي أنه ان فسخه الصادق منها انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك ، وان فسخه الكاذب طالما يكذبه لم يفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة اليه ويثبت بالنسبة الى صاحبه فيباح له التصرف فيها

(فصل) فان استأجر أرضاً فزرها فتأف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً لان المعقود عليه منافع الارض ولم يتأف إنما تأف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها

رجع اليه لانه رجح اليه بحكم ان شرع من غير عدوان منه فأشبهه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه
 ﴿مسئلة﴾ قال (فان كانت السلعة تالفة تخالفا ورجعا الى قيمة مثلها إلا أن يشاء المشتري
 أن يعطي الثمن على ما قال البائع ، فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه في الصفة)

وجمله أهما اذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فمن أحد فيها روايتان (أحدهما) يتحالفان
 مثل ما لو كانت قائمة وهو قول الشافعي وأحدى الروايتين عن مالك (والأخرى) القول قول المشتري
 مع يمينه اختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة وأبي حنيفة لقوله عليه السلام في
 الحديث « والساعة قائمة » ففهموه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ولاهما اتفاقا على نقل السلعة
 إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها واختلفا في عشرة زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها والقول
 قول المنكر، وتركنا هذا القياس حال قيام الساعة للحديث الوارد فيه فقيامه يبقى على القياس. ووجه
 الرواية الأولى عموم قوله « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار » وقال أحمد ولم
 يقل فيه « والمبيع قائم » إلا يزيد بن هارون قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي لم يقولوا
 هذه الكلمة ولكنها في حديث معن ، ولأن كل واحد منها مدع ومنكر فيشرع اليمين كحال قيام السلعة
 وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام الساعة فان ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها وقولهم ركناه
 للحديث قلنا ليس في الحديث تخالفا وليس ذلك بثابت في شيء من الاخبار قال ابن المنذر وليس
 في هذا الباب حديث يعتمد عليه وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تمديدة الحكم بتعدي ذلك
 المعنى فقيس عليه بل يثبت الحكم بالينة فان التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة
 ثمنها للمعرفة بقيمتها فان الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فإذا تخالفا فان رضي
 أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فكل واحد منهما
 فسخه كما له ذلك في حال بقاء الساعة ويرد الثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة
 السلعة إلى البائع فان كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا وينبغي أن لا يشرع التحالف
 ولا الفسخ فيما اذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري
 مع يمينه لانه لا فائدة في يمين البائع ولا فسخ البيع لان الحاصل بذلك الرجوع إلى ماداه المشتري
 وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لان ذلك
 ضرر عليه من غير فائدة ، ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ومتى اختلفا في قيمة الساعة رجعا
 إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه غارم والقول قول الغارم
 (فصل) وإن تقابلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول
 البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد فأشبهه ما لو اختلفا في القبض

ليقصر فيها ثيابا فتلفت اثياب فيها

﴿مسئلة﴾ (وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها)

(فصل) وان قال بعثك هذا العبد بألف فقال بل هو والعبد الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في أصل عوضي العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن، ولنا أن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله يمينه كما لو ادعى شراؤه منفردا (فصل) وان اختلفا في عين المبيع فقال بعثك هذا العبد قال بل بعثني هذه الجارية فالقوا، قول كل واحد منهما فيما ينكره مع يمينه لان كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه ، والقول قول المنكر فان حلف البائع ما بعثك هذه الجارية أقرت في يده إن كانت في يده وردت عليه إن كان مدعيها قد قبضها ، وأما العبد فان كان في يد البائع أقر في يده ولم يكن للمشتري طلبه لانه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن اليه لانه لم يصل اليه المأمود عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه رده إلى البائع لانه لم يعترف انه لم يشتره وليس للبائع طلبه إذا بذل له ثمنه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لانه تعذر عليه الوصول إلى ثمنه فذلك الفسخ كما لو أفسس المشتري، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لانهما لا يتنافيان فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيع فيما جميعاً وأنكره الآخر ، وإن أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر ثبت ما قامت عليه البينة دون ما لم تقم عليه (فصل) فان اختلفا في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد نص عليه في رواية الاثرم لان الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به ، وإن كان في البلد نقود رجع إلى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب والمعاملة به أكثر لان الظاهر وقوع المعاملة به فهو كما لو كان في البلد نقد واحد ويحتمل أنه ردهما إليه مع التساوي لان فيه توسطاً بينهما وتسوية بين حقيهما وفي العدول إلى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى وعلى مدعي ذلك اليمين لأن ما قاله خصمه محتمل فتجب اليمين لثني ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر، وإذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان فينبغي أن يتحالفا لانهما اختلفا في الثمن على وجه لم يرجح قول أحدهما فيتحالفان كما لو اختلفا في قدره

(فصل) وان اختلفا في أجل أو رهن أو في قدرهما أو في شرط خيار أو ضمنين أو غير ذلك من الشروط الصحيحة فيه روايتان (أحدهما) يتحالفان وهو قول الشافعي لانها اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياساً على الاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول من ينفي ذلك مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدمه فالقول قول من ينفيه كما صل العقد لانه منكر والقول قول المنكر (فصل) وان اختلفا فيما يفسد العقد أو شرط فاسد فقال بعثك بخمر أو خيار مجهول فقال بل بعثني بنقد معلوم أو خيار ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لان ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد ، وإن قال بعثك مكرها فأنكره فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع ، وان قال بعثك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري واسحاق لانها اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتى قبلها ، ويتمثل أن يقبل قول من يدعي الصغر لانه الاصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين (أحدهما) ان الاصل عدمه وهنا الاصل بقاؤه (والثاني) ان الظاهر

لا يختلف فيه فيباح بيع جميعها بذلك لا نعلم فيه خلافاً وهل يكون صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان؟ على روايتين اظهرها أنه يكون صلاحاً فيجوز بيعه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن قياساً

من المكاف انه لا يتعاطى إلا الصحيح وههنا ما ثبت انه كان مكافاً ، وإن قال بعثك وأنا مجنون فان ا يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه وإن ثبت انه كان مجنوناً فهو كالصبي ، ولو قال العبد بعثك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية مهنا لانه مكلف ، والظاهر انه لا يعقد إلا عقداً صحيحاً

(فصل) وإن مات المتبايعان فورتهما بمنزلهما في جميع ما ذكرناه لانهم يقومون مقامهما في أخذ ماليهما وإرث حقوقهما فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما

(فصل) وان اختلفا في التسليم فقال البائع لأسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لأسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسلم الثمن ، فان كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل فيقبض منهما ثم يسلم اليهما وهذا قول الثوري وأحد قولي الشافعي ، وعن أحمد ما يدل على ان البائع يجبر على تسليم المبيع على الاطلاق وهو قول ثان للشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن لان البائع حبس المبيع على تسليم الثمن ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمترهن . ولنا ان تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى سيما مع تعاقب الحكم بعينه وتعلق حق البائع بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكيد ذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة ، وبخالف الرهن فانه لا يتعلق به مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع ، وأما اذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على ايفاء صاحبه حقه ، ووجه الرواية الأخرى ان الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه هو المبيع فوجب تقديمه ولان الثمن لا يتعين بالتمتعين فأشبهه غير المدين . اذا ثبت هذا وأوجنا التسليم على البائع فسلمه فلا يخلو المشتري من أن يكون موسراً أو معسراً ، فان كان موسراً والثمن معه أجبر على تسليمه ، وإن كان غائباً قريباً في بيته أو بلده حجب عليه في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن خوفاً من أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع ، وإن كان غائباً عن البلد في مسافة القصر فالبايع مخير بين أن يصبر الى أن يوجد وبين فسخ العقد لانه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس ، وإن كان دون مسافة القصر فله الخيار في أحد الوجهين لان فيه ضرراً عليه (والثاني) لا خيار له لأن مادون مسافة القصر بمنزلة الحاضر ، وإن كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ في الحال والرجوع في المبيع وهذا كله مذهب الشافعي ، وبقوى عندي انه لا يجب عليه تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشتري من تسليمه لأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ولان المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وأما يؤثر ما ذكر من الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه ، وأما مع الحظر المحوج الى الحجر أو المحجوز للفسخ فلا ينبغي أن يثبت ولأن شرع الحجر لا يندفع به الضرر ولانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولان ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم فهو أولى أن يمنع التسليم لان المنع أسهل من الرفع والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده

على الشجرة الواحدة ، ولان اعتبار الصلاح يشق ويؤدي إلى الاشتراك واختلاف الايدي فوجب أن يبيع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا كالشجرة الواحدة (والثانية) لا يكون صلاحاً ، ولا يجوز

ولذلك ملكت المرأة منع نفسها قبل قبض صداقها قبل تسليم نفسها ولم تملكه بعد التسليم، ولأن للبائع منع المبيع قبل قبض ثمنه أو كونه بمنزلة المقبوض لا مكان تقيضه وإلا فلا، وكل موضع قلنا له الفسخ فله ذلك بغير حكم حاكم لأنه فسخ للبيع للاعسار بثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله إذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك إلى الحاكم لأن ولاية الحجر إليه

(قصل) فإن هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لأنه إذا ملك الفسخ مع حضوره فمع هربه أولى، وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم إن وجد الحاكم له مالا قضاه والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فهو للمشتري، وإن أعوز ففي ذمته، ويقوى عندي أن للبائع الفسخ بكل حال لانتنا أجبنا له الفسخ مع حضوره إذا كان الثمن بعيداً عن البلد لما عليه من ضرر التأخير فهنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ولا يندفع الضرر برفع الأمر إلى الحاكم لعجز البائع عن إثباته عند الحاكم، وقد يكون البيع في مكان لا حاكم فيه والغالب أنه لا يحضره من يقبل الحاكم شهادته فأحاطته على هذا تضييم لئله وهذه الفروع تقوي ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل إحضار ثمنه لما في ذلك من الضرر

(فصل) وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لاجل الاستبراء، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك في القبيحة، وقال في الجميلة يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ لأن التهمة تلحقه فيها فمع منها. ولنا أنه بيع عين لا خيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكره من التهمة لا يمكنه من التسلط على منعه من قبض مملوكته كافيحة ولأنه إذا كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل فيها بعيد نادر، وإن كان لم يستبرئها فهو ترك التحفظ لنفسه ولو طالب المشتري البائع بكفيل لثلا تظهر حاملاً لم يكن له ذلك لأنه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كقبول كما لو طلب كفيلاً بالثمن المؤجل

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز بيع الآبق)

وجملته أن بيع العبد الآبق لا يصح سواء علم مكانه أو جهله وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبههما وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعبراً شاردأ وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمها فيه واحداً وعن شريح مثله، ولنا ما روى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الفرر رواه مسلم وهذا بيع غرر ولأنه غير مقدور على تسليمه فلم يجوز بيعه كالطير في الهواء، فإن حصل في يد إنسان جاز بيعه لا مكان تسليمه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا الطائر قبل أن يصاد)

بيع إلا ما بدا صلاحه لأنه لم يبد صلاحه فلم يجوز بيعه لعموم النهي، ولأنه لم يبد صلاحه فلم يجوز بيعه كالذي في البستان الآخر.

وجملة ذلك أنه إذا باع طائراً في الهواء لم يصح مملوكاً أو غير مملوك أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه وغير المملوك لا يجوز لعتنين (إحداهما) المعجز عن تسليمه (والثانية) أنه غير مملوك له ، والاعل في هذا نهي النبي ﷺ عن بيع الفرر وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسماك في الماء ولا نعلم في هذا خلافاً ولا فرق بين كون الطائر بألف الرجوع أولاً لأنه لا يقدر على تسليمه الآن وإنما يقدر عليه إذا عاد، فإن قيل فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الوساطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب وإن باعه الطير في البرج نظرت فإن كان البرج مفتوحاً لم يجز لان الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فإن كان مغلقاً ويمكن أخذه جازيعة، وقال القاضي إن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه وهذا مذهب الشافعي وهو ملغي بالبعيد الذي لا يمكن احضاره إلا بتعب ومشقة وفرقوا بينها بان البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج إليها في إحضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة ولا كذلك في إمساك الطائر ، والصحيح إن شاء الله تعالى أن تفاوت المدة في إحضار البعيد واختلاف المشقة أكثر من التفاوت والاختلاف في إمساك طائر من البرج، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذلك فإذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى

﴿مسئلة﴾ قال (ولا السمك في الآجام)

هذا قول أكثر أهل العلم روي عن ابن مسعود أنه نهى عنه وقال إنه غرر وكره ذلك الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون مملوكاً (الثاني) أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفة (الثالث) أن يمكن اصطياده وامسأكه فإن اجتمعت هذه الشروط جاز بيعه لانه مملوك معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه كالموضوع في الطست ، وإن اختلف شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لذلك ، وإن اختلفت الثلاثة لم يجز بيعه لثلاث علل ، وإن اختلف اثنان منها لم يجز بيعه لعتنين ، وروي عن عمر بن عبدالعزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في كيله ووزنه ونقله

ولنا ما روي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالوا لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الفرر وهذا منه ولانه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده أشبه الطير في الهواء والعبد الأبقى ولأنه مجهول فلم يصح بيعه كالابن في الضرع والنوى في النمر وبفارق ما ذكره لان ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج الى مؤنة ليمكن قبضه ، فأما إن كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع مشاهدته صح بيعه ، وإن لم يمكن إلا بمشقة وكلفة يسيرة بمنزلة كلفة اصطياده الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا فيه من الخلاف،

(فصل) فأما النوع الآخر من ذلك الجنس فقال القاضي لا يجوز بيعه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الإدراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وما

وان كانت كثيرة وتطاول المدة فيه لم يجز بيعه للعجز عن تسليمه والحبل بوقت إمكان التسليم
 (فصل) اذا اعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك فحصل فيها سمك ملكه، لانه آلة معدة للاصطياد
 فأشبه الشبكة ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارها للاصطياد جاز وما حصل فيها ملكه، وان
 كانت البركة غير معدة للاصطياد لم يملك ما حصل فيها من السمك لانها غير معدة له فأشبهت أرضه
 اذا دخل فيها صيد أو حصل فيها سمك، ومتى نصب شبكة أو شركاً أو نخاً أو أجولة ملك ما وقع فيها
 من الصيد لانه بمنزلة يده وكذلك لو نصب المناجل للصيد وسمى فقتل صيداً حل له أكله وكان
 كذبجه، ولو وقع في شبكته أو شبهها شيء كان مضموناً عليه فلم بذلك أنه كيدته، ولو أعد المياه الامطار
 مصانع أو بركا أو أواني ليحصل فيها الماء ملكه بمحصوله فيها لأنها في باب الاعداد كالشباك للاصطياد
 ولو أعد سفينة للاصطياد كالتى يجعل فيها الضوء ويضرب صواني الصفر ليثب السمك فيها كان حصوله فيها
 كحصوله في شبكته لكونها صارت من الآلات المعدة له ولو لم يعدها لذلك لم يملك ما وقع
 فيها ومن سبق اليه فأخذه ملكه كالارض التي لم تعد للاصطياد مثل أرض الزرع اذا دخلها ماء فيه
 سمك ثم نضب عنه أو دخل فيها ظبي أو عشب فيها طائر أو سقط فيها جراد أو حصل فيها ملح لم يملكه
 صاحبها لانه ليس من ماء الارض ولا مما هي معدة له لكنه يكون أحق به اذ ليس لغیره التخطي في
 أرضه ولا الاتفاع، فان تخطى وأخذه أخطأ وملكه قال أحمد في ورشان على نخلة قوم صاده انسان
 هو للصائد، وقال في طيرة لقوم أفرخت في دار جيرانهم إن الفرخ يتبع الام بردفراخها على أصحاب
 الطيرة، واختار ابن عقيل في المأخوذ من أملاك الناس من صيد وكلا وشبهه أنه لا يملكه بأخذه
 لانه سبب منهي عنه فلم يفد الملك كالبيع المنهي عنه إذ السبب لا يختلف بين كونه يباعاً أو غيره لقوله
 عايه السلام « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » والصحيح الاول ولا نسلم أن السبب منهي عنه
 فان السبب الاخذ وليس بمنهي عنه إيمانهم عن الدخول وهو غير السبب بخلاف البيع، ولان
 النهي هنا لحق آدمي فلا يمنع الملك كبيع المصراة والمعيب وتلقي الركبان والنجش وبيعه على بيع
 أخيه، ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحه ليحصل فيها الماء فيصير ملحا كالارض التي على ساحل البحر
 يجعل اليها طريقاً للماء فاذا امتلأت قطعه عنها أو تكون أرضه سبخة يفتح اليها الماء من عين أو يجمع
 فيها ماء المطر فيصير ملحا ملكه بذلك لانها معدة له فأشبهت البركة المعدة للصيد وان لم يكن أعضاها
 لذلك لم يملك ما حصل فيها كما قدمنا في مثلها، فان قيل فقد روي عن احمد في انسان رمى طيراً يندق
 فوقع في دار قوم فهو لهم دونه، وهذا يدل على أنهم ملكوه بمحصوله في دارهم قلنا هذا محمول على أنه وقع
 ممتعاً فصاده أهل الدار فملكوه باصطيادهم، كذلك قال ابن عقيل ويؤمن حمله على هذا لانهم إذا
 لم يملكوا ما حصل في دارهم بفعل الله تعالى فما حصل بفعل آدمي أولى، ولانه وقع في الدار بمداخلة
 المثبتة له التي يملك بها الصيد فأشبه ما لو اطارت الريح ثوب انسان فألقته في دارهم، ولو كانت آلة
 الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد فتعلق بها صيد لم يملكه
 صاحبها بذلك لانها غير معدة للصيد في هذه الحال فأشبهت الارض التي است معدة له

بتأخر تأخر كثيراً فلا يجوز في الباقي، وقال أبو الخطاب يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس
 وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان الجنس الواحد يضم بهضه إلى بعض في إكمال النصاب فيتبعه

(فصل) وما حصل من الصيد في كلب انسان او صقره أو فهده وكان استرسل بارسال صاحبه فهو له لانه آكد من الشبكة لانه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وارسال صاحبه فهو كسهمه ولان الله تعالى قال (فكلوا مما أمسكن عليكم) وان استرسل بنفسه فحكمه حكم الصيد الحاصل في أرض انسان في أنه لا يملكه وليس لغيره اخذه فان أخذه غيره ملكه كالسكلا وكذلك ما يحصل في هيمة انسان من الحشيش في المرعى

﴿ مسألة ﴾ قال (والوكيل اذا خالف فهو ضامن الا أن يرضى الأمر فيلزمه)

وجملة ذلك أن الوكيل إذا خالف موكله فاشترى غير ما أمره بشرائه أو باع ما لم يؤذن له في بيعه أو اشترى غير ما عين له فعليه ضمان ما فوت على المالك أو تلف لانه خرج عن حال الامانة وصار بمنزلة الغاصب فأما قوله إلا أن يرضى الأمر فيلزمه يعني إذا اشترى غير ما أمره بشرائه بشمن في ذمته فان الشراء صحيح ويقف على اجازة الموكل فان أجازته لزمه وعليه الثمن وان لم يقبل لزم الوكيل، ويتعين حمله على هذه الصورة لانه قد بين في موضع آخر فقال إلا ان يكون اشترى بعين المال فيبطل الشراء وذكره في كتاب العتق ايضا فلذلك تعين حمل هذه المسئلة على ما قلنا، وانما يصح الشراء لانه منصرف في ذمته لاني مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الموكل أم لا لان الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا إنه اذا اشترى في الذمة ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل وان خرج مفضولاً يبطل العقد وانما وقف على اجازة الأمر لانه قصد الشراء له فان أجازته لزمه وعليه الثمن وان لم يقبله لزم من اشترى (فصل) وان اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان (احدها) البيع باطل ويجب رده وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر (والثانية) البيع والشراء صحيحان ويقف على اجازة المالك فان أجازته نفذ ولزم البيع وان لم يجزه بطل وهذا مذهب مالك واسحاق وقول أبي حنيفة في البيع فأما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال ، ووجه هذه الرواية ماروي عروة بن الجعد البارقى رضي الله عنه ان النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة فاشترى شاتين ثم باع احدهما بدينار في الطريق قال فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فأخبرته فقال « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه الاثرم وابن ماجه ولانه عقد له بحيز حال وقوعه فيجب أن يقف على اجازته كالوصية ، ووجه الرواية الاولى قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني ما لا يملك لانه ذكره جواباً له حين سأله انه يبيع الشيء ثم يمضي فيشتره ويسلمه ولا اتفاقاً على صحة بيع ماله الفائب ولانه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الطير في الهواء ، والوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب ولا يعتبر أن يكون لها بحيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الفرر ما لا يجوز في البيع ، فأما حديث عروة فوجهه على أن وكالته كانت مطلقة بدليل أنه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقاً (فصل) ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ليمضي ويشترها ويسلمها رواية واحدة وهو قول الشافعي

في جواز البيع كالنوع الواحد ، والاوّل أولى لان النوعين قد يتباعداً إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ويخالف الزكاة فان القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعتيه

ولا نعلم فيه مخالفاً لان حكيم بن حزام قال لاني صلى الله عليه وسلم إن الرجل يأتيني فيتمس من البيع ما ليس عندي فأمضي الى السوق فأشتره ثم أبيع منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك » (فصل) ولو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكه حكم ما لو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأبو نور والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى سكوتها اقرار لانه دليل على الرضى فأشبهه سكوت البكر في الاذن في نكاحها . ولنا ان السكوت محتمل فلم يكن اذناً كسكوت الثيب وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك بموجود هنا .

(فصل) واذا وكل رجلين في بيع ساعته فباع كل واحد منها السلعة من رجل بشئ مسمى فالبيع للاول منها روي هذا عن شريح وابن سيرين والشافعي وابن المنذر وحكي عن ربيعة ومالك أنهما قالوا هي للذي بدأ بالقبض

ولنا أنه قد روي في حديث « اذا باع الميزان فهو للاول » رواه ابن ماجه ولان الوكيل الثاني زالت وكالته بانتفاء ملك الموكل عن السلعة فصار بائناً ملك غيره بغير اذنه فلم يصح كما لو قبض الاول او كما لو زوج أحد الوليين بعد الاول

(مسألة) قال (وبيع الملامسة والمنابذة غير جائز)

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة متفق عليه ، واللامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمنابذة أن يقول أي ثوب نبذته الي فقد اشتريته بكذا هذا ظاهر كلام أحمد وشيخه قال مالك والاوزاعي وفيها روى البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع الى الرجل قبل أن يقبله أو ينظر اليه ، ونهى عن الملامسة لمس الثوب لا ينظر اليه ، وروى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة في تفسيرها قال هو لمس كل واحد منها ثوب صاحبه بغير تأمل والمنابذة ان ينبذ كل واحد ثوبه ولم ينظر كل واحد منها الى ثوب صاحبه وعلى ما فسرناه به لا يصح البيع فيها العلتين (احدها) الجهالة (والثانية) كونه معلقاً على شرط وهو نبذ الثوب اليه او لمسه له وان عقد البيع قبل نبذته فقال بتك ما تلمسه من هذه الثياب او ما نبذته اليك فهو غير معين ولا موصوف فاشبهه ما لو قال بتك واحداً منها (فصل) ومن البيوع المنهي عنها بيع الحصة فان أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصة رواه مسلم واختلف في تفسيره فقيل هو أن يقول ارم هذه الحصة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول بتك من هذه الارض مقدار ما تبلغ هذه الحصة اذا رميتها بكذا وقيل هو ان يقول بتك هذا بكذا على أي متى رميت هذه الحصة وجب البيع وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) وروى أنس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمحاضرة واللامسة والمنابذة أخرجه البخاري والمحاضرة بيع الزرع الاخضر والتمررة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ،

وقيام كل نوع مقام الآخر في المقصود والمعنى هنا هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشراك واختلاف الايدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصار في هذا كالجنتين

والمحاقلة بيع الزرع بحب من جنسه قال جابر المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة قال الأزهرى الحقل القراح المزروع والحوائل المزراع ، وفسر أبو سعيد المحاقلة باستكراء الأرض بالحنطة

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك بيع الحمل غير أمه واللبن في الضرع)

معناه بيع الحمل في البطن دون الام ولا خلاف في فساده . قال ابن المنذر وقد أجمعوا على أن بيع الملائيق والمضامين غير جائز ، وإنما لم يجز بيع الحمل في البطن لوجهين (أحدهما) جهالته فإنه لا تعلم صفته ولا حياته (والثاني) أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فإنه يقدر على الشروع في تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين والملائيق قال أبو عبيد : الملائيق مافي البطون وهي الاجنة والمضامين مافي اصلاب الفحول فكانوا يبعون الجنين في بطن الناقة وما يضربه الفحل في عامه أو في أعوام وأنشد :

ان المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحذب

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحجر . قال ابن الاعرابي : الحجر مافي بطن الناقة ، والحجر الربا والحجر القمار والحجر المحاقلة والمزابنة

(فصل) وقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع جبل الحبلبة متفق عليه معناه تاج التاج قاله أبو عبيدة ، وعن ابن عمر قال كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى جبل الحبلبة . وجبل الحبلبة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي تتجت فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم رواه مسلم ، وكلا البيعين فاسد أما الاول فلانه بيع معدوم وإذا لم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى وأما الثاني فلانه بيع إلى أجل مجهول

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع وبه قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ونهى عنه ابن عباس وأبو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد وحكي عن مالك أنه يجوز أيا ما . معلومة إذا عرف أحلاها لسقي الصبي كابن الظئر وأجازاه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة ولنا ما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أولبن في ضرع رواه الخلال بإسناده ، ولانه مجهول الصفة والمقدار فأشبهه الحمل لانه بيع عين لم مخلوق فلم يجز كبير ما يحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف وأما ابن الظئر فاما جاز للحضانة لانه موضع حاجة

(فصل) واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر فروي انه لا يجوز بيعه لما ذكرنا من الحديث ولانه متصل بالحيوان فلم يجز لإفراده بالمقدار كعضائه ودوي عنه انه يجوز بشرط جزه في الحال لانه معلوم يمكن تسايمة فجاز بيعه كالرطبة وفارق الاعضاء فإنه لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان ، والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع فان اشتراه بشرط القطع فتركه حتى طال فحكه حكم الرطبة إذا اشتراها فتركها حتى طالت

(فصل) ولا يجوز بيع ما تجهل صفته كالمسك في الفأر وهو الوعاء الذي يكون فيه قال الشاعر :

(فصل) فأما النوع الواحد من بساتين فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز بيع أحدهما يبدو صلاح الآخر سواء كانا متجاورين أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن أحمد ان يبدو الصلاح

إذا التاجر الهندي جاء بفارة * من المسك راحت في مفارقهم تجري
قال فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهده لم يحز بيعه للجهالة وقد قال بعض الشافعية يجوز
لان بقاءه في فأره مصلحة له فانه يحفظ رطوبته وذكاه وأختمه فأشبهه ما مأكوله في جوفه . ولنا انه
يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى وأختمه فلم يحز بيعه مستوراً كالدر في الصدف وأما مأكوله في
جوفه فأخراجه ينفي إلى تلفه والتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السم في ظرفه ومن ذلك
البيض في الدجاج والنوى في التمر لا يجوز بيعهما للجهل بهما ولا نعلم في هذا خلافاً نذكره
(فصل) فأما بيع الأعمى وشراؤه فإن أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطموماً أو بالنم إن كان
مشموماً صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه كالبصير وله خيار الخلف في الصفة ، وبهذا قال
مالك وأبو حنيفة وأثبت أبو حنيفة له الخيار إلى معرفته بالمبيع إما بحسه أو ذوقه أو وصفه ، وقال
عبيد الله بن الحسن شراؤه جائز وإذا أمر إنساناً بالنظر إليه لزمه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا على الوجه
الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قدره بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه لانه مجهول
الصفة عند العاقد فلم يصح كبيع البيض في الدجاج والنوى في التمر . ولنا أنه يمكن الاطلاع على
المقصود ومعرفته فأشبهه بيع البصير ولان إشارة الاخرس تقوم مقام نطقه فكذلك شم الاعمى وذوقه
وأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسئلتنا

(مسألة) قال (وبيع عشب الفحل غير جائز)

عشب الفحل ضرابه وبيعه أخذ عوضه وتسمى الاجرة عشب الفحل مجازاً وإجارة الفحل
للضراب حرام والعقد فاسد ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جوازه قال ابن عقيل :
ويحتمل عندي الجواز لانه عقد على منافم الفحل ونزوه وهذه منفعة مقصودة والماء تابع والغالب
حصوله عقيب نزوه فيكون كالعقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي . ولنا ما روى ابن عمر أن
النبي ﷺ نهى عن بيع عشب الفحل رواه البخاري ، وعن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع ضراب الجمل رواه مسلم ولانه مما لا يقدر على تسليمه فأشبهه إجارة الأبق ولان ذلك متعلق
باختيار الفحل وشهوته ولان المقصود هو الماء وهو مما لا يجوز لإفراده بالعقد وهو مجهول ، وإجارة الظئر
خولف فيه الاصل لمصلحة بقاء الأدمي فلا يقاس عليه ما لبس مثله ، فعلى هذا إذا أعطى أجره لعشب
الفحل فهو حرام على الآخذ لما ذكرنا ولا يحرم على المعطي لانه بذل ماله لتحصيل مباح يحتاج إليه
ولا يمتنع هذا كما في كسب الحجام فانه خبيث ، وقد أعطى النبي صلى الله عليه وسلم الذي حججه وكذلك
أجرة الكسح ، والصحابة أباحوا شراء المصاحف وكرهوا بيعها ، وإن أعطى صاحب الفحل هدية أو
أكرمه من غير إجارة جاز ، وبه قال الشافعي لما روي عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
« إذا كان إكراماً فلا بأس » ولانه سبب مباح فجاز أخذ الهدية عليه كالخجامة ، وقال أحمد في
رواية ابن القاسم : لا يأخذ . فقيل له ألا يكون مثل الحجام يعطى وإن كان منهياً عنه ؟ فقال لم يبلغنا

في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك ، لانهم يتقاربان في الصلاح فأشبهه القراح
الواحد ولان المقصود الامن من المأثم وقد يوجد والاول المذهب لانه إنما جعل ما لم يبد صلاحه

ان التي صلى الله عليه وسلم أعطى في مثل هذا شيئاً كما بلغنا في الحجام، ووجهه ان ما منه أخذ الاجرة عليه منع قبول الهدية كهر النبي وحلوان الكاهن، قال القاضي هذا مقتضى النظر لكن ترك مقتضاه في الحجام فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس والذي ذكرناه أرفق بالناس وأوفق للقياس، وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم

﴿ مسألة ﴾ قال (والنجش منهي عنه وهو أن يزيد في السلعة وليس هو مشترها لها)

انجش أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليقندي به المستام فيظن انه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه فيقدر بذلك فهذا حرام وخداع . قال البخاري النجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل ، وروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش، وعن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الركبان ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تاجشوا ولا يبع حاضر لباد » متفق عليهما ولان في ذلك تقريراً بالمشتري وخديعة له وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « الخديعة في النار » فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد ان البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لان النهي يقتضي الفساد

ولنا ان النهي عاد الى النجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع ولأن النهي لحق الآدمي فمفسد العقد كتلقى الركبان وبيع المعيب والمدلس، وفارق ما كان لحق الله تعالى لان حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فالمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان، وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن . وقال أصحاب الشافعي إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع وعلمه فلا خيار له، واختلفوا فيما اذا كان بمواطأة منه فقالة بعضهم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى مالا يعرف قيمته . ولنا انه تقرير بالعاقد فاذا كان مغبوناً ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ويطلب ما ذكره بتلقي الركبان (فصل) ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشراها بذلك ثم بان

كاذبا فالبيع صحيح والمشتري الخيار أيضاً لانه في معنى النجش

(فصل) وقوله عليه السلام « لا يبع بعضكم على بيع بعض » معناه ان الرجلين اذا تباينا فجاء آخر الى المشتري في مدة الخيار فقال : أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن أو أبيعك خيراً منها بثمانها أو دونه أو عرض عليه سلعة يرغب فيها المشتري ففسخ البيع واشترى هذه فهذا غير جائز لنهي النبي ﷺ عنه ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه، وكذلك ان اشترى على شراء أخيه وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به فهو محرم أيضاً لانه في معنى المنهي عنه ولان الشراء يسمى بيعاً فيدخل في النهي ولان النبي ﷺ نهى ان يخاطب على خطبة أخيه وهو في معنى الخاطب فان خالف وعقد فالبيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد، ويحتمل أنه صحيح لان المحرم هو عرض سلعته على المشتري أو قوله الذي فسخ

بمنزلة ما بدا دفماً لضرر الاشتراك واختلاف الايدي وإلا فالاصل اعتبار كل شيء بنفسه والذي في القراح الآخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يبيع الآخر كما لو تباعدا فان بدا صلاح النوع

البيع من أجله وذلك سابق على البيع ولانه اذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولان النهي لحق آدمي فأشبهه ببيع النجش وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يسم الرجل على سوم أخيه » ولا يخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالمبيع فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري وهو الذي تناوله النهي (الثاني) أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لان النبي ﷺ باع في من يزيد فروى أنس أن رجلا من الانصار شكى إلى النبي ﷺ الشدة والجهد فقال له « أما بقي لك شيء ؟ » فقال بلى، قدح وحلس قال « فائتني بهما » فأتاه بها فقال « من يتباعها ؟ » فقال رجل أخذتها بدرهم فقال النبي ﷺ « من يزيد على درهم من يزيد على درهم » فأعطاه رجل درهين فباعها منه. رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وهذا أيضا إجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالزيادة (الثالث) أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا على عدمه فلا يجوز له السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبي ﷺ أن معاوية وأباجهم خطبها فأمرها أن تتكح أسامة وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيع في أحدهما أبيع في الآخر (الرابع) أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح فقال القاضي لا تحرم المساومة وذكر ان احمد نص عليه في الخطبة استدلالا بحديث فاطمة ولان الاصل إباحة السوم والخطبة فحرم منع ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الاصل ، ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهها حسنا فان النهي عام خرجت منه الصور المخصوصة بأدلتها فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ولانه وجد منه دليل الرضا أشبه ما لو صرح به ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لانها جاءت مستثيرة للنبي صلى الله عليه وسلم وليس ذلك دليلا على الرضا فكيف ترضى وقدنها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « لا نفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم ، والحلم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه

(فصل) بيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح لان البيع تم بأركانه وشروطه خاليا عن مقارنة مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط ولنا أنها ما قصدنا البيع فلم يصح منها كالهالين ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطيه رجلا على أن يظهر انه اشتراه منه ليحتمى بذلك ولا يريدان بيعا حقيقيا

﴿ مسألة ﴾ قال (فان باع حاضر لباذ فالبيع باطل)

وهو أن يخرج الحضري إلى البادي وقد جلب السلعة فيعرفه السعر ويقول أنا أبيع لك فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» والبادي ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها سواء كان بدويا أو من قرية أو بلدة أخرى نهى النبي صلى الله عليه وسلم الحاضر أن يبيع له قال ابن عباس نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الركبان: أن يبيع حاضر لباد قال فقوات لابن عباس: ما قوله

الواحد فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز لدخوله تحت عموم النهي وتعدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم وهي إذا باعه ما بدا صلاحه لانه دخل في البيع تبعا

« حاضر لباد؟ » قال لا يكون له سمساراً متفق عليه ، وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم وابن عمر وأبو هريرة وأنس والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها الا بسعر البلد ضاق على أهل البلد وقد أشار النبي ﷺ في تعليقه الى هذا المعنى ، ومن كرهه ييم الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ونقل أبو اسحاق بن شاقلا في جملة سماعاته ان الحسن ابن علي المصري سأل احمد عن بيع حاضر لباد فقال لا بأس به فقال له فالخبر الذي جاء بالنهي قال كان ذلك مرة ، فظاهر هذا صحة البيع وان النهي اختص بأول الاسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك وهذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه والمذهب الاول لعموم النهي وما ثبت في حقه ثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل وظاهر كلام الحرقي أنه يحرم بثلاثة شروط (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له (والثاني) أن يكون البادي جاهلا بالسعر لقوله فيعرفه السعر ولا يكون التعرف الا لجاهل وقد قال أحمد في رواية أبي طالب اذا كان البادي عارفاً بالسعر لم يحرم (الثالث) أن يكون قد جلب السلم للبيع لقوله وقد جلب السلع والجالب هو الذي يأتي بالسلع لبيعها وذكر القاضي شرطين آخرين (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها (والثاني) أن يكون بالناس حاجة الى متاعه وضيق في تأخير بيعه ، وقال أصحاب الشافعي إما يحرم بشروط أربعة وهي ما ذكرنا الا حاجة الناس الى متاعه ، فمتى اختل منها شرط لم يحرم البيع ، وان اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام ، وقد صرح الحرقي ببطلانه ونص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد قال سألت أحمد عن الرجل الحضري يبيع للبدوي فقال أكره ذلك وأرد البيع في ذلك وعن أحمد رواية أخرى ان البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لكون النهي لمعنى في غير المنهي عنه . ولنا انه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه

(فصل) فاما الشراء لهم فيصح عند أحمد وهو قول الحسن ، وكرهت طائفة الشراء لهم كما كرهت البيع يروى عن أنس قال : كان يقال هي كلمة جامعة يقول لا تبين له شيئاً ولا تتباعن له شيئاً ، وعن مالك في ذلك روايتان ، ووجه القول الاول ان النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فان النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسهم عليهم السعر ويزول عنهم الضرر وليس ذلك في الشراء لهم إذ لا يتضررون لعدم الفبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر، وأما ان أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع له فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والاوزاعي وابن المنذر وكرهه مالك والليث وقول الصابي حجة ما لم يثبت خلافه

(فصل) قال ابن حامد ليس للإمام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون وهذا مذهب الشافعي ، وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل مما يبيع الناس به بيع كما يبيع الناس

دفعاً لمضرة الاشتراك ولا يوجد ذلك ههنا ، ولانه قد يدخل في البيع تبعاً ما لا يجوز افراده كالثمرة تباع مع الاصل والزرع مع الارض ، ويحتمل الجواز لان الكل في حكم ما بدأ صلاحه فأشبهه ببيعته معه

وإلا فأخرج عنا ، واحتج له بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح النمار عن القاسم ابن محمد عن عمر انه مر بحاطب في سوق المصلى وبين يديه غرارتان فيها زبيب فسأله عن سعرها فسعر له مدين بكل درهم فقال له عمر قد حدثت بمير مقبلة من الطائف تحمل زيبياً وهم يعتبرون بسعرك فاما أن ترفع في السعر واما ان تدخل زيبك فتبعه كيف شئت ، ولان في ذلك اضراراً بالناس إذا زاد تبعه أصحاب المتاع وإذا نقص أضر أصحاب المتاع . ولنا ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله غلا السعر فسعر لنا . فقال « إن الله هو المسعر الفاض الباسط الرزاق ، انى لارجو أن القى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه لم يسعر وقد سأله ذلك ولو جاز لاجابهم اليه (الثاني) أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولانه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان كما انفق الجماعة عليه قال بعض أصحابنا التسمير سبب الغلاء لان الجاليين اذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلمهم بل بدأ يكروهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة اليها فلا يجدونها إلا قليلا فيرفعون في ثمنها ليصلوا اليها فتغلو الاسعار ويحصل الاضرار بالجاليين جانب الملاك في منهم من يبيع أملا كهم وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراماً ، فأما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال إن الذى قلت لك ليس بمزينة منى ولا قضاء وانما هو شيء أردت به الخير لاهل البلد فحيث شئت فبيع كيف شئت وهذا رجوع الى ما قلنا وما ذكرناه من الضرر موجود فيما اذا باع في بيته ولا يمنع منه

(مسألة) قال (ونهى عن تلقي الركبان)

فان تلقوا واشتري منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق وعرفوا أنهم قد غبنوا ان أحبوا أن يفسخوا البيع ففسخوا ، روي أنهم كانوا يتلقون الاحلاب فيشترى منهم الامتعة قبل أن تهبط الاسواق فرموا غبنهم غبناً بيناً فيضرونهم وربما أضروا بأهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا امتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً ويتربصون بها السعر فهو في معنى بيع الحاضر للبادي فنهى النبي ﷺ عن ذلك وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد » وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما ، وكرهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبدالعزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق ، وحكي عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع قاله ابن عبدالبر ، وحكي عن أحمد رواية أخرى أن البيع فاسد لظاهر النهي ، والاول اصح لان أبا هريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الجلب فن تلقاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ولان النهي لا لمعنى في البيع بل يعود الى ضرب من الخديعة يمكن

وكا لو أفرد بالبيع ما بدا صلاحه

(مسألة) (وبدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفى ، وفي العنب أن يتموه ، وفي سائر الثمار

استدرا كما بائيات الخيار فأشبهه ببيع المصراة ، وقارق يبيع الحاضر للبادي فانه لا يمكن استدرا كة بالخيار إذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين ، فاذا تقرر هـ . هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن وقال أصحاب الرأي لا خيار له وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا ولا قول لاحدم مع قوله ، وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لانه انما ثبت لاجل الخديمة ودفع الضرر ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل اطلاق الحديث في اثبات الخيار على هذا لعلنا بمعناه ومراده لانه معنى يتعلق الخيار بمثله ولان النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق فيفهم منه أنه أشار الى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع ، ولم يقدر الحرقي الغبن الميث للخيار وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة لان مادون ذلك لا ينضبط ، وقال اصحاب مالك انما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لاهل السوق لثلا يقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى . قال ابن القاسم فان تلقاها متلق فاشترها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها . وقال الليث بن سعد تباع في السوق ، وهذا مخالف لمذلول الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع اذا دخل السوق ولم يجعلوا له خيار أو جعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على ان النهي عن تلقي الركبان لحقه لالحق غيره ولان الجالس في السوق كالمثلي في أن كل واحد منهما ممتنع لفضل الله تعالى فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحاق الضرر به دفعا للضرر عن مثله وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المثلي ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلته فلا يرجع على مثل هذا والله أعلم

(فصل) فان تلقي الركبان فباعهم شيئاً فهو بمنزلة الشراء منهم ولهم الخيار اذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة ، وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لانهم عللوا ذلك بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم ، ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الركبان » والبائع داخل في هذا ولان النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم وهذا في البيع كمو في الشراء والحديث قد جاء مطلقا ولو كان مختصا بالشراء لألحق به ما في معناه وهذا في معناه

(فصل) فان خرج لغير قصد التلقي فلقى ركبا فقال القاضي ليس له الاتباع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك ، وهو قول الليث بن سعد والوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ووجه الاول انه إنما نهى عن التلقي دفعا للخديمة والغبن عنهم وهذا متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده فوجب المنع منه كالمقصود (فصل) وإن تلقى الجلب في أعلى الاسواق فلا بأس فان ابن عمر روى أن النبي ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الاسواق رواه البخاري ، ولانه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع والشراء فلم يدخل في النهي كالذي وصل الى وسطها

(فصل) والاحتكار حرام لما روى الاثر من أبي أمامة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام وروى أيضا باسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من

أن يبدو فيه التضيغ ويطيب أكله)

وجملة ذلك أن ما كان من الثمر يتغير لونه عند صلاحه كثمره النخل والعنب غير الأيض والاجاص

احتكر فهو خاطيء » وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج مع اصحابه فرأى طعاما كثيرا قد بقي على باب مكة فقال ما هذا الطعام ؟ فقالوا جاب لنا فقال بارك الله فيه وفيمن جلبه فقيل له فانه قد احتكر قال ومن احتكره ؟ قالوا فلان مولى عثمان وفلان مولاك فارسل اليهما فقال ما حملكما على احتكار طعام المسلمين قالا نشترى بأموالنا ونبيع قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الانلاس » قال الراوي فاما مولى عثمان فباعه وقال والله لا أحتكره أبدا وأما مولى عمر فلم يبعه فرأيت مجذوما ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجالب مرزوق والمحتكر مامون »

(فصل) والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يشترى فلو جلب شيئا أو ادخل من غنائه شيئا فادخره لم يكن محتكراً روي عن الحسن ومالك وقال الاوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر مامون » ولان الجالب لا يضيق على أحد ولا يضربه بل ينفع فان الناس إذا علوا عنده طعاما ممدداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه (الثاني) أن يكون المشتري قوتاً فأما الادام والحلواء والسهل والزيت واعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن أي شيء الاحتكار ؟ قال : إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره وهذا قول عبد الله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب وهو راوي حديث الاحتكار يحسب الزيت قال أبو داود كان يحتكر الثوب والحطب والبرز ولان هذه الاشياء مما لانعم الحاجة اليها فأشبهت الثياب والحيوانات (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمر من (أحدها) أن يكون في بلديضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثور قال أحمد الاحتكار في مثل مكة والمدينة والثور، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والحطب كبنداد والبصرة ومصر لا يحرم فيها الاحتكار لان ذلك لا يؤثر فيها غالباً (الثاني) أن يكون في حال الضيق بان يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الاموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم

﴿ مسألة ﴾ قال (وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل)

وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرًا محرم وكرهه الشافعي وذكر بعض أصحابه أن البائع اذا اعتقد أنه يبعها خمرًا فهو محرم ، وانما يكره اذا شك فيه وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمرا لمن يتخذه مسكرًا قال الثوري بيع الحلال ممن شئت واحتج لهم بقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولان البيع تم باركانه وشروطه

ولنا قول الله تعالى (ولا تمارنوا على الائم والمدوان) وهذا نهى يقضي التحريم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن في الخمر عشرة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصمها وحاملها والمحمولة اليه وشاربها وبائتها وبتاعها وساقها وأشار الى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس وقال

فبدو صلاحه بذلك ، فان كان العنب أيضا فصلاحه بتموه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ولبين وبصقو لونه ، فان كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فبان يحلو ويطيب ، وإن كان بطيخاً أو نحوه فبان ينو فيه التصح

قد روي هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وروي ابن بطة في محرم النيذ بأسناده عن محمد بن سيرين أن قيساً كان أسعد بن أبي وقاص في أرض له فأخبره عن عنب أنه لا يصلح زيبيا ولا يصلح أن يباع إلا لمن يصهره فأمر بقلعه وقال : بس الشيخ أنا إن بنت الحمرولانه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد لها للمعصية فأشبهه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها محل النزاع بدليلنا وقولهم تم البيع بشروطه وأركانها قلنا لكن وجد المانع منه ، إذا ثبت هذا فأما محرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك أما بقوله وأما بقرائن مختصة به تدل على ذلك فأما أن كان الأمر محتملاً مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخلل والخمر مما ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل ، ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعي لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح كإجارة الأمة للزنا والغناء وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع درهم بدرهمين ويفارق التدليس فإنه لحق آدمي (فصل) وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة وبيع الأمة للغناء أو إيجارها كذلك أو إيجار داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشبه ذلك فهذا حرام والعقد باطل لما تقدمنا . قال ابن عقيل وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك فقال في القصاب والحجاز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عايشه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يختلط الاقداح لا يبيعه ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الدباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء . وروي عنه لا يبيع الجوز من الصيان للقمار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلا (فصل) قيل لا حمد رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيماً وقد احتاج إلى بيعها قال يبيعها على أنها ساذجة فقيل له فأنها تساوي ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً قال لا تباع إلا على أنها ساذجة ، ووجه ذلك ما روى أبو امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يجوز بيع المغنيات ولا أمانهن ولا كسبهن » قال الترمذي : هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء ، فأما ما لهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كما أن العصير لا يحرم بغيره لغير الخمر لصلاحيته للخمر

(فصل) ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن يبيع الخمر غير جائز ، وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشراؤها وهو غير صحيح فإن عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت التجارة في الخمر » وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاضنام » فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال « لا ، هو حرام » ثم قال رسول صلى الله عليه وسلم « قاتل الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم إجمعه وأكواثمه » متفق عليه . ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك ولأن الخمر نجسة محرمة يحرم

وإن كان مما لا يغير لونه ويؤكل طيباً كالقنأ والحيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي بلوغه تناهي عظمه وما قلناه أشبهه بصلاحه مما قالوه فإن بدو صلاح الشيء ابتداءه

بيعها والتوكيل في بيعها كالميتة والخنزير ولأنه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل في بيعه كالحنزير

(مسألة) قال (ويبطل البيع اذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد)

ثبت عن أحمد رحمه الله انه قال : الشرط الواحد لا بأس به انما نهى عن الشرطين في البيع، ذهب أحمد إلى ما روى عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا يخل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا تيم ما ليس عندك » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. قال الاثرم قبل لا يبيعه الله إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنقض يده وقال الشرط الواحد لا بأس به في البيع انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جملة وشرط ظهره إلى المدينة، واختلف في تفسير الشرطين المنهيين عنهما فروى عن احمد انهما شرطان صحيحان ليسا من مصاحبة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوبا واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعاما واشترط طعمه وحمله ان اشترط أحد هذه الاشياء فالبيع جائز وان اشترط شرطين فالبيع باطل، وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير، وروى الاثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشتريها على أنه لا يبيعها من أحد وأنه لا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين، وروى عنه اسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع أن يقول اذا بتمكها فأنا أحق بها بالثمن وان تخدمني سنة، وظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهيين عنهما ما كان من هذا النحو فأما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلم اليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثرت، وقال القاضي في المجرى ظاهر كلام أحمد انه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين لمصاحبة العقد أو لغير مصلحته أخذاً من ظاهر الحديث وعملاً بعمومه، ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين، ورووا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثرت والفاسد يؤثر فيه وإن اتحد، والحديث الذي روينا يدل على الفرق ولان الفرر اليسير اذا احتتمل في العقد لا يلزم منه احتمال الكثير وحديثهم لم يصح وليس له أصل وقد أنكروا أحمد ولا نعرفه مرويا في مسند ولا يعول عليه، وقول القاضي إن النهي يبقى على عمومه في كل شرطين بعيد أيضاً فان شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ما هو من مصاحبة العقد كالأجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً في بطلانه قلت أو كثرت، ولم يذكر أحمد في هذه المسئلة شيئاً من هذا القسم فالظاهر انه غير مراد له

(فصل) والشرط تنقسم الى أربعة اقسام (احدها) ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقباض في الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد (الثاني) تتعلق به مصاحبة العاقدين كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة او اشتراط جفة مقصودة في المبيع

وتناهي عظمه آخر صلاحه، ولان بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يخل بدو صلاحه فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من

كالصناعة والكتابة ونحوها فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً (الثالث) ما ليس من مقتضاه ولا من مصاحته ولا ينافي مقتضاه وهو نوهان (أحدهما) اشتراط منفعة البائع في المبيع فهذا قد مضى ذكره (الثاني) أن يشترط عقداً في عقد نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يساقه أو يصرف له الثمن أو غيره فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري وسنذكره إن شاء الله تعالى (الرابع) اشتراط ما ينافي مقتضى البيع وهو على ضربين (أحدهما) اشتراط ما ينافي على التغايب والسراية، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهل يصح على روايتين (إحدهما) يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولادها فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق (والثانية) الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبهه إذا شرط أن لا يبيعه لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه أشبهه ما لو شرط أن يبيعه، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء، فإذا حكمتنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها، وإن حكمتنا بصحته فاعتقه المشتري فقد وفي بما شرط عليه وإن لم يعتقه ففيه وجهان (أحدهما) يجبر لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فيجبر عليه كما لو نذر عتقه (والثاني) لا يجبر لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل ما لو شرط الرهن والضمين، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لأنه لم يسلم له ما شرطه له أشبهه ما لو شرط عليه رهناً، وإن تعيب المبيع أو كان أمة فأحبها أعتقه وأجزاءه لأن الرق باق فيه، وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئاً فهو له، وإن مات المبيع رجح البائع على المشتري، فاعتقه شرط العتق فيقال كقيمته لو بيع مطافاً، وكيساوي إذا بيع بشرط العتق؟ فيرجح بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته (الضرب الثاني) أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يبطأ أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو إن غصبه فاصبر رجح عليه بالثمن، وإن أعتقه فالولاء له فهذه وما أشبهها شروط فاسدة وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين. قال القاضي المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الحزقي هنا وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور (والثانية) البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ نهي عن بيع وشرط ولأنه شرط فاسد فافسد البيع كما لو شرط فيه عقداً آخر ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بتبرؤه والبيع من شرطه التراضي ولنا ما روت عائشة قالت جاءني بريرة فقالت كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعيني فقلت أن أحب أهلك إن أعدها لهم غدة واحدة ويكون لي ولاؤك ففعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالني عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال «حسنها»

أهل العلم أو مقارب له، وقال عطاء لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير وروي عن ابن عمر وابن عباس ولعلمهم أرادوا صلاحه للأكل فيرجع مضاء إلى ما قلنا فان ابن عباس قال: نهي رسول الله صلى

واشترطي الولاء فأما الولاء لمن أعتق « ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد : ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وأما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خيراً يعارضه فالقول به يجب ، فإن قيل المراد بقوله اشترطي لهم الولاء أى عليهم بدليل أنه امرها به ولا يأمرها بفاسد ، قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين (أحدهما) أن الولاء لها باعتبارها فلا حاجة إلى اشتراطه (الثاني) أنهم ابوا البيع إلا أن يشترط الولاء لهم فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما امره بذلك فليس هو امرأ على الحقيقة وإنما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشرط وتركه كقوله تعالى (استغفر لهم أو لا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا أو لا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء أو لا اشترطي ولهذا قال عقيه فأما الولاء لمن أعتق وحدثهم لا اصل له على ما ذكرناه ، وما ذكره من المعنى في مقابلة النص غير مقبول

(فصل) فان حكمتنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقضه الشرط من الثمن ذكره القاضى وللمشترى الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط لان البائع إنما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط ، والمشتري إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه فاذا لم يحصل غرضه ينبغي ان يرجع بما سمح به كما لو وجده معيبا

(فصل) فان حكمتنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء اتصل به القبض أو لم يتصل ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي ، وذو الفقير أبو حنيفة إلى ان الملك يثبت فيه اذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة الا ان يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته واحتج بحديث بريرة فان عائشة اشترت بشرط الولاء فأعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق ، والبيع فاسد ولان المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عمد فيه تسليط فوجب ان يملكه كالمالك كان العقد صحيحا ولنا انه مقبوض بمقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة او دما فاما حديث بريرة فانما يدل على صحة العقد لاعلى ما ذكره وليس في الحديث ان عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر ان اهل بريرة حين بلغهم انكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ، ويحتمل ان الشرط كان سابقا لم ينفذ فيه (فصل) وعليه رد المبيع مع نمائه المتصل والمنفصل واجرة مثله مدة بقائه في يده وان نقص ضمن نقضه لانها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة ايضا فان تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضى ولان احمد نص عليه في العصب ولانه قبضه باذن مالكة فأشبهه العارية ، وذكر الخريفي في العصب انه يلزمه قيمته اكثر ما كانت فيخرج ههنا كذلك وهو اولى لان الدين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها فكذلك في حال تلفها كما لو تلفها بالجنابة ، ولاصحاب الشافعي وجهان كهدين

انه عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل متفق عليه ، وان أرادوا حقيقة الاكل فيحمل على ذلك موافقة لاكثر الاخبار وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمر حتى يطيب

(فصل) فان كان المبيع امة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده انها ملكه ولان في الملك اختلافا وعايه مهر مثلها لان الحد اذا سقط للشبهة وجب المهر ، ولان الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكراً ، فان قيل أليس اذا زوج امرأة تزويجاً فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لان النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لانه معقود على الوطء ولا كذلك البيع فانه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ولا يحل نكاحها، فان قيل فاذا اوجبتم مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ واذا اوجبتم ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها فخرى مجرى من أزال بكارتها باصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لان مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا ، وأما الثاني فانه إذا وطئها بكراً فقد استوفى نعم هذا الجزء فوجب قيمته بما استوفى من نفعه فاذا أتلفه وجب ضمان عينه ، ولا يجوز ان تضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب نوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فانه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

(فصل) وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به النسب لذلك ولا ولاء عليه لأنه حر الاصل وعلى الواطئ قيمته يوم وضعه لانه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فان سقط ميتاً لم يضمن لأنه إنما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ ، فان قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً وجب ضمانه ، قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ، ولان الجاني أتلفه وقطع ناعاه وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده ، ووقت الحيلولة وقت السقوط وكان ميتاً فلم يجب ضمانه وعليه ضمان نقص الولادة ، وان ضرب بطنها أجني فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة للسيد منها أقل الامرين من أرش الجنين أو قيمته يوم سقط لان ضمان الضارب له قام مقام خروجه حياً ولذلك ضمنه البائع . وانما كان للسيد أقل الامرين لان الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لانه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئاً ، وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لانه بسبب ذلك ضمن ، وإن ضرب الواطئ بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه الغرة أيضاً ولا يرث منها شيئاً وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا وإن سلم الجارية المبيعة الى البائتم حاملاً فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلفت بذلك ضمنها لان تلفها بسبب منه ، وان ملكها الواطئ لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لانها علفت منه في غير ملكه فأشبهه الزوجة، وهكذا كل موضع جبلت في ملك غيره ولا تصير له أم ولد بهذا

(فصل) اذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لانه باع ملك غيره بغير اذنه وعلى المشتري رده على البائتم الاول لانه مالك ولبائتمه أخذه حيث وجده ويرجع المشتري الثاني بالبئتم على الذي باعه ويرجع الاول على بائتمه فان تلف في يد الثاني فللبائتم مطالبه من شاء منها لان الاول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامناً ، فان كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الاول لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه ، فان ضمن الاول رجع بالفضل على الثاني

(فصل) وان زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد الى ما كان عليه أو ولدت

أكله متفق عليه ، ونهى أن تباع الثمرة حتى ترهوقيل وما ترهوق قال «نحمار أو تصفار» رواه البخاري ونهى عن بيع العنب حتى يسود ، رواه الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل

الامة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة لانها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المنصوب، واحتمل أن لا يضمنها لانه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض فملى هذا تكون الزيادة أمانة في يده ، فان تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين اتلف . قال القاضي : وهذا ظاهر كلام أحمد (فصل) اذا باع يبعاً فاسداً وتقاضاً ثم اتلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع والمشتري أسوة الرماء ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الرماء لانه في يده فكان أحق به كالرهن ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان ودبعة عنده بخلاف المرهن فانه قبضه على أنه وثيقة بحجة

(فصل) اذا قال بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فاذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المنع والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا ما لو قال أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز في النكاح ، أما في مسئلتنا فانه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لمن العوض على غيره ، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان (فصل) والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع الى البائع درهما أو غيره على انه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فذلك للبائع ، يقال عربون وأربون وعربان وأربان ، قال أحمد لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر انه أجازه ، وقال ابن سيرين لا بأس به ، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين لا بأس اذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً وقال أحمد هذا في معناه واختار أبو الخطاب انه لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن لان النبي ﷺ نهى عن بيع العربون ، رواه ابن ماجه ، ولانه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي ولانه بمنزلة الخيار المجهول فانه اشترط ان له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما ، وهذا هو القياس وانما صار أحمد فيه الى ما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث انه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن امية فان رضي عمر والا فله كذا وكذا . قال الاثرم قلت لأحمد تذهب اليه ؟ قال اي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه وضمف الحديث المروي ، روى هذه القصة الاثرم باسناده ، فأما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال لا تبع هذه السلعة لغيري وان لم أشتريها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بمقد مبتدئ ، وحسب الدرهم من الثمن صح لان البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل ان الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه فيحصل عليه جماعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد العربون ، وان لم يشتري السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جملة عوضاً عن انتظاره وتأخير يمه من أجله لانه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جملة من الثمن في حال الشراء ولان الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت على هذا المعنى والله أعلم .

(مسئلة) (ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع)

لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الاجارة

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال بمتك بكذا على ان آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع وكذلك ان باعه بذهب على ان يأخذ منه دراهم بصرف ذكراه)

وجملته أن البيع بهذه الصفة باطل لانه شرط في العقدان يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعة قال أحمد هذا معناه، وقد روي أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة، أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، وروي أيضاً عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهكذا كل ما كان في معنى هذا مثل أن يقول بمتك داري هذه على أن أبيعك داري الاخرى بكذا أو على أن تبيني دارك أو على أن أزوجك أو على أن تزوجني ابنتك أو على أن أزوجهك ابنتي ونحو هذا فهذا كله لا يصح، قال ابن مسعود الصفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء وجوزه مالك وقال لا ألتفت الى اللفظ الفاسد اذا كان معلوماً حلالاً فكأنه باع السلعة بالدرهم التي ذكر أنه يأخذها بالدينار. ولنا الخبر وان النهي يقتضي الفساد ولان العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به الا بذلك الشرط فاذا فات الرضى به، ولانه شرط عقداً في عقد لم يصح كتكاح الشغار، وقوله لا ألتفت الى اللفظ لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً؟ ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد كما سبق والله أعلم

(فصل) وقد روي في تفسير بيعتين في بيعة وجه آخر وهو أن يقول بمتك هذا العبد بعشرة نقداً أو خمسة عشر نسيئة أو بعشرة مكسرة أو تسعة صحاحا هكذا فسره مالك والثوري واسحاق وهو أيضاً باطل وهو قول الجمهور لانه لم يجزم له ببيع واحد فأشبهه ما لو قال بمتك هذا أو هذا ولان الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ولان أحد العوضين غير معين ولا معلوم فلم يصح كما لو قال بمتك أحد عبيدي، وقد روي عن طاوس والحكم وجاد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب على أحدها وهذا محمول على أنه جرى بينها بعد ما يجري في العقد فكأن المشتري قال أنا آخذته بالنسيئة بكذا فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقداً كافياً، وان لم يوجد ما يقوم مقام الاجاب أو يدل عليه فلم يصح لان ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً لما ذكرناه، وقد روي عن أحمد فيمن قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم انه يصح فيحتمل أن يلحق به هذا البيع فيخرج وجهها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث أن العقد تم يمكن أن يصح لكونه جملة يحتمل فيها الجهالة بخلاف البيع ولان العمل الذي يستحق به الاجرة لا يمكن وقوعه إلا على احدي الصفقتين فتعين الاجرة المسماة عوضاً له فلا يفضي الى التنازع وههنا بخلافه

(فصل) ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محرم والبيع باطل

إذا باع عبده أو أمته وله مال ملكه إياه أو خصه به فهو للبائع لما روي ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المتباع » رواه مسلم

وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا الا ان مالكا قال ان ترك مشترط السلف السلف صح البيع . ولنا ما روى عبد الله بن عمرو ان النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما لم يقبض ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف ، أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ «لا يحل بيع وسلف» ولانه اشترط عقداً في عقد ففسد بيعتين في بيعة ولانه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لاجله فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به ولانه بيع فاسد فلا يعود صحيحاً كما لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما (فصل) وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفريق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الاجارة نحو أن يقول بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهماً، أو بعتك هذه الدار وأجرتك الاخرى بألف أو باعته سيفا بحلى بالذهب بفضة أوز وجتاك ابنتي وبتك عبداً بألف صح العقد فيهما لانهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منها منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين كالعبدين وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجه آخر أنه لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان حكمها مختلف فان المبيع يضمن بمجرد البيع والاجارة بخلافه والاول أصح وما ذكره يبطل بما إذا باع شقصاً وسيفاً فانه يصح مع اختلاف حكمها بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر فالمان جمع بين الكتابة والبيع فقال كاتبك وبتك عبدي هذا بألف في كل شهر مائة لم يصح لان المكاتب قبل تمام الكتابة عبدقن فلا يصح أن يشتري من سيده شيئاً ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن ، وإذا بطل البيع فهل يصح في الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان نذكرهما في تفريق الصفقة ، وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التي قبلها فقال في الكل وجهان والذي ذكرناه ان شاء الله تعالى أولى (فصل) في تفريق الصفقة ومعناه أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد وهو على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يبيع معلوماً ومجهولاً كقوله بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الاخرى بألف فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافاً لان المجهول لا يصح بيعه لجهلته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل الى معرفته لان معرفته انما تكون بتقسيم الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط

(الثاني) أن يكون الميمان مما ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء كمبد مشترك بينه وبين غيره باعه كاه بغير اذن شريكه وكففيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك الا بمضهما ففيه وجهان (أحدهما) يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه (والثاني) لا يصح فيهما وأصل الوجهين ان أحد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين (إحدهما) يفسد فيهما (والثانية) يصح في الحرة والاولى أنه يصح فيما يملكه وهو قول مالك وأبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال في الاخر لا يصح وهو قول أبي ثور لان الصفقة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحريم ولان الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه

وغيره ولان العبد وماله للبايع ، فاذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما وان اشترطه المتبايع كان له للخبر ، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وقضى به شريح ، وبه

كما لو باع شقصا وسيفا ولان ما يجوز له يعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انقرد ، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو أوصى بشيء لأدمي وبهيمة، وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منها أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وههنا بخلافه

(القسم الثالث) ان يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالاجزاء كعبد وحر وخر وخر وعبد وعبد وغيره وبعد حاضر وأبق فهذا يبطل البيع فيا لا يصح بيعه وفي الآخر روايتان نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبدتين فوجد أحدهما حراً رجح بقيمته من الثمن ، ونقل عنه منها فيمن تزوج امرأة على عبدتين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبدتين فأبطل الصداق فيهما جميعا ، وللشافعي قولان كاروايتين وأبطل مالك العقد فيهما الا أن يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويقف في ملك غيره على الاجازة ، ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو اجماع كالحر والحر لم يصح العقد فيهما ، وان لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما يملكه لان ماختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم الاجازة بحكم حاتم بصحة بيعه ، وقال أبو ثور لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ولان الثمن مجهول لانه انما يتبين بالتقسيم للثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال بمتك هذه السلعة برقمها أو بحصة من رأس المال ولانه لو صرح به فقال بمتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك اذا لم يصرح، وقال من نصر الرواية الاولى انه متى سمي ثمناً في مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع ميباً فأخذ أرشه، والقول بالفساد في هذا القسم ان شاء الله أظهر والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود اذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع الا ان الظاهر فيها الصحة لانها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العوض فيها

(فصل) وان وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم يفسخ العقد في الباقي رواية واحدة ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لان العقد وقع صحيحاً فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكما لو وجد أحد المبيعين ميباً فرده أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع

(فصل) وان كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد فباعهما صفقة واحدة بثمن واحد أو وكل أحدهما صاحبه فباعهما بثمن واحد ففيه وجهان (أحدهما) يصح فيهما ويتسقط العوض على قدر قيمتهما وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد وكما لو باعا عبداً واحداً لهما أو قفيزين من صبرة واحدة (والثاني) لا يصح لان كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن وهو مجهول على ما قدمنا وفارق ما اذا كانا لرجل واحد فان جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء فلا جهالة فيه

(فصل) ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وان لم يعلم مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك الا نصفه أو عبدتين فبين أنه لا يملك الا أحدهما فله الخيار بين الفسخ والامساك لان الصفقة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار

قال مالك والشافعي وإسحاق.

﴿ مسألة ﴾ (فان كان قصده المال اشترط عليه وسائر شروط المبيع ، وإن لم يكن قصده

له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيمه بقسطه ولو وقع المقدم على شيئين يفتقر الى القبض فيها قتل أحدها قبل قبضه فقال القاضي للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ لان حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل المقدم بدليل أنه لو تيب قبل قبضه لملك المشتري الفسخ به

﴿ مسألة ﴾ قال (ويتجر الوصي بمال اليتيم ولا ضمان عليه والربح كله لليتيم فان أعطاه

لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه)

وجملته ان لولي اليتيم أن يضارب بماله ولن يدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح أبان أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم وهو أولى من تركه ومن رأى ذلك ابن عمرو والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ويروى اباحة التجارة به عن عمرو عائشة والضحاك ولا نعلم أحدا كرهه الا ماروي عن الحسن ولعله أراد اجتناب الحاطرة به ولان خزنه أحفظ له، والذي عليه الجمهور أولى لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ولي يتما له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أصح من المرفوع ولان ذلك احظ للمولي عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البائعون في اموالهم وأموال من يمز عليهم من أولادهم الا أنه لا يتجر الا في المواضع الآمنة ولا يدفعه الا لأمين ولا يغرر بماله ، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها أبضت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل أنه كان في موضع مأون قريب من الساحل ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها ان هلك غرمته فتى اتجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم، واجاز الحسن بن صالح واسحاق أن يأخذ الوصي مضاربة لنفسه لانه جاز أن يدفعه بذلك الى غيره فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه والصحيح ما قلنا لان الربح مائة مال اليتيم فلا يستحقه غيره الا بعقد ولا يجوز ان يعقد الولي المضاربة مع نفسه فاما إن دفعه الى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه أي اتفقا عليه في قولهم جميعا لان الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته وهذا فيه مصلحته فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله

(فصل) ويجوز لولي اليتيم ابضاع ماله وممناه دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم ، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها أبضت مال محمد بن أبي بكر ولانه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى ويجوز أن يشتري له العقار لانه مصلحة له فانه يحصل منه المفضل ويبقى الاصل والفرر فيه أقل من التجارة لان أصله محفوظ ويجوز أن يبني له عقارا لانه في معنى الشراء الا أن يكون الشراء أحظ وهو ممكن فتيمن تقديمه واذا أراد البناء بناء بما يرى الحظ في البناء به ، وقال اصحابنا يبينه بالآجر والطين ولا يبني باللبن لانه اذا هدم لا مرجوع له ولا يخصص لانه يلتصق بالآجر فلا يتخلص منه فاذا هدم فسد الآجر لان تخليصه منه يفضي الى كسره ، وهذا مذهب الشافعي ، والذي قلناه أولى ان شاء الله تعالى فانه اذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع

المال لم يشترط علمه)

إذا اشترى عبدا واشترط ماله وكان المال مقصودا بالشراء صح اشراطه للخبر ويشترط أن يوجد

حظه وماله ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون في حياته ولا يحتاج إليه مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر وكثير منها لم يجر عادتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل وقول أصحابنا يختص من عادتهم البناء بالآجر كالمراق ونحوها فلا يصح في حق غيرهم

(فصل) ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لانتا تأمره بالشراء لما فيه من الحظ فيكون بيعه تقويتاً للحظ فإن احتيج إلى بيعه جاز نقل أبو داود عن أحمد يجوز للوصي بيع الدور على الصغار إذا كان نظر ألم وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق قالوا يبيع إذا رأى الصلاح. قال القاضي لا يجوز إلا في موضعين (أحدهما) أن يكون به ضرورة إلى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو مالا بدنه وليس له ما تدفع به حاجته (الثاني) أن يكون في بيعه غبطة وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على من المثل قال أبو الخطاب كالثق ونحوه أو يخاف عليه الهلاك بفرق أو خراب أو نحوه: وهذا مذهب الشافعي، وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم ولا يختص بما ذكره، وقد يرى الولي الحظ في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشترى له في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئاً في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه إلا يبيع عقاره وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره فيبيعه ويشترى له بشئها داراً يصلح له المقام بها وإشياء هذا مما لا ينحصر وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وإن دفع فيه مثلاً منه إما لحاجته إليه وإما لأنه لا يمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم «من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه» فلا يجوز بيعه إذاً فلا معنى لتقييده بما ذكره في الجواز ولا في المنع بل متى كان بيعه أحظ له جاز يعمه وإلا فلا

(فصل) ويجوز لولي اليتيم كتابة رقيق اليتيم واعتاقه على مال إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته ألفاً فيكاتبه بألفين أو بمتقه بألفين فإن لم يكن فيها حظ لم يصح، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز إعتاقه لأن الاعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار، وقال الشافعي لا تجوز كتابته ولا إعتاقه لأن المقصود منها العتق دون المعاوضة فلم تجز كإعتاق بغير عوض ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كبيعته ولا عبرة بنفع العبد ولا يضره كونه تعليقاً فإنه إذا حصل الحظ لليتيم لا يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ما قاسوا عليه فإنه لا نفع فيه فنفع منه لعدم الحظ وانقضاء المقتضي لا لما ذكره ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً، ويتوجه أن يصح قال أبو بكر يتوجه العتق بغير عوض للحظ مثل أن يكون لليتيم جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعين ولو أفردت أحدهما ساوت مائتين ولا يمكن أفرادها بالبيع فيعتق الأخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضءف قيمتها

(فصل) قال أحمد ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحية إذا كان له مال يعني مالا كثيراً لا يتضرر بشراء الأضحية فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو عيد ويوم فرح

فيه شرائط البيع من العلم به وألا يكون بينه وبين الثمن ربا كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين لأنه مبيع مقصود فأشبهه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما، وإن لم يكن قصده المال صح شرطه وإن كان

وفيه جبر قلبه وتطيبه والحاقد بمن له أب فيزول منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما ممن استحباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادتها بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «إنها أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل» رواه مسلم ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الخبز وأمكن في حصول الأدم فهو أولى وإن كان أفراد أرفق به أفردته لقول الله تعالى (ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فآخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم) أي ضيق عليكم وشد من قوهم أعنت فلان فلانا إذا ضيق عليه وشدت وعنت الرجل إذا ضلعت ، ويجوز للوصي ترك الصبي في المكتب بغير إذن الحاكم وحكي لأحمد قول سفيان لا يسلم الوصي الصبي إلا بإذن الحاكم فأنكر ذلك وذلك لأن المكتب من مصالحه فجرى مجرى نفقته لما كوله ومشروبه وملبوسه وكذلك يجوز له إسلامه في صناعة إذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه

(فصل) وإذا كان الولي موسراً فلا يأكل من مال اليتيم شيئاً إذا لم يكن أباً لقوله تعالى (ومن كان غنيا فليستغف) وإن كان فقيراً فله أقل الأمرين من أجرته أو قدر كفايته لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجد في فاه إذا أكل منه ذلك القدر ثم أيسر فإن كان أباً لم يلزمه عوضه رواية واحدة لأن للاب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وإن كان غير الأب فهل يلزمه عوض ذلك؟ عن روايتين (أحدهما) لا يلزمه وهو قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لأن الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض فأشبهه سائر ما أمر بأكله ولأنه عوض من عمله فلم يلزمه بدله كالاجير والمضارب (والثانية) يلزمه عوضه ، وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه قضاؤه كالمضطر إلى طعام غيره والأول أصح لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجباً في الذمة قبل اليسار فإن اليسار ليس بسبب للوجوب فإذا لم يجب بالسبب الذي هو الأكل لم يجب بعده وفارق المضطر فإن العوض واجب عليه في ذمته ولأنه لم يأكله عوضاً عن شيء وهذا بخلافه

(فصل) فأما قرض مال اليتيم فإذا لم يكن فيه حفظ له لم يجز قرضه ، فتنى أمكن الولي التجارة به أو تحصيل عقار له فيه الحظ لم يقرضه لأن ذلك يفوت الحظ على اليتيم وإن لم يمكن ذلك وكان قرضه حظاً لليتيم جاز . قال أحمد : لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته ومودته ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر ، وقيل لأحمد إن عمر استقرض مال اليتيم قال إنما استقرض نظراً لليتيم واحتياطاً إن أصابه شيء غرمه ، قال القاضي ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلد فيريد نقله إلى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو محوها ، أو يكون ما يتلف بتطاول مدته أو حديثه خير من قديمه كالخطة ونحوها فيقرضه خوفاً أن يسوس أو تنقص قيمته وأشياء هذا فيجوز القرض لأنه مما لليتيم فيه الحظ فجاز كالتجارة به ، وإن لم يكن فيه حظ وإنما قصد إرفاق المقرض وقضاء حاجته فهذا غير جائز لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته ، وإن أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله ، وقرضه لثقة أمين

مجهولاً نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبيه ، وسواء كان المال من جنس الثمن أو من غير جنسه عيناً كان أو ديناً ، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر . قال البيه : إذا باع عبد أباً لف

أولى من إيداعه لأن الوديعة لا تضمن إذا تلفت ، فان لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إيداعه لأنه موضع حاجة ولو أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه فانه ربما رأى الإيداع أحظ له من القرض فلا يكون مفراطاً وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز إلا للمليء أمين ليأمن جحوده وتمذر الإيفاء وينبغي أن يأخذ رهناً أن أمكنه ، وان تذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد لان الظاهر ممن يستقرضه من أجل حظ اليتيم أنه لا يبذل رهناً فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ ، وقال أبو الخطاب يقرضه اذا أخذ بالقرض رهناً ، فظاهر هذا أنه لا يقرضه الا برهن لان فيه احتياطاً للمال وحفظاً له عن الجحد والمطل ، وان أمكنه أخذ الرهن فالاولى له أخذه احتياطاً على المال وحفظاً له ، فان تركه احتتمل أن يضمن ان ضاع المال لتفريطه ، واحتمل أن لا يضمن لان الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام أحمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصي أن يستتبع فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين لانه متصرف بالاذن في مال غيره فأشبه الوكيل ، وقال القاضي يجوز ذلك للوصي وفي الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه

(فصل) واذا ادعى الولي الاتفاق على الصبي أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى أنه باع عقاره لحظه أو بناء لمصلحته أو أنه تلف قبل قوله ، وقال أصحاب الشافعي لا يبضي الحاكم بيع الامين والوصي حتى يثبت عنده الحظ بينة ولا يقبل قولها في ذلك ويقبل قول الاب والجحد . ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالاب والجحد ، ولانه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالاب ، واذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل الا بينة ، فان لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه ، وإن قال الولي أنفقت عليك منذ ثلاث سنين ، وقال الغلام مامات أبي الامد سنتين فالقول قول الغلام ذكره القاضي لان الاصل حياة والده واختلافهما في أمر ليس الوصي أميناً فيه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) قال أحمد : يجوز للوصي البيع على الغائب البالغ اذا كان من طريق النظر ، وقال أصحابنا يجوز للوصي البيع على الصغار والكبار اذا كانت حقوقهم مشتركة في عقار في قسمه اضرار وبالصغار حاجة إلى البيم إما لقضاء دين أو مؤنة لهم . وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى : يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه ولعلها أرادا هذه الصورة لان في ذلك نظراً للصغار واحتياطاً للميت في قضاء دينه وقال الشافعي لا يصح بيعه على الكبار لانه تصرف في مال غيره من غير وكالة ولا ولاية فلم يصح كبيع ماله المفرز أو مالا تضر قسمته وهذا هو الصحيح وما ذكروه لأصل له يقاس عليه ويمارضه أن فيه ضرراً على الكبار ببيع ماله بغير اذنهم ، ولأنه لا يجوز له بيع غير العقار فلم يجوز له بيع العقار كالأجنبي

(فصل) ويصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في احدى الروايتين وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف أشبه غير المميز ، ولان

درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كان رغبة المبتاع في البعد لانه في الدرهم ذلك لانه دخل في البيع تبعاً غير مقصود فأشبهه أساسات الحيطان والنمويه بالذهب في السقوف ، وقال القاضي : هذا

العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لحقائه وزايدته تزايداً خفي التدريج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة . ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وأما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء وليعلم هل يفن أولاً ، ولأنه عاقل يميز محجور عليه فصح تصرفه باذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فإنه لا يحصل المصلحة بتصرفه اهدم تميزه ومعرفة ولا حاجة إلى اختباره لأنه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه فلنا يعلم ذلك بأثره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البائع فان معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه كذا ههنا ، فأما إن تصرف بغير اذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ، ومبنى ذلك على ما اذا تصرف في مال غيره بغير اذنه وقد ذكرناها فيما مضى ، وأما غير المميز فلا يصح تصرفه وإن اذن له الولي فيه إلا في الشيء اليسير كما روي عن أبي الدرداء أنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ذكره ابن أبي موسى

﴿مسئلة﴾ قال (وما استدان العبد فهو في رقبة يهديه سيده أو يسلمه ، فان جاوز ما استدان قيمته

لم يكن على سيده أكثر من قيمته إلا أن يكون - أذوناً له في التجارة فيلزم مولاة جميع ما استدان)

في هذه المسئلة أربعة فصول (أحدها) في استدانة العبد ، يعني أخذه بالدين يقال ادان

واستدان وتدين . قال الشاعر :

يؤنبي في الدين قومي وإنما تديننت فيما سوف يكسبهم حمداً

والعبيد قسبان : محجور عليه فما لزمه من الدين بغير رضی سيده مثل أن يقترض أو يشتري شيئاً في ذمته ففيه روايتان (احدهما) يتعلق برقبته اختارها الخرقى وأبو بكر لأنه دين لزمه بغير اذن سيده فتعلق برقبته كإرش جنايته (والثانية) يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر وهذا مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته ككوض الخلع من الامة وكالخر

(القسم الثاني) المأذون له في التصرف أو في الاستدانة فما يلزمه من الدين هل يتعلق بذمة السيد أو برقبته ؟ على روايتين ، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به اذا عتق وأيسر لانه دين ثبت برضى من له الدين أشبه غير المأذون أو فوجب أن لا يتعلق برقبته كما لو استقرض بغير اذن سيده ، وقال أبو حنيفة يباع اذا طالب الغرماء ببيعه وهذا معناه أنه تعلق برقبته لانه دين ثبت برضى من له الدين فيباع فيه كما لو رهنه . ولنا أنه اذا اذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها فصار ضامناً كما لو قال لهم دايئوه أو اذن في استدانة تزيد على قيمته ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها أو فيما لم يؤذن فيه مثل أن اذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره فإنه لا ينفك عن التعرير إذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضاً (الفصل الثاني) فيما لزمه من الدين من أروش جناياته أو قيم متلفاته ، فهذا يتعلق برقبته العبد على

يشني على كون العبد يملك اولا يملك . فان قلنا لا يملك فاشتراط المشتري ماله صار ميبعاً معه فاشتراط فيه ما يشترط في سائر المبيعات وهو مذهب أبي حنيفة ، وان قلنا يملك احتملت فيه الجبالة وغيرها بما

كل حال مأذونا أو غير مأذون رواية واحدة وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، وكل ما يتعلق برقبته فان السيد يتخير بين تسليمه للبيع وبين فدائه ، فان سلمه فبيع وكان ثمنه أقل من أرش جنائته فليس للمجنبي عليه الا ذلك لان العبد هو الجاني فلا يجب على غيره شيء ، وان كان ثمنه أكثر فالفضل ل لسيدة ، وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد ان السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب الى انه دفعه اليه عوضا عن الجنابة فلم يبق لسيدة فيه شيء كما لو ملكه اياه عوضا عن الجنابة وهذا ليس بصحيح فان المجنبي عليه لا يستحق أكثر من قدر ارش الجنابة عليه كما لو جنى عليه حر ، والجاني لا يجب عليه أكثر من قدر جنائته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيدة كالرهن ولا يصح قولهم إنه دفعه عوضا لانه لو كان عوضا للملكة المجنبي عليه ولم ييم في الجنابة وانما دفعه ليبيع فيؤخذ منه عوض الجنابة ويرد اليه الباقي ولذلك لو اتلف درهما لم يبطل حق سيده منه بذلك لعجزه عن اداء الدرهم من غير ثمنه ، وان اختار السيد فداءه لزمه أقل الامرين من قيمته أو أرش جنائته لان أرش الجنابة ان كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجنابة من غيره وانما تجب قيمته ، وان كان أقل فلم يجب بالجنابة الا هو وعن احمد رواية أخرى انه يلزمه ارش جنائته بالغنا ما بلغ لانه يجوز ان يرغب فيه راغب فيشتره بأكثر من ثمنه فاذا منع بيعه لزمه جميع الارش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين (الفصل الثالث) في تصرفاته أما غير المأذون فلا يصح بيعه ولا شراؤه بعين المال لانه تصرف

من المحجور فيما حجر عليه فيه فأشبهه المفلس ولانه تصرف في ملك غيره بغير اذنه فهو كتصرف الفضولي ويتخرج ان يصح ويقف على اجازة السيد كذلك ، واما شراؤه بشمن في ذمته واقتراضه فيجتمل أن لا يصح لانه محجور عليه اشبه السفهية ، ويحتمل ان يصح لان الحجر لحق غيره اشبه المفلس والمريض ويتفرع عن هذين الوجهين ان التصرف وان كان فاسداً فللبائع والمقرض اخذ ماله ان كان باقيا سواء كان في يد العبد أو السيد ، وان كان تالفاً فله قيمته أو مثله إن كان مثليا فان تلف في يد السيد يرجع بذلك عليه لان عين ماله تلفت في يده ، وان شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لانه الذي أخذه منه ، وان تلف في يد العبد فالرجوع عليه ، وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين وان قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع وللمقرض الرجوع فيما أقرض لانه قد تحقق إفسار المشتري والمقرض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وان كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك وله ذلك لانه أخذ من عبده ما لا في يده بحق فهو كالصيد فاذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال ، وان كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد ، وأما العبد المأذون له فيصح تصرفه في قدر مأذون له فيه لانهم فيه خلافا ولا يصح فيما زاد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة اذا أذن له في نوع انفك الحجر عنه وجاز له التصرف مطلقا لان الحجر لا يتجزأ فاذا زال بعضه زال كله

ولنا أنه متصرف بالأذن فاخص تصرفه بمحل الاذن كالوكيل وقولهم ان الحجر لا يتجزأ لا يصح فانه لو صرح بالأذن له في بيع عين ونهيه عن بيع أخرى صح وكذلك في الشراء كالوكيل

ذكرنا من قبل أنه بيع تيماً فهو كطي الآبار ، وهذا خلاف نص أحمد والخرفي فانها جملا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره . قال شيخنا : وهو أصح إن شاء الله تعالى ، واحتمال

وان أذن له السيد في ضمان أو كفالة ففعل صح وهل يتعلق بذمة السيد أورقبة العبد؟ على وجهين وان رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر بذلك مأذوناً له

(الفصل الرابع) في تصرفاته ان كان مأذوناً له في التجارة قبل اقراره في قدر مأذون له ولم يقبل فيها زاد ولا يقبل اقرار غير المأذون له بالمال فان أقر بعين في يده أو دين يتعلق برقبته لم يقبل على سيده لانه يقر بحق على غيره فلم يقبل كما لو أقر أن سيده باعه وبثت ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق وان أقر بجنابة استوى في ذلك المأذون له وغيره ، وينقسم ذلك أقساماً أربعة

(أحدها) جنابة موجبها المال كاتلافه أو جنابة خطأ أو شبه عمد أو جنابة عمد فيما لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فلا يقبل اقراره بها لانه اقرار بالمال فلم يقبل كما لو اقر بدراهم أو دنانير (القسم الثاني) جنابة موجبها حد سوى السرقة أو قصاص فيما دون النفس فيقبل اقراره بذلك وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال زفر وداود والمزني وجريير لا يقبل لانه يسقط به حق السيد فلا يقبل كالاقرار بجنابة الخطأ

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قطع يد عبد باقراره السرقة وجلد عبد أقر عنده بالزنا نصف الحدولا مخالف له في الصحابة فكان اجماعاً ولان ما لا يقبل اقرار السيد فيه على العبد يقبل فيه اقرار العبد كالطلاق ولان العبد غير متهم فيه لان ضرره به اخص وهو بألمه امس فقبل اقراره كما لو اقرت به الزوجة وخرج على هذين المعنيين جنابة الخطأ فان اقرار السيد بها مقبول ولا يتضرر العبد بها (القسم الثالث) اقراره بالسرقة يقبل في الحد فيقطع ، ولا يقبل في المال سواء كانت العين تالفة أو باقية في يد السيد أو في يد العبد وبهذا قال الشافعي ، ويحتمل ان لا يقطع اذا اقر بسرقة عين موجودة في يده وبهذا قال ابو حنيفة لان العين محكوم بها لسيده فلا يقطع بسرقة عين اسيده ولان المطالبة بالمسروق شرط في القطع وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها ولان هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولنا خبر علي رضي الله عنه ولانه مقر بسرقة عين تبلغ نصاباً فوجب قطعه كما لو اقر حر بسرقة عين في يد غيره ، وما ذكرناه يبطل بهذه الصورة وانما لم ترد العين الى المسروق منه لحق السيد وامافي حق العبد فقد ثبت للمقر له ولهذا لو عتق وطادت العين إلى يده لزمه ردها الى المقر له

(القسم الرابع) الاقرار بما يوجب القصاص في النفس فروي عن أحد أنه لا يقبل وعموم قول الحرقي ان أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك يقتضي قبول اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أقر بما يوجب قصاصاً فقبل كاقراءه بقطع اليد، ولانه أحد نوعي القصاص فقبل اقراره به كالأخر ولانه لا يقبل لإقرار سيده عليه به فقبل لإقراره به كالحد، واحتج أصحابنا بأن مقتضى القياس أن لا يقبل لإقراره بالقصاص أصلاً لانه إقرار على مال سيده ولانه منهم إذ يحتمل أن يكون عن مواطاة بينها ليمفو على مال فيستحق رقبة العبد ولذلك لم تحمّل العاقلة اعترافاً فتركنا موجب القياس لحبر علي رضي الله عنه ففيما عداه يبقى على موجب القياس ، ويفارق القصاص في النفس القصاص في الطرف لانه قد يحتمل أنه أراد التخلص من سيده ولو بفوات نفسه ، وكل

الجهالة فيه لكونه غير مقصود كاللبن في الضرع والحمل في البطن وأشياء ذلك فانه مبيع ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا ، وقد قيل ان المال ليس بجميع ههنا ، وانما استبقاه المشتري على ملك العبد

موضع حكمتنا بقبول إقراره بالقصاص فحكمه حكم الثابتة بالينة فلولي الجناية العفو والاستيفاء والعفو على مال فان عفى تعاق الارش برقبة العبد على ما مر بيانه ، ويحتمل أن لا يملك العفو على مال لثلاث يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بمال

(مسئلة) قال (وبيع الكلب باطلاً ان كان معلماً)

لا يختلف المذهب في أن بيع الكلب باطل أي كلب كان، وبه قال الحسن وربيعة وحماد والاوزاعي والشافعي وداود وكره أبو هريرة ثمن الكلب ، ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي ، وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ أئمتنا ، وعنه رواية في الكلب المقور أنه لا يجوز بيعه ، واختاف أصحاب مالك فمنهم من قال لا يجوز ومنهم من قال الكلب المأذون في إمساكه يجوز بيعه وبكره ، واحتج من أجاز بيعه بما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ، ولأنه يباح الاتفاح به ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار .

ولنا ما روى أبو مسعود الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن متفق عليه، وعن رافع بن خديج قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ثمن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث وكسب الحجام خبيث» متفق عليها وروي عن ابن عباس أنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فان جاء يطلبه فامأوا كفه ترابا رواه أبو داود. ولأنه حيوان نهى عن اقتنائه في غير حال الحاجة اليه أشبه الخنزير أو حيوان نجس الدين أشبه الخنزير . فأما حديثهم فقال أحمد هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف ، وقال الدارقطني الصحيح أنه هو قوف على جابر وقال الترمذي لا يصح إسناد هذا الحديث وقد روي عن أبي هريرة ولا يصح أيضاً ، ويحتمل أنه أراد ولا كلب صيد ، وقد جاءت اللفظة بمثل ذلك . قال الشاعر :

وكل أخ مفارقه أخوه لعمر أليك الا الفرقدان

أي والفرقدان ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد

(فصل) ولا تجوز اجارته نص عليه أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يجوز لانها منفعة مباحة فجازت المعاوضة عنها كنفع الخمر. ولنا أنه حيوان محرم بيعه لحبثه فحرمت اجارته كالخنزير وقياسهم ينتقض بضراب الفحل فانها منفعة مباحة ولا يجوز إحارتها ولأن إباحة الاتفاح لم تبح بيعه فكذلك اجارته ولأن منفعته لا تضمن في النصب فانه لو غصبه غاصب مدة لم يلزمه لذلك عوض فلم يجز أخذ العوض عنها في الاجارة كنفع الخنزير .

(فصل) وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه لانها نقل اليد فيه من غير عوض وتصح هبه لذلك وقال القاضي لا تصح لانها تملك في الحياة أشبهت البيع والاول أصح ويفارق البيع لانه يؤخذ عوضه وهو محرم ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

فلايزول عنه إلى البائع وهو قريب من الاول.

