

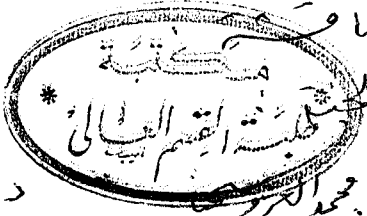


٣٠١٠٢٠٠٠٠٠١٠٠٤

١٩

جامعة أم القرى بكملة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه

قام الطالب باجراء السجلات التي طلبت



د. محمد الحزري

د. محمد الحزري

د. محمود عبد الوهاب

الطالب: د. محمد الحزري

الشك في البيان الثاني

١٠٠٣٠٤٦

للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ

تحقيق ودراسة قسم المعاملات

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل درجة التخصّص الثانية

(الدكتوراه) في الفقه الموازن

إعداد الطالب: زكريّا بن عبد العزيز المصري

إشراف الدكتور: محمد عبد الوهاب علي رئيس فرع الفقه

١٠٠٤

المحمد سنة ١٤٠٥ هـ

المجلد الثاني



القسم الثاني



تحقيق الكتاب

• كتاب البيوع *

• مسألة (١) : لا يصح بيع مال يره المشتري . في أحد القولين . ١٢٧/٠ ش

• ابتدأ كتاب البيوع في نسخة " ب " بالبسلة .
والبيوع جمع بيع وهو من الاضداد كالشراء ، كما يطلق أيضا على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ، الا أنه عند الاطلاق ينصرف الى باذل السلعة كما يطلق البيع على البيع فيقال : هذا بيع جيد .
وانبيع يتعدى الى مفعولين . وقد كثر الاقتصار على الثاني ، لأنه المقصود بالاسناد ولهذا تتم به الفائدة نقول : بعث الدار ، ويجوز الاقتصار على المفعول الأول عند امن اللبس . نقول : بعث الأمير . لأن الأمير لا يكون ملوكا يباع .
وقد تدخل من على المفعول الأول على وجه التوكيد فتقول : بعث من زيد الدار ، كما تقول : كتبه الحديث وكتبت منه الحديث .
وربما دخلت اللام على المفعول الأول بدل من ، فنقول : بعثك كذا وبعت لك كذا . أنظر المصباح ج ١ ص ٧٧ .
ويعرف البيع بأنه : مبادلة مال بمال . المصباح المنير ج ١ ص ٧٧ .
وللبيع ثلاثة أركان : العاقدان والصيغة والمعقود عليه ،
ويشترط في العاقد أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً بصيراً غير محجور عليه ،
ويشترط في المبيع خمسة شروط : أن يكون طاهراً منتفعاً به معلوماً مقدوراً على تسليمه ملوكاً لمن يقع العقد له . أنظر المجموع ج ٩ ص ١٣٧ .
واما الصيغة : فلا ينعقد البيع الا بالايجاب والقبول : والايجاب أن يقول بعثك أو ملكتك ونحوهما ، والقبول أن يقول قبلت أو اهتمت ونحوهما ، ولو قال المشتري بعني فقال البائع بعثك انعقد البيع لتضمنه الايجاب والقبول .
واما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليها . أنظر المهذب ج ١ ص ٢٥٧ .
(١) في المنهاج ص ٤٥ : والاظهر أنه لا يصح بيع الغائب . والثاني يصح ويثبت الخيار عند الرؤية . أه .
وقال في الوجيز ج ١ ص ١٣٥ : اما الصفة ففي اشتراط معرفتها بالميمان قولان ، اختار العزنى الاشتراط وابطل بيع مال يره وشراءه ولعله أصح القولين . أه وأنظر الام ج ٣ ص ٣ .

وقال أبو حنيفة : يصح ، ويثبت له الخيار إذا رآه^(٢) .
لنا : هو أنه مبيع مجهول الصفة عند التعاقد^(٣) ، فأشبهه إذا قال : بعتك
ثوباً^(٤) .

فان قيل : المبيع في الأصل^(٥) مجهول العين ، فلذلك بطل ، ولهذا لا يصح
النكاح على هذا الوجه^(٦) .
قيل : بل بطل^(٨) للجهل بالصفة^(٩) ، ولهذا لو وصفه في السلم جاز —

= وهو قول الحنابلة أيضا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٣ ص ١٤٦ . كشف القناع ج ٣ ص ١٥٢ وذكر في المغنى
ج ٣ ص ٩٤ رواية أخرى انه يصح ، وفي ثبوت خيار الرؤية إذا رآه روايتان
اشهرهما ثبوته .

(٢) سقط قوله (إذا رآه) من نسخة ((ب)) . / أى وان رآه على الصفة التى وصفت له .
أنظر المسألة فى : الهداية ج ٥ ص ٥٣٠ . وفتح القدير عليه . تبين ج ٤ ص ٢٤٠
وحاشية الشلبى عليه . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٣٤٠ .

وذ هب المالكية الى صحته أيضا ، لكن إذا رآه على الصفة لزمه البيع ، والا فله
الخيار .

أنظر القوانين ص ٢٨٢ . الشرح الصغير ج ٢ ص ١٤٠ والبلغة عليه . الجواهر

ج ٢ ص ٢٠٠ المالكية يقول ابن حزم أيضا : أنظر المحلى ج ٩ ص ٢٧٠ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : عند التعاقد .

(٤) بجامع أنه مبيع مجهول الصفة عند التعاقد فى كل من الأصل وهو قوله بعتك

ثوباً والفرع وهو بيع مالم يره المشتري .

ولما كان حكم الأمل بطلان البيع فيه لعدم التعيين ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يصح بيع مالم يره أيضا لذلك .

(٥) أى فى قوله : بعتك ثوباً .

(٦) أى ولهذا المعنى وهو كون المبيع مجهول العين .

(٧) أى على جهة جهل عين المنكوحه . كأن يقول للخاطب : زوجتك احدى بناتى .

(٨) أى البيع .

(٩) أى صفة مالم يره المشتري . لعدم القدرة على الا حاطة بوصف المبيع على وجه

الدقة .

مع الجهل بالعين ، (١٠) ويخالف النكاح ، (١١) فان القصد فيه العين ، ولهذا لو عقد على منكوبة غير معينة بالوصف لم يصح ، ولأنه أحد نوعي البيع ، (١٢) فلم يصح مبيع الجهل بصفة (١٣) المبيع كالمسلم . (١٤)
 فان قيل : السلم معقود على الصفات ، ولهذا لو تقدم الوصف على العقد لم يصح . (١٦)

(١٠) فدل على أن العبرة في الحكم بصحة البيع بالصفة لا بالعين لان الأوصاف تتفاوت في افراد الجنس الواحد ، ولا كذلك العين فيه فكان الجهل بالصفة مدعاة الى المشاحة والمنازعة في البيع ، والبيع يعتمد التراضى .
 (١١) أى ويخالف البيع النكاح حيث القصد في البيع الصفة والقصد في النكاح العين ، وهذا فارق ييطل به القياس .
 (١٢) والنوع الثانى هو بيع سلعة حاضرة مرئية .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : بجهة المبيع . / وهو تحريف .
 وانما لم يصح البيع مع الجهل بصفة المبيع ، لأن البيع يعتمد الرضا ولا يتحقق الرضا بمجهول ، فكان البيع المجهول الصفة بيعا عن غير تراضى ، فيبطل لذلك .

(١٤) السلم بفتح السين واللام ، هو عقد على موصوف فى الذمة ببذل يعطى عاجلا .

وسمى سلما لتسليم رأس المال فى المجلس . أنظر تصحيح التنبيه ص ٦٨ .
 والجامع فى القياس المذكور هو أنه أحد نوعي البيع ، فى كل من الأصل وهو السلم والفرع وهو بيع الغائب . ولما كان حكم الأصل عدم صحة السلم مع الجهل بصفة المسلم فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع مالم يره أيضا لذلك .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : ولهذا لو لم يتقدم . / وما فى الأصل هو الصواب لقوله بعد : واذا تقدم الوصف ثم عقد صح عندنا . قاله فى معترض نقض قول المعترض .

(١٦) لأنه يكون عقدا على مجهول وقت العقد فيكون باطلا .

قلنا : بل هو معقود على الموصوف ، واد^(١٧) تقدم الوصف ثم عقد صح عندنا ،
كما يصح البيع اذا تقدمت الرؤية^(١٨) ، ولأنه بيع^(١٩) عين لم يرها المشتري ، ولا شيئاً
منها ، فأشبهه ببيع اللبن في الضرع ، والحمل في البطن والنوى في التمر .^(٢٠)
فان قيل : ذاك^(٢١) بعض من جملة ، قائم على أصل الخلقة^(٢٢) ، ولهذا لم يجز
بيع الصوف على ظهر الغنم ، وان كان ظاهراً .^(٢٣)

-
- (١٧) في نسخة ((ب)) : فاذا تقدم .
(١٨) بجامع العقد على معلوم في كل من الأصل وهو البيع اذا تقدمت الرؤية
والفرع وهو السلم اذا تقدم الوصف فيه على العقد .
(١٩) أى ببيع الغائب .
(٢٠) حيث لا يصح بيع شئ من ذلك .
بجامع أنه بيع عين لم يرها المشتري في كل من الأصل وهو بيع اللبن فى
الضرع والحمل فى البطن والنوى فى التمر ، والفرع وهو بيع الغائب .
ولما كان حكم الأصل بطلان البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع
مال يره المشتري أيضا لذلك .
(٢١) اشارة الى اللبن فى الضرع والحمل فى البطن والنوى فى التمر .
(٢٢) أى معتمد على أصل الخلقة فى وجوده فلا يمكن تحقيقه بدون الأصل وهو
الضرع والبطن والتمر . أى فالجهالة فيه متأصلة ولا كذلك فى الغائب فان
الجهالة فيه غير متأصلة لا مكان معرفته بالرؤية .
(٢٣) لاحتمال أن يموت الحيوان قبل الجز فيصير صوفه نجسا ، وذلك غرر من غير
حاجة ، ولأنه لا يمكن تسليمه الا باستئصاله من أصله ولا يمكن ذلك الا بإيلام
الحيوان وهذا لا يجوز ، سواء شرط جزه فى الحال أم لا ، وفى وجه شان ضعيف
انه يجوز بشرط الجز فى الحال ، أنظر المجموع ج ٩ ص ٣١٨ .
والدليل على منع بيع الصوف على ظهر الغنم حديث ابن عباس : أن النسبى
صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع الشرة حتى يبين صلاحها أو يباع صوف
على ظهر أولبن فى ضرع أو سمن فى لبن . رواه الدارقطنى ج ٣ ص ١٤ -
كتاب البيوع ، رقم / ٤٠ ، ورواه البيهقى ج ٥ ص ٣٤٠ باب ما جاء فى النهى
عن بيع الصوف على ظهر الغنم . الخ .

قيل : ييطل بأغصان الشجر^(٢٤) والجزء الشائع من الجملة^(٢٥) ، والصوف لا يجوز بيعه ، لأنه لا يقدر على تسليم جميعه^(٢٦) الا بتعذيب الحيوان ، وذلك لا يجوز .

فان احتجاجوا : بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار اذا رآه)^(٢٧) .

= ثم قال : تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوى ، وقد ارسله عنه وكيع ورواه غيره موقوفا . أهـ ثم روى عن ابن عباس موقوفا : لا تشتري اللبن فى ضروعها ولا الصوف على ظهورها . ثم قال البيهقى : هذا هو المحفوظ موقوف . أهـ .

قال فى التلخيص ج ٣ ص ٦ : قلت : وقد وثقه - يعنى عمر بن فروخ - ابن معين وغيره . أهـ . رقم / ١١٣١ .
(٢٤) حيث يجوز بيعه وان كان بعضا من جملة وهى الشجرة ، معتمدا فى حياته عليها .

(٢٥) حيث يجوز بيعه أيضا .

(٢٦) لافتقار تسليم جميعه الى استئصال الصوف من أصله ولا يتوصل الى ذلك الا بتعذيب الحيوان وهو حرام . فكان هذا الفارق بين الأصل وهو بيع الصوف على ظهر الفم اذا كان حيا والفرع وهو بيع اللبن فى الضرع والحمل فى البطن والنوى فى التمر غير معتبر ، لأن النهى عنه لا مر خارج وهو تعذيب الحيوان واما الفرع فليس كذلك لأن النهى عنه متعلق بصفة المبيع وهى الجهالة .

(٢٧) رواه الدارقطنى عن أبى هريرة مرفوعا . ج ٣ ص ٤ كتاب البيوع رقم / ١٠ ورواه أيضا عن مكحول رفعه : من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء تركه . أهـ قال أبو الحسن - يعنى الدارقطنى - : هذا مرسل وأبو بكر بن أبى مريم ضعيف . أهـ ج ٣ ص ٤ رقم / ٨ ورواه البيهقى أيضا عن مكحول مرفوعا . ج ٥ ص ٢٦٨ باب من قال : يجوز بيع العين الغائبة ونقل قول الدارقطنى المتقدم . ورواه أيضا عن أبى هريرة مرفوعا . وذكر قول الدارقطنى الآتى فى عمر بن ابراهيم الكردى احد رجال السند . =

قلنا : قال الدارقطني ^(٢٨) : هذا حديث باطل ، لم يروه غير عمر ^(٢٩) بن
ابراهيم الكردى ، ^(٣٠) وهو كذاب ، يضع الحديث ، وانما هو عن ابن سيرين ^(٣١) ،

= ورواه ابن حزم فى المحلى ج ٩ ص ٢٧٩ وقال : واسماعيل - يعنى ابن
عماش - ضعيف وأبو بكر بن أبى مريم مذكور بالكذب ومرسل مع ذلك - يعنى
لان مكحولا رفعه وهو تابعى - أه .

(٢٨) هو على بن عرب بن أحمد بن مهدى ، أبو الحسن الدارقطني ، شافعى
المذهب ، ولد سنة ٣٠٦ هـ بدار القطن من احياء بغداد ، ورحل
الى مصر فساعد ابن حنابلة وزير كافور الاخشيدى على تأليف مسنده .
له تأليف منها : السنن والعلل والمجتبى وغيرها . توفى سنة ٣٨٥ هـ .
أنظر الاعلام ج ٤ ص ٣١٤ .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : لم يروه غير ابراهيم الكردى . / وهو خطأ .
(٣٠) هو عمر بن ابراهيم بن خالد الكردى الهاشمى مولا هم . روى عن عبد الملك
ابن عمير وابن أبى ذئب وشعبة ، وروى عنه عبد الله محمد المحزمى واسحاق
الخطلى وغيرهما . قال الدارقطني : كذاب . وقال الخطيب : غير ثقة . -
توفى بعد سنة ٢٢٠ هـ . أنظر الميزان ج ٣ ص ١٧٩ رقم ٦٠٤٤ .
(٣١) عبارة الدارقطني هكذا : عمر بن ابراهيم يقال له : الكردى يضع
الأحاديث وهذا باطل لا يصح ، لم يروها غيره ، وانما يروى عن
ابن سيرين موقوفا من قوله . أه . الدارقطني ج ٣ ص ٥ .

وزاد فى التعليق المغنى عليه فقال : وقال ابن القطان فى كتابه :
والراوى عن الكردى داهر بن نوح وهو لا يعرف . أه . ج ٣ ص ٥ .
وابن سيرين هو محمد بن سيرين البصرى ، الانصارى بالولاء ، يكنى
بأبى بكر ، ولد سنة ٣٣ للهجرة ، من كبار التابعين ، كان امام وقته
فى علوم الدين بالبصرة ، نشأ بزازا فى اذنه صم ، تفقه وروى الحديث
اشتهر بالورع وتعبير الرؤيا . توفى بالبصرة سنة ١١٠ هـ . أنظر

ورفعه أيضا اسماعيل بن عياش^(٣٢) عن أبي بكر بن أبي مريم^(٣٣) عن مكحول^(٣٤) ، والأول ضعيف والثاني متروك ، ومكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم ، مرسل^(٣٥) ، وقد سئل مكحول فقليل له^(٣٦) : اشتريت فرسا وهو غائب ، قال : لا يصح بيع الغائب .

(٣٢) هو اسماعيل بن عياش أبو عتبة ، ضعيف في غير الشاميين روى له أصحاب السنن الأربعة . عالم أهل الشام مات ولم يخلفه مثله .

روى عن شربيل بن مسلم ومحمد بن زياد الالهاني وبجير بن سعد وغيرهم . وروى عنه سفيان الثوري وابن اسحاق وسعيد بن منصور وغيرهم . قال الفسوي : تكلم قوم في اسماعيل ، وهو ثقة عدل اعلم الناس بعد يث الشام أكثر ما تكلموا فيه قالوا : يغرب عن ثقات الحجازيين . ومثله عن ابن معين .

وقال البخاري : اذا حدث عن أهل بلده فصحيح واذا حدث عن غيرهم ففيه نظر .

وضعه أبو حاتم والنسائي وابن حبان وابن المديني وابن خزيمة .

توفي سنة ١٨١ هـ . أنظر الميزان ج ١ ص ٢٤٠ رقم / ٩٢٣ .

(٣٣) هو أبو بكر بن عبد الله بن أبي مريم الفساني . قيل اسمه بكير وقيل عمرو وليس حديثه بصحيح ، وضعفه أحمد وغيره لكثرة غلطه . روى له أبو داود والترمذي وابن ماجه . وقال فيه ابن حبان : ردي الحفظ لا يحتج به اذا انفرد وقال ابن عدي : احاد يثه سالحة ولا يحتج به . توفي سنة ١٥٦ هـ . أنظر الميزان ج ٤ ص ٤٩٧ - رقم / ١٠٠٠٦ .

(٣٤) هو مكحول الدمشقي ، مفتي أهل الشام وعالمهم ، وثقه غير واحد وضعفه محمد

ابن سعيد وجماعة غيره . وهو صاحب تدليس ، قال ابن اسحاق : سمعت مكحولا

يقول : طفت الأرض في طلب العلم ، وذكر عنه قوله : ما استودعت صدرى شيئا

الا وجدتة حين اريد . توفي سنة ١١٣ هـ ، روى له الأربعة أصحاب

السنن . أنظر الميزان ج ٤ ص ١٧٧ رقم / ٨٧٤٩ .

(٣٥) لأن مكحولا من التابعين فاذا رفع الحديث الى النبي صلى الله عليه وسلم

كان الحديث مرسلا .

(٣٦) فونسخة ((ب)) : فقل اذا اشتريت فرسا .

قالوا : روى عن ابن المسيب ^(٣٧) أنه قال : قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم :
وددنا أن عثمان ^(٣٨) وعبد الرحمن ^(٣٩) قد تبايعا حتى ننظر أيهما أعظم ^(٤٠) جـدا

(٣٧) هو سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي ، أبو محمد ، كان — من
المتحنين ، صاحب عبادة وجماعة من الصحابة ، زوج ابنته بدرهمين ، قال
عن نفسه : ما ذن المؤذن منذ ثلاثين سنة الا وأنا في المسجد ، وقال
ما فاتتني التكبيرة الأولى منذ خمسين سنة ، وما نظرت في قفا رجل فـ في
الصلاة منذ خمسين سنة . وقيل كان يسرد الصوم . أنظر الحلية ج ٢ ص ١٦١
ولد سنة خمس عشرة ، وتوفي سنة ثلاث وتسعين وقيل أربع . أنظر —
الخلاصة ص ١٤٣ .

(٣٨) هو عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي ، الخليفة الراشد الثالث ، ذو
النورين ، من المبشرين بالجنة . جهز جيش العسرة ، فقال النبي
صلى الله عليه وسلم : ما على عثمان ما عمل بعد هذا ، وقد قال فيـه
النبي صلى الله عليه وسلم : عثمان احيا أمتي واكرمها .
هاجر الهجرتين ، الأولى الى الحبشة والثانية الى المدينة .
أنظر الحلية ج ١ ص ٥٥ .

قتل في سابع ذي الحجة يوم الجمعة سنة خمس وثلاثين . أنظر الخلاصة ص ٢٦١
قتله جماعة من أهل مصر ثاروا عليه فتسوروا عليه من دار الى دار . أنظر —
الاصابة ج ٢ ص ٤٦٢ رقم ٥٤٤٨ .

(٣٩) هو عبد الرحمن بن عوف الزهري .
كان كثير الاموال والانفاق في سبيل الله ، ومن الاتقياء الورعين قال فيـه
صلى الله عليه وسلم : انت أمين في أهل الأرض ، أمين في أهل السماء .
انفق سبعمائة راحلة باحمالها واقتابها واحلاسها في سبيل الله . أنظر —
الحلية ج ١ ص ٩٧ .

توفي سنة اثنتين وثلاثين وقيل ثلاثة ، بالمدينة ودفن في البقيع ، وهو ابن خمس
وسبعين سنة . أنظر الخلاصة ص ٢٣٣ .

(٤٠) قال ابن الأثير في النهاية ج ١ ص ٢٤٤ : والجـد : الحظ والسعادة والفنى . .
ومنه حديث القيامة (واذا أصحاب الجـد محبوبسون) أى ذووا الحـظ
والفنى . أهـ .

وفى المصباح ج ١ ص ١٠١ : والجـد الحظ ، يقال : جددت بالشئ أجـد من
باب تعب ، اذا حظيت به . أهـ .

فى التجارة ، فاشترى عبد الرحمن من عثمان فرسا بأرض أخرى بأربعين ألف درهم ،
ان أدركها ^(٤٢) الصفقة وهى سالمة . ^(٤٣)

وقال ابن أبى مليكة : ^(٤٤) ابتاع عثمان من طلحة أرضا بالمدينة بأرض له بالكوفة
فقال : بايعتك عالم أراه ، فقال طلحة : انما النظر لى ، انما ابتعت مغييا ،
فتحاكما الى جبير ^(٤٦) بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز

(٤١) فى نسخة ((ب)) : بأرض أحد .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : ان أدركها .

(٤٣) رواه البيهقى ج ٥ ص ٢٦٧ باب من قال : يجوز بيع المين الغائبة
وزاد : ثم اجاز قليلا فرجع فقال : ازيدك ستة آلاف درهم ان وجدها
رسولى سالمة ، فقال : نعم فوجدها رسول عبد الرحمن قد هلكت فخرج
منها بشرطه الاخر . أه .

(٤٤) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبى مليكة التيمى ، من القضاة ، ورجال
الحدىث الثقات ، تولى لابن الزبير قضاء الطائف ، توفى سنة ١١٧ هـ ،
أنظر الاعلام ج ٤ ص ١٠٢ .
واما طلحة الآتى ذكره فهو بن عبيد الله ، كان شجاعا كريما من كبار الصحابة
وكان اذا ذكرت وقعة أحد لأبى بكر يقول : ذلك كله يوم طلحة ، لما
ابلاه فيه من الدفاع عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقال فيه النبى
صلى الله عليه وسلم : من سره أن ينظر الى رجل يمشى على الأرض قد
قضى عنه ، فلينظر الى طلحة ، أه . ودخل يوما على سعدى بنت عوف
المزنية وكان مغموما فسألته فقال : كثر مالى واكرمنى فقالت له : اقسمه ،
قالت : فقسمه حتى مابقى منه درهم واحد وكان ماله قد بلغ أربعمائة
ألف درهم . أنظر الحلية ج ١ ص ٨٧ . استشهد يوم الجمل سنة ٣٦ هـ
أنظر الخلاصة ص ١٨٠ .

(٤٥) فى نسخة ((ب)) : فقال : بمثلك .

(٤٦) هو جبير بن مطعم بن عدى بن عبد مناف النوفلى . أسلم قبل حنين أو يوم
الفتح ، له ستون حديثا ، كان حليما وقورا عارفا بالنسب ، أعطاه النبى
صلى الله عليه وسلم مائة من الابل ، توفى بالمدينة سنة تسع أو ثمان وخمسين
أنظر الخلاصة ص ٦٠ .

(٤٧) وان النظر لطلحة انه ابتاع مغنياً . (٤٨)

قلنا : الروايتان مرسلتان ، (٤٩) فانه لم يصلح سماعهما عن روياء عنه .
قالوا : الرؤية في النكاح أكد ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم (٥٠) ندب المغيرة (٥١) اليها ،

(٤٧) في نسخة ((ب)) : ولان النظر .

(٤٨) رواه البيهقي ج٥ ص ٢٦٨ باب من قال : يجوز بيع العيين الفائية .
قال في المجموع ج٩ ص ٢٧٨ : رواه البيهقي باسناد حسن ، لكن فيه رجل مجهول مختلف في الاحتجاج به وقد روى له مسلم في صحيحه . أهـ .
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ج٤ ص ١ باب تلقى الجلب .
(٤٩) اما الأولى فلانها عن سعيد بن المسيب وهو تابعي .

قلت : وان كان سعيد بن المسيب تابعياً الا أنه لم يرفع الحديث الى النبي صلى الله عليه وسلم كي يحكم على حديثه بأنه مرسل ، بل ذكره عن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقد أدرك الكثير منهم ، فلا يبدو صحة وصفه بالارسال .

واما الثانية فهي قوله : وقال ابن أبي مليكة وهو تابعي ، والقول فيها ما قلنا في الرواية الأولى . الا أن الطحاوي رواها عن ابن أبي مليكة عن علقمة بن وقاص الليثي قال : اشترى طلحة . . . الخ . شرح معاني الآثار ج٤ ص ١٠ .

وقد ذكرنا قبلاً قول النووي في المجموع ج٩ ص ٢٧٨ ان اسناده حسن ولم يعمله بالارسال كما ذكر المصنف هنا .

كما أن ابن حزم رواه في المحلى ج٩ ص ٢٧٣ ولم يعمله بشيء من ذلك .
وسواء قصد المصنف الارسال عند المحدثين أو عند الفقهاء فانني لم أعثر على من قال مثل ذلك . فلعله سهو منه . والله أعلم .

(٥٠) في نسخة ((ب)) : ان ندب .

(٥١) هو المغيرة بن شعبه بن أبي عامر ، شهد الحديبية ، وأسلم زمن الخندق ، له مائة حديث وستة وثلاثون حديثاً ، كان عاقلاً أدبياً فطناً لبياً ، داهية ، قيل انه أحصن ألف امرأة . توفي سنة خمسين . أنظر الخلاصة ص ٣٨٥ .

فقال : (انظر الى وجهها فانه احرى أن يؤدم بينهما)^(٥٢) ، والقصد منه الاستمتاع بالنظر ، ثم لم يعتبر ففي البيع أولى^(٥٣) .^(٥٤)

قلنا : بل الرؤية في البيع أكد ، الا ترى أنه يثبت الخيار بعدتها في البيع^(٥٥) ، ولا يثبت في النكاح^(٥٦) ، والخبر^(٥٧) يعارضه أن النبي صلى الله عليه (وسلم) نهى عن بيع الفرر^(٥٨) ، ولم ينه عن نكاح الفرر^(٥٩) .

(٥٢) رواه النسائي : ٦٩ ص ٦٩ تحت عنوان اباحة النظر قبل التزويج . من كتاب النكاح ورواه الترمذي ج ٣ ص ٣٩٧ باب ما جاء في النظر الى المخطوبة . رقم / ١٠٨٧ ، وقال فيه : هذا حديث حسن . أهـ .

ورواه ابن ماجه ج ١ ص ٦٠ باب النظر الى المرأة اذا أراد أن يتزوجها ، رقمه / ١٨٦٦ قال في الزوائد : اسناده صحيح . أهـ .

(٥٣) أى ثم لم يشترط النظر في النكاح .

(٥٤) أى أن لا تعتبر فيه الرؤية لعدم ورود الأمر بها كما في النكاح . فاذا لم تعتبر مع ورود الأمر بها في النكاح فمع عدم ورودها في البيع أولى أن لا تعتبر .

(٥٥) في نسخة ((ب)) : لعدمها .

(٥٦) أى فهذا فارق يبطل به قياسهم البيع على النكاح في عدم اعتبار الرؤية في كل .

(٥٧) أى خبر المغيرة بن شعبه .

(٥٨) رواه مسلم ج ٣ ص ١١٥٣ باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر ، رقم

الحد يث / ٤ .

عن أبي هريرة : قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الفرر . أهـ .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٩ باب النهي عن بيع الحصة وعن بيع الفرر عن

أبي هريرة أيضا مرفوعا . رقم / ٢١٩٤ لكن بلفظ : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر وعن بيع الحصة . أهـ . بتقديم وتأخير فيه .

ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٤ باب في بيع الفرر . رقم / ٣٣٧٦ عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الفرر ، زاد عثمان يعني بن أبي شيبة والحصة . أهـ .

ورواه الترمذي ج ٣ ص ٥٣٢ باب ما جاء في كراهية بيع الفرر ، رقمة / ١٢٣٠ وقال : حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح . أهـ .

ورواه النسائي ج ٧ ص ٢٦٢ تحت عنوان : بيع الحصة .

قال في التلخيص ج ٣ ص ٦٩ رقم / ١١٢٩ : فائدة : المراد بالفرر الخطر . وقيل : التردد بين جانبيين ، الأغلب منهما اخوفهما ، وقيل : الذي ينطوى عن الشخص عاقبته . أهـ .

(٥٩) أى وهذا فارق آخر يبطل به قياسهم المذكور .

ولأن القصد بالنكاح الوصلة والالفة ، فلم تؤثر فيه عدم الرؤية ^(٦٠) ، والقصد
 بالبيع الصفات التي تزيد بها القيمة ، وذلك يعرف بالرؤية ^(٦١) ، ولهذا يثبت الخيار
 في البيع ^(٦٢) بما ينقص القيمة من العمى أو العرج ولا يثبت في النكاح .
 قالوا : جهالة لا تمنع التسليم ، فأشبه الجهل بباطن الصبرة ^(٦٤) والجوز ،
 وموضع العيب ^(٦٦) .

قلنا : يبطل به اذا قال : بعثك ثوبا ، فانه جهالة لا تمنع التسليم ^(٦٧) ، لأنه
 يحمل على تسليم ما يقع عليه الاسم ^(٦٨) ، كما يحمل في الوصية بثوب ^(٦٩) ، ثم يمنع الصحة ^(٧١) ،

(٦٠) في الأصل : فلم تؤثر فيه الرؤية / وهو خطأ .

(٦١) في نسخة ((ب)) : وذلك معروف بالرؤية .

(٦٢) أى وهذا فارق أيضا يبطل به قياسهم البيع على النكاح .

(٦٣) في الأصل بالبيع .

(٦٤) أى بيع مالم يره المشتري جهالة لا تمنع التسليم ، فهي صفة لموصوف محدوف .

(٦٥) الصبرة من الطعام ، جمعها صبر مثل غرفة وغرف ، وعن ابن دريد : اشتريت

الشيء صبرة أى بلا كيل ولا وزن . أه المصباح ج ١ ص ٣٥٥ .

(٦٦) بجامع كون الجهالة لا تمنع التسليم في كل من الأصل وهو الصبرة والجوز

وموضع العيب والفرع وهو بيع مالم يره المشتري .

(٦٧) أى ومع ذلك يبطل به البيع . فبطل أن يكون بيع مالم يره المشتري من باب

الجهالة التي لا تمنع التسليم .

(٦٨) في نسخة ((ب)) : ما وقع .

(٦٩) في نسخة ((ب)) : في الوضوء . / وهو خطأ .

(٧٠) حيث تصح الوصية به ، لأن الفرر يجوز في الوصية والهبة لأنها ليست

معاوضة . أنظر المنهاج ص ٩٠

(٧١) أى الجهالة في بعثك ثوبا تمنع الصحة وان لم تمنع التسليم .

وباطن الصبرة والجوز معلوم بحكم العرف ، فان العلم بذلك فى العادة أن ينظر الى ظاهره ولولم يكن ذلك معلوما لثبت له الخيار اذا رآه ، ولأن فى الوقوف على باطن الصبرة ومواقع العيب مشقة ، وفى باطن الجوز ضرر ، لأن صلاحه بقشره ، فعفى عنه كما عفى فى لزوم البيع من طى البئر واساسات الدار ولا مشقة فى مشاهدة ظاهر المبيع ، فاعتبر ،^(٧٥) ولهذا يلزم البيع فى الصبرة والجوز وفى مواضع العيب اذا شرط البراءة منه ، ولا يلزم مع عدم الرؤية بحال .^(٧٧) قالوا : ادراك باحدى (٧٨) الحواس ، فأشبهه (٧٩) سائر الحواس .^(٨٠)

(٧٢) أى ولا كذلك فى بيع الغائب ان لا ضابط له من عرف أو غيره فيرجع اليه كما فى الجهل بباطن الصبرة والجوز ومحل العيب ، فثبت أن بين الأصل والفرع فى قياسهم بيع الغائب على بيع الصبرة والجوز مع الجهل بباطنها وكذا الجهل بمحل العيب فى المبيع فارقا والقياس مع الفارق باطل .
(٧٣) فى نسخة ((ب)) : لان صاحبه بقشره . / وهو خطأ بين .
(٧٤) فى نسخة ((ب)) : على طى . / والمقصود الوقوف على الهواء ومنحنياته لعدم امكان ذلك اما لظلمة دائمة فيه أو لوجود الماء المانع من الوقوف على اطوائه أو اعماقه . وفى القاموس ج ٤ ص ٣٥٨ : مطاوى الحية والامعاء والشحم والبطن والثوب اطواؤها - أى اماكن الانطواء والانثناء منها - أهـ .
(٧٥) أى ولا كذلك فى بيع الغائب . فكان هذا فارقا آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٧٦) سقطت واو العطف فى نسخة ((ب)) .
(٧٧) أى وتحققت البراءة من العيوب المذكورة .
(٧٨) فى الأصل : باحد الحواس . / والصواب ما اثبتناه من نسخة ((ب)) .
والمراد أن المبيع فى بيع الغائب يدرك باحدى الحواس وهى حاسة السمع ، لأن بيع الغائب بيع على الوصف .

(٧٩) فى الأصل : فأشبه تمايز الحواس .
(٨٠) حيث يصح البيع بما يدرك بها .
بجامع الادراك ، باحدى الحواس ، فى كل من الأصل وهو سائر الحواس ، والفرع وهو حاسة السمع .

ولما كان حكم الأصل صحة البيع فيما يدرك بسائر الحواس ، كان حكم الفرع كذلك فيصح بيع ما يدرك بحاسة السمع أى بيع الغائب أيضا لذلك .

قلنا : بحاسة البصر يدرك عامة الصفات ، وبسائر الحواس لا يدرك ذلك ^(٨١) ،
ولهذا لا يلزم البيع مع عدم الرؤية ، ويلزم مع عدم سائر الحواس ^(٨٢) .
قالوا : عدم الأجزاء ^(٨٣) لا يمنع صحة البيع ، فالجهل بها أولى ^(٨٤) .
قلنا : عدمها ^(٨٦) لا يوجب الفرر فيما وقع العقد عليه ، والجهالة ^(٨٨) توجب
الفرر ، ولهذا عدم الأجل ^(٨٩) لا يمنع صحة البيع ، والجهل به يمنع ^(٩٠) .
* مسألة (٢) : اذا قال بعنى ، فقال : بعثك . انعقد البيع . / ١٢٨ ش ^(١) .

-
- (٨١) وهذا فارق بين الأصل والفرع يطل به قياسهم المذكور .
(٨٢) كما لو اشترى شيئا ورآه الا أنه لم يذقه أو يشمه أو يلمسه أو يسمعه . فدل
على أن لحاسة البصر خاصية ليست فى سائر الحواس .
(٨٣) جمع جزء . أى انعدام وجود اجزاء المبيع أصلا لا يمنع صحة البيع كما فى
بيع السلم ، فانه بيع موصوف فى الذمة .
(٨٤) أى بأوصاف تلك الاجزاء مع وجودها .
(٨٥) أى أن لا يمنع صحة البيع .
(٨٦) أى أجزاء المبيع .
(٨٧) لانه مضبوط بما شرطاه من الاوصاف عند العقد .
(٨٨) أى بصفات المبيع الغائب .
(٨٩) أى فيما لم يشترط فيه الأجل .
(٩٠) أى فيما اشترط فيه الأجل .

(١) هذا فى ظهر القولين . أنظر المنهاج ص ٤٤ : ولو قال : بعنى ، فقال
بعثك . انعقد فى الاظهر . أهـ . وكذا قال فى الوجيز ج ١ ص ١٣٢ . ولم
يذكر اشيرازى القول الثانى لا فى المذهب ج ١ ص ٢٥٧ ولا فى التنبيه ص ٦٢
بل اقتصر على القول بانعقاد البيع به .
وقال فى المجموع ج ٩ ص ١٥٥ بعد ذكر القولين ، قال امام الحرمين وغيره :
نص الشافعى أن البيع لا ينعقد ، ونص مثله فى النكاح انه ينعقد ، فقيـل
قولان فيهما بالنقل والتخريج اصحهما الصحة فيهما ، والثانى : البطـلان
فيهما . أهـ .

وقال أبو حنيفة : لا ينعقد (٢)

لنا : أن ما كان قبولا بلفظ الماضي ، كان قبولا بلفظ الاستدعاء ، كالنكاح (٣) .

فان قيل : النكاح لا يحضره المساومة (٤) ، بل تتقدمه ، فلا يقول زوجي

الا وهو قابل ، والبيع تحضره المساومة ، فربما قال بعني ولا يكون قابلا (٥) .

= وهو قول الحنابلة ، شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٠ كشف القناع ج ٣ ص ١٣٧ .

وذكر في المغني ج ٣ ص ٤٨١ عن أحمد فيه روايتين الصحة وعدمها .

وبه يقول المالكية ، الشرح الصغير ج ٣ ص ٣ . الجواهر ج ٢ ص ٢ شرح

المنح ج ٢ ص ٤٦٣ .

وتحتل عبارة ابن حزم المطلقة أن يكون هذا قوله أيضا . أنظر المحلى

ج ٩ ص ٢٩٤ .

(٢) الهداية ج ٥ ص ٤٥٧ . التبيين ج ٤ ص ٤ . المبسوط ج ١٢ ص ١٠٩ .

البدائع ج ٥ ص ١٠٣٣ .

(٣) حيث لو قال لولى المرأة : انكحني ، فقال : انكحتك ، لانعقد به النكاح .

بجامع القبول بلفظ الماضي فى كل من الأصل وهو النكاح والفرع وهو البيع .

ولما كان حكم الأصل انعقاده بلفظ الاستدعاء كان حكم الفرع كذلك فينعقد

البيع بلفظ الاستدعاء أيضا لذلك .

(٤) مفاعلة من السوم ، وهو طلب البيع . تقول : سام البائع السلعة سوما من باب

قال اذا عرضها للبيع ، وسامها المشتري واستامها اذا طلب بيعة

ومنه الحديث (لا يسم المسلم على سوم أخيه) رواه مسلم ج ٣ ص ١١٥٤ كتاب

البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه رقم / ٩٠٩ أى لا يشتري ويجوز حمله على

البائع أيضا وصورته : ان يعرض رجل على المشتري سلعته بثمن فيقول آخر : عندى

مثله بأقل من هذا الثمن ، فيكون النهى عاما يشمل البائع والمشتري .

وبالجملة فالتساوم والمساومة : ان يعرض البائع سلعته بثمن ويطلبها المشتري

بثمن دون الأول . أنظر المصباح ج ١ ص ٣١٨ .

(٥) سقط لفظ (بعني) من الأصل .

(٦) أى فان قيل : هناك فرق بين الأصل وهو النكاح والفرع وهو البيع فى القياس

المذكور والقياس مع الفارق باطل . فالجواب ما سيذكره بعده .

قيل : في النكاح لو لم يتقدم موافقه ، فقال زوجني ، انعقد أيضا ، وفي
 البيع لو تقدمت الموافقة وتقرر الموض ^(٨) ، فقال : ^(٩) بعني ، لم يصح عندكم ^(١٠) .
 فان قيل : النكاح يلحق العار ^(١١) برده ^(١٢) ، فجعلناه ^(١٣) قبولا ، حتى لا يظهر
 رغبة ثم يرد ^(١٤) ، ولا عار في البيع ^(١٥) .
 قيل : فيجب اذا بحث من يخطب أن يجعل ذلك قبولا ^(١٦) .

-
- (٧) سقط لفظ (لو من نسخة ((ب)) .
 (٨) في الأصل : لو تقدم .
 (٩) في نسخة ((ب)) : وتقرر الغرض .
 (١٠) أي فلا عبرة بالفارق الذي ذكرتموه بين النكاح والبيع في قياسنا . وبانتفاؤه
 يبطل اعتراضكم المذكور . وأنظر المبسوط ج ١٢ ص ١٠٩ .
 (١١) يوجد طمس في نسخة ((ب)) مكان كلمة (العار) .
 (١٢) لاثارته قالة السوء في الخطاب ، فقد يقال : لولا أن ولي المرأة اطلع
 على عيب في بدنه أو دينه لما رده .
 (١٣) أي الا يجب بصيغة الاستدعاء : زوجني .
 (١٤) أي حتى لا يظهر طالب النكاح رغبة فيه ، ثم يرد الولي فيلحق العار
 بالخطاب .
 (١٥) أي فان قيل : أن هناك فارقا بين الأصل وهو النكاح والفرع وهو البيع ، فأنه
 لو طلب النكاح فرفضه الولي لحقه العار ، ولا كذلك البيع ، فلو طلبه ثم رجع
 عنه لا يلحقه العار ، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر لذلك ، فالجواب
 فاسيد كره بعدها .
 (١٦) لأن المعنى المذكور في رده اذا طلب ثم رد وهو لحاق العار ، موجود في
 وكيله اذا ارسله ثم رد أيضا .
 أي والحال أنه لا يعتبر ارسال المبعوث للخطبة قبولا للنكاح مع ما فيه من
 لحاق العار به ، فبطل ما ذكروه من الفارق بين النكاح والبيع .

(١٧)
 فان قيل : النكاح ينعقد بالوكيل وحده ، فاذا قال : زوجنى صار ذلك توكيلا للولى (١٨) فانهقد بايجابه وحده ، والبيع لا ينعقد (٢٠) .
 قيل : النكاح كالبيع عندنا ، ثم لو كان ذلك (٢١) توكيلا لجاز أن يوجب الولى فى غير مجلس الزوج ، كالوكيل (٢٢) . ولأن ما افتقر الى القبول كفى فى قبوله لفظ الاستدعاء ، كما لو قال اعتق عبدك عنى بألف (٢٥) .
 قالوا : لم يوجد القبول فى البيع بلفظ الماضى ، فأشبهه اذا قال : أتبيعنى (٢٦) .

(١٧) أى الزوج للولى .

(١٨) أى فى الايجاب عنه . أعنى عن الزوج .

(١٩) أى الولى ، الذى أصبح وكيلا عن الزوج بقوله له : زوجنى .

(٢٠) أى بايجاب الوكيل وحده عن الطرفين ، الا فى الاب ، فانه يتولى الطرفين فى

مال الصغير . أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤ .

(٢١) أى فى عدم صحة انعقادهما بقولى الوكيل طرفى العقد فيهما .

أنظر الاشباه للسيوطى ص ٢٨٠ .

(٢٢) أى الايجاب عن الوكيل لو كان توكيلا للولى .

(٢٣) أى فى حال غيبته ، لكن الحال أنه لا يجوز له ذلك .

(٢٤) حيث يجوز له الايجاب فى غير مجلس الزوج .

أى والحال أنه ليس للولى أن يوجب عن الزوج فى حال غيبته فصح أن الايجاب

من الزوج ليس توكيلا للولى فى العقد عنه .

(٢٥) حيث يكفى فى الدلالة على قبول المتكلم للعقد هنا ، لفظ الاستدعاء وهو قوله :

اعتق . بجاسع الافتقار الى القبول فى كل من الاصل وهو مالو قال اعتق عبدك عنى بألف

والفرع وهو البيع .

ولما كان حكم الأصل الاكتفاء فى الدلالة على قبول طالب المتق بلفظ الاستدعاء

كان حكم الفرع كذلك فيكفى قوله بمعنى فى الدلالة على قبول البيع أيضا لذلك .

(٢٦) حيث لا يصح العقد به لافتقاره الى صيغة الماضى . أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤ .

بجاسع الافتقار الى صيغة الماضى فى كل من الأصل وهو قوله : اتبيعننى والفرع

وهو قوله بمعنى .

ولما كان حكم الأصل عدم صحة العقد به كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد بقوله بمعنى أيضا لذلك .

قلنا : اعتبار لفظ الماضي لا وجه له ، فانه لو اتى بلفظ الماضي لكان معناه
القبول في الحال ، ان لا يجوز أن يكون مراده الاخبار عن قبول مضي ، ولهذا
لا فرق بين أن يقول أقسم بالله ، وبين أن يقول : أقسم بالله ، في انعقاد يمينه ،
والمعنى في الأصل ^(٣١) أنه استفهام ^(٣٢) ، وهذا قبول ^(٣٣) ، ولهذا لا يصح النكاح بذلك ^(٣٤)
اللفظ . ويصح بهذا ^(٣٥) .

(٢٧) أى وانما الاعتبار للفظ المفيد قبول البيع سواء كان بصيغة الماضي أو غيرها .
(٢٨) لأن البيع لم يقع بعد في الحقيقة فيكون اخبارا عن غير الواقع ، وهذا كذب
فلا يجوز له أن يقصد هذا المعنى .

(٢٩) سقط قوله (بالله) من نسخة ((ب)) .

(٣٠) أى فالفى اعتبار الفرق بين صيغة الماضي والمضارع في صحة انعقاد
الايان ، فكذاك يلغى اعتبار الفرق بين الماضي والاستدعاء في صحة
انعقاد البيع .

(٣١) أى المقيس عليه عند هم وهو قوله : أتبيعنى .

(٣٢) أى فلا يتضمن ردا ولا قبولا فاستوى فيه الطرفان فلا يمكن اعتبار أحدهما
دون الآخر .

(٣٣) أى الفرع المقيس وهو قوله : بعنى . / وانما كان قبولا لأن فيه
طلب البيع المتضمن لقبوله .

وهذا فارق بين الأصل والفرع . يبطل به قياسهم المذكور .

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : بذاك . / اشارة الى لفظ الاستفهام .

(٣٥) أى لفظ الأمر ، لأن فيه استدعاء وطلبا .

* مسألة (٣) : اذا أوجب البيع في عبد لاثنين ، فقبل أحدهما نصفه^(٢)

دون الآخر جاز .^(٣) ١٢٨ ش

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .^(٤)

(١) بأن قال : بعتكما هذا العبد .

(٢) سقط لفظ (نصف) من نسخة ((ب)) .

(٣) وهذا بناء على أن الصفقة تتمدد بتعدد المشتري في أصح القولين .

أنظر المختصر ص ٨٣ . الام ج ٣ ص ٦٩ . ونص في المنهاج ص ٤٨ على أنه أظهر القولين فقال : ولو اشترياه - أي العبد - فلا أحدهما الرد فـ في الأظهر . أهـ . وأنظر المجموع ج ١١ ص ٣٤١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٢١٢ وذكر في المغنى ج ٤ ص ١٢٢ عن أحمد في ذلك روايتين كالمذهبيين . وبه يقول المالكية في أشهر القولين بعد أن كان مالك يرى أن لهما الرد معا أو التمسك به معا : الشرح الصغير ج ٢ ص ٦٦ . الجواهر ج ٢ ص ٤٨ شرح المنح ج ٢ ص ٦٧٢ .

واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى ج ٩ ص ٧٣٢ .

(٤) وخالفه صاحبه في ذلك : المبسوط ج ١٣ ص ٥٥ . الهداية ج ٦ ص ٣١ : ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخذه كله ، ومراده بعد القبض . أهـ .

وعلق في فتح القدير على قوله : ومراده بعد القبض ؛ أما لو كان قبله فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالشباب والصبيد من أنه يرد الكل أو يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فإنه يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما . أهـ .

وهذه المسألة تشبه المسألة التي ذكرها الشيرازي هنا من حيث رد بعض المبيع وقبول بعضه سواء كان القابل أو الراد شخصاً أو أكثر .

ولا فرق في المنع من التفريق بين أن يفرق في القبض أو في القبول . كما في التبيين ج ٤ ص ٢٩ .

لنا : أنه قبل جميع ما أوجب له ، فأشبهه إذا أفرد به بالعقد فقبل (٥) .
 قالوا : إيجاب واحد ، فأشبهه إذا أوجب لواحد فقبل بعضه (٦) .
 قلنا : لا نسلم ، بل هما إيجابان لأن معناه : أوجبت لك . وأوجبت لك (٧) .
 بخلاف ما قاسوا عليه فان ذاك (٨) إيجاب واحد في الحقيقة (٩) .

✽ مسألة (٤) : خيار المجلس يثبت في البيع إلى أن يتفرقا أو يتخايروا (١) . ١٢٩/١

(٥) حيث يصح العقد إذن .

والجامع في القياس المذكور هو قبول جميع ما أوجب البائع ، في كل من الأصل وهو ما لو أفرد أحدهما بالعقد .
 والفرع وهو ما لو أوجب البيع في عبد لاثنين فقبل أحدهما نصفه دون الآخر .
 ولما كان حكم الأصل صحة العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيصح فيه أيضا
 لذلك .

(٦) حيث لا يجوز له قبول بعض المبيع دون بعض في إيجاب واحد .
 بجامع أنه إيجاب واحد في كل من الأصل وهو ما لو أوجب لواحد فقبل بعضه
 والفرع وهو ما لو أوجب البيع في عبد لاثنين فقبل أحدهما نصفه دون الآخر
 ولما كان حكم الأصل البطلان فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح العقد فيه
 أيضا لذلك .

(٧) في الأصل : وأوجبت لك . / والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٨) وهو ما لو أوجب البيع لواحد فقبل بعضه .

(٩) فكان قياسهم قياسا مع الفارق ، والقياس معه باطل .

(١) أي إلى أن يتفرقا من المجلس بابدانهما ، أو يسقط كل منهما حقه في الفسخ .

أنظر المختصر ص ٧٥ . الام ج ٣ ص ٤ . المنهاج ص ٤٧ . المجموع ج ٩
 ص ١٦٧ فقد ذكر أن في المذهب وجهها : أنها لو شرعا في أمر آخر
 واعرضا عما يتعلق بالعقد فطال الفصل انقطع الخيار حكاه الرافعي ،
 والمذهب الأول . أه .

وهو قول المتنبلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٦٧ و ص ١٦٨ ، كشف القناع

ج ٣ ص ١٨٨ المغني ج ٣ ص ٤٨٢ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٢٩٥ .

وقال أبو حنيفة : لا يثبت .^(٢)

لنا : ماروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (المتبايعان كل

واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا ، الا بيع الخيار) .^(٤)

(٢) أى فيلزمهما العقد بمجرد صدور الايجاب والقبول منهما ، فلا خيار لهما

بعده وان بقيا فى المجلس .

أنظر الهداية ج ٥ ص ٤٦٤ . التبیین ج ٤ ص ٣ . البدائع ج ٥ ص ١٣٤ . مجمع

الانهر ج ٢ ص ٧ وبه يقول المالكية . المنتقى ج ٥ ص ٥٥ . الفواكه الدوانى

وبه يقول المالكية . المنتقى ج ٥ ص ٥٥ . الفواكه الدوانى ج ٢ ص ١٢٤ .

شرح المنح ج ٢ ص ٦٠٩ : خيار التروى انما يكون بالشرط . فلا يثبت بدوام

اجتماع المتبايعين . أهـ . وأنظر القوانين ص ٣٠ . حيث نص على بطلان خيار

المجلس عندهم .

وخالفهم فى ذلك ابن حبيب من المالكية فقال بخيار المجلس ، البلغة ج ٢ ص ٤٦

شرح المنح ج ٢ ص ٦١٠ لكن المشهور فى المذهب نفي القول بخيار المجلس .

وقد نقل ابن يونس عن أشهب أن حديث البيعان بالخيار مالم يتفرقا :

منسوخ . أنظر البلغة ج ٢ ص ٤٦ .

(٣) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب . كان اماما متينا فى دينه ، ذكر للخلافة يوم

التحكيم بعد استشهاد أبيه عمر ، قال فيه عبد الله بن مسعود : ان من أملك

شباب قريش لنفسه عن الدنيا عبد الله بن عمر ، وكان اذا فاتته صلاة العشاء

فى جماعة احيا ليلته . أنظر الحلبة ج ٢ ص ٢٩٢ .

وقد توفى سنة أربع وسبعين . أنظر الخلاصة ص ٢٠٧ .

(٤) رواه مسلم ج ٣ ص ١١٦٣ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين . رقم / ٤٣٠ .

والبخارى ج ٢ ص ١٢ باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا .

أبو داود ج ٣ ص ٢٧٢ باب فى خيار المتبايعين . رقم / ٣٤٥٤ .

والترمذى ج ٣ ص ٥٤٧ باب ما جاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا . رقم / ١٢٤٥

ولفظه عن ابن عمر مرفوعا : البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يختارا . أهـ .

ثم قال الترمذى فى ص ٥٤٨ : حديث ابن عمر حديث حسن صحيح . أهـ .

ورواه النسائى ج ٧ ص ٢٤٨ تحت عنوان : ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه . =

فان قيل : البيعان^(٥) : المتشاغلان بالبيع ، كما أن المتواكلين : هما المتشاغلان بالأكل وعندنا يثبت الخيار لهما مالم يتفرغا ، فأما بعد الفراغ ، فليس متبايعين ، وانما كانا متبايعين ، كما كانا في الأكل متواكلين^(٧) .

قيل : البيع هو الايجاب والقبول ، فما لم يوجد^(٨) لا يقال لهما متبايعان كما لا يقال : متواكلان^(٩) ومتضاربان قبل وجود^(١٠) الأكل والضرب منهما جميعا ، غير أن الأكل^(١١) فعل يطول ويدوم فيوجد حقيقة التواكل^(١٢) قبل الفراغ ، فجعل الاسم حقيقة في حال الاشتغال مجازا فيما بعد ، والبيع لا يطول ، فلا يوجد حقيقة البيع الا بعد الفراغ ، فجعل الاسم^(١٤) حقيقة بعد الفراغ ، مجازا في حال الاشتغال ،

= وابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٦ باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا رقم / ٢١٨٢ و /

٢١٨٣ بنحو حديث ابن عمر المذكور عن أبي برزة الأسلمي وعن الحسن عن سمرة مرفوعا ولفظه : البيعان بالخيار مالم يتفرقا . أ هـ .

(٥) في نسخة ((ب)) : المتبايعان . / أى لفظ البيعين يطلق على المتشاغلين بالبيع .

(٦) سقط قوله (بالاكل) من الاصل .

وقوله الآتى (مالم يتفرغا) انما هو فى الأصل ونسخة ((ب)) : مالم يتفرقا . / وهو تحريف .

(٧) فى نسخة ((ب)) : متاكلين .

(٨) سقطت ألف التثنية من نسخة ((ب)) .

(٩) فى نسخة ((ب)) : متاكلان .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : وجوب . / وهو تحريف .

(١١) فى نسخة ((ب)) : ولأن الأكل .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : التاكل .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : فجعل الاسم حقيقة قبل الفراغ .

(١٤) ومراعاة بالحقيقة هنا الحقيقة الشرعية لا اللغوية . لأن البيع يتم شرعا بالايجاب والقبول واما فى اللغة فلا يقال متبايعان حقيقة الا أثناء البيع فاذا تم فلا يقال

متبايعان الا على سبيل المجاز .

وفى نسخة ((ب)) : فجعل الاسم حقيقة فى حال الانعقاد مجازا فى حال الانشغال كالسرقة .

