

المغنى

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحى الحنبلي

٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

الدكتور

عبد بن عبد المحسن التركي

الجزء السادس

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المغنى
٦٥
٦٤
٦٣
٦٢
٦١
٦٠
٥٩
٥٨
٥٧
٥٦
٥٥
٥٤
٥٣
٥٢
٥١
٥٠
٤٩
٤٨
٤٧
٤٦
٤٥
٤٤
٤٣
٤٢
٤١
٤٠
٣٩
٣٨
٣٧
٣٦
٣٥
٣٤
٣٣
٣٢
٣١
٣٠
٢٩
٢٨
٢٧
٢٦
٢٥
٢٤
٢٣
٢٢
٢١
٢٠
١٩
١٨
١٧
١٦
١٥
١٤
١٣
١٢
١١
١٠
٩
٨
٧
٦
٥
٤
٣
٢
١

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة



دَارِعَالْمِ كُتُبْ
للطباعة والنشر والتوزيع

العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٧٣٦
الملكمة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْبَيْعِ

الْبَيْعُ : مَبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ ، تَمْلِيكًا ، وَتَمْلُكًا ^(١) . وَاشْتِقَاقُهُ : مِنَ الْبَاعِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعِينَ ^(٢) يَمُدُّ بَاعَهُ لِلْأَخْذِ وَالْإِعْطَاءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَانَ يُبَايِعُ صَاحِبَهُ ، أَى يُصَافِحُهُ عِنْدَ الْبَيْعِ ؛ وَلِذَلِكَ سُمِّيَ الْبَيْعُ صَفْقَةً . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : هُوَ الْإِيحَابُ وَالْقَبُولُ ، إِذَا ^(٣) تَضَمَّنَ عَيْنَيْنِ لِلتَّمْلِيكِ . وَهُوَ حَدٌّ قَاصِرٌ ؛ لِخُرُوجِ بَيْعِ الْمُعَاظَةِ مِنْهُ ، وَدُخُولِ عُقُودِ سِوَى الْبَيْعِ فِيهِ . وَالْبَيْعُ جَائِزٌ بِالْكِتَابِ وَالسَّنَةِ وَالْإِجْمَاعِ . أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٤) . وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ ^(٥) وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٦) . وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ ^(٧) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ ^(٨) ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : كَانَتْ ^(٩) عُكَاظٌ ، وَمَجَنَّةٌ ، وَذُو الْمَجَازِ ^(٩) ، أَسْوَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، فَلَمَّا كَانَ الْإِسْلَامُ تَأَثَّمُوا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « المتعاقدين » .

(٣) في م : « إذ » .

(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٦) سورة النساء ٢٩ .

(٧) سورة البقرة ١٩٨ .

(٨) في : باب التجارة أيام الموسم ... ، من كتاب الحج ، وفي : باب ما جاء في قول الله تعالى : ﴿ فإذا قضيت

الصلاة ﴾ ... ، وباب الأسواق التي كانت في الجاهلية ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب تفسير سورة

البقرة ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٢/٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٦٩/٣ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٣٤/٦ .

(٩) - ٩) عكاظ ومجنة وذو المجاز : أسواق لمكة في الجاهلية . معجم ما استعجم ٣/٩٥٩ .

فيه ، فَأَنْزَلَتْ : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ . يَعْنِي فِي مَوَاسِمِ الْحَجِّ . وَعَنْ الزُّبَيْرِ نَحْوَهُ^(١٠) . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١١) . وَرَوَى رِفَاعَةُ ، أَنَّهُ حَرَجَ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى الْمُصَلَّى ، فَرَأَى النَّاسَ يَتَّبِعُونَ ، فَقَالَ : « يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ » . فَاسْتَجَابُوا لِلرَّسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَرَفَعُوا أَعْنَاقَهُمْ وَأَبْصَارَهُمْ إِلَيْهِ ، فَقَالَ : « إِنَّ التُّجَّارَ يُنْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَّارًا ، إِلَّا مَنْ بَرَّ وَصَدَّقَ » . / قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(١٢) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الْأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ وَالصَّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(١٣) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . فِي أَحَادِيثَ

١٤٠/٤ ظ

(١٠) انظر : فتح الباري ٣/٥٩٣ ، ٥٩٤ .

(١١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا بين البيعان ولم يكتبوا نصحا ، وباب ما يمحى الكذب والكتمان في البيع ، وباب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقت في الخيار ، وباب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وباب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع ... ، وباب إذا كان البائع بالخيار فهل يجوز البيع ، وباب إذا اشترى شيئا فوهب منه ساعته ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٣/٧٦ ، ٧٧ ، ٨٣ - ٨٥ . ومسلم ، في : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، وباب الصدق في البيع والبيان ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٣ ، ١١٦٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٤ ، ٢٤٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٥٤ - ٢٥٦ . والنسائي ، في : باب ما يجب على التجار من التوفية في مبيعاتهم ، وباب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ، وباب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه ، وباب ذكر الاختلاف على عبد الله بن دينار في لفظ هذا الحديث ، من كتاب البيوع . المحتجب ٧/٢١٥ ، ٢١٧ - ٢٢٠ . وابن ماجه ، في : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٦ . والدارمي ، في : باب في البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥٠ . والإمام مالك ، في : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٧١ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٥٦ ، ٤/٢ ، ٩ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ٧٣ ، ١١٩ ، ١٣٥ ، ١٨٣ ، ٣١١ ، ٤٠٢/٣ ، ٤٠٣ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ ، ١٢/٥ ، ١٧ ، ٢١ - ٢٣ .

(١٢) في : باب ما جاء في التجار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢١٤ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب التوفيق في التجارة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٦ . والدارمي ، في : باب في التجارة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٤٧ .

(١٣) في : باب ما جاء في التجار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢١٣ . كما أخرجه الدارمي ، =

كثيرة سوى هذه . وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة ، والحكمة تقتضيه ؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يده ، وصاحبه لا يتدله بغير عوض ، ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ، ودفع حاجته .

فصل : والبيع على ضربين ؛ أحدهما ، الإيجاب والقبول . فالإيجاب ، أن يقول : بعثك أو ملكك ، أو لفظ يدل عليهما . والقبول ، أن يقول : اشتريت ، أو قبلت ، ونحوهما . فإن تقدم القبول على الإيجاب بلفظ الماضي ، قال : ابتعت منك . فقال : بعثك . صح ؛ لأن لفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيتهما به ، فصح ، كما لو تقدم الإيجاب . وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : بعني ثوبك . فقال : بعثك . ففيه روايتان ، إحداهما ، يصح كذلك . وهو قول مالك ، والشافعي . والثانية ، لا يصح . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه لو تأخر عن الإيجاب ، لم يصح به البيع ، فلم يصح إذا تقدم ، كلفظ الاستفهام ، ولأنه عقد عرى عن القبول ، فلم ينعقد ، كما لو لم يطلب . وحكى أبو الخطاب فيما إذا تقدم بلفظ الماضي ، روايتين أيضاً ، فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام ، مثل أن يقول : أتبيعني ثوبك بكذا ؟ فيقول : بعثك . لم يصح بحال . نص عليه أحمد ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي . ولا تعلم عن غيرهم خلافهم ؛ لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء . الضرب الثاني ، المعاطاة ، مثل أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً . فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار . فيأخذه ، فهذا بيع صحيح . نص عليه أحمد ، في من قال لخباز : كيف تبيع الخبز ؟ قال : كذا بدينار . قال : زنه ، وتصدق به . فإذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا ، فإنه قال : يقع البيع بما يعتقه الناس بيعاً . وقال بعض الحنفية : يصح في حسائس الأشياء . وحكى عن القاضي مثل هذا ، قال : يصح في الأشياء اليسيرة

= في : باب في التاجر الصدوق ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٤٧ .

دُونَ الْكَيْبَرَةِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْإِجَابِ ، وَالْقَبُولِ . وَذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ إِلَى مِثْلِ قَوْلِنَا . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ أَحَلَّ الْبَيْعَ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَهُ ، فَوَجِبَ الرُّجُوعُ فِي الْعُرْفِ ، كَمَا رُجِعَ إِلَيْهِ فِي الْقَبْضِ وَالْإِحْرَازِ وَالتَّفْرِقِ ، وَالْمُسْلِمُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ وَبِيَاعَاتِهِمْ عَلَى ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ كَانَ مَوْجُودًا بَيْنَهُمْ ، مَعْلُومًا عِنْدَهُمْ ، وَإِنَّمَا عُلِقَ الشَّرْعُ عَلَيْهِ أَحْكَامًا ، وَأَبْقَاهُ عَلَى مَا كَانَ ، فَلَا يَجُوزُ تَغْيِيرُهُ بِالرَّأْيِ وَالتَّحْكُمِ ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا عَنْ أَصْحَابِهِ ، مَعَ كَثْرَةِ وُقُوعِ الْبَيْعِ بَيْنَهُمْ ، اسْتِعْمَالِ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَلَوْ اسْتَعْمَلُوا ذَلِكَ فِي بِيَاعَاتِهِمْ لَنُقِلَ نَقْلًا شَائِعًا ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ شَرْطًا ، لَوَجِبَ نَقْلُهُ ، وَلَمْ يُتَصَوَّرْ مِنْهُمْ إِهْمَالُهُ وَالْعَفْلَةُ عَنْ نَقْلِهِ ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبَلْوَى ، فَلَوْ اشْتَرَطَ لَهُ الْإِجَابُ وَالْقَبُولَ لَبَيَّنَّهُ ﷺ بَيَانًا عَامًّا ، وَلَمْ يَخْفَ حُكْمُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى وُقُوعِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ كَثِيرًا ، وَأَكْلِهِمُ الْمَالَ بِالْبَاطِلِ ، وَلَمْ يُنْقَلْ ذَلِكَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَا عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِهِ فِيمَا عَلِمْنَا ، وَلِأَنَّ النَّاسَ يَتَّبِعُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ بِالْمُعَاطَاةِ فِي كُلِّ عَصْرِ ، وَلَمْ يُنْقَلْ إِنكَارُهُ قَبْلَ مُخَالَفَتِنَا ، فَكَانَ ذَلِكَ إِجْمَاعًا ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، فِي الْهَبَةِ ، وَالْهَدِيَّةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَلَمْ يُنْقَلْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَا عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِهِ اسْتِعْمَالُ ذَلِكَ فِيهِ ، وَقَدْ أُهْدِيَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنَ الْحَبْشَةِ وَغَيْرِهَا ، وَكَانَ النَّاسُ يَتَحَرَّوْنَ بِهِدَايَاهُمْ يَوْمَ عَائِشَةَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١٤) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ (١٥) ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ،

(١٤) أخرجه البخارى ، فى : باب قبول الهدية ، وباب من أهدى إلى صاحبه فتحرى بعض نسائه دون بعض ، من كتاب الهبة ، وفى : باب فضل عائشة رضى الله عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح البخارى ٢٠٣/٣ - ٢٠٥ ، ٣٧/٥ . ومسلم ، فى : باب فى فضل عائشة رضى الله تعالى عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ١٨٩١/٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب فضل عائشة رضى الله عنها ، من أبواب المناقب . عارضة الأحمذى ٢٥٥/١٣ . والنسائى ، فى : باب حب الرجل بعض نسائه أكثر من بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٦٤/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٣/٦ .

(١٥) فى : باب قبول الهدية ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢٠٣/٣ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب قبول النبی ﷺ الهدية ورده الصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ .

قال : كان رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا أَتَى بِطَعَامٍ سَأَلَ عَنْهُ : « أَهْدِيَّةٌ أَمْ صَدَقَةٌ ؟ » . فَإِنْ قِيلَ : صَدَقَةٌ . قَالَ لِأَصْحَابِهِ : « كُلُوا » . وَلَمْ يَأْكُلْ ، وَإِنْ قِيلَ : هَدِيَّةٌ . ضَرَبَ بِيَدِهِ ، وَأَكَلَ مَعَهُمْ . وَفِي حَدِيثِ سَلْمَانَ ^(١٦) ، حِينَ جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِتَمْرٍ ، فَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ مِنَ الصَّدَقَةِ ، رَأَيْتُكَ أَنْتَ وَأَصْحَابُكَ أَحَقَّ النَّاسِ بِهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَصْحَابِهِ : / « كُلُوا » . وَلَمْ يَأْكُلْ ، ثُمَّ أَتَاهُ ثَانِيَةً بِتَمْرٍ ، فَقَالَ : رَأَيْتُكَ لَا تَأْكُلُ الصَّدَقَةَ ، وَهَذَا شَيْءٌ أَهْدَيْتَهُ لَكَ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « بِسْمِ اللَّهِ » . وَأَكَلَ . وَلَمْ يُنْقَلِ قَبُولٌ وَلَا أَمْرٌ بِإِجَابٍ . وَإِنَّمَا سَأَلَ لِيَعْلَمَ ، هَلْ هُوَ صَدَقَةٌ ، أَوْ هَدِيَّةٌ ، وَفِي أَكْثَرِ الْأَخْبَارِ لَمْ يُنْقَلِ إِجَابٌ وَلَا قَبُولٌ ، وَلَيْسَ إِلَّا الْمُعَاطَاةُ ، وَالتَّفَرُّقُ عَنِ تَرَاضٍ يَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْإِجَابُ وَالْقَبُولُ شَرْطًا فِي هَذِهِ الْعُقُودِ لَشَقَّ ذَلِكَ ، وَلَكَانَتْ أَكْثَرُ عُقُودِ الْمُسْلِمِينَ فَاسِدَةً ، وَأَكْثَرُ أَمْوَالِهِمْ مُحَرَّمَةٌ . وَلِأَنَّ الْإِجَابَ وَالْقَبُولَ إِنَّمَا يُرَادَانِ لِلدَّلَالَةِ عَلَى التَّرَاضِي ، فَإِذَا وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ، مِنَ الْمُسَاوَمَةِ وَالتَّعَاطِي ، قَامَ مَقَامَهُمَا ، وَأَجْزَأُ عَنْهُمَا ؛ لِعَدَمِ التَّعَبُّدِ فِيهِ .

(١٦) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٣٨/٥ ، ٤٣٩ .

(خِيَارِ الْمُتَبَايِعِينَ)

أى بَابِ خِيَارِ الْمُتَبَايِعِينَ ، فَحُذِفَ اِخْتِصَارًا .

٧٠٠ - مسألة ؛ قال أبو القاسم رحمه الله : (وَالْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بِأَبْدَانِهِمَا)

في هذه المسألة ثلاثة فصول ، أحدها ، أن البيع يقع جائزًا ، ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ، مادامًا مجتمعين ، لم يتفرقا ، وهو قول أكثر أهل العلم ، يروى ذلك عن عمر ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبي هريرة ، وأبي بزة^(١) ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وشريح ، والشعبي ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وقال مالك وأصحاب الرأي : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ، ولا خيار لهما ؛ لأنه روى عن عمر ، رضى الله عنه : البيع صفقة أو خيار . ولأنه عقد معاوضة ، فلزم بمجرده ، كالنكاح والخلع . ولنا ، ما روى ابن عمر ، عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ، ما لم يتفرقا ، وكانا جميعًا ، أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر ، فتبايعا على ذلك ، فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تباعا ، ولم يترك أحدهما البيع ، فقد وجب البيع » . متفق عليه^(٢) . وقال

(١) تقدمت ترجمته في : ٤٠١/٢ .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٤/٣ . ومسلم ، في : باب ثبوت خيار المجلس ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٣/٣ . كما أخرجه النسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المحققى ٢١٩/٧ . وابن ماجه ، في : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٩/٢ .

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « الْبَيْعَانِ / بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » . رَوَاهُ الْأَيْمَةُ كُلُّهُمْ^(٣) . وَرَوَاهُ عَبْدُ اللَّهِ ١٤٢/٤ و
ابنُ عُمَرَ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، وَحَكِيمُ بْنُ حِرَامٍ ، وَأَبُو بَرزَةَ الْأَسْلَمِيُّ . وَأُتِفِقَ
على حَدِيثِ ابنِ عُمَرَ ، وَحَكِيمٍ ، وَرَوَاهُ عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابنِ عُمَرَ ، مَالِكٌ ، وَأَبُو بَ ،
وَعُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ جُرَيْجٍ ، وَاللَيْثُ بْنُ سَعْدٍ ، وَيَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ ، وَغَيْرُهُمْ .
وهو صَرِيحٌ فِي حُكْمِ الْمَسْأَلَةِ . وَعَابَ كَثِيرٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى مَالِكٍ مُخَالَفَتَهُ
لِلْحَدِيثِ ، مع رَوَايَتِهِ لَهُ ، وَثُبُوتِهِ عِنْدَهُ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا أَدْرِي هل
أَتَهُم مَالِكٌ نَفْسَهُ أَوْ نَافِعًا ؟ وَأَعْظَمُ أَنْ أَقُولَ : عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ . وَقَالَ ابنُ أَبِي ذَيْبٍ :
يُسْتَبَابُ مَالِكٌ فِي تَرْكِه لِهَذَا الْحَدِيثِ . فَإِنْ قِيلَ : الْمَرَادُ بِالتَّفَرُّقِ هَهُنَا التَّفَرُّقُ
بِالْأَقْوَالِ ، كما قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ ﴾^(٤) . وَقَالَ النَّبِيُّ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « سَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً »^(٥) . أَيْ بِالْأَقْوَالِ وَالْإِعْتِقَادَاتِ .
قلنا : هذا بِاطِلٍ لَوْجُوهُ ، منها ، أَنْ اللَّفْظَ لَا يَحْتَمِلُ مَا قَالُوهُ ؛ إِذْ لَيْسَ بَيْنَ الْمُتَبَايَعِينَ
تَفَرُّقٌ بِقَوْلٍ^(٦) وَلَا إِعْتِقَادٍ ، إِنَّمَا بَيْنَهُمَا اتِّفَاقٌ عَلَى التَّمَنِ وَالْمَبِيعِ بعد الاختلاف
فيه . الثاني ، أَنَّ هَذَا يُبْطِلُ فَائِدَةَ الْحَدِيثِ ؛ إِذْ قَدْ عَلِمَ أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ قَبْلَ الْعَقْدِ فِي
إِنْشَائِهِ وَإِتْمَامِهِ ، أَوْ تَرْكِهِ . الثالث ، أَنَّهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ : « إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ ،
فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ » . فَجَعَلَ لهُمَا الْخِيَارَ بعد تَبَايُعِهِمَا ، وَقَالَ : « وَإِنْ تَفَرَّقَا
بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا ، وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » . الرابع ، أَنَّهُ يُرَدُّهُ تَفْسِيرُ
ابنِ عُمَرَ لِلْحَدِيثِ بِفِعْلِهِ ، فَإِنَّهُ كَانَ إِذَا بَايَعَ رَجُلًا مَشَى حُطُوتًا ؛ لِيَلْزَمَ الْبَيْعَ ،
وَتَفْسِيرُ أَبِي بَرزَةَ لَهُ ، بِقَوْلِهِ عَلَى مِثْلِ قَوْلِنَا ، وَهِيَ رَاوِيَا الْحَدِيثِ ، وَأَعْلَمُ بِمَعْنَاهُ ،
وَقَوْلُ عُمَرَ : الْبَيْعُ صَفَقَةٌ أَوْ خِيَارٌ . معناه ، أَنَّ الْبَيْعَ يَنْقَسِمُ إِلَى بَيْعٍ شَرْطِ فِيهِ الْخِيَارُ ،

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٤) سورة البينة ٤ .

(٥) أخرجه أبو داود ، في : باب شرح السنة ، من كتاب السنة . سنن أبي داود ٥٠٣/٢ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في افتراق هذه الأمة ، من أبواب الإيمان . عارضة الأحوذى ١٠٩/١٠ . وابن ماجه ، في : باب
افتراق الأمم ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١٣٢١/٢ ، ١٣٢٢ . والدارمي ، في : باب في افتراق هذه
الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢٤١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٣٢/٢ . ١٤٥/٣ .

(٦) في م : « بلفظ » .

وَيَبْعُ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ ، سَمَاءُ صَفَقَةً لِقِصْرِ مُدَّةِ الْخِيَارِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ قَدْ رَوَى عَنْهُ أَبُو إِسْحَاقَ الْجُوزْجَانِيُّ مِثْلَ مَذْهَبِنَا ، وَلَوْ أَرَادَ مَا قَالُوهُ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعَارِضَ بِهِ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، فَلَا حُجَّةَ فِي قَوْلِ أَحَدٍ مَعَ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَدْ كَانَ عَمْرٌ إِذَا بَلَغَهُ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ ، فَكَيْفَ يُعَارِضُ قَوْلُهُ بِقَوْلِهِ ؟ عَلَى أَنَّ قَوْلَ عَمْرٍ لَيْسَ بِحُجَّةٍ إِذَا خَالَفَهُ بَعْضُ الصَّحَابَةِ ، / وَقَدْ خَالَفَهُ ابْنُهُ ، وَأَبُو بَرَزَةَ ، وَغَيْرُهُمَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ الْبَيْعِ عَلَى النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَقَعُ غَالِبًا إِلَّا بَعْدَ رُؤْيَا وَنَظَرٍ وَتَمَكُّثٍ ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْخِيَارِ بَعْدَهُ ، وَلِأَنَّ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، لَمَا يَلْزَمُ مِنَ رَدِّ الْمَرْأَةِ بَعْدَ ابْتِدَائِهَا بِالْعَقْدِ ، وَذَهَابِ حُرْمَتِهَا بِالرَّدِّ ، وَالْحَاقِقُ بِالسَّلْعِ الْمَبِيعَةِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِيهِ خِيَارٌ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ ، وَلِهَذَا لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ ، وَلَا خِيَارُ الرُّؤْيَا ، وَالْحُكْمُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرٌ ؛ لِظُهُورِ دَلِيلِهِ ، وَوَهَائِهِ مَا ذَكَرَهُ الْمُخَالَفُ فِي مُقَابَلَتِهِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . الْفَصْلُ الثَّانِي ، أَنَّ الْبَيْعَ يَلْزَمُ بِتَفَرُّقِهِمَا ؛ لِذِلَالَةِ الْحَدِيثِ عَلَيْهِ ، وَلَا خِلَافَ فِي لُزُومِهِ بَعْدَ التَّفَرُّقِ ، وَالْمَرْجِعُ فِي التَّفَرُّقِ إِلَى عُرْفِ النَّاسِ وَعَادَتِهِمْ ، فِيمَا يَعْدُونَهُ تَفَرُّقًا ؛ لِأَنَّ الشَّارِعَ عَلَّقَ عَلَيْهِ حُكْمًا ، وَلَمْ يَبَيِّنْهُ ، فَذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ مَا يَعْرِفُهُ النَّاسُ ، كَالْقَبْضِ ، وَالْإِحْرَازِ ، فَإِنْ كَانَا فِي فُضَاءٍ وَاسِعَةٍ ، كَالْمَسْجِدِ الْكَبِيرِ ، وَالصَّحْرَاءِ ، فَيَبْنَ يَمْسِي أَحَدُهُمَا مُسْتَدِيرًا لِصَاحِبِهِ خُطُوتًا ، وَقِيلَ : هُوَ أَنْ يَبْعُدَ مِنْهُ بِحَيْثُ لَا يَسْمَعُ كَلَامَهُ الَّذِي يَتَكَلَّمُ بِهِ فِي الْعَادَةِ . قَالَ أَبُو الْحَارِثِ : سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ تَفَرُّقِ الْأَبْدَانِ ؟ فَقَالَ : إِذَا أَخَذَ هَذَا كَذَا ، وَهَذَا كَذَا ، فَقَدْ تَفَرَّقَا . وَرَوَى مُسْلِمٌ ، عَنْ نَافِعٍ ، قَالَ : فَكَانَ ابْنُ عُمَرَ إِذَا بَايَعَ ، فَأَرَادَ [أَنْ] (٧) لَا يُقِيلُهُ ، مَشَى هُنَيْهَةً ، ثُمَّ رَجَعَ . وَإِنْ كَانَا فِي دَارٍ كَبِيرَةٍ ، ذَاتِ مَجَالِسَ وَبُيُوتَ ، فَالْمُفَارَقَةُ أَنْ يُفَارِقَهُ مِنْ بَيْتٍ إِلَى بَيْتٍ ، أَوْ إِلَى مَجْلِسٍ ، أَوْ صِيفَةٍ ، أَوْ مِنْ مَجْلِسٍ إِلَى بَيْتٍ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . فَإِنْ كَانَا فِي دَارٍ صَغِيرَةٍ ، فَإِذَا صَعِدَا أَحَدُهُمَا السُّطْحَ ، أَوْ خَرَجَ مِنْهَا ، فَقَدْ فَارَقَهُ . وَإِنْ كَانَا فِي سَفِينَةٍ صَغِيرَةٍ ، خَرَجَ أَحَدُهُمَا مِنْهَا

ظ ١٤٢/٤

(٧) تكملة من صحيح مسلم ١١٦٤/٣ .

ومشى ، وإن كانت كبيرة صعد 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 ؛ لأنه تولى طرفي العقد ، فلم يثبت له خيار ، كالشفيح ، ويحتمل أن يثبت فيه ، ويعتبر مفارقة مجلس العقد لزومه ؛ لأن الافتراق لا يمكن ههنا ، لكون البائع هو المشتري ، ومتى حصل التفرق لزم العقد ، / فصدا ذلك أو لم يقصده ، علماه ١٤٣/٤ و أو جهلاه ؛ لأن النبي ﷺ علق الخيار على التفرق ، وقد وجد . ولو هرب أحدهما من صاحبه ، لزم العقد ؛ لأنه فارقه باختياره ، ولا يقف لزوم العقد على رضاها ، ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع . ولو أقاما في المجلس ، وسدلا بينهما سيرا ، أو بنيا بينهما حاجزا ، أو تاما ، أو قاما فمضيا جميعا ولم يتفرقا ، فالخيار بحاله ، وإن طالت المدة لعدم التفرق . وروى أبو داود^(٨) ، والأثرم ، بإسناديهما عن أبي الوضئ^(٩) ، قال : عزونا عزوة لنا ، فنزلنا منزلا ، فباع صاحب لنا فرسا بعلام ، ثم أقاما بقيته يومهما وليتتهما ، فلما أصبحا من العد ، وحضر الرجل ، قام إلى فرسه يسرجه ، فندم ، فأتى الرجل ، وأخذه بالبيع ، فأبى الرجل أن يدفعه إليه ، فقال : بيني وبينك أبو برة صاحب رسول الله ﷺ . فأتيا أبا برة في ناحية العسكر^(١٠) ، فقالا له هذه القصة . فقال : أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ ؟ قال رسول الله ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » . ما أراكما افترتكما . فإن فارق أحدهما الآخر مكرها ، احتمل بطلان الخيار ؛ لوجود غايته ، وهو التفرق ، ولأنه لا يعتبر رضاه في مفارقة صاحبه له ،

(٨) أخرجه أبو داود ، في : باب في خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٥/٢ . وانظر ما

تقدم في تخریج حدیث : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » صفحة ٦ .

(٩) في النسخ : « أبي الرضى » . تحريف .

(١٠) في م : « المعسكر » .

فَكَذَلِكَ فِي مُفَارَقَتِهِ لِصَاحِبِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَنْقَطِعُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ عُلِّقَ عَلَى التَّفَرُّقِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ مَعَ الْإِكْرَاهِ ، كَمَا لَوْ عُلِّقَ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ . وَلَا صَحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . فَعَلَى قَوْلِ مَنْ لَا يَرَى انْقِطَاعَ الْخِيَارِ ، إِنْ أُكْرِهَ أَحَدُهُمَا عَلَى فُرْقَةٍ صَاحِبِهِ ، انْقَطَعَ خِيَارُ صَاحِبِهِ ، كَمَا لَوْ هَرَبَ مِنْهُ ، وَفَارَقَهُ بِغَيْرِ رِضَاةٍ ، وَيَكُونُ الْخِيَارُ لِلْمُكْرَهِ مِنْهُمَا فِي الْمَجْلِسِ الَّذِي يَزُولُ عَنْهُ فِيهِ الْإِكْرَاهُ ، حَتَّى يُفَارِقَهُ ، وَإِنْ أُكْرِهَا جَمِيعًا انْقَطَعَ خِيَارُهُمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْقَطِعُ خِيَارُهُ بِفُرْقَةِ الْآخَرِ لَهُ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ أُكْرِهَ صَاحِبُهُ دُونَهُ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ مِنْ صُورِ الْإِكْرَاهِ ، مَا لَوْ رَأَى سَبْعًا أَوْ ظَالِمًا حَشِييَةً ، فَهَرَبَا فَرَعًا مِنْهُ ، أَوْ حَمَلَهَا سَيْلٌ أَوْ فَرَّقَتْ رِيحٌ بَيْنَهُمَا .

فصل : وَإِنْ خَرَسَ أَحَدُهُمَا ، قَامَتْ إِشَارَتُهُ مَقَامَ لَفْظِهِ ، فَإِنْ لَمْ تُفْهِمِ إِشَارَتُهُ ، أَوْ جُنَّ ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ، قَامَ وَلِيُّهُ مِنَ الْأَبِ ، أَوْ وَصِيِّهِ ، أَوْ الْحَاكِمُ ، مَقَامَهُ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَطَلَّ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَدَّرَ مِنْهُ الْخِيَارُ ، وَالْخِيَارُ لَا يُورَثُ . وَأَمَّا الْبَاقِي مِنْهُمَا فَيَبْطُلُ خِيَارُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالتَّفَرُّقِ ، وَالتَّفَرُّقُ بِالْمَوْتِ أَعْظَمُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَبْطُلَ ؛ لِأَنَّ التَّفَرُّقَ بِالْأَبْدَانِ لَمْ يَحْصُلْ . فَإِنْ حُمِلَ الْمَيِّتُ بَطَلَّ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ حَصَلَتْ بِالْبَدَنِ وَالرُّوحَ مَعًا .

فصل : وَقَدَرَوِي عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْبَائِعُ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةَ خِيَارٍ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ حَشِييَةً أَنْ يَسْتَقِيلَهُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَالْأَثَرِيُّ ، وَالتِّرْمِذِيُّ (١١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَقَوْلُهُ : « إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةَ خِيَارٍ » . يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ

(١١) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ وَجُوبِ الْخِيَارِ لِلْمُتَبَاعِينَ قَبْلَ افْتِرَاقِهِمَا بِأَبْدَانِهِمَا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٢٢١/٧ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْبَيْعِينَ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَدِيِّ ٢٥٦/٥ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي خِيَارِ الْمُتَبَاعِينَ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٥/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٨٣/٢ .

الْبَيْعِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ بِتَفَرُّقِهِمَا ، وَلَا يَكُونُ تَفَرُّقُهُمَا غَايَةً لِلْخِيَارِ فِيهِ ؛ لِكَوْنِهِ ثَابِتًا بَعْدَ تَفَرُّقِهِمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْبَيْعَ الَّذِي شَرَطَا فِيهِ أَنْ لَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا فِيهِ خِيَارٌ ، فَيَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ مِنْ غَيْرِ تَفَرُّقٍ . وَظَاهِرُ الْحَدِيثِ تَحْرِيمُ مُفَارَقَةِ أَحَدِ الْمُتَبَايِعِينَ لِصَاحِبِهِ حَشِيَّةً مِنْ فُسْخِ الْبَيْعِ ، وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمْ ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ لَهُ فِعْلُ ابْنِ عُمَرَ ، وَحَدِيثُ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، فَقَالَ : هَذَا الْآنَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، جَوَازُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا يُعْجِبُهُ فَارَقَ صَاحِبَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٢) . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ يُقَدِّمُ عَلَى فِعْلِ ابْنِ عُمَرَ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ ابْنَ عُمَرَ لَمْ يَبْلُغْهُ هَذَا ، وَلَوْ بَلَغَهُ^(١٣) لَمَا خَالَفَهُ .

الفصل الثالث : أن ظاهر كلام الخرقى أن الخيار يمتد إلى التفريق ، ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ؛ لأن أكثر الروايات عن النبي ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » . من غير تقييد ، ولا تخصيص ، هكذا رواه^(١٤) حَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ ، وَأَبُو بَرَزَةَ^(١٥) ، وَأَكْثَرُ الرَّوَايَاتِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّ الْخِيَارَ يَبْطُلُ بِالتَّخَايِرِ . اخْتَارَهَا الشَّرِيفُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ^(١٦) فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ^(١٧) : « فَإِنْ خَيْرٌ أَحَدُهُمَا صَاحِبُهُ ، فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ »^(١٧) . يَعْنِي لَزِمَ . وَفِي لَفْظِ : « الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ كَانَ عَنْ خِيَارٍ ،

١٤٤/٤ و

(١٢) أخرجه البخارى ، فى : باب كم يجوز الخيار ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٣/٣ . ومسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٣/٣ ، ١١٦٤ .

(١٣) فى م : « علمه » .

(١٤) فى الأصل : « رواية » .

(١٥) فى الأصل : « أبى » .

(١٦) - ١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) تقدم تخريجه فى : صفحة ١٠ .

فَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ عَنْ خِيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٨) . وَالْأَخْذُ بِالزِّيَادَةِ أَوْلَى . وَالتَّخَايُرُ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ وَبَعْدَهُ فِي الْمَجْلِسِ وَاحِدٌ ، فَالتَّخَايُرُ فِي ابْتِدَائِهِ أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ وَلَا خِيَارَ بَيْنَنَا . وَيَقْبَلُ الْآخَرُ عَلَى ذَلِكَ ، فَلَا يَكُونُ لهما خِيَارٌ . وَالتَّخَايُرُ بَعْدَهُ^(١٩) أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْعَقْدِ : اخْتَرْتُ إِمضَاءَ الْعَقْدِ ، أَوْ إِرْزَامَهُ ، أَوْ اخْتَرْتُ الْعَقْدَ ، أَوْ أَسْقَطْتُ خِيَارِي . فَيَلْزَمُ الْعَقْدُ مِنَ الطَّرْفَيْنِ ، وَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، لَزِمَ فِي حَقِّهِ وَحْدَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ خِيَارُ الشَّرْطِ لهما ، فَأَسْقَطَ أَحَدُهُمَا خِيَارَهُ دُونَ الْآخَرِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : فِي التَّخَايُرِ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ قَوْلَانِ ، أَظْهَرُهُمَا لَا يُقْطَعُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لِلْحَقِّ قَبْلَ سَبَبِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَخِيَارِ الشُّفْعَةِ . فَعَلَى هَذَا ، هَلْ يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِهَذَا الشَّرْطِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِنْ خَيْرٌ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » . وَقَوْلُهُ : « إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ كَانَ عَنْ خِيَارٍ ، فَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ عَنْ خِيَارٍ فَقَدْ^(٢٠) وَجَبَ الْبَيْعُ »^(٢١) . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي الْحُكْمِ ، فَلَا يُعْوَلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ . وَلِأَنَّ مَا أَثَّرَ فِي الْخِيَارِ فِي الْمَجْلِسِ ، أَثَّرَ فِيهِ مُقَارِنًا لِلْعَقْدِ ، كَاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ . وَلِأَنَّهُ أَحَدُ الْخِيَارَيْنِ فِي الْبَيْعِ ، فَجَازَ إِخْلَاؤُهُ عَنْهُ ، كَخِيَارِ الشَّرْطِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ إِسْقَاطٌ لِلْخِيَارِ قَبْلَ سَبَبِهِ . لَيْسَ كَذَلِكَ ، فَإِنَّ سَبَبَ الْخِيَارِ الْبَيْعُ الْمُطْلَقُ ، فَأَمَّا الْبَيْعُ مَعَ التَّخَايُرِ فَلَيْسَ بِسَبَبٍ

(١٨) أخرجه البخارى . فى : باب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقت فى الخيار هل يجوز البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٣/٣ ، ٨٤ . ومسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٤/٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢١٨/٧ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، فى : باب البيعان بالخيار ما لم يفترا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١١/٢ .

(١٩) فى م : « بعد » .

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) تقدم تخريجه فى : صفحة ١٦ .

له . ثم لو ثبت أنه سبب الخيار ، لكن المانع مقارن له ، فلم يثبت حكمه ، وأما الشفيع ، فإنه أجنبي من العقد ، فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد ، بخلاف مسألتنا . فإن قال أحدهما لصاحبه : اختر . ولم يقل الآخر شيئاً ، فالساکت / ١٤٤/٤ ظ
منهما على خياره ؛ لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره . وأما القائل ، فيحتمل أن يبطل خياره ؛ لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ ، قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر » . رواه البخاري ، وأبو داود ، والنسائي^(٢٢) .
ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار ، فسقط خياره ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي . ويحتمل أن لا يبطل خياره ؛ لأنه خير ،^(٢٣) فلم يخر^(٢٤) ، فلم يؤثر فيه^(٢٥) ، كما لو جعل لزوجه الخيار ، فلم تخر^(٢٥) ، ويحمل الحديث على أنه خير فاختار ، والأول أولى ؛ لظاهر الحديث . ولأنه جعل الخيار لغيره ، ويفارق الزوجة ؛ لأنه ملكها ما لا تملك ، فإذا لم تقبل ، سقط ، وههنا كل واحد منهما يملك الخيار ، فلم يكن قوله تمليكا ، إنما كان إسقاطا ، فسقط .

٧٠١ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ تَلَفَتِ السَّلْعَةُ ، أَوْ كَانَ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ، أَوْ مَاتَ ، بَطَلَ الْخِيَارُ)

أما إذا تلفت السلعة في مدة الخيار ، فلا يخلو ، إما أن تكون قبل القبض ، أو بعده ، فإن كان قبل القبض ، وكان مكيلا ، أو موزونا ، انفسخ البيع ، وكان من مال البائع ، ولا أعلم في هذا خلافا ، إلا أن يتلفه المشتري ، فيكون من ضمانه ،

(٢٢) أخرجه البخاري ، في : باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٥ . والنسائي ، في : باب ذكر الاختلاف على نافع في لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٩ .

(٢٣ - ٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) في م زيادة : « شيئا » .

وَيَبْطُلُ خِيَارُهُ . وَفِي خِيَارِ الْبَائِعِ رَوَاتَانِ . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ،
وَلَمْ يَمْنَعْ الْبَائِعُ الْمُشْتَرِيَ مِنْ قَبْضِهِ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ،
وَيَكُونُ كَتَلْفِهِ بَعْدَ الْقَبْضِ . وَأَمَّا إِنْ تَلَفَ الْمَبِيعُ بَعْدَ الْقَبْضِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، فَهُوَ
مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهُ . وَفِي خِيَارِ الْبَائِعِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَبْطُلُ ،
وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَرْقِيِّ ، وَأَبَى بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارٌ فَسَخَ ، فَبَطُلَ بِتَلْفِ الْمَبِيعِ ، كِخِيَارِ
الرَّدِّ بِالْعَيْبِ إِذَا تَلَفَ الْمَعِيبُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَبْطُلُ ، وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَفْسَخَ وَيُطَالِبَ
الْمُشْتَرِيَ بِقِيمَتِهِ ، وَهَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيْعَانِ
بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا » . وَلِأَنَّهُ خِيَارٌ فَسَخَ ، فَلَمْ يَبْطُلْ بِتَلْفِ الْمَبِيعِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى
ثَوْبًا بِثَوْبٍ ، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَوَجَدَ الْآخَرَ بِالثَّوْبِ عَيْبًا ، فَإِنَّهُ يُرُدُّهُ ، وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ
ثَوْبِهِ ، / كَذَا هُنَا . وَأَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّ خِيَارَهُ يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ ، وَفِي
بُطْلَانِ خِيَارِ الْبَائِعِ رَوَاتَانِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ الْمَبِيعُ . وَخِيَارُ الْمَجْلِسِ ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ
فِي هَذَا كُلُّهُ سَوَاءٌ .

و ١٤٥/٤

فصل : وَمَتَى تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ تَصَرُّفًا يَحْتَصُّ الْمَلِكُ ،
بَطُلَ خِيَارُهُ ، كَاغْتَاقِ الْعَبْدِ ، وَكِتَابَتِهِ ، وَبَيْعِهِ ، وَهَبْتِهِ ، وَوَطْءِ الْجَارِيَةِ ، أَوْ
مُبَاشَرَتِهَا ، أَوْ لَمْسِهَا لِشَهْوَةٍ ، وَوَقْفِ الْمَبِيعِ ، وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ لِحَاجَتِهِ ، أَوْ سَفَرِ ،
أَوْ حَمْلِهِ عَلَيْهَا ، أَوْ سُكْنَى الدَّارِ ، وَرَمِّهَا ، وَحَصَادِ الزَّرْعِ . وَقَصْلٌ ^(١) مِنْهُ ، فَمَا
وُجِدَ مِنْ هَذَا فَهُوَ رِضَاءٌ بِالْمَبِيعِ ، وَيَبْطُلُ بِهِ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَبْطُلُ بِالتَّصْرِيحِ
بِالرِّضَاءِ ، وَبِدَلَالَتِهِ ، وَلِذَلِكَ يَبْطُلُ خِيَارُ الْمُعْتَقَةِ بِتَمَكِينِهَا الزَّوْجَ مِنْ وَطْئِهَا ، وَقَالَ
لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِنْ وَطَّئَكَ فَلَا خِيَارَ لَكَ » ^(٢) . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيِّ . فَأَمَّا رُكُوبُ الدَّابَّةِ لِيَنْظُرَ سَيْرَهَا ، وَالطَّحْنَ عَلَى الرَّحَى لِيَعْلَمَ

(١) الفصل : القطع .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤/٦٥ ، ٥/٣٧٨ . والبيهقي ، في : باب ما جاء في وقت الخيار ، من
كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/٢٢٥ .

قَدَّرَ طَخْنَهَا ، وَحَلَبَ الشَّاةَ لِيَعْلَمَ قَدْرَ لَبْنِهَا ، وَنَحُوَ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ بِرِضًا بِالْبَيْعِ ، وَلَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَقْصُودُ بِالْخِيَارِ ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمَبِيعِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا فِي أَنَّ تَصَرُّفَ الْمُشْتَرِي لَا يُبْطِلُ خِيَارَهُ ، وَلَا يَبْطُلُ إِلَّا^(٣) بِالتَّصْرِيحِ بِالرِّضَا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذَا يَتَضَمَّنُ إِجَازَةَ الْبَيْعِ ، وَيَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَبَطُلَ بِهِ الْخِيَارُ كَصْرِيحِ الْقَوْلِ . وَلِأَنَّ الصَّرِيحَ^(٤) إِنَّمَا أَبْطَلَ الْخِيَارَ لِذَلَالَتِهِ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، فَمَا دَلَّ عَلَى الرِّضَا بِهِ يَقُومُ مَقَامَهُ ، كَكَيْفَايَاتِ الطَّلَاقِ ، تَقُومُ مَقَامَ صْرِيحِهِ . وَإِنْ عَرَضَهُ عَلَى الْبَيْعِ ، أَوْ بَاعَهُ بَيِّعًا فَاسِدًا ، أَوْ عَرَضَهُ عَلَى الرَّهْنِ ، أَوْ غَيْرِهِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ ، أَوْ وَهَبَهُ ، فَلَمْ يَقْبَلِ الْمُؤْهُوبُ لَهُ ، بَطُلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّ^(٥) ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اشْتَرَطَ الْخِيَارَ ، فَبَاعَهُ قَبْلَ ذَلِكَ بِرِبْحٍ ، فَالرِّبْحُ لِلْمُبْتَاعِ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ عَلَيْهِ حِينَ عَرَضَهُ . وَإِنْ اسْتَحْدَمَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ ، فَبِهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَبْطُلُ خِيَارُهُ ، وَقَالَ أَبُو الصَّقَرِ^(٦) : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : رَجُلٌ اشْتَرَى جَارِيَةً ، وَلَهُ الْخِيَارُ فِيهَا يَوْمَيْنِ ، فَأَنْطَلَقَ بِهَا ، فَعَسَلَتْ رَأْسَهُ ، أَوْ غَمَزَتْ رَجُلَهُ ، أَوْ طَحَنَتْ لَهُ ، أَوْ حَبَزَتْ ، هَلْ يَسْتَوْجِبُهَا بِذَلِكَ ؟ قَالَ : لَا ، حَتَّى يُبْلَغَ مِنْهَا مَا لَا يَجِلُّ لِغَيْرِهِ . قُلْتُ : فَإِنْ مَشَطَهَا ، أَوْ حَضَبَهَا ، أَوْ حَفَّهَا ، هَلْ يَسْتَوْجِبُهَا بِذَلِكَ ؟ قَالَ : قَدْ بَطُلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهَا . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْاسْتِحْدَامَ لَا يَخْتَصُّ الْمَلِكَ ، وَيُرَادُ لِتَجْرِبَةِ الْمَبِيعِ ، فَأَشْبَهَ رُكُوبَ الدَّابَّةِ لِيَعْلَمَ سَيْرَهَا . وَتَقَلَّ حَرْبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَبْطُلُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِالْمَبِيعِ ، أَشْبَهَ لَمَسَهَا لِشَهْوَةٍ . وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ : مَا قُصِدَ بِهِ مِنَ الْاسْتِحْدَامِ ، تَجْرِبَةُ الْمَبِيعِ ، لَا يُبْطِلُ الْخِيَارَ ، كَرُكُوبِ الدَّابَّةِ لِيَعْلَمَ سَيْرَهَا ، وَمَا لَا يُقْصَدُ بِهِ ذَلِكَ يُبْطِلُ الْخِيَارَ ، كَرُكُوبِ الدَّابَّةِ لِحَاجَتِهِ ، وَإِنْ قَبِلَتْ الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرِيَّ لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « التصريح » .

(٥) من هنا إلى نهاية قوله : « لأنه استمتاع يختص الملك فأبطل خياره » الآتي ، سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٦) يحيى بن يزيد الوراق ، وراق الإمام ، عنده جزء مسائل حسان . طبقات الحنابلة ١/٤٠٩ .

أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ خِيَارُهُ إِذَا لَمْ يَمْنَعَهَا ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَهَا عَلَى ذَلِكَ يَجْرَى مَجْرَى اسْتِمْتَاعِهِ بِهَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ قَبَّلْتَهُ لِشَهْوَةٍ بَطُلَ خِيَارُهُ ، لِأَنَّهُ اسْتِمْتَاعٌ يَخْتَصُّ الْمَلِكَ ، فَأَبْطُلَ خِيَارُهُ ، كَقَبْلَتِهِ لَهَا . وَلَنَا : أَنَّهَا قُبْلَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، فَلَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ ، كَمَا لَوْ قَبَلَتِ الْبَائِعُ . وَلِأَنَّ الْخِيَارَ لَهُ ، لَا لَهَا ، فَلَوْ الزَّمَنَاهُ بِفِعْلِهَا لَأَلْزَمْنَاهُ بغيرِ رِضَاهُ ، وَلَا دَلَالَهَ عَلَيْهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا قَبَّلَهَا ؛ فَإِنَّهُ ^(٧) وَجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهَا . وَمَتَى بَطُلَ خِيَارُ الْمُشْتَرِي بِتَصَرُّفِهِ ، فَخِيَارُ الْبَائِعِ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّ خِيَارَهُ لَا يَبْطُلُ بِرِضَا غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي بِإِذْنِ الْبَائِعِ ، فَإِنَّهُ يَبْطُلُ / خِيَارُهُمَا مَعًا ؛ لِوُجُودِ الرِّضَا مِنْهُمَا ^(٨) بِإِبْطَالِهِ . وَإِنْ تَصَرَّفَ الْبَائِعُ فِي الْمَبِيعِ بِمَا يَفْتَقِرُ إِلَى الْمَلِكِ ، كَانَ فَسْخًا لِلْبَيْعِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمُشْتَرِي . وَلِأَنَّهُ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، فَتَصَرُّفُهُ فِي الْمَبِيعِ اخْتِيَارٌ لَهُ ، كَالْمُشْتَرِي . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ الْبَيْعُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ انْتَقَلَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَكُنْ تَصَرُّفُهُ فِيهِ اسْتِرْجَاعًا لَهُ ، كَمَا وَجَدَ مَا لَهُ عِنْدَ مُفْلِسٍ ، فَتَصَرَّفَ فِيهِ .

١٤٥/٤ ظ

فصل : وَيَنْتَقِلُ الْمَلِكُ إِلَى الْمُشْتَرِي فِي بَيْعِ الْخِيَارِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْخِيَارِ لِمَا ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، أَيُّهُمَا كَانَ ، وَهَذَا أَحَدُ اقْوَالِ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ : أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَنْتَقِلُ حَتَّى يَنْقَضِيَ الْخِيَارُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِمَا وَلِلْبَائِعِ ^(٩) ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي خَرَجَ عَنِ مَلِكِ الْبَائِعِ ، فَلَمْ يَدْخُلْ فِي مَلِكِ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ عَقْدٌ قَاصِرٌ ، فَلَمْ يَنْقَلِ الْمَلِكُ ، كَالِهَيْبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَالْقَوْلُ الثَّلَاثُ لِلشَّافِعِيِّ : أَنَّ الْمَلِكَ مَوْقُوفٌ مُرَاعَى ، فَإِنْ أَمْضِيَ الْبَيْعَ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَلِكَ لِلْمُشْتَرِي ،

(٧) فِي م : « لِأَنَّهُ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهُمْ » .

(٩) فِي م : « أَوْ لِلْبَائِعِ » .

وإِلَّا تَبَيَّنَا أَنَّهُ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنِ الْبَائِعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَهُوَ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُتَبَاعُ »^(١٠) . وَقَوْلُهُ : « مَنْ بَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَمَرَّتُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُتَبَاعُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١١) . فَجَعَلَهُ لِلْمُتَبَاعِ بِمُجَرَّدِ اشْتِرَاطِهِ ، وَهُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ بَيْعٍ . وَلِأَنَّهُ بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فَتَقَلَّ الْمَلِكُ عَقِيْبَهُ ، كَالَّذِي لَا خِيَارَ لَهُ . وَلِأَنَّ الْبَيْعَ تَمْلِيكَ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : مَلَكَتُكَ . فَيَثْبُتُ بِهِ الْمَلِكُ ، كَسَائِرِ الْبَيْعِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّ التَّمْلِيكَ يَدُلُّ عَلَى تَقَلُّ الْمَلِكِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَيَقْتَضِيهِ لَفْظُهُ ، وَالشَّرْعُ قَدْ اُعْتَبَرَهُ وَقَضَى بِصِحَّتِهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَعْتَبَرَهُ فِيمَا يَقْتَضِيهِ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ لَفْظُهُ ، وَتُبُوْتُ الْخِيَارِ فِيهِ لَا يُنَافِيهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَرَضًا بِعَرَضٍ ،

(١٠) فِي مِ زِيَادَةَ : « رَوَاهُ مُسْلِمٌ » . وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ مَمْرٌ أَوْ شَرْبٌ فِي حَائِطٍ أَوْ نَخْلٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥١/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ نَخْلًا عَلَيْهَا ثَمْرٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٧٣/٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْعَبْدِ يَبِيعُ لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٠/٢ ، ٢٤١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ابْتِيَاعِ النَّخْلِ بَعْدَ التَّأْبِيرِ وَالْعَبْدِ لَهُ مَالٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥٣/٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْعَبْدِ يَبِيعُ وَيَسْتَتِي الْمَشْتَرِي مَالَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٦١/٧ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا أَوْ عَبْدًا لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٤٦/٢ . وَالدَّرِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنِ الدَّرِمِيِّ ٢٥٣/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَالِ الْمَمْلُوكِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَوْطَأُ ٦١١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٩/٢ ، ٧٨ ، ٨٢ ، ١٥٠ ، ٣٠١/٣ ، ٣١٠ ، ٣٢٦/٥ .

(١١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتَ أَوْ أَرْضًا مَزْرُوعَةً أَوْ بِإِجَارَةٍ ، وَبَابِ بَيْعِ النَّخْلِ بِأَصْلِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ ، وَبَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ مَمْرٌ أَوْ شَرْبٌ فِي حَائِطٍ أَوْ فِي نَخْلٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ ، وَبَابِ إِذَا بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتَ ، مِنْ كِتَابِ الشَّرُوطِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٠٢/٣ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ٢٤٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ نَخْلًا عَلَيْهَا ثَمْرٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٧٢/٣ ، ١١٧٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْعَبْدِ يَبِيعُ لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٠/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ابْتِيَاعِ النَّخْلِ بَعْدَ التَّأْبِيرِ وَالْعَبْدِ لَهُ مَالٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥٣ ، ٢٥٢/٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّخْلِ يَبِيعُ أَصْلَهَا وَيَسْتَتِي الْمَشْتَرِي ثَمْرَهَا ، وَبَابِ الْعَبْدِ يَبِيعُ وَيَسْتَتِي الْمَشْتَرِي مَالَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٦٠/٧ ، ٢٦١ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا أَوْ عَبْدًا لَهُ مَالٌ ، مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٤٥/٢ ، ٧٤٦ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي ثَمْرِ الْمَالِ يَبِيعُ أَصْلَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَوْطَأُ ٦١٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦/٢ ، ٩ ، ٣٢٦/٥ ، ١٥٠ ، ١٠٢ ، ٨٢ ، ٧٨ ، ٦٣ ، ٥٤ .

فَوَجَدَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا اشْتَرَاهُ عَيْبًا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ قَاصِرٌ . غَيْرُ صَاحِحٍ ، وَجَوَازُ
فَسَخِهُ لَا يُوجِبُ قُصُورَهُ ، وَلَا يَمْنَعُ نَقْلَ الْمَلِكِ كَيْبَعِ الْمَعِيبِ ، وَامْتِنَاعُ التَّصَرُّفِ
إِنَّمَا كَانَ لِأَجْلِ حَقِّ الْغَيْرِ ، فَلَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمَلِكِ ، كَالْمَرْهُونِ ، وَالْمَبِيعِ قَبْلَ
الْقَبْضِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَخْرُجُ / مِنْ مَلِكِ الْبَائِعِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِي مَلِكِ الْمُشْتَرِي .
و ١٤٦/٤
لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى وُجُودِ مَلِكٍ لَا مَالِكَ لَهُ ، وَهُوَ مُحَالٌ ، وَيُفْضَى أَيْضًا
إِلَى ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِلْبَائِعِ ^(١٢) مِنْ غَيْرِ حُصُولِ عَوَضِهِ لِلْمُشْتَرِي ، أَوْ إِلَى نَقْلِ مَلِكِهِ
عَنِ الْمَبِيعِ مِنْ غَيْرِ ثُبُوتِهِ فِي عَوَضِهِ ، وَكَوْنِ الْعَقْدِ مُعَاوَضَةً يَأْتِي ذَلِكَ . وَقَوْلُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : إِنَّ الْمَلِكَ مَوْقُوفٌ ، إِنْ أَمْضِيَ الْبَيْعَ تَبَيَّنَّا أَنَّهُ انْتَقَلَ ، وَإِلَّا فَلَا . غَيْرُ صَاحِحٍ
أَيْضًا ؛ فَإِنَّ انْتِقَالَ الْمَلِكِ إِنَّمَا يَنْبَغِي عَلَى سَبَبِهِ النَّاقِلِ لَهُ ، وَهُوَ الْبَيْعُ ، وَذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ
بِأَمْضَائِهِ وَفَسَخِهِ ، فَإِنَّ أَمْضَاءَهُ لَيْسَ مِنَ الْمُقْتَضِي وَلَا شَرْطًا فِيهِ ، إِذْ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ
لَمَا ثَبَتَ الْمَلِكُ قَبْلَهُ ، وَالْفُسْخُ لَيْسَ بِمَانِعٍ ؛ فَإِنَّ الْمَنْعَ لَا يَتَقَدَّمُ الْمَانِعَ ، كَمَا أَنَّ الْحُكْمَ
لَا يَسْبِقُ سَبَبَهُ وَلَا شَرْطَهُ . وَلِأَنَّ الْبَيْعَ مَعَ الْخِيَارِ سَبَبٌ يَثْبُتُ الْمَلِكُ عَقِيْبَهُ فِيمَا إِذَا
لَمْ يُفْسَخْ ، فَوَجَبَ أَنْ يَثْبُتَ ^(١٣) وَإِنْ فُسِخَ ، كَبَيْعِ الْمَعِيبِ ، وَهَذَا ظَاهِرٌ إِنْ شَاءَ
اللَّهُ .

فصل : وما يحصل من غلات المبيع ، ونمائه المنفصل في مدة الخيار ، فهو
للمشتري ، أمضيا العقد ، أو فسخاه ، قال أحمد في من اشتري عبدا ، فوهب له
مال قبل التفريق ، ثم اختار البائع العبد : فالمال للمشتري . وقال الشافعي : إن أمضيا
العقد ، وقلنا : الملك للمشتري ، أو موقوف . فالنماء المنفصل له ، وإن قلنا :
الملك للبائع . فالنماء له . وإن فسخا العقد ، وقلنا : الملك للبائع ، أو موقوف .
فالنماء له ، وإلا فهو للمشتري . ولنا ، قول النبي ﷺ : « الخراج بالضمان » .

(١٢) في م زيادة : « في الثمن » .

(١٣) في م : « يثبته » .

قال الترمذي^(١٤) : هذا حديث صحيح . وهذا من ضمان المشتري ، فيجب أن يكون خراج له . ولأن الملك يتقبل بالبيع^(١٥) على ما ذكرنا ، فيجب أن يكون ثماؤه له ، كما^(١٦) بعد انقضاء الخيار . ويتخرج أن يكون الثمأ المنفصل للبائع إذا فسخا العقد ، بناء على الرواية التي قلنا : إن الملك لا يتقبل . فأما الثمأ المتصل فهو تابع للمبيع ، أمضيا العقد ، أو فسخاه ، كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة .

فصل : وضمان المبيع على المشتري إذا قبضه ، ولم^(١٧) يكن مكيلا ، ولا مؤزونا . فإن تلف ، أو نقص ، أو حدث به عيب في مدة الخيار ، فهو من ضمانه ؛ لأنه ملكه ، وعقله له ، فكان من ضمانه ، كما بعد انقضاء الخيار ، / ومؤنته عليه . ١٤٦/٤ ظ
 وإن كان عبدا ، فهل هلال شوال ، ففطرته عليه لذلك . فإن اشترى حاملا ، فولدت عنده في مدة الخيار ، ثم ردها على البائع ، لزمه رد ولدها ؛ لأنه مبيع حدث فيه زيادة متصلة ، فلزمه رده بزيادته ، كما لو اشترى عبدين ، فسمن أحدهما عنده . وقال الشافعي في أحد قوليّه : لا يرُدُّ الولد ؛ لأن الحمل لا حكم له ؛ لأنه جزء متصل بالأم ، فلم يأخذ قسطا من الثمن ، كأطرفها . ولنا ، أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلا ، يقسط عليه إذا كان متصلا ، كاللبن . وما قالوه يبطل بالجزء المشاع ، كالثلث ، والرابع ، والحكم في الأصل ممنوع ، ثم يفارق الحمل الأطراف ؛ لأنه يؤول إلى الانفصال ، ويتنفع به منفصلا ، ويصح إفراده بالعق ،

(١٤) في : باب ما جاء في من يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى . ٢٨٥/٥ ، ٢٨٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في من اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٤ ، ٢٥٥ . والنسائي ، في : باب الخراج بالضمآن ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٣ . وابن ماجه ، في : باب الخراج بالضمآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٤٩ ، ٢٠٨ ، ٢٣٧ .

(١٥) في م : « بالمبيع » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في الأصل : « أو لم » .

والوصية به ، وله ، ويرث إن كان من أهل الميراث ، ويُفرد بالدية ، ويرثها ورثته .
ولا يصح قولهم : إنه لا حكم للحمل . لهذه الأحكام وغيرها مما ذكرناه في غير
هذا الموضع .

فصل : وإن تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفاً ينقل المبيع ،
كالبائع ، والهبة ، والوقف ، أو يشغله ، كالإجارة ، والتزويج ، والرهن ،
والكتابة ، ونحوها ، لم يصح تصرفه ، إلا العتق ، سواء وجد 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 ، ويطلب^(١٨) خياره ؛ لأنه لا حق
لغيره فيه ، وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه ، كالمعيب . قال أحمد : إذا اشترط
الخيار ، فباعه قبل ذلك بربح ، فالربح للمبتاع ؛ لأنه قد وجب عليه حين عرضه .
يعنى بطل خياره ، وزممه . وهذا والله أعلم فيما إذا شرط الخيار له وحده ، وكذلك
إذا قلنا : إن البيع لا ينقل الملك ، وكان الخيار لهما ، أو للبائع وحده ، فتصرف
فيه البائع ، نفذ تصرفه ، وصح ؛ لأنه ملكه ، وله إبطال خيار غيره ، وقال ابن
أبي موسى : في تصرف المشتري في المبيع قبل التفرق ببيع أو هبة روايتان ؛
إحدهما / ، 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 ، يردّه إلى صاحبه إن طلبه ، فإن لم يقدر على ردّه ، فللبائع
قيمة الثوب ؛ لأنه استهلك ثوبه ، أو يصالحه . فقوله : يردّه إن طلبه . يدل على
أن وجوب ردّه مشروط بطلبه . وقد روى البخاري^(١٩) ، عن ابن عمر ، أنه كان

١٤٧/٤ و

(١٨) في الأصل : « أو يطلب » .

(١٩) في : باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب كيف =

مع رسول الله ﷺ في سفرٍ ، فكان على بكرٍ صعبٍ ، وكان يتقدم النبي ﷺ ،
 فيقول له أبوه : لا يتقدم النبي ﷺ أحدٌ . فقال له النبي ﷺ : « بعنيه » . فقال
 عمرُ : هو لك يا رسول الله . فقال النبي ﷺ : « هو لك يا عبد الله بن عمر ،
 فأصنع به ما شئت » . وهذا يدلُّ على أن التصرف قبل التفريق جائزٌ ، وذكر أصحابنا
 في صحة تصرف المشتري بالوقف وجهًا آخر ؛ لأنه تصرف يُبطل الشفعة ، فأشبهه
 العتق ، والصحيح أنه لا يصحُّ شيءٌ من هذه التصرفات ؛ لأن المبيع يتعلَّق به
 حقُّ البائع تعلُّقًا يمنع جواز التصرف ، فمَنع صحته ، كالرهن . ويُفارق الوقف
 العتق ؛ لأن العتق مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ . وأمَّا حديث ابن
 عمر ، فليس فيه تصرُّحٌ بالبيع ، فإن قولَ عمر : هو لك . يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ هِبَةً ،
 وهو الظاهرُ ، فإنه لم يذكر ثمنًا ، والهبة لا يثبت فيها الخيار . وقال الشافعيُّ :
 تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيحٌ ؛ لأنه إما أن يكون على
 ملكه فيملك بالعقد^(٢٠) عليه ، وإما أن يكون للمشتري ، والبائع يملك فسحهُ ،
 فجعل البيع والهبة فسحًا . وأمَّا تصرف المشتري ، فلا يصحُّ إذا قلنا : المِلْكُ لِعَيْرِهِ .
 وإن قلنا : المِلْكُ لَهُ . ففي صحة تصرفه وجهان . ولنا ، على إبطال تصرف البائع ،
 أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ، ولا نيابة عرفية ، فلم يصح ، كما بعد
 الخيار . وقولهم^(٢١) : يملك الفسخ . قلنا : / إلا أن ابتداء التصرف لم يُصادف
 ملكه ، فلم يصح ، كتصرف الأب فيما وهب لولده قبل استرجاعه ، وتصرف
 الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه .

فصل : وإن تصرف المشتري بإذن البائع ، أو البائع بوكالة المشتري ، صحَّ
 التصرف ، وانقطع خيارها ؛ لأن ذلك يدلُّ على تراضيهما بمضاء البيع ، فيقطع

= يقبض العبد المتاع ، وباب من أمدي له هدية وعنده جلساؤه فهو أحق ... ، وباب إذا وهب بعير الرجل
 وهو راكب فجائز ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٨٥/٣ ، ٢٠٩ ، ٢١٢ ، ٢١٣ .
 (٢٠) في الأصل : « العقد » .
 (٢١) في م : « قولهم » .

به خيارهما ، كما لو تخايرا ، ويصح تصرفهما ؛ لأن قطع الخيار حصل بالإذن في البيع ، فيقع البيع بعد انقطاع الخيار . وإن تصرف البائع بإذن المشتري ، احتمل أن يقع صحيحا ؛ لأن ذلك دليل على فسخ البيع ، أو استرجاع المبيع ، فيقع تصرفه بعد استرجاعه ، ويحتمل أن لا يصح ؛ لأن البائع لا يحتاج إلى إذن المشتري في استرجاع المبيع ، فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري ، وقد ذكرنا أنه لا يصح ، كذا ههنا . وكل موضع قلنا : إن تصرف البائع لا ينفذ ، ولكن يفسخ به البيع . فإنه متى أعاد ذلك التصرف ، أو تصرف تصرفا سواه ، صح ؛ لأنه يفسخ البيع عاد إليه الملك ، فصح تصرفه فيه ، كما لو فسح البيع بصريح قوله ، ثم تصرف فيه ، وكذلك إن تقدم تصرفه ما يفسخ به البيع ، صح تصرفه ؛ لما ذكرنا .

فصل : وإن تصرف أحدهما بالعتق ، نفذ عتق من حكمننا بالملك له ، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري ، فينفذ عتقه ، سواء كان الخيار لهما ، أو لأحدهما ؛ لأنه عتق من مالك جائز التصرف ، فنقد ، كما بعد المدة . وقول النبي ﷺ : « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم »^(٢٣) . يدل بمفهومه على أنه ينفذ^(٢٤) في الملك ، وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق ، كما لو باع عبدا بجزائية معينة^(٢٥) ، فإن مشتري العبد ينفذ عتقه ، مع أن للبائع الفسخ . ولو وهب رجل ابنه عبدا ، فأعتقه ، نفذ عتقه ، مع ملك الأب لاسترجاعه . ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب . وقال أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك : ينفذ عتقه ؛ لأنه ملكه ، وإن كان الملك انتقل فإنه يسترجعه بالعتق . ولنا ، أنه إعتاق من غير مالك ، فلم ينفذ ، / كعتق الأب عبداً الذي وهبه^(٢٥) إياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري .

و ١٤٨/٤

(٢٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الطلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٠٦/١ .
والترمذي ، في : باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٤٧/٥ . وابن
ماجه ، في : باب لا طلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٠/١ . والإمام أحمد ، في :
المسند ١٩٠/٢ .

(٢٣) في الأصل : « تنفيذ » .

(٢٤) في الأصل ، م : « معينة » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢٥) في الأصل : « رهته » .

وإن قلنا بالرؤية الأخرى ، وأن الملك لم ينتقل إلى المشتري ، نفذ عتق البائع دون المشتري . وإن أعتق البائع والمشتري جميعاً ، فإن تقدم عتق المشتري ، فالحكم على ما ذكرنا ، وإن تقدم عتق البائع ، فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما ؛ لأن البائع لم ينفذ عتقه ؛ لكونه أعتق غير مملوكه ، ولكن حصل بإعتاقه فسوخ البيع ، واسترجاع العبد ، فلم ينفذ عتق المشتري . ومتى أعاد البائع الإعتاق مرة ثانية ، نفذ إعتاقه ؛ لأنه عاد العبد إليه ، فأشبه ما لو استرجعه بصريح قوله . ولو اشترى من يعتق عليه ، جرى مجرى إعتاقه بصريح قوله ، وقد ذكرنا حكمه . وإن باع عبداً بجارية ، بشرط الخيار ، فأعتقهما ، نفذ عتق الأمة دون العبد . وإن أعتق أحدهما ، ثم أعتق الآخر ، نظرت ، فإن أعتق الأمة أولاً ، نفذ عتقها ، وبطل خياره ، ولم ينفذ عتق العبد ، وإن أعتق العبد أولاً ، انفسخ البيع ، ورجع إليه العبد ، ولم ينفذ إعتاقه ، ولا ينفذ عتق الأمة ؛ لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه ، وعادت إلى سيدها البائع لها .

فصل : إذا قال لعبيده : إذا بعتك فأنت حر . ثم باعه ، صار حراً ، نص عليه أحمد ، وبه قال الحسن ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، والشافعي . وسواء شرط الخيار أو لم يشترطه ، وقال أبو حنيفة ، والثوري : لا يعتق ؛ لأنه إذا تم بيعه زال ملكه عنه . فلم ينفذ إعتاقه له . ولنا ، أن زمن انتقال الملك زمن الحرية ؛ لأن البيع سبب لنقل الملك ، وشرط للحرية . فيجب تغليب الحرية ، كما لو قال لعبيده : إذا مت فأنت حر ، ولأنه علق حرية على فعله للبيع . والصادر منه في البيع إنما هو الإيجاب ، فمتى قال للمشتري : بعتك . فقد وجد شرط الحرية ، فاعتق قبل قبول المشتري ، وعلل القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع ، فلا ينقطع تصرفه فيه . فعلى هذا لو تخاريا ثم باعه لم يعتق ، ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا . فإننا ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ / إعتاقه .

ظ ١٤٨/٤

فصل : ولا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده ؛ لأنه يتعلق بها حق البائع ، فلم يباح له وطؤها كالمراهونة ، ولا تعلم

في هذا خلافاً^(٢٦) ، فإن وطئها فلا حدَّ عليه ؛ لأنَّ الحدَّ يُدرأ^(٢٧) بالشبهة للملك^(٢٧) فيحقيقته أولى ، ولا مهر لها ؛ لأنها مملوكته ، وإن علقته منه ، فالولد حرُّ يلحقه نسبه ؛ لأنه من أمته ، ولا يلزمه قيمته ، وتصير أم ولد له ، وإن فسح البائع البيع رجع ببيعته ؛ لأنه تعدد الفسخ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها ؛ لأنه حدث في ملك المشتري . وإن قلنا : إن الملك لا ينتقل إلى المشتري ، فلا حدَّ عليه أيضا ؛ لأنَّ له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك إليه ، واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحدُّ يُدرأ بالشبهات ، وعليه المهر ، وقيمة الولد يكون حكمها حكم نساءها ، وإن علم التحريم ، وأن ملكه غير ثابت ، فولده رقيق . وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسح البيع . وقال بعض أصحاب الشافعي : له وطؤها ؛ لأنَّ البيع يفسخ بوطئه ، فإن كان الملك انتقل رجعت إليه ، وإن لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها^(٢٨) ، فيكون واطئاً لمملوكته التي لا حق لغيره فيها . ولنا ، أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾^(٢٩) ، ولأنَّ ابتداء الوطء يقع في غير ملكه ، فيكون حراماً . ولو انفسح البيع قبل وطئه ، لم تحل له^(٣٠) حتى يستبرئها ، ولا يلزمه حدُّ . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وقال بعض أصحابنا : إن علم التحريم ، وأن ملكه قد زال ، ولا يفسخ بالوطء ، فعليه الحدُّ . وذكر أن أحمد نصَّ عليه ؛ لأنَّ وطأه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك . ولنا ، أن ملكه يحصل بابتداء وطئه ، فيحصل تمام الوطء في ملكه ، مع اختلاف العلماء في كون الملك له ، وحل الوطء له ، ولا يجب الحدُّ

(٢٦) في م : « اختلافاً » .

(٢٧-٢٧) في م : « بشبهه الملك » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) سورة المؤمنون ٦ ، ٧ .

(٣٠) سقط من : الأصل .

مع واحدة من هذه الشبهات ، فكيف إذا اجتمعت ! مع أنه يحتمل أن يحصل الفسخ بالملازمة قبل الوطاء ، / فيكون الملك قد رجع إليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد ١٤٩/٤ و في المشتري : إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها . فيما إذا مشطها ، أو خصبها ، أو حفها ، فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى . فعلى هذا يكون ولده منها حراً ، ونسبه لاحق به ، ولا يلزمه قيمته ، ولا مهر عليه ، وتصير الأمة أم ولده . وقال أصحابنا : إن علم التحريم فولده رقيق ، ولا يلحقه نسبه . فإن لم يعلم لحقه النسب ، وولده حر ، وعليه قيمته يوم الولادة ، وعليه المهر ، ولا تصير الأمة أم ولده ، لأنه وطفها في غير ملكه .

فصل : ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار . وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وكرهه مالك . قال : لأنه في معنى بيع وسلف إذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع ، صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ، أن هذا حكم من أحكام البيع ، فجاز في مدة الخيار ، كالإجارة ، وما ذكره لا يصح ؛ لأننا (٣١) لا نجز (٣١) له التصرف فيه .

فصل : قول الخرقي : « أو مات » الظاهر أنه أراد العبد ، ورد الضمير إليه ، وهو في معنى قوله : « أو تلفت السلعة » . ويحتمل أنه رد الضمير إلى 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 الميِّت منهما يبطل بموته ، ويبقى خيار الآخر بحاله ، إلا أن يكون الميِّت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه (٣٢) ، فيكون لورثته . وهو قول الثوري ، وأبي حنيفة . ويتخرج أن الخيار لا يبطل ، ويتنقل إلى ورثته ؛ لأنه حق مالي ، فينتقل إلى الوارث ، كالأجل وخيار الرد بالعيب ، ولأنه حق فسخ للبيع ، فينتقل إلى الوارث ، كالرد بالعيب ،

(٣١ - ٣١) في : م « لم تجز » .

(٣٢) سقط من : الأصل .

والفسخ بالتحالف ، وهذا قول مالك ، والشافعي . ولنا ، أنه حتى فسخ لا يجوز
الاعتراض عنه ؛ فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة .

٧٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَفَرَّقَا مِنْ غَيْرِ فَسَخٍ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا رَدُّهُ إِلَّا
بَعِيْبٍ أَوْ خِيَارٍ)

لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفريق ، ما لم يكن سبب يقتضي جوازَهُ ، وقد
دل عليه قول النبي ﷺ : « وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ
الْبَيْعُ »^(١) ، وقوله : « الْبَيْعَانِ / بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا »^(٢) . جعل التفريق غايةً
للخيار . وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفاً لما قبلها ، إلا أن يجد بالسلعة عيباً
فردّها به ، أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة ، فيملك الرد أيضاً . ولا
خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين . وقد قال النبي ﷺ :
« الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . استشهد به البخاري^(٣) . وفي معنى العيب أن
يدلس^(٤) المبيع بما يختلف به الثمن ، أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن ،
فيتبين بخلافه ، فيثبت له الخيار أيضاً . ويقرب منه ما لو أجزه في المراجعة في الثمن
أنه حال ، فبان موجلاً ، ونحو هذا ، ونذكر هذا في مواضعه .

فصل : ولو الحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه . وبهذا قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة وأصحابه : يلحقه ؛ لأن لهما فسخ العقد ، فكان لهما إلحاق الخيار
به كحالة المجلس . ولنا ، أنه عقد لازم فلم يصير جائزاً بقولهما ، كالتكاح .
وفارق حال المجلس ؛ لأنه جائز .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٠ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٣) في : باب أجز السمسرة ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ١٢٠/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الصلح ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢٧٣/٢ .

(٤) في : الأصل « تدليس » .

فصل : و كَلَامُ الْحَرْقِيِّ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ بِهِ يُبِيعُ الْأَعْيَانَ الْمَرْئِيَّةَ ، فَلَا يَكُونُ فِيهِ تَعَرُّضٌ لِبَيْعِ الْغَائِبِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ كُلَّ مَا يُسَمَّى خِيَارًا ، فَيَدْخُلُ فِيهِ خِيَارُ الرَّؤْيَةِ وَغَيْرُهُ . وَفِي بَيْعِ الْغَائِبِ رَوَاتَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا ، أَنَّ الْغَائِبَ الَّذِي لَمْ يُوصَفْ ، وَلَمْ تَتَقَدَّمَ رُؤْيَتُهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَعِّيُّ ، وَالْحَسَنُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَفِيهِ ^(٥) رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَصِحُّ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَهَلْ يَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الرَّؤْيَةِ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ أَشْهَرُهُمَا ثُبُوتُهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَاحْتِجَّ مَنْ أَجَازَهُ بِعُمُومِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٦) . وَرَوَى عَنْ عُمَانَ ، وَطَلْحَةَ ، أَنَّهُمَا تَبَايَعَا دَارَيْهِمَا بِالْكُوفَةِ ، وَالْأُخْرَى بِالْمَدِينَةِ ، فَقِيلَ لِعُمَانَ : إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ ، فَقَالَ : مَا أَبَالِي ؛ لِأَنِّي بَعْتُ مَا لَمْ أَرَهُ . وَقِيلَ لَطَلْحَةَ ، فَقَالَ : لِي الْخِيَارُ ؛ لِأَنِّي اشْتَرَيْتُ مَا لَمْ أَرَهُ . فَتَحَاكَمَا إِلَى جُبَيْرٍ ^(٧) ، فَجَعَلَ الْخِيَارَ لَطَلْحَةَ ^(٨) . وَهَذَا اتِّفَاقٌ مِنْهُمْ عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ تَفْتَقِرْ صِحَّتُهُ إِلَى رُؤْيَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ . / رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٩) .

١٥٠/٤ و

(٥) في م : « وفي » .

(٦) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٧) هو جبير بن مطعم بن عدى القرشي النوفلي الصحابي ، كان ممن يتحاكم إليه ، وتوفي سنة ست وخمسين . تهذيب التهذيب ٦٣/٢ .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٦٨/٥ .

(٩) في : باب بطلان بيع الحصى والبيع الذي فيه غرر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الغرر ، وباب في بيع المضطر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٨/٢ ، ٢٢٩ ، والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية بيع الغرر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٢٣٧/٥ . والنسائي ، في : باب بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٠/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الحصاة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٩/٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن بيع الغرر ، وباب في الحصاة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥١/٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ . والإمام مالك ، في : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٦٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٦/١ ، ٣٠٢ ، ١٥٥/٢ ، ٤٩٦ ، ٤٣٩ ، ٤٣٦ ، ٣٧٦ ، ٢٥٠ .

ولأنه باع ما لم يره^(١٠) ولم يوصف له ، فلم يصح ، كبيع التوى فى التمر ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع^(١١) الجهل بصفة المبيع ، كالسلم ، والآية مخصوصة بالأصل الذى ذكرناه . وأما حديث عثمان وطلحة ، فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة ، على أنه قول صحابى ، وفى كونه حجة خلاف ، ولا يعارض به حديث رسول الله ﷺ ، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ، ولا يفسد بفساد العوض ، ولا يترك ذكره ، ولا يدخله شىء من الخيارات . وفى اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات وإضرار بهن . على أن الصفات التى تعلم بالرؤية ليست هى المقصودة بالنكاح ، فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع . فإن قيل : فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال : « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه »^(١٢) . والخيار لا يثبت إلا فى عقد صحيح . قلنا : هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردي ، وهو متروك الحديث^(١٣) . ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه . إذا ثبت هذا ، فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع ، كداحل الثوب ، وشعر الجارية ، ونحوهما . فلو باع ثوبا مطويا ، أو عينا حاضرة ، لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله ، كان كبيع الغائب . وإن حكمتنا بالصحة ، فللمشتري الخيار عند رؤية المبيع فى الفسخ والإمضاء ، ويكون على الفور ، فإن اختار الفسخ فله ذلك ، وإن لم يفسخ لزم العقد ؛ لأن الخيار خيار الرؤية ، فوجب أن يكون عندها . وقيل : يتقيد بالمجلس الذى وجدت الرؤية فيه ؛ لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس . وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ ؛ لأن العقد غير لازم فى حقه ، فملك الفسخ ، كحالة الرؤية . وإن اختار إمضاء العقد ، لم يلزم ؛

(١٠) فى م : « بر » .

(١١) فى الأصل : « مع بيع » .

(١٢) أخرجه البيهقى ، فى باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٦٨/٥ .

والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٤/٣ .

(١٣) وانظر : ميزان الاعتدال ١٧٩/٣ .

لأنَّ الخِيارَ يَتَعَلَّقُ بِالرُّؤْيَةِ ، ولأنَّه يُؤدِّي إلى إلزامِ العَقْدِ على المَجْهُولِ ، فيُفضِي إلى الضَّررِ ، وكذلك لو تَباعاً بِشَرطِ أن لا يَثْبُتَ الخِيارُ لِلْمُشْتَرِي ، لم يَصِحَّ الشَّرطُ لذلك . وهل يَفْسُدُ البَيْعُ بهذا الشَّرطِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ في البَيْعِ .

فصل : وَيُعْتَبَرُ لِصِحَّةِ العَقْدِ الرُّؤْيَةُ مِنَ البائِعِ وَالْمُشْتَرِي / جَمِيعًا ، وإن قلنا ١٥٠/٤
بِصِحَّةِ البَيْعِ مع عَدَمِ الرُّؤْيَةِ ، فباعَ ما لم يَرَهُ ، فله الخِيارُ عند الرُّؤْيَةِ ، وإن لم يَرَهُ المُشْتَرِي أيضًا ، فَلِكُلِّ واحدٍ منهما الخِيارُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة :
(١٤) لا خِيارَ له^(١٤) ؛ لحديثِ عُثْمَانَ وَطَلْحَةَ ، ولأننا لو جَعَلْنَا له الخِيارَ لَثَبَّتْ لِتَوْهُمِ الزِّيادَةِ ، والزِّيادَةُ في المَبِيعِ لا تَثْبُتُ الخِيارَ . وكذلك لو باعَ شَيْئًا على أَنه مَعِيبٌ ، فبانَ غيرَ مَعِيبٍ ، لم يَثْبُتْ له الخِيارُ . ولنا ، أَنه جاهِلٌ بِصِفَةِ المَعْقُودِ عليه فَأَشْبَهَ المُشْتَرِي ، فأما الخَبَرُ ، فَإِنَّه قولُ جُبَيْرِ وَطَلْحَةَ ، وقد خالَفَهُما عُثْمَانُ ، وقولُهُ أَوْلَى ؛ لأنَّ البَيْعَ يُعْتَبَرُ فيه الرِّضَى منهما ، فَتُعْتَبَرُ الرُّؤْيَةُ التي هي مَطْنَةُ الرِّضَى منهما .

فصل : وَإِذا وَصَفَ المَبِيعَ لِلْمُشْتَرِي ، فَذَكَرَ له مِنْ صِفَاتِهِ ما يَكْفِي في صِحَّةِ السَّلَمِ ، صَحَّ بَيْعُهُ في ظاهِرِ المَذْهَبِ . وهو قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . وعن أحمدَ ، لا يَصِحُّ حتى يَرَاهُ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لا تَحْصُلُ بها مَعْرِفَةُ المَبِيعِ ، فلم يَصِحَّ البَيْعُ بها كالذي لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه . ولنا ، أَنَّهُ يَبِيعُ بِالصِّفَةِ^(١٥) ، فَصَحَّ كَالسَّلَمِ ، ولا يُسَلَّمُ أَنَّهُ لا تَحْصُلُ به^(١٦) مَعْرِفَةُ المَبِيعِ^(١٦) ، فَإِنَّها تَحْصُلُ بِالصِّفَاتِ الظَّاهِرَةِ التي يَحْتَلِفُ بها التَّمَنُّ ظاهِرًا ، وهذا يَكْفِي ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَكْفِي في السَّلَمِ ، وَأَنَّه لا يُعْتَبَرُ^(١٧) في الرُّؤْيَةِ الاطِّلاعُ على الصِّفَاتِ الخَفِيَّةِ ، وأما ما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ، فلا يَصِحُّ بَيْعُهُ

(١٤ - ١٤) في : م « ليس له الخيار » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦ - ١٦) في : الأصل « المعرفة » .

(١٧) في : الأصل « يصير » .

بِالصِّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بِهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ مَتَى وَجَدَهُ عَلَى الصِّفَةِ ،
لَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ . وَهَذَا قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ سَبْرِينَ ، وَأَيُّوبُ ، وَمَالِكٌ ، وَالْعَبْرِيُّ ،
وإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ : لَهُ
الْخِيَارُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ يُسَمَّى بَيْعَ ^(١٨) خِيَارِ الرُّوْيَةِ ، وَلِأَنَّ الرُّوْيَةَ مِنْ تَمَامِ الْعَقْدِ ،
فَأَشْبَهَ غَيْرَ الْمَوْصُوفِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَلَّمَ
لَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ بِصِفَاتِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ كَالْمُسَلِّمِ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ مَبِيعٌ مَوْصُوفٌ ،
فَلَمْ يَكُنْ لِلْعَاقِدِ فِيهِ الْخِيَارُ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ ، كَالسَّلْمِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُسَمَّى
بَيْعَ خِيَارِ الرُّوْيَةِ . لَا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، فَإِنْ ثَبَتَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُسَمِّيَهُ مَنْ يَرَى ثُبُوتَ
الْخِيَارِ ، وَلَا يَحْتَجُّ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، فَأَمَّا إِنْ وَجَدَهُ بِخِلَافِ الصِّفَةِ فَلَهُ الْخِيَارُ ، وَيُسَمَّى
خِيَارَ / الْخُلْفِ فِي الصِّفَةِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ الْمَوْصُوفَ بِخِلَافِ الصِّفَةِ ، فَلَمْ يَلْزَمَهُ
كَالسَّلْمِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَقَالَ الْبَائِعُ : لَمْ تَحْتَلِفِ الصِّفَةُ ^(١٩) . وَقَالَ الْمُشْتَرِي : قَدْ
اِخْتَلَفْتَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ ،
مَا لَمْ يُقَرَّرْ بِهِ ، أَوْ يَثْبُتَ بَيِّنَةً أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا .

١٥١/٤ و

فصل : وَالْبَيْعُ بِالصِّفَةِ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، بَيْعُ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : بَعْتُكَ
عَبْدِي التُّرْكِيَّ . وَيَذْكُرُ سَائِرَ صِفَاتِهِ ، فَهَذَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ بِرَدِّهِ عَلَى الْبَائِعِ ،
وَتَلْفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لِكَوْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مُعَيَّنًا ، فَيَزُولُ الْعَقْدُ بِزَوَالِ مَحَلِّهِ ، وَيَجُوزُ
التَّفَرُّقُ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، وَقَبْضِهِ ، كَبَيْعِ الْحَاضِرِ . الثَّانِي ، بَيْعُ مَوْصُوفٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ،
مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : بَعْتُكَ عَبْدًا تُرْكِيًّا ، ثُمَّ يَسْتَقْصِي صِفَاتِ السَّلْمِ ، فَهَذَا فِي مَعْنَى
السَّلْمِ ، فَامْتَى سَلَّمَ إِلَيْهِ عَبْدًا ، عَلَى غَيْرِ مَا وَصَفَ ، فَرَدَّهُ ، أَوْ عَلَى مَا وَصَفَ ،
فَأَبْدَلَهُ ، لَمْ يَفْسُدِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَقَعْ عَلَى غَيْرِ هَذَا ، فَلَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ بِرَدِّهِ ،

(١٨) فِي « م » بَيْعٌ .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « صِفَتُهُ » .

كما لو سَلِمَ^(٢٠)؛ إليه في السَلَمِ غير ما وَصَفَ له ، فَردَّه . ولا يَجُوزُ التَّفَرُّقُ عن مَجْلِسِ العَقْدِ قَبْلَ قَبْضِ المَبِيعِ ، أو قَبْضِ تَمَنِيهِ . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّهُ يَبِيعُ في الذِّمَّةِ ، فلم يَجْزِ التَّفَرُّقُ فيه قَبْلَ^(٢١) قَبْضِ أَحَدِ^(٢٢) العِوَضِيِّينَ ، كَالسَّلَمِ . وقال القاضِي : يَجُوزُ التَّفَرُّقُ فيه قَبْلَ القَبْضِ ؛ لأنَّهُ يَبِيعُ حَالًا ، فجازَ التَّفَرُّقُ فيه قَبْلَ القَبْضِ ، كَبِيعِ العَيْنِ .

فصل : إذا رَأَى المَبِيعُ ، ثم عَقَدَا البَيْعَ بعد ذلك بِزَمَنِ لا تَتَغَيَّرُ العَيْنُ فيه ، جازَ في قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . وحُكِيَ عن أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، لا يَجُوزُ حتى يَرِيها حالة العَقْدِ . وحُكِيَ ذلك عن الحَكَمِ ، وَحَمَّادٍ ؛ لأنَّ^(٢٣) ما كان شَرْطًا في صِحَّةِ العَقْدِ ، يَجِبُ أن يكونَ مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ ، كالشَّهادَةِ في النِّكاحِ . ولنا ، أَنَّهُ معلُومٌ عِنْدَهُما ، أَشْبَهَ ما لو شاهداه حالَ^(٢٤) العَقْدِ ، والشَّرْطُ إِنما هو العِلْمُ ، وإِنما الرُّؤْيَةُ طَرِيقٌ لِلْعِلْمِ ، ولهذا اِكْتَفَى بِالصِّفَةِ المُحَصَّلَةِ لِلْعِلْمِ ، والشَّهادَةِ في النِّكاحِ . تُرادُ لِجِلِّ^(٢٥) العَقْدِ والاسْتِثْنائِ عَلَيْهِ ، فلهذا اشْتَرَطْتَ حالَ العَقْدِ . ويُقرَّرُ ما ذَكَرناه ما لو رَأَى دارًا ، وَوَقَفَا في بَيْتِ مَنها ، أو أَرْضًا ، وَوَقَفَا في طَرَفِها^(٢٥) ، وَتَباعِها ، صَحَّ بلا خِلافٍ مع عَدَمِ المُشاهَدَةِ لِلكُلِّ / في الحَالِ . ولو كانتِ الرُّؤْيَةُ المَشْرُوطَةُ لِلْبَيْعِ مَشْرُوطَةً حالَ العَقْدِ لاشْتَرَطَ رُؤْيَةَ جَمِيعِهِ ، وَمَتى وَجَدَ المَبِيعَ بِحالِهِ ، لم يَتَغَيَّرِ ، لَزِمَ البَيْعُ ، وَإِنْ كانَ ناقِصًا ثَبَتَ له الخِيارُ ؛ لأنَّ ذلكَ كَحُدُوثِ العَيْبِ . وَإِنْ اِخْتَلَفَا في التَّغْيِيرِ ، فالقَوْلُ قولُ المَشْتَرِي مع يَمِينِهِ ؛ لأنَّهُ يَلْزِمُهُ الثَّمَنُ ، فلا يَلْزِمُهُ ما لَمْ يَعتَرَفْ به . فأما إِذْ عَقَدَ البَيْعَ بعدَ رُؤْيَةِ المَبِيعِ بِمُدَّةٍ يَتَحَقَّقُ فيها

(٢٠) في الأصل : « أسلم » .

(٢١) - ٢١) في الأصل : « أخذ » ..

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) في م : « حالة » .

(٢٤) في الأصل : « ليحمل » .

(٢٥) في م : « طريقها » .

فَسَادُ الْمَبِيعِ ، لم يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَتَّعَّرْ فِيهَا ، لَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُوْلٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الظَّاهِرُ تَعْيِيرَهُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ يَحْتَمِلُ التَّعْيِيرَ وَعَدَمَهُ ، وَلَيْسَ الظَّاهِرُ تَعْيِيرَهُ ، صَحَّ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةَ ، وَلَمْ يُعَارِضْهُ ظَاهِرٌ ، فَصَحَّ بَيْعُهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الْعَيْبَةُ يَسِيرَةً ، وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَيُثْبِتُ الْخِيَارُ فِي الْبَيْعِ لِلْعَيْنِ فِي مَوَاضِعَ ؛ أَحَدُهَا ، تَلَقَّى الرَّكْبَانَ ، إِذَا تَلَقَّاهُمْ فَاشْتَرَى مِنْهُمُ وَبَاعَهُمْ وَغَبَّنَهُمْ . الثاني ، بَيْعُ النَّجْشِ . وَيُذَكِّرَانِ فِي مَوَاضِعِهِمَا^(٢٦) . الثالث ، الْمُسْتَرْسِلُ إِذَا غَبَّنَ غَبْنًا يَخْرُجُ عَنِ الْعَادَةِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَقَدْ قِيلَ : قَدْ لَزِمَهُ الْبَيْعُ وَلَيْسَ لَهُ فَسْخُهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ نَقْصَانَ قِيَمَةِ السَّلْعَةِ مَعَ سَلَامَتِهَا لَا يَمْنَعُ لُزُومَ الْعَقْدِ ، كَبَيْعِ غَيْرِ الْمُسْتَرْسِلِ ، وَكَالْعَيْنِ الْيَسِيرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ غَبْنٌ حَصَلَ لِجَهْلِهِ بِالْمَبِيعِ ، فَاثْبَتَ الْخِيَارَ ، كَالْعَيْنِ فِي تَلَقَّى الرَّكْبَانَ ، فَأَمَّا غَيْرُ الْمُسْتَرْسِلِ ، فَإِنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ بِالْعَيْنِ ، فَهُوَ كَالْعَالِمِ بِالْعَيْبِ ، وَكَذَا لَوْ اسْتَعْجَلَ ، فَجَهَلَ مَا لَوْ تَثَبَّتْ لَعَلِمَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ ؛ لِأَنَّهُ اثْبَتَى عَلَى تَقْصِيرِهِ وَتَقْرِيطِهِ . وَالْمُسْتَرْسِلُ هُوَ الْجَاهِلُ بِقِيَمَةِ السَّلْعَةِ ، وَلَا يُحْسِنُ الْمُبَايَعَةَ . قَالَ أَحْمَدُ : الْمُسْتَرْسِلُ ، الَّذِي لَا يُحْسِنُ أَنْ^(٢٧) يُمَاكِسَ . وَفِي لَفْظِ ، الَّذِي لَا يُمَاكِسُ . فَكَأَنَّهُ اسْتَرْسَلَ إِلَى الْبَائِعِ ، فَأَخَذَ مَا أَعْطَاهُ مِنْ غَيْرِ مُمَاكِسَةٍ ، وَلَا مَعْرِفَةٍ بِعَيْنِهِ . فَأَمَّا الْعَالِمُ بِذَلِكَ ، وَالَّذِي لَوْ تَوَقَّفَ لَعَرَفَ ، إِذَا اسْتَعْجَلَ فِي الْحَالِ فَعَيْنٌ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . وَلَا تُحْدِثُ لِلْعَيْنِ فِي الْمَنْصُوصِ عَنْ أَحْمَدَ ، وَحَدَّثَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى / فِي « الْإِرْشَادِ » بِالْثُلُثِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الثُّلْثَ كَثِيرٌ ؛

و ١٥٢/٤

(٢٦) فِي م : « مَوَاضِعُهُمَا » .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » (٢٨) . وقيل : بالسُّدُسِ ، وقيل : ما لا يَتَغَابُنُ النَّاسُ بِهِ فِي الْعَادَةِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَرِدُ الشَّرْعُ بِهِ (٢٩) يَرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ .

فصل : وَإِذَا وَقَعَ الْبَيْعُ عَلَى غَيْرِ مُتَعَيِّنٍ (٣٠) ، كَقَفِيزٍ (٣١) مِنْ صَبْرَةٍ (٣٢) ، وَرِطْلٍ زَيْتٍ مِنْ دَنٍّ ، فَمُقْتَضَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، إِذَا تَفَرَّقَا مِنْ غَيْرِ فَسْخَرَا ، لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا رَدُّهُ ، إِلَّا بِعَيْبٍ أَوْ خِيَارٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ هَهُنَا يَلْزَمُ بِالتَّفَرُّقِ ، سَوَاءً تَقَابَضَا أَوْ لَمْ يَتَقَابَضَا . وَقَالَ الْقَاضِي : الْبَيْعُ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ . وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، مِنْ اشْتَرَى قَفِيزَيْنِ مِنْ صَبْرَتَيْنِ ، فَتَلَفَتْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِي التَّالِفِ دُونَ الْبَاقِي ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى اللُّزُومِ فِي حَقِّ الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ جَائِزًا كَانَ لَهُ الْخِيَارُ ، سَوَاءً تَلَفَتْ إِحْدَاهُمَا أَوْ لَمْ تَتَلَفْ ، وَوَجْهُ الْجَوَازِ ، أَنَّهُ مَبِيعٌ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ ، وَلَا التَّصَرُّفَ فِيهِ ، فَكَانَ الْبَيْعُ فِيهِ جَائِزًا كَمَا قَبْلَ التَّفَرُّقِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَلَفَ لَكَانَ مِنْ ضَمَانِ

(٢٨) أخرجه البخارى ، فى : باب رضى النبى ﷺ سعيد بن خولة ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس ، وباب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا ، وفى : باب قول النبى ﷺ اللهم أمض لأصحابى هجرتهم ... ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب فضل النفقة على الأهل ... ، من كتاب النفقات ، وفى : باب وضع اليد على المريض ، وباب قول المريض إلى وجع أو رأساه أو اشتد لى الوجع ، من كتاب المرضى ، وفى : باب الدعاء برفع الوباء والوجع ، من كتاب الدعوات ، وفى : باب ميراث البنات ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ١٠٣/٢ ، ٤ ، ٣/٤ ، ٤ ، ٨٧/٥ ، ١٥٣/٧ ، ١٥٥ ، ٩٩/٨ ، ١٨٧ ، ١٢٥٢ ، ١٢٥٣ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فيما يجوز للموصى فى ماله ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ١٠١/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوصية بالثلث والرابع ، من أبواب الجنائز ، وفى باب ما جاء فى الوصية بالثلث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ١٩٧/٤ ، ١٩٨ ، ٢٦٨/٨ ، ٢٦٩ . والنسائى ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠١/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٤/٢ . والإمام مالك ، فى : باب الوصية بالثلث لا تتعدى ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦٣/٢ .

(٢٩) فى م : « بتحديدته » .

(٣٠) فى م : « معين » .

(٣١) القفيز : مكيال يكال به ، يعادل حاليا ستة عشر كيلو جراما .

(٣٢) الصبرة : الكومة من الطعام .

البائع . ووجه الأول ، قول النبي ﷺ : « وإن تفرقا بعد أن تباعا ، ولم يترك أحدهما البيع ، فقد وجب البيع » (٣٣) . وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته ، وبيع الموصوف ، والسلام ، فإن ذلك لازم مع ما ذكرناه ، وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين .

٧٠٣ - مسألة ؛ قال : (والخيار يجوز أكثر من ثلاث)

يعنى ثلاث ليالٍ بأيامها . وإنما ذكر الليالي ؛ لأن التاريخ يغلب فيه التانيث ، قال الله تعالى : ﴿ وَوَعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأْتَمَمْنَاهَا بِعَشْرِ فَتَمَّ مِيقَاتُ رَبِّهِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً ﴾ (١) . وقال تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (٢) . وفي حديث حبان (٣) : « وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا » (٤) . ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومية ، قلت مدته أو كثرت ، وبذلك قال أبو يوسف ، ومحمد ، وابن المنذر . وحكى ذلك عن الحسن بن صالح ، والعبري ، وابن أبي ليلى ، وإسحاق ، وأبي ثور ، / وأجازه 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 روى عن عمر ، رضي الله عنه ،

ظ ١٥٢/٤

(٣٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٠ .

(١) سورة الأعراف ١٤٢ .

(٢) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٣) حبان بن منقذ بن عمرو ، الأنصاري الخزرجي ، له صحبة ، شهد أحداً وما بعدها . توفي في خلافة عثمان .

أسد الغابة ٤٣٧/١ .

(٤) لفظ : « ثلاثا » سقط من الأصل .

والحديث أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحجر على من يفسد ماله ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢ . والبيهقي ، في : باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٧٣/٥ ، ٢٧٤ . والدارقطني عن منقذ بن عمرو ، أبي حبان ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٥٦/٣ . والحاكم ، في : باب لا عهدة فوق أربع ، من كتاب البيوع . المستدرک ٢٢٢/٢ .

أَنَّهُ قَالَ : مَا أَجِدُ لَكُمْ أَوْسَعَ مِمَّا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِحَبَّانَ ، جَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، إِنْ رَضِيَ أَخَذَ ، وَإِنْ سَخِطَ تَرَكَ . وَلِأَنَّ الْخِيَارَ يُنَافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ الْمَلِكَ وَالزُّرُومَ وَإِطْلَاقَ التَّصَرُّفِ ، وَإِنَّمَا جَازَ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ ، فَجَازَ الْقَلِيلُ مِنْهُ ، وَآخِرُ حَدِّ الْقِلَّةِ ثَلَاثٌ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ (٥) بَعْدَ قَوْلِهِ : ﴿ فَيَأْخُذْكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ ﴾ (٦) . وَلِنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ يَعْتَمَدُ الشَّرْطُ ، فَرُجِعَ فِي تَقْدِيرِهِ إِلَى مُشْتَرِطِهِ ، كَالْأَجَلِ ، أَوْ نَقُولُ : مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فَكَانَتْ إِلَى تَقْدِيرِ الْمُتَعَاقِدِينَ كَالْأَجَلِ . وَلَا يَثْبُتُ عِنْدَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَدْرُوِي عَنْ أَنَسٍ خِلَافَهُ . وَتَقْدِيرُ مَالِكٍ بِالْحَاجَةِ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْحَاجَةَ لَا يُمَكِّنُ رَبْطَ الْحُكْمِ بِهَا ، لِخَفَائِهَا وَاجْتِلَافِهَا ، وَإِنَّمَا يَرْبُطُ بِمَطْنَتِهَا ، وَهُوَ الْإِقْدَامُ ، فَإِنَّهُ يَصْلُحُ (٧) أَنْ يَكُونَ ضَائِبًا ، وَرَبْطُ الْحُكْمِ بِهِ فِيمَا دُونَ الثَّلَاثِ وَفِي السَّلْمِ وَالْأَجَلِ . وَقَوْلُ الْآخَرِينَ : إِنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ مُقْتَضَى الْبَيْعِ نَقْلُ الْمَلِكِ ، وَالْخِيَارُ لَا يُنَافِيهِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ ، لَكِنْ مَتَى خُولِفَ الْأَصْلُ لِمَعْنَى فِي مَحَلٍّ وَجَبَ تَعْدِيَةُ الْحُكْمِ ؛ لِتَعَدِّي ذَلِكَ الْمَعْنَى .

فصل : وَيَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ ، وَيَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَشْرُطَا لِأَحَدِهِمَا مُدَّةً وَبِلَا آخَرَ دُونَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَقُّهُمَا ، وَإِنَّمَا جُوزَ رَفَقًا بَهُمَا ، فَكَيْفَمَا تَرَاضِيَا بِهِ جَازَ . وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ وَشَرَطَ الْخِيَارَ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ دُونَ الْآخَرِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ مَبِيعِ فِيهِ الْخِيَارِ ، وَمَبِيعِ لَا خِيَارَ فِيهِ ، وَذَلِكَ جَائِزٌ ، بِالْقِيَاسِ عَلَى شِرَاءِ مَا فِيهِ شُفْعَةٌ ، وَمَا (٨) لَا شُفْعَةَ فِيهِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَيَحْصُلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعًا بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ . فَإِنْ فَسَخَ الْبَيْعَ مِمَّا

(٥) سورة هود ٦٥ .

(٦) سورة هود ٦٤ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « صِلِح » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فيه الخيار ، رَجَعَ بِقِسْطِهِ مِنَ التَّمَنِ ، كما لو وَجَدَ أَحَدَهُمَا مَعِيًّا فَرَدَّهُ ، وَإِنْ شَرَطَ
الخيارَ فِي أَحَدِهِمَا لَا بَعِيْنِهِ ، أَوْ شَرَطَ الخيارَ لِأَحَدِ الْمُتَعاقِدِيْنِ / لَا بَعِيْنِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛
لأنَّهُ مَجْهُوْلٌ ، فَأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى واحِدًا مِنْ عِبْدَيْنِ لَا بَعِيْنَهُ . ولأنَّهُ يُفْضَى إلى
التَّنازُعِ ، ورُبُّما طَلَبَ كُلُّ واحِدٍ مِنَ الْمُتَعاقِدِيْنِ ضِدًّا ما يَطْلُبُهُ الأَخرُ ، وَيَدْعِي أَنِّي
المُسْتَحِقُّ لِلخيارِ ، «أَوْ يَطْلُبُ»^(٩) مَنْ لَهُ الخيارُ رَدُّ أَحَدِ المَبِيْعِيْنِ ، وَيَقولُ الأَخرُ :
ليس هذا الذي شَرَطْتُ لَكَ الخيارَ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ شَرَطُ الخيارِ فِي أَحَدِ
المَبِيْعِيْنِ بَعِيْنِهِ ، كما لَا يَصِحُّ بِيَعُهُ بِقِسْطِهِ مِنَ التَّمَنِ ، وهذا الفَصْلُ كُلُّهُ مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ الخيارَ لِأَجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، وَكانَ اشْتِراطًا لِتَفْسِيهِ ، وَتَوَكِّيْلًا
لِغَيْرِهِ ، وهذا قولُ أَبِي حنيفةَ ، وَمالِكٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ^(١٠) قَوْلانِ ؛ أَحَدُهُما ، لَا
يَصِحُّ ، وَكَذلكَ قالَ القاضِي : إِذا أَطْلَقَ الخيارَ لِفلانٍ ، أَوْ قالَ لِفلانٍ دُونِي . لَمْ
يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الخيارَ شُرْعٌ^(١١) لِتَحْصِيلِ الحَظِّ لِكُلِّ واحِدٍ مِنَ الْمُتَعاقِدِيْنِ بِنَظَرِهِ ،
فَلَا يَكُونُ لِمَنْ لَا حَظَّ لَهُ فِيهِ^(١٢) . وَإِنْ جَعَلَ الأَجْنَبِيَّ وَكِيْلًا ، صَحَّ . وَلنا ، أَنَّ
الخيارَ يَعْتمِدُ شَرَطَهُما ، وَيُفَوِّضُ إِلَيْهِما ، وَقدَ أَمْكَنَ تَصْحيحُ شَرَطِهِما ، وَتَنْفِيذُ
تَصَرُّفِهِما عَلى الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْناهُ ، فَلَا يَجوزُ إلْعاؤُهُ مَعَ إمْكانِ تَصْحيحِهِ ؛ لِقولِ
النَّبِيِّ ﷺ : «المُسْلِمُونَ عَلى شَرُوطِهِمْ»^(١٣) . فَعلى هذا ، يَكُونُ لِكُلِّ واحِدٍ مِنَ
المُشْتَرِطِ وَوَكِيْلِهِ الَّذِي شَرَطَ الخيارَ لَهُ الفَسْخُ . وَلو كانَ المَبِيْعُ عَبدًا ، فَشَرَطَ الخيارَ
لَهُ ، صَحَّ ، سِواءَ شَرَطَهُ لَهُ البائِعُ ، أَوْ المُشْتَرِي ؛ لِأنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ كانَ
العاقِدُ وَكِيْلًا ، فَشَرَطَ الخيارَ لِتَفْسِيهِ ، صَحَّ ، فَإِنَّ النِّظَرَ فِي تَحْصِيلِ الحَظِّ مُفَوِّضٌ

(٩ - ٩) فِي الأَصْلِ : « وَيَطْلُبُ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

(١١) فِي م : « شَرَطُ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

(١٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٣٠ .

إليه . وإن شَرَطَهُ لِلْمَالِكِ^(١٤) ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ ، وَالْحَظُّ لَهُ . وَإِنْ شَرَطَهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوكَّلَ غَيْرَهُ ، وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : لِلْوَكِيلِ التَّوَكُّيلُ .

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ عَلَى أَنْ أَسْتَأْمِرَ فُلَانًا . وَحَدَّدَ ذَلِكَ بِوَقْتٍ مَعْلُومٍ ، فَهُوَ خِيَارٌ صَحِيحٌ ، وَلَهُ الْفَسْخُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَأْمِرَهُ ؛ لِأَنَّا جَعَلْنَا ذَلِكَ كِنَايَةً عَلَى الْخِيَارِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ لَمْ يَضْبِطْهُ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَهُوَ خِيَارٌ مَجْهُولٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُهُ^(١٥) .

فصل : وإن شَرَطَ الْخِيَارَ يَوْمًا أَوْ سَاعَاتٍ مَعْلُومَةٍ ، اعْتَبِرَ ابْتِدَاءُ مُدَّةِ الْخِيَارِ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ فِي أَحَدٍ / الْوَجْهَيْنِ . وَالْآخَرُ ، مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ ثَابِتٌ فِي الْمَجْلِسِ حُكْمًا ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِثْبَاتِهِ بِالشَّرْطِ . وَلِأَنَّ حَالَةَ الْمَجْلِسِ كحَالَةِ الْعَقْدِ ، لِأَنَّ لَهَا فِيهِ الزِّيَادَةَ وَالتَّقْصَانَ ، فَكَانَ كحَالَةِ الْعَقْدِ فِي ابْتِدَاءِ مُدَّةِ الْخِيَارِ بَعْدَ انْقِضَائِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فَكَانَ ابْتِدَاؤُهَا مِنْهُ ، كَالْأَجْلِ . وَلِأَنَّ الْأَشْرَاطَ سَبَبُ ثُبُوتِ الْخِيَارِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَتَعَقَّبَهُ حُكْمُهُ ، كَالْمَلِكِ فِي الْبَيْعِ . وَلِأَنَّنا لَوْ جَعَلْنَا ابْتِدَاءَهُ مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ ، أَدَّى إِلَى جَهَالَتِهِ ؛ لِأَنَّنا لَا نَعْلَمُ مَتَى يَتَفَرَّقَانِ ، فَلَا نَعْلَمُ مَتَى ابْتِدَاؤُهُ ، وَلَا مَتَى انْتِهَاؤُهُ . وَلَا يُمْنَعُ ثُبُوتُ الْحُكْمِ بِسَبَبَيْنِ ، كَتَحْرِيمِ الْوَطْءِ بِالصِّيَامِ وَالْإِحْرَامِ وَالظُّهَارِ ، وَعَلَى هَذَا ، لَوْ شَرَطْنَا ابْتِدَاءَهُ مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ ، لَمْ يَصِحَّ لِذَلِكَ ، إِلَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ بِصِحَّةِ الْخِيَارِ الْمَجْهُولِ . وَإِنْ قُلْنَا : ابْتِدَاؤُهُ مِنْ حِينَ التَّفَرُّقِ . فَشَرَطْنَا ثُبُوتَهُ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ ابْتِدَاءُ الْخِيَارِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ فِي الْمَجْلِسِ يُعْنَى عَنْ خِيَارِ آخَرَ ، فَيُمْنَعُ ثُبُوتُهُ ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَمِزْجُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلِّهِ كَمَا ذَكَرْنَا .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَالِ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : وإن شَرَطَا الخِيَارِ إِلَى اللَّيْلِ أَوْ العَدِ ، لم يَدْخُلِ اللَّيْلُ والعُدُّ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَدْخُلَ ، وهو مذهبُ أَبِي حنيفةَ ؛ لأنَّ « إِلَى » تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى « مع » ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَيَّدِكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ﴾ ^(١٦) ، ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ ﴾ ^(١٧) ، والخِيَارُ ثَابِتٌ بَيِّنٌ ، فلا تُزِيلُهُ بِالشَّكِّ . ولنا ، أَنَّ مَوْضُوعَ « إِلَى » لِانْتِهَاءِ الغَايَةِ ، فلا يَدْخُلُ مَا بَعْدَهَا فِيمَا قَبْلَهَا ، كَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ ثُمَّ أَمْوَأَ الصَّيَّامَ إِلَى اللَّيْلِ ﴾ ^(١٨) . وكالْأَجَلِ . ولو قال : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاجِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ . أَوْ : لهُ عَلَيَّ مِنْ دَرَاهِمٍ إِلَى عَشْرَةٍ . لم يَدْخُلِ الدَّرَاهِمُ العَاشِرُ ، وَالطَّلَاقُ الثَّالِثَةُ ، وليس هُنَا شَكٌّ ؛ فَإِنَّ الأَصْلَ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَى مَوْضُوعِهِ ، فَكَانَ الوَاضِعُ قالَ : مَتَى سَمِعْتُمْ هَذِهِ اللَّفْظَةَ ، فَافْتَهَمُوا مِنْهَا انْتِهَاءَ الغَايَةِ . وَفِي المَوَاضِعِ الَّتِي اسْتَشْهَدُوا بِهَا ، حُمِلَتْ عَلَى مَعْنَى « مع » بِدَلِيلٍ ، أَوْ لَتَعَدُّرِ حَمْلِهَا عَلَى مَوْضُوعِهَا ، كَمَا تُصَرَّفُ سَائِرُ حُرُوفِ الصَّلَاتِ عَنِ مَوْضُوعِهَا لِلدَّلِيلِ ، وَالأَصْلُ حَمْلُهَا عَلَى مَوْضُوعِهَا . وَلِأَنَّ الأَصْلَ / لُزُومُ العَقْدِ ، وَإِنَّمَا حُوْلِفَ فِيمَا اقْتَضَاهُ الشَّرْطُ ، فَيَثْبُتُ مَا يُتَيَقَّنُ مِنْهُ ، وَمَا شَكَّكْنَا فِيهِ رَدَّذَنَاهُ إِلَى الأَصْلِ .

١٥٤/٤ و

فصل : وإن شَرَطَا الخِيَارِ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ ، أَوْ إِلَى غُرُوبِهَا ، صَحَّ . وقالَ بَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ : لا يَصِحُّ تَوْقِيتُهُ بِطُلُوعِهَا ؛ لِأَنَّهَا قد تَتَغَيَّمُ ، فلا يُعْلَمُ وَقْتُ طُلُوعِهَا . ولنا ، أَنَّهُ تَعْلِيقٌ لِلخِيَارِ بِأَمْرٍ ظَاهِرٍ مَعْلُومٍ ، فَيَصِحُّ ^(١٩) ، كَتَعْلِيقِهِ بِغُرُوبِهَا . وَطُلُوعُ الشَّمْسِ ، بُرُوزُهَا مِنَ الأُفُقِ ، كَمَا أَنَّ غُرُوبَهَا سُقُوطُ القُرْصِ . وَلِذَلِكَ لو عُلِّقَ طَلَّاقُ امْرَأَتِهِ ، أَوْ عِتْقُ عَبْدِهِ ، بِطُلُوعِ الشَّمْسِ ، وَقَعَ بِبُرُوزِهَا مِنَ الأُفُقِ . وَإِنْ عَرَضَ غَيْمٌ يَمْنَعُ المَعْرِفَةَ بِطُلُوعِهَا ، فَالخِيَارُ ثَابِتٌ حَتَّى يَتَيَقَّنَ طُلُوعُهَا ، كَمَا لو عُلِّقَهُ بِغُرُوبِهَا ، فَمَنَعَ الغَيْمُ المَعْرِفَةَ بِوَقْتِهِ . ولو جَعَلَ الخِيَارَ إِلَى طُلُوعِ

(١٦) سور المائدة ٦ .

(١٧) سورة النساء ٢ .

(١٨) سورة البقرة ١٨٧ .

(١٩) في م : « فصح » .

الشَّمْسِ من تَحْتِ السَّحَابِ ، أو إلى غَيْبِهَا تَحْتَهُ ، كان خِيَارًا مَجْهُولًا ، لا يَصِحُّ في الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ .

فصل : وإذا شَرَطَا الخِيَارَ أَبَدًا ، أو مَتَى شِئْنَا ، أو قال أَحَدُهُمَا : وَلِيَ الخِيَارُ . ولم يَذْكُرْ مُدَّتَهُ ، أو شَرَطَاهُ إلى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، كَقُدُومِ زَيْدٍ ، أو هُبُوبِ رِيحٍ ، أو نُزُولِ مَطَرٍ ، أو مُشَاوَرَةِ إِنْسَانٍ ، ونحو ذلك ، لم يَصِحَّ في الصَّحِيحِ من المذهب . وهذا اِخْتِيَارُ القَاضِي ، وابنِ عَقِيلٍ ، ومذهبُ الشَّافِعِيِّ . وعن أحمدَ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، وهما على خِيَارِهِمَا أَبَدًا ، أو يَقْطَعَاهُ ، أو تَنْتَهِي مُدَّتُهُ إن كان مَشْرُوطًا إلى مُدَّةٍ . وهو قولُ ابنِ شُبْرُمَةَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِمْ »^(٢٠) . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ ، وتَضَرَّبُ لهما مُدَّةٌ يُخْتَبَرُ المَبِيعُ في مِثْلِهَا في العَادَةِ ؛ لأنَّ ذلك مُقَدَّرٌ في العَادَةِ ، فإذا أَطْلَقَا ، حُمِلَ عَلَيْهِ . وقال أبو حنيفةَ : إن أسْقَطَا الشَّرْطَ قَبْلَ مُضِيِّ الثَّلَاثِ ، أو حَذَفَا الزَّائِدَ عَلَيْهَا وَبَيَّنَّا مُدَّتَهُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهما حَذَفَا المُفْسِدَ قَبْلَ اتِّصَالِهِ بِالْعَقْدِ ، فَوَجَبَ أن يَصِحَّ ، كما لو لم يَشْرُطَاهُ . ولنا ، أَنَّها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فلا تَجُوزُ مع الجَهَالَةِ ، كالأَجَلِ . ولأنَّ اشْتِراطَ الخِيَارِ أَبَدًا يَقْتَضِي المَنْعَ من التَّصَرُّفِ على الأَبَدِ ، وذلك يُنَافِي مُقْتَضَى العَقْدِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بَعْتُكَ بِشَرْطِ أن لا تَتَصَرَّفَ . وقولُ مالِكٍ : إنهُ يُرَدُّ إلى العَادَةِ . لا يَصِحُّ ، فَإِنَّهُ لا عَادَةَ في الخِيَارِ يُرْجَعُ إليها . واشْتِراطُهُ مع الجَهَالَةِ /^(٢١) نادرٌ . وقولُ أبي حنيفةَ لا يَصِحُّ ، فَإِنَّ المُفْسِدَ هو الشَّرْطُ ، وهو مُقْتَرِنٌ بِالْعَقْدِ . ولأنَّ العَقْدَ^(٢٢) لا يَخْلُو من أن يَكُونَ صَحِيحًا ، أو فَاسِدًا ، فَإِنْ كان صَحِيحًا مع الشَّرْطِ ، لم يَفْسُدْ بِوُجُودِ ما شَرَطَاهُ فيه ، وإن كان فَاسِدًا ، لم يَنْقَلِبْ صَحِيحًا ، كما لو باعَ درهمًا بِدرهمين ، ثم حَذَفَ أَحَدَهُما . وعلى قولِنا : الشَّرْطُ فَاسِدٌ . هل يَفْسُدُ به البَيْعُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُما ، يَفْسُدُ ، وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ قَارَنُهُ شَرْطُ فَاسِدٍ ، فَافْسَدَهُ ، كِنِكَاحِ

١٥٤/٤ ظ

(٢٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٠ .

(٢١ - ٢٢) سقط من : الأصل .

الشُّغَارِ^(٢٢) ، والمُحَلِّل . ولأنَّ البائعَ إنَّما رَضِيَ بِبَدْلِهِ بهذا التَّمَنِ ، مع الخِيَارِ فِي^(٢٣) اسْتِرْجَاعِهِ ، والمُشْتَرِي إنَّما رَضِيَ بِبَدْلِ هَذَا التَّمَنِ فِيهِ ، مع الخِيَارِ فِي فَسْخِهِ ، فلو صَحَّحَتْهُ لَأَزَلْنَا مِلْكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْهُ بِعَیْرِ رِضَاهُ ، وَالزَّمَانُ مَا لَمْ يَرْضَ بِهِ . ولأنَّ الشَّرْطَ يَأْخُذُ قِسْطًا مِنَ التَّمَنِ ، فَإِذَا حَذَفْنَا وَجَبَ رَدُّ مَا سَقَطَ مِنَ التَّمَنِ مِنْ أَجْلِهِ ، وَذَلِكَ مَجْهُوْلٌ ، فَيَكُونُ التَّمَنُ مَجْهُوْلًا ، فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهِ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ؛ لِحَدِيثِ بَرِيرَةَ^(٢٤) . وَلأنَّ الْعَقْدَ قَدْ تَمَّ بِأَرْكَانِهِ ، وَالشَّرْطُ زَائِدٌ ، فَإِذَا فَسَدَ وَزَالَ ، سَقَطَ الْفَاسِدُ ، وَبَقِيَ الْعَقْدُ بِرُكْنَيْهِ ، فَصَحَّ^(٢٥) ، كَمَا لَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَهُ إِلَى الْحَصَادِ ، أَوْ الْجَذَازِ ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ كَتَعْلِيْقِهِ عَلَى قُدُومِ زَيْدٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ ، وَيَتَقَدَّمُ ، وَيَتَأَخَّرُ ، فَكَانَ مَجْهُوْلًا . وَاحْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَقَارَبُ فِي الْعَادَةِ ، وَلَا يَكْثُرُ تَفَاوُثُهُ . وَإِنْ شَرَطَهُ إِلَى الْعَطَاءِ ، وَأَرَادَ وَقْتَ الْعَطَاءِ ، وَكَانَ مَعْلُومًا ، صَحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَهُ إِلَى يَوْمٍ مَعْلُومٍ . وَإِنْ أَرَادَ نَفْسَ الْعَطَاءِ ، فَهُوَ مَجْهُوْلٌ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ الخِيَارَ شَهْرًا ، يَوْمًا يَثْبُتُ ، وَيَوْمًا لَا يَثْبُتُ . فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ ؛ لِإِمْكَانِهِ ، وَيَبْطُلُ فِيمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَزِمَ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي لَمْ يَعُدْ إِلَى الْجَوَازِ . وَيَحْتَمِلُ بَطْلَانُ الشَّرْطِ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ وَاحِدٌ ، تَنَاوَلَ الخِيَارَ

(٢٢) الشُّغَارُ : أَنْ تَزُوجَ الرَّجُلَ امْرَأَةً عَلَى أَنْ يَزُوجَكَ أُخْرَى بِغَيْرِ مَهْرٍ ، صَدَاقِ كُلِّ وَاحِدَةٍ بِضَعِ الْأُخْرَى . (٢٣) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٢٤) يَعْنِي حَدِيثَ بَرِيرَةَ حِينَ دَخَلَتْ عَلَى عَائِشَةَ تَسْتَعِينُهَا فِي كِتَابَتِهَا ، وَاشْتَرَاةَ أَهْلِهَا الْوَلَاءِ . وَقَدْ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَكَاتِبِ ، وَفِي : بَابِ الشَّرْطِ فِي الْبَيْعِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّرْطِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٩٨/٣ - ٢٠٠ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ بَيَانِ أَنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ ، مِنْ كِتَابِ الْعَقْدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٤١/٢ - ١١٤٤ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ الْمَكَاتِبِ إِذَا فَسَخَتْ الْمَكَاتِبَ ، مِنْ كِتَابِ الْعَقْدِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٣٤٦/٢ ، ٣٤٧ . وَالثَّرَمَذِيُّ ، فِي : آخِرِ أَبْوَابِ الْوَصَايَا . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٨١/٨ ، ٢٨٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَكَاتِبِ ، وَبَابِ الْمَكَاتِبِ يَبَاعُ قَبْلَ أَنْ يَقْضَى مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبِيُّ ٢٦٨/٧ ، ٢٦٩ .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : م .

في أيامٍ ، فإذا فسَدَ في بَعْضِهِ ، فَسَدَ جَمِيعُهُ ، كما لو شَرَطَ في (٢٦) الحَصَادِ .

فصل : وَيَجُوزُ لِمَنْ لَهُ الْخِيَارُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ صَاحِبِهِ وَلَا رِضَاهُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَزُفَرٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ ، فَلَمْ يَمْلِكْ / أَحَدُهُمَا فَسْخَهُ بغيرِ حُضُورِ صَاحِبِهِ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَفَعَ عَقْدَ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى رِضَا صَاحِبِهِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حُضُورِهِ ، كَالطَّلَاقِ . وَمَا قَالُوهُ يَنْتَقِضُ بِالطَّلَاقِ ، وَالْوَدِيعَةُ لَا حَقَّ لِلْمُودِعِ فِيهَا ، وَيَصِحُّ فَسْخُهَا مَعَ غَيْبَتِهِ .

فصل : وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْخِيَارِ ، وَلَمْ يَفْسَخْ أَحَدُهُمَا ، بَطَلَ الْخِيَارُ ، وَلَزِمَ الْعَقْدُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَلْزِمُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْخِيَارِ ضَرِبَتْ لِحَقِّ لَهُ ، لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَلْزِمِ الْحُكْمُ بِنَفْسِ مُرُورِ الزَّمَانِ ، كَمُضِيِّ الْأَجْلِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بِالْعَقْدِ ، فَبَطَلَتْ بِانْقِضَائِهَا كَالْأَجْلِ . وَلِأَنَّ الْحُكْمَ بِنَقَائِهَا يُفْضِي إِلَى بَقَاءِ الْخِيَارِ فِي غَيْرِ الْمُدَّةِ الَّتِي شَرَطَاهُ فِيهَا . وَالشَّرْطُ سَبَبُ الْخِيَارِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ بِهِ مَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ ، وَلِأَنَّهُ حُكْمٌ مُؤَقَّتٌ ، فَفَاتَ بِفَوَاتِ وَقْتِهِ ، كَسَائِرِ الْمُؤَقَّتَاتِ ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي الزُّرُومَ ، وَإِنَّمَا تَخْلَفُ (٢٧) مُوجِبُهُ بِالشَّرْطِ ، فَفِيمَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الشَّرْطُ يَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ مُوجِبُهُ ؛ لِزَوَالِ الْمُعَارِضِ ، كَمَا لَوْ أَمْضَاهُ (٢٨) . وَأَمَّا الْمَوْلَى ، فَإِنَّ الْمُدَّةَ إِنَّمَا ضَرِبَتْ لِاسْتِحْقَاقِ الْمُطَالَبَةِ ، وَهِيَ تُسْتَحَقُّ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ . وَالْحُكْمُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرٌ .

فصل : فَإِنْ قَالَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدِينَ عِنْدَ الْعَقْدِ : لَا خِيَارَ لِي . فَقَالَ أَحْمَدُ : أَرَى

(٢٦) في م : « إلى » .

(٢٧) في م : « بخلف » .

(٢٨) في م : « أمضوه » .

(٢٩) الخِلافة : الخِلافة .

ذلك جائزاً ، وله الخيار إن كان حَلَبَهُ ، وإن لم يكن حَلَبَهُ فَلَيْسَ لَهُ خِيَارٌ . وذلك لأن رجلاً ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ يُحَدِّثُ فِي الْبُيُوعِ ، فَقَالَ : « إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ : لَا خِلَابَةَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٣٠) . وَلِمُسْلِمٍ : « مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ » . فكان إذا بايع يقول : لَا خِلَابَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ خِيَارٌ (٣١) . وَيَكُونُ هَذَا الْخَبَرُ خَاصًّا لِحَبَانَ ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّهُ عَاشَرَ إِلَى زَمَنِ عُثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَكَانَ يُبَايِعُ النَّاسَ ، ثُمَّ يُخَاصِمُهُمْ ، فَيَمُرُّ بِهِمْ بَعْضُ الصَّحَابَةِ ، فيقول لمن يُخَاصِمُهُ : وَيَحَكَ ، إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ثَلَاثًا (٣٢) . وهذا يدلُّ على اِخْتِصَاصِهِ بِهَذَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِلنَّاسِ عَامَّةً لَقَالَ لِمَنْ يُخَاصِمُهُ : إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْخِيَارَ لِمَنْ قَالَ : لَا خِلَابَةَ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : إِنْ كَانَا عَالِمِينَ أَنَّ ذَلِكَ عِبَارَةٌ عَنْ خِيَارِ الثَّلَاثِ ، ثَبَّتْ ، وَإِنْ عَلِمَ أَحَدُهُمَا / دُونَ الْآخَرِ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ أَنَّ حَبَانَ بْنَ مُثَقَدِ بْنِ عَمْرٍو ، كَانَ لَا يَزَالُ يُعْبَنُ ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ لَهُ : « إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فَقُلْ : لَا خِلَابَةَ ، ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ ، فَإِنْ رَضِيَتْ أَمْسَكَتْ ، وَإِنْ سَخِطَتْ فَارُدُّدْهَا عَلَيَّ صَاحِبِهَا » (٣٢) . وَمَا ثَبَّتْ فِي حَقِّ وَاحِدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ يُثَبِّتُ فِي حَقِّ سَائِرِ النَّاسِ ، مَا لَمْ يَقُمْ عَلَى تَخْصِيصِهِ دَلِيلٌ .

١٥٥/٤ ظ

(٣٠) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يكره من الخداع فى البيع ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما ينهى عن إضاعة المال ... ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب من رد أمر السفه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الإمام ... ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب ما ينهى من الخداع فى البيع ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٣/٨٥ ، ٨٦ ، ١٥٧ ، ١٥٩ ، ٣١/٩ . ومسلم ، فى : باب من يخدع فى البيع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يقول عند البيع لا خلابة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يخدع فى البيع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٥٧ . والنسائى ، فى : باب الخديعة فى البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٢ . وابن ماجه ، فى : باب الحجر على من يفسد ماله ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٨٨ . والإمام مالك ، فى : باب جامع البيوع ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٨٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٧٢ ، ٨٠ ، ١٢٩ ، ١٣٠ . (٣١) فى م : « الخيار » .

(٣٢) تقدم تخرجه حديثه فى صفحة ٣٨ .

ولنا ، أن هذا اللَّفْظَ لَا يَقْتَضِي الْخِيَارَ مُطْلَقًا ، وَلَا يَقْتَضِي تَقْيِيدَهُ بِثَلَاثٍ ، وَالْأَصْلُ اغْتِبَارُ اللَّفْظِ فِيمَا يَقْتَضِيهِ ، وَالخَبْرُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي اخْتَجُّوا بِهِ إِتْمَا رَوَاهُ ابْنُ مَاحَةَ مُرْسَلًا ، وَهَمَّ لَا يَرَوْنَ الْمُرْسَلَ حُجَّةً ، ثُمَّ لَمْ يَقُولُوا بِالْحَدِيثِ عَلَى وَجْهِهِ ، إِتْمَا قَالُوا بِهِ فِي حَقِّ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّ مُقْتَضَاهُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ ثَلَاثًا ، وَلَا يَعْلَمُ ذَلِكَ أَحَدٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَقْتَضِيهِ ، فَكَيْفَ يَعْلَمُ أَنَّ مُقْتَضَاهُ مَا لَيْسَ بِمُقْتَضَاهُ ، وَعَلَى أَنَّهُ إِتْمَا كَانَ خَاصًّا لِحَبَّانٍ ؛ بِدَلِيلِ مَا رَوَيْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ كَانَ يُثْبِتُ لَهُ الرَّدَّ عَلَى مَنْ لَمْ يَعْلَمْ مُقْتَضَاهُ .

فصل : إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ حِيلَةً عَلَى الْإِنْتِفَاعِ بِالْقَرْضِ ، لِيَأْخُذَ غَلَّةَ الْمَيْبِعِ وَنَفْعَهُ فِي مُدَّةِ إِنْتِفَاعِ الْمُقْتَرَضِ بِالثَّمَنِ ، ثُمَّ يَرُدُّ الْمَيْبِعَ بِالْخِيَارِ عِنْدَ رَدِّ الثَّمَنِ ، فَلَا خَيْرَ (٣٣) فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَيْلِ . وَلَا يَحِلُّ لَأَخِيذِ الثَّمَنِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَلَا التَّصَرُّفُ فِيهِ . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ الشَّيْءَ ، وَيَقُولُ : لَكَ الْخِيَارُ إِلَى كَذَا وَكَذَا ، مِثْلَ الْعَقَارِ ؟ قَالَ : هُوَ جَائِزٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ حِيلَةً ؛ أَرَادَ أَنْ يُقْرِضَهُ ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ الْعَقَارَ ، فَيَسْتَعْلِمُهُ ، وَيَجْعَلُ لَهُ فِيهِ الْخِيَارَ ، لِيُرْبِحَ فِيمَا أَقْرِضَهُ بِهَذِهِ الْحِيلَةِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَرَادَ هَذَا ، فَلَا بَأْسَ . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَإِنْ أَرَادَ إِزْفَاقَهُ ، أَرَادَ أَنْ يُقْرِضَهُ مَا لَا يَخَافُ أَنْ يَذْهَبَ ، فَاشْتَرَى مِنْهُ شَيْئًا ، وَجَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ، وَلَمْ يُرِدِ الْحِيلَةَ ؟ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : هَذَا جَائِزٌ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا مَاتَ انْقَطَعَ الْخِيَارُ ، لَمْ يَكُنْ لَوَرَّثِيهِ . (٣٤) وَقَوْلُ أَحْمَدَ بِالْجَوَازِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَيْبِعِ الَّذِي لَا يَنْتَفِعُ بِهِ إِلَّا بِإِثْلَافِهِ ، أَوْ عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَا يَنْتَفِعُ بِالْمَيْبِعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ؛ لِئَلَّا يُفْضِيَ إِلَى أَنَّ الْقَرْضَ جَرٌّ مَنْفَعَةٌ (٣٤) .

فصل : فَإِنْ قَالَ : بَعْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْقُذَنِي الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثٍ ، أَوْ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَإِلَّا فَلَا يَبِيعُ بَيْنَنَا . فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَبِهِ قَالَ / أَبُو ثَوْرٍ ، إِذَا كَانَ الشَّرْطُ إِلَى ثَلَاثٍ . وَحُكِيَ مِثْلُ

١٥٦/٤ و

(٣٣) فِي م : « خِيَارٌ » .

(٣٤) - (٣٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

قوله عن ابن عمر . وقال مالك : يجوز في اليَوْمَيْنِ والثَّلَاثَةِ ونَحْوِهَا ، وإن كان عَشْرَيْنِ لَيْلَةً فَسِيخَ الْبَيْعِ . وقال الشَّافِعِيُّ ، وزُفَّرُ : الْبَيْعُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ فَسَخَ الْبَيْعِ عَلَى غَرَرٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عُلِّقَهُ بِقُدُومِ زَيْدٍ . ولنا ، أَنَّ هَذَا يُرَوَى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، ولأنَّهُ عُلِّقَ رَفْعَ الْعَقْدِ بِأَمْرٍ يَحْدُثُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، فَجَازَ ، كما لو شَرَطَ الْخِيَارَ ، ولأنَّهُ نَوْعٌ يَبِيعُ ، فَجَازَ أَنْ يَنْفَسِيخَ بِتَأْخِيرِ الْقَبْضِ ، كَالصَّرْفِ ، ولأنَّ هَذَا بِمَعْنَى شَرَطِ الْخِيَارِ ؛ لِأَنَّهُ كَمَا يَحْتَاجُ إِلَى التَّرْوِي فِي الْبَيْعِ ، هل يُؤَاقِفُهُ أَوْ لَا ؟ يَحْتَاجُ إِلَى التَّرْوِي فِي الثَّمَنِ ، هل يَصِيرُ مَنْقُودًا أَوْ لَا ؟ فهما سَيِّانٌ فِي الْمَعْنَى ، مُتغَايِرَانِ فِي الصُّورَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ فِي الْخِيَارِ يَحْتَاجُ إِلَى الْفَسْخِ ، وههنا يَنْفَسِيخُ إِذَا لم يَنْقُدْ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ كَذَلِكَ .

فصل : والعُقُودُ عَلَى أَرْبَعَةٍ أَضْرَبٍ^(٣٥) ؛ أَحَدُهَا ، عَقْدٌ لَازِمٌ ، يُقْصَدُ مِنْهُ الْعَوَضُ ، وهو الْبَيْعُ وما فِي مَعْنَاهُ ، وهو نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهَا ، يَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارَانِ : خِيَارُ الْمَجْلِسِ ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ ، وهو الْبَيْعُ فِيمَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَالصَّلْحُ بِمَعْنَى الْبَيْعِ ، وَالهِبَةُ بِعَوَضٍ عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وَالْإِجَارَةُ فِي الذَّمَّةِ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَخِيطَ لِي هَذَا الثَّوْبَ وَنَحْوَهُ ، فِهَذَا يَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارُ ، لِأَنَّ الْخَبَرَ^(٣٦) وَرَدَ فِي الْبَيْعِ ، وَهَذِهِ^(٣٧) فِي مَعْنَاهُ . فَأَمَّا الْإِجَارَةُ الْمُعَيَّنَةُ ، فَإِنَّ كَانَتْ مُدَّتُهَا مِنْ جِهَةِ الْعَقْدِ ، دَخَلَهَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ دُونَ خِيَارِ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ دُخُولَهُ يُفْضِي إِلَى قُوَّةِ بَعْضِ الْمَنَافِعِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ، أَوْ إِلَى اسْتِيفَائِهَا فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَكِلَاهُمَا لَا يَجُوزُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي مَرَّةً مِثْلَ هَذَا ، وَمَرَّةً قَالَن : يَثْبُتُ فِيهَا الْخِيَارَانِ قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا مَا يَقْتَضِي الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا . وَأَمَّا الشُّفْعَةُ ، فَلَا خِيَارَ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ يُؤْخَذُ مِنْهُ الْمَبِيعُ قَهْرًا ، وَالشَّفِيعُ

(٣٥) ذكر المصنف ستة أضرب كما سترى .

(٣٦) في م : « الخيار » .

(٣٧) في م : « وهذا » .

يَسْتَقِلُّ^(٣٨) بِانْتِزَاعِ الْمَبِيعِ مِنْ غَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ ، فَأَشْبَهَ فَسَخَ الْبَيْعِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَنَحْوِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُثْبِتَ لِلشَّفِيعِ^(٣٩) خِيَارَ الْمَجْلِسِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْمَبِيعِ بِشَمْنِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُشْتَرِيَّ . النَّوْعَ الثَّانِي ، مَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ ، كَالصَّرْفِ ، وَالسَّلَمِ ، وَيَبْعُ مَالِ الرَّبَا / بِجِنْسِهِ ، فَلَا يَدْخُلُهُ خِيَارُ الشَّرْطِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ مَوْضُوعَهَا عَلَى أَنْ لَا يَبْقَى بَيْنَهَا عُلُقَةٌ بَعْدَ التَّفَرُّقِ ، بِدَلِيلِ اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ ، وَثُبُوتِ الْخِيَارِ يُبْقَى بَيْنَهُمَا عُلُقًا^(٤٠) ، وَيُثْبِتُ فِيهَا خِيَارَ الْمَجْلِسِ فِي الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ ؛ لِغُمُومِ الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ مَوْضُوعَهُ لِلنَّظَرِ فِي الْحِظِّ فِي الْمَعَاوِضَةِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ فِيهَا . وَعَنْهُ لَا يُثْبِتُ^(٤١) فِيهَا الْخِيَارَ الْحَاقًا بِخِيَارِ الشَّرْطِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، لِأَنَّ الْخِيَارَ لَزِمَ ، لَا يُقْصَدُ بِهِ الْعَوَضُ ، كَالنَّكَاحِ وَالْحُلْمِ . فَلَا يُثْبِتُ فِيهِمَا خِيَارًا ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا يُثْبِتُ لِمَعْرِفَةِ الْحِظِّ فِي كَوْنِ الْعَوَضِ جَائِزًا ، لِمَا يَذْهَبُ مِنْ مَالِهِ . وَالْعَوَضُ هُنَا لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ ، وَكَذَلِكَ الْوَقْفُ وَالْهَبَةُ ، وَلِأَنَّ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ فِي النَّكَاحِ ضَرَرًا ذَكَرْنَاهُ قَبْلَ هَذَا . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، لِأَنَّ مِنْ أَحَدِ طَرَفَيْهِ دُونَ الْآخَرِ ، كَالرَّهْنِ ، لِأَنَّ فِي حَقِّ الرَّاهِنِ ، جَائِزٌ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، فَلَا يُثْبِتُ فِيهِ خِيَارًا ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ يَسْتَعْنِي بِالْجَوَازِ فِي حَقِّهِ عَنْ ثُبُوتِ خِيَارِ آخَرَ ، وَالرَّاهِنُ يَسْتَعْنِي بِثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُ إِلَى أَنْ يَقْبِضَ ، وَكَذَلِكَ الضَّامِنُ وَالْكَفِيلُ ، لِأَنَّ خِيَارَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا مُتَطَوِّعِينَ رَاضِيَيْنِ بِالْعَبْنِ ، وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، عَقْدُ جَائِزٍ مِنَ الطَّرْفَيْنِ ، كَالشَّرِكَةِ ، وَالْمُضَارَبَةِ ، وَالْجَعَالَةِ ، وَالْوَكَالَةِ ، وَالْوَدِيعَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، فَهَذِهِ لَا يُثْبِتُ فِيهَا خِيَارًا ، اسْتِغْنَاءً بِجَوَازِهَا ، وَالتَّمَكُّنِ مِنْ فَسْخِهَا بِأَصْلِ وَضْعِهَا . الضَّرْبُ الْخَامِسُ ، وَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْجَوَازِ وَاللُّزُومِ ، كَالْمُسَاقَاةِ^(٤٢) ،

(٣٨) فِي م : « مُسْتَقِلٌّ » .

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَبِيعِ » .

(٤٠) فِي م : « عُلُقَةٌ » .

(٤١) فِي الْأَصْلِ : « يَجِبُ » .

(٤٢) فِي م : « كَالْمُسَاقَاةِ » .

والمزارة ، والظاهرُ أنهما جائزان ، فلا يدخلهما خيارٌ . وقد قيل : هما لازمان ،
ففي ثبوت الخيارِ فيهما وجهان ، والسبق والرمي ، والظاهرُ أنهما جعالةٌ ، فلا يثبتُ
فيهما خيارٌ . وقيل : هما إجارةٌ ، وقد مضى ذكرها . الضربُ السادسُ ، لازمٌ يستقلُّ
به أحدُ المتعاقدين ، كالحوالة ، والأخذُ بالشفعة ، فلا خيارَ فيهما ؛ لأنَّ من لا يُعتبرُ
رضاهُ لا خيارَ له . وإذا لم يثبتُ في أحدِ طرفَيْهِ لم يثبتُ في الآخرِ ، كسائرِ العقودِ .
ويحتملُ أن يثبتَ الخيارُ للمحيلِ والشفيعِ ؛ لأنها معاوضةٌ يقصدُ فيها العوضُ ،
فأشبهتْ سائرَ البيعِ .

بابُ الرِّبَا والصَّرْفِ /

١٥٧/٤ و

الرِّبَا فِي اللُّغَةِ : هُوَ الزِّيَادَةُ . قَالَ اللهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ ﴾ (١) . وَقَالَ : ﴿ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَى مِنْ أُمَّةٍ ﴾ (٢) . أَيْ أَكْثَرُ عَدَدًا ، يُقَالُ : أَرْبَى فُلَانٌ عَلَى فُلَانٍ ، إِذَا زَادَ عَلَيْهِ . وَهُوَ فِي الشَّرْعِ : الزِّيَادَةُ فِي أَشْيَاءَ مَخْصُوصَةٍ . وَهُوَ مُحَرَّمٌ بِالْكِتَابِ ، وَالسُّنَّةِ ، وَالْإِجْمَاعِ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللهِ تَعَالَى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ (٣) . وَمَا بَعْدَهَا مِنَ الْآيَاتِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ » . قِيلَ : يَا رَسُولَ اللهِ مَا هِيَ ؟ قَالَ : « الشَّرْكُ بِاللَّهِ ، وَالسَّحْرُ ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ، وَأَكْلُ الرِّبَا ، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الرَّحْفِ ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلَاتِ » . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا ، وَمُؤْكِلَهُ ، وَشَاهِدَيْهِ ، وَكَاتِبَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا (٤) فِي أَحْبَابِ سِوَى هَذَيْنِ

(١) سورة الحج ٥ .

(٢) سورة النحل ٩٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٤) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً ﴾ ، من كتاب الوصايا . وباب الشرك والسحر من الموبقات ، من كتاب الطب . وباب رمى المحصنات ... ، من كتاب الحدود . صحيح البخارى ١٢/٤ ، ١٧٧/٧ ، ٢١٨/٨ . ومسلم ، فى : باب بيان الكبائر وأكبرها ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٢/١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى التشديد فى أكل مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ١٠٤/٢ . والنسائى ، فى : باب اجتناب أكل مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢١٥/٦ ، ٢١٦ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب من لعن المصور ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٢١٧/٧ . ومسلم ، فى : باب لعن آكل الربا ومؤكله ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٩/٣ . =

كثيرة^(٥) ، وأجمعت الأمة على أن الربا مُحَرَّمٌ .

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 . لقول النبي ﷺ : « لا ربا إلا في النسيئة » . رواه البخاري^(٦) . والمشهور من ذلك قول ابن عباس ، ثم إنه رجع إلى قول الجماعة ، روى ذلك الأثرم بإسناده ، وقاله الترمذي ، وابن المنذر ، وغيرهم . وقال سعيد بإسناده ، عن أبي صالح ، قال : صحبت ابن عباس حتى مات ، فوالله ما رجع عن الصرف . وعن سعيد ابن جبير ، قال : سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف ؟ فلم ير به بأسا ، وكان يأمر به . والصحيح قول الجمهور ؛ لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ ، قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ، ولا تُشِفُوا^(٧) بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ، ولا تُشِفُوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائبا بناجزا » . وروى أبو سعيد أيضا ، قال : جاء

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في آكل الربا وموكله ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢١٩ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في أكل الربا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٥/٢٠٧ . والنسائي ، في :
باب الموتشمتا وذكر الاختلاف على عبد الله بن مرة والشعبي في هذا ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨/١٢٧ .
وابن ماجه ، في : باب التغليظ في الربا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٤ . والدارمي ، في :
باب في لعن آكل الربا ومؤكله ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٨٣ ،
٨٨ ، ٩٣ ، ١٠٧ ، ١٢١ ، ١٣٣ ، ١٥٠ ، ١٥٨ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ ، ٤٠٢ ، ٤٠٩ ، ٤٥٣ .
(٥) في الأصل : « كثير » .

(٦) في : باب بيع الدينار بالدينار نساء ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٣/٩٨ .
كما أخرجه مسلم ، في : باب بيع الطعام مثلا بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢١٧ ، ١٢١٨ .
والنسائي ، في : باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٧ . وابن
ماجه ، في : باب من قال لا ربا إلا في النسيئة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٨ ، ٧٥٩ .
والدارمي ، في : باب لا ربا إلا في النسيئة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥٩ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٥/٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ .
(٧) لا تُشِفُوا : أى لا تفضلوا . والشّف : الزيادة . ويطلق أيضا على النقصان ، فهو من الأضداد .

بِلَالٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِتَمْرٍ بَرْنِي^(٨) ، / فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ هَذَا يَا بِلَالُ ؟ » . قَالَ : كَانَ عِنْدَنَا تَمْرٌ رَدِيءٌ ، فَبِعْتُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ ، لِيَطْعَمَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَوْهٌ ، عَيْنُ الرَّبَا ، (٩) عَيْنُ الرَّبَا ، لَا تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إِنْ أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعِ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(١٠) ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ : عَلَى حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْعَمَلُ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا رَبًّا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ » . مَحْمُولٌ عَلَى الْجِنْسَيْنِ .

٧٠٤ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَكُلُّ مَا كَيْلٌ أَوْ وَزَنٌ مِنْ سَائِرِ الْأَشْيَاءِ ، فَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِ إِذَا كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا)

قوله : « مِنْ سَائِرِ الْأَشْيَاءِ » . يَعْنِي مِنْ جَمِيعِهَا . وَضَعَّ سَائِرَ مَوْضِعَ جَمِيعِ تَجَوُّزًا ، وَمَوْضِعُهَا الْأَصْلِيُّ لِبَاقِي الشَّيْءِ ، وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الرَّبَا أَحَادِيثٌ كَثِيرَةٌ ، وَمِنْ أَتْمَهَا مَا رَوَى عِبَادَةُ بْنُ الصَّامِتِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلِ ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلِ ، وَالمِلْحُ بِالمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلِ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ مِثْلًا بِمِثْلِ ، فَمَنْ

(٨) البرني : ضرب من التمر أصفر مُدَوَّرٌ ، وهو أجود التمر ، واحدته بَرْنِيَّةٌ . لسان العرب (ب ر ن) .
(٩ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١٠) الأول أخرجه البخاري ، في : باب بيع الفضة بالفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٧/٣ .
ومسلم ، في : باب الربا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٨/٣ ، ١٢٠٩ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في الصرف ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٩/٥ ، ٢٥٠ . والنسائي ، في : باب بيع الذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٤/٧ ، ٢٤٥ . والإمام مالك ، في : باب بيع الذهب بالفضة تبراوعينا ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٣٢/٢ ، ٦٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٣ ، ٩ .

والثاني أخرجه البخاري ، في : باب إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً فبيعه مردود ، من كتاب الوكالة . صحيح البخاري ١٣٣/٣ . ومسلم ، في : باب بيع الطعام مثلاً بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٥/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٩/٧ ، ٢٤٠ .

زَادَ أَوْ اِزْدَادَ فَقَدْ أَرَبَى ، يَبْعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبْعُوا الْبُرَّ
بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبْعُوا الشَّعِيرَ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ . رواه
مُسْلِمٌ^(١) . فهذه الأعيان المَنْصُوصُ عَلَيْهَا يَثْبُتُ الرُّبَا فِيهَا بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ .
وَاخْتَلَفَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِيهَا سِوَاهَا ، فَحَكِيَ عَنْ طَاوُسٍ وَقَتَادَةَ أَنَّهُمَا قَصَرَا الرُّبَا
عَلَيْهَا ، وَقَالَا : لَا يَجْرِي فِي غَيْرِهَا . وَبِهِ قَالَ دَاوُدُ وَنُفَاةُ الْقِيَاسِ ، وَقَالُوا : مَا
عَدَاهَا عَلَى أَصْلِ الْإِبَاحَةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٢) . وَاتَّفَقَ
الْقَائِلُونَ بِالْقِيَاسِ عَلَى أَنَّ ثُبُوتَ الرُّبَا فِيهَا بِعِلَّةٍ ، وَأَنَّهُ يَثْبُتُ فِي كُلِّ مَا وُجِدَتْ فِيهِ
عِلَّتُهَا ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ دَلِيلَ شَرْعِيٍّ ، فَيَجِبُ اسْتِخْرَاجُ عِلَّةِ هَذَا الْحُكْمِ ، وَإِبَائَتُهُ
فِي كُلِّ مَوْضِعٍ وُجِدَتْ عِلَّتُهُ فِيهِ . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ . يَفْتَضِي
تَحْرِيمَ كُلِّ زِيَادَةٍ ، إِذِ الرُّبَا فِي اللُّغَةِ الزِّيَادَةُ ، إِلَّا مَا أَجْمَعْنَا عَلَى تَخْصِيصِهِ . وَهَذَا
يُعَارِضُ مَا ذَكَرُوهُ . / ثُمَّ اتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ رَبَا الْفَضْلِ لَا يَجْرِي إِلَّا فِي الْجِنْسِ
الْوَاحِدِ ، إِلَّا سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، فَإِنَّهُ قَالَ : كُلُّ شَيْئَيْنِ يَتَقَارَبُ الْاِئْتِفَاعُ بَيْنَهُمَا لَا يَجُوزُ
بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلًا ، كَالْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرِ بِالزَّرْبِيبِ ، وَالدُّرَّةِ
بِالدُّخْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارَبُ نَفْعُهُمَا ، فَجَرِيًا مَجْرَى نَوْعِي جِنْسٍ وَاحِدٍ . وَهَذَا
يُخَالِفُ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « يَبْعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبْعُوا
الْبُرَّ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ » . فَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ . ثُمَّ يَبْتَطُلُ بِالذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ
التَّفَاضُلُ فِيهِمَا مَعَ تَقَارُبِهِمَا . وَاتَّفَقَ الْمُعَلَّلُونَ عَلَى أَنَّ عِلَّةَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَاحِدَةٌ ،
وَعِلَّةُ الْأَعْيَانِ الْأَرْبَعَةِ وَاحِدَةٌ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي عِلَّةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ فَرَوَى عَنْ
أَحْمَدَ فِي ذَلِكَ ثَلَاثَ رَوَايَاتٍ ، أَشْهَرُهُنَّ أَنَّ عِلَّةَ الرُّبَا فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ

١٥٨/٤ و

(١) في : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢١٠ ، ١٢١١ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٢ ، ٢٢٣ .
والنسائي ، في : باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ . وابن ماجه ،
في : باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدا بيد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧/٧٥٧ ، ٧٥٨ .
والدارمي ، في : باب في النهي عن الصرف ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥٩ .

(٢) سورة البقرة ٢٧٥ .

كَوْنُهُ مَوْزُونٌ جِنْسٍ ، وَعِلَّةُ الْأَعْيَانِ الْأَرْبَعَةِ مَكِيلُ جِنْسٍ . ثَقَلَهَا عَنْ أَحْمَدَ الْجَمَاعَةَ ، وَذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَهُوَ قَوْلُ التَّخَعُّبِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . فَعَلِيَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ يَجْرِي الرِّبَا فِي كُلِّ مَكِيلٍ ، أَوْ مَوْزُونٍ بِجِنْسِهِ ، مَطْعُومًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مَطْعُومٍ ، كَالْحُبُوبِ ، وَالْأَشْنَانِ ، وَالثُّورَةِ ، وَالْقَطْنِ ، وَالصُّوفِ ، وَالكَتَّانِ ، وَالْوَرَسِ ، وَالْحِنَاءِ ، وَالْعُصْفُرِ ، وَالْحَدِيدِ ، وَالثُّحَاسِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَلَا يَجْرِي فِي مَطْعُومٍ لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ قَالَ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ ، وَلَا الدَّرْهَمَ بِالدَّرْهَمَيْنِ ، وَلَا الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ ، فَإِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ الرِّمَاءَ » . وَهُوَ الرِّبَا ، فَقَامَ إِلَيْهِ رَجُلٌ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الْفَرَسَ بِالْأَفْرَاسِ ، وَالتَّجِيبَةَ بِالْإِبِلِ ؟ فَقَالَ : « لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ (٣) ، عَنْ أَبِي جَنَابٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ . وَعَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَا وَزَنَ مِثْلًا بِمِثْلِ إِذَا كَانَ تَوْعًا وَاحِدًا ، وَمَا كَيْلَ مِثْلًا بِمِثْلِ إِذَا كَانَ تَوْعًا وَاحِدًا » . رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ (٤) ، وَرَوَاهُ عَنْ ابْنِ صَاعِدٍ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ ، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَيُّوبَ ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبَّاشٍ ، عَنْ الرَّبِيعِ بْنِ صَبِيحٍ ، عَنْ الْحَسَنِ ، عَنْ عُبَادَةَ ، وَأَنَسٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقَالَ : لَمْ يَرَوْهُ عَنْ أَبِي بَكْرٍ هَكَذَا / غَيْرُ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَيُّوبَ ، وَخَالَفَهُ غَيْرُهُ فَرَوَاهُ بِلَفْظٍ آخَرَ . ١٥٨/٤ ظ

وَعَنْ عَمَّارٍ أَنَّهُ قَالَ : الْعَبْدُ خَيْرٌ مِنَ الْعَبْدَيْنِ ، وَالثَّوْبُ خَيْرٌ مِنَ الثَّوْبَيْنِ . فَمَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، إِنَّمَا الرِّبَا فِي النِّسَاءِ ، إِلَّا مَا كَيْلَ أَوْ وَزَنَ . وَلِأَنَّ قَضِيَّةَ الْبَيْعِ

(٣) المسند ١٠٩/٢ .

وعزه الهيثمي ، في : مجمع الزوائد إلى الطبراني . مجمع الزوائد ١٠٥/٤ .

(٤) في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ١٨/٣ .

(٥) في النسخ : « عن » . والتصحيح من سنن الدارقطني .

وهو الربيع بن صبيح السعدي أبو بكر ، ويقال أبو حفص البصري ، مولى بني سعد بن زيد مناة ، مات سنة مائة وستين بأرض السند . تهذيب التهذيب ٢٤٧/٣ ، ٢٤٨ .

المساواة، والمؤثر في تحقيقها الكيل، والوزن، والجنس، فإن الوزن أو الكيل يسوى بينهما صورة، والجنس يسوى بينهما معنى، فكانا علة، ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعام؛ بدليل بيع الثقبلة بالحقيفة، فإنه جائز إذا تساوى في الكيل. والرواية الثانية، أن العلة في الأثمان الثمينة، وفيما عداها كونه مطعوم جنس، فيختص بالمطعومات، ويخرج منه ما عداها، قال أبو بكر: روى ذلك عن أحمد جماعة، ونحو هذا قال الشافعي، فإنه قال: العلة الطعام، 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 بالطعام إلا مثلاً بمثل. رواه مسلم^(٦). ولأن الطعام وصف شرف، إذ به قوام الأبدان، والتمنية وصف شرف، إذ بها قوام الأموال، فيقتضى التعليل بهما، ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما في الموزونات؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء. والرواية الثالثة؛ العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً، فلا يجزى الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن، كالنخاع والرمان، والحوخ، والبطيخ، والكمثرى، والأثرج، والسفرجل، والإجاص، والخيار، والجوز، والبيض، ولا فيما ليس بمطعوم، كالزعفران، والأشنان، والحديد، والرصاص، ونحوه. ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب، وهو قديم قولي الشافعي؛ لما روى عن سعيد بن المسيب، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَا رَبَا إِلَّا فِيمَا كَيْلٌ أَوْ وَزَنٌ، مِمَّا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ». أخرجه الدارقطني^(٧)، وقال: الصحيح أنه من قول سعيد، ومن رفعه فقد وهم. ولأن

(٦) في: باب بيع الطعام مثلاً بمثل، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ١٢١٤/٣

كما أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ٤٠٠/٦.

(٧) في: كتاب البيوع. سنن الدارقطني ١٤/٣.

كما أخرجه الإمام مالك، في: باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا، من كتاب البيوع. الموطأ ٦٣٥/٢.

لكل واحد من هذه الأوصاف أثرا ، والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه ، / فلا يجوز حذفه . ولأن الكيل والوزن والجنس لا يقتضى وجوب المماثلة ، وإنما أثره في تحقيقها^(٨) في العلة ما يقتضى ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه ، والطعم بمجرد لا تتحقق المماثلة به ؛ لعدم المعيار الشرعى فيه . وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعى وهو الكيل ، والوزن ، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلا ، وفي الموزون وزنا ، فوجب أن يكون الطعم معتبرا في المكيل والموزون ، دون غيرهما . والأحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها ، وتقييد كل واحد منها بالآخر ، فهى النبى ﷺ عن بيع الطعام إلا مثلا بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعى ، وهو الكيل والوزن ، ونهى عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعم المنهى عن التفاضل فيه . وقال مالك : العلة القوت ، أو : ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات . وقال ربيعة : يجرى الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره . وقال ابن سيرين : الجنس الواحد علة . وهذا القول لا يصح ؛ لقول النبى ﷺ في بيع الفرس بالأفراس ، والنجبية بالإبل : « لا بأس به إذا كان يدا بيد »^(٩) . وروى أن النبى ﷺ ابتاع عبدا بعبدين . رواه أبو داود ، والترمذى^(١٠) ، وقال : هو حديث حسن صحيح . وقول مالك ينتقض بالحطب والإدام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده ، وتعليل ربيعة ينعكس بالملح ، والعكس لازم

(٨) في الأصل : « تحقيقهما » .

(٩) تقدم في صفحة ٥٤ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ذلك إذا كان يدا بيد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٥ .

والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شراء العبد بالعبدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأهودى ٥/٢٤٧ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلا ، من كتاب المساقاة . صحيح

مسلم ٣/١٢٢٥ . والنسائى ، فى : باب بيعة المالك ، من كتاب البيعة ، وفى : باب بيع الحيوان بالحيوان

يدا بيد متفاضلا ، من كتاب البيوع . المحتبى ٧/١٣٥ ، ٢٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب البيعة ، من كتاب

الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/٩٥٨ .

عند اتحاد العلة . والحاصل أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن^(١١) والطعم ، من جنس واحد ، ففيه الربا رواية واحدة ، كالأرز ، والدخن ، والذرة ، والقطنيات^(١٢) ، والدهن ، والحل ، واللبن ، واللحم ، ونحوه . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : هذا قول علماء الأمصار في القديم والحديث ، سوى قنادة ، فإنه بلغني أنه شد عن جماعة الناس ، فقصر تحريم التفاضل على البتة الأشياء . وما انعدم فيه الكيل ، والوزن ، والطعم ، واختلف جنسه ، فلا ربا فيه ، رواية واحدة . وهو قول أكثر أهل العلم ، كالتين ، والتوى ، والقث ، والماء ، والطين الأزمني ، / فإنه يؤكل دواء ، فيكون موزونا مأكولا ، فهو إذا من القسم الأول ، وما عداه إنما يؤكل سفها ، فجرى مجرى الرمل والحصى . وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال لعائشة : « لا تأكلِي الطين ، فإنه يُصْفَرُ اللُّونَ »^(١٣) . وما وجد فيه الطعم وحده ، أو الكيل أو الوزن ، من جنس واحد ، ففيه روايتان ، واختلف أهل العلم فيه ، والأولى إن شاء الله تعالى جلته ؛ إذ ليس في تحريمه دليل مؤثوق به ، ولا معنى يقوى التمسك به ، وهي مع ضعفها يعارض بعضها بعضا ، فوجب أطراحها ، أو الجمع بينها ، والرجوع إلى أصل الحبل الذي يقتضيه الكتاب ، والسنة ، والاعتبار . ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتا ، كالأرز ، والذرة ، والدخن ، أو أدما كالقطنيات ، واللبن ، واللحم ، أو تفكها كالثمار ، أو تداويا كالإهليلج^(١٤) ، والسقمونيا^(١٥) ، فإن الكل في باب الربا واحد .

ط ١٥٩/٤

فصل ، وقوله : ما كيل ، أو وزن . أى : ما كان جنسه مكيلا ، أو موزونا ، وإن لم يتأت فيه كيل ، ولا وزن ، إما لقلته كالحبة والحبتين ، والحفنة

(١١) في الأصل : « أو الوزن » .

(١٢) القطنيات : هي الحبوب التي تدخر كالجص والعدس .

(١٣) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب السنة . وقال ابن القيم ، في زاد المعاد ٣٣٧/٤ : وكل حديث في الطين فإنه لا يصح ، ولا أصل له عن رسول الله ﷺ .

(١٤) الإهليلج : ثمر ينفع من الخواثيق ويحفظ العقل ويزيل الصداع . القاموس .

(١٥) السقمونيا : نبات يستخرج من تجاويفه دواء مسهل . القاموس .

والْحَفَنْتَيْنِ ، وَمَادُونَ الْأُرْزَةَ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، أَوْ لَكَثْرَتِهِ كَالزُّبْرَةِ^(١٦) الْعَظِيمَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ، إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَيَحْرُمُ التَّفَاضُلُ فِيهِ . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَخَّصَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي بَيْعِ الْحَفَنْتِ بِالْحَفَنْتَيْنِ ، وَالْحَبَّةِ بِالْحَبَّتَيْنِ ، وَسَائِرِ الْمَكِيلِ الَّذِي لَا يَتَأْتِي كَيْلُهُ ، وَوَأْفَقَ فِي الْمَوْزُونِ ، وَاحْتَجَّ بِأَنَّ الْعِلَّةَ الْكَيْلُ ، وَلَمْ يُوجِدْ فِي الْيَسِيرِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالتَّبْرُ بِالتَّبْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، مَنْ زَادَ أَوْ إِزَادَ فَقَدْ أَرَى »^(١٧) .

وَلَأَنَّ مَا جَرَى الرَّبَا فِي كَثِيرِهِ جَرَى فِي قَلِيلِهِ ، كَالْمَوْزُونِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تَمْرَةٍ بِتَمْرَةٍ ، وَلَا حَفَنْتِ بِحَفَنْتِ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُهُ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ ، وَلَكِنَّهُ قِيَاسُ قَوْلِهِمْ ؛ لِأَنَّ مَا أَصْلُهُ الْكَيْلُ لَا تَجْرِي الْمُمَاثَلَةُ فِي غَيْرِهِ .

فصل : فَأَمَّا مَا لَا وَزْنَ لِلصَّنَاعَةِ فِيهِ ، كَمَعْمُولِ الْحَدِيدِ ، وَالرَّصَاصِ ، وَالتُّحَاسِ ، وَالْقَطْنِ ، وَالكِتَّانِ ، وَالصُّوفِ ، وَالإِبْرَيْسِمِ^(١٨) ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ فِي الثِّيَابِ وَالْأَكْسِيَةِ أَنَّهُ / لَا يَجْرِي فِيهَا الرَّبَا ، فَإِنَّهُ قَالَ : لَا بَأْسَ بِالثُّوبِ بِالثُّوبَيْنِ ، وَالكِسَاءِ بِالكِسَاءَيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَقَالَ : لَا بَأْسَ بِالْفَلْسِ بِالْفَلْسَيْنِ ، وَلَا السِّكِّينِ بِالسِّكِّينَيْنِ ، وَلَا إِهْرَةَ بِإِهْرَتَيْنِ ، أَصْلُهُ الْوِزْنُ . وَتَقَلَّ الْقَاضِي حُكْمَ إِحْدَى الْمَسْأَلَتَيْنِ إِلَى الْأُخْرَى ، فَجَعَلَ فِيهِمَا جَمِيعًا رَوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجْرِي فِي الْجَمِيعِ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْزُونٍ وَلَا مَكِيلٍ ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ . إِذْ لَا مَعْنَى لِثُبُوتِ الْحُكْمِ مَعَ انْتِفَاءِ الْعِلَّةِ ، وَعَدَمِ النَّصِّ^(١٩) وَالْإِجْمَاعِ فِيهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجْرِي الرَّبَا فِي الْجَمِيعِ . اخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُ الْوِزْنُ ، فَلَا يَخْرُجُ بِالصَّنَاعَةِ عَنْهُ كَالخُبْزِ ، وَذَكَرَ أَنَّ اخْتِيَارَ

(١٦) الزُّبْرَةُ : الْقِطْعَةُ مِنَ الْحَدِيدِ ، وَالْجَمْعُ زُبْرٌ . لِسَانَ الْعَرَبِ ، مَادَةٌ (ز ب ر) .

(١٧) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٤ .

(١٨) الإِبْرَيْسِمُ : الْحَرِيرُ .

(١٩) فِي م : « النَّقْصُ » .

القاضى ؛ أن ما كان يُقصدُ وزنه بعد عمله كالأسطال^(٢٠) ففيه الرُّبا ، وما لا^(٢١) فلا .

فصل : وَيَجْرِي الرُّبَا فِي لَحْمِ الطَّيْرِ ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ : لَا يَجْرِي فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يُبَاعُ بِغَيْرِ وَزْنٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَحْمٌ فَجَرَى فِيهِ الرُّبَا ، كَسَائِرِ اللُّحْمَانِ . وَقَوْلُهُ : لَا يُوزَنُ . قَلْنَا : هُوَ مِنْ جِنْسِ مَا يُوزَنُ ، وَيُقْصَدُ ثِقَلُهُ ، وَتُخْتَلَفُ قِيمَتُهُ بِثِقَلِهِ وَخِفَّتِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا يُبَاعُ مِنَ الخُبْزِ بِالْعَدَدِ .

فصل : وَالجَيْدُ وَالرَّيْدِيُّ ، وَالتَّبَرُّ وَالْمَضْرُوبُ ، وَالصَّحِيحُ وَالْمَكْسُورُ ، سَوَاءٌ فِي جَوَازِ البَيْعِ مَعَ التَّمَاثُلِ ، وَتَحْرِيمِهِ مَعَ التَّفَاضُلِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى عَنْ مَالِكٍ جَوَازَ بَيْعِ الْمَضْرُوبِ بِقِيمَتِهِ مِنْ جِنْسِهِ ، وَأَنْكَرَ أَصْحَابُهُ ذَلِكَ ، وَنَفَوْهُ عَنْهُ . وَحَكَى بَعْضُ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً ، لَا يَجُوزُ^(٢٢) بَيْعُ الصَّحَّاحِ بِالْمَكْسُورَةِ . وَلِأَنَّ لِلصَّنَاعَةِ قِيمَةً ؛ بِدَلِيلِ حَالَةِ الإِتْلَافِ ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ ضَمَّ قِيمَةَ الصَّنَاعَةِ إِلَى الذَّهَبِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ »^(٢٣) . وَعَنْ عُبَادَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ تَبْرُهَا وَعَيْنُهَا ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ تَبْرُهَا وَعَيْنُهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢٤) . وَرَوَى مُسْلِمٌ^(٢٥) ، عَنْ أَبِي الأَشْعَثِ ، أَنَّ مُعَاوِيَةَ أَمَرَ بِبَيْعِ آيَةٍ مِنْ فِضَّةٍ فِي أُعْطِيَاتِ النَّاسِ ، فَبَلَغَ عُبَادَةَ فَقَالَ : إِنِّي^(٢٦) سَمِعْتُ

(٢٠) الأسطال : جمع سطل ، وهو إناء من معدن كالبرجل ، له علاقة كنصف الدائرة مركبة في عروتين .

(٢١) في الأصل : « وإلا » .

(٢٢) في الأصل : « أنه » .

(٢٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٢٤) في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٢ ، ٢٢٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع الشعر بالشعر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٢ ، ٢٤٣ .

(٢٥) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٢٦) سقط من : م .

رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ،
والشعير بالشعير ، والملح بالملح ، إلا سواءً بسواء ، عيناً بعين ، فمن زاد / ١٦٠/٤ ظ
أو ازداد فقد أربى . وروى الأثرم^(٢٧) ، عن عطاء بن يسار ، أن معاوية باع سقاية
من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال أبو الدرداء : سمعت رسول الله ﷺ
ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل . ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب ، رضى
الله عنهما ، فذكر له ذلك ، فكتب عمر إلى معاوية ، لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل ،
وزناً بوزن^(٢٨) . ولأنهما تساويا في الوزن ، فلا يؤثر اختلافهما في القيمة ، كالجيد
والردي . فأما إن قال لصائغ : صنع لي خاتماً وزنه درهم ، وأعطيك مثل وزنه ،
وأجرتك درهمًا . فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين . وقال أصحابنا : للصائغ
أخذ الدرهمين ؛ أحدهما في مقابلة الخاتم ، والثاني أجره له .

فصل : وكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء ، بغير خلاف نعلمه . ويحرم
التفرق قبل القبض ؛ لقول النبي ﷺ : « عينا بعين »^(٢٩) . وقوله : « يدا
بيد »^(٣٠) . ولأن تحريم النساء أكد ، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين ، فإذا
حرم التفاضل ، فالنساء أولى بالتحريم .

٧٠٥ - قال : (وما كان من جنسين فجائز التفاضل فيه يدا بيد ، ولا يجوز
نسيئة)

لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه ، إلا عن سعيد بن جبيرة أنه قال :

(٢٧) وأخرجه النسائي ، في : باب بيع الذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٥/٧ . والبيهقي ،
في : باب تحريم التفاضل في الجنس الواحد مما جرى فيه الربا مع تحريم النساء ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى
٢٨٠/٥ . والإمام مالك ، في : باب بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٣٤ .
(٢٨) أخرجه الإمام مالك والبيهقي ، في الموضوع السابق .
(٢٩) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .
(٣٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

مَا يَتَقَارَبُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِمَا لَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا . وَهَذَا يُرَدُّهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « يَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبِيعُوا الشَّعِيرَ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » (٣١) . وَفِي لَفْظٍ : « إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ (٣٢) . وَلَا تَنْهَمَا جِنْسَانِ ، فَجَازَ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ تَبَاعَدَتْ مَنَافِعُهُمَا . وَلَا خِلَافَ فِي إِبَاحَةِ التَّفَاضُلِ فِي الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ ، مَعَ تَقَارُبِ مَنَافِعِهِمَا . فَأَمَّا النِّسَاءُ ؛ فَكُلُّ جِنْسَيْنِ يَجْرِي فِيهِمَا الرِّبَا بَعْلَةً وَاحِدَةً ، كَالْمَكِيلِ بِالْمَكِيلِ ، وَالْمَوْزُونِ بِالْمَوْزُونِ ، وَالْمَطْعُومِ بِالْمَطْعُومِ ، عِنْدَ مَنْ يُعَلَّلُ بِهِ ، فَإِنَّهُ يَحْرُمُ بَيْعَ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ نِسَاءً ، بَغَيْرِ خِلَافٍ تَعَلَّمَهُ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » . وَفِي لَفْظٍ : « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ وَالْفِضَّةَ أَكْثَرُهُمَا يَدًا بِيَدٍ ، وَأَمَّا نَسِيئَةٌ فَلَا ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ / وَالشَّعِيرَ أَكْثَرُهُمَا يَدًا بِيَدٍ ، وَأَمَّا النَّسِيئَةُ فَلَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٣٣) . إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ الْعَوَاضِينَ ثَمَنًا ، وَالْآخَرُ ثَمَنًا ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ النِّسَاءُ بَيْنَهُمَا بَغَيْرِ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَرْخَصَ فِي السَّلْمِ ، وَالْأَصْلُ فِي رَأْسِ الْمَالِ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ ، فَلَوْ حُرِّمَ النِّسَاءُ هُنَا لَأَنسَدَّ بَابُ السَّلْمِ فِي الْمَوْزُونَاتِ فِي الْغَالِبِ . فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَتْ عِلَّتُهُمَا كَالْمَكِيلِ بِالْمَوْزُونِ ، مِثْلَ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْبُرِّ ، فَفِيهِمَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِيهِمَا ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْخَرَقِيُّ هُنَا ؛ لِأَنَّهَا مَالَانِ مِنْ أَمْوَالِ الرِّبَا ، فَحَرَّمَ النِّسَاءُ فِيهِمَا ، كَالْمَكِيلِ بِالْمَكِيلِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ النِّسَاءُ فِيهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ النَّحَّيْجِيِّ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ يَجْتَمِعَا فِي

و ١٦١/٤

(٣١) تقدم تحريجه في صفحة ٥٤

(٣٢) أخرجه مسلم ، في : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١١/٣ . وأبو داود ، في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٣/٢ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٢٤/٣ .

(٣٣) في : باب في الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٢/٢ ، ٢٢٣ .

كما أخرجه النسائي ، في باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٢/٧ .

أَحَدٍ وَصَفَى عَلَةً رِبَا الْفَضْلِ ، فَجَازَ النَّسَاءُ فِيهِمَا ، كَالثِّيَابِ بِالْحَيَوَانِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ الرَّبَا بِغَيْرِ جِنْسِيهِ ، وَعِلَّةُ رِبَا الْفَضْلِ فِيهِمَا وَاحِدَةٌ ، لَمْ يَجْزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، فَإِنْ فَعَلَا بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ فِيهِمَا كَغَيْرِ أَمْوَالِ الرَّبَا ، وَكَبَيْعِ ذَلِكَ بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ ، مِثْلًا بِمِثْلٍ ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ ، يَدًا بِيَدٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٣٤) . وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »^(٣٥) . وَرَوَى مَالِكُ بْنُ أَوْسٍ بْنِ الْحَدَثَانِ ، أَنَّهُ التَّمَسَّ صَرَفًا بِمِائَةِ دِينَارٍ . قَالَ : فَدَعَانِي طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ^(٣٦) فَرَأَوْضَنَا حَتَّى اصْطَرَفَ^(٣٦) مِنِّي ، فَأَخَذَ الذَّهَبَ^(٣٧) يُقَلِّبُهَا فِي يَدَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : حَتَّى يَأْتِيَ خَازِنِي مِنَ الْغَايَةِ . وَعَمُرُ يَسْمَعُ ذَلِكَ ، فَقَالَ : لَا وَاللَّهِ لَا تُفَارِقُهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ^(٣٨) ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣٩) . وَالْمُرَادُ

(٣٤) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٣٥) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

(٣٦ - ٣٦) في م : « فتراوضنا حتى اضطرق » .

والمعنى : أى تساومنا حتى صرفها منى ذهباً .

(٣٧) سقط من م . وفى الأصل : « جاءنى » .

(٣٨) هاء وهاء : اسم فعل أمر بمعنى خذ . يقال : هاء درهما . أى خذ درهما .

(٣٩) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى

٨٩/٣ . ومسلم ، فى : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم

١٢٠٩/٣ ، ١٢١٠ . وأبو داود ، فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٢ . والنسائى

فى : باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٤٠ . وابن ماجه ، فى : باب صرف الذهب

بالورق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٩ ، ٧٦٠ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى

الصرف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٣٦ ، ٦٣٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٤ ، ٣٥ ، ٤٥ .

به القَبْضُ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُرَادَ بِهِ ذَلِكَ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ؛ وَهَذَا فَسَّرَهُ عُمَرُ بِهِ ،
 وَلِأَنَّهُمَا مَالَانِ مِنْ أَمْوَالِ الرِّبَا عَلَّتُهُمَا وَاحِدَةٌ ، فَحَرَّمَ التَّفَرُّقُ فِيهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ
 كَالذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ . فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَتْ عَلَّتُهُمَا ، كَالْمَكِيلِ بِالْمَوْزُونِ عِنْدَ مَنْ يُعْلَلُ بِهِمَا ،
 فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَجُوزُ / التَّفَرُّقُ فِيهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ عَلَّتُهُمَا
 مُخْتَلِفَةٌ ، فَجَازَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، كَالثَّمَنِ بِالْمُثْمَنِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، إِلَّا
 أَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ عِنْدَهُ ذَلِكَ إِلَّا فِي بَيْعِ الْأَثْمَانِ بغيرِهَا ، وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخِرَقِيِّ وَجُوبَ
 التَّقَابُضِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِقَوْلِهِ : « يَدًا بِيَدٍ » (٤٠) .

٧٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَا كَانَ مِمَّا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فَجَائِزُ التَّفَاضُلِ فِيهِ
 يَدًا بِيَدٍ ، وَلَا يَجُوزُ نَسِيئَةٌ)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ فِي تَحْرِيمِ النِّسَاءِ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، عَلَى أَرْبَعِ
 رِوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، لَا يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، سِوَاءَ بَيْعِ بَيْعِنِهِ أَوْ بغيرِهِ ،
 مُتَسَاوِيًا أَوْ مُتَفَاضِلًا ، إِلَّا عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّ الْعِلَّةَ الطَّعْمُ . فَيَحْرُمُ النِّسَاءُ فِي الْمَطْعُومِ ،
 وَلَا يَحْرُمُ فِي غَيْرِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي هَذِهِ الرِّوَايَةَ ؛ لِمَا رَوَى
 أَبُو دَاوُدَ (١) ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهَّزَ جَيْشًا ،
 فَفَدَّتِ الْإِبِلُ ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِي قِلاصٍ (٢) الصَّدَقَةَ ، فَكَانَ يَأْخُذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ
 إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ (٣) . وَرَوَى سَعِيدٌ فِي سُنَنِهِ ، عَنْ أَبِي مَعْشَرٍ ، عَنْ صَالِحِ بْنِ
 كَيْسَانَ ، عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ : أَنَّ عَلِيًّا بَاعَ بَعِيرًا لَهُ يُقَالُ لَهُ : عُصْفِيرٌ ، بِأَرْبَعَةِ أْبْعَرَةٍ

(٤٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(١) في : باب في الرخصة في الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٥/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى
 ٢٨٧/٥ ، ٢٨٨ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦٩/٣ .

(٢) قلاص : جمع قلوص ، وهي الشابة من الإبل .

(٣) بعد هذا في م : زيادة « رواه أبو داود » .

إلى أَجَلٍ . ولأنَّهُمَا مَا لَانَ لَا يَجْرِي فِيهِمَا رَبَا الْفَضْلِ ، فَجَازَ النَّسَاءُ فِيهِمَا كَالْعَرَضِ
 بِالذِّيْنَارِ ، وَلَأنَّ النَّسَاءَ أَحَدُ تَوْعِي الرَّبَا ، فَلَمْ يَجْزُ فِي الْأَنْوَاعِ^(٤) كُلُّهَا ، كَالْتَوْعِ
 الْآخَرِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَحْرُمُ النَّسَاءُ فِي كُلِّ مَالٍ يَبِيعُ بِجِنْسِهِ ، كَالْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ ،
 وَالثِّيَابِ بِالثِّيَابِ ، وَلَا يَحْرُمُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَمِمَّنْ كَرِهَ
 بَيْعَ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نِسَاءَ ابْنِ الْحَنْفِيَّةِ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنِ عُمَيْرٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَعِكْرِمَةُ
 ابْنِ خَالِدٍ ، وَابْنُ سَيْرِينَ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمَّارٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ ؛ لِمَا رَوَى
 سَمُرَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً . قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(٥) :
 هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَلَأنَّ الْجِنْسَ أَحَدٌ وَصَفَى عَلَيَّ رَبَا الْفَضْلِ ، فَحُرْمُ
 النَّسَاءِ ، كَالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ . وَالثَّلَاثَةُ ، لَا يَحْرُمُ النَّسَاءُ إِلَّا فِيمَا يَبِيعُ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا ،
 فَأَمَّا مَعَ التَّمَاثُلِ فَلَا ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْحَيَوَانُ
 اثْنَانِ^(٦) يَبِيعُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ ، وَلَا بَأْسَ بِهِ يَدًا بِيَدٍ » ، قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(٧) : هَذَا
 حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى ابْنُ عُمَرَ : أَنَّ رَجُلًا قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ
 يَبِيعُ الْفَرَسَ بِالْأَفْرَاسِ وَالتَّجِيئَةَ بِالْإِبِلِ ؟ فَقَالَ : « لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » . مِنْ
 الْمُسْنَدِ^(٨) . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى إِبَاحَةِ النَّسَاءِ مَعَ التَّمَاثُلِ بِمَفْهُومِهِ . وَالرَّابِعَةُ ، يَحْرُمُ
 النَّسَاءُ فِي كُلِّ مَالٍ يَبِيعُ بِمَالٍ آخَرَ ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ^(٩) أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ^(٩) . وَهَذَا

١٦٢/٤ و

(٤) في م : « الأموال » .

(٥) في : باب ماجاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٢٤٦/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٤/٢ .

والنسائي ، في : باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب البيوع . المحتجب ٢٥٧/٧ . وابن ماجه ، في :

باب الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٣/٢ . والدارمي ، في : باب في النهي

عن بيع الحيوان بالحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٠٤/٢ .

(٦) في النسخ : « اثنين » . وعند ابن ماجه : « لا بأس بالحيوان واحداً باثنين يداً بيد » .

(٧) في : باب ماجاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٢٤٧/٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٣/٢ .

(٨) المسند ١٠٩/٢ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الرَّوَايَةَ الثَّلَاثَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ عَرَضٍ بِعَرَضٍ ، فَحُرْمُ النِّسَاءِ بَيْنَهُمَا كَالْجِنْسَيْنِ مِنْ أَمْوَالِ الرَّبَا ، قَالَ الْقَاضِي : فَعَلِيَ هَذَا لَوْبَاعٍ عَرَضًا بِعَرَضٍ ، وَمَعَ أَحَدَهُمَا دَرَاهِمُ ، الْعُرُوضُ تَقْدًا وَالدَّرَاهِمُ نَسِيئَةً^(١٠) ، جَازٌ ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّرَاهِمُ تَقْدًا وَالْعُرُوضُ نَسِيئَةً ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى النِّسِيئَةِ فِي الْعُرُوضِ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ ضَعِيفَةٌ جَدًّا ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حُكْمٍ يُخَالِفُ الْأَصْلَ بِغَيْرِ نَصٍّ وَلَا إِجْمَاعٍ وَلَا قِيَاسٍ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ فِي الْمَحَلِّ الْمُجْمَعِ^(١١) عَلَيْهِ أَوْ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ أَوْصَافًا لَهَا أَثَرٌ فِي تَحْرِيمِ الْفَضْلِ ، فَلَا يَجُوزُ حَذْفُهَا عَنْ دَرَجَةِ الْإِعْتِبَارِ ، وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ لَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ الْحُكْمِ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يُخَالِفْ أَصْلًا ، فَكَيْفَ يَثْبُتُ مَعَ مُخَالَفَةِ الْأَصْلِ فِي جِلِّ الْبَيْعِ ! وَأَصْحُ الرَّوَايَاتِ هِيَ الْأُولَى ؛ لِمْوَافَقَتِهَا الْأَصْلَ . وَالْأَحَادِيثُ الْمُخَالَفَةُ لَهَا ، قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : لَيْسَ فِيهَا حَدِيثٌ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ ، وَيُعْجِبُنِي أَنْ يَتَوَقَّاهُ . وَذَكَرَ لَهُ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عَمَرَ فِي هَذَا ، فَقَالَ : هُمَا مُرْسَلَانِ . وَحَدِيثُ سَمُرَةَ يَرْوِيهِ الْحَسَنُ عَنْ سَمُرَةَ^(١٢) ، قَالَ الْأَثْرُمُ ، قَالَ^(١٣) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : لَا يَصِحُّ سَمَاعُ الْحَسَنِ مِنْ سَمُرَةَ . وَحَدِيثُ جَابِرٍ ، قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : هَذَا حَجَّاجٌ زَادَ فِيهِ : « نِسَاءً » ، وَلَيْثُ بْنُ سَعْدٍ سَمِعَهُ مِنْ أَبِي الزُّبَيْرِ ، وَلَا يَذْكُرُ فِيهِ : « نِسَاءً » ، وَحَجَّاجٌ هَذَا هُوَ حَجَّاجُ بْنُ أَرْطَاةَ ، قَالَ يَعْقُوبُ بْنُ شَيْبَةَ : هُوَ وَاهِي الْحَدِيثِ ، وَهُوَ صَدُوقٌ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْمَبِيعِينَ مِمَّا لَا رِبَا فِيهِ ، وَالْآخَرُ فِيهِ رَبًّا كَالْمَكِيلِ بِالْمَعْدُودِ ، فَفِيهِمَا^(١٤) رَوَايَتَانِ ، إِحْدَاهُمَا : يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِيهِمَا . وَالثَّانِيَةُ : لَا يَحْرُمُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَعْدُودًا بِمَعْدُودٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيهِ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل : « المجتمع » .

(١٢) بعد هذا الموضع في الأصل زيادة : « قال » .

(١٣) في الأصل : « وقال » .

(١٤) في م : « ففيه » .

٧٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنَ الرُّطْبِ بِيَابِسٍ مِنْ جِنْسِهِ إِلَّا
العرايا)

أراد الرُّطْبَ مما يَجْرَى فيه الرِّيا ، كالرُّطْبِ بالتَّمْرِ ، والعنبِ بالزَّيْبِ ، واللبنِ
بالجُبْنِ ، والحِنْطَةِ المَبْلُولَةِ أو الرُّطْبَةِ باليَابِسَةِ ، أو المَقْلِيَّةِ بالنَّيِّعَةِ ، ونحو ذلك . وبه
قال سعدُ بنُ أبي وقَّاصٍ ، وسعيدُ بنُ المُسيَّبِ ، / واللَّيْثُ ، ومالكُ ، والشَّافِعِيُّ ، ١٦٢/٤ ظ
وإسحاقُ ، وأبو يوسفَ ، ومُحمَّدُ . وقال ابنُ عبدِ البرِّ : جُمهورُ علماءِ المُسلمينَ
على أن يَبَعَ الرُّطْبَ بالتَّمْرِ لا يَجوزُ بحالٍ من الأحوالِ ، وقال أبو حنيفةَ : يَجوزُ ذلك ؛
لأنه لا يَخْلُو ، إمَّا أن يكونَ من جنسِهِ ، فيجوزُ ؛ لقوله عليه السَّلَامُ : « التَّمْرُ بالتَّمْرِ
مِثْلًا بِمِثْلٍ »^(١) . أو من غيرِ جنسِهِ ، فيجوزُ ؛ لقوله عليه السَّلَامُ : « فإذا اِخْتَلَفَتْ
هذه الأصنافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ »^(٢) . ولنا ، قوله عليه السَّلَامُ : « لا تَبِيعُوا التَّمَرَ
بالتَّمْرِ »^(٣) . وفي لَفْظٍ ، نَهَى عن بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ ، وَرَخَّصَ في العَرِيَّةِ أن تُبَاعَ
بِخَرَصِهَا يأكلُها أهلُها رُطْبًا . مُتَّفَقٌ عليه^(٤) . وعن سَعْدٍ : أن النَبِيَّ ﷺ سَأَلَ عن
بَيْعِ الرُّطْبِ بالتَّمْرِ فقال : « أَيَنْقُصُ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ » قالوا : نعم . فَنَهَى عن ذلك .
رَوَاهُ مالِكُ ، وأبو داودَ ، والأَثَرُمُ ، وابنُ ماجهَ^(٥) . وَلَفْظُ رِوَايَةِ الأَثَرُمِ ، قال :

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

(٣) أخرجه البخارى ، في : باب بيع المزبنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٨/٣ . ومسلم ،
في : باب النهى عن بيع الثار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٨/٣ .
والنسائي ، في : باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣١/٧ .
(٤) أخرجه البخارى ، في باب المزبنة ... ، وباب بيع الثمر على رعوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب
البيوع ، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٩٩/٣ ،
١٥٠ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٩/٣ .
وأبو داود ، في : باب في بيع العرايا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٦/٢ . والنسائي ، في : باب بيع
العرايا بخرصها تمرا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٥/٧ . وابن ماجه ، في : باب بيع العرايا بخرصها تمرا ،
من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٩٠/٥ ، ٣٦٤ .
(٥) أخرجه مالك ، في : باب ما يكره من بيع الثمر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٢٤/٢ . وأبو داود ، في : =

« فَلَا إِذْنَ » . نَهَى وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ يَنْقُصُ إِذَا يَيْسَ . وَرَوَى مَالِكٌ ^(٦) ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُرَابَنْتَةِ . وَالْمُرَابَنْتَةُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ كَيْلًا ، وَبَيْعُ الْعَنْبِ بِالرَّيْبِ كَيْلًا ؛ وَلِأَنَّهُ جِنْسٌ فِيهِ الرُّبَا يَبِيعُ بَعْضُهُ بَعْضًا عَلَى وَجْهِ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالتَّقْصَانِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِ الْمَقْلِيَّةِ بِالنَّيَّةِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْحَدِيثُ بِالْعَتِيقِ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ يَسِيرٌ . قَالَ الْخَطَّابِيُّ ^(٧) : وَقَدْ تَكَلَّمَ بَعْضُ النَّاسِ فِي إِسْنَادِ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ . وَقَالَ : زَيْدٌ أَبُو عِيَّاشٍ رَاوِيهِ ضَعِيفٌ . وَلَيْسَ الْأَمْرُ عَلَى مَا تَوَهَّمَهُ ، وَأَبُو عِيَّاشٍ مَوْلَى بِنْتِي زُهْرَةَ مَعْرُوفٌ ، وَقَدْ ذَكَرَهُ مَالِكٌ فِي « الْمُوطَأِ » ، وَهُوَ لَا يَرَوِي عَنْ مَتْرُوكِ الْحَدِيثِ .

فصل : فَأَمَّا بَيْعُ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ ، وَالْعَنْبِ بِالْعَنْبِ ، وَنَحْوَهُ مِنَ الرُّطْبِ بِمِثْلِهِ ، فَيَجُوزُ مَعَ التَّمَاثُلِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَمَنْعٌ مِنْهُ الشَّافِعِيُّ فِيمَا يَيْسُ . أَمَّا مَا لَا يَيْسُ كَالْقِتَاءِ ، وَالْخِيَارِ ، وَنَحْوَهُ ، فَعَلَى قَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ تَسَاوِيَهُمَا حَالَةَ الْأَدْحَارِ ، فَأَشْبَهَ الرُّطْبَ ^(٨) بِالتَّمْرِ . وَذَهَبَ أَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَى هَذَا ، وَحَمَلَ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ عَلَيْهِ ؛ لِقَوْلِهِ فِي اللَّحْمِ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضِ رَطْبًا ،

= باب في التمر بالتمر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٥ . وابن ماجه ، في : باب بيع الرطب بالتمر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦١ .

كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣٣ . والنسائي ، في : باب اشتراء التمر بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٦ .

(٦) في : باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٢٤ ، ٦٢٥ .

كما أخرجه البخارى ، في : باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام ، وباب بيع المزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٩٦ ، ٩٨ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٧١ . والنسائي ، في : باب بيع الكرم بالزبيب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٤ . وابن ماجه ، في : باب المزابنة والمحاقلة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٧ ، ١٦ ، ٦٣ ، ١٠٨ .

(٧) في معالم السنن ٣/٧٨ .

(٨) في م : « بالحطب » .

وَيَجُوزُ إِذَا تَنَاهَى جَفَافُهُ مِثْلًا بِمِثْلِ . وَمَفْهُومُ كَلَامِ الْحَرَقِيِّ هُنَا : إِبَاحَةُ ذَلِكَ ؛
 لِأَنَّ مَفْهُومَ نَهْيِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ إِبَاحَةٌ بِبَيْعِ كُلِّ وَاحِدٍ / مِنْهُمَا بِمِثْلِهِ ،
 وَلَا تُهْمَا تَسَاوِيًا فِي الْحَالِ عَلَى وَجْهِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالتَّقْصَانِ ، فَجَازَ ، كَبَيْعِ اللَّبَنِ
 بِاللَّبَنِ ، وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٩) عَامٌّ خَرَجَ مِنْهُ
 الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ بَيْعُ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وَلَيْسَ هَذَا فِي مَعْنَاهُ ، فَبَقِيَ عَلَى الْعُمُومِ ،
 وَمَا ذَكَرَهُ لَا يَصِحُّ ، فَإِنَّ التَّفَاوُتَ كَثِيرٌ ، وَيَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالتَّقْصَانِ ، بِخِلَافِ
 مَسْأَلَتِنَا . وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْحَدِيثِ بِالْعَتِيقِ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي ذَلِكَ يَسِيرٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ
 ضَبْطَهُ ، فَعَفِيَ ^(١٠) عَنْهُ .

٧٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُبَاعُ مَا أَصْلُهُ الْكَيْلُ بِشَيْءٍ مِنْ جِنْسِهِ وَزَنًا ، وَلَا
 مَا أَصْلُهُ الْوِزْنُ كَيْلًا)

لَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي وُجُوبِ الْمُمَابَلَةِ فِي بَيْعِ الْأَمْوَالِ الَّتِي يَحْرُمُ التَّفَاوُلُ
 فِيهَا ، وَأَنَّ الْمُسَاوَاةَ الْمَرَعِيَّةَ هِيَ الْمُسَاوَاةُ فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا وَفِي الْمَوْزُونِ وَزَنًا ، وَمَتَى
 تَحَقَّقَتْ هَذِهِ الْمُسَاوَاةُ ، لَمْ يَضُرَّ اخْتِلَافُهُمَا فِيمَا سِوَاهَا . وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ ، لَمْ يَصِحَّ
 الْبَيْعُ ، وَإِنْ تَسَاوَا فِي غَيْرِهَا ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَجُمْهُورِ أَهْلِ
 الْعِلْمِ ، لَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ إِلَّا مَالِكًا ، قَالَ : يَجُوزُ بَيْعُ الْمَوْزُونَاتِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ
 جُزْأً . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوِزْنٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ
 وَزَنًا بِوِزْنٍ ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ كَيْلًا بِكَيْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ » . رَوَاهُ
 الْأَثَرُمُ ^(١) فِي حَدِيثِ عِبَادَةَ ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) ، وَلَفْظُهُ : « البُرُّ بِالبُرِّ مُدِّي ^(٣) »

(٩) سورة البقرة ٢٧٥ .

(١٠) في م : « فيعفى » .

(١) وأخرجه البيهقي ، في : باب اعتبار التماثل فيما كان موزونا على عهد النبي ﷺ ... ، كتاب البيوع .
 السنن الكبرى ٢٩١/٥ .

(٢) في : باب الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٣/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المحتسبى ٢٤٢/٧ ، ٢٤٣ .

(٣) المدي ؛ بضم الميم وسكون الدال : مكيال يسع تسعة عشر صاعا .

بِمُدِّي ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ مُدِّي بِمُدِّي ، والمِلْحُ بالمِلْحِ مُدِّي بِمُدِّي ، فمن زَادَ أو أزدَادَ فَقَدْ أَرَبَى . فَأَمَرَ بالمُسَاوَاةِ فِي المَوْزُونَاتِ المَذْكُورَةِ فِي الوِزْنِ ، كَمَا أَمَرَ بالمُسَاوَاةِ^(٤) فِي المَكِيلَاتِ فِي الكَيْلِ ، وَمَا عَدَا الذَّهَبَ وَالفِضَّةَ مِنَ المَوْزُونَاتِ مَقْيَسٌ عَلِيهِنَّ وَمُشَبَّهَةٌ بِهِمَا ؛ وَلِأَنَّهُ جِنْسٌ يَجْرِي فِيهِ الرُّبَا ، فَلَمْ يَجُزْ يَبِيعُ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ جُزْأً كَالْمَكِيلِ ، وَلِأَنَّهُ مَوْزُونٌ مِنْ أَمْوَالِ الرُّبَا ، فَأَشْبَهَ الذَّهَبَ وَالفِضَّةَ ، وَلِأَنَّ حَقِيقَةَ الفِضْلِ مُبْطَلَةٌ لِلْبَيْعِ ، وَلَا نَعْلَمُ عَدَمَ ذَلِكَ إِلَّا بِالْوِزْنِ ، فَوَجَبَ ذَلِكَ ، كَمَا فِي المَكِيلِ وَالأَثْمَانِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ يَبِيعُ المَكِيلَ بِالمَكِيلِ وَرِثًا ، وَلَا يَبِيعُ المَوْزُونِ بِالمَوْزُونِ كَيْلًا ؛ لِأَنَّ التَّمَاتِلَ فِي الكَيْلِ مُشْتَرِطٌ فِي المَكِيلِ ، وَفِي الوِزْنِ فِي المَوْزُونِ ، فَمتى بَاعَ رِطْلًا مِنَ المَكِيلِ بِرِطْلٍ حَصَلَ فِي الرِّطْلِ مِنَ الخَفِيفِ أَكْثَرُ مِمَّا يَحْصُلُ مِنَ الثَّقِيلِ ، فَيَخْتَلِفَانِ فِي الكَيْلِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الفِضْلُ ، لَكِنْ يَجْهَلُ التَّسَاوِيَّ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ بَعْضَهُ بِبَعْضٍ جُزْأً ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاعَ المَوْزُونَ بِالمَوْزُونِ بِالكَيْلِ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّمَاتِلُ فِي الوِزْنِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي المَكِيلِ .

١٦٣/٤ ظ

فصل : وَلَوْ بَاعَ بَعْضَهُ بِبَعْضٍ جُزْأً ، أَوْ كَانَ جُزْأً مِنْ أَحَدِ الطَّرْفَيْنِ ، لَمْ يَجُزْ . قَالَ ابْنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ إِذَا كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَى مُسْلِمٌ^(٥) ، عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الصُّبْرَةِ مِنَ التَّمْرِ ، لَا يُعْلَمُ مَكِيلُهَا ، بِالكَيْلِ المُسَمَّى مِنَ التَّمْرِ . وَفِي قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَرِثًا بِوِزْنٍ »^(٦) إِلَى تَمَامِ الحَدِيثِ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ يَبِيعُهُ إِلَّا كَذَلِكَ ، وَلِأَنَّ التَّمَاتِلَ شَرْطٌ ، وَالجَهْلُ بِهِ يُبْطِلُ البَيْعَ ، كَحَقِيقَةِ التَّفَاضُلِ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في : باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بالتمر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٢/٣ ، ١١٦٣ . والنسائي ، في : باب بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ، من كتاب البيوع . المجتبى . ٢٣٧/٧ .

(٦) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

فصل : وما لا يُشترطُ التَّمَاثُلُ فيه كالجِنْسَيْنِ ، وما لا يَرِبَا فيه ، يجوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ كَيْلًا ووزنًا وجرأفًا ، وهذا ظاهرُ كَلَامِ الخِرْقِيِّ ؛ لِتَخْصِيصِهِ مَا يُكَالُ بِمَنْعِ بَيْعِهِ بِشَيْءٍ مِنْ جِنْسِهِ وَوزنًا ، وما يُوزَنُ بِمَنْعِ بَيْعِهِ مِنْ جِنْسِهِ كَيْلًا . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ المُنْدِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على أن يَبَعَ الصَّبْرَةَ مِنَ الطَّعَامِ بِالصَّبْرَةِ ، لا يُدْرَى كم كَيْلُ هذه ، ولا كَيْلُ هذه ، من صِنْفٍ واحِدٍ ، غيرُ جائِزٍ ، ولا بِأَسَبِّهِ مِنْ صِنْفَيْنِ ؛ اسْتِدْلَالًا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « فَإِذَا ائْتَلَفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ »^(٧) . وَذَهَبَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَى مَنْعِ بَيْعِ المَكِيلِ بِالمَكِيلِ جُرْأفًا ، وَبَيْعِ المَوْزُونِ بِالمَوْزُونِ جُرْأفًا . وقال أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الحَكَمِ : أَكْرَهُ ذَلِكَ . قال ابنُ أَبِي موسى : لا خَيْرَ فِيمَا يُكَالُ بِمَا يُكَالُ جُرْأفًا ، ولا فِيمَا يُوزَنُ بِمَا يُوزَنُ جُرْأفًا ، اتَّفَقَتِ الأَجْنَاسُ أَوْ ائْتَلَفَتْ ، وَلا بِأَسَبِّعِ المَكِيلِ بِالمَوْزُونِ جُرْأفًا ، وقال ذلك القاضِي والشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ مُجَازَفَةً^(٨) . ولأنَّهُ يَبَعُ مَكِيلًا بِمَكِيلٍ ، أَشْبَهَ الجِنْسَ الواحِدَ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِذَا ائْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »^(٩) . ولأنَّ قولَ اللهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ ﴾^(١٠) . عامٌّ خَصَّصْنَاهُ فِي الجِنْسِ الواحِدِ الَّذِي يَجِبُ التَّمَاثُلُ فِيهِ ، ففِيمَا / عَدَاهُ يَجِبُ البَقَاءُ عَلَى العُمومِ ، ولأنَّهُ يجوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِ ، فَجَازَ جُرْأفًا مِنَ الطَّرْفَيْنِ كالمَكِيلِ بِالمَوْزُونِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إِذَا كان حَقِيقَةُ الفَضْلِ لا يَمْنَعُ ، فَاحْتِمَالُهُ أَوْلَى أَنْ لا يَكُونَ مانِعًا ، وَحَدِيثُهُمْ أَرَادَ بِهِ الجِنْسَ الواحِدَ ؛ وَلِهَذَا جاءَ فِي بَعْضِ الفَاظِلِ : نَهَى أَنْ تُباعَ الصَّبْرَةُ لِأَنَّها يُعَلَّمُ مَكِيلُها

و ١٦٤/٤

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢.

(٨) أخرجه النسائي ، في : باب بيع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام ، من كتاب البيوع ، المجتبى ٢٣٧/٧ .
وعبد الرزاق ، في : باب المجازفة ، من كتاب البيوع . مصنف عبد الرزاق ١٣١/٨ .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

(١٠) سورة البقرة ٢٧٥ .

من التَّمْرِ ، بالصَّبْرَةِ لا يُعْلَمُ مَكِيلُهَا مِنَ التَّمْرِ^(١١) . ثم هو مخصوصٌ بالمَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فَتَقْيِسُ عَلَيْهِ مَحَلَّ التَّرَاعِ ، وما ذُكِرَ مِنَ الْقِيَّاسِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ المَكِيلَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، يَجِبُ التَّمَاثُلُ فِيهِ ، فَمُبْعٌ مِنْ بَيْعِهِ مُجَازَفَةٌ ؛ لِفَوَاتِ المُمَاثِلَةِ المَشْرُوطَةِ ، وَفِي الجِنْسَيْنِ لا يُشْتَرَطُ التَّمَاثُلُ ، وَلا يُمْنَعُ حَقِيقَةُ التَّفَاضُلِ ، فَاحْتِمَالُهُ أَوْلَى أَنْ لا يَكُونَ مَانِعًا .

فصل : ولو قال : بَعْتِكَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ بِهَذِهِ الصَّبْرَةِ . وَهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَلا يَعْلَمَانِ كَيْلَهُمَا ، لم^(١٢) يَصِحَّ ؛ لما ذُكِرْنَا . وَإِنْ عَلِمَا كَيْلَهُمَا وَتَسَاوَيْتَهُمَا ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لِوُجُودِ التَّمَاثُلِ المُشْتَرَطِ . وَإِنْ قَالَ : بَعْتِكَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ بِهَذِهِ الصَّبْرَةِ ، مِثْلًا بِمِثْلٍ . فَكَيْلَتَا فَكائِنَا سَوَاءً ، صَحَّ البَيْعُ ، وَإِلَّا فلا . وَإِنْ باعَ صَبْرَةً بِصَبْرَةٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيهَا ، صَحَّ عِنْدَ مَنْ يُجَوِّزُ بَيْعَ المَكِيلِ بِالمَكِيلِ جُزْأً . وَإِنْ قَالَ : بَعْتِكَ هَذِهِ الصَّبْرَةَ بِهَذِهِ ، مِثْلًا بِمِثْلٍ . فَكَيْلَتَا فَكائِنَا سَوَاءً ، صَحَّ البَيْعُ ، وَإِنْ زَادَتْ إِحْدَاهُمَا قَرَضِي صَاحِبِ النَّاقِصَةِ بِهَا مَعَ تَقْصِيهَا ، أَوْ رَضِيَ صَاحِبُ الزَّائِدَةِ بِرَدِّ الفَضْلِ عَلَى صَاحِبِهِ ، جَازَ ، وَإِنْ ائْتِنَعَا فَمَسَخَ البَيْعُ بَيْنَهُمَا . ذَكَرَ هَذَا الفَصْلُ^(١٣) القَاضِي ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَيَجُوزُ قَسْمُ المَكِيلِ وَزَنًا ، وَقَسْمُ المَوْزُونِ كَيْلًا ، وَقَسْمُ التَّمَارِ حَرَصًا ، وَقَسْمُ مَا لا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ؛ لِأَنَّ القِسْمَةَ إِفْرَازُ حَقٍّ ، وَليستَ بَيْعًا . وَنُقِلَ عَنِ ابْنِ بَطَّةَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا بَيْعٌ ، فَيُثْبِتُ فِيهَا أَحْكَامَ البَيْعِ ، وَيُمْنَعُ فِيهَا مَا ذُكِرْنَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْ ذَلِكَ مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا تَعَيَّنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقٌّ ، فَقَدْ اشْتَرَى نَصِيبَ شَرِيكِهِ مِمَّا تَعَيَّنَ لَهُ بِنَصِيبِهِ فِيمَا تَعَيَّنَ لِشَرِيكِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا إِفْرَازُ حَقٍّ ؛ بِدَلِيلِ اعْتِبَارِ تَعْدِيلِ / السَّهَامِ ،

ظ ١٦٤/٤

(١١) أخرجه النسائي ، في : باب بيع البصرة من الطعام بالبصرة من الطعام ، من كتاب البيوع . المجتبى

. ٢٣٧/٧

(١٢) في م : « لا » .

(١٣) سقط من : الأصل .

وَدُخُولِ^(١٤) الْقَرْعَةِ فِيهَا ، وَلُزُومِهَا بِهَا ، وَالْإِجْبَارِ عَلَيْهَا ، وَأَنَّهَا لَا تَفْتَقِرُ إِلَى لَفْظِ بَيْعٍ وَلَا تَمْلِيكٍ ، وَلَا يَدْخُلُهَا خِيَارٌ ، وَلَا تَجُوزُ إِلَّا بِقَدْرِ الْحَقِّينِ ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهَا شُفْعَةٌ ، وَتُحْتَصُّ بِاسْمِهِ . وَتَعَايِيرُ الْأَحْكَامِ وَالْأَسْمَاءِ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِلَافِهِمَا . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : قَسَمَتِ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الْعَنَائِمَ بِالْحَجَفِ^(١٥) . وَذَلِكَ كَيْلُ الْأَثْمَانِ بِمَحْضَرٍ مِنْ جَمَاعَةٍ كَثِيرَةٍ مِنْهُمْ ، وَانْتَشَرَ فِي بَقِيَّتِهِمْ فَلَمْ يُنْكَرْ ، فَصَارَ إِجْمَاعًا عَلَى مَا قُلْنَاهُ .

فصل : في معرفة المكيل والموزون ، والمرجع في ذلك إلى العرف بالحجاز في عهد النبي ﷺ ، وبهذا قال الشافعي . وحكى عن أبي حنيفة : أن الاعتبار في كل بلد بعادته . ولنا ، ما روى عبد الله بن عمر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « المكيال مكيال المدينة ، والميزان ميزان مكة »^(١٦) . والنبي ﷺ إنما يُحمَلُ كلامه على بيان الأحكام ؛ لأن ما كان مكيلاً بالحجاز في زمن النبي ﷺ ، انصرف التحريم في تفاضل الكيل إليه ، فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك ، وهكذا الموزون ، وما لا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، يُردُّ إلى أقرب الأشياء شبيهاً به بالحجاز ، كما أن الحوادث تُردُّ إلى أشبه المنصوص عليه بها ، وهو القياس . والثاني ، يُعتبر عرفه في موضعه ، فإن لم يكن له في الشرع حدُّ كان المرجع فيه إلى العرف ، كالتبض ، والإخراز^(١٧) ، والتفرق ، وهذا قول أبي حنيفة . وعلى هذا إن اختلفت البلاد ، فالاعتبار بالغالب ، فإن لم يكن غالب بطل هذا الوجه ، وتعين الأول . ومذهب الشافعي على هذين الوجهين ، فألبس ، والشعير مكيلان

(١٤) في م : « ودخوله » .

(١٥) الحجف : التروس والصدور من جلود بلا خشب ولا عقب وواحدتها حجفة .

(١٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في قول النبي ﷺ : المكيال مكيال المدينة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٠/٢ . والسنائي ، في : باب كم الصاع ، من كتاب الزكاة ، وباب الرجحان في الوزن ، من كتاب البيوع . المجتبى ٤٠/٥ ، ٢٥٠/٧ .

(١٧) في الأصل : « الحرز » .

مَنْصُوصٌ عَلَيْهِمَا بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبُرُّ بِالْبُرِّ كَيْلًا بِكَيْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلًا بِكَيْلٍ » (١٨) . وكذلك سائر الحبوب ، والأبازير ، والأشنان ، والجص ، والثورة ، وما أشبهها . والتَّمْرُ مَكِيلٌ ، وهو من المَنْصُوصِ عليه ، وكذلك سائر تَمْرِ النَّخْلِ مِنَ الرُّطْبِ والبُسْرِ وغيرهما ، وسائر ما تَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ مِنَ الثَّمَارِ ، مثل الزَّيْبِ ، والفُسْتِقِ ، والبُنْدُقِ ، والعُنَابِ ، والمِشْمَشِ ، والبَطْمِ (١٩) ، والزَّيْتُونِ ، واللُّوزِ . والمِلْحُ مَكِيلٌ ، / وهو من المَنْصُوصِ عليه بقوله عليه السَّلَامُ : « الْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مُدًى بِمُدًى » (٢٠) . وَالذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ مَوْزُونَانِ . ثَبَتَ ذَلِكَ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوَزْنٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزَنًا بِوَزْنٍ » (٢١) . وكذلك ما أَشْبَهَهُمَا مِنْ جَوَاهِرِ الْأَرْضِ كَالْحَدِيدِ ، وَالثَّحَاسِ ، وَالصُّفْرِ ، وَالرَّصَاصِ ، وَالزُّجَاجِ ، وَالزَّرْبُقِ . وَمِنَ الْإِبْرِيْسِمِ (٢٢) ، وَالقُطْنِ ، وَالكَتَّانِ ، وَالصُّوْفِ ، وَغَزْلُ ذَلِكَ ، وَمَا أَشْبَهَهُ . وَمِنَ الْخُبْزِ ، وَاللَّحْمِ ، وَالشَّحْمِ ، وَالجُبْنِ ، وَالزُّبْدِ ، وَالشَّمْعِ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، وَكَذَلِكَ الرَّعْفَرَانُ ، وَالْعُصْفَرُ ، وَالْوَرْسُ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ذَلِكَ .

فصل : والدَّقِيقُ والسَّوِيْقُ مَكِيلَانِ ؛ لِأَنَّ أَصْلَهُمَا مَكِيلٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَنْقَلُهُمَا عَنْهُ ، وَلِأَنَّهُمَا يُشْبِهَانِ مَا يُكَالُ ، وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الدَّقِيقِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ بِالْوَزْنِ ، وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ أَصْلُهُ مَكِيلًا وَهُوَ مَوْزُونٌ ، كَالْخُبْزِ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ ، لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ بِالصَّاعِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُخْرَجُ فِي الْفِطْرَةِ صَاعٌ مِنْ دَقِيقٍ ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ . وَالصَّاعُ إِنَّمَا يُقَدَّرُ بِهِ الْمَكِيلَاتُ ، وَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْأَقِطُ مَكِيلًا ؛ لِأَنَّ فِي حَدِيثِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ : صَاعٌ مِنْ أَقِطٍ (٢٣) .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩ .

(١٩) البطم : شجرة الحبة الخضراء ، من الفصيلة الفستقية ، ثمرتها حسكة مفلطحة خضراء ، تؤكل ببلاد الشام .

(٢٠) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩ .

(٢١) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩ .

(٢٢) الإبريسم : الحرير .

(٢٣) تقدم تخريج الحديث في : ٤ / ٢٨٢ .

فصل : فَأَمَّا اللَّبْنُ ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْمَائِعَاتِ ، كَالأُدْهَانِ مِنَ الرَّيْتِ ، وَالشَّيْرَجِ (٢٤) ، وَالْعَسَلِ ، وَالْحَلِّ ، وَالذَّبْسِ (٢٥) ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا مَكِيلَةٌ . قَالَ الْقَاضِي فِي الأُدْهَانِ : هِيَ مَكِيلَةٌ . وَفِي اللَّبَنِ : يَصِحُّ السَّلْمُ فِيهِ كَيْلًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لِأَيُّاعِ اللَّبَنِ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ إِلَّا كَيْلًا . وَقَدَرُوهُ عَنِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ السَّلْفِ فِي اللَّبَنِ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ كَيْلًا ، أَوْ وَزْنًا . وَذَلِكَ لِأَنَّ المَاءَ مُقَدَّرٌ بِالصَّاعِ ، وَلِذَلِكَ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَتَوَضَّأُ بِالمُدِّ ، وَيَغْتَسِلُ بِالصَّاعِ (٢٦) ، وَيَغْتَسِلُ هُوَ وَبَعْضُ نِسَائِهِ مِنَ الفَرَقِ . وَهَذِهِ مَكَايِلُ قَدَّرَ بِهَا المَاءَ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْمَائِعَاتِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ مَا فِي ضُرُوعِ الأَنْعَامِ إِلَّا بِالكَيْلِ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ (٢٧) . وَأَمَّا غَيْرُ المَكِيلِ ، وَالمُوزُونِ ، فَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَصْلٌ بِالحِجَازِ فِي كَيْلٍ وَلَا وَزْنٍ ، وَلَا يُشْبِهُهُ (٢٨) مَا جَرَى فِيهِ العُرْفُ بِذَلِكَ ، كَالثِّيَابِ ، وَالحَيَوَانِ ، وَالمَعْدُودَاتِ مِنَ الجَوْزِ ، وَالبَيْضِ ، وَالرُّمَانِ ، / وَالقِثَاءِ ، وَالخِيَارِ ، وَسَائِرِ الحَضْرَاوَاتِ ، وَالبُقُولِ ، وَالسَّفْرَجَلِ ، وَالثَّفَاحِ ، وَالكُمَثْرَى ، وَالحَوْخِ (٢٩) ، وَنَحْوِهَا ، فَهَذِهِ المَعْدُودَاتُ إِذَا اعتَبَرْنَا التَّمَاثُلَ فِيهَا ، فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ التَّمَاثُلُ فِي الوَازِنِ ؛ لِأَنَّهُ أُحْصِرُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي الفَوَاكِهِ الرُّطْبِيَّةِ ، وَهُوَ أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَالأَخْرُ ، قَالُوا : يُعْتَبَرُ مَا أَمْكَنَ كَيْلُهُ بِالكَيْلِ (٣٠) ؛ لِأَنَّ (٣١) الأَصْلَ الأَعْيَانُ الأَرْبَعَةُ ، وَهِيَ مَكِيلَةٌ ، وَمِنْ شَأْنِ الفَرَعِ أَنْ يُرَدَّ إِلَى أَصْلِهِ بِحُكْمِهِ ، وَالأَصْلُ حُكْمُهُ تَحْرِيمُ التَّفَاضُلِ بِالكَيْلِ ،

(٢٤) الشَّيْرَجِ : زَيْتِ السَّمْسَمِ .

(٢٥) الذَّبْسِ : عَسَلِ التَّمْرِ .

(٢٦) انظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي : ٢٩٦/١ ، ٢٩٧ .

(٢٧) فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنِ شَرَاءِ مَا فِي بَطُونِ الأَنْعَامِ وَضُرُوعِهَا وَضَرْبَةِ الغَائِصِ ، مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٤٠/٢ .

(٢٨) فِي الأَصْلِ : « يُشْبِهُهُ » .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : « الأَصْلُ » .

(٣١) فِي : م : « وَلَآنَ » .

فكذلك يكون حُكْمُ فروعِها . ولنا ، أنَّ الوَزنَ أُخْصِرُ ، فَوَجَبَ اعتِبارُهُ في غير المَكِيلِ والمُوزونِ ، كالذي لا يُمكنُ كَيْلُهُ ، وإِنَّمَا اعتَبِرَ الكَيْلُ في المَنْصُوصِ عليه ؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ به في العَادَةِ ، وهذا بِخِلافِهِ .

٧٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَالتُّمُورُ كُلُّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ^(١)) ، وَإِنِ ائْتَلَفَتْ أَنْواعُهَا)

الجِنْسُ : هو الشَّامِلُ لأشياءٍ مُخْتَلِفَةٍ بأنواعِها . والنَّوعُ : الشَّامِلُ لأشياءٍ مُخْتَلِفَةٍ بأشخاصِها . وقد يكونُ النَّوعُ جِنْسًا بالنَّسْبَةِ إلى ما تحتَه ، نَوْعًا بالنَّسْبَةِ إلى ما فوقَه ، والمرادُ هنا ؛ الجِنْسُ الأَخْصُ ، والنَّوعُ الأَخْصُ . فكلُّ نَوْعَيْنِ اجتمعَا في اسمٍ خاصٍّ ، فهما جِنْسٌ ، كأَنْواعِ التَّمْرِ ، وأنواعِ الجِنَطَةِ . فالتُّمُورُ كُلُّهَا جِنْسٌ واحدٌ ؛ لِأَنَّ الاسمَ الخاصَّ يَجْمَعُها ، وهو التَّمْرُ ، وإن كَثُرَتْ أَنْواعُه ، كالبرني^(٢) ، والمَعْقِلِي^(٣) ، والإِبْرَاهِيمِي^(٤) ، والحاسِئِي^(٥) ، وغيرِها . وكلُّ شَيْئَيْنِ اتَّفَقَا في الجِنْسِ نَبَتْ فيهما حُكْمُ الشَّرْعِ بتَحريمِ التَّفاضُلِ ، وإن ائْتَلَفَتْ الأنواعُ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، (°) والبُرُّ بالبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ » . الحديثُ بِتَمَامِهِ^(٦) . فاعتَبَرَ المُساواةَ في جِنْسِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، والبُرِّ بالبُرِّ ، ثم قال : « فَإِذَا ائْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ »^(٧) . وفي لَفْظٍ : «^(٨) فَإِذَا ائْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » . وفي لَفْظٍ^(٩) : « إِلَّا مَا ائْتَلَفَتْ أَلْوَانُهُ » .

(١) سقط من : م .

(٢) البرني : نوع جيد من التمر ، مدور أحمر مشرب بصفرة .

(٣) في النسخ : « العقلي » تحريف . والمعقل نسبة إلى معقل بن يسار . انظر اللسان (ع ق ل) .

(٤) لم نعرفه .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تحريجه في صفحة ٥٤ .

(٧) تقدم تحريجه في صفحة ٦٢ .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

ولا خِلافَ بين أهلِ العِلْمِ عِلْمُناهُ في وُجوبِ المُساواةِ في التَّمْرِ بالتَّمْرِ ، وسائِرِ ما ذُكِرَ في الحَبْرِ ، مع اتِّفاقِ الأنواعِ ، واختِلافِها .

فصل : فإن كان المُشْتَرِكِ في الاسمِ الخاصِّ من أصْلينِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فهما جِنسانِ ؛ كالأدِقَّةِ ، والأخبازِ ، والخُلُولِ / ، والأدهانِ ، وعَصِيرِ الأشياءِ المُخْتَلِفَةِ ، كُلُّها أجناسٌ مُخْتَلِفَةٌ باختِلافِ أصولِها . وحُكِيَ عن أَحْمَدَ ، أَنَّ خَلَّ التَّمْرِ ، وَخَلَّ العِنَبِ ، جِنسٌ . وحُكِيَ ذلكَ عن مالِكٍ ؛ لأنَّ الاسمَ الخاصَّ يَجْمَعُهما . والصَّحِيحُ أنَّهما جِنسانِ ؛ لأنَّهما من أصْلينِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فكانا جِنسَيْنِ ، كدَقِيقِ الحِنْطَةِ ، ودَقِيقِ الشَّعِيرِ . وما ذُكِرَ لِلرُّوايَةِ الأخرى مُنتَقِضٌ بسائِرِ فُرُوعِ الأُصولِ التي ذُكِرَناها . وكلُّ نوعٍ مَبْنِيٌّ على أَصلِهِ ، فإذا كان شَيْئانِ من أصْلينِ فهما جِنسانِ ، فزَيْتُ الزَّيتُونِ ، وزَيْتُ البُطْمِ ، وزَيْتُ الفُجْلِ ، أجناسٌ . ودُهْنُ السَّمَكِ ، والشَّيرِجُ ، ودُهْنُ الجَوْزِ ، ودُهْنُ اللُّوزِ ، والبَزْرِ ، أجناسٌ . وعَسَلُ النَّحْلِ ، وعَسَلُ القَصَبِ ، جِنسانِ . وتَمْرُ النَّحْلِ ، وتَمْرُ الهِنْدِ ، جِنسانِ . وكلُّ شَيْئَيْنِ أَصلُهما واحِدٌ فهما جِنسٌ واحِدٌ ، وإنِ اخْتَلَفَتْ مقاصِدُهما ؛ فدُهْنُ الوَرْدِ ، والبنَفَسِجِ ، والزُّبْتِقي ، ودُهْنُ اليَاسَمِينِ ، إذا كانت من دُهْنِ واحِدٍ ، فهي جِنسٌ واحِدٌ . وهذا الصَّحِيحُ من مذهبِ الشَّافِعِيِّ ، وله قولٌ آخَرٌ : لا يَجْرِي الرُّبَا فيها ؛ لأنَّها لا تُقَصَدُ للأَكْلِ . وقال أبو حنيفةَ : هي أجناسٌ ؛ لأنَّ مقاصِدَها مُخْتَلِفَةٌ . ولنا ، أنَّها كُلُّها شيرِجٌ ، وإنَّما طُيِّبَتْ بهذِهِ الرِّياحِينِ ، فَنَسَبَتْ إليها ، فلم تَصِرْ أجناسًا ، كالأوطِيبِ سائِرِ أنواعِ الأجناسِ . وقولُهم : لا تُقَصَدُ الرِّياحِينُ للأَكْلِ . قلنا : هي صالِحَةٌ للأَكْلِ ، وإنَّما تُعَدُّ لما هو أَعْلَى منه ، فلا تُخْرَجُ عن كَوْنِها ما كَوَلَّةٌ بِصِلاحِها لغيرِهِ . وقولُهم : إنَّها أجناسٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها من أَصلٍ واحِدٍ ، وَيَشْمَلُها اسمٌ واحِدٌ ، فكانت جِنسًا ، كأَنواعِ التَّمْرِ ، والحِنْطَةِ .

فصل : وقد يكونُ الجِنسُ الواحِدُ مُشْتَمِلًا على جِنسَيْنِ ، كالتَّمْرِ ، يَشْتَمِلُ على النَّوى وغيرِهِ ، وهما جِنسانِ ، واللِّبَنِ ، يَشْتَمِلُ على المَخِيضِ والزُّبْدِ ، وهما جِنسانِ ، فما داما مُتَّصِلَيْنِ اتِّصالَ الخِلْقَةِ فهما جِنسٌ واحِدٌ ، فإذا مُيزَ أَحَدُهما من

الآخر ، صارا جنسين ، حكمهما حكم الجنسين الأصليين .

فصل : في بيع التمر بالتمر وفروعه ، يجوز بيع التمر بالتمر كيلا بكيلا بغير خلاف ، وسواء تساويا في الجودة والرداءة ، وفي / كونهما ينكبان في المكيال ، أو اختلفا في ذلك ، قيل لأحمد : صاع تمر بصاع تمر ، وأحد التمرين يدخل في المكيال منه أكثر ؟ فقال : إنما هو صاع بصاع . وذلك لقول النبي ﷺ : « التمر بالتمر مدي بمدي » ثم قال : « من زاد ، أو ازداد ، فقد أربى »^(٩) . فإن كان في كل واحد منهما نواه ، جاز بيعه متساويا بغير خلاف ؛ لأن النبي ﷺ قد علم أن التمر يكون فيه التوى . وإن نزع من كل واحد منهما نواه ، جاز أيضا . وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز في أحد الوجهين ؛ لأنهما لم يتساويا في حال الكمال . ولأنه يتجافى في المكيال . ولنا ، قول النبي ﷺ : « التمر بالتمر مدي بمدي » . ولأنهما تساويا في الحلال على وجه لا ينفرد أحدهما بالتقصان ، فجاز ، كما لو كان في كل واحد منهما نواه . ويجوز بيع التوى بالتوى كيلا لذلك . وإذا باع تمرا منزوع التوى بتمر نواه فيه ، لم يجز ؛ لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر . وإن نزع التوى ، ثم باع التوى والتمر بنوى وتمر ، لم يجز ؛ لأنه زالت التبعية بنزعه ، فصار^(١٠) كبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة . وإن باع التوى بتمر منزوع التوى ، جاز متفاضلا ، ومتساويا ؛ لأنهما جنسان . وإن باع التوى بتمر نواه فيه ، فعلى روايتين ؛ منع منه في رواية مهننا ، وأحمد بن القاسم ؛ لأن التمر نوى ، فيصير كمد عجوة ، وكالو باع تمرا فيه نواه ، بتمر منزوع التوى . وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ؛ لأن التوى في التمر غير مقصود ، ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما نواه ، وصار هذا كبيع دار مموه سقفا بالذهب^(١١) .

(٩) تقدم تحريجه في صفحة ٥٤ .

(١٠) في الأصل : « فكان » .

(١١) بعد هذا في م زيادة : « يذهب » .

فعلی هذا یجوزُ بیعه مُتفاضلاً ومُتساویاً ؛ لأنَّ التَّوی الذی^(١٢) فی التَّمْرِ لا عِبْرَةٌ به ،
فصارَ کَبِيعِ التَّوی بِمَنْزُوعِ التَّوی .

فصل : ویصنعُ من التَّمْرِ الدَّبْسُ ، والحَلُّ ، والنَّاطِفُ^(١٣) ، والقَطَارَةُ^(١٤) . ولا
یَجوزُ بیعُ التَّمْرِ بشيءٍ منها ؛ لأنَّ مع بَعْضِهَا من غیرِ جنسِہ ، وبَعْضِهَا مائعٌ ، والتَّمْرُ
جامِدٌ . ولا یَجوزُ بیعُ النَّاطِفِ بَعْضِہ ببعضٍ ، ولا بغيره من المَصْنُوعِ من التَّمْرِ ؛
لأنَّ معها شیئاً مقصوداً من غیر^(١٥) جنسِہما ، فینزلُ / منزلةَ مُدِّ عَجْوَةٍ . ویجوزُ
بیعُ القَطَارَةِ ، والدَّبْسِ ، والحَلِّ ، کلُّ نوعٍ بَعْضِہ ببعضٍ مُتساویاً . قال أحمدُ
فی رِوایةٍ مُهَنَّأً ، فی حَلِّ الدَّقْلِ^(١٦) : یَجوزُ بیعُ بَعْضِہ ببعضٍ مُتساویاً . وذلك لأنَّ
الماءَ فی کلِّ واحدٍ منهما غیرُ مقصودٍ ، وهو من مَصْلَحَتِہ ، فلم یمنعَ جَوازَ البیعِ ،
کالخبزِ بالخبزِ ، والتَّمْرِ بالتَّمْرِ ، فی کلِّ واحدٍ منهما نَواهُ . ولا یباعُ نَوعٌ بنوعٍ
آخَرَ ؛ لأنَّ فی کلِّ واحدٍ منهما من غیرِ جنسِہ یقلُّ ویكثرُ ، فیفضی إلى التَّفاضُلِ .

فصل : والعِنَبُ کالتَّمْرِ فیما ذکرناهُ ، إلاَّ أنَّه لا یباعُ حَلَّ العِنَبِ بحلِّ الزَّیْبِ ؛
لأنَّفراد^(١٧) کلِّ واحدٍ منهما^(١٧) بما لیس من جنسِہ . ویجوزُ بیعُ حَلِّ الزَّیْبِ بَعْضِہ
ببعضٍ ، كما یجوزُ بیعُ حَلِّ التَّمْرِ بَعْضِہ ببعضٍ .

٧١٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْبُرُّ وَالشَّعِيرُ جِنْسَانِ)

هذا هو المذهب ، وبه يقول الثَّورِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ ،
وأصحابُ الرَّأْيِ . وعن أحمدَ ، أنَّهما جنسٌ واحدٌ . وحكى ذلك عن سعد بن أبي

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) النَّاطِفُ : السائل من المائعات ، وضرب من الحلوى يصنع من اللوز والجوز والفسق .

(١٤) القَطَارَةُ : ما قطر من الحب ونحوه .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) الدَّقْلُ : أردأ التمر .

(١٧ - ١٧) في الأصل : « أحدهما » .

وَقَاصِرٌ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ الْأَسْوَدِ بْنِ عَبْدِ يَغُوثَ^(١) ، وَابْنُ مُعَيْقِبِ الدَّوْسِيِّ^(٢) ، وَالْحَكَمَ ، وَحَمَادٍ ، وَمَالِكٍ ، وَاللَيْثَ ؛ لِمَارُوَيْ عَنْ مَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهُ أَرْسَلَ غُلَامَهُ بِصَاعٍ قَمْحٍ ، فَقَالَ : بَعُهُ ، ثُمَّ اشْتَرَى بِهِ شَعِيرًا . فَذَهَبَ الْغُلَامُ ، فَأَخَذَ صَاعًا وَزِيَادَةً بَعْضَ صَاعٍ ، فَلَمَّا جَاءَ مَعْمَرًا ، أَخْبَرَهُ بِذَلِكَ ، فَقَالَ لَهُ مَعْمَرٌ : لِمَ فَعَلْتَ ذَلِكَ ؟ انْطَلِقْ فَرُدَّهُ ، وَلَا تَأْخُذْ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ ، وَكَانَ طَعَامُنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرَ . قِيلَ : فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمِثْلِهِ . قَالَ : إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُضَارِعَ^(٣) . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٤) . وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُعْتَشُّ بِالْآخَرَ ، فَكَانَا كَنَوْعِي الْجِنْسِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « بَيْعُوا الْبُرَّ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »^(٥) . وَفِي لَفِظٍ : « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ ، وَالشَّعِيرِ أَكْثَرُهُمَا ، يَدًا بِيَدٍ ، وَأَمَّا نَسِيئَةٌ فَلَا »^(٦) ، وَفِي لَفِظٍ : « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ »^(٦) . وَهَذَا صَرِيحٌ صَحِيحٌ ، لَا يَجُوزُ تَرْكُهُ بِغَيْرِ مُعَارِضٍ مِثْلِهِ ، وَلِأَنَّهُمَا لَمْ يَشْتَرِكَا فِي الْأَسْمِ الْخَاصِّ ، فَلَمْ يَكُونَا جِنْسًا وَاحِدًا ، / كَالْتَّمَرِ ، وَالْحِنْطَةِ ، وَلِأَنَّهُمَا مُسَمَّيَانِ فِي الْأَصْنَافِ السَّتِّةِ ، فَكَانَا جِنْسَيْنِ ، كَسَائِرِهَا . وَحَدِيثُ مَعْمَرٍ لِأَبَدٍ فِيهِ مِنْ إِضْمَارِ الْجِنْسِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ أَجْنَاسِ الطَّعَامِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الطَّعَامَ الْمَعْهُودَ عِنْدَهُمْ ، وَهُوَ الشَّعِيرُ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي الْحَبْرِ : وَكَانَ طَعَامُنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرَ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ

ظ. ١٦٧/٤

(١) أبو محمد عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث الزهري المدني ، ثقة من كبار التابعين . تهذيب التهذيب

. ١٣٩/٦

(٢) إياس بن الحارث بن معيقب الدوسي ، حجازي ثقة ، روى عن جده معيقب الصحابي ، تهذيب التهذيب

. ٣٨٧/١

(٣) يضارع : يشابه ويشارك .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٥٦ .

(٥) أخرجه النسائي ، في : باب بيع البر بالبر ، وباب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المحتجبى ٢٤١/٧ ،

٢٤٢ . وابن ماجه ، في : باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدا يدا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه

. ٧٥٨ ، ٧٥٧/٢

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

عاماً لَوْجَبَ تَقْدِيمُ الْخَاصِّ الصَّرِيحِ عَلَيْهِ ، وَفِعْلٌ مَعْمَرٌ وَقَوْلُهُ لَا يُعَارِضُ بِهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ ، وَقِيَّاسُهُمْ يَنْتَقِضُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ .

فصل : في الحِنْطَةِ وَفُرُوعِهَا ، وَفُرُوعُهَا نَوْعَانِ ، أَحَدُهُمَا ، مَا لَيْسَ فِيهِ غَيْرُهُ ، كَالدَّقِيقِ ، وَالسَّوِيقِ ^(٧) . وَالثَّانِي ، مَا فِيهِ غَيْرُهُ ، كَالْحُبْزِ ، وَالْهَرِيْسَةِ ، وَالْفَالْوُدْجِ ^(٨) ، وَالنَّشَاءِ ، وَأَشْبَاهِهَا . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِشَيْءٍ مِنْ فُرُوعِهَا ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ : أَحَدُهَا السَّوِيقُ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْحِنْطَةِ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ جَوَازُ ذَلِكَ ، مُتِمَاتِلًا ، وَمُتَفَاضِلًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبِيعُ الْحِنْطَةَ بِبَعْضِ أَجْزَائِهَا مُتَفَاضِلًا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِ مَكْرُوكٍ ^(٩) حِنْطَةَ بِمَكْرُوكِي دَقِيقٍ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى التَّمَاتِلِ ؛ لِأَنَّ النَّارَ قَدْ أَخَذَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَأَشْبَهَتْ الْمَقْلِيَّةَ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، مَا مَعَهُ غَيْرُهُ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِهِ أَيْضًا . وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ذَلِكَ ، بِنَاءً عَلَى مَسْأَلَةِ مُدَّ عَجْوَةٍ . وَسَدَّكَرُ الدَّلِيلِ عَلَى ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، الدَّقِيقُ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِهِ فِي الصَّحِيحِ . وَهُوَ مَذْهَبُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَالْحَكَمِ ، وَحَمَادٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَكْحُولٍ . وَهُوَ الْمَشْهُورُ عَنِ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ جَائِزٌ . وَبِهَذَا قَالَ رَبِيعَةُ ، وَمَالِكٌ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَابْنِ شُبْرَمَةَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّ الدَّقِيقَ نَفْسُ الْحِنْطَةِ ، وَإِنَّمَا تَكَسَّرَتْ أَجْزَاؤُهَا ، فَجَازَ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ ، كَالْحِنْطَةِ الْمَكْسَّرَةِ ^(١٠) بِالصَّحَّاحِ ، فَعَلَى هَذَا إِنَّمَا تَبَاعُ الْحِنْطَةُ بِالدَّقِيقِ وَرِزْنَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَفَرَّقَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالطَّحْنِ وَانْتَشَرَتْ ، فَتَأْخُذُ مِنَ الْمِكْيَالِ مَكَانًا كَبِيرًا ، وَالْحِنْطَةُ تَأْخُذُ مَكَانًا صَغِيرًا ، وَالْوِزْنُ يُسَوَّى بَيْنَهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ إِسْحَاقُ . وَلَنَا ، / أَنْ يَبِيعَ الْحِنْطَةَ بِالدَّقِيقِ يَبِيعُ لِلْحِنْطَةِ بِجِنْسِهَا

١٦٨/٤ و

(٧) السَّوِيقُ : طَعَامٌ يَتَّخَذُ مِنْ مَدْقُوقِ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ .
 (٨) الْفَالْوُدْجُ : حَلْوَاءٌ هَلَامِيَّةٌ رَجْرَاجَةٌ تَعْمَلُ مِنَ الدَّقِيقِ وَالْمَاءِ وَالْعَسَلِ وَمَوَادِّ أُخْرَى .
 (٩) الْمَكْرُوكُ : مَكْيَالٌ قَدِيمٌ يَخْتَلِفُ مَقْدَارُهُ بِاخْتِلَافِ اصْطِلَاحِ النَّاسِ عَلَيْهِ فِي الْبِلَادِ .
 (١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

مُتَفَاضِلًا ، فَحَرَّمَ ، كَبَيْعِ مَكِيلَةٍ بِمَكِيلَتَيْنِ ؛ وذلك لأنَّ الطَّحْنَ قد فَرَّقَ أَجْزَاءَهَا .
فِيحْصُلُ فِي مَكِيلَاتِهَا دُونَ مَا يَحْصُلُ فِي مَكِيلَاتِ الحِنْطَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَحَقَّقِ التَّفَاضُلُ ،
فقد جُهِلَ التَّمَاثُلُ ، وَالجُهْلُ بِالتَّمَاثُلِ كَالْعِلْمِ بِالتَّفَاضُلِ فِيمَا يُشْتَرَطُ التَّمَاثُلُ فِيهِ ،
وَلِذَلِكَ لَمْ يَجْزُ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضِ جُزْأًا ، وَتَسَاوِيَهُمَا فِي الوَظْنِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ التَّسَاوِيُ
فِي الكَيْلِ ، وَالحِنْطَةُ وَالدَّقِيقُ مَكِيلَانِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ الكَيْلُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يَنْقَلُ عَنْهُ ،
وَلِأَنَّ الدَّقِيقَ يُشَبَّهُ المَكِيلَاتِ ، فَكَانَ مَكِيلًا ، كَالْحِنْطَةِ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ مُوزُونًا ، لَمْ
يَتَحَقَّقِ التَّسَاوِيُ بَيْنَ المَكِيلِ وَالمُوزُونِ ؛ لِأَنَّ المَكِيلَ لَا يُقَدَّرُ بِالْوِزْنِ ، كَمَا لَا يُقَدَّرُ
المُوزُونُ بِالكَيْلِ .

فصل : فَأَمَّا بَيْعُ بَعْضِ فُرُوعِهَا بِبَعْضِ ، فَيَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ
بِنَوْعِهِ مُتَسَاوِيًا ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَالمَشْهُورُ عَنِ الشَّافِعِيِّ المَنْعُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ
يَعْتَبَرُ تَسَاوِيَهُمَا حَالَةَ الكَمَالِ ، وَهُوَ حَالُ كَوْنِهَا حِنْطَةً ، وَقَدْ فَاتَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ أَحَدَ
الدَّقِيقَيْنِ قد يَكُونُ مِنْ حِنْطَةِ رَزِينَةٍ ، وَالأُخْرَى مِنْ حِنْطَةِ^(١١) خَفِيفَةٍ ، فَيَسْتَوِيَانِ
دَقِيقًا ، وَلا يَسْتَوِيَانِ حِنْطَةً . وَلِنَا ، أَنَّهُمَا تَسَاوِيَا حَالَ العَقْدِ عَلَى وَجْهِ لَيْتَنَرْدُ أَحَدُهُمَا
بِالتَّقْصَانِ ، فَجَازَ ، كَبَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يُبَاغُ بَعْضُهُ بِبَعْضِ
كَيْلًا ؛ لِأَنَّ الحِنْطَةَ مَكِيلَةٌ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الدَّقِيقِ وَالسَّوِيقِ مَا يُنْقَلُهَا عَنْ ذَلِكَ .
وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَتَسَاوِيَا فِي التُّعْمَةِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا . وَهُوَ مَذْهَبُ
أبي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا تَفَاوَتَا فِي التُّعْمَةِ تَفَاوَتَا فِي ثَانِي الحَالِ ، فَيَصِيرُ كَبَيْعِ الحِنْطَةِ
بِالدَّقِيقِ . وَذَكَرَ القَاضِي أَنَّ الدَّقِيقَ يُبَاغُ بِالدَّقِيقِ وَرِزْنًا . وَلا وَجْهَ لَهُ ، وَقَدْ سَلَّمَ فِي
السَّوِيقِ أَنَّهُ يُبَاغُ بِالكَيْلِ ، وَالدَّقِيقُ مِثْلُهُ . فَأَمَّا بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ
لَا يَجُوزُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا أَجْزَاءُ حِنْطَةٍ لَيْسَ مَعَهُ غَيْرُهُ ، فَاشْتَبَهَ الدَّقِيقُ بِالدَّقِيقِ ، وَالسَّوِيقُ بِالسَّوِيقِ .
/ وَلِنَا ، أَنَّ النَّارَ قد أَخَذَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضِ ، كَالْمَقْلِيَّةِ

١٦٨/٤ ظ

(١١) سقط من : الأصل .

بِالنَّيِّعَةِ . وَرُوِيَ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَبِي يُوسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ مُتَفَاضِلًا ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا أَجْزَاءُ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، فَلَمْ يَجْزِ التَّفَاضُلُ بَيْنَهُمَا ، كَالدَّقِيقِ مَعَ الدَّقِيقِ ، وَالسَّوِيقِ مَعَ السَّوِيقِ ^(١٢) .

فصل : فَأَمَّا مَا فِيهِ غَيْرُهُ ، كَالخُبْزِ ، وَغَيْرِهِ ، فَهُوَ تَوْعَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ مَا فِيهِ مِنْ غَيْرِهِ غَيْرَ مَقْصُودٍ فِي نَفْسِهِ ، إِنَّمَا جُعِلَ فِيهِ ^(١٣) لِمَصْلَحَتِهِ ، كَالخُبْزِ وَالنَّشَاءِ ، فَيَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِتَوْعِهِ ، إِذَا تَسَاوَيَا فِي الشَّافَةِ ، وَالرُّطُوبَةِ . وَيُعْتَبَرُ التَّسَاوِيُّ فِي الْوِزْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ بِهِ فِي الْعَادَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ كَيْلَهُ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا تَحَرَّى أَنْ يَكُونَ مِثْلًا بِمِثْلِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُوزَنْ . وَبِهِ قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنيفَةَ : لَا بَأْسَ بِهِ قُرْصًا بِقُرْصَيْنِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضِ بَحَالٍ ، إِلَّا أَنْ يَبْسَ ، وَيُدَقَّ دَقًّا نَاعِمًا ، وَيُبَاعَ بِالكَيْلِ ، فَفِيهِ قَوْلَانٌ ؛ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يَجِبُ التَّسَاوِيُّ فِيهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ كَيْلَهُ ، فَتَعَدَّرَتِ الْمُسَاوَاةُ فِيهِ ، وَلِأَنَّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَلَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ بِهِ ^(١٤) ، كَالْمَعْشُوشِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَغَيْرِهِمَا . وَلَنَا ، عَلَى وُجُوبِ التَّسَاوِيِّ ، أَنَّهُ مَطْعُومٌ مُوزُونٌ ، فَحُرْمَ التَّفَاضُلِ فِيهِمَا ، كَاللَّحْمِ ، وَاللَّبَنِ ، وَمَتَى وَجَبَ التَّسَاوِيُّ ، وَجَبَتْ مَعْرِفَةُ حَقِيقَةِ التَّسَاوِيِّ فِي الْمِيعَارِ الشَّرْعِيِّ ، كَالْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ ، وَالدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ . وَلَنَا عَلَى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّ مُعْظَمَ نَفْعِهِ فِي حَالِ رُطُوبَتِهِ ، فَجَازَ بَيْعُهُ بِهِ ، كَاللَّبَنِ بِاللَّبَنِ . وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ مُوزُونًا ، أَصْلُهُ غَيْرُ مُوزُونٍ ، كَاللَّحْمِ ، وَالْأُدْهَانِ . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالْيَابِسِ ؛ لِانْفِرَادِ أَحَدِهِمَا بِالنَّقْصِ فِي ثَانِي الْحَالِ ، فَأَشْبَهَ الرُّطْبَ بِالتَّمْرِ . وَلَا يَمْنَعُ زِيَادَةُ أَخْذِ النَّارِ مِنْ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ حَالَ رُطُوبَتَيْهِمَا إِذَا لَمْ يَكْثُرْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَسِيرٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، أَشْبَهَ بَيْعَ الْحَدِيدَةِ بِالْعَتِيقَةِ . وَلَا يَلْزَمُ مَا فِيهِ

(١٢) فِي م : « بِالسَّوِيقِ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

من المِلْحِ والماءِ ؛ لأنَّ ذلك ليس بمَقْصُودٍ فيه ، ويُرادُ / لِمَصْلَحَتِهِ ، فهو كالمِلْحِ في الشَّيْرَجِ . وإنَّ يَسَّ الحُبْرِ ، فُدَّقَ ، وجُعِلَ فَيْتًا ، يَبِيعُ بِمِثْلِهِ كَيْلًا ؛ لأنَّهُ أَمَكَنَ كَيْلَهُ ، فَرُدَّ إِلَى أَصْلِهِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُبَاعُ بِالوَزْنِ ؛ لأنَّهُ انْتَقَلَ إليه . التَّوَعُّ الثَّانِي ، ما فيه غَيْرُهُ ممَّا هو مَقْصُودٌ ، كَالهَرِيْسَةِ ، والحَزِيرَةِ^(١٤) ، والفَالُودَجِ ، وَحُبِّزِ الأَبازِيرِ ، والحُشْكَنانِجِ^(١٥) ، والسَّنْبُوسِكِ^(١٦) ، ونحوه ، فلا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ، ولا يَبِيعُ نَوْعٌ بِنَوْعٍ آخَرَ ؛ لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَشْتَمِلُ على ما ليس من جِنْسِهِ ، وهو مَقْصُودٌ ، كَاللَّحْمِ في الهَرِيْسَةِ ، والعَسَلِ في الفَالُودَجِ والماءِ ، والدَّهْنِ في الحَزِيرَةِ . وَيَكْثُرُ التَّفَاوُثُ في ذلك ، فلا يَتَحَقَّقُ التَّماتُّلُ فيه . وإذا لم يُمَكِّنِ التَّماتُّلُ في التَّوَعُّ الوَاحِدِ ، ففي التَّوَعُّينِ أَوْلَى .

فصل : والحُكْمُ في الشَّعِيرِ وسائِرِ الحُبوبِ كالحُكْمِ في الحِنطَةِ . ويجوزُ بَيْعُ الحِنطَةِ والمَصْنُوعِ منها بِغَيْرِها من الحُبوبِ والمَصْنُوعِ منها ؛ لِإِعْدَمِ اشْتِراطِ المُماتَّلَةِ بينهما . واللهُ أَعْلَمُ .

٧١١ - مسألة ؛ قال : (وسائِرُ اللُّحْمانِ جِنسٌ وَاحِدٌ)

أرادَ جَمِيعَ اللَّحْمِ ، وَجَمَعَهُ - وهو اسْمُ جِنسٍ - لِاِخْتِلافِ أنواعِهِ . ظاهِرُ كَلامِ الحَرَقَمِيِّ ، أَنَّ اللَّحْمَ كُلَّهُ جِنسٌ وَاحِدٌ ، وَذَكَرَهُ أبو الحَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، رِوايَةً عن أحمدَ . وهو قولُ أبي ثَوْرٍ ، وأحدُ قولَي الشَّافِعِيِّ . وأتَكَرَّ القاضِي أبو يَعلَى كَوْنَ هذا رِوايَةً عن أحمدَ ، وقال : الأَنْعَامُ ، والوُحُوشُ ، والطَّيْرُ ، ودَوَابُّ المِائِ ، أَجْناسٌ يَجُوزُ التَّفاضُّلُ فيها رِوايَةً وَاحِدَةً ، وإِنَّمَا في اللَّحْمِ رِوايَتانِ ؛ إِحْداهُما ، أَنَّهُ أَرْبَعَةُ أَجْناسٍ ، كما ذَكَرْنَا . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ ، إِلا أَنَّهُ يَجْعَلُ الأَنْعَامَ ، والوُحُوشَ

(١٤) الحزيرة : لحم يقطع قطعاً صغيراً ، ثم يطبخ بماء كثير وملح ، فإذا اكتمل نضجه ذرَّ عليه الدقيق وعصد به ، ثم أدم بإدام ما .

(١٥) الحُشْكَنانِجِ : خبزة تصنع من خالص دقيق الحنطة وتملاً بالسكر واللوز والفسق وتقلي .

(١٦) السَّنْبُوسِكِ : عجينة معجون بالسمن مجشى باللحم المطبوخ البارد والجوز .

جِنْسًا وَاحِدًا ، فيكونُ عنده ثلاثةُ أصنافٍ . والثانيةُ ، أنَّه أجناسٌ باختلافِ أصولِهِ ، وهو قولُ أبي حنيفةَ ، وأحدُ قولَي الشَّافِعِيِّ ، وهى أصحُّ ؛ لأنَّها فروعُ أصولٍ هى أجناسٌ ، فكانت أجناسًا ، كالأدِقَّةِ ، والأخبازِ . وهذا اختيارُ ابنِ عَقِيلٍ . واختيارُ القاضِي أنَّها أربعةُ أجناسٍ . وحَمَلَ كَلامَ الخِرَقِيِّ عليها ، واحتجَّ بأنَّ لحمَ هذه الحيواناتِ تَحْتَلِفُ المنفعةُ بها ، والقصدُ إلى أكلِها ، فكانت أجناسًا . وهذا ضِعْفٌ جدًّا ؛ لأنَّ كونَها أجناسًا لا يوجبُ / حصرَها في أربعةِ أجناسٍ ، ولا نظيرَ لهذا ، ١٦٩/٤ ظ

فِيقاسُ عليه . ولا يصحُّ حَمْلُ كَلامِ الخِرَقِيِّ عليه ؛ لِعدمِ اِحْتِمَالِ لَفْظِهِ له ، وتَصَرُّيهِ في الأيْمَانِ بأنَّه إذا حَلَفَ لا يَأْكُلُ لَحْمًا فَأَكَلَ من لَحْمِ الأَنْعَامِ ، أو الطَّائِرِ ، أو السَّمَكِ ، حِنْثٌ . فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلامِهِ على عُمومِهِ في أن جَمِيعَ اللَّحْمِ جِنْسٌ ؛ لأنَّه اشْتَرَكَ في الاسمِ الواحدِ حالَ حُدُوثِ الرِّبَا فِيهِ ، فكان جِنْسًا وَاحِدًا ، كالطَّلَعِ ، والصَّحِيحُ أنَّه أجناسٌ باختلافِ أصولِهِ . وهذا الدَّلِيلُ يَنْتَفِضُ بِالتَّمَرِ الهِنْدِيِّ والتَّمَرِ البَرْنِيِّ ، وَعَسَلِ القَصَبِ وَعَسَلِ النَّحْلِ ، وغيرِ ذلك . فعلى هذا ، لَحْمُ الإِبِلِ كُلُّهُ صِنْفٌ ، بِخَاتِمِها وعِرابِها^(١) ، والبقرُ عِرابُها وجِوامِيسُها صِنْفٌ ، والعَنَمُ ضانُّها ومِعْزُها صِنْفٌ . وَيَحْتَمِلُ أن يَكُونَا صِنْفَيْنِ ؛ لأنَّ اللهَ تَعَالَى سَمَّاها في الأزواجِ الثَّمَانِيَةِ فقال : ﴿ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِنَ الضَّأْنِ اثْنَيْنِ وَمِنَ المَعْزِ اثْنَيْنِ ﴾^(٢) . فَفَرَّقَ بَيْنَها ، كما فَرَّقَ بَيْنَ الإِبِلِ والبَقَرِ ، فقال : ﴿ وَمِنَ الإِبِلِ اثْنَيْنِ وَمِنَ البَقَرِ اثْنَيْنِ ﴾^(٣) . والوَاحِشُ أصنافٌ ؛ بَقَرُها صِنْفٌ ، وَعَنَمُها صِنْفٌ ، وظَبَاؤها صِنْفٌ ، وكُلُّ مالِهِ اسمٌ يَخُصُّهُ فهو صِنْفٌ . والطَّيُورُ أصنافٌ ، كُلُّ ما انْفَرَدَ بِاسْمِهِ وَصِفَةٍ فهو صِنْفٌ ، فَبِإِيجادِ لَحْمِ صِنْفِ بِلحْمِ صِنْفِ آخَرَ ، مُتَفاضِلًا ومُتَمائِلًا ، وبِإِيجادِ بِصِفَةٍ مُتَمائِلًا ، ومن جَعَلُها صِنْفًا وَاحِدًا لم يَجُزْ عنده بَيْعُ لَحْمِ بِلحْمِ ، إِلَّا مُتَمائِلًا .

(١) البخاري : الإبل الخراسانية . والعرب غيرها .

(٢) سورة الأنعام ١٤٣ .

(٣) سورة الأنعام ١٤٤ .

٧١٢ - مسألة ؛ قال : (لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضِ رَطْبًا . وَيَجُوزُ إِذَا تَنَاهَى جَفَافَهُ مِثْلًا بِمِثْلٍ)

اِخْتَارَ الْحَرَقِيُّ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ ، إِلَّا فِي حَالِ جَفَافِهِ وَذَهَابِ رُطُوبِيَّتِهِ كُلِّهَا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَهَبَ أَبُو حَفْصٍ فِي « شَرْحِهِ » إِلَى هَذَا . قَالَ الْقَاضِي : وَالمَذْهَبُ : جَوَازُ بَيْعِهِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ . وَقَوْلُهُ ، فِي الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ بِجَوَازِ البَيْعِ يُنْبَهُ عَلَى إِبَاحَةِ بَيْعِ اللَّحْمِ بِاللَّحْمِ ^(١) ، مِنْ حَيْثُ كَانَ اللَّحْمُ ، حَالِ كَمَالِهِ وَمُعْظَمَ نَفْعِهِ ، فِي حَالِ رُطُوبِيَّتِهِ دُونَ حَالِ يُسِّسِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى اللَّبَنِ ^(٢) بِخِلَافِ الرُّطْبِ ؛ فَإِنَّ حَالِ كَمَالِهِ وَمُعْظَمَ نَفْعِهِ فِي حَالِ يُسِّسِهِ ، فَإِذَا جَازَ فِيهِ البَيْعُ ، فَفِي اللَّحْمِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّهُ قَصَدَ ^(٣) التَّمَاثُلَ فِيهِمَا فِي الحَالِ عَلَى وَجْهِ لَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِالنَّقْصِ ، فَجَازَ / كَبَيْعِ اللَّبَنِ بِاللَّبَنِ . فَأَمَّا بَيْعُ رَطْبِهِ بِبَابِيسِهِ ، أَوْ نَيْئِهِ بِمَطْبُوحِهِ أَوْ مَشْوِيِّهِ ، فَغَيْرُ جَائِزٍ ؛ لِإِنْفِرَادِ أَحَدِهِمَا بِالنَّقْصِ فِي الثَّانِي ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالرُّطْبِ بِالتَّمْرِ .

و ١٧٠/٤

فصل : قال القاضي : ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام ، كما لا يجوز بيع العسل بالعسل إلا بعد التصفية . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وكلام أحمد ، رحمه الله ، يقتضي الإباحة من غير نزع عظامه ولا جفافه ، قال في رواية حنبل : إذا صار إلى الوزن مثلاً بمثل ، رطلاً برطل . فأطلق ولم يشترط شيئاً ؛ وذلك لأن العظم تابع للحم بأصل الخلقة ، فلم يشترط نزعهُ ، كالتوى في التمر . وفارق العسل ، من حيث إن اختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل ، لا من أصل الخلقة .

فصل : واللحم والشحم جنسان . والكيد صنف . ^(٤) والطحال صنف ^(٥) .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « اللحم باللحم » .

(٣) في م : « وجد » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

والقَلْبُ صِنْفٌ ، والمُخُّ صِنْفٌ . وَيَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ (٥) صِنْفٍ بِصِنْفٍ آخَرَ مُتَفَاضِلًا .
وقال القاضي : لا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالشَّحْمِ . وَكَرِهَ مَالِكٌ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَتِمَّائِلًا .
وظاهرُ المذهبِ ، إِبَاحَةُ البَيْعِ فِيهِمَا مُتِمَّائِلًا وَمُتَفَاضِلًا ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، فَجَازَ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا كَالذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ (٦) . وَإِنْ مَنَعَ
مِنْهُ لِكَوْنِ اللَّحْمِ لَا يَخْلُو مِنْ شَحْمٍ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الشَّحْمَ لَا يَظْهَرُ ، وَإِنْ كَانَ
فِيهِ شَيْءٌ فَهُوَ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، فَلَا يَمْنَعُ البَيْعَ ، وَلَوْ مَنَعَ لِذَلِكَ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُ لَحْمٍ
بِلَحْمٍ ؛ لِإِشْتِمَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِهِ . ثُمَّ لَا يَصِحُّ هَذَا عِنْدَ
القَاضِي ؛ لِأَنَّ السَّمِينَ الَّذِي يَكُونُ مَعَ اللَّحْمِ لَحْمٌ عِنْدَهُ ، فَلَا يَتَصَوَّرُ اشْتِمَالَ اللَّحْمِ
عَلَى الشَّحْمِ . وَذَكَرَ القَاضِي أَنَّ اللَّحْمَ الأَبْيَضَ الَّذِي عَلَى ظَاهِرِ اللَّحْمِ الأَحْمَرِ ،
(٧) هُوَ والأَحْمَرُ (٧) جِنْسٌ وَاحِدٌ ، وَأَنَّ الأَلِيَّةَ وَالشَّحْمَ جِنْسَانِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ
الْخَرَقِيِّ خِلَافُ هَذَا ؛ لِقَوْلِهِ : إِنَّ اللَّحْمَ لَا يَخْلُو مِنْ شَحْمٍ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ هَذَا شَحْمًا
لَمْ يَخْتَلِطْ لَحْمٌ بِشَحْمٍ ، فَعَلَى هَذَا (٨) ، كُلُّ أبيضٍ فِي الحَيَوَانِ يَدُوبُ بِالإِذَابَةِ
وَيَصِيرُ دُهْنًا ، فَهُوَ جِنْسٌ وَاحِدٌ . وَهَذَا أَصَحُّ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ
شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا ﴾ (٩) . فَاسْتَشْنَى مَا حَمَلَتْ الظُّهُورُ مِنْ
الشَّحْمِ ، وَلِأَنَّهُ يُشْبِهُ الشَّحْمَ فِي ذَوْبِهِ وَلَوْنِهِ وَمَقْصِدِهِ ، فَكَانَ / شَحْمًا ، كَالَّذِي
فِي البَطْنِ .

فصل : وَفِي اللَّبَنِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ جِنْسٌ وَاحِدٌ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي اللَّحْمِ .
وَالثَّانِيَةُ ، هُوَ أَجْنَسٌ بِاخْتِلَافِ أَصُولِهِ كَاللَّحْمِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَبِهِ قَالَ
مَالِكٌ ؛ لِأَنَّ الأَنْعَامَ كُلَّهَا جِنْسٌ وَاحِدٌ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَيْنُ البَقَرِ الأَهْلِيَّةِ وَالوَحْشِيَّةِ

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في م : « والفضة » .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) في م : « قوله » .

(٩) سورة الأنعام ١٤٦ .

جِنْسٌ وَاحِدٌ عَلَى الرُّوَايَاتِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ اسْمَ البَقَرِ يَشْمَلُهُمَا . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ لِحْمَهُمَا ^(١٠) جِنْسَانِ ، فَكَانَ لِبَنِيهِمَا ^(١١) جِنْسَيْنِ ، كَالإِبِلِ وَالبَقَرِ . وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ بِغَيْرِ جِنْسِيهِ ، مُتَّفَاضِلًا ، وَكَيْفَ شَاءَ ، يَدًا بِيَدٍ ، وَبِجِنْسِيهِ ^(١٢) مُتَّمَاثِلًا كَيْلًا . قَالَ القَاضِي : هُوَ مَكِيلٌ لَا يُبَاعُ إِلَّا بِالكَيْلِ ؛ لِأَنَّهُ العَادَةُ فِيهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَا حَلِيْبَيْنِ أَوْ حَامِضَيْنِ ، أَوْ أَحَدُهُمَا حَلِيْبٌ ، وَالأَخرُ حَامِضٌ ؛ لِأَنَّ تَغْيِيرَ الصِّفَةِ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ البَيْعِ ، كَالجَوَادَةِ وَالرَّدَاءَةِ . وَإِنْ شِيبَ أَحَدُهُمَا بِمَاءٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ بِخَالِصٍ وَلَا بِمَشْوَبٍ مِنْ جِنْسِيهِ ؛ لِأَنَّ مَعَهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيهِ لِغَيْرِ مُصْلَحَتِهِ ^(١٣) .

فصل : وَيَتَفَرَّقُ مِنَ اللَّبَنِ قِسْمَانِ ؛ مَا لَيْسَ فِيهِ غَيْرُهُ كَالزُّبْدِ ، وَالسَّمْنِ ، وَالمَخِيضِ ، وَاللَّبَاءِ ^(١٤) . وَمَا فِيهِ غَيْرُهُ . وَكِلَاهُمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِاللَّبَنِ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحْرَجٌ مِنَ اللَّبَنِ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ بِأَصْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ ، كَالْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ ، وَالسَّمْسِمِ بِالشَّرِيحِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ بِالزُّبْدِ ، إِذَا كَانَ الزُّبْدُ الْمُنفَرِدُ أَكْثَرَ مِنَ الزُّبْدِ فِي اللَّبَنِ . وَهَذَا يَقْتَضِي جَوَازَ بَيْعِهِ بِهِ مُتَّفَاضِلًا ، وَمَنْعَ جَوَازِهِ مُتَّمَاثِلًا . قَالَ القَاضِي : وَهَذِهِ الرُّوَايَةُ لَا تَخْرُجُ عَلَى المَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الشَّيْئَيْنِ إِذَا دَخَلَهُمَا الرُّبَا ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالأَخرِ ، وَمَعَهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيهِ ، كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمِ بُمْدَيْنِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذِهِ الرُّوَايَةَ دَالَّةٌ عَلَى جَوَازِ البَيْعِ فِي مَسْأَلَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ ، وَكَوْنِهَا مُخَالَفَةً لِرُّوَايَاتِ أُخَرَ لَا يَمْنَعُ كَوْنَهَا رُوَايَةً ، كَسَائِرِ الرُّوَايَاتِ المُخَالَفَةِ لِغَيْرِهَا ، لَكِنَّهَا مُخَالَفَةٌ لِظَاهِرِ المَذْهَبِ . وَالحُكْمُ فِي السَّمْنِ كَالْحُكْمِ فِي الزُّبْدِ . وَأَمَّا اللَّبْنُ بِالمَخِيضِ الَّذِي فِيهِ زُبْدُهُ ، فَلَا يَجُوزُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : اللَّبْنُ بِالمَخِيضِ لَا خَيْرَ فِيهِ . وَيَتَخْرُجُ الجَوَازُ كَالْتِي قَبْلَهَا ،

(١٠) فِي الأَصْلِ : « لِحْمَهَا » .

(١١) فِي الأَصْلِ : « لِبْنِهَا » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

(١٣) فِي الأَصْلِ : « مُصْلَحَةٌ » .

(١٤) اللَّبَاءُ ، كضَلَعٍ : أَوَّلُ اللَّبَنِ .