(فصل) وإذا اشترط مال العبد في الشراء ثم رده باقالة أو عيب رد ماله وقال داود يرد دون ماله

(مسألة) قال (ومن قتله وهو معلم فقد اساء ولا غرم عليه)

أما قتل المعلم فحرام وقاعله مسيء ظالم وكذلك كل كلب مباح إمساكه لانه محل منتفع به يباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قتاله وبهذا قال الشافعي وقال مالك وعطاء عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم اتلافه ، ولنا انه محل مجرم أخذ عوضه لحبته فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير ، وأما مجرم اتلافه لما فيه من الاضرار وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرر والاضرار

(فصل) فأما قتل ما لا يباح إمساكه فان الكلب الاسود البهيم يباح قتله لانه شيطان ، قال عبد الله بن الصامت سألت ابا ذر فقلت ما بال الاسود من الاحمر من الايض ؟ فقال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتني فقال « الكلب الاسود شيطان » رواه مسلم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اولان الكلاب امة من الامم لامرت بقتلها فاقتلوا منها كل اسود بهيم » ويباح قتل الكلب العقور لما روت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم : الغراب والحدأة والمقرب والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ، ويقتل كل واحد من هذين وان كان معلما للخبرين وعلى قياس الكلب العقور كل ما آذى الناس وضرهم في انفسهم واموالهم يباح قتله لانه يؤذي بلا نفع اشبه الذئب ، ومالا مضرة فيه لا يباح قتله لما ذكرنا من الخبر ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه امر بقتل الكلاب حتى ان المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله ثم نهى عن قتلها وقال « عليكم بالاسود البهيم ذى الطفتين قانه شيطان » رواه مسلم

(فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلا كلب الصيد او كلب ماشية او حرث لما روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من اتخذ كلبا الا كلب صيد او ماشية او زرع نقص من أجره كل يوم قيراط » وعن ابن عمر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية فانه ينقص من أجره كل يوم قيراطان ، قال سالم وكان أبو هريرة يقول « أو كلب حرث » متفق عليه ، وان اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر ، ويحتمل الاباحة وهو قول أصحاب الشافعي لانه في معنى الثلاثة فيقاس عليها والاول أصح لان قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما يتناول الخبر تحريمه قال القاضي وليس هو في معناها فقد يحتمل اللص لاخرجه بشيء يطعمه إياه ثم يسرق المتاع ، وأما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه ولان اقتناءه في البيوت يؤذي المارة بخلاف الصحراء

(فصل) فاما تربية الجرو الصغير لأحد الامور الثلاثة فيجوز في أقوى الوجوهين لانه تصده لذلك فيأخذ حكمه كما يجوز بيع العبد الصغير والجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لما له إلى الانتفاع ، ولانه لو لم يتخذ الصغير ما أمكن جعل الكلب للصيد إذ لا يصير معلما الا بالتعالم ولا يمكن تعليمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها ، قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونن مما علمكم الله) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم (والوجه الثاني) لا يجوز لانه ليس من الثلاثة

لان ماله لم يدخل فيه فأشبهه الباء الحادث عنده ، ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد ، ولان العبد إذا كان ذاملا كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك

(فصل) ومن اقتنى كلباً لصيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يجرم اقتناؤه في مدة تركه لأن ذلك لا يمكن التجرز منه ، وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه أبيع له امسك الكلب إلى أن يزرع زرعا آخر ، ولو هلكت ماشيته فأراد شراء غيرها فله امسك كلبها لينتفع به في التي يشتريها فاما ان اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز لان النبي ﷺ استثنى كلب الصيد مطلقا واحتمل المنع لانه اقتناء لغير حاجة اشبه غيره من الكلاب ، ومعنى كلب الصيد اي كلب يصيد به وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثا او ماشية إن حصلت او يصيد به ان احتاج إلى الصيد وليس له في الحال حرث ولا ماشية يحتمل الجواز لقصد ذلك كما لو حصد الزرع واراد أن يزرع غيره (فصل) ولا يجوز بيع الخنزير ولا الميتة والحمر وعلى أن يبيع الخنزير وشراءه حرام ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله ﷺ وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الحمر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه . ولا يجوز بيع مالا منفعته فيه كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد كالاسد والذئب ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والحدأة والغراب الأبقع وغراب البين ويضها فكل هذا لا يجوز بيعه لانه لا نفع فيه فأخذ منه أكل مال بالباطل

(فصل) ولا يجوز بيع المرجين النجس ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لان اهل الامصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير فكان اجماعا . ولنا انه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كلبتية وما ذكره فليس باجماع ، فان الاجماع اتفاق اهل العلم ولم يوجد ، ولانه رجيع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الآدمي

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا مالمس بمملوك كالباحات قبل حيازتها وملكها ولا نعلم في ذلك خلافا فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة . رجل أعطي بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرأ فاستوفى منه ولم يوفه أجره » رواه البخاري

﴿ مسألة ﴾ قال (وبيع الفهد والصقر المعلم جائز وكذلك بيع الحمر وكل ما فيه المنفعة)

وجملة ذلك أن كل مملوك أبيع الاتفاع به يجوز بيعه إلا ما استثناء الشرع من الكلب وأم الولد والوقف وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى لان الملك سبب لاطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيع لغيره بذل ماله فيها توصلاً إليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ما أبيع بيعه وسواء في هذا ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهيمة الانعام والحيل والصيد ، أو مختلفاً في نجاسته كالبلبل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد كالقهد والصقر والبازي والشاهين والمقاب والطير المقصود صوته كالحزار والبلبل والبيغا وأشباه ذلك فكله يجوز بيعه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى لا يجوز بيع الفهد والصقر ونحوها لأنها نجسة فلم يجز بيعها كالكلب . ولنا أنه حيوان أبيع اقتناؤه وفيه نفع مباح من غير

رده حتى يدفع ما يزيد نفعه ، فان تلف ماله فاراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث هل ينم الرد؟ على روايتين فان قلنا بالرد فعليه قيمة ما تلف عنده . قال أحمد في رجل اشترى أمة معها فاشترطه وظهر على

وعيد في حبسه فأبيع بيعه كالبغل وما ذكرناه يبطل بالبغل والحمار فإنه لا خلاف في إباحة بيعهما وحكمهما حكم سباع البهائم في الطهارة والنجاسة وإباحة الاقتناء والانتفاع ، وأما الكلب فإن الشرع توعده على اقتنائه وحرمة الا في حال الحاجة فصارت إباحته ثابتة بطريق الضرورة بخلاف غيره ، ولأن الاصل الإباحة بدليل قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولما ذكرنا من المعنى خرج منه ما استثناء الشرع لمعان غير موجودة في هذا فبقي على أصل الإباحة ، وأما الهر فقال الحرقي يجوز بيعها ، وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنه كره ثمنها ، وروي ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد واختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال : زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وفي لفظ رواه أبو داود عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور . قال الترمذي هذا حديث حسن وفي أسناده اضطراب . ولنا ما ذكرناه فيما يصاد به من السباع ويحمل الحديث على غير المملوك منها أو مالا تقع فيه منها بدليل ما ذكرناه ، ولأن البيع شرع طريقاً للتوصل إلى قضاء الحاجة واستيفاء المنفعة المباحة ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغي أن يشرع ذلك فيه ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه فما يباح الانتفاع به فينبغي أن يجوز بيعه

(فصل) فإن كان الفهد والصقر ونحوهما مما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه لعدم النفع به وإن

كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه لأن ما له إلى الانتفاع فأشبه الجحش الصغير

(فصل) فأما ما يصاد عليه كالبومة التي يجعلها شباشا لتجتمع الطير اليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنتع الحاصل منها ، ويحتمل المنع لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه (فصل) فأما بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير فإن كان مما لا تقع فيه لم يجز بيعه طاهراً كان أو نجساً ، وإن كان ينتفع به بأن يصير فرخاً وكان طاهراً جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به أشبه أضله ، وإن كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فخكمه حكم فرخه ، وقال القاضي لا يجوز بيعه لأنه نجس لا ينتفع به في الحال وهذا ملغى بفرخه وبالجحش الصغير

(فصل) قال أحمد أكره بيع الفرد قال ابن عقيل هذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز لأنه كالصقر والبازي وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقاً

(فصل) وفي بيع العلق التي ينتفع بها مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف فتمص الدم والديدان التي تترك في الشص فيصاد بها السمك وجهان (أصحابها) جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك (واثاني) لا يجوز لأنها لا ينتفع بها الا نادراً فأشبهت مالا تقع فيه

(فصل) ويجوز بيع دود القز وبزره ، وقال أبو حنيفة في رواية عنه ان كان مع دود القز جاز بيعه وإلا فلا لأنه لا ينتفع به فهو كالخشرات وقيل لا يجوز بيع بزره ولنا ان الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لملك ما يخرج منه أشبه البهائم ولأن الدود وبزره طاهر

عيب وقد تلف القناع غرم قيمته محصته من الثمن

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان عليه ثياب فقال أحمد : ما كان للجمال فهو للبائع ، وما كان للبئس

منتفع به فجاز بيعه كالثوب وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهاثم التي لا يحصل منها نفع سوى التاج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلاً، فان نفع هذه كثير لان الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا إنما يحصل منها (فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع، وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها منفردة لما ذكر في دود القز. ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الانعام واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها فقال القاضي لا يجوز لانه لا يمكن مشاهدة جميعها ولانها لا تلخو من عسل يكون مبيعها معها وهو مجهول، وقال أبو الخطاب يجوز بيعها في كواراتها ومنفردة عنها فانه يمكن مشاهداتها في كواراتها اذا فتح رأسها ويعرف كثرته من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء فان بعضه يكون على بعض فلا يشاهد الا ظاهره والعسل يدخل في البيع تبعاً فلا تضر جهاته كأساسات الحيطان فان لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستوراً باقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته

(فصل) ذكر الحرقي أن الترياق لا يؤكل لانه يقع فيه لحوم الحيات فعلى هذا لا يجوز بيعه لان

نفعه إنما يحصل بالاكل وهو محرم ثغلاً من نفع مباح فلم يجز بيعه كالميتة، ولا يجوز التداوي به ولا بسم الاقاعي (١) فاما السم من الحشائش والنبات فان كان لا ينتفع به أو كان يقتل قلبه لم يجز بيعه لعدم نفعه وان اتفنع به وأمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه لانه طاهر منتفع به أشبه بقية الماء كولات (فصل) ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الذبغ قولاً واحداً قاله ابن أبي موسى، وفي بيعه بعد الذبغ عنه خلاف، وقد روى حرب عن أحمد أنه قال إن النبي ﷺ نهى عن من الكلب، وأما غير ذلك نحو ريش الطير التي لها مخلب أو بعض جلود السباع التي لها أنياب فان بيعها أسهل لان النبي ﷺ إنما نهى عن أكل لحومها والصحيح عنه أنه لا يجوز وهذا ينبي على الحكم بنجاسة جلود الميتة وانها لا تطهر بالدباغ وقد ذكرنا ذلك في بابه

(فصل) فاما بيع لبن الادميات فقال أحمد أكرهه. واختلف أصحابنا في جوازه فظاهر كلام

الحرقي جوازه لقوله وكل ما فيه المنفعة وهذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي، وذهب جماعة من أصحابنا الى تحريم بيعه وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه مائع خارج من آدمية فلم يجز بيعه كالعرق ولانه من آدمي فأشبهه سائر أجزائه، والاول اصح لانه لبن طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة، ولانه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبهه المنافع ويفارق العرق فانه لا نفع فيه ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الأدمي يجوز بيعها فانه يجوز بيع العبد والامة وانما حرم بيع الحر لانه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لانه لا نفع فيه (٢)

(فصل) واختلفت الرواية في بيع رباع مكة واجارة دورها فروي أن ذلك غير جائز وهو قول

أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه اسحاق لما روى عمر بن شبيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة « لا تباع رباعها ولا تكري بيوتها » رواه الاثرم باسناده وعن مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام يبيع رباعها حرام لإجارتها » وهذا نص رواه سعيد بن منصور

المعتاد فهو للمشتري

إذا كان على العبد أو الجارية حلي فهو بمنزلة ماله على ما ذكرنا. فاما الثياب فقال أحمد: ما كان يلبسه

(١) اكل الحيات غير محرم اجماعاً بل أباحه مالك وغيره فما ثبت عند الاطباء من نفع الترياق أو غيره من الادوية التي يدخل فيها سمها فهو مباح على ان المحرم لذاته يباح للضرورة والمحرم لسبب الضرورة يباح للحاجة كما في اعلام الموقعين للمحقق ابن القيم

(٢) مفهومه انه يجوز بيعه اذا اتفنع به وهذا حاصل في عصرنا في الجلد تسليخ قطعة منه ويرقم بها البدن وفي غير ذلك

في سننه وروي أنها كانت تدعى السوائب على مهاد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدود في مسنده ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم فكانت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الارض التي فتحتها المسلمون عنوة ولم يقسموها والدليل على انها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وانها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي» وأما احلت لي ساعة من نهار» متفق عليه ورويت أم هانيء قات أجرت حموين لي فأراد علي أخي قتلها فأثبت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله اني أجرت حموين لي فزعم ابن أمي علي أنه قاتلها فقال النبي ﷺ «قد أجرنا من أجرنا وأمننا من أمنت يا أم هانيء» متفق عليه ولذلك أمر النبي ﷺ بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن صبابه وهذا يدل على أنها فتحت عنوة (والرواية الثانية) أنه يجوز بيع ربيعها واجارة بيوتها، وروي ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار وهذا قول الثاقفي وابن المنذر وهو أظهر في الحجة لان النبي ﷺ لما قيل له أين تنزل غدأ؟ قال « وهل ترك لنا عقيل من ربيع؟ » متفق عليه يعني أن عقيل باع ربيع أبي طالب لانه ورثه دون اخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً ولان أصحاب النبي ﷺ كانت لهم دور بمكة لأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع وسنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال ابن الزبير بت مكرمة قريش فقال يا ابن أخي ذهبت المسكارم إلا التقوى أو كما قال واشترى معاوية دارين واشترى عمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجماعاً، وقد قرره النبي ﷺ بنسبة دورهم اليهم فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن » وأقرهم في دورهم ورباعهم، ولم ينقل أحداً عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى إن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج الى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع، ولأنها أرض حبة لم يرد عليها صدقة محرمة تجاز بيعها كسائر الارض، وماروي من الاحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف، وأما كونها فتحت عنوة فهو الصحيح الذي لا يمكن دفعه الا ان النبي ﷺ أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فبدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم وعلى القول الاول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته، ومن احتاج الى مسكن فله بذل الاجرة فيه، وإن احتاج الى الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه وكان أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أجرتها فان سكن باجرة فامكنه أن لا يدفع اليهم الاجرة جاز له ذلك لانهم لا يستحقونها، وقد روي أن سفيان سكن في بعض ربيع مكة وهرب ولم يعطهم اجرة فأدركوه فأخذوها منه وذكر لاهم فعل سفيان فتبسم فظاهر هذا أنه أعجبه قال ابن عقيل والخلاف في غير مواضع المناسك أما بقاع المناسك فكوضع السعي والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل) ومن بنى بناء بمكة بالة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع أبنية الوقوف وانقاضها، وان كانت من تراب الحرم وحجارتها انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع ربيع مكة لانها تابعة لمكة وهكذا تراب كل وقف وانقاضه قال أحمد وأما البناء بمكة فأي كرهه، قال اسحاق البناء

عند البائع فهو للمشتري، وان كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أو شيء يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه

بركة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له ألا تبني لك بئنا؟ فقال « منى مناخ لمن سبق »

(فصل) قال أحمد لا أعلم في بيع المصاحف رخصة ورخص في شرائها وقال الثراء أهون وكره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبيرة واسحاق وقال ابن عمر وددت أن الأيدي تقطع في بيعها وقال أبو الخطاب يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهل يكره شراؤه وابداله؟ على روايتين، ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي لأن البيع يقع على الجهد والورق وبيع ذلك مباح، ولنا قول الصنحابة رضي الله عنهم ولم تعلم لهم مخالفاً في عصرهم، ولأنه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيافته عن البيع والابتذال، وأما الشراء فهو أسهل لأنه استنقاذ للمصحف وبذل لما له فيه نجاز كما أجاز شراء ربيع مكة واستئجار دورها من لا يرى بيعها ولا أخذ أجرها وكذلك أرض السواد ونحوها وكذلك دفع الأجرة إلى الحجامة لا يكره مع كراهة كسبه، وإن اشترى الكافر مصحفاً فالبيع باطل وبه قال الشافعي وأجازته أصحاب الرأي وقالوا يجبر على بيعه لأنه أهل للشراء والمصحف محل له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فمنع من ابتدائه كسائر ما يحرم بيعه وقد نبه النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم فلا يجوز تمكينهم من التوصل إلى نيل أيديهم أياه

(فصل) ولا يصح شراء الكافر مسلماً وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه والشافعي في أحد القولين، وقال أبو حنيفة يصح ويجبر على إزالة ملكه لأنه يملك المسلم بالارث ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده فصح شراؤه له كالمسلم، ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فمنع ابتداءه كالنكاح، ولأنه عقد يثبت الملك على المسلم للكافر فلم يصح كالنكاح، والملك بالارث والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للمحرم في الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من ثبوت الأقوى ثبوت مادونه معرانا فقطع الاستدامة عليه بمنعه منها وأجباره على إزالتها

(فصل) ولو وكل كافر مسلماً في شراء مسلم لم يصح الشراء لأن الملك يقع للموكل ولأن الموكل ليس بأهل لثرائه فلم يصح أن يشتري له كما لو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر؟ وإن وكل المسلم كافرأ يشتري له مسلماً فاشترأ ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأن المنع منه إنما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم والملك يثبت للمسلم ههنا فلم يتحقق المانع (والثاني) لا يصح لأن ما منع من شرائه منع التوكيل فيه كالمحرم في شراء الصيد والكافر في نكاح المسلمة، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلاً لذمي في شراء خمر

(فصل) وإن اشترى الكافر مسلماً يمتق عليه بالقرابة كأيديه وأخيه صح الشراء وعتق عليه في قول بعض أصحابنا وحكي فيه أبو الحنيفة ورايتين (أحدهما) لا يصح وهو قول بعض الأصحاب لأنه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ولأن ما منع من شرائه لم يبيح له شراؤه وإن زال ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد (والثانية) يصح شراؤه لأن المنع إنما ثبت لما فيه من اهانة المسلم بملك الكافر له والملك ههنا يزول عقيب الشراء بالكفاية ويحصل من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الاهانة

المتاع، وإنما كان كذلك لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه، ولأنها تتعلق بها حاجة العبد وإنما

بالمالك في لحظة يسيرة ويفارق من لا يتفق عليه فان ملكه لا يزول إلا بازائه وكذلك شراء المحرم للصيد فانه لو ملكه لثبت ملكه عليه ولم يزل، ولو قال كافر اسلم اعتق عبدك عني وعلي منه ففعل صح لان اغتاقه ليس بتمليك وانما هو ابطال للرق فيه وانما حصل الملك فيه حكماً فجاز كما يملكه بالارث حكماً ولان ما يحصل له بالحريه من النفع يتغير فيه ما يحصل من الضرر بالمالك فيصير كالمعدوم وفيه وجه آخر انه لا يصح بناء على شراء قريبه المسلم

(فصل) ولو اجر مسلم نفسه لذي عمل في ذمته صح لان غلباً رضي الله عنه اجر نفسه من يهودي يستتي له كل دلو بتمرة واتى بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فأكله وفعل ذلك رجل من الانصار واتى به النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره ولانه لا صغار عليه في ذلك وان استأجره في مدة كيوم أو شهر ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان فيه استيلاء عليه وصغاراً أشبه الشراء (والثاني) يصح وهو أولى لان ذلك عمل في مقابلة عوض أشبه العمل في ذمته ولا يشبه الملك لان الملك يقتضي سلطناً واستدامة وتصرفاً بأنواع التصرفات في رقبته بخلاف الاجارة

(فصل) ولا يجوز أن يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم وبه قال أبو حنيفة وقال : مالك لا يحرم التفريق إلا بين الام وولدها لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » ورواه الترمذي وقال حديث حسن وقال « لا توله والدة عن ولدها » فخصها بذلك فدل على الاباحة فيها سواء وقال الشافعي يحرم بين الوالدين والمولودين وان سفلوا ولا يحرم بين من عداهم لان القرابة التي بينهم لا تمنع القصاص ولا شهادة بعضهم لبعض فلم يمنع التفريق في البيع كإبني العم ولنا ما روى أحمد في المسند ثنا غندر ثنا سعيد بن أبي عروبة عن الحكم عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما ففرقت بينهما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « ادر كهما فارتجهما ولا تبعهما الا جميعاً » وروي عن أبي موسى أن النبي قال « لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها والاخ وأخيه » ولان بينها رحماً محرمًا فلم يجز التفريق بينهما كالوالد مع أمه ويفارق ابني العم فانه ليس بينهما رحم محرم

(فصل) فان فرق بينهما قبل البلوغ فالبيع باطل ، وبه قال الشافعي فيما دون السبع ، وقال أبو حنيفة البيع صحيح لان النهي لمعنى في غير البيع وهو الضرر اللاحق بالتفريق فلم يمنع صحة البيع كالبيع في وقت النداء . ولنا حديث علي وأن النبي ﷺ أمره بردها ولو لزم البيع لما أمكن ردها ، وروى أبو داود في سننه أن علياً فرق بين الام وولدها فنهاه النبي ﷺ فود المبيع ، ولانه بيع محرم لمعنى فيه ففسد كبيع الحمر ولا يصح ما قاله فان ضرر التفريق حاصل بالبيع فكان لمعنى فيه ، فأما محدوده بالسبع فان عموم اللفظ يمنع ذلك ولا يجوز تخصيصه بغير دليل، وإن كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز، وقال أبو الخطاب فيه روايتان (أحدهما) لا يجوز لعموم النهي (والثانية) يجوز وهي الصحيحة لما روي أن سلمة بن الأكوع أتى أبا بكر امرأة وابنتها ففعله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي ﷺ فوهبها له وأهدى إلى النبي ﷺ مارية وأختها سيرين فأعطى النبي ﷺ سيرين لحسان بن ثابت وترك مارية له ، ولانه

يلبسها إياه لينفقها بها وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد ولم تجر المادة بالمساحة فيها فجزت مجري السور

بعد البلوغ بصير مستقلاً بنفسه والمادة التفريق بين الاحرار فان المرأة تزوج ابنتها ويفرق بين الحرمة وولدها إذا افترق الأبوان

(فصل) وإذا اشترى ممن في ماله حرام وحلال كالسلطان الظالم والمرابي ، فان علم أن المبيع من حلال ما له فهو حلال وان علم أنه حرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لان الظاهر أن ما في يد الانسان ملكه فان لم يعلم من أيهما هو كرهناه لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لامكان الحلال قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة وبقدر قلة الحرام وكثرت تكون كثرة الشبهة وقتلتها ، قال أحمد : لا ييجزي أن يأكل منه لما روى الثمان بن بشير أن النبي ﷺ قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وان لكل ملك حمى وحسى الله محارمه » متفق عليه وهذا لفظ رواية مسلم ، وفي لفظ رواية البخاري « فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجتراً على ما يشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع ما استبان » وروى الحسن ابن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » وهذا مذهب الشافعي

(فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب ما أصله الحظر كالذبيحة في بلد فيها محجوس وعبدة أوثان يذبحون فلا يجوز شراؤها ، وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلماً لأن الاصل التحريم فلا يزول الا يقين أو ظاهر ، وكذلك ان كان فيها اخلاط من المسلمين والمحجوس لم يحز شراؤها لذلك . والاصل فيه حديث عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا أرسات كلبك نخاطا كلبا لم يسم عليها فلا تأكل فانك لا تدري أيها قتله » متفق عليه ، فأما ان كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر لإباحتها لان المسلمين لا يقرون في بلدهم بيع ما لا يحل بيعه ظاهراً (والثاني) ما أصله الاباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم أن نجاسة تغير أم يغيرها فهو ظاهر في الحكم لان الاصل الطهارة فلا نزول عنها الا يقين أو ظاهر ولم يوجد واحد منهما . والاصل في ذلك حديث عبد الله بن زيد قال : شكى الى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يحيل اليه في الصلاة أنه يجد الشيء قال « لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد رجلاً » متفق عليه . (الثالث) ما لا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الأولى تركها على ما ذكرنا وعملاً بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد ثمرة ساقطة فقال « لولا أنني أخشى أنها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع

(فصل) وكان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك ، ومن كان لا يقبلها سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وان المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع والتوقي لا على أنها حرام ، فان احمد قال : جوائز السلطان احب الي من الصدقة وقال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه الدراهم نصب فكيف أقول انها سحت ، ومن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم من الصحابة مثل الحسن والحسين وعبد الله ابن جعفر ، ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهرى والشافعي واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده واجابهم يودا دعاهوا واكل من طعامه

في الدار والدابة التي يركب عليها . وقال ابن عمر من باع وليدة زينبا بثياب فللذي اشترها ما عليها

وقد اخبر الله تعالى أنهم أكلون سمحت ، وروي عن علي رضي الله عنه انه قال : لا بأس بجوائز السلطان فان ما يعطيكم من الحلال اكثر مما يعطيكم من الحرام وقال لا تسأل السلطان شيئاً وان اعطى نخذ ، فان ما في بيت المال من الحلال اكثر مما فيه من الحرام

قال احمد رحمه الله فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة ، وان كان معه ما تادرم فيها عشرة حرام يتصدق بالعشرة لأن هذا كثير وذاك قليل فقيل له قال سفيان : ما كان دون العشرة يتصدق به ، وما كان اكثر يخرج قال نعم لا يحجف به ، قال القاضي وليس هذا على سبيل التحديد وإنما هو على طريق الاختيار لانه كلما اكثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فإنه يسهل اخراج الكل ، والواجب في الموضوعين اخراج قدر الحرام والباقي مباح له وهذا لان تحريمه لم يكن لتحريم عينه وإنما حرم لتعلق حق غيره به ، فاذا أخرج عوضه زال التحريم عنه كالمو كان صاحبه حاضراً فرضي بعوضه وسواء كان قليلاً او كثيراً ، والتورع اخراج ما يتقن به اخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك الا باخراج الجميع ، لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لاجل المشقة فيه واقتصر على الواجب ، ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكون له الا الدرهم اليسيرة فيشق اخراجها لحاجته اليها ومنهم من يكون له مال كثير فيستغني عنها فيسهل اخراجها

(فصل) قد ذكرنا ان الظاهر من المذهب لا يجوز بيع كل ماء عد كميته العيون ونقع البئر في أما كنهه قبل احرازه في انائه ولا الكلأ في مواضعه قبل حيازته فعلى هذا متى باع الارض وفيها كلأ أو ماء فلا حق للبائع فيه وقد ذكرنا رواية أخرى أن ذلك مملوك وأنه يجوز بيعه فعلى هذه الرواية إن باع الارض فذكر الماء والكلأ في البيع دخل فيه وان لم يذكره كان الماء الموجود والكلأ للبائع لانه بمنزلة الزرع في الارض والماء أصل بنفسه فهو كالطعام في الدار فما يتجدد بعد البيع فهو للشري وعلى هذه الرواية اذا باع من هذا الماء أصح معلومة جاز لانه كاصبرة ، وان باع كل ماء البئر لم يجز لانه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجاري أصح لم يجز لان ذلك الماء يذهب ويأتي غيره

(فصل) وتلى كلتا الروايتين متى كان الماء التابع في ملكه أو الكلأ أو المعادن وفق كفايته لشربه وشرب ماشيته لم يجب عليه بذله نص عليه لانه في ملكه ، فاذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحق به كالطعام ، وإنما توعد النبي صلى الله عليه وسلم على منع فضل الماء ولا فضل في هذا ولان عليه في بذله ضرراً ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه وإن كان فيه فضل عن شربه وشرب ماشيته وزرعه واحتاجت اليه ماشية غيره لزمه بذله بغير عوض ولكل واحد أن يتقدم إلى الماء ويشرب ويشقي ماشيته وليس لصاحبه المنع من ذلك لما روى إياس بن عبدالله الأزني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من منع فضل الماء لبيع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته»

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تسأل المرأة طلاقاً أختها ونهى أن ينع الماء مخافة ان يرعى الكلأ ، يني اذا كان في مكان كلأ وليس يمكنه الاقامة لرعيه الا بالسقي من هذا الماء فيمنهم السقي ليتوفر الكلأ عليه ، وروي أبو عبيدة بن اسامة عن عمر أنه قال ابن السبيل أحق بالماء من الباني عليه ، وعن أبي هريرة قال : ابن السبيل أولى شارب ، وعن بهيسة قالت : قال

إلا أن يشترطه الذي باعها ، وبه قال الحسن والبخاري ، ولنا الخبر المذكور ولان اثبات لم يتناولوا لفظ

أبي يارسول الله مالمشيء الذي لا يحل منه ؟ قال « الماء » قال يارسول الله مالمشيء الذي لا يحل منه ؟ قال « الملح » وليس عليه بذل آلة البتر من الحبل والدلو والبركة لانه يحلق ولا يستخلف غيره بخلاف الماء وهذا كله هو الظاهر من مذهب الشافعي ولا فرق فيما ذكرنا بين البنيان والصحاري ، وعن أحمد أنه قال : أما هذا في الصحاري والبرية دون البنيان ، يعني ان البنيان إذا كان فيه الماء فليس لاحد الدخول اليه إلا باذن صاحبه

(فصل) وهل يلزمه بذل فضل مائه لزوع غيره فيه روايتان (احدهما) لا يلزمه وهو مذهب الشافعي لان الزرع لاحرمة له في نفسه ، ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه بخلاف الماشية (والثانية) يلزمه بذله لذلك لما روي عن عبدالله بن عمر ان قيم أرضه بالوهط كتب اليه يخبره انه قد سقى أرضه وفضل له من الماء فضل يطلب بتلاثين ألفاً فكتب اليه عبد الله بن عمرو اقم قلدك ثم اسق الادنى قال ادنى فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع فضل الماء ، قال ابو عبيد القدر يوم الثرب وفي المسند ثنا حسن قال حدثنا حماد بن سلمة عن ابي الزبير عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فضل الماء ، وروى إياس بن عبد الله قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يمنع فضل الماء . رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ نهى عن بيع الماء ، ولان في منعه فضل الماء اهلاكه فخرم منعه كالماشية ، وقولهم لاحرمة له قلنا فلصاحبه حرمة فلا يجوز التسبب إلى اهلاكه ماله ، ويحتمل ان يمنع نفي الحرمة عنه فان اضاعه المالك منهى عنها واتلافه محرم وذلك دليل على حرمة

(فصل) واذا اشترى عبداً بمائة فقضاها عنه غيره صح سواء قضاها بأمره أو غير أمره فان بان العبد مستحقاً لزم رد المائة الى دافعها لانا تيناً أنه قبض غير مستحق فكان المائة لم تخرج من يد دافعها وان بان العبد مبيعاً فرده بالبيع أو باقالة أو أصدق امرأة إنسان شيئاً فطلقها الزوج قبل دخوله بها أو ارتدت فهل يلزم رد المائة الى دافعها أو على المشتري والزوج ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) على الدافع لان القبض حصل منه فالرد عليه كائني قبها (والثاني) على الزوج والمشتري لان قضاها بمنزلة الهبة لهما دليل راءة ذمتها منه والهبة المقبوضة لا يجوز الرجوع فيها ، وان كان الدفع باذن المشتري والزوج احتتمل أن يكون الحكم فيه كما لو قضاها بنير اذنه اذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه واحتمل أن يكون رده على الزوج والمشتري اذا كان عقدها صحيحاً بكل حال لان اذنتها في تسليمه الى من له الدين عليها اذا اتصل به القبض جرى مجرى قبوله وقبضه بخلاف ما إذا لم يأذن ، وان أذنا في دفع ذلك عنها قرضاً فان الرد يكون عليها والمقرض يرجع عليها بموضه

(فصل) اذا قال العبد لرجل اتعني من سيدي ففعل فإن العبد معتق فالضمان على السيد نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة ان كان السيد حاضراً حين غره العبد وان كان غائباً فالضمان على العبد لان الفرور منه . ولنا أن السيد قبض الثمن بغير استحقاق وضمن العهدة فكان الضمان غايه كما لو كان حاضراً وان بان العبد مضموناً أو به عيب فرده فالضمان على السيد لما ذكرنا

(فصل) وان اشترى اثنان عبداً فغاب أحدهما وجاء الآخر يطالب نصيبه منه فله ذلك وقال أبو حنيفة ليس له ذلك لانه لا يمكنه تسليمه إلا بتسليم نصيب الغائب وليس له تسليمه بغير اذنه .

البيع ولا جرت العادة يبيعها معه أشبه سائر مال البائع ولانه زينة للبيع أشبه ما لو زين الدار بسط

ولنا أنه طلب حصته فكان له ذلك كما لو أوجب لكل واحد منها منفرداً وما ذكره يبطل بهذه الصورة وإن قال الحاضر أنا أدفع جميع الثمن ويدفع الي جميع العبد لم يكن له ذلك، وقال أبو حنيفة له ذلك ولنا أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ولا للبائع في دفعه إليه فلم يكن لهما ذلك كما لو كانا حاضرين فإن سلم إليه فتلف العبد فللبائع نصيبه لأنها شاء لأن الدافع فرط بدفع ماله بغير إذنه والشريك قبض مال غيره بغير إذنه فإن ضمن الشريك لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الدافع رجح على البايع لذلك، ويقوى عندي أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين إليه إلا بتسليم نصيب صاحبه أنه لا يجوز التسليم إليه لما ذكرنا هنا

(فصل) ويستحب الأَشهاد في البيع لقول الله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وأقل أحول الأمر الاستحباب ولأنه أظلم للأزاع وأبعد من التجاحد فكان أولى، ويختص ذلك بما له خطر فاما الأَشياء الغفيلة الخطر كحوائج البقال والعطار وشبهها فلا يستحب ذلك فيها لأن العقود فيها تكثر فيشق الأَشهاد عليها وتفسح إقامة البينة عليها والترافع إلى الحاكم من أجلها بخلاف الكثير وليس الأَشهاد بواجب في واحد منها ولا شرطاً له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق وإبي أيوب، وقالت طائفة ذلك فرض لا يجوز تركه. روي ذلك عن ابن عباس وعن رأي الأَشهاد على البيع عطاء وجابر بن زيد والتخمي لظاهر الأمر، ولأنه عقد معاوضة فيجب الأَشهاد عليه كالنكاح

ولنا قول الله تعالى (فإن آمن بضمك بعضاً فليؤد الذي أوّمن أمانته) قال أبو سعيد صار الأمر إلى الأمانة (١) وتلا هذه الآية ولأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه واشترى من رجل سراويل ومن أعرابي فرساً فحجده الأعرابي حتى شهد له خزعة بن ثابت ولم ينقل أنه شهد في شيء من ذلك، وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق فلم يأمرهم بالأشهاد ولا نقل عنهم فعله ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم ولو كانوا يشهدون في كل بياعاتهم لما أخل بنقله، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم عروة بن الجمعان يشتري له أضحية ولم يأمره بالأشهاد وأخبره عروة أنه اشترى شاتين فباع إحداها ولم ينكر عليه ترك الأَشهاد، ولأن المبايعه تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها فلو وجب الأَشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الإرشاد إلى حفظ الأموال والتعليم كما أمر بالرهن والكتاب وليس ذلك بواجب وهذا ظاهر (فصل) ويكره البيع والشراء في المسجد، وبه قال إسحاق لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إذا رأيت من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك وإذ رأيت من ينشذالة في المسجد فقولوا لا ردها الله عليك» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب، ولأن المساجد لم تبين لهذا ورأى عمران القصير رجلاً يبيع في المسجد فقال هذه سوق الآخرة فإن أردت التجارة فأخرج إلى سوق الدنيا فإن باع فالبيع صحيح لأن البيع تم بركانه وشروطه وليثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم قولوا «لا أربح الله تجارتك» من غير أخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم.

(١) الآية لاحجة فيها على ما أراد

باب السلم

وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، ويسمى سلماً وسلفاً يقال أسلم وأسلف وسلف وهو نوع من البيع يتعقد بما يتعقد به البيع وبلفظ السلم والسلف يعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع، وهو جائز بالسكناج والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس أنه قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية ولأن هذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله بعمومه، وأما السنة فروى ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه، وروى البخاري عن محمد بن أبي الجالد قال أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبيزى وعبد الله بن أبي أوفى فسألتها عن السلف فقالا كنا نصيب المغنم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يأتينا انباط من انباط الشام فليسلفهم في الخنطة والشعير والزبيب، فقلت أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع؟ قال ما كنا نسألهم عن ذلك، وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ولأن الثمن في البيع أحد عوضي العقد فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن ولأن بالناس حاجة إليه لأن أرباب الزروع والثمار والتجار يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها تكمل وقد تعوزهم النفقة فجوزهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاس

(باب السلم)

وهو أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ويسمى سلفاً وسلماً يقال: أسلم وأسلف وهو نوع من البيع ويتعقد بلفظ السلم والسلف لانهما حقيقة فيه، ويشترط له ما يشترط للبيع إلا أنه يجوز في المعدوم، والأصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية، ورواه سعيد وأن اللفظ يشمله بعمومه، وأما السنة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث. فقال « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه، وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز (فصل) ولا يصح إلا بشروط سبعة (أحدها) أن يكون مما يمكن ضبط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً كالكيل من الحبوب وغيرها والموزون كالقطن والابريسم والسكناج والقت والصوف والشعر والكاغند والحديد والصفير والتمحاس والطيب والأدهان والحلول وكل مكيل أو موزون وكذلك المزروع كالتياب، وقد جاء الحديث في الثمار، وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز.

﴿مسئلة﴾ (فاما المعدود المختلف كالحيوان والفواكه والبقول والحلود والرؤوس ونحوها ففيه روايتان)

(مسألة) قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز)

وجملة ذلك ان السلم لا يصح الا بشروط ستة

(أحدها) ان يكون المسلم فيه مما يضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً فيصح في الجبوب والثمار والدقيق والنياب والابريسم والقطن والكتان والصوف والشعر والكاغد والحديد والرصاص والصفرة والنحاس والادوية والطيب والخلول والادهان والشحوم والالبان والزئبق والشب والكبريت والكحل وكل مكمل أو موزون أو مزروع ، وقد جاء الحديث في الثمار وحديث ابن أبي أوفى في الحنطة والشعير والزيب والزيت ، وأجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز قاله ابن المنذر وأجمعوا على جواز السلم في الثياب ، ولا يصح السلم فيما لا يضبط بالصفة كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والفيروزج والزرجد والعقيق والبلور لان أمانهما يختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وعس التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه لان ذلك يختلف ولا بشيء معين لان ذلك يتلف ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك صحة السلم فيها اذا اشترط منها شيئاً معلوماً وان كان وزناً فيوزن معروف ، والذي قلناه أولى لما ذكرنا ولا يصح فيما يجمع اخلاطاً مقصودة غير متميزة كالفالية والتد المعاجين التي يتداوى بها للجهل بها ، ولا في الحوامل من الحيوان لان الولد مجهول غير متحقق ، ولا في الاواني المختلفة الروس والاوساط لان الصفة لا تأتي عليه وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه اذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أعلاه وأسفله لان التفاوت في ذلك يسير ، ولا يصح في القسي المشتملة على الخشب والقرن والمضب والتوز اذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتميز ما فيه منها وقيل يجوز السلم فيها ، والاولى ما ذكرنا ، قال القاضي والذي يجمع اخلاطاً على أربعة أضرب (أحدها) مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من قطن وكتان أو قطن وإبريسم فيصح السلم فيها لان ضبطها يمكن (الثاني) ما خلطه لمصلحته وليس بمقصود في نفسه كالا فحة في الحين والملح في المعجين والخبز والماء في خل التمر والزيب فيصح السلم فيه لانه يسير لمصلحته (الثالث) اخلاط مقصودة غير متميزة كالفالية والتد المعاجين فلا يصح السلم فيها لان الصفة لا تأتي عليها (الرابع) ما خلطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه .

اختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي أنه لا يصح السلم فيه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي . قال عمر : إن من الربا أبواباً لا تخفى وإن منها السلم في البسر ، ولان الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وان استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن مثل أزج الحاجبين أو كحل العينين أتى الاقف أهدب الاشفار ألمى الشفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفة وان لم يذكرها اختلف بها الثمن ظاهراً والمشهور في المذهب صحة السلم فيه نص عليه أحمد في رواية الاثرم ، قال ابن المنذر ومن روي عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور ، ولان أبا رافع قال : استسلف النبي صلى الله

(فصل) وبصح السلم في الحبز واللبأ وما أمكن ضبطه مما مسته النار، وقال الشافعي لا يصح السلم في كل معمول بالنار لان النار تختلف ويختلف عملها ويختلف الثمن بذلك، ولنا قوله عليه السلام «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم» فظاهر هذا اباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود ولان عمل النار فيه معلوم بالمعاداة يمكن ضبطه بالذشافة والرطوبة فصح السلم فيه كالمخفف بالشمس فاما اللحم المطبوخ والشواء فقال القاضي لا يصح السلم فيه، وهو مذهب الشافعي لان ذلك يتفاوت كثير أوعادات الناس فيه مختلفة فلم يمكن ضبطه. وقال بعض أصحابنا يصح السلم فيه لما ذكرنا في الحبز واللبأ.

(فصل) وبصح السلم في النشاب والتبل، وقال القاضي لا يصح السلم فيها وهو مذهب الشافعي لانه يجمع اخلاطا من خشب وعقب وريش ونصل تجرى مجرى اخلاط الصيادلة ولان فيه ريشاً نجساً لان ريشه من جوارح الطير، ولنا أنه بما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه كالخشب وانصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والاحاطة به ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالتياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الريش طاهراً وان كان نجساً نكن يصح بيعه فلم يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار

(فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي لا يصح السلم فيه، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجاني ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ان من الربا ابواباً لا تخفى وان منها السلم في السن ولان الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه، وان استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن - مثل أزعج الحاجبين أو كحل العينين أو أفي الأذنين أو أهدب الأشفار أو أشفى الشفة بديع الصفة تمدر تسليمة لندرة وجوده على تلك الصفة، وظاهر المذهب صحة السلم فيه نص عليه في رواية الأثرم. قال ابن المنذر ومن روي عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وحكاه الجوزجاني

عليه وسلم من رجل بكراً، ورواه مسلم، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتباع البعير بالبعيرين وبالابرة إلى مجيء الصدقة، رواه أبو داود ولأنه ثبت في الذمة صدقة فيثبت في السلم كالتياب. فاما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضرب فحل بني فلان، قال الشعبي إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشتروا نتاج فحل معلوم رواه سعيد، وقد روي عن علي أنه باع جملاً له يدعى تصفيراً بمشرين بعبيراً إلى أجل، ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا.

(فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزرع فنقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه قال: لا أرى السلم الا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب معناه يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف كالزرع فأما الزمان والبيض فلا أرى السلم فيه، وحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق أنه لا خير في السلم في الزمان والسفرجل والبطيخ والقناء والخيار لانه لا يكال ولا يوزن ومنه الصنوبر والكبير فعلى هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سمينا وكالبقول لانه يختلف ولا يمكن

عن عطاء والحكم لان أبا رافع قال استسلف النبي ﷺ من رجل بكرأ رواه مسلم وروى عبدالله ابن عمرو بن العاص قال أمرني رسول الله ﷺ أن ابتاع البعير بالبعيرين وبالأبصرة الى مجيء الصدقة ، وقد ذكرنا هذا الحديث في باب الربا ولانه ثبت في الذمة صداقا ثبتت في السلم كالتباسب فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان قال الشعبي إنما ذكره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم رواه سعيد وقد روي عن علي أنه باع جمالا له يدعى عصفيراً بعشرين بهراً الى أجل ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضة قول من ميمنا من وافقتنا

(فصل) واختلفت الرواية في غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزوع فنقل اسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه قال : لا أرى السلم إلا فبا يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب معناه يوقف عليه بمقد معلوم لا يختلف كالزروع فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه، وحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق أنه لا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار لانه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير ، فعلى هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود ومختلف كالذي سميناه وكالبقول لانه يختلف ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لان الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في الفواكه والسفرجل والرمان والموز والخضراوات ونحوها لان كثيراً من ذلك مما يتقارب وينضببط بالصغر والكبر وما لا يتقارب ينضببط بالوزن كالبقول ونحوها نصح السلم فيه كالزروع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له في ذلك قولان .

(فصل) فأما السلم في الرموس والاطراف فيخرج في صحة السلم فيها الخلاف الذي ذكرناه ، وللشافعي فيها قولان أيضاً كالروايتين (أحدهما) بجوز وهو قول مالك والاوزاعي وأبي ثور لانه لم فيه عظم بجوز شراؤه فجاز السلم فيه بكفة اللحم (والآخر) لا بجوز وهو قول أبي حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم ، فان كان مطبوخاً أو مشويا فقال الشافعي لا يصح السلم فيه وهو قياس قول القاضي لانه يتأثر ويحتام وعلى قول غير القاضي من أصحابنا حكم

تقديره بالحزم لان الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر ، ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في الفواكه والموز والخضراوات ونحوها لان كثيراً من ذلك يتقارب وينضببط بالكبر والصغر وما لا يتقارب ينضببط بالوزن كالبقول ونحوها فيصح السلم فيه كالزروع ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي ، وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له قولان :

(فصل) وفي السلم في الرموس من الخلاف ما ذكرناه وكذلك الاطراف وللشافعي فيه قولان (أحدهما) بجوز وهو قول مالك والاوزاعي وأبي ثور لانه لم فيه عظم بجوز شراؤه فجاز السلم فيه بكفة اللحم (والاخرى) لا بجوز وهو قول أبي حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم فان كان مطبوخاً أو مشويا فقال الشافعي لا يصح السلم فيه وهو قياس قول القاضي لا يتأثر ويحتام وعلى قول أصحابنا غير القاضي حكم ما هسته النار حكم غيره وبه قال مالك والاوزاعي

ما مسته أثار من ذلك حكم غيره وبه قال مالك والاوزاعي وأبو ثور ، والعقد يقتضيه سلباً من التأمير
والعادة في طبخه تتفاوت فأشبهه غيره

(فصل) وفي الجلود من الخلاف مثل ما في الرؤوس والاطراف ، وقال الشافعي لا يصح السلم
فيها لأنها تختلف فالورك ثخين قوي والصدر ثخين رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج الى
وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه

ولنا ان التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحبوان فإنه يشتمل على الرأس والجلد
والاطراف واللحم والشحم وما في البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الحدين والاذنين والعينين
ويختلف ذلك ولم يمنع صحة السلم فيه كذا هنا

(فصل) ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه يختلف . ولنا
قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » وظاهره إباحة السلم في
كل موزون ولانا قد بينا جواز السلم في الحيوان فاللحم أولى

وأبي ثور والعقد يقتضيه سلباً من التأمير والعادة في طبخه تتقارب فأشبهه غيره وفي الجلود من الخلاف
ما في الرؤوس والاطراف وقال الشافعي لا يصح السلم فيها لانه يختلف فالورك ثخين قوي والصدر ثخين
رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج الى وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف
أطرافه ، ولنا أن التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحبوان فإنه يشتمل على الرأس والجلد
والاطراف والشحم وما في البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الحدين والاذنين والعينين ويختلف
ولم يمنع صحة السلم فيه كذلك هنا

(فصل) ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه يختلف، ولنا قول
النبي ﷺ « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » ظاهره إباحة السلم في كل موزون ولانا قد
بيننا جواز السلم في الحيوان فاللحم أولى

(مسئلة) وفي الاواني المختلفة الرؤوس والاعضاء كالمقام والأسطال الضيقة الرؤوس وما يجمع
أخلاقاً مميزة كالتياب المنسوجة من نوعين وجهان)

لا يصح السلم في الاواني المختلفة الرؤوس والاعضاء لان العفة لا تأتي عليها وفيه وجه آخر أنه
يصح إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أسفله وأعلى لأن التفاوت في ذلك يسير . فأما الثياب المنسوجة
من نوعين كالقطن والسكتان والايبريسم فالصحيح جواز السلم فيها لان ضبطها يمكن وفيه وجه
آخر أنه لا يجوز كالمعاجين .

(فصل) ويصح السلم في اللبأ والحبز وما أمكن ضبطه مما مسته النار ، وقال الشافعي لا يصح السلم
في كل معمول بالنار لان النار تختلف ويختلف الثمن ويختلف عملها ، ولنا أنه موزون فجاز السلم فيه
كسائر الموزونات ولعموم الحديث ولان عمل النار فيه معلوم بالعادة يمكن ضبطه بالنشافة والرطوبة
فأشبهه الجفء بالشمس ، فأما اللحم المطبوخ والمشوي فقال القاضي لا يصح السلم فيه وهو مذهب
الشافعي لانه يتفاوت كثيراً وعادة الناس فيه مختلفة فلا يمكن ضبطه وقال بعض أصحابنا : يصح السلم
فيه لما ذكرنا في الحبز واللبأ .

(الشرط الثاني) أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً فإن المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من كونه معلوماً بالوصف كالثمن ولأن العلم شرط في المبيع ، وطريقه إما الرؤية وإما الوصف ، والرؤية متممة ههنا فيتعين الوصف ، والأوصاف على ضربين متفق على اشتراطها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف الجنس والتنوع والجودة والرداء فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في اشتراطها وبه يقول أبو حنيفة ومالك والشافعي

(الضرب الثاني) ما يختلف الثمن باختلافه عما عدا هذه الثلاثة الأوصاف وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه ونذكرها عند ذكره وذكرها شرط في السلم عند إمامنا والشافعي ، وقال أبو حنيفة يكفي ذكر الأوصاف الثلاثة لأنها تشمل على ما وراءها من الصفات ، ولنا أنه يبقى من الأوصاف من اللون والبلد ونحوها ما يختلف الثمن والفرض لأجله فوجب ذكره كالتنوع

ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه إذ يبعد وجود المسلم فيه عند الحمل بتلك الصفات كلها فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي تختلف

(فصل) ويصح السلم في النشاب والنبل وقال القاضي: لا يصح السلم فيما وهو مذهب الشافعي لانه يجمع أخلاطاً من خشب وعقب وريش ونصل فجري مجرى أخلاط الصيادلة ولأن فيه ريشاً نجساً لانه من جوارح الطير . ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه كالقصب والخشب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به ولا يتفاوت كثيراً أفلا يمنع كالتياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الريش طاهراً وإن كان نجساً لكن يصح بيعه فلا يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار .

(مسئلة) (ولا يصح فيما لا يضبط كالجواهر كلها والحوامل من الحيوان والمفشوش من الأمان وغيرها وما يجمع أخلاطاً غير مميزة كالفالية والتد والمعاجين ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالخين والمعجين وخل التمر والسكنجيين ونحوه)

لا يصح السلم فيما لا يضبط بالصفة كالجواهر من اللؤلؤ والياقوت والزبرجد والقيروزج والبلور لأن أمانها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ولا يمكن تقديرها بشيء معين لأن ذلك يتلف وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك صحة السلم فيها إذا اشترط منها شيئاً معلوماً إن كان وزناً فبوزن معروف والصحيح الأول لما ذكرناه ، ولا يصح في الحوامل من الحيوان لأن الصفة لا تأتي عليها ، ولأن الولد مجهول غير متحقق ، وفيه وجه آخر أنه يصح لأن الحمل لا حكم له مع الام بدليل صحة بيع الحامل وإن اشترط الحمل ولا نقول بأن الجهل بالحمل مبطل للبيع لكن إن لم تكن حاملاً فله الرد ، وإذا صح البيع صح السلم لانه يبيع ، ولا يصح في المفشوش من الأمان لانه مجهول لا يضبط بالصفة ولا فيما يجمع أخلاطاً غير مميزة كالفالية والتد والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها والذي يجمع أخلاطاً على أربعة أضرب (أحدها) مختلط مقصود متميز كالتياب المنسوجة من نوعين والصحيح جواز السلم فيها (الثاني) ما خلطه لمصلحته وليس مقصود في نفسه كالانفحة في الخين والملح في العجين والخبز والماء في خل التمر والحل في السكنجيين صح السلم فيه لانه يسير لمصلحته (الثالث) أخلاط مقصودة غير متميزة كالفالية والتد والمعاجين

التمن بها ظاهراً . ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الاوصاف بطل المسلم لان من شرط السلم ان يكون المسلم فيه عام الوجود عند المحل واستقصاء الصفات يمنع منه ولو شرط الوجود لم يصح أيضاً لانه لا يقدر على الوجود، وان قدر عليه كان نادراً وان شرط الوجود الاحتمل ان لا يصح لذلك واحتمل ان يصح لانه يقدر على تسليم ما هو خير منه فانه لا يسلم شيئاً إلا كان خيراً عما شرطه فلا يجوز إذا عن تسليم ما يجب قبوله بخلاف التي قبلها ، ولو أسلم في جارية وابنتها لم يصح لانه لا بد أن يضبط كل واحدة منهما بصفات ويتمذر وجود تلك الصفات في جارية وابنتها وكذلك ان أسلم في جارية وأختها أو عمتها أو خالتها أو ابنة عمها لما ذكرنا ، ولو أسلم في نوب على صفة خرقة أحضرها لم يجوز لجواز أن تهلك الخرقة وهذا غير رولا حاجة منه ففتح الصحة كما لو شرط مكيالا بعينه أو صنعة بعينها

(فصل) والجنس والجودة أو ما يقوم مقامها شرطان في كل مسلم فيه فلا حاجة الى تكرير ذكرها

فلا يصح السلم فيه لان الصفة لاتأتي عليها (الرابع) ماخطه غير مقصود ولا مصلحة نيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه لان غشه يمنع العلم بقدر المقصود منه فيكون مجهولاً ، ولا يصح السلم في القسي المشتمة على الحشب والقرن والقصب والتوز إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك ويزيز ما فيه منها ، وقيل يجوز السلم فيها كالثياب المنسوجة من نوعين وكالمنشاب المشتمل على الحشب والعقب والريش والنصول والاولى ما ذكرنا .

(فصل) الثاني أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحداته وقدمه وجودته ووردهته وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره أما اشترط ذلك لان المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من العلم به كالثمن ، ولان العلم شرط في البيع وطريقه الرؤية أو الوصف والرؤية متمذرة هنا فتعين الوصف والاصاف على ضربين متفق على اشتراطها ومختلف فيها ، فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف : الجنس والنوع والجودة والرداءة فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه وكذلك معرفته وسنذكرها وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم فيه خلافاً (الضرب الثاني) ما يختلف الثمن باختلافه غير هذه الاوصاف فينبغي ان يكون ذكرها شرطاً قياساً على المتفق عليها ونذكرها عند ذكره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكفي ذكر الاوصاف الاول لانها تشتمل على ما وراءها من الصفات . ولنا أنه يبقى من الصفات من اللون والبلد ونحوها ما يختلف الثمن والعوض لأجله فوجب ذكره كالثمن ، ولا يجب استقصاء كل الصفات لأنه يتمذر وقد ينتهي الحال فيها الى أمر يتمذر تسليم المسلم فيه فيجب الاكتفاء بالاصاف الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يتمذر وجود المسلم فيه بتلك الصفات بطل لان من شروط السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله واستقصاء الصفات يمنع منه

(فصل) ولو أسلم في جارية وابنتها أو أختها أو عمتها أو خالتها أو بنت عمها لم يصح لانه لا بد ان يضبط كل واحدة منهما بصفات ويتمذر وجود تلك الصفات في جارية وبنتها ، ولو أسلم في نوب على صفة خرقة معينة لم يجوز لانها قد تهلك وهذا غير فهو كما لو شرط مكيالا بعينه غير معلوم

(فصل) والجنس والجودة والقدر شرط في كل مسلم فيه فلا حاجة الى تكرير ذلك ويذكر ما سواها فيصنف التمر بأربعة اوصاف النوع برني أو معقلي والبلد إن كان يختلف فبقول بغدادي أو

في كل مسلم فيه ويذكر ما سواهما فيصف التمر بأربعة أوصاف النوع برني أو معقلي والبلد إن كان يختلف فيقول بغدادي أو بصري فإن البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء والبصري بخلاف ذلك والقدر كبار أو صفار وحديث أو عتيق فإن أطلق العتيق فأبي عتيق أعطي جاز ما لم يكن مسوساً ولا حشفاً ولا متغيراً وإن قال عتيق تام أو عامين فهو على ما قال ، فأما اللون فإن كان النوع الواحد مختلفاً كالطبرزد يكون أحمر ويكون أسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الأوصاف إلا الحديث والعتيق ، ولا يأخذ من الرطب إلا ما أرطب كله ولا يأخذ منه مشدخاً ولا قديماً قارب أن يتمر ، وهكذا ما جرى مجراه من العنب والفواكه

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول سبيلة أو سلموني والبلد فيقول حوراني أو بلقاي أو سالي ، وصفار الحب أو كباره وحديث أو عتيق ، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه إلا مصفى وكذلك الحكم في الشعير والقطنيات وسائر الحبوب

(فصل) ويصف العسل بثلاثة أوصاف البلد فيجزي أو نحوه ويجزيء ذلك عن النوع، والزمان ربيعي أو خريفي أو صيفي ، واللون أبيض أو أحمر وليس له إلا مصفى من الشمع

(فصل) ولا بد في الحيوان كله من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام إليه إن كان بالغا وإن كان صغيراً فالقول قول سيده ، وإن لم يعلم رجع في قوله إلى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريباً وإذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفاً مثل التركي منهم الجسكي والخزري فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة والثوبه ولا الجمودة والسبوطه لأن ذلك لا يختلف به الثمن

بصري فإن البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء ، والبصري بخلافه ، والقدر كبار أو صفار ، أو حديث أو عتيق فإن أطلق العتيق أجزأ أي عتيق كان ما لم يكن مسوساً ولا حشفاً ولا متغيراً ، وإن شرط عتيق تام أو عامين فهو على ما شرط ، فأما اللون فإن كان النوع الواحد يختلف كالطبرزد يكون أحمر وأسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الأوصاف إلا الحديث والعتيق وليس له من الرطب إلا ما أرطب كله ولا يأخذ مشدخاً ولا ما قارب أن يتمر وهكذا ما يشبهه من العنب والفواكه

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول سبيلة أو سلموني والبلد حوراني أو سالي وصفار الحب أو كباره وحديث أو عتيق ، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم إليه إلا مصفى وهذا الحكم في الشعير وسائر الحبوب ويصف العسل بثلاثة أوصاف بالبلد ويجزيء ذلك عن النوع ، والزمان ربيعي وصيفي واللون وليس له إلا مصفى

(فصل) ولا بد في الحيوان من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام إليه إن كان بالغا والا فالقول قول سيده ، وإن لم يعلم رجع في ذلك إلى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريباً ، وإذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفاً مثل التركي منهم الجسكي والخزري فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين (أولهما) أنه يحتاج لأنه يختلف به الثمن ، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر الجمودة والسبوطه لأن ذلك لا يختلف به الثمن اختلافاً بيناً ومثل ذلك لا يراعى كما لا تراعى صفات الحسن والملاحة ، فإن ذكر شيئاً من ذلك

اختلافاً بيننا ، ومثل ذلك لا يراعى كما صفت الحسن والملاحة فان ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثبوبة والبقارة لان الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ، ويذكر القد خماسي أو سداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار قال أحمد يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح ، فأما الابل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول من تاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون يضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى ، فان كان التاج يختلف فيه مهريّة وأرحية فهل يحتاج الى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجيهين وما زاد على هذه الاوصاف لا يقتصر إلى ذكره ، وان ذكر بعضه كان تأكيداً لزمه ، وأوصاف الحيل كأوصاف الابل ، وأما البغال والحمير فلا تاج لها فيجعل مكان ذلك نسبتها إلى بلدها ، وأما البقر والغنم فان عرف لها تاج فهي كالابل والإفهي كالحمر ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات فيقول في الابل بختية أو عراقية وفي الحيل عربية أو هجين أو بردون ، وفي الغنم ضأن أو معز الا الحمر والبغال فلا نوع فيهما (فصل) ويذكر في اللحم السن والذكورية والأنوثة والسمن والهزال وراعياً أو معلوقاً ونوع الحيوان وموضع اللحم منه ويزيد في الذكر فخلاً أو خصياً ، وان كان من صيد لم يحتاج الى ذكر العلف والحصاء ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة ، وفي الجارحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر فان الاحبولة يؤخذ الصيد منها سليماً وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب الحيوان نكهة قيل لكونه مفتوح الغنم في أكثر الاوقات ، والصحيح ان شاء الله ان هذا ليس بشرط لان التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه إلا القليل من الناس واذا لم يحتاج في الرقيق الى ذكر البقارة والثبوبة والسمن والهزال وأشباهاها مما يتباين بها الثمن وتختلف الرغبات بها ويعرفها

لزمه ، ويذكر الثبوبة والبقارة لأن الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض ويذكر القد خماسي أو سداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار . قال أحمد : يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح ، أما الابل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول من تاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون يضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى ، فان اختلف التاج فكان فيه مهريّة وأرحية فهل يحتاج الى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجيهين ولا يقتصر إلى ذكر ما زاد على هذه الاوصاف ، وإن ذكر بعضه كان تأكيداً لزمه وأوصاف الحيل كأوصاف الابل ، وأما البغال والحمر فلا تاج لها فيجعل بدل ذلك نسبتها الى بلدها ، وأما البقر والغنم فان عرف لها تاج فهي كالابل والافهي كالحمر ، ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات فيقول في الابل بختية أو عراقية ، وفي الحيل عربية أو هجين أو بردون ، وفي الغنم ضأن أو معز الا الحمير والبغال فلا أنواع فيها

(فصل) ويذكر في اللحم السن والذكورية والانوثة والسمن والهزال وراعياً أو معلوقاً ونوع الحيوان وموضع اللحم منه ويزيد في الذكر فخلاً أو خصياً وإن كان لحم صيد لم يحتاج الى ذكر العلف والحصى ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة ، وفي الجارحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر فان الاحبولة يؤخذ الصيد منها سليماً ، وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب نكهة من الفهد لكونه مفتوح الغنم في أكثر الاوقات ، والصحيح ان شاء الله أن هذا ليس بشرط لان التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه الا القليل من الناس ، واذا لم يحتاج في الرقيق الى ذكر السمن والهزال وأشباهاها مما يتباين بها الثمن وتعلق بها الرغبات ويعرفها الناس

الناس فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه لانه هكذا يقطع فهو كالتوى في التمر ، وان كان السلم في لحم طير لم يحتاج الى ذكر الذكورية والانثوية إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا الى ذكر موضع اللحم إلا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لانه لا لحم عليها وفي السمك يذكر النوع بردي أو غيره والكبر والصغر والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينها ، وان كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

(فصل) ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو موز أو بقر واللون أبيض أو أصفر قال القاضي ويذكر المرعى ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق لان اطلاقه يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لانه عيب ولا ينتهي الى حد يضبط به ، ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه وأمه ولا يلزمه قبول متغير في السمن أو الزبد ولا رقيق إلا أن تكون رفته للحجر ، ويصف اللبن بالنوع والمرعى ولا يحتاج الى اللون ولا حلبة يومه لان اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير ، قال أحمد ويصح السلم في الخيض ، وقال الشافعي لا يصح السلم فيه لان فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولاً

ولنا أن الماء يسير يترك لاجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج والملح والانفحة في الجبن والماء في خل التمر ، ويصف الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبناً بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ أو ليس بمطبوخ

(فصل) وتضبط النياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفافة

فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه لانه هكذا يقطع فهو كالتوى في التمر ، فان كان السلم في لحم طير لم يحتاج الى ذكر الذكورية والانثوية إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا الى ذكر موضع اللحم إلا ان يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لانه لا لحم عليها ، ويذكر في السمك النوع بردي أو غيره والكبر والصغر والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينها وإن كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

(فصل) ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو موز أو بقر واللون أبيض أو أصفر ، قال القاضي ويذكر المرعى ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق لان الاطلاق يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لانه عيب ولا ينتهي الى حد يضبط به ، ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه ولا يلزم قبول متغير من السمن والزبد ولا رقيق إلا أن تكون رفته للحجر ، ويصف اللبن بالمرعى ولا يحتاج إلى اللون ولا حليب يومه لان اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير . قال أحمد ويصح السلم في الخيض وقال الشافعي لا يصح لان فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولاً ولنا أن الماء يسير يترك لاجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج وفي خل التمر ، ويصف الجبن بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبناً بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ وعدمه .

(فصل) ويضبط النياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفافة

والرقة والغلظ والدقة والنعومة والحشونة ولا يذكر الوزن فان ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشتركة وكونه على وزن معلوم فيكون فيه تعبير لتعذر اتفاقه (١) وان ذكر خاماً أو مقصوراً فله ما شرط وإن لم يذكره جاز وله خام لأنه الاصل وان ذكر مغسولاً أو ليساً لم يجز لان اللبس يختلف ولا ينضب فان أسلم في مصبوغ وكان مما يصبغ غزله جاز لان ذلك من جملة صفات الثوب ، وان كان مما يصبغ بعد نسجه لم يجز لان صبغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وحشونته ولان الصبغ غير معلوم ، وان أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وابرسم أو قطن وكتان أو صوف وكانت الغزول مضبوطة بان يقول : السدي ابرسم واللحمة كتان أو نحوه جاز ولهذا جاز السلم في الحز وهو من غزلين مختلفين ، وان أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وان كان زيادة لم يجز لانه لا ينضب (٢)

(١) كان ذلك المعروف حتى زمن المؤلف وأما الآن فلا يتمدح بل هو موجود

(٢) يمكن ضبطه

(فصل) ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والدقة والنعومة والحشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظ والدقة الطول والقصر ، وإن شرط في القطن مزروع الحب جاز وان أطلق كان له بحه كالتمر بنواه ، ويصف الابرسم بالبلد واللون والغلظ والدقة ، ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ريمي لان صوف الخريف أنظف . قال القاضي : ويصفه بالذكورية والانوثية لان صوف الاناث أنعم ، ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة لان التفاوت في هذا يسير ، وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبر وان لم يشترطه ، وان شرطه جاز وكان تأكيدياً والشعر والوبر كالصوف ، ويصح السلم في الكاغد لانه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والدقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

والرقة والغلظ والنعومة والحشونة ولا يذكر الوزن وإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشتركة مع وزن معلوم فيكون فيه تعبير بعد اتفاقه ، وان ذكر الخام أو المقصور فله شرطه وإن لم يذكره جاز وله خام لأنه الاصل ، وان ذكر مغسولاً أو ليساً لم يجز لان اللبس يختلف ولا ينضب فان أسلم في مصبوغ مما يصبغ غزله جاز لان ذلك من جملة صفات الثوب وإن كان مما يصبغ بعد نسجه لم يجز لان الصبغ يمنع من الوقوف على نعومة الثوب وحشونته ولان الصبغ غير معلوم ، وان أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وكتان أو قطن وابرسم أو صوف وابرسم وكانت الغزول مضبوطة بان يقول السدي ابرسم واللحمة كتان أو نحوه جاز وقد ذكرناه ، ولهذا جاز السلم في الحز وهو من غزلين مختلفين ، وإن أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وإن كان زيادة لم يجز لانه لا ينضب . (فصل) ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والرقة والنعومة والحشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظ والرقة الطول والقصر ، وان شرط في القطن مزروع الحب جاز وان أطلق كان له بحه كالتمر بنواه ، ويصف الابرسم بالبلد واللون والغلظ والرقة ، ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ريمي لان صوف الخريف أنظف ، قال القاضي : ويصفه بالذكورية والانوثية لان صوف الاناث أنعم ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة لان التفاوت في هذا يسير وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبر وإن لم يشترطه ، وان اشترطه جاز وكان تأكيدياً وكذلك الشعر والوبر ، ويصح السلم في الكاغد لانه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والرقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

(فصل) ويضبط النحاس والرصاص والحديد بالتويع فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب والتعمية والخشونة واللون إن كان يختلف ويزيد في الحديد ذكر أو أنثى فإن الذكر أحد وأمضى، وإن أسلم في الاواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالاسطال القائمة الحيطان والسطوت جاز ويضبطها بذلك كله، وإن أسلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز، ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقعة وأي عمل؟ وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وغلظه وبلده وقديم الطبع أو محدث ماض أو غيره ويصف قبضته وجفته (فصل) والخشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه ويبسه ورطوبته وطوله ودوره أو سمكه وعرضه، ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه إلى طرفه بذلك العرض والدور فإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً، وإن كان أدق لم يلزمه قبوله، وإن ذكر الوزن أو سمحا جاز وإن لم يذكره جاز وله سمح خال من المقد لان ذلك عيب، وإن كان للقيسي ذكر هذه الاوصاف وزاد سهلياً أو جبلياً أو خوطاً أو فلقة فإن الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلقة، ويذكر فيما للوقود الغلظ واليبس والرطوبة والوزن، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر ما يحتاج إلى معرفته ويخرجه من الجهالة، وإن أسلم في النشاب والتبل ضبطه بنوع جنسه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه (فصل) والحجارة منها ما هو للارحية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع إن كان يختلف، ومنها ما هو للبناء فيذكر النوع واللون والقدر والوزن، ويذكر في حجارة الآنية اللون والنوع والقدر

(فصل) ويضبط الرصاص والنحاس والحديد بالتويع فيقول في الرصاص قلعي أو أسرب والتعمية والخشونة واللون إن كان يختلف ويزيد في الحديد ذكر أو أنثى فإن الذكر أحد وأمضى وإن أسلم في الاواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالاسطال القائمة الحيطان والسطوت جاز ويضبطها بذلك وإن أسلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقعة وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وبلده وغلظه وقديم الطبع أو محدث ماض أو غيره ويصف قبضته وجفته

(فصل) والخشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه ورطوبته ويبسه وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه إلى طرفه بذلك العرض والدور، وإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً، وإن كان أدق لم يلزمه قبوله، وإن ذكر الوزن أو سمحا جاز وإن لم يذكره جاز وله سمح خال من المقد لان ذلك عيب وإن كان للقيسي ذكر هذه الاوصاف وزاد سهلياً أو جبلياً أو خوطاً أو فلقة فإن الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلقة ويذكر فيما للوقود الغلظ واليبس والرطوبة والوزن، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر ما يحتاج إلى معرفته ويخرجه من الجهالة وإن أسلم في النشاب والتبل ضبطه بنوع خشبه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه .

(فصل) والحجارة منها ما هو للارحية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع إن كان يختلف ومنها ما هو للبناء فيذكر النوع واللون والقدر والوزن ويذكر في حجارة الآنية اللون والقدر واللبين والوزن ويصف البلور باوصافه ويصف الآجر والابن بموضع التربة واللون والدور والثخانة وإن أسلم

واللين والوزن ويصف البلور باوصافه ويصف الآجر واللبن بموضع اتربة واللون والدور والنخاعة ، وان أسلم في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ما أصابه الماء نجف ولا ما قدم قدما يؤثر فيه ويضبط التراب بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد نجف ان كان لا يتأثر بذلك

(فصل) ويضبط العنبر بلونه والبلد وان شرط قطعة أو قطعتين جاز وان لم يشترط فله أن يعطيه صفاراً أو كباراً ، وقد قيل ان العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ، ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به ويضبط المصطكا واللبان والغراء العربي وصمغ الشجر والمسك وسائر ما يجوز السلم فيه بما يختلف به

﴿مسئلة﴾ قال (اذا كان بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد معلوم)

هذا الشرط الثالث وهو معرفة مقدار المسلم فيه بالكيل ان كان ميكلا وبالوزن ان كان موزونا وبالعدد ان كان معدوداً لقول النبي ﷺ « من أسأف في شيء فليسأف في كيل معلوم أو وزن معلوم »

في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ما أصابه الماء نجف ولا ما قدم قدما يؤثر فيه ويضبط التراب بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد نجف ان كان لا يتأثر بذلك

(فصل) ويضبط العنبر بالوزن والبلد وان شرط قطعة أو قطعتين جاز وان لم يشترط فله اعطائه صفاراً أو كباراً ، وقد قيل العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به ويضبط اللبان والمصطكا وصمغ الشجر والمسك وسائر ما يجوز السلم فيه بما يختلف به

﴿مسئلة﴾ (فان شرط الاجود لم يصح) لتعذر الوصول اليه إلا نادراً (وان شرط الأردأ لم يصح في أحد الوجين) لذلك (واثاني) يصح لانه يمكنه تسام المسام أو خير منه فيلزم المسام قبوله ﴿مسئلة﴾ (وإن جاء بدون ما وصف له أو نوع آخر فله أخذه)

لانه رضي بدون حقه ولا يلزمه لأن فيه اسقاط حقه ، وقال القاضي يلزمه اذ لم يكن أدنى من النوع المشترط لانه من جنسه أشبه الزائد في الصفة . ولنا أنه لم يأت بالمشروط فلم يلزم قبوله كالأدنى بخلاف الزائد في الصفة فانه أحضر المشروط مع زيادة ولان أحد النوعين يصاح بالاصح له الآخر بخلاف الصفة ﴿مسئلة﴾ (وإن جاءه بجنس آخر لم يحز له أخذه)

لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسأف في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود وذكر ابن ابي موسى رواية أنه يجوز أن يأخذ مكان البرشعير أمثله ولعله بناه على أنهم جنس واحد والاول أصح ﴿مسئلة﴾ (وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله) لانه أن يجا تاوله المقدم وزيادة تفهمه ولا تضمره

﴿مسئلة﴾ (وإن جاءه بالاجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح) وقال أبو حنيفة يصح كما لو جاءه بزيادة في القدر . ولنا ان الجودة صفة فلا يجوز افرادها بالمقد كما لو كان ميكلا أو موزونا ، وإن جاءه بزيادة في القدر فقال له ذلك صح لان الزيادة هنا يجوز افرادها بالبيع

(فصل) قال رحمه الله تعالى (الثالث أن يذكر قدره بالكيل في المكيل والوزن في الموزون والذرع في المذروع فان أسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لم يصح وعنه يصح) بشرط معرفة قدر المسلم فيه بالكيل في المكيل والوزن في الموزون في إحدى الروايتين لقول

إلى أجل معلوم » ولأنه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالتن ، ولا نعلم في اعتبار معرفة المقدر خلافاً ويجب أن يقدره بمكيال أو أرتال معلومة عند العامة . فإن قدره بانه معلوم أو صنجة معينة غير معلومة لم يصح لأنه يهلك فيتعذر معرفة قدر المسلم فيه وهذا غرر لا يحتاج إليه العقد قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعلم عياره ولا في ثوب بذرع فلان لان المعيار لولف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور ، وان عين مكيال رجل أو ميزانه وكان معروفين عند العامة جاز ولم يختص بهما وان لم يعرفا لم يحز .

(فصل) وان أسلم فيما يكال وزناً أو فيما يوزن كيلا فنقل الاثرم انه سأل احمد عن السلم في التمر وزنا فقال : لا إلا كيلا . قلت ان الناس ههنا لا يعرفون الكيل قال وان كانوا لا يعرفون الكيل ، فيحتمل هذا أنه لا يجوز في المكيال إلا كيلا ولا في الموزون إلا وزناً وهكذا ذكره القاضي وابن أبي موسى لأنه مبني على معرفة قدره فلم يحز بغير ما هو مقدر به في الاصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولأنه قدر المسلم بغير ما هو مقدر به في الاصل فلم يحز كما لو أسلم في المذروع وزناً ، ونقل المروذي عن أحمد

النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه ويشترط معرفة المذروع بالذرع والمعدود بالمد لأنه عوض غائب يثبت في الذمة فاشترط معرفة قدره كالتن ، ولا نعلم في اعتبار معرفة مقدار السلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بذرعه معلوم فان أسلف في المكيال وزناً أو في الموزون كيلا ففيه روايتان (احدهما) لا يصح تقاها عنه الاثرم فقال سئل احمد عن السلم في التمر وزنا فقال لا إلا كيلا ، قلت ان الناس ههنا لا يعرفون الكيل . قال وان كانوا لا يعرفون الكيل فعلى هذه الرواية لا يجوز في المكيال إلا كيلا ولا في الموزون الا وزناً ذكره القاضي وابن أبي موسى لأنه مبني على معرفة قدره فلم يحز بغير ما هو مقدر به في الاصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولأنه مقدر بغير ما هو مقدر به في الاصل فلم يحز كما لو أسلم في المذروع وزناً (والثانية) يجوز فنقل المروذي عن أحمد أن السلم يجوز في اللبن اذا كان كيلا او وزناً وهذا يدل على إباحة السلم في المكيال وزناً وفي الموزون كيلا لان اللبن لا يخلو من ان يكون مكيلا او موزوناً وقد اجاز السلم فيه بكل منهما وهو قول الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك ذلك جائز اذا كان الناس يتبايعون التمر وزناً وهذا الصحيح ان شاء الله لان الغرض معرفة قدره وامكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز ويفارق بيع الربويات فان المائل بالكيل في المكيال والوزن في الموزون شرط ولا يعلم هذا الشرط اذ قدرها بغير مقدارها الاصل ، وقد ذكرنا المكيال والموزون في باب الربا ، ولا يسلم في اللبأ إلا موزوناً لأنه يجمد عقيب حله فلا يتحقق الكيل فيه وإن كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بميزان لثقله كالارحية والحجارة الكبار وزن بالسفينة فتترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى اي موضع تفوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل او احجار صفار الى ان يبلغ الماء الموضع المعلوم ثم يوزن بميزان فيكون زنة ذلك الشيء .

(مسألة) (ولا بد ان يكون المكيال معلوماً فان شرط مكيالاً بعينه او صنجة بعينها غير معلومة لم يصح) بشرط ان يكون المكيال والصنجة والذراع معرفة عند العامة فان عين مكيالاً او صنجة او

انه يجوز السلم في الابن إذا كان كيلا أو وزنا وهذا يدل على اباحة السلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لان اثباته لا يخلو من كونه مكيلا أو موزونا وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منها وهذا قول الشافعي وابن المنذر، وقال مالك ذلك جائز اذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى لان الغرض معرفة قدره وخروجه من الجهالة وامكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز . ويفارق بيع الربويات فان الثمائل فيها في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا شرط ولا نعم هذا الشرط اذا قدرها بغير مقدارها الاصيلي . اذا ثبت هذا فان الحبوب كلها مكيلة وكذلك التمر والزبيب والفسق والبندق والملح ، قال القاضي وكذلك الادهان وقال في السمن واللبن والزبد يجوز السلم فيها كيلا ووزنا ولا يسلم في اللبأ الا وزنا لانه يحمد عقيب حبله فلا يتحقق الكيل فيه

(فصل) فان كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بالميزان لثقله كالارحية والحجارة الكبار يوزن بالسفينة فترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى أي موضع تنوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل او حجارة صغار الى أن يبلغ الماء الموضع الذي كان بلغه ثم يوزن بميزان فأبلغ فهو وزنه ذلك الشيء الذي أريد معرفة وزنه (١)

(فصل) ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان السلم جائز في الثياب بذرع معلوم

(فصل) وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره فالمعدود نوعان

ذراعا غير معلوم لم يصح لانه يهلك فيتمذر المسلم فيه وهذا غرر لا يحتاج اليه المقدم. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقبض لا يعرف عياره ولا في ثوب بذرع فلان لان المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور فان عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يختص بهما ، فان لم يعلم لم يجز لما ذكرنا (مسئلة) (وفي المعدود المختلف غير الحيوان روايتان)

(احدهما) يسلم فيه عدداً والاخرى وزنا وقيل يسلم في الجوز والبيض عدداً وفي الفواكه والبقول وزنا وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره والمعدود نوعان (احدهما) لا يتباين كثيراً كالجوز والبيض فيسلم فيه عدداً في أظهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي، وقال الشافعي لا يسلم فيها عدد إلا أن ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عدداً كالبطيخ وإنما يسلم فيها وزنا وكيلا وانا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر والصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وإن بقي شيء « يسير عني عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المفوضه ، ويفارق البطيخ فانه يتفاوت تفاوتاً كثيراً لا ينضب ولنا فيه منع أيضاً (النوع الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقناء والخيار فحكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول وفيه وجهان (احدهما) يسلم فيه عدداً ويضبطها بالصغر والكبر لانه يباع هكذا (والثاني) لا يسلم فيه الا وزنا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه لا يمكن تقديره بالعدد لانه يختلف كثيراً ويتباين جداً، ولا بالكيل لانه يتجافى في المكيال. ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لانه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فيتمين تقديره به ، وقيل يسلم في الجوز والبيض عدداً لانه يباع كذلك وفي الفواكه والبقول وزنا لانه أضبط وقد ذكرناه

(١) في هذا العصر من الموازين ما يوزن فيه ما هو أعظم مما ذكره بدقة لا يتأني مثلها بوزن السفينة

(أحدهما) لا يتباين كثيراً كالجوز والبيض ونحوهما فيسلم فيه عدداً ، وهو قول أبي حنيفة والأوزاعي وقال الشافعي يسلم فيها كيلاً أو وزناً ولا يجوز عدداً لأن ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عدداً كالبطيخ ولنا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبير أو الصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وإن بقي شيء يسير عفي عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزن المعفو عنه ويأرق البطيخ فإنه ليس بمعدود والتفاوت فيه كثير لا ينضبط (النوع الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقتاء والحيار فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان (أحدهما) يسلم فيه عدداً ويضبطه بالصغر والكبير لأنه يباع هكذا (الثاني) لا يسلم فيه إلا وزناً ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأنه لا يمكن تقديره بالعدد لأنه يختلف كثيراً ويتباين جداً ولا بالكيل لأنه يتجافى في المكيل . ولا يمكن تقدير البقول بالحزم لأنه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فتعين تقديره به .

﴿مسئلة﴾ قال (إلى أجل معلوم بالاهلة)

وهذا الشرط الرابع وهو أن يكون مؤجلاً أجلاً معلوماً وفي هذه المسئلة فصول ثلاثة

قال رحمه الله تعالى ﴿فصل﴾ (الرابع أن يشترط أجلاً معلوماً له وقع في الثمن كالشهر ونحوه، فإن أسلم حالاً أو إلى أجل قريب كاليوم ونحوه لم يصح) يشترط لصحة السلم كونه مؤجلاً ولا يصح السلم الحال نص عليه أحمد في رواية المرودي ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي ، وقال الشافعي وأبو نوري وابن المنذر يجوز السلم حالاً لأنه عقد يصح مؤجلاً فصح حالاً كبيع الأعيان ، ولأنه إذا جاز مؤجلاً حالاً أجاز ومن الفرر أبعد ولنا قول النبي ﷺ «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» فأمر بالأجل والأمر يقتضي الوجوب ، ولأنه أمر بهذه الشروط تبييناً لشروط السلم ومنعاً منه بدونها ، ولذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن فكذلك الأجل ، ولأنه أجاز رخصة للمرفق ولا يحصل المرفق إلا بالأجل ، فإذا اتقى الأجل اتقى المرفق فلا يصح كالكتابة ، ولأن الحمول يخرج عن اسمه ومعناه ، أما الاسم فإنه سمي سلفاً وسلفاً لتعجيل أحد الموضين وتأخر الآخر ومعناه ما ذكرناه في أول الباب من أن الشارع رخص فيه من أجل الحاجة الداعية إليه ومع حضور ما يبيعه حالاً لا حاجة إلى السلم فلا يثبت وفارق بيع الأعيان فإنها لم تثبت على خلاف الأصل لمعنى يختص بالتأجيل وما ذكرناه من التنبيه غير صحيح لأن ذلك إنما يجري فيها إذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك هنا فإن البعد من الفرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وإنما المصحح له شيء آخر لم يذكر اجتماعهما فيه وقد بينا افتراقهما . إذا ثبت هذا فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالاً في الذمة صح ومعناه معنى السلم ، وإنما افتراقاً في اللفظ لكن يشترط في البيع أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، فإن باعه ما ليس عنده لم يصح وقد ذكرناه

(فصل) ويشترط كون الأجل مدة لها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه ، وقال أصحاب أبي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز ، وقدره بمضمة بثلاثة أيام وهو قول الأوزاعي لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط وهي آخر حد القلة قالوا لأن الأجل إنما اعتبر في السلم لأن المسلم فيه معدوم في الأصل لكون

(أحدها) أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا ولا يصح السلم الحال قال أحمد في رواية المروزي لا يصح حتى يشترط الاجل ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر يجوز السلم حالا لانه عقد يصح مؤجلا فصح حالا كبيع الاعيان ولانه اذا جاز مؤجلا فخالا أجوز ومن الفرر أبعد ، ولنا قول النبي ﷺ « من أسلف في شيء فليسأف في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم » فامر بالاجل وأمره يقتضي الوجوب ولانه أمر بهذه الامور تبيناً لشرط السلم ومنعاً منه بدونها وكذلك لا يصح اذا اتقى الكيل والوزن فكذلك الاجل ولان السلم إنما جاز رخصة للرفق ولا يحصل الرفق الا بالاجل فاذا اتقى الاجل اتقى الرفق فلا يصح كالكتابة ولان الحلول يخرج عن اسمه ومعناه أما الاسم فلانه يسمى سلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ومعناه ما ذكرناه في أول الباب من أن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية اليه ومع حضور ما يبيعه حالاً لا حاجة إلى السلم فلا يثبت ويفارق تنوع الاعيان فانها لم تثبت على خلاف الاصل لمعنى يخص بالتأجيل وما ذكره من التنبيه غير صحيح لان ذلك إنما يجزيه فيما اذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التأكد وليس كذلك هنا فان البعد من الضرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وإنما المصحح

السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور حصوله فيها. ولنا أن الاجل إنما اعتبر ليتحقق الرفق الذي شرع من أجله السلم ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن ، ولا يصح اعتباره بمدة الخيار لان الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والاجل يجوز أن يكون أعواماً وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها ، وقولهم إن المقصود يحصل بأقل مدة لا يصح فان السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ولا يحصل هذا في المدة البسيطة غالباً

(مسئلة) (إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح)

قال الاثرم قلت لأبي عبد الله الرجل يدفع الى الرجل الدرهم في الشيء يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم ؟ فقلت نعم ، فقال لا بأس ثم قال مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أنه يأخذ منه كل يوم رطلاً من لحم قد وصفه : وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي اذا أسلم في جنس واحد الى أجلين لم يصح في أحد القولين لان ما يقابل أبعدها أجلاً أقل مما يقابل الآخر وذلك مجبول . ولنا أن كل بيع جاز الى أجل جاز الى أجلين وأجال كبيع الاعيان ، فعلى هذا اذا قبض البعض وتعذر رجوع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقى فضلاً على المقبوض لانه مبيع واحد مماثل الاجزاء فيقسط الثمن على اجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

(مسئلة) (فان أسلم في جنس الى أجلين أو في جنسين الى أجل صح) أما اذا أسلم في جنس الى أجلين فقد ذكرناه في المسئلة قبلها ، وإن أسلم في جنسين الى أجل واحد صح قياساً على البيع

(مسئلة) (ولا بد أن يكون الأجل مقدراً بزمان معلوم للخبر)

وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالأهلة نحو أول الشهر وأوسطه وآخره أو يوم معلوم منه لقول الله تعالى (يستلونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك ، فان أسلم إلى عبد الفطر أو النحر أو يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لانه معلوم بالأهلة فان

له شيء آخر لم نذكر اجتماعها فيه وقد بينا افتراقها ، اذا ثبت هذا فانه ان باعه ما يصح السلم فيه حالاً في الذمة صح ومعناه معنى السلم وانما افتراقاً في اللفظ .

(الفصل الثاني) أنه لا بد من كون الاجل معلوماً لقوله تعالى (إذ اتدأيتكم بدين الى أجل مسمى) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الى أجل معلوم » ولا نعلم في اشتراط السلم في الجملة اخلافاً فاما كيفيته فانه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والحجاز وما أشبهه ؟ وكذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى أنه قال أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور وعن ابن عمر أنه كان يتنازع الى العطاء ، وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد ان كان شيء يعرف فأرجو وكذلك ان قال الى قدوم الغزاة ، وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لان ذلك معلوم فاما نفس العطاء فهو في نفسه مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتفاوت أيضاً فأشبهه الحصاد ، واحتج من أجاز ذلك بانه أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت فيه تفاوتاً كثيراً فأشبهه اذا قال الى رأس السنة

ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قال لا تتبايعوا الى الحصاد والدياس ولا تتبايعوا الا الى شهر معلوم ولان ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلاً كقدوم زيد . فان قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت ان رسول الله ﷺ بعث الى يهودي « ان ابعث الي ثوبين الى الميسرة » قلنا قال ابن المنذر رواه حرمي بن عماره قال احمد فيه غفلة وهو صدوق قال ابن المنذر فاخاف أن يكون من غفلاته اذ لم يتابع عليه ، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الاجل الى الميسرة لم يصح

(فصل) اذا جعل الاجل الى شهر تعلق بأوله وان جعل الاجل اسماً يتناول شيئين كجمادى وربيع ويوم النفر تعلق بأولها وان قال الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها لانه اذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمه وجب أن يكون ابتداءها من حين لفظه بها وكذلك لو قال الى شهر كان الى آخره وينصرف ذلك الى الاشهر الهلالية بدليل قوله تعالى (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم

جعل الاجل مقدراً بغير الشهور الهلالية وكان ما يعرفه المسلمون وهو مشهور بينهم مثل الاشهر الرومية كسباط ونحوه أو عيـد لا يختلف كالنيروز والمهرجان عند من يعرفها فظاهر كلام الحرقي وابن أبي موسى أنه لا يصح لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية أشبه إذا أسلم إلى الشمانين وعيد الفطير ، ولان هذه لا يعرفها كثير من المسلمين أشبه ما ذكرنا ، وقال الهاضي يصح وهو قول الاوزاعي والشافعي لانه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف لكونه لا يعلمه المسلمون وإن كان مما لا يعرفه المسلمون كالشمانين وعيد الفطير ونحوهما لم يصح السلم اليه لان المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لان قولهم غير مقبول ولانهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وإن أسلم الى ما لا يختلف مثل كانون الاول ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح لانه مجهول عنده

(فصل) واذا جعل الاجل الى شهر تعلق بأوله ، وان جعل الاجل اسماً يتناول شيئين كجمادى ويوم النفر تعلق بأولها ، وان قال الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها لانه اذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمه وجب أن يكون ابتداءها من حين لفظه بها ، وكذلك لو قال الى شهر كان الى آخره وينصرف الى الاشهر الهلالية لقول الله تعالى (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً) وإن أراد الهلالية فان

خلق السموات والارض منها أربعة حرم) وأراد الهلالية وان كان في اثناء شهر كلنا شهرين بالهلال وشهرا بالعدد ثلاثين يوما وقيل تكون الثلاثة كلها عددية ، وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع ، وان قال محله شهر كذا أو يوم كذا صح وتعلق بأوله وقيل لا يصح لانه جعل ذلك ظرفا فيحتمل اوله وآخره . والصحيح الاول فانه لو قال لامراته انت طالق في شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسئلتنا ، فان قيل الطلاق يتعلق بالاخطار والاغرار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدم زيد بخلاف مسئلتنا ، قلنا إلا انه اذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولا وكذا السلم .