(١٥) كالسرقة، ولهذا روى أن ابن عمر كان إذا اشترى شيئا مشى أذرا ليجب البيع ،
ثم يرجع ، ، وقال أبو الوضئ (١٧) : أن رجلا باع فرسا له بغلام ثم بات معنا ، فلمّا

(١٥) حيث يجعل هذا الوصف حقيقة شرعية بعد الفراغ حيث يجب القطع ،
مجازا حال الاشتغال بها .

بجامع عدم طول الفعل في كل من الأصل وهو السرقة ، والفرع وهو البيع .
ولما كان حكم الأصل جعل الاسم فيه حقيقة بعد الفراغ مجازا حال الاشتغال
كان حكم الفرع كذلك فيكون البيع حقيقة بعد الفراغ مجازا حال الاشتغال
أيضا لذلك .

(١٦) رواه البخاري ج ٢ ص ١٢ باب كم يجوز الخيار . قال نافع : وكان ابن عمر
إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه . أه .

ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٦٤ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين . رقم / ٤٥
ولفظه : زاد ابن أبي عمر في روايته : قال نافع : فكان إذا باع رجلا
فأراد أن لا يقبله قام فمشى هنية ثم رجع اليه . أه .
ورواه الترمذي ج ٣ ص ٥٤٨ باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا تحت
حديث رقم / ١٢٤٥ ولفظه : وروى عنه أنه كان إذا أراد أن يوجب البيع
مشى ليجب له . أه .

ورواه النسائي ج ٧ ص ٢٥٠ تحت عنوان ذكر الاختلاف على نافع في لفظ
حديثه .

ولفظه : قال نافع : فكان عبد الله إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه . أه
لكن قال ابن حجر : لم يبلغ ابن عمر النهي المذكور . أه التلخيص ج ٣ ص ٢٠ .
ويعني بالنهي المذكور ما في رواية أبي داود عن عمرو بن العاص مرفوعا :
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق
صاحبه خشية أن يستقبله . أه أبو داود ج ٣ ص ٢٧٣ باب في خيار
المتبايعين رقم / ٣٤٥٦ وسكت عنه .

(١٧) هو عباد بن نسيب بضم النون وفتح المهملة ، مصغر ، القيسي ، وأبو الوضئ ،
بالضاد المعجمة . وثقه ابن معين ، روى عن علي وأبي برزة ، وروى عنه يزيد
ابن أبي صالح وديل بن عيسر ، روى له أبو داود وابن ماجه والترمذي
في مسند علي . أنظر الخلاصة ص ١٨٧ .

فلما أصبحا قام البائع فأسرج الفرس، فقال له المشتري : أليس قد بايعتني فأنيسا
أبا برزة^(١٨) فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : المتبايعان بالخيار
مالم يتفرقا ولا اراكما تفرقتما .^(١٩)

فان قيل : نحمل المتبايعين على المتساومين ، ونقول : لهما الخيار مالم
يتفرقا ، أى مالم يعقدا فان التفرق يستعمل فى القول^(٢٠) ، ولهذا قال الله تعالى :
(وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا)^(٢٣) .

قيل : لا يقال للمتساومين متبايعان ، ولهذا لو حلف على البيع فساوم^(٢٤)

(١٨) هو نضله بن هبید بن الحارث الأسلمی ، صحابى ، غلبت علیه كنيته ، أبو برزة
واختلف فى اسمه .

كان من سكان المدينة ثم البصرة ، شهد مع على قتال أهل النهروان ، ثم
قتال الأزقة مع المهلب بن أبى صغرة ، ومات بخراسان سنة ٦٥ هـ له ستة
وأربعون حديثا . أنظر الاعلام ج ٨ ص ٣٣ .

(١٩) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٧٣ باب فى خيار المتبايعين رقم / ٣٤٥٧ قال
المندرى : رجال اسناده ثقات . أهد مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ٩٦ رقم
الحديث / ٣٣١٢ .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٦ مختصرا بدون ذكر القصة . باب البيعان بالخيار
مالم يفترقا رقم الحديث / ٢١٨٢ .

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٤٩ باب ماجاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا . وقد
ذكره بغير اسناد عند الكلام على الحديث رقم / ١٢٤٦ .

(٢٠) لكن حمل على هذا المعنى يخرج الحديث عن الفائدة ان هما بالخيار فى
هذه الحالة قطعا .

والتساوم من السوم وهو طلب البيع . وقد تقدم فى المسألة رقم (٢) هامش / ٤ .
(٢١) فى نسخة ((ب)) : فى القبول . / وهو تحريف .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : ولهذا قال تبارك وتعالى .

(٢٣) سورة البينة آية / ٤ (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءتهم
البينة) الآية .

وجه الدلالة : ورود التفرق فى الآية هنا بمعنى التفرق فى الاعتقادات والأقوال .

(٢٤) سقط قوله (فساوم) من نسخة ((ب)) .

لم يحث ، ولأن التفرق حقيقة في تفرق الأبدان ، وان استعمل في القول فأنما هو (٢٥)
 مجاز ، ثم يستعمل في موضع يوجد تباين ، فيشبه ذلك بتفرق الأبدان ، فأما (٢٦)
 العقد فهو موافقة ، فلا يسمى تفرقا . ولأنه روى : اذا تباع الرجلان فكل واحد
 منهما بالخيار مالم يتفرقا وكانا جميعا ، أو يخير أحدهما الآخر فيتبايعان على
 ذلك ، فقد وجب البيع ، وان تفرقا بعد أن تباعا (٢٨) ولم يترك واحد منهما البيع (٢٩)
 فقد وجب البيع (٣٠) ، فدل على أنه أراد : تفرقا بعد العقد ، ولأن عبد الله
 ابن عمرو (٣١) روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (أيما رجل ابتاع

(٢٥) أى والأصل حمل الكلام على الحقيقة الا أن يكون مانع فيحمل على المجاز
 ولا مانع ها هنا .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : ويستعمل . / أى ثم يستعمل المعنى المجازى وهو التفرق
 بالأقوال .

(٢٧) أى يوجد فيه تباين ، أى اختلاف وافتراق . وذلك ، لتتم به العلاقة بين
 الحقيقة وهى التفرق بالأبدان ، والمجاز وهو التفرق بالأقوال .
 وحمل التفرق على التفرق بالقول انما يتأتى فى غير العقد ، اذا كان فى
 الأقوال اختلاف ، فيقال : افترق فلان وفلان ، أى تخالفا فى آرائهما . لوجود
 العلاقة بين الحقيقة والمجاز هنا وهى التباين والاختلاف فيهما .
 وأما فى العقد ، فلا يمكن حمل التفرق فيه على التفرق بالأقوال ، لعدم وجود
 العلاقة بين الحقيقة والمجاز فيه . لأن العقد ائتلاف وموافقة ، والافتراق تباين
 واختلاف . فتعين أن يحمل التفرق فى الحديث على الأبدان فقط دون الأقوال
 والله أعلم .

(٢٨) فى الأصل : بعد أن يتبايعا .

(٢٩) سقط لفظ (البيع) من نسخة ((ب)) .
 (٣٠) رواه البخارى ج ٢ ص ١٢ باب اذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد

وجب البيع .

ومسلم ج ٣ ص ١١٦٣ باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، رقم الحديث / ٤٤ .
 وابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٥ باب البيعان بالخيار مالم يفترقا . رقم / ٢١٨١ .

(٣١) هو عبد الله بن عمرو بن العاصى بن وائل السهمى ،
 كان قويا متواضعا ، عابدا كريما ، مفارقا للجدل ، يكثر من قراءة القرآن والصيام ،
 حتى أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب منه الاعتدال فى ذلك لئلا يطول عليه
 الزمان فيبله . أنظر الحلية ج ٢ ص ٢٨٣ .

من رجل بيعا ، فكان كل واحد منهما بالخيار حتى يتفرقا عن مكانهما ، الا أن يكون بيع صفقة خيار ، ولا يحل لأحدهما أن يفارق صاحبه مخافة أن يقيه (٣٣) ولأننا روينا أنه قال : الا بيع الخيار. (٣٤) والمراد به البيع الذي قطع فيه الخيار بالتخاير، (٣٥)

(٣٢) في الأصل : ولا يحل لأحد . / بصيغة المفرد .

(٣٣) رواه البيهقي بلفظه ج ٥ ص ٢٧١ باب المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا الا بيع الخيار .

ولم يتعقبه صاحب الجواهر النقي . وهو من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

ورواه الترمذي ج ٣ ص ٥٥ باب ما جاء في البيعين بالخيار مالم يتفرقا لكن لم يذكر تفرقهما عن المكان ولفظه : البيعان بالخيار مالم يتفرقا الا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيه . أهـ

ثم قال : هذا حديث حسن . أهـ رقم الحديث / ١٢٤٧
ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٧٣ باب في خيار المتبايعين . رقم / ٣٤٥٦ وسكت عنه .
(٣٤) رواه البخاري ج ٢ ص ١٢ باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا عن ابن عمر مرفوعا ولفظه : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا الا بيع الخيار . أهـ

ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٦٣ باب بثوت خيار المجلس للمتبايعين . رقم / ٤٣ . بلفظ البخاري .

وأبو داود ج ٣ ص ٢٧٢ باب في خيار المتبايعين . رقم / ٣٤٥٤ .

(٣٥) وفي معنى التخيير في قوله : الا بيع الخيار ثلاثة آراء :

— أحدها : ان المراد التخيير بعد تمام العقد وقبل مفارقة المجلس ، فيلزم البيع بنفس التخيير ، ولا يدوم الى المفارقة .

— ثانيها : ان المراد : الا بيعا شرط فيه خيار الشرط ثلاثة أيام أو دونها ، فلا ينقض الخيار فيه بالمفارقة ، بل يبقى حتى تنتقض المدة المشروطة .

— ثالثها : ان المراد به : الا بيعا شرط فيه قبل العقد أن لا خيار لهما في المجلس ، فيلزم بمجرد العقد ، ولا يكون لهما فيه خيار .

قال النووي : اتفق أصحابنا على ترجيح القول الأول ، وهو المنصوص للشافعي

— أنظر الام ج ٣ ص ٤ - ونقلوه عنه . وأبطل كثير من أصحابنا ما سواه ، وغلطوا =

لأن الاستثناء ضد المستثنى منه ، ولهذا قال فى لفظ آخر : ^(٣٦) أو يقول أحد هما لصاحبه اختر . ^(٣٧) ولهذا روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم) اشترى مسن أعرابى حمل خبط ^(٣٨) فلما وجب البيع . قال رسول الله : ^(٣٩) اختر . قال الأعرابى بعمرى الله ^(٤٠) بائعا . ^(٤١)

= قائله . أه المجموع ج ٩ ص ٢١٠ .

ثم ذكر أن البيهقى والترمذى ممن ذهب من المحدثين الى المعنى الأول .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : فى لفظ الآخر .

(٣٧) سقط لفظ (اختر) من نسخة ((ب)) .

والحديث المذكور رواه البخارى ج ٢ ص ١٢ باب اذا لم يوقت فى الخيار هل يجوز البيع .

ولفظه : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر .
أه عن ابن عمر .

ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٧٣ باب فى خيار المتبايعين رقم / ٣٤٥٥ .

ورواه النسائى ج ٧ ص ٢٤٩ تحت عنوان : ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حد يثه .

(٣٨) الخبط بخاء معجمة مفتوحة فموحدة من تحت ساكنة : هو ورق الشجر الذى

يسقط بخرطه بالعصا ليكون علفا للابل أو غيره . وهو فعل بمعنى مفعول .

أنظر المصباح ج ١ ص ١٧٥ وهو من باب ضرب . أنظر المختار ص ١٦٨ .

(٣٩) فى نسخة ((ب)) : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٤٠) أى أطال الله عمرى ، فى المختار ص ٤٥٤ : عمره الله - بالتشديد -

تعميرا طول عمره . أه

(٤١) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٦ باب بيع الخيار . رقم / ٢١٨٤ .

ورواه البيهقى ج ٥ ص ٢٧٠ باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار .

وزاد فى بعض طرقه أن ذلك كان قبل النبوة فروى عن طاوس عن أبيه قال :

ابتاع النبى صلى الله عليه وسلم قبل النبوة من أعرابى بعيرا أو غير ذلك

فلما وجب البيع قال له النبى صلى الله عليه وسلم : اختر . فنظر اليه

الأعرابى فقال : عمرى الله من أنت ، قال فلما كان الاسلام جمعا

النبى صلى الله عليه وسلم الخيار بعد البيع . أه =

والتخاير لا يكون على ما قالوا . (٤٢)

قالوا : تم البيع (٤٣) بالقول فيما شاهده ، فلم يثبت فيه خيار من غير شرط ،

ولا نقص ، (٤٤) كما لو تفرقا . (٤٥)

قلنا : قد يثبت قبل التفرق ما لا يثبت بعده ، كما قالوا في خيار القبول ، والمخيرة

= وزاد في رواية عنده أيضا في ص ٢٧٠ من رواية أبي الزبير عن جابر قال : اشترى النبي صلى الله عليه وسلم من أعرابي قال : حسبت أن أبا الزبير قال ، من بني عامر بن صعصعة حمل خبط فلما وجب قال له النبي صلى الله عليه وسلم اختر ، فقال له الأعرابي : ان - أى ما - رأيت كالسوم قط بيعا خيرا وافقه ، ممن أنت ، قال من قريش . أه .

قال في النهاية ج ٣ ص ٢٩٨ : عمره الله بيعا : أى أسأل الله تعميرك وأن يطيل عمره . والعمر بالفتح العمر ولا يقال فى القسم الا بالفتح . أه .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : والتخاير لا يكون الا فيما لم يلزم . / والمراد أن معنى التخاير لا يتفق مع مذهبه فى حمل لفظ المتبايعين على المتساومين ، فانه لا يقال هما بالخيار مالم يتخايرا ، لأن السوم ليس بيعا أصلا ، والتخاير انما يكون بعد تمام البيع بالايجاب والقبول .

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : قالوا : تم القول بالبيع .

(٤٤) أى عيب فى المبيع .

(٤٥) حيث لا يثبت لهما الخيار من غير شرط أو نقص .

بجامع تمام البيع
بعد البيع ،

والفرع وهو مالو تفرقا بالقول

ولما كان حكم الأصل عدم ثبوت الخيار فيه من غير شرط ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت فيه الخيار من غير شرط ولا نقص أيضا لذلك .

(٤٦) أى أن بين الأصل والفرع فى قياسكم ما قبل التفرق على ما بعده

فارقا ، ولا قياس مع الفارق .

والمعتقة والشفعة ^(٤٧) ثم مابعد التفرق لا يصلح لقبض عوض الصرف والسلم ، وما قبله ^(٤٨) يصلح لذلك . ^(٤٩)

قالوا : عقد ، فلا يثبت فيه خيار المجلس ، كالنكاح والخلع والكتابة . ^(٥٠)
قلنا : هذه المقود لا يقصد بها المال ، والبيع يقصد به المال ويطلب ^(٥١)
به المغالبة ، ^(٥٢) فثبت فيه الخيار لدفع الغبن ، ولهذا لم يثبت خيار الشرط

(٤٧) حيث يثبت للمشتري خيار القبول بعد الايجاب في المجلس ، أنظر
مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦ .
وللمرأة خيار فسخ النكاح اذا قال لها : اختارى نفسك في المجلس لا بعده :
أنظر المجمع ج ١ ص ٤٠٨ ويثبت للمعتقة اذا كانت تحت عبد الخيار مادامت
في المجلس لا بعده . المجمع ج ١ ص ٣٦٦ .
وللشفيع حق الشفعة مادام في المجلس الذي بلغه فيه خبر البيع لا بعده
أنظر المجمع ج ٢ ص ٤٧٤ .
(٤٨) لان من شروط السلم والصرف تسليم العوض في المجلس . أنظر المنهاج
ص ٥٢ .

(٤٩) أى وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .
(٥٠) حيث لا يثبت فيها خيار المجلس .
بجامع أن كلا عقد ، اما الأصل فالنكاح والخلع والكتابة ، واما الفرع
فالبيع .
ولما كان حكم الأعل عدم ثبوت خيار المجلس فيه ، كان حكم الفرع كذلك
فلا يثبت خيار المجلس في البيع أيضا لذلك .

(٥١) سقط قوله (والبيع يقصد به المال) من نسخة ((ب)) .
(٥٢) مفاعلة من الغبن بفتح فسكون ، تقول : غبنه في البيع يعبته من باب
ضرب ، وهو الخديعة والمغالبة والمناقضة في الثمن ، أنظر المصباح ج ٢
ص ٩٤ .

والمراد : أن قياسكم منقوض لوجود الفارق المذكور بين الأصل والفرع فيه .

فى هذه العقود ، (٥٣) ويثبت فى البيع (٥٤) .

ولأن هذه العقود تقل ، ولا يدخل فيه الا بعد معرفة الحال ، والبيع
يكثرو ويتفق بغتة فلا يأمن الغبن فيه . (٥٥)

قالوا : خيار مجهول ، فلم يثبت من غير نقص ، (٥٦) كما لو قال : بعتك على
أن لك الخيار متى شئت . (٥٧)

قلنا : ذاك (٥٨) يثبت بالشرط ، فأثرت الجهالة فيه ، كالأجل فى السلم (٥٩)

(٥٣) وهى النكاح والخلع والكتابة .

(٥٤) سقط قوله (ويثبت فى البيع) من نسخة ((ب)) .

(٥٥) وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٥٦) أى من غير عيب فى المبيع .

(٥٧) حيث لا يصح ذلك العقد للجهل بمدة الخيار فيه .

بجامع مجهولية الخيار فى كل من الأصل وهو قوله : بعتك على أن لك
الخيار متى شئت ، والفرع وهو خيار المجلس .

ولما كان حكم الأصل عدم ثبوت الخيار له من غير عيب فى المبيع ، كان
حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمشتري الخيار وأن بقيا فى المجلس اذا تم
البيع أيضا لذلك .

(٥٨) اشارة الى قوله : بعتك على أن لك الخيار متى شئت .

(٥٩) حيث تؤثر فيه الجهالة بالأجل فيه .

والجامع فى القياس المذكور هو أن كلا يثبت باشتراط المتبايعين ، أما
الأصل فهو الأجل فى السلم ، وأما الفرع فهو بيع الخيار .

ولما كان حكم الأصل بطلانه بالجهالة فى الأجل ، كان حكم الفرع
كذلك فيبطل خيار المجلس بالجهالة فى الأجل فيه أيضا لذلك .

وهذا يثبت (٦٠) بالشرع فجاز مع الجهالة (٦١) كالأجل في الصرف في مدة المجلس (٦٢).
 قالوا : ولأنهما اذا تخايروا لزم البيع ، لأنهما رضا بالعقد ، والرضا (٦٣)
 بالعقد موجود عند العقد ، فوجب أن يلزم (٦٤).
 قلنا : بعد العقد يثبت (٦٥) الخيار ، فأثر الرضا في

- (٦٠) أى خيار المجلس ، أى فانه يثبت بحكم الشرع لا باشرط المتبايعين .
 (٦١) لأن الشرع لم يقيد المدة في المجلس بشئ ، فكانت الجهالة فيه
 مغتفرة .
 (٦٢) حيث يصح العقد فيه وان لم يتقاطعا مالم يتفرقا قبل القبض ، — مع
 أن مدة المجلس فيه مجهولة .
 بجامع الثبوت بالشرع في كل من الأصل وهو الأجل في مجلس العقد في
 الصرف ، والفرع وهو الخيار في مجلس البيع .
 ولما كان حكم الأصل صحته مع الجهالة به ، كان حكم الفرع كذلك فيصح
 خيار المجلس مع الجهالة به أيضا لذلك .
 والمراد أن بين الأصل والفرع في قياسهم فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .
 (٦٣) في الأصل (فالرضا بالمقد) . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .
 (٦٤) أى أنهم يقيسون مابعد العقد ، على مابعد التخيير في لزوم العقد .
 بجامع الرضا في كل من الأصل وهو مالم يتخيروا بعد العقد ، والفرع وهو
 مابعد القبول .
 ولما كان حكم الأصل لزوم العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فيلزم العقد
 بالقبول فيه أيضا لذلك .
 (٦٥) في نسخة ((ب)) : ثبت . / أى بعد لزوم العقد يثبت الخيار
 للمتبايعين ، أى ماداما في المجلس .

اسقاطه ، (٦٦) كالشفيع اذا اسقط الشفعة بعد العقد ، (٦٧) وقبل العقد لم يثبت (٦٨)
 الخيار فلم يؤثر الرضا ، كالشفيع اذا اسقط (٧٠) الرضى قبل العقد . (٧١)

(٦٦) أى فاذا تم العقد ، ثم تراضيا على اسقاط خيارهما الثابت لهما بحكم الشرع ، لبقائهما فى المجلس ، فقد صح تراضيهما باسقاطه ولزمهما العقد وان بقيا فى مجلس البيع .

(٦٧) حيث يسقط به حقه فى الشفعة .

بجامع ثبوت الخيار بعد العقد فى كل من الأصل وهو الشفيع اذا اسقط الشفعة بعد العقد . والفرع وهو ما اذا اسقط المتبايعان الخيار بعد العقد فى المجلس .

ولما كان حكم الأصل سقوط الحق فيه بالاسقاط كان حكم الفرع كذلك فيسقط الخيار فى البيع بالتخاير أيضا لذلك .

(٦٨) أى قبل وجوده بالايجاب والقبول معا .

(٦٩) لأن العقد لم يلزم بعد ، فلا يصح أن يسقطا خيارهما ولما يعقدا بعد .

(٧٠) سقط لفظ (الرضا) من الأصل .

(٧١) حيث لا يسقط به حقه فى الشفعة .

بجامع عدم ثبوت الخيار فى كل من الأصل وهو ما اذا اسقط الشفيع الرضى قبل العقد والفرع وهو اسقاط الخيار قبل عقد البيع .

ولما كان حكم الأصل عدم سقوط حق الشفعة له به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط حق المتبايعين فى الخيار وان اسقطاه قبل العقد أيضا لذلك .

والمراد اثبات أن بين الأصل والفرع فى قياسهم ما قبل العقد على ما بعده فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(١)
 مسألة (٥) : خيار الشرط لا يمنع انتقال الملك في أحد الأقوال ١٢٩/٠ ش.
 وقال أبو حنيفة : يمنع . (٢)

لنا : أنه بيع صحيح فنقل الملك ، كما لو لم يشترط الخيار . (٣) أو معني

(١) وفائدة هذا الخلاف : هو معرفة حكم زوائد المبيع كالشجرة والولد أثناء مدة الخيار .

والأقوال ثلاثة : أحدها : الملك للمشتري مطلقا لتعام البيع بالايجاب .
 الثاني : للبائع مطلقا لنفاذ تصرفه فيه مدة الخيار ، الثالث : وهو
 الاظهر : ان كان الخيار للبائع فالخيار له وان للمشتري فله ، وان لهما
 فموقوف .

أنظر فتح العزيز ج ٨ ص ٣١٦ . المجموع ج ٩ ص ٢٠٠ . المنهاج ص ٤٧
 وشرح المحلى عليه ج ٢ ص ١٩٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٠ . كشف القناع ج ٣ ص ١٩٣
 وذكر في المغنى عن أحمد قولاً آخر أن الملك لا ينتقل حتى ينقضى الخيار .
 المغنى ج ٣ ص ٤٨٨ .

(٢) ومحلّه اذا كان الخيار للبائع . والا بان كان للمشتري خرج من ملك البائع
 ولا يدخل في ملك المشتري عنده خلافا للصاحبين حيث قالوا : يدخل في
 ملك المشتري .

الهداية ج ٥ ص ٥٠٣ . المبسوط ج ١٣ ص ٤٩ . التبیین ج ٤ ص ١٦ . مجمع
 الأنهر ج ٢ ص ٢٥ .

وعند المالكية: يمنع الانتقال سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أولهما .
 أنظر : المنتقى ج ٥ ص ٥٨ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٥١ . القوانين ص ٣٠٠ .
 واما ابن حزم فقد أنكر خيار الشرط أصلا . الا أن المبيع عنده في خيار
 المجلس في ملك البائع حتى يفترقا لان البيع لم يتم قبله . أنظر المحلى
 ج ٩ ص ٣٢٨ و ٣٤٢ .

(٣) حيث ينتقل الملك به الى المشتري اذ ن .
 بجامع صحة البيع وتماه في كل من الأصل وهو مالو لم يشترط الخيار والفرع
 وهو مالو اشترط الخيار .

يتأخر عن البيع فلم يقف الملك عليه كالقبض .^(٤)

قالوا : لم يرض بخروج المبيع من ملكه فأشبهه اذا أكره عليه .^(٥)

قلنا : لا نسلم^(٦) وانما لم يرض بلزوم العقد . ثم الاكراه يخالف شرط الخيار ، ألا ترى أنه اذا أكره على الرده لم يزل ملكه ، وانما ارتد بنفسه واستمهل مدة للنظر زال ملكه .^(٧)^(٨)

= ولما كان حكم الأصل انتقال الملك به ، كان حكم الفرع كذلك فينتقل الملك وان اشترط الخيار أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يقف ملك المشتري المبيع على قبضه .

بجامع أن كلا معنى يتأخر عن البيع ، اما الأصل فالقبض واما الفرع فشرط الخيار .

ولما كان حكم الأصل عدم توقف ملك المشتري عليه . كان حكم الفرع كذلك فلا يتوقف ملك المشتري عليه في البيع بشرط الخيار أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يصح معه البيع ولا ينتقل به الملك .

بجامع انعدام الرضا بخروج المبيع من ملكه في كل من الأصل وهو ما اذا أكره على البيع والفرع وهو ما اذا شرط الخيار في البيع .

ولما كان حكم الأصل عدم انتقال المبيع عن ملكه ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينتقل المبيع بشرط الخيار عن ملك البائع أيضا لذلك .

(٦) أى بأن البائع في شرط الخيار لم يرض بخروج المبيع من ملكه .

(٧) في نسخة ((ب)) : مدة النظر . / وفي استمهال المرتد قولان للشافعية :

قيل : يجب استتابته في الحال وقيل : يؤجل ثلاثة أيام ، وفي الاستتابة قولان

أيضا قيل : تجب وقيل : تستحب . أنظر المنهاج ص ١٣١-١٣٢ .

(٨) وفي زوال ملك المرتد أقوال : أظهرها : ان هلك مرتدًا بان زواله بها وان -

أسلم بان أنه لم يزل . أنظر المنهاج ص ١٣٢ .

وهذا الاختلاف بين الاكراه وشرط الخيار يوجب بطلان قياسهم

المذكور .

قالوا : لو كان ملكا للمشتري لنفذ تصرفه فيه ، ولم ينفذ تصرف البائع ،
كالبائع البات^(٩) .

قلنا : البائع يملك التصرف لأنه يملك الفسخ^(١٠) ، والمشتري لا يملك التصرف
لأنه يبطل حق البائع من الفسخ ، فمنع كما منع الراهن من التصرف في الرهن
لأنه يسقط حق المرتهن ثم هو ملك له^(١١) وأيضا^(١٢) فإنه لو أعتق أو وطئ^(١٣)
أو وهب وترك البائع الخيار لصح هذا التصرف اجمع ، ولورده لسقط الحد^(١٤) ،
والحق فيه الولد بالقيمة فدل على انتقال الملك مع كون الخيار للبائع^(١٥) .

✽ مسألة (٦) : اذا باع عبدا من عشرين أو ثلاثة ، فالبائع باطل^(١) . ١٢٩ ش

- (٩) هذه الكلمة غير واضحة في الأصل لكن رسمها قريب مما اثبتناه ، وأما في
نسخة ((ب)) فرسمها هكذا : البنات . / والظاهر أنها من البت الذي
هو القطع أي البيع الذي يسقط المتبايعان خيارهما فيه بالتخاير .
أي كبيع البت حيث ينتقل الملك فيه إلى المشتري .
أي والحال أن المشتري لا يملك التصرف فيه ، والبائع يملك ذلك ، فدل
على أن الملك لم ينتقل إلى المشتري .
- (١٠) أي فومدة الخيار .
- (١١) أي فبطل أن يكون المنع من التصرف في المبيع علة في عدم انتقاله ، لوجود
هذه العلة فالراهن حيث يمنع من التصرف في الرهن مع كونه ملكه قطعاً .
- (١٢) من قوله (وأيضا) إلى آخر المسألة ، ساقط من الأصل .
- (١٣) أي المشتري .
- (١٤) أي لورد البائع المبيع في زمن الخيار .
- (١٥) أي عن المشتري اذا وطئ المبيعة .
- (١٦) أي قيمة الولد الحادث من وطئ المشتري للامة المبيعة في مدة الخيار
وانما استحق البائع عليه القيمة لأن المشتري فوت عليه تلك الولد .
- (١) لأن العلم بالمبيع شرط في صحة البيع . أنظر المنهاج ج ٤ . الوجيز
ج ١ ص ١٣٤ ونص في المجموع ج ٩ ص ٢٧٦ على أنه لا خلاف في المذهب
على بطلان هذا البيع بهذه الصفة الا قولا قديما حكاه المتولي فيما اذا =

وقال أبو حنيفة : (٢) يصح .

لنا : أن المبيع (٣) مجهول ، فلم يصح بيعه ، كما لو باعه عبداً من أربعة أو باع عبداً من ثلاثة ولم يشترط الخيار (٤) .

= قال : بعتك أحد عبيد أو عبيد الثلاثة على أن تختار من بينهم في ثلاثة أيام أو أقل صح العقد ، وهذا شأن مردود لأنه غرر . أهـ . فتح العزيز ج ٨ ص ٣١٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٨ . كشف القناع ج ٣ ص ١٥٦ . المحرر ج ١ ص ٢٩٤ . وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٩ . الجواهر ج ٢ ص ٧ . شرح المنح ج ٢ ص ٤٨٦ : وشرط للمعقود عليه عدم جهل من العاقدين أو أحدهما بمشون أو ثمن فلا يصح بيع شيء مجهول جملة أو تفصيلاً . أهـ .

ولم يجز ابن حزم بيع العين المجهولة غير الموصوفة . أنظر المحلى ج ٩ ص ٢٨٠ .

(٢) ومحل صحته ما إذا اشترط خيار التعمين بأن يشتري ^{بعشرة} على أن له الخيار في أخذ أيهما شاء وهو بالخيار ثلاثة أيام . وهذا استحسان ، والقياس أن يفسد وفاقاً لزفر .

أنظر الهداية ج ٥ ص ٥٢١ . التبيين ج ٤ ص ٢١ ، ٤٨ . مجموع الانهر ج ٢ ص ٥٧ .

(٣) في نسخة ((ب)) : أن البيع . / وهو تحريف .

(٤) حيث لا يصح ذلك البيع أصلاً لجهالة المبيع .

بجامع جهالة المبيع في كل من الأصل وهو مالو باع عبداً من ثلاثة أو أربعة ولم يشترط الخيار . والفرع وهو مالو باع عبداً من اثنين . ولما كان حكم الأصل بطلان البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل بيع عبداً من اثنين أيضاً لذلك .

قالوا : الجهالة فى عدة الثلاث^(٥) معفو عنها فى البيع^(٦) ، ولهذا يصح
البيع فى عبد بشرط الخيار^(٨) ، وان جهل ما يسلم له من الثمن^(٩) والعتق^(١٠) .
قلنا : فيجب أن يجوز فى عبد من أربعة بشرط الخيار^(١١) ، ولأن تلك الجهالة^(١٢)

(٥) فى نسخة ((ب)) : الجهالة فى مدة الثلاث لثلاث يعين فى البيع . / وفى
الأصل (فى مدة) وهو تحريف ، والصواب ما أثبتناه : فى عدة . بالعين
أى عدد العبيد الثلاث .

(٦) هذه الجملة ساقطة من نسخة ((ب)) . / والمعنى أن الجهالة
الكائنة فى بيع عبد من ثلاث معفو عنها فى البيع .

(٧) أى من ثلاثة .

(٨) أى للمشتري .

(٩) أى حيث كان البيع على ثمن فى الذمة ، لا على ثمن معين ، كأن يقول :
اشتريت عبداً من هؤلاء الثلاثة ، بهذه العشرة دنانير على أن لى الخيار
فى تعيين أحدها لا يقاع البيع عليه .

فان لم يعين العشرة : كأن يقول : بعشرة دنانير فى ذمتك . صح العقْد
هنا .

(١٠) بوقوعه على عبد من ثلاثة لا على التعيين .

(١١) أى والحال انكم لا تقولون ذلك ، مع أن المعنى الذى اجزتم من أجله
البيع فى عبد من ثلاث موجود فى الأربعة .

الا أن الحنفية يجيبون عن ذلك : بأن الحاجة تندفع بالثلاث ، لوجود
الجيد والردئ والوسط فيها ، فلا حاجة الى الأربعة ، والرخصة
انما تثبت على قدر الحاجة . أنظر التبیین ج٤ ص ٢١ .

(١٢) أى المشروط فيها الخيار ، أى فى شراء عبد من ثلاثة على أن لى
خيار التعيين فى أحدها .

تدعو الحاجة اليها لدفع الغبن ، (١٣) ولا حاجة الى بيع عبد من عبد ين . (١٤)
 قالوا : غرر (١٥) قليل تدعو اليه الحاجة ، فأشبهه خيار الثلاث ، (١٦) فان الرؤساء
 لا يحضرون السوق لا اختيار المبيع ، فيشتري الوكيل واحدا من ثلاثة ويختار
 الموكل ما يريد .

(١٣) أى عن المشتري اذا وكل من يشتري له عبدا ، فقد يشتري الوكيل
 له عبدا بأكثر من ثمن مثله ، فجاز للوكيل أن يشتري له عبدا من ثلاثة ،
 لانها تضم الأصناف الثلاثة : الجيد والوسط والردئ ، فيختار الموكل
 واحدا منها . دفعا لما يمكن أن يقع فيه الوكيل من الغبن بشراء الردئ
 منها بثمن الجيد أو الوسط .

(١٤) أى وحيث لا حاجة هنا ، لعدم وجود المعنى الذى جاز من أجله بيع
 عبد من ثلاثة عندكم وهو دفع الغبن ، فلا محل لاغتفار الجهالة فى بيع
 عبد من عبد ين ، لأن بإمكانه أن يعقد على كل واحد منهما عقدا
 بشرط الخيار ثم يجيزه فى احدهما ويفسخه فى الآخر .

أى والحال انكم اجزتموه فى الاثنين كما اجزتموه فى الثلاثة ، مع أن المعنى
 الذى اجزتموه فى الثلاث غير موجود فى الاثنين . فكان ما ذهبتم اليه فى
 هذين العقد ين غير صحيح .

(١٥) أى أن فى بيع عبد من ثلاثة مع خيار التعيين غرراً قليلاً .
 الغرر هو ما كان له ظاهر يفر المشتري وباطن مجهول ، وقال الأزهري
 ببيع الغرر : ما كان على غير عهدة ولا ثقة ، وتدخل فيه البيوع التى لا يحيط
 بكنهها المتبايعان من كل مجهول . أه النهاية ج ٣ ص ٣٥٥ .

(١٦) أى البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام ، فهو يقيس ما لم يرد به الشرع وهو
 بيع عبد من ثلاثة على ماورد به وهو خيار الثلاثة أيام .
 بجامع قلة الغرر فى كل من الأعمال وهو خيار الثلاث والفرع وهو شراء
 عبد من ثلاث بشرط الخيار .

قلنا : لا حاجة الى ذلك ، لأنه يمكنه أن يشتري ثلاثة في ثلاثة عقود ،^(١٧)

ويشترط الخيار فيختار منها ما يريد .^(١٨)

* مسألة (٧) : اذا شرط^(١) الخيار الى الليل انقطع الخيار بفـروب

الشمس .^(٢) ١٣٠/١٠

وقال أبو حنيفة : له الخيار الى طلوع الفجر .^(٤)

(١٧) أى بدلا من أن يشتري واحدا من ثلاثة أو اثنين في عقد واحد ، فيقع

العقد على مجهول .

(١٨) أى واذا صح أن له أن يشتري ثلاثة في ثلاثة عقود ويشترط الخيار

فقد بطل أن تكون ثمة حاجة في تجويز بيع عدد من ثلاثة في عقد واحد ،

وان لا حاجة فالجهالة مؤثرة ان فوجب أن يبطل العقد بها .

(١) في نسخة ((ب)) : اذا اشترط .

(٢) أى بلا خلاف في المذهب . أنظر المجموع ج٩ ص ١٧٩ . فتح العزيز

ج٨ ص ٣١٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ١٦٩ : ويسقط خيار شرط

باول الغاية كما اذا شرط الى الغد فيسقط بطلوع فجره لأن الى

لا انتهاء الغاية فلا يدخل ما بعد ها فيما قبلها . أهـ .

كشاف القناع ج٣ ص ١٩١ . وقد خرج في المغنى ج٣ ص ١٠١ هـ قولاً

للامام أحمد كقول أبي حنيفة . وقد ذكرهما عن الامام أحمد في المحرر

ج١ ص ٢٦٣ .

لم أقف على قول المالكية في هذه المسألة .

كما لم أقف على قول ابن حزم فيها أيضا .

(٣) في نسخة ((ب)) : وقال أبو حنيفة : يثبت له الخيار الى طلوع الفجر .

(٤) وخالفه صاحباه فلم يدخلا الغاية في المغيا ، أنظر المبسوط ج٣ ص ١٠٢ هـ

الدر المنتقى ج٢ ص ٢٤٠ .

لنا : هو أن " الى " لانتهاء الغاية^(٥) ، ولهذا لو قال : لفلان على من درهم الى عشرة ، أو امرأتى طالق من واحد الى ثلاثة ، لم يلزمه الدرهم العاشر ولا الطلقة الثالثة ، وإذا باعه بثمن الى شهر لم يدخل الشهر الثاني في الأجل . فوجب أن لا يدخل الليل أيضا في الخيار^(٦) .

قالوا : " الى " يحتمل أن تكون بمعنى الغاية ، كقوله (ثم أتوا الصيام الى الليل^(٧)) ويحتمل أن تكون بمعنى مع ، كقوله (وايدكم الى المرافق^(٨)) فلا يزال يقين^(٩) ملك البائع بالا احتمال .

قلنا : الا أنها في الغاية أظهر^(١٠) ، فيجب حمله على ظاهره^(١١) ، ثم يبطل به اذا قال : ان لم أكلم زيدا الى الليل فعبدى حر ، فانه يزول ملكه^(١٢) بغروب الشمس ، مع الاحتمال^(١٣) .

(٥) أى فلا يدخل المغيا فيها لأنه ليس منها . قال ابن يعيش : أعلم أن " الى " تدل على انتهاء الغاية كما دلت " من " على ابتدائها فهي نقيضتها . أهـ شرح الفصل ج ٨ ص ١٤ .

(٦) في نسخة ((ب)) : فى الاجل . / أى فى أجل الخيار .
(٧) سورة البقرة آية / ١٨٧ . / أى الى أول دخول الليل ، ودخوله يكون بغروب الشمس .

(٨) سورة المائدة آية / ٦ . / أى فيجب غسل المرافق مع الايدى أيضا .
والمقصود أن حرف " الى " من الحروف المجملة ولا يعمل بالاجمال حتى يكون بيان ، لان الاجمال احتمال الدليل لاكثر من معنى . والدليل اذا دخله الاحتمال يبطل^{به} الاستدلال .

(٩) سقط قوله (يقين) من نسخة ((ب)) .
(١٠) فى نسخة ((ب)) : ظاهر .
(١١) لأن الظاهر يعين المراد عند الاحتمال بكثرة الاستعمال ، فيكون من القرائن المرجحة عند التعارض أو الاحتمال .

(١٢) أى عن العبد بالعتق .
(١٣) أى فليس الاحتمال مانعا من الحكم باحد الاحتمالين الواردين على حرف " الى " والاحتمال المقصود هنا هو احتمال دخول الليل فى الغاية واحتمال عدم دخوله فيها ، ثم يعتق العبد مع هذا الاحتمال .

* مسألة (٨) : اذا اشترى عبداً بجارية وشرط^(١) الخيار لا حد هما فاعتقهما من له الخيار ، لم ينفذ العتق فيهما ، بل ينفذ فيما باع^(٢) في أحد القولين^(٤) وفيما اشترى^(٥) في الوجه الآخر^(٦) . ١٣٠ / ١
وقال أبو حنيفة : ينفذ فيهما^(٧) .

- (١) في نسخة ((ب)) : فشرط .
(٢) في نسخة ((ب)) : لم ينعقد . / وهو تحريف .
(٣) أى على القول بأن الملك للبائع في مدة الخيار . فيكون قد أوقع العتق على ما يملكه .
(٤) في الأصل (في أحد الوجهين) والصواب أنهما قولان ، كما في نسخة ((ب)) .
(٥) أى على القول بأن الملك للمشتري في زمن الخيار ، فيكون قد أعتق ما يملك . فتكون هذه المسألة مبنية على الملك في زمن الخيار فان قلنا : للبائع مطلقاً نفذ عتقه فيما باع ، وان قلنا : للمشتري مطلقاً نفذ عتقه فيما اشترى .
(٦) المجموع ج ٩ ص ٢٠٤ . الوجيز ج ١ ص ١٤٢ .
وبنفان عتق المشتري يقول الحنابلة .
أنظر : شرح المنتهى ج ٣ ص ١٧١ . كشاف القناع ج ٣ ص ١٩٧ . المفسنى ج ٣ ص ٤٨٧ .
وبما أن المالكية يقولون ببقاء الملك للبائع زمن الخيار ، فانهم يكونون قائلين بالوجه الأول .
أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٥١ . الجواهر ج ٢ ص ٣٧ . القوانين ص ٣٠ .
واما ابن حزم فقد أنكر خيار الشرط أصلاً للبائع وللمشتري أولهما . أنظر المحلى ج ٩ ص ٣٢٨ .
(٧) وجهة قوله هي أن الخيار يمنع نقل الملك ، فإذا كان الخيار للبائع فالملك له على البت فينتقل ملكه لرضاه بـ لبيع إلى البائع فإذا اعتقهما البائع نفذ فيهما عتقه .
وان كان الخيار للمشتري واعتقهما نفذ في الثمن وهو العبد ويكون عتقه هذا فسخاً للبيع ، وينفذ عتقه في المبيع أيضاً لان انتقال الملك اليه حيث لا خيار للبائع فيكون قد باع على البت . فينفذ عتقه فيهما معا أيضاً .
أنظر :

لنسا : انهما مملوكان لا يملك عتق أحدهما بعد الآخر ، فلا ينفذ عتقه
 فيهما ، كعبده وعبد غيره . (١٠) ولانه ازالة ملك ، فلا ينفذ فيهما ، كالبيع (١١) ،
 ولأن عتق أحدهما (١٢) يقتضى الفسخ (١٣) ، وعتق الآخر (١٤) يقتضى الامضاء (١٥) ،

(٨) لانه حيث حكم بملك المبيع لا حد هما حكم بملك الثمن للآخر وحيث وقف
 البيع وقف الملك .

(٩) فونسخة ((ب)) : فلا ينفذ عتقه فيهما ، كالبيع . / في العبارة سقط كما سيأتى
 في هامش (١١) .

(١٠) حيث لا يصح منه عتق عبد غيره .

بجامع عدم ملك عتق أحدهما بعد الآخر ، في كل من الاصل وهو عتق عبده
 وعبد غيره ، والفرع وهو مالوا اشترى عبدا بجارية وشرط الخيار لا حد هما
 فاعتقهما .

ولما كان حكم الأصل نفاذه في عبد الغير ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينفذ
 عتقه في عبد الطرف الاخر أيضا لذلك .

(١١) سقط قوله (كعبده وعبد غيره ولانه ازالة ملك ملا ينفذ فيهما) من نسخة ((ب)) .

والجامع في القياس المذكور (كالبيع) هو ازالة الملك في كل من الاصل
 وهو بيع عبده وعبد غيره في زمن الخيار ، والفرع وهو مالوا اشترى عبدا
 بجارية وشرط الخيار لا حد هما فاعتقهما من له الخيار .

ولما كان حكم الاصل هو عدم نفاذ البيع في العبدین معا ، كان حكم الفرع
 كذلك فلا ينفذ العتق في العبد والجارية أيضا لذلك .

(١٢) أى أحد العبدین .

(١٣) لان اعتاقه لعبده زمن الخيار ، دليل على اعراضه عن البيع ، ففسخ .

(١٤) أى العبد الاخر الذى هو ملك للطرف الثانى في البيع .

(١٥) لان تصرفه في عبد غيره زمن الخيار تصرفا يختص الملك ، دليل على

أنه اختار امضاء البيع .

فغلب الفسخ، كما لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر. (١٧)
 قالوا: يملك عتق كل واحد منهما، فملك عتقهما، كعبد ين له. (١٨)
 قلنا: يبطل به إذا اشترى أحد العبدين على أنه بالخيار. (٢١) ولأن (٢٢)
 يملك الفسخ والاجازة ولا يملكهما، (٢٣) ويملك بيع كل واحد منهما (٢٤) ولا يملك بيعهما. (٢٥)

(١٦) لان المشتري اذا أعتق الثمن وهو الجارية هنا. فقد فسخ البيع، فليس له أن يعتق الآخر وهو العبد كما أنه اذا أعتق البائع المبيع وهو العبد فقد فسخ البيع فليس له عتق الجارية .

(١٧) حيث يغلب الفسخ اذن .

(١٨) أى من له الخيار .

(١٩) وذلك أنه اذا كان الخيار للبائع فملك المبيع له . فيملك عتقه، وحيث لا خيار للمشتري فملك الثمن للبائع أيضا ، فالبائع اذن يملك عتق كل واحد منهما، فملك عتقهما جميعا .

واذا كان الخيار للمشتري فملك الثمن له فملك عتقه . وحيث لا خيار للبائع فملك المبيع للمشتري أيضا لا نتقاله اليه بالبيع ، فالمشتري اذن يملك عتق كل منهما فملك عتقهما جميعا أيضا .

(٢٠) حيث يملك عتق عبده .

بجامع ملكه عتق كل واحد منهما منفردا ، فى كل من الأصل وهو مالو كان له عبدان ، والفرع وهو مالو اشترى عبدا بجارية بشرط الخيار له . ولما كان حكم الاصل صحة عتقهما منه معا ، كان حكم الفرع كذلك فللمشتري عتق العبد والجارية زمن الخيار أيضا لذلك .

(٢١) حيث يكون له عتق أحدهما ، ثم لا يجوز له عتقهما جميعا .

(٢٢) أى من له الخيار من المتعاقدين .

(٢٣) أى جميعا ، لما فى ذلك من تضارب الأحكام .

(٢٤) أى ولا يملك بيع الاخر .

(٢٥) أى جميعا ، وذلك لانه متى حكم بملك المبيع لأحد المتبايعين ، حكم بملك

الثمن للآخر وهو انما يملك بيع ما يملك فقط .

* مسألة (٩) : اذا باع الى الحصار^(١) أو يختار أربعة أيام ، ففسد

العقد ولا تلحقه الصحة . / ١٣٠ ي

(١) في الأصل (ويختار) بالواو . فسقط الهزة ، والصواب اثباتها —
كما في نسخة ((ب)) .

(٢) المجموع ج ٩ ص ١٨١ : اذا شرط في البيع خيارا أكثر من ثلاثة أيام فقد
ذكرنا أن البيع باطل فلو اسقطا الزيادة بعد مفارقة المجلس وقبل
انقضاء الثلاثة لا ينقلب العقد صحيحا عندنا بلا خلاف . أهـ .

وفي المنهاج ص ٤٧ : وانما يجوز - أي الخيار - في مدة معلومة لا تزيد
عن ثلاثة أيام . أهـ قال القليوبي ج ٢ ص ١٩٣ : فان زاد عليها بطل
العقد . أهـ .

وهو أصح القولين عند الحنابلة كما قال ابن قدامة ، المغني ج ٣ ص ٥٠٢ :
وهو اختيار القاضي وابن عقيل . أهـ .

الا أن المعتمد عند الحنابلة ما في الكشف ج ٣ ص ١٩١ : أو شرطاه -
أي الخيار - الى الحصار أو الجذان ونحوه فيلغو الشرط ويصح البيع مع
فساد الشرط . أهـ

ويصح عند الحنابلة شرط الخيار لأكثر من ثلاثة أيام . أنظر شرح المنتهى
ج ٢ ص ١٦٨ كشف القناع ج ٣ ص ١٩٠ .

واما المالكية فيذهبون في تحديد مدة الخيار الى مراعاة المبيع فمنه
ما تكون مدة الخيار فيه شهرا كالعقار والارض ومنه اسبوعا كالرقيق ،
ومنه ثلاثة أيام كالدواب والثياب ومنه ساعة كالفواكه ، فان زاد في المدة
على ما هو أمد خيارها فسد العقد ، ثم لا تلحقه الصحة . أنظر القوانين
ص ٢٩٩ . الجواهر ج ٢ ص ٣٥ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٤٨ والبلغة عليه .
المنتقى ج ٥ ص ٥٧ .

واما ابن حزم فلا يجيز خيار الشرط أصلا لا ثلاثة أيام ولا أكثر ولا أقل . أنظر
المحلى ج ٩ ص ٣٢٨ .

وقال أبو حنيفة : البيع فاسد فان اسقط ذلك ، (٣) صح العقد . (٤)

وقال بعض الخراسانيين : العقد موقوف . (٥)

لنا : أنه شرط لا يصح الوفاء به ، (٦) فأفسد البيع ————— ع ،

(٣) أى اختيار الأربعة أيام بأن جعلها ثلاثة . وقد أجاز الصاحبان الزيادة على

الثلاثة . أنظر الهداية ج ٥ ص ٤٩٩ .

(٤) خلافا لزفر . أنظر الهداية ج ٥ ص ٥٠٠ . تبين ج ٤ ص ١٥٠ . المبسوط : ج ٣

ص ٦٢-٦٣ .

وهو قول عند المالكية ، شرح المنح ج ٢ ص ٦١٣ و ص ٦١٤ ذكره عن المازرى .

(٥) الكفاية على الهداية ج ٥ ص ٥٠١ . المبسوط ج ٣ ص ٦٣ . تبين ج ٤ ص ١٥٠ .

(٦) لان الشرع انما ورد بجواز الخيار ثلاثة أيام فقط ، فالزيادة عليه باطل فاشتراطها

فى العقد يبطله لأن الشرع انما أجاز خيار الثلاث لمحل الحاجة اليه ولا حاجة

فى الزيادة عليها ، والدليل على الوصف ما رواه محمد بن يحيى بن حبان قال :

كان جدى منقذ بن عمرو وكان رجلا قد أصيب فى رأسه آمة فكسرت لسانه ،

ونقصت عقله وكان يغبن فى البيوع وكان لا يدع التجارة فشكا ذلك الى

النبي صلى الله عليه وسلم فقال : اذا انت بعث فقل لا خلاية ثم أنت فى كل بيع

تبتاعه بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فأمسك وان سخطت فرد . أه

ورواه البيهقى ج ٥ ص ٢٧٣ باب الدليل على أن لا يجوز شرط الخيار فى

البيع أكثر من ثلاثة أيام . قال النووى : هذا الحديث حسن . رواه البيهقى

بهذا اللفظ باسناد حسن وكذلك رواه ابن ماجه - ج ٢ ص ٧٨٩ باب الحجر

على من يفسد ماله رقم / ٢٣٥٥ - باسناد حسن . وكذا رواه البخارى فى

تاريخه فى ترجمة منقذ بن عمرو - باسناد صحيح الى محمد بن اسحاق ،

ومحمد بن اسحاق المذكور فى اسناده هو صاحب المغازى والاكثر وثقوه وانما

عابوا عليه التدليس وقد قال فى روايته حدثنى نافع ، والمدلس اذا قال : حدثنى

أو أخبرنى أو سمعت ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع احتج به عند

الجاهلير وهو مذنب البخارى ومسلم وسائر المحدثين . أه المجموع ج ٩ ص ١٧٧ .

وروى البيهقى أيضا ج ٥ ص ٢٧٤ فى نفس الباب عن نافع عن ابن عمر مرفوعا :

الخيار ثلاثة أيام ، قال الشيخ - أى البيهقى - وهذا مختصر من حديث ابن

اسحاق - أى المتقدم - . أه .

كما لو باع^(٧) بشرط أن لا يسلم^(٨) ، ولأنه لو هلك المبيع ضمنه^(٩) بالقيمة^(١٠) ، فدل على أنه فاسد^(١١) ، وكل بيع فسد لمعنى^(١٢) ، لم يصح باسقاطه ، كما لو باع درهما بدرهمين^(١٣) ، أو باع بثمن الى قدوم زيد^(١٤) ، ولأنه عقد أفسده شرط المدة^(١٥) ، فلا يلحقه

- (٧) فى نسخة ((ب)) : كما لو باعه .
 (٨) أى لا يسلم المبيع حيث يبطل البيع ولا تلحقه الصحة / اسقط ذلك الشرط .
 والجامع فى القياس المذكور هو أنه شرط لا يصح الوفاء به فى كل من الأصل وهو مالو باعه بشرط أن لا يسلمه المبيع ، والفرع وهو مالو اشترط الخيار أربعة أيام .
 ولما كان حكم الأصل بطلان البيع وعدم صحته . وان اسقط الشرط ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح وان اسقط الشرط أيضا لذلك .
 (٩) أى المشتري ، أى اذا هلك المبيع فى مدة الخيار وكان فى يده .
 (١٠) أى وليس بالثمن ، لأنه ضمان يذ فيضمن بالبدل بالمثل أو بالقيمة ، لا ضمان عقد حتى يضمن بالمقابل وهو الثمن .
 (١١) ان لو لم يكن العقد فاسدا لوجب تسليم الثمن لانه هو المتفق عليه وان قد تلف المبيع فقد تعذر اداء الثمن فوجبت القيمة .
 (١٢) فى نسخة ((ب)) : بمعنى .
 (١٣) حيث يبطل ذلك العقد للمفاضلة الربوية فيه فلا يصححه اسقاط سبب الفساد وهو المفاضلة ، بل يبطل ثم ينشأن عقدا جديدا بدون تلك المفاضلة .
 (١٤) حيث يبطل هذا العقد أيضا لتعلق تمامه بمجهول وهو زمن قدوم زيد ، والجامع فى القياسين المذكورين هو أنه بيع فسد لمعنى فى ذات العقد ، فى كل من الأصل وهو مالو باع درهما بدرهمين أو باع بثمن الى قدوم زيد والفرع وهو مالو باع الى الحصاد ويختار أربعة أيام .
 ولما كان حكم الأصل عدم صحته باسقاط الشرط فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح وان اسقطا الشرط فيه أيضا لذلك .
 (١٥) وهى الزيادة على ثلاثة أيام ، والجهالة فى جعل المدة الى الحصاد ، لما فى ذلك من الجهالة .

باسقاطها الصحة،^(١٦) كمنكاح المتعة^(١٧)، ولأنه لو أمكن اسقاطه، لسقط بنفسه، كما قلنا فيمن تزوج حرة، وأمة^(١٨)، أو تزوج على صداق باطل^(١٩)، وكما قلنا في الهدنة على أكثر من عشر سنين.^(٢٠)

قالوا : خيار يمنع الملك^(٢١)، فجاز اسقاطه^(٢٢)، كخيار الثلاث^(٢٣).

(١٦) لأنه انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا، بل لا بد من استثنائه بعقد جديد .

(١٧) حيث لا ينقلب صحيحا وان اسقطا شرط المدة منه .

بجامع أنه عقد أفسده شرط المدة في كل من الأصل وهو نكاح لمتعة والفرع وهو البيع إلى الحصاد أو شرط الخيار إلى أربعة أيام .