وَأَمَّا اللَّبْنُ بِاللَّبِّ ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ أَنْ تَمَسَّهُ النَّارُ ، جَازَ مُتَمَائِلًا ؛ لِأَنَّهُ لَبْنٌ يَلْبَنُ . وَإِنْ مَسَّتْهُ النَّارُ لَمْ يَجُزْ . / وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ يَجُوزُ ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ النَّارَ عَقَدَتْ أَجْزَاءَ أَحَدِهِمَا ، وَذَهَبَتْ بَعْضُ رُطُوبَتِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ بِمَا لَمْ تَمَسَّهُ النَّارُ ، كَالخُبْزِ بِالْعَجِينِ ، وَالْمَقْلِيَّةِ بِالنَّيْعَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَأَمَّا بَيْعُ النَّوْعِ مِنْ فُرُوعِ اللَّبَنِ بِنَوْعِهِ ، فَمَا فِيهِ خِلْطٌ مِنْ غَيْرِ اللَّبَنِ ، كَالِكَشْكِ وَالكَامَخِ^(١٥) ، وَنَحْوِهِمَا ، لَا يَجُوزُ^(١٦) بَيْعُ ذَلِكَ^(١٦) بِنَوْعِهِ وَلَا بغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلِطٌ بِغيرِهِ ، فَهُوَ كَمَسْأَلَةِ مُدَّعِجَوَّةٍ ، وَمَا لَيْسَ فِيهِ غَيْرُهُ ، أَوْ فِيهِ غَيْرُهُ ، إِلَّا أَنَّ ذَلِكَ الْغَيْرَ لِمَصْلَحَتِهِ ، فَيَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ نَوْعٍ مِنْهُ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ إِذَا تَسَاوَى فِي التَّشَاقُقِ وَالرُّطُوبَةِ ، فَيَبِيعُ الْمَخِيضَ بِالْمَخِيضِ ، وَاللَّبَّاءَ بِاللَّبِّ ، وَالجُبْنَ بِالْجُبَنِ ، وَالْمَصْلَ^(١٧) بِالْمَصْلِ ، وَالْأَقْطَ بِالْأَقْطِ ، وَالزُّبْدَ بِالزُّبْدِ ، وَالسَّمْنَ بِالسَّمَنِ ، مُتَسَاوِيًا . وَيُعْتَبَرُ التَّسَاوِيُ بَيْنَ الْأَقْطِ بِالْأَقْطِ^(١٨) بِالْكَيْلِ ؛ لِأَنَّهُ قُدِّرَ بِالصَّاعِ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ ، وَهُوَ يُشْبِهُ الْمَكِيلَاتِ ، وَكَذَلِكَ الْمَصْلُ وَالْمَخِيضُ . وَيُبَاعُ الخُبْزُ بِالخُبْزِ بِالْوَزْنِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ وَلَا يُمْكِنُ كَيْلُهُ ، فَاشْتَبَهَ الخُبْزُ . وَكَذَلِكَ الزُّبْدُ وَالسَّمْنُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُبَاعَ السَّمْنُ بِالْكَيْلِ . وَلَا يُبَاعُ نَاشِيفٌ مِنْ ذَلِكَ بِرَطْبٍ ، كَمَا لَا يُبَاعُ الرُّطْبُ بِالتَّمْرِ ، وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخَرَقِيِّ أَنْ لَا يُبَاعَ رَطْبٌ مِنْ ذَلِكَ بِرَطْبٍ^(١٩) « كَمَا فِي اللَّحْمِ »^(١٩) . وَأَمَّا بَيْعُ مَا تُزْعَ مِنَ اللَّبَنِ بِنَوْعٍ آخَرَ ، كَالزُّبْدِ ، وَالسَّمَنِ ، وَالْمَخِيضِ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الزُّبْدِ وَالسَّمَنِ بِالْمَخِيضِ ، مُتَمَائِلًا وَمُتَفَاضِلًا ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسَانِ ، وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا شَيْئَانِ مِنْ أَصْلِ وَاحِدٍ ، أَشْبَهَا اللَّحْمُ بِالشَّحْمِ . وَمِمَّنْ أَجَازَ بَيْعَ الزُّبْدِ بِالْمَخِيضِ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَلِأَنَّ اللَّبْنَ الَّذِي فِي الزُّبْدِ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، وَهُوَ يَسِيرٌ ، فَاشْتَبَهَ

(١٥) الكامخ ، كهاجر : إدام ، أو المخللات المشهية .

(١٦ - ١٦) في م : « بيهه » .

(١٧) المصل : ما سال من الأقط إذا طبخ ثم عصر .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩ - ١٩) في م : « كاللحم » .

المَلْح في الشَّيْرَج . وَيَبْعُ السَّمْنِ بِالْمَخِيضِ ، أَوْلَى بِالْحَوَازِ ؛ لِخُلُوِّ السَّمْنِ مِنَ
 الْمَخِيضِ . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزُّبْدِ بِالسَّمْنِ ؛ لِأَنَّ فِي الزُّبْدِ لَبَنًا يَسِيرًا ، وَلَا شَيْءَ فِي
 السَّمْنِ ، فَيَحْتَلُّ التَّمَاثُلُ ، وَلِأَنَّهُ مُسْتَخْرَجٌ مِنَ الزُّبْدِ ، فَلَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ بِهِ ، كَالزُّبْتُونِ
 بِالزُّبْتِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ فِي الزُّبْدِ
 غَيْرُ مَقْصُودٍ ، فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، وَلِذَلِكَ جَازَ بَيْعُهُ بِالْمَخِيضِ وَبِزُبْدٍ مِثْلِهِ . وَهَذَا
 لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ التَّمَاثُلَ وَاجِبٌ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْفِرَادُ أَحَدِهِمَا بِوُجُودِ اللَّبَنِ فِيهِ ، يُخْلُ
 بِالتَّمَاثُلِ ، فَلَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ / بِهِ ، كَتَمْرٍ مَنْزُوعٍ النَّوَى بِتَمْرٍ فِيهِ نَوَاهُ ، وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا
 يَنْفَرِدُ بِرُطُوبِيَّةٍ لَا تُوجَدُ فِي الْآخَرِ ، فَأَشْبَهَ الرُّطَبَ بِالتَّمْرِ ، وَالْعَنْبَ بِالزَّرِيِّبِ ، وَكُلَّ
 رُطَبٍ يَبِاسٍ مِنْ جِنْسِهِ . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنَ الزُّبْدِ وَالسَّمْنِ وَالْمَخِيضِ بِشَيْءٍ
 مِنْ أَنْوَاعِ اللَّبَنِ ، كَالجُبْنِ وَاللَّبَّاءِ وَنَحْوِهِمَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَنْوَاعَ لَمْ يَنْتَزِعْ مِنْهَا شَيْءٌ ،
 فَيَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ اللَّبَنِ الَّذِي فِيهِ زُبْدُهُ ، فَلَمْ يَجْزِ بَيْعُهَا ، كَبَيْعِ اللَّبَنِ بِهَا . وَأَمَّا
 بَيْعُ الْجُبْنِ بِالْأَقِطِ ، فَلَا يَجُوزُ مَعَ رُطُوبِيَّتِهِمَا ، أَوْ رُطُوبِيَّةِ أَحَدِهِمَا ، كَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ
 الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ . وَإِنْ كَانَا يَبِاسِينَ احْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْجُبْنَ مَوْزُونٌ وَالْأَقِطَ
 مَكِيلٌ ، فَلَمْ يَجْزِ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ ، كَالخُبْزِ بِالدَّقِيقِ ، وَيَحْتَمَلُ الْحَوَازَ ، إِذَا
 تَمَاثَلَا ، كَبَيْعِ الخُبْزِ بِالخُبْزِ .

٧١٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ)

لَا يَحْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِحَيَوَانٍ مِنْ جِنْسِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ،
 وَالشَّافِعِيِّ ، وَقَوْلُ فَهَاءِ الْمَدِينَةِ السَّبْعَةِ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ
 بِحَيَوَانٍ مُعَدًّا لِلَّحْمِ ، وَيَجُوزُ بَعْيُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مَالَ
 الرَّبَابِمَا لَا رَبَا فِيهِ ، أَشْبَهَ بَيْعَ اللَّحْمِ بِالدَّرَاهِمِ ، أَوْ بِلَحْمٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ . وَلَنَا ،
 مَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ . رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمُوطَأِ (١) ،

(١) في : باب بيع الحيوان باللحم ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٥٥/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب بيع اللحم بالحيوان ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٩٦/٥ .
 والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٧١/٣ .

عن زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ ، عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ ، عن النَّبِيِّ ﷺ . قال ابن عبد البر : هذا أحسنُ أسانيدِهِ . وَرَوَى عن (١) النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ (٢) نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يَمِيتَ . ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ (٤) . وَرَوَى عن (٣) ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ جَزُورًا نُحِرَتْ ، فَجَاءَ رَجُلٌ بِعِنَاقٍ (٥) فَقَالَ : أَعْطُونِي جُزْءًا بِهَذَا الْعِنَاقِ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَصْلُحُ هَذَا . قَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا أَعْلَمُ مُخَالَفًا لِأَبِي بَكْرٍ فِي ذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو الزِّنَادِ : وَكُلُّ مَنْ أَدْرَكَتْ يَنْهَى عَنِ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ . وَلِأَنَّ اللَّحْمَ نَوْعٌ فِيهِ الرَّبَاعُ بِعِ بَأَصْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجْزِ ، كَبَيْعِ السَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ . وَبِهَذَا فَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ . وَأَمَّا بَيْعُ اللَّحْمِ بِحَيَوَانٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالْخَرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ سُئِلَ عَنِ بَيْعِ الشَّاةِ بِاللَّحْمِ ، فَقَالَ : لَا يَصِحُّ (٦) ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يَمِيتَ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي جَوَازَهُ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ . وَاحْتَجَّ مِنْ مَنَعَهُ بِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ، وَبِأَنَّ اللَّحْمَ كُلَّهُ جِنْسٌ وَاحِدٌ . وَمَنْ أَجَازَهُ قَالَ : مَالُ الرَّبَا بِبَيْعِ بَغِيرِ أَصْلِهِ وَلَا جِنْسِهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِالْأَثْمَانِ . وَإِنْ بَاعَهُ بِحَيَوَانٍ غَيْرِ مَا كُورِ اللَّحْمِ ، جَازَ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا . وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ مَالِ الرَّبَا بِأَصْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ ، كَالسَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ ، وَالزَّيْتُونَ بِالزَّيْتِ ، وَسَائِرِ الْأَذْهَانِ بِأَصُولِهَا ، وَالْعَصِيرِ بِأَصْلِهِ ، كَعَصِيرِ الْعِنَبِ ، وَالرَّمَّانِ ، وَالتَّفَاحِ ، وَالسَّقَّرِجَلِ ، وَقَصَبِ السُّكَّرِ ، لَا يُبَاعُ شَيْءٌ مِنْهَا بِأَصْلِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ مُخْتَلِفٌ ، وَالْمَعْنَى مُخْتَلِفٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ إِذَا عَلِمَ يَقِينًا أَنَّ مَا فِي الْأَصْلِ مِنَ الدَّهْنِ

(٢) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . السَّنَنِ الْكَبْرَى ٥٩٧/٥ .

(٥) الْعِنَاقُ : الْأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِ الْمَعَزِ وَالغَنَمِ مِنْ حِينَ الْوِلَادَةِ إِلَى تَمَامِ حَوْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « يَصْلُحُ » .

والعصير أقل من المنفرد^(٧) ، وإن لم يعلم ، لم يجوز . ولنا ، أنه ما لبس ربا بيع بأصله الذى فيه منه ، فلم يجوز ، كبيع اللحم بالحيوان ، وقد أثبتنا ذلك بالنص .

فصل : فاما بيع شئ من هذه المعتصرات بجنسه ، فيجوز ممتاثلا . ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلا ، وكيف شاء ؛ لأنهما جنسان ، ويعتبر التساوى فيما بالكيل ؛ لأنه يقدر به ويأع به عادة ، وهذا مذهب الشافعى ، وسواء كانا مطبوخين أو نيئين . وقال أصحاب الشافعى : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه ؛ لأن النار تعقد أجزاءهما ، فيختلف ويؤدى إلى التفاضل . ولنا ، أنهما متساويان فى الحال ، على وجه لا ينفرد أحدهما بالتقصير . فأشبهه النىء بالنىء . فاما بيع النىء بالمطبوخ من جنس واحد ، فلا يجوز ؛ لأن أحدهما ينفرد بالتقصير فى ثانى الحال ، فلم يجوز بيعه به ، كالرطب بالتمر . وإن باع عصير شئ من ذلك بثقله . فإن كانت فيه بقیة من المستخرج منه ، لم يجوز بيعه به ، فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ، ولا الزيت بثقله الذى فيه بقیة من الزيت ، إلا على الرواية التى يجوز^(٨) فيها مسألة مد عجوة . فإن لم يبق فيه شئ من عصيره ، جاز بيعه به متفاضلا ، وممتاثلا ؛ لأنهما جنسان .

فصل : وإن باع شيئاً فى الربا ، بعضه ببعض ، ومعهما ، أو مع أحدهما من غير جنسه ، / كمد ودرهم بمد ودرهم ، أو بمدين ، أو بدرهمين . أو باع شيئاً محلى بجنس حلته ، فهذه المسألة تسمى مسألة مد عجوة . والمذهب أنه لا يجوز ذلك . نص على ذلك أحمد ، فى مواضع كثيرة ، وذكره قداماء الأصحاب ، قال ابن أبى موسى فى السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها : لا يجوز ، قولاً واحداً . وروى هذا عن سالم بن عبد الله ، والقاسم بن محمد ، وشريح ، وابن سيرين . وبه قال الشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وعن أحمد ، رواية أخرى ، تدل على أنه يجوز ، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذى

١٧٢/٤ ط

(٧) فى الأصل : « المفرد » .

(٨) سقط من : م .

معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه ، فإن مهناً نقل عن أحمد في (٩) بيع الزبد باللبن ، يجوز ، إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن . وروى حرب ، قال : قلت لأحمد : دفعت ديناراً كوفياً ودرهماً ، وأخذت ديناراً شامياً ، وزنهما سواء ، لكن الكوفى أوضع ؟ قال : لا يجوز ، إلا أن ينقص الدينار ، فيعطيه بحسابه فضة . وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجرائي (١٠) . وروى الميموني أنه سأل : لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها ؟ فقال : لا يشتريها حتى يفصلها . إلا أن هذا أهون من ذلك ؛ لأنه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله (١١) . وفيه غير النوع الذي يشتري به ، فإذا كان من فضل الثمن ، إلا أن من ذهب إلى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله . قيل له : فما تقول أنت ؟ قال : هذا موضع نظير . وقال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية (١٢) ، بعضها صقر وبعضها فضة ، بالدراهم ؟ قال : لا أقول فيه شيئاً ، قال أبو بكر : روى هذه المسألة عن أبي عبد الله خمسة عشر نفساً . كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل ، إلا الميموني . ونقل مهناً كلاماً آخر . وقال حماد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة : يجوز . هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره ، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه . وقال الحسن : ١٧٣/٤ و

(٩) فى م زيادة : « أن » .

(١٠) ترجمه ابن أبى يعلى ، فى طبقات الخنابلة ٣٣١/١ . وهو فى المطبوع منها : « محمد بن النقيب بن أبى حرب » ، وقال نقلاً عن الخلال : كان أحمد يكتبه ويعرف قدره ، عنده عن أبى عبد الله مسائل مشبعة كنت سمعتها منه .

(١١) فى الأصل : « يفصل » .

(١٢) فى الأصل : « المسيبية » . والمسيبية : دراهم من ضرب الإسلام عامتها ذهب إلا شيئاً فيها فضة . معجم

البلدان ٥١٩/١ ، ومسائل الإمام أحمد ، لأبى داود ١٩٥ ، ١٩٦ ، النقود العربية ، للكرملى ١٥٠ .

غير ملكه ، ولا إذن له في بيعه ، تصحيحاً للعقد أيضاً . وقد أمكن التصحيح ههنا ، بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس ، أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل . ولنا ، ما روى فضالة بن عبيد ، قال : أتى النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ، ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير . فقال النبي ﷺ : « لا ، حتى تميز بينهما » . قال : فردّه حتى ميز بينهما . رواه أبو داود^(١٣) . وفي لفظ رواه^(١٤) مسلم^(١٥) . قال : فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فترغ وحده ثم قال لهم رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ووزناً بوزن » . ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس ، وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر ، على قدر قيمة الآخر في نفسه ، فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه ، أنه إذا اشتري عبدين ، قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة ، كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة ، والآخر ثلثها ، فلو رد أحدهما بغير ، رده يقسطه من الثمن ، ولذلك إذا اشتري شقصاً^(١٦) وسيفاً بثمانين ، أخذ الشفيع الشقص يقسطه من الثمن ، فإذا فعلنا هذا في من باع درهماً ومدا قيمته درهمان ، بمدّين قيمتهما ثلاثة ، حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد . والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث ، فهذا إذا تفاوتت القيم ، ومع التساوي يُجهل ذلك ؛ لأن التقويم ظن وتخمين ، والجهل بالتساوي كالعلم بعده في باب الربا ، ولذلك ، لم يجز بيع صبرة بصبرة ، بالظن والحرص . وقولهم : يجب تصحيح العقد . ليس كذلك ، بل يُحمل

(١٣) في : باب في حلية السيف تباع بالدرهم ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٣/٢ ، ٢٢٤ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٣/٣ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب وخرز ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٠/٥ . والنسائي ، في : باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المحتبى ٢٤٥/٧ .

(١٤) في م : « رواية » .

(١٥) في : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٣/٣ .

(١٦) الشقص ، بالكسر : السهم والنصيب .

على ما / يفتضيه من صحته وفساد . ولذلك لو باع بثمن وأطلق ، وفي البلاد نقود ١٧٣/٤ ظ
بطل ، ولم يحمل على نقد أقرب البلاد إليه ، أما إذا اشترى من إنسان شيئاً ، فإنه
يصح ؛ لأن الظاهر أنه ملكه ؛ لأن اليد دليل الملك . وإذا باع لحماً فالظاهر أنه
مدكى ؛ لأن المسلم ، في الظاهر ، لا يبيع الميتة .

فصل : فأما إن باع نوعين من مختلفي القيمة من جنس ، وبنوع واحد من
ذلك الجنس ، كدينار مغربي ودينار سابوري ، بدينارين مغربيين ، أو دينار
صحيح ودينار قراضة^(١٧) ، بدينارين صحيحين ، أو قراضتين ، أو جنطة حمراء
وسمراء بيضاء ، أو تمرًا برنيًا ومغليًا بإبراهيمي ، فإنه يصح . قال أبو بكر : وأوماً
إليه أحمد . واختار القاضي أبو يعلى ، أن الحكم فيها كالتى قبلها . وهو مذهب
مالك والشافعي ؛ لأن العقد يقتضى انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه
في قيمته كما ذكرنا . وروى عن أحمد منع ذلك في النقد ، وتجويزه في الثمن . نقله
أحمد بن القاسم ؛ لأن الأنواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها ، ويشق تمييزها ،
فعمى عنها بخلاف الأثمان . ولنا ، قول النبي ﷺ : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ،
والفضة بالفضة مثلاً بمثل » . الحديث^(١٨) ، وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود
المماثلة المراجعة ، وهى المماثلة فى الموزون وزناً وفى المكيل كَيْلاً ، ولأن الجودة
ساقطة فى باب الربويات ، فيما قوبل بجنسه ، فيما لو اتحد النوع فى كل واحد
من الطرفين ، فكذلك إذا اختلفا ، واختلف القيمة ينبنى على الجودة والرداءة ؛
لأنه باع ذهباً بذهب متساوياً فى الوزن ، فصح ، كما لو اتفق النوع ؛ وإنما يقسم
العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين ، أو فى غير الربويات ، بدليل ما
لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد وردى .

(١٧) القراضة : ما سقط بالقرض ، ومنه قراضة الذهب .

(١٨) تقدم ترجمته فى صفحة ٥٤ .

فصل : وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه ، ومعه من جنس ما يبيع به ، إلا أنه غير مقصود ، كدار مموه سقفا بالذهب ، جاز . لا أعلم فيه خلافا . وكذلك لو باع دارا بدار مموه سقفا كل واحد منها بذهب أو فضة ، جاز ؛ لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع . فوجوده^(١٩) كعدمه . وكذلك لو اشترى عبدا له مال ، فاشترط ماله وهو من جنس الثمن ، جاز إذا كان المال غير مقصود ، ولو اشترى عبدا بعبد ، واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه ، جاز إذا لم يكن ماله مقصودا ؛ لأنه غير مقصود بالبيع ، فأشبه التَّمْوِيَةَ في السَّقْفِ ، ولذلك لا تُشترط رُوَيْتُهُ في صححة البيع ولا لزومه ، وإن باع شاة ذات لبن بلبن ، أو عليها صوف بصوف ، أو باع لَبُونًا بلبون ، وذات صوف بمثلها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، الجواز ، اختاره ابن حامد ، وهو قول أبي حنيفة ، وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة ؛ لأن ما فيه الربا غير مقصود ، فلم يمنع ، كالدار المموه سقفا . الثاني ، المنع ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه 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 ولبن وجهها واحدا ؛ لأن اللبن لا أثر له ، ولا يقابله شيء من الثمن ، فأشبه الملح في الشيرج والخبز والجبن ، وحببات الشعير في الحنطة ، ولا نعلم فيه أيضا خلافا ، وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة ، جاز بكل حال . ولو باع نخلة عليها تمر بتمر ، أو بنخلة عليها تمر ، ففيه أيضا وجهان ؛ أحدهما ، الجواز . اختاره أبو بكر ؛ لأن التمر غير مقصود بالبيع . والثاني ، لا يجوز . (٢٠) ووجه الوجهين (٢١) ما ذكرناه في المسألة قبلها . واختار القاضي أنه لا يجوز ، وفرق بينهما وبين الشاة ذات اللبن ، بكون التمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة ، بخلاف اللبن في الشاة ، وهذا الفرق غير مؤثر ، فإن ما يمنع

(١٩) في م : « فوجوده » . خطأ .

(٢٠ - ٢١) في م : « ووجه الوجهان » .

إذا جازَ إفرادهَ يَمْنَعُ ، وإن لم يَجْزِ إفرادهُ ، كالسِّيفِ المُحَلِّي يُباعُ بِجِنْسِ حَلِيَّتِهِ ،
ومالا يَمْنَعُ لا يَمْنَعُ ، وإن جازَ إفرادهُ ، كإل العَبْدِ .

فصل : وإن باعَ جِنْسًا فِيهِ الرِّبَا بِجِنْسِهِ ، ومع كُلِّ واحدٍ من غيرِ جِنْسِهِ غيرِ
مَقْصُودٍ ، فَذَلِكَ يَنْقَسِمُ أَقْسَامًا ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ غَيْرَ الْمَقْصُودِ يَسِيرًا ، لا يُؤَثِّرُ
فِي كَيْلٍ وَلَا وَزْنٍ ، كَالْمِلْحِ فِيمَا يُعْمَلُ فِيهِ ، وَحَبَّاتِ الشَّعِيرِ فِي الْحِنْطَةِ ، فلا يَمْنَعُ ؛
لأنَّهُ يَسِيرٌ / لا يُخِلُّ بِالتَّمَاتِلِ ، وَكَذَلِكَ لو وُجِدَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، لم يَمْنَعُ ١٧٤/٤ ظ
لذَلِكَ ، ولو باعَ ذَلِكَ بِجِنْسِ غَيْرِ الْمَقْصُودِ الَّذِي مَعَهُ ، مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ الحُبْزَ بِالمِلْحِ ،
جَازٌ ؛ لِأَنَّ وُجُودَ ذَلِكَ كَعَدَمِهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ غَيْرَ الْمَقْصُودِ كَثِيرًا ، إِلَّا أَنَّهُ
لِمَصْلَحَةِ الْمَقْصُودِ ، كالماءِ فِي حَلِّ التَّمْرِ ، وَالزَّبِيبِ ، وَدَبْسِ التَّمْرِ ، فَهَذَا يَجُوزُ
بِيعُ الشَّيْءِ مِنْهُ بِمِثْلِهِ ، وَيُنزَلُ حِلْطُهُ مَنْزِلَةَ رُطُوبِيَّتِهِ ؛ لِكَوْنِهِ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، فلا يَمْنَعُ
مَنْ يَبِيعُهُ بِمَا يُمَاتِلُهُ ، كَالرُّطْبِ بِالرُّطْبِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمَا لَيْسَ فِيهِ حِلْطٌ ، كَبَيْعِ
حَلِّ العِنَبِ بِحَلِّ الزَّبِيبِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّفَاضُلِ ، فَجَرَى مَجْرَى بَيْعِ التَّمْرِ بِالرُّطْبِ ،
وَمَنَعَ الشَّافِعِيُّ ذَلِكَ كُلَّهُ إِلَّا بَيْعَ الشَّيْرَجِ بِالشَّيْرَجِ ؛ لِكَوْنِ المَاءِ لَا يَظْهَرُ فِي الشَّيْرَجِ .
الثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ غَيْرَ الْمَقْصُودِ كَثِيرًا ، وَلَيْسَ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، كَاللَّبَنِ الْمَشُوبِ
بالماءِ ، وَالأَثْمَانِ المَعْشُوشَةِ بِغَيْرِهَا ، فَلا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ ؛ لِأَنَّ حِلْطَهُ لَيْسَ
مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، وَهُوَ يُخِلُّ بِالتَّمَاتِلِ الْمَقْصُودِ فِيهِ ، وَإِنْ باعَهُ بِجِنْسِ غَيْرِ الْمَقْصُودِ ،
كَبَيْعِ الدِّينَارِ المَعْشُوشِ بِالْفِضَّةِ بِالدِّرَاهِمِ ، اِحْتَمَلَ الجَوَازَ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُهُ بِجِنْسِ غَيْرِ
مَقْصُودٍ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ اللَّبَنِ بِشَاةٍ فِيهَا لَبَنٌ ، وَيَحْتَمِلُ المَنْعَ بِنَاءً عَلَى الوَجْهِ الْآخَرِ فِي
الأَصْلِ . وَإِنْ باعَ دِينَارًا مَعْشُوشًا بِمِثْلِهِ ، وَالعِشُّ مِنْهُمَا^(٢١) مُتَفَاوِتٌ ، أَوْ غَيْرُ
مَعْلُومِ المِقْدَارِ ، لم يَجْزِ ؛ لِأَنَّهُ يُخِلُّ بِالتَّمَاتِلِ الْمَقْصُودِ . وَإِنْ عَلِمَ التَّساوِي فِي
الدَّهَبِ وَالعَيْنِ^(٢٢) الَّذِي فِيهِمَا ، حُرِّجَ عَلَى الوَجْهَيْنِ ، أَوِلاهُمَا الجَوَازُ ؛ لِأَنَّهُمَا

(٢١) فِي م : « فِيهَا » .

(٢٢) فِي م : « العِش » .

تَمَثَّلًا فِي الْمَقْصُودِ وَفِي غَيْرِهِ ، وَلَا يُفْضَى إِلَى التَّفَاضُلِ بِالتَّوْزِيعِ بِالْقِيَمَةِ ؛ لِكَوْنِ
الْعِشِّ غَيْرِ مَقْصُودٍ ، فَكَأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ .

فصل: وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ دَرَهْمًا ، فَقَالَ : أُعْطِنِي بِنِصْفِ هَذَا الدَّرَهْمِ نِصْفَ دَرَهْمٍ ،
وَبِنِصْفِهِ فُلُوسًا ، أَوْ حَاجَةً أُخْرَى . جَازَ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى نِصْفًا بِنِصْفٍ ، وَهِيَ
مُتَسَاوِيَانِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ ذَرَهْمَيْنِ ، وَقَالَ : بِعْنِي بِهَذَا الدَّرَهْمِ فُلُوسًا ،
وَأُعْطِنِي بِالْآخَرِ نِصْفَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : أُعْطِنِي بِهَذَا الدَّرَهْمِ نِصْفًا وَفُلُوسًا . جَازَ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُفْضَى إِلَى التَّفَاضُلِ بِالتَّوْزِيعِ بِالْقِيَمَةِ ؛ فَإِنَّ قِيَمَةَ
النِّصْفِ / الِذِي فِي الدَّرَهْمِ ، كَقِيَمَةِ النِّصْفِ الِذِي مَعَ الْفُلُوسِ يَقِينَا ، وَقِيَمَةُ
الْفُلُوسِ ، كَقِيَمَةِ النِّصْفِ الْآخَرِ ، سَوَاءٌ .

و ١٧٥/٤

فصل: وَمَا كَانَ مُشْتَمِلًا عَلَى جِنْسَيْنِ بِأَصْلِ الْخِلْقَةِ ، كَالتَّمْرِ الِذِي اشْتَمَلَ عَلَى
النَّوَى وَمَا عَلَيْهِ ، وَالْحَيَوَانَ الْمُشْتَمِلِ عَلَى لَحْمٍ وَشَحْمٍ وَغَيْرِهِ ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ ،
فَهَذَا إِذَا قُبِلَ بِمِثْلِهِ ، جَازَ بَيْعُهُ بِهِ ، وَلَا نَظَرَ إِلَى مَا فِيهِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ بَيْعَ
التَّمْرِ بِالتَّمْرِ^(٢٣) ، وَالْحَيَوَانَ بِالْحَيَوَانَ^(٢٤) . وَقَدْ عَلِمَ اشْتِمَالُهُمَا^(٢٥) عَلَى مَا فِيهِمَا ،
وَلَوْ بَاعَ ذَلِكَ بِنَوْعٍ غَيْرِ مَقْصُودٍ فِيهِ ، كَبَيْعِ التَّمْرِ الِذِي فِيهِ النَّوَى بِالنَّوَى ، فَفِيهِ
عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَتَانِ ، قَدْ ذَكَرْنَا هُمَا فِيمَا مَضَى ، فَأَمَّا الْعَسَلُ قَبْلَ تَصْفِيَّتِهِ ، فَقَالَ
أَصْحَابُنَا : لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ؛ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى عَسَلٍ وَشَمْعٍ ، وَذَلِكَ بِفِعْلِ
النَّحْلِ ، فَأَشْبَهَ السِّيفَ الْمُحَلَّى .

فصل: وَيُحَرِّمُ الرَّبَاقِي دَارَ الْحَرْبِ ، كَتَحْرِيمِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،
وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسَفَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجْرِي الرَّبَا

(٢٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٢٤) تقدم تخريجه في صفحة ٦٥ .

(٢٥) في م : « اشتهاها » .

بين مُسْلِمٍ وَحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ . وَعنه فِي مُسْلِمِينَ أَسْلَمُوا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، لَا رَبَّيَا
 بَيْنَهُمَا . لِمَارْوَى مَكْحُولٌ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا رَبَّيَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ
 الْحَرْبِ فِي دَارِ الْحَرْبِ » (٢٦) . وَلأنَّ أَمْوَالَهُمْ مُبَاحَةٌ ، وَإِنَّمَا حَظَرَهَا الْأَمَانُ فِي دَارِ
 الْإِسْلَامِ ، فَمَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ كَانَ مُبَاحًا . وَلنا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَحَرَّمَ
 الرَّبُّوا ﴾ (٢٧) . وَقَوْلُهُ : ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي
 يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ﴾ (٢٧) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ
 وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ﴾ (٢٨) . وَعُمُومُ الْأَخْبَارِ يَقْتَضِي تَحْرِيمَ التَّفَاضُلِ .
 وَقَوْلُهُ : « مَنْ زَادَ أَوْ أَزْدَادَ فَقَدْ أَرَبَى » (٢٩) . عَامٌّ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَحَادِيثِ .
 وَلأنَّ مَا كَانَ مُحَرَّمًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ مُحَرَّمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، كَالرِّبَا بَيْنَ
 الْمُسْلِمِينَ ، وَخَبَرُهُمْ مُرْسَلٌ لَا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ النَّهْيَ عَنِ ذَلِكَ ،
 وَلَا يَجُوزُ تَرْكُ مَا وَرَدَ بِتَحْرِيمِهِ الْقُرْآنُ ، وَتَطَاهَرَتْ بِهِ السُّنَّةُ ، وَانْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى
 تَحْرِيمِهِ ، بِخَبَرٍ مَجْهُولٍ ، لَمْ يَرِدْ فِي صَحِيحٍ ، وَلَا مُسْنَدٍ ، وَلَا كِتَابٍ مُوثِقٍ بِهِ ،
 وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ مُرْسَلٌ مُحْتَمِلٌ . (٣٠) وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ : « لَا رَبَّيَا » . التَّهْنِ
 الرَّبِّيَا ، كَقَوْلِهِ : ﴿ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ ﴾ (٣١) ،
 وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْإِبَاحَةِ مُنْتَقِضٌ بِالْحَرْبِيِّ إِذَا دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ / ، فَإِنَّ مَالَهُ مُبَاحٌ ،
 إِلَّا فِيمَا حَظَرَهُ الْأَمَانُ ، وَيُمْكِنُ حَمْلُهُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى هَيْئَةِ (٣٢) التَّفَاضُلِ ، وَهُوَ
 مُحَرَّمٌ بِالْإِجْمَاعِ ، فَكَذَا هُنَا .

ظ ١٧٥/٤

(٢٦) قال الزيلعي : غريب ، وأسند البيهقي في كتاب السير عن الشافعي ، قال : قال أبو يوسف : إنما قال
 أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثه عن مكحول ، عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا ربا بين أهل الحرب » ،
 أظنه قال : « وأهل الإسلام » . قال الشافعي : وهذا ليس بثابت ، ولا حجة فيه انتهى كلامه . نصب الراية ٤/٤٤ .

(٢٧) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢٨) سورة البقرة ٢٧٨ .

(٢٩) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٣٠) - (٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) سورة البقرة ١٩٧ .

(٣٢) في م : « هبة » .

٧١٤ - مسألة ؛ قال : (وإذا اشترى ذهباً بورق عينا بعين ، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً ، فله الخيار بين أن يرده أو يقبل ، إذا كان بصرف يومه ، وكان العيب يدخل ^(١) عليه من غير جنسه)

معنى قوله : « عينا بعين » هو أن يقول : بعثك هذا الدينار بهذه الدراهم . ويشير إليهما ، وهما حاضران ، وبغير عينه ، أن يوقع العقد على موصوف غير مشار إليه ، فيقول : بعثك ديناراً مصرئياً بعشرة دراهم ناصرية . وإن وقع القبض في المجلس ، وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر ، وكل ذلك جائز . والمشهور في المذهب ، أن التثود تتعين بالتعيين في العقود ، فيثبت الملك في أعيانها ، فعلى هذا إذا تبايعا ذهباً بفضة مع التعيين فيهما ، ثم تقابضا ، فوجد أحدهما بما قبضه عيباً ، لم يخل من قسمين ؛ أحدهما ، أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع ، مثل أن يجد الدرهم رصاصاً ، أو نحاساً ، أو فيه شيء من ذلك ، أو الدينار مسحاً ، فالصرف باطل . نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعي ، وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات ؛ إحداها ، البيع باطل . والثانية ، البيع صحيح ؛ لأن البيع وقع على عينه ، وللمشتري الخيار بين الإمسك ، أو الرد ، وأخذ البديل . والثالثة ، يلزمه العقد ، وليس له رده ، ولا بدله . ولنا ، أنه باعه غير ما سمى له ، فلم يصح ، كما لو قال : بعثك هذه البعلة . فإذا هو حمار ، أو هذا الثوب القز . فوجدته كناناً . وأما القول بأنه يلزمه المبيع ، فغير صحيح . فإن اشترى معيناً لم يعلم عيبه ، فلم يلزمه ذلك بغير أورش ^(٢) ، كسائر المبيعات . ثم إن أبا بكر يقول في من دلس العيب : لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى في البيع . فهنا مع اختلاف ^(٣) الذات أولى . القسم الثاني ، أن يكون العيب من جنسه ، مثل كون الفضة سوداء ، أو خشنة تنفطر عند

(١) في الأصل : « ليس بدخيل » .

(٢) الأرش : ما نقص العيب من الشيء ، وما يدفع بين السلامة والعيب في السلع .

(٣) في الأصل : « اختلاف » .

الضرب ، أو سكتها مخالفة/ لسكة السلطان ، فالعقد صحيح ، والمشتري مخير ١٧٦/٤ و
 بين الإمساك وبين فسخ العقد والرد ، وليس له البديل ؛ لأن العقد واقع على عينه ،
 فإذا أخذ غيره ، أخذ ما لم يشتره ، وإن قلنا : إن التقد لا يتعين بالتعيين في العقد .
 فله أخذ البديل ، ولا يبطل العقد ؛ لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه ، فأشبهه
 السلم إذا قبضه ، فوجد به عيبا . وإن كان العيب في بعضه ، فله رد الكل أو إمساكه .
 وهل له رد المعيب ، وإمساك الصحيح ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصنفية ،
 والحكم فيما إذا كان العوضان من جنس واحد ، كالحكم في الجنسيتين ، على ما
 ذكرنا . لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد من ذلك الجنس ،
 أنه إذا وجد بعض العوض معيبا ، أن يبطل العقد في الجميع ؛ لأن الذي يقابل المعيب
 أقل من الذي يقابل الصحيح ، فيصير كمسألة مد عجوة . ومذهب الشافعي مثل
 ما ذكرنا في هذا الفصل ، سواء .

فصل : ولو أراد أخذ أرض العيب ، والعوضان في الصرف من جنس واحد ،
 لم يجز ؛ لحصول الزيادة في أحد العوضين ، وفوات المماثلة المشترطة في الجنس
 الواحد ، وخرج القاضي وجهها بجواز أخذ الأرض في المجلس ؛ لأن الزيادة طرأت
 بعد العقد ، وليس لهذا الوجه وجه . فإن أرض العيب من العوض ، يجبر به في
 المراجعة ، ويأخذ به الشفيع ، ويرد به^(٤) ، إذا رد المبيع بفسخ ، أو إقالة ، ولو
 لم يكن من العوض ، فبأى شيء استحققه المشتري ؟ فإنه ليس بهبة ، على أن الزيادة
 في المجلس من العوض ، ولو لم يكن أرضا ، فالأرض أولى . وإن كان الصرف
 بغير جنسه ، فله أخذ الأرض في المجلس ؛ لأن المماثلة غير معتبرة ، وتخلف
 قبض بعض العوض عن بعض ما دام في المجلس ، لا يضرب ، فجاز ، كما في سائر
 البيع ، وإن كان بعد التفريق ، لم يجز ؛ لأنه يفضي إلى حصول التفريق قبل القبض
 لأحد العوضين ، إلا أن يجعل الأرض من غير جنس الثمن ، كأنه أخذ أرض عيب

(٤) سقط من : الأصل .

الْفِضَّةَ قَفِيزَ حِنْطَةَ . فيجوزُ ، وكذلك الحُكْمُ في سائرِ أموالِ الرِّبَا فيما يَبِيعُ بِجِنْسِهِ ، أو بغيرِ جِنْسِهِ ، مما يَشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ ، فإذا / كان الأَرْضُ مِمَّا لا يَشْتَرَطُ قَبْضُهُ (٥) ، كمن باعَ قَفِيزَ حِنْطَةَ بِقَفِيزِ شَعِيرٍ ، فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا عَيْبًا فَأَخَذَ أَرْضَهُ دَرَاهِمًا ، جازَ ، وإن كان بعد التَّفَرُّقِ ؛ لأنَّهُ لم يَحْصُلِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ قَبْضِ ما شَرَطَ (٦) فِيهِ الْقَبْضُ .

فصل : قولُ الخِرَقِيِّ : « إذا كان بصَرْفِ يَوْمِهِ » . يَعْنِي الرَّدُّ جَائِزٌ ، ما لم يَنْقُصْ قِيَمَةَ ما أَخَذَهُ مِنَ التَّقْدِيعِ عَنْ قِيَمَتِهِ يَوْمَ اصْطَرَفَا ، فَإِنْ نَقَصَتْ قِيَمَتُهُ ، كَأَنْ أَخَذَ عَشْرَةَ بَدِينارٍ ، فَصَارَتْ أَحَدَ عَشَرَ بَدِينارٍ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لا يَمْلِكُ الرَّدَّ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ ؛ لِنَقْصِ قِيَمَتِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ قَدْ زَادَتْ ، مِثْلَ أَنْ صَارَتْ تِسْعَةَ بَدِينارٍ ، لَمْ يَمْنَعْ الرَّدَّ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ ، وَلَيْسَ بِعَيْبٍ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لا يَمْنَعُ الرَّدَّ ؛ لِأَنَّ تَغْيِيرَ السَّعْرِ لَيْسَ بِعَيْبٍ ، وَلِهَذَا لا يُضْمَنُ فِي الْعَصَبِ ، وَلا يَمْنَعُ مِنَ الرَّدِّ (٧) بِالْعَيْبِ فِي الْقَرْضِ . وَلَوْ كَانَ عَيْبًا ، فَإِنَّ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ إِذَا تَعَيَّبَ الْمَبِيعُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ قَدِيمٍ ، فَلَهُ رَدُّهُ ، وَرَدُّ أَرْضِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ، وَأَخَذَ الثَّمَنِ .

فصل : وَإِنْ تَلَفَ الْعَوْضُ فِي الصَّرْفِ بَعْدَ الْقَبْضِ ، ثُمَّ عَلِمَ عَيْبَهُ ، فَسَخَّ الْعَقْدَ ، وَرَدَّ الْمَوْجُودَ ، وَتَبَقِيَ قِيَمَةُ الْعَيْبِ فِي ذِمَّةِ مَنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، فَيَرُدُّ مِثْلَهَا ، أَوْ عَوْضَهَا إِنْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، سِوَاءَ مَا كَانَ الصَّرْفُ بِجِنْسِهِ أَوْ بغيرِ جِنْسِهِ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَقَدَرُوا عَنْ أَحْمَدَ جَوَازَ أَخْذِ الْأَرْضِ ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَجْلِسِ ، وَالْعَوْضَانِ مِنْ جِنْسَيْنِ .

فصل : إِذَا عَلِمَ (٨) الْمُصْطَرِفَانِ قَدَرَ الْعَوْضَيْنِ ، جازَ أَنْ يَتَبَايَعَا بِغَيْرِ وَزْنٍ . وَكَذَلِكَ لَوْ أَخْبَرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِوَزْنِ ما مَعَهُ ، فَصَدَّقَهُ ، فَإِذَا باعَ دِينارًا بَدِينارٍ كَذَلِكَ ، وَافْتَرَقَا ، فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا ما قَبَضَهُ ناقِصًا ، بَطَّلَ الصَّرْفُ ؛ لِأَنَّهُمَا تَبَايَعَا

(٥) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « يَشْتَرَطُ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ بَعْدَ هَذَا : « وَلا مِنَ الرَّدِّ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « عَرَفَ » .

ذَهَبًا بِذَهَبٍ مُتَفَاضِلًا ، فَإِنْ وَجَدَ أَحَدُهُمَا فِيمَا قَبَضَهُ زِيَادَةً عَلَى الدِّينَارِ ، نَظَرَتْ فِي الْعَقْدِ ، فَإِنْ كَانَ قَالَ : بِعْتُكَ هَذَا الدِّينَارَ بِهَذَا . فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ ذَهَبًا بِذَهَبٍ مُتَفَاضِلًا ، وَإِنْ قَالَ : بِعْتُكَ دِينَارًا بِدِينَارٍ . ثُمَّ تَقَابَضَا ، كَانَ الزَّائِدُ فِي يَدِ الْقَابِضِ مُشَاعًا مَضمُونًا لِمَالِكِهِ ؛ / لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَى أَنَّهُ عَوْضٌ ، وَلَمْ يَفْسِدِ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا بَاعَ دِينَارًا بِمِثْلِهِ ، وَإِنَّمَا وَقَعَ الْقَبْضُ لِلزِّيَادَةِ عَلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَرَادَ دَفْعَ عَوْضِ الزَّائِدِ ، جَازَ ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُبْتَدَأَةٌ ، وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا الْفَسْخَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ أَحَدَ الزَّائِدِ وَجَدَ الْمَبِيعَ مُخْتَلِطًا بِغَيْرِهِ مَعِيًّا بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ ، وَدَافِعُهُ لَا يَلْزِمُهُ أَخْذَ عَوْضِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْمَجْلِسِ ، فَيُرَدُّ الزَّائِدُ ، وَيُدْفَعُ بَدَلَهُ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ عَشْرَةُ دنانيرَ ، فَوَفَاهُ عَشْرَةَ عَدَدًا ، فَوَجَدَهَا أَحَدَ عَشَرَ ، كَانَ هَذَا الدِّينَارُ الزَّائِدُ فِي يَدِ الْقَابِضِ مُشَاعًا مَضمُونًا لِمَالِكِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَى أَنَّهُ عَوْضٌ عَنْ مَالِهِ ، فَكَانَ مَضمُونًا بِهَذَا الْقَبْضِ ، وَلِمَالِكِهِ التَّصَرُّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَ .

فصل : والدَّراهِمُ والدَّنانيرُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي الْعَقْدِ^(٩) ، بِمَعْنَى أَنَّهُ يُثْبِتُ الْمِلْكُ بِالْعَقْدِ فِيمَا عَيْنَاهُ ، وَيَتَعَيَّنُ عَوْضًا فِيهِ ، فَلَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ ، وَإِنْ خَرَجَ مَعْصُوبًا ، بَطَلَ الْعَقْدُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ بِالْعَقْدِ ، فَيَجُوزُ إِبْدَالُهَا ، وَلَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ بِخُرُوجِهَا مَعْصُوبَةً . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِطْلَاقُهَا فِي الْعَقْدِ ، فَلَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِيهِ ، كَالْمَكِّيَّالِ وَالصَّنَجَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَوْضٌ فِي عَقْدٍ ، فَيَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ كَسَائِرِ الْأَعْوَاضِ ، وَلِأَنَّهُ أَحَدُ الْعَوْضِيِّينَ فَيَتَعَيَّنُ^(١٠) كَالْآخَرِ ، وَيُفَارِقُ مَا ذَكَرُوهُ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِعَوْضٍ ، وَإِنَّمَا يُرَادُ لَتَقْدِيرِ الْعُقُودِ عَلَيْهِ ، وَتَعْرِيفِ قَدْرِهِ ، وَلَا يُثْبِتُ فِيهَا الْمِلْكُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

(٩) فِي م : « النِّقْدُ » .

(١٠) فِي م : « فَيَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ » .

٧١٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَبَايَعَا ذَلِكَ بغيرِ عَيْنِهِ ، فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا فِيمَا اشْتَرَاهُ عَيْبًا ، فَلَهُ الْبَدَلُ ، إِذَا كَانَ الْعَيْبُ لَيْسَ بِدَخِيلٍ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَالْوُضُوحِ فِي الذَّهَبِ وَالسَّوَادِ فِي الْفِضَّةِ)

يعنى اصْطَرَفَا فِي الذَّمَّةِ ، نَحْوَانُ يَقُولُ : بَعْتُكَ دِينَارًا مِصْرِيًّا بِعِشْرَةِ دِرَاهِمٍ . فَيَقُولُ الْآخَرُ : قَبِلْتُ . فَيَصِحُّ الْبَيْعُ^(١) ، سِوَاءَ كَانَتِ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ عِنْدَهُمَا ، أَوْ لَمْ يَكُونَا ، إِذَا تَقَابَضَا قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ ، بِأَنْ يَسْتَقْرِضَا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، لَا يَجُوزُ الصَّرْفُ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْعَيْنَانِ / حَاضِرَتَيْنِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ حَتَّى تَظْهَرَ إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ ، وَتُعَيَّنَ . وَعَنْ زُقْرٍ مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تَبْيَعُوا غَائِبًا مِنْهَا بِنَاجِرٍ »^(٢) . وَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعَيَّنْ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ ، كَانَ بَيْعٌ ذَيْنِ بَدَيْنِ ، وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا تَقَابَضَا فِي الْمَجْلِسِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرَيْنِ . وَالْحَدِيثُ يُرَادُ بِهِ أَنْ لَا يُبَاعَ عَاجِلٌ بِأَجَلٍ ، أَوْ مَقْبُوضٌ بِغَيْرِ مَقْبُوضٍ ؛ بِدَلِيلِ مَا لَوْ عَيَّنَ أَحَدُهُمَا ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَإِنْ كَانَ الْآخَرُ غَائِبًا ، وَالْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ يَجْرِي مَجْرَى الْقَبْضِ حَالَةَ الْعَقْدِ ، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ : « عَيْنًا بَعَيْنٍ »^(٣) . « يَدًا بِيَدٍ »^(٤) . وَالْقَبْضُ يَجْرِي فِي الْمَجْلِسِ ، كَذَا التَّعْيِينُ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِهِمَا بِالتَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ ، وَمَتَى تَقَابَضَا ، فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا بِمَا قَبَضَهُ عَيْبًا قَبْلَ التَّفَرُّقِ ، فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالْبَدَلِ ، سِوَاءَ كَانَ الْعَيْبُ مِنْ جِنْسِهِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى مُطْلَقٍ ، لَا عَيْبَ فِيهِ ، فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ بِمَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ . وَإِنْ رَضِيَهُ بِعَيْبِهِ ، وَالْعَيْبُ مِنْ جِنْسِهِ ، جَازَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ مَعْيِبًا ، وَإِنْ ائْتَارَ أَخَذَ الْأَرْضَ^(٥) ، فَإِنْ كَانَ الْعِوَضَانِ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِإِفْضَائِهِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٣ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ .

(٤) في الأصل : « أرشه » .

إلى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل ، وإن كانا من جنسين ، جاز . فأما إن تقابضا
 واقتربا ، ثم وجد العيب من جنسه ، فله إبداله في إحدى الروايتين . اختارها
 الحلال ، والخرقي . وروى ذلك عن الحسن ، وقتادة . وبه قال أبو يوسف ومحمد ،
 وهو أحد قولَي الشافعي ؛ لأن ما جاز إبداله قبل التفريق ، جاز بعده ، كالمسلم
 فيه . والرواية الثانية ، ليس له ذلك ، وهو قول أبي بكر ، ومذهب أبي حنيفة ،
 والقول الثاني للشافعي ؛ لأنه يقبضه بعد التفريق ، ولا يجوز ذلك في الصرف ، ومن
 صار إلى الرواية الأولى قال : قبض الأول صح به العقد ، وقبض الثاني يدل على
 الأول . ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد ، فإن تفرقا من غير قبض بطل
 العقد ، وإن وجد البعض رديفاً فردّه ، فعلى الرواية الأولى ، له البدل ، وعلى الثانية ،
 يبطل في المردود . وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين ، بناءً على تفريق الصفقة ،
 ولا فرق بين كون المبيع / من جنس أو من جنسين . وقال مالك : إن وجد درهما
 زيفاً فرضي به ، جاز ، وإن رده ، انتقض الصرف في دينار ، وإن ردّ أحد عشر
 درهماً ، 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 وجد العيب الفسخ ، فعلى قولنا له البدل ، ليس له الفسخ
 إذا أبدل له ؛ لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الأخرى ، له الفسخ ،
 أو الإمساك في الجميع ؛ لأنه تعدّر عليه الوصول إلى ما عقده عليه مع إبقاء العقد .
 فإن اختار أخذ أرش العيب بعد التفريق ، لم يكن له ذلك ؛ لأنه عوض يقبضه
 بعد التفريق عن الصرف ، إلا على الرواية الأخرى .

فصل : ومن شرط المصارفة في الذمة ، أن يكون العوضان معلومين ، إما بصيغة
 يتميزان بها ، وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب ، فينصرف الإطلاق إليه .
 ولو قال : بعثك ديناراً^(٥) مصريةً بعشرين درهماً من نقد عشرة دينار . لم يصح ،

(٥) سقط من : الأصل .

إِلَّا أَنْ لَا يَكُونُ فِي الْبَلَدِ تَقْدُ عَشْرَةَ بَدِينَارٍ ، إِلَّا تَوْعٌ وَاحِدٌ ، فَتَنْصَرِفُ تِلْكَ الصَّفَّةُ
إِلَيْهِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْبَيْعِ .

فصل : إذا كان لِرَجُلٍ فِي ذِمَّةِ رَجُلٍ ذَهَبٌ ، وَوَلَا آخِرَ عَلَيْهِ دَرَاهِمٌ ، فَاصْطَرَفَا (٧)
بِمَا فِي ذِمَّتَيْهِمَا ، لَمْ يَصِحَّ ، وَبِهَذَا قَالَ اللَّيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ عَنْ
مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ جَوَازَهُ ؛ لِأَنَّ الذِّمَّةَ الْحَاضِرَةَ كَالْعَيْنِ الْحَاضِرَةَ ؛ وَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ
يَشْتَرِيَ الدَّرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ (٨) مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ
بِالْإِجْمَاعِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ بِالذَّيْنِ لَا يَجُوزُ .
وَقَالَ أَحْمَدُ : إِنَّمَا هُوَ إِجْمَاعٌ . وَقَدْ رَوَى أَبُو عُبَيْدٍ فِي « الْعَرِيبِ » (٩) ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيَةِ بِالْكَالِيَةِ . وَفَسَّرَهُ بِالذَّيْنِ بِالذَّيْنِ . إِلَّا أَنَّ الْأَثَرِمْ رَوَى عَنْ
أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ : أَيُصِحُّ فِي هَذَا حَدِيثٌ ؟ قَالَ : لَا . وَإِنَّمَا صَحَّ الصَّرْفُ بِغَيْرِ تَعْيِينٍ ،
بِشَرْطِ أَنْ يَتَّفِقَا بَعْضًا فِي الْمَجْلِسِ ، فَجَرَى الْقَبْضُ وَالتَّعْيِينُ فِي الْمَجْلِسِ مَجْرَى وَجُودِهِ
حَالَةَ الْعَقْدِ . وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَنَانِيرٌ ، فَقَضَاهُ دَرَاهِمَ شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ نَظَرْتُ ،
فَإِنْ كَانَ يُعْطِيهِ كُلُّ دَرَاهِمٍ بِحِسَابِهِ مِنَ الدَّيْنَارِ ، / صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَإِنْ
لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ، ثُمَّ تَحَاسَبَا بَعْدَ ذَلِكَ (١٠) ، فَصَارَفَهُ بِهَا وَقَتَ الْمُحَاسَبَةِ ، لَمْ يَجْزُ .
نَصَّ عَلَيْهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ دَيْنٌ ، وَالدَّرَاهِمَ صَارَتْ دَيْنًا ، فَيَصِيرُ بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .
وَإِنْ قَبَضَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخِرِ مَالَهُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ صَارَفَهُ بِعَيْنٍ وَذِمَّةٍ ، صَحَّ . وَإِذَا أَعْطَاهُ
الدَّرَاهِمَ شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ ، وَلَمْ يَقْضِهِ ذَلِكَ وَقَتَ دَفْعِهَا إِلَيْهِ ، ثُمَّ أَحْضَرَهَا ،
وَقَوْمَاهَا (١١) ، فَإِنَّهُ يَحْتَسِبُ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ الْقَضَاءِ ، لَا يَوْمَ دَفْعِهَا إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا قَبْلَ

ظ ١٧٨/٤

(٧) فِي الْأَصْلِ : « وَاصْطَرَفَا » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « بَدِينَارٍ » .

(٩) غَرِيبُ الْحَدِيثِ ٢٠/١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٧١/٣ ، ٧٢ . وَالْحَاكِمُ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ
عَنْ بَيْعِ الْكَالِيَةِ بِالْكَالِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُسْتَدْرَكُ ٥٧/٢ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « وَقَوْمَاهَا » .

ذلك لم تَصِرْ في مِلْكِهِ ، إِنَّمَا هِيَ وَدِيعةٌ في يَدِهِ ، فَإِن تَلَفْتَ ، أَوْ تَفَصَّتْ ، فَهِيَ من ضَمَانِ مَالِكِهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ من ضَمَانِ القَابِضِ لها إِذَا قَبَضَهَا بِنِيَّةِ الاستِيفاءِ ؛ لِأَنَّهَا مَقْبُوضَةٌ على أَنَّهَا عَوْضٌ وَوَفَاءٌ ، وَالْمَقْبُوضُ في عَقْدِ فاسِدٍ كَالْمَقْبُوضِ في العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فِيمَا يَرْجِعُ إلى الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ . ولو كان لِرَجُلٍ عِنْدَ صَيْرِفِي دنانيرٌ ، فَأَخَذَ مِنْهُ دَرَاهِمَ إِذْرَارًا ؛ لِتَكُونَ هَذِهِ بَهْدَهُ ، لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، بَلْ كان (١٢) كُلُّ واحِدٍ مِنْهُما في ذِمَّةٍ مَنْ قَبَضَهُ ، فَإِذَا أَرَادَا التَّصَارُفَ أَحْضَرَا أَحَدَهُما ، وَاصْطَرَفَا بَعْضَنا وَبَعْضَنا .

فصل : وَيَجُوزُ اقْتِضاءُ أَحَدِ التَّقْدِينِ مِنَ الآخَرِ ، وَيَكُونُ صَرَفًا بَعْضِنا وَبَعْضَنا ، في قولِ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ، وَمَنَعَ مِنْهُ ابنُ عَبَّاسٍ ، وَأَبُو سَلَمَةَ بنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وابنُ شُبْرَمَةَ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ ابنِ مَسْعُودٍ ؛ لِأَنَّ القَبْضَ شَرْطٌ وَقَدْ تَخَلَّفَ . وَلَنَا ، مارِوى أَبُو داوُدَ (١٣) ، وَالإِثْرَمُ ، في « سُنَنِهِما » ، عَنِ ابنِ عَمَرَ ، قال : كُنْتُ أُبِيعُ الإِبِلَ بِالْبَقِيعِ ، فَأَبِيعُ بِاللِّدْنايِرِ وَأَأْخُذُ الدَّرَاهِمَ ، وَأَبِيعُ بالدَّرَاهِمِ وَأَأْخُذُ الدِّنانيرَ ، أَأَخُذُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، وَأُعْطَى هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ في بَيْتِ حَفْصَةَ ، فَقُلْتُ : يا رَسولَ اللَّهِ ، رُوَيْدَكَ ، أَسأَلُكَ ، إِيَّيْ أُبِيعُ الإِبِلَ بِالْبَقِيعِ ، فَأَبِيعُ بِاللِّدْنايِرِ ، وَأَأْخُذُ الدَّرَاهِمَ ، وَأَبِيعُ بالدَّرَاهِمِ ، وَأَأْخُذُ الدِّنانيرَ ، أَأَخُذُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، وَأُعْطَى هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، وَأُعْطَى هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ؟ فَقَالَ رَسولُ اللَّهِ ﷺ : « لا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَها بِسِعْرِ يَوْمِها ، ما لَمْ تَفْتَرِقا وَبَيْنَكُما شَيْءٌ » . قال أَحْمَدُ : إِنَّمَا يَقْضِيهِ إِياها بِالسَّعْرِ . لَمْ يَحْتَلِفُوا أَنَّهُ يَقْضِيهِ إِياها بِالسَّعْرِ ، إِلا ما قال أَصْحابُ الرُّأْيِ ، إِنَّهُ يَقْضِيهِ مَكَانَها ذَهَبًا على التَّراضِي ؛

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في : باب في اقتضاء الذهب من الورق ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٤/٢ .

كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في الصرف ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥١/٥ . والنسائي ، في : باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، وباب أخذ الورق من الذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٨/٧ ، ٢٤٩ . وابن ماجه ، في : باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٠/٢ .

لأنه / يَبِّعُ في الحال ، فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس ، كما لو كان العوض عَرَضًا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « لا بأس أن تأخذها بسِعْرِ يَوْمِهَا » . وَرَوَى عن ابن عمر : أن بَكَرَ بنَ عبدِ اللَّهِ المُرَينِيَّ ، ومَسْرُوقًا العِجْلِيَّ ، سألَاهُ عن كَرِيٍّ^(١٤) لهما ، له عليهما دراهم ، وليس معهما إلا دنائير ؟ فقال ابن عمر : أعطوه بسِعْرِ السُّوقِ . ولأنَّ هذا جَرَى مَجْرَى القَضَاءِ ، فقَيِّدُ^(١٥) بالمِثْلِ ، كما لو قَضَاهُ من الجِنْسِ ، والتَّمَاتِلُ هُنَا من حيثُ القِيمَةُ ؛ لِتَعَدُّرِ التَّمَاتِلِ من حيثُ الصُّورَةِ . قيل لأبي عبدِ اللَّهِ : فإنَّ أَهْلَ السُّوقِ يَتَغَابَنُونَ بَيْنَهُم بِالذَّنَائِقِ في الدِّينَارِ وما أَشْبَهَهُ ؟ فقال : إذا كان مِمَّا يَتَغَابَنُ النَّاسُ به فَسَهَّلْ فيه ، ما لم يَكُنْ حِيلَةً ، وَيَزَادَ شَيْئًا كَثِيرًا .

فصل : فإن كان المَقْضَى الذي في الذَّمَّةِ مُوَجَّلًا ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ فيه . وقال القاضي : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، المنع ، وهو قولُ مالِكٍ ، ومَشْهُورُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ ما في الذَّمَّةِ لا يُسْتَحَقُّ قَبْضُهُ ، فكان القَبْضُ نَاجِزًا في أحدهما ، والنَّاجِزُ يأخُذُ قِسْطًا من الثَّمَنِ . والآخِرُ ، الجوازُ ، وهو قولُ أبي حنيفة ؛ لأنَّه ثابتٌ في الذَّمَّةِ بِمَنْزِلَةِ المَقْبُوضِ ، فكأنَّه رَضِيَ بِتَعْجِيلِ المَوْجَلِ . والصَّحِيحُ الجوازُ ، إذا قَضَاهُ بِسِعْرِ يَوْمِهَا ، ولم يَجْعَلْ لِلْمَقْضَى فَضْلًا لِأَجْلِ تَأْجِيلِ ما في الذَّمَّةِ ؛ لأنَّه إذا لم يَنْقُصْه عن سِعْرِها شَيْئًا ، فقد رَضِيَ بِتَعْجِيلِ ما في الذَّمَّةِ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، فأشْبَهَ ما لو قَضَاهُ من جنسِ الدِّينِ ، ولم يَسْتَفْصِلِ النَّبِيُّ ﷺ ابنَ عمرَ حينَ سألَهُ ، ولو افترَقَ الحالُ لَسَأَلَ واستَفْصَلَ .

فصل : قال أحمدُ : ولو كان لِرَجُلٍ على رَجُلٍ عَشْرَةُ دراهمَ ، فدَفَعَ إليه دينارًا ، فقال : اسْتَوْفِ حَقَّكَ منه . فاستَوْفاهُ بعدَ يَوْمَيْنِ ، جازَ . ولو كان عليه دنائيرُ ، فوَكَّلَ غَرِيمَهُ في بَيْعِ دارِهِ ، واستيفاءِ حَقِّهِ من ثَمَنِها ، فباعها بِدراهمَ ، لم يَجْزُ أنْ

(١٤) الكرى : الأجير .

(١٥) في الأصل : « فقيد » .

يَأْخُذُ مِنْهَا قَدْرَ حَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي مُصَارَفَةِ نَفْسِهِ ، وَلِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ . وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً
بِدَنَانِيرَ ، فَأَخَذَ بِهَا دِرَاهِمَ ، فَرُدَّتِ الْجَارِيَةُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي إِلَّا
الدَّنَانِيرُ ؛ لِأَنَّهُ التَّمَنُّ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَإِنَّمَا أَخَذَ الدِّرَاهِمَ / بِعَقْدِ صَرَفٍ ١٧٩/٤ ظ
مُسْتَأْنَفٍ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذِهِ الْمَسَائِلِ .

فصل : إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فَقَالَ لِغَرِيمِهِ : ضَعْ عَنِّي بَعْضَهُ ، وَأَعْجَلْ
لَكَ بَقِيَّتَهُ . لَمْ يَجُزْ . كَرِهَهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عَمَرَ ، وَالْمِقْدَادُ^(١٦) ، وَسَعِيدُ بْنُ
المُسَيَّبِ ، وَسَالِمٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَحَمَّادٌ ، وَالْحَكَمُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَمَالِكٌ ،
وَالثَّوْرِيُّ ، وَهَشِيمٌ^(١٧) ، وَابْنُ عُليَّةَ^(١٨) ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو حَنِيْفَةَ . وَقَالَ المِقْدَادُ
لِرَجُلَيْنِ فَعَلَا ذَلِكَ : كَلَامًا^(١٩) قَدْ آذَنَ بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ
عَبَّاسٍ : أَنَّهُ لَمْ يَرَّ بِهِ بَأْسًا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّحَّيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ آخَذَ لِبَعْضِ
حَقِّهِ ، تَارِكًا لِبَعْضِهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ كَانَ الدَّيْنُ حَالًا . وَقَالَ الخِرَقِيُّ : لَا بَأْسَ أَنْ
يُعَجَّلَ الْمُكَاتَّبُ لِسَيِّدِهِ ، وَيَضَعُ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبِيعُ الحُلُولَ ، فَلَمْ
يَجُزْ ، كَمَا لَوْ زَادَهُ الَّذِي لَهُ الدَّيْنُ ، فَقَالَ لَهُ : أُعْطِيكَ عَشْرَةَ دِرَاهِمَ وَتُعَجَّلُ لِي المَائَةِ
الَّتِي عَلَيْكَ . فَأَمَّا المُكَاتَّبُ فَإِنَّ مُعَامَلَتَهُ مَعَ سَيِّدِهِ ، وَهُوَ يَبِيعُ بَعْضَ^(٢٠) مَالِهِ
بِبَعْضٍ ، فَدَخَلَتِ المُسَامَحَةُ فِيهِ . وَلِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْعِتْقِ ، فَسَوِّحَ فِيهِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

(١٦) المِقْدَادُ بنُ الأَسودِ الكِنْدِيُّ ، هُوَ ابْنُ عَمْرٍو بنِ ثَعْلَبَةَ ، تَوَفَّى سَنَةَ ثَلَاثٍ وَثَلَاثِينَ فِي خِلَافَةِ عُمَانَ . الإِصَابَةُ
٢٠٤/٦ .

(١٧) هَشِيمُ بنِ بَشِيرِ بنِ القَاسِمِ بنِ دِينَارِ السَّلْمِيِّ أَبُو مَعَاوِيَةَ بنِ أَبِي خَازِمِ الوَاسِطِيِّ ، وَوُلِدَ فِي سَنَةِ خَمْسٍ ، وَمَاتَ
فِي شِعْبَانَ سَنَةَ ثَلَاثٍ وَثَمَانِينَ وَمِائَةَ . وَكَانَ ثِقَةً ثَبَاتًا . تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ٦٤/١١ .

(١٨) إِسْمَاعِيلُ بنُ إِبرَاهِيمِ بنِ مَقْسَمِ الأَسَدِيِّ مَوْلَاهُم أَبُو بَشِيرِ البَصْرِيُّ ، المَعْرُوفُ بِابْنِ عَلِيَّةٍ ، ثِقَةٌ ثَبَتَ . مَاتَ
سَنَةَ ١٩٣ هـ . تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ٢٧٥/١ - ٢٧٩ .

(١٩) وَقَعَ هَذَا بَعْدَ قَوْلِهِ : « الثَّوْرِيُّ » السَّابِقِ ، فِي : م .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

٧١٦ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ دَخِيلًا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَانَ الصَّرْفُ فِيهِ فَاسِدًا)

يعنى إذا وَجَدَ أَحَدُهُمَا مَا قَبِضَهُ مَعْشُوشًا بِغِشٍّ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَيَنْظُرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ كَانَ الصَّرْفُ عَيْنًا بَعَيْنٍ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ؛ لِمَا أَسْلَفْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ بغيرِ عَيْنٍ ^(١) ، وَعَلِمَ ذَلِكَ فِي الْمَجْلِسِ ، فَرَدَّهُ ، وَأَخَذَ بَدَلَهُ ، فَالصَّرْفُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنٌ ^(٢) الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَإِنْ افْتَرَقَا قَبْلَ رَدِّهِ ، فَالصَّرْفُ فِيهِ فَاسِدٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُمَا افْتَرَقَا قَبْلَ قَبْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَقْبِضْ مَا يَصْلُحُ عَوَضًا عَنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَقِيلَ عَنْ أَحْمَدَ : إِنَّهُ إِذَا أَخَذَ الْبَدَلَ فِي مَجْلِسِ الرَّدِّ ، لَمْ يَنْطَلِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَيْبُ مِنْ جِنْسِهِ . وَهَذَا فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُشْتَرِي الْمَعِيبِ عَالِمًا بِعَيْبِهِ ، فَأَمَّا إِنْ عَلِمَ بِعَيْبِهِ ، فَاشْتَرَاهُ عَلَى ذَلِكَ ، وَالْعَيْبُ مِنْ جِنْسِهِ ، جَازٍ ، وَلَا خِيَارَ لَهُ ، وَلَا بَدَلَ . وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، وَكَانَ الصَّرْفُ ذَهَبًا بِذَهَبٍ ، أَوْ فِضَّةً بِمِثْلِهَا ، فَالصَّرْفُ فِيهِ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يُحِلُّ بِالْتَّمَاتِلِ ، إِلَّا أَنْ يَبِيعَ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً مَعْشُوشًا بِمِثْلِ غِشِّهِ ، كَبَيْعِهِ دِينَارًا صُورِيًّا بِمِثْلِهِ ، مَعَ عِلْمِهِ بِتَسَاوِيِ / غِشِّهِمَا ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الظَّاهِرَ جَوَازَهُ . وَإِنْ بَاعَ مَعْشُوشًا بِغَيْرِ مَعْشُوشٍ ، لَمْ يَجُزْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْغِشِّ قِيَمَةٌ ، فَيُخْرَجُ عَلَى مَسْأَلَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ . وَإِنْ كَانَ الصَّرْفُ فِي جِنْسَيْنِ ، كَذَهَبٍ بِفِضَّةٍ ، اثْبَتَى عَلَى إِنْفَاقِ الْمَعْشُوشَةِ .

١٨٠/٤ و

فصل : وَفِي إِنْفَاقِ الْمَعْشُوشِ مِنَ التُّقُودِ رَوَاتِبَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا ، الْجَوَازُ ، تَقَلَّ صَالِحٌ عَنْهُ فِي دِرَاهِمٍ يُقَالُ لَهَا الْمُسَيَّبَةُ ، عَامَّتْهَا نُحَاسٌ إِلَّا شَيْئًا فِيهَا فِضَّةٌ ، فَقَالَ : إِذَا كَانَ شَيْئًا اصْطَلَحُوا عَلَيْهِ ، مِثْلَ الْفُلُوسِ ، وَاصْطَلَحُوا عَلَيْهَا ، فَأَرْجُوَ أَلَّا يَكُونَ بِهَا بَأْسٌ . وَالثَّانِيَةُ ، التَّحْرِيمُ ، تَقَلَّ حَنْبَلٌ فِي دِرَاهِمٍ يُخْلَطُ فِيهَا مِشٌّ ^(٣) وَنُحَاسٌ يُشْتَرَى بِهَا وَيُبَاعُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبْتَاعَ بِهَا أَحَدٌ . كُلُّ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ اسْمُ الْغِشِّ فَالشَّرَاءُ بِهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَيْنُهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « غَيْرٌ » .

(٣) الْمِشُّ : الْخَلْطُ .

والبَيْعُ حَرَامٌ . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ : إن كان الغِشُّ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ ، جازَ الشُّرَاءُ بها ، وإن كان^(٤) مِمَّا لَهُ قِيَمَةٌ ، ففي جَوَازِ إِنْفَاقِهَا وَجِهَانِ ، واحتَجَّ مَنْ مَنَعَ إِنْفَاقَ المَعشُوشَةِ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا »^(٥) . وبأنَّ عَمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ نَفَايَةِ بَيْتِ المَالِ . ولأنَّ المَقْصُودَ فِيهِ مَجْهُولٌ ، أشْبَهَ تُرَابَ الصَّاعَةِ ، والأوَّلَى أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ فِي الجَوَازِ عَلَى الخُصُوصِ فِيمَا ظَهَرَ غِشُّهُ ، واصْطُلِحَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ المُعَامَلَةَ بِهِ جَائِزَةٌ ، إذ لَيْسَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ اشْتِمَالِهِ عَلَى جِنْسَيْنِ لَا عَرَرَ فِيهِمَا ، فَلَا يَمْنَعُ مِنْ بَيْعِهِمَا ، كَالوَكَانَا مُتَمَيِّزَيْنِ . ولأنَّ هَذَا مُسْتَفِيضٌ فِي الأَعْصَارِ ، جَارٍ بَيْنَهُمْ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ ، وَفِي تَحْرِيمِهِ مَشَقَّةٌ وَضَرَرٌ ، وَلَيْسَ شِرَاؤُهُ بِهَا غِشًّا لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلَا تَغْرِيرًا لَهُمْ ، وَالمَقْصُودُ مِنْهَا ظَاهِرٌ مَرْتَبٌ مَعْلُومٌ ، بِخِلَافِ تُرَابِ الصَّاعَةِ . وَروَايَةُ المَنْعِ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا يَخْفَى غِشُّهُ ، وَيَقَعُ اللَّبْسُ بِهِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُفْضَى إِلَى التَّغْرِيرِ بِالمُسْلِمِينَ ، وَقَدْ أَشَارَ أَحْمَدُ إِلَى هَذَا فِي رَجُلٍ اجْتَمَعَتْ عِنْدَهُ دَرَاهِمُ زُبُوفٌ ، مَا يَصْنَعُ بِهَا ؟ قَالَ : يَسْبِكُهَا . قِيلَ لَهُ : فَيَبِيعُهَا بِدَنَانِيرٍ ؟ قَالَ : لَا . قِيلَ : يَبِيعُهَا بِفُلُوسٍ ؟ قَالَ : لَا . قِيلَ فَبِسَلْعَةٍ ؟ قَالَ : لَا ، إِنِّي أَخَافُ أَنْ يَغُرَّ بِهَا مُسْلِمًا . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللهِ : أَيُتَصَدَّقُ بِهَا ؟ قَالَ : إِنِّي أَخَافُ أَنْ يَغُرَّ بِهَا مُسْلِمًا . وَقَالَ : مَا يَنْبَغِي لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَغُرُّ بِهَا المُسْلِمِينَ ، وَلَا أَقُولُ إِنَّهُ حَرَامٌ ؛ لِأَنَّهُ عَلَى تَأْوِيلٍ ، وَذَلِكَ إِنَّمَا كَرِهْتُهُ ؛ لِأَنَّهُ / يَغُرُّ بِهَا مُسْلِمًا . فَقَدْ صَرَّحَ بِأَنَّهُ إِنَّمَا كَرِهَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّغْرِيرِ ١٨٠/٤ ظ

(٤) فِي مِ زِيَادَةَ : « مِنْ » .

(٥) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » ، مِنْ كِتَابِ الإِيمَانِ . صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ٩٩/١ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي النَّبِيِّ عَنِ الغِشِّ ، مِنْ كِتَابِ البَيْعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ الغِشِّ فِي البَيْعِ ، مِنْ أَبْوَابِ البَيْعِ . عَارِضَةُ الأَحْوَذِيِّ ٥٥/٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنِ الغِشِّ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٧٤٩/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي النَّبِيِّ عَنِ الغِشِّ ، مِنْ كِتَابِ البَيْعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٤٨/٢ . وَالإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : المُسْنَدِ ٥٠/٢ ، ٢٤٢ ، ٤١٧ ، ٤٥/٤ ، ٤٦٦/٣ .

بالمُسْلِمِينَ ، ^(٦) وعلى هذا يُحْمَلُ مَنْعُ عَمْرٍ نُفَايَةَ بَيْتِ الْمَالِ ؛ لما فيه من التَّعْرِيرِ بالمُسْلِمِينَ ^(٦) ، فَإِنَّ مُشْتَرِيَهَا رَبِّمَا خَلَطَهَا بِدِرَاهِمَ جَيِّدَةٍ ، وَاشْتَرَى بِهَا مَمْنٌ لَا يَعْرِفُ حَالَهَا ، وَلَوْ كَانَتْ مَمَّا اصْطَلَحَ عَلَى إِتْفَاقِهِ ، لَمْ يَكُنْ نُفَايَةً . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَمْرٍ أَنَّهُ قَالَ : مَنْ زَاغَتْ عَلَيْهِ دِرَاهِمُهُ فَلْيُخْرِجْ بِهَا إِلَى الْبَقِيعِ ، فَلْيَشْتَرِ ^(٧) بِهَا سَحَقَ الثِّيَابِ ^(٨) . وَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى جَوَازِ إِتْفَاقِ الْمَعْشُوشَةِ الَّتِي لَمْ يُصْطَلَحَ عَلَيْهَا . قُلْنَا : قَدْ قَالَ أَحْمَدُ : مَعْنَى زَاغَتْ عَلَيْهِ دِرَاهِمُهُ . أَيْ نُفَيْتَ ، لَيْسَ أَنَّهَا زُيُوفٌ فَيَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى هَذَا جَمْعًا بَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ مَا ظَهَرَ غِشُّهُ ، وَبَانَ زَيْفُهُ ، بِحَيْثُ لَا يَخْفَى عَلَى أَحَدٍ ، وَلَا يَحْصُلُ بِهَا تَعْرِيرٌ . وَإِنْ تَعَدَّرَ تَأْوِيلُهَا ، تَعَارَضَتِ الرَّوَايَتَانِ عَنْهُ ، وَيُرْجَعُ إِلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعْنَى ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا كَانَ غِشُّهُ ذَا بَقَاءٍ وَثِبَاتٍ ، كَالرِّصَاصِ ، وَالتُّحَاسِ ، وَمَا لَا ثِبَاتَ لَهُ ، كَالزَّرْنِيخِيَّةِ ، وَالأَنْدَرَانِيَّةِ ، وَهُوَ زَرْنِيخٌ وَتُورَةٌ يُطْلَى عَلَيْهِ فِضَّةٌ ، فَإِذَا دَخَلَ النَّارَ اسْتُهْلِكَ الْغِشُّ ، وَذَهَبَ .

٧١٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَتَى الصَّرْفُ الْمُتَصَارِفَانِ قَبْلَ التَّقَابُضِ ، فَلَا يَبِيعُ بَيْنَهُمَا)

الصَّرْفُ : يَبِيعُ الأَثْمَانِ بَعْضُهَا بَعْضًا . وَالقَبْضُ فِي المَجْلِسِ شَرْطٌ لِصِحَّتِهِ بِغَيْرِ خِلَافٍ . قَالَ ابْنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ عَلَى أَنَّ المُتَصَارِفِينَ إِذَا افْتَرَقَا قَبْلَ أَنْ يَتَقَابُضَا ، أَنَّ الصَّرْفَ فَاسِدٌ . وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بِالوَرِقِ ^(١) رَبِّمَا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ » ^(٢) . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « يَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » ^(٣) . وَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) في النسخ : « فليشترى » .

(٨) سحق الثياب : الخلق البالي .

(١) من هنا إلى قوله : « بالورق » الآتي سقط من الأصل . نقله نظر .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦٣ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٦٢ .

بالورق دَيْنًا^(٤) ، ونَهَى أَنْ يُبَاعَ غَائِبٌ مِنْهَا بِنَاجِزٍ^(٥) ، كُلُّهَا أَحَادِيثُ صَحَاحٌ .
 وَيُجْزَى الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَإِنْ طَالَ ، وَلَوْ تَمَاشِيَا مُصْطَحَبِينَ^(٦) إِلَى مَنْزِلِ
 أَحَدِهِمَا ، أَوْ إِلَى الصَّرَافِ ، فَتَقَابُضًا عِنْدَهُ ، جَازٌ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ :
 لَا خَيْرَ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا فَارَقَا مَجْلِسَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا لَمْ يَفْتَرَقَا قَبْلَ التَّقَابُضِ ،
 فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ كَانَا فِي سَفِينَةٍ تَسِيرُ بِهِمَا ، أَوْ رَاكِبِينَ عَلَى دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ تَمْشِي بِهِمَا . وَقَدْ
 دَلَّ عَلَى ذَلِكَ حَدِيثُ أَبِي بَرَزَةَ الْأَسْلَمِيِّ^(٧) (فِي قَوْلِهِ^(٧)) لِلَّذِينَ مَشَى إِلَيْهِ^(٨) مِنْ جَانِبِ
 الْعَسْكَرِ : وَمَا أَرَاكُمْ أَفْتَرَقْتُمَا . وَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ التَّقَابُضِ بَطَلَ الصَّرْفُ ؛ لِفَوَاتِ
 شَرْطِهِ . وَإِنْ قَبِضَ الْبَعْضُ ، ثُمَّ / أَفْتَرَقَا ، بَطَلَ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ ، وَفِيمَا يُقَابِلُهُ مِنْ
 الْعَوَضِ . وَهَلْ يَصِحُّ فِي الْمَقْبُوضِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَلَوْ
 وَكَّلَ أَحَدُهُمَا وَكَيْلًا فِي الْقَبْضِ ، فَقَبِضَ الْوَكِيلُ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمَا ، جَازٌ ، وَقَامَ قَبْضُ
 وَكَيْلِهِ مَقَامَ قَبْضِهِ ، سِوَاءَ فَرَاقِ الْوَكِيلِ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ لَمْ يُفَارِقْهُ . وَإِنْ
 أَفْتَرَقَا قَبْلَ قَبْضِ الْوَكِيلِ ، بَطَلَ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ فِي الْمَجْلِسِ شَرْطٌ ، وَقَدْ فَاتَ . وَإِنْ
 تَخَايَرَا قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ ، لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَفْتَرَقَا قَبْلَ الْقَبْضِ .
 وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ إِذَا قَلْنَا بِلُزُومِ الْعَقْدِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَتَّقِ
 فِيهِ خِيَارٌ قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَفْتَرَقَا . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ، فَإِنَّ الشَّرْطَ التَّقَابُضُ
 فِي الْمَجْلِسِ ، وَقَدْ وُجِدَ ، وَاشْتِرَاطُ التَّقَابُضِ قَبْلَ اللُّزُومِ تَحْكَمٌ بغيرِ دَلِيلٍ . ثُمَّ
 يَبْطُلُ بِمَا إِذَا تَخَايَرَا قَبْلَ الصَّرْفِ ، ثُمَّ اصْطَرَفَا ، فَإِنَّ الصَّرْفَ يَقَعُ لَازِمًا صَحِيحًا قَبْلَ
 الْقَبْضِ ، ثُمَّ يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ .

١٨١/٤

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الورق بالذهب نسيئة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٨/٣ .
 ومسلم ، في : باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١٢١٣/٣ . والنسائي ،
 في : باب بيع الفضة بالذهب نسيئة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٦/٧ .

(٥) تقدم تحريجه في صفحة ٥٣ .

(٦) في الأصل : « مصطلحين » .

(٧ - ٧) سقط من : م . .

(٨) سقط من : الأصل .

فصل : ولو صارَ رَجُلًا دِينَارًا بَعَشْرَةَ دِرَاهِمٍ ، وليس معه إِلَّا خُمْسُهُ دِرَاهِمٍ ، لم يَجْزُ أَنْ يَتَفَرَّقَا قَبْلَ قَبْضِ الْعَشْرَةِ كُلِّهَا ، فَإِنْ قَبِضَ الْخُمْسَةَ وَافْتَرَقَا ، بَطَلَ الصَّرْفُ فِي نِصْفِ الدِّينَارِ . وهل يَبْطُلُ فيما يُقَابِلُ الْخُمْسَةَ الْمَقْبُوضَةَ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وإن أَرَادَ التَّخْلُصَ ، فَسَخَا الصَّرْفُ فِي النِّصْفِ الذِي ليس معه عِوَضُهُ ، أو يَفْسَخَانَ الْعَقْدَ كُلَّهُ ، ثم يَشْتَرِي منه نِصْفَ الدِّينَارِ بِخُمْسِيَّةٍ ، وَيُدْفَعُهَا إليه ، ثم يَأْخُذُ الدِّينَارَ كُلَّهُ ، فيكون ما اشْتَرَاهُ منه له ، وما بَقِيَ أمانةً في يَدِهِ ، ثم يَفْتَرِقَانِ ، ثم إذا صارَ لَهُ بعدَ ذلك بالباقي له من الدِّينَارِ ، أو اشْتَرَى به منه شَيْئًا ، أو جَعَلَهُ سَلَمًا في شَيْءٍ ، أو وَهَبَهُ لَهُ ، جازَ ، وكذلك إن وَكَلَهُ فِيهِ . ولو اشْتَرَى فِضَّةً بدينارٍ ونِصْفٍ ، وَدَفَعَ إلى البائعِ دِينَارَيْنِ ، وقال : أَنْتَ وَكَيْلِي فِي نِصْفِ الدِّينَارِ الزَّائِدِ ، صَحَّ . ولو صارَ لَهُ عَشْرَةُ دِرَاهِمٍ بدينارٍ ، فَأَعْطَاهُ أَكْثَرَ من دِينَارٍ لِيَزِنَ لَهُ حَقَّهُ في وَقْتٍ آخَرَ ، جازَ ، وإن طَالَ ، ويكونُ الزَّائِدُ أمانةً في يَدِهِ ، لا شَيْءَ عليه في تَلْفِهِ . نَصَّ أَحْمَدُ على أَكْثَرِ هذه الْمَسَائِلِ . فَإِنْ لم يَكُنْ مع أَحَدِهِما إِلَّا خُمْسَةُ دِرَاهِمٍ ، فاشْتَرَى بها نِصْفَ دِينَارٍ ، وَقَبِضَ دِينَارًا كامِلًا ، وَدَفَعَ إليه الدَّرَاهِمَ ، ثم اقْتَرَضَها منه ، فاشْتَرَى بها النِّصْفَ الباقِي ، أو اشْتَرَى / الدِّينَارَ منه بِعَشْرَةِ ابتداءً ، وَدَفَعَ إليه الْخُمْسَةَ ، ثم اقْتَرَضَها منه ، وَدَفَعَهَا^(٩) إليه عِوَضًا عن النِّصْفِ الآخِرِ على غيرِ وَجْهِ الحِيلَةِ ، فلا بَأْسَ .

١٨١/٤ ظ

فصل : وإذا باعَ مُدِّي تَمْرٍ رَدِيءٍ بدرهمٍ ، ثم اشْتَرَى بالدَهرَمِ^(١٠) تَمْرًا جَنِيبًا ، أو اشْتَرَى من رَجُلٍ دِينَارًا صحيحًا بدراهمٍ ، وتَقَابَضَاها^(١١) ، ثم اشْتَرَى منه بالدَهرَمِ قُرَاضَةً من^(١٢) غيرِ مُوَاطَأَةٍ ، ولا حِيلَةٍ ، فلا بَأْسَ به . وقال ابنُ أبي موسى : لا يَجُوزُ ، إِلَّا أن يَمْضِيَ إلى غيرِهِ لِيُبْتاعَ منه ، فلا يَسْتَقِيمُ له ، فيَجُوزُ

(٩) في الأصل : « ودفع » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل : « وتقابضا » .

(١٢) في الأصل : « عن » .

أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الْبَائِعِ ، فَيَبْتَاعَ مِنْهُ . وَقَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ : يَبِيعُهَا مِنْ غَيْرِهِ أَحَبُّ إِلَيَّ . قُلْتُ لَهُ : فَإِنْ (١٣) لَمْ يُعْلَمُ أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْهُ ؟ فَقَالَ : يَبِيعُهَا مِنْ غَيْرِهِ ، فَهُوَ أَطْيَبُ لِنَفْسِهِ وَأُخْرَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ الذَّهَبَ مِنْهُ ، فَإِنَّهُ إِذَا رَدَّهَا إِلَيْهِ لَعَلَّه أَنْ لَا يُؤْفِقَهُ الذَّهَبَ ، وَلَا يُحْكَمَ الْوِزْنَ ، وَلَا يَسْتَقْصَى ، يَقُولُ : هِيَ تَرْجِعُ إِلَيْهِ . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَذَهَبَ لِيَشْتَرِيَ الدَّرَاهِمَ (١٤) بِالذَّهَبِ الَّذِي (١٥) أَخَذَهُ (١٥) مِنْهُ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَجِدْهَا ، فَرَجَعَ إِلَيْهِ ؟ فَقَالَ : إِذَا كَانَ لَا يُبَالِي اشْتَرَى مِنْهُ أَوْ مِنْ (١٦) غَيْرِهِ ، فَنَعَمْ . فَظَاهِرٌ (١٧) أَنَّ هَذَا عَلَى وَجْهِ الْاسْتِحْبَابِ ، لَا الْإِجْبَابِ . وَلَعَلَّ أَحْمَدَ إِتْمَا أَرَادَ اجْتِنَابَ الْمَوَاطَأَةِ عَلَى هَذَا ، وَلِهَذَا قَالَ : إِذَا كَانَ لَا يُبَالِي اشْتَرَى مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، فَنَعَمْ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ مَرَّةً ، جَازَ ، وَإِنْ فَعَلَهُ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يُضَارِعُ الرَّبَا . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ ، قَالَ : جَاءَ بِلَالٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ بِتَمْرٍ بَرْنِيٍّ ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ هَذَا ؟ » . قَالَ بِلَالٌ : كَانَ عِنْدَنَا تَمْرٌ رَدِيءٌ ، فَبِعْتُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ ؛ لِيَطْعَمَ النَّبِيُّ ﷺ . فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « أَوْهَ ، عَيْنُ الرَّبَا ، لَا تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ ، فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعِ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » . وَرَوَى أَيْضًا أَبُو سَعِيدٍ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْبَرَ ، فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ ، فَقَالَ : « أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا ؟ » . قَالَ : لَا وَاللَّهِ . إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ ، وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَفْعَلْ ، بَعِ التَّمْرَ بِالذَّرَاهِمِ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِالذَّرَاهِمِ جَنِيبًا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا (١٨) . وَلَمْ يَأْمُرْهُ أَنْ يَبِيعَهُ

(١٣) في م : « قال » .

(١٤ - ١٥) في م : « الذهب التي » .

(١٥) في الأصل ، م : « أخذها » .

(١٦) في م : « ومن » .

(١٧) في الأصل زيادة : « هذا » .

(١٨) الأول : تقدم تحريجه في صفحة ٥٣ .

والثاني : أخرجه البخاري ، في : باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه ، من كتاب البيوع . وباب الوكالة في الصرف والميزان ، من كتاب الوكالة . صحيح البخاري ١٠٢/٣ ، ١٢٩ . ومسلم ، في : باب بيع الطعام =

من غير مَنْ يَشْتَرِي منه ، ولو كان ذلك مُحَرَّمًا لَبَيَّنَهُ له ، ^(١٩) وعَرَفَهُ ^(٢٠) / إِيَّاهُ . ولأنَّه باعَ الجِنْسَ بغيره من غيرِ شَرْطٍ ، ولا مُوَاطَّاةٍ ، فجازَ ، كما لو باعَهُ من غيره . ولأنَّ ما جازَ من البياعاتِ مرَّةً ، جازَ على الإطلاقِ ، كسائرِ البياعاتِ . فأما إن تَوَاطَّأَ على ذلك ، لم يَجُزْ ، وكان حِيلَةً مُحَرَّمَةً ، وبه قال مالكٌ . وقال أبو حنيفةٌ ، والشَّافِعِيُّ : يَجوزُ ، ما لم يَكُنْ مَشْرُوطًا في العَقْدِ . ولنا ، أَنَّهُ إذا كانَ عن مُوَاطَّاةٍ كان حِيلَةً ، والحِيلُ مُحَرَّمَةٌ ، على ما سَنَدُكُرُهُ .

فصل : والحِيلُ كُلُّها مُحَرَّمَةٌ ، غيرُ جَائِزَةٍ في شَيْءٍ من الدِّينِ ، وهو أن يُظْهَرَ عَقْدًا مُباحًا يُرِيدُ به مُحَرَّمًا ، مُخادَعَةً وتَوَسُّلاً إلى فِعْلٍ ما حَرَّمَ اللهُ ، واستِباحَةَ مَحْظُورَاتِهِ ، أو إسْقاطِ واجِبٍ ، أو دَفْعِ حَقٍّ ، ونحو ذلك . قال أَيُّوبُ السَّخْتِيَانِيُّ : إِنَّهم لِيُخادِعُونَ اللهُ ، كَأَنتما يُخادِعُونَ صَبِيًّا ، لو كانوا يَأْتُونَ الأَمْرَ على وَجْهِه كانَ أَسْهَلَ عَلَيَّ . فمن ذلك ؛ ما لو كانَ مع رَجُلٍ عَشْرَةٌ صِحاخٍ ، ومع الأَخرِ خَمْسَةٌ عَشَرَ مُكْسَرَةً ، فاقْتَرَضَ كُلُّ واحِدٍ منهما ما مع صاحِبِهِ ، ثم تَبارَيا ، تَوَصُّلاً إلى بَيْعِ الصِّحاخِ بالمُكْسَرَةِ مُتفاضِلًا ، أو باعَهُ الصِّحاخُ بِمِثْلِها من المُكْسَرَةِ ، ثم وَهَبَهُ الحَمْسَةَ الزَّائِدَةَ ، أو اشْتَرَى مِنْها بها أوقِيَّةً صابُونٍ ، أو نَحَواها مِمَّا ^(٢٠) يَأْخُذُهُ باقِلٍ من قِيَمَتِهِ ، أو اشْتَرَى مِنْها بِعَشْرَةِ إِلا حَبَّةً من الصَّحِيحِ مِثْلِها من المُكْسَرَةِ ، ثم اشْتَرَى مِنْها بِالْحَبَّةِ الباقِيَةِ ثوبًا قِيَمَتُهُ خَمْسَةُ دنانيرَ . وهكذا لو أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أو باعَهُ سِلْعَةً بأَكْثَرَ من قِيَمَتِها ، أو اشْتَرَى مِنْها سِلْعَةً باقِلٍ من قِيَمَتِها تَوَسُّلاً ^(٢١) إلى أَخْذِ عَوْضٍ عن القَرْضِ ، فكلُّ ما كانَ من هذا على وَجْهِ الحِيلَةِ فهو حَبِيثٌ مُحَرَّمٌ . وبهذا قال

= مثلا بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢١٥/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع التمر بالتمر متفاضلا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٨/٧ . والإمام مالك ، في : باب ما يكره من بيع التمر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٢٣/٢ .

(١٩ - ١٩) في الأصل : « أو عرفه » .

(٢٠) في م : « ما » .

(٢١) في م : « توصلا » .

مالك . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : ذلك كله وأشباهه جائز ، إذا لم يكن مشروطاً في العقد . وقال بعض أصحاب الشافعي : يُكره أن يدخل في البيع على ذلك ؛ لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يُكره أن يدخل عليه . ولنا ، أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها ، فمسخهم قردة ، وسماهم معتدين ، وجعل ذلك نكالاً وموعظة للمتقين ؛ ليتعظوا بهم ، ويمتنعوا من مثل أفعالهم . وقال بعض المفسرين في قوله تعالى : ﴿ وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ ﴾ (٢٢) . أى لأمة محمد ﷺ . / فرَوَى أَنَّهُمْ ١٨٢/٤ ظ كانوا ينصبون شبابهم للحيثان يوم الجمعة ، ويتركونها إلى يوم الأحد ، ومنهم من كان يحفر حفائر ، ويجعل إليها مجارى ، فيفتحها يوم الجمعة ، فإذا جاء السمك يوم السبت ، جرى مع الماء في المجارى ، فيقع في الحفائر ، فيدعها إلى يوم الأحد ، ثم يأخذها ، ويقول : ما اصطدت يوم السبت ، ولا اعتديت فيه . فهذه حيلة . وقال النبي ﷺ : « من أدخل فرساً بين فرسين ، وقد أمن أن يسبق ، فهو قمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين ، وهو لا يأمن أن يسبق ، فليس بقمار » . رواه أبو داود ، وغيره (٢٣) . فجعله قماراً مع إدخاله الفرس الثالث ؛ لكونه لا يمنع معنى القمار ، وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً ، أو مأخوذاً منه ، وإنما دخل صورة ، تحيلاً على إباحة المحرم ، وسائر الحيل مثل ذلك . ولأن الله تعالى إنما حرم هذه (٢٤) المحرمات لمفسدتها ، والضرر الحاصل منها . ولا تزول مفسدتها مع بقاء (٢٥) معناها ، بإظهارها صورة غير صورتها ، فوجب أن لا يزول التحريم ، كما لو سمي الحمر بغير اسمها ، لم يبيح ذلك شربها ، وقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال : « لَيْسَتْ حِلٌّ قَوْمٌ مِنْ أُمَّتِي الْحَمْرُ يُسْمَوْنَ بِغَيْرِ

(٢٢) سورة البقرة ٦٦ .

(٢٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في الخلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢٨/٢ ، ٢٩ . وابن ماجه ،

في : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٦٠/٢ .

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في م : « إبقاء » .

اسْمَهَا» (٢٦) . ومن العَجَلِ في غيرِ الرِّبَا ، أَنَّهُمْ يَتَوَصَّلُونَ إِلَى بَيْعِ (٢٧) الشَّيْءِ الْمَنْهِيِّ (٢٧) عنه ، أَن يَسْتَأْجِرَ بِيَاضَ أَرْضِ الْبُسْتَانِ بِأَمْثَالِ أُجْرَتِهِ ، ثُمَّ يُسَاقِيهِ عَلَى ثَمَرِ شَجَرِهِ بِجُزْءٍ مِنَ الْفِ جُزْءٍ لِلْمَالِكِ ، وَتِسْعُمَائَةٍ وَتِسْعَةٌ وَتَسْعُونَ لِلْعَامِلِ ، وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ الْمَالِكُ شَيْئًا ، وَلَا يُرِيدُ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ بَيْعَ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوَ صِلَاحِهَا بِمَا سَمَّاهُ أُجْرَةً ، وَالْعَامِلُ لَا يَقْصِدُ أَيْضًا سِوَى ذَلِكَ ، وَرَبَّمَا لَا يَنْتَفِعُ بِالْأَرْضِ الَّتِي سَمَّى الْأُجْرَةَ فِي مُقَابَلَتِهَا ، وَمَتَى لَمْ يَخْرُجِ الثَّمَرُ ، أَوْ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ ، جَاءَ الْمُسْتَأْجِرُ يَطْلُبُ الْجَائِحَةَ ، وَيَعْتَقِدُ أَنَّهُ إِنَّمَا بَدَلَ مَالَهُ فِي مُقَابَلَةِ الثَّمَرَةِ لِغَيْرِ ، وَرَبُّ الْأَرْضِ يَعْلَمُ ذَلِكَ .

فصل : ولو اشترى شيئاً بمكسرةٍ ، لم يجوز أن يعطيه صحيحاً أقل منها . قال أحمد : هذا هو الربا المحض ؛ وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها ، فيحصل التفاضل بينهما . ولو اشتراه بصحيح ، لم يجوز أن يعطيه مكسرةً أكثر منها كذلك . فإن تفسخا البيع ، ثم عقدا بالصحيح ، أو بالمكسرة ، جاز . ولو اشترى ثوباً/ ينصف دينار ، لزمه نصف دينار شيق ، فإن عاد فاشترى شيئاً آخر ينصف آخر ، لزمه نصف شيق أيضاً ، فإن وفاه ديناراً صحيحاً ، بطل العقد الثاني ؛ لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الأول ، وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الأول ، بطل أيضاً ؛ لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه . وإن كان بعد تفرقهما ولزومه (٢٨) ، لم يؤثر ذلك فيه ، ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقده البيع به . ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا .

و ١٨٣/٤

فصل : إذا كان له عند رجل دينارٌ ودبعةٌ ، فصارفه به ، وهو معلوم بقاؤه ،

(٢٦) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب ما جاء في من يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه ، من كتاب الأشربة . صحيح البخاري ١٣٨/٧ . وأبو داود ، في : باب في الدأجي ، من كتاب الأشربة . سنن أبي داود ٢٩٥/٢ . وابن ماجه ، في : باب الخمر يسمونها بغير اسمها ، من كتاب الأشربة ، وباب العقوبات ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١١٢٣/٢ ، ١٣٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٧/٤ ، ٣١٨/٥ ، ٣٤٢ . (٢٧ - ٢٧) في الأصل : « السنين » . وما بعده ساقط إلى قوله : « ثمر شجره » الآتي . (٢٨) في م : « فلزومه » .

أَوْ مَظْنُونٌ ، صَحَّ الصَّرْفُ . وَإِنْ ظَنَّ أَنَّهُ غَيْرُ مَوْجُودٍ ، لَمْ يَصِحَّ الصَّرْفُ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْمَعْدُومِ . وَإِنْ شَكَّ فِيهِ فَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومِ الْبَقَاءِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَوَجْهُ الْأَوَّلُ ، أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ ، فَصَحَّ الْبِنَاءُ عَلَيْهِ عِنْدَ الشَّكِّ ، فَإِنَّ الشَّكَّ لَا يُزِيلُ الْيَقِينَ ؛ وَلِذَلِكَ صَحَّ بَيْعُ الْحَيَوَانِ الْغَائِبِ الْمَشْكُوكِ فِي حَيَاتِهِ ، فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَالِفًا حِينَ الْعَقْدِ ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ بَاطِلًا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تُرَابِ الصَّاعِغَةِ وَالْمَعْدِنِ بِشَيْءٍ مِنْ جِنْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ رَبِّيًّا يَبِيعُ بِجِنْسِهِ عَلَى وَجْهِ لَا تُعْلَمُ الْمُمَائِلَةُ بَيْنَهُمَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَبَيْعِ الصَّبْرَةِ بِالصَّبْرَةِ . وَإِنْ بَاعَ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ ، كَرَاهَةَ بَيْعِ تُرَابِ الْمَعَادِنِ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ (٢٩) ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِزْشَادِ » : يَجُوزُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَالتَّحَعِيِّ ، وَرَبِيعَةَ ، وَاللَّيْثِ (٣٠) ، قَالُوا : فَإِنْ اخْتَلَطَ ، أَوْ أَشْكَلَ فَلْيَبِعْهُ بَعْرَضٍ ، وَلَا يَبِعْهُ بَعَيْنٍ وَلَا وَرْقٍ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِمَا لَا رِبَا فِيهِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا بِدِينَارٍ وَدِرْهَمٍ .

٧١٨ - مسألة ؛ قال : (وَالْعَرَايَا الَّتِي أُزْحِصَ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ؛ هُوَ أَنْ يُوهَبَ لِلْإِنْسَانِ مِنَ النَّخْلِ مَا لَيْسَ فِيهِ خُمْسَةٌ أَوْسُقٍ ، فَيَبِيعُهَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ لِمَنْ يَأْكُلُهَا رُطْبًا)

في هذه المسألة فصول خمسة :

أولها ، في إباحة بيع العرايا / في الجملة . وهو قول أكثر أهل العلم . منهم ١٨٣/٤ ظ
مالك ، وأهل المدينة ، والأوزاعي ، وأهل الشام ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في الأصل زيادة : « والشافعي » .

المُنْدِرِ . وقال أبو حنيفة : لا يَحِلُّ بَيْعُهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ (١)
 الْمُرَابِنَةِ ، وَالْمُرَابِنَةُ ، بَيْعُ الثَّمَرِ بِالثَّمَرِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢) . وَلِأَنَّهُ يَبِيعُ الرُّطْبَ بِالثَّمَرِ
 مِنْ غَيْرِ كَيْلٍ فِي أَحَدِهِمَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ كَانَ عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ ، أَوْ فِيمَا زَادَ
 عَلَى خَمْسَةِ أَوْسُقٍ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ فِي الْعَرَايَا فِي
 خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، أَوْ دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٣) . وَرَوَاهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَسَهْلُ
 ابْنُ أَبِي حَنَمَةَ ، وَغَيْرُهُمَا . وَخَرَّجَهُ أَيْمَةُ الْحَدِيثِ فِي كُتُبِهِمْ . وَحَدِيثُهُمْ فِي سِيَاقِهِ :
 « إِلَّا الْعَرَايَا » كَذَلِكَ فِي الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ (٤) . وَهَذِهِ زِيَادَةٌ يَجِبُ الْأَخْذُ بِهَا . (٥) ثُمَّ لَوْ
 قُدِّرَ تَعَارُضُ الْحَدِيثَيْنِ ، وَجَبَ تَقْدِيمُ حَدِيثِنَا لِخُصُوصِهِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ ،
 وَعَمَلًا بِكَلَا النَّصِّينِ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْدِرِ : الَّذِي نَهَى عَنِ الْمُرَابِنَةِ هُوَ الَّذِي أَرَخَّصَ فِي
 الْعَرَايَا ، وَطَاعَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَوَّلَى . وَالْقِيَاسُ لَا يُصَارُّ إِلَيْهِ مَعَ النَّصِّ مَعَ أَنَّ فِي الْحَدِيثِ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام ، وباب بيع المزابنة ، وباب بيع الزرع
 بالطعام كيلا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، من كتاب
 الشرب . صحيح البخارى ٩٦/٣ ، ٩٨ ، ١٠٢ ، ١٥١ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا
 فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٩/٣ ، ١١٧١ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع الثمر بالتمر ، وباب بيع الكرم بالزبيب ، وباب بيع العرايا بالرطب ،
 وباب بيع الزرع بالطعام ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٤/٧ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ . وابن ماجه ، فى : باب المزابنة
 والمحاقلة ، من كتاب التجارات سنن ابن ماجه ٧٦١/٢ ، ٧٦٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢ ، ٧ ، ١٦ ،
 ٦٣ ، ٦٤ ، ١٠٨ ، ١٢٣ ، ٣٩٢ ، ٦/٣ ، ٨ ، ٦٠ ، ٤٦٤ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . صحيح
 البخارى ٩٩/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم
 ١١٧١/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى مقدار العرية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٦/٢ . والنسائى ،
 فى : باب بيع العرايا بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٥/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٧/٢ .
 (٤) فيما أخرجه البخارى ، فى : باب الرجل يكون له ممر ... ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ١٥١/٣ .
 ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧١/٣ .
 (٥ - ٥) فى م : « ولو » .

أَنَّهُ أَرَحَّصَ فِي الْعَرَايَا . وَالرُّحْصَةُ اسْتِبَاحَةُ الْمَحْظُورِ ، مَعَ وُجُودِ السَّبَبِ الْحَاطِرِ ،
فَلَوْ مَنَعَ وُجُودَ السَّبَبِ مِنَ الِاسْتِبَاحَةِ ، لَمْ يَبْقَ لَنَا رُحْصَةٌ بِجَاهِلٍ .

الفصل الثاني ، أَنَّهَا لَا تَجُوزُ فِي زِيَادَةِ عَلَى خَمْسَةِ أُوسُقٍ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ،
وَتَجُوزُ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أُوسُقٍ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ بَيْنَ الْقَائِلِينَ بِجَوَازِهَا . فَأَمَّا فِي خَمْسَةِ
أُوسُقٍ ، فَلَا يَجُوزُ عِنْدَ إِمَامِنَا رَحِمَهُ اللَّهُ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ
قَوْلَيْهِ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ : يَجُوزُ . وَرَوَاهُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَعِيدٍ عَنِ
أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ فِي حَدِيثِ زَيْدٍ وَسَهْلٍ أَنَّهُ رَخَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ ، مُطْلَقًا ، ثُمَّ اسْتَشَى مَا زَادَ
عَلَى الْخَمْسَةِ فِي حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَشَكَكَ فِي الْخَمْسَةِ فَاسْتَشَى الْيَقِينَ ، وَبَقِيَ
الْمَشْكُوكُ فِيهِ عَلَى مُقْتَضَى الْإِبَاحَةِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُرَابَنَةِ (٦)
وَالْمُرَابَنَةُ : بَيْعُ الثَّمَرِ (٧) بِالْتَّمْرِ ، ثُمَّ أَرَحَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أُوسُقٍ ،
وَشَكَكَ فِي الْخَمْسَةِ ، فَيُبْقَى عَلَى الْعُمُومِ فِي التَّحْرِيمِ . وَلِأَنَّ الْعَرِيَّةَ رُحْصَةٌ / بَيِّنَةٌ
عَلَى خِلَافِ النَّصِّ وَالْقِيَاسِ يَقِينًا فِيمَا دُونَ الْخَمْسَةِ ، وَالْخَمْسَةُ مَشْكُوكٌ فِيهَا ، فَلَا
تُبَيِّنُ إِبَاحَتَهَا مَعَ الشُّكِّ وَرَوَى ابْنُ الْمُنْذِرِ (٨) ، بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَخَّصَ فِي
بَيْعِ الْعَرِيَّةِ فِي الْوَسُقِ وَالْوَسُقَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ وَالْأَرْبَعَةِ . وَالتَّخْصِيصُ هَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ
لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ (٩) فِي الْعَدَدِ عَلَيْهِ ، كَمَا اتَّفَقْنَا عَلَى أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الْخَمْسَةِ ؛
لِتَخْصِيصِهِ إِيَّاهَا بِالذِّكْرِ . وَرَوَى مُسْلِمٌ (١٠) عَنِ سَهْلٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَخَّصَ
فِي بَيْعِ الْعَرِيَّةِ ؛ النَّخْلَةَ وَالتَّنَخْلَتَيْنِ . وَلِأَنَّ خَمْسَةَ الْأُوسُقِ فِي حُكْمٍ مَا زَادَ عَلَيْهَا ؛

(٦) سقط من : م .

(٧) في م : « الرطب » .

(٨) وأخرجه البيهقي ، في : باب ما يجوز من بيع العرايا ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١١/٥ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٧٠/٣ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، وباب تفسير العرايا ، من
كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٩/٣ ، ١٠٠ .

بِدَلِيلٍ وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِيهَا دُونَ مَا نَقَصَ عَنْهَا ، وَلِأَنَّهَا قَدْرٌ تَجِبُ الزَّكَاةُ فِيهِ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ عَرِيَّةً ، كَالزَّائِدِ عَلَيْهَا . فَأَمَّا قَوْلُهُمْ : أَرَحَصَ فِي الْعَرِيَّةِ مُطْلَقًا ، فَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّ الرُّحْصَةَ الْمُطْلَقَةَ سَابِقَةٌ عَلَى الرُّحْصَةِ الْمُقَيَّدَةِ ، وَلَا مُتَأَخِّرَةٌ عَنْهَا ، بَلِ الرُّحْصَةُ وَاحِدَةٌ ، رَوَاهَا بَعْضُهُمْ مُطْلَقَةً وَبَعْضُهُمْ مُقَيَّدَةً ، فَيَجِبُ حَمْلُ الْمُطْلَقِ عَلَى الْمُقَيَّدِ ، وَيَصِيرُ الْقَيْدُ الْمَذْكُورُ فِي أَحَدِ الْحَدِيثَيْنِ كَأَنَّهُ مَذْكُورٌ فِي الْآخَرِ ، وَلِذَلِكَ يُقَيَّدُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْخَمْسَةِ ، اتِّفَاقًا .

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 تمر 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 ، ^(١١) أن النهي عن المزانية عام ^(١١) ، استثنى منه العريئة فيما دون خمسة أوسق ، فما زاد يبقى على العموم في التحريم . ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعاً واحداً ، لا يجوز في عقدين ، كالذي على وجه الأرض ، وكالجمع بين الأختين ، فأما حديث سهل فإنه مقيد بالنحلة والنخلتين ؛ بدليل ما روينا ، فيدُلُّ على تحريم الزيادة عليهما ^(١٢) ، ثم إن المطلق يُحمل على المقيد كما في العقد الواحد . فأما إن باع رجل عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق ، جاز . وقال أبو بكر والقاضي : لا يجوز ؛ لما ذكرنا في المشتري . ولنا ، أن المعلن في التجويز / حاجة المشتري ؛ بدليل ما روى محمود بن لبيد قال : قلت لزيد بن ثابت : ما عراياكم هذه ؟ فسَمَى رجالاً محتاجين من الأنصار ، شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتتاعون به رطباً يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص

ظ ١٨٤/٤

(١١ - ١١) في م : « عموم النبي عن المزانية » .

(١٢) في الأصل : « عليها » .

لهم أن يتناؤوا العرايا بحرصها من التمر الذى فى أيديهم يأكلونه رطباً^(١٣) . وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري ، لم تُعتبر حاجة البائع إلى البيع ، فلا يتقيد فى حقه بحمسة أو سقي . ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع ، أفضى إلى أن لا يحصل الإفراق^(١٤) ، إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين ، فتسقط الرخصة . فإن قلنا : لا يجوز ذلك ، بطل العقد الثانى . فإن اشترى عريتين أو باعهما ، وفيهما أقل من خمسة أو سقي ، جاز ، وجهاً واحداً .

الفصل الثالث ، أنه لا يشترط فى بيع العريّة أن تكون موهوبة لبائعها . هذا ظاهر كلام أصحابنا . وبه قال الشافعى . وظاهر قول الخرقي ، أنه شرط . وقد روى الأثرم ، قال : سمعت أحمد يسأل^(١٥) عن تفسير العرايا . فقال : العرايا أن يعرى الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة ، فللمعري أن يبيعها ممن شاء . وقال مالك : بيع العرايا الجائر هو أن يعرى الرجل الرجل نخلات من حائطه ، ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى حائطه^(١٦) ؛ لأنه ربما كان مع أهله فى الحائط ، فيؤذيه^(١٧) دخول صاحبه عليه ، فيجوز أن يشتريها منه . واحتجوا بأن العريّة فى اللغة هبة ثمرة نخيل عاماً . قال أبو عبيد^(١٨) : الإغراء ، أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك . قال^(١٩) شاعر الأنصار^(٢٠) يصف النخل :

لَيْسَتْ بِسِنَّهَاءَ وَلَا رُجْبِيَّةَ وَلَكِنْ عَرَايَا فِي السِّنِّينَ الْجَوَائِحِ^(٢٠)

(١٣) ذكره الزيلعى فى نصب الراية ١٣/٤ ، ١٤ ، وقال : لم أجده سنناً بعد الفحص البالغ . وذكره الشافعى ، فى : باب بيع العرايا ، من كتاب البيوع . الأم ٤٧/٣ .

(١٤) الإفراق : النفع .

(١٥) فى م : « سئل » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) فى الأصل : « فيكره » .

(١٨) فى غريب الحديث ٢٣١/١ .

(١٩ - ١٩) فى م : « الشاعر الأنصارى » . والمثبت فى : الأصل ، وغريب الحديث .

(٢٠) البيت لسويد بن الصامت ، كما فى غريب الحديث واللسان (رج ب ، س ن ه ، ع رى) . وأنشده =

يقول : إنا نُعَرِّبُهَا النَّاسَ . فَتَعَيَّنَ صَرْفَ اللَّفْظِ إِلَى مَوْضُوعِهِ لُغَةً وَمُقْتَضَاهُ فِي الْعَرَبِيَّةِ ، مَا لَمْ يُوجَدْ مَا يَصْرِفُهُ عَنْ ذَلِكَ . وَلَنَا ، حَدِيثُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ ، ^(٢١) فِي تَصْرِيحِهِ / بِجَوَازِ ^(٢١) بَيْعِهَا مِنْ غَيْرِ الْوَاهِبِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِحَاجَةِ الْوَاهِبِ لِمَا اخْتَصَّ بِخَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، لِعَدَمِ اخْتِصَاصِ الْحَاجَةِ بِهَا . وَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهَا بِالتَّمْرِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ صَاحِبِ الْحَائِطِ الَّذِي لَهُ التَّخِيلُ الْكَثِيرُ يُعَرِّبُهُ النَّاسَ ، أَنَّهُ لَا يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ ثَمَنِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَفِيهِ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ اشْتَرَطَ كَوْنَهَا مَوْهُوبَةً لِبَائِعِهَا ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ الرُّخْصَةِ حَاجَةُ الْمُشْتَرِي إِلَى أَكْلِ الرُّطْبِ ، وَلَا تَمَنَّ مَعَهُ سِوَى التَّمْرِ ، فَتَمَّتْ وَجَدَ ذَلِكَ ، جَازَ الْبَيْعُ . وَلِأَنَّ اشْتِرَاطَ كَوْنِهَا مَوْهُوبَةً مَعَ اشْتِرَاطِ حَاجَةِ الْمُشْتَرِي إِلَى أَكْلِهَا رُطْبًا ، وَلَا تَمَنَّ مَعَهُ ، يُفْضِي إِلَى سَقُوطِ الرُّخْصَةِ ، إِذْ لَا يَكَادُ يَتَّفَقُ ذَلِكَ . وَلِأَنَّ مَا جَازَ بَيْعُهُ إِذَا كَانَ مَوْهُوبًا ، جَازَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَوْهُوبًا ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ ، وَمَا جَازَ بَيْعُهُ لِوَاهِبِهِ ، جَازَ لِغَيْرِهِ ، كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ ، وَإِنَّمَا سُمِّيَ عَرَبِيَّةً لِتَعَرِّبِهِ عَنْ ^(٢٢) غَيْرِهِ ، وَإِفْرَادِهِ بِالْبَيْعِ .

الفصل الرابع ، أَنَّهُ إِنَّمَا يَجُوزُ بَيْعُهَا بِخَرَصِهَا مِنَ التَّمْرِ ، لَا أَقْلَ مِنْهُ وَلَا أَكْثَرَ ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ التَّمْرُ الَّذِي يَشْتَرِي بِهِ مَعْلُومًا بِالْكَيْلِ ، وَلَا يَجُوزُ جُرَافًا . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا عِنْدَ مَنْ أَبَاحَ بَيْعَ الْعَرَايَا اخْتِلَافًا ؛ لِمَا رَوَى زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرْخَصَ فِي الْعَرَايَا أَنْ تُبَاعَ بِخَرَصِهَا كَيْلًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢٣) . وَلِمُسْلِمٍ ، أَنَّ تَوْخِذَ

= أيضا ثعلب في مجالسه ٩٤ . قال ابن منظور في (رجب) إنه يروى : رجبية ، بضم الراء وتخفيف الجيم المفتوحة وتشديدها ، قال : كلاهما نسب نادر ، والتثقيل أذهب في الشذوذ ، ثم قال : وقد روى بيت سويد ابن الصامت بالوجهين جميعا .

(٢١ - ٢١) في الأصل : « تصرّحه في جواز » .

(٢٢) في الأصل : « من » .

(٢٣) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٠٠/٣ . ومسلم ،

في : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٩/٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٨٨ ، ١٨١/٥ . وانظر . فتح الباري ٤/٣٩٢ ، ٣٩٣ ، تلخيص الحبير ٣/٢٩ ، ١٣٠ .

بمثل خَرَصِهَا تَمْرًا يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا . ولأنَّ الأَصْلَ اعْتِبَارُ الكَيْلِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ ، سَقَطَ
 فِي أَحَدِهِمَا لِلتَّعَدُّرِ ، فَيَجِبُ فِي الآخَرِ بِقَضِيَّةِ الأَصْلِ . ولأنَّ تَرْكَ الكَيْلِ مِنَ الطَّرْفَيْنِ
 يُكْثِرُ العَرَرَ ، وَفِي تَرْكِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا يُقَلِّلُ العَرَرَ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ صِحَّتِهِ مَعَ قَلَّةِ العَرَرِ ،
 صِحَّتُهُ مَعَ كَثْرَتِهِ . وَمَعْنَى خَرَصِهَا بِمِثْلِهَا مِنَ التَّمْرِ ، أَنْ يُطِيفَ الحَارِصُ بِالعَرِيَّةِ ،
 فَيَنْظُرَ كَمَا يَجِيءُ مِنْهَا تَمْرًا ، ^(٢٤) فَيَشْتَرِيهَا المُشْتَرِي بِمِثْلِهَا تَمْرًا ^(٢٤) . وَهَذَا قَالَ
 الشَّافِعِيُّ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : يَخْرُصُهَا رُطْبًا ، وَيُعْطَى تَمْرًا رُحْصَةً .
 وَهَذَا يَحْتَمِلُ الأَوَّلَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَشْتَرِيهَا بِتَمْرٍ مِثْلِ الرُّطْبِ الَّذِي عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ
 اشْتُرِطَتِ المُمَاتِلَةَ فِيهِ ، فَأَعْتَبِرَتْ حَالَ البَيْعِ كَسَائِرِ البُيُوعِ . وَلأنَّ الأَصْلَ اعْتِبَارُ
 المُمَاتِلَةَ فِي الحَالِ ، وَأَنْ لَا يُبَاعَ الرُّطْبُ بِالتَّمْرِ . خُوْلِفَ الأَصْلُ فِي بَيْعِ الرُّطْبِ
 بِالتَّمْرِ ، / فَيَبْقَى فِيمَا عَدَاهُ عَلَى قَضِيَّةِ الدَّلِيلِ . وَقَالَ القَاضِي : الأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ
 يُبْنَى عَلَى خَرَصِ التَّمَارِ فِي العُشْرِ الصَّحِيحِ ، ثُمَّ خَرَصِهِ تَمْرًا . أَوْ لِأَنَّ المُمَاتِلَةَ
 فِي بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ مُعْتَبَرَةٌ حَالَةَ الأَدْحَارِ ، وَيَبِيعُ الرُّطْبُ بِمِثْلِهِ تَمْرًا يُفْضَى إِلَى فَوَاتِ
 ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَاهَا بِخَرَصِهَا رُطْبًا ، لَمْ يَجْزُ . وَهَذَا أَحَدُ الوُجُوهِ لِأَصْحَابِ
 الشَّافِعِيِّ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ . وَالثَّلَاثُ ، لَا يَجُوزُ مَعَ اتِّفَاقِ النَّوْعِ ، وَيَجُوزُ مَعَ اخْتِلَافِهِ .
 وَوَجْهُ جَوَازِهِ ، مَا رَوَى الجُوزَ جَانِيً ، عَنْ أَبِي صَالِحٍ ، عَنْ اللَّيْثِ ، عَنْ ابْنِ
 شِهَابٍ ، عَنْ سَالِمٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ،
 أَنَّهُ أَرْحَصَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي بَيْعِ العَرِيَّةِ بِالرُّطْبِ ، أَوْ التَّمْرِ ، وَلَمْ يُرْحَصْ فِي غَيْرِ
 ذَلِكَ ^(٢٦) . وَلِأَنَّهُ إِذَا جَازَ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ مَعَ اخْتِصَاصِ أَحَدِهِمَا بِالنَّقْصِ فِي ثَانِي
 الحَالِ ، فَلَأَنْ يَجُوزَ مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ أَوْلَى . وَلَنَا ، مَا رَوَى مُسْلِمٌ ^(٢٧) بِإِسْنَادِهِ عَنْ زَيْدِ

١٨٥/٤ ظ

(٢٤ - ٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) في م : « ولأن » .

(٢٦) أخرجه النسائي ، في : باب بيع العرايا بالرطب ، من كتاب البيوع . المحتسب ٢٣٥/٧ . والدارمي ، في :

باب في العرايا ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٢/٢ . والبيهقي ، في : باب من أجاز بيع العرايا بالرطب

أو التمر ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١١/٥ .

(٢٧) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

ابن ثابتٍ ، أن رسول الله ﷺ أَرْحَصَ فِي الْعَرَايَا أَنْ تُؤْخَذَ بِمِثْلِ خَرْصِهَا تَمْرًا . وَعَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَنْمَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وَقَالَ : « ذَلِكَ الرَّبَا ، تِلْكَ الْمَزَابِنَةُ » . إِلَّا أَنَّهُ رَحَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ ، النَّحْلَةَ وَالنَّحْلَتَيْنِ ، يَأْخُذُهَا أَهْلُ الْبَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْرًا ، يَأْكُلُونَهَا رُطْبًا^(٢٨) . وَلِأَنَّهُ مَبِيعٌ يَجِبُ فِيهِ مِثْلُهُ تَمْرًا ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ بِمِثْلِهِ رُطْبًا ، كَالتَّمْرِ الْجَائِفِ . وَلِأَنَّ مَنْ لَهُ رُطْبٌ فَهُوَ مُسْتَعْنٍ عَنْ شِرَاءِ الرُّطْبِ بِأَكْلِ مَا عِنْدَهُ ، وَبَيْعِ الْعَرَايَا يُشْتَرَطُ فِيهِ حَاجَةُ الْمُشْتَرِي ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَا . وَحَدِيثُ ابْنِ عُمَرَ شَكٌّ فِي الرُّطْبِ وَالتَّمْرِ ، فَلَا يَجُوزُ الْعَمَلُ بِهِ مَعَ الشُّكِّ ، سِيَّما وَهَذِهِ الْأَحَادِيثُ تُبَيِّنُهُ ، وَتُزِيلُ الشُّكَّ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا التَّقَابُضُ فِي الْمَجْلِسِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ تَمْرٍ بِتَمْرٍ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ شُرُوطُهُ ، إِلَّا مَا اسْتِثْنَاهُ الشَّرْعُ مِمَّا لَا^(٢٩) يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا . وَالقَبْضُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حَسَبِهِ ، فَفِي التَّمْرِ اكْتِيَالُهُ أَوْ نَقْلُهُ ، وَفِي الثَّمَرَةِ التَّحْلِيَةُ . وَلَيْسَ مِنْ شُرُوطِهِ حُضُورُ التَّمْرِ عِنْدَ النَّحِيلِ ، بَلْ لَوْ تَبَايَعَا بَعْدَ مَعْرِفَةِ التَّمْرِ وَالثَّمَرَةِ ، ثُمَّ مَضَيَا جَمِيعًا إِلَى النَّحْلَةِ ، فَسَلَّمَهَا إِلَى مُشْتَرِيهَا ، ثُمَّ مَشِيَ إِلَى التَّمْرِ فَتَسَلَّمَهُ مِنْ مُشْتَرِيهَا ، أَوْ تَسَلَّمَ / التَّمْرَ ثُمَّ مَضَيَا إِلَى النَّحْلَةِ جَمِيعًا فَسَلَّمَهَا إِلَى مُشْتَرِيهَا ، أَوْ سَلَّمَ النَّحْلَةَ ، ثُمَّ مَضَيَا إِلَى التَّمْرِ فَتَسَلَّمَهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ التَّفَرُّقَ لَا يَحْصُلُ قَبْلَ الْقَبْضِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ بَيْعَ الْعَرِيَّةِ يَقَعُ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَقُولَ : بِعْتِكَ ثَمْرَةَ هَذِهِ النَّحْلَةِ بِكَذَا وَكَذَا مِنَ التَّمْرِ . وَيَصِفُهُ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَكِيلَ مِنَ التَّمْرِ بِقَدْرِ خَرْصِهَا ، ثُمَّ يَقُولَ : بِعْتِكَ هَذَا بِهَذَا ، أَوْ يَقُولَ : بِعْتِكَ ثَمْرَةَ هَذِهِ النَّحْلَةِ بِهَذَا التَّمْرِ ، وَنَحْوَ هَذَا . وَإِنْ بَاعَهُ بِمُعَيَّنٍ فَقَبْضُهُ بِنَقْلِهِ وَأَخْذِهِ ، وَإِنْ بَاعَ بِمَوْصُوفٍ فَقَبْضُهُ بِاكْتِيَالِهِ .

و ١٨٦/٤

(٢٨) تقدم تحريجه في صفحة ١٢١ .

(٢٩) في الأصل : « لم » .

الفصل الخامس ، أنه لا يجوز بيعها إلا لمحتاج إلى أكلها رطباً ، ولا يجوز بيعها لغنى . وهذا أحد قولَي الشافعي ، وأباحها في القول الآخر مطلقاً لكل أحد ؛ لأن كل بيع جاز للمحتاج ، جاز للغنى ، كسائر البياعات ، ولأن حديث أبي هريرة وسهيل^(٣٠) مطلقان . ولنا ، حديث زيد بن ثابت^(٣١) ، حين سأله محمود بن لبيد ما عراياكم هذه ؟ فسمي رجالاً محتاجين من الأنصار ، شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا تقد بأيديهم يتتاعون به رطباً يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر ، فرخص لهم أن يتتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً . ومتى خولف الأصل بشرط ، لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط . ولأن ما أبيع للحاجة ، لم يبح مع عدمها ، كالزكاة للمساكين ، والترخص^(٣٢) في السفر . فعلى هذا ، متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب ، أو كان محتاجاً ، ومعه من الثمن ما يشتري به العريّة ، لم يجز له شراؤها بالتمر ، وسواء باعها لوابيها تحرزاً من دخول صاحب العريّة حائطه كذهب مالك ، أو لغيره ، فإنه لا يجوز . وقال ابن عقيل : يباح . ويحتمله كلام أحمد ؛ لأن الحاجة وجدت من الجانبين ، فجاز . كالمو كان المشتري محتاجاً إلى أكلها . ولنا ، حديث زيد الذي ذكرناه ، والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ، ولأن في حديث زيد وسهيل : « يأكلها أهلها رطباً » . ولو جاز لتخليص المعري لما شرط ذلك . فيشترط إذا / في بيع العريّة شروط خمسة ، أن يكون فيما دون خمسة أوسق ، وبيعها بخرصها من التمر ، وقبض ثمنها قبل التفريق ، وحاجة المشتري إلى أكل الرطب ، وأن لا يكون معه ما يشتري به سوي التمر . واشترط القاضي وأبو بكر شرطاً سادساً ، وهو حاجة البائع إلى البيع . واشترط الخرقي ، كونها موهوبة لبائعها . واشترط أصحابنا لبقاء العقد ، بأن

١٨٦/٤ ط

(٣٠) حديث أبي هريرة تقدم في صفحة ١٢٠ ، وحديث سهل تقدم في صفحة ١٢١ .

(٣١) تقدم تخرج حديث زيد بن ثابت في صفحة ١٢٤ .

(٣٢) في الأصل : « الرخص » .

يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا . فَإِنْ تَرَكَهَا حَتَّى تَصِيرَ ثَمْرًا بَطَلَّ الْعَقْدُ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٧١٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ تَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى يُتِمَرَ بَطَلَّ الْعَقْدُ)

يَعْنِي إِنْ لَمْ يَأْخُذْهَا الْمُشْتَرِي رُطْبًا بَطَلَّ الْعَقْدُ ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي قَوْلِهِ : لَا يَبْطُلُ . (وعن أحمد مثله^(١) ؛ لِأَنَّ كُلَّ ثَمْرَةٍ جَازٍ بَيْعُهَا رُطْبًا ، لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ إِذَا صَارَتْ ثَمْرًا ، كغَيْرِ الْعَرِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا »^(٢) . وَلِأَنَّ شِرَاءَهَا^(٣) «إِنَّمَا جَازٌ» لِلحَاجَةِ إِلَى أَكْلِ الرُّطْبِ ، فَإِذَا أَتَمَرَتْ تَبَيَّنَا عَدَمَ الحَاجَةِ ، فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ . ثُمَّ لَا فَرْقَ بَيْنَ تَرْكِه لِغِنَاهُ عَنْهَا ، أَوْ مَعَ^(٤) حَاجَتِهِ إِلَيْهَا ، أَوْ تَرْكِهَا لِعُدْرِ ، أَوْ لِغَيْرِ عُدْرِ ؛ لِلخَبَرِ . وَلَوْ أَخَذَهَا رُطْبًا فَتَرَكَهَا عِنْدَهُ فَأَتَمَرَتْ ، أَوْ شَمَسَهَا ، حَتَّى صَارَتْ ثَمْرًا ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَخَذَهَا . وَثَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةُ أُخْرَى فِي مَنْ اشْتَرَى ثَمْرَةً قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا ، ثُمَّ تَرَكَهَا حَتَّى بَدَأَ صِلَاحُهَا ، لَا يَبْطُلُ البَيْعُ . فَيُخْرَجُ هُنَا مِثْلُهُ . فَإِنْ أَخَذَ بَعْضُهَا رُطْبًا ، وَتَرَكَ بَاقِيَهَا حَتَّى أَتَمَرَ ، فَهَلْ يَبْطُلُ البَيْعُ فِي البَاقِي ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَرِيَّةِ فِي غَيْرِ النَّخِيلِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَقَوْلُ اللَّيْثِ ابْنِ سَعْدٍ . إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا ثَمَرَتْهُ لَا يَجْرِي فِيهَا الرُّبَا ، فَيَجُوزُ بَيْعُ رُطْبِهَا بِبَابِهَا ؛ لِعَدَمِ جَرِيَانِ الرُّبَا فِيهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ فِي العِنَبِ وَالرُّطْبِ دُونَ غَيْرِهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ العِنَبَ كَالرُّطْبِ فِي وُجُوبِ الزَّكَاةِ فِيهِمَا ، وَجَوَازِ خَرْصِهِمَا ، وَتَوْسِيقِهِمَا ، وَكَثْرَةِ تَبْيِيسِهِمَا ، وَاقْتِنَاتِهِمَا فِي بَعْضِ البُلْدَانِ ، وَالحَاجَةِ إِلَى أَكْلِ رُطْبِهِمَا ، وَالتَّنْصِيفِ عَلَى الشَّيْءِ يُوجِبُ ثُبُوتَ الحُكْمِ فِي مِثْلِهِ . وَلَا يَجُوزُ فِي

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٤ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) ف : م « ما » .

غيرهما ؛ لاختلافيهما في أكثر هذه المعاني ، / فإنه لا يمكن حَرْصُهَا ؛ لِتَفَرُّقِهَا فِي ١٨٧/٤ و
الأغصان ، واستتارها بالأوراق ، ولا يفتات يابسها ، فلا يحتاج إلى الشراء به .
وقال القاضي : يجوز في سائر الثمار . وهو قول مالك والأوزاعي ، قياساً على ثمرة
التخيل . ولنا ، ما روى الترمذي^(٥) ، أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة ، التمر
بالتمر ، إلا أصحاب العرايا ، فإنه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب ، وكل
ثمرة بحرصها . وهذا حديث حسن . وهذا يدل على تخصيص العريّة بالتمر .
وعن زيد بن ثابت ، عن رسول الله ﷺ ، أنه رخص^(٦) بعد ذلك في بيع العريّة
بالرطب أو بالتمر^(٧) . ولم يرخص في غير ذلك . وعن ابن عمر قال : نهى رسول
الله ﷺ عن المزابنة^(٨) ، والمزابنة : بيع تمر النخل بالتمر كيلاً ، وبيع العنب
بالزبيب كيلاً ، وعن كل ثمرة بحرصه . ولأن الأصل يقتضي تحريم بيع العريّة ،
وإنما جازت في ثمرة التخيل رخصة ، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين ؛
أحدهما ، أن غيرها لا يساويها في كثرة الأقيات بها ، وسهولة حَرْصِهَا ، وكون
الرخصة في الأصل لأهل المدينة ، وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره .
الثاني ، أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصاً ، وقياسهم يخالف خصوصاً غير
مخصوصة ، وإنما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ، ونهى النبي
ﷺ عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيصاً بقياس عليه ، وكذلك سائر
الثمار . والله أعلم .

(٥) في : باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠٧/٥ .

(٦) في الأصل : « أرخص » .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٥ .

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٠ .

بَابُ بَيْعِ الْأَصُولِ وَالثَّمَارِ

٧٢٠ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَمَنْ بَاعَ نَحْلًا مُؤَبَّرًا ، وَهُوَ مَا قَدْ تَشَقَّقَ طَلْعُهُ ، فَالْثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ مَتْرُوكَةٌ فِي النَّحْلِ إِلَى الْجِزَازِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ)

أَصْلُ الْإِبَارِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ : التَّلْقِيحُ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : إِلَّا أَنَّهُ لَا يَكُونُ حَتَّى يَتَشَقَّقَ الطَّلَعُ ، وَتَظْهَرَ الثَّمَرَةُ ، فَعَبَّرَ بِهِ عَنْ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ؛ لِلزُّومِ مِنْهُ . وَالْحُكْمُ مُتَعَلِّقٌ بِالظُّهُورِ ، دُونَ نَفْسِ التَّلْقِيحِ ، بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ ، يُقَالُ : أَبْرُتُ النَّحْلَةَ بِالتَّحْفِيفِ وَالتَّشْدِيدِ ، فَهِيَ مُؤَبَّرَةٌ / وَمَأْبُورَةٌ . وَمِنْهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « خَيْرُ الْمَالِ سِكَّةٌ مَأْبُورَةٌ » (١) . وَالسِّكَّةُ : النَّحْلُ الْمَصْفُوفُ . وَأَبْرُتُ النَّحْلَةَ ، أَبْرُهَا ، أَبْرًا ، وَإِبَارًا ، وَأَبْرُتُهَا تَأْبِيرًا ، وَتَأْبَرْتُ النَّحْلَةَ ، وَاتَّبَرْتُ ، وَمِنْهُ قَوْلُ الشَّاعِرِ :

١٨٧/٤ ظ

* تَأْبِرِي يَا خَيْرَةَ الْفَسِيلِ (٢) *

وَفَسَّرَ الْخِرْقِيُّ الْمُؤَبَّرَ بِمَا قَدْ تَشَقَّقَ طَلْعُهُ ؛ لِتَعَلُّقِ الْحُكْمِ بِذَلِكَ ، دُونَ نَفْسِ التَّأْبِيرِ . قَالَ الْقَاضِي : (٣) « وَقَدْ يَتَشَقَّقُ الطَّلَعُ بِنَفْسِهِ فَيَظْهَرُ » (٣) ، وَقَدْ يَشْتَقُّهُ الصَّعَادُ فَيَظْهَرُ . وَأَيْهِمَا كَانَ فَهُوَ التَّأْبِيرُ الْمُرَادُ هُنَا .

وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصُولٌ ثَلَاثَةٌ :

الأول : أَنَّ الْبَيْعَ مَتَى وَقَعَ عَلَى نَحْلِ مُثْمِرٍ ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ (٤) الثَّمَرَةَ ، وَكَانَتْ

(١) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٨/٣ . والطبراني في المعجم الكبير ١٠٧/٧ . كلاهما عن سويد بن هيرة .

(٢) الرجز في اللسان ، وتاج العروس (أ ب ر) .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل : « يشترط » .

الثَّمَرَةُ مُؤَبَّرَةٌ ، فهى للبائع . وإن كانت غير مُؤَبَّرَةٍ ، فهى للمُشْتَرِي . وبهذا قال مالكٌ ، والليثُ ، والشافعيُّ . وقال ابنُ أبي ليلى : هى للمُشْتَرِي فى الحالين ؛ لأنَّها مُتَّصِلَةٌ بالأصل^(٥) اتِّصَالٌ خِلْقَةٌ ، فكانت تابعةً له ، كالأغصانِ . وقال أبو حنيفةٌ ، والأوزاعيُّ : هى للبائع فى الحالين^(٦) ؛ لأنَّ هذا نماءٌ له حَدٌّ ، فلم يَتَّبِعْ أصلُهُ فى البيعِ ، كالزَّرْعِ فى الأرضِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « من ابتاعَ نخلاً بعدَ أنْ تُؤَبَّرَ ، فتمرَّتها للذى باعها ، إلَّا أنْ يشترطَ المُبتاعُ » . متفقٌ عليه^(٧) . وهذا صريحٌ فى ردِّ قولِ ابنِ أبي ليلى ، وحجَّةٌ على أبي حنيفةٍ والأوزاعيِّ بمفهومِهِ ؛ لأنَّه جعلَ التَّأْيِيرَ حَدًّا للملكِ البائعِ للثَّمَرَةِ ، فيكون ما قبله للمُشْتَرِي ، وإلَّا لم يكن حَدًّا ، ولا كان ذِكْرُ التَّأْيِيرِ مُفِيدًا . ولأنَّه نماءٌ كما من لظهورِهِ غايَةً ، فكان تابعاً لأصلِهِ قبلَ ظهورِهِ ، وغيرَ تابعٍ له بعدَ ظهورِهِ ، كالحمْلِ فى الحيوانِ . فأما الأغصانُ ، فإنَّها تُدخَلُ فى اسمِ النَّخْلِ ، وليس لاتفصالِها غايَةً ، والزَّرْعُ ليس من نماءِ الأرضِ ، وإنَّما هو مُودَعٌ فيها .

الفصل الثانى : أنَّه متى اشترطها أحدُ المُتبايعين ، فهى له ، مُؤَبَّرَةٌ كانت أو غيرَ مُؤَبَّرَةٍ ، البائعُ فيه والمُشْتَرِي سِوَاهُ . وقال مالكٌ : إن اشترطها المُشْتَرِي بعدَ التَّأْيِيرِ ، جازَ ؛ لأنَّه بمنزلةِ شراؤها مع أصلها ، وإن اشترطها البائعُ قبلَ^(٨) التَّأْيِيرِ ، لم يجزَ ؛ لأنَّ اشتراطه لها بمنزلةِ شراؤها قبلَ بُدْوَ صلاحِها بشرطِ تركِها . ولنا ، أنَّه استثنى بعضَ ما وقَعَ عليه العَقْدُ وهو معلومٌ ، فصَحَّ ، كالمو باعَ حائطاً ، واستثنى نَخْلَةً / بعينها . ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى عن الثَّنِيَا^(٩) ، إلَّا أنْ تُعْلَمَ^(١٠) . ولأنَّه أحدُ

١٨٨/٤ و

(٥) فى الأصل : « الأصل » .

(٦) فى الأصل : « الحال » .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١ .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى الأصل : « بعد » .

(١٠) الثنيا ؛ بضم المثلثة : كل ما استثنىته .

(١١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الخبارة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٣٥ . والترمذى ، فى : =

الْمُتَبَاعِينَ ، فَصَحَّ اشْتِرَاؤُهُ لِلثَّمَرَةِ ، كَالْمُشْتَرَى ، وَقَدْ ثَبِتَ الْأَصْلُ بِالِاتِّفَاقِ عَلَيْهِ ،
 وَبِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُتَبَاعُ » ^(١٢) . وَلَوْ اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا جُزْءًا
 مِنَ الثَّمَرَةِ مَعْلُومًا ، كَانَ ذَلِكَ كَاشْتِرَاطِ جَمِيعِهَا فِي الْجَوَازِ ، فِي قَوْلِ جُمْهُورِ
 الْفُقَهَاءِ ، وَقَوْلِ أَشْهَبَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : لَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُ
 بَعْضِهَا ؛ لِأَنَّ الْخَبَرَ إِنَّمَا وَرَدَ بِاشْتِرَاطِ جَمِيعِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ مَا جَازَ اشْتِرَاطُ جَمِيعِهِ ،
 جَازَ اشْتِرَاطُ بَعْضِهِ ، كَمُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي مَالِ الْعَبْدِ إِذَا اشْتَرَطَ بَعْضَهُ .

الفصل الثالث : أَنَّ الثَّمَرَةَ إِذَا بَقِيَتْ لِلْبَائِعِ ، فَلَهُ تَرْكُهَا فِي الشَّجَرِ إِلَى أَوَانِ
 الْجِرَازِ ، سِوَاءَ اسْتَحَقَّهَا بِشَرْطِهِ ، أَوْ بظُهُورِهَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ
 أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْزِمُهُ قَطْعُهَا ، وَتَفْرِيقُ النَّخْلِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ ،
 فَلَزِمَ نَقْلَهُ وَتَفْرِيقَهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا طَعَامٌ ، أَوْ قَمَاشٌ لَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّقْلَ وَالتَّفْرِيقَ
 لِلْمَبِيعِ عَلَى حَسَبِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا طَعَامٌ ، لَمْ يَجِبْ نَقْلُهُ إِلَّا
 عَلَى حَسَبِ الْعَادَةِ فِي ذَلِكَ ، وَهُوَ أَنْ يَنْقُلَهُ نَهَارًا ، شَيْئًا بَعْدَ شَيْءٍ ، وَلَا يَلْزِمُهُ النَّقْلُ
 لَيْلًا ، وَلَا جَمْعُ دَوَابِّ الْبَلَدِ لِتَنْقِيلِهِ . كَذَلِكَ هُنَا ، يُفْرَغُ النَّخْلُ مِنَ الثَّمَرَةِ فِي أَوَانِ
 تَفْرِيقِهَا ، وَهُوَ أَوَانُ جِرَازِهَا ، وَقِيَاسُهُ حُجَّةٌ لَنَا ؛ لِمَا بَيَّنَّاهُ . إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَالْمَرْجِعُ
 فِي جَزْئِهِ إِلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، فَإِذَا كَانَ الْمَبِيعُ نَخْلًا ، فَحِينَ تَنْتَاهَى حَلَاوَةُ
 ثَمَرِهِ ^(١٣) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا بُسِرَهُ ^(١٤) خَيْرٌ مِنْ رُطْبِهِ ، أَوْ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَخْذِهِ ^(١٥)
 بُسْرًا ، فَإِنَّهُ يَجْزُهُ حِينَ تَسْتَحْكِمُ حَلَاوَةَ بُسْرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ الْعَادَةُ ، فَإِذَا
 اسْتَحْكَمَتْ حَلَاوَتُهُ ، فَعَلِيهِ نَقْلُهُ . وَإِنْ قِيلَ : بِقَاوُوهُ فِي شَجَرِهِ خَيْرٌ لَهُ وَأَبْقَى ؛ فَعَلِيهِ
 النَّقْلُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ فِي النَّقْلِ قَدْ حَصَلَتْ ، وَلَيْسَ لَهُ إِبْقَاؤُهُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ

= باب ما جاء في النهي عن الثنيا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٩٠/٥ . والنسائي ، في : باب النهي

عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٠/٧ .

(١٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(١٣) في الأصل : « ثمرها » .

(١٤) البُسْرُ : ثمر النخل قبل أن يصبح رطبًا .

(١٥) في م : « بأخذ » .

المبيع عبثاً ، أو فاكهَةً ، سِوَاهُ ، فَأَخَذَهُ حِينَ يَتَنَاهَى إِدْرَاكَهُ ، وَتَسْتَحْكِمُ حَلَاوَتَهُ ، وَيُجْزُ مِثْلَهُ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ .

فصل : فإن أبر بعضه دون بعض ، فالمنصوص عن أحمد ، أن ما أبر للبائع ، وما لم يُؤبر للمُشترى . وهو قول أبي بكرٍ / ؛ لِلخَبَرِ الَّذِي عَلَيْهِ مَبْنَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، ١٨٨/٤ ظ
فإن صريحه ، أن ما أبر للبائع ، ومفهومه ، أن ما لم يُؤبر للمُشترى . وقال ابن حامد : الكل للبائع . وهو مذهب الشافعي ؛ لأننا إذا لم نجعل الكل للبائع ، أدى إلى الإضرارِ باشتراك الأيدي في البستان ، فيجب أن يجعل ما لم يُؤبر تبعاً لما أبر ، كتمر النخلة الواحدة ، فإنه لا خلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع ، وقد يتبع الباطن^(١٦) الظاهر منه ، كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه . ولأن البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع ، كذا ههنا ، وهذا من النوع الواحد ؛ لأن الظاهر أن النوع الواحد يتقارب ويتلاحق ، فأما إن أبر ، لم يتبعه النوع الآخر . ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأنه يفضي إلى سوء المشاركة ، واختلاف الأيدي ، كما في النوع الواحد . ولنا ، أن النوعين يتباعدان ، ويتميز أحدهما من الآخر ، ولا يخشى اختلاطهما واشتياهما . فأشبهها الجنسَيْن . وما ذكره يتطل بالجنسَيْن . ولا يصح القياس على النوع الواحد ؛ لإتراقهما فيما ذكرناه . ولو باع حائطين قد أبر أحدهما ، لم يتبعه الآخر ؛ لأنه يفضي إلى سوء المشاركة ، واختلاف الأيدي ؛ لإتراق كل واحد منهما عن صاحبه . ولو أبر بعض الحائط ، فأفرد بالبيع ما لم يُؤبر ، فللمبيع حكم نفسه ، ولا يتبع غيره . وخرج القاضي وجهها في أنه يتبع غير المبيع ، ويكون للبائع ؛ لأنه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . ولا يصح هذا ؛ لأن المبيع لم

(١٦) في النسخ : « الباطل » .

يُؤَبَّرُ مِنْهُ شَيْءٌ ، فَوَجِبَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُشْتَرِي ، بِمَفْهُومِ الْخَبْرِ ، وَكَأَلَوْ كَانَ مُنْفَرِدًا فِي بُسْتَانٍ وَحَدَهُ . وَلِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى سُوءِ الْمُشَارَكَةِ ، وَلَا اخْتِلَافِ الْأَيْدِي ، وَلَا إِلَى ضَرَرٍ ، فَبَقِيَ عَلَى حُكْمِ الْأَصْلِ . فَإِنْ بِيَعْتَ النَّخْلَةَ وَقَدْ أُبْرِثَ كُلُّهَا ، أَوْ بَعْضُهَا ، فَأَطْلَعْتَ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَأَطْلَعِ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ حَدَّثَ فِي مِلْكِهِ ، فَكَانَ لَهُ ، كَأَلَوْ حَدَّثَ بَعْدَ جِزَازِ الثَّمَرَةِ . وَلِأَنَّ مَا أُطْلِعَ بَعْدَ تَأْيِيرٍ غَيْرِهِ لَا يَكَادُ يَشْتَبَهُ بِهِ ؛ لِتَبَاعُدِ مَا بَيْنَهُمَا .

فصل : وَطَلْعُ الْفُحَّالِ^(١٧) كَطَلْعِ الْإِنَاثِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ .
 / وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ طَلْعُ الْفُحَّالِ لِلْبَائِعِ قَبْلَ ظُهُورِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَخَذُ لِلْأَكْلِ قَبْلَ ظُهُورِهِ ، فَهُوَ كَثْمَرَةٌ لَا تُحْلَقُ إِلَّا ظَاهِرَةً ، كَالثَّيْنِ ، وَيَكُونُ ظُهُورُ طَلْعِهِ كَظُهُورِ ثَمَرَةٍ^(١٨) غَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا ثَمَرَةٌ تَحْلُلُ إِذَا تُرِكَتْ ظَهَرَتْ ، فَهِيَ كَالْإِنَاثِ ، أَوْ يَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْخَبْرِ . وَمَا ذَكَرَ لِلْوَجْهِ الْآخِرِ لَا يَصِحُّ^(١٩) ؛ فَإِنَّ أَكْلَهُ لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ ، وَإِنَّمَا يُرَادُ لِلتَّلْفِيحِ بِهِ ، وَهُوَ يَكُونُ بَعْدَ ظُهُورِهِ ، فَأَشْبَهَ طَلْعَ الْإِنَاثِ . فَإِنْ بَاعَ نَخْلًا فِيهِ فُحَّالٌ وَإِنَاثٌ لَمْ يَتَشَقَّقْ^(٢٠) مِنْهُ شَيْءٌ ، فَالْكُلُّ^(٢١) لِلْمُشْتَرِي ، إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ، فَإِنَّ طَلْعَ الْفُحَّالِ يَكُونُ لِلْبَائِعِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَشَقَّقَ طَلْعُ أَحَدِ التَّوَعَيْنِ دُونَ الْآخَرِ ، فَمَا تَشَقَّقَ فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا لَمْ يَتَشَقَّقْ لِلْمُشْتَرِي ، إِلَّا عِنْدَ مَنْ سَوَّى بَيْنَ الْأَنْوَاعِ كُلِّهَا . وَإِنْ تَشَقَّقَ طَلْعُ بَعْضِ الْإِنَاثِ أَوْ بَعْضِ الْفُحَّالِ ، فَالَّذِي قَدْ ظَهَرَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا لَمْ يَظْهَرَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْاِخْتِلَافِ فِيهِ .

فصل : وَكُلُّ عَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ يَجْرِي مَجْرَى الْبَيْعِ ، فِي أَنَّ الثَّمَرَةَ الْمُؤَبَّرَةَ تَكُونُ لِمَنْ

(١٧) الْفُحَّالُ ؛ بَضْمُ الْفَاءِ الْمَعْجَمَةِ وَتَشْدِيدُ الْحَاءِ : ذَكَرَ النَّخْلَ .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٩) فِي م : « يَصْلِحُ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ : « يَشَقُّقُ » .

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « فَلَکَلُ » .

انْتَقَلَ عَنْهُ الْأَصْلُ ، وَغَيْرِ الْمُؤَبَّرَةِ لِمَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ ، مِثْلُ أَنْ يُصَدَّقَ الْمَرْأَةُ نَحْلًا ، أَوْ يَخْلَعَهَا بِهِ ، أَوْ يَجْعَلَهُ عَوَضًا فِي إِجَارَةٍ ، أَوْ عَقْدِ صَلَاحٍ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضِيٌّ ، فَجَرَى مَجْرَى الْبَيْعِ . وَإِنْ انْتَقَلَ بِغَيْرِ مُعَاوَضَةٍ ، كَالْهَبَةِ ، وَالرَّهْنِ ، أَوْ فُسِّخَ لِأَجْلِ الْعَيْبِ ، أَوْ فَلَسَ الْمُشْتَرِي ، أَوْ رُجِعَ الْأَبُ فِي هَبَّتِهِ لِوَلَدِهِ ، أَوْ تَفَاطَلَا الْمَيْعُ ، أَوْ كَانَ صَدَاقًا فَرَجَعَ إِلَى الزَّوْجِ لِفَسْخِ الْمَرْأَةِ النَّكَاحِ ، أَوْ نَصْفَهُ لِطَلَاقِ الزَّوْجِ ، فَإِنَّهُ فِي الْفَسْخِ يَتَّبِعُ الْأَصْلَ ، سَوَاءً أُبْرَ ، أَوْ لَمْ يُؤَبَّرْ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مُتَّصِلٌ ، فَأَشْبَهَ السَّمْنَ ، وَفِي الْهَبَةِ وَالرَّهْنِ حُكْمُهُمَا حُكْمُ الْبَيْعِ ، فِي أَنَّهُ يَتَّبِعُ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، وَلَا يَتَّبِعُ فِيمَا بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ زَالَ عَنِ الْأَصْلِ بِغَيْرِ فَسْخٍ ، فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَا ، كَالْبَيْعِ . وَأَمَّا رُجُوعُ الْبَائِعِ لِفَلْسِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ الزَّوْجِ لِإِنْفِسَاخِ النَّكَاحِ ، فَيُذَكَّرَانِ فِي بَابَيْهِمَا .

٧٢١ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ يَبِيعُ الشَّجَرُ إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ ^(١) بَادٍ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الشَّجَرَ عَلَى خَمْسَةِ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يَكُونُ ثَمَرُهُ فِي أَكْمَامِهِ ، ثُمَّ تَتَفَتَّحُ الْأَكْمَامُ ، فَيَظْهَرُ ، كَالنَّحْلِ الَّذِي وَرَدَتْ السَّنَةُ فِيهِ ، وَبَيْنَا حُكْمُهُ ، وَهُوَ الْأَصْلُ ، وَمَا عَدَاهُ مَقِيسٌ عَلَيْهِ ، / وَمُلْحَقٌ بِهِ . وَمِنْ هَذَا الضَّرْبِ ؛ الْقَطْنُ ، وَمَا يُقْصَدُ نَوْرُهُ ؛ كَالْوَرْدِ ، وَالْيَاسَمِينِ ، وَالنَّرْجِسِ ، وَالْبَتْفَسَجِ ، فَإِنَّهُ تَظْهَرُ أَكْمَامُهُ ثُمَّ تَتَفَتَّحُ ، فَيَظْهَرُ ، فَهُوَ كَالطَّلَعِ إِنْ تَفَتَّحَ جُنْبُدُهُ ^(٢) ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي . الثَّانِي ، مَا تَظْهَرُ ثَمَرَتُهُ بَارِزَةً لَا قِشْرَ عَلَيْهَا وَلَا نَوْرَ ، كَالثَّنِينِ ، وَالثُّوتِ ، وَالْجَمِّيزِ ، فَهِنَّ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ ظُهُورَهَا مِنْ شَجَرِهَا بِمَنْزِلَةِ ظُهُورِ الطَّلَعِ مِنْ قِشْرِهِ . الثَّلَاثُ ، مَا يَظْهَرُ فِي قِشْرِهِ ، ثُمَّ يَبْقَى فِيهِ إِلَى حِينِ الْأَكْلِ ، كَالرَّمَّانِ ، وَالْمَوْزِ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ أَيْضًا بِنَفْسِ الظُّهُورِ ؛ لِأَنَّ قِشْرَهُ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، وَيَبْقَى فِيهِ إِلَى

١٨٩/٤ ظ

(١) فِي م : « ثَمَرٌ » .

(٢) الْجُنْبُدُ : وَرَدَ الشَّجَرَةَ قَبْلَ أَنْ يَتَفَتَّحَ .

حين الأكل ، فهو كالتين . ولأن قشره ينزل منزلة أجزائه ؛ للزومه إياه ، وكونه من مصلحته . الضرب الرابع ، ما يظهر في قشرين ، كالجوز ، واللوز ، فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور ؛ لأن قشره لا يزول عنه غالباً ، إلا بعد جزائه ، فأشبه الضرب الذى قبله . ولأن قشر اللوز يؤكل معه ، فأشبه التين . وقال القاضى : إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع ، وإن لم يتشقق فهو للمشتري ، كالطلع . ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً ، ولا يصح قياسه على الطلع ؛ لأن الطلع لا بد من تشققه ، وتشققه من مصلحته ، وهذا بخلافه ، فإنه لا يتشقق على شجره ، وتشققه قبل كماله يفسده . الخامس ، ما يظهر نوره ، ثم يتناثر ، فتظهر الثمرة ، كالشفاح ، والمشمش ، والإجاص^(٣) ، والخوخ . فإذا تفتح نوره ، وظهرت الثمرة فيه ، فهي للبائع ، وإن لم تظهر ، فهي للمشتري . وقيل : ما تناثر نوره ، فهو للبائع ، وما لا فهو للمشتري ؛ لأن الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور . وقال القاضى : يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره ؛ لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر ، فإن العقدة التى فى جوف الطلع ليست عين الثمرة ، وإنما هى أوعية لها ، تكبر الثمرة فى جوفها ، وتظهر ، فتصير العقدة فى طرفها ، وهى قمع الرطبة . وقول الخرقى : يقتضى ما قلناه ؛ لأنه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر بادياً لا يبدو نوره . ولا يبدو الثمر حتى يفتح^(٤) نوره . وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور ، فتعلق ذلك بظهوره . والعنب بمنزلة ماله نور ؛ لأنه يبدو فى قطوفه شىء صغير كحب الدخن ، ثم يفتح ، ويتناثر ، كتناثر^(٥) النور ، فىكون من هذا / القسم . والله أعلم . وهذا يفارق الطلع ؛ لأن الذى فى الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير ، والنور فى هذه الثمار يتساقط ، ويذهب ، وتظهر الثمرة . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل جميعه كما

و ١٩٠/٤

(٣) الإجاص : الكمثرى أو البرقوق .

(٤) فى م : لا يفتح .

(٥) فى الأصل : كساتر .

ذَكَرْنَا هُنَا ، أَوْ قَرِيبًا مِنْهُ ، وَبَيْنَهُمَا اخْتِلَافٌ عَلَى حَسَبِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ ،
أَوْ قَرِيبًا مِنْهُ .

فصل : فَأَمَّا الْأَغْصَانُ ، وَالْوَرَقُ ، وَسَائِرُ أَجْزَاءِ الشَّجَرِ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي بِكُلِّ
حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَائِهَا خُلِقَ لِمَصْلَحَتِهَا ، فَهُوَ كَأَجْزَاءِ سَائِرِ الْمَبِيعِ . وَيَحْتَمِلُ
أَنْ يَكُونَ وَرَقُ الثُّوتِ الَّذِي يُقْصَدُ أَخْذُهُ لِتَرْبِيَةِ دُودِ الْقَزِّ إِنْ تَفْتَحَ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ،
وَالْأَفْهَى لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْجُنُبِ الَّذِي يَتَفَتَّحُ ، فَيُظْهِرُ نُورَهُ مِنَ الْوَرْدِ وَغَيْرِهِ ،
وَهَذَا فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي عَادَتْهُمْ أَخْذُ الْوَرَقِ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادَتْهُمْ ذَلِكَ ، فَهُوَ
لِلْمُشْتَرِي ، كَسَائِرِ وَرَقِ الشَّجَرِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِذَا كَانَتِ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ مُبَقَّاةً فِي شَجَرِ الْمُشْتَرِي ، فَاخْتِاجَتْ إِلَى سَقْيِ ،
لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي مَنَعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى بِهِ ، فَلَزِمَهُ تَمْكِينُهُ مِنْهُ ، كَثَرَكِهِ عَلَى الْأَصُولِ .
وَإِنْ أَرَادَ سَقْيَهَا مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، فَلِلْمُشْتَرِي مَنَعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ بِسَقْيِهِ يَتَضَمَّنُ التَّصَرُّفَ
فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ مَنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا أَبَاحَتْهُ الْحَاجَةُ ،
فَإِنْ لَمْ تُوجِدِ الْحَاجَةُ يَبْقَى عَلَى أَصْلِ الْمَنَعِ . فَإِنْ احتِاجَتْ إِلَى السَّقْيِ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ
عَلَى الشَّجَرِ ، أَوْ احتِاجَ الشَّجَرُ إِلَى سَقْيِ يَضُرُّ بِالثَّمَرَةِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : أَيُّهُمَا طَلَبَ
السَّقْيِ لِحَاجَتِهِ أُجْبِرَ الْآخَرُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِي
اقتَضَى عَقْدَهُ تَبْقِيَةَ الثَّمَرَةِ ، وَالسَّقْيُ مِنْ تَبْقِيَتِهَا ، وَالْعَقْدُ اقتَضَى تَمْكِينَ الْمُشْتَرِي
مِنْ حِفْظِ الْأَصُولِ ، وَتَسْلِيمِهَا ، فَلَزِمَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا أُوجِبَهُ الْعَقْدُ لِلْآخَرِ ،
وَإِنْ أَضْرَّ بِهِ . وَإِنَّمَا لَهُ أَنْ يَسْقِيَ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْحَاجَةِ ، رُجِعَ
إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ . وَأَيُّهُمَا التَّمَسَّ السَّقْيُ فَالْمَوْثُوتُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لِحَاجَتِهِ .

فصل : فَإِنْ خِيفَ عَلَى الْأَصُولِ الضَّرَرُ بِتَبْقِيَةِ الثَّمَرَةِ عَلَيْهَا لِعَطَشٍ أَوْ غَيْرِهِ ،
وَالضَّرَرُ يَسِيرٌ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَطْعِهَا / ؛ لِأَنَّهَا مُسْتَحَقَّةٌ لِلْبَقَاءِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى إِزَالَتِهَا ١٩٠/٤ ظ
لِدَفْعِ ضَرَرٍ يَسِيرٍ عَنْ غَيْرِهِ . وَإِنْ كَانَ كَثِيرًا ، فَخِيفَ عَلَى الْأَصُولِ الْجَفَافِ ، أَوْ
نَقَصُ حَمْلِهَا ، فَبِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُجْبَرُ أَيْضًا لِذَلِكَ . الثَّانِي ، يُجْبَرُ عَلَى

الْقَطْعِ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يُلْحَقُهَا وَإِنْ لَمْ تُقَطَّعْ ، وَالْأَصُولُ تَسْلَمُ بِالْقَطْعِ ، فَكَانَ الْقَطْعُ
أَوْلَى . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْوَجْهَيْنِ .

فصل : وَإِذَا بَاعَ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ لِلْبَائِعِ ، فَحَدَّثَتْ ثَمْرَةً أُخْرَى ، أَوْ اشْتَرَى ثَمْرَةً
فِي شَجَرِهَا ، فَحَدَّثَتْ ثَمْرَةً أُخْرَى ، فَإِنْ تَمَيَّزَتْ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ ثَمْرَتُهُ ، وَإِنْ لَمْ تَتَمَيَّزْ
إِحْدَاهُمَا مِنَ الْأُخْرَى ، فَهُمَا شَرِيكَانِ فِيهِمَا ، كُلُّ وَاحِدٍ يَقْدِرُ ثَمْرَتَهُ . فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ
قَدْرُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، اصْطَلَحَا عَلَيْهَا ، وَلَا يُيْتَلُّ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ لَمْ يَتَعَدَّرْ
تَسْلِيمُهُ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَطَ بغيرِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى طَعَامًا فِي مَكَانٍ ، فَأَنْتَالَ عَلَيْهِ طَعَامَ
اللَّبَائِعِ ، أَوْ أَنْتَالَ هُوَ عَلَى طَعَامِ اللَّبَائِعِ ، وَلَمْ يُعْرِفْ قَدْرُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَيُفَارِقُ
هَذَا مَا لَوْ اشْتَرَى ثَمْرَةً قَبْلَ بُدْوِ صَلَاحِهَا ، فَتَرَكَهَا حَتَّى بَدَا صَلَاحُهَا ، أَوْ اشْتَرَى
عَرِيَّةً ، فَتَرَكَهَا حَتَّى أَثْمَرَتْ ، فَإِنَّ الْعَقْدَ يُيْتَلُّ فِي إِحْدَى الرَّوَابِئِينَ ؛ لَكَوْنِ اخْتِلَاطِ
الْمَبِيعِ بغيرِهِ حَصَلَ بَارِزًا تَكَابُ النَّهْيِ ، وَكَوْنِهِ يَتَّخِذُ حِيلَةً عَلَى شِرَاءِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوِ
صَلَاحِهَا ، أَوْ شِرَاءِ الرُّطْبِ بِالثَّمَرِ مِنْ غَيْرِ كَيْلٍ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى أَكْلِهِ رُطْبًا ، وَهَهُنَا
مَا ارْتَكَبَ نَهْيًا ، وَلَا يَجْعَلُ هَذَا طَرِيقًا إِلَى فِعْلِ الْمُحَرَّمِ . وَجَمَعَ أَبُو الْخَطَّابِ بَيْنَهُمَا ،
فَقَالَ : فِي الْجَمِيعِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُيْتَلُّ الْعَقْدُ . وَالْأُخْرَى ، لَا يُيْتَلُّ . وَقَالَ
الْقَاضِي : إِنْ كَانَتْ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ ، فَحَدَّثَتْ ثَمْرَةً أُخْرَى ، قِيلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ : اسْمَحْ
بِنَصِيبِكَ لِصَاحِبِكَ . فَإِنْ فَعَلَهُ (٦) أَحَدُهُمَا ، أَقْرَضْنَا الْعَقْدَ وَأَجْبَرْنَا الْآخَرَ عَلَى
الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ يُزْوَلُ بِهِ التَّرَاغُ . وَإِنْ امْتَنَعَا ، فَسَخْنَا الْعَقْدَ ؛ لِتَعَدُّرِ وُصُولِ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا إِلَى قَدْرِ حَقِّهِ . وَإِنْ اشْتَرَى ثَمْرَةً ، فَحَدَّثَتْ ثَمْرَةً أُخْرَى ، لَمْ نُقَلِّ لِلْمُشْتَرِي :
اسْمَحْ بِنَصِيبِكَ ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَةَ كُلَّ الْمَبِيعِ ، فَلَا يُؤْمَرُ بِتَحْلِيَّتِهِ كُلِّهِ ، وَتَقُولُ لِلْبَائِعِ
ذَلِكَ ، فَإِنْ سَمَحَ بِنَصِيبِهِ لِلْمُشْتَرِي أَجْبَرْنَا هُوَ عَلَى الْقَبُولِ ، وَإِلَّا فَسَخَّ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا وَهَذَا ،
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَعَلَّ هَذَا قَوْلٌ / لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا ، فَإِنِّي لَمْ أَجِدْهُ

و ١٩١/٤

(٦) فِي الْأَصْلِ : « فَعَلَ » .

مَعْرِياً إِلَى أَحْمَدَ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا اخْتِيَارُ الْقَاضِي ، وَليْسَ بِمِذْهَبِ لِأَحْمَدَ . وَلَوْ اشْتَرَى حِنْطَةً ، فَانْتَالَتْ عَلَيْهَا أُخْرَى ، لَمْ يَنْفَسِخِ الْبَيْعُ ، وَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِي الثَّمَرَةِ تَحَدُّثٌ مَعَهَا أُخْرَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : إِذَا بَاعَ الْأَرْضَ وَفِيهَا زَرْعٌ لَا يُحْصَدُ إِلَّا مَرَّةً ، كَالْحِنْطَةِ ، وَالشَّعِيرِ ، وَالْقَطَانِي^(٧) ، وَمَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ مُسْتَتِرٌ ، كَالجَزْرِ ، وَالْفُجْلِ ، وَالْبَصْلِ ، وَالثُّومِ ، وَأَشْبَاهِهَا ، فَاشْتَرَطَهُ لِلْمُشْتَرِي ، فَهُوَ لَهُ ، قَصِيلاً^(٨) كَانَ أَوْ ذَا حَبٍّ ، مُسْتَتِراً أَوْ ظَاهِراً ، مَعْلُوماً أَوْ مَجْهُولاً ؛ لِكُونِهِ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ تَبَعاً^(٩) لِلْأَرْضِ ، فَلَمْ يَضُرَّ جَهْلُهُ وَعَدَمُ كَمَالِهِ ، كَالْوِشْتَرِي شَجَرَةً ، فَاشْتَرَطَ ثَمَرَتَهَا بَعْدَ تَأْيِيرِهَا . وَإِنْ أُطْلِقَ الْبَيْعُ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِي الْأَرْضِ ، فَهُوَ كَالْكَنْزِ ، وَالْقُمَاشِ . وَلِأَنَّهُ يُرَادُ لِلنَّقْلِ ، فَاشْتَبَهَ الثَّمَرَةَ الْمُؤَبَّرَةَ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفاً . وَيَكُونُ لِلْبَائِعِ مُبَقًى فِي الْأَرْضِ إِلَى حِينِ الْحَصَادِ بغيرِ أُجْرَةٍ ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ حَصَلَتْ مُسْتَثْنَاءً لَهُ ، وَعَلَيْهِ حَصَادُهُ فِي أَوَّلِ وَقْتِ حَصَادِهِ . وَإِنْ كَانَ بَقَاؤُهُ أَتْفَعَ لَهُ ، كَقَوْلِنَا فِي الثَّمَرَةِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : عَلَيْهِ نَقْلُهُ عَقِيبَ الْبَيْعِ . كَقَوْلِهِ فِي الثَّمَرَةِ ، وَقَدْ مَضَى^(١٠) الْكَلَامُ فِيهَا . وَهَكَذَا^(١١) الْحُكْمُ فِي الْقَصَبِ الْفَارِسِيِّ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَقْتًا يُقَطَعُ فِيهِ ، إِلَّا أَنَّ الْعُرُوقَ تَكُونُ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهَا تُتْرَكُ فِي الْأَرْضِ لِلْبَقَاءِ فِيهَا . وَالْقَصَبُ نَفْسُهُ كَالثَّمَرَةِ ،^(١٢) وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ^(١٣) شَيْءٌ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي . وَأَمَّا قَصَبُ السُّكَّرِ ، فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ مَرَّةً وَاحِدَةً ، فَهُوَ كَالزَّرْعِ . فَإِنْ حَصَدَهُ قَبْلَ أَوَانِ^(١٤) الْحَصَادِ لِيَنْتَفِعَ بِالْأَرْضِ فِي غَيْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْاِئْتِفَاعَ بِهَا ؛ لِأَنَّ

(٧) القطاني : كل حب يدخر كالعدس والحمص والأرز .

(٨) القصيل : ما قطع من الزرع وهو أخضر .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في م : « قضى » .

(١١) في م زيادة : « قال » .

(١٢ - ١٣) في الأصل : « وإن لم يكن ظهر » .

(١٤) سقط من : م .

مَنْفَعَتَهَا إِنَّمَا حَصَلَتْ مُسْتَثْنَاءً عَنِ مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، ضَرُورَةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ ، فَتُقَدَّرُ بِبَقَائِهِ ، كَالثَّمَرَةِ عَلَى الشَّجَرَةِ ، وَكَمَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ طَعَامًا لَا يَنْقَلُ مِنْهُ عَادَةً إِلَّا فِي شَهْرٍ ، لَمْ يُكَلَّفْ إِلَّا ذَلِكَ ، فَإِنْ تَكَلَّفَ نَقْلَهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ، لِيَنْتَفِعَ بِالذَّارِ فِي غَيْرِهِ ، لَمْ يَجْزُ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَمتى حُصِدَ الزَّرْعُ ، وَبَقِيَتْ لَهُ عُروُقٌ تُسْتَضِيرُ بِهَا الْأَرْضُ ، كَعُروُقِ الْقَطَنِ وَالذَّرَةِ ، فَعَلَى الْبَائِعِ إِزَالَتُهَا . وَإِنْ تَحَفَّرَتِ الْأَرْضُ ، / فَعَلِيهِ تَسْوِيَةٌ ظ ١٩١/٤ حُفْرِهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتِصْلَاحٌ لِمَلِكِهِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا فِيهَا خَائِيَةً^(١٤) كَبِيرَةً ، لَا تَخْرُجُ إِلَّا بِهَذْمِ بَابِ الدَّارِ ، فَهَدَمَهَا ، كَانَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ نَقْصٍ دَخَلَ عَلَى مَلِكٍ شَخْصٍ لِاسْتِصْلَاحِ مَلِكٍ الْآخَرَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْأَوَّلِ ، وَلَا فِعْلٍ صَدَرَ عَنْهُ النَّقْصُ ، وَاسْتَنَّدَ إِلَيْهِ ، كَانَ الضَّمَانُ عَلَى مُدْخِلِ النَّقْصِ .

فصل : وَإِنْ بَاعَ أَرْضًا وَفِيهَا زَرْعٌ يُجْزَى مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى ، فَلِأَصُولِ لِلْمُشْتَرِي ، وَالجَزْءُ الظَّاهِرَةُ عِنْدَ الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ ، سَوَاءً كَانَ مِمَّا يَبْقَى سَنَةً ، كَالِهِنْدِيَا^(١٥) ، وَالبُقُولِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، كَالرُّطْبَةِ^(١٦) ، وَعَلَى الْبَائِعِ قَطْعُ مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُ فِي الْحَالِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِذَلِكَ حَدٌّ يَنْتَهَى إِلَيْهِ . وَلَأَنَّ ذَلِكَ يَطُولُ ، وَيَخْرُجُ غَيْرُ مَا كَانَ ظَاهِرًا ، وَالزِّيَادَةُ مِنَ الْأَصُولِ الَّتِي هِيَ مِلْكٌ لِلْمُشْتَرِي . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الزَّرْعُ مِمَّا تَكَرَّرَ ثَمَرَتُهُ ، كَالْقَيْثَاءِ ، وَالخِيَارِ ، وَالْبَطِيخِ ، وَالبَاذِنْجَانِ ، وَشِبْهِهِ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ، وَالثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ عِنْدَ الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا تَتَكَرَّرُ الثَّمَرَةُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ . وَلَوْ كَانَ مِمَّا تُؤَخَذُ زَهْرَتُهُ ، وَتَبْقَى عُروُقُهُ فِي الْأَرْضِ ، كَالْبَنْفَسَجِ ، وَالتَّرْجِسِ ، فَلِأَصُولِ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ جُعِلَ فِي الْأَرْضِ لِلْبِقَاءِ فِيهَا ، فَهُوَ كَالرُّطْبَةِ ، وَكَذَلِكَ أَوْرَاقُهُ وَغُصُونُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْصَدُ أَخْذُهُ ، فَهُوَ كَوَرَقِ الشَّجَرِ وَأَغْصَانِهِ . وَأَمَّا زَهْرَتُهُ ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ تَفْتَحَتْ ، فَهِيَ لِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِيمَا

(١٤) الخابية : وعاء الماء الذي يحفظ فيه .

(١٥) الهنديا : بقل زراعى ، يطبخ ورقه ، أو يجعل مشهيا .

(١٦) الرطبة : القصب خاصة . وهو ما أكل من النبات المقتضب غضاً ، ولا يدخر ولا يبقى ، كالفواكه .

مَضَى . واختار ابن عَقِيل في هذا كله أَنَّ البَائِعَ إن قال : بِعْتُكَ هذه الأَرْضَ بِحُقُوقِهَا .
دَخَلَ فِيهَا ، وإن لم يَقُلْ : بِحُقُوقِهَا . فهل يَدْخُلُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، كالشَّجَرِ .

فصل : وإذا اشْتَرَى أرضًا فيها بَذْرٌ ، فَاسْتَحَقَّ المُشْتَرِي أصلَه ، كالرَّطِيبَةِ ،
والتَّعْنَعِ ، والبُقُولِ التي تُجْرُ مَرَّةً بعد أُخْرَى ، فهو له ؛ لأنَّه تُرِكَ في الأَرْضِ لِلتَّبْقِيَةِ ،
فهو كأصولِ الشَّجَرِ . ولأنَّه لو كان ظاهرًا كان له ، فالْمُسْتَتِرُ أَوْلَى ، سواء عَلِقَتْ
عُرُوقُه في الأَرْضِ ، أو لا . فإن كان بَذْرًا لِمَا يَسْتَحِقُّه البَائِعُ ، فهو له ، إلا أن يَشْتَرِيه
المُبْتَاعُ ، فيكون له . وقال الشَّافِعِيُّ : البَيْعُ باطلٌ ؛ لأنَّ البَذْرَ مَجْهُولٌ ، وهو
مَقْصُودٌ . ولنا ، / أن البَذْرَ يَدْخُلُ تَبَعًا في البَيْعِ ، فلم يَضُرَّ جَهْلُه ، كما لو اشْتَرَى
عَبْدًا ، فَاشْتَرَطَ مَالَهٗ . وَيَجُوزُ في التَّابِعِ ^(١٦) من العَرَرِ ما لا يَجُوزُ في المَتْبُوعِ ،
كَبَيْعِ اللَّبَنِ في الضَّرْعِ مع الشَّاةِ ، والحَمَلِ مع الأُمِّ ، والسَّقُوفِ في الدَّارِ ،
وأساساتِ الحِيطَانِ ، تَدْخُلُ تَبَعًا في البَيْعِ ، ولا تَضُرُّ جَهْلُهَا ، ولا تَجُوزُ مُفْرَدَةً .
وإن لم يَعْلَمْ المُشْتَرِي بذلك ، فله الخِيَارُ في فسخِ البَيْعِ وإمضائه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ
عليه مَنْفَعَةَ الأَرْضِ عَامًا . فإن رَضِيَ البَائِعُ بِتَرْكِه لِلْمُشْتَرِي ، أو قال : أنا أُحْوِلُه .
وَأَمَكْنَهُ ذلك في زَمَنِ يَسِيرٍ لا يَضُرُّ بِمَنَافِعِ الأَرْضِ ، فلا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لأنَّه أزالَ
العَيْبَ بالنَّقْلِ ، أو زاده خَيْرًا بالتَّركِ ، فَلَزِمَهُ قَبُولُه ؛ لأنَّ فيه تَصَحِيحًا لِلْعَقْدِ ، وهذا
مذهبُ الشَّافِعِيِّ . وكذلك لو اشْتَرَى ^(١٧) نَخِيلًا فيه ^(١٧) طَلْعٌ ، فبان أَنه مُؤَبَّرٌ ، فله
الخِيَارُ ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ المُشْتَرِي ثَمَرَةَ عَامِهِ ، وَيَضُرُّ بِقَاوِئِهَا بَنخِلَهٗ . فإن تَرَكَها له
البَائِعُ ، لم يكن له خِيَارٌ . فإن قال : أنا أَقَطَعُهَا الآنَ . لم يَسْقُطْ خِيَارُه بذلك ؛
لأنَّ ثَمَرَةَ العامِ تَفَوَّتْ ، سواء قَطَعَهَا ، أو تَرَكَها . وإن اشْتَرَى أرضًا فيها زَرْعٌ
للْبَائِعِ ، أو شَجَرًا فيه ثَمَرٌ للْبَائِعِ ، والمُشْتَرِي جاهِلٌ بذلك ، يَظُنُّ أن الزَّرْعَ والثَّمَرَ
له ، فله الخِيَارُ أيضًا ، كما لو جَهِلَ وجودُه ؛ لأنَّه إنَّما رَضِيَ بِبَدْلِ مالِهِ عَوَضًا عن

(١٦) في الأصل : « التبع » .

(١٧ - ١٧) في الأصل : « نخلا فيها » .

الأرض والشجر بما فيهما ، فإذا بانَ خلاف ذلك يَنْبَغِي أن يُبْتِ لَه الخِيَارُ ، كالمُشْتَرِي لِلْمَعِيبِ يَظُنُّهُ صَاحِبًا . وإن اِخْتَلَفَا فِي جَهْلِهِ لَدَلِك ، فالقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ مَمَّنْ يَجْهَلُ ذَلِكَ ، لِكَوْنِهِ عَامِيًّا ، فَإِنَّ هَذَا مِمَّا يَجْهَلُهُ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ . وَإِنْ كَانَ مَمَّنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَجْهَلُهُ .

فصل : إِذَا بَاعَهُ أَرْضًا بِحُقُوقِهَا ، دَخَلَ مَا فِيهَا مِنْ غِرَاسٍ وَبِنَاءٍ فِي الْبَيْعِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : رَهْتَنَكَ هَذِهِ الْأَرْضَ بِحُقُوقِهَا . دَخَلَ فِي الرَّهْنِ غِرَاسُهَا وَبِنَاؤُهَا . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : بِحُقُوقِهَا . فَهَلْ يَدْخُلُ الْغِرَاسُ وَالبِنَاءُ فِيهِمَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَنَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهُمَا يَدْخُلَانِ فِي الْبَيْعِ دُونَ الرَّهْنِ ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِي ذَلِكَ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِمَا جَمِيعًا قَوْلَانِ . وَمِنْهُمْ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِكَوْنِ الْبَيْعِ أَقْوَى ، فَيَسْتَتَبِعُ الْبِنَاءَ وَالشَّجَرَ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : إِنَّهُمَا سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ مَا تَبِعَ فِي الْبَيْعِ تَبِعَ فِي (١٨) الرَّهْنِ ، كَالطَّرِيقِ وَالْمَنَافِعِ ، وَفِيهِمَا جَمِيعًا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَدْخُلُ الْبِنَاءُ وَالشَّجَرُ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ حُقُوقِ (١٩) الْأَرْضِ ، وَلِذَلِكَ يَدْخُلَانِ إِذَا قَالَ : بِحُقُوقِهَا . وَمَا كَانَ مِنْ حُقُوقِهَا يَدْخُلُ فِيهَا بِالْإِطْلَاقِ ، كَطَّرِقُهَا وَمَنَافِعِهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَدْخُلَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ حُقُوقِ الْأَرْضِ ، فَلَا يَدْخُلَانِ فِي بَيْعِهَا وَرَهْنِهَا ، كَالثَّمَرَةِ الْمُؤَبَّرَةِ . وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ؛ بِكَوْنِ الثَّمَرَةِ تُرَادُ لِلتَّقْوِيلِ ، وَلَيْسَتْ مِنْ حُقُوقِهَا ، بِخِلَافِ الشَّجَرِ وَالبِنَاءِ . فَإِنْ قَالَ : بَعْتُكَ هَذَا الْبُسْتَانَ . دَخَلَ فِيهِ الشَّجَرُ ؛ لِأَنَّ الْبُسْتَانَ اسْمٌ لِلْأَرْضِ ، وَالشَّجَرِ ، وَالحَائِطِ ؛ وَلِذَلِكَ لَا تُسَمَّى الْأَرْضُ الْمَكشُوفَةُ بُسْتَانًا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَيَدْخُلُ فِيهِ الْبِنَاءُ ؛ لِأَنَّ مَا دَخَلَ فِيهِ الشَّجَرُ دَخَلَ فِيهِ الْبِنَاءُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَدْخُلَ .

١٩٢/٤ ظ

فصل : وَإِنْ بَاعَهُ شَجَرًا ، لَمْ تَدْخُلِ الْأَرْضُ فِي الْبَيْعِ . ذَكَرَهُ أَبُو إِسْحَاقَ ابْنَ شَاقِلًا ؛ لِأَنَّ الْاسْمَ لَا يَتَنَاوَلُهَا ، وَلَا هِيَ (١٩) تَبِعُ لِلْمَبِيعِ .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) سقط من : الأصل .

فصل : وإن قال : بَعَثَكَ هذه الْقَرْيَةَ . فإن كَانَتْ في اللَّفْظِ قَرْيَةً ، مثلَ الْمُسَاوِمَةِ على أرضِها ، أو ذَكَرَ الزَّرْعَ والغَرْسَ فيها ، وذكَّرَ حُدُودَها ، أو بذَّلَ ثَمَنَ لا يَصْلُحُ إلَّا فيها وفي أرضِها ، دَخَلَ في البَيْعِ ؛ لأنَّ الاسمَ يجوزُ أن يُطْلَقَ عليها مع أرضِها ، والقَرْيَةُ صَارِفَةٌ إليه ودالَّةٌ عليه ، فأشْبَهَ ما لو صرَّحَ به ، وإن لم يكن قَرْيَةً تَصْرِفُ إلى ذلك ، فَالبَيْعُ يَتَنَاوَلُ البُيُوتَ ، والحِصْنَ الدَّائِرَ عليها ، فإنَّ القَرْيَةَ اسْمٌ لذلك ، وهو مأخوذٌ من الجَمْعِ ؛ لأنَّه يَجْمَعُ النَّاسَ ، وسواءٌ قال : بِحُقُوقِها . أو لم يَقُلْ . وأمَّا الغِرَاسُ بين بُنْيَانِها ، فحُكْمُهُ حُكْمُ الغِرَاسِ في الأَرْضِ ، إن قال : بِحُقُوقِها . دَخَلَ ، وإن لم يَقُلْ ، فعلى وَجْهَيْنِ .

فصل : وإن باعَهُ دارًا بِحُقُوقِها ، تَنَاوَلَ البَيْعُ أرضِها ، وبناءَها ، وما هو مُتَّصِلٌ بها ، مِمَّا هو من مَصْلَحَتِها ، كالأبوابِ المَنْصُوبَةِ ، والحَوَائِجِ المَدْفُوعَةِ ، والرُّفُوفِ المُسَمَّرَةِ ، والأوتادِ المَعْرُوزَةِ ، والحَجَرِ المَنْصُوبِ من الرَّحَا ، وأشْبَاهِ ذلك . ولا يَدْخُلُ في البَيْعِ ما ليس من مَصَالِحِها ، كالكَنْزِ ، والأحجارِ المَدْفُوعَةِ ؛ لأنَّ ذلك مُودَعٌ فيها لِلتَّقْلِيعِ عنها ، فأشْبَهَ الفَرَشَ / ، والسُّتُورَ ، ولا ما كان مُتَفَصِّلًا عنها يَخْتَصُّ بِمَصْلَحَتِها ، كالْفَرَشِ ، والسُّتُورِ ، والطَّعَامِ ، والرُّفُوفِ المَوْضُوعَةِ على الأوتادِ بغيرِ تَسْمِيرٍ ، ولا غَرَزٍ في الحَائِطِ ، والحَبْلِ (٢٠) ، والدَّلْوِ ، والبَكْرَةِ ، والقَفْلِ ، وحَجَرِ الرَّحَى ، إذا لم يكن واحدٌ منهما مَنْصُوبًا ، والحَوَائِجِ المَوْضُوعَةِ مِن غيرِ أن يُطَيَّنَ عليها ، ونحوه ؛ لأنَّه مُتَفَصِّلٌ عنها ، لا يَخْتَصُّ بِمَصْلَحَتِها ، فأشْبَهَ الثِّيَابَ . وأمَّا ما كان من مَصَالِحِها ، لكنَّه مُتَفَصِّلٌ عنها ، كالمِفْتَاحِ ، والحَجَرِ الفُوقَانِيٍّ من الرَّحَا إذا كان السُّفْلَانِيٍّ مَنْصُوبًا ، فَيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَدْخُلُ في البَيْعِ ؛ لأنَّه لِمَصْلَحَتِها ، فأشْبَهَ المَنْصُوبَ فيها . والثاني ، لا يَدْخُلُ ؛ لأنَّه مُتَفَصِّلٌ عنها ، فأشْبَهَ السُّفْلَانِيٍّ إذا لم يكن مَنْصُوبًا ، والقَفْلَ ، والدَّلْوَ ، ونحوهما . ومَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ في هذا كَمَذْهَبِنَا سِوَاءً .

(٢٠) سقط من : م .

فصل : وما كان في الأرض من الحجارة المخلوقة فيها ، أو مئني عليها^(٢١) ، كأساسات الحيطان المتهدمة ، فهي^(٢٢) للمشتري بالبيع ؛ لأنه من أجزائها ، فهي كحيطانها ، وثرابها ، والمعادن الجامدة فيها ، والآجر كالحجارة في هذا . وإذا كان المشتري عالماً بذلك ، فلا خيار له . وإن لم يكن عالماً به ، وكان ذلك يضرُّ بالأرض ، ويتقصُّها ، كالصخر المضرب بعروق الشجر ، فهو عيب ، وللمشتري الخيار بين الفسخ . وأخذ الثمن ، أو الإمساك وأخذ أرض العيب ، كما في سائر المبيع . فأما إن كانت الحجارة أو الآجر مودعاً فيها للنقل عنها ، فهي للبائع ، كالكنز ، وعليه نقلها ، وتسوية الأرض إذا نقلها ، وإصلاح الحفر ؛ لأنه ضررٌ لحق لاستصلاح ملكه ، فكان عليه إزالته . وإن كان قلعها يضرُّ بالأرض ، أو تتطاوُل مدته ، ولم يكن المشتري عالماً ، فله الخيار كما ذكرنا ؛ لأنه عيب . وإن لم يكن في نقلها ضررٌ ، ويمكن نقلها في أيام يسيرة ، كالثلاثة فما دون ، فلا خيار له ، وله مطالبة البائع بنقلها في الحال ؛ لأنه لا عرف في ثبوتها ، بخلاف الزرع . وإن كان عالماً بالحال ، فلا خيار له ، ولا أجره في الزمان الذي نُقلت فيه ؛ لأنه علمٌ بذلك ورضي ، فأشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع . وإن لم يعلم ، واختار إمساك / المبيع ، فهل له أجره لزمان النقل ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأن المنافع مضمونة على المثلف ، فكان عليه بدلها ، كالأجزاء . والثاني ، لا يجب ؛ لأنه لما رضي بإمساك المبيع رضي^(٢٣) بتلف المنفعة في زمان النقل ، فإن لم يحتر الإمساك ، فقال البائع : أنا أدع ذلك لك . وكان ممّا لا ضرر في بقائه ، لم يكن له خيار ؛ لأن الضرر زال عنه .

فصل : فإن كان في الأرض معادن جامدة ، كمعادن الذهب ، والفضة ،

(٢١) في الأصل : « فيها » .

(٢٢) في الأصل : « فهو » .

(٢٣) سقط من : م .

والحديد، والنحاس، والرصاص، ونحوها، دَخَلَتْ فِي الْبَيْعِ، وَمِلَكْتِ بِمِلْكِ الْأَرْضِ الَّتِي هِيَ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَجْزَائِهَا، فَهِيَ كَثْرَابُهَا وَأَحْجَارُهَا، وَلَكِنْ لَا يُبَاعُ مَعْدِنُ الذَّهَبِ بِذَهَبٍ، وَلَا مَعْدِنُ الْفِضَّةِ بِفِضَّةٍ، وَيَجُوزُ بَيْعُهَا بِغَيْرِ جِنْسِهَا. وَإِنْ ظَهَرَ فِي الْأَرْضِ مَعْدِنٌ لَمْ يَعْلَمْ الْبَائِعُ بِهِ، فَلَهُ الْخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ ثَوْبًا عَلَى أَنَّهُ عَشْرَةٌ، فَبَانَ أَحَدَ عَشَرَ. هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ مَلَكَ الْأَرْضَ بِأَحْيَاءٍ أَوْ إِقْطَاعٍ. وَقَدْ رَوَى أَنَّ وَلَدَ بِلَالِ بْنِ الْحَارِثِ بَاعُوا عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَرْضًا، فَظَهَرَ فِيهَا مَعْدِنٌ، فَقَالُوا: إِنَّمَا بَعْنَا الْأَرْضَ، وَلَمْ نَبِعِ الْمَعْدِنَ. وَأَتُوا عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ بِالْكِتَابِ الَّذِي فِيهِ قَطِيعَةُ النَّبِيِّ ﷺ لِأَبِيهِمْ، فَأَخَذَهُ عُمَرُ فَقَبَّلَهُ، وَرَدَّ عَلَيْهِمُ الْمَعْدِنَ^(٢٤). وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ مَلَكَ الْأَرْضَ بِالْبَيْعِ، احْتَمَلَ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ خِيَارٌ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لغيره، وَهُوَ الْمَالِكُ الْأَوَّلُ. وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ الْخِيَارُ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًا ثَمَّ بَاعَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِقُّ الرَّدَّ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَهُ مِثْلَ مَا اشْتَرَاهُ. وَقَدْ رَوَى أَبُو طَالِبٍ، عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّهُ^(٢٥) إِذَا ظَهَرَ الْمَعْدِنُ فِي مِلْكِهِ مَلَكَهُ. وَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ لِلْبَائِعِ، وَلَا جَعَلَ لَهُ خِيَارًا؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ الْأَرْضِ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ظَهَرَ فِيهَا حِجَارَةٌ لَهَا قِيَمَةٌ كَبِيرَةٌ.

فصل: وإذا كان في الأرض بئرٌ أو عينٌ مُسْتَنْبِطَةٌ، فَنَفْسُ الْبَيْرِ وَأَرْضُ الْعَيْنِ مَمْلُوكَةٌ لِمَالِكِ الْأَرْضِ، وَالْمَاءُ الَّذِي فِيهَا غَيْرُ مَمْلُوكٍ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي مِنْ تَحْتِ الْأَرْضِ إِلَى مَلِكِهِ، فَأَشْبَهَ الْمَاءَ الْجَارِيَّ فِي النَّهْرِ إِلَى مَلِكِهِ، وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ. وَالْوَجْهَ الْآخَرَ، / يَدْخُلُ فِي الْمَلِكِ؛ لِأَنَّهُ ثَمَاءُ الْمَلِكِ. وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ مَا يُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُمْلِكُ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ لَهُ أَرْضٌ وَلَاخَرٌ مَاءً، فَيَشْتَرِكُ صَاحِبُ الْأَرْضِ وَصَاحِبُ الْمَاءِ فِي الزَّرْعِ، وَيَكُونُ بَيْنَهُمَا؟ فَقَالَ: لَا بَأْسَ. اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرِ. وَهَذَا يُدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَاءَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِهِ، وَفِي مَعْنَى الْمَاءِ، الْمَعَادِنُ الْجَارِيَةُ

(٢٤) انظر ما تقدم في: ٢٤٠/٤، ٢٤١، وتقدم بنصه في: ٢٤٥/٤، ٢٤٦.

(٢٥) سقط من: الأصل.

في الأملاك ، كالقار ، والنَّفِطِ ، والمُومِيَاءِ ، والمِلْحِ . وكذلك الحُكْمُ في النَّابِثِ في أرضه من الكَلَاءِ والشَّوْكِ ، ففي كل ذلك يُخْرَجُ على الرُّوَايَتَيْنِ في المَاءِ . والصَّحِيحُ أنَّ المَاءَ لَا يُمْلِكُ ، فكذلك هذه . قال أَحْمَدُ : لَا يُعْجِنِي بَيْعُ المَاءِ الْبَيْتَةَ . قال الأَثْرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عن قَوْمٍ بَيْنَهُمْ نَهْرٌ تَشْرَبُ مِنْهُ أَرْضُهُمْ ، لهذا يَوْمٍ ، ولهذا يَوْمَانِ ، يَتَّفِقُونَ عَلَيْهِ بِالْحِصَصِ ، فجاءَ يَوْمِي وَلَا أُحْتَاجُ إِلَيْهِ ، أَكْرِيهِ بِدَرَاهِمٍ ؟ قال : مَا أَدْرِي ، أَمَّا النَّبِيُّ ﷺ فَنَهَى عن بَيْعِ المَاءِ . قِيلَ : إِنَّهُ لَيْسَ بِيَعُهُ ، إِنَّمَا يُكْرِيهِ . قال : إِنَّمَا احْتَالُوا بِهَذَا لِيَحْسِنُوهُ ، فَأَيُّ شَيْءٍ هَذَا إِلَّا الْبَيْعُ ! وَرَوَى الأَثْرُمُ ، بِإِسْنَادِهِ عن جَابِرِ ، وَإِيَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُزَنِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ يُبَاعَ المَاءُ^(٢٦) . وَرَوَى أَيْضًا عن رَجُلٍ من أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، قال : « الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ : فِي المَاءِ وَالتَّارِ وَالكَلَاءِ » . رواه^(٢٧) أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي كِتَابِ « الأَمْوَالِ »^(٢٨) ، فَإِذَا قلْنَا : لَا يُمْلِكُ . فَصَاحِبُ الأَرْضِ أَحَقُّ بِهِ من غَيْرِهِ ؛ لِكَوْنِهِ فِي مِلْكِهِ ، فَإِنْ دَخَلَ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَأَخَذَهُ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ فِي الأَصْلِ ، فَأَشْبَهَ مَا لو عَشَّشَ فِي أَرْضِهِ طَائِرٌ ، أَوْ دَخَلَ فِيهَا ظَبْيٌ ، أَوْ نَضَبَتْ عن سَمْلِكَ ، فَدَخَلَ إِلَيْهِ دَاخِلٌ فَأَخَذَهُ ، وَأَمَّا مَا يَحْوِزُهُ من المَاءِ فِي إِنَائِهِ ، أَوْ يَأْخُذُهُ من الكَلَاءِ فِي حَبْلِهِ^(٢٩) ،^(٣٠) أَوْ يَحْوِزُهُ فِي رَحْلِهِ^(٣١) ، أَوْ يَأْخُذُهُ من المَعَادِنِ ، فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ^(٣١) ، وَلَهُ بَيْعُهُ بِلا خِلَافٍ بَيْنَ

(٢٦) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع فضل الماء ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وأبو داود ، في : باب في بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٢/٥ . والنسائي ، في : باب بيع الماء ، وباب بيع ضرب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٠/٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ .

(٢٧) في الأصل : « ورواه » .

(٢٨) في : باب حمى الأرض ذات الكلاء والماء ، من كتاب الأرضين ... ، الأموال ٢٩٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٩/٢ .

(٢٩) في الأصل : « رحله » .

(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) سقط من : الأصل .

أهل العلم ؛ فإن النبي ﷺ قال : « لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلًا ، فَيَأْخُذَ حُرْمَةً مِنْ حَطَبٍ ، فَيَبِيعَ ، فَيَكْفُ اللَّهُ بِهِ وَجْهَهُ ، خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ ، أُعْطِيَ أَوْ مُنِعَ » . رواه البخاري^(٣٢) . وروى أبو عبيد في « الأموال »^(٣٣) ، عن المشيخة ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع الماء إلا ما حيل منه . وعلى ذلك مضت العادة في الأمصار يبيع الماء في الروايا ، والحطب ، والكلا ، من غير تكبير ، وليس / لأحد أن يشرب منه ، ولا يتوضأ ، ولا يأخذ إلا بإذن مالكه . وكذلك لو وقف على بئر ، أو بئر مباح فاستقى بدلوه ، أو بدولاب أو نحوه ، فما يرقيه من الماء ، فهو ملكه ، وله بيعه ؛ لأنه ملكه بأخذه في إنائه . قال أحمد : إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره . ويجوز بيع البئر نفسها ، والعين ، ومشتريها أحق بمائها . وقد روى أن النبي ﷺ قال : « مَنْ يَشْتَرِي بَيْرَ رُومَةَ^(٣٤) يُوسِعُ بِهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَلَهُ الْجَنَّةُ » ، أو كما قال . فاشترها عثمان بن عفان ، رضي الله عنه ، من يهودي ، بأمر النبي ﷺ ، وسبّلها للمسلمين ، وكان اليهودي^(٣٥) يبيع ماءها^(٣٦) . وروى أن عثمان اشترى منه^(٣٧) نصفها بائنتي عشر ألفا ، ثم قال اليهودي : اختر ، إما أن تأخذها يومًا وأخذها أنا^(٣٨) يومًا ، وإما أن ننصب لك عليها دلوًا ، وأنصب عليها دلوًا . فاختار يومًا ويومًا ، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين ، فقال

ظ ١٩٤/٤

(٣٢) في : باب كسب الرجل وعمله بيده ، من كتاب البيوع ، وفي : باب بيع الحطب والكلا ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ٧٥/٣ ، ١٤٩ .

(٣٣) في : باب حمى الأرض ذات الكلا والماء ، من كتاب الأرضين ... ، الأموال ٣٠٢ .

(٣٤) رومة : أرض بالمدية بين الجرف وزعابة ، نزلها المشركون عام الخندق ، وفيها بئر رومة . معجم البلدان ٨٧٣/٢ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) أخرجه البخاري تعليقاً ، في : باب في الشرب ومن رأى صدقة الماء وهبته ، من كتاب المساقاة . صحيح البخاري ١٤٤/٣ . والترمذي ، في : باب في مناقب عثمان ... ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى

١٥٧/١٣ .

(٣٧) سقط من : الأصل .

(٣٨) في الأصل : « منها » .

اليهودى : أفسدت على بغيري ، فاشترت باقيها . فاشترته بثمانية آلاف . وفي هذا دليل على صحة بيعها ، وتسييلها ، وصحة بيع ما يستقيه منها ، وجواز قسمة مائتها بالمهاياة^(٣٩) ، وكون مالِكها أحق بمائتها^(٤٠) ، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك . فأما المياه الجارية ، فما كان نابعاً في غير ملك ، كالأنهار الكبار ، وغيرها ، لم تملك بحال ، ولو دخل إلى أرض رجل ، لم يملكه بذلك ، كالطير يدخل إلى أرضه ، ولكل أحد أخذه . ولا يملكه . إلا أن يجعل له في أرضه مستقراً ، كالبركة ، والقرارة^(٤١) ، أو يختفر ساقية ، يأخذ فيها من ماء النهر الكبير ، فيكون أحق بذلك الماء من غيره ، كقنع البئر ، وإن كان ما يستقر في البركة لا يخرج منها ، فالأولى أنه يملكه بذلك على ما سنذكره في مياه الأمطار . وما كان نابعاً أو مستنبطاً كالقني ، فهو كقنع البئر ، وفيه من الخلاف ما فيه ، فأما المصانع المتخذة لمياه الأمطار تجمع فيها ، ونحوها من البرك وغيرها ، فالأولى أنه يملك ماءها ، ويصح بيعه إذا كان معلوماً ؛ لأنه مباح حصّله بشيء معد له ، فملكه ، كالصيد يحصل في شبكته ، والسّمك في بركة معدة له ، ولا يجوز / أخذ شيء منه إلا بأذن مالِكه .

و ١٩٥/٤

٧٢٢ - مسألة ؛ قال : (وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ، ولم يند صلاحها على الترك إلى الجزاز ، لم يجز . وإن اشترها على القطع ، جاز)

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، أن يشتريها بشرط التقيّة ، فلا يصح البيع إجماعاً ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يندو صلاحها . نهى البائع والمبتاع . متفق عليه^(١) . النهى يقتضى فساد المنهى

(٣٩) المهاياة : قسمة الأيام في السقي .

(٤٠) في م : « بمثلها » .

(٤١) في م : « والقرار » .

(١) أخرجه البخارى ، في : باب بيع الثمار قبل أن يندو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى

١٠١/٣ . ومسلم ، في : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم

١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ .

عنه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجمَعَ أهلُ العِلْمِ على القَوْلِ بجُمْلَةٍ هذا الحَدِيثِ .
القسم الثاني ، أن يبيعهَا بشرطِ القَطْعِ في الحال ، فيصحُّ بالإجماع ؛ لأنَّ المَنعَ
إنَّمَا كان حَوْفًا مِنْ تَلَفِ الثَّمَرَةِ ، وحُدُوثِ العَاهَةِ عليها قَبْلَ أخذِها ؛ بِدَلِيلِ ما
رَوَى أَنَسٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تَرْهُوَ^(٢) . قال : « أَرَأَيْتَ
إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » . رَوَاهُ البُخَارِيُّ^(٣) . وهذا
مَأْمُونٌ فيما يُقَطَعُ ، فَصَحَّ بَيْعُهُ كما لو بَدَأَ صَلاحَهُ . القسم الثالث ، أن يبيعهَا
مُطْلَقًا ، ولم يشترطْ قَطْعًا ولا تَبَقِيَّةً ، فالبيعُ باطلٌ . وبه قال مالكٌ ، والشَّافِعِيُّ .
وأجازَهُ أبو حنيفةَ ؛ لأنَّ إطلاقَ العَقْدِ يَقْتَضِي القَطْعَ ، فهو كما لو اشترطَهُ ،
قال : وَمَعْنَى النَّهْيِ ، أن يبيعهَا مُدْرِكَةً قَبْلَ إِدْرَاكِهَا ، بِدَلَالَةِ قَوْلِهِ : « أَرَأَيْتَ
إِنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » . فَلَفْظَةُ المَنعِ تُدَلُّ على
أَنَّ العَقْدَ يَتَنَاوَلُ مَعْنَى ، وهو مَفْقُودٌ في الحالِ حَتَّى يُتَصَوَّرَ المَنعُ . ولنا ، أَنَّ
النَّبِيَّ ﷺ أَطْلَقَ النَّهْيَ عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْؤِ صَلاحِهَا . فَيَدْخُلُ فِيهِ مَحَلُّ
النِّزاعِ ، واستندلنا لَهُم بِسِياقِ الحَدِيثِ يَدُلُّ^(٤) على هَدْمِ قَاعِدَتِهِمُ التي
قَرَرُوهَا ، في أَنَّ إطلاقَ العَقْدِ يَقْتَضِي القَطْعَ ، ويُقَرَّرُ ما قُلْنَا ، من أَنَّ^(٥) إطلاقَ
العَقْدِ يَقْتَضِي^(٦) التَّبَقِيَّةَ ، فيصيرُ العَقْدُ المُطْلَقُ كالذي شَرَطَتْ فِيهِ التَّبَقِيَّةُ ،

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود
٢٢٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن
ماجه ٧٤٦/٢ . والإمام أحمد ، في : ٧/٢ ، ٦٢ ، ١٢٣ .
(٢) في الأصل : « ترهى » .

(٣) في : باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٠١/٣ .
كما أخرجه مسلم ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٠/٣ . والنسائي ،
في : باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٢/٧ . والإمام مالك ، في :
باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٨/٢ .

(٤) في م : « يدم » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في الأصل : « مقتضى » .

يَتَنَاوَلُهُمَا النَّهْيُ جَمِيعًا ، وَيَصِحُّ تَعْلِيلُهُمَا بِالْعِلَّةِ الَّتِي عُلِّلَ بِهَا النَّبِيُّ ﷺ ، مِنْ مَنَعِ الثَّمَرَةَ وَهَلَاكِهَا .

١٩٥/٤ ظ

فصل : وَيَبِيعُ الثَّمَرَةَ قَبْلَ بُدْوِ صَلَاحِهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ عَلَى ثَلَاثَةِ / أَضْرِبٍ أَحَدُهَا ، أَنْ يَبِيعَهَا مُفْرَدَةً لِغَيْرِ مَالِكِ الْأَصْلِ ، فَهَذَا الضَّرْبُ الَّذِي ذَكَرْنَا حُكْمَهُ ، وَيَبْتَأُ بَطْلَانَهُ . الثَّانِي ، أَنْ يَبِيعَهَا مَعَ الْأَصْلِ ، فَيَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تَوَبَّرَ ، فَتَمَرَّتْهَا لِلَّذِي بَاعَهَا ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ » (٧) . وَلِأَنَّهُ إِذَا بَاعَهَا مَعَ الْأَصْلِ حَصَلَتْ تَبَعًا فِي الْبَيْعِ (٨) ، فَلَمْ يَضُرَّ احْتِمَالُ الْعَرْرِ فِيهَا ، كَمَا احْتُمِلَتْ الْجَهَالَةُ فِي بَيْعِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ مَعَ بَيْعِ الشَّاةِ ، وَالنَّوَى فِي التَّمْرِ مَعَ التَّمْرِ ، وَأَسَاسَاتِ الْحَيْطَانِ فِي بَيْعِ الدَّارِ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يَبِيعَهَا مُفْرَدَةً لِمَالِكِ الْأَصْلِ ، نَحْوُ أَنْ تَكُونَ لِلْبَائِعِ وَلَا يَشْتَرِطُهَا الْمُبْتَاعُ ، فَيَبِيعُهَا لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ يُوصِي رَجُلًا بِثَمَرَةٍ تَخْلُتُهُ (٩) ، فَيَبِيعُهَا لِوَرِثَةِ الْمُوصِي ، فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ الْبَيْعُ ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ ، وَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَجْتَمِعُ الْأَصْلُ وَالثَّمَرَةُ لِلْمُشْتَرِي ، فَيَصِحُّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُمَا مَعًا . وَلِأَنَّهُ إِذَا بَاعَهَا لِمَالِكِ الْأَصْلِ حَصَلَ التَّسْلِيمُ إِلَى الْمُشْتَرِي عَلَى الْكَمَالِ ؛ لِكَوْنِهِ مَالِكًا لِأَصُولِهَا وَقَرَارِهَا ، فَصَحَّ ، كَبَيْعِهَا مَعَ أَصْلِهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَتَنَاوَلُ الثَّمَرَةَ خَاصَّةً ، وَالْعَرَرَ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ أَصْلًا يَمْنَعُ الصَّحَّةَ ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الْأَصُولُ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَلِأَنَّهَا تَدْخُلُ فِي عُمُومِ النَّهْيِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُمَا مَعًا ، فَإِنَّهُ مُسْتَثْنَى بِالْخَبَرِ الْمَرْوِيِّ فِيهِ ، وَلِأَنَّ الْعَرَرَ فِيمَا يَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ أَصْلًا يَمْنَعُ الصَّحَّةَ ، وَفِيمَا إِذَا بَاعَهُمَا مَعًا تَدْخُلُ الثَّمَرَةُ تَبَعًا ، وَيَجُوزُ فِي التَّابِعِ مِنَ الْعَرْرِ مَا لَا يَجُوزُ فِي الْمَتْبُوعِ ، كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ، وَالنَّحْمِلِ مَعَ الشَّاةِ ،

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٨) في م : « بيع » .

(٩) في م : « نخلة » .

وغيرهما . وإن باعَهُ الثَّمَرُ ، بِشَرْطِ القَطْعِ في الحَالِ ، صَحَّ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَلَا يَلْزَمُ المُشْتَرِي الوَفَاءُ بِالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ لَهُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّرْعِ الأَخْضَرِ في الأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطِ القَطْعِ في الحَالِ ، كَمَا ذَكَرْنَا في الثَّمَرَةِ عَلَى الأَصُولِ ؛ لِمَا رَوَى مُسْلِمٌ ^(١٠) ، عَنْ ابْنِ عُمرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهُو ^(١١) ، وَعَنْ بَيْعِ السَّنْبَلِ حَتَّى يَبْيَضَ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ . نَهَى البَائِعَ وَالمُشْتَرِي . قَالَ ابْنُ المُنْذِرِ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا / يَعْدِلُ عَنِ القَوْلِ بِهِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَهْلِ المَدِينَةِ ، وَأَهْلِ البَصْرَةِ ، وَأَصْحَابِ الحَدِيثِ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . فَإِنْ باعَهُ مَعَ الأَرْضِ ، جَازَ ، كَبَيْعِ الثَّمَرَةِ مَعَ الأَصْلِ ، وَإِنْ باعَهُ لِمَالِكِ الأَرْضِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا في الثَّمَرَةِ تُبَاعُ مِنْ مَالِكِ الأَصْلِ . وَقَالَ أَبُو الحَطَّابِ : يَجُوزُ . وَإِنْ باعَهُ إِثْمًا بِشَرْطِ القَطْعِ ، جَازَ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَلَمْ يَلْزَمْ المُشْتَرِي الوَفَاءُ بِالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ لَهُ ، فَهُوَ كَبَيْعِ الثَّمَرَةِ مِنْ مَالِكِ الأَصْلِ بِشَرْطِ القَطْعِ . وَإِذَا اشْتَدَّ حَبُّ الزَّرْعِ ، جَازَ بَيْعُهُ مُطْلَقًا ، وَبِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ في الحَدِيثِ : « حَتَّى يَبْيَضَ » . فَجَعَلَ ذَلِكَ غَايَةَ المَنْعِ مِنْ بَيْعِهِ ، فَيَدُلُّ عَلَى الجَوَازِ بَعْدَهُ . وَفِي رِوَايَةٍ ، نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ العَنْبِ حَتَّى يَسْوَدَ ، وَعَنْ بَيْعِ الحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ ^(١٢) . وَلِأَنَّهُ إِذَا اشْتَدَّ حَبُّهُ بَدَأَ صِلَاحُهُ ، فَصَارَ كَالثَّمَرَةِ إِذَا بَدَأَ

(١٠) في : باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ... ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٧/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٤/٥ . والنسائي ، في : باب بيع السنبل حتى يبيض ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٨/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٢ .

(١١) في م : « يزهي » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٧/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٦/٥ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢١/٣ ، ٢٥٠ .

صَلَّاحُهَا . وَإِذَا اشْتَدَّ شَيْءٌ مِنْ حَبِّهِ ، جَازَ بَيْعُ جَمِيعِ مَا فِي البُسْتَانِ مِنْ تَوَعُّهِ ، كَالشَّجَرَةِ إِذَا بَدَأَ الصَّلَاحُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا .

فصل : ذكر (١٣) القاضي في الصَّلَح قال : وَإِذَا اغْتَرَفَ رَجُلٌ بَرَزَعًا ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهُ بِعَوَضٍ ، صَحَّ فِيمَا يَصِحُّ فِي البَيْعِ ، وَبَطَلَ فِيمَا يَبْطُلُ فِيهِ . وَلَوْ ادَّعَى اثْنَانِ زَرْعًا فِي يَدِ أَحَدٍ ، فَأَقْرَّ لِمَا بِهِ ، فَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، فَإِنْ صَالَحَ (١٤) أَحَدُهُمَا عَنْ حَقِّهِ مِنْهُ قَبْلَ اشْتِدَادِ حَبِّهِ ، لَمْ يَجُزْ ، سِوَاءَ شَرَطِ القَطْعِ ، أَوْ أَطْلَقَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَطْلَقَ بَطَلَ ، لِلنَّهْيِ عَنْ بَيْعِ المُخَاضِرَةِ (١٥) ، وَإِنْ شَرَطَ القَطْعَ لَمْ يُمَكِّنْهُ قَطْعُ نَصِيبِهِ إِلَّا بِقَطْعِ الزَّرْعِ كُلِّهِ . وَإِنْ كَانَتِ الأَرْضُ لِلْمُقَرَّرِ ، احْتَمَلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ، بِنَاءً عَلَى الوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا اشْتَرَى زَرْعًا أَخْضَرَ فِي أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ لَهُ ، وَلَوْ كَانَتِ الأَرْضُ لِرَجُلٍ ، وَالزَّرْعُ لِآخَرَ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : صَالِحِنِي مِنْ نِصْفِ أَرْضِي عَلَى نِصْفِ زَرْعِكَ ، فَيَكُونُ الزَّرْعُ وَالأَرْضُ بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ . فَإِنْ كَانَ بَعْدَ اشْتِدَادِ حَبِّهِ جَازًا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَهَلْ يَجُوزُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى بَيْعِ الزَّرْعِ مِنْ مَالِكِ الأَرْضِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَبِيعُ نِصْفَ الزَّرْعِ لِمَالِكِ الأَرْضِ ، وَيَشْتَرِي مِنْهُ نِصْفَ الأَرْضِ الَّتِي لَهُ فِيهَا الزَّرْعُ ، وَإِنْ شَرَطَا فِي البَيْعِ أَنْ يَقْطَعَا الزَّرْعَ / جَمِيعَهُ ، وَيُسَلِّمَ الأَرْضَ فَارِغَةً ، ففِيهِ وَجْهَانِ أَيْضًا ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِاشْتِرَائِهِمَا قَطْعَ كُلِّ الزَّرْعِ وَتَفْرِيعِ الأَرْضِ مِنْهُ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ يَبْطُلَ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الأَرْضِ بَاعَهُ نِصْفَ الأَرْضِ بِشَرَطِ قَطْعِ زَرْعِ غَيْرِهِ ؛ لِيُسَلِّمَ إِلَيْهِ أَرْضَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . لَمْ يَلْزَمْ الوَفَاءُ بِالشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَصَلَ زَرْعُهُ فِي أَرْضِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمَهُ قَطْعُهُ .

١٩٦/٤ ط

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْؤِ صِلَاحِهَا ، أَوْ نِصْفَ الزَّرْعِ

(١٣) فِي الأَصْلِ : « ذَكَرَهُ » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٥) بَيْعِ المُخَاضِرَةِ : بَيْعِ الثَّامِرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُو صِلَاحُهَا وَهِيَ خَضِرٌ بَعْدَ ، وَذَلِكَ مِنْهُ عَنِ . اللِّسَانِ (خ ض ر) .

قَبْلَ اشْتِدَادِ حَبِّهِ مُشَاعًا ، لَمْ يَجُزْ ، سِوَاءَ اشْتِرَائِهِ مِنْ رَجُلٍ ، أَوْ مِنْ أَكْثَرٍ مِنْهُ ، وَسِوَاءَ شَرْطِ الْقَطْعِ ، أَوْ لَمْ يَشْرُطْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ قَطْعُهُ إِلَّا بِقَطْعِ مَا لَا يَمْلِكُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُهُ .

فصل : وَالْقَطْنُ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَهُ أَصْلٌ يَبْقَى فِي الْأَرْضِ أَعْوَامًا ، كَالشَّجَرِ تَتَكَرَّرُ ثَمَرَتُهُ ، فَهَذَا حُكْمُهُ حُكْمُ الشَّجَرِ ، فِي أَنَّهُ يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْبَيْعِ ، وَإِذَا بَاعَتْ الْأَرْضُ بِحَقُوقِهَا دَخَلَ فِي الْبَيْعِ ، وَثَمَرُهُ كَالْقَطْعِ إِنْ تَفَتَّحَ فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَإِلَّا فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي . وَالثَّانِي ، مَا يَتَكَرَّرُ زَرْعُهُ كُلَّ عَامٍ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الزَّرْعِ ، وَمَتَى كَانَ جَوْزُهُ ضَعِيفًا رَطْبًا ، لَمْ يَقَوْ مَا فِيهِ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، كَالزَّرْعِ الْأَخْضَرِ ، وَإِنْ قَوِيَ جَوْزُهُ ^(١٦) وَاشْتَدَّ ، جَازَ بَيْعُهُ بِشَرْطِ التَّبَقُّيَةِ ، كَالزَّرْعِ الَّذِي اشْتَدَّ حَبُّهُ ، وَإِذَا بَاعَتْ الْأَرْضُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ . وَالْبَازِنُجَانُ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا لَهُ شَجَرٌ تَبْقَى أَصُولُهُ وَتَتَكَرَّرُ ثَمَرَتُهُ ، فَهُوَ كَالشَّجَرِ . وَالثَّانِي ، مَا يَتَكَرَّرُ زَرْعُهُ كُلَّ عَامٍ ، فَهُوَ كَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ .

٧٢٣ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ تَرَكَهَا حَتَّى يَنْدُو صَلَاحُهَا ، بَطَلَ الْبَيْعُ)

اِخْتَلَفَتِ الرُّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ اشْتَرَى ثَمْرَةً قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهَا ، فَتَرَكَهَا حَتَّى بَدَأَ صَلَاحُهَا ، فَنَقَلَ عَنْهُ حَنْبَلٌ ، وَأَبُو طَالِبٍ : أَنَّ الْبَيْعَ يَنْطَلُ . قَالَ الْقَاضِي : هِيَ أَصَحُّ . فَعَلِيَ هَذَا يَرُدُّ الْمُشْتَرِي الثَّمْرَةَ إِلَى الْبَائِعِ ، وَيَأْخُذُ الثَّمْنَ . وَنَقَلَ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ ، أَنَّ الْبَيْعَ لَا يَنْطَلُ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّ الْمَبِيعَ اخْتَلَطَ بغيرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى ثَمْرَةً ، فَحَدَّثَتْ ثَمْرَةً / أُخْرَى ، وَلَمْ تَتَمَيَّزْ ، أَوْ حِنْطَةً فَاتَّكَالَتْ عَلَيْهَا أُخْرَى ، أَوْ تَوْبًا ، فَاخْتَلَطَ بغيرِهِ . وَنَقَلَ عَنْهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي مَنْ اشْتَرَى قَصِيلاً ، فَمَرِضَ ، أَوْ تَوَاتَى حَتَّى صَارَ شَعِيرًا . قَالَ : إِنْ أَرَادَ بِهِ حِيلَةً فَسَدَ الْبَيْعُ ، وَإِلَّا لَمْ يَفْسُدْ . وَالظَّاهِرُ : أَنَّ هَذِهِ تَرْجِعُ إِلَى مَا نَقَلَهُ ابْنُ سَعِيدٍ ، فَإِنَّهُ

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « حَبٌّ » .

يَتَعَيَّنُ حَمْلُ مَا نَقَلَهُ أَحْمَدُ بْنُ سَعِيدٍ فِي صِحِّهِ الْبَيْعِ عَلَى مَنْ لَمْ يُرِدْ حَيْلَةً ، فَإِنْ أَرَادَ الْحَيْلَةَ ، وَقَصَدَ بِشَرْطِهِ الْقَطْعَ الْحَيْلَةَ عَلَى إِبْقَائِهِ ، لَمْ يَصِحَّ بِحَالٍ ، إِذْ قَدْ نَبَتْ مِنْ مَذْهَبِ أَحْمَدَ أَنَّ الْحَيْلَ كُلَّهَا بَاطِلَةٌ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوِ صَلَاحِهَا^(١٨) . فَاسْتَشْنَى مِنْهُ مَا اشْتَرَاهُ بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، فَقَطَعَهُ بِالْإِجْمَاعِ ، فَيَبْقَى مَا عَدَاهُ عَلَى أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، وَلِأَنَّ التَّبَقُّيَةَ مَعْنَى حَرَمِ الشَّرْعِ اشْتِرَاطَهُ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَأَبْطَلَ الْعَقْدَ وَجُودَهُ . كَالنَّسِيئَةِ فِيمَا يَحْرُمُ فِيهِ النَّسَاءُ ، وَتَرَكُ التَّقَابُضِ فِيمَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الْقَبْضُ ، أَوْ الْفَضْلُ فِيمَا يَجِبُ التَّسَاوِي فِيهِ ، وَلِأَنَّ صِحِّهَ الْبَيْعِ تَجْعَلُ ذَلِكَ ذَرْبَةً إِلَى شِرَاءِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوِ صَلَاحِهَا ، وَتَرْكِهَا حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا ، وَوَسَائِلُ الْحَرَامِ حَرَامٌ ، كَبَيْعِ الْعَيْنَةِ^(١٩) . وَمَتَى حَكَمْنَا بِفَسَادِ الْبَيْعِ ، فَالثَّمَرَةُ كُلُّهَا لِلْبَائِعِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُمَا يَتَصَدَّقَانِ بِالزِّيَادَةِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مُسْتَحَبٌّ لَوْ قُوعَ الْخِلَافِ فِي مُسْتَحَقِّ الثَّمَرَةِ ، فَاسْتَحَبَّتِ الصَّدَقَةُ بِهَا ، وَإِلَّا فَالْحَقُّ أَنَّهَا لِلْبَائِعِ تَبَعًا لِلأَصْلِ ، كَسَائِرِ نَمَاءِ الْمَبِيعِ الْمُتَّصِلِ إِذَا رُدَّ عَلَى الْبَائِعِ بِفَسْخٍ أَوْ بَطْلَانٍ . وَنَقَلَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِي « الْإِرْشَادِ » ، أَنَّ الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَ يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ فِي الزِّيَادَةِ . وَأَمَّا إِنْ حَكَمْنَا بِصِحِّهِ الْعَقْدِ ، فَقَدْ رَوَى أَنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الزِّيَادَةِ ؛ لِحُصُولِهَا فِي مِلْكَيْهِمَا ، فَإِنْ مَلَكَ الْمُشْتَرِيَ الثَّمَرَةَ ، وَمَلَكَ الْبَائِعُ الأَصْلَ ، وَهُوَ سَبَبُ الزِّيَادَةِ . قَالَ الْقَاضِي : الزِّيَادَةُ لِلْمُشْتَرِيَ كَالْعَبْدِ إِذَا سَمِنَ . وَحَمَلَ قَوْلَ أَحْمَدَ : « يَشْتَرِكَانِ » عَلَى الْاسْتِحْبَابِ . وَالأَوَّلُ أَظْهَرُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، فَإِنَّ الزِّيَادَةَ حَصَلَتْ مِنْ أَصْلِ الْبَائِعِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقِ تَرْكِهَا ، فَكَانَ / فِيهَا حَقُّ لَهُ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا سَمِنَ ، فَإِنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ هَذَا الْمَعْنَى ، وَلَا يُشْبِهُهُ ، وَلَا يَصِحُّ حَمْلُ قَوْلِ أَحْمَدَ عَلَى

١٩٧/٤ ظ

(١٧) سقط من : م .

(١٨) تقدم في صفحة ١٤٨ .

(١٩) بيع العينة : إذا باع من رجل سلعة بشمن معلوم إلى أجل معلوم ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الذي باعها

به . اللسان (ع ي ن) .

الاستحباب ؛ فإنه لا يُستحبُّ للبائع أن يأخذَ من المشتري ما ليس بحقِّ له ، بل ذلك حرامٌ عليه ، فكيف يكون مُستحبًّا ! وعن أحمد ، أنهما يتصدَّقان بالزيادة ، وهو قولُ الثوري ، ومحمد بن الحسن ؛ لأنَّ عَيْنَ المبيع زادَ بجهةٍ مَحْظُورَةٍ ، قال الثوري : إذا اشترى قَصِيلاً يأخذُ رأسَ ماله ، ويتصدَّقُ بالباقي . ولأنَّ الأمرَ اشْتَبَهَ في هذه الزيادةِ وفي مُستحبِّها ، فكان الأولى الصدقةُ بها ، ويُشبهُ أن يكونَ هذا استحباباً ؛ لأنَّ الصدقةَ بالشبهاتِ مُستحبةٌ . وإن أُنِيَ الصدقةُ بها ، اشتركا فيها ، والزيادةُ هي ما بين قيمتها حين الشراءِ ، وقيمتها يومَ أخذها . قال القاضي : ويَحْتَمِلُ أنَّها ما بين قيمتها قبلُ بُدُوِّ صلاحها وقيمتها بعده ؛ لأنَّ الثمرةَ قبلُ بُدُوِّ صلاحها ، كانتَ للمُشتري بِتَمَامِها ، لا حَقَّ للبائعِ فيها . وقال الثوري : يأخذُ المشتري رأسَ ماله ، ويتصدَّقُ بالباقي . وكذلك الحُكْمُ في الرُّطْبَةِ إذا طالت ، والزَّرْعِ الأخضرِ إذا أُدْجِنَ . وهذا فيما إذا لم يُقصدَ وقتَ الشراءِ تأخيرُهُ ، ولم يُجعلْ شراؤه بشرطِ القطعِ حيلةً ، على المنهيِّ عنه من شراءِ الثمرةِ قبلُ بُدُوِّ صلاحها ، لِيَتْرَكَها حتى يَبْدُو صلاحها ، فأما إن قصدَ ذلك ، فالبيعُ باطلٌ من أصله ؛ لأنه حيلةٌ مُحَرَّمَةٌ . وعند أبي حنيفة ، والشافعي ، لا حُكْمَ لِقَصْدِهِ ، والبيعُ صحيحٌ ، قصدًا أو لم يقصدْ ، وأصلُ هذا ، الخِلافُ في تحريمِ الحِيلِ ، وقد سبقَ الكلامُ في هذا .

٧٢٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اشْتَرَاهَا بَعْدَ أَنْ بَدَأَ صَلَاحُهَا عَلَى التَّرْكِ إِلَى الْجِزَازِ ، جَازَ)

وجملة ذلك ، أنه إذا بدأ الصِّلاحُ في الثمرةِ ، جازَ بيعُها مُطلقاً ، وبشرطِ التَّبَقُّيَةِ إلى حالِ الجِزَازِ ، وبشرطِ القطعِ . وبذلك قال مالكٌ ، والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوزُ بشرطِ التَّبَقُّيَةِ . إلا أنَّ محمدًا قال : إذا تناهى عِظْمُها ، جازَ . واحتجُّوا / بأنَّ هذا شرطُ الانتفاعِ بِمِلْكِ البائعِ على وَجْهِ لا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ ، فلم يَجُزْ ، كإلو شرطِ تَبَقُّيَةِ الطَّعامِ في كُنْدُوجِهِ (١) . ولنا ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ

(١) الكُنْدُوجُ : شبيه الخزن . القاموس .

الثَّمَرَةَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا^(٢) . فَمَفْهُومُهُ إِبَاحَةٌ يَبْعُهَا بَعْدَ بَدْوَ صَلَاحِهَا ، وَالْمَنْهَى عَنْهُ
عِنْدَ قَبْلِ بَدْوَ الصَّلَاحِ عِنْدَهُمُ الْبَيْعُ بِشَرْطِ التَّبَيُّقَةِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ جَائِزًا بَعْدَ
بَدْوَ الصَّلَاحِ ، وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ بَدْوَ الصَّلَاحِ غَايَةً ، وَلَا فَائِدَةً فِي ذِكْرِهِ . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا ، وَتَأْمَنَ الْعَاهَةُ^(٣) . وَتَعْلِيلُهُ بِأَمْنِ
الْعَاهَةِ يُدُلُّ عَلَى التَّبَيُّقَةِ ؛ لِأَنَّ مَا يُقَطَّعُ فِي الْحَالِ لَا يُخَافُ الْعَاهَةَ عَلَيْهِ ، وَإِذَا بَدَأَ الصَّلَاحُ
فَقَدْ أَمِنَتِ الْعَاهَةُ ، فَيَجِبُ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهُ مُبَقًى لِرُؤَايَا عِلَّةِ الْمَنْعِ ، وَلِأَنَّ النَّقْلَ وَالتَّحْوِيلَ
يَجِبُ فِي الْمَبِيعِ بِحُكْمِ الْعُرْفِ ، فَإِذَا شَرَطَهُ جَازًا ، كَمَا لَوْ شَرَطَهُ نَقْلَ الطَّعَامِ مِنْ
مِلْكِ الْبَائِعِ حَسَبَ الْإِمْكَانِ . وَفِي هَذَا انْفِصَالٌ عَمَّا ذَكَرُوهُ .

فصل : وَلَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّ بَدْوَ الصَّلَاحِ فِي بَعْضِ ثَمَرَةِ النَّخْلَةِ ، أَوِ الشَّجَرَةِ
صَلَاحٌ لْجَمِيعِهَا ، أَعْنَى أَنَّهُ يُبَاحُ^(٤) «بَيْعُ جَمِيعِهَا» بِذَلِكَ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ اخْتِلَافًا ، وَهَلْ
يَجُوزُ بَيْعُ سَائِرِ مَا فِي الْبُسْتَانِ مِنْ ذَلِكَ النَّوعِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا جَوَازُهُ . وَهُوَ
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَعِنْدَهُ : لَا يَجُوزُ إِلَّا بَيْعُ مَا بَدَأَ صَلَاحُهُ ؛ لِأَنَّ
مَا لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ دَاخِلٌ فِي عُمُومِ النَّهْيِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ ، فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ مِنْ
غَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ ، كَالْجِنْسِ الْآخَرِ ، وَكَالَّذِي فِي الْبُسْتَانِ الْآخَرِ . وَوَجْهُ الْأَوْلَى
أَنَّهُ بَدَأَ الصَّلَاحُ فِي نَوْعِهِ مِنَ الْبُسْتَانِ الَّذِي هُوَ فِيهِ ، فَجَازَ بَيْعُ جَمِيعِهِ ، كَالشَّجَرَةِ
الْوَاحِدَةِ ، وَلِأَنَّ اعْتِبَارَ بَدْوَ الصَّلَاحِ فِي الْجَمِيعِ يَشْتَقُّ ، وَيُؤَدِّي إِلَى الْاِشْتِرَاكِ
وَاخْتِلَافِ الْأَيْدِي ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَّبَعَ مَا لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ مِنْ نَوْعِهِ لَمَّا بَدَأَ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا
فِيمَا أُبْرَ بَعْضُهُ دُونَ بَعْضٍ . فَأَمَّا نَوْعُ آخَرَ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا
يَتَّبَعُهُ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : مَا كَانَ
مُقَارِبَ الْإِدْرَاكِ ، فَبَدْوَ / صَلَاحِ بَعْضِهِ يَجُوزُ بِهِ بَيْعُ جَمِيعِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَتَأَخَّرُ إِدْرَاكُ

ظ ١٩٨/٤

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٨ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٠٥/٦ ، ١٠٦ .

(٤ - ٤) في الأصل : « بيعها جميعا » .

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 لأصحاب الشافعي ؛ لأن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب في الزكاة ، فيتبعه في جواز البيع ، كالنوع الواحد . والأول أولى ؛ لأن النوعين قد يتباعدا إدراكهما ، فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح ، كالجنسين . ويخالف الزكاة ؛ فإن القصد هو الغنى من جنس ذلك المال ، لتقارب منفعته ، وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود . والمعنى ههنا ؛ هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك ، واختلاف الأيدي ، ولا يحصل ذلك في النوعين ، فصار في هذا كالجنسين (٥) .

فصل : فأما النوع الواحد من بسنتين ، فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يندو الصلاح في أحدهما ، متجاورين كانا أو متباعدين ، وهذا مذهب الشافعي . وحكى عن أحمد رواية أخرى ؛ أن بدو الصلاح في شجرة من القراح (٦) صلاح له ، ولما قاربه . وبهذا قال مالك ؛ لأنهما يتقاربان (٧) في الصلاح ، فأشبهها القراح الواحد . ولأن المقصود الأمن من العاهة ، وقد وجد . والمذهب الأول ؛ لأنه إنما جعل ما لم يند صلاحه بمنزلة ما بدا ، وتابعه له ، دفعا لضرر الاشتراك ، واختلاف الأيدي ، وإلا فالأصل اعتبار كل شئ بنفسه . وما في قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر ، فوجب أن لا يتبع الآخر ، كما لو تباعدا . وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوزه من ذلك النوع . ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد ، فأقرد بالبيع ما لم يند صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان ، لم يجز ؛ لدخوله تحت عموم النهي . ويُقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم ،

(٥) في م : « كالجنس » .

(٦) القراح من الأرضين : كل قطعة على جبالها من نبات النخل وغير ذلك . لسان العرب (ق ر ح) .

(٧) في الأصل : « يتفاوتان » .

وهي ما إذا باعه مع ما بدا صلاحه ؛ لأنه دَخَلَ في جوازِ البَيْعِ تَبَعًا ، دَفْعًا لِمَضَرَّةِ
الاشْتِرَاكِ ، واختِلَافِ الأيدي . ولا يُوجَدُ ذلك هُنا ، ولأنَّهُ قد يَدْخُلُ في البَيْعِ
تَبَعًا ما يجوزُ إفراده ، / كالثَّمَرَةِ تُباعُ مع الأصلِ ، والزَّرْعِ مع الأرضِ ، واللَّبَنِ في
الضَّرْعِ مع الشَّاةِ . ويَحْتَمِلُ الجَوَازَ ؛ لأنَّ الكُلَّ في حُكْمِ ما بدا صلاحه ، ولأنَّهُ
يجوزُ بَيْعُهُ مع غيره ، ^(٨) فجازَ بَيْعُهُ ^(٩) مُفْرَدًا ، كالذي بدا صلاحه .

فصل : وإذا احتاجتِ الثَّمَرَةُ إلى سَقْيِ لَزِمَ البائعَ ذلك ، لأنه يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ
الثَّمَرَةِ كَامِلَةً ، وذلك يَكُونُ بالسَّقْيِ . فإن قِيلَ : فلم قُلْتُمْ إِنَّه إذا باعَ الأصلَ ، وعليه
ثَمَرَةٌ للبائعِ ، لا يَلْزِمُ المُشْتَرِي سَقْيُها ؟ قلنا : لأنَّ المُشْتَرِي لا يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ
الثَّمَرَةِ ؛ لأنَّهُ لم يَمْلِكْها من جِهَتِهِ ، وإنما بَقِيَ ملكُهُ عليها ، بخلافِ مَسْأَلَتِنَا ، فإن
امْتَنَعَ البائعُ من السَّقْيِ ، لِضَرَرٍ يَلْحَقُ بالأصلِ ، أُجِبَ عليه ؛ لأنه دَخَلَ على ذلك .

فصل : ويجوزُ لِمُشْتَرِي الثَّمَرَةِ بَيْعُها في شَجَرِها . رُوِيَ ذلك ^(١٠) عن الزُّبَيْرِ بن
العَوَّامِ ، وزَيْدِ بن ثابتٍ ، والحسنِ بن أبي الحسنِ البَصْرِيِّ ، وأبي حنيفةٍ ،
والشَّافِعِيِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وكرهه ابنُ عَبَّاسٍ ، وعِكْرَمَةُ ، وأبو سَلَمَةَ ؛ لأنه يَبِيعُ
له قبلَ قبْضِهِ ، فلم يَجْزُ ، كما لو كان على وَجْهِ الأرضِ ، فلم يَقْبِضْهُ . ولنا ، أنه
يجوزُ له التَّصَرُّفُ فيه ، فجازَ له بَيْعُهُ ، كما لو جَزَّهُ . وقولهم : لم يَقْبِضْهُ . لا يَصِحُّ ،
فإنَّ قبْضَ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ ، وهذا قبْضُهُ التَّحْلِيَّةُ ، وقد وُجِدَتْ .

٧٢٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ ثَمَرَةٌ نَحْلٍ ، فَبَدُوُ صلاحِها أن تَظْهَرَ فيها
الْحُمْرَةُ أو الصُّفْرَةُ . وَإِنْ كَانَتْ ثَمَرَةٌ كَرَمٍ فَصلاحِها أن تَتَمَوَّهَ ، وَصلاحُ ما سِوَى
النَّحْلِ وَالكَرْمِ أن يَبْدُو فِيهِ ^(١١) التَّنْضِجُ)

وجُمْلَةُ ذلك ، أن ما كان من الثَّمَرَةِ يَتَغَيَّرُ لَوْنُهُ عندَ صلاحِها ، كَثَمَرَةِ النَّحْلِ ،

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في م : « فيها » .

والعنب الأسود ، والإجاص ، فبدؤ صلاحه بذلك . وإن كان العنب أبيض ، فصلاحه يتموه ؛ وهو أن يندو فيه الماء الحلو ، ويلين ، ويصفر^(٢) لونه . وإن كان مما لا يتلون ، كالنفاح ونحوه ، فبأن يخلو ، أو يطيب . وإن كان بطيخا ، أو نحوه ، فبأن يندو فيه التضحج . وإن كان مما لا يتغير لونه ، ويؤكل طيبا ، صغارا وكبارا ، كالقثاء والخيار ، فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة . وقال القاضي ، وأصحاب الشافعي : بلوغه أن يتناهى عظمه . وما قلناه أشبهه بصلاحه / مما قالوه ؛ ١٩٩/٤ ظ

فإن بدؤ صلاح الشيء ابتدأوه ، وتناهى عظمه آخر صلاحه . ولأن بدؤ الصلاح في التمر يسبق حال الجزاز ، فلا يجوز أن يجعل بدؤ الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة ؛ إلا أن يريدوا بتناهى عظمه انتهاءه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها ، فيكون كما ذكرنا . وما قلناه في هذا الفصل فهو قول مالك ، والشافعي ، وكثير من أهل العلم ، أو مقارب له . وقال عطاء : لا يباع حتى يؤكل من التمر قليل ، أو كثير . وروى نحوه عن ابن عمر ، وابن عباس . ولعلهم أرادوا صلاحه للأكل ، فيرجع معناه إلى ما قلناه ؛ فإن ابن عباس قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه ، أو يؤكل . متفق عليه^(٣) . وإن أرادوا حقيقة الأكل كان ما ذكرنا أولى ؛ لأن ملوؤوه يحتمل صلاحه للأكل ، فيحمل على ذلك ، موافقة لأكثر الأخبار ، وهو ما روى عن النبي ﷺ ، أنه نهى عن بيع الثمرة^(٤) حتى تطيب . متفق عليه^(٥) . ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو . قيل : وما تزهو ؟ قال :

(٢) في الأصل : « يصفو » .

(٣) أخرجه البخارى ، في : باب السلم إلى من ليس عنده أصل ، وباب السلم في النخل ، من كتاب السلم . صحيح البخارى ١١٢/٣ ، ١١٣ . ومسلم ، في : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٧/٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٤١/١ .

(٤) في الأصل : « الثمر » .

(٥) أخرجه البخارى ، في : باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٩/٣ . ومسلم ، في : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، وباب النهى =

« تَحْمَارٌ أَوْ تَصْفَارٌ » . رواه البخاري^(١) . ونهى عن بيع العنب حتى يسود . رواه الترمذي ، وابن ماجه^(٢) . والأحاديث في هذا كثيرة ، كلها تدل على هذا المعنى .

٧٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْقِثَاءِ ، وَالْخِيَارِ ، وَالْبَاذِلِجَانِ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، إِلَّا لِقِطَّةً لِقِطَّةً^(٣))

وجملة ذلك ؛ أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول 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 يئد صلاحه تبع لما بدا . ولنا ، أنها ثمرة لم تخلق ، فلم يجز بيعها ، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن ما لم يئد صلاحه يجوز إفراؤه بالبيع ، بخلاف ما لم يخلق . ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق ، وإن كان ما لم يئد صلاحه تبعاً لما بدا . إذا تقرر هذا ، فإن باعها قبل بدو صلاحها ، لم يجز إلا بشرط / القطع ، فإن كان بعد بدو صلاحها^(٤) جاز مطلقاً ، وبشرط القطع ، والتبقيّة ، على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار . وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه .

٢٠٠/٤ و

فصل : قال القاضي : ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرةها من غير شرط القطع . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي . ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً ، ثمرة أو غير ثمرة ؛ لأنه أصل تتكرر^(٥) فيه الثمرة ، فأشبهه

= عن المحاقلة والزبانية ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٧/٣ ، ١١٧٦ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣١٢ ، ٣٢٣ ، ٣٩٥ .

(٦) في : باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٠١/٣ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٥١ .

(١) لقطعة لقطعة : أي دوراً من النضج إثر دور .

(٢) في الأصل : « صلاحه » .

(٣) في م : « تكرر » .

الشَّجَرِ . فَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِ مِنْهُ ، فَتَمَرَّتْهُ الظَّاهِرَةُ للبائع ، مَتْرُوكَةٌ إِلَى حِينِ بُلُوغِهَا ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ . فَإِنْ حَدَّثَتْ ثَمَرَةً أُخْرَى فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي . فَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِثَمَرَةِ البَائِعِ ، وَلَمْ تَتَمَيَّزْ^(٤) ، كَانَ الْحُكْمُ فِيهَا كَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ إِذَا اخْتَلَطَتْ بِثَمَرَةٍ أُخْرَى ، عَلَى مَا مَرَّ حُكْمُهُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ مَسْتُورٌ فِي الْأَرْضِ ، كَالجَزْرِ ، وَالْفُجْلِ ، وَالْبَصْلِ ، وَالثُّومِ حَتَّى يُفْلَعَ ، وَيُشَاهَدَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَأَبَا حُكَيْمٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ مَا لَمْ يَبْدُ صِلَا حُهُ تَبَعًا لِمَا بَدَأَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ، لَمْ يَرَهُ ، وَلَمْ يُوصَفْ لَهُ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْحَمْلِ . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرْرِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٥) . وَهَذَا عَرَرٌ . وَأَمَّا بَيْعُ مَا لَمْ يَبْدُ صِلَا حُهُ ، فَإِنَّمَا جَازَ بَيْعُهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَتَلَاخَقُ فِي الصَّلَاحِ ، وَيَتَّبِعُ بَعْضُهُ بَعْضًا . فَإِنْ كَانَ مِمَّا تُقْصَدُ فُرُوعُهُ وَأَصُولُهُ ، كَالْبَصْلِ الْمَبِيعِ أَحْضَرَ ، وَالْكُرَاتِ ، وَالْفُجْلِ ، أَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ فُرُوعَهُ ، فَلِأَوَّلَى جَوَازُ بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ ظَاهِرٌ ، فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ ، وَالْحَيْطَانَ الَّتِي لَهَا أُسَاسَاتٌ مَذْفُونَةٌ . وَيَدْخُلُ مَا لَمْ يَظْهَرْ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا ، فَلَا تَضُرُّ جِهَالَتَهُ ، كَالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ مَعَ^(٦) الْحَيَوَانِ ، وَإِنْ كَانَ مُعْظَمُ الْمَقْصُودِ مِنْهُ أُصُولُهُ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ فِي الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْأَغْلَبِ . فَإِنْ تَسَاوَا لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ اعْتِبَارُ الشَّرْطِ فِي الْجَمِيعِ ، وَإِنَّمَا سَقَطَ اعْتِبَارُهُ فِيمَا كَانَ مُعْظَمُ الْمَقْصُودِ مِنْهُ ظَاهِرًا تَبَعًا ، فَفِيمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى الْأَصْلِ .

فصل : وَيَجُوزُ بَيْعُ الْجَوْزِ وَاللُّوزِ وَالْبَاقِلَا الْأَخْضَرَ فِي قَشْرَتِهِ مَقْطُوعًا ، وَفِي ٢٠٠/٤ ط شَجَرِهِ ، وَيَبْعُ^(٦) الْحَبَّ الْمُشْتَدُّ فِي سُنْبِلِهِ ، وَيَبْعُ^(٦) الطَّلْعَ قَبْلَ تَشَقُّقِهِ ، مَقْطُوعًا

(٤) فِي الْأَصْلِ : « تَمَيَّزَ » .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣١ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَبِعَ » .

على وَجِه الأرض ، وفي شَجَرِه . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال الشافعي : لا يجوز ، حتى يُنزع عنه قشره الأعلى ، إلا في الطلع والسنبُل . في أحد القولين . واحتجَّ بأنه مستور بما لا يدخر عليه ، ولا مصلحة فيه ، فلم يجوز بيعه ، كتراب الصَّاعَةِ والمعادِن ، وبيع الحيوان المذبوح في سلخه . ولنا ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يندو صلاحها^(٧) ، وعن بيع السنبُل حتى يبيض ، ويأمن العاهة^(٨) . فمفهومه إباحة بيعه^(٩) إذا بدا صلاحه^(١٠) وأبيض سنبله ، ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته^(١١) ، فجاز بيعه كالرمان ، والبيض ، والقشر الأسفل . ولا يصح قولهم : ليس من مصلحته . فإنه لا قوام له في شجره إلا به ، والباقي يؤكل رطباً ، وقشره يحفظ رطوبته . ولأن الباقي باع في أسواق المسلمين من غير تكبير ، فكان ذلك إجماعاً . وكذلك الجوز ، واللوز في شجرهما . والحيوان المذبوح يجوز بيعه^(١٢) في سلخه ، فإنه إذا جاز بيعه قبل ذبحه ، وهو يراد للذبح ، فكذلك إذا ذبح . كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها ، فكذلك إذا كسرت . وأما تراب الصَّاعَةِ والمعادِن ، فلنا فيهما منع ، وإن سلم ، فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصَّاعَةِ ، ولا بقاؤه فيه من مصلحته ، بخلاف مسألنا .

٧٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الرُّطْبَةُ كُلُّ جَزَةٍ)

وجملة ذلك ؛ أن الرُّطْبَةَ وما أشبهها ، مما تثبت أصوله في الأرض ، ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع ، دفعة بعد دفعة ، كاللبن ، والهندبا ، وشبههما ، لا يجوز

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٨ .

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ١٥١ .

(٩) في الأصل : « بيعها » .

(١٠) في الأصل : « صلاحها » .

(١١) في الأصل : « الخلقة » .

(١٢) سقط من : م .

بَيْعُهُ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ الظَّاهِرَ مِنْهُ ، بِشَرْطِ القَطْعِ فِي الحَالِ . وبذلك قال الشَّافِعِيُّ . وَرَوَى ذلك عن الحَسَنِ وَعَطَاءٍ . وَرَخَّصَ مالِكٌ فِي أَنْ يَشْتَرِيَ جَزَّتَيْنِ ، وَثَلَاثًا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا فِي الأَرْضِ مِنْهُ مَسْتُورٌ ، وَمَا / يَحْدُثُ مِنْهُ مَعْدُومٌ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا يَحْدُثُ مِنَ الثَّمَرَةِ . فَإِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَمَتَى اشْتَرَاهَا قَبْلَ (١) ، لَمْ يَجُزْ لَهُ إِبْقَاؤُهَا ؛ لِأَنَّ مَا لَمْ يَظْهَرْ مِنْهَا أَعْيَانٌ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا البَيْعُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ لِلْبَائِعِ إِذَا ظَهَرَ ، فَيُفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ المَبِيعِ بغيرِهِ ، وَالثَّمَرَةُ بِخِلَافِ ذَلِكَ . فَإِنْ أُخْرَاهَا حَتَّى طَالَتْ (٢) ، فَالحُكْمُ فِيهَا كَالثَّمَرَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا ، ثُمَّ تَرَكَهَا حَتَّى بَدَأَ صِلَاحُهَا .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى قَصِيلاً مِنْ شَعِيرٍ ، وَنَحْوِهِ ، فَقَطَعَهُ ، ثُمَّ عَادَ فَنَبَتَ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ ؛ لِأَنَّ المُشْتَرِي تَرَكَ الأَصْلَ عَلَى سَبِيلِ الرِّفْضِ لَهَا ، فَسَقَطَ حَقُّهُ مِنْهَا ، كَمَا يَسْقُطُ حَقُّ صَاحِبِ الزُّرْعِ مِنَ السَّنَابِلِ الَّتِي يُخَلِّفُهَا ، وَلِذَلِكَ أُبِيحَ لِكُلِّ أَحَدٍ (٣) التِّقَاطُهَا . وَلَوْ سَقَطَ مِنَ الزُّرْعِ حَبٌّ ، ثُمَّ نَبَتَ مِنَ العَامِ المُقْبِلِ ، فَهُوَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَاتَيْنِ المَسْأَلَتَيْنِ . وَمِمَّا يُؤَكِّدُ مَا قُلْنَا ؛ أَنَّ البَائِعَ لَوْ أَرَادَ التَّصَرُّفَ فِي أَرْضِهِ ، بَعْدَ فَصْلِ الزُّرْعِ ، بِمَا يُفْسِدُ الأَصُولَ وَيَقْلَعُهَا ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَمْلِكِ المُشْتَرِي مَنَعَهُ مِنْهُ . وَلَوْ كَانَ البَاقِي مُسْتَحَقًّا لَهُ ، لَمَلَكَ (٤) مَنَعَهُ مِنْهُ .

٧٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَالْحَصَادُ عَلَى المُشْتَرِي . فَإِنْ شَرَطَهُ عَلَى البَائِعِ بَطْلَ البَيْعِ)

الكلامُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ فِي فَصْلَيْنِ ؛
الأوَّلُ ، أَنَّ مَنْ اشْتَرَى زَرْعًا ، أَوْ جَزَّةً مِنَ الرُّطْبَةِ وَنَحْوِهَا ، أَوْ ثَمَرَةً فِي أَصُولِهَا ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فِي الأصل : « طالب » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فِي الأصل : « ملك » .

فإنَّ حَصَادَ الزَّرْعِ ، وَجَذَّ الرُّطْبَةِ ، وَجَرَازَ الثَّمَرَةِ ، وَقَطْعَهَا ، عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ نَقْلَ الْمَبِيعِ ، وَتَفْرِيعَ مِلْكِ الْبَائِعِ مِنْهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، كَنَقْلِ الطَّعَامِ الْمَبِيعِ مِنْ دَارِ الْبَائِعِ . وَيُقَارَقُ الْكَيْلُ ، وَالْوَزْنُ ، فَإِنَّهُمَا عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ مُؤَنَةِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَالتَّسْلِيمُ عَلَى الْبَائِعِ ، وَهَهُنَا حَصَلَ التَّسْلِيمُ بِالتَّخْلِيَةِ بِدُونِ الْقَطْعِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِ بَيْعِهَا ، وَالتَّصَرُّفِ فِيهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا .

الفصل الثاني ، إِذَا شَرَطَهُ عَلَى الْبَائِعِ ، فَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا ؛ فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَبْطُلُ الْبَيْعُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : / لَا يَجُوزُ . وَقِيلَ : يَجُوزُ . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَجُوزُ . فَهَلْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ لِطُلَانِ الشَّرْطِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ جَوَازُ الشَّرْطِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَأَبُو بَكْرِ . وَلَمْ^(١) أَجِدْ هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ رِوَايَةً فِي الْمَذْهَبِ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ أَيْضًا ؛ فَقَالَ بَعْضُهُمْ : إِذَا شَرَطَ الْحَصَادَ عَلَى الْبَائِعِ فَسَدَ الْبَيْعُ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَكُونُ عَلَى قَوْلَيْنِ . فَمَنْ أَفْسَدَهُ^(٢) قَالَ : لَا يَصِحُّ ثَلَاثَةٌ مَعَانٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ شَرَطَ الْعَمَلَ فِي الزَّرْعِ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ شَرَطَ مَا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ . وَالثَّلَاثُ ، أَنَّهُ شَرَطَ تَأْخِيرَ التَّسْلِيمِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ تَسْلِيمَهُ مَقْطُوعًا . وَمَنْ أَجَازَهُ قَالَ : هَذَا بَيْعٌ ، وَإِجَارَةٌ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ الزَّرْعَ ، وَآجَرَهُ نَفْسَهُ عَلَى حَصَادِهِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصِحُّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ ، فَإِذَا جَمَعَهُمَا جَازٌ ، كَالْعَيْنَيْنِ . وَقَوْلُهُمْ : شَرَطَ الْعَمَلَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ . يَبْطُلُ بِشَرْطِ رَهْنِ الْمَبِيعِ عَلَى الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ . وَالثَّانِي ، يَبْطُلُ بِشَرْطِ الرَّهْنِ ، وَالْكَفِيلِ ، وَالخِيَارِ . وَالثَّلَاثُ ، لَيْسَ بِتَأْخِيرٍ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُهُ قَائِمًا ، وَلِأَنَّ الشَّرْطَ مِنَ الْمُتَسَلِّمِ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِتَأْخِيرِ التَّسْلِيمِ . فَإِذَا فَسَدَتْ هَذِهِ الْمَعَانِي صَحَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْبَيْعُ يُخَالِفُ حُكْمَهُ الْإِجَارَةَ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَنْتَقِلُ فِي الْبَيْعِ بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ ، فَكَيْفَ يَصِحُّ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ؟ قُلْنَا : كَمَا يَصِحُّ بَيْعُ الشَّقِيقِ ، وَالسَّيْفِ ،

٢٠١/٤ ط

(١) فِي الْأَصْلِ : « قَالَ : وَلَمْ » .

(٢) فِي م : « أَفْسَدَهُ » .

وَحُكْمُهُمَا مُخْتَلِفٌ ؛ فَإِنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ فِي الشُّقْصِ دُونَ السَّيْفِ ، وَبِجُوزِ الْجَمْعِ
 بَيْنَهُمَا . وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : إِنَّ الْعَقْدَ هُنَا يَبْطُلُ . يَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ بِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
 وَشِبْهَيْهَا ، مِمَّا يُفْضِي الشَّرْطُ فِيهِ إِلَى التَّنَازُعِ ، فَإِنَّ الْبَائِعَ رُبَّمَا أَرَادَ قَطْعَهَا مِنْ أَعْلَاهَا ،
 لِيَقَى لَهَا مِنْهَا بَقِيَّةً ، وَالْمُشْتَرِيَ يُرِيدُ الْأَسْتِقْصَاءَ عَلَيْهَا ، لِيزِيدَ لَهُ مَا يَأْخُذُهُ ، فَيُفْضِي
 إِلَى التَّنَازُعِ ، وَهُوَ مَفْسَدَةٌ ، فَيَبْطُلُ الْبَيْعُ مِنْ أَجْلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَاسَ عَلَيْهِ مَا أَشْبَهَهُ ،
 مِنْ اشْتِرَاطِ مَنْفَعَةِ الْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدْرِ الْمَسْأَلَةِ . وَالأَوَّلُ أَوْلَى
 لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ قَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : وَلَا يَبْطُلُ الْبَيْعُ بِشَرْطٍ وَاحِدٍ . وَالثَّانِي ،
 أَنَّ الْمَذْهَبَ ، أَنَّهُ يَصِحُّ / اشْتِرَاطُ مَنْفَعَةِ الْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَ ثَوْبًا ،
 وَيَشْتَرِطُ^(٣) عَلَى بَائِعِهِ خِيَابَتَهُ قَمِيصًا ، أَوْ فِلَعَةً^(٤) ، وَيَشْتَرِطُ حَذْوَهَا نَعْلًا ، أَوْ
 جُرْزَةً^(٥) حَطْبٍ ، وَيَشْتَرِطُ حَمَلَهَا إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ
 مُهْنًا ، وَغَيْرِهِ . حَتَّى قَالَ الْقَاضِي : لَمْ أَجِدْ بِمَا قَالَ الْخِرَقِيُّ رِوَايَةً فِي أَنَّهُ لَا يَصِحُّ .
 وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ بِأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ^(٦) اشْتَرَى مِنْ تَبْطِئِ جُرْزَةَ حَطْبٍ ، وَشَارَطَهُ عَلَى
 حَمَلِهَا . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : بِجُوزِ أَنْ يَشْتَرِيَ فِلَعَةً ،
 وَيَشْتَرِطُ عَلَى الْبَائِعِ تَشْرِيكَهَا^(٧) . وَحُكِيَ عَنِ ابْنِ أَبِي ثَوْرٍ ، وَالثَّوْرِيِّ أَنَّهُمَا أَبْطَلَا
 الْعَقْدَ بِهَذَا الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ فَاسِدٌ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، وَرُويَ عَنِ
 النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ ، وَشَرْطِ^(٨) . وَلَنَا ، مَا تَقَدَّمَ ، وَلمْ يَصِحَّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَشْرَطُ » .

(٤) الْفِلَعَةُ : الْقِطْعَةُ مِنَ السَّمَامِ . لِسَانَ الْعَرَبِ (ف ل ع) .

(٥) الْجُرْزَةُ : الْحُزْمَةُ مِنَ الْقَتِّ وَنَحْوِهِ . لِسَانَ الْعَرَبِ (ج ر ز) .

(٦) مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ بْنِ سَلْمَةَ الْأَنْصَارِيُّ ، أَبُو عَبْدِ اللَّهِ . كَانَ مِنْ أَفْضَلِ الصَّحَابَةِ ، وَهُوَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ
 قَتَلُوا كَعْبَ بْنَ الْأَشْرَفِ ، وَاسْتَخْلَفَهُ النَّبِيُّ ﷺ فِي بَعْضِ غَزَوَاتِهِ عَلَى الْمَدِينَةِ ، تُوُفِيَ سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَأَرْبَعِينَ . أَسَدُ
 الْغَايَةِ ١١٢/٥ ، الْإِصَابَةُ ٣٣/٦ .

(٧) أَشْرَكَ النَّعْلَ وَشَرَكَهَا : جَعَلَ لَهَا شِرَاكًا . وَالتَّشْرِيكَ مِثْلُهُ . وَالشَّرَاكُ : سَيْرُ النَّعْلِ . لِسَانَ الْعَرَبِ
 (ش ر ك) .

(٨) انظُرْ : مَعَالِمُ السَّنَنِ ١٤٦/٣ ، فِي : بَابِ شَرْطِ بَيْعٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . وَالتَّلْخِصُ الْحَبِيرُ ١٢/٣ ، =

نَهَى عن بَيْعٍ ، وشرَطَ . إِنَّمَا الصَّحِيحُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن شَرْطَيْنِ في بَيْعٍ . كذا ذَكَرَهُ التِّرْمِذِيُّ^(٩) . وهذا دَالٌّ بِمَفْهُومِهِ على جَوَازِ الشَّرْطِ الْوَاحِدِ . قال أَحْمَدُ : إِنَّمَا التَّهْيُ عن شَرْطَيْنِ في بَيْعٍ ، أَمَا الشَّرْطُ الْوَاحِدُ فَلَا بَأْسَ بِهِ .

فصل : وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِ الْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً لهما ، لِيَصِحَّ اشْتِرَاؤها ، لِأَنَّنا نَزَّلْنَا ذلكَ مَنْزِلَةَ الْإِجَارَةِ . فلو اشْتَرَطَ حَمَلَ الْحَطَبِ إِلَى مَنْزِلِهِ ، وَالْبَائِعُ لَا يَعْرِفُ مَنْزِلَهُ ، لم يَصِحَّ . ولو اشْتَرَطَ حَدَّوْها نَعْلًا ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ صِفَتِها ، كما لو اسْتَأْجَرَهُ على ذلكَ أَيْتداءً . قال أَحْمَدُ ، في الرَّجُلِ يَشْتَرِي النَّعْلَ ، على أَنْ يَحْدُوْها : جائِزٌ إِذا أَرادَ^(١٠) الشَّرْكَ . وَإِنْ تَعَدَّرَ الْعَمَلُ بِتَلْفِ الْمَبِيعِ قَبْلَهُ ، أو بِمَوْتِ الْبَائِعِ انْفَسَحَتْ الْإِجَارَةُ ، وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِعَوْضٍ ذلكَ . وَإِنْ تَعَدَّرَ بَرَضٌ أُقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُ الْعَمَلَ ، وَالْأَجْرَةُ عَلَيْهِ ، كَقَوْلِنا في الْإِجَارَةِ .

فصل : وَيَصِحُّ أَنْ يَشْتَرَطَ الْبَائِعُ نَفْعَ الْمَبِيعِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ دارًا ، وَيَسْتَسْتَنِي سُكْنُها شَهْرًا ، أو جَمَلًا ، وَيَشْتَرَطَ ظَهْرَهُ إلى مَكَانٍ مَعْلُومٍ ، أو عَبْدًا ، وَيَسْتَسْتَنِي خِدْمَتَهُ سَنَةً . نَصَّ على هذا أَحْمَدُ . وَهو قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ، وإِسْحاقَ ، وأبِي نُورٍ ، وابنِ الْمُنْذِرِ ، / وقال الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحابُ الرَّأْيِ : لَا يَصِحُّ الشَّرْطُ ؛ لِتَنْهِي النَّبِيِّ ﷺ عن بَيْعٍ وشرَطٍ ، ولأنَّهُ يُنافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ ، فَأَشْبَهَ ما لو شرَطَ أَنْ

ظ ٢٠٢/٤

= في : باب البيوع المنهى عنها ، من كتاب البيوع ٣٩٨/١ ، ونصب الرأية ١٧/٤ ، في : باب البيع الفاسد ، من كتاب البيوع . والمطالب العالية في : باب ما نهى عنه من البيوع ، من كتاب البيوع .

(٩) في : باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٣/٥ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٤/٢ . والنسائي ، في : باب سلف وبيع وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفا ، وباب شرطان في بيع ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٩/٧ . والدارمي . في : باب في النهي عن شرطين في بيع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٩/٢ .

(١٠) في الأصل : « أراه » .

لا يُسَلِّمَهُ ، وذلك ؛ لأنه شَرَطَ تَأْخِيرَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْفَى الْبَائِعُ مَنَفَعَتَهُ ، وَلِأَنَّ مُقْتَضَى الْبَيْعِ مِلْكُ الْمَبِيعِ وَمَنَافِعِهِ ، وَهَذَا شَرَطٌ يُنَافِيهِ ، وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : فِيهِ رِوَايَةٌ ثَانِيَةٌ ، أَنَّهُ يُبْطَلُ الْبَيْعُ وَالشَّرْطُ ، نَقَلَهَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الْفَقِيهَ^(١١) ، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ جَارِيَةً ، وَيَشْتَرِي أَنْ تَحْدُمَهُ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ لَا^(١٢) تُدُلُّ عَلَى مَحَلِّ التَّرَاعُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَإِنَّ اشْتِرَاطَ خِدْمَةِ الْجَارِيَةِ بَاطِلٌ لَوْجَهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا مَجْهُولَةٌ ، وَإِطْلَاقُهَا يَقْتَضِي خِدْمَتَهَا أَبَدًا ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِي بُطْلَانِهِ ، إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي اشْتِرَاطِ مَنَفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ . الثَّانِي ، أَنَّهُ^(١٣) يَشْتَرِي خِدْمَتَهَا بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهَا ، فَيُفْضَى إِلَى الْخَلْوَةِ بِهَا ، وَالْحَطَرِ بِرُؤُوتِهَا ، وَصُحْبَتِهَا ، وَلَا يُوجَدُ هَذَا فِي غَيْرِهَا ، وَلِذَلِكَ مُنِعَ إِعَارَةُ الْجَارِيَةِ الشَّابَّةِ لِعَمْرِ مَحْرَمِهَا . وَقَالَ مَالِكٌ : إِذَا اشْتَرَطَ رُكُوبًا إِلَى مَكَانٍ قَرِيبٍ ، جَازَ ، وَإِنْ كَانَ إِلَى مَكَانٍ بَعِيدٍ كَرِهَ ؛ لِأَنَّ الْيَسِيرَ^(١٤) تَدْخُلُهُ الْمَسَامِحَةُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ : أَنَّهُ بَاعَ النَّبِيَّ ﷺ جَمَلًا ، وَاشْتَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : فَبِعْتَهُ بِأَوْقِيَّةٍ ، وَاسْتَنْبَيْتُ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَفِي لَفْظٍ قَالَ : فَبِعْتَهُ مِنْهُ بِخَمْسِ أَوْاقٍ ، قَالَ : قُلْتُ : عَلَى أَنَّ لِي ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ . قَالَ : « وَلِكَ ظَهْرُهُ إِلَى الْمَدِينَةِ » . وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٦) . وَلِأَنَّ

(١١) لعله عبد الله بن محمد بن عبد العزيز بن المرزبان ، ابن بنت أحمد بن منيع ، روى عن الإمام أحمد ، وصنف

المعجمين الكبير والصغير ، توفي سنة سبع عشرة وثلاثمائة . طبقات الحنابلة ١٩٠/١ - ١٩٢ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : « أن » .

(١٤) في م : « اليسيرة » .

(١٥) أخرجه البخاري ، في : باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ، من كتاب الشروط .

صحيح البخاري ٢٤٨/٣ . ومسلم ، في : باب بيع البعير واستئثار ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم

١٢٢١/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ، من كتاب البيوع . المحتبى

٢٦١/٧ - ٢٦٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٩/٣ .

(١٦) في : باب بيع البعير واستئثار ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٣/٣ .

النَّبِيِّ ﷺ : نَهَى عَنِ التَّنْبِإِ إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ^(١٧) . وهذه معلومة ، ولأنَّ المنفعة قد تنقَعُ مُسْتَثْنَاءً بِالشَّرْعِ عَلَى الْمُشْتَرِي فِيمَا إِذَا اشْتَرَى نَحْلَةً مُؤَبَّرَةً ، أَوْ أَرْضًا مَزْرُوعَةً ، أَوْ دَارًا مُوجِرَةً ، أَوْ أَمَةً مُزَوَّجَةً ، فَجَازَ أَنْ يَسْتَنْبِئَهَا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ الْبَائِعُ الثَّمَرَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، وَلَمْ يَصِحَّ نَهْيُ النَّبِيِّ ﷺ عَنِ بَيْعِ وَشَرْطِ^(١٨) . وَإِنَّمَا نَهَى عَنِ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعِ^(١٨) ، فَمَفْهُومُهُ إِبَاحَةُ الشَّرْطِ الْوَاحِدِ ، وَقِيَاسُهُمْ يَنْتَقِضُ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ وَالتَّأْيِيلِ فِي الثَّمَنِ .