(فصل) ومن شرط الاجل ان يكون مدتها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه ، وقال اصحاب ابي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز . وقدره بعضهم بثلاثة ايام ، وهو قول الاوزاعي لانها مدة يجوز فيها خيار الشرط ولانها آخر حد القلة ويتعلق بها عندهم لإباحة رخص السفر ، وقال الآخرون لما اعتبر التأجيل لان المسلم فيه معدوم في الاصل ليكون السلم انما ثبت رخصة في حق المفاليس فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها ، ولنا أن الاجل انما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من اجله السلم ولا يحصل ذلك بالمدّة التي لا وقع لها في الثمن ولا يصح اعتباره بمدّة الخيار لان الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والاجل يجوز أن يكون أعواما وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها ، وقولهم ان المقصود يحصل بأقل مدة غير صحيح فان السلم انما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ولا تحصل هذه في المدّة البسيّرة

(الفصل الثالث) في كون الاجل معلوماً بالأهله وهو أن يسلم الى وقت يعلم بالهلال نحو أول الشهر أو أوسطه أو آخره أو يوم معلوم منه لقول الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك ، ولو أسلم إلى عيد الفطر أو التجر أو يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لانه معلوم بالأهله ، وان جعل الاجل مقدراً بغير الشهر والهلالية فذلك قسبان

كان في اثناء شهر ككل شهرأ بالعدد وشهرين بالأهله ، وقيل تكون الثلاثة بالعدد وسنذكر ذلك في غير هذا ، وان قال محله شهر كذا صح وتعلق بأوله ، وقيل لا يصح لانه جعل ذلك ظرفا فيحتمل اوله وآخره والصحيح الاول ، فانه لو قال لعبدك أنت حر في شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسئلتنا ، فان قيل العتق يتعلق بالاخطار والاغرار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدم زيد بخلاف مسئلتنا ، قلنا إلا أنه اذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولا وكذا السلم

(مسألة) (وان أسلم الى الحصاد أو شرط الخيار اليه فعلى روايتين)

لا يصح أن يؤجل السلم الى الحصاد والجزاز وما أشبهه ، كذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وفيه رواية أخرى أنه يجوز . قال أحمد : أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور ، وعن ابن عمر أنه كان يبتاع الى العطاء ، وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد ان كان شيء يعرف فأرجو ، وكذلك ان قال الى قدوم الغزاة وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لان ذلك معلوم ، فأما نفس العطاء فهو مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ، ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتقارب أيضا فأشبهه الحصاد ووجه ذلك انه أجل تعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت تفاوتاً كثيراً أشبه اذا قال الى رأس السنة

(أحدها) ما يعرفه المسلمون وهو بينهم مشهور ككانون وشباط أو عيد لا يختلف كالتيروز والمهرجان عند من يعرفها فظاهر كلام الحنفي وابن أبي موسى أنه لا يصح لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية أشبه إذا أسلم إلى الشمانين وعيد الفطير ولأن هذه لا يعرفها كثير من المسلمين أشبه ما ذكرنا ، وقال القاضي يصح ، وهو قول الاوزاعي والشافعي قال الاوزاعي إذا أسلم إلى فصيح النصراني وصومهم جاز لأنه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف فإنه لا يعامه المسلمون (القسم الثاني) ما لا يعرفه المسلمون كعيد الشمانين وعيد الفطير ونحوهما فهذا لا يجوز السلم إليه لأن المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لأن قولهم غير مقبول ولأنهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وإن أسلم إلى ما لا يختلف مثل كانون الاول ولا يعرفه المتأيدان أو أحدهما لم يصح لأنه مجهول عنده . (١)

(١) فإن عرفوا

كل ذلك كاهل البلاد
التي تنشر فيها التقاويم
المبينة لذلك صح

ولنا قول ابن عباس : لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس ، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم ، ولأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلاً كدوم زيد ، فإن قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت : إن النبي ﷺ بعث إلى يهودي « أن ابث إلي بئوين إلى الميسرة » قلنا قال ابن المنذر رواه حرمي بن عمارة ، وقال أحمد فيه غفلة وهو صدوق ، قال ابن المنذر فأخاف أن يكون من غفلاته إذ لم يتابع عليه ، ثم إنه لا خلاف في أنه لو جعل الاجل إلى الميسرة لم يصح ، وإن جعل الخيار إليه فهو في معنى الاجل

(مسئلة) (وإذا جاءه بالسلم قبل محله ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه والا فلا)

عبر بالسلم عن المسلم فيه كما يعبر بالسرقة عن المسروق ، وبالرهن عن المرهون ، وإذا حضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يحن من أحوال ثلاثة (أحدها) أن يحضره في محله فيلزمه قبوله كالبيع المبيعين سواء تضرر بقبضه أو لا لأن على المسلم إليه ضرراً في بقائه في يده ، فإن امتنع قيل له إما أن تقبض حقه أو تبريء منه لأن قبض الحاكم قام مقام قبض المتنع بولايته إلا أنه ليس له الإبراء (الحال الثاني) أن يحضره بعد محل الوجوب فهو كما لو أحضر المبيع بعد تفرقه (الحال الثالث) أن يحضره قبل محله فينظر ، فإن كان في قبضه قبل المحل ضرر إما لكونه مما يتميز كالتفاحة والاطعمة كلها أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحو هذا لم يلزم المسلم قبوله لأن له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج إلى أكله أو طعمه في ذلك الوقت ، وكذلك الحيوان لأنه لا يأمن تلفه يحتاج إلى المؤنة وهكذا إن كان يحتاج في حفظه إلى مؤنة كالتطن ونحوه ، أو كان الوقت مخوفاً يخشى على ما يقبضه فلا يلزمه الاخذ في هذه الاحوال لأن عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فهو كمنقص صفة فيه ، وإن كان مما لا ضرر في قبضه ولا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والذسل ولم يكن في قبضه ضرر الخوف ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه لحصول غرضه مع زيادة تمجيد المنفعة تجرى مجرى زيادة الصفة وزيادة الجودة في السلم فيه

(فصل) وليس له إلا أقل ما تقع عليه الصفة لأنه قد سلم إليه ما تناوله انقصد فبرئت ذمته منه فعليه أن يسلم الحبوب نقيه ، فإن كان فيها تراب يأخذ موضعاً من المكبال لم يجز ، وإن كان يسيراً لا يؤثر في السكيل ولا يعيب لزمه أخذه ، ولا يلزمه أخذ التمر إلا جافاً ، ولا يلزم أن يتأهى جفافه لأنه يقع عليه

﴿مسئلة﴾ قال (موجوداً عند محله)

هذا الشرط الخامس وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله ولا نعلم فيه خلافاً وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل بحكم الظاهر فلم يمكن تسليمه فلم يصح بيعه كبيع الآبق بل أولى فإن السلم احتمال فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لثلاثاً يكثّر الغرر فيه فلا يجوز أن يسلم في العنب والرطب إلى شباط أو آذار ولا إلى محل لا يعلم وجوده فيه كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً فلا يؤمن انقطاعه (فصل) ولا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه ولا قرية صغيرة لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه قال ابن المنذر ابطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالأجماع من أهل العلم وعن حفظاً عنه ذلك الثوري ومالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق قال وروينا عن النبي ﷺ أنه أسأف إليه رجل من اليهود دنانير في ثمر مسمى فقال اليهودي من ثمر حائط بني فلان فقال النبي ﷺ «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره ورواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم ، وقال أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولأنه إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه لم يؤمن انقطاعه وتافه فلم يصح كما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنجة معينة أو أحضر خرقة وقال أسلمت إليك في مثل هذه

(فصل) ولا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم بل يجوز أن يسلم في الرطب في أو ان

الاسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيماً بحال وإن قبضه فوجده معيماً فله المطالبة بالبدل كالبيع والله أعلم (فصل) الشرط الخامس أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله لا نعلم فيه خلافاً لأنه إذا كان ظاهراً أمكن تسليمه عند وجوب التسليم ، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل كذلك فلا يمكن تسليمه فلم يصح كبيع الآبق ، بل أولى فإن السلم احتمال فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لثلاثاً يكثّر الغرر فإن كان لا يوجد فيه أولاً لا يوجد إلا نادراً كالسلم في العنب والرطب إلى شباط أو آذار أو أسلم إلى محل لا يعلم وجوده فيه كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً لم يصح لأنه لا يؤمن انقطاعه فلا يغاب على الخائن القدرة على تسليمه عند وجوب التسليم

﴿مسئلة﴾ (وان أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه) قال ابن المنذر : ابطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالأجماع من أهل العلم منهم الثوري ومالك والشافعي والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، قال وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسأف إليه رجل من اليهود دنانير في ثمر مسمى فقال اليهودي من ثمر حائط بني فلان فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره ورواه الجوزجاني في المترجم وقال أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولأنه لا يؤمن انقطاعه وتافه ما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنجة معينة أو أحضر خرقة وأسلم في مثلها (فصل) ولا يشترط وجود المسلم فيه حال العقد بل يجوز أن يسلم في الرطب في أو ان الشتاء

الثناء وفي كل يوم معدوم إذا كان موجوداً في المحل وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي لا يجوز حتى يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حين المحل لأن كل زمن يجوز أن يكون محلاً للمسلم فيه لموت المسلم إليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل وإنما ان النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين فقال « من أسلف فيلسف في كيل معلوم أو وزن معلوم وأجل معلوم » ولم يذكر الوجود ولو كان شرطاً لذكره ولنهاهم عن السلف ستين لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولأنه يثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً فجاز السلم فيه كالموجود ولا نسلم أن الدين محل بالموت وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود إذ لو لم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ما جعله المتعاقدان محلاً وهما لم يجعلاه

(فصل) إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل إما لغيبه المسلم إليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالمسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً وإلا قيمته وبه قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر أنه يفسخ العقد بنفس التعذر لكون المسلم فيه من ثمرة الدام بدليل وجوب التسليم منها فإذا هلك انفسح العقد كما لو باع قفيزاً من صبرة فهلك، والاول الصحيح فإن العقد قد صح وإنما تعذر التسليم فهو كما لو اشترى عبداً فأبقى قبل القبض ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام فأنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وإنما أجبر على دفعه من ثمرة الدام لتكتمه من دفع ما هو بهفة حقه ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه إذا وجدها ولم يجد غيرها وأبست متعينة

وفي كل معدوم إذا كان موجوداً عند المحل وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال الثوري والاوزاعي وأصحاب الرأي يشترط أن يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حال المحل لأن كل زمان يجوز أن يكون محلاً للمسلم فيه لموت المسلم إليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل. ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار الستين والثلاث فقال « من أسلف فيلسف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » ولم يذكر الوجود ولو كان شرطاً لذكره ولنهاهم عن السلف ستين لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولا يثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً أشبه الموجود ولا نسلم أن الدين محل بالموت، وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود إذ لو لم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ما جعله المتعاقدان محلاً وهما لم يجعلاه

(مسئلة) (وان أسلم إلى محل يوجد فيه عاماً فانقطع خير بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوماً في أحد الوجهين وفي الآخر يفسخ بنفس التعذر) وجملة ذلك أنه تعذر تسليم المسلم فيه عند محله إما لغيبه المسلم إليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالمسلم بالخيار بين الصبر إلى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً والاقيمته، وبذلك قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر أنه يفسخ بنفس التعذر لكون المسلم فيه من ثمرة الدام بدليل وجوب التسليم منها فإذا هلك انفسخ العقد به كما لو باع قفيزاً من صبرة فهلك والاول أصح فإن العقد قد صح وإنما تعذر التسليم فهو كمن اشترى عبداً فأبقى قبل القبض، ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام، فأنهما

وإن تعذر البعض فالمشتري الحيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر إلى حين الامكان ويطالب بحقه ، فإن أحب الفسخ في المقنود دون الموجود فله ذلك لان الفساد طراً بعد صحة العقد فلا يوجب الفساد في الكل كما لو باعه صبرين فتلفت إحداها ، وفيه وجه آخر ليس له الفسخ إلا في الكل أو يصبر على ما ذكرنا من الخلاف في الاقالة في بعض السلم فيه ، وإن قلنا ان الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المقنود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطارئ على بعض المقنود عليه لا يوجب فساد الجميع ويثبت للمشتري خيار انفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الاول

(فصل) إذا أسلم نصراني إلى نصراني في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم يأخذ دراهمه كذلك قال الثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول لانه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الحقر فقد تعذر استيفاء المقنود عليه وإن كان المسلم اله فقد تعذر عليه ايفاؤها فصار الامر إلى رأس ماله

﴿مسئلة﴾ قال (ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفريق)

هذا الشرط السادس وهو أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل العقد وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطاً لانه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سهلاً فأشبهه ما لو تأخر إلى آخر المجلس ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفريق فيه قبل القبض كالصرف ويفارق المجلس ما بعده بدليل الصرف ، وإن قبض بعده ثم تفرقا فكلام الحرقى يقتضي

لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتسكنه من دفع ما هو نصف حقه ولذلك يجب الدفع من ثمرة نفسه إذا قدر ولم يجد غيرها وليست متعينة فان تعذر البعض فالمشتري الحيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر إلى حين الامكان ويطالب بحقه ، فان أحب الفسخ في المتعذر وحده فله ذلك لان الفساد طراً بعد صحة العقد فلم يوجب الفساد في الكل ويصبر على ما نذكره من الخلاف في الاقالة في بعض السلم، وإن قلنا إن الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المقنود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطارئ على بعض المقنود عليه لا يوجب فساد الجميع ويثبت للمشتري خيار انفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الاول

(فصل) وإذا أسلم ذمي إلى ذمي في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المسلم يأخذ دراهمه لانه ان كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الحقر فقد تعذر استيفاء المقنود عليه وإن كان الآخر فقد تعذر عليه الايفاء فصار الامر إلى رأس ماله

﴿فصل﴾ (الشرط السادس) أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل ، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطاً لانه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن تكون سهلاً فأشبهه تأخيره إلى آخر المجلس ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفريق فيه قبل القبض كالصرف ، ولا يصح قياسه على المجلس بدليل الصرف ، وإن قبض بهمه ثم تفرقا فكلام الحرقى

أن لا يصح لقوله كاملاً وحكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري ، وقال أبو الخطاب هل يصح في غير المقبوض ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي ، وقد نص أحمد في رواية ابن منصور : إذا أسلم ثلاثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الأصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصح العقد في الباقي بحصته من الثمن وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلم ألباً إلى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم إليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الألف فإنه يصح السلم في النصف المقبوض ويبطل في الباقي فأبطل السلم فيما لم يقبض وصححه فيما قبض ، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال يبطل في الحوالة في الكل وفي المسئلة الأخرى يبطل فيما لم يقبض ويصح فيما قبض بتسطة بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده ويتبدلان عقداً آخر إن أحبا وإن كان في الذمة فله إبداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لان العقد إنما وقع على ثمن سليم فاذا دفع اليه ما ليس بسليم كان له المطالبة بالسليم ، ولا يؤثر قبض المعيب في العقد ، وإن تفرقا ثم علم عيبه فرده ففيه وجهان (أحدهما) يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق ولا يجوز ذلك في السلم (والثاني) لا يبطل لان القبض الاول كان صحيحاً بدليل مالو أمسكه ولم يردده وهذا يدل على المقبوض وهذا قول أبي يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه أن يقبض البذل في مجلس الرد ، فان تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البذل لم يصح وجهاً واحداً لخلو

بقتضي أن لا يصح -حكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري . وقال أبو الخطاب هل يصح في المقبوض ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي ، وقد نص أحمد في رواية ابن منصور إذا أسلمت ثلاثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الأصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصح العقد في الباقي بحصته من الثمن ، وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلف الفأ إلى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم إليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الألف صح السلم في النصف المقبوض ويبطل في الباقي وحكي عن أبي حنيفة انه قال يبطل في الحوالة في الكل ، وفي المسئلة الأخرى يبطل فيما لم يقبض وحده بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وان قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده فان كان الثمن أحد النقدين وقلنا تعين التقود بالتعيين بطل ، ويتبدلان عقداً آخر ان اختاره ، وان كان في الذمة فله ابداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لان العقد إنما وقع على ثمن سليم فاذا دفع اليه معيباً كان له ردده والمطالبة بالسليم ، ولم يؤثر قبض المعيب في العقد ، وان تفرقا ثم علم عيبه فرده ففيه وجهان (أحدهما) يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق (والثاني) لا يبطل لان القبض الاول كان صحيحاً بدليل مالو أمسكه ولم يردده وهذا يدل عن المقبوض وهذا قول أبي يوسف ومحمد وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه أن يقبض البذل في مجلس الرد ، فان تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البذل بطل وجهاً واحداً لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقها ، فان وجد بعض الثمن رديئاً فرده

العقد عن قبض الثمن بعد تفرقها ، وإن وجد بعض الثمن رديئاً فرده في الردود التفصيل الذي ذكرناه وهل يصح في غير الرديء إذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة (فصل) وإن خرجت الدرهم مستحقة والثمن معين لم يصح العقد قال أحمد : إذا خرجت الدرهم مسروقة فليس بينها بيع . وذلك لأن الثمن إذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس ، وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد لأن المقبوض لا يصلح عرضاً فقد تفرقا قبل أخذ الثمن إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضولي ، وإن وجد بمضه مستحقاً بطل في ذلك البض ، وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة

(فصل) إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلماً في طعام إلى أجل لم يصح قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم منهم مالك والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي ، وعن ابن عمر أنه قال : لا يصح ذلك وذلك لأن المسلم فيه دين فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك بالاجماع ، ولو قال أسلمت اليك مائة درهم في كرا طعام وشرط أن يعجل له منها خمسين وخمسين إلى أجل لم يصح العقد في الكل على قول الحارثي ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان بناء على تفريق الصفقة (أحدهما) يصح وهو قول أبي حنيفة (والثاني) لا يصح وهو قول الشافعي وهو أصح لأن للعجل فضلاً على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابله أكثر مما في مقابلة المؤجل والزيادة مجهولة فلا يصح

(مسئلة) قال (ومتى عدم شيء من هذه الاوصاف بطل)

في الردود ما ذكرنا من التفصيل ، وهل يصح في غير الرديء . إذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وإن ظهرت الدرهم مستحقة والثمن معين لم يصح . قال أحمد : إذا خرجت الدرهم مسروقة فليس بينها بيع . وذلك لأن الثمن إذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس ، وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد لأن المقبوض لا يصلح عوضاً فقد تفرقا قبل أخذ الثمن إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضول ، أو أن انتقود لا تعين بالتعيين ، وإن وجد بمضه مستحقاً بطل العقد فيه ، وفي الباقي على وجهين بناء على تفريق الصفقة (فصل) وإن كان له في ذمة رجل ديناراً فجعله سلماً في طعام إلى أجل لم يصح . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وروي عن ابن عمر أنه قال : لا يصح لذلك وذلك لأن المسلم فيه دين : فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح بالاجماع ، ولو قال أسلمت اليك في كرا طعام وشرط أن يعجل له منها خمسين ويؤجل خمسين لم يصح العقد في الكل في قول الحارثي ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان (أحدهما) يصح وهو قول أبي حنيفة بناء على تفريق الصفقة (والثاني) لا يصح وبه قال الشافعي وهو أصح لأن للعجل فضلاً على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابله أكثر مما في مقابلة المؤخر والزيادة مجهولة فلا يصح

(مسئلة) (وهل يشترط كونه معلوم القدر والصفة كالمسلم فيه على وجهين)

وجملة ذلك أن هذه الاوصاف الستة التي ذكرناها لا يصح السلم إلا بها وقد دللنا على ذلك واختلفت الرواية في شرطين آخرين (أحدهما) معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته اذا كان في الذمة لانه أحد عوضي السلم فاذا لم يكن معينا اشترط معرفة صفته كالسلم فيه إلا أنه اذا أطلق وفي البلد نقد معين انصرف الاطلاق اليه وقام مقام وصفه . فأما ان كان الثمن معينا فقال القاضي وأبو الخطاب لا بد من معرفة وصفه واحتجا بقول احمد يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ويصف الثمن فاعتبر ضبط صفته وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يملك أعامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس المسلم فيه ليرد بدله كالقرض والشركة ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقا فيفسخ العقد في قدره فلا يدري في كم بقي وكم انفسخ . فان قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر . قلنا التوهم معتبر ههنا لان الاصل عدم الجواز وانما جوز اذا وقع الامن من الضرر ولم يوجد ههنا بديل ما اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر المسلم فيه بصنعة أو ميكال معين فانه لا يصح وظاهر كلام الحرقي انه لا يشترط لانه ذكر شرائط السلم ولم يذكره وهو احد قولي الشافعي لانه عوض مشاهد فلم يحتاج الى معرفة قدره كبيع الاعيان وكلام احمد انما تناول غير العين ولا خلاف في اعتبار اوصافه . ودليلهم ينتقص بعقد الاجارة وانه يفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع اليقين الى معرفة الاوصاف . ولان رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده وجهالة ذلك لا تؤثر كما لو باع المكيل او الموزون ولان العقد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الذي يعتبر صفاته لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم مالا يمكن ضبط صفاته كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه فان جعله سلما بطل العقد ، ويجب رده ان كان موجوداً وقيمته ان عرفت اذا كان معدوماً

اختلفت الرواية في معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته اذا كان في الذمة لانه أحد عوضي السلم ، فاذا لم يكن معيناً اشترط معرفة صفته كالأخر إلا أنه اذا أطلق وفي البلد نقد واحد انصرف اليه وقام مقام وصفه ، وإن كان الثمن معينا فقال القاضي وأبو الخطاب يشترط ذلك لان أحمد قال : يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته، وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يمكن أعامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس مال السلم فيه ليرد بدله كالقرض ، ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فيفسخ العقد في قدره فلا يعلم في كم بقي وكم انفسخ ؟ فان قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر . قلنا الوهم ههنا معتبر لان الاصل عدم الجواز ، وانما جاز اذا وقع الامن من الضرر ولم يوجد ههنا بديل ما إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر السلم بصنعة بعينها وظاهر كلام الحرقي أنه لا يشترط لانه لم يذكره في شروط السلم وهو احد قولي الشافعي لانه عوض مشاهد فلم يحتاج الى معرفة قدره كبيع الاعيان وكلام أحمد انما تناول غير العين ولا خلاف في اعتبار اوصافه، ودليلهم ينتقص بعقد الاجارة فانه يفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع التعيين الى معرفة الاوصاف ، ولان رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده . وجهالة ذلك لا تؤثر كما لو باع المكيل والموزون ، ولان العقد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الاول لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم مالا يمكن ضبطه بالصفة كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه فان فعلا بطل العقد ويرده إن كان موجوداً وإلا رد قيمته، فان

فان اختلفا فالقول قول المسلم اليه لانه غارم وهكذا ان حكنا بصحة العقد ثم انفسخ ، وان اختلفا في السلم فيه فقال أحدهما في مائة مدي حنطة ، وقال الآخر في مائة مدي شعير نحالفا وتقاسخا به قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

(فصل) وكل ما لين حرم النساء فيهما لا يجوز اسلام أحدهما في الآخر لان السلم من شرطه النساء والتأجيل والحرق في منع بيع العروض بعضها ببعض نساء فعلى قوله لا يجوز اسلام بعضها في بعض ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عينا او ورقا ، وقال القاضي وهو ظاهر كلام احمد هنا قال ابن المنذر قيل لاحد يسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن؟ فلم يجبه وعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً ، وهو قول أبي حنيفة لأنها لا تثبت في الذمة الا ثمناً فلا تكون مثمنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس مال السلم عرضاً كالثمن سواء ويجوز اسلامها في الأمان قال الشريف أبو جعفر يجوز السلم في الدراهم والدنانير ، وهذا مذهب مالك والشافعي لأنها تثبت في الذمة صداقاً فتثبت سلماً كالعروض ولانه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح اسلام احدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ما قاله أبو حنيفة فانه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمناً . فعلى هذا اذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لانه آتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره (والثاني) لا يلزمه لانه يفضي الى كون الثمن هو الثمن ، ومن نصر الاول قال هذا لا يصح لان الثمن إنما هو في الذمة وهذا عوض عنه ، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فحل المحل وهي

اختلفا في القيمة فالقول قول المسلم اليه لانه غارم وكذلك ان حكنا بصحة العقد ثم انفسخ. فان اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما في كذا مدي حنطة ، وقال الآخر في كذا مدي شعير نحالفا وتقاسخا به قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

(فصل) وكل ما لين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر لان السلم من شرطه النساء والتأجيل والذي ذكره الحرق في أنه لا يجوز النساء في العروض وهي إحدى الروايتين فعلى هذا لا يجوز اسلام بعضها في بعض . وقال ابن أبي موسى : لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عينا أو ورقا ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد ، قال ابن المنذر قيل لاحد يسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن؟ فلم يجبه ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً وهو قول أبي حنيفة لأنها لا تثبت في الذمة الا ثمناً فلا يجوز أن تكون مثمنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس المال عرضاً كالثمن سواء ويجوز اسلامها في الأمان ، قال الشريف أبو جعفر يجوز السلم في الدراهم والدنانير وهذا مذهب مالك والشافعي لأنها تثبت في الذمة صداقاً فتثبت في الذمة سلماً كالعروض ولانه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصح اسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ما قاله أبو حنيفة فانه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمناً فعلى هذا اذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لانه آتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره (والثاني) لا يلزمه لانه يفضي الى كون الثمن هو الثمن ، ومن نصر الاول قال هذا لا يصح لان الثمن إنما هو في الذمة وهذا عوض

على صفة المسلم فيه فأحضرها فعلى احتمالين أيضاً (أحدهما) لا يصح لنا ذكرنا ولا أنه يفضي الى أن يكون قد استمتع بها وردّها خالية عن عقر (والثاني) يجوز لأنه أحضر المسلم فيه على صفته ويبطل الاول بما اذا وجد بها عيباً فردّها واختلف أصحاب الشافعي في هاتين المسألتين على هذين الوجهين، وان فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يجز وجهاً واحداً لأن الحيل كلها باطلة (الشرط الثاني) اختلف فيه تعيين مكان الايفاء قال القاضي ليس بشرط وحكاه ابن المنذر عن أحمد وأسحاق وطائفة من أهل الحديث ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الايفاء فدل على أنه لا يشترط ، وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي أسلم الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أمان حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى الى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الايفاء ولا أنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الايفاء كبيع الاعيان ، وقال الثوري يشترط ذكر مكان الايفاء وهو القول الثاني للشافعي ، وقال الاوزاعي هو مكروه لان القبض يجب بحلولة ولا يعلم موضعه حينئذ فيجب شرطه لئلا يكون مجهولاً ، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي ان كان لعله مؤنة وجب شرطه والا فلا يجب لأنه اذا كان لعله مؤنة اختلف فيه الفرض بخلاف مالا مؤنة فيه ، وقال ابن أبي موسى ان كانا في برية لزم ذكر مكان الايفاء وان لم يكونا في برية فذكر مكان الايفاء حسن وان لم يذكره كان الايفاء في مكان العقد لأنه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد فاذا ترك ذكره كان مجهولاً وان لم يكونا في برية

عنه ، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فجاء المحل وهي على صفة المسلم فيه فأحضرها خرج فيها الوجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه يفضي الى أن يكون قد استمتع بها وردّها خالية عن عقر (والثاني) يجوز لأنه أحضر المسلم فيه على صفته ، ويبطل الاول بما اذا وجد بها عيباً فردّها وللشافعي في هاتين المسألتين وجهان كهذين ، فان فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يجز وجهاً واحداً (مسئلة) (وان أسلم ثمنا واحداً في جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس)

يجوز أن يسلم ديناراً في قفيز حنطة وقفيز شعير فان لم يبين ثمن الحنطة من الشعير لم يصح وقال مالك يجوز وللشافعي قولان كالذهيين لان كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيع الاعيان. ولنا أن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول ، ولان فيه غرراً لا لنا لاننا نؤمن الفسخ بتعذر أحدهما فلم ندر بكم يرجع وهذا غرر يؤثر مثله في السلم ، ويمثل هذا علنا معرفة صفة الثمن وقد ذكرنا ثم وجهاً أنه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لأنه في معناه ، والجواز ههنا أولى لان العقد ثم اذا انفسخ لا يعلم مقدار ما يرجع به وههنا يرجع بقسطه من رأس مال السلم ، ولأنه لو باع عبده وعبد غيره بثمن واحد جاز في أظهر الوجهين وهذا مثله ، ولأنه لما جاز أن يسلم في شيء واحداً الى أجلين ولا يبين ثمن كل منها ينبغي أن يجوز ههنا . قال ابن أبي موسى : ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهماً في كره حنطة الا أن يبين حصة مال كل واحد منهما من الثمن ، والاولى صحة هذا لأنه اذا تعذر بعض السلم رجح بقسطه منها ، وان تعذر

النصف رجح بالنصف ، وان تعذر الخمس رجح بدينار وعشرة دراهم

(فصل) قال رحمه الله تعالى (السابع) أن يسلم في الذمة ، فان أسلم في عين لم يصح

اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكتفى بذلك عن ذكره فان ذكره كان تأكيذاً فكان حسناً فان شرط الايفاء في مكان سواء صح لانه عقد بيع فصح شرط ذكر الايفاء في غير مكانه كبيع الاعيان ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح كما لو ذكره في مكان العقد ، وذكر ابن ابي موسى رواية اخرى انه لا يصح لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لان العقد يقتضي الايفاء في مكانه ، وقال القاضي و ابو الخطاب متى ذكر مكان الايفاء فيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد او في غيره لان فيه غرراً لانه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فأشبه تعيين المكيال واختاره ابو بكر ، وهذا لا يصح فان في تعيين المكان غرضاً ومصاححة لها فأشبه تعيين الزمان وما ذكره من احتمال تعذر التسليم فيه يبطل بتعيين الزمان ثم لا يخلو اما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه فاذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الايفاء نفياً للجهالة عنه وقطعاً للتنازع فالغرض في تركه لا في ذكره ، وفارق تعيين المكيال فانه لا حاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي الى التنازع

لانه ربما تلف قبل أو ان تسليمه لم يصح كما لو شرط مكيالاً بغيره أو صنجة بغيرها غير معلومة ، ولان المعين يمكن بيعه في الحال فلا حاجة الى السلم فيه
(مسئلة) (ولا يشترط ذكر مكان الايفاء)

ذكره القاضي وحكاه ابن المنذر عن أحمد واسحاق وطائفة من أهل الحديث ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي ﷺ «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الايفاء ، ولو كان شرطاً لذكره وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي أسلم إلى النبي ﷺ ، فقال النبي ﷺ «أما من حائط بني فلان فلا ، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الايفاء ، ولانه عقد معاوضة أشبه ببيع الاعيان ، وقال الثوري بشرط وهو القول الثاني للشافعي وقال الأوزاعي هو مكروه لان القبض يجب بحلولة ولا يعلم موضعه يومئذ ، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي إن كان لحمه مؤنة وجب شرطه والا فلا لانه إذا كان لحمه مؤنة اختلف فيه الفرض بخلاف مالا مؤنة فيه

(مسئلة) (الا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه)

فيشترط ذكره لانه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد فاذا ترك ذكره كان مجهولاً

(مسئلة) (ويكون الوفاء في موضع العقد)

إذا كانا في مكان يمكن الوفاء فيه اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكتفى بذلك عن ذكره

(مسئلة) (فان شرط الوفاء فيه كان تأكيذاً)

وهو حسن لانه شرط ما يقتضيه العقد أشبه ما لو شرط الحلول في عن المبيع

(مسئلة) (وان شرطه في غيره صح)

لانه بيع فصح شرط الايفاء في غير مكانه كبيع الاعيان ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح كما لو ذكره في مكان العقد (وعنه لا يصح) ذكرها ابن ابي موسى لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لان العقد يقتضي الايفاء في مكانه ، وقال القاضي و ابو الخطاب : متى ذكر مكان الايفاء فيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره لانه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فأشبه تعيين المكيال اختاره

(المغني والشرح الكبير) فساد بيع المسلم فيه قبل قبضه وكذا الشركة فيه والتولية والحوالة ٣٤١

وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ويقطع التنازع فالمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لشرط مكان الايفاء فكيف يصح قياسهم عليه؟

﴿مسئلة﴾ قال (وبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد وكذلك الشركة

فيه والتولية والحوالة به عماما كان أو غيره)

أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في نحرجه خلافا وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجوز بيعه كالطعام قبل قبضه . وأما الشركة فيه والتولية فلا يجوز أيضا لانهما بيع على ما ذكرنا من قبل ، وبهذا قال أكثر أهل العلم وحكي عن مالك جواز الشركة والتولية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية

ولنا انها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يجوز كما لو كانت بلفظ البيع ولانها نوعا يبيع فلم يجوزها في السلم قبل قبضه كالتنوع الآخر والخبر لا نعرفه وهو حجة لنا لانه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه

ابو بكر ، ولنا أن في تعيين المكان غرضا ومصاحبة لهما أشبه تعيين الزمان وبهذا يبطل ما ذكره ، ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه فاذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الايفاء نقيا للجهالة عنه وقطعا للتنازع فالغرر في تركه لافي ذكره ، وتعيين المكان يفارق هذا فانه لا حاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي الى التنازع وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ، ويقطع التنازع والمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لذكر مكان الايفاء فكيف يصح قياسهم عليه؟

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولاهينه ولا أخذ غيره مكانه ولا الحوالة به)

لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه بغير خلاف علمناه لان النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجوز بيعه كالطعام قبل قبضه وكذلك التولية والشركة وبهذا قال أكثر أهل العلم وحكي جواز الشركة والتولية عن مالك لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية وقياسا على الاقالة ، ولنا أنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يصح كما لو كان بلفظ البيع ولانها نوعا يبيع فلا يجوز فيه السلم قبل قبضه كالتنوع الآخر والحديث لا نعرفه وهو حجة لنا لانه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه والشركة والتولية يبيع نيدخلان في النهي ويحمل قوله وأرخص في الشركة والتولية على أنه أرخص فيها في الجملة لافي هذا الموضوع ، وأما الاقالة فانها فسخ وابتدأ بيعاً وأما أخذ غيره مكانه فهو أن يأخذ غير المسلم فيه عوضا عن المسلم فيه وذلك حرام سواء كان المسلم فيه موحوداً أو معدوماً وسواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو أكثر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وذكر ابن أبي موسى رواية فيمن أسلم في بر فعدمه عند المحل فرضي أن يأخذ شعيراً مثله جاز وذلك محمول على أن البر والشعير جنس والصحيح في المذهب خلافه وقال مالك يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه بجملة ولا يؤخره إلا الطعام ، وقال ابن المنذر وقد ثبت أن ابن عباس قال : إذا أسلمت في شيء الى أجل فان أخذت ما أسلمت فيه وإلا

والشركة والتولية بيع فيدخلان في النهي ويحمل قوله وأرخص في الشركة والتولية على انه أرخص فيها في الجملة لا في هذا الموضوع، وأما الاقالة فانها فسخ وليست بيعاً، وأما الحوالة به فغير جائزة لان الحوالة إنما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولانه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع، ومعنى الحوالة به ان يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم فلا يجوز، وان أحال المسلم اليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً لانه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز كالبيع، وأما بيع المسلم فيه من بائعه فهو ان يأخذ غير ما سلم فيه عوضاً عن المسلم فيه فهذا حرام سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً سواء كان العرض مثل المسلم فيه في النسيئة أو اقل أو أكثر وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي، وذكر ابن ابي موسى عن احمد رواية اخرى فيمن اسلم في بر فقدمه عند المحل فرضي المسلم باخذ الشعر مكان البر جاز ولم يجز أكثر من ذلك وهذا يحمل على الرواية التي فيها ان البر والشعر جنس واحد والصحيح في المذهب خلافه وقال مالك يجوز ان يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره الا الطعام

نخذ عوضاً أنقص منه ولا تريح مرتين رواه سعيد في سننه . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه، ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يجز كيحه لغيره

(فصل) ولا تجوز الحوالة به لانها إنما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولانه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع، ومعنى الحوالة أن يكون لرجل سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي عنده السلم فلا يجوز وان أحال المسلم اليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً لانه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز كالبيع .

(مسئلة) ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ولا يجوز لغيره (حديث ابن عمر : كنا نبيع الابرّة بالبيع بالدنانير ونأخذ عوضها الدرهم والدرهم) ونأخذ عوضها الدنانير فساداً لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا بأس إذا تفرقتا وليس بينكما شيء » فقد دل الحديث على جواز بيع ما في الذمة من أحد التقدين بالأخر وغيره مقاس عليه ودل على اشتراط القبض في المجلس قوله « إذا تفرقتا وليس بينكما شيء » وفي ذلك اختلاف ذكرناه في الصرف وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بيعه لمن هو في ذمته كما لا يصح في السلم، والاول أولى فان اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لانه يكون بيع دين بدين، وان أعطاه معيماً بما يشترط فيه التقاض مثل ان أعطاه عوض الحنطة شعيراً جاز ولم يجز التفرق قبل القبض وان أعطاه معيماً لا يشترط فيه التقاض جاز التفرق قبل القبض كما لو قال بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل أن لا يجوز لان المبيع في الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالمسلم

(فصل) وان باع الدين لغير من هو في ذمته لم يصح، وبه قال ابو حنيفة والثوري واسحاق قال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة وإذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عوضاً مالك عليه، وقال الشافعي

قال ابن المنذر وقد ثبت ان ابن عباس قال اذا اسلم في شيء الى اجل فان اخذت ما اسلفت فيه وإلا فخذ عوضاً انقص منه ولا تبرج مرتين ، رواه سعيد في سنته
ولنا قول النبي ﷺ « من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه ابو دارد وابن ماجه ،
ولان اخذ العوض عن المسلم فيه يبيع فلم يحز كبيعته من غيره ، فاما ان اعطاه من جنس ما اسلم فيه
خيراً منه او دونه في الصفات جاز لان ذلك ليس يبيع إنما هو قضاء للحق مع تفضل من احدهما .
(فصل) فاما الاقالة في المسلم فيه فجازة لانها فسخ ، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه
من اهل السنن على ان الاقالة في جميع ما اسلم فيه جائزة ، لان الاقالة فسخ للعقد ورفع له من اصله وليست
بيعا . قال القاضي ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني منه على ثمنه جاز وكانت اقالة صحيحة فاما الاقالة
في بعض المسلم فيه فاختلف عن احمد فيها فروي عنه انها لا تجوز ورويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد
ابن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن ابي ليلى واسحاق ، وروى
حنبل عن احمد انه قال لا بأس بها وروى ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحميد بن
عبد الرحمن وعمرو بن دينار والحكم والثوري والشافعي والنعان واصحابه وابن المنذر ولان الاقالة
مندوب اليها وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض كالأبراء والانظار ، ووجه الرواية الاولى
ان السلف في الغالب يزداد فيه في الثمن من أجل التأجيل فاذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من
الثمن ومنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة فيه فلم يحز كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد ويخرج عليه
الأبراء والانظار فانه لا يتعلق به شيء من ذلك

ان كان الدين على معسر أو مماطل لم يصح البيع لانه معجوز عن تسليمه وان كان على مليء باذل له
ففيه قولان (أحدهما) يصح لانه اتباع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ، ويشترط
أن يشتري بيمين أو يتقابضا في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين . ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم
يصح كبيع الأبق والطير في الهواء

(مسألة) ويجوز الأقالة في السلم وتجوز في بعضه في أحد الوجهين اذا قبض رأس مال السلم أو

عوضه في مجلس الاقالة)

الاقالة في السلم جائزة لانها فسخ قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على أن
الاقالة في جميع ما اسلم فيه جائزة ، ولان الاقالة فسخ للعقد وقع من أصله وليست بيعا ، قال القاضي
ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني على ثمنه جاز لانه أقاله . فاما الاقالة في بعض السلم فاختلفت
الرواية فيها فروي عنه أنها لا تجوز وقد رويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن
وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن ابي ليلى واسحاق ، وروى حنبل عن احمد أنه
قال : لا بأس بها . روي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحميد بن عبد الرحمن
وعمر بن دينار والحكم والثوري والشافعي وأبي حنيفة واصحابه وابن المنذر لان كل معروف جاز
في الجميع جاز في البعض كالأبراء والانظار ووجه الرواية الاولى أن السلف في الغالب يزداد فيه في
الثمن من أجل التأجيل فاذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن ومنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة
فيه فلم يحز كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد، ويخرج الأبراء والانظار فانه لا يتعلق به شيء من ذلك

(فصل) إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً أو مثله ان كان مثلياً أو قيمته ان لم يكن مثلياً فان أراد أن يعطيه عوضاً عنه فقال الشريف أبو جعفر ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره» ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد المسلم فلم يجوز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري ، وقال القاضي ابو يعلى يجوز اخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لانه عوض مستقر في الذمة فجاز اخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً ، ولانه مال عاد اليه بفسخ العقد فجاز اخذ العوض عنه كالثمن في المبيع اذا فسخ والمسلم فيه مضمون بالعقد وهذا مضمون بعد فسخه والخبر اراد به المسلم فيه فلم يتناول هذا فان قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان قرضاً او ثمناً في ييوع الاعيان لا يجوز جملة سلماً في شيء آخر لانه يكون بيع دين بدين ، ويجوز فيه ما يجوز في القرض واثمان البياعات اذا فسخت

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أسلم في جنسين ثمناً واحداً لم يجوز حتى يبين ثمن كل جنس)

صورة ذلك ان يسلم ديناراً واحداً في قبض حنطة وقفيز شعير ولا يبين ثمن الحنطة من الدينار ولا ثمن الشعير فلا يصح ذلك وجوزه مالك ، وللشافعي قولان كالذهيين واحتجوا بان كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كبيع الاعيان وكما لو بين ثمن احدهما . ولنا ان ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول ولان فيه غرر آلتا لان ثمن الفسخ بتعذر احدهما فلا يعرف بم يرجع وهذا غرر اثر مثله في السلم . ويمثل هذا علنا معرفة صفة الثمن وقدره . وقد ذكرنا ثم وجها آخر انه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لانه في معناه ولانه لما جاز ان

(فصل) واذا اقاله رد الثمن إن كان باقياً والا رد مثله ان كان مثلياً او قيمته ان لم يكن مثلياً

ويشترط رده في المجلس كما يشترط في السلم

﴿مسئلة﴾ (وان انفسخ العقد باقالة أو غيرها لم يجوز أن يأخذ من الثمن عوضاً من غير جنسه)

متى أراد ان يعطيه عوضاً عن الثمن فقال الشريف ابو جعفر لا يجوز له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه ، وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره» ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد المسلم فلم يجوز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري ولان هذا مضمون على المسلم اليه بعقد السلم فلم يجوز اخذ عوضه كالمسلم فيه ، وقال القاضي ابو يعلى : يجوز اخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لانه عوض مستقر في الذمة فجاز اخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً ولانه مال عاد اليه بفسخ العقد فجاز اخذ العوض عنه كالثمن في المبيع ، والفرق بين المسلم فيه والثمن ان المسلم فيه مضمون بالعقد والثمن مضمون بعد فسخه والخبر اراد به المسلم فيه فان قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان في قرض او ثمناً في ييوع الاعيان لا يجوز ان يجعل سلماً في شيء آخر لانه بيع دين بدين ، ويجوز فيه ما يجوز في القرض واثمان البياعات اذا فسخت وبأخذ احد التقدين عن الآخر ويقبضه في مجلس الاقالة لانه صرف

﴿مسئلة﴾ (واذا كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه فقال لغريمه اقبض سلمي لنفسك لم يصح قبضه

لنفسه) لان قبضه لنفسه حوالة به والحوالة بالسلم لا تجوز وهل يقطع قبضه للامر؟ على روايتين (احدهما)

يسلم في شيء واحد الى اجلين ولا يبين ثمن كل واحد منها كذا ههنا ، قال ابن ابي موسى ولا يجوز ان يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما في كراخطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منها من الثمن ، والاولى صحة هذا لانه اذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منها ان تعذر النصف رجع بنصفها ، وإن تعذر الخمس رجع بدينار وعشرة دراهم

(مسئلة) قال (واذا أسلم في شيء واحد على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز)

قال الاثرم قات لأبي عبد الله : الرجل يدفع الى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم اذا ؟ فقلت نعم قال لا بأس ثم قال مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلا من لحم قد وصفه . وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي اذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين فيه قولان (أحدهما) لا يصح لان ما يقابل أبدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجوز ، ولنا ان كل بيع جاز في أجل واحد جاز في أجلين وآجال كييوع الاعيان فاذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يحمل للباقي فضلا عن المقبوض لانه مبيع واحد مماثل الاجزاء فيقسط الثمن على اجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

(مسئلة) قال (واذا لم يكن السلم فيه كالحديد والرصاص وما لا يفسد ولا يختلف قديمه)

وحديثه لم يكن عليه قبضه قبل محله)

بمعنى بالسلم المسلم فيه سمي باسم المصدر كما يسمى المسروق سرقة والمرهون رهنا ، قال ابراهيم خذ سلمك أو دون سلمك ولا تأخذ فوق سلمك ، ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يحضره في محله فيلزمه قبوله لانه أنه أتاه بحقه في محله فلزمه قبوله كالبيع المعين وسواء كان عليه في قبضه ضرر أو لم يكن فان أبي قيل له إما أن تقبض حقه وأما ان تبريء منه فان امتنع قبضه الحاكم من المسلم اليه المسلم وبرئت ذمته منه لان الحاكم يقوم مقام المشتع بولايته وليس له أن يبريء لانه لا يملك الابراء

يصح لانه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله وكما لو نوى الأمور القبض للأمر (الثانية) لا يصح لانه لم يجعله نائباً في القبض فلم يقع بخلاف الوكيل فصار كالتأجض بغير اذن فاذا قلنا لا يصح القبض بقي على ملك المسلم اليه ، ولو قال الاول للثاني احضر اكتبالي منه لا قبضه لك ففعل لم يصح قبضه للثاني وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ على وجهين (أولهما) أنه يكون قابضاً لنفسه لان قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا اذا قبضه للأخر صح

(مسئلة) (وان قال قبضه لي ثم قبضه لنفسك صح لانه استأجره في قبضه له فصح كما لو لم يقل

ثم قبضه لنفسك واذا وقع القبض للأمر ملكه وقبضه ثانية فجاز ان يقبضه لنفسه كما لو كان في يد غيره وكذلك ان قال الأمر احضرننا حتى اكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت صح)

(مسئلة) وان قال أنا قبضه لنفسي وحده بالكيل الذي يشاهده جاز في احدي

(الحال الثاني) أن يأتي به قبل محله فينظر فيه فان كان بما في قبضه قبل محله ضرراً ما لكونه مما يتغير كالفاكهة والاطعمة كلها أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها لم يلزم المسلم قبوله لان له غرضاً في تأخيره بأن يحتاج الى أكله أو أطعامه في ذلك الوقت ، وكذلك الحيوان لانه لا يامن تلفه ويحتاج الى الاتفاق عليه الى ذلك الوقت وربما يحتاج اليه في ذلك الوقت دون ما قبله وهكذا إن كان مما يحتاج في حفظه الى مؤنة كالقطن ونحوه أو كان الوقت مخوفاً يمشى به ما يقبضه فلا يلزمه الاخذ في هذه الاحوال كلها لان عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فجزى مجرى نقص صفة فيه ، وان كان مما لا ضرر في قبضه بأن يكون لا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والمسك ولا في قبضه ضرر الخوف ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه لان غرضه حاصل مع زيادة تعجل المنفعة فجزى مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل (الحال الثالث) أن يحضره بعد محل الوجوب فخسره حكم ما لو أحضر المبيع بعد تفرقها

(فصل) ولا يخلو اما أن يحضر المسلم فيه على صفته أو دونها أو وجود منها فان أحضره على صفته لزم قبوله لانه حقه وان أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله لان فيه اسقاط حقه فان تراضيا على ذلك وكان من جنسه جاز وان كان من غير جنسه لم يجز لما تقدم ، وان انفقا على أن يعطيه دون حقه ويزيده شيئاً لم يجز لانه أفرد صفة الجودة بالمبيع وذلك لا يجوز ولان بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فيصح وحقه أولى (الثالث) أن يحضره أجود من الموصوف فينظر فيه فان أتاه به من نوعه لزمه قبوله لانه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له فينضمه ولا يضره اذ لا يفوته غرض فان أتى به من نوع آخر لم يلزمه قبوله لان العقد تناول ما وصفاه على الصفة التي شرطها وقد فات بعض الصفات فان النوع صفة وقد فات فأشبهه ما لو فات غيره من الصفات ، وقال القاضي يلزمه قبوله لانها جنس واحد يضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فأشبهه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع . والاول أجود لان أحدهما يصلح لئلا يصلح له الآخر فاذا فوته عليه فوت عليه الغرض المتعلق به فلم يلزمه قبوله كما لو فوت عليه صفة

الروايتين لانه علمه وشهد كبله والثانية لا يجوز ، وهو مذهب الشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري ولم يوجد ذلك ولانه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافاً

(مسئلة) وان اكتاله وتركه في المكيال وسلمه الى غريمه فقبضه صح القبض لهما لان استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه فلا معنى لابتداء الكيل ههنا لانه لا يحصل به زيادة علم ، وقال الشافعي لا يصح للحديث الذي ذكرنا في المسألة قبلها وهذا يمكن القول بموجبه لان قبض المشتري له جري لصاعه فيه (فصل) وان دفع زيد الى عمرو دراهم فقال اشتريك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لان دراهم زيد لا تكون عوضاً لعمرو فان اشترى الطعام بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي ، وان قال اشتر لي بها طعاماً ثم قبضه لنفسك ففعل صح الثراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وان قال قبضه لي ثم قبضه لنفسك ففعل نص عليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لانه لا يجوز أن يكون قابضاً من نفسه لنفسه ولنا أنه يجوز أن يشتري من مال ولده ويبيعه ويقبض لنفسه من نفسه ولولده من نفسه وكذلك

الجودة وهذا مذهب الشافعي . فان تراضيا على اخذ النوع بدلا عن النوع الآخر جاز لانها جنس واحد لا يجوز بيع احدهما بالآخر . فاضلا ويقم احدهما الى الآخر في الزكاة فجاز اخذ احدهما عن الآخر كالنوع الواحد ، وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز له اخذه للمعنى الذي منه لزوم اخذه ، وقال ابراهيم لا تأخذ فوق سلمك في كيل ولا صفة . ولنا انها تراضيا على دفع المسام فيه من جنسه فجاز كما لو تراضيا على دفع الرديء مكان الحيد او الحيد مكان الرديء . وهذا ينتقض ما ذكره فانه لا يلزم أخذ الرديء ويجوز اخذه ولان المسام استقط حقه من النوع فام يبق بينها الا صفة الجودة وقد سمح بها صاحبها

(فصل) اذا جاءه بالاجود فقال خذني درهما لم يصح ، وقال أبو حنيفة يصح كالمواضع في عشرة فجاء بأحد عشر ، ولنا أن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالمقد كما لو كان مكيلا أو موزونا فان جاءه بزيادة في القدر فقال خذني درهما فقلا صح لان الزيادة ههنا يجوز افرادها بالعقد (فصل) وليس له إلا اقل ما تقم عليه الصفة لانه إذا اسام اليه ذلك فقد سام اليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه ، وعليه ان يسام اليه الحنطة تقية من التبن والقصل والشهير ونحوه مما لا يتناوله اسم الحنطة وان كان فيه تراب كثير يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز وان كان يسيراً لا يؤثر في المكيال ولا يعيبها لزمه أخذه . ولا يلزمه أخذ التمر الا جافاً ولا يلزم أن يتأهى جفائه لانه يقع عليه الاسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيماً بحال . ومتى قبض المسلم فيه فوجده معيماً فله المطالبة بالبدل أو الارش كالميسر سواء (فصل) ولا يقبض المكيال الا بالمكيل . ولا للموزون الا للوزن ولا يقبض جزاقاً ، ولا يفسر ما يقدر به لان الكيل والوزن مختلفان فان قبضه بذلك فهو كقبضه جزاقاً فيقدره بما أسلم فيه ويأخذ قدر حقه ويرد الباقي ويطالب بالعوض وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره؟ على وجهين مضى ذكرهما في بيع الاعيان ، وان اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه قال القاضي ويسلم اليه ملء المكيال وما يحمله ولا يكون ممسوحاً ولا يدق ولا يهز لان قوله أسلمت اليك في قبض يقتضي ما يسهه المكيال وما يحمله وهو ما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يأخذ رهنا ولا كفيلاً من المسلم اليه)

لو وهب ولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا ههنا (مسئلة) (وان قبض المسلم فيه جزاقاً فالقول قوله في قدره) لا يقبض ما أسلم فيه كيلاً الا بالمكيل ولا وزناً الا بالوزن ولا يغير ما قدر به وقت العقد لان الكيل والوزن مختلفان فان قبضه بذلك فهو كقبضه جزاقاً ومتى قبضه جزاقاً فانه يأخذ قدر حقه ويرد الباقي ويطالب بالنقص إن نقص وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره على وجهين مضى ذكرهما في كتاب البيع وان اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه لانه أعلم بكيله ولانه منكر للزائد والقول قول المنكر (مسئلة) (وان قبضه كيلاً أو وزناً ثم ادعى غلطاً لم يقبل قوله في أحد الوجهين) لان الاصل عدم الغلط والآخر يقبل لانه أعلم بكيل ما قبض يعني اذا كاله فوجده ناقصاً . (مسئلة) (وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه؟ على روايتين)

اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروى المروذي وابن القاسم وأبو طاب منع ذلك وهو اختيار الحرقي وأبي بكر ، ورويت كراهة ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والاوزاعي ، وروى حنبل جوازهم ورخص فيه عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين) الى قوله (فلهان مقبوضة) وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولان اللفظ عام فيدخل السلم في عمومه ولانه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيع الاعيان ، ووجه الاول ان الرهن والضمين ان أخذ برأس مال السلم فقد أخذ بما ليس بواجب ولا ماله الى الوجوب لان ذلك قد ملكه المسلم ابيه ، وان أخذ بالسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من الرهن ، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولان ذمة الضامن ولانه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه ، وقد قال النبي ﷺ « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود ولانه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه وهذا لا يجوز

(فصل) فان أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقابلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبريء الضامن ، وعلى المسلم اليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بعوض . ولو أقرضه الفأ وأخذ به رهنا ثم صالحه من الالف على طعام معلوم في ذمته صح وزال الرهن لزوال دينه من الذمة وبقى الطعام في الذمة ، ويشترط قبضه في

اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروى المروذي وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو الذي ذكره الحرقي واختاره أبو بكر ورويت كراهته عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والاوزاعي ، وروى حنبل جوازهم وهو قول عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين - الى قوله - مقبوضة) وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولان اللفظ عام فيدخل فيه السلم ولانه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيع الاعيان . ووجه الاول أن الرهن والضمين ان أخذ برأس مال السلم فقد أخذ بما ليس بواجب ولا ماله الى الوجوب لان المسلم اليه قد ملكه وان أخذ بالسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من الرهن والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولا من ذمة الضامن ولانه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود ولانه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه ولا يجوز ذلك

(فصل) فان أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقابلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبريء الضامن وعلى المسلم اليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بعوض ، ولو أقرضه الفأ واخذ به رهنا ثم صالحه من الالف على طعام معلوم في ذمته صح وزال الرهن لزوال دينه من الذمة وبقى الطعام في الذمة ويشترط قبضه في المجلس

الجلس كيلا يكون بيع دين بدين ، فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجم الالف الى ذمته برهنه
لانه يهود على ما كان عليه كالمصير اذا تخمر ثم عاد خلا وهكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في
ذمته فالحكم مثل ما بينا في هذه المسئلة

(فصل) واذا حكنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منها وأيهما قضاء برئت
ذمتها منه فان سلم المسلم اليه المسلم فيه الى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا . وان قال خذه
عن الذي ضمننت عني لم يصح وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه لانه انما استحق الاخذ بعد الوفاء ،
فان أوصله الى المسلم بريء بذلك لانه سلم اليه ماسلطة المسلم اليه في التصرف فيه وان أتلفه فعليه ضمانه
لانه قبضه على ذلك ، وان صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لان هذا إقالة فلا يصح من
غير المسلم اليه ، وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح وبرئت ذمته وذمة الضامن لان هذا إقالة ، وان صالحه
على غير ثمنه لم يصح لانه يبيع المسلم فيه قبل القبض

(فصل) والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كالثمان
البياعات والاحرة في الاجارات والمهر وعوض الخلع والقرض وارش الجنائيات وقيم المتلفات ، ولا
يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا ماله الى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لانها لم تجب
بعد ولا يعلم افضاؤها الى الوجوب فأنهم لو جنوا أو افتقروا أو ماتوا لم تجب عليهم فلا يصح أخذ
الرهن بها ، فأما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها لانها قد استقرت في ذمتهم ، ويحتمل جواز أخذ
الرهن بها قبل الحول لان الاصل بقاء الحياة واليسار والعقل ، ولا يجوز أخذ الرهن بالجل في الجملة

كيلا يكون بيع دين بدين فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجم الالف الى ذمته برهنه لانه يهود
الى ما كان عليه كالمصير إذا تخمر ثم عاد خلا . وكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم
على ما بينا في هذه المسئلة

(فصل) وإذا حكنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منها وأيهما قضاء برئت
ذمتها منه فان سلم المسلم اليه المسلم فيه الى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا وان قال خذه عن
الذي ضمننت عني لم يصح وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه لانه انما استحق الاخذ بعد الوفاء فان أوصله
الى المسلم بريء بذلك لانه سلم اليه ما سلطه المسلم اليه في التصرف فيه وان تلف فعليه ضمانه لانه قبضه
على ذلك وإن صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لانه إقالة فلا يصح من غير المسلم اليه
وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح وبرئت ذمته وذمة الضامن لان هذا إقالة ، وان صالحه على غير ثمنه لم
يصح لانه يبيع للمسلم فيه قبل القبض

(فصل) والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كالثمان
البياعات والاحرة في الاجارات والمهر وعوض الخلع والقرض واروش الجنائيات وقيم المتلفات ، ولا
يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب ولا ماله الى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لانها لم تجب
بعد ولم يعلم افضاؤها الى الوجوب لانها قد تسقط بالجنون أو الفقر أو الموت فلم يصح أخذ الرهن
بها ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول لان الاصل بقاء الحياة واليسار والعقل . فاما بعد الحول
فيجوز أخذ الرهن بها لانها قد استقرت . ولا يجوز أخذ الرهن بالجل في الجملة قبل العمل لانه

قبل العمل لانه لم يجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وقال القاضي يحتمل أخذ الرهن به لان ماله إلى الوجوب والازوم فأشبهت أثمان البياعات ، والاولى أولى لان افضاءها إلى الوجوب محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لانه قد وجب ، ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لانه غير لازم فان للعد تعجيز نفسه ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب ، وقال أبو حنيفة يجوز

ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة لأنها جمالة ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب لان الوجوب انما يثبت بسبق غير الخرج وهذا غير معلوم ولا مظنون ، وقال بعض أصحابنا فيها وجهان هل هي إجارة أو جمالة ؟ فان قلنا هي إجارة جاز أخذ الرهن بعوضها . وقال القاضي ان لم يكن فيها محال فهي جمالة وان كان فيها محال فملى وجهين وهذا كله بعيد لان الجمل ليس هو في مقابلة العمل بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا وقد عمل العمل وانما هو عوض عن السبق ولا تعلم القدرة عليه ولانه لا فائدة للجامل فيه ولا هو مراد له ، واذا لم تكن إجارة مع عدم المحال فمع وجوده أولى لان مستحق الجمل هو السابق وهو غير معين ولا يجوز استئجار رجل غير معين . ثم لو كانت إجارة لسكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ولا يظن فلم يجوز أخذ الرهن به كالجمل في رد الآبق واللقطة ، ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والاحرة المعينة في الإجارة والمعقود عليه في الإجارة إذا كان منافع معينة مثل إجارة الدار والعد المعين والجمل المعين مدة معلومة أو حمل شيء معين إلى مكان معلوم لان

لم يجب ولا يعلم افضاؤه إلى الوجوب ويحتمل حواز أخذ الرهن به ذكره القاضي لان ماله إلى الوجوب والازوم فأشبهت أثمان البياعات والاولى أولى لان افضاءها محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لانه قد وجب ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لانه غير لازم فان للعد تعجيز نفسه ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب وقال أبو حنيفة يجوز

ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة لأنها جمالة لا يعلم افضاؤها إلى الوجوب لان الوجوب انما يثبت بسبق غير الخرج وهو غير معلوم ولا مظنون ، وقال بعض أصحابنا فيها وجهان هل هي إجارة أو جمالة ؟ فان قلنا هي إجارة جاز أخذ الرهن بعوضها وقال القاضي ان لم يكن فيها محال فهي جمالة وان كان فيها محال فملى وجهين وهذا كله بعيد لان الجمل ليس في مقابلة العمل بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا وقد عمل العمل وانما هو عوض عن السبق ولا تعلم القدرة عليه ولانه لا فائدة للجامل فيه ولا هو مراد له ، وإذا لم يكن إجارة مع عدم المحال فمع وجوده أولى لان مستحق الجمل هو السابق وهو غير معين فلا يجوز استئجار رجل غير معين ثم لو كانت إجارة لسكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم افضاؤها إلى الوجوب ولا يظن فلم يجوز أخذ الرهن به كالجمل في رد الآبق ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والاحرة المعينة في الإجارة والمعقود عليه في الإجارة إذا كان منافع معينة كإجارة الدار والعد المعين والذابة المعينة مدة معلومة أو حمل شيء معين إلى مكان معلوم لان هذا حق تعاق بالمعين لا بالذمة

هذا حق تعلق بالدين لا بالذمة ولا يمكن استيفاءه أحق من الرهن لان منفعة العين لا يمكن استيفائها من غيرها وتبطل الاجارة بتلف العين ، وان وقعت الاجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار جاز أخذ الرهن به لانه ثابت في الذمة ويمكن استيفاءه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا

(فصل) فأما الاعيان المضمونة كالنصوب والعواري والمقبوض ببيع فاسد والمقبوض على وجه السوم ففيها وجهان (أحدهما) لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لان الحق غير ثابت في الذمة فأشبه ما ذكرنا ولانه ان رهنه على قيمتها اذا تلفت فهو رهن على ما ليس بواجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وان أخذ الرهن على عينها لم يصح لانه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أثمان البياعات المتينة (والثاني) يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبي حنيفة وقال : كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالبيع يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد لان مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا حاصل فان الرهن بهذه الاعيان يحمل الراهن على أدائها وان تمذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة

(فصل) قال القاضي كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به إلا ثلاثة أشياء . عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها . والكتابة لا يصح الرهن بدونها وفي ضمانها روايتان . وما لم يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الارفاق فانه اذا باع عبده بألف ودفعت رهنًا يساوي ألفًا فكأنه ما قبض

ولا يمكن استيفاءه من الرهن لان منفعة العين لا يمكن استيفائها من غيرها وتبطل الاجارة بتلف العين فاما ان وقعت الاجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار أخذ الرهن به لانه ثابت في الذمة ويمكن استيفاءه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا

(فصل) فأما الاعيان المضمونة كالنصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لان الحق غير ثابت في الذمة أشبه ما ذكرنا ، ولانه ان رهنه على قيمتها إذا تلفت فهو رهن على ما ليس بواجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وان كان الرهن على عينها لم يصح لانه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أثمان البياعات المتينة (والثاني) يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبي حنيفة وقال كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالبيع يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد، ولان مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا حاصل فان الرهن بهذه الاعيان يحمل الراهن على أدائها ، وان تمذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة

(فصل) قال القاضي كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به إلا ثلاثة أشياء عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها . والكتابة لا يصح الرهن بدونها ويصح ضمانها في إحدى الروايتين . وما لا يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الارفاق فانه إذا باع عبده بألف ودفعت رهنًا يساوي

التمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن او بقاء الكتابة ويستريح من تعطيل منافع عبده والضمان بخلاف هذا (الثاني) أن ضرر الرهن بعم لانه يدوم بقاءه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه
(فصل) إذا اختلف المسلم والمسلم اليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر، وان اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك ، وان اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك، وان اتفقا عليه وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لان معه سلامة العقد وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب دعواه قدمت أيضاً بينته لاثباته المثبتة والاخرى نافية

باب القرض

والقرض نوع من السلف وهو جائز بالسنة والاجماع أما السنة فروى أبو رافع ان النبي ﷺ استسلف من رجل بكر اقدمت على النبي صلى الله عليه وسلم ابل الصدقة فأمر أبو رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال يا رسول الله لم أجديها الا خياراً رابعياً فقال « أعطه فان خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم ، وعن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين الا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟

الفأفكانه ما قبض الثمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن وبقاء الكتابة ويستريح والضمان بخلاف هذا (والثاني) أن ضرر الرهن بعم لانه يدوم بقاءه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه

(فصل) وإذا اختلف المسلم والمسلم اليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر ، وان اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك وان اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك وان اتفقا عليه وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق . وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لان معه سلامة العقد . وان أقام كل واحد بينة بما ادعاه قدمت أيضاً بينته لانها مثبتة بخلاف الاخرى .

﴿ باب القرض ﴾

وهو نوع من السلف وهو جائز بالسنة والاجماع ، أما السنة فروى أبو رافع أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكر اقدمت على النبي صلى الله عليه وسلم ابل الصدقة فأمر أبو رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع اليه أبو رافع فقال يا رسول الله لم أجديها الا خياراً رابعياً ، فقال « أعطه فان خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم ، وعن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين الا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بثمانية عشر فقلت يا جبريل ما بال القرض أفضل

قال لان السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض الا من حاجة « رواها ابن ماجه ، واجمع المسلمون على جواز القرض

(فصل) والقرض مندوب اليه في حق المقرض مباح للمقرض لما روينا من الاحاديث ولما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ قال « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه » وعن أبي الدرداء أنه قال لان أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضها أحب إلي من أن أتصدق بها . ولان فيه تفرجاً عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته وعونا له فكان مندوباً اليه كالصدقة عليه وليس بواجب قال أحمد لا إثم على من سئل القرض فلم يقرض وذلك لانه من المعروف فأشبهه صدقة التطوع وليس بمكروه في حق المقرض قال أحمد: ليس القرض من المسئلة يعني ليس بمكروه وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستقرض بدليل حديث أبي رافع ولو كان مكروهاً كان أبعد الناس منه، ولانه إنما يأخذه بعوضه فأشبهه الشراء بدين في ذمته قال ابن أبي موسى لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده يعني ما لا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يستقرض فليعلم من يسأله القرض بحاله ولا يفره من نفسه إلا أن يكون الشيء اليسير الذي لا يتعذر رد مثله قال أحمد . اذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجني ، وقال : ما أحب أن يقرض بجاهه لاخوانه قال القاضي يعني اذا كان من يقرض له غير معروف بالوفاء لكونه تفريراً بمال المقرض واضراراً به اما اذا كان معروفًا بالوفاء لم يكره لكونه إعانة له وتفرجاً لكربته

(فصل) ولا يصح إلا من جائز التصرف لانه عقده على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع وحكمه في الايجاب والقبول حكم البيع على ما مضى ، ويصح بلفظ الساقف والقرض لورود

من الصدقة ؟ قال « لان السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » رواها ابن ماجه واجمع المسلمون على جواز القرض .

(مسئلة) (وهو من المرافق المندوب اليها في حق المقرض)

لما روينا من الاحاديث ولما روي عن أبي الدرداء أنه قال : لان أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضها أحب الي من أن أتصدق بها . ولان فيه تفرجاً عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته فكان مندوباً اليه كالصدقة وليس بواجب قال أحمد لا إثم على من سئل فلم يقرض وذلك لانه من المعروف أشبه صدقة التطوع وهو مباح للمقرض وليس مكروهاً . قال أحمد ليس القرض من المسئلة يريد أنه لا يكره لان النبي ﷺ كان يستقرض وقد ذكرنا حديث أبي رافع ولو كان مكروهاً كان أبعد الناس منه ، قال ابن أبي موسى لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده يريد ما لا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يستقرض فليعلم المقرض بحاله ولا يفره من نفسه إلا الشيء اليسير الذي لا يتعذر مثله ، وقال أحمد اذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجني وقال ما أحب أن يقرض بجاهه لاخوانه ، قال القاضي : اذا كان من يقرض له غيره معروف بالوفاء لكونه تفريراً بمال المقرض واضراراً به ، وأما اذا كان معروفًا بالوفاء لم يكره لكونه إعانة له وتفرجاً لكربته

(فصل) ولا يصح الا من جائز التصرف كالبيع وحكمه في الايجاب والقبول على ما مضى ويصح بلفظ السلم والقرض لورود الشرع بهما وبكل لفظ يؤدي معناها نحو قوله ملكتك هذا على أن ترد

الشرع بهما ، وبكل لفظ يؤدي معناها مثل أن يقول ملكتك هذا على أن ترد علي بدله أو توجد قرينة دالة على ارادة القرض فان قال ملكتك ولم يذكر البدل ولا وجد ما يدل عليه فهو هبة فان اختلفا فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه لان التملك من غير عوض هبة

(فصل) ولا يثبت فيه خيار مالان المقرض دخل على بصيرة ان الحظ لغيره فأشبه الهبة والمقرض متى شاء رده فيستغني بذلك عن ثبوت الخيار له ، ويثبت الملك في القرض بالقبض وهو عقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقرض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك ، وقال الشافعي له ذلك لان كل ما يملك المطالبة بتملكه ملكه اذا كان موجودا كالمفصوب والعارية ولذا أنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه فليس ، ويقارن المفصوب والعارية فانه لم يزل ملكه عنها ولانه لا يملك المطالبة بتملكها مع وجودها ، وفي مسألتنا بخلافه ، فأما المقرض فله رد ما اقترضه على المقرض اذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب لانه على صفة حقه فلزمه قبوله كالسلم فيه وكما لو أعطاه غيره ، ويحتمل ان لا يلزم المقرض قبول ما ليس بتملكي لان القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين فاذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالبيع

(فصل) وللمقرض المطالبة ببدله في الحال لانه سبب يوجب رد المثل في المثليات فأوجهه حالا كالائلاف ، ولو اقترضه تفاريق ثم طالبه بها جملة فله ذلك لان الجميع حال فأشبهه مالو باعه بيوعا حالة ثم طالبه بشئها جملة ، وان أجل القرض لم يتأجل وكان حالا وكل دين حل أجله لم يصر مؤجلا بتأجيله . هذا قال الحارث العكلي والاوزاعي وابن المنذر والشافعي وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولان المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فلما كان الزيادة فيه كخيار المجلس وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا ، وفي ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولها لان الاجل يقضي جزءا من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص لذلك لم يتأجل وبقيت الاعراض تجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها . ولنا ان الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع منه ووعد فلا يلزم الوفاء به كما لو اعاره شيئا ، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ، ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به مما اختلفا فيه لانه مثله . ولنا على أبي حنيفة انها زيادة بعد استقرار العقد فأشبه القرض ، وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسألتنا ، وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل انه يجزيء فيه القبض لما يشترط قبضه والتعين لما في الذمة

علي بدله أو توجد قرينة دالة على ارادته وإن لم يذكر البدل ولم توجد قرينة فهو هبة . فان اختلفا فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه لان التملك من غير عوض هبة ولا يثبت فيه خيار لان المقرض دخل على بصيرة ان الحظ لغيره والمقرض متى شاء رده وذلك يغنيه عن ثبوت الخيار

(مسئلة) (ويصح في كل عين يجوز بيعها الا بني آدم والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه في أحد الوجهين فيها)

يجوز قرض المكيل والموزون بشئ خلاف ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة

(فصل) ويجوز قرض المكيل والموزون بشير خلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلماً سوى بني آدم ، وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض غير المكيل والموزون لانه لا مثل له أشبه الجواهر . ولنا ان النبي ﷺ استسلف بكراً وليس بمكيل ولا موزون ولان ما يثبت سلماً يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالمكيل والموزون ، وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فان عند أبي حنيفة لو أتلف على رجل ثوباً ثبت في ذمته مثله ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته فأما ما لا يثبت في الذمة سلماً كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لان ما لا يثبت له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم ، وقال أبو الخطاب لا يجوز قرضها لان القرض يقتضي رد المثل وهذه لا مثل لها ، ولانه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ، ولا يثبت في الذمة سلماً فوجب ابقاؤها على المنع ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجوهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فاذا قلنا الواجب رد المثل لم يجز قرض الجواهر وما لا يثبت في الذمة سلماً لتعذر رد مثلها ، وان قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لامكان رد القيمة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد أكره قرضهم فيحتمل كراهية تنزيهه ، ويصح قرضهم وهو قول ابن حريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلماً فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهية التحريم فلا يصح قرضهم . اختاره القاضي لانه لم ينقل قرضهم ولا هو من المرافق ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضن من ذوي محارمهن لان الملك بالقرض ضعيف فانه لا يمنع من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالمالك في مدة الحيار ، واذا لم يبع

سلماً غير بني آدم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض المكيل والموزون لانه لا مثل له أشبه الجواهر . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً وليس بمكيل ولا موزون ، ولان ما يثبت سلماً يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالمكيل والموزون ، وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فان عند أبي حنيفة لو أتلف ثوباً ثبت في ذمته مثله ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته ، فأما ما لا يثبت في الذمة سلماً كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لان ما لا يثبت له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم ، وقال أبو الخطاب لا يجوز لان القرض يقتضي رد المثل وليس لها مثل ، ولانه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ولا تثبت في الذمة سلماً فيجب ابقاؤها على المنع ، ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجوهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فاذا قلنا يجب رد المثل لم يجز قرض الجواهر ولا ما لا يثبت في الذمة سلماً لتعذر رد مثلها وإن قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لامكان رد القيمة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد أكره قرضهم فيحتمل كراهية التنزيه ويصح قرضهم وهو قول ابن جريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلماً فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضن من ذوي محارمهن لان الملك بالقرض

الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ، ولان الابضاع مما يحتاط لها ، ولو أجبنا قرضهن أفضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطوؤها ثم يردها من يومه ، ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده . ولنا انه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبد والاماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فانه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقرض ردها ممنوع فإنا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك المقرض رد الامة وأما يرد قيمتها ، وان سلمنا ذلك لكن متى قصد المقرض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بيع فيها ، وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع ، وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل ، ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه في الجوارى كالببيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء ، بل ما عرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فان أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز (فصل) واذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز لان القرض فيها يوجب رد المثل فاذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء ، وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يجز لذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبهه السلم في مثل ذلك ، وقال الامام أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مساة فاحتاج بعضهم إلى أن يستقي في غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وان كان غير محدود كرهته ، فكرهه اذا لم يكن محدوداً لانه لا يمكنه رد مثله ، وان كانت الدراهم يتعامل بها عدداً

ضعيف فانه لا ينمها من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالمك في مدة الخيار ، واذا لم يبيح الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ولان الابضاع مما يحتاط لها ولو أجبنا قرضهن أفضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطوؤها ثم يردها من يومه ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده

ولنا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبد والامة كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فانه مطلق كسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقرض ردها ممنوع فإنا قلنا الواجب رد القيمة لا يملك المقرض رد الامة وإنما يرد قيمتها وإن سلمنا ذلك ، لكن متى قصد المقرض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بيع فيها وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل ، ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه في الجوارى كالببيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ما عرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فان أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز .

(فصل) ولو اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز لان القرض فيها يوجب رد المثل فاذا لم يعرف القدر لم يمكن القضاء وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يجز كذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبهه السلم وقد قال أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مساة فاحتاج بعضهم الى أن يستقي في غير نوبته

فاستقرض عدداً رد عدداً وان استقرض وزناً رد وزناً وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي ، واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً وأعطاه بالبصرة عدداً لانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فأشبهه ما لو كانوا يتعاملون بها وزناً فرد وزناً

(فصل) ويجب رد المثل في المسكيل والموزون لا نعلم فيه خلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله ان ذلك جائز وان للسلف أخذ ذلك ولان المسكيل والموزون يضمن في النصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا ، فأما غير المسكيل والموزون ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته يوم القرض لانه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال

فاستقرض من نوبة غيره ابرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وان كان غير محدود كرهته فكرهه إذا لم يكن محدوداً لانه لا يمكن رد مثله وان كانت الدراهم يتعامل بها عدداً جاز قرضها عدداً ويرد عدداً وان استقرض وزناً رد وزناً ، وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً وأعطاه بالبصرة عدداً ولانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فأشبهه ما لو كانوا يتعاملون بالوزن فاقترض وزناً ورد وزناً

﴿مسئلة﴾ (ويثبت الملك فيه بالقبض) لانه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك عليه كالهبة
﴿مسئلة﴾ (ولا يملك المقرض استرجاعه)

وجملة ذلك ان القرض عقد لازم من جهة المقرض جائز في حق المقرض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك ، وقال الشافعي له ذلك لان كل ما يملك المطالبة بمثله يملك أخذه إذا كان موجوداً كالمنصوب والعارية ، ولنا أنه زال ملكه عنه بمقد لازم من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع ويفارق المنصوب والعارية فانه لم يزل ملكه عنهما ولانه لا يملك المطالبة بمثلها مع وجودها وفي مسئلتنا بخلافه
﴿مسئلة﴾ (وله طلب بدله في الحال)

لانه سبب يوجب رد المثل في المثليات فأوجبه حالاً كالاتلاف ولو أقرضه تفريقاً ثم طالبه بها جملة فله ذلك لان الجميع حال فأشبهه ما لو باعه بيوعاً حالة ثم طالبه بثمنها جملة وان أجل المقرض لم يتأجل وكل دين حل أجله لم يصير مؤجلاً بتأجيله ، وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون عند شروطهم» ولان المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فلما الزيادة فيه كخيار المجلس ، وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا وفي ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولها لان الاجل يقتضي جزءاً من المعوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل المتلف يجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتأجل وبقية الاعراض يجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها ، ولنا أن الحق يثبت حالاً والتأجيل تبرع ووعود فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئاً وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به ما اختلفنا فيه لانه مثله ، ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبهه القرض ، وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسئلتنا وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجري القبض لما يشترط قبضه والتعيين لما في الذمة
﴿مسئلة﴾ (فان رده المقرض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوساً أو مكسرة فيجرمها

الاتلاف والنصب (والثاني) يجب رد مثله لان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة فآفر دمثله .
ومخالف الاتلاف فانه لا مسامحة فيه فوجبت القيمة لانها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسبة
فيه فيما فيه الربا ويعتبر مثل صفاته تقريباً فان حقيقة المثل انما توجد في المكيل والموزون فان تعذر
المثل فعليه قيمته يوم تعذر المثل لان القيمة ثبتت في ذمته حينئذ ، واذا قلنا تجب القيمة وجبت حين
القرض لانها حينئذ ثبتت في ذمته

السلطان فيكون له القيمة وقت القرض)

يجوز للمقرض رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب ويلزم
المقرض قبوله لانه على صفة حقه أشبه ما لو أعطاه غيره وقياساً على المسلم فيه وسواء تغير سعره أو لم
يتغير ويحتدل أن لا يلزم المقرض قبول غير المثلي لان القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين
فاذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالمبيع

(فصل) فان تعيب أو تغير لم يجب قبوله لان عليه في قبوله ضرراً لانه دون حقه فأشبه ما لو نقص
وكذلك ان كان القرض فلوساً أو مكسرة فخرمها السلطان وتركت المعاملة بها لانه كالعيب فلا يلزمه
قبولها ويكون له قيمتها وقت القرض سواء كانت باقية أو استهلكها نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة
فقال يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يغطيه ؟ وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً وذكر أبو بكر في
التنبيه أنه يكون له قيمتها وقت فسدت وتركت المعاملة بها لانه كان يلزمه رد مثاها ما دامت نافعة فاذا
فسدت انتقل الى قيمتها حينئذ كما لو عدم المثل . قال القاضي هذا إذا اتفق الناس على تركها فأما إن
تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها ، وقال مالك والليث والشافعي ليس له إلا مثل ما أقرضه

لان ذلك ليس بهيب حدث فيها فجرى مجرى رخص سعرها

ولنا أن تحريم السلطان منع انفاقها وأبطل ماليتها فأشبهه كسرها أو تلف أجزائها واما رخص السعر
فلا يمنع سواء كان قليلاً أو كثيراً لانه لم يحدث فيها شيء انما تغير السعر فأشبهه الحنطة إذا رخصت أو
غلت وكذلك يخرج في المشوشة إذا حرمها السلطان

﴿مسئلة﴾ (ويجب رد المثل في المكيل والموزون والقيمة في الجواهر ونحوها وفيما سوى ذلك وجهان)
لا نعلم خلافاً في وجوب رد المثل في المكيل والموزون ، قال ابن المنذر اجمع كل من حفظ عنه
من أهل العلم على أن من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله ان ذلك جائز وأن للسلف
أخذ ذلك ولان المكيل والموزون يضمن في النصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا فان أعوز المثل لزمته
قيمته يوم الاعواز لانها حينئذ ثبتت في الذمة ويرد القيمة في الجواهر ونحوها إذا قلنا بجواز قرضها
لانها من ذوات القيم ولا مثل لها لانها لا تتضبط وفيما سوى ذلك وجهان (أحدهما) يرد القيمة
لان ما أوجب المثل في المثليات أوجب القيمة فيما لا مثل له كالاتلاف (والثاني) يجب رد مثله لان النبي
صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة فرد مثله ولان ما ثبت في الذمة في السلم ثبت في القرض
كالمثلي ومخالف الاتلاف فانه لا مسامحة فيه فوجبت القيمة لانها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسبة
فيما فيه الربا ويعتبر مثل صفاته تقريباً فان حقيقة المثل انما توجد في المكيل والموزون فان تعذر المثل
فعليه قيمته يوم التعذر وإذا قلنا تجب القيمة وجبت حين القرض لانها حينئذ ثبتت في الذمة ،

(فصل) ويجوز قرض الحبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك ومنع منه أبو حنيفة . ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات ، وإذا أقرضه بالوزن ورد مثله بالوزن جاز وإن أخذه عدداً فرداً عدداً فقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز لأنه موزون أشبه سائر الموزونات (والثانية) يجوز . قال ابن أبي موسى إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا يحتاج إلى الوزن والوزن أحب إلي . ووجه الجواز ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قلت يا رسول الله إن الحيران يستقرضون الحبز والخمير ويردون زيادة ونقصاناً فقال « لا بأس أن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل » ذكره أبو بكر في الشافي بإسناده وفيه أيضاً بإسناده عن معاذ بن جبل أنه سئل عن استقراض الحبز والخمير فقال سبحانه الله إنما هذا من مكارم الاخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم أحسنكم قضاء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك ولان هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المساحة فجاز كدخول الحمام من غير تقدير أجرة والركوب في سفينة الملاح وأشياء هذا ، فان شرط أن يعطيه أكثر مما أقرضه أو أجود أو اعطاه مثل ما أخذ وزاده كسرة كان ذلك حراماً وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً لان الاصل تحريم ذلك وإنما أبيع لمشقة إمكان التحرز منه فاذا قصد أو شرط أو فردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الاصل كما لو فعل ذلك في غيره

(مسئلة) (وثبت العوض في الذمة حالا وإن أجله)

لان التأجيل في الحال عدة وتبرع فلم يلزم الوفاء به وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى وينبغي أن يفي له بما وعده .

(مسئلة) (ويجوز شرط الرهن والضمين به) لان النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شير أخذه لاهله متفق عليه .

(فصل) ويجوز قرض الحبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك ومنع منه أبو حنيفة ، ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات وإذا أقرض بالوزن رد المقترض مثله بالوزن وإن استقرضه عدداً رده عدداً وقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز كسائر الموزونات (والثانية) يجوز وقال ابن أبي موسى إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا يحتاج إلى وزن والوزن أحب إلي . ووجه الجواز ما روت عائشة قالت قلت يا رسول الله إن الحيران يقترضون الحبز والخمير ويردون زيادة ونقصاناً فقال « لا بأس إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل » رواه أبو بكر في الشافي بإسناده وروي أيضاً بإسناده عن معاذ بن جبل أنه سئل عن استقراض الحبز والخمير فقال « سبحانه الله إنما هذا من مكارم الاخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم أحسنكم قضاء سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك . ولان هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المساحة فأشبهه دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح من غير تقدير أجرة فان شرط أن يعطيه أكثر مما أقرضه أو أجود أو اعطاه مثل ما أخذ وزاده كان ذلك حراماً وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً لان الاصل تحريم ذلك وإنما أبيع لمشقة إمكان التحرز منه فاذا قصد أو شرط أو فردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الاصل كما لو فعل ذلك في غيره

(فصل) وكل قرض شرط فيه أن يزيد فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فاسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولأنه عقد ارفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ، ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرضه مكسرة ليعطيه صحاحا أو نقداً ليعطيه خيراً منه وان شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لحمه مؤنة لم يجز لأنه زيادة وان لم يكن لحمه مؤنة جاز وحكاه ابن المنذر عن علي وابن عباس والحسن ابن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الأسود وايوب السخيتاني والثوري وأحمد واسحاق وكرهه الحسن البصري وميمون بن أبي شيبب وعبد بن أبي لبابة ومالك والأوزاعي والشافعي لأنه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز ، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر ، وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لها جميعاً ، وقال عطاء : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها الى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه فستل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأساً ، ومن لم ير به بأساً ابن سيرين والنخعي ، رواه كله سعيد ، وذكر القاضي أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد أخرى ليربح خطر الطريق ، والصحيح جوازه لأنه مصلحة لها من غير ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها ، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة وإن شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز لأن

(مسئلة) (ولا يجوز شرط ما يجز نفماً نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد آخر

ويحتمل جواز هذا الشرط)

كل قرض شرط فيه الزيادة فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فاسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا ، وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولأنه عقد ارفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرض مكسرة ليعطيه صحاحا أو نقداً ليعطيه خيراً منه فان شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر لم يجز ان كان لحمه مؤنة لأنه زيادة وان لم يكن لحمه مؤنة فقد روي عن أحمد انه لا يجوز أيضاً ورويت كراهته عن الحسن البصري وميمون بن أبي شيبب وعبد بن أبي لبابة ومالك والأوزاعي والشافعي لأنه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص أحمد ان شرط ان يكتب له بها سفتجة لم يجز ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر وروي عنه جواز ذلك حكاه ابن المنذر لكونه مصلحة لها . وحكاه عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الأسود وايوب السخيتاني والثوري واسحاق واختاره . وذكر القاضي ان للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد آخر ليربح خطر الطريق قال شيخنا : والصحيح جوازه لأنه مصلحة لها من غير

النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولانه شرط عقداً في عقد فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره، وان شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرها أو على أن يهدي له هدية أو يعمل له عملاً كان أبلغ في التحريم وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله ولم يجز قبوله إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه إلا أن يكون شيئاً جرت العادة به بينها قبل القرض لما روى الاثر من أن رجلاً كان له على سبائك عشرون درهما فحمل يهدي إليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال أعطه سبعة دراهم وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبلها فأتاه أبي فقال لقد علم أهل المدينة أنني من أطيبهم ثمرة وأنه لا حاجة لنا فممنعت هديتنا؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل، وعن زر بن حبيش قال: قلت لابي بن كعب إنني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال: إنك تأتي أرضاً فاش فيها الربا فان أقرضت رجلاً قرضاً فأتاك بقرضك ليؤدي اليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته رواها الاثر من، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال: قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثاً وفيه ثم قال لي إنك بأرض فيها الربا فاش فاذا كان لك على رجل دين فأهدى اليك حمل بن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فانه ربا، قال ابن أبي موسى ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملاً لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جر منفعة. ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بينهما بذلك حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال قال رسول الله ﷺ «إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حملة على الدابة فلا يركبها، ولا يهبله إلا أن يكون جري بينه وبينه قبل ذلك» وهذا كله في مدة القرض، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط على ما سنذكره إن شاء الله تعالى (فصل) فان أقرضه مطلقاً من غير شرط فقضاء خيراً منه. في القدر أو الصفة أو دونه برضاها جاز وكذلك إن كتب له بها سفتجة أو قضاة في بلد آخر جاز ورخص في ذلك ابن عمر وسعيد بن

ضمر بواحد منها والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة.

(فصل) وان شرط أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو ان يقرضه المقرض مرة أخرى لم يجز لان النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف ولانه شرط عقداً في عقد فلم يجز كما لو باعه داره. بشرط أن يبيعه الآخر داره، وان شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرها أو على أن يهدي له أو يعمل له عملاً كان أبلغ في التحريم

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

(مسئلة) (وان فعل ذلك من غير شرط أو قضاة خيراً أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز)

وكذلك ان كتب له سفتجة أو قضاة في بلد آخر خيراً منه جاز، ورخص في ذلك ابن عمر

المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال أبو الخطاب إن قضاء خيراً منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطأة فعلي روايتين ، وروي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن عمر أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً لأنه إذا أخذ فضلاً كان قرضاً جراً منفعة

ولنا أن النبي ﷺ استسلف بكرراً فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه وللبخاري « أفضلكم أحسنكم قضاء » ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه فحلت كما لو لم يكن قرض قال ابن أبي موسى إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتبس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه فإن أخذ زيادة أو اجود مما أعطاه كان حراماً قولاً واحداً ، وإن كان الرجل معروفاً بحسن القضاء لم يكره إقراضه ، وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لأنه يطمع في حسن عاداته وهذا غير صحيح فإن النبي ﷺ كان معروفاً بحسن القضاء فهل يسوغ لأحد أن يقول إن إقراضه مكروه ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسأله وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً وإنما يمنع من الزيادة المشروطة ، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز قولاً واحداً لأن ذلك معاوضة للتقدي بأقل منه فكان ربا

وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي و الزهري وقتادة ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال أبو الخطاب إن قضاء خيراً منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير شرط ولا مواطأة فعلي روايتين وروي عن أبي بن كعب وابن عباس أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً لئلا يكون قرضاً جراً منفعة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرراً فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه أشبه ما لو لم يكن قرض ، وقال ابن أبي موسى إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتبس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه . فإن أخذ زيادة أو اجود مما أعطاه حرم قولاً واحداً وإذا كان الرجل معروفاً بحسن القضاء لم يكره إقراضه ، وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لأنه يطمع في حسن عاداته وهذا لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان معروفاً بحسن القضاء فهل يسوغ لأحد أن يقول إقراضه مكروه ؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسأله وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً ، وإنما يمنع من الزيادة المشروطة ، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز لأن ذلك معاوضة للتقدي بأقل منه فكان ربا ، وكذلك ما يشترط فيه المائة ﴿ مسألة ﴾ (وإن فعله قبل الوفاء لم يجز إلا أن تكون العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه)

وذلك لما روى الأثرم أن رجلاً كان له على سبعمائة درهمين درهمين فجعل يهدي إليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً فسأل ابن عباس فقال : أعطه سبعة دراهم ، وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمره أرضه فردها عليه ولم يقبله فأتاه

(فصل) وان شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجري فيه الربا لم يجوز لأفضائه إلى فوات المائة فيها هي شرط فيه ، وان كان في غيره لم يجوز أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ، وشرط التقصان لا يخرج عن موضوعه بخلاف الزيادة . ولأن القرض يقتضي المثل فشرط التقصان يخالف مقتضاه فلم يجوز كشرط الزيادة (فصل) ولو أقرض من رجل نصف دينار فدفع إليه ديناراً صحيحاً وقال نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك أو سلمها في شيء صح ، وان امتنع المقرض من قبوله فله ذلك لأن عليه في الشركة ضرراً ولو اشتري بالنصف الثاني من الدينار سلعة جاز إلا أن يكون ذلك عن مشاركة فقال أفضيك صحيحاً بشرط أنني أخذ منك بنصفه الباقي قبضاً فإنه لا يجوز لأنه لم يدفع إليه صحيحاً إلا يعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف للمقضي ولو لم يكن شرطاً جاز فان ترك النصف الآخر عنده وديعة جاز وكانا شريكين فيه وان اتفقا على كسره كسراه فان اختلفا لم يجز أحدهما على كسره لأنه ينقص قيمته

(فصل) ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفاً ليوفيه كل شهر شيئاً معلوماً جاز لأنه انما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها لم يكن محرماً لذلك . ولو

أبي فقال : لقد علم أهل المدينة أنني من أطيبهم ثمرة وأنه لا حاجة لنا فم منعت هديتنا ؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل . وعن زر بن حبيش قال : قلت لابي بن كعب أنني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال إنك تأتي أرضاً فاش فيها الربا ، فان أقرضت رجلاً قرضاً فأناك بقرضك ليؤدي إليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته . رواها الأثرم ، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثاً وفيه ، ثم قال لي إنك بأرض فيها الربا فاش ، فإذا كان لك على رجل قرض فأهدى إليك حمل بن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا . قال ابن أبي موسى : ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملاً لم يكن يستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جر منفعة ، ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بذلك بينها حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حملة على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » وهذا كله في مدة القرض ، فاما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط وقد ذكرناه

(فصل) ولو أقرض نصف دينار فدفع إليه المقرض ديناراً صحيحاً وقال نصفه وفاء ونصفه وديعة عندك أو سلم في شيء صح ولا يلزم المقرض قبوله لأن عليه في الشركة ضرراً ، ولو اشتري بالنصف الباقي من الدينار ساعة جاز ، فان كان بشرط مثل أن يقول أفضيك صحيحاً بشرط أن أخذ منك بنصفه الباقي قبضاً لم يجوز لأنه لم يدفع إليه صحيحاً إلا يعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف للمقضي وان اتفقا على كسره كسراه ، وان اختلفا لم يجز أحدهما على ذلك لأنه ينقص قيمته

(فصل) ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفاً ليوفيه كل شهر شيئاً معلوماً جاز لأنه انما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها جاز لذلك ، ولو

أراد رجل ان يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئاً ولو أقرض أكاره ما يشتري به بقرأ يعمل عليها في أرضه أو بذراً يبذره فيها فان شرط ذلك في القرض لم يجوز لانه شرط ما ينتفع به فأشبهه شرط الزيادة وان لم يكن شرطاً فقال ابن موسى لا يجوز لانه قرض جر منفعة . قال ولو قال افرضني ألفاً وادفع إلي أرضك أزرعها بالثلك كان شيئاً . والاولى جواز ذلك اذا لم يكن مشروطاً لان الحاجة داعية اليه والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبهه اخذ السفتجة به وايفاءه في بلد آخر ولانه مصلحة لها جميعاً فأشبهه ما ذكرنا

(فصل) قال احمد فيمن اقترض من رجل دراهم وابتاع بها منه شيئاً فخرجت زيوفاً فالبيع جائز ولا يرجع عليه بشيء يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن لانها دراهم فبيعها عليه وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفاً وهذا محتمل انه اراد فيها اذا باعه الساعة بها وهو يعلم عيبها فلما ان باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلا عنها غير عالم بها فينبغي ان يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته ، وان حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز ، قال ولو أقرض رجلاً دراهم وقال اذا مت فأنت في حل كانت وصية ، وان قال ان مت فأنت في حل لم يصح وذلك لان هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح تعليقه على الشروط والاول وصية لانه علق ذلك على موت نفسه والوصية جائزة ، قال ولو أقرضه تسعين ديناراً بمائة عدداً والوزن واحد وكانت لا تنفق في مكان إلا بالوزن جاز ، وإن كانت تنفق برءوسها فلا وذلك لانها اذا كانت تنفق في مكان برءوسها كان ذلك زيادة لان التسعين من المائة تقوم

أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئاً وإن أقرض أكاره ما يشتري به بقرأ يعمل عليها في أرضه ، أو بذراً يبذره فيها ، فان كان شرط ذلك في القرض لم يجوز لانه شرط ما ينتفع به أشبهه الزيادة ، وان لم يكن شرطاً فقال ابن موسى لا يجوز لانه قرض جر منفعة . قال ولو قال أقرضني ألفاً وادفع إلي أرضك أزرعها بالثلك كان شيئاً . قال شيخنا . والاولى جواز ذلك إذا لم يكن مشروطاً لان الحاجة داعية اليه والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه ، وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبهه اخذ السفتجة به وايفاءه في بلد آخر من حيث أنه مصلحة لها جميعاً

(فصل) قال أحمد في رجل اقترض دراهم وابتاع بها منه شيئاً فخرجت زيوفاً فالبيع جائز ولا يرجع عليه بشيء . يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن لانها دراهم فبيعها عليه وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفاً وهذا محتمل أنه اراد فيها اذا باعه الساعة بها وهو يعلم عيبها ، فأما ان باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلا عنها غير عالم بها فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته ، فان حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز ، قال ولو أقرض رجلاً دراهم وقال اذا مت فأنت في حل كانت وصية ، وان قال ان مت فأنت في حل لم يصح لان هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح ذلك والاول وصية لانه علقه على موت نفسه وذلك جائز . قال ولو أقرضه تسعين ديناراً وزناً بمائة عدداً وزنها تسعون وكانت لا تنفق في مكان الا بالوزن جاز ، وان كانت تنفق برءوسها فلا وذلك لانها اذا كانت تنفق في مكان برءوسها كان ذلك زيادة لان تسعين من المائة تقوم

مقام التسمين التي أقرضه إياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة وإذا كانت لا تتفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن كثرت عددها . قال ولو قال أقرض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، ولو قال اكفل عني ولك الف لم يجز وذلك لأن قوله أقرض لي ولك عشرة جمالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض فإذا أخذ عوضاً صار القرض جازاً للمنفعة فلم يجز

(فصل) قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعره أو غلا أو كان بحاله ولو كان ما أقرضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فيه لزم قبوله سواء تغير سعره أو لم يتغير، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله ، وإن كان القرض فلوساً أو مكسرة فخرمها السلطان وتركت المعاملة بها كان المقرض قيمتها ولم يلزمه قبولها سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها لأنها تعينت في ملكه نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة وقال يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يهبطه وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً قال القاضي هذا إذا اتفق الناس على تركها فأما أن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها ، وقال مالك والليث بن سعد والشافعي ليس له إلا مثل ما أقرضه لأن ذلك ليس بسبب حدث فيها فخرى مجرى مجرى نقص سعرها : ولنا أن تحريم السلطان لها منم انفاقها وابطل ما ليتها فأشبه كسرهما أو تلف أجزاءها وأما رخص السعر فلا يمنع ردها سواء كان كثيراً مثل أن كانت عشرة بدانق فصارت عشرين بدانق أو قليلاً لأنه لم يحدث فيها شيء وإنما تغير السعر فأشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت (فصل) وإذا أقرضه ما لعله مؤنة ثم طالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه لأنه لا يلزمه حمله له إلى ذلك البلد فإن طالبه بالقيمة لزمه لأنه لا مؤنة لملها فإن تبرع المتقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لأن عليه ضرراً في قبضه لأنه ربما احتاج إلى حمله إلى المكان الذي أقرضه فيه وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه وإن كان القرض أماناً أو مالا مؤنة في حمله وطالبه بها وهما ببلد آخر لزمه دفعه إليه لأن تسليمه إليه في هذا البلد وغيره واحد

مقام التسمين التي أقرضه إياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة ، وإذا كانت لا تتفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن اختلف عددها ، قال ولو قال أقرض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، وأما كفل عني ولك الف لم يجز وذلك لأن قوله أقرض لي ولك عشرة جمالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة ، وأما الكفالة فلأن الكفيل يلزمه أداء الدين فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض ، فإذا أخذ عوضاً صار قرضاً جازاً لمنفعة فلم يجز

﴿ مسألة ﴾ (وإذا أقرضه أماناً فطالبه بها ببلد آخر لزمته ، وإن أقرضه غيرها فطالبه بها لم يلزمه فان طالبه بالقيمة لزمه إذاؤها)

وجملة ذلك أنه إذا أقرضه ما لعله مؤنة وطالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه لأنه لا يلزمه حمله إلى ذلك البلد ، فإن تبرع المقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لأن عليه ضرراً في قبضه لأنه ربما احتاج إلى حمله إلى المكان الذي أقرضه فيه ، وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه ، ولو أقرضه أماناً أو مالا مؤنة لملها وطالبه بها وهما ببلد آخر لزمه دفعه لأن تسليمه إليه في هذا البلد وغيره واحد

(فصل) وان أقرض ذمي ذمياً خيراً ثم أسلم أو أحدهما بطل القرض ولم يجب على المقرض شيء سواء كان هو المسلم أو الآخر لأنه إذا أسلم لم يجب ان يجب عليه خمر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لأنها لا قيمة لها ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها وان كان المسلم الآخر لم يجب له شيء لذلك

كتاب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء رهن أي راكد ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة ، وقيل هو من الحبس قال الله تعالى (كل امرئ بما كسب رهين) وقال (كل نفس بما كسبت رهينة) وقال الشاعر.