(١٨) حيث يبطل عقده على الأمة ويصح على الحرة لأن عقده على الأمة لا يصح

إلا بشرط انعدام القدرة على التزوج من الحرة . أنظر الوجيز ج ٢ ص ١٢ .

(١٩) حيث يبطل ذلك الصداق بنفسه ويجب عليه مهر المثل، أنظر المنهاج ،

ص ١٠٢ .

(٢٠) حيث تسقط الزيادة عليها بنفسها وتلغى من العقد . في أظهر القولين

والثاني: أنها تلغى هي والعقد أيضا ، كالقولين في تفريق الصفقة . ومحل

جواز الهدنة لعشر سنين هو ما إذا كان بالمسلمين ضعف ، والا بان كانوا

أقوياء فأربعة أشهر فقط ، أنظر شرح المحلى ج ٤ ص ٢٣٧ .

(٢١) لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه إلى المشتري . أنظر الهداية

ج ٥ ص ٥٠٣ .

(٢٢) لأنه لا زال في ملك البائع فله حق التصرف بالفاء ما يفسد العقد .

(٢٣) حيث يملك اسقاط خيار الثلاثة أيام ، إذا اشترطه في العقد .

بجامع أن كلا خيار يمنع الملك ، أما الأصل فهو خيار الثلاث وأما الفرع

فهو خيار أربعة أيام .

ولما كان حكم الأصل جواز اسقاطه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اسقاط

الشرط الفاسد أيضا لذلك .

قلنا : خيار الثلاث لا يمنع المالك ، (٢٤) ثم هو خيار (٢٥) جائز فملك اسقاطه ،
 كالثمن الصحيح ، وهذا (٢٨) خيار باطل (٢٩) فهو كالثمن الحرام (٣٠) ، أو ذاك حق له ،
 فملك التصرف فيه ، وهذا ليس بحق له . (٣٢)

-
- (٢٤) أى كما هو أحد الأقوال الثلاثة عند الشافعية . أنظر المنهاج ص ٤٧ .
 (٢٥) أى خيار الثلاث .
 (٢٦) لورود الشرع به كما سبق أن ذكرنا فى هامش رقم (٦) من هذه المسألة .
 (٢٧) حيث يملك اسقاطه عن المشتري .
 بجامع الإباحة فى كل من الأصل وهو الثمن الصحيح ، احترازاً عن
 الفاسد ، والفرع وهو خيار الثلاث ، ولما كان حكم الأصل هو جواز
 اسقاط الثمن الصحيح كان حكم الفرع كذلك فيجوز اسقاط خيار الثلاث
 أيضاً لذلك .
 (٢٨) أى خيار الأربعة أيام أو إلى الحصاد .
 (٢٩) لعدم ورود الشرع به ولما فيه من الضرر .
 (٣٠) حيث يبطل العقد ، ثم لا يصح باسقاطه واستبداله بالثمن الحلال .
 بجامع أنه باطل فى كل من الأصل وهو الثمن الحرام والفرع وهو خيار
 الأربعة أيام .
 ولما كان حكم الأصل عدم صحة العقد باسقاطه ، كان حكم الفرع كذلك
 فلا يصح العقد وإن اسقط الشرط الفاسد أيضاً لذلك .
 (٣١) أى خيار الثلاث حق للمعاقد ، أجاز له الشرع .
 (٣٢) أى خيار الأربعة أيام ، ليس بحق له لعدم ورود الشرع به ، فلا يملك
 التصرف فيه باسقاطه ، بل يعود على العقد بالبطلان .
 والمقصود اثبات الفارق فى قياسهم خيار الأربعة أيام على خيار الثلاث
 والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : اذا جاز أن ينعقد غير منبرم ثم ينبرم (٣٣) (٣٤) وينعقد غير فاسد ثم يفسد ، (٣٥)

(٣٦)

جاز أن ينعقد غير صحيح ، ثم يصح .

قلنا : غير المنبرم صحيح ، الا أنه ضعيف ، فجاز أن يقوى ، والصحيح (٣٧)

موجود فجاز أن يبطل كالصرف في المجلس ، قبل القبض (٣٨) ، والفاقد غير موجود ،

فلا يصح حتى يتدأ كالصرف اذا تفرقا فيه قبل القبض . (٤٠)

* مسألة (١٠) : يجوز لمن له الخيار فسخ البيع من غير حضور صاحبه (١) ١٣٠ ش

(٣٣) من أبرم الشيء اذا احكمه . أنظر المختار ص ٥٥ .

والمعنى أنه اذا جاز له أن يعقد البيع غير منبرم وذلك باشتراط الخيار
فيه .

(٣٤) في نسخة ((ب)) : ثم يبرم / أى ثم ينبرم بامضاء البيع واسقاط
الخيار أو بمضى مدة الخيار فيه .

(٣٥) بأن يعقد على البت ثم يشترط الخيار بعده .

(٣٦) لعدم الفرق بين هذه الصور جميعها .

(٣٧) أى يلزم ، وذلك باسقاط الخيار منه .

(٣٨) أى والتفرق قبل القبض ، حيث يبطل به ، مع أنه انعقد صحيحا فى
المجلس .

(٣٩) أى يستأنف بعقد جديد .

(٤٠) حيث يبطل ، ثم لا يصح وان تقابضا بعد ذلك .

أى وهذا فارق بين الأصل والفرع فيبطل به قياسهم المذكور .

(١) بلا خلاف فى المذهب .

أنظر : المجموع ج ٩ ص ١٨٨ . الوجيز ج ١ ص ١٤١ .

وهو قول الحنابلة أيضا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٠ . كشف القناع ج ٣ ص ١٩٣ . المغنى

ج ٣ ص ٥٠٣ .

واليه ذهب المالكية أيضا .

أنظر : القوانين ص ٢٩٩ . الشرح الكبير ج ٣ ص ٩٩ . الجواهر ج ٢ ص ٣٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز فى خيار الشرط الا بمحضر من صاحبه ، وفى الرد بالمعيب لا يجوز قبل القبض الا بمحضره ، ولا يجوز بعده الا برضاه ، أو قضاء القاضى . (٢)

لنا : أن من لا يعتبر رضاه فى قطع عقد (٣) ، لم يعتبر حضوره (٤) كالمراة فى الطلاق ، والموصى له فى الوصية (٥) ، ولا يلزم المراة فى اللعان (٦) ، لأنه لا يعتبر حضورها ، ولا الحاكم فى اللعان (٧) لأنه يعتبر رضاه ، ولا نه تصرف استبقى فيه لنفسه حق الرجوع ، فلم يعتبر فيه حضور صاحبه كالرجعة (٨) ، ولا نه معنى ينقطع

(٢) وخالفه أبو يوسف .

أنظر : الهداية ج ٥ ص ٥١١ . المبسوط ج ١٣ ص ٥٥ .

واما ابن حزم فلا يقول بخيار الشرط أصلا . أنظر المحلى ج ٩ ص ٣٢٨ .

(٣) أى فى فسخه .

(٤) لانه لا تأثير له فى منع وقوع الفسخ . لأن البيع قد وقع من جهته على البت .

(٥) حيث لا يعتبر حضورهما فى ايقاع الطلاق عليها ورجوع الموصى فى وصيته .

بجامع عدم اعتبار رضاه فى ابرام العقد فى كل من الأصل وهو المراة فى

الطلاق والموصى له فى الوصية والفرع وهو فسخ من له الخيار فى عقد

البيع .

ولما كان حكم الأصل عدم اعتبار حضورهما فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يعتبر

حضور من لم يشترط الفسخ أيضا لذلك .

(٦) أى حيث لا يعتبر رضاها فى ايقاعه عليها .

(٧) أى حيث لم نعتبر حضوره .

(٨) حيث لا يعتبر فى صحتها حضور المراة .

بجامع أن كلا تصرف استبقى فيه لنفسه حق الرجوع ، اما الأصل

فهو الرجعة واما الفرع فهو عقد البيع اذا شرط فيه الخيار لنفسه .

ولما كان حكم الأصل عدم اعتبار حضورها فيه ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يعتبر حضور من لم يشترط الخيار أيضا لذلك .

به خيار الشرط ، فأشبهه الاجازة .^(٩)

قالوا : فسخ عقد يتعلق به حق كل واحد منهما ، فلم يجهز من غير

حضور صاحبه ، كالاقالة وفسخ الوديعة .^(١٠)

قلنا : النكاح أيضا يتعلق به حق كل واحد منهما ، فان له حق الاستمتاع

ولها المهر والنفقة والاستمتاع ، ولهذا قال الله تعالى (ولهن مثل الذي

عليهن بالمعروف)^(١١) ثم يملك رفعه^(١٢) من غير حضورها ، ولأنه وان تعلق به^(١٤)

الاجازة

(٩) حيث يجوز لمن رضى بيع الخيار منهما من غير حضور صاحبه .

بجامع انقطاع خيار الشرط به ، في كل من الاصل وهو الاجازة وهي

امضاء البيع ، والفرع وهو فسخ عقد البيع .

ولما كان حكم الاصل عدم اعتبار حضور الطرف الثاني فيه ، كان حكم الفرع

كذلك فلا يعتبر حضوره للفسخ أيضا لذلك .

(١٠) حيث لا تصح من غير حضور الطرف الثاني .

بجامع تعلق حق كل واحد من طرفي العقد فيه ، في كل من الأصل وهو

الاقالة وفسخ الوديعة ، والفرع وهو عقد البيع ،

ولما كان حكم الاصل اعتبار حضور الطرف الاخر فيه ، كان حكم الفرع

كذلك فيعتبر حضور الطرف الاخر في فسخ البيع أيضا لذلك .

(١١) البقرة آية / ٢٢٨ .

(١٢) أي زالته بالطلاق . وفي الأصل (دفعه) بالدال المهملة . وما أثبتناه

من نسخة ((ب)) أولى .

(١٣) أي فيبطل أن تكون العلة المذكورة وهي كونه عقداً يتعلق به حق كل

واحد منهما مضطربة ، لأنها منقوضة بعقد النكاح كما ذكره المصنف ،

والاضطراب شرط في علة الحكم ليقاس الفرع على الأصل فيه .

(١٤) أي بعقد البيع .

حق صاحبه (١٥) الا أنه جعل اليه (١٦) فرضى بفسخه، ولهذا لو حضر (١٨) لم يملك منعه،
 فلا معنى لاعتبار حضوره ، والا قالة كالخلع لانه يفتقر الى القبول والتراضى (١٩)،
 وهذا كالطلاق (٢٠) ، والوديعة لا نسلم (٢١) فانها تنفسخ من غير حضور المودع ، حتى
 اذا علم به (٢٢) وجب عليه الرد (٢٣) وانما لضمان عليه (٢٤) ، لأن الضمان يتعلق
 بالعدوان (٢٥) ولهذا لو فسخ بحضرته لم يضمن الى أن يتمكن من (٢٧) السرد ،

- (١٥) لكونه أحد طرفى العقد .
 (١٦) أى الا أن يحق الفسخ جعل الى من اشترط الخيار .
 (١٧) فى الأصل (ورضى) والأولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) . / أى فلا
 اعتبار لحضور صاحبه ان .
 (١٨) أى الطرف الثانى وهو من لم يشترط له الخيار منهما .
 (١٩) أى من الطرفين فى الاقالة والفسخ ، فاشترط حضورهما لذلك ، ولا كذلك
 فى فسخ البيع بالخيار ، ان لا يشترط رضا الطرف الآخر ، فلا يشترط
 حضوره .
 (٢٠) حيث لا يشترط فيه حضور المرأة .
 بجامع جعل الحق فى الفسخ اليه ، فى كل من الاصل وهو الزوج فى
 الطلاق ، والفرع وهو من شرط الخيار لنفسه فى البيع .
 ولما كان حكم الاصل صحة ايقاعه الطلاق من غير حضور المرأة ، كان حكم
 الفرع كذلك فيصح ايقاعه الفسخ فى البيع من غير حضور الطرف الآخر
 أيضا لذلك .
 (٢١) أى بوجوب حضور طرفى العقد فيها .
 (٢٢) أى اذا علم المودع - بالفتح - بفسخ العقد .
 (٢٣) أى على من ودعت عنده .
 (٢٤) أى فيما اذا تلفت عنده بعد الفسخ وقبل العلم به .
 (٢٥) أى ولا عدوان منه بعدم العلم .
 (٢٦) أى لو فسخ عقد الوديعة بحضرة من ودعت عنده .
 (٢٧) فى نسخة ((ب)) : عنها .

وان كانت قد انفسخت ، (٢٨) وان سلم فلان (٢٩) الودیعة فسخها بالاسترجاع ، وهذا (٣٠)
بالقول . (٣١)

قالوا : فی الرد بالعيب رفع عقد بالعيب ، فلا ینفرد به ، كالرد بالعنه . (٣٢) (٣٣)

(٢٨) لانه لا عد وان منه عليها فصح أنه لا عبرة بحضور المودع بالفتح - فی فسخ الودیعة .

(٢٩) أى بأنه یلزم حضور طرفی عقد الودیعة لفسخها .

(٣٠) وهذا یحتاج الى فعد من الطرفين معا لیتم الفسخ فیها .

(٣١) أى فسخ عقد البیع یحصل بقوله فسخت البیع أو ما یدل على هـذا

المعنى ویبقى المبیع عند صاحبه . ولا كذلك الودیعة فان العقد بهـا

ینفسخ بالاسترجاع فهذا فارق یبطل به قیاسهم فسخ عقد البیع المشروط

فيه الخيار لا عند طرفیه على الودیعة .

(٣٢) أى فلا ینفرد أحد المتعاقدين برده .

(٣٣) فی الأصل : كالرد بالقبض ، ولا معنى له هنا .

فی تصحیح التنبیه ص ١٠٥ : العنین : بكسر العین والنون المشددة

وهو العاجز عن الوطء وربما اشتهاه ولا یمكنه مشتق من عن الشئ اذا اعترض

أى یعترض عن یمین الفرج وشماله قال ابن الاعرابی : جمع العنین

والمعنون عنن . . . قال صاحب المحکم - یعنی ابن سیده - : هو عنین بین

العنانة والعنينة والعنينية ، قال أبو عبید : امرأة عنينة وهى التى لا ترید

الرجال - ثم نبه على استعمال هذه الكلمة فقال : - واما ما یقع فی کتب

أصحابنا من قولهم : العنة . یريدون التعنین فلیس بمعروف فی اللغة ،

وانما العنة الحظيرة من الخشب تجعل للابل والغنم تحبس فیها . أهـ .

وأنظر المصباح ج ٢ ص ٨٤ .

والجامع فی القیاس المذكور هو الرد بالعيب فی کد من الأصل وهو الرد

بالعنة والفرع وهو فسخ عقد البیع الذى شرط الخيار فیهِ لا عند طرفیه .

ولما كان حکم الاصل عدم انفراد أحد المتعاقدين برده ، كان حکم الفرع

کذلك فلا ینفرد من له الخيار برده أيضا لذلك .

قلنا : لان ذاك يفتقر الى اقرار الزوج بالمعجز (٣٤) والى حكم الحاكم (٣٥)
لانه مجتهد فيه وهذا بخلافه . (٣٦)
قالوا : لو قلنا انه يرد بعد القبض ، لأن دخلناه (٣٧) في ملكه من غير رضا (٣٨)
ولا ولاية . (٣٩)

قلنا : يبطل بما قبل القبض . (٤٠)

* مسألة (١١) : لا يسقط خيار الشرط وخيار الشفعة بالموت . / ١٣٠ ش . (١)

-
- (٣٤) أى عن الجماع بسبب العنة .
(٣٥) وكلا هذين الامرين يحتاجان الى حضور طرفي العقد ، لسماع اقرار الزوج وليحكم الحاكم بمعجز الزوج ، ولا كذلك الفسخ في البيع .
(٣٦) أى ثبت الفارق بين الأصل والفرع في قياسهم المذكور والقياس معه باطل .
(٣٧) أى المبيع .
(٣٨) أى من البائع با دخال المبيع في ملكه ، أى والملاك يعتمد الرضى من المملك والممتلك .
(٣٩) أى من الراد على المردود اليه .
(٤٠) أى حيث اجزتم للمشتري رد المبيع بالعيب قبل القبض مع حضور البائع ثم لم تعتبروا ذلك ادخالا للمال على ملك البائع من غير رضا ولا ولاية .
(١) سقط قوله (بالموت) من نسخة ((ب)) : / أى بل ينتقل الحق الى الورثة .
أنظر المسألة : الام ج ٣ ص ٥٠ . المختصر ص ٧٦ . المنهاج ص ٤٧ .
وهو قول الحنابلة بشرط أن يطالب به من له الخيار قبل موته .
أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٢ . كشف القناع ج ٣ ص ١٩٩ . وفي المحرر ج ١ ص ٢٧٦ :
قال : وخيار الشرط والشفعة وحده القذف لا تورث الا بمطالبة من الميست نص عليه ، ويتخرج انها تورث . أهـ .
ولم يسقطه المالكية بالموت أيضا كالشافعية . القوانين ص ٣٠ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٥٠ . الجواهر ج ٢ ص ٣٧ . شرح المنح ج ٢ ص ٦٢١ .

وقال أبو حنيفة : يسقط^(٢).

لنا : هو^(٣) انه خيار ثابت لدفع الضرر^(٤) عن المال ، فورث ، كخيار

الرد بالعيب^(٥).

فان قيل^(٦) : ذاك^(٧) فيه معنى المال^(٨) ، ولهذا يؤول الى المال^(٩) ،

قيل : الا أن الخيار في نفسه ليس بمال^(١٠) ، ولأن ام الولد تؤول الى

(٢) المبسوط ج ١ ص ٤٢ . الهداية ج ٥ ص ٥١٤ مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٣ .
وهو قول ابن حزم في الشفعة . أنظر المحلى ج ١ ص ٢٧ ، واما خيار
الشرط فلا يجوز عنده أصلا . أنظر المحلى ج ٩ ص ٣٢٨ .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) وهو الغبن .

(٥) حيث يثبت فيه الحق للورثة . أنظر عميرة ج ٢ ص ١٩٢ .
بجامع أن كلا خيار ثابت لدفع الضرر عن المال . أما الأصل فهو خيار
الرد بالعيب واما الفرع فهو خيار الشرط .

ولما كان حكم الأصل ثبوت حق الخيار فيه للورثة ، كان حكم الفرع كذلك
فيثبت الحق فيه للورثة أيضا لذلك .

(٦) أى طلبنا لنقصر القياس المذكور باثبات الفارق فيه بين الأصل والفرع .

(٧) اشارة الى خيار العيب .

(٨) أى والمال من شأنه انه يورث . ولا كذلك خيار الشرط . فلا يصح قياس
أحدهما على الآخر للفارق بينهما .

(٩) وذلك بأن يرد المبيع المعيب بحكم خيار العيب ويسترجع الثمن وهو المال
الذى دفعه للبائع وان قد آل الى المال فانه يورث .

فان قد آل خيار العيب الى المال ولم يكن خيار الشرط كذلك فقد صح
أن بين الاصل والفرع في قياس خيار الشرط على خيار العيب فارقا .

فيطل به القياس المذكور .

(١٠) سقط حرف (في) من نسخة ((ب)) .

(١١) أى وان كان يؤول الى المال . والعلة في قياس خيار الشرط على خيار العيب
هي ثبوت الخيار لدفع الضرر عن المال فانتفى الفارق الذى ذكره بسين
الأصل والفرع في هذا القياس . وضح ان خيار العيب ليس بمال فهو كخيار
الشرط ولذلك جاز قياسه عليه .

مال اذا أتلقت ثم لا تورث ، (١١) ولانه خيار ثابت يتوصل به الى اختيار الثمن (١٢)
أو المثمن ، (١٣) فأشبهه اذا شرط انه كاتب فخرج بخلافه . (١٤)
فان قيل : الخيار فى الأصل (١٥) (١٦) (١٧) ثبت حكما ، فلم يسقط ، (١٨)

- (١١) أى فدل على بطلان التعديل المذكور لوجوده فى أم الولد ثم تخلف الحكم عنها ، أى والحال كذلك بالنسبة الى خيار العيب فانه ليس بمال وانما يؤول اليه ثم خيار العيب يورث واما أم الولد فلا تورث . فصح أنه ليس كل ما يؤول الى مال يورث .
- (١٢) فى نسخة ((ب)) : الى اختبار الثمن . / بالباء الموحدة ، أى الى معرفة مدى الغبن فيه .
- (١٣) وذلك بعد فحص المبيع وعرضه على ذوى الخبرة للموازنة بينه وبين الثمن . ثم يختار الامضاء أو الفسخ .
- (١٤) حيث يثبت للورثة خيار الرد فيه لتخلف شرط المشتري فى المبيع . والجامع فى القياس المذكور هو أنه خيار ثابت يتوصل به الى اختيار الثمن أو المثمن فى كل من الأصل وهو مالو شرط فى شراء العبد أن يكون كاتباً فبان بخلافه والفرع وهو مالو اشترى وشرط الخيار ومات قبل تمام المدة المشروطة .
- ولما كان حكم الأصل ثبوت حق الخيار للورثة فيه كان حكم الفرع كذلك فيثبت للورثة حق الخيار فيه أيضاً لذلك .
- (١٥) أى فى القياس المذكور ، وهو مالو اشترى عبداً على أنه كاتب فبان بخلافه .
- (١٦) فى نسخة ((ب)) : يثبت .
- (١٧) أى بحكم الشرع لا يفعل المتعاقدين وهو ما يسمى بخيار العيب والدليل على أن خيار العيب بفعل الشرع ما رواه البخارى ج ٢ ص ١٧ باب النهى للبائع أن لا يحفل الابل والبقر والغنم وكل محفلة . عن أبى هريرة مرفوعاً : لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد فانه بخير النظرين بين أن يحتلبها ان شاء امسك وان شاء ردها وصاع تمر . أهـ
- والتصيرية فى العمل هو حبس الماء ، يقال صريت الماء . والمصراة كما قال البخارى : التى صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم يحلب اياماً . أنظر نفس الصفحة فى البخارى .

فلم يسقط . (١٨)

قيل : هذا يبطل بخيار الرؤية وخيار الشفعة ، (١٩) ولأنه حق لازم تعلق

(٢١)

بالمبيع ، فلا يسقط بالموت ، كحبس المبيع .

قالوا : خيار لا يؤول الى مال ، فأشبه خيار القبول والاقالة وخيار

(٢٢) (٢٣)

الرجوع في الهبة وخيار اللعان .

= والمقصود : أنه اذا قيل بقصد ابطال القياس المذكور باثبات الفارق فيه بين
الاصل وهو خيار المبيع والفرع وهو خيار الشرط بأن خيار المبيع ثابت
بحكم الشرع فلا يملك اسقاطه وخيار الشرط ثابت بفعل أحد المتعاقدين
فملك اسقاطه .

(١٨) أى فجاز أن يورث .

(١٩) أى فانه ثابت بحكم الشرع ثم لا يورث ، اما خيار الرؤية فيحدث (من
اشترى مالم يره ، فهو بالخيار اذا رآه) رواه الدارقطني ج ٣ ص ٤ كتاب
البيوع رقم / ١٠ ، وقال : هذا مرسل ، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف . أه
أنظر رقم / ٨ .

واما خيار الشفعة فثابت بما روى جابر (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالشفعة في كل مالم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)
رواه البخارى ج ٢ ص ٣٢ كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم .
والمقصود : ان تعليلكم جواز ارث الخيار في شراء المبد بشرط انه كاتب
فبان بخلافه بأنه ثابت بحكم الشرع ، معارض بانكم أورثتم خيار الرؤية
وخيار الشفعة مع أنهما ثابتان بحكم الشرع .

(٢٠) أى خيار الشرط والشفعة .

(٢١) حيث لو حبس البائع المبيع ليقبض الثمن من المشتري ثم مات البائع فلوورثته

حق حبسه لاستيفاء الثمن .

بجامع أنه حق لازم تعلق بالمبيع في كل من الاصل وهو حبس المبيع والفرع
وهو خيار الشرط .

ولما كان حكم الاصل تعلق حق الورثة بالمبيع ، كان حكم الفرع كذلك فيتعلق
حقهم به في خيار الشرط أيضا لذلك .

(٢٢) سقط حرف (في) من نسخة (ب) .

(٢٣) حيث لا يتعلق حق الورثة بشئ من هذه الخيارات . =

قلنا : خيار الرد^(٢٤) بالعيب في السلم لا يؤول الى مال عند هــم ،
ثم يورث . وحبس الرهن والمبيع لا يؤول الى مال ويورث^(٢٥) ، ولانه وان لم يؤول^(٢٦)
الى مال ، الا أنه من حقوق المال ومصلحه ، فهو كالرهن^(٢٧) ، ثم خيار القبول
والاقالة غير لازم^(٢٨) ، ولهذا يجوز لكل واحد منهما أن يطله على صاحبه ، فسقط

= بجامع عدم الايلولة الى المال في كل من الاصل وهو خيار القبول والاقالة
والرجوع في الهبة وخيار اللعان ، والفرع وهو خيار الشرط ولما كان حكم
الاصل هو عدم ثبوت حق الارث فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يورث خيار
الشرط أيضا لذلك .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : يطل بخيار الرد بالعيب في السلم .
(٢٥) حيث يملك الوارث حبس الرهن حتى يستوفى حقه وحبس المبيع حتى
يستوفى الثمن مع كونه لا يؤول الى مال .

والمقصود : اثبات تناقضهم فيما ذهبوا اليه وهو ان خيار الشرط لا يؤول
الى مال فلا يورث ، مع انهم يذهبون الى توريث خيار الرد بالعيب في
السلم ، مع كونه لا يؤول الى مال ، ومثل ذلك يقال في حبس الرهن والمبيع
أيضا .

وهذا من ابطال حجة الخصم بمذهبه وهو ابلغ في الحجة عليه .
(٢٦) في نسخة ((ب)) : ولانه وان كان يؤول الى مال . / وهو خطأ لعدم
تناسبه مع السياق .

(٢٧) حيث يثبت لورثة المرتهن حق امساك الرهن بعده .
بجامع انه من حقوق المال في كل من الاصل وهو الرهن والفرع وهو خيار
الشرط .

ولما كان حكم الاصل تعلق حق الورثة به ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت للورثة
الحق في خيار الشرط والشفعة أيضا لذلك .

(٢٨) أي للمتعاقدين .

(٢٩) بالموت ، كالعقود الجائزة (٣٠) وهذا خيار لازم ، ألا ترى أنه لا يجوز لاحدهما
ابطاله على صاحبه (٣٢) فلم يسقط بالموت ، كالعقود اللازمة (٣٣) والرجوع في الهبة

(٢٩) أى ولا كذلك خيار الشرط والشفعة حيث لا يجوز لغير صاحب الشرط
والشفعة ابطاله على صاحبه ، فلا يسقط بالموت .
أى وهذا الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم خيار الشرط والشفعة
على خيار القبول والاقالة ، يبطل قياسهم المذكور .
(٣٠) حيث يجوز لكل من الطرفين ابطاله على صاحبه .

بجامع عدم اللزوم فى كل من الاصل ،
وهو العقود الجائزة والفرع وهو خيار القبول والاقالة ولما كان حكم
الاصل سقوطه بالموت كان حكم الفرع كذلك فيسقط خيار القبول والاقالة
بالموت أيضا لذلك .

(٣١) اشارة الى خيار الشرط والشفعة .

(٣٢) أى ما لم يجد فيه ما يخالف شرطه .

لما رواه البخارى تعليقا : قال النبى صلى الله عليه وسلم : المسلمون عند
شروطهم . أهـ كتاب الاجارة باب اجر السمسرة . ج ٢ ص ٣٤ .
ورواه أبو داود ج ٣ ص ٣٠٤ باب فى الصلح رقم / ٣٥٩٤ ولفظه : عن
أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الصلح جائز بين
المسلمين . زاد أحمد : الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا . وزاد سليمان
ابن داود : وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم . أهـ
قال المنذرى : فى اسناده كثير بن زيد أبو محمد الاسلمى مولا هم المدنى
قال ابن معين : ثقة . وقال مرة : ليس بشئ . وقال مرة : ليس بذاك القوى
وتكلم فيه غيره . أهـ مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ٢١٤ رقم / ٣٤٤٩ .

(٣٣) حيث لا تسقط بموت أحد المتعاقدين بل يتعلق بها حق الورثة .
بجامع لزوم العقد لكل من الطرفين فى كل من الاصل وهو العقود اللازمة
والفرع وهو البيع المشروط فيه الخيار .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوطه بالموت ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط
خيار الشرط والشفعة بالموت أيضا لذلك .

يتعلق بالأبوة (٣٤) والأبوة لا تورث ، وهذا يتعلق بالمبيع وقد ورث ، فورث الخيار
 معه ، (٣٥) واللعمان لا يورث لان النفى (٣٦) لا يصح الا من جميع الورثة ، والمنفى
 من الورثة . (٣٧)

قالوا : يختص الشرط الميت واليه ينسب وبه يعرف ، (٣٨) فاختص بمن
 شرط له (٤٠) :

(٣٤) أى يختص به الاب دون غيره . لما رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٩١ باب
 الرجوع فى الهبة رقم / ٣٥٣٩ عن ابن عباس مرفوعا : لا يحل لرجل
 أن يعطى عطية أو يهب هبة فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى ولده
 . . الحديث . أه .

ورواه الترمذى ج ٤ ص ٤٤٢ باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة .
 رقم / ٢١٣٢

وقال : هذا حديث حسن صحيح . أه .

(٣٥) أى وخيار الشرط والشفعة يتعلق بالمبيع وقد ورث المبيع فورث معه
 الخيار .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم خيار الشرط والشفعة على
 خيار الرجوع فى الهبة ، والقياس مع الفارق باطل .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : لان البقاء . / وهو تحريف .

(٣٧) أى ولا يصح لعانه ، وهذا بخلاف خيار الشرط فانه يثبت لجميع الورثة
 فلا يصح قياسه على خيار اللعان للفارق المذكور .

(٣٨) سقط لفظ (الميت) من الأصل .

(٣٩) أى فيقال شرط فلان ، وهذا الخيار لفلان .

(٤٠) أى فيسقط بموته ، لانه مختص به دون غيره .

قلنا : تجارة المأذون تختص بالاذن ، وبه يوصف العبد ، ثم لا يختص
عندهم بما اذن فيه من التجارات ، (٤٢) ولانه يبطل به اذا شرط الخيار لأجنبي
فانه يثبت له وللمن شرطه ، (٤٣) ولان خيار التعيين في عبد من عبد ينثبت
بالشرط ، ثم ينتقل الى الوارث . (٤٤)
قالوا : الخيار هو المشيئة وذلك صفة له ، (٤٥) لا تزايله ، (٤٦) فلا يجوز
أن تورث . (٤٧)

قلنا : يبطل بخيار العيب وخيار التعيين . (٤٨)

- (٤١) فيقال : عبد مأذون .
(٤٢) أنظر الهداية ج ٨ ص ٢١٥ .
(٤٣) أى فلم يقتصر خيار الشرط على من شرطه ان يتحول الى الاجنبى
فى حال اشتراطه له ، واذا ثبت انه ينتقل الى غير المشترط صح
انه ينتقل الى الورثة فلا يسقط بموت من اشترط الخيار .
(٤٤) أى عندكم .
وان قد انتقل خيار التعيين الى الوارث ، فان خيار الشرط ينتقل اليه
أيضا لأن كلا منهما ثبت بالشرط .
(٤٥) أى للبيع فيقال : بيع خيار ، أو للشرط فيقال : شرط الخيار .
(٤٦) أى لا تنفك ولا تزول عنه . فى القاموس ج ٣ ص ٣٩١ : وزايله وزياالا
فارقه والتزايل التباين والاحتشام . أهـ . ومنه قوله تعالى :
(فزينا بينهم) سورة يونس آية ٢٨ أى فرقنا بينهم ، وهو
من زال يزول . كما فى تفسير غريب القرآن ص ١٩٦ .
(٤٧) لانها لا تتخلف عن الميت حتى تورث عنه .
(٤٨) حيث يورثان مع كونهما مشيئة وصفة للعقد لا تزايله ، فبطل التعليل
بها .

قالوا . مدة ملحقة بالبيع ، كالأجل . (٤٩)

قلنا : الأجل جعل رفقا بمن عليه الدين ، فلو وُثِرَ (٥١) تأخر قضاء الدين ، وصار ضررا عليه (٥٢) ولا ضرر في الخيار (٥٣) ولأننا أبقينا (٥٤) الأجل احتجنا أن ننقل الدين إلى ذمة الوارث ، والذمم لا تتماثل (٥٥) والخيار للفسخ والامضاء (٥٦) والوارث

(٤٩) أى مدة خيار الشرط .

(٥٠) حيث يسقط بموت العاقد ويحل به الدين لصاحبه .

بجامع أن كلا مدة ملحقة بالعقد ، أما الأصل فهو الأجل في الدين . وأما الفرع فهو مدة خيار الشرط . ولما كان حكم الأصل هو انقطاع الأجل بموت المدين كان حكم الفرع هو عين حكم الأصل فيسقط الخيار بموت من له الخيار .

(٥١) أى الأجل .

(٥٢) أى على من عليه الدين ، والضرر الذي يلحقه هو ما أشار إليه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه . أنه رواه الحاكم في المستدرک عن أبي هريرة مرفوعا ، وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين .

أنظر المستدرک ج ٢ ص ٢٦ والتي تليها . كتاب البيوع ، تحت عنوان : من مات وهو برى من ثلاث : الكبر والفلول والدين ، دخل الجنة .

(٥٣) أى في خيار الشرط والشفعة ، أى على من جعل له الخيار .

والمقصود اثبات الفارق بين الأصل والفرع في قياسهم أن لا ضرر في توريث خيار الشرط على من اشترط عليه من العاقدين وفيه مصلحة لمن شرط له الخيار بخلاف توريث الأجل في الدين أن فيه ضرر على الدائن بتأخير وصول المال إليه . والقياس مع الفارق باطل .

(٥٤) في نسخة ((ب)) : لو اثبتنا الأجل .

(٥٥) في نسخة ((ب)) : لا تقابل . / وإنما لم تتماثل الذمم لأن بعضها يماطل

في أداء الحق فيصيب الدائن ضرر بتأخير حقه ، ولا كذلك البعض الآخر .

(٥٦) أى وأما الأجل فليس كذلك أنه هو لا أداء الحق فقط فجاز أن يورث الخيار دون الأجل لذلك .

(٥٧)

كالمرورث .

قالوا : (٥٨) ملك الوارث طارئ (٥٩) فلا يملك به الشفعة (٦٠) كملك المشتري

(٦٢)

من الشفيع .

قلنا : الا أنه (٦٣) كالمستدام من جهة الحكم ، ولهذا يرد الوارث على

(٦٥)

من يرد عليه المورث بالعيب بخلاف المشتري .

(٥٧) أى فى تحقيق المقصود من الخيار وهو الفسخ أو الامضاء .

أى وبناء على هذا الفرق بين الاجل والخيار يطل قياسهم أحدهما على الآخر .

(٥٨) فى نسخة ((ب)) : قلنا . / وهو خطأ .

(٥٩) أى ملك الوارث خيار الشرط والشفعة طارئ ، لانه حصل بسبب موت من له الخيار .

(٦٠) فى نسخة ((ب)) : فلا يملك له .

(٦١) لان الملك الطارئ ضعيف بخلاف الملك الاصلى بالبيع فانه قوى فيملك به الشفعة .

(٦٢) حيث لا يثبت للمشتري من الشفيع حق الشفعة فى المال المبيع .

بجامع طرو الملك فى كل من الاصل وهو ملك المشتري من الشفيع والفرع وهو ملك الوارث .

ولما كان حكم الاصل عدم انتقال حق الشفعة اليه به ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينتقل الخيار الى الورثة أيضا لذلك .

(٦٣) أى الملك الطارئ بالارث .

(٦٤) أى فله حق الأخذ بالشفعة به .

(٦٥) أى الذى اشترى الشقص من الشفيع . أى فانه لا يملك به حق الشفعة

من البائع .

قالوا : زال ملكه ^(٦٦) عن الشقص فبطلت الشفعة ^(٦٨) ، كما لو باعه ^(٦٩) .
 قلنا : هناك ^(٧٠) رضى باسقاط الشفعة ^(٧١) ، وها هنا لم يرض ، فمــــــــــــــــو
 كما لو باع ^(٧٣) ولم يعلم بالشفعة ^(٧٤) .

- (٦٦) أى ملك الشفيع .
 (٦٧) أى بموته وفى المختار ص ٣٤٣ : الشقص بالكسر القطعة من الارض والطائفة من الشئ . أهـ
 زاد فى المصباح ج ١ ص ٣٤٢ : والجمع اشقاص مثل حمل واحمال . أهـ .
 (٦٨) لغوات محلها بانتقاله الى ورثة البائع .
 (٦٩) أى كما لو باع الشفيع شقصه ، حيث يسقط به حقه فى الشفعة .
 بجامع زوال ملكه عنه ، فى كل من الاصل وهو مالو باع الشفيع شقصه ،
 والفرع وهو مالومات عنه .
 ولما كان حكم الاصل بطلان شفعته به ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط
 خيار شفعته به أيضا لذلك .
 (٧٠) أى فى بيعه شقصه .
 (٧١) أى فبطل حقه فى الشفعة ، فلا يتعلق به حق الورث بعد .
 (٧٢) أى فى حال زوال ملكه بالموت . / أى فثبت الفارق بين الاصل والفرع
 فى قياسهم .
 (٧٣) أى كما لو باع الشفيع شقصه ولم يعلم ان له حق الشفعة فى شقص شريكه
 بالبيع .
 (٧٤) حيث يثبت له الحق فيها لزوالها عنه بغير علمه ورضاه .
 والجامع فى القياس المذكور هو زوال الملك بغير علم ولا رضى المالك فى كل
 من الاصل وهو مالو باع الشفيع شقصه ولم يعلم بالشفعة والفرع وهو مالومات
 عن خيار الشفعة ولما كان حكم الاصل ثبوت حقه فى الشفعة ، كان حكم
 الفرع كذلك فيثبت للوارث حق خيار الشفعة أيضا لذلك .

* مسائل الربا *

* مسألة (١٢) : علة الربا في البرائه مطعوم جنس . / ١٣١ ي .

* الربا : هو الفضل والزيادة ، وهو مقصور على الاشهر ، ويثنى : ربوان بالواو على الاصل ، وقد يقال : ربيان على التخفيف وينسب اليه على لفظه فيقال : ربوى ، قاله أبو عبيدة وغيره . وزاد المطرزي فقال : الفتح في النسبة خطأ . تقول : ارى الرجل اذا دخل في الربا . واربى على الخمسين اذا زاد عليها وتقول : ربا الشيء يربو اذا زاد ونما . أنظر المصباح ج ١ ص ٢٣٣ ، زاد في المختار ص ٢٣١ : ربا الشيء زاد وبابه عدا . أه . وهو في الشرع : عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما . أه مفنى المحتاج ج ٢ ص ٢١ وعرفه ابن قدامة بأنه : الزيادة في أشياء مخصوصة . أه المفنى ج ٤ ص ٣ . وهو حرام بالكتاب في قوله تعالى : (واحل الله البيع وحرم الربا) البقرة آية / ٢٧٥ وبالسنة في قوله صلى الله عليه وسلم (اجتنبوا السبع الموبقات قيل : يارسول الله وما هن . قال : الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق واكل مال اليتيم واكل الربا والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات . أه رواه مسلم عن أبي هريرة . ج ١ ص ٩٢ كتاب الايمان باب بيان الكبائر واكبرها . رقم / ١٤٥ . وبالا جماع يقال في المفنى ج ٤ ص ٣ : واجمعت الامة على أن الربا محرم . أه وهو على ثلاثة أنواع : الأول : ربا الفضل : وهو البيع مع زيادة أحد الموضين عن الآخر .

النوع الثاني : ربا اليد ، وهو البيع مع تأخير قبضهما أو قبض أحدهما .

النوع الثالث : ربا النساء وهو البيع لا جل .

زاد المتولى نوعا رابعا وهو : ربا القرض المشروط فيه جر نفع .

قال الزركشى : ويمكن رده لربا الفضل . أنظر مفنى المحتاج ج ٢ ص ٢١ .

(١) على أصح القولين وهو الجديد منهما واما قوله القديم فعلة الربا فيـه كونه مطعوما يكال أو يوزن . أنظر المجموع ج ٩ ص ٣٩٧ . الا أنه أشار في الوجيز ج ١ ص ١٣٦ الى القول الأول فقط وكذا في التنبيه للمؤلف ص ٦٤ بينما ذكر القولين في الميزاب ج ١ ص ٢٧٠

(٢)

وقال أبو حنيفة : العلة انه مكيل جنس.

لنا : ما روى معمر بن عبد الله (٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم

(٢) الهداية ج ٦ ص ١٤٧ . تبين ج ٤ ص ٨٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٤ .

وهو قول الحنابلة أيضا :

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٣٩ . وذكر
في المغنى ج ٤ ص ٥ ثلاث روايات : الأولى : انه مكيل جنس . الثانية :
انه مطعوم جنس ، الثالثة : مطعوم جنس مكيلا أو موزونا ، فلا يجزى
في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالنفاق والربان والا جاص والخيار ونحو ذلك .
ونذهب المالكية الى أن العلة فيه كونه مقتاتا مدخرا . أنظر القوانين ص ٢٧٩
وفرق في الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٤ بين ربا الفضل فجعل العلة فيه
الاقتيات والادخار وبين ربا النساء فجعل العلة فيه مجرد الطعم في
الربوى وغيره ان لم يقصد التداوى والا فيجوز النساء والمفاضلة فيه .
وأنظر الجواهر ج ٢ ص ١٧ . شرح المنح ج ٢ ص ٥٣٧ و ٥٣٨ . أسهل
المدارك ج ٢ ص ٢٣٤ .

وأما ابن حزم فذهب الى قصر الربا على الاصناف الستة فقط دون غيرها
لانه لا يقول بالقياس فلا ينظر في العلة في تحريمها . والاصناف الستة هي
الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح . أنظر المحلى ج ٩ ص ٥٠٣ .
وقد أوصل صاحب الجواهر ج ٢ ص ١٧ الخلاف في علة الاصناف الربوية
الستة الى اثني عشر قولاً ، وجعلها في المجموع ج ٩ ص ١٠١ عشرة أقوال .

(٣) هو معمر بن عبد الله بن نافع القرشي العدوي ، صحابي جليل ، هاجر الى
الحبشة ، له حديثان . روى عنه ابن المسيب ، وروى له مسلم

وأبو داود والترمذي وابن ماجه . أنظر الخلاصة ص ٣٨٤ .
وقد ذكر ابن حجر الحديثين ، وهما : لا يحتكر الا خاطئ . والثاني :
الطعام بالطعام مثلاً بمثل . الحديث . أنظر الاصابة ج ٣ ص ٤٤٨ -
رقم / ٨١٥١ .

نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل^(٤) ، والطعام ما يتطعم^(٥) ، وذكر
الصفة في الحكم تعليل^(٦) ، كقوله تعالى (ان جاءكم فاسق بنبأ^(٧)) وكقولـه :
(والسارق والسارقة)^(٨) .

فان قيل : الطعام اسم للحنطة ، ولهذا يقال : سوق الطعام لسوق
الحنطة ، ولا يقال ذاك لدار البطيخ^(٩)

(٤) رواه مسلم ج ٣ ص ١٢١٤ كتاب المساقاة باب بيع الطعام مثلا بمثل . رقم / ٩٣
ولفظه عن معمر بن عبد الله انه ارسل غلامه بصاع قمح . فقال : بعه ثم
اشتر به شعيرا ، فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع ، فلما
جاء معمر أخبره بذلك ، فقال له معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فردّه ،
ولا تأخذن الا مثلا بمثل فاني كنت اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل ، قال - أي معمر - وكان طعامنا يومئذ
الشعير ، قيل له : فانه ليس بمثلّه ، قال : انى أخاف أن يضارع . أه
أى يشابه أى أخاف ان يكون فى معنى المماثل فيدخله الربا .
ورواه البيهقي ج ٥ ص ٢٨٥ باب جريان الربا فى كل ما يكون مطعوما .
وجه الدلالة : انه علق النهى بالطعام فدل على أن العلة الطعم لان تعليق
الحكم بمشتق يؤذن بعلية مامنه الاشتقاق .

(٥) أى فيعم كل مطعوم .

(٦) أى والحكم يدور مع طته وجودا وعدما فمتى وجد الطعم وجد تحريم الربا فى
جنسه .

(٧) سورة الحجرات آية / ٩٩ فكلما وصل الخبر من فاسق وجب التثبت فى قبوله .

(٨) سورة المائدة آية / ٣٨ . أى كلما وجدت السرقة فى شخص وجب عليه القطع .

(٩) فى نسخة ((ب)) : ولا يقال ذلك لدار المطيخ ، / فلا يصح تعدية وصف

الطعم الى غير الحنطة ، فانه خاص بها .

قيل : هذه لغة مولدة (١١) ، ولغة العرب ان الطعام اسم لكـلـ ما يتطعم (١٢) ، ولهذا قال الله تعالى : (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) (١٤) وقالت عائشة رضي الله عنها : (١٥) مكثنا مع نبينا صلى الله عليه وسلم ما لنا طعام الا الاسودان : الماء والتمر . (١٦) (١٧)

- (١٠) يعني اطلاق اسم الطعام على الحنطة فقط .
- (١١) أى ليست عربية محضة ، ففي المختار ص ٧٣ : وعربية مولدة ورجل مولد اذا كان عربيا غير محض . أهـ . ومثله في المصباح ج ٢ ص ٣٤٩ .
- وفى القاموس ج ١ ص ٣٤٧ : وبينه مولدة : غير محقة وكتاب مولد مفتعل . أهـ
- وفى اللسان ج ٣ ص ٤٦٩ : سمى المولد من الكلام مولدا اذا استحدثه ولم يكن من كلامهم فيما مضى . أهـ . أى من كلام أهل تلك اللغة .
- (١٢) فى المختار ص ٣٩٢ : الطعام ما يؤكل وربما خص بالطعام البر . أهـ . وهذا محمول على التخصيص بالعرف .
- (١٣) سقط لفظ (تعالى) من نسخة ((ب)) .
- (١٤) المائدة آية / ٥٠ / والشاهد : انه اطلق الطعام هنا على الذبائح . أنظر تفسير ابن كثير ج ٢ ص ٢٠٠ ونقل ذلك عن ابن عباس ومجاهد وابن جبير وعكرمة وعطاء والنخعي وغيرهم .
- (١٥) سقط لفظ الجلالة (الله) من نسخة ((ب)) .
- (١٦) فى نسخة ((ب)) : الا الاسودين . / والراجح انها مرفوعة بالالف لانها بدل .
- والقاعدة : ان المستثنى يكون واجب النصب اذا ذكر المستثنى منه وخلت الجملة من النفى .
- فـهـ
- وها هنا ذكر المستثنى منه ، لكن الجملة فيه منفية ، فترجح المستثنى فيها .
- وانما قالت بالاسودان مع أن الماء ليس بأسود لان العرب تتعت الشيثيين يصطحبان بالاشهر منهما ، كالقمرين للشمس والقمر والابوين للأب والام . أنظر
- النظم المستعذب ج ١ ص ٢٧٠ .
- (١٧) رواه البخارى ج ٤ ص ١٢٣ فى الرقاق . باب كيف كان عيش النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وتخليهم من الدنيا ، وساق بسنده الى عروة =

فان قيل : فقد ذكر الكيل أيضا بقوله : الا مثلا بمثل ،^(١٨) فدل على أنه علة .
 قيل : ذكر الطعم وعلق عليه التحريم ،^(١٩) وذكر المائلة في حكم العلة^(٢٠)
 للخلاص من التحريم ، ونحن في علة التحريم^(٢١) .

= عن عائشة أنها قالت لعروة : ابن أختي ان كنا لننظر الى الهلال
 ثلاثة أهلة في شهرين وما أوقدت في أبيات رسول الله
 صلى الله عليه وسلم نار ، فقلت : ما كان يعيشكم ؟ قالت : الاسودان
 التمر والماء ، الا أنه قد كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم جيران
 من الانصار كان لهم منائح وكانوا يمنحون رسول الله صلى الله عليه وسلم
 من أبياتهم فيسقيناه . أهد .

ورواه مسلم ج ٤ ص ٢٢٨٣ كتاب الزهد رقم الحديث / ٢٨٠ .
 ورواه بنحوه ابن ماجه ج ٢ ص ١٣٨٨ كتاب الزهد باب معيشة آل محمد
 صلى الله عليه وسلم رقم / ٤١٤٥ ولم أجده باللفظ الذي ذكره المصنف
 ولم يذكر النووي في المجموع من خروجه . أنظر ج ٩ ص ٣٩٤ و ص ٣٩٦ .
 والشاهد منه اطلاق لفظ الطعام على الماء والتمر . فصح أن الطعام
 يطلق على كل مطعوم للآية والحد يث .

(١٨) أى في الحديث السابق . أنظر هامش رقم (٤) في هذه المسألة .

(١٩) في قوله في الحديث المذكور : نهى عن بيع الطعام بالطعام .

(٢٠) أى أنه صلى الله عليه وسلم ذكر المائلة كطريق للخروج من التحريم
 الذى هو حكم علة المنع من بيع الطعام بالطعام ، فاذا تحققت

المائلة زال التحريم .

(٢١) أى ونحن بصدد بيان علة التحريم وليس في بيان حكم العلة

لنخلص من التحريم .

وروى عبادة^(٢٢) أن النبي صلى الله عليه (وسلم) نهى عن بيع الذ هب
بالذ هب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير، والملح بالملح
الا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو^(٢٣) استزاد فقد اربا^(٢٤) . فنص على أعل^(٢٥)
المطعمومات وعلى أدناها لينبه بذلك على أن العلة الطعم ولو كان^(٢٦) العلة الكيل ،
لم يكن فى ذلك تنبيه ، لأن جهة الكيل فيها لا تختلف^(٢٧) ، ولأنه نص على أربمة
مختلفة الطعم^(٢٨) ، فالبريقتات اختيارا ، والشعير يؤكل اضطرارا^(٢٩) ، والتمر يؤكل

(٢٢) هو عبادة بن الصامت بن قيس بن اعمرم الانصارى .
شهد العقبتين الاولى والثانية ، وبدر ، وكان أحد النقباء ، له مائة
وواحد وثمانون حديثا ، وكان ممن جمع القرآن على عهد النبي
صلى الله عليه وسلم ، بعثه عمر الى الشام ليعلم الناس القرآن فمات بفلسطين
وقيل فى الرملة سنة أربع وثلاثين .
أنظر الخلاصة ع ١٨٨ .

(٢٣) سقطت همزة (أو) من نسخة ((ب)) .
(٢٤) رواه مسلم ج ٣ ع ١٢١١ كتاب المساقاة .
وأبو داود ج ٣ ع ٢٤٨ بنحوه باب فى الصرف رقمه / ٣٣٤٩ .
والترمذى ج ٣ ع ٥٤١ باب ما جاء فى أن الحنطة بالحنطة مثلامثل كراهية
التفاضل فيه . رقم / ١٢٤٠ وهو عين اللفظ الذى ذكره المصنف هنا .
ثم قال الترمذى : حديث عبادة . حديث حسن صحيح . أه .
ورواه النسائى بلفظه أيضا : ج ٧ ع ٢٧٥ تحت عنوان : بيع الشعير بالشعير .
ورواه ابن ماجه بنحوه ، ج ٢ ص ٧٥٧ كتاب التجارات . باب الصـ
وما لا يجوز متفاضلا يدا بيد . رقم / ٢٢٥٤ .

(٢٥) فى الأصل : فنص على أعلا . / بألف مدودة .
(٢٦) فى نسخة ((ب)) : فلو .
(٢٧) أى فيضيع معنى تعداد الاصناف فى الحديث ، اذا جعلت العلة فيها
الكيل .

(٢٨) سقط لفظ (الطعم) من نسخة ((ب)) .
(٢٩) هذا يختلف باختلاف البلدان ، فمنها يأكله اختيارا ، ومنها من يأكله
اضطرارا ، الا أن مراد المصنف اثبات المغايرتين البر والشعير وذلك حاصل
بما ذكره .

حلاوة ، والملح يصلح به الطعام ^(٣٠) ولو كانت العلة الكيل لم يجمع أشياء مختلفة ^(٣١) .
ولأن علتنا يوجد الحكم بوجودها ، ويعدم بعدمها ^(٣٢) ، وعلتهم لا يعدم الحكم
بعدمها ^(٣٣) ، فإن الحنطة في السنبيل غير مكيل ، ويحرم فيه الربا ^(٣٤) ، والدليل على
فساد علتهم : ان الكيل يتخلص به من الربا ^(٣٥) فلا يكون وصفاً ^(٣٦) في تحريم الربا
كالقبض ^(٣٧) ، ولان المطلوب علة الأصل ^(٣٨) ، والا صل خبر عبادة وقد تناول

(٣٠) أى يقوم به طعمه ليساغ للاكل .

(٣١) أى فى حديث عبادة . لأن الكيل موجود فى كل صنف منها .

(٣٢) وهذه صفة العلة المعتبرة لانها مضطربة فكما وجدت فى شئ وجد

الحكم فيه .

(٣٣) أى فقد لا توجد العلة وهى الكيل عندهم ، ثم يوجد الحكم ، وهو الربا ،

كما فى المثال الذى سيذكره الان .

(٣٤) أى فوجد الحكم وهو تحريم الربا فيه ولم توجد العلة وهى الكيل لعدم

امكان اجراء الكيل فى الحنطة قبل درسها .

ويسمى بيع الحنطة فى سنبيلها بحنطة صافية : محاكلة ، من الحقل وهى

الارض القراع أى التى لا شجر بها . أنظر المصباح ج ١ ص ١٥٧ وقوله

عنها لعدم العلم بالمخالطة لان الحنطة مستورة فى سنبيلها .

(٣٥) لانه يحصل به التماثل بين الكيلين .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : فلا يكون شرطاً . / والمقصود بالوصف العلة .

(٣٧) حيث لا يعتبر القبض علة فى تحريم الربا ، مع كونه يتخلص به من الربا .

بجامع التخلص به من الربا فى كل من الاصل وهو القبض والفرع وهو

الكيل ولما كان حكم الاصل هو عدم اعتبار القبض وصفا يزول به تحريم

الربا كان حكم الفرع هو عين حكم الاصل فلا يعتبر الكيل وصفا يزول به

تحريم الربا . فصح أن الكيل ليس بعلة فى تحريم الربا .

(٣٨) أى المطلوب معرفته ، هو علة تحريم الربا فى الأصناف الواردة فى الحديث .