٢٠٣/٤

/ فصل : وَإِنْ بَاعَهُ^(١٩) أَمَةً ، وَاسْتَنْتَى وَطَّاهَا مُدَّةً مَعْلُومَةً ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يُبَاحُ فِي غَيْرِ مِلْكٍ أَوْ نِكَاحٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِغُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ أَتَعَمَّى وِرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾^(٢٠) ، وَفَارَقَ اشْتِرَاطَ وَطْءِ الْمُكَاتِبَةِ حَيْثُ تُبِيحُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتِبَةَ مَمْلُوكَةً ، فَيُسْتَبَاحُ وَطْؤُهَا بِالشَّرْطِ فِي الْمَحَلِّ الْمَمْلُوكِ . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ لَا يُبَاحُ وَطْؤُهَا أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ .

فصل : وَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ الْمُسْتَثْنَاءَ مِنْفَعْتُهَا ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَتَكُونُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي مُسْتَثْنَاءً أَيْضًا ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا^(٢١) بِذَلِكَ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ ، فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ خِيَارٌ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَلَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى أَمَةً مُزَوَّجَةً ، أَوْ دَارًا مُوجِرَةً . وَإِنْ أَتَلَفَ الْمُشْتَرِي الْعَيْنَ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُهُ^(٢٢) الْمِثْلُ ؛ لِتَفْوِيتِ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ لغيره ،

(١٧) تقدم تخرجه في صفحة ١٣١ .

(١٨) انظر ما تقدم في حاشيتي ١٦٥ ، ١٦٦ .

(١٩) في الأصل : « باع » .

(٢٠) سورة المؤمنون ٥ - ٧ .

(٢١) في الأصل : « يعلم » .

(٢٢) في م : « أجر » .

وَمَنْ مَبِّعَ ، وَإِنْ تَلَفَتِ الْعَيْنُ بِتَفْرِيطِهِ ، فَهُوَ كَتَلَفَهَا بِفِعْلِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ .
 وَقَالَ : يَرْجَعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُتَبَاعِ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ . قَالَ الْقَاضِي : مَعْنَاهُ عِنْدِي ، الْقَدْرُ
 الَّذِي تَقْصِبُهُ الْبَائِعُ لِأَجْلِ الشَّرْطِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ خِلَافُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُ
 مَا فَاتَ بِتَفْرِيطِهِ ، فَضَمَّنَهُ بَعْوَضِهِ ، وَهُوَ أَجْرَةُ الْمِثْلِ ، فَأَمَّا إِنْ تَلَفَتْ بغيرِ فِعْلِهِ ،
 وَلَا بِتَفْرِيطِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . قَالَ الْأَثَرِيُّ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَعَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يَحْمِلَهُ
 عَلَى غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ حَمْلَانِ ؟ قَالَ : لَا . إِنَّمَا شَرَطَ هَذَا عَلَيْهِ بِعَيْنِهِ . وَلِأَنَّهُ لَمْ
 يَمْلِكْهَا الْبَائِعُ مِنْ جِهَتِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ عَوْضُهَا ، كَمَا لَوْ تَلَفَتِ النَّخْلَةُ الْمُؤَبَّرَةُ ، بِشَمَرَتِهَا
 أَوْ غَيْرِ^(٢٣) الْمُؤَبَّرَةَ إِذْ اشْتَرَطَ الْبَائِعُ ثَمَرَتَهَا ، وَكَمَا لَوْ بَاعَ حَائِطًا ، وَاسْتَنْتَى مِنْهُ
 شَجَرَةً بِعَيْنِهَا قَتِلَتْ . وَقَالَ الْقَاضِي : عَلَيْهِ ضَمَانُهَا ، أَخَذًا مِنْ عُمومِ كَلَامِ أَحْمَدَ .
 وَإِذَا تَلَفَتِ الْعَيْنُ ، رَجَعَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُتَبَاعِ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ ، وَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ
 التَّفْرِيطِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَطَ الْبَائِعُ مَنَفَعَةَ الْمَبِّيعِ ، وَأَرَادَ الْمُشْتَرِي أَنْ يُعْطِيَهُ مَا يَقُومُ مَقَامَ
 الْمَبِّيعِ / فِي الْمَنَفَعَةِ ، أَوْ يَعْوَضُهُ عَنْهَا لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ، وَلَهُ اسْتِيفَاءُ الْمَنَفَعَةِ مِنْ غَيْرِ
 الْمَبِّيعِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اسْتَأْجَرَ عَيْنًا ، قَبْدَلُ
 لَهُ الْآخِرُ^(٢٤) مِثْلَهَا ، وَلِأَنَّ الْبَائِعَ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي اسْتِيفَاءِ مَنَافِعِ تِلْكَ الْعَيْنِ ،
 فَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ عَوْضِهَا . فَإِنْ تَرَضِيََا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، وَلَا
 يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَإِنْ أَرَادَ الْبَائِعُ إِعَارَةَ الْعَيْنِ ، أَوْ إِجَارَتَهَا لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ
 فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا مَنَافِعٌ مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ فِيهَا^(٢٥) ، كَمَنَافِعِ الدَّارِ
 الْمُسْتَأْجَرَةِ وَالْمَوْصَى بِمَنَافِعِهَا ، وَلَا يَجُوزُ إِجَارَتُهَا إِلَّا لِمِثْلِهِ فِي الْإِئْتِفَاعِ ، فَإِنْ
 أَرَادَ إِجَارَتَهَا أَوْ إِعَارَتَهَا لِمَنْ يَضُرُّ بِالْعَيْنِ بِإِئْتِفَاعِهِ ، لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ . كَمَا لَا يَجُوزُ لَهُ إِجَارَةُ

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : « الْأَجْر » .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

العَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةَ لِمَنْ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ . ذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ عَقِيلٍ .

فصل : إذا اشترطَ المُشْتَرِي مَنْفَعَةَ البَائِعِ فِي المَبِيعِ ، فأقامَ البَائِعُ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُ العَمَلَ ، فله ذلك ؛ لأنه هُنَا بِمَنْزِلَةِ الأَجِيرِ المُشْتَرِكِ ، يجوزُ أَنْ يَعْمَلَ العَمَلَ بِنَفْسِهِ ، وبِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ . وإن أَرَادَ بَدَلَ العَوَضِ عن ذلك ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِي قَبُولُهُ ، وإن أَرَادَ المُشْتَرِي أخذَ العَوَضِ عنه ، لم يَلْزَمِ البَائِعُ بَدْلَهُ ؛ لأنَّ المُعَاوَضَةَ عَقْدٌ تَرَاضٍ ، فلم يُجْبِرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ . وإن تَرَاضِيَا عَلَيْهِ ، احْتَمَلَ الجَوَازَ ؛ لأنَّهَا مَنْفَعَةٌ يجوزُ أخذُ العَوَضِ عنها ، لو لم يَشْتَرِطْهَا ، فإذا مَلَكَهَا المُشْتَرِي ، جازَ لَهُ أخذُ العَوَضِ عنها ، كما لو اسْتَأْجَرَهَا ، وكما يجوزُ أَنْ يُوجَرَ المَنَافِعَ الموصى بها من وَرَثَةِ الموصى ، ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يجوزُ ؛ لأنه مُشْتَرِطٌ بِحُكْمِ العَادَةِ وَالاسْتِحْسَانِ لِأَجْلِ الحَاجَةِ ، فلم يَجْزُ أخذُ العَوَضِ عنه ، كَالقَرَضِ ، فَإِنَّهُ يجوزُ أَنْ يردَّ فِي الخُبْزِ وَالخَمِيرِ أَقْلٌ أو أَكْثَرُ . ولو أَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ خُبْزِهِ وَكَسْرِهِ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ الجائِزَةِ ، لم يَجْزُ . ولأنَّهُ أخذُ عَوَضٍ عن مَرْفِقٍ مُعْتَادٍ جَرَتْ العَادَةُ بالعَفْوِ عنه دونَ أخذِ العَوَضِ ، فأشْبَهَ المَنَافِعَ المُسْتَثْنَاءَ شَرْعًا ، وهو ما لو باعَ أرضًا فِيها زَرْعٌ لِلبَائِعِ ، واستَحَقَّ تَبْقِيَتَهُ إلى حينِ الحِصَادِ ، فلو أَخَذَهُ قَصِيلًا لِيَنْتَفِعَ بالأَرْضِ إلى وَقْتِ الحِصَادِ / ، لم يَكُنْ لَهُ ذلك . ٢٠٤/٤ و

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ وَأَجَرْتُكَهَا شَهْرًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنه إذا باعَهُ فقد مَلَكَ المُشْتَرِي المَنَافِعَ ، فإذا أَجَرَهُ إِيَّاهَا ، فقد شَرَطَ أَنْ يَكُونَ لَهُ بَدَلٌ فِي مُقَابَلَةِ ما مَلَكَهُ المُشْتَرِي ، فلم يَصِحَّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وقد نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ^(٢٦) . ومعناه أَنْ يَسْتَأْجِرَ طَحَّانًا ، لِيَطْحَنَ لَهُ كِراءً بِقَفِيزٍ مِنْهُ ، فَيَصِيرَ كَأَنَّهُ شَرَطَ عَمَلَهُ فِي القَفِيزِ عَوَضًا عن عَمَلِهِ فِي باقِي الكِراءِ المَطْحُونِ . وَيَحْتَمِلُ الجَوَازَ ، بِنِاءٍ عَلَى اشْتِراطِ مَنْفَعَةِ البَائِعِ فِي المَبِيعِ .

(٢٦) أخرجه البيهقي ، في : باب النبي عن عسب الفحل ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٣٩/٥ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٤٧/٣ .

فصل : وإن شَرَطَ في المَبِيعِ (٢٧) إن هو باعُهُ فالبائعُ أَحَقُّ به بالثَمَنِ . فَرَوَى المَرُودِيُّ (٢٨) عنه أَنَّهُ قال : في مَعْنَى حَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ : « لا شَرَطَانَ في بَيْعٍ » (٢٩) . يعنى أَنه فاسِدٌ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ أن يَبِيعَهُ إِيَّاهُ ، وأن يُعْطِيَهُ إِيَّاهُ بالثَمَنِ الأَوَّلِ ، فهما شَرَطَانَ في بَيْعٍ نُهِيَ عَنْهُمَا ، ولأنَّهُ يُنافِي مُقْتَضَى العَقْدِ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ أن لا يَبِيعَهُ (٣٠) مِن غَيْرِهِ (٣١) إذا أَعْطَاهُ ثَمَنَهُ ، فهو كما لو شَرَطَ أن لا يَبِيعَهُ إلا مِن فُلانٍ ، أو أن لا يَبِيعَهُ أصْلاً ، وَرَوَى عنه إِسْمَاعِيلُ بنُ سَعِيدٍ : البَيْعُ جَائِزٌ ؛ لما رَوَى عن ابنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ قال : ابْتَعْتُ مِن امْرَأَتِي زَيْنَبَ التَّقْفِيَةَ جَارِيَةً ، وَشَرَطْتُ لها إن بَعْتُها ، فهي لها بالثَمَنِ الذي ابْتَعْتُها به ، فَذَكَرْتُ ذلكَ لِعُمَرَ ، فقال : لا تَقْرُبُها ولأَحَدٍ فيها شَرَطٌ . (٣٢) قال إِسْمَاعِيلُ (٣٣) : فَذَكَرْتُ لِأَحْمَدَ الحَدِيثَ ، فقال : البَيْعُ جَائِزٌ ، و « لا تَقْرُبُها » ؛ لأنَّهُ كانَ فيها شَرَطٌ واحِدٌ لِلْمَرْأَةِ . ولم يُقَلِّ عَمْرٌ في ذلكَ البَيْعِ : فاسِدٌ . فَحَمَلَ الحَدِيثَ على ظاهِرِهِ ، وأخَذَ به . وقد اتَّفَقَ عَمْرٌ وابنُ مَسْعُودٍ على صِحَّتِهِ ، وَالقِياسُ يَقْتَضِي فِسادَهُ . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ كَلَامُ أَحْمَدَ في رِوَايَةِ المَرُودِيِّ على فِسادِ الشَّرْطِ ؛ وفي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بنِ سَعِيدٍ على جِوازِ البَيْعِ ، فيكونُ البَيْعُ صَحِيحًا ، والشَّرْطُ فاسِدًا ، كما لو اشْتَرَاها بِشَرْطِ أن لا يَبِيعَها . وقولُ أَحْمَدَ (٣٢) : « لا تَقْرُبُها » . قد رَوَى مثلهُ في مَنْ اشْتَرَطَ في الأَمَةِ أن لا يَبِيعَها ولا يَهَبَها ، أو شَرَطَ عليه ولاءَها ، ولا يَقْرُبُها . والبَيْعُ جَائِزٌ . واحتجَّ بِحَدِيثِ عَمْرٍ : « لا تَقْرُبُها ولأَحَدٍ فيها / مَثْنَوِيَّةٌ » . قال القاضِي : وهذا على الكَرَاهَةِ لا على التَّحْرِيمِ . قال ٢٠٤/٤ ظ ابنُ عَقِيلٍ : عندِي أَنَّهُ إِنَّمَا مُنِعَ مِنَ الوَطْءِ ؛ لِمكانِ الخِلافِ في العَقْدِ ؛ لِكُونِهِ يَفْسُدُ بِفِسادِ الشَّرْطِ في بعضِ المَذاهِبِ . واللهُ أَعْلَمُ .

(٢٧) في الأصل : « البيع » .

(٢٨) في النسخ هنا وفيما يأتي : « المروزي » . تحريف ، وسبق في : ٦/١ .

(٢٩) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٦ .

(٣٠ - ٣١) في م : « لغيره » .

(٣١ - ٣٢) سقط من : الأصل .

(٣٢) الصحيح أن ذلك من قول عمر رضي الله عنه .

٧٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَاعَ حَائِطًا وَاسْتَنْتَى مِنْهُ صَاعًا^(١)) ، لَمْ يَجْزُ .
وَإِنْ اسْتَنْتَى مِنْهُ نَخْلَةً أَوْ شَجَرَةً بِعَيْنِهَا ، جَازَ)

الكلامُ في هذه المسألة في فصلين ؛ أحدهما ، أنه إذا باعَ ثَمَرَةَ بُسْتَانٍ ، واستنتى صَاعًا ، أو أَصْعًا ، أو مُدًّا ، أو أُمْدَادًا ، أو باعَ صَبْرَةً واستنتى منها مثل ذلك ، لم يَجْزُ . ورَوَى ذلك عن سعيد بن المسيَّب ، والحسن ، والشَّافِعِي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وقال أبو الحَطَّابِ : فيه رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أنه يجوزُ ، وهو قولُ ابن سيرين ، وسالم بن عبد الله ، ومالك ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثَّنِيَا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢) وقال : هو حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ^(٣) ، وهذه ثُنْيَا مَعْلُومَةٌ ، ولأنَّه استنتى مَعْلُومًا أَشْبَهَ مَا^(٤) إذا استنتى منها جُزْءًا . ولنا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن الثَّنِيَا . رَوَاهُ البُخَارِيُّ^(٥) . ولأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ لا بِالْقَدْرِ ، والاسْتِثْنَاءُ يُعَيِّرُ حُكْمَ المُشَاهَدَةِ ؛ لأنَّه لا يَدْرِي كم يَبْقَى في حُكْمِ المُشَاهَدَةِ ، فلم يَجْزُ ، ويُخَالِفُ الجُزْءَ ؛ فَإِنَّه لا يُعَيِّرُ حُكْمَ المُشَاهَدَةِ ، ولا يَمْنَعُ المَعْرِفَةَ بِهَا .

فصل : وإن باعَ شَجَرَةً ، أو نَخْلَةً ، واستنتى أَرْطَالًا مَعْلُومَةً ، فالحُكْمُ فيه كما لو باعَ حَائِطًا واستنتى أَصْعًا . وقال القاضي في « شَرْحِهِ » : يَصِحُّ ؛ لأنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ، أَجَازُوا^(٦) اسْتِثْنَاءَ سَوَاقِطِ الشَّاةِ . والصَّحِيحُ ، ما ذَكَرْنَاهُ . وهذا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٣١ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) أخرجه مسلم ، في : باب النهي عن المحاقلة والمزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٧٥ . وأبو داود ، في : باب في المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٣٥ . والنسائي ، في : باب النهي عن بيع الثنیا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٠ . ولم يروه البخاري . انظر تحفة الأشراف ٢/١٨٢ ، ١٨٣ ، ٢٢٤ ، ٢٨٩ .

(٦) في الأصل : « أجازت » .

أشبهه بمسألة الصّاع من الحائِطِ وإليها أقربُ ، والمعنى الذى ذكرناه فيها مُتَحَقِّقٌ هُنا ، فلا يَصِحُّ . والله أعلمُ . الفصل الثانى ، أنه إذا اسْتَنْتَى نَحْلَةً ، أو شَجَرَةً بِعَيْنِهَا ، جازَ . ولا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا ؛ وذلك لأنَّ المُسْتَنْتَى مَعْلُومٌ ، ولا يُودَى إلى جِهالَةٍ المُسْتَنْتَى منه . وإن اسْتَنْتَى شَجَرَةً غيرَ مُعَيَّنَةٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ غيرَ مَعْلُومٍ ، فصار المَبِيعُ والمُسْتَنْتَى مَجْهُولَيْنِ . ورَوَى عن ابنِ عُمَرَ ، أنه باعَ ثَمَرَتَهُ بأَرْبَعَةِ آلافٍ ، واسْتَنْتَى طَعَامَ الفِتْيَانِ^(٧) . وهذا يَحْتَمِلُ أنه اسْتَنْتَى / نَحْلًا مُعَيَّنًا بِقَدْرِ طَعَامِ الفِتْيَانِ^(٨) ؛ لأنَّهُ لو حُمِلَ على غير ذلك لكان^(٩) مُخَالَفًا لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عن الثُّنْيَا إِلَّا أن تُعْلَمَ . ولأنَّ المُسْتَنْتَى^(٩) متى كان مَجْهُولًا لَزِمَ أن يكون الباقى بعده مَجْهُولًا ، فلا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، كما لو قال : بِعْتُكَ من هذه الثَّمَرَةِ طَعَامَ الفِتْيَانِ^(٧) .

و ٢٠٥/٤

فصل : وإن اسْتَنْتَى جُزْءًا مَعْلُومًا من الصُّبْرَةِ أو الحائِطِ مُشاعًا ، ككُلِّهِ ، أو رُبْعٍ ، أو أَجْزَاءٍ ، كسَبْعِينَ ، أو ثلاثةِ أَثْمَانٍ ، صَحَّ البَيْعُ والاسْتِثْناءُ . ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ أُمِّ مَوْسَى : لا يَجُوزُ . ولنا ، أنه لا يُودَى إلى جِهالَةٍ المُسْتَنْتَى ولا المُسْتَنْتَى منه ، فَصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى شَجَرَةً بِعَيْنِهَا ؛ وذلك لأنَّ مَعْنَى : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ إِلَّا ثُلْثُهَا . أى بِعْتُكَ ثُلْثُهَا . وقوله : إِلَّا رُبْعَهَا مَعْنَاهُ : بِعْتُكَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا . ولو باعَ حَيوانًا ، واسْتَنْتَى ثُلْثَهُ ، جازَ ، وكان مَعْنَاهُ بِعْتُكَ ثُلْثَيْهِ . ومنع منه القاضى أبو يَعْلَى قِياسًا على اسْتِثْناءِ الشَّحْمِ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الشَّحْمَ مَجْهُولٌ لا يَصِحُّ إِفْرادُهُ بالبَيْعِ ، وهذا مَعْلُومٌ ، وَيَصِحُّ إِفْرادُهُ بالبَيْعِ ، فَصَحَّ اسْتِثْناءُوهُ ، كالشَّجَرَةِ المُعَيَّنَةِ ، وقِياسُ المَعْلُومِ على المَجْهُولِ فى الفسادِ لا يَصِحُّ ، فعلى هذا يَصِيرانِ شَرِيكَيْنِ فىهِ ، لِلْمُشْتَرَى ثُلْثاهُ وللبائعِ ثُلْثُهُ .

(٧) فى م : « القيان » .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى الأصل : « المشتري » .

فصل : فإن قال : بَعْتِكَ قَفِيرًا من هذه الصبيرة إِلَّا مَكُوكًا . جاز ؛ لأن القفِير معلوم ، والمكوك معلوم ، فلا يُفضى إلى الجهالة ، ولو قال : بَعْتِكَ هذه الثمرة بأربعة دراهم ، إِلَّا بِقَدْرِ درهم . صح ؛ لأن قدره معلوم من المبيع^(١٠) وهو الرُّبْع ، فكأنه قال : بَعْتِكَ ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم . ولو قال : إِلَّا ما يساوى درهماً . لم يصح ؛ لأن ما يساوى الدرهم قد يكون الرُّبْع ، أو أكثر أو أقل ، فيكون مجهولاً ، فينبطل .

فصل : وإن باع قَطِيعًا ، واستثنى منه شاة بعينها ، صح . وإن استثنى شاة غير مُعَيَّنَةٍ ، لم يصح . نص عليه . وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : يصح أن يبيع مائة شاة إِلَّا شاة يختارها ، أو يبيع ثمرة حائطه ، ويستثنى ثمرة نخلات يعدها . ولنا ، أن النبي ﷺ : نهى عن / الثنيا إِلَّا أن تعلم^(١١) . و : نهى عن بيع الغرر^(١٢) . ولأنه مبيع مجهول ، والمستثنى منه مجهول ، فلم يصح ، كما لو قال : إِلَّا شاة مطلقاً . ولأنه مبيع مجهول ، فلم يصح ، كما لو قال : بَعْتِكَ شاة تختارها من القطيع . وضابط هذا الباب ، أنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه مفردًا أو بيع ما عداه مفردًا عن المستثنى ، ونحو هذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، إِلَّا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة ، وجلدها ؛ للأثر الوارد فيه . والحمل على رواية الجواز ؛ لفعل ابن عمر ، وما عدا هذا فيبقى على الأصل .

فصل : وإن باع حيوانًا مأكولاً ، واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه ، صح . نص عليه أحمد . وقال مالك : يصح في السفر دون الحضر ؛ لأن المسافر لا يمكنه الاتيفاع بالجلد والسواقط . فجوز له شراء اللحم دونها . وقال

(١٠) في م : « البيع » .

(١١) تقدم تخريجه في صفحة ١٣١ .

(١٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣١ .

أبو حنيفة ، والشافعي : لا يجوز ؛ لأنه لا يجوز إفراده بالعقد ، فلم يجز استثنائه كالحمل . ولنا ، أن النبي ﷺ ، نهى عن الثنيا إلا أن تعلم . وهذه معلومة ، وروى أن النبي ﷺ لما هاجر إلى المدينة ، ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة ، مروا براعى غنم ، فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة ، وشرطا له سلبها . وروى أبو بكر ، في « الشافي » بإسناده عن جابر ، عن الشعبي قال : قضى زيد بن ثابت ، وأصحاب رسول الله ﷺ في بقرة باعها رجل واشترط رأسها ، فقضى بالشروى . يعنى أن يعطى رأسا مثل رأس . ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان ، فصح ، كما لو باع حائطا ، واستثنى منه نخلة معينة . وكونه لا يجوز إفراده بالبيع ينطّل بالتمرة قبل التأبير لا يجوز إفرادها^(١٣) بالبيع بشرط التيقية ، ويجوز استثنائها ، والحمل مجهول . ولنا فيه منع ، فإن امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر عليه ، ويلزمه قيمة ذلك على التفریب . نص عليه ؛ لما روى عن علي ، رضي الله عنه : أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنيها . فقال : اذهبوا / إلى السوق ، فإذا بلغت أقصى ثمنها ، فأعطوه حساب ثنيها من ثمنها .

و ٢٠٦/٤

فصل : فإن استثنى شحم الحيوان ، لم يصح . نص عليه أحمد . قال أبو بكر : لا يحتلفون عن أبي عبد الله ، أنه لا يجوز . وذلك^(١٤) ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم . ولأنه مجهول لا يصح إفراده بالبيع ، فلم يصح استثنائه ، كفخذها ، وإن استثنى الحمل ، لم يصح استثنائه لذلك . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي . وقد نقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن ، والنخعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . لما روى نافع عن ابن عمر ، أنه باع جارية ، واستثنى ما في بطنها . ولأنه يصح استثنائه في العتق ، فصح في البيع قياسا عليه . ولنا ، ما تقدم . والصحيح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها .

(١٣) في الأصل : « إفراده » .

(١٤) في م : « ذلك » .

لأنَّ الثَّقَاتَ الحُفَاطَ حَدَّثُوا الحَدِيثَ ، فقالوا : أعتقَ جارِيَةٌ . والإِسْنَادُ واحِدٌ ، قاله أبو بكرٍ . ولا يَلْزَمُ من الصَّحَّةِ في العَتَقِ الصَّحَّةُ في البَيْعِ ؛ لأنَّ العَتَقَ لا تَمْنَعُه الجَهَالَةُ ولا العَجْزُ عن التَّسْلِيمِ ، ولا يُعْتَبَرُ فيه شُرُوطُ البَيْعِ .

فصل : وإن باعَ جارِيَةٌ حَامِلًا بِحُرٍّ . فقال القاضي : لا يَصِحُّ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه لا يَدْخُلُ في البَيْعِ ، فكأنه مُسْتَتْنِي . والأوْلَى صِحَّتُه ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ ، وجَهَالَةُ الحَمَلِ لا تَضُرُّ من حيث إنَّه ليس بِمَبِيعٍ ولا مُسْتَتْنِي بِاللَّفْظِ ، وقد يُسْتَتْنِي بالشرعِ ما لا يَصِحُّ اسْتِثْنَاؤُه بِاللَّفْظِ ، كما لو باعَ أُمَّةً مُزَوَّجَةً صَحَّ ، وَوَقَعَتْ مَنفَعَةُ البُضْعِ مُسْتَتْنَاءً بالشرعِ . ولو اسْتِثْنَاهَا بِاللَّفْظِ لم يَجْزُ . ولو باعَ أرضًا فيها زَرْعٌ للبائعِ ، أو نَحْلَةً مُؤَبَّرَةً ، لَوَقَعَتْ مَنفَعَتُها مُسْتَتْنَاءً مُدَّةَ بَقَاءِ الزَّرْعِ والثَّمَرَةِ ، ولو اسْتِثْنَاهَا بِقَوْلِهِ ، لم يَجْزُ .

فصل : ولو باعَ دَارًا إِلَّا ذِرَاعًا ، وهما يَعْلَمَانِ ذُرْعَانَ الدَّارِ ، جازَ ، وكان مُسْتَتْنِيًّا جُزْءًا مُشَاعًا منها ، لأنَّه جُزْءٌ مَعْلُومٌ يَصِحُّ إفرادُه بالبَيْعِ ، فجازَ اسْتِثْنَاؤُه ، ككُلِّها ورُبْعِها ، وإن لم يَعْلَمَا ، لم يَجْزُ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ لا يَجوزُ إفرادُه بالبَيْعِ ، ولأنَّه اسْتَتْنِي / مَعْلُومٌ المِقْدَارِ من مَبِيعٍ مَعْلُومٍ بِالمُشَاهَدَةِ ، فلم يَجْزُ كاسْتِثْنَاءِ الصَّاعِ من ثَمَرَةِ الحَائِطِ ، والقَفِيزِ من الصَّبْرَةِ . وهكذا الحُكْمُ إذا باعَهُ ضَيْعَةً إِلَّا جَرِيًّا^(١٥) ، فمتى عَلِمَ جُرْبَانَ الضَيْعَةِ صَحَّ ، وإلَّا فلا .

٢٠٦/٤ ظ

فصل : وإذا باعَ سِمْسِمًا واسْتَتْنِي الكُسْبَ ، لم يَجْزُ ؛ لأنَّه قد باعَهُ الشَّيْرَجَ في الحَقِيقَةِ . وهو غيرُ مَعْلُومٍ ، فإنَّه غيرُ مُعَيَّنٍ ولا مُوصُوفٍ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن الثَّنْيَا إِلَّا أن تُعْلَمَ^(١٦) . وكذا لو باعَهُ قُطْنًا واسْتَتْنِي الحَبَّ ، لم يَجْزُ ؛ لِجَهَالَةِ ذلك ، ولأنَّ المُسْتَتْنِيَّ غيرُ مَعْلُومٍ . ولو باعَهُ السَّمْسِمَ واسْتَتْنِي الشَّيْرَجَ ، لم يَجْزُ لذلك^(١٧) .

(١٥) الجريب : المزرعة .

(١٦) تقدم ترجمته في صفحة ١٣١ .

(١٧) في م : « كذلك » .

فصل : ولو بَاعَهُ بِدِينَارٍ إِلَّا ذَرَهُمَا ، أَوْ إِلَّا قَفِيرًا مِنْ حِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ رَفْعَ قَدْرِ الْمُسْتَشْتَى مِنَ الْمُسْتَشْتَى مِنْهُ . وَقَدَّرَ ذَلِكَ مَجْهُولٌ ، فَيَصِيرُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا .

٧٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى الثَّمَرَةَ دُونَ الْأَصْلِ ، فَتَلَفَتْ بِجَائِحَةٍ مِنَ السَّمَاءِ ، رَجَعَ بِهَا عَلَى الْبَائِعِ)

الكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي فُصُولِ ثَلَاثَةٍ :

الأوَّلُ ، أَنَّ مَا تُهْلِكُهُ الْجَائِحَةُ مِنَ الثَّمَارِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ . وَهَذَا قَالَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، مِنْهُمْ . يَحْيَى بْنُ سَعِيدِ الْأَنْصَارِيِّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَهْلِ الْحَدِيثِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ : هُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرَى ؛ لِمَا رَوَى ، أَنَّ أَمْرَأَةً أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَتْ : إِنَّ ابْنِي اشْتَرَى ثَمَرَةً مِنْ فُلَانٍ ، فَأَذْهَبَتْهَا الْجَائِحَةُ ، فَسَأَلَهُ (١) أَنْ يَضَعَ عَنْهُ ، فَتَأَلَّى أَنْ لَا يَفْعَلَ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « تَأَلَّى فُلَانٌ أَنْ لَا يَفْعَلَ خَيْرًا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢) .

وَلَوْ كَانَ وَاجِبًا لِأَجْبَرِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ التَّحْلِيَةَ يَتَعَلَّقُ بِهَا جَوَازُ التَّصَرُّفِ ، فَتَعَلَّقَ بِهَا الضَّمَانُ ، كَالنَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ إِذَا أَتَلَفَهُ آدَمِيٌّ ، كَذَلِكَ لَا يَضْمَنُهُ بِإِثْلَافٍ غَيْرِهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى مُسْلِمٌ (٣) ، فِي « صَحِيحِهِ » عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ . وَعَنْهُ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « / إِنْ بَعْتَ مِنْ ٢٠٧/٤ وَ

(١) فِي م : « فَسَأَلَتْهُ » .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَلْ يَشِيرُ الْإِمَامُ بِالصَّلْحِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلْحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٤٤/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ اسْتِحْبَابِ الْوَضْعِ مِنَ الدِّينِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٩٢/٣ . أَخْرَجَاهُ بِغَيْرِ لَفْظِهِ عَنْ أَبِي الرَّجَالِ ، عَنْ أُمِّهِ ، عَمْرَةَ عَنْ عَائِشَةَ .

كَأَخْرَجَهُ أَيْضًا مِنْ هَذَا الطَّرِيقِ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْجَائِحَةِ فِي بَيْعِ الثَّمَارِ وَالزَّرْعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَوْطَأُ ٦٢١/٢ .

(٣) فِي : بَابِ وَضْعِ الْجَوَائِحِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٩١/٣ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ السَّنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٢٨/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، =

أَحِيكَ ثَمْرًا ، فَأَصَابَتْهُ جَائِعَةٌ ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا ، لِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِعَيْرِ حَقِّ ؟ » رواه مُسْلِمٌ وَأَبُو دَاوُدَ^(٤) ، وَلَفْظُهُ : « مَنْ بَاعَ ثَمْرًا ، فَأَصَابَتْهُ جَائِعَةٌ فَلَا يَأْخُذُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئًا ، عَلَى مَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ^(٥) أَخِيهِ الْمُسْلِمِ ؟ » . وَهَذَا صَرِيحٌ فِي الْحُكْمِ فَلَا يُعَدُّلُ عَنْهُ . قَالَ الشَّافِعِيُّ : لَمْ يَثْبُتْ عِنْدِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ ، وَلَوْ ثَبَّتَ لَمْ أَعُدَّهُ ، وَلَوْ كُنْتُ قَائِلًا بِوَضْعِهَا لَوَضَعْتُهَا فِي الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ . قُلْنَا : الْحَدِيثُ ثَابِتٌ . رَوَاهُ الْأَيْمَةُ ، مِنْهُمْ : الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَيَحْيَى ابْنُ مَعِينٍ ، وَعَلِيُّ بْنُ حَرْبٍ ، وَغَيْرُهُمْ ، عَنْ ابْنِ عُيَيْنَةَ ، عَنْ حُمَيْدِ الْأَعْرَجِ ، عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ عَتِيقٍ ، عَنْ جَابِرٍ . وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ فِي « صَحِيحِهِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ فِي « سُنَنِهِ » ، وَابْنُ مَاجَةَ وَغَيْرُهُمْ . وَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِي حَدِيثِهِمْ ، فَإِنَّ فِعْلَ الْوَاجِبِ خَيْرٌ ، فَإِذَا تَأَلَّى أَنْ لَا يَفْعَلَ الْوَاجِبَ ، فَقَدْ تَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا . فَأَمَّا الْإِجْبَارُ ، فَلَا يَفْعَلُهُ النَّبِيُّ ﷺ بِمُجَرَّدِ قَوْلِ الْمُدَّعَى مِنْ غَيْرِ إِقْرَارٍ مِنَ^(٦) الْبَائِعِ ، وَلَا حُضُورٍ . وَلِأَنَّ التَّحْلِيلَةَ لَيْسَتْ بِقَبْضٍ تَامٍ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ تَلَفَتْ بَعْطَشٍ عِنْدَ بَعْضِهِمْ . وَلَا يَلْزَمُ مِنَ إِبَاحَةِ التَّصَرُّفِ تَمَامَ الْقَبْضِ ، بِدَلِيلِ الْمَنَافِعِ فِي الْإِجَارَةِ يُبَاحُ التَّصَرُّفُ فِيهَا ، وَلَوْ تَلَفَتْ كَانَتْ مِنْ ضَمَانِ الْمُؤَجَّرِ ، كَذَلِكَ الثَّمَرَةُ ، فَإِنَّهَا فِي شَجَرِهَا ، كَالْمَنَافِعِ قَبْلَ^(٧) اسْتَيْفَانِهَا ، تُوجَدُ حَالًا فَحَالًا^(٨) ، وَقِيَاسُهُمْ يَبْتَطُلُ بِالتَّحْلِيلَةِ فِي الْإِجَارَةِ .

= في : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٣/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٩/٣ .
 (٤) أخرجه مسلم ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٠/٣ . وأبو داود ، في : باب في وضع الجائحة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٨/٢ .
 كما أخرجه النسائي ، في : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٢/٧ ، ٢٣٣ . وابن ماجه ، في : باب بيع الثمار سنين والجائحة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٧/٢ .

(٥) في م : « من مال » .

(٦) سقط من : « الأصل » .

(٧) في م زيادة : « قبل » .

(٨) في النسخ : « لحالا » .

الفصل الثاني : أَنَّ الْجَائِحَةَ كُلَّ آفَةٍ لَا صُنْعَ لِلْأَدَمِيِّ فِيهَا ، كَالرِّيحِ ، وَالبَرْدِ ، وَالجَرَادِ ، وَالعَطَشِ ؛ لِمَا رَوَى السَّاجِيُّ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي الْجَائِحَةِ^(٩) . وَالْجَائِحَةُ تَكُونُ فِي البَرْدِ ، وَالجَرَادِ ، وَفِي الْحَبِقِ^(١٠) ، وَالسَّيْلِ ، وَفِي الرِّيحِ . وَهَذَا تَفْسِيرٌ مِنَ الرُّوَايِ لِكَلَامِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَيْهِ . وَأَمَّا مَا كَانَ يَفْعَلُ آدَمِيُّ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الْمُشْتَرَى بِالْخِيَارِ بَيْنَ فُسْخِ الْعَقْدِ ، وَمُطَالَبَةِ الْبَائِعِ بِالتَّمَنِّ ، وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَيْهِ ، وَمُطَالَبَةِ الْجَانِبِ بِالْقِيمَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ الرُّجُوعُ بِبَدْلِهِ ، بِخِلَافِ التَّالِفِ بِالْجَائِحَةِ^(١١) .

الفصل / الثالث : أَنَّ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ قَلِيلِ الْجَائِحَةِ وَكَثِيرِهَا ، ٢٠٧/٤ ظ
إِلَّا أَنَّ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِتَلْفِ مِثْلِهِ ، كَالشَّيْءِ الْيَسِيرِ الَّذِي لَا يَنْضَبِطُ ، فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِنِّي لَا أَقُولُ فِي عَشْرِ ثَمَرَاتٍ ، وَلَا عَشْرِينَ ثَمَرَةً ، وَلَا أَدْرِي مَا التُّلْثُ ، وَلَكِنْ إِذَا كَانَتْ جَائِحَةً تُعْرَفُ ؛ التُّلْثُ ، أَوِ الرَّبْعُ ، أَوِ الْخُمْسُ ، تُوضَعُ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ مَا كَانَ^(١٢) دُونَ التُّلْثِ فَهُوَ مِنَ^(١٣) ضَمَانِ الْمُشْتَرَى ، وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَأْكُلَ الطَّيْرُ مِنْهَا ، وَتَنْثُرَ الرِّيحُ ، وَيَسْقُطَ مِنْهَا ، فَلَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ ضَابِطٍ وَاحِدٍ فَاصِلٍ بَيْنَ ذَلِكَ وَبَيْنَ الْجَائِحَةِ ، وَالتُّلْثُ قَدْ رَأَيْنَا الشَّرْعَ اعْتَبَرَهُ فِي مَوَاضِعَ ، مِنْهَا ؛ الْوَصِيَّةُ ، وَعَطَايَا الْمَرِيضِ ، وَتَسَاوَى جِرَاحِ الْمَرْأَةِ جِرَاحِ^(١٤) الرَّجُلِ إِلَى التُّلْثِ . قَالَ الْأَثَرُمُ : قَالَ أَحْمَدُ : إِنَّهُمْ يَسْتَعْمِلُونَ التُّلْثَ فِي سَبْعِ عَشْرَةَ مَسْأَلَةً . وَلِأَنَّ التُّلْثَ فِي حَدِّ الْكَثْرَةِ ، وَمَا دُونَهُ فِي

(٩) تقدم تحريجه في صفحة ١٧٧ .

(١٠) كذا . ولم نعرفه .

(١١) في الأصل : « بجائحة » .

(١٢) في م زيادة : « بعد » .

(١٣) سقط من : « م » .

(١٤) في م : « وجراح » .

حَدَّ الْقَلَّةِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي الْوَصِيَّةِ : « الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » (١٥) .
فِيدُلُّ هَذَا عَلَى أَنَّهُ آخِرُ حَدِّ الْكَثْرَةِ ، فَلِهَذَا قُدِّرَ بِهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ ،
فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ (١٦) . وَمَا دُونَ الثُّلُثِ دَاخِلٌ فِيهِ ، فَيَجِبُ
وَضْعُهُ . وَلِأَنَّ هَذِهِ الثَّمَرَةَ لَمْ يَتِمَّ قَبْضُهَا ، فَكَانَ مَا تَلَفَ مِنْهَا مِنْ مَالِ الْبَائِعِ ، وَإِنْ
كَانَ قَلِيلًا ، كَالْتِي عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ ، وَمَا أَكَلَهُ الطَّيْرُ (١٧) أَوْ سَقَطَ لَا يُؤَثِّرُ فِي
الْعَادَةِ ، وَلَا يُسَمَّى جَائِحَةً ، فَلَا يَدْخُلُ فِي الْحَبْرِ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، فَهُوَ
مَعْلُومُ الْوُجُودِ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، فَكَأَنَّهُ مَشْرُوطٌ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا تَلَفَ شَيْءٌ
لَهُ قَدْرٌ خَارِجٌ عَنِ الْعَادَةِ ، وَضَعَّ مِنَ الثَّمَنِ بِقَدْرِ الذَّاهِبِ . فَإِنْ تَلَفَ الْجَمِيعُ ، بَطَلَ
الْعَقْدُ ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِجَمِيعِ الثَّمَنِ . وَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فَإِنَّهُ يَعْتَبَرُ
ثُلُثَ الْمَبْلَغِ ، وَقِيلَ : ثُلُثَ الْقِيَمَةِ . فَإِنْ تَلَفَ الْجَمِيعُ ، أَوْ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ ، رَجَعَ
بِقِيَمَةِ التَّالِفِ (١٨) كُلُّهُ (١٩) مِنَ الثَّمَنِ (١٩) . وَإِذَا اُخْتَلَفَا فِي الْجَائِحَةِ ، أَوْ قَدَّرَ مَا أُتْلِفَ ،
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةَ . وَلِأَنَّهُ غَارِمٌ ، وَالْقَوْلُ فِي الْأَصُولِ قَوْلُ
الْغَارِمِ .

فصل : فَإِنْ بَلَغَتِ الثَّمَرَةُ أَوْ أَنَّ الْجِزَارَ ، فَلَمْ يَجْزُهَا حَتَّى اجْتَبَحَتْ ، / فقال
القاضي : عِنْدِي لَا يُوَضَّعُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُفْرَطٌ بِتَرْكِ النَّقْلِ فِي وَقْتِهِ مَعَ قُدْرَتِهِ ، فَكَانَ
الضَّمَانُ عَلَيْهِ . وَلَوْ اشْتَرَى ثَمَرَةً قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا بِشَرْطِ الْقَطْعِ ، فَأَمَكَّنَهُ قَطْعُهَا ،
فَلَمْ يَقْطَعْهَا حَتَّى تَلَفَتْ ، فَهِيَ مِنْ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّ تَلَفَهَا بِتَفْرِيطِهِ . وَإِنْ تَلَفَتْ قَبْلَ
إِمْكَانِ قَطْعِهَا ، فَهِيَ مِنْ ضَمَانِ بَائِعِهَا ، كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا (٢٠) .

٢٠٨/٤ و

(١٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٧ .

(١٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٧٧ .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) في م : « التلف » .

(١٩) - (١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في م : « فيها » .

فصل : إذا استأجر أرضاً ، فزرعها ، فتلّف الزرع^(٢١) ، فلا شيء على المؤجر ، نصّ عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً ؛ لأنّ المعقود عليه منافع الأرض ، ولم تثلّف ، وإنما تلّف مال المستأجر فيها ، فصار كدار استأجرها ليقتصر^(٢٢) فيها ثياباً ، فتلّف الثياب فيها .

٧٣١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا وَقَعَ الْبَيْعُ عَلَى مَكِيلٍ ، أَوْ^(١) مَوْزُونٍ ، أَوْ مَعْدُودٍ ، فَتَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَهُوَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ)

ظاهر كلام الخريّ أن المكيل ، والموزون ، والمعدود ، لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه ، سواء كان متعيناً ، كالصبرة ، أو غير متعين ، ككفيز منها . وهو ظاهر كلام أحمد . ونحوه قول إسحاق . وروى عن عثمان بن عفان ، وسعيد ابن المسيّب ، والحسن ، والحكم ، وحماد بن أبي سليمان ، أن كلّ ما بيع 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 ، كالفيز من صبرة ، والرطل من زبرة^(٢) ، ومكيّلة زيت من دن ، فأما المتعين ، فيدخل في ضمان المشتري ، كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل . وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم ، فإنه قال في رواية أبي الحارث ، في رجل اشترى طعاماً ، فطلب من يحمله ، فرجع وقد احترق الطعام^(٣) ، فهو من مال المشتري ، واستدل بحديث ابن عمر : ما أدرکت الصفقة حياً مجموعاً ، فهو من مال المشتري^(٤) . وذكر الجوز جاني عنه في من اشترى ما في السفينة صبرة ، ولم

(٢١) في الأصل : « الربع » .

(٢٢) قصر الثوب : دقه ويؤنه .

(١) في م زيادة : « على » .

(٢) الزبرة : القطعة الضخمة .

(٣) سقط من : « الأصل » .

(٤) أخرجه البخاري تعليقا ، في : باب إذا اشترى متاعاً أو دابة فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٠/٣ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٥٤/٣ .

يُسَمُّ كَيْلًا ، فلا بَأْسَ أن يُشْرِكَ فيها ، وَيَبِيعَ ما شاء ، إلا أن يكونَ بينهما كَيْلٌ ، فلا يُؤَلَّى حتى يُكَالَ عليه . ونحوَ هذا قال مالِكٌ ، فَإِنَّهُ قال : ما يَبِيعُ مِنَ الطَّعامِ (٥) مُكَايَلَةً ، أو مُوازَنَةً ، / لم يَجْزُ يَبِيعُهُ قَبْلَ (٦) قَبْضِهِ ، وما يَبِيعُ مُجَازَفَةً ، أو يَبِيعُ مِنْ غَيْرِ الطَّعامِ مُكَايَلَةً ، أو مُوازَنَةً ، جازَ يَبِيعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ . ووجه ذلك ، ما رَوَى الأَوْزَاعِيُّ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن حَمْرَةَ بن عبد الله بن عمر ، أَنَّهُ سَمِعَ عبدَ اللهِ بنَ عمرَ يَقولُ : مَضَتِ السَّنَةُ أَنَّ ما أَدْرَكَتُهُ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا ، فهو من مالِ المُبتاعِ . رواه البخاري (٧) ، عن ابنِ عمرَ من قولِهِ تَعْلِيْقًا . وقولُ الصَّحَابِيِّ مَضَتِ السَّنَةُ . يقتضِي سُنَّةَ النَّبِيِّ ﷺ . ولأنَّ المَبِيعَ المُعَيَّنَ لا يَتَعَلَّقُ بِهِ (٨) حَقُّ تَوْفِيْتِهِ (٨) ، فكان من مالِ المُشْتَرِي ، كغَيْرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ . ويُقَلَّ عن أحمدَ ، أَنَّ المَطْعومَ لا يَجوزُ يَبِيعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، سواءَ كانَ مَكِيلًا ، أو مَوْزُونًا ، أو لم يَكُنْ . وهذا يَقْتَضِي أَنَّ الطَّعامَ خاصَّةً لا يَدْخُلُ في ضَمَانِ المُشْتَرِي حتى يَقْبِضَهُ ، فَإِنَّ التَّرْمِذِيَّ رَوَى عن أحمدَ ، أَنَّهُ أَرْحَصُ في بَيْعِ ما لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ ممَّا لا يُوكَلُ ولا يُشْرَبُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وقال الأثرَمُ : سَأَلْتُ أبا عبدِ اللهِ عن قولِهِ : نَهَى عن رِبْحِ ما لم يُضَمَّنْ (٩) . قال : هذا في الطَّعامِ وما أَشْبَهَهُ من مَأْكُولٍ أو مَشْرُوبٍ ، فلا يَبِيعُهُ حتى يَقْبِضَهُ . قال ابنُ عبدِ البرِّ : الأَصَحُّ عن أحمدَ بنِ حَنْبَلٍ أَنَّ الذي يُمنَعُ من يَبِيعِهِ (١٠) قَبْلَ قَبْضِهِ (١٠) هو الطَّعامُ ؛ وذلكَ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ قَبْلَ قَبْضِهِ (١١) . فمَفْهُومُهُ

(٥) في الأصل : « طعام » .

(٦) في م : « على » .

(٧) هو الذي تقدم .

(٨ - ٨) في الأصل : « حتى توفيه » .

(٩) أخرجه ابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع ماليس عندك وعن ربح ما لم يضمّن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) أخرجه البخاري ، في : ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٩/٣ ، ٩٠ . ومسلم ، في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب =

إِبَاحَةَ بَيْعِ مَا سِوَاهُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَرَوَى ابْنُ عَمَرَ ، قَالَ : رَأَيْتُ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الطَّعَامَ مُجَازَفَةً يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبِيعُوهُ حَتَّى يُؤْوُوهُ إِلَى رِحَالِهِمْ . وَهَذَا نَصٌّ فِي بَيْعِ الْمُعَيَّنِ . وَعُمُومٌ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا (١٢) . وَلِمُسْلِمٍ (١٣) عَنْ ابْنِ عَمَرَ قَالَ : كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جُزْأًا ، فَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْدَرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ ، وَلَوْ دَخَلَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي ، جَازَ لَهُ بَيْعُهُ وَالتَّصْرُفُ فِيهِ ، كَمَا بَعْدَ الْقَبْضِ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى تَعْمِيمِ الْمَنْعِ فِي كُلِّ طَعَامٍ ، مَعَ تَنْصِيصِهِ عَلَى الْمَبِيعِ مُجَازَفَةً بِالْمَنْعِ ، / وَهُوَ خِلَافُ قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ ، وَيُدَلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّ مَا عَدَا

٢٠٩/٤ و

- = البيوع . صحيح مسلم ١١٦٠/٣ . وأبو داود ، في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٥٢/٢ . والنسائي ، في : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥١/٧ ، ٢٥٢ . والإمام مالك ، في : باب بيع العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٤٠/٢ .
- (١٢) الأول أخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، وباب من رأى إذا اشترى طعاما جزافا أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله والأدب في ذلك ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٩/٣ ، ٩٠ . ومسلم ، في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦١/٣ .
- كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢٥٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤٢/٢ .
- والثاني أخرجه البخاري ، في : باب الكيل على البائع والمعطي ، وباب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض ويبع ما ليس عندك ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٨/٣ - ٩٠ . ومسلم ، في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٩/٢ ، ١١٦٢ .
- كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥١/٣ ، ٢٥٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٩١/٥ . والنسائي ، في : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥١/٧ ، ٢٥٢ .
- وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٩/٢ . والإمام مالك ، في : باب العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٤٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٠٣ ، ٤٠٢ ، ٣٩٢/٣ ، ١١١ ، ١٠٨ ، ٧٩ ، ٧٣ ، ٦٤ ، ٥٩ ، ٢٢/٢ .
- (١٣) في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦١/٣ .
- كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب بيع المجازفة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢ .

الطَّعَامِ يُخَالِفُهُ فِي ذَلِكَ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، أَنَّ الطَّعَامَ الْمَنْهِيَّ عَنْ بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ لَا يَكَادُ يَخْلُو مِنْ كَوْنِهِ مَكِيلًا ، أَوْ مَوْزُونًا ، أَوْ مَعْدُودًا ، فَتَعْلُقُ الْحُكْمَ بِذَلِكَ كَتَعْلُقِ رَبَا الْفَضْلِ بِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْمَكِيلَ ، وَالْمَوْزُونَ ، وَالْمَعْدُودَ مِنَ الطَّعَامِ (١٤) الَّذِي وَرَدَ النَّصُّ بِمَنْعِ بَيْعِهِ ، وَهَذَا أَظْهَرَ دَلِيلًا وَأَحْسَنُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ تَلَفَ الْمَبِيعُ مِنْ ذَلِكَ قَبْلَ قَبْضِهِ بِآفَةِ سَمَاوِيَّةٍ ، بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ . وَإِنْ تَلَفَ بِفِعْلِ الْمُشْتَرِي ، اسْتَقَرَّ الثَّمَنُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ كَالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهِ . وَإِنْ أَتَلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ ، لَمْ يَبْطُلِ الْعَقْدُ ، عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ فِي الْجَائِحَةِ ، وَيُثَبَّتُ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، فَهُوَ كَحُدُوثِ الْعَيْبِ فِي يَدِهِ ، وَبَيْنَ الْبَقَاءِ عَلَى الْعَقْدِ ، وَمُطَالَبَةِ الْمُتَلِفِ بِالْمِثْلِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . وَإِنْ أَتَلَفَهُ الْبَائِعُ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ أَتَلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ أَتَلَفَهُ مَنْ يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَتَلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ ، وَيَرْجَعُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ لَا غَيْرُ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ يَضْمَنُهُ بِهِ الْبَائِعُ ، فَكَانَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ كَالْتَّلَفِ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى . وَفَرَّقَ أَصْحَابُنَا بَيْنَهُمَا بِكَوْنِهِ إِذَا تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، لَمْ يُوجَدْ مُقْتَضِرٌ لِلضَّمَانِ سِوَى حُكْمِ الْعَقْدِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتَلَفَهُ ، فَإِنَّ إِتْلَافَهُ يَقْتَضِي الضَّمَانَ بِالْمِثْلِ ، وَحُكْمُ الْعَقْدِ يَقْتَضِي الضَّمَانَ بِالثَّمَنِ ، فَكَانَتِ الْخَيْرَةُ إِلَى الْمُشْتَرِي فِي التَّضْمِينِ بَأَيُّهَامَا شَاءَ .

فصل : ولو تَعَيَّبَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ بِأَمْرِ سَمَاوِيٍّ ، فَالْمُشْتَرِي مُحْخِرٌ بَيْنَ قَبُولِهِ نَاقِصًا ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَبَيْنَ فَسْخِ الْعَقْدِ وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ رَضِيَهِ مَعِيًّا ، (١٥) فَكَأَنَّهُ اشْتَرَى مَعِيًّا (١٥) وَهُوَ عَالِمٌ بِعَيْبِهِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا مِنْ أَجْلِ الْعَيْبِ . وَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَلَفَ الْمَبِيعُ كُلَّهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ الثَّمَنِ ، فَإِذَا تَعَيَّبَ ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُهُ ، كَانَ أَوْلَى . وَإِنْ تَعَيَّبَ بِفِعْلِ

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « الْمَطْعُومُ » .

(١٥) - (١٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المُشْتَرَى ، أو تَلَفَ بعضُهُ ، لم يكن له / الفسخ^(١٦) لذلك ؛ لأنه أْتَلَفَ مِلْكَهُ ، فلم ٢٠٩/٤ ظ
يَرْجِعْ على غيره . وإن كانَ ذلكَ بِفِعْلِ البائعِ ، فقياسُ قولِ أصحابنا ، أَنَّ المُشْتَرَى
مُخَيَّرٌ بينَ الفسخِ والرُّجوعِ بالثَمَنِ ، وبين أخذِهِ ، والرُّجوعِ على البائعِ بِعَوَضٍ
ما أْتَلَفَ أو عَيْبَ . وقياسُ قولِ الشَّافِعِيِّ ، أن يكونَ بِمَنْزِلَةِ ما لو تَلَفَ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى .
وإن كانَ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ ، فله الخِيَارُ بينَ الفسخِ ، والمُطالَبَةِ بالثَمَنِ ، وبين أخذِ
المبيعِ ، ومُطالَبَةِ المُتَلِفِ بِعَوَضٍ ما أْتَلَفَ .

فصل : ولو باعَ شاةً بِشَعِيرٍ ، فأَكَلَتْهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فإن كانت في يَدِ المُشْتَرَى ،
فهو كما لو أْتَلَفَهُ ، وإن كانت في يَدِ البائعِ ، فهو بِمَنْزِلَةِ إْتِلافِهِ له^(١٧) ، وكذلك إن
كانت في يَدِ أَجْنَبِيٍّ ، فهو كما إْتِلافِهِ . فإن لم تُكُنْ في يَدِ أَحَدٍ ، انْفَسَخَ البَيْعُ ؛ لأنَّ
المبيعَ هَلَكَ قَبْلَ القَبْضِ بأَمْرِ لا يُنسَبُ إلى آدَمِيٍّ ، فهو كَتَلَفِهِ بِفِعْلِ اللَّهِ تَعَالَى .

فصل : ولو اشْتَرَى شاةً أو عَبْدًا أو شِقْصًا بِطَعامٍ ، فقبَضَ الشاةَ أو العَبْدَ ، أو
باعَهما ، أو أخذَ الشَّقْصَ بِالشُّفْعَةِ ، ثم تَلَفَ الطَّعامُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، انْفَسَخَ العَقْدُ الأوَّلُ
دون الثاني ، ولا يُبْطَلُ الأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ؛ لأنه كَمَلَّ قَبْلَ فسخِ العَقْدِ ، وَيَرْجِعُ مُشْتَرَى
الطَّعامِ على مُشْتَرَى الشاةِ والعَبْدِ والشَّقْصِ بِقِيمَةِ ذلكَ ؛ لِتَعَدُّرِ رَدِّهِ ، وعلى الشَّفِيعِ
مِثْلُ الطَّعامِ ؛ لأنه عَوَضُ الشَّقْصِ .

٧٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَا عَدَاهُ فَلَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى قَبْضٍ ، وَإِنْ تَلَفَ فَهُوَ مِنْ
مَالِ المُشْتَرَى)

يَعْنِي ما عدا المَكِيلِ ، والمَوْزُونِ ، والمَعْدودِ ، فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ المُشْتَرَى
قَبْلَ قَبْضِهِ . وقال أبو حنيفةَ : كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ^(١) قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ البائعِ ، إِلَّا

(١٦) في م : « فسخ » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١) سقط من : الأصل .

العقار . وقال الشافعي : كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقولہ ؛ لأن ابن عباس قال : أرى كل شيء بمنزلة الطعام . ولأن التسليم واجب على البائع ؛ لأنه في يده ، فإذا تعدد بتلفه ، انفسخ العقد ، كالمكيل ، والموزون ، والمعدود . / ولنا ، قول النبي ﷺ : « الخراج بالضمان »^(٢) . وهذا المبيع نماؤه للمشتري ، فضمانه عليه . وقول ابن عمر : مضت السنة أن ما أدركته الصفة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع^(٣) . ولأنه لا يتعلق به حق توفية ، وهو من ضمانه^(٤) بعد القبض ، 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^(٥) ، 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 عطب . ولو حبسه ببقية الثمن ، فهو غاصب ، ولا يكون رهناً ، إلا أن يكون قد اشترط عليه في نفس البيع^(٦) الرهن .

فصل : وقبض كل شيء بحسبه ، فإن كان مكيلاً ، أو موزوناً ، بيع كميلاً ، أو وزناً ، 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

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٨١ .

(٤ - ٤) في م : « قبل قبضه » .

(٥) في م : « حتى » .

(٦) سقط من : م .

شئٍ بِالتَّحْلِيلَةِ مَعَ التَّمْيِيزِ ؛ لِأَنَّهُ حَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَبِيعِ مِنْ غَيْرِ حَائِلٍ ، فَكَانَ قَبْضًا لَهُ ، كَالْعَقَارِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ^(٧) ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا بَعْتَ فِكْلًا ، وَإِذَا ابْتَعْتَ فَانْكُلْ » . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٨) . وَعَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ ؛ صَاعُ الْبَائِعِ ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(٩) ، وَهَذَا فِيمَا يَبِيعُ كَيْلًا . وَإِنْ يَبِيعُ جُزْأًا ، فَقَبْضُهُ نَقْلُهُ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَمَرَ قَالَ : كَانُوا يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، إِذَا اشْتَرَوْا طَعَامًا جُزْأًا ، أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِ حَتَّى يُحَوِّلُوهُ . وَفِي لَفْظٍ : كُنَّا نَبْتَاعُ الطَّعَامَ جُزْأًا ، فَبِيعْتَ عَلَيْنَا مِنْ يَأْمُرُنَا بِإِنْتِقَالِهِ مِنْ مَكَانِهِ الَّذِي ابْتَعْنَاهُ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ . وَفِي لَفْظٍ : كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ / مِنَ الرُّكْبَانِ جُزْأًا ، فَهَنَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ . رَوَاهُ ^(١٠) مُسْلِمٌ ^(١١) . وَهَذَا يُبَيِّنُ أَنَّ الْكَيْلَ إِنَّمَا وَجِبَ فِيمَا يَبِيعُ بِالْكَيْلِ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى ذَلِكَ أَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا سَمَيْتَ الْكَيْلَ فَكُلْ » . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ ^(١٢) . وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ دِرَاهِمًا أَوْ دَنَانِيرًا ، فَقَبْضُهَا بِالْيَدِ . وَإِنْ كَانَ ثِيَابًا ^(١٣) ، فَقَبْضُهَا نَقْلُهَا . وَإِنْ كَانَ حَيَوَاتًا ، فَقَبْضُهُ تَمْشِيئَتَهُ مِنْ مَكَانِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ ، فَقَبْضُهُ

٢١٠/٤ ظ

(٧) كذا أورد المؤلف ، ورواية هذا الحديث باللفظ الآتي ، في مصادر التخریج التالية عن عثمان رضی الله عنه ، وليست عن أبي هريرة ، ولكن الهيثمي ذكر في مجمع الزوائد ٩٩/٤ أن لأبي هريرة في الصحيح النهي عن بيع الطعام حتى يكتاله . وانظر أيضا فتح الباري ٣٤٤/٤ ، ٣٤٥ .

(٨) أي تعليقا ، في : باب الكيل على البائع والمعطى ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٨٨/٣ .
 كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٧٥/١ . والبيهقي ، في : باب الرجل يتاع طعاما كيلا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٥/٥ ، ٣١٦ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٨/٣ .
 (٩) في : باب النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، من كتاب التجارات ٧٥٠/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يتاع طعاما كيلا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٦/٥ .
 والدارقطني ، من كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٨/٣ .
 (١٠) تقدم تخریج هذه الروايات في صفحة ١٨٣ .

(١١) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب بيع المجازفة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢ .

(١٢) في م زيادة : « باليد » .

(١٣) في م : « قبضتها » .

التَّحْلِيَّةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُشْتَرِيهِ لَا حَائِلَ دُونَهُ . وَقَدْ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ فِي بَابِ الرَّهْنِ ، فَقَالَ :
 إِنْ كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ ، فَقَبْضُهُ أَخْذُهُ إِيَّاهُ مِنْ رَاهِنِهِ مَنَقُولًا ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُنْقَلُ ، فَقَبْضُهُ
 تَحْلِيَّةُ رَاهِنِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُرْتَهِنِهِ لَا حَائِلَ دُونَهُ . وَلِأَنَّ الْقَبْضَ مُطْلَقًا فِي الشَّرْعِ ، فَيَجِبُ
 الرَّجُوعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْأَحْرَازِ ، وَالتَّفْرِقِ . وَالْعَادَةُ فِي قَبْضِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ
 مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَأَجْرَةُ الْكَيْالِ وَالْوَزَانِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ عَلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ
 تَقْبِيزَ الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي ، وَالْقَبْضُ لَا يَحْصُلُ إِلَّا بِذَلِكَ ، فَكَانَ عَلَى الْبَائِعِ ، كَمَا
 أَنَّ عَلَى بَائِعِ الثَّمَرَةِ سَقْيَهَا ، وَكَذَلِكَ أَجْرَةُ الَّذِي يَعُدُّ الْمَعْدُودَاتِ . وَأَمَّا نَقْلُ
 الْمَنْقُولَاتِ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، فَهُوَ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ تَوْفِيَةِ . نَصٌّ
 عَلَيْهِ أَحْمَدُ .

فصل : وَيَصِحُّ الْقَبْضُ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وَبَعْدَهُ ، بِاخْتِيَارِ الْبَائِعِ ، وَبِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ؛
 لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْبَائِعِ حَسْبُ الْمَبِيعِ عَلَى قَبْضِ الثَّمَنِ ، وَلِأَنَّ التَّسْلِيمَ مِنْ مُقْتَضِيَاتِ الْعَقْدِ ،
 فَمَتَى وَجَدَ بَعْدَهُ وَقَعَ مَوْفَعُهُ ، كَقَبْضِ الثَّمَنِ .

٧٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اشْتَرَى مَا يَحْتَاجُ إِلَى قَبْضِهِ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ حَتَّى
 يَقْبِضَهُ)

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض ، والخلاف فيه . وكل ما يحتاج إلى قبض
 إذا اشتراه ، لم يجز بيعه حتى يقبضه ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا ، فَلَا
 يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١) . ولأنه من ضمان بائعه ، فلم يجز بيعه (٢) ،
 كَالسَّلْمِ ، رَمْ أَعْلَمَ (٣) فِي هَذَا خِلَافًا ، إِلَّا مَا حُكِيَ عَنْ النَّبِيِّ ، / أَنَّهُ قَالَ : لَا بَأْسَ

و ٢١١/٤

(١) تقدم نخرجه في صفحة ١٨٣ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) في م : « بين أهل العلم » .

يَبِيعُ كُلَّ شَيْءٍ قَبْلَ قَبْضِهِ . وقال (٤) ابنُ عَبْدِ الْبَرِّ : وهذا قولُ مَرْدُودٍ بِالسُّنَّةِ وَالْحُجَّةِ الْمُجْمَعَةِ عَلَى الطَّعَامِ ، وَأَظُنُّهُ لَمْ يُلْعَهِ هَذَا (٥) الْحَدِيثُ ، وَمِثْلُ هَذَا لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ . وَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ ، فَيَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ ، وَيُرَوَّى مِثْلُ هَذَا عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَكَمِ ، وَحَمَادِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، لَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ قَبْلَ قَبْضِهِ (٦) . اخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَجَازَ (٧) بَيْعَ الْعَقَارِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَاحْتَجَّوا (٨) بِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ (٩) ، وَبِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ (١٠) ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ تُبَاعَ السَّلْعُ حَيْثُ تُبْتَاغُ حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ . وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ (١١) أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ شِرَاءِ الصَّدَقَاتِ حَتَّى تُقْبَضَ . وَرَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا بَعَثَ عَتَابَ بْنَ أُسَيْدٍ إِلَى مَكَّةَ ، قَالَ : « ائْتَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوا » (١٢) ، وَعَنْ رِبِيعَ مَا لَمْ يَضْمَنُوا (١٣) . وَلِأَنَّهُ لَمْ يَتَمَّ الْمِلْكُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ، كَغَيْرِ الْمُتَعَيَّنِ ،

(٤) سقطت الروا من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في الأصل : « القبض » .

(٧) في الأصل : « اختار » .

(٨ - ٩) سقط من : الأصل .

والحديث تقدم تخريجه في صفحة ١٨٢ .

(٩) في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٣/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٩١/٥ . والبيهقي ، في : باب قبض ما ابتاعه جزافا ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٤/٥ .

(١٠) في : باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٠/٢ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٢/٣ .

(١١) في م : « يقبضوه » .

(١٢) في م : « يضمنوه » .

والحديث أخرجه البيهقي ، في : باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان طعاما ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٣/٥ .

أو كالمكيل ، والموزون . ولنا ، ما روى ابن عمر ، قال : كُنَّا نَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَيْعِ
 بِالدَّرَاهِمِ ، فَنَأْخُذُ بَدَلَ الدَّرَاهِمِ الدَّنَانِيرَ ، وَنَبِيعُهَا بِالدَّنَانِيرِ ، فَنَأْخُذُ بَدَلَهَا
 الدَّرَاهِمَ ، فَسَأَلْنَا النَّبِيَّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : « لَا يَأْسَ ، إِذَا تَفَرَّقْتُمَا وَأَلَيْسَ بَيْنَكُمَا
 شَيْءٌ » (١٣) . وَهَذَا تَصَرَّفٌ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَهُوَ أَحَدُ الْعَوَظَيْنِ . وَرَوَى ابْنُ
 عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ عَلَى بَكْرِ (١٤) صَعْبٍ - يَعْنِي لِعُمَرَ - فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعُمَرَ : « بَعْنِيهِ » .
 فَقَالَ : هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ،
 فَاصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ » (١٥) . وَهَذَا ظَاهِرُهُ التَّصَرُّفُ فِي الْمَبِيعِ بِالْهَبَةِ قَبْلَ قَبْضِهِ .
 وَاشْتَرَى مِنْ جَابِرٍ جَمَلَهُ ، وَتَقَدَّه ثَمَنُهُ ، ثُمَّ وَهَبَهُ إِيَّاهُ قَبْلَ قَبْضِهِ (١٦) . وَلِأَنَّهُ أَحَدُ
 نَوْعِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، فَجَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، كَالْمَنَافِعِ فِي الْإِجَارَةِ ، فَإِنَّهُ
 يَجُوزُ لَهُ إِجَارَةُ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةَ قَبْلَ قَبْضِ الْمَنَافِعِ . وَلِأَنَّهُ مَبِيعٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ (١٧)
 تَوْفِيَّةٌ ، فَصَحَّ بَيْعُهُ ، كَالْمَالِ فِي يَدِ مُودِعِهِ ، أَوْ مُضَارِبِهِ . فَأَمَّا أَحَادِيثُهُمْ ، فَقَدْ قِيلَ / :
 لَمْ يَصِحَّ مِنْهَا إِلَّا حَدِيثُ الطَّعَامِ ، وَهُوَ حُجَّةٌ لَنَا بِمَفْهُومِهِ ، فَإِنَّ تَخْصِيصَهُ الطَّعَامَ
 بِالنَّهْيِ عَنْ بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، يُدَلُّ عَلَى إِبَاحَةِ ذَلِكَ فِيمَا سِوَاهُ . وَقَوْلُهُمْ : لَمْ يَتِمَّ الْمِلْكُ
 عَلَيْهِ ، مَمْنُوعٌ ، فَإِنَّ السَّبَبَ الْمُقْتَضِي لِلْمِلْكِ مُتَحَقِّقٌ ، وَأَكْثَرُ مَا فِيهِ (١٨) تَخَلُّفٌ

٢١١/٤ ظ

(١٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٠٧ .

(١٤) البكر : الفتي من الإبل .

(١٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥ .

(١٦) حديث جابر أخرجه البخاري ، في : باب شراء الداوب والحمر ، من كتاب البيوع ، وباب إذا اشترط
 البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ، من كتاب الشروط ، وباب من ضرب دابة غيره في الغزو ، من كتاب
 الجهاد . صحيح البخاري ٨١/٣ ، ٢٤٨ ، ٣٦/٤ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب
 الرضاع ، وباب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٠٨٩/٢ ، ١٢٢١/٣ ،
 ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ . والنسائي ، في : باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ، من كتاب البيوع .
 المجتبى ٢٦١/٧ ، ٢٦٢ .

(١٧) في م : « حتى » .

(١٨) سقط من : « الأصل » .

القَبْضِ ، واليَدُ ليست شَرْطًا في صِحِّهِ البَيْعِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِ بَيْعِ المَالِ المُوَدَّعِ ،
والمَوْرُوثِ ، والتَّصَرُّفِ في الصَّدَاقِ ، وَعَوَضِ الخُلْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

فصل : وما لا يجوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، لا يجوزُ بَيْعُهُ لبائِعِهِ ؛ لِعُمُومِ الخَبَرِ فِيهِ .
قال القاضي : ولو ابتاعَ شَيْئًا مِمَّا يَحْتَاجُ إلى قَبْضِ ، فَلَقِيَهُ بِبَيْدِ آخَرَ ، لم يكنْ له
مُطَالَبَتُهُ ، ولا أَخْذُ بَدَلِهِ ، وإن تَرَاضِيَا ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ لم يُقْبَضْ . فإن كان مِمَّا لا يَحْتَاجُ
إلى قَبْضِ ، جازَ أَخْذُ البَدَلِ عنه . وإن كان في سَلَمٍ ، لم يَجْزُ أَخْذُ البَدَلِ عنه ؛ لِأَنَّهُ
أيضًا لا يَجوزُ بَيْعُهُ .

فصل : وكلُّ عَوَضٍ مُلْكٌ بَعْقِدُ يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِهِ قَبْلَ القَبْضِ ، لم يَجْزِ التَّصَرُّفُ
فيه قَبْلَ قَبْضِهِ ، كالذِي ذَكَرْنَا . والأَجْرَةُ ، وبَدَلُ الصُّلْحِ ، إذا كانا من المَكِيلِ ،
أو المَوزُونِ ، أو المَعْدُودِ ، وما لا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بِهَلَاكِهِ ، جازَ التَّصَرُّفُ فيه قَبْلَ
قَبْضِهِ^(١٩) ، كَعَوَضِ الخُلْعِ ، والعِتْقِ على مالٍ ، وبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ،
وَأَرْشِ الجِنَايَةِ ، وقيَمَةِ المُتَلَفِ ؛ لِأَنَّ المُطْلَقَ للتَّصَرُّفِ^(٢٠) المِلْكُ ، وقد وُجِدَ .
لكن ما يَتَوَهَّمُ فيه غَرَرُ الانْفِساخِ بِهَلَاكِ المَعْقُودِ عليه ، لم يَجْزِ بِنَاءُ عَقْدِ آخَرَ عليه ؛
تَحَرُّرًا من الغَرَرِ . وما لا يَتَوَهَّمُ فيه ذلك الغَرَرُ ، اتَّفَقَ المَانِعُ ، فجازَ العَقْدُ عليه ،
وهذا قولُ أَبِي حَنِيفَةَ . والمَهْرُ كذلك عندَ القاضي ، وهو قولُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ
العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِهِ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَجوزُ التَّصَرُّفُ فيه قَبْلَ قَبْضِهِ .
وذكرَهُ^(٢١) أَبُو الحَطَّابِ في غيرِ المُتَعَيَّنِ^(٢٢) ؛ لِأَنَّهُ يَخْشَى رُجُوعَ عَمَّا يَنْقَاضُ سَبَبُهُ بِالرُّدِّ
قَبْلَ الدُّخُولِ ، أو انْفِساخِهِ بِسَبَبٍ من جِهَةِ المَرَأَةِ ، أو نَصْفِهِ بالطَّلَاقِ ، أو انْفِساخِهِ
بِسَبَبٍ من غيرِ جِهَتِهَا . وكذلك قال الشَّافِعِيُّ في عَوَضِ الخُلْعِ . وهذا التَّعْلِيلُ باطلٌ

(١٩) في الأصل : « القبض » .

(٢٠) في م : « لتصرف » .

(٢١) في م : « ووافقه » .

(٢٢) في الأصل : « المعين » .

بما بعد القَبْضِ ، فَإِنَّ قَبْضَهُ لَا يَمْنَعُ / الرَّجُوعَ فِيهِ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَأَمَّا مَا مَلَكَ يَارِثُ ،
أَوْ وَصِيَّةً ، أَوْ غَنِيمَةً ، وَتَعَيَّنَ مَلِكُهُ فِيهِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ
قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ بَعْدَ مُعَاوَضَةٍ ، فَهُوَ كَالْمَبِيعِ الْمُقْبُوضِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ
أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَإِنْ كَانَ لِلْإِنْسَانِ فِي يَدِهِ غَيْرُهُ
وَدَيْعَةً ، أَوْ عَارِيَّةً ، أَوْ مُضَارَبَةً ، أَوْ جَعَلَهُ وَكَيْلًا فِيهِ ، جَازَ لَهُ بَيْعُهُ مَمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ ،
وَمِنْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهَا ، لَا يُحْشَى انْفِسَاخُ الْمِلْكِ فِيهَا ،
فَجَازَ بَيْعُهَا ، كَالَّتِي فِي يَدِهِ . وَإِنْ كَانَ غَضَبًا ، جَازَ بَيْعُهُ مَمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُقْبُوضٌ
مَعَهُ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْعَارِيَّةِ مَمَّنْ هِيَ فِي يَدِهِ . وَأَمَّا بَيْعُهُ لِغَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَ عَاجِزًا عَنْ
اسْتِنْقَاذِهِ ، أَوْ ظَنَّ أَنَّهُ عَاجِزٌ ، لَمْ يَصِحَّ شِرَاؤُهُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مَعْجُوزٌ عَنْ تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ ،
فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْأَبِيِّ وَالشَّارِدِ . وَإِنْ ظَنَّ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى اسْتِنْقَاذِهِ مَمَّنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، صَحَّ
الْبَيْعُ ؛ لِإِمْكَانِ قَبْضِهِ . فَإِنْ عَجَزَ عَنْ اسْتِنْقَاذِهِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ ،
وَالْإِمْضَاءِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ صَحَّ لِكَوْنِهِ مَظْنُونُ الْقُدْرَةِ عَلَى قَبْضِهِ . وَيُثْبِتُ لَهُ الْفَسْخُ ؛
لِلْعَجْزِ عَنِ الْقَبْضِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَهُ فَرَسًا ، فَشَرَدَتْ قَبْلَ تَسْلِيمِهَا ، أَوْ غَائِبًا
بِالصَّفَةِ ، فَعَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ لِرَيْدٍ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ مِنْ سَلَمٍ ، وَعَلَيْهِ لِعَمْرٍو مِثْلُ ذَلِكَ الطَّعَامِ
سَلَمًا ، فَقَالَ زَيْدٌ لِعَمْرٍو : اذْهَبْ فَأَقْبِضِ الطَّعَامَ الَّذِي لِي مِنْ غَرِيمِي لِنَفْسِكَ .
فَفَعَلَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُقْبِضَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ . وَهَلْ يَصِحُّ لِرَيْدٍ ؟ عَلَى
رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أِذْنٌ لَهُ فِي الْقَبْضِ ، فَأَشْبَهَ قَبْضَ وَكَيْلِهِ . وَالثَّانِيَةُ ،
لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ نَائِبًا لَهُ فِي الْقَبْضِ ، فَلَمْ يَقَعْ لَهُ ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ . فَعَلَى
الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، يَصِيرُ مَلِكًا لِرَيْدٍ ، وَعَلَى الثَّانِي ، يَكُونُ بَاقِيًا عَلَى مَلِكِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ .
وَلَوْ قَالَ زَيْدٌ لِعَمْرٍو : اخْضُرْ أَكْتِيَالِي مِنْهُ لِأَقْبِضَهُ لَكَ . فَفَعَلَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَهَلْ
يَكُونُ قَابِضًا لِنَفْسِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَوَّلُهُمَا ، أَنَّهُ يَكُونُ قَابِضًا لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ قَبْضَ
الْمُسْلِمِ فِيهِ / قَدْ وُجِدَ مِنْ مُسْتَحِقِّهِ ، فَصَحَّ الْقَبْضُ لَهُ ، كَمَا لَوْ تَوَى الْقَبْضَ لِنَفْسِهِ .
فَعَلَى هَذَا ، إِذَا قَبِضَهُ لِعَمْرٍو ، صَحَّ . وَإِنْ قَالَ : خُذْهُ بِهَذَا الْكَيْلِ الَّذِي قَدْ شَاهَدْتَهُ

فأخذه به ، صحَّ ؛ لأنه قد شاهدَ كَيْلَهُ ، وعَلِمَهُ ، فلا مَعْنَى لِاعْتِبَارِ كَيْلِهِ مَرَّةً ثَانِيَةً .
وعنه لا يُجْزَى ٤ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى
يَجْرَى فِيهِ الصَّاعَانِ (٢٣) . وهذا دَاخِلٌ فِيهِ . ولأنَّه قَبَضَهُ بِغَيْرِ كَيْلٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ
قَبَضَهُ جُزْأً . ولو قال زَيْدٌ لِعَمْرٍو : احضُرْنَا حَتَّى أَكْتَالَهُ لِنَفْسِي ، ثم تَكْتَالَهُ أَنْتَ .
وَفَعَلَا ، صحَّ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ . وإنْ أَكْتَالَهُ زَيْدٌ لِنَفْسِهِ ، ثم أَخَذَهُ عَمْرٌو بِذَلِكَ الكَيْلِ
الَّذِي شَاهَدَهُ ، فعلى الرُّوَايَتَيْنِ (٢٤) . وإن تَرَكَهُ زَيْدٌ فِي المِكْيَالِ ، ودَفَعَهُ إِلَى عَمْرٍو
لِيُفْرَغَهُ لِنَفْسِهِ ، صحَّ ، وكان ذلك قَبْضًا صَحِيحًا ؛ لأنَّ اسْتِدَامَةَ الكَيْلِ بِمَنْزِلَةِ
إِتْدَائِهِ ، ولا مَعْنَى لِإِتْدَاءِ الكَيْلِ هُنَا ، إذ لا يَحْصُلُ بِهِ زِيَادَةٌ عِلْمٍ . وقال أَصْحَابُ
الشَّافِعِيِّ : لا يَصِحُّ ؛ لِتَنْهِي النَّبِيِّ ﷺ عن بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرَى فِيهِ الصَّاعَانِ .
وهذا يُمْكِنُ القَوْلُ بِمُوجِبِهِ ، وَقَبْضُ المُشْتَرِي لَهُ فِي المِكْيَالِ جَرِيٌّ لِصَاعِيهِ فِيهِ .
ولو دَفَعَ زَيْدٌ (٢٥) إِلَى عَمْرٍو دِرَاهِمَ ، فقال : اشْتَرِ لَكَ بِهَا مِثْلَ الطَّعَامِ الَّذِي لَكَ
عَلَيَّ . ففَعَلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ دِرَاهِمَ زَيْدٍ لا يَكُونُ عِوَضُهَا لِعَمْرٍو . فإن اشْتَرَى
الطَّعَامَ بِعَيْنِهَا ، أو فِي ذِمَّتِهِ ، فهو كَتَصَرُّفِ الفُضُولِيِّ عَلَى مَا تَبَيَّنَ . وإن قال : اشْتَرِ
لِي بِهَا طَعَامًا ، ثم أَقْبَضَهُ لِنَفْسِكَ ، ففَعَلَ ، صحَّ الشُّرَاءُ ، ولم يَصِحَّ القَبْضُ لِنَفْسِهِ ،
على ما تَقَدَّمَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورَةِ . وإن قال : أَقْبَضَهُ لِنَفْسِكَ ، ففَعَلَ ، جاز . نصَّ
أَحْمَدُ عَلَى تَطْيِيرِ ذَلِكَ ، وهكذا جَمِيعُ المَسَائِلِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ ، إِذَا حَصَلَ الطَّعَامُ فِي
يَدِ عَمْرٍو (٢٦) لِزَيْدٍ ، فَأُذِنَ لَهُ أَنْ (٢٧) يَقْبِضَ مِنْ نَفْسِهِ . وقال أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ :
لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَابِضًا لِنَفْسِهِ مِنْ نَفْسِهِ . ولنا ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ

(٢٣) تقدم تحريجه في صفحة ١٨٧

(٢٤) في م : (روايتين) .

(٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) في م : (عمر) .

(٢٧) في م : (أق) .

لِنَفْسِهِ مِنْ مَالٍ وَلَدِهِ ، وَيَقْبِضَ لِنَفْسِهِ مِنْ نَفْسِهِ ، ^(٢٨) وكذلك لو وَهَبَ لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ شَيْئًا ، جَازَ أَنْ يَقْبَلَ لَهُ ^(٢٨) مِنْ نَفْسِهِ ، / وَيَقْبِضَ مِنْهَا ، فَكَذَا هَهُنَا .

فصل : وإن اشترى اثنان طعامًا ، فقبضاه ، ثم باع أحدهما الآخر ^(٢٩) نصيبه قبل أن يقتسماه ، احتمل أن لا يجوز ذلك . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، كرها أن يبيع الرجل من شريكه شيئًا ، مما يكال أو يوزن ، قبل أن يقتسماه . لأنه لم يقبض نصيبه منفردًا ، فأشبهه غير المقبوض . ويحتمل الجواز ؛ لأنه مقبوض لهما ، يجوز بيعه لأجنبي ، فجاز بيعه لشريكه ، كسائر الأموال . فإن تقاسماه ، وتفرقا ، ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله ، لم يجز . كما لو اشترى من رجل طعامًا ، فآكله ، وتفرقا ، ثم باعه إياه بذلك الكيل . وإن لم يتفرقا ، خرَّج على الروايتين اللتين تقدمتا .

٧٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَالشَّرِكَةُ فِيهِ وَالتَّوَلِيَةُ وَالْحَوَالَةُ بِهِ كَالْبَيْعِ)

وجملته ، أن ما يحتاج إلى القبض لا يجوز الشراكة فيه ، ولا توليته ، ولا الحوالة به قبل قبضه . وهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه ؛ لأنها تختص بمثل الثمن الأول ، فجازت قبل القبض ، كالإقالة . ولنا ، أن هذه أنواع بيع ، فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه ، فإن الشراكة يبيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه ، والتولية يبيع جميعه بمثل ثمنه . ولأنه تمليك لغير من هو في ذمته ، فأشبهه البيع . وفارق الإقالة ، فإنها فسخ للبيع ، فأشبهت الرد بالعيب . وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجره ، ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة إلى القبض ؛ لأنه غير مقبوض ، فلا سبيل إلى إقباضه .

(٢٨ - ٢٨) في الأصل : « ولولده » .

(٢٩) في م : « للآخر » .

فصل : وأما التَّوَلِيَّةُ والشَّرِكَةُ فيما يَجُوزُ بَيْعُهُ فِجَائِزِانِ ؛ لِأَنَّهُمَا نَوْعَانِ مِنْ أَنْوَاعِ الْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّ بِأَسْمَاءِ ، كَمَا اخْتَصَّ بِبَيْعِ الْمُرَابَحَةِ وَالْمُوَاضَعَةِ بِأَسْمَاءِ . فَإِذَا اشْتَرَى شَيْئًا فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : أَشْرِكْنِي فِي نِصْفِهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ . فَقَالَ : أَشْرِكْتُكَ . صَحَّ ، وَصَارَ^(١) مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا . وَإِنْ قَالَ : وَلِيْنِي مَا اشْتَرَيْتَهُ بِالثَّمَنِ فَقَالَ : وَلِيْتُكَ . صَحَّ ، إِذَا كَانَ الثَّمَنُ / مَعْلُومًا لهُمَا . فَإِنْ جَهَلَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِالرَّقْمِ . وَلَوْ قَالَ : أَشْرِكْنِي فِيهِ . أَوْ قَالَ : الشَّرِكَةُ فِيهِ^(٢) . فَقَالَ : أَشْرِكْتُكَ . أَوْ قَالَ : وَلِيْنِي مَا اشْتَرَيْتَ . وَلَمْ يَذْكُرِ الثَّمَنَ ، صَحَّ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِي ائْتِيَاعَ جُزْءٍ مِنْهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَالتَّوَلِيَّةُ ائْتِيَاعَهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، فَإِذَا أُطْلِقَ اسْمُهُ انصَرَفَ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَقْلِنِي . فَقَالَ : أَقْلَيْتُكَ . وَفِي حَدِيثٍ عَنْ زُهْرَةَ ابْنِ مَعْدِي ،^(٣) (أَنَّهُ كَانَ يَخْرُجُ^(٤) بِهِ جَدُّهُ^(٥)) عَبْدُ اللَّهِ بْنِ هِشَامٍ إِلَى السُّوقِ ، فَبَشَّرِي الطَّعَامَ ، فَيَلْقَاهُ^(٥) ابْنُ عَمْرٍو وَابْنُ الزُّبَيْرِ ، فَيَقُولَانِ لَهُ : أَشْرِكْنَا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَعَا لَكَ بِالْبَرَكَةِ . فَبَشَّرِيهِمْ ، فَرُبَّمَا أَصَابَ الرَّاحِلَةَ كَمَا هِيَ ، فَبَيْعَتْ بِهَا إِلَى الْمَنْزِلِ . ذَكَرَهُ الْبُخَارِيُّ^(٦) . وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئًا ، فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ : أَشْرِكْنِي . فَشَرَكْتُ^(٧) ، انصَرَفَ إِلَى نِصْفِهِ ؛ لِأَنَّهَا بِإِطْلَاقِهَا تَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . فَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ عَبْدًا ، فَاشْتَرَا فِيهِ ، فَقَالَ لَهُمَا رَجُلٌ : أَشْرِكَانِي فِيهِ . فَقَالَا : أَشْرِكْنَاكَ . اِحْتِمَلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ النَّصْفُ ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاكَهُمَا^(٨) لَوْ كَانَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدًا كَانَ لَهُ النَّصْفُ ، فَكَذَلِكَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَكَانَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : « الْأَصْلِ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « وَيَخْرُجُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي م : « فَيَلْقَاهُ » .

(٦) فِي : بَابِ الشَّرِكَةِ فِي الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّرِكَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨٤/٣ .

(٧) فِي م هُنَا وَفِيهَا لِي : « فَأَشْرِكُهُ » .

(٨) فِي م : « إِشْرَاكَهُمَا » .

حَالِ الْاجْتِمَاعِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ الثُّلُثُ ؛ لِأَنَّ الْاِشْتِرَاكَ يُفِيدُ التَّسَاوِيَّ ،
وَلَا يَحْصُلُ التَّسَاوِيَّ إِلَّا بِجَعْلِهِ بَيْنَهُمْ أَثْلًا . وَهَذَا أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ اِشْتِرَاكَ^(٩) الْوَاحِدِ
إِنَّمَا اقْتَضَى التَّنْصِفَ ؛ لِحُصُولِ التَّسْوِيَةِ بِهِ . وَإِنْ شَرَكَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدًا ،
كَانَ لَهُ التَّنْصِفُ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّبْعُ . وَإِنْ قَالَ : أَشْرِكَنِي فِيهِ . فَشَرَكَهُ
أَحَدُهُمَا ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَكُونُ لَهُ نِصْفُ حِصَّةِ الَّذِي شَرَكَهُ وَهُوَ الرُّبْعُ ، وَعَلَى
الْآخِرِ لَهُ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّ طَلَبَ الشَّرَكَةِ مِنْهُمَا يَقْتَضِي طَلَبَ ثُلُثِ مَا فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا ؛ لِيَكُونَ مُسَاوِيًا لِمَا . فَإِذَا أَجَابَهُ أَحَدُهُمَا ثَبَتَ لَهُ الْمِلْكُ فِيمَا طَلَبَ مِنْهُ .
^(١٠) وَإِنْ قَالَ لَهُ أَحَدُهُمَا : أَشْرِكْنَاكَ . اثْبَتِي عَلَى تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ^(١١) . فَإِنْ قُلْنَا :
يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ مِنْ صَاحِبِهِ . فَأَجَازَهُ ، فَهَلْ يَثْبُتُ لَهُ الْمِلْكُ فِي نِصْفِهِ أَوْ فِي ثُلُثِهِ ؟
عَلَى الْوَجْهِينِ . وَلَوْ قَالَ لِأَحَدِهِمَا : أَشْرِكْنِي فِي نِصْفِ هَذَا الْعَبْدِ فَأَشْرَكَهُ ، فَإِنْ
قُلْنَا : يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ مِنْ صَاحِبِهِ ، فَأَجَازَهُ ، فَلَهُ / نِصْفُ الْعَبْدِ ، وَلَهُمَا
نِصْفُهُ ، وَإِلَّا فَلَهُ نِصْفُ حِصَّةِ الَّذِي شَرَكَهُ . وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَلَقِيَهُ رَجُلٌ ، فَقَالَ :
أَشْرِكْنِي فِي هَذَا الْعَبْدِ . فَقَالَ : قَدْ شَرَكْتُكَ^(١٢) . فَلَهُ نِصْفُهُ . فَإِنْ لَقِيَهِ آخَرُ
فَقَالَ : أَشْرِكْنِي فِي هَذَا الْعَبْدِ . وَكَانَ عَالِمًا بِشَرَكَةِ الْأَوَّلِ ، فَلَهُ رُبْعُ الْعَبْدِ ، وَهُوَ
نِصْفُ حِصَّةِ الَّذِي شَرَكَهُ ؛ لِأَنَّ طَلَبَهُ لِلْإِشْرَاكِ رَجَعَ إِلَى مَا مَلَكَهُ الْمُشَارِكُ . وَهُوَ
^(١٣) التَّنْصِفُ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِشَرَكَةِ الْأَوَّلِ ، فَهُوَ طَالِبٌ لِنِصْفِ
الْعَبْدِ ؛ لِإِعْتِقَادِهِ^(١٤) أَنَّ الْعَبْدَ كُلَّهُ هَذَا الَّذِي طَلَبَ مِنْهُ الْمُشَارَكَةَ . فَإِذَا قَالَ لَهُ :
شَرَكْتُكَ فِيهِ . احْتَمَلَ ثَلَاثَةَ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَصِيرَ لَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ كُلِّهِ ،

٢١٤/٤ و

(٩) فِي م : « إِشْرَاكَ » .

(١٠ - ١١) سَقَطَ مِنْ : « الْأَصْلُ » .

(١١) فِي م : « أَشْرَكْتُكَ » .

(١٢ - ١٣) سَقَطَ مِنْ : « الْأَصْلُ » .

ولا يَبْقَى للذی شَرَكُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ مِنْهُ نِصْفَ الْعَبْدِ ، فَأَجَابَهُ إِلَى ذَلِكَ . فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهُ (١٣) : بِعْنِي نِصْفَ (١٤) هَذَا الْعَبْدِ ، فَقَالَ : بِعْتُكَ . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي .

الثاني ، أَنْ يَنْصَرِفَ قَوْلُهُ : شَرَكْتُكَ فِيهِ . إِلَى نِصْفِ نَصِيْبِهِ ، وَنِصْفِ نَصِيْبِ شَرِيكِهِ ، فَيَنْفُذَ فِي نِصْفِ نَصِيْبِهِ ، وَيَقِفَ فِي الرَّائِدِ عَلَى إِجَازَةِ صَاحِبِهِ عَلَى إِحْدَى (١٥) الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الشَّرِكَةِ يَفْتَضِي بَيْعَ بَعْضِ نَصِيْبِهِ ، وَمُسَاوَاةَ الْمُشْتَرَى لَهُ . فَلَوْ بَاعَ جَمِيعَ نَصِيْبِهِ ، لَمْ يَكُنْ شَرِكَةً ، وَلَا يُحَقِّقُ (١٦) فِيهِ مَا طَلَبَ مِنْهُ . وَالثَّالِثُ ، أَنْ لَا يَكُونَ لِلثَّانِي إِلَّا الرَّبْعُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِقَوْلِ الْبَائِعِ : شَرَكْتُكَ . لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْإِجَابُ النَّاقِلُ لِلْمَلِكِ ، وَهُوَ عَالِمٌ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الْعَبْدِ ، فَيَنْصَرِفُ إِجَابُهُ إِلَى نِصْفِ مَلِكِهِ . وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، لِطَالِبِ الشَّرِكَةِ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا طَلَبَ النِّصْفَ ، فَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ جَمِيعُهُ ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ بِوُقُوفِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ . فِي الْوَجْهِ الثَّانِي ، فَيُجِيزُهُ الْآخَرُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ الشَّرِكَةُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ شِرَاءَ النِّصْفِ ، فَأُجِيبَ فِي الرَّبْعِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَالَ : بِعْنِي نِصْفَ هَذَا الْعَبْدِ ، قَالَ : بِعْتُكَ رُبْعَهُ .

فصل : ولو اشترى قفيزاً من الطعام ، فقبض نصفه ، فقال له رجل : بعني نصف هذا القفيز . فباعه ، انصرف إلى النصف المقبوض كله ؛ لأن البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه وهو النصف المقبوض . وإن / قال : أشركني في هذا القفيز ٢١٤/٤ ط
بنصف الثمن ، ففعل ، لم تصح الشراكة ، إلا فيما قبض منه ، فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما رُبْعُهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ تَفْتَضِي التَّسْوِيَةَ . هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ تَنْصَرِفُ الشَّرِكَةُ

(١٣) سقط من : م .

(١٤) سقط من : « الأصل » .

(١٥) في الأصل : « أحد » .

(١٦) في م : « يستحق » .

إلى التَّصْفِ كُلَّهُ ، فيكونُ بائِعًا^(١٧) لما يَصِحُّ بَيْعُهُ وما لا يَصِحُّ ، فيكونُ ذلك من صُورِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، فلا يَصِحُّ في الرُّبْعِ الذي ليس بمَقْبُوضٍ . وهل يَصِحُّ في المَقْبُوضِ ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : فأما الحَوَالَةُ ، فَمَعْنَاهُ أَنْ يَكُونَ عَلَى مُشْتَرِي الطَّعَامِ طَعَامٌ^(١٨) مِنْ سَلَمٍ^(١٩) أَوْ مِنْ قَرْضٍ مِثْلَ الَّذِي اشْتَرَاهُ ، فيقولُ لِغَرِيمِهِ : اذْهَبْ فَأَقْبِضِ الطَّعَامَ الَّذِي اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِكَ . فلا يَجُوزُ ذلك ؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ لَهُ . وقد ذَكَرْنَا تَفْرِيعَ هَذَا فِي الفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذِهِ^(٢٠) الْمَسْأَلَةِ .

فصل : إذا كان لِرَجُلٍ فِي ذِمَّةٍ آخَرَ طَعَامٌ مِنْ قَرْضٍ ، لم يَجُزْ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ غَيْرِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ قَادِرٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ . وَيَجُوزُ بَيْعُهُ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ ، فِي الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ ؛ لِحَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ : كُنَّا نَبِيعُ الأَبْعَرَةَ بالبَقِيعِ بالدَّرَاهِمِ ، فَتَأْخُذُ مَكَانَهَا الدَّنَانِيرَ^(٢١) . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَرُوِيَ ، أَنَّهُ لا يَصِحُّ ، كَمَا لا يَصِحُّ فِي السَّلَمِ . والأوَّلُ أَوْلَى . فَإِنْ اشْتَرَاهُ مِنْهُ بِمَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، جازَ ، وَلا يَتَفَرَّقُ^(٢٢) قَبْلَ القَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . فَإِنْ أَعْطَاهُ مُعَيَّنًا مِمَّا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّقَابُضُ ، مِثْلَ أَنْ أَعْطَاهُ بَدَلَ الحِنْطَةِ شَعِيرًا ، جازَ . وَلم يَجُزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ القَبْضِ وَإِنْ أَعْطَاهُ مُعَيَّنًا ، لا يُشْتَرَطُ فِيهِ التَّقَابُضُ ، جازَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ القَبْضِ ، كَمَا لو قال : بِعْتِكَ هَذَا الشَّعِيرَ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فِي ذِمَّتِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ المَبِيعَ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَمْ يَجُزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ القَبْضِ ، كَالسَّلَمِ .

فصل : وإذا قال رَجُلٌ لِغَرِيمِهِ : بِعْنِي هَذَا عَلَى أَنْ أَقْضِيكَ دَيْنَكَ مِنْهُ . فَفَعَلَ ،

(١٧) فِي م : « تَابَعًا » .

(١٨) - (١٩) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلُ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلُ .

(٢٠) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٠٧ .

(٢١) فِي م : « يَتَرَقَا » . وَمَا فِي الأَصْلِ عَلَى أَنْ « لا » نَاهِيَةٌ .

فالشرط باطل ؛ لأنه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء ، وهل يبطل البيع ؟ ينبغي على الشروط الفاسدة في البيع ، هل تبطله ؟ على روايتين (٢٢) ، وإن قال : أفضني حتى على أن أبيعك / كذا وكذا . فالشرط باطل والقضاء صحيح ؛ لأنه قبضه (٢٣) حقه . وإن قال : أفضني أجود من مالي ، على أن أبيعك كذا وكذا . فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بما له .

٧٣٥ - مسألة ؛ قال : (و لَيْسَ كَذَلِكَ الْإِقَالَةُ ؛ لِأَنَّهَا فَسَخٌ . وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، الْإِقَالَةُ بَيْعٌ)

اختلفت الرواية في الإقالة . فعنه أنها فسخ . وهو الصحيح ، واختيار أبي بكر ، وهو مذهب الشافعي . والثانية ، أنها بيع . وهي مذهب مالك ؛ لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه ، فلما كان الأول بيعاً ، كذلك الثاني ، ولأنه نقل الملك بعوض ، على وجه التراضي ، فكان بيعاً ، كالأول . وحكى عن أبي حنيفة ، أنها (فسخ في) حق المتعاقدين . ويبيح في حق غيرهما . (٢) فلا تثبت أحكام البيع في حقهما ، بل تجوز في السلم ، وفي المبيع قبل قبضه ، ويثبت حكم البيع في حق الشفيع ، حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايل فيه بالشفعة (٢) . ولنا ، أن الإقالة هي الدفع والإزالة . يقال : أقالك الله عثرتك . أى أزالها . قال النبي ﷺ : « مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتُهُ ، أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » (٣) . قال ابن المنذر : وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع إجماعهم

(٢٢) في م : « الروايتين » .

(٢٣) في م : « قبضه » .

(١ - ١) في م : « في فسخ » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في فضل الإقالة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٦/٢ . وابن ماجه ، في : باب الإقالة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٢/٢ .

على أن له أن يُقِيلَ المُسْلِمَ جَمِيعَ المُسْلِمِ فِيهِ ، دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْإِقَالََةَ لَيْسَتْ بَيِّعًا ،
ولأنها تجوزُ في المُسْلِمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فلم تُكُنْ بَيِّعًا كَالِإِسْقَاطِ ، ولأنها تَتَقَدَّرُ
بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ . ولو كانت بَيِّعًا لم تَتَقَدَّرُ^(٤) به ، ولأنه عادَ إليه المَبِيعُ بِلَفْظٍ لا يَنْعَقِدُ
به البَيْعُ ، فكان فَسْخًا ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَيَدُلُّ عَلَى أَيْ حَنِيفَةَ بَأَنَّ مَا كَانَ فَسْخًا
فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، كَانَ فَسْخًا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا ، كَالرَّدِّ بِالْبَيْعِ وَالْفَسْخِ بِالْخِيَارِ ،
ولأن حَقِيقَةَ الْفَسْخِ لا تُخْتَلِفُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى شَخْصٍ دُونَ شَخْصٍ ، وَالْأَصْلُ اعْتِبَارُ
الْحَقَائِقِ .

فصل : فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ فَسْخٌ . جازَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ . وقال أبو بكرٍ : لا بَدَّ
فِيهَا مِنْ كَيْلٍ ثَانٍ ، وَيَقُومُ الْفَسْخُ مَقَامَ الْبَيْعِ فِي إِجْبَابِ كَيْلِ ثَانٍ ، كَقِيَامِ فَسْخِ
النِّكَاحِ مَقَامَ الطَّلَاقِ فِي الْعِدَّةِ . ولنا ، أَنَّهُ فَسْخٌ لِلْبَيْعِ ، فَجازَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، كَالرَّدِّ
بِالْعَيْبِ ، وَالتَّدْلِيسِ ، وَالْفَسْخِ بِالْخِيَارِ ، / أَوْ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايَعِينَ . وَفارقَ الْعِدَّةَ ،
فإنَّها اعْتَبِرَتْ لِلإِسْتِبْرَاءِ ، وَالْحَاجَةُ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ فِي كُلِّ فُرْقَةٍ بَعْدَ الدُّخُولِ ، بِخِلَافِ
مَسْأَلَتِنَا . فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ بَيْعٌ . لم يَجُزْ قَبْلَ الْقَبْضِ ،^(٥) فِيمَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّ
بَيْعَهُ مِنْ بَائِعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ لا يَجُوزُ ، كما لا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِهِ . ولا تُسْتَحَقُّ بِهَا الشُّفْعَةُ إِنْ
كَانَتْ فَسْخًا ؛ لِأَنَّها رَفَعُ لِلْعَقْدِ ، وَإِزَالَةٌ لَهُ ، وَليست بِمُعَاوَضَةٍ ، فَأَشْبَهَتْ سائِرَ
الْفُسُوحِ . وَمَنْ حَلَفَ لا يَبِيعُ ، فَأَقَالَ ، لم يَحْنَثْ . ولو كانت بَيِّعًا ، اسْتَحَقَّتْ
بِهَا الشُّفْعَةُ ، وَحِنِثَ الْحَالِفِ عَلَى تَرْكِ الْبَيْعِ بِفِعْلِهَا ، كَسائِرِ أَنْواعِ الْبَيْعِ . ولا تَجُوزُ
إِلَّا بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، سِوَاءَ قُلْنَا : هِيَ فَسْخٌ أَوْ بَيْعٌ ؛ لِأَنَّها خُصِّصَتْ بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، كَالتَّوَلِيَةِ .
وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّها تَجُوزُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ . وَأَقَلُّ مِنْهُ إِذَا قُلْنَا : إِنَّها بَيْعٌ كَسائِرِ
الْبِيعَاتِ . فَإِنْ قُلْنَا : لا تَجُوزُ إِلَّا بِمِثْلِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، فَأَقَالَ بِأَقَلِّ مِنْهُ أَوْ أَكْثَرَ ، لم
تَصِحَّ الْإِقَالََةُ ، وَكانَ الْمِلْكُ باقِيًا لِلْمُشْتَرِي . وَبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ

٢١٥/٤ ظ

(٤) في الأصل : تقدر .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

أبى حنيفة ، أنها تصيحُ بالثمنِ الأول ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْإِقَالَةِ اقْتَضَى (٦) مِثْلَ الثَّمَنِ ، وَالشَّرْطُ يُنَافِيهِ ، فَبَطَلَ ، وَبَقِيَ الْفَسْخُ عَلَى مُقْتَضَاهُ ، كَسَائِرِ الْفُسُوحِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرَطَ التَّفَاضُلَ فِيمَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّمَاتِلُ ، فَبَطَلَ (٧) ، كَبَيْعِ ذَرَاهِمِ بَدْرَهْمَيْنِ . وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالْإِقَالَةِ رَدُّ كُلِّ حَقٍّ إِلَى صَاحِبِهِ ، فَإِذَا شَرَطَ زِيَادَةَ أَوْ نَقْصَانًا ، أَخْرَجَ الْعَقْدَ عَنْ مَقْصُودِهِ ، فَبَطَلَ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِشَرْطِ أَنْ لَا يُسَلِّمَ إِلَيْهِ (٨) . وَيُفَارِقُ سَائِرَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الرِّضَا مِنْهُمَا ، بَلْ يَسْتَقْبَلُ بِهِ أَحَدُهُمَا ، فَإِذَا شَرَطَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ؛ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْفَسْخِ بِدُونِهِ . وَإِنْ شَرَطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا ، لَمْ يَلْزَمْهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ مِنَ الْفَسْخِ . وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَا تَجُوزُ الْإِقَالَةُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا ، وَإِنَّمَا رَضِيَ بِهَا أَحَدُهُمَا مَعَ الزِّيَادَةِ أَوْ النِّقْصِ ، فَإِذَا أَبْطَلْنَا شَرْطَهُ فَاتَ رِضَاهُ ، فَتَبَطَّلَ الْإِقَالَةُ ؛ لِعَدَمِ رِضَاهُ بِهَا .

٧٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ اشْتَرَى صَبْرَةَ طَعَامٍ ، لَمْ يَبِعْهَا حَتَّى يَنْقَلِبَهَا)

/ هذه المسألة تدلُّ على حُكْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، إِبَاحَةُ بَيْعِ الصَّبْرَةِ جُزْأً مَعَ جَهْلِ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي بِقَدْرِهَا ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ إِخْلَافًا . وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدٌ . وَدَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ : كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جُزْأً ، فَهَاتَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١) ، وَلِأَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالرُّؤْيَى ، فَصَحَّ بَيْعُهُ ، كَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ . وَلَا يَضُرُّ عَدَمُ مُشَاهَدَةِ بَاطِنِ الصَّبْرَةِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَشْتَقُّ ؛ لِكُونِ الْحَبِّ بَعْضُهُ عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا يُمْكِنُ بَسْطُهَا حَبَّةً حَبَّةً ، وَلِأَنَّ الْحَبَّ تَنْسَاوِي أَجْزَاؤَهُ فِي الظَّاهِرِ ، فَكَتِفِي بِرُؤْيَى ظَاهِرِهِ ، بِخِلَافِ الثُّوبِ ، فَإِنَّ نَشْرَهُ لَا يَشْتَقُّ ، وَلَمْ تَخْتَلِفْ أَجْزَاؤُهُ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ قَدْرِهَا مَعَ الْمُشَاهَدَةِ ؛

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « فيبطل » .

(٨) سقط من : م .

(١) تقدم ترجمته في صفحة ١٨٣ .

لأنه عَلِمَ ما اشْتَرَى بأبْلَغِ الطَّرِيقِ ، وهو الرُّؤْيَةُ . وكذلك لو قال : بِعْتُكَ نِصْفَ هذه الصَّبْرَةِ ، أو ثُلُثَهَا ، أو جُزْءًا مِنْهَا مَعْلُومًا . جاز ؛ لأنَّ ما جازَ يَبِيعُ جُمْلَتَهُ ، جازَ يَبِيعُ بَعْضَهُ ، كالحَيَوَانِ . ولأنَّ جُمْلَتَهَا مَعْلُومَةٌ بِالمُشَاهَدَةِ ، فكذلك جُزْؤُهَا . قال ابنُ عَقِيلٍ : ولا يَصِحُّ هذاهُ إلا أن تكونَ الصَّبْرَةُ مُتساوِيَةَ الأجزاءِ ، فإن كانت مُخْتَلِفَةً ، مثل صَبْرَةٍ بِقَالَ القَرِيَةِ ، لم يَصِحَّ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنه يَشْتَرَى مِنْهَا جُزْءًا مُشاعًا ، فيَسْتَحِقُّ مِنْ جَيِّدِهَا وَرَدِيئِهَا بِقِسْطِهِ . ولا فَرْقَ بين الأثْمَانِ والمُثْمَنَاتِ في صِحَّةِ بَيْعِهَا جُزْأً . وقال مالِكٌ : لا يَجوزُ في الأثْمَانِ ؛ لأنَّ لها حَظْرًا ولا يَشُقُّ وَزْنُهَا ولا عَدْدُهَا ، فَاشْبَهَ الرِّقِيقَ والثِّيَابَ . ولنا ، أَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالمُشَاهَدَةِ ، فَاشْبَهَ المُثْمَنَاتِ والثَّقْرَةَ^(٢) والحَلَى . وَيَبْطُلُ بِذلك^(٣) ما قاله . أمَّا الرِّقِيقُ ، فَإِنَّهُ يَجوزُ بَيْعُهُمْ إِذَا شَاهَدَهُمْ ولم يُعَدِّهِمْ ، وكذلك الثِّيَابُ إِذَا نَشَرَهَا ورَأَى جَمِيعَ أَجْزَائِهَا . الحَكْمُ الثَّانِي ، أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى الصَّبْرَةَ جُزْأً ، لم يَجْزِلْهُ بَيْعُهَا حَتَّى يَنْقَلِبَها . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ في رِوَايَةِ الأَثْرَمِ ، وَعنه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَهُ بَيْعُهَا قَبْلَ نَقْلِهَا . اخْتارَها القاضِي . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ ؛ / لأنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ لا يَحْتَاجُ إِلى حَقِّ تَوْفِيَةِ ، فَاشْبَهَ الثَّوْبَ الحَاضِرَ . ولنا ، قَوْلُ ابنِ عُمَرَ : إن كُنَّا لَنَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكبانِ جُزْأً ، فَهَنا نَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَن نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ^(٤) . وَعُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ ابْتاعَ طَعَامًا فلا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ »^(٥) مع ما ذَكَرْنَا مِنَ الأَخْبَارِ ، وَرَوَى الأَثْرَمُ بِإِسْنادِهِ عَنِ عُبَيْدِ بْنِ حُنَيْنٍ ، قال : قَدِمَ زَيْتٌ مِنَ الشَّامِ ، فَاشْتَرَيْتُ مِنْهُ أُبْعْرَةً ، وَفَرَعْتُ مِنْ شِرَائِهَا ، فَقامَ إِلى رَجُلٍ فَأَرْبَحَنِي فِيها رُبْحًا ، فَبَسَطْتُ يَدِي لِأَبِيعِهِ ، فَإِذا رَجُلٌ يَأْخُذُنِي^(٦) مِنْ خَلْفِي ، فَظَنَرْتُ فَإِذا زَيْدُ بْنُ ثابِتٍ ، فقال : لا تَبِعْهُ حَتَّى تَنْقُلَهُ إِلى

٢١٦/٤ ظ

(٢) النقرة من الذهب والفضة : القطعة المذابة .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٣ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٣ .

(٦) في الأصل : « يمدني » .

رَحْلِكَ ، فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَنَا بِذَلِكَ (٧) . فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَإِنَّ قَبْضَهَا تَقْلُهَا .
 كما جاء في (٨) الحَبْرِ ، ولأنَّ القَبْضَ لو لم يُعَيَّنْ في الشَّرْعِ لَوَجِبَ رُدُّهُ إِلَى العَرِفِ ،
 كما قُلْنَا في الإِحْيَاءِ والإِحْرَازِ ، والعَادَةُ في قَبْضِ الصَّبْرَةِ (٩) النَّقْلُ .

فصل : ولا يَحِلُّ لبائِعِ الصَّبْرَةِ أَنْ يُعْشَّهَا ؛ بَأَنْ يَجْعَلَهَا عَلَى دِكَّةٍ ، أو رَبْوَةٍ ،
 أو حَجَرٍ يَنْقُصُهَا ، أو يَجْعَلُ الرَّدِيءَ في بَاطِنِهَا أو المَبْلُولَ ، ونحو ذلك ؛ لما رَوَى
 أبو هريرة ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مرَّ عَلَى صَبْرَةٍ مِنْ طَعَامٍ ، فَأَدْخَلَ يَدَهُ (١٠) ، فَتَأَلَّتْ
 أَصَابِعُهُ بِلَلًا . فَقَالَ : « يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ ، مَا هَذَا ؟ » قَالَ : أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ
 يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : « أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ ؟ » ثُمَّ قَالَ : « مَنْ
 عَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » (١١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فَإِذَا وُجِدَ
 ذَلِكَ ، ولم يَكُنِ المُشْتَرِي عَليمَ بِهِ ، فَلهِ الخِيَارُ بَيْنَ الفَسْخِ ، وأخِذَ تَفَاوُتِ مَا بَيْنَهُمَا ؛
 لِأَنَّهُ عَيْبٌ . وَإِنْ بَانَ تَحْتَهَا حُفْرَةٌ . أو بَانَ بَاطِنُهَا خَيْرًا مِنْ ظَاهِرِهَا ، فلا خِيَارَ
 لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ لَهُ . وَإِنْ عَليمَ البَائِعِ ذَلِكَ ، فلا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ
 بِهِ . وَإِنْ لم يَكُنْ عَليمَ ، فَلهِ الفَسْخُ ، كما لو باعَ بِعِشْرِينَ دِرْهَمًا ، فَوَزَنَهَا بِصَنْجَةٍ ،
 ثُمَّ وَجَدَ الصَّنْجَةَ زَائِدَةً ، كانَ لَهُ الرُّجُوعُ . وكذَلِكَ لو باعَ بِمِكْيَالٍ ، ثُمَّ وَجَدَهُ /
 زَائِدًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ باعَ ما يَعْلَمُ ، فلا يَثْبُتُ لَهُ الفَسْخُ
 بِالِاحْتِمَالِ .

٧٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَيْءٍ ، لَمْ يَبِعْهُ صَبْرَةً)

نصَّ أحمدُ على هذا ، في مواضع . وبكرهه عطاء ، وابنُ سيرين ، ومجاهدٌ ،

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٠٥٢/٢ ،

٢٥٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٩١/٥ .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩) في الأصل : « الصبر » .

(١٠) في الأصل : « أصبعه » . . .

(١١) تقدم تخريجه في صفحة ١١١ .

وَعِكْرِمَةُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ طَاوُسٍ . قَالَ مَالِكٌ : لَمْ يَزَلْ أَهْلُ الْعِلْمِ يَنْهَوْنَ عَنْ ذَلِكَ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ هَذَا مَكْرُوهٌ غَيْرُ مُحْرَمٍ ، فَإِنَّ بَكْرَ بْنَ مُحَمَّدٍ رَوَى عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الطَّعَامَ جُرْأَفًا ، وَقَدْ عَرَفَ كَيْلَهُ ، وَقُلْتُ لَهُ : إِنَّ مَالِكًا يَقُولُ : إِذَا بَاعَ الطَّعَامَ وَلَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّ أَحَبَّ أَنْ يَرُدَّ رَدَّهُ . قَالَ : هَذَا تَغْلِيظٌ شَدِيدٌ ، وَلَكِنْ لَا يُعْجِبُنِي إِذَا عَرَفَ كَيْلَهُ ، إِلَّا أَنْ يُخْبِرَهُ ، فَإِنَّ بَاعَهُ ، فَهُوَ جَائِزٌ عَلَيْهِ ، وَقَدْ أَسَاءَ . وَلَمْ يَرِ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، بِذَلِكَ بَأْسًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ الْبَيْعُ مَعَ جَهْلِهِمَا بِمَقْدَارِهِ ، فَمَعَ الْعِلْمُ مِنْ أَحَدِهِمَا أَوْلَى . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، مَا رَوَى الْأَوْزَاعِيُّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَيْءٍ فَلَا يَبِعُهُ جُرْأَفًا حَتَّى يَبِينَهُ » ^(١) . قَالَ الْقَاضِي : وَقَدْ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ الطَّعَامِ مُجَازَفَةً ، وَهُوَ يَعْلَمُ كَيْلَهُ ^(٢) . وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ ، وَأَيْضًا الْإِجْمَاعُ الَّذِي نَقَلَهُ مَالِكٌ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْبَائِعَ لَا يَغْدُلُ إِلَى الْبَيْعِ جُرْأَفًا مَعَ عِلْمِهِ بِقَدْرِ الْكَيْلِ ، إِلَّا لِلتَّعْرِيرِ بِالْمُشْتَرِي وَالْغِشِّ لَهُ ، وَلِذَلِكَ أَثَّرَ فِي عَدَمِ لُزُومِ الْعَقْدِ ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ عَشِنَا فَلَيْسَ مِنَّا » . فَصَارَ كَمَا لَوْ دَلَّسَ الْعَيْبَ . فَإِنَّ بَاعَ مَا عَلِمَ كَيْلَهُ صَبْرَةً ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ ، أَنَّ الْبَيْعَ صَحِيحٌ لِأَزْمٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَعْلُومٌ لهُمَا ، وَلَا تَعْرِيرَ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ عَلِمَا كَيْلَهُ أَوْ جَهْلَاهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ مَا رُوِيَ مِنَ النَّهْيِ فِيهِ ، وَإِنَّمَا كَرِهَهُ أَحْمَدُ كَرَاهَةَ تَنْزِيهِهِ ؛ لِإِخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِيهِ . وَلِأَنَّ اسْتِوَاءَهُمَا فِي الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ أَعْبَدُ مِنَ التَّعْرِيرِ . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ : هَذَا بِمَنْزِلَةِ التَّدْلِيْسِ وَالْغِشِّ ، إِنْ عَلِمَ بِهِ الْمُشْتَرِي ، / فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى مُصْرَاةً ، يَعْلَمُ تَصْرِيحَ تَبَايَعِهَا . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْبَائِعَ كَانَ عَالِمًا بِذَلِكَ ، فَلَهُ الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، وَالْإِنْمَاءِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ غِشٌّ ، وَغَرَرٌ ^(٣) مِنَ الْبَائِعِ ، فَصَحَّ

٢١٧/٤ ظ

(١) أخرجهما عبد الرزاق ، في : باب المجازفة ، من كتاب البيوع . المصنف ١٣١/٨ .

(٢) في الأصل : « وغرور » .

العقد معه ، ويثبت للمشتري الخيار . وذهب قوم من أصحابنا إلى أن البيع فاسد ؛ لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد .

فصل : وإن أخبره البائع بكيّله ، ثم باعه بذلك الكيل ، فالبيع صحيح . فإن قبضه باكتياله ، ثم البيع والقبض ، وإن قبضه بغير كيل ، كان بمنزلة قبضه جزأاً . فإن كان المبيع باقياً ، كآله عليه ، فإن كان قدر حقه الذي أخبره به ، فقد استوفاه ، وإن كان زائداً ردّ الفضل ، وإن كان ناقصاً أخذ النقص ، وإن كان قد تلف ، فالقول قول القايض في قدره مع يمينه ، سواء كان النقص قليلاً أو كثيراً ؛ لأن الأصل عدم القبض ، وبقاء الحق ، وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيّله ؛ لأن للبائع فيه علقه ، فإنه لو زاد كانت الزيادة له ، ولا يتصرف في أقل من حقه ، بغير كيل ؛ لأن ذلك يمنعه من معرفة كيّله . وإن تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له ، مثل أن يكون حقه قفيزاً ، فتصرف في ذلك ، أو في أقل منه ، بالكيل ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأنه تصرف في حقه بعد قبضه ، فجاز ، كالمكيل له . والثاني ، لا يجوز ؛ لأنه لا يجوز له التصرف^(٣) في الجميع ، فلم يجز له التصرف^(٣) في البعض ، كما قبل القبض . وإن قبضه بالوزن ، فهو كالمكيل قبضه جزأاً . فأما إن أعلمه بكيّله ، ثم باعه إياه مجازفةً ، على أنه له بذلك الثمن ، سواء كان زائداً أو ناقصاً ، لم يجز ؛ لما روى الأثر^(٤) بإسناده ، عن الحكم ، قال : قديم طعام لعثمان على عهد رسول الله ﷺ ، فقال : « اذهبوا بنا إلى عثمان ، نعينه على طعامه » . فقام إلى جنبه ، فقال عثمان : في هذه الغرارة^(٤) كذا وكذا ، وابتعتها^(٥) بكذا وكذا . فقال رسول الله ﷺ : « إذا سميت الكيل فكل »^(٦) . قال أحمد : إذا أخبره البائع أن

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) الغرارة : وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه ، جمعها غرائر .

(٥) في الأصل : « وابتعها » .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٧ .

في كل / قارورة مئة ، فأخذَ بذلك ، ولا يكتأله ، فلا يُعجبنِي ؛ لقوله لعُثمان :
« إِذَا سَمِيتَ الكَيْلَ فَكَيْلٌ » قيل له : إِنَّهُمْ يَقُولُونَ : إِذَا فُتِحَ فَسَدَ . قال : فلم لا
تُفْتَحُونَ واحِدًا وتُرْتُونَ الباقي ؟

فصل : ولو كآل طعامًا ، وآخرُ ينظرُ إليه ، فهل لمن شاهد الكَيْلَ شِراؤه بغير
كَيْلٍ ثانٍ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، نصَّ عليهما . إحداهما ، لا يَحْتَاجُ إلى كَيْلٍ ؛ لأنَّه شاهد
كَيْلَه ، فأشبهه ما لو كَيْلَ له . والثانية ، يَحْتَاجُ إلى كَيْلٍ ؛ لأنَّه يَبِيعُ ، فأحْتَاجُ إلى كَيْلٍ ؛
للأخبارِ ، والقِياسِ على البَيْعِ الأوَّلِ . ولو كآله البائعُ للمُشْتَرِي ، ثم اشتراه منه ،
فكذلك ؛ لما ذَكَرْنَا في التي قَبَلَهَا . ولو اشترى اثنانِ طعامًا ، فأكثلاه ، ثم ابْتَاعَ
أحدهما حِصَّةَ شَرِيكِهِ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمَا ، فقال أحمدُ ، في رِوَايَةٍ حَرْبٍ : إِذَا اشْتَرَى غَلَّةً
أَوْ نَحْوَهَا ، وَحَضَرَاها جَمِيعًا ، وَعَرَفَا كَيْلَهَا ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِشَرِيكِهِ : بِعْنِي
نَصِيبَكَ ، وَأُرْبِحْكَ ، فَهُوَ جَائِزٌ . وإن لم يَحْضُرْ هذا المُشْتَرِي الكَيْلَ ، فلا يَجُوزُ
إِلَّا بِكَيْلٍ . قال ابنُ أبي موسى : وفيه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لا بُدَّ من كَيْلِهِ . وَوَجْهَهَا ما
تَقَدَّمَ . قال القاضي : ومعنى الكَيْلِ في هذه المَسْأَلِ ، أَنَّهُ يُرْجَعُ في قَدْرِهِ إلى قول
القَابِضِ ، إِذَا كان التَّقْصُ يُسِيرًا يَقَعُ مِثْلُهُ في الكَيْلِ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِهِ ، وإن
كان لا يَقَعُ مِثْلُهُ في الكَيْلِ لم يَقْبَلْ قولُه ؛ لأنَّنا نَتَحَقَّقُ كَذِبَهُ ، بِخِلافِ مَسْأَلِ الفَصْلِ
الذي قَبْلَهُ ؛ لأنَّه لم يَكِلْ بِحَضْرَتِهِ . ^(٧) والظاهرُ ، أَنَّهُ أرادَ بالكَيْلِ حَقِيقَتَهُ دون
ما ذَكَرَهُ القاضي . وفائدةُ اِعتِبارِ الكَيْلِ ، ما ذَكَرَهُ القاضي ، وَأَنَّهُ لا يَجُوزُ للمُشْتَرِي
التَّصَرُّفُ فيه ، إِلَّا ما ذَكَرْنَا في الفَصْلِ الذي قَبْلَهُ ^(٧) . وإن باعَهُ للثاني في هذه
المَوَاضِعِ على أَنَّهُ صَبْرَةٌ ، جازَ ، ولم يَفْتَقِرْ إلى كَيْلٍ ثانٍ ، والقَبْضُ فيه بِنَقْلِهِ ، كَسائِرِ
الصَّبْرِ .

فصل : قال أحمدُ ، في رَجُلٍ يَشْتَرِي الجَوْزَ ، فيَعُدُّ في مِكْيَلِ ألفِ جَوْزَةٍ ، ثم

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

يَأْخُذُ الْجَوْزَ كُلَّهُ عَلَى ذَلِكَ الْمِغْيَارِ ، قَالَ : لَا يَجُوزُ . وَقَالَ فِي رَجُلٍ ابْتِاعَ أَعْكَامًا كَيْلًا ، وَقَالَ لِلْبَائِعِ : كَيْلٌ لِي ^(٨) عَيْكَمَا مِنْهَا ^(٩) وَاحِدًا وَأَخْذُ ^(٩) مَا بَقِيَ عَلَى هَذَا الْكَيْلِ . أَكْرَهُ هَذَا ، حَتَّى يَكَيْلُهَا كُلَّهَا . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : كَانَ أَصْحَابُنَا يَكْرَهُونَ هَذَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا فِي الْعُكُومِ يَخْتَلِفُ ، فَيَكُونُ فِي بَعْضِهَا أَكْثَرُ مِنْ بَعْضٍ ، فَلَا يُعْلَمُ مَا فِي بَعْضِهَا بِكَيْلِ / الْبَعْضِ ، وَالْجَوْزُ يَخْتَلِفُ عَدْدُهُ ، فَيَكُونُ فِي أَحَدِ الْمَكْتَلَيْنِ أَكْثَرُ مِنَ الْآخَرِ ، فَلَا يَصِحُّ تَقْدِيرُهُ بِالْكَيْلِ ، كَمَا لَا يَصِحُّ تَقْدِيرُ الْمَكِيلِ بِالْوَزْنِ ، وَلَا الْمَوْزُونِ بِالْكَيْلِ .

ظ ٢١٨/٤

٧٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى صَبْرَةً عَلَى أَنْ كُلَّ مَكِيلٍ ^(١) مِنْهَا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ 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 : يصح في قفيز واحد ، ويطلق فيما سواه ؛ لأن جملة الثمن مجهولة ، فلم يصح كبيع المبتاع برقيقه . ولنا ، أن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمن معلوم ؛ لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين ، وهو أن تكال الصبرة ، ويقسط الثمن على قدر قفزاتها ، فيعلم مبلغه ، فجاز ، كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة ، لكل ثلاثة عشر درهما ^(٢) درهم ، فإنه لا يعلم في الحال ، وإنما يعلم بالحساب ، كذا ههنا . ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع ، فصح ، كالأصل

(٨ - ٨) في م : « عكمانها » .

والعكم : العدل - بكسر العين وسكون الدال - ما دام فيه المتاع .

(٩) في م : « واحدا و » .

(١) في م : « مكيلة » .

(٢) سقط من : الأصل .

المذکور . وقد روى عن علي رضي الله عنه ، أنه آجر نفسه كل دلو بتمر ، وجاء النبي ﷺ بالتمر (٣) .

فصل : ولو قال : بعثك من هذه الصبرة قفيزا . أو قال : عشرة أقرزة . وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك ، صحح . وحكى عن داود ، أنه لا يصح ؛ لأنه غير مشاهد ، ولا موصوف . ولنا ، أن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها ، أشبه إذا باع نصفها ، وما ذكره قياس ، وهو لا يحتج بالقياس ، ثم لا يصح ، فإنه إذا شاهد الجملة ، فقد شاهد المبيع ؛ لأنه بعضها .

فصل : وإن قال : بعثك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، لم يصح ؛ لأن « من » للتبعض ، و « كل » للعديد ، فيكون ذلك العد منها مجهولا . (٤) ويحتمل أن يصح البيع ، كما يصح في الإجارة ، كل دلو بتمر ، وكل شهر بدرهم . وإن قال : بعثك هذه الصبرة الأخرى (٥) بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزا ، أو أنقصك قفيزا . لم يصح ؛ لأنه لا يدرى أزيده أم ينقصه . / ولو قال : على أن أزيدك قفيزا . لم يجز ؛ لأن القفيز مجهول . ولو قال : أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الأخرى . أو وصفه بصفة يعلم بها ، صحح ؛ لأن معناه ، بعثك هذه ، وقفيزا من هذه الأخرى بعشرة دراهم . وإن قال : على أن أنقصك قفيزا . لم يصح ؛ لأن معناه ، بعثك هذه الصبرة إلا قفيزا ، كل قفيز بدرهم ، وشيء مجهول . ولو قال : بعثك هذه الصبرة ، كل قفيز بدرهم ، على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الأخرى . لم يصح ؛ لإفضائه إلى جهالة الثمن في التفصيل ؛ لأنه يصير قفيزا وشيئا بدرهم ، والشيء لا يعرفه ؛ لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفران .

٢١٩/٤ و

(٣) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يسقى كل دلو بتمر ويشترط جلدة ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٨/٢ .

(٤) - (٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل .

ولو قَصَدَ أَنِّي أَحَطُّ نَمَنَ قَفِيزٍ مِنَ الصَّبْرَةِ ، لَا أُحْتَسِبُ بِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِلْجَهَالَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا . وَإِنْ كَانَتِ الصَّبْرَةُ مَعْلُومًا قَدْرُ قَفْزَانِهَا لَهَا ، أَوْ قَالَ : هَذِهِ عَشْرَةٌ أَقْفَزَةٌ بِعِتْكَهَا ، كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهِمٍ ، عَلَى أَنْ أَزِيدَكَ قَفِيزًا مِنْ هَذِهِ الصَّبْرَةِ . أَوْ وَصَفَهُ بِصِفَةِ يُعْلَمُ بِهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ بِعِتْكَ كُلِّ قَفِيزٍ وَعَشْرٍ قَفِيزٍ بِدِرْهِمٍ . وَإِنْ لَمْ يُعْلَمِ الْقَفِيزُ ، أَوْ جَعَلَهُ هِبَةً ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ أَرَادَ أَنِّي «لَا أُحْتَسِبُ» عَلَيْكَ بِبَعْنِ قَفِيزٍ مِنْهَا ، صَحَّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا عَلِمَا جُمْلَةَ الصَّبْرَةِ عَلِمَا مَا يَنْقُصُ مِنَ الثَّمَنِ . وَلَوْ قَالَ : عَلَى أَنْ أَنْقِصَكَ قَفِيزًا . صَحَّ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ ، بِعِتْكَ تِسْعَةَ أَقْفَزَةٍ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ ، وَكُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهِمٍ وَتُسْعَمِ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّهُ يَصِحُّ فِي جَمِيعِ الْمَسَائِلِ ، عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ يُجِيزُ الشَّرْطَ الْوَاحِدَ . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ ، فَلَا يَصِحُّ بِنَعْيِهِ ، بِخِلَافِ الشَّرْطِ الَّذِي «لَا يُفْضَى إِلَى الْجَهَالَةِ»^(٧) .

فصل : ولو باع ما لا تتساوى أجزاؤه ، كالأرض والثوب والقطيع من العنم ، ففيه نحو من مسائل الصبر . وإن قال : بعتك هذه الأرض ، أو هذه الدار ، أو هذا الثوب ، أو هذا القطيع ، باليف . صح إذا كان مشاهدًا . أو قال : بعتك نصفه ، أو ثلثه ، أو ربعه ، بكذا . صح أيضًا . فإن قال : بعتك كل ذراع بدرهم ، أو كل شاة بدرهم . صح ، وإن لم يعلم قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبر ، وإن قال : بعتك من الثوب / كل ذراع بدرهم ، أو من القطيع كل شاة بدرهم . ٢١٩/٤ ظ لم يصح ؛ لأنه مجهول . وإن باعه شاة من القطيع . لم يصح ؛ لأن شياة القطيع غير متساوية القيم ، فيفضى ذلك إلى التنازع ، بخلاف القفيز من الصبر ، فإنه يصح ؛ لأن أجزاءها متساوية . وإن باعه ذراعًا من الدار ، أو عشرة أذرع منها ،

(٦-٦) في ١ ، م : « أحسب » .

(٧ - ٧) في م : « يفضى إلى جهالة » .

يُرِيدَانِ بِذَلِكَ قَدْرًا غَيْرَ مُشَاعٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِذَلِكَ ^(٨) . وَإِنْ أَرَادَا مُشَاعًا مِنْهَا ، وَهَمَّا يَعْلَمَانِ عَدَدَ ذُرْعَانِهَا ، صَحَّ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الذَّرَاعَ عِبَارَةٌ عَنْ بُقْعَةٍ ^(٩) بِعَيْنِهَا ، وَمَوْضِعُهُ مَجْهُولٌ . وَلَنَا ، أَنَّ عَشْرَةَ مِنْ مِائَةِ عَشْرُهَا ، وَلَوْ قَالَ : بِعُتْكَ عَشْرُهَا . صَحَّ . فَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : بِعُتْكَ عَشْرَةَ مِنْ مِائَةٍ . وَمَا ذَكَرُوهُ ^(١٠) لَا يَصِحُّ ^(١١) ، بَلْ هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ قَدْرِ ، كَمَا أَنَّ الْمِكْيَالَ عِبَارَةٌ عَنْ قَدْرِ ، فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى جُمْلَةٍ كَانَ ذَلِكَ جُزْءًا مِنْهَا . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهَا أَرَادَا قَدْرًا مِنْهَا غَيْرَ مُشَاعٍ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ . وَإِنْ كَانَ ^(١٢) لَا يَعْلَمَانِ ذُرْعَانَ الدَّارِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْجُمْلَةَ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، وَأَجْزَاءُ الْأَرْضِ مُخْتَلِفَةٌ ، فَلَا يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ مُعَيَّنَةً وَلَا مُشَاعَةً . وَإِنْ قَالَ : بِعُتْكَ مِنَ الدَّارِ مِنْ هُنَا إِلَى هُنَا . جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ . وَإِنْ قَالَ : عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، أَيْتَادُهَا مِنْ هُنَا ^(١٣) إِلَى هُنَا ^(١٤) ، إِلَى حَيْثُ يَنْتَهِي الذَّرْعُ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الذَّرْعَ يَخْتَلِفُ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي يَنْتَهِي إِلَيْهِ لَا يُعْلَمُ حَالُ الْعُقْدِ . وَلَوْ قَالَ : بِعُتْكَ نَصِيبِي مِنْ هَذِهِ الدَّارِ . وَلَا يُعْلَمُ قَدْرُ نَصِيبِهِ مِنْهَا ^(١٥) ، أَوْ قَالَ : نَصِيبًا مِنْهَا أَوْ سَهْمًا ^(١٦) . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَإِنْ عَلِمَا ذَلِكَ ، صَحَّ . وَإِنْ قَالَ : بِعُتْكَ نِصْفَ دَارِي مِمَّا يَلِي دَارَكَ . لَمْ يَصِحَّ ، نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي إِلَى أَيْنَ يَنْتَهِي ، فَيَكُونُ مَجْهُولًا .

فصل : ولو باعه عبداً من عبدين أو أكثر ، لم يصح . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له . صح ؛ لأن

(٨) في م : « كذلك » .

(٩) في الأصل : « منفعة » .

(١٠ - ١٠) في م : « غير سلم » .

(١١) لعل الصواب : « كانا » .

(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في الأصل : « وسهما » .

الحاجة تدعو إليه ، وإن كانوا أكثر ، لم يصح ؛ لأنه يكثر الغرر . ولنا ، أن ما تخلف أجزاءه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعاً ، كالأربعة ، وما لا يصح / بغير شرط الخيار ، لا يصح بشرطه ، كالأربعة ، ولا حاجة إلى هذا ، فإن الاختيار و ٢٢٠/٤ يُمكن قبل العقد ، ثم ما قاله (١٥) يَطلُّ بالأربعة .

فصل : وحكم الثوب حكم الأرض ، إلا أنه إذا قال : بعثك من هذا الثوب ، من هذا الموضع إلى هذا الموضع . صح . فإن كان مما لا يتقصبه القطع ، قطعا ، وإن كان مما يتقصبه القطع ، وشرط البائع أن يقطعه (١٦) ، أو رضى بقطعه (١٧) هو والمشتري ، جاز . وإن تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه ، كما يشتر كان في الأرض ، وقال القاضي : لا يصح . لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر ، فأشبه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان . ولنا ، أن التسليم ممكن ، ولحوق الضرر لا يمنع التسليم إذا رضى البائع ، كما لو باعه نصفاً من الحيوان مشاعاً ، وفارق نصف الحيوان المعين ، فإنه لا يمكنه تسليمه مفرداً ، إلا بإتلافه وإخراجه عن المالية .

فصل : إذا قال : بعثك هذه الأرض ، أو هذا الثوب ، على أنه عشرة أذرع . فإن أحد عشر ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، البيع باطل ؛ لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة ، وإنما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض ، وإنما اشترى الكل ، وعليه ضرر في الشركة أيضاً . والثانية ، البيع صحيح والزيادة للبائع ؛ لأن ذلك نقص على المشتري ، فلا يمنع صحة البيع ، كالعيب ، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً (١٧) وبين تسليم العشرة ، فإن رضى بتسليم الجميع ، فلا خيار للمشتري ؛ لأنه زاده خيراً ، وإن أبى تسليمه زائداً ، فللمشتري الخيار بين

(١٥) في م : « قالوا » .

(١٦ - ١٧) سقط من : الأصل .

(١٧) سقط من : الأصل .

الفَسْخِ وَالْأَخْذِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ الْمُسَمَّى وَقِسْطِ الرَّائِدِ ، فَإِنْ رَضِيَ بِالْأَخْذِ أَخَذَ الْعَشْرَةَ ، وَالْبَائِعُ شَرِيكَ لَهُ بِالذَّرَاعِ . وَهَلْ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الْفَسْخِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي الْمُشَارَكَةِ . وَالثَّانِي ، لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِبَيْعِ الْجَمِيعِ بِهَذَا الثَّمَنِ . فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ الثَّمَنُ مَعَ بَقَاءِ جُزْءٍ لَهُ فِيهِ كَانَ زِيَادَةً ، فَلَا يَسْتَحِقُّ بِهَا الْفَسْخَ ، وَلِأَنَّ هَذَا الضَّرَرَ حَصَلَ بِتَغْيِيرِهِ وَإِخْبَارِهِ ، /بِخِلَافِ غَيْرِهِ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَسَلَّطَ^(١٨) بِهِ عَلَى فَسْخِ عَقْدِ الْمُشْتَرِي . فَإِنْ بَدَّلَهَا الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي بِثَمَنٍ ، أَوْ طَلَبَهَا الْمُشْتَرِي بِثَمَنٍ ، لَمْ يَلْزَمْ الْآخَرَ الْقَبُولُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ يُعْتَبَرُ فِيهَا التَّرَاضِي مِنْهُمَا ، فَلَا يُجِبُّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَيْهِ . وَإِنْ تَرَضِيَ عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ، فَإِنْ بَانَ تِسْعَةٌ ، فَفِيهِ رَوَاتِنٌ ؛ إِحْدَاهَا ، يَبْطُلُ الْبَيْعُ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَالثَّانِيَةِ ، الْبَيْعُ صَحِيحٌ ، وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْسَاكِ يَتَسَعَّةُ أَعْشَارِ الثَّمَنِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لَهُ إِمْسَاكُهُ إِلَّا بِكُلِّ الثَّمَنِ ، أَوْ الْفَسْخِ . بِنَاءً عَلَى^(١٩) قَوْلِهِمْ : «إِنْ^(١٩) الْمَعِيبُ لَيْسَ لِمُشْتَرِيهِ إِلَّا الْفَسْخُ ، أَوْ إِمْسَاكُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَجَدَ الْمَيْعَ نَاقِصًا فِي الْقَدْرِ ، فَكَانَ لَهُ إِمْسَاكُهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، كَالصَّبْرَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا عَلَى أَنَّهَا مِائَةٌ فَبَانَتْ خَمْسِينَ ، وَسُنِّيْنُ أَنَّ الْمَعِيبَ لَهُ إِمْسَاكُهُ ، وَأَخْذُ أَرْضِهِ ، فَإِنْ أَخَذَهَا بِقِسْطِهَا مِنَ الثَّمَنِ ، فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ بَيْنَ الرُّضَا بِذَلِكَ وَبَيْنَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا رَضِيَ بِبَيْعِهَا بِهَذَا الثَّمَنِ كُلِّهِ ، وَإِذَا لَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ كَانَ لَهُ الْفَسْخُ . فَإِنْ بَدَّلَ لَهُ الْمُشْتَرِي جَمِيعَ الثَّمَنِ لَمْ يَمْلِكِ الْفَسْخَ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ الثَّمَنُ الَّذِي رَضِيَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى مَعِيًّا فَرَضِيَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ .

ظ ٢٢٠/٤

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى صَبْرَةً عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةٌ أَقْفَزَةٌ ، فَبَانَتْ أَحَدَ عَشَرَ ، رَدَّ الرَّائِدُ ، وَلَا خِيَارَ لَهُ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ^(٢٠) فِي الزِّيَادَةِ ، وَإِنْ بَانَتْ تِسْعَةٌ أَخَذَهَا بِقِسْطِهَا مِنَ الثَّمَنِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ مَتَى سَمِيَ الْكَيْلُ فِي الصَّبْرَةِ لَا يَكُونُ قَبْضُهَا

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « يَسْلُطُ » .

(١٩ - ١٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢٠ - ٢٠) سَقَطَ مِنْ : م .

إِلَّا بِالكَئِيلِ ، فَإِذَا كَالَهَا فَوَجَدَهَا قَدْرَ حَقِّهِ ، أَخَذَهَا ، وَإِنْ كَانَتْ زَائِدَةً رَدَّ الزِّيَادَةَ ، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً ، أَخَذَهَا بِقِسْطِهَا مِنَ الثَّمَنِ ، وَهَلْ لَهُ الْفَسْخُ إِذَا وَجَدَهَا نَاقِصَةً ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْخِيَارُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ الْمَبِيعَ نَاقِصًا ، فَكَانَ لَهُ الْفَسْخُ ، كَعَبْرِ الصَّبْرَةِ ، وَكَنْقِصَانِ الصِّفَةِ . الثَّانِي ، لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ نَقْصَانَ الْقَدْرِ لَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الْبَاقِي مِنَ الْكَيْلِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

فصل : إِذَا بَاعَ الْأَذْهَانَ فِي ظُرُوفِهَا جُمْلَةً ، وَقَدْ شَاهَدَهَا ، / جَازَ ؛ لِأَنَّ أَجْزَاءَهَا^(٢١) لَا تَخْتَلِفُ ، فَهُوَ كَالصَّبْرَةِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْعَسَلِ ، وَالذَّبْسِ ، وَالْحَلِّ ، وَسَائِرِ الْمَائِعَاتِ الَّتِي لَا تَخْتَلِفُ . وَإِنْ بَاعَهُ كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، أَوْ بَاعَهُ رِطْلًا مِنْهَا ، أَوْ أُرْطَالَ مَعْلُومَةً يَعْلَمُ أَنَّ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْهَا ، أَوْ بَاعَهُ جُزْءًا مُشَاعًا ، أَوْ أَجْزَاءً مُشَاعَةً^(٢٢) ، أَوْ بَاعَهُ إِيَّاهُ مَعَ الظَّرْفِ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ ، أَوْ بِثَمَنِ مَعْلُومٍ ، جَازَ . وَإِنْ بَاعَهُ السَّمْنَ وَالظَّرْفَ ، كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، وَهُمَا يَعْلَمَانِ مَبْلَغَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَلِمَ الْمَبِيعُ وَالثَّمَنُ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا ذَلِكَ ، جَازَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ رَضِيَ أَنْ يَشْتَرِيَ الظَّرْفَ ، كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، وَمَا فِيهِ كَذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى ظَرْفَيْنِ فِي أَحَدِهِمَا سَمْنٌ وَفِي الْآخَرِ زَيْتٌ ، كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ وَزْنَ الظَّرْفِ يَزِيدُ وَيَنْقُصُ ، فَيَدْخُلُ عَلَى غَرَرٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَفَرِّدًا يَصِحُّ لِذَلِكَ^(٢٣) . فَكَذَلِكَ إِذَا جَمَعَهُمَا ، كَالْأَرْضِ الْمُخْتَلِفَةِ الْأَجْزَاءِ ، وَالثِّيَابِ وَغَيْرِهَا . وَأَمَّا إِنْ بَاعَهُ كُلَّ رِطْلٍ بِدِرْهَمٍ ، عَلَى أَنْ يَزِنَ الظَّرْفَ ، فَيَحْتَسِبُ عَلَيْهِ بِوَزْنِهِ ، وَلَا يَكُونُ مَبِيعًا ، وَهُمَا يَعْلَمَانِ زِنَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَلِمَ^(٢٤) الدُّهْنَ عَشْرَةَ^(٢٥) وَالظَّرْفَ رِطْلًا ، كَانَ مَعْنَاهُ : بِعْتِكَ عَشْرَةَ^(٢٥) أُرْطَالَ بَاطْنِي عَشْرَ دِرْهَمًا . وَإِنْ كَانَا لَا يَعْلَمَانِ زِنَةَ الظَّرْفِ

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « أَجْزَاءُهُ » .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « كَذَلِكَ » .

(٢٤) فِي النِّسْخِ زِيَادَةٌ : « أَنْ » .

(٢٥ - ٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

والدَّهْنِ ، لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى جَهَالَةِ الثَّمَنِ فِي الْحَالِ . وَسِوَاءَ جَهْلًا زِنْتَهُمَا جَمِيعًا ، أَوْ زِنَةَ أَحَدِهِمَا ؛ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ فِي ظَرْفِ السَّمَنِ رَبًّا^(٢٦) ، فَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : قَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ : إِنْ كَانَ سَمَانًا ، وَعِنْدَهُ سَمْنٌ ، أُعْطَاهُ بِوَزْنِهِ سَمْنًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ سَمْنٌ ، أُعْطَاهُ بِقَدْرِ الرَّبِّ مِنَ الثَّمَنِ . وَالزَّمَمَةُ شُرَيْحٌ بِقَدْرِ الرَّبِّ سَمْنًا بِكُلِّ حَالٍ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : إِنْ شَاءَ أَخَذَ الَّذِي وَجَدَهُ ، وَلَا يُكَلِّفُ أَنْ يُعْطِيَهُ بِقَدْرِ الرَّبِّ سَمْنًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَجَدَ الْمَبِيعَ الْمَكِيلَ نَاقِصًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اشْتَرَى صُبْرَةً ، فَوَجَدَ تَحْتَهَا رُبُوبَةً ، أَوْ اشْتَرَاهَا عَلَى أَنَّهَا عَشْرَةٌ أَقْفَزَةٌ ، فَبَانَتْ تِسْعَةٌ ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ يَأْخُذُ الْمَوْجُودَ بِقِسْمَتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، كَذَا هُنَا . فَعَلِيَ هَذَا إِنَّمَا يَأْخُذُ الْمَوْجُودَ مِنَ السَّمَنِ / بِقِسْمَتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْبَائِعَ أَنْ يُعْطِيَهُ سَمْنًا ، سِوَاءَ كَانَ مَوْجُودًا عِنْدَهُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ، فَإِنْ تَرَضِيَ عَلَى إِعْطَائِهِ سَمْنًا ، جَازَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ظ ٢٢١/٤

(٢٦) الرب : رب السمن ، سفله ، وهو ما استقر تحته من كدره .

باب الْمُصْرَاةِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ

التَّصْرِيَةُ : جَمْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . يُقَالُ : صَرَى الشَّاةُ ، وَصَرَى اللَّبَنَ فِي ضَرْعِ الشَّاةِ ، بِالتَّشْدِيدِ وَالتَّخْفِيفِ . وَيُقَالُ : صَرَى الْمَاءَ فِي الْحَوْضِ ، وَصَرَى الطَّعَامَ فِي فِيهِ ، وَصَرَى الْمَاءَ فِي ظَهْرِهِ . إِذَا تَرَكَ الْجِمَاعَ . وَأَنْشَدَهُ أَبُو عُبَيْدٍ (١) :

رَأَتْ غُلَامًا قَدْ صَرَى فِي فِقْرَتِهِ (٢)
مَاءَ الشَّبَابِ عُنْفُوانَ شِرَّتِهِ

وماءٌ صَرَى ، وَصَرَ ، إِذَا طَالَ اسْتِنْقَاعُهُ . قَالَ الْبُخَارِيُّ : أَصْلُ التَّصْرِيَةِ حَبْسُ الْمَاءِ ، يُقَالُ : صَرَيْتُ الْمَاءَ . وَيُقَالُ لِلْمُصْرَاةِ : الْمُحْفَلَةُ . وَهُوَ مِنَ الْجَمْعِ أَيْضًا ، وَمِنْهُ سُمِّيَتْ مَجَامِعُ النَّاسِ مَحَافِلَ . وَالتَّصْرِيَةُ حَرَامٌ إِذَا أَرَادَ بِذَلِكَ التَّدْلِيْسَ عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تُصْرُوا » (٣) . وَقَوْلِهِ : « مِنْ غَشْنَا فَلَيْسَ

(١) فِي م : « أَبُو عُبَيْدَةَ » . وَالرَّجْزُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ ، لِأَنَّهُ عُبَيْدُ ٢٤١/٢ . وَاللِّسَانُ (ص رى) . وَهُوَ لِلأَغْلَبِ الْعَجَلِي ، وَكَانَ جَاهِلِيًّا إِسْلَامِيًّا ، قَتَلَ بِنَاهُونَ ، وَهُوَ أَوَّلُ مَنْ شَبِهَ الرَّجْزَ بِالقَصِيدِ وَأَطَالَهُ . الشَّعْرُ وَالشَّعْرَاءُ ، لِابْنِ قَتَيْبَةَ ٤١٣/٢ .

(٢) فِي م : « رَأَيْتُ غُلَامًا » . وَيُرْوَى : « رَبِّ غُلَامٍ » . انظُرِ اللِّسَانَ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ لِلْبَائِعِ أَنْ لَا يَجْعَلَ لِالإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالغَنَمِ ... ، وَبَابِ إِنْ شَاءَ رَدُّ الْمِصْرَاةِ وَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩٢/٣ ، ٩٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ... ، وَ : بَابِ حُكْمِ بَيْعِ الْمِصْرَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٥٥/٣ ، ١١٥٨ ، ١١٥٩ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ اشْتَرَى مِصْرَاةً فَكْرَهَهَا ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٤٢/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنِ الْمِصْرَاةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَجْتَبِيُّ ٢٢٣/٧ . وَالإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا يَنْبِئُ عَنْهُ مِنَ الْمَسَاوِمَةِ وَالْمُبَايَعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمُوطَأُ ٦٨٣/٢ ، ٦٨٤ . وَالإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٤٢/٢ ، ٤١٧ ، ٤٦٠ ، ٤٦٥ .

مِنَّا»^(٤) وَرَوَى ابْنُ مَاجَهَ ، فِي سُنَنِهِ^(٥) ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « يَبِيعُ الْمُحَفَّلَاتِ خِلَابَةً ، وَلَا تَحِلُّ الْخِلَابَةُ لِمُسْلِمٍ » . رواه ابن عبد البر : « وَلَا يَحِلُّ خِلَابَةً لِمُسْلِمٍ » .

٧٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى مُصْرَاءً وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَقْبَلَهَا أَوْ يَرُدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة ، الأول ، أن من اشترى مصراً من بهيمة الأنعام ، لم يعلم تصرّيبها ، ثم علم . فله الخيار في الرد والإمسك . روى ذلك عن ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبي هريرة ، وأنس . وإليه ذهب مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي وإسحاق ، وأبو يوسف ، وعمامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له ؛ لأن ذلك ليس بعيب ؛ بدليل أنها^(١) لو لم تكن مصراً ، فوجدتها أقل لبناً من أمثالها ، لم يملك ردّها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار ، كما لو علفها فانتفخ بطنها ، فظن المشتري أنها حامل . ولنا ، ما روى / أبو هريرة ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْعَنَمَ فَمَنْ ابْتاعَهَا بَعْدَ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) ، وَرَوَى ابْنُ عَمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ ابْتاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، إِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَى لَيْبِهَا قَمَحًا » . رواه أبو داود^(٣) . ولأن هذا تدليس بما يختلِف الثمن باختلافه ، فوجب به الرد ، كما لو

٢٢٢/٤ و

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١١١ .

(٥) في : باب بيع المصرة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٣/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٣٣/١ .

(١) في م : « أنه » .

(٢) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

(٣) في : باب من اشترى مصرة فكرها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٣/٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب بيع المصرة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤١٧/٢ .

كانت شَمْطَاءَ ، فَسَوَّدَ شَعْرَهَا . وَقِيَاسُهُمْ يَبْطُلُ بِتَسْوِيدِ الشَّعْرِ ، فَإِنَّ بَيَاضَهُ لَيْسَ بِغَيْبٍ كَالْكَبِيرِ ، وَإِذَا دَلَّسَهُ نَبَتْ لَهُ الْخِيَارُ ، وَأَمَّا انْتِفَاخُ الْبَطْنِ ، فَقَدْ يَكُونُ مِنَ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ ، فَلَا مَعْنَى لِحَمَلِهِ عَلَى الْحَمْلِ ، وَعَلَى أَنَّ هَذَا الْقِيَاسَ يُخَالِفُ النَّصَّ ، وَأَتَّبَعُ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَوْلَى . إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ الْمُشْتَرَى عَالِمًا بِالتَّصْرِيَةِ ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا ، لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ فِي وَجْهِ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ انْقِطَاعَ اللَّبَنِ لَمْ يُوجَدْ ، وَقَدْ يَبْقَى عَلَى حَالِهِ ، فَلَمْ يُجْعَلْ ذَلِكَ رِضَى ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ عَيْنًا ، ثُمَّ طَلَبَتْ الْفَسْخَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ اشْتَرَاهَا عَالِمًا بِالتَّدْلِيْسِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مِنْ سَوَدَ شَعْرَهَا عَالِمًا بِذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ فَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ الرَّدُّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعِييَا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، وَبِقَاءِ اللَّبَنِ عَلَى حَالِهِ نَادِرٌ بَعِيدٌ ، لَا يُعَلَّقُ عَلَيْهِ حُكْمٌ ، وَالْأَصْلُ الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ . وَلَوْ اشْتَرَى مُصْرَاةً فَصَارَ لَبْنُهَا عَادَةً ، وَاسْتَمَرَ عَلَى كَثْرَتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَهُ الرَّدُّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ التَّدْلِيْسَ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ ، فَاثْبُتَ الرَّدُّ ، كَمَا لَوْ نَقَصَ اللَّبَنُ . وَلَنَا ، أَنَّ الرَّدَّ جُعِلَ لِدَفْعِ الضَّرْرِ بِنَقْصِ اللَّبَنِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، فَامْتَنَعَ الرَّدُّ ، وَلِأَنَّ الْعَيْبَ لَمْ يُوجَدْ ، وَلَمْ يَخْتَلِفْ صِفَةُ الْمَبِيعِ عَنْ حَالَةِ الْعَقْدِ ، فَلَمْ يَثْبُتِ التَّدْلِيْسُ ، وَلِأَنَّ الْخِيَارَ نَبَتْ لِدَفْعِ الضَّرْرِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ضَرَّرَ .

الفصل الثاني ، أَنَّهُ إِذَا رَدَّ ، لَزِمَهُ رَدُّ بَدَلِ اللَّبَنِ . وَهَذَا قَوْلُ كُلِّ مَنْ جَوَّزَ رَدَّهَا ، وَهُوَ مُقَدَّرٌ فِي الشَّرْعِ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ ، كَمَا فِي الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ الَّذِي / أَوْرَدْنَاهُ ، ٢٢٢/٤ ظ
 وَهَذَا قَوْلُ اللَّيْثِ ، وَإِسْحَاقَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي عَيْنِيدٍ ، وَأَبِي نُورٍ . وَذَهَبَ مَالِكٌ ، وَبَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ ، إِلَى أَنَّ الْوَاجِبَ صَاعٌ مِنْ غَالِبِ قُوْتِ الْبَلَدِ ؛ لِأَنَّ فِي بَعْضِ الْحَدِيثِ : « وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ طَعَامٍ » . وَفِي بَعْضِهَا : « وَرَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَى لَبْنِهَا قَمْحًا » فَجَمَعَ بَيْنَ الْأَحَادِيثِ ، وَجَعَلَ تَنْصِيْبَهُ عَلَى التَّمْرِ ؛ لِأَنَّهُ غَالِبُ قُوْتِ الْبَلَدِ فِي الْمَدِينَةِ ، وَنَصَّ عَلَى الْقَمْحِ ؛ لِأَنَّهُ غَالِبُ قُوْتِ بَلَدِ آخَرَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَرُدُّ قِيَمَةَ اللَّبَنِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ مُتَلَفٍ ، فَكَانَ مُقَدَّرًا بِقِيَمَتِهِ ، كَسَائِرِ الْمُتَلَفَاتِ ، وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ

أبى لَيْلَى . وَحُكِيَ عَنْ زُفَرٍ أَنَّهُ يَرُدُّ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ ، أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ ، بِنَاءٍ عَلَى قَوْلِهِمْ فِي الْفِطْرَةِ وَالْكَفَّارَةِ . وَلَنَا ، الْحَدِيثُ الصَّحِيحُ الَّذِي أوردناه ، وهو الْمُعْتَمَدُ عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . وَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَى التَّمْرِ فَقَالَ : « إِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ » . وَفِي لَفْظٍ لِلْبُخَارِيِّ : « مَنْ اشْتَرَى عَنَّمَا مُصْرَّةً فَاحْتَلَبَهَا ، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ سَخَطَهَا فَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » (٤) وَفِي لَفْظٍ لِمُسْلِمٍ ، رواه ابْنُ سِيرِينَ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « رَدَّهَا » (٥) ، وَرَدَّ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ وَفِي لَفْظٍ لَهُ : « طَعَامًا لَا سَمْرَاءَ » يَعْنِي لَا يَرُدُّ قَمْحًا . وَالْمُرَادُ بِالطَّعَامِ هُنَا التَّمْرُ ؛ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ فِي أَحَدِ الْحَدِيثَيْنِ ، مُقَيَّدٌ فِي الْآخَرِ ، فِي قَضِيَّةٍ وَاحِدَةٍ ، وَالْمُطْلَقُ فِيمَا هَذَا سَبِيلُهُ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ . وَحَدِيثُ ابْنِ عُمرَ مُطْرَحُ الظَّاهِرِ بِالِاتِّفَاقِ ؛ إِذْ لَا قَائِلَ بِإِجَابِ مِثْلِ لَبَيْهَا أَوْ مِثْلَى لَبَيْهَا قَمْحًا ، ثُمَّ قَدْ شَكَّ فِيهِ الرَّاوي ، وَخَالَفَتْهُ الْأَحَادِيثُ الصَّحِيحَةُ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ . وَقِيَاسُ أَبِي يوسُفَ مُخَالَفٌ لِلنَّصِّ ، فَلَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ ، وَلَا يُبْعَدُ أَنْ يُقَدَّرَ الشَّرْعُ ، بِدَلِّ هَذَا الْمُتَلَفِّ ، قَطْعًا لِلْخُصُومَةِ ، وَدَفْعًا لِلتَّنَازُعِ ، كَمَا قَدَّرَ بَدَلُ الْأَدْمِيِّ وَدِيَّةَ أَطْرَافِهِ ، وَلَا يُمْكِنُ حَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى أَنَّ الصَّاعَ كَانَ قِيمَةَ اللَّبَنِ ، فَلِذَلِكَ أَوْجَبَهُ ، لِوُجُوهٍ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الْقِيَمَةَ هِيَ الْأَثْمَانُ لَا التَّمْرُ . الثَّانِي ، أَنَّهُ أَوْجَبَ فِي الْمُصْرَّةِ مِنَ الْإِبِلِ وَالغَنَمِ جَمِيعًا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ ، مَعَ اخْتِلَافِ لَبَيْهَا . الثَّلَاثُ ، أَنَّ لَفْظَهُ لِلْعُمُومِ ، فَيَتَنَاوَلُ كُلَّ مُصْرَّةٍ ، وَلَا يَتَّفِقُ / أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ لَبَنِ كُلِّ مُصْرَّةٍ صَاعًا ، وَإِنْ أُمْكِنَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ، فَيَتَعَيَّنُ إِجَابُ الصَّاعِ ؛ لِأَنَّهُ الْقِيَمَةُ الَّتِي عَيَّنَ الشَّارِعُ إِجَابَهَا ؛ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبْدَلَ عَنْهَا ، وَإِذْ قَدْ ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ الصَّاعُ مِنَ التَّمْرِ جَيِّدًا ، غَيْرَ مَعِيبٍ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ

٢٢٣/٤ و

(٤) الحديث تقدم تحريجه في الصفحة قبل السابقة . وهذا اللفظ أخرجه البخاري ، في : باب إن شاء رد المصرة وفي حلبتها صاع من تمر ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٣/٣ . ولفظ مسلم أخرجه ، في : باب حكم المصرة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٨/٣ ، ١١٥٩ .

(٥) سقط من : م .

بإطلاق الشَّارِعِ ، فينصَرِفُ إلى ما ذَكَرناهُ ، كالصَّاعِ الواجبِ في الفِطْرَةِ . ولا يَجِبُ أن يكونَ من الأجوَدِ ، بل يجوزُ أن يكونَ من أدنى ما يَقَعُ عليه اسمُ الجيِّدِ . ولا فَرْقَ بين أن تكونَ قِيمَةُ التَّمْرِ مثلَ قِيمَةِ لَبَنِ^(٦) الشَّاقِ ، أو أَقْلَ ، أو أَكثَرَ ، نَصَّ عليه أحمدُ . وليس هذا جَمْعًا بين البَدَلِ والمُبَدَّلِ ؛ لأنَّ التَّمَرَ بَدَلُ اللَّبَنِ ، قَدَرَهُ الشَّرْعُ به ، كما قَدَرَ في يَدَي العَبْدِ قِيمَتَهُ ، وفي يَدَيهِ وَرِجْلَيْهِ قِيمَتَهُ مَرَّتَيْنِ ، مع بقاءِ العَبْدِ على مِلْكِ سيِّدِهِ . وإنْ عَدِمَ التَّمَرَ في مَوْضِعِهِ ، فعليه قِيمَتُهُ في المَوْضِعِ الذي وَقَعَ عليه العَقْدُ ؛ لأنَّهُ بِمَثَابَةِ عَيْنٍ أَتْلَفَهَا ، فَيَجِبُ عليه قِيمَتُهَا .

فصل : وإنْ عِلِمَ بِالتَّضَرِّيَةِ قَبْلَ حَلْبِهَا ، مثلُ أنْ أَقْرَبَهُ البَائِعُ ، أو شَهِدَ به من تُقْبَلُ شَهادَتُهُ ، فَلَهُ رَدُّهَا ، ولا شَيْءَ مَعَهَا ؛ لأنَّ التَّمَرَ إِنَّمَا وَجَبَ بَدَلًا لِلَّبَنِ الْمُحْتَلَبِ ، ولذلك قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصْرَأَةً فَاحْتَلَبَهَا ، فَإِنْ رَضِيَها أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ سَخَطَهَا ، فَفِي حَلْبِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ »^(٧) . ولم يَأْخُذْ لها لَبْنًا هُنا ، فلم يَلْزَمْه رَدُّ شَيْءٍ مَعَهَا . وهذا قولُ مالِكٍ . قال ابنُ عبِدِ البَرِّ : هذا ما لا خِلافَ فيه . وأَمَّا لو احْتَلَبَهَا وَتَرَكَ اللَّبْنَ بِحالِهِ ثم رَدَّها ، رَدَّ لَبْنَهَا ، ولا يَلْزَمُهُ أَيْضًا شَيْءٌ ؛ لأنَّ المَبِيعَ إِذا كانَ موجودًا فَرَدَّهُ ، لم يَلْزَمْه بَدَلُهُ . فإنْ أبى البَائِعُ قَبُولَهُ ، وَطَلَبَ التَّمَرَ ، لم يَكُنْ له ذلك ، إِذا كانَ بِحالِهِ لم يَتَغَيَّرَ . وقيل : لا يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِظَاهِرِ الحَبْرِ ، ولأنَّهُ قد نَقَصَ بِالحَلْبِ ، وَكوْنُهُ في الضَّرْعِ أَحْفَظَ له . ولنا ، أَنَّهُ قَدَرَ على رَدِّ المُبَدَّلِ ، فلم يَلْزَمْه البَدَلُ ، كَسائِرِ المُبَدَّلَاتِ مع أَبدالِها . والحَلْبُ^(٨) المُرَادُ به رَدُّ التَّمْرِ ، حالَ عَدَمِ اللَّبَنِ ؛ لقولِهِ : « ففِي حَلْبِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » . ولما ذَكَرنا مِنَ المَعْنَى . وقولُهُم : إنَّ الضَّرْعَ أَحْفَظُ له . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ لا يُمَكِّنُ إِبقاؤَهُ في الضَّرْعِ على الدَّوامِ ، وَبقاؤَهُ يَضُرُّ بِالحَيوانِ . / وإنْ كانَ اللَّبْنُ قَد تَغَيَّرَ ،

ظ ٢٢٣/٤

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) تقدم ترجمته في صفحة ٢١٥ .

(٨) في م : « والحديث » .

ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يلزمه قبوله . وهذا قول مالك ؛ للخبير ، ولأنه قد نقص بالحموضة ، أشبه ما لو أثلّفه . والثاني ، يلزمه قبوله ؛ لأن النقص حصل بإسلام المبيع ، وبتغريب البائع ، وتسليطه على حله ، فلم يمنع الرد ، كلبن غير المصرّة .

فصل : وإذا رضى بالتصرية فأمسكها ، ثم وجد بها عيبا آخر ، ردّها به ؛ لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر ، كما لو اشترى أعرج ، فرضى بعيبه ، ثم أصاب به برصا^(٩) . وإذا ردّ لزّمه صاع من تمر ، عوض اللبّن ؛ لأنه قد جعل عوضا له فيما إذا ردّها بالتصرية ، فيكون عوضا له مطلقا .

فصل : ولو اشترى شاة غير مصرّة فاحتلبها ، ثم وجد بها عيبا ، 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 الضرر من مثله في العادة ، فلا شيء فيه ؛ لأن مثل هذا لا عبرة به ، ولا قيمة له في العادة ، فهو تابع لما حدث ، وإن كان كثيرا ، وكان قائما بحاله ، فهل له رده ؟ يُبنى على ردّ^(١٠) لبن التصرية ، وقد سبق . فإن قلنا : ليس له رده . كان بقاؤه كتلفه . وهل له أن يرّد المبيع ؟ يُخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئا فتلف منه جزء أو تعيب . والأشهر في المذهب أنه يرده ، فعلى هذا يلزمه ردّ مثل اللبّن ؛ لأنه من ذوات الأمثال . والأصل ضمان ما كان من المثليات بمثله ، إلا أنه تحولف في لبن التصرية باللص ، ففيما عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعي ، في هذا الفصل ، نحو مما ذكرنا .

الفصل الثالث في الخيار : اختلف أصحابنا في مدّته . فقال القاضي : هو مُقدّر بثلاثة أيام ، ليس له الرد قبل مضيها ، ولا إمساكها بعدها ، فإن أمسكها بعد ذلك ،

(٩) في الأصل : مرضا .

(١٠) سقط من : م .

لم يكن له الرد . قال : وهو ظاهرُ كلامِ أحمد ، وهو قولُ بعض^(١١) أصحابِ الشافعي ؛ لأنَّ أبا هريرةَ روى ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال : « مَنْ اشْتَرَى مُصْرَةً فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا ، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ » رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٢) . قالوا : فهذه الثلاثةُ قَدَرُهَا الشَّارِعُ لِمَعْرِفَةِ التَّصْرِيَةِ فَإِنَّهَا لَا تُعْرَفُ قَبْلَ مُضِيِّهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ لَبْنُهَا لَبْنُ التَّصْرِيَةِ ، وَفِي الثَّانِي يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَبْنُهَا نَقْصٌ ؛ لِتَغْيِيرِ الْمَكَانِ وَاجْتِلَافِ الْعَلْفِ ، وَكَذَلِكَ فِي الثَّلَاثِ ، فَإِذَا مَضَتْ الثَّلَاثَةُ اسْتَبَانَ التَّصْرِيَةَ ، وَثَبَتَ الْخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ ، وَلَا يَثْبُتُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : عِنْدِي مَتَى ثَبَّتَ التَّصْرِيَةَ ، جَازَ لَهُ الرَّدُّ ، قَبْلَ الثَّلَاثَةِ وَبَعْدَهَا ؛ لِأَنَّهُ تَدْلِيلٌ يَثْبُتُ الْخِيَارَ ، فَمَلَكَ الرَّدُّ بِهِ إِذَا تَبَيَّنَ ، كَسَائِرِ التَّدْلِيلِ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الْمَدَنِيِّينَ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ فَائِدَةُ التَّقْدِيرِ فِي الْحَبْرِ بِالثَّلَاثَةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَحْصُلُ الْعِلْمُ إِلَّا بِهَا ، فَاعْتَبَرَهَا لِحُصُولِ الْعِلْمِ ظَاهِرًا ، فَإِنْ حَصَلَ الْعِلْمُ بِهَا ، أَوْ لَمْ يَحْصُلْ بِهَا فَلَا عِيَارَ بِهَ دُونِهَا ، كَمَا فِي سَائِرِ التَّدْلِيلِ . وَظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، أَنَّهُ مَتَى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، ثَبَّتَ لَهُ الْخِيَارُ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ إِلَى تَمَامِهَا . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الْمُنْذِرِ ، وَأَبِي حَامِدٍ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَحَكَاهُ عَنِ الشَّافِعِيِّ نَصًّا ؛ لِظَاهِرِ حَدِيثِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْخِيَارِ فِي الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ كُلِّهَا . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ عَقِيبَهَا . وَقَوْلُ أَبِي الْحَطَّابِ يُسَوِّى بَيْنَ الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ وَبَيْنَ غَيْرِهَا ، وَالْعَمَلُ بِالْحَبْرِ أَوْلَى ، وَالْقِيَاسُ مَا قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ فِي الْعُيُوبِ ، وَسَائِرِ التَّدْلِيلِ .

٧٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَسِوَاءَ كَانَ الْمُشْتَرَى نَاقَةً أَوْ بَقْرَةً أَوْ شَاةً)

جُمُهورُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي التَّصْرِيَةِ بَيْنَ الشَّاةِ وَالنَّاقَةِ وَالْبَقْرَةِ ، وَشَدَّ

(١١) سقط من : م .

(١٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٨ .

داؤد ، فقال : لا يثبت الخيار بتصرية البقرة ؛ لأن الحديث : « لا تُصروا الإبل والغنم »^(١) . فدل على أن ما عداهما بخلافهما ، ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص ، والقياس لا يثبت به الأحكام . ولنا ، عموم قوله : « من اشترى مصراً فهو بالخيار ثلاثة أيام »^(٢) . وفي حديث ابن عمر : « من ابتاع محفلة »^(٣) . ولم يفصل ، ولأنه تصرية بلين من بهيمة الأنعام ، أشبه الإبل والغنم ، والخبر فيه / تنبيه على تصرية البقر ؛ لأن لبنها أغزر وأكثر نفعاً . وقولهم : إن الأحكام لا تثبت بالقياس . ممنوع . ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه ، وهو حجة عند الجميع .

ظ ٢٢٤/٤

فصل : إذا اشترى مصراً اثنين أو أكثر في عقد واحد ، فردهن ، رد مع كل مصراً صاعاً . وبهذا قال الشافعي ، وبعض أصحاب مالك . وقال بعضهم : في الجميع صاع واحد ؛ لأن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى غنماً مصراً فاحتلبها فإن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر »^(٤) . ولنا ، عموم قوله : « من اشترى مصراً » و « من اشترى محفلة » . وهذا يتناول الواحدة . ولأن ما جعل عوضاً عن الشيء في صفقتين ، وجب إذا كان في صفقة واحدة ، كأرش العيب ، وأما الحديث فإن الضمير يعود إلى الواحدة .

فصل : فإن اشترى مصراً من غير بهيمة الأنعام ، كالأمة والأتان والفرس ، ففيه وجهان ، أحدهما ، يثبت له الخيار ، اختاره ابن عقيل ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لعموم قوله : « من اشترى مصراً » و « من اشترى محفلة » . ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به ، فأنبت الخيار ، كتصريحه بهيمة الأنعام ، وذلك أن

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٥ .

(٢) تقدم التخرج في صفحة ٢١٦ .

(٣) انظر مواضع التخرج في صفحة ٢١٨ .

(٤) سقط من الأصل .

لَبَنَ الْأَدَمِيَّةِ يُرَادُ لِلرَّضَاعِ ، وَيُرَغَّبُ فِيهَا ظَفَرًا^(٦) وَيُحَسِّنُ بَدَنَهَا^(٧) ، وَلِذَلِكَ لَوْ اشْتَرَطَ كَثْرَةَ لَبَنِهَا ، فَبَانَ بِخِلَافِهِ ، مَلَكَ الْفَسَخَ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا الْمَائِثَةُ بِاشْتِرَاطِهِ ، وَلَا مَلَكَ الْفَسَخَ بَعْدَهُ . وَلِأَنَّ الْأَتَانَ وَالْفَرَسَ يُرَادَانِ لَوْلَدِهِمَا . وَالثَّانِي ، لَا يَثْبُتُ بِهِ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ لَبَنَهَا لَا يُعْتَاضُ عَنْهُ فِي الْعَادَةِ ، وَلَا يُقْصَدُ قِصْدَ لَبَنِ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، وَالْحَبْرُ وَرَدَّ فِي بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، وَلَا يَصِحُّ الْقِيَاسُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قِصْدَ لَبَنِ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ أَكْثَرُ ، وَاللَّفْظُ الْعَامُّ أَرِيدَ بِهِ الْخَاصُّ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ أَمَرَ فِي رَدِّهَا بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ ، وَلَا يَجِبُ فِي لَبَنِ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّهُ وَرَدَّ عَامًّا وَخَاصًّا فِي قِضِيَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فَيَحْتَمِلُ الْعَامُّ عَلَى الْخَاصِّ ، وَيَكُونُ الْمُرَادُ بِالْعَامِّ فِي أَحَدِ الْحَدِيثَيْنِ^(٨) الْخَاصُّ فِي الْحَدِيثِ الْآخَرَ . / ٢٢٥/٤ ر
وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، إِذَا رَدَّهَا لَمْ يَلْزَمْ بَدَلُ لَبَنِهَا ، وَلَا يُرَدُّ مَعَهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّبَنَ لَا يُبَاعُ عَادَةً ، وَلَا يُعَاوَضُ عَنْهُ .

فصل : وَكُلُّ تَدْلِيْسٍ يَخْتَلِفُ التَّمَنُّ لِأَجْلِهِ ، مِثْلُ أَنْ يُسَوِّدَ شَعْرَ الْجَارِيَةِ ، أَوْ يُجَعِّدَهُ ، أَوْ يُحَمِّرَ وَجْهَهَا ، أَوْ يُضْمِرَ الْمَاءَ عَلَى الرَّحَا ، وَيُرْسِلَهُ عِنْدَ عَرْضِهَا عَلَى الْمُشْتَرِي ، يُثْبِتُ الْخِيَارَ ؛ لِأَنَّهُ تَدْلِيْسٌ بِمَا يَخْتَلِفُ التَّمَنُّ بِاخْتِلَافِهِ فَاتَّيَبَ الْخِيَارُ ، كَالْتَضَرِّيَّةِ ، وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَوَأَقَّ أَبُو حَنِيفَةَ فِي تَسْوِيدِ الشَّعْرِ . وَقَالَ فِي تَجْعِيدِهِ : لَا يَثْبُتُ بِهِ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ تَدْلِيْسٌ بِمَا لَيْسَ بِعَيْبٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ سَوَّدَ أَنْامِلَ الْعَبْدِ ، لِيَطْنَهُ كَاتِبًا أَوْ حَدَادًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَدْلِيْسٌ بِمَا يَخْتَلِفُ بِهِ التَّمَنُّ ، أَشْبَهَ تَسْوِيدَ الشَّعْرِ ، وَأَمَّا تَسْوِيدُ الْأَنْامِلِ ، فَلَيْسَ بِمُخْتَصِّصٍ بِكَوْنِهِ كَاتِبًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ قَدْ وُلِعَ بِالذَّوَاةِ ، أَوْ كَانَ غُلَامًا لِكَاتِبٍ يُصْلِحُ لَهُ الذَّوَاةَ ، فَظَنَّهُ كَاتِبًا ، طَمَعًا لَا يَسْتَحِقُّ بِهِ فَسْخًا ، فَإِنْ حَصَلَ هَذَا مِنْ غَيْرِ تَدْلِيْسٍ ، مِثْلُ أَنْ يَجْتَمِعَ اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ مِنْ غَيْرِ قِصْدٍ ، أَوْ احْمَرَّ وَجْهُ الْجَارِيَةِ لِجَحَلٍ أَوْ تَعَبٍ ، أَوْ تَسَوَّدَ شَعْرُهَا بِشَيْءٍ وَقَعَ

(٦) الظفر : المرضعة لغير ولدها .

(٧) في م : « ثديها » .

(٨) في الأصل : « الجانيين » .

عليه ، فقال القاضي : له الرَّد أيضا ؛ لدفع الضرر اللاحق بالمُشْتَرِي ، والضرر واجب الدفع ، سواء قصد أو لم يقصد ، فأشبه العيب . ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحمرة وجهها بخجل أو تعب ؛ لأنه يحتمل ذلك ، فيتعين ظنه من خلقته الأصلية طمعا ، فأشبهه سواد أنامل العبد .

فصل : فإن علف الشاة فملا خواصرها ، وظن المشتري أنها حامل ، أو سواد أنامل العبد أو ثوبه ، يؤهم أنه كاتب أو حداد ، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة ، فظن أنها كثيرة اللبن ، لم يكن له خيار ؛ لأن هذا لا يتعين للجهة التي ظنها ؛ فإن امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرهما ، وسواد أنامل العبد قد يكون لولع بالدواة ، أو لكونه شارعا في الكتابة ، أو غلاما لكاتب ، فحمله على أنه كاتب من باب الطمع ، فلا يثبت خيارا .

فصل : وإذا أراد إمساك المدلس ، وأخذ الأرش ، لم يكن له أرش ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل له في المصرة أرشا ، وإنما خيرة في شئيين ، قال : « إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر » . ولأن المدلس ليس بعيب ، فلم يستحق من أجله عوضا . وإن تعدر عليه الرَّد بتلف ، فعليه الثمن ؛ لأنه تعدر عليه الرَّد فيما لا أرش له ، فأشبهه غير المدلس . وإن تعيب عنده قبل العلم بالتدليس ، فله رده ورد أرش العيب عنده ، وأخذ الثمن . وإن شاء أمسك ، ولا شيء له . وإن علم التدليس ، فتصرف في المبيع ، بطل رده ، كما لو تصرف في المبيع المعيب . وإن أحر الرَّد من غير تصرف ، فحكمه حكم تأخر رد المعيب ، على ما سنذكره ، إن شاء الله تعالى .

٢٢٥/٤ ظ

٧٤١ - مسألة ؛ قال : (وإذا اشترى أمة ثيبا ، فأصابها ، أو استغلها ، ثم ظهر على عيب ، كان مخريرا بين أن يردها ويأخذ الثمن كاملا ؛ لأن الخراج بالضمآن ، والوطء كالخدمة ، وبين أن يأخذ ما بين الصحة والعيب)

في هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها ، أن من علم بسلعته عيبا ، لم يجز بيعها ، حتى يبينه للمشتري . فإن لم

يُبَيِّنُهُ فَهُوَ آثِمٌ عَاصِرٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِمَا رَوَى حَكِيمُ بْنُ حِزَامٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لَهُمَا ، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَّ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْمُسْلِمُ أُخُو الْمُسْلِمِ ، لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعٌ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا إِلَّا بَيَّنَّهُ لَهُ » . وَقَالَ : « مَنْ بَاعَ عَيْبًا لَمْ يُبَيِّنْهُ ، لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ ، وَلَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ » . رَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَهَ^(٢) . وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ^(٣) ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » . وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، كَرَهُوا الْعِشَّ ، وَقَالُوا : هُوَ حَرَامٌ . فَإِنْ بَاعَهُ ، وَلَمْ يُبَيِّنْهُ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنِ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُيٌّ عَنْهُ . وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي الْفَسَادَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ التَّصْرِيهِ ، وَصَحَّحَ الْبَيْعَ مَعَهَا^(٤) . وَقَدْ رَوَى عَنِ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ قِيلَ لَهُ : مَا تَقُولُ فِي الْمُصْرَاةِ ؟ فَلَمْ يَذْكَرْ جَوَابًا .

الفصل الثاني ، أَنَّهُ مَتَى عَلِمَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا ، لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِهِ ، فَلهِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ وَالْفَسْخِ ، سِوَاءَ كَانَ الْبَائِعُ عَلِمَ الْعَيْبَ وَكَتَمَهُ ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . لَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِثْبَاتُ النَّبِيِّ ﷺ الْخِيَارَ بِالتَّصْرِيهِ تَنْبِيْهُ عَلَى ثُبُوتِهِ بِالْعَيْبِ . وَلِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ مِنَ الْعَيْبِ ؛ بِدَلِيلِ مَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ اشْتَرَى مَمْلُوكًا فَكَتَبَ : « هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ مِنَ الْعَدَاءِ بْنِ خَالِدٍ ، اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا ، أَوْ أُمَّةً ، لَا دَاءَ بِهِ ، وَلَا غَائِلَةَ ، يَبِيعُ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَ »^(٥) . فَتَبَّتْ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(٢) في : باب من باع عيبا فليبينه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٥ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١١١ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه البخارى ، في : باب إذا بين البيعان ولم يكتبوا ونصحا ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٧٦/٣ . والترمذى ، في : باب ما جاء في كتابة الشروط ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٢١ . وابن ماجه ، في : باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٦ .

أَنْ يَبِيعَ الْمُسْلِمِ اقْتَضَى السَّلَامَةَ . ولأنَّ الأَصْلَ السَّلَامَةَ ، وَالْعَيْبُ حَادِثٌ أَوْ مُخَالَفٌ لِلظَّاهِرِ ، فعند الإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَيْهَا ، فَمَتَى فَاتَتْ فَاتَ بَعْضُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فلم يَلْزَمُهُ أَخْذُهُ بِالْعَوَضِ^(٦) ، وَكَانَ لَهُ الرُّدُّ ، وَأَخْذُ الثَّمَنِ كَامِلًا .

فصل : خِيَارُ الرُّدِّ بِالْعَيْبِ عَلَى التَّرَاخِي ، فَمَتَى عَلِمَ الْعَيْبُ ، فَأَخْرَجَ الرُّدُّ ، لم يَبْتَطُلْ خِيَارُهُ ، حَتَّى يُوجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا . ذَكَرَهُ أَبُو الْحَطَّابِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي شَيْئًا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ عَلَى التَّرَاخِي . وَالثَّانِيَةَ ، هُوَ عَلَى الْفَوْرِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، فَمَتَى عَلِمَ الْعَيْبُ ، فَأَخْرَجَ رَدَّهُ مَعَ إِمْكَانِهِ ، بَطَلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهِ^(٧) ، فَأَسْقَطَ خِيَارُهُ ، كَالْتَصَرُّفِ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ لِدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فَكَانَ عَلَى التَّرَاخِي ، كَالْقِصَاصِ ، وَلَا تُسَلِّمُ دَلَالَةَ الْإِمْسَاكِ عَلَى الرِّضَا بِهِ .

الفصل الثالث ، أَنَّهُ لَا يَخْلُو الْمَبِيعُ مِنْ أَنْ يَكُونَ بِجَالِهِ ، فَإِنَّهُ يُرَدُّهُ وَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ ، أَوْ يَكُونُ قَدْ زَادَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ جُعِلَتْ لَهُ فَائِدَةٌ ، فَذَلِكَ قِسْمَانِ : أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مُتَّصِلَةً ، كَالسَّمَنِ ، وَالْكَبْرِ ، وَالتَّعَلُّمِ ، وَالْحَمْلِ قَبْلَ الْوَضْعِ ، وَالثَّمَرَةِ قَبْلَ التَّابِيرِ ، فَإِنَّهُ يُرَدُّهَا بِنَمَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ . الْقِسْمَ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً ، وَهِيَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مِنْ غَيْرِ عَيْنِ الْمَبِيعِ ، كَالكَسْبِ ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ : « أَوْ اسْتَعْلَاهَا » . يَعْنِي أَخَذَ عِلَّتَهَا ، وَهِيَ مَنَافِعُهَا الْحَاصِلَةُ مِنْ جِهَتِهَا ، كَالخِدْمَةِ / وَالْأَجْرَةِ ، وَالكَسْبِ ، وَكَذَلِكَ مَا يُوهَبُ أَوْ يُوصَى لَهُ بِهِ ، فَكُلُّ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي فِي مُقَابَلَةِ ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَوْ هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْحَرَاجُ بِالضَّمَانِ »^(٨) . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَقَدْ رَوَى ابْنُ مَاجَهَ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عِمَارٍ ، عَنْ مُسْلِمِ بْنِ خَالِدٍ ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى عَبْدًا ،

٢٢٦/٤ ظ

(٦) فِي م : « بِالْعَوَضِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٣ .

فَاسْتَعَلَّهُ مَا شَاءَ اللَّهُ ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّهُ اسْتَعَلَّ غُلَامِي ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْحَرَاجُ بِالضَّمَانِ » . وَرَوَاهُ (٩) أَبُو دَاوُدَ وَالشَّافِعِيُّ (١٠) ، وَرَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » عَنْ مُسْلِمٍ ، بِهَذَا الْإِسْنَادِ ، وَقَالَ فِيهِ (١١) : « الْعَلَّةُ بِالضَّمَانِ » (١٢) . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . وَالتَّنَوُّعُ الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ مِنْ عَيْنِ الْمَبِيعِ ، كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ ، وَاللَّبَنِ ، فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي أَيْضًا ، وَيُرَدُّ الْأَصْلُ دُونَهَا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَ النَّمَاءُ ثَمَرَةً لَمْ يُرَدَّهَا ، وَإِنْ كَانَ وَلَدًا رَدَّهُ مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ حُكْمٌ ، فَسَرَى إِلَى الْوَلَدِ (١٣) كَالكِتَابَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : النَّمَاءُ الْحَادِثُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي يَمْنَعُ الرَّدَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رَدُّ الْأَصْلِ بُدُونَهُ ، لِأَنَّهُ مِنْ مُوجِبِهِ ، فَلَا يُرْفَعُ الْعَقْدُ مَعَ بَقَاءِ مُوجِبِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ رَدُّهُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْعَقْدُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَادِثٌ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَمْنَعِ الرَّدَّ ، كَالْوَلَدِ كَانَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَكَالْكَسْبِ . وَلِأَنَّهُ نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، فَجَازَ رَدُّ الْأَصْلِ بُدُونَهُ ، كَالْكَسْبِ وَالثَّمَرَةِ عِنْدَ مَالِكٍ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ النَّمَاءُ مُوجِبُ الْعَقْدِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ، إِنَّمَا مُوجِبُهُ الْمِلْكُ ، وَلَوْ كَانَ مُوجِبًا لِلْعَقْدِ لَعَادَ إِلَى الْبَائِعِ بِالْفَسْخِ . وَقَوْلُ مَالِكٍ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، فَلَا يُمَكِّنُ رَدُّهُ بِحُكْمِ رَدِّ الْأُمِّ . وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرَهُ بِنَقْلِ الْمِلْكِ بِالْهَبَةِ ، وَالْبَيْعِ ، وَغَيْرِهِمَا ، فَإِنَّهُ لَا يَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ بِوُجُودِهِ فِي الْأُمِّ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ تَقَصَّ ، فَهَذَا تَذَكُّرٌ حُكْمَهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الفصل الرابع ، إِنْ كَانَ الْمَبِيعُ جَارِيَةً ثَيِّبًا فَوَطَّعَهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْعَيْبِ ،

(٩) فِي م : « رَوَاهُ » .

(١٠) انظر : ترتيب مسند الشافعي ١٤٤/٢ ، فِي الْبَابِ الْأَوَّلِ فِيمَا نَهَى عَنْهُ مِنَ الْبَيْعِ وَأَحْكَامِ آخَرَ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٢) وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ بِهَذَا الْفَلْظِ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٨٠/٦ ، ١١٦ ، ١٦١ .

(١٣) فِي م : « وَلِدَهَا » .

فله رَدُّها ، وليس معها شيءٌ . ورُوِيَ ذلك عن زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ . وبه قال مالِكُ ،
والشَّافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، / وعُثْمَانُ الْبَتِيُّ . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ؛ أَنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ .
ويُرَوَى ذلك عن عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وبه قال الزُّهْرِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو حَنِيفَةَ ،
وإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يَجْرِي مَجْرَى الْجِنَايَةِ ، لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو فِي مِلْكِ الْغَيْرِ مِنْ عُقُوبَةٍ ،
أَوْ مَالٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَمْنَعَ الرَّدَّ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بِكْرًا . وقال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ،
والتَّحَعِيُّ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى : يُرَدُّها ، ومعها أَرْضٌ . واخْتَلَفُوا
فيه ؛ فَقَالَ شُرَيْحٌ ، وَالتَّحَعِيُّ : نِصْفُ عَشْرِ ثَمَنِهَا . وقال الشَّعْبِيُّ : حُكُومَةٌ . وقال
ابنُ المُسَيَّبِ : عَشْرَةُ دَنَانِيرٍ . وقال ابنُ أَبِي لَيْلَى : مَهْرٌ مِثْلِهَا . وَحُكِيَ نَحْوُ قَوْلِهِ
عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَذَكَرَهُ ابنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ؛
لِأَنَّهُ إِذَا فَسَخَ صَارَ واطِّافًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ ، لِكَوْنِ الْفَسْخِ رَفْعًا لِلْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ . ولنا ،
أَنَّهُ مَعْنَى لَا يَنْقُصُ عَيْنَهَا ، وَلَا قِيمَتَهَا ، وَلَا يَنْتَضِمُّ الرِّضَا بِالْعَيْبِ ، فَلَا (١٤) يَمْنَعُ
الرَّدَّ ، كَالِاسْتِخْدَامِ ، وَكَوَطْءِ الزَّوْجِ . وما قالوه يَبْطُلُ بَوَطْءِ الزَّوْجِ ، وَوَطْءُ
الْبِكْرِ يَنْقُصُ ثَمَنِهَا . وقولهم : يكون واطِّافًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ . ليس بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ
الْفَسْخَ رَفْعًا لِلْعَقْدِ مِنْ حِينِهِ ، لَا مِنْ أَصْلِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الشُّفْعَةَ ، وَلَا يُوجِبُ
رَدَّ الْكَسْبِ ، فَيَكُونُ وَطْؤُهُ فِي مِلْكِهِ .

فصل : ولو اشترى مَرْوَجَةً ، فوطئها الزَّوْجُ ، لم يَمْنَعُ ذلك الرَّدَّ . بغيرِ خلافٍ
نَعْلَمُهُ . فَإِنْ زَوَّجَهَا الْمُشْتَرِي ، فوطئها الزَّوْجُ ، ثمَّ أَرَادَ رَدَّهَا بِالْعَيْبِ ، فَإِنْ كَانَ
ذَلِكَ النِّكَاحُ بَاقِيًا فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ زَالَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ وَطْءِ السَّيِّدِ .
وقد اسْتَحْسَنَ أَحْمَدُ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدَّ . وهو مَحْمُولٌ عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ؛
إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ هَذَا ، وَبَيْنَ وَطْءِ السَّيِّدِ . وَإِنْ زَنَّتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، وَلَمْ يَكُنْ عَرَفَ
ذَلِكَ مِنْهَا ، فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « فَم » .

عَيًّا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهَا حُكْمُ الزَّئِي فِي يَدِ الْمُشْتَرِي .

الفصل الخامس ؛ أنه إذا اختار المشتري إمساك المعيب ، وأخذ الأرض^(١٥) ،
فله ذلك . وهذا قول إسحاق . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : ليس له إلا الإمساك ،
أو الرُّدُّ ، وليس له أرشٌ ، إلا أن / يتعذر ردُّ المبيع ، لأن النبي ﷺ جعل لمشتري
المُضَرَّةِ الخِيَارَ بَيْنَ الإِمْسَاكِ مِنْ غَيْرِ أَرْشٍ ، أَوْ الرُّدِّ . ولأنه يملك الرُّدَّ ، فلم يملك
أخذ جزءٍ من الثمن ، كالذي له الخيار . ولنا ، أنه ظهر على عيب لم يعلم به ، فكان
له الأرش ، كما لو تعيب عنده . ولأنه فات عليه جزءٌ من المبيع ، فكانت له المطالبة
بعوضه ، كما لو اشترى عشرة أقفزة ، فبانت تسعة ، أو كما لو أتلفه بعد البيع ؛ فأما
المُضَرَّةُ فليس فيها عيبٌ ، وإنما ملك الخيار بالتدليس ، لا لفوات جزء ، ولذلك
لا يستحقُّ أرشًا إذا امتنع الرُّدُّ عليه . إذا ثبت هذا ، فمعنى أرش العيب أن يقوم
المبيع صحيحًا ، ثم يقوم معيبًا ، فيؤخذ قسطٌ ما بينهما من الثمن ، فنسبته إلى الثمن
نسبة النقصان بالعيب من القيمة ، مثاله أن يقوم المعيب صحيحًا بعشرة ، ومعيبًا
بتسعة ، والثمن خمسة عشر ، فقد نقصه العيب عشر قيمته ، فيرجع على البائع
بعشر الثمن ، وهو درهم ونصف . وعلة ذلك أن المبيع مضمونٌ على المشتري
بثمنه ، ففوات جزءٍ منه يسقط عنه ضمان ما قباله من الثمن أيضًا . ولأننا لو ضمناه
نقص القيمة ، أفضى إلى اجتماع الثمن والمؤمن للمشتري ، فيما إذا اشترى شيئًا
ينصف قيمته ، فوجد به عيبًا ينقصه نصف قيمته ، مثل أن يشتريه بعشرة وقيمه
عشرون ، فوجد به عيبًا ينقصه عشرة ، فأخذها ، حصل له المبيع ، ورجع بثمنه .
وهذا معنى قول الخرقي : « أو يأخذ ما بين الصِّحَّةِ والعيبِ » . وقد نصَّ أحمد على ما
ذكرناه . وذكره الحسن البصري ، فقال : يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه .
قال أحمد : هذا أحسن ما سمعتُ .

(١٥) في م : « الأرض » .

٧٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا ، فَأَرَادَ رَدَّهَا ، كَانَ عَلَيْهِ مَا نَقَصَهَا)

يعنى الأمة البكر إذا وطئها المشتري ، ثم ظهر على عيب ، فردّها ، كان عليه أن يردّها معها أرش النقص . وعن أحمد في جواز ردّها روايتان ؛ إحداهما ، لا يردّها ، ويأخذ أرش العيب . وبه / قال ابن سيرين ، والزهرى ، والثوري ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . قال ابن أبي موسى : وهو الصحيح عن أحمد . والرواية الثانية ، يردّها ، ويردّها معها شيئاً . وبه قال شريح ، وسعيد بن المسيب ، والنخعي ، والشعبي ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو ثور . والواجب ردّها ما نقص قيمتها الوطء^(١) ، فإذا كانت قيمتها بكرًا عشرة ، وثنيًا ثمانية ، ردّ دينارين ؛ لأنه يفسخ العقد يصير مضمونًا عليه بقيمته ، بخلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري . وهذا قول مالك ، وأبي ثور . وقال شريح ، والنخعي : يردّ عشر ثمنها . وقال سعيد بن المسيب : يردّ عشرة دنائير . وما قلناه أولى ، إن شاء الله تعالى . واحتج من منع ردّها بأن الوطء نقص عينها وقيمتها ، فلم يملك ردّها ، كما [إذا]^(٢) اشترى عبداً فخصاه ، فنقصت قيمته . ولنا ، أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلام^(٣) ، فأثبت الخيار ، كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض .

فصل : وكل مبيع كان معيباً ، ثم حدث به عند المشتري عيب آخر ، قبل علمه^(٤) بالأول ، فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان ؛ إحداهما ، ليس له الردّ ، وله أرش العيب القديم . وبه قال الثوري ، وابن شبرمة ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن ابن سيرين ، والزهرى ، والشعبي ؛ لأن الردّ يثبت^(٥) لإزالة الضرر ،

(١) في م : « بالوطء » .

(٢) تكملة يقتضها المعنى .

(٣) في م : « للاستعلام » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « ثبت » .

وفي الردّ على البائع إضرار به ، ولا يُزال الضرر بالضرر . والثانية ، له الردّ ، ويردّ أرش العيب الحادث عنده ، ويأخذ الثمن . وإن شاء أمسكته ، وله الأرش . وبهذا قال مالك وإسحاق . وقال النخعي ، وحماد ابن أبي سليمان : يرده وتقصان العيب . وقال الحكم : يرده . ولم يذكر معه شيئاً . ولنا ، حديث المصراة ؛ فإنّ النبي ﷺ أمر بردها بعد حلبها ، وردّ عوض لبنها^(٦) . واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضي الله عنه قضى في الثوب ، إذا كان به عوار^(٧) ، برده وإن كان قد لبسه . ولأنه عيب حدث عند المشتري ، فكان له الخيار بين ردّ المبيع وأرشه ، وبين أخذ أرش العيب القديم ، كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع . ولأنّ / العيبين قد استويا ، والبائع قد دلّس به ، والمشتري لم يدلس ، فكان رعاية جانبه أولى . ولأنّ الردّ كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني ، فلا يزول إلاً بدليل ، وليس في المسألة إجماع ولا نص ، والقياس إنّما يكون على أصل ، وليس لما ذكره أصل ، فيبقى الجواز بحاله . إذا ثبت هذا ، فإنه يراد أرش العيب الحادث عنده ؛ لأنّ المبيع بجملته مضمون عليه ، فكذلك أجزاؤه . وإن زال العيب الحادث عند المشتري ، رده ولا أرش معه ، على كلتا الروايتين . وبه قال الشافعي ؛ لأنه زال المانع ، مع قيام السبب المقتضى للردّ ، فثبت حكمه . ولو اشترى أمة ، فحملت عنده ، ثم أصاب بها عيباً ، فالحمل عيب في الأدميات دون غيرها ؛ لأنه يمنع الوطء ويخاف منه التلّف . فإن ولدت ، فالولد للمشتري . وإن تقصتها الولادة ، فذلك عيب أيضاً . وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد ، جاز ردها ؛ لأنه زال العيب ، وإن كان ولدها باقياً ، لم يكن له ردها دون ولدها ؛ لأن^(٨) ذلك تفريق بينهما ، وهو محرّم . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب في « مسائلهما » : له الفسخ فيها ، دون

(٦) تقدم تخرجه في صفحة ٢١٦ .

(٧) العوار : مثلثة العين ، هو العيب والمخرق والشق في الثوب . القاموس المحيط .

(٨) في الأصل زيادة : « في » .

وَلِدْهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَلَدَتْ حُرًّا ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا دُونَ وَلَدِهَا . وَلَنَا ، عُمُومٌ ^(٩) قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا ، فَفَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ^(١٠) . وَلِأَنَّهُ أَمُكَنَ دَفْعَ الضَّرْرِ بِأَخْذِ الْأَرْضِ ، أَوْ بَرْدٌ وَوَلَدِهَا مَعَهَا ، فَلَمْ يَجُزِ ارْتِكَابُ مَنِّهِ الشَّرْعَ بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ أَرَادَ الْإِقَالَةَ فِيهَا دُونَ وَلَدِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ . قُلْنَا : قَدْ انْدَفَعَتِ الْحَاجَةُ بِأَخْذِ الْأَرْضِ ، أَمَا إِذَا وَلَدَتْ حُرًّا ، فَلَا سَبِيلَ إِلَى بَيْعِهِ مَعَهَا بِحَالٍ . وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ حَيَوَانًا غَيْرَ الْآدَمِيِّ ، فَحَدَّثَ بِهِ حَمْلًا عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَمْتَحِ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ . وَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْوَضْعِ ، وَلَمْ تَنْقُصْهُ الْوِلَادَةُ ، فَلَهُ إِمْسَاكُ الْوَلَدِ وَرَدُّ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيقَ بَيْنَهُمَا جَائِزٌ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ حَمْلِهَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ بَعْدَهُ . وَلَوْ اشْتَرَاهَا حَامِلًا ، فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى الْعَيْبِ / فَرَدَّهَا ، رَدَّ الْوَلَدَ مَعَهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الْمَبِيعِ ، وَالزِّيَادَةُ فِيهِ تَمَاءٌ مُتَّصِلٌ بِالْمَبِيعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ سَمِنَتِ الشَّاةُ . فَإِنْ تَلَفَ الْوَلَدُ ، فَهُوَ كَتَعْيِبِ ^(١١) الْمَبِيعِ عِنْدَهُ . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ الرَّدُّ . فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، إِنْ اخْتَارَ رَدَّ الْأُمِّ . وَعِنْدَ أَحْمَدَ ؛ أَنَّهُ لَا قِيمَةَ عَلَيْهِ لِلْوَلَدِ . وَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ الْبَاقِعَ دَلَسَ الْعَيْبَ . وَإِنْ نَقَصَتِ الْأُمُّ بِالْوِلَادَةِ ، فَهُوَ عَيْبٌ حَادِثٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْعُيُوبِ الْحَادِثَةِ . وَيُمْكِنُ حَمْلُ كَلَامِ أَحْمَدَ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ لَا حُكْمَ لَهُ . وَهُوَ ^(١٢) أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ لِلشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ الْوَلَدُ حِينَئِذٍ لِلْمُشْتَرِي ، فَلَا يَلْزَمُهُ رَدُّهُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَلَا قِيمَتُهُ إِنْ ^(١٣) كَانَ تَالِفًا . وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٢٢٩/٤ و

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الأخوين ... ، من أبواب البيوع ، وفى : باب فى كراهية التفريق بين السبى ، من أبواب الحر . عارضة الأهودى ٢٨٣/٥ ، ٦١/٧ . والدارمى ، فى : باب النهى عن التفريق بين الوالدة وولدها ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢٢٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤١٣/٥ ، ٤١٤ .

(١١) فى الأصل : « كتعييب » . وهما بمعنى .

(١٢) فى م : « وهذا » .

(١٣) فى الأصل : « إذا » .

فصل : وإن كان المبيع كائناً أو صناعاً ، فنسب ذلك عند المشتري ، ثم وجد به عيباً ، فذلك عيبٌ حادثٌ عند المشتري ، حكمه حكمٌ غيره من العيوب . وعن أحمد ، يرده ، ولا يرُدُّ معه شيئاً . وعلله القاضي بأنه ليس بنقص في العين ، ويمكن عَوْدُهُ بالتدكُّر . قال : وعلى هذا لو كان سميئاً فهزل . والهيأس ما ذكرناه ؛ فإن الصناعات^(١٤) والكتابة متقومةٌ تُضمَّنُ في العصب ، وتلزم بشرطها في البيع ، فأشبهت الأعيان والمنافع ، من السَّمْعِ والبَصَرِ ، والعقل ، وإمكان العود منتقضٌ بالسِّنِّ ، والبَصَرِ ، والحَمَلِ . ولعلَّ ما روى عن أحمد أراد به ، إذا دلَّسَ البائعُ العيبَ .

فصل : وإذا تعيَّب المبيع في يدِ البائعِ بعدَ العقدِ ؛ فإن كان المبيع من ضمانه ، فحكمه حكمُ العيبِ القديمِ ، وإن كان من ضمانِ المشتري ، فحكمه حكمُ العيبِ الحادثِ بعدَ القبضِ . فأما الحادثُ بعدَ القبضِ ، فهو من ضمانِ المشتري ، ولا يثبتُ به خيارٌ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالكٌ : عهدة الرقيق ثلاثة أيامٍ ، فما أصابهُ فيها فهو من ضمانِ البائعِ ، إلا في الجنون ، والجذام ، والبرص ، فإن ظهرَ إلى سنةٍ ثبتَ الخيارُ ؛ لما روى الحسنُ ، عن عُقْبَةَ ؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ عَهْدَةَ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ^(١٥) . وأنه إجماعُ أهلِ المَدِينَةِ . ولأنَّ الحَيَوَانَ يَكُونُ فِيهِ الْعَيْبُ ، ثُمَّ يَظْهَرُ . ولنا ، أنه ظهرَ في يدِ المشتري ، ويجوزُ أن يكونَ حادثاً ، فلم يثبتْ به الخيارُ ، كسائرِ المبيوعِ ، أو ما بعدَ الثلاثةِ والسنةِ / ، وحديثُهُم لا يثبتُ ؛ قال الإمامُ أحمدُ : ليس فيه حديثٌ صحيحٌ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : لا يثبتُ في العهدةِ حديثٌ صحيحٌ ، والحسنُ لم يلقِ عُقْبَةَ . وإجماعُ أهلِ المَدِينَةِ ليس بِحُجَّةٍ . والذَّاءُ

(١٤) في م : « الصياغة » .

(١٥) أخرجه أبو داود ، في : باب عهدة الرقيق ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٤ . وابن ماجه عن سمرة بن جندب ، في : باب عهدة الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٤ . والدارمي ، في : باب في الخيار والعهدة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥١ .

الكامن لا عبرة به ، وإنما التقصُّ بما ظهر لا بما كمن .

٧٤٣ - مسألة ؛ قال : (إلا أن يكون البائع دلس العيب ، فيلزمه رد الثمن ، كاملاً . وكذلك سائر المبيع)

معنى دلس العيب : أى كتمه عن المشتري ، مع علمه به . أو : غطاه عنه ، بما يوهم المشتري عدمه . مشتق من الدلسة ، وهى الظلمة . فكان البائع يستتر العيب . وكنمائه^(١) جعله فى ظلمة ، فحفى عن المشتري ، فلم يره ، ولم يعلم به . وسواء فى هذا ما علم به فكتمه ، وما ستره ، فكلاهما تدليس حرام ، على ما بيناه^(٢) . فإذا فعله البائع ، فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع فى يده ، فله رد المبيع ، وأخذ ثمنه كاملاً ، ولا أزش عليه ، سواء كان الحادث بفعل المشتري ، كوطء البكر ، وقطع الثوب ، أو بفعل آدمي آخر ، مثل أن يعجنى عليه جان ، أو بفعل العبد كالسرقة والإباق ، أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه ، سواء كان ناقصاً للمبيع ، أو مذهباً لجميعه . قال أحمد ، فى رجل اشترى عبداً ، فأبق من يده ، ثم أقام البينة أن إباقة كان موجوداً فى يد البائع : يرجع به على البائع ، بجميع الثمن الذى أخذه منه ؛ لأنه غر المشتري ، ويتبع^(٣) البائع عبده حيث كان . وهذا يحكى عن الحكم ، ومالك ؛ لأنه غره فيرجع عليه ، كما لو غره بحرية أمة . وظاهر حديث المصراة يدل على أن ما حدث فى يد المشتري مضمون عليه ، سواء دلس البائع العيب ، أو لم يدلسه ، فإن التصرية تدليس ، ولم يسقط عن المشتري ضمان اللين ، بل ضمنه بصاع من التمر ، مع كونه قد نهى عن التصرية ، وقال : « بيع المحفلات حلاية ، ولا تجل الحلاية لمسلم »^(٤) . وقول النبي ﷺ : « الخراج

(١) فى الأصل : « أو كتمانه » .

(٢) فى الأصل : « بينا » .

(٣) فى م : « ويتبع » . تحريف .

(٤) تقدم تحريجه فى صفحة ٢١٦ .

بِالضَّمَانِ»^(٥) . يَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَنْ لَهُ الْخَرَاجُ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛ لِكَوْنِهِ جَعَلَ الضَّمَانُ عِلَّةً لَوْجُوبِ الْخَرَاجِ لَهُ^(٦) . فَلَوْ كَانَ ضَمَانُهُ عَلَى الْبَائِعِ لَكَانَ الْخَرَاجُ لَهُ ؛ لَوْجُوبِ عِلَّتِهِ ، وَلِأَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ عَلَى الْبَائِعِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِنَصٍّ ، أَوْ إِجْمَاعٍ ، أَوْ قِيَاسٍ ، وَلَا تَعْلَمُ فِي / هَذَا نَصًّا وَلَا إِجْمَاعًا ، وَالْقِيَاسُ إِتِمًا يَكُونُ عَلَى أَصْلٍ ، وَلَا تَعْلَمُ هَذَا أَصْلًا . وَلَا يُشْبِهُ هَذَا التَّغْيِيرَ بِحُرِّيَةِ الْأُمَّةِ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَيِّدَ الْأُمَّةِ ، وَهُنَالُو كَانَ التَّدْلِيلُ مِنَ وَكَيْلِ الْبَائِعِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ .

فصل : في معرفة العيوب ؛ وهي النقائص الموجبة لنقص المالية^(٧) في عادات التجار^(٨) ؛ لأن المبيع إنما صار محلًا للعقد باعتبار صفة المالية ، فما يوجب نقصًا فيها يكون^(٩) عيبًا ، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا^(١٠) الشأن ، وهم التجار . فالعيوب في الخليفة ؛ كالجنون ، والجذام ، والبصر ، والعي^(١١) ، والعمور ، والعرج ، والعقل^(١٢) ، والقرن^(١٣) ، والفتق^(١٤) ، والرئق^(١٥) .

(٥) تقدم تحريجه في صفحة ٢٣ .

(٦) في النسخ : « عليه » .

(٧ - ٧) سقط من : م .

(٨) سقط من : م .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) العيب : عيب في المنطق عيبًا : حصر . لسان العرب (ع ي) .

(١١) العقل : شيء مدور يخرج بالفرج . لسان العرب (ع ف ل) .

(١٢) القرن : شبيه بالعفلة ، وقيل : هو كالنتوء في الرجم ، يكون في النساء والشاء والبقر . والقرن بالسكون

اسم العفلة ، والقرن بالفتح ، اسم العيب . لسان العرب (ق ر ن) .

(١٣) الفتقاء : هي المرأة التي صار مسلكها واحدًا . لسان العرب (ف ت ق)

(١٤) الرئق : بالتحريك مصدر قولك : رتقت المرأة رتقا ، وهي رتقاء بينة الرتق : التصق ختانها فلم تُنل لارتقاق

ذلك الموضوع منها ، فهي لا يستطيع جماعها . لسان العرب (ر ت ق) .

والقَرَع^(١٥) ، والصَّمَمِ ، والطَّرَشِ^(١٦) ، والحَرَسِ ، وسائرِ المَرَضِ ،
والأصْبُعِ الرَّائِدَةِ والنَّاقِصَةِ ، والحَوْلِ ، والحَوَصِ^(١٧) ، والسَّبَلِ ، وهو زيادَةٌ في
الأجْفَانِ ، والتَّخْنِيثِ^(١٨) ، وكَوْنِهِ خُنْثَى ، والخِصَاءِ ، والتَّرْوُجِ في الأُمَّةِ ،
والْبَحْرِ^(١٩) فيها . وهذا كُلُّهُ قولُ أبي حنيفةَ والشَّافِعِيِّ . ولا أَعْلَمُ فيه خِلافاً . قال
ابنُ المُنْذِرِ : أجمَعَ كُلُّ منْ نَحَفَظُ عنه مِنْ أهْلِ العِلْمِ في الجارِيَةِ تُشْتَرَى ولها زَوْجٌ ،
أنَّهُ عَيْبٌ . وكذلك الدِّينُ في رَقَبَةِ العَبْدِ إذا كان السَّيِّدُ مُعْسِراً ، والجِنَايَةِ المُوجِبَةَ
لِلْقَوْدِ ؛ لأنَّ الرُّقَبَةَ صَارَتْ كالمُسْتَحَقَّةِ لِوُجُوبِ الدَّفْعِ في الجِنَايَةِ والبَيْعِ في الدِّينِ ،
وَمُسْتَحَقَّةٌ لِلإِتْلَافِ بِالْقِصَاصِ ، والزَّئِي والبَحْرُ عَيْبٌ^(٢٠) في العَبْدِ والأُمَّةِ جَمِيعاً .
وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : ليس ذلك^(٢١) بِعَيْبٍ في العَبْدِ ؛ لأنَّهُ لا
يُرَادُ لِلْفِرَاشِ والاسْتِمْتَاعِ به ، بخِلافِ الأُمَّةِ . ولنا ، أنَّ ذلكَ يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ
ومالِيَّتَهُ ، فإنَّهُ بِالزَّئِي يَتَعَرَّضُ لِإِقَامَةِ الحَدِّ عليه والتَّعْزِيرِ ، ولا يَأْمُنُهُ سَيِّدُهُ على عَائِلَتِهِ
وَحَرِيمِهِ ، والبَحْرُ يُؤْذِي سَيِّدَهُ ، وَمَنْ جالَسَهُ وخاطَبَهُ أو سارَهُ . وأما السَّرِيقَةُ ،
والإِبَاقُ ، والبَوْلُ في الفِرَاشِ ، فهي عُيُوبٌ في الكَبِيرِ الذي جَاوَزَ العِشْرَ . وقال
أصحابُ أبي حنيفةَ : في الذي يَأْكُلُ وَحَدَهُ وَيَشْرَبُ وَحَدَهُ . وقال الثَّوْرِيُّ
وإِسْحاقُ : ليس بِعَيْبٍ فيه حتى يَحْتَلِمَ ؛ لأنَّ الأحكامَ تَتَعَلَّقُ به ، مِنَ التَّكْلِيفِ ،
وُجُوبِ الحُدُودِ ، بِبُلُوغِهِ ، فكذلك / هذا . ولنا ، أنَّ الصَّبِيَّ العاقِلَ

ظ ٢٣٠/٤

(١٥) القَرَع : قرع الرأس ، وهو أن يصلح فلا يبقى على رأسه شعر . وقيل : هو ذهاب الشعر من داء . لسان
العرب (ق ر ع) .

(١٦) الطَّرَش : الصَّمَم . وقيل : هو أهون الصمم . لسان العرب (ط ر ش) .

(١٧) الحَوَص : ضيق العين وصغرها وغثورها ، رجل أخوص بين الخوص ، أى غائر العين . لسان العرب
(خ و ص) .

(١٨) التَّخْنِيث : خنث الرجل كلامه - بالثقل - إذا شبَّهه بكلام النساء ليئلاً ورخامة . تاج العروس (خ
ن ث) .

(١٩) البحر : الرائحة المتغيرة من الفم . لسان العرب (ب خ ر) .

(٢٠) سقط من : الأصل .

يَتَحَرَّزُ مِنْ هَذَا عَادَةً ، كَتَحَرَّزَ الْكَبِيرِ ، فَوْجُودُهُ مِنْهُ فِي تِلْكَ الْحَالِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْبَوَلَ لِدَاءٍ فِي بَاطِنِهِ ، وَالسَّرِيقَةَ وَالْإِبَاقَ لِحُبِّهِ فِي طَبِيعِهِ ، وَحَدُّ ذَلِكَ بِالْعَشْرِ لِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ بِتَأْدِيبِ الصَّبِيِّ عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ عِنْدَهَا ، وَالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ لِبُلُوغِهَا^(٢١) . فَأَمَّا مَنْ دُونَ ذَلِكَ فَتَكُونُ هَذِهِ الْأُمُورُ مِنْهُ لِضَعْفِ عَقْلِهِ ، وَعَدَمِ تَنْبِيئِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَشْرَبُ الْحَمْرَ ، أَوْ يَسْكُرُ مِنَ النَّبِيدِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ عَلَيْهِ الْحَدَّ ، فَهُوَ كَالزَّرْنِيِّ . وَكَذَلِكَ الْحُمُقُ الشَّدِيدُ ، وَالْإِسْتِطَالَةُ عَلَى النَّاسِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّأْدِيبِ ، وَرُبَّمَا تَكَرَّرَ فَأُفْضِيَ إِلَى تَلْفِهِ ، وَلَا يَكُونُ عَيْبًا إِلَّا فِي الْكَبِيرِ دُونَ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَى فِعْلِهِ . وَعَدَمُ الْخِتَانِ لَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْتِ وَقْتُهُ ، وَلَا فِي الْأَمَةِ الْكَبِيرَةِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ : هُوَ عَيْبٌ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةُ أَلْمٍ ، فَأَشْبَهَتِ الْعَبْدَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ فِي حَقِّهَا ، وَالْأَلْمُ فِيهِ يَسِيرٌ لَا يُحْشَى مِنْهُ التَّلْفُ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ . فَأَمَّا الْعَبْدُ الْكَبِيرُ ، فَإِنْ كَانَ مَجْلُوبًا مِنَ الْكُفَّارِ ، فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّهُمْ لَا يُحْشَتُونَ ، فَصَارَ ذَلِكَ مَعْلُومًا عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، فَهُوَ كَدَيْبِهِمْ . وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا مَوْلِدًا ؛ فَهُوَ عَيْبٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يُحْشَى عَلَيْهِ مِنْهُ ، وَهُوَ خِلَافُ الْعَادَةِ .

فصل : وَالتُّيُوبَةُ لَيْسَتْ عَيْبًا ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ عَلَى الْجَوَارِي التُّيُوبَةَ ، فَالِإِطْلَاقُ لَا يَقْتَضِي خِلَافَهَا ، وَكَوْنُهَا مُحَرَّمَةً عَلَى الْمُشْتَرِي بِنَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ، لَيْسَ بِعَيْبٍ ، إِذْ لَيْسَ فِي الْمَحَلِّ مَا يُوجِبُ خَلَلًا فِي الْمَالِيَّةِ ، وَلَا نَقْصًا ، وَإِنَّمَا التَّحْرِيمُ مُحْتَصَصٌ بِهِ . وَكَذَلِكَ الْإِحْرَامُ وَالصِّيَامُ ؛ لِأَنَّهُمَا يُزُولَانِ قَرِيبًا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ لِهَذَا مُخَالَفًا . وَكَذَلِكَ عِدَّةُ الْبَائِنِ . وَأَمَّا عِدَّةُ الرَّجْعِيَّةِ فَهِيَ عَيْبٌ ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ ، وَلَا يُؤْمَنُ ارْتِجَاعُهَا . وَمَعْرِفَةُ الْغِنَاءِ وَالْحِجَامَةِ لَيْسَتْ بِعَيْبٍ . وَحُكْيَ عَنِ مَالِكٍ ، فِي الْجَارِيَةِ الْمُعْتَبَةِ ، أَنَّ ذَلِكَ عَيْبٌ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْغِنَاءَ

(٢١) تقدم تخرجه في : ٣٥٠/٢ .

مُحَرَّمٌ . ولنا ، أن هذا ليس بِنَقْصٍ فِي عَيْنِهَا ، وَلَا قِيَمَتِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ عَيْنًا كَالصَّنَاعَةِ ،
 / وَلَا نُسَلَّمَ أَنَّ الْغِنَاءَ مُحَرَّمٌ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَالْمُحَرَّمُ اسْتِعْمَالُهُ ، لَا مَعْرِفَتَهُ ،
 وَالْعَسْرُ^(٢٢) لَيْسَ بِعَيْبٍ ، وَكَانَ شُرَيْحٌ يُرَدُّ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَيْسَ بِنَقْصٍ ، وَعَمَلُهُ
 بِإِخْدَى يَدَيْهِ يَقُومُ مَقَامَ عَمَلِهِ بِالْأُخْرَى ، وَالْكَفْرُ لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ .
 وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ عَيْبٌ ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى ﴿ وَاعْبُدُوا مَوْلَانًا خَيْرًا
 مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾^(٢٣) . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَيْبَ يَكُونُ فِيهِمُ الْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ ،
 وَالْأَصْلُ فِيهِمُ الْكَفْرُ ، فَلِإِطْلَاقِ لَا يَقْتَضِي خِلَافَ ذَلِكَ ، وَكَوْنِ الْمُؤْمِنِ خَيْرًا مِنَ
 الْكَافِرِ لَا يَقْتَضِي كَوْنَ الْكَافِرِ عَيْبًا ، كَمَا أَنَّ الْمُتَّقِيَ خَيْرًا مِنْ غَيْرِهِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى :
 ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾^(٢٤) . وَلَيْسَ عَدَمُ ذَلِكَ عَيْبًا . وَكَوْنُهُ وَلَدَ زَيْ
 لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا
 تُرَادُّ لِلْإِفْتِرَاشِ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّسَبَ فِي الرَّقِيقِ غَيْرُ مَقْصُودٍ ، بِدَلِيلِ
 أَنَّهُمْ يُشْتَرُونَ مَجْلُوبِينَ ، غَيْرَ مَعْرُوفِي النَّسَبِ . وَكَوْنِ الْجَارِيَةِ لَا تُحْسِنُ الطَّبْخَ أَوْ
 الْحَبْزَ أَوْ نَحْوَ هَذَا لَيْسَ بِعَيْبٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ حِرْفَةٌ ، فَلَمْ يَكُنْ فَوَائِهُا عَيْبًا ، كَسَائِرِ
 الصَّنَائِعِ ، وَكَوْنُهَا لَا تُحِيضُ ، لَيْسَ بِعَيْبٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : هُوَ عَيْبٌ إِذَا كَانَ
 لِكَبِيرٍ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا تُحِيضُ لَا تُحْمَلُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْإِطْلَاقَ لَا يَقْتَضِي الْحِيضَ ، وَلَا
 عَدَمَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ فَوَائِهُا عَيْبًا ، كَمَا لَوْ كَانَ لِغَيْرِ الْكَبِيرِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَطَ الْمُشْتَرِي فِي الْمَبِيعِ^(٢٥) صِفَةً مَقْصُودَةً مِمَّا لَا يُعَدُّ فَقْدُهُ
 عَيْبًا ، صَحَّ اشْتِرَاؤُهُ ، وَصَارَتْ مُسْتَحَقَّةً ، يَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ عِنْدَ عَدَمِهَا ، مِثْلُ
 أَنْ يَشْتَرِيَ مُسْلِمًا ، فَيَبِينُ كَافِرًا ، أَوْ يَشْتَرِيَ الْأُمَّةَ بِكَرًّا أَوْ جَعْدَةً أَوْ طَبَاحَةً ، أَوْ ذَاتَ

(٢٢) الْعَسْرُ : الْعَمَلُ بِالشَّمَالِ ، دُونَ الْيَمِينِ .

(٢٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢١ .

(٢٤) سُورَةُ الْحَجَرَاتِ ١٣ .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « الْبَيْعِ » .

صَنْعَةٍ ، أو لَبَنِ ، أو أَنَّهَا تَحِيضُ ، أو يَشْتَرِطُ فِي الدَّائِيَةِ أَنَّهَا هِمْلَجَةٌ^(٢٦) ، أو فِي الفَهْدِ أَنَّهُ صَبُودٌ ، وما أَشْبَهَ هَذَا . فَمَتَى بَانَ خِلَافٌ مَا اشْتَرَطَهُ^(٢٧) ، فَله الخِيَارُ فِي الفَسْخِ ، والرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ ، أو الرِّضَابَةِ ، ولا شَيْءَ لَهُ . لا تَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ وَصْفًا مَرْغُوبًا فِيهِ ، فَصَارَ بِالشَّرْطِ مُسْتَحَقًّا . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ صِفَةً غَيْرَ مَقْصُودَةٍ ، فَبَانَتْ بِخِلَافِهَا ، مِثْلَ أَنْ يَشْتَرِطَهَا سَبِيطَةً^(٢٨) فَبَانَتْ جَعْدَةً ، أو جَاهِلَةً ، فَبَانَتْ عَالِمَةً ، فلا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ زَادَهُ خَيْرًا . وَإِنْ شَرَطَهَا / كَافِرَةً فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، أو ثِيْبًا ، فَبَانَتْ بِكْرًا ، فَله الخِيَارُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ قَصْدًا صَاحِحًا ، وَهُوَ أَنَّ طَالِبَ الكَافِرَةَ أَكْثَرُ ؛ لِصِلَاحَتِهَا لِلْمُسْلِمِينَ وَغَيْرِهِمْ ، أو لِيَسْتَرِيحَ مِنْ تَكْلِيفِهَا العِبَادَاتِ . وَقَدْ يَشْتَرِطُ التَّيْبَ ؛ لِعَجْزِهِ عَنِ البِكْرِ ، أو لِيَبِيْعَهَا لِعَاجِزٍ عَنِ البِكْرِ . فَقَدْ فَاتَ قَصْدُهُ . وَقِيلَ : لا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا زِيَادَةٌ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي البِكْرِ ، وَاخْتِيَارُ القَاضِي . وَاسْتَبْعَدَ كَوْنَهُ يَقْصُدُ التُّيُوبَةَ ، لِعَجْزِهِ عَنِ البِكْرِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِبَعِيدٍ ، فَإِنَّهُ مُمَكِّنٌ ، وَالاِشْتِرَاطُ يُدَلُّ عَلَيْهِ ، فَيَصِيرُ بِالدَّلِيلِ قَرِيبًا . وَإِنْ شَرَطَ الشَّاةَ لَبُونًا ، صَحَّ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الصَّرْعِ ، فَلَمْ يَجْزِ شَرْطُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمْرٌ مَقْصُودٌ يَتَحَقَّقُ فِي الحَيَوانِ ، وَيَأْخُذُ قِسْطًا مِنَ الثَّمَنِ ، فَصَحَّ اشْتِرَاطُهُ ، كَالصَّنَاعَةِ فِي الأُمَّةِ ، وَالهَمْلَجَةِ فِي الدَّائِيَةِ . وَإِنَّمَا لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ مُفْرَدًا^(٢٩) ؛ لِلجَهَالَةِ ، وَالجَهَالَةُ تَسْقُطُ فِيمَا كَانَ تَبَعًا^(٣٠) ، وَكَذَلِكَ لو اشْتَرَاهَا بِغَيْرِ شَرْطٍ ، صَحَّ بَيْعُهَا مَعَهُ ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ بَيْعُ أُسَاسَاتِ الحَيَوانِ وَالنَّوَى فِي الثَّمْرِ مَعَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُمَا^(٣١) مُفْرَدَيْنِ . وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا تَحْلُبُ كُلَّ يَوْمٍ قَدْرًا مَعْلُومًا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِتَعَدُّرِ الوَفَاءِ بِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ يَخْتَلِفُ ، وَلا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ . وَإِنْ شَرَطَهَا غَزِيرَةً

(٢٦) أى : حسنة السير في سرعة وتبخر .

(٢٧) في الأصل : « شرطه » .

(٢٨) أى : شعرها مسترسل لا جعودة فيه .

(٢٩) في الأصل : « مفردا » .

(٣٠) في النسخ : « بيعا » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٣١) في م : « بيعها » .

اللبن ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهِ . وَإِنْ شَرَطَهَا حَامِلًا ، صَحَّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . لِأَنَّ الْحَمْلَ لَا حُكْمَ لَهُ ؛ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ اللَّعَانُ عَلَى الْحَمْلِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ رِيحٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ صِفَةٌ مَقْصُودَةٌ يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهَا ، فَصَحَّ شَرْطُهُ ، كَالصَّنَاعَةِ ، وَكَوْنِهَا لَبُونًا ، وَقَدْ بَيَّنَّا فِيمَا قَبْلُ أَنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، وَلِذَلِكَ حَكَّمَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الدِّيَةِ بَارَبَعِينَ خَلْفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْ لِأَدْوَاهَا^(٣٢) . وَمَنَعَ أَخَذَ الْحَوَامِلِ فِي الزَّكَاةِ^(٣٣) ، وَمَنَعَ وَطْءَ الْحَبَالِيِّ الْمَسْبِيَّاتِ^(٣٤) ، وَجَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى عِدَّةَ الْحَامِلِ وَضَعَّ حَمْلَهَا ، وَأَرْخَصَ لَهَا فِي^(٣٥) الْفِطْرِ فِي رَمَضَانَ إِذَا خَافَتْ عَلَى وَلَدِهَا ، وَمَنَعَ مِنَ الْاِقْتِصَاصِ مِنْهَا ، وَإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا مِنْ أَجْلِ حَمْلِهَا . وَظَاهِرُ الْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ فِي اللَّعَانِ ، يُدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا عَنَتَهَا فِي حَالِ حَمْلِهَا ، فَاتَّقَى عَنْهُ وَلَدُهَا ، وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا تَضَعُ الْوَلَدَ فِي وَقْتِ بَعِيْنِهِ ، لَمْ يَصِحَّ وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ / لَا يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهِ ،^(٣٦) وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهَا لَا تَحْمِلُ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهِ^(٣٦) . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَصِحُّ فِي الْمُرْتَفِعَاتِ . وَيَصِحُّ فِي غَيْرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَاعَهَا بِشَرْطِ الْبِرَاءَةِ مِنَ الْحَمْلِ ، فَلَمْ يَصِحَّ كَالْمُرْتَفِعَاتِ . وَإِنْ شَرَطَهَا حَامِلًا^(٣٧) ، فَبَاتَتْ حَامِلًا ،

(٣٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في دية الخطأ شبه العمد ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٢ / ٤٩٢ ، ٥٠١ . والنسائي ، في : باب كم دية شبه العمد ، وباب ذكر الاختلاف على خالد الخذاء ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٦/٨ - ٣٨ . وابن ماجه ، في : باب دية شبه العمد مغلظة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٧٧ ، ٨٧٨ . والدارمي ، في : باب الدية في شبه العمد ، من كتاب الديات . سنن الدارمي ٢/١٩٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١/٢ ، ١٠٣ .

(٣٣) تقدم في : ٤٥/٤ .

(٣٤) أخرجه الترمذي ، في : باب في كراهية أكل المصبورة ، من أبواب الصيد ، وفي : باب ما جاء في كراهية وطء الحبالى من السبايا ، من أبواب السير . عارضة الأهودى ، ٢٦٦/٦ ، ٥٩/٧ . والنسائي ، في : باب بيع المغام قبل أن تقسم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٥/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١٢٧ .

(٣٥) سقط من : م .

(٣٦) - ٣٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٣٧) الحائل : من كل أنثى ، هى التى لم تحمل .

فإن كان ذلك في الأَمَةِ ، فهو عَيْبٌ يَثْبُتُ الْفَسْخُ بِهِ ، وإن كان في غيرها ، فهو زِيَادَةٌ لَا يَسْتَحِقُّ بِهِ فَسْخًا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَسْتَحِقَّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُهَا لِسَفَرٍ ، أَوْ لِحَمْلِ شَيْءٍ لَا يَتِمَّ كُنُّ مِنْهُ مَعَ الْحَمْلِ . وَإِنْ شَرَطَ الْبَيْضُ فِي الدَّجَاجَةِ ، فَقَدْ قِيلَ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ عَلَيْهِ ، يُعْرَفُ بِهِ ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ فِي الشَّرْعِ حُكْمٌ ، وَالأَوَّلَى أَنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ بِالْعَادَةِ ، فَأَشْبَهَ اشْتِرَاطَ الشَّاةِ لَبُونًا . وَإِنْ اشْتَرَطَ الْهَزَارَ^(٣٨) أَوْ الْقُمْرَى مُصَوَّنًا ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يَصِحُّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، لِأَنَّ صِيَّاحَ الطَّيْرِ يَجُوزُ أَنْ يُوجَدَ ، وَيَجُوزُ أَنْ لَا يُوجَدَ . وَالأَوَّلَى جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَقْصِدًا صَحِيحًا ، وَهُوَ عَادَةٌ لَهُ وَخَلْقَةٌ فِيهِ^(٣٩) ، فَأَشْبَهَ الْهَمْلَجَةَ فِي الدَّائِيَةِ ، وَالصَّيْدَ فِي الْفَهْدِ . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْحَمَامِ أَنَّهُ يَجِيءُ مِنْ مَسَافَةٍ ذَكَرَهَا . فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَعْذِيبًا لِلْحَيَوَانِ ، وَالْقَصْدُ مِنْهُ غَيْرُ صَحِيحٍ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ عَادَةٌ مُسْتَمِرَّةٌ ، وَفِيهَا^(٤٠) قَصْدٌ صَحِيحٌ^(٤١) لِتَبْلِيغِ الْأَخْبَارِ وَحَمْلِ الْكُتُبِ ، فَجَرَى مَجْرَى الصَّيْدِ فِي الْفَهْدِ ، وَالْهَمْلَجَةِ فِي الدَّائِيَةِ ، وَإِنْ شَرَطَ فِي الْجَارِيَةِ أَنَّهَا مُعْنِيَّةٌ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْغِنَاءَ مَذْمُومٌ فِي الشَّرْعِ ، فَلَمْ يَصِحَّ اشْتِرَاؤُهُ ، كَالزُّنَى . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْكَبْشِ كَوْنَهُ نَطَّاحًا ، وَفِي الدِّيكِ كَوْنَهُ مُقَاتِلًا ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْهُيٌّ عَنْهُ فِي الشَّرْعِ ، فَجَرَى مَجْرَى الْغِنَاءِ فِي الْجَارِيَةِ . وَإِنْ شَرَطَ فِي الدِّيكِ أَنَّهُ يُوقِظُهُ لِلصَّلَاةِ ، لَمْ يَصِحَّ ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَإِنْ شَرَطَ كَوْنَهُ يَصِيحُّ فِي أَوْقَاتٍ مَعْلُومَةٍ ، جَرَى مَجْرَى اشْتِرَاطِ التَّصْوِيَتِ فِي الْقُمْرَى ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَلَا يَفْتَقِرُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ إِلَى رِضَى الْبَائِعِ ، وَلَا حُضُورِهِ ، وَلَا حُكْمِ حَاكِمٍ ، قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَا بَعْدَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، افْتَقَرَ إِلَى حُضُورِ صَاحِبِهِ دُونَ رِضَاهِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، افْتَقَرَ إِلَى رِضَا

(٣٨) فارسي معرب ، وهو العنديل .

(٣٩) سقط من الأصل .

(٤٠) في م : « وفيه » .

(٤١) في م : « صريح » .

صَاحِبِهِ ، أَوْ حُكْمِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ قَدْ تَمَّ عَلَى الثَّمَنِ ، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بِرِضَاهِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ رَفَعَ عَقْدَ / مُسْتَحَقُّ لَه ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى رِضَا صَاحِبِهِ ، وَلَا حُضُورِهِ
كَالطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَحَقُّ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى رِضَا صَاحِبِهِ ، كَقَبْلِ الْقَبْضِ .

٧٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ بَاعَ الْمُشْتَرِي بَعْضَهَا ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ ، كَانَ
مُخَيَّرًا بَيْنَ أَنْ يُرَدَّ مِلْكُهُ مِنْهَا بِمِقْدَارِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، أَوْ يَأْخُذَ أَرْضَ الْعَيْبِ بِقَدْرِ مِلْكِهِ
فِيهَا)

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

منها ، أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى مَعِيًّا فَبَاعَهُ ، سَقَطَ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ . فَإِنْ عَادَ
إِلَيْهِ ، فَأَرَادَ رَدَّهُ بِالْعَيْبِ الْأَوَّلِ ، نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ بَاعَهُ عَالِمًا بِالْعَيْبِ ، أَوْ وُجِدَ مِنْهُ
مَا يُدُلُّ عَلَى رِضَاهِ بِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ رِضَى بِالْعَيْبِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلِمَ
بِالْعَيْبِ ، فَلَهُ رَدُّهُ عَلَى بَائِعِهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ ^(١) أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لَهُ
رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي فَسَخَّ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الرَّدِّ بِنَيْعِهِ ،
فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ عَلِمَ بَيْعِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَمَكَّنَهُ اسْتِدْرَاكُ ظَلَامَتِهِ بِرَدِّهِ ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَمَا
لَوْ فَسَخَّ الثَّانِي بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، أَوْ كَمَا لَوْ لَمْ يُزَلْ مِلْكُهُ عَنْهُ ، وَلَا نُسَلَّمَ سُقُوطَ حَقِّهِ ،
وَإِنَّمَا امْتَنَعَ لِعَجْزِهِ عَنْ رَدِّهِ ، فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ زَالَ الْمَانِعُ ، فَظَهَرَ جَوَازُ الرَّدِّ ، كَمَا لَوْ امْتَنَعَ
الرَّدُّ لِعَيْبَةِ الْبَائِعِ ، أَوْ لِمَعْنَى سِوَاهِ . وَسَوَاءٌ رَجَعَ إِلَى الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ بِالْعَيْبِ الْأَوَّلِ ،
أَوْ بِإِقَالَةٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ شِرَاءٍ ثَانٍ ، أَوْ مِيرَاثٍ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ الْقَاضِي . وَقَالَ
أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ رَجَعَ بِغَيْرِ الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ الْأَوَّلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا ،
لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَدْرَكَ ظَلَامَتَهُ بِنَيْعِهِ ، وَلَمْ يُزَلْ بِفَسْخِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ سَبَبَ
اسْتِحْقَاقِ الرَّدِّ قَائِمٌ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ لِتَعَدُّرِهِ بِزَوَالِ مِلْكِهِ ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ وَجَبَ أَنْ
يَجُوزَ الرَّدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ . فَعَلَى هَذَا إِذَا بَاعَهَا الْمُشْتَرِي لِبَائِعِهَا الْأَوَّلِ ، فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا
كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، فَلَهُ الرَّدُّ عَلَى الْبَائِعِ الثَّانِي ، ثُمَّ لِلثَّانِي رَدُّهُ . وَفَائِدَةُ
الرَّدِّ هَهُنَا ، اِخْتِلَافُ الثَّمَنَيْنِ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَكُونُ الثَّمَنُ الثَّانِي أَكْثَرَ .

(١) في م : « وقاله » .

الفصل الثاني ، أنه إذا باع المَعِيبَ ، ثم أراد أخذَ أَرْضِهِ . فظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أنه لا أَرْضَ له سواءَ باعَهُ عالِمًا بِعَيْبِهِ ، أو غيرَ عالِمٍ . / وهذا مذهبُ أبي حنيفةَ ، والشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ امْتِناعَ الرَّدِّ كانَ بِفِعْلِهِ ، فأشْبَهه ما لو أُتْلِفَ المَبِيعُ ، ولأنَّه قد^(٢) اسْتَدْرَكَ ظِلَامَتَهُ بَيْعِهِ ، فلم يَكُنْ له أَرْضٌ ، كما لو زال العَيْبُ . وقال القاضي : إن باعَهُ مع عِلْمِهِ بالعَيْبِ ، فلا أَرْضَ له ؛ لِرِضاهُ به مَعِيًّا ، وإن باعَهُ غيرَ عالِمٍ بالعَيْبِ ، فله الأَرْضُ . نَصَّ عليه أَحْمَدُ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يُوقِّه ما أُوجِبَ له العَقْدُ ، ولم يُوجَدَ منه الرِّضا به ناقِصًا ، فكان له الرُّجوعُ عليه ، كما لو أُعْتَقَهُ . وقياسُ المَذْهَبِ ، أنَّ له الأَرْضَ بكلِّ حالٍ ، سواءَ باعَهُ عالِمًا بِعَيْبِهِ أو جاهِلًا به ؛ لأنَّنا خَيْرَناهُ ابتداءً بين رَدِّه ، وإمساكِهِ وأخذِ الأَرْضِ ، فبَيْعُهُ والتَّصَرُّفُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ إمساكِهِ ، ولأنَّ الأَرْضَ عِوَضُ الجُزْءِ الفائِتِ مِنَ المَبِيعِ ، فلم يَسْقُطْ بَيْعُهُ ، ولا رِضاهُ ، كما لو باعَهُ عشرةَ أَقْفَرَةٍ ، وسَلَّمَ إِلَيْهِ تِسْعَةً ، فباعَهَا المُشْتَرِي . وقولهم : إنَّه اسْتَدْرَكَ ظِلَامَتَهُ . لا يَصِحُّ ، فإنَّ ظِلَامَتَهُ مِنَ البائِعِ ، ولم يَسْتَدْرِكْها منه ، وإنَّما ظَلِمَ المُشْتَرِي ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه بذلكَ مِنَ الظَّالِمِ له ، وهذا هو الصَّحِيحُ من قولِ مالِكٍ ، وذكر أبو الخَطَّابِ عن أَحْمَدَ ، في رُجوعِ بائِعِ المَعِيبِ بالأَرْضِ^(٣) ، رِوَايَتَيْنِ ، من غيرِ تَفْريقٍ بين عِلْمِ البائِعِ بالعَيْبِ وَجَهْلِهِ به . وعلى قولِ من قال لا يَسْتَحِقُّ الأَرْضَ ، فإذا عِلِمَ به المُشْتَرِي الثاني فَرَدَّهُ به ، أو أخذَ أَرْضَهُ منه ، فَلِلأوَّلِ أخذُ أَرْضِهِ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ إذا امْتَنَعَ على المُشْتَرِي الثاني رَدَّهُ بِعَيْبٍ حَدَثَ عنده ؛ لأنَّه لم يَسْتَدْرِكْ ظِلَامَتَهُ ، وكلُّ واحدٍ مِنَ المُشْتَرِيَيْنِ يَرْجِعُ بِحِصَّةِ العَيْبِ مِنَ الثَّمَنِ الذي اشْتَرَاهُ به ، على ما ذَكَرناهُ فيما تَقَدَّمَ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « الأَرْضِ » .

الفصل الثالث ، إذا باع المشتري بعض المبيع ، ثم ظهر على عيب ، فله الأرش ، لما بقى في يده من المبيع ، وفي الأرش لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجميع ، وإن أراد رد الباقي بحصته من الثمن ، فالذي ذكره الخرقى ههنا أن له ذلك . وقد نص عليه أحمد ، والصحيح أنه إن كان المبيع عينا واحدة ، أو عيني ينقصهما التفريق ، كمصراعى^(٤) باب ، وزوجى خف ، أنه لا يملك الرد ؛ لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة ، أو ضرر الشركة ، وامتناع الانتفاع بها على الكمال ، كإباحة الوطء والاستخدام . وبها قال شريح ، والشعبي ، / والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضوع ، فيما إذا كان المبيع عيني ينقصهما التفريق ، أنه لا يجوز رد أحدهما دون الأخرى ؛ لما فيه من الضرر ؛ وفيما لو اشترى معيبا فتعيب عنده ، أنه لا يملك رده ، إلا أن يرد أرش العيب الحادث عنده ، فلا يجوز أن يرده في مسألتنا معيبا بعيب الشركة ، أو نقص القيمة ، بغير شيء ، إلا أن يكون الخرقى أراد ما إذا دلس البائع^(٥) العيب ، فإن ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من العيب ، على ما ذكرنا فيما مضى . وإن كان المبيع عيني لا ينقصهما التفريق ، فباع أحدهما^(٦) ، ثم وجد بالأخرى عيبا ، أو علم أنهما كانتا معيتين ، فهل له رد الباقي في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة .^(٧) وقال القاضى : المسألة مبنية على تفريق الصفقة^(٧) سواء كان المبيع عينا واحدة أو عيني . والتفصيل الذى ذكرنا أولى .

فصل : وإن اشترى عيني ، فوجد بإحدها عيبا ، وكانا مما لا ينقصهما

(٤) في م : « كمصراعى » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في الأصل : « أحدهما » .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

التَّفْرِيقُ ، أو مِمَّا لَا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ، كَالْوَلَدِ مَعَ أُمِّهِ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَدُّهُمَا جَمِيعًا ، أَوْ إِمْسَاكُهُمَا وَأَخْذُ الْأَرْضِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا كَذَلِكَ ، فَفِيهِمَا رِوَايَتَانِ ، إِحْدَاهُمَا ، لَيْسَ لَهُ إِلَّا رَدُّهُمَا ، أَوْ أَخْذُ الْأَرْضِ مَعَ إِمْسَاكِهِمَا . وَهُوَ ظَاهِرٌ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ وَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ تَبْعِيضٌ ^(٨) الصَّفَقَةِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ كَانَا مِمَّا يَنْقُصُهُ التَّفْرِيقُ . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُ رَدُّ الْمَعِيبِ ، وَإِمْسَاكُ الصَّحِيحِ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا بَعْدَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ رَدُّ الْمَعِيبِ عَلَى وَجْهِ لَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الْبَائِعِ ، فَجَازَ كَمَا لَوْ رَدَّ الْجَمِيعَ . وَفَارَقَ مَا يَنْقُصُ بِالتَّفْرِيقِ ، فَإِنَّ فِيهِ ضَرْرًا . وَإِنْ تَلَفَ أَحَدُ الْمَبِيعَيْنِ ، أَوْ تَعَيَّبَ ، أَوْ وَجَدَ بِالْآخِرِ أَوْ بَهُمَا عَيْبًا ، فَأَرَادَ رَدَّهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ وَالْخِلَافِ . وَإِنْ ائْتَلَفَا فِي قِيمَةِ التَّلَافِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرَى مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَكَبِّرٌ لَمَّا يَدْعِيهِ الْبَائِعُ مِنْ زِيَادَةِ قِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَارِمِ ، لِأَنَّ قِيمَةَ التَّلَافِ إِذَا زَادَتْ ، زَادَ قَدْرُ مَا يَغْرُمُهُ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْتَعِيرِ وَالْغَاصِبِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَبِيعَانِ بَاقِيَيْنِ مَعِيْنَيْنِ ، لَمْ يُوجَدْ فِي أَحَدِهِمَا مَا يَمْنَعُ رَدَّهُ ، فَأَرَادَ رَدَّهُمَا أَحَدُهُمَا / دُونَ الْآخَرِ . فَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَلَمْ يَذْكَرْ فِيهِ سِوَى الْمَنْعِ مِنْ رَدِّ أَحَدِهِمَا . وَالْقِيَاسُ ، أَنَّهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا ، إِذْ لَوْ كَانَ إِمْسَاكُ أَحَدِهِمَا مَانِعًا مِنَ الرَّدِّ فِيمَا إِذَا كَانَا مَعِيْنَيْنِ ، لَمَنَعَ مِنْهُ إِذَا كَانَ صَحِيحًا .

فصل : إِذَا اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئًا فَوَجَدَهُ مَعِيْبًا ، أَوْ اشْتَرَى الْخِيَارَ فَرَضِيَ أَحَدَهُمَا . فِيهِ رِوَايَتَانِ عَنْ أَحْمَدَ ، حَكَهُمَا أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى . إِحْدَاهُمَا ، لِمَنْ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ ، وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ مَالِكٍ . وَالْآخَرَى ، لَا يَجُوزُ لَهُ رَدُّهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأَبِي نُوَيْرٍ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ دُفْعَةً وَاحِدَةً غَيْرَ مُتَشَقِّصٍ ^(٩) ، فَإِذَا رَدَّهُ مُشْتَرِكًا ، رَدَّهُ نَاقِصًا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ . وَوَجْهُ الْأُولَى ، أَنَّهُ رَدَّ جَمِيعَ مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ ،

(٨) فِي م : « بَعْضٌ » .

(٩) أَيْ غَيْرَ مَجْزَأٍ .

فجاز ، كما لو انفردَ بِشرائه ، والشَّرِكَةُ إِنَّمَا حَصَلَتْ بِإِجَابِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهَا ، فَحَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ مُتَشَقِّصَةً^(١٠) ، بِخِلَافِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ .

فصل : وَإِذَا وَرِثَ اثْنَانِ عَنْ أَبِيهِمَا^(١١) خِيَارَ عَيْبٍ ، فَرَضَى أَحَدُهُمَا ، سَقَطَ حَقُّ الْآخَرِ مِنَ الرَّدِّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ رَدَّ وَحْدَهُ ، تَشَقَّقَتِ السَّلْعَةُ عَلَى الْبَائِعِ ، فَيَتَضَرَّرُ^(١٢) بِذَلِكَ ، وَإِنَّمَا أُخْرِجَهَا عَنْ مِلْكِهِ إِلَى وَاحِدٍ غَيْرِ مُتَشَقِّصَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ رَدُّ بَعْضِهَا إِلَيْهِ مُتَشَقِّصًا ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ، فَإِنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ ، فَكَأَنَّهُ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهَا مُنْفَرِدًا ، فَرَدَّ عَلَيْهِ أَحَدَهُمَا جَمِيعَ مَا بَاعَهُ إِيَّاهُ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ .

فصل : وَلَوْ اشْتَرَى رَجُلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ شَيْئًا ، فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، فَلَهُ رَدُّهُ عَلَيْهِمَا . فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَائِبًا ، رَدَّ عَلَى الْحَاضِرِ حِصَّتَهُ بِقِسْطِهَا مِنَ الثَّمَنِ ، وَيَقْبَى نَصِيبُ الْغَائِبِ^(١٣) فِي يَدِهِ حَتَّى يَقْدَمَ . وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا بَاعَ الْعَيْنَ كُلَّهَا بِوَكَالَةِ الْآخَرِ ، فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ ، سِوَاءَ كَانَ الْحَاضِرُ الْوَكِيلَ أَوِ الْمَوْكَلَّ . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى قَرِيبٍ مِنْ هَذَا . فَإِنْ أَرَادَ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَإِمْسَاكَ نَصِيبِ الْآخَرِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ يُرَدُّ عَلَى الْبَائِعِ جَمِيعَ مَا بَاعَهُ ، وَلَا يَحْصُلُ بَرْدُهُ تَشْقِيقًا ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ كَانَ مُتَشَقِّصًا قَبْلَ الْبَيْعِ .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى حَلِي فِضَّةً بِوَزْنِهِ دَرَاهِمَ ، فَوَجَدَهُ مَعِيًّا / ، فَلَهُ رَدُّهُ ، وَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ الْأَرْضِ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّفَاضُلِ فِيمَا يَجِبُ التَّمَاتُّلُ فِيهِ . فَإِنْ حَدَّثَ بِهِ عَيْبٌ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، فَعَلَى أَحَدِي الرَّوَائِئِينَ ؛ يُرَدُّهُ ، وَيُرَدُّ أَرْضُ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ، وَيَأْخُذُ

(١٠) فِي م : « مُتَشَقِّصَةٌ » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « أُمَّهُمَا » .

(١٢) فِي م : « فَتَضَرَّرُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « الْغَائِبُ » .

ثَمَنَهُ ، وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى التَّفَاضُلِ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ
الرَّدَّ فَسَخَ لِلْعَقْدِ ، وَرَفَعَ لَهُ ، فَلَا تَبْقَى الْمُعَاوَضَةُ ، وَإِنَّمَا يَدْفَعُ الْأَرْضَ عِوَضًا عَنِ
الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ فِي مِلْكٍ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ بَيْعٍ ، وَكَمَا
لَوْ فَسَخَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يَفْسَخُ الْحَاكِمُ الْبَيْعَ ، وَيُرَدُّ
الْبَائِعُ^(١٤) الثَّمَنَ ، وَيُطَالِبُ بِقِيَمَةِ الْحَلِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْ إِهْمَالَ الْعَيْبِ ، وَلَا أَخَذَ
الْأَرْضَ . وَلَا صَحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كِبَهَاتَيْنِ الرَّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ تَلَفَ الْحَلِيُّ ، فَإِنَّهُ
يَفْسَخُ الْعَقْدَ وَيُرَدُّ قِيَمَتَهُ ، وَيَسْتَرْجِعُ الثَّمَنَ ؛ فَإِنْ تَلَفَ الْمَبِيعُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْفَسْخِ .
وعِنْدِي ، أَنَّ الْحَاكِمَ إِذَا فَسَخَ ، وَجَبَ رَدُّ الْحَلِيِّ وَأَرْضُ نَقْصِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِيمَا إِذَا
فَسَخَ الْمُشْتَرِي عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، وَإِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَى قِيَمَتِهِ عِنْدَ تَعَدُّرِ رَدِّهِ بِتَلْفٍ
أَوْ عَجْزٍ ، وَلَيْسَ فِي رَدِّهِ وَرَدُّ أَرْضِهِ تَفَاضُلٌ ؛ لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ قَدْ^(١٥) زَالَتْ بِالْفَسْخِ ،
فَلَمْ يَبْقَ لَهُ مُقَابِلٌ ، وَإِنَّمَا هَذَا الْأَرْضُ بِمَنْزِلَةِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ؛ وَلِأَنَّ^(١٦) قِيَمَتَهُ إِذَا
زَادَتْ عَلَى وَزْنِهِ أَوْ نَقَصَتْ عَنْهُ ، أَفْضَى إِلَى التَّفَاضُلِ ؛ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ عِوَضٌ عَنْهُ ، فَلَا
يَجُوزُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ قِيَمَتَهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، وَلَوْ بَاعَ قَفِيزًا مِمَّا فِيهِ الرَّبَا بِمِثْلِهِ ،
فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا بِمَا أَخَذَهُ عَيْبًا يَنْقُصُ قِيَمَتَهُ دُونَ كَيْلِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ أَخْذَ أَرْضِهِ ، لِثَلَاثِ يُفْضَى
إِلَى التَّفَاضُلِ . وَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ^(١٧) فِي الْحَلِيِّ بِالْدَّرَاهِمِ .

٧٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ بَعْدَ إِعْتِقَاقِهِ لَهَا أَوْ مَوْتِهَا فِي
مِلْكِهِ ، فَلَهُ الْأَرْضُ)

وَجُمْلَتُهُ ، أَنَّهُ إِذَا زَالَ مِلْكُ الْمُشْتَرِي عَنِ الْمَبِيعِ بَعْتِقِي ، أَوْ وَقَفَ ، أَوْ مَاتَ ،
أَوْ قُتِلَ ، أَوْ تَعَدَّرَ الرَّدُّ ، لِاسْتِيلَادِ وَنَحْوِهِ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْعَيْبِ ، فَلَهُ الْأَرْضُ . وَهَذَا قَالَ

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) سقط من : « م » .

(١٦) في م : « لأن » .

(١٧) في م : « ذكرنا » .

أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، إلا أن أبا حنيفة قال في المَقْتُولِ خاصَّةً : لا أَرُشَ له ؛ لأنه زال ملكه بفعل مضمون ، أشبه البيع . ولنا ، أنه عيب لم يرَضَ به ، ولم يَسْتَدْرِكْ ظَلامته فيه ، فكان له الأرش كما لو أعتقه ، والبيع لنا فيه منع ، ومع تسليمه / فإنه استدرَكَ ظَلامته فيه . وأما الهبة ، فعن أحمد فيها روايتان ؛ إحداهما ، أنها كالبيع ؛ لأنه لم ينأس من إمكان الرد ؛ لإحتمال رجوع الموهوب إليه . والثانية ، له الأرش ، وهي أولى . ولم يذكر القاضي غيرها ؛ لأنه ما استدرَكَ ظَلامته ، فأشبهه ما لو وقفه ، وإمكان الرد ليس بمانع من أخذ الأرش عندنا ؛ بدليل ما قبل الهبة . وإن أكل الطعام أو لبس الثوب ، فأثلفه ، رجح بأرشه . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشيء ؛ لأنه أهلك العين ، فأشبه ما لو قتل العبد . ولنا ، أنه ما استدرَكَ ظَلامته ، ولا رضى بالعيب ، فلم يسقط حقه من الأرش ، كما لو تلف بفعل الله تعالى .

فصل : وإن فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب ، فمفهوم كلام الخرقى : أنه لا أَرُشَ له . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي . وهو قياس قول القاضي ؛ لقوله في من باع المعيب عالماً بعيبه : ليس له أَرُشٌ ؛ لأنه رضى به معيباً بتصرفه فيه مع علمه بعيبه . وقياس المذهب ، أن له الأرش ؛ لأن له إمساك المبيع ، والمطالبة بأرشه ، وهذا ينزل^(١) منزلة إمساكه مع العلم بعيبه . ولأن البائع لم يوفه ما أوجب العقد ، فكان له الرجوع بأرشه ، كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه . ولأن الأرش عوض الجزء الفاتت بالعيب ، فلم يسقط بتصرفه فيما سواه ؛ كما لو باعه عشرة أفرزة ، فأقبضه تسعة ، فتصرف فيها .

فصل : فإن استعمل المبيع ، أو عرضهُ على البيع ، أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به ، قبل علمه بالعيب ، لم يسقط خياره ؛ لأن ذلك لا يدل على الرضا

(١) في م : « ينزل » .

به مَعِيًّا . وإن فَعَلَهُ بعد عِلْمِهِ بِعَيْبِهِ ، بَطَلَ خِيَارُهُ في قول عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : كان^(٢) الحَسَنُ ، وشُرَيْحٌ ، وعبدُ اللَّهِ بنُ الحَسَنِ^(٣) ، وابنُ أبي لَيْلَى ، والثَّوْرِيُّ ، وإِسْحَاقُ^(٤) ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، يقولونَ : إذا اشْتَرَى سِلْعَةً ، فَعَرَضَهَا على البَيْعِ ، لَزِمَتْهُ . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ . ولا أَعْلَمُ فيه مُخَالَفًا^(٥) . فأَمَّا الأَرْضُ ، فقال ابنُ أبي موسى : لا يَسْتَحِقُّهُ أَيضًا . وقد ذَكَرْنَا أَنَّ قِيَاسَ المَذْهَبِ اسْتِحْقَاقُ الأَرْضِ . قال أحمدُ : أنا أقول : إذا اسْتَحْدَمَ العَبْدُ ، وأراد نُقْصَانَ العَيْبِ ، فله ذلك ، فأَمَّا إن / احتَلَبَ اللَّبَنَ الحَادِثَ بعد العَقْدِ ، لم يَسْقُطْ رَدُّهُ ؛ لأنَّ اللَّبَنَ له ، فَمَلَكَ اسْتِيفَاءَهُ من المَبِيعِ الذي يُرِيدُ رَدَّهُ . وكذلك إن رَكِبَ الدَّابَّةَ لِيَنْظُرَ سَيْرَهَا ، أو لِيَسْقِيَهَا ، أو لِيُرُدَّهَا على بائِعِهَا . وإن اسْتَحْدَمَ الأَمَةَ لِيَحْتَبِرَهَا ، أو لِيَسَ القَمِيصَ لِيَعْرِفَ قَدْرَهُ ، لم يَسْقُطْ خِيَارُهُ ؛ لأنَّ ذلك ليس بِرِضًا بالمَبِيعِ ، ولهذا لا يَسْقُطُ به خِيَارُ الشَّرْطِ . وإن اسْتَحْدَمَهَا لغيرِ ذلك اسْتَحْدَامًا كَثِيرًا ، بَطَلَ رَدُّهُ ،^(٦) وإن كان يَسِيرًا^(٧) لا يَخْتَصُّ المَلِكُ ، لم يَبْطُلِ الخِيَارُ . قيلُ لأحمدَ : إنَّ هؤلاءِ يقولونَ : إذا اشْتَرَى عَبْدًا ، فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، فَاسْتَحْدَمَهُ بأن يقولَ : تَأْوَلْنِي هذا الثَّوبَ . يَعْنِي بَطَلَ خِيَارُهُ . فأنكَرَ ذلك ، وقال : مَنْ قال هذا ؟ أو مِنْ أينَ أخذوا هذا ؟ ليس هذا بِرِضَى حتى يكونَ شيءٌ يَبِينُ . وقد نُقِلَ عنه في بَطْلانِ^(٨) الخِيَارِ الشَّرْطِ^(٩) بالاستِخدامِ رِوَايَتَيْنِ . وكذلك يُخَرَّجُ هُنَا .

فصل : وإن أَبَقَ العَبْدُ ، ثم عِلِمَ عَيْبَهُ ، فله أَخْذُ أَرْضِهِ . فإن أَخَذَهُ ثم قَدَرَ على

(٢) في م : « وكان » .

(٣) عبد الله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب الهاشمي المدني ، أمه فاطمة بنت الحسين بن علي ، وكان ثقة . تهذيب التهذيب ١٨٦/٥ ، ١٨٧ .

(٤) سقط من : « م » .

(٥) في م : « خلافا » .

(٦ - ٦) في م : « فإن كانت يسيرة » .

(٧ - ٧) في م : « الخيار » .

العَبْدُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعْرُوفَ الْإِبَاقِ قَبْلَ الْبَيْعِ ، فَقَدْ تَعَيَّبَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي ، فَهَلْ يَمْلِكُ رَدُّهُ وَرَدُّ أَرْضِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ وَالْأَرْضِ الَّتِي أَخَذَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ كَانَ أَبْقَا ، فَهَلْ رَدُّهُ وَرَدُّ مَا أَخَذَهُ مِنَ الْأَرْضِ وَأَخَذُ ثَمَنِهِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ وَالشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لِلْمُشْتَرِي أَخْذُ أَرْضِهِ ، سِوَاءَ قَدَرَ عَلَى رَدِّهِ أَوْ عَجَزَ عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يَهْلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْتَهِسْ مِنْ رَدِّهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَاعَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَعِيْبٌ لَمْ يَرْضَ بِهِ ، وَلَمْ يَسْتَدْرِكْ ظُلْمَتَهُ فِيهِ ، فَكَانَ لَهُ أَرْضُهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ ، وَفِي الْبَيْعِ اسْتَدْرَكَ ظُلْمَتَهُ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ عَلِمَ بِهِ عَيْبًا فَأَخَذَ أَرْضَهُ ، فَهُوَ لَهُ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يَجْعَلُهُ فِي الرَّقَابِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الرَّقَبَةِ الَّتِي جَعَلَهَا اللَّهُ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ بَدْلِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْعِتْقَ إِنَّمَا صَادَفَ الرَّقَبَةَ الْمَعِيْبَةَ ، وَالْجُزْءَ الَّذِي أَخَذَ بَدْلَهُ مَا تَنَاوَلَهُ عِتْقٌ ، وَلَا كَانَ مَوْجُودًا ، وَلِأَنَّ الْأَرْضَ لَيْسَ بَدَلًا عَنِ الْعَبْدِ ، إِنَّمَا هُوَ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ ، جُعِلَ مُقَابِلًا لِلْجُزْءِ الْفَائِتِ ، فَلَمَّا لَمْ يُحْصَلْ ذَلِكَ الْجُزْءُ مِنَ الْمَبِيعِ ، رَجَعَ بِقَدْرِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَكَانَتْ لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَلِهَذَا رَجَعَ بِقَدْرِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، لَا مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ ، فِي الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يُحْمَلُ عَلَى اسْتِحْبَابِ ذَلِكَ ، لِأَعْلَى وَجُوبِهِ . قَالَ الْقَاضِي : إِنَّمَا الرَّوَايَتَانِ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَهُ عَنِ كَفَّارَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهَا^(٨) عَنِ الْكُفَّارَةِ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجَعَ إِلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنْ بَدْلِهَا ، كَالْمُكَاتِبِ إِذَا أَدَّى مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَرْضُ عَبْدٍ أَعْتَقَهُ ، فَكَانَ لَهُ ، كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِعِتْقِهِ .

٧٤٦ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ ظَهَرَ عَلَى عَيْبٍ يُمَكِّنُ خُدُوْثَهُ قَبْلَ الشَّرَاءِ ، أَوْ بَعْدَهُ ، حَلَفَ الْمُشْتَرِي ، وَكَانَ لَهُ الرَّدُّ أَوْ الْأَرْضُ)

وجملة ذلك ، أَنَّ الْمُتَبَاعِيْعَيْنِ إِذَا اِخْتَلَفَا فِي الْعَيْبِ ، هَلْ كَانَ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْعَقْدِ ،

(٨) أى الرقبة . وفي م : « أعتقه » .

أَوْ حَدَّثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي؟ لَمْ يَحُلْ مِنْ قِسْمَيْنِ؛ أَحَدِهِمَا، أَنْ لَا يَحْتَمِلَ إِلَّا قَوْلَ أَحَدِهِمَا، كَالِإِصْبَعِ الزَّائِدَةِ، وَالشَّجَّةِ الْمُنْدَمِلَةِ، الَّتِي لَا يُمَكِّنُ حَدُوثَ مِثْلِهَا، وَالْجُرْحِ الطَّرِيِّ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ كَوْنَهُ قَدِيمًا. (١) فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مِنْ يَدْعَى ذَلِكَ، بغير يَمِينٍ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ صِدْقَهُ، وَكَذَبَ حَصْمِهِ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى اسْتِحْلَافِهِ. وَالثَّانِي، أَنْ يَحْتَمِلَ قَوْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، كَالْحَرْقِ فِي الثَّوْبِ وَالرَّفْوِ، وَنَحْوَهُمَا، فِيهِ رَوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي، فَيَحْلِفُ بِاللَّهِ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَبِهِ هَذَا الْعَيْبُ، أَوْ أَنَّهُ مَا حَدَّثَ عِنْدَهُ وَيَكُونُ لَهُ الْخِيَارُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْقَبْضِ فِي الْجُزْءِ الْفَائِتِ، وَاسْتِحْقَاقُ مَا يُقَابِلُهُ مِنَ الثَّمَنِ، وَلِزُورِ الْعَقْدِ فِي حَقِّهِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ يَنْفِي ذَلِكَ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي قَبْضِ الْمَبِيعِ. وَالثَّانِيَةُ، الْقَوْلُ قَوْلَ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ، فَيَحْلِفُ عَلَى حَسَبِ جَوَابِهِ، إِنْ أَجَابَ أَنَّنِي بَعْتُهُ بَرِيئًا مِنَ الْعَيْبِ، حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ، وَإِنْ أَجَابَ بِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ، عَلَى مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الرَّدِّ، حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ، وَيَمِينُهُ عَلَى الْبَيْتِ لَا عَلَى نَفْسِي (٢) الْعِلْمُ؛ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ كَلَّهَا عَلَى الْبَيْتِ، لَا عَلَى نَفْسِي فِعْلُ الْغَيْرِ. وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالشَّافِعِيُّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ سَلَامَةُ الْمَبِيعِ، وَصِحَّةُ الْعَقْدِ، وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِي يَدَّعِي عَلَيْهِ اسْتِحْقَاقَ فَسْخِ الْبَيْعِ، وَهُوَ يُنْكِرُهُ، وَالْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكَرِ.