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها لشدة وجده بها بالرهن الذي يلزمه المرهن فيبقى عنده ولا يفارقه . وغلق الرهن استحقاق المرهن إياه لمعجز الراهن عن فكائه ، والرهن في الشرع المال الذي يحمل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه . وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فوهن مقبوضة) وتقرأ (فرهان) والرهان جمع رهن والرهن جمع الهم قاله الفراء ، وقال الزجاج : يحتمل أن يكون جمع رهن مثل سقف وسقف ، وأما السنة فروت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه متفق عليه ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وابن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»

(فصل) ولو أقرض ذمي ذمياً خيراً ثم أسلم أو أحدهما بطل القرض ولم يجب على المقرض شيء سواء كان هو المقرض أو المقرض لأنه إذا أسلم لم يجب ان يجب عليه خمر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لأنه لا قيمة لها ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها ، وان كان المقرض لم يجب له شيء لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء رهن أي راكد ونعمة راهنة أي دائمة ، وقيل هو الحبس قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) وقال الشاعر:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها لوجدها بالرهن الذي يلزمه المرهن فيحبسه عنده ولا يفارقه وغلق الرهن استحقاق المرهن إياه لمعجز الراهن عن فكائه (مسئلة) (وهو وثيقة بالحق)

الرهن في الشرع المال الذي يحمل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه ان تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع . قال الله سبحانه وتعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة) وروت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه

رواه البخاري ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يئلق الرهن »
وأما الاجماع فاجم المسلمون على جواز الرهن في الجملة

(فصل) ويجوز الرهن في الحضرة كما يجوز في السفر قال ابن المنذر : لانعم أحداً خالف في ذلك الا مجاهداً قال ليس الرهن الا في السفر لان الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة . ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه وكانا بالمدينة ولانها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضرة كالضمان ، فاما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالباً ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذکور معه أيضاً (فصل) والرهن غير واجب لانعم فيه مخالفاً لانه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة ، وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) إرشاد لنا لا إيجاب علينا بدليل قول الله تعالى (فان أمن بضمك بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أماته) ولانه أمر به عند اعواز الكتابة والكتابة غير واجبة فكذلك بدلها (فصل) ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقع بعد الحق فيصح بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولان الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) فجعله بدلاً عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق ، وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله جزاء للمداينة مذكوراً بعدها بقاء التعقيب (الحال الثاني) أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين

متفق عليه ، وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يئلق الرهن » وأجم المسلمون على جواز الرهن في الجملة

(فصل) ويجوز الرهن في الحضرة كجوازه في السفر قال ابن المنذر لانعم أحداً خالف في ذلك الا مجاهداً قال ليس الرهن الا في السفر لقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) ولنا أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه وكانا بالمدينة ، ولانها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضرة كالضمان . فاما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالباً ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذکور في الآية

(فصل) وهو غير واجب لانعم فيه مخالفاً لانه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) إرشاد لنا لا إيجاب علينا بدليل قول الله تعالى (فان أمن بضمك بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أماته) ولانه أمر به عند اعواز الكتابة وهي غير واجبة فكذلك بدلها (مسئلة) (وهو لازم في حق الراهن جائز في حق المرهن) لأن العقد لحقه وحده فكان له فسخه كالمضمون له وهو لازم من جهة الراهن لان الحظ لغيره فلزم من جهته كالضمان في حق الضامن (مسئلة) (يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله الا عند أبي الخطاب)

وجملة ذلك أن الرهن لا يخلو من أحوال ثلاثة (أحدها) أن يقع مع الحق فيقول بتمك هذا بعشرة الى شهر ترهنني بها كذا فيقول قبلت فيصح ذلك ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الحاجة داعية الى ثبوته فانه لو لم يفقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الخبرة الى المشتري ، والظاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق (الحال الثاني) أن يقع بعد الحق فيصح

فيقول بمتك ثوبي هذا بعشرة الى شهر رهني بها عبدك سعداً فيقول قبلت ذلك فيصح أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الحاجة داعية الى ثبوته فانه لو لم يعقده مع ثبوت الحق وبشرطه فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الحيرة الى المشتري والظاهر أنه لا يبذله فتقوت الوثيقة بالحق (الحال الثالث) أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب وهو اختيار أبي بكر والقاضي وذكر القاضي ان أحمد نص عليه في رواية ابن منصور وهو مذهب الشافعي واختار أبو الخطاب انه يصح فتى قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لأنه وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم تصح قبله كالشهادة ولان الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة والتمن لا يتقدم البيع ، وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته ، وان سلمنا فالفرق بينهما ان الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالندب بخلاف الرهن

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يصح الرهن الا أن يكون مقبوضاً من جائز الامر)

يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال بعض أصحابنا : ما كان ميلاً أو موزوناً لا يلزم رهنه إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان (لإحدهما) لا يلزم إلا بالقبض (والاخرى) يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا في رواية الميموني وحمل القاضي كلام الخرفي على المكيل والموزون خاصة وليس بصحيح فان كلام الخرفي مع عمومه قد اتبعه بما يدل على

بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة الى الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولان الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضاً) جملة بدلاً عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق ، ولان في الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله مذكوراً بعدها بقاء التعقيب (الحال الثالث) أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب واختاره أبو بكر والقاضي وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية ابن منصور وهو مذهب الشافعي ، واختار أبو الخطاب أنه يصح ، فاذا قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم أقرضه الدراهم لزمه الرهن وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لأنه وثيقة بالحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك . ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم يصح قبله كالشهادة ولان الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته ، وان سلمناه فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالندب

﴿ مسألة ﴾ (وبصح في كل عين يجوز بيعها)

لان مقصود الرهن الاستيناق بالدين ليتوصل الى استيفائه من تمن الرهن ان تعذر استيفاءه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل ما يجوز بيعه ولان كل ما كان محلاً للبيوع كان محلاً لحكمة الرهن ومحل الشيء محل حكمته الا أن يمنع من ثبوته مانع أو يفوت بشرط فيبقى الحكم به

ارادة التعميم وهو قوله : فان كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راعنه منقولاً ، وان كان مما لا ينقل كاللور والارضين فقبضه بتخلية راعنه بينه وبينه . وقال أحمد في الدار والحارية إذا ردها إلى الراهن لم يكن رهنا في الحال وهذا كقول الحرقي وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لأنه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع . ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) وصفها بكونها مقبوضة ولأنه عقد ارفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه كما لو مات الراهن ولا يشبه البيع فإنه معاوضة وليس بارفاق وقول الحرقي : من جاز الأمر . يعني ان الراهن الذي يرهن ويقبض يكون جائز التصرف في ماله وهو الحر المكلف الرشيد ، ولا يكون محجوراً عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فلس ، ويعتبر ذلك في حال رهنه واقباضه لان العقد والتسليم ليس بواجب وإنما هو الى اختيار الراهن فاذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ، ولأنه نوع تصرف في المال فلم يصح من المحجور عليه من غير اذن كالمبيع فان جن أحد المتراهنين قبل القبض أو مات لم يبطل الرهن لانه عقد يؤل الى اللزوم فلم يبطل بمجنون أحد المتعاقدين أو موته كالمبيع الذي فيه الخيار ويقوم ولي المجنون مقامه . فان كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقيض مثل أن يكون شرطاً في بيع يستنصر بفسخه ونحوه أقبضه ، وان كان الحظ في تركه لم يحجز له تقيضه ، وان كان المجنون المرهن قبضه ولبه إن اختار الراهن ، وان امتنع لم يحجز واذا مات قام وارثه مقامه في القبض فان مات الراهن لم يلزم ورثته تقيضه لانهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك : فان لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فاحب الورثة تقيض الرهن جاز ، وان كان عليه دين سواء فظاهر المذهب أنه ليس للوارث تخصيص المرهن بالرهن نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى ان لهم ذلك أخذاً مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال إذا مات الراهن أو أفلس فالمرهن أحق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله ، وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد لانه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضاف جنساً لتدرتها فكيف يمارض به الخاص لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنياً على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقيضه على الراهن فكذلك على ورثته ، ويختص هذا بما عدا المكيل والموزون ، وأما ما لم يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقيضه لان الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يحجز تخصيصه به بغير رضاهم كما لو أفلس

(مسئلة) (الا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يحجز رهنه)

إذا قلنا لا يجوز بيع المكاتب لم يحجز رهنه لعدم حصول مقصود الرهن به وان قلنا يجوز بيعه وقلنا استدامة القبض شرط في الرهن لم يصح ، والصحيح أن استدامة القبض شرط فلا يصح رهنه وهذا مذهب الشافعي لان استدامة القبض غير ممكنة في حق المكاتب لنافاتها مقتضى الكتابة . وقال القاضي : قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لانه يجوز بيعه وايفاء الدين من ثمنه ، فملى هذا يكون ما يؤديه من نجوم الكتابة رهنا معه وان عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه وان عتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهناً بمنزلة مالو كسب العبد ثم مات

٣٧٠ تصرف الراهن في الرهن قبل القبض وأشترط استدامة القبض (المغني والشرح الكبير)

الراهن الا اذا قلنا ان للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من اموالهم . فان قيل فما الفائدة في القول بصحة الرهن اذا لم يختص به المرهن ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل ان يرضى القراء بتسليمه اليه فيم الرهن ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين ما قبل الاذن في القبض وما بعده لكون الاذن يبطل بالجنون والموت والاعماء والحجر

(فصل) ولو حجر على الراهن لفسد قبل التسليم لم يكن له تسليمه لان فيه تخصيصاً للمرهن بئنه وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وان حجر عليه لسفه فحكه حكم ما زال عقله بجنون على ما أسلفناه ، وان اغمي عليه لم يكن للمرهن قبض الرهن وليس لاحد تقيضه لان المعنى عليه لا ولاية عليه ، وان اغمي على المرهن لم يكن لاحد ان يقوم مقامه في قبض الرهن ايضاً وانتظر إفاقته ، وان خرس وكانت له كتابة مفهومة أو اشارة معلومة فحكه حكم المتكلمين ان اذن في القبض جاز والا فلا ، وان لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يحجز القبض ، وان كان احد هؤلاء قد اذن في القبض فحكه حكم من لم يأذن لان اذنتهم يبطل بما عرض لهم وجميع هذا تناوله قول الحنفي من جائز الامر وليس أحد من هؤلاء جائز الامر

(فصل) اذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق أو جملة صداقا او رهنه فانما يبطل الرهن الاول سواء قبض الهبة والمبيع والرهن الثاني او لم يقبضه لانه اخرجته عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك ، وان دبر العبد أو أجره أو زوج الامة لم يبطل الرهن لان هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولانه لا ينم ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه ، وان كاتب العبد انبنى على صحة رهن المكاتب فان قلنا يجوز رهنه لم يبطل رهنه وان قلنا لا يجوز رهنه يبطل رهنه كما لو أعتقه

(فصل) واستدامة القبض شرط للزوم الرهن فاذا أخرجته المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجته باجارة أو اطاره أو ايداع أو غير ذلك فاذا عاد فرده اليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق . قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ثم اكرها صاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت اليه صارت رهناً . وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن ان يبيضا اليه لتخبز لهم فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن فان لم يكن وطئها فلا شيء ، قال أبو بكر لا يكون رهناً في تلك الحال فاذا ردها رجعت الى الرهن ، ومن أوجب استدامة القبض ماله وأبو حنيفة وهذا على القول الصحيح ، فأما على قول من قال ابتداء القبض ليس بشرط فأولى

(فصل) فاما المعلق عتقه بصفة فان كانت توجد قبل حلول الدين لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه وان كان الدين يحل قبلها صح رهنه لامكان بيعه واستيفاء الدين من ثمنه وان كانت تحتل الامرين كقدوم زيد فقياس المذهب صحة رهنه لانه في الحال محل للرهن ويمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين من ثمنه فاشبه المريض والمدير ، وهو مذهب أبي حنيفة ويحتمل أن لا يصح لان فيه غرراً اذ يحتمل أن يمتق قبل حلول الحق ولاصحاب الشافعي اختلاف كنعو هذا

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها وولدها دونها وان كان صغيراً لان الرهن لا يزيل

أن يقول الاستدانة غير مشترطة لان كل شرط يعتبر في الاستدانة يعتبر في الابتداء ، وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدانة . قال أبو الخطاب : إذا قلنا القبض شرط في الابتداء كان شرطاً في الاستدانة وقال الشافعي استدانة القبض ليست شرطاً لانه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم بشرط استدائمه كالهبة ، ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) لانها احدى حالتى الرهن فكان القبض فيها شرطاً كالا ابتداء ويفارق الهبة لان القبض في ابتدائها يثبت الملك فاذا ثبت استغنى عن القبض ثانياً والرهن براد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فاذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة وان أزيلت يد المرتهن لغير حق كغصب أو سرقة أو اباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن لان يده ثابتة حكماً فكأنها لم تزل

(فصل) وليس للمرتهن قبض الرهن الا باذن الراهن لانه لا يلزمه تقيضه فاعتبر اذنه في قبضه كالواهب ، فان تعدى المرتهن قبضه بغير اذن لم يثبت حكمه وكان بمنزلة من لم يقبض وان اذن الراهن في القبض ثم رجع عن الاذن قبله زال حكم الاذن وان رجع عن الاذن بعد قبضه لم يؤثر رجوعه لان الرهن قد لزم لاتصال القبض به ، وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض اعتبر الاذن في القبض الثاني لانه قبض يلزم به الرهن أشبه الاول . ويقوم ما يدل على الاذن مقامه مثل ارساله العبد إلى مرتهنه ورده لما أخذه من المرتهن الى يده ونحو ذلك لان ذلك دليل على الاذن فاكفى به كدعاء الناس الى الطعام وتقديمه بين أيديهم يجري مجرى الاذن في أكله

(مسألة) قال (والقبض فيه من وجهين فان كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه اياه من رهنه منقولاً ، وان كان مما لا ينقل كاللؤلؤ والارضين فقبضه تحلية رهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه

وجملة ذلك ان القبض في الرهن كالتبضع في البيع والهبة فان كان منقولاً فقبضه نقله أو تناوله وان كان اثماً أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها ، وان كان ميكلاً رهنه بالكيل أو موزوناً رهنه بالوزن فقبضه اكتاباله أو اتزانه لقول النبي ﷺ « اذا سميت الكيل فكل » وان ارهن الصبرة جزافاً أو كان ثياباً أو حيواناً فقبضه نقله لقول ابن عمر كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فاننا النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه ، متفق عليه . وان كان الرهن غير منقول كالعقار والثمر على الشجرة

الملك فلا يحصل بذلك تفرقة ولانه يمكن تسليم الولد مع أمه والام مع ولدها فان دعت الحاجة الى بيع أحدهما بيع معه الآخر لان الجمع في العقد ممكن والتفريق حرام فاذا يما مما تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الرهن من الثمن فاذا كانت الجارية رهناً وكانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فخصتها ثلثا الثمن فان لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامسك لان الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونها فان أمسك فلا شيء له غيرها . وان ردها فله فسخ البيع ان كانت مشروطة فيه

(مسألة) لو يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجهل ثمنه رهنًا

فقبضه التخلية بين مرهنته وبينه من غير حائل بان يفتح له باب الدار أو يسلم اليه مفتاحها، وان خلى بينه وبينها ونها فاش للراهن صح التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمره في الشجرة، وكذلك لو رهنته دابة عليها حمل للراهن فسلمها اليه صح التسليم، ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لان القبض حصل فيها جميعا فيكون موجوداً في الرهن منها

(فصل) وان رهنته سهماً مشاعاً مما لا ينقل خلى بينه وبينه سواء حضر الشريك أو لم يحضر وان كان منقولاً كالجوهرة برهن نصفها فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها الا برضا الشريك فان رضي الشريك تناولها وان امتنع الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض، وان تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لها، وان تناولها الراهن المرتهن بغير رضا الشريك فتناولها فان قلنا استدامة القبض شرط لم يكفه ذلك تناولها، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لان الرهن حصل في يده مع التعدي في غيره فأشبهه مالو رهنته ثوباً فسلمه اليه مع ثوب لغيره فتناولها معاً، ولو رهنته ثوباً فاشتبه عليه بغيره فسلم اليه أحدهما لم يثبت القبض لانه لا يعلم أنه أقبضه الرهن فان تبين أنه الرهن تبين صحة التسليم، وان سلم اليه الثوبين معاً حصل القبض لانه قد تسلم الرهن يقيناً

(فصل) ولو رهنته داراً تخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها لانه ما كان في الدار فيده عليها فاحصت التخلية. ولنا ان التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع فأشبهه مالو كانا خارجين عنها ولا يصح ما ذكره الأثرى ان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها، ولانه بخروجه عنها تحقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

(فصل) وان رهنته مالاً له في يد المرتهن عارية أو ودیعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لانه مالك له يمكن قبضه فصح رهنته كما لو كان في يده، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن بنفس المقدم من غير احتياج الى أمر زائد فانه قال اذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يعتبر أمراً زائداً وذلك لان اليد ثابتة والقبض حاصل وانما يتغير الحكم لا غير. ويمكن تغيير الحكم مع استدامة القبض كما لو طول بالوديعة فنجدها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد. ولو طاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها خذ وديمتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد. وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يصير رهناً حتى تمضي مدة يتأني قبضه

يجوز رهن ما يسرع اليه النساد بدين حال ومؤجل لانه يمكن ايفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب وسواء كان مما يمكن تخفيفه كالتب أو لا يمكن كالبطيخ فان كان مما يخفف فعلى الراهن تخفيفه لانه من مؤنة حفظه وتقيته فأشبهه نفقة الحيوان وان كان مما لا يخفف فانه يباع ويقضى الدين من ثمنه ان كان حالاً أو محل قبل فساده وان لم يحل قبل فساده فشرطاً يبعه وجعل ثمنه رهناً فعلاً ذلك وان أطلق المقدم فذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لا يصح لان بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب كما لو شرط أن لا يبيعه (والثاني) يصح وهو الصحيح لان العرف يقتضي ذلك ليكون المالك لا يمرض ملكه للتلف والهلاك فاذا تبين حفظه في يده حمل عليه مطلق المقدم كالتخفيف

فيها فان كان منقولاً فبمضي مدة يمكن نقله فيها وان كان ميكلاً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، وان كان غير منقول فبمضي مدة التخلية وان كان غائباً عن المرهن لم يصير مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لان المقدم يفترق الى القبض والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه ويكفي ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض لانه مقبوض حقيقة، فان تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف للرهن قبل قبضه ثم هل يفترق الى الاذن من الراهن في القبض؟ يمتثل وجهين (أحدهما) يفترق لانه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير إذن كما لو كان في يد الراهن وإقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المقصوب في يده غاصبه مع إمكان أخذه منه (والثاني) لا يفترق الى إذن في القبض لان إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض فان أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها

(فصل) فاذا رهنه المضمون كالمقصور والمارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لانه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضموناً ضمان النصب وهو رهن كما كان فكذلك ابتداءه لانه أحد حالتي الرهن

ولنا انه مأذون له في امساكه رهناً لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمه كما لو قبضه منه ثم أقبضه اياه أو أبرأه من ضمانه. وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع فان الغاصب يده عادية يجب عليه ازلتها ويد المرهن محقة جمالها الشرع له ويد المرهن يد أمانة ويد الغاصب والمستعير ونحوها يد ضامنة وهذان متنافيان ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده الى مالكه وذلك لان سبب الضمان النصب والمارية ونحوها وهذا لم يبق غاصباً ولا مستعيراً ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه، واما اذا تعدى في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لالكونه غاصباً ولا مستعيراً وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجه فلم يثبت

(فصل) ويجوز أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه، وان وكل المرهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن ذلك قبضاً لان الرهن وثيقة ليستوفي الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فاذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة وقد ذكرنا في البيع ان المشتري لو دفع الى البائع غرارة وقال: كل حقي في هذه ففعل كان ذلك قبضاً فيخرج ههنا كذلك

في العنب والاتفاق على الحيوان وللشافعي قولان كالوجهين. فاما ان شرط ان لا يباع فلا يصح لانه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود فأشبهه مالو شرط عدم النفقة على الحيوان. إذا ثبت ذلك فانه ان شرط للمرهن يبعه أو اذن له فيه بعد المقدم أو اتفاقاً على أن الراهن يبيعه أو غيره باعه والاباعه الحاكم وجعل ثمنه رهناً ولا يقضى الدين من ثمنه لانه لا يجوز له تمجيل وفاء الدين قبل حله وكذلك الحكم ان رهنه ثياباً يخاف تلفها أو حيواناً يخاف موته لما ذكرنا

(مسئلة) (ويجوز رهن المشاع)

وبه قال ابن أبي ليلى والنخعي ومالك والاوزاعي والسنبري والشافعي وأبو ثور، وقال أصحاب

(فصل) وإذا أقر الراهن بتقييض الرهن أو أقر المرهّن بقبضه كان ذلك مقبولا فيما يمكن صدقها فيه ، وإن أقر الراهن بالتقييض ثم أنكره وقال : أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئا أو أقر المرهّن بالقبض ثم أنكره فالحق قول المقر له فإن طلب المنكر بينه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه يمين لأن الاقرار أقوى من اليانة ، ولو قامت اليانة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يقبل منه فكذلك الاقرار (والثاني) يلزمه اليمين وهو قول الشافعي في منصوصه لأن العادة جارية بان الانسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فتسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة وهذا أجود ويفارق اليانة فانها لا تشهد بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن بينة عادلة ، وقال القاضي ان كان المقر غائبا فقال أقررت لأن وكلي كتب إلي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه ، وإن أقر أنه باشر ذلك بنفسه ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، فأما ان اختلفا في القبض فقال المرهّن قبضته وأنكر الراهن فالحق قول من هو في يده لأنه ان كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل على خلافه وإن كان في يد المرهّن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل في يده الا بعد قبضه . وإن اختلفا في الاذن فقال الراهن أخذته بغير اذني قال بل باذنك وهو في يد المرهّن فالحق قوله لأن الظاهر معه فان المقدم قد وجد ويده تدل على انه بحق . ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لأن الاصل عدم الاذن وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي هذين الوجهين

(فصل) وإذا رهنه عينين فتلفت احدهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لأن المقدم كان صحيحاً فيها وإنما طرأ انفساخ العقد في احدهما فلم يؤثر كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بسبب أو خيار أو اقالة والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعه ، وإن كان التلف بعد قبض الاخرى فقد لزم الرهن فيها فان كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للبايع الخيار لتعذر الرهن بكاله . فان رضي لم يكن له المطالبة ببديل التالفة لاث الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن ، ولو تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيار للبايع لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار فاذا تلف بعضه أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها وإن كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه فان امتنع من تقييضها ثبت للبايع الخيار كما لو لم تلف الاخرى (فصل) وإن رهنه دارا فأنهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لأن ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وأنقاضها باقية ويثبت للمرهّن الخيار ان كان الرهن مشروطا في بيع لانها تميت ونقصت

الرأي لا يصح الا أن يرهنه لشريكه أو يرهنها الشريكان لرجل واحد أو يرهن رجل داره من رجلين فيقبضها معا لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لعني اتصاله فلم يصح كما لو تزوج اخته من الرضاع . يانه ان مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرهّن حبسه لأن شريكه ينزعه في نوبته ولان استدامة القبض شرط ، وهذا يستحق زوال المقدم عنه لعني فارق المقدم فلم يصح رهنه كالمقنوب

ولنا أن المشاع يصح بيعه في محل الحق فصح رهنه كالمفرد قولهم مقصوده الحبس ممنوع إنما المقصود استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك ثم يبطل ما ذكره برهن القاتل والمترد والمقنوب ورهن ملك غيره بغير اذنه فانه يصح عندهم ، إذا ثبت ذلك فرضي الشريك

قيمتها ، فان قيل فلم لا يفسخ عقد الرهن كما تفسخ الاجارة ؟ قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى وقد تضررت وهدمت قبطل العقد لعدم المعقود عليه ، والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالمية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصة والاقاض من الاخشاب والاحجار ونحوها من الرهن لان العقد ورد على جميع الاعيان والاقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

(فصل) وكل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن ان تضر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ومحل الشيء محل لحكمته الا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفي الحكم لا تنفاه فيصح رهن المشاع لذلك وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبيه والاوزاعي وسوار والشري والشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يصح رهنه الا أن يرهنه من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، أو يرهن رجلا داره من رجلين فيقبضانها معا لانه عقد مختلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع . يانه ان مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لان شريكه ينزعه يوم ثبوته ولان استدامة القبض شرط وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد فلم يصح رهنه كالمقنوب . ولنا انها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ولا نسلم ان مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تضرره من غيره والمشاع قابل لذلك ، ثم يبطل ما ذكره برهن القائل والمرتد والمقنوب ورهن ملك غيره غير اذنه من غير ولاية فانه يصح عندهم

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

والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرها جاز لان الحق لها لا يخرج عنها فان اختلفا جملة الحاكم في يد أمين أمانة أو باجرة لان المالك لا يلزمه تسليم ما لم يرهنه والمرتهن لا يلزمه ترك الرهن عند المالك فقام الحاكم مقامهما في حفظه لها

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

(فصل) ويصح رهن المرتد والقائل في المحاربة والجاني سواء كانت جنائته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، وقال القاضي لا يصح رهن القائل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني وهو مذهب الشافعي ، ومبنى الخلاف في هذا على الخلاف في بيعه وقد سبق الكلام فيه في موضعه ، ثم إن كان المرتهن عالماً بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فأشبهه المشتري إذا علم العيب ، وإن لم يكن عالماً ثم علم بعد اسلام المرتد ونداء الجاني فكذلك لأن العيب زال فهو كما لو زال عيب المبيع ، وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطاً في عقد بيع لان الشرط اقتضاء سليماً ، فإذا سلم اليه معيماً ملك الفسخ كالبيع وإن اختار امساك فليس له أرش ولا شيء لان الرهن بمجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بداه فبعضه أولى ، وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتن ، وذكر القاضي أن قياس المذهب إن له الارش في هذه المواضع قياساً على البيع ، وليس الامر كذلك فإن المبيع عوض عن الثمن فإذا فات بعضه رجح بما يقابله من الثمن ولو فات كله مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه رجح بالثمن كله والرهن ليس بعوض ، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ويبيع في الجناية لان حق الجاني عليه مقدم على الرهن فأشبهه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن ، فعلى هذا إن استغرق الارش قيمته يبع وبطل الرهن ، وإن لم يستغرقها يبع منه بقدر الارش والباقي رهن (فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لانه علق عقده بصفة أشبه ما لو علق عقده بصفة توجد قبل حلول الحق

(فصل) ويصح رهن المرتد والقائل في المحاربة والجاني سواء كانت جنائته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، وقال القاضي لا يصح رهن القائل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني والاختلاف في ذلك مبني على الاختلاف في صحة بيعه وقد سبق . فإن كان المرتن عالماً بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة أشبه المشتري إذا علم العيب وإن لم يكن عالماً ثم علم بعد اسلام المرتد وفداء الجاني فكذلك لان العيب زال فهو كزوال عيب المبيع وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطاً في العقد لان العقد اقتضاء سليماً فإذا ظهر معيماً ملك الفسخ كالبيع وإن اختار امساك فلا أرش له لان الرهن بمجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتن ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن له الارش في هذه المواضع قياساً على البيع ، وليس الامر كذلك فإن المبيع عوض عن الثمن فإذا فات بعضه رجح بما يقابله من الثمن ولو فات كله كتلف المبيع قبل قبضه رجح بالثمن كله والرهن ليس بعوض ، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ويبيع في الجناية لان حق الجاني عليه مقدم على الرهن كما لو حدثت الجناية بعد الرهن فعلى هذا إن استغرق الارش قيمته يبع وبطل الرهن وإن لم يستغرقها يبع منه بقدر الارش والباقي رهن

(فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لانه

معلق عقده بصفة أشبه ما لو كانت توجد قبل حلول الحق

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولانه علق عتقه بصفة لا يمنع استيفاء الحق أشبه ما لو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق . وما ذكره ينتقض بهذا الاصل ، ويفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين لان الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فاذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود والدين في المدبر يمنعه عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود ، والحكم فيها اذا علم التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه . ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن ، وإن عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي وان لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاة الدين بيع المدبر في الدين وبطل التدبير لان الدين مقدم على التدبير ولا يبطل الرهن ، وان كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق منه ثلث الباقي وما بقي للورثة

(فصل) فاما المكاتب فالصحيح أنه لا يصح رهنه وهو مذهب الشافعي لان استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح ولا يمكن ذلك في المكاتب ، وقال القاضي قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لانه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه . فلي هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهنًا معه فان عجزت ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه ، وإن عتق كان ماداءه من نجومه رهنًا بمنزلة ما لو كسب العبد الفتن ثم مات

(فصل) وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقه بهلال رمضان ومحل الحل آخره لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه ، وان كان الدين يحل قبلها مثل أن يعلق عتقه ما خر رمضان والحق يحل في أوله صح رهنه لامكان استيفاء الدين من ثمنه . فان كانت تحتل الامرين كقدوم زيد بقياس المذهب صحة رهنه لانه في الحال محل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفي الدين من ثمنه فصح رهنه كالريض والمدبر وهذا مذهب أبي حنيفة رضي

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

(مسألة) (ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلا على ثمنه في أحد الوجهين) لانه يصح بيعه فصح رهنه كما بعد القبض . فاما رهنه على ثمنه قبل قبضه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لوجوه ثلاثة (أحدهما) أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولا والرهن يقتضي تسليم الثمن أولا (والثاني) أن البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي ايفاء الثمن منه (والثالث) أن البيع يقتضي امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي عدم الضمان وهذا يوجب تناقض الاحكام وانما

الله عنه ، وبمحتمل أن لا يصح رهنه لان فيه غرراً إذ يحتمل أن يعقب قبل حلول الحق ولاصحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها ورهن ولدها دونها لان الرهن لا يزيل الملك فلا يحصل بذلك تفرقة ولانه يمكن تسليم الولد مع أمه والام مع ولدها . فان دعت الحاجة الى بيعها في الدين يبع ولدها معها لان الجلم في العقد ممكن والتفريق بينها حرام فوجب بيعه معها . فاذا بيعا معا تعلق حق المرهن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن فاذا كانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فخصتها ثلثا الثمن ، وان لم يعلم المرهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامساك لان الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونها فان أمسك فهو كالمسك لو علم حال العقد ولا شيء له غيرها وان ردها فله فسخ البيع ان كانت مشروطة فيه

(فصل) ويصح رهن ما يسرع اليه الفساد سواء كان مما يمكن اصلاحه بالتجفيف كالغضب والرطب أو لا يمكن كالطبيخ والطبخ ثم ان كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لانه من مؤنة حفظه وتبقيته فيلزم الراهن كنفقة الحيوان ، وان كان مما لا يجفف فانه يباع ويقضى الدين من ثمنه ان كان حالاً أو يحل قبل فساد ، وان كان لا يحل قبل فساد جمل ثمنه مكانه رهنا سواء شرط في الرهن بيعه أو أطلق وقال اصحاب الشافعي : ان كان مما يفسد قبل محل الدين فشرط المرهن على الراهن بيعه وجعل ثمنه مكانه صح ، وان أطلق فعلى قولين (أحدهما) لا يصح لان يبع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب ولم يصح رهنه كما لو شرط أن لا يبيعه . وذكر القاضي فيه وجهين كالتولين ولنا ان العرف يقتضي ذلك لان المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فاذا عين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد كتجفيف ما يجف والاتفاق على الحيوان وحرز ما يحتاج إلى حرز ، وأما اذا شرط أن لا يباع فلا يصح لانه شرط ما يتضمن فساد وفوات المقصود فأشبهه ما لو شرط أن لا يجفف ما يجف أو لا ينفق على الحيوان . واذا ثبت ما ذكرناه فانه ان شرط للمرهن بيعه أو أذن له في

تتحقق هذه المعاني إذا شرط رهنه قبل قبضه فان شرط أنه يقبضه ثم يسلمه رهنا فانه يتحقق فيه بعض هذه المعاني ، وقد روي عن أحمد أنه قال إذا حبس ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون شرط عليه في نفس البيع . قال القاضي معناه شرط عليه رهنا غير المبيع فيكون له حبسه حتى يقبض الرهن فان وفي له به والا فسخ (والوجه الثاني) يصح كما يصح لغير البائع فاما المسكيل والموزون فذكر القاضي أنه يجوز رهنه قبل قبضه لان قبضه مستحق فيمكن المشتري أن يقبضه ثم يقبضه وإنما لم يجز بيعه لانه يفضي إلى ربح ما لم يضمن وهو منهى عنه ويحتمل أنه لا يصح رهنه لانه لا يصح بيعه بربح ولا برأس مال ولا يصح هبته فكذلك رهنه

(مسألة) (وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين)

لا يصح رهن مالا يجوز بيعه كأم الولد والوقف والدين المرهونة لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين المرهونة عند المرهن لم يجز فلو قال الراهن للمرهن زدني مالا يكون الذي عندك رهنا به وبالدين الاول لم يجز ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وهو

يبعه بعد العقد أو اتفاقاً على أن يبيعه الراهن أو غيره بآءه ، وان لم يكن ذلك بآءه الحاكم وجعل ثمنه رهناً ولا يقضي الدين من ثمنه لأنه ليس له تمجيل وفاء الدين قبل حلوله ، وكذلك الحكم ان رهنه ثياباً تخاف تلفها أو حيواناً وخاف موته . قال أحمد فمن رهن ثياباً يخاف فسادها كالصوف أتى السلطان فأمره ببيعها

(فصل) ويجوز رهن العصير لأنه يجوز بيعه وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمريض والجانبي . ثم ان استحالة الى حال لا يخرج فيها عن المالية كالحل فالرهن بحاله ، وان صار خيراً زال لزوم العقد ووجب اراقته فان أريق بطل العقد فيه ولا خيار للمرهن لان التلف حصل في يده وإن عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرهن عن الرهن ثم عادت اليه ، وان استحال خيراً قبل قبض المرهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لأنه عقد ضعيف لعدم القبض فيه فأشبهه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول . وذكر القاضي أن العصير إذا استحال خيراً بعد القبض يبطل الرهن ثم إذا عاد خلا عاد ملكاً لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق لأنه يعود مملوكاً بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن أيضاً لأنه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة هو رهن بحاله لأنه كانت له قيمة حالة كونه عصيراً ، ويجوز أن يصير له قيمة فلا يجوز أن يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني ولان اليد لم تنزل عنه حكماً ولهذا لو غصبه غاصب فتدخل في يده كان ملكاً للمنصوب منه ، ولو زالت يده كان ملكاً للغاصب كما لو أراقه فجمعه إنسان فتدخل في يده كان له دون من أراقه وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى إلا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خيراً ولم يظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهناً باستحاله خلا ، وأرى القول ببقائه رهناً أقرب الى الصحة لان العقد لو يبطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء فقد قالوا يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي يبطل بزواله كان زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لا اختلاف دينهما فاذا أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول لزوال الاختلاف في الدين . قلنا هناك ما زالت الزوجية ولا يبطل العقد ولو يبطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بمقد جديد ، وإنما العقد كان موقوفاً مراعى ، فاذا أسلم في العدة تبينا أنه لم يبطل ، وان لم يسلم تبينا أنه كان قد يبطل وههنا قد جزمتم ببطالته

أحد قولي الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف والمزني وأبو ثور وابن المنذر يجوز ذلك لأنه لو زاده رهناً جاز فكذلك إذا زاد في دين الرهن ولأنه لو فدا المرهن العبد الجاني باذن الراهن ليكون رهناً بالمال الاول وبمآفءاه به جاز فكذلك ههنا ولأنها وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان ، ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غير المرهن . فاما الزيادة في الرهن فتجوز لأنه زيادة استيثاق بخلاف مسئلتنا ، فاما العبد الجاني فلنا فيه منع وان سلمنا فاما يصح فداؤه ليكون رهناً بالفداء والمال الاول لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى ولان لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن واخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والرهن الجائز تجوز الزيادة فيه فكذلك إذا صار جائزاً بالجناية ، ويفارق الرهن الضمان فإنه يجوز أن يضمن لغيره ، اذا ثبت هذا فرهنه بحق بان كان رهناً بالاول خاصة فان شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به وان اعتقدا صحته جاز ان يشهدا بكيفية الحال ولا يشهدان أنه رهنه بالحقين مطلقاً

(فصل) وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أو الزرع الأخضر؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز وهو اختيار القاضي لأن الغرر يقل فيه فان الثمرة متى تلفت عاد الى حقه في ذمة الراهن ، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه ، ومتى حل الحق بيع ، وان اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك (والثاني) لا يصح وهو منصوص الشافعي لأنه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه كسائر ما لا يجوز بيعه ، وذكر القاضي أنه يجوز رهن المبيع الذي يشترط قبضه كالمكيل والموزون قبل قبضه لان قبضه مستحق فيمكن المشتري قبضه ثم يقبضه . أما البيع فانه يفضي إلى أن يرخ فيهما لم يضمن وهو منهي عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه لأنه لا يصح بيعه

(فصل) وفي رهن المصحف روايتان (إحداهما) لا يصح رهنه نقل الجماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك إلا ببيعه وبيعه غير جائز (والثانية) يصح رهنه فانه قال : إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بأذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره

(فصل) ويجوز أن يستعير شيئاً يرهنه . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنائير معلومة عند رجل ساء الى وقت معلوم ففعل ان ذلك جائز ، وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لان الضرر يتلقف بذلك فاحتيج الى ذكره كاصل الرهن ، ومتى شرط شيئاً من ذلك فخالف ورهنه بغيره لم يصح الرهن لانه لم يؤذن له في هذا الرهن فأشبهه من لم يأذن في أصل الرهن ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ذلك وإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه مثل أن يأذن له في رهنه بمائة

(فصل) ويصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع والزرع الأخضر في أحد الوجهين : اختاره القاضي لان الغرر يقل فيه فان الثمرة متى تلفت عاد الى حقه في ذمة الراهن ، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه ، ومتى حل الحق بيع ، وان اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك (والثاني) لا يصح وهو منصوص الشافعي لأنه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه كسائر ما لا يجوز بيعه

(فصل) وإن رهن ثمرة إلى محل يحدث فيه أخرى لا تتميز فالرهن باطل لانه مجهول حين حلول الحق ولا يمكن امضاء الرهن على مقتضاه ، وإن رهنها بدين حال أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها جاز لانه لا غرر فيه ، فان لم يقطعها حتى اختلطت لم يبطل الرهن لانه وقع صحيحاً ، لكن ان سمح الراهن بيع الجميع أو اتفاقاً على قدر منه جاز ، وإن اختافاً وتشاحاً فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر

(فصل) ولا يصح رهن المصحف في إحدى الروايتين نقل جماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لان المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك الا ببيعه وبيعه غير جائز (والثانية) يصح فانه قال إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه الا بأذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيعه فيصح رهنه كغيره والخلاف في ذلك مبني على جواز بيعه وقد ذكرناه في كتاب البيع

فيرهنه بخمسين صح لان من أذن في مائة فقد أذن في خمسين ، وان رهنه بأكثر مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمال أن يبطل في الكل لانه خالف المنصوص عليه فيبطل كما لو قال ارهنه بدنانير فزهنه بدراهم أو بحال فزهنه بمؤجل أو بمؤجل فزهنه بحال فانه لا يصح كذلك ههنا وهذا منصوص الشافعي (والوجه الثاني) أنه يصح في المائة ويبطل في الزائد عليها لان العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فجاز فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة ويفارق ما ذكرنا من الاصول فان العقد لم يتناول مأذونا فيه بحال ، وكل واحد من هذه الامور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر فان الراهن قد يقدر على فكاه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس ، وقد يقدر على فكاه بأحد التقدين دون الآخر فيفوت الغرض بالمخالفة ، وفي مسئلتنا اذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فان أطلق الرهن في الاذن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي (والآخر) لا يجوز حتى يبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لان هذا بمنزلة الضمان لان منفعة العبد لسيدة والعارية ما أفادت المنفعة ، انما حصلت له نفعاً بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح . ولما انها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن ، والدليل على انه عارية انه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة ، وقولهم انه ضمان غير صحيح لان الضمان يثبت في الذمة وهذا ثبت في الرقبة ، ولان الضمان لازم في حق الضامن وهذا له رجوع في العبد قبل الرهن والإزام المستعير بفكاه بعده ، وقولهم ان المنافع للسيد . قلنا المنافع مختلفة فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يخيط نسيدته أو يعمل له شيئاً أو استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيدته . فان قيل لو كان عارية لما صح رهنه لان العارية لا تنلزم والرهن لازم . قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فان لصاحب العبد المطالبة بفكاه قبل حلول الدين ، ولان العارية قد تكون لازمة بدليل مالو أعاره حائطاً ليبنى عليه أو أرضاً ليدفن فيها أو ليزرع فيها مالا يحصد قصيلاً . اذا ثبت هذا فانه يصح رهنه بما شاء الى أي وقت شاء بمن شاء لان الاذن يتناول الكل باطلاقه وللسيد مطالبة الراهن بفكاه الرهن حالاً كان أو مؤجلاً في محل الحق وقبل محله لان العارية لا تنلزم ، ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة أو مثلها إن كانت من ذوات الامثال ، ولا يرجع بما بيعت به سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر في أحد الوجهين ، والصحيح أنها إن بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة لان العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها ، وان بيعت بأكثر رجع بما بيعت به لان العبد ملك المعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله الى صاحبه ، فاذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولا يلزم من وجوب ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه ، وإن تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته سواء تلف بتفريط أو غير تفريط نصح على هذا أحمد وذلك لان العارية مضمونة

(مسألة) (ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر)

اختاره القاضي لانه عقد يقتضي قبض المعقود عليه والتسليم على بيعه فلم يجز كالباع ، واختار

(فصل) وإن فك المعبر الرهن فأدى الدين الذي عاهه باذن الراهن رجع عليه ، وإن قضاء متبرعاً لم يرجع بشيء ، وإن قضاء بغير إذنه محتسباً بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ويترجح الرجوع ههنا لأن له المطالبة بفكك عبده وأداء دينه فكأنه وان اختلفا في الاذن فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ، وإن شهد المرتهن للمعبر قبلت شهادته لانه لا يجبر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وإن قال أذنت لي في رهنه بعشرة قال بل بمخسة فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن كان الدين مؤجلاً فقضاء حالاً باذنه رجع به حالاً ، وإن قضاؤه بغير اذنه فقال القاضي يرجع به حالاً أيضاً لانه له المطالبة بفكك عبده في الحال

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح لان تعيين ما يرهن به ليس بشرط فكذلك من يرهن عنده ولان رهنه من رجلين أقل ضرراً من رهنه عند واحد لانه ينفك منه بمضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما لو كان رهناً عند واحد ، فعلى هذا اذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنتين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاء نصفها عن أحد التصديق فيه وجهان (أحدهما) لا ينفك من الرهن شيء لانه عقد واحد من رهن واحد مع مرتهن واحد فأشبهه ما لو كان العبد واحد (والثاني) ينفك نصف العبد لان كل واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهناً بأكثر منها كما لو صرح له بذلك فقال ارهن نصيبي بخمسين لا تزد عليها فعلى هذا الوجه ان كان المرتهن عالماً بذلك فلا خيار له وان لم يكن عالماً بذلك ، والرهن مشروط في بيع احتمال أن يكون له الخيار لانه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعبرين من نصفه وان قضى نصف دين أحدهما انفك في نصيب أحدهما على أحد الوجهين وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما والله أعلم

(فصل) ولو كان ارجاين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهنهما عند رجل مطلقاً صح فان شرط أحدهما اني متى قضيت ماعلي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر وفي قدر نصيبي من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لانه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لان في هذا الشرط نقصا على المرتهن . وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن فأما ان شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضى جميع الدين فهو فاسد أيضاً لانه شرط ان يبقى الرهن محبوساً بغير الدين الذي هو رهن به لكنه لا ينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن بذلك ؟ على وجهين

(فصل) ولا يصح رهن ما لا يصح بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز فلو قال الراهن للمرتهن زدني ما لا يكون الرهن الذي عندك رهناً به وبالدين الاول لم يجز وبهذا قال

أبو الخطاب صحته اذا شرطاً كونه على يد مسلم وبيعه الحاكم اذا امتنع ما لكه وهذا أولى لان مقصود الرهن يحصل من غير ضرر

أبو حنيفة ومحمد وهو أحد قولي الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور والمزني وابن المنذر يجوز ذلك لانه لو زاده رهنًا جاز فكذلك اذا زاد في دين الرهن ولانه لو فدى المرتهن العبد الجاني باذن الراهن ليكون رهنًا بالمال الاول وبما فداءه به جاز فكذلك هنا ولانها وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان

ولنا أنها عين مرهونة فلم يجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غير المرتهن ، فاما الزيادة في الرهن فيجوز لانه زيادة استيثاق بخلاف مسئلتنا ، واما العبد الجاني فيصح فداؤه ليكون رهنًا بالفداء والمال الاول لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى ولأن لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن واخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ويجوز ان يزيد في الرهن الجائز حقاً قبل لزومه فكذلك اذا صار جائزاً بالجناية ويفارق الرهن الضمان فانه يجوز أن يضمن لغيره ، اذا ثبت هذا فرهنه بحق ثان كان رهنًا بالاول خاصة فان شهد بذلك شاهدان يتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به ، وإن اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقاً بل يشهدان بكيفية الحال ليرى الحاكم فيه رأيه

(فصل) وأما رهن سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين فالصحيح في المذهب أنه لا يجوز بيعها فكذلك رهنها وهذا منصوص الشافعي وما كان فيها من بنائها فحكمه حكمها ، وما كان فيها من غير ترابها أو الشجر المجدد فيها إن أفرد به بالبيع والرهن فهل يصح ؟ على روايتين نص عليهما في البيع (احدهما) يصح لانه تعلق (والثانية) لا يجوز لانه تابع لما لا يجوز بيعه ولا رهنه فهو كاساسات الحيطان ، وإن رهنه مع الارض بطل في الارض ، وهل يجوز في الاشجار والبناء على الرواية التي يجوز رهنها منفردة ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصنفين وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه (فصل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لا يصح لانه مجهول ، وان لم يقل بما فيها صح رهنها للعالم بها الا أن يكون ذلك بمالا قيمة له كالجراب الخلق ونحوه . ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وفي الجملة

(فصل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه ، فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لم يصح للجحالة وإن لم يقل بما فيها صح للعالم بها ، ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وقال أبو حنيفة يصح لانه يصح بيعه عنده بشرط الخيار له وقد ذكر في البيع وفي الجملة أنه يعتبر للعالم في الرهن ما يعتبر في البيع ، وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن الآبق ولا الشارد ولا غير مملوك لانه لا يصح بيعه

(فصل) فأما سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين فظاهر المذهب أنه لا يجوز رهنها لانه لا يجوز بيعها وهذا منصوص الشافعي وحكم بنائها حكمها ، فان كان فيها من غير ترابها أو الشجر المنجدد فيها فانه يصح افراده بالبيع والرهن في احدي الروايتين نص عليهما في البيع لانه تعلق (والثانية) لا يجوز لانه تابع لما لا يجوز رهنه فهو كاساسات الحيطان ، وان رهنه مع الارض بطل في الارض ، وهل يجوز في الاشجار والبناء إذا قلنا بجواز رهنها منفردة ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصنفين وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

أنه يعتبر للعالم في الرهن ما يعتبر في البيع وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن الآبق ولا الجمل الشارد ولا غير مملوك

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يمتدده مفصوباً فبان ملكه مثل ان رهن عبد أبيه فبان أن أباه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث أو وكل إنسانا يشتري له عبداً من سيده ثم ان الموكل باع العبد أو رهنه يمتدده لسيدة الاول فبان ان تصرفه بعد شراء الوكيل له ونحو ذلك صح تصرفه لانه تصرف صدر من اهله وصادف ملكه فصح كما لو علم ويحتمل ان لا يصح لانه اعتدده باطلا

(فصل) ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح إلا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح تصرفه ويطلق خياره ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وكذلك يعمه وتصرفاته. ولو أفلس المشتري فرهن البائت عين ماله التي له الرجوع فيها لم يصح لانه رهن مالا يملكه وكذلك لو رهن الاب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لم يصح لما ذكرناه وللشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان له استرجاع العين فتصرفه فيها يدل على رجوعه فيها. ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير اذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الأولى الى محل يحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل لانه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فلم يصح كما لو كان مجهولاً حين العقد وكما لو رهنه اياها بعد اشتباهاها، فان شرط قطع الاولى اذا خيف اختلاطها بالثانية صح، فان كان الحمل المرهون بحق حال وكانت الثمرة الثانية تتميز من

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يمتدده مفصوباً فبان ملكه نحو أن يرهن عبداً فبين أنه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث، أو وكل إنسانا يشتري له عبداً فباعه الموكل، أو رهنه يمتدده لسيدة الاول وكان تصرفه بعد شراء وكيله ونحو ذلك صح تصرفه لانه صادف ملكاً فصح كما لو علم، ويحتمل أن لا يصح لانه اعتدده باطلا

(فصل) ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح إلا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح ويطلق خياره. ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي، ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها قبل الرجوع لم يصح لانه رهن مالا يملكه، وكذلك رهن الاب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لما ذكرناه، وفيه وجه لاصحاب الشافعي أنه يصح لان له استرجاع العين وتصرفه فيها يدل على الرجوع. ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير اذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الحمل الاول الى محل يحدث الحمل الثاني على وجه لا يتميز لم يصح لانه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فأشبه ما لو كان مجهولاً حين العقد، وإن شرط قطع الحمل الاول إذا خيف اختلاطه بالثاني صح، وإن كان الحمل المرهون بحق حال أو كان الثاني يتميز عن الاول إذا حدث فالرهن صحيح، فان وقع التواني في قطع الحمل الاول حتى اختلط بالثاني وتمذر التمييز لم يبطل الرهن لانه وقع صحيحاً وقد اختلط بنيره على وجه لا يمكن فصله فعلى هذا ان سمح الراهن بكون الثمرة رهنها كلها أو اتفقاً

الاولى اذا حدثت فالرهن صحيح ، فان وقع التواني في قطع الاولى حتى اختلطت بالثانية وتعذر التمييز لم يطل الرهن لانه وقع صحيحاً ، وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصاه . فملى هذا إن سمح الراهن بكون الثمرة رهناً أو انفقا على قدر المرهون منهما فحسن ، وإن اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك الى حلول الحق ، وإن رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة

(فصل) ولو رهن المكاتب من يثق عليه لم يصح لانه لا يملك بيعه وأجازة أبو حنيفة لانهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يثق على السيد لم يصح لان مافي يده ملك لسيدته فقد صار حراً بشرائه إياه

(فصل) ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحدا الوجهين ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح اذا كان على الميت دين يستغرق التركة لانه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون على قدر المرهون منهما فحسن ، وإن اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك إلى حلول الحق ، وإن رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة

(فصل) ولو رهن المكاتب من يثق عليه لم يصح لانه لا يملك بيعه وأجازة أبو حنيفة لانهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يثق على السيد لم يصح لان ما في يده لسيدته فقد صار حراً بشرائه

(فصل) ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحدا الوجهين . وفيه وجه أنه لا يصح ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح إذا كان الدين يستغرق التركة لانه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون . ولنا أنه تصرف صادق ملكه ولم يعلق به حقاً فصح كما لو رهن المرتد وفارق المرهون فان الحق تعلق باختياره وفي مسئلتنا تعلق بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق يثبت من غير إثباته كالزكاة والحجاية فانه لا يمنع رهنه ، فاذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله ، وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لان حقهم سابق والحكم فيه كالحكم في الجانبين ، وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بسبب ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل ان وقع انسان أو هيمة في بئر حفرها في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ ، فان قضى الحق من غيره نفذ والافسخ البيع والرهن وعلى الوجه الاخر لا يصح تصرفه والله أعلم

(فصل) ولا يصح الرهن والارتهان الا من جائز الامر وهو المكلف الرشيد غير المحجور عليه لصغر او سفه او فليس لانه نوع تصرف في المال فلم يصح من غير اذن من المحجور عليه كالبيع ويعتبر ذلك في حال رهنه واقباضه لان العقد والتسليم ليس بواجب وانما هو الى اختيار الراهن ، فاذا لم

ولما أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقاً فصح كما لو رهن المرتد وفارق الرهون لأن الحق تعلق به باختياره فأما في مسألتنا فالحق تعلق به بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق ثبت من غير اثباته كالزكاة والجنابة فلا يمنع رهنه فاذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله . وان لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لأن حقهم أسبق والحكم فيه كالحكم في الجاني وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت ببيع ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل أن وقع انسان أو بهيمة في بئر حفره في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ فان قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن

(فصل) قال القاضي لا يصح رهن العبد المسلم لكافر ، واختار أبو الخطاب صحة رهنه اذا شرطاً كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم اذا امتنع مالكة وهذا أولى لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر

﴿مسئلة﴾ قال (وانما قبض الرهن من تشارطاً أن يكون على يديه صار مقبوضاً)

وجملته أن المتراهنين اذا شرطاً كون الرهن على يدي رجل رضيا به واتفقا عليه جاز وكان

يكن له اختيار صحيح لم يصح منه كالبيع ، فان جن احد المتراهنين قبل القبض او مات لم يبطل الرهن لانه عقد يؤول الى اللزوم فلم يبطل بجنون احد المتعاقدين او موته تالبيع في مدة الخيار . ويقوم ولي المجنون مقامه فان كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقييض مثل ان يكون شرطاً في بيع يستتر بفسخه ونحوه اقبضه . وان كان الحظ في قبضه لم يجز له تقييضه ، وان كان المجنون المرهّن قبضه وليه فاذا مات قام وارثه مقامه في القبض فان مات الراهن لم يلزم ورثته تقييضه لانهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك ، فان لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فللورثة تقييض الرهن ، وان كان عليه دين سواء فظاهر المذهب انه ليس للوارث تخصيص المرهّن بالرهن نص عليه في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي ، وذكر القاضي فيه رواية اخرى ان لهم ذلك اخذاً مما نقل ابن منصور وابو طالب عن احمد انه قال : اذا مات الراهن او افلس فالمرهّن احق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت او قبله . قال شيخنا : وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد لانه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضاف جداً لندرتها فكيف يعارض بها الخاص ، لكن يجوز ان يكون هذا الحكم مبنياً على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقييضه على الراهن فكذلك على وارثه ويختص ذلك بغير المكيل والموزون وأما ما يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقييضه لان الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم كما لو افلس الراهن إذا قلنا إن للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من أموالهم ، فان قيل فما الفائدة في القول بصحة الرهن إذا لم يختص المرهّن به ؟ قلنا فائده أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه اليه قيم الرهن ، وسواء فيما ذكرنا ما بعد الاذن في القبض وقبله لان الاذن يبطل بالجنون والموت والاعماء والحجر

(فصل) ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه لان فيه تخصيصاً للمرهّن

بسنة وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على

وكيلا للمرتهن نائباً عنه في القبض فمضى قبضه صح قبضه في قول جماعة الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن دينار والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحكم والحارث العملي وقتادة وابن أبي ليلى لا يكون مقبوضاً بذلك لان القبض من تمام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالايجاب والقبول . ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض ، وفارق القبول لان الايجاب اذا كان لشخص كان القبول منه لانه يخاطب به ولو وكل في الايجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضاً وما ذكره ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه ، إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يجعل الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائر التصرف مسلماً كان أو كافراً عدلاً أو فاسقاً ذكراً أو أنثى ولا يجوز أن يكون صبياً لانه غير جائز التصرف مطلقاً فان فعلاً كان قبضه وعدم القبض واحداً ، ولا عبداً بغير إذن سيده لان منافع العبد أسيدته فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذن فان أذن له السيد جاز وأما المكاتب فان كان بجعل جاز لان له الكسب وبذل منافعه بغير إذن السيد وإن كان بغير جعل لم يجز لانه ليس له التبرع بمنافعه

(فصل) فان جعل الرهن في يد عدلين جاز ولهما إمساكه ولا يجوز لاحدهما الانفراد بحفظه .

ما أسلفنا ، وان أغمى عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لاحد تقييضه لان المعنى عليه لا تثبت عليه الولاية ، وإذا أغمى على المرتهن لم يكن لاحد أن يقوم مقامه في قبض الرهن وانتظر إفاقته ، وإن خرس وكانت له كتابة مفهومة أو اشارة معلومة فحكه حكم المتكلمين ، وإن لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يجز القبض ، وإن كان أحد هؤلاء قد أذن في القبض فحكه حكم من لم يأذن لان اذنه يبطل بما عرض لهم

(مسئلة) (ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في لزوم)

لا يلزم الرهن الا بالقبض ويكون قبل القبض رهنا جائزاً يجوز للراهن فسخه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وسواء في ذلك المسكيل والموزون وغيره ، وقال بعض أصحابنا في غير المسكيل والموزون رواية أخرى أنه يلزم بمجرد العقد كاليبيع وقد نص عليه أحمد في رواية الميموني ، وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لانه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كاليبيع ووجه الاولى قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وصفها بكونها مقبوضة ، ولانه عقد ارفاق يفتقر الى القبول فافتقر الى القبض كالقرض ولانه رهن لم يقبض فلا يلزم قبضه كما لو مات الراهن ، فعلى هذا إن تصرف الراهن فيه قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق ، أو جعله صداقاً أو رهناً ثانياً بطل الرهن الاوّل سواء قبض الهبة والبيع والرهن الثاني أو لم يقبضه لانه أخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصد ذلك ، وان دبره أو آجره أو زوج الامة لم يبطل الرهن لان هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولانه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه ، وان كاتب العبد الرهن اثني على صحة رهن المكاتب ، فان قلنا يجوز رهنه لم يبطل الرهن كالتدبير ، وان قلنا لا يجوز بطل الرهن كما لو أعتقه

(فصل) فان قلنا إن ابتداء القبض شرط في لزوم الرهن فاستدامة القبض شرط لانها احدى حالي

الرهن فأشبهت الابتداء ، وان قلنا إن الابتداء ليس بشرط في لزوم الرهن فكذلك الاستدامة

(مسئلة) (فان أخرجه المرتهن الى الراهن باختياره زال لزوم الرهن)

وإن سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لأنه القدر الذي تعدى فيه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وفي الآخر إذا رضي أحدهما بأمسك الآخر جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة إن كان مما ينقسم اقتسامه وإلا فلكل واحد منها أمسك جميعه لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليها فحمل الأمر على أن لكل واحد منها الحفظ ، ولنا أن المترهنين لم يرضيا إلا بحفظها فلم يجوز لأحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقولهم إن الاجتماع على الحفظ يشق ليس كذلك فإنه يمكن جعله في مخزن لكل واحد منها عليه قفل

(فصل) وما دام العدل بحاله لم يتغير عن الأمانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لأحدهما ولا للآخر أن ينقل الرهن عن يده لأنهما رضيا به في الابتداء وإن اتفقا على نقله جازلان الحق لهما لم يعدها . وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للآخر أن ينقله عن يده ، وإن تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف عن الحفظ أو حدثت عداوة بينه وبين أحدهما فلمن طلب نقله عن يده ذلك ويضمانه في يد من يتفقان عليه فإن اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما يظهر له ، وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل . وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن

وبقي المقدم كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه باجارة أو اعادة أو إيداع أو غير ذلك ، فإذا عاد فرده إليه عاد لزوم بحكم العقد السابق لأنه أقبضه باختياره فلزم به كالأول قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا رهن داراً ثم أكرها صاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت إليه صارت رهناً ، وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبيئها إليه لتخبر لهم فبيئها فوطئها انتقلت من الرهن فإن لم يكن ووطئها فلا شيء . قال أبو بكر : لا تكون رهناً في تلك الحال ، فإذا ردها رجعت إلى الرهن ومن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة وهذا التفريع على القول الصحيح ، فأما على قول من قال ابتداء القبض ليس بشرط فأولى أن يقول الاستدامة غير مشروطة لأن كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدامة ، وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطاً لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم تشترط استدامته كالهبة

ولنا قول الله تعالى (فرهان مقوضة) ولأنها إحدى حالتها الرهن فكان القبض فيه شرطاً كالأبتداء ويفارق الهبة فإن القبض في ابتدائها يثبت الملك فإذا ثبت استثنى عن القبض ثانياً والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء الدين من ثمنه ، فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه وإن أزيات يد المرتهن فيمحق كالفصب والسرقة أو إباح العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن لأن يده ثابتة حكماً فكانها لم تنزل (مسئلة) ولو رهنه عصيراً فتخمر زال لزومه ، فإن تخال عاده لزومه بحكم العقد السابق

يصح رهن العصبر لأنه يصح بيعه وتعرضه للخروج عن المالمية لا يمنع صحته رهنه كالرهن والجاني فإن صار إلى حال لا يخرج فيها عن المالمية كالحل فهو رهن بحاله ، وإن تخمر زال لزوم العقد ووجب إراقة فان أريق بطل العقد ولا خيار للمرتهن لأن التالف حصل في يده ، فإن عاد خلا عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت إليه وإن استحال خيراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لأنه عقد ضعيف لعدم القبض قاشبه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول

فانكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له . وان مات العدل أو المرهن لم يكن لورثتها امساك الا بتراضيها فان اتفقا على ذلك جاز وان اتفقا على عدل بضمانه على يده فلها ذلك لان الحق لها فيفوض أمره اليها . فان اختلف الراهن والمرهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرهن رفا الامر الى الحاكم ليضمه على بد عدل وإن كان الرهن في يد اثنين مات أحدهما أو تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ أو عداوة بين أحد المتراهنين أقيم مقامه عدل ينضم الى العدل الآخر فيحفظان معاً (فصل) ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله ، وبهذا قال الشافعي لانه أمين متطوع بالحفظ فلا يلزمه المقام عليه فان امتعا أجبرهما الحاكم فان تغيبا نصب الحاكم أمينا يقبضه لهما لان للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه ، ولو دفعه الى الامين من غير امتناعها ضمن وضمن الحاكم لانه لا ولاية له على غير الممتنع وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض وان امتعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن . وان امتع أحدهما لم يمكن له دفعه الى الآخر فان فعل ضمن . والفرق بينهما أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما ، هذا فيما إذا كانا حاضرين فاما إذا كانا غائبين نظرت فان كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه رفعه الى الحاكم

وذكر القاضي أن العصير إذا استحال خيراً بعد القبض بطل الرهن أيضا ، ثم إذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق لانه يعود مملوكا بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن لانه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا قول الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة : هو رهن بحاله لانه كانت له قيمة حال كونه عصيراً ويجوز أن تصير له قيمة فلا يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني ، ولان اليد لم تنزل عنه حكماً بدليل أنه لو غصبه غاصب فتخلل في يده كان ملكا للمغصوب منه ، ولو زالت يده كان ملكا للغاصب كما لو أراقه فجمعه إنسان فتخلل في يده كان له دون من أراقه ، وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى الا أن يقولوا ببقاء الزوم فيه حال كونه خيراً . قال شيخنا : ولم تظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهنا باستحاله خلا وأرى القول ببقائه رهنا أقرب الى الصحة لان العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد ، فان قالوا يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينها فان أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول لزوال الاختلاف في الدين ، فاننا هناك مازالت الزوجية ولا يبطل العقد ، ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد الا بعقد جديد وانما العقد كان موقوفاً مراعى ، فاذا أسلم في العدة تبينا انه لم يبطل وان لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل وهنأ قد جزمتم بطلانه ، وعنه ان القبض واستدامته في المتيين ليس بشرط ويلزم بمجرد العقد كالبيع ، فعلى هذا ان امتنع الراهن من تقيضه أجبر عليه كالبيع ، فان رده المرهن على الراهن بعارية أو غيرها ثم طلبه أجبر الراهن على رده لان الرهن صحيح والقبض واجب فيجبر عليه كيده

(فصل) واذا استعار شيئاً لبرهنه جاز ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنائير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل ان ذلك جائز وينبغي أن يذكر المرهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لان الضرر يختلف بذلك ، فاحتيج الى بيانه كاصل الرهن ومتى شرط شيئاً من ذلك تخالف ورهنه بغيره ام

فقبضه منه أو نصب له عدلاً يقبضه لها فإن لم يجد حاكماً أو دفعه عند نفسه وليس له دفعه إلى ثقة يودعه عنده مع وجود الحاكم فإن فعل ضمن فإن لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة إلى مسافة القصر قبضه الحاكم منه فإن لم يجد حاكماً دفعه إلى عدل وإن كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لأن ما دون مسافة القصر في حكم الإقامة وإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فخكهما حكم الغائبين وليس له دفعه إلى الحاضر منهما وفي جميع هذه الأقسام متى دفعه إلى أحدهما لزمه رده إلى يده وإن لم يفعل فعليه ضمان حق الآخر

(فصل) إذا كان الرهن على يدي عدل وشرط له أن يبيعه عند حلول الحق صح ويصح بيعه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي فإن عزل الراهن العدل عن البيع صح عزله ولم يملك البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا ينزل لأن وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه ، وقال ابن أبي موسى ويتوجه لنا مثل ذلك فإن أحمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن فإنه يشترط ذلك للرتن إيجيبه إليه ثم يعزله والاول هو المنصوص عنه لأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عاينها كسائر الوكالات وكونه من حقوق الراهن لا يمنع من

يصح الرهن لأنه لم يؤذن له فيه أشبه من لم يأذن في أصل الرهن وهذا إجماع حكاه ابن المنذر فإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه صح لأن من أذن في شيء فقد أذن في أقل منه وإن رهنه بأكثر احتمل أن يبطل في الكل لأنه خائب المنصوص عليه فيبطل كما لو قال ارهنه بدنانير فرهنه بدرهم أو بحال فرهنه بمؤجل أو بالعكس فإنه لا يصح وهذا منصوص الشافعي ، واحتمل أن يصح في القدر المأذون فيه ويبطل في الزائد عليه لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فصح فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة ، ويفارق ما ذكرنا من الأصول فإن العقد لم يتناول ما ذونا فيه بحال وكل واحد من هذه الأمور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر فإن الراهن قد يقدر على فكائه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس ، وقد يقدر على فكائه بأحد الثقتين دون الآخر فيفوت الغرض بالخالفه وفي مسائلنا إذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فإن أطلق الأذن في الرهن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي ، والآخر لا يجوز حتى يتبين قدر الذي رهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لأن هذا بمنزلة الضمان لأن منفعة العبد لسيدته والعارية ما أفادت المنفعة إنما حصلت له نفعا بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح

ولنا أنها عارية فلم يشترط لصحتها ذلك كالعارية لغير الرهن والدليل على أنه عارية أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة ، وقولهم أنه ضمان غير صحيح لأن الضمان يثبت في الذمة وهذا يثبت في الرقبة ، ولأن الضمان لازم في حق الضامن وهذا له الرجوع في العبد قبل الرهن والزام المستعير بقائه بعده ، وقولهم أن المنافع للسيد قلنا المنافع مختلفة فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استأمره لحفظ متاع وهو مع ذلك يخطط لسيدته أو يعمل له شيئاً أو استأمره ليخطط له ويحفظ المتاع لسيدته ، فإن قيل لو كان عارية لما صح رهنه لأن العارية لا تلزم والرهن لازم ، قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فإن لصاحب العبد

جوازه كما لو شرط الرهن في البيع فانه لا يصير لازماً وكذلك لو مات الراهن بعد الاذن انقسخت الوكالة وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن بثمنه كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما إن عزله المرتهن فلا ينزل لأن العدل وكيل الراهن إذ الرهن ملكه ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينزل بعزل غيره لكن لا يجوز بيعه بغير إذنه وهكذا لو لم يعزله فحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لأن البيع لحقه فلم يجوز حتى يأذن فيه ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن في ظاهر كلام أحمد لأن الاذن قد وجد مرة فيكفي كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجهاً آخر أنه يحتاج إلى تجديد إذن لأنه يكون له غرض في قضاء الحق من غيره والاول أولى فان الاذن كاف مالم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل ما لو جدد الاذن له ، بخلاف المرتهن فان المبيع يفتقر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو من هذا

(فصل) ولو أتلف الرهن في يد العدل أجنبي فعلى الجاني قيمته يكون رهناً في يده وله المطالبة بها لأنها بدل الرهن وقائمة مقامه وله إمساك الرهن وحفظه فان كان المتراهنان أذنا له في بيع الرهن فقال القاضي قياس المذهب أن له بيع قيمته لأن له بيع تمام الرهن تبعاً للاصل فالقيمة أولى . وقال

المطالبة بفكاك قبل حلول الدين ، ولأن العارية قد تكون لازمة فيما اذا اعاره حائطاً ليني عليه او أرضاً ليزرع فيها مالا يحدد قصيلاً ، ثم هو منقوض بما اذا استعاره ليرهنه بدين موصوف عند رجل معين الى اجل معلوم . إذا ثبت ذلك فانه يصح رهنه بما شاء الى اي وقت شاء لأن الاذن يتناول الكل باطلاقه وللسيد مطالبة الراهن بفكاك حالاً كان او مؤجلاً في محل الحق وقبله لأن العارية لا تلزم ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة او مثلها ان كانت من ذوات الامثال ولا يرجع بما بيعت سواء بيعت بأقل من القيمة او أكثر في احد الوجوهين (والثاني) انها ان بيعت بأقل من قيمتها رجعت بالقيمة لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها ، وان بيعت بأكثر رجعت بما بيعت به لأن العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو اسقط المرتهن حقه عن الراهن رجعت الثمن كله الى صاحبه ، فاذا قضى به دين الراهن رجعت به عليه ، ولا يلزم من ضمان النقص ان لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه فاما ان تلف الرهن فان الراهن يضمه بقيمته سواء اتلف بتفريط او بغير تفريط نص عليه احمد لأن العارية مضمونة

(فصل) وان فك المعير الرهن وأدى الدين الذي عليه باذن الراهن رجعت عليه ، وإن قضاء متبرعاً لم يرجع بشيء ، وان قضاء بغير إذنه محتمسباً بالرجوع فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه ويرجع الرجوع ههنا لأن له المطالبة بفكاك عبده وأداء دينه فكاك ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر ، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته لأنه لا يجربها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وإن قال أذنت لي في رهنه بمشرة ، قال بخمسة فالقول قول المالك لأنه منكر للزيادة ، وهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن كان الدين مؤجلاً فقضاء حالاً باذنه رجعت به حالاً ، وان قضاء بغير إذنه فقال القاضي يرجع به حالاً أيضاً لأن له المطالبة بفكاك عبده في الحال

أصحاب الشافعي ليس له ذلك لأنه متصرف بالأذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وقيمته غيره وللقاضي أن يقول إنه قد أذن له في بيع الرهن والقيمة رهن يثبت لها حكم الاصل من كونه يملك المطالبة بها وإمسائها واستيفاء دينه من ثمنها فكذلك بيعها فان كانت القيمة من جنس الدين وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك ايفاءه من القيمة لانها بدل الرهن من جنس الدين فأشبهت بمن المبيع

(فصل) وإذا أذنا للعدل في البيع وعينا له نقداً لم يجوز له أن يخالفهما ، وإن اختلفا فقال أحدهما بعه بدرام وقال الآخر بدنانير لم يقبل قول واحد منهما لأن لكل واحد منهما فيه حقاً للراهن ملك الدين والمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ورفع الامر الى الحاكم فيأمر من يبيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه وافق قول أحدهما أو لم يوافق لأن الحظ في ذلك والاولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه ، فان كان في البلد نقدان باعه بأغلبهما فان تساويا فقال القاضي يبيع بما يؤديه اجتهاده اليه وهو قول الشافعي لأنه الأخط والغرض تحصيل الحظ فان تساويا باع بحظ

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً لرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح لأن تعيين ما يرهن به ليس شرطاً فكذلك من يرهن عنده ، ولأن رهنه من اثنين أقل ضرراً لأنه ينفك منه بفضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما إذا رهنه عند واحد ، فاذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقتضاء نصفها عن أحد النصيبين لم ينفك من الرهن شيء في أحد الوجهين لأنه عقد واحد من رهن واحد مع مرتين واحد أشبه ما لو كان العبد لواحد (والثاني) ينفك نصف العبد لأن كل واحد منها إن أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهنماً بأكثر منهما كالمالك قال له ارهن نصيبي بخمسين لا تزدد عليها ، فعلى هذا الوجه إن كان المرتهن عالماً بذلك فلا خيار له ، وإن لم يكن عالماً والرهن مشروط في بيع احتمل ان له الخيار لأنه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاتته ذلك ، واحتمل أن لا يكون له خيار لأن الرهن سلم له كله بالدين كله وهو قد دخل على ذلك ، ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه ، وإن قضى نصف دين أحدهما انفك نصيب أحدهما على أحد الوجهين ، وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما

(فصل) ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهنهما عند رجل مطلقاً صح ، فان شرط أحدهما أنني متى قضيت ما علي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر أو في قدر نصيب من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لأنه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لأن في هذا الشرط نقصاً على المرتهن وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن ، فأما ان شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضى جميع الدين فهو فاسد أيضاً لأنه شرط أن يبقى الرهن محبوباً بغير الدين الذي هو رهن به ، لكنه لا ينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن بذلك على وجهين وقد ذكرنا أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض في الصحيح

الدين فان لم يكن فيها جنس الدين عين له الحاكم ما يبيعه به وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء متى خالف لزمه ما يلزم الوكيل الخائف ، وذكروا في البيع نساء رواية أخرى أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لا يفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع ذلك وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجوز له ذلك وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن وكل موضع حكنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع إن كان باقياً فان تضر فللمرتن تضمين من شاء من العدل والمشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهنا فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منهما، وإن استوفى دينه من الرهن رجع الراهن بقيمة على من شاء منهما ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لان العين تلفت في يده ، وإن ضمن العدل رجع على المشتري

(فصل) ومتى قدرا له ثمناً لم يجوز له بيعه بدونه وإن أطلقا فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدراهم والكلام معه في الوكالة فان أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل

(فصل) والقبض في الرهن كالقبض في البيع على ما ذكرناه ، فلو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وللراهن فيها فاش لم يمنع من صحة التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالنمرة في الشجرة ، وكذلك الدابة التي عليها حمل للراهن ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لانه حصل فيها جميعاً فيكون موجوداً في الرهن منها

(فصل) واذا رهنه سهما مشاعاً ما لا يتقل خلى بينه وبينه وان لم يحضر الشريك ، وان كان منقولاً كالجواهر فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها الا برضى الشريك ، فان رضي الشريك تناولها المرتهن ، وان امتنع فرفض الراهن أو المرتهن يرد الشريك جاز وناب عن المرتهن في القبض ، وان تنازع الشريك والمرتهن أقام الحاكم عدلاً تكون في يده لهما ، وان سلمها الراهن الى المرتهن بغير اذن الشريك فتناولها وقلنا استدامة القبض شرط لم يكف هذا التناول ، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لان الرهن حصل في يده والتعدي في غيره لا يمنع صحة القبض كما لو رهنه ثوباً فسلمه اليه مع ثوب غيره فتناولها جميعاً ، ولو رهنه ثوباً فاشبهه عليه بغيره فسلم اليه أحدها لم يثبت القبض لأنه لا يعلم أنه أقبضه الرهن ، فان تبين أنه الرهن صح القبض ، وان سلم اليه الثوبين معا حصل القبض لأنه قد تسلم الرهن يقينا

(فصل) ولو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها لأنه ما كان في الدار فيده عليها فسا حصلت التخلية . ولنا أن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع أشبه ما لو كانا خارجين عنها ، ولا يصح ما ذكره لان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها ، ولأنه بخروجه عنها محقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

(فصل) وان رهنه مالا في يد المرتهن طارية أو ودبعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لانه مالك

بما يتفان الناس به صح ولا ضمان عليه لان ذلك لا يضبط غالباً وإن كان النقص مما لا يتفان الناس به أو باع بأقص مما قررا له صح البيع وضمن النقص كله ذكره أصحابنا، والاولى أنه لا يصح البيع لانه بيع لم يؤذن له فيه فأشبهه ما لو خالف في النقد

(فصل) واذا باع العدل الرهن باذنها وقبض الثمن فتلف في يده من غير تمد فلا ضمان عليه لانه امين فهو كالوكيل ولا نعلم في هذا خلافاً ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك من ضمان المرتهن لان البيع لاجله

ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الامناء وإن ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لانه أمين ويتعذر عليه إقامة البينة على ذلك وإن كلفناه البينة شق عليه وربما أدى الى أن لا يدخل الناس في الامانات فان خافاه في قبض الثمن فقلا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لانه أمين والاخر لا يقبل لان هذا إبراء للمشتري من الثمن فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن، وان خرج المبيع مستحقاً فالهبة على الراهن دون العدل إذا كان قد أعلم المشتري أنه وكيل وكذلك كل وكيل باع مال غيره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة المهدة على الوكيل والكلام معه في الوكالة ، فان علم المشتري

له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده ، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن ههنا بنفس العقد من غير احتياج الى أمر زائد فانه قال اذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يعتبر أمراً زائداً وذلك لان اليد ثابتة والقبض حاصل وانما يتغير الحكم لا غير . ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما أنه لو طوب بالوديعة فجدها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد ، ولو عاد الجاحد فأقرها وقال لصاحبها خذ وديعتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يصير رهننا حتى تمضي مدة يتأني قبضه فيها ، فان كان منقولاً فبمضي مدة يمكن نقله فيها ، وان كان ميكلاً فبمضي مدة يمكن اكتباله فيها ، وان كان غير منقول فبمضي مدة التخلية ، وان كان غائباً عن المرتهن لم يصر مقبوضاً حتى يوفيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لان العقد يفتقر الى القبض ، والقبض انما يحصل بفعله أو بامكانه فيكفي ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض لانه مقبوض حقيقة ، فان تلف قبل مضي مدة يتأني قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ثم هل يفتقر الى الاذن من الراهن في القبض ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يفتقر لانه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير اذن كما لو كان في يد الراهن . واقراراه في يده لا يكفي كما لو أقر المصوب في يد غاصبه مع امكان أخذه منه (والثاني) لا يفتقر لان اقراره في يده بمنزلة اذنه في القبض ، فان أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأني القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها

(فصل) واذا رهنه المضمون على المرهن كالنصوب والعارية والمقبوض على وجه السوم أو في بيع فاسد صح وزال الضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يزول الضمان ويثبت حكم الرهن ، والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لانه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضموناً وهو رهن كما كان فكذلك ابتدأه لانه أحد حالتي الرهن

بعد تلف الثمن في يد العدل رجح على الراهن ولا شيء على العدل ، فان قيل فلم لا يرجع المشتري على العدل لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لانه سلمه اليه على أنه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ، فأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه والا سقط حقه . فان كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لأنهم متساوون في ثبوت حقهم في الذمة فاستووا في قسمة ماله بينهم ، فاما ان خرج مستحقاً بعد مادفع الثمن إلى المرتهن رجح المشتري على المرتهن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرجع على العدل ويرجع العدل على أيهما شاء من الراهن والمرتهن

ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه فاما ان كان المشتري رده ببيع لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ولا على العدل لانه أمين ووكيل ويرجع على الراهن . وان كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل كان المشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن إن أقر بذلك أو قامت به بينة وإن أنكرك ذلك فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل عن اليمين ففضى عليه بالتكول أو ردت اليمين على المشتري تخلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه ، وعلى قول الحنفي القول في حدوث السبب قول المشتري مع يمينه وهو لإحدى الروايتين عن أحمد . فاذا حلف المشتري رجح على العدل ورجع العدل على الراهن وان تلف العبد

ولنا أنه مأذون له في امساكه رهناً لم يتجدد فيه منه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه ، وقولهم لا توافي بينهما ممنوع فان الفاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ويد المرتهن محكمة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد امانة ، ويد الفاصب والمستعير ونحوهما يضمنانه وهذا من متافيان ، ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده إلى مالكه وذلك لان سبب الضمان الفاصب أو العارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصباً ولا مستعيراً ، ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدث سبب يخالف حكمه حكمه ، وأما اذا تعدى في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصباً ولا مستعيراً وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجب فلم يثبت

(فصل) واذا رهنه عينين قتلت احدهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لان العقد كان صحيحاً فيها ، وإنما طرأ انفساخ العقد في احدهما فلم يؤثر في الاخرى كما لو اشترى شيئين فرد أحدهما ببيع أو غيره والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها اذا قلنا ان الرهن لا يلزم الا بالقبض فان كان التلف بعد قبض الاخرى لزم الرهن فيها ، فان كان الرهن مشروطاً في بيع ثبت للبائع الخيار لتمذر الرهن بكاله فان رضي لم يكن له المطالبة ببدل ائتلفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهناً بجميع الثمن ، فان تلفت احدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يثبت للبائع خيار فاذا تلف بعضه كان أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها ، وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه ، فان امتنع من تقييضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تلف الاخرى

(فصل) فاذا رهنه داراً فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالسكينة فان عرصتها وانقضت باقية ويثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطاً في بيع لتعيينها ونقص قيمتها

المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل وزن ثمنه فلمنصوب منه تضميد من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده هذا اذا علم بالنصب وان لم يكن علما فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب ؟ على روايتين

(فصل) فان ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر فقال القاضي وأبو الخطاب يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن وهو مذهب الشافعي لان العدل وكيل الراهن في دفع الدين إلى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك إنما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى أنه سلمه الى صاحب الدين ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في رهوس مسائلها يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في إيجاب الضمان على غيره وهذا مذهب أبي حنيفة لانه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كما دوع يدعي رد الوديعة فعلى هذا إذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت عن المرتهن أنه قبضه ، وعلى القول الاول يخلف المرتهن ويرجع على من شاء منها ، فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقول ظلمي وأخذ مني بغير حق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر . فان رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل ؟ نظرت فان كان دفعه إلى المرتهن بحضرة الراهن أو بيينة فانت أو غابت لم يرجع عليه لانه أمين ولم يفرط في القضاء ، وان دفعه اليه بغير بيينة في غيبة الراهن ففيه روايتان (احدهما) يرجع الراهن عليه لانه مفرط في القضاء بغير بيينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه ،

فان قيل فلم لا يفسخ عقد الرهن كعقد الاجارة ؟ قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى وقد تمدت وعمدت فبطل العقد لعدم المعقود عليه والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصة والانقاض من الحطب والاحجار ومحوها من الرهن لان العقد وارد على جميع الاعيان والانقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

(فصل) ويجوز للمرتهن أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه ، فان وكل المرتهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن قبضاً لان الرهن وثيقة يستوفي الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن ، فاذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة ، وقد ذكرنا في البيع أن المشتري لو دفع الى البائع وعاء وقال كل لي حتى فيه ففعل كان قبضاً فيخرج ههنا مثله

(فصل) اذا أقر الراهن بتقبض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان مقبولا فيما يمكن صدقها فيه فان أقر الراهن بالتقبض ثم أنكر وقال أقررت بذلك ولم أكن أقبضت شيئا أو أقر المرتهن بالتقبض ثم أنكره فالقول قول المقر له فان طلب المنكر يمينه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه يمين لان الاقرار أقوى من البينة ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يجب اليها فكذلك الاقرار (والثاني) يلزمه اليمين ، وهو قول الشافعي وهو أولى لان العادة جاروية بان الانسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فكذلك تسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة بخلاف البينة فانها لا تشهد الا بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن عادلة ، وقال القاضي ان كان المقر غائبا فقال أقررت لان وكلي كتب الي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه وان أقر أنه باشر ذلك بنفسه

ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الحرقى . ومن أمر رجلا أن يدفع إلى رجل مالا وادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر لإبينة (والرواية الثانية) لا يرجع الراهن عليه لأنه أمين في حقه سواء صدقه في القضاء أو كذبه إلا أنه ان كذبه فله عليه اليمين

(فصل) إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم أزال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لان استئمانه زال بذلك فلم يفسد بفعله مع بقاءه في يده بخلاف التي قبلها فانه رده إلى يد نائب مالكها فاشبه ما لوردها إلى مالكها (فصل) وإذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهنه خمرأ لم يصح سواء جعله على يد ذمي أو غيره فان باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بشمنها لزمه قبوله فان أبي قيل له اما أن تقبض واما ان تبريء لان أهل الذمة اذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيحة قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمة معهم الخمر ولوهم بيعها وخذوا من أثمانها . وان جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن لان ذلك البيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يرهن مال من اوصى اليه بمحفظ ماله الا من ثقة)

وجملته ان ولي اليتيم ليس له رهن ماله الا عند ثقة يودع ماله عنده لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيع . قال القاضي ليس لوليه رهن ماله الا بشرطين (أحدهما) أن يكون عند ثقة (الثاني) أن يكون له فيه حظ وهو أن يكون به حاجة الى ثقة أو كدوة أو انفاق على عقاره المتهدم أو أرضه أو بهائمته ونحو ذلك وماله غائب يتوقع وروده أو ثمرة ينتظرها أو له دين مؤجل محل أو متاع كاسد يرجو نفاقه

ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . فاما ان اختلفا في القبض فقال المرتهن قبضته وأنكر الراهن فالقول قول صاحب اليد لانه ان كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل على خلافه وان كان في يد المرتهن فقد وجد القبض لسكونه لا يحصل في يده الا بعد قبضه وان اختلفا في الاذن فقال الراهن : أخذته بغير اذني قال بل بأذنك وهو في يد المرتهن فالقول قوله لان الظاهر معه فان العقد قد وجد ويده تدل على أنه بحق ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن، وهذا مذهب الشافعي ذكر القاضي هذين الوجهين (مسألة) (وتصرف الراهن في الرهن لا يصح الا العتق فانه يصح ويؤخذ منه قيمته فيجعل

رهنًا مكاتبًا وعنه لا ينفذ عتق المعسر)

إذا تصرف الراهن بغير رضى المرتهن بغير العتق كالبيع والهبة والوقف والرهن ونحوه فنصرفه باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن ، وفي الوقف وجه آخر أنه يصح لانه يلزم لحق الله تعالى أشبه العتق . والصحيح الاول لانه تصرف لا يسري الى ملك الغير فلم يصح كالهبة فان أذن فيه صح وبطل الرهن الا ان يأذن في البيع ففيه تفصيل نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس للراهن الاتقاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غيرهما بغير رضى المرتهن ، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول

فيجوز لوليه الاقتراض ورهن ماله ، وإن لم يكن له شيء ينتظره فلاحظ له في الاقتراض فيبيع شيئاً من أصول ماله وبصرفه في نفقته ، وإن لم يجد من يقرضه ووجد من يبيعه نسيئة وكان أحظ من يبع أصوله جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئاً من ماله والوصي والحاكم وأمينه في هذا سواء وكذلك الاب إلا أن للاب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده ، ومن عداه بخلافه على إحدى الروايتين (فصل) فاما أخذ الرهن بمال اليتيم فيكون في بيع أو قرض ، وقد ذكرنا القرض في باب المصراة

وفي البيع ثلاث مسائل (أحدها) أن يبيع ما يساوي مائة نقداً بمائة أو دونها نسيئة ويأخذها رهناً فهذا بيع فاسد لأن يبعه نقداً أحوط وكذلك لو جعل بعض الثمن نسيئة (الثانية) أن يبيعه بمائة نقداً وعشرين نسيئة يأخذها رهناً فهذا جائز لأنه لو باعه بمائة نقداً جاز فإذا زاد عليها فقد زاده خيراً سواء قلت الزيادة أو كثرت (الثالثة) باعه بمائة وعشرين نسيئة وأخذها رهناً فهذا جائز أيضاً ذكره القاضي وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا يجوز لأنه تبرر بماله وبيع النقد أحوط له ولذا أن هذا عادة التجار وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح وهذا من جهاته والتبرير يزول بالرهن (فصل) وحكم المكاتب فيما ذكرنا حكم ولي اليتيم لأن له أن يتصرف فيما في يده فيما له فيه الحظ فاما المأذون فإن دفع له سيده مالا يتجر فيه أو لم يدفع إليه فقال القاضي ليس له التصرف بالنسيئة لأن ديونه تتعلق بذمة السيد فيتضرر بذلك لأن الدين غرر بخلاف المكاتب

(فصل) ولو كان مال اليتيم رهناً فاستعاده الوصي لليتيم جاز ، وإن استعاده لنفسه لم يجز لأنه لا يملك التصرف في مال اليتيم نفسه وعليه الضمان لأنه قبضه على وجه ليس له قبضه ، وإن فكاه بمال اليتيم وأطلق فهو لليتيم وإن فكاه بمال نفسه وأطلق فالظاهر أنه استعاده لنفسه فإن قال استعده لليتيم قبل قوله ، وإن تلف قبل ذلك ضمنه وإن قال استعده لليتيم بعد هلاكه أو هلاك قبضه لم يقبل قوله لا تاحكنا بالضمان ظاهراً فلا يزول بقوله والأولى أن يقبل قوله لأنه أمين وهو اعلم بنيته فيقبل قوله فيها كما قبل التلف

الدين ، وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم . وإن كان الرهن عبداً فله استيفاء منافع غيره وهل له ذلك بنفسه؟ على الخلاف . وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنو على أن المنافع للرهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه وسيأتي الكلام فيه

ولنا أنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالبيع المحبوس عند البائع على قبض ثمنه . إذا ثبت هذا فإن المترهين إن لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع وكانت منافعه معطلة فإن كانت داراً أغلقت وإن كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن فإن اتفقا على إجارة الرهن وإعارته جاز ذلك في ظاهر قول الحرقي لأنه جعل غلة الدار وخدمة العبد من الرهن ولو عطلت منافعهما لم تكن لها غلة . وقال ابن أبي موسى : إن أذن الراهن للمرهن في إعارته أو إجارته صح والإجارة رهن وإن أجره الراهن بأذن المرهن خرج من الرهن في أحد الوجهين ولا يخرج في الآخر كما لو أجره المرهن . وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لها وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقاً ولا يؤجره ، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وقالوا إذا أجر الراهن بأذن المرهن كان إخراج الرهن لأن الرهن يقتضي حبسه عند المرهن أو نائبه على الدوام فمضى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن

(فصل) ولو رهن الوصي أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه أو ولده الكبير صح لأنه لا ولاية له عليه
(فصل) ولو أوصى إلى رجل بقضاء دينه فرهن شيئاً من تركته عند التبريم أو غيره ضمن لأنه لم
يؤذن له في رهنها فضمن كما لو لم يوص إليه بقضاء دينه

(مسئلة) قال (وإذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي)

وجملة ذلك أن حق الوثيقة بتعلق بالرهن جميعه فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا
يفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أو لا يمكن . قال ابن المنذر : أجمع
كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئاً بمال فأدى بعض المال وأراد إخراج بعض
الرهن أن ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك كذلك قال مالك
والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال
جميعه كالضمان والشهادة

(مسئلة) قال (وإذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حراً . ويؤخذ إن كان له

مال بقيمة المعتق فيكون رهناً)

وجملة ذلك أنه ليس للراهن عتق الرهن لأنه يبطل حق المرهن من الوثيقة فإن أعتق نفذ عتقه
موسراً كان أو معسراً نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي
في أحد أقواله إلا أن أبا حنيفة قال يستسعى العبد في قيمته إن كان المعتق معسراً ، وعن أحمد رواية
أخرى لا ينفذ عتق المعسر ذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لأن
عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الأضرار بالمرتهن ولأنه

ولنا أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاءه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا
لا ينافي الانتفاع به ولا إجارته ولا إعارته فجاز اجتماعها كانتفاع المرهن به ولأن تعطيل منفعة تضييع
للإل وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعته ، ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يندفع إجارته كالعبد إذا
ضمن بأذن سيده ، ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس بل مقتضاه تعلق الحق به على وجه يحصل به
الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به . ولو سلمنا بأن مقتضاه الحبس فلا يمنع كون المستأجر نائباً عنه في
امساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه

(فصل) ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته إن احتاج إليها ، فإذا كان ماشية
فاحتاجت إلى أطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة الرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرهن من
غير ضرر وإن كانت نحو لا يمكن للراهن أطراقها بغير رضا المرهن لأنه انتفاع لمصلحة للرهن فيه فهو
كلا استخدام إلا أن يكون يضرر بترك الأطراق فيجوز لأنه كالمداواة له

(فصل) وليس للراهن عتق الرهن لأنه يبطل حق المرهن من الوثيقة وذلك إضرار به فإن فعل
نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي
في أحد أقواله إلا أن أبا حنيفة قال يستسعى العبد في قيمته إن كان المعتق موسراً . وعن أحمد أنه لا ينفذ عتق

عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له من عبد، وقال عطاء والبي وأبو نور لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعي لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع

ولنا انه اعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولان الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالبيع في يد البائع، والعتق يخالف البيع فانه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والابق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعاقبه على الشروط بخلاف البيع، اذا ثبت هذا فانه ان كان موسراً أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهناً لانه أبطل حق الوثيقة بغير اذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو ابطلها اجنبي أو كالمو أتلفه وتكون القيمة رهناً لانها نائبة عن العين وبدل عنها، وان كان معسراً فالقيمة في ذمته فان ايسر قبل حلول الحق أخذت منه القيمة فجعلت رهناً الا ان يختار تعجيل الحق فيفضيه ولا يحتاج الى رهن وان ايسر بمدحلول الحق طولب بالدين خاصة لان ذمته تبرأ به من الحقين معاً، والاعتبار بقيمة العبد حال الاعتاق لانه حال الاتلاف وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسمى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه ايجاب الكسب على العبد ولا يصح له ولا جناية منه والزام الغرم لمن وجد منه الاتلاف أولى كحال اليسار وكسائر الاتلاف

(فصل) وان أعتقه باذن المرتهن فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل حال لان المنع كان لحق المرتهن وقد اذن فيسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق أو معسراً لانه اذن فيما ينافي حقه فاذا

المعسر وذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لان عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الاضرار بالمرتهن ولانه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له في عبد، وقال عطاء والبي وأبو ثور: لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعي لانه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن أشبه البيع

ولنا انه اعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولان الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالبيع في يد البائع والعتق يخالف البيع فانه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والابق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعليقه على الشرط بخلاف البيع. اذا ثبت هذا فان كان موسراً أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهناً لانه أبطل حق الوثيقة بغير اذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو ابطلها اجنبي أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهناً لكونها نائبة عن العين وبدلاً منها وان كان معسراً ففي ذمته فان ايسر قبل حلول الحق أخذت منه فجعلت رهناً الا ان يختار تعجيل الحق فيفضيه ولا يحتاج الى رهن وان ايسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصة لان ذمته تبرأ به من الحقين معاً والاعتبار بقيمة العبد حال العتق لانه وقت الاتلاف وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسمى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه ايجاب الكسب على العبد ولا يصح له ولا جناية منه فكان الزام الغرم للعتق أولى كحال اليسار وكسائر الاتلاف

(فصل) فان أعتقه باذن المرتهن فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل حال لان المنع كان لحق المرتهن وقد اذن ويسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق أو معسراً لانه اذن فيما ينافي حقه فاذا

وجد زال حقه وقد رضي به لرضاه بما ينافيه واذنه فيه فلم يكن له بدل : فان رجوع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه كان كمن لم يأذن وان لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه . وان رجوع بعد العتق لم ينفع رجوعه والقول قول المرتهن مع يمينه لان الاصل عدم الاذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول وورثة المرتهن أيضاً إلا أن أيمانهم على نفي العلم لأنها على فعل الغير ، وان اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وان لم يحلف قضي عليه بالكول

(فصل) وان تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة والوقف والرهن وغيره فتصرفه باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن فان أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن لانه أذن فيما ينافي حقه فيبطل بفعله كالعتق ، وان زوج الام المرهونة لم يصح وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي ، وقال القاضي وجماعة من أصحابنا يصح ، وللمرتهن منع الزوج من وطئها ومهرها رهن معها وهذا مذهب أبي حنيفة لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن الامة المزوجة ولان الرهن لا يزيد الملك فلا يمنع التزويج كالاجارة . ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستعمل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضا المرتهن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فانه يعطل منافع بعضها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليه تمكين زوجها من استمتاعها في الليل ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتريته ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصاً كثيراً وربما منع بيعها بالكلية . وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع

وجد زال حقه وقد رضي به لرضاه بما ينافيه واذنه فيه فلم يكن له بدل فان رجوع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه بطل الاذن وان لم يعلم برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه ، وان رجوع بعد العتق لم ينفعه الرجوع والقول قول المرتهن مع يمينه لان الاصل عدم الاذن ، وان اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول الوارثة أيضاً إلا أن أيمانهم على نفي العلم لأنها على فعل الغير ، وان اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه وان لم يحلف قضي عليه بالكول

﴿مسألة﴾ (وليس عليه تزويج الامة المرهونة فان فعل لم يصح)

وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي . وقال القاضي وجماعة من أصحابنا يصح وللمرتهن منع الزوج من وطئها لحق المرتهن حتى لا يخرج عن يده فيفوت القبض ومهرها رهن معها لانه من ثمنها وبسببها فكان رهنها معها كأجرتها وسائر ثمناتها ، وهذا مذهب أبي حنيفة لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن المزوجة ولان الرهن لا يزيد الملك فلم يمنع التزويج كالاجارة ، ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستعمل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضي المرتهن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فانه يعطل منافع بعضها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليها تمكين زوجها من الاستمتاع بها ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بتريته ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصاً كثيراً وربما منع بيعها بالكلية . وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع يتناول جملتها ، ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها

يتناول حملتها ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها وإنما صح رهن الزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة . ويفارق الرهن الاجارة فان الزويج لا يؤثر في مقصود الاجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها فان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فلا يمكن استيفاء الدين بكامله

(فصل) ولا يجوز للراهن وطه أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه له وطه الأيسة والصغيرة لانه لا ضرر فيه فان علة المنع الخوف من الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج بذلك عن الرهن أو تتعرض للتلف وهذا معدوم فيها . وأهل العلم على خلاف هذا قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطه أمته المرهونة ولأن سائر من يجرم وطؤها لا فرق فيه بين الأيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية، ولأن الذي تجبل فيه يختلف ولا ينحزر فنع من الوطء جملة كما حرم الحمر للسكر وحرّم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف ، وان وطيء فلا حد عليه لانها ملكه وإنما حرمت عليه لعارض كالحرمة والصائمة ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها فأشبه ما لو استخدمها . وان تلف جزء منها أو نقصها مثل أن اقتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف فان شاء جعله رهناً معها وان شاء جعله قضاء من الحق ان لم يكن حل . فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فانه لا فائدة في جعله رهناً ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه

وأما صح رهن الزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع كما يصح رهن المستأجرة . ويفارق الرهن الاجارة فان الزويج لا يؤثر في مقصود الاجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها لان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فيتعذر استيفاء الدين بكامله

(مسألة) (وان وطيء الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهناً)

لا يجوز للراهن وطه أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي له وطه الأيسة والصغيرة لانه لا يكون له ضرر فيه فان علة المنع خوف الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج من الرهن أو تتعرض للتلف ، وهذا معدوم فيها وسائر أهل العلم على خلاف هذا . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطه أمته المرهونة ولأن سائر من يجرم وطؤها لا فرق فيه بين الأيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية ولأن الوقت الذي تجبل فيه يختلف ولا ينحزر فنع من الوطء جملة كما حرم الحمر للسكر وحرّم منه اليسير الذي لا يسكر . لكون السكر يختلف ، فان وطيء فلا حد عليه لانها ملكه وإنما حرمت عليه لعارض كالحرمة والصائمة ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها اذا كانت ثيباً فأشبه ما لو استخدمها وان تلف جزء منها أو نقصها مثل أن اقتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف فان شاء جعله رهناً معها وان شاء جعله قضاء من الحق ان لم يكن حل فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فانه لا فائدة في جعله رهناً ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فيما ذكرناه

(مسألة) قال (وان كانت جارية فأولدها الرهن خرجت أيضاً من الرهن وأخذ

منه قيمتها فيكون رهناً)

وجملته ان الرهن إذا وطئ أمته المرهونة فأولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه ولا فرق بين الموسر والمسر الا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها والمسر يكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق وهذا قول أصحاب الرأي وقول الشافعي هنا كقوله في العتق الا أنه اذا قال له لا ينفذ الاحبال فانما هو في حق المرهن فأما في حق الرهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرهن، ولو حل الحق وهي حامل لم يحز بيعها لانها حامل بحر فاذا ولدت لم يحز بيعها حتى تسقي ولدها اللبأ، فان وجد من يرضعه بيعت والا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين خاصة ويثبت للباقي حكم الاستيلاء فاذا مات الرهن عتق وان رجع هذا المبيع الى الرهن بارت أو بيع أو هبة أو غير ذلك أو يبيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاء، وقال مالك : ان كانت الامة تخرج الى الرهن وتأتبه خرجت من الرهن وان تسور عليها أخذ ولدها وبيعت . ولنا ان هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنفاه في دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء باذن المرهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرهن لانه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وإن لم تحبل فهي رهن بحالها فان قيل إنما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال قلنا : الوطء هو المفضي الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالأذن في سببه إذن فيه فان أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن . وان اختلفا في الاذن فالقول قول من ينكره ،

(فصل) فان أولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته يوم جرحه ولا فرق بين الموسر والمسر الا أن الموسر تؤخذ منه قيمتها والمسر تكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق ، وهذا قول أصحاب الرأي ، وقول الشافعي هنا كقوله في العتق الا أنه اذا قال لا ينفذ الاحبال فانما هو في حق المرهن ، فأما في حق الرهن فهو ثابت فلا يجوز له أن يهبها للمرهن، ولو حل الحق وهي حامل لم يحز بيعها لانها حامل بحر فاذا ولدت لم يحز بيعها حتى تسقي ولدها اللبأ ثم ان وجد من يرضعه بيعت والا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين ويثبت للباقي حكم الاستيلاء فاذا مات الرهن عتق . وان رجع المبيع الى الرهن ببيع أو غيره أو يبيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاء ، وقال مالك ان كانت الامة تخرج الى الرهن وتأتبه خرجت من الرهن وان تسور عليها أخذ ولدها وبيعت .