القليل والكثير،^(٣٩) والكيل لا يوجد في القليل^(٤٠)، فدل على أنه ليس بعلة له^(٤١). ولأن
علتهم تعود على الأصل بالابطال^(٤٢)، فإنها تسقط الربا في القليل^(٤٣).
فإن قيل: الخبر لم يتناول إلا ما يكال إلا تراه قال: إلا مثلاً بمثلاً^(٤٤).
قيل: أول الخبر عام في الجميع^(٤٥)، والاستثناء خاص في الكثير^(٤٦)،

- (٣٩) لا طلاق للفظ في الاصناف المذكورة فيه .
- (٤٠) أى من هذه الاصناف ان لا يوجد فى حفنة بحفتين من الشمير أو البر
أو التمر أو الملح . فانتقضت علتهم لتخلفها مع وجودها فى القليل من
هذه الاصناف .
- ولا كذلك الطعم فانه يوجد حتى فى الحفنة الواحدة فاعتباره يقتضى
اضطرار العلة فى كل مطعوم قل أو كثر .
- (٤١) لان العلة تدور مع الحكم وجودا وعدما ، الا أنها هنا قد وجد الحكم
وهو كين هذه الاصناف مما يجرى فيه الربا ، مع تخلف العلة فيها
وهى الكيل . لعدم امكانه فى القليل منها .
- (٤٢) وهذه صفة العلة الفاسدة . أنظر مبطلات العلة فى البدخشي ج ٣ ص ٧٦ .
- (٤٣) أى فهى غير منعكسة وشرط العلة أن تكون مضطربة منعكسة فكما
وجدت وجد الحكم وكما انتفت انتفى الحكم ، فاذا انتفت ولم ينتف
الحكم ، كانت غير منعكسة ، أى فقدت شرطا من شروط العلة ، فلا يسح
التعليل بها .
- (٤٤) أى وذلك دليل على اعتبار الكيل علة فيما يكال من تلك الاصناف
دون ما لا يكال منه .
- (٤٥) أى فى القليل والكثير من الاصناف الربوية ، لا طلاق للفظ فيه .
- (٤٦) أى فيما يكال من هذه الاصناف ، دون ما لا يكال لقلته .

(٤٧) فلا يمنع عموم أوله (٤٨) كما قال تعالى (٤٩) وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن (٥٠)
فتناول جميع المطلقات (٥١) ثم قال (الا أن يعفون) وذلك لا يتناول الا العاقلات
البالغات (٥٢).

(٥٣) قالوا : التأثير للكيل ، لانه يوجد الحكم بوجوده ويعدم بعدمه ، فيفسد
البيع عند الفضل بالكيل ، ويصح عند التساوى فى الكيل .

(٤٧) أى استثناء الكثير .

(٤٨) أى للقليل والكثير من تلك الاصناف .

(٤٩) سقط لفظ الشاء (تعالى) من الاصل .

(٥٠) البقرة آية / ٢٣٧ وتامها : (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن
وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده
عقدة النكاح ، وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم ان الله
بما تعملون بصير) .

(٥١) سواء كن سفارا أو كبارا .

(٥٢) ان لهن الحق فى التصرف بما لهن دون غير العاقلات البالغات
لانهن لا يملكن التصرف بأموالهن الا عن طريق أوليائهن .

والمقصود أن استثناء العاقلات البالغات وهن كثير لا يمنع عموم
الحكم فى أول الآية لجميع المطلقات . فكان أول الآية عاما فى جميع
المطلقات ثم استثنى منه الكثيرات من المطلقات وهن البالغات
العاقلات ثم لم يمنع هذا الاستثناء العموم فى أول الآية بل بقى
على عمومه .

(٥٣) فى الاصل : ويفسد . / والاولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

قلنا : الفساد عند الفضل ، والصحة عند التساوى ، هو حكم العلة^(٥٤) ،
ولعل ذلك لكونه مكيلا ، ولعل لكونه مطعوما^(٥٦) ، ثم هذا يبطل بالقبض فى
المجلس^(٥٧) ، يصح البيع عند وجوده ، ويفسد بعدمه ثم ليس بعلة^(٥٨) ، بل العلة
عندهم انه عقد صرف^(٥٩) ، وعندنا أنه عقد على ما يجرى فيه الربا بعلة^(٦٠) وأحد
قالوا : علتكم تنتقض بالحيوان المأكول ، والطين الخراسانى^(٦١) والعرايا^(٦٢).

(٥٤) أى وليس هو العلة ، والعلة فى الصحة هى التساوى ، والعلة فى الفساد
هى التفاضل مع اتحاد الجنس .

(٥٥) أى الصحة والفساد .

(٥٦) أى قد دخل الاحتمال فى الدليل ، والقاعدة : ان الدليل اذا دخله
الاحتمال بطل به الاستدلال .

(٥٧) أى أن القول بأن التأثير للكيل ، لكون الحكم يوجد بوجوده وينعدم
بعدمه لا يصح ، فان القبض فى المجلس فى الاصناف الربوية شرط
فى صحة بيع بعضها ببعض ، ثم لم يجعل القبض علة فى تحريم الربا فى
الاصناف الربوية ،

فبطل اعتبار الكيل علة فى تحريم الربا فيها أيضا .

(٥٨) أى فى تحريم الربا فى الأصناف الثمانية .

(٥٩) وهو بيع ثمن بثمن أى ما خلق للثمنية تجانسا كبيع الفضة بالفضة والذهب

بالذهب أو لا ، كبيع الذهب بالفضة أو بالعكس . أه مجمع الانهر ج ٢ ص ١١٦ .

(٦٠) فى نسخة ((ب)) : وعقدنا . / وهو خطأ فى النسخ .

(٦١) أنظر المنهاج ص ٤٥ .

(٦١) ويسمى الطين الارمنى أيضا ، وهو نوع من الطين نفيس يستخدم فى الأودية

وله طعم يختلف عن غيره من الاطيان ، ذكره الشافعى فى الأم ج ٣ ص ١١٧ .

(٦٢) جمع عربية بياء مشددة وهى النخلة يعربها صاحبها رجلا محتاجا فيجعل

له ثمرها عامها ، فيعروها الرجل ، فهى فعيلة بمعنى مفعولة كطيحة بمعنى

منطوحة . أنظر المختار ص ٤٢٩ .

وفى الشرع : بيع الرطب أو العنب على الشجر خرصا بتمر أو زبيب على الأرض

كيلا فيما دون خمسة أوسق . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٣ =

قلنا : الحيوان قبل الذبح غير مطعوم ، لأنه لا يحل أكله ، (٦٤) والطين
ان كان يقع في دواء فانه يحرم فيه الربا (٦٥) وان لم يصلح لشيء فليس بمطعوم
واكله سفه ، والمرايا يحرم فيها الربا (٦٦) ويعتبر فيها التساوى ، (٦٧) الا أن الخرص
فيها (٦٨) علم لمعرفة التساوى . (٦٩) (٧٠)

قالوا : علتكم لا تعبر عن حكمها فيما لا يكال ولا يوزن . (٧١)
قلنا : جعل حكمها تحريم التفاضل بما قدر به ، (٧٣) فما كيل فبالكيل
وما وزن فبالوزن ، وما لا يكال ولا يوزن فبالوزن في أحد القولين ، ثم علتهم (٧٤) (٧٥)

= أى فهذه الاشياء مطعومة ثم لا يدخلها الربا ، فبطل ان يكون الطعم هو
علة التحريم في الاصناف الربوية عندكم .

- (٦٣) في نسخة ((ب)) : ولا نه .
(٦٤) أى اذا كان حيا فاذا ذبح أصبح لحما ، فيدخله الربا لانه يكون حينئذ
مطعوما لا قبله .
أى فاعتبار علة الطعم في الربا انما هو باعتبار ما هو عليه وقت التعامل ،
لا قبله ولا بعده .
(٦٥) لانه يكون مطعوما حينئذ فيدخله الربا .
(٦٦) في الاصل : (يحرم فيه الربا) .
(٦٧) أى لكونها مطعومة .
(٦٨) سقط الجار والمجرور (فيها) من نسخة ((ب)) / والخرص بفتح فسكون ،
التقدير ، تقول خرصت النخل خرصا من باب قتل : حرزت ثمره . أنظر
المصباح ج ١ ص ١٧٩ .
(٦٩) في الاصل : علم بمعرفة . / وهو تحريف .
(٧٠) أى بين الصنفين ، وبالعلم بالتساوى بينهما ينتفى الربا .
(٧١) أى ما يطعم ، حيث يوجد الطعم حينئذ وهو العلة أى عندكم ، ثم
لا يوجد الحكم وهو تحريم الربا ، فتخلف الحكم عن علته هنا ، فلا يصح
اعتبار الطعم علة لذلك .
(٧٢) في نسخة ((ب)) : يجعل . / وما في الاصل مبنى للمجهول .
(٧٣) أى قدره به المتعاقدان قل أو أكثر .
(٧٤) أنظر المنهاج ص ٥٤ : والثاني بالكيل ، والثالث بعادة البلد ، والرابع يتخير ،
والخامس باعتبار اصله .
(٧٥) في نسخة ((ب)) : ثم علتهم أيضا . / وهو الكيل .

لا تعبر عن حكمها في الحنطة في السنبيل، ^(٧٦) وعلتهم في الوزن لا تعبر عن حكمها
في الزين. ^(٧٧)

* مسألة (١٣) : يحرم الربا فيما يطعم ولا يكال، كالغواكه واليسير
من الحنطة. ^(١) / ١٣٢
وقال أبو حنيفة : لا يحرم. ^(٢)

(٧٦) لأنها لا تكال حالة كونها في السنبيل مع كونها من الأصناف الربوية،
فلم تضطرد العلة وهي الكيل في جميع صور الحكم وهذا من مبطلات
العلة.

(٧٧) وهو الدفع تقول : زينت الناقة حالبها زينا من باب ضرب : دفعت برجلها
فهى زبون بالفتح ومنه المزابنة وهي بيع الرطب في رؤوس النخل بتمر
كيلا . أنظر المصباح ج ١ ص ٢٦٨ .
والمقصود : ان الرطب والعنب يخرض على الشجر في المزابنة ويعطى في
مقابلته تمرأ أو زيبيا بوزن معلوم فلم يتحقق الوزن في الحالين والتسمر
والعنب من الأصناف الربوية، فتخلفت العلة وهي الكيل أو الوزن ففى
هذه الصورة وهي المزابنة .

(١) المختصر ص ٧٧ : وما أكل أو شرب ما لا يكال ولا يوزن فلا يباع منه يا بس
برطب. أه . وأنظر الام ج ٣ ص ٢٥٥ . المجموع ج ٩ ص ٣٠٤ الوجيز
ج ١ ص ١٣٦ : وفي معنى المطعومات كل ما يظهر فيه قصد الطعم وان لم
يكن مقدرا حتى السفرجل والزعفران والطين الارموى لان علة ربا الفضل
فيه الطعم ولكن في المتجانسين أه .

(٢) الهداية ج ٦ ص ١٥٣ . تبين ج ٤ ص ٨٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٤
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٤ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٠
المغنى ج ٤ ص ٥٥ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٧٩ . الجواهر ج ٢ ص ١٩٠ . الشرح الصغير
ج ٢ ص ٢٦ : على الأرجح. أه .

وهو قول ابن حزم لانه لا يحرم الربا في غير الاصناف الستة المذكورة ففى
الحديث كما قلنا في المسألة قبل هذه . أنظر المحلى ج ٩ ص ٥٠٣ .

لنا : حديث معمر^(٣) وحديث عباد^(٤) ، ولانه مطعوم جنس، فأشبهه
الكثير من البر^(٦) ، ولان ما حرم الربا في كثيره حرم في قليله كالذهب والفضة^(٧) .
قالوا : ليس بمكيل ولا موزون^(٨) ، كالثياب^(٩) .

-
- (٣) في نسخة ((ب)) : لنا : ماروي معمر وماروي عبادة .
- (٤) أنظر تخريجه هامش رقم (٤) في المسألة قبل هذه . ولفظه (ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل) .
والشاهد : انه ذكر الطعم دون الكيل ولم يقيد بالقليل أو الكثير .
- (٥) أنظر تخريجه هامش رقم (٢٤) في المسألة قبل هذه . ولفظه (نهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو استزاد فقد اربا) والشاهد فيه : الاطلاق في جميع الاصناف المذكورة فيشمل القليل منها والكثير .
- (٦) حيث يحرم فيه الربا .
بجامع الطعم في كل من الاصل وهو الكثير من البر والفرع وهو القليل منه .
ولما كان حكم الاصل جريان الربا فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجرى الربا في قليله أيضا كذلك .
- (٧) حيث يحرم الربا في كثيره وقليله .
بجامع حرمة الربا في كثيره ، في كل من الاصل وهو الذهب والفضة والفرع وهو الفواكه واليسير من الحنطة .
ولما كان حكم الاصل حرمة الربا في قليله ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم الربا في يسير الحنطة أيضا لذلك .
- (٨) أي الفواكه والقليل من الحنطة لا يجري فيها الكيل ولا الوزن .
- (٩) حيث لا يجري فيها الربا .
بجامع انه ليس مكيلا ولا موزونا في كل من الاصل وهو الثياب والفرع وهو الفواكه واليسير من الحنطة ولما كان حكم الاصل هو جواز التفاضل فيه كان حكم الفرع كذلك فلا يحرم التفاضل فيه أيضا .

قلنا : يبطل بالحنطة في السنبل^(١٠) وخواتم الذهب والفضة^(١١).
قالوا : القليل من الحنطة يضمن بالقيمة ، فهو كالثياب^(١٢).

- (١٠) حيث لا يمكن كيلها ، ثم يحرم فيها الربا .
- (١١) حيث يحرم فيها الربا ، مع كونها لا تباع وزنا ، أى فكان هذا نقضا منكم لا صلحكم فى علة تحريم الربا .
- فان علة تحريم الربا عند الحنفية هى القدر والجنس ، ومعنى القدر : الكيل والوزن .
- فاذا اختلف الجنس جاز التفاضل وحرم النساء ، واختلف الجنس بأحد ثلاثة أشياء : اختلاف الاصل : كلبن ماعز ولبن بقر فلا يجرى الربا فيهما ، أو اختلاف المقصود : كصوف الغنم وصوف المعز ، والثالث : اختلاف الصنعة : كالخبز بالدقيق والزيت المطبوخ بغير المطبوخ ، فيجوز بيع الرطل من هذا برطلين من ذاك .
- وأىضا يجوز بيع قمعة من نحاس أو حديد بمقمتين من جنسها يدا بيد ، وان كان النحاس والحديد موزونا ، لان للصنعة تأثيرا فى تغير الاجناس ، فجاز ترك الوزن فيها ، لاصطلاح الناس عليه .
- قالوا : ومحل عدم اعتبار الوزن مع اتحاد الجنس اذا دخلت الصناعة فيه ، هو ما اذا لم يكن ذاك الجنس أحد النقدين ، ذهبا أو فضة ، فان الذهب والفضة لا يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا وان دخلته الصناعة واصطاح الناس على ترك الوزن فيه ، والاقتصار على السعد والصورة .
- أنظر : الكفاية على الهداية ج ٦ ص ١٧٦ وفتح القدير ج ٦ ص ١٧٥ .
- أى وقد كان يجب ان لا يدخله الربا أيضا لا اختلاف الجنس بدخول الصنعة فيه ، فصح أن تعليلهم عدم تحريم الربا فيما يطعم ولا يكا كالغواكس واليسير من الحنطة ، بأنه غير مكيل ولا موزون ، غير صحيح ، لوجود هذه العلة فى الحنطة فى السنبل وفى خواتم الذهب والفضة ثم تخلف الحكم عنها ، فاجريت الربا فيهما .
- (١٢) حيث لا يجرى فيها الربا .
- بجامع الضمان بالقيمة فى كل من الاصل وهو الثياب والفرع وهو اليسير =

(١٣)

قلنا : بل يضمن بالمثل عندنا .

* مسألة (١٤) : لا يحرم الربا فيما يكال ولا يطعم ، كالجص . (١) / ١٣٢ .

من الحنطة والفواكه .

ولما كان حكم الاصل عدم جريان الربا فيه ، كان حكم الفرع فلا يجري الربا في قليل الحنطة أيضا لذلك .

(١٣) لانه مثلى ، والمثلى يضمن بمثله سواء تلف أو اتلف فان تعذر المثلى فالقيمة . أنظر المنهاج ص ٧٠ .

(١) في المختار ص ١٠٤ : الجص بفتح الجيم وكسرها : ما يبنى به وهو معرب . أه .

زاد في المصباح ج ١ ص ١١١ : لان الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة عربية ولهذا قيل الاجاص معرب . وجصت الدار : عملتها بالجص ، قال في البارع : قال أبو حاتم : والعامة تقول : الجص ، بالفتح ، والصواب الكسر ، وهو كلام العرب وقال ابن السكيت نحوه . أه .
وفي دائرة معارف القرن العشرين ج ٣ ص ١٠٨ : والجص بالفتح - كذا - ماتطلى به البيوت من الكلس . أه . وفي اللسان ج ٧ ص ١ : جصص الحائط وغيره طلاه بالجص . أه .

المختصر ص ٧٦-٧٧ : وكل ما خرج من - كذا والصواب عن - المأكول والمشروب والذهب والفضة فلا بأس ببيع بعضه ببعض متفاضلا الى أجل وان كان من صنف واحد فلا بأس ان يسلف بغيرا في بعيرين اريد بهما الذبح أو لم يرد ، ورطل نحاس برطلين . . . الخ . أه . والجص ما خرج عما يؤكل أو يشرب وعن الذهب والفضة فلا يحرم فيه الربا .

الام ج ٣ ص ١٨ : فجعلنا للاشياء أصليين : أصل مأكول فيه الربا ، وأصل متاع لغير المأكول لا ربا في الزيادة في بعضه على بعض . أه . والجص غير مأكول فلا يحرم فيه الزيادة . وأنظر المجموع ج ٩ ص ٤٠١ .

والمالكية قائلون باعتبار الاقتيات ، والادخار علة في الأموال الربوية ، وليس الجص مقتاتا ولا مدخرا فلا يجري فيه الربا . أنظر علة الربا عندهم في

القوانين ع ٢٧٩ .

(٢)

وقال أبو حنيفة : يحرم .

(٤) لنا : هو ان مالا يحرم الربا في قليله لم يحرم في كثيره ، كالثياب

ولانه ليس بمطعوم ولا من جنس القيم ، فأشبهه ما قلنا . (٥)

= اما ربا النساء فالعلة فيه الطعم على غير وجه التداوى عندهم . أنظر

الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٤ الجواهر ج ٢ ص ١٧ . القوانين ص ٢٧٩ .

وبعدم تحريم الربا فيه يقول ابن حزم أيضا لانه يقصر تحريم الربا على

الأصناف الستة . أنظر المحلى ج ٩ ص ٥٠٣ .

(٢) الهداية ج ٦ ص ١٥٣ . التبيين مع حاشية الشلبى عليه ج ٤ ص ٨٥ .

مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٤ .

وهو قول الحنابلة لان علة تحريم الربا في الأصناف الستة الربوية كونها

موزونة أو مكيلة اذا كانت من جنس واحد ، والجص مكيل فدخله الربا

أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٣٩ .

ونذكر ابن قدامة عن أحمد ثلاث روايات في علة تحريم الربا في الأصناف

الستة . .

الأولى : في الذهب والفضة كونه موزون جنس وفي الأربعة البر والشعير

والتمر والملح كونها مكيل جنس .

الثانية : في الذهب والفضة الثمنية . وفي الأربعة كونها مطعوم جنس .

الثالثة : فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً كان أو موزوناً .

ونص على أن الأولى هي الأشهر منهن . أنظر المغنى ج ٤ ص ٥ و ص ٦ .

(٣) في نسخة ((ب)) : في كثيره ، لم يحرم في قليله . / وهو خطأ .

(٤) حيث لا يجرى الربا في قليله وكثيره .

بجامع عدم حرمة الربا في قليله في كل من الاصل وهو الثياب ، والفرع

وهو الجص .

ولما كان حكم الاصل عدم جريان الربا في كثيره ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يحرم الربا في الجص أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : ما قلناه . / وهو القياس على الثياب بجامع كونه ليس =

قالوا : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا تبيعوا الصاع بالصاعين) .^(٦)

قلنا : الصاع يجوز بيعه بالصاعين ، فان اضمروا : الصاع بالصاعين

من المكيل ، اضمروا : من المطعوم .^(٧)

قالوا : مكيل جنس : كالبر .^(٨)

= مطعوما ولا من جنس القيم في كل من الاصل وهو الثياب والفرع وهو ما يكال ولا يطعم كالجص .

ولما كان حكم الاصل عدم جريان الربا فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجرى في الجص أيضا لذلك .

(٦) رواه مسلم ج ٣ ص ١٢١٦ كتاب المساقاة . باب بيع الطعام مثلا بمثل رقم الحديث منه / ٩٨

ولفظه : عن أبي سعيد قال : كنا نرزق تمر الجمع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الخلط - بكسر الخاء وسكون اللام أى المخلوط من التمر فكنا نبيع صاعين بصاع فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال : لا صاعى تمر بصاع ولا صاعى حنطة بصاع ولا درهم بدرهمين . أهـ .

ورواه النسائي ج ٧ ص ٢٧٢ تحت عنوان بيع التمر بالتمر متفاضلا بلفظ مسلم .

ورواه ابن حزم في المحلى ج ٩ ص ٥٢٢ من طريق وكيع نا أبو جناب عن أبيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند هذه السارية وهى يومئذ جذع نخلة : لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين انى أخاف عليكم الرماء - والرماء الربا - زاد بعضهم فقام اليه رجل فقال : يا رسول الله يبيع الفرس بالافراس والنجيب - هو الفاضل من كل حيوان - بالابل . قال : لا بأس اذا كان يدا بيد . أهـ وقال فى ص ٣٨٥ واما حديث ابن عمر فساقت لانه عن أبي جناب - وهو يحيى بن أبى حية الكلبي - ترك الرواية عنه يحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدى ، وضعف وذكر بتدليس .

ثم هو عن أبيه وهو مجهول جملة ، أهـ .

(٧) أى وليس اضماركم بأولى من اضمارنا فهو معارض به .

(٨) حيث يجرى فيه الربا .

= بجامع انه مكيل . جنس فى كل من الاصل وهو البر والفرع وهو ما يكال =

قلنا : البر يحرم فيه الربا وان لم يكن مكيلا وهو في السنبيل ، فلم

يؤثر الوصف . (١٠)

* مسألة (١٥) : العلة في الذهب والفضة انه من جنس القيم في جنس

٠ ١٣٢ / ٠ ى .

وقال أبو حنيفة : العلة انه موزون جنس . (٢)
لنا : ان مالا يحرم فيه التفرق قبل التقابض ، لم يكن من أموال الربا ، كالثياب ،

= ولا يطعم ، ولما كان حكم الاصل هو حرمة الربا فيه كان حكم الفرع كذلك
فيحرم الربا فيما يكال ولا يطعم كالجص أيضا لذلك .

(٩) لانه مطعوم جنس وان لم يمكن كي له .

(١٠) وهو كونه مكيلا ، وانما لم يؤثر الوصف فقد بطل أن يكون ذلك الوصف
وهو كونه مكيلا علة ، لأن العلة هي الوصف المؤثر في الحكم .

(١) الام ج ٣ ص ١٥ : الوجيز ج ١ ص ١٣٦ . المجموع ج ٩ ص ٣٩٢ .
وبجعل العلة الثمنية في الذهب والفضة يقول المالكية أيضا لكن هل
هي مطلق الثمنية فيدخل فيها الفلوس من النحاس أم غلبة الثمنية
فلا تدخل فيها الفلوس المذكورة على قولين . انظر : الفواكه الدوانسي :
ج ٢ ص ١١٢ . البلغة ج ٢ ص ٢٤ . أسهل المدارك ج ٢ ص ٢٣٣ .
وأنظر أحكام ابن العربي ج ١ ص ٢٤٤ .

(٢) الهداية ج ٦ ص ١٤٧ . تبين ج ٤ ص ٨٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٤ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٣ . كشاف القناع
ج ٣ ص ٢٣٩ . وذكر في المغني ج ٤ ص ٥ رواية أخرى ان العلة
فيه الثمنية .

واما ابن حزم فيقصر الربا على الأصناف الستة دون غيرها لأنهم

لا يقول بالتعليل أصلا . أنظر المحلى ج ٩ ص ٥٠٣ .

(٣) حيث لا يجري فيها الربا .

بجامع عدم حرمة التفرق قبل التقابض في كل من الاصل وهو الثياب والفرع
وهو ما عدا الذهب والفضة كالنحاس والحديد ونحوهما .

ولما كان حكم الاصل عدم دخول الربا فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجري
الربا في غير الذهب والفضة أيضا لذلك .

ولانه ليس بمطعموم ، ولا من جنس القيم ، فأشبهه^(٥) الطسوس ، والقماقم ، يؤكده^(٦)
انه لو حرم فيه الربا استوى معموله^(٨) ، وأصله^(٩) ، كالذهب والفضة^(١٠) ، ولانه لو كان

(٤) أى ليس مما تتقوم به الأشياء .

(٥) فى الاصل : فأشبه الطسوش . / والصواب انها مهمة ، من الطسست
بتشديد الطاء وتسكين المهمة فتاء والجمع طساس وطسوس وطسسات
أنظر المختار ص ٣٩٢ .

زاد فى المصباح ج ٢ ص ١٩ : قال ابن قتيبة : أصلها - الطسست -
طس فابدل من أحد المضعفين تاء لثقل اجتماع المثليين لانه يقال فى
الجمع طساس مثل سهم وسهام - وقد يذكر فتقول : طس ويؤنث
فتقول : طسة - قال الزجاج : التأنيث أكثر كلام العرب وجمعها طسات
على لفظها . قال السجستاني : هى أعجمية معربة . ولهذا قال الأزهري :
هى د خيلة فى كلام العرب لان التاء والطاء لا يجتمعان فى كلمة عربية . أه
ويطلق

(٦) فى نسخة ((ب)) : والقمام . / والققم هو : آنية العطار أيضا على آنية
من نحاس يسخن فيه الماء . ويسمى المحم ، وأهل الشام يقولون : غلاية ،
والققم رومى معرب وقد يؤنث بالهاء فيقال : قممة بالهاء ، والققممة :
وعاء من صفر له عروتان يستصحبه المسافر والجمع قماقم ، أنظر المصباح
ج ٢ ص ١٧٦ .

والجامع فى القياس المذكور هو أنه ليس مطعوما ولا من جنس القيم فى كل
من الاصل وهو الطسوس والقماقم والفرع وهو ماعدا الذهب والفضة .
ولما كان حكم الاصل عدم جريان الربا فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجرى
الربا فيه أيضا لذلك -

(٧) أى فيما عدا الذهب والفضة .

(٨) أى ما دخلته الصناعة منه .

(٩) أى ما لم تدخله الصناعة .

(١٠) حيث يستوى معمولهما وغيره فى جريان الربا فيه .

أى والحال انه لا يستوى معمول غير الذهب والفضة مع غير معموله .

فدل على أنه يخالف الذهب والفضة فى الحكم أيضا .

العلة الوزن لما جاز اسلام^(١١) الاثمان في الموزونات^(١٢) ، لان كل شيئين جمعتهما^(١٣)
 علة واحدة في الربا ، لم يجز اسلام بعضها في بعض ، كالدَّهَبِ والفضة^(١٤) والبر
 والشعير^(١٥) .

قالوا : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الصاعين من
 تمر بصاع^(١٦) ، ثم قال : ^(١٧) ^(١٨) وكذلك الميزان^(١٩) .

(١١) من السلم ، وهو عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا . أهـ وسمى
 سلما لتسليم رأس المال في المجلس . أنظر تصحيح التنبيه ص ٦٨ .
 (١٢) لتأخر قبض المسلم فيه عن المجلس ، أى والحال انه يجوز اسلام الاثمان
 في الموزونات ، فبطل التعليل في تحريم الربا في الذهب والفضة انـه
 موزون جنس .

(١٣) في نسخة ((ب)) : جمعهما .
 (١٤) حيث جمعتهما علة واحدة وهى الثنية ، فلا يجوز اسلام بعضها في بعض
 لتأخير القبض فيها عن المجلس .
 (١٥) حيث جمعتهما علة واحدة وهى الطعم فلا يجوز اسلام بعضها في بعض
 لتأخر القبض عن المجلس فيها .
 (١٦) اشارة الى رواية أخرى في الحديث ، غير التى سبق تخريجها فى هامش
 رقم (٦) فى المسألة قبل هذه .

(١٧) أى النبي صلى الله عليه وسلم .
 (١٨) رواه مسلم ج ٣ ص ١٢١٥ كتاب المساقاة . باب بيع الطعام مثلا بمثل ،
 رقم / ٩٤ من طريق سعيد بن المسيب ان أبا هريرة وأبا سعيد حدثاه
 أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بنى عدى الانصارى ، فأستعمله
 على خيبر ، فقدم بتمر جنيب - من أعلى أنواع التمر - فقال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم : اكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : لا والله يا رسول الله
 انا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 لا تفعلوا ، ولكن مثلا بمثل ، أو بيموا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك
 الميزان . أهـ .

ورواه البخارى ج ٤ ص ٢٠٨ كتاب الاعتصام ، باب اذا اجتهد العامل
 أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكمه مردود من طريق ابن
 المسيب عن أبى هريرة وأبى سعيد .
 (١٩) فى نسخة ((ب)) : وكذلك الميزان فى يحرم فيه الربا . / ويبدو أن حرف =

قلنا : المراد به الميزان فيما يحرم فيه الربا (٢٠) ، وعندنا الصـ (٢١) فر

والحديد (٢٢) لا يحرم فيه الربا (٢٣) ،

قالوا : موزون جنس كالذهب والفضة . (٢٤)

= (فى) زائد ان لامعنى لوجوده لتمام المعنى بدونه ، والشاهد فيه :
الاطلاق فى قوله : وكذلك الميزان أى سواء كان من أموال الربا أو لم
يكن .

(٢٠) سقط قوله (المراد به الميزان فيما يحرم فيه الربا) من نسخة ((ب)) ،
والظاهر أنه قد التبس الامر على الناسخ فأدخل بعض كلام المؤلف
فى بعض واسقط بعضا ، والصواب ما هو مرقوم فى الاصل هنا .
ومراد بما يحرم فيه الربا : الذهب والفضة المذكوران فى حديث
الاصناف الربوية .

(٢١) الصغرى بوزن القفل وكسر الصاد لفة ، وهو النحاس . أنظر المصباح

ج ١ ص ٣٦٧ .

وفى المختار ص ٣٦٤ : والصغر بالضم الذى يعمل منه الاوانى وأبو عبيدة
يقوله بالكسر . أهـ .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : وعندنا الصفر والنحاس والحديد . / والصفر هو
النحاس فزيادته لا معنى لها الا أن تكون من باب عطف الشئ على نفسه
أو أن يكون مادة غير النحاس تصنع منها الاوانى كما نقلنا عن المختار ص ٣٦٤ .

(٢٣) لانه ليس من الثمنيات . / قال فى المجموع ج ٩ ص ٣٩٥ ولا خلاف فى شئ
من هذا عندنا الا وجهها حكاه المتولى والرافعى عن أبى بكر الادنى من
أصحابنا المتقدمين انه قال : لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا سواء كان
مطعوما ، أو نقدا ، أو غيرهما ، وهذا شأن ضعيف . أهـ .

(٢٤) حيث يجرى فيهما الربا .

بجامع انه موزون جنس فى كل من الاصل وهو الذهب والفضة والفرع وهو
ماعد الذهب والفضة من الموزونات .

ولما كان حكم الاصل دخول الربا فيهما ، كان حكم الفرع كذلك فيدخل
الربا فيهما عداهما من الموزونات أيضا لذلك .

قلنا : ذاك (٢٥) يحرم فيه التفرق قبل التقايض ، وهذا بخلافه .

قالوا : علتكم لا تفيد الا ما يفيد النص ، فلم تصح . (٢٧)

قلنا : بل تفيد بيان العلة ، والنص لا يفيد ذلك (٢٩) وتفيد المنع من

قياس غيره عليه ، والنص لا يفيد ذلك (٣٢) ، ولا أنهم عللوا الخمر بالاسم (٣٣) وان لم يفد

الا ما يفيد النص . (٣٤)

(٢٥) اشارة الى الذهب والفضة .

(٢٦) فنى نسخة ((ب)) : وهنا بخلافه . / أى حيث يجوز التفرق قبل التقايض

فيه . والاشارة عائدة الى ما عدا الذهب والفضة .

وان هو بخلاف الذهب والفضة فقياسه عليه باطل لان القياس مع الفارق

باطل .

(٢٧) لانها تقصر الحكم على الذهب والفضة لكون العلة وهى كونها من جنس

القيم ليست موجودة فى غيرها فلا يمكن تعديتها ، وهذا هو عين ما يحمله

النص ، فلم يكن لهذه العلة تأثير فيه ، ان من شأن العلة ان تتقلل

الحكم من الاصل المنصوص عليه الى الفرع المقيس الذى لم يرد فيه

النص .

(٢٨) أى الوقوف عليها ومعرفتها .

(٢٩) لأن الوارد فيه مجرد التحريم ، فيكون فى معرفة العلة وتحديد ها

فائدة زائدة على النص وهى عدم تعديته الى غيره لان العلة فيه

غير موجودة فى غير الذهب والفضة .

(٣٠) سقط اسم الاشارة (ذلك) من نسخة ((ب)) .

(٣١) سقط الجاز والمبرور (عليه) من نسخة ((ب)) . / أى يفيد أن العلة

فى هذا النص قاصرة .

(٣٢) فنى نسخة ((ب)) : والنص لا يفيد لانهم عللوا . . . الخ .

(٣٣) أى أنهم عللوا تحريم الخمر باسمها ، أى بكونها خمر ، لانها تخامر العقل

وتغطية ولذلك ابا حوا النبذ لان اسم الخمر لا ينطبق عليه ، فانه لا يسمى

خمر .

(٣٤) وهذا يوجب انهم ذكروا علة لا تتعدى الى غير ماورد به النص ، فلم يفد

ذلك التعليل ، فهذه كمسألتنا ولا فرق ، أى فما كان جوابا لهم هنا

كان جوابا لنا أيضا .

* مسألة (١٦) : لا يجوز التفرق قبل التقابض فى بيع الطعام بالطعام^(١)

٠ / ١٣٢ ى .

وقال أبو حنيفة : يجوز^(٢).

لنا : ما روى عادة^(٣) أن النبی صلى الله عليه وسلم قال : (بیعوا^(٤)

الذهب بالفضة يدا بيد كيف شئتم ، والبر بالشعير مثل ذلك ، والتمر بالملح

مثل ذلك يدا بيد كيف شئتم)^(٥).

(١) أى بأن كانا مختلفى الجنس كالبر بالشعير ، والا بان اتحدا فيه فلا يجوز

التفرق قبله قسطا .

أنظر المختصر ص ٧٧ : فاما اذا اختلف الصنفان فلا بأس متفاضلا يدا بيد . أهـ

الام ج ٣ ص ٢١ : ولا بأس بالحنطة مثلا بمثل ويدا بيد ولا يفرقان حتى

يتقابضا وان تفرقا قبل أن يتقابضا فسد البيع بينهما . أهـ . وأنظر

الوجيز ج ١ ص ١٣٦ . المجموع ج ٩ ص ٤٠٥ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٥١

وص ٢٥٢ . المغنى ج ٤ ص ١٠ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٧٩ فيحرم التفرق قبل التقابض سواء كان

المال المبيع مطعوما بمطعوم أو ربويا بغير ربوى متفقا فى الجنس

أو مختلفا عنه الا عقاير الأدوية كالصبر والمحمودة فيجوز فيها النسيئة .

وأنظر الفواكه الدواني ج ٢ ص ١١٣ . المنتقى ج ٤ ص ١٥٨ و ص ٢٧٦ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٥٤١ .

(٢) الهداية ج ٦ ص ١٦٠ . التبيين ج ٤ ص ٨٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٥ .

(٣) هو ابن الصامت . أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٢) هامش (٢٢) .

(٤) سقط لفظ الامر (بيعوا) من نسخة ((ب)) .

(٥) رواه مسلم ج ٣ ص ١٢٠٩ كتاب المساقاة . رقم الحديث / ٨٠١ .

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٤١ باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل

كراهية التفاضل فيه ، رقم الحديث / ١٢٤٠ ولفظه عن عبادة بن الصامت

مرفوعا : الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل والتمر بالتمر

مثلا بمثل والبر بالبر مثلا بمثل والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير =

فان قيل : المراد به نقدا بنقده ، ^(٦) لانه امر أن يعقد به والعقد لا يعقد

بالقبض ،

قيل : حقيقة اليد القبض ^(٨) ، ولانه في الذهب ^(٩) أراد ما قلناه ، والعقد يعقد بالقبض وهو أن لا يفارق ^(١١) حتى يقبض ، فيوصف العقد به ، ولانه أحد ^(١٤) جهات الربا فلم يختص به الذهب والفضة ، كالتفاضل وتحريم النساء ^(١٥) . ولان

= مثلا بمثل فمن زاد أو ازداد فقد اربا بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم

يدا بيد وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر

كيف شئتم يدا بيد . أهـ ثم قال الترمذي : حديث عبادة حديث

حسن صحيح . أهـ .

وينحوه عن عبادة أيضا رواه النسائي ج ٧ ص ٢٧٦ تحت عنوان بيع

الشعير بالشعير .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٥٧ باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدا بيد . رقم

٠٢٢٥٤ /

ورواه أبو داود بلفظ قريب مما هنا ج ٣ ص ٢٤٨ باب في الصرف . رقم / ٣٣٤٩ ومعنى قوله يدا بيد : ان يعطيه البائع المبيع بيد ويتناول الثمن باليد الأخرى . وقيل : ان يقبضه في المجلس قبل التفرق . انظر النظام المستعذب ج ١ ص ٢٧٢ .

(٦) سقط قوله (بنقده) من نسخة ((ب)) . / أن بلا اجل .

(٧) في نسخة ((ب)) : ولانه أمن . / وهو تحريف .

(٨) أي والاصل حمل اللفظ على حقيقته ، ولا يصرف عنه الا بقرينة .

(٩) أي في بيع الذهب بالذهب .

(١٠) أي التقابض قبل التفرق .

(١١) في نسخة ((ب)) : وهو أن لا يفارقه .

(١٢) أي بالقبض .

(١٣) أي عدم التقابض في المجلس .

(١٤) في الاصل : ولانه احدى . / والمقصود بجهات الربا مداخله .

(١٥) حيث لا يختص بالذهب والفضة بل يعم المطعومات أيضا .

والجامع في القياس المذكور هو أنه أحد جهات الربا في كل من الأصل

=

وهو التفاضل والنساء والفرع وهو عدم التقابض .

ولأن ما حرم فيه الربا من جهة النساء^(١٦) حرم فيه التفرق قبل التقابض، كالمذهب
والفضة^(١٧) وما حرم فيه التفاضل حرم فيه التفرق قبل التقابض، كالمذهب والفضة^(١٨).
قان قيل : ذاك^(١٩) صرف ، وذلك يقتضى القبض لانه من صرف يد الى يد .
قيل : لانسلم بل من صرف الثمن الى الثمن ، والدليل عليه ان القبض
حكم يثبت بالشرع^(٢٠)
والصرف اسم ثابت قبل الشرع^(٢١).

= ولما كان حكم الاصل التحريم فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم التفرق
قبل التقابض أيضا لذلك .

(١٦) بان كان مطعوما مختلف الجنس ، كبريشمير .

(١٧) حيث يحرم التفرق في بيع أحدهما بالاخر قبل التقابض .

بجامع تحريم الربا فيه من جهة النساء ، في كل من الاصل وهو المذهب
والفضة ، والفرع وهو المطعومات .

ولما كان حكم الاصل تحريم التفرق فيه قبل التقابض كان حكم الفرع كذلك
فيحرم التفرق قبل التقابض فيه أيضا لذلك .

(١٨) بجامع تحريم التفاضل في كل من الاصل وهو المذهب والفضة والفرع
وهو المطعومات .

ولما كان حكم الاصل تحريم التفرق قبل التقابض فيه ، كان حكم الفرع كذلك
فيحرم التفرق قبل التقابض في بيع الطعام بالطعام أيضا لذلك .

(١٩) أى بيع المذهب بالذهب أو بالفضة . والمقصود ان المطعومات لا تقاس

على المذهب والفضة في وجوب التقابض لان المذهب والفضة صرف فيقتضى
التقابض والطعام بالطعام ليس بصرف فلا يشترط فيه التقابض قبل التفرق .

(٢٠) أى فلم يكن معروفا قبل ورود الشرع به .

(٢١) أى فلو حملنا الحديث على ما قالوا ، لما كان لمفائدة ، فتعين حمله على

معنى جديد وهو أنه من باب صرف الثمن الى الثمن لتمامه فائدة جديدة .

فان قيل : الذهب والفضة لا يتعين ، فاعتبر فيه القبض ، حتى يتعين

فلا يتفرقان عن دين . (٢٣)

قلنا : عندنا يتعين ، ثم المصوغ (٢٤) منهما قد تعين بالعقد ، ثم يعتبر

فيه القبض . (٢٦)

قالوا : عقد على غير جنس الاثمان ، فأشبهه الثياب . (٢٨)

قلنا : الطعام كالاثمان في جميع أنواع الربا ، فكذلك في تحريم التفرق

والثياب ليس من أموال الربا ، (٣١) وهذا من أموال الربا ، (٣٢) فهو كالذهب والفضة . (٣٣)

(٢٢) في المختار ص ٤٦٧ : تعيين الشيء تخليصه من الجملة . أهـ أى لا يقع

التعامل على شيء منهما بعينه ، وهذا فيما اذا كان الذهب والفضة

غير مصوغة . بأن كان نقدا مضروبا أى مسكوكا فانها لا تتعين في التعامل

بل تتعلق بالذمة .

(٢٣) في نسخة ((ب)) : فلا يتفرقا . / بسقوط النون .

(٢٤) أنظر المجموع ج ٩ ص ٣٢٢ .

(٢٥) اسم مفعول من الصياغة ، تقول : صاغ الرجل الذهب يصوغه صوغا :

جعل له حليا ، فهو صائغ وصواغ . أنظر المصباح ج ١ ص ٣٧٧ .

(٢٦) أى فثبت ان التعين وعدمه لا يؤثر في وجوب التقابض فدا الحالين .

(٢٧) وهو المطعومات .

(٢٨) حيث لا يجب فيها التقابض .

بجامع ان كلا عقد على غير جنس الاثمان في كل من الاصل وهو الثياب

والفرع وهو بيع الطعام بالطعام .

ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط التقابض فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز

التفرق قبل التقابض في بيع الطعام بالطعام أيضا لذلك .

(٢٩) وهى ربا الفضل والنساء واليد . أى فيعتبر فيه القبض كالاثمان .

(٣٠) أى قبل التقابض . أنظر المجموع ج ٩ ص ٤٠٣ .

(٣١) لأنها ليست من الاثمان ولا من المطعومات . أنظر المجموع ج ٩ ص ٤٠٣ .

(٣٢) أى فكان بين الاصل والفرع في قياسهم الطعام على الثياب فارق ان ليس

الثياب من الاموال الربوية بخلاف الطعام ، والقياس مع الفارق باطل .

(٣٣) بجامع ان كلا من الاموال الربوية اما الاصل فهو الذهب والفضة واما الفرع

فهو الطعام بالطعام .

* مسألة (١٧) : يجوز ابدال عوض الصرف ^(١) بعد التفرق في أحد القولين ^(٢)

٠ / ٣٢ ش .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . ^(٣)

لنا : ان ما جاز ابداله قبل التفرق ، جاز ابداله بعد التفرق ، مع

بقاء العقد ، كالثلث في البيع . ^(٤)

(١) أى ابداله مع العاقد ، أى فيكون اقالة في ذلك العوض ، واما ابداله مع غير العاقد فيجوز بعد التفرق لاقبله لانه قبل التفرق لم يملك العوض بعد ، لكون العقد انما يلزم بالتفرق .

والصرف هو بيع النقد بالنقد من جنسه وغيره ، كبيع ذهب بذهب أو فضة بفضة أو فضة بذهب أو عكسه ، أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٥٠ . وفي المصباح ج ١ ص ٣٦٢ : صرفت الذهب بالدرهم : بعته . واسم الفاعل من هذا : صيرفى وصيرف ، وصراف للمبالغة . أهـ . والاصل في الصرف : رد الشيء من حالة الى حالة أو ابداله بغيره . أهـ المفردات ص ٢٧٩ .

(٢) لم أقف على قول الشافعية في هذه المسألة .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٥٨١ .

(٣) فتح القدير ج ٦ ص ٢٦٣ . تبين ج ٤ ص ١٣٦ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١١٧ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٠٥ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٥٨ .

وذكر في المغنى ج ٤ ص ٣٥ رواية أخرى انه يجوز ابدالها .

ولم أقف على قول المالكية في هذه المسألة .

(٤) حيث يجوز ابداله بعد التفرق .

بجامع جواز ابداله قبل التفرق ، في كل من الاصل وهو الثمن في البيع ،

والفرع وهو بدل الصرف .

ولما كان حكم الاصل جواز ابداله بعد التفرق كان حكم الفرع كذلك فيجوز

ابدال عوض الصرف بعد التفرق أيها لذلك .

قالوا : اذا أبدل ، حصل القبض بعد المفارقة ، فلم يجوز ، كما لو تفرقا ، ثم تقابضا^(٥) .

قلنا : في الأصل^(٦) تفرقا عن غير قبض ، وهما هنا تفرقا عن قبض^(٨) ، وانما طرأ عليه الرد^(٩) وما يطرأ لا يقدر ، الا ترى أن الرجوع بالارش^(١٠) يوجب جهالة الثمن^(١١) ، ولكن لما طرأ بعد العقد لم يقدر^(١٢) .

(٥) حيث لا يجوز ذلك . والجامع في القياس المذكور هو حصول القبض بعقد المفارقة في كل من الاصل وهو مالو تفرقا ثم تقابضا والفرع وهو مالو ابدل عوض الصرف بعد التفرق .

ولما كان حكم الاصل بطلان العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز ابدال عوض الصرف بعد التفرق أيضا لذلك .

(٦) أي المقيس عليه وهو مالو تفرقا ثم تقابضا .

(٧) أي في ابدال عوض الصرف بعد التفرق .

(٨) أي وهذا فارق ، يبطل به قياسهم المذكور .

(٩) في نسخة ((ب)) : وانما طرأ عليه البذل . / أي وذلك اقالة في المبتدل من العوض .

(١٠) أي فيما له الرجوع بالارش فيه . أنظر المنهاج ص ٤٨ .

وفي المسباح ج ١ ص ١٥ : ارش الجراحة : ديتها ، والجمع اروش مثل فلس وفلوس . أهـ

والمراد انه اذا باع شيئا ثم وجد المشتري في المبيع عيبا فله الرجوع بارش ذلك العيب ، وعرفه في المنهاج بأنه : جزء من ثمن المبيع نسبته اليه نسبة ما نقص العيب من القيمة لو كان سليما . ص ٤٨ .

(١١) لان الارش لم يكن معلوما وقت العقد .

(١٢) أي في أصل العقد فلا يبطله .

* مسألة (١٨) : لا يحرم النساء^(١) فيما لا ربا فيه^(٢) . / ١٣٢ ش .

وقال أبو حنيفة : يحرم في الجنس الواحد^(٣) .

(١) في المصباح ج ٢ ص ٢٧٣ : النسئ سهموز على فاعيل ، ويجوز الادغام لانه زائد وهو التأخير ، والنسيئة على فعيلة مثله ، وهما اسمان من نساء الله أجله من باب نفع وانساء بالالف اذا أخره ، ويتعدى بالحرف أيضا فيقال : نساء الله في أجله وأنساء فيه ، ونسأته البيع وأنسأته فيه أيضا . أه

وفي تصحيح التنبيه ص ٦٤ : النساء بالمد : التأجيل . أه وهو بفتح النون . ومثله في النظم المستعذب ج ١ ص ٢٧٢ وزاد : ومثله النسأة بالضم ، ومنه الحديث : أنساء الله في أجله ، أى أخره وقوله تعالى : أما النسئ زيادة في الكفر - التوبة آية / ٣٧ - أه .

(٢) المختصر ص ٧٦ و ص ٧٧ : وكل ما خرج من المأكول والمشروب والذهب والفضة فلا بأس ببيع بعضه ببعض متفاضلا الى أجل وان كان من صنف واحد . أه الام ج ٣ ص ٢٣ : فان كان من هذه الادهان شئ لا يؤكل ولا يشرب بحال أبدا لدواء ولا لغيره فهو خارج من الربا فلا بأس أن يباع واحد منه بعشرة منه يدا بيد ونسيئة وواحد منه بواحد من غيره وبأثنين يدا بيد ونسيئة ، اما الربا فيما أكل أو شرب بحال وفي الذهب والورق . أه . وأنظر المجموع ج ٩ ص ٤٠٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٠٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٥٢ وقد ذكر في المغنى ج ٤ ص ١٢ رواية أخرى انه يحرم .

(٣) الهداية ج ٦ ص ١٥٣ . تبين ج ٤ ص ٨٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٥ . واما المالكية فذهبوا الى أن النساء يحرم في كل مطعم على غير وجه التداءى سواء كان مقتاتا مدخر أم لا . أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٧ . القوانين ص ٢٧٩ .

واما ابن هزم فذهب الى قصر ربا الفضل والنساء على الاصناف الستة دون غيرها . أنظر المحلى ج ٩ ص ٥٤١ . وأنظر ص ٥٨٧ حيث نص على جواز بيع اللحم باللحم يدا بيد ونسيئة .

لنا : ماروى عبد الله بن عمرو ^(٤) أن النبي صلى الله عليه (وسلم)
أمره أن يجهز جيشا ، فنفذت ^(٦) الابل ، فأمرنى رسول الله صلى الله عليه (وسلم)
أن آخذ ^(٧) قلاص الصدقة ^(٨) ، فكنت آخذ البعير بالبعيرين الى الصدقة ^(٩) ،

- (٤) فى نسخة ((ب)) : عبد الله بن عمرو . / بلا واو والصواب ما فى الاصل .
وأنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣١) .
- (٥) فى نسخة ((ب)) : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم .
- (٦) فى المختار ص ٦٧١ : نفذ الشيء بالكسر نفاداً فنى . أهـ
- (٧) فى نسخة ((ب)) : ان آخذ من . / وما فى الاصل هو الثابت فى الحديث .
- (٨) جمع قلاص - بفتح فضم - قال فى المختار ص ٥٤٨ : والقلاص من النسوق الشابة ؛ وهى بمنزلة الجارية من النساء ، وجمعها قلاص بضمين وقلاص مثل : قدوم وقدم وقدايم ، وجمع القلاص - بضمين - قلاص . أهـ . بكسر الاول .
- والمراد : ان آخذ البعير من الأغنياء بالبعيرين دينا على بيت المال فأردها عليهم من ابل الزكاة عند حلولها .
- (٩) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٠ باب الرخصة فى ذلك - أى فى بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . رقم الحديث / ٣٣٥٧ .
- قال المنذرى : فى اسناده محمد بن اسحاق ، وقد اختلف أيضا على محمد ابن اسحاق فى هذا الحديث ذكر ذلك البخارى وغيره . وحكى الخطابى ان فى اسناد حديث عبد اللب بن عمرو أيضا مقالا . أهـ مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ٢٩ رقم / ٣٢١٨ .
- ورواه البيهقى ج ٥ ص ٢٨٧ باب : الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه بيعه نسيئة . ثم قال : اختلفوا على محمد بن اسحاق فى اسناده وحماد ابن سلمة أحسنهم سياقة له ، وله شاهد صحيح - قلت عند الدارقطنى ج ٣ ص ٦٩ رقم / ٢٦١ وصححه النووى المجموع ج ٩ ص ٤٠٠ أهـ .
- وقال الحاكم فى المستدرک ج ٢ ص ٥٧ : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . أهـ الا أن الزيلعى نقل فى النصب ج ٤ ص ٤٧ عن ابن القطان قوله : هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد - فذكر طريقه ثم قال :-

ولانه أحد^(١) جهات الربا ، فلم يتعلق بجميع الاموال ، كالتفاضل . والتفرق قبل القبض^(١١) ، فأشبهه الجنس^(١٢) ، ولانه لا يحرم^(١٣) فيه التفرق قبل القبض ، فأشبهه الجنس^(١٤) ، ولانه ليس من أموال الربا^(١٥) ، فلا يحرم فيها^(١٦) الربا من جهة

= ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش - أحد رجال السند - مجهول الحال ومسلم بن جبير - أيضا - لم أجد لهما ذكر ولا أعلمه في غير هذا الاسناد وكذلك مسلم مجهول الحال أيضا اذا كان عن أبي سفيان وأبو سفيان فيه نظر. أهـ وقال في المجموع ج ٩ ص ٤٠٠ : رواه أبو داود وسكت عليه فيقتضى أنه حسن . . . وان كان في اسناده نظر. أهـ (١٠) في الاصل : ولانه احدى . / والضمير عائد الى النساء .

(١١) حيث لا يتعلقان بجميع الاموال ، بل بما يجرى فيه الربا منها فقط . (١٢) أى مما لا ربا فيه كبقربغم أو ثياب صوف بثياب قطن ، حيث يصح بيع أحدهما بالاخر نسيئة . بجامع أنه أحد جهات الربا ، في كل من الاصل وهو بيع الجنس

والفرع وهو الجنس الواحد ما لا ربا فيه . ولما كان حكم الاصل جواز بيع بعضه ببعض نسيئة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع ما لا ربا فيه نسيئة أيضا لذلك .

(١٣) قوله (ولانه لا يحرم فيه التفرق قبل القبض ، فأشبهه الجنس) ساقط من نسخة ((ب)) والضمير عائد الى ما لا ربا فيه ، وهو رأس المسألة .

(١٤) أى المختلفين حيث يجوز بيع بعضهما ببعض نسيئة ، كبقربغم . بجامع جواز التفرق قبل القبض في كل من الاصل وهو الجنس والمختلفان والفرع وهو ما لا ربا فيه .

ولما كان حكم الاصل جواز البيع فيه نسيئة كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع ما لا ربا فيه نسيئة أيضا لذلك .

(١٥) أى ما لا ربا فيه من الاموال .

(١٦) وهى الثمنيات كالذهب والفضة والمطعومات .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : فيهما .

النساء كالهروى (١٨) والمروى (١٩).

فان قيل : ذاك بالصنعة (٢٠) (٢١) جنسين ، كالتمر (٢٢) والنخل (٢٣).

(١٨) نوع من الثياب ، تنسب الى بلدة هراة فى خراسان . أنظر المصباح ج ٢

ص ٣١٠ .

وهراة : مدينة عظيمة من أمهات مدن خراسان ، ليس فى خراسان أجل ولا أعظم ولا أفخم ولا أكثر أهلا منها ، فيها بساتين كثيرة ومياه غزيرة ، محشوة بالعلماء وأهل الفضل والشراء ، ثم نكبتها التتار سنة ٦١٨ وجملوها أثرا بعد عين . أنظر دائرة القرن العشرين ج ١ ص ٤٨٣ .

(١٩) نوع من الثياب أيضا ، نسبة الى مرو من بلاد خراسان ، بينها وبين هراة أحد عشر يوما كما بينها وبين نيسابور كذلك . أنظر المصباح

ج ٢ ص ٣١٠ .

وفى ص ٢٣٥ فى النسبة اليه تقول : مروى بسكون الراء على لفظه - أى مرو- أه . والجامع فى القياس المذكور هو انه ليس من أموال الربا فى كل من الاصل وهو الثياب المروية والهروية والفرع وهو مالا ربا فيه من الاموال . ولما كان حكم الاصل جواز بيعه نسيئة ، كان حكم الفرع كذلك فيباع مالا ربا فيه نسيئة أيضا لذلك .

(٢٠) فى المختار ص ٣٧١ : الصناعة بالكسر حرفة الصانع ، وعمله الصنعة بفتح فسكون - أه . والمقصود أن الثياب الهروية والمروية دخلتها الصناعة فجعلتها جنسين مختلفين .