فصل: وَإِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ، ثُمَّ ظَهَرَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ كَانَ بِهِ، فَلَهُ رَدُّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ، عَلَى مَنْ كَانَ لَهُ، فَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ مِمَّا يُمَكِّنُ حَدُوثَهُ، فَأَقْرَبُهُ الْوَكِيلُ، وَأَنْكَرَهُ الْمُوَكَّلُ، فَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ: يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَى مُوَكَّلِهِ بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ الرَّدَّ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ بِهِ عَلَى مُوَكَّلِهِ، كَخِيَارِ الشَّرْطِ. وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ: / لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ بِذَلِكَ. وَهُوَ ٢٣٦/٤ ظ
أَصْحَحْ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الْغَيْرِ، فَلَمْ يُقْبَلْ، كَالْأَجْنَبِيِّ، فَإِذَا رَدَّهُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْوَكِيلِ، لَمْ يَمْلِكِ الْوَكِيلُ رَدَّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهُ بِإِقْرَارِهِ، وَهُوَ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَى غَيْرِهِ. ذَكَرَهُ الْقَاضِي. فَإِنْ أَنْكَرَهُ الْوَكِيلُ فَتَوَجَّهَتْ الْيَمِينُ عَلَيْهِ، فَتَكَلَّ عَنْهَا،

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) سقط من: الأصل.

فَرَدَّ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ ، فَهَلْ لَهُ رَدُّهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي مَجْرَى إِقْرَارِهِ . وَالثَّانِي ، لَهُ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ .

فصل : ولو اشترى جارية على أنها بكر ، ثم قال المشتري : إنما هي ثيب . أريت النساء الثقات ، ويُقبل قول امرأة ثقة . فإن وطئها المشتري ، وقال : ما أصبثها بكرًا . حُرِّجَ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءٍ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الْعَيْبِ الْحَادِثِ .

فصل : وإن ردَّ المشتري السلعة بعيب فيها ، فأنكر البائع كونها سلعته ، فالقول قول البائع مع يمينه . وبه قال أبو ثور ، وأصحاب الرأي . ونحوه قال الأوزاعي ، فإنه قال في من صرف دراهم بدنانير ، ثم رجع بذرهم ، فقال الصيرفي : ليس هذا درهمي يحلف الصيرفي : بالله لقد وفيتك ، ويبرأ ؛ لأن البائع منكر كون هذه سلعته ، ومنكر لاستحقاق الفسخ ، والقول قول المنكر . فأما إن جاء ليرد السلعة بخيار ، فأنكر البائع أنها سلعته ، فحكى ابن المنذر عن أحمد ، أن القول قول المشتري . وهو قول الثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ؛ لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد ، والرد بالعيب بخلافه .

٧٤٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا اشترى شيئًا ، مأكوله في جوفه ، فكسره ، فوجده فاسدًا ، فإن لم يكن لمكسوره قيمة ، كبيض الدجاج ، رجع بالثمن على البائع ، وإن كان لمكسوره قيمة ، كجوز الهند ، فهو مخير في الرد وأخذ الثمن ، وعليه أرض الكسر ، أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيه)

وجملة ذلك ، أنه إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره ، كالبطيخ ، والرمان ، والجوز ، والبيض ، فكسره فبان عيبه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يرجع على البائع بشيء ، وهو مذهب مالك ؛ لأنه ليس من البائع تديس ، ولا تفريط ؛ لعدم معرفته بعيبه ، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره ، فجرى

و ٢٣٧/٤

مَجْرَى الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعُيُوبِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَرْجِعُ عَلَيْهِ . وَهِيَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، وَقَوْلُ
أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ اقْتَضَى السَّلَامَةَ مِنَ عَيْبٍ لَمْ يَطَّلِعْ عَلَيْهِ
الْمُشْتَرِي ، فَإِذَا بَانَ مَعِيًّا ، ثَبَّتَ لَهُ الْخِيَارُ ، وَلِأَنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ ثَمَنَ الْمَعِيْبِ ،
دُونَ الصَّحِيْحِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ صَحِيْحًا ، فَلَا مَعْنَى لِإِجْبَابِ الثَّمَنِ كُلِّهِ ، وَكَوْنُهُ
لَمْ يَفْرُطْ لَا يَقْتَضِي أَنْ يَجِبَ لَهُ ثَمَنُ مَا لَمْ يُسَلِّمْهُ ؛ بِدَلِيلِ الْعَيْبِ الَّذِي لَمْ يَعْلَمْهُ فِي
الْعَبْدِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمَبِيعَ إِنْ كَانَ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ مَكْسُورًا ، كَبَيْضِ الدَّجَاجِ
الْفَاسِدِ ، وَالرُّمَانِ الْأَسْوَدِ ، وَالْجَوْزِ الْحَرَبِ ، وَالْبَطِيْخِ الثَّلَاثِ ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ ؛
لِأَنَّ هَذَا تَبَيَّنَ بِهِ فُسَادُ الْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ ؛ لِكَوْنِهِ وَقَعَ عَلَى مَا لَا نَفْعَ فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ
بَيْعُ مَا لَا نَفْعَ فِيهِ ، كَالْحَشْرَاتِ وَالْمَيْتَاتِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ الْمَبِيعَ إِلَى الْبَائِعِ ؛
لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ مِمَّا لِمَعِيْبِهِ قِيَمَةٌ ، كَجَوْزِ الْهِنْدِ ، وَيَبِيضِ التَّعَامِ ،
وَالْبَطِيْخِ الَّذِي فِيهِ نَفْعٌ ، وَنَحْوِهِ ، فَإِذَا كَسَرَهُ نَظَرْتُ ، فَإِنْ كَانَ كَسْرًا لَا يُمَكِّنُ
اسْتِعْلَامَ الْمَبِيعِ بَدُونِهِ ، فَالْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ رَدِّهِ وَرَدِّ أَرْضِ الْكَسْرِ وَأَخْذِ الثَّمَنِ ،
وَبَيْنَ أَخْذِ أَرْضِ عَيْبِهِ ، وَهُوَ قَسْطٌ مَا بَيْنَ صَحِيْحِهِ وَمَعِيْبِهِ ، وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ
الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : عِنْدِي لَا أَرْضَ عَلَيْهِ لِكَسْرِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ بِطَرِيقِ
اسْتِعْلَامِ الْعَيْبِ ، وَالْبَائِعِ سَلَطَهُ عَلَيْهِ ، حَيْثُ عَلِمَ أَنَّهُ لَا تُعْلَمُ لَهُ صِحَّتُهُ مِنْ فُسَادِهِ
بغَيْرِ ذَلِكَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ نَقَصُ لَمْ يَمْنَعِ الرَّدَّ ،
فَلَزِمَ رَدُّ أَرْضِهِ ، كَلْبَنِ الْمَصْرَاقِ إِذَا حَلَبَهَا ، وَالْبِكْرَ إِذَا وَطَّئَهَا ، وَبِهَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ
يَبْطُلُ مَا ذَكَرَهُ ، فَإِنَّهُ لَا اسْتِعْلَامَ الْعَيْبِ ، وَالْبَائِعِ سَلَطَهُ عَلَيْهِ ، بَلْ هُنَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ
تَدْلِيْسٌ مِنَ الْبَائِعِ ، وَالتَّصْرِيَةُ حَصَلَتْ بِتَدْلِيْسِهِ ، وَإِنْ كَانَ كَسْرًا يُمَكِّنُ اسْتِعْلَامَ
الْمَبِيعِ بَدُونِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُتْلَفُ الْمَبِيعُ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالَّذِي قَبْلَهُ فِي قَوْلِ
الْخِرَقِيِّ ، وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي أَيْضًا . وَالْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ رَدِّهِ وَأَرْضِ الْكَسْرِ / وَأَخْذِ
الثَّمَنِ ، وَبَيْنَ أَخْذِ أَرْضِ الْعَيْبِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ،
لَيْسَ لَهُ رَدُّهُ ، وَلَهُ أَرْضُ الْعَيْبِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ
فِيمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ كَسَرَهُ كَسْرًا لَا يُبْقِي لَهُ قِيَمَةً ، فَلَهُ أَرْضُ الْعَيْبِ ، لَا غَيْرَ ؛ لِأَنَّهُ

أَثْلَفَهُ ، وَقَدَّرُ أَرْضَ الْعَيْبِ قِسْطُ مَا بَيْنَ الصَّحِيحِ وَالْمَعِيبِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَيَقُومُ الْمَبِيعُ صَاحِبًا ، ثُمَّ يَقُومُ مَعِيبًا غَيْرَ مَكْسُورٍ ، فَيَكُونُ لِلْمُشْتَرِي قَدْرُ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الثَّمَنِ . عَلَى مَا مَضَى شَرْحُهُ .

فصل : ولو اشترى ثوبًا فنشره فوجده معيبًا ، فإن كان مما لا ينقصه النشر ، رده ، وإن كان ينقصه النشر ، كالهسنجاني^(٣) ، الذي يطوى طاقين ملتصقين ، جرى ذلك مجرى جوز الهند ، على التفصيل المذكور ، فيما إذا لم يزد على ما يحصل به استغلام المبيع ، أو زاد ، ككثير من لا يعرف . وإن أحب أخذ أرضه ، فله ذلك بكل حال .

فصل : وإذا اشترى ثوبًا فصبَّه ، ثم ظهر على عيب ، فله أرضه لا غير ، وبهذا قال أبو حنيفة . وعن أحمد ، أن له رده . وأخذ زيادته بالصبيغ ؛ لأنها زيادة ، فلا تمنع الرد ، كالسمن والكسب . والأول أولى ؛ لأن هذا معاوضة ، فلا يجبر البائع على قبولها ، كسائر المعاوضات . وفارق السمن والكسب ، فإنه لا يأخذ عن السمن عوضًا ، والكسب للمشتري لا يرده ، ولا يعاوض عنه . وإن قال البائع : أنا أخذه ، وأعطى قيمة الصبيغ . لم يلزم المشتري ذلك . وقال الشافعي : ليس للمشتري إلا رده ؛ لأنه أمكنه رده ، فلم يملك أخذ الأرض ، كما لو سمن عبده ، أو كسب . ولنا ، أنه لا يمكنه رده ، إلا برد شيء من ماله معه ، فلم يسقط حقه من الأرض بامتناعه من رده ، كما لو تعيب عنده ، فطلب البائع أخذه مع أرض العيب الحادث . والأصل لا نسلّمه ، فإنه يستحق أخذ الأرض إذا أرادته بكل حال .

فصل : يصح بيع العبد الجاني ، سواء كانت الجناية ، عمدًا أو خطأ ، على النفس وما دونها ، موجبة للقصاص أو غير موجبة له . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي في أحد قوليّه ، وقال في الآخر : لا يصح بيعه ؛ لأنه تعلق برفقته حتى آدمي ، فمنع

(٣) نسبة إلى هسنجان ، قرية بالرى . معجم البلدان ٩٧٤/٤ .

صِحَّةَ بَيْعِهِ ، كَالرَّهْنِ ، بَلْ حَقُّ الْجِنَايَةِ / آكَدُ ؛ لِأَنَّهَا تُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ . ٢٣٨/٤ و
ولنا ، أَنَّهُ حَقٌّ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ فِي الْجَانِي ، يَمْلِكُ أَدَاءَهُ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعِ الْبَيْعَ ،
كَالزَّكَاةِ ، أَوْ حَقٌّ يُثْبِتُ بغيرِ رِضَا سَيِّدِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعِ بَيْعَهُ ، كَالَّذِينَ فِي ذِمَّتِهِ ، أَوْ تَصَرَّفَ
فِي الْجَانِي ، فَجَازَ ، كَالعِثْقِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ قِصَاصًا ، فَهُوَ تَرْجِي سَلَامَتَهُ وَيُخَشَى
تَلْفُهُ ، فَأَشْبَهَ الْمَرِيضَ . أَمَّا الرَّهْنُ ، فَإِنَّ الْحَقَّ مُتَعَيِّنٌ فِيهِ ، لَا يَمْلِكُ سَيِّدُهُ إِبْدَالَهُ ،
ثَبَّتَ الْحَقُّ فِيهِ بِرِضَاهُ ، وَثَبَّتَهُ لِلذَّيْنِ ، فَلَوْ أَبْطَلَهُ بِالْبَيْعِ ، سَقَطَ حَقُّ الْوَثِيقَةِ الَّذِي
التَّرَمَهُ بِرِضَاهُ وَاخْتِيَارِهِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا فَمَتَى بَاعَهُ ، وَكَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ،
أَوْ الْقَوْدِ ، فَعَفِيَ عَنْهُ إِلَى مَالِ ، فَعَلَى السَّيِّدِ فِدَاؤُهُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أُرْشِ
جِنَايَتِهِ ، وَيُزْوَلُ الْحَقُّ عَنْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ بِبَيْعِهِ ؛ لِأَنَّ لِّلسَّيِّدِ الْخَيْرَةَ ، بَيْنَ تَسْلِيمِهِ وَفِدَائِهِ .
فَإِنْ بَاعَهُ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ فِدَاؤُهُ ؛ لِإِخْرَاجِ الْعَبْدِ مِنْ مِلْكِهِ . وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِعَدَمِ
الضَّرَرِ عَلَيْهِ ، إِذِ الرَّجُوعُ عَلَى غَيْرِهِ ، هَذَا إِذَا كَانَ السَّيِّدُ مُوسِرًا . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : لَا يَلْزَمُ السَّيِّدُ فِدَاؤَهُ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا فِيهِ أَنَّهُ التَّرَمَ فِدَاءَهُ ، فَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ،
كَمَا لَوْ قَالَ الرَّاهِنُ : أَنَا أَقْضِي الذَّيْنَ مِنَ الرَّهْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ عَنِ الْجَانِي ،
فَلَزِمَهُ فِدَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ
مُعْسِرًا ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ مِنْ رَقَبَةِ الْجَانِي ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ إِذَا يَمْلِكُ نَقَلَ
حَقَّهُ عَنْ رَقَبَتِهِ بِفِدَائِهِ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ فِي ذِمَّةِ الْمُعْسِرِ ، فَيَبْقَى
الْحَقُّ فِي رَقَبَتِهِ بِحَالِهِ مُقَدَّمًا عَلَى حَقِّ الْمُشْتَرِي . وَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْفَسْخِ ، إِنْ كَانَ
غَيْرَ عَالِمٍ بِبِقَاءِ الْحَقِّ فِي رَقَبَتِهِ ، فَإِنْ فَسَخَ رَجَعَ بِالثَّمَنِ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، وَكَانَتِ
الْجِنَايَةُ مُسْتَوْعِبَةً لِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ، فَأَخَذَ بِهَا ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ أَيْضًا ، لِأَنَّ أُرْشَ
مِثْلِ هَذَا جَمِيعٌ ثَمَنِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُسْتَوْعِبَةٍ لِرَقَبَتِهِ ، رَجَعَ بِقَدْرِ أُرْشِهِ . وَإِنْ كَانَ
عَالِمًا بِعَيْبِهِ ، رَاضِيًا بِتَعَلُّقِ الْحَقِّ بِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَعِيًّا عَالِمًا بِعَيْبِهِ .
فَإِنْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي فِدَاءَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَالْبَيْعُ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْبَائِعِ فِي الْخَيْرَةِ
بَيْنَ تَسْلِيمِهِ وَفِدَائِهِ ، وَحُكْمُهُ فِي الرَّجُوعِ بِمَا فَدَاهُ بِهِ عَلَى الْبَائِعِ حُكْمُ قَضَاءِ الذَّيْنِ
عَنْهُ . / فَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ ، بَيْنَ الرَّدِّ وَأَخْذِ

الأرض ، فإن اقتصر منه تعين الأرض ، وهو قسط قيمته ما بينه جانبا وغير جانبا ، ولا يطل البيع من أصله . وهذا قال أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : يرجع بجميع الثمن ؛ لأن تلفه كان بمعنى استحق عند البائع ، فجرى مجرى إثلافه إياه . ولنا ، أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه ، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن ، كما لو كان مريضا ، فمات بدائه ، أو مرتدا ، فقتل برذته ، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه ، ولا يصح قياسهم على إثلافه ؛ لأنه لم يئلفه ، فما اشتركا في المقتضى . ولو كانت الجنابة موجبة لقطع يده ، فقطعت عند المشتري ، فقد تعيب في يده ؛ لأن استحقاق القطع دون حقيقته ، فهل يمنع ذلك رده بعينه ؟ على روايتين . ومتى اشتراه عالما بعينه ، لم يكن له رده ؛ ولا أرض ، كسائر المعيبات ، وهذا قول الشافعي .

فصل : وحكم المرتد حكم القاتل ، في صحة بيعه ، وسائر أحكامه المذكورة فيه ، فإن قتله غير متحتم ؛ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام . وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه ، فإن لم يتب حتى قدر عليه ، فقال أبو الخطاب : هو كالقاتل في غير محاربة ؛ لأنه عبد قن ، يصح إعتاقه ، ويملك استخدامه ، فصح بيعه ، كغير القاتل ، ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله ، ويعتقه فينجز^(٤) به ولأولاده ، فجاز بيعه ، كالمريض المأبوس من برئه . وقال القاضي : لا يصح بيعه ؛ لأنه تحتم قتله وإثلافه وإذباب ماليته ، وحرم إبقاؤه ، فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات والميتات ، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع ، كالمنفعة الحاصلة من الميتة ؛ لسد بثق^(٥) ، أو إطعام كلب ، والأول أصح ، فإنه كان محلا للبيع ، والأصل بقاء ذلك فيه ، وانحتام إثلافه

(٤) في م : « فينجن » .

(٥) البثق : موضع انبثاق الماء من نهر ونحوه .

لا يَجْعَلُهُ تَالِفًا ؛ بَدِيلٌ أَنْ أَحْكَامَ الْحَيَاةِ ، مِنَ التَّكْلِيفِ وَغَيْرِهِ ، لَا تَسْقُطُ عَنْهُ ، وَلَا تُثَبِّتُ أَحْكَامُ الْمَوْتَى لَهُ ، مِنْ إِرْثِ مَالِهِ ، وَتُفَوِّذُ وَصِيَّتَهُ وَغَيْرَهَا ، وَلِأَنَّ خُرُوجَهُ عَنْ حُكْمِ الْأَصْلِ ، لَا يُثَبِّتُ إِلَّا بِدَلِيلٍ ، وَلَا نَصَّ فِي هَذَا وَلَا إِجْمَاعَ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ / عَلَى الْحَشْرَاتِ وَالْمَيْتَاتِ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ لَمْ تَكُنْ فِيهَا مَنْفَعَةً ، فِيمَا مَضَى ، وَلَا فِي الْحَالِ ، وَعَلَى أَنَّ^(٦) هَذَا التَّحْتَمُ يُمَكِّنُ زَوَالَهُ ؛ لِزَوَالِ مَا ثَبَّتَ بِهِ مِنَ الرَّجُوعِ عَنْ الْإِقْرَارِ ، وَإِنْ كَانَ ثَبَّتَ بِهِ ، أَوْ رُجُوعِ الْبَيِّنَةِ ، وَلَوْ لَمْ يُمَكِّنْ زَوَالَهُ ، فَأَكْثَرَ مَا فِيهِ تَحَقُّقُ تَلْفِهِ ، وَذَلِكَ يَجْعَلُهُ كَالْمَرِيضِ الْمَأْيُوسِ مِنْ بُرْئِهِ ، وَيَبْعُهُ جَائِزٌ .

٧٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ ، إِذَا كَانَ قَصْدُهُ لِلْعَبْدِ لَا لِلْمَالِ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا بَاعَ عَبْدَهُ ، أَوْ جَارِيَتَهُ ، وَلَهُ مَالٌ مَلَكَهَ إِيَّاهُ مَوْلَاهُ ، أَوْ خَصَّهُ بِهِ ، فَهُوَ لِلْبَائِعِ ؛ لِمَارُوى ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ » . رواه مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ^(١) . وَلِأَنَّ الْعَبْدَ وَمَالَهُ^(٢) لِلْبَائِعِ ، فَإِذَا بَاعَ الْعَبْدَ اخْتَصَّ الْبَيْعُ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا . وَإِنْ اشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ كَانَ لَهُ ؛ لِلْحَبْرِ ، وَرَوَى ذَلِكَ نَافِعٌ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، عَنْ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقَضَى بِهِ شُرَيْحٌ ، وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا كَانَ قَصْدُهُ لِلْعَبْدِ لَا لِلْمَالِ . هَذَا مَنْصُوصٌ أَحْمَدُ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَعُثْمَانَ الْبَتِّيِّ . وَمَعْنَاهُ ، أَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِالْبَيْعِ شِرَاءَ مَالِ الْعَبْدِ ، إِنَّمَا يَقْصِدُ بَقَاءَ الْمَالِ لِعَبْدِهِ ، وَإِقْرَارَهُ فِي يَدِهِ ، فَتَمَى كَانَ كَذَلِكَ ، صَحَّ اشْتِرَاؤُهُ ، وَدَخَلَ فِي الْبَيْعِ بِهِ ، سِوَاءَ كَانَ الْمَالُ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا ، مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، عَيْنًا

(٦) سقط من : الأصل .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٢) في الأصل : « ماله » بإسقاط الواو .

كان أو دَيْنًا ، وسواءً كان مثل التَّمَنِ أو أَقْلَ أو أَكْثَرَ . قال البَتِّيُّ : إذا باعَ عَبْدًا (٣) بَأَلْفِ دِرْهَمٍ ، ومعه أَلْفُ دِرْهَمٍ ، فالْبَيْعُ جَائِزٌ إذا كانت رَغْبَةُ الْمُتَبَاعِ في العَبْدِ لا في الدَّرَاهِمِ ؛ وذلك لِأَنَّهُ دَخَلَ في البَيْعِ تَبَعًا غَيْرَ مَقْصُودٍ ، فأشْبَهَ أساسَاتِ الحِيطَانِ ، وَالتَّمْوِيَةِ بِالذَّهَبِ في السُّقُوفِ ، فأَمَّا إن كان المَالُ مَقْصُودًا بِالشَّرَاءِ ، جازَ اشْتِرَاؤُهُ إذا وُجِدَتْ فيهِ شَرَايِطُ البَيْعِ ، من العِلْمِ بِهِ ، وأن لا يَكُونَ بينَهُ وبين التَّمَنِ رَبًّا ، كما يُعْتَبَرُ ذلك في العَيْنَيْنِ المَبِيعَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ مَقْصُودٌ ، فأشْبَهَ ما لو ضَمَّ إلى العَبْدِ عَيْنًا أُخْرَى وباعَهُما . وقال القاضِي : هذا يَنْبَغِي على كَوْنِ العَبْدِ يَمْلِكُ أو لا يَمْلِكُ ، فإن قُلْنَا : لا يَمْلِكُ . فاشْتَرَطَ المُشْتَرِي مَالَهُ صَارَ مَبِيعًا مَعَهُ ، فاشْتَرَطَ فيهِ ما يُشْتَرَطُ في سَائِرِ المَبِيعَاتِ . وهذا مذهبُ أَبِي حنيفة . وإن قُلْنَا : يَمْلِكُ . احْتُمِلَتْ فيهِ الجَهَالَةُ وَغَيْرُهَا مِمَّا ذَكَرْنَا من قَبْلُ ؛ لِأَنَّهُ تَبَعَ في البَيْعِ لا أَصْلَ ، فأشْبَهَ طَيَّءَ الآبَارِ . وهذا خِلافُ نَصِّ أَحْمَدَ وَقَوْلِ الخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا جَعَلَا الشَّرْطَ الَّذِي يَخْتَلِفُ الحُكْمُ بِهِ قَصْدَ المُشْتَرِي دُونَ غَيْرِهِ ، وهو أَصَحُّ إن شاء اللهُ تَعَالَى ، واحْتِمَالُ الجَهَالَةِ فيهِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَقْصُودٍ ، كما ذَكَرْنَا ، كاللَّبَنِ في ضَرْعِ الشَّاةِ المَبِيعَةِ ، وَالْحَمَلِ في بَطْنِهَا ، وَالصُّوفِ على ظَهْرِهَا ، وَأشْبَاهِ ذلك ، فَإِنَّهُ مَبِيعٌ ، وَيَحْتَمِلُ فيهِ الجَهَالَةَ وَغَيْرَهَا ، لما ذَكَرْنَا . وقد قِيلَ : إنَّ المَالَ ليس بِمَبِيعٍ هَهُنَا ، وَإِنَّمَا اسْتَبْقَاهُ المُشْتَرِي على مِلْكِ العَبْدِ لا يَزُولُ عَنْهُ إلى البائِعِ . وهو قَرِيبٌ من الأَوَّلِ .

فصل : وإذا اشْتَرَى عَبْدًا ، واشْتَرَطَ مَالَهُ ، ثم رَدَّ العَبْدَ بِعَيْبٍ أو خِيَارٍ أو إِقَالَةٍ ، رَدَّ مَالَهُ مَعَهُ . وقال داودُ : يُرَدُّ العَبْدُ دُونَ مَالِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ لم يَدْخُلْ في البَيْعِ ، فأشْبَهَ النَّمَاءَ الحَادِثَ عِنْدَهُ . ولنا ، أَنَّهُ عَيْنٌ مَالٍ أَخَذَهَا المُشْتَرِي ، لا تَحْصُلُ بِدُونِ البَيْعِ ، فَيُرَدُّها بِالفَسْخِ ، كالعَبْدِ ، وَلِأَنَّ العَبْدَ إذا كان ذا مالٍ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ ، فأخَذَ مَالَهُ يَنْقُصُ قِيمَتَهُ ، فلم يَمْلِكْ رَدَّهُ حتى يَدْفَعَ ما يُزِيلُ نَقْصَهُ . فإن تَلَفَ مَالَهُ ، ثم أَرادَ رَدَّهُ ، فهو بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ الحَادِثِ عِنْدَ المُشْتَرِي ، هل يَمْنَعُ الرَّدَّ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ،

(٣) سقط من : الأصل .

فإن قلنا : يُرُده . فعليه قِيمَةٌ ما أَثْلَفَ . قال أَحْمَدُ : في رَجُلٍ اشْتَرَى أُمَّةً معها قِنَاعٌ ، فاشْتَرَطَهُ ، وَظَهَرَ على عَيْبٍ ، وقد تَلَفَ القِنَاعُ : غَرِمَ قِيمَتَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ .

فصل : وما كان على العَبْدِ أو الجَارِيَةِ من الحَلِيِّ ، فهو بِمَنْزِلَةِ مَالِهِ ، على ما ذَكَرْنَا . فَأَمَّا الثِّيَابُ فقال أَحْمَدُ : ما كان يَلْبَسُهُ عند البَائِعِ ، فهو لِلْمُشْتَرِي ، وإن كانت ثِيَابًا يَلْبَسُهَا فوق ثِيَابِهِ ، أو شَيْئًا يُزَيِّنُهُ بِهِ ، فهو للبَائِعِ ، إِلَّا أن يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ . يعنى أن الثِّيَابَ التي يَلْبَسُهَا عَادَةً لِلخِدْمَةِ والبِدَلَةِ ، تَدْخُلُ في البَيْعِ ، دون الثِّيَابِ التي يَتَّجَمَلُ بِهَا ؛ لأنَّ ثِيَابَ البِدَلَةِ جَرَتْ العَادَةُ بِبَيْعِهَا معه ، ولأنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِهَا مَصْلَحَتُهُ وَحَاجَتُهُ ، إِذْ لا غِنَاءَ لَهُ عنها ، فَجَرَتْ مَجْرَى مَفَاتِيحِ الدَّارِ ، بِخِلَافِ ثِيَابِ الجَمَالِ ، فَإِنَّهَا زِيَادَةٌ على العَادَةِ ، ولا تَتَعَلَّقُ بِهَا حَاجَةُ العَبْدِ ، وَإِنَّمَا يَلْبَسُهَا إِيَّاهُ لِيُنْفِقَهُ بِهَا ، وهذه حَاجَةُ السَّيِّدِ ، لا حَاجَةُ العَبْدِ ، ولم تَجِرِ العَادَةُ بِالمُسامَحَةِ فِيهَا ، فَجَرَتْ مَجْرَى السُّتُورِ في الدَّارِ والدَّابَّةِ التي يُرَكِّبُهُ عَلَيْهَا ، مع دُخُولِهَا في الخَبْرِ ، وَبَقَائِهَا على الأَصْلِ . وقال ابنُ عُمَرَ : مَنْ بَاعَ وَليدَةً ، زَيَّنَها بِثِيَابٍ ، فَللَّذِي اشْتَرَاهَا ما عليها ، إِلَّا أن يَشْتَرِطَهُ الذي بَاعَها . وبه قال الحَسَنُ ، والنَّعَمِيُّ . ولنا ، الخبرُ الذي رَوَاهُ ابنُ عُمَرَ . ولأنَّ الثِّيَابَ لم يَتَنَاوَلْها لَفْظُ البَيْعِ ، ولا جَرَتْ العَادَةُ بِبَيْعِهَا معه ، أَشْبَهَ سائِرَ مالِ البَائِعِ . ولأنَّهُ زِينَةٌ لِلْمُبِيعِ ، فَأَشْبَهَ ما لو زَيَّنَ الدَّارَ بِبِساطٍ أو سِتْرِ .

فصل : ولا يَمْلِكُ العَبْدُ شَيْئًا ، إِذا لم يَمْلِكْهُ سَيِّدُهُ . في قولِ عَامَّةِ أَهْلِ العِلْمِ . وقال أَهْلُ الظَّاهِرِ : يَمْلِكُ ؛ لِدُخُولِهِ في عُمُومِ قولِهِ تعالى : ﴿ خَلَقَ لَكُمْ ما فِي الأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ ^(٤) . وَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وله مالٌ » . فَأَضَافَ المَالَ إِليه بِلامِ التَّمْلِيكِ . ولنا ، قولُهُ تعالى : ﴿ ضَرَبَ اللهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لا يَقْدِرُ على شَيْءٍ ﴾ ^(٥) . ولأنَّ سَيِّدَهُ يَمْلِكُ عَيْنَهُ وَمَنافِعَهُ ، فما حَصَلَ بِذلك يَجِبُ أن يَكُونَ

(٤) سورة البقرة ٢٩ .

(٥) سورة النحل ٧٥ .

لِسَيِّدِهِ ، كِبَهِيمَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ مَلَكَهُ سَيِّدُهُ شَيْئًا ، ففِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَمْلِكُهُ . وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : وَالسَّيِّدُ يُزَكِّي عَمَّا فِي يَدِ عَبْدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكُهُ . وَقَالَ : وَالْعَبْدُ لَا يَرِثُ ، وَلَا مَالٌ لَهُ فَيُورَثُ عَنْهُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ، كَالْبَهِيمَةِ . وَالتَّانِيَةِ ، يَمْلِكُ . وَهِيَ أَصَحُّ عِنْدِي . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ ؛ لِلآيَةِ وَالْحَبْرِ ، وَلِأَنَّهُ آدَمِيٌّ حَتَّى ، فَمَلَكَ كَالْحَرِّ ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ فِي النِّكَاحِ ، فَمَلَكَ فِي الْمَالِ كَالْحَرِّ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ الْإِقْرَارُ لَهُ ، فَأَشْبَهَ الْحَرَّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ تَعْلِيلٌ بِالْمَانِعِ ، وَلَا يُثْبِتُ اعْتِبَارُهُ إِلَّا أَنْ يُوجَدَ الْمُقْتَضَى فِي الْأَصْلِ ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي الْبَهِيمَةِ مَا يُقْتَضَى ثُبُوتِ الْمِلْكِ لَهَا ، وَإِنَّمَا انْتَفَى مِلْكُهَا لِعَدَمِ الْمُقْتَضَى لَهُ ، لِأَلِكُونِهَا مَمْلُوكَةً ، وَكُونِهَا مَمْلُوكَةً / عَدِيمِ الْأَثَرِ ، فَإِنَّ سَائِرَ الْبَهَائِمِ الَّتِي لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً مِنَ الصُّيُودِ وَالْوُحُوشِ ، لَا تَمْلِكُ ، وَكَذَلِكَ الْجَمَادَاتُ ، وَإِذَا بَطَلَ كَوْنُ مَا ذَكَرُوهُ مَانِعًا ، وَقَدْ تَحَقَّقَ الْمُقْتَضَى ، لَزِمَ ثُبُوتُ حُكْمِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

ظ ٢٤٠/٤

٧٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِنَسِيئَةٍ ، لَمْ يَجْزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا بِأَقْلَ مِمَّا بَاعَهَا بِهِ)

ظ ١/٥

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ مَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنِ مُوجَّلٍ ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِأَقْلٍ مِنْهُ نَقْدًا ، لَمْ يَجْزُ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَالْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالتَّحَعِّيِّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو الرَّنَادِ ، وَرَبِيعَةُ ، وَعَبْدُ الْعَزِيزِ ابْنُ أَبِي سَلَمَةَ^(١) ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَأَجَازَهُ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ تَمَنُّ يَجُوزُ^(٢) (أَنْ يَبِيعَهَا) بِهِ مِنْ غَيْرِ بَائِعِهَا ، فَجَازَ

(١) هو عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون ، أبو عبد الله ، فقيه مالكي ، ثقة صدوق ، كثير الحديث . توفي سنة أربع وستين ومائة . تهذيب التهذيب ٦/٣٤٣ ، ٣٤٤ . وانظر : طبقات الفقهاء ، للشيرازي ٦٧ .
(٢) (٢ - ٢) في م : « بيعها » .

من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها . ولنا ، ما روى عُندَرٌ ، عن شُعْبَةَ ، عن أبي إسحاق السبيعي ، عن امرأته العالية بنت أَيْفَعِ بْنِ شُرْحَيْلٍ ، أَنَّهَا قَالَتْ : دَخَلْتُ أَنَا وَأُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ وَامْرَأَتُهُ عَلَى عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، فَقَالَتْ أُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ : إِنِّي بَعْتُ غُلَامًا مِنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَى الْعَطَاءِ ، ثُمَّ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ بِسِتِّمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَقَالَتْ لَهَا : بِمَسْ مَا شَرَيْتِ ، وَبِمَسْ مَا اشْتَرَيْتِ ، أَيْلِغِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ : أَنَّهُ قَدْ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، إِلَّا أَنْ يَتُوبَ . رواه الإمامُ أَحْمَدُ^(٣) ، وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ . وَالظَّاهِرُ ، أَنَّهَا لَا تَقُولُ مِثْلَ هَذَا التَّغْلِيظِ ، وَتُقَدِّمُ عَلَيْهِ ، إِلَّا بِتَوْقِيفِ سَمِعْتَهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَجَرَى مَجْرَى رِوَايَتِهَا ذَلِكَ عَنْهُ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ ذَرِيعَةٌ إِلَى الرَّبَا ، فَإِنَّهُ يُدْخِلُ السَّلْعَةَ ، لِيَسْتَبِيحَ بَيْعَ أَلْفٍ بِخَمْسِمِائَةٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ . وَكَذَلِكَ رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ قَالَ : أَرَى مِائَةَ بِخَمْسِينَ بَيْنَهُمَا حَرِيرَةٌ . يَعْنِي خِرْقَةً حَرِيرٍ جَعَلَاهَا فِي بَيْعِهِمَا . وَالذَّرَائِعُ مُعْتَبَرَةٌ لِمَا قَدَّمَنا ، فَأَمَّا بَيْعُهَا بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، فَيَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ ذَرِيعَةً . وَهَذَا إِذَا كَانَتِ السَّلْعَةُ لَمْ تَنْقُصْ عَنْ حَالَةِ الْبَيْعِ ، فَإِنْ نَقَصَتْ ، مِثْلُ أَنْ هَزَلَ الْعَبْدُ ، أَوْ نَسِيَ صِنَاعَةً ، أَوْ تَحَرَّقَ الثَّوْبُ ، أَوْ يَلِي جِازَ لَهْ شِرَاؤِهَا بِمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ نَقْصَ الثَّمَنِ لِنَقْصِ الْمَبِيعِ ، لَا لِلتَّوَسُّلِ إِلَى الرَّبَا . وَإِنْ نَقَصَ سِعْرُهَا ، أَوْ زَادَ ذَلِكَ ، أَوْ لَمَعْنَى حَدَثَ فِيهَا ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِهَا ، / كَمَا لَوْ كَانَتْ بِحَالِهَا . نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا كُلِّهِ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِعَرَضٍ ، أَوْ كَانَ يَبِيعُهَا الْأَوَّلُ بِعَرَضٍ ، فَاشْتَرَاهَا بِنَقْدٍ ، جَازَ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَلَا تَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ إِنَّمَا كَانَ لِشِبْهَةِ الرَّبَا ،

(٣) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَبِيعُ الشَّيْءَ إِلَى أَجَلٍ ... إلخ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوَعِ . السَّنَنِ الْكَبْرَى ٣٣٠/٥ ، ٣٣١ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَبِيعُ السَّلْعَةَ ... إلخ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوَعِ . الْمُصَنَّفِ ١٨٤/٨ ، ١٨٥ .

ولا ربًّا بين الأثمانِ والعروضِ . فأمَّا إن باعها بِنَقْدٍ ، ثم اشترَّها بِنَقْدٍ آخَرَ ، مثل أن يبيِعها بمائتَيْ درهمٍ ، ثم اشترَّها بعشرةِ دنانيرٍ ، فقال أصحابنا : يجوزُ ؛ لأنَّهما جنسانِ لا يحرمُ التفاضلُ بينهما . فجازَ ، كما لو اشترَّها بعرضٍ ، أو بمثلِ الثَّمنِ . وقال أبو حنيفةٌ : لا يجوزُ استِحسانًا ؛ لأنَّهما كالشئِ الواحدِ في معنى الثَّمنيةِ ، ولأنَّ ذلك يُتخذُ وسيلةً إلى الربِّا ، فأشبهه ما لو باعها بجنسِ الثَّمنِ الأولِ . (١) وهذا أصحُّ . إن شاء الله تعالى .

فصل : وهذه المسألة تُسمَّى مسألة العينة . قال الشاعر^(٥) :

أَنْدَانُ أَمْ نَعْتَانُ أَمْ يَبْرِى لَنَا فَنَّى مِثْلُ نَصْلِ السَّيْفِ مِيزَتْ مَضَارِبُهُ^(٦)
 فقوله : نَعْتَانُ . أى نَشْتَرِي عَيْنَةً^(٧) مثل ما وَصَفْنَا . وقد رَوَى أبو داود^(٨) ، بإسناده عن ابن عمر قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنَةِ ، وَأُخِذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقْرِ ، وَرَضِيْتُمْ بِالزَّرْعِ ، وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ ، سَلَطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذَلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ » . وهذا وَعِيدٌ يَدُلُّ عَلَى التَّحْرِيمِ . وقد رَوَى عن أحمد ، أنه قال : العينةُ أن يكونَ عندَ الرَّجُلِ المَتَاعُ ، فلا يبيِعُهُ إِلَّا بِنَسِيئَةٍ ، فإن باعَهُ بِنَقْدٍ وَنَسِيئَةٍ فلا بأسَ . وقال : أكرهُ لِلرَّجُلِ أن لا يكونَ له تِجَارَةٌ غَيْرَ العَيْنَةِ ، لا يبيِعُ بِنَقْدٍ . وقال ابن عَقِيلٍ : إِنَّمَا كَرِهَ النَّسِيئَةَ لِمُضَارَعَتِهَا الرَّبِّا ، فإنَّ الغالبَ أنَّ البائعَ بِنَسِيئَةٍ يَقْصِدُ الزَّيَادَةَ بِالْأَجْلِ . ويجوزُ أن تكونَ العينةُ اسمًا لهذه المسألةِ وللبَّيْعِ بِنَسِيئَةٍ جَمِيعًا ، لكنَّ البَّيْعَ بِنَسِيئَةٍ ليس بِمُحْرَمٍ اتِّفَاقًا ، ولا يُكرَهُ ، إِلَّا أن

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) نسبه ابن منظور في اللسان (دى ن) إلى شمر .

(٦) في اللسان : « هزت مضاربه » . وندان : نأخذ ذئنا .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) في : باب في النهي عن العينة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٦/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٢/٢ ، ٨٤ .

لا يكون له تجارة غيره .

فصل : وإن باع سلعة بنقد ، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، فقال أحمد ، في رواية حرب : لا يجوز ذلك ، إلا أن يُعير السلعة ؛ لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا ، فأشبهه مسألة العينة . فإن اشتراها بنقد آخر ، أو بسلعة أخرى ، أو بأقل من ثمنها نسيئة ، جاز ؛ لما ذكرناه في / مسألة العينة . ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه ، إلا أن يكون ذلك عن مواطاة ، أو حيلة ، فلا يجوز . وإن وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد ، جاز ؛ لأن الأصل حل البيع ، وإنما حرم في مسألة العينة بالآثر الوارد فيه ، وليس هذا في معناه ، ولأن التوسل بذلك أكثر ، فلا يلحق^(٩) به ما دونه . والله أعلم .

فصل : وفي كل موضع قلنا : لا يجوز له أن يشتري . لا يجوز ذلك لو كيله ؛ لأنه قائم مقامه ، ويجوز لغيره من الناس ، سواء كان أباه ، أو ابنه ، أو غيرهما ؛ لأنه غير البائع ويشتري لنفسه ، فأشبهه الأجنبي .

فصل : ومن باع طعاماً إلى أجل ، فلما حل الأجل أخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاماً قبل قبضه ، لم يجز . روى ذلك عن ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، وبه قال مالك ، وإسحاق . وأجازه جابر بن زيد ، وسعيد بن جبير ، وعلي بن حسين^(١٠) ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ، قال علي بن حسين : إذا لم يكن لك في ذلك رأي . وروى عن محمد بن عبد الله ابن أبي مريم ، أنه قال : بعث تمرًا من التمارين ، كل سبعة أصع بدرهم ، ثم وجدت عند رجل منهم تمرًا يبيعه أربعة أصع بدرهم ، فاشتريته منه ، فسألت عكرمة عن ذلك ؟ فقال : لا بأس ، أخذت أنقص مما بعث . ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك ، وأخبرته

(٩) في م : « يلتحق » .

(١٠) يعني علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ، زين العابدين ، روى عن أبيه وعمه الحسن ، وأرسل عن جده ﷺ . تهذيب التهذيب ٣٠٥/٧ - ٣٠٧ .

بقولِ عِكْرَمَةَ ، فقال : كَذَبَ ، قال (١١) عبدُ اللهِ بنُ عَبَّاسٍ : ما بَعَتْ من شَيْءٍ مِمَّا يُكَالُ بِمِكْيَالِ ، فلا تَأْخُذْ منه شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ بِمِكْيَالِ ، إِلَّا وَرِقًا أَوْ ذَهَبًا ، فإذا أَخَذْتَ وَرِقَكَ ، فَابْتِغِ مِمَّنْ شَفَتْ مِنْهُ ، أو مِنْ غَيْرِهِ . فَرَجَعْتُ ، فإذا عِكْرَمَةُ قد طَلَبْنِي ، فقال : الذى قَلْتُ لك هو حَلَالٌ هو حَرَامٌ . فقلْتُ لسَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ : إن فَضَلَ لِي عنده فَضْلٌ ؟ قال : فَأَعْطِهِ أَنْتِ الكَسْرَ ، وَتُخِذْ مِنْهُ الدَّرْهَمَ . ووجهُ ذلك ، أَنَّهُ ذَرِيعَةٌ إلى بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ نَسِيئَةً ، فَحُرْمٌ ، كَمَسْأَلَةِ العَيْنَةِ ، فعلى هذا ، كُلُّ شَيْئَيْنِ حَرْمٌ النَّسَاءُ فِيهِمَا ، لا يَجُوزُ أَنْ يُؤْخَذَ أَحَدُهُمَا عَوَضًا عَنِ الأَخرِ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، إذا كان البَيْعُ نَسَاءً . نَصَّ أَحْمَدُ على ما يَدُلُّ على هذا . وكذلك قال سَعِيدُ ابنِ المُسَيَّبِ / ، فيما حَكَيْنا عنه . والذى يَقْوَى عندى جَوَازُ ذلك إذا لم يَفْعَلْهُ حِيلَةً ، ولا قَصْدًا ذلك فى ابتداءِ العَقْدِ ، كما قال على بن الحسين ، فيما يَرَوَى عنه عبدُ اللهِ ابنِ زَيْدٍ قال : قَدِمْتُ على على بنِ الحسينِ ، فقلْتُ له : إني أُجِدُّ نَخْلِي ، وَأَبِيعُ مِمَّنْ حَضَرَني التَّمْرَ إلى أَجْلِ ، فيَقْدَمُونَ بِالْحِنْطَةِ ، وقد حَلَّ ذلك الأَجْلُ ، فيوقِفونها بالسُّوقِ ، فأبتاعُ منهم وأَقاصُهُم . قال : لا بَأْسَ بِذلك ، إذا لم يَكُنْ مِنْكَ على رَأْيٍ . وذلك لأنَّهُ اشْتَرَى الطَّعَامَ بالدراهمِ التى فى الذَّمَّةِ بعد انْتِزَامِ (١٢) العَقْدِ أَوَّلَ لُزُومِهِ ، فَصَحَّ ، كما لو كان المَبِيعُ الأَوَّلُ حَيوانًا أو ثِيابًا ، ولَمَّا ذَكَرنا فى الفَصْلِ الذى قَبْلَ هذا ، فَإِنَّهُ لم يَأْخُذْ بِالثَّمَنِ طَعَامًا ، ولكن اشْتَرَى مِنَ المُشْتَرِي طَعَامًا بِدراهمِ ، وَسَلَّمَهَا إِلَيْهِ ، ثم أَخَذَهَا مِنْهُ وَفَاءً ، أو لم يُسَلِّمْهَا إِلَيْهِ ، لكن قاصَّةً بها ، كما فى حَدِيثِ على بنِ الحسينِ .

٧٥٠ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ حَيوانًا ، أو غَيْرَهُ بِالبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ ، لَمْ يَبْرَأْ ، سِوَاءَ عِلْمِهِ بِهِ البَائِعِ أو لَمْ يَعْلَمْ)

اِخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عن أَحْمَدَ فى البَرَاءَةِ مِنَ العُيُوبِ ، فَرَوَى عنه : أَنَّهُ لا يَبْرَأُ ، إِلَّا

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى م : « انبراهم » .

أَنْ يَعْلَمَ الْمُشْتَرِي بِالْعَيْبِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ ، وَالْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ : لَا يَبْرَأُ إِلَّا مِمَّا سَمِيَ . وَقَالَ شُرَيْحٌ : لَا يَبْرَأُ إِلَّا مِمَّا أَرَاهُ أَوْ وَضَعَ (١٣) يَدَهُ عَلَيْهِ . وَرَوَى نَحْوَ ذَلِكَ عَنْ عَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ مُرْفَقٌ فِي الْبَيْعِ ، لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالشَّرْطِ ، فَلَا يَثْبُتُ مَعَ الْجَهْلِ ، كَالْخِيَارِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ : أَنَّهُ يَبْرَأُ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ لَمْ يَعْلَمْهُ ، وَلَا يَبْرَأُ مِنْ عَيْبٍ عَلِمَهُ . وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عَثْمَانَ ، وَنَحْوَهُ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِي الْحَيَوَانَ خَاصَّةً ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ ابْنَ عُمَرَ بَاعَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ عَبْدًا بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ ، بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَأَصَابَ بِهِ زَيْدٌ عَيْبًا ، فَأَرَادَ رَدَّهُ عَلَى ابْنِ عُمَرَ ، فَلَمْ يَقْبَلْهُ ، فَتَرَفَعَا إِلَى عَثْمَانَ ، فَقَالَ عَثْمَانُ لَابْنِ عُمَرَ : تَحْلِفُ أَنَّكَ لَمْ تَعْلَمْ بِهَذَا الْعَيْبِ ؟ فَقَالَ : لَا . فَرَدَّهُ عَلَيْهِ ، فَبَاعَهُ ابْنُ عُمَرَ بِالْفِ دِرْهَمٍ . وَهَذِهِ قَضِيَّةٌ اشْتَهَرَتْ ، فَلَمْ تُنْكَرْ ، فَكَانَتْ إِجْمَاعًا . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ أَجَازَ الْبَرَاءَةَ مِنَ الْمَجْهُولِ ، فَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا صِحَّةُ الْبَرَاءَةِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ . وَرَوَى هَذَا عَنْ ابْنِ عُمَرَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ / لِمَا رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا فِي مَوَارِيثَ دَرَسَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « اسْتَهَمَا ، وَتَوَخَّيَا ، وَلْيَحْلِلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ » (١٤) فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّ الْبَرَاءَةَ مِنَ الْمَجْهُولِ جَائِزَةٌ ، وَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقِّ لَا تَسْلِيمٍ فِيهِ ، فَصَحَّ مِنَ الْمَجْهُولِ ، كَالْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحَيَوَانَ وَغَيْرِهِ ، فَمَا ثَبَّتَ فِي أَحَدِهِمَا ثَبَّتَ فِي الْآخَرِ ، وَقَوْلُ عَثْمَانَ قَدْ خَالَفَهُ ابْنُ عُمَرَ ، وَقَوْلُ الصَّحَابِيِّ الْمُخَالِفِ لَا يَبْقَى حُجَّةً .

٣/٥ ظ

فصل : فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ شَرْطُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعُيُوبِ . فَشَرْطُهُ لَمْ يُفْسِدِ الْبَيْعَ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمَرَ بَاعَ بِشَرْطِ الْبَرَاءَةِ ، فَأَجْمَعُوا عَلَى صِحَّتِهِ ، وَلَمْ يُنْكَرْهُ مُنْكَرٌ . فَعَلِيَ هَذَا لَا يُمْنَعُ الرَّدُّ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ،

(١٣) فِي النسخ : « واضع » . وَلَعَلَّ الصواب ما أثبتناه .

(١٤) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : باب فِي قِضَاءِ الْقَاضِي إِذَا أَخْطَأَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سنن أبي داود ٢/٢٧١ .

وَالْإمام أحمد ، فِي : المسند ٦/٣٢٠ .

ويكون وجوده كعدمه . وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان ؛ إحداهما ، أنها نفس العقد ، فيدخل فيها هذا البيع ؛ لأن البائع إنما رضي بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط ، فإذا فسدت الشروط فأتى الرضى به ، فيفسد البيع ؛ لعدم التراضي به .

٧٥١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ بَاعَ شَيْئًا مُرَابِحَةً ، فَعَلِمَ أَنَّهُ زَادَ^(١)) فِي رَأْسِ مَالِهِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِالزِّيَادَةِ ، وَحَطَّهَا مِنَ الرَّبْحِ)

معنى بيع المُرَابِحَةِ ، هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشتراط علمهما برأس المال ، فيقول : رأس مالي فيه ، أو هو عليّ 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 : (٢) ده يازده . أو ده داوزده^(٢) . فقد كرهه أحمد . وقد رويت كراهته عن ابن عمر ، وابن عباس ، ومسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بن جبيرة ، وعطاء بن يسار . وقال إسحاق : لا يجوز . لأن الثمن مجهول حال العقد ، فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب . ورخص فيه سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، وشريح ، والتخعي ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . ولأن رأس المال معلوم ، والربح معلوم ، فأشبهه مالوقال : وربح عشرة دراهم . ووجه الكراهة / أن ابن عمر وابن عباس كراهاه ، ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً ، ولأن 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 قفيز بدينهم ، وأما ما يخرج به في الحساب ، فمجهول في الجملة والتفصيل . إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب ، فنقول : متى باع شيئاً برأس ماله ، وربح عشرة ،

٤/٥ و

(١) في م : « واذ » . تحريف .

(٢ - ٢) فارسي ، بمعنى ما تقدم .

ثم عَلِمَ بِتَنبِيهِ أَوْ إِقْرَارِ أَنَّ رَأْسَ مَالِهِ تَسْعُونَ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ فِي الثَّمَنِ ، فَلَمْ يَمْنَعِ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، كَالْعَيْبِ ، وَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ بِمَا زَادَ فِي رَأْسِ الْمَالِ ، وَهُوَ عَشْرَةٌ ، وَحَطَّهَا مِنَ الرَّبْحِ ، وَهُوَ دِرْهَمٌ ، فَيُنْقَى عَلَى الْمُشْتَرِي بِتِسْعَةِ وَتَسْعِينَ دِرْهَمًا . وَبِهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْأَخْذِ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، أَوْ يَتْرُكُ ، قِيَاسًا عَلَى الْمَعِيبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأْسِ مَالِهِ^(٣) وَمَا قَدَّرَهُ مِنَ الرَّبْحِ ، فَإِذَا بَانَ رَأْسُ مَالِهِ قَدْرًا مَبِيعًا بِهِ وَبِالزِّيَادَةِ الَّتِي اتَّفَقَا عَلَيْهَا ، وَالْمَعِيبُ كَذَلِكَ عِنْدَنَا ، فَإِنَّ لَهُ أَخْذَ الْأُرْشِ ، ثُمَّ الْمَعِيبُ لَمْ يَرْضَ بِهِ ، إِلَّا بِالثَّمَنِ الْمَذْكُورِ ، وَهَهُنَا رَضِيَ فِيهِ بِرَأْسِ الْمَالِ وَالرَّبْحِ الْمُقَرَّرِ . وَهَلْ لِلْمُشْتَرِي خِيَارٌ ؟ فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّ الْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِ الْمَبِيعِ بِرَأْسِ مَالِهِ وَحِصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ ، وَبَيْنَ تَرْكِهِ . نَقَلَهُ حَنْبَلٌ . وَحُكِيَ ذَلِكَ قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَأْمَنُ الْجِنَايَةَ فِي هَذَا الثَّمَنِ أَيْضًا ، وَلِأَنَّهُ رَبَّمَا كَانَ لَهُ غَرَضٌ فِي الشِّرَاءِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ بَعِيْنَهُ ؛ لِكَوْنِهِ حَالِفًا ، أَوْ وَكِيْلًا ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهُ . وَحُكِيَ ذَلِكَ قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَهُ بِمِائَةِ وَعَشْرَةٍ ، فَإِذَا حَصَلَ لَهُ بِتِسْعَةٍ وَتَسْعِينَ ، فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ مَعِيبٌ ، فَبَانَ صَحِيحًا ، أَوْ أُمِّيٌّ ، فَبَانَ صَانِعًا أَوْ كَاتِبًا ، أَوْ وَكَلَّ فِي شِرَاءِ مُعَيَّنٍ بِمِائَةٍ ، فَاشْتَرَاهُ بِتَسْعِينَ . وَأَمَّا الْبَائِعُ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَهُ بِرَأْسِ مَالِهِ وَحِصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ ذَلِكَ .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ الْإِجْبَارَ بِثَمَنِ السَّلْعَةِ ، فَإِنْ كَانَتْ / بِحَالِهَا ، لَمْ تَتَّعِيرَ ، أُخْبِرَ بِثَمَنِهَا ، وَإِنْ حَطَّ الْبَائِعُ بَعْضَ الثَّمَنِ عَنِ الْمُشْتَرِي ، أَوْ اسْتَرَادَهُ^(٤) بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ ، لَمْ يُجْزِئْهُ ، وَيُخْبِرُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، لِأَنَّ ذَلِكَ هِبَةٌ مِنْ أَحَدِهِمَا لِالْآخِرِ ، لَا يَكُونُ عِوَضًا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْحَقُ بِالْعَقْدِ ، وَيُخْبِرُ بِهِ

(٣) فِي م : « الْمَالِ » .

(٤) فِي م : « اشْتَرَاهُ » .

في المُرَابِحَةِ ، وهذه مَسْأَلَةٌ يَأْتِي ذِكْرُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي مُدَّةِ
 الْخِيَارِ ، لِحَقِّ بِالْعَقْدِ ، وَأُخْبِرَ بِهِ فِي الثَّمَنِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَلَا أَعْلَمُ
 عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ . فَإِنْ تَغَيَّرَ سِعْرُهَا دُونَهَا ، فَإِنْ غَلَّتْ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِخْبَارُ بِذَلِكَ ؛
 لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ فِيهَا ، وَإِنْ رَخِصَتْ ، فَتَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْإِخْبَارُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ
 صَادِقٌ بِدُونِ الْإِخْبَارِ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ الْإِخْبَارُ بِالْحَالِ ؛ فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَوْ عَلِمَ
 ذَلِكَ ، لَمْ يَرْضَهَا بِذَلِكَ الثَّمَنِ ، فَكَيْفَ تَغْيِيرُهُ بِهِ . فَإِنْ أُخْبِرَ بِدُونِ ثَمَنِهَا ، وَلَمْ
 يَتَبَيَّنِ الْحَالُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يَجْمَعُ بَيْنَ الْكُذْبِ وَالتَّغْيِيرِ .

فصل : فأما إن تَغَيَّرَتِ السَّلْعَةُ فَذَلِكَ عَلَى ضَرْبَيْنِ :

أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَتَغَيَّرَ زِيَادَةً ، وَهِيَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَزِيدَ لِمَتَائِهَا ، كَالسَّمَنِ ،
 وَتَعَلَّمَ صِنْعَةَ ، أَوْ يَحْصُلَ مِنْهَا نَمَاءٌ مُنْفَصِلٌ ، كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ ، وَالكَسْبِ ، فَهَذَا
 إِذَا أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا مُرَابِحَةً ، أُخْبِرَ بِالثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الَّذِي اشْتَرَاهَا
 بِهِ . وَإِنْ أَخَذَ النَّمَاءَ الْمُنْفَصِلَ ، أَوْ اسْتَحْدَمَ الْأُمَّةَ ، أَوْ وَطِئَ الثَّيْبَ ، أُخْبِرَ بِرَأْسِ
 الْمَالِ ، وَلَمْ يَلْزَمْهُ تَبْيِينُ الْحَالِ . وَرَوَى ابْنُ الْمُنْدَرِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تَبْيِينُ ذَلِكَ
 كُلَّهُ . وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ فِي الْعَلَّةِ يَأْخُذُهَا : لَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَ
 مُرَابِحَةً ، وَفِي الْوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ لَا يَبِيعُ مُرَابِحَةً حَتَّى يُبَيِّنَ ، وَلِأَنَّهُ مِنْ مُوجِبِ الْعَقْدِ .
 وَلَنَا ، أَنَّهُ صَادِقٌ فِيمَا أُخْبِرَ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَغْيِيرٍ بِالْمُشْتَرِي ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَزِدْ ،
 وَلِأَنَّ الْوَلَدَ وَالثَّمَرَةَ نَمَاءً مُنْفَصِلًا ، فَلَمْ يَمْنَعْ مِنْ بَيْعِ الْمُرَابِحَةِ بِدُونِ ذِكْرِهِ ، كَالْعَلَّةِ .
 وَقَدْ بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مُوجِبَاتِ الْعَقْدِ . النَّوْعُ الثَّانِي ، أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا عَمَلًا ،
 مِثْلَ أَنْ يَقْصُرَهَا ، أَوْ يَرْفُوهَا ، أَوْ يُجَمِّلَهَا^(٥) أَوْ يَخِيْطَهَا ، فَهَذِهِ مَتَى أَرَادَ أَنْ يَبِيعَهَا
 مُرَابِحَةً أُخْبِرَ بِالْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ ، سِوَاءِ عَمَلٍ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ أَوْ اسْتَأْجَرَ مَنْ
 عَمَلَهُ . / هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : يُبَيِّنُ مَا اشْتَرَاهُ وَمَا لَزِمَهُ ، وَلَا يَجُوزُ

٥/٥ و

(٥) فِي الْأَصْلِ : « يَجْمَلُهَا » . وَفِي م : « يَجْمَلُهَا » . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَتَيْنَاهُ .

أن يقول : تَحَصَّلَتْ عَلَيَّ بِكَذَا . وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، والتخفي ، والأوزاعي ، وأبو ثور . ويَحْتَمِلُ أن يجوز فيما استأجر عليه أن يَضُمَّ الأجرَةَ إلى الثَّمَنِ ، ويقول : تَحَصَّلَتْ عَلَيَّ بِكَذَا . لأنه صادق . وبه قال الشعبي ، والحكم ، والشافعي . ولنا ، أنه تَعْرِيرٌ بالمُشْتَرَى ، فإنه عَسَى أن لو عَلِمَ أن بعض ما تَحَصَّلَتْ به لأجل الصَّنَاعَةِ ، لا يَرْعُبُ فيه ؛ لِعَدَمِ رَغْبَتِهِ في ذلك ، فأشبهه ما يَنْقُصُ الحَيَوَانَ في مُؤْتَتِهِ ، وكُسُوتِهِ ، وعلى المُبتَاعِ في حَزَنِهِ .

الضرب الثاني ، أن يَتَعَيَّرَ بِنَقْصِ ، كَنَقْصِهِ بِمَرَضٍ ، أو جِنَايَةِ عليه ، أو تَلَفِ بعضه ، أو بولادةٍ ، أو عَيْبٍ ، أو يأخُذُ المُشْتَرَى بعضه ، كالصُّوفِ واللَّبَنِ المَوْجُودِ ونحوه ، فإنه يُخْبِرُ بالحَالِ على وَجْهِه ، لا تَعْلَمُ فيه خِلَافًا . وإن أَخَذَ أَرْضَ العَيْبِ ، أو الجِنَايَةِ ، أَخْبَرَ بذلك على وَجْهِه . ذَكَرَهُ القَاضِي . وقال أبو الحَطَّابِ : يَحُطُّ أَرْضَ العَيْبِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَيُخْبِرُ بالباقي ، لأنَّ أَرْضَ العَيْبِ عَوَضُ مَافَاتِ به ، فكان ثَمَنُ المَوْجُودِ هو ما بَقِيَ . وفي أَرْضِ الجِنَايَةِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَحُطُّهُ مِنَ الثَّمَنِ ، كَأَرْضِ العَيْبِ . والثاني ، لا يَحُطُّهُ كَالثَّمَانِ . وقال الشَّافِعِيُّ : يَحُطُّهُمَا مِنَ الثَّمَنِ ، ويقول : تَقَوَّمَ عَلَيَّ بِكَذَا ؛ لأنه صَادِقٌ فيما أَخْبَرَ به ، فأشبهه ما لو أَخْبَرَ بالحَالِ على وَجْهِه . ولنا ، أن الإخْبَارَ بالحَالِ على وَجْهِه أْبْلَغُ في الصَّدَقِ ، وَأَقْرَبُ إلى البَيَانِ ونَفْيِ التَّعْرِيرِ بِالمُشْتَرَى والتَّدْلِيلِ عليه ، فَلَزِمَهُ ذلك ، كما لو اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بِثَمَنِ واحِدٍ ، وَقَسَطَ الثَّمَنَ عليهما . وقياسُ أَرْضِ الجِنَايَةِ عليه على الثَّمَانِ والكَسْبِ غيرُ صَاحِحٍ ؛ لأنَّ الأَرْضَ عَوَضُ نَقْصِهِ الحَاصِلِ بِالجِنَايَةِ عليه ، فهو بِمَنْزِلَةِ ثَمَنِ جُزْءٍ منه باعُهُ ، وكَقِيمَةِ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ إِذَا تَلَفَ أَحَدُهُمَا ، والثَّمَانُ والكَسْبُ زِيَادَةٌ لم يَنْقُصْ بِهَا المَبِيعُ ، ولا هي عَوَضٌ عن شَيْءٍ منه ، فَأَمَّا إن جَنَى المَبِيعُ ، ففَدَاهُ المُشْتَرَى ، لم يُلْحَقْ ذلك بالثَّمَنِ ، ولم يُخْبَرَ به في المَرَابَحَةِ ، بغيرِ خِلَافٍ تَعْلَمُهُ ؛ لأنَّ هذا الأَرْضَ لم يَزِدْ به المَبِيعُ قِيمَةً ولا ذَاتًا ، وإِنَّمَا هو مُزِيلٌ لِنَقْصِهِ بِالجِنَايَةِ والعَيْبِ الحَاصِلِ بِتَعَلُّقِهَا بِرَقَبَتِهِ ، فَأشبهَهُ الدَّوَاءَ المُزِيلَ لِمَرَضِهِ الحَادِثِ عِنْدَ / المُشْتَرَى . فَأَمَّا الأَدْوِيَةُ ، والمُؤْتَةُ ، والكُسُوتُ ، وَعَمَلُهُ في السَّلْعَةِ بِنَفْسِهِ ، أو عَمَلٌ غيرُهُ له بغيرِ أُجْرَةٍ ، فإنه

لا يُخْبِرُ بذلك في الثَّمَنِ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وإن أُخْبِرَ بالحَالِ على وَجْهِه ، فَحَسَنٌ .
فصل : وإن اشْتَرَى شَيْئَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، ثم أَرَادَ بَيْعَ أَحَدِهِمَا مُرَابِحَةً ، أو اشْتَرَى
اثنانِ شَيْئًا ، فَتَقاسَمَا ، وأَرَادَ أَحَدُهُمَا بَيْعَ نَصِيبِهِ مُرَابِحَةً ، بالثَّمَنِ الذي أَدَاهُ فِيهِ ،
فذلك قِسْمَانِ :

أحدهما ، أن يكون المَبِيعُ^(٥) من المَتَقَوِّمَاتِ التي لا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليها
بالأجزاء ، كالثيابِ والحيوانِ والشَّجَرَةَ الْمُثْمِرَةَ ، وأشباهِ هذا ، فهذا لا يجوزُ بَيْعُ
بعضِهِ مُرَابِحَةً ، حتى يُخْبِرَ بالحالِ على وَجْهِه . نَصَّ عليه أحمدٌ . فقال : كُلُّ بَيْعٍ
اشْتَرَاهُ جَمَاعَةٌ ، ثم اقْتَسَمُوهُ ، لا يَبِيعُ أَحَدُهُمْ مُرَابِحَةً ، إلا أن يقول : اشْتَرَيْتَاهُ جَمَاعَةً ،
ثم اقْتَسَمْنَاهُ . وهذا مذهبُ الثَّوْرِيِّ ، وإِسْحَاقَ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وقال الشَّافِعِيُّ :
يجوزُ بَيْعُهُ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ على المَبِيعِ على قَدَرِ قِيَمَتِهِ ؛ بِدَلِيلِ
ما لو كان المَبِيعُ شِقْصًا وَسَيْفًا ، أَخَذَ الشَّقِيعُ الشَّقِصَ^(٦) بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ . ولو
اشْتَرَى شَيْئَيْنِ ، فَوَجَدَ أَحَدَهُمَا مَعِيًّا ، رَدَّهُ بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ . وذَكَرَ ابنُ أَبِي موسى ،
فيما اشْتَرَاهُ اثنانِ فَتَقاسَمَا رِوَايَةً أُخْرَى عن أحمدَ ، أَنَّهُ يجوزُ بَيْعُهُ مُرَابِحَةً بما اشْتَرَاهُ ؛
لأنَّ ذلك ثَمَنُهُ ، فهو صَادِقٌ فيما أُخْبِرَ به . ولنا ، أن قِسْمَةَ الثَّمَنِ على المَبِيعِ طَرِيقُهُ
الظَّنُّ والتَّخْمِينُ ، واحْتِمَالُ الخَطَأِ فِيهِ كَثِيرٌ ، وبيْعُ المُرابِحَةِ أَمَانَةٌ ، فلم يَجُزْ هذا
فيه ، فَصارَ هذا كالحَرْصِ الحاصِلِ بالظَّنِّ ، لا يجوزُ أن يُباعَ به ما يَجِبُ التَّماتُّلُ
فيه ، وإنَّما أَخَذَ الشَّقِيعُ بالقيَمَةِ للحاجَةِ الدَّاعِيَةِ إليه ، وكونه لا طَرِيقَ له سِوَى
التَّقْوِيمِ ، ولأنَّه لو لم يَأْخُذْ بالشَّقْعَةِ لَاتَّخَذَهُ النَّاسُ طَرِيقًا لِإِسْقاطِها ، فَيُودَى إلى
تَفْوِيتِها بالكُلِّيَّةِ ، وههنا طَرِيقٌ ، وهو الإخْبَارُ بالحالِ على وَجْهِه ، أو بَيْعُهُ مُساوِمَةً .

(٥) في م : « البيع » .

(٦) في م : « المشقص » .

القسم الثاني ، أن يكون المبيع من المتمثلات التي ينقسم الثمن عليها بالأجزاء ، كالبر والشعير المتساوي ، فيجوز بيع بعضه مرابحةً بقسطه من الثمن . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه خلافاً ؛ لأن ثمن الجزء معلوم يقيناً ، ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة . وإن أسلم في تويين بصفة واحدة ، فأخذها / على الصفة ، وأراد بيع أحدهما مرابحةً بحصته من الثمن ، فالقياس جوازه ؛ لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين ، لا باعتبار القيمة . وكذلك لو أقاله في أحدهما ، أو تعدر تسليمه ، كان له نصف الثمن ، من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما ، فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً . ولأن الثمن وقع عليهما متساوياً لتساوي صفتيهما في الذمة ، فهما كقفيزين من صبرة . وإن حصل في أحدهما زيادة على الصفة ، جرت مجرى الحادث بعد البيع .

٦/٥ و

فصل : وإن اشترى شيئاً بثمن مؤجل ، لم يجز بيعه مرابحةً ، حتى يبين ذلك . وإن اشتراه من أبيه ، أو ابنه ، أو ممن لا تقبل شهادته له ، لم يجز بيعه مرابحةً ، حتى يبين أمره . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد : يجوز من غير بيان ؛ لأنه أخبر بما اشتراه عقداً صحيحاً ، فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي . ولنا ، أنه متهم في الشراء منهم ؛ لكونه يحاييهم ، ويسمح لهم ، فلم يجز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقاً ، كما لو اشترى من مكاتبه ، وفارق الأجنبي ؛ فإنه لا يتهم في حقه . وقياسهم ينطّل بالشراء من مكاتبه ؛ فإنه لا يجوز له بيع ما اشتراه من مكاتبه مرابحةً ، حتى يبين أمره ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإن اشتراه من غلام دكانه الحر ، فقال القاضي : إذا باعه سلعة ، ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك ، لم يجز بيعه مرابحةً حتى يبين^(٧) أمره ، ولا نعلم فيه خلافاً^(٧) . ولأنه متهم في حقه ، فأشبهه من لا تقبل شهادته له . وقال أبو الخطاب : إن فعل ذلك حيلة ، لم يجز .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

وظاهره الجواز إذا لم يكن حيلة . وهذا أصح ؛ لأنه أجنبي ، لكن لا يختص هذا بـغلامٍ ذكّاه ، بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز ، وكان حراماً وتدليساً ، على ما ذكّرنا من قبل .

فصل : فإن اشترى ثوباً بعشرة ، ثم باعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة ، استحب أن يُخبر بالحال على وجهه ، فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ، ولم يُبين ، جاز . وهو قول الشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ؛ لأنه صادق فيما أخبر به ، وليس فيه تهمّة ، ولا تعريض بالمشتري . فأشبهه ما لو لم يربح فيه . وروى عن ابن سيرين ، أنه يطرّح الربح من الثمن ، ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة . وأعجب أحمد قول ابن سيرين ، قال : فإن باعه على ما / اشتراه ، يُبين أمره . يعنى يُخبر أنه ربح فيه مرّة ، ثم اشتراه . وهذا محمول على الاستحباب ؛ لما ذكّرناه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعه مرابحة ، إلا أن يُبين أمره ، ^(٨) أو يُخبر ^(٩) أن رأس ماله عليه خمسة . وهذا قول القاضي وأصحابه ؛ لأن المرابحة تُضمّ فيها العقود ، فيُخبر بما تقوّم عليه ، كما تُضمّ أجره الحياط والقصار . وقد استفاد ^(٩) بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأوّل ؛ لأنه أمين أن يردّه عليه ، ولأن الربح أحد نوعي الثمن ، فوجب أن يُخبر به في المرابحة ، كالولد والثمرة . فعلى هذا ينبغي أنه إذا طرّح الربح من الثمن الثاني يقول : تقوّم على خمسة . ولا يجوز أن يقول : اشتريته بخمسة . لأن ذلك كذب ، والكذب حرام ، ويصير كما لو ضمّ أجره القصار والخياطة إلى الثمن ، وأخبر به . ولنا ، ما ذكّرناه فيما تقدّم . وما ذكروه من ضمّ القصار والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوّه على أصلهم ، لا نسلمه ، ثم لا يشبه هذا ما ذكره ؛ لأنّ المؤنّة والثمن لزمّاه في هذا البيع الذي يلي المرابحة ، وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء ، فأشبهه الحسارة فيه . وأمّا تقرير الربح ، فغير صحيح ؛ فإن

٦/٥ ظ

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

(٩) في الأصل : « استعاد » .

العقد الأول قد لزم ، ولم يظهر العيب ، ولم يتعلّق به حكمه ، ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسألة أنّ للمشتري أن يرده على البائع إذا ظهر على عيب قديم . وإذا لم يلزمه طرح النماء والعلّة ، فههنا أولى ، ويجيء على هذا القول ، أنّه لو اشتراه بعشرة ، ثم باعه بعشرين ، ثم اشتراه بعشرة ، فإنّه يُخبر أنّها حصلت بغير شيء . وإن اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ، ثم اشتراها بخمسة ، أخبر أنّها تقومت عليه بدرهمين . وإن اشتراها بخمسة عشر ، أخبر أنّها تقومت عليه باثني عشر . نصّ أحمد على نظير هذا . وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان ، فإن لم يربح ، ولكن اشتراها ثانية بخمسة ، أخبر بها ؛ لأنّها ثمن العقد الذي يلي المراجعة . ولو خسر فيها ، مثل أن اشتراها بخمسة عشر ، ثم باعها بعشرة ، ثم اشتراها بأى ثمن كان ، أخبر به . ولم يجوز أن يضمّ الحسارة إلى الثمن الثاني ، فيخبر به في المراجعة ، بغير خلاف نعلمه . وهذا يدلّ على صحّة ما ذكرناه ، والله أعلم .

فصل : وكلّ ما قلنا : / إنّه يلزمه أن يُخبر به في المراجعة ويبيّنه . فلم يفعل ، فإنّ البيع لا يفسد به ، ويثبت للمشتري الخيار بين الأخذ به وبين الردّ ، إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله ، على ما قدّمناه من القول فيه . وإن اشتراه بثمن مؤجل ، ولم يبيّن أمره ، فعن أحمد ، أنّه مخير بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالاً وبين الفسخ . وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعي ؛ لأنّ البائع لم يرض المشتري ، وقد تكون ذمته دون ذمّة البائع ، فلا يلزمه الرضى بذلك . وحكى ابن المنذر عن أحمد ، أنّه إن كان المبيع قائماً ، كان له ذلك إلى الأجل - يعنى وإن شاء فسح - وإن كان قد استهلك ، حبس المشتري الثمن بقدر الأجل . وهذا قول شريح ؛ لأنّه كذلك وقع على البائع ، فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفتيه ، كما لو أخبر بزيادة على الثمن ، وكونه لم يرض بدمّة المشتري لا يمنع نفوذ البيع بذلك ، كما أنّه إذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه إلا بما أخبر به ، ولم يلتفت إلى رضاه ، بل وجب الرجوع إلى ما وقع به البيع الأول . كذا ههنا .

فصل : فإن ابتاعه بدينارين ، فأخبر أنه اشتراه بدينارين ، أو كان بالعكس ، أو اشتراه بعرض ، فأخبر أنه اشتراه بثمن ، أو بثمن ، فأخبر أنه اشتراه بعرض ، وأشباه هذا ، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرُّجوع بالثمن ، وبين الرضى به بالثمن الذى تبايعا به ، كسائر المواضع التى ثبتت فيها ذلك .

فصل : وإن ابتاع اثنين ثوبًا بعشرين ، وبُذِلَ لهما فيه اثنان وعشرون ، فاشتري أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر ، فإنه يُخبر في المراجعة بأحد وعشرين . نص عليه أحمد . وهذا قول النخعي . وقال الشعبي : يبيعه على اثنين وعشرين ؛ لأن ذلك الدرهم الذى كان أعطيه قد كان أحرزه . ثم رجع بعد ذلك إلى قول إبراهيم ، ولا نعلم أحدًا خالف ذلك ؛ لأنه اشترى نصفه الأول بعشرة ، ثم اشترى نصفه الثانى بأحد عشر ، فصار مجموعهما أحدًا وعشرين .

فصل : قال أحمد : ولا بأس أن يبيع بالرَّقم . ومعناه ، أن يقول : بعثك هذا الثوب برقمه . وهو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلومًا لهما حال العقد ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وكرهه / طاوس . ولنا ، أنه يبيع بثمن معلوم ، فأشبه ما لو ذكر مقداره ، أو ما لو قال : بعثك هذا بما اشتريته به . وقد علما قدره ، فإن لم يكن معلومًا لهما ، أو لأحدهما ، لم يصح ؛ لأن الثمن مجهول . قال أحمد : والمساومة عندي أسهل من بيع المراجعة ؛ وذلك لأن بيع المراجعة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري ، ويحتاج فيه إلى تبين الحال على وجهه في المواضع التى ذكرناها ، ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط ، فيكون على خطرٍ وعرٍ ، وتجنب ذلك أسلم وأولى .

فصل : وبيع التولية : هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة . وحكمه في الإخبار بثمنه ، وتبين ما يلزمه تبينه ، حكم المراجعة في ذلك كله ، ويصح بلفظ البيع ، ولفظ التولية .

٧٥٢ - مسألة ؛ قال : (وإن أُخْبِرَ بِنُقْصَانِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ ، كَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّهُ ، أَوْ إِعْطَاؤُهُ مَا غَلِطَ بِهِ ، وَلَهُ أَنْ يُحْلَفَهُ أَنْ وَقَّتْ مَا بَاعَهَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ شِرَاءَهَا بِأَكْثَرِ)

وجملة ذلك ، أنه إذا قال في المُرَابَحَةِ : رَأْسُ مَالِي فِيهِ مِائَةٌ ، وَأَرْبُحُ عَشْرَةٌ . ثم عادَ فقال : غَلِطْتُ ، رَأْسُ مَالِي فِيهِ مِائَةٌ وَعَشْرَةٌ . لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الغَلْطِ ، إِلَّا بَيِّنَةٌ تُشْهَدُ أَنَّ رَأْسَ مَالِهِ عَلَيْهِ مَا قَالَهُ ثَانِيًا . وَذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ وَإِسْحَاقَ . وَرَوَى أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ ، إِذَا كَانَ الْبَائِعُ مَعْرُوفًا بِالصِّدْقِ ، قَبْلَ قَوْلِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ صَدُوقًا ، جَارَ الْبَيْعِ . قَالَ الْقَاضِي : وَظَاهِرُ كَلَامِ الخِرْقِيِّ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا دَخَلَ مَعَهُ فِي المُرَابَحَةِ فَقَدْ ائْتَمَنَهُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْأَمِينِ مَعَ يَمِينِهِ ، كَالْوَكِيلِ وَالْمُضَارِبِ . وَالظَّاهِرُ أَنَّ الخِرْقِيَّ لَمْ يَتْرُكْ ذِكْرَ مَا يَلْزَمُ الْبَائِعَ فِي إِثْبَاتِ دَعْوَاهُ ؛ لِكَوْنِهِ يَقْبَلُ مُجَرَّدَ دَعْوَاهُ ، بَلْ لِأَنَّهُ عَطَفَهُ عَلَى الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ، وَقَدْ ذَكَرَ فِيهَا ، فَعَلِمَ أَنَّهُ زَادَ فِي رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِمَا يَحْصُلُ بِهِ الْعِلْمُ ، لَكِنْ قَدْ عَلِمْنَا أَنَّ الْعِلْمَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ ، كَذَلِكَ عَلِمَ غَلِطَهُ هَهُنَا يَحْصُلُ بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ مِنَ الْمُشْتَرِي ، وَكَوْنُ الْبَائِعِ مُؤْتَمَنًا لَا يُوجِبُ قَبُولَ دَعْوَاهُ فِي الغَلْطِ ، كَالْمُضَارِبِ وَالْوَكِيلِ إِذَا أَقْرَأَ بِرَبْحٍ ، ثُمَّ قَالَ : غَلِطْنَا أَوْ نَسِينَا . وَالْيَمِينُ الَّتِي ذَكَرَهَا الخِرْقِيُّ هَهُنَا ، إِنَّمَا هِيَ نَفْيٌ ^(١) عِلْمِهِ بِغَلْطِ نَفْسِهِ وَقَتَّ الْبَيْعِ ، لَا عَلَى إِثْبَاتِ غَلِطِهِ . / وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ قَوْلَ الْبَائِعِ ، وَإِنْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَةٌ حَتَّى يُصَدِّقَهُ الْمُشْتَرِي . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ بِالثَّمَنِ ، وَتَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ . فَلَا يَقْبَلُ رُجُوعَهُ وَلَا بَيِّنَتَهُ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِكَذِبِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، شَهِدَتْ بِمَا يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ ، فَتَقْبَلُ ، كَسَائِرِ الْبَيِّنَاتِ . وَلَا يُسَلَّمُ أَنَّهُ أَقْرَبُ بِخِلَافِهَا ؛ فَإِنَّ الْإِقْرَارَ يَكُونُ لَغَيْرِ الْمُقَرَّرِ ، وَحَالَةَ إِخْبَارِهِ بِثَمَنِهَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ حَقٌّ لَغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا .

(١) في م : « على نفس » .

فإن لم تكن **بَيِّنَةٌ** ، أو كانت له **بَيِّنَةٌ** ، وقلنا : لا تُقْبَلُ **بَيِّنَتُهُ** ، فادَّعى أَنَّ المُشْتَرِيَّ يَعْلَمُ غَلْطَهُ ، فَأُنْكَرَ المُشْتَرِيَّ ، فالقولُ قوله ، وإن طَلَبَ **يَمِينَهُ** ، فقال القاضي : لا **يَمِينٌ** عليه ؛ لأنه مُدَّعٍ ، وال**يَمِينُ** على المُدَّعى عليه . ولأنه قد أَقْرَّ له فَيَسْتَعْنِي بِالْإِقْرَارِ عن **الْيَمِينِ** . والصَّحِيحُ أَنَّ عليه **الْيَمِينُ** أَنَّهُ لا يَعْلَمُ ذلك ؛ لأنه ادَّعى عليه ما يَلْزُمُهُ به رَدُّ السَّلْعَةِ أو زِيَادَةٌ فِي ثَمَنِهَا ، فَلَزِمَتْهُ **الْيَمِينُ** ، كَمَوْضِعِ الْوِفَاقِ . وليس هو هُهْنًا مُدَّعِيًا ، إِنَّمَا هو مُدَّعى عليه الْعِلْمُ بِمِقْدَارِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، ثم قال الخِرَقِيُّ : له أَنْ يُحْلَفَ أَنْ وَقَّتْ ما بَاعَهَا لم يَعْلَمْ أَنَّ شِرَاءَهَا أَكْثَرُ . وهذا صَحِيحٌ ، فَإِنَّهُ لو بَاعَهَا بهذا الثَّمَنِ عَالِمًا بَأَنَّ ثَمَنَهَا عليه أَكْثَرُ ، لَزِمَهُ الْبَيْعُ بما عَقَدَ عليه ؛ لأنه تَعَاطَى شَيْئًا عَالِمًا بِالْحَالِ ، فَلَزِمَهُ ، كَمُشْتَرِيِّ الْمَعِيبِ عَالِمًا بَعَيْبِهِ . وإذا كان الْبَيْعُ يَلْزُمُهُ بِالْعِلْمِ ، فادَّعى عليه ، لَزِمَتْهُ **الْيَمِينُ** . فَإِنْ نَكَلَ قَضَى عليه . وَإِنْ حَلَفَ خَيْرَ الْمُشْتَرِيَّ بين قَوْلِهِ بِالثَّمَنِ وَالزِّيَادَةِ الَّتِي غَلِطَ بِهَا وَحَطَّهَا مِنَ الرَّبْحِ ، وبين فَسْخِ الْعَقْدِ .^(١) وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا بَاعَهُ بِمِائَةِ وَرَبْحِ عَشْرَةٍ ، ثم إِنَّهُ غَلِطَ بِعَشْرَةٍ ، لا يَلْزُمُهُ حَطُّ الْعَشْرَةِ مِنَ الرَّبْحِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ رَضِيَ بِرَبْحِ عَشْرَةٍ فِي هَذَا الْمَبِيعِ ، فلا يَكُونُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْهَا . وكذلك إِنْ تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهُ زَادَ فِي رَأْسِ مَالِهِ ، لا يَنْقُصُ الرَّبْحُ مِنْ عَشْرَةٍ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ لم يَبِيعْهُ ، إِلَّا بِرَبْحِ عَشْرَةٍ ، فَأَمَّا إِنْ قَالَ : وَأَرْبُحُ فِي كُلِّ عَشْرَةٍ دِرْهَمًا . أو قَالَ : ده يازده . لَزِمَهُ حَطُّ الْعَشْرَةِ مِنَ الرَّبْحِ فِي الْعَلْطِ وَالزِّيَادَةِ عَلَى الثَّمَنِ فِي الصُّورَتَيْنِ^(٢) . وَإِنَّمَا اثْبَتْنَا لَهُ الْخِيَارَ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنَّ الثَّمَنَ مِائَةٌ وَعَشْرَةٌ ، فإذا بان أَكْثَرُ كان عليه ضَرَرٌ فِي التِّزَامِهِ ، فلم يَلْزَمَهُ ، كَالْمَعِيبِ . وَإِنْ اخْتَارَ أَخَذَهَا بِمِائَةٍ وَأَحَدٍ وَعِشْرِينَ ، لم يَكُنْ لِلْبَائِعِ خِيَارًا ؛ لِأَنَّهُ قد زَادَهُ خَيْرًا ، فلم يَكُنْ لَهُ خِيَارًا ، كَبَائِعِ الْمَعِيبِ إِذَا رَضِيَهِ الْمُشْتَرِي . وَإِنْ اخْتَارَ الْبَائِعُ اسْتِقْاطَ الزِّيَادَةِ عن الْمُشْتَرِي ، فلا خِيَارَ لَهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ قد بَدَّلَهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، وَتَرْضَايَا بِهِ .

فصل : ويجوزُ بَيْعُ الْمَوْضَاعَةِ ، وهو أَنْ يُخْبَرَ بِرَأْسِ مَالِهِ ثم يَقُولُ : بَعْتُكَ هَذَا

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

به ، وأضع عنك كذا . فإن قال : بوضيعة درهم من كل عشرة ، كرهه ؛ لما ذكرنا في المراجعة ، وصح ؛ ويطرح من كل عشرة درهماً . / فإن كان الثمن مائة لزمه تسعون ، ويكون الخط عشرة . وقال قوم : يكون الخط من كل أحد عشر درهماً ، فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم ، وتبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم . وهذا غلط ؛ لأن هذا يكون خطأ من كل أحد عشر ، وهو غير ما قاله . فأما إن قال بوضيعة درهم لكل عشرة ، كان الوضيعة من كل أحد عشر درهماً ، ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم . وهذا قول أبي حنيفة والشافعي . وحكى عن أبي ثور ، أنه قال : الخط ههنا عشرة مثل الأولى . وليس بصحيح ؛ فإنه إذا قال : لكل عشرة درهماً . يكون الدرهم من غيرها . فكأنه قال : من كل أحد عشر درهماً درهماً^(٣) . وإذا قال : من كل عشرة درهماً . كان الدرهم من العشرة ؛ لأن « من » للتبويض ، فكأنه قال : آخذ من العشرة تسعة ، وأخط منها درهماً .

فصل : إذا اشتري رجل نصف سلعة بعشرة ، واشتري آخر نصفها بعشرين ، ثم باع^(٤) مساومة بئمن واحد ، فهو بينهما نصفان . لا تعلم فيه خلافاً ؛ لأن الثمن عوض عنها ، فيكون بينهما على حسب ملكيهما فيها . وإن باع^(٤) ، مراجعة أو مواضعة أو تولية ، فكذلك ، نص عليه أحمد . وهو قول ابن سيرين والحكم ، قال الأثرم : قال أبو عبد الله رحمه الله : إذا باع^(٤) ، فالثمن بينهما نصفان . قلت : أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر ؟ فقال : وإن أليس الثوب بينهما الساعة سواء ، فالثمن بينهما ؛ لأن كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه . وحكى أبو بكر ، عن أحمد ، رواية أخرى ، أن الثمن بينهما على قدر رغوس أموالهما ؛ لأن بيع المراجعة يقتضى أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال ، فيكون مقسوماً بينهما على

(٣) أى : أخط درهماً .

(٤) فى م : « باعها » خطأ .

حَسَبِ رُغُوسِ أَمْوَالِهِمَا . ولم أَجِدْ عن أَحْمَدَ رِوَايَةً بِمَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ . وقيل : هذا وَجْهٌ خَرَّجَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وليس بِرِوَايَةٍ . والمذهبُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ عَوَضُ المَبِيعِ ، ومِلْكُهُمَا مُتَسَاوٍ فِيهِ ، فَكانَ مِلْكُهُمَا لِعِوَضِهِ^(٥) ، مُتَسَاوِيًا . كما لو باعاهُ مُساوَاةً .

فصل : ومتى باعاهُ السَّلْعَةَ بِرَقْمِهَا ، ولا يَعْلَمَانِهِ ، أو جَهْلًا رَأْسَ المَالِ فِي المُرَابَحَةِ ، أو المُواضَعَةِ ، أو التَّوَلِيَةِ ، / أو جَهْلَ ذلكَ أَحَدُهُما ، أو جَهْلَ قَدَرِ الرِّبْحِ ، أو قَدَرِ الوَضِيعَةِ ، فَالْبَيْعُ باطلٌ ؛ لأنَّ العِلْمَ بِالثَّمَنِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ البَيْعِ ، فلا يَثْبُتُ بَدُونِهِ . ولو باعَهُ بِمِائَةِ ذَهَبًا وَفِضَّةً ، لم يَصِحَّ البَيْعُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةٌ : يَصِحُّ ، ويكونُ نِصْفَيْنِ ؛ لأنَّ الإِطْلَاقَ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، كالإِقرارِ . ولنا ، أَنَّ قَدْرَ كُلِّ واحِدٍ مِنْهُما مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِمِائَةِ بَعْضُها ذَهَبٌ . وقولُهُ : إِنَّهُ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ . لا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ لو فَسَّرَهُ بِغَيْرِ ذلكَ ، صَحَّ . وكذلك لو أَقْرَأَهُ بِمِائَةِ ذَهَبًا وَفِضَّةً ، فَالقولُ قولُهُ في قَدْرِ كُلِّ واحِدٍ مِنْهُما .

٧٥٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا باعَ شَيْئًا وَاحْتَلَفَا فِي ثَمَنِهِ ، تَحَالَفاً ، فَإِنْ شاءَ المُشْتَرِي أَحَدَهُ بَعْدَ ذلكَ بِمَا قالَ البائِعُ ، وإِلا فَانْفَسَخَ البَيْعُ بَيْنَهُما ، والمُبْتَدِئُ بِالْيَمِينِ البائِعُ)

والكلامُ في هذهِ المَسْأَلَةِ في فُصولِ ثلاثَةٍ :

أَحَدُها ، أَنَّهُ إِذا اِخْتَلَفَ المُتَباعِيانِ والسَّلْعَةُ قائِمَةٌ ، فقالَ البائِعُ : بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ . وقالَ المُشْتَرِي : بل بِعِشْرَةٍ ، ولأَحَدِهِما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِها . وإن لم يَكُنْ لهما بَيِّنَةٌ تَحالفاً . وبهذا قال شَرِيحٌ ، وأبو حنيفةٌ ، والشَّافِعِيُّ ، ومالِكٌ في رِوَايَةٍ . وعنه . القولُ قولُ المُشْتَرِي مع يَمِينِهِ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وزُفَرٌ ؛ لأنَّ البائِعَ يَدْعِي عِشْرَةَ زائِدَةً ، يُنكِرُها

(٥) في م : « كعوضه » .

المُشْتَرَى ، والقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وقال الشَّعْبِيُّ : القَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ، أو يَتَرَادَانِ الْبَيْعَ . وحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عن إِمَامِنَا ، رَحِمَهُ اللهُ ؛ (١) لِمَا رَوَى (١) ابْنُ مَسْعُودٍ ، عن رَسُولِ اللهِ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا اِخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ ، أو يَتَرَادَانِ الْبَيْعَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وِابْنُ مَاجَةَ ، وَغَيْرُهُمَا (٢) . وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى الْقَوْلَيْنِ وَاحِدًا ، وَأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِذَا حَلَفَ فَرَضَى الْمُسْتَرَى بِذَلِكَ ، أَخَذَ بِهِ ، وَإِنْ أَبَى ، حَلَفَ أَيْضًا ، وَفَسِخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا ، لِأَنَّ فِي بَعْضِ الْأَفَاطِ حَدِيثَ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ ، وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ . وَلَا بَيِّنَةٌ لِأَحَدِهِمَا ، تَحَالَفَا » (٣) . وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ وَمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْبَائِعَ يَدْعِي عَقْدًا بِعِشْرِينَ ، يُنْكِرُهُ الْمُسْتَرَى ، وَالْمُسْتَرَى يَدْعِي عَقْدًا بِعِشْرَةٍ ، يُنْكِرُهُ الْبَائِعُ ، وَالْعَقْدُ بِعِشْرَةٍ / غَيْرِ الْعَقْدِ بِعِشْرِينَ ، فَشَرِعَتِ الْيَمِينُ فِي حَقِّهِمَا ، وَهَذَا الْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرُوهُ .

ظ ٩/٥

الفصل الثاني ، أَنَّ الْمُبْتَدِيَءَ بِالْيَمِينِ الْبَائِعُ ، فَيَحْلِفُ مَا بَعْتُهُ (٤) بِعِشْرَةٍ ، وَإِنَّمَا بَعْتُهُ (٤) بِعِشْرِينَ . فَإِنْ شَاءَ الْمُسْتَرَى أَخَذَهُ بِمَا قَالَ الْبَائِعُ ، وَإِلَّا يَحْلِفُ مَا اشْتَرَيْتُهُ بِعِشْرِينَ ، وَإِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ بِعِشْرَةٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَتَبَدَّىءُ بِيَمِينِ الْمُسْتَرَى ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْيَمِينُ فِي جَنَّتِهِ أَقْوَى ، وَلِأَنَّهُ يُقْضَى بِنُكُولِهِ ، وَيَنْفَصِلُ الْحُكْمُ ، وَمَا كَانَ أَقْرَبَ إِلَى فَصْلِ الْخُصُومَةِ كَانَ أَوْلَى . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ

(١ - ١) فِي م : « وَرَوَى » .

- (٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْبَيْعَانِ يَخْتَلِفَانِ ، مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٣٧/٢ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ إِذَا اِخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٥٥/٢ .
 وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٥٠/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْخِيَارِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَوْطَأُ ٦٧١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمَسْنَدِ ٤٦٦/١ .
 (٣) الرَّوَايَةُ هَذَا اللَّفْظُ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِ الْحَدِيثِ الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا . وَقَالَ الْحَافِظُ ابْنُ حَجَرٍ : أَمَا رَوَايَةُ التَّحَالَفِ فَاعْتَرَفَ الرَّافِعِيُّ فِي التَّنْذِيرِ أَنَّهُ لَا ذِكْرَ لَهَا فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِ الْحَدِيثِ . التَّلْخِيصُ الْحَبِيرُ ٣١/٣ .
 (٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

عليه **صَلَّى** : « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ » . وفي لَفْظٍ : « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ ، وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ » . رواه الإمام أحمد^(٥) . ومعناه : إن شاء أَخَذَ ، وإن شاء حَلَفَ . ولأنَّ البائع أقوى جَنَبَةً ؛ لأنَّهما إذا تَحَالَفا عَادَ الْمَبِيعُ إِلَيْهِ ، فَكَانَ أَقْوَى ، كصاحبِ الْيَدِ ، وقد بَيَّنَّا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكَرٌ ، فَيَتَسَاوِيَانِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ . والبائعُ إذا نَكَلَ ، فهو بِمَنْزِلَةِ نُكُولِ الْمُشْتَرِي ، يَحْلِفُ الْآخَرُ ، وَيُقْضَى لَهُ ، فهما سَوَاءٌ .

الفصل الثالث ، أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ الْبَائِعُ فَتَكَلَّ الْمُشْتَرِي عَنِ الْيَمِينِ ، قُضِيَ عَلَيْهِ . وَإِنْ نَكَلَ الْبَائِعُ ، حَلَفَ الْمُشْتَرِي ، وَقُضِيَ لَهُ . وَإِنْ حَلَفَا جَمِيعًا ، لَمْ يَنْفَسَخِ الْبَيْعُ بِنَفْسِ التَّحَالِفِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ صَحِيحٌ ، فَتَنَازُعُهُمَا ، وَتَعَارُضُهُمَا لَا يَنْفَسِخُهُ ، كَمَا لَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ ، لَكِنْ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ صَاحِبِهِ ، أَقْرَأَ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَرْضِيَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ . هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ الْفَسْخُ عَلَى الْحَاكِمِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحًا ، وَأَحَدُهُمَا ظَالِمٌ ، وَإِنَّمَا يَنْفَسِخُهُ الْحَاكِمُ لِتَعَدُّرِ إِمْضَائِهِ فِي الْحُكْمِ ، فَأَشْبَهَ نِكَاحَ الْمَرْأَةِ إِذَا زَوَّجَهَا الْوَلِيُّانِ ، وَجُهِلَ السَّابِقُ مِنْهُمَا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ **صَلَّى** : « أَوْ يَتَرَادَانِ الْبَيْعَ » . وَظَاهِرُهُ اسْتِقْلَالُهُمَا بِذَلِكَ ، وَفِي الْقِصَّةِ ، أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَاعَ الْأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ رَقِيقًا مِنْ رَقِيقِ الْإِمَارَةِ ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ : بَعْتُكَ بِعِشْرِينَ أَلْفًا . قَالَ الْأَشْعَثُ : اشْتَرَيْتُ مِنْكَ بِعِشْرَةِ آلَافٍ . فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ **صَلَّى** يَقُولُ : « إِذَا ائْتَلَفَ الْبَيْعَانِ ، وَلَيْسَ / بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَالْبَيْعُ^(٦) قَائِمٌ بِعَيْنِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ ، أَوْ يَتَرَادَانِ الْبَيْعَ » . قَالَ : فَإِنِ ارْتَدَّ الْبَيْعُ . رواه سَعِيدٌ ، عَنْ هُشَيْمٍ ، عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، عَنْ^(٧) الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ^(٧) ، عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ .

١٠/٥ و

(٥) في : المسند ٤٦٦/١ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء إذا اختلف البيعان ، من أبواب البيوع . عارضة الاحوذى ٥/٢٧١ .

(٦) في م : « والمبيع » .

(٧ - ٧) في النسخ : « عبد الرحمن بن القاسم » . والتصحيح من كتب السنة ، وانظر : تحفة الأشراف

. ٧٥ ، ٧٤/٧ .

وَرَوَى أَيْضًا حَدِيثًا عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عَبْدِ عُبَيْدَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ اسْتُحْلِفَ الْبَائِعُ ، ثُمَّ كَانَ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ أَحَدٌ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ »^(٨) . وهذا ظاهرٌ في أنه يفسخ من غير حاكمٍ ؛ لأنه جعل الخيار إليه ، فأشبهه من له خيار الشرط ، أو الرد بالعيب . ولأنه فسح لاستدراك الظلامة ، فأشبهه الرد بالعيب ، ولا يشبهه النكاح ؛ لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق . وإذا فسخ العقد ، فقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ^(٩) ظاهرًا وباطنًا ؛ لأنه فسح لاستدراك الظلامة ، فهو كالرد بالعيب ، أو فسح عقد بالتحالف^(١٠) ، فوقع في الظاهر والباطن ، كالفسخ باللعان . وقال أبو الخطاب : إن كان البائع ظالمًا ، لم يفسخ^(١١) العقد في الباطن ؛ لأنه كان يمكنه إمضاء العقد ، واستيفاء حقه ، فلا يفسخ العقد في الباطن ، ولا يباح له التصرف في المبيع ؛ لأنه غاصبٌ ، فإن كان المشتري ظالمًا ، انفسخ البيع ظاهرًا وباطنًا ؛ 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 فاسدٌ ؛ لأنه لو علم أنه لم يفسخ في الباطن بحال ، لما أمكن فسخه في الظاهر ، فإنه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع إليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرمٌ منع منه . ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهرًا وباطنًا ، فأنفسخ

= وهو أبو عبد الرحمن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود المسعودي الكوفي القاضي . روى عن أبيه ، وعن جده مرسلًا ، وعن ابن عمر ، وجابر بن سمرة ، وغيرهم . مات سنة عشرين ومائة . تهذيب التهذيب ٣٢٢ ، ٣٢١/٨ .

(٨) وأخرجه النسائي ، في : باب اختلاف المتبايعين في الثمن ، من كتاب البيوع . المحتجى ٢٦٦/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٦/١ . والبيهقي ، في : باب اختلاف المتبايعين ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٣٣/٥ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ١٨/٣ ، ١٩ .

(٩) في الأصل : « ينعقد » .

(١٠) في الأصل : « التحالف » .

(١١) في م : « يفسخ » .

بَفَسْحِهِ فِي الْبَاطِنِ ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ إِنْ فَسَحَهُ الصَّادِقُ مِنْهَا ، أَنْفَسَحَ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ فَسَحَهُ الْكَاذِبُ عَالِمًا بِكَذِبِهِ ، لَمْ يَنْفَسِحْ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِلُّ لَهُ الْفَسْحُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ ، وَيَثْبُتْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى صَاحِبِهِ ، فَيُبَاحُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيمَا رَجَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ رَجَعَ إِلَيْهِ بِحُكْمِ الشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ عُدْوَانٍ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَدَّ عَلَيْهِ الْمَبِيعَ بِدَعْوَى الْعَيْبِ ، وَلَا عَيْبَ فِيهِ .

٧٥٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتِ السَّلْعَةُ تَالِفَةً تَحَالَفًا وَرَجَعًا إِلَى قِيَمَةِ مِثْلِهَا ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُشْتَرِي أَنْ يُعْطَى الثَّمَنَ عَلَى مَا قَالَ الْبَائِعُ . فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الصِّفَةِ ، فَالْقَوْلُ ^(١) قَوْلُ الْمُشْتَرِي ، مَعَ يَمِينِهِ فِي الصِّفَةِ)

وَجُمَلَتُهُ ؛ أَنَّهُمَا إِذَا اِخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ السَّلْعَةِ بَعْدَ تَلْفِئِهَا ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَتَحَالَفَانِ ، مِثْلَ مَا لَوْ كَانَتْ قَائِمَةً . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَإِخْدَى الرَّوَاتِبَيْنِ عَنْ مَالِكٍ . وَالْأُخْرَى ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ . اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ ^(٢) قَوْلُ النَّحَّعِيِّ ، وَالْقُورِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْحَدِيثِ : « وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ » ^(٣) . فَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ لَا يُشْرَعُ التَّحَالُفُ عِنْدَ تَلْفِئِهَا . وَلِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى نَقْلِ السَّلْعَةِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَاسْتِحْقَاقِ عَشْرَةِ فِي ثَمَنِهَا ، وَاجْتِهَادًا فِي عَشْرَةِ زَائِدَةٍ ، الْبَائِعُ يَدْعِيهَا وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَتَرَكْنَا هَذَا الْقِيَاسَ حَالَ قِيَامِ السَّلْعَةِ لِلْحَدِيثِ الْوَارِدِ فِيهِ ، فَفِيمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى الْقِيَاسِ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى عُمُومُ قَوْلِهِ : « إِذَا اِخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ » ^(٤) . وَقَالَ أَحْمَدُ : وَلَمْ يَقُلْ فِيهِ : « وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ » . إِلَّا يَزِيدُ ابْنُ هَارُونَ . قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ : وَقَدْ أَخْطَأَ رِوَاةَ الْحَلِيفِ عَنِ الْمَسْعُودِيِّ ^(٥) ، لَمْ

(١) فِي م : « بِالْقَوْلِ » . تَحْرِيفٌ .

(٢) فِي م : « وَهَذَا » .

(٣) تَقْدِيمُ التَّخْرِيجِ فِي صَفْحَةِ ٢٧٩ ، وَالْحَدِيثُ الثَّانِي فِي صَفْحَةِ ٢٨٠ .

(٤) رَاوَى الْحَدِيثَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَتَقْدَمُ فِي صَفْحَةِ ٢٨٠ .

يَقُولُوا هَذِهِ الْكَلِمَةُ ، وَلَكِنَّهَا فِي حَدِيثٍ مَعْنٍ . وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ وَمُنَكَّرٌ ، فَيُشْرَعُ الْيَمِينُ ، كَحَالِ قِيَامِ السَّلْعَةِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْمَعْنَى يَبْتَغِي بِحَالِ قِيَامِ السَّلْعَةِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِقِيَامِ السَّلْعَةِ وَتَلْفِهَا . وَقَوْلُهُمْ : تَرَكْنَا لِلْحَدِيثِ . قُلْنَا : لَيْسَ فِي الْحَدِيثِ : « تَحَالَفًا » ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بَثَابَةٍ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَخْبَارِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَلَيْسَ فِي هَذَا الْبَابِ حَدِيثٌ يُعْتَمَدُ عَلَيْهِ . وَعَلَى أَنَّهُ إِذَا حُولِفَ الْأَصْلُ لِمَعْنَى ، وَجَبَ تَعْدِيَةُ الْحُكْمِ بِتَعْدَى ذَلِكَ الْمَعْنَى ، فَتَقْيَسُ عَلَيْهِ ، بَلْ يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِالْبَيِّنَةِ ، فَإِنَّ التَّحَالَفَ إِذَا ثَبَتَ مَعَ قِيَامِ السَّلْعَةِ ، مَعَ أَنَّهُ يُمَكِّنُ مَعْرِفَةَ ثَمَنِهَا لِلْمَعْرِفَةِ بِقِيمَتِهَا ، فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الثَّمَنَ يَكُونُ بِالْقِيَمَةِ ، فَمَعَ تَعَدُّرِ ذَلِكَ أَوْلَى . فَإِذَا تَحَالَفَا ، فَإِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا قَالَ الْآخَرُ ، لَمْ يُفْسَخِ الْعَقْدُ ؛ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى فُسْخِهِ ، وَإِنْ لَمْ / يَرْضِيَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فُسْخُهُ ، كَمَا لَهُ ذَلِكَ فِي حَالِ بَقَاءِ السَّلْعَةِ ، وَيُرَدُّ الثَّمَنُ الَّذِي قَبَضَهُ الْبَائِعُ إِلَى الْمُشْتَرِي ، وَيُدْفَعُ الْمُشْتَرِي قِيَمَةَ السَّلْعَةِ إِلَى الْبَائِعِ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَتَسَاوَا بِعَدِ التَّقَابُضِ ، تَقَاصًا . وَيَبْنِي أَنْ لَا يُشْرَعَ التَّحَالَفُ وَلَا الْفُسْخُ ، فِيمَا إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ السَّلْعَةِ مُسَاوِيَةً لِلثَّمَنِ الَّذِي أَدَّاهُ الْمُشْتَرِي ، وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي يَمِينِ الْبَائِعِ ، وَلَا فُسْخَ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْحَاصِلَ بِذَلِكَ الرَّجُوعُ إِلَى مَا أَدَّاهُ الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقْلَ ، فَلَا فَائِدَةَ لِلْبَائِعِ فِي الْفُسْخِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُشْرَعَ لَهُ الْيَمِينُ وَلَا الْفُسْخُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ضَرَّرَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ فَائِدَةٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشْرَعَ لِتَحْصِيلِ (٥) الْفَائِدَةَ لِلْمُشْتَرِي . وَمَتَى اخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ السَّلْعَةِ ، رَجَعَا إِلَى قِيَمَةِ مِثْلِهَا ، مَوْصُوفًا بِصِفَاتِهَا ، فَإِنَّ اخْتِلَافًا فِي الصِّفَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلَ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلَ الْغَارِمِ .

فصل : وَإِنْ تَقَايَلَا الْمَبِيعَ ، أَوْ رُدَّ بَعْضُ بَعْضِ الْبَائِعِ الثَّمَنَ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي

(٥) فِي م : « لِتَحْصِيلِ » .

قَدْرِهِ ، فالقول قول البائع ؛ لأنه مُنْكَرٌ لِمَا يَدَّعِيهِ الْمُشْتَرِي بعد انفساخ العقد ، فأشبهه ما لو اختلفا في القبض .

فصل : وإن قال : بعثك هذا العبد باللف . فقال : بل هو والعبد الآخر باللف . فالقول قول البائع مع يمينه ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : يتحالفان ؛ لأنهما اختلفا في أخذ^(٦) عوضي العقد ، فيتحالفان ، كما لو اختلفا في الثمن . ولنا ، أن البائع يُنْكَرُ بَيْعَ الْعَبْدِ الزَّائِدِ ، فكان القول قوله بيمينه ، كما لو ادعى شراؤه مُنْفِرِدًا .

فصل : وإن اختلفا في عين المبيع ، فقال : بعثك هذا العبد . قال : بل بعثني هذه الجارية . فالقول قول كل واحد منهما فيما يُنْكَرُهُ ، مع يمينه ؛ لأن كل واحد منهما يَدَّعِي عَقْدًا على عَيْنٍ يُنْكَرُهَا الْمُدَّعِي عليه ، والقول قول المُنْكَرِ . فإذا حَلَفَ الْبَائِعُ : ما بعثك هذه الجارية . أُقِرَّتْ في يده ، إن كانت في يده ، وَرُدَّتْ عليه إن كان مُدَّعِيهَا قد قبضها . وأما العبد ، فإن كان في يد البائع ، أُقِرَّ في يده ، ولم يكن للمُشْتَرِي طلبه ؛ لأنه لا يدَّعيه ، وعلى البائع / رَدُّ الثَّمَنِ إليه ؛ لأنه لم يصل إليه المَعْقُودُ عليه . وإن كان في يد المُشْتَرِي ، فعليه رَدُّه إلى البائع ؛ لأنه لم يَعْتَرَفْ أنه لم يشتريه ، وليس للبائع طلبه إذا بَدَّلَ له ثمنه ، لإعترافه ببيعه ، وإن لم يُعْطِه ثمنه ، فله فسخُ البَيْعِ واسترجاعه ؛ لأنه تَعَدَّرَ عليه الوُضُوءُ إلى ثمنه ، فمَلَكَ الْفَسْخَ ، كما لو أفلس المُشْتَرِي . وإن أقام كل واحد منهما بَيِّنَةً بدعواه ، ثَبَتَ الْعَقْدَانِ ؛ لأنهما لا يتناقضان ، فأشبهه ما لو ادعى أحدهما البَيْعَ فيهما جميعًا ، وأنكره الآخر . وإن أقام أحدهما بَيِّنَةً بدعواه ، دون الآخر ، ثَبَتَ ما قَامَتْ عليه البَيِّنَةُ ، دون ما لم تُقَمَّ عليه .

١١/٥ ظ

فصل : وإن اختلفا في صفة الثمن ، رُجِعَ إلى تَقْدِ الْبَلَدِ . نصَّ عليه في رواية

(٦) في م : « أصل » .

(٧) في م : « فإن » .

الأثرم ؛ لأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به . وإن كان في البلد نُقودٌ ، رُجع إلى أو سَطَّها . نصَّ عليه ، في رواية جماعة . فيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ هُوَ الْأَغْلَبَ ، وَالْمُعَامَلَةُ بِهِ أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ وَقُوعُ الْمُعَامَلَةِ بِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَانَ فِي الْبَلَدِ نَقْدٌ وَاحِدٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ رَدَّهْمَا إِلَيْهِ مَعَ التَّسْوَى ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَوَسُّطًا بَيْنَهُمَا ، وَتَسْوِيَةً بَيْنَ حَقَيْهِمَا ، وَفِي الْعُدُولِ إِلَى غَيْرِهِ مِثْلَ عَلَى أَحَدِهِمَا ، فَكَانَ التَّوَسُّطُ أَوْلَى ، وَعَلَى مُدَّعَى ذَلِكَ الْيَمِينِ ؛ لِأَنَّ مَا قَالَهُ حَصْنُهُ مُحْتَمِلٌ ، فَتَجِبُ الْيَمِينُ لِتَنْفِي ذَلِكَ الْإِحْتِمَالِ ، كَوُجُوبِهَا عَلَى الْمُنْكَرِ . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْبَلَدِ إِلَّا تَقْدَانِ مُتَسَاوِيَانِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَحَالَفَا ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ عَلَى وَجْهِ لَمْ يَتَرَجَّحْ قَوْلُ أَحَدِهِمَا ، فَيَتَحَالَفَانِ ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ .

فصل : وإن اختلفا في أجل أو رهن ، أو في قدرهما ، أو في شرط خيارٍ ، أو ضمين ، أو غير ذلك من الشروط الصحيحة ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يتحالفان . وهو قول الشافعي ؛ لأنها اختلفا في صفة العقد ، فوجب أن يتحالفا ، قياسا على الاختلاف في الثمن . والثانية ، القول قول من ينفي ذلك مع يمينه . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن الأصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه ، كأصل العقد ، لأنه منكراً ، والقول قول المنكر .

فصل : وإن اختلفا فيما يفسد العقد ، أو شرط فاسدٍ ، فقال : بعثك بخمرٍ ، أو خيارٍ مجهولٍ . فقال : بل بعثني بنقدٍ معلومٍ ، أو خيارٍ^(٨) ثلاثٍ . فالقول قول من / يدعى الصحة مع يمينه ؛ لأن ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه الفاسد^(٩) . وإن قال : بعثك مكرهاً . فأنكره ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الأصل عدم الإكراه ، وصحة البيع . وإن قال : بعثك وأنا صبي . فالقول قول المشتري . نصَّ عليه ، وهو قول الثوري ، وإسحاق ؛ لأنها اتفقا على العقد ،

(٨) في الأصل : « وخيار » .

(٩) في م : « للفاسد » .

واختلفا فيما يُفسدُه ، فكان القول قول من يدعى الصِّحَّةَ ، كالتى قبلها . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ قول من يدعى الصِّعْرَ ؛ لأنه الأصل . وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين ؛ أحدهما ، أن الأصل عدمه . وههنا الأصل بقاءه . والثاني ، أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح . وههنا ما ثبت أنه كان مكلفاً . وإن قال : بعثك وأنا مجنون . فإن لم يعلم له حال جنون ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الأصل عدمه . وإن ثبت أنه كان مجنوناً ، فهو كالصبي . ولو قال العبد : بعثك ، وأنا غير مأذون لي في التجارة . فالقول قول المشتري . نص عليه ، في رواية مهنا ؛ لأنه مكلف ، والظاهر أنه لا يعقد إلا عقداً صحيحاً .

فصل : وإن مات المتبايعان ، فورثتهما بمنزلةتهما في جميع ما ذكرناه ؛ لأنهم يقومون مقامهما ، في أخذ مالهما ، وإرث حقوقهما ، فكذلك ما يلزمهما ، أو يصير لهما .

فصل : وإن اختلفا في التسليم ، فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن . وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع . والثمن في الذمة ، أُجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أُجبر المشتري على تسليم الثمن . فإن كان عيناً ، أو عرضاً بعرض ، جعل بينهما عدل ، فيقبض منهما ، ثم يسلم إليهما . وهذا قول الثوري ، وأحد قولي^(١٠) الشافعي . وعن أحمد ما يدل على أن البائع يُجبر على تسليم المبيع على الإطلاق . وهو قول ثانٍ للشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُجبر المشتري على تسليم الثمن ؛ لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء ، كالمترتهن . ولنا ، أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وثمأمه ، / فكان تقديمه أولى ، سيما مع تعلق الحق^(١١) بعينه ،

ظ ١٢/٥

(١٠) في الأصل : « أقوال » .

(١١) في م : « الحكم » .

وَتَعْلَقُ حَقَّ الْبَائِعِ بِالذِّمَّةِ ، وَتَقْدِيمُ مَا تَعْلَقُ بِالْعَيْنِ أَوْلَى ؛ لِتَأْكِيدِهِ ، وَلِذَلِكَ يُقَدَّمُ
الذَّيْنُ الَّذِي بِهِ الرَّهْنُ فِي تَمَنِّهِ عَلَى مَا تَعْلَقُ بِالذِّمَّةِ ، وَيُخَالِفُ الرَّهْنَ ؛ فَإِنَّهُ لَا تَتَعْلَقُ
بِهِ مَصْلَحَةُ عَقْدِ الرَّهْنِ ، وَالتَّسْلِيمُ هَهُنَا يَتَعْلَقُ بِهِ مَصْلَحَةُ عَقْدِ الْبَيْعِ . وَأَمَّا إِذَا كَانَ
الثَّمَنُ عَيْنًا ، فَقَدْ تَعْلَقَ الْحَقُّ بَعَيْنِهِ أَيْضًا ، كَالْمَبِيعِ ، فَاسْتَوَى ، وَقَدْ وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ حَقٌّ ، قَدْ اسْتَحَقَّ قَبْضَهُ ، فَأَجْبِرُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إِيفَاءِ صَاحِبِهِ
حَقَّهُ ^(١٢) . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ؛ أَنَّ الَّذِي يَتَعْلَقُ بِهِ اسْتِقْرَارُ الْبَيْعِ وَتَمَامُهُ هُوَ
الْمَبِيعُ ^(١٣) ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهُ . وَلِأَنَّ الثَّمَنَ لَا يَتَّعِنُ بِالتَّعِينِ ، فَأَشْبَهَ غَيْرَ الْمُعَيَّنِ .
إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، وَأَوْجَبْنَا التَّسْلِيمَ عَلَى الْبَائِعِ ، فَسَلَّمَهُ ، فَلَا يَخْلُو الْمُشْتَرِي مِنْ أَنْ
يَكُونَ مُوسِرًا ، أَوْ مُعْسِرًا ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا وَالثَّمَنُ مَعَهُ ، أُجْبِرَ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، وَإِنْ
كَانَ غَائِبًا قَرِيبًا فِي بَيْتِهِ أَوْ بَلَدِهِ ، حُجِرَ عَلَيْهِ فِي الْمَبِيعِ وَسَائِرِ مَالِهِ ، حَتَّى يُسَلِّمَ الثَّمَنَ ،
خَوْفًا مِنْ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ تَصَرُّفًا يَضُرُّ بِالْبَائِعِ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا عَنِ الْبَلَدِ فِي مَسَافَةٍ
الْقَصْرِ ، فَالْبَائِعُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ إِلَى أَنْ يُوجَدَ ، وَبَيْنَ فَسْخِ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَدَّرَ
عَلَيْهِ الثَّمَنَ ، فَهُوَ كَالْمُفْلِسِ ، وَإِنْ كَانَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، فَلَهُ الْخِيَارُ فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَيْهِ . وَالثَّانِي ، لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ مَا دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ
بِمَنْزِلَةِ الْحَاضِرِ . وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي مُعْسِرًا ، فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ فِي الْحَالِ ، وَالرُّجُوعُ
فِي الْمَبِيعِ . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُ
الْمَبِيعِ ، حَتَّى يُحْضَرَ الثَّمَنَ ، وَيَتِمَّكَنَ الْمُشْتَرِي مِنْ تَسْلِيمِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ إِتْمَارَ ضَيْ
بِبَدْلِ الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ دَفْعُهُ قَبْلَ حُصُولِ عَوَضِهِ ، وَلِأَنَّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ سَوَاءٌ
فِي الْمُعَاوَضَةِ ، فَيَسْتَوِيَانِ فِي التَّسْلِيمِ ، وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ مَا ذُكِرَ مِنَ التَّرْجِيحِ فِي تَقْدِيمِ
التَّسْلِيمِ مَعَ حُضُورِ الْعَوَضِ الْآخَرِ ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ ، وَأَمَّا مَعَ الْخَطَرِ ^(١٤)
الْمُحَوِّجِ إِلَى الْحَجَرِ ، أَوْ الْمَحْجُوزِ لِلْفَسْخِ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ . وَلِأَنَّ شَرْعًا

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : « البيع » .

(١٤) في م : « الحظر » .

الْحَجْرِ لَا يَنْدَفِعُ بِهِ الضَّرْرُ . وَلأنَّهُ يَقِفُ عَلَى الْحَاكِمِ ، وَيَتَعَدَّرُ^(١٥) ذَلِكَ فِي الغَالِبِ . وَلأنَّ مَا أَثْبَتَ الْحَجْرَ وَالْفَسْخَ / بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، فَهُوَ أَوْلَى أَنْ يَمْنَعَ التَّسْلِيمَ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ أَسْهَلَ مِنَ الرَّفْعِ ، وَالْمَنْعَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ أَسْهَلُ مِنَ الْمَنْعِ بَعْدَهُ ، وَلِذَلِكَ مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ مَنَعَ نَفْسِهَا قَبْلَ قَبْضِ صَدَاقِهَا ، قَبْلَ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا ، وَلَمْ تَمْلِكْهُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ . وَلأنَّ لِلْبَائِعِ مَنَعَ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، أَوْ كَوْنِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمَقْبُوضِ ؛ لِإِمْكَانِ تَقْيِيضِهِ ، وَإِلَّا^(١٦) فَلَا ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَهُ الْفَسْخُ . فَلَهُ ذَلِكَ بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ الْبَيْعَ لِلإِعْسَارِ بِثَمَنِهِ ، فَمَلَكَه الْبَائِعُ ، كَالْفَسْخِ فِي عَيْنِ مَالِهِ إِذَا أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يُحْجَرُ عَلَيْهِ . فَذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْحَجْرِ إِلَيْهِ .

فصل : فَإِنْ هَرَبَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ وَزَنِ الثَّمَنِ ، وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ الْفَسْخَ مَعَ حُضُورِهِ ، فَمَعَ هَرَبِهِ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَثْبَتَ الْبَائِعُ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَ الْحَاكِمُ لَهُ مَالًا^(١٧) قَضَاهُ ، وَإِلَّا بَاعَ الْمَبِيعَ ، وَقَضَى ثَمَنَهُ مِنْهُ ، وَمَا فَضَلَ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِنْ أَعْوَزَ فَقِي ذِمَّتِهِ . وَيَقْوَى عِنْدِي أَنَّ لِلْبَائِعِ الْفَسْخَ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّا أَبْحَنَّا لَهُ الْفَسْخَ مَعَ حُضُورِهِ ، إِذَا كَانَ الثَّمَنُ بَعِيدًا عَنِ الْبَلَدِ ، لِمَا عَلَيْهِ مِنْ ضَرَرِ التَّأْخِيرِ ، فَهَهُنَا مَعَ الْعَجْزِ عَنِ الْاسْتِيفَاءِ بِكُلِّ حَالٍ أَوْلَى . وَلَا يَنْدَفِعُ الضَّرْرُ بِرَفْعِ الْأَمْرِ إِلَى الْحَاكِمِ ؛ لِعَجْزِ الْبَائِعِ عَنِ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْبَيْعُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَالغَالِبُ أَنَّهُ لَا يَحْضُرُهُ مَنْ يَقْبَلُ الْحَاكِمُ شَهَادَتَهُ ، فَأِحَالَتُهُ عَلَى هَذَا تَضْيِيعٌ لِمَالِهِ . وَهَذِهِ الْفُرُوعُ تُقْوَى مَا ذَكَرْتُهُ ، مِنْ أَنَّ لِلْبَائِعِ مَنَعَ الْمُشْتَرِي مِنْ قَبْضِ الْمَبِيعِ قَبْلَ إِحْضَارِ ثَمَنِهِ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الضَّرْرِ .

(١٥) فِي الْأَصْلِ : « وَيَعْدُرُ » .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « وَمَالًا » .

(١٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « وَإِلَّا » .

فصل : وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لأجل الاستبراء . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن مالك في القبيحة . وقال في الجميلة : يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ ؛ لأن التهمة تلحقه فيها ، فمنع منها . ولنا ، أنه ينع عين لا خيار فيها ، قد قبض ثمنها ، فوجب تسليمها ، كسائر المبيعات ، وما ذكروه من التهمة لا يمكنه من التسلط على منعه من قبض مملوكته ، كالقبيحة . ^(١٨) ولأنه إذا ^(١٨) كان استبرأها قبل بيعها / ، فاحتمال وجود الحمل فيها بعيد نادر ، وإن كان لم يستبرئها ، فهو ترك التحفظ لنفسه . ولو طالب المشتري البائع بكفيل ، لئلا تظهر حاملاً ، لم يكن له ذلك ؛ لأنه ترك التحفظ لنفسه حال العقد ، فلم يكن له كفيل ، كما لو طلب كفيلاً بالثمن المؤجل .

١٣/٥ ظ

٧٥٥ - مسألة ؛ قال : (ولا يجوز بيع الآبق)

وجملته ؛ أن ينع العبد الآبق لا يصح ، سواء علم مكانه ، أو جهله . وكذلك ما في معناه من الجمال الشارد ، والفرس العائر ^(١) ، وشبههما . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وروى عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيداً شاردًا . وعن ابن سيرين ؛ لا بأس ببيع الآبق ، إذا كان علمهما فيه واحدًا . وعن شريح مثله . ولنا ، ما روى أبو هريرة ، قال : نهى رسول الله ﷺ ^(٢) عن بيع الحصاة ^(٣) . رواه مسلم ^(٣) . وهذا ينع غرر . ولأنه غير مقدور على تسليمه ، فلم يجز بيعه ، كالطير في الهواء ، فإن حصل في يد إنسان ، جاز بيعه ؛ لإمكان تسليمه .

(١٨ - ١٨) في الأصل : « ولكنه إن » .

(١) الفرس العائر : الذي انفلت من صاحبه .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

ويأتي تفسير بيع الحصاة في الفصل الأول ، من المسألة ٧٥٩ .

(٣) في : باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٣/٣ .

٧٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا الطَّائِرُ قَبْلَ أَنْ يُصَادَ)

وَجُمْلَةٌ ذَلِكَ ؛ أَنَّهُ إِذَا بَاعَ طَائِرًا فِي الْهَوَاءِ ، لَمْ يَصِحَّ ، مَمْلُوكًا أَوْ غَيْرَ مَمْلُوكٍ ؛
 أَمَّا الْمَمْلُوكُ ؛ فَلأنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَيْهِ ، وَغَيْرُ الْمَمْلُوكِ ، لَا يَجُوزُ لِعَلَّتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ،
 الْعَجْزُ عَنِ تَسْلِيمِهِ ، وَالثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَهُ . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا نَهَى النَّبِيُّ ﷺ
 عَنِ بَيْعِ الْعَرَرِ^(١) . وَقِيلَ فِي تَفْسِيرِهِ : هُوَ بَيْعُ الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالسَّمَكِ فِي الْمَاءِ .
 وَلَا تَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الطَّائِرِ يَأْلَفُ الرَّجُوعَ ، أَوْ لَا يَأْلَفُهُ ؛
 لِأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ الْآنَ ، وَإِنَّمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ إِذَا عَادَ . فَإِنْ قِيلَ : فَالْغَائِبُ فِي
 مَكَانٍ بَعِيدٍ ، لَا يَقْدَرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فِي الْحَالِ ! قُلْنَا : الْغَائِبُ يَقْدَرُ عَلَى اسْتِحْضَارِهِ ،
 وَالتَّيْرُ لَا يَقْدَرُ صَاحِبُهُ عَلَى رَدِّهِ ، إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ هُوَ بِنَفْسِهِ ، وَلَا يَسْتَقْبَلُ مَالِكُهُ بَرَدَّهُ ،
 فَيَكُونُ عَاجِزًا عَنِ تَسْلِيمِهِ ، لِعَجْزِهِ عَنِ الْوَاسِطَةِ الَّتِي يَحْصُلُ بِهَا تَسْلِيمُهُ ، بِخِلَافِ
 الْغَائِبِ . وَإِنْ بَاعَهُ الطَّيْرُ فِي الْبُرْجِ ، نَظَرْتَ ؛ فَإِنْ كَانَ الْبُرْجُ مَفْتُوحًا ، لَمْ يَجْزُ ؛
 لِأَنَّ الطَّيْرَ / إِذَا قَدَرَ عَلَى الطَّيْرَانِ لَمْ يُمَكِّنْ تَسْلِيمَهُ ، فَإِنْ كَانَ مُغْلَقًا وَيُمْكِنُ أَخْذَهُ ،
 جَازَ بَيْعُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ لَمْ يُمَكِّنْ أَخْذَهُ إِلَّا بِتَعَبٍ وَمَشَقَّةٍ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛
 لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ مُلْعَى بِالْبَعِيدِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ
 إِحْضَارَهُ إِلَّا بِتَعَبٍ وَمَشَقَّةٍ . وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا ، بِأَنَّ الْبَعِيدَ تَعْلَمُ الْكُلْفَةَ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَيْهَا
 فِي إِحْضَارِهِ بِالْعَادَةِ ، وَتَأْخِيرُ التَّسْلِيمِ مُدَّتُهُ مَعْلُومَةٌ ، وَلَا كَذَلِكَ فِي إِمْسَاكِ الطَّائِرِ .
 وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّ تَفَاوُتَ الْمُدَّةِ فِي إِحْضَارِ الْبَعِيدِ^(٢) ، وَاجْتِلَافُ

و ١٤/٥

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٨ . والنسائي ،
 في : باب بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٠ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الحصاة
 وعن بيع الغرر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٩ . والدارمي ، في : باب في بيع الحصاة ، من
 كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢٥٠ ، ٣٧٦ ، ٤٣٦ ، ٤٣٩ ،
 ٤٩٦ .

(١) تقدم تخرج الحديث في المسألة السابقة .

(٢) في الأصل ، م : « ولا البعيد » .

المَشَقَّة أَكْثَرُ مِنَ التَّفَاوُتِ وَالِاخْتِلَافِ فِي إِمْسَاكِ طَائِرٍ مِنَ البُرْجِ ، وَالْعَادَةُ تَكُونُ فِي هَذَا ، كَالْعَادَةِ فِي ذَاكِ ، فَإِذَا صَحَّ فِي البَعِيدِ مَعَ كَثْرَةِ التَّفَاوُتِ ، وَشِدَّةِ اخْتِلَافِ المَشَقَّةِ ، فَهَذَا أَوْلَى .

٧٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا السَّمَكِ فِي الآجَامِ ^(١))

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . رُوِيَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْهُ ، قَالَ : إِنَّهُ غَرَّرَ . وَكَرِهَ ذَلِكَ الحَسَنُ ، وَالنَّحِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَلَا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الحَدِيثِ . وَالمَعْنَى لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ فِي المَاءِ إِلَّا أَنْ يَجْتَمِعَ ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ المَاءُ رَقِيقًا ، لَا يَمْنَعُ مُشَاهَدَتَهُ وَمَعْرِفَتَهُ . الثَّلَاثُ ، أَنْ يُمَكِّنَ اصْطِيَاذَهُ وَإِمْسَاكَهُ . فَإِنْ اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الشُّرُوطُ ، جَازَ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ مَعْلُومٌ مَقْدُورٌ ^(٢) عَلَى تَسْلِيمِهِ ؛ فَجَازَ بَيْعُهُ ، كَالْمَوْضُوعِ فِي الطُّسْتِ . وَإِنْ اخْتَلَّ شَرْطٌ مِمَّا ذَكَرْنَا ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ اخْتَلَّتِ الثَّلَاثَةُ ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ؛ لِثَلَاثِ عِلَلٍ . وَإِنْ اخْتَلَّ اثْنَانِ مِنْهَا ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ؛ لِعِلَّتَيْنِ . وَرُوِيَ عَنِ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى فِي مَنْ لَهُ أَجْمَةٌ يَحْسِبُ السَّمَكَ فِيهَا ، يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ظَاهِرًا ، أَشْبَهَ مَا يَحْتَاجُ إِلَى مُؤَنَّةٍ فِي كَيْلِهِ وَوِزْنِهِ وَنَقْلِهِ . وَلَنَا ، مَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُمَا قَالَا : لَا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِي المَاءِ ، فَإِنَّهُ غَرَّرَ ^(٣) . وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى عَنِ بَيْعِ العَرَرِ ^(٤) ، وَهَذَا مِنْهُ . وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ إِلَّا بَعْدَ اصْطِيَاذِهِ ،

(١) الأجمة ، بالفتح : كل بيت مربع مسطح .

(٢) فِي م : « مَقْدَرٌ » .

(٣) أَخْرَجَهُ البَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّبِيِّ عَنِ بَيْعِ السَّمَكِ فِي المَاءِ ، مِنْ كِتَابِ البَيْوَعِ . السَّنَنِ الكَبْرِيِّ ٣٤٠/٥ . وَالمِثْمِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ العَرَرِ وَمَا نَهَى عَنْهُ ، مِنْ كِتَابِ البَيْوَعِ . مَجْمَعُ الزَّوَائِدِ ٨٠/٤ . كَلَاهِمَا عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ مَرْفُوعًا وَمَوْقُوفًا .

(٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي المَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ .

أشبه الطير في الهواء ، والعبد / الآبق ؛ لأنه مجهول ، فلم يصح بيعه ، كاللبن في الصرع ، والنوى في التمر ، ويفارق ما ذكره ؛ لأن ذلك من مؤنة القبض ، وهذا يحتاج إلى مؤنة ليتمكن قبضه ، فأما إن كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطیاده بغير كلفة ، والماء رقيق لا يمنع مشاهدته ، صح بيعه ، وإن لم يمكن إلا بمشقة ، وكلفة يسيرة^(٥) ، بمنزلة كلفة اصطیاد الطائر من البرج ، فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج ، على ما ذكرنا فيه من الخلاف . وإن كانت كثيرة ، وتتأول المدة فيه ، لم يجز بيعه ؛ للعجز عن تسليمه ، والجهل لوقت إمكان التسليم .

فصل : إذا أعد بركة ، أو مضافة ؛ ليصطاد فيها السمك ، فحصل فيها سمك ملكه ؛ لأنه آلة معدة للاصطياد ، فأشبه الشبكة . ولو استأجر البركة ، أو الشبكة ، أو استعارها للاصطياد ، جاز ، وما حصل فيهما ملكه . وإن كانت البركة غير معدة للاصطياد ، لم يملك ما حصل فيها من السمك ؛ لأنها غير معدة له ، فأشبهت أرضه إذا دخل فيها صيد ، أو حصل فيها سمك . ومتى نصب شبكة ، أو شركاً ، أو فخاً ، أو أحبولة ، ملك ما وقع فيها من الصيد ؛ لأنه بمنزلة يده . وكذلك لو نصب المناجل للصيد ، وسمى فقتلت صيداً ، حل له أكله ، وكان كذبحه . ولو وقع في شبكته أو شبيهاً شيء كان مضموناً عليه ، فعلم بذلك ، أنه كیده . ولو أعد لمياه الأمطار مصانع^(٦) ، أو بركا ، أو أواني ؛ ليحصل فيها الماء ، ملكه بحصوله فيها ؛ لأنها في باب الإعداد ، كالشباك للاصطياد . ولو أعد سفينة للاصطياد ، كالتى يجعل فيها الضوء ويضرب صوانى الصفر^(٧) ؛ 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 إليه فأخذ ملكه ،

(٥) في الأصل : « وكانت يسيرة » .

(٦) جمع مصنع ، وهو حوض شبه الصهرج ، يجمع فيه ماء المطر .

(٧) نوع من النحاس .

كالأرض التي لم تُعدَّ للاصطياد ، مثل أرض الزرع إذا دخلها ماء فيه سمك ، ثم نضب عنه ، أو حلَّ^(٨) فيها طيِّبٌ ، أو عَشَّشَ فيها طائرٌ ، أو سقطَ فيها جرادٌ ، أو حصلَ فيها ملحٌ ، لم يملكه / صاحبها ؛ لأنه ليس من نماء الأرض ، ولا مما هي مُعدَّةٌ له ، لكنّه يكونُ أحقُّ به ، إذ ليس لغيره التَّحطُّي في أرضه ، ولا الانتفاعُ بها ، فإنَّ تحطُّي وأخذَه ، أخطأ وملكه . قال أحمدُ في ورشان^(٩) على نخلة قومٍ ، صاده إنسانٌ : هو للصائِد . وقال في طيرة^(١٠) لِقَوْمٍ أفرحت في دارٍ جيرانهم : إنَّ الفَرخَ يتبعُ الأمَّ ، يُرَدُّ فراخها على أصحابِ الطيرة . واختار ابنُ عقيلٍ ، في المأخوذ من أملاكِ الناسِ ، من صيِّدٍ وكلاً وشبهه ، أنّه لا يملكه بأخذه ؛ لأنه سببٌ منهيٌّ عنه ، فلم يُفدِ المِلكَ ، كالبيعِ المنهيِّ عنه ، إذ السببُ لا يختلِفُ بين كونه بيعاً ، أو غيره ؛ لقوله عليه السلامُ : « مَنْ عَمِلَ^(١١) عملاً ليسَ عليه أمرنا ، فهو ردٌّ »^(١٢) . والصحيحُ الأوَّلُ . ولا نُسلمُ أنَّ السببَ منهيٌّ عنه ، فإنَّ السببَ الأخذُ ، وليس بمنهيٍّ عنه ، إنَّما نهى عن الدُّخولِ ، وهو غيرُ السببِ ، بخلافِ البيعِ ، ولأنَّ النهى ههُنالِحَقَّ آدميٌّ ، فلا يمنعُ المِلكَ ، كبيعِ المُصرِّاةِ ، والمعيبِ ، وتلقَى الرُّكبانِ ، والتجشِرِ ، وبيعِه على بيعِ أخيه . ولو أعدَّ أرضه للملحِ ، فجعلها ملاحاً ؛ ليحصلَ فيها الماءُ ، فيصيرَ ملحاً ، كالأرضِ التي على ساحلِ البحرِ ، يجعلُ إليها طريقاً للماءِ ، فإذا امتلأتْ قطعهُ عنها ، أو تكونُ أرضه سبخةً ، يفتحُ إليها الماءَ^(١٣) من عينٍ ، أو يجمعُ فيها ماءَ المطرِ ، فيصيرُ ملحاً ، ملكه بذلك ؛ لأنها مُعدَّةٌ له ، فأشبهتِ البركةَ المُعدَّةَ للصيِّدِ . وإن لم يكن أعدّها لذلك ، لم يملك ما حصلَ فيها ، كما قدّمنا في مثلها . فإن قيل : فقد روى عن أحمدَ ، في إنسانٍ رمى طيراً بيندقي ، فوقع في دارٍ

(٨) في م : « دخل » .

(٩) الورشان : طائر يسمى ساق حُرٌّ ، لحمه أخف من الحمام .

(١٠) كذا ورد .

(١١) سقط من : م .

(١٢) تقدم تخريجه في ٢٠٥/٥ ، ٢٠٦ .

(١٣) سقط من : الأصل .

قَوْمٍ ، فهو لهم دُونَهُ . وهذا يُدُلُّ على أَنَّهُمْ مَلَكَوهُ بِحُصُولِهِ فِي دَارِهِمْ . قُلْنَا : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ وَقَعَ مُمْتَنِعًا ، فَصَادَهُ أَهْلُ الدَّارِ ، فَمَلَكَوهُ بِاصْطِيَادِهِمْ . كَذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَرِيبٍ . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا لَمْ يَمْلِكُوا مَا حَصَلَ فِي دَارِهِمْ يَفْعَلُ اللَّهُ تَعَالَى ، فَمَا حَصَلَ يَفْعَلُ آدَمِيٌّ أَوْ لَى . وَلِأَنَّهُ وَقَعَ فِي الدَّارِ بَعْدَ الضَّرْبَةِ الْمُثْبِتَةِ لَهُ ، الَّتِي يُمَلِّكُ بِهَا الصَّيْدَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَطَارَتِ الرِّيحُ تَوْبَ إِنْسَانٍ ، فَالْقَتَهُ فِي دَارِهِمْ . وَلَوْ كَانَتْ آلَةٌ / الصَّيْدِ ، كَالشَّبَكَةِ ، وَالشَّرِكِ ، وَالْمَنَاجِلِ ، غَيْرَ مَنْصُوبَةٍ لِلصَّيْدِ ، وَلَا قُصِدَ بِهَا الْإِصْطِيَادُ ، فَتَعَلَّقَ بِهَا صَيْدٌ لَمْ يَمْلِكْهُ صَاحِبُهَا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُعَدَّةٍ لِلصَّيْدِ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، فَأَشْبَهَتْ الْأَرْضَ الَّتِي لَيْسَتْ مُعَدَّةً لَهُ .

١٥/٥ ظ

فصل : وما حَصَلَ مِنَ الصَّيْدِ فِي كَلْبِ إِنْسَانٍ أَوْ صَفَرِهِ أَوْ فَهْدِهِ ، وَكَانَ اسْتَرْسَلَ بِإِرْسَالِ صَاحِبِهِ ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ آكَدُ مِنَ الشَّبَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ يَخْصُلُ بِفِعْلِهِ ، وَقَصْدُهُ ، وَإِرْسَالِ صَاحِبِهِ ، فَهُوَ كَسَنَّهُمْ ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(١٤) . وَإِنْ اسْتَرْسَلَ بِنَفْسِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الصَّيْدِ الْحَاصِلِ فِي أَرْضِ إِنْسَانٍ ، فِي أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ، وَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَخْذُهُ ، فَإِنْ أَخَذَهُ غَيْرُهُ مَلَكَهُ ، كَالْكَلْبِ . وَكَذَلِكَ مَا يَحْصُلُ فِي بَهِيمَةِ إِنْسَانٍ مِنَ الْحَشِيشِ فِي الْمَرْعَى .

٧٥٨ - مسألة ؛ قال : (وَالْوَكِيلُ إِذَا خَالَفَ فَهُوَ ضَامِنٌ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْأَمِيرُ ، فَيَلْزِمُهُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْوَكِيلَ إِذَا خَالَفَ مُوَكَّلَهُ ، فَاشْتَرَى غَيْرَ مَا أَمَرَهُ بِشِرَائِهِ ، أَوْ بَاعَ مَا لَمْ يُؤْذَنَ لَهُ فِي بَيْعِهِ ، أَوْ اشْتَرَى غَيْرَ مَا عُيِّنَ لَهُ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانٌ مَا قَوَّتْ عَلَى الْمَالِكِ ، أَوْ تَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ تَخَرَّجَ عَنْ حَالِ الْأَمَانَةِ ، وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الْغَاصِبِ ، فَأَمَّا قَوْلُهُ : « إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْأَمِيرُ ، فَيَلْزِمُهُ » . يَعْنِي إِذَا اشْتَرَى غَيْرَ مَا أَمَرَ بِشِرَائِهِ ، بِتَمَنٍّ فِي ذِمَّتِهِ ، فَإِنَّ الشَّرَاءَ صَحِيحٌ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَارَةِ الْمُوَكَّلِ ، فَإِنْ أَجَارَهُ لِرِمِّهِ ، وَعَلَيْهِ التَّمَنُّ ،

(١٤) سورة المائدة ٤ .

وإن لم يقبل ، لزم الوكيل ، ويتعين حمله على هذه الصورة ؛ لأنه قد بين في موضع آخر . فقال : إلا أن يكون اشتراه بعين المال ، فيبطل الشراء . وذكره في كتاب العتق أيضا ، فلذلك تعين حمل هذه المسألة على ما قلنا . وإنما صح الشراء ؛ لأنه متصرف في ذمته ، لا في مال غيره ، وسواء تقدم الثمن من مال الموكل ، أم لا ؛ لأن الثمن هو الذي في الذمة ، والذي تقدم عوضه ، ولذلك قلنا : إنه إذا اشترى في الذمة ، وتقدم الثمن بعد ذلك ، كان له البدل . وإن خرج معصوبا ، لم يبطل العقد ، وإنما وقف على إجازة الأمر ؛ لأنه قصد الشراء له ، / فإن أجازته لزمه ، وعليه الثمن ، وإن لم يقبله ، لزم من اشتراه .

و ١٦/٥

فصل : وإن اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير إذنه ، أو اشترى لغير موكله شيئا بعين ماله ، أو باع ماله بغير إذنه ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، البيع باطل ، ويجب رده . وهذا مذهب الشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . والثانية ، البيع والشراء صحيحان ، ويقف على إجازة المالك ، فإن أجازته تقدم ، ولزم البيع ، وإن لم يجزه ، بطل ، وهذا مذهب مالك ، وإسحاق ، وقول أبي حنيفة في البيع ، فأبأ الشراء ، فعنده يقع للمشتري بكل حال . ووجه هذه الرواية ، ما روى عمرو بن الجعد البارقي رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً يشتري به شاة ، فاشترى شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ، قال : فأنثت النبي ﷺ بالدينار والشاة ، فأجبرته ، فقال : « بآرك الله في صفقة يمينك » . رواه الأثرم وابن ماجه (١) . ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته ، كالوصية . ووجه الرواية الأولى ، قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك » .

(١) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الأمين يتجر فيه فربح ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ . كما أخرجه البخاري ، في : باب حدثني محمد بن المثني ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٢٥٢/٤ ، وأبو داود ، في : باب في المضارب يخالف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٩/٢ . والترمذي ، في : باب حدثني أبو كريب ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٢٦٣/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٦/٤ .

رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(٢) . وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . يَعْنَى مَا لَا تَمْلِكُ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَهُ جَوَابًا لَهُ حِينَ سَأَلَهُ ، أَنَّهُ يَبِيعُ الشَّيْءَ ، ثُمَّ يَمْضِي فَيَشْتَرِيهِ وَيُسَلِّمُهُ^(٣) . وَلَا تَفَاقُنَا عَلَى صِحَّةِ بَيْعِ مَالِهِ الْغَائِبِ ، وَلِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَاشْتَبَهَ الطَّيْرَ فِي الْهَوَاءِ ، وَالْوَصِيَّةَ يَتَأَخَّرُ فِيهَا الْقَبُولُ عَنِ الْإِجَابِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ لَهَا مُجِيزٌ حَالَ وَقُوعِ الْعَقْدِ ، وَيَجُوزُ فِيهَا مِنَ الْعَرْرِ ، مَا لَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ ، فَأَمَّا حَدِيثُ عُرْوَةَ فَتَحْمِلُهُ عَلَى أَنْ وَكَالَتْهُ كَانَتْ مُطْلَقَةً ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ سَلَّمَ وَتَسَلَّمَ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ لِغَيْرِ الْمَالِكِ بِاتِّفَاقِنَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ عَيْنًا لَا يَمْلِكُهَا ، لِيَمْضِيَ وَيَشْتَرِيهَا ، وَيُسَلِّمَهَا ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : إِنَّ الرَّجُلَ يَأْتِينِي ، فَيَلْتَمِسُ مِنَ الْبَيْعِ مَا عِنْدِي ، فَأَمْضِي إِلَى السُّوقِ فَأَشْتَرِيهِ ، ثُمَّ أْبِيعُهُ مِنْهُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » .

١٦/٥ ظ

فصل : وَلَوْ بَاعَ سِلْعَةً ، وَصَاحِبُهَا حَاضِرٌ سَاكِتٌ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ بَاعَهَا مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ : أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ^(٣) ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسَفَ^(٤) . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى : سُكُوتُهُ إِقْرَارٌ ؛ لِأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى الرِّضَى ، فَاشْتَبَهَ سُكُوتَ الْبِكْرِ فِي الْإِذْنِ فِي نِكَاحِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ السُّكُوتَ مُحْتَمِلٌ ،

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ... ، مِنْ كِتَابِ التِّجَارَاتِ ، سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٣٧/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ . ٢٤١/٥ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٥٤/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْوعِ . الْمَجْتَبَى ٢٥٤/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمَسْنَدِ . ٤٣٤ ، ٤٠٢/٣ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

فلم يكن إذناً ، كسكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر ؛ لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها ، وليس ذلك بموجود ههنا .

فصل : وإذا وكل رجلين في بيع سلعة ، فباع كل واحد منهما السلعة من رجل ، يثنى مسمى ، فالبيع للأول منهما ، روى هذا عن شريح ، وابن سيرين ، والشافعي ، وابن المنذر . وحكى عن ربيعة ومالك أنهما قالا : هي للذي بدأ بالقبض . ولنا ، أنه قد روى في حديث : « إذا باع المحيزان فهو للأول » . رواه ابن ماجه^(٥) ، ولأن الوكيل الثاني زالت وكالته بانتقال ملك الموكل عن السلعة ، فصار بائعاً ملك غيره بغير إذنه ، فلم يصح ، كما لو قبض الأول ، أو كما لو زوج أحد الوكيلين بعد الأول .

٧٥٩ - مسألة ؛ قال : (ويبيع الملامسة والمنازعة غير جائز)

لا تعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين ، وقد صح أن النبي ﷺ ، نهى عن الملامسة والمنازعة . متفق عليه^(١) . والملامسة ، أن يبيعه شيئاً ،

(٥) في : باب إذا باع المحيزان فهو للأول ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ .
(١) أخرجه البخارى ، في : باب ما يستر من العورة ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب بيع الملامسة ، وباب بيع المنازعة ، وباب بيع المخاضرة ، من كتاب البيوع ، وفي : باب اشتغال الصماء ، وباب الاحتباء في ثوب واحد ، من كتاب اللباس ، وفي : باب الجلوس كيفما تيسر ، من كتاب الاستئذان . صحيح البخارى ١٠٣/١ ، ٩٢ ، ٩١/٣ ، ١٠٢ ، ١٩٠/٧ ، ١٩١ ، ٧٩/٨ . ومسلم ، في : باب إبطال بيع الملامسة والمنازعة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥١/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٨/٢ . والترمذى ، في : باب ما جاء في الملامسة والمنازعة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٥/٦ ، ٤٦ . والنسائى ، في : باب بيع الملامسة ، وباب تفسير ذلك ، وباب بيع المنازعة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٨/٧ - ٢٣٠ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في النهى عن المنازعة واللامسة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ . والدارمى ، في : باب في النهى عن المنازعة واللامسة ، من كتاب البيوع . سنن الدرামী ٢٥٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب الملامسة والمنازعة ، من كتاب البيوع ، وفي : باب ما جاء في لبس الثياب ، من كتاب اللبس . الموطأ ١٦٦/٢ ، ٩١٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٩/٢ ، ٤١٩ ، ٤٦٤ ، ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، ٤٩٦ ، ٥٢١ ، ٥٢٩ ، ٦/٣ ، ٦٦ ، ٩٥ .

ولا يُشَاهِدُهُ ، على أَنَّهُ مَتَى لَمَسَهُ وَقَعَ الْبَيْعُ . وَالْمُنَابَذَةُ ، أَن يَقُولَ : أَيُّ ثَوْبٍ نَبَذْتَهُ إِلَى فَقَدْ اشْتَرَيْتَهُ بِكَذَا . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَنَحْوَهُ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ . وَفِي مَا رَوَى الْبُخَارِيُّ^(٢) أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُنَابَذَةِ ، وَهِيَ طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إِلَى الرَّجُلِ ، قَبْلَ أَنْ يُقَلِّبَهُ أَوْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ ، وَنَهَى عَنِ الْمَلَامَسَةِ ، لَمَسِ الثَّوْبِ لَا يَنْظُرُ إِلَيْهِ . وَرَوَى مُسْلِمٌ ، فِي « صَحِيحِهِ »^(٣) ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، فِي تَفْسِيرِهِمَا^(٤) قَالَ : هُوَ لَمَسُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَوْبَ صَاحِبِهِ بِغَيْرِ تَأْمِيلٍ . وَالْمُنَابَذَةُ ، أَنْ يَنْبِذَ كُلُّ وَاحِدٍ ثَوْبَهُ ، وَلَمْ يَنْظُرْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى ثَوْبِ صَاحِبِهِ . وَعَلَى مَا فَسَّرَنَاهُ بِهِ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ فِيهِمَا ؛ لِعِلَّتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْجَهَالَةُ . وَالثَّانِيَةُ ، كَوْنُهُ مُعَلَّقًا عَلَى شَرْطٍ ، وَهُوَ نَبْذُ الثَّوْبِ إِلَيْهِ ، أَوْ لَمَسُهُ لَهُ . وَإِنْ عَقَدَ الْبَيْعَ قَبْلَ نَبْذِهِ ، فَقَالَ : بِعْتِكَ مَا تَلَمَسْتُهُ مِنْ هَذِهِ الثِّيَابِ . أَوْ مَا أَنْبَذْتَهُ إِلَيْكَ . فَهُوَ غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا مَوْصُوفٍ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ قَالَ : بِعْتِكَ وَاحِدًا مِنْهُمَا^(٥) .

و ١٧/٥

فصل : وَمِنَ الْبُيُوعِ الْمُنْهَيِّ عَنْهَا ، بَيْعُ الْحَصَاةِ . فَإِنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الْحَصَاةِ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٦) . وَاخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِهِ ، فَقِيلَ : هُوَ أَنْ يَقُولَ : أَرَمِ هَذِهِ الْحَصَاةَ ، فَعَلَى أَيِّ ثَوْبٍ وَقَعْتَ ، فَهُوَ لَكَ بِدَرَاهِمٍ . وَقِيلَ : هُوَ أَنْ يَقُولَ : بِعْتِكَ مِنْ هَذِهِ الْأَرْضِ مِقْدَارَ مَا تَبْلُغُ هَذِهِ الْحَصَاةُ ، إِذَا رَمَيْتَهَا ، بِكَذَا . وَقِيلَ : هُوَ أَنْ يَقُولَ : بِعْتِكَ هَذَا بِكَذَا ، عَلَى أَنِّي مَتَى رَمَيْتُ هَذِهِ الْحَصَاةَ ، وَجَبَ الْبَيْعُ . وَكُلُّ هَذِهِ الْبُيُوعِ فَاسِدَةٌ ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْعَرَرِ وَالْجَهْلِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا .

(٢) في : باب بيع الملامسة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩١/٣ .

(٣) في : باب إبطال بيع الملامسة والمناذة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٢/٣ .

(٤) في م : « تفسيرها » .

(٥) سقط من : « م » .

(٦) تقدم تخرجه في صفحة ٢٨٩ .

فصل: ورَوَى أَنَسٌ قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ، وَالْمُخَاضَرَةِ، وَالْمَلَامَسَةِ، وَالْمُنَابَذَةِ. أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ^(٧). وَالْمُخَاضَرَةُ، بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ، وَالثَّمَرَةَ قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا، بِغَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ. وَالْمُحَاقَلَةُ، بَيْعُ الزَّرْعِ بِحَبِّ مَنْ جِنْسِهِ. قَالَ جَابِرٌ: الْمُحَاقَلَةُ، أَنْ يَبِيعَ الزَّرْعَ بِمِائَةِ فَرْقٍ حِنْطَةً. قَالَ الْأَزْهَرِيُّ^(٨): الْحَقْلُ، الْقَرَاخُ الْمَزْرُوعُ، وَالْحَوَاقِلُ الْمَزَارِعُ. وَفَسَّرَ أَبُو سَعِيدٍ الْمُحَاقَلَةَ، بِاسْتِكْرَاءِ الْأَرْضِ بِالْحِنْطَةِ.

٧٦٠ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَا يَبِيعُ الْحَمْلَ غَيْرَ أُمِّهِ ، وَاللَّبَنَ فِي الضَّرْعِ)

معناه ، يَبِيعُ الْحَمْلَ فِي الْبَطْنِ ، دُونَ الْأُمِّ . وَلَا خِلَافَ فِي فَسَادِهِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَقَدْ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ يَبِيعَ الْمَلَأِ قِيحَ وَالْمَضَامِينَ غَيْرَ جَائِزٍ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ يَبِيعُ الْحَمْلَ فِي الْبَطْنِ ؛ لِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، جَهَالَتُهُ ، فَإِنَّهُ لَا تُعْلَمُ صِفَتُهُ وَلَا حَيَاتُهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، بِخِلَافِ الْغَائِبِ ، فَإِنَّهُ يَقْدَرُ عَلَى الشَّرْعِ فِي تَسْلِيمِهِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ يَبِيعِ الْمَضَامِينَ ، وَالْمَلَأِ قِيحِ^(١) . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ^(٢) : الْمَلَأِ قِيحُ ، مَا فِي الْبُطُونِ ، وَهِيَ الْأَجِنَّةُ . وَالْمَضَامِينُ ، مَا فِي أَصْلَابِ الْفُحُولِ . فَكَانُوا يَبِيعُونَ الْجَيْنِينَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ^(٣) ، وَمَا يَضْرِبُهُ الْفَحْلُ فِي عَامِهِ ، أَوْ فِي أَعْوَامِهِ . وَأَنْشَدَ^(٤) :

إِنَّ الْمَضَامِينَ الَّتِي فِي الصُّلْبِ
مَاءُ الْفُحُولِ فِي الظُّهُورِ الْحُدْبِ

(٧) في : باب بيع المخاضرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ١٠٢/٣ ، ١٠٣ .

(٨) في تهذيب اللغة ، (ح ق ل) ٤٧/٤ ، ٤٨ .

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب النهي عن بيع الحبلية ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٤١/٥ .

(٢) في غريب الحديث ٢٠٧/١ ، ٢٠٨ .

(٣) في م : « الناقة » .

(٤) الرجز غير معرّف ، في : اللسان (ض م ن) ، وتهذيب اللغة ٥٠/١٢ .

وَرَوَى ابْنُ عَمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَجْرِ (٥) . قَالَ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ :
الْمَجْرُ مَا فِي بَطْنِ النَّاقَةِ . وَالْمَجْرُ الرَّبَا . وَالْمَجْرُ الْقِمَارُ . وَالْمَجْرُ الْمُحَاقَلَةُ
وَالْمُزَابَنَةُ .

فصل : وقد رَوَى ابْنُ عَمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ (٦) حَبْلِ
الْحَبَلَةِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٧) . وَمَعْنَاهُ ، نِتَاجُ النَّتَاجِ . قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ (٨) . وَعَنْ ابْنِ عَمَرَ
قَالَ : كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَتَّبِعُونَ لِحَمِّ الْجَزُورِ إِلَى حَبْلِ الْحَبَلَةِ . وَحَبْلُ الْحَبَلَةِ أَنْ
تُتَنَجَّ النَّاقَةُ ، ثُمَّ تَحْمِلُ التِّي تُنَجَّتْ ، فَتَهَاكُمُ النَّبِيُّ ﷺ . رَوَاهُ مُسْلِمٌ (٩) ، وَكِلَابُ
الْبَيْعِيِّنَ فَاسِدٌ ؛ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ بَيْعٌ مَعْدُومٌ ، وَإِذَا لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الْحَمْلِ ، فَيَبْعُ حَمْلَهُ
أَوَّلَى . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَلِأَنَّهُ بَيْعٌ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَنَهَى عَنْهُ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ . وَكَرِهَهُ طَاوُسٌ وَمُجَاهِدٌ .
وَحُكِّيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ يَجُوزُ أَيَّامًا مَعْلُومَةً ، إِذَا عَرَفَا جِلَابَهَا ، لِسَقْيِ الصَّبِيِّ ، كَلْبَنِ

(٥) أخرجه البيهقي ، في : باب النهي عن بيع حبل الحبله ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٤١/٥ .
(٦) سقط من : الأصل .

(٧) أخرجه البخاري ، في : باب بيع الغرر وحبل الحبله ، من كتاب البيوع ، وفي : باب السلم إلى أن تنتج
الناقة ، من كتاب السلم ، وفي : باب أيام الجاهلية ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخاري ٩١/٣ ،
١١٤ ، ٥٤/٥ ، ٥٤/٥ ، وفي : باب تحريم بيع حبل الحبله ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٣/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٩/٢ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في بيع حبل الحبله ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٦/٥ . والنسائي ، في : باب بيع
حبل الحبله ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٧/٧ ، ٢٥٨ ، وابن ماجه ، في : باب النهي
عن شراء ما في بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٠/٢ .
والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من بيع الحيوان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٥٣/٢ . والإمام أحمد ،
في : المسند ٥٦/١ ، ٥/٢ ، ١١ ، ١٥ ، ٦٣ ، ٧٦ ، ٨٠ ، ١٠٨ ، ١٤٤ ، ١٥٥ .

(٨) في غريب الحديث ٢٠٨/١ .

(٩) في : باب تحريم بيع حبل الحبله ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٤/٣ .

الظَّهْرِ . وَأَجَازَهُ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى
ابْنُ عَبَّاسٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يُبَاعَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ ، أَوْ لَبَنٌ فِي ضَرْعٍ ،
رَوَاهُ الْخَلَّالُ^(١٠) . وَلِأَنَّهُ مَجْهُولُ الصِّفَةِ وَالْمِقْدَارِ ، فَأُشْبِهَ الْحَمْلَ ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ عَيْنَ
لَمْ تُخَلَّقْ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِ مَا تَحْمِلُ النَّاقَةَ ، وَالْعَادَةُ فِي ذَلِكَ تَخْتَلِفُ . وَأَمَّا لَبَنُ
الظَّهْرِ فَإِنَّمَا جَازَ لِلْحَضَائَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ .

فصل : واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر ؛ فروى أنه لا يجوز بيعه ؛
لما ذكرنا من الحديث ، ولأنه متضمن بالحَيَوَانِ ، فلم يجوز إفراده بالعقد ، كأعضائه .
وروى عنه ، أنه يجوز بشرط جزاء في الحال ؛ لأنه معلوم يمكن تسليمه ، فجاز بيعه ،
كالرطبة . وفارق الأعضاء ، فإنه لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان . والخلاف
فيه كالخلاف في اللبن في / الضرع ، فإن اشتراه بشرط القطع ، فتركه حتى طال ،
فحكمه حكم الرطبة إذا اشتراها ، فتركها حتى طالت .

١٨/٥ و

فصل : ولا يجوز بيع ما تجهل صفته ، كالمسك في الفأر ، وهو الوعاء الذي
يكون فيه . قال الشاعر :

إذا التاجر الهندي جاء بفأرة
من المسك راحت في مفارقهم تجرى
فإن فتح وشاهد ما فيه ، جاز بيعه ، وإن لم يشاهده ، لم يجوز بيعه ؛ للجهالة .
وقد قال بعض الشافعية : يجوز ؛ لأن بقاءه في فأره مصلحة له ، فإنه يحفظ رطوبته
وذكاء رائحته ، فأشبه ما مأكوله في جوفه . ولنا ، أنه يبقى خارج وعائه من غير
ضرر^(١١) . وتبقى رائحته ، فلم يجوز بيعه مستورا ، كالدر في الصدف . وأما

(١٠) والبيهقي ، في : باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم ... ، من كتاب البيوع . السنن
الكبرى ٣٤٠/٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب بيع اللبن في الضروع ، من كتاب البيوع . المصنف ٥٣٣/٦ .

(١١) في الأصل : « ضرورة » .

ما مأكوله في جوفه ، فأخرجه يُفضى إلى تَلْفِهِ . والتفصيل في بيعه مع وعائه ، كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه . ومن ذلك البيض في الدجاج ، والنوى في التمر ، لا يجوز بيعهما ؛ للجهل بهما . ولا تعلم في هذا خلافاً نذكره .

فصل : فأمّا بيع الأعمى وشراؤه ، فإن أمكنه معرفة المبيع ، بالدوق إن كان مطعوماً ، أو بالشّم إن كان مشموماً ، صحّ بيعه وشراؤه . وإن لم يمكن ، جاز بيعه ، كالبصير ، وله خيار الخلف في الصفة . وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة .^(١) وأثبت أبو حنيفة^(٢) له الخيار ، إلى معرفته بالمبيع ، إمّا 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 قد رآه بصيراً ، ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه ؛ لأنه مجهول الصفة عند العاقد ، فلم يصح ، كبيع البيض في الدجاج ، والنوى في التمر . ولنا ، أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته ، فأشبهه بيع البصير . ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه ، فكذلك شم الأعمى وذوقه ، وأما البيض والنوى ، فلا يمكن الاطلاع عليه ، ولا وصفه ، بخلاف مسألتنا .

٧٦١ - مسألة ؛ / قال : (وبيع عسب الفحل غير جائز)

١٨/٥ ظ

عسب الفحل ، ضرابه . وبيعه أخذ عوضه . وتسمى الأجرة عسب الفحل مجازاً . وإجارة الفحل للضراب حرام ،^(١) والعقد فاسد^(٢) . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن مالك جوازه . قال ابن عقيل : ويحتمل عندى الجواز ؛ لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه^(٣) ، وهذه منفعة مقصودة ، والماء تابع ، والغالب حصوله عقيب نزوه ، فيكون كالعقد على الظئر ؛ ليحصل اللبن في بطن الصبي .

(٢٠ - ٢٠٠) سقط من : الأصل .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أى : لفاحه للأثني .

ولنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ عَسْبِ الْفَحْلِ . رواه
 الْبُخَارِيُّ^(٣) . وعن جابرٍ قال : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ ضِرَابِ الْجَمَلِ . رَوَاهُ
 مُسْلِمٌ^(٤) . ولأنَّه ممَّا لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِهِ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ الْآبِقِ . ولأنَّ ذلكَ مُتَعَلِّقٌ
 باخْتِيَارِ الْفَحْلِ وشَهْوَتِهِ . ولأنَّ الْمَقْصُودَ هو الماءُ ، وهو ممَّا لا يَجُوزُ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ ،
 وهو مَجْهُولٌ . وإِجَارَةُ الظَّنْرِ حَوْلَفٌ فِيهِ الْأَصْلُ لِمَصْلَحَةِ بَقَاءِ الْآدَمِيِّ ، فلا يُقَاسُ
 عَلَيْهِ ما ليس مثله . فعلى هذا إذا أُعْطِيَ أَجْرَةَ لِعَسْبِ^(٥) الْفَحْلِ ، فهو حَرَامٌ على
 الْإِخِذِ^(٦) ، لَمَّا ذَكَرْنَاهُ . ولا يَحْرُمُ على الْمُعْطَى ؛ لَأَنَّهُ بَدَلٌ مَالَهُ لِتَحْصِيلِ مُبَاحٍ
 يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، ولا يَمْتَنِعُ هذا كما في كَسْبِ الْحَجَّامِ ، فَإِنَّهُ خَبِيثٌ ، وقد أُعْطِيَ النَّبِيُّ
 ﷺ الَّذِي حَجَّمَهُ^(٧) . وكذلك أُجْرَةُ الْكَسْعِ^(٨) . والصَّحَابَةُ أَبَاحُوا شِرَاءَ
 الْمَصَاحِفِ ، وَكَرِهُوا بَيْعَهَا . وإن أُعْطِيَ صَاحِبَ الْفَحْلِ هَدِيَّةً ، أو أَكْرَمَهُ من غيرِ
 إِجَارَةٍ ، جَازٌ . وبه قال الشَّافِعِيُّ ؛ لِمَا رَوَى أَنَسٌ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا
 كَانَ إِكْرَامًا فَلَا بَأْسَ » .^(٩) ولأنَّه سَبَبٌ مُبَاحٌ ، فَجَازَ أَخْذُ الْهَدِيَّةِ عَلَيْهِ ،

(٣) في : باب عسب الفحل ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٢٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في عسب الفحل ، من كتاب البيوع ، سنن أبي داود ٢٣٩/٢ . والترمذي ،
 في : باب ما جاء في كراهية عسب الفحل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٢٧٤/٥ . والنسائي ، في :
 باب بيع ضرب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤/٢ .

(٤) في : باب تحريم بيع فضل الماء ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بيع ضرب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧ .

(٥) في الأصل ، م : « العسب » .

(٦) في م : « الآخر » .

(٧) أخرجه البخارى ، في : باب ذكر الحجام ، من كتاب البيوع ، وفي : باب خراج الحجام ، من كتاب
 الإجارة . صحيح البخارى ٨٢/٣ ، ٨٣ ، ١٢٢ . ومسلم ، في : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب
 المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٥/٣ . وأبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي
 داود ٢٣٩/٢ . وابن ماجه ، في : باب كسب الحجام ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣١/٢ .
 (٨) الكسع : هو الكسكس .

(٩) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية عسب الفحل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي

٢٧٥/٧ . والنسائي ، في : باب بيع ضرب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٣/٧

كالحجامة . وقال أحمد ، في رواية ابن القاسم : لا يأخذ . فقيل له : ألا يكون مثل الحجامة يُعطى ، وإن كان منهياً عنه ؟ فقال : لم يبلغنا أن النبي ﷺ أعطى في مثل هذا شيئاً كما بلغنا في الحجامة . ووجهه أن ما مئع أخذ الأجرة عليه مئع قبول الهدية ، كمهر البغي ، وحلوان الكاهن . قال القاضي : هذا مقتضى النظر ، لكن ترك مقتضاه في الحجامة ، فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس . والذي ذكرناه أرفق بالناس ، وأوفق للقياس ، وكلام أحمد يُحمل على الورع ، لا على التحريم .

٧٦٢ - مسألة ؛ قال : (والنجش منهى عنه . وهو أن يزيد في السلعة ، وليس هو مُشترياً لها)

النجش : أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ، ليقتردي به المستام ، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه ، فيعتز بذلك ، فهذا حرام وخداع . قال البخاري (١) : النجش آكل رباً خائئ ، وهو خداع باطل لا يحل . وروى ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش . وروى ابن هزيمة أن رسول الله ﷺ قال : « لا تلقوا الرُكبان ، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبيع حاضر لباد » . متفق عليهما (٢) ، ولأن في ذلك تعريضاً بالمشتري ، وخديعة

(١) أي نقلاً عن ابن أبي أوفى . انظر التخرج الآتي .

(٢) الأول ، أخرجه البخاري ، في : باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، من كتاب البيوع ، وفي : باب ما يكره من التناجش ، من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٩١/٣ ، ٣١/٩ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٦/٣ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب النجش ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٧/٧ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في النهي عن النجش ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعه ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧/٢ ، ٦٣ ،

٣١٩ ، ١٥٦ ، ١٠٨

والثاني ، أخرجه البخاري ، في : باب النهي للبايع ألا يحفل بالإبل والبقر ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٢/٣ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من اشترى مصراة فكرهاها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٢/٢ . =

له ، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « الْحَدِيْعَةُ فِي النَّارِ »^(٣) فَإِنْ اشْتَرَى مَعَ النَّجْشِ ، فَالشُّرَاءُ صَحِيْحٌ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ الشَّافِعِيُّ وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي الْفَسَادَ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّهْيَ عَادَ إِلَى النَّاجِشِ ، لَا إِلَى الْعَاقِدِ ، فَلَمْ يُؤْتَرْ فِي الْبَيْعِ . وَلِأَنَّ النَّهْيَ لِحَقِّ الْآدَمِيِّ ، فَلَمْ يَفْسُدِ الْعَقْدُ ، كَتَلَّقَى الرُّكْبَانَ ، وَبِيعَ الْمَعِيْبَ ، وَالْمُدْلَسَ ، وَفَارَقَ مَا كَانَ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْآدَمِيِّ يُمَكِّنُ جَبْرَهُ بِالْخِيَارِ ، أَوْ زِيَادَةَ فِي الثَّمَنِ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ فِي الْبَيْعِ غَبْنٌ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِمِثْلِهِ ، فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْحِ وَالْإِمْضَاءِ ، كَمَا فِي تَلْقَى الرُّكْبَانَ ، وَإِنْ كَانَ يُتَعَابَنُ بِمِثْلِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . وَسَوَاءٌ كَانَ النَّجْشُ بِمَوَاطَأَةٍ مِنَ الْبَائِعِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بِمَوَاطَأَةِ الْبَائِعِ وَعِلْمِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا كَانَ بِمَوَاطَأَةٍ مِنْهُ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيطَ مِنْهُ ، حَيْثُ اشْتَرَى مَا لَا يَعْرِفُ قِيَمَتَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَغْرِيرٌ بِالْعَاقِدِ ، فَإِذَا كَانَ مَعْبُوثًا ثَبَّتَ لَهُ الْخِيَارُ ، كَمَا فِي تَلْقَى الرُّكْبَانَ ، وَيُطَّلُّ مَا ذَكَرَهُ بِتَلْقَى الرُّكْبَانَ .

فصل : ولو قال البائع : أعطيتُ بهذه السلعة كذا وكذا . فصَدَقَهُ الْمُشْتَرِي ١٩/٥ ظ
وَاشْتَرَاهَا بِذَلِكَ ، ثُمَّ بَانَ كَاذِبًا . فَالْبَيْعُ صَحِيْحٌ ، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى النَّجْشِ .

فصل : وقوله عليه السلام : « لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ » . مَعْنَاهُ ، أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا تَبَايَعَا ، فَجَاءَ آخَرُ إِلَى الْمُشْتَرِي فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، فَقَالَ : أَنَا أَبِيعُكَ مِثْلَ

= والنسائي ، في : باب النهي عن المصراة ، من كتاب البيوع . المحتجبى ٧/٢٢٢ ، ٢٢٣ . والإمام مالك ، في : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٨٣ . الإمام أحمد ، في : المسند ٢/٣٩٤ ، ٤٦٥ ، ٥٠١ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩١/٣ .

هذه السلعة بدون هذا الثمن ، أو أبيعك خيراً منها بتمنيتها ، أو دونه ، أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري ، ففسخ البيع ، واشترى هذه ، فهذا غير جائز ؛ لئني النبي ﷺ عنه ، ولما فيه من الإضرار بالمسلم ، والإفساد عليه . وكذلك إن اشترى على شراء أخيه ، وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد ، فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به ، فهو محرّم أيضاً ؛ لأنه في معنى المنهي عنه ، ولأن الشراء يُسمّى بيعاً ، فيدخل في النهي ، ولأن النبي ﷺ : نهى أن يحطّب على خطبة أخيه^(٣) . وهو في معنى الخاطب . فإن خالف وعقد ، فالبيع باطل ؛ لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد . ويحتمل أنه صحيح ؛ لأن المحرّم هو عرض سلعته على المشتري ، أو قوله الذي فسخ البيع من أجله ، وذلك سابق على البيع ، ولأنه إذا صحّ الفسخ الذي حصل به الضرر ، فالبيع المحصل للمصلحة أولى ، ولأن النهي لحق آدمي ، فأشبهه بيع النجش . وهذا مذهب الشافعي .

فصل : وروى مسلم^(٤) ، عن أبي هريرة ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا يسم

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب لا يبيع على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح ، من كتاب الشروط ، وفي : باب لا يحطّب على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٩١/٣ ، ٢٥٠ ، ٢٤/٧ . ومسلم ، في : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، وباب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١٠٢٨/٢ ، ١٠٣٢ ، ١٠٣٤ - ١١٥٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في كراهية أن يحطّب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٠/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن لا يحطّب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحمدي ٤٨٠/١ . والنسائي ، في : باب سوم الرجل على سوم أخيه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٦/٧ . وابن ماجه ، في : باب لا يحطّب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٠/١ . والدارمي ، في : باب النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٥/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الخطبة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٢٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٢/٢ ، ١٢٤ ، ١٣٠ ، ١٤٢ ، ١٥٣ ، ٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣١١ ، ٣١٨ ، ٣٩٤ ، ٤١١ ، ٤٢٧ ، ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ١١٥٤/٣ ، ١١٥٥ ، ١١٥٤/٣ ، ١١٥٤/٤ .

(٤) في : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، وباب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١٠٢٩/٢ ، ١٠٣٣ ، ١١٥٤/٣ ، ١٠٣٤ .

الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ . « وَلَا يَخْلُو مِنْ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدِهَا ، أَنْ يُوجَدَ مِنَ الْبَائِعِ تَصْرِيحٌ بِالرِّضَا بِالْبَيْعِ ، فَهَذَا يَحْرُمُ السَّوْمُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ الْمُشْتَرَى ، وَهُوَ الَّذِي تَنَاوَلَهُ النَّهْيُ . الثَّانِي ، أَنْ يَظْهَرَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الرِّضَا فَلَا يَحْرُمُ السَّوْمُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ فِي مَنْ يَزِيدُ ، فَرَوَى أَنَسٌ : أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ شَكَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ الشَّدَّةَ وَالْجَهْدَ ، فَقَالَ لَهُ : « أَمَا بَقِيَ لَكَ شَيْءٌ ؟ » فَقَالَ : بَلَى ، قَدَحٌ وَجِلْسٌ^(٥) / ، قَالَ : « فَأَتِنِي بِهِمَا » فَأَتَاهُ بِهِمَا ، فَقَالَ : « مَنْ يَبْتَاعُهُمَا ؟ » فَقَالَ رَجُلٌ : أَخَذْتُهُمَا بِدِرْهَمٍ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ ؟ مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ ؟ » فَأَعْطَاهُ رَجُلٌ دِرْهَمَيْنِ ، فَبَاعَهُمَا مِنْهُ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٦) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَهَذَا أَيْضًا إِجْمَاعُ الْمُسْلِمِينَ ، يَبِيعُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ بِالْمُزَايَدَةِ . الثَّلَاثُ ، أَنْ لَا يُوجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا^(٧) (وَلَا عَلَى^(٧) عَدَمِهِ ، فَلَا يَحْرُمُ^(٨) السَّوْمُ أَيْضًا ، وَلَا الزِّيَادَةُ ؛ اسْتِدْلَالًا بِحَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ ، حِينَ ذَكَرَتْ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبَا جَهْمٍ خَطَبَاهَا ، فَأَمَرَهَا أَنْ تَنْكَحَ أَسَامَةَ^(٩) . وَقَدْ نَهَى عَنْ الْخِطْبَةِ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ ، كَأَنَّهُى عَنِ سَوْمِ أَخِيهِ ، فَمَا أُبِيحَ فِي أَحَدِهِمَا أُبِيحَ فِي الْآخَرِ .

= كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النبى عن البيع على بيع أخيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٩٣/٥ . وابن ماجه ، فى : باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٩٤/٢ ، ٤١١ ، ٤٢٧ ، ٤٥٧ ، ٤٦٣ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ٥٠٨ ، ٥٢٩ .

(٥) المجلس : كل شىء ولى ظهر البعير والدابة تحت الرحل والقتب والسرجه والبرذعة .

(٦) فى : باب ما جاء فى بيع من يزيد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢٤/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يجوز فيه المسألة ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ٣٨١/١ . والنسائى ، فى : باب البيع فى من يزيد ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٧/٧ . وابن ماجه ، فى : باب بيع المزايده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٠/٢ .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى ١ ، م : « يجوز له » .

(٩) أخرجه مسلم ، فى : باب المطلقة ثلاثاً لاسكنى لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١١٤/٢ - ١١١٦ . وأبو داود ، فى : باب نفقة المبتوتة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٢/١ . والترمذى ، فى : باب =

الرابع ، أن يَظْهَرَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَا من غيرِ تَصْرِيحٍ ، فقال القاضي : لا تَحْرُمُ المُسَاوَمَةَ . وذكر أن أَحْمَدَ نَصَّ عليه في الخِطْبَةِ ، اسْتِدْلَالًا بِحَدِيثِ فَاطِمَةَ . ولأنَّ الأَصْلَ إبَاحَةُ السُّومِ والخِطْبَةِ ، فَحَرَّمَ منه (١٠) ما وَجَدَ فيه التَّصْرِيحُ بِالرِّضَا ، وما عَدَاهُ يَتِمُّ على الأَصْلِ . ولو قِيلَ بالتَّحْرِيمِ هَهُنَا ، لَكَانَ وَجْهًا حَسَنًا ، فَإِنَّ النَّهْيَ عَامٌّ خَرَجَتْ مِنْهُ الصُّورُ المَخْصُوصَةُ بِإِدْلَتِهَا ، فَتَبَقِيَ هَذِهِ الصُّورَةُ على مُفْتَضَى العُومِ . ولأنَّهُ وَجَدَ مِنْهُ دَلِيلُ الرِّضَا ، أَشْبَهَ ما لو صرَّحَ به ، ولا يَضُرُّ اخْتِلَافُ الدَّلِيلِ بَعْدَ التَّسَاوِي فِي الدَّلَالَةِ ، وليس في حَدِيثِ فَاطِمَةَ ما يَدُلُّ على الرِّضَا ؛ لِأَنَّهَا جَاءَتْ مُسْتَشِيرَةً لِلنَّبِيِّ ﷺ ، وليس ذلك دَلِيلًا على الرِّضَا ، فكيف تَرْضَى وقد نَهَاها النَّبِيُّ ﷺ بِقَوْلِهِ : « لا تُقَوِّمِينَا بِنَفْسِكِ » . فلم تكن تُفَعِّلُ شَيْئًا قَبْلَ مُرَاجَعَةِ النَّبِيِّ ﷺ . وَالْحُكْمُ فِي الفَسَادِ كَالْحُكْمِ فِي البَيْعِ على بَيْعِ أُخِيهِ ، فِي المَوْضِعِ الَّذِي حَكَمْنَا بِالتَّحْرِيمِ فِيهِ .

فصل : بَيْعُ التَّلْجِجَةِ بِاطِلٍ . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة ، والشَّافِعِيُّ : هو صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ البَيْعَ تَمَّ بِأَرْكَانِهِ وشُرُوطِهِ ، خَالِيًا عَنِ مُقَارَنَةِ مُفْسِدٍ ، فَصَحَّ ، كما لو اتَّفَقَا على شَرْطٍ فاسِدٍ ، / ثم عَقَدَا البَيْعَ بِغَيْرِ شَرْطٍ . ولنا ، أَنَّهُمَا ما قَصَدَا البَيْعَ ، فلم يَصِحَّ مِنْهُمَا كَالهَازِلَيْنِ ، وَمَعْنَى بَيْعِ التَّلْجِجَةِ ، أَن يَخَافَ أَنْ يَأْخُذَ السُّلْطَانُ أو غَيْرُهُ مِلْكَه ، فَيَواطِيءُ رَجُلًا على أَنْ يُظْهَرَا أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ ، لِيَحْتَمِيَ بِذَلِكَ ، ولا يَرِيدَانِ بَيْعًا حَقِيقِيًّا .

٢٠/٥ ظ

٧٦٣ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ بَاعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، فَالْبَيْعُ بِاطِلٍ)

وهو أن يَخْرُجَ الحَضْرِيُّ إلى البَادِي ، وقد جَلَبَ السُّلْعَةَ ، فَيَعْرِفَهُ السَّعْرَ ، ويقولُ : أنا أَبِيعُ لَكَ . فَنهَى النَّبِيُّ ﷺ عن ذلك ، فقال : « دَعُوا النَّاسَ يَرِزُقُوا »

= ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٧٣/٥ . والنسائي ، في باب : إذا استشارت المرأة رجلا في من يخطبها هل يغيرها بما يعلم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦٢/٦ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في نفقة المطلقة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٨١/٢ .

(١٠) في ١ ، م : « منع » .

اللهُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ»^(١) . والبادي ههنا ، مَنْ يَدْخُلُ الْبَلَدَةَ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا ، سِوَاءَ كَانِ بَدْوِيًّا ، أَوْ مِنْ قَرْيَةٍ ، أَوْ بَلَدَةٍ أُخْرَى . نَهَى النَّبِيُّ ﷺ الْحَاضِرَ أَنْ يَبِيعَ لَهُ ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُتَلَقَى الرَّكْبَانُ ، وَأَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، قَالَ : فَقُلْتُ لَابْنِ عَبَّاسٍ : مَا قَوْلُهُ « حَاضِرٌ لِبَادٍ » ؟ قَالَ : لَا يَكُونُ لَهُ سِمَسَارًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) ، وَعَنْ جَابِرٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ ، دَعَا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ . وَرَوَى^(٣) ابْنُ عَمَرَ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ ، وَأَنْسٌ . وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ ، أَنَّهُ مَتَى تَرَكَ الْبَدْوِيُّ يَبِيعُ سِلْعَتَهُ ، اشْتَرَاهَا النَّاسُ بِرُخْصٍ ، وَيُوسِّعُ عَلَيْهِمُ السَّعْرَ ، فَإِذَا تَوَلَّى الْحَاضِرُ يَبِيعُهَا ، وَامْتَنَعَ مِنْ يَبِيعَهَا ، إِلَّا بِسِعْرِ الْبَلَدِ ، ضَاقَ عَلَى أَهْلِ الْبَلَدِ . وَقَدْ أَشَارَ النَّبِيُّ ﷺ فِي تَعْلِيلِهِ إِلَى هَذَا الْمَعْنَى . وَمِمَّنْ كَرِهَ يَبِيعَ الْحَاضِرَ لِلْبَادِي طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ ، وَابْنُ عَمَرَ ، وَأَبُو هُرَيْرَةَ ، وَأَنْسٌ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَيْثُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَنَقَلَ أَبُو إِسْحَاقَ ابْنُ شَاقِلَةَ فِي جُمْلَةِ سَمَاعَاتِهِ ، أَنَّ الْحَسَنَ بْنَ عَلِيٍّ الْمِصْرِيَّ ، سَأَلَ أَحْمَدَ عَنْ يَبِيعَ حَاضِرٍ لِبَادٍ ، فَقَالَ : لَا بَأْسَ بِهِ . فَقَالَ لَهُ : فَالْحَبْرُ الَّذِي جَاءَ بِالنَّهْيِ ؟ قَالَ : كَانَ

(١) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع الحاضر للبادي ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ . وأبو داود ، في : باب في النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣١/٥ . والنسائي ، في : باب بيع الحاضر للبادي ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٥/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٧/٣ ، ٣١٢ ، ٣٨٦ ، ٣٩٢ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ... ، وباب النهي عن تلقي الركبان ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب أجر السمسة ... ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ٩٤/٣ ، ٩٥ ، ١٢٠ . ومسلم في : باب تحريم بيع الحاضر للبادي ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤١/٢ . والنسائي ، في : باب التلقي ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٥/٧ ، ٢٢٦ . وابن ماجه ، في : باب النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات ، سنن ابن ماجه ٦٣٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٨/١ ، ٢٤٣ ، ٢٥٤ ، ٢٧٤ .

(٣) سقط من : م . وما في الأصل يعني : وروى مثله ابن عمر ...

ذلك مرة . فظاهر هذا صحة البيع ، وأن النهي اختص بأول الإسلام ؛ لما كان عليهم من الضيق في ذلك . وهذا قول مجاهد ، وأبي حنيفة ، وأصحابه . والمذهب الأول ؛ لعُمومِ النهي ، وما يثبت في حقهم يثبت في حقنا ، ما لم يقم على اختصاصهم / به دليل . وظاهر كلام الخرقى أنه يحرم بثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن يكون الحاضر قصد البادى ؛ ليتولى البيع له . والثاني ، أن يكون البادى جاهلاً بالسعر ؛ لقوله : « فِعْرَفَهُ السَّعْرُ » ، ولا يكون التعريف ، إلا لجاهل ، وقد قال أحمد ، في رواية أبى طالب : إذا كان البادى عارفاً بالسعر ، لم يحرم . والثالث ، أن يكون قد جلب السلع للبيع ؛ لقوله : « وقد جلب السلع » . والجالب هو الذى يأتى بالسلع ليبيعهها . وذكر القاضي شرطين آخرين ؛ أحدهما ، أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها . والثانى ، أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه ، وضيق في تأخير بيعه . وقال أصحاب الشافعى : إنما يحرم بشروط أربعة ؛ وهى ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه ، فمتى احتل منها شرط ، لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط ، فالبيع حرام ، وقد صرح الخرقى بطلانه . ونص عليه أحمد ، في رواية إسماعيل ابن سعيد ، قال : سألت أحمد عن الرجل الحضري يبيع للبدوى ؟ فقال : أكره ذلك ، وأردد البيع في ذلك . وعن أحمد رواية أخرى ، أن البيع صحيح . وهو مذهب الشافعى ؛ لكون النهي لمعنى في غير المنهى عنه . ولنا ، أنه منهى عنه ، والنهي يقتضى فساد المنهى عنه .

فصل : فأمّا الشراء لهم ، فيصح عند أحمد ، وهو قول الحسن . وكرهت طائفة الشراء لهم ، كما كرهت البيع . يروى عن أنس قال ، كان يقال : هى كلمة جامعة ، يقول : لا تبيعن له شيئاً ، ولا تبتاعن له شيئاً^(٤) . وعن مالك في ذلك روايتان ؛ ووجه القول الأول ، أن النهي غير متناول للشراء بلفظه ، ولا هو في معناه ، فإن

(٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في النهي أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٢ .

النَّهْيَ عَنِ الْبَيْعِ لِلرَّفِيقِ بِأَهْلِ الْحَضَرِ ، لِيَتَسِعَ عَلَيْهِمُ السَّعْرُ ، وَيُزُولَ عَنْهُمْ الضَّرْرُ ،
 وليس ذلك في الشراء لهم ، إذ لا يتضررون ، لعدم العين للبادين ، بل هو دفع الضرر
 عنهم ، والخلق في نظر الشارع على السواء ، فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل
 الحضرة ، لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر . وأما إن أشار الحاضر على البادي من
 غير أن يباشر البيع له / ، فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله ، والأوزاعي ، وابن
 المنذر ، وكرهه مالك ، والليث ، وقول الصحابي حجة ، ما لم يثبت خلافه .

ظ ٢١/٥

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 ، وإلا فأخرج عننا . واحتج له بما روى
 الشافعي ، وسعيد بن منصور ، عن داود بن صالح التمار ، عن القاسم بن محمد ،
 عن عمر ، أنه مر بحاطب^(٥) في سوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب ،
 فسأله عن سعرهما ، فسعر له مدين بكل درهم ، فقال له عمر : قد حدثت بغير
 مقابلة من الطائف تحمل زبيبا ، وهم يعتبرون بسعرك ، فإما أن ترفع في السعر ،
 وإما أن تدخل زبيبتك فتبيعه كيف شئت^(٦) . ولأن في ذلك إضرارا بالناس إذا زاد
 تبعه أصحاب المتاع ، وإذا نقص أضر بأصحاب المتاع . ولنا ، ما روى أبو داود ،
 والترمذي ، وابن ماجه ، عن أنس قال : غلا السعير على عهد رسول الله ﷺ فقالوا :
 يا رسول الله ، غلا السعير ، فسعر لنا . فقال : « إن الله هو المسعر القابض الباسط
 الرازق ، إني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد يطلبنى بمظلمة ، في

(٥) هو حاطب ابن أبي بلتعة صحابي جليل ، شهد بدرًا ، وهو صاحب القصة المشهورة بكتابه إلى المشركين
 لما أراد النبي أن يغزو مكة ، وبعثه النبي ﷺ إلى المقوقس . توفي سنة ثلاثين في خلافة عثمان . الإصابة
 ٤/٢ - ٦ .

(٦) أخرجه الإمام مالك ، مختصرا ، في : باب الحكرة والتريص ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٥١/٢ .
 والبيهقي ، في : باب التسعير ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٩/٦ .

دَمٍ ، وَلَا مَالٍ»^(٧) . قال الترمذی : هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي سعيدٍ مثله^(٨) . فوجه الدلالة من وجهين ؛ أحدهما ، أنه لم يُسعر ، وقد سألوه ذلك ، ولو جازَ لأجابهم إليه . الثاني ، أنه علل بكونه مظلمةً ، والظلم حرامٌ ، ولأنه ماله ، فلم يَجْزِ منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان ، كما اتفق الجماعة عليه . قال بعض أصحابنا : التسعيرُ سببُ الغلاءِ ، لأنَّ الجالين إذا بلغهم ذلك ، لم يقدموا يسألهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ، ومن عنده البضاعةُ يمتنع من بيعها ، ويكتمها ، ويطلبها أهل الحاجة إليها ، فلا يجدونها إلا قليلاً ، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها ، فتغلو الأسعار ، ويحصل الإضرارُ بالجانبيين ، جانب الملاك / في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه ، فيكون حراماً . فأما حديث عمر ، فقد روى فيه سعيدٌ ، والشافعيُّ ، أن عمرَ لما رجع حاسب نفسه ، ثم أتى حاطباً في داره ، فقال : إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاءً ، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع كيف شئت . وهذا رجوعٌ إلى ما قلنا . وما ذكروه من الضررِ موجودٌ فيما إذا^(٩) باع في بيته ، ولا يمنع منه .

و ٢٢/٥

٧٦٤ - مسألة ؛ قال : (ونهى عن تلقى الركبان)

فإن تلقوا ، واشترى منهم ، فهم بالخيار إذا دخلوا السوق ، وعرفوا أنهم^(١) قد غبنوا إن أحبوا أن يفسخوا البيع فسحوا . روى أنهم كانوا يتلقون الأجلاب ،

(٧) أخرجه أبو داود ، في : باب في التسعير ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٤/٢ . والترمذی ، في : باب ما جاء في التسعير ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥٣/٦ . وابن ماجه ، في : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤١/٢ ، ٧٤٢ .
كما أخرجه الدارمی ، في : باب في النهي عن أن يسعر في المسلمين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمی ٢٤٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٥٦/٣ ، ٢٨٦ .
(٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٥/٣ .
(٩) سقط من : م .
(١) في م : « عليهم » .

فَيَشْتَرُونَ مِنْهُمْ الْأَمْتَعَةَ قَبْلَ أَنْ تَهْبِطَ الْأَسْوَاقَ ، فَرَبِمَا غَبَنُواهُمْ غَبْنًا بَيْنَنَا ،
فِيضُرُّوهُمْ ، وَرَبِمَا أَضُرُّوا بِأَهْلِ الْبَلَدِ ؛ لِأَنَّ الرُّكْبَانَ إِذَا وَصَلُوا بَاعُوا أَمْتَعَتَهُمْ ،
وَالَّذِينَ يَتَلَقَّوْنَهُمْ لَا يَبِيعُونَهَا سَرِيعًا ، وَيَتَرَبَّصُونَ بِهَا السَّعْرَ ، فَهُوَ فِي مَعْنَى بَيْعِ
الْحَاضِرِ لِلْبَادِي ، فَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ . وَرَوَى طَاوُسٌ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ
عَبَّاسٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَلَقُّوا الرُّكْبَانَ ، وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ » .
وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مِثْلُهُ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(٢) ، وَكَرِهَهُ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ عُمَرُ بْنُ
عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَحُكِّيَ
عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَمْ يَرِ بِذَلِكَ بَأْسًا . وَسُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَحَقُّ أَنْ تُتَّبَعَ . فَإِنْ
خَالَفَ ، وَتَلَقَّى الرُّكْبَانَ ، وَاشْتَرَى مِنْهُمْ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ . وَقَالَ
ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ . وَحُكِّيَ عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ لِظَاهِرِ النَّهْيِ .
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تَلَقُّوا الْجَلَبَ ،
فَمَنْ تَلَقَّاهُ ، وَاشْتَرَى مِنْهُ ، فَإِذَا أَتَى السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٣) ،
وَالْخِيَارُ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ ، وَلِأَنَّ النَّهْيَ لَا لِمَعْنَى فِي الْبَيْعِ ، بَلْ يَعُودُ
إِلَى ضَرْبٍ مِنَ الْحَدِيدَةِ يُمَكِّنُ اسْتِدْرَاكُهَا بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْمُصْرَاةِ ،
وَفَارَقَ بَيْعَ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي ، فَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُهُ بِالْخِيَارِ ، إِذْ لَيْسَ الضَّرُّرُ
عَلَيْهِ ، إِنَّمَا هُوَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ . فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ
/ غَيَّنَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا خِيَارَ لَهُ . وَقَدْ رَوَيْنَا قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
فِي هَذَا ، وَلَا قَوْلَ لِأَحَدٍ مَعْ قَوْلِهِ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ إِلَّا مَعَ الْعَيْنِ ؛

ظ ٢٢/٥

(٢) حديث ابن عباس ، وحديث أبي هريرة ، تقدم تخريجهما في صفحة ٣٠٩ .

(٣) في : باب تحريم تلقي الجلب ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب في التلقي ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤١/٢ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢٩/٥ . والنسائي ، في : باب
التلقي ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٦/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن تلقي الجلب ، من كتاب =

لأنه إنما ثبت لأجل الحديعة ودفع الضرر ، ولا ضرر مع عدم العبن . وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا ؛ لعلمنا بمعناه ومراده ؛ لأنه معنى يتعلق الخيار بمثله ، ولأن النبي ﷺ جعل له الخيار إذا أتى السوق ، فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالعبن في السوق ، ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع . ولم يُقدر الخرق العبن المثبت للخيار ، ويتبع أن يتقيد بما يخرج عن العادة ؛ لأن ما دون ذلك لا ينضبط . وقال أصحاب مالك : إنما نهى عن تلقى الركبان لما يفوت به من الرق بأهل^(٤) السوق ، لئلا يُقطع عنهم ماله جالسوا من ابتغاء فضل الله تعالى . قال ابن القاسم : فإن تلقاها متلق ، فاشترها ، عرضت على أهل السوق ، فيشتركون فيها . وقال الليث بن سعد : تباع في السوق . وهذا مخالف لمذلول الحديث ؛ فإن النبي ﷺ جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق ، ولم يجعلوا له خياراً ، وجعل النبي ﷺ الخيار له يدل على أن النهي عن تلقى الركبان لحقه ، لا لحق غيره . ولأن الجالس في السوق كالمتلقى ، في أن كل واحد منهما مبتغى لفضل الله تعالى ، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما ، وإلحاق الضرر به ، دفعاً للضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقى^(٥) ، ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته ، فلا يعرج على مثل هذا . والله أعلم .

فصل : فإن تلقى الركبان ، فباعهم شيئاً ، فهو بمنزلة الشراء منهم ، ولهم الخيار إذا عبنهم عبناً يخرج عن العادة . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقالوا في الآخر : النهي عن الشراء دون البيع ، فلا يدخل البيع فيه . وهذا مقتضى قول

= التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٥ . والدارمي ، في : باب النهي عن تلقى البيوع ، من كتاب البيوع .

سنن الدارمي . ٢/٢٥٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٤٨٨ .

(٤) في م : « لأهل » .

(٥) في م : « المتلقى » .

أصحاب مالِك ؛ لأنهم عللوا ذلك بما ذكّرنا عنهم ، ولا يتحقّق ذلك في البيع لهم .
 ولنا ، قول النبي ﷺ : « لَا تَلَقُوا الرُّكْبَانَ » . والبايع داخل في هذا . ولأنّ النهي
 عنه لما فيه من خديعتهم وغيبهم ، وهذا في البيع كهو في الشراء ، والحديث قد
 جاء مُطلقاً ، ولو كان مُختصّاً بالشراء لألحق به ما في معناه ، وهذا في معناه .

فصل : فإن خرج لغير قصد التلقّي ، فلقي ركباً ، فقال القاضي : ليس له
 الابتياح منهم ، ولا الشراء . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . ويحتمل أن
 لا يحرم عليه ذلك . وهو قول الليث بن سعد . والوجه الثاني لأصحاب الشافعي ؛
 لأنّه لم يقصد التلقّي ، فلم يتناول النهي . ووجه الأول ، أنّه إنّما نهى عن التلقّي
 دفعا للخديعة والغبن عنهم ، وهذا مُتحقّق ، وسواء قصد التلقّي ، أو لم يقصده ،
 فوجب المنع منه ، كما لو قصد .

فصل : وإن تلقى الجلب في أعلى السوق^(٦) ، فلا بأس ، فإن ابن عمر روى
 أنّ النبي ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها .^(٧) إلى السوق . رواه
 البخاري^(٨) . ولأنّه إذا صار في السوق ، فقد صار في محلّ البيع والشراء ، فلم
 يدخّل في النهي ، كالذي وصل إلى وسطها .

فصل : والاحتكار حرام ؛ لما روى عن الأثرم ، عن أبي أمامة ، قال : نهى
 رسول الله ﷺ أن يُحتكر الطعام^(٩) . وروى أيضاً ، بإسناده عن سعيد بن

(٦) في م : « الأسواق » .

(٧ - ٧) في م : « الأسواق » .

(٨) في : باب النهي عن تلقي الركبان ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٩٥/٣ .
 كما أخرجه مسلم ، في : باب تحريم تلقي الجلب ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٦/٣ . وأبو داود ،
 في : باب في التلقى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤١/٢ . والدارمي ، في باب لا يبيع على بيع أخيه ،
 من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧/٢ ، ٢٢ ، ٦٣ ، ٩١ .
 (٩) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في الاحتكار ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٠/٦ . والحاكم ، =

المُسَيَّبِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ »^(١٠) . وَرُوِيَ أَنَّ
عَمْرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَرَجَ مَعَ أَصْحَابِهِ ، فَرَأَى طَعَامًا كَثِيرًا قَدْ أَلْقَى
عَلَى بَابِ مَكَّةَ ، فَقَالَ : مَا هَذَا الطَّعَامُ ؟ فَقَالُوا : جُلِبَ إِلَيْنَا . فَقَالَ : بَارَكَ اللَّهُ فِيهِ ،
وَفِي مَنْ جَلَبَهُ . فَقِيلَ لَهُ : فَإِنَّهُ قَدْ احْتَكَرَ . قَالَ : وَمَنْ احْتَكَرَهُ ؟ قَالُوا : فَلَانَ مَوْلَى
عِثَانَ ، وَفَلَانَ مَوْلَاكَ . فَأَرْسَلَ إِلَيْهِمَا ، فَقَالَ : مَا حَمَلَكُمَا عَلَى احْتِكَارِ طَعَامِ
المُسْلِمِينَ ؟ قَالَا : نَشْتَرِي بِأَمْوَالِنَا وَنَبِيعُ . قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ :
« مَنِ احْتَكَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ طَعَامَهُمْ ، لَمْ يَمُتْ حَتَّى يَضْرِبَهُ اللَّهُ بِالْجُدَامِ أَوْ
الْإِفْلَاسِ »^(١١) . قَالَ الرَّاويُ : فَأَمَّا مَوْلَى عِثَانَ فَبَاعَهُ ، وَقَالَ : وَاللَّهِ لَا احْتَكِرُهُ
أَبَدًا . وَأَمَّا مَوْلَى عَمْرٍ فَلَمْ يَبِعْهُ ، فَرَأَيْتُهُ مَجْدُومًا . وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ :
« الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ »^(١٢) .

ظ ٢٣/٥

فصل / والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط ؛ أحدها ، أن يشتري ،
فلو جلب شيئاً ، أو أدخل من غلته شيئاً ، فادَّخَرَهُ ، لم يكن مُحْتَكِرًا . رُوِيَ
[عن]^(١٣) الحسن ومالك . وقال الأوزاعي : الجالب ليس بمُحْتَكِرٍ ؛ لقوله :

= في : باب لا يحتكر إلا خاطيء ، من كتاب البيوع . مستدرک الحاكم ١١/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب
في احتكار الطعام ، من كتاب البيوع . المصنف ١٠٢/٦ .

(١٠) أخرجه مسلم ، في : باب تحريم الاحتكار في الأقوات ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٧/٣ ،
١٢٢٨ . وأبو داود ، في : باب في النهي عن الحكرة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٣/٢ . والترمذي ،
في : باب ما جاء في الاحتكار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٠/٥ . وابن ماجه ، في : باب الحكرة
والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٨/٢ . والدارمي ، في : باب في النهي عن الاحتكار ، من
كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٤٨/٢ ، ٢٤٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٥٣/٣ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥/٦ .
(١١) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٩/٢ . والإمام
أحمد ، في : المسند ٢١/١ .

(١٢) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٢٨/٢ . والدارمي .
في : باب في النهي عن الاحتكار ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٤٩/٢ . والبيهقي ، في : باب ما جاء
في الاحتكار ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٠/٦ .

(١٣) تكملة يقتضيا المعنى .

« الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ ، وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ » (١٤) . ولأنَّ الجَالِبَ لَا يُضَيِّقُ عَلَى أَحَدٍ ، وَلَا يَضُرُّ بِهِ ، بَلْ يَنْفَعُ ، فَإِنَّ النَّاسَ إِذَا عَلِمُوا عِنْدَهُ طَعَامًا مُعَدًّا لِلْبَيْعِ ، كَانَ ذَلِكَ أَطْيَبَ لِقُلُوبِهِمْ مِنْ عَدَمِهِ . الثَّانِي ، أَنَّ يَكُونُ الْمُشْتَرِي قُوْتًا . فَأَمَّا الْإِدَامُ ، وَالْحَلْوَاءُ ، وَالْعَسَلُ ، وَالزَّيْتُ ، وَأَعْلَافُ الْبِهَائِمِ ، فَلَيْسَ فِيهَا اخْتِكَارٌ مُحْرَمٌ . قَالَ الْأَثَرُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ ، عَنْ أَى شَيْءٍ الْاِخْتِكَارُ ؟ قَالَ : إِذَا كَانَ مِنْ قُوْتِ النَّاسِ فَهُوَ الَّذِي يُكْرَهُ . وَهَذَا قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو . وَكَانَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ - وَهُوَ رَاوَى حَدِيثَ الْاِخْتِكَارِ - يَحْتَكِرُ الزَّيْتَ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ : كَانَ يَحْتَكِرُ التَّوَى ، وَالْحَيْطَ ، وَالْبَزَرَ (١٥) . وَلِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ مِمَّا لَا تَعْمُ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا ، فَأُشْبِهَتْ الثِّيَابَ ، وَالْحَيَوَانَاتِ . الثَّلَاثُ ، أَنَّ يُضَيِّقُ عَلَى النَّاسِ بِشِرَائِهِ . وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِأَمْرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ فِي بَلَدٍ يُضَيِّقُ بِأَهْلِهِ الْاِخْتِكَارُ ، كَالْحَرَمَيْنِ ، وَالثُّغُورِ . قَالَ أَحْمَدُ : الْاِخْتِكَارُ فِي مِثْلِ مَكَّةَ ، وَالْمَدِينَةِ ، وَالثُّغُورِ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ الْبِلَادَ الْوَاسِعَةَ الْكَثِيرَةَ الْمَرَافِقِ وَالْجَلْبِ ، كَبَعْدَادَ ، وَالْبَصْرَةَ ، وَمِصْرَ ، لَا يَحْرُمُ فِيهَا الْاِخْتِكَارُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُؤَثِّرُ فِيهَا غَالِبًا . الثَّانِي ، أَنَّ يَكُونُ فِي حَالِ الضِّيْقِ ، بِأَنَّ يَدْخُلَ الْبَلَدَ قَافِلَةٌ فَيَتَبَادَرُ ذُوو الْأَمْوَالِ فَيَشْتَرُونَهَا ، وَيُضَيِّقُونَ عَلَى النَّاسِ . فَأَمَّا إِنْ اشْتَرَاهُ فِي حَالِ الْاِتِّسَاعِ وَالرُّخْصِ ، عَلَى وَجْهِ لَا يُضَيِّقُ عَلَى أَحَدٍ ، فَلَيْسَ بِمُحْرَمٍ .

٧٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَيَبِعُ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ حَمْرًا بَاطِلٌ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ؛ أَنَّ يَبِعَ الْعَصِيرِ لِمَنْ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ حَمْرًا مُحْرَمًا . وَكَرِهَهُ الشَّافِعِيُّ ، وَذَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ أَنَّ الْبَائِعَ إِذَا اعْتَقَدَ أَنَّهُ يَعْصِرُهَا حَمْرًا ، فَهُوَ مُحْرَمٌ ، وَإِنَّمَا يُكْرَهُ إِذَا شَكَّ فِيهِ . وَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنِ الْحَسَنِ وَعَطَاءِ وَالثُّورِيِّ ؛ أَنَّهُ

(١٤) تقدم ترجمه في الصفحة السابقة .

(١٥) البزور : كل حب يبذر للنبات ، جمعه بزور - القاموس .

لَا بَأْسَ بِبَيْعِ التَّمْرِ مِمَّنْ^(١) يَتَّخِذُهُ مُسْكِرًا . قَالَ الثَّوْرِيُّ : بَيْعِ الْحَلَالِ مِمَّنْ شِئْتَ .
 / وَاحْتَجَّ لَهُمْ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٢) . وَلِأَنَّ الْبَيْعَ تَمَّ بِأَرْكَانِهِ
 وَشُرُوطِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِنْتِمِ وَالْعُدُونِ ﴾^(٣) .
 وَهَذَا نَهَى يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ لَعَنَ فِي الْحَمْرِ عَشْرَةَ .
 فَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَاهُ جِبْرِيلُ ، فَقَالَ : يَا مُحَمَّدُ ، إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْحَمْرَ ،
 وَعَاصِرَهَا ، وَمُعْتَصِرَهَا ، وَحَامِلَهَا ، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ ، وَشَارِبَهَا ، وَبَائِعَهَا ،
 وَمُبْتَاعَهَا ، وَسَاقِيَهَا . وَأَشَارَ إِلَى كُلِّ مُعَاوِنٍ عَلَيْهَا ، وَمُسَاعِدٍ فِيهَا . أَخْرَجَ هَذَا
 الْحَدِيثَ التِّرْمِذِيُّ^(٤) ، مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ ، وَقَالَ : قَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيثُ عَنْ ابْنِ
 عَبَّاسٍ^(٥) ، وَابْنِ عَمَرَ^(٦) ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . وَرَوَى ابْنُ بَطَّةٍ فِي تَحْرِيمِ النَّبِيذِ ،
 بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ قَيْمًا كَانَ لَسَعِدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ فِي أَرْضٍ لَهُ ،
 فَأَخْبَرَهُ عَنْ عَنَبٍ أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ زَبِيبًا ، وَلَا يَصْلُحُ أَنْ يُبَاعَ إِلَّا لِمَنْ يَعْصِرُهُ ، فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ ،
 وَقَالَ : بِنَسِ الشَّيْخِ أَنَا إِنْ بَعْتُ الْحَمْرَ^(٧) . وَلِأَنَّهُ يَعْقِدُ عَلَيْهَا لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يُرِيدُهَا
 لِلْمَعْصِيَةِ ، فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ أَمَتِهِ لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَأْجِرُهَا لِيَزِنَنِي بِهَا . وَالآيَةُ مَخْصُوصَةٌ

(١) في م : « لمن » .

(٢) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٣) سورة المائدة ٢ .

(٤) في : باب النهي أن يتخذ الخمر خلا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٢٩٥/٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ١١٢٢/٢ .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣١٦/١ .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في العنب يعصر للخمر ، من كتاب الأشربة . سنن أبي داود ٢٩٢/٢ .

وابن ماجه ، في : باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ١١٢١/٢ ، ١١٢٢ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥/٢ ، ٧١ ، ٩٧ .(٧) أخرجه النسائي ، في : باب الكراهية في بيع العصور ، من كتاب الأشربة . المختبى ٢٩٤/٨ . وعبد الرزاق ،
في : باب العصور شرهه وبيعه ، من كتاب الأشربة . مصنف عبد الرزاق ٢١٨/٩ . وابن أبي شيبة ، في : باب
في بيع العصور ، من كتاب البيوع والأفضية . مصنف ابن أبي شيبة ٥٩٨/٦ .

بصُورٍ كَثِيرَةٍ ، فَيُحْصَى مِنْهَا مَحَلُّ النُّزَاعِ بِدَلِيلِنَا . وَقَوْلُهُمْ : ثُمَّ الْبَيْعُ بِشُرُوطِهِ^(٨) وَأَرْكَانِهِ . قَلْنَا : لَكِنْ وَجَدَ الْمَانِعُ مِنْهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْبَيْعُ وَيُنْطَلُّ ، إِذَا عَلِمَ الْبَائِعُ قَصْدَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ ، إِذَا بَقَوْلِهِ ، وَإِنَّمَا بَقَرَاتِنِ مُخْتَصَّةٌ بِهِ ، تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْأَمْرُ مُحْتَمِلًا ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيهَا مَنْ لَا يَعْلَمُ حَالَهُ ، أَوْ مَنْ يَعْمَلُ الْحَلَّ وَالْحَمْرَ مَعًا ، وَلَمْ يَلْفِظْ بِمَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الْحَمْرِ ، فَالْبَيْعُ جَائِزٌ . وَإِذَا ثَبَتَ التَّحْرِيمُ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُحْرَمَ فِي ذَلِكَ اعْتِقَادُهُ بِالْعَقْدِ دُونَهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ دَلَّسَ الْعَيْبَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقَدَ عَلَى عَيْنٍ ، لِمَعْصِيَةِ اللَّهِ بِهَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا جَارَةَ الْأُمَّةَ لِلزَّئِي وَالغِنَاءِ . وَأَمَّا التَّدْلِيلُ ، فَهُوَ الْمُحْرَمُ ، دُونَ الْعَقْدِ . وَلِأَنَّ التَّحْرِيمَ هُنَا لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَأُفْسَدَ الْعَقْدُ ، كَبَيْعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ ، وَيُفَارِقُ التَّدْلِيلَ ، فَإِنَّهُ لِحَقِّ آدَمِيٍّ .

ظ ٢٤/٥

فصل : وهكذا الحكمُ في كُلِّ ما قَصِدَ^(٩) به الحرامُ ، / كَبَيْعِ السِّلَاحِ لِأَهْلِ الْحَرْبِ ، أَوْ لِقَطَاعِ الطَّرِيقِ ، أَوْ فِي الْفِتْنَةِ ، وَبَيْعِ الْأُمَّةِ لِلغِنَاءِ ، أَوْ إِجَارَتِهَا كَذَلِكَ ، أَوْ إِجَارَةَ دَارِهِ لِبَيْعِ الْحَمْرِ فِيهَا ، أَوْ لِنُتْحَذِ كَيْسَةَ ، أَوْ بَيْتِ نَارٍ ، وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ . فَهَذَا حَرَامٌ ، وَالْعَقْدُ بَاطِلٌ ؛ لِمَا قَدَّمْنَا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ . رَجَمَهُ اللَّهُ عَلَى مَسَائِلَ ، نَبَّهَ بِهَا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَالَ فِي الْقَصَابِ وَالْحَبَّازِ : إِذَا عَلِمَ أَنَّ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُ ، يَدْعُو عَلَيْهِ مَنْ يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ ، لَا يَبِيعُهُ ، وَمَنْ يَخْتَرِطُ الْأَقْدَاحَ لَا يَبِيعُهَا مِمَّنْ يَشْرَبُ فِيهَا . وَنَهَى عَنِ بَيْعِ الدِّيَاجِ لِلرِّجَالِ ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ لِلنِّسَاءِ . وَرَوَى عَنْهُ ؛ لَا يَبِيعُ الْجَوْزَ مِنَ الصَّبِيَّانِ لِلْقِمَارِ . وَعَلَى قِيَاسِهِ الْبَيْضُ ، فَيَكُونُ بَيْعُ ذَلِكَ كُلِّهِ بَاطِلًا .

فصل : قيل لأحمدَ : رَجُلٌ مَاتَ ، وَخَلَّفَ جَارِيَةً مُعْنِيَةً ، وَوَلَدًا يَتِيمًا ، وَقَدْ

(٨) في م : « وشروطه » .

(٩) في م : « يقصد » .

احتاج إلى بيعها . قال : يبيعه على أنها ساذجة . فقيل له : فإنها تساوي ثلاثين ألف درهم ، فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين دينارا . قال : لا تباغ إلا على أنها ساذجة . ووجه ذلك ما روى أبو أمامة ، عن النبي ﷺ ؛ أنه قال : « لا يجوز بيع المغنيات ، ولا أثمانهن ، ولا كسبهن » . قال الترمذي^(١٠) : هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد ، وقد تكلم فيه أهل العلم . ورواه ابن ماجه^(١١) . وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء ، فأما ما ليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل ، كما أن العصير لا يحرم بيعه لغير الخمر ، لصلاحيته للخمر .

فصل : ولا يجوز بيع الخمر ، ولا التوكيل في بيعه ، ولا شراؤه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز . وقال أبو حنيفة : يجوز للمسلم أن يوكل ذميا في بيعها وشرائها . وهو غير صحيح ؛ فإن عائشة روت ، أن النبي ﷺ قال : « حرمت التجارة في الخمر »^(١٢) . وعن جابر ، أنه سمع النبي ﷺ عام الفتح ، وهو بمكة ، يقول : « إن^(١٣) الله ورَسُولُهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخَنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ » . فقيل : يا رسول الله ، أرايت شحوم الميتة ، فإنه

(١٠) في : باب ما جاء في كراهية بيع المغنيات ، من أبواب البيوع . وباب تفسير سورة لقمان ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٢٨١/٥ ، ٢٨٢ ، ٧٢/١٢ ، ٧٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٢/٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦٤ ، ٢٦٨ .

(١١) في : باب ما لا يحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ .

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب تحريم تجارة الخمر في المسجد ، من كتاب الصلاة . وباب آكل الربا وشاهده وكتبه ... ، وباب تحريم التجارة في الخمر ... ، من كتاب البيوع . وباب : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ... ، وباب : ﴿ يحق الله الربا ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٢٤/١ ، ٧٧/٣ ، ١٠٨ ، ٤٠/٦ . ومسلم ، في : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٦/٣ . وأبو داود ، في : باب في ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥١/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٣٠٠/٥ . والنسائي ، في : باب النهي عن الانتفاع بشحوم الميتة ، وباب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٢/٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، في : باب ما لا يحل في بيعه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ . والدارمي ، في : باب في النهي عن بيع الخمر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٤/٣ ، ٣٢٦ . وانظره في : ٣٤٠/٣ .

(١٣) سقط من : الأصل .

تُطْلَى بِهَا السُّفْنُ ، وَتُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ ، وَيَسْتَصْبِحُ^(١٤) بِهَا النَّاسُ ؟ فَقَالَ : « لَا ، هُوَ حَرَامٌ » . ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قَاتِلْ / اللَّهُ الْيَهُودَ ، إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا ، فَجَمَلُوهُ^(١٥) ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَأَكَلُوا ثَمَنَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٦) . وَمَنْ وُكِّلَ فِي بَيْعِ الْحَمْرِ ، وَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، فَقَدْ أَشْبَهَهُمْ فِي ذَلِكَ . وَلِأَنَّ الْحَمْرَ نَجِسَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، فَحَرَّمَ^(١٧) بَيْعَهَا ، وَالتَّوَكُّيلُ فِي بَيْعِهَا ، كَالْمَيْتَةِ وَالْخَنْزِيرِ ، وَلِأَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ بَيْعُهُ ، فَحَرَّمَ عَلَيْهِ التَّوَكُّيلُ^(١٨) فِي بَيْعِهِ^(١٨) ، كَالْخَنْزِيرِ .

٧٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَيَنْطَلُ الْبَيْعُ إِذَا كَانَ فِيهِ شَرْطَانِ ، وَلَا يُنْطَلُ شَرْطٌ وَاحِدٌ)

تَبَيَّنَ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ قَالَ : الشَّرْطُ الْوَاحِدُ لَا بَأْسَ بِهِ ، إِذَا نُتِيَ عَنِ الشَّرْطَيْنِ فِي الْبَيْعِ . ذَهَبَ أَحْمَدُ إِلَى مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلَا تَبِعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . قَالَ الْأَثَرُمُ :

(١٤) أَيْ يُشْعَلُونَ بِهَا سُرُجَهُمْ .

(١٥) جَمَلَهُ بِجَمَلِهِ جَمَلًا ، وَأَجْمَلَهُ : أَذَابَهُ وَاسْتَخْرَجَ دُهْنَهُ . لِسَانَ الْعَرَبِ (ج م ل) .

(١٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَالْأَصْنَامِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١١٠/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ الْحَمْرِ وَالْمَيْتَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٠٧/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي ثَمَنِ الْحَمْرِ وَالْمَيْتَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٥٠/٢ ، ٢٥١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي بَيْعِ جُلُودِ الْمَيْتَةِ وَالْأَصْنَامِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٩٩/٥ ، ٣٠٠ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْخَنْزِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمَجْتَبَى ٢٧٢/٧ ، ٢٧٣ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ مَا لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٧٣٢/٢ .

(١٧) فِي م : « بِحَرَمٍ » .

(١٨ - ١٨) سَقَطَ مِنْ م .

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢٥٤/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيْعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤٣/٥ . كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، وَبَابِ سَلْفٍ وَبَيْعٍ ... ، وَبَابِ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ... ، =

قيل لأبي عبد الله: إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع. فنقض يده، وقال: الشرط الواحد لا بأس به في البيع، إثم انتهى رسول الله ﷺ عن شرطين في البيع. وحديث جابر يذم على إباحة الشرط، حين باعه جملة، وشرط ظهره إلى المدينة^(٢). واختلف في تفسير الشرطين المنهيين عنهما، فروى عن أحمد؛ أنهما شرطان صحيحان، ليسا من مصلحة العقد. فحكى ابن المنذر عنه، وعن إسحاق، في من اشترى ثوباً، واشترط على البائع خياطته وقصارته، أو طعاماً، واشترط طحنه وحملة: إن اشترط أحد هذه الأشياء، فالبيع جائز، وإن اشترط شرطين، فالبيع باطل. وكذلك فسّر القاضي في «شرح» الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير. وروى الأثر من أحمد تفسير الشرطين؛ أن يشترها على أنه لا يبيعهما من أحد، وأنه يطؤها. ففسره بشرطين فاسدين. وروى عنه إسماعيل بن سعيد^(٣) في الشرطين في البيع، أن يقول: إذا بعثكها^(٤) فأنا أحق بها بالثمن، وأن تحدمنى سنة. وظاهر كلام أحمد؛ أن الشرطين المنهيين عنهما ما كان من هذا النحو. فأما إن شرط شرطين، أو أكثر، من مقتضى العقد، أو مصلحته، مثل أن يبيعه بشرط الخيار، والتأجيل، والرهن، والضمين، أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن، فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر. / وقال القاضي في «المجرد»: ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين، بطل، سواء كانا صحيحين، أو فاسدين، لمصلحة العقد، أو لغير مصلحته. أخذاً من ظاهر الحديث، وعملاً بعمومه. ولم يفرق الشافعي، وأصحاب الرأي بين الشرطين، ورووا أن النبي ﷺ

٢٥/٥ ظ

= من كتاب البيوع. المجتبى ٧/٢٥٤، ٢٥٩. والدارمي، في: باب في النهي عن شرطين في بيع، من كتاب

البيوع. سنن الدارمي ٢/٢٥٣. والإمام أحمد، في: المسند ٢/١٧٩.

(٢) تقدم تخرجه في صفحة ١٦٧.

(٣) في النسخ: «سيد».

وانظر ترجمتنا له في: ٣٧/١.

(٤) في الأصل: «بعثها».

نَهَى عن بَيْعٍ وشرطٍ^(٥) . ولأنَّ الصَّحِيحَ لا يُؤَثَّرُ في البَيْعِ وإنْ كَثُرَ ، والفاَسِدُ يُؤَثَّرُ فيه وإنْ اتَّحَدَ . والحَدِيثُ الَّذِي رويناهُ يَدُلُّ على الفَرْقِ . ولأنَّ العَرَرَ الِيسِيرَ إذا احْتَمَلَ في العَقْدِ ، لا يَلْزَمُ منه احْتِمَالُ الكَثِيرِ . وحَدِيثُهُمْ لم يَصِحَّ ، وليس له أَصْلٌ ، وقد أنكَرَهُ أَحْمَدُ ، ولا نَعْرِفُهُ مَرْوِيًّا في مُسْنَدِ ، فلا^(٦) يُعَوَّلُ عليه . وقولُ القاضِي : إنَّ النَّهْيَ يَبْقَى على عُمومِهِ في كُلِّ شَرْطَيْنِ . بَعِيدًا أيضًا ؛ فإنَّ شَرْطَ ما يَفْتَضِيهِ العَقْدُ لا يُؤَثَّرُ فيه بغيرِ خِلافٍ ، وشرطُ ما هو مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ ، كالأَجَلِ ، والخِيَارِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمِينِ ، وشرطُ صِفَةِ في المَبِيعِ ، كالكِتَابَةِ ، والصَّنَاعَةِ ، فيه مَصْلَحَةُ العَقْدِ ، فلا يَنْبَغِي أنْ يُؤَثَّرَ أيضًا في بَطْلانِهِ ، قَلَّتْ أو كَثُرَتْ . ولم يَذْكَرْ أَحْمَدُ في هذِهِ المَسْأَلَةِ شَيْئًا مِن هَذَا القِسْمِ ، فالظَّاهِرُ أَنَّهُ غيرُ مُرَادٍ له .

فصل : والشُّرُوطُ تَنْقَسِمُ^(٧) أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، ما هو مِن مُقْتَضَى العَقْدِ ، كاشتِرَاطِ التَّسْلِيمِ ، وخِيَارِ المَجْلِسِ ، والتَّقَابُضِ في الحَالِ . فهَذَا وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، لا يُفِيدُ حُكْمًا ، ولا يُؤَثَّرُ في العَقْدِ .

الثَّانِي ، تَتَعَلَّقُ بِهِ مَصْلَحَةُ العَاقِدَيْنِ ، كالأَجَلِ ، والخِيَارِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمِينِ ، والشَّهَادَةِ ، أو اشْتِرَاطِ صِفَةِ مَقْصُودَةٍ في المَبِيعِ ، كالصَّنَاعَةِ والكِتَابَةِ ، ونَحْوِهَا . فهَذَا شَرْطٌ جَائِزٌ يَلْزَمُ الوَفَاءَ بِهِ . ولا نَعْلَمُ في صِحَّةِ هَذَيْنِ القِسْمَيْنِ خِلافًا .

الثَّالِثُ ، ما ليس مِن مُقْتَضَاهُ ، ولا مِن مَصْلَحَتِهِ ، ولا يُنَافِي مُقْتَضَاهُ ، وهو نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، اشْتِرَاطُ مُنْفَعَةٍ البَائِعِ في المَبِيعِ ، فهَذَا قَدَمَضَى ذِكْرَهُ . الثَّانِي ، أنْ يَشْتَرِطَ عَقْدًا في عَقْدٍ ، نَحْوُ أنْ يَبِيعَهُ شَيْئًا بِشَرْطِ أنْ يَبِيعَهُ شَيْئًا آخَرَ ، أو يَشْتَرِي

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٥ ، ١٦٦ .

(٦) في م : « ولا » .

(٧) في م زيادة : « إلى » .

منه ، أو يُؤجِرَه ، أو يُزَوِّجَه ، أو يُسَلِّفَه ، أو يَصْرِفَ له الثَّمَنَ أو غيرَه ، فهذا شَرَطٌ فاسِدٌ يَفْسُدُ به البَيْعُ ، سواء اشترطه^(٨) البائع أو المُشْتَرِي ، / ^(٩) «وَسَنَذَكُرُ ذَلِكَ» إن شاء الله تعالى .

الرَّابِع ، اشترط ما يُنَافِي مُقْتَضَى البَيْعِ ، وهو على ضَرَبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، اشترط ما يُبْنِي على التَّغْلِيْبِ والسَّرَايَةِ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ البَائِعُ على المُشْتَرِي عِتْقَ العَبْدِ ، فهل يَصِحُّ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ . وهو مذهب مالِكٍ ، وظاهرُ مذهب الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهَا ، اشترتْ بَرِيْرَةَ ، وشَرَطَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا عِتْقَهَا ، وولاءَها ، فَأَنكَرَ النَّبِيُّ ﷺ شَرَطَ^(١٠) الْوَلَاءِ ، دُونَ الْعِتْقِ^(١١) . وَالثَّانِيَةُ ، الشَّرَطُ فَاسِدٌ . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، أَشْبَهَ إِذَا شَرَطَ أَنْ لَا يَبِيْعَهُ ، لِأَنَّهُ شَرَطَ عَلَيْهِ إِزَالَةَ مَلِكِهِ عَنْهُ ، أَشْبَهَ مَا لو شَرَطَ أَنْ يَبِيْعَهُ . وليس في حَدِيثِ عَائِشَةَ أَنَّهَا شَرَطَتْ لَهُمُ الْعِتْقَ ، وَإِنَّمَا أَخْبَرْتُهُمْ بِإِرَادَتِهَا لِذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرَطٍ ، فَاشْتَرَطُوا الْوَلَاءَ ، فَإِذَا حَكَمْنَا بِفَسَادِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ سَائِرِ الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ الَّتِي يَأْتِي ذِكْرُهَا . وَإِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّتِهِ ، فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ، فَقَدْ وَفَى بِمَا شَرَطَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَقْهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّ شَرَطَ الْعِتْقِ إِذَا صَحَّ ، تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ ، كَمَا لو نَذَرَ عِتْقَهُ^(١٢) . وَالثَّانِي ، لَا يُجْبَرُ ؛ لِأَنَّ الشَّرَطَ لَا يُوجِبُ فِعْلَ الْمَشْرُوطِ ، بِدَلِيلِ مَا لو شَرَطَ الرَّهْنَ ، وَالضَّمِيْنَ ، فَعَلِيَ هَذَا يَثْبُتُ لِلْبَائِعِ خِيَارُ الْفَسْخِ ، لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا شَرَطَهُ لَهُ ، أَشْبَهَ مَا لو شَرَطَ عَلَيْهِ رَهْنًا . وَإِنْ تَعَيَّبَ الْمَبِيْعُ ، أَوْ كَانَ أُمَّةً ، فَأَحْبَلَهَا ، أَعْتَقَهُ ، وَأَجْزَأَهُ ؛ لِأَنَّ الرَّقَّ بَاقٍ فِيهِ .

(٨) في الأصل : « اشترط » .

(٩ - ٩) في م : « وسنذكره » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سيأتي تحريجه في صفحة ٣٢٦ .

(١٢) في م : « عنه » .

وإن استعمله ، أو أخذ من كسبه شيئاً ، فهو له . وإن مات المبيع ، رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق ، فيقال : كم قيمته لو بيع مطلقاً ؟ وكم يساوي إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع^(١٣) 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 يطاء . أو يشترط عليه أن يبيعه ، أو يقفه ، أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ،^(١٤) أو إن^(١٥) أعتقه فالولاء له . فهذه وما أشبهها شروط فاسدة . وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين ؛ قال القاضى : المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح . وهو ظاهر كلام الخرقى ههنا . وهو قول الحسن ، والشعبي ، والتخمي ، / والحكم^(١٥) ، وابن أبي ليلى ، وأبي ثور . والثانية ، البيع فاسد . وهو قول^(١٦) أبي حنيفة ، والشافعى ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشريط^(١٧) . ولأنه شرط فاسد ، فأفسد^(١٨) 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 رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له ، فلو صح البيع بدونه ، لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضى . ولنا ، ما روت عائشة ، قالت : جاءتني بريرة ، فقالت : كاتبت أهلى على تسع أواق ، فى كل عام أوقية ، فأعيننى . فقلت : إن أحب أهللك أن أعدها لهم عدة واحدة ، ويكون لى ولأوك فعلت . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فقالت لهم ، فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ، ورسول الله ﷺ جالس ، فقالت : إئى عرضت عليهم ، فأبوا ، إلا أن يكون الولاء

ظ ٢٦/٥

(١٣) فى الأصل بعد هذا زيادة : « بما » .

(١٤ - ١٤) فى م : « وإن » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) فى م : « مذهب » .

(١٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٥ ، ١٦٦ .

(١٨) فى م : « فاسد » .

لهم . فَسَمِعَ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأُخْبِرَتْ عَائِشَةُ النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « خُذِيهَا ، وَاشْتَرِي لِي الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي النَّاسِ ، فَحَمِدَ اللَّهَ ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : « أَمَّا بَعْدُ ، مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) . فَأَبْطَلَ الشَّرْطَ ، وَلَمْ يُبْطِلِ الْعَقْدَ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : خَبَرُ بَرِيرَةَ ثَابِتٌ . وَلَا نَعْلَمُ خَبَرَ أُيُوعَارِضُهُ ، فَالْقَوْلُ بِهِ يَجِبُ . فَإِنْ قِيلَ : الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ : « اشْتَرِي لَهُمُ الْوَلَاءَ » . أَيْ عَلَيْهِمْ . بِدَلِيلٍ أَنَّهُ أَمَرَهَا بِهِ ، وَلَا يَأْمُرُهَا بِفَاسِدٍ . قُلْنَا : لَا يَصِحُّ هَذَا التَّأْوِيلُ بِوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْوَلَاءَ لَهَا بِإِعْتِقِهَا ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى اشْتِرَائِهِ . الثَّانِي ، أَنَّهُمْ أَبُو الْبَيْعِ ، إِلَّا أَنْ يُشْتَرِطَ الْوَلَاءَ لَهُمْ ، فَكَيْفَ يَأْمُرُهَا بِمَا يَعْلَمُ أَنَّهُمْ لَا يَقْبَلُونَهُ مِنْهَا ؟ وَأَمَّا أَمْرُهُ بِذَلِكَ فَلَيْسَ هُوَ أَمْرًا عَلَى الْحَقِيقَةِ ، وَإِنَّمَا هُوَ صِيغَةٌ^(٢٠) الْأَمْرِ / بِمَعْنَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْاشْتِرَاطِ وَتَرْكِهِ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ ﴾^(٢١) . وَقَوْلِهِ : ﴿ فَاصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا ﴾^(٢٢) وَالتَّقْدِيرُ : وَاشْتَرِي لَهُمْ

و ٢٧/٥

(١٩) أخرجه البخارى ، فى : باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس ، من كتاب المكاتب . وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط فى الولاء ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ١٩٩/٣ ، ٢٥٠ - ٢٥٢ . ومسلم ، فى : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ - ١١٤٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٤٦/٢ ، ٣٤٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٢٨٠/٨ ، ٢٨١ . والنسائى ، فى : باب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقضى من كتابته شيئا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٨/٧ ، ٢٦٩ . والإمام مالك ، فى : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٨٠/٢ ، ٧٨١ .

(٢٠) فى م : « صفة » .

(٢١) سورة التوبة ٨٠ .

(٢٢) سورة الطور ١٦ .

الولاء^(٢٣) ، أو لا تُشترطى . ولهذا قال عقيبه : « فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » .
 وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا ، ^(٢٤) وما ذكروه^(٢٤) من المعنى في ^(٢٥)مقابله
 النص^(٢٥) غير مقبول .

فصل : فإن حَكَمْنَا بِصِحَّةِ الْبَيْعِ ، فَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ بِمَا نَقَصَهُ الشَّرْطُ مِنَ التَّمَنِ .
 ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَلِلْمُشْتَرِي الرَّجُوعُ بِزِيَادَةِ التَّمَنِ إِنْ كَانَ هُوَ الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ
 إِتْمَا سَمَحَ بِبَيْعِهَا بِهَذَا التَّمَنِ ، لِمَا يَحْصُلُ لَهُ مِنَ الْعَرَضِ بِالشَّرْطِ ، وَالْمُشْتَرِي إِتْمَا
 سَمَحَ بِزِيَادَةِ التَّمَنِ مِنْ أَجْلِ شَرْطِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ عَرَضُهُ ، يَنْبَغِي أَنْ يَرْجِعَ بِمَا
 سَمَحَ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَجَدَهُ مَعِيًّا .

فصل : فإن حَكَمْنَا بِفَسَادِ الْعَقْدِ ، لَمْ يَحْصُلْ بِهِ مِلْكٌ ، سِوَاءِ اتَّصَلُ بِهِ الْقَبْضُ ،
 أَوْ لَمْ يَتَّصِلْ . وَلَا يُنْفَذُ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرِي فِيهِ بِبَيْعٍ ، وَلَا هِبَةٍ ، وَلَا عِنَقٍ ، وَلَا غَيْرِهِ .
 وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّ الْمَلَكَ يَثْبُتُ فِيهِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ ،
 وَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ فِيهِ ، فَيَأْخُذُهُ مَعَ الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةَ ، إِلَّا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ الْمُشْتَرِي
 تَصَرُّفًا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ فِيهِ ، فَيَأْخُذُ قِيَمَتَهُ . وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ بَرِيرَةَ ؛ فَإِنَّ عَائِشَةَ اشْتَرَتْهَا
 بِشَرْطِ الْوَلَاءِ ، فَأَعْتَقْتَهَا ، فَأَجَّازَ النَّبِيُّ ﷺ الْعِتْقَ ، وَالْبَيْعَ فَاسِدًا . وَلِأَنَّ الْمُشْتَرِي
 عَلَى صِفَةِ يَمْلِكُ الْمَيْبِعَ ابْتِدَاءً بِعَقْدِهِ ، وَقَدْ حَصَلَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ لِلْبَدَلِ عَنِ عَقْدِهِ فِيهِ
 تَسْلِيطًا ، فَوَجَبَ أَنْ يَمْلِكَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْعَقْدُ صَحِيحًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِعَقْدِهِ
 فَاسِدٍ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ التَّمَنُ مَيْتَةً ، أَوْ دَمًا . فَأَمَّا حَدِيثُ بَرِيرَةَ ، فَإِنَّمَا
 يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْعَقْدِ ، لَا عَلَى مَا ذَكَرُوهُ . وَلَيْسَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ عَائِشَةَ اشْتَرَتْهَا

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤ - ٢٤) في م : « وذكره » .

(٢٥ - ٢٥) سقط من : الأصل .

بهذا الشرط ، بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم إنكار النبي ﷺ هذا الشرط تركوه ، ويحتمل أن الشرط كان سابقاً للعقد ، فلم يؤثر فيه .

فصل : وعليه رد المبيع ، مع نمائه المتصيل والمنفصل ، وأجرة مثله مدة بقائه في يده ، وإن نقص ضمن نقصه ؛ لأنها جملة مضمونة ، فأجزاؤها/ تكون مضمونة أيضاً . فإن تلف المبيع في يد المشتري ، فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف . قاله القاضى . ولأن أحمد نص عليه في العصب ، ولأنه قبضه بإذن مالِكه ، فأشبهه العارية . وذكر الخرقى في العصب ، أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت ، فيخرج هُنا كذلك ، وهو أولى ؛ لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها ، وعليه ضمان نقصها مع زيادتها ، فكذلك في حال تلفها ، كما لو أتلَّفها بالجنابة ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

ظ ٢٧/٥

فصل : فإن كان المبيع أمةً ، فوطئها المشتري ، فلا حد عليه ؛ لاعتقاده أنها ملكه ، ولأن في الملك اختلافاً . وعليه مهرٌ مثلها ؛ لأن الحد إذا سقط للشبهة ، وجب المهر . ولأن الوطء في ملك الغير يُوجب المهر . وعليه أرض البكارة ، إن كانت بكراً . فإن قيل : أليس إذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً ، فوطئها ، فأزال بكارتها ، لا يضمن البكارة ؟ قلنا : لأن التكااح تضمن الإذن في الوطء المذهب للبكارة ؛ لأنه معقود على الوطء ، ولا كذلك البيع ، فإنه ليس بمعقود على الوطء ؛ بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ، ولا يحل نكاحها . فإن قيل : فإذا أوجبت مهر بكرٍ ، فكيف توجبون ضمان البكارة ، وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبت ضمان البكارة ، فكيف توجبون مهر بكرٍ ، وقد أدى عوض البكارة بضمائه لها ، فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ، ثم وطئها ؟ قلنا : لأن مهر البكر ضمان المنفعة ، وأرض البكارة ضمان جزئ ، فلذلك اجتمعا ، وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكراً ، فقد استوفى نفع هذا الجزء ، فوجب قيمته بما استوفى من نفعه ، فإذا أتلَّفه وجب ضمان عينه ، ولا يجوز أن تضمن العين ، ويسقط ضمان المنفعة ، كما لو غصب عينا ذات منفعة ، فاستوفى منفعتها ، ثم أتلَّفها ، أو غصب

تَوْبًا ، فَلَبِسَهُ حَتَّى أَبْلَاهُ وَأَتْلَفَهُ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ الْقِيَمَةَ وَالْمَنْفَعَةَ ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَإِنْ وَلَدَتْ كَانَ وَلَدُهَا حُرًّا ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَهَا بِشُبْهَةٍ . وَيَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ لِدَلِّكَ ، وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ حُرُّ الْأَصْلِ / ، وَعَلَى الْوَاطِئِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ وَضَعَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَوْمُ الْحَيْلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِهِ ، فَإِنْ سَقَطَ مَيْتًا ، لَمْ يَضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَضْمَنُهُ حِينَ وَضَعَهُ ، وَلَا قِيَمَةَ لَهُ حِينَئِذٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ ضَرَبَ بَطْنَهَا فَالْقَتَ جَنِينًا مَيْتًا ، وَجَبَ ضَمَانُهُ . قُلْنَا : الضَّارِبُ يَجِبُ عَلَيْهِ غُرَّةٌ ، وَهُنَا يَضْمَنُهُ بِقِيَمَتِهِ ، وَلَا قِيَمَةَ لَهُ ، وَلِأَنَّ الْجَانِيَّ أَتْلَفَهُ ، وَقَطَعَ نَمَاءَهُ ، وَهُنَا يَضْمَنُهُ بِالْحَيْلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، وَوَقْتُ الْحَيْلُولَةِ وَقْتُ السَّقُوطِ ، وَكَانَ مَيْتًا ، فَلَمْ يَجِبْ ضَمَانُهُ ، وَعَلَيْهِ ضَمَانُ نَقْصِ الْوِلَادَةِ . وَإِنْ ضَرَبَ بَطْنَهَا أَجْنَبِيًّا فَالْقَتَ جَنِينًا مَيْتًا ، فَعَلَى الضَّارِبِ غُرَّةٌ ، عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ ، لِلْسَيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْحَنِينِ ، أَوْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ سَقَطَ ؛ لِأَنَّ ضَمَانَ^(٢٦) الضَّارِبِ لَهُ قَامَ مَقَامَ خُرُوجِهِ حَيًّا ، وَلِدَلِّكَ ضَمِنَهُ الْبَائِعُ . وَإِنَّمَا كَانَ لِلْسَيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْغُرَّةَ إِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، فَالْبَاقِي مِنْهَا لَوَرِثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِالْحُرِّيَّةِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ مِنْهَا شَيْئًا . وَإِنْ كَانَتْ أَقْلَ ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الضَّارِبِ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ بِسَبَبِ ذَلِكَ ضَمِنَ . وَإِنْ ضَرَبَ الْوَاطِئُ بَطْنَهَا ، فَالْقَتَ الْجَنِينَ مَيْتًا ، فَعَلَيْهِ الْغُرَّةُ أَيْضًا ، وَلَا يَرِثُ مِنْهَا شَيْئًا ، وَلِلْسَيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ سَلَّمَ الْجَارِيَةَ الْمَبِيعَةَ إِلَى الْبَائِعِ حَامِلًا ، فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ ، ضَمِنَ نَقْصَ الْوِلَادَةِ ، وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ ضَمِنَهَا ؛ لِأَنَّ تَلْفَهَا بِسَبَبِ مِنْهُ . وَإِنْ مَلَكَهَا الْوَاطِئُ ، لَمْ تَصِرْ بِذَلِكَ أُمَّ وَوَلِدٍ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ الزَّوْجَةَ . وَهَكَذَا كُلُّ مَوْضِعٍ حَبِلَتْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ ، وَلَا تَصِيرُ لَهُ أُمَّ وَوَلِدٍ بِهَذَا .

فصل : إِذَا بَاعَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ الْفَاسِدَ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّهُ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ ، وَلِبَائِعِهِ أَخْذُهُ حَيْثُ وَجَدَ ،

(٢٦) سقط من : الأصل .

وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي بِالْتَّمَنِ عَلَى الذِي بَاعَهُ ، وَيَرْجِعُ الْأَوَّلُ عَلَى بَائِعِهِ ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ الثَّانِي ، فَلِلْبَائِعِ مُطَالَبَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ ضَامِنٌ ، وَالثَّانِي قَبْضُهُ مِنْ يَدِ ضَامِنِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ، فَكَانَ ضَامِنًا . فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ ، فَضَمِنَ الثَّانِي ، لَمْ يَرْجِعْ بِالْفَضْلِ / عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ فِي يَدِهِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ . فَإِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلُ ، رَجَعَ بِالْفَضْلِ عَلَى الثَّانِي .

فصل : وَإِنْ زَادَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، بِسِمَنِ ، أَوْ نُحُوهِ ، ثُمَّ نَقَصَ حَتَّى عَادَ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، أَوْ وَلَدَتْ الْأُمَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ مَاتَ وَلَدُهَا ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَضْمَنَ تِلْكَ الزِّيَادَةَ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ فِي عَيْنِ مَضْمُونَةٍ ، أَشْبَهَتْ الزِّيَادَةَ فِي الْمَعْصُوبِ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ لَا يَضْمَنَهَا ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى أَنْ لَا يَكُونُ فِي مُقَابَلَةِ الزِّيَادَةِ عَوْضٌ ، فَعَلَى هَذَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، فَإِنْ تَلَفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، أَوْ عُذْوَانِهِ ، ضَمِنَهَا ، وَإِلَّا فَلَا . وَإِنْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ بَعْدَ زِيَادَتِهَا أَسْقَطَتْ تِلْكَ الزِّيَادَةَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَضَمِنَهَا بِمَا بَقِيَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، حِينَ التَّلَفِ . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ .

فصل : إِذَا بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا ، وَتَقَابَضَا ، ثُمَّ أَتَلَفَ الْبَائِعُ التَّمَنَ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِي الْمَبِيعِ ، وَلِلْمُشْتَرِي أُسْوَةُ الْعُرْمَاءِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِالْمَبِيعِ مِنْ سَائِرِ الْعُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، فَكَانَ أَحَقَّ بِهِ كَالْمُرْتَهِنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْهُ وَثِيقَةً ، فَلَمْ يَكُنْ أَحَقَّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ وَدِيعَةً عِنْدَهُ ، بِخِلَافِ الْمُرْتَهِنِ ، فَإِنَّهُ قَبِضَهُ عَلَى أَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِحَقِّهِ .

فصل : إِذَا قَالَ : بَعِ عَبْدَكَ مِنْ فُلَانٍ ، عَلَى أَنَّ عَلِيَّ حَمْسُمَائَةٍ . فَبَاعَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ ، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ التَّمَنَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي . فَإِذَا شَرَطَ كَوْنَ بَعْضِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمَنَعَ ، وَالتَّمَنُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَلَا يُشْبِهُ هَذَا مَا لَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ ، أَوْ طَلَّقْتُ امْرَأَتَكَ ، وَعَلَى حَمْسُمَائَةٍ . لَكُونُ هَذَا عَوْضًا فِي مُقَابَلَةِ فِكِّ الزَّوْجِيَّةِ ، وَرَقَبَةِ الْعَبْدِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجُزْ فِي النُّكَاحِ . أَمَّا

فِي مَسْأَلَتِنَا فَإِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فِي مُقَابَلَةِ نَقْلِ (٢٧) الْمَلِكِ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ (٢٨) الْعِوَاضُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ هَذَا الْقَوْلُ عَلَى وَجْهِ الضَّمَانِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَلَزِمَ الضَّمَانُ .

فصل : والعُرْبُونَ فِي الْبَيْعِ ، هُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ السَّلْعَةَ ، فَيُدْفَعُ إِلَى الْبَائِعِ ذِرْهَمًا أَوْ غَيْرَهُ ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ أَخَذَ السَّلْعَةَ ، احْتَسَبَ بِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْهَا ، فَذَلِكَ لِلْبَائِعِ . يُقَالُ : عُرْبُونَ ، / وَأُرْبُونَ ، وَعُرْبَانٌ وَأُرْبَانٌ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا بَأْسَ بِهِ ، وَفَعَلَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَعَنْ ابْنِ عَمْرٍ ، أَنَّهُ أَجَازَهُ . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : لَا بَأْسَ بِهِ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ وَابْنُ سِيرِينَ : لَا بَأْسَ إِذَا كَرِهَ السَّلْعَةَ أَنْ يُرَدَّهَا ، وَيُرَدَّ مَعَهَا شَيْئًا . وَقَالَ أَحْمَدُ : هَذَا فِي مَعْنَاهُ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ وَالْحَسَنِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، نَهَى عَنِ بَيْعِ الْعُرْبُونَ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ (٢٩) . وَلِأَنَّهُ شَرَطَ لِلْبَائِعِ شَيْئًا بغيرِ عِوَاضٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَهُ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْخِيَارِ الْمَجْهُولِ ، فَإِنَّهُ اشْتَرَطَ أَنْ لَهُ رَدَّ الْمَبِيعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مُدَّةٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : وَلِي الْخِيَارُ مَتَى شِئْتُ رَدَدْتُ السَّلْعَةَ ، وَمَعَهَا ذِرْهَمًا . وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ . وَإِنَّمَا صَارَ أَحْمَدُ فِيهِ إِلَى مَا رَوَى فِيهِ عَنْ نَافِعِ بْنِ عَبْدِ الْحَارِثِ ، أَنَّهُ اشْتَرَى لِعُمَرَ دَارَ السُّجْنِ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ ، فَإِنْ رَضِيَ عُمَرُ ، وَإِلَّا فَلَهُ كَذَا وَكَذَا . قَالَ الْأَثْرُمُ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ تَذَهَّبَ إِلَيْهِ ؟ قَالَ : أَيْ شَيْءٍ أَقُولُ ؟ هَذَا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَضَعَفَ الْحَدِيثَ الْمَرْوِيَّ . رَوَى هَذِهِ الْقِصَّةَ الْأَثْرُمُ بِإِسْنَادِهِ . فَأَمَّا إِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ قَبْلَ الْبَيْعِ ذِرْهَمًا ، وَقَالَ : لَا تَبِيعْ هَذِهِ السَّلْعَةَ لِغَيْرِي ، وَإِنْ لَمْ أُشْتَرِهَا مِنْكَ ، فَهَذَا الذَّرْهَمُ

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) في م : « لمن » .

(٢٩) في : باب بيع العربان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٨/٢ ، ٧٣٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في العربان ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٣/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في بيع العربان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٠٩/٢ .

لك . ثم اشترها منه بعد ذلك بعقدٍ مُبتدئٍ وحسب الدرهم من الثمن ، صحح ؛ لأنَّ البيع خلا عن الشرط المُفسد . ويحتمل أنَّ الشراء الذي اشترى لِعمر كان على هذا الوجه ، فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر ، وموافقة القياس ، والأئمة القائلين بفساد العُربون . وإن لم يشتر السلعة في هذه الصورة ، لم يستحق البائع الدرهم ؛ لأنه يأخذه بغير عوض ، ولصاحبه الرجوع فيه ، ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره ، وتأخير بيعه من أجله ؛ لأنه لو كان عوضا عن ذلك ، لما جاز جعله من الثمن ، في حال الشراء ، ولأنَّ الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار ، كما في الإجارة .

٧٦٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا قال : بعثك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا . لم ينعقد البيع ، وكذلك إن باعه/ بذهب ، على أن يأخذ منه دراهم بصرف ذكره)

٢٩/٥ ظ

وجملته ، أن البيع بهذه الصفة باطل ؛ لأنه شرط في العقد أن يُصارفه^(١) بالثمن الذي وقع العقد به ، والمصارفة عقد بيع ، فيكون بيعتان في بيعه . قال أحمد ؛ هذا معناه ، وقد روى أبو هريرة قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعه . أخرجه الترمذي^(٢) ، وقال : حديث حسن صحيح ، وروى أيضا عن عبد الله بن عمرو^(٣) ، عن النبي ﷺ ، وهكذا كل ما كان في معنى هذا ، مثل أن يقول : بعثك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا . أو على أن تبيعني دارك .

(١) في الأصل : « لا يصارفه » .

(٢) في : باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٩/٥ . كما أخرجه النسائي ، في : باب بيعتين في بيعه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٠/٧ . والإمام مالك ، في : باب النهي عن بيعتين في بيعه ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٦٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٣٢/٢ ، ٥٠٣ ، ٤٧٥ .

(٣) حديث عبد الله بن عمرو سيأتي في الفصل الثاني من هذه المسألة .

أَوْ عَلَى أَنْ أَوْجَرَكَ . أَوْ عَلَى أَنْ تُؤَجِّرَنِي كَذَا . أَوْ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ . أَوْ عَلَى أَنْ
أَزَوِّجَكَ ابْنَتِي . وَنَحْوَ هَذَا . فَهَذَا كُلُّهُ لَا يَصِحُّ . قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ : الصَّفَقَتَانِ فِي
صَفَقَةٍ رَبًّا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَجُمْهُورِ الْعُلَمَاءِ . وَجَوَزَهُ مَالِكٌ ،
وَقَالَ : لَا اتَّفَقْتُ إِلَى اللَّفْظِ الْفَاسِدِ ، إِذَا كَانَ مَعْلُومًا حَلَالًا ، فَكَأَنَّهُ بَاعَ السَّلْعَةَ
بِالدَّرَاهِمِ الَّتِي ذَكَرَ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا بِالدَّنَانِيرِ . وَلَنَا ، الْخَبْرُ ، وَأَنَّ النَّهْيَ يَقْتَضِي الْفَسَادَ ،
وَلِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَجِبُ بِالشَّرْطِ ؛ لِكَوْنِهِ لَا يَثْبُتُ فِي الدِّمَّةِ ، فَيَسْقُطُ ، فَيَفْسُدُ الْعَقْدُ ؛
لِأَنَّ الْبَائِعَ لَمْ يَرْضَ بِهِ ، إِلَّا بِذَلِكَ الشَّرْطِ ، فَإِذَا فَاتَ الرِّضَى بِهِ ، وَلِأَنَّهُ شَرَطَ عَقْدًا
فِي عَقْدٍ ، فَلَمْ ^(٤) يَصِحَّ ، كِنِكَاحِ الشُّعَارِ ، وَقَوْلِهِ ^(٥) : لَا اتَّفَقْتُ إِلَى اللَّفْظِ . لَا
يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ هُوَ اللَّفْظُ ، فَإِذَا كَانَ فَاسِدًا فَكَيْفَ يَكُونُ صَاحِحًا . وَيَتَخَرَّجُ
أَنْ يَصِحَّ الْبَيْعُ ، وَيَفْسُدَ الشَّرْطُ ، بِنَاءً عَلَى مَا لَوْ شَرَطَ مَا يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، كَمَا
سَبَقَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَقَدَرُوى فِي تَفْسِيرِ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، وَجَهٌ آخَرُ ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : بَعْتُكَ
هَذَا الْعَبْدَ بِعَشْرَةِ نَقْدًا ، أَوْ بِخَمْسَةِ عَشَرَ نَسِيئَةً ، أَوْ بِعَشْرَةِ مَكْسَرَةٍ ، أَوْ تِسْعَةِ
صِحَاحًا . هَكَذَا فَسَّرَهُ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَهُوَ أَيْضًا بَاطِلٌ . وَهُوَ قَوْلُ
الْجُمْهُورِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْزِمْ لَهُ بَيْعٌ وَاحِدٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ هَذَا أَوْ هَذَا .
وَلِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، / كَالْبَيْعِ بِالرَّقْمِ الْمَجْهُولِ . وَلِأَنَّ أَحَدَ ^(٦)
الْعَوَاضِيِّينَ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، وَلَا مَعْلُومٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ أَحَدَ عِبِيدِي .
وَقَدَرُوى عَنِ طَاوُسٍ ، وَالْحَكَمِ ، وَحَمَادٍ ، أَنَّهُمْ قَالُوا : لَا بَأْسَ أَنْ يَقُولَ : أَيْعُكَ
بِالنَّقْدِ بكذا ، وَبِالنَّسِيئَةِ بكذا . فَيَذْهَبُ عَلَى أَحَدِهِمَا . وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ جَرَى
بَيْنَهُمَا بَعْدَ مَا يَجْرَى فِي الْعَقْدِ ، فَكَأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ قَالَ : أَنَا أَخَذْتُهُ بِالنَّسِيئَةِ بكذا . فَقَالَ :

٣٠/٥ و

(٤) فِي م : « لَمْ » .

(٥) أَى الْإِمَامِ مَالِكٍ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « أَحَدٌ » .

تُحَدُّهُ ، أو قد رَضِيَتْ . ونحو ذلك . فيكون هذا عَقْدًا كافيًا . وإن لم يُوجَد ما يَقُومُ مَقَامَ الإيجاب ، أو يُدَلُّ عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ما مَضَى من القول لا يَصْلُحُ أن يكون إيجابًا ؛ لما ذَكَرناه ، وقد رَوَى عن أحمد في مَنْ قال : إن حِطَّتْ اليَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ ، وإن حِطَّتْ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ : إِنَّهُ يَصِحُّ . فيَحْتَمِلُ أن يَلْحَقَ به هذا البَيْعُ ، فيَخْرُجَ وَجْهًا في الصَّحَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أن يُفْرَقَ بينهما من حيث إنَّ العَقْدَ ثُمَّ يُمَكِّنُ أن يَصِحَّ ؛ لِكُونِهِ جُعَالَةً يَحْتَمِلُ فِيهَا الجَهَالَةَ ، بخِلافِ البَيْعِ . ولأنَّ العَمَلَ الذي يَسْتَحِقُّ به الأجرَةَ لا يُمَكِّنُ وَقُوعَهُ إِلَّا على إِحْدَى الصَّفَقَتَيْنِ ، فَتَعَيَّنُ الأجرَةُ المُسَمَّاةُ عَوَضًا له ، فلا يُفْضَى إلى التَّنَازُعِ ، وهُنَا بخِلافِهِ .

فصل : ولو باعَهُ بِشَرَطٍ أن يُسَلِّفَهُ أو يُقْرِضَهُ ، أو شَرَطَ المُشْتَرِي ذلك عليه ، فهو مُحَرَّمٌ والبَيْعُ باطلٌ . وهذا مذهب مالِكٍ والشَّافِعِيِّ . ولا أَعْلَمُ فِيهِ خِلافًا ، إِلَّا أن مالِكًا قال : إن تَرَكَ مُشْتَرِي السَّلْفِ السَّلْفَ ، صَحَّ البَيْعُ . ولنا ، ما رَوَى عبدُ اللهِ ابنُ عَمْرٍو ، أن النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عن رِبْحٍ ما لم يُضْمَنَّ ، وعن بَيْعٍ ما لم يُقْبَضْ ، وعن بَيْعَتَيْنِ في بَيْعَةٍ ، وعن شَرْطَيْنِ في بَيْعٍ ، وعن بَيْعٍ وسَلْفٍ . أَخْرَجَهُ أبو داودَ وَالتِّرْمِذِيَّ^(٧) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وفي لَفْظٍ : « لا يَحِلُّ بَيْعُ سَلْفٍ » . ولأنَّهُ اشْتَرَطَ عَقْدًا في عَقْدٍ ، فَفَسَدَ ، كِبَيْعَتَيْنِ في بَيْعَةٍ . ولأنَّهُ إذا اشْتَرَطَ القَرْضَ زادَ في الثَّمَنِ لأجلِهِ ، فَتَصِيرُ الزِّيادَةُ في الثَّمَنِ عَوَضًا عن القَرْضِ ، وَرِبْحًا له ، وذلك رِبًا مُحَرَّمٌ ، فَفَسَدَ ، كما لو صرَّحَ به . ولأنَّهُ بَيْعٌ فَاسِدٌ ، فلا يَعُودُ صَحِيحًا ، كما لو باعَ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ ، ثُمَّ تَرَكَ أَحَدَهُما .

(٧) أَخْرَجَهُ أبو داودَ ، في : باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٠٤/٢ .
 وَالتِّرْمِذِيَّ ، في : باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤٢/٥ .
 كما أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، في : باب بيع ما ليس عند البائع ، وباب سلف وبيع ... ، وباب شرطان في بيع ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٤/٧ ، ٢٥٩ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع ما ليس عندك ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ ، ٧٣٨ . والدارمي ، في : باب في النهي عن شرطين في بيع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٥/٢ ، ١٧٩ ، ٢٠٥ .

فصل : وإذا / جَمَعَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلِفِي الْقِيَمَةِ بِعَوْضٍ وَاحِدٍ ، كَالصَّرْفِ ، وَبَيْعٍ مَا يَجُوزُ التَّفَرُّقُ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَالْبَيْعِ ، وَالنِّكَاحِ ، أَوْ الْإِجَارَةِ . نَحْوَ أَنْ يَقُولَ : بَعْتُكَ هَذَا الدِّينَارَ ، وَهَذَا الثُّوبَ ، بَعِشْرِينَ دِرْهَمًا . أَوْ بَعْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، وَأَجْرُتُكَ الْأُخْرَى بِالْأَلْفِ . أَوْ بَاعَهُ سَيْفًا مُحَلًى بِالذَّهَبِ بِفِضَّةٍ . أَوْ زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي وَبَعْتُكَ عَبْدَهَا بِالْأَلْفِ . صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا عَيْنَانِ يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُتَفَرِّدَةً ، فَجَازَ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْهُمَا مُجْتَمِعَتَيْنِ ، كَالْعَبْدَيْنِ . وَهَذَا أَخْذُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : فِي ذَلِكَ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُمَا مُخْتَلِفٌ ؛ فَإِنَّ الْمَبِيعَ يُضْمَنُ بِمَجْرَدِ الْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةُ بِخِلَافِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَمَا ذَكَرُوهُ يُنْطَلِّ بِمَا إِذَا بَاعَ شِقْفًا وَسَيْفًا ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ مَعَ اخْتِلَافِ حُكْمَيْهِمَا بِوَجُوبِ الشُّفْعَةِ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَأَمَّا إِنْ جَمَعَ بَيْنَ الْكِتَابَةِ وَالْبَيْعِ ، فَقَالَ : كَمَا تَبَيْتُكَ وَبَعْتُكَ عَبْدِي هَذَا بِالْأَلْفِ ، فِي (٨) كُلِّ شَهْرٍ مِائَةً . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ قَبْلَ تَمَامِ الْكِتَابَةِ عَبْدٌ قِنْ ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ سَيِّدِهِ شَيْئًا ، وَلَا يَثْبُتُ لِسَيِّدِهِ فِي ذِمَّتِهِ تَمَنُّ . وَإِذَا بَطَلَ الْبَيْعُ ، فَهَلْ يَصِحُّ فِي الْكِتَابَةِ بِقِسْطِهَا ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ، نَذَكُرُهُمَا فِي تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وَسَوَّى أَبُو الْحَطَّابِ بَيْنَ هَذِهِ الصُّورِ وَبَيْنَ الصُّورِ الَّتِي قَبْلَهَا ، فَقَالَ : فِي الْكُلِّ وَجْهَانِ . وَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى أَوْلَى .

فصل : فِي تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وَمَعْنَاهُ أَنْ يَبِيعَ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَمَا لَا يَجُوزُ ، صَفْقَةً وَاحِدَةً ، بِتَمَنٍّ وَاحِدٍ . وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَبِيعَ مَعْلُومًا وَمَجْهُولًا ، كَقَوْلِهِ : بَعْتُكَ هَذِهِ الْفَرَسَ ، وَمَا فِي بَطْنِ هَذِهِ الْفَرَسِ الْأُخْرَى بِالْأَلْفِ . فَهَذَا الْبَيْعُ بَاطِلٌ بِكُلِّ حَالٍ ، وَلَا أَعْلَمُ فِي بُطْلَانِهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْمَجْهُولَ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ لِجَهَالَتِهِ ، وَالْمَعْلُومَ مَجْهُولُ التَّمَنِّ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ؛ لِأَنَّ مَعْرِفَتَهُ إِنَّمَا تَكُونُ بِتَقْسِيطِ التَّمَنِّ عَلَيْهِمَا ، وَالْمَجْهُولُ لَا يُمْكِنُ تَقْوِيمُهُ ، فَيَتَعَدَّرُ التَّقْسِيطُ .

(٨) سقط من : م .

الثاني ، أن يكون المبيعان مما يتقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، كعبدٍ مشترَكٍ بينه وبين غيره ، باعه كله بغير إذن / شريكه ، وكففيزيين من صبرةٍ واحدةٍ باعهما من لا يملكُ إلا بعضهما ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يصحُّ في ملكه بقسطه من الثمن ، ويفسُدُ فيما لا يملكه . والثاني ، لا يصحُّ فيهما . وأصل الوجهين ، أن أحمد نصَّ في مَنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً ، وأمةً ، على روايتين ؛ إحداهما ، يفسدُ فيهما . والثانية ، يصحُّ في الحُرَّة . والأولى أنه يصحُّ فيما يملكه ، وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وهو أحد قولَي الشافعي ، وقال في الآخر : لا يصحُّ . وهو قول أبي ثور ؛ لأنَّ الصَّفقةَ جمعت حلالاً وحراماً ، فعَلَبَ التحريم ، ولأنَّ الصَّفقةَ إذا لم يُمكنْ تصحيحها في جميع المعقودِ عليه ، بطلت في الكلِّ ، كالجمع بين الأختين ، ويبيع درهما بدرهمين . ولنا ، أن كلَّ واحدٍ منهما له حكمٌ لو كان منفرداً ، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحدٍ منهما حكمه ، كما لو باع شقصاً وسيفاً . ولأنَّ ما يجوزُ له يبيعه قد صدرَ فيه البيعُ من أهله في محلِّ بشرطه ، فصَحَّ ، كما لو انفرد . ولأنَّ البيعَ سبَّبَ اقتضى الحكم في محلِّين ، وامتنعَ حكمه في أحدِ المحلِّين ؛ لثبوته عن قبوله ، فيصحُّ في الآخر ، كما لو أوصى بشيءٍ لآدميٍّ وبهيمةٍ ، وأما الدرهمان والأختان ، فليس واحدٌ منهما أولى بالفسادِ من الآخر ، فلذلك فسَدَ فيهما ، وههنا بخلافه . القسم الثالث ، أن يكون المبيعان معلومين ، ممَّا لا يتقسمُ عليهما الثمنُ بالأجزاء ، كعبدٍ وحرٍّ ، وحلٍّ وحرٍّ ، [وعبدٍ]^(٩) وعبدٍ غيره وعبدٍ حاضرٍ وأبيق ، فهذا يبطلُ البيعُ فيما لا يصحُّ بيعه ، وفي الآخرِ روايتان . نقل صالح عن أبيه في مَنْ اشترى عبدَيْن ، فوجدَ أحدهما حُرًّا ، رجعَ بقيمته من الثمن . ونقل عنه مهناً في مَنْ تَزَوَّجَ امرأةً على عبدَيْن ، فوجدَ أحدهما حُرًّا ، فلها قيمةُ العبدَيْن ، فأبطلَ الصداقَ فيهما جميعاً . وللشافعي قولان ، كالروايتين . وأبطلَ مالكُ العقدَ فيهما ، إلا أن يبيعَ ملكه ، وملكُ غيره ، فيصحُّ في ملكه ، ويقفُ في ملكٍ غيره على الإجازة . ونحوه قولُ أبي حنيفة ؛ فإنه قال : إن كان أحدهما لا يصحُّ بيعه بنصٍّ ، أو إجماعٍ ، كالحرِّ والحرِّ ، لم يصحَّ العقدُ

(٩) تكملة يصح بها السياق .