ولنا أن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنفاه في دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء باذن المرهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرهن لانه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وان لم تحبل فهي رهن بحالها ، فان قيل إنما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال قلنا الوطء هو المفضي الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالأذن في سببه

وان أقر المرتهن بالاذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط (أحدها) أن يعترف المرتهن بالاذن (والثاني) أن يعترف بالوطء (الثالث) أن يعترف بالولادة (والرابع) أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فينبذ لا يلتفت الى انكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لاتنا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع فان أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت أو قال لم تمض مدة تضم فيها الحمل منذوطت أو قال ليس هذا ولدها وإنما استعارته فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو أذن في ضربها فضرها فتلفت فلا ضمان عليه لان ذلك تولد من المأذون فيه

كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة العقد لان الاصل عدم الحمل فان بانت حائلاً أو حاملاً بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله وكذلك ان كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل ان وطئها

اذن فيه ، فان أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول من ينكره وإن أقر المرتهن بالاذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط (أحدها) أن يعترف المرتهن بالاذن (الثاني) أن يعترف بالوطء (الثالث) أن يعترف بالولادة (الرابع) أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فينبذ لا يلتفت الى انكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لاتنا لم نلحقه به بدعواه : بل بالشرع ، فان أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت ، أو قال لم تمض مدة تضم فيها الحمل منذوطت ، أو قال ليس هذا ولدها انما استعارته فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو أذن في ضربها فضرها فتلفت فلا ضمان عليه لان ذلك تولد من المأذون فيه فهو

كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) وإذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة الرهن لان الاصل عدم الحمل ، فان بانت حائلاً أو حاملاً بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله ، وكذلك ان كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل ان وطئها وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانت حاملاً بما تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن وإن كان مشروطاً في يسع لانه دخل مع العلم بانها قد لا تكون رهناً ، فاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمرضى اذا مات والجاني اذا اقتص منه وهذا قول أكثر الشافعية ، وقال بعضهم له الخيار لان الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضياً بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجناية والمرض . ولنا أن اذنه في الوطء اذن فيما يؤول اليه كذلك رضاه به رضياً بما يؤول اليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فانه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتهن لانه أقر بما يفسخ قدماً لازماً لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها ، ويحتمل أن يقبل لانه أقر في ملكه بما لا تهمة

وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانت حاملا بولد تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرهن وان كان مشروطاً في بيع لانه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهناً فاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض إذا مات والجاني إذا اقتص منه وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم له الخيار لان الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضياً بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجنابة والمرض . ولنا أن إذنه في الوطء إذن فيما يؤول اليه كذلك رضاه به رضياً بما يؤول اليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فانه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرهن لانه أقر بما يفسخ عقداً لازماً لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها . ويحتمل ان يقبل لانه أقر في ملكه بما لا تهمه فيه لانه يستتضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن . والاول اصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل وهكذا الحكم فيما إذا أقر بأنه غصبها أو انها كانت جنت جنابة تعلق ارشها برقتها وللشافعي في ذلك قولان ، وان أقر انه اعتقها صح لإقراره وخرجت من الرهن ، وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي في احد قوليه : لا يقبل بناء على انه لا يصح اعتاقه للرهن . ولنا انه لو اعتقه لنفذ عتقه فقبل إقراره بعتقه كبير الرهن ، ولان لإقراره بعتقه يجري مجرى عتقه فأشبهه مالو قال

فيه لانه يستتضر من ذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن والاول اصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل (مسألة) (وإن أذن المرهن في بيع أو هبة أو نحو ذلك صح وبطل الرهن الا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً أو يجعل دينه من ثمنه)

وجملة ذلك أنه متى أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن أو هبته أو وقفه ففعل صح لان المنع كان لحقه فجاز باذنه ويبطل الرهن لان هذا تصرف ينافي الرهن فلا يجتمع مع ما ينافيه الا البيع فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يأذن له في بيعه بعد حلول الحق فيصح ويتعلق حق المرتهن بثمنه ويجب قضاء الدين منه لان مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه (الثاني) أنه يأذن له قبل حلوله لمطلقاً فيبيعه فيبطل الرهن ولا يكون عليه عوضه لانه أذن له فيما ينافي حقه فأشبهه مالو اذن في عتقه وللمالك اخذ ثمنه وبه قال الشافعي . وقال ابو حنيفة وحمد يكون الثمن رهناً لان الراهن باع الرهن باذن المرتهن فوجب ان يثبت حقه فيه كما لو حل الدين . قال الطحاوي : حق المرتهن يتعلق به الرهن والثمن بدله فوجب ان يتعلق به كما لو ائلفه متلف

ولنا انه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن ، فاذا اذن فيه اسقط حقه كالعتق . وبخالف ما بعد الحلول لان المرتهن يستحق البيع . وبخالف الائتلاف لانه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فان قال انما اردت باطلاق الاذن ان يكون ثمنه رهناً لم يقبل قوله لان اطلاق الاذن يقتضي بيعاً يفسخ الرهن ، وبهذا قال الشافعي (الثالث) ان يأذن فيه بشرط ان يجعل ثمنه رهناً مكانه او يجعل له دينه من ثمنه فيجوز ويلزم ذلك لانه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز فكذلك قبله وان اختلفا في الاذن فالقول قول المرتهن لانه منكر ، وان اقر بالاذن واختلفا في شرط جعل ثمنه رهناً او تعجيل دينه منه فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الشرط ، ويحتمل ان يقدم قول المرتهن لان الاصل بقاء الوثيقة

(مسألة) (ونماء الرهن وكسبه وارث الجنابة عليه من الرهن)

انت حر . ويتخرج ان لا ينفذ اقرار المعسر بناء على انه لا ينفذ إعاقه ، وكل موضع قلنا القول قول الراهن فقال القاضي ذلك مع يمينه لان كذبه محتمل ، ويحتمل ان لا يستحلف لانه لو رجم عن اقراره لم يقبل فلا فائدة في استحلافه ، واختلف اصحاب الشافعي في استحلافه على نحو الوجهين . والصحيح عندي انه اذا اقر بالعتق لم يستحلف لان ذلك جرى مجرى قوله أنت حر فلم يحتج إلى يمين كما لو صرح به ، وإن اقر بالنصب والجنابة فانه إن لم يدع ذلك المنصوب منه والجنبي عليه لم يلتفت إلى قول الراهن وجهاً واحداً ، وان ادعيا فاليمين عليهما لان الحق لهما ورجوعهما عنه مقبول فكانت اليمين عليهما كسائر الدعاوى ، وإن اقر باستيلاء أمته فعليه اليمين لان نفعها تائد اليه من حل استماعها وملك خدمتها فكانت اليمين عليه بخلاف ما قبلها . وإن قلنا القول قول المرهن فعليه اليمين بكل حال لانه لو اعترف ثبت الحق في الرهن ويمينه على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير فاذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة اليه وبقي حكمها في حق الراهن بحيث لو عاد اليه الرهن ظهر فيه حكم اقراره وإن أراد الجنبي عليه أو المنصوب منه أن يفرماه في الحال فلهما ذلك لانه منع من استيفاء الجنابة بتصرفه فلزمه أرشها كما لو قتله

وجملة ذلك ان نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالأصل واذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين يبيع مع الاصل ، وسواء في ذلك المتصل كاسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والاجرة والولد والثمر واللبن والصوف والشعر وبنحو هذا قال النخعي والشعبي . وقال الثوري واصحاب الراي يتبع النماء ولا يتبع الكسب لان الكسب لا يتبع في حكم الكتابة والاستيلاء والتدبير فلا يتبع في الرهن كاعتاق مال الراهن . وقال مالك : يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب لانه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه فلا يسرى إلى غيره كحق جنابته حتى قال الشافعي لو رهنه ماشية مخاضا فتنتجت فالتاج لا يدخل في الرهن ، وخالفه أبو ثور وابن المنذر واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه » واءا يكون رهنا كسائر ماله

ولنا أنه حكم يثبت في العين بمقدار المال فيدخل فيه النماء والمنافع كالمالك بالبيع وغيره ، ولان النماء حادث من غير الرهن فيدخل فيه كالمصل ، ولانه حق مستقر في الام ثبت برضى المالك فسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاء . ولنا على مالك أنه نماء حادث من غير الرهن فسرى إليه حكم الرهن كالولد ، وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء ، وأما الحديث فنقول به ، وأن غنمه وكسبه ونماءه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل . والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله ، وأما حق الجنابة فانه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ما ثبت فيه لانه جزاء عدوان فاختص الجاني كالتقصاص ، ولان السراية في الرهن لا تقضي إلى استيفاء أكثر من دينه فلا يكتر الضرر فيه . وأما ارش الجنابة على الرهن فيتعلق بها حق المرهن لانها بدل جزء منه فكانت من الرهن كقيمتها اذا أتلفه انسان وهذا قول الشافعي وغيره

(فصل) واذا ارهن أرضاً أو داراً أو غيرها تبعه في الرهن ما يتبع في البيع ، فان كان في الارض

(فصل) ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعاً لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وليست هذه زرجة ولا ملك يمين ، فإن وطئها علماً بالتحريم فعليه الحد لانه لاشبهة له فيه فإن الرهن استيناق بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ولأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكة لنفسها فالرهن أولى ، فإن ادعى الجهل بالتحريم واحتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالاسلام فلا حد عليه وولده حر لانه وطئها معتقداً لإباحة وطئها فهو كما لو وطئها بظنها أمته وعليه قيمة ولدها يوم الولادة لان اعتقاده الحبل منع انحلاق الولد رقيقاً فقوت رق الولد على سيدها فلزمت قيمته كالغرور بحرية أمة ، وإن لم يحتمل صدقه كالثاني، ببلاد الاسلام مختلطاً بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لانه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل، وولده

شجر فقال رهنتك هذه الارض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن دخل، وإن لم يذكر ذلك فهل يدخل في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع ، وإن رهنه شجر أشمر أو فيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لا تدخل في البيع . وإن لم تكن ظاهرة دخلت ، وقال الشافعي لا تدخل بحال ، وقال أبو حنيفة تدخل بكل حال لان الرهن عنده يصح على الاصل دون الثمرة وقد قصد الى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة

ولنا أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته وإزالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى، وعلى الشافعي انه عقد على الشجر فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كاليسع . ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع ، وكذلك الحمل وسائر ما يتبع في البيع لانه عقد واراد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كاليسع ، ولو كان الرهن داراً فخربت كانت أبقاضها معناها لأنها من اجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها ، ولو رهنه أرضاً فبنت فيها شجر فهو من الرهن سواء بنت بفعل الراهن أو بغير فعله لانه من ثمنائها

(مسألة) (ومؤته على الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه إن كان مخزونا)

مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن، وبهذا قال مالك والشافعي والنعبري واسحاق ، وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرتهن لانه من مؤنة امساكه وارتانته . ولنا قول النبي ﷺ « الرهن من راحته له غنمه وعليه غرمه » رواه الدارقطني وقال اسناد جيد متصل ، ولانه نوع اتفاق فكان على الراهن كالطعام ، ولأن الرهن ملك الراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وإن أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن، وقال أبو حنيفة يكون بقدر الامانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن . وإن احتجج الى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن ، وعند أبي حنيفة هو كأجرة من يرده من اباقه وبني ذلك على أصله في أن يدا المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده ويأتي الكلام على ذلك فيما بعد ، فإن مات العبد كانت مؤنة تجهيزه وتكفينه ودفنه على الراهن لان ذلك تابع لمؤته . فان كل من لزمته مؤنة شخص في حياته لافي مقابلة فمع كانت مؤنة تجهيزه ودفنه عليه كسائر العبيد والاماء والاقارب من الاحرار

(فصل) (وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لانه يحتاج الى أن يستبقها رهنا حتى يحل الحق ،

رقيق للراهن لانه من زنا . ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين أن يكول الوطء باذن الراهن أو بغير إذنه وهذا المنصوص عن الشافعي . وبمقتضى أن لا تجب قيمة الولد مع الاذن في الوطء وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الاذن في الوطء إذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء فحملت منه سقط حقه من الرهن . ولو أذن في قطع أصبح فسرت إلى أخرى لم يضمنها ، ووجه الاول أن وجوب الضمان يمنع انخلاق الولد رقيقاً وسيبه اعتقاد الحل وما حصل ذلك باذنه بخلاف الوطء فان خروجها من الرهن بالحمل الذي الوطء المأذون فيه سبب له ، وأما المهر فان كان الوطء بأذن الراهن فلا مهر له ، وقال أبو حنيفة يجب لانه يجب لها ابتداء فلا يسقط باذن غيرها ، وعن الشافعي كالمذهبين . ولنا أنه أذن في سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ولان المالك أذن في استيفاء المنفعة فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة وإن كان بغير إذنه فالمهر واجب سواء أكرهها أو طاوعته

وإن كان حالاً بيعت ولم يحتج الى تجفيفها ، فان اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل جاز وان اختلفا قدم قول من يستبقها بعينها لان العقد يقتضي ذلك الا ان يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطباً فيباع ويجعل ثمنه رهناً ، وان اتفقا على قطع الثمرة في وقت جاز سواء كان الحق حالاً أو مؤجلاً ، أو كان الاصلح القطع أو الترك لان الحق لا يخرج عنها ، وان اختلفا قدم قول من طلب الاصلح ان كان ذلك قبل حلول الحق ، وان كان الحق حالاً قدم قول من طلب القطع لانه ان كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم اجابته ، وان كان الراهن فهو يطلب بقرينة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غرراً . ذكر القاضي هذان في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ، وبمقتضى أن ينظر في الثمرة فان كانت تقصص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها لان ذلك اتلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقض داره لبيع اقراضها ، ولا على ذبح فرسه لبيع لحمها ، فان كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال لما فيه من اضعاء المال والله أعلم

(فصل) فان كان الرهن ماشية يحتاج الى اطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لانه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونه زيادة لها لا ضرر على المرتهن فيه ، وان احتاجت الى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً لان ذلك يجري مجرى علفها فان اراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر وكان لها في مكانها رعي تماشك به فللمرتهن منعه لان في السفر بها اخراجها عن نظره ويده ، وان اجذب مكانها فلم يجد ما تماشك به فللراهن السفر بها لانها تهلك اذا لم يسافر بها الا انها تكون في يد عدل يرضيان به او ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها ، فان امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لان في بقائها هلاكها وضياع حقه من الرهن ، وان اراد جميعا السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الاصلح فان استواقدم قول المرتهن ، وعند الشافعي يقدم قول الراهن وان كان الاصلح غيره لانه املكها الا أنه يكون مأواها الى يد عدل . ولنا ان اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا في بلد واحد وايهما اراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء اراد نقلها الى مثله او اخصب منه اذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به وان اتفقا على نقلها جاز سواء كان انفع لها اولاً لان الحق لا يخرج عنها

وقال الشافعي لا يجب المهر مع المطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي ولان الحد إذا وجب على المطووعة لم يجب المهر كالحرة

ولنا أن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الامة واذنها كما لو اذنت في قطع يدها ولانه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير إذنه فكان عليه عوضها كما لو اكرهها وكأرش بكارها لو كانت بكراً والحديث مخصوص بالمكرهه على البناء فان الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهه عليه فقال (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن اردن تحصنا) وقولهم لا يجب الحد والمهر قلنا لا يجب المهر لها وفي سئلنا لا يجب لها وإنما يجب لسيدها ويفارق الحرة فان المهر لو وجب لوجب لها وقد اسقطت حقها باذنها وهن المستحق لم يأذن ولان الوجوب في حق الحرة باكرهاها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط باذنه ينبغي ان يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل او غير معتقد له او ادعى

(فصل) وان كان عبداً يحتاج الى ختان والدين حال او اجله قبل برئه منه لانه ينقص منه وفيه ضرر ، وان كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه فله ذلك لانه من الواجبات ويزيد في الثمن ولا يضر بالمرتهن ومؤنة ختانه على الراهن ، وان مرض فاحتاج الى دواء لم يجبر الراهن عليه لانه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة ، وان اراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه لانه مصلحة لها من غير ضرر بواحد منهما ، فان كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فالمرتهن منعه منه لانه لا يأمن تلفه ، وان احتاج الى فصد أو احتاجت الدابة الى توديع ومعناه فتح الودجين ليسيل الدم وهما عرفان غايظان من جانبي شجرة انحر او تبرغ وهو فتح الرهصة فللراهن فعل ذلك ما لم يخف منه ضرر ، وان احتيج الى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز ، وان خيف منه فأبى امتنع منه لم يجبر ، وان كانت به آكلة كان له قطعها لانه يخاف من تركها لامن قطعها ، وان كان به خبيثة فقال اهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن قطعها والا فلا ، وان تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لانه يحدث جرحا فيه لم يترجح احداه ، وان كانت به سلعة او اصعب زائدة لم يملك الراهن قطعها لان قطعها يخاف منه وتركها لا يخاف منه ، وان كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجي نفعه ولا يخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع ، وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه . وقال القاضي : له ذلك بغير اذن المرتهن لان له معالجة ملكه ، وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه ، ولو اراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره ، وان خيف منه الضرر لم يمكن منه لان فيه خطراً بحق غيره

(فصل) فان كان الرهن نخلا فاحتاج الى تأخير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة وما يسقط من ليف او سعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من اجزائه او من ثمائه ، وقال اصحاب الشافعي ليس من الرهن بناءا منهم على ان بناء الرهن ليس منه . ولا يصح ذلك ههنا لان السعف من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول واقتضى البدار وان كان الرهن كرماً فله زباره لانه لمصلحته ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن ، وان كان الشجر

شبهة او لم يدعها لان المهر حق آدمي فلا يسقط بالشبهات ولا تصير هذه الامة ام ولد للمرتهن بحال سواء ملكها بعد الوضع او قبله وسواء حكمتا برق الولد او حرته لانه احبها في غير ملكه
 ﴿مسئلة﴾ قال (واذا جنى العبد المرهون فالجنى عليه أحق برقبته من مرتهنه حتى يستوفي حقه فان اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله)

وجملة ان العبد المرهون إذا جنى على إنسان او على ماله تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمة على حق المرتهن لانعلم في هذا خلافا. وذلك لان الجناية مقدمة على حق المالك والمملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن . فان قيل فحق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك . قلنا حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده ولان حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى فان كانت جنايته موجبة للقصاص فلولي الجناية استيفاءه، فان اقتصر سقط

مزدحما وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك ، وان اراد تحويله كله لم يملك ذلك ، وان قيل هو الاولى لانه قد لا يملك فيفوت الرهن . وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لانه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

(فصل) وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع منها أجبره الحاكم عليها فان لم يفعل اكرت الحاكم من ماله فان لم يكن له مال اكرت من الرهن ، فان بذلها المرتهن متطوعاً لم يرجع بشيء ، وان كان باذن الراهن محتسبا بالرجوع رجع ، فان أنفق باذن الراهن ليكون الرهن رهنا بالنفقة والدين الاول لم يصح ولم يصر رهنا بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الراهن انفق متبرعا وقال المرتهن بل أنفقت محتسبا بالرجوع فالقول قول المرتهن لان الحلاف في نيته وهو أعلم بها وعليه اليمين لان ما قاله الراهن محتمل ، وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها سواء أنفقها محتسبا أو متبرعا

﴿مسئلة﴾ (وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه)

وجملة ذلك أن الرهن إذا تلف في يد المرتهن فان كان تلفه بتعد أو تفریط في حفظه ضمنه لانعلم في ذلك خلافا لانه أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفریطه كالوديعة فاما ان تلف بغير تعد منه ولا تفریط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء والزهري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وروي عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وان كان أكثر من قيمته لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك ان كان تلفه بأمر ظاهر كالملوت والحريق فن ضمان الراهن ، وان ادعى تافه بأمر خفي لم يقبل قوله ويضمن ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمنه المرتهن باقل الامرين من قيمته أو قدر الدين ويروي ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى عطاء أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال « ذهب حقهك » ولانها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها

الرهن كما لو تلف وإن عفا على مال تعلق برقبة العبد وعمار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع، فإن اختار فداءه فبكم يفديه؟ على روايتين (أحدهما) بأقل الأمرين من قيمته أو أرض جنايته لأننا إن كان الأرض أقل فالمجنى عليه لا يستحق أكثر من أرض جنايته، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه (والثانية) يفديه بأرض جنايته بالغا ما بلغ لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتره بأكثر من قيمته فإذا فداءه فهو رهن بحاله لأن حق المرهن قائم لوجود سببه وإنما قدم حق المجنى عليه لقوته، فإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرهن في ركة مفلس إذا أسقط المرهن حقه ظهر حكم الآخر، فإن امتنع قيل للمرهن أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه فان اختار فداءه فبكم يفديه؟ على الروايتين فان فداءه بأذن الراهن رجح به عليه لأنه أدى الحق عنه بأذنه فرجح به كالأمر

من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفي، ولأنه محبوس بدين فكان مضموناً كالبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه.

ولنا ما روى ابن ذؤيب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال « لا يفلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذؤيب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذؤيب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه وباقيه سواء » قال ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة ولأنه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين، ولأنه مقبوض بعقد واحد بفضة أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة، وعلى مالك أن ما لا يضمن به المقار لا يضمن به الذهب كالوديعة فأما حديث عطاء فهو مرسل وقوله بخالفه. قال الدارقطني يرويه اسماعيل بن أمية وكان يذابا وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا، ويحتمل أنه أراد ذهب حقتك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الرهن، والحديث الآخر ان صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه، وأما المستوفي فإنه صار ملكاً للمستوفي وله ماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والمبيع قبل القبض ممنوع إذا ثبت ذلك فإنه لا يسقط بهلاكه شيء من دينه وهو قول الشافعي لأن الدين كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف ولم يوجد ما يسقطه فبقي بحاله

(مسئلة) (وان تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين)

لأن جميعه كان رهناً بجميع الدين، فإذا تلف البعض بقي البعض الآخر رهناً بجميع الدين لأن الاصل بقاء ما كان على ما كان، ولأن الباقي بعض الجملة، وقد كان الجميع رهناً فيكون البعض رهناً لأنه من الجملة

(فصل) (واذا قضاة حقه وبراءه من الدين بقي الرهن أمانة في يد المرهن، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قضاة كان مضموناً وإذا براءه لم يكن مضموناً استحساناً وهذا مناقضة لأن القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه، وعندنا أنه كان أمانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه رده لأنه أمسكه بأذن مالكة ولا يختص بنفسه فهو كالوديعة بخلاف العارية فإنه يختص بنفسها وبخلاف مالو أطارت الريح إلى داره ثوباً فإنه يلزمه رده إلى مالكة لأن مالكة لم بأذن في أمساكه، فاما ان غلبه المالك في

قضى دينه باذنه وإن فداء متبراً لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه، وإن زاد في الفداء على الواجب لم يرجع به وجهاً واحداً، ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل إلا أنه لا يرجع بما فداء به بغير إذنه قولاً واحداً، وإن شرط له الراهن الرجوع رجوع قولاً واحداً وإن قضاء باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر في غير هذا الموضوع فإن فداء وشرط أن يكون رهناً بالفداء مع الدين الأول فقال القاضي يجوز ذلك لأن الجني عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه، والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ولأن أورش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن، ويحتمل أن لا يصح لأن العبد رهن بدين فلا يجوز رهنه ثانياً بدين سواء كما لو رهنه بدين سوى هذا وذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتهن فإن فداء لم يرجع بالفداء، وإن فداء الراهن أو بيع

هذه الحال لزم من هو في يده من المرتهن أو العبد دفعه إليه إذا أمكنه، فإن امتنع صار ضامناً كالمودع إذا امتنع من رد الوديعة بعد طلبها فإن كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينهما طريق مخوف أو باب مغلق لا يمكنه فتحه أو خاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت وقت صلاة أو كان به مرض أو جوع شديد ونحوه فأخر التسليم لذلك لم يضمن لأنه لا تقربط منه شبه المودع

(فصل) وإذا قبض الرهن فوجده مستحقاً لزمه رده على مالكة والرهن باطل من أصله، فإن أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر الضمان عليه وللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك، وإن ضمن الراهن رجوع عليه، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يستقر الضمان عليه أيضاً لأن مال الغير تلف تحت يده العارضية شبه ما لو علم (والثاني) لا ضمان عليه لأنه قبضه على أنه أمانة من غير علمه فهو كالوديعة، فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير (الثالث) للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب لأنه غره فرجع عليه كالمغرور بجرية أمة

(مسئلة) (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضى جميع الدين)

وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أو لا. قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئاً بمال فأدى بعض المال وأراد إخراج بعض الرهن أن ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يرثه من ذلك كذلك قال مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة.

(مسئلة) (وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك في نصيبه)

إذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه ففنى وفي أحدهما خرجت حصته من الرهن لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقد بين فكذا نه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً فإن أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وفاه، وكان الرهن مما لا تنقصه القيمة كالمكيل والموزون فله ذلك، وإن كان مما تنقصه القيمة لم تجب قسمته لأن على المرتهن ضرراً فيها ويقر

في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في أن الرهن من ضمان المرتهن وهذا يأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى، وإذا لم يفد الجاني فيبيع في الجناية التي تستغرق قيمته بطل الرهن وإن لم تستغرقها يبيع منه بقدر أرش الجناية وباقيه رهن إلا أن يتعذر بيع بعضه فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهناً، وقال أبو الخطاب هل يباع منه بقدر الجناية أم يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن إرش جنائته رهناً؟ تلى وجبهين

(فصل) وإن كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين (أحدهما) أن تكون الجناية غير موجبة للقود كجناية الخطأ أو شبه العمد أو اتلاف مال فيكون هدرأ لأن العبد مال لسيده فلا يثبت له مال في ماله (الثاني) أن تكون موجبة للقود فلا يخلو من أن تكون على النفس أو على ماديها فان كانت على ماديها فالحق للسيد فان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا وكذلك

في يد المرتهن بعضه رهن وبعضه ودية، وقال أبو الخطاب فيمن رهن عبده عند رجلين فوفى أحدهما يبقى جميعه رهناً عند الآخر حتى يوفيه، وكلامه محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً إذ لا يجوز أن يقال أنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهناً

(مسئلة) (وإن رهنه رجلان شيئاً فوفاه أحدهما انفك في نصيبه)

لما ذكرنا وقد قال أحمد في رواية مهنا في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على ألف فقضاه أحدهما ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقي وهذا من كلام أحمد محمول أيضاً على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً عند الآخر لأنه إنما رهنه نصفها (فصل) ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف فهذه أربعة عقود ويصير كل ربيع من العبد رهناً

بمائتين وخمسين فتى قضاها من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر ذكره القاضي وهو الصحيح (مسئلة) (وإذا حل الدين وامتنع من وفائه فإن كان الراهن اذن للمرتهن أو العدل في بيع الرهن باعه ووفى الدين والا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو يبيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه)

وجملة ذلك أنه إذا حل الدين لزم الإيفاء لأنه دين حال فلزم إيفاءه كالذي لا رهن به فإن لم يوفى وكان قد اذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه لأن هذا هو المقصود من الرهن وقد باعه باذن صاحبه في قضاء دينه فصح كما في غير الرهن وما فضل من ثمنه فهو للمالك وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن وإن لم يكن اذن لهما في بيعه أو كان قد اذن لهما ثم عزها طولب بالوفاء أو يبيع الرهن فإن أبى فعلى الحاكم ما يرى من حبسه أو تعزيره ليبيعه أو يبيعه الحاكم بنفسه أو نائبه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير إذنه. ولنا أنه حق تعين عليه فإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالإيفاء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن شرط في الرهن جعله على يد عدل صح وقام قبضه

بقام قبض المرتهن)

ان عفا على غير مال ، وان احب ان يقتص فله ذلك لان السيد لا يملك الحناية على عبده فيثبت له ذلك بحنائه عليه ولان القصاص يجب الزجر والحاجة تدعو إلى زجره عن سيده فان اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه وقضاء عن الدين لانه يخرج عن كونه رهناً باختياره فكان عليه بدله كما لو اعتهقه ، وان كانت الحناية على النفس فلورثة استيفاء القصاص وليس لهم العفو على مال و ذكر القاضي وجهاً آخر ان لهم ذلك لان الحناية حصلت في ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على اجنبي ، وللشافعي قولان كالمذهبين فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت تغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجيهن ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرناه

(فصل) ان جنى العبد المرهون على عبد سيده لم يخل من حالين (احدهما) ان لا يكون مرهوناً فحكمه حكم الحناية على طرف سيده له القصاص ان كانت حنائه وجبة له وان عفا على مال او غيره

وجملة ذلك أن المتراهنين إذا شرطاً كون الرهن على يدي رجل رضىاه واتفقا عليه جاز وكان وكلا للمرهن نائبا عنه في القبض فتى قبضه صح قبضه وقام مقام قبض المرهن في قول أكثر الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن دينار ومالك والثوري وابن المبارك والشافعي واسحاق وأبو نون وأصحاب الرأي وقال الحكم والحارث المكي وقتادة وابن أبي ليلى لا يكون مقبوضاً بذلك لان القبض من تمام العقد فتعلق بالمتعاقدين كالايجاب والقبول

ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض وفارق القبول لان الايجاب إذا كان لشخص كان القبول منه لأنه مخاطب به ولو وكل في الايجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضاً وما ذكره ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه . إذا ثبت هذا فانه يجوز أن يجمل الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائر التصرف مساماً كان أو كافراً عدلاً أو فاسقاً ذكراً أو انثى ولا يكون صيباً لانه غير جائز التصرف مطلقاً فان فعلا كان قبضه وعدم القبض واحداً ولا عبداً بغير اذن سيده لان منافع العبد لسيدة فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير اذنه فان اذن له السيد جاز . وأما المكاتب فيجوز بجعل لان له الكسب وبذل منفعه بغير اذن السيد ولا يجوز بغير جعل لانه ليس له التبرع بمنفعه .

(مسئلة) (فان شرط جعله في يد اثنين فليس لاحدهما الاقتراد بحفظه)

لان المتراهنين لم يرضيا الا بحفظهما معاً فلم يجز لاحدهما الاقتراد به كالوصين فان سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لانه القدر الذي تعدى فيه وهذا أحد الوجيهن لاصحاب الشافعي ، وفي الآخر إذا رضي أحدهما بامساك الآخر جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة إن كان مما ينقسم اقتسامه والا فلكل واحد منها امساك جميعه لان اجتماعها على حفظه يشق عليها فحمل الامر على أن لكل واحد منها الحفظ

ولنا أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معاً فلم يجز لاحدهما الاقتراد بذلك كالوصيين ولا يجوز لاحدهما الاقتراد بالتصرف . قولهم ان الاجتماع على الحفظ بشق ممنوع لامكان جعله في مخزن عليه لكل واحد منهما قفل

(مسئلة) (وليس للراهن ولا للمرهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يدا عدل الا ان يتغير حاله)

أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدرأً وسواء كان المجني عليه قنأً أو مدبراً أو أم ولد (الحال الثاني) أن يكون رهناً فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو عند غيره فإن كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص فإن اقتصر بطل الرهن في المجني عليه وعليه قيمته للمقتصر منه فإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكانا رهناً بحق واحد فجأيته هدر لأن الحق يتعلق بكل واحد منهما فإذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقاً بالآخر، وإن كان كل واحد منهما مرهوناً بحق مفرد ففيه أربع مسائل (إحداها) أن يكون الحقتان سواء وقيمتها سواء فتكون الجناية هدرأً سواء كان الحقتان من جنسين مثل أن يكون أحدهما مائة دينار والآخر بألف درهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لانه لا فائدة في اعتبار الجناية (المسئلة الثانية) أن يختلف الحقتان وتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة. فإن

وجملة ذلك أن العدل مادام بحاله لم يتغير عن الامانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن يده لانهما رضيا به في الابتداء وان اتفقا على نقله جاز لان الحق لهما لم يعدهما وكذلك لو كان الرهن في يد المرهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده، فإن تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف أو حدثت عداوة بينه وبينها أو بينه وبين أحدهما فمن طلب نقله عن يده له ذلك ويضمانه في يد من اتفقا عليه. فإن اختلفا وضعه الحاكم عند عدل وان اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما ظهر له، وهكذا لو كان في يد المرهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده الى الحاكم ليضعه في يد عدل، واذا ادعى الراهن تغير حال المرهن فأنكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له. فإن مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما امساكه الا برضاها فان اتفقا عليه جاز، وان اتفقا على عدل يضمنانه عنده فلها ذلك لان الحق لهما فيفوض أمره اليها. وان اختلف الراهن والمرهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرهن رفعا الامر الى الحاكم ليضعه على يد عدل فإن كان الرهن في يد اثنين مات أحدهما أو تغيرت حاله بفسخ أو ضعف عن الحفظ أو عداوة اقيم مقامه عدل يضم الى العدل الآخر فيحفظان معا

﴿مسئلة﴾ (وله رده اليها ولا يملك رده الى احدهما فان فعل فعليه رده الى يده فان لم يفعل

ضمن حق الآخر)

وجملة ذلك ان العدل متى أراد رده عليها فله ذلك وعليها قبوله لانه أمين متطوع بالحفظ فلم يلزمه المقام عليه فان امتنع أجبرها الحاكم فان تعنيا نصب الحاكم أمينا يقبضه لها لان للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه فان دفعه إلى أمين من غير امتناعها ضمن الامين وضمن الحاكم لانه لا ولاية له على غير الممتنع وكذلك لو تركه العدل عند آخر مع وجودها ضمن وضمن القابض فان امتنعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن. وان امتنع أحدهما لم يكن له دفعه الى الآخر فان فعل ضمن. والفرق بينهما ان أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لها هذا فيما اذا كانا حاضرين. فان كانا غائبين نظرت فان كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه دفعه إلى الحاكم فقبضه منه أو نصب له عدلا يقبضه لها. فان لم يجد حاكما أو دعه عند ثقة وليس له ان يودعه عند ثقة مع وجود الحاكم فان فعل ضمن. فان لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة قبضه الحاكم منه فان لم

كان دين القاتل أكثر لم ينقل إلى ذين المقتول لعدم الغرض فيه وإن كان دين المقتول أكثر ينقل إلى القاتل لأن للمرهن غرضاً في ذلك ، وهل يباع القاتل ويجعل قيمته رهناً مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين (أحدهما) لا يباع لأنه لا فائدة فيه (والثاني) يباع لأنه ربما زاد فيه مزايده قبله أكثر من ثمنه فإن عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك (المسئلة الثالثة) أن يتفق الدينان وتختلف القيمان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين، فإن كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله ، وإن كانت قيمة الجاني أكثر يبيع منه بقدر جنايته يكون رهناً بدين الجاني عليه والباقي رهن بدينه . وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين إليه صار مرهوناً بهما ، فإن حل أحد الدينين يبع بكل حال لأنه إن كان دينه المعجل يبع ليستوفي من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر فإن كان المعجل الآخر يبع ليستوفي منه بقدره والباقي رهن بدينه (المسئلة الرابعة)

يجد حاكماً دفعه إلى عدل ، وإن كانت الثغية دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لأنها في حكم الإقامة ، وإن كانا أحدهما حاضراً وحده فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه إلى الحاضر منهما وفي كل موضع قلنا لا يجوز له دفعه إلى أحدهما إذا دفعه إليه لزمه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر لأنه فرط في دفعه إليه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » رواه أبو داود والترمذي والنسائي

(مسئلة) (فإن أذنا له في البيع لم يبع إلا بنقد البلد فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين) وجملة ذلك أنهما إذا أذنا للعدل في البيع ولم يعينا نقداً لم يبع إلا بنقد البلد لأن الحظ فيه فإن كان فيه نقود باع بأغلبها لذلك . فإن تساوا فقال القاضي يبيع بما يؤديه إليه اجتماده وهو قول الشافعي لأنه الاحظ . فإن تساوا يبع بجنس الدين . والذي ذكره شيخنا ان النقود إذا تساوت قدم البيع بجنس الدين على البيع بما يرى فيه الحظ لأنه يمكن القضاء منه . فإن لم يكن فيها جنس الدين وتساوت النقود عنده في الحظ عين الحاكم له ما يبيعه به ، وإن عينا له نقداً لم يجز أن يخالفها لأن الحق لها ، وإن اختلفا لم يقبل قول واحد منهما لأن لكل واحد منهما فيه حقا للراهن ملك الثمن والمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه فعلى هذا يرفع الامر إلى الحاكم فيأمر ببيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو لم يكن وافق قول أحدهما أو لم يوافق لأن الحظ في ذلك ، قال شيخنا والاولى أنه يبيعه بما يرى الحظ فيه . فإن كان في البلد نقود فهو كما لو لم يعينا نقداً وحكمه في البيع حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء ، ومتى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف ، وذكر القاضي رواية في البيع نساء أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لأن البيعه ههنا لا يفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع من ذلك . وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له وإنما الروايتان فيه عند اتقاء القرائن . وكل موضع حكنا يظلمان البيعه وجب رد المبيع إن كان باقياً فإن تعذر فللمرتهن تضمين أيها شاء من العدل أو المشتري بأقل الامرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منها . وإن استوفى دينه من الراهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منها ، ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحدلان

أن يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كان دين المقنول أكثر نقل اليه وإلا فلا ، وأما إن كان المجنى عليه رهناً عندغير مرهن القائل فللسيد القصاص لانه مقدم على حق المرهن . بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتصر بطل الرهن في المجنى عليه لان الجناية عليه لم توجب ما لا يجول رهنا مكانه وعليه قيمة المقص . منه تكون رهناً لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره . وللسيد العفو على مال فتصير الجناية كالجناية الموجبة للمال فيثبت المال في رقة العبد لان السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنائته لحق المرهن فبان يثبت على عبده أولى ، فان كان الارش لا يستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهناً عند مرهن المجنى عليه وباقيه باق عند مرهنه ، وإن لم يمكن بيع بعضه ببيع جميعه وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك رهناً ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجعل رهناً عند الآخر

العين تلفت في يده ، وان ضمن العدل رجح على المشتري

(فصل) ومتى قدر له ثمن لم يجز بيعه بدونه وان أطلق فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدرهم والسكلام معه في الوكالة : فان أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل مما يتعابن الناس به صح ولا ضمان عليه لان ذلك لا يضبط غالباً وان كان القصد أكثر من ذلك أو باع بأقل مما قدر له لم يصح البيع لانه يبيع لم يؤذن فيه فلم يصح كما لو خاف في التقذاختاره شيخنا ، وقال اصحابنا يصح ويضمن النقص كله

(مسئلة) (وان قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن)

إذا باع العدل الرهن باذنها وقبض الثمن فتلف في يده من غير تفريط فلا ضمان عليه لانه أمين فهو كالوكيل ولا نعلم في ذلك خلافاً لو يكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : يكون من ضمان المرهن لان البيع لاجله ، ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمان . وان ادعى التلف فاقول قوله مع يمينه لانه أمين ويتعذر عليه اقامة البينة على ذلك فان كلفناه البينة شق عليه وربما أدى إلى أن لا يدخل الناس في الامانات ، فان خلفاه في قبض الثمن فقلنا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله لانه أمين (والآخر) لا يقبل لان هذا ابراء للمشتري من الثمن فلم يقبل قوله كما لو أبرأه من غير الثمن

(مسئلة) (وان استحق المبيع رجح المشتري على الراهن)

إذا خرج المبيع مستحقاً فالعهدة على الراهن دون العدل اذا علم المشتري انه وكيل وهكذا كل وكيل باع مال غيره ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : العهدة على الوكيل والسكلام معه يأتي في الوكالة . فان علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل رجح على الراهن ولا شيء على العدل . فان قيل لم لا يرجح المشتري على العدل لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لانه سلمه اليه على انه أمين في قبضه يسلمه إلى المرهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ، وأما المرهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه ، فان كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرهن والمشتري أسوة الغرماء لانهم تساوا في ثبوت حقوقهم في الذمة فاستووا في قسم ماله بينهم ، فأما

ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فيه راغب بأكثر من ثمنه فيفضل من قيمته شيء يكون رهناً عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعي

(فصل) فان كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص ان كانت موجبة له والعمو على مال وغيره ، وان كانت موجبة للمال ابتداءً ثبت فان انتقل ذلك الى السيد بموت المستحق فله مالوروثه من القصاص والعمو على مال لان الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء . وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيدته وله ان يقتص فيما يوجب القصاص ، وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداءً فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الجناية على غيره فاشبهت الجناية على ما دون النفس (والثاني) لا يثبت له مال في عبده ولا له العمو عليه وهو

إن خرج مستحقاً بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وهو قول الشافعي : وقال أبو حنيفة يرجع على العدل ويرجع العدل على من شاء منهما من الراهن والمرتهن

ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بفيرحق فكان رجوعه عليه كالمو قبضه منه ، فان كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ولا على العدل لانه أمين ويرجع على الراهن ، فأما إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري انه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن ان أقر العدل بذلك أو قامت به بينة فان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه ، فان نكل عن اليمين ففضي عليه بالنكول أوردت اليمين على المشتري فحلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه . وعلى قول الحرقي القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه وهو لإحدى الروايتين عن أحمد ، فاذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن ، فان تلف المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقاً قبل وزن ثمنه فللمفصوب منه تضمين من شاء من الفاصب والعدل والمرتهن والمشتري ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده هذا اذا علم بالفصب . وإن لم يكن عالماً فهل يستقر الضمان عليه أو على الفاصب ؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ (وإن ادعى دفع الثمن الى المرتهن فانكر ولم يكن قضاءً بينة ضمن ، وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم في الوكيل)

اذا ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن فانكر ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان العدل وكيل الراهن في دفع الثمن الى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك اما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلاً في قضاء دين فادعى انه سلمه الى صاحب الدين (والثاني) يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في نفي الضمان من غيره ذكره الشريف أبو جعفر وهو مذهب أبي حنيفة لانه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة ، فعلى هذا اذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه . وعلى القول الاول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فان رجع عن العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقول ظلمي وأخذ مني بفيرحق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر ، وان جع على الراهن فهل يرجع

قول أبي ثور لانه حق يثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه ، وأصل الوجهين وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل إلى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء ؟ على وجهين ، وكل موضع يثبت له المال في رقة عبده فانه يقدم على الرهن لانه يثبت للموروث كذلك فينتقل إلى وارثه كذلك ، وان اقتصر في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لانه اذا قدم المال على حق المرهن فالقصاص اولى ولان القصاص يثبت للموروث مقدماً على حق المرهن فكذلك في حق وارثه (فصل) وان كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتعجزه كموت ولده فيما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فان جنى العبد المرهون باذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وانه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير اذنه ، وان كان أعجبياً أو صيباً لا يعلم ذلك فالسيد هو القاتل

الراهن على العدل ؟ ينظر فان كان دفعه الى المرتهن بحضرة الراهن أو بينة فانت أو غابت لم يرجع عليه لانه أمين ولم يفرط في القضاء ، وان دفعه في غيبة الراهن بغير بينة رجح عليه في احدى الروايتين لانه فرط في القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه (والرواية الثانية) لا يرجع الراهن عليه سواء صدقه أو كذبه لانه أمين في حقه الا أنه ان كذبه فله عليه الجمين ، فان كان الراهن أمره بالاشهاد فلم يفعل لزمه الضمان لانه مفرط وهكذا الحكم في الوكيل لانه في معناه

(فصل) اذا غصب المرهن الرهن من العدل ثم رده اليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم ازال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لان استئانه زال بذلك فلم يعد بفعله مع بقاءه في يده بخلاف التي قبلها فانه رد الى يد نائب مالكا أشبه ما لو ردها الى مالكا (فصل) اذا استقرض ذمي من مسلم مالا فرهنه خراً لم يصح سواء جملة في يد ذمي أو غيره فان باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بشمها لزمه قبوله ، فان انى قيل له اما ان تقبض واما ان تبريء لان اهل الذمة اذا تقاضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيح . قال عمر رضي الله عنه في اهل الذمة معهم الحمر : ولو هم يبيعها وخذوا من ايمانها ، وان جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرهن على قبول الثمن لانه يبيع فاسد لا يقران عليه ولا حكر له

(مسألة) وان شرط ان يبيعه المرتهن او العدل صح فان عزلها صح عزله

اذا كان الرهن على يدي عدل فشرط ان يبيعه العدل عند حلول الحق او ان يبيعه المرتهن صح ويصح يبعه لانه شرط فيه مصلحة للمرتهن لا ينافي مقتضى الرهن فصح كما لو شرط صفة فيه ، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي فيما اذا شرط ان يبيعه العدل ، فان شرط ان يبيعه المرتهن ففيه اختلاف يذكر في الشروط في الرهن ، فان عزل الراهن العدل أو المرتهن عن البيع صح ولم يملك البيع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ومالك لا ينزل لان وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن اسقاطه كسائر حقوقه . وقال ابن ابي موسى : ويتوجه لنا مثل ذلك فان احد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن ، فانه شرط ذلك للمرتهن ليحبيه اليه ثم يعزله . والمنصوص الاول لان الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الولايات وكونه من حقوق الرهن لا يمنع جوازها كما لو شرط الراهن في البيع فانه لا يصير لازماً ، وكذلك اذا مات الراهن بعد الاذن

والقصاص والدية متعلقان به لا يباع العبد فيها موسراً كان السيد أو معسراً كما لو باشر السيد القتل وذكر القاضي وجهاً آخر أن العبد يباع اذا كان السيد معسراً لانه باشر الجناية ، والصحيح الاول لان العبد آلة فلو تعلقت الجناية به يبع فيها وان كان السيد موسراً ، وحكم اقرار العبد بالجناية حكم لإقرار العبد غير المرهون على ماضي بيانه في موضعه .

﴿مسئلة﴾ قال (وان جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم في ذلك سيده وما قبض

بسبب ذلك من شيء فهو رهن)

وجملته أنه اذا جني على الرهن فالخصم في ذلك سيده لانه مالكه ، والارش الواجب بالجناية ملكه وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره فان ترك المطالبة

تفسخ الوكالة ، وقياس المذهب انه متى عزله عن البيع وكان الرهن مشروطاً في بيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن عنه كما لو امتنع من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما ان عزله المرتهن لم ينزل لان العدل وكيل الراهن لان الراهن ملكه ، ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينزل بعزل غيره لكن لا يجوز بيعه بغير اذنه وهكذا لو لم يعزله فخل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لان البيع لحقته فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يحتاج الى تجديد اذن من الراهن في ظاهر كلام احمد لان الاذن قد وجد فأكتفي به كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجهاً انه يحتاج الى تجديد اذن لانه قد يكون له غرض في قضاء الحق من غيره . والاول أولى فان الاذن كاف مالم يغير والفرض لا اعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل ما لو جدد الاذن بخلاف المرتهن فان البيع يقتصر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو هذا

(فصل) ولو اتلف الرهن في يد العدل اجنبي فعلى الجاني قيمته تكون رهناً في يده وله المطالبة بها لانها بدل الرهن وقائمة مقامه وله امساك الرهن وحفظه ، فان كان المتراهنان اذنا له في بيع الرهن فقال القاضي قياس المذهب ان له بيع بدله لان له بيع بماء الرهن تبعاً للاصل فالبدل اولى ، وقال اصحاب الشافعي ليس له ذلك لانه متصرف بالاذن فلا يملك بيع مالم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وبدله غيره ، وللقاضي أن يقول انه قد اذن له في بيع الرهن والبدل رهن ثبت له حكم الاصل من كونه يملك المطالبة به وامساكه واستيفاء دينه من ثمنه فكذلك يبعه ، فان كان البدل من جنس الدين وقد اذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك ايفاءه منه لان بدل الرهن من جنس الدين فأشبهه ثمن المبيع

﴿مسئلة﴾ (فان شرط ان لا يبيعه عند الحلول او ان جاءه بحقه في محله والا فالرهن له لم يصح

الشرط وفي صحة الرهن روايتان)

الشروط في الرهان قسمان : صحيح وفاسد فالصحيح مثل ان يشترط كونه على يدي عدل او عدلين او اكثر او ان يبيعه العدل عند حلول الحق ولا تعلم في صحته خلافاً فان شرط ان يبيعه المرتهن صح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يصح لانه وكيل فيما يتنافى فيه النرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير

أو آخرها أو كان غائباً أو له عذر يمنعه منها فلم يرتب المطالبة بها لأن حقه متعلق بوجوبها فكان له الطلب به كما لو كان الجاني سيده ، ثم إن كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لأنه حق له وإنما ثبت ليستوفي ، فإن اقتصر أخذت منه قيمة أقلها قيمة فجعلت ، كانه رهنا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول اسحاق وينتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي لأنه لم يجب بالجناية مال ولا استحق مجال وليس على الراهن أن يسمى للمرتهن في اكتساب مال

ولنا أنه أتلف مالا استحق بسبب أتلاف الرهن فنرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال وهكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون وإنما أوجبنا أقل القيمتين لأن حق المرتهن إنما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين لأن الرهن إن كان أقل لم يجب أكثر من قيمته وإن كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته وإن عفا على مال صح عفوّه ووجب أقل القيمتين

التمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وإنجاز المبيع . ولنا ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كيبيع عين أخرى ، ولأن من جاز أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالمعدل ولا يضر اختلاف الفرضين إذا كان غرض المرتهن مستحقاً له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وإنجاز البيع ، وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماح به كما لو وكل فاسقاً في بيع ماله وقبض ثمنه ، ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه ، ولئن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعاً ومشترياً وموجباً قابلاً وقابضاً من نفسه لنفسه بخلاف مسئلتنا

(فصل) إذا رهنت أمة فشرطاً كونها عند امرأة أو ذي محرم أو كونها في يد المرتهن أو أجنبي على وجه لا يفضي إلى الخلوة بها مثل أن يكون لها زوجات أو سراري ، أو نساء من محارمها معها في دارها جاز لأنه لا يفضي إلى محرم ، وإن لم يكن كذلك فسد الشرط لافضائه إلى الخلوة المحرمة فلا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لأنه لا يعود إلى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم كما لو رهنتها من غير شرط يصح الرهن ويحملها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده ، وإن كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز أيضاً كالامة ، ويحتمل أن لا يصح لأن للامة عرفاً بخلاف العبد ، والأول أصح فإن الامة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد ، وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضاً فاستويا

(القسم الثاني) الشروط الفاسدة وهو أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفي الدين من ثمنه ، أو لا يباع ما خيف تلفه أو يبيع الرهن بائئناً كان ، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمناقاتها مقتضى العقد فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود ، وكذلك إن شرطاً الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازماً في حقه . أو توقيت الرهن أو أن يكون رهناً يوماً ويوماً لا ، أو كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به المرتهن أو كونه مضموناً على المرتهن أو العدل فهذه كلها فاسدة لأن منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها مالا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته ، وعن أحمد إذا شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن أنه يجوز في البيع . قال القاضي : معناه أن يقول بعتك هذا النوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك بخدمني شهراً فيكون بيعاً واجارة فهو صحيح ، وإن اطلق فالشرط باطل لجهالة الثمن ، وقال مالك لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن

لما ذكرنا هذا اذا كان القصاص قتلا ، وان كان جرحا او قلع سن ونحوه فالواجب بالمعنى اقل الامر من أرش الجرح أو قيمة الجاني ، وان عفا مطلقا أو على غير مال انبني ذلك على موجب العمدة ماهو؟ فان قلنا موجبه أحد شيئين ثبت المال وان قلنا موجبه القصاص عينا فحكه حكم ماو اقتص ، ان قلنا ثم تجب قيمته على الراهن وجب ههنا وهو اختيار أبي الخطاب لأنه فوت بدل الرهن بفعله أشبه ماو اقتص ، وان قلنا لا يجب على الراهن شيء ، ثم لم يجب ههنا شيء ، وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه اكتساب مال فلا يجبر عليه ، واما ان كانت الحناية موجبة للعالم أو ثبت المال بالعفو عن الحناية الموجبة للقصاص فانه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويكون من غالب نقد البلد كقيم المتلفات فلو أراد الراهن أن يصالح عنها أو يأخذ حيوانا عنها لم يجز الا باذن المرتهن فان أذن فيه جاز لان الحق لها لا يخرج عنها وما قبض من شيء فهو رهن بدلا عن الاول نائبا عنه وقائماً مقامه فان عفا الراهن عن المال فقال القاضي

إلى أجل في الدور والارضين وكرهه في الحيوان والياب وكرهه في القرض

ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض ، فان شرط شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لان العاقد إنما يبدل ملكه بهذا الشرط ، فاذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه ، وقيل ان شرط الرهن مؤقتاً أو رهنه يوماً ويوماً فاسد الرهن وهل يفسد بسائرهما؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع، ونصر أبو الخطاب في رهوس المسائل صحته ، وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال « لا يعلق الرهن » وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده ، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجها واحداً وما لا فعل وجبهين وهو مذهب الشافعي لان المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن (فصل) وان شرط أنه متى حل الحق ولم توفي فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد ، وروي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لما روى عبدالله بن جعفر قال قال رسول الله ﷺ « لا يعلق الرهن » رواه الاثرم قلت لاحمد ما معنى قوله « لا يعلق الرهن »؟ قال لا يدفع رهنه الى رجل ويقول ان جئتك بالدرهم الى كذا وكذا والا فالرهن لك ، قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يعلق الرهن عند مالك والثوري وأحمد وفي حديث معاوية بن عبدالله بن جعفر أن رجلاً رهن داراً بالمدينة الى أجل مسمى فضى الاجل فقال الذي ارتهن: منزلي فقه ال النبي ﷺ « لا يعلق الرهن » ولانه علق البيع على شرط فانه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح فاذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . وفيه رواية أخرى أنه لا يفسد لما ذكرنا في الشروط الفاسدة، وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رهوس مسائله ، واحتج بالحديث المذكور فبقي غلق الرهن على أصله فدل على صحته ولان الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط ففتح بطلانه أولى أن يرضى به؟ ولنا انه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توقيته وليس في الخبر انه بشرط ذلك في ابتداء العقد

(فصل) وإذا قال الغريم رهنتك عبدي هذا على ان تزيدني في الاجل كان باطلاً لأن الاجل لا يثبت في الدين الا ان يكون مشروطاً في عقد قد وجب به واذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جعله في مقابلته ولان ذلك يضاهاي ربا الجاهلة كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الاجل

يسقط حق الراهن دون حق المرتهن فتؤخذ القيمة تكون رهنا فاذا زال الرهن رجع الارش الى الجاني كما لو اقر أن الرهن مغصوب أو جان ، وان استوفى الدين من الارش احتمال أن يرجع الجاني على الماني لان ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو غصبه أو استماره فرهنه واحتمل أن لا يرجع عليه لانه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان وإنما استوفى بسبب كان منه حال ملكه فأشبهه مالو جنى انسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب يصح العفو مطلقا ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنا لانه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه قال ولا يمكن كونه رهناً مع عدم حق الراهن فيه فلزمته القيمة لتفويته حق المرتهن فأشبهه مالو تلف بدل الرهن ، وقال الشافعي لا يصح العفو أصلاً لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه وكالو وهب الرهن أو غصب مغني عن غاصبه وهذا أصح في النظر ، وان قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لانه ينفع الراهن ولا يضره ، وان قال أسقطت الارش أو أبرأت منه لم يسقط لانه ملك للراهن فلا يسقط باسقاط غيره وهل يسقط حقه فيه وجهان (أحدهما) يسقط وهو قول القاضي لان ذلك يتضمن اسقاط حقه ، فاذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن (والثاني) لا يسقط لان العفو والابراء منه لا يصح فلم يصح ما تضمنه

(فصل) وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء له ، وان كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الارش ولاحق للمرتهن فيه ، فان صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالارش وله قبضه ، فاذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الارش الى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وان استوفى حقه من الارش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لانه مقر له باستحقاقه

(فصل) ولو كان الرهن أمة حاملاً فضر بطنها أجني فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمة ، وإن ألقته حياً ثم مات لوقت بعث مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة لانه لا يميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها . ويحتمل ان يضمن نقصها بالولادة لانه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى

(فصل) اذا كان له على رجل ألف فقال اقرضني الفاً بشرط أن أرهنيك عبدي هذا بالفين فنقل حنبل عن احمدان القرض باطل ، وهو مذهب الشافعي لانه قرض يجر منفعة وهي الاستيثاق بالالف الاول واذا بطل القرض بطل الرهن فان قيل اليس لو شرط ان يعطيه رهنا بما يقترضه جاز؟ قلنا ليس هذا قرضاً جازاً لان غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما قرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسئلتنا شرط في هذا القرض الاستيثاق لدينه الاول فقد شرط استيثاقاً لغير موجب القرض . ونقل مهنا ان القرض صحيح ولعل أحد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جبر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الالف الاول وحده . ولو كان مكان القرض بيع فقال يعني عبدك هذا بألف على أن أرهنيك عبدي به وبالالف الآخر الذي علي فالبيع باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول لكونه جعله ألفاً ومنفعة هي وثيقة بالالف الاول وتلك المنفعة مجهولة ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفردته أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

(فصل) اذا فسد الرهن وقبضه المرتهن فلا ضمان عليه لانه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحاً مضموناً أو غير مضمون ففاسده كذلك فان كان مؤقتاً أو شرطاً أن يصبر المرتهن بعد انقضاء

عليها . ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصها أو ضمان جنينها لان سبب ضمانها وجد فاذا لم يجتمع ضمانها وجب ضمان أكثرها ، وان ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتاً ففيه ما تنقصها الجنابة لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام . وقال الشافعي ما وجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الامة فليس برهن لان نماء الرهن ليس برهن . ولنا ان هذا ضمان يجب بسبب الجنابة على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة ، وقولهم ان نماء الرهن لا يدخل في الرهن غير مسلم

﴿مسئلة﴾ قال (واذا اشترى منه سلمة على أن يرهنه بها شيئاً من ماله يعرفانه أو على أن يمطيه بالثمن حميلاً يعرفانه فالبيع جائز ، فان أبي تسليم الرهن أو أبي الحميل أن يتحمل فالبائع مخير في فسخ البيع وفي اقامته بلا رهن ولا حميل)

الحميل الضمين وهو فعيل بمعنى فاعل يقال ضمين وحميل وقيل وكقبل وزعيم وصبير بمعنى واحد وجملة ذلك أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضاً لانه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافاً اذا كان معلوماً ولذلك قال الحرقي يعرفانه في الرهن والضمين معاً . ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين المشاهدة أو الصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض ، وأما الضمين فيعلم بالاشارة اليه أو تعريفه بالاسم والنسب ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لان الصفة لا تأتي عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لان ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف اليه باطلاق ، ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدن أو بضمتي أحد هذين الرجلين لم يصح لان الفرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع اليه رهناً بقدر الدين لانه وثيقة فجاز شرطها مطلقاً كالشهادة ، وقال أبو حنيفة اذا قال على ان ارهنك أحد هذين العبدن جاز لان بيعه جائز عنده

مدته صار بعد ذلك مضموناً لانه مقبوض بحكم بيع فاسد . وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان . وإن كان أرضاً ففرسها قبل انقضاء الاجل فهو كفر من الغاصب لانه غرس بغير إذن وإن غرس بعد الاجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع قد تضمن الاذن وإن كان فاسداً فلي هذا يكون مخيراً بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يلزمه بقلعه ويضمن له ما نقص (فصل) اذا اشترى سلمة وشرط أن يرهنه بها شيئاً من ماله أو شرط ضمناً فالبيع والشرط صحيح لانه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافاً اذا كان معلوماً . ومعرفة الرهن تحصل بالمشاهدة وبالصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض . والضمين يعلم بالاشارة اليه ويذكر اسمه ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لان الصفة لا تأتي عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لان ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف اليه بالاطلاق . ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدن أو بضمتي أحد هذين الرجلين لم يصح لان الفرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع ، وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع

ولنا انه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن مافي كنه ولانه عقد يختلف فيه المقنود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع ، وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع حملت عليه ، والكلام مع ابي حنيفة قد مضى في البيع فان الخلاف فيها واحد ، اذا ثبت هذا فان المشتري ان وفي بالشرط فسلم الرهن او حمل عنه الحمل لزم البيع وان ابي تسليم الرهن او ابي الحمل ان يتحمل عنه فللبائع الخيار بين فسخ البيع وبين امضائه والرضا به بلا رهن ولا حمل فان رضي به لزمه البيع وهذا قول الشافعي واصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن ، وقال مالك وأبو ثور يلزم الرهن اذا كان مشروطا في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وان وجده الحاكم دفعه الى البائع لان عقد البيع وقع عليه فأشبهه الخيار ، وقال القاضي ما عدا المسكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد ، وقد مضى الكلام معهم في اول الباب ولانه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع او كغير المسكيل والموزون وانما لزم الخيار والاجل بالشرط لانه من توابع البيع لا يتفرد بنفسه ، والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولان الخيار والاجل يثبت بالقول ولا يفترق الى تسليم فاكنتي في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فاما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان اذا لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيره . ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزم في الحكم كما لو وعده أنه يبيعه ثم أبي ذلك ، ومتى لم يف المشتري للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط صفة في الثمن فلم يف بها ولانه أحد المتعاقدين فاذا لم يف بما شرط في العقد ثبت الخيار لصاحبه كالبائع إذا شرط المبيع على صفة فبان بخلافها (فصل) ولو شرط رهنا أو ضمينا مينا فحاج بغيرهما لم يلزم البائع قبوله وان كان ما أتى به خيرا

اليه رهنا بقدر الدين لانه وثيقة فجاز شرطها مطلقا كالشهادة . وقال أبو حنيفة اذا قال على أن أرهنا أحد هذين العبدين جاز لان بيعه جائز عنده

ولنا أنه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن مافي كنه ولانه عقد يختلف فيه المقنود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع . وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع حملت عليه والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع فان الخلاف فيه واحد ، اذا ثبت هذا فان المشتري إن وفي بالشرط فسلم الرهن أو ضمن عنه الضامن لزم البيع . وإن أبي تسليم الرهن أو أبي الضامن أن يضمن فللبائع الخيار بين فسخ البيع وامضائه والرضا به بلا رهن ولا ضميين فان رضي لزمه البيع ، وهذا قول الشافعي واصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن ، وقال مالك وأبو ثور يلزم الرهن اذا شرط في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وإن وجده الحاكم دفعه الى البائع لان عقد البيع وقع عليه أشبه الخيار والاجل ، وقال القاضي ما عدا المسكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد وقد مضى الكلام فيه

ولنا أنه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع أو كالمسكيل والموزون وإنما لزم الخيار والاجل بالشرط لانه من توابع البيع لا يتفرد بنفسه والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولان الخيار والاجل يثبت بالقول ولا يفترق الى تسليم فاكنتي في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فاما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان إذا لا يلزمه شغل ذمته ووقاء دين غيره باشتراط غيره ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزمه كما لو وعده أن يبيعه ثم امتنع ومتى لم يف للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط له صفة في الثمن فلم يف بها

من المشروط مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط وحويل أو ثق من المعين لأنه عقد على معين فليزومه قبول غيره كالبيع. ولأن الغرض يختلف بالأعيان فهما يسهل بيعه والاستيفاء من عنه ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظاً وبعض الذم أملاً من بعض وأسهل إيفاء فلا يلزمه قبول غير ما عينه كسائر العقود (فصل) وإن تعيب الرهن أو استحالة العصير خراً قبل قبضه فللبائع الخيار بين قبضه معيباً ورضاء بلا رهن فيما إذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن، وإن علم باليب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه أرش من أجل العيب لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع، وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع. وإن اختلفا في زمن حدوث العيب وهو مما لا يحتمل الا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين لأن اليمين إنما تراد لدفع الاحتمال وهذا لا يحتمل، وإن احتمل قوليهما ما انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب في المبيع وفيه روايتان فيكون فيه ههنا وجهان (أحدهما) القول قول الراهن وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن الاصل صحة العقد ولزومه (والآخر) القول قول المرتهن وهو قياس قول الحرقي لقوله مثل ذلك في البيع لانهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه، وإن اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لأنه منكر للقبض، وإن كان الرهن عصيراً فاستحال خراً واختلفا في زمن استحالته فالقول قول الراهن نص عليه أحمد، وقال القاضي يخرج فيه رواية أخرى أن القول

(فصل) ولو شرط رهناً أو ضمناً معيناً فجاء بغيرها لم يلزم البائع قبوله وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط أو بضامن أو ثق من المعين لأنه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع ولأن الغرض يختلف بالأعيان فهما يسهل بيعه ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظاً وبعض الذم أملاً من بعض وأسهل فلا يلزمه قبول غير المعين كسائر العقود (فصل) فإن تعيب الرهن أو استحالة العصير خراً قبل القبض فللبائع الخيار بين قبضه معيباً ورضاء بلا رهن فيما إذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن. وإن علم باليب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه أرش من أجل العيب لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع، وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع. وإن اختلفا في زمن حدوث العيب فإن كان لا يحتمل الا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين لأن اليمين إنما يراد لرفع الاحتمال، وإن احتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب وفيه روايتان فيكون ههنا وجهان (أحدهما) القول قول الراهن وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن الاصل صحة العقد ولزومه (والآخر) القول قول المرتهن وهو قياس قول الحرقي لانهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه، وإن اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لأنه منكر للقبض. وإن كان الرهن عصيراً فاستحال خراً واختلفا في زمن استحالته فالقول قول الراهن نص عليه أحمد. وقال القاضي يخرج فيه رواية أخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف في البيع. وهو قول أبي حنيفة لأن الاصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف

قول المرتهن كالاختلاف في البيع وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلق . ولنا أنها اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين (أحدهما) أنها اتفقا على القبض ههنا وتم اختلفا في قبض الجزء الثابت (الثاني) أنها اختلفا هنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه (فصل) ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لان العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع . وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحيح ما ذكرناه ، وان هلك الرهن في يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لانه تعذر عليه رده . فان قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يتمتع رده محدوث العيب فيه . قلنا إنما تضمن قيمته لان العقد لم يقع على ملكه وإنما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة . اما اذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئا فلو أوجبنا له بدله لوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه

(فصل) ولو لم يشترط رهنا في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ولا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاعه ولا التصرف فيه الا باذن المرتهن إلا أنه اذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع

(فصل) واذا تبايعا بشرط ان يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح قاله ابن حامد وهو قول الشافعي لان المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه، وروي عن أحمد أنه قال اذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا ان يكون

ولنا أنها اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد، وفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين (أحدهما) أنها اتفقا على القبض ههنا وتم اختلفا في قبض الجزء الثابت (الثاني) أنها اختلفا ههنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه .

(فصل) ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لان العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحيح ما ذكرناه ، وان هلك الرهن في يد المرتهن ثم علم أنه كان معيبا لم يملك فسخ البيع لانه قد تعذر عليه رده . فان قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يتمتع رده محدوث العيب فيه قلنا إنما تضمن قيمته لان العقد لم يقع على ملكه ، وإنما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة ، أما اذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئا ، فلو أوجبنا له بدله لوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه .

(فصل) ولو لم يشترط رهنا في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع الا انه اذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع

(فصل) اذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح ، قاله ابن حامد وهو قول الشافعي لان المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكا له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه وقد روي عن أحمد أنه قال: اذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنا الا أن يكون شرطاً

شرطاً عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لأنه يجوز يمه فجاز رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في نفس البيع رهناً غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن وإن لم يف به فسخ البيع ، فأما شرط رهن المبيع بعينه على ثمنه فلا يصح لوجوه . منها أنه غير مملوك له . ومنها أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي الوفاء منه ، ومنها أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن ، ومنها أن البيع يقتضي أن يكون امسك المبيع مضموناً والرهن يقتضي أن لا يكون مضموناً وهذا يوجب تناقض احكامهما ، وظاهر الرواية صحة رهنه . وقولهم انه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد ملكه . وقولهم البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح إنما يقتضي وفاء الثمن مطلقاً ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاسوفي من ثمنه . وقولهم البيع يقتضي تسليم المبيع قبيل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلوا ، الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينتهي بشرط الخيار وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث والرابع . فأما أن لم يشترط ذلك في البيع لكن رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لأنه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه ، وإن كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع في كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لأنه نوع تصرف فأشبهه يمه

(فصل) وإذا شرط في البيع رهناً فاسداً كالحرم والمجهول والمعدوم وما لا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرط رهن المبيع على ثمنه ففي فساد البيع روايتان مضي توجيههما في الشروط الفاسدة في البيع واختار أبو الخطاب ههنا فساد البيع . وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقدمي ذلك (فصل) والشروط في الرهن تنقسم قسمين صحيحاً وفاسداً فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين أو أكثر أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحة هذا خلافاً وإن شرط أن يبيعه المرتهن صح وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يصح لأنه توكل فيما يتنافى فيه المرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وإنجاز البيع ولنا أن ما جاز توكل غير المرتهن فيه جاز توكل المرتهن فيه كبيع عين أخرى ولأن من جاز

عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لأنه يصح يمه فصح رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في البيع رهناً غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن فإن لم يف به فسخ البيع ، وأما شرط رهن المبيع نفسه على ثمنه فلا يصح لوجوه (أحدها) أنه غير مملوك له (والثاني) أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع (والثالث) أن البيع يقتضي أن يكون امسك المبيع مضموناً والرهن يقتضي أن لا يكون مضموناً (الرابع) أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن وهذا تناقض في الاحكام ، وظاهر الرواية صحة رهنه ، قولهم انه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد ملكه ، وقولهم البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع ممنوع إنما يقتضي إيفاء الثمن مطلقاً ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاسوفي من ثمنه ، قولهم البيع يقتضي

أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالعقد ولا يضر اختلاف الغرضين اذا كان غرض المرتهن مستحقاً له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وانجاز البيع، وعلى ان الراهن اذا وكله مع الثمن بفرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السباحة به كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض منه ولا يسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه وان سلمنا فلان الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا وموجبا قابلا وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا رهنه أمة فشرطا كونها عند امرأة أو ذي محرم لها أو كونها في يد المرتهن أو اجنبي على وجه لا يفضي الى الخلوة بها مثل أن يكون لها زوجات أو سراري أو نساء من محارمها معها في دارها جاز لانه لا يفضي الى محرم وان لم يكن كذلك فسد الشرط لانه يفضي الى الخلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لانه لا يعود الى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحسب فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده وان كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز وان لم يشترط موضعه صح أيضاً كالامة، ويحتمل ان لا يصح لان للامة عرفاً بخلاف العبد والاول أصح فان الامة اذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد واذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي الى خلوته بها لم يجز أيضاً فاستويا.

(فصل) والقسم الثاني الشروط الفاسدة مثل ان يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو ان يشترط ان لا يباع الرهن عند حلول الحق أولاً يستوفي الدين من ثمنه أولاً يباع ما خيف تلفه أو يبيع الرهن بأي ثمن كان أو ان لا يبيعه الا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لئناقاتها مقتضى العقد فان المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود وكذلك ان شرطا الخيار للراهن أو ان لا يكون العقد لازماً في حقه أو توقيت الرهن أو أن يكون رهنا يوماً ويوماً لا أو كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به أو ينتفع به المرتهن أو كونه مضموناً على المرتهن أو المدل، فهذه كلها فاسدة لان منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها مالا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته، وان شرطا شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لان العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فاذا لم يسلم له لم يصح المقدم الرضى به بدونه وقيل ان شرط الرهن مؤقتاً أو رهنه يوماً ويوماً لا فسد الرهن وهل يفسد بئسأرهما؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع، ونصر ابو الخطاب في رهوس المسائل صحته وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال «لا يعلق الرهن» وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجهاً واحداً ومالا فعلى وجهين وهذا مذهب الشافعي لان المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

تسليم المبيع قبل تسليم الثمن ممنوع وان سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز، وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والمحكين من التصرف فيه وينتفي بشرط الخيار وهذا الجواب عن باقي الوجوه، فأما ان لم يشترط ذلك في البيع لم يكن رهنه عنده بهذا المبيع، فان كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لانه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كثيره ولانه يصح رهنه على غير ثمنه فيصح رهنه على ثمنه، وان كان قبل لزوم المبيع انبني على نحو التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه ولا فلا لانه نوع تصرف أشبه البيع

(فصل) وان شرط انه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم . والاصل في ذلك ما روى معاوية بن عبد الله بن جعفر قال . قال رسول الله ﷺ « لا يفلق الرهن » رواه الاثرم . قال الاثرم قلت لأحمد ما معنى قوله « لا يفلق الرهن »؟ قال لا يدفع رهنا الى رجل ويقول ان جئتك بالدراهم الى كذا وكذا وإلا فالرهن لك قال ابن المنذر هذا معنى قوله « لا يفلق الرهن » عند مالك والثوري وأحمد ، وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر ان رجلا رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى فضى الاجل فقال الذي ارتهن منزلي فقال النبي ﷺ « لا يفلق الرهن » ولانه علق البيع على شرط فانه جملة مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . ويتخرج أن لا يفسد لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رموس المسائل واحتج بقوله النبي ﷺ « لا يفلق الرهن » فتنى غلقه دون أصله فيدل على صحته ولان الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به . ولنا أنه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توفيته وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة

(فصل) ولو قال الرهن رهنتك عدي هذا على أن يزيدني في الاجل كان باطلاً لان الاجل لا يثبت في الدين الا أن يكون مشروطاً في عقد وجب به فاذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جملة في مقابلته ولان ذلك يضاهاى ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الاجل

(فصل) اذا كان له على رجل ائتم فقال أقرضني الفاً بشرط أن أرهنتك عدي هذا بالآتين فنقل حنبل عن أحمد ان القرض باطل وهو مذهب الشافعي لانه قرض بجزء من الفاء بشرط أن أقرضه وهو مثله والقرض الاول واذا بطل القرض بطل الرهن . فاذا قيل أليس لو شرط أنه يعطيه رهناً بما يقترضه جاز؟ قلنا ليس هذا قرضاً جر منفعة لان غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسئلتنا شرط في هذا القرض الاستيقاق لدينه الاول فقد شرط استيقاقاً لغير موجب القرض . ونقل مهنا ان القرض صحيح ، ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الالف الاول وحده وصححه فيما عداه ولو كان مكان القرض يبيع فقال بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنتك عدي به وبالالف الآخر الذي علي فالبيع باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول فانه جعل الثمن الفاً ومنفعة هي وثيقة بالالف

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان اختلفا في قدر الدين أو رده أو قال أقبضتكم عسيراً قال بل خيراً فالقول قول الراهن)

اذا اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عدي بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن وبه قال النخعي والثوري والشافعي والبيهقي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لان الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق .

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ « لو

الاول وتلك المنفعة مجهولة ، ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

(فصل) وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه لانه قبضه بحكم انه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضموناً ففاسده كذلك فان كان مؤقتاً أو شرطاً أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضموناً لانه مقبوض بحكم نيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان. فان كان أرضاً ففرضها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الفاصب لانه غرس بغير اذن، وإن غرس بعد الاجل وكان قد شرط ان الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع وان كان فاسداً فقد تضمن الاذن في التصرف فيكون الرهن مخبراً بين ثلاثة أشياء بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له ما نقص

﴿مسئلة﴾ قال (ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء الا ما كان مركوباً أو محلوباً فيركب ويحلب بقدر العلف)

الكلام في هذه المسئلة في حالين (أحدهما) مالا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير اذن الراهن بحال. لان في هذا خلافاً لان الرهن ملك الراهن فكذلك نفاؤه ومنافعه فليس لغيره أخذها بغير إذنه ، فان أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من فرض لم يجز لانه يحصل فرضاً بجز منفعة وذلك حرام. قال أحمد أكره قرض الدور وهو الربا المحض يعني إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن وان كان الرهن بضمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك روي ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال اسحاق. فاما إن كان الانتفاع بموض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن باجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض بل بالاجارة وإن حاباه في ذلك فحكه حكم الانتفاع بغير عوض لا يجوز في القرض ويجوز في غيره. ومتى استأجرها المرتهن أو استعارها فظاهر كلام أحمد انها تخرج عن كونها رهناً فتنتقض الاجارة أو العارية عاد الرهن بحاله. قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب عن أحمد إذا كان الرهن داراً فقال المرتهن اسكنها بكراتها وهي وثيقة بجني ينتقل فيصير ديناً وينحول عن الرهن وكذلك إن أكرها للراهن قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتهن داراً ثم أكرها لصاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت

يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولان الاصل براءة الذمة من هذه الالف فكان القول قول من ينفقها كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم فان العادة رهن الشيء باقل من قيمته ، اذا ثبت هذا فان القول قول الراهن في قدر مارهنه سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين الفان وقال الراهن انما رهنتك بأحد الالفين وقال المرتهن انما رهنتي بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لانه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الالفين بعبده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن بأحد الالفين ، وقال الراهن رهنته بالمؤجل ، وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ،

اليه صارت رهناً ، والأولى أنها لا تخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها لان القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين وكلام احمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكنها كما في رواية ابن منصور لأنها خرجت عن يد المرهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما اذا سكنها المرتهن ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه ، ومبنى ذلك على العارية فانها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة

(فصل) فان شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد لانه ينافي مقتضى الرهن . وعن احمد أنه يجوز في المبيع قال القاضي معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن أرهني عبدك بخدمي شهراً فيكون يبعاً وإجارة فهو صحيح ، وإن أطلق فالشرط باطل لجبالته منه ، وقال مالك لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والارضين وكرهه في الحيوان والياب وكرهه في القرض . ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض

(فصل) الحال الثاني ما يحتاج فيه إلى مؤنة فحكم المرتهن في الانتفاع به بعوض أو بغير عوض باذن الراهن كالقسم الذي قبله ، وإن أذن له في الاتفاق والانتفاع بقدره جاز لانه نوع معاوضة . وأما مع عدم الاذن فان الرهن ينقسم قسمين محلوباً ومركوباً وغيرهما . فاما المحلوب والمركوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحرراً للعدل في ذلك نص عليه احمد في رواية محمد بن الحكم و احمد ابن القاسم واختاره الحرقي وهو قول إسحاق ، وسواء أتفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيته أو امتناعه من الاتفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه ، وعن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما أتفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الاتفاق عليه فلم يكن له ذلك . كغير الرهن

ولنا ما روى البخاري وابو داود والترمذي عن ابي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله

ولان القول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته هذا ان لم تكن بينة . فان كان لاحدها بينة حكم له بهما وجهاً واحداً وإن اختلفا في قدر الرهن فقال رهنك هذا العبد فقال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لانه منكر ولا نعلم في هذا خلافاً ، وإن قال رهنك هذا العبد قال بل هذه الجارية خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بانه لم يرهنه وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضاً .

(فصل) وإن اختلفا في رد الرهن الى الراهن فالقول قوله لانه منكر والأصل معه ، وكذلك الحكم في المستأجر اذا ادعى رد العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب يتخرج فيها وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بجمل فان فيها وجهين ، والفرق بينهما وبين المرتهن أن المرتهن قبض العين لينتفع بها ، وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجمل بالعين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لا بها ، وإن اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لان يده يد أمانة ويتمذر عليه إقامة البينة على التلف فقبل قوله فيه كالودع ، فان اتلفها المرتهن أو تلفت بتفريطه واختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه لانه غارم لا نعلم في ذلك خلافاً

«الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا» وعلى الذي يركب ويشرب النفقة فجعل منفقته بنفقته وهذا محل النزاع ، فان قيل المراد به أن الراهن بنفق وينفق قننا لا يصح لوحيين (أحدها) أنه قد روي في بعض الالفاظ اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب ويركب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع (والثاني) أن قوله بنفقته يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة وانما ذلك حق المرتهن أما الراهن فافتاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لاحدهما بالأخر ولان نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من ثمن الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الافتاق عليها والحديث نقول به والتماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته لثبوت يده عليه وولايته وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع فاما ان أنفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

(فصل) وأما غير المحلوب والمركوب فيتنوع نوعين حيوان وغيره ، فاما الحيوان كالعبد والامة ونحوهما فهل للمرتهن أن ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته ؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز ذكره الحرقي ونص عليه أحمد في رواية الاثرم قال : سمعت ابا عبدالله يسئل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الرهن لا ينتفع منه بشيء الا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف . قلت له فان كان اللبن والمركوب أكثر قال لا إلا بقدر . ونقل حنبل عن احمد ان له استخدام العبد ايضاً وبه قال ابو ثور إذا امتنع المالك من الافتاق عليه . قال ابو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على انه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع به فان النياس يقتضي ان لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب الاثر ففيها عداه يبقى على مقتضى النياس

(فصل) وإن قال الراهن رهنتك عصيراً قال بل خراً فالقول قول الراهن يريد إذا كان الرهن شرط في البيع فقال الراهن رهنتك عصيراً فليس لك فسخ البيع ، وقال المرتهن بل رهنتي خيراً فلي فسخ البيع فالقول قول الراهن نص عليه أحمد لانهما اختلفا فيما يفسد العقد فكان القول قول من ينفيه وقد ذكرنا ذلك

(فصل) واذا قال بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمانه عبدك هذين ، قال بل على رهن هذا وحده فحكى القاضي فيها روايتين (إحداها) يتحالفان لانهما اختلفا في البيع فهو كالاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول الراهن لانه منكر لشرط رهن العبد المختلف فيه والقول قول المنكر وهذا أصح (فصل) وإن قال أرسلت وكيلك فرهنني عبدك هذا على عشرين وقبضها قال ما أمرته إلا بعشرة ولا قبضت إلا عشرة سئل الرسول ، فان صدق الراهن فعليه اليمن أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا قبض إلا عشرة ولا يمين على الراهن لان الدعوى على غيره ، فاذا حلف الوكيل برثا جميعاً ، وإن نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لانه يصدق الراهن في انه ما أخذها ولا أمره بأخذها وانما المرتهن ظلمه ، وإن صدق المرتهن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فان نكل قضى عليه بالعشرة وتدفع إلى المرتهن ، وإن حلف برىء وعلى الوكيل غرامة العشرة

(النوع الثاني) غير الحيوان كدار استهدمت فعمرها المرتهن لم يرجع بشيء، رواية واحدة. وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته فان عمارها غير واجبة على الراهن فليس لغيره ان ينوب عنه فيها لا يلزمه فان فعل كان متبرعا بخلافه. الحيوان فانه يجب على مالكة الاتفاق عليه لحرمته في نفسه (فصل) فأما الحيوان إذا اتفق عليه متبرعا لم يرجع بشيء، لانه تصدق به فلم يرجع بموضه كالمو تصدق على مسكين . وان نوى الرجوع على مالكة كان ذلك باذن المالك رجم عليه لانه ناب عنه في الاتفاق باذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك . وان كان بغير اذنه فهل يرجع عليه؟ يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه لانه ناب عنه فيها يلزمه ، وقال ابو الخطاب ان قدر على استئذانه فلم يستأذنه فهو متبرع لا يرجع بشيء ، وان عجز عن استئذانه فعلى روايتين وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه . والاول أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان العريم

(فصل) واذا اتفق المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك . قال أحمد : يوضع عن الراهن بقدر ذلك لأن المنافع ملك الراهن فاذا استوفاه فميله قيمتها في ذمته للراهن فيتقاص القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان **مسئلة** قال (وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وتمر الشجرة

الرهونة من الرهن)

أراد بغلة الدار أجرها وكذلك خدمة العبد . وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالأصل واذا احتيج الى بيعه في وقاء الدين بيع مع الأصل سواء في ذلك للمرتهن لأنه يزعم أنها حقه وانما الراهن ظنه ، فان عدم الوكيل وتمذر احتلافه فعلى الراهن العيمين أنه ما أذن في رهنه الا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بعشرة

(فصل) اذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والاخر بغير رهن ففضى ألفاً وقال فضيت دين الرهن وقال المرتهن بل فضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا في نية الراهن أو في لفظه لأنه أعلم بنية وصفة دفعه ، ولأنه يقول الدين الباقي بلا رهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته ، وان أطلق القضاء ولم ينو شيئاً فقال أبو بكر له صرفها الى أيهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما فان له أن يعين عن أي المالين شاء وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معاً عن كل واحد نصفه لانهما تساويا في القضاء فتساويا في وقوعه عنهما ، فأما إن أبرأ المرتهن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه في الرهن . ذكره أبو بكر

(فصل) اذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقهما ولم يضر انكاره لأن الحق لهما وان قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المتكرر كما لو اختلفا في قبض المرتهن فان أشهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لأنها شهادة الوكيل لموكله فيما هو وكيل فيه (فصل) إذا كان في يد رجل عبد فقال رهنني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعمرته

المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالسكب والاحجرة والولد والثمره واللبن والصوف والشعر وببحو هذا قال النخعي والشعبي . وقال الثوري وأصحاب الرأي في النماء يتبع . وفي السكب لا يتبع لان السكب في حكم الكتابة والاستيلاء والتدبير فلا يتبع في الرهن كاعيان مال الراهن ، وقال مالك يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من السكب لانه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه فلا يسرى الى غيره كحق الجناية ، قال الشافعي ولو رهنه ماشية مخاضاً فتنتجت فالنتاج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر ومن حججهم أيضاً قول النبي ﷺ « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه » والنماء غنم فيكون للراهن ولانها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهنًا كسائر ماله ، ولنا أنه حكم ثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ولان النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالتصل ولانه حق مستقر في الام ثبت برضى المالك فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاء .

ولنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فسرى اليه حكم الرهن كالولد وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع السكب كالشراء . فأما الحديث فنقول به وان غنمه ونماءه وكسبه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالاصل فانه للراهن والحق متعلق به . والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع ثبت له حكم أصله . وأما حق الجناية فانه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ما ثبت فيه ولانه جزاء عدوان فاختص الجاني كالفصاص ولان السراية في الرهن لانفصي الى استيفاء أكثر من دينه فلا يكتر الضرر فيه .

(فصل) واذا ارهن أرضاً أو داراً أو غيرها تبعه في الرهن ما يتبع في البيع فان كان في الارض

فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده لان الاصل عدم الرهن . وان قال السيد بعتك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذي ينكره ويأخذ السيد عبده . وان قال رهنتك بألف أقرضتني قال بل بعثته بألف قبضته مني ثمناً فكذلك ويرد صاحب العبد الالف ويأخذ عبده .