(٢١) فى نسخة ((ب)) : صارا ، / بالتثنية .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : كالثمرة والنخل . / والمراد بالنخل الرطب والله أعلم .

(٢٣) حيث يجوز بيع بعضه ببعض نسيئة لا اختلاف الجنسين فيه لدخول الصنعة فى التمر بتجفيفه .

بجامع الابلولة الى جنسين فى كل من الاصل وهو الرطب والتمر . حيث دخلته الصنعة بالتجفيف والتلقيح ، والفرع وهو الثياب الهروية والمروية . ولما كان حكم الاصل جواز بيع أحدهما بالاخر نسيئة كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الهروى بالمروى نسيئة أيضا لذلك .

قلنا : بل هي (٢٤) جنس واحد ، لان أصلها واحد واسمها واحد (٢٥) ،
 فهي كالمصوغ وغير المصوغ من الذهب ، بخلاف النخل والتمر . (٢٦)
 قالوا : روى جابر (٢٨) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الحيوان
 واحد باثنين لا يصلح نسيئة) . (٢٩)

(٢٤) أى الهروية والسرورية من الثياب .

(٢٥) سقط قوله (واسمها واحد) من نسخة ((ب)) . / اما وحدة أصلها

فلكونها من القطن ، واما وحدة اسمها فلتسميتها جميعا بالثياب .

(٢٦) بجامع وحدة الاسم والجنس فى كل من الاصل وهو الذهب مصوغا وغير

مصوغ ، والفرع وهو الثياب هروية وغير هروية منسوجة وغير منسوجة .

والمراد هنا مجرد التنظير بين الثياب الهروية والسرورية بأن جنسها

واحد ، وبين الذهب المصنوع وغير المصنوع بأن جنسه واحد .

(٢٧) حيث هما جنسان مختلفان عندكم لا خلافاً أسمائهما ، فانه يقال لاحدهما

تمر وللاخر رطب ، وليس لهما اسم واحد يجمعهما كما هو الحال فى

الهروى والسرورى من الثياب .

(٢٨) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الانصارى . شهد العقبة ، ولم

يشهد بدر ، ولا أحدا ، ان منعه أبوه ، فلما قتل والده لم يتخلف بعدها

وقد كان آخر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم موتا ، مات بالمدينة سنة

ثمان وسبعين عن أربع وتسعين سنة . أنظر الاصابة ج ١ ص ٢١٣ .

(٢٩) رواه الترمذى ج ٣ ص ٣٩٥ باب ما جاء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان

نسيئة . رقم / ١٢٣٨ من طريق الحجاج بن أرطاة عن أبى الزبير عن

جابر مرفوعا : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح نسيئة ولا بأسبه يدا بيد

أه ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أه لكن نقل عنه فى النصب ج ٤ ص ٤٨

تحسينه فقط . وهذا راجع الى اختلاف نسخ الترمذى .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٦٣ كتاب التجارات باب الحيوان بالحيوان

مفاضلا يدا بيد . من طريق الحجاج عن أبى الزبير عن جابر أيضا مرفوعا

((لا بأس بالحيوان واحد باثنين يدا بيد)) وكرهه نسيئة . أه رقم / ٢٢٧١ =

قلنا : يرويه الحجاج بن ارطأة ، وهو متروك ، ثم نحمله عليه (٣١)

وقد اكتفى في الدراية أيضا ج ٢ ص ١٥٩ بنسبته للترمذى وقوله فيـه :
حد يث حسن .

قلت : وانما لم يصححه لان فيه الحجاج بن ارطأة وهو مختلف فيـه
والاكثر على تضعيفه أنظر الميزان ج ١ ص ٤٥٨ رقم ١٧٢٦ قال : أحد
الاعلام على لين في حديثه . أه فنزل عن رتبة رجال الحديث الصحيح .
كما ان فيه أيضا أبا الزبير مختلف فيه أيضا ضعفه شعبة وأبو حاتم وأبوزرعة
والشافعي قبلهم وذهب ابن حزم الى رد ما عنعن فيه فقط الا مارواه عنه
الليث فقط . واسم أبي الزبير : محمد بن مسلم بن تدرس . أنظر الميزان

ج ٤ ص ٣٧ رقم ٨١٦٩ .

(٣٠) قال فيه ابن معين : ليس بالقوى وهو صدوق يدلـس . وقال يحيى بن يعلى

المحاربى : امرنا زائدة ان نترك حديث الحجاج بن ارطأة .

وقال أحمد بن حنبل : سمعت يحيى - يعنى ابن معين - يذكر ان حجاجا

لم ير الزهرى - يعنى وكان يروى عنه - وكان - أى يحيى - سئ رأى فيه

- يعنى الحجاج - جدا ، مارأيت اسوأ رأيا فى أحد ، منه فى حجاج

وابن اسحاق وليث وهما لا نستطيع ان نراجعه فيهم . أه .

وكذا ضعفه النسائى والدارقطنى وغيرهما ، وكان فيه تيه وكبر وهـو

أول من ارتشى من القضاة بالبصرة .

الا أن شعبة قال : اكتبوا عن الحجاج بن ارطأة وابن اسحاق فانهما

حافظان .

وقال أبو حاتم : اذا قال حدثنا فهو صالح لا يرتاب فى صدقه وحفظه .

وخلاصة القول فيه انه أحد الاعلام على لين فى حديثه . توفى سنة ١٥٤ .

أنظر الميزان ج ١ ص ٤٥٨ رقم ١٧٢٦ .

(٣١) لى على معنى المنهى ، وذلك فيما اذا سلمنا بصحة الحديث المذكور .

إذا دخل النساء فيهما^(٣٢)، ويكون في معنى نهيه عن بيع الكالئ بالكالئ^(٣٣).
قالوا : الجنس أحد وصفو علة تحريم التفاضل^(٣٤) ، فحرم النساء في غير الاثنان^(٣٥)

(٣٢) في الاصل (فيها) بالافراد والصواب التثنية، ومراده بقوله : فيهما ،
أى فى الحيوان بالحيوان ، أى فى الثمن والمثمن .

(٣٣) يعنى الدين بالدين . يشير الى الحديث الذى رواه ابن أبى شيبة
واسحاق بن راهويه . والبزار فى مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة -
واخطأ الدارقطنى والحاكم فروياه عن موسى بن عقبة نص على ذلك البيهقى
جده ص ٢٩ . باب ما جاء فى النهى عن بيع الدين بالدين - عن عبد الله
ابن دينار عن ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع
كالئ بكالئ - يعنى ديناً بدين - انتهى ، ورواه ابن عدى فى
الكامل واعله بموسى بن عبيدة ، ونقل تضعيفه عن أحمد ، قال فقيـل
لاحمد : ان شعبة يروى عنه ، قال : لو رأى شعبة مارأينا منه لم
يرو عنه .

قال ابن عدى : والضعف على حديثه بين . أنظر فى جميع ذلك النصب
ج ٤ ص ٤٠ .

ورواه الدارقطنى عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أن النبى
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ وقال : هو النسبيـة
بالنسيئة . أهـ الدارقطنى ج ٣ ص ٧٢ رقم / ٢٧٠ .

ورواه الحاكم ج ٢ ص ٥٧ وقال : صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه .
وقد غلطهما البيهقى كما قلنا وقال : انما هو موسى بن عبيدة الرىذى . أهـ
(٣٤) والوصف الثانى هو الكيل أو الوزن عندهم ، واما عند الشافعية فهـو
الطعم .

(٣٥) أى فى غير الذهب والفضة . أى أيضا ، لأن الجنس أحد وصفى علة الربا
فى غير الاثنان أيضا .

والمراد : ان الجنس مؤثر فى التفاضل ، فليكن مؤثرا فى النساء .

(٣٦)

كالوصف المضموم اليه .

قلنا : تحريم النساء في الاثمان وغيرها واحد ، فلا يؤثر ، وانما اسقط انتقض (٣٩) (٤٠)
 بالوزن في اسلام الاثمان في (٤١) الموزونات . ثم الوصف المضموم اليه (٤٣) يختص
 بما يحرم التفاضل في نقد كل واحد منهما ، (٤٤) والجنس بخلافه . (٤٥)

(٣٦) أى الى الجنس وهو صفة الكيل أو الوزن ، حيث يحرم معه النساء .
 بجامع انه أحد وصفى تحريم التفاضل في كل من الاصل وهو الوصف
 المضموم الى الجنس ، والفرع وهو الجنس الواحد .
 ولما كان حكم الاصل تحريم النساء فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم
 النساء في الجنس الواحد أيضا لذلك .

(٣٧) أى حيث يجوز التفاضل ويحرم النساء ، مع اختلاف الجنس في الاثمان
 وغيرها . فلا أثر لاتحاد الجنس في تحريم النساء .

(٣٨) أى الجنس .

(٣٩) أى الجنس .

(٤٠) أى قولكم بأنه كالوصف المضموم اليه .

(٤١) سقط حرف الجر (في) من نسخة ((ب)) .

(٤٢) أى فان الكل موزون ، ثم جاز النساء فيه مع ذلك .

(٤٣) أى الى الجنس من كيل أو وزن .

(٤٤) أى يختص بالربويات .

وانما يحرم التفاضل في كل من الكيل أو الوزن فيما اذا كان المبيعان
 متحدى الجنس .

(٤٥) أى بخلاف الوصف المضموم الى الجنس وهو القدر ، أى الكيل أو الوزن

فانه أعم حيث يجرى في الربويات وغيرها . وانما هو بخلافه فلا يصح
 قياس أحدهما على الآخر .

قالوا : قد يسلم ثوبا في ثوب فيرده ^(٤٦) عليه في المحل ، فيصير المعوض ^(٤٧)

هو المعوض وذلك لا يجوز .

قلنا : انما لا يجوز ذلك ^(٤٨) في وقت واحد ، فأما في وقتين فيجوز ^(٤٩) ،

كما لا يجوز أن يكون الشيء ملكا لرجلين في وقت واحد ، ويجوز في وقتين
ثم يبطل به اذا صرف دينار في دينار ، وقبضه ^(٥٠) المصروف اليه ، ثم رده اليه
في المجلس . ^(٥١)

قالوا : قد يسلم ثوبين في ثوب ، فيرد عليه أحدهما ويمسك الآخر
وذلك اكل مال بالباطل ^(٥٢) .

قلنا : الاكل بالباطل ما يؤخذ بالفصل ^(٥٣) ،

(٤٦) سقط الضمير في (فيرده) من نسخة ((ب)) .

(٤٧) بفتح الميم فحاء مهملة مكسورة ، أى وقت حلول الاجل .

(٤٨) أى جمع الثمن في البيع هو الثمن .

(٤٩) لانه بقبضه الثوب صار ملكا لمبعد التفرق ، فاذا رده على الذى اسلمه
اياه كان ذلك بيعا له ممن ملكه ملكا صحيحا الى شخص آخر سواء
كان صاحب الأول أو غيره فالبيع صحيح لانه انتقل بالبيع من مالكه
الثانى الى الأول .

(٥٠) في نسخة ((ب)) : فقبضه .

(٥١) حيث يجوز له ذلك لانه بقبضه للد دينار صار مالكا له فدل على أن احتمال
صيرورة العوض هو المعوض في بيع مالا ربا فيه نسيئة ، لا تأثير له .

(٥٢) أى لأخذه الثوب الذى أمسكه من غير مقابل .

(٥٣) وهو أخذ الشيء ظلما وبإبه ضرب . تقول : غصبه منه وغصبه عليه ،
والاغتصاب مثله . أه المختار ص ٤٧٥ .

وهو في الشرع : الاستيلاء على حق الغير عدوانا . أه تصحيح التنبيه

(٥٤) فالأما هذا فهو تجارة عن تراض ولهذا قال الله تعالى (ولا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض) . (٥٦)
* مسألة (١٩) : لا يجوز بيع دينار صحيح ودينار قراضه^(١) بدينارين صحيحين
ولا دينارين قراضه^(٢) / ١٣٣ ي .

(٥٤) بفتح السين وكسر الراء ، ويجوز اسكان الراء مع فتح السين وكسرها .
يقال : سرق منه مالا وسرقه مالا يسرقه سرقا بفتح السين والراء .
أنظر تصحيح التنبيه ص ١٤٩ .
وفى القاموس ج ٣ ص ٢٤٤ اطلق السرقة على من جاء مستترا الى حرز
فأخذ مالا لغيره . أهـ .
وهى شرعا : أخذه خفية ظلما من حرز مثله بشروط . أهـ مغبى المحتاج
ج ٤ ص ١٥٨ .

(٥٥) أى فى اسلام الثوبين فى ثوب ثم رد أحدهما وامسك الآخر .
(٥٦) النساء آية / ٢٩ والاستثناء فى الآية منقطع ليس من جنس الأول ، هذا
هو الصحيح وتيل متصل وتقديره : لا تأكلوها بسبب الا أن تكون تجارة .
وهذا ضعيف لانه قال بالباطل والتجارة ليست من جنس الباطل ،
وفى الكلام حذف مضاف تقديره : الا فى حال كونها تجارة أو فى
وقت كونها تجارة . أنظر املاء مامن به الرحمن ج ١ ص ١٧٧ .
(١) بضم القاف : فعالة من القرض وهو القطع ، لانها تقرض أى تقطع
كالنخالة والبراية . النظم المستعذب ج ١ ص ٢٧٣ .
وفى تصحيح التنبيه ص ٦٥ : القراض بضم القاف : قطع الذهب والفضة . أهـ .
وقال عميرة ج ٢ ص ١٧٤ : القراض : التى تقرض من الدينار لتستعمل فى
شراء الحاجة اللطيفة مثلا . أهـ

(٢) ومحل المسألة : اذا كانت قيمة المكسر دون قيمة الصحيح للتفاضل
الحاصل بينهما حينئذ . المنهاج ص ٤٦ . المجموع ج ١ ص ٧٦ . فتح
العزیز ج ٨ ص ١٧٦ ثم حكى عن صاحب التقریب - للهروى - حكاية وجه
ان صفة الصحة فى محل المسامحة . أهـ . أى لانه يكون بيع عن تراض .

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٣)

لنا : ماروى فضالة بن عبيد (٤) قال : أتى رسول الله صلى الله عليه (وسلم)

(٣) الهداية ج ٦ ص ٢٧٤ وعبارته : ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ، والغلة ما يرد به بيت المال ويأخذه التجار . أه .

قال الكمال فى الفتح فى نفس الصفحة : والغلة ما يرد به بيت المال للزيادة بل لأنها دراهم مقطعة مكسرة يكون فى القطعة ربع وثمان وقل وبيت المال لا يأخذ الا الفالى . أه . وفى الدر المنقى ج ٢ ص ١١٩ : غلة بفتح فتشديد . أه .

وأنظر التبيين ج ٤ ص ١٣٩ . وذكر فى مجمع الانهر ج ٢ ص ١١٩ أن زفر خالف فى ذلك فمنعه .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٨ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٤٩ وقد ذكره فى المحرر قولاً آخر عن أحمد . أنظر المحرر ج ١ ص ٣٢٠ . وفى المقنع ص ١٠٩ ما يفيد أن فى حكاية المذهب فى هذه المسألة طريقين ، أحدهما : اثبات ان للامام فيها رأيين وثانيهما : ان ذلك جائز قولاً واحداً . واليه ذهب المالكية : حيث نص فى اسهل المدارك ج ٢ ص ٢٢٥ على التسوية بين الدراهم والدنانير الصحيحة والمكسورة .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٥٧٥ والتتليها .

هو فضالة بن عبيد الانصارى الاوسى ، أبو محمد . (٤)

شهد أحداً وبيعة الرضوان ، وولى قضاء دمشق ، له خمسون حديثاً روى عنه عبد الرحمن بن محيريز ومحمد بن كعب . قال المدائنى : مات سنة ثلاث وخمسين . روى له البخارى ومسلم وأصحاب السنن

الأربعة . أنظر الخلاصة ص ٣٠٨ .

عام خير بقلادة^(٥) فيها خرز^(٦) معلقة^(٧) بذهب ، ابتاعها رجل بسبعة دنانير
أو تسعة دنانير ، فقال صلى الله عليه (وسلم) ^(٨) حتى تميز بينه وبينه ، فقال
الرجل : انما أردت الحجارة ، فقال : لا حتى تميز بينهما فردته ^(٩) حتى
تميز بينهما .

فان قيل : يحتمل أن يكون الثمن مثل الذهب الذي مع الخرز ، فلذلك ابطال^(١٠) ،

(٥) وهي ما يجعل في العنق . أنظر القاموس ج ١ ص ٣٣٠ . وهي هنا

ما تجعله المرأة من الحلى في عنقها تتزين به .

(٦) جمع خرزة ، بفتح الاول والثاني ، وهي الجوهر وما ينظم . أنظر

القاموس ج ٢ ص ١٧٥ .

(٧) في النظم المستعذب ج ١ ص ٢٧٣ : يروى بالعين المهملة والقاف

وبالعين المعجمة والفاء والأول معناه لها عرى من ذهب تعلق بها

والثاني معناه مغطاة أى مغطاة والغلاف الغطاء . أهـ

(٨) سقط من نسخة ((ب)) : قوله : حتى تميز بينه وبينه فقال الرجل :

انما أردت الحجارة فقال .

(٩) رواه بهذا اللفظ أبو داود ج ٣ ص ٢٤٩ باب في حلية السيف تباع

بالدراهم . رقم / ٣٣٥١ .

ورواه مسلم ج ٣ ص ١٢١٣ بنحوه ، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب .

رقم / ٨٩ .

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٥٦ باب ما جاء في شراء القلادة وفيها ذهب

وخرز ، رقم / ١٢٥٥ ثم قال : حديث حسن صحيح . أهـ .

وينحوه رواه النسائى ج ٧ ص ٢٧٩ تحت عنوان : بيع القلادة فيها

الخرز والذهب بالذهب .

(١٠) لان من شرط صحة هذا البيع عندهم أن يكون الثمن أكثر من الذهب

الذى مع الخرز فان كان أقل منه أو مثله بطل البيع .

وحاصل مذهب الحنفية : ان رجلين لو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ، =

ولهذا روى فضالة قال : اشتريت يوم خير قلادة باثنى عشر ديناراً ، فيها
ذهب وخرز ففصلتها ^(١١) فوجدت فيها أكثر من اثنى عشر ديناراً ، فقال
صلى الله عليه (وسلم) : لا تباع حتى تفصل . ^(١٢) ومثل ذلك لا يجوز . ^(١٣)

= وأحدهما أقل ، ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقى الفضة ، جاز
البيع من غير كراهة ، وان لم تبلغ فمع الكراهة ، وان لم يكن له قيمة
كالتراب لا يجوز البيع أصلاً ، لتحقيق الربا فيه ، لكون الزيادة حينئذ
لا يقابلها عوض . أنظر الهداية ج ٦ ص ٢٦١ وعلى ذلك فلا بأس ببيع
السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف ،
وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب . لان الفضة أو الذهب
التى فى السيف تقابل بمثلها من الذهب أو الفضة المشتراة به ،
ويبقى الفضل قيمة السيف .

واما اذا كان قيمة الفضة أو الذهب التى فى السيف مساوية للثمن
فلا يصح البيع حينئذ ، لان المشتري يكون قد أخذ السيف بلا عوض
وذلك من أكل مال الناس بالباطل فيبطل .

(١١) فى نسخة ((ب)) : فصلتهما . / أى الذهب عن الخرز . وعلى
الافراد يعنى بها القلادة .

(١٢) رواه بهذا اللفظ مسلم ج ٣ ص ١٢١٣ باب بيع القلادة فيها خرز
وذهب . رقم / ٩٠ . ورواه به أيضا أبو داود والترمذى والنسائى ،
أنظر هامش رقم (٨) فى هذه المسألة .

(١٣) لانه من باب بيع الذهب بالذهب ، ويشترط لصحته المماثلة وهى
معدومة فى هذا البيع لقوله : فوجدت فيها أكثر من اثنى عشر
ديناراً . فكانت هذه الزيادة فيه خالية عن العوض ، وذلك ريباً
فيحرم .

قيل : هذه (١٤) زيادة في السبب (١٥) ، ولانه لم يستفصل (١٦) ، ولان في العادة لا تباع خرز وذهب بمثل مامعه من الذهب (١٧) ، لاسيما وقد قال : انما اردت الحجارة (١٨) ، فدل على أن الذهب كان يسيرا (١٩) . ولانه لم يعمل بنقصان الثمن بل علل بعدم

(١٤) في نسخة ((ب)) : هذا . / أى تعليلكم .

(١٥) أى ان قولكم بأن الثمن اذا كان أكثر من الذهب أو الفضة المختصين في المبيع يصح البيع وان كان مساويا أو اقل منه لا يصح ، زيادة في سبب البطلان الوارد في الحديث وهو عدم العلم بالمماثلة .

(١٦) أى النبي صلى الله عليه وسلم ، ان لم يستفصل عن مساواة ما فى القلادة من ذهب لما دفعه من ثمن أو نقصه ، والقاعدة ان : ترك الاستفصال في وقائع الاحوال ينزل منزلة العموم في المقال .

(١٧) فدل على بطلان قولهم : انه اذا كان الثمن مثل الذهب أو اقل بطل البيع ، لاننا لو حملنا الحديث عليه لبطلت فائدته .

(١٨) أى التجارة كما ورد ذلك صريحا في رواية أخرى عند أبى داود ج ٣ ص ٢٤٩ باب في حلية السيف تباع بالدرهم رقم / ٣٣٥١ . وأنظر مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ٢٥ رقم / ٣٢١٣ .

والحجارة المذكورة في الحديث يعنى بها الخرز . والمعنى : انما قصدت ان يكون الذهب الذى هو الثمن : بعضه بازاء الذهب الذى هو مع الخرز مصارفة ، وبعضه بازاء الحجارة التى هى الخرز بيعة وتجارة الا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهاه عن ذلك حتى يميز بينهما فتكون حصة المصارفة متميزة عن حصة المتاجرة حتى يعلم ما بينهما من التماثل .

أنظر معالم السنن ج ٥ ص ٢٣ رقم / ٣٢١٢ .

(١٩) أى والثمن أكثر منه ، ومع ذلك ابطله النبي صلى الله عليه وسلم .

(٢٠) التمييز، والخبر الذى ذكروه حديث آخر، (٢١) ونحن نقول بها، (٢٢) وهم لا يقولون بما روينا. (٢٣)

(٢٤) فان قيل : هو حجة لنا ، فانه قال : لا حتى تميز، (٢٥) وما بعد الغاية مخالف لما قبلها فدل على انه يجوز اذا ميزه. (٢٦)
قلنا : المراد به ، التمييز فى العقد ، بدليل انه جعله شرطاً (٢٧)

(٢٠) بقوله : لا تباع حتى تفصل ، أى الخرز عن الذهب . وذلك حتى تعلم المسألة .

(٢١) أى فى حادثة أخرى .

(٢٢) أى بالحد يثنى ، اما أحدهما فهو الذى فيه ان رجلا اشترى قلادة ، واما الثانى فهو ان فضالة هو الذى اشترى القلادة . وفى الاصل (بها) بالافراد .

(٢٣) يعنى الحديث الذى فيه ان رجلا اشترى قلادة . الخ . أى فلم يطلوا البيع فيما اذا كان الذهب المخلوط بغيره اقل من الثمن المدفوع ، بل اجازوه بدون أن يفصل بينهما .
والمراد اننا اعلنا الروايتين معا فابطلنا بيع ما اختلط فيه الذهب مع غيره مطلقا ، سواء كان الذهب الذى فيه اكثر أو مثل أو أقل . وهم عملوا برواية واحدة فاجازوا ذلك البيع اذا كان الثمن اكثر من الذهب المخلوط بغيره فى المبيع ، ومنعوه اذا كان مثله أو أقل ، فكان قولنا أولى .

(٢٤) أى الحديث الذى احتج به الشافعية ، وهو الذى فيه ان رجلا اشترى قلادة

(٢٥) أى بين الذهب والخرز فى القلادة المذكورة .

(٢٦) أى حتى اذا فصل الخرز عن الذهب ولو بعد العقد صح البيع .

(٢٧) أى ادراك المسألة والعلم بها حال العقد ، لا بعده .

بأن تفصلهما ثم تباع كلا من الذهب بعقد والخرز بعقد آخر .

لجواز البيع ، والتمييز في النظر ليس بشرط ، ولأن العوض ينقسم على المعوض بالقيمة ، والدليل عليه اذا اشترى سيفاً وشقصاً^(٢٨) ، فانه يقسم الثمن عليها على القيمة^(٢٩) في الشفعة ، وفي الرد بالعيب^(٣٠) ، ويدل عليه^(٣١) أن عندهم لا يجوز أن يشتري ما بمساعه قبل قبض الثمن بأقل مما باع^(٣٢) ، ثم لو باع عبداً بألف واشتراه مع عبد أكثر قيمة منه بألفين^(٣٣) لم يصح البيع^(٣٤) ، لانه عاد اليه عبده بالقسمة بأقل مما باع^(٣٥) .

(٢٨) بكسر الشين وتسكين القاف هو القطعة من الارض والطائفة من الشيء أنظر المختار ص ٣٤٣ .
(٢٩) أى على قيمتهما مجموعين . وصورته : ان يشتري سيفاً وشقصاً من دار ، بمائة فاذا كانت قيمة السيف عشرون ، فالشقص ثمانين ، فيكون للشفيع حق الشفعة في الثمانين .

(٣٠) أى وفي حال رد أحدهما بالعيب .

(٣١) أى على انقسام العوض على المعوض بالقيمة .
(٣٢) أنظر الهداية ج ٦ ص ٦٨ . وسبب عدم الجواز المذكور هو ان الثمن لم يدخل في ضمانه . أنظر ص ٧٠ منه . أى وان لم يدخل في ضمانه فلا يجوز له التصرف فيه لانه لم يملكه ملكاً تاماً .

(٣٣) أنظر المثال عندهم في الهداية ج ٦ ص ٧١ .
وصورته : انه اذا باع عبده بألف ثم اشتراه مع آخر أكثر قيمة بألفين فمعنى ذلك ان العبد الاخر قيمته أكثر من ألف ، لتكن ألفاً ومائتين مثلاً ، وحيث قد اشتراهما بألفين فتكون قيمة عبده ثمانمائة ، وقد باعه بألف .

فيكون قد اشتراه بأقل مما باعه قبل قبضه ، وذلك حيلة في الربا ، وهو ما يسمى ببيع العينة .

(٣٤) لانه ذريعة الى الربا . كما بينا في الهامش قبل هذا .

(٣٥) أى فيها لو قسم الثمن على العبدين معاً على الشيوع .

وأنظر الهداية ج ٦ ص ٧١ .

فان قيل : لان تحريم هذا^(٣٦) يخفى ، ولهذا خفى على زيد بن أرقم^(٣٧) ،

(٣٦) أى شراء ما باعه بأقل مما باعه قبل قبض الثمن ، وهو ما يسمى ببيع العينة .
(٣٧) هو زيد بن أرقم بن زيد الخزرجى ، شهد الخندق ، وغزا سبع عشرة
غزوة ، نزل الكوفة . له تسمون حديثا ، رمد فعاده النبى صلى الله عليه وسلم
وكان من خواص على بن أبى طالب . مات سنة ست وستين ، وقال الهيثم :
سنة ثمان .

أنظر الخلاصة ص ١٢٦ .

يشير الى مارواه الدارقطنى ج ٣ ص ٥٢ رقم / ٢١١ عن يونس بن أبى
اسحاق عن أمه العالية قالت : خرجت انا وام محبة الى مكة فدخلنا
على عائشة فسلمنا عليها ، فقالت لنا : من انتن ؟ قلنا : من أهل
الكوفة . قالت : فكأنها اعرضت عنا فقالت لها أم محبة : يا أم المؤمنين
كانت لى جارية وانى بيعتها من زيد بن أرقم الانصارى بثمانمائة درهم
الى عطائه ، وانه اراد بيعها ، فابتعتها منه بستائة درهم نقدا ، قالت :
فأقبلت علينا فقالت : بثسما شريت وما اشتريت ، فأبلغى زيدا انه قد
ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن يتوب ، فقالت
لها : ارأيت ان لم آخذ منه الا رأس مالى ، قالت : فمن جاءه موعظة
من ربه فانتهى فله ما سلف . أه قال الشيخ - يعنى الدارقطنى - :
ام محبة - بضم فكسر . نصب ج ٤ ص ١٦ - والعالية مجهولتان لا يحتج
بهما . أه .

ورواه البيهقى ج ٥ ص ٣٣٠ باب الرجل يبيع الشئ الى اجل ثم يشتريه
بأقل ، ثم نقل عن الشافعى ما يوجب ضعف هذا الاثر فى ص ٣٣١ . أنظر
قول الشافعى المذكور فى المختصر ص ٨٥ باب الرجل يبيع الشئ الى
اجل ثم يشتريه بأقل من الثمن .

الا أن الزيلعى نقل فى النصب ج ٤ ص ١٦ عن صاحب التنقيح قوله :
هذا اسناد جيد وان كان الشافعى قال : لا يثبت مثله عن عائشة
وكذلك الدارقطنى قال فنى العالية : هى مجهولة لا يحتج بها ، فيه نظر =

وأجازه الشافعى (٣٨) ولعل العاقد عقد على رأيهم (٣٩) وتحريم التفاضل لا يخفى ، فوجب أن يكون قصد الوجه الجائز .

قيل : لو قصد الجائز لما جمعا (٤٠) فى الصفقة ، ولان قصد المتبايعين المعاوضة ، والمغبنة فلا يجوز أن يترك مقصودهما لاجل الصحة ، ثم يبتل هذا (٤١) بمن باع رطل حديد ودرهما برطلين حديد ، فان تحريم الربا فى ذلك (٤٣) قد يخفى (٤٤) وقد أجازه الشافعى (٤٥) ثم لم يقسم على القيمة (٤٦)

= فقد خالفه غيره . أه .

ثم نقل عن ابن الجوزى قوله : قالوا : العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها . قلنا : بل هى امرأة معروفة جليلة القدر ، ذكرها ابن سعد فى الطبقات فقال : العالية بنت ايفع بن شراحيل امرأة أبى اسحاق السبيعى سمعت من عائشة . أه . النصب ج ٤ ص ١٦ .

(٣٨) فى المختصر ص ٨٥ .

(٣٩) أى على رأى القائلين بجواز ذلك وهم الشافعية .

(٤٠) أى انعبدان ، فانهما مبيعان جمعا فى صفقة واحدة .

وكذلك بيع السلعة ثم شراؤها قبل قبض الثمن فانهما عقدان فى صفقة

واحدة ، أو فى بيع العبد بألف ثم شراؤه مع آخر أكثر قيمة منه بألفين .

(٤١) أى تعليلكم حملنا العقد فى مسألة العبدين ومسألة بيع ما اشتراه

بأقل ما باع قبل قبض الثمن على الصحة ، بأن التحريم فيه قد يخفى .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : برطلين حديد . / على الاضافة ، وما فى الاصل على التمييز .

(٤٣) أى بيع رطل حديد ودرهما برطلين حديد .

(٤٤) لان فيه صرفا وبيعا ، فلا يدرى بايهما يلحق ، أى ثم حرمتوه مع أن التحريم

فيه قد يخفى ، فتعليلكم هناك معارض بقولكم بالتحريم هنا فى هذا المقعد .

(٤٥) لان غلة الربا فى الذهب والفضة عنده كونهما اشانا ، فلا يدرى الربا فى

غيرهما من المعادن . أنظر المختصر ص ٧٧ .

(٤٦) أى ثم لم يقسم الثمن فى هذا العقد على القيمة ليصح العقد ، بل قلتم

بفساده .

فان قيل : هناك وجوه كثيرة للصحة ، بأن يجعل للعبد الأول ألف (٤٧) ،
وما فوقه درهما درهما (٤٨) الى أن يبقى درهم ، يجعل للعبد الثاني ، وإذا كثرت
الوجوه (٥٠) صار ما قابل الأول (٥٠) من هذه الاثمان مجهولا (٥٢) ، فبطل (٥٣) ، كما لو باع
بشئ ، وفي البلد نقود (٥٤) .
قيل : هذا (٥٥) يبطل به اذا استأجر دارا بعشرة ، واحدت فيها عمارة (٥٦) ،

-
- (٤٧) في نسخة ((ب)) : ألف . / بالنصب .
ولعل في النسختين سقطا ، والصواب : بان يجعل للعبد الاول دون ألف
أى ثم يجعل للثاني درهم درهم الى أن يساوى الاول ، ثم يجعل الباقي
للثاني نظير زيادته في القيمة .
(٤٨) سقط قوله (درهما) الثاني من نسخة ((ب)) . /
(٤٩) في نسخة ((ب)) : الا . / وهو خطأ ان لا يتناسب مع ما بعده .
(٥٠) أى وجوه تصحيح العقد فى مسألة العبد ين .
(٥١) أى ما قابل ثمن العبد الاول .
(٥٢) لعدم معرفة الثمن الحقيقي للعبد الأول من هذه الاثمان التى أوردت
فى وجوه تصحيح العقد .
(٥٣) لان معرفة السلعة والثمن شرط فى صحة البيع .
(٥٤) أى متنوعة فلا يدري على أى النقود يحمل ذلك الثمن المطلق .
بجامع مجهولية الثمن فى كل من الاصل وهو مالو باع ثمن وفى البلد
نقود .
والفرع وهو مالو باع عبدا بألف واشتراه مع عبد أكثر قيمة منه بألفين قبل
القبض .
ولما كان حكم الاصل البطلان ، كان حكم الفرع كذلك .
(٥٥) أى قولكم بأن الوجوه اذا كثرت صار ما قابل الاول من هذه الاثمان مجهولا
فيبطل .
(٥٦) أى فصارت الدار بها أكثر قيمة منها قبل احداث العمارة فيها .

واكراها بأحد عشر (٥٧) فانه يمكن أن يجعل في مقابلة الدار درهم، وما زاد درهما (٥٨)
الى أن يبقى درهم في مقابلة العمارة (٦٠) فيبطل العقد (٦١) ثم لم يجعل (٦٢) بل
جعل قدر رأس المال في مقابلة الدار، والزيادة في مقابلة العمارة، وصحح
العقد (٦٣).

-
- (٥٧) في نسخة ((ب)) : باحدى عشر. / وهو خطأ ان لا مجال للتأنيث
هنا لان المعدود وهو الدنانير فذكر.
- (٥٨) في نسخة ((ب)) : درهما. / تصح اذا اعتبرت (يجعل) مبنيا
للمعلوم.
- (٥٩) منصوب بفعل محذوف تقديره : وما زاد عن الدرهم وهو باقى الثمن
نضيفه درهما درهما.
- (٦٠) أى التى أحدثها المستأجر فى الدار.
- (٦١) لمجهولية الاجرة فى الدار قبل احداث العمارة فيها .
- (٦٢) أى أبو حنيفة
- والمقصود انه قد أبطل العقد فيمن اشترى عبدا بألف ثم باعه مـع
عبد آخر قبل قبض الثمن بألفين لجهالة الثمن فى العبد الاول فقد
كان يلزمه ان يبطل العقد أيضا فيمن اشتأجر دارا بعشرة واحدث فيها
عمارة واكراها باحد عشر لما ذكره المصنف ، والحال انه لم يبطله
بل جعل قدر رأس المال فى مقابلة الدار والزيادة فى مقابلة العمارة
وصحح العقد ، فتناقض قوله ان فرق بين عقدين متماثلين فاجاز أحدهما
وأبطل الآخر .
- (٦٣) أنظر أشباه ابن نجيم ص ٢٧٢ فى كتاب الاجارات ، تحت عنوان
الفن الثانى : الفوائد .

قالوا : العقد اذا احتل الصحة والفساد حمل على الصحة ، كما لو باع
سلعة وفي البلد نقد ، وفي البلاد نقود ، ^(٦٥) ولهذا قال الشافعى : فيمن أوصى
ببطل انه يحمل على بطل الحرب دون اللهو . ^(٦٦)
قلنا : لا نسلم انه يحتمل الصحة مع اختلاف القيمة ، وجمع الصفقة ،
ثم يبطل بمسألة العبد ^(٦٨) ومن باع ثوبا ودرهما ، بثوب ودرهم ، وتفرقا من غير
قبض ، فانه يمكنه ان يصرف الدرهم الى الثوب ، ولم يفعل ^(٦٩) ، ويبطل بمن
اشترى قلب ^(٧٠) فضة بعشرة ، وثوبا بعشرة ، ثم باعها مرابحة ، عشـرة

-
- (٦٤) لتجنب ابطال العقود ما أمكن طلبا لاستقرار معاملات الناس .
(٦٥) أى فيحمل على نقد أهل البلد تصحيحا للعقد مع الجهالة فى تعيين
النقد الا أن هذه الجهالة اغتفرت بحمل النقد على نقد أهل البلد
حملا للعقد على الصحة .
(٦٦) الام ج٤ ص ٩١ باب ما يجوز من الوصية فى حال ولا يجوز فى أخرى .
(٦٧) فى نسخه ((ب)) : مع طلاقه القيمة .
(٦٨) وهى مالو باع عبدا بألف ، واشتراه مع عبد أكثر منه قيمة بالفين ، حيث
لا يصح ذلك البيع ، لانه عاد اليه عبده بالقسمة بأقل مما باع .
أى مع انه يمكن حمل العقد فيهما على الصحة ، ثم لم يفعل أبو حنيفة
ذلك بل أبطله .
(٦٩) أى أبو حنيفة ، أى بل ابطال العقد المذكور ، مع أنه يمكنه تصحيحه
بما قاله المصنف .
(٧٠) قلب الفضة : بضم فسكون هو السوار ، مستعار من قلب النخلة لبياضه
أنظر المصباح ج ٢ ص ١٧١ . النهاية ج ٤ ص ٩٨ .

(٧١) فانه يبطل البيع ، وان أمكن صرف الربح كله الى الشـوب (٧٣) ،
ويخالف ما قاسوا عليه ، فان مقتضى العقد النقد المتعارف ، وهو نقد البلد ،
ومقتضاه هاهنا (٧٥) المعاوضة والقسمة على القيمة (٧٦) . واما الوصية فانها تحتـمل
الطبلين احتمالا واحداً (٧٧) فقد منا ما يجوز ، وهاهنا (٧٩) يقتضى الفساد (٨٠) ،
ولأن الوصية تصح مع التصريح بالاسباب البطلية ، كالاخطار والجهالات (٨١) ، والبيع
بخلافها (٨٢) .

-
- (٧١) فى الاصل : عشرة ، اثنا عشر . / والمراوحة مفاعلة من الربح ، وهو
الزيادة على رأس المال .
وهى أن يشتري شيئاً ثم يقول لا خـر عالم به : بعثك بما اشتريت وربح درهم
لكل عشرة . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٧٦ .
- (٧٢) أى فلم يعمل بقاعدة حمل العقود ان احتملت الصحة والفساد على الصحة ،
فكان قلبه متناقضاً ، ان قد فرق بين عقد يحتمل الصحة والفساد فصحة ،
وآخر مثله ولم يصححه .
- (٧٣) أى لتصحيح العقد فيه .
- (٧٤) ولذلك صح العقد لا مكان حمله على نقد البلد فى حال الاطلاق .
- (٧٥) أى فى مسألة : من اشترى قلب فضة بعشرة وثوباً بعشرة ، ثم باعها مرابحة
بأثنى عشر .
- (٧٦) واذا ثبت الفارق بين المقيس والمقيس عليه فقد بطل قياسهم المذكور .
- (٧٧) أى متساوياً من حيث الاطلاق .
- (٧٨) وهو الوصية بطبل الحرب دون طبل اللهب .
- (٧٩) أى فى مسألة المرابحة المذكورة .
- (٨٠) لما فيه من ربا الفضل فى بيع قلب الفضة الذى اشتراه بعشرة اذا باعه
بأثنى عشر .
- (٨١) فى نسخة ((ب)) : والحمالات . / وانما صحت الوصية مع ذلك لأنها
من عقود التبرع فاحتملت الجهالة .
- واما البيع من عقود المعاوضات ، فكان مبناه على المشاحة ، فلا يحتمل الغرر .
- (٨٢) فكان قياسهم البيع عليها قياساً مع الفارق ، والقياس معه باطل .

قالوا : وجدت المماثلة بما جعل علماً^(٨٣) على المقدار ، فأشبهه اذا باع دينارا صحيحا بدينار قراضة.^(٨٤)

قلنا : لان هناك^(٨٥) قيمة كل واحد من العوضين متساوية ، فأنقسم العوض عليه^(٨٦) على التساوى وهما هنا^(٨٧) القراضة أقل قيمة من الصحيح الذى معه فلا يأخذ من الثمن ما يأخذ الصحيح ، ولهذا لو كان السبيع شقفا واحدا أو عبدا واحدا ، انقسم الثمن عليه بالسوية ، ولو كان مع الشقص سيف وممسع العبد عبد ، انقسم الثمن عليهما على التفاضل.^(٨٨)

(٨٣) العلم بفتحيتين العلامة . أه المختار ص ٤٥١ . وهو هنا لفظ الدينار .

(٨٤) حيث يصح ذلك البيع .
بجامع وجود المماثلة بما جعل علما على المقدار فى كل من الأصل وهو مالو باع دينارا صحيحا بدينار قراضة ، والفرع وهو مالو باع دينارا صحيحا وآخر قراضة بدينارين صحيحين أو بدينارين قراضة . ولما كان حكم الأصل صحة البيع فيه كان حكم الفرع كذلك فيصح البيع المذكور فيه أيضا لذلك .

(٨٥) أى فى المقيس عليه فى قياسهم وهو مالو باع دينارا صحيحا بدينار قراضة .

(٨٦) سقط لفظ (عليه) من نسخة ((ب)) .

(٨٧) أى فى مسألة مالو باع دينارا صحيحا وآخر قراضة بدينارين صحيحين أو دينارين قراضة .

(٨٨) لتفاوت القيمة بين السيف والشقص وبين العبد والعبد الآخر .

* مسألة (٢٠) : لا يجوز بيع الرطب بالتمر . (١) / ١٣٣ ش .

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٢)

لنا : ما روى سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم (سئل عن بيع الرطب

(١) الرطب : ثم النخل اذا ادرك ونضج قبل أن يتثمر ، الواحدة رطبسة والجمع ارطاب ، وأرطبت البسرة ارطابا اذا بدا فيها الترطيب .
والرطب نوعان : أحدهما لا يتثمر ، واذا تأخر اكله تسارع اليه الفساد والثاني : يتثمر ويصير عجوة وتمر يا بسا . أه .
ولشمار النخل مراحل : أوله طلع ثم خلال بالفتح ثم بلح بفتحيتين ثم يسر - بضم فسكون - ثم رطب ثم تمر . أه المختار ص ٥١ .

(٢) المختصر ص ٧٧ . الام ج ٣ ص ٢٠ المنهاج ص ٤٥ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٦ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٤٤ . المغنى ج ٤ ص ١٢٢ .
فيه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٨ . الجواهر ج ٢ ص ٢٠ .
المنتقى ج ٤ ص ٢٤٣ .
والى تحريم بيع الرطب بالتمر دون غيره من الثمار ذهب ابن حزم . أنظر المحلى ج ٩ ص ٤٩٩ .

(٣) خلافا للصاحبين . المبسوط ج ١٢ ص ١٨٥ . الهداية ج ٦ ص ١٦٨ .
التبيين ج ٤ ص ٩٢ . حيث اعتبر الامام أن تغير الشيء بالرطوبة واليبوسة يخرج عن جنسه - فيصير في الرطوبة جنسا ، وفي حال الجفاف جنسا آخر .

(٤) هو سعد بن أبي وقاص ، واسمه مالك بن وهب بن عبد مناف بن زهرة الزهري المدني ، شهد المشاهد ، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة ، وآخرهم موتا ، وهو أول من رمى بسهم في سبيل الله ، كان فارس الاسلام ، واحد ستة الشورى توفي بقصره ، ودفن بالبقيع سنة خمس وخمسين وقيل ست وقيل سبع . أنظر الخلاصة ص ١٣٥ .

بالتمر، فقال : اينقص الرطب اذا ييس ، فقليل نعم ، ^(٥) قال : فلا اذن ^(٦) . فمنسح

(٥) في نسخة ((ب)) : قال . / أى السائل .

(٦) في نسخة ((ب)) : فلا اذا .

والحديث رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥١ باب في التمر بالتمر رقم / ٣٥٩ عن زيد أبي عياش انه سأل سعد بن أبي وقاص عن البيضاء - وهى نوع من البر أبيض اللون وفيه رخاوه يكون ببلاد مصر . وقيل هو الرطب بفتح فكسر من السلت وهو نوع غير البر وهو أدق منه حبا . أنظر معالم السنن وتهذيب ابن القيم ج ٥ ص ٣٢ .

قال الخطابي : والأول اعرف الا أن هذا القول اليق بمعنى الحديث وعطته تبين موضع التشبيه من الرطب بالتمر، وإذا كان الرطب منهما جنسا واليابس جنسا آخر لم يصح التشبيه . أه - بالسلت ، فقال له سعد : ايهما أفضل ؟ قال : البيضاء ، فنهاه عن ذلك ، وقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اينقص الرطب اذا ييس ؟ قالوا : نعم ، فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم . أه .

ورواه النسائي ج ٧ ص ٢٦٨ تحت عنوان : اشتراء التمر بالرطب . مختصرا .

ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٦١ باب بيع الرطب بالتمر رقم / ٢٢٦٤ .
ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٢٨ باب ما جاء في النهى عن المحاقلة والمزابنة رقم / ١٢٢٥ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أه . ورواه مالك فى الموطأ ص ٢٦٩ رقم / ٧٦٥ باب ما يكره من بيع التمر بالرطب وصداقه على زيد أبي عياش . قال ابن حجر : وقد أعله جماعة ، منهم الطحاوى والطبرى وأبو محمد بن حزم وعبد الحق كلهم أعله بجهالة حال زيد أبي عياش .

والجواب : ان الدارقطنى قال انه ثقة ثبت . وقال المنذرى : قد روى عنه اثنان ثقتان وقد اعتمده مالك مع شدة نقده ، وصححه الترمذى والحاكم قال : ولا أعلم أحدا طعن فيه . وجزم الطحاوى بوهم من زعم =

البيع ونبيه على العلة (٧)

فان قيل : يرويه زيد أبو عياش وانكره أبو حنيفة وقال : لا أقبل خبره (٨)

= انه هو أبو عياش الزرقى زيد بن الصامت وقيل زيد بن النعمان الصحابي المشهور وصح انه غيره . وهو كما قال : أه التلخيص ج ٣ ص ١٠١ رقم ١١٤٢

وأنظر مختصر أبي داود ج ٤ ص ٣٣ في الكلام على تصحيح الحديث . وأنظر النصب ج ٤ ص ٤١ وان لم يكن الزيلعي قد مال الى تصحيحه .

(٧) أي فنبه على أن علة تحريم بيع الرطب بالتمر هي انه ينقص مع الجفاف فيختلف الكيل في الجنس الواحد .

(٨) قال في الميزان ج ٢ ص ١٠٥ : صالح الامر ، وذكره ابن حزم فقال : مجهول أ . هـ

قلت أنظر المحلى ج ٩ ص ٤٩٩ .

وقال في النصب ج ٤ ص ٤١ : قال ابن الجوزي في التحقيق : قال أبو حنيفة : زيد أبو عياش مجهول ، فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل . أه .

وأنظر المبسوط ج ١٢ ص ١٨٥ : يحكى عن أبي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر فسألوه عن التمر فقال : الرطب اما أن يكون تمرأ أو لم يكن ، فان كان تمرأ جاز العقد عليه لقولـه صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيموا كيف شئتم ، فاورد عليه الحديث ، فقال : هذا الحديث داثر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه . أه .

قيل هو ثقة ، عمل بحديثه (٩) الاثمة مالك والليث والا زواعي والشافعي (١١)
 وأحمد (١٢) وذكره ابن خزيمة في مختصر المختصر الذي ينقل فيه العدل عن العدل
 وقال الدارقطني : هذا حديث صحيح . (١٣)

(٩) في نسخة ((ب)) : عمل بخبره .
 (١٠) فقد روى عنه في الموطأ هذا الحديث . أنظر الموطأ ص ٢٦٩ باب ما يكره
 من بيع التمر بالرطب ، رقم ٧٦٥ .
 (١١) فقد روى عنه في مسنده ص ٣٨٨ من كتاب البيوع روى له هذا الحديث .
 وأما الليث فهو الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي .
 عالم مصر وفقيهها ورئيسها ، قال ابن بكير : هو أفقه من مالك ، وقال محمد
 ابن رقم : كان دخل الليث ثمانين ألف دينار ما وجبت عليه زكاة قط .
 وثقه أحمد وابن معين والناس .
 قال ابن بكير : ولد سنة أربع وتسعين ، وتوفي سنة خمس وسبعين ومائة .
 أنظر الخلاصة ص ٣٢٣ .
 وأما الإوزاعي : فهو عبد الرحمن بن عمرو ، أبو عمرو . كان امام عصر ،
 لا يخاف في العلومة لائم ، قوالا للحق لا يخاف سطوة العظام ، وكان
 لا يكلم أحداً بعد صلاة الفجر حتى يذكر الله فان كلمه أحد اجابه .
 قال أبو زرعة : أصله من سبي السند . توفي سنة سبع وخمسين ومائة . أنظر
 الخلاصة ص ٢٣٢ .

(١٢) روى له هذا الحديث في المسند ج ١ ص ١٧٥ و ص ١٧٩ .
 وأما ابن خزيمة : فهو محمد بن اسحاق بن خزيمة السلمي ، أبو بكر .
 امام نيسابور في عصره ، كان فقيها مجتهدا عالما بالحديث ، ولد وتوفي
 بنيسابور سنة ٣١١ . رحل الى العراق والشام والجزيرة ومصر . وقد لقبه
 ابن السبكي بامام الاثمة .
 له ما يزيد على مائة واربعين مصنفا . منها التوحيد واثبات صفة السرب ،
 ومنها مختصر المختصر المسمى بصحيح ابن خزيمة . أنظر الاعلام ج ٦ ص ٢٩ .
 (١٣) ذكر بعد روايته للحديث المذكور في السنن ج ٣ ص ٤٩ رقم ٤٠٣ ما يفيد الحكم
 عليه بالصحة .

فان قيل : المراد به نسيئة .^(١٤) وقد روى سعد ذلك مقيداً^(١٥) فحمل المطلق

عليه .

قيل : في خبرنا علل^(١٦) بالتفاضل في الثاني^(١٧) ، وفي خبرهم ذكر النساء ،

فهما حكمان^(١٨) ثبتا بعلمتين^(١٩) فوجب العمل بهما ، ولا يجوز في مثل هذا

حمل المطلق على المقيد^(٢٠) ، ولا نهما مطعومان^(٢١) اتفقا في الجنس واختلفا فمضى

(١٤) سقط هذا اللفظ (نسيئة) من نسخة ((ب)) . / أى تحريم بيع الرطب

بالتمر نسيئة .

(١٥) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥١ باب في التمر بالتمر ، رقم / ٣٣٦٠ بلفظ :

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة . أه .

ورواه الدارقطني ج ٣ ص ٤٩ رقم / ٢٠٣ ثم قال : تابعه حرب

ابن شداد عن يحيى وخالفه مالك واسماعيل بن أمية والضحاك ابن عثمان

واسامة بن زيد روه عن عبد اللهب بن يزيد ولم يقولوا فيه نسيئة . واجتماع

هؤلاء الاربعة على خلاف ما رواه يحيى يدل على ضبطهم للحد يث

وفيهم امام افظ وهو مالك بن أنس . أه .

(١٦) أى المنع من بيع الرطب بالتمر .

(١٧) أى في الحال الثاني ، وهو ما اذا جف التمر .

لقله : اينقص الرطب اذا جف ، فقالوا : نعم . فثبت ان الرطب

اثقل من التمر واكبر حجماً لانه بالجفاف ينكمش فكان الكيل منه أقل

من الكيل في التمر ويختلف عنه في الوزن .

(١٨) وهما حريضة البيع في كلا الحالتين التفاضل والنساء .

(١٩) وهما التفاضل في الاول والنساء في الثاني .

(٢٠) لا مكان العمل بهما معا ، ولا تعارض بينهما ليحمل المطلق على المقيد

فيهما .

(٢١) أى الرطب والتمر .

حال الادخار، ^(٢٢) فلم يجز بيع أحدهما بالاخر كيلا ، كالحنطة بالدقيق والحنطة
المقلية بغير المقلية . ^(٢٣)

فان قيل : فى الأصل ، ^(٢٤) الزيادة ^(٢٥) موجودة حال العقد ، ^(٢٦) وانما الطحن
والقلى يظهر ما كان موجودا ، والنقصان فى الرطب يحدث بعد العقد . ^(٢٧) ^(٢٨)

قيل : هذا يبطل بالحنطة الثقيلة ^(٢٩) اذا بيعت بالحنطة الخفيفة
فان الزيادة موجودة فى ^(٣٠) العقد ، ثم يصح ^(٣١) ، ولأن الزيادة فى الأصل ^(٣٢) ل

(٢٢) أى فى حال الجفاف ، لعدم العلم بتناثرهما .

(٢٣) حيث لا يجوز بيع أحدهما بالاخر كيلا .

بجامع الطعم والاتفاق فى الجنس مع الاختلاف فى حال الادخار فى كل
من الاصل وهو بيع الحنطة بالدقيق والحنطة المقلية بغير المقلية ،
والفرع وهو الرطب والتمر - ولما كان حكم الاصل تحريم بيع أحدهما
بالاخر كيلا كان حكم الفرع كذلك ، فيحرم بيع الرطب بالتمر كيلا أيضا .

(٢٤) أى المقيس عليه فى القياس المذكور ، وهو بيع الحنطة بالدقيق وبيع
الحنطة المقلية بغير المقلية منها .

(٢٥) وهى الدقيق والمقلى من الحنطة .

(٢٦) أى ولذلك منع .

(٢٧) فى نسخة ((ب)) : بظهور . / وهو تحريف .

(٢٨) لانه يجف فى ثانى الحال ، أى فيما بعد .

أى فكان هذا فارقا بين الاصل والفرع فى القياس المذكور فيبطل به .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : الرزينة .

(٣٠) سقط فى نسخة ((ب)) من قوله (فى العقد . . . الى قوله : وانما يحدث) .

(٣١) أى فكان الفارق المذكور لاغيا فلا يبطل به القياس الذى ذكرناه .

(٣٢) وهو مالو باع الحنطة بالدقيق ، أو الحنطة المقلية بغير المقلية .

وان كانت موجودة^(٣٣) الا انها في الكيل^(٣٤) غير موجودة^(٣٥) وانما يحدث في الثاني^(٣٦) كالنقصان في الرطب .^(٣٧)

قالوا : نقصان حادث بذهاب اجزاء^(٣٨) مقصودة^(٣٩) ، فأشبهه نقصان الحديث

عن العتيق .^(٤٠)

(٤١)

قلنا : هذا ابطال العلة الرسول صلى الله عليه (وسلم) ثم نقصان الحديث عن العتيق يسير ، لا يمكن الاحتراز منه ، فعمى عنه ، كما عمى عن التراب اليسير ،^(٤٢)

(٣٣) أى وقت العقد .

(٣٤) أى قبل الطحن .

(٣٥) لان الكيل حجم متساو فلا تختلف الكمية فيه قبل الطحن .

(٣٦) أى عند الطحن .

(٣٧) حيث يظهر فيه النقص بعد العقد ، وذلك اذا جف .

(٣٨) وهى الرطوبة .