ففيهما / ، وإن لم يثبت بذلك ، كملكه وملك غيره ، صح فيما يملكه ؛ لأن ما
 اختلف^(١٠) فيه يمكن أن يلحقه حكم الإجازة ، بحكم حاكم ، بصحة بيعه .
 وقال أبو ثور : لا يصح بيعه ؛ لما تقدم في القسم الثاني ، ولأن الثمن مجهول ؛
 لأنه إنما يتبين بالتقسيم للثمن على القيمة ، وذلك مجهول في الحال ، فلم^(١١)
 يصح البيع به ، كما لو قال : بعثك هذه السلعة برقمها ، أو بحصته^(١٢) من رأس
 المال . ولأنه لو صرح به ، فقال : بعثك هذا يقسطه من الثمن . لم يصح . فكذلك
 إذا لم يصرح . وقال من نصر الرواية الأولى : إنه متى سمي ثمنًا في مبيع يسقط
 بعضه ، لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة ، كما لو وجد بعض المبيع معيبًا ، فأخذ
 أرشهُ . والقول بالفساد في هذا القسم أظهر ، إن شاء الله . والحكم في الرهن ،
 والهيبة ، وسائر العقود ، إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز ، كالحكم في البيع ،
 إلا أن الظاهر فيها الصحة ؛ لأنها ليست عقود معاوضة ، فلا توجد جهالة العوض
 فيها .

فصل : وإن وقع العقد على مكيل ، أو مؤزون ، فتلف بعضه قبل قبضه ، لم
 يفسخ العقد في الباقي . رواية واحدة . ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن ؛
 لأن العقد وقع صحيحًا ، فذهب بعضه لا^(١٣) يفسخه ، كما بعد القبض ، وكما لو
 وجد أحد المبيعين معيبًا فردّه ، أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع .

فصل : وإن كان لرجلين عبدان ، لكل واحد عبد ، فباعهما صفقة واحدة
 بثمن واحد ، أو وكل أحدهما صاحبه ، فباعهما بثمن واحد ، ففيه وجهان ؛
 أحدهما ، يصح فيهما^(١٤) ، ويتقسط العوض على قدر قيمتهما . وهو

(١٠) في الأصل : « اختلفت » . والمثبت من الشرح الكبير .

(١١) في م : « فلم لا » .

(١٢) في م : « بحصة » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) سقط من : الأصل .

قول مالك ، وأبي حنيفة ، وأحد قولَي الشافعي ؛ لأنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ مَعْلُومَةٌ ، فَصَحَّ كَالوَكَانَا لِلرَّجُلِ وَاحِدٍ ، وَكَالوَكَانَا عِبْدًا وَاحِدًا لِهَاتَيْنِ ، أَوْ قَفِيزَيْنِ مِنْ صَبْرَةٍ وَاحِدَةٍ .
وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَبِيعٌ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَهُوَ مَجْهُولٌ عَلَى مَا قَدَّمْنَا . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَ / لِلرَّجُلِ وَاحِدٍ ؛ فَإِنَّ جُمْلَةَ الْمَبِيعِ مُقَابَلَةٌ بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ تَقْسِيطٍ ، وَالْعَبْدُ الْمُشْتَرَكُ وَالْقَفِيزَانِ ، يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا بِالْأَجْزَاءِ ، فَلَا جَهَالَةَ فِيهِ .

فصل : ومتى حَكَمْنَا بِالصَّحَّةِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ، وَكَانَ الْمُشْتَرِي عَالِمًا بِالْحَالِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، مِثْلُ أَنْ اشْتَرَى عَبْدًا يَظُنُّهُ كُلَّهُ لِلْبَائِعِ ، فَبَانَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا نِصْفَهُ ، أَوْ عَبْدَيْنِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا أَحَدَهُمَا ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْسَاكِ ؛ لِأَنَّ الصَّفَقَةَ تَبَعَّضَتْ عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْبَائِعُ فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِزَوَالِ مِلْكِهِ عَمَّا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِقِسْطِهِ . وَلَوْ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى شَيْئَيْنِ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ فِيهِمَا ، فَتَلَفَ أَحَدَهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ بَيْنَ إِمْسَاكِ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ ، وَبَيْنَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، فِي كَوْنِ الْمَبِيعِ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ ، حُكْمُ مَا قَبْلَ الْعَقْدِ ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، لَمَلَكَ الْمُشْتَرِي الْفَسْخَ بِهِ .

٧٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَيَتَجَرُّ الْوَصِيُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِلْيَتِيمِ . فَإِنْ أَعْطَاهُ لِمَنْ يُضَارِبُ لَهُ بِهِ ، فَلِلْمُضَارِبِ مِنَ الرَّبْحِ مَا وَافَقَهُ الْوَصِيُّ عَلَيْهِ)

وَجُمْلَتُهُ ، أَنَّ لَوْلَى الْيَتِيمِ أَنْ يُضَارِبَ بِمَالِهِ ، وَأَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى مَنْ يُضَارِبُ لَهُ بِهِ ، وَيَجْعَلَ لَهُ نَصِيبًا مِنَ الرَّبْحِ ، أَمَا كَانَ ، أَوْ وَصِيًّا ، أَوْ حَاكِمًا ، أَوْ أَمِينًا حَاكِمًا ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ تَرْكِهِ . وَمِمَّنْ رَأَى ذَلِكَ ابْنُ عَمَرَ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَيُرْوَى بِإِبَاحَةِ التَّجَارَةِ بِهِ^(١)

(١) سقط من : الأصل .

عن عمر ، وعائشة ، والضحاك^(٢) . ولا نعلم أحدا كرهه ، إلا ما روى عن الحسين ، ولعله أراد اجتناب المخاطرة به^(٣) . ولأن خزنه أحفظ له ، والذي عليه الجمهور أولى ؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن النبي ﷺ قال : « مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَجَرَّ لَهُ ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ »^(٤) . وروى ذلك عن عمر بن الخطاب^(٥) ، رضى الله عنه ، وهو أصح من المرفوع . ولأن ذلك أحفظ للمولى عليه ؛ لتكون نفقته من فاضله وربحه ، كما يفعل البائعون^(٦) في أموالهم ، وأموال من يعز عليهم من أولادهم ، إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع / الآمنة ، ولا يدفعه إلا لأمين^(٧) ، ولا يعز بماله . وقد روى عن عائشة ، رضى الله عنها ، أنها أبضعت مال محمد بن أبى بكر في البحر . فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل ، ويحتمل أنها جعلت^(٨) ضمانه عليها ، إن هلك غرته . فمتى اتجر في المال بنفسه ، فالربح كله لليتيم ، وأجاز الحسن بن صالح ، وإسحاق ، أن يأخذ^(٩) الوصي مضاربة لنفسه ؛ لأنه جاز له^(١٠) أن يدفعه بذلك إلى غيره ، فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه . والصحيح ما قلنا ؛ لأن الربح نماء مال اليتيم ، فلا يستحقه

٣٢/٥ ظ

(٢) أبو القاسم الضحاك بن مزاحم الهلالى ، روى عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبى هريرة ، وغيرهم . وقيل لم يثبت له سماع من أحد من الصحابة ، توفي سنة ست ومائة . تهذيب التهذيب ٤/٥٣ ، ٤٥٤ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى زكاة مال اليتيم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣/١٣٦ . والبيهقى ، فى : باب من تجب عليه الصدقة ، من كتاب الزكاة . وباب تجارة الوصى بمال اليتيم أو إقراضه ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤/١٠٧ ، ٢/٦ . والدارقطنى ، فى : باب وجوب الزكاة فى مال الصبى واليتيم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارقطنى ٢/١٠٩ ، ١١٠ .

(٥) حديث عمر ، أخرجه البيهقى ، فى البابين نفسيهما . والدارقطنى ، فى الباب نفسه . سنن الدارقطنى ١١٠/٢ .

(٦) فى الأصل : « البائعون » .

(٧) فى م : « الأمين » .

(٨) فى م : « جعلته من » .

(٩) فى م : « يأخذه » .

(١٠) سقط من : م .

غيره إلا بعقد ، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه ، فأما إن دفعه إلى غيره ، فلمضارب ما جعله له الولي ، ووافقه عليه ، أى اتفقا عليه في قولهم جميعاً ؛ لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته ، فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله .

فصل : ويجوز لولي اليتيم إبطاع ماله . ومعناه ؛ دفعه إلى من يتجر به ، والربح كله لليتيم . وقد روى عن عائشة ، رضى الله عنها ، أنها أبطعت مال محمد بن أبي بكر . ولأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه ، فدفعه إلى من يوفّر الربح أولى . ويجوز أن يشتري له العقار ؛ لأنه مصلحة له ، فإنه يحصل^(١١) منه الفضل ، ويبقى الأصل ، والعرض فيه أقل من التجارة ؛ لأن أصله محفوظ . ويجوز أن يبنى له عقاراً ؛ لأنه في معنى الشراء ، إلا أن يكون الشراء أحظ ، وهو ممكن ، فيتعين تقديمه . وإذا أراد البناء ، بناه بما يرى الحظ في البناء به . وقال أصحابنا : يبنيه بالآجر والطين ، ولا يبنى باللين ؛ لأنه إذا هدم لا مرجوع له ، ولا بجزء ؛ لأنه يلتصق بالآجر ، فلا يتخلص منه ، فإذا هدم فسد الآجر ؛ لأن تخليصه منه يفضي إلى كسره . وهذا مذهب الشافعي . والذي قلناه أولى ، إن شاء الله تعالى ، فإنه إذا كان الحظ له في البناء بغيره ، فتركه ، ضيع حظه وماله ، ولا يجوز تضييع الحظ العاجل ، وتحمل الضرر الناجز المتيقن ، لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء ، ولعل ذلك / لا يكون في حياته ، ولا يحتاج إليه ، مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر ، وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به ، فلو كلفوا البناء به ، لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة ، لا يحصل منها طائل . وقول أصحابنا يختص من عادتهم البناء بالآجر ، كالعراق ونحوها ، فلا يصح في حق غيرهم .

و ٣٣/٥

فصل : ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة ؛ لأننا تأمره بالشراء لما فيه من الحظ ،

(١١) في الأصل : « يحتمل » .

فَيَكُونُ بَيْعُهُ تَفْوِيتًا لِلْحَظِّ . فَإِنْ اِحْتَبِحَ إِلَى بَيْعِهِ ، جَازَ . نَقَلَ أَبُو دَاوُدَ عَنْ أَحْمَدَ :
يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ بَيْعُ الدُّورِ عَلَى الصَّغَارِ ، إِذَا كَانَ نَظَرًا^(١٢) لَهُمْ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَإِسْحَاقُ ، قَالُوا : يَبِيعُ إِذَا رَأَى الصَّلَاحَ . قَالَ
القَاضِي : لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ بِهِ ضَرُورَةٌ إِلَى كِسْوَةِ ، أَوْ
تَفَقَّةٍ ، أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ ، أَوْ مَا لَا بَدَّ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ مَا تَنَدَّفَعُ بِهِ حَاجَتُهُ . الثَّانِي ، أَنْ
يَكُونَ فِي بَيْعِهِ غِبْطَةٌ ؛ وَهُوَ أَنْ يُدْفَعَ فِيهِ زِيَادَةٌ كَثِيرَةٌ عَلَى ثَمَنِ المِثْلِ . قَالَ أَبُو
الْحَطَّابِ : كَالثَّلْثِ وَنَحْوِهِ . أَوْ يَخَافُ عَلَيْهِ الهَلَاكُ بِعَرَقٍ أَوْ خَرَابٍ ، أَوْ نَحْوِهِ .
وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ يَقْتَضِي إِبَاحَةَ البَيْعِ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ يَكُونُ نَظَرًا
لَهُمْ ، وَلَا يَخْتَصُّ بِمَا ذَكَرُوهُ . وَقَدْ يَرَى الوَلِيُّ الحَظَّ فِي غَيْرِ هَذَا ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ
فِي مَكَانٍ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، أَوْ نَفْعُهُ قَلِيلٌ ، فَيَبِيعُهُ وَيَشْتَرِي لَهُ فِي مَكَانٍ يَكْثُرُ نَفْعُهُ ، أَوْ
يَرَى شَيْئًا فِي شِرَائِهِ غِبْطَةٌ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ شِرَاؤُهُ إِلَّا بِبَيْعِ عَقَارِهِ . وَقَدْ تَكُونُ دَارُهُ فِي
مَكَانٍ يَتَضَرَّرُ العُلَامُ بِالمُقَامِ فِيهَا ، لِسُوءِ الجَوَارِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَيَبِيعُهَا ، وَيَشْتَرِي لَهُ
بِثَمَنِهَا دَارًا يَصْلُحُ لَهُ المُقَامُ بِهَا ، وَأَشْبَاهُ هَذَا مِمَّا لَا يَنْحَصِرُ . وَقَدْ لَا يَكُونُ لَهُ حَظٌّ
فِي بَيْعِ عَقَارِهِ ، وَإِنْ دُفِعَ فِيهِ^(١٣) مِثْلًا ثَمَنِهِ ، إِمَّا لِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، وَإِمَّا لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ
صَرَفَ ثَمَنِهِ فِي مِثْلِهِ ، فَيَضِيعُ الثَّمَنُ ، وَلَا يُبَارِكُ فِيهِ . فَقَدْ جَاءَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ :
« مَنْ بَاعَ دَارًا ، أَوْ عَقَارًا ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، لَمْ يُبَارِكْ لَهُ فِيهِ »^(١٤) . فَلَا
يَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا ، فَلَا مَعْنَى لِتَقْيِيدِهِ بِمَا ذَكَرُوهُ فِي الجَوَارِ ، وَلَا فِي المَنْعِ ، بَلْ مَتَى كَانَ
بَيْعُهُ أَحْظَ لَهُ ، جَازَ^(١٥) بَيْعُهُ ، وَإِلَّا^(١٥) فَلَا .

(١٢) النُّظَرُ : الإِعَانَةُ ، وَيُعَدَّى بِاللَّامِ . تَاجُ العُرُوسِ (ن ظ ر) .

(١٣) فِي الأَصْلِ : « فِيهَا » .

(١٤) أَعْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ بَاعَ عَقَارًا وَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ ، مِنْ كِتَابِ الرِّهُونِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ

٨٣٢/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي مَنْ بَاعَ دَارًا فَلَمْ يَجْعَلْ ثَمَنَهَا فِي مِثْلِهَا ، مِنْ كِتَابِ البَيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ

٢٧٣/٢ . وَالإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي المَسْنَدِ ٣٠٧/٤ .

(١٥) - (١٥) فِي الأَصْلِ : « وَمَا » .

فصل : ويجوز لوليِّ / اليتيم كتابة رقيق اليتيم ، وإعتاقه على مال ، إذا كان الحظُّ فيه ، مثل أن تكون قيمته ألفاً ، فيكاتبه بالفتن ، ^(١٦) أو يعتقه بالفتن ^(١٧) . فإن لم يكن فيها حظ ، لم يصح . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يجوز إعتاقه ؛ لأن الإعتاق بمالٍ تعلُّق له على شرط ، فلم يملكه وليُّ اليتيم ، كالتعلُّق على دُحول الدار . وقال الشافعيُّ : لا تجوز كتابته ، ولا إعتاقه ؛ لأن المقصود منهما العتق ، دون المعاوضة ، فلم تجز ، كالإعتاق بغير عوض . ولنا ، لأنها معاوضة لليتيم فيها حظ ، فملكها وليُّه ، كبيعته ، ولا عبيرة بنفع العبد ، ولا يضره كونه تعلُّقاً ، فإنه إذا حصل الحظُّ لليتيم ، لا يضره نفع غيره ، ولا كون العتق حصل بالتعلُّق ، وفارق ما قاسوا عليه ؛ فإنه لا نفع فيه ، فمُنِعَ منه ، لعدم الحظ ، وانقضاء المقتضى ، لا لما ذكروه . 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 جاريةً وأبنتها ، يساويان مائة مجتمعتين ، ولو أفردت إحداهما ساوث مائتين ، ولا يُمكن إفراؤها بالبيع ، فيعتق الأخرى ، لتكثُر قيمة الباقيّة ، فتصير ضعف قيمتها .

فصل : قال أحمد : ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحيةً ، إذا كان له مال . يعنى مالا كثيراً لا يتضرر بشراء الأضحية ، فيكون ذلك ، على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم ، الذي هو عيد ، ويوم فرح ، وفيه جبر قلبه ، وتطيبه ، وإحافه بمن له أب ، فينزل منزلة ^(١٧) الثياب الحسنّة وشراء اللحم ، سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم ، وجري العادة بها ^(١٨) ؛ بدليل قول النبي ﷺ : « إنها أيام أكل ، وشرب ، وذكر لله عز وجل » . رواه مسلم ^(١٩) . ومتى كان خلط مال

(١٦ - ١٧) سقط من : الأصل .

(١٧) في الأصل : « بمنزلة » .

(١٨) في م : « فيها » .

(١٩) تقدم ترجمته عند مسلم ، من حديث نبیة الهدل ، في : ٤/٤٢٥ . وانظر ما أخرجه مسلم ، في الباب

نفسه . صحيح مسلم ٨٠١/٢ .

الْيَتِيمِ أَرْفَقَ بِهِ ، وَالْيَتِيمَ فِي الْخُبَيْرِ ، وَأَمَكَنَ فِي حُصُولِ الْأَذْمِ ، فَهُوَ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ
 إِفْرَادَهُ أَرْفَقَ بِهِ أَفْرَدَهُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتِيمِ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ
 وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ / شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبْتَكُمْ
 إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ (٢٠) . أَي ضَيِّقٌ عَلَيْكُمْ وَشَدَّدَ ، مِنْ قَوْلِهِمْ : أَعْنَتَ فُلَانٌ
 فُلَانًا . إِذَا ضَيَّقَ عَلَيْهِ وَشَدَّدَ . وَعَتَتِ الرَّجُلُ ، إِذَا ضَلَعَتْ (٢١) . وَيَجُوزُ لِلْوَصِيِّ
 تَرْكُ الصَّبِيِّ فِي الْمَكْتَبِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ . وَحِكْمِي لِأَحْمَدَ قَوْلُ سُفْيَانَ : لَا يُسَلِّمُ
 الْوَصِيُّ الصَّبِيَّ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ . فَأَنْكَرَ ذَلِكَ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَكْتَبَ مِنْ مَصَالِحِهِ ،
 فَجَرَى مَجْرَى نَفَقَتِهِ ، وَلَمَّا كُوِلَهُ ، وَمَشْرُوبِهِ ، وَمَلْبُوسِهِ . وَكَذَلِكَ يَجُوزُ لَهُ إِسْلَامُهُ
 فِي صِنَاعَةٍ ، إِذَا كَانَتْ مَصْلَحَتُهُ فِي ذَلِكَ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْوَلِيُّ مُوسِرًا ، فَلَا يَأْكُلُ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ شَيْئًا إِذَا لَمْ يَكُنْ أَبًا ؛
 لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾ (٢٢) . وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا ، فَلَهُ أَقْلُ
 الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ أَجْرَتِهِ ، أَوْ قَدْرِ كِفَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّهُ بِالْعَمَلِ وَالْحَاجَةِ جَمِيعًا ، فَلَمْ

= وما أخرجه أبو داود ، في : باب صيام أيام التشريق ، من كتاب الصوم ، وفي : باب في حبس لحوم
 الأضاحي ، من كتاب الأضاحي . سنن أبي داود ١/٥٦٤ ، ٢/٩٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية
 الصوم في أيام التشريق ، من كتاب الصوم ، عارضة الأحوذى ٣/٣٠١ . والنسائي ، في : باب النهي عن
 صوم يوم عرفة ، من كتاب المناسك . وفي : باب تفسير العتيرة ، من كتاب الفرع والعتيرة . وفي : باب
 تأويل قوله عز وجل : ﴿ قَالَتِ الْأَعْرَابُ آمَنَّا ... ﴾ ، من كتاب الإيمان . المجتبى ٥/٢٠٣ ، ٧/١٥٠ ،
 ٨/٩٢ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في النهي عن صيام أيام التشريق ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه
 ١/٥٤٨ . والدارمي ، في : باب في صيام يوم عرفة ، وباب النهي عن صيام أيام التشريق ، من كتاب الصوم .
 سنن الدارمي ٢/٢٣ ، ٢٤ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في صيام أيام منى ، من كتاب الحج . الموطأ
 ١/٣٧٦ . والإمام أحمد ، في المسند ١/٧٦ ، ٩٢ ، ١٠٤ ، ٢٢٩/٢ ، ٣٨٧ ، ٥١٣ ، ٥٣٥ ، ٤١٥/٣ ، ٤٥٠ ،
 ٤٥١ ، ٤٦٠ ، ٤٩٤ ، ١٥٢/٤ ، ٣٣٥ ، ٧٥/٥ ، ٧٦ ، ٢٢٤ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٢٠ .

(٢١) الضَّلْعُ ، بِالْتَحْرِيكِ : الْإِعْوَجَاجُ خَلْقَةً ، يَكُونُ فِي الْمَشْيِ مِنَ الْمَثَلِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ خَلْقَةً فَهُوَ الضَّلْعُ ،
 بِسُكُونِ اللَّامِ ، تَقُولُ مِنْهُ : ضَلَعٌ بِالْكَسْرِ ، يَضْلَعُ ضَلْعًا ، وَهُوَ ضَلْعٌ . لِسَانَ الْعَرَبِ (ض ل ع) .

(٢٢) سورة النساء ٦ .

يَجُزُّ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا مَا وَجَدَا فِيهِ . فَإِذَا أَكَلَ مِنْ ذَلِكَ الْقَدَرِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ ؛ فَإِنْ كَانَ أَبَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ عِوَضُهُ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا شَاءَ مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِهَا . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ الْأَبِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ عِوَضُ ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالنَّحَعِيِّ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِالْأَكْلِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ عِوَضٍ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ مَا أَمَرَ بِأَكْلِهِ ، وَلِأَنَّهُ عِوَضٌ مِنْ عَمَلِهِ فَلَمْ يَلْزَمْهُ بَدَلُهُ ، كَالْأَجِيرِ وَالْمُضَارِبِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَلْزَمُهُ عِوَضُهُ . وَهُوَ قَوْلُ عَبِيدَةَ السُّلَمَانِيِّ ، وَعَطَاءِ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَأَبِي الْعَالِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبَاحَهُ بِالْحَاجَةِ مِنْ مَالِ غَيْرِهِ ، فَلَزِمَهُ قَضَاؤُهُ ، كَالْمُضْطَّرِّ إِلَى طَعَامٍ غَيْرِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ إِذَا أَيْسَرَ ، لَكَانَ وَاجِبًا فِي الذِّمَّةِ قَبْلَ الْيَسَارِ ، فَإِنَّ الْيَسَارَ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْوُجُوبِ ، فَإِذَا لَمْ يَجِبْ بِالسَّبَبِ^(٢٣) ، الَّذِي هُوَ الْأَكْلُ ، لَمْ يَجِبْ بَعْدَهُ . وَفَارَقَ الْمُضْطَّرُّ ؛ فَإِنَّ الْعِوَضَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَأْكُلْهُ عِوَضًا عَنْ شَيْءٍ ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ .

فصل : فَأَمَّا قَرْضُ مَالِ الْيَتِيمِ ؛ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ حِظٌّ لَهُ ، لَمْ يَجُزَّ قَرْضُهُ ، فَمَتَى أُمُكِّنَ / الْوَلِيُّ التَّجَارَةَ بِهِ ، أَوْ تَحْصِيلَ عَقَارٍ لَهُ فِيهِ الْحِظُّ ، لَمْ يُقْرِضْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُفَوِّتُ الْحِظَّ عَلَى الْيَتِيمِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ذَلِكَ ، وَكَانَ قَرْضُهُ حِظًّا لِلْيَتِيمِ ، جَازَ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا يُقْرِضُ مَالَ الْيَتِيمِ لِأَحَدٍ يَرِيدُ مَكَافَأَتَهُ ، وَمَوَدَّتَهُ ، وَيُقْرِضُ عَلَى النَّظَرِ ، وَالشَّفَقَةِ ، كَمَا صَنَعَ ابْنُ عَمَرَ . وَقِيلَ لِأَحْمَدَ : إِنَّ عَمَرَ اسْتَقْرَضَ مَالَ الْيَتِيمِ . قَالَ : إِنَّمَا اسْتَقْرَضَ نَظْرًا لِلْيَتِيمِ ، وَاحْتِيَاظًا ، إِنْ أَصَابَهُ بِشَيْءٍ غَرَمَهُ . قَالَ الْقَاضِي : وَمَعْنَى الْحِظِّ أَنْ يَكُونَ لِلْيَتِيمِ^(٢٤) مَالٌ فِي بَلَدِهِ ، فَيُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، فَيُقْرِضُ مِنْ رَجُلٍ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ ، لِيَقْضِيَهُ بَدَلَهُ فِي بَلَدِهِ ، يَقْصِدُ بِذَلِكَ حِفْظَهُ مِنَ الْعَرْرِ فِي نَقْلِهِ ، أَوْ يَخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكَ مِنْ نَهَبٍ ، أَوْ غَرَقٍ ، أَوْ نَحْوِهِمَا ، أَوْ يَكُونُ مِمَّا يَتَلَفُ بِتَطَاوُلِ مُدَّتِهِ ،

ظ ٣٤/٥

(٢٣) فِي الْأَصْلِ : « بِالتَّسْبِيبِ » .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ : « لِلصَّبِيِّ » .

أَوْ حَدِيثُهُ خَيْرٌ مِنْ قَدِيمِهِ ، كَالْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا ، فَيُقْرِضُهُ خَوْفًا أَنْ يُسْوَسَ ، أَوْ تَنْقِصَ قِيمَتُهُ ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ، فَيَجُوزُ الْقَرْضُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لِلْيَتِيمِ فِيهِ حَظٌّ فَجَازَ ، كَالتَّجَارَةِ بِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ حَظٌّ ، وَإِنَّمَا قَصَدَ إِزْفَاقَ الْمُقْتَرِضِ ، وَقَضَاءَ حَاجَتِهِ ، فَهَذَا غَيْرُ جَائِزٍ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بِمَالِ الْيَتِيمِ ، فَلَمْ يَجُزْ كِهَيْتِهِ . وَإِنْ أَرَادَ الْوَالِيُ السَّفَرَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمُسَافَرَةُ بِمَالِهِ ، وَقَرْضُهُ لِثِقَةِ أَمِينٍ أَوْلَى مِنْ إِيدَاعِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ لَا تُضْمَنُ إِذَا تَلَفَتْ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَسْتَقْرِضُهُ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ ، فَلَهُ إِيدَاعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ . وَلَوْ أَوْدَعَهُ مَعَ إِمْكَانِ قَرْضِهِ ، جَازَ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ رَبُّمَا رَأَى الْإِيدَاعَ أَحَظَّ لَهُ مِنَ الْقَرْضِ ، فَلَا يَكُونُ مُفَرِّطًا . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَهُ قَرْضُهُ . فَلَا يَجُوزُ إِلَّا لِمَلِيٍّ أَمِينٍ ، لِيَأْمَنَ جُحُودَهُ ، وَتَعَدَّرَ الْإِيْفَاءِ ، وَيَتَبَيَّنَ أَنْ يَأْخُذَ رَهْنًا إِنْ أَمْكَنَتْهُ ، وَإِنْ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ أَخَذَ الرَّهْنَ ، جَازَ تَرْكُهُ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِمَّنْ يَسْتَقْرِضُهُ مِنْ أَجْلِ حَظِّ الْيَتِيمِ ، أَنَّهُ لَا يَبْدُلُ رَهْنًا ، فَاشْتِرَاطُ الرَّهْنِ يُفَوِّتُ هَذَا الْحَظَّ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : يُقْرِضُهُ إِذَا أَخَذَ بِالْقَرْضِ ^(٢٥) رَهْنًا . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لَا يُقْرِضُهُ إِلَّا بِرَهْنٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ احْتِيَاظًا لِلْمَالِ ، وَحِفْظًا لَهُ عَنِ الْجَحْدِ ، وَالْمَطْلِ . وَإِنْ أَمْكَنَتْهُ أَخَذَ الرَّهْنَ ، فَالْأَوْلَى / لَهُ أَخْذُهُ ، احْتِيَاظًا عَلَى الْمَالِ ، وَحِفْظًا لَهُ ، فَإِنْ تَرَكَهَ احْتَمَلَ أَنْ يَضْمَنَ إِنْ ضَاعَ الْمَالُ ؛ لِتَقْرِيبِهِ ، وَاحْتِمَالِ أَنْ لَا يَضْمَنَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ سَلَامَتُهُ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِكَوْنِهِ لَمْ يَذْكُرِ الرَّهْنَ .

و ٣٥/٥

فصل : قال أبو بكرٍ : وهل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين ؛ لأنه متصرف بالإذن في مال غيره ، فأشبه الوكيل . وقال القاضي : يجوز ذلك للوصي ، وفي الوكيل روايتان . وقرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان ، والوصي بخلافه .

(٢٥) في الأصل : « بالعوض » .

فصل : وإذا ^(٢٦) ادَّعى الوليُّ الإنفاقَ على الصَّبِيِّ ، أو على مالِهِ ، أو عقارِهِ ، بالمَعْرُوفِ مِنْ مالِهِ ، أو ^(٢٦) ادَّعى أَنَّهُ باعَ عقارَهُ لِحَظِّهِ ، أو بِنَاءٍ لِمَصْلَحَتِهِ ، أو ^(٢٧) أَنَّهُ تَلَفَ ، قُبِلَ قَوْلُهُ . وقال أصحابُ الشَّافِعِيِّ : لا يُمضَى الحَاكِمُ بَيْعِ الأَمِينِ والوَصِيِّ حَتَّى يَثْبُتَ عِنْدَهُ الحَظُّ بَيِّنَةً ، ولا يَقْبَلُ قَوْلَهُمَا في ذلك ، وَيَقْبَلُ قَوْلَ الأبِ والجَدِّ . ولنا ، أَنَّ مَنْ جازَ له بَيْعُ العقارِ ، وشِراؤُهُ لِلتَّيْمِ ، يَجِبُ أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ في الحَظِّ ، كالأبِ والجَدِّ . ولأنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ في عَدَمِ التَّفْرِيطِ فيما تَصَرَّفَ فيه مِنْ غيرِ العقارِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ في العقارِ ، كالأبِ . وإذا بَلَغَ الصَّبِيُّ ، فادَّعى أَنَّهُ لاحتَظَّ له في البَيْعِ ، لم يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةً ، فَإِنْ لم تَكُنْ بَيِّنَةً ، فالقولُ قولُ الوَلِيِّ مع يَمِينِهِ . وإن قال الوَلِيُّ : أنْفَقْتُ عَلَيْكَ مُنْذُ ثَلَاثِ سِنِينَ . وقال العُلَّامُ : ما ماتَ أبى إِلَّا مُنْذُ سَنَتَيْنِ . فالقولُ قولُ العُلَّامِ . ذَكَرَهُ القاضِي ؛ لأنَّ الأَصْلَ حَيَاةُ والِدِهِ ، واختلافُهُمَا في أمرٍ ليس الوَصِيُّ أَمِينًا فِيهِ ، فكان القولُ قولَ مَنْ يُوافِقُ قَوْلُهُ الأَصْلَ .

فصل : قال أحمدُ : يجوزُ للوَصِيِّ البَيْعُ على الغائِبِ البالغِ ، إذا كان مِنْ طَرِيقِ النَّظَرِ . وقال أصحابُنا : يجوزُ للوَصِيِّ البَيْعُ على الصَّغَارِ والكِبَارِ ، إذا كانت حُقوقُهُمْ مُشْتَرَكَةً في عَقَارٍ في قَسَمِهِ إِضْرَارًا ، وبالصَّغَارِ حَاجَةً إلى البَيْعِ ، إمَّا لِقَضَاءِ دَيْنٍ ، أو مُؤَنَّةٍ لَهُمْ . وقال أبو حنيفةَ ، وابنُ أبى لَيْلى : يجوزُ البَيْعُ ، على الصَّغَارِ والكِبَارِ فيما لا بَدَّ مِنْهُ . ولعلَّهُما أرادَا هذه الصُّورَةَ ؛ لأنَّ في ذلك نَظْرًا للصَّغَارِ ، واحتِياطًا لِلْمَيْتِ في قَضَاءِ دَيْنِهِ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ بَيْعُهُ على الكِبَارِ ؛ لأنَّهُ تَصَرَّفَ في مالٍ غيرِهِ / مِنْ غيرِ وَكَالَةٍ ، ولا وِلايَةٍ ، فلم يَصِحَّ ، كبيعِ مالِهِ المُفْرَدِ ، أو ما لا تَضُرُّ قَسَمَتَهُ . وهذا هو الصَّحِيحُ ، وما ذَكَرُوهُ لا أَصْلَ لَهُ يُقاسُ عَلَيْهِ ، ويُعَارِضُهُ أَنَّ فِيهِ ضَرَرًا على الكِبَارِ ، بَيْعُ ما لَهُمْ بِغيرِ إِذْنِهِمْ . ولأنَّهُ لا يجوزُ له بَيْعُ غيرِ العقارِ ، فلم يَجْزُ له بَيْعُ العقارِ ، كالأجْنَبِيِّ .

ظ ٣٥٠

(٢٦ - ٢٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٢٧) سقط من : م .

فصل : وَيَصِحُّ تَصَرُّفُ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، فِيمَا أُذِنَ لَهُ الْوَالِيُّ فِيهِ .
 فِي إِحْدَى الرَّوَابِئِينَ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَصِحُّ حَتَّى يَبْلُغَ . وَهُوَ
 قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ ، أَشْبَهَ غَيْرَ الْمُمَيَّزِ . وَلِأَنَّ الْعَقْلَ لَا يُمَكِّنُ الْوُقُوفَ
 مِنْهُ عَلَى الْحَدِّ الَّذِي يَصْلُحُ بِهِ التَّصَرُّفُ ؛ لِحَفَائِهِ ، وَتَزَايِيدِهِ تَزَايِيدًا حَفِيًّا التَّدْرِيجِ ،
 فَجَعَلَ الشَّارِعُ لَهُ ضَابِطًا ، وَهُوَ الْبُلُوغُ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ أَحْكَامُ الْعُقُلَاءِ قَبْلَ وُجُودِ
 الْمِظَنَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَتَّبِعُوا آلَ يَتِيمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ
 ءَأَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (٢٨) . وَمَعْنَاهُ ؛ اخْتَبِرُوهُمْ لِتَعْلَمُوا
 رُشْدَهُمْ . وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ اخْتِبَارُهُمْ بِتَفْوِيضِ التَّصَرُّفِ إِلَيْهِمْ مِنَ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ؛ لِيُعْلَمَ
 هَلْ يُعْبَنُ أَوْ لَا . وَلِأَنَّهُ عَاقِلٌ مُمَيَّزٌ ، مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ وَرَثَتِهِ ،
 كَالْعَبْدِ . وَفَارَقَ غَيْرَ الْمُمَيَّزِ ، فَإِنَّهُ لَا تَحْصُلُ الْمَصْلَحَةُ بِتَصَرُّفِهِ ؛ لِغَدَمِ تَمْيِيزِهِ
 وَمَعْرِفَتِهِ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى اخْتِبَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عَلِمَ حَالَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْعَقْلَ لَا يُمَكِّنُ
 الْإِطْلَاعَ عَلَيْهِ . قُلْنَا : يُعْلَمُ ذَلِكَ بِأَثَارِ وَجْرِيَانِ تَصَرُّفَاتِهِ عَلَى وَفْقِ الْمَصْلَحَةِ ، كَمَا
 يُعْلَمُ فِي حَقِّ الْبَالِغِ ، فَإِنَّ مَعْرِفَةَ رُشْدِهِ ، شَرْطُ دَفْعِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، وَصِحَّةُ تَصَرُّفِهِ ،
 كَذَا هُنَا . فَأَمَّا إِنْ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَرَثَتِهِ ، لَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ،
 وَيَقْفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَالِيِّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَمَبْنَى ذَلِكَ عَلَى مَا إِذَا تَصَرَّفَ فِي
 مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهَا فِيمَا مَضَى . وَأَمَّا غَيْرُ الْمُمَيَّزِ ، فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ ،
 وَإِنْ أُذِنَ لَهُ الْوَالِيُّ فِيهِ ، إِلَّا فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ ، كَمَا رَوَى عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ ، أَنَّهُ اشْتَرَى
 مِنْ صَبِيٍّ غُصْفُورًا ، فَأَرْسَلَهُ . ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى .

٧٦٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَا اسْتَدَانَ الْعَبْدُ ، فَهُوَ فِي رَقَبَتِهِ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ ، أَوْ
 يُسَلِّمُهُ ، فَإِنْ جَاوَزَ مَا اسْتَدَانَ قِيَمَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ عَلَى سَيِّدِهِ / أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، إِلَّا
 أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ ، فَيَلْزَمُ مَوْلَاهُ جَمِيعَ مَا اسْتَدَانَ)

في هذه المسألة أربعة فصول :

أحدها ، في استِدَانَةِ الْعَبْدِ ، يَعْنِي أَخْذَهُ بِالذِّئْنِ ، يُقَالُ : أَدَانَ وَاسْتَدَانَ وَتَدَّيْن .
قال الشَّاعِرُ :

يُؤَبِّي فِي الذِّئْنِ قَوْمِي ، وَإِنَّمَا تَدَّيْنْتُ فِيمَا سَوْفَ يُكْسِبُهُمْ حَمْدًا^(١)
وَالْعَبِيدُ قِسْمَانِ ، مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، فَمَا لَزِمَهُ مِنَ الذِّئْنِ بغيرِ رِضَى سَيِّدِهِ ، مِثْلُ
أَنْ يَقْتَرِضَ ، أَوْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا فِي ذِمَّتِهِ ، فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ .
اخْتَارَهَا الْخَرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنٌ لَزِمَهُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، كَأَرْشِ
جِنَايَتِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ يَتَّبِعُهُ الْغَرِيمُ بِهِ إِذَا أَعْتَقَ وَأَيْسَرَ . وَهَذَا مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ فِي ذِمَّتِهِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . فَتَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ ، كَعَوِضِ الْخُلْعِ
مِنَ الْأَمَةِ ، وَكَالْحُرِّ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ ، أَوْ فِي الْاسْتِدَانَةِ ،
فَمَا يَلْزِمُهُ مِنَ الذِّئْنِ هَلْ^(٢) يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ،^(٣) أَوْ بِرَقَبَتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ^(٤) . وَقَالَ
مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : إِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ، قُضِيَتْ ذُبُونُهُ مِنْهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ
شَيْءٌ ، تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ ، يُتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ وَأَيْسَرَ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنٌ تَبَّتْ بِرِضَى مَنْ لَهُ الذِّئْنُ ،
أَشْبَهَ غَيْرَ الْمَأْذُونِ لَهُ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، كَمَا لَوْ اسْتَقْرَضَ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُبَاعُ إِذَا طَالَ الْعُرْمَاءُ بَيْعَهُ . وَهَذَا مَعْنَاهُ ، أَنَّهُ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ
ذَيْنٌ تَبَّتْ بِرِضَى مَنْ لَهُ الذِّئْنُ ، فُبَاعَ فِيهِ ، كَمَا لَوْ رَهَنَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي
التَّجَارَةِ ، فَقَدْ أَغْرَى النَّاسَ بِمُعَامَلَتِهِ ، وَأُذِنَ فِيهَا ، فَصَارَ ضَامِنًا ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُمْ :
دَائِنُونَهُ ، أَوْ أُذِنَ فِي اسْتِدَانَتِهِ ، تَزِيدُ عَلَى قِيَمَتِهِ ، وَلَا تَفْرُقُ بَيْنَ الذِّئْنِ الَّذِي لَزِمَهُ فِي
التَّجَارَةِ الْمَأْذُونِ فِيهَا ، أَوْ فِيمَا لَمْ يُؤْذَنَ لَهُ^(٥) فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ أُذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فِي الْبَيْزِ ،
فَاتَّجَرَ فِي غَيْرِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْفَكُ عَنِ التَّغْرِيرِ ، إِذْ يَظُنُّ النَّاسُ أَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا .

(١) البيت مطلع قصيدة للممتنع الكندي . انظر حماسة أبي تمام ٦٠٣/١ ، والشعر والشعراء ٧٣٩/٢ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٤) في الأصل : « رواية واحدة » .

(٤) سقط من : م .

الفصل الثاني ، فيما لزّمه من الدّين / من أروش جنّايته ، أو قيمٍ مُتلفّاته ، فهذا يتعلّق بِرَقَبَةِ العَبْدِ ، على كلِّ حالٍ ، مَأْذُونًا ، أو غيرَ مَأْذُونٍ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وبه يقول أبو حنيفة والشّافعي . وكلُّ ما يتعلّق بِرَقَبَتِهِ فَإِنَّ السَّيِّدَ يَتَّخِذُ بَيْنَ تَسْلِيمِهِ لِلْبَيْعِ وَبَيْنَ فِدَائِهِ ، فَإِنْ سَلَّمَهُ فَبَيْعٍ ، وَكَانَ ثَمَنُهُ أَقَلَّ مِنْ أُرْشِ جِنَايَتِهِ ، فَلَيْسَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ إِلَّا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ العَبْدَ هُوَ الجَانِي ، فَلَا يَجِبُ عَلَى غَيْرِهِ شَيْءٌ . وَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ أَكْثَرَ ، فَالْفَضْلُ لِسَيِّدِهِ . وَذَكَرَ القَاضِي أَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّ السَّيِّدَ لَا يَرْجِعُ بِالْفَضْلِ . وَلَعَلَّهُ يَذْهَبُ إِلَى أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَوَضًا عَنِ الجِنَايَةِ ، فَلَمْ يَبْقَ لِسَيِّدِهِ فِيهِ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ مَلَكَه إِيَّاهُ عَوَضًا عَنِ الجِنَايَةِ . وَهَذَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ . فَإِنَّ المَجْنِيَّ عَلَيْهِ لَا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ أُرْشِ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ حُرٌّ ، وَالجَانِي لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ جِنَايَتِهِ ، وَلِأَنَّ الحَقَّ تَعَلَّقَ بِعَيْنِهِ ، فَكَانَ الفَضْلُ مِنْ ثَمَنِهِ لِسَيِّدِهِ ، كَالرَّهْنِ . وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ دَفَعَهُ عَوَضًا . لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَوَضًا ، لَمَلَكَه المَجْنِيُّ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يُبْعَ فِي الجِنَايَةِ ، وَإِنَّمَا دَفَعَهُ لِبَيْعٍ ، فَيُؤَخَذُ مِنْهُ عَوَضُ الجِنَايَةِ ، وَيُرَدُّ إِلَيْهِ البَاقِي ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَتَلَفَ دِرْهَمًا ، لَمْ يَبْطُلْ حَقُّ سَيِّدِهِ مِنْهُ بِذَلِكَ ؛ لِعَجْزِهِ عَنِ أَدَاءِ الدَّرْهَمِ مِنْ غَيْرِ ثَمَنِهِ . وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ لَزِمَهُ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ قِيمَتِهِ ، أَوْ أُرْشِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّ أُرْشَ الجِنَايَةِ إِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِغَيْرِ العَبْدِ الجَانِي ؛ لِعَدَمِ الجِنَايَةِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا تَجِبُ قِيمَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ ، فَلَمْ يَجِبْ بِالْجِنَايَةِ إِلَّا هُوَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يَلْزِمُهُ أُرْشُ جِنَايَتِهِ ، بِالْعَامَا بَلَعٌ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَرْغَبَ فِيهِ رَاغِبٌ ، فَيَشْتَرِيهِ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ ، فَإِذَا مَنَعَ بَيْعَهُ لَزِمَهُ جَمِيعُ الأُرْشِ ؛ لِتَفْوِيْتِهِ ذَلِكَ . وَلِلشّافعي قَوْلَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ .

الفصل الثالث ، فِي تَصَرُّفَاتِهِ ؛ أَمَّا غَيْرُ المَأْذُونِ ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، وَلَا شِرَاؤُهُ بِعَيْنِ المَالِ ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ مِنَ المَحْجُورِ فِيهَا^(٥) حُجْرَ عَلَيْهِ فِيهِ ، فَاشْتَبَهَ المُفْلِسَ .

(٥) فِي النسخ : « فِيم » .

ولأنه تَصَرَّفَ في مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فهو كَتَصَرَّفِ الْفُضُولِيِّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ وَيَقِفَ عَلَى إِجَازَةِ السَّيِّدِ كَذَلِكَ . وَأَمَّا شِرَاؤُهُ / بِثَمَنِ فِي ذِمَّتِهِ وَأَقْتِرَاضُهُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ السَّنْفِيَّةَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ لِحَقِّ غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ الْمُفْلِسَ وَالْمَرِيضَ . وَيَتَفَرَّغُ عَنْ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، أَنَّ التَّصَرَّفَ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا ، فَلِلْبَائِعِ وَالْمُقْرِضِ أَخْذُ مَالِهِ ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، سِوَاءَ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوِ السَّيِّدِ ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا ، فَلَهُ قِيمَتُهُ أَوْ مِثْلُهُ ، إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ شَاءَ كَانَ ذَلِكَ مُتَعَلِّقًا بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي أَخَذَهُ مِنْهُ ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، فَالرُّجُوعُ عَلَيْهِ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، أَوْ ذِمَّتِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : التَّصَرَّفُ صَحِيحٌ . وَالْمَيْبَعُ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، فَلِلْبَائِعِ فَسْخُ الْبَيْعِ ، وَلِلْمُقْرِضِ الرُّجُوعُ فِيمَا أَقْرَضَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَحَقَّقَ إِعْسَارُ^(٦) الْمُشْتَرِيِّ وَالْمُقْتَرِضِ ، فَهُوَ أَسْوَأُ حَالًا مِنَ الْحُرِّ الْمُعْسِرِ . وَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ قَدْ ائْتَرَعَهُ مِنْ يَدِ الْعَبْدِ ، مَلَكَهَ بِذَلِكَ ، وَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْ عَبْدِهِ مَالًا فِي يَدِهِ ، بِحَقِّ ، فَهُوَ كَالصَّيِّدِ . فَإِذَا مَلَكَهَ السَّيِّدُ ، كَانَ كَهَلَاكِهِ فِي يَدِ الْعَبْدِ ، وَلَا يَمْلِكُ الْبَائِعُ وَالْمُقْرِضُ ائْتِرَاعَهُ مِنَ السَّيِّدِ ، بِحَالٍ . وَإِنْ كَانَ قَدْ تَلَفَ ، اسْتَقَرَّ ثَمَنُهُ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ أَوْ فِي ذِمَّتِهِ ، سِوَاءَ تَلَفَ فِي يَدِ الْعَبْدِ أَوِ السَّيِّدِ . وَأَمَّا الْعَبْدُ الْمَآذُونُ لَهُ ، فَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِي قَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَلَا يَصِحُّ فِيمَا زَادَ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ ، انْفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ ، وَجَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ الْحَجْرَ لَا يَتَجَزَّأُ ، فَإِذَا زَالَ بَعْضُهُ ، زَالَ كُلُّهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالْإِذْنِ ، فَاخْتَصَّ تَصَرُّفُهُ بِمَحَلِّ الْإِذْنِ ، كَالْوَكِيلِ ، وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْحَجْرَ لَا يَتَجَزَّأُ . لَا يَصِحُّ ، فَإِنَّهُ لَوْ صَرَّحَ بِالْإِذْنِ لَهُ فِي بَيْعِ عَيْنٍ ، وَنَهَيْهِ عَنْ بَيْعِ أُخْرَى ، صَحَّ . وَكَذَلِكَ فِي الشَّرَاءِ ، كَالْوَكِيلِ . وَإِنْ أُذِنَ لَهُ السَّيِّدُ فِي ضَمَانٍ ، أَوْ كِفَالَةٍ ، فَفَعَلَ ، صَحَّ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ، أَوْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ ؟

(٦) فِي الْأَصْلِ : « اِعْتِبَارٌ » .

على وَجْهَيْنِ . وإن رَأَى السَّيِّدُ عَبْدَهُ يَتَجَرَّ ، فلم يَنْهَهُ ، لم يَصِرْ بذلك مَأْذُونًا له .

٣٧/٥ ط

/ **الفصل الرابع** ، في تَصْرُفَاتِهِ ، إن كان مَأْذُونًا له في التَّجَارَةِ ، قَبْلَ إِقْرَارِهِ في قَدْرٍ ما أُذِنَ له ، ولم يُقْبَلْ فيما زاد . ولا يُقْبَلُ إِقْرَارُ غَيْرِ المَأْذُونِ له بالمَالِ . فإن أَقْرَبَ بَعَيْنِ في يَدِهِ أو ذَيْنِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، لم يُقْبَلْ على سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقْرَبُ بِحَقِّ عَلَى غَيْرِهِ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أَقْرَأَنَّ سَيِّدَهُ بَاعَهُ ، وَيُثْبِتُ في ذِمَّتِهِ يُتَّبَعُ به بعد العِتْقِ . وإن أَقْرَبَ بِجِنَايَتِهِ ، اسْتَوَى في ذلك المَأْذُونُ له وَغَيْرُهُ . وَيَنْقَسِمُ ذلك أَقْسَامًا أَرْبَعَةً ؛ أَحدها ، جِنَايَةٌ مُوجِبُهَا المَالُ ، كإِثْلَافِهِ ، أو جِنَايَةٌ حَطًّا ، أو شِبْهَ عَمْدٍ ، أو جِنَايَةٌ عَمْدٍ فيما لا قِصَاصَ فيه ، كالجَائِفَةِ ، ونحوها ، فلا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بها ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بالمَالِ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أَقْرَأَ بِدِرَاهِمٍ ، أو دَنَانِيرٍ . القسم الثاني ، جِنَايَةٌ مُوجِبُهَا حَدُّ سِوَى السَّرِقَةِ ، أو قِصَاصٌ فيما دونَ النَّفْسِ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بذلك . وبه قال أبو حنيفة ، ومالكٌ ، والشَّافِعِيُّ . وقال زُفَرٌ ، وداوُدُ ، والمُزَنِيُّ ، وابنُ (٧) جَرِيرٍ : لا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ به حَقُّ السَّيِّدِ ، فلا يُقْبَلُ ، كإِقْرَارِ بِجِنَايَةِ الحَطِّ . ولنا ، ما رَوَى عن عَلِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ بِإِقْرَارِهِ بِالسَّرِقَةِ ، وَجَلَدَ عَبْدًا أَقْرَأَ عنده بِالزَّانَا نِصْفَ الحَدِّ . ولا مُخَالَفَ له في الصَّحَابَةِ ، فكان إِجْمَاعًا . ولأنَّ ما لا يُقْبَلُ إِقْرَارُ السَّيِّدِ فيه على العَبْدِ ، يُقْبَلُ فيه إِقْرَارُ العَبْدِ ، كالطَّلَاقِ . ولأنَّ العَبْدَ غَيْرَ مُتَّهَمٍ فيه ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُ به أَحْصَى ، وهو بِالْمِ امْسُ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ، كما لو أَقْرَأَتْ به الزَّوْجَةَ . وَخُرَّجَ على هَذَيْنِ المَعْنَيْنِ جِنَايَةَ الحَطِّ ؛ فإنَّ إِقْرَارَ السَّيِّدِ بها مَقْبُولٌ ، ولا يَتَضَرَّرُ العَبْدُ بها . القسم الثالث ، إِقْرَارُهُ بِالسَّرِقَةِ ، يُقْبَلُ في الحَدِّ ، فَيَقْطَعُ ، ولا يُقْبَلُ في المَالِ ، سِوَاءَ كَانَتِ العَيْنُ تَالِفَةً ، أو باقِيَةً في يَدِ السَّيِّدِ ، أو في يَدِ العَبْدِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يُقْطَعَ إذا أَقْرَبَ بِسَّرِقَةٍ عَيْنٍ مَوْجُودَةٍ في يَدِهِ . وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لِأَنَّ العَيْنَ مَحْكُومًا بها لِسَيِّدِهِ ، فلا يُقْطَعُ بِسَّرِقَةٍ عَيْنٍ لِسَيِّدِهِ ، ولأنَّ المُطَالَبَةَ بِالمَسْرُوقِ / شَرْطٌ في القَطْعِ ،

٣٨/٥ و

(٧) سقط من : م .

وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها ، ولأن هذا شبهة ، والحدود تُدْرَأُ بالشبهات .
ولنا ، حَبْرٌ عَلَى رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، ولأنه مُقَرَّرٌ بِسَرِقَةِ عَيْنٍ تَبْلُغُ نِصَابًا ، فَوَجَبَ قَطْعُهُ ،
كما لو أَقْرَحُ بِسَرِقَةِ عَيْنٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ، وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بِهذه الصُّورَةِ ، وإِنَّمَا لم
تُرَدِّ العَيْنُ إِلَى المَسْرُوقِ مِنْهُ لِحَقِّ السَّيِّدِ ، وَأَمَّا فِي حَقِّ العَبْدِ ، فقد يَثْبُتُ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ ،
ولهذا لو عَتَقَ وَعَادَتِ العَيْنُ إِلَى يَدِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهَا إِلَى المُقَرَّرِ لَهُ . القسم الرابع ، الإقرارُ
بما يُوجِبُ القِصاصَ فِي النَفْسِ . فُرُوِي عن أحمد ، أَنَّهُ لا يُقْبَلُ . وَعُمُومُ قولِ
الجِرْقِيِّ ، إن أَقْرَ المَحْجُورُ عَلَيْهِ بما يُوجِبُ حَدًّا ، أو قِصاصًا ، أو طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ،
لَزِمَهُ ذلك . يَقْتَضِي قَبُولَ إقرارِهِ ، وهو قولُ أبي حنيفة ، ومالك ، والشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ
أَقْرَبُ بما يُوجِبُ قِصاصًا ، فُقِيلَ ، كما إقرارِهِ بِقَطْعِ اليَدِ ، ولأنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي القِصاصِ ،
فُقِيلَ إقرارُهُ بِهِ ، كالأخْرِ ، ولأنَّهُ لا يُقْبَلُ إقرارُ سَيِّدِهِ عَلَيْهِ بِهِ ، فُقِيلَ إقرارُهُ بِهِ ،
كالحدِّ . واحتجَّ أصحابنا ، بأنَّ مُقتَضَى القِياسِ أن لا يُقْبَلُ إقرارُهُ بالقِصاصِ أَصْلًا ؛
لأنَّهُ إقرارٌ عَلَى مالِ سَيِّدِهِ ، ولأنَّهُ مُتَّهَمٌ ، إذ يَحْتَمِلُ أن يكونَ عن مُواطاةٍ بَيْنَهُما ،
لِيَعْفُوَ عَلَى مالِ ، فَيَسْتَحِقُّ رَقَبَةَ العَبْدِ ، ولذلك لم تَحْمِلِ العاقِلَةُ اعْتِرَافًا ، فَتَرَكَنا
مُوجِبِ القِياسِ ؛ لِحَبْرٍ عَلَى رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، ففِيمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى مُوجِبِ القِياسِ .
ويفارِقُ القِصاصَ فِي النَفْسِ القِصاصَ فِي الطَّرْفِ ؛ لِأَنَّهُ قد يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أرادَ التَّخْلُصَ
مِنْ سَيِّدِهِ ، ولو بِنِجاتِ نَفْسِهِ . وكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِقَبُولِ إقرارِهِ بالقِصاصِ ،
فَحُكْمُهُ حُكْمُ الثَّابِتِ بِالْبَيِّنَةِ ، فَلَوْلِي الجِنائَةِ العَفْوُ ، والاسْتِيفاءُ ، والعَفْوُ عَلَى مالِ ،
فإن عَفَا ، تَعَلَّقَ الأُرشُ بِرَقَبَةِ العَبْدِ ، عَلَى ما مرَّ بَيانُهُ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكُ العَفْوُ
عَلَى مالِ ؛ لِغَلَا يَتَّخِذُ ذلكَ وَسِيلَةً إِلَى الإقرارِ بِمالِ .

٧٧٠ - مسألة ؛ قال : (وَيَبْعُ الكَلْبِ باطِلًا ، وإن كان مُعَلَّمًا)

لا يَحْتَلِفُ المَذْهَبُ فِي أن يَبْعَ الكَلْبِ باطِلًا ، أَي كَلْبٍ كان . وبه قال الحَسَنُ ،
وَرَبِيعَةُ ، / وَحَمَّادٌ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وداودُ . وَكَرِهَ أبو هُرَيْرَةَ ثَمَنَ
الكَلْبِ . وَرَخَّصَ فِي ثَمَنِ كَلْبِ الصَّيِّدِ خاصَّةً جابِرُ بنُ عبدِ اللهِ ، وَعطاءُ ،

ظ ٣٨/٥

والتَّحْيَى . وَجَوَزَ أَبُو حَنِيفَةَ بَيْعَ الْكِلَابِ كُلِّهَا ، وَأُخِذَتْ مَنِهَا ، وَعَنْهُ رِوَايَةٌ فِي الْكَلْبِ
 الْعَقُورِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ مَالِكٍ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَا يَجُوزُ .
 وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْكَلْبُ الْمَادُونُ فِي إِمْسَاكِهِ ، يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَيُكْرَهُ . وَاجْتَحَّ مَنْ أَجَازَ
 بَيْعَهُ بِمَا رَوَى عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ تَمَنِ الْكَلْبِ وَالسَّنَّورِ ، إِلَّا كَلْبَ
 الصَّيْدِ ^(١) . وَلِأَنَّهُ يُبَاحُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، وَيَصِحُّ نَقْلُ الْيَدِ فِيهِ ، وَالْوَصِيَّةُ بِهِ ، فَصَحَّ
 بَيْعُهُ ، كَالْحِمَارِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيُّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى
 عَنْ تَمَنِ الْكَلْبِ ، وَمَهْرِ الْبَغِيِّ ، وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ ^(٢) . وَعَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ قَالَ ،
 قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « تَمَنُ الْكَلْبِ حَبِيثٌ ، وَمَهْرُ الْبَغِيِّ حَبِيثٌ ، وَكَسْبُ الْحَجَّامِ
 حَبِيثٌ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا ^(٣) . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ

(١) أخرجه النسائي ، في : باب الرخصة في ثمن كلب الصيد ، من كتاب الصيد ، وباب ما استثنى ، من كتاب
 البيوع . المجتبى ١٦٨/٧ ، ٢٧٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣١٧ ، ٣٣٩ .

(٢) في م زيادة : « متفق عليه » .

(٣) الأول أخرجه البخاري ، في : باب ثمن الكلب ، من كتاب البيوع ، وباب كسب البغي والإماء ... ،
 وفي : باب مهر البغي والنيكاح الفاسد ، من كتاب الطلاق ، من كتاب الإجارة ، وباب الكهانة ، من كتاب
 الطب ، وفي : باب من لعن المصور ، من كتاب اللباس . صحيح البخاري ٣/١١٠ ، ١٢٢ ، ٧٩/٧ ، ١٧٦ ،
 ٢١٧ . ومسلم ، في : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة ، صحيح مسلم ٣/١١٩٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في ثمن الكلاب ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٠ . والترمذي ،
 في : باب ما جاء في كراهية مهر البغي ، من أبواب النكاح ، وفي : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من أبواب
 البيوع . وباب ما جاء في أجر الكاهن ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٥/٦٧ ، ٢٧٦ ، ٨/٢٢٨ ،
 ٢٢٩ . والنسائي ، في : باب النهي عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد والذبائح . وباب بيع الكلب ، من كتاب
 البيوع . المجتبى ٧/١٦٧ ، ٢٧٢ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي ... ، من كتاب
 التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٠ . والدارمي ، في : باب في النهي عن ثمن الكلب ، من كتاب البيوع .
 سنن الدارمي ٢/٢٥٥ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٥٦ .
 والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١١٨ - ١٢٠ .

والثاني لم يخرج البخاري ، انظر تحفة الأشراف ٣/١٤٢ . وأخرجه مسلم ، في : باب تحريم ثمن الكلب
 وحلوان الكاهن ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٣٨ . والترمذي ،
 في : باب ما جاء في ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧٦ . والنسائي ، في : باب النهي
 عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧/١٦٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤٦٤ ، ٤٦٥ .

عن ثَمَنِ الْكَلْبِ ، فَإِنْ جَاءَ يَطْلُبُهُ فَامْلَأُوا كَفَّهُ تَرَابًا . رواه أبو داود^(٤) . ولأنه حيوان نُهِىَ عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه ، أشبه الخنزير ، أو حيوان نجس العين ، أشبه الخنزير . فأما حديثهم ، فقال أحمد : هذا من الحسن بن أبي جعفر ، وهو ضعيف . وقال الدارقطني : الصحيح أنه موقوف على جابر . وقال الترمذي : لا يصح إسناده هذا الحديث . وقد روى عن أبي هريرة^(٥) ، ولا يصح أيضا . ويحتمل أنه أراد ، ولا كلب صيد ، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك ، قال الشاعر :

وكلُّ أخٍ مفارقة أخوه لعمر أبيك إلا الفرقدان^(٦)

أى والفرقدان . ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد .

فصل : ولا تجوز إجارته . نص عليه أحمد . وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وقال بعضهم : يجوز ؛ لأنها منفعة مباحة ، فجازت المعاوضة عنها ، كتنفع الحمير . ولنا ، أنه حيوان محرّم بيعه ؛ لحبيته ، / فحُرِّمَتْ إجارته ، كالخنزير . وقياسهم ينتقض بضراب الفحل ، فإنها منفعة مباحة ، ولا يجوز إجارتها ، ولأن إباحة الانتفاع لم تُبح بيعه ، فكذلك إجارته ، ولأن منفعته لا تُضمّن في العصب ، فإنه لو غصبه غاصب مدة ، لم يلزمه لذلك عوض ، فلم يجز أخذ العوض عنها في الإجارة ، كتنفع الخنزير .

و ٣٩/٥

(٤) في : باب في أثمان الكلاب ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٠/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب جماع أبواب بيوع الكلاب وغيرها ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦/٦ .

(٥) أخرجه الترمذي ، في : باب أخبرنا أبو كريب ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٨١/٥ . والبيهقي ، في : باب جماع أبواب بيوع الكلاب وغيرها ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦/٦ .

(٦) الفرقدان ، نجمان قريبان من القطب ، لا يفترقان .

والبيت لعمر بن معدى كرب أو حضرمي بن عامر ، ذكره سيويه في الكتاب ٣٣٤/٢ ، وابن يعيش في شرح المفصل ٨٩/٢ ، والسيوطي في شرح شواهد المغنى ٢١٦ .

فصل : وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْكَلْبِ الَّذِي يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهَا تَقْلُ لِلْيَدِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ . وَتَصِحُّ هِبَتُهُ ؛ لِذَلِكَ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ فِي الْحَيَاةِ ، أَشْبَهَتْ الْبَيْعَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . وَيُفَارِقُ الْبَيْعَ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ عَوَضُهُ ، وَهُوَ مُحَرَّمٌ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانٍ ، كَهَذَيْنِ .

٧٧١ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ قَتَلَهُ وَهُوَ مُعَلَّمٌ ، فَقَدْ أَسَاءَ ، وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ)

أَمَّا قَتْلُ الْمُعَلَّمِ فَحَرَامٌ ، وَفَاعِلُهُ مُسِيءٌ ظَالِمٌ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ كَلْبٍ مُبَاخٍ إِمْسَاكُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ يُبَاخُ اقْتِنَاؤُهُ ، فَحَرْمُ إِثْلَافِهِ ، كَالشَّاةِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَلَا غُرْمَ عَلَى قَاتِلِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ وَعَطَاءٌ : عَلَيْهِ الْغُرْمُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي تَحْرِيمِ إِثْلَافِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَحَلٌّ يَحْرُمُ اخْتِذُ عَوَضِهِ لِعُخْبَتِهِ ، فَلَمْ يَجِبْ غُرْمُهُ بِإِثْلَافِهِ ، كَالخَنْزِيرِ ، وَإِنَّمَا يَحْرُمُ إِثْلَافُهُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ . وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الضَّرْرِ وَالْإِضْرَارِ ^(١) .

فصل : فَأَمَّا قَتْلُ مَا لَا يُبَاخُ إِمْسَاكُهُ ، فَإِنَّ الْكَلْبَ الْأَسْوَدَ الْبَهِيمَ يُبَاخُ قَتْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ شَيْطَانٌ . قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الصَّامِتِ : سَأَلْتُ أَبَا ذَرٍّ فَقُلْتُ : مَا بَالُ الْأَسْوَدِ مِنَ الْأَحْمَرِ مِنَ الْأَبْيَضِ ؟ فَقَالَ : سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَمَا سَأَلْتَنِي ، فَقَالَ : « الْكَلْبُ الْأَسْوَدُ شَيْطَانٌ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ^(٢) ، وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَوْلَا أَنَّ الْكِلَابَ أُمَّةٌ مِنَ الْأُمَّةِ لَأَمَرْتُ بِقَتْلِهَا ، فَاقْتُلُوا مِنْهَا كُلَّ أَسْوَدَ بَهِيمٍ » ^(٣) . وَيُبَاخُ

(١) تقدم في : ١٤٠/٤ .

(٢) تقدم تخريجه في : ٩٨/٣ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب الصيد . سنن أبي داود ٩٧/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في قتل الكلاب ، وباب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٨٣/٦ ، ٢٨٥ . والنسائي ، في : باب صفة الكلاب التي أمر بقتلها ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٣/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن اقتناء الكلب ... ، من كتاب الصيد . سنن ابن ماجه ١٠٦٩/٢ . والدارمي ، في : باب في قتل الكلاب ، من كتاب الصيد . سنن الدارمي ٩٠/٢ . والإمام أحمد ، في المسند ٨٥/٤ ، ٥٤/٥ ، ٥٦ ، ٥٧ .

قَتَلَ الْكَلْبِ الْعَقُورِ ؛ لَمَّا رَوَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « خَمْسٌ مِنَ الدَّوَابِّ كُلُّهُنَّ فَاسِقٌ ، يُقْتَلْنَ فِي الْجِلِّ وَالْحَرَمِ ؛ / الْغُرَابُ ، وَالْحِدَاةُ ، وَالْعَقْرَبُ ، وَالْفَارَةُ ، وَالْكَالِبُ الْعَقُورُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٤) ، وَيُقْتَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ مُعَلَّمًا ؛ لِلْخَبْرَيْنِ . وَعَلَى قِيَاسِ الْكَلْبِ الْعَقُورِ ، كُلُّ مَا آذَى النَّاسَ ، وَضَرَّهُمْ فِي أَنْفُسِهِمْ ، وَأَمْوَالِهِمْ ، يُبَاحُ قَتْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْذِي بِلَا نَفْعٍ ، أَشْبَهَ الذُّبَّ . وَمَا لَا مَضَرَّةَ فِيهِ ، لَا يُبَاحُ قَتْلُهُ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْخَبْرِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ أَمَرَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ ، حَتَّى إِنْ الْمَرْأَةُ تَقَدَّمَتْ مِنَ الْبَادِيَةِ بِكَلْبِهَا فَنَقَطْتُهُ ، ثُمَّ نَهَى عَنْ قَتْلِهَا ، وَقَالَ : « عَلَيْكُمْ بِالْأَسْوَدِ الْبَيْهَمِ ذِي التُّقَطَّتَيْنِ (٥) ، فَإِنَّهُ شَيْطَانٌ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ (٦) .

فصل : وَلَا يَجُوزُ اقْتِنَاءُ الْكَلْبِ ، إِلَّا كَلْبَ الصَّيِّدِ ، أَوْ كَلْبَ مَا شِئِيَهُ ، أَوْ حَرَثٍ ؛ لَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَنِ اتَّخَذَ كَلْبًا إِلَّا كَلْبَ صَيِّدٍ أَوْ مَا شِئِيَهُ أَوْ زَّرَعٍ ، نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ » (٧) . وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ : سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ : « مَنِ اقْتَنَى كَلْبًا إِلَّا كَلْبَ صَيِّدٍ أَوْ مَا شِئِيَهُ ، فَإِنَّهُ يَنْقُصُ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانٍ » . قَالَ سَالِمٌ : وَكَانَ أَبُو هُرَيْرَةَ يَقُولُ : أَوْ كَلْبَ حَرَثٍ .

(٤) تقدم تخريجه في : ١٧٦/٥ .

(٥) في الأصل ، م : « اللطيفتين » . والمثبت من صحيح مسلم وباقي مصادر تخريج الحديث . والمعروف من الحديث : « اقتلوا من الحيات ذات اللطيفتين والأبتر » .

(٦) في : باب الأمر بقتل الكلاب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٠/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٩٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٣٣/٣ .

(٧) أخرجه مسلم ، في : باب الأمر بقتل الكلاب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٣/٣ . وأبو داود ، في : باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٩٧/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٢٨٥/٦ . والنسائي ، في : باب الرخصة في إمساك الكلب للحرث ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٦٦/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند . ٢٦٧/٢ .

مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٨) . وَإِنْ اقْتَنَاهُ لِحِفْظِ الْبُيُوتِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِلْخَيْرِ . وَيَحْتَمِلُ الْإِبَاحَةَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الثَّلَاثَةِ ، فَيُقَاسُ عَلَيْهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ قِيَاسَ غَيْرِ الثَّلَاثَةِ عَلَيْهَا ، يُبِيحُ مَا يَتَنَاوَلُ الْخَبْرُ تَحْرِيمَهُ . قَالَ الْقَاضِي : وَلَيْسَ هُوَ فِي مَعْنَاهَا ، فَقَدْ يَحْتَالُ اللَّصُّ لِإِخْرَاجِهِ بِشَيْءٍ يُطْعِمُهُ إِيَّاهُ ، ثُمَّ يَسْرِقُ الْمَتَاعَ . وَأَمَّا الذُّئْبُ ، فَلَا يَحْتَمِلُ هَذَا فِي حَقِّهِ ، وَلِأَنَّ اقْتِنَاءَهُ فِي الْبُيُوتِ يُؤْذِي الْمَارَّةَ ، بِخِلَافِ الصَّخْرَاءِ .

فصل : فَأَمَّا تَرْبِيَةَ الْجَرِّ الصَّغِيرِ لِأَحَدِ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ ، فَيَجُوزُ فِي أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ قَصْدُهُ لَذَلِكَ ، فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ . كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ ، وَالْجَحْشِ الصَّغِيرِ ، الَّذِي لَا نَفْعَ فِيهِ فِي الْحَالِ ؛ لِمَا لَهُ إِلَى الْإِنْتِفَاعِ . وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتَّخِذِ الصَّغِيرَ ، مَا أَمَكَنَ جَعْلَ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، إِذْ لَا يَصِيرُ مُعَلِّمًا إِلَّا بِالْتَّعْلِيمِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَعْلِيمُهُ إِلَّا بِتَرْبِيَتِهِ ، وَاقْتِنَائِهِ مُدَّةً يُعَلِّمُهُ فِيهَا . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ ﴾^(٩) . وَلَا يُوجَدُ كَلْبٌ مُعَلِّمٌ بِغَيْرِ تَعْلِيمٍ . وَالْوَجْهَ الثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الثَّلَاثَةِ .

و ٤٠/٥

فصل : وَمَنْ اقْتَنَى كَلْبًا لِلصَّيْدِ ، ثُمَّ تَرَكَ الصَّيْدَ مُدَّةً ، وَهُوَ يُرِيدُ الْعُودَ إِلَيْهِ ،

(٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ اقْتَنَى كَلْبًا لَيْسَ بِكَلْبِ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الذَّبَائِحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١١٢/٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْأَمْرِ بِقَتْلِ الْكَلَابِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٠١/٣ - ١٢٠٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ مِنْ أَمْسَكِ كَلْبًا مَا يَنْقُصُ مِنْ أَجْرِهِ ، مِنْ أَبْوَابِ الصَّيْدِ . عَارِضَةُ الْأُحُوذِيِّ ٢٨٤/٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الرِّخْصَةِ فِي إِمْسَاكِ الْكَلْبِ لِلْمَاشِيَةِ ، وَبَابِ الرِّخْصَةِ فِي إِمْسَاكِ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ . عَارِضَةُ الْأُحُوذِيِّ ٢٨٤/٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الرِّخْصَةِ فِي إِمْسَاكِ الْكَلْبِ لِلْمَاشِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّيْدِ . سنن الدارمي ٩٠/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي أَمْرِ الْكَلَابِ ، مِنْ كِتَابِ الْاِسْتِزْدَانِ . الْمَوْطَأُ ٩٦٩/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤/٢ ، ٨ ، ٣٧ ، ٤٧ ، ٦٠ ، ١٠١ ، ١١٣ ، ١٥٦ .

(٩) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤ .

لم يَحْرُمُ اقْتِنَاؤُهُ فِي مُدَّةِ تَرْكِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُمَكِّنُ التَّحْرُزُ مِنْهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ حَصَدَ صَاحِبُ الزَّرْعِ زَرْعَهُ ، أُبِيحَ لَهُ إِمْسَاكُ الْكَلْبِ ، إِلَى أَنْ يَزْرَعَ زَرْعًا آخَرَ . وَلَوْ هَلَكَتْ مَاشِيَتُهُ ، فَأَرَادَ شِرَاءَ غَيْرِهَا ، فَلَهُ إِمْسَاكُ كَلْبِهَا ؛ لِتَنْتَفِعَ بِهِ فِي التِّي يَشْتَرِيهَا . فَأَمَّا إِنْ اقْتَنَى كَلْبَ الصَّيْدِ مَنْ لَا يَصِيدُ بِهِ ، أَحْتَمَلُ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَشْنَى كَلْبَ الصَّيْدِ مُطْلَقًا . وَاحْتَمَلُ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّهُ اقْتَنَاهُ لِغَيْرِ حَاجَةٍ ، أَشْبَهَ غَيْرَهُ مِنَ الْكِلَابِ . وَمَعْنَى كَلْبِ الصَّيْدِ ، أَيُّ كَلْبٍ يَصِيدُ بِهِ . وَهَكَذَا الْاِحْتِمَالَانِ فِي مَنْ اقْتَنَى كَلْبًا ؛ لِيَحْفَظَ لَهُ حَرْثًا ، أَوْ مَاشِيَةً ، إِنْ حَصَلَتْ ، أَوْ يَصِيدُ بِهِ إِنْ احتَاجَ إِلَى الصَّيْدِ ، وَلَيْسَ لَهُ فِي الْحَالِ حَرْثٌ ، وَلَا مَاشِيَةٌ ، يَحْتَمِلُ ^(١٠) الْجَوَازَ ؛ لِقَصْدِهِ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ حَصَدَ الزَّرْعَ ، وَأَرَادَ أَنْ يَزْرَعَ غَيْرَهُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخِنْزِيرِ ، وَلَا الْمَيْتَةِ ، وَلَا الدَّمِ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّدِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ . وَأَجْمَعُوا عَلَى تَحْرِيمِ الْمَيْتَةِ وَالْحَمْرِ ، وَعَلَى أَنْ يَبْعَ الْخِنْزِيرَ ، وَشِرَاءَهُ ، حَرَامٌ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ بِمَكَّةَ يَقُولُ : « إِنْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْحَمْرِ ، وَالْمَيْتَةِ ، وَالْخِنْزِيرِ ، وَالْأَصْنَامِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١١) . وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا لَا مَنَفَعَةَ فِيهِ ، كَالْحَشْرَاتِ كُلِّهَا ، وَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلِاصْطِيَادِ ، كَالْأَسَدِ وَالذَّبِّ ، وَمَا لَا يُؤْكَلُ وَلَا يُصَادُ بِهِ مِنَ الطَّيْرِ ، كَالرَّحْمِ ، وَالْحِدَاةِ ، وَالغُرَابِ الْأَبْقَعِ ، وَغُرَابِ الْبَيْنِ وَيَبِيضِهَا ، فَكُلُّ هَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَفْعَ فِيهِ ، فَأُخِذَ ثَمَنُهُ أَكْلُ مَا لِي بِالْبَاطِلِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّرَجِينِ ^(١٢) النَّجِسِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْأَمْصَارِ / يَتَبَايَعُونَهُ لِزُرُوعِهِمْ مِنْ غَيْرِ تَكْبِيرٍ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُجْمَعٌ عَلَى نَجَاسَتِهِ ؛ فَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ ، كَالْمَيْتَةِ . وَمَا ذَكَرُوهُ فَلَيْسَ بِإِجْمَاعٍ ، فَإِنَّ الْإِجْمَاعَ اتِّفَاقُ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، وَلِأَنَّهُ رَجِيعُ نَجِسٍ ،

٤٠/٥ ظ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « يَحْصَلُ » .

(١١) تَقْدِمُ تَحْرِيمَهُ فِي صَفْحَةِ ٣٢٠ .

(١٢) السَّرَجِينِ : الزُّبُلِ .

فلم يَجْزُ يَبِعُهُ ، كَرَجِيعِ الْأَدْمِيِّ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ الحُرِّ ، ولا ما ليس بِمَمْلُوكٍ ، كالمباحاتِ قبلَ حيازَتِها ومِلْكِها . ولا نَعْلَمُ في ذلكِ خِلافًا ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا حَصْنُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ؛ رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا ، فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِهِ أَجْرَهُ » . رواه البخاري (١٣) .

٧٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَيَبِعُ الْفَهْدُ ، وَالصَّقْرُ الْمُعْلَمُ ، جَائِزٌ ، وَكَذَلِكَ يَبِعُ الْهَرُّ ، وَكُلُّ مَا فِيهِ الْمَنْفَعَةُ)

وجُمْلَةُ ذلكِ ، أَنَّ كُلَّ مَمْلُوكٍ أُبِيحَ الْاِئْتِفاعُ بِهِ ، يجوزُ بَيْعُهُ ، إِلَّا ما اسْتَنَاه الشَّرْعُ ، مِنَ الْكَلْبِ ، وَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْوَقْفِ . وفي الْمُدَبَّرِ ، وَالْمُكَاتَبِ ، وَالزَّيْتِ النَّجَسِ اِخْتِلافٌ ، نَذَرُهُ في مَوْضِعِهِ ، إن شاء اللهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ سَبَبٌ (١) لِإِطْلَاقِ التَّصَرُّفِ ، وَالْمَنْفَعَةُ الْمُبَاحَةُ يُباحُ لَه اسْتِيفَاؤُها ، فَجَازَ لَه أَخذُ عَوَضِها ، وَأُبِيحَ لِغَيرِهِ بَدَلُ ما لِه فِيها ، تَوَصُّلاً إِلِيا ، وَدَفْعاً لِحاجَتِها بِها ، كسائِرِ ما أُبِيحَ بَيْعُهُ ، وَسواءٌ في هَذا ما كان طاهِراً ، كالثَّيابِ ، وَالعقارِ ، وَبَهيمَةِ الْأَنْعامِ ، وَالْحَيْلِ ، وَالصَّيودِ (٢) ، أَوْ مُخْتَلِفاً في نَجاسَتِهِ ، كالبَعْلِ ، وَالجمارِ ، وَسِباعِ الْبَهائمِ ، وَجوارِحِ الطَّيْرِ ، الَّتِي تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ، كالفَهْدِ ، وَالصَّقْرِ ، وَالبازِئِ ، وَالشَّاهِينِ ، وَالعقابِ ، وَالطَّيْرِ الْمَقْصُودِ صَوْتُهُ ، كالهَزَّارِ ، وَالْبُلْبُلِ ، وَالْبَيْعَاءِ ، وَأشْباهِ ذلكِ ، فَكُلُّهُ جَوزُ بَيْعِهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ ، وابنُ أُمَيِّمٍ :

(١٣) في : باب إثم من باع حراً ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخاري ١٠٨/٣ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٨/٢ .

(١) سقط من : م .

(٢) الماهر في الصيد . يقال : كلب صيود ، وصقر صيود .

لا يجوز بيع الفهد ، والصقر ، ونحوهما ؛ لأنها نجسة ، فلم يجز بيعها ، كالكلب .
ولنا ، أنه حيوان أبيع اقتناؤه ، وفيه نفع مباح ، من غير وعيد في حنسه ، فأبيع
بيعه^(٣) كالبعل ، وما ذكره ينطّل بالبعل / ، والجمار ، فإنه لا خلاف في إباحة
بيعه ، وحكمها حكم سباع البهائم في الطهارة ، والنجاسة ، وإباحة الاقتناء ،
والانقضاء . وأما الكلب فإن الشرع توعّد على اقتنائه وحرّمه ، إلا في حال الحاجة ،
فصارت إباحته ثابتة ، بطريق الضرورة ، بخلاف غيره ، ولأن الأصل الإباحة ؛
بدليل قوله الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٤) . ولما ذكرنا من المعنى خرج منه
ما استثناه الشرع ؛ لمعان غير موجودة في هذا ، فبقى على أصل الإباحة . وأما الهر ،
فقال الخرقى : يجوز بيعه . وبه قال ابن عباس ، والحسن ، وابن سيرين ،
والحكم ، وحماد ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب
الرأي . وعن أحمد أنه كرهه ثمنها . وروى ذلك عن أبي هريرة ، وطاوس ،
ومجاهد ، وجابر بن زيد . واختاره أبو بكر ؛ لما روى مسلم^(٥) عن جابر ، أنه
سئل عن ثمن السنور ، فقال : زجر النبي ﷺ عن ذلك . وفي لفظ رواه أبو داود
عن جابر ، أن النبي ﷺ نهى عن ثمن السنور . قال الترمذي : هذا حديث حسن ،
وفي إسناده اضطراب . ولنا ، ما ذكرنا فيما يصاد به من السباع ، ويحمل الحديث
على غير المملوك منها ، أو ما لا نفع فيه منها ؛ بدليل ما ذكرنا ، ولأن البيع شرع
طريقاً للتوصل إلى قضاء الحاجة ، واستيفاء المنفعة المباحة ؛ ليصل كل واحد إلى
الانقضاء بما في يد صاحبه ، مما يباح الانقضاء به ، فينبغي أن يشرع ذلك فيه ؛ ليصل

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٥) في : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٩/٣ . وأبو داود ، في : باب
في ثمن السنور ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٠/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية ثمن
الكلب والسنور ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٩/٥ ، ٢٨٠ .

كُلِّ واحِدٍ إِلَى الْإِتِّفَاعِ بِمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ ، فَمَا ^(٦) يُبَاحُ الْإِتِّفَاعُ بِهِ ، يَبِيعُهُ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْفَهْدُ وَالصَّقْرُ وَنَحْوَهُمَا ، مِمَّا لَيْسَ بِمُعَلِّمٍ ، وَلَا يَقْبَلُ التَّعْلِيمَ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ؛ لِإِعْدَمِ النَّفْعِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُمَكِّنُ تَعْلِيمَهُ ، جَازَ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ إِلَى الْإِتِّفَاعِ ، فَأَشْبَهَ الْجَحْشَ الصَّغِيرَ .

فصل : فَأَمَّا مَا يُصَادُ عَلَيْهِ ، كَالْبُومَةِ الَّتِي يَجْعَلُهَا شُبَاشًا ^(٧) ، لِتَجْمَعَ الطَّيْرُ إِلَيْهَا ، فَيَصِيدُهَا الصِّيَادُ ، فَيَحْتَمِلُ جَوَازَ بَيْعِهَا ، لِلنَّفْعِ الْحَاصِلِ مِنْهَا ، وَيَحْتَمِلُ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ / مَكْرُوهٌ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْذِيبِ الْحَيَوَانَ . وَكَذَلِكَ اللَّقْلُقُ ^(٨) وَنَحْوُهُ . ٤١/٥ ط .

فصل : فَأَمَّا بَيْضُ مَا لَا يُؤْكَلُ لِحُمِهِ مِنَ الطَّيْرِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا نَفْعَ فِيهِ ، لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ ، طَاهِرًا كَانَ أَوْ نَجِسًا . وَإِنْ كَانَ يُنْتَفَعُ بِهِ ، بَأَنْ يَصِيرَ قَرْحًا ، وَكَانَ طَاهِرًا ، جَازَ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ طَاهِرٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ ؛ أَشْبَهَ أَصْلَهُ ، وَإِنْ كَانَ نَجِسًا ، كَبَيْضِ الْبَايِزِيِّ ، وَالصَّقْرِ ، وَنَحْوِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ قَرْحِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ نَجِسٌ ^(٩) ، لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الْحَالِ . وَهَذَا مُلغَى بِفَرْخِهِ ، وَبِالْجَحْشِ الصَّغِيرِ .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : أَكْرَهُ بَيْعَ الْقَرْدِ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى بَيْعِهِ لِلإِطَافَةِ بِهِ ، وَاللَّعْبِ . فَأَمَّا بَيْعُهُ لِمَنْ يُنْتَفَعُ بِهِ ، كَحَفِظِ الْمَتَاعِ وَالذُّكَّانِ وَنَحْوِهِ ، فَيَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ كَالصَّقْرِ وَالْبَايِزِيِّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَابْنِ أَبِي مُوسَى الْمَنْعُ مِنْ بَيْعِهِ مُطْلَقًا .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « مِمَّا » .

(٧) فِي ب : « شِبَاشًا » . قَالَ الْخَفَاجِيُّ فِي : شِفَاءِ الْغَلِيلِ ١٣٩ : « شِبَاشٌ : هُوَ أَنْ يُوَضَعَ الطَّائِرُ فِي الشَّرِكِ لِإِصَادِهِ بِطَائِرٍ آخَرَ ، قَالَ الْبَاخِرَزِيُّ فِي الدَّمِيَّةِ ، وَلَمْ يَبَيِّنْ أَصْلَهُ وَلِغْتَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ هَذَا » .

(٨) اللَّقْلُقُ : طَائِرٌ مِنَ الطُّيُورِ الْقَوَاطِعِ ، كَبِيرٌ ، طَوِيلُ السَّاقَيْنِ وَالْعُنُقِ وَالْمَنْقَارِ ، أَحْمَرُ السَّاقَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ وَالْمَنْقَارِ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : وفي بَيْعِ الْعَلَقِ^(١٠) التي يُتَنَفَعُ بها ، مثل التي تُعَلَّقُ على وَجْهِ صَاحِبِ الْكَلْفِ^(١١) ، قَتْمُصُ الدَّمِ ، وَالذِّيدَانِ التي تُتْرَكُ في الشَّصِّ ، فَيُصَادُ بها السَّمَكُ ، وَجَهَانٍ ؛ أَصْحَهُمَا جَوَازُ بَيْعِهَا ؛ لِحُصُولِ نَفْعِهَا ، فَهِيَ كَالسَّمَكِ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهَا لَا يُتَنَفَعُ بها ، إِلَّا نَادِرًا ، فَأُسْبِهَتْ مَا لَا نَفْعَ فِيهِ .

فصل : وَيَجُوزُ بَيْعُ دُودِ الْقَرِّ ، وَبَزْرِهِ^(١٢) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ : إِنْ كَانَ مَعَ دُودِ الْقَرِّ قَرٌّ ، جَازَ بَيْعُهُ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَنَفَعُ بِعَيْنِهِ ، فَهُوَ كَالْحَشْرَاتِ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَزْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الدُّودَ حَيَوَانَ طَاهِرًا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ ؛ لِتَمَلُّكِ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ ، أَشْبَهَ الْبَهَائِمِ ، وَلِأَنَّ الدُّودَ وَبَزْرَهُ طَاهِرٌ ، مُتَنَفَعٌ بِهِ ، فَجَازَ بَيْعُهُ ، كَالثَّوْبِ . وَقَوْلُهُ : لَا يُتَنَفَعُ بِعَيْنِهِ . يُنْطَلُ بِالْبَهَائِمِ التي لَا يَحْصُلُ مِنْهَا نَفْعٌ ، سِوَى النَّتَاجِ ، وَيُفَارِقُ الْحَشْرَاتِ ، التي لَا نَفْعَ فِيهَا أَصْلًا ، فَإِنَّ نَفْعَ هَذِهِ كَثِيرٌ ؛ لِأَنَّ الْحَرِيرَ الذي هُوَ أَشْرَفُ مَلَابِسِ الدُّنْيَا ، إِنَّمَا يَحْصُلُ مِنْهَا .

فصل : وَيَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ إِذَا شَاهَدَهَا مَحْبُوسَةً ، بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُهَا أَنْ تَمْتَنِعَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا مُنْفَرَدَةً ؛ لِمَا ذَكَرَ فِي دُودِ الْقَرِّ . وَلَنَا ، / أَنَّهُ حَيَوَانٌ طَاهِرٌ ، يَخْرُجُ مِنْ بَطُونِهَا شَرَابٌ فِيهِ مَنَافِعٌ لِلنَّاسِ ، فَجَازَ بَيْعُهُ ، كَبِهِيمَةِ الْأَنْعَامِ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي بَيْعِهَا فِي كِيَوَارَاتِهَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ مُشَاهِدَةً جَمِيعِهَا ، وَلِأَنَّهَا لَا تَخْلُو مِنْ عَسَلٍ يَكُونُ مَبِيعًا مَعَهَا ، وَهُوَ مَجْهُولٌ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : يَجُوزُ بَيْعُهَا فِي كِيَوَارَاتِهَا ، وَمُنْفَرَدَةً عَنْهَا ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ مُشَاهِدَتِهَا فِي كِيَوَارَاتِهَا إِذَا فُتِحَ رَأْسُهَا ، وَيُعْرَفُ كَثْرَتُهُ مِنْ قَلَّتِهِ ، وَخَفَاءُ بَعْضِهِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ

و ٤٢/٥

(١٠) العلق : دويذة حمراء تكون في الماء ، تعلق باليدن .

(١١) الكلف : لون يعلو الجلد ، فيغير بشرته .

(١٢) سقط من : الأصل .

قال في المصباح : وقولهم لبعض الدود بزر القر مجاز على التشبيه ببزر البقل لأنه ينبت كالبقل . المصباح المنير (ب ز ر) .

بيعه ، كالمصبرة ، وكما لو كان في وعاءٍ ، فإن بعضه يكون على بعض ، فلا يشاهد إلا ظاهره ، والعسل يدخل في البيع تبعاً ، فلا يضر جهالته ، كأساسات الحيطان . فإن لم يمكن مشاهدة التحل ؛ لكونه مستوراً بأقراصه ، ولم يعرف ، لم يجز بيعه لجهالته .

فصل : ذكر الخرقى ، أن الترياق لا يؤكل ؛ لأنه يقع فيه لحوم الحيات ، فعلى هذا ، لا يجوز بيعه ؛ لأن نفعه إنما يحصل بالأكل ، وهو محرّم ، فحلاً من نفع مباح ، فلم يجز بيعه ، كالميتة ، ولا يجوز التداوى به ، ولا بسم الأفاعى . فأما السم من الحشائش والنبات ، فإن كان لا ينتفع به ، أو كان يقتل قلبه ، لم يجز بيعه ؛ لعدم نفعه ، وإن انتفع به ، وأمكن التداوى بيسيره ، كالمسموثيا ، جاز بيعه ؛ لأنه طاهر منتفع به ، فأشبهه بقيّة المأكولات .

فصل : ولا يجوز بيع جلد الميتة ، قبل الذبح ، قولاً واحداً ، قاله ابن أبي موسى . وفي بيعه بعد الذبح عنه خلاف . وقد روى حرب عن أحمد ، أنه قال : إن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب^(١٣) . وأما غير ذلك ، نحو ريش الطير التي لها مخلب ، أو بعض جلود السباع التي لها ألياف ، فإن بيعها أسهل ؛ لأن النبي ﷺ إنما نهى عن أكل لحومها . والصحيح عنه ، أنه لا يجوز . وهذا يبنى على الحكم بتجاسة جلود الميتة ، وأنها لا تطهر بالدباغ ، وقد ذكرنا ذلك في بابيه .

فصل : فأما بيع لبن الآدميات ، فقال أحمد : أكرهه . واختلف أصحابنا في جوازها . فظاهر كلام الخرقى جوازها ؛ لقوله : « وكل ما فيه المنفعة » . وهذا قول ابن حامد ، / ومذهب الشافعى . وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك ؛ لأنه مائع خارج من آدمية ، فلم يجز بيعه ،

ظ ٤٢/٥

(١٣) تقدم تخرجه في صفحة ٣٥٣ .

كالعرق ، ولأنه من آدمي ، فأشبهه سائر أجزائه . والأوّل أصح ؛ لأنه لبنٌ ظاهرٌ مُتَنَفَعٌ به ، فجازَ بيعُه ، كلَّبنِ الشاةِ ، ولأنه يجوزُ أخذُ العوضِ عنه في إجارةِ الظئرِ ، فأشبهه المنافع ، ويُفارقُ العرقَ ، فإنه لا نفعَ فيه ، ولذلك لا يُباعُ عرقُ الشاةِ ، ويُباعُ لبنُها . وسائرُ أجزاءِ الآدميِّ يجوزُ بيعُها ، فإنه يجوزُ بيعُ العبدِ ، والأمةِ ، وإنما حرّمَ بيعُ الحرِّ ؛ لأنه ليسَ بمملوكٍ ، وحرّمَ بيعُ العضوِ المَقْطُوعِ ؛ لأنه لا نفعَ فيه .

فصل : واختلفت الرواية في بيع رِباعِ مَكَّةَ ، وإجارةِ دورِها ، فَرَوَى أَن ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ، ومالكٍ ، والثوريِّ ، وأبي عبيدٍ . وكرهه إسحاقُ ؛ لما رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جدِّه ، قال : قال رسولُ الله ﷺ في مَكَّةَ : « لَا تَبَاعُ رِبَاعُهَا ، وَلَا تُكْرَى بُيُوتُهَا » . رواه الأثرمُ بإسناده^(١٤) . وعن مُجاهِدٍ ، عن النبي ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « مَكَّةَ حَرَامٌ بَيْعُ رِبَاعِهَا ، حَرَامٌ إِجَارَتُهَا » . وهذا نصٌّ رواه سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، في « سُنَنِهِ »^(١٥) . وروى أَنهَا كَانَتْ تُذْعَى^(١٥) السَّوَائِبَ ، على عهدِ رسولِ الله ﷺ . ذَكَرَهُ مُسَدَّدٌ فِي « مُسْنَدِهِ »^(١٦) ، ولأنها فُتِحَتْ عَنَوَةً ، ولم تُقَسِّمَ ، فكانت مَوْقُوفَةً ، فلم يَجْزِ بَيْعُهَا ، كسائرِ الأرضِ التي فَتَحَهَا المسلمون عَنَوَةً ، ولم يُقَسِّمُوهَا ، والدليلُ على أَنهَا فُتِحَتْ عَنَوَةً ، قولُ رسولِ الله ﷺ : « إِنَّ اللَّهَ حَبَسَ عَن مَكَّةَ الْقَيْلَ ، وَسَلَّطَ عَلَيْهَا رَسُولَهُ وَالْمُؤْمِنِينَ ، وَإِنَّهَا لَمْ تَحِلَّ لِأَحَدٍ قَبْلِي ، وَلَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ بَعْدِي ، وَإِنَّمَا أُحِلَّتْ لِي سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٧) . وَرَوَتْ أُمُّ هَانِيَةَ

(١٤) وأخرجهما الحاكم ، في : باب مكة مناخ لا تبايع ربايعها ولا تاجر بيوتها ، من كتاب البيوع . المستدرک ٥٣/٢ . والهيتمي ، في : باب إجارة بيوت مكة ، من كتاب الحج . جمع الزوائد ٢٩٧/٣ . (١٥) أي ربايع مكة .

(١٦) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب أجر بيوت مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٣٧/٢ . (١٧) أخرجه البخاري ، في : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم ، وفي : باب كيف تعرف لقطة مكة ، من كتاب اللقطة . صحيح البخاري ٣٨/١ ، ١٦٤/٣ ، ١٦٥ . ومسلم ، في : باب تحريم مكة وصيدها ... ، =

أَنَّهَا^(١٨) قَالَتْ : أُجْرْتُ حَمَوَيْنِ لِي ، فَأَرَادَ عَلِيٌّ أَحْيَى قَتْلَهُمَا ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أُجْرْتُ حَمَوَيْنِ لِي ، فزَعَمَ ابْنُ أُمِّى عَلِيٌّ أَنَّهُ قَاتِلُهُمَا . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « قَدْ أُجْرْنَا مِنْ أُجْرَتِ » ، أَوْ « أُمَّتَا مِنْ أُمَّتِ يَا أُمَّ / هَانِي » ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٩) ، وَلِذَلِكَ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ : بِقَتْلِ أَرْبَعَةٍ ، فَقَتِلَ مِنْهُمْ ابْنُ حَطِيلٍ ، وَمِقْيَسُ بْنُ صُبَابَةَ ، وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّهَا فُتِحَتْ عَنَوَةٌ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ رِبَاعِهَا ، وَإِجَارَةُ بَيْوتِهَا^(٢٠) . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ طَاوُسٍ ، وَعَمْرٍو بْنِ دِينَارٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ أَظْهَرُ فِي الْحُجَّةِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا قِيلَ لَهُ : أَيْنَ تَنْزِلُ غَدَا ؟ قَالَ : « وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ ؟ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢١) . يَعْنِي أَنَّ عَقِيلًا بَاعَ رِبَاعَ أَبِي طَالِبٍ ؛ لِأَنَّهُ وَرَثَتُهُ دُونَ إِخْوَتِهِ ؛ لِكَوْنِهِ كَانَ عَلَى دِينِهِ دَوْنَهُمَا ، فَلَوْ كَانَتْ غَيْرَ مَمْلُوكَةٍ ، لَمَّا أَثَرَ بَيْعُ عَقِيلٍ شَيْئًا ، وَلِأَنَّ أَصْحَابَ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ لَهُمْ دُورٌ بِمَكَّةَ ؛ لِأَبِي بَكْرٍ ، وَالزُّبَيْرِ ، وَحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ ،

= من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٦٥/١ . والدارمي ، في : باب في النهي عن لقطه الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٨/٢ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) أخرجه البخاري ، في : باب الصلاة في الثوب الواحد ... ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب أمان النساء وجوارهن ، من كتاب الجزية ، وفي : باب ما جاء في زعموا ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١٠٠/١ ، ١٢٢/٤ ، ٤٦/٨ . ومسلم ، في : باب استحباب صلاة الضحى ... ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٤٩٨/١ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في أمان العبد والمرأة ، من أبواب السير . غارضة الأحوذى ٧٥/٧ . (٢٠) في الأصل : « منازلها » .

(٢١) أخرجه البخاري ، في : باب توريث دور مكة وبيعها ... ، من كتاب الحج . صحيح البخاري ١٨١/٢ . ومسلم ، في : باب النزول بمكة للحاج ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٤/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب التحصيب ، من كتاب الحج . سنن أبي داود ٤٦٣/١ . وابن ماجه ، في : باب ميراث أهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٢/٢ .

وأبى سفيان ، وسائر أهل مكة ، فمنهم من باع ، ومنهم من ترك داره ، فهى فى يد أعقابهم . وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة ، فقال له ^(٢٢) ابن الزبير : بعّت مكرمة قرينش . فقال : يا ابن أخى ، ذهبت المكارم إلا التقوى . أو كما قال . واشترى معاوية منه ^(٢٣) دارين . واشترى عمر دار السجّين من صفوان بن أمية ، بأربعة آلاف . ولم يزل أهل مكة يتصرفون فى دورهم تصرف الملاك ، بالبيع وغيره ، ولم ينكره منكر ، فكان إجماعاً ، وقد قرره النبي ﷺ بنسبة دورهم إليهم ، فقال : « من دخل ^(٢٤) دار أبى سفيان فهو آمن ، ومن أغلق عليه بابّه فهو آمن » ^(٢٥) . وأقرهم فى دورهم ورباعهم ، ولم ينقل أحدًا عن داره ، ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم ، وكذلك من بعده من الخلفاء ، حتى إن عمر رضى الله عنه ، مع شدّة فى الحق ، لما احتاج إلى دار للسجّين ^(٢٦) ، لم يأخذها إلا بالبيع . ولأنها أرض حيّة لم يرد عليها صدقة محرّمة ؛ فجاز بيعها كسائر الأرض ، وما روى من الأحاديث فى خلاف هذا ، فهو ضعيف . وأمّا كونها فتحت عنوة ، فهو الصحيح ، الذى لا يمكن دفعه ، إلا أن النبي ﷺ أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم ، فيدل ذلك على أنّه تركها لهم ، كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم . وعلى القول الأوّل ، من كان ساكن دارٍ أو منزلٍ فهو أحقّ به ، / يسكنه ويسكنه ، وليس له بيعه ، ولا أخذ أجرته ، ومن احتاج إلى مسكن ، فله بدل الأجرة فيه ، وإن احتاج إلى الشراء فله ذلك ، كما فعل عمر رضى الله عنه . وكان أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أجرتها . فإن سكن بأجرة

٤٣/٥ ظ

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) فى الأصل ، م : « داخل » . والتصويب من مصادر تخرج الحديث .

(٢٥) أخرجه مسلم ، فى : باب فتح مكة ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ١٤٠٨/٣ . وأبو داود ، فى :

باب ما جاء فى خير مكة ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٤٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٢/٢ ،

٥٣٨ .

(٢٦) فى م : « السجّين » .

فَأَمَكْنَهُ أَنْ لَا يَدْفَعَ إِلَيْهِمُ الْأَجْرَةَ ، جَازَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَسْتَحِقُّونَهَا ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ سُفْيَانَ سَكَنَ فِي بَعْضِ رِبَاعِ مَكَّةَ ، وَهَرَبَ ، وَلَمْ يُعْطِهِمْ أُجْرَةَ ، فَأَذْرَكَوهُ ، فَأَخَذُواهَا مِنْهُ . وَذَكَرَ لِأَحْمَدَ فِعْلُ سُفْيَانَ ، فَتَبَسَّمَ ، فَظَاهَرُ هَذَا ، أَنَّهُ أَعْجَبَهُ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَالْخِلَافُ فِي غَيْرِ^(٢٧) مَوَاضِعِ الْمَنَاسِكِ ، أَمَّا بَقَاةُ الْمَنَاسِكِ كَمَوْضِعِ السَّعْيِ وَالرَّمْيِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَسَاجِدِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ .

فصل : وَمَنْ بَنَى بِمَكَّةَ ، بِأَلَةٍ مَجْلُوبَةٍ مِنْ غَيْرِ أَرْضِ مَكَّةَ ، جَازَ بَيْعُهَا ، كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ أُبْيَيْةِ الْوُقُوفِ وَأَنْقَاضُهَا . وَإِنْ كَانَتْ مِنْ تُرَابِ الْحَرَمِ وَحِجَارَتِهِ ، انْتَبَى جَوَازُ بَيْعِهَا عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي بَيْعِ رِبَاعِ مَكَّةَ ؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِمَكَّةَ ، وَهَكَذَا تُرَابُ كُلِّ وَقْفٍ وَأَنْقَاضُهُ . قَالَ أَحْمَدُ . أَمَّا الْبِنَاءُ بِمَكَّةَ فَأَيُّ أَكْرَهٍ . قَالَ إِسْحَاقُ : الْبِنَاءُ بِمَكَّةَ عَلَى وَجْهِ الْاسْتِخْلَاصِ لِنَفْسِهِ ، لَا يَجِلُّ . وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قِيلَ لَهُ : أَلَا تَبْنِي لَكَ بِمِنَى بَيْتًا ؟ قَالَ : « مَنَى مَنَاخُ مِنْ^(٢٨) سَبَقَ »^(٢٩) .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : لَا أَعْلَمُ فِي بَيْعِ الْمَصَاحِفِ رُخْصَةً . وَرَخَّصَ فِي شِرَائِهَا . وَقَالَ : الشَّرَاءُ أَهْوَنُ . وَكَرِهَ بَيْعَهَا ابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَأَبُو مُوسَى ، وَسَعِيدُ ابْنِ جُبَيْرٍ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ : وَدَدْتُ أَنَّ الْأَيْدِيَ تَقَطَّعُ فِي بَيْعِهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَجُوزُ بَيْعُ الْمُصْحَفِ ، مَعَ الْكِرَاهَةِ . وَهَلْ يُكْرَهُ شِرَاؤُهُ وَإِبْدَالُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَرَخَّصَ فِي بَيْعِهَا الْحَسَنُ ، وَالْحَكَّمُ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقَعُ عَلَى الْجِلْدِ ، وَالْوَرَقِ ، وَبَيْعُ ذَلِكَ مُبَاحٌ . وَلَنَا ،

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) في م : « لمن » .

(٢٩) أخرجه أبو داود ، في : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبي داود ٤٦٦/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن منى مناخ من سبق ، من أبواب الحج . عارضة الأحوذى ١١١/٤ . وابن ماجه ، في : باب النزول بمنى ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٠٠/٢ . والدارمي ، في : باب كراهية البنيان بمنى ، من كتاب المناسك . سنن الدارمي ٧٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٧/٦ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

قول الصحابة رضي الله عنهم ، ولم تعلم لهم مخالفاً في عصرهم ، ولأنه يشتمل على كلام الله تعالى ، فتجب صيانتُه عن البيع والابتدال ، وأما الشراء فهو أسهل ؛ لأنه استنفاذ للمصحف ، وبذل لِماله فيه ، فجاز ، كما أجاز شراء / ربا ع مكة ، واستشجار دورها ، من لا يرى بيعها ، ولا أخذ أجرتها . وكذلك أرض السواد ونحوها . وكذلك دفع الأجرة إلى الحجام ، لا يكرهه ، مع كراهة كسبه . وإن اشترى الكافر لمصحفاً ، فالبيع باطل . وبه قال الشافعي ، وأجازهُ 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 نهى النبي ﷺ عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو ، مخافة أن تناله أيديهم (٣٠) . فلا يجوز تمكينهم من التوصل إلى نيل أيديهم إيَّاه .

فصل : ولا يصح شراء الكافر مسلماً . وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه ، والشافعي في أحد القولين . وقال أبو حنيفة : يصح ويُجبر على إزالة ملكه ؛ لأنه يملك المسلم بالإرث ، ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده ، فصح شراؤه له ، كالمسلم . ولنا ، أنه يمنع استدامة ملكه عليه ، فمنع ابتدائه ، كالنكاح ، ولأنه عَقْدٌ يثبت الملك على المسلم للكافر ، فلم يصح ، كالنكاح ، والملك بالإرث . والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار ، بدليل ثبوته بهما للمحرم في الصيد ، مع منعه من ابتدائه ، فلا يلزم من ثبوت الأقوى ثبوت ما دونه ، مع أننا نَقَطُ الاستدامة عليه بمنعه منها ، وإجباره على إزالتها .

فصل : ولو وكل كافر مسلماً في شراء مسلم ، لم يصح الشراء ؛ لأن الملك

(٣٠) تقدم تحريجه في ٢٠٤/١ .

يَقَعُ لِلْمُوكَّلِ ، وَلِأَنَّ الْمُوكَّلَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِشِرَائِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ ، كَمَا لَوْ
وَكَّلَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا فِي شِرَاءِ حَخْمٍ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُسْلِمُ كَافِرًا يَشْتَرِي لَهُ مُسْلِمًا ^(٣١) ،
فَاشْتَرَاهُ ، فِيهِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْهُ إِذَا كَانَ لِمَا فِيهِ مِنْ ثُبُوتِ
مِلْكِ الْكَافِرِ عَلَى الْمُسْلِمِ ، وَالْمِلْكُ يُثْبِتُ لِلْمُسْلِمِ هَهُنَا ، فَلَمْ يَتَحَقَّقِ الْمَانِعُ .
وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا مُنِعَ مِنْ شِرَائِهِ مَنَعَ التَّوَكُّيلَ فِيهِ ، كَالْمُحْرَمِ فِي شِرَاءِ
الصَّيِّدِ ، وَالْكَافِرِ فِي نِكَاحِ الْمُسْلِمَةِ ، وَالْمُسْلِمِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَكِيلاً لِذِمِّيٍّ /
فِي شِرَاءِ حَخْمٍ .

٤٤/٥ ظ

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْكَافِرُ مُسْلِمًا يَعْتُقُ عَلَيْهِ بِالْقَرَابَةِ ، كَأَبِيهِ وَأَخِيهِ ، صَحَّ
الشُّرَاءُ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ ، فِي قَوْلِ بَعْضِ أَصْحَابِنَا . وَحَكَى فِيهِ أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَتَيْنِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الْأَصْحَابِ ؛ لِأَنَّهُ شِرَاءٌ يَمْلِكُ بِهِ الْمُسْلِمُ ،
فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالَّذِي لَا يَعْتُقُ عَلَيْهِ . وَلِأَنَّ مَا مُنِعَ مِنْ شِرَائِهِ ، لَمْ يُنْحَ لَهُ شِرَاؤُهُ وَإِنْ
زَالَ مَلِكُهُ عَقِيبَ الشُّرَاءِ ، كَشِرَاءِ الْمُحْرَمِ الصَّيِّدِ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَصِحُّ شِرَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ
الْمَنْعَ إِذَا ثَبَتَ لِمَا فِيهِ مِنْ إِهَانَةِ الْمُسْلِمِ بِمِلْكِ الْكَافِرِ لَهُ ، وَالْمِلْكُ هَهُنَا يُزُولُ عَقِيبَ
الشُّرَاءِ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَيَحْصُلُ مِنَ نَفْعِ الْحُرِّيَّةِ أضعافٌ مَا حَصَلَ مِنَ الْإِهَانَةِ بِالْمِلْكِ
فِي لَحْظَةِ يَسِيرَةٍ . وَيُفَارِقُ مَنْ لَا يَعْتُقُ عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّ مِلْكَهُ لَا يُزُولُ إِلَّا بِإِزَاتِهِ ، وَكَذَلِكَ
شِرَاءُ الْمُحْرَمِ لِلصَّيِّدِ ، فَإِنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ ، لَثَبَّتْ مِلْكُهُ عَلَيْهِ ، وَلَمْ يُزَلْ . وَلَوْ قَالَ كَافِرٌ
لِمُسْلِمٍ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي ، وَعَلَى تَمَنُّهِ . فَفَعَلَ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ لَيْسَ بِتَمْلِيكِ ،
وَإِنَّمَا هُوَ إِبْطَالٌ لِلرَّقْ فِيهِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ الْمِلْكُ فِيهِ حُكْمًا ^(٣٢) ، فَجَازَ ، كَمَا يَمْلِكُهُ
بِالْإِزَاتِ حُكْمًا . وَلِأَنَّ مَا يَحْصُلُ لَهُ بِالْحُرِّيَّةِ مِنَ النَّفْعِ يَنْعَمُ فِيهِ مَا يَحْصُلُ مِنَ الضَّرْرِ
بِالْمِلْكِ ، فَيَصِيرُ كَالْمَعْدُومِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ؛ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ بِنَاءً عَلَى شِرَاءِ قَرِيْبِهِ
الْمُسْلِمِ .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) سقط من : الأصل .

فصل : ولو أجزَ مُسَلِّمٌ نَفْسَهُ لِذِمِّيٍّ ، لَعَمَلٍ فِي ذِمَّتِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَجَرَ نَفْسَهُ مِنْ يَهُودِيٍّ ، يَسْتَقِي لَهُ (٣٣) كُلَّ ذَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وَأَتَى بِذَلِكَ النَّبِيَّ ﷺ فَأَكَلَهُ (٣٤) . وَفَعَلَ ذَلِكَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ ، وَأَتَى بِهِ النَّبِيَّ ﷺ ، فَلَمْ يُنْكِرْهُ (٣٥) . وَلِأَنَّهُ لَا صَغَارَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ فِي مُدَّةٍ ، كَيَوْمٍ ، أَوْ شَهْرٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ فِيهِ اسْتِيْلَاءً عَلَيْهِ ، وَصَغَارًا ، أَشْبَهَ الشَّرَاءَ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ . وَهُوَ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَمَلٌ فِي مُقَابَلَةِ عَوْضٍ ، أَشْبَهَ الْعَمَلَ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا يُشْبِهُ الْمَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَقْتَضِي سُلْطَانًا ، وَاسْتِدَامَةً ، وَتَصَرُّفًا بِأَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ فِي رَقَبَتِهِ ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ / أَنْ يُفَرَّقَ فِي الْبَيْعِ بَيْنَ كُلِّ ذِي رَحْمٍ مَحْرَمٍ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ إِلَّا بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ (٣٦) وَوَلَدِهَا ، فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ (٣٧) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَقَالَ : « لَا تُؤَلَّهُ (٣٨) وَالِدَةٌ عَنْ وَلَدِهَا » (٣٩) . فَخَصَّهَا بِذَلِكَ ، فَدَلَّ عَلَى الْإِبَاحَةِ فِيمَا سِوَاهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَحْرُمُ بَيْنَ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ وَإِنْ سَفَلُوا ، وَلَا يَحْرُمُ بَيْنَ مَنْ عَدَاهُمْ ؛ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ الَّتِي بَيْنَهُمْ لَا تَمْنَعُ الْقِصَاصَ ، وَلَا شَهَادَةَ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ ، فَلَمْ تَمْنَعِ التَّفْرِيقَ فِي

٤٥/٥ و

(٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٨ .

(٣٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ... ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه . ٨١٨/٢ ، ٨١٩ .

(٣٦) في م : « والودة » .

(٣٧) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣٢ .

(٣٨) أى لا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ . وَكُلُّ أُنْثَى فَارَقَتْ وَلَدَهَا فَهِيَ وَالِدَةٌ . النَّهَابَةُ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ وَالْأَثَرِ ٥/٢٢٧ .

(٣٩) عزاه إلى البيهقي في كنز العمال ٥/٥٧٦ ، ٥٧٧ ، ٧٥/٩ .

البيوع ، كإبني العم . ولنا ، ما روى أحمدُ ، في « المُسند » (٤٠) ، حَدَّثَنَا عُثْمَرُ ، حَدَّثَنَا سَعِيدُ بْنُ أَبِي عَرُوبَةَ ، عَنْ الْحَكَمِ ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى ، عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أُبَيعَ غُلَامَيْنِ أَحْوَيْنِ ، فَبِعْتُهُمَا ، فَمَرَقْتُ بَيْنَهُمَا ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « أَدْرِكُهُمَا فَأَرْجِعَهُمَا ، وَلَا تَبِعَهُمَا إِلَّا جَمِيعًا » . وَرَوَى عَنْ أَبِي مُوسَى ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَعَنَ اللَّهُ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا ، وَالْأَخِ وَأَخِيهِ » (٤١) . وَلَأَنَّ بَيْنَهُمَا رَحِمًا (٤٢) مَحْرَمًا ، فَلَمْ يَجْزِ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ، كَالْوَالِدِ مَعَ أُمِّهِ . وَيُفَارِقُ ابْنِي الْعَمِّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا رَحِمٌ مَحْرَمٌ .

فصل : فَإِنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الْبُلُوغِ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ فِيمَا دُونَ السَّبْعِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ ، لِمَعْنَى فِي غَيْرِ الْبَيْعِ ، وَهُوَ الضَّرَرُ اللَّاحِقُ بِالتَّفْرِيقِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْبَيْعِ ، كَالْبَيْعِ فِي وَقْتِ النَّدَاءِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ عَلِيٍّ ، وَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِرَدِّهِمَا ، وَلَوْ لَزِمَ الْبَيْعُ لِمَا أَمَكَّنَ رُدَّهُمَا . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي « سُنَنِهِ » (٤٣) ، أَنَّ عَلِيًّا فَرَّقَ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا ، فَنَهَاهُ النَّبِيُّ ﷺ ، فَرَدَّ الْمَيْبَعِ . وَلِأَنَّهُ بَيْعٌ مَحْرَمٌ ، لِمَعْنَى فِيهِ ، فَفَسَدَ ، كَبَيْعِ الْحَمْرِ . وَلَا يَصِحُّ مَا قَالَهُ ؛ فَإِنَّ ضَرَرَ التَّفْرِيقِ حَاصِلٌ بِالْبَيْعِ ، فَكَانَ لِمَعْنَى فِيهِ . فَأَمَّا تَحْدِيدُهُ بِالسَّبْعِ ؛ فَإِنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ تَخْصِيصُهُ بِغَيْرِ دَلِيلٍ ، وَإِنْ كَانَ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ جَازٌ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِعُمُومِ النَّهْيِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ . وَهِيَ الصَّحِيحَةُ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ سَلَمَةَ بْنَ الْأَكْوَعِ / أَتَى أَبَا بَكْرٍ

ظ ٤٥/٥

(٤٠) المسند ١/٩٧ ، ٩٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب النهي عن التفريق بين السبي ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٥ ، ٧٥٦ .

(٤١) أخرجه ابن ماجه ، في : باب النهي عن التفريق بين السبي ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٦ .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) في : باب في التفريق بين السبي ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٢/٥٨ .

بامرأة وابنتها ، فنقله أبو بكرٍ ابنتها ، فاستوهبها منه^(٤٤) النبي ﷺ ، فوهبها له^(٤٥) . وأهدى إلى النبي ﷺ مارية ، وأحنتها سيرين ، فأعطى النبي ﷺ سيرين لحسان بن ثابت ، وترك مارية له^(٤٦) . ولأنه بعد البلوغ يصيرُ مُستقلاً بنفسه ، والعادةُ التفريقُ بين الأحرارِ ، فإنَّ المرأةَ تزوجُ ابنتها ، ويفرقُ بين الحرَّةِ وولدها إذا افترق الأبوان .

فصل : وإذا اشتريَ مِمَّن في ماله حرامٌ وحلالٌ ، كالسلطانِ الظالمِ ، والمُرابيِّ ؛ فإنَّ عِلْمَ أنَّ المبيعَ من حلالٍ ماله ، فهو حلالٌ ، وإنَّ عِلْمَ أَنَّهُ^(٤٧) حرامٌ ، فهو حرامٌ ، ولا يُقبلُ قولُ المُشترى عليه في الحُكْمِ ؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ ما في يدِ الإنسانِ ملكه ، فإنَّ لم يَعْلَمْ من أيِّهما هو ، كرهناه ؛ لاحتمالِ التَّحريمِ فيه ، ولم يُبطلِ البيعُ ؛ لإمكانِ الحلالِ ، قلَّ الحرامُ أو كَثُرَ . وهذا هو الشُّبْهَةُ ، وبقدْرِ قَلَّةِ الحرامِ وكَثْرَتِهِ ، تَكُونُ كَثْرَةُ الشُّبْهَةِ وَقَلَّتْهَا . قال أحمدُ : لا يُعْجِبُنِي أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ ؛ لما رَوَى الثُّعْمَانُ بنُ بَشِيرٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « الْحَلَالُ بَيْنَ وَالْحَرَامِ بَيْنَ ، وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ ، لَا يَعْلَمُهَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبْهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعَرْضِهِ ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبْهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ ، كَالرَّاعِي حَوْلَ الْحِمَى ، يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ . أَلَا وَإِنَّ^(٤٨) لِكُلِّ مَلِكٍ حِمَى ، وَحِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤٩) . وهذا

(٤٤) سقط من : م .

(٤٥) أخرجه مسلم ، في : باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى ، من كتاب المغازي . صحيح مسلم ١٣٧٥/٣ ، ١٣٧٦ . وأبو داود ، في : باب في الرخصة في المدركين ... ، من كتاب الجهاد . سنن أبي داود ٥٨/٢ ، ٥٩ . وابن ماجه ، في : باب فداء الأسارى ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٤٩/٢ .

(٤٦) أخرجه البيهقي ، في : باب ماجاء في كتاب النبي إلى الموقس . دلائل النبوة ٤/٣٩٥ ، ٣٩٦ . وذكره الزيلعي ، في باب البيع الفاسد ، من كتاب البيوع . نصب الرأية ٤/٢٨ ، ٢٩ .

(٤٧ - ٤٧) في الأصل : « علمه » .

(٤٨) في الأصل : « إن » .

(٤٩) أخرجه البخاري ، في : باب فضل من استبرأ لدينه ، من كتاب الإيمان ، وفي : باب الحلال بين والحرام بين ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٢٠/١ ، ٦٩/٣ ، ٧٠ . ومسلم ، في : باب أخذ الحلال =

لَفْظُ رِوَايَةِ مُسْلِمٍ . وَفِي لَفْظِ رِوَايَةِ الْبُخَارِيِّ : « فَمَنْ تَرَكَ مَا شُبِّهَ (٥٠) عَلَيْهِ ، كَانَ لِمَا اسْتَبَانَ أَتَرَكَ ، وَمَنْ اجْتَرَأَ عَلَى مَا يَشْكُ فِيهِ مِنَ الْمَأْتَمِ ، أَوْشَكَ أَنْ يُوَاقِعَ مَا اسْتَبَانَ » . وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « دَعُ مَا يَرِيكَ إِلَى مَا لَا يَرِيكَ » (٥١) . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَالْمَشْكُوكُ فِيهِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ ؛ الْأَوَّلُ ، مَا أَصْلُهُ الْحَظْرُ ، كَالذَّبِيحَةِ فِي بَلَدٍ فِيهَا مَجُوسٌ وَعَبْدَةٌ أَوْثَانٌ يَذْبَحُونَ ، فَلَا يَجُوزُ شِرَاؤُهَا وَإِنْ أَمَكَنَّ أَنْ يَكُونَ ذَابِحُهَا مُسْلِمًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ التَّحْرِيمَ ، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بِبَيِّنٍ أَوْ ظَاهِرٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهَا أَخْلَاطٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَالْمَجُوسِ ، لَمْ يَجُزْ شِرَاؤُهَا / لِذَلِكَ . وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ عَبْدِ بْنِ حَاتِمٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا أُرْسِلْتَ كَلْبَكَ ، فَخَالَطَ كَلْبًا لَمْ يُسَمَّ عَلَيْهَا ، فَلَا تَأْكُلْ ، فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَيُّهَا قَتَلَهُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥٢) . فَأَمَّا

٤٦/٥ و

= وَتَرَكَ الشُّبُهَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢١٩/٣ ، ١٢٢٠ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي اجْتِنَابِ الشُّبُهَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢١٨/٢ .
 وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي تَرَكَ الشُّبُهَاتِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبَيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٩٨/٥ ، ١٩٩ .
 وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ اجْتِنَابِ الشُّبُهَاتِ فِي الْكَسْبِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢١٣/٧ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي :
 بَابِ الْوُقُوفِ عِنْدَ الشُّبُهَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَتَنِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١٣١٨/٢ ، ١٣١٩ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ
 فِي الْحَلَالِ بَيْنَ الْحَرَامِ بَيْنَ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٤٥/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٦٧/٤ ،
 ٢٦٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ .
 (٥٠) فِي م : « اشْتَبِهَ » .

(٥١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنَا عَمْرُو بْنُ عَلِيٍّ ، مِنْ أَبْوَابِ الْقِيَامَةِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣٢٠/٩ ،
 ٣٢١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْحَثِّ عَلَى تَرَكَ الشُّبُهَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرِيَةِ . الْمُجْتَبَى ٢٩٤/٨ .
 (٥٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ تَفْسِيرِ الْمَشْبُهَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيُوعِ ، وَفِي : بَابِ صَيْدِ الْمِعْرَاضِ ، وَبَابِ
 الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنْهُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الذَّبَائِحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧٠/٣ ، ٧١ ، ١١١/٧ ، ١١٣ .
 وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الصَّيْدِ بِالْكَلابِ الْمَعْلُومَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّيْدِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٥٢٩/٣ ، ١٥٣٠ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الصَّيْدِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّيْدِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٩٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي :
 بَابِ مَا جَاءَ فِي الْكَلْبِ يَأْكُلُ مِنَ الصَّيْدِ ، مِنْ أَبْوَابِ الصَّيْدِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥٧/٦ ، ٢٥٨ . وَالنَّسَائِيُّ ،
 فِي : بَابِ الْأَمْرِ بِالتَّسْمِيَةِ عِنْدَ الصَّيْدِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّيْدِ . الْمُجْتَبَى ١٥٨/٧ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ صَيْدِ الْكَلْبِ ،
 مِنْ كِتَابِ الصَّيْدِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١٠٧٠/٢ .

إن كان ذلك في بلد الإسلام ، فالظاهر إباحتها ؛ لأنَّ المُسْلِمِينَ لَا يُقْرُونَ فِي بِلَدِهِمْ بَيْعَ مَا لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ظَاهِرًا . والثاني ، ما أصله الإباحة ، كالماء يجده مُتَعَيِّرًا ، لَا يَعْلَمُ أَيْنَ جَاسَةٍ تَعَيَّرَ ، أم بغيرها ؟ فهو ظاهرٌ في الحُكْمِ ؛ لأنَّ الأصل الطَّهارةُ ، فلا نزولٌ عنها إلا بيقين أو ظاهرٍ ، ولم يُوجد واحدٌ منهما . والأصل في ذلك حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ ، قال : شَكِي إِلَى النَّبِيِّ ﷺ الرَّجُلُ يُحِيلُ إِلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ أَنَّهُ يَجِدُ الشَّيْءَ ، قال : « لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥٣) . والثالث ، ما لا يُعرَفُ له أصلٌ ، كرجلٍ في ماله حلالٌ وحرامٌ ، فهذا هو الشبهةُ ، التي الأولى تَرْكُهَا ، على ما ذَكَرْنَا ، وَعَمَلًا بما رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ وَجَدَ ثَمْرَةَ سَاقِطَةً ، فقال : « لَوْلَا أَنِّي أَخَشَى أَنَّهَا مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا » (٥٤) . وهو مِنْ بابِ الوَرَعِ .

فصل : وكان أحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، لَا يَقْبَلُ جَوَائِزَ السُّلْطَانِ ، وَيُنْكِرُ عَلَى وَدَيْهِ وَعَمَّهُ قَبُولَهَا ، وَيُشَدِّدُ فِي ذَلِكَ ، وَمِمَّنْ كَانَ لَا يَقْبَلُهَا سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ ، وَالْقَاسِمُ ، (٥٥) وَبُسَيْرٌ (٥٥) ، وَبْنُ سَعِيدٍ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ وَاسِعٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ ، وَكَانَ هَذَا مِنْهُمْ عَلَى سَبِيلِ الوَرَعِ وَالتَّوَقُّيِ ، لَا عَلَى أَنَّهَا حَرَامٌ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ : جَوَائِزُ السُّلْطَانِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ الصَّدَقَةِ . وَقَالَ : لَيْسَ أَحَدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا وَلَهُ فِي هَذِهِ الدَّرَاهِمِ نَصِيبٌ ، فَكَيْفَ أَقُولُ : إِنَّهَا سُحْتٌ ؟ وَمِمَّنْ كَانَ يَقْبَلُ جَوَائِزَهُمْ ابْنُ عُمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَعَائِشَةُ ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الصَّحَابَةِ ، مِثْلُ الْحَسَنِ ، وَالْحُسَيْنِ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ . وَرَخَّصَ فِيهِ الْحَسَنُ الْبَصْرِيُّ ، وَمَكْحُولٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ؛

(٥٣) تقدم تخريجه في : ٢٦٢/١ .

(٥٤) تقدم تخريجه في : ١١٦/٤ . ويضاف إلى التخرج : المسند ١١٩/٣ ، ١٣٢ ، ١٨٤ ، ١٩٣ ، ٢٤١ ،

٢٩٢ ، ٢٩١ ، ٢٥٨ .

(٥٥) - (٥٥) سقط من الأصل . وفي م : « وبشر » .

وهو بسير بن سعيد المدني العابد ، مولى ابن الحضرمي ، تابعي ، وكان ثقة ، كثير الحديث . مات بالمدينة سنة مائة . تهذيب التهذيب ١/٤٣٧ ، ٤٣٨ .

والشافعي^{هـ} . واحتج بعضهم بأن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً^(٥٦) ، ومات وذرعه مرهونة عنده^(٥٧) . وأجاب يهودياً دعاه ، وأكل من طعامه^(٥٨) . وقد أخبر الله تعالى أنهم أكلون للسحت . ورؤي عن علي^{هـ} ، رضي الله عنه ، / أنه قال : ٤٦/٥ ظ
 لا بأس بجوائز السلطان ، فإن ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام .
 وقال : لا تسأل السلطان شيئاً ، وإن أعطى فخذ ، فإن ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام .

فصل^(٥٩) : قال أحمد رحمه الله ، في من معه ثلاثة دراهم ، فيها ذرهم حرام : يتصدق بالثلاثة ، وإن كان معه مائتا درهم ، فيها عشرة حرام ، يتصدق بالعشرة ؛ لأن هذا كثير ، وذاك قليل . فقيل له : قال سفيان : ما كان دون العشرة يتصدق به ، وما كان أكثر يخرج . قال : نعم ، لا يجحف به . قال القاضي : وليس هذا على سبيل التحديد ، وإنما هو على طريق الاختيار ؛ لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول

(٥٦) أخرجه البخاري ، في : باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة ، وباب شراء الإمام الحوائج بنفسه ، وباب شراء الطعام إلى أجل ، من كتاب البيوع ، وفي : باب من رهن درعه ، وباب الرهن عند اليهود ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ٧٣/٣ ، ٧٤ ، ٨١ ، ١٠١ ، ١٨٦ ، ١٨٧ . ومسلم ، في : باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٦/٣ . والنسائي ، في : باب الرجل يشتري الطعام إلى أجل ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٣/٧ . وابن ماجه ، في : باب حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢/٦ ، ١٦٠ .

(٥٧) أخرجه البخاري ، في : باب ما قيل في درع النبي ﷺ ... ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب حدثنا قبيصة ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٤٩/٤ ، ٥٠ ، ١٩/٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢١٩/٥ . والنسائي ، في : باب مبيعة أهل الكتاب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٧/٧ . وابن ماجه ، في : باب حدثنا أبو بكر ابن أبي شيبة ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٥/٢ . والدارمي ، في : باب في الرهن ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٥٩/٢ ، ٢٦٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٣٦/١ ، ٣٠١ ، ٣٦١ ، ١٠٢/٣ ، ٢٣٨ ، ٤٥٣/٦ ، ٤٥٧ .

(٥٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢١٠/٣ ، ٢١١ ، ٢٧٠ .
 (٥٩) سقط من : م .

الحرام ، وشقَّ التَّوَرُّعُ عن الجَمِيعِ ، بِخِلافِ القَلِيلِ ، فَإِنَّهُ يَسْهُلُ إِخْرَاجُ الكُلِّ .
 والواجِبُ في المَوْضِعَيْنِ إِخْرَاجُ قَدْرِ الحَرَامِ ، والباقى مُباحٌ له ؛ وهذا لأنَّ تَحْرِيمَهُ
 لم يَكُنْ لِتَحْرِيمِ عَيْنِهِ ، وَإِنَّمَا حُرِّمَ لِتَعَلُّقِ حَقِّ غَيْرِهِ بِهِ ، فَإِذَا أُخْرِجَ عَوَضَهُ زَالَ التَّحْرِيمُ
 عَنْهُ ، كَالوَكَانِ صَاحِبُهُ حَاضِرًا فَرَضِيَّ بَعْوَضِهِ ، وَسِوَاءَ كَانُ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا . وَالرَّوْعُ
 إِخْرَاجُ مَا يَتَيَقَّنُ بِهِ إِخْرَاجَ عَيْنِ^(٦٠) الحَرَامِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِخْرَاجِ
 الجَمِيعِ ، لَكِنَّ لَمَّا شَقَّ ذَلِكَ فِي الكَثِيرِ ، تُرِكَ لِأَجْلِ المَشَقَّةِ فِيهِ ، وَاقْتَصِرَ عَلَى
 الواجِبِ . ثُمَّ يَخْتَلِفُ هَذَا بِاخْتِلَافِ النَّاسِ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَكُونُ لَهُ سِوَى^(٦١)
 الدَّرَاهِمِ اليَسِيرَةِ ، فَيَشُقُّ إِخْرَاجُهَا ؛ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَكُونُ لَهُ مَالٌ كَثِيرٌ ،
 فَيَسْتَعْنِي عَنْهَا ، فَيَسْهُلُ إِخْرَاجُهَا .

فصل : قد ذَكَرْنَا أَنَّ^(٦٢) ظَاهِرَ المَذْهَبِ^(٦٣) ، أَنَّهُ^(٦٤) لَا يَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ مَاءٍ عِدًّا^(٦٥) ،
 كِمِيَاهِ العُيُونِ ، وَتَنْقَعِ البُئْرِ فِي أَمَاكِنِهِ قَبْلَ إِخْرَازِهِ فِي إِنَائِهِ ، وَلَا الكَلِّ فِي مَوَاضِعِهِ
 قَبْلَ حِيَازَتِهِ . فَعَلِيَ هَذَا ؛ مَتَى بَاعَ الأَرْضَ وَفِيهَا كَلًّا أَوْ مَاءً ، فَلَا حَقَّ لِلبَائِعِ فِيهِ .
 وَقَدْ ذَكَرْنَا رِوَايَةً أُخْرَى ؛ أَنَّ ذَلِكَ مَمْلُوكٌ ، وَأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ . فَعَلِيَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ ،
 إِنْ بَاعَ الأَرْضَ ، فَذَكَرَ المَاءَ وَالكَلِّ فِي البَيْعِ ، دَخَلَ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، كَانَ المَاءُ
 المَوْجُودُ وَالكَلِّ لِلبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الزَّرْعِ فِي الأَرْضِ . وَالمَاءُ أَصْلٌ بِنَفْسِهِ ، فَهُوَ
 كَالطَّعَامِ فِي الدَّارِ ، فَمَا يَتَجَدَّدُ بَعْدَ البَيْعِ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي . وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ،
 إِذَا بَاعَ / مِنْ هَذَا المَاءِ أَصْعًا مَعْلُومَةً ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ كَالصُّبْرَةِ ، وَإِنْ بَاعَ كُلَّ مَاءِ البُئْرِ ،
 لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِطُ بِغَيْرِهِ . وَلَوْ بَاعَ مِنَ النُّهْرِ الجَارِي أَصْعًا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ
 المَاءَ يَذْهَبُ ، وَيَأْتِي غَيْرُهُ .

و ٤٧/٥

(٦٠) في م : « عن » .

(٦١) في م : « إلا » .

(٦٢ - ٦٣) في م : « الظاهر من المذهب » .

(٦٣) سقط من : الأصل .

(٦٤) العِدَّة ، بالكسر : الماء الجاري الذي له مادة لا تنقطع كماء العين . القاموس .

فصل : وعلى كلتا الروايتين ؛ متى كان الماء التابِع في ملكه ، أو الكَلأُ أو المَعَادِنُ ، وَفَقَ كِفَايَتِهِ ، لَشُرْبِهِ ، وَشُرْبِ مَا شَبَّهَهُ ، لم يَجِبْ عَلَيْهِ بَذْلُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مِلْكِهِ ، فَإِذَا تَسَاوَى هُوَ وَغَيْرُهُ فِي الْحَاجَةِ ، كَانَ أَحَقُّ بِهِ ، كَالطَّعَامِ ، وَإِنَّمَا تَوَعَّدَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى (٦٥) مَنَعَ فَضْلِ الْمَاءِ ، وَلَا فَضْلَ فِي هَذَا . وَلِأَنَّ عَلَيْهِ فِي بَذْلِهِ ضَرَرًا ، وَلَا يَلْزُمُهُ نَفْعٌ غَيْرُهُ بِمَضْرُوءِ نَفْسِهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَنْ شُرْبِهِ ، وَشُرْبِ مَا شَبَّهَهُ وَزَرْعِهِ ، وَاحْتِاجَتْ إِلَيْهِ مَا شَبَّهَهُ غَيْرِهِ ، لَزِمَهُ بَذْلُهُ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَتَقَدَّمَ إِلَى الْمَاءِ ، وَيَشْرَبَ ، وَيَسْقِيَ مَا شَبَّهَهُ ، وَلَيْسَ لِصَاحِبِهِ الْمَنَعُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى إِيَّاسُ بْنُ إِيَّاسٍ بْنِ عَبْدِ الْمُزَنِيِّ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ ، لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ الْكَلَأِ ، مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ » (٦٧) . وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ (٦٨) عَنْ أَبِي

(٦٥) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

(٦٦) كَذَا فِي النِّسْخِ ، وَفِي تَرْجُمَتِهِ : هُوَ أَبُو عَوْفٍ إِيَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُزَنِيِّ ، كُوفِي لَهُ صَحْبَةٌ . وَذَكَرَ ابْنُ الْأَثِيرِ أَنَّ التِّرْمِذِيَّ ذَكَرَهُ بِاسْمِ « عَبْدِ اللَّهِ » . انظُرْ تَرْجُمَتَهُ فِي : أَسَدُ الْغَابَةِ ١/١٨٤ ، وَالْإِصَابَةُ ١/١٦٥ ،

١٦٦ .

(٦٧) لَمْ يَجِدْهُ مِنْ طَرِيقِ إِيَّاسِ بْنِ عَبْدِ (أَوْ عَبْدِ اللَّهِ) الْمُزَنِيِّ بِهَذَا اللَّفْظِ . وَإِنَّمَا أَخْرَجَهُ مِنْ طَرِيقِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/١٨٣ . وَرَوَى عَنْهُ أَبُو عُبَيْدٍ ، فِي الْأُمُودِ ٢٩٦ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ يَمْنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ . وَانظُرْ تَخْرِيجَ الْحَدِيثِ الثَّانِي فِي الْحَاشِيَةِ الْآتِيَةِ .

(٦٨) أَخْرَجَ الْأَوَّلُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٥٥/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الشُّرُوطِ فِي الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الشُّرُوطِ ، وَفِي : بَابِ ﴿ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدْرًا مَقْدُورًا ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْقَدْرِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/٢٥١ ، ٨/١٥٣ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَرْأَةِ تَسْأَلُ زَوْجَهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١/٥٠٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ لَا تَسْأَلُ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أَخْتِهَا ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥/١٦٥ ، ١٦٦ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جَامِعِ مَا جَاءَ فِي أَهْلِ الْقَدْرِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَدْرِ . الْمَوْطَأُ ٢/٩٠٠ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣٩٤ . وَالثَّانِي ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ الَّذِي يَكُونُ بِالْفَلَاةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٩٨/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ إِنَّ صَاحِبَ الْمَاءِ أَحَقُّ بِالْمَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الشُّرْبِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/١٤٤ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي مَنَعَ الْمَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِجَارَةِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢/٢٤٨ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، =

هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ تَسْأَلَ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا . وَنَهَى أَنْ يُمْنَعَ الْمَاءُ مَخَافَةَ أَنْ يُرْعَى الْكَلَاءُ . يَعْنِي إِذَا كَانَ فِي مَكَانٍ كَلَاءً ، وَلَيْسَ يُمَكِّنُهُ الْإِقَامَةَ لِرَعِيهِ إِلَّا بِالسَّقْيِ مِنْ هَذَا الْمَاءِ ، فَيَمْنَعُهُم السَّقْيَ ، لِيَتَوَقَّرَ الْكَلَاءُ عَلَيْهِ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدَةَ^(٦٩) بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ عَمْرِ ، أَنَّهُ قَالَ : ابْنُ السَّبِيلِ أَحَقُّ بِالْمَاءِ مِنَ التَّانِي^(٧٠) عَلَيْهِ . وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : ابْنُ السَّبِيلِ أَوْلُ شَارِبٍ . وَعَنْ بُهَيْسَةَ ، قَالَتْ : قَالَ أَبِي : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمَاءُ » . قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ ؟ قَالَ : « الْمَلْحُ »^(٧١) . وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَذَلُ آلَةِ الْبَيْتِ مِنَ الْحَبْلِ ، وَالذَّلْوِ ، وَالْبَكْرَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْلُقُ^(٧٢) ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ غَيْرَهُ ، بِخِلَافِ الْمَاءِ . وَهَذَا كُلُّهُ هُوَ الظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَا بَيْنَ الْبُنْيَانِ وَالصَّحَارِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِنَّمَا هَذَا فِي الصَّحَارِيِّ وَالْبَرِّيَّةِ ، دُونَ الْبُنْيَانِ . يَعْنِي أَنَّ الْبُنْيَانَ إِذَا كَانَ فِيهِ الْمَاءُ ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ الدُّخُولَ إِلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ .

فصل : وهل يَلْزَمُهُ بَذَلُ فَضْلِ مَائِهِ لِرَزْعِ غَيْرِهِ ؟ فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ^(٧٣) / بَذَلُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، وَهَذَا لَا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِهِ سَقْيُهُ ، بِخِلَافِ الْمَاشِيَةِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَلْزَمُهُ بَذَلُهُ لَذَلِكَ ؛ لِمَارُورِي

٤٧/٥ ظ

= في : باب ما جاء في بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٢٧٣/٥ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن منع فضل الماء ليمنع به الكلاء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٦٣/٢ .

(٦٩) في : الأموال ٢٩٧ .

(٧٠) في النسخ : « الباني » والتصويب من : الأموال . والتاني : الفلاح . والتاوية : الفلاحة .

(٧١) أخرجه أبو داود ، في : باب ما لا يجوز منعه ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ٣٨٨/١ . والدارمي ، في : باب في الذي لا يحل منعه ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦٩/٢ ، ٢٧٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٨٠/٣ ، ٤٨١ .

(٧٢) أي : يبلى .

(٧٣) في م : « يلزم » .

عن عبد الله بن عمرو ، أن قِيمَ أرضه بالوهط^(٧٤) كَتَبَ إليه ، يُخْبِرُهُ أَنَّهُ قد سَقَى أرضه ، وَفَضَلَ له مِنَ المَاءِ فَضْلُ بَثَلَيْنِ أَلْفًا . فَكَتَبَ إليه عبد الله بن عمرو ؛ أَقِمْ قَلْدَكَ ، ثم اسْقِ الأَدْنَى فالأَدْنَى ، فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَنْهَى عن بَيْعِ فَضْلِ المَاءِ^(٧٥) . قال أبو عُبَيْدٍ^(٧٦) : القَلْدُ : يَوْمُ الشُّرْبِ . وفي « المُسْتَدِ »^(٧٧) ،^(٧٨) حَدَّثَنَا حَسَنٌ ، قال حَدَّثَنَا حَمَادُ بن سَلَمَةَ ، عن أبي الزُّبَيْرِ ، عن جَابِرٍ ، قال : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عن بَيْعِ فَضْلِ المَاءِ . وروى إِيَّاسُ بن عبد^(٧٩) ، قال : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُمْنَعَ فَضْلُ المَاءِ . رواه التِّرْمِذِيُّ^(٨٠) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وفي لَفْظٍ : نَهَى عن بَيْعِ المَاءِ . ولأنَّ في مَنَعِهِ فَضْلُ المَاءِ إِهْلَاكُهُ ، فَحَرَّمَ مَنَعُهُ كَالْمَاشِيَةِ . وقولُهُم : لا حُرْمَةَ له . قُلْنَا : فلصاحِبِهِ حُرْمَةٌ ، فلا يَجُوزُ التَّسَبُّبُ إلى إِهْلَاكِ مالِهِ . وَيَحْتَمِلُ^(٨١) أَنْ يُمْنَعَ نَفْيُ الحُرْمَةِ عنه ، فَإِنَّ إِضَاعَةَ المَالِ مَنَهَى عنها ، وإِتْلَافَهُ مُحَرَّمٌ ، وذلك دَلِيلٌ على حُرْمَتِهِ .

فصل : وإذا اشترى عبداً بمائة ، ففضاها عنه غيره ، صحَّ ، سواءً قضاها بأمره أو غير

(٧٤) الوهط : بستان و مال كان لعمرو بن العاص بالطائف على ثلاثة أميال من وج . القاموس .

(٧٥) أخرجه البيهقي ، في : باب النهي عن بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ١٦/٦ .

(٧٦) في : الأموال ٣٠١ .

(٧٧) المسند ٣/٣٣٨ ، ٣٣٩ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب تحريم بيع فضل الماء الذي يكون بالفلاة ... ، من كتاب المساقاة . صحيح

مسلم ٣/١١٩٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/٨٢٨ .

(٧٨ - ٧٨) سقط من : الأصل .

(٧٩) في الأصل : « عبد الله » . وأثبتنا ما في سنن الترمذي .

(٨٠) في : باب ما جاء في بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٤٩ . والنسائي ،

في : باب بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٧٠ ، ٢٧١ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن

بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/٨٢٨ .

(٨١) في النسخ : « يحمل » .

أمره . فإن بان العبد مُستحقًا ، لزم ردُّ المائة إلى دافعها ؛ لأننا تبيْنَا أنه قبضٌ غيرُ مُستحقٍّ ، فكأنَّ المائة لم تخرُج من يد دافعها . وإن بان العبد معيِّبًا ، فردّه بالعيب ، أو بإقالة ، أو أصدق امرأة إنسانٍ شيئًا ، فطلَّقها الزَّوجُ^(٨٢) قبل دُخوله بها ، أو ارتدَّت ، فهل يلزم ردُّ المائة إلى دافعها أو على المُشتري والزَّوج ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، على الدَّافع ؛ لأنَّ القَبْضَ حَصَلَ منه ، فالرَّدُّ عليه ، كالتى قَبَلها . والثَّانِي ، على الزَّوج . والمُشتري ؛ لأنَّ قضاؤه بمنزلة الهبة لهما ، بدليل براءة ذمَّتْها منه ، والهبة المقبوضة^(٨٣) لا يجوز الرجوع فيها . وإن كان الدَّفْعُ بإذن المُشتري والزَّوج ، احتَمَلَ أن يكون الحُكْمُ فيه كما لو قضاؤه بغير إذنه ، إذا كان فَعَلَ ذلك على سبيل التُّبْرَعِ عليه ، واحتَمَلَ أن يكون رَدُّه على الزَّوجِ / والمُشتري ، إذا كان عَقْدُهُمَا صَاحِحًا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لأنَّ إِدْنَهُمَا في تَسْلِيمِهِ إلى مَنْ له الدَّيْنُ عليهما إذا اتَّصَلَ به القَبْضُ ، جَرَى مَجْرَى قَبُولِهِ وَقَبْضِهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لم يَأْذُنْ . وإن أَدْنَا في دَفْعِ ذلك عنهما قَرْضًا ، فإنَّ الرَّدُّ يكونُ عليهما ، والمُقْرِضُ يَرْجِعُ عليهما بَعْوَضِهِ .

و ٤٨/٥

فصل : إذا قال العبد لرجل : ابتعني من سيدي . ففعل ، فإن العبد مُعتقًا ، فالضَّمَانُ على السَّيِّدِ . نصَّ عليه أحمدُ . وبه قال أبو حنيفة ؛ إن كان السَّيِّدُ حَاضِرًا حينَ عَرَّه العبدُ ، وإن كان غَائِبًا فالضَّمَانُ على العَبْدِ ؛ لأنَّ العُرُورَ^(٨٤) منه . ولنا ،^(٨٥) أن السَّيِّدَ^(٨٥) قبضَ الثَّمَنِ بغير استِحْقَاقٍ ، وَضَمِنَ العُهْدَةَ ، فكان الضَّمَانُ عليه ، كما لو كان حَاضِرًا . وإن بان العبدُ مَعْصُوبًا ، أو به عَيْبٌ ، فردّه ، فالضَّمَانُ على السَّيِّدِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

(٨٢) سقط من : الأصل .

(٨٣) في م : « المقروضة » .

(٨٤) في م : « الضرر » .

(٨٥ - ٨٥) سقط من : م .

فصل : وإن اشترى اثنان عبداً ، فغاب أحدهما ، وجاء الآخر يطلب نصيبه منه ، فله ذلك . وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك ؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بتسليم نصيب الغائب ، وليس له تسليمه بغير إذنه . ولنا ، أنه طلب حصته ، فكان له ذلك ، كما لو أوجب لكل واحد منهما منفرداً . وما ذكروه يطل بهذه الصورة . وإن قال الحاضر : أنا أدفع جميع الثمن ، وتدفع إلى 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 ، فللغائب تضمن أيهما 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 ، رجع على القابض لذلك . ويقوى عندي أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين إليه إلا بتسليم نصيب صاحبه ، أنه لا يجوز التسليم إليه ؛ لما ذكرنا ههنا .

فصل : ويستحب الإشهاد في البيع ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا / إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ ^(٨٦) . وأقل أحوال الأمر الاستحباب . ولأنه أقطع للنزاع ، وأبعد من التجاحد ، فكان أولى ، ويختص ذلك بما له خطر ، فأما الأشياء القليلة الخطر ، كحوائج البقال ، والقطار ، وشبههما ، فلا يستحب ذلك فيها ؛ لأن العقود فيها ^(٨٧) تكثر ، فيشق الإشهاد عليها ، وتنبح إقامة البينة عليها ، والترافع إلى الحاكم من أجلها ، بخلاف الكثير . وليس الإشهاد بواجب في واحد منهما ، ولا شرطاً له . روى ذلك عن أبي سعيد الخدري ، وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وإسحاق ، وأبي أيوب . وقالت طائفة : ذلك فرض لا يجوز تركه . وروى ذلك عن ابن عباس . وممن رأى الإشهاد على البيع عطاءً ، وجابر بن زيد ، والنخعي ؛

(٨٦) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٨٧) سقط من : م .

لظاهر الأمر ، ولأنه عقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَيَجِبُ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ كَالنِّكَاحِ . ولنا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ (٨٨) . وقال أبو سَعِيدٍ : صَارَ الأَمْرُ إِلَى الأَمَانَةِ . وتَلَاهُ هذه الآيَةَ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا ، وَرَهْنَهُ دِرْعَةً (٨٩) ، وَاشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ سَرَاوِيلَ (٩٠) ، وَمِنْ أَعْرَابِيٍّ فَرَسًا ، فَجَحَدَهُ الأَعْرَابِيُّ حَتَّى شَهِدَ لَهُ خُزَيْمَةُ بْنُ ثَابِتٍ (٩١) ، وَلَمْ يُنْقَلْ أَنَّهُ أَشْهَدَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ . وَكَانَ الصَّحَابَةُ يَتَّبِعُونَ فِي عَصْرِهِ فِي الأَسْوَاقِ ، فَلَمْ يَأْمُرْهُمْ بِالإِشْهَادِ ، وَلَا يُقَلِّ عَنْهُمْ فِعْلُهُ ، وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَوْ كَانُوا (٩٢) يُشْهَدُونَ فِي كُلِّ بِيَاعَاتِهِمْ لَمَا أُخِلَّ بِنَقْلِهِ . وَقَدْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ عُرْوَةَ بْنَ الْجَعْدِ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ أُضْحِيَّةً (٩٣) . وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالإِشْهَادِ ، وَأَخْبَرَهُ عُرْوَةُ أَنَّهُ اشْتَرَى شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا ، وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ تَرْكُ الإِشْهَادِ . وَلِأَنَّ المُبَايَعَةَ تَكْثُرُ بَيْنَ النَّاسِ فِي أَسْوَاقِهِمْ وَغَيْرِهَا ، فَلَوْ وَجَبَ الإِشْهَادُ فِي كُلِّ مَا يَتَّبِعُونَ ، أَفْضَى إِلَى الحَرَجِ المَحْطُوطِ عَنَّا بِقَوْلِهِ

(٨٨) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٨٩) انظر التخریج في صفحة ٣٧٥ المتقدمة ، حاشيتي ٥٦ ، ٥٧ .

(٩٠) أخرجه أبو داود ، والترمذی ، والنسائی ، والدارمی ، في : باب الرجحان في الوزن ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٠ ، عارضة الأحوذی ٦/٣٩ ، المجتبى ٧/٢٥٠ ، سنن الدارمی ٢/٢٦٠ . كما أخرجه ابن ماجه ، في الباب نفسه ، من كتاب التجارات ، وفي : باب لبس السراويل ، من كتاب اللباس . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٨ ، ١١٨٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٣٥٢ .

(٩١) أخرجه أبو داود ، في : باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به ، من كتاب الأفضية . سنن أبي داود ٢/٧٦٦ ، ٢٧٧ . والنسائی ، في : باب التسهيل في ترك الإشهاد على البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٦٥ ، ٢٦٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٢١٥ ، ٢١٦ .

(٩٢) في الأصل ، م : « وكانوا » .

(٩٣) أخرجه البخاری ، في : باب حدثنا علي بن عبد الله ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخاری ٤/٢٥٢ وأبو داود ، في : باب في المضارب يخالف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٩ ، والترمذی ، في : باب حدثنا أبو كريب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذی ٥/٢٦٣ . وابن ماجه ، في : باب الأيمن يتجر فيه فربح ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨٠٣ .

تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾^(٩٤) . والآية ، المرادُ بها الإِرشادُ إلى حِفْظِ الأَمْوَالِ والتَّعْلِيمِ ، كما أَمَرَ بالرُّهْنِ والكَاتِبِ ، وليس بِوَجِبٍ ، وهذا ظاهِرٌ .

فصل : ويكرهُ البيعُ والشراءُ في المسجدِ . وبه قال إسحاق ؛ لما روى أبو هريرة ، أن رسول الله ﷺ / قال : « إِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أَوْ يَبْتَاعُ فِي المَسْجِدِ ، فقولوا : لا أُرِيحَ اللهُ تِجَارَتَكَ ، وَإِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي المَسْجِدِ ، فقولوا : لا رَدَّ^(٩٥) اللهُ عَلَيْكَ » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ^(٩٦) ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ ، ولأنَّ المَساجِدَ لم تُبْنَ لهذا . ورأى عمرانُ القَاصِرُ^(٩٧) رجلاً يبيعُ في المَسْجِدِ ، فقال : هذه سُوقُ الآخِرَةِ ، فإن أَرَدْتَ التَّجَارَةَ فَاخْرُجْ إلى سُوقِ الدُّنْيَا . فإن باعَ فالبَّيْعُ صَحيحٌ ؛ لأنَّ البَّيْعَ تَمَّ بأَرْكانِهِ وشُرُوطِهِ ، ولم يَبْثُ وُجُودُ مُفْسِدٍ لَهُ ، وكَرَاهَةُ ذَلِكَ لا تُوجِبُ الفَسَادَ ، كَالغِشِّ فِي البَّيْعِ والتَّدْلِيسِ والتَّصْرِيَةِ . وفي قولِ النَّبِيِّ ﷺ : « قولوا : لا أُرِيحَ اللهُ تِجَارَتَكَ » . من غيرِ إِخْبَارٍ بِفَسَادِ البَّيْعِ ، دَلِيلٌ على صِحَّتِهِ ، واللهُ أَعْلَمُ .

(٩٤) سورة الحج ٧٨ .

(٩٥) في م : « ردها » .

(٩٦) في : باب النهي عن البيع في المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦١/٦ . والدارمي ، في : باب النهي عن استنشاد الضالة في المسجد ... ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ٣٢٦/١ . والحاكم ، في : باب النهي عن البيع في المسجد ... ، من كتاب البيوع . المستدرک ٥٦/٢ .

(٩٧) أبو بكر عمران بن مسلم القاصير ، ثقة ، يروى عن أبي رجاء العطاردي وغيره . اللباب ٢٦٨/٢ ، ميزان الاعتدال ٢٤٢/٣ ، تهذيب التهذيب ١٣٧/٨ - ١٣٩ .

/ كِتَابُ (١) السَّلْمِ

وهو أن يُسَلِّمَ عَوْضًا حَاضِرًا ، في عَوْضٍ مَوْصُوفٍ في الذِّمَّةِ إلى أَجَلٍ ، وَيُسَمَّى سَلْمًا ، وَسَلْفًا . يُقَالُ : أَسَلَمْتُ ، وَأَسَلَفْتُ ، وَسَلَفْتُ . وهو نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ ، يَنْعَقِدُ بِمَا يَنْعَقِدُ بِهِ الْبَيْعُ ، وَيَلْفِظُ السَّلْمَ وَالسَّلْفَ ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ مِنَ الشَّرْطِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيْعِ ، وَهُوَ جَائِزٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينِكُمْ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاصْتَبُوا ﴾ (٢) ، وَرَوَى سَعِيدٌ بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : أَشْهَدُ أَنَّ السَّلْفَ الْمَضْمُونُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى قَدْ أَحَلَّهُ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ ، وَأَذِنَ فِيهِ ، ثُمَّ قَرَأَ هَذِهِ الْآيَةَ . وَلِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ يَصْلُحُ (٣) لِلسَّلْمِ وَيَشْمَلُهُ بِعُمُومِهِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، (٤) أَنَّهُ قَدِمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي الثَّمَارِ السُّتَيْنِ وَالثَّلَاثِ ، فَقَالَ : « مَنْ أَسَلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيَسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥) ، وَرَوَى

(١) في م : « باب » .

وهذا أول الجزء الرابع من نسخة الأصل المحفوظة بدار الكتب المصرية برقم ٢٠ فقه حنبلي .

(٢) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٣) في أ : « يصح » .

(٤ - ٥) في م : « أنهم قدموا » .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب السلم في وزن معلوم ، وباب السلم إلى أجل معلوم ، من كتاب السلم . صحيح البخاري ١١١/٣ ، ١١٣ . ومسلم ، في : باب السلم ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في السلف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٦/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٨/٦ . والنسائي ، في : باب السلف في الثمار ، من كتاب البيوع . المحيبي ٢٥٥/٧ . وابن ماجه ، في : باب السلف في كيل معلوم .. ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢٢/١ .

البُخَارِيُّ^(٦) عن محمد بن أبي المَجَالِدِ ، قال : أُرْسِلَنِي أَبُو بَرْدَةَ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَدَّادٍ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِيزَى وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أَوْفَى ، فَسَأَلْتُهُمَا عَنِ السَّلْفِ ، فَقَالَا : كُنَّا نَصِيبُ الْمَعَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشَّامِ ، فَسَلَفْتُهُمْ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّرْبِيبِ^(٧) . فَقُلْتُ : أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ ، أَمْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ ؟ قَالَ : مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ عَنْ ذَلِكَ . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ السَّلْمَ جَائِزٌ ، وَلِأَنَّ الْمُثْمَنَ فِي الْبَيْعِ أَحَدُ عَوَاضِي الْعَقْدِ ، فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ فِي الدِّمَةِ ، كَالثَّمَنِ ، وَلِأَنَّ بِالنَّاسِ حَاجَةً إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أَرْبَابَ الزُّرُوعِ وَالثَّمَارِ وَالتَّجَارَاتِ يَحْتَاجُونَ إِلَى التَّفَقُّهِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَعَلَيْهَا ؛ لِتَكْمُلَ ، وَقَدْ تَعَوَّزَهُمُ^(٨) التَّفَقُّهُ ، فَجَوَّزَ لَهُمُ السَّلْمَ ؛ لِئِذَا تَفَقَّهُوا ، وَيَرْتَفِقُ الْمُسْلِمُ بِالِاسْتِزْرَافِ .

٧٧٣ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَكُلُّ مَا ضَبَطَ بِصِفَةِ ، فَالسَّلْمُ فِيهِ جَائِزٌ)

٢/٤ و

وجملة ذلك ، أن / السَّلْمَ ، لا يَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطِ سِتَّةٍ :

أحدها ، أن يكونَ المُسْلِمُ فِيهِ مِمَّا يَنْضَبِطُ بِالصِّفَاتِ الَّتِي يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِاخْتِلَافِهَا ظَاهِرًا ، فَيَصِحُّ فِي الْحُبُوبِ ، وَالثَّمَارِ ، وَالدَّقِيقِ ، وَالثِّيَابِ ، وَالْإِبْرَيْسَمِ ،

(٦) في : باب السلم في وزن معلوم ، و : باب السلم إلى من ليس عنده أصل ، من كتاب السلم . صحيح البخاري ١١١/٣ ، ١١٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في السلف ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٤٧/٢ . والنسائي ، في : باب السلم في الطعام ، و : باب السلم في الزبيب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٥/٧ . وابن ماجه ، في : باب السلف في كيل معلوم ... ، من كتاب التجارات ، سنن ابن ماجه ٧٦٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٠/٤ .

(٧) في الأصل : « والزيت » . وهو في : باب السلم إلى من ليس عنده أصل ، من كتاب السلم . في صحيح البخاري .

(٨) في ١ : « تعوز » .

(١) سقط من : الأصل .

والقطن، والكثان، والعنب^(١)، والصوف، والشعر، والكاغد^(٢)،
والحديد، والرصاص، والصفر، والنحاس، والأدوية، والطيب،
والخلول، والأدهان، والشحوم، والألبان، والزئبق، والشب، والكبريت،
والكحل، وكل مكيل، أو مؤزون، أو مزروع، وقد جاء الحديث في الثمار،
وحديث ابن أبي أوفى في الحنطة، والشعير، والزبيب، والزيت^(٤). وأجمع
أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز، قاله ابن المنذر. وأجمعوا على جواز
السلم في الثياب. ولا يصح السلم فيما لا ينضب بالصفة، كالجواهر من
اللؤلؤ، والياقوت، والفيروزج، والزبرجد، والعقيق، والبلور؛ لأن أمانها
تختلف اختلافًا متباينًا بالصغر، والكبر، وحسن التدوير، وزيادة ضوئها،
وصفائها، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور، ونحوه؛ لأن ذلك يختلف؛
ولا بشيء معين، لأن ذلك يتلف. وهذا قول الشافعي؛ وأصحاب الرأي.
وحكى عن مالك صحة السلم فيها، إذا اشترط منها شيئًا معلومًا، وإن كان
وزنًا، فيوزن معروف. والذي قلناه أولى؛ لما ذكرنا. ولا يصح فيما يجمع
أخلاطًا مقصودة غير متميزة، كالعالية^(٥)، والند^(٦)، والمعاجين التي يتداوى
بها؛ للجهل بها، ولا في الحواميل من الحيوان؛ لأن الولد مجهول غير متحقق،
ولا في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط؛ لأن الصفة لا تأتي عليه. وفيه
وجه آخر، أنه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه، ودور أعلاه وأسفله؛
لأن التفاوت في ذلك يسير، ولا يصح في القسي المشتملة على الحشب،
والقرن^(٧)، والعصب^(٨)، والتوز^(٩)، إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك، وتمييز ما فيه

(٢) سقط من : ا ، م .

(٣) الكاغد : الورق .

(٤) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة .

(٥) العالية : أخلاط من الطيب كالسك والعنبر .

(٦) الند : ضرب من النبات يتبخر بعوده .

(٧) القرن : الجبل المقتول من لحاء الشجر ، والحصلة المقتولة من العهن .

(٨) العصب : شجر اللباب . وما يعصب به .

(٩) التوز : شجر .

منها . وقيل : يجوزُ السَّلْمُ فيها ، والأوَّلَى ما ذَكَرْنَا . قال القاضي : والذي يَجْمَعُ أخْلَاطًا على أَرْبَعَةِ أَضْرِبٍ ؛ أحدها ، مُخْتَلِطٌ مَقْصُودٌ مُتَمَيِّزٌ ، كالثِّيَابِ الْمَنَسُوجَةِ من قُطْنٍ وَكَثَّانٍ ، أو قُطْنٍ وإِبْرِيَسَمَ ، فيصِحُّ السَّلْمُ فيها ؛ لأنَّ ضَبْطَهَا مُمَكِّنٌ . الثاني ، ما خَلَطُهُ لِمَصْلَحَتِهِ ، وليس بِمَقْصُودٍ في نَفْسِهِ ، / كالإِنْفَحَةِ في الجُبْنِ ، والمِلْحِ في العَجِينِ والخُبْزِ ، والماءِ في حَلِّ التَّمْرِ والرَّيْبِ ، فيصِحُّ السَّلْمُ فيه ؛ لأنَّهُ يَسِيرٌ لِمَصْلَحَتِهِ . الثالث ، أخْلَاطٌ مَقْصُودَةٌ غيرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، كالعَالِيَةِ والنَّدِّ والمعَاجِينِ ، فلا يَصِحُّ السَّلْمُ فيها ؛ لأنَّ الصَّفَةَ لا تَأْتِي عليها . الرابع ، ما خَلَطُهُ غيرُ مَقْصُودٍ ، ولا مَصْلَحَةٍ فيه ، كاللَّبَنِ المَشُوبِ بالماءِ ، فلا يَصِحُّ السَّلْمُ فيه .

فصل : ويصحُّ السَّلْمُ في الخُبْزِ ، واللَّبِئِ ، وما أمكَنَ ضَبْطُهُ مِمَّا مَسَّتُهُ النَّارُ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ السَّلْمُ في كُلِّ مَعْمُولٍ بالنَّارِ ؛ لأنَّ النَّارَ تَخْتَلِفُ ، وَيَخْتَلِفُ عَمَلُهَا ، وَيَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِذَلِكَ . ولنا : قوله عليه السلام : « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسَلِّمْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أو وَزَنٍ مَعْلُومٍ »^(١٠) . فظاهرُ هذا إِبَاحَةُ السَّلْمِ في كُلِّ مَكِيلٍ وَمُوزُونٍ وَمَعْدُودٍ ، ولأنَّ عَمَلَ النَّارِ فيه مَعْلُومٌ بالعَادَةِ ، ممكِنٌ ضَبْطُهُ بالنَّشَافَةِ ، والرُّطُوبَةِ ، فَصَحَّ السَّلْمُ فيه ، كالمَجْفَفِ بالشَّمْسِ . فأما اللَّحْمُ المَطْبُوخُ ، والشَّوَاءُ ، فقال القاضي : لا يَصِحُّ السَّلْمُ فيه . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ ذلك يَتَفَاوَتْ كَثِيرًا ، وعاداتُ النَّاسِ فيه مُخْتَلِفَةٌ ، فلم يُمَكِّنْ ضَبْطُهُ . وقال بعضُ أَصْحَابِنَا : يَصِحُّ السَّلْمُ فيه ؛ لما ذَكَرْنَا في الخُبْزِ واللَّبِئِ .

فصل : ويصحُّ السَّلْمُ في النَّشَابِ والنَّبْلِ . وقال القاضي : لا يَصِحُّ السَّلْمُ فيهما . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّهُ يَجْمَعُ أخْلَاطًا من حَشَبٍ ، وَعَقَبٍ^(١١) وريشٍ ، وَنَصْلِ ، فَجَرَى مَجْرَى أخْلَاطِ الصَّيَادِلَةِ ، ولأنَّ فيه ريشًا نَجَسًا ؛ لأنَّ ريشَهُ من جَوَارِحِ الطَّيْرِ . ولنا ، أَنَّهُ مِمَّا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، وَيُمكِنُ ضَبْطُهُ بالصفاتِ التي لا يَتَفَاوَتْ

(١٠) تقدم تخرجه في صفحة ٣٨٤ .

(١١) العقب ، بالتحريك : العصب تعمل منه الأوتار .

الْتَمَنُ معها غالبًا ، فَصَحَّ السَّلْمُ فِيهِ ، كَالخَشَبِ وَالْقَصَبِ ، وَمَا فِيهِ مِنْ غَيْرِهِ مُتَمَيِّزٌ ،
يَمَكُنُ ضَبْطَهُ وَالْإِحَاطَةَ بِهِ ، وَلَا يَتَفَاوَتْ كَثِيرًا ، فَلَا يُمْنَعُ ، كَالثِّيَابِ الْمَنْسُوجَةِ مِنْ
جَنْسَيْنِ ، وَقَدْ يَكُونُ الرَّيْشُ طَاهِرًا ، وَإِنْ كَانَ نَجِسًا ، لَكِنْ يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ يُمْنَعِ
السَّلْمُ فِيهِ ، كَنَجَاسَةِ الْبَعْلِ وَالْحِمَارِ .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي السَّلْمِ فِي الْحَيَوَانِ ، فَرَوَى ، لَا يَصِحُّ السَّلْمُ فِيهِ .
وهو قولُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمْرٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ،
وَحُدَيْفَةَ ، وَسَعِيدَ بْنَ جُبَيْرٍ ، وَالشَّعْبِيَّ ، وَالْجُوزْجَانِيَّ ؛ لَمَا رَوَى عَنْ عَمْرِ بْنِ
الْحَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : إِنَّ مِنَ الرَّبَا أَبَوَابًا لَا تَخْفَى ، / وَإِنَّ مِنْهَا السَّلْمَ
فِي السَّنِّ . وَلَأَنَّ الْحَيَوَانَ يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا ، فَلَا يَمَكُنُ ضَبْطَهُ . وَإِنْ اسْتَقْصَى
صِفَاتِهِ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا التَّمَنُّ ، مِثْلُ : أَرْجُ الْحَاجِبِينَ^(١٢) ، أَكْحَلُ الْعَيْنَيْنِ ، أَقْنَى
الْأَنْفِ^(١٣) ، أَشْمُ الْعِرْزِينَ^(١٤) ، أَهْدَبُ الْأَشْفَارِ^(١٥) ، اللَّمَى الشَّفَّةِ^(١٦) ، بَدِيعُ
الصَّفَّةِ . تَعَدَّرَ تَسْلِيمُهُ ؛ لِئِنَّ دَرَّةَ وَجُودِهِ عَلَى تِلْكَ الصَّفَّةِ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، صِحَّةُ
السَّلْمِ فِيهِ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْدَرِ : وَمِمَّنْ رَوَيْنَا عَنْهُ أَنَّهُ
لَا بَأْسَ بِالسَّلْمِ فِي الْحَيَوَانِ ؛ ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَابْنُ عَمْرٍ ، وَسَعِيدُ بْنُ
الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَحَكَاهُ الْجُوزْجَانِيُّ عَنْ عَطَاءٍ ، وَالْحَكَمِ .
لَأَنَّ أَبَا رَافِعٍ قَالَ : اسْتَسَلَفَ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ رَجُلٍ بَكْرًا . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(١٧) . وَرَوَى

و ٣/٤

(١٢) رَجَّ الْحَاجِبِ ، دَقُّ فِي الطَّوْلِ وَتَقْوَسُ .

(١٣) قَبِيَّ الْأَنْفِ ، ارْتَفَعَ وَسَطُ قَصْبَتِهِ وَضَاقَ مَنْخَرَاهُ .

(١٤) شَمُّ الْأَنْفِ ، ارْتَفَعَتْ قَصْبَتُهُ قَلِيلًا فِي اسْتِوَاءِ .

(١٥) شَفْرُ الْجَفْنِ ، حَرْفُهُ الَّذِي يَنْبِتُ عَلَيْهِ الْهَدَبُ . وَأَهْدَبُ الْأَشْفَارِ ، طَوِيلُهَا .

(١٦) اللَّمَى : سَمْرَةٌ فِي الشَّفَّةِ تَسْتَحْسِنُ .

(١٧) فِي : بَابُ مِنْ اسْتَسَلَفَ شَيْئًا ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٢٤/٣ .

عبد الله بن عمرو بن العاص قال : أمرني رسول الله ﷺ أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالأبيرة إلى مجيء المصدق^(١٨) . وقد ذكرنا هذا الحديث في باب الربا^(١٩) .
ولأنه ثبت في الذمة صدقاً ، فثبت في السلم كالثياب ، فأما حديث عمر ، فلم يذكره أصحاب الاختلاف ، ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بنى فلان . قال الشعبي : إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان ؛ لأنهم اشتروا نتاج فحل معلوم . رواه سعيد . وقد روى عن علي ؛ أنه باع جملاً له يدعى عصفيراً ، بعشرين بعيراً ، إلى أجل . ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان ، فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا .

فصل : واختلفت الرواية^(٢٠) في السلم^(٢١) في غير الحيوان ، مما لا يكال ولا يوزن ولا يزرع ، فنقل إسحاق بن إبراهيم ، عن أحمد ، أنه قال : لا أرى السلم إلا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه . قال أبو الخطاب : معناه يوقف عليه بحد معلوم^(٢٢) لا يختلف^(٢٣) ، كالزرع ، فأما الرمان والبيض ، فلا أرى السلم فيه . وحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق ، أنه لا خير في السلم في الرمان ، والسفرجل ، والبطيخ ، والقثاء ، والخيار ؛ لأنه لا يكال ولا يوزن ، ومنه الصغير والكبير . فعلى هذه الرواية ، لا يصح السلم في كل معدود مختلف ، كالذي سميناه ،

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في حسن القضاء ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٢٢ . والنسائي ، في : باب استسلاف الحيوان واستقراضه ، من كتاب البيوع . المحتجى ٧/٢٥٦ . وابن ماجه ، في : باب السلم في الحيوان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٧ . والإمام مالك ، في : باب ما يجوز من السلف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٨٠ . والدارمي ، في : باب في الرخصة في استقراض الحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢/٢٥٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣٩٠ .

(١٨) في ١ ، م : « الصدقة » .

(١٩) تقدم تخريجه في صفحة ٦٤ .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : م .

(٢١ - ٢١) سقط من : الأصل .

وكالبُقُول ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَلِفُ ، وَلَا يُمْكِنُ تَقْدِيرُ الْبَقْلِ بِالْحَزْمِ ؛ لِأَنَّ الْحَزْمَ يُمْكِنُ فِي الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، فَلَمْ يَصِحَّ السَّلْمُ فِيهِ ، كَالجَوَاهِرِ . وَنَقَلَ / إسماعيلُ بنُ سَعِيدٍ وابنُ منصورٍ ، جَوَّازَ السَّلْمِ فِي الْفَوَاحِيهِ ، وَالسَّفَرَجَلِ ، وَالرَّمَّانِ ، وَاللُّوزِ ^(٢٢) ، وَالْحَضْرَوَاتِ ، وَنَحْوِهَا ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنْ ذَلِكَ مِمَّا يَتَقَارَبُ وَيَنْضَبِطُ بِالصَّغَرِ وَالْكَبِيرِ ، وَمَا لَا يَتَقَارَبُ يَنْضَبِطُ بِالْوَزْنِ ، كَالْبُقُولِ وَنَحْوِهَا ، فَصَحَّ السَّلْمُ فِيهِ ، كَالْمَزْرُوعِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ . وَحَكَى ابْنُ الْمُثَنَّبِ عَنِ الشَّافِعِيِّ الْمَنَعَ مِنَ السَّلْمِ فِي الْبَيْضِ وَالْجَوْزِ . وَلَعَلَّ هَذَا قَوْلٌ آخَرُ ، فَيَكُونُ لَهُ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ .

فصل : فَأَمَّا السَّلْمُ فِي الرُّعُوسِ وَالْأَطْرَافِ ، فَيُخَرَّجُ فِي صِحَّةِ السَّلْمِ فِيهَا الْخِلَافُ الَّذِي ذَكَرْنَا . وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهَا قَوْلَانِ أَيْضًا ، كَالرُّوَايَتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَحْمٌ فِيهِ عَظْمٌ يَجُوزُ شِرَاؤُهُ ، فَجَازَ السَّلْمُ فِيهِ ، كَبَقِيَّةِ اللَّحْمِ . وَالْآخَرُ ، لَا يَجُوزُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَهُ الْعِظَامُ وَالْمَشَافِرُ ، وَاللَّحْمُ فِيهِ قَلِيلٌ ، وَلَيْسَ بِمَوْزُونٍ ، بِخِلَافِ اللَّحْمِ . فَإِنْ كَانَ مَطْبُوعًا ، أَوْ مَشْوِيًا ، فَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ السَّلْمُ فِيهِ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاطَرُ وَيَحْتَلِفُ . وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِ الْقَاضِي مِنْ أَصْحَابِنَا ، حُكْمٌ مِمَّا مَسَّتْهُ النَّارُ مِنْ ذَلِكَ حُكْمٌ غَيْرُهُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَالْعَقْدُ يَمْتَضِيهِ سَلِيمًا مِنَ التَّائِثِ ، وَالْعَادَةُ فِي طَبِخِهِ تَنْفَاوُتُ ، فَأَشْبَهَ غَيْرَهُ .

فصل : وَفِي الْجُلُودِ مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا فِي الرُّعُوسِ وَالْأَطْرَافِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ السَّلْمُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُا تَحْتَلِفُ ، فَالْوَرِكُ ^(٢٣) ثَخِينٌ قَوِيٌّ ، وَالصَّدْرُ ثَخِينٌ رِخْوٌ ، وَالْبَطْنُ رَقِيقٌ ضَعِيفٌ ، وَالظَّهْرُ أَقْوَى ، فَيَحْتَاجُ إِلَى وَصْفِ كُلِّ مَوْضِعٍ مِنْهُ ،

(٢٢) فِي ١ ، م : « وَالْمَوْزِ » .

(٢٣) فِي م : « فَالْوَرِكُ » تَحْرِيفٌ .

ولا يمكن دَرْعُهُ ؛ لِإِخْتِلَافِ أَطْرَافِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّفَاوُتَ فِي ذَلِكَ مَعْلُومٌ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ السَّلْمِ فِيهِ ، كَالْحَيَوَانِ ؛ فَإِنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى الرَّأْسِ وَالْجِلْدِ وَالْأَطْرَافِ وَاللَّحْمِ وَالشَّحْمِ وَمَا فِي الْبَطْنِ ، وَكَذَلِكَ الرَّأْسُ يَشْتَمِلُ عَلَى لَحْمِ الْخَدَّيْنِ وَالْأُذُنَيْنِ وَالْعَيْنَيْنِ ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ السَّلْمِ فِيهِ ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَيَصِحُّ السَّلْمُ فِي اللَّحْمِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسَلِّمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ » (٢٤) . وَظَاهِرُهُ إِبَاحَةُ السَّلْمِ فِي كُلِّ مَوْزُونٍ . وَلَأَنَّا قَدْ بَيَّنَّا جَوَازَ السَّلْمِ فِي الْحَيَوَانِ ، فَاللَّحْمُ أَوْلَى .

الشرط الثاني ، أن يَضْبِطَهُ بِصِفَاتِهِ / الَّتِي يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِهَا ظَاهِرًا ، فَإِنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ عَوَضٌ فِي الذَّمَّةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِهِ مَعْلُومًا بِالْوَصْفِ كَالثَّمَنِ ، وَلِأَنَّ الْعِلْمَ شَرْطٌ فِي الْمَبِيعِ ، وَطَرِيقُهُ إِمَّا الرَّوْيَةُ وَإِمَّا الْوَصْفُ ، وَالرَّوْيَةُ مُتَمَتِّعَةٌ هُنَا ، فَتَعَيَّنَ الْوَصْفُ . وَالْأَوْصَافُ عَلَى ضَرْبَيْنِ : مُتَّفَقٍ عَلَى اشْتِرَاطِهَا ، وَمُخْتَلِفٍ فِيهَا . فَالْمُتَّفَقُ عَلَيْهَا ثَلَاثَةٌ أَوْصَافٍ ؛ الْجِنْسُ ، وَالتَّوَعُّ ، وَالجَوْدَةُ وَالرَّدَاءَةُ . فَهَذِهِ لِأَبَدٍ مِنْهَا فِي كُلِّ مُسْلِمٍ فِيهِ . وَلَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي اشْتِرَاطِهَا . وَبِهِ يَقُولُ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، مَا يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِإِخْتِلَافِهِ مِمَّا عَدَا هَذِهِ الثَّلَاثَةَ الْأَوْصَافِ ، وَهَذِهِ تَخْتَلِفُ بِإِخْتِلَافِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَنَذَكُرُهَا عِنْدَ ذِكْرِهِ . وَذِكْرُهَا شَرْطٌ فِي السَّلْمِ عِنْدَ إِمَامِنَا وَالشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَكْفِي ذِكْرُ الْأَوْصَافِ الثَّلَاثَةِ . لِأَنَّهَا تَشْتَمِلُ عَلَى مَا وَرَاءَهَا مِنَ الصِّفَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْقَى مِنَ الْأَوْصَافِ ، مِنَ اللَّوْنِ وَالْبَلَدِ وَنَحْوِهِمَا ، مَا يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ وَالْعَرَضُ لِأَجْلِهِ ، فَوَجِبَ ذِكْرُهُ ، كَالنَّوْعِ . وَلَا يَجِبُ اسْتِقْصَاءُ كُلِّ الصِّفَاتِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَعَدَّرُ ، وَقَدْ يَنْتَهِي الْحَالُ فِيهَا إِلَى أَمْرٍ يَتَعَدَّرُ تَسْلِيمُ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، إِذْ يَتَعَدُّ وَجُودَ الْمُسْلِمِ فِيهِ عِنْدَ الْمَحَلِّ يَتَلَكَّ

الصفات كلها ، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي يختلف الثمن بها ظاهراً . ولو استقصى الصفات حتى انتهى إلى حال يتدرُّ وجود المسلم فيه بتلك الأوصاف ، بطل السلم ؛ لأن من شرط السلم أن يكون المسلم فيه عامَّ الوجود عند المحل ، واستقصاء الصفات يمنع منه . ولو شرط الأجوَد ، لم يصحَّ أيضاً ؛ لأنه لا يقدر على الأجوَد . وإن قدر عليه كان نادراً . وإن شرط الأردأً احتمل أن لا يصحَّ لذلك^(٢٥) ، واحتمل أن يصحَّ ؛ لأنه^(٢٦) يقدر على تسليم ما هو خير منه ، فإنه لا يسلم شيئاً إلا كان خيراً ممَّا شرطه ، فلا يعجز إذا عن تسليم ما يجب قبوله ، بخلاف التي قبلها . ولو أسلم في جارية وأبنتها ، لم يصحَّ ؛ لأنه لا بد أن يضبط كلَّ واحدةٍ منهما بصفات ، ويتعدَّر وجود تلك الصفات في جارية وأبنتها . وكذلك إن أسلم في جارية وأختها أو عمَّتها أو خالتها أو ابنة عمَّتها ؛ لما ذكرنا . ولو أسلم في ثوب على صفة خرقه أحضرها ، لم يجز ؛ لجواز أن تهلك الخرقه ، وهذا غرر ، ولا حاجة إليه ، فمنع الصحة ، كما لو شرط مكيالاً بعينه ، أو صنجةً بعينها .

فصل : والجنس ، والجودة ، أو ما يقوم مقامها ، شرطان في كلِّ مسلمٍ فيه ، فلا حاجة إلى تكرير ذكرهما في كلِّ مسلمٍ فيه ، ويذكر ما سواهما ، فيصف الثمر بأربعة أوصاف ؛ النوع ، برئى أو معقلى ، والبلد ، إن كان يختلف ، فيقول : بَعْدَادِي ، أو بَصْرِي ؛ فَإِنَّ البَعْدَادِيَّ أَحْلَى وَأَقْلُّ بَقَاءً لِعُدُوبَةِ المَاءِ ، والبَصْرِيُّ بخلاف ذلك . والقدر ، كِبَارٌ أو صِعَارٌ ، وحديثٌ أو عتيق . فإن أطلق العتيق ، فأى عتيق أعطى جاز ، ما لم يكن مسوساً ولا حشفاً ولا متغيراً . وإن قال : عتيق عامٍ أو عامين . فهو على ما قال . فأمَّا اللون ، فإن كان النوع الواحد مختلفاً ،

٤/٤ ظ

(٢٥) في م : « ذلك » .

(٢٦) في الأصل ، م زيادة : « لا » .

كالطَّبْرزِدِ^(٢٧) يكون أَحْمَرَ ، ويكونُ أَسْوَدَ ، ذَكَرَهُ ، وإِلَّا فلا . والرُّطْبُ كالتَّمْرِ في هذه الأَوْصَافِ ، إِلَّا الحَدِيثَ والعَتِيقَ ، ولا يَأْخُذُ من الرُّطْبِ إِلَّا ما أَرْطَبَ كُلَّهُ . ولا يَأْخُذُ منه مُشَدَّدًا^(٢٨) ، ولا قَدِيمًا قَارَبَ أن يُتِمَرَ . وهكذا ما جَرَى مَجْرَاهُ ، من العَنَبِ والفَوَاكِهِ .

فصل : وَيَصِفُ البُرَّ بِأَرْبَعَةِ أَوْصَافٍ ؛ النُّوعَ ، فيقولُ : سُبَيْلَةٌ^(٢٩) أو سَلْمُونِي^(٣٠) . والبَلَدُ ، فيقولُ : حَوْرَانِي^(٣١) أو بَلْقَاوِي^(٣٢) أو سِمَالِي^(٣٣) . وصِغَارُ الحَبِّ أو كِبَارُهُ ، وحَدِيثٌ أو عَتِيقٌ . وإن كان النُّوعُ الواحدُ يَخْتَلِفُ لَوْنُهُ ، ذَكَرَهُ ، ولا يُسَلَّمُ فيه إِلَّا مُصَفِّي ، وكذلك الحُكْمُ في الشَّعِيرِ والقُطُنِيَّاتِ وسَائِرِ الحُبوبِ .

فصل : وَيَصِفُ العَسَلَ بِثَلَاثَةِ أَوْصَافٍ ؛ البَلَدِيَّ ، فيجِي^(٣٤) أو نُحُوهُ . وَيُجْزِيءُ ذلكَ عن النُّوعِ . والزَّمَانِ ؛ رَبِيعِيٌّ أو خَرِيفِيٌّ ، أو صَيْفِيٌّ^(٣٥) . واللَّوْنِ ؛ أَيْضُ أو أَحْمَرُ ، وليس له إِلَّا مُصَفِّي من الشَّمْعِ .

(٢٧) الطبرزد: السكر الأبيض الصلب، فارسي. المعرب للجواليقي ٢٧٦ .

(٢٨) المشدخ: بسر يغمز حتى ينشدخ، أي يكسر .

(٢٩) السبيلة: لعلها تصغير السبلة، وهي السنبله .

(٣٠) السلموني: نسبة إلى سلمون، خمسة مواضع بمصر. انظر: تاج العروس (س ل م) ٣٤٤/٨ .

(٣١) الحوراني: نسبة إلى حوران، كورة واسعة من أعمال دمشق، ذات قرى ومزارع. معجم البلدان ٣٥٨/٢ .

(٣٢) البلقاوي: نسبة إلى البلقاء، كورة من أعمال دمشق، بين الشام ووادي القرى، قصبها عَمَّان. معجم البلدان ٧٢٨/١ .

(٣٣) السمالي: لعله منسوب إلى الشمال، وهو جمع السملة، الحمأة وبقيّة الماء في الخوض .

(٣٤) الفيحي: نسبة إلى فيحة، قرية بين دمشق والزبداني، عند مخرج نهر دمشق بردى. معجم البلدان ٩٢٦/٣ .

(٣٥) سقط من: م .

فصل : ولا بُدَّ في الحَيَوَانِ كُلِّهِ مِنْ ذِكْرِ النَّوْعِ ، وَالسَّنِّ ، وَالذُّكُورِيَّةِ ، وَالْأُنْثَوِيَّةِ ، وَيَذَكُرُ اللَّوْنُ إِنْ كَانَ النَّوْعُ الْوَاحِدُ يَخْتَلِفُ ، وَيَرْجِعُ فِي سِنِّ الْعِلَامِ إِلَيْهِ إِنْ كَانَ بِالْعَا ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ رَجَعَ فِي قَوْلِهِ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ ، عَلَى مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنُونِهِمْ تَقْرِيْبًا . وَإِذَا ذَكَرَ النَّوْعَ فِي الرَّقِيقِ وَكَانَ مُخْتَلِفًا ، مِثْلَ التُّرْكِيِّ ؛ مِنْهُمْ الْجِكَلِيُّ^(٣٦) وَالْحَزْرِيُّ^(٣٧) ، فَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ ، أَوْ يَكْفِي ذِكْرُ النَّوْعِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ . وَلَا يَحْتَاجُ فِي الْجَارِيَةِ إِلَى ذِكْرِ^(٣٨) الْجَعُودَةِ وَالسُّبُوطَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ بِهِ الثَّمَنُ اخْتِلَافًا بَيْنَنَا ، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يُرَاعَى ، كَمَا فِي صِفَاتِ الْحُسْنِ وَالْمَلَاخَةِ ، فَإِنْ ذَكَرَ شَيْئًا مِنْ^(٣٩) هَذِهِ الْأَوْصَافِ^(٣٩) ، لَرِمَهُ .^(٤٠) وَيَذَكُرُ الثُّيُوبَةَ وَالْبَكَارَةَ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ يَخْتَلِفُ بِذَلِكَ وَيَتَعَلَّقُ بِهِ الْعَرَضُ^(٤١) . وَيَذَكُرُ الْقَدَّ ؛ حُمَاسِيٌّ أَوْ سُدَاسِيٌّ ، يَعْنِي حَمْسَةَ أَشْبَارٍ أَوْ سِتَّةَ أَشْبَارٍ . قَالَ / أَحْمَدُ ، يَقُولُ : حُمَاسِيٌّ سُدَاسِيٌّ ، أَسْوَدُ أَيْضُ ، أَعْجَمِيٌّ أَوْ فَصِيحٌ . فَأَمَّا الْإِبِلُ ، فَيَضْبِطُهَا بِأَرْبَعَةِ أَوْصَافٍ ، فَيَقُولُ : مِنْ نِتَاجِ بَنِي فُلَانٍ . وَالسَّنُّ ، بِنْتُ مَحَاضٍ أَوْ بِنْتُ لَبُونٍ . وَاللَّوْنُ ، بَيِّضَاءُ أَوْ حَمْرَاءُ أَوْ وَرْقَاءُ^(٤٢) ، وَذَكَرَ أَوْ أَثْنَى ، فَإِنْ كَانَ نِتَاجُ يَخْتَلِفُ فِيهِ مَهْرِيَّةً^(٤٣) وَأَرْحَبِيَّةً^(٤٤) ، فَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَى ضَبْطِ ذَلِكَ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ وَمَا زَادَ عَلَى هَذِهِ الْأَوْصَافِ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى ذِكْرِهِ ،

و ٥/٤

(٣٦) الجكلى : نسبة إلى جكل ، بلد بما وراء نهر سيحون ، من بلاد تركستان ، قرب طرار . معجم البلدان ٩٥/٢ .

(٣٧) الحزرى : نسبة إلى بلاد الحزر ، وهى بلاد الترك ، خلف باب الأبواب ، المسمى بالدربند . معجم البلدان ٤٣٦/٢ .

(٣٨) فى م بعد هذا زيادة : « البكاره والثيوبه ولا » .

(٣٩ - ٣٩) فى م : « ذلك » .

(٤٠ - ٤٠) سقط من : الأصل ، ا .

(٤١) أى فى لونها بياض إلى سواد ، وهى من أطيب الإبل لحما ، لا سيرا وعملا .

(٤٢) مهريه : إبل منسوبه إلى قبيلة مهرة بن حيدان ، وهى حى عظيم .

(٤٣) أرحبية : إبل منسوبه إلى بنى أرحب ، بطن من همدان .

وإن ذَكَرَ بَعْضَهُ كَانَ تَأْكِيدًا وَلَزِمَهُ . وَأَوْصَافُ الْخَيْلِ ، كَأَوْصَافِ الْإِبِلِ . وَأَمَّا الْبِقَالُ وَالْحَمِيرُ ، فَلَا نِتَاجَ لَهَا ، فَيَجْعَلُ مَكَانَ ذَلِكَ نِسْبَتَهَا إِلَى بَلَدِهَا . وَأَمَّا الْبَقْرُ وَالْعَنْمُ ، فَإِنَّ عُرْفَ لَهَا نِتَاجٌ ، فَهِيَ كَالْإِبِلِ ، وَإِلَّا فَهِيَ كَالْحُمْرِ ، وَلَا يَدُّ مِنْ ذِكْرِ النَّوْعِ فِي هَذِهِ الْحَيَوَانَاتِ ، فَيَقُولُ فِي الْإِبِلِ : بُحْتِيَّةٌ أَوْ عِرَابِيَّةٌ ، وَفِي الْخَيْلِ ، عَرَبِيَّةٌ أَوْ هَجِينٌ أَوْ بَرْدُونٌ^(٤٤) . وَفِي الْعَنْمِ ، ضَانٌّ أَوْ مَعَزٌ ، إِلَّا الْحُمْرَ وَالْبِقَالَ ، فَلَا نَوْعَ فِيهِمَا .

فصل : وَيَذْكَرُ فِي اللَّحْمِ السِّنَّ ، وَالذُّكُورِيَّةَ ، وَالْأُنْثَوِيَّةَ ، وَالسَّمْنَ وَالهُزَالَ ، وَرَاعِيًا أَوْ مَعْلُوفًا ، وَنَوْعَ الْحَيَوَانِ ، وَمَوْضِعَ اللَّحْمِ مِنْهُ . وَيَزِيدُ فِي الذِّكْرِ ، فَحَلًا أَوْ حَصِيًّا . وَإِنْ كَانَ مِنْ صَيْدٍ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِ الْعَلْفِ وَالْحِصَاءِ . وَيَذْكَرُ الْآلَةَ الَّتِي يُصَادُ بِهَا ، مِنْ جَارِحَةٍ أَوْ أُحْبُولَةٍ . وَفِي الْجَارِحَةِ يَذْكَرُ صَيْدَ فَهْدٍ ، أَوْ كَلْبٍ ، أَوْ صَقْرٍ ، فَإِنَّ الْأُحْبُولَةَ يُؤَخَذُ الصَّيْدُ^(٤٥) مِنْهَا سَلِيمًا . وَصَيْدُ الْكَلْبِ خَيْرٌ مِنْ صَيْدِ الْفَهْدِ ؛ لِيَكُونَ الْكَلْبُ أَطْيَبَ الْحَيَوَانِ نَكْهَةً . قِيلَ : ^(٤٦) هُوَ أَطْيَبُ الْحَيَوَانِ نَكْهَةً^(٤٦) ؛ لِكَوْنِهِ مَفْتُوحُ الْقَمْرِ فِي أَكْثَرِ الْأَوْقَاتِ ، وَالصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ يَسِيرٌ ، وَلَا يَكَادُ التَّمَنُّ يَتَبَايَنُ بِاخْتِلَافِهِ ، وَلَا يَعْرِفُهُ إِلَّا الْقَلِيلُ مِنَ النَّاسِ . وَإِذَا لَمْ يَحْتَجْ فِي الرَّقِيقِ إِلَى ذِكْرِ^(٤٧) الْبِكَارَةِ وَالثُّيُوبَةِ^(٤٧) ، وَالسَّمْنَ ، وَالهُزَالَ ، وَأَشْبَاهَهَا مِمَّا يَتَبَايَنُ بِهَا التَّمَنُّ وَتَحْتَلِفُ الرَّغَبَاتُ بِهَا ، وَيَعْرِفُهَا النَّاسُ ، فَهَذَا أَوْلَى . وَيَلْزَمُ قَبُولُ اللَّحْمِ بِعِظَامِهِ ؛ لِأَنَّهُ هَكَذَا يُقَطَّعُ ، فَهُوَ كَالنَّوَى فِي التَّمْرِ ، وَإِنْ كَانَ السَّلْمُ فِي لَحْمِ طَيْرٍ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى ذِكْرِ الذُّكُورِيَّةِ وَالْأُنْثَوِيَّةِ ، إِلَّا أَنْ يَحْتَلِفَ بِذَلِكَ ، كَلَحْمِ الدَّجَاجِ ، وَلَا إِلَى ذِكْرِ مَوْضِعِ اللَّحْمِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ كَثِيرًا يَأْخُذُ مِنْهُ بَعْضُهُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ الرَّأْسِ وَالسَّاقَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا لَحْمَ عَلَيْهَا . وَفِي السَّمَلِكِ يَذْكَرُ النَّوْعَ ؛ بَرْدِيَّةً^(٤٨) أَوْ غَيْرَهُ ، وَالْكَبِيرَ

(٤٤) وهو المولد من الخيل والبيغال ، عظيم الحلقة ، غليظ الأعضاء ، قوي الأرجل .

(٤٥) سقط من : ا .

(٤٦ - ٤٦) سقط من : م .

(٤٧ - ٤٧) سقط من : الأصل ، ا .

(٤٨) البردى : نسبة إلى نهر بردى ، نهر دمشق الأعظم .

والصغَر ، والسَّمَنَ والهَزَالَ ، والطَّرِيءَ والمِلْحَ ، ولا يَقْبَلُ الرَّأْسَ والدَّنْبَ ، / وله ما بينهما ، وإن كان كَثِيرًا يَأْخُذُ بَعْضَهُ ، ذَكَرَ مَوْضِعَ اللَّحْمِ مِنْهُ .

فصل : وَيَضْبُطُ السَّمَنَ بِالنُّوعِ مِنْ ضَانٍ أَوْ مَعْزٍ أَوْ بَقَرٍ ، وَاللُّونَ ، أَيْضًا أَوْ أَصْفَرَ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَذَكُرُ الْمَرْعَى . وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ حَدِيثٍ أَوْ عَتِيقٍ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ يَقْتَضِي الْحَدِيثَ ، وَلَا يَصِحُّ السَّلْمُ فِي عَتِيقِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ ، وَلَا يَنْتَهِي إِلَى حَدٍّ يُضْبَطُ بِهِ . وَيَصِفُ الزُّبْدَ بِأَوْصَافِ السَّمَنِ ، وَيَزِيدُ ، زُبْدَ يَوْمِهِ أَوْ أُمَّسِهِ . وَلَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ مُتَعَيِّرٍ فِي السَّمَنِ أَوْ الزُّبْدِ ، وَلَا رَقِيقٍ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ رِقَّتُهُ لِلْحَرِّ . وَيَصِفُ اللَّبْنَ بِالنُّوعِ وَالْمَرْعَى ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى اللَّوْنِ ، وَلَا حَلْبَةِ يَوْمِهِ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَهُ يَقْتَضِي ذَلِكَ ، وَلَا يَلْزَمُهُ قَبُولُ مُتَعَيِّرٍ . قَالَ أَحْمَدُ : وَيَصِحُّ السَّلْمُ فِي الْمَخِيضِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ السَّلْمُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَا لَيْسَ مِنْ مَصْلَحَتِهِ ، وَهُوَ الْمَاءُ ، فَصَارَ الْمَقْصُودُ مَجْهُولًا . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَاءَ يَسِيرٌ ، يُتْرَكُ لِأَجْلِ الْمَصْلَحَةِ ، جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ السَّلْمِ فِيهِ ، كَالْمَاءِ فِي الشَّيْرَجِ ، وَالْمِلْحَ وَالْإِنْفَحَةَ فِي الْجُبْنِ ، وَالْمَاءَ فِي حَلِّ التَّمْرِ ، وَيَصِفُ الْجُبْنَ بِالنُّوعِ وَالْمَرْعَى ، وَرَطْبٍ أَوْ يَابِسٍ ، وَيَصِفُ اللَّبَّاءَ بِصِفَاتِ اللَّبَنِ ، وَيَزِيدُ اللَّوْنَ ، وَيَذَكُرُ الطَّبْخَ أَوْ لَيْسَ بِمَطْبُوحٍ .

فصل : وَتُضْبَطُ الثِّيَابُ بِسِتَّةِ أَوْصَافٍ ؛ النَّوعِ ، كَتَانٍ أَوْ قُطْنٍ . وَالْبَلَدِ . وَالطُّوْلِ . وَالْعَرْضِ . وَالصَّفَاقَةَ وَالرَّقَّةَ . وَالْعِلْظَ وَالذَّقَّةَ . وَالتَّعُومَةَ وَالْحُشُونَةَ . وَلَا يَذَكُرُ الْوِزْنَ ، فَإِنْ ذَكَرَهُ ، لَمْ يَصِحَّ لِتَعَدُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَ صِفَاتِهِ الْمُشْتَرِطَةِ ، وَكَوْنِهِ عَلَى وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، فَيَكُونُ فِيهِ تَغْرِيرٌ ؛ لِتَعَدُّرِ^(٤٩) اتِّفَاقِهِ . وَإِنْ ذَكَرَ حَاقِمًا أَوْ مَقْصُورًا^(٥٠) ، فَلَهُ مَا شَرَطَ ، وَإِنْ لَمْ يَذَكُرْهُ ، جَازَ ، وَلَهُ حَاقِمٌ ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ . وَإِنْ ذَكَرَ مَعْسُولًا أَوْ لَيْسًا . لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ اللَّبْسَ يَحْتَلِفُ ، وَلَا يُضْبَطُ . فَإِنْ أُسْلِمَ فِي

(٤٩) فِي ص : « لِبَعْدِ » .

(٥٠) قَصْرُ الثِّيَابِ : دَقُّهَا وَيَبُّسُهَا .

مَصْبُوغٍ ، وكان مِمَّا يُصْبَعُ غَزْلُهُ ، جَاَزَ ؛ لأنَّ ذلكَ من جُمْلَةِ صِفَاتِ الثَّوْبِ ، وإن كان مِمَّا يُصْبَعُ بَعْدَ نَسِجِهِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ صَبْعَ الثَّوْبِ يَمْنَعُ الوُقُوفَ على نُعُومَتِهِ وَخَشُونَتِهِ ، ولأنَّ الصَّبْعَ غَيْرَ مَعْلُومٍ . وإن أَسْلَمَ في ثَوْبٍ مُخْتَلِفِ العُزُولِ ؛ كَقُطْنِ وإِبْرِيَسَمِ ، أو قُطْنِ وَكَتَّانٍ ، أو صُوفٍ ، وكانتِ العُزُولُ مَضْبُوطَةً / بأن يقول : السَّدَى^(٥١) إِبْرِيَسَمُ ، واللَّحْمَةُ^(٥٢) كَتَّانٌ أو نَحْوَهُ ، جَاَزَ . ولهذا جَاَزَ السَّلْمُ في الحَزِّ ، وهو من غَزَلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ . وإن أَسْلَمَ في ثَوْبٍ مُوشَى ، وكان الوَشْيُ من تَمَامِ نَسِجِهِ ، جَاَزَ . وإن كان زِيَادَةً ، لم يَجُزْ ؛ لأنه لا يَنْضَبُطُ .

فصل : وَيَصِفُ غَزَلَ القُطْنِ وَالكَتَّانِ ، بِالْبَلْدِ واللُّونِ ، وَالعِلَظِ وَالدَّقَّةِ ، وَالتُّعُومَةِ وَالحَشُونَةِ ، وَيَصِفُ القُطْنَ بِذلكَ ، وَيَجْعَلُ مَكَانَ العِلَظِ وَالدَّقَّةِ الطُّولَ وَالقِصَرَ . وإن شَرَطَ في القُطْنِ مَنزُوعَ الحَبِّ ، جَاَزَ . وإن أَطْلَقَ كان له بِحَبِّهِ ، كالتَّمْرِ بِنَوَاهِ . وَيَصِفُ الإِبْرِيَسَمَ بِالْبَلْدِ واللُّونِ ، وَالعِلَظِ وَالدَّقَّةِ ، وَيَصِفُ الصُّوفَ بِالْبَلْدِ واللُّونِ ، وَالطُّولِ وَالقِصَرِ ، وَالزَّمَانِ ، حَرِيْفِيٌّ أو رَبِيعِيٌّ ؛ لأنَّ صُوفَ الحَرِيْفِ أَنْظَفُ . قال القاضِي : وَيَصِفُهُ بِالذُّكُورِيَّةِ وَالأُنْثَوِيَّةِ ؛ لأنَّ صُوفَ الإِنَاثِ أَنْعَمُ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَحْتَاجَ إلى هَذِهِ الصِّفَةِ ؛ لأنَّ التَّفَاوُتَ في هَذَا يَسِيرٌ . وَعَلِيهِ تَسْلِيمُهُ نَقِيًّا من الشُّوكِ وَالبَعْرِ ، وإن لم يَشْتَرِطْهُ . وإن اشْتَرَطْهُ^(٥٣) ، جَاَزَ ، وَكان تَأَكِيدًا . وَالشُّعْرُ وَالوَبْرُ ، كَالصُّوفِ . وَيَصِحُّ السَّلْمُ في الكاعْدِ ؛ لأنه يَمْكُنُ ضَبْطُهُ ، وَيَصِفُهُ بِالطُّولِ وَالعَرْضِ ، وَالدَّقَّةِ وَالعِلَظِ ، وَاسْتِواءِ الصَّنَعَةِ ، وَما يَخْتَلِفُ بِهِ الثَّمَنُ .

فصل : وَيَضْبُطُ التُّحَاسَ ، وَالرِّصَاصَ ، وَالحَدِيدَ بِالنَّوعِ ، فيقولُ في الرِّصَاصِ : قَلْعِيٌّ^(٥٤) أو أُسْرَبٌ^(٥٥) . وَالتُّعُومَةَ وَالحَشُونَةَ ، وَاللُّونَ إن كان

(٥١) السدى من الثوب أى : ما مَدُّ منه .

(٥٢) اللحمية ، بضم اللام : ما نسيج عرضاً .

(٥٣) فى ١ ، م : « شرطه » .

(٥٤) قلعى : اسم معدن ينسب إليه الرصاص الجيد ، وهو شديد البياض .

(٥٥) الأسرب : الرصاص وهو فارسى معرب . المصباح المنير .

يَخْتَلِفُ . وَيَزِيدُ فِي الْحَدِيدِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، فَإِنَّ الذَّكَرَ أَحَدٌ وَأُمْضَى . وَإِنْ أَسْلَمَ فِي الْأَوَانِي الَّتِي يُمَكِّنُ ضَبْطُ قَدْرِهَا وَطُولُهَا وَسُمْكُهَا وَدَوْرُهَا ، كَالْأَسْطِالِ الْقَائِمَةِ الْحِيطَانِ ، وَالطُّسُوتِ ، جَازَ . وَيَضْبُطُهَا بِذَلِكَ كُلِّهِ . وَإِنْ أَسْلَمَ فِي قِصَاعٍ وَأَقْدَاحٍ مِنَ الْحَشَبِ ، جَازَ ، وَيَذَكُرُ نَوْعَ حَشَبِهَا مِنْ جَوْزٍ ، أَوْ ثَوْتٍ ، وَقَدْرَها فِي الصَّغَرِ وَالْكَبِيرِ ، وَالْعُمُقِ وَالضَّيْقِ ، وَالشَّخَانَةِ وَالرَّقَّةِ وَأَيَّ عَمَلٍ . وَإِنْ أَسْلَمَ فِي سَيْفٍ ، ضَبَطَهُ بِنَوْعِ حَدِيدِهِ ، وَطُولِهِ وَعَرْضِهِ ، وَرَقَّتِهِ وَغَلْظِهِ ، وَبَلَدِهِ ، وَقَدِيمِ الطَّبَعِ أَوْ مُحَدَّثِ ، مَاضِرٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَيَصِفُ قَبْضَتَهُ وَجَفَنَهُ^(٥٦) .

٦/٤ ظ

فصل : وَالْحَشَبُ عَلَى أَضْرَبٍ ؛ مِنْهُ مَا / يُرَادُ لِلْبِنَاءِ ، فَيَذَكُرُ نَوْعَهُ ، وَيُنْسَهُ رُطُوبَتَهُ ، وَطُولَهُ ، وَدَوْرَهُ ، أَوْ سُمْكَهُ ، وَعَرْضَهُ . وَيَلْزَمُهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مِنْ طَرَفِهِ إِلَى طَرَفِهِ بِذَلِكَ الْعَرْضِ وَالذَّوْرِ . فَإِنْ كَانَ أَحَدُ طَرَفَيْهِ أَغْلَظَ مِمَّا وَصَفَ ، فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا ، وَإِنْ كَانَ أَدَقَّ ، لَمْ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ . وَإِنْ ذَكَرَ الْوِزْنَ أَوْ سَمَحًا ، جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يَذَكُرْهُ ، جَازَ ، وَلَهُ سَمَحٌ خَالَ مِنَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ ، عَيْبٌ . وَإِنْ كَانَ لِلْقَيْسِيِّ ذَكَرَ هَذِهِ الْأَوْصَافَ ، وَزَادَ سَهْلِيًّا ، أَوْ جَبَلِيًّا ، أَوْ حُوطًا^(٥٧) أَوْ فَلَاقَةً^(٥٨) ؛ فَإِنَّ الْجَبَلِيَّ أَقْوَى مِنَ السَّهْلِيِّ ؛ وَالْحُوطُ أَقْوَى مِنَ الْفَلَاقَةِ . وَيَذَكُرُ فِيمَا لِلوَقُودِ الْغَلْظَةَ ، وَالْيَيْسَ ، وَالرُّطُوبَةَ ، وَالْوِزْنَ . وَيَذَكُرُ فِيمَا لِلنَّصَبِ النَّوْعَ ، وَالْغَلْظَ ، وَسَائِرَ مَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ ، وَيُخْرِجُهُ مِنَ الْجَهَالَةِ . وَإِنْ أَسْلَمَ فِي الثُّشَابِ وَالنَّبْلِ ، ضَبَطَهُ بِنَوْعِ جِنْسِهِ ، وَطُولِهِ وَقِصْرِهِ ، وَدِقَّتِهِ وَغَلْظِهِ ، وَلَوْنِهِ ، وَنَصْلِهِ ، وَرِيشِهِ .

فصل : وَالْحِجَارَةُ مِنْهَا مَا هُوَ لِلْأَرْحِيَةِ^(٥٩) ، فَيَضْبُطُهَا بِالذَّوْرِ ، وَالشَّخَانَةِ ،

(٥٦) الجفن : غمد السيف وغلظه الذى يحفظ فيه .

(٥٧) الحوط : الغصن الناعم لينة .

(٥٨) الفلقة : قوس تتخذ من نصف عود .

(٥٩) الأرحية : جمع رحي .

والبَلَد ، والتَّوَع إن كان يَحْتَلِف . ومنها ما هو للبناء ، فيذْكَرُ التَّوَع ، واللُّوَن ، والقَدْرُ^(٦٠) والوَزَن . وَيَذْكَرُ في حِجَارَةِ الآيَةِ اللُّوَن ، والتَّوَع ، والقَدْرُ^(٦١) ، واللِّين ، والوَزَن . وَيَصِفُ البَلُّورَ بأوصافه . وَيَصِفُ الآجْرَ واللِّينَ بِمَوْضِعِ التَّرْبِيَةِ ، واللُّوَن ، والدَّوَرِ ، والشَّحَائَةِ ، وإن أسْلَمَ في الحِجْصِ ، والثُّورَةِ^(٦٢) ، ذَكَرَ اللُّوَن ، والوَزَنَ . ولا يَقْبَلُ ما أَصَابَهُ المَاءُ فَجَفَّ ، ولا ما قَدَّمَ قَدَمًا يُؤَثِّرُ فِيهِ . وَيَضْبِطُ التُّرَابَ بِمَثَلِ ذَلِكَ ، وَيَقْبَلُ الطِّينَ الَّذِي قَد جَفَّ إِذَا كَانَ لا يَتَأَثَّرُ بِذَلِكَ .

فصل : وَيَضْبِطُ العَنْبَرَ بِلَوْنِهِ والبَلَدِ ، وإن شَرَطَ قِطْعَةً أو قِطْعَتَيْنِ ، جازَ ، وإن لم يَشْتَرِطْ ، فله أن يُعْطِيَهُ صِغَارًا أو كِبَارًا ، وقد قِيلَ : إنَّ^(٦٣) العَنْبَرَ نَبَاتٌ يَخْلُقُهُ اللهُ تَعَالَى في جَنَابَاتِ البَحْرِ . وَيَضْبِطُ العُودَ الهِنْدِيَّ بِلَدِّهِ ، وما يُعْرَفُ بِهِ . وَيَضْبِطُ المُصْطَكِي ، واللَّبَّانَ ، والغِرَاءَ العَرَبِيَّ ، وصَمْعَ الشَّجَرِ ، والمِسْكَ ، وسائِرَ ما يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ ، بما يَحْتَلِفُ بِهِ .

٧٧٤ - مسألة ؛ قال : (إِذَا كَانَ بِكَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ عَدَدٍ مَعْلُومٍ)

هذا الشَّرْطُ الثالثُ . وهو مَعْرِفَةُ مِقْدَارِ المُسْلَمِ فِيهِ بِالكَيْلِ إن كان مَكِيلًا ، وبالوَزْنِ إن كان مَوْزُونًا ، وبالعَدَدِ / إن كان مَعْدُودًا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَفَ^(١) فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ »^(٢) . ولأنَّهُ عِوَضٌ غَيْرُ مُشَاهِدٍ يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ ، فَاشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ قَدْرِهِ ،

(٦٠) في الأصل : « والقدر » .

(٦١) النورة : حجر الكلس .

(٦٢) سقط من : الأصل .

(١) في م : « أسلم » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٤ .

كَالْتَمَنِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي اعْتِبَارِ مَعْرِفَةِ الْمِقْدَارِ خِلَافًا . وَيَجِبُ أَنْ يُقَدَّرَهُ بِمِكْيَالٍ ،
 أَوْ أَرْطَالٍ مَعْلُومَةٍ عِنْدَ الْعَامَّةِ . فَإِنْ قَدَّرَهُ بِإِنَاءٍ مُعَيَّنٍ ^(٣) ، أَوْ صَنْجَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، غَيْرِ
 مَعْلُومَةٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَهْلِكُ ، فَيَتَعَدَّرُ مَعْرِفَةَ قَدْرِ ^(٤) الْمُسْلِمِ فِيهِ ، وَهَذَا عَرَّرَ
 لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الْعَقْدُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْدِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ،
 عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمَ فِي الطَّعَامِ لَا يَجُوزُ بِقَفِيضٍ لَا يُعْرَفُ ^(٥) عِيَارُهُ ، وَلَا فِي ثَوْبٍ بِذَرَعِ
 فَلَانٍ ؛ لِأَنَّ الْمِعْيَارَ لَوْ تَلَفَ ، أَوْ مَاتَ فَلَانٌ ، بَطَلَ السَّلْمُ ، مِنْهُمْ ؛ الثَّوْرِيُّ ،
 وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَإِنْ عَيَّنَ مِكْيَالَ رَجُلٍ أَوْ مِيزَانَهُ ،
 وَكَانَا مَعْرُوفَيْنِ عِنْدَ الْعَامَّةِ ، جَازَ . وَلَمْ يَخْتَصَّ بِهِمَا . وَإِنْ لَمْ يُعْرَفَا ، لَمْ يَجُزْ .

فصل : وَإِنْ أَسْلَمَ فِيمَا يُكَالُ وَزَنَّا ، أَوْ فِيمَا يُوزَنُ كَيْلًا ، فَتَقَلَّ الْأَثْرُمُ ، أَنَّهُ سَأَلَ
 أَحْمَدَ عَنِ السَّلْمِ فِي التَّمْرِ وَزَنَّا ؟ فَقَالَ : لَا إِلَّا كَيْلًا . قُلْتُ : إِنْ النَّاسَ هَهُنَا لَا يَعْرِفُونَ
 الْكَيْلَ . قَالَ : وَإِنْ كَانُوا لَا يَعْرِفُونَ الْكَيْلَ . فَيَحْتَمِلُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْمَكِيلِ
 إِلَّا كَيْلًا ، وَلَا فِي الْمَوْزُونِ إِلَّا وَزَنًا . وَهَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ؛
 وَذَلِكَ ^(٦) لِأَنَّهُ مَبِيعٌ يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ قَدْرِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ بِغَيْرِ مَا هُوَ مُقَدَّرٌ بِهِ فِي الْأَصْلِ ،
 كَبَيْعِ الرُّطُوبَاتِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ . وَلِأَنَّهُ قَدَّرَ الْمُسْلِمَ بِغَيْرِ مَا هُوَ مُقَدَّرٌ بِهِ فِي الْأَصْلِ ،
 فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ فِي الْمَذْرُوعِ وَزَنَّا . وَتَقَلَّ الْمَرُودِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ
 السَّلْمُ فِي اللَّبَنِ إِذَا كَانَ كَيْلًا أَوْ وَزَنًا . وَهَذَا يُدُلُّ عَلَى إِبَاحَةِ السَّلْمِ فِي الْمَكِيلِ وَزَنًا ،
 وَفِي الْمَوْزُونِ كَيْلًا ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ لَا يَخْلُو مِنْ كَوْنِهِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، وَقَدْ أَجَازَ السَّلْمُ
 فِيهِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَابْنِ الْمُنْدِرِ . وَقَالَ مَالِكٌ : ذَلِكَ جَائِزٌ
 إِذَا كَانَ النَّاسُ يَتَّبَاعُونَ التَّمْرَ وَزَنَّا . وَهَذَا أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ

(٣) فِي ١ ، م : « مَعْلُومٌ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) فِي م : « يَعْلَمُ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

مَعْرِفَةُ قَدْرِهِ ، وَخُرُوجُهُ مِنَ الْجَهَالَةِ ، وَإِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ مِنْ غَيْرِ تَنَازُعٍ ، فَبِأَيِّ قَدْرِ قَدْرُهُ جَازٍ . وَيُفَارِقُ بَيْعَ الرَّبَوِيَّاتِ ؛ فَإِنَّ التَّمَائِلَ فِيهَا فِي الْمَكِيلِ كَيْلًا وَفِي الْمَوْزُونِ وَزْنًا ، شَرْطٌ ، وَلَا تَعْلَمُ هَذَا الشَّرْطَ إِذَا قَدَّرَهَا بِغَيْرِ مِقْدَارِهَا الْأَصْلِيِّ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا / ، فَإِنَّ الْحُبُوبَ كُلَّهَا مَكِيلَةٌ ، وَكَذَلِكَ التَّمْرُ وَالزَّرْبِيُّ وَالْفُسْتُقُ وَالْبُنْدُقُ وَالْمِلْحُ . قَالَ الْقَاضِي : وَكَذَلِكَ الْأَذْهَانُ . وَقَالَ فِي السَّمْنِ وَاللَّبَنِ وَالزَّبِيدِ : يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهَا كَيْلًا وَوَزْنًا . وَلَا يُسَلِّمُ فِي اللَّبِّ إِلَّا وَزْنًا ؛ لِأَنَّهُ يَجْمُدُ عَقِيبَ حَلْبِهِ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْكَيْلُ فِيهِ .

٧/٤ ط

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمُسَلَّمُ فِيهِ مِمَّا لَا يُمْكِنُ وَزْنُهُ بِالْمِيزَانِ لِثِقَلِهِ ، كَالْأَرْحِيَةِ وَالْحِجَارَةِ الْكِبَارِ ، يُوزَنُ بِالسَّفِينَةِ ، فَتَتْرَكَ السَّفِينَةُ فِي الْمَاءِ ، ثُمَّ يُتْرَكُ ذَلِكَ فِيهَا فَيَنْظُرُ إِلَى أَى مَوْضِعٍ تَعْوِصُ ، فَيَعْلَمُهُ ، ثُمَّ يُرْفَعُ وَيُتْرَكُ مَكَانَهُ رَمْلًا أَوْ حِجَارَةً صِغَارًا ، إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الْمَاءُ الْمَوْضِعَ الَّذِي كَانَ بَلَّغَهُ ، ثُمَّ يُوزَنُ بِمِيزَانٍ . فَمَا بَلَغَ فَهُوَ زِنَةُ ذَلِكَ الشَّيْءِ الَّذِي أُرِيدَ مَعْرِفَةُ وَزْنِهِ .

فصل : وَلَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ الْمَذْرُوعِ بِالذَّرْعِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ تَعْلَمُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْدِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ السَّلْمَ جَائِزٌ فِي الثِّيَابِ بِذَّرْعٍ مَعْلُومٍ .

فصل : وَمَا عَدَا الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ وَالْحَيَوَانَ وَالْمَذْرُوعَ ، فَعَلَى ضَرِيئَيْنِ : مَعْدُودٍ ، وَغَيْرِهِ ، فَالْمَعْدُودُ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَتَّبِأَيْنُ كَثِيرًا ، كَالجَوْزِ وَالْبَيْضِ وَنَحْوِهِمَا ، فَيُسَلِّمُ فِيهِ عَدَدًا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْأَوْزَاعِيِّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يُسَلِّمُ فِيهِمَا كَيْلًا أَوْ وَزْنًا ، وَلَا يَجُوزُ عَدَدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَّبِأَيْنُ وَيَخْتَلِفُ ، فَلَمْ يَجْزِ عَدَدًا ، كَالْبَطِيخِ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّفَاوُتَ يَسِيرٌ ، وَيَذْهَبُ ذَلِكَ بِاشْتِرَاطِ الْكِبَرِ أَوْ الصَّغَرِ أَوْ الْوَسَطِ ، فَيَذْهَبُ التَّفَاوُتُ ، وَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ يَسِيرٌ عُفَى عَنْهُ ، كَسَائِرِ التَّفَاوُتِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ الْمَعْفُودِ عَنْهُ ، وَيُفَارِقُ الْبَطِيخَ ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَعْدُودٍ ، وَالتَّفَاوُتُ فِيهِ كَثِيرٌ لَا يَنْضَبُطُ . النَّوْعُ الثَّانِي ، مَا يَتَّفَاوُتُ ؛ كَالرَّمَانِ وَالسَّقَّرَجَلِ وَالقَثَاءِ وَالخِيَارِ ، فَهَذَا حُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَيْسَ بِمَعْدُودٍ مِنَ الْبَطِيخِ وَالْبُقُولِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛

أحدهما ، يُسَلِّمُ فِيهِ عَدَدًا ، وَيَضْبُطُهُ بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ ؛ لِأَنَّهُ يُبَاغِ هَكَذَا . الثَّانِي ، لَا يُسَلِّمُ فِيهِ إِلَّا وَزَنًا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرَهُ بِالْعَدَدِ ، لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ كَثِيرًا ، وَيَتَّبَانُ جَدًّا ، وَلَا بِالْكَيْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَّجَانِي فِي الْمِكْيَالِ ، وَلَا يُمَكِّنُ تَقْدِيرُ الْبُقُولِ بِالْحَزْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَلِفُ ، وَيُمَكِّنُ حَزْمَ الْكَبِيرَةِ وَالصَّغِيرَةِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ تَقْدِيرَهُ بِغَيْرِ الْوَزْنِ ، فَتَعَيَّنَ تَقْدِيرُهُ بِهِ .

٧٧٥ - مسألة ؛ قال : (إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ بِالْأَهْلَةِ)

وَهَذَا الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا أَجَلًا / مَعْلُومًا . وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصُولٌ ثَلَاثَةٌ :

أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُشْتَرِطُ لِصِحَّةِ السَّلْمِ كَوْنَهُ مُؤَجَّلًا ، وَلَا يَصِحُّ السَّلْمُ الْحَالُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْمُرُودِيِّ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يَشْتَرِطَ الْأَجَلَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : يَجُوزُ السَّلْمُ حَالًا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَصِحُّ مُؤَجَّلًا ، فَصَحَّ حَالًا ، كَبَيْعِ الْأَعْيَانِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا جَارَ مُؤَجَّلًا فَحَالًا أَجُوزُ ، وَمَنْ عَرَّرَ أَبْعَدُ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ ، فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » (١) . فَأَمَرَ بِالْأَجَلِ ، وَأَمَرَهُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ . وَلِأَنَّهُ أَمَرَ بِهَذِهِ الْأُمُورِ تَبْيِينًا لِشُرُوطِ السَّلْمِ ، وَمَنْعًا مِنْهُ بِدُونِهَا ، وَلِذَلِكَ (٢) لَا يَصِحُّ إِذَا اتَّفَقَ الْكَيْلُ وَالْوَزْنُ ، فَكَذَلِكَ الْأَجَلُ . وَلِأَنَّ السَّلْمَ إِنَّمَا جَارَ رُخْصَةً لِلرَّفْقِ ، وَلَا يَحْصُلُ الرَّفْقُ إِلَّا بِالْأَجَلِ ، فَإِذَا اتَّفَقَ الْأَجَلُ اتَّفَقَ الرَّفْقُ ، فَلَا يَصِحُّ ، كَالْكِتَابَةِ . وَلِأَنَّ الْحُلُولَ يُخْرِجُهُ عَنْ اسْمِهِ وَمَعْنَاهُ ، أَمَّا الْأَسْمُ فَلِأَنَّهُ يُسَمَّى سَلْمًا وَسَلْفًا ؛ لِتَعْجَلِ أَحَدِ الْعَوَظِينَ وَتَأَخُّرِ الْآخَرَ ، وَمَعْنَاهُ مَا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ ، مِنْ أَنَّ الشَّارِعَ أَرَادَ حَصْرَ فِيهِ لِلْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ ، وَمَعَ حُضُورِ مَا يَبِيْعُهُ حَالًا لَا حَاجَةَ إِلَى السَّلْمِ ، فَلَا يَثْبُتُ . وَيُفَارِقُ تَنْوَعِ الْأَعْيَانِ ، فَإِنَّهَا لَمْ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٤ .

(٢) في النسخ : « وكذلك » .

تُبْتُ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِمَعْنَى يَخْتَصُّ بِالتَّاجِيلِ . وما ذَكَرُوهُ مِنَ التَّيْبَةِ غَيْرُ صَاحِحٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يُجْزَىٰ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَعْنَى الْمُقْتَضَىٰ مَوْجُودًا فِي الْفَرْعِ بِصِفَةِ التَّأَكِيدِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ هُنَا ؛ فَإِنَّ الْبُعْدَ مِنَ الضَّرَرِ لَيْسَ هُوَ الْمُقْتَضَىٰ لِصِحَّةِ السَّلْمِ الْمُؤَجَّلِ ، وَإِنَّمَا الْمُصَحَّحُ لَهُ شَيْءٌ آخَرُ ، لَمْ نَذْكَرْ اجْتِمَاعَهُمَا فِيهِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا افْتِرَاقَهُمَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ بَاعَهُ مَا يَصِحُّ السَّلْمُ فِيهِ حَالًا فِي الذَّمَّةِ ، صَحَّ ، وَمَعْنَاهُ مَعْنَى السَّلْمِ ، وَإِنَّمَا افْتَرَقَا فِي اللَّفْظِ .

الفصل الثاني ، أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ كَوْنِ الْأَجْلِ مَعْلُومًا ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ (٣) . وَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ » . وَلَا نَعْلَمُ فِي اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ فِي الْجُمْلَةِ اخْتِلَافًا . فَأَمَّا كَيْفِيَّتُهُ فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ أَنْ يُعْلِمَهُ بِرِمَانٍ بَعِيْنِهِ لَا يَخْتَلِفُ ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُوجَلَّهُ بِالْحَصَادِ وَالْجِرَازِ وَمَا أَشْبَهَهُ . وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْدِرِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ قَالَ : أَرَجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ / وَأَبُو ثَوْرٍ . وَعَنْ ابْنِ عَمَرَ : أَنَّهُ كَانَ يَتَنَاقَشُ إِلَى الْعَطَاءِ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى . وَقَالَ أَحْمَدُ : إِنْ كَانَ شَيْءٌ يُعْرَفُ فَأَرَجُو ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : إِلَى قُدُومِ الْعُرَاةِ . وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ وَقْتُ الْعَطَاءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَعْلُومٌ ، فَأَمَّا نَفْسُ الْعَطَاءِ فَهِيَ فِي نَفْسِهِ مَجْهُولٌ يَخْتَلِفُ وَيَتَقَدَّمُ وَيَتَأَخَّرُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ نَفْسَ الْعَطَاءِ ؛ لِكَوْنِهِ يَتَفَاوَتُ أَيْضًا ، فَأَشْبَهَ الْحَصَادَ . وَاحْتِجَّ مِنْ أَجَازِ ذَلِكَ ، بِأَنَّهُ أَجَلٌ يَتَعَلَّقُ بِوَقْتٍ مِنَ الزَّمَنِ ، يُعْرَفُ فِي الْعَادَةِ ، لَا يَتَفَاوَتُ فِيهِ تَفَاوُتًا كَثِيرًا ، فَأَشْبَهَ إِذَا قَالَ : إِلَى رَأْسِ السَّنَةِ . وَلَنَا : مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تَتَّبَاعُوا إِلَى الْحَصَادِ وَالذِّيَاسِ ، وَلَا تَتَّبَاعُوا إِلَّا إِلَى شَهْرِ مَعْلُومٍ . وَلِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ وَيَقْرُبُ وَيَبْعُدُ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَجَلًا كَقُدُومِ زَيْدٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ رَوَى عَنْ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعَثَ إِلَى يَهُودِيٍّ ، « أَنْ أَبْعَثَ إِلَيَّ بِتَوْبِينٍ إِلَى الْمَيْسَرَةِ » (٤) . قُلْنَا : قَالَ ابْنُ الْمُنْدِرِ : رَوَاهُ حَرَمِيُّ مِنْ عُمَارَةَ .

٨/٤ ظ

(٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى أجل ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى

٢١٧/٥ . والنسائى ، فى : باب البيع إلى الأجل المعلوم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٨/٧ .

قال أحمد: فيه غفلة، وهو صدوق. قال ابن المنذر: فأخاف أن يكون من غفلاته، إذ لم يتابع عليه، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الأجل إلى الميسرة لم يصح.

فصل: إذا جعل الأجل إلى شهر تعلق بأوله. وإن جعل الأجل اسماً يتناول شيعين كجمادى وربيع ويوم النفر، تعلق بأولهما. وإن قال: إلى ثلاثة أشهر كان^(٥) إلى انقضائها؛ لأنه إذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمه، وجب أن يكون ابتداءها من حين لفظه بها. وكذلك لو قال: إلى شهر. كان آخره. وينصرف ذلك إلى الأشهر الهلالية، بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ﴾^(٦). وأراد الهلالية. وإن كان في أثناء شهر كملنا شهرين بالهلال وشهراً بالعدل ثلاثين يوماً. وقيل: تكون الثلاثة كلها عدية. وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع. وإن قال: محله شهر كذا أو يوم كذا. صح، وتعلق بأوله. وقيل: لا يصح؛ لأنه جعل ذلك ظرفاً، فيحتمل أوله وآخره. والصحيح الأول؛ فإنه لو قال لامرأته: أنت طالق في شهر كذا. تعلق بأوله، وهو نظير مسألتنا. فإن قيل: الطلاق يتعلق بالإخطار والإغرار، ويجوز تعليقه على مجهول، كنزول المطر، وقُدوم زيد، بخلاف مسألتنا. قلنا: إلا أنه إذا جعل محله في شهر تعلق بأوله، فلا يكون مجهولاً، / وكذا السلم.

و ٩/٤

فصل: ومن شرط الأجل أن يكون مدة لها وقع في الثمن، كالشهر وما قاربه. وقال أصحاب أبي حنيفة: لو قدره ينصف يوم، جاز. وقدره بعضهم بثلاثة أيام، وهو قول الأوزاعي؛ لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط، ولأنها آخر حد القلة، ويتعلق بها عندهم بإباحة رخص السفر. وقال الآخرون: إنما اعتبر التأجيل

(٥) سقط من: ١، م.

(٦) سورة التوبة ٣٦.

لأنَّ المُسَلِّمَ فِيهِ مَعْدُومٌ فِي الْأَصْلِ ، لَكُونِ السَّلَامِ إِتْمَانَتْ رُحْصَةً فِي حَقِّ الْمَفَالِيسِ ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْأَجَلِ لِيَحْصُلَ وَيُسَلِّمَ ؛ وَهَذَا يَتَحَقَّقُ بِأَقْلٍ مُدَّةٍ يَتَصَوَّرُ تَحْصِيلَهُ فِيهَا . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَجَلَ إِتْمَانٌ لِيَتَحَقَّقَ الْمَرْفَقُ الَّذِي شَرَعَ مِنْ أَجْلِهِ السَّلَامُ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِالْمُدَّةِ الَّتِي لَا وَقَعَ لَهَا فِي الثَّمَنِ ، وَلَا يَصِحُّ اعْتِبَارُهُ بِمُدَّةِ الْخِيَارِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ يَجُوزُ سَاعَةً ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ ، وَالْأَجَلَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ أَعْوَامًا ، وَهَمَّ لَا يُجِيزُونَ الْخِيَارَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثٍ ، وَكُونُهَا آخِرَ حَدِّ الْقَلَّةِ ، لَا يَقْتَضِي التَّقْدِيرَ بِهَا . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمَقْصُودَ يَحْصُلُ بِأَقْلٍ مُدَّةٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ السَّلَامَ إِتْمَانٌ يَكُونُ لِحَاجَةِ الْمَفَالِيسِ الَّذِينَ لَهُمْ ثِمَارٌ أَوْ زُرُوعٌ أَوْ تِجَارَاتٌ يَنْتَظِرُونَ حُصُولَهَا ، وَلَا تَحْصُلُ هَذِهِ فِي الْمُدَّةِ الْيَسِيرَةِ .

الفصل الثالث ، فِي كَوْنِ الْأَجَلِ مَعْلُومًا بِالْأَهْلَةِ ، وَهُوَ أَنْ يُسَلِّمَ إِلَى وَقْتٍ يُعْلَمُ بِالْهَلَالِ ، نَحْوَ أَوَّلِ الشَّهْرِ ، أَوْ أَوْسَطِهِ ، أَوْ آخِرِهِ ، أَوْ يَوْمٍ مَعْلُومٍ مِنْهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ﴾ (٧) . وَلَا إِخْلَافَ فِي صِحَّةِ التَّأْجِيلِ بِذَلِكَ . وَلَوْ أُسْلِمَ إِلَى عِيدِ الْفِطْرِ ، أَوْ النَّحْرِ ، أَوْ يَوْمِ عَرَفَةَ ، أَوْ عَاشُورَاءَ ، أَوْ نَحْوِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ بِالْأَهْلَةِ . وَإِنْ جَعَلَ الْأَجَلَ مُقَدَّرًا بِغَيْرِ الشُّهُورِ الْهَلَالِيَّةِ ، فَذَلِكَ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، مَا يَعْرِفُهُ الْمُسْلِمُونَ ، وَهُوَ بَيْنَهُمْ مَشْهُورٌ كَكَاثُونَ وَشَبَاطُ ، أَوْ عِيدٍ لَا يَخْتَلِفُ كَالْتِيَرُوزِ وَالْمَهْرَجَانِ عِنْدَ مَنْ يَعْرِفُهُمَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ وَابْنِ أَبِي مُوسَى ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ أُسْلِمَ إِلَى غَيْرِ الشُّهُورِ الْهَلَالِيَّةِ . أَشْبَهَ إِذَا أُسْلِمَ إِلَى الشُّعَانِينَ (٨) وَعِيدِ الْفِطْرِ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ لَا يَعْرِفُهَا كَثِيرٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ، أَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ . قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : إِذَا أُسْلِمَ إِلَى فِصْحِ النَّصَارَى وَصَوْمِهِمْ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ لَا يَخْتَلِفُ ، أَشْبَهَ أَعْيَادَ الْمُسْلِمِينَ . وَفَارَقَ مَا يَخْتَلِفُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَعْلَمُهُ

(٧) سورة البقرة ١٨٩ .

(٨) الشعانين : عيد للنصارى يقع يوم الأحد السابق لعيد الفصح .

المسلمون . القسم الثاني ، ما لا يَعْرِفُهُ الْمُسْلِمُونَ ، كَعِيدِ الشَّعَائِنِ وَعِيدِ / الْفَطِيرِ وَنَحْوِهِمَا ، فَهَذَا لَا يَجُوزُ السَّلْمُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمِينَ لَا يَعْرِفُونَهُ ، وَلَا يَجُوزُ تَقْلِيدُ أَهْلِ الذِّمَّةِ فِيهِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمْ غَيْرُ مَقْبُولٍ ، وَلِأَنَّهُمْ يُقَدِّمُونَهُ وَيُوَخِّرُونَهُ عَلَى حِسَابِ لَهْمٍ لَا يَعْرِفُهُ الْمُسْلِمُونَ . وَإِنْ أَسْلَمَ إِلَى مَا لَا يَخْتَلِفُ ، مِثْلَ كَاتُونِ الْأَوَّلِ ، وَلَا يَعْرِفُهُ الْمُتَعَاقِدَانِ أَوْ أَحَدَهُمَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ عِنْدَهُ .

٧٧٦ - مسألة ؛ قال : (مَوْجُودًا عِنْدَ مَحَلِّهِ)

هذا الشَّرْطُ الْخَامِسُ ، وَهُوَ كَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ عَامُّ الْوُجُودِ فِي مَحَلِّهِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ ، أَمَكْنَ تَسْلِيمُهُ عِنْدَ وُجُوبِ تَسْلِيمِهِ . وَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَامُّ الْوُجُودِ ، لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا عِنْدَ الْمَحَلِّ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ تَسْلِيمُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ ، كَبَيْعِ الْأَبِقِ ، بَلِ أَوْلَى ؛ فَإِنَّ السَّلْمَ احْتَمَلَ فِيهِ أَنْوَاعٌ مِنَ الْعَرَرِ لِلْحَاجَةِ ، فَلَا يَحْتَمِلُ فِيهِ عَرَرٌ آخَرَ ، لِأَنَّ الْكَثْرَ الْعَرْرُ فِيهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسَلَّمَ فِي الْعَنْبِ وَالرُّطَبِ إِلَى شَبَاطٍ أَوْ آذَارٍ ، وَلَا إِلَى مَحَلٍّ لَا يُعْلَمُ وُجُودُهُ فِيهِ ، كَرَمَانَ أَوَّلِ الْعَنْبِ أَوْ آخِرِهِ الَّذِي لَا يُوَجَدُ فِيهِ إِلَّا نَادِرًا ، فَلَا يُؤْمَنُ انْقِطَاعُهُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسَلَّمَ فِي ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ بَعَيْنِهِ ، وَلَا قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ ؛ لِكَوْنِهِ لَا يُؤْمَنُ تَلْفُهُ وَانْقِطَاعُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّرِ : إِبْطَالُ السَّلْمِ إِذَا أَسْلَمَ فِي ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ بَعَيْنِهِ كَالْإِجْمَاعِ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَمِمَّنْ حَفِظْنَا عَنْهُ ذَلِكَ ؛ الثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَإِسْحَاقُ . قَالَ : وَرَوَيْنَا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ أَسْلَفَ إِلَيْهِ رَجُلٌ مِنَ الْيَهُودِ دَنَائِيرَ فِي تَمْرٍ مُسَمَّى ، فَقَالَ الْيَهُودِيُّ : مِنْ تَمْرِ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ فَلَا ، وَلَكِنْ كَيْلٌ مُسَمَّى إِلَى أَجْلِ مُسَمَّى » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَةَ ^(١) وَغَيْرُهُ ، وَرَوَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ الْجُوزْجَانِيُّ ، فِي « الْمُتَرَجِمِ » . وَقَالَ : أَجْمَعَ النَّاسُ عَلَى الْكَرَاهَةِ لِهَذَا الْبَيْعِ . وَلِأَنَّهُ

(١) في : باب السلف في كيل معلوم ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٦/٢ .

إذا أسلم في ثَمَرَةٍ بُسْتَانٍ بَعَيْنِهِ ، لم يُؤْمِنْ انْقِطَاعَهُ وتَلْفَهُ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أسلم في شيءٍ قَدَرَهُ بِمَكِّيَالٍ مُعَيَّنٍ ، أو صَنْجَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، أو أَحْضَرَ خِرْقَةً ، وقال : أسلَمْتُ إليك في مثل هذه .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ كَوْنُ المُسْلِمِ فِيهِ مَوْجُودًا حَالَ السَّلْمِ ، بل يجوزُ أَنْ يُسَلِّمَ فِي الرُّطْبِ فِي أَوَانِ الشُّتَاءِ ، وَفِي كُلِّ (٢) مَعْدُومٍ إِذَا كَانَ مَوْجُودًا فِي المَحَلِّ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَابْنَ المُنْذِرِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالأَوْزَاعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يَجُوزُ حَتَّى يَكُونَ جِنْسُهُ مَوْجُودًا حَالَ العَقْدِ إِلَى حِينِ المَحَلِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ زَمَنٍ يَجُوزُ / أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا لِلْمُسْلِمِ فِيهِ لِمَوْتِ المُسْلِمِ إِلَيْهِ ، فَاعتَبِرُوا جُودَهُ فِيهِ ، كَالْمَحَلِّ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدِمَ المَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ ، فَقَالَ : « مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، (٣) وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » (٤) . وَلَمْ يَذْكَرِ الوُجُودَ ، وَلَوْ كَانَ شَرْطًا لَدَكَرَهُ ، وَلَتَهَاھُمْ عَنِ السَّلْفِ سَنَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُ مِنْهُ انْقِطَاعُ المُسْلِمِ فِيهِ أَوْسَطَ السَّنَةِ ، وَلِأَنَّهُ يُثْبِتُ فِي الذِّمَّةِ ، وَيُوجَدُ فِي مَحَلِّهِ غَالِبًا ، فَجَازَ السَّلْمُ فِيهِ ، كَالْمَوْجُودِ ، وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بِالمَوْتِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا فَلَا يَلْزَمُ أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ الوُجُودَ ، إِذْ لَوْ لَزِمَ أَفْضَى إِلَى أَنْ تَكُونَ آجَالُ السَّلْمِ مَجْهُولَةً ، وَالمَحَلُّ مَا جَعَلَهُ المُتَعَاقدَانِ مَحَلًّا ، وَهَهُنَا لَمْ يَجْعَلَاهُ .

فصل : إِذَا تَعَدَّرَ تَسْلِيمُ المُسْلِمِ فِيهِ عِنْدَ المَحَلِّ ، إِذَا لَعِينَةِ المُسْلِمِ فِيهِ (٤) أَوْ عَجَزِهِ عَنِ التَّسْلِيمِ ، حَتَّى عَدِمَ المُسْلِمُ فِيهِ ، أَوْ لَمْ تَحْمِلِ الثَّمَارُ تِلْكَ السَّنَةَ ، فَالْمُسْلِمُ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ إِلَى أَنْ يُوجَدَ فَيُطَالَبَ بِهِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَفْسَخَ العَقْدَ وَيَرْجِعَ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا ، أَوْ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَإِلَّا قِيمَتِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ،

(٢) فِي الأَصْلِ ، م زِيَادَةٌ : « يَوْمٍ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

وَتَقْدِمُ تَخْرُجُ الحَدِيثُ فِي صَفْحَةِ ٣٨٤ .

(٤) فِي م : « إِلَيْهِ » .

وابن المنذر . وفيه وجه آخر ، أنه يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِنَفْسِ التَّعْذِرِ ؛ لَكَوْنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ مِنْ ثَمَرَةِ الْعَامِ ، بِدَلِيلِ وَجُوبِ التَّسْلِيمِ مِنْهَا ، فَإِذَا هَلَكَتْ أَنْفَسَخَ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ قَفِيزًا مِنْ صَبْرَةٍ فَهَلَكَتْ . وَالْأَوَّلُ الصَّحِيحُ ؛ فَإِنَّ الْعَقْدَ قَدْ صَحَّ ، وَإِنَّمَا تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَبَقَ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَلَا يَصِحُّ دَعْوَى التَّعْيِينِ فِي هَذَا الْعَامِ ؛ فَإِنَّهُمَا لَوْ تَرَضِيًّا عَلَى دَفْعِ الْمُسْلِمِ فِيهِ مِنْ غَيْرِهَا ، جَازَ ، وَإِنَّمَا أُجِبَ عَلَى دَفْعِهِ مِنْ ثَمَرَةِ الْعَامِ ، لِتَمَكِينِهِ مِنْ دَفْعِ مَا هُوَ بِصِفَةِ حَقِّهِ ، وَلِذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ الدَّفْعُ مِنْ ثَمَرَةِ نَفْسِهِ إِذَا وَجَدَهَا وَلَمْ يَجِدْ غَيْرَهَا ، وَلَيْسَتْ مُتَعَيِّنَةً . وَإِنْ تَعَذَّرَ الْبَعْضُ ، فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارَ بَيْنَ الْفَسْخِ فِي الْكُلِّ ، وَالرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَصِيرَ إِلَى حَيْثُ الْإِمْكَانِ ، وَيُطَالِبَ بِحَقِّهِ . فَإِنَّ أَحَبَّ الْفَسْخِ فِي الْمَفْقُودِ دُونَ الْمَوْجُودِ ، فَهُوَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ طَرَأَ بَعْدَ صِحَّةِ الْعَقْدِ ، فَلَا يُوجِبُ الْفَسَادَ فِي الْكُلِّ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ صَبْرَتَيْنِ فَتَلَفَتْ إِحْدَاهُمَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ : لَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ إِلَّا فِي الْكُلِّ ، أَوْ يَصِيرُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ فِي الْإِقَالَةِ فِي بَعْضِ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْفَسْخَ يَثْبُتُ بِنَفْسِ التَّعْذِرِ . أَنْفَسَخَ فِي الْمَفْقُودِ دُونَ الْمَوْجُودِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَنَّ الْفَسَادَ الطَّارِئَ عَلَى بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْجَمِيعِ ، وَيَثْبُتُ لِلْمُشْتَرِي خِيَارَ الْفَسْخِ فِي الْمَوْجُودِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ .

ظ ١٠/٤

فصل : إِذَا أَسْلَمَ نَصْرَانِيٌّ إِلَى نَصْرَانِيٍّ فِي خَمْرٍ ، ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا . فَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمَ يَأْخُذُ دَرَاهِمَهُ . كَذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَبِهِ نَقُولُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُسْلِمُ الْمُسْلَمَ فَلَيْسَ لَهُ اسْتِيفَاءُ الْخَمْرِ ، فَقَدْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ فَقَدْ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ إِيْفَاؤُهَا ، فَصَارَ الْأَمْرُ إِلَى رَأْسِ مَالِهِ .

٧٧٧ - مسألة ؛ قال : (وَيَقْبِضُ الثَّمَنَ كَامِلًا وَقَفَتِ السَّلْمُ قَبْلَ التَّفْرِيقِ)

هذا الشرط السادس ، وهو أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد ، فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : يجوز

أَنْ يَتَأَخَّرَ قَبْضُهُ يَوْمَيْنِ وَثَلَاثَةً وَأَكْثَرَ ، مَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ شَرْطًا ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ لَا يَخْرُجُ
بِتَأْخِيرِ قَبْضِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ سَلَمًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَأَخَّرَ إِلَى آخِرِ الْمَجْلِسِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، لَا يَجُوزُ فِيهِ شَرْطُ تَأْخِيرِ الْعَوْضِ الْمَطْلُوقِ ، فَلَا يَجُوزُ التَّفَرُّقُ فِيهِ قَبْلَ
الْقَبْضِ ، كَالصَّرْفِ ، وَيُفَارِقُ الْمَجْلِسُ مَا بَعْدَهُ ، بِدَلِيلِ الصَّرْفِ . وَإِنْ قَبِضَ بَعْدَهُ ،
ثُمَّ تَفَرَّقَا ، فَكَلَامُ الْحَرَقِيِّ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِقَوْلِهِ : « كَامِلًا » . وَحُكِيَ ذَلِكَ
عَنْ ابْنِ شُبْرَمَةَ وَالتَّوْرِيِّ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : هَلْ يَصِحُّ فِي غَيْرِ الْمَقْبُوضِ ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وَهَذَا الَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَدْ نَصَّ
أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، إِذَا أَسْلَمَ ثَلَاثُمِائَةَ دِرْهَمٍ فِي أَصْنَافٍ شَتَّى ؛ مِائَةٌ فِي
حِنْطَةٍ ، (١) مِائَةٌ فِي شَعِيرٍ ، وَمِائَةٌ فِي شَيْءٍ آخَرَ ، فَخَرَجَ فِيهَا زُبُوفٌ ، رَدَّ عَلَى
الْأَصْنَافِ الثَّلَاثَةِ ، عَلَى كُلِّ صِنْفٍ بِقَدْرِ مَا وَجَدَ مِنَ الزُّبُوفِ ، فَصَحَّ (٢) الْعَقْدُ فِي
الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، فِي مَنْ أَسْلَمَ الْفَأَ إِلَى رَجُلٍ ،
فَقَبِضَهُ نِصْفَهُ ، وَأَحَالَهُ بِنِصْفِهِ ، أَوْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ بِقَدْرِ نِصْفِهِ ، فَحَسِبَهُ
عَلَيْهِ مِنَ الْأَلْفِ : فَإِنَّهُ يَصِحُّ السَّلْمُ فِي النِّصْفِ الْمَقْبُوضِ ، وَيَبْطُلُ فِي الْبَاقِي . فَأَبْطُلَ
السَّلْمُ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ ، وَصَحَّحَهُ فِيمَا قَبِضَ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ : يَبْطُلُ
فِي الْحَوَالَةِ فِي الْكُلِّ . وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْآخَرَى : يَبْطُلُ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ ، وَيَصِحَّ فِيمَا
قَبِضَ بِقِسْطِهِ ؛ بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

فصل : وَإِنْ قَبِضَ الثَّمَنَ فَوَجَدَهُ رَدِيئًا ، فَرَدَّهُ / وَالثَّمَنُ مُعَيَّنٌ ، بَطَلَ الْعَقْدُ بَرَدَّهُ ،
وَيَبْتَدِئَانِ عَقْدًا آخَرَ إِنْ أَحَبَّا . وَإِنْ كَانَ فِي الذَّمَّةِ ، فَلَهُ إِبْدَالُهُ فِي الْمَجْلِسِ ، وَلَا يَبْطُلُ
الْعَقْدُ بَرَدَّهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَعَ عَلَى ثَمَنِ سَلِيمٍ ، فَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مَا لَيْسَ بِسَلِيمٍ ،
كَانَ لَهُ الْمُطَالَبَةُ بِالسَّلِيمِ ، وَلَا يُؤْتَرُ قَبْضُ الْمَعِيبِ فِي الْعَقْدِ . وَإِنْ تَفَرَّقَا ، ثُمَّ عَلِمَ
عَيْبَهُ فَرَدَّهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ الْعَقْدُ بَرَدَّهُ ، لِوُقُوعِ الْقَبْضِ بَعْدَ التَّفَرُّقِ ،

(١-١) سقط من : ١ .

(٢) في ١ : « فصحح » .

ولا يجوز ذلك في السلم . والثاني ، لا يبطل ؛ لأن القبض الأول كان صحيحاً ؛
 بدليل ما لو أمسكته ولم يرده ، وهذا يدل على المقبوض . وهذا قول أبي يوسف
 ومحمد . وهو أحد قولَي الشافعي . واختيار المزني ، لكن من شرطه أن يقبض
 البديل في مجلس الرد ، فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البديل لم يصح ، وجهها
 واحداً ؛ لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما . وإن وجد بعض الثمن رديئاً
 فردّه ، فعلى المرؤود التفصيل الذي ذكرناه . وهل يصح في غير الرديء إذا قلنا
 بفساده في الرديء ؟ على وجهين ، بناءً على تفریق الصفقة .

فصل : وإن خرّج الدرهم مستحقةً والثمن معين ، لم يصح العقد . قال
 أحمد : إذا خرّج الدرهم مسروقةً ، فليس بينهما بيع ؛ وذلك لأن الثمن إذا كان
 معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه ، وإن كان غير معين فله المطالبة ببذله
 في المجلس . وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد ؛ لأن المقبوض لا يصلح عوضاً ،
 فقد تفرقا قبل أخذ الثمن ، إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضولي .
 (٣) ، أو أن النقود لا تتعين بالتعيين (٣) . وإن وجد بعضه مستحقةً ، بطل في ذلك
 البعض ، وفي الباقي وجهان ، بناءً على تفریق 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 يصلح (٤) ذلك . وذلك لأن المسلم فيه دين ، فإذا جعل الثمن
 ديناً كان بيع دين بدين ، ولا يصح ذلك بالإجماع . ولو قال : أسلمت إليك مائة
 درهم في كرم (٥) طعام . وشرطاً أن يعجل له منها خمسين وخمسين / إلى أجل ،

ظ ١١/٤

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) في م : « يصح » .

(٥) الكر : أربعون إردبا .

لم يَصِحَّ الْعَقْدُ فِي الْكَيْلِ ، عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَيُخْرَجُ [فِي] ^(٦) صِحَّتِهِ فِي قَدْرِ الْمَقْبُوضِ وَجِهَانِ ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ لِلْمُعْجَلِ فَضْلًا عَلَى الْمُؤَجَّلِ ، فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ فِي مُقَابَلَتِهِ أَكْثَرَ مِمَّا فِي مُقَابَلَةِ الْمُؤَجَّلِ ، وَالزِّيَادَةُ مَجْهُولَةٌ ، فَلَا يَصِحُّ .

٧٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَمَتَى عَدِمَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَوْصَافِ ، بَطُلَ)

وَجُمْلَةٌ ذَلِكَ ، أَنَّ هَذِهِ الْأَوْصَافَ السِّتَةَ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، لَا يَصِحُّ السَّلْمُ إِلَّا بِهَا ، وَقَدْ دَلَّلْنَا عَلَى ذَلِكَ . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي شَرْطَيْنِ آخَرَيْنِ :

أَحَدُهُمَا ، مَعْرِفَةُ صِفَةِ الثَّمَنِ الْمُعَيَّنِ . وَلَا خِلَافَ فِي اشْتِرَاطِ مَعْرِفَةِ صِفَتِهِ إِذَا كَانَ فِي الذَّمَّةِ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ عَوَاضِي السَّلْمِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا اشْتَرَطَ مَعْرِفَةَ صِفَتِهِ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أُطْلِقَ فِي الْبَلَدِ نَقْدًا مُعَيَّنًا ، انْصَرَفَ الْإِطْلَاقُ إِلَيْهِ ، وَقَامَ مَقَامَ وَصْفِهِ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا ، فَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْحَطَّابِ : لِأَبَدٍ مِنْ مَعْرِفَةِ وَصْفِهِ . وَاجْتَبَا بِقَوْلِ أَحْمَدَ : يَقُولُ : أَسَلَّمْتُ إِلَيْكَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا . وَيَصِفُ الثَّمَنَ . فَاعْتَبَرَ ضَبْطَ صِفَتِهِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا يَمْلِكُ إِثْمَامَهُ فِي الْحَالِ ، وَلَا تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، وَلَا يُؤْمَنُ انْفِسَاخُهُ ، فَوَجَبَ مَعْرِفَةُ رَأْسِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، لِيُرَدَّ بَدَلُهُ ، كَالْفَرَضِ وَالشَّرَكَةِ . وَلِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَظْهَرَ بَعْضُ الثَّمَنِ مُسْتَحَقًّا ، فَيَنْفَسِخَ الْعَقْدُ فِي قَدْرِهِ ، فَلَا يَدْرِي فِي كَمْ بَقِيَ وَكَمْ انْفَسَخَ ؟ فَإِنْ قِيلَ : هَذَا مَوْهُومٌ ، وَالْمَوْهُومَاتُ لَا تُعْتَبَرُ . قُلْنَا : التَّوَهُّمُ مُعْتَبَرٌ هَهُنَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْحَوَازِ ، وَإِنَّمَا جُوزَ إِذَا وَقَعَ الْأَمْنُ مِنَ الْعَرَرِ ، وَلَمْ يُوجَدْ هَهُنَا ، بِدَلِيلٍ مَا إِذَا أَسَلَّمَ فِي ثَمْرَةٍ بُسْتَانٍ بَعَيْنِهِ ، أَوْ قَدَّرَ الْمُسْلِمَ فِيهِ بِصَنْجَةٍ أَوْ مِكْيَالٍ مُعَيَّنٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ .

(٦) تكملة .

وظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ شَرَايِطَ السَّلْمِ وَلَمْ يَذْكُرْهُ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَوَّضَ مُشَاهِدًا ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ ، كَبُيُوعِ الْأَعْيَانِ . وَكَلَامُ أَحْمَدَ إِنَّمَا تَنَاوَلَ غَيْرَ الْمُعَيَّنِ ^(١) ، وَالاخْتِلَافُ فِي اغْتِبَارِ أَوْصَافِهِ . وَدَلِيلُهُمْ يَنْتَقِضُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ ، وَأَنَّهُ / يَنْفَسِخُ بِتَلْفِ الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ ، وَلَا يَحْتَاجُ مَعَ الْيَقِينِ إِلَى مَعْرِفَةِ الْأَوْصَافِ . وَلِأَنَّ رَدَّ مِثْلِ الثَّمَنِ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ عِنْدَ فَسْخِ الْعَقْدِ ، لَا مِنْ جِهَةِ عَقْدِهِ ، وَجِهَالُهُ ذَلِكَ لَا تُؤَثِّرُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ الْمَكِيلَ ، أَوْ الْمَوْزُونَ ^(٢) . وَلِأَنَّ الْعَقْدَ ^(٣) قَدْ تَمَّتْ شَرَايِطُهُ ^(٤) . فَلَا يَبْطُلُ بِأَمْرِ مُوْهُومٍ ^(٥) ، فَعَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يَعْتَبَرُ صِفَاتُهُ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ رَأْسَ مَالِ السَّلْمِ مَا لَا يُمَكِّنُ ضَبْطَ صِفَاتِهِ ، كَالجَوَاهِرِ وَسَائِرِ مَا لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ ، فَإِنْ جَعَلَاهُ سَلْمًا بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَيَجِبُ رَدُّهُ إِنْ كَانَ مَوْجُودًا ، وَقِيَمَتِهِ إِنْ عُرِفَتْ إِذَا كَانَ مَعْدُومًا . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ . وَهَكَذَا إِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّةِ الْعَقْدِ ثُمَّ انْفَسَخَ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : فِي مِائَةِ مُدِّي حِنْطَةٍ . وَقَالَ الْآخَرُ : فِي مِائَةِ مُدِّي شَعِيرٍ . تَحَالَفَا ، وَتَفَاسَخَا بِهِ . قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : كَمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ الْمَبِيعِ .

فصل : وكل مائتين حُرِّمَ النَّسَاءُ فِيهِمَا ، لَا يَجُوزُ إِسْلَامُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ السَّلْمَ مِنْ شَرْطِهِ النَّسَاءُ وَالتَّاجِيلُ . وَالخِرَقِيُّ مَنَعَ بَيْعَ الْعُرُوضِ بَعْضُهَا بِبَعْضِ نِسَاءً . فَعَلَى قَوْلِهِ لَا يَجُوزُ إِسْلَامُ بَعْضِهَا فِي بَعْضٍ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ مَالِ السَّلْمِ إِلَّا عَيْنًا أَوْ وَرِقًا . وَقَالَ الْقَاضِي : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ هُنَا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ . قِيلَ لِأَحْمَدَ : يُسَلِّمُ مَا يُوزَنُ فِيمَا يُكَالُ ، وَمَا يُكَالُ فِيمَا يُوزَنُ ؟

(١) فِي م : « الْعَيْن » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَالْمَوْزُونَ » .

(٣ - ٤) فِي ١ : « قَدْ تَمَّ بِشَرَايِطِهِ » . وَفِي م : « تَمَّتْ شَرَايِطُهُ » .

(٥) فِي م : « مُوْهُوبٌ » تَحْرِيفٌ .

فلم يُعْجِبْهُ . وعلى هذا لا يجوز أن يكونَ المُسْلِمُ فِيهِ ثَمَنًا . وهو قولُ أبي حنيفة ؛ لأنَّهَا لا تُثَبِّتُ فِي الذِّمَّةِ إِلَّا ثَمَنًا ، فلا تكونُ مُثَمَّنَةً . وعلى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ بِجَوَازِ النِّسَاءِ فِي العُرُوضِ ، يجوزُ أن يكونَ رَأْسُ مَالِ السَّلْمِ عَرْضًا ، كالثَّمَنِ سَوَاءً ، ويجوزُ إِسْلَامُهَا فِي الأَثْمَانِ . قال الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : يجوزُ السَّلْمُ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ . وهذا مذهبُ مالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّهَا تُثَبِّتُ فِي الذِّمَّةِ صَدَاقًا ، فَتُثَبِّتُ سَلْمًا ، كالعُرُوضِ . ولأنَّه لا رَبَا بَيْنَهُمَا مِنْ حَيْثُ التَّفَاضُلُ وَلا النِّسَاءُ ، فَصَحَّ إِسْلَامُ أَحَدِهِمَا فِي الآخَرِ ، كالعَرْضِ فِي العَرْضِ ، وَلا يَصِحُّ مَا قَالَهُ أَبُو حنيفة ؛ فَإِنَّهُ لو بَاعَ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرٍ صَحَّ ، وَلا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُثَمَّنًا . فعلى هذا إِذَا أَسْلَمَ عَرْضًا فِي عَرْضٍ مَوْصُوفٍ بِصِفَاتِهِ ، فَجَاءَهُ عِنْدَ الحُلُولِ بِذَلِكَ العَرْضِ بَعِينَهُ ، لَزِمَهُ / قَبُولُهُ ، عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه أَتَاهُ بِالمُسْلِمِ فِيهِ عَلَى صِفَتِهِ ، فَلَزِمَهُ قَبُولُهُ ، كَمَا لو كَانَ غَيْرَهُ . وَالثَّانِي ، لا يَلْزِمُهُ ؛ لأنَّه يُفْضِي إِلَى كَوْنِ الثَّمَنِ هُوَ المُثَمَّنُ ، وَمَنْ نَصَرَ الأَوَّلَ قال (٥) : هذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ (٦) إِنَّمَا هُوَ فِي الذِّمَّةِ . وَهذا عَوَضٌ عَنْهُ . وَهَكَذَا لو أَسْلَمَ جَارِيَةً صَغِيرَةً فِي كَبِيرَةٍ ، فَحَلَّ المَحَلُّ وَهِيَ عَلَى صِفَةِ المُسْلِمِ فِيهِ ، فَأَحْضَرَهَا ، فعلى اِحْتِمَالَيْنِ أَيْضًا ؛ أَحَدُهُمَا ، لا (٧) يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلأنَّه يُفْضِي إِلَى أَنْ يَكُونَ قد اسْتَمْتَعَ بِهَا وَرَدَّهَا حَالِيَةً عَنْ عَقْرِ (٨) . وَالثَّانِي ، يجوزُ ؛ لأنَّه أَحْضَرَ المُسْلِمَ فِيهِ عَلَى صِفَتِهِ . وَيَبْطُلُ الأَوَّلُ بِمَا إِذَا وَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَرَدَّهَا . وَاحْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي هَاتَيْنِ المَسْأَلَتَيْنِ عَلَى هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ . وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ حِيلَةً ؛ لِيَنْتَفِعَ بِالْعَيْنِ ، أَوْ لِيَطَّأَ الجَارِيَةَ ثُمَّ يَرُدَّهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، لم يَجُزْ ، وَجَهًا وَاحِدًا ؛ لأنَّ الحِيلَ كُلَّهَا بَاطِلَةٌ .

(٥) في م : « فان » . خطأ .

(٦) في ا : « المثنى » .

(٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨) العقر : دية الفرج المغضوب .

الشَّرْطُ الثَّانِي الْمُخْتَلَفُ فِيهِ ، تَعْيُنُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ . قَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ بِشَرْطٍ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَطَائِفَةٍ مِنْ أَهْلِ الْحَدِيثِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسَلِّمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ »^(٩) . وَلَمْ يَذْكَرْ مَكَانَ الْإِيْفَاءِ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ . وَفِي الْحَدِيثِ الَّذِي فِيهِ ، أَنَّ الْيَهُودِيَّ أَسْلَمَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ فَلَا ، وَلَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى ، إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى »^(١٠) . وَلَمْ يَذْكَرْ مَكَانَ الْإِيْفَاءِ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضِيَّةٌ ، فَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ ذِكْرُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ ، كَبُيُوعِ الْأَعْيَانِ ، وَقَالَ الثَّوْرِيُّ : يُشْتَرَطُ ذِكْرُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : هُوَ مَكْرُوهٌ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ يَجِبُ بِحُلُولِهِ ، وَلَا يُعْلَمُ مَوْضِعُهُ حِينَئِذٍ ، فَيَجِبُ شَرْطُهُ لِفَلَا يَكُونَ مَجْهُولًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : إِنْ كَانَ لِحَمْلِهِ^(١١) مُؤَنَّةٌ ، وَجَبَ شَرْطُهُ ، وَإِلَّا فَلَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لِحَمْلِهِ مُؤَنَّةٌ اخْتَلَفَ فِيهِ الْقَرَضُ ، بِخِلَافِ مَا لَا مُؤَنَّةَ فِيهِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِنْ كَانَ فِي بَرِّيَّةٍ لَزِمَ^(١٢) ذِكْرُ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا فِي بَرِّيَّةٍ ، فَذَكَرْ مَكَانَ الْإِيْفَاءِ حَسَنًا ، وَإِنْ لَمْ يَذْكَرْهُ كَانَ الْإِيْفَاءُ مَكَانَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى كَانَ فِي بَرِّيَّةٍ لَمْ يُمْكِنِ التَّسْلِيمُ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ ، فَإِذَا تَرَكَ ذِكْرَهُ كَانَ مَجْهُولًا ، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا فِي بَرِّيَّةٍ اقْتَضَى الْعَقْدُ التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِهِ ، فَانْتَفَى بِذَلِكَ عَنْ ذِكْرِهِ ، فَإِنْ ذَكَرَهُ كَانَ تَأْكِيدًا ، فَكَانَ حَسَنًا . فَإِنْ شَرَطَ الْإِيْفَاءَ فِي مَكَانٍ سِوَاهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ بَيْعٌ ، فَصَحَّ شَرْطُ ذِكْرِ الْإِيْفَاءِ فِي غَيْرِ مَكَانِهِ ، كَبُيُوعِ الْأَعْيَانِ . وَلِأَنَّهُ شَرْطُ ذِكْرِ مَكَانِ الْإِيْفَاءِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ ذَكَرَهُ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى رِوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ خِلَافٌ مَا اقْتَضَاهُ الْعَقْدُ ، لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقْتَضِي

و ١٣/٤

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٤ .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٦ .

(١١) في م هنا وفيما يأتي : « لحمه » خطأ .

(١٢) في ١ : « لزمه » .