(فصل) واذا ادعى على رجلين فقال رهنتاني عبدكاً بديني عليكما فأنكراه فالقول قولهما فان شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته والمرهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهناً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصيب الآخر رهناً وان أقر أحدهما ثبت في حقه وحده . وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته لأنه لا يجب لنفسه قعماً ولا يدفع عنها ، وهذا قال أصحاب الشافعي . وقال بعضهم اذا أنكرا جميعاً ففي شهادتهما نظر لأن المشهود له يدعي أن كل واحد منهما ظالم له بمجوده حقه من الرهن ومتى ظن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم له . قلنا هذا لا يصح فان إنكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه وان كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو يلحقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره ولذلك لو تداعى رجلان شيئاً وبخاصة فيه ثم شهدا عندالحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وان كان أحدهما كاذباً ولو ثبت الفسق بذلك لم يجوز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في أحدهما

(فصل) واذا ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون

شجر فقال رهنك هذه الارض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن دخل فيه . وان لم يذكر ذلك فهل يدخل الشجر في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البع . وان رهنه شجر أشمر أو وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لا تدخل في البيع وان لم تكن ظاهرة دخلت ، وقال الشافعي لا تدخل الثمرة في الرهن بحال ، وقال أبو حنيفة تدخل بكل حال لان الرهن عنده لا يصح على الاصوال دون الثمرة وقد قصد الى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة

ولنا أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته وازالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى . وعلى الشافعي أنه عقد على الشجرة فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع . ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع وكذلك الحمل وسائر ما يبيع في البيع لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع . ولو كان الرهن داراً فخربت كانت انتفاضها رهناً لأنها من أجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها . ولو رهنه أرضاً فبنت فيها شجر فهو من الرهن سواء بنت بفعل الراهن أو بفعل غيره لأنه من عائها

(فصل) وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غيرها بغير رضى الراهن وهذا قال الثوري وأصحاب الرأي ، وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر للراهن إيجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وان كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه وقد سبق الكلام في هذا . ولانها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه . أو نقول نوع انتفع

صاحبي فأنكرها فالقول قوله وان أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم الى من صدقه وحلف للآخر . وان قال لأعلم المرهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو في يده منهما مع يمينه وان كان في أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده . وإن كان في يدهما أقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف وأخذها كما لو ادعى ملكه وإن قال رهنه عند أحدهما ثم رهنه عند الآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك . وإن قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم اليه وحلف الآخر وان نسكل والعبد في يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للتاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فانه يسلم إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو . وإن نسكل والعبد في يد الثاني أقر في يده وغرم قيمته للأول لانه أقر له بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له به فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي إذا اعترف لغير من هو في يده فهل يرجع صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين . ولو اعترف لاحدهما وهو في يدهما ثبتت يد المقر له في النصف وفي النصف الآخر وجهان

﴿مسئلة﴾ (وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه فالحكم في ذلك كما لو أعتقه بعد رهنه) على ما ذكرنا من الخلاف لان كل من صح منه انشاء عقد صح منه الاقرار به ولا يقبل قوله في تقدم عتقه لانه يسقط حق المرتهن من عوضه فعلى هذا تؤخذ منه قيمته فتجعل رهناً مكانه إن كان موسراً لانه فوته على الراهن باقراره فهو كما لو أعتقه ، وإن كان معسراً فالحكم فيه كما ذكرنا

فلا يملكه الراهن كالذي ينقص قيمة الرهن اذا ثبت هذا فان المترهين اذا لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع بها وكانت منافها معطلة . فان كانت داراً أغلقت وان كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن ، وان اتفقا على اجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك هذا ظاهر كلام الحرفي لانه جعل غلة الدار وخدمة العبد رهناً ، ولو عطلت منافهما لم يكن لها غلة ، وقال ابن موسى إن أذن الراهن للمرهن في إعارته أو اجارته جاز والاجرة رهن ، وان أجره الراهن باذن المرهن خرج من الرهن في أحد الوجهين والآخر لا يخرج كما لو أجره المرهن ، وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لها ، وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقاً ولا يؤجره وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي . وقالوا اذا أجر الراهن الرهن باذن المرهن كان لإخراجا من الرهن لان الرهن يقتضي حبسه عند المرهن او نأبه على الدوام فتي وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن ولنا ان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا لا ينافي الانتفاع به ولا إجارته ولا إعارته فجاز اجتماعها كاتفقا المرهن به ولان تعطيل منفعه تضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ولانه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارها كالعبد اذا ضمن باذن سيده ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس وانما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به . ولولسنا أن مقتضاه الحبس فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عنه في إمساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه

(فصل) ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته ان احتاج اليها فاذا كان الرهن ماشية فاحتاجت الى إطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة للرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرهن من غير ضرر ، وان كانت خولا لم يكن للراهن إطراقها بغير رضى

﴿ مسألة ﴾ (وإن أقر أنه كان جنى أو انه باعه أو غصبه قبل على نفسه ولم يقبل على المرهن إلا أن يصدقه)

وجملته أنه اذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه فكذب المرهن وولي الجناية لم يسمع قوله، وإن صدقه وولي الجناية وحده قبل إقراره على نفسه دون المرهن ويلزمه أرش الجناية لانه حال بين الجنى عليه وبين رقة الجنى بفعله فأشبهه مالو جنى عليه ، وإن كان معسراً فتي انفك الرهن كان الجنى عليه أحق برقبته وعلى المرهن اليمن أنه لا يعلم ذلك فان نكل قضي عليه . وفيه وجه آخر انه يقبل اقرار الراهن لانه غير متهم لكونه تفرجاً يخرج الرهن من ملكه وعليه اليمن لأنه يبطل باقراره حق المرهن فيه ، فان أقر أنه غصبه لم يقبل على المرهن لان اقراره غيره لا يقبل في حقه فعلى هذا لا يخرج من الرهن ولا يزول شيء من أحكام الرهن ويلزمه قيمته للمفصوب منه لأنه حال بينه وبينه برهنه ، وكذلك لا يقبل إقراره على المرهن ببيع ولا هبة لما ذكرنا ، فان صدقه المرهن في ذلك بطل الرهن لاعتباره بما يبطله فاذا انفك أخذ الراهن باقراره

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا كان الرهن مراكوباً أو محلوباً فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحريراً للمدل في ذلك)

وجملة ذلك أن الرهن ينقسم إلى قسمين : حيوان وغيره ، والحيوان نوعان (أحدهما) أن يكون

المرهن لأنه انتفاع لامصلحة للرهن فيه فهو كالأستخدام إلا أن يصير إلى حال يتضرر بترك
الاطراق فيجوز لأنه كالدواوة له

« مسألة » قال (ومؤنة الرهن على الراهن فإن كان عبداً فمات فعليه كفنه ، وإن
كار مما يخزن فعليه كراء مخزنه)

وجملته أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن
وبهذا قال مالك والشافعي والنعيمي وإسحاق ، وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرهن
لأنه من مؤنة إمسأكه وارتئانه

ولنا قول النبي ﷺ « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه » ولأنه نوع إنفاق فكان على
الراهن كالطعام ولأن الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وإن أبق العبد
فأجرة من يرده على الراهن ، وقال أبو حنيفة يكون بقدر الأمانة على الراهن ويقدر الضمان على المرهن
وإن احتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن . وعند أبي حنيفة هو كأجير من يرده
من إباقه وبني ذلك على أصله في أن يد المرهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده
والكلام على ذلك في غير هذا الموضع ، وإن مات العبد كانت مؤنته كتجهيزه وتكفينه ودفنه عليه
كسائر العبيد والأماء والأقارب من الأحرار

(فصل) وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وإن
احتاجت إلى تحفيف والحق مؤجل فعليه التحفيف لأنه يحتاج إلى أن يستبقها رهنأ حتى يحل الحق
وإن كان حالا بيعت ولم يحتج إلى تحفيفها ، وإن انفق على بيعها وجعل ثمنها رهنأ بالحق المؤجل جاز
وإن اختلفا في ذلك قدم قول من يستبقها بعينها لأن العقد يقتضي ذلك . إلا أن يكون مما تقل قيمته
بالتحفيف وقد جرت المادة ببيعها رهنأ فإنه يباع ويجعل ثمنه مكانه . وإن انفق على قطع الثمرة في وقت

مركوباً أو مخلوباً فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحطب بقدر نفقته متحرياً للعدل في ذلك نص عليه
أحمد في رواية محمد بن الحسك وأحمد بن القاسم ، واختاره الحرقى وهو قول إسحاق ، وسواء انفق
مع تعذر النفقة من الراهن لقيمة أو امتناع أو مع القدرة على أخذ النفقة منه واستئذانه . وعن أحمد
رواية أخرى لا يحتسب له بما انفق وهو متطوع بها ولا ينفع من الرهن بشيء وهذا قول أبي حنيفة
ومالك والشافعي لقول رسول الله ﷺ « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه » ولأنه ملك غيره لم
يأذن له في الانتفاع به ولا الاتفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن

ولنا ما روى البخاري بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « الرهن يركب بنفقته
إذا كان مرهوناً ، والدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » فجعل
منفقته بنفقته وهذا محل النزاع ، فإن قيل المراد به الرهن ينفق وينفق قلنا لا يصح لوجهين (أحدهما)
أنه قد روي في بعض الألفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولأن الدر يشرب وعلى
الذي يشرب بنفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع (الثاني) أن قوله بنفقته يشير إلى أن
الانتفاع عوض النفقة وأما ذلك في حق المرتهن ، أما الراهن فانفاقه وانتفاعه لا بطريق المصاوضة

فلهما ذلك سواء كان الحق حالاً أو مؤجلاً وسواء كان الاصلح القطع أو الترك لان الحق لا يخرج عنهما ، وإن اختلفا قدمنا قول من طلب الاصلح إن كان ذلك قبل حلول الحق . وإن كان الحق حالاً قدم قول من طلب القطع لأنه إن كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم إجابته ، وإن كان الراهن فهو يطلب تبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في بقیته غرراً ذكر القاضي هذا في المغلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ويحتمل أن ينظر في التمرة فإن كانت تقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها عليه لان ذلك إنلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقض داره لبيع انقاضها ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها ، وإن كانت التمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال

(فصل) وإن كان الرهن ماشية محتاج الى اطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لانه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونها زيادة لها لا ضرر على المرتهن فيه ، وإن احتاجت الى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً لان ذلك يجري مجرى علفها وإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تهاسك به فللمرتهن منعه من ذلك لان في السفر بها اخراجها عن نظره ويده ، وإن أجذب مكانها فلم يجد ما تهاسك به فللراهن السفر بها لانه موضع ضرورة لانها تهلك اذا لم يسافر بها الا انها تكون في يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا يفرد الراهن بها فان امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لان في بقائها هلاكها وضياع حقه من الرهن . فان أراداً جميعاً السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الاصلح فان استويا قدمنا قول المرتهن ، وقال الشافعي يقدم قول الراهن وإن كان الاصلح غيره لانه أملك بها إلا أنه يكون مأواها الى يد عدل

لاحدما بالآخر ولان نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والتبابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة اخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير اذنه والتبابة عنه في الاتفاق عليها . والحديث تقول به والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته لتبوت يده عايه وولايته وهذا يمين اتفق محتسباً بالرجوع فان اتفق متبرعاً بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

(فصل) النوع الثاني الحيوان غير المركوب والمحلوب كالعبد والامة فليس للمرتهن ان ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته في ظاهر المذهب ذكره القاضي ونص عليه احمد في رواية الاثرم قال: سمعت ابا عبد الله يسئل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الراهن لا ينتفع منه بشيء الا حديث ابي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف . قلت له فان كان الركوب واللبن أكثر؟ قال لا إلا بقدر ، ونقل حنبل عن احمد ان له استخدام العبد ايضاً وبه قال ابو ثور اذا امتنع المالك من الاتفاق عليه وقال ابو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على انه لا ينتفع من الرهن بشيء الا ما خصه الشرع فان القياس انه لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للآثار فقها عدها يبق على مقتضى القياس

ا (القسم الثاني) مالا يحتاج الى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الاتفان بغير اذن الراهن لان ذلك خلافاً لان الرهن ملك الراهن فكذلك نفاؤه ، فان اذن الراهن للمرتهن في الاتفان بغير عوض وكان دين الراهن من قرض لم يجز لانه يصير قرضاً جرم منعة وذلك حرام وقاله

وانا أن اليد للمرهن فمكان أولى كما لو كانا في بلد واحد وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء أراد نقلها الى مثله أو أخصب منه ان لا معنى للمسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به وان اتفقا على نقلها جاز أيضاً سواء كان أنفع لها أولاً لأن الحق لها لا يخرج عنها (فصل) وان كان عبداً يحتاج الى ختان والدين حال أو أجله قبل برئه منع منه لانه ينقص ثمنه وفيه ضرر ، وان كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه فله ذلك لانه من الواجبات ويزيد به الثمن ولا يضر المرهن ومؤنته على الراهن . فان مرض فاحتاج إلى دواء لم يجبر الراهن عليه لانه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة ، وان أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه لانه مصلحة لها من غير ضرر بواحد منها . وإن كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمرتهن منعه منه لانه لا يأمن تلفه . وان احتاج الى فصد أو احتاجت الدابة الى توديع وممناه فتح الودجين حتى يسيل الدم وهما عرقان عريضان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبريغ وهو فتح انرصه فللراهن فعل ذلك ما لم يخف منه ضرراً ، وان احتيج إلى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز وان خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر . وإن كانت به آكلة كان له قطعها لانه يخاف من تركها لا من قطعها لانه لا يحس بلحم ميت ، وان كانت به خيثة فقال أهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقاءها فللراهن ذلك والا فليس له فعله ، وان تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لانه يحدث جرحاً فيه لم يترجح احداً ، وان كانت به سلامة أو أصعب زائدة لم يملك الراهن قطعها لان قطعها يخاف منه وتركها لا يخاف منه ، وان كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجي

احمد : اكره قرض الدور وهو الربا المحض . يعني إذا كانت رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن ، وإن كان الرهن بضمن مبيع أو اجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك ، وقد روي عن الحسن وابن سيرين ، وهو قول إسحاق ، فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل ان استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض إنما انتفع بالاجارة ، وإن حاباه فهو كالاتفاق بغير عوض يجوز في غير القرض ، ومتى استأجرها أو استعارها المرتهن فظاهر كلام احمد أنها تخرج عن كونها رهناً فتى انقضت الاجارة أو العارية عاد الرهن بحاله ، قال احمد في رواية الحسن بن ثواب قال احمد إذا كان الرهن داراً فقال المرتهن اسكنها بكراتها وهي وثيقة بحقي تنقل فتصير ديناً وتحول عن الرهن ، وكذلك ان أكرها للراهن وقال احمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ثم أكرها لصاحبها خرجت من الرهن ، فإذا رجعت اليه صارت رهناً . قال شيخنا : والاولى أنها لا تخرج من الرهن اذا استأجرها المرتهن أو استعارها لان القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين ، وكلام احمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكنها كما في رواية ابن منصور لانها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ، ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه ومبنى ذلك على العارية هل هي مضمونه أم لا ؟ وسأني ذلك

(مسئلة) (وإن أنفق على الرهن بغير اذن الراهن مع امكانه فهو مشرع)

إذا أنفق على الحيوان مشرعاً لم يرجع بشيء لانه تصدق به فلم يرجع بعوضه كالصدقة على مسكين

نعمه ولا يخاف ضرره كالمطران والزيت البسير لم يمنع وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه، وقال القاضي له ذلك بغير اذن المرتهن لان له معالجة ماسكه وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه ، ولو أراد المرتهن مداؤها بما يتفعا ولا يخشى ضرره لم يمنع لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره وان خيف منه الضرر لم يمكن منه لان فيه خطراً بحق غيره

(فصل) فان كان الرهن نخلاً فاحتاج الى تأييد فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة وما يسقط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من أجزائه أو من ثمائه ، وقال أصحاب الشافعي ليس من الرهن بناء منهم على أن الثناء ليس منه ولا يصح ذلك هنا لان السعف من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول وانقاض الدار ، وان كان الرهن كرمًا فله زباره لانه لمصلحة ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن ، ولو كان الشجر مزدحمًا وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك . وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك وان قيل هو الاولى لانه قد لا يملق فيفوت الرهن ، وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لانه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

(فصل) وكل زيادة تلزم الراهن اذا امتنع أجبره الحاكم عليها وان لم يفعل اكرت له الحاكم من ماله فان لم يكن له مال اكرت من الرهن فان بذلها المرتهن متطوعاً لم يرجع بشيء وان انفق باذن الراهن أو بإذن الحاكم عند تعذر اذن الراهن محتسباً رجع به وان تعذر اذنها أشهد على أنه أنفق يرجع بالنفقة وله الرجوع بها . وان انفق من غير استئذان الحاكم مع امكانه أو من غير اشارة بالرجوع

وإن نوى الرجوع على المالك وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لأنه تاب عنه في الاتفاق باذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك

(مسألة) (وان عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين)

مفهوم كلامه هنا أنه متى قدر على استئذان المالك فلم يستأذنه أن يكون متبرعاً لا يرجع بشيء ، وكذلك ذكره أبو الخطاب لانه مفرط في ترك استئذانه مع القدرة عليه فلم يرجع كما لو عمر داره بغير اذنه ، وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم ففيه روايتان (إحداهما أنه متبرع لانه لم يستأذن مالكه ولا من يقوم مقامه أشبه مالو كان المالك حاضراً فلم يستأذنه (والثانية) يرجع عليه لانه أنفق عليه عند العجز عن استئذانه أشبه مالو عجز عن استئذان الحاكم ، وكذلك الحكم فيما اذا مات العبد المرهون . وقال شيخنا فيمن أنفق بغير اذن الراهن بنية الرجوع مع امكانه أنه يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه وهذا أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان التبريم

(مسألة) (وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمال اذا هرب الجمال وتركها في يد المالك)

لأنها أمانة فأشبهت الرهن

(مسألة) (وان أهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير اذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة)

وليس له الاتفاع بما بقدر عمارتها فان عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه ، فان فعل كان متبرعاً كالأجنبي بخلاف نفقة الحيوان فانها تجب على مالكه لحرمته في نفسه ، وكذلك كفن العبد اذا مات يجب على سيده

عند تعذر استئذانه ليرجع به فهل يرجع ؟ على روايتين . وان أفق باذن الرهن ليكون الرهن رهنًا بالنفقة والدين الاول لم يصح ولم يصر رهنًا بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الرهن انفقت متبرًا وقال المرتهن بل انفقت محتسبًا بالرجوع فالقول قول المرتهن لان الخلاف في نيته وهو أعلم بها ولا اطلاع لغيره من الناس عليها وعليه اليمين لان ما قاله الرهن محتمل . وكل مؤنة لا تلزم الرهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن اذا أفقها سواء أفقها محتسبًا أو متبرًا

(مسئلة) قال (والرهن إذا تلف بغير جنابة من المرتهن رجع المرتهن بمجته عند محله وكانت المصيبة فيه من رهنه وإن كان بتعمدي المرتهن أو لم يحرزه ضمن)

أما اذا تعدي المرتهن في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف فانه يضمن لانتم في وجوب الضمان عليه خلافاً ولانه أمانة في يده فلزمه ضمانه اذا تلف بتعمديه أو تقريطه كالوديعة ، وأما ان تلف من غير عمد منه ولا تقريط فلا ضمان عليه وهو من مال الرهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء والزهري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر . ويروى عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وان كان أكثر من قيمته لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك ان كان تلفه بامر ظاهر كاللوت والحريق فن ضمان الرهن وان ادعي تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله ضمن ، وقال الثوري وأصحاب الرأي يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين ، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، واحتجوا

(فصل) قال الشيخ (اذا جنى الرهن جنابة موجبة للمال تعلق أرشها برقبته وللسيد فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنابته أو ييمه في الجنابة أو بسلمه إلى ولي الجنابة فيملكه، وعنه ان احتار فداؤه لزمه جميع الارش) وجملة ذلك أن العبد المرهون اذا جنى على انسان أو على ماله تعلق الجنابة برقبته وقدمت على حق المرتهن بغير خلاف علمناه لأنها مقدمة على حق المالك والمالك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن ، فان قيل فحق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك . قلنا حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجنابة ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقدم على مائت بعقده، ولان حق الجنابة مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى ، فان كانت جنابته موجبة للقصاص في النفس فولوي الجنابة استيفاؤه ، فان اقتص سقط الرهن كما لو تلف ، وإن كانت في طرف اقتص منه وبقي الرهن في باقيه ، وإن عني على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجنابة الموجبة للمال فيقال للسيد انت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع ، فان احتار فداؤه فداه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجنابة في أصح الروايتين لانه ان كان الارش أقل فالجني عليه لا يستحق أكثر من أرش جنابته ، وان كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لان ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو انقله (والثانية) يفديه بأرش الجنابة بانما يبلغ لانه ربما يرغب فيه راغب فيشتره بأكثر من قيمته

(مسئلة) (فان فداه فهو رهن بحاله ، وان سلمه بطل الرهن)

اذا فداه الرهن فهو رهن بحاله لان حق المرتهن قائم لوجود سببه ، وأما قدم حق الجني عليه

بما روى عطاء أن رجلا رهن فرساً فنفق عند المرتن فجاء الى النبي ﷺ فأخبره بذلك فقال « ذهب ححك » ولانها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفي ولانه محبوس بدين فكان مضموناً كالبيع اذا حبس لاستيفاء منه

ولنا ما روى ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال « لا يعلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن بونس عن ابن أبي ذئب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه » وباقيه سواء قال ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث أبي أنيسة ولانه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين وكالكفيل والشاهد ولانه مقبوض بمقد واحد بعنه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة وعند مالك أن مالاً يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة . فاما حديث عطاء فهو مرسل وقول عطاء يخالفه . قال الدارقطني : يرويه اسماعيل بن أمية وكان كذاباً وقيل يرويه مصعب ابن ثابت وكان ضعيفاً ، ويحتمل أنه أراد ذهب ححك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس . وحديث أنس ان صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه ، وأما المستوفي فانه صار ملكاً للمستوفي وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن واليسم قبل القبض ممنوع .

(فصل) واذا قضاة جميع الحق أو أبراه من الدين بقي الرهن أمانة في يده ، وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قضاة كان مضموناً واذا أبراه أو وهبه لم يكن مضموناً استحساناً وهذا مناقضة لان القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه . وعندنا أنه كان أمانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه

لقوته ، فاذا يزال ظهر حكم الرهن كحقوق من لا رهن له مع حق المرتن في تركه المفلس اذا أسقط المرتن حقه ظهر حكم الآخر وهذا مذهب الشافعي ، وإن سلمه بطل الرهن لقوات عمله فهو كالتلف (مسألة) فان لم يستغرق الارش قيمته يبع منه بقدره وباقيه رهن ، وقيل يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهناً

اذا لم يستغرق أرش الجناية قيمة الرهن يبع منه بقدر الارش وباقيه رهن لان يبعه أماناً جاز ضرورة ابقاء الحق ، فاذا اندفعت الضرورة ببيع البعض لم يجز يبع ما بقي لعدم الضرورة فيه ، فان تعذر يبع بعضه يبع كله للضرورة المقتضية لبيعه ويكون باقي ثمنه رهناً لعدم تعاق الجناية به . وقال أبو الخطاب : هل يباع منه بقدر الجناية أو يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهناً ؟ على وجهين (أحدهما) يباع بعضه خاصة لما ذكرنا (والثاني) يباع جميعه لان يبع البعض يستقبض له وهو عيب ينقص به الثمن وذلك بضر بالمالك والمرتن ، وقد قال عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار »

(مسألة) فان احتار المرتن فداءه ففداه باذن الراهن رجع به ، وان فداءه بغير اذنه فهل يرجع به ؟ على روايتين

اذا امتنع الراهن من فداء الجاني فالمرتن مخير بين فداءه وتسليمه ، فان احتار فداءه فبكم يفديه ؟ يخرج على روايتين فيما يفديه به الراهن ، فان فداءه باذن الراهن رجع به عليه كما لو قضى دينه باذنه ، وإن فداءه متبرطاً لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير اذنه . فان زاد على الفداء الواجب لم يرجع به وجهاً واحداً . ومذهب الشافعي كما ذكرنا إلا انه

رده لانه أمسكه باذن مالكة ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية فانه يختص بنفعها وبخلاف مالو أطارت الربح الى داره ثوباً لزمه رده الى مالكة لان مالكة لم يأذن في إمساكها ، فأما ان سأل مالكة في هذه الحال دفعه اليه لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه اذا أمكنه فان لم يفعل صار ضماناً كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها . وان كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب ملتق لا يمكنه فتحه أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت صلاة أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخر التسليم لذلك فتلقت فلا ضمان عليه لانه لا تقربط منه فأشبه المودع (فصل) واذا قبض المرتهن الرهن فوجده مستحقاً لزمه رده على مالكة والرهن باطل من أصله فان أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر عليه الضمان وللمالك تضمين أيهما شاء فان ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك وان ضمن الراهن رجح عليه ، وان لم يعلم بالغصب حتى تلف بتقربطه فالحكم كذلك لان الضمان يستقر عليه وان تلف بغير تقربطه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) بضمن ويستقر الضمان عليه لان مال غيره تلف تحت يده العادية فاستقر الضمان عليه كما لو علم (والثاني) لا ضمان عليه لانه قبضه على أنه أمانة من غير علمه فلم يضمنه كالوديعة . فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير (والوجه الثالث) أن للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب فان ضمن الغاصب لم يرجع على أحد وان ضمن المرتهن رجح على الغاصب لانه غره فرجع عليه كالمغرور بجرية أمة .

لا يرجع بما فداه بغير اذنه وجهاً واحداً، وان شرط له الراهن الرجوع رجع قولاً واحداً، وإن قضاه باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر فيما بعد ، وان فداه وشرط ان يكون رهناً بالفداء مع الدين الاول فقال القاضي يجوز ذلك لان المحني عليه يملك بيع العبد وابطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ، ولان أرش الجناية متعلق به وأما ينتقل من الجناية إلى الرهن . وفيه وجه آخر أنه لا يجوز لان العبد رهن بدين فلم يجز رهنه بدين سواء كما لو رهنه بدين غير هذا ، وذهب أبو حنيفة إلى ان ضمان جناية الرهن على المرتهن فان فداه لم يرجع بالفداء ، وان فداه الراهن ويبيع في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في ان الرهن من ضمان المرتهن وقد ذكرنا ذلك

(فصل) فان كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين (أحدهما) أن تكون غير موجبة للفقود كجناية الخطأ واتلاف مال فيكون هدراً لان العبد مال سيده فلا يثبت له مال في ماله (الثاني) ان تكون موجبة للفقود فلا يخلو ان تكون على النفس أو على ما دونها، فان كانت على مادون النفس فالحق للسيد ، فان تعلق على مال سقط انقصاص ولم يجب المال لما ذكرنا ، وكذلك ان عفا على غير مال وان اراد ان يقتص فله ذلك لان السيد لا يملك الجناية على عبده فثبت له ذلك بجنابته عليه كالأجنبي ولان انقصاص يجب للزجر والحاجة داعية الى زجره عن سيده ، فان اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه أو قضاء عن الدين لانه أخرجه عن الرهن باحتاره فيكون عليه بدله كما لو أعتقه ، ويحتمل أن لا يجب عليه شيء لانه اقتص باذنه فكانه اقتص باذن الشارع فلم يلزمه شيء ، كالأجنبي ، وكذلك ان كانت الجناية على النفس فاقتص الورثة فهل يجب عليهم القيمة ؟ يخرج على ما ذكرنا ، وليس للورثة الفوق على مال لما ذكرنا في السيد لانهم يقومون مقام الموروث ، وذكر القاضي وجهاً آخر أن لهم ذلك لان الجناية في

(اللفظي والشرح الكبير) عند الاختلاف في قيمة الرهن يكون القول قول المرتهن مع يمينه ٤٤٥

﴿ مسأله ﴾ قال (وان اختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وان اختلفا في قدر

الحق فالقول قول الراهن مع يمينه انما لم يكن لواحد منهما بما قال بينه)

بمعنى إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال التي يلزم المرتهن ضمانه وهي إذا تعدى أو لم يحرز فالقول قول المرتهن مع يمينه لأنه غارم ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقربه والقول قول المنكر وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وان اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي هذا بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن ، وبهذا قال النخعي والثوري والشافعي والبيهقي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي بدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الألف فالقول قول من ينفيها كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم فإن العادة رهن الشيء بأقل من قيمته ، إذا ثبت هذا فإن القول قول الراهن في قدر ما رهنه به سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين ألفان وقال الراهن إنما رهنتك بأحد الألفين ، وقال المرتهن : بل رهنته بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الألفين بعبده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين

ملك غيرهم فكان لهم الفعلى مال كما لو جنى على أجنبي وللشافعي قولان كالوجهين ، فإن عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرناه

(فصل) فإن جنى الموهون على عبد سيده لم يخل من حالين (أحدهما) أن لا يكون مرهوناً فخكه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص إن كانت جنايته موجبة له فإن عفا على مال أو غيره أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدرأً وسواء كان الجاني عليه قنأً أو مديراً أو أم ولد

(الحال الثاني) أن يكون رهناً فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو غيره فإن كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فإن اقتصر بطل الرهن في الجاني عليه وعليه قيمة المقتصر منه ، ويحتمل أن لا يجب لأنه اقتصر باذن الشارع فإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكان رهناً بحق واحد فخنايته هدر لان الحق يتعلق بكل واحد منهما فإذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقاً بالآخر ، وان كان كل واحد منهما رهناً بحق منفرد ففيه أربع مسائل :

(إحداها) أن يكون الحقتان سواء وقيمتها سواء فتكون الجناية هدرأً سواء كان الحقتان من جنسين مثل أن يكون أحدهما مائة دينار والآخر بدراهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لأنه لا فائدة في اعتبار الجناية

(المسألة الثانية) ان يختلف الحقتان وتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة فإن كان دين القاتل أكثر لم ينقل إلى دين المقتول لعدم الغرض

وقال ان راهن هو رهن بالوَجَل وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ولان القول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته وهذا إذا لم يكن بينة فان كان لاحدهما بينة حكم بها بغير خلاف في جميع هذه المسائل

(فصل) وان اختلفا في قدر الرهن فقال رهتكَ هذا العبد فقال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لانه منكر ولا نعلم في هذا خلافاً . وان قال رهتكَ هذا العبد قال بل هذه الجارية خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بانه لم يرهنه وحاقف الراهن على انه مارهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضاً . وإن اختلفا في رد الرهن الى الراهن فالقول قوله أيضاً لانه منكر والاصل معه . وكذلك الحكم في المستأجر اذا ادعى رد العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب يتخرج فيها وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل يجعل اذا ادعى الرد فان فيها وجهين والفرق بينهما وبين المرتهن ان المرتهن قبض العين لينتفع بها وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لابلين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لايها ، وان اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لانه يد امانة ويتمرد عليه إقامة البينة على التالف فقبل قوله فيه كالمودع

(فصل) فان قال بمتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبدك هذين قال بل على أن أرهنك هذا وحده ففيها روايتان حكاهما القاضي (احدهما) يتحالفان لانه اختلاف في البيع فهو كالاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول الراهن لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه والقول قول المتكر وهذا أصح .

فيه وان كان دين المقتول أكثر نقل الى القاتل لان المرتهن غرض في ذلك وهل يباع القاتل ويجعل قيمته رهناً مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين (أحدهما) لا يباع لانه لا فائدة فيه (والثاني) يباع لانه ربما زاد فيه من يبايعه أكثر من ثمنه فان غرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك (المسئلة الثالثة) أن يتفق الدينان ويختلف القيمان بان يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله وان كانت قيمة الجاني أكثر يبع منه بقدر جنايته تكون رهناً بدين الجاني عليه والباقي رهن بدينه وإن اختلفا على بقيقته ونقل الدين اليه صار مرهوناً بهما فان حل أحد الدينين يبع بكل حال لانه إن كان دينه المعجل يبع ليستوفي من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر وان كان المعجل الآخر يبع ليستوفي منه بقدره والباقي رهن بدينه

(المسئلة الرابعة) أن يختلف الدينان والقيمتان مثل ان يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة احدهما مائة والآخر مائتين فان كان دين المقتول أكثر نقل اليه والا فلا

(فصل) فان كان الجاني عليه رهنا عند غير مرتهن القاتل فللسيد القصاص لانه مقدم على حق المرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتصر بطل الرهن في الجاني عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يجعل رهنا مكانه وعليه قيمة المقتص منه يكون رهنا لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره . ويحتمل أن لا تجب لما ذكرنا وللسيد القصاص على مال قصير كالجناية الموجبة

(فصل) وان قال أرسلت وكيك فرهنني عبدك على عشرين قبضها قال ما أمرته برهنه الا بعشرة ولا قبضت الا عشرة سئل الرسول فان صدق الراهن فعليه اليمين أنه مارهنه الا بعشرة ولا قبض الا عشرة ولا يمين على الراهن لان الدعوى على غيره ، فاذا حلف الوكيل برئاً جميعاً وان نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لانه يصدق الراهن في أنه مأخذها ولا أمره بأخذها وإنما المرتهن ظلمه ، وان صدق الوكيل المرتهن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه فان نكل قضي عليه بالعشرة ويدفع الى المرتهن وان حلف بريء وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتهن لانه يزعم أنها حق له وإنما الراهن ظلمه، وان عدم الرسول أو تمذرا حلافه فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه الا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بالعشرة الاخرى

(فصل) اذا كان على رجل الفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن ففضى ألقاً وقال قضيت دين الرهن وقال المرتهن بل قضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في لفظه لانه أعلم بنيتة وصفة دفعه ولانه يقول ان الدين الباقي بلا رهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته . وان اطلق القضاء ولم يتو شيئاً فقال ابو بكر له صرفها الى ايهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة احدهما كان له ان يمين عن اى المالين شاء وهذا قول بعض اصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معا عن كل واحد منهما نصفه

للمال فيثبت المال في رقة العبد لان السيد لو جنى على العبد لوجب أرض جنايته لحق المرتهن فبان يثبت على عبده أولى . فان كان الارش لا يستغرق قيمته بمنا منه بقدر أرض الجناية يكون رهنا عند مرتهن المجني عليه وباقيه رهن عند مرتهنه ، وان لم يمكن بيع بعضه ببيع جميعه وقسمة منه بينهما على حسب ذلك يكون رهنا ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجعل رهنا عند الآخر، ويحتمل ان يباع لاحتمال ان يرغب في شرائه راغب بأكثر من قيمته فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعي

(فصل) فان كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص إن كانت موجبة له والنفو على مال وغيره ، وان كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فان اتقل ذلك الى السيد يموت المستحق فله مالموروثه من القصاص والنفو على مال لان الاستدانة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء ، وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيدته وله ان يقتص فيما يوجب القصاص . وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الجناية على غيره فأشبهت الجناية على مادون النفس (والثاني) لا يثبت له مال في عبده ولا له النفو عليه وهو قول أبي ثور لانه حق ثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه، وأصل الوجهين في وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل الى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء؟ على وجهين وكل موضع ثبت له المال في رقة عبده فانه يقدم على الرهن لانه يثبت للموروث بهذه الصفة فينتقل إلى وارثه كذلك فان اقتصر في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لانه اذا قدم المال على حق المرتهن

لانها تساويا في القضاء فتساويا في وقوعه عنها ، فأما ان أبرأه المرتهن من احد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه في الراهن ذكره ابو بكر

(فصل) واذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقها ولم يضر انكاره لان الحق لها ، وإن قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا في قبض المرتهن له ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لانه شهادة الوكيل لموكله

(فصل) اذا كان في يد رجل عبد فقال رهنني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعرتة فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده لان الأصل عدم الرهن ، وان قال السيد بعثك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذي يذكره ويأخذ السيد عبده وهكذا لو قال رهنتك بألف اقرضتني قال بل بستنيه بألف قبضته مني ممناً فكذلك ويرد صاحب العبد الا ان يأخذ عبده

(فصل) واذا ادعى على رجلين فقال رهناني عبد كما بدني عليكما فأنكراه فالقول قولهما فان شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته اذا كان عدلا والمرتهن ان يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهناً أو يحلف مع احدهما ويصير نصيب الآخر رهناً وان اقر احدهما ثبت في حقه وحده ، وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته ان كان عدلا لانه لا يجلب لنفسه فعماً ولا يدفع عنها ضرراً وبهذا قال اصحاب الشافعي وقال بعضهم اذا انكرا جميعاً في شهادتهما نظر لان المشهود له يدعي ان كل واحد منهما ظالم له ببحوده حقه من الرهن فاذا طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم

فالقصاص أولى ولان القصاص ثبت للموروث مقدماً على حق المرتهن فكذلك في حق وارثه فان كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتمجزه كوث ولده فيما ذكرناه

(فصل) فان جنى العبد المرهون باذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وانه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير اذنه ، وان كان صبياً أو أعجمياً لا يعلم ذلك فالجاني هو السيد. يتعلق به موجب الجناية ، ولا يباع العبد فيها . وسراً كان او معسراً كما لو باشر السيد الجناية ، وقال للقاضي فيه وجه ان العبد يباع مع اعسار السيد لان العبد باشر الجناية ، والصحيح الاول لان العبد آله فلو تعلقت الجناية به يبيع مع اليسار ، وحكم اقرار العبد بالجناية حكم اقرار غير المرهون على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى

(مسألة) (وان جنى عليه جناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فان اقتص فعليه قيمة أقلها قيمة تجمل مكانه)

اذا جنى على الرهن فالخصم في ذلك السيد لانه المالك والارض الواجب بالجناية ملكه وانما المرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره ، فان ترك المطالبة أو أخرها أو كان غائباً أو له عذر يمنه منها فللمرتهن المطالبة بها لان حقه متعلق بموجبه فكان له المطالبة به كما لو كان الجاني سيده ، ثم ان كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لانه حق له وانما يثبت ليسوفى فان اقتص أخذت منه قيمة أقلها قيمة فجعلت مكانه رهناً نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول اسحاق ، ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي لانه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن

له . قلنا لا يصح هذا فان انكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه وان كان الحق عليه لجواز ان ينسى او تلحقه شبهة فيما يدعيه او ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وان كان احدهما كاذباً في مخالفته لصاحبه ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في احدهما .

(فصل) واذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منها بدينه ومتى وفي احدهما خرجت حصته من الرهن لان عقداً واحداً مع الاثنين بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف مفرداً ، فان اراد مقاسمة المرتهن واخذ نصيب من وفاءه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون لزم ذلك وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لان علي المرتهن ضرراً في قسمته ويقر في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه وديمة ، وان رهن اثنان عبدهما عند رجل فوفاه احدهما انفك الرهن في نصيبه . وقد قال احمد في رواية مهنا في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على الف ففوض احدهما ولم يقض الاخر فالدار رهن على ما بقي ، وقال ابو الخطاب في رجل رهن عبده عند رجلين فوفى احدهما فجميعه رهن عند الآخر حتى يوفيه وهذا من كلام احمد وابي الخطاب محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً اذ لا يجوز أن يقال إنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهناً ، ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف فمذه أربعة عقود وبصير كل ربع من العبد رهناً بمائتين وخسين فتقضي قضاها من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر قاله القاضي وهو الصحيح

ان يسمى للمرتهن في اكتساب مال ، ووجه الاول انه اتلف مالا استحق بسبب اتلاف الرهن فزعم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال ، وهكذا الحكم فيما اذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون . وانما اوجبت اقل القيمتين لان حق المرتهن انما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو اقل القيمتين لان الرهن ان كان اقل لم يجب اكثر من قيمته ، وان كان الجاني اقل قيمة لم يجب اكثر من قيمته لانها التي اتلفها بالقصاص وان عفا على مال صح عفوه ووجب اقل القيمتين لما ذكرنا ، هذا اذا كان القصاص قتلاً ، وان كان جرحاً او قلع سن او نحوه فالواجب بالعفو اقل الامر من ارش الجرح او قيمة الجاني لما ذكرنا وان عفا مطلقاً انبنى على موجب العمد ماهو ؟ فان قلنا موجبه احد شيئين ثبت المال وان قلنا موجبه القصاص عينا فحكمه كالمواقتص ، او قلنا ثم تجب القيمة على الراهن وجب هنا وهو اختيار ابي الخطاب لانه فوت بدل الرهن بعفوه اشبه مالهوا اقتص ، وان قلنا لا تجب على الراهن ثم لم تجب هنا وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه اكتساب مال فلا يجبر عليه وكذلك ان عفا على غير مال

(مسألة) (وكذلك ان جنى على سيده فاقص منه هو او ورثته وقد ذكرنا ذلك)

(مسألة) (وان عفا للسيد على مال او كانت موجبة للمال فاقص منه جبل مكانه)

اما اذا كانت الجناية موجبة للمال او ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فانه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويجب من غالب نقد البلد كقيم المتلفات ، فلو اراد الراهن ان يصلح عنها ويأخذ عوضاً عنها لم يجز إلا باذن المرتهن ، فان اذن جاز لان الحق لهما وما قبض من شيء فهو رهن بدلا عن الاول وقائماً مقامه

(فصل) ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنها عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون صاحبي فأنكرهما جميعاً فالقول قوله مع يمينه ، وان أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم إلى من صدقه وحلف الآخر وان قال لأعلم عين المرتهن منها حلف على ذلك والقول قول من هو في يده منها مع يمينه . وان كان في أيديها حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده ، وان كان في يديها أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعى ملكه ، ولو قال رهنه عند أحدهما ثم رهنه للآخر ولا أعلم السابق منها فكذلك ، وان قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم إليه وحلف للآخر وان نكل والعبد في يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فانه يسلم إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو . وان نكل والعبد في يد الثاني أقر في يده وغرم قيمته للأول لانه أقر له بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي إذا اعترف به لغير من هو في يده فهل يرجع صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين . ولو اعترف لاحدهما وهو في يديها ثبتت يد المقر له وفي النصف الآخر وجهان

(فصل) إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بشئيه ، وان أذن له قبل حلوله مطلقاً فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه لانه أذن له فيها بنا في حقه فاشبهه ماله أذن في عتقه وللمالك أخذ ثمنه وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومحمد يكون الثمن رهناً لان الراهن باع الرهن باذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين . قال الطحاوي جق المرتهن متعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف . ولنا أنه تصرف يبطل حق المرتهن

(مسئلة) (وان عفا السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن ، فاذا اتفك الرهن ود إلى الجاني ، وقال أبو الخطاب يصح وعليه قيمته)

إذا عفا السيد عن المال فقال القاضي يسقط حق الراهن دون المرتهن فنؤخذ القيمة من الجاني نكون رهنها فاذا زال الرهن رجع الارش الى الجاني كما لو اقر ان الرهن منصوب او جان فان استوفى الدين من الارش احتمل ان يرجع الجاني على الماني لان ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو استعاره فرهنه ، واحتمل أن لا يرجع عليه لانه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان وانما استوفى بسبب منه حال ملكه له فاشبهه مالوجي انسان على عبده ثم وهبه لغيره قتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب : يضمن العفو مطلقاً ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهناً لانه أسقط دينه من غيره فصح كسائر ديونه ، قال ولا يمكن كونه رهناً مع تقدم حق الراهن فيه ولزمته القيمة لتقوية حق المرتهن كما لو اتلف بدل الرهن ، وقال الشافعي لا يصح العفو أصلاً لان حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه ، وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفا عن غاصبه . قال شيخنا : وهذا أصح في النظر ، فان قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لانه ينفع الراهن ولا يضره ، وان قال أسقطت الارش أو أبرأت منه لم يسقط لانه ملك للراهن فلا يسقط باسقاط غيره وهل يسقط حقه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقط وهو قول القاضي لان ذلك يتضمن اسقاط حقه وإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن (والثاني) لا يسقط لان العفو ولا براء منه لا يصح فلم يصح ما يضمنه

من عين الرهن لا يملكه المرتهن فإذا أذن فيه اسقط حقه كالتق ، ويخالف ما بعد الخول لان المرتهن يستحق البيع ، ويخالف الائلاف لانه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فان قال انما أردت باطلاق الاذن أن يكون منه رهنا لم يلتفت إلى دعواه لان اطلاق الاذن يقتضي فيما يفسخ الرهن وبهذا قال الشافعي وان أذن فيه بشرط أن يجعل منه مكانه رهنا أو يجعل له دينه من ثمنه جاز ولزم ذلك ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول المرتهن لانه منكر ، وان أذن في البيع واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا أو تسجيل دينه منه فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الشرط ، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن لان الاصل بقاء الوثيقة ، وان أذن الراهن في البيع ثم رجع قبل البيع فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع لم يصح بيعه ، وان باعه بعد الرجوع وقبل العلم احتمل وجهين بناء على عزل الوكيل قبل علمه ، فان اختلفا في الرجوع قبل البيع فقال القاضي القول قول المرتهن أيضاً لان الاصل عدم الرجوع وعدم البيع قبل الرجوع فتعارض الاصلان وبقيت العين رهنا على ما كانت وبهذا كله قال الشافعي وهذا فيما لا يحتاج الى بيعه ، فاما ما دعت الحاجة الى بيعه كالذي خيف تلفه اذا أذن في بيعه مطلقا تعلق الحق بثمنه لان بيعه مستحق فأشبه ما يسم بعد حلول الدين

(فصل) اذا حل الحق لزم الراهن الايفاء لانه دين حال فلزم ايفاؤه كالذي لا رهن به فان لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلما لزمه وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن . وان لم يكن أذن لها في بيعه أو كان قد أذن لها ثم عزلها طول بالوفاء وبيع الرهن فان فعل والا فعل الحاكم ماري من حبسه وتعزيره لبيعه أو يبيعه بنفسه أو أمينه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لان ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله

(فصل) وان أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لها ، وإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الارش ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالارش وله قبضه فاذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الارش الى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وان استوفى حقه من الارش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لانه مقر له باستحقاقه

(فصل) ولو كان الرهن أمة حاملا فضرِب بطنها أُجِبي فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمه وان أُلقت حياً ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة لانه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها، ويحتمل ان يضمن نقصها بالولادة لانه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها ويحتمل ان يجب أكثر الامرين من نقصها أو ضمان جنينها لان سبب ضمانها وجد فاذا لم يجتمع ضمانها وجب ضمان اكثرهما، وان ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتاً ففيه ما تقتضيه الجناية لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام ، وقال الشافعي : ما وجب لنقص الام او لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الامة فليس برهن ولنا انه ضمان وجد بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وولد البهيمة

(مسألة) (وان وطئ المرتهن الجارية بغير اذن الراهن فعليه الحد والمهر وولده رقيق)

لا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة اجماعا لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وليست هذه زوجته ولا ملكة ، فان فعل بغير اذن الراهن طالما بالتحريم فعليه الحد لانه

فلم يفتد يبعه بغير اذنه . ولنا أنه حق تعين عليه فإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالإفناء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

(مسئلة) قال (والمرتهن أحق بضمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفي حقه

حياً كان الراهن أو ميتاً)

وجملته أنه إذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم أو حجر عليه أفلسه وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقدم من له أرش جنابة يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس لما ذكرنا من قبل ، ثم من له رهن فإنه يخص بضمنه عن سائر الغرماء لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، فيباع الرهن فإن كان ثمنه وفق حقه أخذه ، وإن كان فيه فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء ، وإن فضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضرب مع الغرماء ببقية دينه ، ثم من بعد ذلك من وجد عين ماله فهو أحق بها ثم يقسم الباقي بين الغرماء على قدر ديونهم ولو كان فيهم من دينه ثابت بجنابة المفلس لم يقدم وكان أسوة الغرماء لأن أرش جنابته يتعلق بذمته دون ماله فهو كبقية الديون بخلاف أرش جنابة العبد فإنها تتعلق برقبة العبد فلذلك كان أحق به ممن تعلق حقه بمجرد الذمة ، ولا فرق في استحقاق ثمن الرهن والاختصاص به بين كون الرهن حياً أو ميتاً لأن تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقاً بعين المال وهذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت فكذلك ما ثبت به كإرش الجنابة .

(فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيهه وقبض الثمن أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلقت وتعدر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لأن حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش .

لا شبهة له فيه فإن الرهن وثيقة بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ، ولأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكة لنفعها فالرهن أولى ، ويجب عليه المهر سواء أكرهها أو طأوعته ، وقال الشافعي لا يجب المهر مع المطاوعة لأن النبي ﷺ نهى عن مهر النبي ، ولأن الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة . وإنما إن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الأمة وأذنها كما لو أذنت في قطع يدها ، ولأنه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير اذنه فكان عليه عوضها كما لو أكرهها وكأرش بكارها لو كانت بطلاً والحديث مخصوص بالمكرهه على البقاء فإن الله تعالى سهاها بذلك مع كونها مكرهه فقال (ولا تكرر هو فتياكم على البقاء إن اردن تحصنا) وقولهم لا يجب الحد والمهر قلنا لا يجب المهر لها وفي مسئلتنا لا يجب لها وإنما يجب لسيدها . ويقارق الحرة فإن المهر لو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقتها بأذنها ومنها المستحق لم يأذن ، ولأن الوجوب في حق الحرة يتعلق بأكرهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد هنا لما يتعلق بالسقوط بأذنه ينبغي أن يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل أو غير معتقداً له ، أو ادعى بشبهة أو لم يدعها لا يسقط المهر بشيء من ذلك لأنه حق آدمي فلا يسقط بالشبهات وولده رقيق للراهن لأنه من زنا ولأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبهه الاجنبي

جناية المفلس ، وذكر القاضي احتمالاً آخر أنه يقدم على الغرماء لأنه لم يرض بمجرد الدمة فكان أولى كالمترهن ولأنه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعي ، ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المترهن فإن حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الأول مستقضى بارش جناية المفلس والثاني مصلحة لأصل لها فلا يثبت الحكم بها ، فأما إن كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه لأنه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة بأخذها ومتى باع العدل مال المفلس أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالمهدة على المفلس فلا شيء على العدل لأنه أمين .

(فصل) ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئاً غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لأن حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئاً ، فإن هلك البعير أو أتهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة وبضرب مع الغرماء ببقية الاجارة ، وإن استأجر جملاً في الدمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فالمستأجر اسوة الغرماء لأن حقه لم يتعلق بالعين ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، فإن أجرد داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة ، وإن اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لأنه احوط من التأخير فإذا استوفى المستأجر يسلم المشتري ، وإن اختلفوا على تأخير البيع حتى تقضي مدة الاجارة فلهم ذلك لأن الحق لهم لا يخرج عنهم

(مسئلة) (وإن وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة وكان مثله مجهول ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته)

وجملة ذلك ان المترهن اذا وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة بالتحريم فان احتمل صدقه لكونه ممن نشأ بيادية أو حديث عهد بالاسلام فلا حد عليه وولده حر لانه وطئها معتقداً باباحة وطئها فهو كما لو وطئها بظنها أمته ، وإن لم يحتمل صدقه كالتاشي ببلاد المسلمين مختلطاً بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لانه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل فيكون ولده رقيقاً للراهن لانه من زنا ، ومتى كان الوطء باذن الراهن لم يجب عليه قيمة الولد وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لان الاذن في الوطء اذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المترهن للراهن في الوطء فحملت سقط حقه من الرهن ، وكما لو اذن في قطعه أصعب لم يضمنها وكالحرة اذا اذنت في وطئها سقط عنه الضمان ، وفيه قول ان قيمة الولد يجب ؟ وإن أذن الراهن في الوطء وهو منصوص الشافعي لان وجوب الضمان يمنع اتخاذ الولد رقيقاً ويشبه اعتقاد الحل وما حصل ذلك بأذنه بخلاف وطء الراهن فان خروجه من الرهن بالحمل الذي سببه الوطء المأذون فيه ولا يجب المهر اذا كان الوطء باذن الراهن ، وقال أبو حنيفة يجب وعن الشافعية كالمذهبين

ولنا انه اذن في سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ، ولان المالك اذن في استيفاء المنفعة

(فصل) ولو باع سامة ثم أفلس قبل تقييضا فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرها لأن المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وما بعده ، وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به لانه وجد عين ماله وإن لم يجده فله أسوة الغرماء لانه لم يتعلق حقه بعين مال ولا ثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه الذي يستحقه دون الثمن فيعزل له قدر حقه فان كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له بقدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه كذلك يكون بدلاً عما في الذمة من المسلم فيه ولا يجوز أخذ البديل عن المسلم فيه ، وإن أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشتري له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء

مناله رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولا آخر فقير حنطة من سلم قيمته دينار فانه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب الدينار نصفه ويعزل نصفه للمسلم ، فان رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تيناً ان حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس الا ثلثه يشتري له به ثلثا قفيز فيدفع اليه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر ، فان غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تيناً انه يستحق مثلي ما يستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشتري له بالثمن المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشتري له به أيضاً لان المعزول ملك المفلس وإنما للمسلم قدر حقه فان زاد للمفلس وان نقص فعليه

(فصل) قال عبد الله بن احمد سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها ولا من رهن عنده قال اذا أيست من معرفتهم ومعرفتهم فإرى أن تباع ويتصدق بثمنها فان عرف بعد أربابها خيرهم بين الأجر أو يفرم لهم ، هذا الذي أذهب اليه ، وقال أبو الحارث عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل ، فظاهر هذا أنه يستوفي حقه ونقل أبو طالب لا يستوفي حقه من ثمنه ولكن ان جاء صاحبها فطلبه أعطاه إياه وطلب منه حقه ، واما ان رفع أمره الى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك

فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة، وولده حر للشبهة وقد ذكرناه ، ولا نصير هذه الامة أم ولد لرجال سواء ملكها المرتن بعد الوضع أو قبله ، وسواء حكنا برق الولد أو حربته وفيه وجه آخر أنه اذا ملكها حاملها أنها تصير ام ولد وسنذكر ذلك في امهات الاولاد

(فصل) قال عبد الله بن احمد سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف اصحابها ولا من رهن عنده قال : اذا ايست من معرفتهم ومعرفتهم فإرى ان تباع ويتصدق بثمنها ، فان عرف بعد اربابها خيرهم بين الاجر او يفرم لهم . هذا الذي اذهب اليه ، وقال ابو الحارث عن احمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل فظاهر هذا أنه يستوفي حقه ، ونقل أبو طالب لا يستوفي حقه من ثمنه ولكن ان جاء صاحبها بعد فطلبه أعطاه إياه وطلب منه حقه ، واما إن رفع أمره الى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك

كتاب المفلس

المفلس هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه « أتدرون من المفلس؟ » قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال « ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الحياض ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار » أخرجه مسلم بمناه فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس ذلك المفلس » تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغني ونحوه. هذا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يملأ نفسه عند الغضب » وقوله « ليس السابق من سبق بعيره وإنما السابق من غفر له » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر

ليس من مات فاستراح يميت إنما الميت ميت الأحياء

وإنما سمي هذا مفلساً لأنه لا مال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال، والمفلس في عرف الفقهاء

(باب الحجر)

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى (ويقولون حجراً محجوراً) أي حراماً محرماً ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى (هل في ذلك قسم لذي حجر؟) أي عقل سمي حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقيح، وهو في الشرع منع الإنسان من التصرف في ماله (مسئلة) وهو على ضربين حجر على الإنسان لحظ نفسه وحجر لحق غيره) كالحجر على المريض في التبرع بما زاد على الثلث لحق الورثة، وعلى العبد والمكاتب لحق السيد والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن وهؤلاء أبواب يذكر فيها، ومن ذلك الحجر على المفلس لحق الغرماء وهو المذكور هنا، والمفلس هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه « أتدرون من المفلس؟ » قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال « ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الحياض ويأتي وقد ضرب هذا ولطم هذا وأكل مال هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار » أخرجه مسلم بمناه فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس، وقول النبي ﷺ « ليس ذلك المفلس » تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغني، ونحو هذا قوله عليه الصلاة والسلام « ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد الذي يملأ نفسه عند الغضب » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر

ليس من مات فاستراح يميت إنما الميت ميت الأحياء

قيل إنما سمي هذا مفلساً لأنه لا مال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال، والمفلس في عرف

من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله، وسموه مفلساً وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم، وقد دل عليه تفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الحياض لكنها كانت دون ما عليه فقسمت بين الغرماء وبقي لاشيء له، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاة دينه، ويجوز أن يكون سمي بذلك لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعييش إلا به كالفلوس ونحوها

(فصل) ومتى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إيجابتهم، ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجنب معاملته فإذا حجر عليه نبت بذلك أربعة أحكام (أحدها) تعلق حقوق الغرماء بعين ماله (والثاني) منع تصرفه في عين ماله (الثالث) أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط (الرابع) أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء، والاصل في هذا ما روى كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل وباع ماله رواء الخلال باسناده، وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين فكلم النبي صلى الله عليه وسلم غرماؤه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء، قال بعض أهل العلم إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلفهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنهم كانوا يهوداً

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا فلس الحاكم رجلاً فاصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون اسوة الغرماء)

وجملته ان المفلس متى حجر عايه فوجد بعض غرمائه سلته التي باعه اياها بينها بالشروط التي

الفقهاء من دينه أكثر من ماله، وسموه مفلساً وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم وقد دل عليه تفسير النبي ﷺ مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الحياض لكنها لا تفي بما عليه فقسمت بين الغرماء وبقي لاشيء له ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاة دينه ويجوز أن يكون سمي بذلك لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعييش إلا به كالفلوس

(مسئلة) ومن لزمه دين، ووجل لم يطالب به قبل أجله لأنه لا يلزمه أدائه ولم يحجر عليه من أجله لأنه لا يستحق المطالبة به فلم يجز منه من التصرف في ماله بسببه فإن كان بعض دينه مؤجلاً وبمضه حالاً وكان ماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً، وقال بعض أصحاب الشافعي ان ظهرت أمارات الفليس لسكون ماله بازاء دينه ولا تفقه له إلا من ماله حجر عليه في أحد الوجوهين لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً، ولنا أن ماله واف بما يلزمه أدائه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفليس ولان الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة الى الحجر

(مسئلة) (فان أراد سفرأ يحل الدين قبل مدته فلفريمه منه الا أن يوثقه برهن أو كفيل)

يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ ساعته ، روي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة وبه قال عروة ومالك والاوزاعي والشافعي والعمري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال الحسن والتخفي وابن شيرمة وأبو حنيفة هو أسوة الغرماء لان البائم كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه اسقط حقه من الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك بالافلاس كالمترهن اذا سلم الرهن الى الراهن ، ولانه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم

ولنا ماروي أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه ، قال أحمد لو أن حاكماً حكّم انه أسوة الغرماء ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ، ولان هذا المقدم يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه اذا تعذر ولانه اذا شرط في البيع رهناً فجز عن تسليمه استحقاق الفسخ وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويقارن المبيع الرهن فان امساك الرهن امساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس يبدل والثمن هنا بدل عن العين فاذا تعذر استيفاؤه رجع الى المبدل ، وقولهم تساوا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فان بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده . اذا ثبت هذا فان البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو اقل أو أكثر لان الاعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجب كالمبيع والخيار ، ولا يفترق الفسخ الى حكم حاكم لانه فسخ ثبت بالنص فلم يفترق الى حكم حاكم كفسخ النكاح لتفق الأمة

(فصل) وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي ؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالمعيب وفي ذلك روايتان (إحداهما) هو على التراخي لانه حق رجوع يسقط إلى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة (والثاني) هو على الفور لانه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالمعيب ولان جواز تأخيره يفضي الى الضرر بالقرماء لافضائه إلى تأخير حقوقهم فاشبه خيار الاخذ بالشفعة ونصر القاضي هذا الوجه ولأصحاب الشافعي وجهان كهمذين

وجملة ذلك أن المدين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فان كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر كمن يسافر إلى الحج لا يقدم الا في صفر ودينه محل في المحرم فله منعه من السفر لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله فان أقام ضميناً مليئاً أو دفع رهناً يفي بالدين عند المحل فله السفر لزوال الضرر بذلك .

(مسئلة) (فان كان لايجل الدين قبله ففي منعه روايتان)

أما إذا كان الدين لا يجل الا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر فان كان سفره الى الجهاد فلغريمه منعه الا بضمين أو رهن لانه سفر يتعرض فيه لذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وان كان لغير الجهاد فليس له منعه في إحدى الروايتين ، وهو ظاهر كلام الحرفي لان هذا السفر ليس بامارة على منم الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر التصير وكالسمعي الى الجمعة (والثانية) له منعه لان قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر فملك منعه منه كالاول ، وقال الشافعي ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل اذا كان الدين مؤجلاً بحال سواء كان الدين يجل قبل محل

(فصل فان بذل الثرماء الثمن لصاحب السلعة ليركها لم يلزمه قبوله نص عليه احمد ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له الرجوع لان الرجوع إما يجوز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن فاذا بذل له بكاله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المبيع ، ولنا الخبر الذي روينا . ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أسعر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو عجز المكاتب فبذل غيره ما عليه لسيدته ، وبهذا ينتقض ما ذكره وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بشئ من التركة ، وفي هذا القسم ضرر آخر لانه لا يأمّن تجدد ثبوت دين آخر فيرجع عليه ، وإن دفعوا الى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لانه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الثرماء حقوقهم عنه فلك أداء الثمن ، ولو أسقط الثرماء حقوقهم عنه فتمكن من الاداء او وهب له ما فأمكنه الاداء منه او غلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الثرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يكن للبائع الفسخ لزوال سببه ولانه أمكنه الوصول الى ثمن سلمته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

(فصل) فان اشترى المفلس من انسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في ذمته لم يكن له الفسخ لتعذر الاستيفاء سواء علم أو لم يعلم ولانه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلاً ولان العالم بالمبيع دخل على بصيرة بخراب الذمة فاشبه من اشترى مبيعاً يعلم عيبه ، وفيه وجه آخر أن له الخيار لعموم الخبر ولانه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً مسراً بنفقتها ، وفيه وجه ثالث ان باعه عالماً بنفسه فلا فسخ له وان لم يعلم فله الفسخ

سفره أو لا الى الجهاد أو الى غيره لانه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير ، ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فلك منعه منه اذا لم يوثقه برهن أو كفيل كالسفر بعد حلول الحق ، ولانه لا يملك تأخير الدين عن محله وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملك كحجره

(مسألة) (واذا كان حالاً وله ما يفي به لم يحجر عليه)

لعدم الحاجة الى ذلك ويأمره بوقائه فان أبي حبسه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لي الواجد محل عرضه وعقوبته » رواه أحمد فمقوبته حبسه وعرضه أن يملطه فيقال له يا ظالم يا متعدي ومحو ذلك

(مسألة) (فان أصر باعه الحاكم وقضى دينه)

وجمته ان الترم اذا حبس فصر على الحبس ولم يقض الدين قضى الحاكم دينه من ماله . وان احتاج الى بيع ماله في قضاء دينه باعه وقضى دينه وهذا مذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ليس للحاكم بيع ماله لكنه يجبره على البيع اذا لم يمكن الا بقاء بدونه ، فان امتنع لم يبعه الحاكم وانما يجسه لبيع نفسه الا ان يكون عليه احد التقدين وما له من القدر الآخر فيدفع أحد التقدين عن الآخر لانه رشيد لا ولاية عليه فلم يجز بيع ماله بغير اذنه كالذي لا دين عليه

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر عنى معاذ وباع ماله في دينه . رواه الخلال باسناده ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس فقال : ألا ان أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأماتته بأن يقال سبق الحاج فادان مريضاً فأصبح وقد ربن به فن كان له عليه مال فليحضر خدماً

كشترى الميب، وبفارق المسر بالفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضى بالمسرها
رضى بسبب مالم يجب بخلاف مسائنا وأما يشبه هذا إذا تزوجته مسراً بالصداق وسلت نفسها إليه
ثم ارادت الفسخ

(فصل) ومن استأجر أرضاً لمزرعتها فأفلس قبل مضي شيء من المدة فلمؤجر فسوخ الاجارة
لانه وجذعين ماله ، وان كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالاجرة وان كان بعد مضي بعضها لم يملك
الفسوخ في قياس قولنا في المبيع اذا تلف بعضه فان المدة ههنا كالبيع ومضي بعضها كتلف بعضه
لكن يعتبر مضي مدة ثلثها اجرة لانه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال ، وقال القاضي في موضع
آخر من اكثرى ارضاً فزرعها ثم أفلس ففسوخ صاحب الارض فعله ببقية زرع الفللس الى حين الحصاد
بأجر مثله لان المقنود عايه المنفعة فاذا فسخ المقن ففسوخه فيما ملك عليه بالمقد وقد تندر ردعا عليه
فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد ان اتلف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الثرماء كذا ههنا
ويضرب مع الثرماء بأجر المثل دون المسمى ، وههنا مذهب الشافعي ، وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد
لصحة الخبر ولا يصح في النظر . أما الخبر فلان النبي ﷺ إنما قال « من أدرك متاعه بعينه عند رجل
قد أفلس فهو أحق به » وهذا مادرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالاجماع قائم وافقوا على وجوب
تبعيها وعدم الرجوع في عينها ولان معنى قوله « من أدرك متاعه بعينه » أي على وجه يمكنه أخذه
لا يتعلق حقه بعينه وليس هذ كذلك ، وأما النظر فلان البائع إنما كان أحق بين ماله لتعلق حقه
بالمين وإمكان رد ماله اليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالمين

فانا نأمو ماله وقاسموه بين غرمائه « ولانه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله بشير
رضاء كالصغير والسفيه ولانه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأثمان وقياسهم يطل ببيع الدراهم بالدنانير
(مسئلة) (وان ادعى الاعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق
حسب الا أن يقم البينة على قادم ماله أو اعساره ، وهل يحلف معها ؟ على وجهين وإن لم يكن
كذلك حلف وخلى سبيله)

وجملة ذلك ان من وجب عليه دين حال فطولب به فلم يؤده فان كان في يده مال ظاهر أمره
الحاكم بالقضاء ، وان لم يظهر له مال قاعدى الاعسار فصدقه غريمه لم يحسب ووجب انظاره ولم يحجز
ملازمته لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم
لثرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك » ولان الحسب اما أن يكون لا نبات
عسرتة أو لقضاء دينه وعسرتة ثابتة والقضاء متمذر فلا فائدة في الحسب فان كذبه غريمه فلا يخلو اما
ان يكون عرف له مال أو لم يعرف ، فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض
والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع بعينه فاذا حلف أنه ذو مال حسب
حتى تشهد البينة باعساره . قال ابن التندر أكثر من تحفظتته من علماء الامصار وقضاتهم يرون الحسب
في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والتمان وسوار وعبد الله بن الحسن ، وروي عن شرح
والشعبي وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الثرماء ولا يحسب ، وبه قال عبد الله بن
أبي جعفر واليث بن سعد .

ولأمكن ردها إليه ، وإنما صار قائدة الرجوع بالضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المفتضي في محل النص ولا هو في معناه فإثبات الحكم به تحمك بغير دليل ، ولو اكترى رجلاً بحمل له متاعاً إلى بلد ثم أفلس المكترى قبل حمل شيء فللمكترى الفسخ ، وإن حمل البعض أو بعض المسافة فقياس المذهب ليس له الفسخ وقياس قول القاضي له ذلك فإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الترماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى ، وعلى قياس قول القاضي يفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسئلة التي حكينا قوله فيها

(فصل) فإن أقرض رجلاً مالا ثم أفلس المقرض وعين المال قائم فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع ، وإن أصدق امرأة له عيناً ثم انفسخ نكاحها بسبب من حبتها بسقط صداقها أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفاضت ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا ﴿ مسألة ﴾ قال (فإن كانت السلعة قد تلف بعضها أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها أو فقد بعض ثمنها كان البائع فيها كاسوة الترماء)

وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع في السلعة مخمس شرائط (أحدها) أن تكون السلعة باقية بعينها لم يلف بعضها فإن تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهب عينه ، أو تلف بعض الثوب أو أهدم بعض الدار أو اشترى شجراً مشعراً لم تظهر ثمرته فتلقتا للثمرة أو نحو هذا لم يكن

ولنا إن انظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فإن شهدت البيعة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو أم تكن لان التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم ، وإن طلب الغريم أحلافه على ذلك لم يجب إليه لأنه تكذيب للبيعة ، وإن شهدت مع ذلك بالأعسار اكتفى بشهادتها وثبتت عسرته وإن لم تشهد إلا بالتلف وطلب الغريم يمينه على عسرته وأنه ليس له مال آخر استخاف على ذلك لأنه غير ما شهدت به البيعة وإن لم تشهد بالتلف وإنما شهدت بالأعسار لم تقبل الشهادة إلا من ذي خبرة باطنة لأن هذا في الأمور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب إلا أهل الخبرة والحفاظة وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك أنه قال لا تسمع البيعة على الأعسار لأنها شهادة على النبي فلم تسمع كما لو شهدت أنه لادين عليه

ولنا ما روى قبيصة بن الحارث أن النبي ﷺ قال « يا قبيصة إن المسئلة لا تحل إلا لآحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم أمسك ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من أهل الحيى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش » رواه مسلم وأبو داود ، وقولهم إن الشهادة على النفي لا تقبل قلنا لا ترد مطلقاً فإنه لو شهدت بيعة أن هذا وارث هذا الميت لا وارث له سواء قبلت ، ولأن هذه وإن كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما إذا شهدت أنه لاحق له فإن هذا بما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها إلى معرفته بخلاف مسئلتنا وتسم البيعة في الحال ، وبهذا قال الشافعي

للبيع الرجوع وكان أسوة الفرماء وبهذا قال إسحاق ، وقال مالك والاوزاعي وانشافمي والنعبري له الرجوع في الباقي ويضرب مع الفرماء محصة التالف لأنها عين يملك الرجوع في جميعها فلك الرجوع في بعضها كالذي له الحيار وكالاب فيما وهب لولده ، ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » فشرط ان يجده بينه ولم يجده بينه ولانه إذا أدركه بينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ماينها من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بضه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن او يأخذه بقسطه من الثمن لانه فات شرط الرجوع ، وان كان المبيع عينين كعبدتين او ثوبين تلف أحدهما أو بعض أحدهما في جواز الرجوع في الباقي منها روايتان (لإحداها) لا يرجع نقلها أبو طالب عن أحمد قال لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الفرماء لانه لم يجد المبيع بينه فأشبهه بالوكان عيناً واحدة ، ولان بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع كالأو قطعت يد العبد وقتل الحسن بن ثواب عن أحمد إن كان ثوباً واحداً قتلت بعضه فهو أسوة الفرماء ، وإن كان رزماً قتلت بعضها فانه يأخذ بقيمتها إذا كان بينه لان السالم من المبيع وجده البائع بينه فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » ولانه مبيع وجده بينه فكان للبايع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع

(فصل) وان باع بعض المبيع او وهبه او وقفه فهو بمنزلة تالفه لان البائع ما أدرك ماله بينه (فصل) وان نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر أو مرض أو تفسير عقله ، أو كان ثوباً فخلق لم يمنع الرجوع لان فقد الصفة لا يخرج عن كونه وقال أبو حنيفة لانسمع في الحال وتجبس شهراً وقيل ثلاثة أشهر ، وروي أربعة حتى يغلب على ظن الحاكم انه لو كان له مال لأظهره

ولنا أن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات وما ذكره لو كان صحيحاً لاغنى عن البينة ، فان قال الفريم أحلفوه لي مع بينته أن لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام احمد لانه قال في رواية ابراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الفريم استحلفوه لا يستحلف لان ظاهر الحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر . قال القاضي سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار وهذا أحد قولي الشافعي لانه بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده وفيه وجه آخر انه يستحلف وهو القول الثاني للشافعي لانه يحمل ان يكون له مال خفي عن البينة . قال شيخنا : ويصح عندي الزامه اليمين على الاعسار اذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما اذا شهدت بالاعسار لانه اذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف ذلك المال وادعى له مالا سواء أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ، ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى ان له مالا سواء لزمته اليمين فكذلك إذا قامت به البينة قلها لا تزيد على الاقرار ، فان كان الحق ثبت عليه في غير مقابلة مال أخذه كأرض الحنابية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كانت امرأة فان لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلي سبيله ، وهذا قول الشافعي وابن المنذر ، وإنما اكتفينا بيمينه لان الاصل عدم المال ، وقد روي أن النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء « لا تيأسا من الرزق ما اهترت زؤسكما فان ابن آدم يخلق وليس له إلا قشر تاه ثم يرزقه الله تعالى »

عين ماله لكنه يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه وبين ان يضرب مع الغرماء بكامل ثمنه لان الثمن لا يتوسط على صفة السلامة من يمين او هزال او علم أو نحوه فيصير كتنقصه لتغير الاسعار، ولو كان المبيع أمة نبيأ فوطئها المشتري ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا قلنا لم تنقص في ذات ولا في صفات ، وان كانت بكرأ فقال القاضي : له الرجوع لانه فقد صفة قانه لم يذهب منها جزء وأما هو كالجراح ، وقال أبو بكر : ليس له الرجوع لانه اذهب منها جزء فأشبهه مالو فقأ عنها ، وان وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا

(فصل) وان جرح العبد أو شج فعلى قول أبي بكر لا يرجع لانه ذهب جزء ينقص به الثمن فأشبهه مالو فقئت عين العبد لانه ذهب من العين جزء له بدل فنع الرجوع كما لو قطعت يد العبد ولانه لو نقص صفة مجردة لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شيء سواء كما ذكرنا في هزال العبد ولسبان الصنعة وهنأ بخلافه ، ولان الرجوع في الحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل العمالة بينهما فلا يثبت في محل لا يحصل به هذا المقصود . وقال القاضي : قياس المذهب ان له الرجوع لانه فقد صفة فأشبهه لسبان الصنعة واستخلاق الثوب ، فاذا رجع نظرنا في الجرح فان كان مما لأرشد له كالحاصل بفعل الله تعالى او فعل بهيمة او جنابة المفلس او جنابة عبده او جنابة العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرشد ، وإن كان الجرح موجياً لأرشد كجنابة الاجنبي فللبائع إذا رجع ان يضرب مع الغرماء محصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لانه مضمون على المشتري للبائع بالثمن ، فان قيل فهلا جعلتم له الارش الذي وجب على الاجنبي لانه لو لم يجب به ارش لم

قال ابن المنذر الحبس عقوبة ولا تعلم له ذنبا يعاقب به والاصل عدم ماله بخلاف من علم له مال فان الاصل بقاء ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه ومطلق كلام الحرقي يدل على أنه يحبس في الحالتين لكنه ينبغي ان يحمل كلامه على هذا لقيام الدليل على الفرق

(فصل) ومتى ثبت اعساره عند الحاك لم يجزه مطالبته ولا ملازمته ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لغرمائه ملازمته من غير أن يمنوه من الكسب ، فاذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول معه والا تمنوه من الدخول لقول النبي ﷺ « لصاحب الحق اليد واللسان »

ولنا ان من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كصاحب الدين المؤجل ، وقول الله تعالى (تنظرة الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا ، وقد ثبت ان النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في غار ابتاعها فكثرت دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » رواه مسلم والترمذي (مسألة) (وان كان له مال لا يفي به فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه لزمته اجابتهم)

اذا اتفق الغرماء على طلب الحجر عليه في هذه الحال لزم الحاكم اجابتهم ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لانه لا ولاية له في ذلك انما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم ، وكذلك ان سألهم ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة ليس للحاكم الحجر عليه فاذا ادى اجتهاده الى الحجر عليه ثبت لانه فصل مجتهد فيه . ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله في دينه رواه الحلال باسناده

يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الارش ؟ فلنا لما أتلفه الاجنبي صار مضموناً باتلافه للمفلس فكان الارش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمه بالارش ، واذا لم يتلفه اجنبي فلم يكن مضموناً فلم يجب بقواته شيء ، فان قيل : فهلا كان هذا الارش للمشتري ككسبه لا يضمه للبائع ؟ قلنا الكسب بدل منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك للمشتري

(فصل) فان اشترى زيتاً فخلطه بزيت آخر أو قبحاً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع وقال مالك : يأخذ زيتة ، وقال الشافعي : ان خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن . وان خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يسقط حقه من العين ، قال الشافعي وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ولانه ليس فيه أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوباً فصبغه أو سويقاً فلتته ولنا انه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ولان ما يأخذه من غير عين ماله إما بأخذه عوضاً عن ماله فلم يخص به دون الثمرات كما لو تلف ماله وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ادرك متاعه بعينه » اي من قدر عليه ويمكن من اخذه من المفلس بدليل ماله وجده بعد زوال ملك المفلس او كانت مسامير قد سمر بها باباً أو حجراً قد بني عليه أو خشباً في سقفه أو امة استولدها وهذا إذا اخذ كيله أو قيمته إما يأخذ عوض ماله فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فان عينه يمكنه اخذها والسويق كذلك فاختلفا .

(فصل) وتصرفه قبل حجر الحاكم في ماله نافذ من البيع والهبة والائتزاز وقضاء بعض الترماء وغير ذلك وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لانه رشيد غير محجور عليه فنقد تصرفه كغيره ، ولان سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ، ولانه من أهل التصرف ، ولم يحجر عليه أشبه الملية وان أكره جملته بينه أو داراً لم تفسخ اجارته بالمفلس وكان المكتري أحق به حتى تقضي مدته

(مسألة) (ويستحب اظهار الحجر عليه والاشهاد عليه)

لتجنب معاملته لئلا يستنصر الناس بضياغ أموالهم ، ويشهد عليه لينتشر ذلك وربما عزل الحاكم أو مات فثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج الى ابتداء حجر ثان

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام (أحدها) تعلق حق الترماء بماله فلا يصح تصرفه فيه ولا يقبل اقراره عليه الا التعلق على احدي الروايتين متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف فيه يبيع أو هبة أو وقف أو ائصالاً امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح ، وبه قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فان كان فيما بقي من ماله وفاء الترماء والا بطل . ولنا ان حقوق الترماء تعلقت باعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ولانه محجور عليه بحكم حاكم فاشبهه السفهية ، وان اقر بدين لم يقبل في الحال ويتبع به بعد فك الحجر عنه نص عليه وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول ، وقال في الآخر يشاركهم اختياره ابن المنذر لانه دين ثابت مضاف الى ما قبل الحجر فشارك صاحبه الترماء

(فصل) وان اشترى حنطة فطحنها او زرعها او دقيقا فخبزه او زيتا فعمله صابوناً او ثوباً فقطعه قيصاً او غزلاً ففسجه ثوباً او خشباً فنجره ابواباً او شريطاً فعمله ابراً او شيئاً فعمل به ما زال اسمه سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان أحدهما به اقول يأخذ عين ماله ويعطي قيمة عمل المفلس فيها لان عين ماله موجودة وانما تغير اسمها فأشبهه مالهو كان المبيع حلاً فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلاً ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولانه غير اسمه وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى قنبت شجراً . والاصل الذي قالوا عليه ممنوع وان سلم فانه لم يتغير اسمه بخلاف مسئلتنا (فصل) وإن كان حباً فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً أو نوى قنبت شجراً أو بيضاً فصار فراخاً سقط حق الرجوع ، وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليه منها لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة ، ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أنفقه متلف فأخذ قيمته ولان الحب اعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع وكذلك اعيان الزرع والفرخ

كما لو ثبت بيئته ، ولنا أنه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالفقيه ولانه اقرار يبطل ثبوته في غير حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار علي الغرماء فلم يقبل كقرار الراهن ولانه منهم في اقراره وفارق البيئته فانه لا همة في حقها ، فان كان المفلس صانماً كالتقاصر والحائث في يده متاع فأقربه لاربابه لم يقبل والقول فيها كالتي قبلها وتباع العين التي في يده وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس اذا قدر عليها لانها انصرفت في وفاء دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك ، وان توجبت على المفلس يمين فنسك عنها فقصي عليه فحكه حكم اقراره يلزم في حقه دون الغرماء فان أعتق بعض رقيقه صح في احدي الروايتين ونفذ وهو قول أبي يوسف واسحاق لانه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر . وفارق سائر التصرفات لان للعتق تغليبا وسراية ولهذا يسري إلى ملك الغير بخلاف غيره ، والاخرى لا ينفذ عتقه وبه قال مالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واختاره أبو الخطاب في رهوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء ، فلم ينفذ عتقه كالمرض الذي يستغرق دينه ماله ، وأما سرايته إلى ملك الغير فن شرطه أن يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه ولا ينضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه إلا في ملكه صيانة لحق الغير وحفظاً له عن الضياع كذا هنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (فان تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو اقرار صح)

وينبع به بعد فك الحجر عنه لانه أهل للتصرف وانما وجد في حقه الحجر والحجر متعلق بماله لا بذمته ولسكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك اذا علموا بفلسه وطموله ومن لا يعلم فقد فرط في ذلك فان هذا في مظنة الشهرة ، فلي هذا ينبع بها بعد فك الحجر عنه ، وفي اقراره خلاف ذكرناه في المسئلة التي قبلها ، فاما ان ثبت عليه حق بينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه أشبه مالهو شهدت به قبل الحجر

﴿مسئلة﴾ (وان جنى شارك المجني عليه الغرماء وان جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه)

لذا جنى المفلس بعد الحجر جنابة موجبة للمال شارك المجني عايه الغرماء لان حق المجني عليه ثبت بشي احتياجه ، ولو كانت الجنابة موجبة لاقتصاص فعفا صاحبها عنها الى مال او صالحه المفلس على مال

ولو استأجر أرضاً واشترى بذراً وماء فزرع وسقى واستحصد وأفلس فالوَجْر وبائع البذر والماء
غرماء لاحق لهم في الرجوع لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم على قول من قال له الرجوع في الزرع
يكون عليه غرامة الاجرة وثمان المء أو قيمة ذلك

(فصل) وان اشترى ثوباً فصبعه أو سويقاً فله بزيت فقال أصحابنا لبائع الثوب والسويق
الرجوع في أعيان أموالهما ، وهو مذهب الشافعي لان عين مالهما قائمة مشاهدة ماتغير اسمها ويكون
المفلس شريكاً لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فان حصل زيادة فهي له وان حصل نقص
فعله وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق فان شاء البائع أخذهما ناقصين ولا شيء له وان شاء ركبهما
وله أسوة الغرماء لان هذا نقص صفة فهو كالهزال ، ويحتمل ان لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة
لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فتمت الرجوع كما لو سمن العمد ولان الرجوع ههنا لا يتخلص به
البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة بل يحصل به ضرر الشركة فلم
يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به

(فصل) وإن اشترى صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً فلت به سويقاً فبائعهما أسوة الغرماء ، وقال
أصحاب الشافعي له الرجوع لانه وجد عين ماله ، قالوا ولو اشترى ثوباً وصبغاً وصبغ الثوب بالصبغ
شارك الغرماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه ما أوجب المال ، فان قيل ألا قدمتم حقه على
الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا لان الحق في العبد الجاني تعلق بينه فقدم
لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا ، فان جنى عبده قدم الجنبي عليه بثمنه لان
الحق تعلق بالعين فقدم على من تعلق حقه بالذمة كما يقدم حق المرتهن بضمن الرهن على الغرماء ولان
حق الجنبي عليه يقدم على حق المرتهن فأولى ان يقدم على حق الغرماء

(فصل) قال رحمه الله (الثاني أن من وجد عنده عينا باعها اياه فهو أحق بها بشرط أن يكون
المفلس حيا ولم ينقد من ثمنها شيئاً والسلمة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كمنسج
الغزل وخبز الدقيق)

وجملته ان المفلس إذا حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلته التي باعه إياها بعينها فله فسخ البيع
والرجوع في عين ماله بالشروط التي نذكرها روي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة وبه قال
هريرة ومالك والشافعي والاوزاعي والضري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعي
وابن شبرمة وأبو حنيفة هو أسوة الغرماء لان البائع كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه
أسقط حق الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك بالافلاس كالمرتهن اذا سلم الرهن الى الراهن ولانه
ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساوهم في الاستحقاق كماثرم

ولنا ما روى أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك متاعه بعينه ضد انسان
قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه قال أحمد . لو ان حاكماً حكماً أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى
رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ
تعدى الفرض كالمسلم فيه اذا تمذر ولانه لو شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو

رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكاً لبائع الثوب وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لانه الذي يتفرق وينقص والثوب بماله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه وللآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم ، وذكر القاضي مثل هذا في موضع .

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولان المشتري شغله بغيره على وجه النبع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كما لو كان حجراً بنى عليه أو مسامير سمر بها باباً ، ولو اشترى ثوباً وصنفاً من واحد فضبعه به فقال أصحابنا لا فرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكاً له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ . ويحتمل ان يرجع فيها ههنا لانه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولان المعنى في المحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود ههنا فيملك الرجوع به كما يملكه ثم ولو أنه اشترى رفوفاً ومسامير من رجل واحد فسمرها بها رجع بائعها فيها كذلك وكذلك ما أشبهه

(فصل) اذا اشترى ثوباً فقصره لم يخل من حالين (أحدهما) أن لا تزيد قيمته ذلك فللبائع الرجوع فيه لان عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع فيها كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولا شيء له مع الرجوع (الثاني) أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع على قياس قول الحرفي لان الثوب زاد زيادة لا تتميز فلم يملك

وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ويفارق البيع الرهن فان امسك الرهن امسك بمجرد على سبيل الوثيقة وليس يبدل والثمن ههنا بدل عن العين فاذا تعذر استيفاؤه رجع الى المبدل وقولهم تساوا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فان بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده ، اذا ثبت هذا فان البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع ، وكان أسوة الغرماء وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو اقل أو أكثر لان الاعسار سبب يثبت جواز الفسخ فلا يوجب كالمعيب والخيار ، ولا يقتدر الفسخ الى حكم حاكم لانه فسخ ثبت بانفس فلم يحتاج الى حكم حاكم كفسخ التكاثر لعق أمة

(فصل) وهل خيار الفسخ على الفور أو التراخي فيه وجهان (أحدهما) أنه على التراخي لأنه حق رجوع بسقط الى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة (والثاني) على الفور لان جواز تأخيره يفضي الى الضرر بالغرماء لافضائه الى تأخير حقوقهم فأشبه خيار الاخذ بالشفعة وهذان الوجهان مبنيان على الروايتين في خيار الرد بالمعيب ، ونصر القاضي الوجه الثاني ولاصحاب الشافعي الوجهان (فصل) فان بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليرتكها لم يلزمه قبوله نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له الرجوع اما جاز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن فاذا بذل له تكاليفه لم يكن له الرجوع كما لو زال المعيب من المعيب

ولنا الخبر الذي روينا ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو أعسر المكاتب فبذل غيره ما عليه لسببه وههنا

البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد ولانه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائمه الصبغ اذا صبغ به والزيت إذا لت به سويق، وقال انقاضي وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك مناعه بعينه ولانه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهب عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها ، قلى قولهم ان كانت القصاره بعمل المفلس أو باجرة وفاها فهما شريكان في الثوب فاذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه وليائمه خمسة اسداسه فان اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها لانه يتخاض بذلك من ضرر الشركه من غير مضرة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء الى المشتري وان لم يخرت بيع الثوب وأخذ كل واحد منها بقدر حقه وان كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فان كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه وإن كانت أقل فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما بقي وان كانت اكثر من أن تكون الزيادة درهمين والاجر درهم فله قدر أجره وما فضل للرماء

(فصل) الشرط الثاني أن لا يكون المسع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن ونحو ذلك ، واحتاتف المذهب في هذا فذهب الحرقي الى أنها تمنع الرجوع ، وروى الميموني عن احمد انها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي الا أن مالكاً بخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو عنها الذي باعها به ، احتجوا بالخبر وبأنه فسوخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة كالرد بالميب وفارق الطلاق فانه ليس بفسوخ ولان الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاماً وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن . ولنا أنه فسوخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسوخ النكاح بالاعسار أو الرضاع ولانها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمفصلة وكالحاصلة بفعله ولان الثمن لم يصل اليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله ، وفارق الرد بالميب لوجوبين (أحدهما) أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسئلتنا (والثاني) ان الفسخ لم ينعى قارن العقد وهو العيب القديم والفسوخ ههنا لسبب حادث فهو أشبه بفسوخ

ينتقض ما ذكره وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من مال المفلس ، وفي هذا القسم ضرر آخر لانه لا يأمن أن يظهر له غريم لم يضر فيرجع عليه ، وان دفعوا الى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لانه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الاداء أو وهب له مال فتمكن الاداء منه أو غلت أعيان ماله فصارت قيمتها واقية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كما لم يملك الفسخ لزوال سببه ولأنه تمكن الوصول الى ثمن سلته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

(فصل) فان اشترى المفلس من انسان ساعة بعد الحجر في ذمته وتعذر الاستيفاء لم يكن له الفسخ سواء علم أو لم يعلم لانه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلاً ولان العالم بالمفلس دخل على بصيرة بخراب الذمة أشبه من اشترى معيماً يعلم عيبه ، وفيه وجه آخر له الخار لعموم الخبر ولانه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقبراً معسراً بفتقنها ، وفيه وجه ثالث ان كان عالماً بفلسه فلا فسوخ له ، وان لم يعلم فله الفسخ كمشتري العيب ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة بتجدد وجوبها كل يوم فالرضا بالمعسرهما رضا بعيب مالم يجب

التكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة ، وقولهم : إن الراجح إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة - لا يصح فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنه من أخذ حقه من العين ولو كان مستحقاً للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشترى المعيب . ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة ، فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة وأنه لا يمكن فصلها فكذلك هنا بل أولى فإن الزيادة تتعلق بها حق المفلس والغرماء فتح المشتري من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام ديونهم والمفلس المحتاج إلى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته

(فصل) وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من اندليل . بحقيقته أنه إذا كان تلف بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء فلان يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى ولأنه إذا رجح في الناقص فما رجح إلا فيما باعه وخرج منه وإذا رجح في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ماله بخرج عنه فكان بالمنع أحق

(فصل) فأما الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص إذا كان نقص صفة وزيادة للمفلس ، هذا ظاهر كلام الحرقي لأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس بالمنفصلة أولى ، وهذا قول ابن حامد والقاضي ومذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية وتاج الدابة هو للبائع لأنها زيادة فكانت للبائع كالتصلة .

بخلاف مسئلتنا ، وإنما يشبه هذا إذا تزوجت معسراً بالصدقة وسلمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ (فصل) وإن استأجر أرضاً للزرع فأفلس قبل مضي شيء من المدة فله مؤجر فسخ الاجارة لأنه وجد عين ماله وإن كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالاجرة ، وإن كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه فإن المدة ههنا كالبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة مثلها أجر لأنه لا يمكن التحرز عن مضي جزئه منها بحال ، وقال القاضي في موضع آخر من أكرت أرضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الأرض فعليه تبقية زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله لأن المقود عليه المنفعة فإذا فسخ العقد فسح فيه ملك عليه بالعقد وقد تمرد ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد تلف المبيع فله قيمته ، وبضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ، وبضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد بصحته الخبر ولا يصح في النظر . أما الخبر فلأن النبي ﷺ إنما قال « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا ما أدرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالاجماع فانهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها ولاز، معنى قوله من أدرك متاعه بعينه أي على وجه يمكنه أخذه ويتعلق حقه بعينه وليس هذا كذلك ، وأما النظر فإن البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وأما ما كان رد ماله إليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين

ولنا أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لو رده بعيب ولأنه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالبيع أو الخيار أو الاقالة وفسخ التكاح بسبب من أسباب الفسخ وقول النبي ﷺ « الحراج بالضمان » يدل على أن التباء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه ، وأما الزيادة المتصلة فقد دللنا على أنها للمفلس أيضا وفي ذلك تنبيه على كون المنفصلة له ثم لو سلمنا ثم فالفرق ظاهر فإن المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالبيع بخلاف المنفصلة ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف لظهوره ، وكلام احمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعها في حال حملها فيكونان مبيعين ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النساء

(فصل) ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها الا ان يكون الحمل قد زاد بكمبره وكثرت قيمتها من اجله فيكون من قبيل الزائد زيادة متصلة على ما مضى ، وإن أفلس بعد وضعها فقال القاضي له الرجوع فيها بكل حال من غير تفصيل ، والصحيح أننا ان قلنا ان الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة فعلى قول ابى بكر لا يمنع الرجوع فيها وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمنع الرجوع في الام لثلاث يفضي الى التفريق بين الام وولدها ويحتمل أن يرجع في الام ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعا له وان لم يفعل بيعت الام وولدها جميعا وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الام فهو للبائع وما خص الولد كان للمفلس ، وان قلنا ان للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم فان كانت الام والولد قد زادا بالوضع فحكما حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وان لم يزد اذ جاز الرجوع فيها وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض أحدها فهل ينعم ذلك الرجوع في الاخرى كذلك ؟ يخرج ههنا وجهان (أحدهما) انه له الرجوع فيها لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه كحكم الرجوع في الام دون الولد على ما فصلناه (والثاني) ليس له الرجوع في شيء منها لانه لم يجد المبيع الا زائدا فامتنع عليه الرجوع كالعين الواحدة ، وان كان البيع حيوانا غير الامة فحكمه حكما الا في ان التفريق بينها وبين ولدها جائز ، والامة بخلاف ذلك .

ولا أمكن ردها اليه وإنما صار فائدة الرجوع بالضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المقضي في محل النص ولا هو في معناه فإنبات الحكم به محكم بغير دليل ، ولو اكرت من يحمل له متاعا الى بلد ثم أفلس المكتري قبل حمل شيء فللمكتري الفسخ . وان حمل البعض أو بعض المسافة لم يكن له الفسخ في قياس المذهب وقياس قول القاضي له ذلك واذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الاجر المسمى وعلى قياس قول القاضي يفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر التمل لما ذكرنا من قوله في المسئلة التي حكينا قوله فيها

(فصل) وان أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقرض وعين المال قائمة فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبايع فان أصدق امرأة عينا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقتها أو طلقها قبل الدخول بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا (فصل) وانما يستحق الرجوع في السلعة بشروط خمسة (أحدها) أن يكون المفلس حيا فان مات

(فصل) وان اشترى حائلا فحماة ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحرقي ولا تمنعه على رواية الميموني ، وان أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون المفلس على الصحيح ، وبتمتع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي ، ويحتمل أن يرجع في الام على ما ذكرنا في التي قلنا ، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيها ، وقال القاضي : اذا وحدها حاملا انبني على ان الحمل هل له حكم أولا ؟ فان قلنا لاحكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة . وإن قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل يترتب به حتى تضع ويكون الحكم فيه كالمال وحده بعد وضعه ، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

(فصل) إذا كان المبيع نخلا أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تنقص ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها (الثاني) أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر وبشرطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجاحته ثم يفلس فهذا في حكم ماله اشترى عينين قتلت احدها ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الاصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمر ؟ على روايتين . وإن تلف بعضها فهو كتلف جميعها . وإن زادت أو بداصلاهما فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها (الحال الثالث) أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيها ثمرة لم تظهر فهذه الثمرة تدخل في البيع المطلق فان أفلس بعد تلف الثمرة أو تلف بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لان المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها (الحال الرابع) باعه نخلا حائلا فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يفلس قبل تأبيرها فاطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحرقي كالمسمن والكبير ، ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطامع لانه يمكن فصله ويصح لإفراجه بالبيع فهو كما مؤبر بخلاف المسمن والكبير وهذا قول ابن حامد ، وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطامع للبائع كما لو فسخ ببيع وهو أحد قولي الشافعي والقول الثاني يرجع في الاصل دون الطامع وكذلك عند الرد بالبيع والاختذ بالشفعة (الضرب الثاني) أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع بغير خلاف والاطاع للمشتري إلا على قول أبي بكر

فالبايع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه وبهذا قال مالك . إسحاق ، وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلد الزرقى قاضي المدينة قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجد به بينه » رواه أبو داود وابن ماجه ولان هذا المقدم باحقه الفسخ بالاقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه ، ولان المفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالبيع

ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في حديث المفلس « فان مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داود وروى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بيمينه اقتضى

والصحيح الاول لان الثمرة لا تباع في البيع الذي ثبت براضيتها في الفسخ الحاصل بغير رضى المشتري اولى . ولو باعه أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فانه يرجع في الارض دون الزرع وجهاً واحداً لان ذلك من فعل المشتري (الضرب الثالث) أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع كما لو أفلس بعد تأبيرها لان العين لا تنقل إلا باختياره لها وهذا لم يخترها إلا بعد تأبيرها فان ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكره المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل بقاء ملكه وعدم زواله . وإن قال له البائع بمت بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فان شهد الغرماء للمفلس لم تسمع شهادتهم لانهم يجرون إلى أنفسهم نفعاً ، وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة (الضرب الرابع) أفلس بعد أخذ الثمرة أو ذهبت بجائحة أو غيرها رجح البائع في الاصل والثمره للمشتري إلا على قول أبي بكر وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجح البائع فيه فليس له المطالبة بالمفلس بقطع الثمرة قبل أو ان الجزاز ، وكذلك إذا رجح في الارض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل او ان الحصاد لان المشتري زرع في ارضه بحق وطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كما لو باع الاصل وعليه الثمرة او الزرع وليس على صاحب الزرع اجر لانه زرع في ارضه زرعاً نجب تبقية فكذا في استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان ذلك . اذا ثبت هذا فان اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب بعضهم قطعه وبعضهم تبقيته نظرنا فان كان مما لا قيمة له بمقطوعا او قيمته بسيرة لم يقطع لان قطعه سفه وتضييم للمال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته وان كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان (احدهما) يقدم قول من طلب القطع لانه احوط فان في تبقيته غرراً ولان طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي واكثر اصحاب الشافعي (والثاني) ينظر إلى ما فيه الحظ فيعمل به لان ذلك اتفق لجمعهم والظاهر سلامته ولهذا يجوز ان يزرع للمولي عليه ، وفيه وجه آخر انه إن كان الطالب للقطع الغرماء وجبت اجابهم لان حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان ايفائها وان كان الطالب له المفلس دوهم وكان التأخير احظ له لم يقطع لانهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع للغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء اجابته الى ذلك

من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء» رواه ابن ماجه ولانه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبهه الموهوب وحديثهم مجبول الاسناد قاله ابن المنذر ، وقال ابن عبد البر يرويه ابو المعتمر عن الزرقني وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ، ثم هو غير معمول به اجماعاً فانه جعل المتاع تصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه ، والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء الا ما حكى عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال لأصاحب السلعة ان يوجم فيها اذا مات المشتري ، وان خلف وفاء وهذا شذوذ عن اقوال اهل العلم وخلاف للسنة لا يرجع على مثله ويفارق حال الحياة حالة الموت لامرين (احدهما) ان الملك في الحياة للمفلس وهما لغيره (الثاني) ان ذمة المفلس خربت ههنا خراباً لا يعود واختصاص هذا بالعين يضر بالقرماء كثيراً بخلاف حال الحياة (الشرط الثاني) ان لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً فان كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع

(فصل) اذا أقر الغرماء بان الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به ولم يكونوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لانهم يقرون أنهم لاحق لهم فيه فان أراد دفعه الى أحدهم وتخصيصه بثمنه فله ذلك لاقرار باقيمهم بعدم حقهم فيه فان امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر على قبوله أو الابرأ من قدره من دينه فيقال له إما أن تقبضه وإما أن تبرىء من قدر ذلك من دينك وهذا مذهب الشافعي لانه محكوم به للمفلس فكان له ان يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب الى سيده نجوم كتابته فقال سيده هذا حرام وأنكر المكاتب، وان أراد قسمته على الغرماء لزمهم قبوله أو الابرأ لذلك ، فان قبضوا الثمرة بعينها لزمهم رد ما حصل لهم إلى البائع لانهم يقرون له بها فلزمهم دفعها اليه كما لو أقروا بمتق عبد في ملك غيرهم ثم اشتروه منه . وان باع الثمرة وفرق ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمهم رد ما أخذوا من ثمنها لانهم انما اعترفوا بالعين لا بثمنها ، وان شهد بعض الغرماء دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره ، وان عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فابوا أخذها لم يلزمهم ذلك لانه انما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم الا أن يكون فيهم من له جنس من الثمر أو الزرع كالمقروض أو المسلم فيلزمه أخذها عرض عليه اذا كان بصفة حقه ، ولو أقر الغرماء بان المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فانكر ذلك لم يقبل قولهم الا أن يشهد منهم عدلان ويكون حكمهم في قبض العبد أو اخذ ثمنه ان عرضه عليهم حكم

وبهذا قال اسحاق والشافعي في القديم . وقال في الجديد له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن لانه سبب يرجع به العين كلها الى العاقد فجاز أن يرجع في بعضها كالفرة قبل الدخول في النكاح ، وقال مالك هو مخير ان شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ «أما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئا فهو له» رواه الامام أحمد ورواه أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئا فهي له وان كان قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء» رواه أبو داود وابن ماجه ولان في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضا للصفقة على المشتري واضراراً به وليس ذلك للبائع ، فان قيل لا ضرر عليه في ذلك لان ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر قلنا لا يدفع الضرر بالبيع فان قيمة الشقص تنقص ولا يرغب فيها مشقفا فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ولانه سبب يفسد به البيع فلم يجز تشخيصه كالرد بالعيب والخيار وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى ، فان قيل حديثك يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم مراسلا ولا حجة في المراسيل قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلا فلا يضر إرسال من ارسله على ان حديثنا الاول يكفي في الدلالة وهو متصل رواه الامام أحمد .