(٣٩) أى فلا يؤثر فى بيع بعضه ببعض ، أعنى التمر بالرطب . لصيرورته جنسا

آخر بذهاب الاجزاء المقصودة منه .

(٤٠) أى فأشبهه فارق النقصان فى الوزن والحجم بين التمر الجديد والتمر

القديم .

بجامع النقصان الحادث فى كل من الاصل وهو نقصان الحديث عن العتيق

والفرع وهو نقصان التمر عن الرطب .

ولما كان حكم الاصل جواز بيع بعضه ببعض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز

بيع الرطب بالتمر أيضا لذلك .

(٤١) أى التى نص عليها حين سأل : اينقص الرطب اذا جف . اشارة الى

أن العلة فى تحريم بيع التمر بالرطب هو النقصان الطارئ على الرطب

اذا جف .

(٤٢) أى الكائن فى المكيل من الحنطة أو الشعير أو نحو ذلك .

بجامع صموبة الاحتراز عنه فى كل من الاصل وهو التراب اليسير والفرع

وهو نقصان التمر القديم عن التمر الجديد فى الوزن والكيل .

ونقصان الرطب عن التمر كثير فلم يعف عنه ، كالتراب الكثير . (٤٣) ولان هناك (٤٤)
استويا في حال الادخار ، وهما هنا (٤٥) اختلفا في حال الادخار ، فهو كالحنطة
بالدقيق . (٤٦)

* مسألة (٢١) : لا يجوز بيع الرطب بالرطب . (١) / ١٣٤ ي .

وقال أبو حنيفة : (٢) يجوز .

(٤٣) أى اذا كان مع الحنطة أو نحوها من المكيلات حيث لا يعفى .
بجامع امكان الاحتراز عنه فى كل من الاصل وهو التراب الكثير فى الحنطة .
والفرع وهو نقصان التمر عن الرطب فى الوزن والكيل .
وهذا فارق يبطل به القياس اعنى كثرة النقصان بين الرطب والتمر وقلته
فى التمر الحديث والقديم .

(٤٤) أى فى التمر الحديث والقديم .

(٤٥) أى فى الرطب والتمر .

(٤٦) حيث لا يجوز بيع بعضه ببعض .

بجامع الاختلاف فى مراحل الادخار فى كل من الاصل وهو الحنطة
والدقيق والفرع وهو التمر والرطب . ولما كان حكم الاصل حرمة بيع
الحنطة بالدقيق - أنظر المختصر ص ٧٧ - كان حكم الفرع كذلك
فيحرم بيع الرطب بالتمر أيضا لذلك .

أى وان قد ثبت الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم ، ثبت ان التمر
لا يباع بالرطب .

(١) المختصر ص ٧٧ . الام ج ٣ ص ٢٠ . المنهاج ص ٤٥ .

وهو قول أبى حفص المكبرى من الحنابلة . أنظر المغنى ج ٤ ص ١٣ .

(٢) المبسوط ج ١٢ ص ١٨٤ . الهداية ج ٦ ص ١٧٠ . التبيين ج ٤ ص ٩٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٦ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٤ .

المغنى ج ٤ ص ١٣ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٨ . خلافا لابن الماجشون

الجواهر ج ٢ ص ٢٠ . المنتقى ج ٤ ص ٢٤٣ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٤٩٩ .

لنا : ان الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل ، فإذا لم يجز بيع الرطب بالتمر للعلم بالتفاضل لم يجز بيع الرطب بالرطب للجهل بالتماثل^(٤) .
 قالوا : الرطوبة التي فيهما مقصودة بالعقد^(٥) ، فجاز بيع أحدهما بالآخر^(٦) ، كاللبن باللبن واللحم باللحم^(٧) .
 قلنا : في الأصل^(٨) عامة منافعه في حال الرطوبة ، لانه يصلح لكل ما يراد منه^(٩) ، وهما هنا^(١٠) عامة منافعة في حال الجفاف^(١١) ، والأجاز^(١٢) ، ولم يوجب التساوى في تلك الحال^(١٣) .

- (٣) في نسخة ((ب)) : وإذا .
 (٤) أى لا احتمال أن يكون بعضها أكثر رطوبة من بعض . واحتمال التفاوت كتحققه في باب الربا ، فيحرم .
 (٥) أى وقت العقد .
 (٦) لتماثلهما وقت العقد . أى ولا عبرة بما بعد العقد سواء اختلفا عند الجفاف أولا .
 (٧) حيث يجوز بيع بعضه ببعض .
 بجامع كون الرطوبة مقصودة في كل من الأصل وهو بيع اللبن باللبن واللحم باللحم والفرع وهو بيع الرطب بالرطب .
 ولما كان حكم الأصل الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الرطب بالرطب أيضا لذلك .
 (٨) أى في بيع اللبن باللبن واللحم باللحم .
 (٩) حيث يكون منه اللبن والزبد والمخيض والسمن .
 (١٠) أى في الفرع وهو بيع الرطب بالرطب .
 (١١) أى حين يصبح تمرا . لأنه يمكن حينئذ ادخاره والانتفاع به لأمد بعيد ، ويدخل في مختلف أنواع الأطعمة .
 (١٢) أى ولولا أن عامة منافعه حاصلة بجفافه لجاز بيع الرطب منه بالرطب .
 (١٣) لتفاوت الرطوبة فيه بين أنواعه حال كونه رطبا ، فلم يجز بيع بعضه ببعض لذلك .

* مسألة (٢٢) : لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق من جنس واحد في أحد (٢)

القولين . ١٣٤ / ٠

وقال أبو حنيفة : (٣) يجوز .

لنا : انه جنس يحرم فيه الربا جهل فيه التساوى حال (٤) الادخار ،

(١) وهو الطحين . يطلق على دقيق الحنطة وغيرها . وهو فعيل بمعنى مفعول أى مدقوق ، ويجمع على أدقة مثل جنين واجنة ودليل وأدلة أنظر المصباح ج ١ ص ٢١١ .

(٢) ذكرهما المصنف في المذهب ج ١ ص ٢٧٦ وصحح القول بعدم الجواز . وذكر الرافعي في فتح العزيز ج ٨ ص ١٨١ عن المزني والبيوطي أنهما حكيا قولا يجوز بيع الدقيق بالدقيق وإن امتنع ببعه بالحنطة كما يجوز بيع الدهن بالدهن وإن امتنع ببعه بالسهم . ولم يذكر النووي القول بالجواز أصلا . أنظر المنهاج ص ٤٦ . وشرح المحلى على المنهاج ج ٢ ص ١٧١ وكذا مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٤ و ٢٦ .

(٣) أى إذا كان متساويا .

ومحله إذا بيع كيلا مكبوسا ، والا بان بيع وزنا ، ففي جواز ذلك عن الامام روايتان .

المبسوط ج ١٢ ص ١٧٨ . الهداية ج ٦ ص ١٦٤ . التبيين ج ٤ ص ٩٥ والتي تليها .

وهو قول الحنابلة ، شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٦ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٤٣ المغنى ج ٤ ص ٢١ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٨٠ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٨ . الجواهر ج ٢ ص ١٠ . المنتقى ج ٥ ص ٦ .

واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى ج ٩ ص ٥٦٢ .

(٤) لتفاوت الطحن فيه فمنه الخشن ومنه الناعم فينكبس الثاني فيكثُر دون الأول .

فأشبه إذا بيع أحدهما بالاخر جزافاً^(٥) .

قالوا : ما جاز بيعه ، قبل تفريق الأجزاء^(٦) ، جاز بعده ، كالحيوان^(٧) .
قلنا : هناك^(٨) لو باع أجزاء أحدهما بجملة الآخر ، جاز عندكم^(٩) ،

(٥) البيع جزافاً هو البيع بلا عدد ولا وزن ولا كيل ، بل جملة . والكلمة فارسية

معربة . أنظر النظم المستعذب ج ١ ص ٢٧٦ .

وفى المصباح ج ١ ص ١٠٨ : الجزاف بالضم خارج عن القياس وهو —
فارسي تعريب : كزاف ومن هنا قيل أصل الكلمة دخل في العربية . أهـ .
والجامع في القياس المذكور هو كونه جنساً يحرم فيه الربا جهداً بالتساوي
فيه ، في كل من الأصل وهو بيع الدقيق بالدقيق جزافاً ، والفرع هو —
بيع الدقيق بالدقيق كيلاً . ولما كان حكم الأصل حرمة بيعه ببعضه
جزافاً للجهل بالتساوي كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيعه كيلاً لذلك
أيضاً .

(٦) أي بالطحن .

(٧) حيث يجوز بيع بعضه ببعض قبل ذبحه وصيرورته لحماً ، لجواز بيع —

بعضه ببعض بعد تفريق أجزائه .

والجامع في القياس المذكور هو جواز البيع قبل تفريق الأجزاء في كل من
الأصل وهو الحيوان والفرع وهو الدقيق .

ولما كان حكم الأصل جواز بيعه بعد تفريق الأجزاء بعضه ببعض أي بيع
اللحم باللحم ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الدقيق بالدقيق —
من جنس واحد أيضاً لذلك .

(٨) أي في الحيوان .

(٩) حيث أجازوا بيع اللحم بالحيوان . أنظر الهداية ج ٦ ص ١٦٦ .

ولو باع الدقيق بالحنطة لم يجز^(١٠). ولأن حال الكمال في اللحم أن يكون حيوانا ،
ولا ربا فيه في تلك الحال^(١١) ، وإنما يحرم الربا فيه إذا صار لحما^(١٢) ، وقد وجد
التساوى فيه^(١٤) ، وحال الكمال في هذا أن يكون حبا^(١٥) ولم يوجد التساوى فيه^(١٦) .

(١٠) أنظر الهداية ج ٦ ص ١٦٣ . والمقصود اثبات أنهم لم يطردوا هذه
العلة في غير الحيوان حيث منعوا من بيع الحنطة بدقيقها مع أنها
كالحيوان يجوز بيعها بالحنطة قبل تفرق الأجزاء بالطحن ثم لم يجزوا
بيعها بالدقيق بعد الطحن ، مع أن الصورتين متشابهتان ثم خالفوا
بين حكميهما فأجازوه في الحيوان دون الدقيق وهذا تناقض يبطل به
تعلقهم بالعلة التي ذكروا .

(١١) لأنه حال التثنية غير مطعوم حتى يذبح ويسلخ ويطبخ أو يجفف . أنظر
الام ج ٣ ص ٢٨ .

(١٢) في نسخة ((ب)) : وإنما يجرى .

(١٣) أى بالذبح لأنه يصير به مطعوما .

(١٤) أى في بيع اللحم باللحم ، وبوجود التساوى فيه يحصل التخلص من الربا .

(١٥) أى في الدقيق .

(١٦) لأنه يمكن ادخاره في حال كونه حبا إلى أمد بعيد ولا كذلك إذا كان
دقيقا لا سراع الفساد إليه حال التثنية .

(١٧) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) . / أى حال كونه دقيقا لتفاوت
الطحن ، فإن منه الخشن ومنه الناعم ، فيتفاوت الكيل بتفاوت
الجزئيات حينئذ فيكون الربا .

والمقصود اثبات أن بين الأصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم
المذكور .

* مسألة (٢٣) : لا يجوز بيع اللحم بالحيوان ^(١) . ١٣٤/٠ ى .

وقال أبو حنيفة : ^(٢) يجوز .

(١) أى حالة كونه حيا اذا كان اللحم من جنسه ، وكذا من غير جنسه ففى الأظهر .

أنظر المختصر ص ٧٨ . الوجيز ج ١ ص ١٣٨ . المنهاج ص ٤٦ .

وخص الملكية التحريم فيه اذا كانا من جنس واحد . القوانين ص ٢٨١ .
والحيوان عندهم على ثلاثة أجناس : ذوات الاربع كلها جنس واحد فلا يباع
لحم بقرى بكبش حى ، الثانى : الطير كله جنس واحد ، الثالث : الحيتان
كلها جنس واحد ، واما الجراد فقليل ليس بلحم وقليل يلحق بالطير .

ومحل المنع فى الجنس منه اذا كان نيئا اما اذا طبخ فيجوز . أنظر
السنقى ج ٥ ص ٢٥ ، والشرح الصغير ج ٢ ص ٢٩ . الجواهر ج ٢ ص ٢١ .

(٢) سواء كان اللحم من جنس الحيوان أو لم يكن . لانه بيع موزون بغير موزون .
خلافًا لزفر . المبسوط ج ١٢ ص ١٨١ . الهداية ج ٦ ص ١٦٦ : وقال محمد :
اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون
النعم بمقابلة ما فيه من اللحم ، والباقي بمقابلة السقط - وهو ما لا يطلق
عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلد والاكارع . فتح القدير - اذا لو
لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم
فصار كالخل بالسهم . أهـ .

وأنظر التبيين ج ٤ ص ٩١ .

وبجواز بيع لحم الحيوان بغير جنسه يقول الحنابلة ، وكل صنف من
الحيوان جنس عندهم كلهم البقر بالبقر لا يجوز ، فاذا كان لحم بقر بشاة
فيجوز لا اختلاف الجنس .

أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٤٣ . المغنى

ج ٤ ص ٢٧ .
وبجواز بيع اللحم بالحيوان مطلقا كقول أبي حنيفة يقول أبو محمد بن حزم .
المحلى ج ٩ ص ٥٨٧ .
وبجوازه لكونه بيع مطعوم بشيره يقول المزنى من الشافعية . المختصر ص ٧٨ .

لنا : ماروى ابن المسيب أن النبی صلی الله علیه (وسلم) نهى عن
بيع اللحم بالشاة الحیة^(٤) . ولانه جنس فيه ربا ، بيع بأصله الذی فيه مثله ،

(٣) هو سعيد بن المسيب . أنظر ترجمة فی المسألة رقم (١) هامش (٣٧) .

(٤) فی نسخة ((ب)) : بالشاة الميتة . / وهو خطأ .

والحدیث رواه عبد الرزاق فی مصنفه ج ٨ ص ٢٧ باب بيع الحی بالمیمت ،
رقم / ١٤١٦٢ قال : أخبرنا معمر عن زید بن أسلم عن ابن المسيب أن
النبی صلی الله علیه وسلم نهى عن بيع اللحم بالشاة الحیة . قال زید :
يقول : نظرة أویدا بيد . أه .

وروى یلفظ آخر عن سعيد بن المسيب نهى عن بيع اللحم بالحيوان .
رواه مالك فی الموطأ ص ٢٧٦ باب شراء الحيوان باللحم . رقم / ٧٨٣ .
ورواه الشافعی عنه من طریق مالك عن زید بن أسلم عن ابن المسيب أن
رسول الله صلی الله علیه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان . أنظر
المختصر ص ٧٨ . بيع اللحم بالحيوان .

ثم قال : وارسال ابن المسيب عندنا حسن . أه .

ورواه البيهقی ج ٥ ص ٢٩٦ باب بيع اللحم بالحيوان . رواه عن طریق
الشافعی عن مالك عن زید بن أسلم عن سعيد بن المسيب .

قال ابن حزم : أما الخبر فی ذلك - یعنی خبر سعيد - فمرسل لم یسند
قط . أه المحلى ج ٩ ص ٥٩٠ .

قال ابن حجر : وصله الدارقطنی عن مالك عن الزهری عن سهل بن سعد ،
وحكم بضعفه . . . وله شاهد من حدیث ابن عمر رواه البزار وفيه ثابت
ابن زهير وهو ضعيف وأخرجه من رواية ابن أبي أمية ابن یعلی عن نافع أيضا ،
وأبو أمية ضعيف ، وله شاهد أقوى منه من رواية الحسن عن سمرة وقد
اختلف فی سماعه منه أخرجه الحاكم والبيهقی وابن خزيمة . أه

التلخیص ج ٣ ص ١٠ رقم / ١١٤٣ .

قلت : وقال البيهقی فيه : هذا اسناد صحيح ، ومن اثبت سماع الحسن
البصری عن سمرة بن جندب عنه موصولا ومن لم یثبتفه فهو مرسل جيد یضم
الی مرسل سعيد بن المسيب . أه البيهقی ج ٥ ص ٢٩٦ باب بيع اللحم بالحيوان .

فلم يصح كبيع الشيرج بالسسم واللبن بشاة في ضرعها لبن^(٦)،
 قالوا : اللحم في الحيوان لا ربا فيه^(٧) حتى يحدث فيه معنى شرعى^(٨). ولهذا
 يجوز بيع شاة بشاتين ، فجاز بيعه بما فيه الربا ، كالحيوان بالدرهم
 والقصيل^(٩) بالحنطة^(١٠).

(٥) في النظم المستعذب ج ١ ص ٢٧١ : الشيرج : دهن السسم أى الجلجلان
 وهو السليط ولا يسمى غيره سليطا . أه .

(٦) حيث لا يجوز ذلك البيع .
 بجاسع أن كلا جنس فيه ربا بيع باصله الذى فيه مثله ، أما الاصل فهو بيع
 الشيرج بالسسم واللبن بشاة في ضرعها لبن ، وأما الفرع فهو بيع اللحم
 بالحيوان .
 ولما كان حكم الاصل حرمة ذلك البيع ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع
 اللحم بالحيوان أيضا لذلك .
 (٧) لانه ليس موزونا قبل الذبح . ان لم تجر العادة ببيعه وزنا . أنظر

الهداية ج ٦ ص ١٦٧ .
 (٨) وهو الكيل أو الوزن . أى حتى يصير ما يكال أو يوزن ، وذلك لا يتحقق
 فيه حالة كونه حيا حيث لا يمكن معرفة ثقله بالوزن ، لانه يخفف وزن نفسه
 بصلابته ويثقلها بالارتخاء ، ولهذا كان الميت من الناس أثقل منه حيا .
 أنظر الكفاية على الهداية ج ٦ ص ١٦٧ .

(٩) من القصل وهو القطع ، والقصيل : هو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب ،
 قال الفارابى : سمي قصيلا لانه يقصل وهو رطب . وقال ابن فارس :
 لسرعة انقصاله وهو رطب . أه المصباح ج ٢ ص ١٦٥ .

(١٠) حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر لانه لا ربا فيه .
 بجاسع انعدام الربا فى كل من الاصل وهو بيع الحيوان بالدرهم والقصيل
 بالحنطة والفرع وهو بيع اللحم : " حيوان .
 ولما كان حكم الاصل جواز البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع اللحم
 بالحيوان أيضا لذلك .

قلنا : اللبن في الضرع أيضا لا ربا فيه حتى يحلب ، ولهذا يجوز بيع
شاة لبون بشاتين لبونين ، والصوف على ظهر الغنم ^(١١) لا ربا فيه حتى يجز ^(١٢) ،
ولهذا يجوز بيع شاة بشاتين ، ثم اذا باع اللبون باللبن ، أو الشاة بالصوف ^(١٣)
لم يجز ^(١٤) ، ويخالف ما قاسوا عليه ^(١٥) ، فانه ليس في الحيوان فضة ، ولا في
القصيل حنطة ^(١٦) ، وفي الحيوان لحم ^(١٧) ، فهو كبيع الخاتم بالفضة ، والسنابل بالحنطة ^(١٨) .
* مسألة (٢٤) : اللحمان ^(١) جنس واحد في أحد القولين . / ١٣٤ ش .

- (١١) في نسخة ((ب)) : على ظهر الغنم أيضا .
(١٢) في المصباح ج ١ ص ١٠٨ : جززت الصوف جزا من باب قتل : قطعته . أه
(١٣) في نسخة ((ب)) : والشاة . / بالعطف بدون همزة .
(١٤) أي فليس كل مالم يدخله الربا بحاله يجوز بيعه بما فيه الربا من جنسه ،
فان الربا لا يدخل في اللبن اذا كان في الضرع ، ومع ذلك لا يجوز بيعه
بشاة فيها لبن ، والصوف لا يدخله الربا اذا كان على ظهر
الغنم ، ومع ذلك لا يجوز بيعه بشاة على ظهرها صوف .
(١٥) وهو بيع الحيوان بالدرهم ، والقصيل بالحنطة .
(١٦) فهما اجناس مختلفة فيصح بيع بعضها ببعض ، ان لا ربا فيهما ان .
(١٧) أي فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .
(١٨) حيث لا يصح ذلك البيع لوجود الربا فيه .
بجامع وجود شيء من جنس المبيع في الثمن ، في كل من الاصل وهو بيع
خاتم الفضة بالفضة والسنابل بالحنطة ، والفرع وهو بيع اللحم بالحيوان .
ولما كان حكم الاصل بطلان البيع فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز
بيع اللحم بالحيوان أيضا لذلك .
(١) بضم اللام وتسكين الحاء المهملة جمع لحم ، ويجمع اللحم أيضا على لحوم
ولحام بكسر اللام . أنظر المصباح ج ٢ ص ٢١٣ .
(٢) والقول بانها اجناس هو الاظهر . أنظر المنهاج ص ٤٠ . وكذا قال
في الوجيز ج ١ ص ١٣٧ .
الام ج ٢ ص ٢٦ . المختصر ص ٧٨ . باب بيع الدم باللحم .

وقال أبو حنيفة : (٣) هي أجناس (٤).

(٣) سقط لفظ (هي) من نسخة ((ب)).

(٤) المبسوط ج ١٢ ص ١٨١ . الهداية ج ٦ ص ١٧٣ . التبيين ج ٤ ص ٩٤ .

ولا يدخل الربا في لحم الطير عندهم لانه غير مكمل ولا موزون علقة فلم يكن مقدرا فلم توجد فيه العلة . ويستثنى من ذلك لحم الدجاج والاوز لانه يوزن عادة في مصر بعظمه . أنظر فتح القدير ج ٦ ص ١٧٤ ، مع شرح العناية . وأنظر التبيين ج ٤ ص ٩٤ .

وفصل المايكة القول في اللحم الى ثلاثة أجناس :

الأول : ذوات الاربع المباحة الاكل .

الثاني : الطير .

الثالث : الحيتان . واختلفوا في الجراد فقيل جنس رابع وقيل يلحق

بالطير وقيل لا ربا فيه أصلا . ومحل اعتبار الجنسية في اللحم مالم

يطبخ لانه بالطبخ يصبح جنسا غير اللحم .

أنظر : المنتقى ج ٥ ص ٢٥ . القوانين ص ٢٧٩ . شرح المنح

ج ٢ ص ٥٤٠ .

ويكون اللحمان أجناسا يقول الحنابلة أيضا . أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٦

كشاف القناع ج ٣ ص ٢٤٢ . وذكر في المغنى ج ٤ ص ٢٣ رواية أخرى أن اللحم

أربعة أجناس كذب مالك .

وأما ابن حزم فيجوز عنده بيع اللحم باللحم مطلقا سواء كانا من نوع واحد

أو من أنواع متفاضلا ومتماثلا . المحلي ج ٩ ص ٨٧ لانه لا يعد اللحم من

الأموال الربوية ان هو من غير الاصناف الستة التي لا يدخل الربا الا فيها

فقط . أنظر المحلي ج ٩ ص ٥٠٣ .

لنفسه انه جميعها الاسم الخاص (٦) في أول تحرير التفاضل، فكانت جنسا واحدا كأصناف الحنطة. (٨)

قالوا : فروع لاصول (٩) هي أجناس (١٠)، فكانت اجناسا، كالأدقة (١١). قلنا : لا تأثير للوصف (١٢)، فان الشياح الهروية والبروية عند ههم (١٣)

(٥) في الأصل : انه جميعها . / وهو خطأ لان اللحمان ليس تشبيه اللحم بل هو جمعه كما ذكرنا .

(٦) وهو لفظ اللحم .

(٧) أي من جهة تحرير التفاضل .

(٨) حيث هي جنس واحد ، فلا يباع بعضها ببعض متفاضلا .

بجامع جمع الاسم الخاص للأصناف في أول تحرير التفاضل ، في كل من الأصل وهو أصناف الحنطة ، والفرع وهو أصناف اللحم . ولما كان الحكم في الأصل جمعتها جنسا واحدا كان حكم الفرع كذلك .

(٩) كلحم الشاة فرع لأصل وهو الشاة ، وكلحم البقر فرع لأصل هو البقر . الخ . (١٠) لان البعير غير البقر غير الشاة ، وهكذا .

(١١) جمع دقيق ، ودقيق كل شيء طحينه ، من دققت الشيء دقا . باب قتل فهو مدقوق ، فهو فعيل بمعنى مفعول . ويجمع على أدقلة كدليل وأدلة وجنين وأجنة ، أنظر المصباح ج ١ ص ٢١١ .

والجامع في القياس المذكور هو كونها فروعاً لاصول في كل من الأصناف وهو الأدقة كدقيق الحنطة فرع لأصل هو الحنطة ودقيق الذرة فرع لأصل هو الذرة . الخ .

والفرع وهو اللحمان . ولما كان حكم الأصل اعتبار الادقة اجناسا ، كان حكم الفرع كذلك فيعتبر اللحمان اجناسا أيضا لذلك .

(١٢) وهو كونها فروعاً لاصول .

(١٣) نسبة الى بلدة هراة من أعمال خراسان . ومرو من أعمالها أيضا ، وبين

البلدين مسيرة أحد عشر يوما . أنظر المصباح ج ٢ ص ٣١ .

أجناس^(١٤)، وان كانت فروعاً لجنس واحد^(١٥)، والادقة يجرى الربا في أصولها،
وهي أجناس، فاعتبرت فروعها بها^(١٦)، والأصول هاهنا لا يجرى فيها الربا^(١٨)، وإنما
يجرى بعد الذبح^(١٩) وبعد الذبح الجميع لحم^(٢٠).

* مسألة (٢٥) : يحرم الربا في دار الحرب^(١). / ١٣٤ ش.

(١٤) أنظر المبسوط ج ١٢ ص ١٥٩.

(١٥) أى وان كان أصلها جنس واحد وهو القطن. والمقصود اثبات ان العلة
التي ذكروها في قياسهم غير مضطرد فلتخلفها هنا في الثياب الهرويسة
والمروية فانها فروع لجنس واحد وهو القطن، ثم يجرى فيها ربا النسيئة
لا تحادها في الجنس.

(١٦) أى فيجرى فيها الربا كأصولها.

(١٧) أى في اللحمان.

(١٨) لان علة الربا فيه وهي الطعم متخلفة لحرمة أكله حيا.

(١٩) أى والسلخ. أنظر الام ج ٣ ص ٢٨.

(٢٠) أى فيجرى فيه الربا، فلا يجوز بيع اللحم باللحم متفاضلا.

والمقصود ان قياسهم اللحوم على الادقة قياس مع الفارق لان الادقة
يجرى الربا في أصولها وهي أجناس، ولا كذلك اللحوم فان أصولها
لا يجرى فيها الربا لانها غير مطعومة حينئذ. والقياس مع الفارق باطل.

(١) وهي الدار التي يغلب عليها حكم غير المسلمين سواء كان أكثر أهلها
مسلمين أو لم يكونوا وسواء اظهر المسلمون فيها شعائرهم أو لم يظهروا
ان العبرة للحكم فيها.

أنظر المبسوط ج ١ ص ١١٤. شرح المنتهى ج ٢ ص ٩٤. وذكره ابن القيم

قولا لجمهور أهل العلم. أنظر أحكام أهل الذمة ج ١ ص ٣٦٦.

واما دار الاسلام فهي :

كل محل قدر أهله على الامتناع من الحربيين، صار دار اسلام، فلا
يمود دار حرب وان استولى عليه الكفار.

وقد جعل الرافعي دار الاسلام ثلاثة أقسام :

وقال أبو حنيفة : لا يحرم بين المسلم والكافر^(٢).

- = الأول : قسم يسكنه المسلمون .
- الثاني : قسم فتحوه واقرؤا أهله عليه بالجزية ، فيكفى ليكون دار اسلام كونه واقعا تحت استيلاء الامام .
- الثالث : قسم يسكنه المسلمون ، ثم غلب عليه الكفار ، ومحلّه عند بعض المتأخرين : مالم يمنعوا المسلمين منها ، والا فهي دار حرب .
- قال ابن حجر الهيتمي : وما ذكره - أي الرافعي - عن بعض المتأخرين بعيد نقلا ومدركا ، كما هو واضح ، وحينئذ فكلامهم صريح في أن ما حكم به دار اسلام لا يصير بعد ذلك دار كفر مطلقا . أهـ . تحفة المحتاج ج ٩ ص ٢٦٩ .
- وأنظر تحريم الربا في دار الحرب : المجموع ج ٩ ص ٣٩٠ . فتح العزيز ج ٨ ص ١٨٩ .
- وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٠٦ . وزاد في المحرر ج ١ ص ٣١٨ بأن محل حرمة في دار الحرب هو ما اذا كان بين مسلم وحربي قد جرى بينهما أمان ، والا فلا يحرم الربا بينهما . وأنظر المغنى ج ٤ ص ٣٢ ، فقد ذكر عن الامام أحمد روايتين كالمذهبين الحنفى والشافعى .
- وهو قول ابن القاسم من المالكية فقد سأل سحنون ابن القاسم فقال : هل سمعت مالكا يقول بين المسلم اذا دخل بلاد الحرب وبين الحربي ربا ؟ قال : لم اسمع من مالك فيه شيئا ، ولا أرى للمسلم أن يعتمد لذلك . أهـ المدونة ج ٣ ص ٢٧٩ .
- وبه يقول أبو محمد بن حزم : المحلى ج ٩ ص ٥٨٥ و ص ٥٨٧ .
- (٢) أى في دار الحرب . خلافا لابي يوسف حيث وافق الشافعى في هذا . أنظر الهداية ج ٦ ص ١٧٧ التبیین ج ٤ ص ٩٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٩ والتي تليها .

لنا : هو أنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض متفاضلا ، فلم يصح
ولم يحمل على الإباحة كما لو كانا في دار الإسلام ،^(٤) ولأن كل عقد لم يصح
في دار الإسلام لم يصح في دار الحرب كنكاح المجوسية^(٥) ، وشراء الخمر^(٦) .
قالوا : روى مكحول^(٧) أن النبي صلى الله عليه وسلم : (لا ربا بين
المسلم والكافر في دار الحرب)^(٨) .

(٣) أى المبيع الربوى بينهما .

(٤) حيث يحرم بينهما الربا حينئذ قطعاً .

بجامع أنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض متفاضلا في كل من الأصل وهو
مالو تباعا في دار الإسلام ، والفرع وهو مالو تباعا في دار الحرب .
ولما كان حكم الأصل حرمة ذلك البيع كان حكم الفرع كذلك فيحرم الربا
في دار الحرب بينهما أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يصح نكاحها في دار الحرب . ولا في دار الإسلام .

(٦) حيث لا يجوز أيضا شراء الخمر في دار الحرب . ولا في دار الإسلام .

والجامع في القياس المذكور هو عدم صحة العقد في دار الإسلام ففى
كل من الأصل وهو نكاح المجوسية وشراء الخمر في دار الحرب ، والفرع
وهو الربا في دار الحرب .

ولما كان حكم الأصل بطلان العقد فيه بينهما ، كان حكم الفرع كذلك فلا
يجوز الربا في دار الحرب بين المسلم والكافر أيضا لذلك .

(٧) هو مكحول الدمشقي . أنظر ترجمته في المسألة رقم (١) هامش (٣٤) .

(٨) قال عنه في النصب ج ٤ ص ٤٤ : غريب - ثم نقد عن الشافعي قوله :
وهذا ليس بثابت ولا حجة فيه . أه .

وقال في المجموع ج ٩ ص ٣٩١ : مرسل ضعيف . أه .

قلنا : هو مرسل^(٩) ، ولانه يحتمل انه أراد لا يجوز ، كما قال :
(لا جلب ولا جنب ولا شغار)^(١٠) ، أى لا يجوز وانما خص دار الحرب حتى لا يستقد
أنه دار اباحة فيجوز ذلك .

(٩) أى فلا حجة فيه ، ولانه خالف عموم الادلة المحرمة للربا فيشمل دار الحرب
ودار الاسلام بين المسلم والمسلم وبين المسلم والكافر .

(١٠) رواه الترمذى ج ٣ ص ٤٣١ . باب ما جاء فى النهى عن نكاح الشغار
عن عمران بن الحصين مرفوعا : لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الاسلام
ومن انتهب نهبه فليس منا . أهـ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ
ورواه عنه أيضا النسائى ج ٦ ص ١١١ كتاب النكاح تحت عنوان الشغار .
ورواه أبو داود بنحوه ج ٣ ص ٣٠ كتاب الجهاد باب فى الجلب على
الخيلى فى السباق رقم ٢٥٨١ / ولفظه : لا جلب ولا جنب . زاد يحيى
- هو ابن خلف - فى الرهان . أهـ

وتعقيبا على تصحيح الترمذى للحديث ، قال المنذرى : وقد ذكر
أبو حاتم الرازى وغيره من الائمة أن الحسن البصرى ليس يصح له سماع
من عمران بن الحصين . أهـ مختصر سنن أبى داود ج ٣ ص ٤٠٢ باب
الجلب على الخيلى فى السباق . رقم / ٢٤٧٠ .

والجلب بالفتح ، له معنيان : الأول أن ينزل المصدق - وهو جامع
الزكاة - فى مكان ثم يرسل من يجلب اليه الاموال من أماكنها ليأخذ
صدقها فنهى عن ذلك وأمر بأخذ الصدقة منهم وهم فى أماكنهم
والمعنى الثانى : هو الصياح على الخيلى أثناء السباق حثا لها على
زيادة السرعة فنهوا عن ذلك اكتفاء بشد اللجام والفم .

والجنب بالفتح أيضا هو أن يجنب فى السباق فرسا الى فرسه الذى يسابق
عليه فاذا فتر المركوب تحول الى المجنوب . أنظر النهاية ج ١ ص ٢٨١ و ٢٨٢ و ٣٠٢
والشغار بكسر المعجمة هو أن يزوج الرجل موليته على أن يزوجه الاخر موليته
ولا صداق بينهما فيكون بضع أحدهما صداقا للآخرى ، وهو من أنكحة

الجاهلية فنهى عنها الاسلام . أنظر النهاية ج ٢ ص ٤٨٢ .
(١١) أى بالنص على تحريم الربا فيها ولم يكتف بعموم الادلة الواردة فى

تحريم الربا .

قالوا : الدار دار اباحة^(١٢)، فيمكن أن يجعل الزيادة^(١٣) على وجه الاباحية،
وانذا أمكن حمل البيع على الصحة^(١٤)، لم يحمل على الفساد ، ولهذا يجوز شراء
اللحم من القصاب ، وان جاز أن يكون ميتة^(١٥).
قلنا : مع الأمان^(١٦) لا يمكن الاباحية الا باخفار^(١٧) ، ولم يوجد ذلك^(١٨)، وبلا^(١٩)
أمان لا يمكن^(٢٠) لانهما قصدا معاوضة، فلا يصرف ذلك الى المناهبة^(٢١). ولأن في

-
- (١٢) أى بسبب حرايتها .
(١٣) أى على رأس المال ، وهى الربا .
(١٤) فى نسخة ((ب)) : ولم . / بزيادة حرف العطف ، ولا محل له هنا .
(١٥) حملا للمعقد على الصحة مع احتمال أن يكون حراما فيما لو كان المبيع
قد مات قبل تذكيتها .
(١٦) فى نسخة ((ب)) : مع الامكان . / والمقصود بالامان عقده كأن
يدخل المسلم يارهم بمعقد أمان . وهو ما يسمى الان بالتأشيرة
أو القيزا . () .
(١٧) فى نسخة ((ب)) : الا باحقا . / والمقصود بالاخفار نقض عقد
الامان وإزالته من خفرت الرجل اذا أجرته ، واخفرت اذا ازلت خفارته .
فالهزمة للسلب والازالة ، كقولك اشكيت الرجل اذا ازلت شكايته ،
ومنه قولهم : قد أعذر من أنذر . أنظر النهاية ج ٢ ص ٥٢ .
(١٨) أى الاخفار .
(١٩) فى نسخة ((ب)) : وبالأمان .
(٢٠) أى حملة على الاباحية .
(٢١) فى نسخة ((ب)) : الى الاباحية . / والمناهبة من النهب بفتح فسكون
من باب نفع وهى الغلبة على المال والقهر . أنظر المصباح ج ٢ ص ٢٩٨ .
وانما لم يصرف ذلك الى المناهبة ، لان الامور بمقاصدها . والمسلم هنا
قصد البيع لا المناهبة .

دار الاسلام يمكن أن يجعل الزيادة هبة (٢٢) ثم لا يفعل (٢٣) ، وإذا تزوج بخمس نسوة (٢٤) يمكن أن يجعل ذلك استرقاقا (٢٥) ولا يفعل ، وإذا بيع حيفة المشرك (٢٦) بمال يمكن أن يجعل ذلك ابا حة ، ولا يفعل ، وأما لحم القصاب ، فالظاهر من اليد الملك (٢٧) والظاهر من هذا الفساد (٢٨) .

(٢٢) أى من الحربى للمسلم فلا تأخذ حكم الربا .
 (٢٣) أى لا يقول بذلك أبو حنيفة ، وقد كان ينبغي له أن يقوله لان الزيادة من الحربى فى دار الحرب اذا حملته على النهية لتجوز للمسلم ولا تسمى ربا فعليه أن يقول ان الزيادة من الحربى فى دار الاسلام يمكن أن تسمى هبة منه للمسلم ، وعليه فيجب عليه أن يبيع الربا بين المسلم والحربى فى دار الاسلام وهو لا يقول ذلك .
 (٢٤) أى فى دار الحرب .
 (٢٥) أى فى الخامسة منهن .
 لانه لا يحل له تزوج أكثر من أربعة للآية (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) النساء آية / ٣ . أى فليجعل أبو حنيفة الخامسة بمنزلة الامة لتحل ، لكنه لا يقول ذلك مع أن قوله فى ابا حة الربا فى دار الحرب وتسميته نهية يشبه هذا .
 (٢٦) فى نسخة ((ب)) : وإذا بيع المشترك بما يمكن . الخ .
 (٢٧) أى الاصل أن تكون السلعة ملكا لو اضع اليد عليها ، فحمل العقد فيها على الصحة .

أى ولا يظن بالمسلم أن يملك الميتة فضلا عن أن يبيعها .
 (٢٨) أى الربا فى دار الحرب . / والمقصود أن بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا لان الظاهر فى بيع القصاب اللحم أن يكون مذبوحا ، فحمل البيع فيه على الصحة والظاهر من الزيادة فى دار الحرب الربا ، فحمل العقد فيه على الفساد ،

والاصل العمل بالظاهر ، مالم يصرفنا عن العمل به صارف .
 أى والقياس مع الفارق باطل ، فما انبنى عليه فهو باطل .

* مسألة (٢٦) : الاثنان تتعين بالبيع (١) / (٢) ١٣٤ ش.

وقال أبو حنيفة : لا تتعين (٣)

لنا : انه عوض مشار اليه في العقد (٤) ، فتعين به كالعروض (٥) ، ولان ماتعين

(١) في تصحيح التنبيه ص ٧٥ : الاثنان : الدراهم والدنانير خاصة . أه والمقصود انه يقع التعاقد على عين المال المدفوع ثمنًا للسلعة . وفائدة الخلاف : فيما لو تلفت تلك الدراهم المعينة قبل القبض انفسخ العقد . وعند أبي حنيفة لا . وأيضا لو أراد أبدالها لا يصح ، وعند أبي حنيفة لذلك ، وأيضا لو وجد بها عيب انفسخ العقد وليس له طلب البديل ، وعنده له ذلك .

أنظر المجموع ج ٩ ص ٣٢٢ .

(٢) فتح العزيز ج ٨ ص ٤٣٠ . المجموع ج ٩ ص ٢٥٧ ، ص ٣٢٢ . وهو قول الحنابلة . شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٠٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٥٨ . وذكر في المغنى ج ٤ ص ٣٥ رواية أخرى عن أحمد انها لا تتعين بالعقد . وبه يقول المالكية : المنتقى ج ٤ ص ٣٠٢ .

(٣) أي لا بقبضها . المبسوط ج ١ ص ٢ . الهداية ج ٥ ص ٤٩٦ . التبيين ج ٤ ص ١٤ .

ولم أقف على قول ابن حزم في ذلك .

(٤) في نسخة ((ب)) : في العقد به . / لانه يقول في العقد : بعثك هذه السلعة بهذه العشرة دراهم مثلا .

(٥) في الاصل : فتعين بالعروض . / وهو تحريف . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

وفي المختار ص ٤٢٤ : قال أبو عبيد : العروض - بضم الاول والثاني -

الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيوانا ولا عقارا . أه .

والجامع في القياس المذكور هو أن كلا عوض مشار اليه في العقد ، أما الاصل

=

فالعروض ، وأما الفرع فالأثنان .

به غير النقود تعين به النقود^(٦) ، كالقبض والغصب والوديعة والوكالة والوصية^(٧) ،
ولانه لسو لم يتعين لوجب اذا عين البيع في دراهم جزافا^(٩) ان يبطل العقد ،
لانه تعلق العقد بمجهول في الذمة^(١٠) .
قالوا . لا غرض في تعيينه^(١١) ، فأشبه المكيال^(١٢) .

= ولما كان حكم الاصل تعين العروض بالاشارة اليها في العقد ، كان
حكم الفرع كذلك فتتبع الاثان بالتعيين أيضا لذلك .

(٦) في نسخة ((ب)) : المنقود .

(٧) حيث يتعين النقود بالمذكورات .

بجامع التعيين في غير النقود في كل من الاصل وهو القبض والغصب
والوديعة والوكالة والوصية ، والفرع وهو البيع .

ولما كان حكم الاصل تعين النقود بالمذكورات ، كان حكم الفرع كذلك
فتتبع النقود بالبيع أيضا لذلك .

(٨) سقط لفظ (اذا) من الاصل .

(٩) حال من الدراهم ، والجزاف بجم مضمومة هو بيع الشئ لا يعلم كيله

ولا وزنه وهو فارسي معرب . والمجازفة في البيع المساهلة فيه ، ويقال
لمن يرسل كلامه ارسالا من غير قانون جازف في كلامه . أنظر المصباح

ج ١ ص ١٠٨ .

(١٠) وهو عدد الدراهم ، لان الذمة لا تتحمل مجهولا ، أى والحال أن العقد

لا يبطل به ، فصح أن الاثان تتعين بالتعيين .

(١١) لانها كلها متشابهة . فكان تعيينها لغوا .

(١٢) حيث لا يتعين بالتعيين .

بجامع عدم القائة في تعيينه في كل من الاصل وهو المكيال ، والفرع وهو

الاثان ، ولما كان حكم الاصل عدم تعيينه بالتعيين ، كان حكم الفرع

كذلك فلا تتعين الاثان بالتعيين أيضا لذلك .

- قلنا : بل فيه غرض ، وهو أن يكون البائع أحق بها إذا أفلس المشتري .^(١٣)
- ولأن العين اكمل من الدين ، ولهذا لا يجوز الدين في زكاة العين ، ثم يطل^(١٤)
- بالقفيز من صبرة ، والمكيلة من دبة^(١٦) ، ولأنه لو صح هذا لما تعين في الغصب
- والوديعة والوصية ، كالمكيال .^(١٧)
- قالوا : يصح العقد دون تعيينه ، فلم يتعين ، كما لو آجره أرضا ليزرعها حنطة .^(١٨)

- (١٣) ان لو لم تكن معينة لما أمكن له ذلك لأن حقه حينئذ يتعلق بذمة المفلس .
والدليل على كونه أحق بها مارواه مسلم ج ٢ ص ١١٩٣ كتاب المساقاة ،
باب من أدرك ماباعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه ، رقم / ٢٢
عن أبي هريرة مرفوعا : من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسان
قد أفلس فهو أحق به من غيره . أهـ
- (١٤) أى لا يجوز أن يمنع الفقراء حقهم في ماله الذى وجبت عليه الزكاة فيـه
بأن يعطيهم حقهم عينا من مال آخر .
- (١٥) أى وقولهم بأنه لا غرض فى تعيين الثمن .
- (١٦) الدبة بدال مهطلة مشددة مفتوحة فموحدة من تحت مفتوحة أيضا هى
التي يجعل فيها الزيت والجزر والدهن . وتجمع على دباب ككتاب . أنظر
اللسان ج ١ ص ٣٧٢ .
- والمراد أن تعيين المشتري القفيز من هذه الصبرة والمكيلة من هذه الدبة
يفيد انه يجب اعطاؤه منها لا من غيرها مع أنها مكيال .
- (١٧) حيث لا يتعين بعينه بل المقصود منه حكاية الحجم فسواء كان بهذا
المكيال أو ذاك فانه لا تأثير للتعيين فيه مادام يحكى نفس الحجم .
- أى والحال أن النقد يتعين بالغصب والوديعة والوصية ، فيتعين في البيع
أيضا .
- (١٨) حيث لا تتعين الزراعة في الحنطة فقط بل له أن يزرعها بغيرها .
بجامع صحة العقد بدون التعيين ، فى كل من الاصل وهو ماله آجره أرضا
ليزرعها حنطة ، الفرع وهو ماله يباعه وعين له الثمن .
ولما كان حكم الاصل عدم تعيين الحنطة في الزراعة ، كان حكم الفرع كذلك
فلا يتعين الاثمان بالبيع أيضا لذلك .

قلنا : يبطل بالقفيز من صبرة ، والمكيلة من دبه ، والعبد يصح
 إطلاقه في المداق (٢٠) ثم يتعين (٢١) والعروض يصح إطلاقها في السلم ثم تتعين (٢٢) ،
 وذكر الحنطة في الاجارة تقدير للمعقود عليه ، فهو كالمكيل في البيع (٢٤) ،
 وهذا تعيين للمعقود عليه ، فهو كالمكيل في البيع (٢٦) .

(١٩) حيث يصح العقد ويتعين القفيز والمكيلة بالتعيين .
 (٢٠) بأن يجعله مهرا في النكاح من غير أن يعينه .
 (٢١) أى اذا عينه في المداق .
 (٢٢) أى فيما اذا جعلها رأس مال في السلم ،
 (٢٣) في نسخة ((ب)) : المعقود عليه . / وهو المنفعة . لان الارض تتأثر
 بما يزرع فيها ، فاذا زرعها بغير الحنطة فقد يصيبها ضرر ، فقد رت
 الاجرة بحسب ما يصيبها منه .
 (٢٤) حيث لا يتعين بتعيينه .
 بجامع التقدير للمعقود عليه في كل من الاصل وهو ذكر المكيل في البيع ،
 والفرع وهو ذكر الحنطة في الاجارة ، ولما كان حكم الاصل عدم تعيينه
 بالتعيين في البيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا تتعين الحنطة في الاجارة
 أيضا لذلك .

(٢٥) أى تعيين الاثنان .
 (٢٦) حيث يتعين بالتعيين .
 بجامع التعيين للمعقود عليه في كل من الاصل وهو المكيل في البيع
 والفرع وهو الاثنان فيه . ولما كان حكم الاصل هو تعيين المكيل فيه كان
 حكم الفرع كذلك فتتعين الاثنان في البيع أيضا .
 والمقصود اثبات الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم ، فان ذكر المعقود
 عليه في الاصل في قياسهم تقدير له . وذكر المعقود عليه في الفرع تعيين
 له ، وبين التقدير والتعيين فرق . والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : شن فلم يتعين ، كالمطلق . (٢٧)

قلنا : كونه شنا لا يمنع التعيين كما أن كون العرض شنا لا يمنع الاثبات
في الذمة ، (٢٨) والمعنى في المطلق انه أطلق ، فهو كالعبد المطلق في الصداق ،
(٢٩) وهذا عينه فهو كالعبد المعين . (٣١)

قالوا : ولان المضاربة تختص بالاشان ، (٣٢) لانها تثبت في ذمة العامل ، (٣٤)
فيستحق ربح ماضن ولو تعينت لم يجز ، لانه يأخذ ربح (٣٦) مالم يضمّن ، (٣٥)

(٢٧) أى كالشن المطلق ، حيث لا يتعين بالتعيين .

بجامع أن كلا شن ، اما الاصل فهو الاثنان المطلقة ، واما الفرع فهو الشن
المعين ، ولما كان حكم الاصل « وعدم تعيينه بالتعيين » كان حكم الفرع
كذلك فلا يتعين الشن بالتعيين أيضا لذلك .

(٢٨) أى اذا اتلف .

(٢٩) حيث لا يتعين العبد في حال الاطلاق ، بل يجب عليه ما يقع عليه
الاسم من العبيد .

(٣٠) أى الشن في البيع .

(٣١) أى في الصداق ، حيث يتعين به ، والمراد اثبات الفارق بين الاصل
والفرع في قياسهم لابطاله به .

(٣٢) في نسخة ((ب)) : ولان المضاربة . / والمضاربة هي : شركة في الربح
بمال من جانب وعمل من جانب . أه مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٢١ .

(٣٣) أى بالdraهم والدنانير فقط دون العروض وغيرها .

(٣٤) أى المضارب وهو الذى يبذل عمله في الاتجار بمال شريكه البازل رأس
المال .

(٣٥) أى ولو تعينت الاثنان في المضاربة لم يجز ، وذلك لان الاعيان لا تثبت
في الذمة ، فلا يستحق المضارب ربح ماضن .

(٣٦) في الاصل (يأخذ الربح) . ووجه المنع في ربح مالم يضمّن انه غير
متعرض للخسارة فأشبه الربا .

(٣٧)
كالعروض .

قلنا : لم يختص لما ذكرت ، فان العامل لا يستحق الربح بالضمان ،
بل يأخذه بالعمل ، ولانه يمكنه أن يشتري . (٣٩) بجنس العروض في الذمة ،
فياخذ ربح ماضن ، (٤١) وانما اختصت بالاثان لانها لو جازت في
العروض لزمه رد العرض ، وربما زادت قيمته فتستوعب جميع الربح ، (٤٤)
وربما نقصت فيشتري مثله ببعض الاموال ، (٤٦) فياخذ بعض رأس المال ، وهذا (٤٨)
لا يوجد في الاثان .

-
- (٣٧) حيث لم يجز المضاربة بها لانها معينة وان هي كذلك فلا تثبت
في الذمة ، فلا يستحق لذلك ربح ماضن .
- (٣٨) أي في مقابلة تعرضه والتزامه ضمان مال المضاربة .
- (٣٩) في الاصل : جنس . / بحذف الباء .
- (٤٠) في نسخة ((ب)) : (بجنس العروض قلنا لم يختص لما ذكرت في
الذمة الخ . .) فقله (قلنا لم يختص لما ذكرته) مقم لا محل له وانما
كان بذهول من الناسخ .
- (٤١) أي فيبطل به تعليقكم المذكور في اختصاص المضاربة بالاثان .
- (٤٢) أي المضاربة .
- (٤٣) في الاصل (لزمه رد العوض) . / وهو تحريف .
- (٤٤) في نسخة ((ب)) : جميع الربح بها . / أي وهذا خلاف ما يقتضيه عقد
المضاربة من توزيع الربح والخسارة على كل منهما بحسبه .
- (٤٥) في نسخة ((ب)) : أو ربما .
- (٤٦) في نسخة ((ب)) : ببعض المال . / أي مال المضاربة ليدفعه بدلا عما
نقصت قيمته من العروض التي جعلت رأس مال المضاربة .
- (٤٧) في نسخة ((ب)) : ويأخذ .
- (٤٨) أي أخذ بعض رأس المال في حال نقص قيمة العرض - فيما لو جاز
جعله رأس مال في شركة المضاربة - لا يوجد في الاثان ولذلك جاز
أن تكون الاثان رأس مال فيها دون العروض .

قالوا : ولانه لو لم تحتل الابدال^(٤٩) لما جاز أخذ البديل عنها ففى
الذمة^(٥٠) . كالمعروض فى السلم^(٥١) .

قلنا : فى أحد القولين يجوز^(٥٢) . ولانه يجوز أخذ البديل عما فى الذمة
من غير جنسه^(٥٣) ثم لا يجوز ابداله بغير جنسه ، اذا عين^(٥٤) ، والمعروض لا يجوز
أخذ البديل عنها فى السلم لانه غير مستقر^(٥٥) . فهو ك رأس مال الصرف ، والسلم^(٥٦) ،

(٤٩) بمعنى أن الاثان لو تعينت بالتعيين .

(٥٠) أى فيما لو تلفت . وانما لم يجز أخذ البديل فى الذمة عن المعين
لان الذمة لا تتحمل معيناً من المال . لكن الحال انه يجوز أخذ

البديل عن الاثان فى الذمة ، فدل على أنها لا تتعين بالتعيين .

(٥١) حيث لو تلفت وكانت هى المسلم فيه ، لما جاز أخذ البديل عنها
فى الذمة ، لانها معينة .

(٥٢) فى الاصل : فى أحد القولين لا يجوز . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى ،
لان المراد هنا المعارضة ، وبما أن الحنفية قائلون بعدم جواز أخذ
البديل عن المعروض فى السلم فى الذمة فقد ناسب أن يكون الجواب فى
المعارضة لا يجاب ، وأنظر القولين فى المنهاج ص ٥٤ ، وقد ذكر
قول الجواز بصيغة التمريض . اشارة الى تقوية القول الآخر .

(٥٣) كأن يدفع فضة عن ذهب واجب عليه فى الذمة .

(٥٤) أى فدل على أنه يتعين بالتعيين . وان قياسكم المعين من الاثان على

غير المعين - وهو المعروض فى السلم - قياس مع الفارق .

(٥٥) أى وليس لان المعروض لا تحتل الابدال . وانما كان البديل فى السلم

غير مستقر لكونه معرضاً للفسخ .

(٥٦) حيث لا يجوز الاعتياض عنه لما يؤدى اليه من تأخير القبض عن المجلس .

بجامع عدم الاستقرار فى كل من الاصل وهو مال الصرف والسلم ، والفرع وهو
المعروض فى السلم ، ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز الابدال فى الصرف

والسلم .

كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز الابدال فى عروض السلم أيضاً لذلك .

والثمن في البيع مستقر ، فهو كالمعروض في الاتلاف . (٥٨)

(٥٧) أي فتمين بالتميين .

(٥٨) حيث تتعين به .

بجامع استقرار الثمن في كل من الاصل وهو المعروض ، والفرع وهو
 الاثان ، ولما كان حكم الاصل تعين المعروض باتلافها ، كان حكم
 الفرع كذلك فتتعين الاثان بالتميين أيضا لذلك .
 والمراد اثبات الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم الاثان على
 المعروض في السلم في عدم التعيين فيهما . والقياس مع الفارق
 باطل .

” مسائل الشمار ” *

* مسألة (٢٧) : اذا باع نخلا وعليه طلع ^(١) غير مؤبر ^(٢) ، فالثمرة للمشتري / ١٣٥ ي

* جمع ثمرة ، بفتحيتين ، ومثله الثمر ، فالاول مؤنث ويجمع على ثمرات كقصبة وقصبات ، والثاني مذكر ويجمع على ثمار كجبل وجبال ، ثم يجمع الشمار على ثمر ككتاب وكتب ثم يجمع على أثمار مثل عنق وأعناق .
والثمر هو الحمل الذي تخرجه الشجرة . سواء اكل أولا ، فيقال ثمر الاراء ، وثمر النخل . قال الأزهري : اثمر الشجر : اطلع ثمره أول ما يخرجه فهو ثمر ، ومن هنا يقال لما لانفع فيه : ليس له ثمرة . أنظر المصباح ج١ ص ٩٢ والمختار ص ٨٦ .