الإيفاء في مكانه . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : متى ذُكر مكان الإيفاء ، ففيه روايتان ، سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره ؛ لأن فيه غرراً ، لأنه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان ، فأشبهه بتعيين المكيال . واختاره أبو بكر . وهذا لا يصح ؛ فإن في تعيين المكان غرضاً ومصلحةً لهما ، فأشبهه بتعيين الزمان . وما ذكره من احتمال تعذر التسليم فيه يطل بتعيين الزمان ، ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه ، فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد ، أو لا يكون ذلك مقتضى العقد ، فيتعين ذكر مكان الإيفاء ، نفيًا للجهاالة عنه ، وقطعًا للتنازع ، فالعزر في تركه لا في ذكره . وفارق تعيين المكيال ، فإنه لا حاجة إليه ، ويؤت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ، ويُفضى إلى التنازع ، وفي مسألتنا لا يؤت به شرط ، ويقطع التنازع ، والمعنى ^(١٣) المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضى لشرط مكان الإيفاء ، فكيف يصح قياسهم عليه .

٧٧٩ - مسألة ؛ قال : (وينع المسلم فيه من بائعه ، أو من غيره ، قبل قبضه ، فاسد . وكذلك الشركة فيه ، والتولية ، والحوالة به ، طعماً كان أو غيره)

أما ينع المسلم فيه قبل قبضه ، فلا تعلم في تحريمه خلافاً ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه ، وعن ربح ما لم يضمن ^(١) . ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه ، فلم يجز بيعه ، كالطعام قبل قبضه . وأما الشركة فيه والتولية ، فلا تجوز أيضا ؛ لأنهما ينع على ما ذكرنا من قبل . وبهذا قال أكثر أهل العلم . وحكى عن مالك جواز الشركة والتولية ؛ لما روى عن النبي ﷺ ، أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، وأرخص في الشركة والتولية ^(٢) . ولنا ، أنها معاوضة في المسلم فيه

(١٣) في النسخ : « المعنى » .

(١) تقدم ترجمته في صفحة ١٨٢ ، ٣٣٤ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب التولية في البيع والإقالة ، من كتاب البيوع . المصنف ٤٩/٨ .

قبل قبضه ، فلم يجز ، كما لو كانت بلفظ البيع . ولأنهما توغعا ببيع ، فلم يجوزاً في المسلم قبل قبضه ، كالتويع الآخر ، والخبر لا نعرفه ، وهو حجة لنا ؛ لأنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، والشركة والتولية بيع ، فيدخلان في النهي . ويحمل قوله : وأرخص في الشركة والتولية . على أنه أرخص فيهما في الجملة ، لا في هذا الموضع . وأما الإقالة فإنها فسخ ، وليست بيعاً . وأما الحوالة به فغير جائزة^(٣) ، لأن الحوالة إنما تجوز على دين مستقر ، والسلام بعرض الفسخ ، فليس بمستقر . ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ ، فلم يجز كالبيع . ومعنى الحوالة به ، أن 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 . وإن حال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً ؛ لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه ، فلم يجز ، كالبيع . وأما بيع المسلم فيه من بائعه ، فهو أن يأخذ غير ما أسلم فيه عوضاً عن المسلم فيه . فهذا حرام ، سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً ، سواء كان العوض^(٤) مثل المسلم فيه في القيمة ، أو أقل ، أو أكثر . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وذكر ابن أبي موسى ، عن أحمد ، رواية أخرى في من أسلم في بر ، فعدمه عند المحل ، فرضى المسلم بأخذ الشعير مكان البر ، جاز . ولم يجز أكثر من ذلك . وهذا يحمل على الرواية التي فيها أن البر والشعير جنس واحد ، والصحيح في المذهب خلافه . وقال مالك : يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه ، يتعجله ولا يؤخره إلا^(٥) الطعام . قال ابن المنذر : وقد ثبت أن ابن عباس قال : إذا أسلم في شيء إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه ، وإلا فخذ

(٣) في م : « جائز » .

(٤) في م : « العرض » . تحريف .

(٥) في النسخ : « إلى » .

عَوْضًا^(٦) أَنْقَصَ مِنْهُ ، وَلَا تَرْبَحُ مَرَّتَيْنِ . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ^(٧) . وَلِأَنَّ أَخَذَ الْعَوْضَ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ بَيْعٌ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبَيْعِهِ مِنْ غَيْرِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَعْطَاهُ مِنْ جِنْسٍ مَا أَسْلَمَ فِيهِ خَيْرًا مِنْهُ ، أَوْ دُونَهُ فِي الصِّفَاتِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعٍ ، إِنَّمَا هُوَ قَضَاءٌ لِلْحَقِّ ، مَعَ تَفْضِيلٍ مِنْ أَحَدِهِمَا .

فصل : فَأَمَّا الْإِقَالَةُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ ، فَجَائِزَةٌ ، لِأَنَّهَا فَسَخٌ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ / أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْإِقَالَةَ فِي جَمِيعِ مَا أَسْلَمَ فِيهِ جَائِزَةٌ ؛ لِأَنَّ الْإِقَالَةَ فَسَخٌ لِلْعَقْدِ ، وَرَفَعُ لَهُ مِنْ أَصْلِهِ ، وَلَيْسَتْ بَبَيْعًا . قَالَ الْقَاضِي : وَلَوْ قَالَ : لِي عِنْدَكَ هَذَا الطَّعَامُ ، صَالِحِي مِنْهُ عَلَى ثَمَنِهِ . جَازَ ، وَكَانَتْ إِقَالَةُ صَحِيحَةً . فَأَمَّا الْإِقَالَةُ فِي بَعْضِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، فَاحْتَلَفَ^(٨) عَنْ أَحْمَدَ فِيهَا ؛ فَرَوَى عَنْهَا لَا تَجُوزُ . وَرَوَيْتُ كَرَاهَتُهَا عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَالتَّحَمِيَّ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَرَبِيعَةَ ، وَابْنَ أَبِي لَيْلَى ، وَإِسْحَاقَ . وَرَوَى حَبِيبٌ ، عَنْ أَحْمَدَ . أَنَّهُ قَالَ : لَا بَأْسَ بِهَا . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ ، وَحُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَعَمْرٍو بْنِ دِينَارٍ ، وَالْحَكَمِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَالتُّعْمَانِ وَأَصْحَابِهِ ، وَابْنَ الْمُنْذِرِ . وَلِأَنَّ الْإِقَالَةَ مَنْدُوبٌ إِلَيْهَا ، وَكُلُّ مَعْرُوفٍ جَازَ فِي الْجَمِيعِ جَازَ فِي الْبَعْضِ ، كَالْإِبْرَاءِ وَالْإِنْظَارِ . وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّ السَّلْفَ فِي الْعَالِبِ يُزَادُ فِيهِ فِي الثَّمَنِ مِنْ أَجْلِ التَّاجِيلِ ، فَإِذَا أَقَالَهُ فِي الْبَعْضِ ، بَقِيَ الْبَعْضُ بِالْبَاقِي مِنَ الثَّمَنِ وَبِمَنْفَعَةِ الْجُزْءِ الَّذِي حَصَلَتْ الْإِقَالَةُ فِيهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ^(٩) ذَلِكَ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ . وَيُخْرَجُ عَلَيْهِ الْإِبْرَاءُ

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « عَرْضًا » . تَحْرِيفٌ .

(٧) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ السَّلْفِ لَا يَجُولُ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٢/٢٤٧ . وَابْنُ مَاجَهَ ،

فِي : بَابِ مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ التَّجَارَاتِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَهَ ٢/٧٦٦ .

(٨) أَيْ النُّقْلَ .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « شَرْطٌ » .

والإِنظارُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ .

فصل : إِذَا أَقَالَهُ ، رَدَّ التَّمَنَ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، أَوْ مِثْلَهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، أَوْ قِيمَتَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا . فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَهُ عَوْضًا عَنْهُ ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : لَيْسَ لَهُ صَرَفُ ذَلِكَ التَّمَنِ فِي عَقْدٍ آخَرَ حَتَّى يَقْبِضَهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » (١٠) . وَلِأَنَّ هَذَا مَضْمُونٌ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ بِعَقْدِ السَّلْمِ ، فَلَمْ يَجُزِ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي . وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى : يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَوْضٌ مُسْتَقَرٌّ فِي الدِّمَّةِ ، فَجَازَ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ كَانَ قَرْضًا . وَلِأَنَّهُ مَالٌ عَادَّ إِلَيْهِ بِفَسْخِ الْعَقْدِ ، فَجَازَ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ ، كَالتَّمَنِ فِي الْمَبِيعِ إِذَا فُسِّخَ ، وَالْمُسْلَمِ فِيهِ مَضْمُونٌ بِالْعَقْدِ ، وَهَذَا مَضْمُونٌ بَعْدَ فَسْخِهِ ، وَالْحَبْرُ أَرَادَ بِهِ الْمُسْلِمَ فِيهِ ، فَلَمْ يَتَنَاولْ هَذَا . فَإِنْ قَلْنَا بِهَذَا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ كَانَ قَرْضًا أَوْ تَمَنًا فِي بَيْعِ الْأَعْيَانِ ، لَا يَجُوزُ جَعْلُهُ سَلْمًا فِي شَيْءٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَيْعَ ذَيْنِ بَدَيْنِ ، وَيَجُوزُ فِيهِ مَا يَجُوزُ فِي / الْقَرْضِ وَأَثْمَانِ الْبِيعَاتِ إِذَا فُسِّخَتْ .

١٤/٤ ط

٧٨٠ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَسْلَمَ فِي جِنْسَيْنِ تَمَنًا وَاحِدًا ، لَمْ يَجُزْ ، حَتَّى يُبَيِّنَ تَمَنَ كُلِّ جِنْسٍ)

صُورَةٌ ذَلِكَ أَنْ يُسَلَّمَ دِينَارًا وَاحِدًا فِي قَفِيرِ حِنْطَةٍ وَقَفِيرِ شَعِيرٍ ، وَلَا يُبَيِّنُ تَمَنَ الْحِنْطَةِ مِنَ الدِّينَارِ ، وَلَا تَمَنَ الشَّعِيرِ ، فَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ . وَجَوَزَهُ مَالِكٌ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَاحْتَجَّوْا بِأَنَّ كُلَّ عَقْدٍ جَازَ عَلَى جِنْسَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ ، جَازَ عَلَيْهِمَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، كَبَيْعِ الْأَعْيَانِ ، وَكَمَا لَوْ بَيَّنَّ تَمَنَ أَحَدَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّ مَا يُقَابَلُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْجِنْسَيْنِ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ عَقَدَ عَلَيْهِ مُفْرَدًا بِتَمَنِ مَجْهُولٍ .

(١٠) تقدم ترجمته في صفحة ٤١٧ .

ولأن فيه غرراً أننا^(١) لا نأمنُ الفسخَ بتعدُّرِ أحدهما ، فلا يعرفُ بم يرجعُ ؟ وهذا غررٌ أثرٌ مثله في السلمِ . وبمثل هذا عللنا معرفةَ صفةِ الثمنِ وقدرِهِ . وقد ذكرنا ثمَّ وجهاً آخرَ ، أنه لا يشتَرطُ ، فيخرجُ ههنا مثله ؛ لأنه في معناه . ولأنه لما جازَ أن يُسلمَ في شيءٍ واحدٍ إلى أجلينِ ، ولا يُبينَ ثمنَ كلِّ واحدٍ منهما ، كذا ههنا . قال ابنُ أبي موسى : ولا يجوزُ أن يُسلمَ خمسةَ دنانيرٍ وخمسينَ درهماً في كُرِّ حنْطَةٍ ، حتى يُبينَ حصَّةَ ما لكلِّ واحدٍ منهما من الثمنِ . والأولى صِحَّةُ هذا ؛ لأنه إذا تعدَّرَ بعضُ المسلمِ فيه ، رجعَ بقسطِهِ منهما ؛ إن تعدَّرَ النصفُ رجعَ بنصفِهما ، وإن تعدَّرَ الخمسُ رجعَ بدينارٍ وعشرةِ دراهمِ .

٧٨١ - مسألة ؛ قال : (وإذا أسلمَ في شيءٍ واحدٍ ، على أن يقبضَهُ في أوقاتٍ متفرِّقةٍ أجزاءً معلومةً ، فجائزٌ)

قال الأثرُ : قلتُ لأبي عبد الله : الرَّجُلُ يَدْفَعُ إِلَى الرَّجُلِ الدَّرَاهِمَ فِي الشَّيْءِ يُؤْكَلُ ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ كُلَّ يَوْمٍ مِنْ تِلْكَ السَّلْعَةِ شَيْئًا ؟ فَقَالَ : عَلَى مَعْنَى السَّلْمِ إِذَا ؟ فَقُلْتُ : نَعَمْ . قَالَ : لَا بَأْسَ . ثُمَّ قَالَ : مِثْلُ الرَّجُلِ الْقَصَّابِ ، يُعْطِيهِ الدِّينَارَ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ كُلَّ يَوْمٍ رِطْلًا مِنْ لَحْمٍ قَدْ وَصَفَهُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِذَا أُسْلِمَ فِي جِنْسٍ وَاحِدٍ إِلَى أَجَلَيْنِ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ : أَحَدُهُمَا : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا يُقَابَلُ أَبَعْدَهُمَا أَجَلًا أَقْلَ مِمَّا يُقَابَلُ الْآخَرَ ، وَذَلِكَ مَجْهُولٌ ، فَلَمْ يَجْزُ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ بَيْعٍ جَازٍ فِي أَجَلٍ وَاحِدٍ ، جَازٍ فِي أَجَلَيْنِ وَأَجَالٍ ، كَبَيْعِ الْأَعْيَانِ ، فَإِذَا قَبِضَ الْبَعْضَ وَتَعَدَّرَ قَبْضُ الْبَاقِي ، فَفَسَخَ الْعَقْدُ ، رَجَعَ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، وَلَا يَجْعَلُ الْبَاقِي فَضْلًا عَنْ / الْمَقْبُوضِ ؛ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ وَاحِدٌ مُتَمَاثِلُ الْأَجْزَاءِ ، فَيُقْسَطُ الثَّمَنُ عَلَى أَجْزَائِهِ بِالسُّوِيَّةِ ، كَمَا لَوْ اتَّفَقَ أَجَلُهُ .

٧٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا لَمْ يَكُنِ السَّلْمُ فِيهِ ، كَالْحَدِيدِ وَالرِّصَاصِ ، وَمَا لَا يَفْسُدُ ، وَلَا يَخْتَلِفُ قَدِيمُهُ وَحَدِيثُهُ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ قَبْضُهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ)

يعنى بالسَّلْمِ : المُسَلِّمَ فيه ، سُمِّيَ بِاسْمِ المَصْدَرِ ، كَمَا يُسَمَّى المَسْرُوقُ سَرِقَةً والمَرْهُونُ رَهْنًا . قال إبراهيمُ : حُذِّ سَلْمَكَ أَوْ دُونَ سَلْمِكَ ، وَلَا تَأْخُذْ فَوْقَ سَلْمِكَ . ومتى أَحْضَرَ المُسَلِّمَ فيه على الصِّفَةِ المَشْرُوطَةِ ، لم يَحُلْ من ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يُحْضِرُهُ فِي مَحَلِّهِ ، فَيَلْزِمُهُ قَبُولَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَتَاهُ بِحَقِّهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَلَزِمَهُ قَبُولُهُ ، كَالْمَبِيعِ المُعَيَّنِ ، وَسِوَاءِ كَانَ عَلَيْهِ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ . فَإِنْ أُبِيَ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَ حَقَّكَ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَ مِنْهُ . فَإِنْ أَمْتَنَعَ ، قَبِضَهُ الحَاكِمُ مِنَ المُسَلِّمِ إِلَيْهِ لِلْمُسَلِّمِ ، وَبَرِئَتْ ذِمَّتُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الحَاكِمَ يَقُومُ مَقَامَ المُمْتَنِعِ بِوَلَايَتِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُبْرِئَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ . الحَالُ الثَّانِي ، أَنْ يَأْتِيَ بِهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، فَيُنْظَرُ فِيهِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا فِي قَبْضِهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ^(١) ضَرَرٌ ، إِمَّا لِكَوْنِهِ مِمَّا يَتَّعَبَرُ ، كَالفَاكِهَةِ وَالأَطْعِمَةِ كُلِّهَا ، أَوْ كَانَ قَدِيمُهُ دُونَ حَدِيثِهِ ، كَالْحُبُوبِ وَنَحْوِهَا ، لَمْ يَلْزِمِ المُسَلِّمَ قَبُولَهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ غَرَضًا فِي تَأْخِيرِهِ ، بَأَنْ يَحْتَاجَ إِلَى أَكْلِهِ أَوْ إِطْعَامِهِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ ، وَكَذَلِكَ الحَيَوَانَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ تَلَفَهُ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ ، وَرُبَّمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ دُونَ مَا قَبْلَهُ . وَهَكَذَا^(٢) إِنْ كَانَ مِمَّا يَحْتَاجُ فِي حِفْظِهِ إِلَى مُؤَنَّةٍ ، كَالقُطْنِ وَنَحْوِهِ ، أَوْ كَانَ الوَقْتُ مَخُوفًا يَحْشَى نَهَبَ مَا يَقْبِضُهُ ، فَلَا يَلْزِمُهُ الأَخْذُ فِي هَذِهِ الأَحْوَالِ كُلِّهَا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي قَبْضِهِ ، وَلَمْ يَأْتِ مَحَلَّ اسْتِحْقَاقِهِ لَهُ ، فَجَرَى مَجْرَى نَقْصِ صِفَةٍ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا ضَرَرَ فِي قَبْضِهِ ، بَأَنْ يَكُونَ لَا يَتَّعَبَرُ ، كَالْحَدِيدِ وَالرِّصَاصِ وَالتُّنْحَاسِ ، فَإِنَّهُ يَسْتَوِي قَدِيمُهُ وَحَدِيثُهُ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ الزَّيْتِ وَالعَسَلِ ، وَلَا فِي قَبْضِهِ ضَرَرُ الخَوْفِ ، وَلَا تَحْمُلُ مُؤَنَّةٌ ، فعليه

(١) فِي الأَصْلِ : « المَحَلِّ » .

(٢) فِي م : « وَهَذَا » .

قَبْضُهُ ؛ لِأَنَّ غَرَضَهُ حَاصِلٌ مَعَ زِيَادَةِ تَعْجِيلِ (٣) الْمُنْفَعَةِ ، فَجَرَى مَجْرَى زِيَادَةِ الصِّفَةِ وَتَعْجِيلِ الدِّينِ الْمُؤَجَّلِ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يُحْضِرَهُ بَعْدَ مَحَلِّ الْوُجُوبِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ أَحْضَرَ الْمَبِيعَ بَعْدَ تَفَرُّقِهِمَا .

ظ ١٥/٤

فصل : وَلَا يَخْلُو إِمَّا / أَنْ يُحْضِرَ الْمُسْلِمَ فِيهِ عَلَى صِفَتِهِ ، أَوْ دُونَهَا ، أَوْ أَجْوَدَ مِنْهَا . فَإِنْ أَحْضَرَهُ عَلَى صِفَتِهِ ، لَزِمَ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُ . وَإِنْ أَتَى بِهِ دُونَ صِفَتِهِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِسْقَاطَ حَقِّهِ ، فَإِنْ تَرَضِيَ عَلَى ذَلِكَ وَكَانَ مِنْ جِنْسِهِ ، جَازَ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ دُونَ حَقِّهِ ، وَيَزِيدَهُ شَيْئًا ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ أَفْرَدَ صِفَةَ الْجَوْدَةِ بِالْبَيْعِ ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ ، لِأَنَّ بَيْعَ الْمُسْلِمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ غَيْرُ جَائِزٍ ، فَبَيْعٌ وَصِفَةٌ أَوْكَى . الثَّلَاثُ (٤) ، أَنْ يُحْضِرَهُ أَجْوَدَ مِنَ الْمَوْصُوفِ ، فَيُنْظَرُ فِيهِ ؛ فَإِنْ أَتَاهُ بِهِ (٥) مِنْ نَوْعِهِ ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا تَنَاوَلَهُ الْعَقْدُ وَزِيَادَةَ تَابِعَةً لَهُ ، فَيَنْفَعُهُ وَلَا يَضُرُّهُ ، إِذْ لَا يُفَوِّتُهُ غَرَضٌ . فَإِنْ أَتَى بِهِ مِنْ نَوْعٍ آخَرَ ، لَمْ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ تَنَاوَلَ مَا وَصَفَاهُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي شَرَطَاطَهَا ، وَقَدْ فَاتَ بَعْضُ الصِّفَاتِ ، فَإِنَّ النَّوْعَ صِفَةٌ ، وَقَدْ فَاتَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ فَاتَ غَيْرُهُ مِنَ الصِّفَاتِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ يُضَمُّ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ فِي الزَّكَاةِ ، فَأَشْبَهَ الزِّيَادَةَ فِي الصِّفَةِ مَعَ اتِّفَاقِ النَّوْعِ . وَالْأَوَّلُ أَجْوَدٌ ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يَصْلُحُ لِمَا لَا يَصْلُحُ لَهُ الْآخَرُ ، فَإِذَا فَوَّتَهُ عَلَيْهِ ، فَوَّتَ عَلَيْهِ الْغَرَضُ (٦) الْمُتَعَلِّقُ بِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ ، كَمَا لَوْ فَوَّتَ عَلَيْهِ صِفَةَ الْجَوْدَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ تَرَضِيَ عَلَى أَحْذِ النَّوْعِ بَدَلًا عَنِ النَّوْعِ الْآخَرَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُمَا جِنْسٌ وَاحِدٌ لَا يَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلًا ، وَيُضَمُّ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ فِي

(٣) فِي ١ ، م : « تَعَجَّل » .

(٤) فِي ١ ، م : « الْحَالُ الثَّلَاثُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « الْبَعْضُ » .

الرِّكَاءِ ، فجازَ أَخْذُ أَحَدِهما عن الآخرِ ، كالتَّوَعُّدِ الوَاحِدِ . وقال بعضُ أَصْحابِ الشَّافِعِيِّ : لا يجوزُ له أَخْذُهُ ؛ لِلمَعْنَى الذي مَنَعَ لُزُومَ أَخْذِهِ . وقال إبراهيمُ : لا تَأْخُذُ فَوْقَ سَلْمِكَ في كَيْلٍ ولا صِيفَةٍ . ولنا ، أنَّهما تَراضِيًا على دَفْعِ المُسَلِّمِ فيه من جِنْسِهِ ، فجازَ ، كما لو تَراضِيًا على دَفْعِ الرَّدِيِّ مَكَانَ الجَيْدِ ، أو الجَيْدِ مَكَانَ الرَّدِيِّ ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوهُ ؛ فإنه لا يَلْزَمُ أَخْذُ الرَّدِيِّ ، ويجوزُ أَخْذُهُ . ولأنَّ المُسَلِّمَ أَسْقَطَ حَقَّهُ من التَّوَعُّدِ ، فلم يَبْقَ بَيْنَهُما (٧) إِلَّا صِيفَةُ الجَوْدَةِ ، وقد سَمَحَ بها صَاحِبُها .

فصل : إذا جَاءَهُ بالأَجُودِ ، فقال : خُذْهُ ، وَرَدَّني دِرْهَمًا . لم يَصِحَّ . وقال أبو حنيفة : يَصِحُّ ، كما لو أَسَلَّمَ في / عَشْرَةِ فِجَاءَةٍ بأَحَدِ عَشَرَ . ولنا ، أَنَّ الجَوْدَةَ صِيفَةٌ ، فلا يجوزُ إِفْرادُها بالعَقْدِ ، كما لو كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فإن جَاءَهُ بِزِيادَةٍ في القَدْرِ ، فقال : خُذْهُ ، وَرَدَّني دِرْهَمًا . ففَعَلًا ، صَحَّ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ ههنا يجوزُ إِفْرادُها بالعَقْدِ .

١٦/٤ و

فصل : وليس له إِلَّا أَقَلُّ ما تَقَعُّ عليه الصِّفَةُ ؛ لأنَّهُ إذا أَسَلَّمَ إليه ذلك ، فقد سَلَّمَ إليه ما تَنَاولَهُ العَقْدُ ، فَبَرِئَتْ ذِمَّتُهُ منه . وعليه أن يُسَلِّمَ إليه الحِنْطَةَ نَقِيَّةً من التَّنِّينِ والقَصْلِ والشَّعْبِيرِ ونحوِهِ ، مما لا يَتَنَاولُهُ اسْمُ الحِنْطَةِ . وإن كان فيه تُرابٌ كَثِيرٌ يَأْخُذُ مَوْضِعًا من المَكِيلِ ، لم يَجُزْ . وإن كان يَسِيرًا لا يُؤَثِّرُ في المَكِيلِ ولا يَعْيبُها ، لَزِمَهُ أَخْذُهُ . ولا يَلْزَمُهُ أَخْذُ التَّمْرِ إِلَّا جَافًا . ولا يَلْزَمُ أن يَتَنَاهَى جَفَافُهُ ؛ لأنَّهُ يَقَعُّ عليه الاسمُ . ولا يَلْزَمُهُ أن يَقْبَلَ مَعِيًّا بِحالٍ ، ومتى قَبَضَ المُسَلِّمَ فيه فَوَجَدَهُ مَعِيًّا ، فله المُطالَبَةُ بالبَدَلِ أو الأَرْضِ ، كالمَبِيعِ سَوَاءً .

فصل : ولا يَقْبِضُ المَكِيلَ إِلَّا بالكَيْلِ ، ولا المَوْزُونَ (٨) إِلَّا بِالوَزَنِ (٨) ،

(٧) في ١ : « فيهما » .

(٨ - ٨) سقط من : م .

ولا يقبضه جزأفاً ، ولا بغير ما يقدر به ؛ لأن الكيل والوزن يختلفان^(١) ، فإن قبضه بذلك ، فهو كقبضه جزأفاً ، فيقدره بما أسلم فيه ، ويأخذ قدر حقه ، ويرد الباقي ، ويطلب بالعوض . وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره ؟ على وجهين ، مضى ذكرهما في تبوع الأعيان . وإن اختلفا في قدره ، فالقول قول القابض مع يمينه . قال القاضي : ويسلم إليه ملء المكيال وما يحمله ، ولا يكون ممسوحاً ، ولا يدق ولا يهز ؛ لأن قوله : أسلمت إليك في قفيز . يقتضى ما يسعه المكيال وما يحمله ، وهو ما ذكرنا .

٧٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ رَهْنًا ، وَلَا كَفِيلًا مِنَ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ)

واختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم ، فروى المروزي ، وابن القاسم ، وأبو طالب ، منع ذلك ، وهو اختيار الخرقى وأبو بكر . ورويت كراهية^(٢) ذلك عن علي ، وابن عمر ، وابن عباس ، والحسن ، وسعيد بن جبيرة ، والأوزاعي . وروى حنبل جوازه . ورخص فيه عطاء ، ومجاهد ، وعمرو بن دينار ، والحكم ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ ﴾^(٣) . إلى قوله : ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾^(٣) . وقد روى عن ابن عباس وابن عمر ، أن المراد به السلم . ولأن اللفظ عام ، فيدخل السلم في عموميه . / ولأنه أخذ نوعي البيع ، فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه ، كتبوع الأعيان . ووجه الأول ، أن الرهن والضمين إن أخذاً برأس

١٦/٤ ظ

(٩) في ١ : « مختلفان » .

(١) في ١ ، م : « كراهة » .

(٢) في ١ بعد هذا : ﴿ إِلَى أَجَلٍ ﴾ .

(٣) سورة البقرة ٢٨٢ .

مَالِ السَّلْمِ ، فقد أَخَذَا بما ليس بَوَاجِبٍ ولا مَالُهُ إلى الوُجُوبِ ؛ لأنَّ ذلك قد مَلَكَهُ المُسَلَّمُ إليه ، وإن أَخَذَا بالمُسَلَّمِ فيه ، فالرَّهْنُ إِنَّمَا يَجُوزُ بِشَيْءٍ يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ من ثَمَنِ الرَّهْنِ ، والمُسَلَّمُ فيه لا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ من الرَّهْنِ ، ولا من ذِمَّةِ الضَّامِنِ . ولأنَّهُ لا يَأْمَنُ هَلَاكُ الرَّهْنِ في يَدِهِ بَعْدَ وَاوَانٍ ، فيَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِحَقِّهِ من غيرِ المُسَلَّمِ فيه ، وقد قال النبي ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٤) . ولأنَّهُ يُقِيمُ ما في ذِمَّةِ الضَّامِنِ مُقَامَ ما في ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، فيكونُ في حُكْمِ أَخْذِ العِوَضِ والبَدَلِ عنه ، وهذا لا يَجُوزُ .

فصل : فإن أَخَذَ رَهْنًا أو ضَمِينًا بالمُسَلَّمِ فيه ، ثم تَقَايَلَا السَّلْمَ ، أو فُسِخَ العَقْدُ لِعَتْدُرِ المُسَلَّمِ فيه ، بَطَلَ الرَّهْنُ ؛ لِزَوَالِ الدَّيْنِ الذي به الرَّهْنُ ، وبِرِيءِ الضَّامِنِ ، وعلى المُسَلَّمِ إليه رَدُّ رَأْسِ مَالِ السَّلْمِ في الحَالِ . ولا يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ في المَجْلِسِ ؛ لأنَّهُ ليس بِعِوَضٍ . ولو أَقْرَضَهُ أَلْفًا ، وَأَخَذَ به رَهْنًا ، ثم صَالَحَهُ من الألفِ على طَعَامٍ مَعْلُومٍ في ذِمَّتِهِ ، صَحَّ ، وزَالَ^(٥) الرَّهْنُ ، لِزَوَالِ دَيْنِهِ من الذِّمَّةِ ، وبَقِيَ الطَّعَامُ في الذِّمَّةِ ، وَيُشْتَرَطُ قَبْضُهُ في المَجْلِسِ ، كيلا يكونَ بَيْعَ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . فإن تَفَرَّقَا قَبْلَ القَبْضِ ، بَطَلَ الصُّلْحُ ، وَرَجَعَ الألفُ إلى ذِمَّتِهِ بِرَهْنِهِ ؛ لأنَّهُ يَعُودُ على ما كان عليه ، كالعَصِيرِ إِذَا تَحَمَّرَ ثم عَادَ حَلًّا . وهكذا لو صَالَحَهُ عن الدَّرَاهِمِ بِدَنَانِيرٍ في ذِمَّتِهِ ، فالحُكْمُ مثلُ ما بَيَّنَّا في هذه المَسْأَلَةِ .

فصل : وإذا حَكَمْنَا بِصِحَّةِ ضَمَانِ السَّلْمِ ، فَلِصَاحِبِ الحَقِّ مُطَابَلَةٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وأَيُّهُمَا قَضَاهُ بَرِئَتْ ذِمَّتُهُمَا منه . فإن سَلَّمَ المُسَلَّمُ إليه المُسَلَّمُ فيه إلى الضَّامِنِ لِيَدْفَعَهُ إلى المُسَلِّمِ ، جَازَ ، وكان وَكَيْلًا . وإن قال : حُذِّهُ عن الذي ضَمِنْتَ عَنِّي . لم يَصِحَّ ، وكان قَبْضًا فَاسِدًا مَضْمُونًا عَليه ؛ لأنَّهُ إِنَّمَا اسْتَحَقَّ الأَخْذَ بَعْدَ الوَفَاءِ ، فإن

(٤) تقدم تحريجه في صفحة ٤١٧ .

(٥) في الأصل : « وزوال » .

أَوْصَلَهُ إِلَى الْمُسْلِمِ ، بَرَىءَ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهِ مَا (٦) سَلَطَهُ الْمُسْلِمُ^(٦) إِلَيْهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ^(٧) فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَى ذَلِكَ . وَإِنْ صَالَحَ الْمُسْلِمُ الضَّامِنَ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ بِثَمَنِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِقَالَةٌ ، فَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ . وَإِنْ صَالَحَهُ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ بِثَمَنِهِ صَحَّ ، وَبَرَأَتْ ذِمَّتُهُ وَذِمَّةُ الضَّامِنِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِقَالَةٌ ، وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى غَيْرِ ثَمَنِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ / لِأَنَّهُ يَبِيعُ الْمُسْلِمَ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ .

١٧/٤ و

فصل : والذي يَصِحُّ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهِ ، كُلُّ ذَيْنِ ثَابِتٍ فِي الذِّمَّةِ يَصِحُّ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ ، كَأَثْمَانِ الْبِيعَاتِ ، وَالْأُجْرَةِ فِي الْإِجَارَاتِ ، وَالْمَهْرِ ، وَعِوَضِ الْخُلْعِ ، وَالقَرْضِ ، وَأَرْشِ الْجِنَايَاتِ ، وَقِيمِ الْمُتْلَفَاتِ . وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ ، وَلَا مَالَهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، كَالدَّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ قَبْلَ الْحَوْلِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَجِبْ بَعْدَ ، وَلَا يُعْلَمُ إِفْضَاؤُهَا إِلَى الْوُجُوبِ ، فَإِنَّهُمْ لَوْ جُنُّوا أَوْ افْتَقَرُوا أَوْ مَاتُوا ، لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِمْ ، فَلَمْ^(٨) يَصِحَّ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهَا . فَأَمَّا بَعْدَ الْحَوْلِ ، فَيَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ اسْتَقَرَّتْ فِي ذِمَّتِهِمْ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ أَخْذِ الرَّهْنِ بِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْحَيَاةِ وَالْيَسَارِ وَالْعَقْلِ . وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِالْجُعْلِ فِي الْجَعَالَةِ قَبْلَ الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ ، وَلَا يُعْلَمُ إِفْضَاؤُهُ إِلَى الْوُجُوبِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهِ^(٩) ؛ لِأَنَّ مَالَهُ إِلَى الْوُجُوبِ وَاللُّزُومِ ، فَأَشْبَهَتْ أَثْمَانَ الْبِيعَاتِ . وَالْأَوْلَى أَوْلَى ؛ لِأَنَّ إِفْضَاءَهَا إِلَى الْوُجُوبِ مُحْتَمِلٌ ؛ فَأَشْبَهَتْ الدَّيَّةَ قَبْلَ الْحَوْلِ . وَيَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهِ بَعْدَ الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجَبَ . وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ ؛ فَإِنَّ لِلْعَبْدِ تَعَجِيزَ نَفْسِهِ ، وَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ ذَيْنِهِ مِنَ الرَّهْنِ ، لِأَنَّهُ لَوْ عَجَزَ

(٦) فِي م : « سلمه المسلم » . وَفِي الْأَصْلِ : « سلطه للمسلم » .

(٧) فِي أ : « تلف » .

(٨) فِي م : « فلا » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

صَارَ الرَّهْنُ لِلسَّيِّدِ ، لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ مَالِ الْمُكَاتِبِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ : وَلَنَا ، أَنَّهَا وَثِيقَةٌ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنْهَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَضَمَانِ الْحَمْرِ ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِعَوَضِ الْمُسَابِقَةِ ؛ لِأَنَّهَا جُعِلَتْ ، وَلَمْ يُعَلَّمْ إِفْضَاؤُهَا إِلَى الْوُجُوبِ ، لِأَنَّ الْوُجُوبَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِسَبْقِ غَيْرِ الْمُخْرَجِ ، وَهَذَا غَيْرُ مَعْلُومٍ وَلَا مَظْنُونٍ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : فِيهَا وَجْهَانِ ، هَلْ هِيَ إِجَارَةٌ أَوْ جُعَالَةٌ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ إِجَارَةٌ . جَازَ أَخْذُ الرَّهْنِ بِعَوَضِهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُحَلَّلٌ فَهِيَ جُعَالَةٌ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا مُحَلَّلٌ فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَهَذَا كُلُّهُ بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّ الْجُعْلَ لَيْسَ هُوَ فِي مُقَابَلَةِ الْعَمَلِ ، بَدَلِيلٌ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّهُ إِذَا كَانَ مَسْبُوقًا . وَقَدْ عَمِلَ الْعَمَلُ ، وَإِنَّمَا هُوَ عِوَضٌ عَنِ السَّبْقِ ، وَلَا تُعَلَّمُ الْقُدْرَةُ عَلَيْهِ . وَلِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ لِلْجَاعِلِ فِيهِ ، وَلَا هُوَ مُرَادٌ لَهُ ، وَإِذَا لَمْ تَكُنْ إِجَارَةٌ مَعَ عَدَمِ الْمُحَلَّلِ ، فَمَعَ وُجُودِهِ أَوْلَى ، لِأَنَّ مُسْتَحَقَّ الْجُعْلِ هُوَ السَّابِقُ ، وَهُوَ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، وَلَا يَجُوزُ اسْتِجَارُ رَجُلٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، ثُمَّ لَوْ كَانَتْ إِجَارَةٌ لَكَانَ عِوَضُهَا غَيْرَ وَاجِبٍ فِي الْحَالِ ، وَلَا يُعَلَّمُ إِفْضَاؤُهَا إِلَى الْوُجُوبِ وَلَا يُظَنُّ ، فَلَمْ يَجْزِ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهِ / كَالْجُعْلِ فِي رَدِّ الْآبِقِ وَاللَّقِطِ ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الرَّهْنِ بِعَوَضٍ غَيْرِ ثَابِتٍ فِي الذَّمَّةِ ، كَالثَّمَنِ الْمُعَيَّنِ ، وَالْأَجْرَةِ الْمُعَيَّنَةِ فِي الْإِجَارَةِ ، وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ إِذَا كَانَ مَنَافِعَ مُعَيَّنَةً ، مِثْلَ إِجَارَةِ الدَّارِ ، وَالْعَبْدِ الْمُعَيَّنِ ، وَالْجَمَلِ الْمُعَيَّنِ ، مُدَّةً مَعْلُومَةً ، أَوْ لِحَمَلِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ إِلَى مَكَانٍ مَعْلُومٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ لَا بِالذَّمَّةِ ، وَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ ^(١٠) مِنَ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَةَ الْعَيْنِ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهَا مِنْ غَيْرِهَا ، وَتَبْطُلُ الْإِجَارَةُ بِتَلْفِ الْعَيْنِ . وَإِنْ وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى مَنَفَعَةٍ فِي الذَّمَّةِ ، كَحَيَاطَةِ تَوْبٍ ، وَبِنَاءِ دَارٍ ، جَازَ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتٌ فِي الذَّمَّةِ ، وَيُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنَ الرَّهْنِ ، بَأَنْ يَسْتَأْجِرَ مِنْ ثَمَنِهِ مَنْ يَعْمَلُ ذَلِكَ الْعَمَلَ ، فَجَازَ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهِ ، كَالدَّيْنِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلِّهِ كَمَا قُلْنَا .

١٧/٤ ظ

(١٠) فِي مِيزَانِ الزِّيَادَةِ : « أَحَقُّ » . خَطَأً .

فصل : فأمّا الأعيان المضمونة ، كالمعصوب ، والعواري ، والمقبوض ببيع فاسيد ، والمقبوض على وجه السوم ، ففيها وجهان ؛ أحدهما ، لا يصح الرهن بها . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنّ الحق غير ثابت في الذمة ، فأشبهه ما ذكرنا ، ولأنّه إن رهنه على قيمتها إذا تلفت ، فهو رهن على ما ليس بواجب ، ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب . وإن أخذ الرهن على عينها ، لم يصح ؛ لأنّه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن ، فأشبهه أثمان البياعات المتعينة . 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 ، كالمبيع يجوز أخذ الرهن به^(١١) ؛ لأنّه مضمون بفساد العقد ، لأنّ مقصود الرهن الوثيقة بالحق ، وهذا حاصل ، فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها . وإن تعدّر أدائها ، استوفى بدلها من ثمن الرهن^(١٢) ، 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 ؛ عهد المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها ، والكتابة لا يصح الرهن بدنيها ، وفي ضمانها روايتان ، وما لم يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه ، والفرق بينهما من وجهين . أحدهما ، أنّ الرهن بهذه الأشياء يطل الإزفاق ، فإنه إذا باع عبده باللف ، ودفع رهنًا يساوي ألفا ، فكأنه ما قبض الثمن ، ولا ارتفق به ، والمكاتب إذا دفع ما يساوي / كتابته ، فما ارتفق بالأجل ؛ لأنّه كان يمكنه بيع الرهن أو بقاء الكتابة ، ويستريح من تعطيل منافع عبده ، والضمان بخلاف هذا . الثاني ، أنّ ضرر الرهن يعم ؛ لأنّه يدوم بقاؤه عند المشتري ، فيمنع البائع التصرف فيه ، والضمان بخلافه .

(١١) سقط من : ١ ، م .

(١٢) في ١ ، م : « الراهن » .

فصل : إذا اختلفَ المسلمُ والمُسلمُ إليه ، في حُلُولِ الأَجَلِ ، فالقولُ قولُ المسلمِ إليه ؛ لأنه مُنكَرٌ . وإن اختلفَا في أداءِ المُسلمِ فيه ، فالقولُ قولُ المُسلمِ ؛ لذلك . وإن اختلفَا في قبضِ الثَّمَنِ ، فالقولُ قولُ المُسلمِ إليه ؛ لذلك . وإن اتَّفَقَا عليه ، وقال أحدهما : كان في المَجْلِسِ قَبْلَ التَّفَرُّقِ . وقال الآخرُ : بعده . فالقولُ قولُ مَنْ يدَّعي القَبْضَ في المَجْلِسِ ؛ لأنَّ معه سَلَامَةَ العَقْدِ . وإن أقامَ كُلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً بِمُوجِبِ دَعْوَاهُ ، قُدِّمَتْ أَيضاً بَيِّنَتُهُ ؛ لأنها مُثَبِّتَةٌ والأُخْرَى نَافِيَةٌ .

«باب القرض»^(١)

والقرض^(٢) نوع من السلف ، وهو جائز بالسنة والإجماع ؛ أما السنة ، فروى أبو رافع ، أن النبي ﷺ استسلف من^(٣) رجل بكرًا ، فقدمت على النبي ﷺ إيل الصدقة ، فأمر أبو رافع أن يفضي الرجل بكره . فرجع إليه أبو رافع ، فقال يا رسول الله ، لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيًا^(٤) . فقال : « أعطه ، فإن خير الناس أحسنهم قضاء » . رواه مسلم^(٥) . وعن ابن مسعود ، أن النبي ﷺ قال : « ما من مسلم يقرض مسلمًا قرضًا مرتين . إلا كان كصدقة مرة » . وعن أنس ، قال : قال رسول الله ﷺ : « رأيت ليلة أُسري بي على باب الجنة مكتوبًا : الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بمائة عشر . فقلت : يا جبريل ، ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ . قال : لأن السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » . رواهما ابن ماجه^(٦) . وأجمع المسلمون على جواز القرض .

فصل : والقرض مندوب إليه في حق المقرض ، مباح للمقرض ؛ لما روينا من الأحاديث ، ولما روى أبو هريرة ، أن النبي ﷺ قال : « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا ، كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « فصل والقرض » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) البكر إذا استكمل ست سنين ، ودخل في السابعة ، وألقى رباعية ، بتخفيف الياء ، فهو رباع ، والأثنى رباعية ، بتخفيف الياء .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٨ .

(٦) في : باب القرض ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١٢/٢ .

العَبْدُ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»^(٧) . وعن أَبِي الدَّرْدَاءِ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَأَنْ أُقْرِضَ دِينَارَيْنِ / ثُمَّ يُرَدَّانِ ، ثُمَّ أُقْرِضُهُمَا ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِمَا . وَلَأَنَّ فِيهِ تَفَرُّجًا عَنْ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ ، وَقَضَاءً لِحَاجَتِهِ ، وَعَوْنًا لَهُ ، فَكَانَ مَتَدُونًا إِلَيْهِ ، كَالصَّدَقَةِ عَلَيْهِ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا إِثْمَ عَلَى مَنْ سُئِلَ الْقَرْضَ فَلَمْ يُقْرِضْ . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَعْرُوفِ ، فَأَشْبَهَ صَدَقَةَ التَّطَوُّعِ . وَلَيْسَ بِمَكْرُوهٍ فِي حَقِّ الْمُقْرِضِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَيْسَ الْقَرْضُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ . يَعْنِي لَيْسَ بِمَكْرُوهٍ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَسْتَقْرِضُ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ أَبِي رَافِعٍ ، وَلَوْ كَانَ مَكْرُوهًا ، كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ . وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ بِعَوَضِهِ ، فَأَشْبَهَ الشَّرَاءَ بِدَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا أَحَبُّ أَنْ يَتَّحَمَلَ بِأَمَانَتِهِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ . يَعْنِي مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى وَفَائِهِ . وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَسْتَقْرِضَ ، فَلْيُعْلَمْ مَنْ يَسْأَلُهُ الْقَرْضَ بِحَالِهِ ، وَلَا يَغْرَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الْيَسِيرُ الَّذِي لَا يَتَّعَدُّ رَدُّ مِثْلِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اقْتَرَضَ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يُعْلَمْ بِحَالِهِ ، لَمْ يُعْجِبْنِي . وَقَالَ : مَا أَحَبُّ أَنْ يَقْتَرِضَ بِجَاهِهِ لِإِخْوَانِهِ . قَالَ الْقَاضِي : يَعْنِي إِذَا كَانَ مَنْ يَقْتَرِضُ لَهُ غَيْرَ مَعْرُوفٍ بِالْوَفَاءِ ؛ لِكَوْنِهِ تَعَرُّيرًا بِمَالِ الْمُقْرِضِ ، وَإِضْرَارًا بِهِ ، أَمَا إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا بِالْوَفَاءِ ، لَمْ يُكْرَهُ ؛ لِكَوْنِهِ إِعَانَةً لَهُ ، وَتَفَرُّجًا لِكُرْبَتِهِ .

فصل : ولا يصحُّ إلا من جائز التصرف ؛ لأنه عقدٌ على المال ، فلم يصحَّ إلا من جائز التصرف ، كالبيع . وحكمه في الإيجاب والقبول حكمُ البيع ، على ما مضى . ويصحُّ بلفظ السلف والقرض ؛ لورود الشرع بهما ، وبكل لفظ يؤدِّي معناه ، مثل أن يقول : ملكتك هذا ، على أن تُردَّ عليَّ بدلَه . أو توجد قرينة دالة

(٧) أخرجه مسلم ، في : باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن ... ، من كتاب الذكر . صحيح مسلم ٢٠٧٤/٤ . والترمذي ، في : باب ما جاء في السترة على المسلم ، من أبواب الحدود ، وفي : باب ما جاء في السترة على المسلم ، من أبواب البر . غارضة الأحوذى ١٩٩/٦ ، ١١٧/٨ ، ١١٨ . وابن ماجه ، في : باب فضل العلماء والحث على طلب العلم ، من المقدمة ، سنن ابن ماجه ٨٢/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥١٤ ، ٥٠٠ ، ٢٩٦ ، ٢٥٢/٢ .

على إرادة القرض . فإن قال : مَلَكْتُكَ . ولم يَذْكُرِ البَدَلَ ، ولا وُجِدَ ما يُدَلُّ عليه ، فهو هِبَةٌ . فإن اختلفا ، فالقول قول المَوْهُوبِ له ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه ، لأنَّ التَّمْلِيكَ من غيرِ عِوَضٍ هِبَةٌ .

فصل : ولا يَثْبُتُ فيه خِيَارٌ ما ؛ لأنَّ الْمُقْرِضَ دَخَلَ على بَصِيرَةٍ أَنَّ الحِطْلَ لِعَيرِهِ ، فَأَشْبَهَ الهِبَةَ ، والمُقْتَرِضُ متى شاءَ رَدَّهُ ، فَيَسْتَعْنِي بذلك عن ثُبُوتِ الخِيَارِ له . وَيَثْبُتُ المِلْكُ في القَرْضِ بالقَبْضِ . وهو عَقْدٌ لَازِمٌ في حَقِّ المُقْرِضِ ، جَائِزٌ في حَقِّ المُقْتَرِضِ ، فلو أَرَادَ المُقْرِضُ الرُّجُوعَ في عَيْنِ مَالِهِ ، لم يَمْلِكْ ذلك . وقال الشَّافِعِيُّ : له ذلك ؛ / لأنَّ كُلَّ ما يَمْلِكُ المُطَالِبَةَ بِمِثْلِهِ مَلَكٌ أَخَذَهُ إذا كان مَوْجُودًا ، كالمَعْصُوبِ والعَارِيَةِ . ولنا ، أَنَّهُ أَرَالَ مِلْكَهُ بِعِوَضٍ من غيرِ خِيَارٍ ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ فيه كالمَبِيعِ ، ويُفَارِقُ المَعْصُوبَ والعَارِيَةَ ، فَإِنَّهُ لم يُزَلْ مِلْكُهُ عنهما ، ولأنَّهُ لا يَمْلِكُ المُطَالِبَةَ بِمِثْلِهِما مع وُجُودِهِما ، وفي مَسْأَلَتِنَا بِخِلَافِهِ . فَأَمَّا المُقْتَرِضُ ، فله رَدُّ ما اقْتَرَضَهُ على المُقْرِضِ ، إذا كان على صِفَتِهِ لم يَنْقُصْ ، ولم يَخْدُثْ به عَيْبٌ ؛ لأنَّهُ على صِفَةِ حَقِّهِ ، فَلزِمَهُ قَبُولُهُ كالمُسْلَمِ فيه ، وكألو أَعْطَاهُ غيره . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَلزَمَ المُقْتَرِضُ قَبُولَ ما ليس بِمِثْلِي ؛ لأنَّ القَرْضَ فيه يُوجِبُ رَدَّ القِيَمَةِ على أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، فإذا رَدَّهُ بِعَيْنِهِ لم يَرُدِّ الوَاجِبَ عليه ، فلم يَجِبْ قَبُولُهُ كالمَبِيعِ .

فصل : وللمُقْرِضِ المُطَالِبَةَ بِبَدَلِهِ في الحَالِ ؛ لأنَّهُ سَبَبٌ يُوجِبُ رَدَّ المِثْلِ في المِثْلِيَّاتِ ، فَأُوجِبُهُ حَالًا ، كالأَثْلَافِ . ولو اقْتَرَضَهُ تَفَارِيقًا ، ثم طَالَبَهُ بها جُمْلَةً ؛ فله ذلك ؛ لأنَّ الجَمِيعَ حَالًا ، فَأَشْبَهَ ما لو باعَهُ يُبوعًا حَالَةً ، ثم طَالَبَهُ بِمِثْلِهَا جُمْلَةً . وإن أُجِّلَ القَرْضَ ، لم يَتَأَجَّلْ ، وكان حَالًا . وكلُّ ذَنْبٍ حَلَّ أَجَلُهُ ، لم يَصِرْ مَوْجَلًا بِتَأْجِيلِهِ . وبهذا قال الحَارِثُ العُكْلِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وابنُ المُنْدَرِ ، والشَّافِعِيُّ . وقال مَالِكٌ وَاللَيْثُ : يَتَأَجَّلُ الجَمِيعُ بالتَّأْجِيلِ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :

« الْمُؤْمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »^(٨) . ولأنَّ الْمُتَعَاقِدِينَ يَمْلِكَانِ التَّصَرُّفَ فِي هَذَا الْعَقْدِ بِالْإِقَالَةِ وَالْإِمْضَاءِ ؛ فَمَلَكَا الزِّيَادَةَ فِيهِ ، كخِيَارِ الْمَجْلِسِ . وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المُتَلَفِ كَقَوْلِنَا ، وفي ثَمَنِ الْمَبِيعِ وَالْأَجْرَةِ وَالصَّدَاقِ وَعَوَضِ الْخُلْعِ كَقَوْلِهِمَا ؛ لأنَّ الْأَجَلَ يَقْتَضِي جُزْءًا مِنَ الْعَوَضِ ، وَالْقَرْضُ لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَالنَّقْصَ فِي عَوَضِهِ ، وَبَدَلَ الْمُتَلَفِ الْوَاجِبِ فِيهِ الْمِثْلُ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نَقْصٍ ؛ فَلِذَلِكَ لَمْ يَتَأَجَّلْ ، وَبَقِيَّةُ الْأَعْوَاضِ يَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهَا ، فَجَازَ تَأْجِيلُهَا . ولَنَا ، أَنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ حَالًا ، وَالتَّاجِيلُ تَبَرُّعٌ مِنْهُ وَوَعْدٌ ، فَلَا يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِهِ ، كَمَا لَوْ أَعَارَهُ شَيْئًا ، وَهَذَا لَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الشَّرْطِ وَلَوْ سُمِّيَ ، فَالْخَبْرُ مَخْصُوصٌ بِالْعَارِيَّةِ ، فَيَلْحَقُ بِهِ مِمَّا اخْتَلَفَا فِيهِ ، لِأَنَّهُ مِثْلُهُ . ولَنَا ، عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهَا زِيَادَةٌ بَعْدَ اسْتِقْرَارِ الْعَقْدِ ، فَاشْتَبَهَ الْقَرْضَ ، وَأَمَّا الْإِقَالَةُ : فَهِيَ فَسْخٌ وَإِبْتِدَاءُ عَقْدٍ آخَرَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَأَمَّا خِيَارُ الْمَجْلِسِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِبْتِدَاءِ الْعَقْدِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُجْزِئُ فِيهِ الْقَبْضُ لَمَّا يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ ، وَالتَّعْيِينُ لَمَّا فِي الذَّمَّةِ .

ظ ١٩/٤

فصل : وَيَجُوزُ قَرْضُ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ بِغَيْرِ خِلَافٍ . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والأطعممة جائز . ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلمًا ، سوى بنى آدم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز قرض غير المكيل والموزون ؛ لأنه لا مثل له ، أشبهه الجواهر . ولنا ، أن النبي ﷺ استسلف بكرًا ، وليس بمكيل ولا موزون . ولأن ما يثبت سلمًا ، يملك بالتبعية ويضبط بالوصف ، فجاز قرضه ، كالمكيل والموزون . وقولهم : لا مثل له . خلاف أصلهم ، فإن عند أبي حنيفة ، لو أئلف على رجل ثوبًا ، ثبت في ذمته مثله ، ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته . فأما ما لا يثبت في الذمة سلمًا ، كالجواهر وشبهها ، فقال القاضي : يجوز قرضها ،

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ٣٠ .

وَيُرَدُّ الْمُسْتَقْرَضُ الْقِيَمَةَ ؛ لِأَنَّ مَا لَا مِثْلَ لَهُ يُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ ، وَالْجَوَاهِرُ كغَيْرِهَا فِي الْقِيَمِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَجُوزُ قَرْضُهَا ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ يَقْتَضِي رَدَّ الْمِثْلِ ، وَهَذِهِ لَا مِثْلَ لَهَا . وَلِأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ قَرْضُهَا ، وَلَا هِيَ فِي مَعْنَى مَا يُنْقَلُ الْقَرْضُ فِيهِ ، لِكَوْنِهَا لَيْسَتْ مِنَ الْمَرَافِقِ ، وَلَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ سَلَمًا ، فَوَجَبَ إِبْقَاؤها عَلَى الْمَنْعِ . وَيُمْكِنُ بِنَاءُ هَذَا الْخِلَافِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْوَاجِبِ فِي بَدَلِ غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، فَإِذَا قُلْنَا : الْوَاجِبُ رَدُّ الْمِثْلِ . لَمْ يَجْزُ قَرْضُ الْجَوَاهِرِ وَمَا لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ سَلَمًا ، لِتَعَدُّرِ رَدِّ مِثْلِهَا . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ رَدُّ الْقِيَمَةِ . جَازَ قَرْضُهُ ؛ لِإِمْكَانِ رَدِّ الْقِيَمَةِ . وَلَاصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَا .

فصل : فَأَمَّا بَنُو آدَمَ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : أَكْرَهُ قَرْضَهُمْ . فَيَحْتَمِلُ كَرَاهِيَةَ تَنْزِيهِهِ ، وَيَصِحُّ قَرْضُهُمْ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ جُرَيْجٍ ، وَالْمُزَنِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَا لَا يَثْبُتُ فِي الذِّمَّةِ سَلَمًا ، فَصَحَّ قَرْضُهُ ، كَسَائِرِ الْحَيَوَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ كَرَاهَةَ التَّحْرِيمِ ، فَلَا يَصِحُّ قَرْضُهُمْ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ قَرْضُهُمْ ، وَلَا هُوَ مِنَ الْمَرَافِقِ . وَيَحْتَمِلُ صِحَّةَ قَرْضِ الْعَبِيدِ دُونَ الْإِمَاءِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنْ يَقْرَضَهُنَّ مِنْ ذَوِي مَحَارِمِهِنَّ ، لِأَنَّ الْمَلِكَ بِالْقَرْضِ ضَعِيفٌ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُهُ مِنْ رَدِّهَا / عَلَى الْمُقْرَضِ ، فَلَا يُسْتَبَاحُ بِهِ الْوَطْءُ ، كَالْمَلِكِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، وَإِذَا لَمْ يُبَحَّ الْوَطْءُ لَمْ يَصِحَّ الْقَرْضُ ، لِعَدَمِ الْقَائِلِ بِالْفَرْقِ ، وَلِأَنَّ الْأَبْضَاعَ مِمَّا يُحْتَاطُ بِهَا ، وَلَوْ أَبْحَنَّا قَرْضَهُنَّ ، أَفْضَى إِلَى أَنَّ الرَّجُلَ يَسْتَقْرِضُ أُمَّةً ، فَيَطْوُهَا ثُمَّ يُرُدُّهَا مِنْ يَوْمِهِ ، وَمَتَى احْتِيَاجَ إِلَى وَطْئِهَا ، اسْتَقْرَضَهَا فَوَطَّئَهَا ثُمَّ رَدَّهَا ، كَمَا يَسْتَعِيرُ الْمَتَاعَ ، فَيَنْتَفِعُ بِهِ ثُمَّ يُرُدُّهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ نَاقِلٌ لِلْمَلِكِ فَاسْتَوَى فِيهِ الْعَبِيدُ وَالْإِمَاءُ كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَلَا نُسَلِّمُ ضَعْفَ الْمَلِكِ ؛ فَإِنَّهُ مُطْلَقٌ لِسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ ، بِخِلَافِ الْمَلِكِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ . وَقَوْلُهُمْ : مَتَى شَاءَ الْمُقْتَرِضُ رَدَّهَا . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّا إِذَا قُلْنَا : الْوَاجِبُ رَدُّ الْقِيَمَةِ . لَمْ يَمْلِكِ الْمُقْتَرِضُ رَدَّ الْأَمَةِ ، وَإِنَّمَا يُرَدُّ قِيَمَتُهَا ، وَإِنْ سَلَّمْنَا ذَلِكَ ، لَكِنْ مَتَى قَصَدَ الْمُقْتَرِضُ هَذَا لَمْ يَحِلَّ لَهُ فِعْلُهُ ، وَلَا يَصِحُّ اقْتِرَاضُهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى أُمَّةً لِيَطَّأَهَا ثُمَّ يُرُدُّهَا

بالمُقَابَلَةِ أَوْ بَعِيْبٍ فِيهَا ، وَإِنْ وَقَعَ هَذَا بِحُكْمِ الْإِثْقَاقِ ، لَمْ يَمْتَنِعِ الصَّحَّةُ ، كَمَا لَوْ وَقَعَ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ ، وَكَمَا لَوْ أَسْلَمَ جَارِيَةٌ فِي أُخْرَى مَوْصُوفَةٌ بِصِفَاتِهَا ، ثُمَّ رَدَّهَا بِعَيْنِهَا عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ . وَلَوْ ثَبَتَ أَنَّ الْقَرْضَ ضَعِيفٌ لَا يُبِيحُ الْوَطْءَ ، لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْهُ فِي الْجَوَارِي ، كَالْبَيْعِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ . وَعَدَمُ الْقَائِلِ بِالْفَرْقِ لَيْسَ بِشَيْءٍ ، عَلَى مَا عُرِفَ فِي مَوَاضِعِهِ . وَعَدَمُ ثِقَلِهِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ ؛ فَإِنَّ أَكْثَرَ الْحَيَوَانَاتِ لَمْ يُنْقَلْ قَرْضُهَا ، وَهُوَ جَائِزٌ .

فصل : وإذا اقترض ذراهم أو دنانير غير معروفة الوزن ، لم يجز ؛ لأن القرض فيها يوجب رد المثل ، فإذا 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 ؛ لأنه لا يأمن ثلث ذلك ، فيتعدّر رد المثل ، فأشبهه السلم في مثل ذلك . وقال الإمام أحمد ، في ماء بين قوم ، لهم ثوب في أيام مسماة ، فاحتاج بعضهم إلى أن يستقي في غير ثوبته ، فاستقرض من ثوبه غيره ، ليرد عليه بدله في يوم ثوبته : فلا بأس ، وإن كان غير محدود كرهته . فكرهه إذا لم يكن محدودا ؛ لأنه لا يمكنه رد مثله . وإن كانت الدراهم يتعامل بها عددا ، فاستقرض عددا ، رد عددا . وإن استقرض وزنا ، رد وزنا . وهذا قول الحسين ، وابن سيرين ، / والأوزاعي . واستقرض أيوب من حماد بن زيد ذراهم بمكة عددا ، وأعطاه بالبصرة عددا ، لأنه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس ، فأشبهه ما لو كانوا يتعاملون بها وزنا . فرد وزنا .

٢٠/٤ ظ

فصل : ويجب رد المثل في المكيل والموزون . لا تعلم فيه خلافا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن من أسلف سلفا ، مما يجوز أن يسلف ، فرد عليه مثله ، أن ذلك جائز وأن للمُسْلِفِ أخذ ذلك . ولأن المكيل والموزون يضمن في العصب والإثلاف بمثله . فكذا ههنا . فأما غير المكيل والموزون ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يجب رد قيمته يوم القرض ؛ لأنه لا مثل له ، فيضمنه بقيمته ، كحال الإثلاف والعصب . والثاني ، يجب رد مثله ؛

لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، اسْتَسَلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْرًا ، فَرَدَّ مِثْلَهُ . وَيُخَالِفُ الْإِتْلَافَ ؛ فَإِنَّهُ لَا مُسَامَحَةَ فِيهِ ، فَوَجِبَتِ الْقِيَمَةُ ، لِأَنَّهَا أَحْصُرُ ، وَالْقَرْضُ أَسْهَلُ ، وَلِهَذَا جَازَتْ النَّسِيئَةُ فِيهِ فِيمَا فِيهِ الرَّبَا ، وَيَعْتَبَرُ مِثْلَ صِفَاتِهِ تَقْرِيْبًا ، فَإِنَّ حَقِيْقَةَ الْمِثْلِ إِنَّمَا تُوجَدُ فِي الْمَكِيْلِ وَالْمَوْزُونِ . فَإِنَّ تَعَدَّرَ الْمِثْلُ ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ تَعَدَّرَ الْمِثْلُ ، لِأَنَّ الْقِيَمَةَ ثَبَّتَتْ فِي ذِمَّتِهِ حِينَئِذٍ . وَإِذَا قُلْنَا : تَجِبُ الْقِيَمَةُ . وَجِبَتْ حِينَ الْقَرْضِ ؛ لِأَنَّهَا حِينَئِذٍ ثَبَّتَتْ فِي ذِمَّتِهِ .

فصل : وَيَجُوزُ قَرْضُ الْخُبْزِ . وَرَخَّصَ فِيهِ أَبُو قِلَابَةَ وَمَالِكٌ . وَمَنَعَ مِنْهُ أَبُو حَنِيفَةَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَوْزُونٌ ، فَجَازَ قَرْضُهُ ، كَسَائِرِ الْمَوْزُونَاتِ . وَإِذَا أَقْرَضَهُ بِالْوَزْنِ ، وَرَدَّ مِثْلَهُ بِالْوَزْنِ ، جَازَ . وَإِنْ أَخَذَهُ عَدَدًا ، فَرَدَّهُ عَدَدًا ، فَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ مَوْزُونٌ ، أَشْبَهَ سَائِرَ الْمَوْزُونَاتِ . وَالثَّانِيَةَ ، يَجُوزُ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِذَا كَانَ يَتَحَرَّى أَنْ يَكُونَ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْوَزْنِ ، وَالْوَزْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ . وَوَجْهُ الْجَوَازِ ، مَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ الْجَبْرِانَ يَسْتَقْرِضُونَ الْخُبْزَ وَالْحَمِيرَ ، وَيُرُدُّونَ زِيَادَةً وَنُقْصَانًا . فَقَالَ : « لَا بَأْسَ ، إِنَّ ذَلِكَ مِنْ مَرَافِقِ النَّاسِ ، لَا يُرَادُ بِهِ الْفَضْلُ » . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الشَّافِي » بِإِسْنَادِهِ . وَفِيهِ أَيْضًا ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُعَاذِ ابْنِ جَبَلٍ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ اسْتِقْرَاضِ الْخُبْزِ وَالْحَمِيرِ ، فَقَالَ : سُبْحَانَ اللَّهِ ، إِنَّمَا هَذَا مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ ، فَخُذِ الْكَبِيرَ وَأَعْطِ الصَّغِيرَ ، وَخُذِ / الصَّغِيرَ وَأَعْطِ الْكَبِيرَ ، « خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » (٩) . سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ ذَلِكَ . وَلِأَنَّ هَذَا مِمَّا تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَيْهِ ، وَيَشُقُّ اعْتِبَارُ الْوَزْنِ فِيهِ ، وَتَدْخُلُهُ الْمُسَامَحَةُ ، فَجَازَ ، كَدُخُولِ الْحَمَامِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرِ أُجْرَةٍ ، وَالرُّكُوبِ فِي سَفِينَةِ الْمَلَّاحِ ، وَأَشْبَاهِ هَذَا . فَإِنْ شَرَطَ أَنْ يُعْطِيَهُ أَكْثَرَ مِمَّا أَقْرَضَهُ أَوْ أَجْوَدَ ، أَوْ أَعْطَاهُ مِثْلَ مَا أَخَذَ وَزَادَهُ كِسْرَةً ،

٢١/٤ و

(٩) وتقدم تخریج هذا اللفظ من حديث أبي رافع في صفحة ٣٨٨ .

كان ذلك حَرَامًا . وكذلك إن أقرضه صَغِيرًا ، قَصَدَ أن يُعْطِيَهُ كَبِيرًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا أُبِيحَ لِمَشَقَّةِ إِمْكَانِ التَّحَرُّزِ مِنْهُ ، فَإِذَا قَصَدَ أو شَرَطَ أو أُفْرِدَتْ الزِّيَادَةُ ، فَقَدْ أَمَكْنَ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، فَحُرِّمَ بِحُكْمِ الْأَصْلِ ، كَمَا لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي غَيْرِهِ .

فصل : وكلُّ قَرْضٍ شَرَطَ فِيهِ أن يَزِيدَهُ ، فَهُوَ حَرَامٌ ، بغيرِ خِلَافٍ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعُوا على أن المُسْلِفَ إِذَا شَرَطَ على المُسْتَسْلِفِ زِيَادَةً أو (١٠) هَدِيَّةً ، فَاسْلَفَ على ذلك ، أنْ أَخَذَ الزِّيَادَةَ على ذلك رَبًّا . وقد رُوِيَ عن أبيِّ بن كَعْبٍ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، أَنَّهُمْ نَهَوْا عن قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً . ولأنَّهُ عَقْدُ إِزْفَاقٍ وَقُرْبِيَّةٍ ، فَإِذَا شَرَطَ فِيهِ الزِّيَادَةَ أَخْرَجَهُ عن مَوْضُوعِهِ . ولا عَرَقَ بَينَ الزِّيَادَةِ فِي القَدْرِ أو فِي الصَّفَةِ ، مِثْلُ أن يُقْرِضَهُ مُكَسَّرَةً ، لِيُعْطِيَهُ صِحَاحًا ، أو نَقْدًا ، لِيُعْطِيَهُ خَيْرًا مِنْهُ . وإن شَرَطَ أن يُعْطِيَهُ إِيَّاهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَكَانَ لِحَمْلِهِ مُؤَنَّةً ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ . وإن لَمْ يَكُنْ لِحَمْلِهِ مُؤَنَّةً ، جَازَ . وَحَكَاهُ ابنُ المُنْذِرِ عن عَلِيٍّ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وَالحَسَنِ ابنِ عَلِيٍّ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ، وابنِ سَيِّرِينَ ، وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ بنِ الْأَسْوَدِ ، وَأَيُّوبَ السَّخْتِيَّانِيَّ ، وَالثَّوْرِيَّ ، وَأَحْمَدَ ، وَإِسْحَاقَ . وَكَرِهَهُ الحَسَنُ البَصْرِيُّ ، وَمِيمُونُ ابنِ أَبِي شَيْبَةَ (١١) ، وَعَبْدَةُ بنُ أَبِي لُبَابَةَ (١٢) ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ فِي ذَلِكَ زِيَادَةٌ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ على أنْ مَنْ شَرَطَ أنْ يَكْتُبَ لَهَا بِهَا سَفْتَجَةً (١٣) لَمْ يَجُزْ ، وَمَعْنَاهُ : اشْتِرَاطُ القَضَاءِ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَرُوِيَ عَنْهُ جَوَازُهَا ؛ لِكَوْنِهَا مَصْلَحَةٌ لَهَا جَمِيعًا . وَقَالَ عَطَاءٌ : كَانَ ابنُ الزُّبَيْرِ يَأْخُذُ مِنْ قَوْمٍ

(١٠) في م : « أم » .

(١١) ميمون بن أبي شيبه الربيعي ، تابعي ، وثقه ابن حبان ، توفي سنة ثلاث وثمانين . تهذيب التهذيب ٣٨٩/١٠ .

(١٢) عبدة بن أبي لبابة الأسدي ، مولاهم ، نزيل دمشق ، تابعي ، من فقهاء الكوفة . تهذيب التهذيب ٤٦١/٦ ، ٤٦٢ .

(١٣) السفتجة : أن يعطى مالا لآخر ، وللآخر مال في بلد المعطى ، فيوفيه إياه ثم ، فيستفيد أمن الطريق .

بِمَكَّةَ دَرَاهِمَ ، ثُمَّ يَكْتُبُ لَهُمْ بِهَا إِلَى مُصْعَبِ بْنِ الزُّبَيْرِ بِالْعِرَاقِ ، فَيَأْخُذُونَهَا مِنْهُ . فَسُئِلَ
 عَنْ ذَلِكَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، فَلَمْ يَرَّ بِهِ بَأْسًا . وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ سُئِلَ
 عَنْ مِثْلِ هَذَا ، فَلَمْ يَرَّ بِهِ بَأْسًا . وَمِمَّنْ لَمْ يَرَّ بِهِ بَأْسًا ابْنُ سَبْرِينَ ، وَالتَّحْمِي . رَوَاهُ
 / كَلْبَةُ سَعِيدٌ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ لِلْوَصِيِّ قَرْضَ مَالِ الْيَتِيمِ فِي بَلَدٍ أُخْرَى لِيُرْبِحَ حَظَرَ
 الطَّرِيقِ . وَالصَّحِيحُ جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَصْلَحَةٌ لِهَاجِرٍ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَالشَّرْعُ
 لَا يَرُدُّ بِتَحْرِيمِ الْمَصَالِحِ الَّتِي لَا مَضَرَّةَ فِيهَا ، بَلْ بِمَشْرُوعِيَّتِهَا . وَلِأَنَّ هَذَا لَيْسَ
 بِمَنْصُوصٍ عَلَى تَحْرِيمِهِ ، وَلَا فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ، فَوَجِبَ إِنْقَاؤُهُ عَلَى الْإِبَاحَةِ .
 وَإِنْ شَرَطَ فِي الْقَرْضِ أَنْ يُوجِرَهُ دَارَهُ ، أَوْ يَبِيعَهُ شَيْئًا ، أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ الْمُقْتَرِضَ مَرَّةً
 أُخْرَى ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ وَسَلْفٍ ^(١٤) . وَلِأَنَّهُ شَرَطَ عَقْدًا
 فِي عَقْدٍ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ دَارَهُ بِشَرَطِ أَنْ يَبِيعَهُ الْآخَرَ دَارَهُ . وَإِنْ شَرَطَ أَنْ
 يُوجِرَهُ دَارَهُ بِأَقْلٍ مِنْ أُجْرَتِهَا ، أَوْ عَلَى أَنْ يَسْتَأْجِرَ دَارَ الْمُقْرِضِ بِأَكْثَرٍ مِنْ أُجْرَتِهَا ،
 أَوْ عَلَى أَنْ يُهْدِيَ لَهُ هَدِيَّةً ، أَوْ يَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا ، كَانَ أَبْلَغَ فِي التَّحْرِيمِ . وَإِنْ فَعَلَ
 ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرَطٍ قَبْلَ الْوَفَاءِ ، لَمْ يَقْبَلْهُ ، وَلَمْ يَجُزْ قَبُولُهُ ، إِلَّا أَنْ يُكَافَأَهُ ، أَوْ يَحْسِبُهُ
 مِنْ دَيْنِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَيْئًا جَرَّتِ الْعَادَةُ بِهِ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الْقَرْضِ ؛ لِمَا رَوَى الْأَثَرُمُ
 أَنَّ رَجُلًا كَانَ لَهُ عَلَى سَمَّاكِ عِشْرُونَ دِرْهَمًا ، فَجَعَلَ يُهْدِي إِلَيْهِ السَّمَكَ وَيُقَوْمُهُ ،
 حَتَّى بَلَغَ ثَلَاثَةَ عِشْرِينَ دِرْهَمًا ، فَسَأَلَ ابْنَ عَبَّاسٍ فَقَالَ : أُعْطِهِ سَبْعَةَ دَرَاهِمَ ^(١٥) .
 وَعَنْ ابْنِ سَبْرِينَ ، أَنَّ عَمْرًا أَسْلَفَ أَبِيَّ بَنَ كَعْبٍ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ ، فَأَهْدَى إِلَيْهِ
 أَبِيُّ بَنَ كَعْبٍ مِنْ ثَمَرَةِ أَرْضِهِ ، فَرَدَّهَا عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَقْبَلْهَا ، فَأَتَاهُ أَبِيُّ فَقَالَ : لَقَدْ عَلِمَ
 أَهْلُ الْمَدِينَةِ أَنَّي مِنْ أَطْيَبِهِمْ ثَمَرَةً ، وَأَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَنَا ، فِيمَ مَنَعْتَ هَدِيَّتَنَا ! ثُمَّ أَهْدَى
 إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَبِلَ . وَعَنْ زَيْدِ بْنِ حُبَيْشٍ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَبِيِّ بَنِ كَعْبٍ : إِنِّي أُرِيدُ
 أَنْ أُسِيرَ إِلَى أَرْضِ الْجِهَادِ إِلَى الْعِرَاقِ . فَقَالَ : إِنَّكَ تَأْتِي أَرْضًا فَاشِرَ فِيهَا الرُّبَا ، فَإِنْ

(١٤) تقدم تخريجه في صفحة ٣٣٤ .

(١٥) أخرجه البيهقي ، في : باب كل قرض جر منفعة فهو ربا ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٥٠/٥ .

أَقْرَضَتْ رَجُلًا قَرْضًا ، فَأَتَاكَ بِقَرْضِكَ وَمَعَهُ هَدِيَّةٌ ، فَأَقْبِضْ قَرْضَكَ ، وَازْدُدْ عَلَيْهِ هَدِيَّتَهُ . رَوَاهُمَا الْأَثَرُْمُ^(١٦) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ^(١٧) ، عَنْ أَبِي بُرْدَةَ ، عَنْ أَبِي مُوسَى ، قَالَ : قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ ، فَلَقِيْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَلَامٍ . وَذَكَرَ حَدِيثًا . وَفِيهِ : ثُمَّ قَالَ لِي : إِنَّكَ بَارِضٌ فِيهَا الرَّبَا فَاشْرِ ، فَإِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ ، فَأَهْدِي إِلَيْكَ حِمْلَ تَيْبٍ ، أَوْ حِمْلَ شَعِيرٍ ، أَوْ حِمْلَ قَتٍّ ، فَلَا تَأْخُذْهُ ، فَإِنَّهُ رَبَا . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : وَلَوْ أَقْرَضَهُ قَرْضًا ، ثُمَّ اسْتَعْمَلَهُ / عَمَلًا ، لَمْ يَكُنْ لِيَسْتَعْمِلْهُ مِثْلَهُ قَبْلَ الْقَرْضِ ، كَانَ قَرْضًا جَرًّا مُنْفَعَةً . وَلَوْ اسْتَصَافَ غَرِيمَهُ ، وَلَمْ تَكُنْ الْعَادَةُ جَرَّتْ بَيْنَهُمَا بِذَلِكَ ، حَسَبَ لَهُ مَا أَكَلَهُ ؛ لَمَا رَوَى ابْنُ مَاجَةَ ، فِي « سُنَنِهِ »^(١٨) ، عَنْ أَنَسٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضًا ، فَأَهْدِي إِلَيْهِ ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّائِيَةِ ، فَلَا يِرْكَبُهَا ، وَلَا يَقْبَلُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ » . وَهَذَا كُلُّهُ فِي مُدَّةِ الْقَرْضِ ، فَأَمَّا بَعْدَ الْوَفَاءِ ، فَهُوَ كَالزِّيَادَةِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، عَلَى مَا سَنَدُّكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : فَإِنْ أَقْرَضَهُ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَقَضَاهُ خَيْرًا مِنْهُ فِي الْقَدْرِ ، أَوِ الصِّفَةِ ، أَوْ دُونِهِ ، بِرِضَاهُمَا ، جَازَ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَتَبَ لَهُ بِهَا سُمْفُجَةً ، أَوْ قَضَاهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، جَازَ . وَرَخَّصَ فِي ذَلِكَ ابْنُ عَمَرَ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالتَّحْفِيُّ ، وَالتَّشْعَبِيُّ ، وَالتَّزْهَرِيُّ ، وَمَكْحُولٌ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : إِنْ قَضَاهُ خَيْرًا مِنْهُ ، أَوْ زَادَهُ زِيَادَةً بَعْدَ الْوَفَاءِ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَاةٍ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَرَوَى عَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عَمَرَ ، أَنَّهُ يَأْخُذُ مِثْلَ قَرْضِهِ ، وَلَا يَأْخُذُ فَضْلًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَخَذَ فَضْلًا كَانَ قَرْضًا جَرًّا مُنْفَعَةً . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَسَلَفَ بَكْرًا ، فَرَدَّ خَيْرًا مِنْهُ . وَقَالَ : « خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » . مُتَّفَقٌ

(١٦) وَأَخْرَجَهُمَا الْبَيْهَقِيُّ ، فِي الْبَابِ السَّابِقِ . السَّنَنِ الْكَبِيرَى ٣٤٩/٥ ، ٣٥٠ .

(١٧) فِي : بَابِ مَنَاقِبِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَلَامٍ ، مِنْ كِتَابِ مَنَاقِبِ الْأَنْصَارِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤٧/٥ .

(١٨) فِي : بَابِ الْقَرْضِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سُنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٨١٣/٢ .

عليه^(١٩) . وللبخاري : « أَفْضَلُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » . ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ، ولا وسيلة إليه ، ولا إلى استيفاء دينه ، فحلّت ، كما 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 زيادةً ، أو أجود مما أعطاه ، كان حراماً ، قولاً واحداً . وإن كان الرجل معروفاً بحسن القضاء ، لم يكره إقرضه . 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 إقرضه مكروه . ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم ، وهو أولى الناس بقضاء حاجته ، وإجابة / مسأله ، وتفريح كرتيه ، فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً ، وإنما يمنع من الزيادة المشروطة . ولو أقرضه مكسرةً ، فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط ، جاز . وإن جاءه بصحاح أقل منها ، فأخذها بجميع حقه ، لم يجز ، قولاً واحداً ؛ لأن ذلك معاوضة للنقد بأقل منه ، فكان رباً .

ظ ٢٢/٤

فصل : وإن شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه ، وكان ذلك مما يجرى فيه الربا ، لم يجز ؛ لإفضائه إلى قوات الممائلة فيما هي شرط فيه . وإن كان في غيره ، لم يجز أيضاً . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر ، يجوز ؛ لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ، وشرط التقصان لا يخرج عن موضوعه ، بخلاف الزيادة . ولنا ، أن القرض يقتضي المثل ، فشرط التقصان يخالف مقتضاه . فلم يجز ، كشرط الزيادة .

فصل : ولو اقترض من رجل نصف دينار ، فدفع إليه ديناراً صحيحاً ، وقال : نصفه قضاءً ، ونصفه وديعة عندك ، أو سلماً في شيء ، صح . وإن امتنع المقرض

(١٩) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٨ .

مِنْ قَبُولِهِ ، فَلهِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ فِي الشَّرِكَةِ ضَرَرًا . وَلَوْ اشْتَرَى بِالنُّصْفِ الثَّانِي مِنَ الدِّيَارِ سِلْعَةً ، جَازَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَنْ مُشَارَطَةٍ ، فَقَالَ : أَقْضِيكَ صَاحِبًا بِشَرْطِ أَنْي أَخْذُ مِنْكَ بِنُصْفِهِ الْبَاقِي قَمِيصًا . فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ صَاحِبًا إِلَّا لِيُعْطِيَهُ بِالنُّصْفِ الْبَاقِي فَضَّلَ مَا بَيْنَ الصَّحِيحِ وَالْمَكْسُورِ مِنَ النُّصْفِ الْمَقْضَى .
 وَلَوْ لَمْ يَكُن شَرْطًا ، جَازَ . فَإِنْ تَرَكَ النُّصْفَ الْآخَرَ عِنْدَهُ وَدَيْعَةً ، جَازَ ، وَكَانَا شَرِيكَيْنِ فِيهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى كَسْرِهِ ، كَسَرَاهُ . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، لَمْ يُجْبَرِ أَحَدُهُمَا عَلَى كَسْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْقِصُ قِيمَتَهُ .

فصل : وَلَوْ أَفْلَسَ غَرِيمُهُ ، فَأَقْرَضَهُ أَلْفًا ، لِيُوفِيَهُ كُلَّ شَهْرٍ شَيْئًا مَعْلُومًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا انْتَفَعَ بِاسْتِيفَاءِ مَا هُوَ مُسْتَحَقٌّ لَهُ . وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ حِنْطَةٌ . فَأَقْرَضَهُ مَا يَشْتَرِي بِهِ حِنْطَةً يُوفِيَهُ بِهَا ، لَمْ يَكُنْ مُحَرَّمًا ؛ لِذَلِكَ . وَلَوْ أَرَادَ رَجُلٌ أَنْ يَبْعَثَ إِلَى عِيَالِهِ نَفَقَةً ، فَأَقْرَضَهَا رَجُلًا ، عَلَى أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَى عِيَالِهِ . فَلَا بَأْسَ ، إِذَا لَمْ يَأْخُذْ عَلَيْهَا شَيْئًا .
 وَلَوْ أَقْرَضَ أَكَاذِبًا^(٢٠) مَا يَشْتَرِي بِهِ بَقْرًا يَعْمَلُ عَلَيْهَا فِي أَرْضِهِ ، أَوْ بَدْرًا يَبْدُرُهُ فِيهَا ، فَإِنْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْقَرْضِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، فَأَشْبَهَ شَرْطَ الزِّيَادَةِ .
 /وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَرْطًا ، فَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ قَرْضٌ جَرَّ مَنْفَعَةً . قَالَ :
 وَلَوْ قَالَ : أَقْرِضْنِي أَلْفًا ، وَادْفَعْ إِلَيَّ أَرْضَكَ أَرْزَعُهَا بِالثُّلُثِ . كَانَ حَبِيبًا . وَالْأَوْلَى جَوَازُ ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ مَشْرُوطًا ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَيْهِ ، وَالْمُسْتَقْرَضُ إِنَّمَا يَقْصِدُ نَفْعَ نَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ انْتِفَاعُ الْمُقْرِضِ ضِمْنًا ، فَأَشْبَهَ أَخْذَ السُّفْتَجَةِ بِهِ ، وَإِيفَاءَهُ فِي بَلَدٍ آخَرَ ، وَلِأَنَّهُ مَصْلَحَةٌ لِمَا جَمِيعًا ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا .

و ٢٣/٤

فصل : قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ اقْتَرَضَ مِنْ رَجُلٍ دَرَاهِمَ ، وَابْتَاعَ بِهَا مِنْهُ شَيْئًا ، فَخَرَجَتْ زَيْوُفًا : فَالْبَيْعُ جَائِزٌ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ . يَعْنِي لَا يَرْجِعُ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِبَدْلِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهَا دَرَاهِمُهُ ، فَعَيَّنَهَا عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا لَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي بَدْلُ

(٢٠) الأكار : الحرات .

ما أقرضه إياه بصفته زُوفًا . وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها ؛ فأما إن باعه في ذمته بدرأهم ، ثم قبض هذه بدلًا عنها غير عالم بها ، فينبغي أن يجب له درأهم خالية من العيب ، ويرد هذه عليه ، وللمشتري ردها على البائع ، وفاءً عن القرض ، ويبقى الثمن في ذمته . وإن حسبها على البائع وفاءً عن القرض ، ووفاه الثمن جيدًا ، جاز . قال : ولو أقرض رجلًا درأهم ، وقال : إذا مت فأت في حل . كانت وصية . وإن قال : إن مت فأت في حل . لم يصح ؛ وذلك لأن هذا إبراء معلق على شرط ، ولا يصح تعليقه على الشرط ، والأول وصية ؛ لأنه علق ذلك على موت نفسه ، والوصية جائزة . قال : ولو أقرضه تسعين دينارًا بمائة عددًا والوزن واحد ، وكانت لا تنفق في مكان إلا بالوزن ، جاز . وإن كانت تنفق برئوسها ، فلا ؛ وذلك لأنها إذا كانت تنفق في مكان برئوسها ، كان ذلك زيادة ، لأن التسعين من المائة تقوم مقام التسعين التي أقرضه إياها ، ويستفضل عشرة ، ولا يجوز اشتراط الزيادة ، وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن ، فلا زيادة فيها وإن كثر عددها . قال : ولو قال : أقرض لي من فلان مائة ، ولك عشرة . فلا بأس ، ولو قال : اكفل عني ولك ألف . لم يجز ؛ وذلك لأن قوله : أقرض لي ولك عشرة . جعالة 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 عوضًا صار القرض جازًا للمنفعة ، فلم يجز .

ظ ٢٣/٤

فصل : قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل في المثليات ، سواء رخص سعره أو غلا ، أو كان بحاله . ولو كان ما أقرضه موجودًا بعينه ، فردّه من غير عيب يحدث فيه ، لزِم قبوله ، سواء تغير سعره أو لم يتغير . وإن حدث به عيب ، لم يلزمه قبوله . وإن كان القرض فلوًا أو مكسرة ، فحرمها السلطان ، وثرت المعاملة بها ، كان للمقرض قيمتها ، ولم يلزمه قبولها ، سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها ؛ لأنها تعيبت في ملكه . نص عليه أحمد في الدرأهم المكسرة ، وقال : يقومها كم تساوي

يوم أخذها؟ ثم يُعطيهِ ، وسواءً نَقَصَتْ قِيمَتُهَا قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا . قال القاضي : هذا إذا اتَّفَقَ النَّاسُ عَلَى تَرْكِهَا ، فَأَمَّا إِنْ تَعَامَلُوا بِهَا مَعَ تَحْرِيمِ السُّلْطَانِ لَهَا ، لَزِمَ أَخْذُهَا . وقال مالِكٌ ، والليثُ بن سَعْدٍ ، والشَّافِعِيُّ : ليس له إِلَّا مِثْلُ مَا أَقْرَضَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِعَيْبٍ حَدَّثَ فِيهَا ، فَجَرَى مَجْرَى نَقْصِ سِعْرِهَا . ولنا ، أَنَّ تَحْرِيمَ السُّلْطَانِ لَهَا مَنَعَ انْفَاقَهَا ، وَأَبْطَلَ مَالِيَّتَهَا ، فَأَشْبَهَ كَسْرَهَا ، أَوْ تَلَفَ أَجْزَائِهَا ، وَأَمَّا رُخْصُ السَّعْرِ فَلَا يَمْتَنِعُ رَدُّهَا ، سِوَاءَ كَانَ كَثِيرًا ، مِثْلَ أَنْ كَانَتْ عَشْرَةَ بَدَانِقٍ ، فَصَارَتْ عِشْرِينَ بَدَانِقٍ^(٢١) ، أَوْ قَلِيلًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْدُثْ فِيهَا شَيْءٌ ، إِنَّمَا تَعَيَّرَ السَّعْرُ ، فَأَشْبَهَ الْحِنْطَةَ إِذَا رُخِّصَتْ أَوْ غَلَّتْ .

فصل : وإذا أَقْرَضَهُ مَا لِحَمْلِهِ مُؤْتَةٌ ، ثُمَّ طَالَبه بِمِثْلِهِ بِلَدِّ آخَرَ ، لَمْ يَلْزِمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ حَمْلُهُ لَهُ إِلَى ذَلِكَ الْبَلَدِ . فَإِنْ طَالَبه بِالْقِيمَةِ لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُؤْتَةَ لِحَمْلِهَا . فَإِنْ تَبَرَّعَ الْمُسْتَقْرِضُ بِدَفْعِ الْمِثْلِ ، وَأَبَى الْمُقْرِضُ قَبُولَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي قَبْضِهِ ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا احتَاجَ إِلَى حَمْلِهِ إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي أَقْرَضَهُ فِيهِ ، وَلَهُ الْمُطَابَقَةُ بِقِيمَةِ ذَلِكَ فِي الْبَلَدِ الَّذِي أَقْرَضَهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ الْمَكَانُ الَّذِي يَجِبُ التَّسْلِيمُ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ الْقَرْضُ اثْمَانًا ، أَوْ مَالًا مُؤْتَةً فِي حَمْلِهِ ، وَطَالَبه بِهَا ، وَهِيَ بِلَدِّ آخَرَ ، لَزِمَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ إِلَيْهِ فِي هَذَا الْبَلَدِ وَغَيْرِهِ وَاحِدٌ .

فصل : وإن أَقْرَضَ ذِمِّيًّا ذِمِّيًّا حَمْرًا ، ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ أَحَدَهُمَا . بَطَلَ الْقَرْضُ . وَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْمُقْرِضِ شَيْءٌ ، سِوَاءَ كَانَ هُوَ الْمُسْلِمَ أَوْ الْآخَرَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ لَمْ يَجْزُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ حَمْرٌ ، لِعَدَمِ مَالِيَّتِهَا ، وَلَا يَجِبُ بَدْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا قِيمَةَ لَهَا ، وَلِذَلِكَ / لَا يَضْمَنُهَا إِذَا أُتْلَفَهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُسْلِمُ الْآخَرَ لَمْ يَجِبْ لَهُ شَيْءٌ ، لِذَلِكَ .

و ٢٤/٤

(٢١) الدائق : سدس الدرهم .

كتاب الرهن

الرَّهْنُ فِي اللَّعَةِ : التُّبُوتُ وَالذَّوَامُ . يُقَالُ : مَاءٌ رَاهِنٌ . أَيْ رَاكِدٌ . وَنِعْمَةٌ رَاهِنَةٌ .
 أَيْ ثَابِتَةٌ دَائِمَةٌ . وَقِيلَ : هُوَ مِنَ الْحَبْسِ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ كُلُّ أَمْرٍ إِذَا مَا كَسَبَ
 رَهِيْنٌ ﴾ ^(١) . وَقَالَ : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ الشَّاعِرُ :
 وَفَارَقْتِكَ بِرَهْنِي لَا فِكَاكَ لَهْ يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَضْحَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا ^(٣)
 شَبَّهَ لُزُومَ قَلْبِهِ لَهَا ، وَاحْتِبَاسَهُ عِنْدَهَا ، لِشِدَّةِ وَجْدِهِ بِهَا ، بِالرَّهْنِ الَّذِي يَلْزُمُهُ
 الْمُرْتَهِنُ ، فَيَبْقِيهِ عِنْدَهُ ، وَلَا يُفَارِقُهُ . وَغَلَقَ الرَّهْنُ : اسْتَحْقَاقُ الْمُرْتَهِنِ إِيَّاهُ ، لِعَجْزِ
 الرَّاهِنِ عَنِ فِكَاكِهِ . وَالرَّهْنُ فِي الشَّرْعِ : الْمَالُ الَّذِي يُجْعَلُ وَثِيْقَةً بِالذَّيْنِ لِيُسْتَوْفَى
 مِنْ تَمَنِيهِ إِنْ تَعَدَّرَ اسْتِيْفَاؤُهُ مِمَّنْ هُوَ عَلَيْهِ . وَهُوَ جَائِزٌ . بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ،
 أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرُهْنٌ
 مَقْبُوضَةٌ ﴾ . وَتُقْرَأُ : ﴿ فَرِهَانٌ ﴾ ^(٤) . وَالرَّهَانُ : جَمْعُ رَهْنٍ ، وَالرَّهْنُ :
 جَمْعُ الْجَمْعِ . قَالَه الْفَرَاءُ ^(٥) . وَقَالَ الرَّجَّاجُ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ جَمْعُ رَهْنٍ ، مِثْلَ
 سَقْفٍ وَسَقْفٍ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَرَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
 اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا ، وَرَهْنَهُ دِرْعَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ

(١) سورة الطور ٢١ .

(٢) سورة المدثر ٣٨ .

(٣) البيت لزهير بن أبي سلمى ، وهو في شرح ديوانه ٣٣ .
 وفي النسخ : « فارقتك » . دون الواو .

(٤) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٥) في معاني القرآن ١/١٨٨ .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٣٧٥ .

رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الظَّهْرُ يَرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَلَبَنُ الدَّرِّ يَشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ » .
رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(٧) . وعن أبي هُرَيْرَةَ . رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ : « لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ »^(٨) . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الرَّهْنِ فِي الْجُمْلَةِ .

فصل : ويجوزُ الرَّهْنُ فِي الْحَضَرِ ، كَمَا يَجُوزُ فِي السَّفَرِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ فِي ذَلِكَ ، إِلَّا مُجَاهِدًا ، قَالَ : لَيْسَ الرَّهْنُ إِلَّا فِي السَّفَرِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَطَ السَّفَرَ فِي الرَّهْنِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا ، وَرَهْنَهُ ذِرْعَهُ ، وَكَانَا بِالْمَدِينَةِ . وَلِأَنَّهَا وَثِيقَةٌ تَجُوزُ فِي / السَّفَرِ ، فَجَازَتْ فِي الْحَضَرِ ، كَالضَّمَانِ . فَأَمَّا ذِكْرُ السَّفَرِ ، فَإِنَّهُ خَرَجَ مَخْرَجَ الْعَالِبِ ؛ لِكَوْنِ الْكَاتِبِ يُعَدُّمُ فِي السَّفَرِ غَالِبًا ، وَلِهَذَا لَمْ يَشْتَرِطْ عَدَمَ الْكَاتِبِ ، وَهُوَ مَذْكُورٌ مَعَهُ أَيْضًا .

ظ ٢٤/٤

فصل : والرَّهْنُ غَيْرُ وَاجِبٍ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِالذَّيْنِ ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَالضَّمَانِ وَالْكِفَايَةِ . وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ . إِرْشَادٌ لَنَا لِأَيِّجَابِ عَلَيْنَا ، بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ . وَلِأَنَّهُ أَمْرٌ بِهِ عِنْدَ إِعْوَازِ^(٩) الْكِتَابَةِ ، وَالْكِتَابَةُ غَيْرُ وَاجِبَةٍ ، فَكَذَلِكَ بَدَّلَهَا .

فصل : وَلَا يَحِلُّو الرَّهْنُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ، أَحَدُهَا ، أَنْ يَقَعَ بَعْدَ الْحَقِّ ، فَيَصِحُّ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنٌ ثَابِتٌ تَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَى^(١٠) أَخْذِ الْوَثِيقَةِ بِهِ ، فَجَازَ أَخْذُهَا بِهِ

(٧) في : باب الرهن مركوب ومحلوب ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ١٨٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرهن ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الانتفاع بالرهن ، من أبواب البيوع . عارضة الأحمدي ٢٥٩/٥ . وابن ماجه في : باب الرهن مركوب ومحلوب ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المستند ٢٢٨/٢ ، ٤٧٢ . (٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا يغلِق الرهن ، من كتاب الرهن . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما لا يجوز من غلق الرهن ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٧٢٨/٢ . والبيهقي في : باب ما روى في غلق الرهن ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤٤/٦ .

(٩) في النسخ : « إعواد » .

(١٠) سقط من : م .

كالضمان ، ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانَ مِقْبُوضَةً ﴾ . فجعله بدلًا عن الكتابة ، فيكون في محلها ، ومحلها بعد وجوب الحق ، وفي الآية ما يدل على ذلك ، وهو قوله : ﴿ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ﴾ . فجعله جزاءً للمداينة مذکورًا بعدها بفاء التعقيب . الحال الثاني ، أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدَيْن ، فيقول : بعثك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر^(١) ، ترهنني بها عبدك سعدًا . فيقول : قبلت ذلك . فيصح أيضا . وبه قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لأن الحاجة داعية إلى ثبوته ، فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ، ويشترط فيه ، لم يتمكّن من إلزام المشتري عقده ، وكانت الخيرة إلى المشتري ، والظاهر أنه لا يبدله ، فتفوت الوثيقة بالحق . الحال الثالث ، أن يرهنه قبل الحق ، فيقول : رهنتك عبدي هذا بعشرة ثقرضنيها . فلا يصح في ظاهر المذهب . وهو اختيار أبي بكر والقاضي . وذكر القاضي : أن أحمد نص عليه ، في رواية ابن منصور . وهو مذهب الشافعي . واختار أبو الخطاب أنه يصح . فمتى قال : رهنتك ثوبي هذا بعشرة ثقرضنيها غدا . وسلمه إليه ، ثم أقرضه الدرهم ، لزِم الرهن . وهو مذهب مالك وأبي حنيفة ؛ لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقدها قبل وجوبه ، كالضمان ، أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل ، كضمان الدرّك . / ولنا ، أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله ، فلم تصح قبله كالشهادة ، ولأن الرهن تابع للحق ، فلا يسبقه ، كالشهادة ، والثمن لا يتقدم البيع . وأما الضمان فيحتمل أن يُمنع صحته ، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول ، فجاز من غير حق ثابت ، كالنذر ، بخلاف الرهن .

و ٢٥/٤

٧٨٤ - مسألة ؛ قال : (ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضًا من جائر الأمر)

يعنى لا يلزم الرهن إلا بالقبض . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال بعض

(١) في ١ : شهرين .

أَصْحَابِنَا : مَا كَانَ مَكِيلًا أَوْ مُزُونًا ، لَا يَلْزَمُ رَهْنُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ ، وَفِيمَا عَدَاهُمَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ . وَالْأُخْرَى ، يَلْزَمُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، كَالْبَيْعِ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا ، فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . وَحَمَلَ الْقَاضِي كَلَامَ الْخِرَقِيِّ عَلَى الْمَكِيلِ وَالْمُزُونِ خَاصَّةً . وَوَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ مَعَ عُمُومِهِ ، قَدْ أَتْبَعَهُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ التَّعْيِيمِ ، وَهُوَ قَوْلُهُ : فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ ، فَقَبْضُهُ أَخْذُهُ إِيَّاهُ مِنْ رَاهِنِهِ مَقْتُولًا ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُنْقَلُ ، كَالدُّورِ وَالْأَرْضِيِّنَ ، فَقَبْضُهُ بِتَخْلِيَةِ رَاهِنِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ^(١) . « وَقَدْ قَالَ^(٢) أَحْمَدُ فِي الدَّارِ وَالْحَارِجَةِ إِذَا رَدَّهَا إِلَى الرَّاهِنِ : لَمْ يَكُنْ رَهْنًا فِي الْحَالِ . وَهَذَا كَقَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَلْزَمُ الرَّهْنُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَلْزَمُ بِالْقَبْضِ ، فَلَزِمَ قَبْلَهُ ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ قَرَهُنْ مَقْبُوضَةً ﴾ . وَصَفَهَا بِكَوْنِهَا مَقْبُوضَةً ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ إِزْفَاقِي يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ ، فَانْتَقَرَ إِلَى الْقَبْضِ ، كَالْقَرْضِ ، وَلِأَنَّهُ رَهْنٌ لَمْ يُقْبَضْ ، فَلَا يَلْزَمُ إِقْبَاضُهُ ، كَالْوَمَاتِ الرَّاهِنِ ، وَلَا يُشْبِهُ الْبَيْعَ ، فَإِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ ، وَلَيْسَ بِإِزْفَاقِي . وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : « مِنْ جَائِزِ الْأَمْرِ » . يَعْنِي أَنَّ الرَّاهِنَ الَّذِي يَرَهُنُ وَيُقْبَضُ ، يَكُونُ جَائِزَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ ، وَهُوَ الْحُرُّ الْمُكَلَّفُ الرَّشِيدُ ، وَلَا يَكُونُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ ، لِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ أَوْ فَلَاسٍ ، وَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ فِي حَالِ رَهْنِهِ وَإِقْبَاضِهِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَالتَّسْلِيمَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِلَى اخْتِيَارِ الرَّاهِنِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ اخْتِيَارٌ صَحِيحٌ ، لَمْ يَصِحَّ ، وَلِأَنَّهُ نَوْعٌ تَصَرُّفٍ فِي الْمَالِ ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ جُنَّ أَحَدُ الْمُتَرَاهِنَيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، أَوْ مَاتَ ، لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُوَوَّلُ إِلَى الزُّورِ ، فَلَمْ يَبْطُلْ بِجُنُونِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ مَوْتِهِ ، كَالْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ ، وَيَقُومُ وَلِيُّ الْمَجْنُونِ مَقَامَهُ ، فَإِنْ كَانَ الْمَجْنُونُ الرَّاهِنَ ، وَكَانَ الْحِطُّ فِي التَّقْيِيضِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا فِي بَيْعٍ يَسْتَضِيرُّ بِفَسْخِهِ وَنَحْوِهِ ، أَقْبَضَهُ . وَإِنْ كَانَ الْحِطُّ فِي

ظ ٢٥/٤

(١) فِي ١ : « وَبَيْنَ مَرَهْنِهِ » .

(٢ - ٢) فِي م : « وَقَالَ » .

تَرْكِهِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ تَقْيِيضُهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَجْنُونُ الْمُرْتَهِنَ ، قَبِضَهُ وَرَيْتَهُ إِنْ اخْتَارَ الرَّاهِنُ ، وَإِنْ امْتَنَعَ لَمْ يُجْبَرْ . وَإِذَا مَاتَ ، قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ . فَإِنْ مَاتَ الرَّاهِنُ ، لَمْ يَلْزَمْ وَرَثَتُهُ تَقْيِيضَهُ ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُومُونَ مَقَامَ الرَّاهِنِ ، وَلَمْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَيِّتِ ذَيْنٌ سِوَى هَذَا الدَّيْنِ ، فَأَحَبُّ الْوَرَثَةِ تَقْيِيضُ الرَّهْنِ ، جَازَ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنٌ سِوَاهُ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَارِثِ تَخْصِيصُ الْمُرْتَهِنِ بِالرَّهْنِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ عَلَى بَنِ سَعِيدٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ لَهُمْ ذَلِكَ ، أَخَذًا مِمَّا تَقَلَّ ابْنُ مَنْصُورٍ وَأَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ أَوْ أَفْلَسَ ، فَالْمُرْتَهِنُ أَحَقُّ بِهِ مِنَ الْغُرْمَاءِ . وَلَمْ يُعْتَبَرْ وَجُودُ الْقَبْضِ بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ قَبْلَهُ . وَهَذَا لَا يُعَارِضُ مَا تَقَلَّهُ عَلَى بَنِ سَعِيدٍ ؛ لِأَنَّهُ خَاصٌّ وَهَذَا عَامٌّ ، وَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ يَضْعُفُ جِدًّا لِنُدْرَتِهَا ، فَكَيْفَ يُعَارِضُ بِهِ الْخَاصُّ ! لَكِنْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْحُكْمُ مَبْنِيًّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا الْقَبْضُ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، فَيَكُونُ الرَّهْنُ قَدْ لَزِمَ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَوَجَبَ تَقْيِيضُهُ عَلَى الرَّاهِنِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى وَارِثِهِ . وَيَخْتَصُّ هَذَا^(٣) بِمَا عَدَا الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، وَأَمَّا مَا لَمْ يَلْزَمْ الرَّهْنُ فِيهِ ، فَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ تَقْيِيضُهُ ؛ لِأَنَّ الْغُرْمَاءَ تَعَلَّقَتْ دُبُونُهُمْ بِالتَّرِكَةِ قَبْلَ لُزُومِ حَقِّهِ فِي الرَّهْنِ ، فَلَمْ يَجُزْ تَخْصِيصُهُ بِهِ بِغَيْرِ رِضَاهُمْ ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ الرَّاهِنُ ، إِلَّا إِذَا قُلْنَا : إِنْ لِلْوَرَثَةِ التَّصَرُّفُ فِي التَّرِكَةِ ، وَوَفَاءَ الدَّيْنِ مِنْ أَمْوَالِهِمْ . فَإِنْ قِيلَ : فَمَا الْفَائِدَةُ فِي الْقَوْلِ بِصِحَّةِ الرَّهْنِ إِذَا لَمْ يَخْتَصَّ بِهِ الْمُرْتَهِنُ ؟ قُلْنَا : فَائِدَتُهُ أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَرْضَى الْغُرْمَاءُ بِتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ ، فَيَتِمَّ الرَّهْنُ . وَلَا فَرْقَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ بَيْنَ مَا قَبِلَ الْإِذْنَ فِي الْقَبْضِ وَمَا بَعْدَهُ ؛ لِكَوْنِ الْإِذْنِ يَبْطُلُ بِالْمَجْنُونِ وَالْمَوْتِ وَالْإِغْمَاءِ وَالْحَجْرِ .

فصل : ولو حُجِرَ عَلَى الرَّاهِنِ لِأَفْلَسَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَمْ يَكُنْ لَهُ تَسْلِيمُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ

(٣) سقط من : م .

تَحْصِيصًا لِلْمُرْتَهِنِ بِمَنِهِ ، وليس له تَحْصِيصُ بعضِ غَرَمَاتِهِ . / وإن حُجِرَ عليه لِسَفِهِ ، فحُكْمُهُ حُكْمُ ما لو زالَ عَقْلُهُ بِجُنُونٍ ، على ما أَسْلَفْنَاهُ . وإن أُغْمِيَ عليه ، لم يَكُنْ لِلْمُرْتَهِنِ قَبْضُ الرَّهْنِ ، وليس لأحدٍ تَقْيِيضُهُ ؛ لأنَّ الْمُغْمَى عليه لا وِلايَةَ عليه . وإن أُغْمِيَ على المُرْتَهِنِ ، لم يَكُنْ لأحدٍ أن يَتَوَقَّعَ مَقَامَهُ في قَبْضِ الرَّهْنِ أيضًا . وائْتِظَرَ إِفَاقَتُهُ ، وإن حَرَسَ^(٤) ، وكانت له كِتَابَةٌ مَفْهُومَةٌ ، أو إِشَارَةٌ مَعْلُومَةٌ^(٥) ، فحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُتَكَلِّمِينَ ، إن أُذِنَ في القَبْضِ جَازًا ، وإلَّا فلا . وإن لم تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ولا كِتَابَتُهُ ، لم يَجْزِ القَبْضُ . وإن كان أحدُ هؤلاء قد أُذِنَ في القَبْضِ ، فحُكْمُهُ حُكْمُ من لم يَأْذُنْ ؛ لأنَّ إِذْنَهُمْ يَبْطُلُ بما عَرَضَ لهم . وَجَمِيعُ هذا تَنَاوَلَهُ قولُ الخِرَقِيِّ : « من جَائِزِ الأَمْرِ » . وليس أَحَدٌ من هؤلاء جَائِزِ الأَمْرِ .

فصل : إذا تَصَرَّفَ الرَّاهِنُ في الرَّهْنِ قَبْلَ القَبْضِ ، بِهَبَةٍ أو بَيْعٍ أو عِثْقٍ ، أو جَعَلَهُ صَدَاقًا ، أو رَهْنَةً ثَانِيًا ، بَطَلَ الرَّهْنُ الأَوَّلُ ، سواءَ قَبْضَ الهَبَةِ والبَيْعِ والرَّهْنِ الثَانِي أو لم يَقْبِضْهُ ؛ لأنَّهُ أُخْرِجَهُ عن إِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ من ثَمَنِهِ ، أو فَعَلَ ما يَدُلُّ على قَصْدِهِ ذلكَ ، وإن دَبَّرَ العَبْدَ ، أو أَجْرَهُ ، أو زَوَّجَ الأَمَةَ ، لم يَبْطُلِ الرَّهْنُ ؛ لأنَّ هذا التَّصَرُّفَ لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، فلا يَمْنَعُ صِحَّةَ الرَّهْنِ . ولأنَّهُ لا يَمْنَعُ ابتِدَاءَ الرَّهْنِ ، فلا يَقْطَعُ اسْتِدَامَتَهُ كاستِخدامِهِ . وإن كاتَبَ العَبْدَ ، انْتَبَى على صِحَّةِ رَهْنِ المُكَاتَبِ ، فإن قُلْنَا : يجوزُ رَهْنُهُ . لم يَبْطُلِ رَهْنُهُ . وإن قُلْنَا : لا يجوزُ رَهْنُهُ . بَطَلَ رَهْنُهُ ، كما لو أَعْتَقَهُ .

فصل : واستِدَامَةُ القَبْضِ شَرْطٌ لِلزُّومِ الرَّهْنِ . فإذا أُخْرِجَهُ المُرْتَهِنُ عن يَدِهِ بِاخْتِيَارِهِ ، زالَ لُزُومُ الرَّهْنِ ، وبَقِيَ العَقْدُ ، كأنه لم يُوجَدْ فيه قَبْضٌ ، سواءَ أُخْرِجَهُ بِإِجَارَةٍ أو إِعَارَةٍ أو إِيداعٍ أو غير ذلك . فإذا عَادَ فَرَدَّهُ إليه ، عادَ اللُّزُومُ بِحُكْمِ

(٤) في م : « أخرس » .

(٥) سقط من : الأصل .

العقد السابق . قال أحمد ، في رواية ابن منصور : إذا أرتهن دَارًا ، ثم أكرأها صَاحِبُهَا ، حَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ ، فَإِذَا رَجَعَتْ إِلَيْهِ ، صَارَتْ رَهْنًا . وقال في مَنْ رَهْنَ جَارِيَةً ، ثُمَّ سَأَلَ الْمُرْتَهِنَ أَنْ يَبْعَثَهَا إِلَيْهِ لِتَحْبِيزَ لَهَا ، فَبَعَثَ بِهَا ، فَوَطَّئَهَا : انْتَقَلَتْ مِنَ الرَّهْنِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَطَّئَهَا ، فَلَا شَيْءَ . قال أبو بكر : لا يكون رهنًا في تلك الحال ، فإذا ردها رجعت إلى الرهن . وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة . وهذا على القول الصحيح ، فأما على قول من قال : ابتداء القبض ليس بشرط . / فأولى أن يقول : الاستدامة غير مشترطة ؛ لأن كل شرط يُعتبر في الاستدامة ، يُعتبر في الابتداء ، وقد يُعتبر في الابتداء ما لا يُعتبر في الاستدامة . قال أبو الخطاب : إذا قلنا : القبض شرط في الابتداء . كان شرطًا في الاستدامة . وقال الشافعي : استدامة القبض ليست شرطًا ؛ لأنه عقد يُعتبر القبض في ابتدائه ، فلم يُشترط استدامته كالهبة . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَرَهْنٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ . لأنها إحدى حالتَي الرهن ، فكان القبض فيها شرطًا ، كالابتداء . ويُفارق الهبة ؛ لأن القبض في ابتدائها يُثبت الملك ، فإذا ثبت استغنى عن القبض ثانيًا ، والرهن يُراد للوثيقة من بيعه ، واستيفاء دينه من ثمنه ، فإذا لم يكن في يده ، لم يتمكن من بيعه ، ولم تحصل وثيقة . وإن أزيلت يد المرتهن لغير حق ، كعصب ، أو سرقة ، أو إباق العبد ، أو ضياع المتاع . ونحو ذلك ، لم يُزل لزوم الرهن ؛ لأن يده ثابتة حكمًا ، فكأنها لم تُزل .

فصل : وليس للمرتهن قبض الرهن إلا بإذن الراهن ؛ لأنه لا يلزمه تقيضه ، فاعتبر إذنه في قبضه ، كالواهب . فإن تعدى المرتهن ، فقبضه بغير إذن ، لم يُثبت حكمه ، وكان بمنزلة من لم يقبض . وإن إذن الراهن في القبض ، ثم رجع عن الإذن قبله ، زال حكم الإذن . وإن رجع عن الإذن بعد قبضه ، لم يؤثر^(٦) رجوعه ؛ لأن

(٦) في م : « يؤثم » . خطأ .

الرَّهْنُ قَدْ لَزِمَ لِاتِّصَالِ الْقَبْضِ بِهِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ زَالَ لُزُومُ الرَّهْنِ لِزَوَالِ الْقَبْضِ ،
اعْتَبِرَ الْإِذْنَ فِي الْقَبْضِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قَبْضٌ يَلْزِمُ بِهِ الرَّهْنُ ، أَشْبَهَ الْأَوَّلَ ، وَيُقُومُ مَا
يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ مَقَامَهُ ، مِثْلُ إِرْسَالِهِ الْعَبْدَ إِلَى مُرْتَهِنِهِ ، وَرَدَّهُ لَمَّا أَخَذَهُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ
إِلَى يَدِهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى الْإِذْنِ ، فَكُتِبَ بِهِ ، كَدَعَاءِ النَّاسِ إِلَى
الطَّعَامِ ، وَتَقْدِيمِهِ بَيْنَ أَيْدِيهِمْ ، يَجْرِي مَجْرَى الْإِذْنِ فِي أَكْلِهِ .

٧٨٥ - مسألة ؛ قال : (وَالْقَبْضُ فِيهِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُنْقَلُ ، فَقَبْضُ
الْمُرْتَهِنِ لَهُ أَخْذُهُ إِيَّاهُ مِنْ رَاهِنِهِ مَنْقُولًا ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُنْقَلُ ، كَالدُّورِ
وَالْأَرْضَيْنِ ، فَقَبْضُهُ تَحْلِيَةُ رَاهِنِهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُرْتَهِنِهِ ، لَا حَائِلَ دُونَهُ)

وجملة ذلك أن القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة ، فإن كان منقولاً فقبضه
نقله أو تناوله / ، وإن كان أثماً ، أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضه باليد ، فقبضه تناوله
بها ، وإن كان مكيلاً رهته بالكيل ، أو مؤزناً رهته بالوزن ، فقبضه أكتياله أو أترانه ؛
لقول النبي ﷺ : « إِذَا سَمَيْتَ الْكَيْلَ فَكَيْلٌ »^(١) . وإن ارتهن الصبرة جزأفاً ، أو
كان ثياباً أو حيواناً ، فقبضه نقله ؛ لقول ابن عمر : كنا نشترى الطعام من الركبان
جزأفاً . فهنا النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله^(٢) من مكانه . متفق عليه^(٣) . وإن
كان الرهن غير منقول ، كالعقار والثمر على الشجرة ، فقبضه التحلية بين مرتبه
وبينه من غير حائل ، بأن يفتح له باب الدار ، أو يسلم^(٤) إليه مفتاحها . وإن حلى
بينه وبينها وفيها فماش للراهن ، صح التسليم ؛ لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع
صححة التسليم ، كالثمر في الشجرة . وكذلك لو رهته ذابة عليها حمل للراهن ،
فسلمها إليه ، صح التسليم . ولو رهن الحمل وهو على الدابة ، وسلمها إليه

٢٧/٤ و

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٧ .

(٢) في م : « نقله » . خطأ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٣ .

(٤) في الأصل : « ويسلم » .

بِحِمْلِهَا ، صَحَّ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ حَصَلَ فِيهِمَا جَمِيعًا ، فَيَكُونُ مَوْجُودًا فِي الرَّهْنِ مِنْهُمَا .

فصل : وَإِنْ رَهْنَهُ سَهْمًا مُشَاعًا مِمَّا لَا يُنْقَلُ ، حَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، سِوَاءَ حَضَرَ الشَّرِيكَ أَوْ لَمْ يَحْضُرْ . وَإِنْ كَانَ مَنْقُولًا كَالْجَوْهَرَةِ يَرْهَنُ نِصْفَهَا ، فَيَقْبِضُهَا تَنَاوُلُهَا ، وَلَا يُمَكِّنُ تَنَاوُلُهَا إِلَّا بِرِضَا الشَّرِيكَ ، فَإِنْ رَضِيَ الشَّرِيكَ ، تَنَاوَلَهَا ، وَإِنْ امْتَنَعَ الشَّرِيكَ ، فَرَضِيَ الْمُرْتَهِنُ وَالرَّاهِنُ بِكَوْنِهَا فِي يَدِ الشَّرِيكَ ، جَازَ ، وَنَابَ عَنْهُ فِي الْقَبْضِ ، وَإِنْ تَنَازَعَ الشَّرِيكَ وَالْمُرْتَهِنُ ، نَصَبَ الْحَاكِمَ عَدْلًا تَكُونُ فِي يَدِهِ لِهَذَا ، وَإِنْ نَأَوَلَهَا الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ بِغَيْرِ رِضَا الشَّرِيكَ فَتَنَاوَلَهَا ، فَإِنْ قُلْنَا : اسْتِدَامَةُ الْقَبْضِ شَرْطٌ . لَمْ يَكْفِهِ ذَلِكَ التَّنَاوُلُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ بِشَرْطٍ . فَقَدْ حَصَلَ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ حَصَلَ فِي يَدِهِ مَعَ التَّعَدَّى فِي غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَهْنَهُ تَوْبًا فَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ مَعَ تَوْبِ غَيْرِهِ ، فَتَنَاوَلَهُمَا مَعًا . وَلَوْ رَهْنَهُ تَوْبًا ، فَاشْتَبَهَ عَلَيْهِ بِغَيْرِهِ ، فَسَلَّمَ إِلَيْهِ أَحَدَهُمَا ، لَمْ يَثْبُتِ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَقْبَضَهُ الرَّهْنَ ، فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ الرَّهْنُ ، تَبَيَّنَ صِحَّةُ التَّسْلِيمِ . وَإِنْ سَلَّمَ إِلَيْهِ التَّوْبِينَ مَعًا ، حَصَلَ الْقَبْضُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَسَلَّمَ الرَّهْنَ يَقِينًا .

فصل : وَلَوْ رَهْنَهُ دَارًا ، فَحَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا وَهِيَ فِيهَا ، ثُمَّ خَرَجَ الرَّاهِنُ ، صَحَّ الْقَبْضُ . / وَبِهَذَا قَالَ (٥) الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ (٥) أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ حَتَّى يُحَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ مَا كَانَ فِي الدَّارِ فَيَدُهُ عَلَيْهَا ، فَمَا حَصَلَتِ التَّحْلِيَةُ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّحْلِيَةَ تَصِحُّ بِقَوْلِهِ مَعَ التَّمَكُّنِ (٦) مِنْهَا وَعَدَمِ الْمَانِعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ خَارِجِينَ عَنْهَا ، وَلَا يَصِحُّ مَا ذَكَرَهُ ، أَلَا تَرَى أَنَّ خُرُوجَ الْمُرْتَهِنِ مِنْهَا لَا يُزِيلُ يَدَهُ عَنْهَا ، وَدُخُولَهُ إِلَى دَارِ غَيْرِهِ لَا يَثْبُتُ يَدَهُ عَلَيْهَا ، وَلِأَنَّهُ بِخُرُوجِهِ عَنْهَا مُحَقِّقٌ لِقَوْلِهِ ، فَلَا مَعْنَى لِإِعَادَةِ التَّحْلِيَةِ .

(٥ - ٥) سقط من : ١ .

(٦) في ١ ، م : « التمكن » .

فصل : وإن رهنه مالا له في يد المرتهن ؛ عارية أو ودیعة أو غصبا أو نحوه ، صح الرهن ؛ لأنه مالک له یمکن قبضه ، فصح رهنه ، كما لو كان في يده . وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن بنفس العقد ، من غير احتیاج إلى أمر زائد ، فإنه قال : إذا حصلت الودیعة في يده بعد الرهن ، فهو رهن . فلم یعتبر أمرا زائدا ؛ وذلك لأن الید ثابتة ، والقبض حاصل . وإنما یتمتع بالحکم لا غیر ، و یمکن تعییر الحکم مع استدامة القبض . كما لو طوّل بالودیعة فجحدّها لتعیر^(٧) الحکم ، وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد . ولو عاد الجاحد ، فأقر بها ، وقال لصاحبها : خذ وديعتك . فقال : دعها عندك وديعة كما كانت ، ولا ضمان عليك فيها . لتعیر الحکم من غير حدوث أمر زائد . وقال القاضي وأصحاب الشافعي : لا یصیر رهننا حتى تمضي مدة یتأتى قبضه فيها ، فإن كان منقولاً فیمضي مدة یمکن نقله فيها ، وإن كان مکیلا فیمضي مدة یمکن اکتیاله فيها ، وإن كان غیر منقول فیمضي مدة التخلية ، وإن كان غائبا عن المرتهن لم یصیر مقبوضا حتى یوافیه هو أو وكيله ، ثم تمضي مدة یمکن قبضه فيها ؛ لأن العقد یفتقر إلى القبض ، والقبض إنما یحصل یفعله أو بإمكانه ، ویكفی ذلك ، ولا یحتاج إلى وجود حقيقة القبض ، لأنه مقبوض حقيقة . فإن تلف قبل مضي مدة یتأتى قبضه فيها ، فهو كتلف الرهن قبل القبض^(٨) . ثم هل یفتقر إلى الإذن من الراهن في القبض ؟ یحتمل وجهین : أحدهما ، یفتقر ، لأنه قبض یلزم به عقد غیر لازم ، فلم یحصل بغير إذن ، كما لو كان في يد الراهن ، وإقراره في يده لا یكفی ، كما لو أقر المعصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه . والثاني ، لا یفتقر إلى / إذن في القبض ؛ لأن إقراره له^(٩) في يده بمنزلة إذنه في القبض . فإن أذن له في القبض ، ثم رجع عنه قبل مضي مدة

٢٨/٤ و

(٧) في الأصل : « لغير » .

(٨) في « م » : « قبضه » .

(٩) سقط من : الأصل .

يَتَأْتِي الْقَبْضُ فِيهَا ، لَمْ يَلْزَمِ الرَّهْنُ . حَتَّى يَعُودَ فَيَأْذَنَ ، ثُمَّ تَمْضِي مُدَّةٌ يَقْبِضُهُ فِي مِثْلِهَا .

فصل : وَإِذَا رَهْنَهُ الْمَضْمُونُ ، كَالْمَعْصُوبِ وَالْعَارِيَّةِ وَالْمَقْبُوضِ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ ، أَوْ عَلَى تَوَجُّهِ السُّومِ . صَحَّ ، وَزَالَ الضَّمَانُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَزُولُ الضَّمَانُ ، وَيُثْبِتُ فِيهِ حُكْمُ الرَّهْنِ ، وَالْحُكْمُ الَّذِي كَانَ ثَابِتًا فِيهِ يَبْقَى بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ تَعَدَّى فِي الرَّهْنِ صَارَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الْعَصَبِ . وَهُوَ رَهْنٌ كَمَا كَانَ ، فَكَذَلِكَ أُبْتَدِأُوهُ ، لِأَنَّهُ أَحَدُ حَالَتَيْ الرَّهْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَا ذُوْنٌ لَهُ فِي إِمْسَاكِهِ رَهْنًا لَمْ يَتَجَدَّدْ مِنْهُ فِيهِ عُدْوَانٌ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَمَا لَوْ قَبِضَهُ مِنْهُ ثُمَّ أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ ضَمَانِهِ . وَقَوْلُهُمْ : لَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّ الْعَاصِبَ يَدُهُ عَادِيَّةٌ يَجِبُ عَلَيْهِ إِزَالَتُهَا ، وَيَدُ الْمُرْتَهِنِ مُحِقَّةٌ جَعَلَهَا الشَّرْعُ لَهُ ، وَيَدُ الْمُرْتَهِنِ يَدُ أَمَانَةٍ . وَيَدُ الْعَاصِبِ وَالْمُسْتَعِيرِ وَنَحْوَهُمَا يَدُ ضَامِنَةٍ ، وَهَذَانِ مُتَنَافِيَانِ . وَلِأَنَّ السَّبَبَ الْمُفْتَضِي لِلضَّمَانِ زَالَ ، فَزَالَ الضَّمَانُ لِزَوَالِهِ ، كَمَا لَوْ رَدَّهُ إِلَى مَالِكِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ سَبَبَ الضَّمَانِ الْعَصَبُ أَوْ الْعَارِيَّةُ^(١) وَنَحْوَهُمَا ، وَهَذَا لَمْ يَبْقَ غَاصِبًا وَلَا مُسْتَعِيرًا ، وَلَا يَبْقَى الْحُكْمُ مَعَ زَوَالِ سَبَبِهِ وَحُدُوثِ سَبَبٍ يُخَالِفُ حُكْمَهُ حُكْمَهُ ، وَأَمَّا إِذَا تَعَدَّى فِي الرَّهْنِ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ ، لِعُدْوَانِهِ ، لَا لِكُونِهِ غَاصِبًا وَلَا مُسْتَعِيرًا ، وَهَهُنَا قَدْ زَالَ سَبَبُ الضَّمَانِ ، وَلَمْ يَخْدُثْ مَا يُوجِبُهُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ فِي قَبْضِ الرَّهْنِ ، وَيَقُومُ قَبْضُ وَكِيلِهِ مَقَامَ قَبْضِهِ ، فِي لُزُومِ الرَّهْنِ وَسَائِرِ أَحْكَامِهِ . وَإِنْ وَكَّلَ الْمُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ فِي قَبْضِ الرَّهْنِ لَهُ مِنْ نَفْسِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَبْضًا ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ لَيْسَتْ وَفَى الْحَقِّ مِنْهُ عِنْدَ تَعَدُّرِ اسْتِيفَائِهِ مِنَ الرَّاهِنِ ، فَإِذَا كَانَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ لَمْ يَحْصُلْ مَعْنَى الْوَثِيقَةِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الْبَيْعِ ، أَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَوْ دَفَعَ إِلَى الْبَائِعِ غَرَارَةً ، وَقَالَ : كَيْلٌ لِي^(١) حَقِّي فِي هَذِهِ . فَفَعَلَ ، كَانَ ذَلِكَ قَبْضًا . فَيُخْرِجُ هَهُنَا كَذَلِكَ .

(١٠) فِي م : « وَالْعَارِيَّة » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل: وإذا أقرَّ الرَّاهِنُ بِتَقْيِيزِ الرَّهْنِ ، أو أقرَّ المُرْتَهِنُ بِقَبْضِهِ ، كان ذلك مَقْبُولًا / فيما يمكنُ صِدْقُهُمَا فِيهِ . وإن أقرَّ الرَّاهِنُ بِالتَّقْيِيزِ (١٢) ، ثم أنكَرَ (١٣) ، وقال : أقررتُ بذلك ولم أكن قبضتُ شيئاً . أو أقرَّ المُرْتَهِنُ بِالْقَبْضِ ، ثم أنكَرَ ، فالقولُ قولُ المُقرِّ له ، فإن طَلَبَ المُنْكَرُ يَمِينَهُ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يَلْزَمُهُ يَمِينٌ ؛ لأنَّ الإقْرَارَ أَقْوَى مِنَ البَيِّنَةِ ، ولو قَامَتِ البَيِّنَةُ بِذلك وطَلَبَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ يَمِينَ حَصْمِهِ لم يُقْبَلْ منه ، فكذلك الإقْرَارُ . والثاني ، يَلْزَمُهُ اليَمِينُ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ في مَنْصُوبِهِ ؛ لأنَّ العَادَةَ جَارِيَةٌ بِأَنَّ الإِنْسَانَ يَشْهَدُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْقَبْضِ قَبْلَهُ ، فَتَسْمَعُ دَعْوَاهُ ، وَيَلْزَمُ حَصْمَهُ اليَمِينُ ، لما ذَكَرْنَا مِنْ حُكْمِ العَادَةِ ، وهذا أَجْوَدُ . ويُفَارِقُ البَيِّنَةَ ، فَإِنَّهَا لا تَشْهَدُ بِالْحَقِّ قَبْلَهُ ، ولو فَعَلْتَ ذلك لم تَكُنْ بَيِّنَةً عَادِلَةً . وقال القاضى : إن كان المُقرُّ غَائِبًا ، فقال : أقررتُ لأنَّ وَكَيْلِي كَتَبَ إِلَيَّ بِذلك ، ثم بَانَ لِي خِلَافُهُ . سَمِعْنَا قَوْلَهُ ، وَأَحْلَفْنَا حَصْمَهُ . وإن أقرَّ أَنَّهُ بَاشَرَ ذلك بِنَفْسِهِ ، ثم عادَ فأكَذَّبَ نَفْسَهُ ، لم يُحْلَفْ حَصْمَهُ . وهذا قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، فَأَمَّا إن اِخْتَلَفَا فِي القَبْضِ ، فقال المُرْتَهِنُ : قَبَضْتُهُ . وأنكَرَ الرَّاهِنُ ، فالقولُ قولُ مَنْ هو فِي يَدِهِ ؛ لأنَّهُ إن كان فِي يَدِ الرَّاهِنِ فالأصلُ معه ، وهو عَدَمُ الإِقْبَاضِ ، ولم يُوجَدْ ما يَدُلُّ عَلَى خِلَافِهِ ، وإن كان فِي يَدِ المُرْتَهِنِ ، فقد وُجِدَ القَبْضُ ، لِكَوْنِهِ لا يَحْصُلُ فِي يَدِهِ إِلَّا بَعْدَ قَبْضِهِ . وإن اِخْتَلَفَا فِي الإِذْنِ ، فقال الرَّاهِنُ : أَحَدَثْتُهُ بغيرِ إِذْنِي . قال : بل بِإِذْنِكَ . وهو فِي يَدِ المُرْتَهِنِ ، فالقولُ قولُهُ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه ، فإن العَقْدَ قد وُجِدَ ، وَيَدُهُ تُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ بِحَقِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ القَوْلُ قولَ الرَّاهِنِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . ذَكَرَ القاضى هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ .

فصل: وإذا رَهَنَهُ عَيْنَيْنِ ، فَتَلَفَتْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ قَبْضِهَا ، انْفَسَخَ العَقْدُ فِيهَا دونِ البَاقِيَةِ ؛ لأنَّ العَقْدَ كان صَحِيحًا فِيهِمَا ، وَإِنَّمَا طَرَأَ انْفِسَاخُ العَقْدِ فِي إِحْدَاهُمَا ، فلم

(١٢) فِي الأَصْلِ : « بِالْقَبْضِ » .

(١٣) فِي م : « أَنْكَرَهُ » .

يؤثر ، كما لو اشترى شيئين ، (١٤) ثم ردّ (١٤) أحدهما بعيب أو خيار أو إقالة ، والراهن مُحَيَّرٌ بين إقباض الباقيّة وبين منعها . وإن كان التلّف بعد قبض الأخرى ، فقد لزم الرهن فيها ، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع ثبت للبائع الخيار ؛ لتعذر الرهن بكماله ، فإن رضى لم يكن له المطالبة بتبدل الثالفة ؛ لأن الرهن لم يلزم فيها ، وتكون / المقبوضة رهناً بجميع الثمن . ولو تلفت إحدى العينين بعد القبض ، فلا خيار للبائع ؛ لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار ، فإذا تلف بعضه أولى . ثم إن كان تلفها بعد قبض العين الأخرى ، فقد لزم الرهن فيها ، وإن كان قبل قبض الأخرى ، فالراهن مُحَيَّرٌ بين إقباضها وبين تركه ، فإن امتنع من تقييدها ، ثبت للبائع الخيار ، كما لو لم تلتف الأخرى .

فصل : وإن رهنه داراً ، فانهدمت قبل قبضها ، لم ينسخ عقد الرهن ؛ لأنّ مآليتها لم تذهب بالكليّة ، فإنّ عرصتها وأنقاضها باقية ، ويثبت للمرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع ؛ لأنها تعيبت ونقصت قيمتها . فإن قيل : فلم لا ينسخ عقد الرهن كما تنسخ الإجارة ؟ قلنا : الإجارة عقد على منفعة السكنى ، وقد تعدّرت وعدمت ، فبطل العقد لعدم المعقود عليه ، والرهن عقد استيثاق يتعلّق بالأعيان التي فيها المآليّة ، وهي باقية . فعلى هذا تكون العرصّة والأنقاض من الأخشاب والأحجار ونحوهما من الرهن ؛ لأنّ العقد وردّ على جميع الأعيان والأنقاض منها ، وما دخل في العقد استقرّ بالقبض .

فصل : وكلّ عين جاز يبيعها جاز رهنها ؛ لأنّ مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعدّرت استيفاءه من ذمّة الراهن ، وهذا يتحقّق في كلّ عين جاز يبيعها ، ولأنّ ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن ، ومحلّ الشئ محلّ حكمته (١٥) ، إلا أن يمنع مانع من ثبوته ، أو يفوت شرط ، فينتفى

(١٤ - ١٤) في الأصل : « فرد » .

(١٥) في م : « لحكمته » .

الْحُكْمُ لِإِتْفَائِهِ ، فَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُشَاعِ . لذلك . وبه قال ابنُ أُمِّ لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ (١٦) ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَسَوَّادٌ (١٧) ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يَصِحُّ رَهْنُهُ ، إِلَّا أَنْ يَرَهَنَهُ مِنْ شَرِيكِهِ ، أَوْ يَرَهَنَهَا الشَّرِيكَانِ مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ ، أَوْ يَرَهَنَ رَجُلًا دَارَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ ، فَيَقْبِضَانِهَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ تَخَلَّفَ عَنْهُ مَقْصُودُهُ لِمَعْنَى اتَّصَلَ بِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَهُ مِنَ الرَّضَاعِ ، بَيَّانُهُ أَنَّ مَقْصُودَهُ الْحَبْسُ الدَّائِمُ ، وَالْمُشَاعُ لَا يُمَكِّنُ الْمُرْتَهِنُ حَبْسَهُ ، لِأَنَّ شَرِيكَهُ يَنْتَرِعُهُ يَوْمَ تَوْبَتِهِ ، وَلِأَنَّ اسْتِدَامَةَ الْقَبْضِ شَرْطٌ ، وَهَذَا يَسْتَحِقُّ زَوَالَ الْيَدِ عَنْهُ لِمَعْنَى قَارَنَ الْعَقْدَ ، فَلَمْ يَصِحَّ رَهْنُهُ كَالْمَعْصُوبِ . / وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ يَجُوزُ بَيْعُهَا فِي مَحَلِّ الْحَقِّ ، فَيَصِحُّ (١٨) رَهْنُهَا كَالْمُفْرَزَةِ . وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ مَقْصُودَهُ الْحَبْسُ ، بَلْ مَقْصُودُهُ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْ تَمَنِّهِ عِنْدَ تَعَدُّرِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَالْمُشَاعُ قَابِلٌ لِذَلِكَ ، ثُمَّ يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ بِرَهْنِ الْقَاتِلِ وَالْمُرْتَدِّ وَالْمَعْصُوبِ ، وَرَهْنِ مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ وَلَايَةٍ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ عِنْدَهُمْ .

فصل : وَيَصِحُّ أَنْ يَرَهَنَ بَعْضَ نَصِيْبِهِ مِنَ الْمُشَاعِ ، كَمَا يَصِحُّ أَنْ يَرَهَنَ جَمِيعَهُ ، سِوَاءَ رَهْنِهِ مُشَاعًا فِي نَصِيْبِهِ ، مِثْلَ أَنْ يَرَهَنَ نَصْفَ نَصِيْبِهِ ، أَوْ يَرَهَنَ نَصِيْبَهُ مِنْ مُعَيَّنٍ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ نَصْفُ دَارٍ فَيَرَهَنَ نَصِيْبَهُ مِنْ بَيْتٍ مِنْهَا بَعِيْنَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ رَهْنُ حِصَّةٍ مِنْ مُعَيَّنٍ مِنْ شَيْءٍ تَمَكَّنُ قِسْمَتُهُ ، لِاحْتِمَالِ أَنْ يَفْتَسِمَ الشَّرِيكَانِ ، فَيَحْصُلَ الرَّهْنُ فِي حِصَّةِ شَرِيكِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَصَحَّ رَهْنُهُ كَغَيْرِهِ ، وَمَا ذَكَرَهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الرَّاهِنَ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الرَّهْنِ بِمَا يَضُرُّ بِالْمُرْتَهِنِ ، فَيُمْنَعُ مِنَ الْقِسْمَةِ الْمُضِرَّةِ ، كَمَا يُمْنَعُ مِنْ بَيْعِهِ .

فصل : وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُرْتَدِّ وَالْقَاتِلِ فِي الْمُحَارَبَةِ وَالْجَانِي ، سِوَاءَ كَانَتْ جِنَايَتُهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً عَلَى النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ رَهْنُ الْقَاتِلِ فِي

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) سواربن عبد الله القاضي ، من فقهاء التابعين بالبصرة . توفي سنة خمس وأربعين ومائتين . طبقات الفقهاء ،

للشيرازي ٩١ ، العبر ١/٤٤٤ .

(١٨) في ١ : « فصح » .

المَحَارِبَةِ ، واخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ رَهْنُ الْجَانِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَمِنِّي
 الْخِلَافِ فِي هَذَا عَلَى الْخِلَافِ فِي بَيْعِهِ ، وَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِيهِ فِي مَوْضِعِهِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ
 الْمُرْتَهِنُ عَالِمًا بِحَالِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ ، فَأُشْبِهَ الْمُشْتَرِي إِذَا
 عَلِمَ الْعَيْبَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا ، ثُمَّ عَلِمَ بَعْدَ إِسْلَامِ الْمُرْتَدِّ وَفَدَاءِ الْجَانِي ، فَكَذَلِكَ ؛
 لِأَنَّ الْعَيْبَ زَالَ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ زَالَ عَيْبُ الْمَبِيعِ . وَإِنْ عَلِمَ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسْخُ
 الْبَيْعِ إِنْ كَانَ مَشْرُوطًا فِي عَقْدِ بَيْعٍ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ اقْتِضَاهُ سَلِيمًا ، فَإِذَا سَلَّمَ إِلَيْهِ مَعِيًّا ،
 مَلَكَ الْفَسْخَ ، كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ اخْتَارَ إِمْسَاكَهُ ، فَلَيْسَ لَهُ أُرْشٌ وَلَا شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ
 بِجُمْلَتِهِ لَوْ تَلَفَ ^(١٩) قَبْلَ قَبْضِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ بَدَلَهُ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى . وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَعْلَمْ
 حَتَّى قَتَلَ الْعَبْدَ بِالرَّدَّةِ أَوْ الْقِصَاصِ ، أَوْ أَخَذَ فِي الْجِنَايَةِ ، فَلَا أُرْشَ لِلْمُرْتَهِنِ . وَذَكَرَ
 الْقَاضِي أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ الْأُرْشَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ ، قِيَاسًا عَلَى الْبَيْعِ . وَلَيْسَ
 الْأَمْرُ كَذَلِكَ ؛ فَإِنَّ الْمَبِيعَ عَوَّضَ عَنِ الثَّمَنِ ، فَإِذَا فَاتَ بَعْضُهُ ، رَجَعَ بِمَا يُقَابِلُهُ مِنَ
 الثَّمَنِ ، وَلَوْ فَاتَ كُلَّهُ ، مِثْلَ أَنْ يَتَلَفَ الْمَبِيعُ ^(٢٠) قَبْلَ قَبْضِهِ ، / رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلَّهُ ،
 وَالرَّهْنُ لَيْسَ بِعَوَّضٍ . وَلَوْ تَلَفَ كُلُّهُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، لَمَا اسْتَحَقَّ الرَّجُوعَ بِشَيْءٍ ،
 فَكَيْفَ يَسْتَحَقُّ الرَّجُوعَ بِبَدَلِ عَيْنِهِ ^(٢١) أَوْ فَوَاتِ بَعْضِهِ ؟ وَإِنْ امْتَنَعَ السَّيِّدُ مِنْ فِدَاءِ
 الْجَانِي ، لَمْ يُجْبَرْ ، وَيُبَاعُ فِي الْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ مُقَدِّمٌ عَلَى الرَّهْنِ ،
 فَأُشْبِهَ مَا لَوْ حَدَّثَتِ الْجِنَايَةُ بَعْدَ الرَّهْنِ . فَعَلَى هَذَا إِنْ اسْتَعْرَقَ الْأُرْشُ ^(٢٢) قِيمَتَهُ ،
 يَبِيعُ وَبَطَلَ الرَّهْنُ ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَعْرِقْهَا ، يَبِيعُ مِنْهُ بِقَدْرِ الْأُرْشِ ، وَالباقِي رَهْنٌ .

٣٠/٤ و

فصل : وَيَصِحُّ رَهْنُ الْمُدَبِّرِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، بِنَاءً عَلَى جَوَازِ بَيْعِهِ . وَمَنَعَ
 مِنْهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ تُوْجَدُ

(١٩) فِي ١ : « ثَبِتَ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « الْمَكِيلُ » .

(٢١) فِي م : « غِيْبِهِ » . وَالنَّقْطُ غَيْرُ وَاضِحٍ فِي الْأَصْلِ ، ١ . وَلَعَلَّ مَا أَثْبَتَاهُ الصَّوَابُ .

(٢٢) فِي م : « بِالْأُرْشِ » .

قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يُفْصَدُ مِنْهُ (٢٣) اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنَ الْعَيْنِ ، أَشْبَهَ
 الْإِجَارَةَ . وَلِأَنَّهُ عُلِّقَ عِتْقُهُ بِصِفَةِ لَا تَمْنَعُ (٢٤) اسْتِيفَاءَ الْحَقِّ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ عُلِّقَ بِصِفَةِ
 تُوجَدُ بَعْدَ حُلُولِ الْحَقِّ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِهَذَا الْأَصْلِ ، وَيُفَارِقُ التَّذْيِيرَ التَّعْلِيقَ
 بِصِفَةِ تَحُلُّ قَبْلَ حُلُولِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَمْنَعُ عِتْقَهُ بِالصِّفَةِ ، فَإِذَا عَتَقَ تَعَدَّرَ
 اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ ، فَلَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ ، وَالدَّيْنُ فِي الْمُدَبَّرِ يَمْنَعُ عِتْقَهُ بِالتَّذْيِيرِ ،
 وَيُقَدِّمُ عَلَيْهِ ، فَلَا يَمْنَعُ حُصُولَ الْمَقْصُودِ . وَالحُكْمُ فِيمَا إِذَا عَلِمَ التَّذْيِيرُ أَوْ لَمْ يُعْلَمْ ،
 كَالْحُكْمِ فِي الْعَبْدِ الْجَانِي ، عَلَى مَا فَضَّلَ فِيهِ . وَمَتَى مَاتَ السَيِّدُ قَبْلَ الْوَفَاءِ ، فَعَتَقَ
 الْمُدَبَّرَ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، وَإِنْ عَتَقَ بَعْضُهُ ، بَقِيَ الرَّهْنُ فِيمَا بَقِيَ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْسَيِّدِ
 مَالٌ يُفْضَلُ عَنْ وِفَاءِ الدَّيْنِ ، بِيَعِ الْمُدَبَّرُ فِي الدَّيْنِ ، وَبَطَلَ التَّذْيِيرُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ
 عَلَى التَّذْيِيرِ ، وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ . وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ لَا يَسْتَعْرِقُهُ ، بِيَعِ مِنْهُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ ،
 وَعَتَقَ مِنْهُ ثُلُثَ الْبَاقِي ، وَمَا بَقِيَ لِلْوَرَثَةِ .

فصل : فَأَمَّا الْمُكَاتَبُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ رَهْنُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛
 لِأَنَّ اسْتِدَامَةَ الْقَبْضِ فِي الرَّهْنِ شَرْطٌ فِي الصَّحِيحِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِي الْمُكَاتَبِ .
 وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّةُ رَهْنِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ
 وَإِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ . فَعَلَى هَذَا يَكُونُ مَا يُؤَدِّيهِ مِنْ نُجُومِ كِتَابَتِهِ رَهْنًا مَعَهُ ، فَإِنْ
 عَجَزَ ثَبَتَ الرَّهْنُ فِيهِ وَفِي اكْتِسَابِهِ ، وَإِنْ عَتَقَ كَانَ مَا أَدَاهُ مِنْ نُجُومِهِ رَهْنًا ، بِمَنْزِلَةِ
 مَا لَوْ كَسَبَ الْعَبْدُ الْقَنْ ، ثُمَّ مَاتَ .

فصل : وَأَمَّا مَنْ عُلِّقَ عِتْقُهُ بِصِفَةِ تَحُلُّ قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ ، كَمَنْ عُلِّقَ عِتْقُهُ بِهَلَالِ
 رَمَضَانَ / ، وَمَحَلُّ الْحَقِّ آخِرُهُ ، لَمْ يَصِحَّ رَهْنُهُ ؛ لِكَوْنِهِ لَا يُمَكِّنُ بَيْعُهُ عِنْدَ حُلُولِ
 الْحَقِّ (٢٤) ، وَلَا اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ . وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ يَحُلُّ قَبْلَهَا ، مِثْلُ أَنْ يُعْلَقَ

٣٠/٤ ظ

(٢٣ - ٢٤) سقط من : ١ .

(٢٤) في ١ : « الأجل » .

عَثَقَهُ بِآخِرِ رَمَضَانَ ، وَالْحَقُّ يَجُلُّ فِي أَوَّلِهِ ، صَحَّ رَهْنُهُ ؛ لِإِمْكَانِ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ . فَإِنْ كَانَتْ تَحْتَمِلُ الْأَمْرَيْنِ ، كَقُدُومِ زَيْدٍ ، فَمِقْيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّةُ رَهْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْحَالِ مَحَلٌّ لِلرَّهْنِ يُمَكِّنُ أَنْ يَبْقَى حَتَّى يَسْتَوْفَى الدَّيْنُ مِنْ ثَمَنِهِ ، فَصَحَّ رَهْنُهُ ، كَالْمَرِيضِ وَالْمُدَبَّرِ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ رَهْنُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ غَرَرًا ، إِذْ يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَ قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ ، وَالْأَصْحَابُ الشَّافِعِيُّ فِيهِ اخْتِلَافٌ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَيَجُوزُ رَهْنُ الْجَارِيَةِ دُونَ وَلَدِهَا ، وَرَهْنُ وَلَدِهَا دُونَهَا ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ ، فَلَا يَحْصُلُ بِذَلِكَ تَفْرِيقٌ ، وَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُ تَسْلِيمَ الْوَالِدِ مَعَ أُمِّهِ ، وَالْأُمَّ مَعَ وَلَدِهَا ، فَإِنْ دَعَتِ الْحَاجَّةُ إِلَى بَيْعِهَا فِي الدَّيْنِ ، يَبِيعُ وَلَدَهَا مَعَهَا ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ فِي الْعَقْدِ مُمَكِّنٌ ، وَالتَّفْرِيقَ بَيْنَهُمَا حَرَامٌ ، فَوَجَبَ بَيْعُهُ مَعَهَا . فَإِذَا بَاعَهَا مَعًا ، تَعَلَّقَ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ مِنْ ذَلِكَ بِقَدْرِ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَإِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا مِائَةً ، مَعَ أَنَّهَا ذَاتُ وُلْدٍ ، وَقِيمَةُ الْوَالِدِ خَمْسُونَ ، فَحَصَّتْهَا ثُلَاثًا الثَّمَنِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُرْتَهِنُ بِالْوَالِدِ ، ثُمَّ عَلِمَ ، فَهِيَ الْخِيَارُ فِي الرَّدِّ وَالْإِمْسَاكِ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ عَيْبٌ فِيهَا ، لِكَوْنِهِ لَا يُمَكِّنُ بَيْعَهَا بِدُونِهِ ، فَإِنْ أَمْسَكَ ، فَهُوَ كَأَلَوْ عَلِمَ حَالَ الْعَقْدِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا ، وَإِنْ رَدَّهَا فَلَهُ فَسْخُ الْبَيْعِ ، إِنْ كَانَتْ مَشْرُوطَةً فِيهِ .

فصل : وَيَصِحُّ رَهْنُ مَا يُسْرَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، سِوَاءَ مَا كَانَ مِمَّا يُمَكِّنُ إِصْلَاحَهُ بِالتَّجْفِيفِ ، كَالْعِنَبِ وَالرُّطْبِ ، أَوْ لَا يُمَكِّنُ ، كَالْبَطِيخِ وَالطَّبِيخِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ مِمَّا يُجَفَّفُ ، فَعَلَى الرَّاهِنِ تَجْفِيفُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مُؤَنَةِ حِفْظِهِ وَتَبْقِيَتِهِ ، فَلَزِمَ^(٢٥) الرَّاهِنُ ، كَتَفَقُّةِ الْحَيَوَانَ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُجَفَّفُ ، فَإِنَّهُ يُبَاعُ ، وَيَقْضَى الدَّيْنُ مِنْ ثَمَنِهِ ، إِنْ كَانَ حَالًا ، أَوْ يَجُلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَجُلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ ، جَعَلَ ثَمَنَهُ مَكَانَهُ رَهْنًا ، سِوَاءَ شَرَطَ فِي الرَّهْنِ بَيْعَهُ أَوْ أَطْلَقَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ كَانَ مِمَّا يَفْسُدُ قَبْلَ مَحَلِّ الدَّيْنِ ، فَشَرَطَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّاهِنِ بَيْعَهُ وَجَعَلَ ثَمَنَهُ مَكَانَهُ ، صَحَّ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَعَلَى قَوْلَيْنِ : أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الرَّهْنِ قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ لَا يَقْتَضِيهِ

(٢٥) فِي م : « فَيَلْزَمُ » .

عَقْدُ الرَّهْنِ ، فلم / يَجِبُ ، ولم يَصِحَّ رَهْنُهُ ، كما لو شَرَطَ أَنْ لَا يَبِيعَهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ وَجْهَيْنِ ، كَالْقَوْلَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعُرْفَ يَفْتَضِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ لَا يُعْرَضُ مِلْكُهُ لِلتَّلْفِ وَالهِلَاكِ ، فَإِذَا تَعَيَّنَ حِفْظُهُ فِي بَيْعِهِ ، حُمِلَ عَلَيْهِ مُطْلَقُ الْعَقْدِ ، كَتَجْهِيفِ مَا يَجِبُ ، وَالْإِنْفَاقِ عَلَى الْحَيَوَانِ ، وَحَرَزِ مَا يَحْتَاجُ إِلَى حَرَزٍ . وَأَمَّا إِذَا شَرَطَ أَنْ لَا يَبِيعَ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَا يَتَضَمَّنُ فُسَادَهُ ، وَفَوَاتِ الْمَقْصُودِ ، فَأَشْبَهَهُ مَالُ شَرَطَ أَنْ لَا يُجَفَّفَ مَا يَجِبُ ، أَوْ لَا يُنْفَقَ عَلَى الْحَيَوَانِ . وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا ، فَإِنَّهُ إِنْ شَرَطَ لِلْمُرْتَهِنِ بَيْعَهُ ، أَوْ إِذْنَهُ لَهُ فِي بَيْعِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَبِيعَهُ الرَّاهِنُ أَوْ غَيْرَهُ ، بَاعَهُ . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ذَلِكَ ، بَاعَهُ الْحَاكِمُ ، وَجَعَلَ ثَمَنَهُ رَهْنًا ، وَلَا يَقْضِي الدَّيْنُ مِنْ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ تَعْجِيلُ وَفَاءِ الدَّيْنِ قَبْلَ حُلُولِهِ ^(٢٦) . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ رَهَنَهُ ثِيَابًا فَخَافَ تَلَفَهَا ، أَوْ حَيَوَانًا وَخَافَ مَوْتَهُ ، قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ رَهَنَ ثِيَابًا يَخَافُ فُسَادَهَا ، كَالصُّوفِ : أَتَى السُّلْطَانَ ، فَأَمَرَهُ بِبَيْعِهَا .

فصل : وَيَصِحُّ ^(٢٧) رَهْنُ الْعَصِيرِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَتَعْرُضُهُ لِلخُرُوجِ عَنْ الْمَالِيَّةِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ رَهْنِهِ ، كَالْمَرِيضِ وَالْجَانِي . ثُمَّ إِنْ اسْتَحَالَ إِلَى حَالٍ لَا يَخْرُجُ فِيهَا عَنْ الْمَالِيَّةِ ، كَالْحَلِّ ، فَالرَّهْنُ بِحَالِهِ ، وَإِنْ صَارَ خَمْرًا زَالَ لُزُومُ الْعَقْدِ ، وَوَجِبَتْ إِرَاقَتُهُ ، فَإِنْ أَرِيقَ بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُرْتَهِنِ ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ حَصَلَ فِي يَدِهِ . وَإِنْ عَادَ حَلًّا ، عَادَ اللُّزُومُ ، بِحُكْمِ الْعَقْدِ السَّابِقِ ، كَمَا لَوْ زَالَتْ يَدُ الْمُرْتَهِنِ عَنِ الرَّهْنِ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ . وَإِنْ اسْتَحَالَ خَمْرًا قَبْلَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ لَهُ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، وَلَمْ يُعَدَّ بَعُودُهُ حَلًّا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ ضَعِيفٌ لِعَدَمِ الْقَبْضِ فِيهِ ^(٢٨) ، فَأَشْبَهَهُ إِسْلَامُ أَحَدِ الرَّوَجِينَ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْعَصِيرَ إِذَا اسْتَحَالَ خَمْرًا بَعْدَ الْقَبْضِ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، ثُمَّ إِذَا عَادَ حَلًّا ، عَادَ مِلْكًا لِصَاحِبِهِ ، مَرَهُونًا بِالْعَقْدِ السَّابِقِ ؛ لِأَنَّهُ

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « حَلَهُ » . وَفِي أ : « مَحَلَهُ » .

(٢٧) فِي م : « وَيَجُوزُ » .

(٢٨) سَقَطَ مِنْ أ :

يَعُودُ مَمْلُوكًا بِحُكْمِ الْمَلِكِ الْأَوَّلِ ، فَيَعُودُ حُكْمُ الرَّهْنِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ زَالَ بِزَوَالِ الْمَلِكِ ، فَيَعُودُ بِعَوْدِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَتْ لَهُ قِيمَةٌ حَالَتُهُ كَوْنُهُ عَصِيرًا ، وَيَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ لَهُ قِيمَةٌ ، فَلَا (٢٩) يَزُولُ الْمَلِكُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ ارْتَدَّ الْجَائِي ، وَلِأَنَّ الْيَدَ لَمْ تَزَلْ عَنْهُ حُكْمًا ، وَلِهَذَا لَوْ غَصَبَهُ / غَاصِبٌ ، فَتَحَلَّلَ فِي يَدِهِ ، كَانَ مَلِكًا لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، وَلَوْ زَالَتْ يَدُهُ ، لَكَانَ مَلِكًا لِلْغَاصِبِ ، كَمَا لَوْ أَرَاقَهُ فَجَمَعَهُ بِنِسَانٍ ، فَتَحَلَّلَ فِي يَدِهِ ، كَانَ لَهُ ، دُونَ مَنْ أَرَاقَهُ . وَهَذَا الْقَوْلُ هُوَ قَوْلُنَا الْأَوَّلُ فِي السُّعْنَى ، إِلَّا أَنْ يَقُولُوا بِبَقَاءِ الزُّوْمِ فِيهِ حَالًا كَوْنُهُ حَمْرًا . وَلَمْ يَظْهَرْ لِي فَائِدَةُ الْخِلَافِ بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى عَوْدِهِ رَهْنًا بِاسْتِحَالَتِهِ تَخْلًا ، وَأَرَى الْقَوْلَ بِبَقَائِهِ رَهْنًا أَقْرَبَ إِلَى الصَّحَّةِ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَوْ بَطَلَ لَمَا عَادَ صَحِيحًا مِنْ غَيْرِ ابْتِدَاءِ عَقْدٍ . فَإِنْ قَالُوا : يُمَكِّنُ عَوْدُهُ صَحِيحًا لِعَوْدِ الْمَعْنَى الَّتِي بَطَلَ بِزَوَالِهِ ، كَمَا أَنَّ زَوْجَةَ الْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَتْ خَرَجَتْ مِنْ حُكْمِ الْعَقْدِ ، لِاخْتِلَافِ دِينِهِمَا ، فَإِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجُ فِي الْعِدَّةِ ، عَادَتِ الزَّوْجِيَّةُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، لِزَوَالِ الْاخْتِلَافِ فِي الدِّينِ . قُلْنَا : هُنَاكَ مَا زَالَتْ الزَّوْجِيَّةُ ، وَلَا بَطَلَ الْعَقْدُ ، وَلَوْ بَطَلَ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لَمَا عَادَ إِلَّا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ ، وَإِنَّمَا الْعَقْدُ كَانَ مَوْقُوفًا مُرَاعَى ، فَإِذَا أَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَمْ يَبْطُلْ ، وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ تَبَيَّنَّا أَنَّهُ كَانَ قَدْ بَطَلَ ، وَهَهُنَا قَدْ جَزَمْتُمْ بِبُطْلَانِهِ .

فصل : وهل يصحُّ رهنُ الثَّمرةِ قبلُ بُدُو صلاحِها ، من غيرِ شرطِ القطعِ أو الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْعَرَرَ يَقْبَلُ فِيهِ ، فَإِنَّ الثَّمرةَ مَتَى تَلَفَتْ ، عَادَ إِلَى حَقِّهِ فِي ذِمَّةِ الرَّاهِنِ ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَجَازَ رَهْنُهُ ، وَمَتَى حَلَّ الْحَقُّ بِبَيْعِ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْمُرْتَهِنُ تَأْخِيرَ بَيْعِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَلَا يَصِحُّ رَهْنُهُ ، كَسَائِرِ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَجُوزُ رَهْنُ الْمَبِيعِ الَّذِي يُشْتَرَطُ قَبْضُهُ ،

(٢٩) في م زيادة : « يجوز أن » .

كالمكيل والموزون قبل قبضه ؛ لأن قبضه مستحق ، فيمكن المشتري قبضه ، ثم يقبضه . أما البيع فإنه يفضى إلى أن يربح فيما 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 : أرخص^(٣٠) في رهن المصحف . وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، ولا يحصل ذلك إلا ببيعه ، وبيعه غير جائز . والثانية ، يصح رهنه . فإنه قال : إذا رهن مصحفاً ، لا يقرأ فيه إلا بإذنه . 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^(٣١) عنه من أهل العلم ، على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنائير معلومة ، عند رجل سماه ، إلى وقت معلوم ، ففعل ، أن ذلك جائز . ويتنبى أن يذكر المرتهن ، والقدر الذي يرهنه به ، وجنسه ، ومدة الرهن ؛ لأن الضرر يختلف بذلك ، فاحتيج إلى ذكره ، كأصل الرهن . ومتى شرط شيئاً من ذلك ، خالف ، ورهنه بغيره ، لم يصح الرهن ؛ لأنه 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 ، فيرهنه بخمسين ، صح ؛ لأن من أذن في مائة ، فقد أذن في خمسين . وإن رهنه بأكثر ، مثل أن رهنه بمائة وخمسين ، احتمل أن يبطل في الكل ؛ لأنه خالف المنصوص عليه ، فبطل ، كما لو قال : ارهنه بدنانير . فرهنه بدراهم . أو بحال . فرهنه بموَجِّل . أو بموَجِّل . فرهنه بحال ، فإنه لا يصح . كذلك ههنا . وهذا منصوص

٣٢/٤ و

(٣٠) أرخص له في الأمر : سهله ويسره .

(٣١) في الأصل : « أحفظ » .

الشَّافِعِيُّ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ يَصِحُّ فِي الْمَائَةِ ، وَيُطَّلُ فِي الزَّائِدِ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ تَنَاوَلَ مَا يَجُوزُ وَمَا لَا يَجُوزُ ، فَجَازَ فِيمَا دُونَ غَيْرِهِ ، كَتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وَيُفَارِقُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأُصُولِ ؛ فَإِنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَتَنَاوَلَ مَا دُونَنَا فِيهِ بِحَالٍ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْأُمُورِ يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ لَا يُوجَدُ فِي الْآخِرِ ، فَإِنَّ الرَّاهِنَ قَدْ يَقْدِرُ عَلَى فَكَاكِهِ فِي الْحَالِ ، وَلَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَ الْأَجْلِ وَبِالْعَكْسِ . وَقَدْ يَقْدِرُ عَلَى فَكَاكِهِ بِأَحَدِ التَّقْدِيرِ دُونَ الْآخِرِ ، فَيَفُوتُ الْغَرَضُ بِالْمُخَالَفَةِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا إِذَا صَحَّ فِي الْمَائَةِ الْمَادُونَ فِيهَا لَمْ يَخْتَلِفِ الْغَرَضُ ، فَإِنْ أَطْلَقَ الرَّهْنُ فِي الْإِذْنِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ ، وَلَهُ رَهْنُهُ بِمَا شَاءَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَالْآخِرُ : لَا (٣٢) يَجُوزُ حَتَّى يُبَيِّنَ قَدْرَ الَّذِي يَرَهُنُهُ بِهِ ، وَصِفَتَهُ ، وَحُلُولَهُ ، وَتَأْجِيلَهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الضَّمَانِ ، لِأَنَّ مَنَفَعَةَ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، وَالْعَارِيَّةُ مَا أَفَادَتِ الْمَنَفَعَةَ ، إِنَّمَا حَصَلَتْ لَهُ نَفْعًا يَكُونُ الرَّهْنُ وَثِيقَةً عَنْهُ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الضَّمَانِ فِي ذِمَّتِهِ ، وَضَمَانُ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَارِيَّةٌ ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ لِصِحَّتِهَا ذِكْرُ ذَلِكَ ، كَالْعَارِيَّةِ لغيرِ الرَّهْنِ ، وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ عَارِيَّةٌ أَنَّهُ قَبِضَ مَلِكٍ غَيْرِهِ لِمَنَفَعَةٍ نَفْسِهِ ، / مُنْفَرِدًا بِهَا مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ ، فَكَانَ عَارِيَّةً ، كَقَبْضِهِ لِلخِدْمَةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ ضَمَانٌ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ يَثْبُتُ فِي الدِّمَّةِ ، وَلِهَذَا ثَبَتَ فِي الرَّقِيَّةِ ، وَلِأَنَّ الضَّمَانَ لَا زِمَّ فِي حَقِّ الضَّامِنِ ، وَهَذَا لَهُ الرَّجُوعُ (٣٣) فِي الْعَبْدِ قَبْلَ الرَّهْنِ ، وَالزَّامُ الْمُسْتَعِيرُ بِفَكَاكِهِ بَعْدَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْمَنَافِعُ لِلسَّيِّدِ . قُلْنَا : الْمَنَافِعُ مُخْتَلِفَةٌ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَهُ لِتَحْصِيلِ مَنَفَعَةٍ وَاحِدَةٍ وَسَائِرِ الْمَنَافِعِ لِلسَّيِّدِ ، كَمَا لَوْ اسْتَعَارَهُ لِحِفْظِ مَتَاعٍ وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ يَخِيطُ لِسَيِّدِهِ . أَوْ يَعْمَلُ لَهُ شَيْئًا ، أَوْ اسْتَعَارَهُ لِيَخِيطَ لَهُ ، وَيَحْفَظُ الْمَتَاعَ لِسَيِّدِهِ . فَإِنْ قِيلَ : لَوْ كَانَ عَارِيَّةً لِمَا صَحَّ رَهْنُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ لَا تَلْزَمُ ، وَالرَّهْنُ

٣٢/٤ ظ

(٣٢) سقط من : ١ ، م .

(٣٣) في م : « رجوع » .

لازِمٌ . قلنا : العارية غير لازمة من جهة المُستعير ؛ فإن لصاحب العبد المطالبة بفكائه قبل حلول الدين . ولأن العارية قد تكون لازمة ، بدليل ما لو أعاره حائطاً ليئسى عليه ، أو أرضاً ليُدْفَنَ فيها ، أو ليُزْرَعَ فيها ما لا يُحصَدُ قَصِيلاً^(٣٤) . إذ ثبت هذا ، فإنه يصحُّ رهنه بما شاء ، إلى أى وقتٍ شاء ، ممن شاء ؛ لأن الإذن يتناول الكلَّ بإطلاقه ، وللسيدِّ مطالبة الرَّاهِنِ بفكائه الرَّهنِ ، حالاً كان أو مؤجلاً ، فى محلِّ الحقِّ وقبل محلِّه ؛ لأن العارية لا تلزم . ومتى حلَّ الحقُّ فلم يقبضه ، فللمرتهن بيعُ الرَّهنِ . واستيفاءُ الدين من ثمنه ، ويرجعُ المُعيرُ على الرَّاهِنِ بالضمان ، وهو قيمةُ العينِ المُستعارة ، أو مثلها إن كانت من ذوات الأمثال ، ولا يرجعُ بما بيعت به ، سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر ، فى أحد الوجهين . والصحيح أنها إن بيعت بأقل من قيمتها ، رجع بالقيمة ؛ لأن العارية مضمونة ، فيضمنُ نقضَ ثمنها ، وإن بيعت بأكثر ، رجع بما بيعت به ؛ لأن العبد ملكٌ للمُعير ، فيكون ثمنه كله له . وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الرَّاهِنِ ، رجع الثمنُ كله إلى صاحبه . فإذا قضى به دين الرَّاهِنِ ، رجع به عليه ، ولا يلزم من وجوب ضمانِ النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد ، كما لو كان باقياً بعينه ، وإن تلف الرَّهنُ ضمنه الرَّاهِنُ بقيمته ، سواء تلف بتفريط أو غير تفريط . نصَّ على هذا أحمد . وذلك لأن العارية مضمونة .

فصل : وإن فكَّ المُعيرُ الرَّهنَ ، وأدى الدين الذى^(٣٥) عليه بإذن الرَّاهِنِ ، رجع عليه . وإن قضاؤه متبرعاً ، لم يرجع بشيء . وإن قضاؤه بغير إذنه مُحْتَسِباً / بالرجوع بغير إذنه ، فهل يرجع ؟ على روايتين ، بناءً على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، ويترجَّح الرجوع ههنا ؛ لأن له المطالبة بفكائه عبده ، وأداء دينه فكائه . وإن اختلفا فى الإذن ، فالقول قول الرَّاهِنِ مع يمينه ؛ لأنه مُنكَّرٌ . وإن شهد المرتهن

و ٣٣/٤

(٣٤) الفصيل : الطرى بجنى مرة بعد مرة .

(٣٥) سقط من : م .

لِلْمُعِيرِ ، قَبِلَتْ شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْرُ بِهَا نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرْرًا ، وَإِنْ قَالَ :
 أَذِنْتُ لِي فِي رَهْنِهِ بِعَشْرَةٍ . قَالَ : بَلْ بِخَمْسَةٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ
 لِلزِّيَادَةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ
 مُوَجَّلاً ، فَقَضَاهُ حَالًا بِإِذْنِهِ ، رَجَعَ بِهِ حَالًا ، وَإِنْ قَضَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي :
 يَرْجِعُ بِهِ حَالًا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ^(٣٦) لَهُ الْمُطَالَبَةَ بِفَكَائِكَ عِنْدَهُ فِي الْحَالِ .

فصل : ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة ، فرهنه عند رجلين ، صح ؛
 لأنَّ تَعْيِينَ مَا يَرَهْنُ بِهِ لَيْسَ بِشَرْطٍ ، فَكَذَلِكَ مَنْ يَرَهْنُ عِنْدَهُ ، وَلِأَنَّ رَهْنَهُ مِنْ رَجُلَيْنِ
 أَقْلُ ضَرَرًا مِنْ رَهْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ^(٣٧) وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَلِكُ مِنْهُ بَعْضُهُ بِقَضَاءِ بَعْضٍ^(٣٧)
 الدَّيْنِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ رَهْنًا عِنْدَ وَاحِدٍ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا قَضَى أَحَدُهُمَا مَا عَلَيْهِ
 مِنَ الدَّيْنِ ، حَرَجَ نَصِيبَهُ مِنَ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَاحِدِ مَعَ الْاِثْنَيْنِ عَقْدَانِ فِي الْحَقِيقَةِ .
 وَلَوْ اسْتَعَارَ عَبْدًا مِنْ رَجُلَيْنِ ، فَرَهْنَهُ عِنْدَ وَاحِدٍ بِمِائَةٍ ، فَقَضَاهُ نِصْفَهَا عَنْ أَحَدٍ
 النَّصِيبَيْنِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَنْفَلِكُ مِنَ الرَّهْنِ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ ،
 مِنْ رَاهِنٍ وَاحِدٍ ، مَعَ مُرْتَهِنٍ وَاحِدٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ الْعَبْدُ لِوَاحِدٍ . وَالثَّانِي ، يَنْفَلِكُ
 نِصْفُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِذَا أَذِنَ فِي رَهْنِ نَصِيبِهِ بِخَمْسِينَ ، فَلَا يَكُونُ
 رَهْنًا بِأَكْثَرِ مِنْهَا ، كَمَا لَوْ صَرَّحَ لَهُ بِذَلِكَ ، فَقَالَ : ارْهَنْ نَصِيبِي بِخَمْسِينَ ، لَا تَزِدْ
 عَلَيْهَا . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، إِنْ كَانَ الْمُرْتَهِنُ عَالِمًا بِذَلِكَ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
 عَالِمًا بِذَلِكَ^(٣٨) ، وَالرَّهْنُ مَشْرُوطٌ فِي بَيْعٍ ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ
 دَخَلَ عَلَى أَنْ كُلَّ جُزْءٍ مِنَ الرَّهْنِ وَثِيقَةٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ ، وَقَدْ فَاتَهُ ذَلِكَ ،^(٣٩) وَاحْتَمَلَ
 أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ خِيَارٌ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ سُلِّمَ لَهُ كُلُّهُ بِالْدَّيْنِ كُلِّهِ ، وَهُوَ دَخَلَ عَلَى ذَلِكَ^(٣٩)

(٣٦) في م : « لأنه » .

(٣٧) سقط من : الأصل ، م .

(٣٨) سقط من : أ .

(٣٩ - ٣٩) سقط من : م .

ولو كان رهنَ هذا العبدَ عندَ رجلينِ ، ففَضَى أَحَدَهُمَا ، انْفَكَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُعِيرَيْنِ مِنْ نِصْفِهِ . وَإِنْ قَضَى نِصْفَ دَيْنِ أَحَدِهِمَا انْفَكَ^(٤٠) نَصِيبُ أَحَدِهِمَا ، عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخِرِ ، يَنْفَكَ نِصْفُ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

فصل : ولو كان لِرَجُلَيْنِ عِبْدَانِ ، فَأَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشَرِيكِهِ فِي رَهْنِ نَصِيبِهِ مِنْ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ ، فَرَهَنَاهُمَا عِنْدَ رَجُلٍ مُطْلَقًا ، صَحَّ . فَإِنْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا أَنِّي مَتَى قَضَيْتُ مَا عَلَيَّ مِنَ الدَّيْنِ ، انْفَكَ الرَّهْنُ فِي الْعَبْدِ الَّذِي رَهَنْتُهُ ، وَفِي الْعَبْدِ الْآخَرَ ،^(٤١) أَوْ فِي^(٤٢) قَدَرِ نَصِيبِي مِنَ الْعَبْدِ الْآخَرَ . فَهَذَا شَرَطٌ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ يَنْفَكَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ رَهْنٌ عَلَى دَيْنِ آخَرَ ، وَيَفْسُدُ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّ فِي هَذَا الشَّرْطِ تَقْصًا عَلَى الْمُرْتَهِنِ ، وَكُلَّ شَرْطٍ فَاسِدٍ يَنْقُصُ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ ، يُفْسِدُ الرَّهْنَ . فَأَمَّا إِنْ شَرَطَ أَنَّهُ لَا يَنْفَكَ شَيْءٌ مِنَ الْعَبْدِ حَتَّى يَقْضِيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ يَبْقَى الرَّهْنُ مَحْبُوسًا بِغَيْرِ الدَّيْنِ الَّذِي هُوَ رَهْنُ بِهِ ، لَكِنَّهُ لَا يَنْقُصُ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ ، فَهَلْ يَفْسُدُ الرَّهْنُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ رَهْنُ مَا لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، كَأَمُّ الْوَلَدِ ، وَالْوَقْفُ ، وَالْعَيْنِ الْمَرْهُونَةَ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ ، وَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَا يُمَكِّنُ ذَلِكَ فِيهِ . وَلَوْ رَهْنَ الْعَيْنَ الْمَرْهُونَةَ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ ، لَمْ يَجْزُ . فَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ : زِدْنِي مَا لَا يَكُونُ الرَّهْنُ الَّذِي عِنْدَكَ رَهْنًا بِهِ بِالذَّيْنِ الْأَوَّلِ . لَمْ يَجْزُ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَالْمُزْنِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : يَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ زَادَهُ رَهْنًا جَازًا ، فَكَذَلِكَ إِذَا زَادَ فِي دَيْنِ الرَّهْنِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ فَدَى الْمُرْتَهِنُ الْعَبْدَ الْجَانِبِيَّ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، لِيَكُونَ رَهْنًا بِالْمَالِ الْأَوَّلِ وَبِمَافِدَائِهِ ، جَازًا ، فَكَذَلِكَ هُنَا ، وَلِأَنَّهَا وَثِيقَةٌ مُحْضَةٌ ، فَجَازَتْ

(٤٠) فِي مِ زِيَادَةَ : « فِي » .

(٤١ - ٤٢) فِي مِ : « وَفِي » .

الزِّيَادَةُ فِيهَا كَالضَّمَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَيْنٌ مَرهُونَةٌ ، فَلَمْ يَجْزِ رَهْنُهَا بِدَيْنِ آخَرَ ، كَمَا لَوْ رَهْنَهَا عِنْدَ غَيْرِ الْمُرْتَهِنِ ، فَأَمَّا الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ فَيَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةُ اسْتِثْنَاءٍ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَأَمَّا الْعَبْدُ الْجَانِي فَيَصِحُّ فِدَاؤُهُ ، لِيَكُونَ رَهْنًا بِالْفِدَاءِ وَالْمَالِ الْأَوَّلِ ، لِكُونَ الرَّهْنِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الْأَرْضِ بِالْجَانِي ، لِكُونَ الْجِنَايَةَ أَقْوَى ، فَإِنَّ^(٤٢) لَوْلَى الْجِنَايَةَ الْمُطَالَبَةَ بِبَيْعِ الرَّهْنِ وَإِخْرَاجِهِ مِنَ الرَّهْنِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ الْجَائِزِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَيجوزُ أَنْ يَزِيدَهُ فِي الرَّهْنِ الْجَائِزِ حَقًّا قَبْلَ لُزُومِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا صَارَ جَائِزًا بِالْجِنَايَةِ ، وَيُقَارِقُ الرَّهْنُ الضَّمَانَ ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَ لغيرِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَرهْنُهُ بِحَقِّ ثَانٍ كَانَ رَهْنًا بِالْأَوَّلِ خَاصَّةً ، / فَإِنَّ شَهْدَ بَدَلِكِ شَاهِدَانِ يَعْتَقَدَانِ فِسَادَهُ ، لَمْ يَكُنْ لهما أَنْ يَشْهَدَا بِهِ ، وَإِنْ اعْتَقَدَا صِحَّتَهُ لَمْ يَكُنْ لهما أَنْ يَشْهَدَا أَنَّهُ رَهْنُهُ بِالْحَقِّينِ مُطْلَقًا ، بَلْ يَشْهَدَانِ^(٤٣) بِكَيْفِيَّةِ الْحَالِ ، لِيَرَى الْحَاكِمُ فِيهِ رَأْيَهُ .

و ٣٤/٤

فصل : وَأَمَّا رَهْنُ سَوَادِ الْعِرَاقِ ، وَالْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، فَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا ، فَكَذَلِكَ رَهْنُهَا . وَهَذَا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ بِنَائِهَا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا ، وَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ غَيْرِ تَرَابِهَا أَوْ مِنْ^(٤٤) الشَّجَرِ الْمُجَدِّدِ فِيهَا ، إِنْ أَفْرَدَهُ بِالْبَيْعِ وَالرَّهْنِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، نَصَّ عَلَيْهِمَا فِي الْبَيْعِ ؛ إِحْدَاهُمَا : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ طَلَّقَ . وَالثَّانِيَةَ ، لَا^(٤٥) يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَلَا رَهْنُهُ ، فَهُوَ كَأَسَاسَاتِ الْحِيطَانِ . وَإِنْ رَهْنَهُ مَعَ الْأَرْضِ ، بَطَلَّ فِي الْأَرْضِ . وَهَلْ يَجُوزُ فِي الْأَشْجَارِ وَالْبِنَاءِ عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي يَجُوزُ رَهْنُهَا مُنْفَرِدَةً ؟ يُخْرَجُ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ رَهْنُ الْمَجْهُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَلَوْ قَالَ : رَهْنْتُكَ هَذَا

(٤٢) فِي م : « وَلَأَنَّ » .

(٤٣) فِي الْأَصْلِ ، أ : « يَشْهَدَا » عَلَى تَقْدِيرِ : « بَلْ لهما أَنْ يَشْهَدَا » .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ أ ، م .

(٤٥) سَقَطَ مِنْ : م .

الجِرَابِ أَوْ الْبَيْتِ أَوْ الْحَرِيطَةِ بِمَا فِيهَا . لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَإِنْ لَمْ يُقَلِّ : بِمَا فِيهَا . صَحَّ رَهْنُهَا ؛ لِلْعِلْمِ بِهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِمَّا لَا قِيَمَةَ لَهُ ، كَالجِرَابِ الْحَلِيقِ وَنَحْوِهِ . وَلَوْ قَالَ : رَهْنُكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ التَّعْيِينِ . وَفِي الْجُمْلَةِ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ لِلْعِلْمِ فِي الرَّهْنِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيْعِ ، وَكَذَلِكَ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ ، فَلَا يَصِحُّ رَهْنُ الْأَبِيقِ وَلَا الْجَمَلِ الشَّارِدِ ، وَلَا غَيْرِ مَمْلُوكٍ .

فصل : لَوْ رَهَنَ عَبْدًا ، أَوْ بَاعَهُ ، يَعْتَقِدُهُ مَعْصُوبًا ، فَبَانَ مِلْكُهُ ، مِثْلُ إِنْ رَهَنَ عَبْدًا أَبِيهِ ، فَبَانَ أَنَّ أَبَاهُ قَدْ مَاتَ ، وَصَارَ الْعَبْدُ مِلْكَهُ^(٤٦) بِالْمِيرَاثِ ، أَوْ وَكَّلَ إِنْسَانًا يَشْتَرِي لَهُ عَبْدًا مِنْ سَيِّدِهِ ، ثُمَّ إِنْ الْمُوَكَّلُ بَاعَ الْعَبْدَ أَوْ رَهَنَهُ ، يَعْتَقِدُهُ لِسَيِّدِهِ الْأَوَّلِ ، فَبَانَ أَنْ تَصَرَّفَهُ بَعْدَ شِرَاءِ الْوَكِيلِ لَهُ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ ، وَصَادَفَ مِلْكَهُ ، فَصَحَّ كَمَا لَوْ عَلِمَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَقَدَهُ بَاطِلًا .

فصل : لَوْ رَهَنَ الْمَبِيعَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَمْ يَصِحَّ ، إِلَّا أَنْ يَرَهَنَهُ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ وَحْدَهُ ، فَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهُ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ بَيْعُهُ وَتَصَرُّفَاتُهُ . وَلَوْ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي ، فَرَهَنَ الْبَائِعُ عَيْنَ مَالِهِ الَّتِي لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا^(٤٧) قَبْلَ الرَّجُوعِ فِيهَا^(٤٧) لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ رَهَنَ مَالًا^(٤٨) يَمْلِكُهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ رَهَنَ الْأَبُ / الْعَيْنَ الَّتِي وَهَبَهَا لِابْنِهِ قَبْلَ رُجُوعِهِ فِيهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلِلشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ؛ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ اسْتِرْجَاعَ الْعَيْنِ ، فَتَصَرَّفَهُ فِيهَا يَدُلُّ عَلَى رُجُوعِهِ فِيهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَهَنَ مَالًا يَمْلِكُهُ . بغيرِ إِذْنِ الْمَالِكِ ، وَلَا وِلَايَةِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ رَهَنَ الزَّوْجُ نِصْفَ الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ .

ظ ٣٤/٤

(٤٦) في زيادة : « له » .

(٤٧ - ٤٧) سقط من : ا ، م .

(٤٨) سقط من : م .

فصل : ولو رهنَ ثَمَرَ^(٤٩) شَجَرٍ يَحْمِلُ فِي السَّنَةِ حِمْلَيْنِ ، لَا يَتَمَيَّزُ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ ، فَرَهْنُ الثَّمَرَةِ الْأُولَى إِلَى مَحَلِّ تَحْدُثُ الثَّانِيَةَ عَلَى وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، فَالرَّهْنُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ حِينَ حُلُولِ الْحَقِّ ، فَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَجْهُولًا حِينَ الْعَقْدِ ، وَكَأَنَّ لَوْ رَهْنَهُ إِيَّاهَا بَعْدَ اسْتِيفَائِهَا . فَإِنْ شَرَطَ قَطَعَ الْأُولَى إِذَا حِيفَ اخْتِلَاطُهَا بِالثَّانِيَةِ ، صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الْحِمْلُ الْمَرْهُونُ بِحَقِّ حَالٍ ، وَكَانَتِ الثَّمَرَةُ الثَّانِيَةُ تَتَمَيَّزُ مِنَ الْأُولَى إِذَا حَدَثَتْ ، فَالرَّهْنُ صَحِيحٌ . فَإِنْ وَقَعَ التَّوَانِي فِي قَطْعِ الْأُولَى حَتَّى اخْتَلَطَتْ بِالثَّانِيَةِ ، وَتَعَدَّرَ التَّمْيِيزُ ، لَمْ يَبْطُلِ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ صَحِيحًا ، وَقَدْ اخْتَلَطَ بِغَيْرِهِ عَلَى وَجْهِ لَا يُمْكِنُ فَصْلُهُ . فَعَلَى هَذَا إِنْ سَمَحَ الرَّاهِنُ بِكَوْنِ الثَّمَرَةِ رَهْنًا ، أَوْ اتَّفَقَا عَلَى قَدْرِ الْمَرْهُونِ مِنْهُمَا ، فَحَسَنٌ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مَعَ بَيِّنَةٍ فِي قَدْرِ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلْقَدْرِ الرَّائِدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ .

فصل : ولو رهنه منافع داره شهرًا ، لم يصح ؛ لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، والمنافع تهلك إلى حلول الحق . وإن رهنه أجرة داره شهرًا ، لم يصح ؛ لأنها مجهولة وغير مملوكة .

فصل : ولو رهن المكتاتب من يعتق عليه ، لم يصح ؛ لأنه لا يملك بيعه . وأجازه أبو حنيفة ؛ لأنهم لا يدخلون معه في الكتابة . ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد ، لم يصح ؛ لأن ما في يده ملك لسيد . فقد صار حراً بشيرائه إيأه .

فصل : ولو رهن الوارث تركة الميت ، أو باعها ، وعلى الميت دين ، صح في أحد الوجهين . وقال أصحاب الشافعي : لا يصح ، (°) في أحد الوجهين (°) ، إذا كان على الميت دين يستعرق التركة ؛ لأنه تعلق به حق آدمي ، فلم يصح رهنه ، كالمرهون . ولنا ، أنه تصرف صادق ملكه ، ولم يعلق به حقًا ، فصح ، كما لو

(٤٩) في م : دغرة .

(٥٠ - ٥٠) سقط من : م .

رَهْنِ الْمُتَرَدِّدِ . وَفَارَقَ الْمَرْهُونَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ بِهِ بِاخْتِيَارِهِ ، فَأَمَّا فِي / مُسَائِلِنَا
فَالْحَقُّ تَعَلَّقَ بِهِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ تَصْرُفَهُ . وَهَكَذَا كُلُّ حَقٍّ ثَبَتَ مِنْ غَيْرِ إِثْبَاتِهِ ،
كَالزَّكَاةِ وَالْجِنَايَةِ ، فَلَا يَمْنَعُ رَهْنُهُ ، فَإِذَا رَهْنُهُ ، ثُمَّ قَضَى الْحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ ، فَالرَّهْنُ
بِحَالِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْضِ الْحَقُّ ، فَلِلْعَرْمَاءِ انْتِزَاعُهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ أَسْبَقُ ، وَالْحُكْمُ فِيهِ
كَالْحُكْمِ فِي الْجَانِي . وَهَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ تَصَرَّفَ فِي التَّرِكَةِ ، ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ مَبِيعٌ بِاعِهِ
الْمَيْتُ بِعَيْبٍ ظَهَرَ فِيهِ ، أَوْ حَقٌّ تَجَدَّدَ تَعَلُّقُهُ بِالتَّرِكَةِ ، مِثْلَ أَنْ وَقَعَ إِنْسَانٌ أَوْ بِهَيْمَةٌ
فِي بَيْتٍ حَفَرَهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَالْحُكْمُ وَاحِدٌ ، وَهُوَ أَنْ تَصْرُفَهُ صَحِيحٌ غَيْرُ
نَافِذٍ ، فَإِنْ قَضَى الْحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ نَفَذَ ، وَإِلَّا فَسِيحَ الْبَيْعُ وَالرَّهْنُ .

فصل: قال القاضي: لا يصح رهن العبد المسلم لكافر. واختار أبو الخطاب صحة
رهنه، إذا شرطاً كونه على يد مسلم، ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكة. وهذا أولى؛
لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر.

٧٨٦ - مسألة؛ قال: (وَإِذَا قَبِضَ الرَّهْنُ مِنْ تَشَارُطًا أَنَّ الرَّهْنَ ^(١) يَكُونُ عَلَى
يَدِهِ ^(٢) ، صَارَ مَقْبُوضًا)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْمُتَرَاهِنِينَ إِذَا شَرَطَا كَوْنَ الرَّهْنِ عَلَى يَدَيْ رَجُلٍ رَضِيَاهُ ^(٣) ،
وَأْتَفَقَا عَلَيْهِ ، جَازَ ، وَكَانَ وَكَيْلًا لِلْمُرْتَهِنِ نَائِبًا عَنْهُ فِي الْقَبْضِ ، فَمَتَى
قَبِضَهُ صَحَّ قَبْضُهُ ، فِي قَوْلِ جَمَاعَةِ الْفُقَهَاءِ ، مِنْهُمْ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ^(٤) ، وَعَمْرُو بْنُ
دِينَارٍ ، وَمَالِكٌ ^(٥) ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْحَكَمُ ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى :

(١) سقط من: م .

(٢) في م: « يديه » .

(٣) في م: « رضية به » .

(٤) سقط من: م ، ا .

(٥) سقط من: م .

لا يكون مقبوضاً بذلك ؛ لأن القبض من تمام العقد ، فتعلق بأحد المتعاقدين ، كالإيجاب والقبول . ولنا ، أنه قبض في عقد ، فجاز فيه التوكيل ، كسائر القبوض ، وفارق القبول ؛ لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه ، لأنه يخاطب به ، ولو وكل في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له ، صح أيضا ، وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع ، فيما يعتبر القبض فيه . إذا ثبت هذا ، فإنه يجوز أن يجعل الرهن على يد من يجوز توكيله ، وهو الجائر التصرف ، مسلماً كان أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، ذكراً أو أنثى ، ولا يجوز أن يكون صبيّاً ؛ لأنه غير جازٍ التصرف مطلقاً ، فإن فعلاً^(٦) كان قبضه^(٧) وعدم القبض واحداً^(٨) ، ولا عبداً بغير إذن سيده ؛ لأن منافع العبد لسيده ، فلا يجوز تضييعها في / الحفظ بغير إذنه^(٩) ، فإن إذن له السيد ، جاز . وأما المكاتب ، فإن كان يجعل ، جاز ؛ لأن له الكسب ، وبذل منافعه بغير إذن السيد ، وإن كان بغير جعل ، لم يجز ؛ لأنه ليس له التبرع بمنافعه .

٣٥/٤ ظ

فصل : فإن جعل الرهن في يدى^(٩) عدلين ، جاز ، ولهما إمساكه ، ولا يجوز لأحدهما الاثراء بحفظه . وإن سلمه أحدهما إلى الآخر ، فعليه ضمان النصف ؛ لأنه القدر الذي تعدى فيه . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الآخر ، إذا رضي أحدهما بإمساك الآخر ، جاز . وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقسم ، اقتسماه ، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه ؛ لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما ، فحمل الأمر على أن لكل واحد منهما الحفظ . ولنا ، أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معاً^(١٠) فلم يجز لأحدهما الاثراء بذلك ، كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقولهم : إن الاجتماع

(٦ - ٦) في ١ : « قبضه » .

(٧) في ١ : « واحد » .

(٨) في م : « إذن » .

(٩) في ١ ، م : « يد » .

(١٠) سقط من : م .

على الحِفْظِ يَشُقُّ . لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ جَعْلُهُ فِي مَحْزَنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ قَفْلٌ .

فصل : وما دام العَدْلُ بِحَالِهِ ، لم يَتَغَيَّرْ عن الأمانة ، ولا حَدَّثَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا عَدَاوَةٌ ، فليس لأحدهما ، ولا لِلْحَاكِمِ ، نَقْلُ الرَّهْنِ عن يَدِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا رَضِيًا بِهِ فِي الْإِتِّدَاءِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى نَقْلِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما لم يَعُدْهُمَا . وَكَذَلِكَ لو كان الرَّهْنُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، فلم يَتَغَيَّرْ حَالُهُ ، لم يَكُنْ لِلرَّاهِنِ وَلَا لِلْحَاكِمِ نَقْلُهُ عن يَدِهِ . وَإِنْ تَغَيَّرَتْ حَالُ الْعَدْلِ بِفِسْقٍ ، أو ضَعْفٍ عن الحِفْظِ ، أو حَدَّثَتْ عَدَاوَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ، أو بَيْنَ أَحَدِهِمَا ، فَلِمَنْ طَلَبَ نَقْلَهُ عن يَدِهِ ذَلِكَ ، وَيَضَعَانِهِ فِي يَدِ مَنْ يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا ، وَضَعَهُ الْحَاكِمُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي تَغْيِيرِ حَالِهِ ، بَحَثَ الْحَاكِمُ ، وَعَمِلَ بِمَا يَظْهَرُ لَهُ . وَهَكَذَا لو كان فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، فَتَغَيَّرَتْ حَالُهُ فِي الثَّقَةِ وَالْحِفْظِ ، فَلِلرَّاهِنِ رَفْعُهُ عن يَدِهِ إِلَى الْحَاكِمِ ، لِيَضَعَهُ فِي يَدِ عَدْلٍ . وَإِذَا ادَّعَى الرَّاهِنُ تَغْيِيرَ حَالِ الْمُرْتَهِنِ ، فَأُنْكَرَ ، بَحَثَ الْحَاكِمُ عن ذَلِكَ ، وَعَمِلَ بِمَا بَانَ لَهُ . وَإِنْ مَاتَ الْعَدْلُ أو الْمُرْتَهِنُ ، لم يَكُنْ لَوَرَثَتَيْهِمَا إِمْسَاكُهُ إِلَّا بِتَرَضِيهِمَا ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى عَدْلِ يَضَعَانِهِ عَلَى يَدِهِ ، فَلَهُمَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، فَيَفْوَضُ أَمْرَهُ إِلَيْهِمَا . فَإِنْ اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ عِنْدَ مَوْتِ الْعَدْلِ ، أو اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَوَرَثَةُ الْمُرْتَهِنِ ، رَفَعَا الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، / لِيَضَعَهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ . وَإِنْ كان الرَّهْنُ فِي يَدِ اثْنَيْنِ ، فماتَ أَحَدُهُمَا ، أو تَغَيَّرَتْ حَالُهُ ، بِفِسْقٍ ، أو ضَعْفٍ عن الحِفْظِ ، أو عَدَاوَةٍ بَيْنَ أَحَدِ الْمُتَرَاهِنَيْنِ ، أُقِيمَ مَقَامَهُ عَدْلٌ يَنْضَمُّ إِلَى الْعَدْلِ الْآخَرِ ، فَيَحْفَظَانِ مَعًا .

و ٣٦/٤

فصل : ولو أَرَادَ الْعَدْلُ رَدَّهُ عَلَيْهِمَا ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَعَلَيْهِمَا قَبُولُهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ مُتَطَوِّعٌ بِالْحِفْظِ ، فَلَا يَلْزَمُهُ الْمَقَامُ عَلَيْهِ . فَإِنْ ائْتَنَّا ، أُجِبَرَهُمَا الْحَاكِمُ . فَإِنْ تَغَيَّبَا ، نَصَبَ الْحَاكِمُ أَمِينًا يَقْبِضُهُ لهما ؛ لِأَنَّ لِلْحَاكِمِ وِلَايَةَ عَلَى الْمُتَمَتِّعِ مِنَ الْحَقِّ الَّذِي عَلَيْهِ . وَلَوْ دَفَعَهُ إِلَى الْأَمِينِ مِنْ غَيْرِ ائْتِنَاعِهِمَا ، ضَمِنَ ، وَضَمِنَ الْحَاكِمُ ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى غَيْرِ الْمُتَمَتِّعِ . وَكَذَا لو تَرَكَهُ الْعَدْلُ عِنْدَ آخِرِ

مع وجودهما ، ضَمِنَ ، وضَمِنَ القَابِضُ . وإن ائْتَمَعَا ، ولم يَجِدْ حَاكِمًا ، فترَكَهُ عند عَدْلٍ آخَرَ ، لم يَضْمَنْ . وإن ائْتَمَعَا أَحَدُهُمَا ، لم يَكُنْ له دَفْعُهُ إلى الآخَرِ ، فإن فَعَلَ ضَمِنَ ، والْفَرَقُ بينهما أَنَّ أَحَدَهُمَا يُمَسِّكُهُ لِنَفْسِهِ ، والعَدْلُ يُمَسِّكُهُ لهما ، هذا فيما إذا كانا حَاضِرَيْنِ ، فأَمَّا إذا كانا غَائِبَيْنِ ، نَظَرْتُ ، فإن كان لِلْعَدْلِ عُذْرٌ من مَرَضٍ أو سَفَرٍ أو نَحْوِهِ ، رَفَعَهُ إلى الحَاكِمِ ، ففَقِبْضُهُ منه ، أو نَصَبَ له عَدْلًا يَقْبِضُهُ لهما ، فإن لم يَجِدْ حَاكِمًا ، أودَعَهُ عند ثِقَةٍ^(١١) ، وليس له دَفْعُهُ إلى ثِقَةٍ يُودِعُهُ عنده ، مع وجود الحَاكِمِ ، فإن فَعَلَ ضَمِنَ . فإن لم يَكُنْ له عُذْرٌ ، وكانت العَيْبَةُ بَعِيدَةً إلى مَسَافَةِ القَصْرِ ، قَبِضَهُ الحَاكِمُ منه ، فإن لم يَجِدْ حَاكِمًا ، دَفَعَهُ إلى عَدْلٍ . وإن كانت العَيْبَةُ دون مَسَافَةِ القَصْرِ ، فهو كما لو كانا حَاضِرَيْنِ ؛ لأنَّ ما دون مَسَافَةِ القَصْرِ في حُكْمِ الإِقَامَةِ . وإن كان أَحَدُهُمَا حَاضِرًا والآخَرُ غَائِبًا ، فحُكْمُهُمَا حُكْمُ الغَائِبَيْنِ ، وليس له دَفْعُهُ إلى الحَاضِرِ منهما . وفي جَمِيعِ هذه الأقسامِ ، متى دَفَعَهُ إلى أَحَدِهِمَا لَزِمَهُ رُدُّهُ إلى يَدِهِ ، وإن لم يَفْعَلْ ، فعليه ضَمَانُ حَقِّ الآخَرِ .

فصل : إذا كان الرَّهْنُ على يَدِ^(١٢) عَدْلٍ ، وشرَطًا له أن يبيعه عند حُلُولِ الحَقِّ ، صحَّ ، ويصحُّ بَيْعُهُ . وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشَّافِعِيُّ . فإن عَزَلَ الرَّاهِنُ العَدْلَ عن البَيْعِ ، صحَّ عَزْلُهُ ، ولم يَمْلِكِ البَيْعَ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يَنْعَزِلُ ؛ لأنَّ وِكَالَتَهُ صَارَتْ من حُقُوقِ الرَّهْنِ ، فلم يَكُنْ لِلرَّاهِنِ /إِسْقَاطُهُ ، كسَائِرِ حُقُوقِهِ . وقال ابنُ أبي موسى : وَيَتَوَجَّهُ لنا مثل ذلك ؛ فإنَّ أحمدَ قد مَنَعَ الحِيلَةَ في غير مَوْضِعٍ من كُتُبِهِ ، وهذا يَفْتَحُ بابَ الحِيلَةِ لِلرَّاهِنِ ، فَإِنَّهُ يَشْتَرِطُ ذلكَ لِلْمُرْتَهِنِ ، لِيُجِيبَهُ إليه ، ثم يَعْزِلُهُ . والأوَّلُ هو المَنْصُوصُ عنه ؛ لأنَّ الوِكَالَةَ عَقْدٌ جَائِزٌ ، فلم يَلْزَمِ المَقَامَ عليها ، كسَائِرِ الوِكَالاتِ ، وكونُهُ من حُقُوقِ الرَّاهِنِ لا يَمْنَعُ من^(١٣) جَوَازِهِ ، كما لو شرَطَا الرَّهْنُ في البَيْعِ ، فَإِنَّهُ لا يَصِيرُ لَازِمًا ،

٤/٣٦ ظ

(١١) في م : « نفسه » تحريف .

(١٢) في الأصل ، ا : « يدي » .

(١٣) سقط من : ا .

وكذلك لو مات الرّاهن بعد الإذن ، انفسخت الوكالة ، وقياس المذهب أنّه متى عزّله عن البيع ، فليمرّتهن فسح البيع الذي حصل الرهن بشميه ، كما لو امتنع الرّاهن من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما إن عزّله المرّتهن ، فلا ينعزل ؛ لأنّ العدل وكيل الرّاهن ، إذ الرهن ملكه ، ولو انفرد بتوكيله صحّ ، فلم ينعزل بعزل غيره ، لكن لا يجوز بيعه بغير إذنه . وهكذا لو لم يعزّله ، فحلّ الحق ، لم يبعه حتى يستأذن المرّتهن ؛ لأنّ البيع لحقه ، فلم يجز حتى يأذن فيه ، ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الرّاهن ، في ظاهر كلام أحمد ؛ لأنّ الإذن قد وجد مرّة ، فيكفي ، كما في الوكالة في سائر الحقوق . وذكر القاضي وجه آخر ، أنّه يحتاج إلى تجديد إذن ؛ لأنّه قد^(١٤) يكون له عرض في قضاء الحق من غيره . والأوّل أولى ؛ فإنّ الإذن كافٍ ما لم يغيّر ، والعرض لا اعتبار به مع صريح الإذن بخلافه ، بدليل ما لو جدّد الإذن له ، بخلاف المرّتهن ؛ فإنّ المبيع يفتقر إلى مطالبته بالحق ، ومذهب الشافعي نحو من هذا .

فصل : ولو أئلف الرهن في يد العدل أجنبي ، فعلى الجاني قيمته ، تكون رهنا في يده ، وله المطالبة بها ؛ لأنها بدل الرهن ، وقائمة مقامه ، وله إمساك الرهن وحفظه . فإن كان المتراهنان أدنا له في بيع الرهن ، فقال القاضي : قياس المذهب أنّ له بيع قيمته ؛ لأنّ له بيع ثمن الرهن تبعاً للأصل ، فالقيمة أولى . وقال أصحاب الشافعي : ليس له ذلك ؛ لأنّه متصرّف بالإذن ، فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه ، والمأذون في بيعه قد تلف ، وقيّمته غيره . وللقاضي أن يقول : إنّه قد أذن له في بيع الرهن ، والقيمة رهن ، يثبت لها حكم الأصل ، من كونه يملك المطالبة بها ، وإمساكها ، واستيفاء دينه من ثمنها ، فكذلك بيعها ، / فإن كانت القيمة من جنس الدين ، وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ، ملك إيفاءه من القيمة ؛

و ٣٧/٤

(١٤) سقط من : ١ ، م .

لأنها بدل الرهن من جنس الدين ، فأشبهت ثمن البيع .

فصل : وإذا أذنا للعدل في البيع ، وعيننا له نقداً ، لم يجز له أن يخالفهما . وإن اختلفا ، فقال أحدهما : بعه بدرأهم . وقال الآخر : بدنايبر . لم يقبل قول واحد منهما ، لأن لكل واحد منهما فيه حقا ، للرأهن ملك اليمين ، وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ، ويرفع الأمر إلى 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 ، والأولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه ، فإن كان في البلد نقدان باعه بأغلبهما ، فإن تساويا ، فقال القاضي : يبيع بما يؤدبه اجتهاده إليه . وهو قول الشافعي ؛ لأنه الأحظ ، والعرض من تحصيل الحظ ، فإن تساويا ، باع بجنس الدين ، فإن 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 المخالف . وذكر في البيع نساء رواية أخرى ، أنه يجوز بناء على الوكيل . ولا يصح ؛ لأن البيع ههنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله ، والبيع نساء يمنع ذلك . وكذا نقول في الوكيل ، متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له ذلك ، وإنما الروايتان فيه عند ائتفاء القرائن . وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل ، وجب رد المبيع إن كان باقيا ، فإن تعدد ، فللمرتهن تضمين من شاء من العدل والمشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين ؛ لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه ، لا رهنا ، فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه ، وما بقى من قيمة الرهن للرأهن ، يرجع به على من شاء منهما . (١٥) وإن استوفى دينه من الرهن ، رجع الرأهن بقيمته على من شاء منهما (١٥) . ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد . لأن العين تلفت في يده ، وإن ضمن العدل رجع على المشتري .

(١٥ - ١٥) تكررت هذه الجملة في النسخ .

فصل : ومتى قَدَّرَا له ثَمَّنًا ، لم يَجُزْ له بَيْعُهُ بَدُونِهِ ، وإن أُطْلِقَا ، فله بَيْعُهُ بِثَمَنِ مِثْلِهِ ، أو زِيَادَةٍ عَلَيْهِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وقال أبو حَنِيفَةَ : له بَيْعُهُ ولو بَدْرَاهِمَ^(١٦) ، والكَلَامُ معه في الوَكَالَةِ . / فَإِنْ أُطْلِقَا ، فَبَاعَ بِأَقْلٍ مِنْ ثَمَنِ المِثْلِ ، مِمَّا يَتَعَابُنُ النَّاسُ بِهِ ، صَحَّ ، ولا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُضَيِّبُ غَالِبًا . وإن كان التَّقْصُ مِمَّا لَا يَتَعَابُنُ النَّاسُ بِهِ ، أو بَاعَ بِأَقْصَ مَا قَدَّرَا^(١٧) له ، صَحَّ البَيْعُ ، وَضَمِنَ التَّقْصَ كُلَّهُ . ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . والأوَّلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ البَيْعُ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ لَمْ يُوَدَّنْ لَهُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ خَالَفَ فِي التَّقْدِيرِ .

فصل : وإذا بَاعَ العَدْلُ الرَّهْنَ بِإِذْنِهِمَا ، وَقَبِضَ الثَّمَنَ ، قَتِلَفَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّ ، فلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فَهُوَ كَالوَكِيلِ . ولا تَعْلَمُ في هَذَا خِلَافًا . وَيَكُونُ مِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ؛ وقال أبو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ : مِنْ ضَمَانِ المُرْتَهِنِ ؛ لِأَنَّ البَيْعَ لِأَجَلِهِ . ولَنَا ، أَنَّهُ وَكَيْلُ الرَّاهِنِ فِي البَيْعِ ، وَالثَّمَنُ مِلْكُهُ ، وَهُوَ أَمِينٌ لَهُ فِي قَبْضِهِ ، فَإِذَا تَلَفَ ، كان مِنْ ضَمَانِ مُوَكَّلِهِ ، كَسَائِرِ الأَمَنَاءِ . وإن ادَّعَى التَّلَفَ ، فالقولُ قولُهُ مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، وَيَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ عَلَى ذَلِكَ ، وَإِنْ كَلَّفْنَاهُ البَيِّنَةَ ، شَقَّ عَلَيْهِ ، وَرُبَّمَا أَدَّى إِلَى أَنْ لَا يَدْخُلَ النَّاسُ فِي الأَمَانَاتِ . فَإِنْ خَالَفَاهُ فِي قَبْضِ الثَّمَنِ ، فَقَالَا : مَا قَبَضَهُ مِنَ المُشْتَرِي . وادَّعَى ذَلِكَ ، ففيه وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا ، القولُ قولُهُ ، لِأَنَّهُ أَمِينٌ . والآخَرُ : لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِبْرَاءٌ لِلْمُشْتَرِي مِنَ الثَّمَنِ ، فلا يُقْبَلُ قولُهُ فِيهِ ، كما لو أَبْرَأَهُ مِنْ غَيْرِ الثَّمَنِ . وإن خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، فالعَهْدَةُ عَلَى الرَّاهِنِ دُونَ العَدْلِ ، إِذَا كان قد أَعْلَمَ المُشْتَرِي أَنَّهُ وَكَيْلٌ . وكذلك كُلُّ وَكَيْلٍ بَاعَ مَالَ غَيْرِهِ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : العَهْدَةُ عَلَى الوَكِيلِ . والكَلَامُ معه في الوَكَالَةِ . فَإِنْ عَلِمَ المُشْتَرِي بَعْدَ تَلَفِ الثَّمَنِ فِي يَدِ العَدْلِ ، رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ ، ولا شَيْءَ عَلَى العَدْلِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ

(١٦) في ١ : « بدرهم » .

(١٧) في ١ : « قدر » . وفي م : « قررا » .

لا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْعَدْلِ ، لِأَنَّهُ قَبِضَ الثَّمَنَ بِغَيْرِ حَقٍّ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ عَلَى أَنَّهُ أَمِينٌ فِي قَبْضِهِ ، يُسَلَّمُهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ . فَلذَلِكَ لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، فَأَمَّا الْمُرْتَهِنُ ، فَقَدْ بَانَ لَهُ أَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ كَانَ فَاسِدًا ، فَإِنْ كَانَ مَشْرُوطًا فِي بَيْعٍ ، تَبَتَّ لَهُ الْخِيَارُ فِيهِ ، وَإِلَّا سَقَطَ حَقُّهُ . فَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ مُفْلِسًا ، حَيًّا أَوْ مَيِّتًا ، كَانَ الْمُرْتَهِنُ وَالْمُشْتَرِي أُسْوَةَ الْعُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُمْ مُتَسَاوُونَ فِي ثُبُوتِ حَقِّهِمْ فِي الذَّمَّةِ ، فَاسْتَوَوْا فِي قِسْمَةِ مَالِهِ بَيْنَهُمْ . فَأَمَّا إِنْ خَرَجَ مُسْتَحَقًّا بَعْدَ مَا دَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْمُرْتَهِنِ ، رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْمُرْتَهِنِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَرْجِعُ عَلَى الْعَدْلِ ، وَيَرْجِعُ / الْعَدْلُ عَلَى أَيِّهِمَا شَاءَ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَيْنَ مَالِهِ صَارَ إِلَى الْمُرْتَهِنِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَكَانَ رُجُوعُهُ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ قَبِضَهُ مِنْهُ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي رَدَّهُ بِعَيْبٍ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَ الثَّمَنَ بِحَقٍّ ، وَلَا عَلَى الْعَدْلِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ وَوَكِيلٌ ، وَيَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ . وَإِنْ كَانَ الْعَدْلُ حِينَ بَاعَهُ لَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ وَكِيلٌ ، كَانَ لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَيْهِ ، وَيَرْجِعُ هُوَ عَلَى الرَّاهِنِ ، إِنْ أَقْرَبَ ذَلِكَ ، أَوْ قَامَتْ بِهِ بَيِّنَةٌ ، وَإِنْ أَنْكَرَ ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَدْلِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ ، فَقَضَى عَلَيْهِ بِالتُّكْرُورِ ، أَوْ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَحَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ ، لَمْ يَرْجِعْ الْعَدْلُ عَلَى الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ أَنَّهُ ظَلَمَهُ . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، الْقَوْلُ فِي حُدُوثِ الْعَيْبِ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ . فَإِذَا حَلَفَ الْمُشْتَرِي ، رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ ، وَرَجَعَ الْعَدْلُ عَلَى الرَّاهِنِ . وَإِنْ تَلَفَ الْعَبْدُ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ بَانَ مُسْتَحَقًّا قَبْلَ وَزْنِ ثَمَنِهِ ، فَلِلْمَعْصُوبِ مِنْهُ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنَ الْعَاصِبِ وَالْعَدْلِ وَالْمُرْتَهِنِ ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ فِي يَدِهِ ، هَذَا إِذَا عَلِمَ بِالْعَصَبِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا ، فَهَلْ يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، أَوْ عَلَى الْعَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى الْعَدْلُ دَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْمُرْتَهِنِ ، فَأَنْكَرَ ، فَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْحَطَّابِ : يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ الرَّاهِنِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعَدْلَ وَكَيْلَ الرَّاهِنِ فِي دَفْعِ الدَّيْنِ إِلَى الْمُرْتَهِنِ ، وَلَيْسَ بِوَكَيْلِ

لِلْمُرْتَهِنِ فِي ذَلِكَ ، إِنَّمَا هُوَ وَكَيْلُهُ فِي الْحِفْظِ فَقَطْ ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَيْهِ فِيمَا لَيْسَ بِوَكَيْلٍ لَهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا فِي قَضَاءِ دَيْنٍ ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَى صَاحِبِ الدَّيْنِ .
 وَقَالَ الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ ، فِي رُءُوسِ مَسَائِلِهِمَا : يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فِي إِسْقَاطِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي نَفْيِ (١٨) الضَّمَانِ عَنْ (١٩) غَيْرِهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ ، فُقْبِلَ قَوْلُهُ فِي إِسْقَاطِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ ، كَالْمُودِعِ (٢٠) يَدَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةِ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا حَلَفَ الْعَدْلُ لَهُ (٢١) ، سَقَطَ الضَّمَانُ عَنْهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ عَلَى (٢٢) الْمُرْتَهِنِ أَنَّهُ قَبَضَهُ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، يَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ ، وَيَرْجِعُ عَلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الْعَدْلِ ، لَمْ يَرْجِعِ الْعَدْلُ عَلَى الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ : ظَلَمْنِي وَأَخَذْتَنِي بغيرِ حَقِّ . فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الرَّاهِنِ ، كَمَا لَوْ غَصَبَهُ مَالًا / آخَرَ ، فَإِنْ رَجَعَ عَلَى الرَّاهِنِ ، فَهَلْ يَرْجِعُ الرَّاهِنُ عَلَى الْعَدْلِ ؟ نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ بِحَضْرَةِ الرَّاهِنِ أَوْ بَيِّنَةٍ ، فَمَاتَتْ أَوْ غَابَتْ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ وَلَمْ يُفَرِّطْ فِي الْقَضَاءِ ، وَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ (٢٣) بغيرِ بَيِّنَةٍ (٢٣) فِي غَيْبَةِ الرَّاهِنِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ : إِحْدَاهُمَا ، يَرْجِعُ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ فِي الْقَضَاءِ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، فَلَزِمَهُ الضَّمَانُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ الرَّهْنُ بِتَفْرِيطِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ :
 وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَدْفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا ، وَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ عَلَى الْآمِرِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَرْجِعُ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي حَقِّهِ ، سِوَاءَ صَدَقَهُ فِي الْقَضَاءِ أَوْ كَذَبَهُ ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَذَبَهُ فَلَهُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ .

٣٨/٤ ظ

(١٨) فِي م : « إِجَاب » .

(١٩) فِي أ ، م : « عَلَى » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، م : « كَالْمُدْعَى » .

(٢١) فِي م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(٢٢) فِي م : « عَنْ » .

(٢٣ - ٢٣) فِي م : « بَيِّنَةٌ » . خَطَأً .

فصل : إذا غَصَبَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ مِنَ الْعَدْلِ ، ثُمَّ رَدَّهُ إِلَيْهِ ، زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ .
ولو كان الرَّهْنُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، فَتَعَدَّى فِيهِ ، ثُمَّ أزالَ التَّعَدَّى ، أَوْ سَافَرَ بِهِ ثُمَّ رَدَّهُ ،
لَمْ يُزَلَّ عَنْهُ الضَّمَانُ ، لِأَنَّ اسْتِعْمَالَهُ زَالَ بِذَلِكَ ، فَلَمْ يُعَدَّ (٢٤) ، بِفِعْلِهِ مَعَ بَقَائِهِ فِي يَدِهِ ،
بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا ، فَإِنْ رَدَّهُ إِلَى يَدِ نَائِبِ مَالِكِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَدَّهَا إِلَى يَدِ (٢٥)
مَالِكِهَا .

فصل : وإذا اسْتَقْرَضَ ذِمِّيٌّ مِنْ مُسْلِمٍ مَالًا ، وَرَهْنَهُ حَمْرًا ، لَمْ يَصِحَّ ، سِوَاءَ
جَعَلَهُ فِي (٢٦) يَدِ ذِمِّيٍّ أَوْ غَيْرِهِ ، فَإِنْ بَاعَهَا الرَّاهِنُ ، أَوْ نَائِبُهُ الذِّمِّيُّ ، وَجَاءَ الْمُقْرَضُ
بِثَمَنِهَا ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ . فَإِنْ أَبَى ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِيَءَ ؛ لِأَنَّ أَهْلَ
الذِّمَّةِ إِذَا تَقَابَضُوا فِي الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ ، جَرَتْ مَجْرَى الصَّحِيحَةِ . قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُ ، فِي أَهْلِ الذِّمَّةِ ، مَعَهُمُ الْخُمُورُ (٢٧) : وَلَوْ هُمْ يَبِيعُهَا ، وَخَذُوا مِنْ أَثْمَانِهَا .
وَإِنْ جَعَلَهَا عَلَى يَدِ مُسْلِمٍ . فَبَاعَهَا ، لَمْ يُجْبَرِ الْمُرْتَهِنُ عَلَى قَبُولِ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ
الْبَيْعُ فَاسِدٌ ، لَا يُقْرَأُ عَلَيْهِ ، وَلَا حُكْمَ لَهُ .

٧٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُرْهَنُ مَالٌ مِنْ أَوْصِيَ إِلَيْهِ بِحِفْظِ مَالِهِ إِلَّا مِنْ
ثِقَةٍ)

وجملته أن وليَّ التَّيْمِمْ لَيْسَ لَهُ رَهْنٌ مَالِهِ ، إِلَّا عِنْدَ ثِقَةٍ يُودِعُ مَالَهُ عِنْدَهُ ، لئَلَّا
يُجْحَدَهُ أَوْ يُفْرَطَ فِيهِ فَيَضِيعَ . قَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لِوَلِيِّ رَهْنٌ مَالِهِ إِلَّا بِشَرْطَيْنِ :
أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ عِنْدَ ثِقَةٍ . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لَهُ فِيهِ حِظٌّ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ بِهِ حَاجَةٌ
إِلَى نَفَقَةٍ ، أَوْ كُسُوفٍ ، أَوْ إِئْتِاقٍ عَلَى عَقَارِهِ الْمُسْتَهْدِمِ (١) ، أَوْ أَرْضِيهِ ، أَوْ بَهَائِمِهِ ،
وَنَحْوِ ذَلِكَ ، وَمَالُهُ غَائِبٌ يَتَوَقَّعُ وُرُودَهُ ، أَوْ ثَمَرَةٌ يَنْتَظِرُهَا ، أَوْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ يَحُلُّ ،

(٢٤) فِي م : « يَفْسِدُ » تَحْرِيفٌ .
(٢٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .
(٢٦) فِي أ ، م : « عَلَى » .
(٢٧) فِي م : « الْخَمْرُ » .
(١) فِي م : « الْمْتَهْدِمُ » .

أَوْ مَتَاعٍ / كَاسِدٌ يَرْجُو نَفَاقَهُ ؛ فَيَجُوزُ لَوْلِيِهِ الْاِقْتِرَاضُ وَرَهْنُ مَالِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ يَنْتَظِرُهُ ، فَلَا حَظَّ لَهُ فِي الْاِقْتِرَاضِ ، فَيَبِيعُ شَيْئًا مِنْ أُصُولِ مَالِهِ ، وَيَصْرِفُهُ فِي إِتْفَاقِهِ^(٢) . وَإِنْ لَمْ يَجِدْ مِنْ يُقْرِضُهُ ، وَوَجَدَ مِنْ يَبِيعُهُ نَسِيئَةً ، وَكَانَ أَحْظَّ مِنْ يَبِيعُ أُصُولَهُ ، جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُ نَسِيئَةً وَيَرْهَنَ بِهِ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ ، وَالْوَصِيُّ وَالْحَاكِمُ وَأَمِينُهُ فِي هَذَا سِوَاءٍ ، وَكَذَلِكَ الْأَبُّ ، إِلَّا أَنَّ لِلْأَبِّ أَنْ يَرْهَنَ مِنْ نَفْسِهِ لَوْلَدِهِ وَلِنَفْسِهِ مِنْ وَلَدِهِ ، وَمَنْ عَدَاهُ بِخِلَافِهِ ، عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : فَأَمَّا أَخْذُ الرَّهْنِ بِمَالِ الْيَتِيمِ ، فَيَكُونُ فِي بَيْعِ أَوْ قَرْضِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْقَرْضَ فِي بَابِ الْمُصْرَاةِ^(٣) وَفِي الْبَيْعِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ : إِحْدَاهُنَّ ، أَنْ يَبِيعَ مَا يُسَاوِي مِائَةَ نَقْدًا بِمِائَةٍ أَوْ دُونَهَا نَسِيئَةً ، وَيَأْخُذَهَا رَهْنًا ، فَهَذَا يَبِيعُ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ نَقْدًا أَحْوَطُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ جَعَلَ بَعْضَ الثَّمَنِ نَسِيئَةً . الثَّانِيَةَ ، أَنْ يَبِيعَهُ بِمِائَةٍ نَقْدًا وَعِشْرِينَ نَسِيئَةً ، يَأْخُذُ بِهَا رَهْنًا ، فَهَذَا جَائِزٌ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَاعَهُ بِمِائَةٍ نَقْدًا جَازَ ، فَإِذَا زَادَ عَلَيْهَا ، فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا ، سِوَاءَ قَلَّتِ الزِّيَادَةُ أَوْ كَثُرَتْ . الثَّلَاثَةَ ، بَاعَهُ بِمِائَةٍ وَعِشْرِينَ نَسِيئَةً ، وَأَخَذَ بِهَا رَهْنًا ، فَهَذَا جَائِزٌ أَيْضًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ تَغْرِيرٌ بِمَالِهِ ، وَيَبِيعُ النَّقْدَ أَحْوَطُ لَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا عَادَةٌ التَّجَارِ ، وَقَدْ أَمَرْنَا بِالتَّجَارَةِ وَطَلَبِ الرِّبْحِ ، وَهَذَا مِنْ جِهَاتِهِ ، وَالتَّغْرِيرُ يَزُولُ بِالرَّهْنِ .

فصل : وَحُكْمُ الْمَكَاتِبِ فِيمَا ذَكَرْنَا حُكْمُ وَلِيِّ الْيَتِيمِ ، لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا فِي يَدَيْهِ فِيمَا لَهُ فِيهِ الْحَظُّ ، فَأَمَّا الْمَادُونُ ، فَإِنْ دَفَعَ لَهُ سَيِّدُهُ مَالًا يَتَّجِرُ فِيهِ ، أَوْ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ بِالنَّسِيئَةِ ؛ لِأَنَّ دُيُونَهُ تَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ السَّيِّدِ ، فَيَتَصَرَّفُ بِذَلِكَ ، لِأَنَّ الدَّيْنَ عَرَّ بِخِلَافِ الْمَكَاتِبِ .

(٢) فِي م : (نَفَقَتُهُ) .

(٣) تَقَدَّمَ فِي صَفْحَةِ ٢١٥ .

فصل : ولو كان مَالُ الْيَتِيمِ رَهْنًا ، فاستَعَادَهُ الْوَصِيُّ لِلْيَتِيمِ ، جازَ . وإن استَعَادَهُ لِنَفْسِهِ ، لم يَجْزُ ؛ لأنه لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ لِنَفْسِهِ ، وعليه الضَّمَانُ ؛ لأنه قَبْضُهُ عَلَى وَجْهِ لَيْسَ لَهُ قَبْضُهُ . وإن فَكَّه بِمَالِ الْيَتِيمِ ، وأَطْلَقَ ، فهو لِلْيَتِيمِ . وإن فَكَّه بِمَالِ نَفْسِهِ ، وأَطْلَقَ ، فالظَّاهِرُ أَنَّهُ استَعَادَهُ لِنَفْسِهِ . فإن قال : استَعَادَتْهُ لِلْيَتِيمِ بَعْدَ هَلَاكِهِ أَوْ هَلَاكِ بَعْضِهِ . لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ / ، لأنَّنا حَكَمْنَا بِالضَّمَانِ ظَاهِرًا ، فلا يَزُولُ بِقَوْلِهِ . والأوَّلَى أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ ؛ لأنه أَمِينٌ ، وهو أَعْلَمُ بِبَيْتِهِ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهَا ، كما قَبِلَ التَّلْفِ (٤) .

ط ٣٩/٤

فصل : ولو رَهَنَ الْوَصِيُّ أَوْ الْحَاكِمُ مَالَ الْيَتِيمِ عِنْدَ مُكَاتِبِهِ ، أَوْ وَلَدِهِ الْكَبِيرِ ، صَحَّ ؛ لأنه لا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمَا .

فصل : ولو أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ . فَرَهَنَ شَيْئًا مِنْ تَرَكَّتِهِ عِنْدَ الْعَرِيمِ ، أَوْ غَيْرِهِ ، ضَمِنَ ؛ لأنه لم يُؤَدِّنْ لَهُ فِي رَهْنِهَا ، فَضَمِنَ ، كما لو لم يُوصِرْ إِلَيْهَا (٥) بِقَضَاءِ دَيْنِهِ .

٧٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَضَاهُ بَعْضَ الْحَقِّ ، كَانَ الرَّهْنُ بِحَالِهِ عَلَى مَا بَقِيَ)

وجملة ذلك أن حَقَّ الْوَثِيقَةِ يَتَعَلَّقُ بِالرَّهْنِ جَمِيعِهِ ، فَيَصِيرُ مَحْبُوسًا بِكُلِّ الْحَقِّ ، وَبِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهُ ، لا يَنْفَكُ مِنْهُ شَيْءٌ حَتَّى يَقْضَى جَمِيعَ الدَّيْنِ ، سواءَ كانَ مِمَّا يُمَكِّنُ قِسْمَتَهُ أَوْ لا يُمَكِّنُ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ مَنْ رَهَنَ شَيْئًا بِمَالٍ ، فَأَدَّى بَعْضَ الْمَالِ ، وَأَرَادَ إِخْرَاجَ بَعْضِ الرَّهْنِ ، أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ لَهُ ، وَلا يَخْرُجُ شَيْءٌ حَتَّى يُؤْفِقَهُ آخِرَ حَقِّهِ ، أَوْ يُبْرِئَهُ مِنْ ذَلِكَ . كذلك قال مالِكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإِسْحَاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِحَقِّ ، فلا يَزُولُ إِلَّا بِزَوَالِ جَمِيعِهِ ، كَالضَّمَانِ وَالشَّهَادَةِ .

(٤) أى : كما قَبِلَ قَبْلَ التَّلْفِ .

(٥) كذا في النسخ . ولعل الصواب : « إليه » .

٧٨٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَعْتَقَ الرَّاهِنُ عَبْدَهُ الْمَرْهُونَ ، فَقَدْ صَارَ حُرًّا ،
 وَيُؤْخَذُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ بِقِيَمَةِ الْمُعْتَقِ ، فَيَكُونُ رَهْنًا)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلرَّاهِنِ عِتْقُ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُبْطِلُ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ مِنَ الْوَيْثِقَةِ ،
 فَإِنْ أَعْتَقَ ، نَفَذَ عِتْقَهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَبِهِ قَالَ شَرِيكٌ ،
 وَالْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ أَقْوَالِهِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ
 قَالَ : يَسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى :
 لَا يَنْفَعُ عِتْقُ الْمُعْسِرِ . ذَكَرَهَا الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي
 لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ يُسْقِطُ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ مِنَ الْوَيْثِقَةِ ، مِنْ عَيْنِ الرَّهْنِ وَبَدَلِهَا ، فَلَمْ
 يَنْفَعْ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْمُرْتَهِنِ ، وَلِأَنَّهُ عِتْقُ يُبْطِلُ حَقَّ غَيْرِ الْمَالِكِ ، فَتَفَدَّ مِنْ
 الْمُوسِرِ دُونَ الْمُعْسِرِ ، كَعِتْقِ شَرِيكٍ لَهُ مِنْ عَبْدٍ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَابْنُ تَوْرٍ :
 لَا يَنْفَعُ عِتْقُ الرَّاهِنِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّلَاثُ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى
 يُبْطِلُ حَقَّ ^(١) / الْوَيْثِقَةَ مِنَ الرَّهْنِ ، فَلَمْ يَنْفَعْ كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِعْتَاقٌ مِنْ مَالِكٍ
 جَائِزٌ التَّصَرُّفِ تَامَ الْمِلْكِ ، فَتَفَدَّ ، كَعِتْقِ الْمُسْتَأْجِرِ ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ عَيْنٌ مَحْبُوسَةٌ
 لِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ ، فَتَفَدَّ فِيهَا عِتْقُ الْمَالِكِ ، كَالْبَيْعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَالْعِتْقُ يُخَالِفُ الْبَيْعَ ،
 فَإِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، وَيَنْفَعُ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ ، وَيَجُوزُ عِتْقُ الْمَبِيعِ قَبْلَ
 قَبْضِهِ ، وَالْآبِقِ ، وَالْمَجْهُولِ ، وَمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، وَيَجُوزُ تَغْلِيْقُهُ عَلَى
 الشُّرُوطِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا أُخِذَتْ مِنْهُ قِيَمَتُهُ ،
 فَجُعِلَتْ مَكَانَهُ رَهْنًا ؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ حَقَّ الْوَيْثِقَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ، فَلَزِمَتْهُ قِيَمَتُهُ ، كَمَا
 لَوْ أَبْطَلَهَا أَجْنَبِيٌّ ، أَوْ كَمَا لَوْ أُلْتَفَفَ ، وَتَكُونُ الْقِيَمَةُ رَهْنًا ؛ لِأَنَّهَا نَائِبَةٌ عَنِ الْعَيْنِ ، وَبَدَلٌ
 عَنْهَا ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَالْقِيَمَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، فَإِنْ أُيَسِّرَ قَبْلَ حُلُولِ الْحَقِّ ، أُخِذَتْ مِنْهُ
 الْقِيَمَةُ فَجُعِلَتْ رَهْنًا ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ تَعْجِيلَ الْحَقِّ ، فَيَقْضِيهِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى رَهْنٍ ،

٤٠/٤ و

(١) فِي أ ، م : ح د ه .

وإن أُيسرَ بعدَ حُلُولِ الحَقِّ ، طُولِبَ بالدَّيْنِ خاصَّةً ؛ لأنَّ ذِمَّتَهُ تَبَرُّأُ بِهِ مِنَ الحَقِّينِ
معا ، والاعتِبَارُ بِقِيَمَةِ العَبْدِ حَالَ الإِعْتاقِ ، لأنَّهُ حَالَ الإِثْلَافِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ،
وقال أبو حنيفة ، في المُعَسِّرِ : يَسْتَسَعِي العَبْدَ في قِيَمَتِهِ ، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الرَّاهِنِ . وفيه
إِجَابُ الكَسْبِ عَلَى العَبْدِ ، وَلَا صُنْعَ لَهُ ، وَلَا جِنَايَةَ مِنْهُ ، وَالزَّامُ العُرْمَ لِمَنْ وَجَدَ
مِنهُ الإِثْلَافَ أَوَّلَى ، كحَالِ اليَسَارِ ، وَكسَائِرِ الإِثْلَافِ .

فصل : وإن أَعْتَقَهُ بِإِذْنِ المُرْتَهِنِ ، فَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي نُفُوذِ عَتَقِهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛
لأنَّ المَنْعَ كَانَ لِحَقِّ المُرْتَهِنِ ، وَقَدْ أُذِنَ ، وَيَسْقُطُ^(٢) حَقُّهُ مِنَ الوَثِيقَةِ مُوسِرًا كَانَ
المُعْتَقُ أَوْ مُعَسِّرًا ، لِأَنَّهُ أُذِنَ فِيمَا يُنَافِي حَقَّهُ ، فَإِذَا وَجِدَ ، زَالَ حَقُّهُ ، وَقَدْ رَضِيَ
بِهِ لِرِضَاةِ مَا يُنَافِيهِ ، وَإِذْنُهُ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَدَلٌ . فَإِنْ رَجَعَ عَنِ الإِذْنِ قَبْلَ العِتْقِ ،
وَعَلِمَ الرَّاهِنُ بِرُجُوعِهِ^(٣) ، كَانَ كَمَنْ لَمْ يَأْذُنْ ، فَإِنْ عَلِمَ الرَّاهِنُ بِرُجُوعِهِ^(٣) ،
فَأَعْتَقَ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى عَزْلِ الوَكِيلِ بَدُونِ عِلْمِهِ . وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ العِتْقِ ،
لَمْ يَنْفَعِ رُجُوعُهُ ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُرْتَهِنِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ . وَلَوْ
اِخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَوَرَثَتُهُ المُرْتَهِنِ ، فَالقولُ قَوْلُ وَرَثَةِ المُرْتَهِنِ أَيْضًا ، إِلاَّ أَنَّ أَيْمَانَهُمْ
عَلَى نَفْيِ العِلْمِ ، لِأَنَّهَا عَلَى فِعْلِ الغَيْرِ . وَإِنْ اِخْتَلَفَ المُرْتَهِنُ وَوَرَثَتُهُ الرَّاهِنِ ، فَالقولُ
قَوْلُ المُرْتَهِنِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِالتُّكُولِ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ / الرَّاهِنُ . بِغَيْرِ العِتْقِ ، كالبَيْعِ ، وَالإِجَارَةِ ، وَالهِبَةِ ،
وَالوَقْفِ ، وَالرَّهْنِ ، وَغَيْرِهِ ، فَتَصَرُّفُهُ باطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ يُبْطِلُ حَقَّ المُرْتَهِنِ مِنَ
الوَثِيقَةِ ، غَيْرُ مَبْنِيٍّ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ بِغَيْرِ إِذْنِ المُرْتَهِنِ ، كَفَسْخِ
الرَّهْنِ . فَإِنْ أُذِنَ فِيهِ المُرْتَهِنُ ، صَحَّ ، وَيَبْطُلُ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّهُ أُذِنَ فِيمَا يُنَافِي حَقَّهُ ،
فَيُبْطَلُ بِفِعْلِهِ ، كالعِتْقِ . وَإِنْ زَوَّجَ الأُمَّةَ^(٤) المَرْهُونَةَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَهَذَا اخْتِيَارُ

(٢) في م : « فيسقط » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) في ا ، م : « الأم » .

أبى الخطَّابِ ، وقول مالكٍ والشَّافِعِيِّ ، وقال القاضى وجماعةٌ من أصحابنا :
يَصِحُّ ، وللمُرْتَهِنِ مَنْعُ الزَّوْجِ مِنْ وَطْئِهَا ، ومَهْرُهَا رَهْنٌ مَعَهَا . وهذا مذهبُ أبى
حنيفةٍ ؛ لأنَّ محلَّ التَّكاحِ غيرُ محلِّ عَقْدِ الرَّهْنِ ، ولذلك صَحَّ رَهْنُ الأَمَةِ
المُزَوَّجَةِ ، ولأنَّ الرَّهْنَ لا يُرِيْلُ المَلِكُ ، فلا يَمْنَعُ التَّزْوِيجَ ، كالإِجَارَةِ . ولنا ، أَنَّهُ
تَصَرَّفَ فى الرَّهْنِ بما يَنْقُصُ ثَمَنَهُ ، وَيَسْتَعِْلُ بعضَ مَنافِعِهِ ، فلم يَمْلِكُهُ الرَّاهِنُ بغيرِ
رِضا المُرْتَهِنِ ، كالإِجَارَةِ ، ولا يَحْفَى تَنْقِيسُهُ لثَمَنِها ، فَإِنَّهُ يُعْطَلُ مَنافِعُ بعضِها ،
ويَمْنَعُ مُشْتَرِيها مِنْ وَطْئِها وحِلِّها ، ويُوجِبُ عليه تَمَكِّينَ زَوْجِها مِنْ اسْتِمْتاعِها فى
اللَّيْلِ ، ويُعَرِّضُها بوطْئِهِ لِلْحَمْلِ الذى يُخَافُ مِنْه تَلْفُها ، وَيَشْغَلُها عَن حِدْمَتِهِ بِتَرْبِيَةِ
وَلَدِها ، فَتَذْهَبُ الرُّغْبَةُ فيها ، وتَنْقُصُ نَقْصًا كَثِيرًا ، ورُبُّما مَنَعَ بَيْعَها بِالْكُلِّيَّةِ .
وقولُهم : إنَّ محلَّ عَقْدِ التَّكاحِ غيرُ محلِّ الرَّهْنِ . غيرُ صَحيحٍ ؛ فَإِنَّ محلَّ الرَّهْنِ
محلُّ البَيْعِ ، والبَيْعُ يَتَناولُ جُمْلَتَها ، ولهذا يُباحُ لِمُشْتَرِيها اسْتِمْتاعُها ، وإنَّما صَحَّ
رَهْنُ المُزَوَّجَةِ لِبَقَاءِ مَعْظَمِ المَنفَعَةِ فيها ، وبَقائِها محلًّا لِلبَيْعِ ، كما يَصِحُّ رَهْنُ
المُسْتَأْجَرَةِ ، ويُفارقُ الرَّهْنَ الإِجَارَةَ ؛ فَإِنَّ التَّزْوِيجَ لا يُؤَثِّرُ فى مَقْصودِ الإِجَارَةِ ،
ولا يَمْنَعُ المُسْتَأْجَرَ مِنْ اسْتِيفاءِ المَنافِعِ المُسْتَحَقَّةِ لَه ، ويُؤَثِّرُ فى مَقْصودِ الرَّهْنِ ،
وهو اسْتِيفاءُ الدَّيْنِ مِنْ ثَمَنِها ، فَإِنَّ تَزْوِيجَها يَمْنَعُ بَيْعَها ، أو يَنْقُصُ ثَمَنَها ، فلا يُمكنُ
اسْتِيفاءُ الدَّيْنِ بِكَمالِهِ .

فصل : ولا يجوزُ لِلرَّاهِنِ وَطْءُ أَمَتِهِ المَرْهُونَةِ ، فى قولِ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . وقال
بعضُ أَصحابِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : لَه وَطْءُ الأَيْسَةِ والصَّغِيرَةِ ؛ لأنَّهُ لا ضَرَرَ
فِيهِ ؛ فَإِنَّ عِلَّةَ المَنْعِ الخَوْفُ مِنَ الحَمْلِ ، مَخَافَةَ أَنْ تَلِدَ مِنْه ، فَتَخْرُجُ بِذَلِكَ عَنِ
الرَّهْنِ ، أو تَتَعَرَّضَ لِلتَّأْتِفِ ، وهذا مَعْدومٌ فِيهِما . وَأَهْلُ العِلْمِ على خِلافِ هذا .
قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على أَنَّ لِلْمُرْتَهِنِ مَنْعَ الرَّاهِنِ مِنْ وَطْءِ أَمَتِهِ
المَرْهُونَةِ . ولأنَّ سائِرَ مَنْ يَحْرُمُ وَطْئُها لا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ الأَيْسَةِ والصَّغِيرَةِ
وغيرِهما ، / كالمُعْتَدَةِ والمُسْتَبْرَأَةِ والأَجْنَبِيَّةِ ، ولأنَّ الذى تَحْبَلُ فِيهِ يَحْتَلِفُ ،

ولا يَنْحَرِزُ^(٥) ، فَمُنِعَ الوَطْءُ جُمْلَةً ، كما حُرِّمَ الحَمْرُ لِلسُّكْرِ ، وحُرِّمَ منه اليَسِيرُ الذى لا يُسَكِّرُ ، لِكَوْنِ السُّكْرِ يَحْتَلِفُ . وإن وَطِيَءَ فلا حَدَّ عليه ؛ لِأَنَّها مِلْكُهُ ، وإِنما حُرِّمَتْ عليه لِعَارِضٍ ، كالمُحْرِمَةِ والصَّائِمَةِ ، ولا مَهْرَ عليه ؛ لِأَنَّ المُرْتَهِنَ لا حَقَّ له فى مَنفَعَتِها ، ووَطُوها لا يُنْقِصُ قِيَمَتِها ، فأشْبَه ما لو اسْتَحْدَمَها . وإن تَلَفَ جُزْءٌ منها أو نَقَصَها ، مثلُ أن اُقْتَضَ البِكَرُ أو أَفْضَاها ، فعليه قِيَمَةُ ما أَتَلَفَ ، «فإن شاء جَعَلَ رَهْنًا» ، وإن شاء جَعَلَهُ قِضَاءً من الحَقِّ ، إن لم يَكُنْ حَلًّا . فإن كان الحَقُّ قد حَلَّ ، جَعَلَهُ قِضَاءً لا غَيْرُ ؛ فَإِنَّه لا فائِدَةَ فى جَعْلِهِ رَهْنًا . ولا فَرْقَ بين الكَبِيرَةِ والصَّبِغِيرَةِ فيما ذَكَرْنَاهُ .

٧٩٠ - مسألة ؛ قال : (وإن كانت جارية ، فأولدها الرهن ، حرجت أيضًا من الرهن ، وأخذ منه قيمتها ، فتكون رهنا)

وجملته أن الرهن إذا وطيء أمته المرهونة ، فأولدها ، حرجت من الرهن ، وعليه قيمتها حين أحبلها ، كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه ، ولا فرق بين الموسر والمعسر ، إلا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها ، والمعسر يكون في ذمته قيمتها ، على حسب ما ذكرنا فى العتق . وهذا قول أصحاب الرأى . وقول الشافعى ههنا كقولهِ فى العتق ، إلا أنه إذا قال له : لا ينفذ الإحبال . فإنما هو فى حق المرتين ، فأما فى حق الرهن ، فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتين . ولو حل الحق وهى حامل ، لم يجز بيعها ؛ لأنها حامل بحر ، فإذا ولدت ، لم يجز بيعها حتى تسقى ولدها اللبن ، فإن وجد من يرضعه بيعت ، وإلا تركت حتى ترضعه ، ثم يُباع منها بقدر الدين خاصة ، ويثبت للباقي حكم الاستيلاء^(١) ، فإذا مات

(٥) لا ينحرز : لا يمتنع .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل . وفى م : « فإن شاء جعلها رهنا معه » .

(١) فى م : « الاستيلاء » . هنا وفيما يأتى .

الرَّاهِنُ عَقَقَ . وَإِنْ رَجَعَ هَذَا الْمَبِيعُ إِلَى الرَّاهِنِ بِإِثْرٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، أَوْ بَيْعٍ جَمِيعُهَا ، ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَيْهِ ، ثَبَّتَ لَهَا حُكْمُ الْاسْتِیْلَادِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ كَانَتْ الْأُمَّةُ تَخْرُجُ إِلَى الرَّاهِنِ وَتَأْتِيهِ ، خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ ، وَإِنْ تَسَوَّرَ عَلَيْهَا ، أَخَذَ وَلَدَهَا ، وَبِيعَتْ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ أُمَّ وَلَدٍ ، فَلَمْ يَثْبُتْ فِيهَا حُكْمُ الرَّهْنِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْوَطْءُ سَابِقًا عَلَى الرَّهْنِ ، أَوْ نَقُولُ : مَعْنَى يُنَافِي الرَّهْنَ فِي ابْتِدَائِهِ ، فَنَافَاهُ فِي دَوَامِهِ ، كَالْحُرِّيَّةِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْوَطْءُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ، خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُرْتَهِنِ ، لِأَنَّهُ إِذْنٌ / فِي سَبَبِ مَا يُنَافِي حَقَّهُ ، فَكَانَ إِذْنًا فِيهِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَإِنْ لَمْ تَحْبَلْ ، فَهِيَ رَهْنٌ بِحَالِهَا . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّمَا إِذْنٌ فِي الْوَطْءِ ، وَلَمْ يَأْذَنْ فِي الْإِحْبَالِ . قُلْنَا : الْوَطْءُ هُوَ الْمُفْضِي إِلَى الْإِحْبَالِ ، وَلَا يَقِفُ ذَلِكَ عَلَى اخْتِيَارِهِ ، فَلَا إِذْنٌ فِي سَبَبِهِ إِذْنٌ فِيهِ ، فَإِنْ إِذْنٌ ثُمَّ رَجَعَ ، فَهُوَ كَمَنْ لَمْ يَأْذَنْ . وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْإِذْنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ يُنْكِرُهُ ، وَإِنْ أَقَرَّ الْمُرْتَهِنُ بِالْإِذْنِ ، وَأَنْكَرَ كَوْنُ الْوَلَدِ مِنَ الْوَطْءِ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، أَوْ قَالَ : هُوَ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زِنًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ ، بَأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَعْتَرَفَ الْمُرْتَهِنُ بِالْإِذْنِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَعْتَرَفَ بِالْوَطْءِ . وَالثَّلَاثُ ، أَنْ يَعْتَرَفَ بِالْوِلَادَةِ . وَالرَّابِعُ ، أَنْ يَعْتَرَفَ بِمُضِيِّ مُدَّةٍ بَعْدَ الْوَطْءِ يُمَكِّنُ أَنْ تَلِدَ فِيهَا ، فَحِينَئِذٍ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى إِنْكَارِهِ ، وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الرَّاهِنِ بِغَيْرِ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّنَا لَمْ نُلْحِقْهُ بِهِ بِدَعْوَاهُ ، بَلْ بِالشَّرْعِ . فَإِنْ أَنْكَرَ شَرْطًا مِنْ هَذِهِ الشَّرُوطِ ، فَقَالَ : لَمْ آذَنْ . أَوْ قَالَ : أَذِنْتُ فَمَا وَطِئْتُ . أَوْ قَالَ : لَمْ تَمُضِ مُدَّةٌ تَضَعُ فِيهَا الْحَمْلَ مِنْذُ وَطِئْتُ . أَوْ قَالَ : لَيْسَ هَذَا وَلَدَهَا ، وَإِنَّمَا اسْتَعَارَتْهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ كُلِّهِ ، وَبَقَاءُ الْوَيْثِقَةِ صَحِيحَةٌ حَتَّى تَقُومَ الْبَيِّنَةُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

فصل : وَلَوْ إِذْنٌ فِي ضَرْبِهَا ، فَضَرَبَهَا فَتَلَفَتْ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَوْلَدٌ مِنَ الْمَأْذُونِ فِيهِ ، كَتَوْلَدِ الْإِحْبَالِ مِنَ الْوَطْءِ .

فصل : إِذَا أَقَرَّ الرَّاهِنُ بِالْوَطْءِ لَمْ يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُقَرَّ بِهِ

حَالِ الْعَقْدِ ، أَوْ قَبْلَ لُزُومِهِ ، فَحُكْمُ هَذَيْنِ وَاحِدٌ ، وَلَا يَمْنَعُ ذَلِكَ صِحَّةَ الْعَقْدِ ؛
لَأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْحَمْلِ ، فَإِنْ بَانَ حَائِلًا^(٢) ، أَوْ حَامِلًا بِوَلَدٍ لَا يَلْحَقُ بِالرَّاهِنِ ،
فَالرَّهْنُ بِحَالِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ يَلْحَقُ بِهِ ، لَكِنْ لَا تَصِيرُ بِهِ أُمُّ وُلْدٍ ، مِثْلَ إِنْ وَطَّئَهَا
وَهِيَ زَوْجَتُهُ ، ثُمَّ مَلَكَهَا وَرَهْنَهَا . وَإِنْ بَانَ حَامِلًا بِوَلَدٍ تَصِيرُ بِهِ أُمُّ وُلْدٍ ، بَطَلَ
الرَّهْنُ ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَإِنْ كَانَ مَشْرُوطًا فِي بَيْعٍ ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهَا
لَا تَكُونُ رَهْنًا ، فَإِذَا خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ بِذَلِكَ السَّبَبِ الَّذِي عَلِمَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ ،
كَالْمَرِيضِ إِذَا مَاتَ ، وَالْجَانِي إِذَا أَقْتَصَّ مِنْهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ .
وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ نَفْسَهُ لَا يُثَبِّتُ الْخِيَارَ ، فَلَمْ يَكُنْ رِضَاهُ بِهِ
رِضَى بِالْحَمْلِ الَّذِي يَحْدُثُ مِنْهُ ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ وَالْمَرَضِ . وَلَنَا ، أَنَّ إِذْنَهُ فِي
الْوَطْءِ إِذْنٌ فِيمَا يُؤْوَلُ إِلَيْهِ ، كَذَلِكَ رِضَاهُ بِهِ رِضَى بِمَا يُؤْوَلُ إِلَيْهِ . الْحَالِ الثَّلَاثِ ،
/ أَقْرَ بِالْوَطْءِ بَعْدَ لُزُومِ الرَّهْنِ ، فَإِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّهِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ؛
لِأَنَّهُ أَقْرَ بِمَا يَنْسَخُ عَقْدًا لَازِمًا لغيرِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَمَا لَوْ أَقْرَ بَعْدَ بَيْعِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَ فِي مِلْكِهِ بِمَا لَا تُهْمَةُ فِيهِ ، لِأَنَّهُ يَسْتَضِيرُّ بِذَلِكَ أَكْثَرَ مِنْ نَفْعِهِ بِخُرُوجِهَا
مِنَ الرَّهْنِ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَ الْإِنْسَانِ عَلَى غَيْرِهِ لَا يُقْبَلُ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ
فِيمَا إِذَا أَقْرَ بِأَنَّهُ غَضَبَهَا ، أَوْ أَنَّهَا كَانَتْ جَنَّتَ جِنَايَةً تَعْلَقُ أَرْشُهَا بِرَقَبَتِهَا . وَلِلشَّافِعِيِّ
فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ ، وَإِنْ أَقْرَ أَنَّهُ أَعْتَقَهَا ، صَحَّ إِقْرَارُهُ ، وَخَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ . وَبِهِذَا
قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يُقْبَلُ . بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ
لِلرَّهْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ لَنَفَذَ عِتْقَهُ ، فَقُبِلَ إِقْرَارُهُ بِعِتْقِهِ ، كَغَيْرِ الرَّهْنِ ، وَلِأَنَّ
إِقْرَارَهُ بِعِتْقِهِ يَجْرَى مَجْرَى عِتْقِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَنْفَذَ
إِقْرَارُ الْمُعْسِرِ ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْفَذُ إِعْتَاقَهُ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ .
فَقَالَ الْقَاضِي : ذَلِكَ مَعَ بَيِّنَةٍ ؛ لِأَنَّ كَذِبَهُ مُحْتَمِلٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَحْلَفَ ،

و ٤٢/٤

(٢) الحائل : كل أنثى لا تحبل .

لأنه لو رجع عن إقراره ، لم يُقبل ، فلا فائدة في استخلافه . واختلف أصحاب الشافعي في استخلافه ، على نحو الوجهين . والصحيح عندي أنه إذا أقر بالعتق لم يستخلف ؛ لأن ذلك جرى مجرى قوله : أنت حر . فلم يحتج إلى يمين ، كما لو صرح به . وإن أقر بالعصب والجناية ، فإنه إن لم يدع ذلك المغصوب منه والمجنى عليه ، لم يلتفت إلى قول الرهن ، وجهها واحداً ، وإن ادعىها ، فاليمين عليهما ؛ لأن الحق لهما ، ورجوعهما عنه مقبول ، فكانت اليمين عليهما ، كسائر الدعاوى . وإن أقر باستيلاء أمته ، فعليه اليمين ؛ لأن نفعها عائد إليه من حل استمتاعها ، وملك خدمتها ، فكانت اليمين عليه ، بخلاف ما قبلها . وإن قلنا : القول قول المرتهن . فعليه اليمين بكل حال ؛ لأنه لو اعترف ثبت الحق في الرهن ، ويمينه على نفي العلم ، لأنها على نفي فعل الغير ، فإذا حلف ، سقطت الدعوى بالنسبة إليه ، وبقي حكمها في حق الرهن ، بحيث لو عاد إليه الرهن ظهر فيه حكم إقراره ، وإن أراد المجنى عليه ، أو المغصوب منه ، أن يُعزّمه في الحال ، فلهما ذلك ؛ لأنه منع من استيفاء الجناية بتصرفه ، فلزمه أرضها ، كما لو قتلته .

فصل : / ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعاً ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾^(١) . وليست هذه زوجة ولا ملك يمين . فإن وطئها ، عالماً بالتحريم ، فعليه الحد ؛ لأنه لا شبهة له فيه ، فإن الرهن استيثاق بالدين ، ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ، لأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لتفيعها ، فالرهن أولى . فإن ادعى الجهل بالتحريم ، واحتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالإسلام ، فلا حد عليه ، وولده حر ؛ لأنه وطئها معتقداً بإباحة وطئها ، فهو كما لو وطئها يظن أنها أمته ، وعليه قيمة ولدها يوم الولادة ؛ لأن اعتقاده الحبل منع انخلاق الولد رقيقاً ، فقوت رِق الولد على سيدها ، فلزمته قيمته ، كالمعزور بحرية أمته . وإن لم يحتمل صدقه ، كالناشيء ببلاد

٤٢/٤ ظ

(١) سورة المؤمنون ٦ .

المسلمين^(٤) ، مُختَلِطًا بهم من أهل العلم ، لم تُقبَل دَعْوَاهُ ، لِأَنَّهُ لَا يَحُلُو مَمَّنْ يَسْمَعُ مِنْهُ مَا يَعْلَمُ بِهِ تَحْرِيمَ ذَلِكَ ، فَيَكُونُ كَمَنْ لَمْ يَدْعُ الْجَهْلَ ، وَوَلَدَهُ رَقِيقٌ لِلرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زَنَا . وَلَا فَرْقَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْوَطْءُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، أَوْ بغيرِ إِذْنِهِ . وَهَذَا الْمَنْصُوصُ عَنِ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجِبَ قِيمَةُ الْوَالِدِ مَعَ الْإِذْنِ فِي الْوَطْءِ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي الْوَطْءِ إِذْنٌ فِيمَا يَحْدُثُ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ أُذِنَ الْمُزْتَهِنُ لِلرَّاهِنِ فِي الْوَطْءِ ، فَحَمَلَتْ مِنْهُ ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ الرَّهْنِ . وَلَوْ أُذِنَ فِي قَطْعِ إِصْبَعٍ ، فَسَرَّتْ إِلَى أُخْرَى ، لَمْ يَضْمَنْهَا . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ يَمْتَنِعُ أَنْ يَخْلَقَ الْوَالِدَ رَقِيقًا ، وَسَبَبُهُ اعْتِقَادُ الْجِلِّ ، وَمَا حَصَلَ ذَلِكَ بِإِذْنِهِ ، بِخِلَافِ الْوَطْءِ ، فَإِنَّ خُرُوجَهَا مِنَ الرَّهْنِ بِالْحَمْلِ الَّذِي الْوَطْءُ الْمَأْذُونُ فِيهِ سَبَبٌ لَهُ . وَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَإِنْ كَانَ الْوَطْءُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، فَلَا مَهْرَ لَهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجِبُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ لَهَا ابْتِدَاءً ، فَلَا يَسْقُطُ بِإِذْنِ غَيْرِهَا . وَعَنِ الشَّافِعِيِّ^(٥) كَالْمَذْهَبَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أُذِنَ فِي سَبَبِهِ ، وَهُوَ حَقُّهُ ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِي قَتْلِهَا ، وَلِأَنَّ الْمَالِكَ أُذِنَ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ ، فَلَمْ يَجِبْ عِوَضُهَا ، كَالْحُرَّةِ الْمُطَاوَعَةِ^(٦) . وَإِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنٍ ، فَالْمَهْرُ وَاجِبٌ ، سِوَاءَ أَكْرَهَهَا أَوْ طَاوَعَتْهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجِبُ الْمَهْرُ مَعَ الْمُطَاوَعَةِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ مَهْرِ الْبَغِيِّ^(٧) . وَلِأَنَّ الْحَدَّ إِذَا وَجَبَ عَلَى الْمُطَاوَعَةِ لَمْ يَجِبِ الْمَهْرُ ، كَالْحُرَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَهْرَ يَجِبُ لِلسَّيِّدِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِمُطَاوَعَةِ الْأَمَةِ وَإِذْنِهَا ، كَمَا لَوْ أُذِنَتْ فِي قَطْعِ يَدِهَا ، وَلِأَنَّهُ اسْتَوْفَى هَذِهِ الْمَنْفَعَةَ الْمَمْلُوكَةَ لِلسَّيِّدِ بغيرِ إِذْنِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ عِوَضُهَا ، كَمَا لَوْ أَكْرَهَهَا ، وَكَأَرْشِ

(٤) فِي م : « الْإِسْلَام » .

(٥) فِي م : « الشَّافِعِيُّ » .

(٦) فِي أ ، م : « وَالْمُطَاوَعَةِ » .

(٧) تَقَدَّمَ تَحْرِيمُهُ فِي صَفْحَةِ ٣٥٣ .

بَكَارَتِهَا لَوْ كَانَتْ بِكَرًّا ، وَالْحَدِيثُ مُخْتَصٌّ^(٨) بِالْمُكْرَهَةِ عَلَى الْبِعَاءِ ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّاهَا بِذَلِكَ ، مَعَ كَوْنِهَا مُكْرَهَةً عَلَيْهِ ، فَقَالَ : ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَانَكُمْ عَلَى الْبِعَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾^(٩) . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَجِبُ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ . قُلْنَا : لَا يَجِبُ الْمَهْرُ لَهَا ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَا يَجِبُ لَهَا ، وَإِنَّمَا يَجِبُ لِسَيِّدِهَا ، وَيُفَارِقُ الْحُرَّةَ ، فَإِنَّ الْمَهْرَ لَوْ جَبَّ لَوْ جَبَّ لَهَا ، وَقَدْ أَسْقَطَتْ حَقَّهَا بِإِذْنِهَا ، وَهَهُنَا الْمُسْتَحِقُّ لَمْ يَأْذَنْ ، وَلِأَنَّ الْوُجُوبَ فِي حَقِّ الْحُرَّةِ يَفْعَلُهُ^(١٠) بِإِكْرَاهِهَا ، وَسُقُوطُهُ بِمَطَاوَعَتِهَا ، فَكَذَلِكَ السَّيِّدُ هَهُنَا ، لَمَّا تَعَلَّقَ السُّقُوطُ بِإِذْنِهِ ، يَتَّبِعِي أَنْ يَثْبُتَ عِنْدَ عَدَمِهِ ، وَسَوَاءٌ وَطَفَهَا مُعْتَقِدًا لِلْجِلِّ ، أَوْ غَيْرَ مُعْتَقِدٍ لَهُ ، أَوْ ادَّعَى شُبْهَةً ، أَوْ لَمْ يَدَّعِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ حَقٌّ آدَمِيٌّ ، فَلَا يَسْقُطُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَلَا تَصِيرُ هَذِهِ الْأُمَّةُ أُمَّ وَوَلَدٍ لِلْمُرْتَهِنِ بِحَالٍ ، سَوَاءٌ مَلَكَهَا بَعْدَ الْوَضْعِ أَوْ قَبْلَهُ ، وَسَوَاءٌ حَكَمْنَا^(١١) بِرِقِّ الْوَالِدِ^(١١) أَوْ حُرِّيَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ أُحْبِلَهَا فِي غَيْرِ مَلَكَه .

٧٩١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ الْمَرْهُونَ ، فَالْمَجْنِي عَلَيْهِ أَحَقُّ بِرَقَبَتِهِ مِنْ مُرْتَهِنِهِ ، حَتَّى يَسْتَوْفَى حَقَّهُ ، فَإِنْ اخْتَارَ سَيِّدُهُ أَنْ يَفْدِيَهُ وَفَعَلَ ، فَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ)

وجملته أن العبد المرهون إذا جنى على إنسان ، أو على ماله ، تعلقت الجناية برقبته ، فكانت مقدمة على حق المرتهن . لا تعلم في هذا خلافا ؛ وذلك لأن الجناية مقدمة على حق المالك ، والمالك أقوى من الرهن ، فأولى أن يقدم على الرهن . فإن قيل : فحق المرتهن أيضا يقدم على حق المالك . قلنا : حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده ، وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه ، فيقدم على

(٨) في م : « مخصوص » .

(٩) سورة النور ٣٣ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) (١١-١١) تكرر في م خطأ .

مَا ثَبَّتَ بَعْقِدِهِ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْجِنَايَةِ مُحْتَصٌ بِالْعَيْنِ ، يَسْقُطُ بِفَوَاتِهَا ، وَحَقُّ الْمُرْتَهِنِ لَا يَسْقُطُ بِفَوَاتِ الْعَيْنِ ، وَلَا يَحْتَصُّ بِهَا ، فَكَانَ تَعَلُّقُهُ بِهَا أَحْفَ وَأَدْنَى ، فَإِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ، فَلَوْلَى الْجِنَايَةُ اسْتِيفَاؤُهُ ، فَإِنْ اقْتَصَّ سَقَطَ الرَّهْنُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ ، وَإِنْ عَفَا عَلَى مَا لَمْ تَعَلَّقْ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ، وَصَارَ كَالْجِنَايَةِ الْمُوجِبَةِ لِلْمَالِ ، يُقَالُ لِلسَّيِّدِ : أَنْتَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ وَبَيْنَ تَسْلِيمِهِ لِلْبَيْعِ . فَإِنْ اخْتَارَ / فِدَاءَهُ ، فَبِكُمْ يَقْدِيهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَقْلَ ، فَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ لَا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ مِنْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقْلَ ، فَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ، لِأَنَّ مَا يَدْفَعُهُ عَوْضٌ عَنِ الْعَبْدِ ، فَلَا يَلْزَمُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ . وَالثَّانِيَةِ ، يَقْدِيهِ بِأَرْضِ جِنَايَتِهِ بِالْعَمَّا مَا بَلَغَ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَرِغَبُ فِيهِ رَاغِبٌ ، فَيَشْتَرِيهِ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ ، فَإِذَا فَدَاهُ فَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ قَائِمٌ لَوْجُودِ سَبَبِهِ ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِقُوَّتِهِ ، فَإِذَا زَالَ ظَهَرَ حُكْمُ الرَّهْنِ ، كَحَقِّ مَنْ لَا رَهْنَ لَهُ مَعَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي تَرْكَةِ مُفْلِسٍ ^(١) ، إِذَا اسْقَطَ الْمُرْتَهِنُ حَقَّهُ ظَهَرَ حُكْمُ الْآخِرِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ قَبْلَ لِلْمُرْتَهِنِ : أَنْتَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ وَبَيْنَ تَسْلِيمِهِ . فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَبِكُمْ يَقْدِيهِ ؟ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ . فَإِنْ فَدَاهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى الْحَقَّ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، فَرَجَعَ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَضَى دَيْنَهُ بِإِذْنِهِ ، وَإِنْ فَدَاهُ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا لَوْ قَضَى دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ زَادَ فِي الْفِدَاءِ عَلَى الْوَاجِبِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ كَمَا ذَكَرْنَا فِي هَذَا الْفَصْلِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِمَا فَدَاهُ بِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَإِنْ شَرَطَ لَهُ الرَّاهِنُ الرُّجُوعَ ، رَجَعَ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَإِنْ قَضَاهُ بِإِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الرُّجُوعِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، وَهَذَا أَصْلٌ يُذَكَّرُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . فَإِنْ فَدَاهُ ، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ رَهْنًا بِالْفِدَاءِ مَعَ الدَّيْنِ الْأَوَّلِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ

(١) فِي ١ : « الْمَفْلِسِ » .

المَجْنِيَّ عَلَيْهِ يَمْلِكُ بَيْعَ الْعَبْدِ ، وَإِبْطَالَ الرَّهْنِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ الْحَائِزِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَالزِّيَادَةُ فِي دَيْنِ الرَّهْنِ قَبْلَ لُزُومِهِ جَائِزَةٌ ، وَلأنَّ أَرْضَ الْجِنَايَةِ مُتَعَلِّقَةٌ بِهِ ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ مِنَ الْجِنَايَةِ إِلَى الرَّهْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ رَهْنًا بِدَيْنِ ، فَلَا يَجُوزُ رَهْنُهُ ثَانِيًا بِدَيْنٍ سِوَاهُ ، كَمَا لَوْ رَهْنَهُ بِدَيْنِ سِوَى هَذَا . وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى أَنَّ ضَمَانَ جِنَايَةِ الرَّهْنِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ، فَإِنْ فَدَاهُ لَمْ يَرْجِعْ بِالْفِدَاءِ ، وَإِنْ فَدَاهُ الرَّاهِنُ أَوْ بَاعَ فِي الْجِنَايَةِ سَقَطَ دَيْنُ الرَّهْنِ ، إِنْ كَانَ بِقَدْرِ الْفِدَاءِ . وَبِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ الرَّهْنَ مِنْ ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ . وَهَذَا يَأْتِي الْكَلَامُ عَلَيْهِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِذَا لَمْ يَفِدِ الْجَانِي ، فَبِيعَ فِي الْجِنَايَةِ الَّتِي تَسْتَعْرِقُ قِيمَتَهُ ، بَطْلَ الرَّهْنِ ، وَإِنْ لَمْ تَسْتَعْرِقْهَا ، بَاعَ مِنْهُ بِقَدْرِ أَرْضِ الْجِنَايَةِ ، / وَبَاقِيَهُ رَهْنًا ، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّرَ بَيْعُ بَعْضِهِ ، فَيُبَاعَ الْكُلُّ ، وَيُجْعَلُ بَقِيَّةُ الثَّمَنِ رَهْنًا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هَلْ يُبَاعُ مِنْهُ بِقَدْرِ الْجِنَايَةِ ، أَمْ يُبَاعُ جَمِيعُهُ ، وَيَكُونُ الْفَاضِلُ مِنْ ثَمَنِهِ عَنْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ رَهْنًا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

و ٤٤/٤

فصل : وَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ حَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ تَكُونَ الْجِنَايَةُ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلْقَوْدِ ، كَجِنَايَةِ الْحَطَا ، أَوْ شِبْهِ الْعَمْدِ ، أَوْ إِثْلَافِ مَالٍ ، فَيَكُونُ هَذَرًا ، لِأَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ لِسَيِّدِهِ فَلَا يَثْبُتُ لَهُ مَالٌ فِي مَالِهِ ^(١) . الثَّانِي ، أَنْ تَكُونَ مُوجِبَةً لِلْقَوْدِ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ تَكُونَ عَلَى النَّفْسِ أَوْ عَلَى مَا دُونِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى مَا دُونَ النَّفْسِ ، فَالْحَقُّ لِلْسَيِّدِ ، فَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَلَمْ يَجِبِ الْمَالُ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا . وَكَذَلِكَ إِنْ عَفَا عَلَى غَيْرِ مَالٍ . وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَقْتَصَّ فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَمْلِكُ الْجِنَايَةَ عَلَى عَبْدِهِ ، فَيَثْبُتُ لَهُ ذَلِكَ بِجِنَايَتِهِ عَلَيْهِ ، وَلأنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ لِلزَّجْرِ ، وَالْحَاجَةُ تَدْعُو إِلَى زَجْرِهِ عَنْ سَيِّدِهِ . فَإِنْ اقْتَصَّ ، فَعَلِيهِ قِيمَتُهُ ، تَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ ، وَقَضَاءً عَنِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُخْرِجُهُ عَنْ كَوْنِهِ رَهْنًا بِاخْتِيَارِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ بَدْلُهُ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ . وَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ عَلَى النَّفْسِ ، فَلِلْوَرَثَةِ

(٢) فِي ١ ، م : « مَال » .

استيفاء القصاص ، وليس لهم العفو على مال . وذكر القاضي وجهاً آخر ، أن لهم ذلك ؛ لأن الجناية حصلت في ملك غيرهم ، فكان لهم العفو على مال ، كما لو جنى على أجنبي . وللشافعي قولان ، كالوجهين^(٣) . فإن عفا بعض الورثة ، سقط القصاص ، وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرناه .

فصل : وإن جنى العبد المرهون على عبده لسيده ، لم يخل من حالين ؛ أحدهما ، أن لا يكون مرهوناً ، فحكمه حكم الجناية على طرف سيده ، له القصاص إن كانت جنايته موجبة له ، وإن عفا على مال أو غيره ، أو كانت الجناية لا توجب القصاص ، ذهب هذراً ، وسواء كان المجني عليه قنأ أو مدبراً أو أم ولد . الحال الثاني ، أن يكون رهناً ، فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتبه القتيل ، أو عند غيره ، فإن كان عند مرتبه القتيل والجناية موجبة للقصاص ، فللسيد^(٤) القصاص . فإن اقتصر ، بطل الرهن في المجني عليه ، / وعليه قيمته للمقتص منه ، فإن عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال ، وكانا رهناً بحق واحد لجنائته ، هدر ؛ لأن الحق يتعلق^(٥) بكل واحد منهما ، فإذا قتل أحدهما ، بقي الحق متعلقاً بالآخر ، وإن كان كل واحد منهما مرهوناً بحق مفرد ، ففيه أربع مسائل ؛ إحداها ، أن يكون الحقان سواء ، وقيمتها سواء ، فتكون الجناية هذراً ، سواء كان الحقان من جنسين ، مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر ألف درهم قيمتها^(٦) مائة دينار ، أو من جنس واحد ؛ لأنه لا فائدة في اعتبار الجناية . المسألة الثانية ، أن يختلف الحقان وتفق القيمتان ، مثل أن يكون ذين أحدهما مائة ودين

٤٤/٤ ظ

(٣) في م : كالمذهبين .

(٤) في م : فلسيده .

(٥) في ا : متعلق .

(٦) في زيادة : قيمة .

الآخر مائتين ، وقيمة كل واحدٍ منهما مائة ، فإن كان دينُ القاتِلِ أكثرَ ، لم يُنقل
 إلى دينِ المقتولِ ، لعدمِ العَرَضِ فيه ، وإن كان دينُ المقتولِ أكثرَ ، نُقلَ إلى القاتِلِ ،
 لأنَّ للمرتهنِ غَرَضًا في ذلك . وهل يُباعُ القاتِلُ ، وتُجعلُ قيمتهُ رهنًا مكانَ
 المقتولِ ، أو يُنقلُ بحاله ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، لا يُباعُ ؛ لأنه لا فائدةَ فيه .
 والثاني ، يُباعُ ؛ لأنه ربما زاد فيه مُزايِدٌ ، فبلَّغَهُ أكثرَ من ثمنه ، فإن عَرَضَ لِلْبَيْعِ
 فلم يُزد فيه ، لم يُباعْ ، لعدمِ ذلك . المسألةُ الثالثةُ ؛ أن يتَّفَقَ الدَّيْنَانِ وتُخْتَلِفَ القِيمَتَانِ ،
 بأن يكونَ دينُ كلِّ واحدٍ منهما مائةً ، وقيمةُ أحدهما مائةً ، والآخرُ مائتين ، فإن
 كانت قيمةُ المقتولِ أكثرَ ، فلا غَرَضَ في التَّقْلِ ، فيبْقَى بحاله ، وإن كانت قيمةُ الجاني
 أكثرَ ، يبيعُ منه بِقَدْرِ جِنَايَتِهِ ، يكونُ رهنًا بدينِ المَجْنِيِّ عليه ، والباقي رهنٌ بدينه ،
 وإن اتَّفَقَا على تَبْقِيَتِهِ وتَقْلِ الدَّيْنِ إليه ، صَارَ مَرهُونًا بهما ، فإن حَلَّ أَحَدَ الدَّيْنَيْنِ ،
 يبيعُ بكلِّ حالٍ ؛ لأنه إن كان دينُهُ المُعَجَّلُ يبيعُ لِيَسْتَوْفَى من ثمنه ، وما بَقِيَ منه رهنٌ
 بالدينِ الآخرِ ، فإن كان المُعَجَّلُ بالآخرِ يبيعُ لِيَسْتَوْفَى منه بِقَدْرِهِ ، والباقي رهنٌ
 بدينه . المسألةُ الرابعةُ ، أن يَخْتَلِفَ الدَّيْنَانِ والقِيمَتَانِ ، مثل أن يكونَ أَحَدُ الدَّيْنَيْنِ
 خمسينَ والآخرُ ثمانينَ ، وقيمةُ أحدهما مائةً والآخرُ مائتينَ ، فإن كان دينُ المقتولِ
 أكثرَ ، نُقلَ إليه ، وإلا فلا . وأمَّا إن كان المَجْنِيُّ عليه رهنًا عندَ غيرِ مرتهنِ القاتِلِ ،
 فللسَّيِّدِ القِصَاصُ ؛ لأنه مُقَدَّمٌ على حَقِّ المرتهنِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الجِنَايَةَ المُوجِبَةَ للمالِ
 / مُقَدَّمَةٌ عليه ، فالقِصَاصُ أَوْلَى ، فإن اقتَصَّ ، بَطَلَ الرَّهْنُ في المَجْنِيِّ عليه ؛ لأنَّ
 الجِنَايَةَ عليه لم تُوجِبْ ما لا يُجعلُ رهنًا مكانه ، وعليه قيمةُ المُقتَصَّ منه ،
 وتكونُ^(٧) رهنًا ، لأنه أَبْطَلَ حَقَّ الوَثِيقَةِ فيه بِاِخْتِيَارِهِ ، وللسَّيِّدِ العَفْوُ على مالٍ ،
 فَتَصِيرُ الجِنَايَةُ كالجِنَايَةِ المُوجِبَةِ للمالِ ، فيثْبُتُ المَالُ في رَقَبَةِ العَبْدِ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ لو
 جَنَى على العَبْدِ ، لَوَجِبَ أَرْضُ جِنَايَتِهِ لِحَقِّ المرتهنِ ، فبأن يَثْبُتَ على عِبْدِهِ أَوْلَى .

٤٥/٤ و

(٧) سقطت الواو من : ا ، م .

فإن كان الأرش لا يستغرق قيمته ، بعنا منه بقدر أرش الجناية ، يكون رهنا عند مرتهن المجنى عليه ، وباقيه باق عند مرتهنه ، وإن لم يمكن بيع بعضه ، بيع جميعه ، وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك ، يكون^(٨) رهنا . وإن كانت الجناية تستغرق قيمته ، نُقل الجاني ، فجعل رهنا عند الآخر . ويحتمل أن يُباع ، لإحتمال أن يرغب فيه راغب أكثر من ثمنه ، فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتهنه . وهذا كله قول الشافعي .

فصل : فإن كانت الجناية على موزوث سيده فيما دون النفس ، كأطرافه أو ماله ، فهي كالجناية على أجنبي ، وله القصاص إن كانت موجبة له ، والعفو على مال غيره ، وإن كانت موجبة للمال ابتداءً ، ثبتت ، فإن انتقل ذلك إلى السيد بموت المستحق ، فله ما لموزوته من القصاص والعفو على مال ؛ لأن الاستدامة أقوى من الابتداء ، فجاز أن يثبت بها ما لا يثبت في الابتداء ، وإن كانت الجناية على نفسه بالقتل ، ثبت الحكم لسيدته ، وله أن يقتصر فيما يوجب القصاص . وإن عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداءً ، فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يثبت . وهو قول بعض أصحاب الشافعي ؛ لأن الجناية على غيره ، فأشبهت الجناية على ما دون النفس . والثاني ، لا يثبت له ماله في عبده ، ولا له العفو عليه . وهو قول أبي ثور ؛ لأنه حق ثبت^(٩) للسيد ابتداءً ، 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 ابتداءً ؟ على وجهين . وكل موضع يثبت له المال في رقة عبده ، فإنه يُقدم على الرهن ؛ لأنه يثبت للموزوث كذلك ، فينتقل إلى وارثه / كذلك ، وإن اقتصر

٤٥/٤ ظ

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : « بيت » .

في هذه الصُّورَةَ لم^(١٠) يَلْزَمُهُ بَدَلُ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُدِّمَ الْمَالُ عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، فَالْقِصَاصُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ يَثْبُتُ لِلْمُورُوثِ مُقَدِّمًا عَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، فَكَذَلِكَ^(١١) فِي حَقِّ وَارِثِهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ عَلَى مُكَاتِبِ السَّيِّدِ ، فَهِيَ كَالْجِنَايَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَتُعْجِزُهُ كَمَوْتِ وَلَدِهِ ، فِيمَا ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَكَانَ مَمَّنْ يَعْلَمُ تَحْرِيمَ الْجِنَايَةِ ، وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ قَبُولُ ذَلِكَ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَهِيَ كَالْجِنَايَةِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَإِنْ كَانَ أَعْجَبِيًّا ، أَوْ صَبِيًّا لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ ، فَالسَّيِّدُ هُوَ الْقَاتِلُ ، وَالْقِصَاصُ وَالْدِّيَّةُ مُتَعَلِّقَانِ بِهِ ، لَا يُبَاغُ الْعَبْدُ فِيهَا ، مُوسِرًا كَانَ السَّيِّدُ أَوْ مُعْسِرًا كَمَا لَوْ بَاشَرَ السَّيِّدُ الْقَتْلَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّ الْعَبْدَ يُبَاغُ إِذَا كَانَ السَّيِّدُ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّهُ بَاشَرَ الْجِنَايَةَ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ آتَى ، فَلَوْ تَعَلَّقَتْ الْجِنَايَةُ بِهِ بِيَعِ فِيهَا وَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ مُوسِرًا ، وَحُكْمُ إِقْرَارِ الْعَبْدِ بِالْجِنَايَةِ ، حُكْمُ إِقْرَارِ الْعَبْدِ غَيْرِ الْمَرْهُونِ ، عَلَى مَا مَضَى بَيَانُهُ فِي مَوْضِعِهِ .

٧٩٢ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا^(١) جُرِحَ الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ ، أَوْ قُتِلَ ، فَالْخِصْمُ فِي ذَلِكَ سَيِّدُهُ ، وَمَا قَبِضَ بِسَبَبِ ذَلِكَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ رَهْنٌ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّهُ إِذَا جُنِيَ عَلَى الرَّهْنِ ، فَالْخِصْمُ فِي ذَلِكَ سَيِّدُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَالِكُهُ ، وَالْأَرْضُ الْوَاجِبُ بِالْجِنَايَةِ مِلْكُهُ ، وَإِنَّمَا لِلْمُرْتَهِنِ فِيهِ حَقُّ الْوَيْثِقَةِ ، فَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ وَالْمُودَعِ ، وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَغَيْرُهُ . فَإِنْ تَرَكَ الْمُطَالِبَةَ ، أَوْ أَخْرَجَهَا ، أَوْ كَانَ غَائِبًا ، أَوْ لَهُ عُدْرٌ يَمْنَعُهُ مِنْهَا ، فَلِلْمُرْتَهِنِ الْمُطَالِبَةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِمُوجِبِهَا ، فَكَانَ لَهُ الطَّلَبُ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْجَانِي سَيِّدَهُ . ثُمَّ إِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْقِصَاصِ ،

(١٠) فِي م : (لَا) .

(١١) سَقَطَ مِنْ : م .

(١) فِي م : (وَإِنْ) .

فَلِلْسَيِّدِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِيُسْتَوْفَى ، فَإِنِ اقْتَصَّ ، أُخِذَتْ مِنْهُ قِيَمَةٌ أَقْلُهُمَا قِيَمَةٌ ، فَجُعِلَتْ مَكَانَهُ رَهْنًا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ، وَهُوَ (١) قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَيَتَخَرَّجُ أَنَّ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ بِالْجِنَايَةِ مَالٌ ، وَلَا اسْتُحِقَّ بِحَالٍ ، وَلَيْسَ عَلَى الرَّاهِنِ أَنْ يَسْعَى لِلْمُرْتَهِنِ فِي اكْتِسَابِ مَالٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا اسْتُحِقَّ بِسَبَبِ إِتْلَافِ الرَّهْنِ ، فَعَرِمَ قِيَمَتَهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، / وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ الْقِصَاصُ لِلْسَيِّدِ فِي عَبْدِهِ الْمَرْهُونِ ، وَإِنَّمَا أُوجِبْنَا أَقْلَ الْقِيَمَتَيْنِ ، لِأَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَالِيَّةِ ، وَالْوَاجِبُ مِنَ الْمَالِ هُوَ أَقْلُ الْقِيَمَتَيْنِ ، لِأَنَّ الرَّهْنَ إِنْ كَانَ أَقْلًا لَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْجَانِي أَقْلًا لَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ صَحَّ عَفْوُهُ ، وَوَجِبَ أَقْلُ الْقِيَمَتَيْنِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا . هَذَا إِذَا كَانَ الْقِصَاصُ قَتْلًا ، وَإِنْ كَانَ جُرْحًا أَوْ قَلْعَ سِنٍّ وَنَحْوَهُ ، فَالْوَاجِبُ بِالْعَفْوِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ؛ مِنْ أُرْشِ الْجُرْحِ ، أَوْ قِيَمَةِ الْجَانِي . وَإِنْ عَفَا مُطْلَقًا ، أَوْ عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، اثْبَتَى ذَلِكَ عَلَى مُوجِبِ الْعَمْدِ مَا هُوَ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : مُوجِبُهُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . ثَبَتَ الْمَالُ . وَإِنْ قُلْنَا : مُوجِبُهُ الْقِصَاصُ عَيْنًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ اقْتَصَّ ؛ إِنْ قُلْنَا نَمَّ : يَجِبُ قِيَمَتُهُ عَلَى الرَّاهِنِ . وَجَبَ هُنَا . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ قَوَّتْ بَدَلَ الرَّهْنِ بِفِعْلِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ اقْتَصَّ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَجِبُ عَلَى الرَّاهِنِ شَيْءٌ نَمَّ . لَمْ يَجِبْ هُنَا شَيْءٌ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اكْتَسَابُ مَالٍ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ . وَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، أَوْ ثَبَتَ الْمَالُ بِالْعَفْوِ عَنِ الْجِنَايَةِ الْمَوْجِبَةِ لِلْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ ، وَيَكُونُ مِنْ غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ ، كَقِيَمِ الْمُتَلَفَاتِ ، فَلَوْ أَرَادَ الرَّاهِنُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْهَا ، أَوْ يَأْخُذَ حَيَوَانًا عَنْهَا ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ، فَإِنْ أَدِنَ فِيهِ جَاوَزَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِهَاتَيْنِ (٢) يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، وَمَا قَبِضَ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ رَهْنٌ ، بَدَلًا عَنِ الْأَوَّلِ ، نَائِبًا عَنْهُ ،

(٢) فِي م : « وَهَذَا » .

(٣) فِي م : « أَنْ » .

وَقَائِمًا مَقَامَهُ ، فَإِنَّ عَقَا الرَّاهِنُ عَنِ الْمَالِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَسْقُطُ حَقُّ الرَّاهِنِ دُونَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، فَيُؤَخَذُ الْقِيَمَةُ تَكُونُ رَهْنًا ، فَإِذَا زَالَ الرَّهْنُ رَجَعَ الْأَرْضُ إِلَى الْجَانِي ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ الرَّهْنُ مَعْصُوبٌ أَوْ جَانٍ . وَإِنْ اسْتَوْفَى الدَّيْنَ مِنَ الْأَرْضِ ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَرْجِعَ الْجَانِي عَلَى الْعَافِي ؛ لِأَنَّ مَالَهُ ذَهَبَ فِي قَضَاءِ دَيْنِهِ ، فَلَزِمَتْهُ غَرَامَتُهُ ، كَمَا لَوْ غَضِبَهُ أَوْ اسْتَعَارَهُ فَرَهَنَهُ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَرْجِعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِي حَقِّ الْجَانِي مَا يَفْتَضِي وَجُوبَ الضَّمَانِ ، وَإِنَّمَا اسْتَوْفَى بِسَبَبِ كَانِ مِنْهُ حَالٌ مِلْكِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ جَنَى إِنْسَانٌ عَلَى عَبْدِهِ ، ثُمَّ وَهَبَهُ لِغَيْرِهِ ، فَتَلَفَ بِالْجِنَايَةِ السَّابِقَةَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَصِحُّ الْعَفْوُ مُطْلَقًا ، وَيُؤَخَذُ مِنَ الرَّاهِنِ قِيَمَتُهُ تَكُونُ رَهْنًا ؛ لِأَنَّهُ اسْقَطَ دَيْنَهُ عَنْ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ ، كَسَائِرِ دُيُونِهِ . قَالَ : وَلَا يُمَكِّنُ / كَوْنُهُ رَهْنًا مَعَ عَدَمِ حَقِّ الرَّاهِنِ فِيهِ ، فَلَزِمَتْهُ الْقِيَمَةُ ، لِتَفْوِيتهِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَ بِدَلِّ الرَّهْنِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ مُتَعَلِّقٌ بِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ (عَفْوُ الرَّاهِنِ عَنْهُ) كَالرَّهْنِ نَفْسِهِ ، وَكَمَا لَوْ وَهَبَ الرَّهْنُ أَوْ غَضِبَ ، فَعَفَى عَنْ غَاصِبِهِ . وَهَذَا أَصَحُّ فِي النَّظَرِ ، وَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهِنُ : اسْقَطْتُ حَقِّي مِنْ ذَلِكَ . سَقَطَ ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَعُ الرَّاهِنَ وَلَا يَضُرُّهُ . وَإِنْ قَالَ : اسْقَطْتُ الْأَرْضَ . أَوْ : أَبْرَأْتُ مِنْهُ . لَمْ يَسْقُطْ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِاسْقَاطِ غَيْرِهِ . وَهَلْ يَسْقُطُ حَقُّهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطُ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَضَمَّنُ اسْقَاطَ حَقِّهِ ، فَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ غَيْرِهِ سَقَطَ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : اسْقَطْتُ حَقِّي وَحَقَّ الرَّاهِنِ . وَالثَّانِي : لَا يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّ الْعَفْوَ وَالْإِبْرَاءَ مِنْهُ لَا يَصِحُّ . فَلَمْ يَصِحَّ مَا تَضَمَّنَهُ .

٤٦/٤ ظ

فصل : وَإِذَا أَقْرَأَ رَجُلٌ بِالْجِنَايَةِ عَلَى الرَّهْنِ ، فَكَذَّبَاهُ ، فَلَا شَيْءَ لهما . وَإِنْ كَذَّبَهُ الْمُرْتَهِنُ ، وَصَدَّقَهُ الرَّاهِنُ ، فَلَهُ الْأَرْضُ ، وَلَا حَقَّ لِلْمُرْتَهِنِ فِيهِ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُرْتَهِنُ وَحَدَّه ، تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِالْأَرْضِ ، وَلَهُ قَبْضُهُ . فَإِذَا قَضَى الرَّاهِنُ الْحَقَّ ، أَوْ أَبْرَأَهُ

(٤ - ٤) فِي م : « الْعَفْو » .

المُرْتَهَنُ ، رَجَعَ الْأَرْضُ إِلَى الْجَانِي ، وَلَا شَيْءَ لِلرَّاهِنِ فِيهِ . وَإِنْ (٥) اسْتَوْفَى حَقَّهُ
مِنَ الْأَرْضِ ، لَمْ يَمْلِكِ الْجَانِي مُطَالَبَةَ الرَّاهِنِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ لَهُ بِاسْتِحْقَاقِهِ .

فصل : ولو كان الرهن أمة حاملاً ، فضرَبَ بطنها أجنبيًّا ، فألقت جنينًا ميتًا ،
ففيه عشرُ قيمةِ أمه . وإن ألقته حيًّا ثم مات لوقتِ يعيشُ مثله ، ففيه قيمته . ولا
يجبُ ضمَّانُ نقصِ الولادةِ ؛ لأنَّه لا يتميِّزُ نقصُها عمَّا وجبَ ضمَّانُه من ولدها .
ويحتَمِلُ أن يضمنَ نقصُها بالولادةِ ؛ لأنَّه حصلَ بفعله ، فلزمه ضمَّانُه ، كما لو غصبها
ثم جنى عليها . ويحتَمِلُ أن يجبَ أكثرُ الأمرين ؛ من نقصِها ، أو ضمَّانِ جنينها ؛
لأن سببَ ضمَّانها وجد ، فإذا لم يجتمع ضمَّانُهما ، وجبَ ضمَّانُ أكثرهما . وإن
ضربَ بطنَ بهيمةٍ ، فألقت ولدها ميتًا ، ففيه ما نقصتها الجنائية لا غيرُ ، وما وجبَ
من ذلك كله فهو رهنٌ مع الأمِّ . وقال الشافعيُّ : ما وجبَ لنقصِ الأمِّ ، أو لنقصِ
البهيمةِ ، فهو رهنٌ معها ، وكذلك ما وجبَ في ولدها ، وما وجبَ في جنينِ الأمِّ
فليس برهنٍ ؛ لأنَّ نماءَ الرهنِ ليس برهنٍ . ولنا ، أن هذا ضمَّانٌ يجبُ بسببِ الجنائيةِ
على الرهنِ / ، فكان من الرهنِ ، كالواجبِ لنقصِ الولادةِ (٦) وضمانِ ولدها
البهيمةِ . وقولهم : إنَّ نماءَ الرهنِ لا يدخلُ في الرهنِ . غيرُ مُسلمٍ .

٤٧/٤ و

٧٩٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى مِنْهُ سِلْعَةً ، عَلَى أَنْ يَرَهْنَهُ بِهَا شَيْئًا مِنْ
مَالِهِ يَعْرِفَانِهِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ بِالثَّمَنِ حَمِيلًا يَعْرِفَانِهِ ، فَالْبَيْعُ جَائِزٌ . فَإِنْ أَبَى
تَسْلِيمَ الرَّهْنِ ، أَوْ أَبَى الْحَمِيلَ أَنْ يَتَحَمَّلَ ، فَالْبَائِعُ مُخَيَّرٌ فِي فسخِ الْبَيْعِ ، وَفِي
إِقَامَتِهِ بِأَلَا رَهْنٍ وَلَا حَمِيلٍ)

الحَمِيلُ : الضَّمِينُ . وَهُوَ فَعِيلٌ بِمَعْنَى فَاعِلٍ ، يُقَالُ : ضَمَيْتُ ، وَحَمَيْتُ ،

(٥) في م : « وإذا » .

(٦ - ٦) في الأصل ، ١ : « وولد » .

وَقَبِيلٌ ، وَكَفِيلٌ ، وَزَعِيمٌ ، وَصَبِيرٌ ، بِمَعْنَى وَاحِدٍ . وَجُمْلَةٌ ذَلِكَ أَنَّ الْبَيْعَ بِشَرْطِ الرَّهْنِ أَوْ الضَّمِينِ صَحِيحٌ ، وَالشَّرْطُ صَحِيحٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ ، غَيْرُ مُتَأَنِّفٍ لِمُقْتَضَاهُ ، وَلَا تَعْلَمُ فِي صِحَّتِهِ خِلَافًا إِذَا كَانَ مَعْلُومًا ، وَلِذَلِكَ قَالَ الْحَرَقِيُّ : « يَغْرِفَانِهِ » فِي الرَّهْنِ وَالضَّمِينِ مَعًا . وَمَعْرِفَةُ الرَّهْنِ تَحْصُلُ بِأَحَدِ شَيْئَيْنِ ؛ الْمَشَاهِدَةِ ، أَوْ الصِّفَةِ الَّتِي يُعْلَمُ بِهَا الْمَوْصُوفُ ، كَمَا فِي السَّلْمِ . وَيَتَعَيَّنُ بِالْقَبْضِ . وَأَمَّا الضَّمِينُ فَيُعْلَمُ بِالْإِشَارَةِ إِلَيْهِ ، أَوْ تَعْرِيفِهِ بِالْاسْمِ وَالنَّسَبِ ، وَلَا يَصِحُّ بِالصِّفَةِ بَأَن يَقُولَ : رَجُلٌ غَنِيٌّ . مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ لَا تَأْتِي عَلَيْهِ . وَلَوْ قَالَ : بِشَرْطِ رَهْنٍ أَوْ ضَمِينٍ . كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ ، وَلَيْسَ لَهُ عُرْفٌ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ بِإِطْلَاقٍ . وَلَوْ قَالَ : بِشَرْطِ رَهْنٍ أَحَدِ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . أَوْ : يَضْمَنُنِي أَحَدُ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ يَخْتَلِفُ . فَلَمْ يَصِحَّ مَعَ عَدَمِ التَّعْيِينِ ، كَالْبَيْعِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ وَأَبِي ثَوْرٍ ، أَنَّهُ يَصِحُّ شَرْطُ الرَّهْنِ الْمَجْهُولِ ، وَيَلْزَمُهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ رَهْنًا بِقَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ وَثِيقَةٌ ، فَجَازَ شَرْطُهَا مُطْلَقًا ، كَالشَّهَادَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَالَ : عَلَى أَنْ أُرْهَنَكَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ . جَازَ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ جَائِزٌ عِنْدَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرْطُ رَهْنًا مَجْهُولًا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرْطَ رَهْنًا مَا فِي كُفْمِهِ ، وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ يَخْتَلِفُ فِيهِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ مَعَ الْجَهْلِ ، كَالْبَيْعِ ، وَفَارَقَ الشَّهَادَةَ ، فَإِنَّهَا عُرْفًا فِي الشَّرْعِ حُمِلَتْ عَلَيْهِ ، وَالْكَلَامُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ قَدْ مَضَى فِي الْبَيْعِ ، فَإِنَّ الْخِلَافَ فِيهِمَا وَاحِدٌ . إِذَا تَبَتَّ هَذَا فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ إِنْ وَفَى بِالشَّرْطِ ، فَسَلَّمَ الرَّهْنَ ، أَوْ حَمَلَ عَنْهُ الْحَمِيلَ ، لَزِمَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ أَبَى تَسْلِيمَ الرَّهْنِ ، أَوْ أَبِي الْحَمِيلِ أَنْ يَتَحَمَّلَ عَنْهُ ، فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ بَيْنَ فُسْخِ الْبَيْعِ وَبَيْنَ إِتْمَامِهِ^(١) وَالرُّضَا بِهِ بِلَا رَهْنٍ وَلَا حَمِيلٍ ، فَإِنْ رَضِيَ بِهِ ، لَزِمَهُ / الْبَيْعُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَا يَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَّ تَسْلِيمَ الرَّهْنِ . وَقَالَ مَالِكٌ وَأَبُو ثَوْرٍ : يَلْزَمُ الرَّهْنُ إِذَا

ط ٤٧/٤

(١) فِي م : (إِضَائِهِ) .

كان مشروطاً في عقد البيع . ويُجبر عليه المشتري . وإن وجدته الحاكم دفعه إلى البائع ؛ لأن عقد البيع وقع عليه ، فأشبهه الخيار . وقال القاضي : ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه^(٢) الرهن بمجرد العقد . وقد مضى الكلام معهم في أول الباب . ولأنه رهن ، فلم يلزم قبل القبض ، كما لو لم يكن مشروطاً في البيع ، أو كغير المكيل والموزون ، وإنما لزم الخيار والأجل بالشرط ، لأنه من توابع البيع ، لا ينفرد بنفسه ، والرهن عقد منفرد^(٣) بنفسه ليس من التوابع ، ولأن الخيار والأجل يثبت بالقول ، ولا يفتقر إلى تسليم ، فاكتهى في ثبوته بمجرد القول ، بخلاف الرهن . وأما الضمين ، فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان ، إذ لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيره . ولو وعدّه بأنه يضمن ، ثم لم يفعل ، لم يلزم في الحكم ، كما لو وعدّه أنه يبيعه ، ثم أبى ذلك . ومتى لم يف المشتري للبائع بشرطه ، كان له الفسخ ، كما لو شرط له^(٤) صفة في الثمن ، فلم يف بها ، ولأنه أحد المتعاقدين ، فإذا لم يف بما شرط في العقد ، ثبت الخيار لصاحبه ، كالبائع إذا شرط المبيع^(٥) على صفة ، فبان بخلافها .

فصل : ولو شرط رهنا ، أو ضميناً معيناً ، فجاء بغيرهما ، لم يلزم البائع قبوله ، وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط ، مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط ، وحميل أوثق من المعين ؛ لأنه عقد على معين ، فلم يلزمه قبول غيره ، كالبيع ، ولأن العرض يختلف بالأعيان ، فمنها ما يسهل بيعه والاستيفاء من ثمنه ، ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظاً ، وبعض الذمم أملاً من بعض ، وأسهل إيفاءً ، فلا يلزمه قبول غير ما عينه ، كسائر العقود .

(٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٣) في ا : مفرد .

(٤) سقط من : م .

(٥) في الأصل : البيع .

فصل : وإن تعيب الرهن ، أو استحال العصير حمرًا قبل قبضه ، فللبائع الخيار بين قبضه معيًا ، ورضاه بلا رهن فيما إذا تحمر العصير ، وبين قسح البيع ورد الرهن . وإن علم بالعيب بعد قبضه ، فكذلك . وليس له مع إمساكه أرض من أجل العيب ؛ لأن الرهن إنما يلزم فيما حصل قبضه ، وهو الموجود ، والجزء الفائت لم يلزم تسليمه ، فلم يلزم الأرض بدلًا عنه ، بخلاف المبيع . وإن تلف أو تعيب بعد القبض ، فلا خيار للبائع . وإن اختلفا في زمن حدوث العيب ، وهو مما لا يحتمل إلا قول أحدهما ، فالقول قوله من غير يمين ؛ لأن اليمين إنما تُراد لدفع الاحتمال ، وهذا لا يحتمل . وإن احتمل قوليهما معا ، اتبني على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب في المبيع ، وفيه روايتان ، فيكون فيه ههنا وجهان ؛ أحدهما ، القول قول الراهن . وهو قول أبي حنيفة والثاقبي ؛ لأن الأصل صحة العقد ولزومه . والآخر ، القول قول المرتهن ، وهو قياس قول الخرقى ؛ لقوله مثل ذلك في البيع ، لأنهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه . وإن اختلفا في زمن التلف ، فقال الراهن : بعد القبض . وقال المرتهن : قبله . فالقول قوله ؛ لأنه منكر للقبض . وإن كان الرهن عصيرًا فاستحال حمرًا ، 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 الأصل عدم القبض ، كما لو اختلفا في زمن التلف . ولنا ، أنهما اتفقا على العقد والقبض ، واختلفا فيما يفسد به ، فكان القول قول من يئفيه ، كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين ؛ أحدهما ، أنهما اتفقا على القبض ههنا ، وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت . الثاني ، أنهما اختلفا هنا فيما يفسد العقد ، والعيب بخلافه .

فصل : ولو وجد بالرهن عيبًا بعد أن حدث عنده عيب آخر ، فله رده وفسخ البيع ؛ لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه ، بخلاف

المبيع . وخرجه القاضي على روايتين ، بناءً على البيع ، فعلى قوله : لا يملك الرّد . لا يملك الفسخ . والصحيح ما ذكرناه . وإن هلك الرهن في يد المرتهن ، ثم علم أنه كان مبيعاً ، لم يملك فسخ البيع ؛ لأنه قد^(٦) تعذر عليه رده . فإن قيل : فالرهن غير مضمون ، ولهذا لا يمنع^(٧) رده بحدوث العيب فيه . قلنا : إنما لا^(٨) تضمن قيمته ، لأن العقد لم يقع على ملكه ، وإنما وقع على الوثيقة ، فهو مضمون بالوثيقة ، أما إذا تعيب فقد رده ، فيستحق بدل ما رده ، وههنا لم يرد شيئاً ، فلو أوجبنا له بدله ، لأوجبنا على الراهن غير ما شرط^(٨) على نفسه .

٤٨/٤ ظ

فصل : / ولو لم يشترطاً رهناً في البيع ، فتطوع المشتري برهن ، وقبضه البائع ، كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ، ولا ينفك شيء منه حتى يقضى جميع الدين ، ولا يملك الراهن انتزاعه ، ولا التصرف فيه ، إلا بإذن المرتهن ، إلا أنه إذا رده بعيب أو غيره ، لم يملك فسخ البيع .

فصل : وإذا تباعاً بشرط أن يكون المبيع رهناً^(١٠) على ثمنه ، لم يصح . قاله ابن حامد . وهو قول الشافعي ؛ لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكاً له ، وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه ، أو شرط رهنه قبل قبضه . وروى عن أحمد ، أنه قال : إذا حبس المبيع ببيعة الثمن ، فهو غاصب ، ولا يكون رهناً إلا أن يكون شرطاً عليه في نفس البيع . وهذا يدل على صحة الشرط ؛ لأنه يجوز بيعه ، فجاز رهنه . وقال القاضي : معنى هذه الرواية ، أنه شرط^(١١) عليه في نفس البيع رهناً غير المبيع ، فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن ، وإن لم يف به^(١٢) ففسخ

(٦) سقط من : م .

(٧) في ا ، م : « يمتنع » .

(٨) سقط من : ا ، م .

(٩) في م : « شرطه » .

(١٠) في ا : « مرهونا » .

(١١) في الأصل : « شرطه » .

(١٢) في الأصل زيادة : « وإلا » .

الْبَيْعُ . فَأَمَّا شَرْطُهُ^(١٣) رَهْنُ الْمَبِيعِ بِعَيْنِهِ عَلَى ثَمَنِهِ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِوُجُوهٍ ، مِنْهَا أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَهُ . وَمِنْهَا أَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي إِيفَاءَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ الْمَبِيعِ وَالرَّهْنَ يَقْتَضِي الْوَفَاءَ مِنْهُ . وَمِنْهَا أَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ أَوْلًا ، وَرَهْنَ الْمَبِيعِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يُسَلِّمَهُ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ . وَمِنْهَا أَنَّ الْبَيْعَ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ إِمْسَاكُ الْمَبِيعِ مَضْمُونًا ، وَالرَّهْنَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يَكُونَ مَضْمُونًا ، وَهَذَا يُوجِبُ تَنَاقُضَ أَحْكَامِهِمَا . وَظَاهِرُ الرَّوَايَةِ صِحَّةُ رَهْنِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ . لَنَا^(١٤) ، إِنَّمَا شَرْطُ رَهْنِهِ بَعْدَ مِلْكِهِ^(١٥) . وَقَوْلُهُمْ إِنَّ^(١٦) الْبَيْعَ يَقْتَضِي إِيفَاءَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ الْمَبِيعِ . غَيْرُ صَاحِحٍ ، إِنَّمَا يَقْتَضِي وَفَاءَ الثَّمَنِ مُطْلَقًا ، وَلَوْ تَعَدَّرَ وَفَاءَ الثَّمَنِ مِنْ غَيْرِ الْمَبِيعِ لَأَسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِهِ . وَقَوْلُهُمْ : الْبَيْعُ يَقْتَضِي تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ قَبْلَ^(١٧) تَسْلِيمِ الثَّمَنِ . مَمْنُوعٌ . وَإِنْ سَلِمَ فَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُثْبِتَ بِالشَّرْطِ خِلَافَهُ . كَمَا أَنَّ مُقْتَضَى الْبَيْعِ حُلُولُ الثَّمَنِ وَوُجُوبُ تَسْلِيمِهِ فِي الْحَالِ ، وَلَوْ شَرْطُ التَّأْجِيلِ جَازَ ، وَكَذَلِكَ مُقْتَضَى الْبَيْعِ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي الْمَبِيعِ ، وَالتَّمَكُّينُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ ، وَيَتَنَفَّى بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، وَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ عَنْ^(١٨) الْوَجْهِ الثَّلَاثِ وَالرَّابِعِ . فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ ، لَكِنْ رَهْنُهُ عِنْدَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ لُزُومِ الْبَيْعِ ، فَلِأَوَّلَى صِحَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ رَهْنُهُ عِنْدَ غَيْرِهِ ، فَصَحَّ عِنْدَهُ كغَيْرِهِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ رَهْنُهُ عَلَى غَيْرِ ثَمَنِهِ ، فَصَحَّ رَهْنُهُ عَلَى ثَمَنِهِ . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ لُزُومِ الْبَيْعِ ، انْتَبَى عَلَى جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي الْمَبِيعِ ، فَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ جَازَ التَّصَرُّفُ / فِيهِ جَازَ رَهْنُهُ ، وَمَا لَافِلَا ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَصَرُّفٍ ، فَأَشْبَهَ بَيْعَهُ .

و ٤٩/٤

(١٣) فِي ١ ، م : « شَرْطٌ » .

(١٤) فِي ١ ، م : « قَالَ » .

(١٥) فِي م : « هَلَكْتُهُ » تَحْرِيفٌ .

(١٦) سَقَطَ مِنْ ١ ، م .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « قَبْلَهُ » . وَفِي م : « قَبِيلٌ » .

(١٨) فِي ١ ، م : « عَلَى » .

فصل : وإذا شَرَطَ في البَيْعِ رَهْنًا فَاسِيدًا ، كالمُحَرَّمِ ، والمَجْهُولِ ، والمَعْدُومِ ، وما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِهِ ، أو غيرِ المُعَيَّنِ ، أو شَرَطَ رَهْنَ المَبِيعِ على ثَمَنِهِ ، ففي فَسَادِ البَيْعِ رِوَايَتَانِ ، مَضَى تَوْجِيهُهُمَا في الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ في البَيْعِ . واختَارَ أبو الحَطَّابِ هَهُنَا فَسَادَ البَيْعِ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ، وأحدُ قولَي الشَّافِعِيِّ ، وقد مَضَى ذِكْرُ ذلك .

فصل : والشُّرُوطُ في الرَّهْنِ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ صَحِيحًا وَفَاسِدًا ، فالصَّحِيحُ مثلُ أن يَشْتَرِطَ كَوْنَهُ على يَدِ عَدْلٍ عَيْنُهُ ، أو عَدْلَيْنِ ، أو أَكْثَرَ ، أو أن يَبِيعَهُ العَدْلُ عندَ حُلُولِ الحَقِّ . ولا تَعْلَمُ في صِحَّةِ هذا خِلافًا ، وإن شَرَطَ أن يَبِيعَهُ المُرْتَهِنُ ، صَحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ ومالكٌ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهُ تَوَكِيلٌ فيما يَتَنَافَى^(١٩) فيه العَرَضَانِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو وَكَّلَهُ في بَيْعِهِ من نَفْسِهِ . وَوَجْهُ التَّنَافِي أن الرَّاهِنَ يُرِيدُ الصَّبْرَ على المَبِيعِ ، والاحتِيَاظَ في تَوْفِيرِ الثَّمَنِ ، والمُرتَهِنُ يُرِيدُ تَعْجِيلَ الحَقِّ ، وإنجَازَ البَيْعِ . ولنا ، أنَّ ما جَازَ تَوَكِيلُ غيرِ المُرتَهِنِ فيه ، جَازَ تَوَكِيلُ المُرتَهِنِ فيه ، كَبَيْعِ عَيْنِ أُخْرَى ، ولأنَّ مَنْ جَازَ أن يُشْتَرِطَ له الإمْسَاكُ ، جَازَ اشْتِراطُ البَيْعِ له ، كالعَدْلِ ، ولا يَضُرُّ اِخْتِلَافُ العَرَضَيْنِ ، إذا كان غَرَضُ المُرتَهِنِ مُسْتَحَقًّا له ، وهو اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ عندَ حُلُولِ الحَقِّ ، وإنجَازِ البَيْعِ ؛ وعلى أن الرَّاهِنَ إذا وَكَّلَهُ مع العِلْمِ بِعَرَضِهِ ، فقد سَمَحَ له بذلك ، والحَقُّ له ، فلا يَمْنَعُ من السَّمَاخَةِ به ، كما لو وَكَّلَ فَاسِقًا في بَيْعِ مالِهِ وَقَبْضِ ثَمَنِهِ . ولا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لا يَجوزُ تَوَكِيلُهُ في بَيْعِ شَيْءٍ من نَفْسِهِ ، وإن سَلَّمْنَا ، فلائِ الشَّخْصَ الوَاحِدَ يَكُونُ بَائِعًا مُشْتَرِيًّا ، وَمُوجِبًا ، قَابِلًا ، وَقَابِضًا من نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ ، بِخِلافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإذا رَهَنَهُ أُمَّةً ، فَشَرَطَ كَوْنَهَا عندَ امْرَأَةٍ ، أو ذِي مَحْرَمٍ لها ، أو كَوْنَهَا في يَدِ المُرتَهِنِ ، أو أَجْنَبِيٍّ على وَجْهِ لا يُفْضِي إلى الحَلْوَةِ بها ، مثلُ أن يَكُونَ لهما

(١٩) في الأصل : « ينافى » .

زَوَجَاتٍ ، أَوْ سَرَارِيٍّ ، أَوْ نِسَاءً مِنْ مَحَارِمِهِمَا مَعَهُمَا فِي دَارِهِمَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفْضَى إِلَى مُحَرَّمٍ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، فَسَدَ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى الْخَلْوَةِ الْمُحَرَّمَةِ ، وَلَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا . وَلَا يَفْسُدُ الرَّهْنُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعُودُ إِلَى تَقْصِيرٍ ، وَلَا ضَرَرٍ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَيَكُونُ الْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ رَهَنْهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، يَصِحُّ الرَّهْنُ ، وَيَجْعَلُهَا الْحَاكِمُ عَلَى يَدٍ مَنْ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ عِنْدَهُ . وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ عَبْدًا ، فَشَرَطَ مَوْضِعَهُ ، جَازَ ، / وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ مَوْضِعَهُ ، صَحَّ أَيْضًا ، كَالْأَمَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ لِلْأَمَةِ عَرَفًا ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإِنَّ الْأَمَةَ إِذَا كَانَ الْمُرْتَهِنُ مِمَّنْ يَجُوزُ وَضْعُهَا عِنْدَهُ كَالْعَبْدِ ، وَإِذَا كَانَ مُرْتَهِنُ الْعَبْدِ امْرَأَةً لَزُوجِهَا ، فَشَرَطَتْ كَوْنَهُ عِنْدَهَا عَلَى وَجْهِ يُفْضَى إِلَى خَلْوَتِهِ بِهَا ، لَمْ يَجْزُ أَيْضًا ، فَاسْتَوَيَا .

فصل : وَالْقِسْمُ الثَّانِي ، الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِطَ مَا يُنَافِي مُقْتَضَى الرَّهْنِ ، نَحْوُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْأُيُبَاعَ الرَّهْنُ عِنْدَ حُلُولِ الْحَقِّ ، أَوْ لَا يُسْتَوْفَى الدَّيْنُ مِنْ ثَمَنِهِ ، أَوْ لَا يُبَاعَ مَا خِيفَ تَلْفُهُ ، أَوْ يَبَّعَ الرَّهْنُ بِأَيِّ ثَمَنِ كَانَ ، أَوْ أَنْ لَا يَبَّعَهُ إِلَّا بِمَا يُرْضِيهِ . فَهَذِهِ شُرُوطٌ فَاسِدَةٌ ؛ لِمُنَافَاةِهَا مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مَعَ الْوَفَاءِ بِهَذِهِ الشُّرُوطِ مَفْقُودٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِلرَّاهِنِ ، أَوْ أَنْ لَا يَكُونَ الْعَقْدُ لَازِمًا فِي حَقِّهِ ، أَوْ تَوْقِيتَ الرَّهْنِ ، أَوْ أَنْ يَكُونَ رَهْنًا يَوْمًا وَيَوْمًا لَا (٢٠) ، أَوْ كَوْنِ الرَّهْنِ فِي يَدِ الرَّاهِنِ ، أَوْ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ ، أَوْ يَنْتَفِعَ بِهِ الْمُرْتَهِنُ ، أَوْ كَوْنَهُ مَضْمُونًا عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَوْ الْعَدْلِ ، فَهَذِهِ كُلُّهَا فَاسِدَةٌ ؛ لِأَنَّ مِنْهَا مَا يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ ، وَمِنْهَا مَا لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، وَلَا هُوَ مِنْ مَصْلَحَتِهِ . وَإِنْ شَرَطَا شَيْئًا مِنْهَا فِي عَقْدِ الرَّهْنِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ يَفْسُدَ الرَّهْنُ بِهَا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الْعَاقِدَ إِذَا بَدَّلَ مِلْكَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ ، فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ ، لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ ، لِعَدَمِ الرِّضَى بِهِ بَدُونِهِ . وَقِيلَ : إِنْ شَرَطَ الرَّهْنُ مُوقَّتًا ، أَوْ رَهْنَهُ يَوْمًا وَيَوْمًا لَا ، فَسَدَ الرَّهْنُ . وَهَلْ يَفْسُدُ بِسَائِرِهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ،

(٢٠) سقط من : الأصل .

بناءً على الشرط الفاسدة في البيع . ونَصَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » صِحَّتَهُ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ »^(٢١) وَهُوَ مَشْرُوطٌ فِيهِ شَرْطٌ فَاسِدٌ . وَلم يُحْكَمْ بِفَسَادِهِ . وَقِيلَ : مَا يَنْقُصُ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ يُبْطِلُهُ ، وَجَهًا وَاحِدًا ، وَمَا لَفَعْلَى وَجَهَيْنِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ شَرِطَتْ لَهُ زِيَادَةٌ لَمْ تَصِحَّ لَهُ ، فَإِذَا فَسَدَتْ الزِّيَادَةُ لَمْ يُبْطَلْ أَصْلُ الرَّهْنِ .

فصل : وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ مَتَى حَلَّ الْحَقُّ وَلَمْ يُؤَفِّي ، فَالرَّهْنُ لِي بِالذَّيْنِ . أَوْ : فَهُوَ مَبِيعٌ لِي بِالذَّيْنِ الَّذِي عَلَيْكَ . فَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَشُرَيْحٍ ، وَالتَّحْمِيّ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . لَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ . وَالأَصْلُ فِي ذَلِكَ مَا رَوَى مُعَاوِيَةُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَغْلُقُ / الرَّهْنُ » . رَوَاهُ الأَثَرُمُ^(٢٢) . قَالَ الأَثَرُمُ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : مَا مَعْنَى قَوْلِهِ : « لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ » ؟ قَالَ : لَا يَدْفَعُ رَهْنًا إِلَى رَجُلٍ ، وَيَقُولُ : إِنْ جِئْتُكَ بِالذَّرَاهِمِ إِلَى كَذَا وَكَذَا ، وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَكَ . قَالَ ابْنُ الْمُنْدِيرِ : هَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ : « لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ » عِنْدَ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَحْمَدَ . وَفِي حَدِيثِ مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرٍ ، أَنَّ رَجُلًا رَهَنَ دَارًا بِالْمَدِينَةِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى ، فَمَضَى الأَجَلَ ، فَقَالَ الَّذِي ارْتَهَنَ : مَنْزِلِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ » . وَلِأَنَّهُ عَلَّقَ البَيْعَ عَلَى شَرْطٍ ، فَإِنَّهُ جَعَلَهُ مَبِيعًا بِشَرْطٍ أَنْ لَا يُؤَفِّيَهُ الْحَقُّ فِي مَحَلِّهِ ، وَالبَيْعُ الْمُعْلَقُ بِشَرْطٍ لَا يَصِحُّ ، وَإِذَا شَرَطَ هَذَا الشَّرْطَ فَسَدَ الرَّهْنُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَفْسُدَ ، لِمَا ذَكَرْنَا فِي سَائِرِ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ ، وَهَذَا ظَاهِرُ قَوْلِ أَبِي الْخَطَّابِ ، فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » ، وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ » . فَتَنَى عَلَقَهُ دُونَ أَصْلِهِ ، فَيَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهِ ، وَلِأَنَّ الرَّاهِنَ قَدْ رَضِيَ بِرَهْنِهِ مَعَ هَذَا الشَّرْطِ ، فَمَعَ بَطْلَانَهُ أَوْلَى أَنْ يُرَضَى بِهِ . وَلَنَا ،

(٢١) تقدم تفريجه في صفحة ٤٤٤ .

(٢٢) وهذه الرواية عن معاوية عند البيهقي أيضا . انظر التخریج السابق .

أَنَّهُ رَهْنٌ بِشَرْطِ فَاسِدٍ ، فَكَانَ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ شَرَطَ تَوْفِيْتَهُ ، وَلَيْسَ فِي الْحَبْرِ أَنَّهُ شَرَطَ ذَلِكَ فِي أَيْتِدَاءِ الْعَقْدِ ، فَلَا يَكُونُ فِيهِ حُجَّةٌ .

فصل : ولو قال العَرِيْمُ : رَهْنُكَ عِبْدِي هَذَا ، عَلَى أَنْ تَرِيْدَنِي فِي الْأَجْلِ . كَانَ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ لَا يَثْبُتُ فِي الدَّيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشْرُوطًا فِي عَقْدٍ وَجَبَ بِهِ ، فَإِذَا لَمْ يَثْبُتِ الْأَجَلُ ، لَمْ يَصِحَّ الرَّهْنُ ، لِأَنَّهُ جَعَلَهُ فِي مُقَابَلَتِهِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ يُضَاهِي رَبَّ الْجَاهِلِيَّةِ ، كَانُوا يَزِيدُونَ فِي الدَّيْنِ لِيَزْدَادُوا فِي الْأَجْلِ .

فصل : إِذَا كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفٌ ، فَقَالَ : أَقْرِضْنِي أَلْفًا ، بِشَرْطِ أَنْ أُرْهَنَكَ عِبْدِي هَذَا بِالْأَلْفَيْنِ . فَتَقَلَّ حَنْبَلٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْقَرْضَ بَاطِلٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَرْضٌ يُجْرُ مَنْفَعَةً ، وَهُوَ اسْتِثْنَاءُ بِالْأَلْفِ الْأَوَّلِ . وَإِذَا بَطَلَ الْقَرْضُ بَطَلَ الرَّهْنُ . فَإِنَّ (٢٣) قِيلَ : أَلَيْسَ لَوْ شَرَطَ أَنَّهُ يُعْطِيَهُ رَهْنًا بِمَا يَقْتَرِضُهُ جَازًا ؟ قُلْنَا : لَيْسَ هَذَا قَرْضًا جَرَّ مَنْفَعَةً ؛ لِأَنَّ غَايَةَ مَا حَصَلَ لَهُ تَأْكِيدُ اسْتِيفَاءِ لِبَدَلِ مَا أَقْرِضَهُ ، وَهُوَ مِثْلُهُ ، وَالْقَرْضُ يَقْتَضِي وُجُوبَ الْوَفَاءِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا شَرَطَ فِي هَذَا الْقَرْضِ اسْتِثْنَاءُ لِدَيْنِهِ الْأَوَّلِ ، فَقَدْ شَرَطَ اسْتِثْنَاءًا لغيرِ مُوجِبِ الْقَرْضِ . وَتَقَلَّ مُهْنًا أَنَّ الْقَرْضَ صَحِيحٌ . وَلَعَلَّ أَحْمَدَ حَكَمَ بِصِحَّةِ الْقَرْضِ مَعَ فَسَادِ الشَّرْطِ ، كَمَا لَا يُفْضِي إِلَى جَرِّ الْمَنْفَعَةِ بِالْقَرْضِ ، أَوْ حَكَمَ بِفَسَادِ الرَّهْنِ / فِي الْأَلْفِ الْأَوَّلِ وَحَدَهُ ، وَصَحَّحَهُ فِيمَا عَدَاهُ . وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْقَرْضِ بَيْعٌ ، فَقَالَ : بِعْنِي عَبْدَكَ هَذَا بِالْأَلْفِ ، عَلَى أَنْ أُرْهَنَكَ عِبْدِي بِهِ وَبِالْأَلْفِ الْآخِرِ الَّذِي عَلَيَّ . فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُوْلٌ ، فَإِنَّهُ جَعَلَ الثَّمَنَ أَلْفًا وَمَنْفَعَةً هِيَ وَثِيقَةٌ بِالْأَلْفِ الْأَوَّلِ ، وَتِلْكَ الْمَنْفَعَةُ مَجْهُوْلَةٌ ، وَلِأَنَّهُ شَرَطَ عَقْدَ الرَّهْنِ بِالْأَلْفِ الْأَوَّلِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَفْرَدَهُ ، أَوْ كَمَا لَوْ بَاعَهُ دَارَهُ بِشَرْطِ أَنْ يَبِيعَهُ الْآخَرَ دَارَهُ .

٥٠/٤ ظ

(٢٣) فِي م : « فَإِذَا » .

فصل : وإذا فسد الرهن ، وقبضه المرتهن ، لم يكن عليه ضمانه ؛ لأنه قبضه بحكم أنه رهن ، وكل عقد كان صحيحه غير مضمون ، أو مضموناً ، ففاسده كذلك . فإن كان مؤقتاً ، أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته ، صار بعد ذلك مضموناً ؛ لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد ، وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان . فإن كان أرضاً فعرسها قبل انقضاء الأجل ، فهو كعرس العاصب ؛ لأنه عرس^(٢٤) بغير إذن ، وإن عرس بعد الأجل ، وكان قد شرط أن الرهن يصير له ، فقد عرس بإذن ؛ لأن البيع وإن كان فاسداً ، فقد تضمن الإذن في التصرف ، فيكون الرهن محيراً بين ثلاثة أشياء ؛ بين أن يُقر عرسه له ، وبين أخذه بقيمته ، وبين أن يُجبره على قلبه ، ويضمن له ما نقص .

٧٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَنْتَفِعُ الْمُرْتَهِنُ مِنَ الرَّهْنِ بِشَيْءٍ ، إِلَّا مَا كَانَ مَرْكُوبًا أَوْ مَخْلُوبًا ، فَيَرْكَبُ وَيَحْلُبُ بِقَدْرِ^(١) الْعَلْفِ)

الكلام في هذه المسألة في حالين^(٢) ؛ أحدهما ، ما لا يحتج إلى مؤنة ، كالدار والمتاع ونحوه ، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال . لا تعلم في هذا خلافاً ؛ لأن الرهن ملك الراهن ، فكذلك نماءه ومنافعه ، فليس لغيره أخذها بغير إذنه ، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض ، وكان دين الرهن من قرض ، لم يجز ؛ لأنه يحصل قرضاً يجز منفعة ، وذلك حرام . قال أحمد : أكره قرض الدور ، وهو الربا المحض . يعني : إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن . وإن كان الرهن بثمن مبيع ، أو أجر دار ، أو دين غير القرض ، فأذن له الراهن في الانتفاع ، جاز ذلك . روى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وبه قال إسحاق . فأما إن كان الانتفاع بعوض ، مثل إن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة^(٣) مثلها ، / من غير محاباة ، جاز في القرض

٥١/٤ و

(٢٤) في زيادة : العاصب .

(١) في الأصل : بمقدار .

(٢) في ١ ، م : حالتين .

(٣) في الأصل ، ١ : بأجر .

وغيره ، لِكَوْنِهِ مَا انْتَفَعَ بِالْقَرْضِ ، بِلِإِجَارَةٍ ، وَإِنْ حَابَاهُ فِي ذَلِكَ فَحُكْمُهُ حُكْمُ
الائْتِفَاعِ بِغَيْرِ عَوْضٍ ، لَا يَجُوزُ فِي الْقَرْضِ ، وَيَجُوزُ فِي غَيْرِهِ . وَمَتَى اسْتَأْجَرَهَا
الْمُرْتَهِنُ ، أَوْ اسْتَعَارَهَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهَا تَخْرُجُ عَنْ كَوْنِهَا رَهْنًا ، فَمَتَى
انْقَضَتِ الإِجَارَةُ ، أَوْ العَارِيَّةُ ، عَادَ الرَّهْنُ بِحَالِهِ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ بْنِ
ثَوَابٍ ^(٤) عَنْ أَحْمَدَ . إِذَا كَانَ الرَّهْنُ دَارًا ، فَقَالَ الْمُرْتَهِنُ : اسْكُنْهَا بِكِرَائَتِهَا ، وَهِيَ
وَبِثَبَةٍ بِحَقِّي . يَنْتَقِلُ فَيَصِيرُ دَيْنًا ، وَيَتَحَوَّلُ عَنِ الرَّهْنِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَكْرَاهَا لِلرَّاهِنِ ،
قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : إِذَا ارْتَهَنَ دَارًا ، ثُمَّ أَكْرَاهَا لِصَاحِبِهَا ، خَرَجَتْ
مِنَ الرَّهْنِ ، فَإِذَا رَجَعَتْ إِلَيْهِ صَارَتْ رَهْنًا . وَالأَوَّلَى أَنَّهَا لَا تَخْرُجُ عَنِ الرَّهْنِ ،
إِذَا اسْتَأْجَرَهَا الْمُرْتَهِنُ ، أَوْ اسْتَعَارَهَا ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ مُسْتَدَامًا ، وَلَا تَنَافَى بَيْنَ الْعَقْدَيْنِ ،
وَكَلامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ بْنِ ثَوَابٍ ، مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ أَذِنَ لِلرَّاهِنِ فِي سُكْنِهَا ،
كَمَا فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ ؛ لِأَنَّهَا خَرَجَتْ عَنِ يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، فَرَأَى الزُّوْمُ لِرِوَالِ اليَدِ ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا سَكَنَهَا الْمُرْتَهِنُ . وَمَتَى اسْتَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ صَارَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ .
وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَمَبْنَى ذَلِكَ عَلَى العَارِيَّةِ ،
فَإِنَّهَا عِنْدَنَا مَضْمُونَةٌ ، وَعِنْدَهُ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ .

فصل : فَإِنْ شَرَطَ فِي الرَّهْنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ الْمُرْتَهِنُ ، فَالشَّرْطُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافَى
مُقْتَضَى الرَّهْنِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَجُوزُ فِي المَبِيعِ . قَالَ القَاضِي : مَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ :
بِعْتِكَ هَذَا الثَّوْبَ بِدَيْنَارٍ ، بِشَرْطِ أَنْ تَرَهِّنَنِي ^(٥) عَبْدَكَ يَخْدُمُنِي شَهْرًا . فَيَكُونُ بَيْعًا
وَإِجَارَةً ، فَهُوَ صَحِيحٌ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ؛ لِجَهَالَةِ ثَمَنِهِ . وَقَالَ مَالِكٌ :
لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي البَيْعِ مَنْفَعَةَ الرَّهْنِ إِلَى أَجَلٍ فِي الدُّورِ والأَرْضِيَيْنِ ، وَكَرِهَهُ فِي
الحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ ، وَكَرِهَهُ فِي الْقَرْضِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَرَطَ فِي الرَّهْنِ مَا يُنَافِيهِ ، فَلَمْ
يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَهُ فِي الْقَرْضِ .

(٤ - ٤) سقط من : ١ .

(٥) في م : « ترهنتها » .

فصل : الحال الثاني ، ما يحتاج فيه إلى مؤتة ، فحكم المرتهن في الانتفاع به ، بعبوض أو بغير عبوض ، بإذن الراهن ، كالقسم الذي قبله . وإن أذن له في الإئفاق والانتفاع بقدره ، جاز ؛ لأنه / نوع معاوضة . وأما مع عدم الإذن ، فإن الرهن ينقسم قسمين ؛ مخلوباً ومركوباً ، وغيرهما ، فأما المخلوب والمركوب ، فللمرتهن أن ينفق عليه ، ويركب ، ويحلب ، بقدر نفقته ، متحريراً للعدل في ذلك . ونص عليه أحمد ، في رواية محمد بن الحكم ، وأحمد بن القاسم ، واختاره الخرقى ، وهو قول إسحاق . وسواء أنفق مع تعدد النفقة من الراهن ، ليعيته ، أو امتناعه من الإئفاق ، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن ، واستئذانه . وعن أحمد رواية أخرى ، لا يحنسب له بما أنفق ، وهو متطوع بها ، ولا ينتفع من الرهن بشيء . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ؛ لقول النبي ﷺ : « الرهن من رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه »^(٦) . ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ، ولا الإئفاق عليه . فلم يكن له ذلك ، كغير الرهن . ولنا ، ما روى البخاري ، وأبو داود ، والترمذي ، عن أبي هريرة ، رضى الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الرهن^(٧) يركب بنفقته إذا كان مروهناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مروهناً ، على الذي يركب ويشرب النفقة » . فجعل منفعته بنفقته ، وهذا محل النزاع ، فإن قيل : المراد به أن الراهن ينفق ويتنفع . قلنا : لا يصح لوجهين ؛ أحدهما ، أنه قد روي في بعض الألفاظ : « إذا كانت الدابة مروهنة ، فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب ، وعلى الذي يشرب ويركب نفقته » . فجعل المنفق

(٦) أخرجه الحاكم ، في : باب أيما رجل مات أو أفلس ... ، من كتاب البيوع . المستدرک ٥١/٢ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣٣/٣ . كما أخرجه موقفاً على ابن المسيب عبد الرزاق ، في : باب الرهن يهلك ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٣٧/٨ ، ٢٣٨ . والإمام الشافعي ، في كتاب الرهن . ترتيب مسند الشافعي ١٦٣/٢ ، ١٦٤ .

(٧) في م : « الظهر » . وتقدم بلفظ : « الظهر » في صفحة ٤٤٤ . وانظر تحريجه هناك ، ففي مصادر التخریج كل من : « الرهن » و « الظهر » .

المُرْتَهِنَ ، فيكونُ هو المُنْتَفِعُ . والثاني ، أن قوله : « يَنْفَقَتِهِ » يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْإِثْتِفَاعَ عَوْضُ النَّفَقَةِ ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ ، أَمَا الرَّاهِنُ فَإِنْفَاقُهُ وَإِنْتِفَاعُهُ لَا بِطَرِيقِ الْمَعَاوِضَةِ لِأَحَدِهِمَا بِالْآخِرِ ، وَلِأَنَّ نَفَقَةَ الْحَيَوَانِ وَاجِبَةٌ ، وَلِلْمُرْتَهِنِ حَقٌّ قَدْ أَمَكْنَهُ اسْتِيفَاءُ حَقِّهِ مِنْ نَمَاءِ الرَّهْنِ ، وَالنِّيَابَةِ عَنِ الْمَالِكِ فِيمَا وَجَبَ عَلَيْهِ وَاسْتِيفَاءُ ذَلِكَ مِنْ مَنَافِعِهِ ، فَجَازَ ذَلِكَ ، كَمَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَخْذَ مُؤْتَهِنِهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا عِنْدَ امْتِنَاعِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَالنِّيَابَةُ عَنْهُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَالْحَدِيثُ نَقُولُ : وَالنَّمَاءُ لِلرَّاهِنِ ، وَلَكِنْ لِلْمُرْتَهِنِ وَلَايَةٌ صَرَّفَهَا إِلَى نَفَقَتِهِ ، لِثُبُوتِ يَدِهِ / عَلَيْهِ وَوِلَايَتِهِ ، وَهَذَا فِي مَنْ أَنْفَقَ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ، فَأَمَّا إِنْ أَنْفَقَ مُتَبَرِّعًا بِغَيْرِ نِيَّةِ الرَّجُوعِ ، لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ .

٥٢/٤ و

فصل : وَأَمَّا غَيْرُ الْمَحْلُوبِ وَالْمَرْكُوبِ ، فَيَنْتَوَعُ نَوْعَيْنِ ؛ حَيَوَانٌ ، وَغَيْرُهُ ، فَأَمَّا الْحَيَوَانُ كَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وَنَحْوِهِمَا ، فَهَلْ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْفَقَ وَيَسْتَحْدِمَهُ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ ؟ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ . ذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ . قَالَ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنِ الرَّجُلِ يَرْهَنُ الْعَبْدَ ، فَيَسْتَحْدِمُهُ ، فَقَالَ : الرَّهْنُ لَا يُنْتَفَعُ مِنْهُ بِشَيْءٍ ، إِلَّا حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ حَاصَّةً فِي الَّذِي يَرْكَبُ وَيُحْلَبُ وَيُعْلَفُ . قُلْتُ لَهُ : فَإِنْ كَانَ اللَّيْنُ وَالرُّكُوبُ أَكْثَرَ ؟ قَالَ : لَا إِلَّا بِقَدْرِ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ اسْتِحْدَامَ الْعَبْدِ أَيْضًا - وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ - إِذَا امْتَنَعَ الْمَالِكُ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : خَالَفَ حَنْبَلُ الْجَمَاعَةَ ، وَالْعَمَلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ مِنَ الرَّهْنِ بِشَيْءٍ ، إِلَّا مَا خَصَّهُ الشَّرْعُ بِهِ ، فَإِنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي أَنْ لَا يُنْتَفَعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ ، تَرَكْنَاهُ فِي الْمَرْكُوبِ وَالْمَحْلُوبِ لِلْأَثَرِ ، ففِيمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى مُقْتَضَى الْقِيَاسِ . التَّوَعُّ الثَّانِي ، غَيْرُ الْحَيَوَانِ ، كَدَارِ اسْتِهْدَمَتْ ، فَعَمَّرَهَا الْمُرْتَهِنُ ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَلَيْسَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهَا بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ ، فَإِنَّ عِمَارَتَهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَى الرَّاهِنِ ، فَلَيْسَ لغيرِهِ أَنْ يُنَوِّبَ عَنْهُ فِيمَا لَا يَلْزُمُهُ ، فَإِنْ فَعَلَ كَانَ مُتَبَرِّعًا ، بِخِلَافِ الْحَيَوَانِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى مَالِكِهِ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ ، لِحُرْمَتِهِ فِي (٨) نَفْسِهِ .

(٨) فِي م : « عَلَى » .

فصل : فأما الحيوان ، إذا أنفق عليه متبرعاً ، لم يرجع بشيء ؛ لأنه تصدق به ، فلم يرجع بعوضه ، كما لو تصدق على مسكين . وإن نوى الرجوع على مالكه ، وكان ذلك بإذن المالك ، رجع عليه ؛ لأنه تاب عنه في الإثفاق بإذنه ، فكانت الثقة على المالك ، كما لو وكله في ذلك ، وإن كان بغير إذنه ، فهل يرجع عليه ؟ يخرج على روايتين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ؛ لأنه تاب عنه فيما يلزمه . وقال أبو الخطاب : إن قدر على استئذانه فلم يستأذنه ، فهو متبرع ، لا يرجع بشيء ، وإن عجز عن استئذانه ، فعلى روايتين ، وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه . والأول أقيس في المذهب ؛ إذ لا / يُعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان العريم .

٥٢/٤ ظ

فصل : وإذا انتفع المرتهن بالرهن ، باستخدام ، أو ركوب ، أو لبس ، أو استرضاع ، أو استئجار ، أو سكنى ، أو غيره ، حُسب من دينه بقدر ذلك . قال أحمد : يوضع عن الرهن بقدر ذلك ؛ لأن المنافع ملك الرهن ، فإذا استوفاهما فعليه قيمتها في ذمته للرهن ، فيتقاص القيمة وقدرها من الدين ، ويتساقطان .

٧٩٥ - مسألة ؛ قال : (وغلة الدار ، وخدمة العبد ، وحمل الشاة وغيرها ، وثمره الشجرة المرهونة ، من الرهن)

أراد بغلة الدار أجرها . وكذلك خدمة العبد . وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده ، كالأصل . وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين ، يبيع مع الأصل ، سواء في ذلك المتصل ، كالسمن والتعلم ، والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمره واللبن والصوف والشعر . وبنحو هذا قال النخعي ، والشعبي . وقال الثوري ، وأصحاب الرأي : في النماء يتبع ، وفي الكسب لا يتبع ؛ لأن الكسب في حكم الكتابة والاستيلاء والتدبير ، فلا يتبع في الرهن ، كأعيان مال الرهن . وقال مالك : يتبع الولد في الرهن خاصة ، دون سائر النماء ؛ لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة ، كولد أم الولد . وقال الشافعي ،

وأبو ثور ، وابن المنذر : لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ، ولا من الكسب ؛ لأنه حق تعلق بالأصل ، يستوفى من ثمنه ، فلا يسرى إلى غيره ، كحق الجناية . قال الشافعي : ولو رهنه ماشية محاضاً ، فتبعت ، فالنتاج خارج من الرهن . وخالفه أبو ثور ، وابن المنذر . ومن حجتهم أيضاً قول النبي ﷺ : « الرهن من رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه » (١) . والنماء غنم ، فيكون للرهن . ولأنها عين من أعيان ملك الراهن ، لم يعقد عليها عقد رهن ، فلم تكن رهنًا ، كسائر ماله . ولنا ، أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك ، فيدخل فيه النماء والمنافع ، كالمالك بالبيع وغيره ، ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن ، فيدخل فيه ، كالمتصل ، ولأنه حق مستقر في الأم ، ثبت برضى المالك ، فيسرى إلى الولد ، / كالتدبير والاستيلاء . لنا على مالك ، أنه نماء حادث من عين الرهن ، فسرى إليه حكم الرهن ، كالولد . وعلى أبي حنيفة ؛ أنه عقد يستتبع النماء ، فاستتبع الكسب ، كالشراء . فأما الحديث . فنقول به ، وأن غنمه ونماءه وكسبه للرهن ، لكن يتعلق به حق الرهن ، كالأصل ، فإنه للرهن ، والحق متعلق به ، والفرق بينه وبين سائر مال الراهن ، أنه تبع ، فثبت له حكم أصله . وأما حق الجناية ، فإنه ثبت بغير رضى المالك ، فلم يتعد ما ثبت فيه ، ولأنه جزاء عدوان ، فأختص الجاني كالقصاص ، ولأن السراية في الرهن لا تفضي إلى استيفاء أكثر من دينه ، فلا يكفر الضرر فيه .

٥٣/٤ و

فصل : وإذا ارتهن أرضاً ، أو داراً ، أو غيرهما ، تبعه في الرهن ما يتبع في البيع ، فإن كان في الأرض شجر ، فقال : رهنك هذه الأرض بحقوقها . أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن ، دخل فيه ، وإن لم يذكر ذلك ، فهل يدخل الشجر في الرهن ؟ على وجهين ، بناءً على دخوله في البيع . وإن رهنه شجراً مثمراً ، وفيه

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٥١١ .

ثَمْرَةَ ظَاهِرَةً ، لم تَدْخُلْ فِي الرَّهْنِ ، كما لا تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ ، وإن لم تَكُنْ ظَاهِرَةً دَخَلَتْ . وقال الشَّافِعِيُّ : لا تَدْخُلُ الثَّمْرَةُ فِي الرَّهْنِ بِحَالٍ . وقال أبو حنيفة : تَدْخُلُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لأنَّ الرَّهْنَ عِنْدَهُ لا يَصِحُّ عَلَى الْأَصُولِ دُونَ الثَّمْرَةِ ، وقد قَصَدَ إِلَى عَقْدِ صَاحِبِهِ ، فَتَدْخُلُ الثَّمْرَةُ ضَرُورَةَ الصَّحَّةِ . ولنا ، أن الثَّمْرَةَ الْمُؤَبَّرَةَ لا تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ ، مع قُوَّتِهِ ، وَإِزَالَتِهِ لِمَلِكِ الْبَائِعِ ، فَالرَّهْنُ مع ضَعْفِهِ أَوْلَى ، وعلى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى الشَّجَرَةِ ، فَاسْتَبَعِ الثَّمْرَةَ غَيْرَ الْمُؤَبَّرَةَ ، كَالْبَيْعِ ، وَيَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ الصُّوفُ وَاللَّبَنُ الْمَوْجُودَانِ ، كما يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ ، وكذلك الحُمْلُ وَسَائِرُ الْبَيْعِ فِي مَا يَبِيعُ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَاوَدُّ عَلَى الْعَيْنِ ، فَدَخَلَتْ فِيهِ هَذِهِ التَّوَابِعُ ، كَالْبَيْعِ ، ولو كان الرَّهْنُ دَارًا فَخَرَبَتْ ، كانت أَنْقَاضُهَا رَهْنًا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أَجْزَائِهَا ، ولو كانت مَرْهُونَةً قَبْلَ خَرَابِهَا ، ولو رَهْنَهُ أَرْضًا ، فَنَبَتَ فِيهَا شَجَرٌ ، فهو مِنَ الرَّهْنِ ، سواءً نَبَتَ بِفِعْلِ الرَّاهِنِ ، أو بِفِعْلِ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَمَائِهَا .

فصل : وليس لِلرَّاهِنِ الْإِئْتِفَاعُ بِالرَّهْنِ ، بِاسْتِخْدَامِ ، وَلا وَطْءِ ، وَلا سُكْنَى ، وَلا غَيْرِ ذَلِكَ / . وَلا يَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، بِإِجَارَةٍ ، (1) وَلا إِعَارَةٍ (2) ، وَلا غَيْرِهُمَا ، بِغَيْرِ رِضَى الْمُرْتَهِنِ . وَبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وقال مالِكٌ ، وابنُ أُمِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ : لِلرَّاهِنِ إِجَارَتُهُ وَإِعَارَتُهُ مُدَّةً لا يَتَأَخَّرُ انْقِضَاؤُهَا عَنْ حُلُولِ الدَّيْنِ . وهل له أن يَسْكُنَ بِنَفْسِهِ ؟ على اِخْتِلَافٍ بَيْنَهُمْ فِيهِ . وإن كان الرَّهْنُ عَبْدًا ، فله اسْتِيفَاءُ مَنَافِعِهِ بِغَيْرِهِ . وهل له ذَلِكَ بِنَفْسِهِ ؟ على الْخِلَافِ . وليس له إِجَارَةُ الثَّوْبِ وَلا مَا يَنْقُصُ بِالْإِئْتِفَاعِ . وَبَنُوهُ عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لِلرَّاهِنِ ، لا تَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ ، وَلا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّهُ . وقد سَبَقَ الْكَلَامُ فِي هَذَا . ولأنَّهَا عَيْنٌ مَحْبُوسَةٌ ، فلم يَكُنْ لِلْمَالِكِ الْإِئْتِفَاعُ بِهَا ، كَالْبَيْعِ الْمَحْبُوسِ عِنْدَ الْبَائِعِ عَلَى اسْتِيفَاءِ ثَمَنِهِ . أو نَقُولُ : نَوْعُ انْتِفَاعٍ ، فلا يَمْلِكُهُ الرَّاهِنُ ، كالَّذِي يَنْقُصُ قِيَمَةَ الرَّهْنِ . إِذَا نَبَتَ هَذَا فَإِنَّ الْمُتْرَاهِنِينَ إِذَا لم يَتَّفِقُوا عَلَى الْإِئْتِفَاعِ (3) بِهَا ، لم يَجُزِ الْإِئْتِفَاعُ بِهَا (4) ، وَكانت

(٢ - ٢) فِي م : « أو إِعَارَةٌ » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : ١ . نقله نظر .

مَنَافِعُهَا مُعْطَلَةٌ ، فَإِنْ كَانَتْ دَارًا أُغْلِقَتْ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا أَوْ غَيْرَهُ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُهُ حَتَّى يُفَكَّ الرَّهْنُ . وَإِنْ ائْتَفَقَا عَلَى إِجَارَةِ الرَّهْنِ ، أَوْ إِعَارَتِهِ ، جَازَ ذَلِكَ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ غَلَّةَ الدَّارِ وَخِدْمَةَ الْعَبْدِ رَهْنًا ، وَلَوْ عَطَّلَتْ مَنَافِعُهُمَا لَمْ يَكُنْ لَهَا غَلَّةٌ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِنْ أَدَانَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ فِي إِعَارَتِهِ ، أَوْ إِجَارَتِهِ ، جَازَ ، وَالْأَجْرَةُ رَهْنٌ ، وَإِنْ أَجَرَهُ الرَّاهِنُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ، خَرَجَ مِنَ الرَّهْنِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَالْآخَرُ لَا يَخْرُجُ ، كَمَا لَوْ أَجَرَهُ الْمُرْتَهِنُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي الْمُشَاعِ : يُؤْجِرُهُ الْحَاكِمُ لَهَا . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِي الْخِلَافِ ، أَنَّ مَنَافِعَ الرَّهْنِ تُعَطَّلُ مُطْلَقًا ، وَلَا يُؤْجَرُ . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَقَالُوا : إِذَا أَجَرَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ، كَانَ إِخْرَاجًا مِنَ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ يَقْتَضِي حَبْسَهُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ أَوْ نَائِبِهِ عَلَى الدَّوَامِ ، فَامْتَنَى وَجَدَ عَقْدًا يَسْتَحِقُّ بِهِ زَوَالَ الْحَبْسِ زَالَ الرَّهْنُ . وَلَنَا ، أَنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ الْاسْتِيفَاءُ بِالذَّيْنِ ، وَاسْتِيفَاؤُهُ مِنْ ثَمَنِهِ عِنْدَ تَعَدُّرِ اسْتِيفَائِهِ مِنْ ذِمَّةِ الرَّاهِنِ ، وَهَذَا لَا يُتَأَمَّرُ فِي الْاِئْتِفَاعِ بِهِ ، وَلَا إِجَارَتِهِ ، وَلَا إِعَارَتِهِ ، فَجَازَ اجْتِمَاعُهُمَا ، كَأِئْتِفَاعِ الْمُرْتَهِنِ بِهِ ، وَلِأَنَّ تَعْطِيلَ مَنْفَعَتِهِ تَضْيِيعٌ لِلْمَالِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ «إِضَاعَةِ الْمَالِ» ، وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْوَثِيقَةِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ إِجَارَتَهَا ، كَالْعَبْدِ إِذَا ضَمِنَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَا / نُسَلِّمُ أَنَّ مُقْتَضَى الرَّهْنِ الْحَبْسُ ، وَإِنَّمَا مُقْتَضَاهُ تَعَلُّقُ الْحَقِّ بِهِ عَلَى وَجْهِ تَحْصُلِ بِهِ الْوَثِيقَةِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَنَافٍ لِلْاِئْتِفَاعِ بِهِ ، وَلَوْ سَلَّمْنَا أَنَّ مُقْتَضَاهُ الْحَبْسُ ، فَلَا يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَأْجِرُ نَائِبًا عَنْهُ فِي إِمْسَاكِهِ وَحَبْسِهِ ، وَمُسْتَوْفِيًا لِمَنْفَعَتِهِ لِنَفْسِهِ .

و ٥٤/٤

(٤ - ٤) في ١ : «إضاعته» .

والحديث أخرجه البخارى ، في : باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ... ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب ما ينهى عن إضاعة المال ... ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب من رد أمر السفينة ... ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب ما يكره من قيل وقال ، من كتاب الرقاق . صحيح البخارى ١٣٩/٢ ، ١٥٧/٣ ، ١٥٩ ، ١٢٤/٨ . ومسلم ، في : باب النهي عن كثرة المسائل ... ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٤٠/٣ ، ١٣٤١ . والدارمي ، في : باب إن الله كره لكم قيل وقال ، من كتاب الرقاق . سنن الدارمي ٣١١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠/٤ - ٢٥١ ، ٢٥٥ .

فصل : ولا يُمنَعُ الرَّاهِنُ من إصلاحِ الرَّهْنِ ، ودَفْعِ الفَسَادِ عنه ، ومُدَاوَاةِ إن احتَاجَ إليها ، فإذا كان الرَّهْنُ مَاشِيَةً فَاحتَاجَتْ إلى إطْرَاقِ الفَحْلِ ، فَلِلرَّاهِنِ ذلك ؛ لأنَّ فيه مَصْلَحَةً لِلرَّهْنِ ، وزِيَادَتُهُ ، وذلك زِيَادَةٌ في حَقِّ المُرْتَهِنِ من غيرِ ضَرَرٍ ، وإن كانت فُحُولًا لم يَكُنْ لِلرَّاهِنِ إطْرَاقُهَا بغيرِ رِضَى المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّ انْتِفَاعَ لا مَصْلَحَةَ لِلرَّهْنِ فيه ، فهو كالاسْتِخْدَامِ ، إِلَّا أن يَصِيرَ إلى حَالٍ يَتَضَرَّرُ بِتَرْكِ الإطْرَاقِ ، فيجوزُ ؛ لأنَّهُ كالمُدَاوَاةِ له .

٧٩٦ - مسألة ؛ قال : (ومُؤَنَّةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ ، وإن كَانَ عَبْدًا فَمَاتَ ، فَعَلَيْهِ كَفَّهُ ، وإن كَانَ مِمَّا يُحْرَنُ ، فَعَلَيْهِ كِرَاءُ مَحْرَنِهِ)

وجملته أن مؤنَّة الرَّهْنِ في^(١) طَعَامِهِ ، وكُسُوتِهِ ، ومَسْكِنِهِ ، وحَافِظِهِ ، وحرزِهِ ، ومَحْرَنِهِ ، وغيرِ ذلك على الرَّاهِنِ . وبهذا قال مَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ ، وإِسْحَاقُ . وقال أبو حنيفة : أَجْرُ المَسْكَنِ والحَافِظِ على المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّهُ من مُؤَنَّةِ إِمْسَاكِهِ وارتِهَانِهِ . ولنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « الرَّهْنُ من رَاهِنِهِ له غَنَمُهُ وعليه غَرْمُهُ »^(٢) . ولأنَّهُ نَوْعُ انْتِفَاقٍ ، فكان على الرَّاهِنِ ، كَالطَّعَامِ ، ولأنَّ الرَّهْنَ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ ، فكان عليه مَسْكَنُهُ وحَافِظُهُ ، كغيرِ الرَّهْنِ . وإن أَبَقَ العَبْدُ فَأَجْرُ^(٣) من يُرُدُّهُ على الرَّاهِنِ . وقال أبو حنيفة : يكونُ بِقَدْرِ الأَمَانَةِ على الرَّاهِنِ ، وبِقَدْرِ الضَّمَانِ على المُرْتَهِنِ . وإن احتِيجَ إلى مُدَاوَاةِ لِمَرَضٍ أو جُرْحٍ فذلك على الرَّاهِنِ . وعند أبي حنيفة ، هو كأَجْرٍ من يُرُدُّهُ من إِبَاقِهِ . وبَنَى ذلك على أَصْلِهِ في أن يَدَ المُرْتَهِنِ يَدَ ضَمَانٍ ، بِقَدْرِ دَيْنِهِ فيه ، وما زَادَ فهو أَمَانَةٌ عنده . والكلامُ على ذلك في غيرِ هذا المَوْضِعِ . وإن مَاتَ العَبْدُ كانت مُؤَنَّتُهُ ، كَتَجْهِيزِهِ ،

(١) في م : « من » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥١١ .

(٣) في م : « فأجرة » .

وَتَكْفِينِهِ ، وَدَفْنِهِ (٤) عَلَى الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَابِعٌ لِمُؤْتِنِهِ ، فَإِنَّ كُلَّ مَنْ لَزِمَتْهُ مُؤْتِنَةٌ شَخْصٌ كَانَتْ مُؤْتِنَتُهُ كَتَجْهِيزِهِ وَدَفْنِهِ (٤) عَلَيْهِ ، كَسَائِرِ الْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ وَالْأَقَارِبِ مِنَ الْأَحْرَارِ .

ظ ٥٤/٤

فصل : وإن كان الرهن / ثمرة ، فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجداذ ، فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تخفيف ، والحق مؤجل ، فعليه التخفيف ؛ لأنه يحتاج أن يستقيها رهنا حتى يحل الحق . وإن كانت حالا ، بيعت ولم يحتج إلى تخفيفها . وإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهنا بالحق المؤجل ، جاز ، وإن اختلفا في ذلك ، قُدم قول من يستقيها بعينها ؛ لأن العقد يقتضي ذلك ، إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتخفيف ، وقد جرت العادة ببيعه رطبا ، فإنه يباع ، ويُجعل ثمنه مكانه . وإن اتفقا على قطع الثمرة في وقت ، فلهما ذلك ، سواء كان الحق حالا أو مؤجلا ، وسواء كان الأصلح القطع أو الترك ؛ لأن الحق لا يخرج عنهما ، وإن اختلفا قدامنا قول من طلب الأصلح ، إن كان ذلك قبل حلول الحق . وإن كان الحق حالا قُدم قول من طلب القطع ؛ لأنه إن كان المرتهن ، فهو طالب لاستيفاء حقه الحال ، فلزم إجابته ، وإن كان الراهن ، فهو يطلب ثمرته ذمته ، وتخليص عين ملكه من الرهن ، والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غررا . ذكر القاضي هذا في المفلس ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي ، وهذا في معناه . ويحتمل أن ينظر في الثمرة ، فإن كانت تنقص بالقطع نقصا كبيرا ، لم يجبر الممتنع من قطعها عليه ؛ لأن ذلك إثلاف ، فلا يجبر عليه ؛ كما لا يجبر على نقض داره لبيع أنقاضها ، ولا على ذبح فرسه لبيع لحمها ، وإن كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها ، لم يجز قطعها قبله ، ولم يجبر عليه بحال .

(٤ - ٤) سقط من : م .

فصل : وإن كان الرهن ماشيةً تحتاجُ إلى إطراقِ الفحل ، لم يُجبرِ الرهنُ عليه ؛ لأنه ليس عليه ما يتضمَّن زيادةً في الرهن ، وليس ذلك ممَّا يحتاجُ إليه لبقائها ، ولا يُمنعُ من ذلك ؛ لكونها زيادةً لهما ، لا ضررَ على المرتهن فيه . وإن احتاجتُ إلى رعي ، فعلى الرهن أن يُقيم لها راعياً ؛ لأنَّ ذلك يجري مجرى علفها . وإن أراد الرهنُ السفرَ بها ليرعاها في مكان آخر ، وكان لها في مكانها مرعى تتماسكُ به ، فللمرتهن منعه من ذلك ؛ لأنَّ في السفرِ بها إخراجها عن نظره ويده . وإن أُجذب مكانها ، فلم يجد ما تتماسكُ به فللرهن السفرُ بها ؛ لأنه موضعُ ضرورةٍ / ، لأنها تهلكُ إذا لم يسافرَ بها ، إلا أنها تكون في يد عدلٍ يرضيان به ، أو ينصبه الحاكم ، ولا ينفردُ الرهنُ بها ، فإن امتنع الرهنُ من السفرِ بها ، فللمرتهن نقلها ؛ لأنَّ في بقائها هلاكها ، وضياعُ حقِّه من الرهن . فإن أرادها جميعاً السفرَ بها ، واختلفا في مكانها ، قدّمنا قولَ من يُعينُ الأصلحَ ، فإن استويا ، قدّمنا قولَ المرتهن . وقال الشافعي : يُقدّم قولُ الرهن ، وإن كان الأصلحُ غيره ؛ لأنه أمثلُكُ بها ، إلا أن يكون مأواها إلى يد عدلٍ . ولنا ، أن اليدَ للمرتهن ، فكان أولى ، كما لو كانا في بلدٍ واحدٍ ، وأيهما أراد نقلها عن البلدِ مع خصبه لم يكن له ، سواءً أراد نقلها إلى مثله ، أو أخصبَ منه ، إذ لا معنى للمسافرةِ بالرهن مع إمكان تركِ السفرِ به . وإن اتفقا على نقلها ، جاز أيضاً ، سواءً كان أنفعَ لها أو لا ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ، لا يحرجُ عنهما .

فصل : وإن كان عبداً يحتاجُ إلى حتانٍ ، والدينُ حالٌ ، أو أجله قبل بُرئه ، مُنع منه ؛ لأنه ينقصُ ثمنه ، وفيه ضررٌ ، وإن كان يبرأ قبل محلِّ الحقِّ ، والزمانُ معتدلاً لا يخافُ عليه فيه ، فلهُ ذلك ؛ لأنه من الواجباتِ ، ويُرِيدُ به الثمنُ ، ولا يضُرُّ المرتهنَ ، ومؤنته على الرهن . فإن مرضَ ، فاحتاجُ إلى دواءٍ ، لم يُجبرِ الرهنُ عليه ؛ لأنه يتحقَّقُ أنه سببُ لبقائه ، وقد يبرأ بغيرِ علاجٍ ، بخلافِ التَّفَقُّة . وإن أراد الرهنُ مداواته بما لا ضررَ فيه ، لم يُمنعُ منه ؛ لأنه مصلحةٌ لهما من غيرِ ضررٍ بواحدٍ منهما . وإن كان الدواءُ ممَّا يخافُ غائلتهُ ، كالسُّمومِ ، فللمرتهن منعه منه ؛ لأنه لا يأمنُ تلفه . وإن احتاجُ إلى فصدٍ ، أو احتاجتِ الدابةُ إلى توديجٍ ، ومعناه فتحُ الودجينِ

حتى يَسِيلَ الدَّمُ ، وهما عِرْقَانِ عَرِيضَانِ غَلِيظَانِ مِنْ جَانِبَيْ ثَعْرَةِ النَّحْرِ ، أَوْ تَبْرِيغٍ ، وهو فَتْحُ الرَّهْصَةِ^(٥) ، فَلِلرَّاهِنِ فِعْلُ ذَلِكَ ، مَا لَمْ يَخَفْ مِنْهُ ضَرَّرًا . وَإِنْ اِخْتَبَجَ إِلَى قَطْعِ شَيْءٍ مِنْ بَدَنِهِ بِدَوَاءٍ لَا يُخَافُ مِنْهُ ، جَازَ ، وَإِنْ خِيفَ مِنْهُ ،^(٦) فَأَيُّهُمَا اِمْتَنَعَ مِنْهُ^(٦) لَمْ يُجَبَّرْ . وَإِنْ كَانَتْ بِهِ آكِلَةٌ^(٧) كَانَ لَهُ قَطْعُهَا ؛ لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْ تَرْكِهَا لَا مِنْ قَطْعِهَا ، لِأَنَّهُ لَا يُحْسِبُ بِلَحْمِهِ مَيِّتًا . وَإِنْ كَانَتْ بِهِ خَيْبَةً ، فَقَالَ أَهْلُ الْخَيْبَةِ : الْأَحْوَى قَطْعُهَا . وَهُوَ أَنْفَعُ مِنْ بَقَائِهَا ، فَلِلرَّاهِنِ ذَلِكَ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ . وَإِنْ تَسَاوَى الْخَوْفُ عَلَيْهِ فِي الْحَالَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَطْعُهَا ؛ لِأَنَّهُ يُحَدِثُ جُرْحًا فِيهِ لَمْ يَتَرَجَّحْ / إِحْدَاثُهُ . وَإِنْ كَانَتْ بِهِ سِلْعَةٌ^(٨) ، أَوْ إِصْبَعٌ زَائِدَةٌ ، لَمْ يَمْلِكِ الرَّاهِنُ قَطْعُهَا ؛ لِأَنَّ قَطْعَهَا يُخَافُ مِنْهُ ، وَتَرْكُهَا لَا يُخَافُ مِنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ الْمَاشِيَّةُ جَرَبَةً ، فَأَرَادَ الرَّاهِنُ دَهْنَهَا بِمَا يُرْجَى نَفْعُهُ ، وَلَا يُخَافُ ضَرْرَهُ ، كَالْقَطِرَانِ وَالزَّيْتِ الْيَسِيرِ ، لَمْ يُمْنَعْ . وَإِنْ خِيفَ ضَرْرُهُ ، كَالكَثِيرِ ، فَلِلْمُرْتَهِنِ مَنَعُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ بغيرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ؛ لِأَنَّ لَهُ مُعَالَجَةَ مَلِكِهِ ، وَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ ، لَمْ يُجَبَّرْ عَلَيْهِ . وَلَوْ أَرَادَ الْمُرْتَهِنُ مُدَاوَأَتَهَا بِمَا يَنْفَعُهَا ، وَلَا يُخَشَى ضَرْرُهُ ، لَمْ يُمْنَعْ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِصْلَاحَ حَقِّهِ بِمَا لَا يَضُرُّ بغيرِهِ . وَإِنْ خِيفَ مِنْهُ الضَّرْرُ لَمْ يُمَكَّنْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ خَطَرًا بِحَقِّ^(٩) غيره .

٥٥/٤ ط

فصل : فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ نَحْلًا ، فَاحْتِاجَ إِلَى تَأْيِيرٍ ، فَهُوَ عَلَى الرَّاهِنِ ، وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَصْلَحَةٌ بغيرِ مَضَرَّةٍ . وَمَا يَسْقُطُ مِنْ لَيْفٍ أَوْ سَعْفٍ أَوْ عَرَاجِينَ ، فَهُوَ مِنَ الرَّهْنِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَائِهِ ، أَوْ مِنْ نَمَائِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ :

(٥) الرهصة : وقرة تصيب باطن حافر الدابة .

(٦) - ٦) سقط من : م .

(٧) الآكلة : الحكمة .

(٨) السلعة : كالغدة في الجسم .

(٩) في الأصل : « لحق » .

ليس من الرهن . بناءً منهم على أن التَّمَاءَ ليس منه . ولا يَصِحُّ ذلك ههنا ؛ لأن السَّعْفَ من جُمْلَةِ الْأَغْيَانِ التي وَرَدَ عَلَيْهَا عَقْدُ الرَّهْنِ ، فكانت منه ، كالأصُولِ وَأَنْقَاضِ الدَّارِ . وإن كان الرهنُ كَرَمًا فله زِبَارَةٌ^(١٠) ؛ لأنه لِمَصْلَحَتِهِ ، ولا ضَرَرَ فِيهِ . وَالزَّرْجُونُ^(١١) من الرهنِ . ولو كان الشَّجَرُ مُزْدَحِمًا ، وفي قَطْعِ بَعْضِهِ صَلَاحٌ لما يَبْقَى ، فله ذلك . وإن أَرَادَ تَحْوِيلَهُ كُلَّهُ لم يَمْلِكْ ذلك . وإن قيل : هو الأوَّلَى ؛ لأنه قد لا يعلِّقُ فَيَفُوتُ الرَّهْنُ . وإن اِمْتَنَعَ الرَّاهِنُ من فِعْلِ هذا كُلَّهُ ، لم يُجِبَّرَ عَلَيْهِ ؛ لأنه لا يَلْزَمُهُ فِعْلُ ما فِيهِ زِيَادَةٌ من الرهنِ .

فصل : وكلُّ زِيَادَةٍ تَلْزَمُ الرَّاهِنَ إِذَا اِمْتَنَعَ ، أُجْبِرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهَا ، وإن لم يَفْعَلْ أَكْثَرَى لَهُ الْحَاكِمُ من مَالِهِ ، فإن لم يَكُنْ لَهُ مَالٌ أَكْثَرَى من الرهنِ . فإن بَدَلَهَا الْمُرْتَهِنُ مُتَطَوُّعًا لم يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وإن أَنْفَقَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، أو إِذْنِ الْحَاكِمِ عند تَعَدُّرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ ، مُحْتَسِبًا ، رَجَعَ بِهِ . وإن تَعَدَّرَ إِذْنُهُمَا ، أَشْهَدَ عَلَى أَنَّهُ أَنْفَقَ ، لِيَرْجِعَ بِالنَّفَقَةِ . وله الرُّجُوعُ بِهَا ، وإن أَنْفَقَ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانِ الْحَاكِمِ مع إِمْكَانِهِ ، أو من غَيْرِ إِشْهَادِ بِالرُّجُوعِ عند تَعَدُّرِ اسْتِئْذَانِهِ لِيَرْجِعَ بِهِ ، فهل يَرْجِعُ بِهِ^(١٢) ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن أَنْفَقَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ؛ لِيَكُونَ الرَّهْنُ رَهْنًا بِالنَّفَقَةِ وَالذَّيْنِ الْأَوَّلِ ، لم يَصِحَّ ، ولم يَصِرْ رَهْنًا بِالنَّفَقَةِ لما ذَكَرْنَا^(١٣) . / وإن قال الرَّاهِنُ : أَنْفَقْتُ مُتَبَرِّعًا . وقال الْمُرْتَهِنُ : بل أَنْفَقْتُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ . فالقولُ قولُ الْمُرْتَهِنِ ؛ لأنَّ الْخِلَافَ فِي نَيْتِهِ ، وهو أَعْلَمُ بِهَا ، ولا اِطِّلَاعَ لِغَيْرِهِ مِنَ النَّاسِ عَلَيْهَا ، وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ ؛ لأنَّ ما قاله الرَّاهِنُ مُحْتَمِلٌ . وكلُّ مُؤَنَّةٍ لا تَلْزَمُ الرَّاهِنَ ، كَنَفَقَةِ الْمُدَاوَاةِ وَالتَّائِيرِ وَأَشْبَاهِهِمَا ، لا يَرْجِعُ بِهَا الْمُرْتَهِنُ إِذَا أَنْفَقَهَا مُحْتَسِبًا أو مُتَبَرِّعًا .

(١٠) في ١ : «زناده»، وفي ب : «زيارة»، والزُّبَارُ : تخفيف الكرم من الأعصان الرديفة وبعض الجيدة ، بقطعها بمنجول ونحوه .

(١١) الزرجون : قضبان الكرم .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في م : «ذكر» .

٧٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَالرَّهْنُ إِذَا تَلَّفَ بِغَيْرِ جِنَايَةٍ مِنَ الْمُرْتَهِنِ ، رَجَعَ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ عِنْدَ مَحَلِّهِ ، وَكَانَتْ الْمُصِيبَةُ فِيهِ مِنْ رَاهِنِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَتَعَدَّى الْمُرْتَهِنُ ، أَوْ لَمْ يَحْرُزْهُ ، ضَمِنَ)

أَمَّا إِذَا تَعَدَّى الْمُرْتَهِنُ فِي الرَّهْنِ ، أَوْ قَرَطَ فِي الْحِفْظِ لِلرَّهْنِ الَّذِي عِنْدَهُ حَتَّى تَلَّفَ ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ . لَا تَعْلَمُ فِي وُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ خِلَافًا ؛ وَلِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ، فَلَزِمَهُ إِذَا تَلَّفَ يَتَعَدَّىهِ أَوْ تَفْرِيطُهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . وَأَمَّا إِنْ تَلَّفَ مِنْ غَيْرِ تَعَدُّدٍ مِنْهُ وَلَا تَفْرِيطٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَهُوَ مِنْ مَالِ الرَّاهِنِ . يُرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَيُرَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، وَالنَّحَعِيِّ ، وَالْحَسَنِ ، أَنَّ الرَّهْنَ يُضْمَنُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ » ^(١) . وَقَالَ مَالِكٌ إِنْ كَانَ تَلْفُهُ بِأَمْرٍ ظَاهِرٍ ، كَالْمَوْتِ وَالْحَرِيقِ ، فَمِنْ ضَمَانِ الرَّاهِنِ ، وَإِنْ أَدْعَى تَلْفَهُ بِأَمْرٍ خَفِيِّ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَضَمِنَ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَضْمَنُهُ الْمُرْتَهِنُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ قَدْرِ الدَّيْنِ . وَيُرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَاحْتَجَّوْا بِمَا رَوَى عَطَاءٌ ، أَنَّ رَجُلًا رَهَنَ قَرَسًا ، فَتَفَقَّ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ ، فَجَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأُخْبِرَهُ بِذَلِكَ ، فَقَالَ : « ذَهَبَ حَقُّكَ » ^(٢) . وَلِأَنَّهَا عَيْنٌ مَقْبُوضَةٌ لِلِاسْتِيفَاءِ ، فَيَضْمَنُهَا مَنْ قَبَضَهَا لِذَلِكَ ، أَوْ مَنْ قَبَضَهَا نَائِبُهُ ، كَحَقِيقَةِ الْمُسْتَوْفَى ، وَلِأَنَّهُ مَحْبُوسٌ بِدَيْنٍ ، فَكَانَ مَضْمُونًا ، كَالْمَبِيعِ إِذَا حُبِسَ لِاسْتِيفَاءِ

(١) في حاشية ص : « رواه أنس » .

والحديث أخرجه البيهقي ، في : باب من قال الرهن مضمون ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤٠/٦ .
والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣٢/٣ وانظر نصب الراية ، في : كتاب الرهن ٣٢٢/٤ .
وقال : رواه أبو داود في مراسيله ، عن عطاء ، عن النبي ﷺ .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال الرهن مضمون ، من كتاب الرهن . السنن الكبرى ٤١/٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يرهن الرجل فيهلك ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ١٨٣/٧ . وقال الزيلعي : أخرجه أبو داود في مراسيله ، نصب الراية ٣٢١/٤ .

ثَمَنَهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ أَبِي ذَيْبٍ ، عَنِ الزُّهْرِيِّ ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ ، لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » (٣) . رَوَاهُ الْأَثَرُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُونُسَ عَنْ ابْنِ أَبِي ذَيْبٍ ، وَرَوَاهُ الشَّافِعِيُّ / عَنْ ابْنِ أَبِي فُدَيْكٍ عَنْ ابْنِ أَبِي ذَيْبٍ ، وَلَفْظُهُ : « الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ » . وَبَاقِيهِ سِوَاءٌ . قَالَ : وَوَصَلَهُ ابْنُ الْمُسَيَّبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَهُ أَوْ مِثْلَ مَعْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ [ابن] (٤) أَبِي أَنَيْسَةَ . وَلَأَنَّهُ وَثِيقَةٌ بِالذَّيْنِ ، فَلَا يُضْمَنُ ، كَالزَّيَادَةِ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ ، وَكَالكَفِيلِ وَالشَّاهِدِ ، وَلَأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بَعْقِدٍ وَاحِدٍ بَعْضُهُ أَمَانَةٌ ، فَكَانَ جَمِيعُهُ أَمَانَةً ، كَالْوَدِيعَةِ . وَعَلَى (٤) مَالِكٍ : أَنَّ مَا لَا يُضْمَنُ بِهِ الْعَقَارُ ، لَا يُضْمَنُ بِهِ الذَّهَبُ . كَالْوَدِيعَةِ ، فَأَمَّا حَدِيثُ عَطَاءٍ فَهُوَ مُرْسَلٌ ، وَقَوْلُ عَطَاءٍ يُخَالِفُهُ ، قَالَ الدَّارِقُطَنِيُّ : يَرَوِيهِ إِسْمَاعِيلُ بْنُ أُمَيَّةَ ، وَكَانَ كَذَّابًا ، وَقِيلَ : يَرَوِيهِ مُصْعَبُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَكَانَ ضَعِيفًا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ ، ذَهَبَ حَقِّكَ مِنَ الْوَثِيقَةِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَمْ يَسْأَلْ عَنْ قَدْرِ الدَّيْنِ وَقِيمَةِ الْفَرَسِ ، وَحَدِيثُ أَنَسٍ إِنْ صَحَّ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَحْبُوسٌ بِمَا فِيهِ ، وَأَمَّا الْمُسْتَوْفَى فَإِنَّهُ صَارَ مَلِكًا لِلْمُسْتَوْفَى ، وَلَهُ نَمَائُوهُ وَعُنْمُهُ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ وَعُغْرُمُهُ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ، وَالبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ مَمْنُوعٌ .

فصل : وَإِذَا قَضَاهُ جَمِيعَ الْحَقِّ ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنَ الدَّيْنِ ، بَقِيَ الرَّهْنُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا قَضَاهُ كَانَ مَضْمُونًا ، وَإِذَا أَبْرَأَهُ أَوْ وَهَبَهُ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا اسْتِحْسَانًا . وَهَذَا مُنَاقِضَةٌ ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ مَضْمُونٌ مِنْهُ ، لَمْ يَزَلْ ، وَلَمْ يُبْرَأْ مِنْهُ . وَعِنْدَنَا أَنَّهُ كَانَ أَمَانَةً ، وَبَقِيَ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ رَدُّهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمْسَكَهُ بِإِذْنِ مَالِكِهِ ، وَلَا يَخْتَصُّ بِنَفْعِهِ ، فَهُوَ كَالْوَدِيعَةِ ، بِخِلَافِ الْعَارِيَةِ ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِنَفْعِهَا ، وَبِخِلَافِ مَا لَوْ أَطَارَتِ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ ثَوْبًا ، لَرِمَهُ رَدُّهُ إِلَى مَالِكِهِ ؛ لِأَنَّ مَالِكَهُ لَمْ يَأْذَنْ فِي إِمْسَاكِهِ ، فَأَمَّا إِنْ سَأَلَ مَالِكُهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ دَفْعَهُ إِلَيْهِ ،

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٤٤٤ .

(٤) سقط من النسخ . وهو يحيى ابن أبي أنيسة . انظر تهذيب التهذيب ١١/١٨٣ .

والحديث في : ترتيب مسند الشافعي ٢/١٦٣ ، ١٦٤ .

(٥) في م : « وعند » .

لَزِمَ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، مِنَ الْمُرْتَهِنِ أَوْ الْعَدْلِ ، دَفْعُهُ إِلَيْهِ ، إِذَا أَمَكَّنَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، صَارَ ضَامِنًا ، كَالْمُودِعِ إِذَا أَمْتَنَعَ مِنْ رَدِّ الْوَدِيعَةِ عِنْدَ طَلَبِهَا . وَإِنْ كَانَ أَمْتَنَاعُهُ لِعُدْرٍ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ طَرِيقٌ مُخِيفٌ ، أَوْ بَابٌ مُغْلَقٌ لَا يُمْكِنُ فَتْحُهُ ، أَوْ كَانَ يَخَافُ قَوْتٌ جُمُعَةٌ أَوْ جَمَاعَةٌ ، أَوْ قَوْتٌ^(٥) صَلَاةٌ ، أَوْ بِهِ مَرَضٌ ، أَوْ جُوعٌ شَدِيدٌ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ، فَأَحْرَ التَّسْلِيمَ لِذَلِكَ ، فَتَلَفَ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَفْرِيطَ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَهُ الْمُودِعَ .

٥٧/٤ و

فصل : وَإِذَا قَبِضَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ ، فَوَجَدَهُ / مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَهُ رُدُّهُ عَلَى مَالِكِهِ ، وَالرَّهْنُ بَاطِلٌ مِنْ أَصْلِهِ . فَإِنْ أَمَسَكَهُ ، مَعَ عِلْمِهِ بِالْعَصَبِ ، حَتَّى تَلَفَ فِي يَدِهِ ، اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ، وَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيُّهُمَا شَاءَ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ لِذَلِكَ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ ، رَجَعَ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَصَبِ حَتَّى تَلَفَ بِتَفْرِيطِهِ ، فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ مُسْتَقَرٌّ^(٦) عَلَيْهِ ، وَإِنْ تَلَفَ بغير تَفْرِيطِهِ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ ؛ أَحَدُهَا ، يَضْمَنُ ، وَيَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ^(٧) ؛ لِأَنَّ مَالَ غَيْرِهِ تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ الْعَادِيَةِ ، فَاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ . وَالثَّانِي ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَبِضَهُ عَلَى أَنَّهُ أَمَانَةٌ مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْوَدِيعَةِ . فَعَلَى هَذَا يَرْجِعُ الْمَالِكُ عَلَى الْعَاصِبِ لِأَخِيَرٍ . وَالْوَجْهُ الثَّلَاثُ ، أَنَّ لِلْمَالِكِ تَضْمِينَ أَيُّهُمَا شَاءَ ، وَيَسْتَقَرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْعَاصِبِ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْعَاصِبَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ رَجَعَ عَلَى الْعَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ ، كَالْمَعْرُورِ بِعُرْيَةِ أُمَةٍ .

٧٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْحَقِّ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا قَالَ بَيِّنَةٌ)

يعنى : إِذَا اِخْتَلَفَا فِي قِيَمَةِ الرَّهْنِ ، إِذَا تَلَفَ فِي الْحَالِ الَّتِي يَلْزِمُ الْمُرْتَهِنَ ضَمَانَهُ ،

(٥) فِي الْأَصْلِ ، أ : « وَقْت » .

(٦) فِي أ ، م : « يَسْتَقَرُّ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وهي إذا تعدى ، أو لم يحرز ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ؛ لأنه غارم ، ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به ، والقول قول المنكر . وبهذا قال الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً . وإن اختلفا في قدر الحق ، نحو أن يقول الراهن : رهنتك عبدي هذا بال ألف . فقال المرتهن : بل بال ألفين . فالقول قول الراهن . وبهذا قال النحعي ، والثوري ، والشافعي ، والبتي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وحكي عن الحسن ، وقناة ، أن القول قول المرتهن ، ما لم يجاوز ثمن الرهن ، أو قيمته ، ونحوه قول مالك ؛ لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق . ولنا ، أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن ، والقول قول المنكر ؛ لقول رسول الله ﷺ : « لو أعطى الناس بدعواهم ، لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم^(١) . 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 ، فالقول قول الراهن في قدر ما رهنته به ، سواء اتفقا على أنه رهنته بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين ألفان ، وقال الراهن : إنما رهنتك بأحد الألفين . وقال المرتهن : بل رهنته بما . فالقول قول الراهن مع يمينه ؛ لأنه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الألفين بعبد ، والقول قول المنكر . وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين ، وقال الراهن : هو رهن بالموجب . وقال المرتهن : بل بالحال . فالقول قول الراهن مع يمينه ؛ لأنه منكر ، ولأن القول قوله في أصل الرهن ، فكذلك في صفة ، وهذا إذا لم يكن بينة ، فإن كان لأحدهما بينة ، حكيم بها ، بغير خلاف في جميع هذه المسائل .

٥٧/٤ ظ

(١) في : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٦/٣ . كما أخرجه البخاري ، في : باب ﴿ إن الذين يشتركون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا ﴾ ، من كتاب التفسير ، من سورة آل عمران . صحيح البخاري ٤٣/٦ . والنسائي ، في : باب عظة الحاكم على اليمين ، من كتاب آداب القضاة . المجتبى ٢١٨/٨ . وابن ماجه ، في : باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢ .

فصل : وإن اختلفا في قدر الرهن ، فقال : رهنتك هذا العبد . قال : بل هو والعبد الآخر . فالقول قول الراهن ؛ لأنه منكر . ولا نعلم في هذا خلافا . وإن قال : رهنتك هذا العبد . قال : بل هذه الجارية . خرج العبد من الرهن ، لا عتراق المرتهن بأنه لم يرهنه ، وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية ، وخرجت من الرهن أيضا . وإن اختلفا في رد الرهن إلى الراهن ، فالقول قوله أيضا ؛ لأنه منكر ، والأصل معه . وكذلك الحكم في المستأجر ، إذا ادعى رد العين المستأجرة . وقال أبو الخطاب : يتخرج فيهما وجه آخر ، أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد ، بناء على المضارب والوكيل بجعل ، إذا ادعى الرد ، فإن فيهما وجهين ، والفرق بينهما وبين المرتهن ، أن المرتهن قبض العين ليتتفع بها ، وكذلك المستأجر والوكيل ، قبض العين ليتتفع بالجعل لا بالعين ، والمضارب قبضها ليتتفع بربحها لا بها . وإن اختلفا في تلف العين ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ؛ لأن يده يذ أمانته ، ويتعدر عليه إقامة البينة على التلف ، فقبل قوله فيه ، كالمودع .

فصل : فإن قال : بعثت هذا الثوب ، على أن ترهنني بشميه عبدك هذين . قال : بل على أن أرهنك هذا وحده . ففيها روايتان ، حكاهما القاضي ؛ أحدهما ، يتحالفان ؛ لأنه اختلاف في البيع ، فهو كالاختلاف في الثمن . والثانية ، القول قول الراهن ؛ لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه ، والقول قول المنكر . وهذا أصح .

فصل : / وإن قال : أرسلت وكيك ، فرهنني عبدك ، على عشرين قبضها . قال : ما أمرته برهنه إلا بعشرة ، ولا قبضت إلا عشرة . سئل الرسول ، فإن صدق الراهن ، فعليه اليمين أنه ما رهنه إلا بعشرة ، ولا قبض إلا عشرة ، ولا يمين على الراهن ؛ لأن الدعوى على غيره ، فإذا حلف الوكيل برثا جميعا ، وإن تكلف ، فعليه العشرة المختلف فيها ، ولا يرجع بها على أحد ؛ لأنه يصدق الراهن في أنه ما أخذها ، ولا أمره بأخذها ، وإنما المرتهن ظلمه . وإن صدق الوكيل المرتهن ، وادعى أنه

سَلَّمَ الْعِشْرِينَ إِلَى الرَّاهِنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِنْ نَكَلَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِالْعَشْرَةِ ، وَيُدْفَعُ إِلَى الْمُرْتَهِنِ ، وَإِنْ حَلَفَ بِرِيءٍ ، وَعَلَى الرَّسُولِ عَرَامَةُ الْعَشْرَةِ لِلْمُرْتَهِنِ ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهَا حَقٌّ لَهُ ، وَإِنَّمَا الرَّاهِنُ ظَلَمَهُ . وَإِنْ عَدِمَ الرَّسُولُ ، أَوْ تَعَدَّرَ إِخْلَافَهُ ، فَعَلَى الرَّاهِنِ الْيَمِينَ أَنَّهُ مَا أُذِنَ فِي رَهْنِهِ إِلَّا بِعَشْرَةٍ ، وَلَا قَبْضَ أَكْثَرَ مِنْهَا ، وَيَبْقَى الرَّهْنُ بِالْعَشْرَةِ الْأُخْرَى .

فصل : إذا كان على رجل ألفان ، أحدهما برهن ، والآخر بغير رهن ، فقضى ألفا ، وقال : قضيتُ دينَ الرهن . وقال المرتهن : بل قضيتُ الدينَ الآخرَ . فالقولُ قولُ الراهنِ مع يمينه ، سواءً اختلفا في نية الراهنِ بذلك أو في لفظه ؛ لأنه أعلمُ بينتِه وصِفَةِ دَفْعِهِ ، ولأنه يقولُ : إن الدينَ الباقي بلا رهنٍ ، والقولُ قوله في أصلِ الرهنِ ، فكذلك في صِفَتِهِ ، وإن أطلقَ القضاءَ ، ولم ينو شيئا ، فقال أبو بكرٍ : له صرفُها إلى أيهما شاء ، كما لو كان له مالٌ حاضرٌ وغائبٌ ، فأدى قدرَ زكاةٍ أحدهما ، كان له أن يُعينَ عن أيِّ المالينِ شاء . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيِّ . وقال بعضهم : يقعُ الدَّفْعُ عن الدينينِ معا ، عن كلِّ واحدٍ منهما نصفُه ؛ لأنهما تساويا في القضاءِ ، فتساويا في وقوعه عنهما ، فأما إن أبرأه المرتهنُ من أحدِ الدينينِ ، واختلفا ، فالقولُ قولُ المرتهنِ ، على التفصيلِ الذي ذكرناه في الراهنِ ، ذكره أبو بكرٍ .

فصل : وإذا اتَّفَقَ الْمُتْرَاهِنَانِ عَلَى قَبْضِ الْعَدْلِ لِلرَّهْنِ ، لَزِمَ الرَّهْنُ فِي حَقِّهِمَا ، وَلَمْ يَضُرُّ إِنْكَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما . وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا : قَبْضُهُ الْعَدْلُ . فَأَنْكَرَ / الْآخَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ ، كَمَا لَوْ ائْتَفَقَا فِي قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ لَهُ . وَلَوْ شَهِدَ الْعَدْلُ بِالْقَبْضِ ، لَمْ تُقْبَلْ ^(٢) شَهَادَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا ^(٣) شَهَادَةُ الْوَكِيلِ لِمُوكَلِّهِ .

٥٨/٤ ظ

(٢ - ٢) سقط من : ١ ، م .

(٣) في الأصل : « الموكل » .

فصل : إذا كان في يد رجل عبْدٌ ، فقال : رَهَنْتِي عَبْدَكَ هَذَا بِالْفِ . فقال : بل قد غَصَبْتَهُ ، أو اسْتَعْرَثَهُ . فالقول قول السَّيِّدِ ، سواء اعْتَرَفَ بِالذِّينِ أو جَحَدَهُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الرَّهْنِ . وإن قال السَّيِّدُ : بعْتُكَ عَبْدِي هَذَا بِالْفِ . قال : بل رَهَنْتُهُ عِنْدِي بِهَا . فالقول قول كلِّ واحدٍ منهما في العَقْدِ الذي يُنْكِرُهُ ، ويأْخُذُ السَّيِّدُ عَبْدَهُ . وهكذا لو قال : رَهَنْتُكَ بِالْفِ أَقْرَضْتَنِيهِ . قال : بل بعْتَنِيهِ بِالْفِ فَبَضْتُهُ مِنِّي ثَمَنًا . فكذا ، ويُرَدُّ صَاحِبُ العَبْدِ الألفِ ، ويأْخُذُ عَبْدَهُ .

فصل : وإذا ادَّعى على رجلين ، فقال : رَهَنْتُمَانِي عَبْدُكُمَا بِيَدَيْنِي عَلَيَكُمَا . فَأُنْكَرَاهُ . فالقول قولهما ، فإن شَهِدَ كلُّ واحدٍ منهما على صَاحِبِهِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ إذا كان عَدْلًا ، ولِلْمُرْتَهِنِ أن يَخْلِفَ مع كلِّ واحدٍ منهما وَيَصِيرَ جَمِيعُهُ رَهْنًا ، أو يَخْلِفَ مع أَحَدِهِمَا وَيَصِيرُ نَصِيبُ الأَخْرِ رَهْنًا . وإن أَقْرَأَ أَحَدُهُمَا ، ثَبَّتَ في حَقِّهِ وَحَدَهُ . وإن شَهِدَ المُقِرُّ على المُنْكَرِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ إن كان عَدْلًا ؛ لأنَّهُ لا يَجْلُبُ لِتَنْفْسِهِ نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ عنها ضَرًّا^(٤) . وبهذا قال أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ . وقال بَعْضُهُمْ : إذا أَنْكَرَا جَمِيعًا فَيُشَاهَدَتُهُمَا نَظْرًا ؛ لأنَّ المَشْهُودَ له يَدَّعى أن كلَّ واحدٍ منهما ظالمٌ له بِجُحُودِهِ حَقَّهُ من الرَّهْنِ ، فإذا طَعَنَ المَشْهُودُ له في شُهوْدِهِ ، لم تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ له . قلنا : لا يَصِحُّ هذا ؛ فإنَّ إنْكَارَ الدَّعْوَى لا يَثْبُتُ به فِسْقُ المُدَّعى عليه . وإن كان الحَقُّ عليه ، لِجَوَازِ أن يَنْسَى ، أو تَلَحُّقَهُ شُبُهَةٌ فيما يَدَّعى أو يُنْكَرُهُ . وكذلك لو تَدَّعى رَجُلَانِ شَيْئًا ، وَتَخَاصَمَا فِيهِ ، ثم شَهِدَا عِنْدَ الحَاكِمِ بِشَيْءٍ ، لم تُرَدَّ شَهَادَتُهُمَا ، وإن كان أَحَدُهُمَا كاذِبًا في مُخَالَفَتِهِ لِصَاحِبِهِ ، ولو ثَبَّتَ الفِسْقُ بذلك ، لم يَجُزْ قَبُولُ شَهَادَتِهِمَا جَمِيعًا ، مع تَحَقُّقِ الجَرَحِ في أَحَدِهِمَا .

فصل : وإذا رَهَنَ عَيْنًا عند رجلين ، فنصَفُها رَهْنٌ عند كلِّ واحدٍ منهما بِيَدَيْنِهِ ، ومتى وَفَى أَحَدُهُمَا ، خَرَجَتْ حِصَّتُهُ من الرَّهْنِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الأُتْرَاقِينِ بِمَنْزِلَةِ

(٤) في ا، م : « ضررا » .

عَقْدَيْنِ ، فكَأَنَّهُ رَهْنُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النَّصْفَ مُفْرَدًا ، فَإِنْ أَرَادَ مُقَاسَمَةَ الْمُرْتَهِنِ ، وَأَخَذَ نَصِيبَ مَنْ وَفَاهُ ، وَكَانَ الرَّهْنُ مِمَّا لَا تَنْقُصُهُ الْقِسْمَةُ ، كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، لَزِمَ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا تَنْقُصُهُ الْقِسْمَةُ ، لَمْ تَجِبْ قِسْمَتُهُ ؛ لِأَنَّ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ضَرَرًا فِي قِسْمَتِهِ ، وَيُقَرَّرُ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ ، نِصْفُهُ رَهْنٌ ، وَنِصْفُهُ وَدِيعَةٌ . وَإِنْ رَهْنُ اثْنَانِ عَبْدُهُمَا عِنْدَ رَجُلٍ ، فَوَفَاهُ أَحَدَهُمَا ، انْفَكَّ الرَّهْنُ فِي نَصِيبِهِ . وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةٍ مُهْتَأً ، فِي رَجُلَيْنِ رَهْنًا دَارًا لهما عِنْدَ رَجُلٍ ، عَلَى الْآلِفِ ، فَقَضَاهُ أَحَدَهُمَا ، وَلَمْ يَقْضِ الْآخَرَ : فَالِدَارُ رَهْنٌ عَلَى مَا بَقِيَ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، فِي رَجُلٍ رَهْنَ عَبْدِهِ عِنْدَ رَجُلَيْنِ ، فَوَفَّى أَحَدَهُمَا ، فَجَمِيعُهُ رَهْنٌ عِنْدَ الْآخَرِ ، حَتَّى يُوفِّيَهُ . وَهَذَا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ وَأَبِي الْخَطَّابِ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلرَّاهِنِ مُقَاسَمَةُ الْمُرْتَهِنِ ، لِمَا عَلَيْهِ مِنَ الضَّرَرِ ، لَا بِمَعْنَى أَنَّ الْعَيْنَ كُلَّهَا تَكُونُ رَهْنًا ، إِذْ لَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ : إِنَّهُ رَهْنُ نِصْفِ الْعَبْدِ عِنْدَ رَجُلٍ ، فَصَارَ جَمِيعُهُ رَهْنًا . وَلَوْ رَهْنُ اثْنَانِ عَبْدًا لهما عِنْدَ اثْنَيْنِ بِالْآلِفِ ، فَهَذِهِ أَرْبَعَةُ عُقُودٍ ، وَيَصِيرُ كُلُّ رُبْعٍ مِنَ الْعَبْدِ رَهْنًا بِمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ ، فَتَمَّتْ قَضَاها مَنْ هِيَ عَلَيْهِ ، انْفَكَّ مِنَ الرَّهْنِ ذَلِكَ الْقَدْرُ . قَالَه الْقَاضِي ، وَهُوَ الصَّحِيحُ .

فصل : ولو ادَّعى رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ رَهْنَهُمَا عَبْدَهُ ، وَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : رَهْنُهُ عِنْدِي دُونَ صَاحِبِي . فَأُنْكَرَ هُمَا جَمِيعًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ أَنْكَرَ أَحَدَهُمَا ، وَصَدَّقَ الْآخَرَ ، سُلِّمَ إِلَى مَنْ صَدَّقَهُ ، وَحُلْفَ الْآخَرَ . وَإِنْ قَالَ : لَا أَعْلَمُ عَيْنَ الْمُرْتَهِنِ مِنْهُمَا . حَلْفَ عَلَى ذَلِكَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ مِنْهُمَا مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ فِي أُيُودِهِمَا ، حَلْفَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهِ ، وَصَارَ رَهْنًا عِنْدَهُ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلْفَ وَأَخَذَهُ ، كَمَا لَوْ ادَّعَى مَلِكُهُ . وَلَوْ قَالَ : رَهْنَتُهُ عِنْدَ أَحَدِهِمَا ، ثُمَّ رَهْنَتُهُ لِلْآخَرِ ، وَلَا أَعْلَمُ السَّابِقَ مِنْهُمَا . فَكَذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : هَذَا هُوَ السَّابِقُ بِالْعَقْدِ وَالْقَبْضِ . سُلِّمَ إِلَيْهِ ، وَحَلْفَ لِلْآخَرِ . وَإِنْ تَكَلَّلَ وَالْعَبْدُ فِي يَدِ الْأَوَّلِ ، أَوْ يَدِ غَيْرِهِ ، فَعَلِيهِ قِيمَتُهُ لِلثَّانِي ، كَمَا لَوْ قَالَ : هَذَا الْعَبْدُ لِزَيْدٍ ، وَعَصَبْتُهُ مِنْ عَمْرٍو . فَإِنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى زَيْدٍ ، وَيَعْرَمُ قِيمَتَهُ لِعَمْرٍو . وَإِنْ تَكَلَّلَ وَالْعَبْدُ فِي يَدِ الثَّانِي ، أَقْرَ فِي يَدِهِ ، وَعَرِمَ قِيمَتَهُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَ لَهُ بَعْدَ

ما فَعَلَ ما حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ أقرَّ له^(٥) ، فَلزِمَتْهُ قِيَمَتُهُ ، كما قُلْنَا . وقال القاضى : إذا اعترفَ به / لغيرِ مَنْ هو فى يَدِهِ ، فهل يَرَجِعُ صاحِبُ اليَدِ أو المُقرُّ له ؟ على وَجْهَيْنِ . ولو اعترفَ لأحدهما وهو فى يَدَيْهِما . ثَبَّتَتْ يَدُ المُقرِّ له^(٦) فى النِّصْفِ ، وفى النِّصْفِ الآخرِ وَجْهَانِ .

فصل : إذا أُذِنَ لِلرَّاهِنِ فى بَيْعِ الرَّهْنِ بَعْدَ حُلُولِ الحَقِّ ، جازَ ، وَتَعَلَّقَ حَقَّهُ بِثَمَنِهِ . وإن أُذِنَ له قَبْلَ حُلُولِهِ مُطْلَقًا ، فبَاعَهُ ، بَطَلَ الرَّهْنُ ، ولم يكن عليه عَوْضُهُ ؛ لأنَّهُ أُذِنَ له فيما يُنَافى حَقَّهُ ، فَأشْبَهَ ما لو أُذِنَ فى عِتْقِهِ ، ولِلْمَالِكِ أَخَذَ ثَمَنِهِ . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ ومحمدٌ : يكونُ الثَّمَنُ رَهْنًا ؛ لأنَّ الرَّاهِنَ باعَ الرَّهْنَ بِأَذْنِ المُرتَهِنِ فَوَجَبَ أنْ يَثْبِتَ حَقَّهُ فيه ، كما لو حَلَّ الدَّيْنُ . قال الطَّحاوى : حَقُّ المُرتَهِنِ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ الرَّهْنِ ، والثَّمَنُ بَدَلُهُ ، فَوَجَبَ أنْ يَتَعَلَّقَ به ، كما لو أَثْلَفَهُ مُتَيْلِفٌ . ولنا ، أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِبُطْلِ حَقِّ المُرتَهِنِ من عَيْنِ الرَّهْنِ ، لا يَمْلِكُهُ المُرتَهِنُ ، فإذا أُذِنَ فيه ، أَسْقَطَ حَقَّهُ ، كَالعِتْقِ ، وَيُخَالِفُ ما بَعْدَ الحُلُولِ ؛ لأنَّ المُرتَهِنَ يَسْتَحِقُّ البَيْعَ ، وَيُخَالِفُ الإِثْلَافَ ؛ لأنَّهُ غيرُ ماذُونٍ فيه من جِهَةِ المُرتَهِنِ . فإن قال : إنَّما أَرَدْتُ بِإِطْلَاقِ الإِذْنِ أنْ يكونَ ثَمَنُهُ رَهْنًا . لم يُلْتَفَتْ إلى دَعْوَاهُ ؛ لأنَّ إِطْلَاقَ الإِذْنِ يَقْتَضِي بَيْعًا يَفْسُخُ الرَّهْنَ ، وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وإن أُذِنَ فيه بِشَرْطِ أنْ يَجْعَلَ ثَمَنَهُ مَكَانَهُ رَهْنًا ، أو يُعَجِّلَ له دَيْنَهُ من ثَمَنِهِ ، جازَ ، وَلزِمَ ذلكَ . وإن اِخْتَلَفَا فى الإِذْنِ ، فالقولُ قولُ المُرتَهِنِ ؛ لأنَّهُ مُنْكَرٌ . وإن أُذِنَ فى البَيْعِ ، واِخْتَلَفَا فى شَرْطِ جَعْلِ ثَمَنِهِ رَهْنًا ، أو تَعْجِيلِ دَيْنِهِ منه ، فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الشَّرْطِ . وَيَحْتَمِلُ أنْ يكونَ القولُ قولُ المُرتَهِنِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بقاءُ الرِّثِيَّةِ . وإن أُذِنَ الرَّاهِنُ فى البَيْعِ ، ثم رَجَعَ قَبْلَ البَيْعِ ، فباعَهُ المُرتَهِنُ بَعْدَ العِلْمِ بِالرُّجُوعِ ، لم يَصِحَّ بَيْعُهُ . وإن باعَهُ

(٥) فى ازيادة : « به » .

(٦ - ٦) سقط من : م .

بعد الرجوع ، وقَبَلَ الْعِلْمِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءٍ عَلَى عَزْلِ الْوَكِيلِ قَبْلَ عِلْمِهِ .
فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي الرَّجُوعِ قَبْلَ الْبَيْعِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ
الْأَصْلَ عَدَمُ الرَّجُوعِ ، وَعَدَمُ الْبَيْعِ قَبْلَ الرَّجُوعِ ، فَتَعَارَضَ الْأَصْلَانِ ، وَبَقِيَ
الْعَيْنُ رَهْنًا عَلَى مَا كَانَتْ (٧) . وَبِهَذَا كَلَّهُ قَالَ / الشَّافِعِيُّ . وَهَذَا فِيمَا لَا يُحْتَاجُ
إِلَى بَيْعِهِ ، فَأَمَّا مَا دَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى بَيْعِهِ ، كَالَّذِي خِيفَ تَلْفُهُ ، إِذَا أُذِنَ فِي بَيْعِهِ مُطْلَقًا ،
تَعَلَّقَ الْحَقُّ بِثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ مُسْتَحَقٌّ ، فَأَشْبَهَهُ مَا بِيَعَ بَعْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ .

٦٠/٤ و

فصل : إِذَا حَلَّ الْحَقُّ ، لَزِمَ الرَّاهِنَ الْإِيْقَاءَ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ حَالٌّ ، فَلَزِمَ إِيفَاؤُهُ ، كَالَّذِي
لَا رَهْنَ بِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُؤَفِّ ، وَكَانَ قَدْ أُذِنَ لِلْمُرْتَهِنِ أَوْ لِلْعَدْلِ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ ، بَاعَهُ ،
وَوَفَّى الْحَقَّ مِنْ ثَمَنِهِ ، وَمَا فَضَلَ مِنْ ثَمَنِهِ فَلِمَالِكِهِ ، وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ فَعَلَى
الرَّاهِنِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أُذِنَ لَهَا فِي بَيْعِهِ ، أَوْ كَانَ قَدْ أُذِنَ لَهَا ثُمَّ عَزَلَهُمَا ، طَوْلَبَ
بِالْوَفَاءِ أَوْ بَيْعِ (٨) الرَّهْنِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، وَإِلَّا فَعَلَ الْحَاكِمُ مَا يَرَى مِنْ حُسْبِهِ وَتَعَزِيرِهِ
لِبَيْعِهِ ، أَوْ بَيْعِهِ بِنَفْسِهِ أَوْ أَمِينِهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَبِيعُهُ
الْحَاكِمُ ؛ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْحَاكِمِ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ ، لَا عَلَى مَالِهِ ، فَلَمْ يُنْفَذْ بَيْعُهُ بغيرِ
إِذْنِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ ، فَإِذَا امْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ . قَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِي أَدَائِهِ
كَالْإِيْقَاءِ مِنْ جِنْسِ الدَّيْنِ ، وَإِنْ وَفَّى الدَّيْنَ مِنْ غَيْرِ الرَّهْنِ ، انْفَكَّ الرَّهْنُ .

٧٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَالْمُرْتَهِنُ أَحَقُّ بِثَمَنِ الرَّهْنِ مِنْ جَمِيعِ الْغُرْمَاءِ ،
حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ ، حَيًّا كَانَ الرَّاهِنُ أَوْ مَيِّتًا)

وجملته أنه إذا ضاق مال الراهن عن ديونه ، وطالب الغرماء بديونهم ، أو حُجِرَ
عليه لفسله ، وأريد قسمة ماله بين غرمائه ، فأول من يُقدَّم من له أُرْشُ جِنَايَةٍ يَتَعَلَّقُ
بِرَقَبَةِ بَعْضِ عَبِيدِ الْمُفْلِسِ ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا مِنْ قَبْلُ ، ثُمَّ مَنْ لَهُ رَهْنٌ ؛ فَإِنَّهُ يُحْصَى بِثَمَنِهِ

(٧) في النسخ زيادة : « القول » ولم نجد له توجيها .

(٨) في م : « وبيع » .

عن سَائِرِ الْغُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِ الرَّهْنِ وَذِمَّةِ الرَّاهِنِ مَعًا ، وَسَائِرُهُمْ يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالذِّمَّةِ دُونَ الْعَيْنِ ، فَكَانَ حَقُّهُ أَقْوَى ، وَهَذَا مِنْ أَكْثَرِ فَوَائِدِ الرَّهْنِ ، وَهُوَ تَقْدِيمُهُ بِحَقِّهِ عِنْدَ فَرَضِ مُزَا حَمَةِ الْغُرْمَاءِ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَغَيْرِهِمْ ، فَيُبَاعُ الرَّهْنُ ، فَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ وَفَقَّ حَقُّهُ أَخَذَهُ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَنْ دَيْنِهِ رُدَّ الْبَاقِي عَلَى الْغُرْمَاءِ ، وَإِنْ فَضَلَ مِنْ دَيْنِهِ شَيْءٌ أَخَذَ ثَمَنُهُ ، وَضَرَبَ مَعَ الْغُرْمَاءِ بِبَقِيَّةِ دَيْنِهِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْغُرْمَاءِ ، عَلَى قَدْرِ دُيُونِهِمْ ، وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ دَيْنُهُ / ثَابِتٌ بِجِنَايَةِ الْمُفْلِسِ ، لَمْ يُقَدِّمْ ، وَكَانَ أُسْوَةَ الْغُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَ جِنَايَتِهِ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ دُونَ مَالِهِ ، فَهُوَ كِبَقِيَّةِ الدُّيُونِ ، بِخِلَافِ أَرْضِ جِنَايَةِ الْعَبْدِ ، فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِرِقَبَةِ الْعَبْدِ ، فَلِذَلِكَ كَانَ أَحَقُّ بِهِ مِمَّنْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، وَلَا فَرْقَ فِي اسْتِحْقَاقِ ثَمَنِ الرَّهْنِ وَالِاخْتِصَاصِ بِهِ بَيْنَ كَوْنِ الرَّاهِنِ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا ؛ لِأَنَّ تَقْدِيمَ حَقِّهِ مِنْ حَيْثُ كَانَ حَقُّهُ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنِ الْمَالِ ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ بِالْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ ، فَكَذَلِكَ مَا ثَبَتَ بِهِ ، كَأَرْضِ الْجِنَايَةِ .

فصل : ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن ، أو باع العبد الرهن وقبض الثمن فليف ، وتعدّر رده ، وخرجت السلعة مستحقة ، ساوى المشتري الغرماء ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ الْمَالِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أَرْضِ جِنَايَةِ الْمُفْلِسِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي احْتِمَالًا آخَرَ ، أَنَّهُ يُقَدِّمُ عَلَى الْغُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، فَكَانَ أَوْلَى ، كَالْمُرْتَهِنِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُقَدِّمْ عَلَى الْغُرْمَاءِ ، لَأَمْتَنَعَ النَّاسُ عَنْ (١) شِرَاءِ مَالِ الْمُفْلِسِ ، خَوْفًا مِنْ ضِيَاعِ أَمْوَالِهِمْ ، فَتَقَلُّ الرِّغْبَاتُ فِيهِ ، وَيَقِلُّ ثَمَنُهُ ، فَكَانَ تَقْدِيمُهُ الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ عَلَى الْغُرْمَاءِ أَنْفَعَ لَهُمْ . وَهَذَا وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا حَقٌّ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ الْمَالِ ، فَلَمْ يُقَدِّمْ ، كَالَّذِي جَنَى عَلَيْهِ الْمُفْلِسُ ، وَفَارَقَ

(١) في الأصل : « من » .

الْمُرْتَهِنَ ، فَإِنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْمَعْنَى الْأَوَّلِ مُتَنَقِضٌ بِأَرْشِ جِنَايَةِ الْمُفْلِسِ ، وَالثَّانِي مَصْلَحَةٌ لَا أَصْلَ لَهَا ، فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ بِهَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَوْجُودًا ، يُمَكِّنُ رَدَّهُ ، وَجَبَ رَدُّهُ ، وَيَنْفَرِدُ بِهِ صَاحِبُهُ ؛ لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ ، وَكَذَلِكَ صَاحِبُ السَّلْعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ يَأْخُذُهَا ، وَمَتَى بَاعَ الْعَدْلُ مَالَ الْمُفْلِسِ ، أَوْ بَاعَ الرَّهْنَ وَخَرَجَتِ السَّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً ، فَالْعَهْدَةُ عَلَى الْمُفْلِسِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَدْلِ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ .

فصل : ومن استأجر دارًا أو بغيرها بعينه ، أو شيئًا غيرهما بعينه ، ثم أفلس المؤجر ، فالمستأجر أحق بالعين التي استأجرها من الغرماء ، حتى يستوفى حقه ؛ لأن حقه متعلق بعين المال ، والمنفعة مملوكة له في هذه المدة ، فكان أحق بها ، كما لو اشترى منه شيئًا . فإن هلك البعير ، أو انهدمت الدار ، قبل انقضاء المدة ، انفسخت الإجارة ، / ويضرب مع الغرماء ببقية الأجرة . وإن استأجر جملاً في الذمة أو غيره ، ثم أفلس المؤجر ، فالمستأجر أسوة الغرماء ؛ لأن حقه لم يتعلق بالعين . وهذا مذهب الشافعي . ولا تعلم فيه خلافاً . فإن أجز دارًا ثم أفلس ، فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الإجارة ، فلهم ذلك ، ويبيعونها مستأجرة ، وإن اختلفوا ، قدم قول من طلب البيع في الحال ؛ لأنه أحوط من التأخير ، فإذا استوفى المستأجر يسلم المشتري . وإن اختلفوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الإجارة ، فلهم ذلك ؛ لأن الحق لهم ، لا يخرج عنهم .

فصل : ولو باع سلعة ، ثم أفلس قبل تقيضها ، فالمشتري أحق بها من الغرماء ، سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرهما ؛ 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 ؛ لأنه وجد عين ماله ، وإن لم يجده ، فله أسوة الغرماء ؛ لأنه

لم يَتَعَلَّقْ حَقَّهُ بِعَيْنِ مَالٍ ، وَلَا تَبَّتْ مِلْكُهُ فِيهِ ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْعُرْمَاءِ بِالْمُسْلِمِ فِيهِ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ دُونَ الثَّمَنِ ، فَيُعْزَلُ لَهُ قَدْرُ حَقِّهِ ، فَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ جِنْسٌ حَقُّهُ ، أَخَذَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ جِنْسٌ حَقُّهُ ، عُزِلَ لَهُ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، فَيَشْتَرِي بِهِ الْمُسْلِمَ فِيهِ ، فَيَأْخُذُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْمَعْزُولَ بِعَيْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ بَدَلًا عَمَّا فِي الذَّمَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْبَدَلِ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ . وَإِنْ أُمِكَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالْمَعْزُولِ أَكْثَرَ مِمَّا قُدِّرَ لَهُ ، لِرُحْصِ الْمُسْلِمِ فِيهِ ، اشْتَرَى لَهُ بِقَدْرِ حَقِّهِ ، وَرُدَّ الْبَاقِي عَلَى الْعُرْمَاءِ . مِثَالُهُ ، رَجُلٌ أَفْلَسَ وَلَهُ دِينَارٌ ، وَعَلَيْهِ لِرَجُلٍ دِينَارٌ ، وَلَا آخَرَ قَفِيزٍ حِنْطَةٍ مِنْ سَلَمٍ قِيمَتُهُ (٢) دِينَارٌ . فَإِنَّهُ يُقَسِّمُ دِينَارَ الْمُفْلِسِ نِصْفَيْنِ ، لِصَاحِبِ الدِّينَارِ نِصْفَهُ ، وَيُعْزَلُ نِصْفَهُ لِلْمُسْلِمِ ، فَإِنْ رَحِصَتِ الْحِنْطَةُ ، فَصَارَ قِيمَةُ الْقَفِيزِ نِصْفَ دِينَارٍ ، تَبَيَّنَا أَنَّ حَقَّهُ مِثْلُ نِصْفِ حَقِّ صَاحِبِ الدِّينَارِ ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنْ دِينَارِ الْمُفْلِسِ إِلَّا ثَلَاثَهُ ، فَيُشْتَرَى (٣) لَهُ بِهِ ثَلَاثًا قَفِيزٍ ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ ، وَيُرَدُّ سُدُسُ الدِّينَارِ عَلَى الْعَرِيمِ الْآخَرِ ، فَإِنْ غَلَا الْمُسْلِمُ فِيهِ ، فَصَارَ قِيمَةُ الْقَفِيزِ دِينَارَيْنِ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ مِثْلَى مَا يَسْتَحِقُّهُ صَاحِبُ الدِّينَارِ ، فَيَكُونُ لَهُ مِنْ دِينَارِ الْمُفْلِسِ / ثَلَاثًا فَيُشْتَرَى لَهُ بِالنِّصْفِ الْمَعْزُولِ ، وَيُرْجَعُ عَلَى الْعَرِيمِ بِسُدُسِ دِينَارٍ ، يُشْتَرَى لَهُ بِهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْمَعْزُولَ مِلْكُ الْمُفْلِسِ ، وَإِنَّمَا لِلْمُسْلِمِ قَدْرُ حَقِّهِ ، فَإِنْ زَادَ فَلِلْمُفْلِسِ ، وَإِنْ نَقَصَ فَعَلَيْهِ .

و ٦١/٤

فصل : قال عبد الله بن أحمد : سألت أبا عن رجلٍ عنده رُهونٌ كثيرةٌ ، لا يَعْرِفُ أَصْحَابَهَا ، وَلَا مَنْ رَهَنَ عِنْدَهُ . قال : إِذَا أَيْسَتْ مِنْ مَعْرِفَتِهِمْ ، وَمَعْرِفَةِ وَرَثَتِهِمْ ، فَأَرَى أَنْ تُبَاعَ وَيُتَصَدَّقَ بِثَمَنِهَا ، فَإِنْ عَرَفَ بَعْدَ أَرْبَابِهَا ، خَيْرَهُمْ بَيْنَ الْأَجْرِ أَوْ يَعْرَمَ لَهُمْ ، هَذَا الَّذِي أَذْهَبُ إِلَيْهِ . وقال أبو الحارث ، عن أحمد ، في

(٢) في الأصل : « ثمنه » .

(٣) في ١ ، م : « يشتري » .

الرَّهْنُ يَكُونُ عِنْدَهُ السَّنِينَ الْكَثِيرَةَ ، يَأْسُ مِنْ صَاحِبِهِ : يَبِيعُهُ ، وَيَتَصَدَّقُ
بِالْفَضْلِ . فظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ يَسْتَوْفِي حَقَّهُ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ : لَا يَسْتَوْفِي حَقَّهُ
مِنْ ثَمَنِهِ . لَكِنْ^(٤) (إِنْ جَاءَ^(٥) صَاحِبُهُ^(٦) فَطَلَبَهُ ، أَعْطَاهُ إِيَّاهُ ، وَطَلَبَ مِنْهُ
حَقَّهُ ، وَأَمَّا إِنْ رَفَعَ أَمْرَهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَبَاعَهُ وَوَفَّاهُ مِنْهُ حَقَّهُ ، جَازَ ذَلِكَ .

(٤) فِي أ ، م : « وَلَكِنْ » .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : أ .

(٦) فِي أ ، م : « صَاحِبِهَا » .

كتابُ المُفلسِ

المُفلسُ هو الذي لا مالَ له ، ولا ما يَدْفَعُ به حاجتَهُ ، ولهذا لما قال النَّبِيُّ ﷺ لأصحابِهِ : « أَتَدْرُونَ مَنْ المُفلسُ ؟ » . قالوا : يا رسولَ اللهِ ، المُفلسُ فينا مَنْ لا دِرْهَمَ له ولا مَتَاعَ . قال : « لَيْسَ ذَلِكَ المُفلسَ ، وَلَكِنَّ المُفلسَ مَنْ يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الْجِبَالِ ، وَيَأْتِي وَقَدْ ظَلَمَ هَذَا ، وَاطَّامَ هَذَا ، وَأَخَذَ مِنْ عَرَضِ هَذَا ، فَيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإِنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ أَخَذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ ، فَرَدَّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ صُكِّ لُهُ صُكٌّ إِلَى النَّارِ » . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ بِمَعْنَاهُ (١) . فَقَوْلُهُمْ ذَلِكَ إِخْبَارٌ عَنْ حَقِيقَةِ المُفلسِ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَيْسَ ذَلِكَ (٢) المُفلسَ » . تَجَوُّزٌ لَمْ يُرَدَّ بِهِ نَفْيُ الْحَقِيقَةِ ، بَلْ أَرَادَ أَنْ فَلَسَ الْآخِرَةَ أَشَدُّ وَأَعْظَمُ ؛ بَحِيثٌ يَصِيرُ مُفلسُ الدُّنْيَا بِالنَّسْبَةِ إِلَيْهِ كَالْغَنِيِّ . وَنَحْوُ هَذَا قَوْلُهُ ﷺ : « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرْعَةِ ، وَلَكِنَّ الشَّدِيدَ الَّذِي يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ » (٣) . وَقَوْلُهُ : « لَيْسَ السَّابِقُ مَنْ سَبَقَ بَعِيرُهُ ، وَإِنَّمَا السَّابِقُ مَنْ غَفَرَ لَهُ » (٤) . وَقَوْلُهُ : « لَيْسَ الْغِنَى عَنْ كَثْرَةِ الْعَرَضِ ،

(١) في : باب تحريم الظلم ، من كتاب البر . صحيح مسلم ١٩٩٧/٤ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٣/٢ ، ٣٣٤ ، ٣٧٢ .

(٢) في الأصل : « ذلكم » .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب الحذر من الغضب ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٣٤/٨ .
ومسلم ، في : باب فضل من يملك نفسه عند الغضب ... ، من كتاب البر . صحيح مسلم ٢٠١٤/٤ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الغضب ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨ ، ٢٣٦/٢ .

(٤) لم نجده .

إِنَّمَا الْغِنَى غِنَى النَّفْسِ «^(٥)». ومنه قول الشاعر^(٦) :

/ لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَّاحَ بِمَيِّتٍ إِنَّمَا الْمَيِّتُ مَيِّتُ الْأَحْيَاءِ ٦٢/٤ و
وإنما سُمِّيَ هذا مُفْلِسًا ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ إِلَّا الْفُلُوسُ ، وَهِيَ أَدْنَى أَنْوَاعِ الْمَالِ .
وَالْمُفْلِسُ فِي عُرْفِ الْفُقَهَاءِ : مَنْ ذَيْبُهُ أَكْثَرُ مِنْ مَالِهِ ، وَخَرَجُهُ أَكْثَرُ مِنْ دَخْلِهِ . وَسَمُوهُ
مُفْلِسًا وَإِنْ كَانَ ذَا مَالٍ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ مُسْتَحَقُّ الصَّرْفِ فِي جِهَةِ ذَيْبِهِ ، فَكَأَنَّهُ مَعْدُومٌ .
وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ تَفْسِيرُ النَّبِيِّ ﷺ مُفْلِسَ الْآخِرَةِ ، فَإِنَّهُ أَخْبَرَ أَنَّ لَهُ حَسَنَاتٍ أَمْثَالَ
الْجِبَالِ ، لَكِنَّهَا كَانَتْ دُونَ مَا عَلَيْهِ ، فَقُسِمَتْ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ ، وَبَقِيَ لَا شَيْءَ لَهُ .
وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ سُمِّيَ بِذَلِكَ لِمَا يُؤُولُ إِلَيْهِ مِنْ عَدَمِ مَالِهِ بَعْدَ وِفَاءِ ذَيْبِهِ ، وَيَجُوزُ
أَنْ يَكُونَ سُمِّيَ بِذَلِكَ ، لِأَنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ ، إِلَّا الشَّيْءَ التَّافَهُ الَّذِي لَا
يَعِيشُ إِلَّا بِهِ ، كَالْفُلُوسِ وَنَحْوِهَا .

فصل : ومتى لَزِمَ الْإِنْسَانُ دُيُونَ حَالَةٍ ، لَا يَفِي مَالُهُ بِهَا ، فَسَأَلَ غُرَمَاؤُهُ الْحَاكِمَ
الْحَجَرَ عَلَيْهِ ، لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُمْ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَظْهَرَ الْحَجْرُ عَلَيْهِ لِتُجَنَّبَ مُعَامَلَتُهُ ،
فَإِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ ثَبَّتَ بِذَلِكَ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْلُقُ حُقُوقَ الْغُرَمَاءِ بِعَيْنِ مَالِهِ .
وَالثَّانِي ، مَنْعُ تَصَرُّفِهِ فِي عَيْنِ مَالِهِ . وَالثَّلَاثُ ، أَنَّ مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَهُ فَهُوَ أَحَقُّ
بِهَا مِنْ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ إِذَا وَجَدَتْ الشُّرُوطُ . الرَّابِعُ ، أَنَّ لِلْحَاكِمِ بَيْعَ مَالِهِ وَإِيفَاءَ
الْغُرَمَاءِ . وَالْأَصْلُ فِي هَذَا مَا رَوَى كَعْبُ بْنُ مَالِكٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَجَرَ عَلَى

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب الغنى غنى النفس ، من كتاب الرقاق . صحيح البخاري ١١٨/٨ . ومسلم ،
في : باب ليس الغنى عن كثرة العرض ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٢٦/٢ . والترمذي ، في : باب
ما جاء أن الغنى غنى النفس ، من أبواب الزهد . عارضة الأحمدي ٢٢١/٩ . وابن ماجه ، في : باب القناعة ،
من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٣٨٦/٢ . والإمام أحمد ، في المسند : ٢٤٣/٢ ، ٢٦١ ، ٣١٥ ، ٣٩٠ ،
٤٣٨ ، ٤٤٣ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ .

(٦) نسب ابن منظور البيت ، في اللسان (موت) ، إلى عدى بن الرعاء الغساني ، أحد بني عمرو بن مازن ، والرعاء أمه ،
وكذلك نسبة ابن يعيش في : شرح المفصل ٦٩/١٠ . ونسبه ياقوت ، في معجم الأدباء ٩/١٢ إلى صالح بن عبد القدوس .

مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ، وَبَاعَ مَالَهُ . رَوَاهُ الْحَلَالُ بِإِسْنَادِهِ^(٧) . وَعَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ كَعْبٍ ، قَالَ : كَانَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ مِنْ أَفْضَلِ شَبَابِ قَوْمِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ يُمْسِكُ شَيْئًا ، فَلَمْ يَزَلْ يُدَانُ حَتَّى أُغْرِقَ مَالَهُ فِي الدِّينِ ، فَكَلَّمَ النَّبِيَّ ﷺ غَرْمَاءَهُ ، فَلَوْ تَرَكَ أَحَدًا مِنْ أَجْلِ أَحَدٍ لَتَرَكُوا مُعَاذًا مِنْ أَجْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَبَاعَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَالَهُ ، حَتَّى قَامَ مُعَاذٌ بِغَيْرِ شَيْءٍ^(٨) . قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ : إِنَّمَا لَمْ يَتْرِكِ الْغَرْمَاءَ لِمُعَاذٍ حِينَ كَلَّمَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَهُودًا .

٨٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا فَلَسَ الْحَاكِمُ رَجُلًا ، فَأَصَابَ أَحَدَ الْغَرْمَاءِ عَيْنَ مَالِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ تَرْكُهُ ، وَيَكُونُ أُسْوَةً الْغَرْمَاءِ)

وَجُمَلْتُهُ أَنَّ الْمُفْلِسَ مَتَى حُجِرَ عَلَيْهِ ، فَوَجَدَ بَعْضُ غَرْمَائِهِ سِلْعَتَهُ الَّتِي بَاعَهُ إِيَّاهَا بِعَيْنِهَا ، بِالشَّرْوَطِ الَّتِي يَذْكُرُهَا ، مَلَكَ فَسَخَّ الْبَيْعَ ، وَأَخَذَ سِلْعَتَهُ . / وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ ، وَعَلِيٍّ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ . وَبِهِ قَالَ غُرُورَةٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَنْبَرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالنَّحْعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ أُسْوَةُ الْغَرْمَاءِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ كَانَ لَهُ حَقُّ الْإِمْسَاكِ لِقَبْضِ الثَّمَنِ ، فَلَمَّا سَلَّمَهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنَ الْإِمْسَاكِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي ذَلِكَ بِالْإِفْلَاسِ ، كَالْمُرْتَهِنِ إِذَا سَلَّمَ الرَّهْنَ إِلَى الرَّاهِنِ . وَلِأَنَّهُ سَاوَى الْغَرْمَاءِ فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ ، فَيَسَاوِيهِمْ فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، كَسَائِرِهِمْ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ

٦٢/٤ ظ

(٧) وأخرجه البيهقي ، في : باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، من كتاب التفليس . السنن الكبرى ٤٨/٦ . والحاكم ، في : باب الصلح جائز بين المسلمين إلا ما حرم حلالا ، من كتاب الأحكام . المستدرک ١٠١/٤ . والدارقطني ، في : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك ، سنن الدارقطني ٢٣١/٤ .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، من كتاب التفليس ، السنن الكبرى ٤٨/٦ . وعبد الرزاق ، في : باب المفلس والمحجور عليه ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٦٨/٨ . والحاكم ، في : باب أن معاذا كان أمة قاتنا لله ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرک ٢٧٣/٣ .

بِهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . قال أحمدُ : لو أن حَاكِمًا حَكَمَ أَنَّهُ أُسْوَةٌ الْغُرَمَاءِ ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَى رَجُلٍ يَرَى الْعَمَلَ بِالْحَدِيثِ ، جَازَ لَهُ تَقْضُ حُكْمِهِ . وَلَأنَّ هَذَا الْعَقْدَ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ بِالْإِقَالَةِ ، فَجَازَ فِيهِ الْفَسْخُ ؛ لِتَعَدُّرِ الْعَوْضِ ، كَالْمُسْلِمِ فِيهِ إِذَا تَعَدَّرَ . وَلَأنَّهُ لَوْ^(٢) شَرَطَ فِي الْبَيْعِ رَهْنًا ، فَعَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِهِ ، اسْتَحَقَّ الْفَسْخُ ، وَهُوَ وَثِيقَةٌ بِالثَّمَنِ ، فَالْعَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ بِنَفْسِهِ أَوْلَى . وَيُفَارِقُ الْمَبِيعُ الرَّهْنَ ؛ فَإِنْ إِمْسَاكَ الرَّهْنِ إِمْسَاكٌ مُجَرَّدٌ عَلَى سَبِيلِ الْوَثِيقَةِ ، وَلَيْسَ بِبَدَلٍ ، وَالثَّمَنُ هَهُنَا بَدَلٌ عَنِ الْعَيْنِ ، فَإِذَا تَعَدَّرَ اسْتَيْفَأُوهُ ، رَجَعَ إِلَى الْمُبَدَّلِ . وَقَوْلُهُمْ : تَسَاوَوْا فِي سَبَبِ الْاسْتِحْقَاقِ . قُلْنَا : لَكِنْ اخْتَلَفُوا فِي الشَّرْطِ ، فَإِنَّ بَقَاءَ الْعَيْنِ شَرْطٌ لِمِلْكَ الْفَسْخِ ، وَهِيَ مَوْجُودَةٌ فِي حَقِّ مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ دُونَ مَنْ لَمْ يَجِدْهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ رَجَعَ فِي السَّلْعَةِ ، وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَرْجِعْ ، وَكَانَ أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ ، وَسَوَاءٌ كَانَتِ السَّلْعَةُ مُسَاوِيَةً لِثَمَنِهَا أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ الْإِعْسَارَ سَبَبٌ يَثْبُتُ^(٣) جَوَازَ الْفَسْخِ ، فَلَا يُوجِبُهُ ، كَالْعَيْبِ وَالْخِيَارِ . وَلَا يَفْتَقِرُ الْفَسْخُ إِلَى حُكْمِ حَاكِمٍ لِأَنَّهُ فَسَخٌ ثَبَتَ بِالنَّصِّ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى حُكْمِ حَاكِمٍ ، كَفَسْخِ النِّكَاحِ لِعَتَقِ الْأَمَةِ .

فصل : وهل خيار الرجوع على الفور ، أو على التراخي ؟ على وجهين ، بناءً على خيار الرد بالعيب ، وفي ذلك روايتان ؛ إحداهما ، هو على التراخي ؛ لأنه حق

(١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا وجد ماله عند مفلس ... ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخاري ١٥٥/٣ ، ١٥٥٦ ، ومسلم ، في : باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٣/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٠/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في إفلاس الغريم ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٧٨/٢ .

(٢) في م : « إذا » .

(٣) سقط من م .

رُجوعٍ يَسْقُطُ إلى عَوْضٍ ، فكان على التَّراخِي ، كالرُّجوعِ في الهِبَةِ . والثاني ، هو على الفورِ ؛ لأنَّهُ خِيَارٌ يَثْبُتُ في البَيْعِ لِنَقْصِ في العَوْضِ ، فكان على الفورِ ، كالرَّدِّ بِالْعَيْبِ . ولأنَّ جَوَازَ تَأْخِيرِهِ^(٤) / يُفْضِي إلى الضَّرَرِ بِالْغَرْمَاءِ ، لِإِفْضَائِهِ إلى تَأْخِيرِ حُقُوقِهِمْ ، فَأَشْبَهَ خِيَارَ الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ . وَنَصَرَ الْقَاضِي هَذَا الْوَجْهَ ، وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهْدَيْنِ .

فصل : فَإِنْ بَدَّلَ الْغَرْمَاءُ الثَّمَنَ لِصَاحِبِ السَّلْعَةِ لِيَتْرَكَهَا ، لَمْ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِنَّمَا يَجُوزُ لِدَفْعِ مَا يَلْحَقُهُ مِنَ النِّقْصِ فِي الثَّمَنِ ، فَإِذَا بَدَّلَ لَهُ بِكَمَالِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ زَالَ الْعَيْبُ مِنَ الْمَعِيبِ . وَلَنَا ، الْحَبِيرُ الَّذِي رَوَيْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ يَدْفَعُ الْحَقَّ مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يُجِبِّرْ صَاحِبَ الْحَقِّ عَلَى قَبْضِهِ ، كَمَا لَوْ أَعْسَرَ الزَّوْجُ بِالنَّفَقَةِ ، فَبَدَّلَهَا غَيْرَهُ ، أَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ ، فَبَدَّلَ غَيْرَهُ مَا عَلَيْهِ لِسَيِّدِهِ ، وَهَذَا يَنْتَقِضُ مَا ذَكَرُوهُ ، وَسِوَاءَ بَدَلُوهُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ أَوْ خَصُّوهُ بِثَمَنِهِ مِنَ التَّرِكَةِ ، وَفِي هَذَا الْقَسْمِ ضَرَرٌ آخَرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ تَجَدُّدَ ثُبُوتِ ذَيْنِ آخَرَ ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ . وَإِنْ دَفَعُوا إِلَى الْمُفْلِسِ الثَّمَنَ ، فَبَدَّلَهُ لِلْبَائِعِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْعَجْزُ عَنْ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، فَزَالَ مِلْكُ الْفَسْخِ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ سَائِرُ الْغَرْمَاءِ حُقُوقَهُمْ عَنْهُ ، فَمَلَكَ أَدَاءَ الثَّمَنِ . وَلَوْ أَسْقَطَ الْغَرْمَاءُ حُقُوقَهُمْ^(٥) عَنْهُ ، فَتَمَكَّنَ مِنَ الْأَدَاءِ ، أَوْ وَهَبَ لَهُ مَالٌ . فَأَمَّا كُنْهُ الْأَدَاءِ مِنْهُ ، أَوْ غَلَّتْ أَعْيَانُ مَالِهِ ، فَصَارَتْ قِيمَتُهَا وَافِيَةً بِحُقُوقِ الْغَرْمَاءِ ، بَحَيْثُ يُمَكِّنُهُ أَدَاءُ الثَّمَنِ كُلَّهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ الْفَسْخُ ؛ لِزَوَالِ سَبَبِهِ ، وَلِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ الْوُصُولُ إِلَى ثَمَنِ سِلْعَتِهِ^(٦) مِنَ الْمُشْتَرِي ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُفْلِسْ .

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى الْمُفْلِسُ مِنْ إِنْسَانٍ سِلْعَةً بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَجْرِ عَلَيْهِ فِي ذِمَّتِهِ ،

(٤) فِي النِّسْخِ : « تَأْخِيرٌ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « حَقُّهُمْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « السِّلْعَةُ » .

لم يكن له الفسخ ؛ لتعذر الاستيفاء ، سواء علم أو لم يعلم . ولأنه لا يستحق المطالبة بثمنها ، فلا يستحق الفسخ لتعذره ، كما لو كان ثمنها مؤجلاً . ولأن العالم بالعيب دخل على بصيرة بخراب الذمة ، فأشبهه من اشترى معيياً يعلم عيبه . وفيه وجه آخر ، أن له الخيار ؛ لعموم الخبر ، ولأنه عقد عليه وقت الفسخ ، فلم يسقط حقه من الفسخ ، كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها . وفيه وجه ثالث ، إن باعه عالماً بفلسه فلا فسخ له ، وإن لم يعلم فله الفسخ ، كمشترى المعيب . ويفارق المعسر بالنفقة ؛ لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم ، فالرضى بالمعسر بها رضى بعيب ما لم يجب ، بخلاف مسألتنا ، وإنما يشبه هذا إذا تزوجت^(٧) معسراً بالصداق . / وسلمت نفسها إليه ، ثم أرادت الفسخ .

ظ ٦٣/٤

فصل : ومن استأجر أرضاً ليزرعها ، فأفلس قبل مضي شيء من المدة ، فللمؤجر فسخ الإجارة ؛ لأنه وجد عين ماله ، وإن كان بعد انقضاء المدة ، فهو غريم بالأجرة . وإن كان بعد مضي بعضها ، لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه ، فإن المدة ههنا كالمبيع ، ومضي بعضها كتلف بعضه ، لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجرة ؛ لأنه لا يمكن التحرر عن مضي جزء منها بحال . وقال القاضي ، في موضع آخر : من اشترى أرضاً فزرعها ، ثم أفلس ، ففسخ صاحب الأرض ، فعليه ثبينة زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله ؛ لأن المعقود عليه المنفعة ، فإذا فسخ العقد ، فسح فيما ملك عليه بالعقد ، وقد تعذر ردّها عليه ، فكان عليه عوضها ، كما لو فسخ البيع بعد أن أئلف المبيع ، فله قيمته ، ويضرب بذلك مع الغرماء ، كذا ههنا ، ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى . وهذا مذهب الشافعي ، وهذا لا يقتضيه مذهبنا ، ولا يشهد لصحته الخبر ، ولا يصح في النظر ؛ أما الخبر ، فلأن النبي ﷺ إنما قال : « من أدرك

(٧) في م : « تزوجته » .

مَتَاعُهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ^(٨) . وهذا ما أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ ، ولا هو أَحَقُّ بِهِ بِالْإِجْمَاعِ ، فَإِنَّهُمْ وَافِقُوا عَلَى وَجُوبِ تَبَيُّنِهَا ، وَعَدَمِ الرَّجُوعِ فِي عَيْنِهَا ، وَلِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » . أَيْ عَلَى وَجْهِ يُمَكِّنُهُ أَخْذَهُ ، لَا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِعَيْنِهِ ، وَلَيْسَ هَذَا كَذَلِكَ . وَأَمَّا النَّظَرُ ، فَلِأَنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا كَانَ أَحَقُّ بِعَيْنِ مَالِهِ ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِالْعَيْنِ ، وَإِمْكَانِ رَدِّ مَالِهِ إِلَيْهِ بِعَيْنِهِ ، فَيَرْجِعُ عَلَى مَنْ تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِمُجَرَّدِ الذَّمَّةِ ، وَهَذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُ بِالْعَيْنِ ، وَلَا أَمَكَّنَ رَدُّهَا إِلَيْهِ ، وَإِنَّمَا صَارَ فَائِدَةُ الرَّجُوعِ الضَّرْبَ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْمُسَمَّى ، وَلَيْسَ هَذَا هُوَ الْمُقْتَضَى فِي مَحَلِّ النَّصِّ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ ، فَإِثْبَاتُ الْحُكْمِ بِهِ تَحَكُّمٌ بِغَيْرِ دَلِيلٍ . وَلَوْ أَكْتَرَى رَجُلًا يَحْمِلُ لَهُ مَتَاعًا إِلَى بَلَدٍ ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُكْتَرَى قَبْلَ حَمْلِ شَيْءٍ ، فَلِلْمُكْتَرَى الْفَسْخُ . وَإِنْ حَمَلَ الْبَعْضُ ، أَوْ بَعْضَ الْمَسَافَةِ ، فِقِيَاسُ الْمَذْهَبِ لَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ ، وَقِيَاسُ قَوْلِ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ . فَإِذَا فَسَخَ سَقَطَ عَنْهُ حَمْلُ مَا بَقِيَ ، وَضَرَبَ مَعَ الْغُرْمَاءِ بِقِسْطِ مَا حَمَلَ مِنَ الْأَجْرِ الْمُسَمَّى . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ الْقَاضِي : يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ فِي الْجَمِيعِ ، وَيَضْرِبُ بِقِسْطِ مَا حَمَلَ مِنَ أَجْرِ الْمِثْلِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَوْلِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي حَكَيْنَا قَوْلَهُ فِيهَا .

/ فصل : فَإِنْ أَقْرَضَ رَجُلًا مَالًا ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُقْتَرِضُ ، وَعَيْنُ الْمَالِ قَائِمٌ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . وَلِأَنَّهُ غَرِيمٌ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُهَا ، كَالْبَائِعِ . وَإِنْ أَصْدَقَ امْرَأَةً ^(٩) عَيْنًا ، ثُمَّ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا يُسْقِطُ صَدَاقَهَا ، أَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ دُخُولِهَا بِهَا ، فَاسْتَحَقَّ الرَّجُوعَ فِي نِصْفِهِ ، وَقَدْ أَفْلَسَتْ وَوَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

٦٤/٤ و

(٨) تقدم تخريجه في صفحة ٥٣٩ .

(٩) في م : « امزلة له » .

٨٠١ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتِ السَّلْعَةُ قَدْ تَلَفَ بَعْضُهَا ، أَوْ مَزِيدَةٌ ^(١) بِمَا لَا تَنْفَصِلُ زِيَادَتُهَا ، أَوْ نَقَدَ بَعْضَ ثَمَنِهَا ، كَانَ الْبَائِعُ فِيهَا كَأَسْوَةِ الْعُرْمَاءِ)

وجُمْلَةُ ذلك أَن الْبَائِعَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الرَّجُوعَ فِي السَّلْعَةِ بِخَمْسِ شَرَايِطَ ؛ أَحَدُهَا ، أَن تَكُونَ السَّلْعَةُ بَاقِيَةً بَعِينَهَا ، لَمْ يَتَلَفْ بَعْضُهَا ، فَإِن تَلَفَ جُزْءٌ مِنْهَا كَبَعْضِ أَطْرَافِ الْعَبْدِ ، أَوْ ذَهَبَتْ عَيْنُهُ ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُ الثَّوْبِ ، أَوْ انْهَدَمَ بَعْضُ الدَّارِ ، أَوْ اشْتَرَى شَجَرًا ثَمِيرًا لَمْ تَظْهَرْ ثَمَرَتُهُ ، فَتَلَفَتِ الثَّمَرَةُ ، أَوْ نَحْوُ هَذَا ، لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ ، وَكَانَ أَسْوَةَ الْعُرْمَاءِ . وَبِهَذَا قَالَ إِسْحَاقُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْعَبْرِيُّ ؛ لَهُ الرَّجُوعُ فِي الْبَاقِي ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْعُرْمَاءِ بِحِصَّةِ التَّالِفِ ؛ لِأَنَّهَا عَيْنٌ يَمْلِكُ الرَّجُوعُ فِي جَمِيعِهَا ، فَمَلِكُ الرَّجُوعِ فِي بَعْضِهَا ، كَالَّذِي لَهُ الْخِيَارُ ، وَكَالْأَبِ فِيمَا وَهَبَ لَوْلِيهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بَعِينَهُ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ^(٢) . فَشَرَطَ أَنْ يَجِدَهُ بَعِينَهُ ، وَلَمْ يَجِدْهُ بَعِينَهُ . وَلِأَنَّهُ إِذَا أَدْرَكَهُ بَعِينَهُ ، حَصَلَ لَهُ بِالرَّجُوعِ فَضْلُ الْخُصُومَةِ ، وَانْقِطَاعُ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْمُعَامَلَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجَدَ بَعْضَهُ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُرَضَى بِالْمَوْجُودِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، أَوْ يَأْخُذَهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ شَرْطُ الرَّجُوعِ . وَإِن كَانَ الْمَبِيعُ عَيْنَيْنِ ، كَعَبْدَيْنِ ، أَوْ ثَوْبَيْنِ تَلَفَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ بَعْضُ أَحَدِهِمَا ، فَفِي جَوَازِ الرَّجُوعِ فِي الْبَاقِي مِنْهُمَا رَوَايَتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، لَا يُرْجَعُ . نَقَلَهَا أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، قَالَ : لَا يُرْجَعُ بِبَقِيَّةِ الْعَيْنِ ، وَيَكُونُ أَسْوَةَ الْعُرْمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدِ الْمَبِيعَ بَعِينَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ عَيْنًا وَاحِدَةً . وَلِأَنَّ بَعْضَ الْمَبِيعِ تَلَفَ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الرَّجُوعُ ، كَمَا لَوْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ . وَنَقَلَ الْحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ ^(٣) عَنْ أَحْمَدَ ، إِذَا كَانَ ثَوْبًا وَاحِدًا ، فَتَلَفَ بَعْضُهُ ، فَهُوَ أَسْوَةُ

(١) فِي ١ : « مَزِيدَةٌ » .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٣٩ .

(٣) أَبُو عَلِيٍّ الْحَسَنُ بْنُ ثَوَابٍ الثَّلَعِيُّ الْخُرَمِيُّ ، بَغْدَادِيُّ ثِقَةٍ ، كَانَ لَهُ بِالْإِمَامِ أَحْمَدَ أُنْسٌ شَدِيدٌ ، تَوَفَّى سَنَةَ ثَمَانٍ وَسِتِّينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ ١/١٣١ ، ١٣٢ .

الْعُرْمَاءِ ، وَإِنْ كَانَ رِزْمًا ، فَتَلَفَ بَعْضُهَا ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ بِقِيَمَتِهَا إِذَا كَانَ بِعَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ السَّالِمَ مِنَ الْمَبِيعِ وَجَدَهُ الْبَائِعُ بِعَيْنِهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ / قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . وَلِأَنَّهُ مَبِيعٌ ، وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ ، فَكَانَ لِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ جَمِيعَ الْمَبِيعِ .

فصل : وَإِنْ بَاعَ بَعْضَ الْمَبِيعِ ، أَوْ وَهَبَهُ ، أَوْ وَقَفَهُ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ تَلَفِهِ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ مَا أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ .

فصل : وَإِنْ نَقَصَتْ مَالِيَّةُ الْمَبِيعِ ، لِذَهَابِ صِفَةٍ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، كَعَبْدٍ هُزِلَ ، أَوْ نَسَى صِنَاعَةً أَوْ كِتَابَةً ، أَوْ كَبِيرَ ، أَوْ مَرِيضَ ، أَوْ تَغَيَّرَ عَقْلُهُ ، أَوْ كَانَ ثَوْبًا فَحَلَقَ ، لَمْ يَمْنَعِ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّ فَقْدَ الصِّفَةِ لَا يُخْرِجُهُ عَنِ كَوْنِهِ عَيْنَ مَالِهِ ، لَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَخْذِهِ نَاقِصًا بِجَمِيعِ حَقِّهِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَضْرِبَ مَعَ الْعُرْمَاءِ بِكَمَالِ ثَمَنِهِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ لَا يَتَقَسَّطُ عَلَى صِفَةِ السَّلْعَةِ مِنْ سَمَنِ ، أَوْ هُزَالِ ، أَوْ عِلْمٍ ، أَوْ نَحْوِهِ ، فَيَصِيرُ كِنَقْصِهِ لِتَغْيِيرِ الْأَسْعَارِ . وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ أُمَّةً تَبِيًّا ، فَوَطَّئَهَا الْمُشْتَرِي ، وَلَمْ تَحْمِلْ ، فَهَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ؛ لِمَا ذَكَّرْنَا ، فَإِنَّهَا لَمْ تَنْقُصْ فِي ذَاتِهَا وَلَا فِي صِفَاتِهَا . وَإِنْ كَانَتْ بَكْرًا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ فَقَدَ صِفَةَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ مِنْهَا جُزْءٌ ، وَإِنَّمَا هُوَ كَالْجِرَاحِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ أَذْهَبَ مِنْهَا جُزْءًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ فَقَأَ عَيْنَهَا . وَإِنْ وَجَدَ الْوَطْءُ مِنْ غَيْرِ الْمُفْلِسِ ، فَهُوَ كَوَطْءِ الْمُفْلِسِ ، فِيمَا ذَكَّرْنَا .

فصل : وَإِنْ جُرِحَ الْعَبْدُ أَوْ شُجَّ ، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ : لَا يَرْجَعُ ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ جُزْءٌ يَنْقُصُ بِهِ الثَّمَنَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ فُقِئَتْ عَيْنُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ مِنَ الْعَيْنِ جُزْءٌ لَهُ بَدَلٌ ، فَمَنَعَ الرَّجُوعَ ، كَمَا لَوْ قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ نَقَصَ صِفَةً مُجَرَّدَةً ، لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ مِنَ الرَّجُوعِ فِيهَا شَيْءٌ سِوَاهُ ، كَمَا ذَكَّرْنَا فِي هُزَالِ الْعَبْدِ ، وَنَسْيَانِ الصَّنْعَةِ ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ ، وَلِأَنَّ الرَّجُوعَ فِي الْمَحَلِّ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ يَقْطَعُ النَّزَاعَ ، وَيُزِيلُ الْمُعَامَلَةَ بَيْنَهُمَا ، فَلَا يَثْبُتُ فِي مَحَلٍّ لَا يَحْصُلُ بِهِ هَذَا الْمَقْصُودُ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ ؛ لِأَنَّهُ فَقَدَ صِفَةَ ، فَأَشْبَهَ نَسْيَانَ الصَّنْعَةَ ، وَاسْتِحْلَاقَ

الثَّوبِ . فَإِذَا رَجَعَ ، نَظَرْنَا فِي الْجَرَحِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا أُرْشَ لَهُ ، كَالْحَاصِلِ بِفِعْلِ
 اللَّهُ تَعَالَى ، أَوْ فِعْلِ بَهِيمَةٍ ، أَوْ جِنَايَةِ الْمُفْلِسِ ، أَوْ جِنَايَةِ عَبْدِهِ ، أَوْ جِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى
 نَفْسِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ مَعَ الرَّجُوعِ أُرْشٌ . وَإِنْ كَانَ الْجَرَحُ مُوجِبًا لِأُرْشٍ ، كَجِنَايَةِ
 الْأَجْنَبِيِّ ، فَلِلْبَائِعِ إِذَا رَجَعَ أَنْ يَضْرِبَ مَعَ الْغُرْمَاءِ بِحِصَّةٍ مَا نَقَصَ مِنَ الثَّمَنِ ، فَيَنْظُرُ
 كَمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ ، فَيَرْجِعُ بِقِسْطِ ذَلِكَ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَى الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ
 بِالثَّمَنِ . فَإِنْ قِيلَ : / فَهَلَّا جَعَلْتُمْ لَهُ الْأُرْشَ الَّذِي وَجَبَ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ
 يَجِبْ بِهِ أُرْشٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْأُرْشِ . قُلْنَا : لَمَّا
 أَتَلَّفَهُ الْأَجْنَبِيُّ ، صَارَ مَضْمُونًا بِإِثْلَافِهِ لِلْمُفْلِسِ ، فَكَانَ بِالْأُرْشِ لَهُ وَهُوَ مَضْمُونٌ
 عَلَى الْمُفْلِسِ لِلْبَائِعِ بِالثَّمَنِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَهُ بِالْأُرْشِ ، وَإِذَا لَمْ يَتَلَفْهُ أَجْنَبِيٌّ ،
 فَلَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا ، فَلَمْ يَجِبْ بِفَوَاتِهِ شَيْءٌ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا كَانَ هَذَا الْأُرْشُ
 لِلْمُشْتَرِي كَكَسْبِهِ ، لَا يَضْمَنُهُ لِلْبَائِعِ . قُلْنَا : الْكَسْبُ بَدَلُ مَنَافِعِهِ ، وَمَنَافِعُهُ
 مَمْلُوكَةٌ لِلْمُشْتَرِي بِغَيْرِ عَوْضٍ ، وَهَذَا بَدَلُ جُزْءٍ مِنَ الْعَيْنِ ، وَالْعَيْنُ جَمِيعُهَا مَضْمُونَةٌ
 بِالْعَوْضِ ، فَلِهَذَا ضَمِنَ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي .

و ٦٥/٤

فصل : فَإِنْ اشْتَرَى زَيْتًا ، فَخَلَطَهُ بِزَيْتٍ آخَرَ ، أَوْ قَمْحًا ، فَخَلَطَهُ بِمَا لَا يُمَكِّنُ
 تَمْيِيزَهُ مِنْهُ ، سَقَطَ حَقُّ الرَّجُوعِ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَأْخُذُ زَيْتَهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ
 خَلَطَهُ بِمِثْلِهِ أَوْ دُونِهِ ، لَمْ يَسْقُطِ الرَّجُوعُ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَتَاعَهُ بِالْكَيْلِ أَوْ الْوَزْنِ ،
 وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَجْوَدَ مِنْهُ ، فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطُ حَقُّهُ مِنَ الْعَيْنِ . قَالَ الشَّافِعِيُّ :
 وَبِهِ أَقُولُ . وَاحْتَجُّوا بِأَنْ عَيْنَ مَالِهِ مَوْجُودَةٌ مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ ، فَكَانَ لَهُ الرَّجُوعُ
 كَمَا لَوْ كَانَتْ مُنْفَرَدَةً ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ اخْتِلَاطِ مَالِهِ بِغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الرَّجُوعُ ،
 كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، أَوْ سَوِّقًا فَلَتَّنَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ عَيْنَ مَالِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ
 لَهُ الرَّجُوعُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَتْ ، وَلِأَنَّ مَا يَأْخُذُهُ مِنْ غَيْرِ عَيْنِ مَالِهِ ، إِنَّمَا يَأْخُذُهُ عَوْضًا
 عَنْ مَالِهِ ، فَلَمْ يَحْتَصَّ بِهِ دُونَ الْغُرْمَاءِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ مَالَهُ . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ
 أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » . أَيْ مَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ ، وَتَمَكَّنَ مِنْ أَخْذِهِ مِنَ الْمُفْلِسِ ؛ بِدَلِيلِ
 مَا لَوْ وَجَدَهُ بَعْدَ زَوَالِ مَلِكِ الْمُفْلِسِ ، أَوْ كَانَتْ مَسَامِيرَ قَدْ سَمَّرَ بِهَا أَبَا ، أَوْ حَجْرًا

قد بَنَى عليه ، أو حَشَبًا في سَقْفِهِ ، أو أُمَّةً اسْتَوَلَدَهَا ، وهذا إذا أَخَذَ كَيْلَهُ أو قِيمَتَهُ
 إِنَّمَا يَأْخُذُ عِوَضَ مَالِهِ ، فهو كَالثَّمَنِ وَالْقِيمَةِ . وفَارَقَ الْمَصْبُوغَ ، فَإِنْ عَيْنُهُ يُمَكِّنُهُ
 أَخْذُهَا ، وَالسَّوِيقَ كَذَلِكَ ، فَاخْتَلَفَا .

فصل : وإن اشْتَرَى حِنْطَةً فَطَحَنَهَا أو زَرَعَهَا ، أو دَفِيقًا فَحَبَّرَهُ ، أو زَيْتًا فَعَمَلَهُ
 صَابُونًا ، أو تَوْبًا فَقَطَعَهُ قَمِيصًا ، أو غَزَلًا فَنَسَجَهُ تَوْبًا ، أو حَشَبًا فَجَرَهُ أَبَوَابًا ،
 أو شَرِيطًا فَعَمَلَهُ إِبْرًا ، أو شَيْئًا فَعَمِلَ بِهِ مَا أزال اسْمَهُ ، سَقَطَ حَقُّ الرَّجُوعِ . وقال
 الشَّافِعِيُّ : فيه قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، به أقولُ ، يَأْخُذُ عَيْنَ مَالِهِ ، وَيُعْطَى قِيمَةَ عَمَلِ
 الْمُفْلِسِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ عَيْنَ / مَالِهِ مَوْجُودَةٌ ، وَإِنَّمَا تَغَيَّرَ اسْمُهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ
 الْمَبِيعُ^(٤) حَمَلًا فَصَارَ كَبْشًا ، أو وَدِيًّا^(٥) فَصَارَ نَحْلًا . ولَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ مَتَاعَهُ
 بِعَيْنِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ [له]^(٦) الرَّجُوعُ ، كَالْوَتْلَفِ ، وَلِأَنَّهُ غَيَّرَ اسْمَهُ وَصِفَتَهُ ، فَلَمْ يَمْلِكِ
 الرَّجُوعُ ، كَمَا لَوْ كَانَ تَوَى فَنَبَتَ شَجَرًا . وَالْأَصْلُ الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ
 سَلَّمَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَتَغَيَّرِ اسْمُهُ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

ظ ٦٥/٤

فصل : وإن كَانَ حَبًّا فَصَارَ زَرَعًا ، أو زَرَعًا فَصَارَ حَبًّا ، أو تَوَى فَنَبَتَ شَجَرًا ،
 أو بَيْضًا فَصَارَ فِرَاحًا ، سَقَطَ حَقُّ^(٧) الرَّجُوعِ . وقال القَاضِي : لَا يَسْقُطُ . وهو
 أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ نَفْسُ الْحَبِّ ،
 وَالْفَرَّخَ نَفْسُ الْبَيْضَةِ . ولَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ عَيْنَ مَالِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ مُتْلَفٌ
 فَأَخَذَ قِيمَتَهُ . ولِأَنَّ الْحَبَّ أَعْيَانٌ ابْتَدَأَهَا اللَّهُ تَعَالَى ، لَمْ تَكُنْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْبَيْعِ ،
 وَكَذَلِكَ^(٨) الزَّرْعُ وَ^(٩) أَعْيَانُ الْفَرَّخِ . ولو اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، وَاشْتَرَى بَدْرًا وَمَاءً ،
 فَزَرَعَ ، وَسَقَى ، وَاسْتَحْصَدَ ، وَأَفْلَسَ ، فَالْمُوجِرُ وَبَائِعُ الْبَدْرِ وَالْمَاءِ غَرْمَاءُ ،

(٤) سقط من : ١ .

(٥) الودي : صغار النخل ، واحدها ودية .

(٦) تكلمة يقتضيا المعنى .

(٧) سقط من : الأصل ، ١ .

(٨- ٩) سقط من : ١ ، م .

لا حَقَّ لهم في الرجوع ؛ لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم . وعلى قول من قال : له الرجوع في الزرع . يكون عليه غرامة الأجرة وثمن الماء ، أو قيمة ذلك .

فصل : وإن اشترى ثوبًا فصَبَعَهُ ، أو سَوَّيَقًا فَلْتَهُ بَرِيَّتِي ، فقال أصحابنا : لبائع الثوب والسويق الرجوع في أعيان أموالهما . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن عَيْنَ مالِهما قائمةٌ مشاهدةٌ ، ما تَعَيَّرَ اسْمُها ، ويكون المُفْلِسُ شريكًا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما . فإن حَصَلَ زيادَةٌ ، فهي له ، وإن حَصَلَ نَقْصٌ ، فعليه . وإن نَقَصَتْ قيمةُ الثوبِ أو السويقِ ، فإن شاء البائع أخذهما ناقصين ، ولا شيء له ، وإن شاء تَرَكَهما ، وله أسوةُ الغرماءِ ؛ لأنَّ هذا نَقْصٌ صِفِيَّةٌ ، فهو كالهزَالِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة ؛ لأنه اتَّصَلَ بالمبيعِ زيادَةٌ للمُفْلِسِ ، فمَنَعَتْ الرجوعَ ، كإلو سَمَنِ العَبْدِ ، ولأنَّ الرجوعَ هُنَا لا يَتَخَلَّصُ به البائعُ من المُفْلِسِ ، ولا يَحْصُلُ به المَقْصُودُ مِن قَطْعِ المُنَارَعَةِ ، وإزَالَةِ المَعَامَلَةِ ، بل يَحْصُلُ به ضَرَرُ الشَّرِكَةِ ، فلم يَكُنْ في مَعْنَى المَنْصُوصِ عليه ، فلا يُمْكِنُ إلحَاقُه به .

فصل : وإن اشترى صبغًا فصَبَعَ به ثوبًا ، أو زَيَّنَا فَلْتَّ به سَوَّيَقًا ، فبائِعُهُمَا أسوةُ الغرماءِ . / وقال أصحاب الشافعي : له الرجوع ؛ لأنه وَجَدَ عَيْنَ مالِهِ . قالوا : ولو اشترى ثوبًا وصبغًا ، وصبغ الثوب بالصبغ ، رَجَعَ بائِعُ كُلِّ شَيْءٍ في عَيْنِ مالِهِ ، وكان بائِعُ الصَّبْغِ شريكًا لبائعِ الثوبِ . وإن حَصَلَ نَقْصٌ ، فهو من صاحبِ الصَّبْغِ ؛ لأنه الذي يَتَفَرَّقُ وَيَنْقُصُ الثوبُ بِحالِهِ ، فإذا كانت قيمةُ الثوبِ عَشْرَةَ ، وقيمةُ الصَّبْغِ خَمْسَةَ ، فصارت قيمتهما اثنا عشر ، كان لصاحبِ الثوبِ خَمْسَةَ أسداسيه ، وللاخرِ سُدُسُهُ ، وَيَضْرِبُ مع الغرماءِ بما نَقَصَ ، وذلك ثلاثة دراهم . وذكر القاضي مثل هذا في مَوْضِعٍ . ولنا ، أَنَّهُ لم يَجِدْ عَيْنَ مالِهِ ، فلم يَكُنْ له الرجوعُ ، كما لو تَلَفَ ، ولأنَّ المُشْتَرِي شَغَلَهُ بغيره على وَجْهِ البَيْعِ ، فلم يَمْلِكْ بائِعُهُ الرجوعَ فيه ، كما لو كان حَجْرًا بَنَى عليه ، أو مَسَامِيرَ سَمَّرَ بها أَبًا . ولو اشترى ثوبًا وصبغًا من واحدٍ ، فصَبَعَهُ به ، فقال أصحابنا : لا فَرْقَ بين ذلك وبين كَوْنِ الصَّبْغِ من غيرِ بائِعِ الثوبِ . فعلى قولهم يَرْجِعُ في الثوبِ وَحَدَهُ ، ويكون المُفْلِسُ

شريكاً له بزيادة الصبغ ، ويضرب مع الغرماء بمن الصبغ . ويحتمل أن يرجع
فيهما ههنا ؛ لأنه وجد عين ماله متميزاً عن غيره ، فكان له الرجوع فيه ، للخبير ،
ولأن المعنى في المحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود ههنا ، فيملك الرجوع
به ، كما يملكه ثم ، ولو أنه اشترى^(٩) رُفُوفاً ومسامير من رجل واحد ، فسمرها
بها ، رجع بائعها فيهما كذلك ، وكذلك ما أشبهه .

فصل : إذا اشترى ثوباً فقصره^(١٠) ، لم يحل من حالين ؛ أحدهما ، أن لا تزيد
قيمته بذلك ، فللبائع الرجوع فيه ؛ لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها ، ولم يتلف
بعضها ولا اتصلت بغيرها ، فكان له الرجوع فيها ، كما لو علم العبد صناعة لم تزد
قيمتها بها . وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص ؛ لأن ذلك النقص نقص صفة ،
فلا يمنع الرجوع ، كسنيان صناعة ، وهزال العبد ، ولا شيء له مع الرجوع .
الثاني ، أن تزيد قيمته بذلك ، فليس للبائع الرجوع ، على قياس قول الخرقي ؛
لأن الثوب زاد زيادة لا تتميز زيادتها^(١١) فلم يملك البائع الرجوع فيه ، كما لو سمن
العبد ، ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها ، فلم يملك الرجوع ، كبائع
الصبغ إذا صبغ به ، والزيت إذا لثت به سويق . وقال القاضي وأصحابه . له الرجوع
فيها ، لأنه أدرك متاعه بعينه / ، ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهب عينها ،
فملك الرجوع فيها ، كما لو صبغها . فعلى قولهم ، إن كانت القصاراة بعمل المفسس ،
أو بأجرة وفاقها ، فهما شريكان في الثوب ، فإذا كانت قيمة الثوب خمسة ، فصار
يساوي ستة ، فللمفسس سدسه ، وللبائع خمسة أسداسه ، فإن اختار البائع دفع
قيمة الزيادة إلى المفسس ، لزمه قبولها ؛ لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشراكة من
غير مضررة تلحقه ، فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري . وإن لم يختر ،

٦٦/٤ ظ

(٩) في النسخ : « المشتري » .

(١٠) قصر الثوب : دقه ويبيضه .

(١١) سقط من : م .

بِيعِ الثَّوْبِ ، وَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ حَقِّهِ . وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْ صَانِعٍ لَمْ يَسْتَوْفِ أَجْرَهُ ، فَلَهُ حَسَبُ الثَّوْبِ عَلَى اسْتِيفَاءِ أَجْرِهِ . فَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ بِقَدْرِ الْأَجْرِ ، دُفِعَتْ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ ، فَلَهُ حَسَبُ الثَّوْبِ عَلَى اسْتِيفَاءِ قَدْرِ الزِّيَادَةِ ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْعُرْمَاءِ بِمَا بَقِيَ ، وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ ، مِثْلُ أَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ دِرْهَمَيْنِ ، وَالْآخَرُ دِرْهَمًا ، فَلَهُ قَدْرُ أَجْرِهِ ، وَمَا فَضَلَ لِلْعُرْمَاءِ .

فصل : الشرط الثاني ، أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة ، كالسمن ، والكبير ، وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن ، ونحو ذلك . واختلف المذهب في هذا ، فذهب الخرقي إلى أنها تمنع الرجوع . وروى الميموني ، عن أحمد ، أنها لا تمنع . وهو مذهب مالك ، والشافعي ، إلا أن مالكاً يخير العرماء بين أن يعطوه السلعة أو تمنها الذي باعها به . احتجوا بالخبر ، وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة ، فلا تمنعه المتصلة ، كالرد بالعيب ، وفارق الطلاق ، فإنه ليس يفسخ ، ولأن الزوج يملكه الرجوع في قيمة العين ، فيصل إلى (١٢) حقه تاماً . وههنا لا يملكه الرجوع في الثمن . ولنا ، أنه فسخ بسبب حادث ، فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة ، كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع ، ولأنها زيادة في ملك المفلس ، فلم يستحق البائع أخذها ، كالمنفصلة ، والحاصلة بفعله ، ولأن الثمن لم يصل إليه من البائع ، فلم يستحق أخذه منه ، كغيره من أمواله ، وفارق الرد بالعيب لوجهين ؛ أحدهما ، أن الفسخ فيه من المشتري ، فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة ، وتركها للبائع ، بخلاف مسألتنا . والثاني ، أن الفسخ ثم لمعنى قارن العقد ، وهو العيب القديم ، والفسخ ههنا لسبب حادث ، فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة . وقولهم : إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه / يندفع (١٣) عنه الضرر بالقيمة .

٦٧/٤ و

(١٢) في م : « في » .

(١٣) في الأصل : « يدفع » .

لا يَصِحُّ ؛ فإن اِنْدَفَاعَ الضَّرَرِ عنه بِطَرِيقِ آخَرَ لا يَمْنَعُهُ من اِتِّخَاذِ حَقِّهِ من العَيْنِ ، ولو كان مُسْتَحَقًّا لِلزِّيَادَةِ لم يَسْقُطْ حَقُّهُ منها بِالْقُدْرَةِ على اِتِّخَاذِ الْقِيَمَةِ ، كَمُشْتَرِي المَعِيبِ . ثم كان يَنْبَغِي أن يَأْخُذَ قِيَمَةَ العَيْنِ زَائِدَةً ؛ لِكُونِ الزِّيَادَةِ مُسْتَحَقَّةً له (١٤) ، فَلَمَّا لم يَكُنْ كَذَلِكَ ، عَلِمَ أن المَانِعَ من الرُّجُوعِ كَوْنُ الزِّيَادَةِ لِلْمَرْأَةِ ، وَأَنَّهُ لا يُمَكِّنُ فَضْلُهَا ، كَذَلِكَ هَهُنَا ، بل أَوْلَى ؛ فَإِنَّ الزِّيَادَةَ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْمُفْلِسِ والغُرْمَاءِ ، فَمَنْعُ المُشْتَرِي من اِتِّخَاذِ زِيَادَةٍ لَيْسَتْ له ، أَوْلَى من تَقْوِيَتِهَا على الغُرْمَاءِ الَّذِينَ لم يَصِلُوا إلى تَمَامِ دُيُونِهِمْ ، وَالْمُفْلِسِ الْمُحْتَاجِ إلى تَبَرُّئَةٍ ذِمَّتِهِ عِنْدَ اِسْتِدَادِ حَاجَتِهِ (١٥) .

فصل : وأما الحَبْرُ فَمَحْمُولٌ على مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ على صِفَتِهِ ، ليس بِزَائِدٍ ، ولم يَتَعَلَّقْ به حَقٌّ آخَرُ ، وههنا قد تَعَلَّقَتْ به حَقُوقُ الغُرْمَاءِ ، لما فيه من الزِّيَادَةِ ، لما ذَكَرْنَا من الدَّلِيلِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إذا كان تَلَفُ بعضِ المَبِيعِ مانِعًا من الرُّجُوعِ من غيرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُ بِالْمُفْلِسِ ، ولا بِالغُرْمَاءِ ، فَلأنَّ يَمْنَعُ الزِّيَادَةَ فيه مع تَقْوِيَتِهَا بِالرُّجُوعِ عليهم أَوْلَى ، ولأنَّهُ إذا رَجَعَ في الناقِصِ ، فما رَجَعَ إِلَّا فيما باعَهُ وَخَرَجَ منه ، وإذا رَجَعَ في الزَّائِدِ ، أَخَذَ ما لم يَبِعْهُ ، واستَرَجَعَ ما لم يَخْرُجْ عنه ، فكان بِالْمَنْعِ أَحَقَّ .

فصل : فأما الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، كالوَلَدِ والثَّمَرَةِ وَالكَسْبِ ، فلا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . بغيرِ خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا ، وهو قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِيِّ . وسواءٌ تَقَصَّ بِها المَبِيعُ أو لم يَنْقُصْ ، إذا كان تَقَصَّ صِفَةٍ ، والزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ . هذا ظَاهِرُ كَلَامِ الجَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَنْعَ الرُّجُوعِ بِالزِّيَادَةِ الْمُتَفَصِّلَةِ ، لِكُونِهَا لِلْمُفْلِسِ ، فالْمُنْفَصِلَةُ أَوْلَى . وهذا قولُ ابنِ حَامِدٍ والقَاضِي ، ومذهبُ الشَّافِعِيِّ ، وهو الصَّحِيحُ إن شاء اللهُ تَعَالَى . وقال أبو بَكْرٍ : الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ . وهو مذهبُ مالِكٍ . ونَقَلَ حَنْبَلٌ عن أَحْمَدَ ، في وَلَدِ الجَارِيَةِ ، وَنِتَاجِ الدَّائِيَةِ : هو لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ ، فَكانتِ لِلْبَائِعِ كَالْمُتَفَصِّلَةِ . ولنا ، أَنَّها زِيَادَةٌ اِنْفَصَلَتْ في مِلْكِ المُسْتَرِي ، فَكانتِ له ، كَالوَرْدَةِ بَعِيبٍ ، ولأنَّهُ

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م زيادة : « فصل » .

فَسُخِّ اسْتَحَقَّ بِهِ اسْتِرْجَاعَ الْعَيْنِ ، فَلَمْ يَسْتَحَقَّ أَخْذَ الزِّيَادَةِ الْمُتَفَصِّلَةَ ، كَفَسْخِ الْبَيْعِ
 بِالْعَيْبِ أَوْ الْبِخَارِ أَوْ الْإِقَالَةِ ، وَفَسْخِ النَّكَاحِ بِسَبَبٍ مِنْ أَسْبَابِ الْفَسْخِ ، وَقَوْلِ
 النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَرَاغُ بِالضَّمَانِ »^(١٦) . يُدَلُّ عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ وَالْعَلَّةَ لِلْمُشْتَرِي ،
 لِكَوْنِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ ، وَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُتَفَصِّلَةُ ، فَقَدْ / دَلَّلْنَا عَلَى أَنَّهَا لِلْمُفْلِسِ أَيْضًا ،
 وَفِي ذَلِكَ تَنْبِيهُ عَلَى كَوْنِ الْمُتَفَصِّلَةِ لَهُ . ثُمَّ لَوْ سَلَّمْنَا ثَمَّ ، فَالْفَرْقُ ظَاهِرٌ ، فَإِنَّ الْمُتَفَصِّلَةَ
 تَتَّبِعُ فِي الْفُسُوحِ وَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، بِخِلَافِ الْمُتَفَصِّلَةِ ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَقَعَ فِي هَذَا
 اخْتِلَافٌ لِظُهُورِهِ ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ بَاعَهُمَا فِي
 حَالِ حَمْلِهِمَا^(١٧) ، فَيَكُونَانِ مَبِيعَيْنِ ، وَلِهَذَا حَصَّ هَذَيْنِ بِالذِّكْرِ دُونَ بَقِيَّةِ
 النَّمَاءِ .

٦٧/٤ ظ

فصل : ولو اشترى أمة حاملاً ، ثم أفلس وهي حامل ، فله الرجوع فيها ، إلا
 أن يكون الحمل قد زاد بكبره ، وكثرت قيمتها من أجله ، فيكون من قبيل الزائد
 زيادة متصلة ، على ما مضى . وإن أفلس بعد وضعها ، فقال القاضي : له الرجوع
 فيهما بكل حال ، من غير تفصيل . والصحيح أننا إن قلنا : إن الحمل لا يحكم له .
 فالولد زيادة متصلة ، فعلى قول أبي بكر ، لا يمنع الرجوع فيهما ، وعلى قول غيره ،
 يكون الولد للمفلس ، فيحتمل أن يمنع الرجوع في الأم ؛ لئلا يفضى إلى التفريق
 بين الأم وولدها ، ويحتمل أن يرجع في الأم ، ويدفع قيمة الولد ؛ ليكونا جميعاً .

(١٦) تقدم تفريجه عند الترمذى في صفحة ٢٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ، من كتاب البيوع . سنن
 أبي داود ٢/٢٥٤ ، ٢٥٥ . والنسائي ، في : باب الخراج بالضمان ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٣ .
 وابن ماجه ، في : باب الخراج بالضمان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٤ . والإمام أحمد ،
 في : المسند ٦/٤٩ ، ٢٣٧ .

(١٧) في النسخ : « حملها » .

وإن لم يفعل ، بيعت الأم وولدها جميعا ، وقسم الثمن على قدر قيمتهما ، فما حصص الأم فهو للبائع ، وما حصص الولد كان للمفلس . وإن قلنا إن للولد حكما . وهو الصحيح ؛ لما ذكرناه فيما تقدم ، فإن كانت الأم والولد قد زادا بالوضع ، فحكمهما حكم المبيع الزائد زيادة متصلة . وإن لم يزيدا ، جاز الرجوع فيهما . وإن زاد أحدهما دون الآخر ، خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض أحدهما ، فهل يمنع ذلك الرجوع في الأخرى كذلك ؟ يخرج ههنا وجهان ؛ أحدهما ، أنه له الرجوع فيما لم يزيد ، دون ما زاد ، فيكون حكمه كحكم الرجوع في الأم دون الولد ، على ما فصلناه . الثاني ، ليس له الرجوع في شيء منهما ؛ لأنه لم يجد المبيع إلا زائدا ، فامتنع عليه الرجوع ، كالعين الواحدة . وإن كان المبيع حيوانا غير الأمة ، فحكمه حكمها ، إلا في أن التفريق بينها وبين ولدها جائز ، والأمة بخلاف ذلك .

فصل : وإن اشترى حائلا ، فحملت ، ثم أفلس وهي حامل ، فزادت قيمتها به ، فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع ، على قول الخرقي ، ولا تمنعه ، على رواية الميموني ، وإن أفلس بعد وضعها ، / فهي زيادة منفصلة ، فتكون للمفلس ، على الصحيح . ويمتنع الرجوع في الأم دون ولدها ؛ لما فيه من التفريق بينهما . وهذا أحد قولي الشافعي . ويحتمل أن يرجع في الأم ، على ما ذكرنا في التي قبلها . وعلى قول أبي بكر ، الزيادة للبائع ، فيكون له الرجوع فيهما . وقال القاضي : إذا وجدنا حاملا ، اتبنا على أن الحمل هل له حكم أو لا ؟ فإن قلنا : لا حكم له . جرى مجرى الزيادة المتصلة . وإن قلنا : له حكم . فالولد في حكم المنفصل ، يترتب به حتى تضع ، ويكون الحكم فيه كما لو وجد بعد وضعه . وإن كان الحمل في غير الآدمية ، جاز التفريق بينهما ، كما تقدم .

فصل : إذا كان المبيع نخلا أو شجرا ، فأفلس المشتري ، لم يحل من أربعة أحوال : أحدها ، أن يفلس وهي بحالها ، لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها ، فله الرجوع فيها . الثاني ، أن يكون فيها ثمر ظاهر ، أو طلع مؤبر ، ويشترطه المشتري ،

فَيَأْكُلُهُ ، أَوْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، أَوْ يَذْهَبَ بِجَائِحَةٍ ، ثُمَّ يُفْلَسَ ، فَهَذَا فِي حُكْمِ مَا لَوْ اشْتَرَى عَيْنَيْنِ فَتَلَفَتْ إِحْدَاهُمَا ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَهَلْ لِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ فِي الْأَصُولِ ، وَيَضْرِبُ مَعَ الْعُرْمَاءِ بِحِصَّةِ التَّالِفِ مِنَ الثَّمَرِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ . وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُهَا ، فَهُوَ كَتَلَفِ جَمِيعِهَا . وَإِنْ زَادَتْ ، أَوْ بَدَأَ صَلَاحُهَا ، فَهَذِهِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فِي إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا بَيَانَ حُكْمِهَا . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَبِيعَهُ نَخْلًا قَدْ أَطْلَعَتْ وَلَمْ تُؤَبَّرْ ، أَوْ شَجَرًا فِيهَا ثَمْرَةٌ لَمْ تَطْهَرْ ، فَهَذِهِ الثَّمَرَةُ تَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ الْمَطْلُوقِ ، فَإِنْ أَفْلَسَ بَعْدَ تَلَفِ الثَّمَرَةِ ، أَوْ تَلَفَ بَعْضُهَا ، أَوْ الزِّيَادَةَ فِيهَا ، أَوْ بُدِّوْا صَلَاحَ ، فَحُكْمُ ذَلِكَ حُكْمُ تَلَفِ بَعْضِ الْمَبِيعِ وَزِيَادَتِهِ الْمُتَّصِلَةَ ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ ، وَلِهَذَا دَخَلَ الثَّمَرُ فِي مَطْلُوقِ الْبَيْعِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا . الْحَالُ الرَّابِعُ ، بَاعَهُ نَخْلًا حَاقِلًا فَأَطْلَعَتْ ، أَوْ شَجَرًا فَاتَّمَرَ ، فَذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرَابٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُفْلَسَ قَبْلَ تَأْيِيرِهَا ، فَالطَّلَعُ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، تَمْنَعُ الرَّجُوعَ ، عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، كَالسَّمَنِ وَالْكَبِيرِ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَرْجَعَ فِي النَّخْلِ دُونَ الطَّلَعِ ، لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ فَصْلَهُ ، وَيَصِحُّ إِفْرَازُهُ بِالْبَيْعِ ، فَهُوَ كَالْمُؤَبَّرِ ، بِخِلَافِ السَّمَنِ وَالْكَبِيرِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ . وَعَلَى رَوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ ، لَا يَمْنَعُ ، بَلْ يَرْجِعُ ، وَيَكُونُ الطَّلَعُ / لِلْبَائِعِ ، كَمَا لَوْ فُسِخَ بَعْيبٍ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَالْقَوْلُ الثَّانِي ، يَرْجِعُ فِي الْأَصْلِ دُونَ الطَّلَعِ ، وَكَذَلِكَ عِنْدَهُمُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ ، وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، أَفْلَسَ بَعْدَ التَّأْيِيرِ وَظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فَلَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ . بَغَيْرِ خِلَافٍ ، وَالطَّلَعُ لِلْمُشْتَرِي ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ، لِأَنَّ الثَّمَرَةَ لَا تَتَّبِعُ فِي الْبَيْعِ الَّذِي ثَبَتَ بِتَرَاضِيهِمَا ، فَفِي الْفَسْخِ الْحَاصِلِ بَغَيْرِ رِضَى الْمُشْتَرِي أَوْلَى . وَلَوْ بَاعَهُ أَرْضًا فَارِغَةً فَزَرَعَهَا الْمُشْتَرِي ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِي الْأَرْضِ دُونَ الزَّرْعِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِ الْمُشْتَرِي . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، أَفْلَسَ وَالطَّلَعُ غَيْرُ مُؤَبَّرٍ ، فَلَمْ يَرْجِعْ حَتَّى أُبْرَ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ بَعْدَ تَأْيِيرِهَا ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ لَا تَتَّقِلُ إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ لَهَا ، وَهَذَا لَمْ يَحْخَرْهَا إِلَّا بَعْدَ تَأْيِيرِهَا . فَإِنْ ادَّعَى الْبَائِعُ الرَّجُوعَ قَبْلَ التَّأْيِيرِ ، وَأَنْكَرَهُ الْمُفْلِسُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُفْلِسِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مِلْكِهِ ، وَعَدَمُ زَوَالِهِ . وَإِنْ قَالَ لَهُ الْبَائِعُ : بَعْتُ

بعد التَّأْيِيرِ ، وقال المُفْلِسُ : بل قبله . فالقولُ قولُ البائعِ ؛ لهذه العِلَّةِ . فإن شَهِدَ
 الغُرماءُ للمُفْلِسِ ، لم تُسْمَعْ شَهادَتُهُمْ ؛ لأنَّهُمْ يَجْرُونَ إلى أَنْفُسِهِمْ نَفْعًا . وإن شَهِدُوا
 للبَّاعِ ، وهم عُذُولٌ ، قُبِلَتْ شَهادَتُهُمْ ؛ لِإِعْدَمِ التُّهْمَةِ . الضَّرْبُ الرَّابِعُ ، أَفْلَسَ
 بعدَ أَخْذِ الثَّمَرَةِ ، أو ذَهَبَتْ بِجائِحَةٍ ، أو غيرِها ، رَجَعَ البائعُ في الأَصْلِ ، والثَّمَرَةُ
 لِلْمُشْتَرِي ، إلا على قولِ أبي بَكْرٍ . وكلُّ مَوْضِعٍ لا يَتَّبِعُ الثَّمَرَ الشَّجَرَ إذا رَجَعَ البائعُ
 فيه ، فليس له مُطالَبَةُ المُفْلِسِ بِقَطْعِ الثَّمَرَةِ قبلَ أوِانِ الجِذازِ . وكذلك إذا رَجَعَ
 في الأَرْضِ ، وفيها زَرَعٌ لِلْمُفْلِسِ ، فليس له المُطالَبَةُ بِأَخْذِهِ قبلَ أوِانِ الحِصَادِ ؛
 لأنَّ المُشْتَرِي زَرَعَ في أرضِهِ بِحَقِّ ، وطلَّعَهُ على الشَّجَرِ بِحَقِّ ، فلم يَلْزِمُهُ أَخْذُهُ ،
 كما لو باعَ الأَصْلَ وعليه الثَّمَرَةُ أو الزَّرْعُ ، وليس على صَاحِبِ الزَّرْعِ أَجْرٌ ؛ لأنَّهُ
 زَرَعَ في أرضِهِ زَرَعًا تَجِبُ تَبَيُّقَتُهُ ، فكأنَّهُ اسْتَوْفَى مَنفَعَةَ الأَرْضِ ، فلم يَكُنْ عليه
 ضَمَانٌ ذلكَ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن اتَّفَقَ المُفْلِسُ والغُرماءُ على التَّبَيُّقَةِ ، أو القَطْعِ ،
 فلهُم ذلكَ ، وإن اِخْتَلَفُوا فَطَلَبَ بَعْضُهُم قَطْعَهُ ، وبَعْضُهُم تَبَيُّقَتَهُ ، نَظَرْنَا ؛ فإن كان
 مِمَّا لا قِيمَةَ له مَقْطُوعًا ، أو قِيمَتُهُ يَسِيرَةٌ ، لم يُقَطَّعْ ؛ لأنَّ قَطْعَهُ سَفَهٌ . وَتَضْيِيعٌ
 لِلْمَالِ ، وقد نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عن / إِضَاعَتِهِ (١٨) ، وإن كانت قِيمَتُهُ كَثِيرَةً ، ففيه
 وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يُقَدَّمُ قولُ من طَلَبَ القَطْعَ ؛ لأنَّهُ أَحْوَطٌ ، فإنَّ في تَبَيُّقَتِهِ غَرَرًا ،
 ولأنَّ طالِبَ القَطْعِ إن كان المُفْلِسَ فهو يَقْصِدُ تَبَرُّتَهُ ذِمَّتِهِ ، وإن كان الغُرماءَ فهم
 يَطْلُبُونَ تَعْجِيلَ حُقُوقِهِمْ ، وذلك حَقٌّ لهم . وهذا قولُ القاضِي ، وأكْثَرُ أَصْحابِ
 الشَّافِعِيِّ . والثَّانِي ، يُنْظَرُ إلى ما فيه الحِطُّ فَيُعْمَلُ به ؛ لأنَّ ذلكَ أَفْعَلُ لِجَمِيعِهِمْ ،
 والظَّاهِرُ سَلَامَتُهُ ، ولهذا يَجُوزُ أن يَزْرَعَ للمُؤَلَّى عليه . وفيه وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ إن كان
 الطَّالِبُ للقَطْعِ الغُرماءَ ، وَجِبَتْ إِجابَتُهُمْ ؛ لأنَّ حُقُوقَهُمْ حَالَةٌ ، فلا يَلْزِمُهُم تَأْخِيرُها
 مع إِمْكَانِ إيفائِها ، وإن كان الطَّالِبُ له المُفْلِسَ دُونَهم ، وكان التَّأْخِيرُ أَحْطَى له ،

٦٩/٤ و

(١٨) تقدم ترجمته في صفحة ٥١٦ .

لم يَقْطَعْ ؛ لِأَنَّهُمْ رَضُوا بِتَأْخِيرِ حُقُوقِهِمْ لِحَظِّ يَحْصُلُ لَهُمْ ، وَالْمُفْلِسُ^(١٩) يَطْلُبُ مَا فِيهِ ضَرَرٌ بِنَفْسِهِ ، وَمَنْعٌ لِلْعُرْمَاءِ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْقَدْرِ الَّذِي يَحْصُلُ مِنَ الزِّيَادَةِ بِالتَّأْخِيرِ ، فَلَا يَلْزَمُ الْعُرْمَاءَ إِجَابَتُهُ إِلَى ذَلِكَ .

فصل : إِذَا أَقَرَّ الْعُرْمَاءُ بِأَنْ الزَّرْعَ أَوْ الطَّلَعَ لِلْبَائِعِ ، وَلَمْ يَشْهَدُوا بِهِ ، أَوْ شَهِدُوا بِهِ وَلَمْ يَكُونُوا عُدُولًا ، أَوْ لَمْ يُحْكَمْ بِشَهَادَتِهِمْ . حَلَفَ الْمُفْلِسُ ، وَثَبَتَ الطَّلَعُ لَهُ ، يَنْفَرِدُ بِهِ دُونَهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ يُقْرُونَ أَنَّهُمْ لَا حَقَّ لَهُمْ فِيهِ . فَإِنْ أَرَادَ دَفْعَهُ إِلَى أَحَدِهِمْ وَتَحْصِيصَهُ بِتَمَنِيهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِإِقْرَارِ بَاقِيهِمْ بِعَدَمِ حَقِّهِمْ فِيهِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ ذَلِكَ الْعَرِيمُ مِنْ قَبُولِهِ ، أُجْبِرَ عَلَى قَبُولِهِ ، أَوْ الْإِبْرَاءِ مِنْ قَدْرِهِ مِنْ دَيْنِهِ ، فَيُقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقْبِضَهُ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَ مِنْ قَدْرِ ذَلِكَ مِنْ دَيْنِكَ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِهِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَهُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ أَدَّى الْمُكَاتِبُ إِلَى سَيِّدِهِ نُجُومَ كِتَابَتِهِ ، فَقَالَ سَيِّدُهُ : هَذَا حَرَامٌ . وَأَتَكَرَّ الْمُكَاتِبُ . وَإِنْ أَرَادَ قِسْمَتَهُ عَلَى الْعُرْمَاءِ ، لَزِمَهُمْ قَبُولُهُ ، أَوْ الْإِبْرَاءِ ؛ لِذَلِكَ . فَإِنْ قَبَضُوا الثَّمَرَةَ بِعَيْنَيْهَا ، لَزِمَهُمْ رَدُّ مَا حَصَلَ لَهُمْ إِلَى الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُمْ يُقْرُونَ لَهُ بِهَا ، فَلَزِمَهُمْ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرُوا بِعِتْقِ عَبْدٍ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِمْ ، ثُمَّ اشْتَرَوْهُ مِنْهُ . وَإِنْ بَاعَ الثَّمَرَةَ ، وَفَرَّقَ ثَمَنَهَا فِيهِمْ ، أَوْ دَفَعَهُ إِلَى بَعْضِهِمْ ، لَمْ يَلْزَمَهُمْ رَدُّ مَا أَخَذُوا مِنْ ثَمَنِهَا ؛ لِأَنَّهُمْ إِثْمًا اعْتَرَفُوا بِالْعَيْنِ ، لَا بِثَمَنِهَا . وَإِنْ شَهِدَ بَعْضُ الْعُرْمَاءِ دُونَ بَعْضٍ ، أَوْ أَقَرَّ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، لَزِمَ الشَّاهِدَ أَوْ الْمُقَرَّ الْحُكْمَ الَّذِي ذَكَرْتَاهُ ، دُونَ غَيْرِهِ . وَإِنْ عَرَضَ عَلَيْهِمُ الْمُفْلِسُ الثَّمَرَةَ بِعَيْنَيْهَا ، فَأَبَوْا أَخَذَهَا ، لَمْ يَلْزَمَهُمْ ذَلِكَ ؛ / لِأَنَّهُ إِثْمًا يَلْزَمُهُمُ الْاسْتِيفَاءُ مِنْ جِنْسِ دُيُونِهِمْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ جِنْسٌ مِنَ الثَّمَرِ أَوْ الزَّرْعِ ، كَالْمُقْرِضِ أَوْ الْمُسْلِمِ ، فَيَلْزَمُهُ أَخْذُ مَا عُرِضَ عَلَيْهِ ، إِذَا كَانَ بِصِفَةِ حَقِّهِ . وَلَوْ أَقَرَّ الْعُرْمَاءُ بِأَنَّ الْمُفْلِسَ أَعْتَقَ عَبْدًا

٦٩/٤ ظ

(١٩) فِي م : « وَلِلْمُفْلِسِ » .

له قبل فلسيه ، فأنكر ذلك ، لم يُقبل قولهم ، إلا أن يشهد منهم عدلان ، ويكون حكمهم في قبض العبد أو أخذ ثمنه إن عرضهُ عليهم ، حكم ما لو أقرّوا بالثمن للبائع . وكذلك إن أقرّوا بعين ممّا في يديه أنّها غصب أو عارية أو نحو ذلك ، فالحكم كما ذكرنا سواء . وإن أقرّوا بأنه أعتق عبده بعد فلسيه ، اثبتى ذلك على صحّة عتق المُفلس ، فإن قلنا : لا يصحُّ عتقه . فلا أثر لإقرارهم ، وإن قلنا بصحّته ، فهو كإقرارهم بعتقه قبل فلسيه ، وإن حكم الحاكم بصحّته ، أو بفساده ، نفذ حكمه على كلِّ حال ؛ لأنه فعلٌ مُجتهدٌ فيه ، فيلزم ما حكم به الحاكم ، ولا يجوزُ نقضه ولا تغييره .

فصل : وإن صدّق المُفلسُ البائعَ في الرجوعِ قبل التأيير ، وكذبهُ العرّماءُ ، لم يُقبل إقراره ؛ لأن حقوقهم تعلّقت بالثمرة ظاهرا ، فلم يُقبل إقراره ، كما لو أقرّ بالنخيل ، وعلى العرّماءِ اليمينُ ، أنّهم لا يعلمون أنّ البائعَ رجّع قبل التأيير ؛ ولأنّ هذه اليمين لا يُتوبون فيها عن المُفلسِ ، بل هي ثابتةٌ في حقهم ابتداءً ، بخلاف ما لو ادّعى حقا وأقام شاهدا فلم يحلف ، لم يكن للعرّماءِ أن يحلفوا معه ؛ لأنّ اليمينُ ثم على المُفلسِ ، فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقا لغيرهم ، ولا يحلف الإنسانُ ليثبت لغيره حقا ، ولا يجوزُ أن يكون نائبا فيها ؛ لأنّ الأيمان لا تدخلها النيابة ، وفي مسألتنا الأصلُ أنّ هذا الطلّع قد تعلّقت حقوقهم به ، لكونه في يد غيرهم ، ومُتصلٌ بنخله ، والبائعُ يدّعى ما يزيدُ حقوقهم عنه ، فأشبهه سائرُ أعيانِ ماله ، ويحلفون على نفى العلم ؛ لأنه يمينٌ على نفى الدّين عن الميِّت . ولو أقرّ المُفلسُ بعين من أعيانِ ماله لأجنبيٍّ ، أو لبعضِ عرّمائه ، فأنكرهُ العرّماءُ ، فالقول قولهم ، وعليهم اليمينُ أنّهم لا يعلمون ذلك . وكذلك لو أقرّ بغيرهم آخرٌ يستحقُّ مشاركتهم ، فأنكرهُ ، فعليهم اليمينُ أيضا ، ويكون على نفى العلمِ لذلك . وإن أقرّ أنّه ، أعتق عبده ، اثبتى ذلك على صحّة عتق المُفلسِ . فإن قلنا : يصحُّ عتقه صحّ إقراره ، وعتق ؛ لأنّ من ملك شيئا ملك الإقرار به ، ولأنّ الإقرار بالعتق / يحصلُ به العتق ، فكأنّه أعتقه في الحال . وإن قلنا : لا يصحُّ عتقه . لم يُقبل إقراره ، وكان على العرّماءِ اليمينُ أنّهم لا يعلمون

ذلك . وكلّ مَوْضِعٍ قُلْنَا عَلَى الْغُرْمَاءِ الْيَمِينُ ، فَهُوَ عَلَى جَمِيعِهِمْ ، فَإِنْ حَلَفُوا
أَخَذُوا ، وَإِنْ تَكَلَّمُوا قَضَى لِلْمُدَّعَى بِمَا ادَّعَاهُ ، إِلَّا أَنْ نَقُولَ بِرَدِّ الْيَمِينِ ، فَتَرُدُّ عَلَى
الْمُدَّعَى ، فَيَحْلِفُ وَيَسْتَحِقُّ ، وَإِنْ حَلَفَ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ ، أَخَذَ الْحَالِفُ نَصِيْبَهُ ،
وَحُكْمُ النَّاكِلِ مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ الْمُفْلِسُ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ مِنْذُ شَهْرٍ ، وَكَانَ الْعَبْدُ قَدْ اِكْتَسَبَ بَعْدَ
ذَلِكَ مَالًا ، وَأَتَكَرَّرَ الْغُرْمَاءُ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ . حَلَفُوا ، وَاسْتَحَقُّوا الْعَبْدَ
وَكَسْبَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ . لَمْ يُقْبَلْ فِي كَسْبِهِ ، وَكَانَ لِلْغُرْمَاءِ أَنْ يَحْلِفُوا أَنَّهُمْ
لَا يَعْلَمُونَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْكَسْبِ ، وَيَأْخُذُونَ كَسْبَهُ ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ إِنَّمَا قَبِلَ فِي الْعِتْقِ
دُونَ غَيْرِهِ لِصِحَّتِهِ مِنْهُ ، وَلِبَنَائِهِ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، فَلَا يُقْبَلُ فِي الْمَالِ ، لِعَدَمِ
ذَلِكَ فِيهِ ، وَلِأَنَّ تَرْكُنَا إِقْرَارَهُ مِنْزِلَةً إِعْتَاقِهِ فِي الْحَالِ ، فَلَا تَثْبُتُ لَهُ الْحُرِّيَّةُ فِيمَا مَضَى ،
فِيكُونُ كَسْبُهُ مَحْكُومًا بِهِ لِسَيِّدِهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِعِتْقِهِ ، ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِعَيْنِي فِي يَدِهِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ أَرْضًا فَبَنَاهَا الْمُشْتَرِي ، أَوْ غَرَسَهَا ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، فَأَرَادَ
الْبَائِعُ الرَّجُوعَ فِي الْأَرْضِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ اتَّفَقَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرْمَاءُ عَلَى قَلْعِ الْغِرَاسِ
وَالْبِنَاءِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ ، فَإِذَا قَلَعُوهُ ، فَلِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ
فِي أَرْضِهِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ . قَالَ أَصْحَابُنَا ، وَيَسْتَحِقُّ الرَّجُوعَ قَبْلَ الْقَلْعِ ،
وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْتَحِقَّهُ حَتَّى يُوجَدَ الْقَلْعُ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ الْقَلْعِ
لَمْ يُدْرِكْ مَتَاعَهُ إِلَّا مَشْغُولًا بِمِلْكِ الْمُشْتَرِي ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَتْ مَسَامِيرٌ فِي بَابِ
الْمُشْتَرِي . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْقَلْعِ . فَقَلَعُوهُ ، لَزِمَهُمْ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ مِنَ
الْحَفْرِ ، وَأَرْضِ نَقْصِ الْأَرْضِ الْحَاصِلِ بِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَقْصٌ حَصَلَ لِتَحْلِيصِ مِلْكِ
الْمُفْلِسِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ دَخَلَ فَصَيْلُهُ دَارَ إِنْسَانٍ وَكَبِرَ ، فَأَرَادَ صَاحِبُهُ إِخْرَاجَهُ ،
فَلَمْ يُمْكِنْ إِلَّا بِهَدْمِ بَابِهَا ، فَإِنَّ الْبَابَ يُهْدَمُ لِيَخْرُجَ ، وَيَضْمَنُ صَاحِبُهُ مَا نَقَصَ ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجَدَ الْبَائِعُ عَيْنَ مَالِهِ نَاقِصَةً . فَرَجَعَ فِيهَا ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِي النَّقْصِ ؛
لِأَنَّ النَّقْصَ كَانَ فِي مِلْكِ الْمُفْلِسِ ، وَهَذَا حَدَّثَ بَعْدَ رُجُوعِهِ فِي الْعَيْنِ ، فَلِهَذَا
ضَمَّنُوهُ ، وَيَضْرِبُ بِالنَّقْصِ / مَعَ الْغُرْمَاءِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْقَلْعِ .

لم يَلْزَمُهُمْ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ ، وَلَا أَرْضُ النَّقْصِ ؛ لِأَنَّهُمْ فَعَلُوا ذَلِكَ فِي أَرْضِ الْمُفْلِسِ قَبْلَ رُجُوعِ الْبَائِعِ فِيهَا ، فَلَمْ يَضْمَنُوا النَّقْصَ ، كَمَا لَوْ قَلَعَهُ الْمُفْلِسُ قَبْلَ فَلْسِهِ ، فَأَمَّا إِنْ امْتَنَعَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرْمَاءُ مِنَ الْقَلْعِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَلَا يُجْبَرُونَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَرَسَ بِحَقِّ . وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » (٢٠) . أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ ظَالِمًا فَلَهُ حَقٌّ . فَإِنْ بَدَّلَ الْبَائِعُ قِيمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، لِيَكُونَ لَهُ الْكُلُّ . أَوْ قَالَ : أَنَا أَقْلَعُ ، وَأَضْمَنُ مَا نَقَصَ . فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْقَلْعِ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغِرَاسَ حَصَلَ فِي مِلْكِهِ لِغَيْرِهِ بِحَقِّ ، فَكَانَ لَهُ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ ، أَوْ قَلْعُهُ وَضْمَانُ نَقْصِهِ ، كَالشَّفِيعِ إِذَا أَخَذَ الْأَرْضَ وَفِيهَا غِرَاسٌ وَبِنَاءٌ لِلْمُشْتَرِي ، وَالْمُعِيرِ إِذَا رَجَعَ فِي أَرْضِهِ بَعْدَ عَرَسِ الْمُسْتَعِيرِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْقَلْعِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ بِنَاءَ الْمُفْلِسِ وَغَرَسَهُ فِي مِلْكِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى بَيْعِهِ لِهَذَا الْبَائِعِ ، وَلَا عَلَى قَلْعِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَرْجِعْ فِي الْأَرْضِ . فَأَمَّا إِنْ امْتَنَعَ الْبَائِعُ مِنْ بَدْلِ ذَلِكَ ، سَقَطَ حَقُّ الرَّجُوعِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بَعِيْنِهِ ، وَفِيهِ مَالُ الْمُشْتَرِي عَلَى وَجْهِ التَّبَعِ ، فَلَمْ يَمْنَعَهُ ذَلِكَ الرَّجُوعَ ، كَالثُّوبِ إِذَا صَبَّغَهُ الْمُشْتَرِي . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَدْرِكْ مَتَاعَهُ عَلَى وَجْهِ يَمْكُنُهُ أَخْذُهُ مُتَفَرِّدًا عَنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ ، كَالْحَجَرِ فِي الْبِنَاءِ ، وَالْمَسَامِيرِ فِي الْبَابِ ، وَلَأَنَّ فِي ذَلِكَ ضَرْرًا عَلَى الْمُشْتَرِي وَالْغُرْمَاءِ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرْرُ بِالضَّرْرِ ، وَلَأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِالرُّجُوعِ هَهُنَا انْقِطَاعُ النَّزَاعِ وَالْخُصُومَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجَدَهَا غَيْرَ مَشْغُولَةٍ بِشَيْءٍ . وَأَمَّا الثُّوبُ إِذَا صَبَّغَهُ ، فَلَا تُسَلَّمُ أَنْ لَهُ الرَّجُوعَ ، فَهُوَ كَمَسَائِلَتِنَا ، وَإِنْ سَلَّمْنَا فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الصَّبْغَ تَفَرَّقَ فِي الثُّوبِ ، فَصَارَ كَالصِّفَةِ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْبِنَاءِ وَالْغُرَسِ ، فَإِنَّهُ أَعْيَانٌ مُتَمَيِّزَةٌ ، وَأَصْلٌ فِي نَفْسِهِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الثُّوبَ لَا يُرَادُ لِلْبَقَاءِ ،

(٢٠) أخرجه البخارى ، فى : باب من أحيأ أرضا مواتا ، من كتاب الحرف . صحيح البخارى ١٤٠/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٥٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٦/٦ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى عمارة الموت ، من كتاب الأفضية . الموطن ٧٤٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٢٧/٥ .

بِخِلَافِ الْأَرْضِ وَالْبِنَاءِ^(٢١) ، فَإِذَا قُلْنَا : لَا يَرْجِعُ . فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ . فَرَجَعَ ، وَاتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلَى بَيْعِهِمَا ، بَيْعَاهُمَا ، وَأَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ حَقِّهِ . وَإِنْ امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْبَيْعِ ، اِحْتَمَلَ أَنْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ ثَوْبًا ، فَصَبَّغَهُ الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّ الثَّوْبَ / يُبَاعُ لهما ، كَذَا هُنَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ طَالِبُ الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ مِلْكَهُ مُفْرَدًا ، بِخِلَافِ الثَّوْبِ الْمَصْبُوغِ ، فَإِنْ بَيْعَاهُمَا ، قَسَمَا الثَّمَنَ عَلَى قَدْرِ الْقِيَمَتَيْنِ ، فَتَقَوَّمَ الْأَرْضُ غَيْرَ ذَاتِ شَجَرٍ وَلَا بِنَاءٍ ، ثُمَّ تُقَوَّمُ وَهِيَ فِيهَا ، فَمَا كَانَ قِيَمَةَ الْأَرْضِ بِغَيْرِ غِرَاسٍ وَلَا بِنَاءٍ ، فَلِلْبَائِعِ قِسْطُهُ مِنَ الثَّمَنِ ، وَمَا زَادَ فَهُوَ لِلْمُفْلِسِ وَالْغُرْمَاءِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْبَيْعِ . أَوْ لَمْ يَطْلُبْ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ . فَاتَّفَقَا عَلَى كَيْفِيَّةِ كَوْنِهِمَا بَيْنَهُمَا ، جَازًا مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا ، كَانَتْ الْأَرْضُ لِلْبَائِعِ ، وَالْغِرَاسُ وَالْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ وَالْغُرْمَاءِ ، وَلَهُمْ دُخُولُ الْأَرْضِ لِسَقْيِ الشَّجَرِ وَأَخْذِ الثَّمَرَةِ ، وَلَيْسَ لَهُمْ دُخُولُهَا لِلتَّفْرُجِ وَلِغَيْرِ حَاجَةٍ ، وَلِلْبَائِعِ دُخُولُهَا لِلزَّرْعِ ، وَلِمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَهُ وَمِلْكُهُ . وَإِنْ بَاعُوا الشَّجَرَ وَالْبِنَاءَ لِإِنْسَانٍ ، فَحُكْمُهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُهُمْ . وَلَوْ بَدَّلَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرْمَاءُ ، أَوْ الْمُشْتَرِي مِنْهُمْ ، قِيَمَةَ الْأَرْضِ لِلْبَائِعِ ، لِيَدْفَعَهَا لَهُمْ ، لَمْ يَلْزَمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ أَصْلٌ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهَا ، بِخِلَافِ مَا فِيهَا مِنَ الْعَرَسِ وَالْبِنَاءِ .

فصل : إِذَا اشْتَرَى غِرَاسًا ، فَعَرَسَهُ فِي أَرْضِهِ ، ثُمَّ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَزِدِ الْغِرَاسُ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَذْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ . وَإِذَا أَخَذَهُ ، فَعَلِيهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ، وَأَرْشُ نَقْصِهَا الْحَاصِلُ بِفِعْلِهِ^(٢٢) ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَصَلَ لِتَحْلِيصِ مِلْكِهِ مِنْ مِلْكِ غَيْرِهِ . وَإِنْ بَدَّلَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرْمَاءُ لَهُ قِيَمَتَهُ ، لِيَمْلِكُوهُ بِذَلِكَ ، لَمْ يُجْبَرَ عَلَى قَبُولِهَا ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَخَذَ مَالِهِ ، وَتَفْرِيغَ مِلْكِهِمْ ، وَإِزَالََةَ ضَرَرِهِ عَنْهُمْ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَنَعُهُ ، كَالْمُشْتَرِي

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) في م : « بقلعه » .

إذا عَرَسَ في الأَرْضِ المَشْفُوعَةَ . وإن اُمْتَنَعَ من القَلْعِ ، فَبَدَّلُوا له القِيمَةَ لِيَمْلِكَهُ المُنْفِلِسُ ، أو أَرَادُوا قَلْعَهُ وَضَمَانَ النَّقْصِ ، فلهِم ذلك . وكذلك إذا أَرَادُوا قَلْعَهُ من غير ضَمَانِ النَّقْصِ ؛ لأنَّ المُنْفِلِسَ إِنَّمَا ابْتِاعَهُ مَقْلُوعًا ، فلم يَجِبْ عليه إِبْقَاؤُهُ في أَرْضِهِ . وقيل : ليس لهم قَلْعُهُ من غيرِ ضَمَانِ النَّقْصِ ؛ لأنَّهُ عَرَسَ بِحَقِّ ، فَأَشْبَهَهُ عَرَسَ المُنْفِلِسِ في الأَرْضِ التي ابْتِاعَهَا إذا رَجَعَ بِابْتِاعِهَا فيها . والفرقُ بينهما ظَاهِرٌ ؛ فَإِنَّ إِبْقَاءَ العِرَاسِ في هذه الصُّورَةِ حَقٌّ عليه ، فلم يَجِبْ عليه بِفِعْلِهِ ، وفي التي قَبَلَهَا إِبْقَاؤُهُ حَقٌّ له فَوَجِبَ له بِعِرَاسِهِ في مِلْكِهِ . فَإِنَّ اخْتَارَ بعضهم القَلْعَ ، وبعضهم التَّبَقِيَةَ ، قَدَّمَ قَوْلَ مَنْ طَلَبَ القَلْعَ ، سواءً كان المُنْفِلِسَ أو العُرْمَاءَ ، أو بعضَ العُرْمَاءِ ؛ لأنَّ الإِبْقَاءَ ضَرَرٌ غيرٌ واجِبٍ ، فلم يَلْزَمِ المُمْتَنِعُ منه الإِجَابَةُ إليه / . وإن زَادَ العِرَاسُ في الأَرْضِ ، فهي زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، تُمْنَعُ الرَّجُوعَ على قولِ الخَرَقِيِّ ، ولا تُمْنَعُ على رِوَايَةِ المِيمُونِيِّ .

فصل : وإن اشْتَرَى أرضًا من رَجُلٍ ، وَعِرَاسًا من آخَرَ ، فَعَرَسَهُ فيها ، ثم أَفْلَسَ ولم يَزِدِ الشَّجَرَ ، فَلِكُلِّ واحدٍ منهما الرَّجُوعُ في عَيْنِ مَالِهِ ، وَلِصَاحِبِ الأَرْضِ قَلْعُ العِرَاسِ من غيرِ ضَمَانِ نَقْصِهِ بالقَلْعِ ، على ما ذَكَرْنَا ؛ لأنَّ البَائِعَ إِنَّمَا بَاعَهُ مَقْلُوعًا ، فلا يَسْتَحِقُّهُ إِلَّا كذلك . وإن أَرَادَ بَائِعُهُ قَلْعَهُ من الأَرْضِ ، فَعَلَعَهُ ، فعليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، وَضَمَانُ نَقْصِهَا الحَاصِلِ به ؛ لما تَقَدَّمَ . وإن بَدَّلَ صَاحِبُ العِرَاسِ قِيمَةَ الأَرْضِ لِصَاحِبِهَا لِيَمْلِكَهُ ، لم يُجْبِرْ على ذلك ؛ لأنَّ الأَرْضَ أَصْلٌ ، فلا يُجْبِرُ على بَيْعِهَا تَبَعًا . وإن بَدَّلَ صَاحِبُ الأَرْضِ قِيمَةَ العِرَاسِ (٢٣) ، لِيَمْلِكَهُ إذا اُمْتَنَعَ من القَلْعِ ، فله ذلك ؛ لأنَّ عَرَسَهُ حَصَلَ في مِلْكِ غَيْرِهِ بِحَقِّ ، فَأَشْبَهَهُ عَرَسَ المُنْفِلِسِ في أَرْضِ البَائِعِ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكُ ذلك ؛ لأنَّهُ لا يُجْبِرُ على إِبْقَائِهِ إذا اُمْتَنَعَ من دَفْعِ قِيمَتِهِ ، أو أَرَشَ نَقْصَهُ ، فلا يَكُونُ له أن يَتَمَلَّكَه بِالقِيمَةِ ، بِخِلَافِ التي قَبَلَهَا . والأولى أُولَى . وهذا يَنْتَقِضُ بِعَرَسِ العَاصِبِ .

(٢٣) في ١، م : « للغراس » .

فصل : الشرط الثالث ، أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً . فإن 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 ؛ لأنه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقِد ، فجاز أن يرجع به بعضها ، كالفرق قبل الدخول في التّكاح . وقال مالك : هو مُحَيَّر ، إن شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين ، وإن شاء حاصّ العُرماء ولم يرجع . ولنا ، ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة : أن رسول الله ﷺ قال : « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً ، فَأَذْرَكَ سِلْعَتَهُ بَعِينَهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَدْ قَبِضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبِضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، فَهُوَ أَسْوَةُ الْعُرْمَاءِ » . رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والدارقطني^(٢٤) . ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعضاً للصّفقة على المشتري ، وإضراراً به ، وليس ذلك للبائع . فإن قيل : لا ضرر عليه في ذلك ؛ لأنّ ماله يُباع ، ولا يبقى له ، فيزول عنه الضرر . قلنا : لا يندفع الضرر بالبيع ؛ فإن قيمته تنقص بالتشقيص ، ولا يرغب فيه مشقّصاً ، فيتضرر المُفلس والعُرماء بنقص القيمة . ولأنه سبب / يفسخ به البيع ، فلم يجز تشقيصه ، كالردّ بالعيب والخيار ، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على التّكاح . ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة ، أو عينين ، لما ذكرنا من الحديث والمعنى . فإن 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 » متصلاً ، فلا يضر إرسال من أرسله ، فإن راوى المُسنّد معه زيادة لا يعارضها ترك مُرسِل الحديث لها ، وعلى أن المرسل حجة ، فلا يضر إرساله .

٧٢/٤ و

(٢٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ... ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل ... ، من كتاب الأحكام ، سنن ابن ماجه ٧٩٠/٢ . والدارقطني ، من كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣٠/٣ .

فصل : الشرط الرابع ، أن لا يكون تعلق بها حق الغير . فإن رهنها المشتري ، ثم أفلس أو وهبها^(٢٥) ، لم يملك البائع الرجوع ، كما لو باعها أو أعتقها ، ولأن في الرجوع إضراراً بالمرتبهين ، ولا يزال الضرر بالضرر ، ولأن النبي ﷺ قال : « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، فهو أحق به »^(٢٦) . وهذا لم يجده عند المفلس . ولا تعلم في هذا خلافاً . فإن كان دين المرتبهين دون قيمة الرهن ، بيع كله ، فقصي منه دين المرتبهين ، والباقي يرد على سائر مال المفلس ، ويشترك الغرماء فيه ، وإن بيع بعضه ، فباقيه بينهم يباع لهم أيضاً ، ولا يرجع به البائع . قال القاضي : له الرجوع به . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه عين ماله ، لم يتعلق به حق غيره . ولنا ، أنه لم يجده متاعه بعينه ، فلم يكن له أخذه ، كما لو كان الدين مستغزياً له . وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب ؛ لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع ، فكذلك ذهاب بعضه بالبيع . ولورهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه ؛ لما ذكرنا . وإن كان المبيع عينين ، فرهن إحداهما ، فهل يملك البائع الرجوع في الأخرى ؟ على وجهين ، بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين . وإن فك الرهن قبل فليس المشتري ، أو أبرأ من دينه ، فلبائع الرجوع ؛ لأنه أدرك متاعه بعينه عند المشتري . وإن أفلس وهو رهن ، فأبرأ المرتبهين المشتري / من دينه ، أو قصي الدين من غيره ، فلبائع الرجوع أيضاً كذلك .

٧٢/٤ ظ

فصل : وإن كان عبداً ، فأفلس المشتري بعد تعلق أرض الجنابة برفقته ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، ليس للبائع الرجوع ؛ لأن تعلق الرهن به يمنع الرجوع ، وأرض الجنابة يقدم على حق المرتبهين ، فأولى أن لا يرجع . ذكره أبو الخطاب . والثاني ، لا يمنع الرجوع فيه ؛ لأنه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه^(٢٧) ، فلم يمنع

(٢٥) في م : « وبها » خطأ .

(٢٦) تقدم تخريجه في صفحة ٥٣٩ .

(٢٧) سقط من : ١ .

الرُّجُوعَ ، كَالَّذِينَ فِي ذِمَّتِهِ . وَفَارَقَ الرَّهْنَ ؛ فَإِنَّهُ يَمْنَعُ تَصَرُّفَ الْمُشْتَرِي فِيهِ . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَرْجِعُ . فَحُكْمُهُ حُكْمُ الرَّهْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهُ الرُّجُوعُ . فَهُوَ مُخَيَّرٌ ؛ إِنْ شَاءَ رَجَعَ فِيهِ تَاقِصًا بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ ، وَإِنْ شَاءَ ضَرَبَ بِمَنِينِهِ مَعَ الْعُرْمَاءِ . وَإِنْ أَبْرَأَ الْعَرِيمَ مِنَ الْجِنَايَةِ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ خَالِيًا مِنْ تَعَلُّقِ حَقِّ غَيْرِهِ بِهِ .

فصل : وَإِنْ أَفْلَسَ بَعْدَ خُرُوجِ الْمَبِيعِ مِنْ مِلْكِهِ ؛ بِبَيْعٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ وَقْفٍ ، أَوْ عَيْتٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُدْرِكْ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ الْمُفْلِسِ ، سِوَاءَ كَانَ الْمُشْتَرِي يُمَكِّنُهُ اسْتِزْجَاعَهُ بِخِيَارٍ لَهُ ، أَوْ عَيْبٍ فِي ثَمَنِهِ ، أَوْ رُجُوعِهِ فِي هِبَةٍ وَوَلَدِهِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا . وَخُرُوجُ بَعْضِهِ كَخُرُوجِ جَمِيعِهِ ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ . فَإِنْ أَفْلَسَ بَعْدَ رُجُوعِ ذَلِكَ إِلَى مِلْكِهِ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ : أَحَدُهَا ، لَهُ الرُّجُوعُ ؛ لِلْخَبِيرِ ، وَلِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ خَالِيًا عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَبِيعْهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمَلِكُ لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَيْهِ مِنْهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ فَسْخُحَهُ . ذَكَرَ أَصْحَابُنَا هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ ذَلِكَ . وَالثَّلَاثُ ، أَنَّهُ (٢٨) إِنْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ، كَبَيْعٍ ، أَوْ هِبَةٍ ، أَوْ إِرْثٍ ، أَوْ وَصِيَّةٍ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . لَمْ يَكُنْ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ إِلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ . وَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ بِفَسْخِخٍ ، كَالْإِقَالَةِ ، وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ أَوْ خِيَارٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمَلِكُ اسْتَنَّدَ إِلَى السَّبَبِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ فَسَخَ الْعَقْدَ الثَّانِي لَا يَقْتَضِي ثُبُوتَ الْمَلِكِ ، وَإِنَّمَا أزالَ السَّبَبَ الْمَزِيلَ لِمَلِكِ الْبَائِعِ ، فَثَبَّتَ الْمَلِكُ بِالسَّبَبِ الْأَوَّلِ ، فَمَلَكَ اسْتِزْجَاعَ مَا ثَبَّتَ الْمَلِكُ فِيهِ بَيْعَهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ : أَحَدُهَا : الْبَائِعُ أَحَقُّ بِهِ . هَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِلْخَبِيرِ ، وَلِأَنَّهُ إِذَا رَجَعَ فِيهِ عَادَ الشَّقْصُ إِلَيْهِ ، فَزَالَ الصَّرْرُ

(٢٨) سقط من : م .

عن الشَّفِيعِ ، لَأَنَّهُ عَادَ كَمَا / كَانَ قَبْلَ الْبَيْعِ ، وَلَمْ تَتَجَدَّدْ شَرَكَةٌ غَيْرَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الشَّفِيعَ أَحَقُّ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ فَكَانَ أَوْلَى ، بَيَّانُهُ أَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ نُبِتَ بِالْحَجْرِ ، وَحَقُّ الشَّفِيعِ نُبِتَ بِالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ (٢٩) حَقَّهُ آكَدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ انْتِزَاعَ الشَّقْصِ مِنَ الْمُشْتَرِي ، وَمِمَّنْ نَقَلَهُ إِلَيْهِ ، وَحَقُّ الْبَائِعِ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ ، مَا دَامَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، وَلَا يَزُولُ الضَّرْرُ عَنْهُ بِرَدِّهِ إِلَى الْبَائِعِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي لِبَائِعِهِ ، أَوْ وَهَبَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَقَالَهُ ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الشَّفِيعِ ، وَلِأَنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ فِي عَيْنٍ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقُّ الْغَيْرِ ، وَهَذِهِ قَدْ تَعَلَّقَتْ بِهَا حَقُّ الشَّفِيعِ . الْوَجْهُ الثَّلَاثُ ، أَنَّ الشَّفِيعَ إِنْ كَانَ طَالَبًا بِالشَّفْعَةِ ، فَهُوَ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ تَأَكَّدَ هُنَا (٣٠) بِالْمُطَالَبَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُطَالَبْ بِهَا ، فَالْبَائِعُ أَوْلَى . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَالْأَوْلَيْنِ ، وَلَهُمْ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، أَنَّ الثَّمَنَ يُؤْخَذُ مِنَ الشَّفِيعِ ، فَيَحْتَصُّ بِهِ الْبَائِعُ ، جَمْعًا بَيْنَ الْحَقَّيْنِ ، فَإِنَّ غَرَضَ الشَّفِيعِ فِي عَيْنِ الشَّقْصِ الْمَشْفُوعِ ، وَغَرَضَ الْبَائِعِ فِي ثَمَنِهِ ، فَيَحْصُلُ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَا . وَلَيْسَ هَذَا جَيِّدًا ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبَائِعِ إِنَّمَا نُبِتَ فِي الْعَيْنِ ، فَإِذَا صَارَ الْأَمْرُ إِلَى وُجُوبِ الثَّمَنِ ، تَعَلَّقَ بِدِمَّتِهِ ، فَسَاوَى الْغُرْمَاءَ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ صَيِّدًا ، فَأَفْلَسَ الْمُشْتَرِي وَالْبَائِعُ مُحْرِمًا ، لَمْ يَرْجِعْ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ الصَّيِّدَ ، فَلَمْ يَجُزْ مَعَ الْإِحْرَامِ ، كَشِرَاءِ الصَّيِّدِ . وَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ حَلَالًا فِي الْحَرَمِ ، وَالصَّيِّدُ فِي الْحِلِّ ، فَأَفْلَسَ الْمُشْتَرِي ، فَلِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْحَرَمَ إِنَّمَا يَحْرُمُ الصَّيِّدَ الَّذِي فِيهِ ، وَهَذَا لَيْسَ مِنْ صَيِّدِهِ ، فَلَا يَحْرُمُ ، وَلَوْ أَفْلَسَ الْمُحْرِمُ ، وَفِي مِلْكِهِ صَيِّدٌ ، بَائِعُهُ حَلَالٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ غَيْرُ مَوْجُودٍ فِي حَقِّهِ .

فصل : وَإِذَا أَفْلَسَ ، وَفِي يَدِهِ عَيْنٌ مَالٍ دَيْنٌ بَائِعُهَا مُوجَّلٌ ، وَقُلْنَا : لَا يَحِلُّ الدَّيْنُ

(٢٩) فِي م : « وَلِأَنَّهُ » .

(٣٠) سَقَطَ مِنْ : ١ .

بِالْفَلَسِ . فقال أحمدُ ، في رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ ثَوَابٍ : يَكُونُ مَالُهُ مَوْفُوقًا إِلَى أَنْ يَحِلَّ دَيْنُهُ ، فَيَخْتَارَ الْبَائِعُ الْمَسْخَ أَوْ التَّرْكَ . وهذا قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْمَنْصُوصُ عَنِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ يُبَاعُ فِي الدُّيُونِ الْحَالَّةِ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا مِثْلُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا حُقُوقٌ حَالَّةٌ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ ، كدَيْنِ مَنْ لَمْ يَجِدْ عَيْنَ مَالِهِ . وَلِلأَوَّلِ الْحَبْرُ ، وَلأنَّ حَقَّ هَذَا الْبَائِعِ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ ، فَقُدِّمَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا . كَالْمُرْتَهِنِ / ، وَالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ .

٧٣/٤ ظ

فصل : قال أحمدُ ، في رَجُلٍ ابْتَاعَ طَعَامًا نَسِيئَةً ، وَنَظَرَ إِلَيْهِ وَقَلَّبَهُ ، وَقَالَ : أَقْبِضْهُ غَدًا . فَمَاتَ الْبَائِعُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ ، فَالطَّعَامُ لِلْمُشْتَرِي ، وَيَتْبَعُهُ الْعُرْمَاءُ فِي الثَّمَنِ ، وَإِنْ كَانَ رَخِيصًا . وَكَذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ ثَبَتَ لِلْمُشْتَرِي فِيهِ بِالشَّرَاءِ ، وَزَالَ مِلْكُ الْبَائِعِ عَنْهُ ، فَلَمْ يُشَارِكْهُ عُرْمَاءُ الْبَائِعِ فِيهِ ، كَمَا لَوْ قَبَضَهُ . الشَّرْطُ الْخَامِسُ ، أَنْ يَكُونَ الْمُفْلِسُ حَيًّا . وَيَأْتِي شَرْحُ ذَلِكَ فِي آخِرِ الْبَابِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَرُجُوعُ الْبَائِعِ فِي الْمَبِيعِ فَسَخَّ لِلْبَيْعِ ، لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْمَبِيعِ ، وَلَا الْقُدْرَةَ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، وَلَا اشْتِبَاهِ الْمَبِيعِ بِغَيْرِهِ ، فَلَوْ رَجَعَ فِي الْمَبِيعِ الْعَائِبِ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ يَتَغَيَّرُ فِيهَا ، ثُمَّ وَجَدَهُ عَلَى حَالِهِ لَمْ يَتَلَفْ شَيْءٌ مِنْهُ ، صَحَّ رُجُوعُهُ . وَإِنْ رَجَعَ فِي الْعَبْدِ بَعْدَ إِبَاقِهِ ، أَوْ الْجَمَلِ بَعْدَ شُرُودِهِ ، أَوْ الْفَرَسِ الْعَائِرِ^(٣١) ، صَحَّ ، وَصَارَ ذَلِكَ لَهُ ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ أَحَدُهُ ، وَإِنْ ذَهَبَ كَانَ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ تَالِفًا حِينَ اسْتَرْتَجَاعِهِ ، لَمْ يَصِحَّ اسْتِرْتَجَاعُهُ ، وَكَانَ لَهُ أَنْ يَضْرِبَ مَعَ الْعُرْمَاءِ فِي الْمَوْجُودِ مِنْ مَالِهِ . وَإِنْ رَجَعَ فِي الْمَبِيعِ ، وَاشْتَبَهَ بِغَيْرِهِ ، فَقَالَ الْبَائِعُ : هَذَا هُوَ الْمَبِيعُ . وَقَالَ الْمُفْلِسُ : بَلْ هَذَا . فَالقولُ قولُ الْمُفْلِسِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِاسْتِحْقَاقِ مَا ادَّعَاهُ الْبَائِعُ ، وَالأَصْلُ مَعَهُ .

(٣١) عار الفرس يعير : ذهب كأنه منفلت .

٨٠٢ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَبَ لَهُ حَقٌّ بِشَاهِدٍ ، فَلَمْ يَخْلِفْ ، لَمْ يَكُنْ لِلْغُرْمَاءِ أَنْ يَخْلِفُوا مَعَهُ ، وَيَسْتَحِقُّوا)

وجملة ذلك أن المُفلسَ في الدَّعوى كغيره ، فإذا ادَّعى حَقَّه به شاهدٌ عدلٌ ، وحلَّفَ مع شاهديه ، ثبتَ المالُ ، وتعلَّقتْ به حقوقُ الغُرْماءِ . وإن امتنع لم يُجبر ؛ لأننا لا نعلمُ صدقَ الشَّاهدِ ، ولو ثبتَ الحقُّ بشهادته لم يحتجْ إلى يمينٍ معه ، فلا يُجبرُ على الحلفِ على ما لا يعلمُ صدقَه كغيره . فإن قال الغُرْماءُ : نحن نحلِّفُ مع الشَّاهدِ . لم يكنْ لهم ذلك . وبهذا قال الشَّافعيُّ في الجديدي ، وقال في القديمِ : يَحْلِفُونَ معه ؛ لأنَّ حقوقهم تعلَّقتْ بالمالِ ، فكان لهم أن يَحْلِفُوا ، كالورثةِ يَحْلِفُونَ على مالٍ موروثهم . ولنا ، أنهم يُثبتون ملكًا لغيرهم ؛ لتعلُّقِ حقوقهم به بعد ثبوته ، فلم يَجزُ لهم ذلك ، كالمراةِ تحلِّفُ لإثباتِ ملكٍ لزوجها ؛ لتعلُّقِ نفقتها به ، كالورثةِ قبلَ موتِ موروثهم . وفارق ما بعد الموتِ ، فإنَّ المالَ انتقلَ إليهم ، وهم يُثبتون بأيمانهم ملكًا لأنفسهم .

٨٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ عَلَى الْمُفْلِسِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلَّ بِالْتَفْلِيسِ ، وَكَذَلِكَ فِي الدَّيْنِ الَّذِي عَلَى المَيِّتِ ، إِذَا وَثَّقَ الوَرِثَةُ)

و ٧٤/٤

وجملته أن الدَّيْنَ المؤجَّلَ لا يحلُّ بفلسٍ من هو عليه ، روايةٌ واحدةٌ . قاله القاضي . وذكر أبو الخطابِ فيه روايةً أخرى ، أنه يحلُّ . وبه قال مالكٌ . وعن الشَّافعيِّ كالمذهبيِّ . واحتجوا بأنَّ الإفلاسَ يتعلَّقُ به الدَّيْنُ بالمالِ ، فأسقطَ الأجلُ كالموتِ . ولنا ، أنَّ الأجلَ حقٌّ للمفلسِ ، فلا يسقطُ بفلسه ، كسائرِ حقوقه ، ولأنه لا يوجبُ حلولَ ماله ، فلا يوجبُ حلولَ ما عليه ، كالجنونِ والإغماءِ ، ولأنه دَيْنٌ مؤجَّلٌ على حيٍّ ، فلم يحلَّ قبلَ أجله ، كغيرِ المفلسِ ، ولا نُسلمُ أنَّ الدَّيْنَ يحلُّ بالموتِ ، فهو كمنسألتنا ، وإن سلَّمنا ، فالفرقُ بينهما أنَّ ذمته خربتْ وبطلتْ ، بخلافِ المفلسِ . إذا ثبتَ هذا ، فإنه إذا حُجِرَ على المفلسِ ، فقال أصحابنا : لا يشاركُ أصحابُ الدُّيُونِ المؤجَّلةِ غُرْماءَ الدُّيُونِ الحالَّةِ ، بل يُقسَمُ المالُ الموجودُ

بين أصحابِ الدُّيُونِ الحَالَةِ ، وَيَتَّقَى الْمُوجَّئِلُ فِي الذِّمَّةِ إِلَى وَقْتِ حُلُولِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْتَسِمِ العُرْمَاءُ حَتَّى حَلَّ الدَّيْنُ ، شَارَكَ العُرْمَاءُ ، كَمَا لَوْ تَجَدَّدَ عَلَى الْمُفْلِسِ دَيْنٌ بِجِنَائِيَّتِهِ ، وَإِنْ أُدْرِكَ بَعْضَ المَالِ قَبْلَ قَسْمِهِ ، شَارَكَهُمْ فِيهِ ، وَيَضْرِبُ فِيهِ بِجَمِيعِ دَيْنِهِ ، وَيَضْرِبُ سَائِرُ العُرْمَاءِ بِبَقِيَّةِ دُيُونِهِمْ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنْ الدَّيْنُ يَحُلُّ . فَإِنَّهُ يَضْرِبُ مَعَ العُرْمَاءِ بِدَيْنِهِ ، كغَيْرِهِ مِنْ أَرْبَابِ الدُّيُونِ الحَالَةِ . فَأَمَا إِنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ مُوَجَّئِلَةٌ ، فَهَلْ تَحِلُّ بِالمَوْتِ ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَحِلُّ إِذَا وَثِقَ الوَرِثَةُ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ سِيرِينَ ، وَعَبْدِ اللهِ بْنِ الحَسَنِ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَقَالَ طَاوُسٌ ، وَأَبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَالثُّهْرِيُّ ، وَسَعْدُ^(١) بْنُ إِبرَاهِيمَ : الدَّيْنُ إِلَى أَجَلِهِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنِ الحَسَنِ . وَالرَّوَايَةُ الأُخْرَى ، أَنَّهُ يَحِلُّ بِالمَوْتِ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحَعِيُّ ، وَسِوَارٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالثُّورِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحُلُّوهُ إِذَا أُنِيقَ فِي ذِمَّةِ المَيِّتِ ، أَوْ الوَرِثَةِ ، أَوْ يَتَعَلَّقُ بِالمَالِ ، لَا يَجُوزُ بَقَاؤُهُ فِي ذِمَّةِ المَيِّتِ لِخَرَابِهَا ، وَتَعَدُّرِ مُطَالَبَتِهِ بِهَا ، وَلَا ذِمَّةُ الوَرِثَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَلْتَزِمُوها ، وَلَا رَضِيَ صَاحِبُ الدَّيْنِ بِذِمَّتِهِمْ ، وَهِيَ مُخْتَلِفَةٌ مُتَبَايِنَةٌ ، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ عَلَى الأَعْيَانِ وَتَأْجِيلُهُ ؛ لِأَنَّهُ ضَرَّرَ بِالمَيِّتِ وَصَاحِبِ الدَّيْنِ ، وَلَا نَفْعَ لِلوَرِثَةِ فِيهِ ؛ أَمَّا المَيِّتُ فَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « المَيِّتُ / مُرْتَهَنٌ بِدَيْنِهِ ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »^(٢) . وَأَمَّا صَاحِبُهُ فَيَتَأَخَّرُ حَقُّهُ ، وَقَدْ تَثَلَّفَ العَيْنُ فَيَسْقُطُ حَقُّهُ . وَأَمَّا

٧٤/٤ ظ

(١) فِي النسخ : « سعيد » .

وَهُوَ سَعْدُ بْنُ إِبرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفِ الزُّهْرِيِّ ، كَانَ قَاضِي المَدِينَةِ ، وَكَانَ ثِقَةً كَثِيرَ الحَدِيثِ ، تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ وَمِائَةٍ . تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ٤٦٣/٣ - ٤٦٥ . وَحَفِيدُهُ سَعْدُ بْنُ إِبرَاهِيمَ بْنِ سَعْدٍ ، ثِقَةٌ كَانَ عَلَى قِضَاءِ وَاسِطٍ ، تَوَفَّى سَنَةَ إِحْدَى وَمِائَتَيْنِ . تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ٤٦٢/٣ ، ٤٦٣ .

(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ نَفْسُ المُؤْمِنِ مُعْلَقَةٌ ... ، مِنْ أَبْوَابِ الجَنَائِزِ . عَارِضَةُ الأَحْوَذِيِّ ٢٩٧/٤ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ التَّشْدِيدِ فِي الدَّيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٨٠٦/٢ ، وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي التَّشْدِيدِ فِي الدَّيْنِ . مِنْ كِتَابِ البُيُوعِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢٦٢/٢ . وَالإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : المُسْنَدِ ٤٤٠/٢ ، ٤٧٥ ، ٥٠٨ .

الْوَرْتَةَ ، فَإِنَّهُمْ لَا يَنْتَفِعُونَ بِالْأَعْيَانِ ، وَلَا يَتَصَرَّفُونَ فِيهَا ، وَإِنْ حَصَلَتْ لَهُمْ مَنَفَعَةٌ ، فَلَا يَسْقُطُ حَظُّ الْمَيِّتِ وَصَاحِبِ الدَّيْنِ لِمَنَفَعَةِ لَهُمْ . وَلَنَا ، مَا ذَكَّرْنَا فِي الْمُفْلِسِ ، وَلِأَنَّ الْمَوْتَ مَا جُعِلَ مُبْطَلًا لِلْحَقُوقِ ، وَإِنَّمَا هُوَ مِيقَاتٌ لِلْخِلَافَةِ ، وَعَلَامَةٌ عَلَى الْوَرَاثَةِ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ » (٣) . وَمَا ذَكَّرُوهُ إِثْبَاتِ حُكْمِهِ بِالْمَصْلَحَةِ الْمُرْسَلَةِ ، وَلَا يَشْهَدُ لَهَا شَاهِدُ الشَّرْعِ بِاعْتِبَارٍ ، وَلَا خِلَافٍ فِي فَسَادِ هَذَا ، فَعَلَى هَذَا يَبْقَى الدَّيْنُ فِي ذِمَّةِ الْمَيِّتِ كَمَا كَانَ ، وَيَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ مَالِهِ كَتَعَلُّقِ حُقُوقِ الْغُرَمَاءِ بِمَالِ الْمُفْلِسِ عِنْدَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ . فَإِنْ أَحَبَّ الْوَرْتَةُ آدَاءَ الدَّيْنِ ، وَالتَّزَامَهُ لِلْغَرِيمِ ، وَتَتَصَرَّفُونَ فِي الْمَالِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْغَرِيمُ أَوْ يُؤْتُوا الْحَقَّ بِضَمِيمٍ مَلِيٍّ ، أَوْ رَهْنٍ يَثِقُ بِهِ لَوْفَاءِ حَقِّهِ ، فَإِنَّهُمْ قَدْ لَا يَكُونُوا أُمَّلِيَاءَ ، وَلَمْ يَرْضَ بِهِمُ الْغَرِيمُ ، فَيُؤَدِّي إِلَى فَوَاتِ الْحَقِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْحَقَّ يَنْتَقِلُ إِلَى ذِمَّةِ الْوَرْتَةِ بِمَوْتِ مَوْرَثِهِمْ ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يُشْتَرَطَ التَّزَامُهُمْ لَهُ . وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَلْزَمَ الْإِنْسَانَ دَيْنٌ لَمْ يَلْتَزِمُهُ ، وَلَمْ يَتَعَاطَ سَبَبُهُ ، وَلَوْ لَزِمَهُمْ ذَلِكَ لِمَوْتِ مَوْرَثِهِمْ (٤) لَلزِمَهُمْ وَإِنْ لَمْ يُخْلِفْ وَقَاءً ، وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بِالْمَوْتِ . فَأَحَبُّ الْوَرْتَةَ الْقَضَاءَ مِنْ غَيْرِ التَّرِكَةِ ، وَاسْتِخْلَاصَ التَّرِكَةِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَإِنْ قَضَوْا مِنْهَا ، فَلَهُمْ

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب الدين ، من كتاب الكفالة ، وفي : باب الصلاة على من ترك ديناً ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب قول النبي ﷺ من ترك كلاً أو ضياعاً فالإله ، من كتاب النفقات ، في : باب قول النبي ﷺ من ترك مالا فإلهه ، و : باب ميراث الأسير ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٢٨/٣ ، ١٥٥ ، ١٥٧/٧ ، ١٨٧/٨ ، ١٩٣ ، ١٩٤ . ومسلم ، في : باب من ترك مالا فلورثته ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ١٢٣٧/٣ ، ١٢٣٨ . وأبو داود ، في : باب في ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض ، وفي : باب أرزاق الذرية ، من كتاب الإجارة ، وفي : باب في التشديد في الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ١١١/٢ ، ١٢٣ ، ٢٢١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز ، وفي : باب ما جاء من ترك مالا فلورثته ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٢٩١/٤ ، ٢٣٩/٨ . والنسائي ، في : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥٣/٤ . وابن ماجه ، في : باب من ترك ديناً أو ضياعاً ... ، من كتاب الصدقات ، وفي : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٨٠٧/٢ ، ٩١٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٠/٢ ، ٤٥٣ ، ٤٥٦ ، ٢٩٦/٣ ، ٣٧١ ، ١٣١/٤ .

(٤) في الأصل ، ١ : « موروثهم » .

ذلك ، وإن امتنعوا من القضاء ، باع الحاكم من التركة ما يُقضى به الدين . وإن مات مفلس وله غرماء ، بعض ديونهم مؤجل ، وبعضها حال ، وقلنا : المؤجل يحل بالموت . تساووا في التركة ، فاقسموها على قدر ديونهم . وإن قلنا : لا يحل بالموت . نظرنا ؛ فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل ، اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة من التوثيق ، حل دينه ، وشارك أصحاب الحال ، لئلا يُفصى إلى إسقاط دينه بالكلية .

فصل : حكى بعض أصحابنا في من مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، لا يمنعه ؛ للخبير ، ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس ، فلم يمنع نقله . فإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تعذر وفاؤه ، فسح تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجاني ، أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة . والرواية الثانية ، يمنع نقل التركة إليهم ، لقول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٥) . فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلهما . فعلى هذا ، لو تصرف الورثة ، لم يصح تصرفهم ؛ لأنهم تصرفوا في غير ملكهم ، إلا أن يأذن الغرماء لهم ، وإن تصرف الغرماء ، لم يصح إلا بإذن الورثة .

٨٠٤ - مسألة ؛ قال : (وَكُلُّ مَا فَعَلَهُ الْمُفْلِسُ فِي مَالِهِ قَبْلَ أَنْ يَقِفَهُ الْحَاكِمُ ، فَجَائِزٌ)

يعنى قبل أن يحجر عليه الحاكم . فنبدأ بذكر سبب الحجر ، فنقول : إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لم يجنبهم حتى ثبتت ديونهم باعتزافه أو بيئته ، فإذا ثبتت ، نظر في ماله ، فإن كان وافيًا بدينه ،

(٥) سورة النساء ١١ .