(فصل) الشرط الثالث أن تكون السلامة باقية بعينها لم يتلف بعضها فان تلف جزء منها كبعض أطراف اليد أو ذهب عينه أو تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجرة أمشراً لم تظهر ثمرة فتلفت

مالو أقروا بالثمن للبائع ، وكذلك ان اقروا بعين مما في يديه انها غصب او عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وان أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبى ذلك على صحة عتق المفلس ، فان قلنا لا يصح عتقه فلا أثر لاقرارهم ، وان قلنا بصحته فهو كاقرارهم بعتقه قبل فلسه ، وان حكم الحاكم بصحته أو بسفاده نفذ حكمه على كل حال لأنه فصل مجتهد فيه ، فيلزم ما حكم به الحاكم ، ولا يجوز نقضه ولا تغييره (فصل) وان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لان حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالتخيل ، وعلى الغرماء اليمين انهم لا يعلمون ان البائع رجح قبل التأبير ، ولان هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقه ابتداء بخلاف مالو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه لان اليمين ثم على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الانسان ليثبت لغيره حقاً ، ولا يجوز أن يكون نائباً فيها لان الايمان لا تدخلها النيابة ، وفي مسئلتنا الاصل ان هذا الطلع قد تعلق حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخاه والبائع يدعي ما يزيل حقوقهم عنه فأشبهه سائر أعيان ماله ، ويحلفون على نفي العلم لانه يمين على نفي الدين عن الميت ، ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لأجنبي أو لبعض غرمائه فأنكره الغرماء فالفقون قولهم وتعليهم اليمين انهم لا يعلمون ذلك ، وكذلك لو أقر بغيرهم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه فعليهم اليمين ايضاً ، ويكون على نفي العلم لذلك ، وإن أقر أنه أعتق عبده انبى ذلك على

الثمرة أو نحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال اسحاق ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي والنبري له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف لانها عين يملك الرجوع في جميعها قلنا الرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالأب فيما رهب لولده

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به» بشرط أن يجده بعينه وهذا لم يجده بعينه ، ولانه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينها من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه منه لانه فات شرط الرجوع ، وان كان المبيع عينين كعبدين أو ثوبين تلف أحدهما أو نقص ففي جواز الرجوع في الباقي منها روايتان (إحدهما) لا يرجع نقلها عنه أبو طالب قال لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء لانه لم يجده المبيع بعينه فأشبهه مالو كان عيناً واحدة ، ولان بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع فيه كما لو قطعت يد العبد ، ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد ان كان ثوباً واحداً فتلف بعضه فهو أسوة الغرماء ، وان كان رزماً فتلف بعضها فانه يأخذ ببقيتها اذا كان بعينه لان السلام من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل في عموم الحديث المذكور ، ولانه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع ، فان باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه لان البائع ما أدرك ماله بعينه

(فصل) فان تغيرت صفتها بما يزيل اسمها فطحن الحنطة أو زرعها أو خبز الدقيق أو عمل الزيت صابوناً أو قطع الثوب قيصاً ، أو نسج الغزل ثوباً أو نجر الخشبة أبواباً ، أو عمل الثمريط لإبراً أو شيئاً فصل به ما زال اسمه سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان (أحدهما) به أقول يأخذ عين ماله

صحة عتق المفلس فان قلنا يصح عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، ولان الاقرار بالعتق يحصل به العتق فكأنه أعتقه في الحال ، وان قلنا لا يصح عتقه لم يقبل اقراره وكان على الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهو على جميعهم فان حلفوا أخذوا ، وان نكلوا فضي للمدعي بما ادعاه إلا أن نقول برد اليمين فتدعي المدعي فيحلف ويستحق وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه وحكم التاكل ما ذكرناه

(فصل) وان اقر المفلس انه أعتق عبده منذ شهر وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر الغرماء فان قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه وان قلنا يقبل اقراره لم يقبل في كسبه وكان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لان اقراره انما قبل في العتق دون غيره لصحته منه ولبنائه على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولا تنازلنا لإقراره منزلة اعترافه في الحال فلا تثبت له الجزية فيما مضى فيكون كسبه محكوماً به لسيدته كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

(فصل) فان كان المبيع ارضاً فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فاراد البائع الرجوع في الارض نظرت فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لانه وجد متاعه بعينه قال أصحابنا ويستحق الرجوع قبل القلع وهو

ويعطي قيمة عمل المفلس فيها لان عين ماله موجودة ، وانما تغير اسمها فأشبهه ماله لو كان المبيع حملاً فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلاً . ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع وإن سلم فانه لم يتغير اسمه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان حباً فصار زرعاً أو بالعكس أو نوى فنبت شجراً أو بيضاً فصار فرخاً سقط الرجوع ، وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليهما لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة . ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو ألتفه متلف فأخذ قيمته ، ولان الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع ، وكذلك أعيان الزرع والفرخ ، ولو استأجر أرضاً واشترى بذراً وماء فزرع وسقى واستحصد وأفلس فالنؤجر وبائع البذر والماء غرماء لا حق لهم في الرجوع لانهم لم يجدوا أعيان اموالهم ، وعلى قول من قال له الرجوع في الزرع تكون عليه غرامة الاجرة وعن الماء أو قيمة ذلك

(مسألة) (ولم يتعلق بها حق من شفعة أو جناية أو رهن)

وهذا هو الشرط الرابع وهو أن لا يتعلق بها حق الغير فان رهنها المفلس أو وهبها لم يملك البائع الرجوع كما او باعها أو أعتقها لان الرجوع لإضرار بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا لم يجده عند المفلس ولا نعلم في هذا خلافاً ، فان كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله ففضي منه دين المرتهن والباقي يرد على مال المفلس يشترك فيه الغرماء ، وان يبيع بعضه فباقيه لهم يباع أيضاً ولا يرجع به البائع ، وقال القاضي له الرجوع وهو مذهب الشافعي لانه عين ماله وهذا مثل تلف بعض المبيع وقد ذكرناه وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب لان تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب

مذهب الشافعي ، ويحتمل ان لا يستحقه حتى يوجد القلع لانه قبل القلع لم يدرك متاعه الا مشغولاً بملك المشتري فاشبهه مالو كانت مسامير في باب المشتري ، فان قلنا له الرجوع قبل القلع فقلموه لزمهم تسوية الارض من الحفر وأرش نقص الارض الحاصل به لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيله دار انسان وكبر فأراد صاحبه اخراجه فلم يمكن الا بهدم بابها فان الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص بخلاف ما اذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجم فيها فانه لا يرجع في النقص لان النقص كان في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فلماذا ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا ارش النقص لانهم فعلوا ذلك في ارض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فأما ان امتنع المفلس والغرماء من القلع فاهم ذلك ولا يجبرون عليه لانه غرس بحق ، ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » انه اذا لم يكن ظالماً فله حق ، فان بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليكون له الكل أو قال أننا أقلم وأضمن ما نقص فان قلنا له الرجوع قبل القلع فله ذلك لان البناء والغراس حصل في ملكه لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع إذا أخذ الارض وفيها غراس وبناء للمشتري والمير اذا رجع في أرضه بعد غرس المستمير . وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لان بناء المفلس وغرسه في ملكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما

بعضه بالبيع ، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا ، فان كان المبيع عينين فرهن إحداها فهل يملك البائع الرجوع في الاخرى؟ على وجهين بناء على الروايتين فبا اذا تلفت إحدى العينين ، فان فك الرهن قبل فلس المشتري أو أبرأه من دينه فللبائع الرجوع لانه أدرك عين ماله عند المشتري ، وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين عن غيره فللبائع الرجوع أيضاً لذلك

(فصل) فان كان المبيع شقفاً مشفوعاً ففيه أوجه ثلاثة (أحدها) البائع أحق به هذا قول ابن حامد للخبر ولانه اذا رجم فيه عاد الشقص اليه فيزول الضرر عن الشفيع لانه عاد كما كان قبل البيع (والثاني) أن الشفيع أحق وهو الذي ذكره شيخنا ههنا وحكاها ابو الخطاب لان حقه أسبق فكان أولى لان حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع ، ولان حقه أكد لانه يستحق انزاع الشقص من المشتري وعمن نقله اليه ، وحق البائع انما يتعلق بالعين مادامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع بدليل مالو باعه المشتري من بائعه أو وهبه إياه أو أقاله فانه لا يسقط حق الشفيع (الوجه الثالث) أن الشفيع إن كان طالب بالشفعة فهو أحق لتأكيد حقه بالمطالبة وإن لم يكن طالباً فللبائع أولى . ولاصحاب الشافعي وجهان كالاولين ، وهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيخص به البائع جماعاً بين الحقيقين فان غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا ، وليس هذا جيداً لان حق البائع انما يثبت في العين ، فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

(فصل) فان كان المبيع عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرض الجناية برقبته ففيه وجهان (أحدهما) ليس للبائع الرجوع لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرض الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن

لو لم يرجع في الارض ، فاما ان امتنع البائع من بذل ذلك سقط حق الرجوع ، وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، وقال القاضي يحتمل ان له الرجوع ، وهو القول الثاني للشافعي لانه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه التبعية فلم ينعمه ذلك الرجوع كالتوب إذا صبغه المشتري ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ولان في ذلك ضرراً على المشتري والغرماء ولا يزال الضرر بالضرر ولانه لا يحصل بالرجوع هنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما اذا وجدها غير مشغولة بشيء ، واما التوب إذا صبغه فلا نسلم ان له الرجوع فهو كسئلتنا وان سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الصبغ تفرق في التوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والغرس فانه أعيان متميزة وأصل في نفسه (والثاني) ان التوب لا يراد للبقاء بخلاف الارض فاذا قلنا لا يرجع فلا كلام وان قلنا يرجع فرجع وانفق الجميع على بيعها بما لها واخذ كل واحد بقدر حقه وان امتنع احدهما من البيع احتمل ان يجبر عليه كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري فان التوب يباع لها كذا ههنا ، ويحتمل ان لا يجبر لانه أمكن طالب البيع ان يبيع ملكه مفرداً بخلاف الثوب المصبوغ . فان يباع لها قسم الثمن على قدر القيمتين فتقوم الارض غير ذات شجر ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فإنا كان قيمة الارض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن وما زاد فهو للمفلس والغرماء ، وان قلنا لا يجبر الممتنع على البيع أو لم يطلب احدهما البيع

يمنع وهذا ذكره أبو الخطاب (والثاني) لا يمنع الرجوع لانه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه بخلاف الرهن ، فان قلنا لا يرجع فخكه حكم الرهن ، وان قلنا له الرجوع فهو بخير ان شاء رجع فيه ناقصاً بأرض الجناية ، وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء ، وان أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع لانه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

(فصل) فان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه يبيع أو عتق أو وقف أو غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاع المبيع بخيار له أو عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا ، فان أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه أوجه ثلاثة (أحدها) له الرجوع للخبر ، ولانه أدرك عين ماله خالياً عن حق غيره أشبه ماله لم يبعه (الثاني) لا يرجع لان هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه ذكر أصحابنا الوجهين ، ولأصحاب الشافعي مثل ذلك (والثالث) انه إن عاد اليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يصل اليه من جهة ، وإن عاد اليه بفسخ كالأقالة والرد بعيب أو خيار ونحوه فللبائع الرجوع لان هذا الملك استند الى السبب الاول فان فسخ العقد الثاني لا يقضي ثبوت الملك وأما زال السبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسبب الاول فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه يبيعه

(مسئلة) (ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة)

وهذا هو الشرط الخامس وهو أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الكتابة أو القرآن ونحو ذلك فيمنع الرجوع وهذا اختيار الحرقي ، وروى الميموني عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي لان مالكاً يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به ، واحتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المنفصلة فلم تمنع المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فانه ليس

فاتقنا على كيفية كونها بينهما جازما اتقاعا عليه وان اختلفا كانت الارض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الارض لسقي الشجر وأخذ الثمرة وليس لهم دخولها للتفرج ولغير حاجة، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لان الارض له وملكه، وان باعوا الشجر والبناء لانسان فحكمه في ذلك حكمهم ولو بذل المفلس والغرماء أو المشتري منهم قيمة الارض للبائع ليدفعها لهم لم يلزمه ذلك لان الارض اصل فلا يجبر على بيعها بخلاف ما فيها من الغرس والبناء

(فصل) إذا اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه لانه أدرك متاعه بعينه وإذا أخذته فعليه تسوية الارض وأرش نقصها الحاصل بقلعه لانه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره. وإن بذل المفلس والغرماء له قيمته ليملكوه بذلك لم يجبر على قبولها لانه إذا اختار أخذ ماله وتقريب ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشتري إذا غرس في الارض المشفوعة، وان امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمن النقص فلهم ذلك، وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص لان المفلس إنما ابتاعه مقلوما فلم يجب عليه ابقاؤه في أرضه، وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص لانه غرس بحق فأشبهه غرس المفلس في الارض التي ابتاعها إذا رجع بآثارها فيها، والفرق بينهما ظاهر فان ابقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله وفي التي قبلها ابقاؤه حق له فوجب له بفراسه في ملكه فان اختار بعضهم

بفسخ، ولان الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاماً وههنا لا يمكنه الرجوع في العين ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع، ولانها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالتفصيلة وكالحاصل بفعله، ولان البناء لم يصل اليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله وفارق الرد بالمعيب لو جهين (أحدها) أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسئلتنا (الثاني) أن الفسخ لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة، وقولهم ان الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يتدفع عنه الضرر بالقيمة لا يصح فان اندقاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنع من أخذ حقه من العين ولانه لو كان مستحقاً للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب، ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة، ولانه لا يمكن فصلها فكذلك ههنا بل أولى فان الزيادة ههنا يتعلق بها حق المفلس والغرماء فمنع البائع من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام حقوقهم والمفلس المحتاج الى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته، وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وههنا قد يتعلق به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل. يحققه أنه اذا كان تلف بعض المبيع مانعاً له من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا الغرماء فلان تمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى، ولانه اذا رجع في الناقص فما رجع الا فبا باعه وخرج منه، فاذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمعنى أحق

القلع وبعضهم اتبعية قدم قول من طاب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء لان الابقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع منه الاجابة اليه ، وان زاد الغراس في الارض فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحرقى ولا تمنعه على رواية الميموني

(فصل) وان اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلعل واحد منها الرجوع في عين ماله ولصاحب الارض قلع الغراس من غير ضمان نقصه بالقلع على ما ذكرنا لان البائع انما باعه مقلوما فلا يستحقه إلا كذلك ، وان أراد بائعه قلمه من الارض فقلعه فعليه تسوية الحفر وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، وإن بذل صاحب الغراس قيمة الارض لصاحبها لئلا يبيع على ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً ، وان بذل صاحب الارض قيمة الغراس ليملكه اذا امتنع من القاع فله ذلك لان غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبهه غرس المفلس في أرض البائع ، ويحتمل أن لا يملك ذلك لانه لا يجبر على ابقائه اذا امتنع من دفع قيمته أو أرش نقصه فلا يكون له أن يملكه بالقيمة بخلاف التي قبها والأول أولى وهذا ينتقض بغرس الناصب (فصل) الشرط الثالث أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً فان كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع وبهذا قال إسحاق والشافعي في القديم ، وقال في الجديد له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن لانه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد فجاز أن يرجع به بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح .

(مسألة) (فاما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع والزيادة

للمفلس وعنه للبائع)

وجملة ذلك أن الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص اذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس وهذا ظاهر كلام الحرقى لانه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى وهو قول ابن حامد والقاضي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية وتاج الدابة هو للبائع لانها زيادة فكانت للبائع كالتصلة . ولنا أنها زيادة في ملك المشتري فكانت له كما لو رده ببيع ، ولانه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار والاقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ ، ولان قول النبي ﷺ « الخراج بالضمن » يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه وقياسهم على الزيادة المتصلة الاصل فيه ممنوع ، ثم لو سلم ثم فالفرق ظاهر فان المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة . قال شيخنا : ولا ينبغي أن يقع في هذا خلاف لظهوره ، وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعها في حال حملها فيكونان بسببين ، ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء

(فصل) فان نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر أو تغير عقله أو كان ثوباً فخلق لم يمنع الرجوع لان فقد الصفة لا يخرجها عن كونه عين ماله ولكنه بخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه وبين أن يضرب مع الغرماء بكامل ثمنه لان الثمن لا يتقسط على صفة السلامة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كمنقصه لتغير الاسعار ، ولو كان المبيع أمة

وقال مالك هو مخير ان شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع ، ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « أما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء » رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطني ولان في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به وليس ذلك للبائع ، فان قيل لا ضرر عليه في ذلك لان ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر . قلنا لا بُدّ من الضرر بالبيع فان قيمته تنقص بالتشقيص ولا يرغب فيه مشقة صافٍ يضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة ولانه سبب يفسخ به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار ، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على التسكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحداً أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى . فان قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ مرسلًا ولا حجة في المراسيل : قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلًا فلا يضر ارسال من أسله فان راوي المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها وعلى أن المرسل حجة فلا يضر إرساله

(فصل) الشرط الرابع أن لا يكون تعلق بها حق الغير فان رهنها المشتري ثم أفلس أو وهبها لم

ثبناً فوطئها المشتري ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا فانها لم تنقص في ذات ولا صفات ، وان كانت بكرأ فقال القاضي له الرجوع لانه فقد صفة فانه لم يذهب منها جزء وانما هو كالجرّاح ، وقال أبو بكر ليس له الرجوع لانه اذهب منها جزءاً فأشبه ما لو فقأ عينها ، وان وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا

(فصل) وان جرح العبد أو شح فعلى قول أبي بكر لا يرجع لانه ذهب جزء ينقص به الثمن أشبه ما لو فقئت عين العبد ، ولانه ذهب من العين جزء له بدل فتم الرجوع كما لو قطعت يد العبد ، ولأنه لو كان نقص صفة مجردة لم يكن مع الرجوع فيها شيء سواء كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وههنا بخلافه ، ولان الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينها فلا يثبت في محل لا يثبت به هذا المقصود ، وقال القاضي قياس المذهب أن له الرجوع لانه فقد صفة فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب ، فاذا رجم نظرنا في الجرح فان كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جنابة المفلس أو جنابة عبده أو جنابة العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش ، وان كان الجرح موجبا لارش كجنابة الاجنبي فللبائع اذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لانه مضمون على المشتري للبائع بالثمن ، فان قيل فهلا جعل له الارش الذي وجب على الاجنبي لانه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الارش ؟ قلنا لما أتلفه الاجنبي صار مضمونا باتلافه للمفلس فكان الارش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمه بالارش ، واذا لم يتلفه أجنبي لم يكن مضمونا فلا يجب بفواته شيء ، فان قيل فهلا كان هذا الارش للمشتري ككسبه لايضمه للبائع ؟ قلنا الكسب بدل منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعيّن جميعها

يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها، ولأن في الرجوع إضراراً بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر ولأن النبي ﷺ قال « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا أم يجده عند المفلس ولا نعلم في هذا خلافاً ، فان كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله ففضي منه دين المرتهن والباقي يرد على سائر مال المفلس ويشترك الغرماء فيه ، وإن بيع بعضه فباقيه بينهم يباع لهم أيضاً ولا يرجع به البائع . وقال القاضي له الرجوع به وهو مذهب الشافعي لأنه عين ماله لم يتعلق به حق غيره ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له أخذه كما لو كان الدين مستقرقا له وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب بعضها بالبيع . ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا ، وإن كان المبيع عينين فلهن إحداهما فهل يملك البائع الرجوع في الأخرى ؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين . وإن فك الرهن قبل فسخ المشتري أو أبرأ من دينه فللبائع الرجوع لأنه أدرك متاعه بعينه عند المشتري وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين من غيره فللبائع الرجوع أيضاً كذلك

(فصل) وإن كان عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرض الجناية بزقته ففيه وجهان (أحدهما) ليس للبائع الرجوع لأن تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرض الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن لا يرجع ذكره أبو الخطاب (والثاني) لا يمنع الرجوع فيه لأنه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه فلم يمنع الرجوع كالدين في ذمته وفارق الرهن فإنه يمنع تصرف المشتري فيه ، فان قلنا لا يرجع

مضمونة بالموض فهذا ضمن ذلك للمشتري

(فصل) فإن اشترى زيتاً خلطه زيت آخر أو قحاً خلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع ، وقال مالك يأخذ أرشه ، وقال الشافعي إن خلطه بثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل والوزن ، وإن خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يسقط حقه ، قال الشافعي وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت مفردة ، ولأنه ليس له أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوبا فصبغه أو سويقاً فقلته . ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ، ولأن ما يأخذه عوضاً عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله ، وقول النبي ﷺ « من أدرك متاعه بعينه » أي من قدر عليه وتمسك من أخذه من المفلس بدليل ما لو وجدته بعد زوال ملك المفلس عنه ، أو كان مسامير قد سمر بها بابا أو حجراً قد بني عليه . أو خشباً في سقفه أو أمة استولدها وهذا إذا أخذ مثله أو قيمته إنما يأخذ عوض ماله فهو كالتن والقيمة وفارق المصبوغ فإن عينه يمكنه أخذها والسويق كذلك فاختلفاً

(مسئلة) (وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس)

إذا صبغ المفلس الثوب أو ات السويق بزيت فقال أصحابنا لبائع الثوب والسويق الرجوع في اعيان أموالها وهو مذهب الشافعي لأن عين مالها قائمة مشاهدة ما تسمى اسمها ويكون المفلس شريكاً لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فإن حصل زيادة فهي له ، وإن حصل نقص فله ، وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق ، فإن شاء البائع أخذها ناقصين ولا شيء له ، وإن شاء تركها وله أسوة الغرماء لأن هذا نقص صفة فهو كالهزال . قال شيخنا : ويحتمل أن لا يكون له الرجوع إذا

المغني والشرح الكبير) الامور التي تمنع البائع من الرجوع في سلعته الباقية عند المفلس ٤٨١

فحكاه حكم الرهن ، وان قلنا له الرجوع فهو مخير ان شاء رجع فيه ناقصا بأرش الجناية وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء وان ابرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع فيه لانه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

(فصل) وان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه يبيع او هبة او وقف او عتق او غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاعه بخيار له او عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده او غير ذلك لما ذكرنا وخروج بعضه كخروج جميعه لما تقدم فان أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه ثلاثة اوجه (أحدها) له الرجوع للخبر ولانه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره أشبه ما لو لم يبعه (والثاني) لا يرجع لان هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسحبه ذكر أصحابنا هذين الوجهين ولاصحاب الشافعي مثل ذلك (والثالث) إن عاد اليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية أو نحو ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يصر اليه من جهته وان عاد اليه بفسخ كالأقالة والرد بعيب أو خيار ونحو ذلك فللبائع الرجوع لان هذا الملك استند الى السبب الاول فان فسخ العقد الثاني لا يقتضي ثبوت الملك وانما أزال السبب المزبل للملك البائع فثبت الملك بالسبب الاول فللك استرجاع ما ثبت الملك فيه يبيعه

زادت القيمة لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فنعت الرجوع كسمن العبد . ولأن الرجوع لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وازالة المعاملة . بل يحصل له ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به

(فصل) فان قصر الثوب لم يخل من حالين (احدهما) ان لا تزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه لان عين ماله قاعة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع كما لو علم السبد صناعة لم تزد بها قيمته ، وسواء نقصت قيمته بذلك او لم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولا شيء له مع الرجوع (الثاني) أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع في قياس قول الحرقى لانه زاد زيادة لا تتميز زيادتها فلم يملك البائع الرجوع فيه كسمن العبد ولانه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ اذا صبغ به ، وقال القاضي وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك متاعه بعينه ولانه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فللك الرجوع فيها كما لو صبغها فعلى قولهم إن كانت القصاره بعمل المفلس أو بأجرة وقاها فهما شريكان في الثوب فاذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه وللبائع خمسة أسداسه فان اختار البائع دفع قيمة الزيادة الى المفلس لزمه قبولها لانه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبهه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء الى المشتري ، وان لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد بقدر حقه ، ، وان كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فان كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه ، وإن كانت أقل فله حبس الثوب على قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما يبقى ، وان كانت أكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين والأجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء

(فصل) وان كان المبيع شقصا مشفوعا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) البائع أحق به . هذا قول ابن حامد للخبر ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه فزال الضرر عن الشفيع لأنه عاد كما كان قبل البيع ولم تتجدد شركة غيره (والثاني) أن الشفيع أحق ذكره أبو الخطاب لأن حقه أسبق فكان أولى، بيانه ان حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع ولأن حقه أكد لأنه يستحق انتزاع الشقص من المشتري ومن نقله إليه وحق البائع اما يتعلق بالعين مادامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع بدليل مالو باعه المشتري لبائعه أو وهبه إياه أو أقاله لم يسقط حق الشفيع ولأن البائع انما يستحق الرجوع في عين لم يتعلق بها حق الغير وهذه قد تعلق بها حق الشفيع

(الوجه الثالث) أن الشفيع ان كان طالب بالشفعة فهو احق لان حقه تأكد هنا بالمطالبة وان كان لم يطالب بها فالبايع أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كالاولين ، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيخص به البائع جماعاً بين الحقين فان غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جيداً لان حق البائع انما ثبت في العين فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

(فصل) وان كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لأنه تملك للصيد فلم يجز مع الاحرام كشراء الصيد ، وان كان البائع حلالاً في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فالبائع

(فصل وان اشترى صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً فلت به سويقاً فبائعهما أسوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي له الرجوع لأنه وجد عين ماله . قالوا ولو اشترى ثوباً وصبغاً فصبغ الثوب بالصبغ رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكاً لبائع الثوب ، وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لأنه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداس الثوب وللآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم وذكر القاضي في موضع مثل هذا

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولأن المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كما لو كان حجراً فبني عليه أو مسامير سمر بها باباً ، ولو اشترى ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فقال أصحابنا هو كما لو كان الصبغ من ثوب ، فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكاً له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمان الصبغ ، ويحتمل أن يرجع فيها ههنا لأنه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولأن المعنى في الحل الذي ثبت فيه الرجوع موجود ههنا فلك الرجوع به كما يملكه ثم، ولو اشترى دقوقاً ومسامير من بائع واحد فسمرها به رجع بائعها فيها لذلك وكذلك ما أشبهه

(فصل) ولو اشترى أمة حاملاً ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها إلا أن يكون الحمل قد زاد كبره وكثرت قيمتها بسببه فيكون من قبيل الزيادة المتصلة على ما مضى ، وان أفلس بعد وضعها فقال القاضي له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل . قال شيخنا والصحيح أننا إن قلنا إن الحمل لاحق له فالولد زيادة منفصلة لا يمنع الرجوع فيها على قول أبي بكر لان الزيادة المنفصلة عنده للبائع وهذه زيادة منفصلة ، وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمتنع الرجوع في الام لثلاث يفضي

الرجوع فيه لان الحرم لأنها محرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرم، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بآئمه حلال فله أخذه لان المانع غير موجود في حقه

(فصل) واذا أفلس وفي يده عين مال دين بآئمه مؤجل وقتلنا لا يحل الدين بالمفلس فقال احمد في رواية الحسن بن ثواب يكون ماله موقوفاً الى ان يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لانها حقوق حالة تقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله وللأول الخبر ولان حق هذا البائع تعلق بالعين تقدم على غيره وان كان مؤجلاً كالمرتهن والمجني عليه

(فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً نسيته ونظر اليه وقلبه وقال اقضه غدا فبات آتياً وعليه دين فالطعام المشتري ويتبعه الغرماء في الثمن وان كان رخيصاً وكذلك قال الثوري واسحاق لان الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه (الشروط الخامسة) أن يكون المفلس حياً وبأني شرح ذلك في آخر الباب إن شاء الله تعالى

(فصل) ورجوع البائع في المبيع فسخ للمبيع لأباحت الى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ولا اشتباه المبيع بغيره فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجدته على حاله لم يتلف شيء منه صح رجوعه وإن رجع في العبد بعد اباقة أو الحمل بعد شروده أو الفرس العائر صح

الى التفريق بين الأم وولدها، ويحتمل أن يرجع في الام ويؤدم قيمة الولد ليكونا جميعاً له وإن لم يفعل بيعت الام وولدها جميعاً وقسم الثمن على قدر قيمتهما فإخص الام فهو للبائع وما خص الولد للمفلس وإن قلنا ان للولد حكماً وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم كانت الام والولد قد زادا بالوضع فحكمه حكم المبيع الزائد زيادة متصلة، وان لم يزيدا جاز الرجوع فيهما، وان زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما اذا كان المبيع عينين فتلف بعض إحداهما هل يمنع ذلك الرجوع في الاخرى؟ كذلك يخرج ههنا وجهان (أحدهما) أن له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه حكم الرجوع في الام دون الولد على ما فصلناه (والثاني) ليس له الرجوع في شيء منهما لانه لم يجد المبيع إلا زائداً فأشبه العين الواحدة، فان كان المبيع حيواناً غير الأمة فحكمه حكماً إلا في التفريق بينهما فانه جائز بخلاف الأمة

(فصل) فان اشترى حائلاً فحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحنفي ولا تمنعه على رواية الميموني، وإن أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح وتمنع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي، ويحتمل أن يرجع في الام على ما ذكرنا في التي قبها، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما، وقال القاضي اذا وجدها حاملاً ابنتي على أن الحمل هل له حكم أو لا؟ فان قلنا لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة، وان قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل تربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجدته بعد وضعه، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

(فصل) فان كان المبيع نخلاً أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة احوال (أحدها) أن

وصار ذلك له فان قدر عليه أخذه وان ذهب كان من ماله ، وان تبين أنه كان تالفاً حين استرجاعه لم يصح استرجاعه وكان له ان يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله وان رجع في المبيع واشتبه بغيره فقال البائع هذا هو المبيع وقال المفلس بل هذا فالقول قول المفلس لانه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والاصل معه .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا

معه ويستحقوا)

وجملة ذلك أن المفلس في الدعوى كغيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء . وان امتنع لم يجبر لانا لانعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج إلى يمين معه فلا يجبر على الحلف على مالا يعلم صدقه كغيره ، فان قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعي في الجديد وقال في القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم ولنا انهم يثبتون ملكا لغيرهم لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لاثبات ملك لزوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فان المال انتقل اليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكاً لا تقسمهم

يفلس وهي بجائها لم تزد ولم تثر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها (الثاني) أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر فيشرطه المشتري فياً كله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم مالو اشترى عينين فتلفت لإحداها ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الاصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمر؟ على روايتين وان تلف بعضها فهو كتلف جميعها ، وان زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها (الحال الثالث) أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيه ثمرة لم تظهر فهذه تدخل في مطلق البيع فان أفلس بعد تلف الثمرة أو بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فخكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لان المبيع كان بمنزلة العين الواحدة . لهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها (الحال الرابع) باعه نخلا حائلاً فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع وهو اختيار الحرقي كالسمن ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع لانه يمكن فصله ويصح افراده بالبيع فهو كالؤبر بخلاف السمن وهذا قول ابن حامد ، وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ العيب وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الثاني يرجع في الاصل دون الطلع وكذلك عندهم الرد بالعيب والأخذ بالشفعة (الضرب الثاني) أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر والصحيح الاول لان الثمرة لا تتبع في البيع الذي يثبت بتراضيهما ففي الفسخ الحاصل بغير رضا المشتري أولى، ولو باعه أرضاً فارغة فرعها المشتري ثم أفلس فانه يرجع في الارض دون الزرع وجهاً واحداً لان ذلك من مال المشتري (الضرب الثالث) أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع فيه كما لو أفلس بعد التأبير لان العين لا تنتقل الا باختياره وهذا لم يخترها

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك في الدين

الذي على الميت إذا وثق الورثة)

وجملته ان الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة. قاله القاضي، وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وبه قال مالك وعن الشافعي كالمذهبيين واحتجوا بان الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كالموت .

ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولانه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ماعليه كالجنون والاعماء. ولانه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كثير المفلس ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كمستلنا وان سلمنا فالفرق بينهما ان ذمته خربت وبطلت بخلاف المفلس ، اذا ثبت هذا فانه إذا حجب على المفلس فقال أصحابنا لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالية بل يقسم المال الموجود بين اصحاب الديون الحالية ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله ، فان لم يقسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنياته ، وان ادرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء بقيمة ديونهم ، وان قلنا إن الدين يحل فانه يضرب مع الغرماء بدينه كغيره من ارباب الديون الحالية ، فاما ان مات وعليه ديون مؤجلة فهل يحل بالموت فيه روايتان (إحداهما) لا تحل اذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين وعبيدالله بن الحسن واسحاق

إلا بعد تأييدها. فان ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكر المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل بقاء ملكه ، وان قال البائع بعث بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فان شهد الغرماء للمفلس لم تقبل شهادتهم لانهم يجرون الى أنفسهم نفعاً، وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة في حقهم (الضرب الرابع) أفلس بعد أخذ الثمن أو ذهابها بجائحة أو غيرها فله الرجوع في الاصل والثمرة للمشتري إلا على قول أبي بكر ، وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر اذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أو ان الجزاز ، وكذلك اذا رجع في الارض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أو ان الحصاد لان المشتري زرع في أرضه بحق فطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كاله كما لو باع الاصل وعليه الثمرة أو الارض وفيها زرع وليس على صاحب الزرع أجر لانه زرع في أرضه زرعا يجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان ذلك ، إذا ثبت هذا فان اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب بعضهم القطع وبعضهم التبقية وكان مما لا قيمة له مقطوعاً أو قيمته يسيرة لم يقطع لان قطعه سفه وإضاعة مال، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعته وإن كانت قيمته كثيرة قدم قول من طلب القطع في أحد الوجهين لان في تبقيته غرراً ولان طالب القطع ان كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي وأكثر الشافعية (الثاني) ينظر ما فيه الحظ فيعمل به لان ذلك أنفع للجميع والظاهر سلامته ، ولهذا يجوز أن يزرع للدولي عليه ، وفيه وجه آخر ان كان الطالب القطع الغرماء وجب اجابتهم لان حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان ايافتها ، وان كان الطالب المفلس دونهم وكان التأخير أحظ لم يقع لأنهم رضوا

وابي عبيد ، وقال طاوس وابو بكر بن محمد والزهرري وسعيد بن ابراهيم الدين الى اجله ، وحكي ذلك عن الحسن (والرواية الاخرى) انه يحل بالموت وبه قال الشعبي والثخفي وسوار ومالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي لانه لا يحلوا إما ان يبقى في ذمة الميت او الورثة او يتعلق بالمال ، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخراها وتعذر مطالبته بها . ولا ذمة الورثة لانهم لم يلزموها ولا رضي صاحب الدين بدعهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الاعيان وتأجيله لانه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . اما الميت فلان النبي ﷺ قال « الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه » واما اداجبه فيتأخر حقه وقد تلف العين فيسقط حقه ، واما الورثة فانهم لا ينتفعون بالاعيان ولا بتصرفون فيها وان حصلت لهم منقمة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا في المفلس ولان الموت ما جعل مبطلا للحقوق واما هو ميقات للخلافة وعلامة على الورثة وقد قال النبي ﷺ « من ترك حقا او مالا فلورثته » وما ذكره اثبات حكم بالمصلحة المرسلة ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ولا خلاف في فساد هذا ، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فان أحب الورثة أداء الدين والزامه للغيرم ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك الا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فانهم قد لا يكونوا أهلياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي الى فوات الحق وذكر القاضي ان الحق ينتقل الى ذم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط الزامهم له ولا ينبغي

بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم والمفلس ، والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع الغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء اجابته إلى ذلك

(فصل) فان أقر الغرماء بالطلع أو الزرع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به وليسوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لانهم يقرون أنه لا حق لهم فيه ، فان أراد دفعه الى أحدهم أو تخصيصه بتمنه فله ذلك لاقرار باقبيهم أنه لا حق لهم فيه ، فان امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر عليه أه على الابراء من قدره من دينه وهذا مذهب الشافعي لانه محكوم به للمفلس فكان له أن يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب نجوم كتابته الى سيده فقال سيده هي حرام وأنكر المكاتب ، وإن أراد قسمه على الغرماء لزمهم قبوله أو الابراء لما ذكرنا ، فان قبضوا الثمرة بيمينها لزمهم ردها الى البائع لانهم مقرون له بها فلزمهم دفعها اليه كما لو أقروا بعتق عبد ثم اشتروه ، فان باع الثمرة وقسم ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمه رد ما أخذ من ثمنها لانهم اعترفوا بالعين لا بيمينها وإن شهد بعضهم دون بعض ، أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره ، وإن عرض عليهم المفلس الثمرة بيمينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لانهم انما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فيهم من له من جنس الثمر أو الزرع كالمقرض والمسلم فيلزمه أخذ ما عرض عليه اذا كان بصفة حقه ، ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قولهم إلا أن يشهد منهم عدلان باعتاقه ويكون حكمهم في قبض العبد وأخذ ثمنه إن عرضه عليهم حكم ما لو أقروا بالثمره للبائع ، وكذلك إن أقروا بعين مما في يديه أنها غصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وان أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبني ذلك على صحة عتق المفلس ، فان

أن يلزم الانسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك لموت موروثهم للزمهم وان لم يخلف وقاء ، وان قلنا ان الدين يحل بالموت فاحب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فلهم ذلك ، وان قضوا منها فلهم ذلك ، وان امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضى به الدين ، وان مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت تساؤوا في التركة فاقسموها على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل بالموت نظرنا فان وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضي الى اسقاط دينه بالكلية

(فصل) حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة ؟ روايتين (إحداهما) لا يمنع للخبر ولان تعلق الدين بالمال لا يزال الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله فان تصرف الورثة في التركة يبيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة (والرواية الثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلها فعلى هذا لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم لانهم تصرفوا في غير ملكهم الا أن يأذن الغرماء لهم وان تصرف الغرماء لم يصح إلا باذن الورثة

قلنا لا يصح عتقه فلا أثر لاقرارهم ، وإن قلنا بصحته فهو كاقرارهم بعتقه قبل فإسه فان حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه لانه فصل مجتهد فيه فلزم ما حكم به الحاكم ولا يجوز نقضه ولا تغييره (فصل) فان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لان حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالتخييل وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائم رجوع قبل التأبير لان هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف ما لو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يخلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد لان اليمين على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يخلف الانسان ليثبت لغيره حقاً ولا يجوز أن يكون نائباً فيها لان الايمان لا تدخلها النيابة وفي مسئلتنا الاصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله ، والبائع يدعي ما يزيد حقوقهم عنه فأشبهه سائر اعيان ماله ويحلفون على نفي العلم لانه يمين على فعل غيرهم فكانت على نفي العلم كيمين الوارث على نفي الدين على الميت ، ولو أقر المفلس بيمين من اعيان ماله لاجنبي أو لبعض الغرماء فأنكر الباقون فالتقول قولهم وعليهم اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ومثله لو أقر بغيره آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه حلفوا أيضاً على نفي العلم لذلك وان أقر بعتق عبده انبنى على صحة عتق المفلس فان قلنا بصحة عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به وان قلنا لا يصح عتقه لم يقبل اقراره وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهي على جميعهم فان حلفوا والا قضي للمدعي الا أن نقول برد اليمين على المدعي فيحلف ويستحق ، وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الخالف نصيبه وحكم الناك على ما ذكرنا (فصل) وان أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ سنة وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر

«مسئلة» قال (وكل ما فعله المفلس في ماله قبل أن يقه الحاكم جائز)

يعني قبل أن يحجر عليه الحاكم فنبدأ بذكر سبب الحجر فنقول : إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لم يجبهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو بيئته ، فإذا ثبت نظري ماله فان كان واقيا بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه فان أبي حبسه فان لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وان احتاج الى بيع ماله في قضاء دينه باعه وان كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة لم يحجر عليه لانه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها ، وان كان بعضهما مؤجلا وبعضها حالا وماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً كذلك . وقال بعض أصحاب الشافعي ان ظهرت أمارات الفلوس لسكون ماله بازاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله فقيه وجهان (أحدهما) يحجر عليه لان الظاهر ان ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً . ولنا ان ماله واف بما يلزمه أداءه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلوس ولان الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة الى الحجر ، وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها فسأل غرماؤه الحجر عليه لزمته إجابتهم ، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لانه لا ولاية له في ذلك وإنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به . وان اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض أوجب من طلب لانه حق له وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : ليس للحاكم الحجر عليه فاذا أدى اجتهاده الى الحجر عليه ثبت لانه فصل مجتهد فيه ، وليس له التصرف في ماله لانه لا ولاية عليه الا ان الحاكم يجبره على البيع اذا لم يمكن الايفاء بدونه فان امتنع لم يبعه وكذلك إن امتنع المוסر من وفاء الدين لا يبيع ماله وإنما يجبره لبيع نفسه الا أن يكون عليه احد التقدين الغرماء فان قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه ، فان قلنا يقبل اقراره لم يقبل في كسبه كان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لان اقراره إنما يقبل في العتق دون غيره لصحته منه لكونه يئني على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولاننا نزلنا اقراره منزلة اعترافه في الحال فلم تثبت به الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوماً به لسيده كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

(مسئلة) (وإن غرس الارض أو بنى فيها فله الرجوع ودفن قيمة التراس والبناء فيملكه الا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص)
إذا كان المبيع أرضاً فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فأراد البائع الرجوع في الارض نظرت فان اتفق المفلس والغرماء على قلع التراس والبناء فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لانه وجد عين ماله ، فان أراد الرجوع قبل القلع فله ذلك وهو مذهب الشافعي لأنه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه البيع فلم يمنه الرجوع كما لو صبغ الثوب ويحتمل أن لا يستحقه الا بعد القلع لانه قبل القلع لم يدرك متاعه الا مشغولاً بملك المشتري فأشبهه ما لو كان مسامير في باب المشتري ، فان قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الارض وأرض نقص الارض الحاصل به لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل ففصل دار انسان فكبر فأراد صاحبه اخراجه فلم يمكن الا بهدم بابها فان الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ناقص بخلاف ما اذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فانه لا يرجع في النقص فان النقص كان

وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدينارين والدينارين عن الدراهم لانه رشيد لا ولاية عليه فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير أذنه كالذي لادين عليه وخالفه صاحبه في ذلك ، ولنا ما روى كعب بن مالك ان النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دينه رواه الحلال باسناده . وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه خطب الناس وقال : ألا ان أسمع جبهينه قد رضي من دينه وأماته بأن يقال سبق الحاج فادان معرضاً فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه مال فليحضر غداً فانا بائع ماله وقاسمونه بين غرمايه ولأنه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه ولأنه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالإيمان وقياسهم يبطل الدراهم بالدينارين . اذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول : ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ : وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم ولانه رشيد غير محجور عليه فنقد تصرفه كثيره ولان سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ولانه من اهل التصرف ولم يحجر عليه فأشبهه المنيء وان اكرى جملاً بعينه أو داراً لم تنفسخ اجارته بالمفلس وكان المكتري أحق به حتى تنقضي مدته .

(فصل) ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح وبهذا قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فان كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نقد والابطال ، ولنا انه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه . ولان حقوق الغرماء تعلقت باعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالبرهونه . فاما ان تصرف في ذمته فاشترى أو اقترض أو تكفل صح تصرفه لانه أهل للتصرف وإنما وجد في حقه الحجر والحجر انما يتعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك

في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فهذا ضمنوه ، ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أراض القرض لانهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فاسه فان امتنع المفلس والغرماء من القلع لم يجبروا عليه لانه غرس بحق ، ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » أنه ان لم يكن ظالماً فله حق فان بذل البائع قيمة الفراس والبناء ليملكه أو قال أنا أقلع وأضمن النقص فله ذلك ان قلنا له الرجوع قبل القلع لان البناء والفراس حصل في ملكه فغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيح اذا أخذ الأرض وفيها غراس أو بناء للمشتري والمعير اذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لانه بناء المفلس وغرسه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع في الأرض

(مسألة) (فان أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع)

وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال القاضي يحتمل أن اه الرجوع وهو قول للشافعي لانه أدرك متاعه بعينه متصلاً بتلك المشتري على وجه التبع فلم يمنع الرجوع كالثوب اذا صبغه المشتري

إذ علموا انه مفلس وطامووه ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك فان هذا في مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وان أقر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه نص عليه أحمد وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول، وقال في الآخر يشاركون صاحب الغرماء كما لو ثبت بينة . ولنا أنه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجر عليه فيه كالفقيه أو كالأهـن يقر على الرهن ولانه اقرار يبطل بثبوتـه حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الرهن ، ولانه متهم في اقراره فهو كالأقرار على غيره ، وفارق البينة فانه لا تهمة في حقها ، ولو كان المفلس صانعا كالتقاصر والحائـك في يديه متاع فأقر به لأربابه لم يقبل اقراره ، والقول فيها كالتي قبلها وتباع العين التي في يديه وتقسـم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس اذا قدر عليها لانها صرفت في دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك ، وان توجهت على المفلس يمين ففكـل عنها ففضي عليه فحكمه حكم اقراره يلزم في حقه ولا يحاص الغرماء

(فصل) وان أعتق المفلس بعض رقيقه فهل يصح؟ علي روايتين (احدهما) يصح وينفذ وهو قول ابـي يوسف واسحاق لانه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر ويفارق سائر التصرفات لان للعتق تغليباً وسراية ولهذا يسري الى ملك الغير ويسري واقفه بخلاف غيره (والرواية الاخرى) لا ينفذ عتقه وبهذا قال مالك وابن ابي ليلى والثوري والشافعي واختاره أبو الخطاب في رهوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله ولان المفلس محجور عليه فلم ينفذ عتقه كالفقيه وفارق المطلق واما سرايته الى ملك الغير فمن شرطه ان يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه فلا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه الا فيما يملك صيانة لحق الغير وحفظاً له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى

ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ولان في ذلك ضرراً على المشتري والغرماء ، ولا يزال الضرر بالضرر ولانه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما اذا وجدها غير مشغولة بشيء ، وأما التوب اذا صبغه فلا نسلم أن له الرجوع ، وان سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (احدهما) أن الصبغ تفرق في التوب فصار كالصفة بخلاف البناء والغراس فانها اعيان متميزة وأصل في نفسه (الثاني) أن التوب لا يبراد للبقاء بخلاف الارض والبناء فاذا قلنا لا يرجع فلا كلام، وان قلنا يرجع وانفق الجميع على يدهما فيما كذا ههنا ، ويحتمل أن لا يجبر لانه يمكن طالب البيع أن يبيع ملكه منفرداً بخلاف التوب المصوغ فان يباع لها قسم الثمن على قدر القيمتين فتقوم الارض لا شجر فيها ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الارض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن والزائد للمفلس والغرماء ، وان قلنا لا يجبر على البيع أو لم يطلب احدهما البيع فان اتفقا على كيفية كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه ، وان اختلفا كانت الارض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الارض لسقي الشجر وأخذ الثمرة وليس لهم دخولها للتفرج أو لغير حاجة ، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لان الارض ملكه، فان باعوا الشجر والبناء لانسان فحكمه في ذلك حكمهم ، فان بذل المفلس والغرماء أو المشتري

(فصل) ويستحب اظهار الحجر عليه لتجنب معاملته كيلا يستغمر الناس بضياح اموالهم عليه والاشهاد عليه لينتشر ذلك عنه وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان

(فصل) وان ثبت عليه حق بينة شارك صاحبه الترماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه فاشبهه مالو قامت البينة به قبل الحجر ولو حتى المفاس بعد الحجر جناية أوجبت مالاشارك المجني عليه الترماء لان حق المجني عليه ثبت بغير اختياره ولو كانت الجناية موجبة للقصاص نفعا صاحبها عنها إلى مال اوصلحه المفاس على مال شارك الترماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فاشبهه مالو أوجبت المال، فان قيل ألا قدم حقه على الترماء كما قدم حق من حتى عايه بعض عبيد المفاس؟ قلنا لان الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كفره من الدين فاستويا

(فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر رجع على الترماء بنقسطه وهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن مالك وحكي عنه لا يحاسبهم لانه تقضى لحكم الحاكم، ولنا انه غريم لو كان حاضرأ قاسمهم فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كفرهم الميت يظهر بعد قسم ماله . وليس قسم الحاكم ماله حكماً إنما هو قسمة بان الخطأ فيها فاشبهه مالو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر أو قسم أرضاً بين شركاء ثم ظهر تبرك آخر أو قسم الميراث بين ورثة ثم ظهر وارث سواه أو وصية ثم ظهر موصى له آخر .

(فصل) ولو افلس وله دار مستأجرة فلتهدمت بعد قبض المفاس الاجرة انقضت الاجارة فيها بقي من المدة وسقط من الاجرة بقدر ذلك ، ثم ان وجد عين ماله أخذ بقدر ذلك وان لم يجده ضرب مع الترماء بقدره وان كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الترماء بمحضته لانه سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركون اذا وجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض منها ثم افلس فوجد بها المشتري عيباً فردها به أو ردها بخيار او اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله اخذها لان البيع

للبيع قيمة الارض ليدعها لهم لم يلزمه ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف الفراس والبناء (فصل) فان اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم افلس ولم يزد الفراس فله الرجوع فيه لانه ادرك مناعه بعينه ، فاذا اخذه فعليه تسوية الارض وارش نقصها الحاصل بقامه لانه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره ، وان بذل المفاس والترماء قيمته له لئلا يكو أم يجبر على قبولها لانه اذا اختار اخذ ماله وتفرغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالمشترى اذا غرس في الارض المشفوعة وإن امتنع من القلع فبذلوا له القيمة لئلا يملك المفاس أو أرادوا قلمه وضمان النقص فلهم ذلك ، وكذلك لو أرادوا قلمه من غير ضمان النقص لان المفاس إنما ابتاعه مقلوعاً فلم يجب عليه ابقاؤه في أرضه، وقيل ليس لهم قلمه من غير ضمان النقص لانه غرس بحق فاشبهه غرس المفلس في الارض التي ابتاعها اذا رجع بائعها فيها، والفرق بينهما ظاهر فان ابقاء الفراس في هذه الصورة حق ثليه فلم يجب عليه بقلعه، وفي التي قبها ابقاؤه حق له فوجب له بفراسه في ملكه، فان اختار بعضهم القلع وبعضهم التبقية قدم قول من طالب القلع سواه كان المفاس أو الترماء أو بعض الترماء لان ابقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع من الاجابة اليه ، وإن زاد الفراس في الارض فهي زيادة متصلة بمنع الرجوع إلا على رواية البيهقي

لما انسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن البيع وان كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء .

﴿مسئلة﴾ قال (وينفق دلي المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه)

وجملة ذلك انه اذا حُجِر على المفلس وكان ذا كسب يفي نفقته ونفقة من تلزمه نفقته فنفقته في كسبه فانه لا حاجة الى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يحز أخذ ماله كالزيادة على النفقة ، وان كان كسبه دون نفقته كملناها من ماله وان لم يكن ذا كسب انفق عليه من ماله مدة الحجر وان طالت لان ملكه باق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم أن فيمن يعوله من يجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه وهي الزوجة فاذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ولان الحي أكد حرمة من الميت لانه مضمون بالاتلاف وتقديم تجهيز الميت ومؤنة دفنه على دينه متفق عليه فنفقته أولى، وتقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من اقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم ممن يجب نفقتهم لانهم يحجرون بحري نفسه لان ذوي رحمه منهم يتفقون اذا ملكهم كما يتفق اذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته وكذلك زوجته تقدم نفقتها لان نفقتها أكد من نفقة الاقارب لانها يجب من طريق الماوضة وفيها معنى الاحياء كما في الاقارب ، ومن أوجب الاتفاق على المفلس وزوجته وأولاده انضار من

(فصل) وان اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ، ولصاحب الارض قلم الغراس من غير ضمان النقص بالقطع كما ذكرنا لان البائع انما باعه مقلوعاً فلا يستحقه إلا كذلك ، وإن أراد بانه قلمه من الارض فقلعه فعليه تسوية الارض وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، فان بذل صاحب الغراس قيمة الارض لصاحبها لملكها لم يجبر على ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً ، وإن بذل صاحب الارض قيمة الغراس لصاحبها لملكه اذا امتنع من القام فله ذلك لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبهه غرس المفلس في ارض البائع ، ومحتل أن لا يملك ذلك لانه لا يجبر على اقامته اذا امتنع من دفع قيمته او ارش نفسه فلا يكون له أن يملكه بالقيمة بخلاف التي قبلها والاولى وهذا منتقض بغرس الغاصب

(فصل) فان كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لانه تملك للصيد فلم يجز في الاحرام كشرائه ، وان كان البائع حلالاً في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فللبائع الرجوع فيه لان الحرم انما يحرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرمه ، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بانه حلال فله أخذه لان المانع غير موجود فيه

(فصل) اذا أفلس وفي يده عين دين بآئها مؤجل وقنا لا يحمل الدين بالمفلس فقال أحمد في رواية الحسن بن ثواب يكون موقوفاً الى أن يحمل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك وهو قول بعض اصحاب الشافعي ، والمتنصوص عن الشافعي أنه يباع في الدين الحائلة ويتخرج لنا مثل ذلك لانها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله والقول الاوّل أولى للخبر، ولان حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره ، وان كان مؤجلاً كالرهن والمجني عليه

ماله أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم وتجب كسوتهم أيضاً لأن ذلك مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه والواجب من النفقة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وادنى ما يكتسى مثله إن كان من جنس الطعام أو متوسطه وكذلك كسوته من جنس ما يكتسبه مثله وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يقرض على مثله ، وأقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه إما عمامة أو قلنسوة أو غيرها مما جرت به عادته ولرجله حذاء إن كان يعتاده وإن احتاج إلى حبة أو فروة لدفع البرد دفع إليه ذلك وإن كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلاً يبعث واشترى له كسوة مثلاً ورد الفضل على الغرماء فإن كانت إذا يبعث واشترى له كسوة لا يفضل منها شيء تركت فإنه لافائدة في بيعها

(فصل) وإن مات المفسر كفن من ماله لأن نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره وكذلك يجب كفن من يمونه لأنهم بمنزلة ولا يلزم تكفين الزوجة لأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع وقد فات بالموت فسقطت النفقة . ويفارق الأقارب لأن قرابتهم باقية ، وإن مات من عبيده أحد وجب تكفينه وتجهيزه لأن نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به ولذلك تجب نفقة الصغير والميسر قبل التسليم . ويكفن في ثلاثة أثواب كما كان يلبس في حياته ثلاثة ، ويحتمل أن يكفن في ثوب واحد يستره لأن ذلك يكفيه فلا حاجة إلى الزيادة وفارق حالة الحياة لأنه لا بد له من تغطية رأسه وكشف ذلك يؤذيه بخلاف الميت ، ويمتد الاتفاق على المفسر إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرنا .

(فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً نسيته ونظر إليه وقلبه وقال أقبضه غداً فات البائع وعليه دين فالطعام للمشتري ويتبعه الغرماء بالثمن وإن كان رخيصاً ، وكذلك قال الثوري وأصحابه لأن الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه (فصل) ورجوع البائع فسخ للبيع لا يحتاج إلى معرفة الميسر ولا القدرة على تسليمه ، فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجدته على حاله لم ي تلف شيء منه صح رجوعه ، وإن رجع في العبد بعد إباحة أو الجهل بعد شروده صح وصار ذلك له فإن قدر عليه أخذه ، وإن ذهب كان من ماله ، وإن تبين أنه كان تالفاً حال استرجاعه بطل الاسترجاع وله أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله ، وإن رجع في المبيع واشتبه بغيره واختالفوا في عينه فالقول قول المفسر لأنه منكر لاستحقاق مادعاء البائع والأصل معه

(فصل) قال رحمه الله تعالى (الحكم الثالث بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ويبيع كل شيء في سوقه)

إذا حجر على المفسر بيع الحاكم ماله لما ذكرنا من حديث معاذ ، ولأنه مقصود الحجر ويستحب احضار المفسر لمعان أربعة (أحدها) احصاء ثمنه وضبطه (الثاني) أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديته فإذا حضر تكلم عليه وعرف الثمن من غيره (الثالث) أن الرغبة تكثر فيه فإن شراءه من صاحبه أحب إلى المشتريين (الرابع) أنه أطيب لقلبه ، ويستحب احضار الغرماء لأمور أربعة (أحدها) أن يباع لهم (الثاني) أنهم ربما رغبوا في شيء فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفسر (الثالث)

« مسألة » قال (ولا تباع داره التي لاغنى له عن سكنها)

وجهته ان المفلس إذا حجر عليه باع الحاكم ماله ويستحب ان يحضر المفلس البيع لمعان اربعة (احدهما) ليحصى ثمنه ويضبطه (الثاني) انه اعرف بشن متاعه وجيده وورثته فاذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره (الثالث) ان تكثر الرغبة فيه فان شمراه من صاحبه احب إلى المشتري (الرابع) ان ذلك اطيب لنفسه واسكن لقلبه ، ويسحب إحضار الغرماء أيضاً لامور اربعة (احدها) انه يباع لهم (الثاني) أنهم ربما رغبوا في شمراه شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصح لهم والمفلس (الثالث) أنه أطيب لقلوبهم وابتعد من التهمة (الرابع) انه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها فان لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك موكول اليه ومفوض الى اجتهاده وربما اداه اجتهاده الى خلاف ذلك وبانت له المصلحة في المبادرة الى البيع قبل احضارهم ، وبأمرهم الحاكم ان يقيموا مناديا ينادي لهم على المتاع فان تراضوا برجل ثقة امضاه الحاكم وان اتفقوا على غير ثقة رده ، فان قيل فلم يردده واصحاب الحق قد اتفقوا عليه فأشبهه مالو اتفق الراهن والمرتهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا لان للحاكم ههنا نظراً واجتهاداً فانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن فانه لا ينظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء آخر اقر الحاكم الثقة منها . فان كانا ثقتين قدم المتطوع منها لانه أوفر . فان كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر وان كانا بجمل قدم اعرفهما واوثقهما فان تساويا قدم من يرى منها ، فان وجد متطوعا بالتداء والا

انه اطيب لقلوبهم وابتعد عن التهمة (الرابع) لعل فيهم من يجد عين ماله فيأخذها ، فان باعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك مفوض اليه وموكل الى اجتهاده فرمى اداه اجتهاده الى خلاف ذلك والمبادرة الى البيع قبل احضارهم وبأمرهم ان يقيموا مناديا ينادي على المتاع ، فان تراضوا بثقة امضاه الحاكم وإن لم يكن ثقة رده ، فان قيل لم يردده وقد اتفق عليه اصحاب الحق فأشبهه مالو اتفق المرتهن والراهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا الحاكم ههنا له نظر واجتهاد لانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن فانه لا ينظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء آخر اقر الحاكم الثقة منها فان كانا ثقتين قدم المتطوع منها لانه أوفر ، فان كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر ، وإن كانا بجمل قدم اوثقهما وأعرفهما ، فان تساويا قدم من يرى منها فان وجد متطوعا بالتداء وإلا دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه ، وقيل يدفع من بيت المال لانه من المصالح ، وكذلك الحكم في آخر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحاكمين ونحوهم ، ويستحب بيع كل شيء في سوقه لانه أحوط وأكثر اطلاعاً ومعرفة قيمته ، فان باع في غير سوقه بثمن المثل جاز لان الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد الى أنه أصح ، ولهذا لو قال بع ثوبي بثمن كذا في سوق عينه فباعه بذلك في غيره جاز ويبيع نقد البلد لانه أصلح ، فان كان في البلد نقود باع بثمنها فان تساوت باع بمجنس الدين ، فان زاد في السلعة أحد في مدة الخيار لزم الامين الفسخ لانه أمكنه بيعه بثمن فلم يبعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد ، وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه

دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه . وقيل يدفع من بيت المال لانه من المصالح وكذلك الحكم في اجر من يحفظ المتاع والتمن وأجر الجمالين ونحوهم، ويستحب بيع كل شيء في سوقه البر في البرازين والكتب في سوقها ونحو ذلك لانه احوط واكثر لطلابه ومعرفة قيمته فان باع في غير سوقه بثمن مثله جاز لان الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد إلى ان ذلك اصلح ولذلك لو قال بع ثوبي في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في سوق آخر جاز ، ويبع بنقد البلد لانه اوفر فان كان في البلد نقود باع بها فان تساوت باع بجنس الدين ، وان زاد في السلعة زائد في مدة الخيار لزم الامين الفسخ لانه أمكنه بيعه بثمن فلم يجز بيعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد . وان زاد بعد لزوم النقد استحب للامين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة الى ذلك لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد الجاني فيدفع إلى المجني عليه أقل الامرين من ثمنه وأورش جنايته وما فضل منه رده الى الغرماء ، ثم يبيع الرهن فيدفع الى المرتهن قدر دينه وما فضل من ثمنه رده الى الغرماء وان بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء ، ثم يبيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب لان بقاءه يتلفه ييقين ، ثم يبيع الحيوان لانه معرض للاتلاف ويحتاج الى مؤنة في بقاءه ثم يبيع السلم والائاث لانه يخاف عليه وتاله الايدي ثم العقار آخرأ لانه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدين لواحد وحده دفعه اليه لانه لا حاجة الى تأخيره وان كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم ولم يؤخر وان لم يمكن قسمته أودع عند ثقة الى ان يجتمع ويمكن قسمته فيقسم وان احتاج في حفظه الى غرامة دفع ذلك الى من يحفظه ، اذا ثبت هذا عدنا الى مسألة

(مسئلة) (ويترك له من ماله ما تدعو اليه حاجته من مسكن وخدام)

لاتباع دار المفلس التي لا غنى له عن سكنها ، وبه قال أبو حنيفة وإسحاق والخدام في معنى الدار اذا كان محتاجا اليه ، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها . اختاره ابن المنذر لان النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكتر دينه فقال لغرمائه «خذوا ما وجدتم» وهذا مما وجدوه ، ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله . ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كشيابه وقوته والحديث قضية في عين يحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «خذوا ما وجدتم» مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو يحتاج إلى سكنها ولا خادم وهو محتاج الى خدمته ، ولأن الحديث مخصوص بشباب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع وقياسهم منتقض بذلك وبأجر المسكن وسائر ماله يستغني عنه بخلاف مسئلتنا ، فان كان له داران يستغني باحدهما يمت الاخرى لان به غنى عن سكنها ، وإن كان مسكنه واسعاً يفضل عن سكني مثله يبع واشتري له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء ، وكذلك اثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها

(فصل) فان كان المسكن والخدام الذي لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأمانها ووجدها أصحابها فلم يأخذها بالشرائط المذكورة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولان حقه تعلق بالعين فكان أقوى سبباً من المفلس ولان الاعسار بالتمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنع منه تعلق حاجة المشتري

الكتاب فنقول لا تباع داره التي لاغنى له عن سكنها ، وبهذا قال أبو حنيفة واسحاق ، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها واختاره ابن المنذر لان النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثرت دينه فقال لغرمائه « خذوا ما وجدتم » وهذا مما وجدوه ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله

ولنا أن هذا مما لاغنى للمفلس عنه فلم بصرف في دينه كسبا وقوته والحديث قضية في عين ويحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي ﷺ قال « خذوا ما وجدتم » مما تصدق به عليه فان المذكور قبل ذلك كذلك روي أن النبي ﷺ قال « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا ما وجدتم » أي مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكنها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ولان الحديث مخصوص بتياب المفلس وقوته فقيس عليه محل النزاع وقياسهم منتقض بذلك ايضاً وبأجر المسكن وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسئلتنا

(فضل) وان كان له داران يستغني بسكنى احدهما يبعث الاخرى لان به غنى عن سكنها وان كان مسكنه واسعاً لا يسكن مثله في مثله يبع واشترى له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء كالتياب التي له اذا كانت رقيقة لا يلبس مثله مثلها ، ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله اعيان اموال افلس بأعيانها ووجدتها اصحابها فلم اخذها بالشرايط التي ذكرناها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ادرك متاعه بعينه عند رجل قد افلس فهو احق به »

كما قبل القبض وكالعيب والخيار ، ولان منهم من أخذ اموالهم يفتح باب الحيل بأن يشتري من لامال له في ذمته ثياباً يلبسها وداراً يسكنها ، أو خادماً يخدمه وفرساً يركبها وطعاماً له ولعائلته ويمتنع على اربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع اموالهم ويستغنى هو بها ، فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له منه شيء لانه اعيان اموال الناس فكانوا احق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم نصيباً

(مسئلة) (وينفق عليه بالمعروف الى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه)

وجملة ذلك انه إذا حجر على المفلس ، فان كان ذا كسب يفي بنفقته ونفقة من تلزمه مؤنته فهي في كسبه فانه لا حاجة إلى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يحجز كالزيادة على النفقة ، وإن كان كسبه دون نفقته كملت من ماله ، وان لم يكن ذا كسب أتفق عليه من ماله مدة الحجر وان طال لان ملكه باق ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم ان فيمن يعوله من يجب عليه نفقته ويكون ديناً عليه وهي زوجته ، فاذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ، ولان يحجز الميت يقدم على دينه بالاتفاق والحلي أكد حرمة من الميت لانه مضمون بالانلاف ، ويقدم ايضاً نفقة من تلزمه نفقته من اقاربه مثل الولد والولد وغيرهم ممن يجب نفقته لانهم يجرون مجرى نفسه في كون ذوي رحمه منهم يعقون اذا ملكهم كما يعق اذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته ، وكذلك نفقة زوجته لان نفقتها أكد من نفقة الاقارب ، ومن اوجب الاتفاق على المفلس وزوجته واولاده ابو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، ويجب كسوتهم لان ذلك مما لا بد منه ، والواجب من النفقة الكسوة ادنى ما ينفق على مثله بالمعروف وادنى ما يكتسى مثله ، وكذلك كسوته من جنس ما يكتسبه

ولان حقه تعلق بالعين فكان أقوى سببا من المفلس ولان الاعسار بالثمن سبب يستحق به النسخ فلم يمنه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالقبض والحيار ولان منهم من اخذ اعيان اموالهم بفتح باب الحيل بأن يجيء من لامل له فيشتري في ذمته ثيابا بلبسها وداراً يسكنها وخادماً يخدمه وفرساً يركبها وطعاماً له ولعائلته ويمتنع على اربابها اخذها لتعلق حاجته بها فتضيع اموالهم ويستغني هو بها فلي هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له شيء منه لانه أعيان اموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصبا .

(فصل) ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته او كان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتوكل لانسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يترك له من ماله شيء وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال الامام احمد رحمه الله تعالى في رواية أبي داود ويترك له قوت يتقوت به وان كان له عيال ترك له قوام . قال في رواية الميموني يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويبيع الباقي ، وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغي ان يجعل ذلك مما لا يتعلق به حق بعضهم ببينه لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره .

(فصل) واذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الامين أو يبع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلغ عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : العروض من ماله والدرام

مثله ، وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يفرض على مثله ، واقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على راسه قلنسوة او عمامة او غيرها مما جرت عادته ولرجله حذاء ان كان يتناذه ، وجبة او فروة في الشتاء لدفع البرد ، فان كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها يمت واشتري له كسوة مثله ورد الفضل على الغرماء ، فان كانت اذا بيعت واشتري له كسوة مثله لا يفضل منها شيء ركت لعدم الفائدة في بيعها

(فصل) وان مات المفلس كفن من ماله لان نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره ، وكذلك يجب كفن من يمونه لانهم بمنزلة ولا يلزم كفن زوجته لان نفقتها تجب في مقابلة الاستمتاع وقد فات بموتها فسقطت بخلاف الاقارب فان قرابتهم باقية، ويلزمه تكفين من مات من عيده وتجهيزه لان نفقته ليست في مقابلة الاتفاح به بدليل وجوب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم ، ويكفن في ثلاث اثواب كما كان يلبس في حياته ، ويحتمل أن يكفن في ثوب يستقره لانه يكفيه فلا حاجة الى الزيادة ، وفارق حال الحياة لانه لا بد من تغطية رأسه . وكشفه يؤذيه بخلاف الميت، ويمتد الاتفاق المذكور الى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لانه لا يزول ملكه إلا بذلك ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) فان كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك من المباحات ما يكفيه أو يؤجر نفسه أو يتوكل بجعل يكفيه لم يترك له شيء من ماله للنفقة ، وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال أحمد رحمه الله في رواية

والدنانير من مال الغرماء . وقال المغيرة الدنانير من مال اصحاب الدنانير والدرهم من مال أصحاب الدرهم ، ولنا انه من مال المفلس وماؤه له فكان تلفه في ماله كالعروض

(فصل) واذا اجتمع مال المقاس قسم بين غرمائه فان كانت ديونهم من جنس الاثمان أخذوها وان كان فيهم من دينه من غير جنس الاثمان كالقرض بغير الاثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الاثمان جاز وان امتنع وطلب جنس حقه اذ تبع له بمحضته من جنس دينه ولو أراد الغريم الاخذ من المال المجموع وقال المفلس لأوفيك الا من جنس دينك قدم قوله لان هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز الا بتراضيهما عليه ، وان كان فيهم من له دين من سلم لم يجوز أن يأخذ الا من جنس حقه وان تراضيا على دفع عوضه لان ما في الذمة من السلم لا يجوز أخذ البديل عنه لقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره »

(فصل) واذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة فهل يجبره الحاكم على ايجار نفسه ليقضي دينه ؟ على روايتين (إحداهما) لا يجبره وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولما روى أبو سعيد أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » رواء مسلم ولان هذا تكسب للمال فلم يجبره عليه كقبول الهبة والصدقة ، وكما لا تجبر المرأة على الزوج لتأخذ المهر (والثانية) يجبر على الكسب وهو قول عمر بن

أبي داود : يترك له قوت يتقوته ، وان كان له عيال ترك له قوام ، وقال في رواية الميموني يترك له قدر ما يقوم به معاشه وبيع الباقي وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغي أن يجعل مما لا يتعلق به حق بعضهم بينه لان من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره كما ذكرنا في الدار والخدم

(فصل) وإذا تلف شيء من ماله تحت يد الامين أو يبيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي . وقال مالك العروض من ماله والدرهم والدنانير من مال الغرماء ، وقال المغيرة الدنانير من مال أصحاب الدنانير والدرهم من مال أصحاب الدرهم ولنا أنه من مال المفلس ونمائه فكان تلفه ماله كالعروض من

(مسألة) (ويبدأ ببيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب)

لان بقاءه يتلفه بيقين ، ثم يبيع الحيوان لانه معرض للتلايف ويحتاج الى مؤنة في بقاءه ثم يبيع الاناث لانه يخاف عليه وناله اليد ، ثم يبيع العقار آخرأ لانه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابيه

(مسألة) (ويعطي المنادي أجرته من المال)

لان البيع حق على المفلس لكونه طريق وفاء دينه ، وقيل هو من بيت المال لانه من المصالح

(مسألة) (ويبدأ بالجاني عليه فيدفع اليه الاقل من الارش أو ثمن الجاني)

وقد ذكرنا ذلك في الرهن هذا إذا كان عبده الجاني ، فعلى هذا يبدأ ببيعه وما فضل من ثمنه صرف الى الغرماء ، وان كان المفلس هو الجاني فالجاني عليه أسوة الغرماء لان حقه يتعلق بالذمة بخلاف جناية العبد وقد ذكرناه

عبد العزيز وسوار والغبيري واسحاق لان النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقاً في دينه وكان سرقاً رجلاً دخل المدينة وذكر ان وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فساء سرقاً وباعه بخمسة ابعرة والحر لا يباع ثبت انه باع منافعه ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الفنى بها فكذلك في وفاء الدين منها ، ولان الاجارة عقد معاوضة فجاز اجباره عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها ولانها اجارة لما يملك اجارته فيجبر عليها في وفاء دينه كاجارة أم ولده ولانه قادر على وفاء دينه فلزمه كمالك ما يقدر على الوفاء منه ، فان قيل حديث سرق منسوخ بدليل أن الحر لا يباع والبيعه وقم على رقبته بدليل أن الحديث أن الغرماء قالوا للمشترى ما تصنع به ؟ قال أعتقه قالوا لسا بأزهد منك في اعتاقه فأعتقوه قلنا هذا اثبات النسخ بالاحتمال ولا يجوز ولم يثبت أن يبيع الحر كان جائزاً في شريعتنا ، وحمل لفظ بيعة على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم فان حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه سائغ كثير في القرآن وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم العجل) (ولكن البر من آمن بالله) (واسأل القرية) وغير ذلك وكذلك قوله أعتقه اي من حقي عليه وكذلك قال فاعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملكون الا الدين الذي عليه . وأما قوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيتوجه منه كونه داخل تحت عمومها فان هذا في حكر الاغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا في مثلها ولم يثبت ان لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته ، وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منة ومعرفة تأبأها قلوب ذوي

﴿ مسألة ﴾ (ثم بمن له رهن فيخص بشئنه)

بياع الرهن ويخص المرتين بشئنه اذا كان ثمنه بقدر دينه أو أقل منه سواء كان المفلس حياً أو ميتاً لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى . لان في هذا خلافاً وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ، فان كان ثمن الرهن فضل عن دين المرتين أعطي قدر دينه ورد الباقي على الغرماء ، وان فضل شيء من دينه ضرب بالفاضل مع الغرماء (فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن قاتف وتمذر رده وخرجت السلمة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لان حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش جنابة المفلس ، وذكر القاضي احتمالاً أنه يقدم على الغرماء لأنه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتين ولانه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس من شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعي ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتين فان حقه يتعلق بالعين وما ذكره من المنى الاول منتقض بأرش جنابة المفلس (والثاني) مصاحبة لا أصل لها فلا يثبت الحسب بها ، فان كان الثمن موجوداً يمكن رده وحجب رده وبغرد به صاحبه لأنه بين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلمة المستحقة يأخذها ، وفي باع وكيل المفلس أو العدل أو باع الرهن وخرجت السلمة مستحقة فالعهدة على المفلس ولا شيء على العدل لانه أمين (فصل) ومن استأجر داراً أو بيراً أو بعينه أو شيئاً غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق

المروآت بخلاف مسئلتنا . إذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب الا من في كسبه فضلا عن نفقته ونفقة من يمونه على ما تقدم ذكره .

(فصل) ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض ولا تجبر المرأة على الزويم ليأخذ مهرها لان في ذلك ضرراً للحقوق المنة في الهدية . والصدقة والوضية والعوض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ، ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والامضاء لان الفلوس يمنعه من احداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقوده فلا ، وإن جنبي على المفلس جنابة توجب المسال ثبت المسال وتعلقت حقوق الغرماء به ، ولا يصح منه العفو عنه وان كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحته فان اقتصر لم يجب للغرماء شيء ، وان عفا على مال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ، وان عفا مطلقا انبني على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء وسقط القصاص ، وان قلنا أحد امرين ثبتت له الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء ، وان عفا على غير مال فعلى الروايتين أيضاً فان قلنا القصاص عيناً لم يثبت شيء وان قلنا أحد الامرين ثبتت الدية ولم يصح اسقاطه لان عفو عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح اسقاطها ، وان وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه لانه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب فلزمه قبوله كالتمن في البيع وليس له اسقاط شيء من ثمن مبيع

بالمعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لان حقه متعلق بين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئاً فان هلك العبر أو تهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وان استأجر جمل في الذمة ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء لان حقه لم يتعلق بالمعين وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، وان أجر داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة فان اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لانه أحوط من التأخير . فاذا استوفى المستأجر سلم المشتري فان اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الاجارة فاهم ذلك لان الحق لا يخرج عنهم (فصل) ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقييضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل

والموزون أو لم تكن لان المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ، ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وبعده وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به لانه وجد عين ماله وان لم يجده فهو أسوة الغرماء لانه لم يتعلق حقه بمعين ماله ولا يثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه لانه الذي يستحقه دون الثمن . فان كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه ، وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له قدر حقه فيشتري به المسلم فيه يأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلاً عما في الذمة من المسلم فيه وذلك لا يجوز لقول النبي عليه السلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » فان أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لخص المسلم فيه اشترى له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء

مثاله رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فانه يقسم

أو أجرة في اجارة ولا قبضه ردينا ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا باذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهنا

(فصل) اذا فرق مال الفلوس فهل ينفك عنه الحجر بذلك أو يحتاج إلى فك الحجر عنه؟ فيه وجهان (أحدهما) يزول بقسمة ماله لأنه حجر عليه لاجله فاذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر الجنون لزوال جنونه (والثاني) لا يزول الا بحكم الحاكم لأنه ثبت بحكمه فلا يزول الا بحكمه كالحجور عليه لسفه وفارق الجنون فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله ولان فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبحت فوق ذلك على الحاكم بخلاف الجنون

(فصل) ومتى ثبت اعساره عند الحاكم لم يكن لاحد مطالبة ولا ملازمته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب فاذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول ودخلوا معه والا يمنعوه من الدخول لقول النبي ﷺ «لصاحب الحق اليد واللسان» ولنا ان من ليس لصاحب الحق مطالبة لم يكن له ملازمته كما لو كان دينه مؤجلا وقول الله تعالى (فانظر الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا فقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار اتباعها فكثير دينه «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم والترمذي وان فك الحجر عنه لم يكن لاحد مطالته ولا ملازمته حتى يملك مالا فان جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا ان له مالا لم يلتفت الى قولهم حتى يثبتوا سببه فان جاءوا بعد مدة فادعوا ان في يده مالا أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر وبنينا

دينار الفلوس نصفين لصاحب السلم نصفه فان رخصت الخنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار الفلوس إلا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيأخذه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر، وإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا أنه يستحق مثلي ما يستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار الفلوس ثلثاه فيشترى له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشترى له به أيضاً لأن المعزول ملك للفلوس وانما للغريم قدر حقه فان زاد للفلوس وإن نقص فعليه

﴿مسئلة﴾ (ثم بمن له عين مال يأخذها بالشروط المذكورة)

وقد ذكرنا ذلك ثم يقسم الباقي بين باقي الغرماء على قدر ديونهم لتساويهم في الاستحقاق فان كانت ديونهم من جنس الأمان أخذوها، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأمان كالقرض لغير الأمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الأمان جاز وإن امتنع وطلب جنس حقه اشترى له بمحضته من الثمن من جنس دينه، ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع، وقال الفلوس لأفضيك إلا من جنس دينك قدم قول الفلوس لان هذه معاوضة فلا تجوز إلا بتراضيهما

﴿مسئلة﴾ (فان كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل وعنه أنه يحل فيشاركهم)

لا يحل الدين المؤجل بفس من هو عليه ذكره القاضي رواية واحدة، وحكى أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وهو قول مالك، وعن الشافعي كالثخين، واحتجوا بأن الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كاللوت. ولنا أن الاجل حق للفلوس فلا يسقط بفسه كسائر حقوقه ولا يه

سببه أحضره الحاكم وسأله فإن أنكر فالتقول قوله مع يمينه لأنه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء وان أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربه وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم إن صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز أن يكونا تواطأ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس، وان قال ماهو لي عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه قال المال لي فيعاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك . وان أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكنا في الحاضر، ومتى أعيد الحجر عليه لديون تجددت عليه شارك غرماء الحجر الاول غرماء الحجر الثاني الا ان الاولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجمعها وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا يدخل غرماء الحجر الاول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا إلا أن تكون له فائدة من ميراث أو يحبنى عليه جناية فيتخاص الغرماء فيه. ولنا انهم تساوا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساوا في الاستحقاق كالذين ثبتت حقوقهم في حجر واحد وكتساوبهم في الميراث وأرش الجناية ولان مكسبه مال له فتساوا فيه كال ميراث

(مسئلة) قال (ومن وجب عليه حق فذكرانه معسر به حبس الى أن يأتي

بيئته تشهد بعسرته)

وجملته أن من وجب عليه دين حال فطوب به ولم يؤده نظر الحاكم فان كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء فان ذكر أنه لغيره فقد ذكرنا حكمه في الفصل الذي قبل هذا وان لم يجد له مالا ظاهراً فادعى الاعسار فصدقه غريمه ام يحبس ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولقول النبي ﷺ لغرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » ولان الحبس إما أن يكون لاثبات عسرته أو لقضاء دينه وعسرته ثابتة والقضاء متعذر

لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاعمى ولانه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كغير المفلس، والاصل المقيس عليه ممنوع وان سلم فالتفرق بينهما أن ذمته خربت بخلاف المفلس إذا ثبت هذا فانه اذا حجر على المفلس ، فقال أصحابنا لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالية ويبقى المؤجل في الذمة الى وقت حلوله فان لم يقسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته فان أدرك بعض المال قبل قسمته شاركهم فيه بجميع دينه، ويضرب مع باقي الغرماء ببقية ديونهم ، وان قلنا يحل الدين فهو كاصحاب الديون الحالية سواء

(مسئلة) (من مات وعليه دين مؤجل لم يحل اذا وثق الورثة وعنه أنه يحل)

اختلفت الرواية في حلول الدين بالموت على من هو عليه فروي أنه لا يحل اختاره الحرفي بشرط أن يوثق الورثة وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، والرواية الأخرى أنه يحل بالموت وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لانه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخراها وتعذر مطالبتة بها ولا ذمة الورثة لانهم لم يلزموها ولا رضي صاحب الدين بذهمهم وهي مختلفة متباينة ، ولا يجوز تمليقه على الاعيان وتأجيله لانه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . أما الميت فلان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه » وأما صاحبه فيتأخر حقه، وقد

فلا فائدة في الحبس ، وان كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أولم يعرف فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا فاقول قول غريمه مع يمينه فاذا حلف انه ذومال حبس حتى تشهد البينة باعساره . قال ابن المنذر أكثر من يحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرون الحبس في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والتمان وسوار وعبيد الله ابن الحسن ، وروي عن شريح والشعبي وكان عمر بن عبدالعزيز يقول يقسم ماله بين الغرماء ولا يحبس ، وبه قال عبد الله بن جعفر واليث بن سعد ، ولنا ان الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فان شهدت البينة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لان التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم وان طلب الغريم احلافه على ذلك لم يجب اليه لان ذلك تكذيب للبينة وان شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفي بشهادتها وثبتت عسرته ، وان لم تشهد بعسرته وإنما شهدت بالتلف لا غير وطلب الغريم يمينه على عسرته وأنه ليس له مال آخر استحلقت على ذلك لانه غير ما شهدت به البينة، وان لم تشهد بالتلف وإنما شهدت بالاعسار لم تقبل الشهادة الا من ذي خبرة باطنة ومعرفة متقدمة لان هذا من الامور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب الا أهل الخبرة والمخالطة وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن مالك انه قال لا نسمع البينة على الاعسار لانها شهادة على الفتنى فلم تسمع كالشهادة على أنه لا دين عليه

ولنا ماروى قبيصة بن الحارث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له « يا قبيصة ان المسئلة لا تحل الا لأحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمكس ورجل اصابته جأحة فاجتاحت

تلف العين فيسقط حقه، وأما الورثة فانهم لا ينتفمون بالاعيان ولا يتصرفون فيها، وان حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا في المفلس ولان الموت ما جعل مبطلا للحقوق وإنما هو مبيقات للخلافة وعلامة على الورثة ، وقد قال النبي ﷺ « من ترك حقاً أو مالا فلورثته » وما ذكره اثبات حكم بالمصلحة المرسله لم يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فان أحب الورثة التزام أداء الدين ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك الا ان يرضى الغريم او يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فانهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي الى فوات الحق ، وذكر القاضي أن الحق ينتقل الى ذم الورثة بموت موروثهم من غير ان يشترط التزامهم له فلا ينبغي أن يلزم الانسان دين لا يلزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك بموت موروثهم للزمهم وان لم يخلف وفاء ، فان قلنا الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التركة فانهم ذلك ، وإن اختاروا القضاء منها فلهم ذلك وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين ، وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجلة ، قلنا يحل المؤجل بالموت اقتسموا التركة على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل فأوثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال

ثلاثا بفضي الى اسقاط دينه بالسكينة

(فصل) وذكر بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة؟

ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش» رواه مسلم وأبو داود وقولهم ان الشهادة على النفي لا تقبل قلنا لا ترد مطلقاً فانه لو شهدت البينة ان هذا وارث الميت لاوارث له سواء قبلت ولان هذه وان كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما اذا شهدت أنه لا حق له فان هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها الى معرفته به بخلاف مسئلتنا وتسم البينة في الحال ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تسمع في الحال ويجبس شهراً ، وروي ثلاثة أشهر وروي أربعة أشهر حتى يقبل على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لا يظهره . ولنا ان كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات ، وما ذكره لو كان صحيحاً لاغنى عن البينة . فان قال الغريم احلفوه لي مع يمينه أنه لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام احمد لانه قال في رواية اسحاق ابن ابراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه لا يستحلف لان ظاهر الحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر . قال القاضي : سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالاعسار وهذا أحد قولي الشافعي لانها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده أو هذه داره ويحتمل ان يستحلف ، وهذا القول الثاني للشافعي لانه يحتمل ان له مالا خفي على البينة ويصح عندي الزامه اليمين على الاعسار فيها اذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما اذا شهدت بالاعسار لانها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من اقر له غريمه بتلف

روايتين (احداها) لا يمنعه للخبر المذكور ولان تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في العبد الجاني والرهن والمفاس لم يمنع نقله فعلى هذا ان تصرف الورثة في التركة بيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني (والثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فجعل التركة للوارث بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبيلها ، فعلى هذا لا يصح تصرف الورثة لانهم تصرفوا في غير ملكهم الا أن يأذن لهم الغرماء وان تصرف الغرماء لم يصح الا باذن الورثة

﴿ مسألة ﴾ (وإن ظهر له غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه)

وبهذا قال انشافعي وحكي عن مالك وحكي عنه لا يحاصم لانه نقض لحكم الحاكم ولنا أنه غريم يقاسمهم لو كان حاضراً ، فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله وليس قسم الحاكم ماله حكماً انما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبهه ما لو قسم أرضاً بين شركاء ثم ظهر شريك آخر وقسم الميراث ثم ظهر وارث سواء

(فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة فأنهدمت بعد قبض المفلس الاجرة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة وسقط من الاجرة بقدر ذلك ثم ان وجد عين ماله أخذ منه بقدر ذلك ، وان لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وإن كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته لان سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركونه إذا وجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض منها ثم أفلس فوجد بها المشتري عيباً فردها به أو ردها بخيار أو احتسلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها لأن

ذلك المال وادعى أن له مالا سواه أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ولو لم تقم البيعة وأقر له غيره بتلف ماله وادعى أن له مالا سواه لزمته البيعة فكذلك إذا قامت به البيعة فانها لا تزيد على الاقرار، وأن كان الحق يثبت عليه في غير مقابلة مال أخذه كأرض جناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كان امرأة وإن لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلي سبيله ولم يجس وهذا قول الشافعي وابن المنذر فإن شهدت البيعة بأعساره قبلت ولم يستحلف معها لما تقدم، وإن شهدت أنه كان له مال فتلف لم يستغن بذلك عن يمينه لما ذكرناه وكذلك لو أقر له به غيره وإنما اكتفينا بيمينه لأن الأصل عدم المال لما روي أن النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء « لا ينسأ من الرزق ما اهتزت رهوسكا فان ابن آدم يخلق وليس له الاقشرتاه ثم يرزقه الله تعالى » قال ابن المنذر الجبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والأصل عدم ماله بخلاف المسئلة الأولى فإن الأصل ثبوت ماله فيجبس حتى يعلم ذهابه والحرق لم يفرق بين الحالين لكنه يحمل كلامه على ما ذكرنا لقيام الدليل على الفرق

(فصل) إذا امتنع المוסر من قضاء الدين فلغيره ملازمته ومطالبته والاغلاظ له بالقول فيقول يا ظالم يا متعدي ونحو ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لي الواجد يحمل عقوبته وعرضه » فعقوبته حسبه وعرضه أي يحمل القول في عرضه بالاغلاظ وقال النبي صلى الله عليه وسلم « مظل الغني ظم » وقال « إن لصاحب الحق مقالا »

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا مات فتيين أنه كان مفلسا لم يكن لاحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله)

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس وهو أن يكون حيا فإن مات قبلت أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتيين فلسه وبهذا قال مالك وإسحاق، وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلد الزرقي قاضي المدينة قال : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه عليه البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن المبيع، وإن كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء .

﴿مسئلة﴾ (وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها على روايتين) (إحداها) لا يجبر وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولما روى أبو سعيد أن رجلا أصيب في ثمرة ابتاعها فكثرت دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « نصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا ما وجدتم وإيسر لكم الا ذلك » رواه مسلم ولأنه تكسب المال فلم يجبر عليه كقبول الهبة والصدقة، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر .

(والثانية) يجبر على الكسب وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار والعميري وإسحاق لما روي (المنفي والشرح الكبير) (٦٤) (الجزء الرابع)

وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمناعه إذا وجدته بعينه ، رواه أبو داود وابن ماجه واحتجوا بعموم قوله عليه السلام « من أدرك مناعه بعينه عند رجل أو لإنسان قد أفلس فهو أحق به » ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالأقالة فجاز فسخه لتمذر العوض كما لو تمذر المسلم فيه ، ولان الفلوس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب

ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث المفلس « فان مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داود . وورى أبو الهيثم عن الزبيدي عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » رواه ابن ماجه ، ولانه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه المرهون . وحديثهم مجهول الاسناد قاله ابن المنذر ، قال ابن عبد البر : يرويه أبو المعتمر عن الزرقى وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ثم هو غير مضمول به اجماعاً فانه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفاته ولا عدم قبض ثمنه والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء الا ما حكى عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها اذا مات المشتري وان خلف وفاء وهذا شذوذ عن أقوال اهل العلم وخلاف للسنة لا يرجع على مثله ، وأما الحديث الآخر فنقول به وان صاحب المتاع أحق به إذا وجدته عند المفلس وما وجدته في مسئلتنا عنده انما وجدته عند ورثته فلا يتناوله الخبر وانما يدل بمفهومه على أنه لا يستحق الرجوع فيه ثم هو مطلق وحديثنا يقيد وفيه زيادة وزيادة من الثقة مقبولة ويفارق حالة الحياة حال الموت لامرئ (أحدهما) أن الملك في الحياة للمفلس وهنا لغيره (والثاني) ان ذمة المفلس خربت هنا خراباً لا يعود فاختصاص هذا بالعين يستضر به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أراد سفراً وتبليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب

الحق منعه)

وجهة ذلك ان من عليه الدين اذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فان كان محل الدين قبل

أن النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقاً في دينه وكان سرق دخل المدينة وذكر أن وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسباه سرقاً وباعه بخمسة أبرة . رواه الدارقطني بمعناه من رواية خالد بن مسلم الرهبي الا أن فيه كلاماً والحرا لا يباع ثبت أنه باع منافعه ، ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في صحة العقد عليها ومحريم اخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك في وفاء الدين منها ، ولان الاجارة عقد معاوضة فجاز اجباره عليه كبيع ماله ، ولانها اجارة لما يملك اجارته فيجبر عليها لو فاء دينه كاجارة أم ولده . فان قيل حديث سرق منسوخ لان الحر لا يباع والبيع وقم على رقبته بدليل ان في الحديث ان الغرماء قالوا لمشتريه ما تصنع به ؟ قال اعتقه ، قالوا : لسنا بأزهد منك في اعتاقه فأعتقوه قلنا هذا اثبات نسخ بالاحتمال ولا يجوز ، ولم يثبت أن يبيع الحر كان جائزاً في شريعتنا وحمل بيعه على بيع منافعه اسهل من حمله على بيع رقبته المحرم ، فان حذف المضاف واقامة المضاف اليه كثير في القرآن

محل قدومه من السفر مثل أن يكون سفره الى الحج لا يقدم الا في صفر وذينه محل في الحرم أو ذي الحجة فله منعه من السفر لان عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله فان أقام ضمينا ملبثاً أو دفع رهنه يفي بالدين عند المحل فله السفر لان الضرر يزول بذلك ، وأما ان كان الدين لا محل الا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر نظرنا فان كان سفره الى الجهاد فله منعه الا بضمين أو رهن لانه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وان كان السفر لغير الجهاد فظاهر كلام الحرقي أنه ليس له منعه وهو أحد الروايتين عن احمد لان هذا السفر ليس بامارة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسمي الى الجمعة ، وقال الشافعي ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل اذا كان الدين مؤجلاً بمحال سواء كان الدين محل قبل محل سفره أو بعده أو الى الجهاد أو الى غيره لانه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الا من القصير ، ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه ان لم يوثقه بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول الحق ، ولانه لا يملك تأخير الدين عن محله ، وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملكه كجده

وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم العجل - وأسأل القرية) وغير ذلك ، وكذلك قوله أعتقه أي من حقي عليه بدل على ذلك قوله فأعتقوه يعني الفرماء وهم لا يملكون الا الدين الذي عليه ، وأما قوله تعالى (فنظرة الى ميسرة) فيمكن منع دخوله تحت عمومها لما ذكرنا من أنه في حكم الاغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا في مثلها ولم يثبت أن لذلك الفريم كسأ يفضل عن قدر نفقته . أما قبول الهدية والصدقة فضرورة تأبأها قلوب ذوي المروءات لما فيها من المنة . فعلى هذا لا يجبر على الكسب الا من كسبه يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته لما تقدم .

(فصل) ولا يجبر على قبول صدقة ، ولا هدية ، ولا وصية ، ولا قرض ، ولا المرأة على التزويج ليأخذ مهرها لان في ذلك ضرراً للحقوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والموض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بمحاله ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والامضاء لان الفلاس يمنعه من احدات عقد أما من امضائه وتنفيذ عقود فلا

(فصل) وان جني على المفلس جناية توجب المال ثبت وتعلقت حقوق الفرماء به ولا يصح عفوهم فان كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحة الزحر ، فان اقتصر لم يجب للفرماء شيء ، وان عفا على مال ثبت وتعلق به حقوق الفرماء ، وإن عفا مطلقاً أنبى على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء ، وان قلنا أحد أمرين ثبتت الدية وتعلقت بها حقوق الفرماء ، وان عفا على غير مال وقلنا القصاص هو الواجب عيناً لم يثبت شيء ، وان قلنا أحد الأمرين ثبتت الدية ولم يصح إسقاطه لان عفوهم عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح إسقاطها ، وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له إسقاطه لانه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب كالثمن في المبيع وليس له إسقاط شيء من ثمن مبيع أو اجرة اجارة ولا قبض رديء ، ولا قبض المسلم فيه دون صفاته الا باذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

كتاب الحجر

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى (ويقولون حجراً محجوراً) أي حراماً محرماً ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى (هل في ذلك قسم لذي حجر؟) أي عقل سمي حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقيح وتضر عاقبته وهو في الشريعة يمنع الانسان من التصرف في ماله والحجر على ضربين : حجر على الانسان لحق نفسه وحجر عليه لحق غيره ، فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث أو التبرع بشيء لو ارتد لحق ورتته وعلى المكاتب والعبد لحق سيدهما والراهن بحجر عليه في الرهن لحق المرتهن وهو لاء أبواب يذكرون فيها . وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة الصبي والمجنون والسفيه وهذا الباب مختص

﴿مسئلة﴾ (ولا ينك، عنه الحجر الا بحكم حاكم)

لانه ثبت بحكمه فلا يزول الا بحكمه كالحجور عليه لسفه ، وفيه وجه آخر أنه يزول بقسمة ماله لانه حجر عليه لاجله فاذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر الجنون لزوال جنونه والاول أولى وفارق الجنون فانه يثبت بنفسه فزال بزواله بخلاف هذا ولان فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبمحت فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون

(فصل) وإذا فك الحجر عنه فليس لاحد مطالبة وملازمته حتى يملك مالا ، فان جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالا لم يقبل إلا بينة ، فان جاءوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالا او ادعوا ذلك عقيب فك الحجر عنه وينبأ سببه أحضره الحاكم وسأله ، فان أنكر فلقول قوله مع يمينه لانه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء ، وان أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربة وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم فان صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز ان يكونا تواطأ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس . وان لم يصدقه عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه أقر ان المال له فيعاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك ، فان أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكنا في الحاضر

﴿مسئلة﴾ (ومتى فك عنه الحجر فلزمته ديون وظهر له مال فحجر عليه شارك غرماء الحجر الاول غرماء الحجر الثاني)

إلا أن الاوabin يضر بون ببقية ديونهم والآخريين يضر بون بجمعها ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك : لا يدخل غرماء الحجر الاول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا الا أن يكون له فائدة من ميراث أو بجنى عليه جنابة فيتخاص الغرماء فيه . ولنا أنهم تساؤوا في ثبوت حقوقهم في ذمته فنتساؤوا في الاستحقاق كالذين ثبتت حقوقهم في حجر واحد وكتساؤهم في الميراث وأرش الجنابة ، ولان كسبه مال له فنتساؤوا فيه كالمرات

﴿مسئلة﴾ (وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا) المفلس في الدعوى كغيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء وان امتنع لم يجبر لاتا لانعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحق بشهادته لم يفتج الى يمين معه

هؤلاء الثلاثة والحجر عليهم حجر عام لانهم يمنون التصرف في أموالهم وذممهم والاصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) والآية التي بعدها، قال سعيد بن جبير وعكرمة هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وانفق عليه وانما أضاف الاموال إلى الاولياء وهي لغيرهم لانهم قوامها ومدبروها ، وقوله تعالى (وابتلوا النيام) يعني اختبروهم في حفظهم لاموالهم (حتى اذا بلغوا النكاح) أي مبلغ الرجال والنساء (فان آنس منهم رشداً) أي أبصرتم وعلمت منهم حفظاً لاموالهم وصلاحاً في تدبير معاشهم

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن أونس منه رشد دفع اليه ماله اذا كان قد بلغ)

فلا يخبره على مالا نمل صدقه كثيره فان قال الغرماء نحن نحافظ مع الشاهد لم يكن لهم ذلك وبهذا قال الشافعي في الجديد ، وقال في القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم ان يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم ، ولنا أنهم يثبتون ملكاً لغيرهم لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالرأة يحلف لاثبات ملك زوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فان المال اتقل اليهم فهم يثبتون بأيمانهم ملكاً لانفسهم .