(١) في المصباح ج٢ ص ٢٣ : والطلع بالفتح : ما يطلع من النخلة ثم يصير ثمران كانت انثى وان كانت النخلة ذكرا لم يصير ثمران بل يؤكل طريما ، ويترك على النخلة أياما معلومة حتى يصير فيه شيء ابيض مثل الدقيق وله رائحة زكية فيلقح به الانثى . أه . وفي شرح المنتهى ج٢ ص ٢٠٩ : تشقق طلعها أى وعاء عنقود . أه

(٢) اسم مفعول من ابرت النخل بفتحيتين كضرب وقتل أى لقحته ، وابرته تأبيرا بالتشديد مبالغة وتكثير . أنظر المصباح ج١ ص ٤ وفى الجواهر ج٢ ص ٥٩ : تأبير النخل تعليق طلع الذكر على ثمر الانثى لئلا يسقط ويسمى لقاحا أيضا . أه .

(٣) المختصر ص ٧٩ . الام ج٣ ص ٤١ . المنهاج ص ٥١ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٠٩ . كشف القناع ج٣ ص ٢٦٨ . المغنى ج٤ ص ٥١ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج٢ ص ٨٣ . الجواهر ج٢ ص ٥٩ .
القوانين ص ٢٨٨ .

واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى ج٩ ص ٤٢٤ .

وقال أبو حنيفة: ^(٤) هي للبائع.

لنا: ^(٥) ما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع) ^(٦). وروى عكرمة بن خالد ^(٧) المخزومي، أن رجلا اشترى نخلا قد أبرها صاحبها فحاكمه ^(٨) النبي صلى الله عليه وسلم فقضى أن الثمرة لصاحبها الذي قد أبرها إلا أن يشترط ^(٩) المبتاع. ^(١٠) ولأنه نماء كان في المبيع من أصل الخلقة، فجاز أن يتبعه باطلاق

(٤) أى إلا أن يشترطها المبتاع.

فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٦ . التبيين ج ٤ ص ١١٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٦٠ .

(٥) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٦) رواه مسلم ج ٣ ص ١١٧٢ باب من باع نخلا عليها تمر . رقم ٧٧ من كتاب البيوع .

ورواه البخاري ج ٢ ص ٥٥ كتاب المساقاة باب بالرجل يكون له مرأ أو شرب في حائط أو في نخل .

ورواه مالك في الموطأ ص ٢٨٠ باب من باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال . رقم ٧٩٢ .

ورواه الشافعي في الام ج ٣ ص ١٤٠ وقال: هذا الحديث ثابت عندنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه .

(٧) هو عكرمة بن خالد بن العاص بن هشام المخزومي . المكي، روى عن

ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعنه قتادة وأيوب وابن اسحاق وغيرهم، وثقه ابن معين، مات بعد عطاء بن أبي رباح أى بعد سنة أربع عشرة ومائة . روى

له الستة إلا ابن ماجه . أنظر الخلاصة ص ٢٧٠ .

(٨) في نسخة ((ب)) : فلا حجة . وفي الأصل : فلا بعه . وكلاهما غير واضح . وما أثبتناه هو الصحيح .

(٩) في نسخة ((ب)) : إلا أن يشترطها .

(١٠) رواه الشافعي في الام ج ٣ ص ٤٢ باب ثمر الحائط يباع أصله، عن سعيد

ابن سالم عن ابن جريح أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطا ثمرا ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع =

البيع ، كالحمل واللبن (١١) ولا يلزم اذا أبر بعضه (١٢) لان التعليل للجواز (١٣) ولا نه
نماء كامن ، لظهوره غاية ، فجاز أن يتبع الأصل في البيع ، كالحمل (١٤) ولا يلزم
اذا أبر بعضه (١٦) ، لان هناك (١٧) قد يجوز أن يتبع وهو اذا أفرد بالعقد .

= الشمر ولم يذكره فلما ثبت البيع اختلفا في الشمر فاحتكما فيه الى النبي
صلى الله عليه وسلم فقضى بالشمر للذى لقح النخل للبائع . أه .
واشار ابن حجر في التلخيص ج ٣ ص ٢٧ باب بيع الاصول والثمار
رقم / ١٢٠٩ الى الحديث فعزاه الى : البيهقي في المعرفة من طريق
الشافعي من مرسل عطاء ، وعزاه ابن الطلاع في الاحكام الى الدلائل
للأصيلي مسندا عن ابن عمر . أه .

(١١) حيث يدخل في البيع باطلاقه .
بجامع كونه نماء كامنا في المبيع من أصل الخلقة في كل من الأصل وهو الحمل
واللبن والفرع وهو الطلع غير المؤبر .
ولما كان حكم الأصل دخوله في المبيع ، كان حكم الفرع كذلك فتكون الثمرة
في النخل للمشتري أيضا لذلك .

(١٢) أى حيث يلحق غير المؤبر بالمؤبر منه ويكون الجميع للبائع لما في تتبع
ذلك للتمييز بينهما من العسر ، فكان للبعض منها حكم الكل . أنظر شرح
المطلى ج ٢ ص ٢٣٠ .

(١٣) أى لان التعليل الذى هو كون الطلع نماء كامنا في المبيع من أصل الخلقة
انما كان لتعليل جواز تبعيته للأصل اذا لم يؤبر ، لا لوجوب تبعيته له .

(١٤) وهو النخل .

(١٥) حيث يتبع امه في البيع .
بجامع كونه نماء كامنا لظهوره غاية معينة في كل من الأصل وهو الحمل

والفرع وهو الطلع غير المؤبر .
ولما كان حكم الأصل تبعيته لأمه في البيع ، كان حكم الفرع كذلك فيتبع الطلع
غير المؤبر النخل في البيع أيضا لذلك .

(١٦) أى حيث يلحق بغير المؤبر وتكون ثمرة المؤبر وغير المؤبر للمشتري .

(١٧) أى في حال تأبير بعضه .

ولانه باع أصلاً^(١٨٩) مطلقاً قبل ظهور المقصود من ثمره ، فلم تكن الثمرة له ، كالوباع
شجرة وعليها نور .^(١٩)

قالوا : ثمرة يجوز افرادها بالبيع ، فلم تتبع الاصل في البيع ، كطلع
الفعال^(٢٠) والمؤبر وسائر الشمار^(٢١).

(١٨) سقط لفظ (أصلاً) من نسخة ((ب)) .

(١٩) النور بفتح فسكون ويقال النورة والنوار كرمان وهو الزهر أو الابيض منه
خاصة ، واما الاصفر فزهر ، والجمع أنوار ، تقول : نور - بتشديد الواو -
الشجر تنويراً اخرج نوره كأنار . أنظر القاموس ج ٢ ص ١٤٩ . وفي
المصباح ج ٢ ص ٣٠١ : نور الشجرة مثل فلس : زهرها . أه .
والجامع في القياس المذكور هو بيع الاصل قبل ظهور المقصود من ثمره ،
في كل من الاصل وهو مالو باع شجرة وعليها زهرها والفرع وهو مالو باع
نخلة لم تؤبر .

ولما كان حكم الاصل عدم امتلاك البائع ثمرة الشجرة المنورة كان حكم الفرع
كذلك فلا يملك البائع ثمرة النخل غير المؤبر أيضاً لذلك .
(٢٠) في نسخة ((ب)) : كطلع الفحول . / وفي المصباح ج ٢ ص ١١٧ : الفحل
الذكر من الحيوان جمعه فحول وفحولة وفحال ، وفي ذكر النخل الذي يلحق
حوامل النخل لغتان الاكثر فحال وزان تفاح والجمع فحاحيل ، والثانية :
فحل مثل غيره . وجمعه فحول أيضاً مثل فلس وفلوس . أه .

(٢١) - معني لا يزول ملك البائع عنها بالبيع .
بجامع ان كلا ثمرة يجوز افرادها بالبيع . اما الاصل فهو طلع الفعال والمؤبر
وسائر الشمار وأما الفرع فهو الطلع غير المؤبر .
ولما كان حكم الاصل عدم تبعيتها للاصل في البيع ، كان حكم الفرع كذلك
فلا يزول ملك البائع عن الثمرة في النخل غير المؤبر بالبيع أيضاً لذلك .

قلنا : فى قول أبى اسحاق ^(٢٢) لا يجوز افراد الطلع بالبيع ، ثم أوراق الشجرة ^(٢٤) القائمة فى الدار ^(٢٥) والنخلة فى البستان يجوز افرادها بالبيع ، ثم يتبع الأصل ^(٢٦) ، وطلع الفحال لانسلم على المنصوص وان سلم ، فلأن ^(٢٨) نماء فى نفسه ، ولهذا ^(٢٩) يقطع على جهته ويؤكل ما يوطب ^(٣٠) من اطرافه ، وطلع الأناث ^(٣١) ليس بنماء فى نفسه ،

(٢٢) هو ابراهيم بن أحمد النروزى أبو اسحاق ، كان اماما جليلا غواصا على المعانى ورعا زاهدا أخذ العلم على ابن سريج وانتهت اليه رئاسة العلم ببغداد ، وانتشر العلم عن أصحابه فى البلاد ، ثم انتقل فى آخر عمره الى مصر ، وتوفى بها سنة أربعين وثلاثمائة ، له شرح على مختصر المزنى وهو من أحسن شروحه . وقد دفن قريبا من الشافعى أنظر طبقات ابن هداية الله ص ٦٦ .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : لا يجوز افرادها اذا طلع بالبيع .

(٢٤) فى الاصل (ثم أوراق الشجر والقائمة) . . . / وهو تحريف .

(٢٥) فى الاصل ونسخة ((ب)) : والنخل . / بالجمع ، والاوضح بالافراد لان المراد استثناء بعض المبيع .

(٢٦) أى اذا بيع الاصل تبعه المذكورات بالبيع وان كان يصح افرادها بالبيع ، فدل على بطلان العلة التى ذكروا ، لوجودها فيما ذكره ثم تخلف الحكم عنها ، فهى غير مضطربة .

(٢٧) أى لا نسلم أن الطلع لا يتبع فى البيع ، بل يتبعه ويكون للمشتري ، فى الاصح ، أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٢٨) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / والاشارة الى الطلع .

(٢٩) أى على حاله وهيئته وهى كونه جارا والجمار بضم فتشديد شحم النخل . أنظر المختار ص ١٠٩ .

(٣٠) فى نسخة ((ب)) : فيؤكل ما رطب من اطرافه .

(٣١) فى نسخة ((ب)) : وطلع الاباء . وهو خطأ .

بل نماءه مأفيه (٣٢) والمؤبر وسائر الثمار ظاهرة ، فهو كالحمل المنفصل ، وهذا (٣٤)
 كامن من أصل الخلقة ، فهو كالحمل المتصل والثمرة في النور . (٣٦)
 قالوا : نماء خارج من الأصل له غاية فلم يتبع الأصل في البيع كالزراع . (٣٧)

(٣٢) وهي الثمرة التي لم تظهر بعد .

(٣٣) حيث لا يتبع الأصل في البيع ، بل هو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع .
 بجامع الظهور في كل من الأصل وهو الحمل المنفصل ، والفرع وهو الطلع
 المؤبر وسائر الثمار .

ولما كان حكم الأصل عدم تبعيته للأصل في البيع ، كان حكم الفرع
 كذلك فلا يملكه المشتري بالبيع أيضا لذلك .

(٣٤) أي الطلع غير المؤبر .

(٣٥) سقط حرف (ين) من نسخة ((ب)) .

(٣٦) أي فيتبع أصله في البيع ، فيكون ملكا للمشتري بجامع أن كلا كامن من
 أصل الخلقة .

والمقصود اثبات أن بين الأصل والفرع فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .

(٣٧) حيث لا يملكه المشتري بابتياعه الأرض إلا أن يشترطه في العقد .
 بجامع أن كلا نماء خارج من الأصل له غاية . أما الأصل فهو الزرع
 في الأرض المبيعة .

وأما الفرع فهو الطلع غير المؤبر . ولما كان حكم الأصل هو
 عدم تبعيته للأصل في البيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع الطلع
 وإن كان غير مؤبر - النخل في البيع أيضا لذلك .

قلنا : المقصود هو الزرع ، وهو ظاهر ، ^(٣٨) ولهذا يقطع مع اكمامه ، فلم يتبع الاصل ، كالحمل اذا انفصل من المشيمة ، ^(٣٩) ^(٤٠) والمقصود هاهنا ^(٤١) هو الثمرة ، ^(٤٢) ولهذا تؤخذ الثمرة ويترك الطلع مع النخل ، فهو كالحمل المتصل . ^(٤٣)
قالوا : لو كان غير المؤبر يتبع ، لوجب اذا ابرت نخلة أن يكون مالم يؤبر ^(٤٤) للمشتري . كما اذا ولدت شاة ، ^(٤٥) ^(٤٦) كان مالم تلد للمشتري . ^(٤٧)

-
- (٣٨) أى ولا كذلك الطلع غير المؤبر .
(٣٩) فو نسخة ((ب)) : اذا انقطع مع المشيمة . / وهى غشاء ولد الانسان . يخرج معه عند الولادة .
أنظر دائرة معارف القرن العشرين ج ٥ ص ٤٢٥ .
(٤٠) حيث لا يتبع امه بالبيع .
بجامع الانفصال مع الاصل فى كل من الاصل المقيس عليه وهو الحمل اذا انفصل مع المشيمة ، والفرع المقيس وهو الزرع اذا قطع مع اكمامه . ولما كان حكم الاصل عدم تبعيته للام بالبيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع الزرع أصله أيضا لذلك .
(٤١) أى فى طلع النخل غير المؤبر .
(٤٢) أى وهى لم تظهر بعد .
(٤٣) سقطت كاف التشبيه من (الحمل) فو نسخة ((ب)) .
والجامع فى القياس المذكور هو كونه مقصودا فى البيع ، فى كل من الأصل وهو الحمل المتصل والفرع وهو الطلع مع النخل .
ولما كان حكم الاصل تبعيته لأمه بالبيع ، كان حكم الفرع كذلك فيتبع الطلع غير المؤبر النخل بالبيع أيضا لذلك .
أى وبثبوت هذا الفارق وبين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .
(٤٤) فى نسخة ((ب)) : نخلتان . / أى دون سائر النخلات المبيعة .
(٤٥) أى والمؤبر للبائع .
أى والاحال انكم لا تقولون ذلك ، بل تجعلون مالم يؤبر فى حكم ما جرى تأبيره ، ويكون الجميع للبائع .
(٤٦) أى من القطيع .
(٤٧) أى صار مالم تلد من ذلك القطيع للمشتري ، وما ولد للبائع .

قلنا : ولادة الغنم لا تتقارب ^(٤٨) فلم تجعل ولادة البعض كولاية الكل ^(٤٩) ،
وتأبير النخل يتقارب ، فجعل تأبير واحدة ^(٥٠) كتأبير الجميع .
* مسألة (٢٨) : اذا باع نخلا وعليه ثمرة للبائع ، أو ارضا فيها زرع للبائع ^(١)
لم يجبر على قطعها ^(٢) الى أوان الجذائ ^(٣) والحصاد ^(٤) . / ١٣٥ ش .

(٤٨) أى فى وقت الولادة ، بل تتفاوت على مدار السنة . أى ليس لها موسم معين .
(٤٩) أى فما ولد منها فالولد للبائع ، وما لا فللمشتري . فليس للبعض منها
حكم الكل .

(٥٠) سقط ثاء التأنيث من الاصل ، والصواب اثباتها لان النخلة مؤنث .
والتأبير لا يوصف بالافراد ولا بالجمع .

والمقصود اثبات ان بين الاصل والفرغ غارقا فيطليه قياسهم المذكور .

(١) فى نسخة ((ب)) : وفيها زرع .

(٢) فى نسخة ((ب)) : على قلعها .

(٣) من الجذ وهو القطع وبابه رد ، وفى المصباح ج ١ ص ١٠٢ : جذذت الشئ

جذا عن باب قتل : قطعته فهو مجذوذ فانجد أى انقطع ، وجذذته

كسرتة ويقال لحجارة الذهب وغيره التى تكسر جذاز بضم الجيم وكسرها . أه

والحصاد من حصد الزرع أى قطعه وبابه ضرب ونصر فهو محصود وحصيد .

أنظر المختار ص ١٣٩ . وفى المصباح ج ١ ص ١٥٠ : حصدهم بالسيف استأصلهم . أه

والفرق بين الحصاد والجذاز ان الاول يكون فى الزرع والثانى فى الثمر .

أنظر النظم المستعذب ج ١ ص ٢٨١ .

(٤) المختصر ص ٧٩ . الام ج ٣ ص ٤٣ . المنهاج ص ٥١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٠٩ . كشف ج ٣ ص ٢٦٦ و ٢٦٧ .

المغنى ج ٤ ص ٥٢ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٢ ص ١٧٣ . الجواهر ج ٢ ص ٥٩ . شرح

المنح ج ٢ ص ٢٧٥ .

واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى ج ٩ ص ٤٢٤ .

(٥) وقال أبو حنيفة : يجبر.

لنا : ان مالا يجبر المشتري على نقله لحق الشفيع ، لم يجبر البائع
على نقله لحق المشتري كُنقل^(٧) القماش بالليل ، وفي وقت المطر^(٨) .
قالوا : ملك المشتري مشغول بملك البائع ، فأجبر على تفرغه ، كما لو باع
دارا وفيها قماش للبائع .^(٩)

- (٥) الهداية ج ٥ ص ٤٨٦ . التبیین ج ٤ ص ١١٠ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٦ .

(٦) أى لتعلق حق الشريك بالشخص المبيع.

وصورة ذلك : أن تكون أرض لشريكين فيها زرع وثمار، فباع أحدهما نصيبه من الزرع والثمار بعد بدو الصلاح بشرط التبقيّة، ثم باع نصيبه من الأرض .

فان الشفعة تثبت في الارض لشريكه في الشقص المبيع، ولا يجبر مشترى
الزرع والثمار على نقلها قبل أو ان الحصاد والجذان لتعلق حق الشفع
بالشقص المبيع.

(٧) فى نسخة ((ب)) : لنقل . / سقطت منه كاف التشبيه .

(٨) حدیث لا یجب علی بائع الدار اذا كان فیها قماش لملم یبعه أن ینقله فسی

تلك الحال خوف تلف القماش وتعرض البائع لخطر هوام الارض أو سباعها .

بجامع عدم اجبار المشتري على نقل المبيع لحق الشفيع ، في كل من الأصل

وهو مالو اشترى دارا فيها قماش للبائع وقت الليل أو نزول المطر، والفرع

وهو مالو اشترى نخلا وعليه ثمر للبائع أو ارضا فيها زرع له .

ولما كان حكم الاصل عدم اجبار البائع على نقله منه ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يجبر البائع على جذ الثمرة أو حصاد الزرع الى أوانه لحق المشتري

أَيْضاً لَذَلِكَ .

(٩) فی نسخة ((ب)) : علی تفریقہ .

(۱۰) حیث یجبر علی تفریفها منه .

والجامع في القياس المذكور هو ان ملك المشتري مشغول بملك البائع في

كل من الاصل وهو مالو باع دارا وفيها قماش للبائع والفرع وهو مالو باع

شجرة فيها ثمرة للبائع أو أرضا فيها زرع للبائع. ولما كان حكم الأصل اجبار =

قلنا : ذاك حجة لنا لانه لا يكلف نقله ^(١٢) فى غير أوان النقل ، وهو الليل ،
 فليكن هذا مثله ^(١٤) . ولان العادة فى القماش النقل ، وفى الثمار الترك ، ولهذا
 يجبر المشتري على نقل القماش لاجل الشفيع ^(١٥) ، ولا يجبر على نقل الزرع ^(١٦) .
 * مسألة ^(٢٨) : لا يجوز بيع الثمار قبل بدو ^(١) الصلاح من غير شرط القطع ^(٢) .

١٣٥ / ٠ ش .

= البائع على تفريره فورا كان حكم الفرع كذلك فيجبر البائع على قطع السزرع
 والثمر فورا أيضا لذلك .

(١١) أى القياس على مالو باع دارا وفيها قماش للبائع .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : لا تكلف .

(١٣) أى جذ ثمر النخل المبيع ، أو حصد زرع الارض المبيعة .

(١٤) أى فى تأخيرته الى أوان النقل وهو الجذ أو الحصاد .

(١٥) لا مكان النقل فيه دون ضرر على المشتري .

وصورة ذلك : ان تكون دار لشريكين ، فيها ثياب ، فيبيع أحدهما فى بيته

من الثياب ثم يبيع نصيبه من الدار ، فتثبت لشريكه الشفعة فى الشقص المبيع

من الدار ، ويجبر مشتري الثياب على نقلها لحق الشفيع .

(١٦) لان فى اجبار المشتري على نقل الزرع من أجل الشفيع ضررا .

والمقصود : ابطال قياسهم بيع النخل وفيه ثمر ، على بيع الدار ، وفيها ثياب ،

فى الاجبار على نقل القماش والتمر عند العقد لفارق العادة لانهما ، وعلى

عدم الضرر على المشتري فى نقل قماشه ، فكانت العادة فيه النقل ،

ووجود الضرر على البائع فى حصد الزرع أو جذ الثمرة قبل أوانه ، فكانت

العادة فيه التيقية .

والقياس مع الفارق باطل .

(١) فى نسخة ((ب)) : قبل بدو . / والبدو والظهور ، تقول بدا الامر اذا ظهر

وهو من باب سما . أنظر المختار ص ٤٤ .

(٢) المختصر ص ٨٠ . الام ج ٣ ص ٤٧ . المنهاج ص ٥١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٦٩ =

(٣)
وقال أبو حنيفة : يجوز .

لنا : ما روى أنس^(٤) أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمار حتى تزهى ، قيل : يا رسول الله وما تزهى ؟ قال : تحمر) . وروى جابر^(٦) أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمرة حتى تشقح ، قيل لجابر :

= المغنى ج ٤ ص ٦٣ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٨٤ . الجواهر ج ٢ ص ٦٠ . القوانين ص ٢٨٧ ، واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٤٨٤ .
(٣) وروى انه لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه مطلقا . والجواز أصح .
ومحل جوازه اذا كان ينتفع به ولو غلطا للدواب فيجوز اتفاقا ، والا فقلل يجوز وقيل لا . والصحيح الجواز .
أنظر الهداية ج ٥ ص ٤٨٨ وفتح القدير عليه . التبيين ج ٤ ص ١٢٠ مجمع الانهر ج ٢ ص ١٧ .

(٤) هو أنس بن مالك بن النضر الانصارى البخارى ، صحابى جليل ، خدم النبي صلى الله عليه وسلم عشر سنين ، ذكر ابن سعد انه شهد بدرا . له ألف ومائتا حديث وستة وثمانون حديثا ، روى عن طائفة من الصحابة وعنه بنوه موسى والنضر وأبو بكر والحسن البصرى وثابت البنانى وغيرهم ، مات سنة تسعين وقد جاوز المائة وهو من مات بالبصرة من الصحابة . أنظر الخلاصة ص ٤ .

(٥) رواه البخارى ج ٢ ص ٢٣ باب اذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع . عن أنس بن مالك رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى فقلل له : وما تزهى ؟ قال : حتى تحمر ، فقال أرايت اذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه . أهد ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٩ كتاب المساقاة . باب وضع الحوائج . رقم ١٥٠ عن

أنس أيضا . ورواه النسائى أيضا ج ٧ ص ٢٦٤ تحت عنوان شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها على أن يقطعها ولا يتركها الى أوان ادراكها . عن أنس .

(٦) هو ابن عبد الله الانصارى ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .

(٧) فى نسخة ((ب)) : عن بيع الثمار .

ما تشقح ؟ قال : تحمر وتصفر ويؤكل منها^(٨) . ولأنه ثمرة نامية لم يبد صلاحها^(٩) .
 افردت بالبيع من غير شرط القطع ، فأشبهه إذا شرط فيها التبقية^(١٠) . ولأن إطلاق
 البيع في الشار^(١١) يقتضى التبقية ، بدليل أن العادة فيها التبقية ، فإذا فسد^(١٢)
 بشرط التبقية^(١٣) فسد بالإطلاق ، كما لو باع بثمر مطلق ، وفي البلد نقود مختلفة^(١٤) .

(٨) رواه البخارى ج ٢ ص ٢٣ باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .
 ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٧٥ البيوع باب النهى عن المحاقلة والمزابنة
 وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، رقم / ٨٤٠ . عن جابر قال :
 نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة والمخابرة ،
 وعن بيع الثمرة حتى تشقح ، قال قلت لسعيد - يعنى ابن مينا - أحد
 رواة السند - ما تشقح ؟ قال : تحمار وتصفر ويؤكل منها . أه .
 ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٣ باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ،
 رقم / ٣٣٧٠ .

(٩) فى نسخة ((ب)) : ولأنها .
 (١٠) حيث لا يجوز ذلك إجماعاً . قاله ابن قدامة فى المغنى ج ٤ ص ٦٣ . لكن
 حكى ابن حزم فى المراتب ص ٨٦ ما يفيد وقوع اختلاف فيه ، فقال : وانفقوا
 على أن بيع الثمر بعد ظهور الطيب فى أكثرها على القطع جائز واختلفوا فى
 جوازه على الترك . أه .
 والجامع فى القياس المذكور هو أن كلا ثمرة نامية لم يبد صلاحها افردت بالبيع
 من غير شرط القطع ، أما الأصل فما لو اشتراها وشرط التبقية ، وأما الفرع
 فهو مالوا اشتراها من غير شرط القطع ، ولما كان حكم الأصل عدم الجواز ،
 كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز من غير شرط القطع أيضاً لذلك .

(١١) أى بيعها من غير شرط القطع . ومحل جواز بيعها به مالم يبد صلاحها .
 (١٢) فى نسخة ((ب)) : فأفسد بشرط التبقية . / بسقوط أداة الشرط (إذا) .
 (١٣) أى فيها لم يبد صلاحه .
 (١٤) حيث يفسد العقد ، لعدم إمكان حمل الثمن عند الإطلاق على واحد
 من تلك النقود .

قالوا : كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع ، جاز مطلقا ، كما لو بدا صلاحها^(١٥) ، قلنا : الشرط ينفي الغرر^(١٦) فجاز أن يصح منه ، ولا يصح مع عدمه^(١٧) ، كما قلنا في البيع وفي البلد نقود مختلفة^(١٨) ، يصح مع شرط ثمن معين ، ولا يصح مع عدمه^(٢٠) ، وعندهم يصح بيع عبد من ثلاثة أعبد ، بشرط الخيار ، ولا يجوز مع عدمه^(٢١) ، والمعنى في الأصل أن الثمرة سلمت من العاهة ، وهاهنا^(٢٣) معرضة للعاهة ، فلا يجوز^(٢٤) من غير شرط ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : رأيت إذا منع الله الثمرة ، فبم يأخذ أحدكم مال أخيه^(٢٦) .

-
- (١٥) حيث يجوز بيعها مطلقا بدون شرط القطع .
 بجامع جواز البيع بشرط القطع في كل من الأصل وهو مالو بدا صلاحها ، والفرع وهو مالو لم يبد .
 ولما كان حكم الأصل جواز بيعها مطلقا ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيعها مطلقا أيضا لذلك .
 (١٦) أى ان البيع بشرط القطع يمنع وقوع الغرر فيه وهو خوف أن تصيب الثمرة آفة تمنع خروج الثمرة فيغبى المشتري ويكون البائع قد أخذ مالا في غير مقابل ، وهذا من اكل المال بالباطل وهو منهي عنه .
 (١٧) أى مع شرط القطع .
 (١٨) أى ولم يغلب استعمال واحد منها بعينه في ذلك البلد .
 (١٩) في نسخة ((ب)) : مع شرطه بثمان معين .
 (٢٠) لانه يؤدى الى البيع بثمان مجهول .
 (٢١) أنظر التبیین ج ٤ ص ٢١٠ .
 (٢٢) أى المقيس عليه في قياسهم وهو بيع الثمرة اذا بدا صلاحها .
 (٢٣) أى حال بيعها قبل بدو صلاحها .
 (٢٤) في نسخة ((ب)) : ولا يجوز . / أى بيعها من غير شرط القطع .
 (٢٥) في نسخة ((ب)) : رأيت اذا منع الثمرة . / برفع لفظ الجلالة من الجملة .
 (٢٦) رواه البخارى ومسلم والنسائى وقد سبق تخريجه في هامش رقم (٥) من هذه المسألة .

قالوا : كل عقد جاز على الثمرة مطلقا بعد بدو^(٢٧) الصلاح جاز قبله^(٢٨) ، كالرهن والهبة والوصية وبيع الثمرة مع الأصل^(٢٩) .

قلنا : في الرهن قولان^(٣٠) ، ثم لا غرر في الرهن ، لانه اذا هلك الثمرة بقي دينه في الذمة ، وهاهنا اذا هلك الثمرة لم يبق له حق^(٣٢) ، والوصية تنسخ مع الغرر بخلاف البيع^(٣٣) . والهبة لا تصح بغير شرط القطع^(٣٤) ، وان سلم فلانه لا ضرر^(٣٥) .

(٢٧) في نسخة ((ب)) : بعد بداء .

(٢٨) في نسخة ((ب)) : جاز فيه .

(٢٩) حيث تصح هذه العقود على الثمرة مطلقا قبل بدو صلاحها . لصحتها عليها بعد بدو صلاحها .

بحامع جواز العقد على الثمرة مطلقا بعد بدو صلاحها : في كل من الأصل وهو مالورهن الثمرة أو وهبها أو أوصى بها أو باعها مع أصلها وهو — وهو شجرتها أو أرضها ان كانت زراعا ، والفرع وهو مالوباع الثمرة قبل بدو صلاحها .

ولما كان حكم الأصل صحة ذلك العقد ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أيضا لذلك .

(٣٠) اظهرهما فساد اشتراط أن تكون زوائد الرهن مرهونة معه . واذا فسد الشرط فسد العقد . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٦٢ .

(٣١) أى في حال^{بيع} الثمرة قبل بدو صلاحها .

(٣٢) أى لم يبق للمشتري حق يأخذه في مقابل ما دفعه من الثمن ، لفوات الثمرة عليه بالهلاك .

أى وهذا فارق يبطل به قياس بيع الثمرة قبل بدو صلاحها على رهنها قبل بدوه .

(٣٣) لان الوصية ليست من عقود المعاوضة فاحتلت الغرر بخلاف^{البيع} فهو معاوضه محضة أى وهذا فارق أيضا بين قياس بيع الثمرة قبل صلاحها على الوصية بها قبل بدوه .

(٣٤) لان حكم الهبة حكم البيع ، فما جاز بيعه جاز هبته وما فلا كمجهول ومفصوب ونحو ذلك . أنظر المنهاج ص ٨٢ .

(٣٥) أى بجواز هبة الثمرة قبل صلاحها بغير شرط القطع على جهة التنزل في الحجة .

(٣٦) عليه، لانه ليس فى مقابلته بدل، بخلاف البيع، (٣٧) واذا باع مع الأصل صار تابعاً للأصل، (٣٨) ولا حكم للفرر اذا كان تابعاً، كاللبن فى الضرع. (٣٩)
 قالوا : اطلاقه يحتل التبقية والقطع، فحمل على ما يقتضى الصحة، كما (٤٠)
 لو قال بعثى نصف هذا العبد المشترك. (٤١)
 قلنا : لان العادة انه لا يبيع الا ملكه، (٤٢) والعادة هاهنا التبقية، فحمل (٤٣)
 عليها. (٤٤)

- (٣٦) أى الموهوب له .
- (٣٧) أى فانه عقد معاوضه مبناه على التشاح والمغابنة، أى والقياس مع الفارق باطل .
- (٣٨) أى فيجرى عليه حكمه .
- (٣٩) حيث لا يؤثر الفرر فى عدم معرفة قدر اللبن اذا بيع مع أصله وهو الشاة مثلاً . بجامع التبعية للأصل فى البيع، فى كل من الأصل المقيس عليه وهو بيع اللبن فى الضرع والفرع وهو بيع الشار قبل بدو صلاحها مع شجرها . ولما كان حكم الأصل اغتفار الفرر فيه اذا بيع مع أصله، كان حكم الفرع كذلك فيغتفر الفرر فى بيع الثمرة مع أصلها أيضاً لذلك .
- (٤٠) وهو القطع . أنظر فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ .
- (٤١) حيث يحمل على الصحة فيحمل على بيع نصيبه منه .
- بجامع احتمال العقد الصحة والفساد، فى كل من الأصل وهو مالو قال : بعثى نصف هذا العبد المشترك، والفرع وهو مالو باع الشار قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع .
- ولما كان حكم الأصل حمل العقد فيه على الصحة، كان حكم الفرع كذلك فيحمل العقد فيه على الصحة أيضاً لذلك .
- (٤٢) فى نسخة ((ب)) : الا يملك . / بسقوط الاسم الموصول (ما) . أى فحمل العقد فيه على الصحة مراعاة للعادة والعرف فى ذلك .
- (٤٣) أى فى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .
- (٤٤) عملاً بقاعدة : العادة محكمة . أنظر الاشباه للسيوطى ص ٨٩ القاعدة =

* مسألة (٢٩) : اذا باع بعد بدو (١) الصلاح بشرط التيقية (٢) جاز / ١٣٦ ي
وقال أبو حنيفة : لا يجوز (٣)

= السادسة . وهى مبنية على الاثر : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . أهـ قد قيل انه حديث ، وهذا خطأ ، قال العلائى : لم أجده مرفوعا فى شئ من كتب الحديث أصلا ، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث ، وكثرة الكشف والسؤال . وانما هو قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه أخرجه أحمد فى مسنده . أهـ أشباه السيوطى ص ٨٩ . قلت أنظر المسند ج ١ ص ٣٧٩ . قال فى المقاصد الحسنة ص ٣٦٧ رقم / ٩٥٩ : وهو موقوف حسن ، وأخرجه البزار والطيالسى والطبرانى وأبو نعيم فى ترجمة ابن مسعود من الحلية . أهـ والمراد اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا ، يبطل به قياسهم المذكور .

(١) فى نسخة ((ب)) : بداء .

(٢) المنهاج ص ٥١ . فتح العزيز ج ٩ ص ٦٠ . المجموع ج ١١ ص ١٣٢ وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١٢ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٧٢ ، المفنى ج ٤ ص ٦٧ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٨٤ . الجواهر ج ٢ ص ٦٠ . شرح المنح ج ٢ ص ٧٢٩ يستفاد مذهبهم هنا من مفهوم عبارة الشرح الصغير : لا يصح بيع ما ذكر - أى ثمر وزرع - قبل بدو صلاحه على التيقية أهـ مفهومه انه بعد بدو صلاحه يجوز على التيقية . والظاهر أنه قول ابن حزم أيضا . أنظر المحلى ج ٩ ص ٤٢٧ . رقم المسألة

٠١٤٥٣/

(٣) ومحل عدم الجواز عندهم هو ما اذا لم يتناه عظم الثمر ، واما اذا تناهى عظمه فالبيع فيه فاسد أيضا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد بن الحسن حيث استحسّن جوازه فى هذه الحال وفاقا للائمة الثلاثة واختاره - الطحاوى أيضا .

أنظر الهداية ج ٥ ص ٤٨٩ وأنظر فتح القدير عليه . التبيين ج ٤ ص ١٢ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٨٨ . الا أن الاخير أخطأ فى حكاية مذهب محمد بن الحسن ان قال : خلافا لمحمد فانه قال يفسد فى المتناهية استحسانا . أهـ

نسا : ما روى ابن عمر^(٤) أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
الشار حتى يبدو صلاحها^(٥) ، ولأن إطلاق البيع يقتضى التيقية ، وما اقتضاه
باطلاقه جاز بشرطه^(٦) فيه ، كنقه البلد^(٧) . ولأن ما جرت العادة بتيقيته

= فلعل الطابع اسقط سهوا حرف (لا) النافية . والدليل عليه ما قاله فى
إدراك المتقى فى شرح الملتقى فى نفس الصفحة ج ٢ ص ١٨ : خلافا لمحمد
فانه استحسن صحة البيع فى المتناهية أه .

والفتوى جارية فى المذهب على قول محمد بن الحسن بالجواز ، كما فى
الكفاية ج ٥ ص ٤٨٩ والمجمع ج ٢ ص ١٨٠ .

(٤) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣)

(٥) رواه البخارى ج ٢ ص ٢٣ باب بيع الشار قبل أن يبدو صلاحها . ولفظه :

نهى عن بيع الشار حتى يبدو صلاحها . نهى البائع والمبتاع . أه .

ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٦٥ باب النهى عن بيع الشار قبل بدو صلاحها

بغير شرط القطع . رقم / ٤٩ .

ورواه النسائى ج ٢ ص ٢٦٢ تحت عنوان : بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه .

ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٢ باب فى بيع الشار قبل أن يبدو صلاحها . رقم / ٣٣٦٧

وينحوه رواه الترمذى ج ٣ ص ٥٢٩ باب ما جاء فى كراهية بيع الثمر : حتى

يبدو صلاحها . رقم / ١٢٢٦ .

(٦) فى نسخة ((ب)) : جاز بشرطه فيه .

(٧) حيث إذا باع بنقد وأطلق فانه يحمل على نقد البلد ، فيجوز اشتراط هذا

النقد فى البيع .

والجامع فى القياس المذكور هو اقتضاء الإطلاق له ، فى كل من الأصل وهو

مالو باع بنقد وأطلق ، والفرع وهو مالو باع الثمرة بعد بدو الصلاح بشرط

التيقية .

ولما كان حكم الأصل جواز اشتراط نقد البلد فى البيع ، كان حكم الفرع

كذلك فيجوز اشتراط تيقية الثمر المبيع بعد بدو صلاحه أيضا لذلك .

(٨) لم يضر شرط تبقيته ، كما لو اشترى غرفة فوق بيت .
 قالوا : بيع واجارة مجهولة ، فأشبه اذا شرط ترك القماش في السدار
 المبيعة . (٩)

قلنا : الشجرة لا يجوز اعارتها ، (١٠) ولا اجرة لها ، (١١) بخلاف السدار ، (١٢)

(٨) حيث لا يضر شرط تبقية الغرفة فوق البيت .
 بجامع جريان العادة بتبقيته ، في كل من الاصل وهو مالو اشترى غرفة
 فوق بيت بشرط تبقيتها ، والفرع وهو مالو اشترى ثمرا بعد بدو صلاحه
 بشرط تبقيته .

ولما كان حكم الاصل جواز البيع بذلك الشرط ، كان حكم الفرع كذلك
 فيجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه بشرط التبقية أيضا لذلك .

(٩) حيث لا يجوز له ابقاؤه ، بذلك الشرط ويفسد به البيع .
 بجامع ان كلا بيع واجارة مجهولة ، اما الاصل فهو مالو شرط ترك
 القماش في الدار المبيعة ، واما الفرع فهو مالو باع ثمرة بعد بدو صلاحها
 بشرط تبقيتها .
 ولما كان حكم الاصل فساد العقد به ، كان حكم الفرع كذلك فيفسد
 العقد به أيضا لذلك .

(١٠) في الاصل : لا يجوز اجارتها . / والأولى ما أثبتناه من نسخة
 ((ب)) تلافيا للتكرار مع ما بعد ها .

(١١) أي ومع ذلك يجوز بيعها بشرط التبقية . أنظر المنهاج ص ٥١ .
 (١٢) أي فانها تجوز اعارتها ولها اجرة اذا اوجرت . فاذا شرط ابقاء القماش
 فيها لزم منه وجود المفسد وهو وجود عقدين في عقد أو عقد واجارة مجهولة ،
 ولا يلزم من بيع الشجرة بشرط التبقية وجود المفسد ، فانه لا تصح اعارتها
 ولا اجرة لها اذا اوجرت ، فكان قياسكم الشجرة على الدار قياسا مع الفارق .

ولانه يبطل به اذا اشترى طعاما وشرط ابقاءه^(١٣) في منزله أو عبدا وشرط عليه
تشريكه^(١٤).

✽ مسألة (٣٠) : لا يجوز بيع الباقل^(١) والجوز في قشرته^(٢)، وفي الحنطة في
سنبليها قولان ١٣٦/٠ ي.

(١٣) في نسخة ((ب)) : فشرط بقاءه . / أي حيث فيه بيع واجارة مجهولة،
ثم صح العقد .

(١٤) أي ويبطل تعليلكم أيضا بما اذا اشترى عبدا وشرط البائع على المشتري
أن يشركه في استخدام العبد .

حيث يصح مع كونه بيعا واجارة مجهولة وان لم يلزم الوفاء بالشرط فيه .
وفي نسخة ((ب)) : وشرط غلته لشريكه . / وهو تصحيف .

أي ومقتضى تعليلكم ان لا يصح هذان العقدان ، والحال أنهما يصحان
وان لم يلزم الوفاء بالشرط في عقد الشريك المذكور .

(١) من البقل بفتح فسكون وهو كل نبات أخضرت به الأرض قاله ابن فارس،
والباقلا وزن فاعلا يشدد فيقصر ويخفف فيمد ، مفرد : باقلا بالقصر والمد
أيضا . أنظر المصباح ج ١ ص ٦٥ .

وفي القاموس ج ٣ ص ٣٣٩ : والبقل ما نبت في بزره لا في أرومة ثابتة . أهـ وعن
مفرد ها قال : والبقلة واحدة . أهـ .

وعن الباقل قال : والباقلا ويخفف والباقلاء مخففة ممدودة الفول ، الواحدة
بهاء . والواحد والجمع سواء . أهـ وهو ما ذكر في شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٥ .
أعنى تفسيره بالفول .

(٢) في نسخة ((ب)) : في قشره . / والمقصود به قشره الا على ، لانه يستتر حاله
واما قشره الاسفل فهو من أسباب حفظه فيباع به ، وقيل ان كان أخضر جاز
بيعه بقشره الا على أيضا لان في ازالته عنه تسريعا للفساد اليه ، قبل انعقاد
قشره الاسفل . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٥ والام ج ٣ ص ٥١ .

(٣) الجديد انه لا يجوز . أنظر المنهاج ص ٥١ . المختصر ص ١٠ . الأم ج ٣ ص ٥١ .
وص ٤٥ .

(٤)

وقال أبو حنيفة : يجوز .

لنا : ان المقصود مستور بما لا يدخر فيه في العادة ، فأشبه اللبن في

(٥)
الضرع ، أو المقصود مستور بما لا مصلحة له فيه ، فلم يكن حكمه حكم غير المستور(٦)
كالثوب في الجراب ، والشاة المذبوحة في جلد ها .(٧)
قالوا : قشر من أصل الخلقة فيه صلاح ، فأشبه الرمان والباقلاء في

(٨)

القشر الثاني .

(٤) الهداية ج ٥ ص ٩٣ . التبيين ج ٤ ص ١٢ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٨ . كشف القناع ج ٣ ص ١٦١ .

المغنى ج ٤ ص ٧١ .

وبه يقول المالكية : الجواهر ج ٢ ص ٦٠ . شرح المنح ج ٢ ص ٧٢٨ . الشرح

الصغير ج ٢ ص ٨٥ . واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٣٦٧ رقم

المسألة / ١٤٢٤ سواء كان له قشران أو قشر واحد .

(٥) حيث لا يجوز بيعه فيه حتى يحلب .

بجامع أن المقصود مستور بما لا يدخر فيه في العادة في كل من الأصل

وهو اللبن في الضرع والفرع وهو الباقل والجوز والقمح في أغلفته .

ولما كان حكم الأصل عدم جواز بيعه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا تباع

المذكورات بقشرها أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يجوز بيعهما حالئذ .

بجامع الاستتار بما لا مصلحة للمبيع فيه في كل من الأصل وهو الثوب في الجراب

والشاة المذبوحة في جلد ها ، والفرع وهو الجوز والباقلاء والقمح في أغلفتها .

(٧) في نسخة ((ب)) : قشرته .

(٨) حيث يجوز بيعه به فيهما .

بجامع كون القشر من أصل الخلقة فيه صلاح للثمرة في كل من الأصل وهو

الرمان والباقلاء في القشر الثاني ، والفرع وهو الجوز والباقلاء والقمح في

أغلفتها . ولما كان حكم الأصل جواز بيع الرمان والباقلاء وهي في قشرها

الثاني أي الداخل الذي يلزمها حتى وقت الاستهلاك ، كان حكم الفرع كذلك

فيجوز بيع الجوز والباقلاء والقمح في قشرها الثاني أيضا لذلك .

قلنا : ذاك ^(٩) يدخر فيه في العادة ، فتدعو الحاجة الى بيعه فيه ^(١٠) ،
وهذا لا يدخر فيه في العادة ^(١١) ، فهو كاللبن في الضرع ^(١٢) .

❖ مسألة (٣١) : يجوز بيع الرطب على النخل بالتمر فيما دون خمسة ^(١) أوسق

(٩) أى القشر الثانى ، وهو الملاصق للثمرة .

(١٠) لبقاء حفظه به .

(١١) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) . / وإثباته ضرورى لصحة المعنى .

(١٢) أى وهذا فارق يبطل به القياس الذى ذكروا .

(١٣) حيث لا يجوز بيعه فيه .

بجامع عدم الادخار فيه في العادة . فى كل من الاصل وهو اللبن فى الضرع

والفرع وهو القشر الأول للجوز والباقلا وسنابل القمح .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيعه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز

بيع المذكورات فى قشرها أيضا لذلك .

(١) الوسق - بفتح فسكون - ستون صاعا . قال الخليل : الوسق حمل البعير

والوقر - بكسر فسكون - حمل البغل والحصار . أه المختار ص ٧٢٠ .

قلت : والصاع أربعة امداد . أنظر المختار ص ٣٧٣ .

وفى ص ٦١٨ منه : والمد - بضم الأول فدا ل مهمل مشددة - مكيال ، وهو

رطل - بكسر الاول ويفتحها - وثلاث عند أهل الحجاز ورطلان عند أهل

العراق . أه .

وفى تصحيح التبيين ص ٤ : والمد رطل وثلث رطل بالبغدادى وهو

بالدمشقى ثلاث أواق وثلاثة أسباع أوقية ، والصاع رطل وأوقية وخمسة

أسباع أوقية . أه .

والرطل البغدادى يساوى (٤٠٨) أربعمئة وثمانية غرامات . أنظر

تعليق الدكتور محمد الخاروف على الايضاح والتبيين ص ٥٦ .

ولما كان الوسق = (٦٠) ستين صاعا .

والصاع = (٤) أربعة امداد .

والمد = ($1\frac{1}{3}$) رطلا وثلث الرطل .

والرطل البغدادى = (٤٠٨) أربعمئة وثمانية غرامات . =

(٢) خرصا . ١٣٦ /

(٣) وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

= كان المد = (٥٤٤) غراما ، حاصل جمع الرطل (٤٠٨) وثلاث الرطل
(١٣٦) غراما .

والصاع = (٤ × ٥٤٤) = ٢١٧٦ الفين ومائة وستة وسبعين غراما .
والوسق = (٦٠ × ٢١٧٦) = ١٣٠٥٦٠ مائة ألف وثلاثين ألفا وخمسمائة
وستين غراما .

ولمعرفة قدر الوسق بالكيلو جرام ، نقسم (١٣٠٥٦٠) على (١٠٠٠) ألف ،
وهو وحدة الكيلو بالفرام ، فيكون الناتج = ١٣٥٦ ثلاثة عشر كيلو جراما
وسنة وخمسين بالمائة من الفرام .

فيكون مجموع الخمسة أوسق = ١٣٥٦ × ٥ = ٦٧٨٠ سبعا وستين كيلو
جراما . وثلاثة أرباع الكيلو تقريبا . والله تعالى أعلم .

(٢) أى تقديرا ، نقول : خرصت النخل خرصا من باب قتل : حرزت ثمره ، والاسم

الخرص بالكسر . أه المصباح ج١ ص ١٧٩ . وتسمى هذه بمسألة بيع

العرايا وهى جمع عرية سميت بذلك لأنها عريت من حكم باقى البستان .

قال الأزهرى : هى فعيلة بمعنى فاعلة وقال الهروى : هى فعيلة بمعنى

مفعولة من عراه يعروه . أه تصحيح التتبيه ص ٦٥ .

وفى / المستعذب ج١ ص ٢٧٤ : جمع عرية وهى النخلة يعيرها صاحبها رجلا

محتاجا فيجعل له ثمرتها عامها فيعروها أى يأتيها ، . . . وقال

الأزهرى : سميت عرايا لأنها عريت من جملة الحائط - أى البستان - ومدقتها

وما يخرص على صاحبها من عشرها فعريت من جملة ذلك أى خرجت . أه .

وأنظر المسألة فى : المختصر ص ٨١ . الام ج٣ ص ٥٦ . المنهاج ص ٥٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ١٩٧ . كشف القناع ج٣ ص ٢٤٦ .

المغنى ج٤ ص ٤٥ قال : وتجوز فيها دون خمسة أوسق بغير خلاف بسين

القاطين بجوازها . أه .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج٢ ص ٨٦ . الجواهر ج٢ ص ٢١ . المنتقى

ج٤ ص ٢٤ . واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج٩ ص ٤٨٨ .

(٣) المبسوط ج٢ ص ١٩٢ . الهداية ج٦ ص ٥٣ . التبيين ج٤ ص ٤٧ .

لنا : ما روى سهل بن أبي حشمة^(٤) قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر الا أنه ارخص في القرية^(٥) أن تباع بخرصها تمرًا يأكلها^(٦) أهلها رطبًا^(٧) وفي حديث أبي هريرة^(٨) أن النبي صلى الله عليه وسلم

(٤) هو عامر بن ساعدة الانصاري الحرشي ، صحابي صغير ، له خمسة وعشرون حديثًا ، اتفق البخاري ومسلم على ثلاثة منها ، روى عنه صالح بن خوات وعروة بن الزبير وانه زهري قيل مرسلًا ، وقال أبو حاتم : بايع تحت الشجرة وقال الحافظ ابن الذهبي : اظنه توفي زمن معاوية . روى له أصحاب الكتب الستة . أنظر الخلاصة ص ١٥٧ .

(٥) في نسخة ((ب)) : في العرايا .

(٦) في هذا الموضع من الاصل عبث لا تتضح معه الكلمة . والذي أثبتنا من نسخة ((ب)) .

(٧) الحديث رواه البخاري ج ٢ ص ٢٢ باب بيع الثمرة على رؤوس النخل بالسذهب والفضة .

ورواه عنه مسلم بنحوه ج ٣ ص ١١٧ باب تحريم بيع الرطب بالتمر لا في العرايا رقم / ٦٧٠٠ .

وينحوه عنه رواه الترمذي ج ٣ ص ٥٩٦ باب ما جاء في العرايا والرخصة في ذلك . رقم / ١٣٠٣ .

ثم قال : هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه . أهـ .

ويلفظ المؤلف رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥١ باب في بيع العرايا رقم / ٣٣٦٣ . ورواه النسائي ج ٧ ص ٢٦٨ تحت عنوان بيع العرايا بالرطب .

(٨) اختلف في اسمه اختلافا كثيرا ، أشهرها أنه عبد الرحمن بن صخر ، قيل ساء بذلك النبي صلى الله عليه وسلم ، لكن ابن حجر أنكر ذلك كما أنكره من قبله الامام أحمد ، وقد كان اسمه في الجاهلية عبد شمس في أحد الأقوال ، وقد غلبت عليه كنيته حتى أهمل لا يعرف الا بها . =

صلى الله عليه وسلم أرخص فى بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق .^(٩)
 فان قيل : العرية الهبة ، ومنه سميت العارية . وقال الشاعر :^(١٠)

= قيل فى سبب كنيته انه وجد هرة فوضعها فى كفه ، فقيل له أبو هريسة .
 وقيل كان يرعى الغنم ويصطحب معه هرة صغيرة .

وهو أشهر من سكن الصفة واستوطنها طيلة حياة النبی صلى الله عليه وسلم
 وكان أحد أعلام الفقراء ، والمساكين ، وأعلم الناس بمراتبهم ومنازلهم ،
 وقد اجمع أهل الحديث على أنه أكثر الصحابة حديثاً . له خمسة آلاف -
 وثلاثمائة وأربعة وسبعون حديثاً .

روى عنه أكثر من ثمانمائة نفس ثقات .

قال ابن سعد : كان يسيح كل يوم اثنتى عشرة ألف تسبيحة .

توفى سنة تسع وخمسين عن ثمان وسبعين سنة . وقال البخارى سنة
 سبع وخمسين .

وقد بكى حين حضرته الوفاة فقيل له ما يبكيك ؟ قال : من قلة الزاد
 وشدة المغازة .

أنظر الخلاصة ص ٤٦٢ . الاصابة ج ٤ ص ٢٠٢ وما بعدها . الحلية ج ١ ص ٣٧٦ .

(٩) رواه البخارى ج ٢ ص ٢٢ باب بيع التمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة .

ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٧١ باب تحريم بيع الرطب بالتمر الا فى العرايا رقم / ٧١
 ونص على أن الشك من داود بن الحصين .

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٩٥ باب ما جاء فى العرايا والرخصة فى ذلك رقم /
 ١٣٠١ وقال : حديث حسن صحيح . أهـ .

ورواه النسائى ج ٧ ص ٢٦٨ تحت عنوان بيع العرايا بالرطب .

ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٢ باب فى مقدار العرية . رقم / ٣٣٦٤ .

والشك المذكور فى الحديث انما هو من داود بن الحصين . رواى الحديث .

(١٠) سقط قوله : وقال الشاعر . من نسخة ((ب)) .

ليست بسنهاء ولا رغبة ولكن . . . عرايا في السنين الجوائح .^(١١)
فكأنه رخص لمن وهب ثمرة^(١٢) نخلة لرجل ولم يقبض^(١٣) ، ان يعطيه عوض ذلك
تمرا وسماه بيعا^(١٤) لان ما دفع اليه^(١٥) من الثمن^(١٦) كالعوض عما وهب منه^(١٧) ، فتحصل
'العريّة على الحقيقة'^(١٨) ، والبيع على المجاز ، وأنتم تحملون العريّة على المجاز^(١٩)
والبيع على الحقيقة .^(٢٠)

قيل : العريّة تقع على العطية وتقع على ما يعرى من الثمار ، فعلى هذا -
تحمل العريّة على الحقيقة وهو ما افرد به بالبيع ، والبيع على الحقيقة ، وهم
يحملون البيع على المجاز^(٢٢) ولو سلمنا أن العريّة هي العطية لا غير ، لوجب

(١١) قائل هذا البيت هو سويد بن الصامت الانصارى . أنظر اللسان ج ٩ ص ٩٤ .
وقد قال ذلك في معرض مدحه للانصار بانهم يعرفون الرطب في المجاعة
والجذب . كما قال الطحاوى في شرح معاني الآثار ج ٤ ص ٣١ .

(١٢) سقط لفظ (ثمرة) من نسخة ((ب)) .

(١٣) أى الموهوب له .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : سماه تبعا . / وهو تصحيف .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : لان ما وقع عليه .

(١٦) وهو التمر هنا .

(١٧) وهو الرطب .

(١٨) وهو الهبة .

(١٩) وهو البيع .

(٢٠) وهو العريّة .

(٢١) فى الاصل : يفرد . / وما أثبتنا من نسخة ((ب)) أولى . والعريّة هي ما يفرد

فى البيع من الثمار .

(٢٢) أى والاصل حمل اللفظ على الحقيقة مالم يدرفنا عن ذلك صارف .

أى فكان قولنا أولى بالصحة لاننا استعملنا العريّة والعطية على معناهما
الحقيقى ، وانتم استعملتم العطية على الحقيقة والعريّة على المجاز .