لم يَحْجُرْ عليه ، وأمره بِقَضَاءِ دَيْنِهِ ، فإن أبا حَبَسَهُ ، فإن لم يَقْضِهِ^(١) ، وصبرَ على الحَبْسِ قَضَى الحَاكِمُ دَيْنَهُ من مَالِهِ ، وإن احتَاجَ إلى بَيْعِ مَالِهِ في قَضَاءِ دَيْنِهِ بَاعَهُ ، وإن كان مَالُهُ دونَ دَيْنِهِ ، ودُيُونُهُ مُوجَلَّةً ، لم يَحْجُرْ عليه ؛ لأنَّهُ لا تُسْتَحَقُّ مُطَابَقَتُهُ بها ، فلا يَحْجُرْ عليه من أَجْلِهَا . وإن كان بعضها مُوجَلًّا ، وبعضها حَالًا ، ومَالُهُ يَفِي بالحَالِ ، لم يَحْجُرْ عليه أيضًا كذلك . وقال بعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : إن ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ الفَلَسِ ، لِكَوْنِ مَالِهِ بِإِزَاءِ دَيْنِهِ ، ولا تَفَقَّةَ له إِلَّا من مَالِهِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، يَحْجُرْ عليه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أن مَالَهُ يَعْجِزُ عن دُيُونِهِ ، فهو كما لو كان مَالُهُ نَاقِصًا . ولنا : أن مَالَهُ وَاِفٍ بما يَلْزِمُهُ أَداؤُهُ ، فلم يَحْجُرْ عليه ، كما لو لم تَظْهَرْ أَمَارَاتُ الفَلَسِ ، ولأنَّ العُرْمَاءَ لا يُمْكِنُهُمْ طَلْبُ حُقُوقِهِمْ في الحَالِ ، فلا حَاجَةَ إلى الحَجْرِ . وأما إن كانت دُيُونُهُ حَالَةً ، يَعْجِزُ مَالُهُ عن أَدايِهَا ، فسَأَلَ غُرْمَاؤُهُ الحَجْرَ عليه ، لِرِمْتِهِ إِجَابَتِهِمْ . ولا يجوزُ الحَجْرُ عليه بغيرِ سُوَالِ غُرْمَائِهِ ؛ لأنَّهُ لا وِلَايَةَ له في ذلك ، وإنما يَفْعَلُهُ لِحَقِّ العُرْمَاءِ ، فاعتَبِرَ رِضَاهُمُ بِهِ . وإن اختلفُوا ، فطَلَبَ بعضهم دُونَ بعضِ ، أُجِيبَ مَنْ طَلَبَ ؛ لأنَّهُ حَقٌّ له . وبهذا قال مالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ ، وقال أبو حنيفةٌ : ليس لِلحَاكِمِ الحَجْرُ عليه ، فإذا أدَّى اجْتِهَادُهُ إلى الحَجْرِ عليه ثَبِتَ ؛ لأنَّهُ فِعْلٌ^(٢) مُجْتَهَدٌ فِيهِ ، وليس له التَّصَرُّفُ في مَالِهِ ؛ لأنَّهُ لا وِلَايَةَ عليه ، إِلَّا أن الحَاكِمَ / يُجْبِرُهُ على البَيْعِ إذا لم يُمْكِنِ الإيفاءُ بدونَهُ ، فإن امتنعَ لم يَبِعْهُ ، وكذلك إن امتنعَ المُوسِرُ من وِفَاءِ الدَّيْنِ ، لا يَبِيعُ مَالَهُ ، وإنما يَحْبِسُهُ لِيَبِيعَ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا أن يكونَ عليه أَحَدُ التَّقْدِينِ ، ومَالُهُ من التَّقْدِينِ الآخِرِ ، فيدْفَعُ الدَّرَاهِمَ عن الدَّنَانِيرِ ، والدَّنَانِيرِ عن الدَّرَاهِمِ ؛ لأنَّهُ رَشِيدٌ لا وِلَايَةَ^(٣) عليه ، فلم يَجْزِ لِلحَاكِمِ بَيْعُ مَالِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ، كالذي لا دَيْنَ عليه ، وخالَفَهُ صَاحِبَاهُ في ذلك . ولنا ، ما رَوَى كَعْبُ بن مالِكٍ ،

٧٥/٤ ظ

(١) في الأصل : « يقضى » .

(٢) في ١ ، م : « فصل » .

(٣) في م : « لاوية » . خطأ .

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ ، وَبَاعَ مَالَهُ فِي دِينِهِ . رَوَاهُ الْحَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ (٤) .
 وَرَوَى عَنْ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ خَطَبَ النَّاسَ ، وَقَالَ : أَلَا إِنَّ
 أُسَيْفَ جُهَيْنَةَ قَدْ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ : سَبَقَ الْحَاجُّ ، فَإِذَا نَ مُعْرِضًا ،
 فَأَصْبَحَ وَقَدْ رِينَ (٥) بِهِ ، فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ فَلْيُحْضِرْ عَدَاً ، فَإِنَّا بَائِعُو مَالِهِ ،
 وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ . وَلَئِنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، مُحْتَاجٌ إِلَى قَضَاءِ دِينِهِ ، فَجَازَ بَيْعَ مَالِهِ
 بِغَيْرِ رِضَاةٍ ، كَالصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ ، وَلَئِنَّهُ نَوْعُ مَالٍ ، فَجَازَ بَيْعُهُ فِي قَضَاءِ دِينِهِ ،
 كَالْأَثْمَانِ . وَقِيَاسُهُمْ يَبْتَلُ بَيْعِ الدَّرَاهِمِ بِالذَّنَائِيرِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا عُدْنَا إِلَى مَسْأَلَةِ
 الْكِتَابِ ، فنَقُولُ : مَا فَعَلَهُ الْمُفْلِسُ قَبْلَ حَجْرِ الْحَاكِمِ عَلَيْهِ ، مِنْ بَيْعٍ ، أَوْ هِبَةٍ ،
 أَوْ إِقْرَارٍ ، أَوْ قَضَاءِ بَعْضِ الْغُرْمَاءِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَهُوَ جَائِزٌ نَافِذٌ . وَهَذَا قَالَ أَبُو
 حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ . وَلَئِنَّهُ رَشِيدٌ غَيْرُ مَحْجُورٍ
 عَلَيْهِ ، فَتَفَدَّ تَصَرُّفَهُ كغَيْرِهِ ، وَلَأنَّ سَبَبَ الْمَنْعِ الْحَجْرُ ، فَلَا يَتَقَدَّمُ سَبَبُهُ ، وَلَئِنَّهُ
 مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ ، وَمُ لَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْمَلِيءَ ، وَإِنْ أُكْرِيَ (٦) جَمَلًا بِعَيْنِهِ ،
 أَوْ دَارًا ، لَمْ تَنْفَسِحْ إِجَارَتُهُ بِالْفَلَسِ ، وَكَانَ الْمُكْتَرَى أَحَقَّ بِهِ ، حَتَّى تَنْقُضِي مُدَّتَهُ .

فصل : ومتى حَجَرَ عَلَيْهِ ، لَمْ يَنْفُذْ تَصَرُّفُهُ فِي شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ بَيْعًا ،
 أَوْ هِبَةً ، أَوْ وَقْفًا ، أَوْ أَصْدَقَ امْرَأَةً مَالًا لَهُ ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، لَمْ يَصِحَّ . وَهَذَا قَالَ
 مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَوْلِهِ ، وَقَالَ فِي آخَرَ : يَقِفُ تَصَرُّفُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا بَقِيَ
 مِنْ مَالِهِ وَفَاءُ الْغُرْمَاءِ نَفَذَ ، وَإِلَّا بَطَلَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ،
 فَلَمْ يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ ، كَالسَّفِيهِ ، وَلَأنَّ حُقُوقَ الْغُرْمَاءِ تَعَلَّقَتْ بِأَعْيَانِ مَالِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ
 تَصَرُّفُهُ فِيهَا ، كَالْمَرْهُونَةِ . فَأَمَّا إِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ ، فَاشْتَرَى ، أَوْ اقْتَرَضَ ، أَوْ
 تَكْفَّلَ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلتَّصَرُّفِ ، وَإِنَّمَا وَجَدَ فِي حَقِّهِ الْحَجْرُ ، وَالْحَجْرُ

(٤) تقدم تخرجه في صفحة ٥٣٨ .

(٥) رين به : أحاط بماله الدين وعلته الديون . وانظر حديث أسيف جُهينة عند البيهقي ، في : باب الحجر على

المفلس ، من كتاب التفليس ، السنن الكبرى ٤٩/٦ .

(٦) في الأصل : « اكرى » .

إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ لَا بِدِمَّتِهِ ، وَلَكِنْ لَا يُشَارِكُ أَصْحَابُ هَذِهِ الدُّيُونِ العُرَمَاءَ ؛ / لِأَنَّهُمْ رَضُوا بِذَلِكَ ، إِذَا عَلِمُوا أَنَّهُ مُفْلِسٌ وَعَامَلُوهُ ، وَمَنْ لَمْ يَعْلَمْ فَقَدْ قَرَطَ فِي ذَلِكَ ، فَإِنَّ هَذَا فِي مِطْنَةِ الشُّهْرَةِ ، وَيُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ فَكِّ الحَجَرِ عَنْهُ . وَإِنْ أَقَرَّ بَدَيْنَ ، لَزِمَهُ بَعْدَ فَكِّ الحَجَرِ عَنْهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الحَسَنِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي قَوْلٍ ، وَقَالَ فِي الآخِرِ ^(٧) : يُشَارِكُهُمْ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ المُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَابِتٌ مُضَافٌ إِلَى مَا قَبَّلَ الحَجَرِ ، فَيُشَارِكُ صَاحِبَهُ العُرَمَاءَ ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ بَيِّنَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ فِيمَا حُجِرَ عَلَيْهِ فِيهِ ، كَالسَّقِيهِ ، أَوْ كَالرَّاهِنِ يُقْرَأُ عَلَى الرَّهْنِ ، وَلِأَنَّهُ إِقْرَارٌ يُبْطِلُ ثُبُوتَهُ حَقَّ غَيْرِ المُقَرِّ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، أَوْ إِقْرَارٌ عَلَى العُرَمَاءِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كإِقْرَارِ الرَّاهِنِ ، وَلِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ فِي إِقْرَارِهِ ، فَهُوَ كَالِإِقْرَارِ عَلَى غَيْرِهِ ، وَفَارَقَ البَيِّنَةَ ، فَإِنَّهُ لَا تُهْمَةٌ فِي حَقِّهَا . وَلَوْ كَانَ المُفْلِسُ صَانِعًا ، كَالْقَصَّارِ ^(٨) ، وَالحَائِكِ ، فِي يَدَيْهِ مَتَاعٌ ، فَأَقْرَبَهُ لِأَرْبَابِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ ، وَالقَوْلُ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا ، وَتُبَاعُ العَيْنِ الَّتِي فِي يَدَيْهِ ، وَتُقَسَّمُ بَيْنَ العُرَمَاءِ ، وَتَكُونُ قِيمَتُهَا وَاجِبَةً عَلَى المُفْلِسِ إِذَا قَدَّرَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا صُرِفَتْ فِي دَيْنِهِ بِسَبَبِ مَنْ جِهَتْهُ ، فَكَانَتْ قِيمَتُهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ فِي ذَلِكَ . وَإِنْ تَوَجَّهَتْ عَلَى المُفْلِسِ يَمِينٌ ، فَتَكَلَّ عَنْهَا ، فَقُضِيَ عَلَيْهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ ، يَلْزَمُ فِي حَقِّهِ ، وَلَا يَحَاصُّ العُرَمَاءَ .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ المُفْلِسُ بَعْضَ رَقِيْقِهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ وَيَنْفَعُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوْسُفَ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ مِنْ مَالِكِ رَشِيْدٍ ، فَتَفَعَّدَ ، كَمَا قَبَّلَ الحَجَرِ ، وَيُقَارِقُ سَائِرَ التَّصَرُّفَاتِ ؛ لِأَنَّ اللَّعْتَقَ تَغْلِيْبًا وَسِرَايَةً ، وَهَذَا يَسْرِي إِلَى مِلْكِ الغَيْرِ ، وَيَسْرِي وَاقْفُهُ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ . وَالرِّوَايَةُ الأُخْرَى ، لَا يَنْفَعُ عَتَقُهُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَاخْتَارَهُ أَبُو الحَطَّابِ ،

(٧) فِي ١ : « القَدِيم » .

(٨) القَصَّار : مَنْ يَدُقُّ الثِّيَابَ وَيَبِيضُهَا .

في «رُؤوس المسائل» ؛ لأنه ممنوع من التبرع لحقَّ الغرماء ، فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله ، ولأنَّ المفلسَ محجورٌ عليه ، فلم ينفذ عتقه كالسفيه ، وفارق المطلق . وأما سرايته إلى ملك الغير ، فمن شرطه أن يكون مؤسراً ، يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه ، فلا يتضرر ، ولو كان مُعسراً ، لم ينفذ عتقه إلا فيما يملك ، صيانةً لحقَّ الغير ، وحفظاً له من^(٩) الضياع ، كذا ههنا . وهذا أصحُّ ، إن شاء الله تعالى .

فصل : ويستحبُّ إظهارُ الحجرِ عليه ، لِتُجَنَّبَ مُعَامَلَتُهُ ، كيلا يستضيرَّ الناسُ بضياعِ أموالهم عليه ، / والإشهادِ عليه ، لِيُنْتَشِرَ ذلك عنه ، ورُبَّما عزَّلَ الحاكمُ أو مات ، فَيُثَبِّتُ الحجرُ عند الآخرِ ، فيمضيه ، ولا يحتاجُ إلى ابتداءِ حجرٍ ثانٍ .

ظ ٧٦/٤

فصل : وإن ثبتَّ عليه حقٌّ بيّنةً ، شاركَ صاحبه الغرماء ؛ لأنه ذننٌ ثابتٌ قبل الحجرِ عليه ، فأشبهه ما لو قامتِ البيّنةُ به قبل الحجرِ . ولو جنى المفلسُ بعد الحجرِ جنايةً أو جبت مالا ، شاركَ المجنى عليه الغرماء ؛ لأنَّ حقَّ المجنى عليه ثبتَّ بغير اختياره . ولو كانت الجنايةُ موجبةً للقصاص ، فعفا صاحبها عنها إلى مالٍ ، أو صالحه المفلسُ على مالٍ ، شاركَ الغرماء ؛ لأنَّ^(١٠) سببه ثبتَّ بغير اختيار صاحبه ، فأشبهه ما لو أوجبتِ المالُ . فإن قيل : ألا قدّمتم حقه على الغرماء ، كما قدّمتم حقَّ من جنى عليه بعضُ عبيدِ المفلسِ ؟ قلنا : لأنَّ الحقَّ في العبدِ الجاني تعلق بعينه ، فقدّم لذلك ، وحقُّ هذا تعلق بالذمة ، كغيره من الديون ، فاستويَا .

فصل : ولو قسمَ الحاكمُ ماله بين غرمائه ، ثم ظهرَ غريمٌ آخرٌ ، رجَعَ على الغرماءِ بقسطه ، وبهذا قال الشافعيُّ ، وحكى ذلك عن مالكٍ ، وحكى عنه : لا يحاصُّهم^(١١) ؛ لأنه نقضٌ لحكمِ الحاكمِ . ولنا ، أنه غريمٌ لو كان حاضراً

(٩) في ١ ، م : « عن » .

(١٠) في ١ ، « لم لا » .

(١١) في الأصل : « يحاصهم » . خطأ .

قَاسَمَهُمْ ، فَإِذَا ظَهَرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، قَاسَمَهُمْ ، كَعَرِيمِ الْمَيْتِ يَظْهَرُ بَعْدَ قَسْمِ مَالِهِ ،
وَلَيْسَ قَسْمُ الْحَاكِمِ مَالَهُ حُكْمًا ، إِنَّمَا هُوَ قِسْمَةٌ بَانَ الْخَطَأُ فِيهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَسَمَ
مَالَ الْمَيْتِ بَيْنَ عَرْمَاتِهِ ثُمَّ ظَهَرَ عَرِيمٌ آخَرٌ . أَوْ قَسَمَ أَرْضًا بَيْنَ شُرَكَاءَ ، ثُمَّ ظَهَرَ
شَرِيكَ آخَرَ . أَوْ قَسَمَ الْمِيرَاثَ بَيْنَ وَرَثَتِهِ ، ثُمَّ ظَهَرَ وَارِثٌ سِوَاهُ ، أَوْ وَصِيَّةٌ ، ثُمَّ ظَهَرَ
مُوصِيٌّ لَهُ آخَرٌ .

فصل : ولو أفلس وله دارٌ مستأجرة ، فأنهدمت بعد قبض المفلِس الأجرة ،
انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة ، وسقط من الأجرة بقدر ذلك ، ثم إن وجد
عين ماله ، أخذ بقدر ذلك ، وإن لم يجده ، ضرب مع العرماء بقدره . وإن كان
ذلك بعد قسم ماله ، رجع على العرماء بحصته ؛ لأنه سبب وجوبه قبل الحجر ،
ولذلك يُشارِكهم إذا وجب قبل القسمة . ولو باع سلعة ، وقبض ثمنها ، ثم أفلس
فوجد بها المشتري عيبًا ، فردَّها به ، أو ردَّها بخيار ، أو اختلاف في الثمن ، ونحوه ،
ووجد عين ماله ، أخذها ؛ لأنَّ البيع لما انفسخ ، زال ملك المفلِس عن الثمن ،
كزوال ملك المشتري عن المبيع ، وإن كان بعد تصرُّفه فيه ، شارك المشتري
العرماء .

٤٧ / ٧٧ و ٨٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَيُنْفِقُ عَلَى الْمُفْلِسِ ، وَعَلَى مَنْ تَلَزَّمَهُ مُؤْتَتَهُ
بِالْمَعْرُوفِ مِنْ مَالِهِ ، إِلَى أَنْ يُفْرَغَ مِنْ قِسْمَتِهِ ^(١) بَيْنَ عَرْمَاتِهِ)

وجملة ذلك أنه إذا حجر على المفلِس ، وكان ذا كسبٍ يفي بنفقته ، ونفقة
من تَلَزَّمَهُ نفقته ، فنفقته في كسبه ، فإنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناه بكسبه ،
فلم يجز أخذ ماله ، كالزيادة على النفقة ، وإن كان كسبه دون نفقته ، كملئها
من ماله ، وإن لم يكن ذا كسبٍ ، أنفق عليه من ماله مدة الحجر ، وإن طالت ؛

(١) في الأصل : « قسمه » .

لأنَّ مِلْكَهُ بَاقٍ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اِبْدَأُ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » (٢) .
وَمَعْلُومٌ أَنَّ فِي مَنْ يُعُولُهُ مَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ دَيْنًا عَلَيْهِ ، وَهِيَ الزَّوْجَةُ ،
فَإِذَا قَدَّمَ نَفَقَةَ نَفْسِهِ عَلَى نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى حَقِّ الْغُرَمَاءِ ، وَلِأَنَّ الْحَيَّ آكَدُ
حُرْمَةً مِنَ الْمَيِّتِ ، لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْإِثْلَافِ ، وَتَقْدِيمُ تَجْهِيزِ الْمَيِّتِ ، وَمُؤَنَةٌ ذَفِينَهُ
عَلَى دَيْنِهِ ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . فَنَفَقَتُهُ أَوْلَى . وَتُقَدَّمُ أَيْضًا نَفَقَةُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ مِنْ أَقَارِبِهِ ،
مِثْلَ الْوَالِدَيْنِ ، وَالْمَوْلُودِينَ ، وَغَيْرِهِمْ ، مِمَّنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ يَجْرُونَ مَجْرَى
نَفْسِهِ ، لِأَنَّ ذَوِي رَحِمِهِ مِنْهُمْ يَعْتَقُونَ إِذَا مَلَكَهُمْ ، كَمَا يَعْتَقُ إِذَا مَلَكَ نَفْسَهُ ، فَكَانَتْ
نَفَقَتُهُمْ كَنَفَقَتِهِ ، وَكَذَلِكَ زَوْجَتُهُ تُقَدَّمُ نَفَقَتُهَا ، لِأَنَّ نَفَقَتَهَا آكَدُ مِنْ نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ ؛
لِأَنَّهَا تَجِبُ مِنْ طَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ ، وَفِيهَا مَعْنَى الْإِحْيَاءِ ، كَمَا فِي الْأَقَارِبِ ، وَمِمَّنْ
أَوْجَبَ الْإِنْفَاقَ عَلَى الْمُفْلِسِ وَزَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ الصُّغَارِ مِنْ مَالِهِ ، أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ،
وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ . وَتَجِبُ كُسُوتُهُمْ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَبْدُ
مِنْهُ ، وَلَا تَقُومُ النَّفْسُ بِدُونِهِ ، وَالْوَاجِبُ مِنَ النَّفَقَةِ وَالْكُسُوتِ أَدْنَى مَا يُنْفَقُ عَلَى مِثْلِهِ
بِالْمَعْرُوفِ ، وَأَدْنَى مَا يَكْتَسِبِي مِثْلَهُ ، إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ الطَّعَامِ أَوْ مُتَوَسِّطِهِ ،

(٢) أخرجه النسائي ، في : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . وفي : باب بيع المدير ، من كتاب
البيوع . المجتبى ٥٢/٥ ، ٢٦٧/٧ .

وبلفظ : « ابدأ بنفسك » . أخرجه مسلم ، في : باب النفقة بالنفس ... ، من كتاب الزكاة . صحيح
مسلم ٦٩٣/٢ .

وبلفظ : « وابدأ بمن تعول » . أخرجه البخارى ، في : باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ، من كتاب الزكاة ،
وفي : باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ١٣٩/٢ ، ٨١/٧ .
وأبو داود ، في : باب الرخصة فى ذلك ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ٣٩٠/١ . والترمذى ، في : باب
ما جاء فى النبى عن المسألة ، من أبواب الزكاة ، وفي : باب ما جاء فى الزهادة فى الدنيا ، من كتاب الزهد .
عارضه الأحمدي ١٩٣/٣ ، ٢٠٧/٩ . والنسائي ، في : باب أيهما العليا ، وباب الصدقة عن ظهر غنى ،
وباب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٤٦/٥ ، ٥٢ . والدارمى ، في : باب من يستحب للرجل
الصدقة ، وباب فضل اليد العليا ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ٣٨٩/١ . والإمام أحمد ، في : المسند
١٥٢/٤/٢ ، ٢٣٠ ، ٢٤٥ ، ٢٧٨ ، ٢٨٨ ، ٣١٩ ، ٣٥٨ ، ٣٦٢ ، ٣٩٤ ، ٤٠٢ ، ٤٣٤ ، ٤٧٥ ،
٤٧٦ ، ٤٨٠ ، ٥٠١ ، ٥٢٤ ، ٥٢٧ ، ٣٣٠/٣ ، ٣٤٦ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٣٤ ، ٢٦٢/٥ . وانظر
ما تقدم فى ١٥٠/٤ ، ٢٦٤ .

وكذلك كُسُوته من جنس ما يكتسبه مثله ، وكُسُوَة امرأته ونفقته مثل ما يفترض على مثله . وأقل ما يكفيه من اللباس قميص ، وسراويل ، وشيء يلبسه على رأسه ، إما عمامة وإما^(٣) قلنسوة أو غيرها ، مما جرت به عادته ، ولرجليه حذاء ، إن كان يعتاده . وإن احتاج إلى جبة ، أو فروة لدفع البرد ، دُفع إليه ذلك . وإن كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها ، بيعت ، واشترى له كسوة مثلها ، ورد الفضل على الغرماء ، فإن كانت إذا بيعت ، واشترى له كسوة ، لا يفضل / منها شيء ، تركت ؛ فإنه لا فائدة في بيعها .

٧٧/٤ ظ

فصل : وإن مات المفلس ، كفن من ماله ؛ لأن نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته ، فوجب تجهيزه منه بعد الموت ، كغيره . وكذلك يجب كفن من يموت ؛ 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 والمبيع 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 تعطي رأسه ، وكشف ذلك يؤذيه ، بخلاف الميت . ويمتد الإئفاق على المفلس إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء ؛ لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك . ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرنا .

٨٠٦ - مسألة ؛ قال : (ولا تباع داره التي لا غنى له^(١) عن سكنائها)

وجُمَلته أن المفلس إذا حُجر عليه ، باع الحاكم ماله ، ويُسْتَحَبُّ أن يحضر

(٣) في م : « أو » .

(١) سقط من : م .

المُفْلِسُ البَيْعَ ، لِمَعَانِ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، لِيُحْصِيَ ثَمَنَهُ ، وَيَضْبِطَهُ . الثَّانِي ، أَنَّهُ أَعْرَفَ بِثَمَنِ مَتَاعِهِ ، وَجَيْدِهِ وَرَدِيئِهِ ، فَإِذَا حَضَرَ تَكَلَّمَ عَلَيْهِ ، وَعَرَفَ الْعَيْنَ مِنْ غَيْرِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ تَكْثُرَ الرَّغْبَةِ فِيهِ ، فَإِنَّ شِرَاءَهُ مِنْ صَاحِبِهِ أَحَبُّ إِلَى الْمُشْتَرِي . الرَّابِعُ ، أَنَّ ذَلِكَ أَطْيَبُ لِنَفْسِهِ ، وَأَسْكَنُ لِقَلْبِهِ . وَيُسْتَحَبُّ إِحْضَارُ الْعُرْمَاءِ أَيْضًا ، لِأُمُورِ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُبَاعُ لَهُمْ . الثَّانِي ، أَنَّهُمْ رُبَّمَا رَغِبُوا فِي شِرَاءِ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَزَادُوا فِي ثَمَنِهِ ، فَيَكُونُ أَصْلَحَ لَهُمْ وَلِلْمُفْلِسِ . الثَّالِثُ ، أَنَّهُ أَطْيَبُ لِقُلُوبِهِمْ ، وَأَبْعَدُ مِنَ التُّهْمَةِ . الرَّابِعُ ، أَنَّهُ رُبَّمَا كَانَ فِيهِمْ مَنْ يَجِدُ عَيْنَ مَالِهِ ، فَيَأْخُذُهَا . فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، وَبَاعَهُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِهِمْ كُلَّهُمْ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَوْكُولٌ إِلَيْهِ ، وَمُفَوَّضٌ إِلَى اجْتِهَادِهِ ، وَرُبَّمَا أَذَاهُ اجْتِهَادُهُ إِلَى خِلَافِ ذَلِكَ ، وَبَاءَتْ لَهُ الْمَصْلَحَةُ فِي الْمُبَادَرَةِ إِلَى البَيْعِ قَبْلَ إِحْضَارِهِمْ . وَيَأْمُرُهُمُ الْحَاكِمُ أَنْ يُقِيمُوا مَتَادِيًا يُنَادِي لَهُمْ عَلَى الْمَتَاعِ ، فَإِنْ تَرَاضَوْا بِرَجُلٍ ثَقِيٍّ ، أَمْضَاهُ الْحَاكِمُ ، وَإِنْ اتَّفَقُوا عَلَى غَيْرِ ثِقَةٍ رَدَّهُ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ يَرُدُّهُ وَأَصْحَابُ الْحَقِّ قَدْ اتَّفَقُوا عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اتَّفَقَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ عَلَى أَنْ يَبِيعَ الرَّهْنُ غَيْرَ ثِقَةٍ لَمْ يَكُنْ لِلْحَاكِمِ الْإِعْتِرَاضُ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ لِلْحَاكِمِ هَهُنَا نَظْرًا وَاجْتِهَادًا ؛ / فَإِنَّهُ قَدْ يَظْهَرُ غَرِيمٌ آخَرَ ، فَيَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِهِ ، فَلِهَذَا نَظَرَ فِيهِ ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ ، فَإِنَّهُ لَا نَظَرَ لِلْحَاكِمِ فِيهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْمُفْلِسُ رَجُلًا ، وَاخْتَارَ الْعُرْمَاءُ آخَرَ ، أَقَرَّ الْحَاكِمُ الثَّقَةَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ كَانَا ثِقَتَيْنِ ، قَدَّمَ الْمُتَطَوِّعَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَرُ ، فَإِنْ كَانَا مُتَطَوِّعَيْنِ ، ضَمَّ أَحَدَهُمَا إِلَى الْآخَرِ ، وَإِنْ كَانَا بِجُعْلٍ ، قَدَّمَ أَعْرَفَهُمَا وَأَوْتَقَهُمَا ، فَإِنْ تَسَاوَا قَدَّمَ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا . فَإِنْ وَجَدَ مُتَطَوِّعًا بِالنَّدَاءِ ، وَالْأُذْفَعَةَ الْأَجْرَةَ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ ؛ لِأَنَّ البَيْعَ حَقٌّ عَلَيْهِ ، لِكَوْنِهِ طَرِيقَ وَفَاءِ دَيْنِهِ . وَقِيلَ : يَدْفَعُ مَنْ بَيْتَ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَصَالِحِ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي أَجْرِ مَنْ يَحْفَظُ الْمَتَاعَ وَالثَّمَنَ ، وَأَجْرَ الْحَمَّالِينَ ، وَنَحْوِهِمْ . وَيُسْتَحَبُّ بَيْعُ كُلِّ شَيْءٍ فِي سَوْقِهِ ؛ الْبِزُّ فِي الْبِزَّازِينِ ، وَالْكَتُّبُ فِي سَوْقِهَا ، وَنَحْوُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَحْوَطُ وَأَكْثَرُ لَطَّلَابِهِ ، وَمَعْرِفَةَ قِيَمَتِهِ . فَإِنْ بَاعَ فِي غَيْرِ سَوْقِهِ بِثَمَنِ مِثْلِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ تَحْصِيلُ الثَّمَنِ ، وَرَبْمَا أَدَّى الاجْتِهَادُ إِلَى أَنَّ ذَلِكَ أَصْلَحُ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : بَعْتُ نَوْبِي فِي سَوْقِي كَذَا بِكَذَا . فَبَاعَهُ بِذَلِكَ

و ٧٨/٤

في سوقٍ آخَرَ ، جازَ . ويبيعُ بِنقَدِ البَلَدِ ؛ لأنَّهُ أوفَرُ . فإن كان في البَلَدِ نُقودٌ باعَ بِعَالِيهَا ، فإن تَساوَتْ باعَ بِجِنْسِ الدِّينِ . وإن زادَ في السَّلعةِ زائِدٌ في مُدَّةِ الخِيَارِ ، الزَّمَّ الأَمِينُ الفَسخَ ؛ لأنَّهُ أمكَنهُ بَيْعُهُ بِثَمَنِ ، فلم يَجزُ بَيْعُهُ بِدُونِهِ ، كما لو زيدَ فيه قَبْلَ العَقْدِ . وإن زادَ بعدَ لزومِ العَقْدِ ، اسْتَحَبَّ للأَمِينِ سؤَالُ المُشْتَرِي الإِقَالَةَ ، واسْتَحَبَّ لِلْمُشْتَرِي الإِجَابَةَ إلى ذلك ؛ لِتَعْلِيْقِهِ بِمَصْلَحَةِ المُفْلِسِ ، وقَضَاءِ دَيْنِهِ ، فَيَبْدَأُ بِبَيْعِ العَبْدِ الجَانِي ، فَيَدْفَعُ إلى المَجْنِيِّ عليه أَقلَّ الأَمْرَيْنِ مِنْ ثَمَنِهِ أو أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، وما فَضَّلَ منه رَدَّهُ إلى العُرْمَاءِ ، ثم يبيِعُ الرَّهْنَ ، فَيَدْفَعُ إلى المُرْتَهِنِ قَدْرَ دَيْنِهِ ، وما فَضَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ رَدَّهُ إلى العُرْمَاءِ ، وإن بَقِيََتْ مِنْ دَيْنِهِ بَقِيَّةٌ ، ضَرَبَ بها مع العُرْمَاءِ ، ثم يبيِعُ ما يُسْرِعُ إليه الفَسَادُ مِنَ الطَّعَامِ الرُّطْبِ ؛ لأنَّ بَقَاءَهُ يُتْلَفُهُ بَيِّقِينَ ، ثم يبيِعُ الحَيوانَ ، لأنَّهُ مُعَرَّضٌ لِلتَّلْفِ ، وَيَحْتَاجُ إلى مُؤَنَةٍ في بَقَائِهِ ، ثم يبيِعُ السَّلْعَ والأَثاثَ ، لأنَّهُ يَخَافُ عليه ، وتَنَالُهُ الأَيْدِي ، ثم العَقَارَ آخِراً ؛ لأنَّهُ لا يُخَافُ تَلْفَهُ ، وبَقَاؤُهُ أَشْهَرُ له وأَكْثَرُ لَطْلَابِهِ . ومتى باعَ شَيْئاً مِنْ مَالِهِ ، وكان الدِّينُ لُوأحِدٍ وَحَدَهُ ، دَفَعَهُ إليه ؛ لأنَّهُ لا حَاجَةَ إلى تَأخِيرِهِ . وإن كان له عُرْمَاءُ ، فأَمكَنَ قِسْمَتَهُ عَلَيْهِمْ ، قَسَمَ ولم يُؤَخَّرْ ، وإن لم يُمكِنَ قِسْمَتَهُ ، أُودِعَ عندَ ثِقَةٍ ، إلى أن يَجْتَمِعَ ، ويُمكنَ قِسْمَتَهُ فَيُقَسَّمُ . وإن احتَاجَ في حِفْظِهِ إلى غَرَامَةٍ ، دَفَعَ ذلك إلى مَنْ يَحْفَظُهُ . إذا ثَبَّتَ هَذَا عَدُنَا إلى مَسْأَلَةِ الكِتَابِ ، / فنقولُ : لا تُباعُ دَارُهُ التي لا عِنَى له عن سُكْنَاهَا . وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق . وقال شَرِيحٌ ، ومَالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ : تُباعُ ، وَيَكْتَرِي له بِدَلَّهَا . واختارَهُ ابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال في الذي أُصِيبَ في ثَمَارِ ابْتِاعِهَا ، فَكثُرَ دَيْنُهُ ، فقال لِعُرْمَائِهِ : « خُذُوا ما وَجَدْتُمْ »^(٢) . وهذا ما وَجَدُوهُ ، ولأنَّهُ عَيْنُ

ظ ٧٨/٤

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩١/٣ . وأبو داود ، في : باب وضع الجائحة ، من كتاب البيوع ٢٤٨/٢ . والنسائي ، في : باب وضع الجوائح ، و : باب الرجل يتناع البيع فيفلس ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٣/٧ ، ٢٧٥ . وابن ماجه ، في : باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣ .

مال المُفلسِ ، فَوَجَبَ صَرْفُهُ فِي دَيْنِهِ ، كَسَائِرِ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مِمَّا لَا غِنَى لِلْمُفلسِ عَنْهُ ، فَلَمْ يُصْرَفْ فِي دَيْنِهِ ، كَثِيَابِهِ وَقُوْتِهِ ، وَالْحَدِيثُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَقَارٌ ، وَلَا خَادِمٌ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » مِمَّا تُصَدِّقُ بِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْمَذْكُورَ قَبْلَ ذَلِكَ ، كَذَلِكَ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَصَدَّقُوا عَلَيَّ » . فَتَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » . أَيْ مِمَّا تُصَدِّقُ بِهِ عَلَيْهِ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمْ يَتَصَدَّقْ عَلَيْهِ بِدَارِهِ وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَى سُكْنَاهَا ، وَلَا خَادِمٍ وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَى خِدْمَتِهِ ، وَلِأَنَّ الْحَدِيثَ مَخْصُوصٌ بِثِيَابِ الْمُفلسِ وَقُوْتِهِ ، فَتَقْيِسُ عَلَيْهِ مَحَلَّ النَّزَاعِ ، وَتَقْيِسْهُمْ مُنْتَقِضٌ بِذَلِكَ أَيْضًا ، وَبِأَجْرِ الْمَسْكِينِ ، وَسَائِرِ مَالِهِ يَسْتَعْنِي عَنْهُ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا .

فصل : وَإِنْ كَانَ لَهُ دَارَانِ يَسْتَعْنِي بِسُكْنِي إِحْدَاهُمَا ، بِيَعَةِ الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّ بِهِ غِنَى عَنْ سُكْنَاهَا . وَإِنْ كَانَ مَسْكُنُهُ وَاسِعًا ، لَا يَسْكُنُ مِثْلَهُ فِي مِثْلِهِ ، يَبِيعُ ، وَاشْتَرَى لَهُ مَسْكَنٌ مِثْلَهُ ، وَرُدَّ الْفَضْلُ عَلَى الْغُرْمَاءِ ، كَالثِيَابِ الَّتِي لَهُ إِذَا كَانَتْ رَفِيعَةً لَا يَلْبَسُ مِثْلَهُ مِثْلَهَا . وَلَوْ كَانَ الْمَسْكَنُ وَالْخَادِمُ اللَّذَيْنِ لَا يَسْتَعْنِي عَنْهُمَا عَيْنَ مَالٍ بَعْضُ الْغُرْمَاءِ ، أَوْ كَانَ جَمِيعُ مَالِهِ أَعْيَانُ أَمْوَالِ أَفْلَسَ بِأَثْمَانِهَا ، وَوَجَدَهَا أَصْحَابُهَا ، فَلَهُمْ أَخْذُهَا ، بِالشَّرَائِطِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » (٣) . وَلِأَنَّ حَقَّهُ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ ، فَكَانَ أَقْوَى سَبَبًا مِنْ الْمُفلسِ ، وَلِأَنَّ الْإِعْسَارَ بِالْثَمَنِ سَبَبٌ يَسْتَحِقُّ بِهِ الْفَسْخَ ، فَلَمْ يَمْنَعُهُ (٤) مِنْهُ تَعَلُّقُ حَاجَةِ الْمُشْتَرِي ، كَمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَكَالْعَيْبِ وَالْخِيَارِ . وَلِأَنَّ مَنْعَهُمْ مِنْ أَخْذِ أَعْيَانِ أَمْوَالِهِمْ يَفْتَحُ بَابَ الْحِيلِ ، بِأَنْ يَجِيءَ مَنْ لَا مَالَ لَهُ ، فَيَشْتَرِي فِي ذِمَّتِهِ ثِيَابًا يَلْبَسُهَا ، وَدَارًا يَسْكُنُهَا ، / وَخَادِمًا يَخْدُمُهُ ، وَفَرَسًا يَرْكَبُهَا ، وَطَعَامًا لَهُ وَلِعَائِلَتِهِ ، وَيَمْتَنِعَ عَلَى أَرْيَابِهَا أَخْذُهَا ؛ لِتَعَلُّقِ حَاجَتِهِ بِهَا ، فَتَضْيِعُ أَمْوَالَهُمْ وَيَسْتَعْنِي هُوَ بِهَا . فَعَلَى هَذَا

و ٧٩/٤

(٣) تقدم تخرجه في صفحة ٥٣٩ .

(٤) في ١ : « يمنع » .

يُؤَخَذُ ذَلِكَ . وَلَا يُتْرَكُ لَهُ شَيْءٌ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْيَانُ أَمْوَالِ النَّاسِ ، فَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا مِنْهُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمْ ، أَوْ أَخَذَهَا مِنْهُمْ غَصْبًا .

فصل : ولو كان المُفْلِسُ ذَا صِنْعَةٍ ، يَكْسِبُ مَا يَمُونُهُ وَيَمُونُ مَنْ تَلَزَّمَهُ مُؤْتَتَهُ ، أَوْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَكْسِبَ ذَلِكَ بِأَنْ يُوجِرَ نَفْسَهُ ، أَوْ يَتَوَكَّلَ لِإِنْسَانٍ ، أَوْ يَكْتَسِبَ مِنَ الْمُبَاحَاتِ مَا يَكْفِيهِ ، لَمْ يُتْرَكْ لَهُ مِنْ مَالِهِ شَيْءٌ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَاهُ ، تُرِكَ لَهُ مِنْ مَالِهِ قَدْرٌ مَا يَكْفِيهِ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ : وَيُتْرَكُ لَهُ قُوتٌ يَتَقَوَّتُ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عِيَالٌ تُرِكَ لَهُ قِوَامٌ . وَقَالَ ، فِي رِوَايَةِ الْمُيْمُونِيِّ : يُتْرَكُ لَهُ قَدْرٌ مَا يَقُومُ بِهِ مَعَاشُهُ ، وَيُبَاعُ الْبَاقِي . وَهَذَا فِي حَقِّ الشَّيْخِ الْكَبِيرِ ، وَذَوِي الْهَيْئَاتِ الَّذِينَ لَا يُمَكِّنُهُمُ التَّصَرُّفُ بِأَيْدِيهِمْ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ مِمَّا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ بَعْضِهِمْ بِعَيْنِهِ ؛ لِأَنَّ مَنْ تَعَلَّقَ حَقَّهُ بِالْعَيْنِ أَقْوَى سَبَبًا مِنْ غَيْرِهِ .

فصل : وإذا تَلَفَ شَيْءٌ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ تَحْتَ يَدِ الْأَمِينِ ، أَوْ بَيْعَ شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ وَأُودِعَ ثَمَنُهُ فَتَلَفَ عِنْدَ الْمُودِعِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُفْلِسِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْعَرُوضُ مِنْ مَالِهِ ، وَالذَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ مِنْ مَالِ الْعُرْمَاءِ . وَقَالَ الْمُغِيرَةُ : الذَّنَانِيرُ مِنْ مَالِ أَصْحَابِ الذَّنَانِيرِ ، وَالذَّرَاهِمُ مِنْ مَالِ أَصْحَابِ الذَّرَاهِمِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ ، وَنَمَائُؤُهُ لَهُ ، فَكَانَ تَلَفُهُ فِي مَالِهِ ، كَالْعَرُوضِ .

فصل : وإذا اجْتَمَعَ مَالُ الْمُفْلِسِ ، قُسِمَ بَيْنَ غُرْمَائِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ دُيُونُهُمْ مِنْ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، أَخَذُوهَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ دَيْنُهُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأَثْمَانِ ، كَالْقَرْضِ بِغَيْرِ الْأَثْمَانِ ، فَرَضِيَ أَنْ يَأْخُذَ عِوَضَ حَقِّهِ مِنَ الْأَثْمَانِ ، جَازَ ، وَإِنْ امْتَنَعَ ، وَطَلَبَ جِنْسَ حَقِّهِ ، أُبْتِيعَ لَهُ بِحِصَّتِهِ مِنْ جِنْسِ دَيْنِهِ . وَلَوْ أَرَادَ الْغَرِيمُ الْأَخْذَ مِنَ الْمَالِ الْمَجْمُوعِ ، وَقَالَ الْمُفْلِسُ : لَا أَوْفِيكَ إِلَّا مِنْ جِنْسِ دَيْنِكَ . قُدِّمَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَلَى سَبِيلِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مِنْ سَلَمٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، وَإِنْ تَرَاضِيَ عَلَى دَفْعِ عِوَضِهِ ؛ لِأَنَّ مَا فِي الذَّمَّةِ مِنَ السَّلَمِ لَا يَجُوزُ أَخْذُ / الْبَدَلِ عَنْهُ ، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفُهُ

إلى غيره» (٥) .

فصل : وإذا فُرقَ مالُ المُفلسِ ، وبقيت عليه بَقِيَّةٌ ، وله صنعةٌ ، فهل يُجبرُهُ الحاكمُ على إيجارِ نَفْسِهِ ، لِيَقْضِيَ دَيْنَهُ ؟ على رَوَاتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا يُجبرُهُ ، وهو قولُ مالِكٍ ، والشَّافِعِيِّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ (٦) . ولما رَوَى أبو سَعِيدٍ ، أن رجلاً أُصِيبَ في ثَمَارِ ابْتِاعِهَا ، وكَثُرَ دَيْنُهُ ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « تَصَدَّقُوا عَلَيَّ » . فتَصَدَّقُوا عليه ، فلم يَلْغُ وَفَاءَ دَيْنِهِ ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ (٧) . ولأنَّ هذا تَكْسِبٌ لِلْمَالِ ، فلم يُجبرُهُ عليه ، كَقَبُولِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ ، وكَمَا لَا تُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى التَّرْوِيجِ لِتَأْخُذَ الْمَهْرَ . والثانية ، يُجبرُ على الكَسْبِ . وهو قولُ عمرَ بن عبد العزيز ، وسَوَّارِ العَنْبَرِيِّ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ باعَ سُرَّقاَ في دَيْنِهِ ، وكان سُرَّقاَ رَجُلًا دَخَلَ الْمَدِينَةَ ، وَذَكَرَ أَنْ وَرَاءَهُ مَالًا ، فَدَايَنَهُ النَّاسُ ، فَرَكِبَتْهُ دُيُونٌ ، وَلَمْ يَكُنْ وَرَاءَهُ مَالٌ ، فَسَمَّاهُ سُرَّقاَ ، وَبَاعَهُ بِخَمْسَةِ أْبْعَرَةٍ (٨) . والحُرُّ لَا يُبَاعُ ، ثَبَتَ أَنَّهُ باعَ مَنَافِعَهُ . ولأنَّ الْمَنَافِعَ تَجْرِي مَجْرَى الْأَعْيَانِ ، في صِحَّةِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا وَتَحْرِيمِ أَخْذِ الزَّكَاةِ ، وَثُبُوتِ الْعِنَى بِهَا ، فَكَذَلِكَ في وَفَاءِ الدَّيْنِ مِنْهَا . ولأنَّ الإِجَارَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَجَازَ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ، كَبَيْعِ مَالِهِ (٩) في وَفَاءِ الدَّيْنِ مِنْهَا (٩) . ولأنَّهَا إِجَارَةٌ لِمَا يَمْلِكُ إِجَارَتَهُ ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهَا في وَفَاءِ دَيْنِهِ ، كإِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ . ولأنَّهُ قَادِرٌ عَلَى وَفَاءِ دَيْنِهِ ، فَلَزِمَهُ . كَمَا لِكِ مَالٍ (١٠) يَقْدِرُ عَلَى الْوَفَاءِ مِنْهُ . فَإِنْ قِيلَ : حَدِيثُ سُرَّقِ

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٤١٧ .

(٦) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٥٧٨ .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في بيع الحر المفلس في دينه ، من كتاب التفليس . السنن الكبرى ٥٠/٦ .
والحاكم ، في : باب حكاية بيع سرق وعنته ... ، من كتاب البيوع . المستدرک ٥٤/٢ .

(٩ - ٩) سقط من : م ، ١ .

(١٠) في ١ ، م : ٤٤٤ .

مَنْسُوخٌ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْحَرَّ لَا يُبَاعُ ، وَالْبَيْعُ وَقَعَ عَلَى رَقَبَتِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ الْعُرْمَاءَ قَالُوا لِمُشْتَرِيهِ : مَا تَصْنَعُ بِهِ ؟ قَالَ أُعْتَقَهُ . قَالُوا : لَسْنَا بِأَزْهَدَ مِنْكَ فِي إِعْتَاقِهِ . فَأَعْتَقُوهُ . قُلْنَا : هَذَا إِثْبَاتُ النَّسْخِ بِالِاحْتِمَالِ ، وَلَا يَجُوزُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّ بَيْعَ الْحَرِّ كَانَ جَائِزًا فِي شَرِيْعَتِنَا ، وَحَمْلُ لَفْظِ بَيْعِهِ عَلَى بَيْعِ مَنَافِعِهِ أَسْهَلُ مِنْ حَمْلِهِ عَلَى بَيْعِ رَقَبَتِهِ الْمُحْرَمِ ، فَإِنَّ حَذْفَ الْمُضَافِ وَإِقَامَةَ الْمُضَافِ إِلَيْهِ مُقَامَهُ سَائِعٌ كَثِيرٌ فِي الْقُرْآنِ ، وَفِي كَلَامِ الْعَرَبِ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَشْرَبُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ ﴾ (١١) . ﴿ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ ﴾ (١٢) . ﴿ وَسئِلُ الْقَرْيَةِ ﴾ (١٣) . وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : « أُعْتَقَهُ » . أَى مِنْ حَقِّي عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ قَالَ : « فَأَعْتَقُوهُ » يَعْنِي الْعُرْمَاءَ ، وَهَمْ لَا يَمْلِكُونَ / إِلَّا الدِّينَ الَّذِي عَلَيْهِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ . فَيَتَوَجَّهُ مَنَعُ كَوْنِهِ دَاخِلًا تَحْتَ عُمُومِهَا ؛ فَإِنَّ هَذَا فِي حُكْمِ الْأَغْنِيَاءِ ، فِي جِزْمَانِ الزَّكَاةِ ، وَسُقُوطِ نَفَقَتِهِ عَنْ قَرِيْبِهِ ، وَوُجُوبِ نَفَقَةِ قَرِيْبِهِ عَلَيْهِ ، وَحَدِيثِهِمْ قَضِيَّةً عَيْنَ ، لَا يَثْبُتُ حُكْمُهَا إِلَّا فِي مِثْلِهَا ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّ لَذَلِكَ الْبَرِيْمِ كَسْبًا يَفْضُلُ عَنْ قَدْرِ نَفَقَتِهِ . وَأَمَّا قَبُولُ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ ، فَفِيهِ مِثَّةٌ وَمَعْرَةٌ (١٤) تَأْبَاهَا قُلُوبُ ذَوِي الْمُرُوءَاتِ ، بِخِلَافِ مَسَائِلَتِنَا . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ إِلَّا مَنْ فِي كَسْبِهِ فَضْلَةٌ عَنْ نَفَقَتِهِ ، وَنَفَقَةٍ مِنْ يَمُونُهُ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ .

و ٨٠/٤

فصل : وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ هَدِيَّةٍ ، وَلَا صَدَقَةٍ ، وَلَا وَصِيَّةٍ وَلَا قَرْضٍ ، وَلَا تُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى التَّرْجُحِ ، لِأَيُّحَدِّ مَهْرَهَا ، لِأَنَّ فِي ذَلِكَ ضَرَرًا لِلْحُقُوقِ الْجَمَّةِ فِي الْهَدِيَّةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَالْعَوْضِ فِي الْقَرْضِ ، وَمِلْكِ الزَّوْجِ لِلْمَرْأَةِ فِي التَّكَاحِ ،

(١١) سورة البقرة ٩٣ .

(١٢) سورة البقرة ١٧٧ .

(١٣) سورة يوسف ٨٢ .

(١٤) في الأصل : « ومضرة » .

ووجوب حقوقه عليها . ولو باع بشرط الخيار ، ثم أفلس ، فالخيار بحاله ، ولا يُجبر على ما فيه الحظ من الرد والإمضاء ؛ لأن الفلْس يَمْنَعُه من إحداث عقْد ، أمّا من إمضاءه وتنفيذ عقوده فلا . وإن جُنِيَ على المُفلس جناية تُوجبُ المال ، ثبتَ المال ، وتعلّقت حقوقُ الغرماءِ به ، ولا يصحُّ منه العفوُ عنه . وإن كانت موجبةً للقصاص ، فهو مُخَيَّر بين القصاص والعفو ، ولا يُجبر على العفو على مالٍ ؛ لأنّ ذلك يفوتُ القصاصَ الذي يجبُ لمصلحته ، فإن اقتصر ، لم يجب للغرماءِ شيءٌ . وإن عفا على مالٍ ، ثبت ، وتعلّقت حقوقُ الغرماءِ به . وإن عفا مطلقاً ، اتبى على الروايتين ، في موجبِ العمد ، إن قلنا : القصاصُ خاصّةٌ . لم يثبتُ شيءٌ ، وسقطَ القصاصُ . وإن قلنا : أحدُ الأمرين . ثبتت له الدّيةُ ، وتعلّقت بها حقوقُ الغرماءِ . وإن عفا على غير مالٍ ، فعلى الروايتين أيضاً . فإن قلنا : القصاصُ عيناً . لم يثبتُ شيءٌ . وإن قلنا : أحدُ الأمرين . ثبتت الدّيةُ ، ولم يصحَّ إسقاطه ، لأنّ عفوهُ عن القصاصِ يثبتُ له الدّيةُ ، ولا يصحُّ إسقاطها . وإن وهب هبةً بشرطِ الثّواب ، ثم أفلس ، قبذل له الثّواب ، لزمه قبوله ، ولم يكن له إسقاطه ؛ لأنّه أخذهُ على سبيلِ العوضِ عن الموهوب ، فلزمه قبوله ، كالتمنّ في البيع . وليس له إسقاطُ شيءٍ من ثمنِ مبيعٍ ، أو أجرَةٍ في إجارةٍ ، ولا قبضه رديماً ، ولا قبضُ المُسلم فيه دونَ صفاته ، إلا بإذنِ غرمائه . ومذهبُ الشّافعيّ في هذا الفصلِ كله كمدھينا .

ظ ٨٠/٤

/ فصل : إذا فرّق مالُ المُفلس ، فهل ينفكُ عنه الحجرُ بذلك ، أو يحتاجُ إلى فكِّ الحجرِ عنه ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يزولُ بقسمةِ ماله ؛ لأنّه حَجَرَ عليه لأجله ، فإذا زال ملكه عنه ، زال سببُ الحجرِ ، فزال الحجرُ ، كزوالِ حجرِ المَجنون ، لزوالِ جنونه . والثاني ، لا يزولُ إلا بحُكْمِ الحاكمِ ؛ لأنّه ثبتَ بحُكْمِهِ ، فلا يزولُ إلا بحُكْمِهِ ، كالمخجورِ عليه لسفهِه . وفارقُ الجنونَ ، فإنّه يثبتُ بنفسه ، فزال بزواله . ولأنّ فراغَ ماله يحتاجُ إلى معرفةٍ وبحثٍ ، فوقف ذلك على الحاكمِ ، بخلافِ المَجنونِ^(١٥) .

(١٥) في م : « الجنون » .

فصل : ومتى ثَبَتَ إِعْسَارُهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، لم يَكُنْ لِأَحَدٍ مُطَالَبَتُهُ وَمُلَازَمَتُهُ .
وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وقال أبو حنيفة : لِغُرْمَائِهِ مُلَازَمَتُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَمْتَعُوهُ مِنْ
الْكَسْبِ ، فَإِذَا رَجَعَ إِلَى بَيْتِهِ ، فَأَذِنَ لَهُمْ فِي الدُّخُولِ ، دَخَلُوا مَعَهُ ، وَإِلَّا مَنَعُوهُ مِنْ
الدُّخُولِ ، لقول النَّبِيِّ ﷺ : « لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ »^(١٦) . ولنا ، أَنْ مَنْ
ليس لِصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالَبَتُهُ ، لم يَكُنْ لَهُ مُلَازَمَتُهُ ، كما لو كان ذَيْتُهُ مُوَجَّلاً ، وقول
الله تعالى : ﴿ فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾^(١٧) . ومن وَجَبَ إِنْظَارُهُ ، حُرِّمَتْ مَلَازَمَتُهُ ،
كَمَنْ ذَيْتُهُ مُوَجَّجٌ . والحديثُ فِيهِ مَقَالٌ . قاله ابنُ المُنْذِرِ . ثم نَحْمِلُهُ عَلَى الْمَوْسِرِ ،
بِدَلِيلِ مَا ذَكَرْنَا ، فقد ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لِغُرْمَاءِ الَّذِي أُصِيبَ فِي نِمَارٍ اتَّبَاعَهَا ،
فَكَثُرَ ذَيْتُهُ : « تُحْدُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ ،
والتِّرْمِذِيُّ^(١٨) . وإن فَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ لم يَكُنْ لِأَحَدٍ مُطَالَبَتُهُ ، ولا مُلَازَمَتُهُ ، حتى
يَمْلِكُ مَالًا ، فإن جَاءَ الْغُرْمَاءُ عَقِيبَ فَكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ ، فَادَّعَوْا أَنْ لَهُ مَالًا ، لم يُتْلَفَتْ
إِلَى قَوْلِهِمْ ، حتى يُثْبِتُوا سَبَبَهُ^(١٩) ، فإن جَاءُوا بَعْدَ مُدَّةٍ ، فَادَّعَوْا أَنْ فِي يَدِهِ مَالًا ،
أَوْ ادَّعَوْا ذَلِكَ عَقِيبَ فَكِّ الْحَجْرِ ، وَبَيَّنُوا سَبَبَهُ^(٢٠) ، أَحْضَرَهُ الْحَاكِمُ وَسَأَلَهُ ، فإن
أَنْكَرَ ، فالقولُ قولُهُ مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا فَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ حتى لم يَبْقَ لَهُ شَيْءٌ ، وإن
أَقْرَّ ، وقال : هو لِفلانٍ ، وَأَنَا وَكَيْلُهُ أَوْ مُضَارِبُهُ . وكان الْمُقْرُّ لَهُ حَاضِرًا ، سَأَلَهُ
الْحَاكِمُ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ فَهُوَ لَهُ ، وَيَسْتَحْلِفُهُ الْحَاكِمُ ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ تَوَاطَاً عَلَى ذَلِكَ ،
لِيُدْفَعَ الْمُطَالَبَةُ عَنِ الْمُفْلِسِ . وإن قال : ما هو لي . عَرَفْنَا كَذِبَ الْمُفْلِسِ ، فَيَصِيرُ
كَأَنَّهُ قال : المَالُ لي . فَيُعَادَ الْحَجْرُ عَلَيْهِ إِنْ طَلَبَ الْغُرْمَاءُ ذَلِكَ . وإن أقرَّ لِغَائِبٍ ،
أَقْرَّ فِي يَدَيْهِ حتى يَحْضُرَ الْغَائِبُ ، ثم يُسألُ ، كما حَكَمْنَا فِي الْحَاضِرِ .

(١٦) أخرجه الدارقطني في : كتاب الأفضية . سنن الدارقطني ٤/٢٣٢ . وانظر : نصب الراية ٤/١٦٦ .

(١٧) سورة البقرة ٢٨٠ .

(١٨) تقدم تخريجه في صفحة ٥٧٨ . ولم نجده عند الترمذي .

(١٩ - ١٩) سقط من : ١ . نقلة نظر .

ومتى أُعِيدَ الْحَجْرُ عَلَيْهِ لِذِيُونٍ / تَجَدَّدَتْ عَلَيْهِ ، شَارَكَ غُرْمَاءُ الْحَجْرِ الْأَوَّلِ غُرْمَاءَ الْحَجْرِ الثَّانِي ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلِينَ يَضْرِبُونَ بِبَقِيَّةِ ذِيُونِهِمْ ، وَالْآخِرِينَ يَضْرِبُونَ بِجَمِيعِهَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَدْخُلُ غُرْمَاءُ الْحَجْرِ الْأَوَّلِ عَلَى هَؤُلَاءِ الَّذِينَ تَجَدَّدَتْ حُقُوقُهُمْ ، حَتَّى يَسْتَوْفُوا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لَهُ فَائِدَةٌ مِنْ مِيرَاثٍ ، أَوْ يُجَنَى عَلَيْهِ جِنَايَةٌ ، فَيَتَحَاصُّ الْغُرْمَاءُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمْ تَسَاوَوْا بِإِثْبَاتِ حُقُوقِهِمْ فِي ذِمَّتِهِ ، فَتَسَاوَوْا فِي الْأَسْتِحْقَاقِ ، كَالَّذِينَ تَثْبُتُ حُقُوقُهُمْ فِي حَجَرٍ وَاحِدٍ ، وَكَتَسَاوَيْهِمْ فِي الْمِيرَاثِ وَأَرْشِ الْجِنَايَةِ ، وَلِأَنَّ مَكْسَبَهُ مَالٌ لَهُ ، فَتَسَاوَوْا فِيهِ ، كَالْمِيرَاثِ .

٨٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ حَقٌّ ، فَذَكَرَ أَنَّهُ مُغْسِرٌ بِهِ ، حُبْسٌ إِلَى أَنْ يَأْتِيَ بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بِمُغْسِرَتِهِ)

وجملته أَنَّ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ دَيْنٌ حَالٌّ ، فَطُولَبَ بِهِ ، وَلَمْ يُؤَدِّهِ ، نَظَرَ الْحَاكِمُ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ ظَاهِرٌ أَمَرَهُ بِالْقَضَاءِ ، فَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ لِعَیْرِهِ ، فَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالًا ظَاهِرًا ، فَادَّعَى الْإِعْسَارَ ، فَصَدَّقَهُ غَرِيمُهُ ، لَمْ يُحْبَسْ ، وَوَجِبَ إِنْظَارُهُ ، وَلَمْ تَجْزِ مُلَازِمَتُهُ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(١) . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِغُرْمَاءِ الَّذِي كَثُرَ دَيْنُهُ : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَليْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » ^(٢) . وَلِأَنَّ الْحَبْسَ إِذَا كَانَ لِنِيبَاتِ عُسْرَتِهِ أَوْ لِقَضَاءِ دَيْنِهِ ، وَعُسْرَتُهُ ثَابِتَةٌ ، وَالْقَضَاءُ مُتَعَدِّرٌ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْحَبْسِ . وَإِنْ كَذَّبَهُ غَرِيمُهُ فَلَا يَخْلُو ، إِذَا كَانَ يَكُونُ عُرْفٌ لَهُ مَالٌ أَوْ لَمْ يُعْرَفْ ، فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ لَكُونِ الدَّيْنِ ثَبَتَ عَنْ مُعَاوَضَةٍ ، كَالْقَرْضِ وَالبَيْعِ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ أَصْلُ مَالٍ سِوَى هَذَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ غَرِيمِهِ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِذَا حَلَفَ أَنَّهُ ذُو مَالٍ ، حُبْسٌ حَتَّى

(١) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٧٨ .

تَشْهَدُ الْبَيْتَةَ بِإِعْسَارِهِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَكْثَرُ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ وَقُضَاتِهِمْ ، يَرُونَ الْحَبْسَ فِي الدِّينِ ، مِنْهُمْ : مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَالتُّعْمَانُ ، وَسَوَّارٌ ، وَعُمَيْدُ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ . وَرَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، وَالشَّعْبِيِّ . وَكَانَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ يَقُولُ : يُقَسِّمُ مَالَهُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ ، وَلَا يُحْبِسُ . وَبِهِ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ ، وَاللَيْثُ بْنُ سَعْدٍ . وَلَنَا أَنَّ الظَّاهِرَ قَوْلُ الْعَرِيمِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَسَائِرِ الدَّعَاوَى . فَإِنْ شَهِدَتِ الْبَيْتَةُ بِتَلْفِ مَالِهِ ، قِيلَتْ شَهَادَتُهُمْ ، سِوَاءَ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ الْخَيْرَةِ الْبَاطِنَةِ أَوْ لَمْ تَكُنْ ؛ لِأَنَّ التَّلْفَ يَطَّلِعُ عَلَيْهِ أَهْلُ / الْخَيْرَةِ وَغَيْرُهُمْ . وَإِنْ طَلَبَ الْعَرِيمُ إِحْلَافَهُ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يُجِبْ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَكْذِيبٌ لِلْبَيْتَةِ ، وَإِنْ شَهِدَتْ مَعَ ذَلِكَ بِالْإِعْسَارِ اكْتَفَى بِشَهَادَتِهَا ، وَثَبَّتْ عُسْرَتُهُ ، وَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ بِعُسْرَتِهِ ، وَإِنَّمَا شَهِدَتْ بِالتَّلْفِ لَا غَيْرَ ، وَطَلَبَ الْعَرِيمُ بَيْتَهُ عَلَى عُسْرِهِ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَالٌ آخَرَ ، اسْتَحْلَفَ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْبَيْتَةُ . وَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ بِالتَّلْفِ ، وَإِنَّمَا شَهِدَتْ بِالْإِعْسَارِ ، لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ إِلَّا مِنْ ذِي خَيْرَةٍ بَاطِنَةٍ ، وَمَعْرِفَةٍ مُتَقَادِمَةٍ ، لِأَنَّ هَذَا مِنَ الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ ، لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ فِي الْعَالِبِ إِلَّا أَهْلُ الْخَيْرَةِ وَالْمُخَالِطَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ أَنَّهُ قَالَ : لَا تُسْمَعُ الْبَيْتَةُ عَلَى الْإِعْسَارِ ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى النَّفْيِ ، فَلَمْ تُسْمَعْ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَى أَنَّهُ لَا ذِينَ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى قَبِيصَةُ بْنُ الْمُخَارِقِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ : « يَا قَبِيصَةُ ، إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَجُلُّ إِلَّا لِأَحَدٍ ثَلَاثَةً : رَجُلٌ تَحْمَلُ حَمَالَةً ، فَحَلَّتْ الْمَسْأَلَةَ حَتَّى يُصِيبَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكُ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِعَةٌ ، فَاجْتَا حَتَّى مَالَهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةَ ، حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ » أَوْ قَالَ : « سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ ، حَتَّى يَقُولَ ثَلَاثَةً مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ : لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ . فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةَ حَتَّى يُصِيبَ قَوْمًا مِنْ عَيْشٍ » أَوْ قَالَ : « سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَأَبُو دَاوُدَ (٣) .

٨١/٤ ظ

(٣) تقدم تخريجه في : ١١٩/٤ .

وقولهم : إن الشَّهَادَةَ عَلَى النَّفْيِ لَا تُقْبَلُ . قُلْنَا : لَا تَرُدُّ مُطْلَقًا ، فَإِنَّهُ لَوْ شَهِدَتْ
الْبَيِّنَةُ أَنَّ هَذَا وَاوْرَثُ الْمَيِّتِ ، لَا وَاوْرَثُ لَهُ سِوَاهُ ، قُبِلَتْ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ وَإِنْ كَانَتْ تَتَضَمَّنُ
النَّفْيَ ، فَهِيَ تُثَبِّتُ حَالَةَ تَظْهَرُ ، وَيُوقَفُ عَلَيْهَا بِالْمُشَاهَدَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَتْ
أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ ، فَإِنَّ هَذَا مِمَّا لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُشْهَدُ بِهِ حَالٌ يُتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى مَعْرِفَتِهِ
بِهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَتُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ فِي الْحَالِ ، وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ : لَا تُسْمَعُ فِي الْحَالِ ، وَيُحْبَسُ شَهْرًا ، وَرُوي ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ، وَرُوي أَرْبَعَةَ
أَشْهُرٍ ، حَتَّى يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّ الْحَاكِمِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَأَظْهَرَهُ . وَلَنَا ، أَنَّ كُلَّ بَيِّنَةٍ
جَازَ سَمَاعُهَا بَعْدَ مُدَّةٍ ، جَازَ سَمَاعُهَا فِي الْحَالِ ، كَسَائِرِ الْبَيِّنَاتِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ لَوْ
كَانَ صَحِيحًا لِأَغْنَى عَنِ الْبَيِّنَةِ . فَإِنَّ قَالَ الْعَرِيمُ : أَخْلِفُوهُ لِي . مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا مَالَ
لَهُ ، لَمْ يُسْتَحْلَفْ فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ ، فِي رِوَايَةِ إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ،
فِي رَجُلٍ جَاءَ بِشَهْوِدٍ عَلَى حَقِّ ، فَقَالَ الْعَرِيمُ اسْتَحْلِفُوهُ : لَا يُسْتَحْلَفُ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ
الْحَدِيثِ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »^(٤) . قَالَ الْقَاضِي / :
سِوَاءَ شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِتَلْفِ الْمَالِ أَوْ بِالْإِعْسَارِ وَهَذَا أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا بَيِّنَةٌ
مَقْبُولَةٌ ، فَلَمْ يُسْتَحْلَفْ مَعَهَا ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِأَنَّ هَذَا عَبْدُهُ ، أَوْ هَذِهِ دَارُهُ . وَيَحْتَمِلُ
أَنَّ يُسْتَحْلَفَ . وَهَذَا الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ مَالًا خَفِيَ عَلَى الْبَيِّنَةِ .
وَيَصِحُّ عِنْدِي إِزْمَامُهُ الْيَمِينِ عَلَى الْإِعْسَارِ ، فِيمَا إِذَا شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِتَلْفِ الْمَالِ ،
وَسُقُوطِهَا عَنْهُ فِيمَا إِذَا شَهِدَتْ بِالْإِعْسَارِ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا شَهِدَتْ بِالتَّلْفِ ، صَارَ كَمَنْ
لَمْ يَثْبُتْ لَهُ أَصْلُ مَالٍ ، أَوْ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَقْرَّ لَهُ غَرِيمُهُ بِتَلْفِ ذَلِكَ الْمَالِ ، وَادَّعَى أَنَّ لَهُ
مَالًا سِوَاهُ ، أَوْ أَنَّهُ اسْتَحْدَثَ مَالًا بَعْدَ تَلْفِهِ . وَلَوْ لَمْ تَقْمِ الْبَيِّنَةُ ، وَأَقْرَّ لَهُ غَرِيمُهُ

٨٢/٤ و

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى
١٨٧/٣ ، والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام .
وابن ماجه ، فى : باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٨ .
وانظر تخرىج حديث : « ولكن اليمين على المدعى عليه » فى حاشية صفحة ٥٢٥ .

بِتَلْفِ مَالِهِ ، وَادَّعَى أَنْ لَهُ مَالًا سِوَاهُ ، لَزِمَتْهُ الْيَمِينُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، فَإِنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَى الْإِقْرَارِ . وَإِنْ كَانَ الْحَقُّ يَثْبُتُ عَلَيْهِ فِي غَيْرِ مُقَابَلَةِ مَالٍ أَخَذَهُ ، كَأَرْشِ جَنَائِيهِ ، وَقِيمَةِ مُتَلْفٍ ، وَمَهْرٍ أَوْ ضَمَانٍ أَوْ كَفَالَةٍ ، أَوْ عَوَضِ خُلْعٍ ، إِنْ كَانَ امْرَأَةً ، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَالٌ ، حَلَفَ أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ ، وَخُلِيَ سَبِيلُهُ ، وَلَمْ يُحْبَسْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . فَإِنْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِإِعْسَارِهِ ، قُبِلَتْ ، وَلَمْ يُسْتَحْلَفْ مَعَهَا ؛ لِمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ شَهِدَتْ أَنَّهُ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَتَلَفَ ، لَمْ يُسْتَعَنَّ بِذَلِكَ عَنْ يَمِينِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَكَذَلِكَ لَوْ أَقْرَلَهُ بِهِ غَرِيمُهُ ، وَإِنَّمَا اكْتَفَيْنَا بِيَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْمَالِ ، لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِجَبَّةَ وَسَوَاءِ ابْنِ خَالِدٍ (٥) بِنِ سَوَاءِ : « لَا تَيْبَسَا مِنَ الرِّزْقِ مَا اهْتَرَّتْ رُعُوسُكُمْ ، فَإِنَّ ابْنَ آدَمَ يُخْلَقُ وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا قَشْرَتَاهُ (٦) ، ثُمَّ يَرْزُقُهُ اللَّهُ تَعَالَى » (٧) . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : الْحَبْسُ عُقُوبَةٌ ، وَلَا نَعْلَمُ لَهُ ذَنْبًا يُعَاقَبُ بِهِ . وَالْأَصْلُ عَدَمُ مَالِهِ ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ، فَإِنَّ الْأَصْلَ ثُبُوتُ مَالِهِ ، فَيُحْبَسُ حَتَّى يُعْلَمَ ذَهَابُهُ . وَالخِرْقِيُّ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الْحَالَيْنِ ، لَكِنَّهُ يُحْمَلُ كَلَامُهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى الْفَرْقِ .

فصل : إِذَا امْتَنَعَ الْمُوسِرُّ مِنْ قَضَاءِ الدَّيْنِ ، فَلِعَرِيمِهِ مُلَازِمَتُهُ ، وَمُطَابَلَتُهُ ، وَالْإِعْلَاطُ لَهُ بِالْقَوْلِ ، فَيَقُولُ : يَا ظَالِمُ ، يَا مُعْتَدِي . وَنَحْوَ ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لِي الْوَاجِدِ ، يُجَلُّ عُقُوبَتُهُ وَعَرَضُهُ » (٨) . فَعُقُوبَتُهُ حَبْسُهُ ، وَعَرَضُهُ أَى

- (٥) فِي النِّسَخِ : « خَلَدٌ » . وَالثَّبُوتُ فِي سُنَنِ ابْنِ مَاجَةَ وَمُسْنَدِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَانظُرْ تَهْذِيبَ التَّهْذِيبِ ١٧٧/٢ .
(٦) فِي السُّنَنِ : « وَلَيْسَ عَلَيْهِ قَشْرٌ » . وَفِي الْمُسْنَدِ : « وَلَيْسَ عَلَيْهِ قَشْرَةٌ » .
(٧) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ التَّوَكُّلِ وَالْيَقِينِ . سُنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١٩٤/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي الْمُسْنَدِ ٤٦٩/٣ .
(٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ لِصَاحِبِ الْحَقِّ مَقَالَ ، مِنْ كِتَابِ الْأَسْتِقْرَاضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥٥/٣ .
وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْحَبْسِ بِالْأَيْدِي وَغَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٨٢/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَطْلِ الْغَنِيِّ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ . الْمُجْتَبَى ٢٧٨/٧ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْحَبْسِ فِي الدَّيْنِ وَالْمُلَازِمَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّدَقَاتِ . سُنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٨١١/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٨٨/٤ ، ٣٨٩ .

يُحِلُّ الْقَوْلَ فِي عِرْضِهِ بِالْإِعْلَاطِ لَهُ^(٩). وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ »^(١٠). وَقَالَ : « إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ مَقَالًا »^(١١).

٨٠٨ - مسألة ؛ قال : / (وَإِذَا مَاتَ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ مُفْلِسًا ، لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنَ الْغُرَمَاءِ أَنْ يَأْخُذَ عَيْنَ مَالِهِ)

هَذَا الشَّرْطُ الْحَامِسُ لِاسْتِحْقَاقِ اسْتِرْجَاعِ عَيْنِ الْمَالِ مِنَ الْمُفْلِسِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ حَيًّا ، فَإِنْ مَاتَ ، فَالْبَائِعُ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ ، سِوَاءَ عَلِمَ بِفَلْسِهِ قَبْلَ الْمَوْتِ ، فَحَجَرَ عَلَيْهِ ثُمَّ مَاتَ ، أَوْ مَاتَ فَتَبَيَّنَ فُلْسُهُ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ الْفَسْخُ وَاسْتِرْجَاعُ الْعَيْنِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ خُلْدَةَ الزُّرْقِيُّ ، قَاضِي الْمَدِينَةِ قَالَ : أَتَيْنَا أَبَا هُرَيْرَةَ فِي صَاحِبِ لَنَا قَدْ أَفْلَسَ ، فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ : هَذَا الَّذِي قَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ ، أَوْ أَفْلَسَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ » . زَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ^(١) . وَاحْتَجُّوا بِعُمُومِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ :

(٩) سقط من : م .

(١٠) أخرجه البخاري ، في : باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة ، وباب إذا أحال على ملى فليس له رد ، من كتاب الحوالات ، وفي : باب مظل الغني ظلم ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخاري ١٢٣/٣ ، ١٥٥ . ومسلم ، في : باب تحريم مظل الغني وصحة الحوالة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وأبو داود ، في : باب في المظل ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٢٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في مظل الغني أنه ظلم ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٤/٦ . والنسائي ، في : باب مظل الغني ، وباب الحوالة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٨/٧ ، ٢٧٩ . وابن ماجه ، في : باب الحوالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ . والدارمي ، في : باب في مظل الغني ظلم ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢٦١/٢ . والإمام مالك ، في : باب جامع الدين والحوال ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٧٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧١/٢ ، ٢٤٥ ، ٢٥٤ ، ٢٦٠ ، ٣١٥ ، ٣٧٧ ، ٣٨٠ ، ٤٦٣ - ٤٦٥ .

(١١) أخرجه البخاري ، في : باب الوكالة في قضاء الديون ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب استقراض الإبل ، وباب لصاحب الحق مقال ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخاري ١٣٠/٣ ، ١٥٣ ، ١٥٥ . ومسلم ، في : باب من استسلف شيئا ففقد حرامه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٢٥/٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦٨/٦ .

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع ٢٥٧/٢ . وابن ماجه ، في : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٠/٢ .

« من أدرك متاعه بعينه عند رجل ، أو إنسان ، قد أفلس ، فهو أحق به »^(١) . ولأن هذا العقْد يلحقه الفسخ بالإقالة ، فجاز فسخه لتعدّر العوض ، كما لو تعدّر المسلم فيه ، ولأن الفلّس سبب لاستحقاق الفسخ ، فجاز الفسخ به بعد الموت كالغيّب . ولنا ، ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ ، في حديث المفلس : « فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » . رواه أبو داود^(٢) . وروى أبو اليمان ، عن الزبيدي ، عن الزهري ، عن أبي سلمة ، عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرئ مات ، وعنده مال امرئ بعينه ، اقتضى من ثمنه شيئاً ، أو لم يقتض ، فهو أسوة الغرماء »^(٣) . رواه ابن ماجه^(٤) . ولأنه تعلق به حق غير المفلس والغرماء ، وهم الورثة ، فأشبهه المرهون . وحديثهم مجهول الإسناد ، قال ابن المنذر : قال ابن عبد البر : يرويه أبو المعتز ، عن الزرقى ، وأبو المعتز غير معروف بحمل العلم . ثم هو غير معمول به إجماعاً ؛ فإنه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري ، من غير شرط فلّسه ، ولا تعدّر وفائه ، ولا عدم قبض ثمنه ، والأمر بخلاف ذلك عند جميع العلماء ، إلا ما حكى عن الإصطخري^(٥) من أصحاب الشافعي ، أنه قال : لصاحب السَّلعة أن يرجع فيها إذا مات المشتري ، وإن خلف وفاءً . وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم ، وخلاف للسنة لا يعرج على مثله . وأما الحديث الآخر ، فنقول به ، وأن صاحب المتاع أحق به إذا وجدّه عند المفلس ، وما وجدّه في مسألتنا / عنده ، إنما وجدّه عند ورثته ، فلا يتناولُه الخبر ، وإنما يدلُّ بمفهومه

و ٨٣/٤

(٢) تقدم تخرجه في صفحة ٥٣٩ .

(٣) في الباب السابق والموضع السابق .

(٤) في سنن ابن ماجه : « للغرماء » .

(٥) في الباب السابق . سنن ابن ماجه ٧٩١/٣ .

(٦) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخري ، أحد الرعاء من أصحاب الوجوه في مذهب الشافعي ، توفي ببغداد ، سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٢٣٠/٣ - ٢٥٣ .

على أنه لا يستحق الرجوع فيه ، ثم هو مُطلقٌ وحديثنا يُفيدُه ، وفيه زيادةٌ ، والزيادةُ من الثقةِ مقبولةٌ . وتُفارقُ حالةَ الحياةِ حالَ الموتِ لِأمرين ؛ أحدهما ، أن المِلكَ في الحياةِ للمُفلسِ ، وههنا لغيره . والثاني ، أن ذمَّةَ المُفلسِ خربتُ ههنا خراباً لا يعودُ ، فاخصَّصُ هذا بالعَيْنِ يستتضِرُّ به الغرماءُ كثيراً ، بخلافِ حالةِ الحياةِ .

٨٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَرَادَ سَفَرًا وَعَلَيْهِ حَقٌّ يُسْتَحَقُّ قَبْلَ مَدَّةِ سَفَرِهِ ،

فَلصاحبِ الحقِّ منعهُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ ، وَأَرَادَ غَرِيمُهُ مَنَعُهُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ مَحَلُّ الدَّيْنِ قَبْلَ مَحَلِّ قُدُومِهِ مِنَ السَّفَرِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ سَفَرُهُ إِلَى الْحَجِّ لَا يَفْتَدِمُ إِلَّا فِي صَفَرٍ ، وَدَيْتُهُ يَحِلُّ فِي الْمُحَرَّمِ أَوْ ذِي الْحِجَّةِ ، فَلَهُ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي تَأْخِيرِ حَقِّهِ عَنِ مَحَلِّهِ . فَإِنْ أَقَامَ ضَمِيمًا مَلِيئًا ، أَوْ دَفَعَ رَهْنًا يَفِي بِالدَّيْنِ عِنْدَ الْمَحَلِّ ، فَلَهُ السَّفَرُ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَزُولُ بِذَلِكَ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ الدَّيْنُ ^(١) لَا يَحِلُّ إِلَّا بَعْدَ مَحَلِّ السَّفَرِ ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ مَحَلُّهُ فِي رَبِيعٍ ، وَقُدُومُهُ فِي صَفَرٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ سَفَرُهُ إِلَى الْجِهَادِ ، فَلَهُ مَنَعُهُ إِلَّا بِضَمِيمٍ أَوْ رَهْنٍ ؛ لِأَنَّهُ سَفَرٌ يَتَعَرَّضُ فِيهِ لِلشَّهَادَةِ ، وَذَهَابِ النَّفْسِ ، فَلَا يَأْمَنُ قَوَاتِ الْحَقِّ . وَإِنْ كَانَ السَّفَرُ لغيرِ الْجِهَادِ فَظَاهِرٌ كَلَامِ الخَرَقِيِّ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ ، وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ هَذَا السَّفَرُ لَيْسَ بِأَمَارَةٍ عَلَى مَنَعِ الْحَقِّ فِي مَحَلِّهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ مَنَعُهُ مِنْهُ ، كَالسَّفَرِ الْقَصِيرِ ، وَكَالسَّعْيِ إِلَى الْجُمُعَةِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنَ السَّفَرِ ، وَلَا الْمُطَالَبَةَ بِكَفَيْلٍ إِذَا كَانَ الدَّيْنُ مُوَجَّلاً بِحَالٍ ، سِوَاءَ أَنْ كَانَ الدَّيْنُ يَحِلُّ قَبْلَ مَحَلِّ سَفَرِهِ ^(٢) (أَوْ بَعْدَهُ ^(٣) ، أَوْ إِلَى الْجِهَادِ أَوْ إِلَى ^(٤) غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِالدَّيْنِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ مَنَعُهُ

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٣) في الأصل ، ا : « أو لا » .

(٤) في الأصل : « وإلى » .

من السَّفَرِ ، ولا الْمُطَابَّةَ بِكَفِيلٍ ، كالسَّفَرِ الآمِنِ القَصِيرِ . ولنا ، أَنَّهُ سَفَرٌ يَمْنَعُ
اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ فِي مَحَلِّهِ ، فَمَلَكَ مَنَعَهُ مِنْهُ ، إِنْ لَمْ يُوثِّقْهُ بِكَفِيلٍ ، أَوْ رَهْنٍ ، كالسَّفَرِ
بعد حُلُولِ الحَقِّ ، ولأنَّهُ لا يَمْلِكُ تَأْخِيرَ الدَّيْنِ عَن مَحَلِّهِ ، وَفِي السَّفَرِ الْمُخْتَلَفِ
فِيهِ تَأْخِيرُهُ عَن مَحَلِّهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَجَحْدِهِ .

كتاب الحجر

الحَجْرُ ؛ فِي اللَّغَةِ : الْمَنْعُ وَالتَّضْيِيقُ . وَمِنْهُ سُمِّيَ الْحَرَامُ حِجْرًا ، قَالَ تَعَالَى : ﴿ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾ ^(١) . أَيْ حَرَامًا مُحَرَّمًا ، وَيُسَمَّى / الْعَقْلُ حِجْرًا ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ ﴾ ^(٢) . أَيْ عَقْلٍ ، سُمِّيَ حِجْرًا ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ صَاحِبَهُ مِنْ ارْتِكَابِ مَا يَقْبَحُ ، وَتَضُرُّ عَاقِبَتُهُ ، وَهُوَ فِي الشَّرِيعَةِ : مَنْعُ الْإِنْسَانِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ . وَالْحَجْرُ عَلَى ضَرْبَيْنِ ، حَجْرٌ عَلَى الْإِنْسَانِ لِحَقِّ لِنَفْسِهِ ، وَحَجْرٌ عَلَيْهِ لِحَقِّ غَيْرِهِ ، ^(٣) فَالْحَجْرُ عَلَيْهِ لِحَقِّ غَيْرِهِ ^(٤) ، كَالْحَجْرِ عَلَى الْمُفْلِسِ ، لِحَقِّ غَرْمَائِهِ ، وَعَلَى الْمَرِيضِ فِي التَّبْرُعِ بِزِيَادَةِ عَلَى الثَّلَثِ ، أَوْ التَّبْرُعِ بِشَيْءٍ لِيُورِثَ لِحَقِّ وَرَثَتِهِ ، وَعَلَى الْمُكَاتِبِ وَالْعَبْدِ لِحَقِّ سَيِّدِهِمَا ، وَالرَّاهِنِ يُحَجْرُ عَلَيْهِ فِي الرَّهْنِ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ ، وَلِهَذَا أَبْوَابٌ يُذَكَّرُونَ فِيهَا . وَأَمَّا الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ ، فَالثَّلَاثَةُ ؛ الصَّبِيُّ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالسَّقِيُّ ، وَهَذَا الْبَابُ مُحْتَصَصٌ بِهِؤَلَاءِ الثَّلَاثَةِ . وَالْحَجْرُ عَلَيْهِمْ ^(٥) حَجْرٌ عَامٌّ ؛ لِأَنَّهُمْ ^(٦) يُمْنَعُونَ التَّصَرُّفَ فِي أَمْوَالِهِمْ وَذِمَمِهِمْ . وَالْأَصْلُ فِي الْحَجْرِ عَلَيْهِمْ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَتُوتُوا أَسْفَهَاءَ أَمْوَالِكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾ ^(٧) . وَالآيَةُ الَّتِي بَعْدَهَا . قَالَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَعِكْرَمَةُ : هُوَ مَالُ الْيَتِيمِ عِنْدَكَ ، لَا تُؤْتِيهِ إِيَّاهُ ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ . وَإِنَّمَا أَضَافَ الْأَمْوَالَ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ وَهِيَ لِغَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّهُمْ قَوْمُهَا وَمُدَبِّرُوهَا ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَبْتَلُوا

(١) سورة الفرقان ٢٢ .

(٢) سورة الفجر ٥ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) في م : « لأنهم حجر عام » .

(٥) سورة النساء ٥ .

الْيَتَامَى ﴿ . يعنى ، اخْتَبِرُوهُمْ فِي حِفْظِهِمْ لِأَمْوَالِهِمْ . ﴿ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ . أَى مَبْلَغِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . ﴿ فَإِنْ ءَأَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾ . أَى أَبْصَرْتُمْ وَعَلِمْتُمْ مِنْهُمْ حِفْظًا لِأَمْوَالِهِمْ ، وَصَلَاحًا^(١) فِي تَدْبِيرِ مَعَايِشِهِمْ .

٨١٠ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَمَنْ أُونِسَ مِنْهُ رُشْدًا ، دَفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ ، إِذَا كَانَ قَدْ بَلَغَ)

الكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي فُصُولِ ثَلَاثَةِ :

أحدها ، فِي وُجُوبِ دَفْعِ الْمَالِ إِلَى الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ إِذَا رَشَدَ وَبَلَغَ ، وَليْس فِيهِ اخْتِلَافٌ بِحَمْدِ اللهِ تَعَالَى . قال ابنُ المُنْذِرِ : اتَّفَقُوا عَلَى ذَلِكَ ، وَقَدْ أَمَرَ اللهُ تَعَالَى بِهِ فِي نَصِّ كِتَابِهِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَأَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾^(١) . وَلِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ إِنَّمَا كَانَ لِعَجْزِهِ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ عَلَى وَجْهِ الْمَصْلَحَةِ ، حِفْظًا لِمَالِهِ عَلَيْهِ ، وَبِهَذَيْنِ الْمَعْنَيْنِ يَقْدَرُ عَلَى التَّصَرُّفِ ، وَيُحْفَظُ مَالَهُ ، فَيُزُولُ الْحَجْرُ ، لِزَوَالِ سَبَبِهِ . وَلَا يُعْتَبَرُ فِي زَوَالِ الْحَجْرِ عَنِ الْمَجْتُونِ إِذَا عَقَلَ حُكْمَ حَاكِمٍ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَلَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ فِي الصَّبِيِّ إِذَا رَشَدَ وَبَلَغَ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُزُولُ إِلَّا بِحَاكِمٍ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ / لِأَنَّهُ مَوْضِعُ اجْتِهَادٍ وَنَظِيرٌ ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ فِي مَعْرِفَةِ الْبُلُوغِ وَالرُّشْدِ إِلَى اجْتِهَادٍ ، فَيُوقَفُ ذَلِكَ عَلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ ، كَزَوَالِ الْحَجْرِ عَنِ السَّفِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّ اللهُ تَعَالَى أَمَرَ بِدَفْعِ أَمْوَالِهِمْ إِلَيْهِمْ عِنْدَ الْبُلُوغِ وَإِنْسَانِ الرُّشْدِ ، فَاشْتَرَاطُ حُكْمِ الْحَاكِمِ زِيَادَةٌ تَمْنَعُ الدَّفْعَ عِنْدَ وُجُوبِ ذَلِكَ بَدُونِ حُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ ، وَلِأَنَّهُ حَجْرٌ بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ ، فَيُزُولُ بِغَيْرِ حُكْمِهِ ، كَالْحَجْرِ عَلَى

٨٤/٤ و

(٦) فِي ١ ، ب ، م ، « وَصَلَاحِهِمْ » .

(١) سُورَةُ النِّسَاءِ ٦ .

المَجْنُونِ ، وبهذا فَارَقَ السَّيِّئَةَ . وقد ذَكَرَ أَبُو الحَطَّابِ أَنَّ الحَجَرَ عَلَى السَّيِّئِ يُزُولُ بِزَوَالِ السَّيِّئِ . وَالأَوَّلُ أَوْلَى . فَصَارَ الحَجَرُ مُنْقَسِمًا إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ، قِسْمٌ يُزُولُ بِغَيْرِ حُكْمٍ ^(٢) حَاكِمٍ ، وَهُوَ حَجَرُ المَجْنُونِ ، وَقِسْمٌ لَا يُزُولُ إِلَّا بِحَاكِمٍ ، وَهُوَ حَجَرُ السَّيِّئِ ، وَقِسْمٌ فِيهِ الخِلَافُ ، وَهُوَ حَجَرُ الصَّبِيِّ .

الفصل الثاني ، أَنَّهُ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ قَبْلَ وُجُودِ الأَمْرَيْنِ ، البُلُوغِ وَالرُّشْدِ وَلَوْ صَارَ شَيْخًا . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . قَالَ ابْنُ المُنْذِرِ : أَكْثَرُ عُلَمَاءِ الأَمْصَارِ مِنْ أَهْلِ الحِجَازِ ، وَالعِرَاقِ ، وَالشَّامِ ، وَمِصْرَ ، يَرَوْنَ الحَجَرَ عَلَى كُلِّ مُضَيِّعٍ لِمَالِهِ ، صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا . وَهَذَا قَوْلُ القَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِّيقِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يوسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَرَوَى الجَوْزْجَانِيُّ ، فِي « كِتَابِهِ » ، قَالَ : كَانَ القَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ يَلِي أَمْرَ شَيْخٍ مِنْ قُرَيْشٍ ذِي أَهْلِ وَمَالٍ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَمْرٌ فِي مَالِهِ دُونَهُ ؛ لِضَعْفِ عَقْلِهِ . قَالَ ابْنُ إِسْحَاقَ : رَأَيْتُهُ شَيْخًا يَخْضِبُ ، وَقَدْ جَاءَ إِلَى القَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فَقَالَ : يَا أَبَا مُحَمَّدٍ ، اذْفَعْ إِلَيَّ مَالِي ، فَإِنَّهُ لَا يُؤَلِّي عَلَى مِثْلِي . فَقَالَ : إِنَّكَ فَاسِدٌ . فَقَالَ : أَمْرًا طَالِقِ البَتَّةِ ، وَكُلُّ مَمْلُوكٍ لَهُ ^(٣) حُرٌّ ، إِنْ لَمْ تَدْفَعْ إِلَيَّ مَالِي . فَقَالَ لَهُ القَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ : وَمَا يَحِلُّ لَنَا أَنْ نَدْفَعَ إِلَيْكَ مَالَكَ عَلَى حَالِكَ هَذِهِ . فَبَعَثَ إِلَى أَمْرَاتِهِ ، وَقَالَ : هِيَ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ ، وَمَا كُنْتُ لِأَحْبِسَهَا عَلَيْكَ وَقَدْ فَهَتَ بِطَلَاقِهَا . فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا فَأَخْبَرَهَا ذَلِكَ ، وَقَالَ : أَمَّا رَقِيقُكَ فَلَا عِتْقَ لَكَ ، وَلَا كَرَامَةَ . فَحَبَسَ رَقِيقَهُ . قَالَ ابْنُ إِسْحَاقَ : مَا كَانَ يُعَابُ عَلَى الرَّجُلِ إِلَّا سَفَهُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُدْفَعُ مَالُهُ إِلَيْهِ قَبْلَ خَمْسِ وَعِشْرِينَ سَنَةً ، وَإِنْ تَصَرَّفَ نَقْدًا تَصَرَّفَهُ ، فَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً ، فُكِّ عَنْهُ الحَجَرُ . وَدُفِعَ إِلَيْهِ مَالُهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الأَلْيَمِ إِلَّا بِالتِّيهِ هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : « لى » .

أَشَدُّهُ ﴿٤﴾ . وهذا قد بَلَغَ أَشَدَّهُ ، وَيَصْلُحُ أَنْ / يَكُونَ جَدًّا ، ولأنَّهُ حُرٌّ بِالْعِ عَاقِلٌ مُكَلَّفٌ ، فلا يُحَجَّرُ عَلَيْهِ ، كالرَّشِيدِ . ولنا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَتْلُوا لِيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . عَلَّقَ الدَّفْعَ عَلَى شَرْطَيْنِ ، وَالْحُكْمُ الْمُعَلَّقُ عَلَى شَرْطَيْنِ لَا يَثْبُتُ بَدُونِهِمَا ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ (٥) . يَعْنِي أَمْوَالَهُمْ ، وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾ (٦) . فَأَثْبَتَ الْوِلَايَةَ عَلَى السَّفِيهِ ، ولأنَّهُ مُبَدَّرٌ لِمَالِهِ ، فلا يجوزُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ، كَمَنْ لَهُ ذُونٌ ذَلِكَ . وَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي احْتَجَّ بِهَا ، فَإِنَّمَا تُدَلُّ بِدَلِيلٍ خِطَابِيهَا ، وَهُوَ لَا يَقُولُ بِهِ ، ثُمَّ هِيَ مُخَصَّصَةٌ فِيمَا قَبْلَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً بِالْإِجْمَاعِ ، لِإِلَّةِ السَّفِيهِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ بَعْدَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ ، فَيَجِبُ أَنْ تُحْصَى بِهِ أَيْضًا ، كَمَا أَنَّهَا لَمَّا خُصِّصَتْ فِي حَقِّ الْمَجْتُونِ لِأَجْلِ جُنُونِهِ قَبْلَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ ، خُصِّصَتْ أَيْضًا بَعْدَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ ، وَمَا ذَكَرْتَاهُ مِنَ الْمَنْطُوقِ أَوْلَى مِمَّا اسْتَدَلَّ بِهِ مِنَ الْمَفْهُومِ الْمُخَصَّصِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ كَوْنِهِ جَدًّا لَيْسَ تَحْتَهُ مَعْنَى يَفْتَضِي الْحُكْمَ ، وَلَا لَهُ أَصْلٌ يَشْهَدُ لَهُ فِي الشَّرْعِ ، فَهُوَ إِثْبَاتٌ لِلْحُكْمِ بِالْتَّحْكُمِ . ثُمَّ هُوَ مُتَّصِرٌ فِي مَنْ لَهُ ذُونٌ هَذِهِ السَّنِ ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ تَكُونُ جَدَّةً لِأَحَدِي وَعِشْرِينَ سَنَةً ، وَقِيَّاسُهُمْ مُتَّقِصٌ بِنِهَايَةِ دُونَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً ، وَمَا أُوجِبَ الْحَجْرَ قَبْلَ خَمْسٍ وَعِشْرِينَ يُوجِبُهُ بَعْدَهَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ ، وَلَا إِقْرَارُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ بَيْعُهُ وَإِقْرَارُهُ . وَإِنَّمَا لَا يُسَلَّمُ إِلَيْهِ مَالُهُ ؛ لِأَنَّ الْبَالِغَ عِنْدَهُ لَا يُحَجَّرُ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا مُنْعَ تَسْلِيمِ مَالِهِ إِلَيْهِ لِلآيَةِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا فِي إِقْرَارِهِ : يَلْزُمُهُ بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ ، إِذَا كَانَ بِالْعَمَاءِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يُدْفَعُ إِلَيْهِ مَالُهُ لِعَدَمِ رُشْدِهِ ، فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ وَإِقْرَارُهُ ،

(٤) سورة الأنعام ١٥٢ .

(٥) سورة النساء ٥ .

(٦) سورة البقرة ٢٨٢ .

كالصبي ، والمجنون ، ولأنه إذا تَصَرَّفَهُ وإقْرَارُهُ تَلَفَ مَالَهُ ، ولم يُفِدْ مِنْهُ من مَالِهِ شَيْئًا ، ولأنَّ تَصَرُّفَهُ لو كان نَافِذًا ، لَسَلَّمَ إِلَيْهِ مَالَهُ ، كَالرَّشِيدِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يُمْنَعُ مَالَهُ حِفْظًا لَهُ ، فَإِذَا لَمْ يُحْفَظْ^(٧) بِالْمَنْعِ ، وَجَبَ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ بِحُكْمِ الْأَصْلِ .

و ٨٥/٤

الفصل الثالث ، في البلوغ ، ويحصل في حق الغلام والجارية / بأحد ثلاثة أشياء ، وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها ، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى ، فأولها خروج المني من قبله ، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد ، فكيفما خرج في بقية أو منام ، بجماع ، أو احتلام ، أو غير ذلك ، حصل به البلوغ . لا تعلم في ذلك اختلافًا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا ﴾^(٨) . وقوله : ﴿ وَالَّذِينَ لَمْ يَلْعَنُوا أَلْحَمَ مِنْكُم ﴾^(٩) . وقول النبي ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . وقوله عليه السلام لمعاذ : « خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَارًا » . رواهما أبو داود^(١٠) . وقال ابن المنذر : وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها . وأما الإنبات فهو أن يثبت الشعر الحشين حول ذكر الرجل ، أو فرج المرأة ، الذي استحق أخذَه بالموسى ، وأما الزغب الضعيف ، فلا اعتبار به ، فإنه 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 ؛ لأنه نبات شعر ، فأشبهه نبات شعر سائر البدن . ولنا ، أن النبي ﷺ لما حَكَمَ سَعْدَ بْنَ مُعَاذٍ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، حَكَمَ بِأَنْ يُقْتَلَ مَقَاتِلُهُمْ ، وَتُسَبَّى ذُرَارِيُّهُمْ ، وَأَمَرَ أَنْ يُكْشَفَ عَنْ مُؤَنَّرِهِمْ ، فَمَنْ أَنْبَتَ ، فَهُوَ مِنَ الْمَقَاتِلَةِ ،

(٧) في ا ، ب ، م : « يحفظ » .

(٨) سورة النور ٥٩ .

(٩) سورة النور ٥٨ .

(١٠) تقدم تخريج الأول في : ٥٠/٢ ، والثاني في : ٣٠/٤ .

ومن لم يثبت ، الْحَقْوَةُ بِالذَّرِّيَّةِ . وقال عَطِيَّةُ الْقُرْظِيُّ : عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ قُرَيْظَةَ ، فَشَكُّوا فِيَّ ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يُنْظَرَ إِلَيَّ ، هل أُثِبْتُ بَعْدُ ، فنظروا إليَّ ، فلم يجدوني أُثِبْتُ بَعْدُ ، فَالْحَقُونِي بِالذَّرِّيَّةِ . مُتَعَلِّقٌ ^(١١) عَلَى مَعْنَاهُ ^(١٢) .

وَكَتَبَ عَمْرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِلَى غَامِلِهِ ، أَنْ لَا تَأْخُذَ الْجَزِيَّةَ إِلَّا مِنْ مَنْ جَرَتْ عَلَيْهِ الْمَوَاسِي . وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى بْنِ حَبَّانَ ^(١٣) ، أَنَّ غُلَامًا مِنَ الْأَنْصَارِ شَبَّ بِامْرَأَةٍ فِي شِعْرِهِ ، فُرِفِعَ إِلَى عَمْرٍ ، فَلَمْ يَجِدْهُ أُثِبْتُ ، فَقَالَ : لَوْ أُثِبْتُ الشَّعْرَ لَحَدَّدْتُكَ .

وَلِأَنَّهُ خَارِجٌ يُلَازِمُهُ الْبُلُوغُ غَالِبًا ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ، فَكَانَ عَلَمًا عَلَى الْبُلُوغِ ، كَالْإِحْتِلَامِ ، وَلِأَنَّ الْخَارِجَ ضَرْبَانِ ، مُتَّصِلٌ ، وَمُنْفَصِلٌ ، فَلَمَّا كَانَ مِنَ الْمُنْفَصِلِ مَا يَثْبُتُ بِهِ الْبُلُوغُ ، كَانَ كَذَلِكَ الْمُتَّصِلِ . وَمَا كَانَ بُلُوغًا فِي حَقِّ / الْمُشْرِكِينَ ، كَانَ بُلُوغًا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ ، كَالْإِحْتِلَامِ ، وَالسِّنِّ . وَأَمَّا السِّنُّ ، فَإِنَّ الْبُلُوغَ بِهِ فِي الْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ بِخَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً . وَبِهَذَا قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ دَاوُدُ : لَا حَدٌّ لِلْبُلُوغِ مِنَ السِّنِّ ، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ^(١٤) ثَلَاثٍ ، عَنِ ^(١٥) الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . وَإِبْطَابُ الْبُلُوغِ بغيرِهِ يُخَالِفُ الْخَبَرَ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَقَالَ أَصْحَابُهُ : سَبْعَ عَشْرَةَ ، أَوْ ثَمَانِي عَشْرَةَ . وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْغُلَامِ رَوَايَتَانِ . إِحْدَاهُمَا ، سَبْعَ عَشْرَةَ ، وَالثَّانِيَةِ ، ثَمَانِ عَشْرَةَ . وَالْجَارِيَةُ سَبْعَ عَشْرَةَ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِتَوْقِيفٍ ، أَوْ اتِّفَاقٍ ، وَلَا تَوْقِيفٍ فِي ^(١٥) مَا دُونَ ^(١٥) هَذَا ، وَلَا اتِّفَاقٍ . وَلَنَا ، أَنَّ ابْنَ

٨٥/٤ ظ

(١١) فِي الْأَصْلِ : « مُتَّفَقٌ » .

(١٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْغُلَامِ يَصِيبُ الْحَدَّ ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ ٤٥٣/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي النَّزُولِ عَلَى الْحُكْمِ مِنْ أَبْوَابِ السَّرِيرِ . عَارِضَةُ الْأَخْوَذِيِّ ٨٢/٧ . وَابْنُ مَاجَةَ فِي : بَابِ مَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . سَنَّ ابْنَ مَاجَةَ ٨٤٩/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ حَدِّ الصَّبِيِّ مَتَى يَقْتُلُ ، مِنْ كِتَابِ السَّرِيرِ . سَنَّ الدَّارِمِيُّ ٢٢٣/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤/٣١٠ ، ٣٨٣ ، ٣١١/٥ ، ٣١٢ .

(١٣) أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى بْنِ حَبَّانِ الْأَنْصَارِيُّ الْفَقِيهَ ، كَانَ يَفْتَى ، ثِقَةً كَثِيرَ الْحَدِيثِ ، تُوْفِيَ سَنَةَ إِحْدَى وَعَشْرِينَ وَمِائَةً . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٩/٥٠٧ ، ٥٠٨ .

(١٤) - (١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٥) - (١٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

عمر ، قال : عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً ، فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ ، فَأَجَازَنِي . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٦) . وَفِي لَفِظٍ : عُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ فَرَدَّنِي ، وَلَمْ يَرِنِي بَلَعْتُ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ ، فَأَجَازَنِي . فَأُخْبِرَ بِهَذَا عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَكَتَبَ إِلَى عُمَالِهِ : أَنْ لَا تَقْرَضُوا إِلَّا لِمَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ . رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ ^(١٧) فِي « مُسْنَدِهِ » ، وَرَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(١٨) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى عَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : « إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمُؤَلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَ مَالُهُ وَمَا عَلَيْهِ ، وَأُخِذَتْ مِنْهُ الْحُدُودُ » ^(١٩) . وَلِأَنَّ السَّنَّ مَعْنَى يَحْصُلُ بِهِ الْبُلُوغُ ، يَشْتَرِكُ فِيهِ الْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ ، فَاسْتَوَيَا فِيهِ ، كَالْإِنْتِزَالِ . وَمَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ ، ففِيمَا رَوَيْتَاهُ جَوَابٌ عَنْهُ ، وَمَا احتَجَّ بِهِ دَاوُدُ لَا يَمْنَعُ إِثْبَاتُ الْبُلُوغِ بِغَيْرِ الْاِحْتِلَامِ إِذَا ثَبَتَ بِالذَّلِيلِ ، وَلِهَذَا كَانَ إِثْبَاتُ الشَّعْرِ عِلْمًا . وَأَمَّا الْحَيْضُ فَهُوَ عِلْمٌ عَلَى الْبُلُوغِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٠) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَأَمَّا الْحَمْلُ فَهُوَ عِلْمٌ ^(٢١) عَلَى

(١٦) أخرجه البخارى ، فى : باب بلوغ الصبيان وشهادتهم ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب غزوة الخندق وهى الأحزاب ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٢٣٢/٣ ، ١٣٧/٥ . ومسلم ، فى : باب بيان سن البلوغ ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ١٤٩٠/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الغلام يصيب الحد ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٥٣/٢ . وابن ماجه ، فى : باب من لا يجب عليه الحد ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٥٠/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٧/٢ .

(١٧) فى : أول كتاب الحج . ترتيب مسند الشافعى ١٢٧/٢ .

(١٨) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى حد بلوغ الرجل ومتى يفرض له ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٢٠٤/٧ .

(١٩) أخرجه البيهقى ، فى : الخلافيات ، وذكره فى : باب البلوغ بالسن ، من كتاب الحجر . انظر : السنن الكبرى ٥٧/٦ .

(٢٠) تقدم تحريجه فى : ٢٨٣/٢ .

(٢١) سقط من : ا ، ب ، م .

البُلُوغُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَجْرَى الْعَادَةَ أَنَّ الْوَلَدَ لَا يُخْلَقُ إِلَّا مِنْ مَاءِ الرَّجُلِ وَمَاءِ الْمَرْأَةِ .
 قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ
 الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾ (٢٢) . وَأَخْبَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِذَلِكَ فِي الْأَحَادِيثِ ، فَمَتَى حَمَلَتْ ،
 حُكِمَ بِبُلُوغِهَا فِي / الْوَقْتِ الَّذِي حَمَلَتْ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا وَجِدَ خُرُوجَ الْمَنِيِّ مِنْ ذَكَرِ الْخُنْثَى الْمُشْكَلِ ، فَهُوَ عَلَّمَ عَلَى بُلُوغِهِ ،
 وَكَوْنِهِ رَجُلًا ، وَإِنْ خَرَجَ مِنْ فَرْجِهِ ، أَوْ حَاضَ ، فَهُوَ عَلَّمَ عَلَى بُلُوغِهِ ، وَكَوْنِهِ امْرَأَةً .
 وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ وَاحِدًا مِنْهُمَا عَلَّمًا عَلَى الْبُلُوغِ ، فَإِنْ اجْتَمَعَا ، فَقَدْ بَلَغَ . وَهَذَا
 مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْفَرْجُ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ ذَلِكَ خَلْقَةً زَائِدَةً . وَلَنَا ،
 أَنَّ خُرُوجَ الْبَوْلِ مِنْ أَحَدِ الْفَرْجَيْنِ دَلِيلٌ عَلَى كَوْنِهِ رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً ، فَخُرُوجُ الْمَنِيِّ
 وَالْحَيْضِ أَوْلَى ، وَإِذَا ثَبَتَ كَوْنُهُ رَجُلًا خَرَجَ الْمَنِيُّ مِنْ ذَكَرِهِ ، أَوْ امْرَأَةً خَرَجَ الْحَيْضُ
 مِنْ فَرْجِهَا ، لَزِمَ وَجُودُ الْبُلُوغِ ، وَلِأَنَّ خُرُوجَ مَنِيِّ الرَّجُلِ مِنَ الْمَرْأَةِ ، وَالْحَيْضِ
 مِنَ الرَّجُلِ ، مُسْتَحِيلٌ ، فَكَانَ دَلِيلًا عَلَى التَّعْيِينِ ، فَإِذَا ثَبَتَ التَّعْيِينُ لَزِمَ كَوْنُهُ دَلِيلًا
 عَلَى الْبُلُوغِ ، كَمَا لَوْ تَعَيَّنَ قَبْلَ خُرُوجِهِ ، وَلِأَنَّهُ مَنِيٌّ تَخَارِجٌ مِنْ ذَكَرِهِ ، أَوْ حَيْضٌ تَخَارِجٌ
 مِنْ فَرْجِهِ ، فَكَانَ عَلَّمًا عَلَى الْبُلُوغِ كَالْمَنِيِّ الْخَارِجِ مِنَ الْغَلَامِ ، وَالْحَيْضِ الْخَارِجِ
 مِنَ الْجَارِيَةِ ، وَلِأَنَّهُمْ سَلَّمُوا أَنَّ خُرُوجَهُمَا مَعًا دَلِيلٌ عَلَى الْبُلُوغِ ، فَخُرُوجُ أَحَدِهِمَا
 مُنْفَرِدًا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ خُرُوجَهُمَا مَعًا يَقْتَضِي تَعَارُضَهُمَا ، وَإِسْقَاطَ دَلَالَتِهِمَا ، إِذْ لَا
 يُتَصَوَّرُ أَنْ يَجْتَمِعَ حَيْضٌ صَحِيحٌ وَمَنِيٌّ رَجُلِي ، فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا فَضْلَةً خَارِجَةً
 مِنْ غَيْرِ مَحَلِّهَا ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ ، فَتَبَطَّلَ دَلَالَتُهُمَا ، كَالْبَيْتَيْنِ
 إِذَا تَعَارَضَتَا ، وَكَالْبَوْلِ إِذَا خَرَجَ مِنَ الْمَخْرَجَيْنِ جَمِيعًا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجِدَ أَحَدُهُمَا
 مُنْفَرِدًا ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَجْرَى الْعَادَةَ بِأَنَّ الْحَيْضَ يَخْرُجُ مِنْ فَرْجِ الْمَرْأَةِ عِنْدَ بُلُوغِهَا ،
 وَمَنِيَّ الرَّجُلِ يَخْرُجُ مِنْ ذَكَرِهِ عِنْدَ بُلُوغِهِ ، فَإِذَا وَجِدَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ مُعَارِضٍ ، وَجَبَ

أَنْ يَثْبُتَ حُكْمُهُ ، وَيُقْضَى بِثُبُوتِ دَلَالَتِهِ ، كَالْحُكْمِ بِكَوْنِهِ رَجُلًا ، بِخُرُوجِ الْبَوْلِ مِنْ ذَكَرِهِ ، وَبِكَوْنِهِ امْرَأَةً ، بِخُرُوجِهِ مِنْ فَرْجِهَا ، وَالْحُكْمِ لِلْغُلَامِ بِالْبُلُوغِ بِخُرُوجِ الْمَنِيِّ مِنْ ذَكَرِهِ ، وَلِلْجَارِيَةِ بِخُرُوجِ الْحَيْضِ مِنْ فَرْجِهَا ، فَعَلَى هَذَا إِنْ خَرَجَا جَمِيعًا (٢٣) لَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ رَجُلًا وَلَا امْرَأَةً ؛ لِأَنَّ الدَّلِيلَيْنِ تَعَارَضَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ خَرَجَ الْبَوْلُ مِنَ الْفَرْجَيْنِ . وَهَلْ يَثْبُتُ الْبُلُوغُ بِذَلِكَ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَثْبُتُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي ، وَمَذَهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا ، فَقَدْ خَرَجَ الْمَنِيُّ مِنْ ذَكَرِهِ ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً ، فَقَدْ حَاضَتْ . وَالثَّانِي ، لَا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ لَا يَكُونَ هَذَا حَيْضًا وَلَا مَنِيًّا ، فَلَا يَكُونُ فِيهِ دَلَالَةٌ ، وَقَدْ دَلَّ تَعَارُضُهُمَا عَلَى ذَلِكَ ، فَانْتَفَتْ دَلَالَتُهُمَا عَلَى الْبُلُوغِ ، كَانْتِفَاءِ دَلَالَتِهِمَا عَلَى الذُّكُورِيَّةِ وَالْأُنثَوِيَّةِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٨٦/٤ ظ

٨١١ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الْجَارِيَّةُ ، وَإِنْ لَمْ تُنْكَحْ)

يَعْنِي أَنَّ الْجَارِيَّةَ إِذَا بَلَغَتْ ، وَأُونِسَ رُشْدُهَا بَعْدَ بُلُوغِهَا ، دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا ، وَزَالَ (١) الْحَجْرُ عَنْهَا ، وَإِنْ لَمْ تُتَزَوَّجْ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَابْنُ ثَوْرٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ : لَا يُدْفَعُ إِلَى الْجَارِيَّةِ مَالُهَا بَعْدَ بُلُوغِهَا ، حَتَّى تُتَزَوَّجَ وَتَلِدَ ، أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا سَنَةٌ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرِ ، وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ شُرَيْحٍ ، أَنَّهُ قَالَ : عَهْدٌ إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنْ لَا أُجِيرَ لِجَارِيَّةٍ عَطِيَّةً حَتَّى تَحُولَ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا حَوْلًا ، أَوْ تَلِدَ وَتَلِدًا . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » ، وَلَا يُعْرَفُ لَهُ مُخَالَفٌ ، فَصَارَ إِجْمَاعًا . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُدْفَعُ إِلَيْهَا مَالُهَا حَتَّى تُتَزَوَّجَ ، وَيَدْخُلَ عَلَيْهَا زَوْجُهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ حَالَةٍ جَازٍ لِلْأَبِ تَزْوِيجُهَا مِنْ غَيْرِ إِذْنِهَا ، لَمْ يَنْفَكْ

(٢٣) فِي ب ، م : « مَعَا » .

(١) فِي أ ، ب ، م : « وَزَوَالَ » .

عنها الحجر ، كالصغيرة . ولنا ، عموم قوله تعالى : ﴿ وَأَتْلُوا لِيَتَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (١) . ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشد ؛ فيدفع إليه ماله كالرجل ، ولأنها بالغة رشيدة ، فجاز لها التصرف في مالها ، كالتى دخل بها الزوج ، وحديث عمر إن صح ، فلم يعلم انتشاره في الصحابة ، ولا يترك به الكتاب والقياس ، على أن حديث عمر مختص بمنع العطيّة ، فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها ، ومنعها من سائر التصرفات ، ومالك لم يعمل به ، وإنما اعتمد على إجبار الأب لها على النكاح ، ولنا أن تمنع ذلك ، وإن سلمناه ، فإنما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنكاح ومصالحه لا يعلم إلا بمباشرته ، والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية ، إذا لم تتزوج أصلاً احتمل أن يدوم الحجر عليها ، عملاً بعموم حديث عمر ، ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها ، فلم يجز دفعه إليها ، كالمو لم ترشد . وقال القاضي : عندي أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال ، يعنى كبرت .

فصل : وظاهر كلام الخرقى ، أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله ، بالتبوع ، والمعاوضة . وهذا إحدى الروايتين عن أحمد . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعى ، وابن المنذر . / وعن أحمد رواية أخرى ، ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض ، إلا بإذن زوجها . وبه قال مالك . وحكى عنه فى امرأة حلفت أن تعتق جارية لها (٢) ليس لها غيرها ، فحسبت ، ولها زوج ، فرد ذلك عليها زوجها ، قال : له أن يرد عليها ، وليس لها عتق ؛ لما روى أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلى لها ، فقال لها النبي ﷺ : « لا يجوز للمرأة عطيّة حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعباً ؟ » . فقالت : نعم . فبعث رسول الله

٨٧/٤

(٢) سورة النساء ٦ .

(٣) سقط من : ب ، م .

صَلَّى إِلَيْهِ إِلَى كَعْبٍ ، فَقَالَ : « هَلْ أَذِنْتَ لَهَا أَنْ تَتَّصَدَّقَ بِحُلِيِّهَا ؟ » . قَالَ : نَعَمْ . فَقَبِلَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ (٤) . رَوَى أَيْضًا (٥) عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ فِي حُطْبَةِ حَطْبِهَا : « لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ (٦) مِنْ مَالِهَا (٧) إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا ؛ (٨) إِذْ هُوَ مَالُكَ عِصْمَتِهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٩) بَلْفِظِهِ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ : « لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » (١٠) . وَلَأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ مُتَعَلِّقٌ بِمَالِهَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ : « تُنَكِّحُ الْمَرْأَةَ لِمَالِهَا وَجَمَالِهَا وَدِينِهَا » (١١) . وَالْعَادَةُ أَنَّ الزَّوْجَ يَزِيدُ فِي مَهْرِهَا مِنْ أَجْلِ مَالِهَا ، وَيَتَبَسَّطُ فِيهِ ، وَيَتَنَفَّعُ بِهِ ، فَإِذَا أُعْسِرَ بِالتَّفَقُّعِ أَنْظَرْتُهُ ، فَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى حُقُوقِ الْوَرِثَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِمَالِ الْمَرِيضِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ عَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (١٢) . وَهُوَ ظَاهِرٌ فِي فَكِّ الْحَجَرِ عَنْهُمْ ، وَإِطْلَاقِهِمْ فِي التَّصَرُّفِ ، وَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ : « يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ ، وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ » . وَأَنْهَنَّ تَصَدَّقْنَ فَقَبِلَ صَدَقَتَهُنَّ وَلَمْ يَسْأَلْ وَلَمْ يَسْتَفْصِلْ . وَأَثَرُهُ زَيْنُبُ امْرَأَةُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَامْرَأَةٌ أُخْرَى اسْمُهَا زَيْنُبُ ، فَسَأَلَتْهُ عَنِ الصَّدَقَةِ ، هَلْ يَجْزِيهِنَّ

(٤) في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٨/٢ .

(٥ - ٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(٦) في : باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٦٣/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الزكاة ، وفي الباب نفسه ، من كتاب العمري . المجتبى ٤٩/٥ ، ٢٣٦/٦ . والإمام أحمد في : المسند ١٧٩/٢ ، ١٨٤ ، ٢٠٧ .

(٧) أخرجه البخاري ، في : باب الأكفاء في الدين .. ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٩/٧ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٦/٢ . وأبو داود ، في : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٢/١ . والنسائي ، في : باب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٦/٦ . وابن ماجه ، في : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٧/١ . والدارمي ، في : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٤/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢٨/٢ ، ٨٠/٣ .

(٨) سورة النساء ٦ .

أن يتصدقن على أزواجهن ، وأيتام لهن ؟ فقال : « نعم »^(٩) . ولم يذكر لهن هذا الشرط ، ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشد ، جاز له التصرف فيه من غير إذن ، كالغلام ، ولأن المرأة من أهل التصرف ، ولا حق لزوجها في مالها ، فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه ، كأختها . 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 تحكّم ليس فيه توقيف ، ولا عليه دليل . وقياسهم على المريض غير صحيح ، لوجوه ؛ أحدها ، أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث ، والزوجة إنما تجعله من أهل الميراث ، فهي أحد وصفي العلة ، فلا يثبت الحكم بمجردا ، كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ، ولإسائر الوراث بدون المرض . الثاني ، أن تبرع المريض موقوف ، فإن برىء من مرضه ، صح تبرّعه ، وهنأ أبطلوه على كل حال ، والفرع لا يزيد على أصله . الثالث ، أن ما ذكروه منتقض بالمرأة ، فإنها تنتفع بمال زوجها وتتسبّط فيه عادة ، ولها النفقة منه ، وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها ، وليس لها الحجر عليه ، وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود في الأصل ، ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعاً .

٨٧/٤ ظ

(٩) تقدم تخريجه عند البخارى ، فى : ١٠١/٤ . كما أخرجه البخارى ، فى : باب العرض فى الزكاة ، وباب الزكاة على الزوج والأيتام ... ، من كتاب الزكاة . صحيح البخارى ١٤٤/٢ ، ١٥٠ . ومسلم ، فى : باب فضل النفقة والصدقة ... ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٩٥/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى زكاة الحلى ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٢٩/٣ . والنسائى ، فى : باب الصدقة على الأقراب ، من كتاب الزكاة . المحببى ٦٩/٥ . وابن ماجه ، فى : باب الصدقة على ذى قرابة ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ٥٨٧/١ . والدارمى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ٣٨٩/١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٦/١ ، ٥٠٢/٣ ، ٣٦٣/٦ .

فصل : وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير ، بغير إذنه ؟
 على رواتين ؛ إحداهما ، الجواز ؛ لأن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « ما
 أنفقت المرأة من بيت زوجها ، غير مفسدة ، كان لها أجرها ، وله مثله بما كسب ،
 ولها بما أنفقت ، وللخازن مثل ذلك ، من غير أن ينتقص من أجورهم شيء » .
 ولم يذكر إذنا . وعن أسماء ، أنها جاءت النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ليس
 لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير ، فهل علي جناح أن أروض^(١٠) مما يدخل علي ؟
 فقال : « ارضخي ما استطعت ، ولا توعي^(١١) ، فيوعي^(١٢) عليك » . متفق
 عليهما^(١٣) . وروى أن امرأة أتت النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله إننا كل على
 أزواجنا وآبائنا ، فما يحل لنا من أموالهم ؟ قال : « الرطب^(١٤) تأكلينه ،

(١٠) أى : أعطى شيئا قليلا .

(١١) أى : لا تشحى بالنفقة .

(١٢) فى صحيح مسلم : « فيوعى الله » .

(١٣) أخرج الأول ، البخارى فى : باب من أمر خادمه بالصدقة ولم يناول بنفسه ، وباب أجر الخادم إذا
 تصدق ... ، وباب أجر المرأة إذا تصدقت ... ، من كتاب الزكاة ، وفى باب قول الله تعالى : ﴿ أنفقوا من
 طبيات ما كسبتم ﴾ . من كتاب البيوع . صحيح البخارى ١٣٩/٢ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ٧٣/٣ . ومسلم ،
 فى : باب أجر الخازن الأمين والمرأة إذا تصدقت ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٠/٢ .
 كما أخرجه أبو داود ، فى : باب المرأة تصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ٣٩١/١ ،
 ٣٩٢ . والترمذى ، فى : باب فى نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٧٧/٣ .
 والنسائى ، فى : باب صدقة المرأة من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٤٩/٥ . وابن ماجه ، فى :
 باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٧٠/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند
 . ٤٤/٦ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الصدقة فى ما استطاع ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب هبة المرأة لغير
 زوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ١٤١/٢ ، ٢٠٣/٣ . ومسلم ، فى : باب الحث فى الإنفاق
 وكرهه الإحصاء ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧١٤/٢ .
 كما أخرجه النسائى ، فى : باب الإحصاء فى الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥٥/٥ . والإمام أحمد ،
 فى : المسند ٣٤٥/٦ ، ٣٤٦ ، ٣٥٣ .

(١٤) الرطب : ما لا يدخر ولا يبقى كالفواكه والبقول .

وتُهدِيتهُ»^(١٥) . ولأنَّ العَادَةَ السَّمَاخُ بذلك ، وطِيبُ النَّفْسِ ، فَجَرَى مَجْرَى صَرِيحِ الإِذْنِ ، كَمَا أَنَّ تَقْدِيمَ الطَّعَامِ بَيْنَ يَدَيِ الأَكْلَةِ قَامَ مَقَامَ صَرِيحِ الإِذْنِ فِي أَكْلِهِ . والرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو أَمَامَةَ البَاهِلِيُّ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، يَقُولُ : « لَا تُتْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْئًا مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » . قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا الطَّعَامَ ؟ . قَالَ : « ذَاكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ »^(١٦) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يَجِلُّ مَالٌ أَمْرِيءُ مُسْلِمٍ إِلَّا عَن طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ »^(١٧) . وَقَالَ : « إِنَّ اللَّهَ / حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا »^(١٨) . وَلِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِمَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كغَيْرِ الزَّوْجَةِ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الأَحَادِيثَ فِيهَا خَاصَّةٌ صَحِيحَةٌ ، وَالخَاصُّ يُقَدَّمُ عَلَى العَامِّ وَيُبَيِّنُهُ ، وَيُعْرَفُ أَنَّ المُرَادَ بِالعَامِّ غَيْرُ هَذِهِ الصُّورَةِ المَخْصُوصَةِ ، وَالحَدِيثُ الخَاصُّ لِهَذِهِ الرِّوَايَةِ ضَعِيفٌ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ المَرَأَةِ عَلَى غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا بِحُكْمِ العَادَةِ تَتَصَرَّفُ فِي مَالِ زَوْجِهَا ، وَتَتَبَسَّطُ فِيهِ ، وَتَتَصَدَّقُ مِنْهُ ، لِحُضُورِهَا وَغَيْبَتِهِ ، وَالإِذْنُ العُرْفِيُّ يُقَوْمُ مَقَامَ الإِذْنِ الحَقِيقِيِّ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهَا : أَفْعَلِي هَذَا . فَإِنَّ مَنَعَهَا ذَلِكَ ، وَقَالَ : لَا تَتَصَدَّقِي بِشَيْءٍ ، وَلَا تَتَبَرَّعِي مِنْ مَالِي بِقَلِيلٍ ، وَلَا كَثِيرٍ . لَمْ يَجُزْ لَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ المَنَعَ الصَّرِيحَ نَقْيٌ لِلإِذْنِ العُرْفِيِّ . وَلَوْ كَانَ فِي بَيْتِ الرَّجُلِ مِنْ يَقَوْمُ مَقَامَ امْرَأَتِهِ كجَارِيَتِهِ ، أَوْ أُخْتِهِ . أَوْ غُلَامِهِ المُتَصَرِّفِ فِي بَيْتِ سَيِّدِهِ وَطَعَامِهِ ، جَرَى

و ٨٨/٤

- (١٥) أخرجه أبو داود ، في : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبي داود ١/٣٩٢ .
 وابن أبي شيبة ، في : باب المرأة تصدق من بيت زوجها ، من كتاب البيوع والأفضية . المصنف ٥٨٥/٦ .
 (١٦) وأخرجه أبو داود ، في : باب في تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦٦ .
 والترمذي ، في : باب في نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة ، وفي : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٣/١٧٦ ، ١٧٧ ، ٨/٢٧٦ وابن ماجه ، في : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٠ والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٢٦٧ .
 (١٧) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٥/٧٢ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣/٢٦ .
 (١٨) انظر تخریج حديث جابر في : ١٥٦/٥ .

مَجْرَى الزَّوْجَةِ فِيمَا ذَكَرْنَا ؛ لِوُجُودِ الْمَعْنَى فِيهِ . وَلَوْ كَانَتْ أَمْرًا مَمْنُوعَةً مِنْ التَّصَرُّفِ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا ، كَالَّتِي يُطْعَمُهَا بِالْفَرَضِ ، وَلَا يُمَكِّنُهَا مِنْ طَعَامِهِ ، وَلَا مِنَ التَّصَرُّفِ فِي شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، لَمْ يَجْزْ لَهَا الصَّدَقَةُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ؛ لِعَدَمِ الْمَعْنَى فِيهَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٨١٢ - مسألة ؛ قال : (والرُّشْدُ الصَّلَاحُ فِي الْمَالِ)

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الْحَسَنُ وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : الرُّشْدُ صَلَاحُهُ فِي دِينِهِ وَمَالِهِ ؛ لِأَنَّ الْفَاسِقَ غَيْرَ رَشِيدٍ ، وَلِأَنَّ إِفْسَادَهُ لِدِينِهِ يَمْنَعُ الثَّقَةَ بِهِ فِي حِفْظِ مَالِهِ ، كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ قَوْلِهِ ، وَثُبُوتَ الْوِلَايَةِ عَلَيْهِ غَيْرِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ مِنْهُ كَذِبٌ وَلَا تَبْدِيرٌ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ^(١) . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : يَعْنِي صَلَاحًا فِي أَمْوَالِهِمْ . وَقَالَ مُجَاهِدٌ : إِذَا كَانَ عَاقِلًا . وَلِأَنَّ هَذَا إِثْبَاتٌ فِي نَكْرَةٍ ، وَمَنْ كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ ، فَقَدْ وَجَدَ مِنْهُ رُشْدًا ، وَلِأَنَّ الْعَدَالَهَ لَا تُعْتَبَرُ فِي الرُّشْدِ فِي الدَّوَامِ ، فَلَا تُعْتَبَرُ فِي الْإِبْتِدَاءِ ، كَالزُّهْدِ فِي الدُّنْيَا ، وَلِأَنَّ هَذَا مُصْلِحٌ لِمَالِهِ ، فَأَشْبَهَ الْعَدْلَ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ لِحِفْظِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، فَالْمُؤَثَّرُ فِيهِ مَا أَثَّرَ فِي تَضْيِيعِ الْمَالِ ، أَوْ حِفْظِهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْفَاسِقَ غَيْرَ رَشِيدٍ . قُلْنَا : هُوَ غَيْرُ رَشِيدٍ فِي دِينِهِ ، أَمَّا فِي مَالِهِ وَحِفْظِهِ فَهُوَ رَشِيدٌ ، ثُمَّ هُوَ مُنْتَقِضٌ بِالْكَافِرِ ، فَإِنَّهُ غَيْرُ رَشِيدٍ وَلَا ^(٢) يُحَجَّرُ عَلَيْهِ ^(٣) لِذَلِكَ ، وَكَذَلِكَ لَوْ طَرَأَ الْفِسْقُ عَلَى الْمُسْلِمِ بَعْدَ دَفْعِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، لَمْ يَزَلْ رُشْدُهُ ، وَلَمْ يُحَجَّرْ عَلَيْهِ ^(٣) مِنْ أَجْلِهِ ، وَلَوْ كَانَتِ الْعَدَالَةُ شَرْطًا / فِي الرُّشْدِ ، لَزَالَ بَزْوَالِهَا ، كَحِفْظِ الْمَالِ ، وَلَا يَلْزَمُ مَنْ مَنَعَ قَبُولَ الْقَوْلِ مَنَعَ دَفْعِ مَالِهِ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَنْ يُعْرَفُ بِكَثْرَةِ الْعَلَطِ وَالْعَفْلَةِ وَالتَّسْيَانِ ، أَوْ مَنْ يَأْكُلُ فِي السُّوقِ ، وَيَمُدُّ رِجْلَيْهِ فِي مَجَامِعِ

٨٨/٤ ظ

(١) سورة النساء ٦ .

(٢) في ب ، م : « ولم » .

(٣ - ٣) سقط من : ب ، م .

الناس ، وأشباههم . لا تُقبل شهادتهم ، وتُدفع إليهم أموالهم . إذا ثبت هذا ، فإنّ الفاسق إن كان يُنفق ماله في المعاصي ، كشرائه الحمر ، وآلات اللّهو ، أو يتوصّل به إلى الفساد ، فهو غير رشيد ؛ لتبذيره لماله ، وتضييعه إيّاه في غير فائدة . وإن كان فسقه لغير ذلك ، كالكذب ، ومنع الزّكاة ، وإضاعة الصّلاة ، مع حفظه لماله ، دُفع ماله إليه ؛ لأنّ المقصود بالحجر حفظ المال ، وماله محفوظ بدون الحجر ، ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله إليه ، لم يُنزَع منه^(٤) .

فصل : وإنما يُعرف رُشدُه باختياره ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَتْلُوا أَلْيَامِي حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾^(٥) . يعني اختيروهم . كقوله تعالى : ﴿ لِيَلْبِسُوا كُمًا لَّيْسَ لَكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا ﴾^(٦) أى يختيركم . واختياره بتفويض التصرفات التي يتصرّف فيها أمثاله إليه^(٧) ؛ فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع ، والشراء ، فإذا تكرّرت منه ، فلم يُعَن ، ولم يُضَيّع ما في يديه ، فهو رشيد . وإن كان من أولاد الدهاقين ، والكبراء الذين يُصان أمثالهم عن الأسواق ، رُفعت إليه نفقة مدّة ، ليُنْفِقها في مصالحه ، فإن كان قيماً بذلك ، يصرفها في مواقعها ، ويستوفي على وكيله ، ويستقضى عليه ، فهو رشيد . والمرأة يُفوض إليها ما يُفوض إلى ربة البيت ، من استئجار العزّالات ، وتوكيلها في شراء الكتّان ، وأشباه ذلك . فإن وُجدت ضابطة لما في يديها ، مُستوفية من وكيلها ، فهي رشيدة . ووقت الاختيار قبل البلوغ ، في إحدى الروايتين ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأنّ الله تعالى قال : ﴿ وَأَتْلُوا أَلْيَامِي حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنِ ءَأَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ . فظاهر الآية أنّ ابتلاءهم قبل البلوغ ، لوجهين ؛ أحدهما ، أنّه سمّاهم يّامى ، وإنما

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥) سورة النساء ٦ .

(٦) سورة الملك ٢ .

(٧) سقط من : ب ، م .

يَكُونُونَ يَتَامَى قَبْلَ الْبُلُوغِ . والثاني ، أَنَّهُ مَدَّ اخْتِيَارَهُمْ إِلَى الْبُلُوغِ بِلَفْظَةٍ : ﴿ حَتَّى ﴾ ، فَدَلَّ (٨) عَلَى أَنَّ الْاِخْتِيَارَ قَبْلَهُ ، وَلِأَنَّ تَأْخِيرَ الْاِخْتِيَارِ إِلَى الْبُلُوغِ مُؤَدَّ إِلَى الْحَجْرِ عَلَى الْبَالِغِ الرَّشِيدِ ؛ لِأَنَّ الْحَجْرَ يَمْتَدُّ إِلَى أَنْ يُحْتَبَرَ وَيُعْلَمَ رُشْدُهُ ، وَاخْتِيَارُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ يَمْنَعُ ذَلِكَ ، فَكَانَ أَوْلَى . لَكِنْ لَا يُحْتَبَرُ إِلَّا الْمُرَاهِقُ الْمُمَيِّزُ ، الَّذِي يَعْرِفُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ . وَالْمَصْلَحَةُ مِنَ الْمَفْسَدَةِ . وَمَتَى أُذِنَ لَهُ وَلِيَّهُ فَتَصَرَّفَ ، صَحَّ تَصَرُّفُهُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيهَا مَضَى . وَقَدْ أَوْمَأَ أَحْمَدُ فِي مَوْضِعٍ إِلَى اخْتِيَارِهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ قَبْلَ ذَلِكَ تَصَرَّفٌ مِمَّنْ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ مِظَنَّةُ الْعَقْلِ . وَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي وَقْتِ الْاِخْتِيَارِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا / فِيهَا مَضَى مِنَ الرَّوَايَتَيْنِ .

٨٩/٤ و

٨١٣ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ عَاوَدَ السَّفَةَ ، حُجِرَ عَلَيْهِ)

وَجُمَلْتَهُ ، أَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ إِذَا فُكَّ عَنْهُ الْحَجْرُ لِرُشْدِهِ وَبُلُوغِهِ ، وَدُفِعَ إِلَيْهِ مَالُهُ ، ثُمَّ عَادَ إِلَى السَّفَةِ ، أُعِيدَ عَلَيْهِ الْحَجْرُ . وَبِهَذَا قَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، (وَأَبُو ثَوْرٍ) ، وَأَبُو عُيَيْدٍ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُتَبَدَأُ الْحَجْرُ عَلَى الْبَالِغِ عَاقِلٍ ، وَتَصَرُّفُهُ نَافِذٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، وَالنَّخَعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ مُكَلَّفٌ ، فَلَا يُحَجَرُ عَلَيْهِ كَالرَّشِيدِ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ، وَرَوَى عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ ، أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ ابْتَاعَ بَيْعًا ، فَقَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا تَبْنَ عُمَانَ لِيَحْجُرَ عَلَيْكَ . فَأَتَى عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ الزُّبَيْرِ ، فَقَالَ : قَدْ ابْتَعْتُ بَيْعًا ، وَإِنَّ عَلِيًّا يُرِيدُ أَنْ يَأْتِيَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عُمَانَ ، فَيَسْأَلُهُ الْحَجْرَ عَلَيَّ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَكَ فِي الْبَيْعِ . فَأَتَى عَلِيٌّ عُمَانَ ، فَقَالَ : إِنَّ ابْنَ جَعْفَرٍ قَدْ ابْتَاعَ بَيْعًا كَذَا ، فَأَحْجُرْ عَلَيْهِ . فَقَالَ الزُّبَيْرُ : أَنَا شَرِيكَهُ فِي الْبَيْعِ . فَقَالَ عُمَانُ : كَيْفَ أَحْجُرُ عَلَى رَجُلٍ شَرِيكَهُ الزُّبَيْرُ ؟ . قَالَ أَحْمَدُ : لَمْ أَسْمَعْ هَذَا إِلَّا مِنْ

(٨) فِي الْأَصْلِ : « فَيَدُلُّ » .

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

أبى يوسف القاضى . وهذه قصة يشتهر مثلها ، ولم يخالفها أحد في عصرهم ، فتكون إجماعاً . ولأن هذا سفية ، فحجر عليه ، كما لو بلغ سفية ؛ فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفية سفهه ، وهو موجود ، ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه ، فإذا حدث ، أوجب انتزاع المال كالجنون . وفارق الرشيد ؛ فإن رُسده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه .

فصل : ولا يحجر عليه إلا الحاكم ، وبهذا قال الشافعى . وقال محمد : يصير محجوراً عليه بمجرد تبذيره ؛ لأن ذلك سبب الحجر ، فأشبهه الجنون^(٢) . ولنا : أن التبذير يختلف ، ويختلف فيه ، ويحتاج إلى الاجتهاد ، فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد ، لم يثبت إلا بحكم الحاكم ،^(٣) كابتداء مدة العنة^(٤) ، ولأنه حجر مختلف فيه ، فلم يثبت إلا بحكم الحاكم^(٣) ، كالحجر على المفلس ، وفارق الجنون ؛ فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ، ولا خلاف فيه ، ومتى حجر عليه ، ثم عاد فرشد ، فك الحجر عنه . ولا يزول إلا بحكم الحاكم . وبه قال الشافعى . وقال أبو الخطاب : يزول السفه ؛ لأنه سبب الحجر ، فيزول بزواله ، كما في حق الصبي والمجنون . ولنا ، أنه حجر ثبت بحكم الحاكم ، فلا يزول إلا به ، كحجر المفلس ، ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته ، وزوال تبذيره ، فكان كابتداء الحجر عليه . وفارق الصبي والمجنون ؛ فإن الحجر عليهما بغير حكم حاكم ، فيزول بغير حكمه . ولأننا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم ، كان أكثر الناس محجوراً عليه . قال أحمد : والشيخ الكبير ينكر عقله ، يحجر عليه . يعنى : إذا كبر ، واختل عقله ، حجر عليه ، بمنزلة المجنون ؛ لأنه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة ، وحفظه ، فأشبهه الصبي والسفيه .

ظ ٨٩/٤

(٢) في ١ : « المجنون » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) العنة : عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع .

٨١٤ - مسألة ؛ قال : (فَمَنْ عَامَلَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَهُوَ الْمُتْلِفُ لِمَالِهِ)

وجملته أن الحاكم إذا حَجَرَ على السَّفِيهِ ، اسْتَحَبَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهِ ، لِيُظْهِرَ أَمْرَهُ ، فَتُجْتَنَّبَ مُعَامَلَتُهُ . وَإِنْ رَأَى أَنْ يَأْمُرَ مُنَادِيًا يُنَادِي بِذَلِكَ ، لِيَعْرِفَهُ النَّاسُ ، فَعَلَّ . وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَنْتَشِرُ أَمْرُهُ بِشُهْرَتِهِ ، وَحَدِيثِ النَّاسِ بِهِ . فَإِذَا حُجِرَ عَلَيْهِ ، فَبَاعَ وَاشْتَرَى ، كَانَ ذَلِكَ فَاسِدًا ، وَاسْتَرْجَعَ الْحَاكِمُ مَا بَاعَ مِنْ مَالِهِ ، وَرَدَّ الثَّمَنَ إِنْ كَانَ بَاقِيًا . وَإِنْ أَتْلَفَهُ السَّفِيهِ ، أَوْ تَلَفَ فِي يَدِهِ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمُشْتَرَى ، وَلَا شَيْءَ عَلَى السَّفِيهِ . وَكَذَلِكَ مَا أَخَذَ مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِرِضَا أَصْحَابِهَا ، كَالَّذِي يَأْخُذُهُ بِقَرْضٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، رَدَّهُ الْحَاكِمُ إِنْ كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَ تَالِفًا ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ صَاحِبِهِ ، عَلِمَ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ عَلِمَ فَقَدْ قَرَّطَ ، بِدَفْعِ مَالِهِ إِلَى مَنْ حَجَرَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، فَهُوَ مُفَرِّطٌ إِذَا كَانَ فِي مَطْنَةِ الشُّهُرَةِ ، هَذَا إِذَا كَانَ صَاحِبُهُ قَدْ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ ، فَأَمَّا إِنْ حَصَلَ فِي يَدِهِ بِاخْتِيَارِ صَاحِبِهِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيطٍ ، كَالْوَدِيْعَةِ وَالْعَارِيَةِ ، فَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَلْزِمُهُ الضَّمَانَ إِنْ أَتْلَفَهُ ، أَوْ تَلَفَ بِتَفْرِيطِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ صَاحِبِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ الْقَبْضُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ^(١) ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ ، لِأَنَّهُ عَرَّضَهَا لِاتِّلَافِهِ ، وَسَلَّطَهُ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَ الْمَبِيعَ . وَأَمَّا مَا أَخَذَهُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ صَاحِبِهِ ، أَوْ أَتْلَفَهُ ، كَالْعَصَبِ وَالْجِنَايَةِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَفْرِيطَ مِنَ الْمَالِكِ ، لِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لَوْ فَعَلَا ذَلِكَ ، لَزِمَهُمَا الضَّمَانُ ، فَالسَّفِيهِ أَوْلَى . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا كُلَّهُ كَذَلِكَ .

فصل : وَالْحُكْمُ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، كَالْحُكْمِ فِي السَّفِيهِ ، فِي وُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَتْلَفَاهُ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ غَصْبَاهُ فَتَلَفَ فِي أَيَّدِيهِمَا ، وَاتِّفَاءِ الضَّمَانِ عَنْهُمَا فِيمَا حَصَلَ فِي أَيَّدِيهِمَا بِاخْتِيَارِ صَاحِبِهِ / وَتَسْلِيطِهِ ، كَالثَّمَنِ و ٩٠/٤

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ بَحْطُ مَغَايِرَ : « وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ » .

والمسبيع والقرض والاستدانة . وأما الوديعة والعارية ، فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما ، وإن أتلفاه ففي ضمانه وجهان .

فصل : ولا ينظر في مال الصبي والمجنون ، ما دام في الحجر ، إلا الأب ، أو وصيه بعده ، أو الحاكم عند عدمهما . وأما السفية ، فإن كان محجورا عليه صغيرا ، واستديم الحجر عليه لسفهه ، فالولي فيه من 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 .

٨١٥ - مسألة ؛ قال : (وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حدا أو قصاصا ، أو طلق زوجته ، لزمه ذلك)

وجملته أن المحجور عليه ، لفسس ، أو سفه ، إذا أقر بما يوجب حدا أو قصاصا ، كالزنا ، والسرقه ، والشرب ، والقذف ، والقتل العمد ، أو قطع اليد ، وما أشبهها ، فإن ذلك مقبول ، ويلزمه حكم ذلك في الحال . لا تعلم في هذا خلافا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز ، إذا كان إقراره بزنا ، أو سرقه ، أو شرب خمر ، أو قذف ، أو قتل ، وأن الحدود تقام عليه . وهذا قول الشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم^(١) . وذلك لأنه غير متهم في حق نفسه ، والحجر إنما تعلق بماله ، فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال . وإن طلق زوجته ، نفذ طلاقه ، في قول أكثر أهل العلم . وقال ابن أبي ليلى : لا يقع طلاقه ؛ لأن البضع يجرى مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ، ويصح أن يزول ملكه عنه بمال ، فلم يملك التصرف فيه كالمال . ولنا ، أن الطلاق ليس بتصريف في المال ،

(١) في ١ : « خلافا لهم » .

ولا يَجْرِي مَجْرَاهُ ، فلا يُمنَعُ منه ، كالإقرار بالحدِّ والقصاص . ودليلُ أنه لا يَجْرِي مَجْرَى المَالِ ، أنه يَصِحُّ من العَبْدِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، مع مَنَعِهِ من التَّصَرُّفِ في المَالِ ، ولا يُمْلِكُ بالمِيرَاثِ ، ولأنَّهُ مُكَلَّفٌ طَلَّقَ أَمْرَأَتَهُ مُخْتَارًا ، فَوَقَعَ طَلَاقَهُ ، كالعَبْدِ والمُكَاتَبِ .

فصل : وإذا أَقْرَبَ بما يوجِبُ القِصاصَ ، فعفا المُقرُّ له على مَالٍ ، اِحْتَمَلَ أن يَجِبَ المَالُ ؛ لأنَّهُ عَفْوٌ عن قِصاصٍ ثابتٍ ، فصَحَّ ، كالموتبتِ بالبينةِ . واحْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ ؛ لئلا يَتَّخَذَ ذلكَ وَسِيلَةً إلى الإقرارِ بالمَالِ ، بأن يتَوَاطَأَ المَحْجُورُ عليه والمُقرُّ له على الإقرارِ بالقِصاصِ ، والعفوِ عنه على^(١) مَالٍ . ولأنَّهُ وَجُوبُ مَالٍ ، مُسْتَنَدُهُ إقرارُهُ ، فلم يَثْبُتْ ، كالإقرارِ به ابتداءً . فعلى / هذا القولِ يَسْقُطُ وَجُوبُ^(٢) القِصاصِ ، ولا يَجِبُ المَالُ في الحَالِ .

ظ ٩٠/٤

فصل : وإن خَالَعَ ، صَحَّ خُلْعُهُ ؛ لأنَّهُ إذا صَحَّ الطَّلَاقُ ، ولا يَحْصُلُ منه شيءٌ ، فالخُلْعُ الذي يَحْصُلُ به المَالُ أَوْلَى ، إلَّا أن العِوَضَ لا يُدْفَعُ إليه ، وإن دُفِعَ إليه ، لم يَصِحَّ قَبْضُهُ ، وإن أَتْلَفَهُ ، لم يَضْمَنهُ ، ولم تَبْرَأِ المَرْأَةُ بِدَفْعِهِ إليه ، وهو من ضَمَانِهَا إن أَتْلَفَهُ أو تَلَفَ في يَدِهِ ؛ لأنَّهَا سَلَطَتْهُ على إِتْلَافِهِ .

فصل : وإن أَعْتَقَ ، لم يَصِحَّ عِتْقُهُ ، وهذا قولُ القَاسِمِ بنِ مُحَمَّدٍ ، والشَّافِعِيِّ . وحَكَى أبو الحَطَّابِ ، عن أحمدَ ، روايةً أُخْرَى : أنه يَصِحُّ ؛ لأنه عِتْقٌ من مُكَلَّفٍ مَالِكٍ تامِّ المِلْكِ ، فصَحَّ ، كعِتْقِ الرَّاهِنِ والمُفْلِسِ . ولنا ، أنه تَصَرَّفَ في مَالِهِ ، فلم يَصِحَّ ، كسائرِ تَصَرُّفَاتِهِ ، ولأنَّهُ تَبَرُّعٌ فَأَشْبَهَ هِبَتَهُ وَوَقْفَهُ ، ولأنَّهُ مَحْجُورٌ عليه لِحِفْظِ مَالِهِ عليه ، فلم يَصِحَّ عِتْقُهُ ، كالصَّبِيِّ والمَجْنُونِ . وفَارَقَ المُفْلِسَ والرَّاهِنَ ؛ فَإِنَّ الحَجَرَ عليهما لِحَقِّ غَيْرِهِمَا .

(٢) في الأصل ، ١ : « إلى » .

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

فصل : وإن تزوج ، صحَّ النكاحُ بإذنِ وليِّه ، وبغيرِ إِذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة .
وقال أبو الخطاب : لا يصحُّ بغيرِ إِذنِ وليِّه ، وهو قولُ الشافعي ، وأبي ثورٍ ؛ لأنَّه
تصرَّفَ يَجِبُ به مالٌ ، فلم يصحَّ بغيرِ إِذنِ وليِّه ، كالشراء . ولنا ، أنَّه عقْدٌ غيرُ
ماليٍّ ، فصَحَّ منه ، كخُلعه وطلاقه ، وإن لَزِمَ منه المالُ ، فحُصُولُه بطريقِ الضمَنِ ،
فلا يَمْنَعُ من العقْدِ ، كما لو لَزِمَ ذلك من الطلاق .

فصل : ويصحُّ تديُّره ، ووصيَّته ؛ لأنَّ ذلك مَحْضُ مصلَحته ، لأنَّه تَقَرَّبَ إلى
الله تَعَالَى بِمالِه بعد غنائه عنه . ويصحُّ استيلاؤه ، وتَعَتُّقُ الأُمَّةِ المُستولِدة بِموتِه ؛
لأنَّه إذا صحَّ ذلك من المَجْتُونِ ، فمن السَّفِيهِ أُولَى . وله المَطَالِبَةُ بالقِصاصِ ؛ لأنَّه
مَوْضُوعٌ لِلتَّشْفِيِ والانتِقَامِ ، (وهو من أهله) . وله العَفْوُ على مالٍ ؛ لأنَّه تَحْصِيلٌ
لِلْمَالِ ، لا تَضْيِيعٌ له . وإن عفا على غيرِ مالٍ نَظَرْت ؛ فإن قلنا : الواجِبُ القِصاصُ
عَيْنًا . صحَّ عَفْوُه ؛ لأنَّه لم يَتَضَمَّنْ تَضْيِيعَ المالِ . وإن قلنا : أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ . لم يصحَّ
عَفْوُه عن المالِ ، وَوَجِبَ المالُ ، كما لو سَقَطَ القِصاصُ بِعَفْوِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ . وإن
أَحْرَمَ بالحجِّ ، صحَّ إِحْرَامُه ؛ لأنَّه مُكَلِّفٌ أَحْرَمَ بالحجِّ ، أَشْبَهَ غيره ، ولأنَّ ذلك
عِبَادَةٌ ، فَصَحَّتْ منه ، كسائرِ عِبَادَاتِه . ثم إن كان أَحْرَمَ بِفَرْضٍ ، دُفِعَ إليه النَّفَقَةُ
من مالِه لِيُسْقَطَ الفَرْضُ عن نَفْسِه ، وإن كان تَطَوُّعًا فكانت نَفَقَتُه في السَّفَرِ كَنَفَقَتِه
في الحَضَرِ ، دُفِعَتْ إليه ، لأنَّه لا ضَرَرَ في إِحْرَامِه . وإن كانت نَفَقَةُ السَّفَرِ أَكْثَرَ ،
فقال : أنا أَكْتَسِبُ تَمَامَ نَفَقَتِي ، دُفِعَتْ إليه أيضًا ، / لأنَّه لا يَضُرُّ بِمالِه . وإن لم يَكُنْ
له كَسْبٌ ، فَلِوَلِيِّهِ تَحْلِيلُه ؛ لما فيه من تَضْيِيعِ مالِه ، وَيَتَحَلَّلُ بالصِّيَامِ كالمُعْسِرِ ؛
لأنَّه مَمْنُوعٌ من التَّصَرُّفِ في مالِه . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكُ وَلِيُّهُ تَحْلِيلَه ، بِنَاءً على العَبْدِ
إذا أَحْرَمَ بغيرِ إِذنِ سيِّدِه . وإن حَبِثَ في يَمِينِه ، أو عَادَ في ظَهَارِه ، أو لَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ
بِالْقَتْلِ أو الوَطْءِ في تَهَارِ رَمَضَانَ ، كَثَّرَ بالصِّيَامِ لذلك . وإن أَعْتَقَ أو أَطْعَمَ عن
ذلك ، لم يُجْزِه . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ من مالِه ، أَشْبَهَ المُفْلِسَ .

و ٩١/٤

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

وَيَتَحَرَّجُ أَنْ يُجْزِئَهُ الْعِتْقُ ، بِنَاءٍ عَلَى قَوْلِنَا بِصِحَّتِهِ مِنْهُ . وَإِنْ نَذَرَ عِبَادَةَ بَدْنِيَّةً ، لَزِمَهُ فِعْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي بَدْنِهِ . وَإِنْ نَذَرَ صَدَقَةَ الْمَالِ ، لَمْ يَصِحَّ مِنْهُ ، وَكَفَّرَ بِالصِّيَامِ . وَإِنْ فُكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ قَبْلَ تَكْفِيرِهِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ، لَزِمَهُ الْعِتْقُ ، إِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ . وَمُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْوَفَاءُ بِنَذَرِهِ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِمْ فِي مَنْ أَقَرَّ قَبْلَ فُكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ ، ثُمَّ فُكَّ عَنْهُ ، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ ، وَإِنْ فُكَّ بَعْدَ تَكْفِيرِهِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ بِالصِّيَامِ ثُمَّ فُكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ .

فصل : وَإِنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ وَوَلَدٍ ، قَبْلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِقْرَارٍ بِمَالٍ ، وَلَا تَصَرُّفٍ فِيهِ ، فَقَبِلَ ، كَأَقْرَارِهِ بِالْحَدِّ وَالطَّلَاقِ . وَإِذَا ثَبِتَ النَّسَبُ ، لَزِمَتْهُ أَحْكَامُهُ ، مِنْ التَّفَقُّةِ وَغَيْرِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَصَلَ ضِمْنًا لِمَا صَحَّ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ تَفَقُّةَ الزَّوْجَةِ .

٨١٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ ، لَمْ يَلْزَمُهُ فِي حَالِ حَجْرِهِ)

وَجُمَلَتْهُ أَنْ السَّفِيهَ إِذَا أَقَرَّ بِمَالٍ ، كَالدَّيْنِ ، أَوْ بِمَا يُوجِبُهُ ، كَجِنَايَةِ الْحَطِّاءِ وَشَبِهِ الْعَمْدِ ، وَإِثْلَافِ الْمَالِ ، وَغَضَبِهِ ، وَسَرِقَتِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ لِحِظِّهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ . وَلَأَنَّا لَوْ قَبَلْنَا إِقْرَارَهُ فِي مَالِهِ ، لَزَالَ مَعْنَى الْحَجْرِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِهِ ، ثُمَّ يُقَرُّ بِهِ ، فَيَأْخُذُ الْمُقَرُّ لَهُ . وَلِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا هُوَ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ ، (١) فَلَمْ يَنْفُذْ (٢) كَأَقْرَارِ الرَّاهِنِ عَلَى الرَّهْنِ ، وَالْمُفْلِسِ عَلَى الْمَالِ . وَمُقْتَضَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مَا أَقَرَّ بِهِ بَعْدَ فُكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ . وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، وَقَوْلِ أَبِي نُورٍ ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ أَقَرَّ بِمَا لَا يَلْزَمُهُ فِي الْحَالِ ، فَلَزِمَهُ بَعْدَ فُكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ ، كَالْعَبْدِ يُقَرُّ بِدَيْنٍ ، وَالرَّاهِنِ يُقَرُّ (٣) عَلَى الرَّهْنِ ، وَالْمُفْلِسِ (٣) عَلَى الْمَالِ (٣) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ إِقْرَارُهُ ، وَلَا يُؤْخَذَ بِهِ فِي

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ١ .

الحُكْمِ بِحَالٍ ، وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، لِإِدْمَاقِ رُشْدِهِ / ، فلم يَلْزَمُهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ . وَلِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ تَفْوِذِ إِقْرَارِهِ فِي الْحَالِ ، إِنَّمَا ثَبَتَ لِحِفْظِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، وَدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ ، فَلَوْ تَفَدَّ بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ ، لَمْ يُفَدَّ إِلَّا تَأْخِيرَ الضَّرَرِ عَلَيْهِ إِلَى أَكْمَلِ حَالَتَيْهِ . وَفَارَقَ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ لِحَقِّ غَيْرِهِ ، فَإِنَّ الْمَانِعَ تَعَلَّقَ حَقَّ الْغَيْرِ بِمَالِهِ ، فَيَزُولُ الْمَانِعُ بِزَوَالِ الْحَقِّ عَنِ مَالِهِ ، فَيَثْبُتُ مُقْتَضَى إِقْرَارِهِ . وَفِي مَسْأَلَتِنَا اتَّفَقَى الْحُكْمُ لِخَلَلِ فِي الإِقْرَارِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ سَبَبًا ، وَبِزَوَالِ الْحَجْرِ لَمْ يَكْمُلِ السَّبَبُ ، فَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ مَعَ اخْتِلَافِ السَّبَبِ ، كَمَا لَمْ يَثْبُتْ قَبْلَ فَكِّ الْحَجْرِ . وَلِأَنَّ الْحَجَرَ لِحَقِّ الْغَيْرِ لَمْ يَمْنَعْ تَصَرُّفَهُمْ فِي ذِمَّتِهِمْ ، فَأَمَّا كَيْفَ تَصَحُّحُ إِقْرَارِهِمْ فِي ذِمَّتِهِمْ عَلَى وَجْهِ لَا يَصْرُّ بِغَيْرِهِمْ ، بَأَن يَلْزَمَهُمْ بَعْدَ زَوَالِ حَقِّ غَيْرِهِمْ ^(٤) ، وَالْحَجْرُ هَهُنَا لِحِظِّ نَفْسِهِ ، مِنْ أَجْلِ ضَعْفِ عَقْلِهِ ، وَسُوءِ تَصَرُّفِهِ ، وَلَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ إِلَّا بِإِبْطَالِ إِقْرَارِهِ بِالْكَلِّيَّةِ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ . فَأَمَّا صِحَّتُهُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَإِنْ عَلِمَ صِحَّةَ مَا أَقَرَّ بِهِ ، كَدَيْنِ لَزِمَهُ مِنْ جِنَايَةٍ ، أَوْ دَيْنِ لَزِمَهُ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ ، فَعَلِيهِ أَدَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ أَنَّ عَلَيْهِ حَقًّا ، فَلَزِمَهُ أَدَاؤُهُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُقَرَّ بِهِ . وَإِنْ عَلِمَ فَسَادَ إِقْرَارِهِ ، مِثْلَ أَنْ عَلِمَ أَنَّهُ أَقَرَّ بِدَيْنِ وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، أَوْ بِجِنَايَةٍ لَمْ تَوْجَدْ مِنْهُ ، أَوْ أَقَرَّ بِمَا لَا يَلْزَمُهُ ، مِثْلَ أَنْ أَثْلَفَ مَالَ مَنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ بِقَرْضٍ أَوْ بَيْعٍ ، لَمْ يَلْزَمَهُ أَدَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَلْزَمَهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ يُقَرَّ بِهِ .

فصل : إِذَا أُذِنَ وَلِيُّ السَّقِيَّةِ لَهُ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، فَهَلْ يَصِحُّ مِنْهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَمَلَكَهُ بِالْإِذْنِ ، كَالنِّكَاحِ . وَلِأَنَّهُ عَاقِلٌ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُهُ بِالْإِذْنِ فِيهِ كَالصَّبِيِّ . يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ الْحَجَرَ عَلَى الصَّبِيِّ أَعْلَى ^(٥) مِنَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ بِالْإِذْنِ ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَلِأَنَّ لَوْ مَتَعْنَا

(٤) فِي م : « غَيْرِهِ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ عَلَى » .

تَصْرُفَهُ بِالْإِذْنِ ، لَمْ يَكُنْ لَنَا طَرِيقٌ إِلَى مَعْرِفَةِ رُشْدِهِ وَاجْتِبَارِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛
لَأَنَّ الْحَجَرَ عَلَيْهِ لِتْبَذِيرِهِ وَسُوءِ تَصْرُفِهِ ، فَإِذَا أُذِنَ لَهُ ، فَقَدْ أُذِنَ فِيمَا لَا مَصْلَحَةَ فِيهِ ،
فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْوَأْذِنِ فِي بَيْعِ مَا يُسَاوِي عَشْرَةَ بِخُمْسَةِ . وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهْدَيْنِ .
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فهرس
الجزء السادس
كتاب البيوع

فصل : البيع على ضربين ؛ أحدهما ،
الإيجاب ، والقبول .
١٠ - ٧

(خيار المتبايعين)

٧٠٠ - مسألة : (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم
يتفرقا)
١٧ - ١٠

فصل : إن خرس أحدهما ، قامت إشارته
مقام لفظه ، ...
١٤

فصل : البائع والمبتاع بالخيار حتى
يفترقا ، إلا أن تكون صفقة
خيار .
١٧ - ١٤

٧٠١ - مسألة : (إن تلفت السلعة ، أو كان عبداً
فأعتقه المشتري ، أو مات ، بطل
الخيار)
٣٠ - ١٧

فصل : متى تصرف المشتري في البيع
في مدة الخيار تصرفاً يختص
الملك بطل خياره ، ...
٢٠ - ١٨

- فصل : ينتقل الملك إلى المشتري في بيع
الخيار بنفس العقد ... ٢٠ - ٢٢
- فصل : ما يحصل من غلات المبيع ،
ونمائه المنفصل في مدة الخيار ،
فهو للمشتري ، ... ٢٢ ، ٢٣
- فصل : ضمان المبيع على المشتري إذا
قبضه ، ولم يكن مكياً ،
فإن تلف ... ، فهو من
ضمانه ؟ ... ٢٣ ، ٢٤
- فصل : إن تصرف أحد المتبايعين في مدة
الخيار في المبيع تصرفاً ينقل
المبيع ، ... لم يصح
تصرفه ، ... ٢٤ ، ٢٥
- فصل : إن تصرف المشتري بإذن
البائع ، ... صح
التصرف ، ... ٢٥ ، ٢٦
- فصل : إن تصرف أحدهما بالعتق ، نفذ
عتق من حكمنا بالملك له ، ... ٢٦ ، ٢٧
- فصل : إذا قال لعبده : إذا بعتك فأنت
حر . ثم باعه ، صار حراً ؟ ... ٢٧
- فصل : لا يجوز للمشتري وطء الجارية
في مدة الخيار إذا كان الخيار لهما
أو للبائع وحده ؟ ... ٢٧ - ٢٩
- فصل : لا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع

- ٢٩ في مدة الخيار .
- فصل : قول الخرق « أو مات » الظاهر
٣٠ ، ٢٩ أنه أراد العبد ، ...
- ٧٠٢ - مسألة : (وإذا تفرقا من غير فسخ لم يكن
٣٨ - ٣٠ لأحدهما رده إلا بعيب أو خيار)
- فصل : لو ألحقا في العقد خياراً بعد لزومه
٣٠ لم يلحقه .
- فصل : كلام الخرق يحتمل أن يريد به
٣٣ - ٣١ بيوع الأعيان المرئية .
- فصل : يعتبر لصحة العقد الرؤية من
٣٣ البائع والمشتري / جميعاً .
- فصل : إذا وصف المبيع للمشتري ،
فذكر له من صفاته ما يكفي في
٣٤ ، ٣٣ صحة السلم ، صح بيعه .
- فصل : البيع بالصفة نوعان ؛ أحدهما ،
بيع عين معينة ... ، الثاني ، بيع
٣٥ ، ٣٤ موصوف غير معين .
- فصل : إذا رأيا المبيع ، ثم عقدا البيع بعد
ذلك بزمن لا تتغير العين فيه ،
٣٦ ، ٣٥ جاز .
- فصل : يثبت الخيار في البيع للغبن في
مواضع .. ،
٣٧ ، ٣٦
- فصل : إذا وقع البيع على غير
متعين ... ، لم يكن لأحدهما
٣٨ ، ٣٧ رده .

٧٠٣ - مسألة : (والخيار يجوز أكثر من ثلاث) ٣٨ - ٥٣

فصل : يجوز شرط الخيار لكل واحد من

المتعاقدين ، ويجوز لأحدهما

دون الآخر ... ٣٩ ، ٤٠

فصل : وإن شرط الخيار لأجنبي ،

صح ، وكان اشتراطاً لنفسه ،

وتوكيلاً لغيره . ٤٠ ، ٤١

فصل : ولو قال : بعثك على أن تستأمر

فلانا . وحدد ذلك بوقت

معلوم ، فهو خيار صحيح . ٤١

فصل : وإن شرط الخيار يوماً أو ساعات

معلومة ، اعتبر ابتداء مدة الخيار

من حين العقد . ٤١

فصل : وإن شرطاً الخيار إلى الليل أو

الغد ، لم يدخل الليل والغد في

مدة الخيار . ٤٢

فصل : وإن شرط الخيار إلى طلوع

الشمس ، أو إلى غروبها ،

صح . ٤٢ ، ٤٣

فصل : وإذا شرطاً الخيار أبداً ... ، أو

شرطاه إلى مدة مجهولة ... ، لم

يصح . ٤٣ ، ٤٤

فصل : وإن شرطه إلى الحصاد ، أو

الجداذ ، ... وإن شرطه إلى

- العطاء ، ... وكان معلوما ،
 ٤٤ صح .
 فصل : وإن شرط الخيار شهراً ، يوم
 يثبت ، ويوم لا يثبت ، ...
 يصح اليوم الأول ؛ لإمكانه ،
 ٤٤ ، ٤٥ ويبطل فيما بعده .
 فصل : يجوز لمن له الخيار الفسخ من غير
 ٤٥ حضور صاحبه ولا رضاه .
 فصل : إذا انقضت مدة الخيار ، ولم
 يفسخ أحدهما ، بطل الخيار ،
 ٤٥ ولزم العقد .
 فصل : فإن قال أحد المتعاقدين عند
 العقد : لا خلافة . كان جائزاً ،
 ٤٦ ، ٤٧ وله الخيار إن كان خلبه .
 فصل : إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع
 بالقرض ... ، فلا خير فيه ؛
 ٤٧ لأنه من الحيل .
 فصل : فإن قال : بعثك على أن تنقدني
 الثمن إلى ثلاث . فالبيع
 ٤٧ ، ٤٨ صحيح .
 فصل : العقود على أربعة أضرب .
 ٤٨ - ٥٠

باب الربا والصرف

- فصل : الربا على ضربين : ربا الفضل ،
 ٥٢ ، ٥٣ و ربا النسيئة .

٧٠٤ - مسألة : (وكل ما كيل أو وزن من سائر الأشياء ، فلا يجوز التفاضل فيه ، إذا

٥٣ - ٦١

كان جنسًا واحدًا)

فصل : قوله : ما كيل ، أو وزن ، ،

وما دون الأرزة من الذهب

والفضة ، فإنه لا يجوز بيع

٥٨ ، ٥٩

بعضه ببضع ، إلا مثلًا بمثل ...

فصل : لا يجوز بيع ثمرة بتمرة ، ولا حفنة

٥٩

بحفنة .

فصل : فأما ما لا وزن للصناعة

فيه ، ... فالمنصوص عن أحمد

في الثياب ... لا يجزى فيها

٥٩ ، ٦٠

الربا .

٦٠

فصل : ويجزى الربا في لحم الطير .

فصل : والجيد والردىء ، والتبر

والمضروب ، والصحيح

والمكسور ، سواء في جواز البيع

مع التماثل ، وتحريمه مع

٦٠ ، ٦١

التفاضل .

فصل : وكل ما حرم فيه التفاضل حرم

٦١

فيه النساء .

٧٠٥ - مسألة : (وما كان من جنسين فجائز التفاضل

٦١ - ٦٤

فيه يذًا بيد ، ولا يجوز نسيئة)

فصل : وإذا باع شيئًا من مال الربا بغير

- جنسه ، ... لم يميز التفرق قبل
 القبض .
 ٦٤ ، ٦٣
- ٧٠٦ - مسألة : (وما كان مما لا يكال ولا يوزن فجائز
 التفاضل فيه يدأ بيد ، ولا يجوز
 نسيئة)
 ٦٧ - ٦٤
- ٧٠٧ - مسألة : (ولا يباع شيء من الرطب يابس من
 جنسه إلا العرايا)
 فصل : فأما بيع الرطب بالرطب ،
 والعنب بالعنب ، ... فيجوز
 مع التماثل ...
 ٦٩ ، ٦٨
- ٧٠٨ - مسألة : (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من
 جنسه وزنا ، ولا ما أصله الوزن
 كيلا)
 فصل : ولو باع بعضه ببعض
 جزافا ، ... لم يميز
 فصل : وما لا يشترط التماثل فيه
 كالجنسين ، وما لاربا فيه ، يجوز
 بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا
 وجزافا .
 ٧٢ ، ٧١
- فصل : لو قال : بعتك هذه الصبرة بهذه
 الصبرة . وهما من جنس واحد ،
 ولا يعلمان كيلهما ، لم يصح .
 ٧٢
- فصل : يجوز قسم المكيل وزنا ، وقسم
 الموزون كيلا ، وقسم الثمار
 خرصا ...
 ٧٣ ، ٧٢
- فصل : في معرفة المكيل والموزون .
 فصل : والدقيق والسويق مكيلا ؛ لأن
 أصلهما مكيل .
 ٧٤

- فصل : فأما اللبن ، وغيره من
المائعات...، فالظاهر أنها مكيلة . ٧٥ ، ٧٦
- ٧٠٩ - مسألة : (واتمور كلها جنس واحد ، وإن
اختلفت أنواعها) ٧٦ - ٧٩
- فصل : إن كان المشتركان في الاسم
الخاص من أصليين مختلفين ،
٧٧ فهما جنسان ...
- فصل : قد يكون الجنس الواحد مشتملا
على جنسين ، كالتمر ... ٧٧ ، ٧٨
- فصل : في بيع التمر بالتمر وفروعه ، ... ٧٨ ، ٧٩
- فصل : يصنع من التمر الدبس ، والخل ،
والناطف ، والقطارة . ٧٩
- فصل : والعنب كالتمر ... ، إلا أنه لا
يباع خل العنب بخل الزبيب . ٧٩
- ٧١٠ - مسألة : (والبر والشعير جنسان) ٧٩ - ٨٤
- فصل : في الخنطة وفروعها ، ... ٨١ ، ٨٢
- فصل : فأما بيع بعض فروعها ببعض ،
فيجوز ... ٨٢ ، ٨٣
- فصل : فأما ما فيه غيره ، فهو
نوعان ؛ ... ٨٣ ، ٨٤
- فصل : والحكم في الشعير وسائر
الحبوب كالحكم في الخنطة . ٨٤
- ٧١١ - مسألة : (وسائر اللحمان جنس واحد) ٨٤ ، ٨٥
- ٧١٢ - مسألة : (لا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا . ويجوز
إذا تناهى جفافه مثلا بمثل) ٨٦ - ٩٠
- فصل : قال القاضى : ولا يجوز بيع
بعضه ببعض إلا منزوع

- العظام ، ... ٨٦
- فصل : واللحم والشحم جنسان . ٨٦ ، ٨٧
- فصل : وفي اللبن روايتان ؛ ... ٨٧ ، ٨٨
- فصل : ويتفرع من اللبن قسمان ؛ ... ٨٨ - ٩٠
- ٧١٣ - مسألة : (ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان) ٩٠ - ٩٩
- فصل : لا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذى فيه منه ، ... ٩١ ، ٩٢
- فصل : فأما بيع شيء من هذه المعتصرات بجنسه ، فيجوز متماثلاً . ٩٢
- فصل : وإن باع شيئاً فيه الربا ، بعضه ببعض فهذه المسألة تسمى مسألة مد عجوة . ٩٢ - ٩٥
- فصل : فأما إن باع نوعين من مختلفى القيمة من جنس ، ونوع واحد من ذلك الجنس ، ، فإنه يصح . ٩٥
- فصل : وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه ، ومعه من جنس ما يبيع به ، إلا أنه غير مقصود ، ، جاز . ٩٦ ، ٩٧
- فصل : وإن باع جنساً فيه الربا بجنسه ، ، فذلك ينقسم أقساماً ؛ ... ٩٧ ، ٩٨
- فصل : ولو دفع إليه درهما ، فقال : أعطنى بنصف هذا الدرهم نصف درهم ، ... جاز . ٩٨
- فصل : وما كان مشتملاً على جنسين بأصل الخلقة ، ... فهذا إذا قوبل بمثله ، جاز بيعه به . ٩٨

- فصل : يحرم الربا في دار الحرب ،
 ٩٨ ، ٩٩ . كتحريمه في دار الإسلام .
- ٧١٤ - مسألة : (وإذا اشترى ذهبا بورق عينا بعين ،
 فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا ، فله
 الخيار ...)
 ١٠٠ - ١٠٣
- فصل : ولو أراد أخذ أرش العيب ،
 والعضان في الصرف من جنس
 واحد ، لم يجز .
 ١٠١ ، ١٠٢
- فصل : قول الخرق : « إذا كان بصرف
 يومه » .
 ١٠٢
- فصل : إن تلف العوض في الصرف بعد
 القبض ، ثم علم عيبه ، فسخ
 العقد ، ...
 ١٠٢
- فصل : إذا علم المصطرفان قدر
 العوضين ، جاز أن يتبايعا بغير
 وزن .
 ١٠٢ ، ١٠٣
- فصل : الدراهم والدنانير تتعين في
 العقد .
 ١٠٣
- ٧١٥ - مسألة : (إذا تبايعا ذلك بغير عينه ، فوجد
 أحدهما فيما اشتراه عيبا ، فله
 البذل ، ...)
 ١٠٤ - ١٠٩
- فصل : من شرط المصارفة في الذمة ، أن
 يكون العوضان معلومين ، ...
 ١٠٥ ، ١٠٦
- فصل : إذا كان لرجل في ذمة رجل
 ذهب ، وللآخر عليه دراهم ،

- فاصطرفا بما في ذمتها ، لم
 ١٠٧ ، ١٠٦ ... يصح ،
 فصل : يجوز اقتضاء أحد النقدين من
 الآخر ، ويكون صرفا بعين
 ١٠٨ ، ١٠٧ ... وذمة ،
 فصل : إن كان المقضى الذى في الذمة
 ١٠٨ مؤجلاً ، فقد توقف أحمد فيه .
 فصل : قال أحمد : لو كان لرجل على
 رجل عشرة دراهم ، فدفع إليه
 ١٠٨ دينارا
 فصل : إذا كان عليه دين مؤجل ، فقال
 لغريمه : ضع عنى بعضه ، ...
 ١٠٩ لم يجز .
 ٧١٦ - مسألة : (إن كان العيب دخيلاً عليه من غير
 ١١٠ جنسه ، كان الصرف فيه فاسداً)
 فصل : فى إنفاق المغشوش من النقود
 ١١٠ - ١١٢ روايتان .
 ٧١٧ - مسألة : (متى انصرف المتصارفان قبل
 ١١٢ - ١١٩ التقابض ، فلا بيع بينهما)
 فصل : لو صارف رجلاً ديناراً بعشرة
 دراهم ، ... لم يجز أن
 ١١٤ يتفرقا
 فصل : إذا باع مدى تمر ردىء
 ١١٤ - ١١٦ بدرهم ، فلا بأس به .

- فصل : الحيل كلها محرمة . ١١٦ - ١١٨
- فصل : لو اشترى شيئاً بمكسرة ، لم يجوز
١١٨ أن يعطيه صحيحاً أقل منها .
- فصل : إذا كان له عند رجل دينار
١١٨ ، ١١٩ وديعة ، ... صح الصرف .
- فصل : لا يجوز بيع تراب الصاغة
١١٩ والمعدن بشيء من جنسه .
- ٧١٨ - مسألة : (العرايا التي أرخص فيها رسول الله
ﷺ ، هو أن يوهب للإنسان من
النخل)
١١٩ - ١٢٨
- فصل : لا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة
١٢٢ - ١٢٦ أوسق ، فيما زاد على صفقة .
- فصل : يشترط في بيع العرايا التقابض في
١٢٦ - ١٢٨ المجلس .
- ٧١٩ - مسألة : (فإن تركه المشتري حتى يتمر بطل
العقد)
١٢٨
- فصل : لا يجوز بيع العرية في غير
١٢٨ ، ١٢٩ النخيل .

باب بيع الأصول والثمار

- ٧٢٠ - مسألة : (من باع نخلاً مؤبراً ، وهو ما قد تشقق
طلعه ، ...)
١٣٠ - ١٣٥
- فصل : إن أبر بعضه ، فالمنصوص عن
أحمد ، أن ما أبر للبائع ، وما لم
١٣٣ ، ١٣٤ يؤبر للمشتري .

- فصل : طلع الفحال كطلح الإناث . ١٣٤
فصل : كل عقد معاوضة يجزى مجزى
١٣٥ ، ١٣٤ البيع ، ...
- ٧٢١ - مسألة : (وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر
١٣٥ - ١٤٨ (باد
- فصل : أما الأغصان ، والورق ، وسائر
أجزاء الشجر ، فهو للمشتري
١٣٧ بكل حال .
- فصل : إذا كانت الثمرة للبايع مبقاة في
شجر المشتري ، فاحتاجت إلى
سقى ، لم يكن للمشتري منه
١٣٧ منه .
- فصل : إن خيف على الأصول الضرر
بتبقية الثمرة عليها لعطش أو
غيره ، ... لم يجزى على قطعها . ١٣٧ ، ١٣٨
- فصل : إذا باع شجراً فيه ثمر للبايع ،
فحدثت ثمرة أخرى ، فإن
١٣٧ ، ١٣٨ تميزتا ، فلكل واحد ثمرته ، ...
- فصل : إذا باع الأرض وفيها زرع لا
يحصد إلا مرة ، ... فاشتراطه
١٣٩ ، ١٤٠ للمشتري ، فهو له .
- فصل : إن باع أرضاً وفيها زرع يجز مرة
بعد أخرى ، فالأصول
١٤٠ ، ١٤١ للمشتري ، ...

- فصل : إذا اشترى أرضاً فيها بذر ،
فاستحق المشتري أصله ،
١٤١ ، ١٤٢ . فهو له .
- فصل : إذا باعه أرضاً بحقوقها ، دخل ما
فيها من غراس وبناء في البيع . ١٤٢
- فصل : إن باعه شجراً ، لم تدخل
الأرض في البيع . ١٤٢
- فصل : إن قال : بعتك هذه القرية ، فإن
كان في اللفظ قرينة ،
١٤٣ دخل في البيع
- فصل : إن باعه داراً بحقوقها ، تناول
البيع أرضها ، وبناءها ، ... ١٤٣
- فصل : ما كان في الأرض من الحجارة
المخلوقة فيها ، أو مبنى
عليها ، فهي للمشتري
بالبيع . ١٤٤
- فصل : إن كان في الأرض معادن
جامدة ، ... دخلت في البيع . ١٤٤ ، ١٤٥
- فصل : إذا كان في الأرض بئر أو عين
مستنبطة ، فنفس البئر ...
١٤٥ - ١٤٨ مملوكة لمالك الأرض .
- ٧٢٢ - مسألة : (وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ، ولم
يبد صلاحها على الترك إلى الجزاز ،
لم يجز) ١٤٨ - ١٥٣

- فصل : بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من
غير شرط القطع على ثلاثة /
أضرب .
١٥١ ، ١٥٠
- فصل : لا يجوز بيع الزرع الأخضر في
الأرض إلا بشرط القطع في
الحال .
١٥٢ ، ١٥١
- فصل : ذكر القاضى فى الصلح قال :
إذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه
منه بعوض ، صح فيما يصح فى
البيع ، ...
١٥٢
- فصل : إذا اشترى رجل نصف الثمرة
قبل بدو صلاحها ، لم
يجز ، ...
١٥٣ ، ١٥٢
- فصل : القطن ضربان ؛ أحدهما ، ماله
أصل ... ، يصح إفراده
بالبيع ، ...
١٥٣
- ٧٢٣ - مسألة : (فإن تركها حتى يبدو صلاحها ، بطل
البيع)
١٥٥ - ١٥٣
- ٧٢٤ - مسألة : (فإن اشتراها بعد أن بدأ صلاحها على
الترك إلى الجزاز ، جاز)
١٥٨ - ١٥٥
- فصل : لا يختلف المذهب أن بدو
الصلاح فى بعض ثمره
النخلة ، ... يباح بيع جميعها
بذلك .
١٥٧ ، ١٥٦

- فصل : فأما النوع الواحد من بستانين ،
فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز
البيع ... ، ...
١٥٨ ، ١٥٧
- فصل : إذا احتاجت الثمرة إلى سقى لزم
البائع ذلك .
١٥٨
- فصل : يجوز لمشتري الثمرة بيعها في
شجرها .
١٥٨
- ٧٢٥ - مسألة : (فإن كانت ثمرة نخل ، فبدو صلاحها
أن تظهر فيها الحمرة أو
الصفرة)
١٥٨ - ١٦٠
- ٧٢٦ - مسألة : (لا يجوز بيع القناء ، والخيار ،
والبادنجان ، وما أشبهه ، إلا لقطعة لقطعة)
١٦٠ - ١٦٢
- فصل : يصح بيع أصول هذه البقول التي
تتكرر ثمرتها من غير شرط
القطع .
١٦٠ ، ١٦١
- فصل : لا يجوز بيع ما المقصود منه
مستور في الأرض .
١٦١
- فصل : يجوز بيع الجوز واللوز والباقلا
الأخضر في قشرته مقطوعا ، ...
١٦١ ، ١٦٢
- ٧٢٧ - مسألة : (وكذلك الرطبة كل جزء)
فصل : إن اشترى قصيلا من
شعير ، ... فقطعه ، ثم عاد
فنبت ، فهو لصاحب
الأرض .
١٦٢ ، ١٦٣
- ٧٢٨ - مسألة : (والحصاد على المشتري . فإن
شرطه على البائع بطل البيع)
١٦٣ - ١٧٣

- الفصل الأول ، أن من اشترى زرعاً ،
... فإن حصاد الزرع ، وجد
- ١٦٣ ، ١٦٤ . الرطبة ، ... على المشتري .
- الفصل الثاني ، إذا شرطه على البائع ،
فاختلف أصحابنا ، ...
- ١٦٤ - ١٦٦
- فصل : ولا بد من كون المنفعة معلومة
لها ، ليصح اشتراطها .
- ١٦٦
- فصل : ويصح أن يشترط البائع نفع
المبيع مدة معلومة .
- ١٦٦ - ١٦٨
- فصل : وإن باعه أمة ، واستثنى
وطأها مدة معلومة ، لم يجوز .
- ١٦٨
- فصل : إن باع المشتري العين المستثناة
منفعتها ، صح البيع .
- ١٦٨ ، ١٦٩
- فصل : وإذا اشترط البائع منفعة
المبيع ، وأراد المشتري أن يعطيه
ما يقوم مقام المبيع ... لم يلزمه
قبوله .
- ١٦٩ ، ١٧٠
- فصل : إذا اشترط المشتري منفعة
البائع في المبيع ، فأقام البائع مقامه
من يعمل العمل ، فله ذلك .
- ١٧٠
- فصل : لو قال بعتك هذه الدار
وأجرتكها شهراً . لم يصح .
- ١٧٠
- فصل : إن شرط في المبيع إن هو باعه
فالبائع أحق به بالثمن ... فهو
فاسد
- ١٧١

٧٢٩ - مسألة : (إذا باع حائطا واستثنى منه صاعا ، لم

١٧٢ - ١٨٥

يجز ...)

فصل : إن باع شجرة ، أو نخلة ،
واستثنى أرطالاً معلومة ،
فالحكم فيه كما لو باع حائطا
واستثنى أصعا .

١٧٢ ، ١٧٣

فصل : وإن استثنى جزءا معلوما من
الصبرة أو الحائط مشاعا ، ...
صح البيع والاستثناء .

١٧٣

فصل : فإن قال : بعثك قفيزاً من
هذه الصبرة إلا مكوكاً . جاز .

١٧٤

فصل : وإن باع قطيعا ، واستثنى منه
شاة بعينها ، صح .

١٧٤

فصل : إن باع حيوانا مأكولاً ،
واستثنى رأسه وجلده ... ،
صح .

١٧٤ ، ١٧٥

فصل : فإن استثنى شحماً الحيوان ،
لم يصح .

١٧٥ ، ١٧٦

فصل : وإن باع جارية حاملاً بحر .
فقال القاضي : لا يصح .

١٧٦

فصل : لو باع داراً إلا ذراعاً ، ...
جاز .

١٧٦

فصل : إذا باع سمسماً واستثنى
الكسب ، لم يجز .

١٧٦

- فصل : ولو باعه بدينار إلا درهما ... ،
 ١٧٧ لم يصح البيع .
- ٧٣٠ - مسألة : (إذا اشترى الثمرة دون الأصل ،
 فتلفت بجائحة من السماء ، رجع بها
 على البائع)
 ١٧٧ - ١٨٠ الفصل الأول ، أن ما تهلكه الجائحة من
 الثمار من ضمان البائع .
 ١٧٧ - ١٧٩ الفصل الثاني : أن الجائحة كل آفة لا
 صنع للإنسان فيها .
 ١٧٩ الفصل الثالث : أن ظاهر المذهب ،
 أنه لا فرق بين قليل
 الجائحة وكثيرها .
 ١٧٩ ، ١٨٠ فصل : فإن بلغت الثمرة أو انجزاز ،
 فلم يجزها حتى اجتاحت ، ...
 لا يوضع عنه .
 ١٨٠ فصل : إذا استأجر أرضاً ، فزرعها ،
 فتلف الزرع ، فلا شيء على
 المؤجر .
 ١٨١
- ٧٣١ - مسألة : (إذا وقع البيع على مكيل أو موزون
 أو معدود ، فتلف قبل قبضه ،
 فهو من مال البائع)
 ١٨١ - ١٨٥ فصل : لو تعيب في يد البائع ، أو
 تلف ... ، فالمشترى مخير بين
 قبوله ناقصاً ...
 ١٨٤ ، ١٨٥

- فصل : لو باع شاة بشعير ، فإن
كانت في يد المشتري ، فهو كما
لو أتلفه . ١٨٥
- فصل : لو اشترى شاة أو عبدًا ... ،
فقبض الشاة ، انفسخ
العقد الأول دون الثاني . ١٨٥
- ٧٣٢ - مسألة : (وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض ،
وإن تلف فهو من مال المشتري) ١٨٥ - ١٨٨
- فصل : المبيع بصفة ، أو رؤية
متقدمة ، من ضمان البائع ،
حتى يقبضه المبتاع . ١٨٦
- فصل : وقبض كل شيء بحسبه ، فإن
كان مكيلا ، ... فقبضه بكيله
ووزنه . ١٨٦ - ١٨٨
- فصل : أجرة الكيال والوزان في المكيل
والموزون على البائع ؛ ... ١٨٨
- فصل : يصح القبض قبل نقد الثمن
وبعده ، باختيار البائع ، ... ١٨٨
- ٧٣٣ - مسألة : (من اشترى ما يحتاج إلى قبضه ، لم يجوز
بيعه حتى يقبضه) ١٨٨ - ١٩٤
- فصل : وما لا يجوز بيعه قبل قبضه ، لا
يجوز بيعه لبائعه . ١٩١
- فصل : كل عوض ملك بعقد ينفسخ
بهلاكه قبل القبض ، لم يجوز
التصرف فيه قبل قبضه . ١٩١ ، ١٩٢

فصل : إن كان لزيد على رجل طعام من
سلم ، وعليه لعمره مثل ذلك
الطعام ، فقال زيد لعمره :
اذهب فاقبض الطعام الذى
لى ... لم يصح .

١٩٢ - ١٩٤

فصل : إن اشترى اثنان طعاما ،
فقبضاه ، ثم باع أحدهما الآخر
نصيبه قبل أن يقتسماه ، احتمال
أن لا يجوز ذلك .

١٩٤

٧٣٤ - مسألة : (والشركة والتولية والحوالة به
كالبيع)

١٩٩ - ١٩٤

فصل : وأما التولية والشركة فيما يجوز
بيعه فجايزان .

١٩٧ - ١٩٥

فصل : لو اشترى قفيزا من الطعام ،
فقبض نصفه ، فقال له رجل :
. بعنى نصف هذا القفيز . فباعه ،
انصرف إلى النصف المقبوض
كله .

١٩٨ ، ١٩٧

١٩٨

فصل : فأما الحوالة فمعناه ...
فصل : إذا كان لرجل فى ذمة آخر طعام
من قرض ، لم يجوز أن يبيعه من
غيره قبل قبضه .

١٩٨

فصل : إذا قال لغريمه : بعنى هذا على أن
أقضيك دينك منه . ففعل ،
فالشرط باطل

٩٩ ، ١٩٨

- ٧٣٥ - مسألة : (وليس كذلك الإقالة ؛ لأنها
 فسخ)
 ١٩٩ - ٢٠١ فصل : إن قلنا : هي فسخ . جازت قبل
 القبض و بعده .
 ٢٠٠ ، ٢٠١
- ٧٣٦ - مسألة : (ومن اشترى صبرة طعام ، لم يبعها
 حتى ينقلها)
 ٢٠١ - ٢٠٣ فصل : لا يحل لبائع الصبرة أن يغشها ؛
 بأن يجعلها على دكة ،
 ٢٠٣
- ٧٣٧ - مسألة : (ومن عرف مبلغ شيء ، لم يبعه
 صبرة)
 ٢٠٣ - ٢٠٥ فصل : إن أخبره البائع بكيّله ، ثم باعه
 بذلك الكيل ، فالبيع صحيح .
 ٢٠٥ ، ٢٠٦ فصل : لو كالم طعامًا ، وآخر ينظر
 إليه ، على روايتين ، ...
 ٢٠٦ فصل : قال أحمد ، في رجل يشتري
 الجوز ، فيعد في مكنل ألف
 جوزة ، لا يجوز .
 ٢٠٦ ، ٢٠٧
- ٧٣٨ - مسألة : (إذا اشترى صبرة على أن كل مكيل منها
 بشيء معلوم جاز)
 ٢٠٧ - ٢١٦ فصل : لو قال : بعتك من هذه الصبرة
 قفيزا . وهما يعلمان أنها أكثر من
 ذلك ، صح .
 ٢٠٨ فصل : إن قال : بعتك من هذه الصبرة
 كل قفيز بدرهم . لم يصح .
 ٢٠٨ ، ٢٠٩

- فصل : لو باع مالا تتساوى
أجزاؤه ، ففيه نحو من
مسائل الصبرة . ٢٠٩ ، ٢١٠
- فصل : لو باعه عبداً من عبدين أو أكثر ،
لم يصح . ٢١٠ ، ٢١١
- فصل : حكم الثوب حكم
الأرض ، ... ٢١١
- فصل : إذا قال : بعثك هذه
الأرض ، ... على أنه عشرة
أذرع . فبان أحد عشر ، ففيه
روايتان . ٢١١ ، ٢١٢
- فصل : إن اشترى صبرة على أنها عشرة
أقفزة ، فبان أحد عشر ، رد
الزائد ، ولا خيار له . ٢١٢ ، ٢١٣
- فصل : إذا باع الأدهان في ظروفها
جملة ، وقد شاهدها ، جاز . ٢١٣ ، ٢١٤
- فصل : إن وجد في ظرف السمن
رُبّاً ، ... ٢١٤

باب المصراة ، وغير ذلك

- ٧٣٩ - مسألة : (وإذا اشترى مصراة وهو لا يعلم ،
فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردّها
وصاعاً من تمر)
٢١٦ - ٢٢١

- الفصل الأول ، أن من اشترى مصراة من
بهيمة الأنعام ، لم يعلم
تصريتها ، ثم علم ، فله
الخيار ... ٢١٧ ، ٢١٦
- الفصل الثاني ، أنه إذا رد ، لزمه رد بدل
اللين . ٢١٧ - ٢١٩
- فصل : إن علم بالتصرية قبل
حليها ، ... فله ردها ... ٢١٩ ، ٢٢٠
- فصل : إذا رضى بالتصرية فأمسكها ،
ثم وجد بها عيبا آخر ، ردها به . ٢٢٠
- فصل : لو اشترى شاة غير مصراة
فاحتلبها ، ثم وجد بها عيبا ، فله
الرد ، ... ٢٢٠
- الفصل الثالث ، في الخيار . ٢٢٠ ، ٢٢١
- ٧٤٠ - مسألة : (وسواء كان المشتري ناقة أو بقرة أو
شاة) ٢٢١ - ٢٢٤
- فصل : إذا اشترى مصراتين أو أكثر في
عقد واحد ، فردهن ، رد مع
كل مصراة صاعا . ٢٢٢
- فصل : إن اشترى مصراة من غير بهيمة
الأنعام ، ... ففيه وجهان . ٢٢٢ ، ٢٢٣
- فصل : كل تدليس يختلف الثمن
لأجله ، يُثبِت الخيار . ٢٢٣ ، ٢٢٤

- فصل : إن علف الشاة فملاً خواصرها ،
وظن المشتري أنها حامل ... لم
٢٢٤ يكن له الخيار .
- فصل : إذا أراد إمساك المدلس ، وأخذ
٢٢٤ الأرش لم يكن له أرش .
- ٧٤١ - مسألة : (وإذا اشترى أمة ثيباً ، فأصابها ، ...
ثم ظهر على عيب ، كان مخيراً بين أن
يردها ويأخذ الثمن كاملاً ؛) ٢٢٤ - ٢٢٩
- الفصل الأول ، أن من علم بسلعته عيباً ،
لم يجز بيعها . ٢٢٤ ، ٢٢٥
- الفصل الثاني ، أنه متى علم بالمبيع عيباً ،
لم يكن عالماً به ، فله الخيار . ٢٢٥ ، ٢٢٦
- فصل : خيار الرد بالعيب على التراخي . ٢٢٦
- الفصل الثالث ، أنه لا يخلو المبيع من أن
يكون بحاله ، فإنه يردده ويأخذ
رأس ماله ، ... ٢٢٦ ، ٢٢٧
- الفصل الرابع ، إن كان المبيع جارية ثيباً ،
فوطئها المشتري قبل علمه
بالعيب ، فله ردها ، ... ٢٢٧ ، ٢٢٨
- فصل : لو اشترى مزوجة ، فوطئها
الزوج ، لم يمنع ذلك الرد . ٢٢٨ ، ٢٢٩
- الفصل الخامس ، أنه إذا اختار المشتري

- إمساك المعيب ، وأخذ الأرش ،
 ٢٢٩ . فله ذلك .
- ٧٤٢ - مسألة : (إن كانت بكرا ، فأراد ردها ، كان
 ٢٣٠ عليه ما نقصها)
- فصل : كل مبيع كان معيبا ، ثم حدث
 به عند المشتري عيب
 ٢٣٠ آخر ، ففيه روايتان .
- فصل : إن كان المبيع كاتباً أو صانعا ،
 فنسى ذلك عند المشتري ، ...
 فحكمه حكم غيره من
 ٢٣٣ العيوب .
- فصل : إذا تعيب المبيع في يد البائع بعد
 العقد ؛ فإن كان المبيع من
 ضمانه ، فحكمه حكم العيب
 القديم .
 ٢٣٣ ، ٢٣٤
- ٧٤٣ - مسألة : (إلا أن يكون البائع دلس العيب ،
 ٢٣٤ - ٢٤٢ فيلزمه رد الثمن كاملاً)
- فصل : في معرفة العيوب .
 ٢٣٥ - ٢٣٧
- فصل : والثبوتة ليست عيبا .
 ٢٣٧ ، ٢٣٨
- فصل : وإذا اشترط المشتري في المبيع
 صفة مقصودة فما لا يعد فقده
 عيبا ، صح اشتراطه ، ...
 ٢٣٨ - ٢٤١
- فصل : ولا يفتقر الرد بالعيب إلى رضی
 البائع ، ...
 ٢٤١ ، ٢٤٢

٧٤٤ - مسألة : (ولو باع المشتري بعضها ، ثم ظهر على

٢٤٢ عيب ، كان مخيرا)

الفصل الأول ، أنه إذا اشترى معيبا

٢٤٣ ، ٢٤٢ فباعه ، سقط رده .

الفصل الثاني ، أنه إذا باع المعيب ، ثم أراد

أخذ أرشه . فظاهر كلام الخرق

٢٤٣ الفصل أنه لا أرش له ...

الفصل الثالث ، إذا باع المشتري بعض

المعيب ، ثم ظهر على عيب ، فله

٢٤٤ الأرش ،

فصل : إن اشترى عينين ، فوجد

بإحدهما عيبا ، وكانا مما لا

ينقصهما التفريق ، فليس

٢٤٥ ، ٢٤٤ له إلا ردهما جميعا ،

فصل : إذا اشترى اثنان شيئا ، فوجده

٢٤٦ ، ٢٤٥ معيبا ، ... ففيه روايتان .

فصل : إذا ورث اثنان عن أبيهما خيار

عيب ، فرضى أحدهما ، سقط

٢٤٦ حق الآخر من الرد .

فصل : لو اشترى رجل من رجلين

شيئا ، فوجده معيبا ، فله رده

٢٤٦ عليهما .

فصل : إن اشترى حلى فضة بوزنه

دراهم ، فوجده معيبا / ، فله

٢٤٧ ، ٢٤٦

رده ، ...

٧٤٥ - مسألة : (وإن ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو

٢٤٧ - ٢٥٠

موتها في ملكه ، فله الأرش)

فصل : إن فعل شيئا مما ذكرناه بعد علمه

بالعيب ، فمفهوم كلام

٢٤٨

الخرق : أنه لا أرش له .

فصل : إن استغل المبيع ، أو عرضه على

البيع ، قبل علمه بالعيب ،

٢٤٨ ، ٢٤٩

لم يسقط خياره .

فصل : إن أبق العبد ، ثم علم عيبه ، فله

٢٤٩ ، ٢٥٠

أخذ أرشه .

فصل : إذا اشترى عبدا فأعتقه ، ثم علم

٢٥٠

به عيبا فأخذ أرشه ، فهو له .

٧٤٦ - مسألة : (فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل

٢٥٠ - ٢٥٢

الشراء ، أو بعده ، حلف المشتري ،

وكان له الرد أو الأرش)

فصل : إذا باع الوكيل ، ثم ظهر المشتري

على عيب كان به ، فله رده على

٢٥١ - ٢٥٢

الموكل .

فصل : لو اشترى جارية على أنها بكر ،

ثم قال المشتري : إنما هي

٢٥٢

ثيب ...

فصل : إن رد المشتري السلعة بعيب

فيها ، فأنكر البائع ... ، فالقول

٢٥٢

قول البائع ...

٧٤٧ - مسألة : (إذا اشترى شيئاً ، ما كوله في جوفه ،

فكسره ، فوجده فاسداً ، فإن لم يكن

لمكسوره قيمة ... رجع بالثمن على

البائع ، وإن كان لمكسوره قيمة ... ،

٢٥٧ - ٢٥٢

فهو مخير ...)

فصل : لو اشترى ثوباً فنشره فوجده

معيباً ، فإن كان مما لا ينقصه

٢٥٤

النشر ، رده ، ...

فصل : إذا اشترى ثوباً ، فصبغه ، ثم

ظهر على عيب ، فله أرشه لا

٢٥٤

غير .

فصل : يصح بيع العبد الجاني ، سواء

كانت الجناية ، عمداً أو

٢٥٦ - ٢٥٤

خطأ ، ...

فصل : حكم المرتد حكم القاتل ، في

٢٥٧ - ٢٥٦

صحة بيعه ، ...

٧٤٨ - مسألة : (من باع عبداً وله مال ، فماله للبائع ،

إلا أن يشترطه المبتاع ، إذا كان قصده

٢٦٠ - ٢٥٧

للعبد لا للمال)

فصل : إذا اشترى عبداً ، واشترط

ماله ، ثم رد العبد بعيب أو

٢٥٩ ، ٢٥٨

خيار ... ، رد ماله معه .

- فصل : ما كان على العبد أو الجارية من
الحلى ، فهو بمنزلة ماله . ٢٥٩
- فصل : لا يملك العبد شيئاً ، إذا لم يُملكه
سيده . ٢٥٩ ، ٢٦٠
- ٧٤٩ - مسألة : (من باع سلعة بنسيئة ، لم يجز أن
يشترىها بأقل مما باعها به) ٢٦٠ - ٢٦٤
- فصل : إن اشتراها بعرض ، أو كان يبيعها
الأول بعرض ، فاشتراها بنقد ،
جاز . ٢٦١ ، ٢٦٢
- فصل : هذه المسألة تسمى مسألة
العينة . ٢٦٢ ، ٢٦٣
- فصل : إن باع سلعة بنقد ، ثم اشتراها
بأكثر منه نسيئة ، ... لا يجوز
ذلك . ٢٦٣
- فصل : في كل موضع قلنا : لا يجوز له
أن يشتري . لا يجوز ذلك
لو كيله . ٢٦٣
- فصل : من باع طعاماً إلى أجل ، فلما
حل الأجل أخذ منه بالثمن الذى
في ذمته طعاماً قبل قبضه ، لم
يجز . ٢٦٣ ، ٢٦٤
- ٧٥٠ - مسألة : (ومن باع حيواناً ، أو غيره بالبراءة من
كل عيب ، لم يبرأ ، سواء علم به البائع
أو لم يعلم) ٢٦٤ - ٢٦٦

فصل : فإن قلنا : لا يصح شرط البراءة

من العيوب . فشرطه لم يفسد

البيع في ظاهر المذهب . ٢٦٥ ، ٢٦٦

٧٥١ - مسألة : (ومن باع شيئا مرابحة ، فعلم أنه زاد

في رأس ماله ، رجع عليه بالزيادة ،

وحطها من الربح) ٢٦٦ ، ٢٦٧

فصل : إذا أراد الإخبار بثمن السلعة ،

فإن كانت بحالها لم تتغير ،

أخبر بثمنها ، ... ٢٦٧ ، ٢٦٨

فصل : أما إن تغيرت السلعة فذلك على

ضربين :

الضرب الأول ، أن تتغير بزيادة ، ... ٢٦٨ ، ٢٦٩

الضرب الثاني ، أن يتغير بنقص ، ... ٢٦٩ ، ٢٧٠

فصل : إن اشترى شيئين صفقة

واحدة ، ثم أراد بيع أحدهما

مرابحة ، ... فذلك قسمان : ٢٧٠

القسم الأول ، أن يكون المبيع من

المتقومات التي لا ينقسم الثمن

عليها بالأجزاء ، ... ٢٧٠

القسم الثاني ، أن يكون المبيع من

المتأثلات التي ينقسم الثمن عليها

بالأجزاء ، ... ٢٧١

- فصل : إن اشترى شيئاً بثمن مؤجل ، لم
يجز بيعه مراوحة ، ... ٢٧١ ، ٢٧٢
- فصل : إن اشترى ثوباً بعشرة ، ثم باعه
بخمسة عشر ، ثم اشتراه
بعشرة ، استحَب أن يخبر بالحال
على وجهه ، ... ٢٧٢ ، ٢٧٣
- فصل : كل ما قلنا : / أنه يلزمه أن يخبر
به في المراوحة ويبيئه . فلم يفعل ،
فإن البيع لا يفسد به ، ... ٢٧٣
- فصل : إن ابتاعه بدنانير ، فأخبر أنه
اشتراه بدراهم ،
فللمشتري الخيار بين الفسخ
والرجوع بالثمن ، ٢٧٤
- فصل : إن ابتاع اثنان ثوباً
بعشرين ، ... فاشترى أحدهما
نصيب صاحبه في ذلك السعر ،
فإنه يخبر في المراوحة بأحد
وعشرين . ٢٧٤
- فصل : قال أحمد : ولا بأس أن يبيع
بالرقم . ٢٧٤
- فصل : بيع التولية . ٢٧٤
- ٧٥٢ - مسألة : (وإن أخبر بنقصان من رأس ماله ، كان
على المشتري رده ، أو إعطاؤه ما غلط
به ، ...)
- ٢٧٥ - ٢٧٨
- ٢٧٦ ، ٢٧٧ . فصل : يجوز بيع المواضعة .

- فصل : إذا اشترى رجل نصف سلعة
بعشرة ، واشترى آخر نصفها
بعشرين ، ثم باعا مساومة بثمن
واحد ، فهو بينهما نصفان . ٢٧٧ ، ٢٧٨
- فصل : متى باعاه السلعة برقمها ، ولا
يعلمانه ، فالبيع باطل . ٢٧٨
- ٧٥٣ - مسألة : (إذا باع شيئا واختلفا في ثمنه ، تحالفا ،
فإن شاء المشتري أخذه بعد ذلك بما
قال البائع ،)
٢٧٨ - ٢٨٢
- الفصل الأول ، أنه إذا اختلف المتبايعان
[فى الثمن] والسلعة
قائمة ، تحالفا . ٢٧٨ ، ٢٧٩
- الفصل الثانى ، أن المبتدئ باليمين البائع .
الفصل الثالث ، أنه إذا حلف البائع ،
فنكل المشتري عن اليمين ، قضى
عليه . ٢٨٠ - ٢٨٢
- ٧٥٤ - مسألة : (إن كانت السلعة تالفة ، تحالفا ،
ورجعا إلى قيمة مثلها ، إلا أن يشاء
المشتري)
٢٨٢ - ٢٨٩
- فصل : إن تقايلا المبيع ، أو رد بعيب بعد
قبض البائع الثمن ، ثم اختلفا في
قدره ، فالقول قول البائع . ٢٨٣ ، ٢٨٤
- فصل : إن قال : بعثك هذا العبد بألف .
فقال : بل هو والعبد الآخر

بألف . فالقول قول البائع مع

٢٨٤

يمينه .

فصل : إن اختلفا في عين المبيع ، فقال :

بعتك هذا العبد . قال : بل

بعتنى هذه الجارية . فالقول قول

كل واحد منهما فيما ينكره مع

٢٨٤

يمينه .

فصل : إن اختلفا في صفة الثمن ، رجع

٢٨٥ ، ٢٨٤

إلى نقد البلد .

فصل : إن اختلفا في أجل أو رهن ،

أو غير ذلك من الشروط

٢٨٥

الصحيحة ، ففيه روايتان .

فصل : إن اختلفا فيما يفسد

العقد ، فالقول قول من

٢٨٦ ، ٢٨٥

يدعى الصحة مع يمينه .

فصل : إن مات المتبايعان ، فورثتهما

٢٨٦

بمنزلتهما في جميع ما ذكرناه .

فصل : إن اختلفا في التسليم ،

أجبر البائع على تسليم

٢٨٨ - ٢٨٦

المبيع ،

فصل : إن هرب المشتري قبل وزن

الثمن ، وهو معسر ، فللبائع

٢٨٨

الفسخ في الحال .

فصل : ليس للبائع الامتناع من تسليم

المبيع بعد قبض الثمن لأجل

٢٨٩

الاستبراء .

٢٨٩

٧٥٥ - مسألة : (لا يجوز بيع الآبق)

٢٩١ ، ٢٩٠

٧٥٦ - مسألة : (ولا الطائر قبل أن يصاد)

٢٩٤ - ٢٩١

٧٥٧ - مسألة : (ولا السمك في الآجام)

فصل : إذا أعد بركة ، ... ليصطاد فيها

٢٩٤ - ٢٩٢

السمك ، ... جاز ، ...

فصل : ما حصل من الصيد في كلب

إنسان أو صقره ... ، وكان

استرسل بإرسال صاحبه ، فهو

٢٩٤

له .

٧٥٨ - مسألة : (الوكيل إذا خالف فهو ضامن ، إلا

٢٩٧ - ٢٩٤

أن يرضى الأمر ، فيلزمه)

فصل : إن اشترى بعين مال

الأمر ، أو باع ماله بغير

٢٩٦ - ٢٩٥

إذنه ، ففيه روايتان ؛

فصل : لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ،

٢٩٦

ليمضى ويشتريها ، ويسلمها .

فصل : لو باع سلعة ، وصاحبها حاضر

ساكت ، فحكمه حكم ما لو

٢٩٧ ، ٢٩٦

باعها من غير علمه .

فصل : إذا وكل رجلين في بيع سلعته ،

فباع كل واحد منهما السلعة من

رجل بثمان مسمى ، فالبيع

- للأول منهما .
 ٢٩٧
- ٧٥٩ - مسألة : (بيع الملامسة والمنابطة غير جائز)
 ٢٩٧ - ٢٩٩
- فصل : من البيوع المنهى عنها ، بيع
 الحصة .
 ٢٩٨
- فصل : نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة
 والمخاضرة والملامسة ، ...
 ٢٩٩
- ٧٦٠ - مسألة : (وكذا بيع الحمل غير أمه ، واللبن في
 الضرع)
 ٢٩٩ - ٣٠٢
- فصل : عن النبي ﷺ ، أنه نهى عن بيع
 حبل الحيلة .
 ٣٠٠
- فصل : لا يجوز بيع اللبن في الضرع .
 ٣٠٠ ، ٣٠١
- فصل : اختلفت الرواية في بيع الصوف
 على الظهر ؛ ...
 ٣٠١
- فصل : لا يجوز بيع ما تجهل صفته ،
 كالمسك في الفأر ...
 ٣٠١ ، ٣٠٢
- فصل : أما بيع الأعمى وشراؤه ، فإن
 أمكنه معرفة المبيع ،
 بالذوق صح بيعه
 وشراؤه .
 ٣٠٢
- ٧٦١ - مسألة : (وبيع عصب الفحل غير جائز)
 ٣٠٢ - ٣٠٤
- ٧٦٢ - مسألة : (والنجش منهى عنه . وهو أن يزيد في
 السلعة ، وليس هو مشتريا لها)
 ٣٠٤ - ٣٠٨
- فصل : لو قال البائع : أعطيت بهذه
 السلعة كذا ، وكذا . فصدقه

- المشترى ... ، ثم بان كاذبا .
 ٣٠٥ فالبيع صحيح ، ...
 فصل : قوله عليه السلام : « لا يبيع
 ٣٠٦ ، ٣٠٥ بعضكم على بيع بعض » .
 فصل : أن رسول الله ﷺ قال : « لا
 ٣٠٧ ، ٣٠٦ يَسُمُّ الرجل على سوم أخيه » .
 ٣٠٨ فصل : بيع التلجئة باطل .
 ٧٦٣ - مسألة : (إن باع حاضر لباد ، فالبيع باطل)
 فصل : أما الشراء لهم ، فيصح عند
 ٣١١ ، ٣١٠ أحمد ،
 فصل : قال ابن حامد : ليس للإمام أن
 ٣١١ يسعر على الناس ...
 ٧٦٤ - مسألة : (ونهى عن تلقى الركبان)
 فصل : إن تلقى الركبان ، فباعهم
 شيئا ، فهو بمنزلة الشراء منهم ،
 ٣١٥ ، ٣١٤ ولهم الخيار
 فصل : إن خرج لغير قصد
 التلقى ، فليس له الابتاع
 ٣١٥ منهم
 فصل : إن تلقى الجلب في أعلى السوق ،
 ٣١٥ فلا بأس .
 فصل : الاحتكار حرام .
 ٣١٦ ، ٣١٥ فصل : الاحتكار المحرم ما اجتمع فيه
 ٣١٧ ، ٣١٦ ثلاثة شروط ...

٧٦٥ - مسألة : (وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطل) ٣١٧ - ٣٢١

فصل : وهكذا الحكم في كل ما قصد به

الحرام ، ٣١٩

فصل : قيل لأحمد : رجل مات ،

وخلف جارية مغنية ، ...

قال : يبيعه على أنها ساذجة . ٣١٩ ، ٣٢٠

فصل : لا يجوز بيع الخمر ، ولا التوكيل

في بيعه ، ولا شراؤه . ٣٢٠ ، ٣٢١

٧٦٦ - مسألة : (ويطل البيع إذا كان فيه شرطان ، ولا

يطله شرط واحد) ٣٢١ - ٣٣٢

فصل : الشروط تنقسم أربعة

أقسام ، ... ٣٢٣ - ٣٢٧

فصل : إن حكمتنا بصحة البيع ، فللبائع

الرجوع بما نقصه الشرط من

الثمن . ٣٢٧

فصل : إن حكمتنا بفساد العقد ، لم

يحصل به ملك ، سواء اتصل به

القبض ، أو لم يتصل . ٣٢٧ ، ٣٢٨

فصل : وعليه رد المبيع ، مع ثمائه المتصل

والمنفصل ، ... ٣٢٨

فصل : إن كان المبيع أمة ، فوطئها

المشترى ، فلا حد عليه . ٣٢٨ ، ٣٢٩

فصل : وإن ولدت كان ولدها حراً ؛

لأنه وطئها بشبهة . ٣٢٩

فصل : إذا باع المشتري المبيع الفاسد ،
لم يصح .
٣٢٩ - ٣٣٠

فصل : إن زاد المبيع في يد المشتري ،
بسمن أو نحوه ، ثم نقص حتى
عاد إلى ما كان عليه ، فعلى
هذا تكون الزيادة أمانة في
يده ، ...
٣٣٠

فصل : إذا باع يبعًا فاسدًا ، وتقابضا ،
ثم أتلف البائع الثمن ، ثم أفلس ،
فله الرجوع في المبيع .
٣٣٠

فصل : إذا قال : بع عبدك من فلان ،
على أن على خمسمائة .
فباعه ... ، فالبيع فاسد .
٣٣٠ ، ٣٣١

فصل : العربون في البيع ، هو أن يشتري
السلعة ، فيدفع إلى البائع درهما
أو غيره ، ...
٣٣١ ، ٣٣٢

٧٦٧ - مسألة : (وإذا قال : بعتك بكذا على أن آخذ
منك الدينار بكذا . لم ينعقد
البيع ،)
٣٣٢ - ٣٣٨

فصل : روى في تفسير بيعتين في بيعة ،
وجه آخر ، ...
٣٣٣ ، ٣٣٤

فصل : لو باعه بشرط أن يسلفه أو
يقرضه ، أو شرط المشتري ذلك
عليه ، فهو محرم والبيع باطل .
٣٣٤

فصل : وإذا جمع بين عقدين مختلفي
القيمة بعوض واحد ، كالصرف
وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل
القبض ،
٣٣٥

- فصل : فى تفريق الصفقة . ومعناه أن
يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز
صفقة واحدة ، بئمن واحد . ٣٣٥ - ٣٣٧
- فصل : إن وقع العقد على مكيل ، أو
موزون ، فتلغ بعضه قبل
بعضه ، لم يفسخ العقد فى
الباقى . ٣٣٧
- فصل : إن كان لرجلين عىدان ، لكل
واحد عبء فباعاهما بئمن واحد ،
أو وكل أحدهما صاحبه ،
فباعهما بئمن واحد ، ففيه
وجهان ؛ ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : متى حكمتنا بالصحة فى تفريق
الصفقة ، وكان المشتري عالما
بالحال ، فلا خيار له ؛ ... ٣٣٨
- ٧٦٨ - مسألة : (ويتجر الوصى بمال اليتيم ، ولا ضمان
عليه ، والربح كله لليتيم . فإن أعطاه
لمن يضارب له به ، فللمضارب من
الربح ما وافقه الوصى عليه)
٣٣٨ - ٣٤٧
- فصل : يجوز لولى اليتيم إيصاع ماله .
ومعناه ؛ دفعه إلى من يتجر به ،
والربح كله لليتيم . ٣٤٠
- فصل : لا يجوز بيع عقاره لغير حاجة . ٣٤٠ ، ٣٤١
- فصل : يجوز لولى اليتيم كتابة رقيق
اليتيم ، وإعتاقه على مال ، إذا كان
الحظ فيه ، ... ٣٤٢
- فصل : قال أحمد : يجوز للوصى أن
يشترى لليتيم أضحية ، إذا كان

٣٤٣ ، ٣٤٢

له مال .

فصل : إذا كان الولي موسرا ، فلا يأكل
من مال اليتيم شيئاً إذا لم يكن

٣٤٤ ، ٣٤٣

أباً ؛ ...

فصل : أما مال اليتيم ؛ فإذا لم يكن فيه
حظ له ، لم يجوز قرضه .

٣٤٥ ، ٣٣٤

فصل : قال أبو بكر : هل يجوز للوصى
أن يستتبع فيما يتولى مثله

بنفسه ؟ على روايتين ؛ ... ٣٤٥

فصل : إذا ادعى الولي الإنفاق على
الصبي ، أو على ماله ، أو
عقاره ، بالمعروف من

٣٤٦ ماله ، قبل قوله .

فصل : قال أحمد : يجوز للوصى البيع
على الغائب البالغ ، إذا كان من
طريق النظر .

٣٤٦

فصل : يصح تصرف الصبي المميز بالبيع
والشراء ، فيما أذن له الولي فيه .

٣٤٧

(وما استدان العبد ، فهو في رقبته يفديه

سيده ، أو يسلمه ، فإن جاوز ما

استدان قيمته ، لم يكن على سيده /

٣٥٢ - ٣٤٧

أكثر من قيمته ، ...)

٣٤٨ الفصل الأول ، في استدانة العبد .

الفصل الثاني ، فيما لزمه من الدين من
أروش جنائياته ، أو قيم

٣٤٩

متلفاته .

الفصل الثالث ، في تصرفات غير
المأذون .

٣٥١ - ٣٤٩

- ٣٥٢ : ٣٥١ . الفصل الرابع ، في تصرفات المأذون .
- ٧٧٠ - مسألة : (ويبيع الكلب باطل ، وإن كان معلما) ٣٥٥ - ٣٥٢
فصل : لا تجوز إجارته . نص عليه
- ٣٥٤ . أحمد .
- فصل : تصح الوصية بالكلب الذي يباح
اقتناؤه ... وتصح هبته ؛
- ٣٥٥ . لذلك .
- ٧٧١ - مسألة : (ومن قتله وهو معلم ، فقد أساء ، ولا
غرم عليه) ٣٥٥
- فصل : أما قتل ما لا يباح إمساكه ، فإن
الكلب الأسود البهيم يباح قتله ؛
لأنه شيطان . ٣٥٥ ، ٣٥٦
- فصل : لا يجوز اقتناء الكلب ، إلا
كلب الصيد ، أو كلب ماشية ،
أو حرث ؛ ٣٥٦ ، ٣٥٧
- فصل : أما تربية الجرو الصغير لأحد
الأمور الثلاثة ، فيجوز في أقوى
الوجهين ؛ ... ٣٥٧
- فصل : من اقتنى كلبا للصيد ، ثم ترك
الصيد مدة ، وهو يريد العود إليه
لم يحرم اقتناؤه في مدة
تركه ؛ ... ٣٥٧ ، ٣٥٨
- فصل : لا يجوز بيع الخنزير ، ولا الميتة ،
ولا الدم . ٣٥٨
- فصل : لا يجوز بيع السرجين النجس . ٣٥٨ ، ٣٥٩
- فصل : لا يجوز بيع الحر ، ولا ما ليس

بمملوك ، كالمباحات قبل

٣٥٩

حيازتها وملكها .

٧٧٢ - مسألة : (وبيع الفهد ، والصقر المعلم ، جائز ،

وكذلك بيع الهر ، وكل ما فيه

٣٨٥ - ٣٥٩

المنفعة)

فصل : إن كان الفهد والصقر ونحوهما ،

مما ليس بمعلم ، ولا يقبل التعليم

٣٦١

لم يجوز بيعه ؛ لعدم النفع به .

فصل : أما ما يصاد عليه ، كالبومة التي

يجعلها شباكا ، ... فيحتمل

٣٦١

جواز بيعها ، ...

فصل : أما بيض ما لا يؤكل لحمه من

الطير ، فإن كان مما لا نفع فيه ،

لم يجوز بيعه ، طاهرا كان

٣٦١

أو نجسا .

٣٦١

فصل : قال أحمد : أكره بيع القرد .

فصل : وفي بيع العلق التي ينتفع

٣٦٢

بها ، ... وجهان ؛ ...

٣٦٢

فصل : يجوز بيع دود القز ، وبزره .

فصل : يجوز بيع النحل إذا شاهدها

محبوسة ، بحيث لا يمكنها أن

٣٦٣ ، ٣٦٢

تمتنع .

فصل : ذكر الخرق ، أن الترياق لا

يؤكل ؛ لأنه يقع فيه لحوم

الحيات فعلى هذا ، لا يجوز

٣٦٣

بيعه ؛ ...

- فصل : لا يجوز بيع جلد الميتة ، قبل
 ٣٦٣ الدبغ ، قولاً واحداً .
- فصل : أما بيع لبن الآدميات ، فقال
 ٣٦٤ ، ٣٦٣ أحمد : أكرهه .
- فصل : اختلفت الرواية في بيع رباع
 ٣٦٧ - ٣٦٤ مكة ، وإجارة دورها .
- فصل : من بنى بناء بمكة بألة مجلوبة من
 ٣٦٧ غير أرض مكة ، جاز بيعها .
- فصل : قال أحمد : لا أعلم في بيع
 المصاحف رخصة . ورخص في
 ٣٦٨ ، ٣٦٧ شرائها .
- فصل : لا يصح شراء الكافر مسلماً .
 ٣٦٨
- فصل : لو وكل كافر مسلماً في شراء
 ٣٦٩ ، ٣٦٨ مسلم ، لم يصح الشراء .
- فصل : إن اشترى الكافر مسلماً يعتقد
 عليه بالقرابة ، ... صح
 ٣٦٩ الشراء ، وعتق عليه .
- فصل : لو أجر مسلم نفسه لدمي ،
 ٣٧٠ لعمل في ذمته ، صح .
- فصل : لا يجوز أن يفرق في البيع بين كل
 ٣٧١ ، ٣٧٠ ذى رحم محرم .
- فصل : فإن فرق بينهما قبل البلوغ ،
 ٣٧٢ ، ٣٧١ فالبيع باطل .
- فصل : إذا اشترى ممن في ماله حرام
 وحلال ، كالسلطان الظالم ،

- والمراي ؛ فإن علم أن المبيع من
 ٣٧٣ ، ٣٧٢ ... حلال ماله ، فهو حلال ، ...
- فصل : المشكوك فيه على ثلاثة
 ٣٧٤ ، ٣٧٣ ... أضرب ؛ ...
- فصل : كان أحمد ، رحمه الله ، لا يقبل
 جوائز السلطان ، وينكر على
 ٣٧٥ ، ٣٧٤ ... ولده وعمه قبولها ، ...
- فصل : قال أحمد رحمه الله ، في من معه
 ثلاثة دراهم ، فيها درهم حرام :
 ٣٧٦ ، ٣٧٥ ... يتصدق بالثلاثة ، ...
- فصل : قد ذكرنا أن ظاهر المذهب ، أنه
 لا يجوز بيع كل ماء عد ، ...
 فعلى هذا متى باع الأرض وفيها
 ٣٧٦ . كلاً أو ماء ، فلا حق للبايع فيه .
- فصل : وعلى كلتا الروايتين ؛ متى كان
 الماء التابع في ملكه لم يجب
 ٣٧٨ ، ٣٧٧ عليه بذله .
- فصل : هل يلزمه بذل فضل مائه لزرع
 ٣٧٩ ، ٣٧٨ غيره ؟ فيه روايتان ؛ ...
- فصل : إذا اشترى عبداً بمائة ، فقضاها
 ٣٨٠ ، ٣٧٩ عنه غيره ، صح .
- فصل : إذا قال العبد لرجل : ابتعني من
 سيدي . ففعل ، فبان العبد
 ٣٨٠ . معتقاً ، فالضمان على السيد .
- فصل : إن اشترى اثنان عبداً ، فغاب

أحدهما ، وجاء الآخر يطلب

نصيبه منه ، فله ذلك . ٣٨١

فصل : يستحب الإشهاد في البيع . ٣٨١ - ٣٨٣

فصل : يكره البيع والشراء في المسجد . ٣٨٣

كتاب السلم

٧٧٣ - مسألة : (كل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز) ٣٨٥ - ٣٩٩

فصل : يصح السلم في الخبز ، واللبأ ،

وما أمكن ضبطه مما مسته النار . ٣٨٧

فصل : يصح السلم في النشاب والتبل .

وقال القاضي : لا يصح السلم

فيهما . ٣٨٧ ، ٣٨٨

فصل : اختلفت الرواية في السلم في

الحيوان . ٣٨٨ ، ٣٨٩

فصل : اختلفت الرواية في السلم في غير

الحيوان ، مما لا يكال ولا يوزن

ولا يزرع ، ٣٨٩ ، ٣٩٠

فصل : أما السلم في الرعوس

والأطراف ، فيخرج في صحة

السلم فيها الخلاف الذي ذكرنا . ٣٩٠

فصل : في الجلود من الخلاف مثل ما في

الرعوس والأطراف . ٣٩٠ ، ٣٩١

فصل : يصح السلم في اللحم . ٣٩١ ، ٣٩٢

فصل : الجنس ، والجودة ، أو ما يقوم

- مقامهما ، شرطان في كل مسلم
 ٣٩٢ ، ٣٩٣ ... فيه
- فصل : يصف البر بأربعة
 ٣٩٣ أوصاف ؛ ..
- فصل : يصف العسل بثلاثة
 ٣٩٣ أوصاف ؛
- فصل : لا بد في الحيوان كله من ذكر
 النوع ، والسن ، والذكورية ،
 ٣٩٤ ، ٣٩٥ والأنثوية ،
- فصل : يذكر في اللحم السن ،
 والذكورية ، والأنثوية ،
 والسمن والمزال ، وراعيا أو
 ٣٩٥ ، ٣٩٦ معلوفا ،
- فصل : يضبط السمن بالنوع من ضأن
 أو معز أو بقر ، واللون ، أبيض
 ٣٩٦ أو أصفر .
- فصل : تضبط الثياب بستة أوصاف .
 ٣٩٦ ، ٣٩٧ فصل : يصف غزل القطن . والكثان ،
 بالبلد واللون ، ... ويصف
 ٣٩٧ القطن بذلك ،
- فصل : يضبط النحاس ، والرصاص ،
 والحديد بالتنوع ،
 ٣٩٧ ، ٣٩٨ فصل : الخشب على أضرب ؛ منه ما
 ٣٩٨ يراد للبناء ، فيذكر نوعه ، ...
- فصل : الحجارة منها ما هو للأرحية ،
 ٣٩٨ فيضبطها بالدور ، ...

- فصل : يضبط العنبر بلونه والبلد ، وإن
 شرط قطعة أو قطعتين ،
 ٣٩٩ جاز ،
- ٧٧٤ - مسألة : (إذا كان بكييل معلوم ، أو وزن
 معلوم ، أو عدد معلوم)
 ٤٠٢ - ٣٩٩ فصل : إن أسلم فيما يكال وزنا ، أو فيما
 ٤٠١ ، ٤٠٠ يوزن كيلا ، ...
- فصل : إن كان المسلم فيه مما لا يمكنه وزنه
 بالميزان لثقله ، يوزن
 ٤٠١ بالسفينة ...
- فصل : لا بد من تقدير المذروع
 ٤٠١ بالذرع ،
- فصل : ما عدا المكييل والموزون والحيوان
 ٤٠٢ ، ٤٠١ والمذروع ، فعلى ضربين .
- ٧٧٥ - مسألة : (إلى أجل معلوم بالأهلة)
 ٤٠٦ - ٤٠٢ الفصل الأول ، أنه يشترط لصحة السلم
 ٤٠٣ ، ٤٠٢ كونه مؤجلا .
- الفصل الثاني ، لا بد من كون الأجل
 ٤٠٤ ، ٤٠٣ معلوماً .
- فصل : إذا جعل الأجل إلى شهر تعلق
 ٤٠٤ بأوله ، ...
- فصل : من شرط الأجل أن يكون مدة
 ٤٠٥ ، ٤٠٤ لها وقع في الثمن .
- الفصل الثالث ، في كون الأجل معلوماً
 ٤٠٦ ، ٤٠٥ بالأهلة .

٧٧٦ - مسألة : (موجودًا عند محله) ٤٠٦ - ٤٠٨

فصل : لا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان

٤٠٧ ، ٤٠٦ بعينه ،

فصل : لا يشترط كون المسلم فيه

٤٠٧ موجودًا حال السلم ؛

فصل : إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند

المحل ، فالمسلم

٤٠٨ ، ٤٠٧ بالخيار

فصل : إذا أسلم نصراني إلى نصراني في

٤٠٨ خمر ، ثم أسلم أحدهما ...

٧٧٧ - مسألة : (ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل

التفرق) ٤٠٨ - ٤١١

فصل : إن قبض الثمن فوجده رديئاً ،

فرده / والثمن معين ، بطل العقد

٤١٠ ، ٤٠٩ برده ، ...

فصل : إن خرجت الدراهم مستحقة

٤١٠ والثمن معين ، لم يصح العقد .

فصل : إذا كان له في ذمة رجل دينار ،

٤١٠ ، ٤١١ فجعله سلماً ... ، لم يصح .

٧٧٨ - مسألة : (متى عدم شيء من هذه الأوصاف ،

بطل) ٤١١ - ٤١٥

الشرط الأول ، معرفة صفة الثمن

٤١٢ ، ٤١١ المعين .

فصل : كل مالين حرم النساء فيهما ، لا

يجوز إسلام أحدهما في

٤١٢ ، ٤١٣ الآخر ؛ ...

- الشرط الثاني ، تعين مكان الإيفاء . ٤١٤ ، ٤١٥
- ٧٧٩ - مسألة : (ويبيع المسلم فيه من بائعه ، أو من غيره ، قبل قبضه فاسد) ٤١٥ - ٤١٨
- فصل : فأما الإقالة في المسلم فيه ، فجائزة . ٤١٧ ، ٤١٨
- فصل : إذا أقاله ، رد الثمن إن كان باقيا ، ٤١٨
- ٧٨٠ - مسألة : (إذا أسلم في جنسين ثمنًا واحدًا ، لم يجز ، حتى يبين ثمن كل جنس) ٤١٨ ، ٤١٩
- ٧٨١ - مسألة : (وإذا أسلم في شيء واحد ، على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة ، فجائز) ٤١٩
- ٧٨٢ - مسألة : (وإذا لم يكن السلم فيه ، كالحديد والرصاص ، وما لا يفسد ، لم يكن عليه قبضه قبل محله) ٤٢٠ - ٤٢٣
- فصل : لا يخلو إما أن يحضر المسلم فيه على صفته ، ... فإن أحضره على صفته ، لزم قبوله ... ٤٢١
- فصل : إذا جاءه بالأجود ، فقال : خذه ، وزدني درهما . لم يصح . ٤٢٢
- فصل : ليس له إلا أقل ما تقع عليه الصفة . ٤٢٢
- فصل : لا يقبض المكيل إلا بالكيل ، ولا الموزون إلا بالوزن . ٤٢٢ ، ٤٢٣

٧٨٣ - مسألة : (ولا يجوز أن يأخذ رهنا ، ولا كفيلاً

٤٢٣ - ٤٤٥

من المسلم إليه)

فصل : فإن أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم
فيه ، ثم تقايلا السلم ،

٤٢٤

بطل الرهن .

فصل : إذا حكمنا بصحة ضمان
السلم ، فلصاحب الحق مطالبة
من شاء منهما ، ...

٤٢٤ ، ٤٢٥

فصل : والذي يصح أخذ الرهن به ، كل
دين ثابت في الذمة يصح

٤٢٥ ، ٤٢٦

استيفأؤه من الرهن ، ...

فصل : أما الأعيان المضمونة ،
كالمغصوب ، ففيها

٤٢٧

وجهان ؛ ...

فصل : قال القاضى : كل ما جاز أخذ
الرهن به ، جاز أخذ الضمين

٤٢٧

به ،

فصل : إذا اختلف المسلم والمسلم إليه ،
في حلول الأجل ، فالقول قول

٤٢٨

المسلم إليه ؛ لأنه منكر .

باب القرض

فصل : القرض مندوب إليه في حق

٤٢٩ - ٤٣٠

المقرض ، مباح للمقترض .

- فصل : ولا يصح إلا من جائز
التصرف . ٤٣٠ ، ٤٣١
- فصل : لا يثبت فيه خيار ما . ٤٣١
- فصل : للمقرض المطالبة ببذله في
الحال . ٤٣١ ، ٤٣٢
- فصل : يجوز قرض المكيل والموزون بغير
خلاف . ٤٣٢ ، ٤٣٣
- فصل : أما بنو آدم ، فقال أحمد : أكره
قرضهم . ٤٣٣ ، ٤٣٤
- فصل : إذا اقترض دراهم أو دنانير غير
معروفة الوزن ، لم يجوز . ٤٣٤
- فصل : يجب رد المثل في المكيل
والموزون . لا نعلم فيه خلافا . ٤٣٤ ، ٤٣٥
- فصل : يجوز قرض الخبز . ٤٣٥ ، ٤٣٦
- فصل : كل قرض شرط فيه أن يزيد ،
فهو حرام . ٤٣٦ - ٤٣٨
- فصل : إن أقرضه مطلقاً من غير شرط ،
فقضاه خيراً منه في القدر ، ...
برضاها ، جاز . ٤٣٨ ، ٤٣٩
- فصل : إن شرط في القرض أن يوفيه
أنقص مما أقرضه ، وكان ذلك مما
يجرى فيه الربا ، لم يجوز . ٤٣٩
- فصل : لو اقترض من رجل نصف
دينار ، فدفع إليه ديناراً

- صحيحا ، وقال نصفه قضاء ،
ونصفه وديعة عندك ، ...
٤٤٠ ، ٤٣٩ . صح .
- فصل : لو أفلس غريمه ، فأقرضه ألفا ،
ليوفيه كل شهر شيئا معلوما ،
٤٤٠ . جاز .
- فصل : قال أحمد ، في من اقترض من
رجل دراهم ، وابتاع بها منه
شيئا ، فخرجت زيوفا : فالبيع
٤٤٠ ، ٤٤١ . جائز .
- فصل : قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل
في المثليات ، سواء رخص سعره
أو غلا ، ...
٤٤١ ، ٤٤٢
- فصل : إذا أقرضه ما لحملة مؤنة ، ثم
طالبه بمثله ببلد آخر ، لم
٤٤٢ يلزمه ؛ ...
- فصل : إن أقرض ذمي ذميا خمرا ، ثم
أسلما أو أحدهما . بطل
٤٤٢ القرض .

كتاب الرهن

- فصل : يجوز الرهن في الحضرة ، كما يجوز
٤٤٤ في السفر .

- ٤٤٤ فصل : الرهن غير واجب .
- فصل : لا يخلو الرهن من ثلاثة
- ٤٤٥ ، ٤٤٤ أحوال ،
- ٧٨٤ - مسألة : (ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضا
من جائز الأمر)
- ٤٤٥ - ٤٥٠ فصل : لو حُجِر على الراهن لفلس قبل
التسليم لم يكن له تسليمه .
- ٤٤٧ ، ٤٤٨ فصل : إذا تصرف الراهن في الرهن قبل
القبض بطل الرهن
- ٤٤٨ الأول .
- فصل : استدامة القبض شرط للزوم
الرهن .
- ٤٤٨ ، ٤٤٩ فصل : ليس للمرتهن قبض الرهن إلا
بإذن الراهن .
- ٤٤٩ ، ٤٥٠ ٧٨٥ - مسألة : (والقبض فيه من وجهين ؛ فإن كان مما
ينقل فقبض المرتهن له أخذه إياه من
راهنه منقولاً ،)
- ٤٥٠ ، ٤٥١ فصل : إن رهنه سهما مشاعا مما لا
ينقل ، خلى بينه وبينه ، سواء
حضر السريك أو لم يحضر .
- ٤٥١ فصل : لو رهنه دارا ، فخلى بينه وبينها
وهما فيها ، ثم خرج الراهن ،
صح القبض .
- ٤٥١

- فصل : إن رهنه مالا له في يد المرتهن ؛
 عارية أو ودیعة ، صح
 ٤٥٣ ، ٤٥٢ . الرهن .
- فصل : إذا رهنه المضمون ، كالمغصوب
 والعارية والمقبوض في بيع
 ٤٥٣ فاسد ، ... صح .
- فصل : يجوز أن يوكل في قبض الرهن ،
 ويقوم قبض وكيله مقام قبضه ،
 ٤٥٣ في لزوم الرهن وسائر أحكامه .
- فصل : إذا أقر الراهن بتقبیض الرهن ،
 أو أقر المرتهن بقبضه ، كان ذلك
 ٤٥٤ مقبولا فيما يمكن صدقهما فيه .
- فصل : إذا رهنه عينين ، فتلفت إحداهما
 قبل قبضها ، انفسخ العقد فيها
 ٤٥٥ ، ٤٥٤ دون الباقية .
- فصل : إن رهنه دارا ، فانهدمت قبل
 ٤٥٥ قبضها ، لم ينفسخ عقد الرهن .
- فصل : كل عين جاز بيعها جاز رهنها .
 ٤٥٦ ، ٤٥٥
- فصل : يصح أن يرهن بعض نصيبه من
 المشاع ، كما يصح أن يرهن
 ٤٥٦ جميعه .
- فصل : يصح رهن المرتد والقاتل في
 ٤٥٧ ، ٤٥٦ المحاربة والجاني .
- فصل : يصح رهن المدير ، في ظاهر

- المذهب ، بناء على جواز بيعه . ٤٥٧ ، ٤٥٨
 فصل : أما المكاتب ، فالصحيح أنه لا
 ٤٥٨ يصح رهنه .
 فصل : أما من علق عتقه بصفة تحل قبل
 حلول الحق ، لم يصح
 رهنه . ٤٥٨ ، ٤٥٩
 فصل : يجوز رهن الجارية دون ولدها ،
 ٤٥٩ ورهن ولدها دونها .
 فصل : يصح رهن ما يسرع إليه
 الفساد ، سواء كان مما يمكن
 إصلاحه بالتجفيف ، أو لا
 يمكن . ٤٥٩ ، ٤٦٠
 فصل : يصح رهن العصير . ٤٦٠ ، ٤٦١
 فصل : هل يصح رهن الثمرة قبل بدو
 صلاحها ، من غير شرط القطع
 أو الزرع ؟ ٤٦١ ، ٤٦٢
 فصل : في رهن المصحف روايتان . ٤٦٢
 فصل : يجوز أن يستعير شيئاً يرهنه . ٤٦٢ - ٤٦٤
 فصل : إن فك المعير الرهن ، وأدى
 الدين الذي عليه بإذن الراهن ،
 رجع عليه . ٤٦٤ ، ٤٦٥
 فصل : لو استعار من رجل عبداً ليرهنه
 بمائة ، فرهنه عند رجلين ،
 صح . ٤٦٥ ، ٤٦٦

فصل : لو كان لرجلين عبدان ، فأذن
كل واحد منهما لشريكه في رهن
نصيبه من أحد العبدین ،
فرهنهما عند رجل مطلقا ،

٤٦٦ . صح .

فصل : لا يصح رهن ما لا يصح بيعه . ٤٦٦ ، ٤٦٧
فصل : أمارهن سواد العراق ، والأرض
الموقوفة على المسلمين ،
فالصحيح في المذهب أنه لا يجوز

٤٦٧ بيعها ، ...

فصل : لا يصح رهن المجهول . ٤٦٧ ، ٤٦٨

فصل : لو رهن عبداً ، أو باعه ، يعتقده
مغصوبا ، فبان ملكه ،

٤٦٨ صح تصرفه .

فصل : لو رهن المبيع في مدة الخيار ، لم

٤٦٨ يصح .

فصل : لو رهن ثمر شجر يحمل في السنة

حملين ، ، فرهن الثمرة

الأولى إلى محل تحدث الثانية على

٤٦٩ وجه لا يتميز ، فالرهن باطل .

فصل : لو رهنه منافع داره شهراً ، لم

٤٦٩ يصح .

فصل : لو رهن المكاتب من يعتق عليه ،

٤٦٩ لم يصح .

- فصل : لورهن الوارث تركة الميت ، أو
باعها ، وعلى الميت دين ، صح
في أحد الوجيهن . ٤٦٩ ، ٤٧٠
- فصل : قال القاضى : لا يصح رهن
العبد المسلم لكافر . ٤٧٠
- ٧٨٦ - مسألة : (وإذا قبض الرهن من تشارطا أن
الرهن يكون على يده ، صار
مقبوضا)
٤٧٠ - ٤٧٩
- فصل : إن جعلوا الرهن فى يدى عدلين ،
جاز . ٤٧١ ، ٤٧٢
- فصل : ما دام العدل بحاله ، لم يتغير عن
الأمانة ، ... فليس لأحدهما ولا
للحاكم ، نقل الرهن عن يده . ٤٧٢
- فصل : لو أراد العدل رده عليهما ، فله
ذلك ، وعليهما قبوله . ٤٧٢ ، ٤٧٣
- فصل : إذا كان الرهن على يد عدل ،
وشرطا له أن يبيعه عند حلول
الحق ، صح ، ويصح بيعه . ٤٧٣ ، ٤٧٤
- فصل : لو أتلف الرهن فى يد العدل
أجنبى ، فعلى الجانى قيمته ،
تكون رهنا . ٤٧٤ ، ٤٧٥
- فصل : إذا أذنا للعدل فى البيع ، وعينا له
نقدًا ، لم يجوز له أن يخالفهما . ٤٧٥
- فصل : متى قدر له ثمننا ، لم يجوز له بيعه

- ٤٧٦ بدونه ، ...
- فصل : إذا باع العدل الرهن بإذنهما ،
وقبض الثمن ، فتلف في يده من
٤٧٧ ، ٤٧٦ غير تعد ، فلا ضمان عليه ؛ ...
- فصل : إن ادعى العدل دفع الثمن إلى
٤٧٧ ، ٤٧٨ المرتهن ، فأنكر ،
- فصل : إذا غصب المرتهن الرهن من
العدل ، ثم رده إليه ، زال عنه
٤٧٩ الضمان .
- فصل : إذا استقرض ذمى من مسلم
٤٧٩ مالا ، ورهنه خمرا ، لم يصح .
- ٧٨٧ - مسألة : (ولا يرهن مال من أوصى إليه بحفظ
٤٧٩ - ٤٨١ ماله إلا من ثقة)
- فصل : أما أخذ الرهن بمال اليتيم ،
٤٨٠ فيكون في بيع أو قرض .
- فصل : حكم المكاتب فيما ذكرناه حكم
٤٨٠ ولى اليتيم .
- فصل : لو كان مال اليتيم رهنا ، فاستعاده
الوصى لليتيم ، جاز . وإن
٤٨١ استعاده لنفسه لم يجز ؛ ...
- فصل : لو رهن الوصى أو الحاكم مال
اليتيم عند مكاتبه ، أو ولده
٤٨١ الكبير ، صح .
- فصل : لو أوصى إلى رجل بقضاء دينه ،

- فرهن شيئا من تركته عند
 ٤٨١ الغريم ، أو غيره ، ضمن .
- ٧٨٨ - مسألة : (وإذا قضاه بعض الحق ، كان الرهن
 ٤٨١ بحاله على ما بقى)
- ٧٨٩ - مسألة : (وإذا أعتق الراهن عبده المرهون ،
 فقد صار حرا ، ويؤخذ إن كان له مال
 بقيمة المعتق ، فيكون رهنا)
 ٤٨٥ - ٤٨٢
- فصل : إن أعتقه بإذن المرتهن ، فلا نعلم
 خلافا في نفوذ عتقه على كل
 ٤٨٣ حال .
- فصل : إن تصرف الراهن بغير العتق ،
 كالبيع والإجارة ، والهبة ،
 ٤٨٤ ، ٤٨٣ فتصرفه باطل .
- فصل : لا يجوز للراهن وطء أمته
 المرهونة ، في قول أكثر أهل
 ٤٨٥ ، ٤٨٤ العلم .
- ٧٩٠ - مسألة : (وإن كانت جارية ، فأولدها
 الراهن ، خرجت أيضا من الرهن ،
 ٤٩٠ - ٤٨٥ وأخذ منه قيمتها ، فتكون رهنا)
- فصل : إن كان الوطاء بإذن المرتهن ،
 خرجت من الرهن ، ولا شيء
 ٤٨٦ للمرتهن .
- فصل : لو أذن في ضربها ، فضربها
 ٤٨٦ فتلفت ، فلا ضمان عليه .

- فصل : إذا أقر الراهن بالوطة لم يخل من
 ٤٨٨ - ٤٨٦ ... ثلاثة أحوال ؛
- فصل : لا يخل للمرتين وطء الجارية
 ٤٩٠ - ٤٨٨ المرهونة إجماعًا .
- ٧٩١ - مسألة : (وإذا جنى العبد المرهون ، فالجنى عليه
 أحق برقبته من مرتته ، حتى يستوفى
 ٤٩٦ - ٤٩٠ حقه ،)
- فصل : إن كانت الجناية على سيد العبد ،
 ٤٩٣ ، ٤٩٢ فلا يخلو من حالتين ؛
- فصل : إن جنى العبد المرهون على عبد
 ٤٩٥ - ٤٩٣ لسيده ، لم يخل من حالين ؛ ...
- فصل : إن كانت الجناية على موروث
 سيده فيما دون النفس ،
- ٤٩٦ ، ٤٩٥ فهي كالجناية على أجنبي ؛
- فصل : إن كانت الجناية على مكاتب
 السيد ، فهي كالجناية على
 ٤٩٦ ولده .
- فصل : إن جنى العبد المرهون بإذن
 سيده ، وكان يعلم تحريم
 الجناية ، فهي كالجناية بغير
 ٤٩٦ إذنه .
- ٧٩٢ - مسألة : (وإذا جرح العبد المرهون ، أو قتل ،
 ٤٩٩ - ٤٩٦ فالخصم في ذلك سيده ،)
- فصل : إذا أقر رجل بالجناية على الرهن ،

٤٩٨ ، ٤٩٩

فكذباه ، فلا شيء لهما .

فصل : لو كان الرهن أمة حاملاً ،

فضرب بطنها أجنبي ، فألقت

٤٩٩

جنينا ميتا ، ففيه عشر قيمة أمه .

٧٩٣ - مسألة : (وإذا اشترى منه سلعة ، على أن يرهنه

بها شيئا من ماله يعرفانه ، أو على أن

يعطيه بالثمن حميلا يعرفانه ، فالبيع

٤٩٩ - ٥٠٩

جائز)

فصل : لو شرط رهنا ، أو ضمينا معينا ،

فجاء بغيرهما ، لم يلزم البائع

٥٠١

قبوله .

فصل : إن تعيب الرهن ، أو استحال

العصير خمرا قبل قبضه ، فللبائع

الخيار بين قبضه معيبا ، ورضاه

٥٠٢

بلا رهن

فصل : لو وجد بالرهن عيبا بعد أن

حدث عنده عيب آخر ، فله رده

٥٠٢ ، ٥٠٣

وفسخ البيع .

فصل : لو لم يشترطا رهنا في البيع ،

فتطوع المشتري برهن ، وقبضه

البائع كان حكمه الرهن

٥٠٣

المشروط في البيع .

فصل : إذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع

٥٠٣ ، ٥٠٤

رهنا على ثمنه ، لم يصح

- فصل : إذا شرط في البيع رهنا فاسدا ؛
كالمحرم ، ... ففي فساد البيع
٥٠٥ روايتان .
- فصل : الشروط في الرهن تنقسم
٥٠٥ قسمين ، صحيحا وفاسدا ؛
- فصل : إذا رهنته أمة ، فشرط كونها عند
امرأة ... ، جاز ؛ ...
٥٠٦ ، ٥٠٥
- فصل : القسم الثاني ، الشروط
الفاصلة .
٥٠٧ ، ٥٠٦
- فصل : إن شرط أنه متى حل الحق ولم
يوفني ، فالرهن لي بالدين . أو :
فهو مبيع لي بالدين الذي
عليك . فهو شرط فاسد .
٥٠٨ ، ٥٠٧
- فصل : لو قال الغريم : رهنتك عبيدي
هذا ، على أن تزيدني في الأجل ،
كان باطلا .
٥٠٨
- فصل : إذا كان له على رجل ألف ،
فقال : أقرضني ألفا ، بشرط أن
أرهنك عبيدي هذا
بالألفين ... ، فالقرض
باطل ...
٥٠٨
- فصل : إذا فسد الرهن ، وقبضه
المرتهن ، لم يكن عليه ضمانه .
٥٠٩

٧٩٤ - مسألة : (ولا يتنفع من الرهن بشيء ، إلا ما

كان مركوبا أو مخلوبا ، فيركب

ويحلب بقدر العلف)

٥٠٩ - ٥١٣

فصل : إن شرط في الرهن أن يتنفع به

المرتهن ، فالشرط فاسد ؛ ... ٥١٠

فصل : الحال الثاني ، ما يحتاج فيه إلى

مؤنة ، فحكيم المرتهن في الانتفاع

به ، ... كالقسم الذي قبله . ٥١١ ، ٥١٢

فصل : أما غير المخلوب والمركوب ،

فيتنوع نوعين ؛ ... ٥١٢

فصل : الحيوان ، إذا أنفق عليه متبرعا ،

لم يرجع بشيء . ٥١٣

فصل : إذا انتفع المرتهن بالرهن ،

باستخدام ، أو ركوب ،

حسب من دينه بقدر ذلك . ٥١٣

٧٩٥ - مسألة : (وغلة الدار ، وخدمة العبد ، وحمل

الشاة وغيرها ، وثمرة الشجرة

المرهونة ، من الرهن)

٥١٣ - ٥١٧

فصل : إذا ارتهن أرضا ، أو دارا ، أو

غيرهما ، تبعه في الرهن ما يتبع في

البيع ، ٥١٤ ، ٥١٥

فصل : ليس للراهن الانتفاع بالرهن ،

باستخدام ، ولا وطاء ، ولا

سكنى ، ولا غير ذلك ٥١٥ ، ٥١٦

- فصل : لا يمنع الراهن من إصلاح
الرهن ، ودفع الفساد عنه ،
٥١٧ ومداواته إن احتاج إليها ،
- ٧٩٦ - مسألة : (ومؤنة الرهن على الراهن ، وإن كان
عبدا فمات ، فعليه كفنه ، وإن كان
٥١٧ - ٥٢١) مما يخزن ، فعليه كراء مخزنه)
- فصل : إن كان الرهن ثمرة ، فاحتاجت
إلى سقى وتسوية وجذاذ ،
٥١٨ ... فذلك على الراهن ، ...
- فصل : إن كان الرهن ماشية تحتاج إلى
إطراق الفحل ، لم يجبر الراهن
٥١٩ عليه ؛
- فصل : إن كان عبداً يحتاج إلى ختان ،
والدين حال ، أو أجله قبل
٥١٩ ، ٥٢٠ برئه ، منع منه ؛ ...
- فصل : إن كان الرهن نخلاً ، فاحتاج إلى
تأبير ، فهو على الراهن ، وليس
٥٢٠ ، ٥٢١ للمرتين منعه ؛ ...
- فصل : كل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع ،
أجبره الحاكم عليها ، وإن لم يفعل
٥٢١ اكترى له الحاكم من ماله ، ...
- ٧٩٧ - مسألة : (والرهن إذا تلف بغير جنابة من
المرتين ، رجع المرتين بحقه عند محله ،
وكانت المصيبة فيه من رآه ، وإن
كان بتعدى المرتين ، أو لم يحرز ،
٥٢٢ - ٥٢٤) ضمن)

فصل : إذا قضاه جميع الحق ، أو أبرأه من الدين ، بقى الرهن أمانة في

يده ، ٥٢٣ ، ٥٢٤

فصل : إذا قبض المرتهن الرهن ، فوجده مستحقا ، لزمه رده على مالكة ،

٥٢٤

والرهن باطل من أصله .

٧٩٨ - مسألة : (وإن اختلفا في القيمة ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وإن اختلفا في قدر الحق ، فالقول قول الراهن مع

٥٢٤ - ٥٣١

يمينه ،)

فصل : إن اختلفا في قدر الرهن ، ...

فالقول قول الراهن ؛ لأنه

٥٢٦

منكر .

فصل : إن قال : بعثك هذا الثوب ، على

أن ترهنني بثمنه عبيدك هذين

قال : بل على أن أرهنك هذا

٥٢٦

وحده ففيه روايتان .

فصل : إن قال : أرسلت وكيلك ،

فرهنني عبدك ، على عشرين

قبضها . قال : ما أمرته برهنه إلا

بعشرة ، ولا قبضت إلا

٥٢٦ ، ٥٢٧

عشرة

فصل : إذا كان على رجل ألفان ، أحدهما

برهن ، والآخر بغير

رهن ، فالقول قول الراهن

٥٢٧

مع يمينه .

فصل : إذا اتفق المتراهنان على قبض
العدل للرهن ، لزم الرهن في
حقهما .

٥٢٧

فصل : إذا كان في يد رجل عبد ، فقال :
رهنتني عبدك هذا بألف . قال
بل قد غصبتك ، أو استعرتك .

٥٢٨

فالقول قول السيد .

فصل : إذا ادعى على رجلين ، فقال :
رهنتاني عبدكما بدينى عليكما
فأنكراه . فالقول قولهما .

٥٢٨

فصل : إذا رهن عينا عند رجلين ،
فنصفها رهن عند كل واحد
منهما بدينه ، ...

٥٢٨ ، ٥٢٩

فصل : لو ادعى رجلان على رجل أنه
رهنهما عبده ، ... فالقول قوله
مع يمينه .

٥٢٩ ، ٥٣٠

فصل : إذا أذن المرتهن للراهن في بيع
بالرهن بعد حلول الحق ، جاز ،
وتعلق حقه بضمنه .

٥٣٠ ، ٥٣١

فصل : إذا حال الحق ، لزم الراهن
الإيفاء .

٥٣١

٧٩٩ - مسألة : (والمرتهن أحق بضمن الرهن من جميع
الغرماء حتى يستوفى حقه ، حيا
كان الراهن أو ميتا)

٥٣١ - ٥٣٨

- فصل : لو باع شيئاً أو باعه وكيله
وقبض ساوى المشتري
الغرماء ؛ ... ٥٣٣ ، ٥٣٢
- فصل : من استأجر داراً أو بعيراً
بعينه ، ... ثم أفلس المؤجر ،
فالمستأجر أحق بالعين التي
استأجرها من الغرماء ، ... ٥٣٣
- فصل : لو باع سلعة ، ثم أفلس قبل
تقبيلها ، فالمشتري أحق بها من
الغرماء . ٥٣٤ ، ٥٣٣
- فصل : قال عبد الله بن أحمد : سألت أبا
عن رجل عنده رهون كثيرة ،
لا يعرف أصحابها ... ٥٣٥ ، ٥٣٤

كتاب المفلس

- فصل : متى لزم الإنسان ديون حاله ، لا
يفى ماله بها ، فسأل غرماؤه
الحاكم الحجر عليه ، لزمته
إجابتهم ، ... ٥٣٨ ، ٥٣٧
- ٨٠٠ - مسألة : (وإذا أفلس الحاكم رجلاً ، فأصاب أحد
الغرماء عين ماله ، فهو أحق به ، إلا
أن يشاء تركه ، ويكون أسوة
الغرماء) ٥٣٨ - ٥٤٢

- فصل : هل خيار الرجوع على الفور ،
 أو على التراضي ؟ على وجهين . ٥٣٩ ، ٥٤٠
- فصل : إن بذل الغرماء الثمن لصاحب
 السلعة ليتركها ، لم يلزمه
 قبوله . ٥٤٠
- فصل : إن اشترى المفلس من إنسان
 سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في
 ذمته ، لم يكن له الفسخ . ٥٤٠ ، ٥٤١
- فصل : من استأجر أرضا ليزرعها ،
 فأفلس قبل مضي شيء من
 المدة ، فللمؤجر فسخ الإجارة . ٥٤١ ، ٥٤٢
- فصل : إن أقرض رجلا مالا ، ثم أفلس
 المقترض ، وعين المال قائم ، فله
 الرجوع فيها . ٥٤٢
- ٨٠١ - مسألة : (فإن كانت السلعة قد تلف بعضها ،
 أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها ، أو نقد
 بعض ثمنها ، كان البائع فيها كأسوة
 الغرماء) ٥٤٣ - ٥٦٦
- فصل : إن باع بعض المبيع ، ... فهو
 بمنزلة تلفه . ٥٤٤
- فصل : إن نقصت مالية المبيع ، لذهاب
 صفة مع بقاء عينه ، لم
 يمنع الرجوع . ٥٤٤
- فصل : إن جرح العبد أو شج ، فعلى قول
 أبي بكر : لا يرجع . ٥٤٤ ، ٥٤٥
- فصل : إن اشترى زيتا ، فخلطه بزيت
 آخر ، أو قمحا ، فخلطه بما لا

- يمكن تمييزه منه ، سقط حق الرجوع .
 ٥٤٦ ، ٥٤٥
- فصل : إن اشترى حنطة فطحنها أو زرعها ، أو دقيقا فخبزه ،
 أو شيئا فعمل به ما أزال اسمه ، سقط حق الرجوع .
 ٥٤٦
- فصل : إن كان حبا فصار زرعا ، سقط حق الرجوع .
 ٥٤٧ ، ٥٤٦
- فصل : إن اشترى ثوبا فصبغه ، ... فقال أصحابنا : لبائع الثوب والسويق الرجوع في أعيان أموالهما .
 ٥٤٧
- فصل : إن اشترى صبغا فصبغ به ثوبا ، أو زيتا فلتت به سويقا ، فبائعهما أسوة الغرماء .
 ٥٤٨ ، ٥٤٧
- فصل : إذا اشترى ثوبا فقصره ، لم يخل من حالين ؛ ...
 ٥٤٩ ، ٥٤٨
- فصل : الشرط الثاني ، أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة .
 ٥٥٠ ، ٥٤٩
- فصل : أما الخبز فمحمول على من وجد متاعه على صفته ، ليس بزائد ، ولم يتعلق به حق آخر ،
 ٥٥٠
- فصل : أما الزيادة المنفصلة ، ... فلا تمنع الرجوع .
 ٥٥١ ، ٥٥٠
- فصل : لو اشترى أمة حاملا ، ثم أفلس وهي حامل ، فله الرجوع فيها ، ...
 ٥٥٢ ، ٥٥١

فصل : إن اشترى حائلا ، فحملت ، ثم
أفلس وهي حامل ، فزادت
قيمتها به ، فهي زيادة متصلة تمنع

الرجوع ، ٥٥٢

فصل : إذا كان المبيع نخلا أو شجرا ،
فأفلس المشتري ، لم يخل من

أربعة أحوال ؛ ٥٥٢ - ٥٥٥

فصل : إذا أقر الغرماء بأن الزرع أو
الطلع للبائع ، ... حلف

المفلس ، وثبت الطلع له ، ... ٥٥٥

فصل : إن صدق المفلس البائع في
الرجوع قبل التأبير ، وكذبه

الغرماء ، لم يقبل إقراره ؛ ... ٥٥٦ ، ٥٥٧

فصل : إن أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ

شهر ، وكان العبد قد اكتسب

بعد ذلك مالا ، وأنكر

الغرماء ، ... ٥٥٧

فصل : إن كان المبيع أرضا فبناها

المشتري ، أو غرسها ، ثم

أفلس ، ... ٥٥٧ - ٥٥٩

فصل : إذا اشترى غراسا ، فغرسه في

أرضه ، ثم أفلس ، ولم يزد

الغراس ، فله الرجوع فيه ؛ ... ٥٥٩ ، ٥٦٠

فصل : إن اشترى أرضا من رجل ،

وغراسا من آخر ، فغرسه فيها ،

- ثم أفلس ولم يزد الشجر . فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ، ... ، ٥٦٠
- فصل : الشرط الثالث ، أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً . ٥٦١
- فصل : الشرط الرابع ، أن لا يكون تعلق بها حق الغير . ٥٦٢
- فصل : إن كان عبداً ، فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته ، ففيه وجهان ؛ ... ٥٦٢
- فصل : إن أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ؛ يبيع ، لم يكن للبائع الرجوع ؛ ٥٦٣
- فصل : إن كان المبيع شقصاً مشفوعاً ، ففيه ثلاثة أوجه : ٥٦٣ ، ٥٦٤
- فصل : إن كان المبيع صيداً ، فأفلس المشتري والبائع محرم ، لم يرجع فيه . ٥٦٤
- فصل : إذا أفلس ، وفي يده عين مال ، دينٌ بائعها مؤجل ، وقلنا لا يحل الدين بالفلس ٥٦٤ ، ٥٦٥
- فصل : قال أحمد ، في رجل ابتاع طعاماً نسيئاً ، ونظر إليه وقلبه ، وقال : أقبضه غداً . فمات البائع وعليه دين ، فالطعام للمشتري ، ٥٦٥

- فصل : رجوع البائع في المبيع فسخ
 ٥٦٥ للبيع .
- ٨٠٢ - مسألة : (ومن وجب له حق بشاهد ، فلم
 يخلف ، لم يكن للغرماء أن يخلفوا معه
 ٥٦٦ ويستحقوا)
- ٨٠٣ - مسألة : (وإذا كان على المفلس دين مؤجل ، لم
 يحل بالتفليس ، وكذلك في الدين
 ٥٦٦ الذي على الميت ، إذا وثق الورثة)
- فصل : حكى بعض أصحابنا من مات
 وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل
 التركة إلى الورثة ؟ على
 ٥٦٩ روايتين ؛ ...
- ٨٠٤ - مسألة : (وكل ما فعله المفلس في ماله قبل أن
 يقفه الحاكم ، فجائز)
 ٥٦٩ - ٥٧٤
- فصل : متى حجر عليه ، لم ينفذ تصرفه
 في شيء من ماله ، فإن تصرف
 ٥٧٢ ، ٥٧١ ببيع ، أو هبة ، لم يصح .
- فصل : إن أعتق المفلس بعض رقيقه ،
 ٥٧٢ ، ٥٧٣ فهل يصح ؟ على روايتين .
- فصل : يستحب إظهار الحجر عليه ،
 ٥٧٣ لتجنب معاملته .
- فصل : إن ثبت عليه حق بينة ، شارك
 ٥٧٣ صاحبه الغرماء .
- فصل : لو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ،
 ثم ظهر غريم آخر ، رجع على
 ٥٧٣ ، ٥٧٤ الغرماء بقسطه ، ...

- فصل : لو أفلس وله دار مستأجرة ،
فانهدمت بعد قبض المفلس
الأجرة ، انفسخت الإجارة
٥٧٤ فيما بقى من المدة .
- ٨٠٥ - مسألة : (وينفق على المفلس ، وعلى من تلزمه
مؤنته بالمعروف من ماله ، إلى أن
يفرغ من قسمته بين غرمائه)
٥٧٦ - ٥٧٤ فصل : إن مات المفلس ، كفن من
٥٧٦ ماله .
- ٨٠٦ - مسألة : (لا تباع داره التي لا غنى له عن
سكنائها)
٥٧٦ - ٥٨٥ فصل : إن كان له داران يستغنى بسكنى
٥٧٩ ، ٥٨٠ إحداهما ، يبعث الأخرى .
- فصل : لو كان المفلس ذا صنعة ،
٥٨٠ لم يترك من ماله شيء .
- فصل : إذا تلف شيء من مال المفلس
تحت يد الأمين ، ... فهو من
٥٨٠ ضمان المفلس .
- فصل : إذا اجتمع مال المفلس ، قسم بين
٥٨٠ ، ٥٨١ غرمائه ،
فصل : إذا فرق مال المفلس ، وبقيت
عليه بقية ، وله صنعة ، فهل
يجبره الحاكم على إيجار نفسه ،
٥٨١ ، ٥٨٢ ليقضى دينه ؟

- فصل : لا يجبر على قبول هدية ،
ولا تجبر المرأة على التزوج ،
ليأخذ مهرها .
٥٨٣ ، ٥٨٢
- فصل : إذا فرق مال المفلس ، فهل ينفك
عنه الحجر بذلك ؟ ...
٥٨٣
- فصل : متى ثبت إعساره عند الحاكم ،
لم يكن لأحد مطالبته
وملازمته .
٥٨٥ ، ٥٨٤
- ٨٠٧ - مسألة : (ومن وجب عليه حق ، فذكر أنه
معسر به ، حبس إلى أن يأتي بينة
تشهد بعسرتة)
٥٨٥ - ٥٨٩
- فصل : إذا امتنع الموسر من قضاء الدين ،
فلغريمه ملازمته ، ومطالبته ،
والإغلاظ له بالقول ،
٥٨٨ ، ٥٨٩
- ٨٠٨ - مسألة : (وإذا مات ، فتبين أنه كان مفلسا ، لم
يكن لأحد من الغرماء أن يأخذ عين
ماله)
٥٨٩ - ٥٩١
- ٨٠٩ - مسألة : (ومن أراد سفرا وعليه حق يستحق قبل
مدة سفره ، فلصاحب الحق منعه)
٥٩١ - ٥٩٤

كتاب الحجر

- ٨١٠ - مسألة : (ومن أونس منه رشد ، دفع إليه ماله ،
إذا كان قد بلغ)
٥٩٤ - ٦٠١
- الفصل الأول ، فى وجوب دفع المال إلى
المحجور عليه إذا رشد وبلغ ،
٥٩٤ ، ٥٩٥

- الفصل الثاني ، أنه لا يدفع إليه ماله قبل .
 ٥٩٧ - ٥٩٥ وجود الأمرين ، البلوغ والرشد .
- ٦٠٠ - ٥٩٧ الفصل الثالث ، في البلوغ ،
- فصل : إذا وجد خروج المنى من ذكر
 الخنثى المشكل ، فهو علم على
 ٦٠١ ، ٦٠٠ بلوغه ، وكونه رجلاً
- ٦٠٧ - ٦٠١ ٨١١ - مسألة : (وكذلك الجارية ، وإن لم تنكح)
- فصل : ظاهر كلام الخرق ، أن للمرأة
 الرشيدة التصرف في مالها كله ،
 ٦٠٥ - ٦٠٢ بالتبرع ، والمعاوضة .
- فصل : هل يجوز للمرأة الصدقة من مال
 زوجها بالشيء اليسير ، بغير
 ٦٠٧ - ٦٠٥ إذنه ؟ على روايتين ؛ ...
- ٦٠٩ - ٦٠٧ ٨١٢ - مسألة : (والرشد الصلاح في المال)
- فصل : إنما يعرف رشده باختباره ؛ ...
 ٦٠٩ ، ٦٠٨
- ٦١١ - ٦٠٩ ٨١٣ - مسألة : (فإن عاود السفه ، حجر عليه)
- فصل : لا يحجر عليه إلا الحاكم ، ...
 ٦١٠
- ٦١٢ ، ٦١١ ٨١٤ - مسألة : (فمن عامله بعد ذلك ، فهو المتلف
 لماله)
- فصل : الحكم في الصبي والمجنون ،
 ٦١٢ ، ٦١١ كالحكم في السفه ، ...
- فصل : لا ينظر في مال الصبي والمجنون ،
 ما دام في الحجر ، إلا الأب ،
 أو وصيه بعده ، أو الحاكم عند
 ٦١٢ عدمهما .

٨١٥ - مسألة : (وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو

قصاصاً ، أو طلق زوجته ، لزمه

٦١٢ - ٦١٥

ذلك)

فصل : إذا أقر بما يوجب القصاص ،

فعفا المقر له على مال ، احتمل

٦١٣

أن يجب المال ؛ ...

٦١٣

فصل : إن خالع ، صح خلعه :

٦١٣

فصل : إن أعتق ، لم يصح عتقه .

فصل : إن تزوج ، صح النكاح بإذن

٦١٤

وليه ، وبغير إذنه ،

٦١٥ ، ٦١٤

فصل : يصح تدبيره ، ووصيته .

٦١٥

فصل : إن أقر بنسب ولد ، قبل منه .

٨١٦ - مسألة : (وإن أقر بدين ، لم يلزمه في حال

٦١٥

حجره)

فصل : إذا أذن ولي السفية في البيع

والشراء ، فهل يصح منه ؟ على

٦١٦ ، ٦١٧

وجهين ؛ ...

آخر الجزء السادس

ويليه الجزء السابع ، وأوله :

كتاب الصلح

والحمد لله حقَّ حمده