(فصل) قال رحمه الله (الحكم الرابع انقطاع المطالبة عن المفاس فمن أقرضه شيئاً أو باعه إياه لم

ملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه)

اذا تصرف المحجور عليه في ذمته بشراء او اقتراض صح لانه أهل للتصرف والحجر إنما تعلق بماله وقد ذكرناه وليس للبائنه ولا للمقرض مطالبته في حال الحجر لان حق الغرماء تعلق بعين ماله الموجود حال الحجر وبما يحدث له من المال فقدموا على غيرهم ممن لم يتعلق حقه بعين المال كتقديم حق المرتهن بمن الرهن ، وتقديم حق الجني عليه بمن العبد الجاني فلا يشارك اصحاب هذه الديون الغرماء لما ذكرناه ، ولان من علم منهم بفلسه فقدرضى بذلك ومن لم يعلم فهو مفرط ويتبعونه بعد فك الحجر عنه كما لو أقر لانسان بمال بعد الحجر عليه وفي اقراره خلاف ذكرناه فيما مضى فان وجد البائع والمقرض أعيان أموالهما فهل لهم الرجوع فيها؟ على وجهين (أحدهما) لها ذلك للخبر (والثاني) لا فسخ لها لأنها دخلا على بصيرة بخراب الذمة فأشبهه من اشترى معيباً يعلم عيبه وقد ذكرنا ذلك

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني المحجور عليه لحظه وهو الصبي والمجنون والسفيه)

الحجر على هؤلاء الثلاثة حجر عام لانهم يمنون التصرف في أموالهم وذممهم والاصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) وقوله (وابتلوا النيام) الآية قال سعيد بن جبير وعكرمة : هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وانفق عليه وانما أضاف الاموال الى الاولياء وهي لغيرهم لانهم قوامها ومدبروها ، وقوله (وابتلوا النيام) اختبروهم في حفظهم لاموالهم

﴿ مسألة ﴾ (فلا يصح تصرفهم قبل الاذن) لان تصحيح تصرفهم يقضي الى ضياع أموالهم وفيه ضرر عليهم

(مسألة) (ومن دفع اليهم ماله يبيع أو قرض رجح فيه ما كان باقياً)

لانه عين ماله وتصرفهم فاسد فان اتلفه واحد منهم فهو من ضمان مالكة ، وكذلك ان تلف

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (احدها) في وجوب دفع المال الى المحجور عليه اذا رشد وبلغ وليس فيه اختلاف بمحمد الله تعالى ، قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك وقد أمر الله تعالى به في نص كتابه بقوله سبحانه (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولان الحجر عليه انما كان لمجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لما له عليه وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله فيزول الحجر لزوال سببه ، ولا يعتبر في زوال الحجر عن المجنون اذا عقل حكم حاكم بغير خلاف ولا يعتبر ذلك في الصبي اذا رشد وبلغ وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا يزول الا بحاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر فانه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفه، ولان الله تعالى أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وايناس الرشد فاشترط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم وهذا خلاف النص ولانه حجر بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون وبهذا فارق السفه ، وقد ذكر أبو الخطاب ان الحجر على السفه يزول بزوال السفه والاول اولى فصار الحجر منقسماً الى ثلاثة اقسام: قسم يزول بغير حكم حاكم وهو حجر المجنون وقسم لا يزول الا بحاكم وهو حجر السفه وقسم فيه الخلاف وهو حجر الصبي

في بده لانه سلطه عليه برضاه وسواء علم بالحجر على السفه او لم يعلم لانه ان علم فقد فرط وان لم يعلم فهو مفرط أيضاً اذ كان في مظنة الشهرة هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه ، فاما ان حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضي انه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تلف بغير طئه ان كان سفياً لانه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبهه مالو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل ان لا يضمن لانه عرضها لا تلافه وسلطه عليها فأشبهه المبيع أما ما أخذه بغير اختيار المالك كالنصب والجنابة فعليه ضمانه لانه لا تقرط من المالك وكذلك الحكم في الصبي والمجنون فان أودع عند الصبي والمجنون أو اعارها فلا ضمان عليهما فيما تلف بغير طئها لانها ليسا من اهل الحفظ ، وان أتلفاه ففيه وجهان نذكرهما في الوديعة

(مسئلة) (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشداً انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع اليهما مالهما ولا يفك قبل ذلك بحال)

اذا عقل المجنون ورشد انفك الحجر عنه ولا يحتاج الى حكم حاكم بغير خلاف وكذلك الصبي اذا بلغ ورشد وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك لا يزول الا بحكم حاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر فانه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفه . ولنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وايناس الرشد فاشترط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجود ذلك حتى يحكم الحاكم وهذا مخالف لظاهر النص ، ولانه حجر ثبت بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون ولان الحجر عليه انما كان لمجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لما له عليه فتي بانع ورشد زال الحجر لزوال سببه ، السفه لنا فيه منع ، فعلى هذا الحجر منقسم الى ثلاثة اقسام: قسم يزول بغير حكم الحاكم وهو الحجر للمجنون ، وقسم لا يزول الا بحكم حاكم وهو الحجر للسفه ، وقسم فيه الخلاف وهو الحجر على الصبي

(الفصل الثاني) أنه لا يدفع اليه ماله قبل وجود الامرين البلوغ والرشد ولو صار شيخاً وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر أكثر علماء الامصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيق لماله صغيراً كان أو كبيراً وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وروى الجوزجاني في كتابه قال كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله قال ابن اسحاق رأيت شيخاً بخضب وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال يا أبا محمد ادفع إلي مالي فإنه لا يولى علي مثلي فقال أنك فاسد . فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر ان لم تدفع إلي مالي . فقال له القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه فبعث إلى امرأته وقال هي حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فئت بطلاقها فأرسل اليها فأخبرها ذلك وقال أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحس رقيقه . قال ابن اسحاق ما كان يعاب على رجل الا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله اليه قبل خمس وعشرين سنة وان تصرف نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع اليه ماله

(فصل) ومتى انفك الحجر عنها دفع اليها ماله لقول الله تعالى (فان آنتم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك ولان منعه من التصرف انما كان لعجزه عن التصرف حفظاً لماله فاذا صار أهلاً للتصرف زال الحجر لزوال سببه

(فصل) ولا ينفك عنه الحجر ولا يدفع اليه ماله قبل البلوغ والرشد ، ولو صار شيخاً وهو قول الاكثرين قال ابن المنذر أكثر علماء الامصار من أهل العراق والحجاز والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيق لماله صغيراً كان أو كبيراً وبه قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وروى الجوزجاني في كتابه قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله قال ابن اسحاق رأيت شيخاً بخضب وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال يا أبا محمد ادفع إلي مالي فإنه لا يولى علي مثلي فقال . إنك فاسد فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر إن لم تدفع الي مالي ، فقال القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه فبعث إلى امرأته وقال : هي حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فئت بطلاقها فأرسل اليها فأخبرها ذلك وقال أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحس رقيقه . وقال ابن اسحاق ما كان يعاب على الرجل الا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله اليه قبل خمس وعشرين سنة ، وان تصرف نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك الحجر عنه ودفع اليه ماله لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جد أولاً انه حر بالبلغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشد

ولنا قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) أي أموالهم وقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) علق الدرر على شرطين والحكم المطلق على شرطين لا يثبت بدونها وقال تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يعمل هو فليملل وليه بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه ولانه مبذر فلم يجز دفع ماله اليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتجوا بها قائماً تبدل بدليل خطاها وهو لا يقول به ثم هي مخصصة فيما قبل

لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح ان يكون جداً ولانه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشد

ولنا قول الله تعالى ، وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم (علق الدفع على شرطين والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونها وقال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعني أموالهم وقول الله تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع ان يمل هو فليمل وليه بالعدل) فثبت الولاية على السفيه ولانه مبذر لماله فلا يجوز دفعه اليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتج بها قائماً تدل بدليل خطاها وهو لا يقول به ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالاجماع لعلة السفه وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن يخص به أيضاً كما أنها لما خصت في حق المجنون لاجل جنونه قبل خمس وعشرين خصت أيضاً بعد خمس وعشرين وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص وما ذكرناه من كونه جدياً ليس تحته معنى يقتضي الحكم ولا له أصل يشهد له في الشرع فهو اثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور فيمن له دون هذا السن فان المرأة تكون جدة لاحدى وعشرين سنة وقياسهم منتهى من له دون خمس وعشرين سنة وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبها بعدها ، إذا ثبت هذا فانه لا يصح تصرفه ولا اقراره ،

خمس وعشرين بالاجماع لعلة السفه وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن يخص به أيضاً كما أنها لما خصت في حق المجنون لجنونه فيما قبل خمس وعشرين خصت بعدها ، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص وقوله انه صار يصلح جداً لا معنى تحته يقتضي الحكم ولا له أصل يشهد له في الشرع فهو اثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور من هو دون هذا السن فان المرأة تكون جدة لاحدى وعشرين سنة وقياسهم منتهى من له دون خمس وعشرين سنة فما أوجب الحجر قبلها يوجبها بعدها ، إذا ثبت هذا فانه لا يصح تصرفه ولا اقراره ، وقال أبو حنيفة يصح يعمه واققراره لأن البالغ عنده لا يحجر عليه وإنما لم يسلم اليه للآية

ولنا أنه لا يدفع اليه ماله لعدم رشده فلم يصح تصرفه واققراره كالصبي والمجنون ولانه إذا نفذ تصرفه واققراره تلف ماله ولم يفد منه ماله شيئاً ولان تصرفه لو كان نافذاً سلم اليه ماله كالرشد فانه إنما منع ماله حفظاً له فاذا لم يحفظ بالمنع وجب تسليمه اليه بحكم الاصل

(مسألة) (والبلوغ يحصل بالاحتلام وبلوغ خمس عشرة سنة ونبات الشعر الحشن حول القبل ،

وتزويد الجارية بالحيض والحمل)

ثبت البلوغ في حق الجارية والغلام بأحد الاشياء الثلاثة المذكورة وهي : خروج المنى من القبل وهو الماء الدافق الذي يخفق منه الولد كيفاً خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك يحصل به البلوغ لا نسلم فيه خلافاً لقول الله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) وقوله (والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » رواه أبو داود ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن الفرائض والاحكام يجب على المحتم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها (الثاني) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في حق الغلام والجارية وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال داود لاجد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « رفع القلم عن

(المغني والشرح الكبير) بيان الأشياء التي يحصل بها البلوغ في حق الغلام وفي حق الجارية ٥١٣

وقال أبو حنيفة يصح بيعه واقاراره وانما لا يسلم اليه ماله لان البالغ عنده لا يحجر عليه وأما منع تسليم ماله اليه للآية ، وقال أصحابنا في اقراره يلزمه بعد فك الحجر عنه اذا كان بالغاً . ولنا أنه لا يدفع اليه ماله لعدم رشده فلا يصح تصرفه واقاراره كالصبي والمجنون ، ولانه اذا نفذ تصرفه واقاراره تلف ماله ولم يفد منعه من ماله شيئاً ولان تصرفه لو كان نافذاً سلم اليه ماله كالرشيد فانه انما يمنع ماله حفظاً له فاذا لم يتحفظ بالمنع وجب تسليمه اليه بحكم الاصل

(الفصل الثالث في البلوغ) ويحصل في حق الغلام والجارية باحد ثلاثة اشياء وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها . أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والاثني فاولها خروج النبي من قبله وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الواد فكيفما خرج في بقضة أو منام بمجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ لا نعلم في ذلك اختلافا لقول الله تعالى (واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) وقوله — والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » وقوله عليه السلام لمعاد « خذ من كل حالم ديناراً » رواها أبو داود . قال ابن المنذر وأجمعوا على ان الفرائض والاحكام تجب على المحتلم العاقل وعلى المرأة بظهور الحيض منها . وأما الابنات فهو ان يثبت الشعر الحشن حول ذكر الرجل أو فرج المرأة الذي استحق أخذه بالموسى . وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت في حق الصغير ، وبهذا قال مالك والشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لانه نبات

ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » واثبات البلوغ لغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك ، وقال أصحابه سبع عشرة أو ثمان عشرة ، وعن أبي حنيفة في الغلام روايتان (احدهما) سبع عشرة (والثاني) ثمان عشرة والجارية سبع عشرة بكل حال لان الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف فيما دون هذا ولا اتفاق . ولنا أن ابن عمر قال عرضت على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني متفق عليه ، وفي لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب الى عماله أن لا تفرضوا الا لمن بلغ خمس عشرة رواه الشافعي في مسنده والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولان السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الجارية والغلام فاستويا فيه كالانزال وما احتج به مالك وداود لا يمتنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام اذا ثبت بالدليل ولهذا كان اثبات الشعر علما عليه (الثالث) نبات الشعر الحشن حول ذكر الرجل وفرج المرأة ، فأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت في حق الصغير وبهذا قال مالك والشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لانه نبات شعر أشبه سائر شعر البدن

وانما أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن يقتل مقاتلتهم ويسبي ذراريهم فأمر بأن يكشف عن مؤثرهم فمن أثبت فهو من المقاتلة ومن لم يثبت الحقوه بالذرية . قال عطية القرظي عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي هل أثبت بعد ؟

شعر فأشبه نبات شعرات البدن . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بان تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم وأمر أن يكشف عن مؤنزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت ألقوه بالذرية وقال عطية القرظي عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن ينظر إلي هل أنبت بعد ؟ فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية متفق على معناه . وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسمي، وروى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شبب بامرأة في شعره فرفع الى عمر فلم يجده أنبت فقال لو أنبت الشعر لحددتك، ولانه خارج يلازمه البلوغ غالبا ويستوي فيه الذكر والانثى فكان علما على البلوغ كالاختلام ولان الخارج ضربان متصل ومنفصل فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل وما كان بلوغا في حق المشركين كان بلوغا في حق المسلمين كالاختلام والسنن وأما السن فان البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال داود لاحد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « ربح القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتمل » وانبات البلوغ بغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك ، وقال أصحابه سبع عشرة أو ثمان عشرة ، وروى عن أبي حنيفة في الغلام روايتان (إحداها) سبع عشرة (والثانية) ثمان عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال لان الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف في هذا ولا اتفاق ولنا ان ابن عمر قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يحزني في اتفاق وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني . متفق عليه . وفي لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني

فظنوا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية . متفق على معناه ، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية الا ممن جرت عليه المواسمي ، وروى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شبب بامرأة في شعره فرفع الى عمر فلم يجده أنبت فقال . لو أنبت لحددتك ، ولانه خارج يلازمه البلوغ غالبا يستوي فيه الذكر والانثى فكان علما على البلوغ كالاختلام ، ولان الخارج ضربان متصل ومنفصل ، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل وما كان بلوغا في حق المشرك كان بلوغا في حق المسلم كالاختلام والسنن

(فصل) والحيض علم على البلوغ في حق الجارية لا نعلم فيه خلافا ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وكذلك الحمل يحصل به البلوغ لان الله تعالى أجرى العادة أن الولد انما يخلق من ماء الرجل وماء المرأة ، قال الله تعالى (فلينظر الانسان مم خلق ، خلق من ماء افاق يخرج من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الاحاديث ، فعلى هذا يحكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه

(فصل) إذا وجد خروج المنى من الخلق المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا، وان خرج من فرجه أو حاض كان علما على بلوغه وكونه امرأة ، وقال القاضي: ليس واحد منهما علما على البلوغ فان اجتماعهما فقد بلغ وهو مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج ذلك منه خلقا زائدة . ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على ذكوريته أو أنوثيته فخروج المنى والحيض أولى

فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب الى عماله أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة رواء الشافعي في مسنده ورواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وروي عن أنس ان النبي ﷺ قال « اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه وأخذت منه الحدود » ولان السن معنى محصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه كالانزال وما ذكره أصحاب أبي حنيفة فقها رويناه جواب عنه وما احتج به داود لا يمنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام اذا ثبت بالدليل ولهذا كان اثبات الشعر علما عليه ، وأما الحيض فهو علم على البلوغ لا نعلم فيه خلافا ، وقد قال النبي ﷺ « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخيار » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وأما الحمل فهو علم على البلوغ لان الله تعالى أجرى العادة ان الولد لا يخاق الا من ماء الرجل وماء المرأة . قال الله ته . الى (فلينظر الانسان مم خلق * خالق من ماء دافق * يخرج (١) من بين الصاب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الأحاديث فتى حمت حكى ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه

(١) المشهور أن الضمير

في يخرج الماء الدافق

وأن المراد صلب

الرجل وترائب البراءة

وفيه إشكال للأطباء

واجيب عنه بأجوبة

منها قول شيخنا إنها

كناية عن اجتماع

الرجل والمرأة

الاجتماع الخاص الذي

يكون سبباً لخروجه

من بينها ووقوعه

في الرحم . ولو قيل إن

الضمير للانسان وما

بين الصلب والترائب

بظن الام نزال

الاشكال من أصله

(فصل) واذا وجد خروج المنى من ذكر الخلق المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلاً وان خرج من فرجه او حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة ، وقال القاضي ليس واحد منهما علماً على البلوغ فان اجتماعهما فقد بان ، وهذا مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج منه ذلك خلقاً زائداً ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجلاً أو امرأة فخرج المنى والحيض أولى واذا ثبت كونه رجلاً خرج المنى من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ

وإذا ثبت كونه رجلاً خرج المنى من ذكره ، أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ ، ولان خروج مني الرجل من المرأة أو الحيض من الرجل مستحيل فكان دليلاً على التعيين ، واذا ثبت التعيين لزم كونه دليلاً على البلوغ كما لو تبين قل خروجه ، ولانهم سلموا أن خروجهما معاً دليل عليه فخرج أحدهما منفرداً أولى لان خروجهما معاً يقتضي تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض وصحيح ومني رجل فلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محلها ، وليس أحدهما أولى بذلك من الآخر فتبطل دلالتهما كالتبين إذا تعارضا وكالبول إذا خرج من الفرجين جميعاً بخلاف ما اذا وجد أحدهما منفرداً فان الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه ، فاذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضى بثبوت دلالته كالحكم بكونه رجلاً بخروج البول من ذكره وبكونه أنثى بخروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المنى من ذكره وللجارية بخروج الحيض من فرجها ، فعلى هذا اذا خرجا جميعاً لم يثبت كونه رجلاً ولا امرأة ، وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لانه ان كان رجلاً فقد خرج المنى من ذكره ، وان كان أنثى فقد حاضت (والثاني) لا يثبت لان هذا يجوز أن لا يكون حياً ولا منبأ فلا يكون فيه دلالة وقد دل على ذلك تعارضهما فانفتحت دلالتهما على البلوغ كاتفاه دلالتهما على الذكورة والانوثة

﴿ مسألة ﴾ (والرشد الصلاح في المال)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة ، وقال الحسن والشافعي وابن المنذر . الرشد الصلاح في الدين والمال لانب الفاسق غير رشيد ، ولان انفساد دينه يمنع الثقة به في حفظ

ولان خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التمين فاذا ثبت التمين لزم كونه دليلا على البلوغ كما لو تعين قبل خروجه ولانه مني خارج من ذكر أو حيض خارج من فرج فكان علما على البلوغ كالمني الخارج من الغلام والحيض الخارج من الجارية ولانهم سلموا أن خروجها معا دليل على البلوغ فخرج أحدهما منفرداً أولى لان خروجها معا يقتضي تعارضها واستطاط دالاتها اذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فيلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محالها وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فتبطل دالاتها كاليتين إذا تعارضا وكالقول. إذا خرج من الخرجين جميعا بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً فان الله تعالى أجرى المادة بان الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه فاذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضى بنبوت دلالاته كالحكم بكونه رجلا بمجرد خروج البول من ذكره وبكونه امرأة بمجرد خروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بمجرد المنى من ذكره وللجارية بمخرج الحيض من فرجها فعلى هذا ان خرجا معا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة لان الدليلين تعارضا فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت، وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لانه ان كان رجلا فقد خرج المنى من ذكره وان كان امرأة فقد حاضت (والثاني) لا يثبت لانه يجوز أن لا يكون هذا حيضا ولا منيا فلا يكون فيه دلالة وقد دل تعارضها على ذلك فانتفت دالاتهما على البلوغ كالتقاء دالاتهما على الذكورية والانوثية والله أعلم.

ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وان لم يعرف منه كذب ولا نذير. ولنا قول الله تعالى (فان آتسّم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن عباس: يعني صلاحا في أموالهم، وقال مجاهد اذا كان عاقلا، ولان هذا اثبات في نكرة ومن كان مصلحا لماله فقد وجد منه رشد، ولان العدالة لا تستبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا، ولان هذا مصلح لماله فأشبه العدل بحققه أن الحجر عليه انما كان لحفظ ماله عليه والمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه فوله ان الفاسق غير رشيد قلنا هو غير رشيد في دينه، أما في ماله وحفظه فهو رشيد ثم هو منتقض بالكافر فانه غير رشيد في دينه ولا يحجر عليه لذلك، ولا يلزم من منع قبول القول منه دفع ماله اليه، فان من عرف بكثرة الغلط والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجله في جحر الناس لا تقبل شهادتهم وتدفع أموالهم اليهم

(مسئلة) (ولا يدفع ماله اليه حتى يختبر)

لانه انما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا النيامي) أي اختبروهم واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله اليه، فان كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء، فاذا تكرر منه فلم يغبين ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد، وان كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصاب أمثالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فان صرفها في مصارفها ومواقفها واستوفى على وكيله فيها وكله واستقصى عليه دل على رشده، والمرأة يفوض اليها ما يفوض إلى ربة البيت من استئجار الفزالات وتوكيلها في شراء الكتان وأشباه ذلك، فان وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة

(مسئلة) قال (وكذلك الجارية وان لم تنكح)

يعني أن الجارية اذا بلغت وأونس رشدها بعد بلوغها دفع اليها مالها وزال الحجر عنها وان لم تزوج ، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ونقل أبو طالب عن أحمد لا يدفع الى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تزوج وتلد أو يمضي عليها سنة في بيت الزوج ، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي واسحاق لما روي عن شريح أنه قال عهد إلي عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد ولدا رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار اجما ، وقال مالك لا يدفع اليها مالها حتى تزوج ويدخل عليها زوجها لان كل حالة جاز للاب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قوله تعالى (وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) ولانها يتيم بالغ واونس منه الرشد في دفع اليه ماله كالرجل ولانها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كالتالي دخل بها الزوج وحديث عمر ان صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة ولا يترك به الكتاب والقياس ، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها اليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وانما اعتمد على اجبار الاب لها على النكاح ، ولنا ان نمنع ذلك وان سلمناه

(مسئلة) (وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه)

كالغناء والقمار وشراء المحرمات ، وشراء آلات اللهو والخمر وان يتوصل به الى الفساد فهذا غير رشيد لانه تبذير لماله وتضييعه فيما لا فائدة فيه ، فان كان فسقه بالكذب والتهاون بالصلاة مع حفظه لمالها لم يمنع ذلك من دفع ماله اليه لما ذكرنا

(مسئلة) (وعنه لا يدفع الى الجارية مالها بعد رشدها حتى تزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة) المشهور في المذهب ان الجارية اذا بلغت ورشدت دفع اليها مالها كالغلام وزال الحجر عنها وان لم تزوج وهذا قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، ونقل أبو طالب عن أحمد أن الجارية لا يدفع اليها مالها حتى تزوج وتلد أو تقيم سنة في بيت الزوج ، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي واسحاق لما روي عن شريح أنه قال . عهد إلي عمر بن الخطاب أن لا أجز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد . رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار اجما ، وقال مالك لا يدفع اليها مالها حتى تزوج ويدخل عليها زوجها لأن كل حالة جاز للاب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قول الله تعالى (وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) ولانها يتيم بالغ وأنس منه الرشد في دفع اليه ماله كالرجل ، ولانها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كالتالي دخل بها الزوج ، وحديث عمر ان صح فلم نعلم انتشاره في الصحابة فلا يترك به الكتاب والقياس ، وعلى أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها اليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وانما اعتمد على اجبار الاب لها على النكاح ولنا ان نمنعه وان سلمناه فانما أجبرها على النكاح لان اختبارها للنكاح ومصالحة لاجل الاب مباشرة

٥١٨ حديث من عطيّة المرأة إلا بادن زوجها . ولاية الصبي والمجنون (المنفي والشرح الكبير)

فإنما أجبرها على النكاح لان اختبارها للنكاح ومصلحه لا يعلم الا بمباشرته والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تزوج أصلاً احتدل أن يدوم الحجر عليها عملاً بمعوم حديث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها اليها فلم يجوز دفعه اليها كما لو ترشد ، وقال القاضي عندي أنه يدفع اليها مالها اذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

(فصل) وظاهر كلام الحرقى أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة وهذا إحدى الروايتين عن أحد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى ليس لها أن تصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا بادن زوجها ، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ليس لها غيرها فحنت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها قال له أن يرد نيلها وليس لها عتق لما روي ان امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها هل استأذنت كعباً ؟ » فقالت نعم فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى كعب فقال « هل أذنت لها أن تصدق بحليها ؟ » قال نعم فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابن ماجه ، وروي أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها الا بادن زوجها إذ هو مالك عصمتها » رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز لامرأة

والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تزوج أصلاً احتدل أن يدوم الحجر عليها عملاً بمعوم حديث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها اليها فلم يجوز دفعه اليها كما لو لم ترشد وقال القاضي عندي أنه يدفع اليها مالها اذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

(مسئلة) (وقت الاختبار قبل البلوغ في إحدى الروايتين)

وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الله تعالى قال (وابتلوا ايتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منها رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية ان ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين (أحدهما) أنه مما يتامى وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ (الثاني) أنه مداخلتهم الى البلوغ بلفظة حتى فيدل على أن الاختبار قبله ، ولان تأخير الاختبار الى البلوغ يؤد الى الحجر على البائت الرشيد لان الحجر يمتد الى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى ، لكن لا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصاحبة من المفسدة ، وإذا أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما نذكره ، وعنه ان اختباره بعد البلوغ أو ما إليه أحمد لان تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ولا أصحاب الشافعي نحو هذا الوجه

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون الا للأب) لانها ولاية على الصغير فقدم فيها الاب كولاية النكاح ثم وصيته بعده لانه نائبه أشبه وكيله في الحياة ثم للحاكم لان الولاية انقطعت من جهة القرابة فثبت للحاكم كولاية النكاح ومذهب أبي حنيفة والشافعي ان الجد يقوم مقام الاب في الولاية لانه أب

وانا أن الجد لا يدي بنفسه وإنما يدي بالاب الأدنى فلم يلب مال الصغير كالاخ ولان الاب يسقط الاخوة بخلاف الجد وترث الام معه ثلث الباقي في زوج وأم وأب وزوجة وأم أب بخلاف الجد فلا

(الفنى والشرح الكبير) حديث منع عطية المرأة الا باذن زوجها. ولاية الصبي والمجنون ٥١٩

عطية الا باذن زوجها » ولان حق الزوج متعلق بما لها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لما لها وجمالها ودينها » والمادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتوسط فيه ويتنكح به فاذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض .

ولنا قوله تعالى (فان آتسم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم واطلاقهم في التصرف وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يامعشر النساء تصدقن ولو من جليكن » وأنهن تصدقن قبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسأته عن الصدقة هل يجزيهن أن تصدقن على أزواجهن وأيتامهن ؟ فقال « نعم » ولم يذكر لمن هذا الشرط ولان من وجب دفع ماله اليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ولان المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعة كما حتها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو فهو مرسل وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك محكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل وقياسهم على المريض غير صحيح لوجوه (أحدها) أن المرض سبب يفضي الى وصول المال اليهم باليراث والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردهما كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها والاسائر

يصح قياسه عليه فأما من سواهم فلا يثبت لهم ولاية لان المال محل الجناية ومن سواهم قاصر السفقة غير مأمون على المال فلم يثبت له ولاية على المال العدالة بغير خلاف لان في تفويضها الى الفاسق تضييعاً للمال فلم يجز كتفويضها الى السفيه ، وكذلك الحكم في السفيه اذا حجر عليه صغيراً واستدام الحجر عليه بعد البلوغ

(مسئلة) (وليس لوليها التصرف في مالها إلا على وجه الحفظ لها وما لاحظ فيه ليس له التصرف به كالتق والهبه والتبرعات والمحاباة)

لقول الله سبحانه وتعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » رواه الامام أحمد وهذا فيه اضرار فان فعل شيئاً من ذلك أوزاد على النفقة عليها أو على من تلزمها مؤتمه بالمعروف ضمن لانه مفرط فضمن كتصرفه في مال غيرهما
* مسئلة * (ولا يجوز أن يشتري من مالها شيئاً لنفسه ولا يبيعها الا الأب لانه غير متهم عليه لسكال شفقتة)

وبه قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي والشافعي وزادوا الجِد وقال زفر لا يجوز لان حقوق القعد تتعلق بالعاقد ولا يجوز ان يتعلق به حكمان متضادان، ولنا أن هذا يلي نفسه فجاز أن يتولى طرفي القعد كالسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق القعد بالعاقد ، فأما الجِد فلا ولاية له على ما ذكرناه فهو كالأجنبي ولان التهمة بين الاب وولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل اليه وتركه حفظ نفسه لحظه ، وبهذا فارق الوصي والحاكم واميته، فأما الحاكم والوصي فلا يجوز لها ذلك لانهم امتهان

في طلب الحفظ لا تقسمها فلم يجز ذلك لها بخلاف الاب

(مسئلة) (ولوليها مكاتبه رقيقها وعتقه على مال)

الوراث بدون المرض (الثاني) ان تبرع المريض موقوف فان بريء من مرضه صح تبرعه وهبنا أبطؤه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله (الثالث) أن ما ذكره منتقض بالمرأة فانها تنفع بمال زوجها وتبسط فيه عادة ولها النفقة منه واتفاعها بماله أكثر من اتفاعه بما لها وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى ليس بوجود في الاصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الاصل والفرع جميعاً

(فصل) وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير اذنه؟ على روايتين (إحداها) الجواز لان عائشة قالت . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله مما كسب ولها مما أفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء » ولم يذكر لإذنا وعن أسماء أنها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير فهل علي جناح ان أروض ما يدخل علي فقال « ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعي عليك » متفق عليهما وروي أن امرأة أمت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنا ناكل على أزواجنا وأبائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال « الرطب تأكلينه وتهديته » ولان العادة السماح بذلك وطيب النفس فجرى مجرى صريح الاذن كما أن تقديم الطعام بين يدي الاكلة قام مقام صريح الاذن في أكله (والرواية الثانية) لا يجوز لما روى أبو امامة الباهلي قال سمعت رسول الله

إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته ألفاً فكاتبه بألفين أو يمتقه بهما فان لم يكن فيها حظ لم يصح ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز اعتاقه لان الاعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار ، وقال الشافعي لا يجوز كتابته ولا اعتاقه لان المقصود منها العتق دون المعاوضة فلم يجوز كالاعتاق بغير عوض

ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فلها وليه كيمه ولا عبرة بنفع العبد ولا يضره كونه تعليقاً فانه إذا حصل لليتيم حظ لم يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ما قاسوا عليه فانه لا نفع فيه لعدم الحظ وانتفاء المقنضي لا لما ذكره ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً وان كان العتق على مال بقدر قيمته أو أقل لم يجوز لعدم الحظ فيه ، وقال أبو بكر يتوجه جواز العتق بغير عوض للحظ فيه مثل ان تكون له جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعتين ولو أفردت إحداها ساوت مائتين ولا يمكن أفرادها بالبيع فيعتق الاخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتها

(مسئلة) (وله تزويج إمامها) إذا وجب تزويجهم بأن يطلبن ذلك أو يرى المصلحة فيه لانه ولي عليهن وقام مقام مالكن فكان له تزويجهم كمالك .

﴿ مسئلة ﴾ (وله السفر بمالها للتجارة فيه والمضاربة بمال اليتيم والمجنون وله أن يدفعه مضاربة بجزءه من الربح)

أبا كان أو وصياً أو حاكماً أو امين حاكم وهو أولى من تركه ، ومن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو نور ويروى إباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم احداً كرهه الا الحسن ولعله اراد اجتناب المخاطرة به ورأى خزانه احفظه وهو قول الجمهور لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ولي يتيماً له مال

صلى الله عليه وسلم يقول « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا باذن زوجها » قيل يا رسول الله ولا الطعام؟ قال « ذلك أفضل أموالنا » رواه سعيد في سننه وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه » وقال « إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمه يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه فلم يجوز كغير الزوجة ، والاول أصح لان الاحاديث فيها خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام وبينه ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لانها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتوسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والاذن العرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي فصار كانه قال لها افعلي هذا ، فان منعها ذلك وقال لا تصدقي بشيء ولا تبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجوز لها ذلك لان المنع الصريح نفى للاذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته أو أخته أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه، ولو كانت امراته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتى يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه ولا من التصرف في شيء من ماله لم يجوز لها الصدقة بشيء من ماله لعدم المعنى فيها والله أعلم

فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي موقوفاً على عمر وهو أصح من المرفوع ولان ذلك أحفظ للولي عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البائعون في أموالهم الا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة ولا يدفعه الا الى الامناء ولا يغرر به ، وقد روي عن عائشة أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل انه كان في موضع مأمون قريب من الساحل، ويحتمل أنها جمعت ضماناً عليها ان هلك

(مسئلة) (والربح كله لليتيم)

يعني إذا تجر بنفسه وأجاز الحسب بن صالح واسحاق أن يأخذ الوصي مضاربة لنفسه لانه جازله ان يدفعه بذلك فجاز ان يأخذه بذلك له ، ويتخرج لنا مثل ذلك كما قلنا في الشرك إذا فعل بنفسه ما يجوز له الاجارة عليه فانه يستحق الاجرة في أحد الوجهين كذلك هذا وبه قال أبو حنيفة ، والصحيح ما قلناه لأن الربح مائة مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة لنفسه

(مسئلة) (فأما ان دفعه الى غيره فله مضارب ما جعل له الولي)

ووافقه عليه في قولهم جميعاً لان الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته فأشبه تصرف المالك في ماله .

(فصل) وله ابضاع ماله وهو دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم لانه اذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى

(مسئلة) (ويجوز له بيعه نساء اذا كان له الحظ في ذلك)

فانه قد يكون اكثر تمناً وانفع لكن يحاط على الثمن بأن يأخذ به رهناً أو كفيلاً موثقاً يتحفظ الثمن به

(مسئلة) (وله قرضه برهن)

﴿مسئلة﴾ قال (والرشد الصلاح في المال)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وقال الحسن والشافعي وابن المنذر الرشد صلاحه في دينه وماله لان الفاسق غير رشيد ولان افساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وان لم يعرف منه كذب ولا تبذير ولنا قول الله تعالى (فان آمنتم منهم رسدا فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن عباس يعني صلاحا في أموالهم وقال مجاهد اذا كان عاقلا وعلان هذا اثبات في نكرة ومن كان مصححاً لماله فقد وجد منه رشد ولان العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا ولان هذا مصلح لماله فأشبه العدل يحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فال مؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه وقولهم ان الفاسق غير رشيد قلنا : هو غير رشيد في دينه اما في ماله وحفظه فهو رشيد ثم هو منتقض بالكافر فانه غير رشيد ولم يحجر عليه من أجله ولو كانت العدالة شرطاً في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله اليه فان من يعرف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجله في مجامع الناس وأشباههم لا تقبل شهادتهم وتدفع اليهم

اذا لم يكن في قرض مال اليتيم حظ له لم يجز ، وان كان في قرضه حظ لليتيم جاز . قال أحمد لا تقرض مال اليتيم لأحد تريد مكافاته ومودته . ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمرو قيل لاحمد ابن عمر اقترض مال اليتيم قال : انما استقرض نظراً لليتيم واحتياطاً إن أصابه شيء غرمه . قال القاضي ومعنى الحظ أن يكون للصبي مال في بلد فيريد نقله الى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الفرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو غيرها أو يكون مما يتلف بتطاول مدته ، أو حديثه خیر من قديمه كالحنطة ونحوها فيقرضه خوفاً من السوس أو تنقص قيمته ، وأشياء هذا فيجوز القرض لان لليتيم فيه حظاً فجاز كالتجارة به ، وان لم يكن فيه حظ لم يجز لانه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته ، وان اراد الولي السفر لم يكن له المسافرة به ، فان اراد أن يودع مال اليتيم فقرضه ثقة أولى من ذلك لان الوديعة لا تضمن فان لم يجد ثقة يستقرضه فله ايداعه لانه موضع حاجة ، وان أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه لانه ربما رأى الابداع أولى من القرض فلا يكون مفراطاً وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز إلا للمليء أمين ليأمن جحوده وتعذر الايفاء وينبغي ان يأخذ رهنا ان امكنه فان تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد لان الظاهر أن من يستقرض لحظ اليتيم لا يبذل رهناً فاشترط الرهن يفوت هذا الحظ ، وظاهر كلام شيخنا في هذا الكتاب المشروح أنه لا يجوز وكذلك ذكره أبو الخطاب لان فيه احتياطاً للمال ، فان تركه احتمال ان يضمن ان ضاع المال لتفريطه واحتمل أن لا يضمن لان الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام احمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر هل يجوز للوصي ان يستيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين بناء على الوكيل ، وقال القاضي يجوز ذلك للوصي ، وفي الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه .

أموالهم . إذا ثبت هذا فإن الفاسق ان كان ينفق ماله في المعاصي كسراء الحُر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة ، وإن كان فسقه لتسير ذلك كالكذب ومنع الزكاة وإضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ماله إليه لان المقصود بالحجر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجر فلا حاجة اليه ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله اليه لم ينزع منه (فصل) وإنما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا النيام حتى إذا بلغوا النكاح) يعني اختبروهم كقوله تعالى (ليلوكم أيكم أحسن عملاً) أي يخبركم ، واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله فان كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء فاذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد ، وان كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يسان أمثالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فان كان قياً بذلك يصرفها في مواقتها ويستوفي على وكيله ويستقصى عليه فهو رشيد . والمرأة يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيها في شراء الكتان وأشياء ذلك ، فان وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة ووقت الاختبار قبل البلوغ في إحدى الروايتين وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان الله تعالى قال (وابتلوا النيام حتى إذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية ان ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين (أحدهما) انه ساهم ينامي : وإنما يكونون ينامي قبل البلوغ

(مسألة) (وله شراء العقار لها وبنائها بما جرت عادة اهل بلده به)

إذا رأى المصلحة في ذلك كله لانه مصلحة له فانه يحصل له الفضل ويبقى الاصل والنور فيه أقل من التجارة لان اصله محفوظ

(فصل) ويجوز ان يبنى لها عقاراً لانه في معنى الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه واذا أراد بناءه بما يرى الحظ فيه مما جرت عادة اهل البلد به وقال اصحابنا يبنيه بالآجر والطين لا يبنى باللبن لانه اذا هدم لا مرجوع له ولا ينجس لانه يلتصق بالآجر فلا يخلص منه فاذا تهدم فسد الآجر لان تخايصه منه يفضي الى كسره وهذا مذهب الشافعي والذي قلناه اولى ان شاء الله فانه اذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع حظه وماله ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر التاجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون في حياته ولا يحتاج اليه مع ان كثير أمن البلدان لا يوجد فيها الآجر وكثير منها لم تجر عاداتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا الى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل ، فعلى هذا يحمل قول اصحابنا على من عادتهم البناء بالآجر كالعراق ونحوها ولا يصح حمله في حق غيرهم وإنما يفعل ما ذكرنا من الشراء والبناء إذا رأى المصلحة فيه والحظ لها

(مسألة) (وله شراء الاضحية لليتيم الموسر)

نص عليه اذا كان له مال كثير لا يتضرر بشرائها فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو يوم عيد وفرج وفيه جبر قلبه وإلحاقه بمن له أب فيزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استجباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «أما أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل» رواه مسلم وهذا قول أبي حنيفة ومالك قال مالك اذا كان له ثلاثون ديناراً يضحى عنه بالشاة بنصف دينار . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يجوز وهو مذهب الشافعي

(والثاني) انه مد اختبارهم الى البلوغ بلفظة حتى فدل على ان الاختبار قبله ، ولان تأخير الاختبار الى البلوغ مؤد الى الحجر على البالغ الرشيد لان الحجر يمتد الى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى ، لكن لا يختبر الا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة ، ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما ذكرنا فيما مضى . وقد أوماً أحمد في موضع الى ان اختبارهم بعد البلوغ لان تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو ما ذكرنا فيما مضى من الروايتين

(مسألة) قال (فان عاود السفه حجر عليه)

وجملته ان المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع اليه ماله ثم عاد الى السفه اعيد عليه الحجر وهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي لانه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد . ولنا اجماع الصحابة وروى عروة بن الزبير ان عبد الله بن جعفر ابتاع يما فقال علي رضي الله عنه لا تبين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت يما وان عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير أنا شريكك في البيع ، فأتى علي عثمان فقال ان ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكك في

لانه اخراج شيء من ماله بغير عوض فلم يجز كالمهنية . قال شيخنا : ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الروايتين على حالين فالموضع الذي منع التضحية اذا كان الطفل لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ولا ينكسر قلبه بتركها لعدم الفائدة فيها والموضع الذي أجازها اذا كان اليتيم يعقلها وينجبر قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة فيها ، وعلى كل حال من ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشيء منها وبوفرها لنفسه لانه لا تحمل الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا

(فصل) ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الجبر وأمكن في حصول الادم فهو أولى ، وان كان الافراد أرفق به أفرده لقول الله تعالى (ويستلونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم) أي ضيق عليكم وشدد ، من قولهم أعنت فلان فلانا اذا ضيق عليه وشدد

(مسئلة) (ويجوز تركه في المكتب وأداء الاجرة عنه بغير اذن الحاكم)

وحكي لأحمد قول سفيان : لا يسلم الوصي الصبي الا باذن الحاكم فأنكر ذلك ، وذلك لان المكتب من مصالحه فجزى مجرى فقته لما كوله وملبوسه ، وكذلك يجوز أن يسلمه في صناعة اذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه

(مسئلة) (ولا يبيم عقارهم الا لضرورة أو غبطة وهو أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعداً)

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لانا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ في بيعه اذا تقويت للحظ فان احتيج الى بيعه جاز قال أحمد يجوز للوصي بيع الدور على الصغار اذا كان أحظ لهم وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق قالوا يبيع اذا رأى الصلاح ، قال القاضي لا يجوز بيعه

البيع فقال عثمان كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟ قال أحمد لم أسمع هذا الا من أبي يوسف القاضي، وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعاً ولان هذا سفه فيحجر عليه كما لو بلغ سفها فان العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفها سفه وهو موجود، ولان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه فاذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون، وفارق الرشيد فان رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله اليه

(فصل) ولا يحجر عليه الا الحاكم، وبهذا قال الشافعي وقال محمد بصير محجوراً عليه بمجرد تذييره لان ذلك سبب الحجر فأشبهه الجنون: ولنا أن التذير مختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد فاذا افتقر السبب الى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم الحاكم كابتداء مدة العنة ولأنه حجر مختلف فيه فلم يثبت الا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فانه لا يفتقر الى الاجتهاد ولا خلاف فيه، ومتى حجر عليه ثم عاد فرشد فك الحجر عنه. ولا يزول الا بحكم الحاكم، وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب: يزول السفه لانه سبب الحجر فيزول بزواله كما في حق الصبي والمجنون

ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول الا به كحجر المفلس ولان الرشيد يحتاج الى تأويل واجتهاد في معرفته وزوال تذييره فكان كابتداء الحجر عليه، وفارق الصبي والمجنون فان الحجر عليهما بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه، ولان لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليه. قال أحمد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني اذا كبر واحتل عقله حجر عليه بمنزلة

الا في موضعين (أحدهما) أن يكون فيه ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه وليس له ما تدفع به حاجته (الثاني) أن يكون في بيعه غبطة وهو أن يبذل فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله، قال أبو الخطاب كالثالث فاذا زاد أو يخاف عليه الهلاك بفرق أو خراب أو نحوه وهذا الذي ذكره شيخنا في المنع وهو قول في مذهب الشافعي وكلام أحمد يقتضي اباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم ولا يخص بما ذكره فان الولي قد يرى الحظ في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه وبشترى له في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئاً في شرأه غبطة لا يمكنه شرأه الا ببيع عقاره وقد تكون داره بمكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره فيبيعه ويشترى له بشئها داراً يصلح له المقام بها وأشبه هذا بما لا ينحصر وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وان دفع مثلاً ثمنه إما لحاجته اليه واما لانه لا يمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي ﷺ « من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه » فلا يجوز بيعه إذا فلا معنى لتقييده بما ذكره في الجواز ولا في المنع بل متى كان الحظ في بيعه جاز وما لا فلا، وهذا اختيار شيخنا وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

(مسئلة) وان وصي لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لاعسار الموصى له أو غير ذلك وجب على الولي قبول الوصية لانه مصلحة ليس فيها ضرر، وان كانت تلزمه نفقته لم يجز له قبولها لما فيه من الضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه

(فصل) قال رحمه الله (ومن فك عنه الحجر فعاوده السفه أعيد الحجر عليه) وجملة ذلك أن المحجور عليه اذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع ماله اليه ثم عاد الى السفه أعيد عليه الحجر وبه

المجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبهه الصبي والسفيه

﴿مسئلة﴾ قال (فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله)

وجلته ان الحاكم اذا حجر على السفه استحب ان يشهد عليه ل يظهر أمره فتجنب معاملته ، وان رأى أن يأمر مناديا ينادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الاشهاد عليه لانه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به فاذا حجر عليه فباع واشترى كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقياً ، وإن أتلفه السفه أو تلف في يده فهو من ضمان المشتري ولا شيء على السفه ، وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها كالذي يأخذه بقرض أو شراء أو غير ذلك رده الحاكم ان كان باقياً ، وان كان تالفاً فهو من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم لانه ان علم فقد فرط بدفع ماله الى من حجر عليه ، وان لم يعلم فهو مفرط اذ كان في مظنة الشهرة هذا اذا كان صاحبه قد سلطه عليه فاما ان حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضي أنه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تلف بتفريطه لانه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبهه ما لو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل أنه لا يضمن لانه عرضها لاتفاه وسلطه عليها فأشبهه المبيع ، وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه أو أتلفه كالنصب والحناية فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك ، ولان الصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ومذهب الشافعي في هذا كله كذلك (فصل) والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه أو غصابه فتلف في أيديهما وانقضاء الضمان عنها فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما وان أتلفاه ففي ضمانه وجهان

(فصل) ولا ينظر في مال الصبي والمجنون ما دام في الحجر الا الاب أو وصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما ، وأما السفه فان كان محجوراً عليه صغيراً واستديم الحجر عليه لسفهه فالولي فيه من

قال القاسم بن محمد ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يتبدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ ، روي ذلك عن ابن سيرين والنخعي لانه مكلف فلم يحجر عليه كالرشيد . ولنا ما روى عروة بن الزبير ان عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً فقال علي لا تبين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعاً وان علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير أنا شريكك في البيع، فأنى علي عثمان فقال ان ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكك في البيع فقال عثمان كيف أحجر علي من شريكك الزبير ؟ قال أحمد لم أسمع هذا الا من أبي يوسف القاضي وهذه قضية يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعاً ولانه سفه فحجر عليه كما لو بلغ سفهها فان العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفهها فهو موجود ولان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه فاذا حدث وجب انزاع المال كالمجنون وفارق الرشيد فان رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله اليه ، إذا ثبت ذلك فلا يحجر عليه الا الحاكم وبهذا قال الشافعي وقال محمد بصير محجوراً عليه بمجرد تذييره لان ذلك سبب الحجر

(المنفي والشرح الكبير) أقرار المحجور عليه بما يوجب الحد أو القصاص أو بطلاق زوجته ٥٢٧

ذكرناه ، وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه لم ينظر في ماله إلا الحاكم لأن الحجر يفتقر إلى حكم حاكم وزواله يفتقر إلى ذلك فكذلك النظر في ماله

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك)

وجملته أن المحجور عليه نفلس أو سفه إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والمرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها فإن ذلك مقبول ويلزمه حكم ذلك في الحال لا نعلم في هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من محافظ عنه من أهل العلم على أن أقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان أقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وإن الحدود تقام عليه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه غير منهم في حق نفسه والحجر إنما تعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال ، وإن طلق زوجته فقد طلقه في قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبي ليلى لا يقع طلاقه لأن البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه مال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال . ولنا أن الطلاق ليس يتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا ينعم منه كالأقرار بالحد والقصاص ودليل أنه لا يجري مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولا يملك بالميراث ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب

(فصل) إذا أقر بما يوجب القصاص فمما المقر له على مال احتمل أن يجب المال لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة ، واحتمل أن لا يصح لثلاث يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال فإن يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص والمقو عنه على مال ولأنه وجوب مال مستنده إقراره فلم يثبت كالإقرار به ابتداء ، فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص ولا يجب المال في الحال (فصل) وإن خلع صح خلعه لأنه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذي يحصل

فأشبه الجنون ، ولنا أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد فاذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم حاكم كالحجر على الفليس وفارق الجنون فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ولا خلاف فيه

﴿ مسألة ﴾ (ولا ينظر في ماله إلا الحاكم) لأن الحجر عليه يفتقر إلى الحاكم فكذلك النظر في ماله

﴿ مسألة ﴾ (ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكمه)

يعني إذا رشد احتاج فك الحجر إلى حكم الحاكم وبه قال الشافعي وقيل ينفك بمجرد رشده ، قاله أبو الخطاب لأن سبب الحجر زال فيزول بزواله كما في حق الصبي والجنون ، ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول إلا بحكمه كالفليس ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه وفارق الصبي والجنون فإن الحجر عليها بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه ولا تاتوا وقتنا صحة تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليهم ، قال أحمد : والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني إذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة الجنون لأنه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبهه الصبي والجنون

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب اظهار الحجر عليه وإن يشهد عليه الحاكم) ليظهر أمره فيجانب

به المال أولى الا ان العوض لا يدفع اليه ، وان دفع اليه لم يصح قبضه ، وان أتلفه لم يضمنه ولم تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو من ضمانها ان أتلفه أو تلف في يده لانها سلطته على اتلافه

(فصل) وإن أعتق لم يصح عتقه وهذا قول القاسم بن محمد والشافعي ، وحكى أبو الخطاب عن احمد رواية أخرى انه يصح لانه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس ولنا انه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولانه تبرع فأشبهه هبته ووقفه ولانه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عتقه كالصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فان الحجر عليهما لحق غيرهما (فصل) وان تزوج صح النكاح باذن وليه وبغير إذنه وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال ابو الخطاب لا يصح بغير إذن وليه وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء . ولنا انه عقد غير مالي فصح منه كخلمه وطلاقه وان لزم منه المال فخصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد كما لو لزم ذلك من الطلاق

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته لان ذلك محض مصلحته لانه تقرب الى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ، ويصح استيلاده وتمتق الامة المستولدة بموته لانه اذا صح ذلك من المجنون فمن السفه

معاملته وإن رأى أن يأمر مناديا بنادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الاشهاد لانه قد ينتشر أمره لشهرته

﴿ مسألة ﴾ (ويصح تزويجه باذن وليه)

وبغير اذنه وهو قول أبي حنيفة واختاره القاضي ، وقال أبو الخطاب لا يصح بغير إذن وليه وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء ، ووجه الاول أنه عقد غير مالي فصح منه كخلمه وطلاقه وان لزم منه المال فخصوله بطريق الضمن فلم يمنع صحة التصرف (فصل) وان خلع صح خلمه لانه اذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلم الذي يحصل به المال أولى إلا أن العوض لا يدفع اليه وان دفع اليه لم يصح قبضه ، وقال القاضي يصح وسنذكر ذلك في باب الخلع فان قلنا : لا يصح القبض فأتلفه بعد قبضه فلا ضمان عليه ولا تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو من ضمانها ان أتلفه أو تلف في يده لانها سلطته عليه .

﴿ مسألة ﴾ وهل يصح عتقه؟ على روايتين (إحداهما) لا يصح وهو قول القاسم بن محمد والشافعي (والثانية) يصح لانه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس

ولنا أنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولانه تبرع فأشبهه هبته ووقفه ولانه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح كعتق الصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فان الحجر عليهما لحق غيرهما وفي عتقهما خلاف أيضا قد ذكرناه

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته لان ذلك محض مصلحة لأنه تقرب الى الله تعالى بماله بهد غناه عنه ويصح استيلاده وتمتق الامة المستولدة بموته لانه اذا صح ذلك من المجنون فمن السفه أولى وله المطالبة بالقصاص لأنه موضوع للتشفي والانتقام وهو من أهله وله العفو على مال لأنه تحصيل للمال لا تضييع له ، وإن عفا على غير مال وقلنا الواجب القصاص عيناً صح عفوؤه لأنه لم يتضمن تضييع المال ، وإن قلنا أحد شبيئين لم يصح عفوؤه عن المال ووجب المال كما لو سقطت القصاص بعفو أحد الشريكين

أولى، وله المطالبة بالقصاص لانه موضوع للشفعي والانتقام، وهو من أهله وله العفو على مال لانه تحصيل للمال لا تضييع له، وان عفا على غير مال نظرت فان قلنا الواجب القصاص عينا صح عفو لانه لم يتضمن تضييع المال، وإن قلنا احد الشيعين لم يصح عفو عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو احد الشريكين، وان احرم بالحج صح إحرامه لانه مكلف احرم بالحج اشبه غيره، ولان ذلك عبادة فصحت منه كسائر عباداته ثم ان كان احرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه، وان كان تطوعا فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت اليه لانه لا ضرر في إحرامه وان كانت نفقة السفر أكثر فقال أنا أكتسب تمام نفقتي دفعت اليه أيضاً لانه لا يضر بماله، وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا احرم بغير اذن سيده، وان حنت في يمينه أو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء في نهار رمضان كفر بالصيام لذلك، وان

وان احرم بالحج صح لانه مكلف اشبه غيره ولانه عبادة فصحت منه كسائر العبادات فان كان احرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه وان كان تطوعا وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت لانه لا ضرر في إحرامه فان زادت نفقة السفر فقال: انا اكسب تمام نفقتي دفعت اليه أيضاً لانه لا يضر بماله وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما في مضيه فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله، ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا احرم بغير اذن سيده وان لزمه كفارة يمين أو ظهار أو قتل أو وطء في نهار رمضان كفر بالصيام لما ذكرنا وان اعتق أو اطعم لم يجزه لانه ممنوع من ماله أشبه المفلس، وبهذا قال الشافعي، ويشترج أن يجزئه انتق بناء على قولنا بصحة عتقه وان نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لانه غير محجور عليه في بدنه وان نذر الصدقة بمال لم يصح منه وكفر بالصيام فان فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع لزمه العتق إن قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك الحجر عنه أنه يلزمه أداءه وان فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

(مسألة) (وان أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به)

وجملة ذلك ان المحجور عليه لسفه أو فليس إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والقذف والقتل والشرب أو قطع اليد وما أشبههما فانه يصح اقراره ويلزمه حكم ذلك في الحال بغير خلاف علمناه، قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان اقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وان الحدود تقام عليه . وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه غير منهم في حق نفسه والحجر انما تعلق بماله فقبل اقراره على نفسه بما يتعلق بالمال وان طلق زوجته فقد طلاقه في قول الأكثرين، وقال ابن أبي ليلى لا يقع لان البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملك بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال

أعتق أو أطمع عن ذلك لم يجزه؟ وبهذا قال الشافعي لأنه ممنوع من ماله أشبه المفلس ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحته منه، وإن نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لأنه غير محجور عليه في بدنه، وإن نذر صدقة المال لم يصح منه وكفر بالصيام. وإن فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع كلها لزمه العتق إن قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك عنه فإنه يلزمه أدائه وإن فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

(فصل) وإن أقر بنسب ولد قبل منه لأنه ليس بأقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كإقراره بالحد والطلاق، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن ذلك حصل ضمناً لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة

(مسئلة) قال (وإن أقر بدين لم يلزمه في حال حجره)

وجملته إن السفية إذا أقر بمال كالدين أو بما يوجب كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه

ولنا إن الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالأقرار منه بالحد والقصاص ودليل أنه لا يجري مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً فوق طلاقه كالعبد والمسكاتب

(فصل) وإن أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة واحتمل أن لا يصح لثلاث يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال بان يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص والعفو عنه إلى مال ولأنه وجوب مال مستنده إقراره فلم يثبت كالأقرار به ابتداء فعلى هذا القول يسقط القصاص ولا يجب المال في الحال (فصل) وإن أقر بنسب ولد قبل منه لأنه ليس بأقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كإقراره بالحد والطلاق وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن ذلك حصل ضمناً لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة.

(مسئلة) قال (وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً)

إذا أقر السفية بمال كالدين أو ما يوجب كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل إقراره به لأنه محجور عليه لحظه فأشبهه الصبي والمجنون ولأننا لو قبلنا إقراره في ماله لزال فائدة الحجر لأنه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال، وظاهر قول الأصحاب أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه، وهو قول أبي نور واختيار الحرقي لأنه مكلف أقر بما يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بالدين وكإقرار الراهن على الرهن وكإقرار المفلس، ويحتمل أن لا يصح إقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال، وهذا مذهب الشافعي لأنه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم إقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولا المنع من نفوذ إقراره في الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر عنه لم ينفذ إلا تأخير الضرر عليه إلى أكل حالته

وسمقته لم يقبل اقراره به لانه محجور عليه لحظه فلم يصح اقراره بالمال كالصبي والمجنون ولانا لو قبلنا اقراره في ماله لزال معنى الحجر لانه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له ولانه أقربما هو ممنوع من التصرف فيه كاقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال، ومقتضى قول الخرقي انه يلزمه ما أقر

وفارق المحجور عليه لحق غيره فان المانع تعلق بحق الغرماء بماله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسألتنا اتى الحكم لخلل في الاقرار فلم يثبت كونه سببا وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لا يثبت بعد فك الحجر ولان الحجر لحق الغير فلم ينعن تصرفهم في ذمتهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذمتهم على وجه لا يضر بغيرهم والحجر هنا لحظ نفسه من أجل ضعف قلبه وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بإبطال اقراره بالسكينة كالصبي والمجنون . فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جنابة أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أداءه لانه علم أن عليه حقا فلزمه أداءه كما لو لم يقر به، وان علم فساد اقراره مثل أن علم أنه أقر بدين ولا دين عليه أو بجنابة لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه مثل أن أنفك مال من دفعه اليه بقرض أو بيع لم يلزمه أداءه لانه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه كما لو لم يقر به

(مسئلة) (وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون على ما ذكرنا من قبل)

لانه محجور عليه لحظه فهو كالصبي والمجنون

(مسئلة) قال الشيخ رحمه الله (وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله اذا احتاج اليه) وان كان غنيا لم يحز له ذلك اذا لم يكن أبا لقول الله تعالى (فمن كان غنيا فليستغفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) واذا كان فقيرا فله أقل الامرين أجرته أو قدر كفايته لانه يستحقه بالعمل والحاجة جميعا فلم يحز أن يأخذ الا ما وجدا فيه وقال ابن عقيل يأكل وان كان غنيا قياسا على العمل في الزكاة والآية محمولة على الاستحباب والاول أولى لظاهر الآية

(مسئلة) (وهل يلزمه عوض ذلك اذا أيسر ؟ على روايتين)

أما اذا كان أبا فلا يلزمه رواية واحدة لان للاب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وان كان غير الاب لم يلزمه عوض ذلك في احدى الروايتين وهذا قول الحسن والنخعي وأحد قولي الشافعي لان الله تعالى أمر بالاكل من غير ذكر عوض فأشبهه سائر ما أمر بأكله، ولانه عوض عن عمله فلم يلزمه بدله كالاجير والمضارب (والثانية) يلزمه عوضه وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لانه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه قضاؤه كالمضطر الى طعام غيره ، والاول أصح لانه لو وجب عايه اذا أيسر لكان واجبا في الذمة قبل اليسار فان اليسار ليس سببا للوجوب فاذا لم يجب بالسبب الذي هو الاكل لم يجب بعده وفارق المضطر فان العوض واجب عليه في ذمته ، ولانه لم يأكله عوضا عن شيء وهذا بخلافه

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الناظر في الوقف) قياسا عليه

(مسئلة) (ومتى زال الحجر عنه فادعى على الولي تعديا أو ما يوجب ضمانا قالقول قول الولي) اذا ادعى الولي الاتفاق على الصبي والمجنون أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى

به بعد فك الحجر عنه وهو الظاهر من قول أصحابنا وقول أبي نؤر لانه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بدين والراهن على الرهن والمفلس على المال، ويحتمل أن

أنه باع عقاراً لحظه أو بناء لمصلحته أو أنه تلف قبل قوله، وقال أصحاب الشافعي: لا يمضي الحاكم بيع الأمين والوصي حتى يثبت عنده الحظ بينه ولا يقبل قولها في ذلك ويقبل قول الأب والجد. ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالأب والجد، ولانه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالأب، وإذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل إلا بينة، فان لم تكن بينة فالتقول قول الولي مع ميمه، وان قال الولي أنفقت عليك منذ ثلاث سنين وقال الغلام أنما مات أبي منذ سنتين فقال القاضي القول قول الغلام لان الاصل حياة والده واختلافها في أمر ليس الوصي أميناً فيه فقدم قول من يوافق قوله الاصل

﴿مسئلة﴾ (وكذلك القول قوله في دفع المال اليه بعد رشده)

لانه أمين فأشبه المودع، ويحتمل أن القول قول الصبي لان أصله معه ولان الله سبحانه قال (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) فن ترك الاشهاد فقد فرط فلزمه الضمان والاول المذهب وكذلك الحكم في الجنون والسفيه

﴿مسئلة﴾ (وهل للزوج أن يجبر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين)

(احداها) ليس له الحجر عليها وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وهو ظاهر كلام الحرجي (والثانية) ليس لها أن تصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا باذن زوجها، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت بتق جارية ليس لها غيرها فحشت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها، قال له أن يرد عليها وليس لها عتق لما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا » فقالت نعم فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال « هل أذنت لها أن تصدق بحليها ؟ » فقال نعم فقبله . رواه ابن ماجه، وروي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها الا باذن زوجها إذا هو مالك عصمتها » رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز لامرأة عطية الا باذن زوجها » ولان حق الزوج متعلق بما لها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال «تكح المرأة لما لها وجمالها ودينها » والمادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به، وإذا أعسر بالثففة أنظرته جحري ذلك بحري حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض

ولنا قول الله تعالى (فان آنس منهم رشداً فادفعوا أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يامعشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولا استفصل، وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزئهن أن يتصدقن على أزواجهن وإيتامهن، فقال « نعم » ولم يذكرهن هذا الشرط ولان من وجب دفع ماله اليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام، ولان المرأة من اهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في

لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال وهذا مذهب الشافعي لانه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولان المنع من نفوذ اقراره في الحال انما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يقد الا تأخير الضرر عليه الى اكمل حالته وفارق المحجور عليه لحق غيره فان المانع تعلق حق الغير بماله فيزول المانع بزوال الحق عن

التصرف بجميعة كاختها وحديثهم ضعيف وشيخ لم يذكر عبد الله بن عمرو فهو مرسل ويمكن حمله على انه لا يجوز عطيتها من ماله بغير اذنه بدليل انه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث والتحديد بذلك محكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل ، ولا يصح قياسهم على المريض لوجوه

(احدها) ان المرض سبب يفضي الى وصول المال اليهم بالميراث والزوجية انما تجمله من اهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردهما كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوراث بدون المرض (الثاني) ان تبرع المريض موقوف فان بريء من مرضه صح تبرعه وههنا ابطالوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله (الثالث) أن ما ذكروه منتقض بالمرأة فانها تنفع بمال زوجها وتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعها بمالها وليس لها الحجر عليه على أن هذا المعنى ليس بموجود في الاصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الاصل والفرع جميعاً

(فصل) في الاذن . قال الشيخ رحمه الله (يجوز لولي الصبي المميز أن بأذن له في التجارة

في إحدى الروايتين)

ويصح تصرفه بالاذن وهذا قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف أشبه غير المميز . ولان العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به للتصرف لحقائقه وتزايد تزايداً خفي التدرج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة . ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء ليعلم هل يفهم أم لا ، ولانه عاقل بميز محجور عليه فصح تصرفه باذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فانه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تميزه ومعرفة ولا حاجة الى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه ، قلنا يعلم ذلك بأثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فان معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه ، ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ومبنى ذلك على ما إذا تصرف في مال غيره بغير اذنه وقد ذكرناه فيما مضى

(مسئلة) (ويجوز ذلك لسيد العبد)

بغير خلاف تعلمه لان الحجر عليه انما كان لحق السيد فجاز له التصرف باذنه لزوال المانع

(مسئلة) (ولا ينفك عنهما الحجر الا فيما اذن لهما فيه وفي النوع الذي أمرأ به)

لان تصرفه إنما جاز بأذن وليه وسيده فزال الحجر في قدر ما أذنا فيه دون غيره كالتوكيل ،

ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسألتنا اتفى الحكم لحلل في الاقرار فلم يثبت كونه سبياً وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فك الحجر. ولان الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذمهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذمهم على وجه لا يضر بغيرهم بان

فان دفع السيد الى عبده مالا يتجر فيه كان له ان يبيع ويشترى ويتجر به وان أذن له أن يشتري في ذمته جاز، وان عين له نوعاً من الممال يتجر فيه لم يكن له ان يتجر في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يجوز ان يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لان اذنه اطلاقاً من الحجر وفك له والاطلاق لا يبعث كبلوغ الصبي

ولنا انه متصرف بالاذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينتقض بما اذا اذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام لياكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وأما يتصرف العبد بالاذن الا ترى ان الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد

(مسئلة) (وان اذن له في جميع انواع التجارة لم يحجز ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره)

وبه قال الشافعي وجوزها أبو حنيفة لانه يتصرف لنفسه فلك ذلك كالمكاتب، ولنا انه عقد على نفسه فلا يملكه بالاذن في التجارة كبيع نفسه وتزويجه وقولهم يتصرف لنفسه ممنوع أما يتصرف لسيدته وبهذا فارق المكاتب فان المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يتناع من سيده

(مسئلة) (وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين)

(إحداها) لا يجوز لانه تصرف بالاذن فاخص بما اذن فيه ولم يؤذن له في التوكيل (والثانية) يجوز لانهم يملكون التصرف بأنفسهم فلكوه بنائبهم كالمالك الرشيد ولانه أقامه مقام نفسه

(مسئلة) (وان رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذوناً)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة في العبد يصير مأذوناً له لانه سكت عن حقه فكان مسقطاً له كالشفيع اذا سكت عن طلب الشفعة

ولنا أنه تصرف يفتقر الى الاذن فلم يقم السكوت مقام الاذن كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت أو باع المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الاجانب ويخالف الشفعة فانها تسقط بمضي الزمان اذا علم لانها على الفور

(مسئلة) (وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه وعنه يتعلق بذمته يتبع به بمد العتق الا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين)

يقال اذان واستدان وتداين بمعنى واحد والعبد قسبان: محجور عليه فما لزمه من الدين بغير رضا سيده مثل ان يقترض ويشترى شيئاً في ذمته فيه روايتان (احداها) يتعلق برقبته اختارها الحنفي وأبو بكر لانه دين لزمه بغير اذن سيده فتعلق برقبته كالانلاف (والثانية) يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر وهو مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كموض الخلع من الامة وكالحر (القسم الثاني) المأذون له في التصرف أو في الاستدانة فاي لزمه من الدين هل

يلزمهم بعد زوال حق غيره والحجر هنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بإبطال اقراره بالكفاية كالصبي والمجنون ، وأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جنابة او دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه اداؤه لانه علم ان عليه حقا فلزمه

يتعلق برقبته أو ذمة سيده ، على روايتين (إحداهما) يتعلق برقبته وهو ظاهر قول أبي حنيفة لأنه قال يباع إذا طالب الغرماء ببيعه وهذا معناه أنه يتعلق برقبته لانه دين ثبت برضا من له العين فيباع فيه كما لو رهنه (والثانية) يتعلق بذمة السيد وهو الذي ذكره الخريفي فعلى هذه الرواية يلزم مولاه جميع ما اذان ، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه ، وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به اذا عتق وأيسر لانه دين ثبت برضا من له الدين اشبه غير المأذون أو فوجب ان لا يتعلق برقبته كما لو اقترض بغير إذن سيده ووجه قول الخريفي أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بماملته وأذن فيها فصار ضامنا كما لو قال لهم دابنوه او اذن في استدانة تزيد على قيمته، ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها او فيما لم يؤذن له فيه مثل ان اذن له في التجارة في البر فأنجز في غيره فانه لا ينفك عن التعرير اذ يظن الناس انه مأذون له في ذلك ايضا (فصل) فأما اروش جناباته وقيم متلفاته فهي متعلقة برقبة العبد سواء كان مأذونا له او لا رواية

واحدة وبه يقول ابو حنيفة والشافعي وكل ما تعلق برقبة العبد خير السيدين تسليمة للميسر وبين فدائه فاذا يبع وكان ثمنه اقل مما عليه فليس لرب الدين الا ذلك لان العبد هو الجاني فلم يجب على غيره شيء وان كان ثمنه اكثر فالفضل للسيد ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمدان السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب الى انه دفعه اليه عوضا عن الجنابة فلم يبق لسيده فيه شيء كما لو ملكه إياه عوضاً عن الجنابة وليس هذا صحيحاً فان المجني عليه لا يستحق اكثر من قدر ارض الجنابة عليه فهو كالوطني عليه حر والجاني لا يجب عليه اكثر من ارض جنابته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن ولا يصح قولهم انه دفعه عوضاً لانه لو كان عوضاً للملكة المجني عليه ولم يبيع في الجنابة وانما دفعه ليباع فيؤخذ منه عوض الجنابة ويرد اليه الباقي وكذلك لو أتلف درهما لم يبطل حق سيده منه بذلك وان عجز عن أداء الدرهم من غير ثمنه فان اختار السيد فداءه لزمه اقل الامرين من قيمته أو ارض جنابته لان ارض الجنابة ان كان اكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجنابة من غيره وانما تجب قيمته وان كان اقل فلم يجب بالجنابة الا هو وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه ارض الجنابة كله لانه يجوز ان يرغب فيه راغب فيشتره بارش الجنابة فاذا منع منه لزمه جميع الارش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين

(فصل) فان تصرف العبد غير المأذون ببيع أو شراء بعين المال لم يصح لانه تصرف من المحجور عليه فيما حجر عليه فيه أشبه المفلس وقياساً على تصرف الاجنبي ، ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كتصرف الفضولي ، فأما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لانه محجور عليه اشبه السفه ، ويحتمل أن يصح لان الحجر لحق غيره أشبه المفلس والمريض ، ويتفرع عن هذين الوجهين أن التصرف ان كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذ ماله ان كان باقيا سواء كان في يد العبد أو للسيد ، وان كان تالفاً فله قيمته أو مثله ان كان مثلياً ، فان تلف في يد السيد رجح عليه بذلك

أداؤه كما لو لم يقر به ، وان علم فساد اقراره مثل ان علم انه اقر بدين ولا دين عليه او بجناية لم توجد منه او اقر بما لا يلزمه مثل ان اتلف مال من دفعه اليه بقرض او بيع لم يلزمه ادائه لانه يعلم انه لا دين عليه فلم يلزمه شيء كما لو لم يقر به

لان عين ماله تلف في يده وان شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لانه الذي أخذه منه ، وان تلف في يد العبد فالرجوع عليه وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ علي روايتين ، وان قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع والمقرض الرجوع فيما أقرض لانه قد تحقق اعسار المشتري والمقرض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وان كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك لانه أخذ من عبده مالا في يده بحق فهو كالصيد ، فاذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال فان كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد

﴿ مسألة ﴾ (واذا باع السيد عبده المأذون شيئا لم يصح في أحد الوجهين)

لانه مملوكه فلا يثبت له دين في ذمته كغير المأذون له أو كمن لا دين عليه ويصح في الآخر اذا كان عليه دين بقدر قيمته لانا اذا قلنا إن الدين يتعلق برقبته فكانه صار مستحقاً لأصحاب الديون فيصير كعبد غيره.

﴿ مسألة ﴾ (ويصح اقرار المأذون له في قدر ما اذن له فيه دون ما زاد عليه)

لانه لم يؤذن له فيه فهو كغير المأذون له ولان الذي اذن له فيه يصح تصرفه فيه فصح اقراره به كالحجر

﴿ مسألة ﴾ (وان حجر عليه وفي يده مال ثم اذن له فيه فأقر به صح)

لان المانع من صحة اقراره الحجر عليه وقد زال ولانه يصح تصرفه فيه فصح اقراره به كما لو لم يحجر عليه وقياساً على غيره من الاحرار

﴿ مسألة ﴾ (ولا يبطل الاذن بالابق)

وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يبطل لانه يزول ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه ما لو باعه . ولنا ان الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصب غاصب او حبس بدين عليه ولا يصح ما ذكره فان سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب

﴿ مسألة ﴾ (ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب) لان ذلك ليس من التجارة ولا

يحتاج اليه فيها فأشبهه غير المأذون له

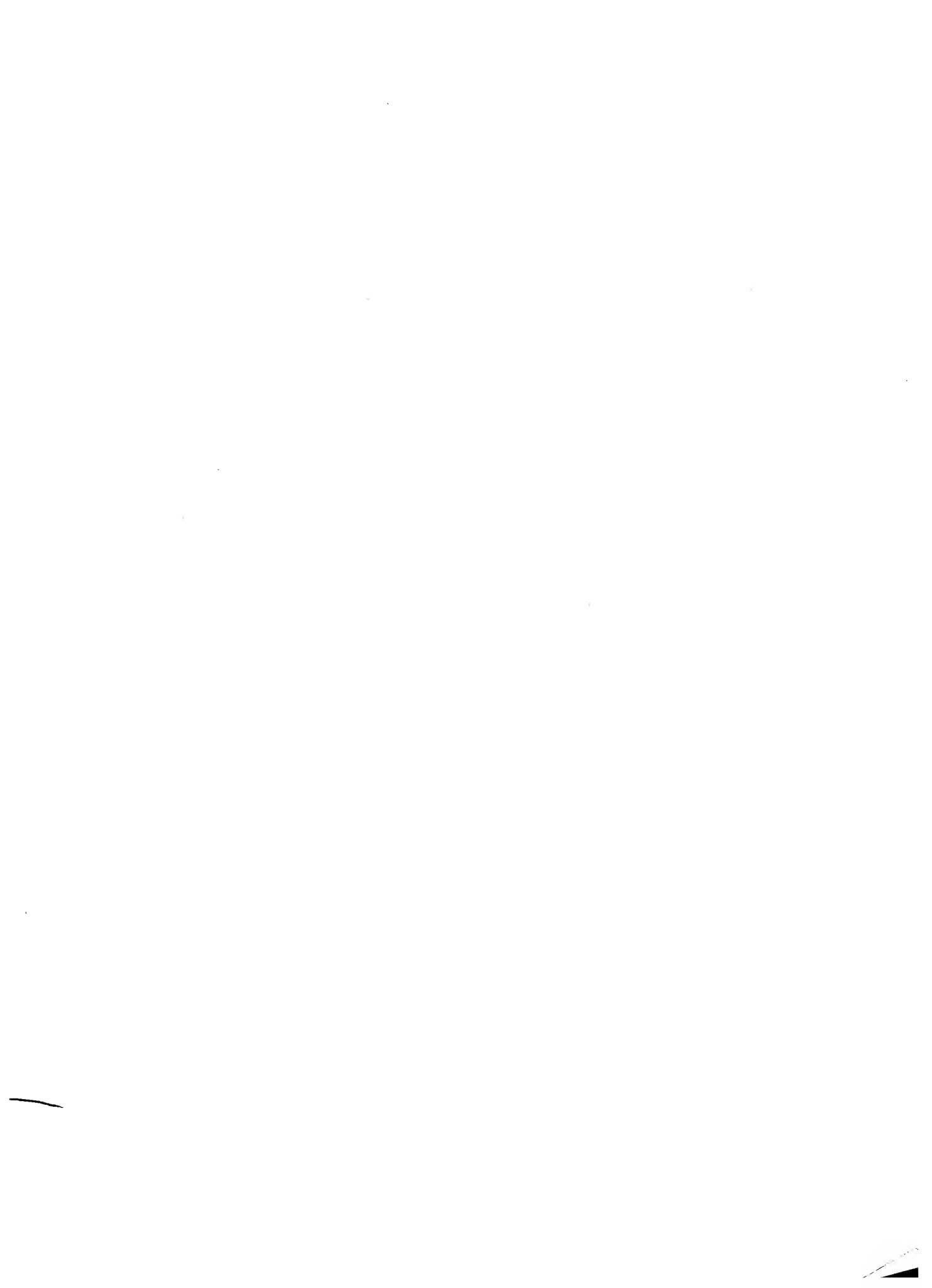
﴿ مسألة ﴾ (وجوز هديته للمأكول واعارة دابته)

وأماخذ الدعوة ما لم يكن اسرافاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز ذلك بغير اذن سيده لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة الدراهم ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك فرؤى أبو سعيد مولى بني اسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وابوذر فامهم وهو يومئذ عبد رواء صالح في مسائله باسناده ولانه مما جرت به عادة التجار فيما بينهم فيدخل في عموم الاذن

(فصل) إذا أذن ولي السفية له في البيع والشراء فهل يصح منه؟ على وجهين (أحدهما) يصح لانه عقد معاوضة فملكه بالأذن كالتسكاح ولانه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالأذن فيه كالصبي يتحقق هذا ان الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ثم يصح تصرفه بالأذن فهنا أولى ولانا لو منعنا تصرفه بالأذن لم يكن لتأطريق الى معرفة رشده واختباره (والثاني) لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا أذن له فقد أذن فيها لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهذين والله اعلم

(مسئلة) (وهل لغير المأذون له الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه اذا لم يضربه؟ على روايتين) (أحدها) ليس له ذلك لان المال لسيدته وانما أذن له في الاكل فلم يملك الصدقة به كالضيف ولا يتصدق بما أذن له في اكله (والثانية) يجوز لانه مما جرت العادة بالمساحة فيه والأذن عرفاً فجاز كصدقة المرأة من بيت زوجها

(مسئلة) (وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير اذنه بنحو ذلك؟ على روايتين) (أحدها) يجوز لان عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما انفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها اجرها وله مثله بما كسب ولها بما انفقت وللخازن مثل ذلك من غير ان ينقص من اجورهم شيء» ولم يذكر اذنا، وعن اسماء انها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: ليس لي شيء الا ما ادخل علي الزبير فهل علي جناح ان ارضخ بما يدخل علي. قال «ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعي الله عليك» متفق عليهما. وروي ان امرأة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إنا كل علي أزواجنا وأبنائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال «الرطب تأكلينه وتهديته» ولان المادة السباح بذلك وطيب النفس به تجرى مجرى صريح الأذن كما ان تقديم الطعام بين يدي الاكلة قام مقام صريح الأذن في أكله (والثانية) لا يجوز لما روى أبو امامة الباهلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «لا تفتق المرأة شيئاً من بيتها الا بأذن زوجها» قيل يا رسول الله ولا الطعام قال «ذلك أفضل أموالنا» رواه سعيد في سننه وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه» وقال «ان الله حرم ينسبكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» ولانه تبرع بما لغيره بغير اذنه فلم يجوز كثير الزوجة، والصحيح الاول لان الاحاديث فيه خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويثبت به ويعرف ان المراد بالعام غير الصورة المخصوصة والحديث الخاص للرواية الثانية ضيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لانها بحكم المادة تصرف في مال زوجها وتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والأذن العرفي يقوم مقام الأذن الحقيقي فصار كأنه قال لها افعلي هذا. فأما ان منعها ذلك وقال لا تصدقي بشيء ولا تبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجوز لها ذلك لان المنع الصريح نفي الأذن العرفي وكذلك لو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالذي يطعمها بالقرض ولا يمكنها من طعامه فهو كما لو منعها بالقول فان كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريتها وأخته وغلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه فهو كالزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه والله اعلم



فهرس الجزء الرابع من كتابي المنفى والشرح الكبير

«أكثر مواد هذا الفهرس يتفق فيها الكتابان وما اختلف فيه ترتيبها يبناء باثبات رقم صفحات الآخر تارة عن يسار السطور وتارة باعادة ذكر المادة مع رقمها في الكتاب الآخر ولو بلفظ آخر»

صفحة	صفحة
(كتاب البيوع)	٤٨ (باب الشروط في البيع)
٣ كتاب البيع عقده بالقول والفعل	٤٩ ما يصح من الشروط في البيع وما لا يصح
٦ الخيار في البيع بين الطرفين. اشتراط رشد المتبايعين	٥٣ الشروط الفاسدة في البيع
٨ خيار المجلس. ما يجوز بيعه وما لا يجوز	٥٤ اشتراط ما ينافي مقتضى البيع
١٢ ما يبطل الخيار. الخلاف في بيع المصحف	٥٥ بيع العبد بشرط عتقه والخلاف فيه
وشرائه وإبداله	٦٠ عدم فساد البيع بفساد الشرط
١٣ ما يباع من الكلاب وما يقتل	٦٦ شرط الخيار ابداً أو بدون مدة أو بذكر مدة مجهولة
١٥ الاستصباح بالدهن والشحم التجس وبيع الترياق	٦٧ انعقود التي يثبت فيها خيار الشرط
١٧ التصرف في المبيع في مدة الخيار. بيع ما فتح	٦٩ شرط الخيار لأحد العاقدين دون الآخر
من البلاد عنوة ولم يقسم	٧١ لزوم البيع بعد التفريق. نماء المبيع في مدة الخيار
١٩ حكم اقطاع ما فتح من البلاد عنوة وإجارتها	٧٣ تصرف البائع في مدة الخيار فسخ للبيع
وشرائه	٧٥ اعتاق المبيع في زمن الخيار يبطل الخيار
٢٠ بيع رباع مكة واجارها وهل فتحت صلحاً	٧٦ حكم وطء المشتري للامة في مدة الخيار
أو عنوة؟	٧٨ خيار الثمن وتلقي الركبان
٢٢ الشراء من في ماله شبهة لوجود الحلال والحرام فيه	٧٩ بيع التجس وشراء المسترسل وخياره
٢٧ بيع الحمل في البطن وبيع جبل الحبلية	٨٠ خيار التدليس بما يزيد في الثمن
٢٩ بيع الملامسة والمنازعة وبيع غير المعين واستنائه	٨٢ صحة البيع بالصفة. بيع المصراة
٣٠ خيار المجلس ما يجوز بيعه وما لا يصح	٨٥ خيار النيب. العيوب المثبتة للفسخ
٣١ بيع مجهول المقدار والصفة واستنائه بضم المبيع	٨٧ حكم كسب المبيع ونمائه المتصل والمنفصل
٣٤ بطلان البيع مع جهالة الثمن	٨٨ وطء الامة التي لا يمنع الرد بالبيع
٣٦ اشتراط الكيل في المكيل والوزن في الموزون	٨٩ وطء البكر وتعب السلعة في زمن الخيار
٣٨ الجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز وتقرير الصفقة	٩٣ بيع غير المعين. استغلال المشتري للمبيع
٤٠ صحة العقود ما عدا البيع بعد نداء الجملة	٩٥ جواز الخيار أكثر من ثلاث. تأخير الرد بعد العلم بالبيع
٤١ حرمة بيع الخمر وشرائها وبيع العبد المسلم لكافر	٩٧ فروع في بيع المعيب وردة وارش النقص
٤٣ بيع الحاضر للبادي وصوره ومعناه والخلاف فيه	١٠١ خيار التولية والشركة والمرابحة والمواضعة
٤٥ حكم شراء السلعة بعد بيعها نسيت	١٠٢ معنى المرابحة وحكمها والمواضعة وحكمها
٤٧ الاحتكار المحرم وشروطه استجاب الاشهاد	
في البيع	

صفحة	صفحة
١٥٦	١٠٤
مسألة مدعجوة ودرهم والخلاف فيها	فروع في المراجعة والمواضة
١٥٨	١٠٩
فروع في بيع اجناس الربويات	خيار اختلاف المتبايعين
١٦٢	١١٠
حرمة الربا في دار الحرب . البر والشعير وما اشبهها ميكلات	اختلاف المتبايعين في الثمن
١٦٣	١١١
ربا السبئة . معناه وتجره	فسخ أحد العاقدين للبيع أو كلاهما
١٦٥	١١٤
بيع الكاليء بالكاليء . افتراق المتصارفين قبل التقاض	الامتناع من تسليم المبيع قبل قبض الثمن
١٦٦	١١٥
فروع في الصرف وفيما يبطله	امتناع بيع ما لم يقبض في المكيل والموزون
١٦٩	١١٦
فصول في احكام الصرف	المبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المتنازع
١٧٠	١١٩
أخذ بدل العيب في المصارفة	تقسيم العقود الى لازم وغيره
١٧٢	١٢٠
اقتضاء احد التقدين من الآخر في الصرف	بيان ما يحصل به القبض في المكيل والموزون وغيرهما
١٧٣	١٢٢
حكم القبض في الذمة اذا كان مؤجلا	(باب الربا والصرف)
١٧٥	١٢٤
حكم صرف المغشوش بغش من غير جنسه	الاحاديث الواردة عن النبي ﷺ في الربا
١٧٧	١٢٥
تفرق المتصارفين قبل التقاض	علة الربا في الأمان والمطبومات
١٧٩	١٢٨
تحريم جميع الخيل في الشرع	الخلاف في المكيل والموزون هل هو ربوي أم لا ؟
١٨١	١٣٠
حكم الشراء بالتقود المكسرة وبيع تراب الصاغة	جواز التفاضل في الجنسين بدأ بيد لا نسبئة
١٨٦	١٣١
(أب بيع الاصول والاشبار)	الروايات في النسبئة في غير المكيل والموزون
١٨٨	١٣٣
دخول الفراس والبناء في بيع الارض	وجوب المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا
١٨٩	١٣٥
حكم شراء الارض فيها بذر أو زرع	جواز قسم المكيل وزنا وقسم الموزون كيلا
١٩٠	١٣٧
بيع التخل المؤبر وكون ثمره للبائع	بيان الاجناس الربوية ومعنى الجنس والنوع
١٩٤	١٣٨
بيع الشجر الذي فيه ثمر ظاهر واقسامه	اشتمال الجنس الواحد على جنسين كالتمر والبن
١٩٧	١٤٠
بيع الارض فيها زرع ولأي المتبايعين يكون الزرع	بيع الحنطة بشيء من فروعها لا يجوز
١٩٩	١٤٣
بيع القرية هل يدخل فيها ارضها ؟	بيع بعض اللحم ببعضه رطباً لا يجوز
٢٠٠	١٤٥
بيع الارض فيها معادن جامدة كالذهب والفضة	بيع فروع الاجناس تنحداصنافها وتختلف
٢٠٢	١٤٦
حكم شراء الثمرة دون الاصل قبل بدو صلاحها	بيع اللحم بالحيوان لا يجوز
١٠٣	١٤٩
بيع الزرع الاخضر في الارض لا يجوز إلا بشرط القطع	بيع الدقيق بالدقيق والمطبوخ بالمطبوخ والخبز بالخبز
٢٠٦	١٥٢
بدو الصلاح في بعض الثمر صلاح لجمعه	بيع المزبنة وبيع المرايا
٢٠٨	١٥٥
بيع ما المقصود منه مستور في الارض بشرطه	كون بيع المرايا لا يجوز في غير النخيل

فهرس الجزء الرابع من كتابي المغني والشرح السكبر

صفحة	صفحة
٢٦٥	٢١١
بيع المواضة وهو ضد المراجعة	بيع الثنيا وحكمه والخلاف فيه
٢٦٧	٢١٣
اذا تخالفا فتخالفا فأبيها يبدأ باليمين	استثناء مقدار من المبيع أو بعض منه
٢٦٩	٢١٥
الاختلاف في عين المبيع وفي صفة الثمن وفي الاجل والرهن	شراء الثمرة دون الاصل وتلفها بمجانحة
٢٧٠	٢١٦
امتناع البائع من التسليم حتى يقبض الثمن	معنى الجانحة والخلاف في وصفها
٢٧١	٢١٩
بيع العبد الآبق لا يجوز ولا يصح	دخول المبيع في ضمان المشتري قبل القبض
٢٧٢	٢٢٠
بيع الطير في الهواء والسملك في الماء لا يصح	الامور التي يحصل بها القبض وكونه في كل شيء بحسبه
٢٧٥	٢٢٣
فساد بيع الملامسة وبيع المنابذة	امتناع الشركة والتولية والحوالة بالمبيع قبل قبضه
٢٧٧	٢٢٥
تحريم بيع عصب الفحل وبطلانه	حكم الاقالة في البيع وهل هي فسخ او بيع
٢٧٩	٢٩٨
حرمة سوم المبيع بعد سوم الغير له وبيع التلجئة	ما عرف مقداره لا يجوز بيعه جزافا
٢٨١	٢٢٩
التهي عن تلقي الركبان والخيار فيما باعوه قبل دخول السوق	جواز شراء الصبرة كل قفيز منها بدرهم
٢٨٣	٢٣١
تحريم الاحتكار وبيع المضير عن يتخذه خيراً	فروع في بيع اجزاء ما يتجزأ
٢٨٥	٢٣٣
بطلان البيع باشرط شرطين لاشراط واحد	(باب المصراة و ثبوت الخيار فيها)
٢٨٧	٢٣٥
فروع تتعلق بالشرط في العقد	فروع في بيع المصراة
٢٩١	٨٣٧
تفريق الصفقة ومعناه واقسامه	التدليس الذي يختلف الثمن لاجله يثبت الخيار
٢٩٣	٢٣٩
حكم انجار الوصي بال اليتيم والمضاربة به	ظهور عيب في المبيع يثبت الخيار
٢٩٥	٢٤٠
حكم اكل الوصي من مال اليتيم وفرضه له	حكم امساك الميعب واخذ ارض العيب
٢٩٧	٢٤٣
احكام استدانة العبد وتصرفاته	تدليس الميعب وبيان العيوب الموجبة لنقص المالمية
٢٩٩	٢٤٤
تصرفات العبد المأذون وإقرار غير المأذون	بيان العيوب المثبتة للفسخ
٣٠١	٢٤٧
حكم قتل الكلب واقتنائه وتربية الجرو والصغير	بيان اخذ الارش في الميعب
٣٠٤	٢٤٩
جواز بيع التحل وحكم بيع الترياق ولبن الآدميات	العلم بالميعب بعد عتق المبيع أو موته يثبت الارش
٣٠٥	٢٥١
أدلة امتلاك رباع مكة وجواز بيعها	اختلاف المتبايعين في كون العيب قبل الشراء أو بعده
٣٠٩	٢٥٤
احكام بيع ماء العيون والآبار والكلأ	صحة بيع العبد المرتد كالقاتل
٣١١	٢٥٧
استحباب الاشهاد في البيع وكراهة البيع والشراء في المسجد	اختلاف الثمن في بيع الشيء وشرائه ومسألة العينة
٣١٢	٢٥٩
(باب السلم)	شراء المراجعة مع الزيادة في رأس المالم
٣١٤	٢٦١
ما يصح السلم فيه وما لا يصح	شراء شيئين صفقة واحدة وبيع احدهما مراجعة
٣١٦	٢٦٢
السلم في الجلود واللحم	فروع فيما يجب بيانه في بيع المراجعة

صفحة	صفحة
٣٨٣	٣١٨
حكم رهن سواد العراق والارض الموقوفة	استقصاء صفات المسلم فيه لا يجب
٣٨٥	٣٢٠
حكم رهن المتافع ورهن الوارث تركة الميت	وصف الانعام والحيل واللحم في السلم
٣٨٧	٣٢٢
جواز جعل الرهن في يد عدلين	ما يوصف به غزل القطن والسكتان في السلم
٣٨٨	٣٢٣
أحكام جعل الرهن أمانة ونقله ورهن المصير	ما تضبط به المعادن والخشب والحجارة
٣٩١	٣٢٥
اتلاف الرهن في يد العدل	حكم السلم في السكيل وزنا وفي الموزون كيلا
٣٩٢	٣٢٨
اذن المتماقدين للعدل في بيع الرهن	الاختلاف في جواز السلم حالا
بنقد معين	٣٣٥
٣٩٧	أحكام تعذر تسليم المسلم فيه عند محله
الاحتياط في رهن مال اليتيم ونحوه	٣٣٥
٤٠١	حكم وجدان الثمن رديئاً بعد قبضه
تصرف الراهن في الرهن بغير العتق	٣٣٨
٤٠٢	بطلان السلم في كل مالين يحرم النساء فيها
حكم وطء الراهن لامته المرهونة	٣٤٠
٤٠٧	مسائل في موضع العقد والوفاء في السلم
تحريم وطء الجارية المرهونة على المرهن	٣٤٣
٤٠٩	جواز الاقالة في المسلم فيه
احتياج العبد المرهون الى الختان والتحل	٣٤٥
الى التأبير	فروع تتعلق بقبض المسلم فيه وأحكامه
٤١٠	٣٤٨
جناية العبد المرهون وكون الرهن أمانة في	حكم أخذ الرهن والكفيل من المسلم اليه
يد المرهن	٣٥٠
٤١٣	فروع فيما يصح أخذ الرهن فيه وما لا يصح
جناية العبد المرهون على سيده	٣٥٢
٤١٨	(باب الترض)
ادعاء العدل دفع الثمن الى المرتهن وانسكار	٣٥٣
المرتهن	أحكام القرض وصحته من جائز التصرف
٤٢٠	٣٥٥
الجناية على الرهن وبيان الشروط الصحيحة	جواز قرض المكيل والموزون
والفاسدة في الرهن	٣٥٩
٤٢٤	جواز قرض الخبز . شرط الرهن في القرض
البيع بشرط الرهن والضمين صحيح	٣٦١
٤٢٦	فروع في الزيادة الممنوعة في القرض
حكم تعيب الرهن ومنه استحالة المصير خيراً	٣٦٢
٤٢٩	جواز قضاء الدين بخير منه لا اشتراطه
الشروط الصحيحة والفاسدة في عقد الرهن	٣٦٥
٤٣٢	وجوب رد المثل او العين في القرض
أحكام انتفاع المرتهن بالرهن	٣٦٦
٤٣٥	(كتاب الرهن)
ما يتبع المبيع من النماء يتبع الرهن	٣٦٧
٤٣٧	جواز الرهن في الحضرة والسفر وحكمه وأحواله
اصلاح الرهن ودفع الفساد عنه	٣٦٩
٤٣٣	فروع في كون الرهن لا يلزم الا بالقبض
ما يجب على الراهن من نفقة المرهون حيواناً	٣٧١
او غيره	القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة
٤٤١	٣٧٣
وجوب إصلاح الرهن ونفقته على الراهن	رهن المضمون كالنصبوب والعارية صحيح
٤٤٤	٣٧٥
إذا كان الرهن مستحقاً لزم المرتهن رده	جواز رهن كل شيء يجوز بيعه
على مالكة	٣٧٦
	صحة رهن المرتد والقاتل ورهن المدبر
	٣٨٠
	حكم رهن الثمرة قبل بدو صلاحها ورهن
	المصحف والمستعار

صفحة	صفحة
٤٧٣	٤٤٧
فروع في رجوع البائع في عين ماله الباقية عند المفلس	فروع في الاختلاف في قدر الدين والرهن وغيرهما
٤٨١	٤٤٩
الامور التي تمنع البائع من الرجوع في سلعته الباقية عند المفلس	فروع في أن الرهن لا ينفك إلا بقضاء جميع الدين
٥١٣	٤٥١
بيان الاشياء التي يحصل بها البلوغ في حق الغلام وفي حق الجارية	ما يجب على الراهن عند حلول الحق
٥١٧	٤٥٢
الاشياء كالذكر في رفع الحجر عنها بالرشد والتصرف في أموالها	المرهن أحق بشئ الرهن حتى يستوفي حقه (كتاب المفلس)
٥٢٠	٤٥٦
حكم تصدق المرأة من مال زوجها بغير إذنه	إذا أصاب أحد عين ماله عند المفلس فهو أحق به
٥٢٣	٤٥٧
اختبار الصبي والجارية لمعرفة رشدهما	منع الغرماء المدين من السفر بشرطه
٥٢٥	٤٥٨
لا يصح الحجر من الحاكم ولا يزول إلا به	فروع في أحكام الافلاس وتزاحم الغرماء
٥٢٨	٤٦٠
أحكام تصرفات المحجور عليه كالعتق والتكاح والتدبير	شروط رجوع البائع في سلعته الباقية عند المفلس
٥٣٠	٤٦٣
لا يقبل اقرار السفبه بالدين في حال حجره	وجوب انظار المعسر وامتناع مطالبته وملازمته
٥٣٣	٤٦٥
حكم اذن الولي للصبي في التجارة وتصرفاته	فروع في رجوع البائع بيمين ماله على المفلس
٥٣٥	٤٦٦
ارش جنازة المبدوقم متلفاته بتعلق برقبته	فروع في زيادة المبيع عند المفلس