حمله على ما قلناه^(٢٣)، من وجوه ، أحدها : ان المنهى فى أول الخبر هو البيع^(٢٤)،
 فيجب أن يكون المستثنى منه أيضا بيعا^(٢٥)، والثانى : انه قال إلا أنه ارخص.
 والرخصة لا تكون الا عن حظر ، والحظر فى البيع لا فى الرجوع فى الهبة^(٢٦). والثالث :
 انه قدره بخمسة أوسق^(٢٧)، وما قالوه^(٢٨) لا يختص بذلك . والرابع : انه روى ان رجلا^(٢٩)
 سأل زيد بن ثابت^(٣٠)، فقال : ما عراياكم هذه ، فسمى رجلا محتاجين نكـر
 ان الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم ، وعندهم فضول من التمر^(٣١)، فرخص لهم أن
 يتاعوا به رطباً ، ليأكلوه^(٣٢)، وهذا^(٣٣) يسقط ما قالوه ، ولان الخرص معنى

-
- (٢٣) هـ حمل العرية على البيع وان كان مجازا .
 (٢٤) لقوله فيه : نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر .
 (٢٥) أى فيكون بيعا أيضا وان سمي عرية .
 (٢٦) أى الحظر فى الحديث منصب على بيع الرطب بالتمر لا على الرجوع
 فى العرية يهبها للشخص ثم يرجع عنها .
 (٢٧) فى الاصل : انه قدر بخمس أوسق . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .
 (٢٨) أى من حملهم العرية هنا على الهبة .
 (٢٩) هو محمود بن لبيد . كما فى المختصر ص ٨١ .
 (٣٠) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١٨) .
 (٣١) فى نسخة ((ب)) : من الثمر . / بثلاثة من فوق . وهو تصحيف .
 (٣٢) فى الاصل : ليأكلونه . / والصواب حذف النون .
 وفى نسخة ((ب)) : يأكلوه . / بحذف لام العاقبة .
 والاثر رواه الشافعى تعليقا بلاسند فى المختصر ص ٨١ . والام ج ٣ ص ٥٦ .
 قال فى التلخيص ج ٣ ص ٢٩ رقم / ١٢١٧ : وقد انكره محمد بن داود على
 الشافعى ورد عليه ابن سريج انكاره ، ولم يذكر له اسنادا . وقال ابـن
 حزم : لم يذكر الشافعى له اسنادا فبطل أن يكون فيه حجة . أهـ .
 (٣٣) أى معرفة سبب ورود الحديث ، لما فيه من تعيين حمل العرية على البيع حقيقة .

يعرف به المقدار في الشرع،^(٣٤) فجاز ان يستوفى به المماثلة في الربا ، كالكيل^(٣٥) .
 قالوا : مال يجري فيه الربا ، فلا يجوز بيع بعضه ببعض خرصا ، كسائر
 الثمار والحنطة في السنبيل والرطب بالتمر فيما زاد على خمسة أوسق^(٣٧) .
 قلنا : في سائر الثمار قولان^(٣٨) ، وان سلم فالمعنى فيها انه لا يمكن خرصها^(٣٩)
 لاستتارها بالاوراق وتفرقها ، وهذا^(٤٠) يمكن خرصه ، والحنطة في السنبيل لا تدعو
 الحاجة اليه ، لأنه ليس من الشهوات المقصودة ، والرطب بخلافه^(٤٢) ، وخمسة

-
- (٣٤) ولذلك اعتبر به في خرص الثمار للزكاة .
 (٣٥) حيث يصح الاستيفاء به في الاموال الربوية .
 بجامع ان كلا معنى يعرف به المقدار في الشرع . في كل من الاصل وهو
 الكيل والفرع وهو الخرص .
 ولما كان حكم الاصل جواز الاستيفاء به في الاموال الربوية ، كان حكم الفرع
 كذلك فيجوز الاستيفاء بالخرص في الرطب على رؤوس النخل أيضا لذلك .
 (٣٦) في نسخة ((ب)) : يجوز .
 (٣٧) حيث لا يجوز بيع بعض من المذكورات بجنسه خرصا .
 بجامع ان كلا مال يدخله الربا . اما الاصل فسائر الثمار والحنطة في
 السنبيل والرطب بالتمر فيما زاد على خمسة أوسق ، واما الفرع فهو
 بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر خرصا فيما دون خمسة أوسق ، ويسمى
 العرية .
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع بعض هذه الاجناس بجنسه خرصا ،
 كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع الرطب على رؤوس النخل خرصا أيضا لذلك .
 (٣٨) أظهرهما انه لا يجوز . أنظر المنهاج ص ٥٢ .
 (٣٩) أي بالمنع من جواز المرايا في سائر الثمار .
 (٤٠) أي الرطب على رؤوس النخل .
 (٤١) أي فلا يصح القياس عليه للفارق المذكور .
 (٤٢) أي وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع في قياسهم .

أوسق ورد فيها الرخصة فلا يجوز التسوية بينها^(٤٣) وبين ما زاد^(٤٤) ، كما قلنا ففى
الثلاث فى المسح على الخف ، والخيار فى البيع^(٤٥) .
قالوا : اذا لم يجز البيع بالخرص وهو على^(٤٦) الارض ، فعلى النخل أولى ،
لانه أقرب الى الخطر^(٤٧) .

قلنا : الا انه تدعو الحاجة اليه^(٤٨) ، وفى الارض لا تدعو الحاجة ، لانه
لا يمكنه أن يأكل الرطب مع الناس^(٤٩) ، وقد يجوز^(٥٠) مع كثرة الفرر للحاجة ، ما لا يجوز
مع قلة الفرر لعدم الحاجة كما قالوا فى السلم المؤجل ، يجوز مع كثرة الفرر

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : بينهما . / وهو تحريف .

(٤٤) لان الرخصة تقدر بقدرها ، فلا يتجاوز بها عن محلها .

(٤٥) حيث لا يتجاوز بها الى ماعداها .

بجامع ان كلا رخصة شرعية محددة ، اما الاصل فهو المسح على الخف
وغيار الثلاث فى البيع ، وأما الفرع فهو العرايا فى خمسة أوسق .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز الزيادة عليها ، كان حكم الفرع كذلك
فلا يتجاوز ماورد فى العرايا فى جواز بخمسة أوسق ، أيضا لذلك .

(٤٦) أى الرطب .

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : الى الفرر . / وهو بمعنى الحظر . أنظر المختار

ص ، ٤٧١ .

(٤٨) أى الى الرطب ، لان فى ابقائه على رؤوس النخل تمكينا للمشتري من

اكله رطباً وفى أوقات متفرقة .

(٤٩) أى عند ما يكون على الشجر .

(٥٠) أى البيع خرصاً .

ولا يجوز الحال^(٥١) مع قلة الفرر ولا ن في الأرض^(٥٢) لم يجعل الخرص^(٥٣) طريقا
لمعرفة المقدار^(٥٤) وفي الشجر جعل الخرص طريقا لمعرفة المقدار، ويمر
به^(٥٥) التساوى في حال الأرض خار^(٥٦).

(٥١) سقطت كلمة (الحال) من نسخة ((ب)) : . / أى السلم الحال . أنظر

مجمع الانهر ج ٢ ص ١٠٠

(٥٢) أى حال وجود التمر أو الرطب في الأرض لا على رؤوس النخل .

(٥٣) في نسخة ((ب)) : الحرر . / وهو بمعناه . أنظر المصباح ج ١ ص ١٤٤ .

(٥٤) لعدم الحاجة اليه ، لانه يمكنه أن يبيع احدهما ويشتري بقيسته الاخر .

(٥٥) سقط الجار والمجرور (به) من نسخة ((ب)) .

(٥٦) أى فكان قياس بيع النخل بالخرص وهو على الأرض بالخرص وهو على
على بيعه

النخل في عدم الجواز قياسا مع الفارق .

* مسائل القبض *

* مسألة (٣٢) : لا يجوز بيع العقار ^(١)

* القبض بفتح فسكون خلاف البسط وهو التوسعة، تقول : قبض الرزق قبضاً من باب ضرب خلاف بسطه، ومنه قوله تعالى (والله يقبض ويبسط) سورة البقرة آية / ٢٤٥، أى يعطى ويمنع ويوسع ويضيق على الناس. والقبض الأخذ، تقول : قبضت الشيء قبضاً : أخذته، وهو فى قبضته أى فو ملكه، وقبض عليه بيده : ضم عليه اصابعه. أنظر المصباح ج ٢ ص ١٤٤، وفى المختار ع ١٩٥ : وقبضه - بفتح القاف وتشديد الباء - المال أيضاً اعطاه إياه. أهـ . وأنظر القاموس ج ٢ ع ٣٤١ . واللسان ج ٧ ع ٢١٣ . ويعتبر القبض فى كل شئ بحسبه فى العقار يعتبر القبض فيه بالتخلية بين المشتري والعقار. وإذا كان العقار غائباً فيشترط لقبضه مضي زمن يمكن وصول المشتري إليه فيه عادة فى الاصح . ويشترط لصحة القبض فى العقار خلوه من أمتعة البائع.

وفى المنقول يعتبر القبض فيه بالنقل . وفى الموزون بالوزن وفى المكيل بالكيل وفى المعدود بالعد وما يتناول باليد لخفته كالدراهم والدنانير والكتاب فبالتناول .

ولو أن البيع جرى فى موضع لا يختص بالبائع كالطريق العام أو فى محل طرف ثالث غير المتبايعين، كفى فى صحة القبض فيه أن ينقله من مجلس العقد .

وان كان فى موضع يختص بالبائع كمحله أو بيته، اشترط لصحة القبض - مع النقل اذن البائع. أنظر شرح المحلى ج ٢ ع ٢١٥ وما بعده . والمجموع ج ٩ ع ٢٦٥ والتى تليها فقد نص على أن المنقول يقبض بالنقل فى المشهور من المذهب، وفى قول حكاه حرملية : تكفى التخلية لنقل الضمان الى المشتري ولا تكفى لجواز تصرفه .

(١) العقار بزنة سلام : كل ملك ثابت له أصل، كالدار والنخل، قال بعضهم : وربما أطلق على المتاع، والجمع عقارات. أهـ المصباح ج ٢ ص ٧٢ .

قبل القبض . (٢) / ١٣٦ ش .

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٣)

لنا : هو انه مبيع لم يقبض ، فلم يجز بيعه ، كالمنقول^(٤) ، ولأنه قبض

صحيح يدخل به المبيع في ضمان المشتري ، فوقف جواز التصرف عليه^(٥) ، كالقبض

= وفي المختار ص ٤٤٥ . المقار مخففا الارض والضياع والنخل ، ويقال في البيت عقار حسن أى متاع وأداة . أه
وفي اللسان ص ٥٩٧ : والمقار المنزل والضيعة يقال ماله دار ولا عقار
وخص بعضهم بالمقار النخل . أه .

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٤٦ . الام ج ٣ ص ٦٩ المختصر ص ٨٢ . المنهاج ص ٤٩ .
وهو قول الحنابلة : المغنى ج ٤ ص ٨٦ . المحرر ج ١ ص ٣٢٣ .

(٣) خلافا لمحمد بن الحسن وزفر وأبى يوسف الا أنه رجع عنه الى قول أبى حنيفة .

أنظر الهداية ج ٦ ص ١٣٧ وفتح القدير عليه . التبيين ج ٤ ص ٧٩ . مجمع
الانهر ج ٢ ص ٧٩ .

وبه يقول المالكة : قال فى القوانين ص ٢٨٤ : واما غير الطعام من جميع
الاشياء فيجوز عند مالك بيعها قبل قبضها . أه . وأنظر^{شرح} المنح ج ٢ ص ٥٨٢
والجواهر ج ٢ ص ٢٨ . مع الاشارة الى أن فى هذه المسألة اتجاهها فى
المذهب .

وهقول أبى حنيفة يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ٩ ص ٥٩٢ .

(٤) حيث لا يجوز بيعه قبل قبضه .

بجامع أنه مبيع لم يقبض فى كل من الاصل وهو المبيع المنقول والفرع وهو
العقار .

ولما كان حكم الاصل عدم الجواز ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع العقار
قبل قبضه أيضا لذلك .

(٥) أى على القبض .

في المنقول ، ولا يلزم اذا اشترى طعاما مكايلة فقبضه من غير كيل في أحد الوجهين ، لان ذلك ليس بقبض صحيح (٧) (٨)
قالوا : لا يخشى انفساخ البيع بهلاكه ، فأنشبه المبيع بعد القبض ، والتمن قبل القبض . (١٠)

قلنا : يبطل بالمسلم فيه ، وبمن اشترى طعاما مكايلة فقبضه من غير

(٦) حيث يقف عليه جواز التصرف في المبيع المنقول .
بجامع أنه تصرف يدخل به المبيع في ضمان المشتري ، في كل من الاصل وهو قبض المبيع المنقول ، والفرع وهو قبض العقار .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز التصرف فيه قبل القبض ، كان حكم الفرع كذلك فلا يباع العقار قبل قبضه أيضا لذلك .
(٧) حيث لا يجوز له التصرف فيه مع وجود القبض لعدم جريان الكيل فيه ، في الصحيح خلافا لابي اسحاق المروزي . أنظر المجموع ج ٩ ص ٢٦٧ .
(٨) لان الكيل في الطعام قبض له ، وان قد قبضه من غير كيل ، فالقبض فيه غير صحيح .

(٩) لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والفرع المنهي عنه غرر انفساخ العقد وهو هنا غير حاصل ، فجاز بيعه قبل قبضه . أنظر الهداية ج ٦ ص ١٣٨ .

(١٠) حيث يجوز للمشتري التصرف في المبيع بعد قبضه وبالتمن قبل قبضه .
بجامع عدم الخوف من انفساخ العقد بهلاكه في كل من الاصل وهو المبيع بعد القبض والتمن قبل القبض . والفرع وهو بيع العقار قبل قبضه .
ولما كان حكم الاصل جواز التصرف فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع العقار قبل قبضه أيضا لذلك .

(١١) حيث لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه ثم يشترط القبض لجواز التصرف فيه .
(١٢) سقط لفظ (مكايلة) من نسخة ((ب)) .

(١٣) كَيْلٌ ، والمعنى فى الأصل (١٤) انه وجد القبض المستحق بالعقد فيه . (١٥) أو قبض (١٦)
صحيح دخل به المبيع فى ضمانه . (١٧)

والدليل عليه : (١٨) ان النبى صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع مالم يقبض وبيع
مالم يضمن) . (١٩) ويدل عليه (٢٠) انه لو اشترى عبدا مرتدا (٢١) وقبضه

(١٣) أى فانه لا يخشى انفساخ العقد فيهما بهلاك المبيع ، اما فى السلم
فلان المسلم فيه متعلق بالذمة فهو غير معين ، واما فى الطعام المبيع
اذا قبض من غير كيل فلعدم القبض الصحيح فيه فاذا هلك المبيع هنا هلك
على البائع لانه لا زال فى ملكه ، لعدم انتقاله الى المشتري بالقبض الصحيح .
(١٤) وهو ما اذا باع المشتري المبيع بعد قبضه ، أو تصرف بالثمن قبل اقباضه .

(١٥) أى فى العقد الذى حصل فيه القبض .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : أو لأنه قبض .

(١٧) أى فى ضمان المشتري .

(١٨) أى على أن المبيع بعد القبض قد دخل فى ضمان المشتري .

(١٩) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٧ كتاب التجارات باب النهى عن بيع مالم يمس

عندك وعن ربح مالم يضمن ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا :

لا يحل بيع مالم يمس عندك ولا ربح مالم يضمن . أهـ . رقم / ٢١٨٨ .

ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٨٣ باب فى الرجل يبيع مالم يمس عندك . ولفظه :

لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع مالم يمس عندك . أهـ

رقم / ٣٥٠٤ .

ورواه أيضا الترمذى ج ٣ ص ٥٣٥ باب ما جاء فى كراهية بيع مالم يمس عندك ، رقم

/ ١٢٣٤ ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .

ورواه النسائى ج ٧ ص ٢٨٨ تحت عنوان : بيع مالم يمس عندك .

(٢٠) أى من الناحية العقلية .

(٢١) وانما افترض كونه مرتدا ليكون المثال فى مبيع يخشى عليه الهلاك باقامة

حد الردة عليه .

جاز له بيعه حين وجب القبض ، ودخل في ضمانه ، وان كان يخشى انفساخ العقد بهلاكه ، وكذلك لو اشترى عبدا بثوب وقبض العبد ، ولم يسلم الثوب جاز له بيع العبد حين قبضه ،^(٢٢) ودخل في ضمانه وان كان يخشى انفساخ العقد بهلاك الثوب ، والثلث لا نسلم^(٢٣) في أحد القولين .

قالوا : استحقاق عقار بعوض ، فجاز بيعه قبل القبض ، كالشفعة .^(٢٤)

قلنا : الشفعة تستحق بعد الاقالة ومع انكار المشتري ، ولا يجوز البيع ،^(٢٦) ولأن ذلك^(٢٧) استحقاق ثبت من جهة الحكم^(٢٨) لا يعتبر فيه الرضا ، وهذا^(٢٩) تملك يعتبر^(٣٠)

(٢٢) لانه صار في ملكه وان كان الثلث وهو الثوب لم يسلمه للبائع بعد .
(٢٣) أى لا نسلم ان هلاك الثلث المعين يفسخ العقد في أحد القولين .
ففي المنهاج ص ٩٩ : والثلث المعين كالبيع . أه وقد قال قبلها :
واتلاف المشتري - أى للمبيع - قبض ان علم - أى بأنه المبيع - والا فقولان . أه
فدل على أن في تلف الثلث قولين أيضا . وأنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٦٩
(٢٤) سقط لفظ (بيعه) من الاصل .

(٢٥) حيث للشفيع بيع الشقص المبيع قبل قبضه من المشتري .
بجامع ان كلا استحقاق عقار بعوض . اما الاصل فهو الشفعة في العقار
واما الفرع فهو العقار المبيع قبل قبضه .
ولما كان حكم الاصل جواز بيع الشفيع الشقص قبل قبضه كان حكم الفرع
كذلك فلمشتري العقار بيعه قبل قبضه أيضا لذلك .
(٢٦) ولا يجوز للمشتري بيع المبيع بعد الاقالة ولا مع انكاره الشراء . أى فكان هذا
فارقا بين الاصل والفرع ، فيبطل به قياسكم المذكور .

(٢٧) أى حق الشفعة .

(٢٨) أى قرره الشارع للشفيع قهرا على الشريك .

(٢٩) أى فلا يعتبر فيه التراضى .

(٣٠) أى البيع .

فيه التراضى ، فلم يجهز قبل القبض ، (٣١) ولهذا يملك الاب بالاستيلاء جارئة
ابنه ، (٣٣) وشريك المشتري يملك نصيب المشتري بالتقويم اذا اعتق نصيبه قبل
القبض ، (٣٤) ولا يملكان بالشراء ، (٣٥) ولانه لو كان كالشفعة لا ختص به الشريك والمجاور
(٣٦)

(٣١) أى فهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم العقار المبيع قبل قبضه
على حق الشفعة فيه حيث اعتبر الرضا فى العقار المبيع ، ولا كذلك فى
الشفعة .

(٣٢) وهو ان ما ثبت بالحكم قهرا لا يعتبر فيه التراضى .
(٣٣) حيث اذا وطئ الاب جارية ابنه فعلمت منه ، فانها تصير ملكا للاب قهرا
على الابن وتصير مستولدة للاب اذا لم يكن الابن قد استولدها . ولا حد
على الاب لشبهة الملك لان الشرع قرر له حق امتلاك مال الابن ، لحديث :
انت ومالك لأبيك .

رواه ابن ماجه ج ٢ عن ٧٦٩ كتاب التجارات باب مال الرجل من مال ولده ،
رقم / ٢٢٩١

عن جابر ولفظه ان رجلا قال يا رسول الله ان لى مالا وولدا وان أبى يريد
أن يحتاج مالى . فقال : انت ومالك لأبيك .

فمؤلف الزوائد - على ابن ماجه للبوصيرى - اسناد صحيح ورجاله ثقات على
شرط البخارى . أهـ

قلت : واختلف فى رفعه وارساله وله طرق اختلف فى صحتها ، أنظر
المقاصد الحسنة ص ١٠٠ رقم / ١٩٦ . وأنظر المنهاج ص ١٠١ .

(٣٤) لان الشريك فى ملك العبد اذا اعتق نصيبه قوم عليه نصيب شريكه واعتق
قهرا عن الشريك ، ولا يعتبر فيه التراضى .

(٣٥) فى نسخة ((ب)) : بالشرى . / أى ولا يدخل العبد فى ملكهما بالشراء
هنا ، لان الشرع حكم بعتقه قهرا .

(٣٦) أى عندكم ، لان الحنفية يثبتون الشفعة للمجاور دون الشافعية . أنظر
مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٧٣ .

أى صحة بيع العقار قبل قبضه لو كان قياسه على الشفعة صحيحا لوجب قصر =

قالوا : عقد على العقار فجاز بيعه (٣٧) قبل القبض ، كالرهن والوصية . (٣٨)
 قلنا : الرهن (٣٩) لا يقتضى الضمان ، والبيع يقتضى الضمان (٤٠) ، فلا يجوز
 فيما لم يدخل فى ضمانه . (٤٣) والوصية تصح مع الاخطار ، (٤٤) وفيما لم يدخل فى
 ملكه ، ولا يصح البيع ، (٤٥)

= صحة بيع العقار قبل قبضه على مالو كان المشتري للعقار جارا أو شريكا
 كما فى الشفعة ، وانتم لا تقولون ذلك فبطل قياسه عليه للفارق بين الأصل
 والفرع فيه .

- (٣٧) سقط لفظ (بيعه) من الاصل .
 (٣٨) حيث يجوز للمرتهن بيع ^{العقار} المرهون وللموصى له بيع الموصى به ، ويقف
 فى الرهن على اجازة الراهن ، وفى الوصية على موت الموصى .
 بجامع ان كلا عقد على العقار . اما الاصل فالرهن والوصية واما الفرع
 فهو بيع العقار . ولما كان حكم الاصل جواز بيع المرهون والموصى به
 قبل قبضه كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع العقار قبل قبضه أيضا .
 (٣٩) سقطت كلمة (الرهن) من نسخة ((ب)) .
 (٤٠) أى أن الرهن لا يشترط لصحة بيعه أن يكون داخلا فى ضمان المرتهن ،
 ولذلك جاز بيعه قبل قبضه .
 (٤١) أى فلا يجوز بيع المبيع قبل قبضه . أى فهذا فارق بين الاصل والفرع
 يبطل به قياسهم على الرهن .
 (٤٢) فى نسخة ((ب)) : فيما لا يدخل فى ضمانه .
 (٤٣) أى فيما لم يقبض .
 (٤٤) أى مع الفرر .
 (٤٥) أى وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم بيع العقار قبل قبضه
 على الوصية . والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (٣٣) : لا يجوز التصرف في الصداق قبل القبض . (١)
وقال أبو حنيفة : يجوز . (٢)

(١) الوجيز ج ١ ص ١٤٥ ، وهذا القول هو الذي قطع به المصنف على المذهب ج ١ ص ٢٦٢ وأكثر العراقيين ، وأما الخراسانيون فحكموا فيه قولين بناء على القولين المشهورين في أن الصداق مضمون على الزوج ضمان العقد كالمبيع أم ضمان اليد كالعارية . قال النووي : والأصح ضمان العقد ، فإن قلنا ضمان اليد جاز - أي بيع الصداق قبل قبضه - كالعارية ، وإن قلنا ضمان العقد فهو كالمبيع فلا يجوز بيعه قبل قبضه لا جنبي . وفي بيعه للزوج خلاف ، والمذهب أنه لا يجوز . أهـ المجموع ج ٩ ص ٢٥٥ . وأنظر فتح العزيز ج ٨ ص ٤٢٥ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٣٢ قال في المغنى ج ٤ ص ٨٧ : ووافقه - أي الشافعي - أبو الخطاب في غير المتعين - أي من المهر - . أهـ . وأشار إلى القول الثاني عند الحنابلة وهو أنه يجوز له ذلك كقول أبي حنيفة في نفس الصفحة فقال : والمهر كذلك - أي كعموض الخلع والعتيق على مال ويدل الصلح عن دم العمد - عند القاضي وهو قول أبي حنيفة لأن العقد لا يفسح بهلاكه . أهـ . وأنظر المحرر ج ١ ص ٣٢٢ .

(٢) فتح القدير ج ٦ ص ١٣٧ . التبيين ج ٤ ص ٨٠ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧٩ . وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٨٤ : وأما غير الطعام من جميع الأشياء فيجوز عند مالك بيعها قبل قبضها . أهـ . وأنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٧٣ . الجواهر ج ٢ ص ٥٣ . شرح المنح ج ٢ ص ٦٩٩ . ويقول الحنفية يقول ابن حزم أيضا . المحلى ج ٩ ص ٥٩٢ والتي تليها .

لنا : هو أنه معاوضة ، فلم يحز (٣) بيع المملوك بها قبل القبض كالبيع (٤)
 قالوا (٥) : مال حصل بسبب لا يخشى انفساخه (٦) بهلاكه (٧) فجاز التصرف
 فيه قبل القبض ، كالميراث (٨).
 قلنا : لانسلم ، فان الصداق يملك (٩) بعقد الصداق (١٠) وينفسخ

- (٣) في نسخة ((ب)) : فلا يجوز .
 (٤) سقط لفظ (البيع) من نسخة ((ب)) .
 حيث لا يجوز بيع المبيع فيه قبل القبض .
 والجامع في القياس المذكور هو المعاوضة في كل من الاصل وهو البيع
 والفرع وهو التصرف في الصداق قبل القبض .
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع المبيع قبل القبض ، كان حكم الفرع
 كذلك فلا يجوز التصرف في الصداق قبل القبض أيضا لذلك .
 (٥) من رقم (٥) الى رقم (٩) ساقط من نسخة ((ب)) .
 (٦) أى عقد النكاح .
 (٧) أى الصداق .
 (٨) حيث يجوز له التصرف فيه قبل القبض ، لانه يدخل في ملكه قهرا فلا
 يخشى فواته فكان في حكم المقبوض .
 بجامع أن كلا مال حصل بسبب لا يخشى انفساخه بفواته ، اما الاصل
 فهو الميراث ، واما الفرع فهو الصداق . ولما كان حكم الأصل
 جواز التصرف في الميراث قبل قبضه كان حكم الفرع كذلك فيجوز التصرف
 في الصداق قبل قبضه أيضا لذلك .
 (٩) الى هنا ينتهى السقط المذكور عن نسخه ((ب)) .
 (١٠) أى وليس بعقد النكاح . ولذلك يصح عقد النكاح وان لم يسمى
 صداقا ، ويجب مهر المثل .

ذلك بهلاكه، (١١) وان لم ينفسخ النكاح ، والميراث كالمقبوض ، ولهـذا
 يهلك على ملكه، (١٤) وهـا هنا (١٥) لا يهلك على ملكها. (١٦)
 قالوا : أحد بدلى النكاح ، فأشبهه البضع. (١٧)

(١١) أى الصداق .

(١٢) سقطت جملة (وان لم ينفسخ النكاح) من النسخة ((ب)).

(١٣) لدخوله فى ملك الوارث قهرا عنه . أى فجاز بيعه قبل قبضه لذلك .

(١٤) أى ملك الوارث .

(١٥) أى الصداق .

(١٦) أى بل هو مضمون على الزوج .

أى فاختلف الفرع والاصل فى قياسهم الصداق على الميراث . والقياس
 مع الفارق باطل .

(١٧) البضع بالضم ، جمعه ابضاع مثل قفل واقفال ، يطلق على الفرج
 ويطلق على التزويج أيضا ، كالنكاح يطلق على العقد والجماع، والبضع
 مصدر أيضا مثل السكر والكفر وابضعت المرأة ابضاعا زوجها ويقال :
 بضعها يبيضعها بفتحين اذا جامعها ومنه يقال : ملك بضعها
 أى جامعها ، والبضاع الجماع وزنا ومعنى وهو اسم من باضعها مباضعة . أهـ
 المصباح ج ١ ع ٥٧ .

والمقصود هنا الفرج ، والجامع فى القياس المذكور هو أنه أحد بدلى
 النكاح فى كل من الاصل وهو البضع والفرع وهو الصداق ولما كان
 حكم الأصل جواز التصرف فى البضع قبل القبض بأن يطلقها قبل
 الدخول كان حكم الفرع كذلك فيجوز له التصرف فى الصداق قبل قبضه
 أيضا لذلك .

قلنا : البيع يجوز التصرف في أحد بدلبيه ، (١٨) ولا يجوز في الآخر ، (١٩)
ثم التصرف في البضع رفع للعقد ، (٢٠) فهو كالأقالة في البيع ، (٢١) والتصرف في
الصداق تملك ومعاوضة فهو كبيع المبيع . (٢٢)

- (١٨) وهو الثمن .
- (١٩) حيث يجوز للبائع استبدال الثمن من المشتري قبل قبضه ، ولا يلزم منه أن يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل قبضه .
- والمقصود: إبطال العملة التي جعلوها مؤثرا في جواز التصرف في الصداق قبل القبض ، وهي كون الصداق أحد بدلتي النكاح ، بأن الثمن في البيع أحد بدلتي البيع ثم لم يكن ذلك مؤثرا في إباحة التصرف للمشتري في المبيع قبل القبض .
- (٢٠) أي حل وإبطال له من رفعت الشمس الظل إذا زالت ، وهو بالطلاق هنا .
- (٢١) حيث لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع بعد ها .
- بجامع أن كلا رفع للعقد أما الأصل فهو الأقالة في البيع وأما الفرع فهو التصرف في البضع .
- ولما كان حكم الأصل عدم جواز التصرف للمشتري في المبيع بعد الأقالة كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للزوج التصرف في البضع بعد الطلاق أيضا لذلك .
- (٢٢) في نسخة ((ب)) : فهو كبيع المبيع قبل القبض ، / وزيادتها خطأ لأن الشافعية لا يجيزون بيع المبيع قبل قبضه عقارا كان أو غيره ، كما في الأم :
- ج ٣ ص ٦٩ .
- وإنجام في القياس المذكور هو أن كلا تملك ومعاوضة ، أما الأصل فهو بيع المبيع وأما الفرع فهو التصرف في الصداق .
- ولما كان حكم الأصل جواز التصرف في المبيع بعد القبض لا قبله ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز التصرف في الصداق بعد القبض لا قبله أيضا لذلك .
- والمقصود إثبات الفارق بين الأصل والفرع في قياسهم المذكور في القياس مع الفارق باطل .

* مسألة (٣٤) : القبض فيما ينقل بالنقل . (١) / ١٣٧ .

وقال أبو حنيفة : القبض فيه بالتخلية . (٢)

لنا : ما روى ابن عمر (٣) قال : كانوا يتاعون الطعام جزافا على عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاهم أن يبيعوه حتى ينقلوه ، (٤) ولأنه قبض

(١) الوجيز ج ١ ص ١٤٦ . المنهاج ص ٤٩ . وحكى في المجموع ج ٩ ص ٢٦٦ قولا

آخر أن التخلية فيه تكفى لنقل الضمان دون جواز التصرف ، إلا أنه

خلاف المشهور في المذهب .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٢ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٣٥ .

وذكر في المغنى ج ٤ ص ٨٥ قولا آخر عن أحمد أن القبض في كل شيء

بالتخلية مع التمييز .

(٢) سقط حرف (الباء) من كلمة التخلية . في الأصل .

أنظر المسألة في : الهداية ج ٩ ص ٦٩ كتاب الرهن . التبيين ج ٦ ص ٦٢ .

مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٩ وهو قول ابن حزم . المحلى ج ٩ ص ٥٩٢ .

ونذهب المالكية الى أن قبض غير العقار بالمصرف بين الناس ان بالنقل فيه

وان بالتخلية فيها .

أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٧١ . الجواهر ج ٢ ص ٥١ . شرح المنح ج ٢ ص ٦٨٩ .

(٣) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب . أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٤) رواه البخاري ج ٢ ص ١٦ باب من رأى اذا اشترى طعاما جزافا ان لا يبيعه

حتى يؤويه الى رحله والادب في ذلك . عن ابن عمر ولفظه : لقد رأيت

الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتاعون جزافا يعنى الطعام

يضربون ان يبيعوه في مكانهم حتى يؤوه الى رحالهم . أهـ .

ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٦٦ باب بطلان بيع المبيع قبل القبض . رقم / ٣٨ .

ورواه النسائي ج ٧ ص ٢٨٧ تحت عنوان بيع ما يشترى من الطعام جزافا

قبل أن ينقل من مكانه .

مثله^(٥) فاعتبر في الضمان^(٦) ، كالتخلية في العقار^(٧).

قالوا : مبيع ، فكانت التخلية فيه قبضا ، كالعقار ، والثمرة على النخل^(٨) .
قلنا : العقار لا يمكن نقله ، والثمرة لا تنقل للضرر^(٩) . وهذا يمكن
نقله من غير ضرر فاعتبر نقله^(١٠) ، ولهذا اعتبروا الحيازة في هبة ما يمكن حيازته
ولا يعتبر فيما لا يمكن^(١١) .

(٥) باضافة (قبض) الى (مثله) . فلما كان مثله يقبض بالنقل ففى
غير المبيع ، كان قبضه بالنقل فى البيع أيضا .

(٦) أى فاعتبر القبض ليدخل المبيع فى ضمان المشتري .

(٧) حيث تعتبر التخلية فيه قبضا ويدخل بها العقار فى ضمان المشتري *
اعتبارا بالمادة فيه .

بجامع أنه قبض مثله فى المادة فى كل من الأصل وهو التخلية ففى
العقار والفرع وهو النقل فى المنقول .

ولما كان حكم الأصل حصول القبض فى التخلية ، كان حكم
الفرع كذلك فيحصل القبض فى المنقول بالنقل أيضا لذلك .

(٨) حيث يعتبر القبض فىهما بالتخلية .

بجامع ان كلا مبيع ، اما الأصل فهو العقار والثمرة على النخل ، واما
الفرع فهو المبيع المنقول .

ولما كان حكم الأصل كون القبض فيه بالتخلية ، كان حكم الفرع كذلك فيكون
القبض فى المنقول بالتخلية أيضا لذلك .

(٩) فى نسخة ((ب)) : للضرورة . / أى لما يلحق المشتري من الضرر بايجاب

نقل الثمر فى وقت واحد ، لما أنها سريعة التلف غالبا .

(١٠) وهو ما جرت العادة بنقله اذا بيع .

(١١) أى فى تحقق القبض فيه .

أى فكان هذا فارقا بين الأصل والفرع فى قياسهم وبه يبطل القياس المذكور .

(١٢) كالعقار والثمر على النخل . أنظر مجمع الانهر ج ٢ ص ٣٥٤ .

* مسألة (٣٥) : اذا اشترى طعاما من رجل ودفع اليه ظرفا ، وقال ^(١) : ^(٢)

كل ، فكاله فيه ، لم يصير مقبوضا ^(٣) . ١٣٧/٠

وقال أبو حنيفة : يصير مقبوضا ^(٤) .

(١) في المختار ص ٣ ، ٤ : الظرف - بفتح فسكون - الوعاء ومنه ظروف الزمان

والمكان عند النحويين . أه .

(٢) سقط قوله (وقال : كل) من نسخة ((ب)) . / أي ولم ^{يكن} المشتري حاضرا

وقت الكيل .

(٣) فتح العزيز ج ٨ ص ٤٤٧ . المجموع ج ٩ ص ٢٦٧ . وأنظر قريبا منه في

المختصر ص ٨٢ . الام ج ٣ ص ٧٢ قال : ومن سلف في طعام أو بيع

طعاما فاحضر المشتري عند اكتياله من بائعه وقال : اكتاله لك لم يجز

لانه بيع طعام قبل ان يقبض . أه .

(٤) الهداية ج ٦ ص ٢٣٤ . باب السلم . التبيين ج ٤ ص ١٢٠ . مجمع الانهر

ج ٢ ص ١٠٥ .

وهو قول الحنابلة : كشاف القناع ج ٣ ص ٢٣٤ . شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٠ .

واما المالكية فعلى مذهبهم في اعتبار العرف في القبض ينظر : فان كان هذا

مما تعارف الناس عليه كان قبضا صحيحا والا فلا .

أنظر مذهبهم في اعتبار العرف في القبض في غير العقار في كل من :

الشرح الصغير ج ٢ ص ٧١ ، الجواهر ج ٢ ص ٥١ . شرح المنح :

ج ٢ ص ٦٨٩ .

واما ابن حزم فالقبض عنده : ان يطلق البائع يد المشتري على المبيع

بان لا يحال بينه وبينه . وعليه فيكون رأيه في هذه المسألة ان القبض

قد تحقق صحيحا .

أنظر مذهبهم في القبض : المحلى ج ٩ ص ٥٩٢ .

لنا . هو أن مالا يكون قبضا للدين الذي عليه لم يكن قبضا للعين ،
كما لو كالم في الظرف بغير اذنه .^(٥)

قالوا : كالم المبيع يان المشتري ، فأشبه اذا كاله بحضرته .^(٧)
قلنا : ذاك^(٨) سلمه اليه^(٩) ، وهذا^(١١) لم يسلمه^(١١) ، ولهذا لو كالم مافى
ذمته بحضرته^(١٢) صح ، ولو كالم^(١٣) مافى ذمته لم يصح^(١٤) ، ولان هناك^(١٥)

(٥) حيث لا يكون قبضا للمبيع لان الظرف ليس فى ضمان البائع لكونه ليس ملكا له .
بجامع عدم اعتباره قبضا للدين فى كل من الاصل وهو مالمو كان للمشتري
عند البائع ظرف فكال له به الطعام من غير ان ، والفرع وهو مالمو دفعه
اليه ليكيل له به الطعام .
ولما كان حكم الاصل عد صيرورة الطعام مقبوضا به ، كان حكم الفرع كذلك
فلا يصير الطعام مقبوضا بالان له فيه أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : اكالم .

(٧) حيث يصح الكيل ان ويحصل به القبض .
بجامع كيل المبيهان المشتري فى كل من الاصل وهو مالمو كالم المبيع
بحضرة المشتري والفرع وهو مالمو كاله باننه .
ولما كان حكم الاصل حصول القبض به ، كان حكم الفرع كذلك فيحصل القبض
به أيضا لذلك .

(٨) أى فى حال حضور المشتري وقت الكيل .
(٩) أى الطعام المكيل . وبالتسليم اليه يحصل القبض .
(١٠) أى فى حال دفع الظرف مع عدم حضور الاكتيال .
(١١) فى نسخة ((ب)) : لم يسلمه اليه . / أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل
به قياسهم المذكور .

(١٢) أى بحضرة من له الحق .
(١٣) أى حال دفع الظرف من غير حضور .
(١٤) لحصول القبض بحضوره الاكتيال هناك ، وعدم حصوله بغيا به هنا .
(١٥) أى فى حال الاكتيال بحضرة المشتري .-

الظرف في يد المشتري، ^(١٦) وها هنا ^(١٧) في يد البائع ولهذا لو تنازعا ^(١٨) لكان ^(١٩) القول قوله مع يمينه. ^(٢٠)

مسألة (٣٦) : اذا ولدت ^(١) الجارية المبيعة قبل القبض فهل كانت ^(٢) قبل القبض أخذ المشتري الولد بغير بدل / ١٣٧ ي .
وقال أبو حنيفة : يأخذه بقسطه من الثمن. ^(٤)
لنا : هو أنه نماء حادث في ملك المشتري ، فلا يقابله قسط من الثمن ^(٥) كالكسب ، والولد الحادث في يد المشتري ، ولأنه لو هلك الولد لم يسقط

(١٦) أى في ضمانه لكونه تحت يده .
(١٧) أى في حال دفع الظرف للاكتيال مع غياب المشتري .
(١٨) أى الظرف .
(١٩) في نسخة ((ب)) : كان .
(٢٠) أى البائع ، لأن الظاهر معه ، ان لم تجر العادة أن يحضر المشتري الكيل معه .

(١) في نسخة ((ب)) : اذا ارتدت . / وهو خطأ لعدم اتساقه مع ما بعده .
(٢) في نسخة ((ب)) : وهلك .
(٣) فتح العزيز ج ٨ ص ٤٢٨ . المجموع ج ٩ ص ٢٥٧ . المنهاج ص ٤٩ .

(٤) لم أجد ها منصوفا عليها .

كما لم أجد قول الحنابلة والمالكية وابن حزم فيها أيضا .
(٥) حيث لا يقابل بقسط من الثمن فيهما .
بجامع انه نماء حادث في ملك المشتري في كل من الاصل وهو الكسب في البيع والولد الحادث في يد المشتري والفرع وهو ولد الجارية اذا ماتت قبل القبض .
ولما كان حكم الاصل دخولهما في ملك المشتري من غير بدل ، كان حكم الفرع كذلك فيدخل الولد قبل القبض في ملكه أيضا لذلك .

من الثمن شيء ، فدل على انه لا يقابل شيء^(٦) .
 قالوا : التسليم حق استقر في رقبة الام فسرى^(٧) الى الولد ، كالا^(٨) استيلاء ، وما دخل
 في تسليم العقد قابله العوض ، كالبيع^(٩) .
 قلنا : الاستيلاء يتعلق به العتق ومبناه على التفليب^(١٠) ، بخلاف التسليم^(١١) .

- (٦) في نسخة ((ب)) : بشيء .
 (٧) أي وجوب التسليم .
 (٨) حيث يسرى الحكم بعتق المستولدة اذا مات سيدها الى ولدها أيضا .
 وتسمى أم ولد فلا يجوز له بيعها ولا رهنها ولا هبتها وله وطؤها واستخدامها
 وعتق بموته من رأس ماله . أنظر المنهاج ص ١٦٢ .
 والجامع في القياس المذكور هو أنه حق استقر في رقبة الام في كل من الاصل
 وهو استيلاء الامة ، والفرع وهو ولد الجارية اذا هلكت قبل قبضها .
 ولما كان حكم الاصل سريان العتق الى الولد باستيلاء امه ، كان حكم
 الفرع كذلك فيسرى حق التسليم الى الولد يبيع أمه ايضا لذلك .
 (٩) حيث يقابل الثمن .
 بجامع الدخول في تسليم العقد في كل من الاصل وهو البيع والفرع وهو
 ولد الجارية تموت قبل قبضها .
 ولما كان حكم الاصل وجوب العوض في مقابلته ، كان حكم الفرع كذلك فيجب
 أن يقابل الولد بقسطه من الثمن في بيع الام أيضا لذلك .
 (١٠) بمعنى أن يسرى حكم الام على الولد فيعتق معها من رأس مال السيد
 قبل الديون والوصايا .
 (١١) أي ولا كذلك التسليم في البيع فليس قوة^{له} الاستيلاء ، فلا ينتقل حكمه الى
 الولد ، فلا يقابل بشيء من الثمن .
 أي فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

* مسألة (٣٧) : اذا قطع البائع يد العبد ^(١) قبل التسليم لم يسقط من

الثلث شيء ^(٢) . / ١٣٧ .

(١) فى الاصل : يد الصيد . / وهو تحريف .

(٢) المنهاج ص ٤٩ : ولو تعيب - أى المبيع - قبل القبض فرضيه أخذه

بكل الثلث . أهـ

وقد بين فى شرح الوجيز ج ٨ ص ٤١١ المسألة وفصلها فقال : اذا قطع
البائع يد العبد قبل التسليم فان جعلنا جنايته كاللغة السماوية فللمشتري
الخيار : ان شاء فسخ واسترد الثلث ، وان شاء اجاز بجميع الثلث ،
وان جعلناها كجناية الاجنبى فله الخيار أيضا ان فسخ فذاك ، وان اجاز
رجع بالارش على البائع وفى قدره القولان المذكوران فى الاجنبى - قيل
نصف القيمة وقيل مانقص من القيمة والاصح الأول أنظر ص ٤١ - أهـ ثم
ذكر ان الغزالي مال الى ترجيح ان جناية البائع كجناية الاجنبى ، وغالطه
الرافعى فقال : لكن معظم الأصحاب على ترجيح القول المقابل له . أهـ . أى
كاللغة السماوية .

وهو قول الحنابلة : كشف القناع ج ٣ ص ٢٣١ : وان ائلفه أى المبيع
بكيل أو نحوه آدمى غير مشتر بائعا كان المتلف أو غيره أى غير البائع
خير مشتر بين الفسخ وأخذ الثلث الذى دفعه . أهـ . وشرح المنتهى

ج ٢ ص ١٨٨ . المغنى ج ٤ ص ٨٤ .

وفرق المالكية بين أن يجنى البائع على المبيع عدا فيرد المبيع عليه مسددة
الخيار أو خطأ فيخير المشتري بين امضاء البيع على ما فى المبيع من عيب
بالجناية ولا شيء له وبين الرد وأخذ الثلث . أنظر الجواهر ج ٢ ص ٣٨ .

شرح المنح ج ٢ ص ٦٩٣ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٧٣ .

وبشبهه أن يكون ابن حزم قائلًا يقول الشافعية أيضا . أنظر المحلى

ج ٩ ص ٧٢٠ .

وقال أبو حنيفة : يسقط نصف الثمن .^(٣)
لنا : هو أنه جزء^(٤) لا ينقسم عليه الثمن ،^(٥) تلف في يد البائع قبل التسليم
فلم يسقط من الثمن شيء^(٦) ، كما لو تلف بأكلة .^(٧)
قالوا : تلف حصل بفعل آدمي ، فضمن بالبدل ، كما لو قتل المبيع ، أو قطع
المشتري أو الأجنبي يده^(٨) .
قلنا : في هلاك المبيع ، لا فرق بين الآدمي وغيره ،^(٩) فلم يؤثر الوصف ،^(١٠)

(٣) الهداية ج ٦ ص ١٩٨ وأنظر فتح القدير عليه . التبیین ج ٤ ص ١٠٨ . مجمع
الانهر ج ٢ ص ٩٦ .

(٤) في نسخة ((ب)) : هو انه جنس . / والمقصود به يد العبد .
(٥) لأن الثمن في مقابل العبد كله ، فليس لكل جزء منه ثمن معين يقابله .
(٦) لان بإمكانه ان يفسخ العقد بسبب العيب ، وان لم يفعل مع علمه بالعيب
دل ذلك على رضاه به .
(٧) مرض ، قال في القاموس ج ٣ ص ٣٢٩ : والأكلة كَفَرَحَةٌ داء في العضو يأكل
منه . أهـ

والجامع في القياس المذكور هو انه جزء لا ينقسم عليه الثمن تلف في يد
البائع قبل التسليم في كل من الاصل وهو مالمو تلف العضو بأكلة ، والفرع
وهو مالمو تلف بالقطع .
ولما كان حكم الاصل عدم استحقاقه اسقاط شيء من الثمن به ، كان حكم الفرع
كذلك فلا يسقط منه شيء بقطع البائع أيضا لذلك .

(٨) بجامع حصول التلف بفعل الآدمي في كل من الاصل وهو مالمو قتل البائع
المبيع أو قطع المشتري أو الأجنبي يده ، والفرع وهو مالمو قطع البائع يده .
ولما كان حكم الاصل وجوب الضمان به على القاتل والمشتري والأجنبي ، كان
حكم الفرع كذلك ، فيسقط نصف الثمن بقطع البائع أيضا لذلك .

(٩) حيث يفسخ البيع ويسقط الثمن .
(١٠) وهو كون التلف حاصلًا بفعل آدمي .

ولأن المبيع قابله الثمن ، فسقط ما قبله ، وهذا بخلافه ، (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) ،
فجعل اتلافه استيفاء ، كمن له القصاص يجعل بقطع اليد كالمستوفى لنصف الدية (١٦)
والاجنبى يضمنه بالجنائية ، (١٧) ولهذا ضمنه بالقيمة ، (١٨) واليد لها بدل فى الجنائية ، (١٩)
والبائع يضمنه بالعقد (٢٠) ولهذا لا يضمن القيمة (٢١) واليد لا عوض لها
فى العقد . (٢٢)

(١١) وهو الثمن . أى فيما اذا قتل .

(١٢) اشارة الى قطع يد العبد .

(١٣) حيث لم يقسط الثمن فيه على اجزاء العبد .

(١٤) من قوله : والمشتري . . الى آخر المسألة ساقط من نسخة ((ب)) .

(١٥) فى الاصل باثبات الدياء ، والصواب حذفها .

(١٦) المقصود أن قياسهم قطع البائع يد العبد قبل التسليم على قطع المشتري

ايها قياس مع الفارق ، لأن المشتري بقطعها يكون مستوفيا وقابضا للمبيع

وهو العبد هنا واما البائع فهو متصرف فى ملكه ابتداء لان المبيع قبل

القبض فى ضمانه لان يده لا تزال ثابتة عليه . فهذا قياس مع الفارق .

(١٧) لان العبد ليس ملكا له فيكون متصرفا فى ملك الغير فيضمن .

(١٨) لان العبد متقوم كالسلعة فيضمنه الجاني بما نقص من قيمته بالجنائية .

(١٩) وهو نصف قيمة العبد .

(٢٠) أى أن البائع يضمن العبد الذى باعه بسبب عقد البيع ، ولولا له لما ضمنه

أصلا ، لان العبد ملك له ، فلو اتلفه أو بعضه فلا ضمان عليه لانه تصرف فى

ملكه وان كان يعاقب عقوبة تعزيرية .

والمقصود اثبات الفارق فى قياسهم بين الاصل وهو ضمان الاجنبى يد العبد

لو قطعها ، والفرع وهو ضمان بائع العبد ، ان الاجنبى يضمنه بسبب الجنائية

عليه ، فيضمنه بالقيمة ، واما البائع فلا يضمنه بسبب الجنائية بل بسبب عقد

البيع ان تعلق فى العبد المبيع حتى المشتري فضمنه بالبدل أو المثل لا بالقيمة ،

(٢١) لان الضمان بالقيمة متعلق بالجنائية على العبد ، والبائع مالك له فلا ضمان

عليه بالجنائية على العبد بسبب الملك . وانما يضمنه بالثمن اذا كان العبد

مبيعا ولم يقبضه المشتري بعد كما هو فرض مسألتنا التى نحن فيها .

(٢٢) لان الثمن غير منقسم على اجزاء المبيع بل كليته ، وان لا عوض لليد فى العقد =

* مسائل الرد بالمعيب *

* مسألة (٣٨) : اذا اشترى مشاة مصرأة ، ^(١) ثبت له الخيار ^(٢) / ٣٧ ش .

= فليس للمشتري حق المطالبة بقيمة يد العبد المبيع بخلاف مالو جنى أجنبي على يد العبد حيث يضمنها بالقيمة .
فيطل قياسهم جناية البائع على يد العبد على جناية الاجنبي عليها للفارق المذكور .

(*) في القاموس ج ١ ص ١٠٩ : المعيب - بفتح فسكون - والعاب الوصمة ، كالمعاب والمعاينة والمعيب . أه . فهي كلمة تعنى النقص .

تقول : عاب المتاع عيبا من باب سار ، فهو عائب ، وعابه صاحبه فهو معيب يتعدى ولا يتعدى ، والفاعل عائب وعياب مبالغة ، . . . وعيبه نسبه السى العيب . أه المصباح ج ٢ ص ٩١ .

والضابط في العيب الذي يرد به المبيع هو : ما يبعده الناس عيبا ، فان خفى شيء منه رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس . وهذا تعريف الشيرازي في

المهذب ج ١ ص ٢٨٦
وعرفه السبكي بأنه : مانقص القيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح ، ويغلب على امثاله عدمه . أه

وقيل : هو مانقص القيمة أو العين من الخلقة التامة . أه المجموع ج ١ ص ٤٨٦ .
فاذا وجد المعيب ثبت الخيار وهو : ما ثبت بغوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي ، أو قضاء عرفي أو تقرير فعلي .
مثال الالتزام الشرطي : أن يقول المشتري : ابتعته بشرط أنه كاتب أو خباز .
فبان بخلافه .

مثال القضاء العرفي وهو السلامة عن العيوب المذمومة فمهما فاتت ثبت له الخيار كأن يشتري العبد فيجده معتاد الا باق والفحش والبول في الفراش ونحو ذلك .

مثال التقرير الفعلي : تصرية ضرع الشاة . ومنه الكذب في مسألة تلقى الركبان والنجش اذا كان عن تواطؤ مع البائع . أنظر الوجيز ج ١ ص ١٤٢ والتي تليها .

.....

(١) مأخوذة من صر يصير من - يضرب يضرب صريرا ، ومنه الصرار بوزن كتاب وهو خرقة تشد على أطباء الناقية لئلا يرتضعها فصليها ، والصري يعني الترك ومنه قولك : رجل ضرورة أى لم يأت النساء ، سمي بذلك لصبره على ماء ظهره ، وتقول : صررت الناقية تركت حلابها . أنظر المصباح ج ١ ص ٣٦٢ وعرف الشرييني التصرية بأنها : ان يترك البائع حليب الناقية أو غيرها عمدا مدة قبل بيعها ليوهم المشتري كثرة اللبن . أهـ -
مغنى المحتاج ج ٢ ص ٦٣ .

وقال البخارى ج ٢ ص ١٧ باب النهى للبائع أن لا يحفل الابل والبقر والفم وكل محفلة : والمصرة التى صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم يحلب اياما ، واصل التصرية حبس الماء يقال منه : صريت الماء . أهـ .

(٢) المختصر ص ٨٢ . الأم ج ٣ ص ٦٨ . وذكر فى المنهاج ص ٤٨ - مدة الخيار فقال : التصرية حرام تثبت الخيار على الفور وقيل يمتد ثلاثة أيام . أهـ . وزاد السبكي فى تكملة المجموع وجها ثالثا قاله أبو اسحاق انه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها . أنظر المجموع ج ١١ ص ١٩٩ ، لكنه استبعد هذا الوجه .

ويثبت الخيار فى المصرة يقول الحنابلة أيضا : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٤
كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠٢ . المغنى ج ٤ ص ١٠٢ .

وهو قول المالكية خلافا لاشهب ان يرى ان حديث المصرة منسوخ بحديث الخراج بالزمان ، أنظر بلغة السالك ج ٢ ص ٥٧ وأنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٥٦ .

وأنظر الجواهر ج ٢ ص ٤٢ . شرح المنح ج ٢ ص ٦٤١ .
ويقول الشافعية يقول أبو محمد بن حزم . المحلى ج ٩ ص ٧٢٠ .

وقال أبو حنيفة : لا خيار له . (٣)

لنا : ما روى أبو هريرة (٤) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا تصروا

الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك ، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها

ان رضيها امسكها وان سخطها رد ها وصاعا من تمر (٧) وروى ابن عمر : (٨) من باع

(٣) وهو قول محمد بن الحسن واشهر القولين لأبي يوسف ، أنظر شرح الطحاوى

ج ٤ ص ١٩٠ . وأنظر عدة القارئ ج ١١ ص ٢٧٠ الا أنه ذكر لأبي حنيفة

فى الرجوع بنقصان الثمن على البائع وعدم الرجوع به روايتين وجه الثانية :

ان اجتماع اللبن وجمعه فى الضرع ليس بعيب .

(٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٥) قال ابن حجر : لا يصروا بضم التاء على وزن لا تزكوا ، والابل منصوب

على المفعولية ومنهم من يرويه لا تصروا بفتح التاء وضم الصاد . أه التلخيص

ج ٣ ص ٢٣ رقم / ١١٩٢ .

(٦) فى الاصل : فو اتباعها . / ولا معنى له .

(٧) رواه البخارى ج ٢ ص ١٧٠ باب النهى للبائع أن لا يحفل الابل والبقر والغنم

وكل محفلة .

ورواه مسلم ج ٣ ص ١١٥٩ باب حكم بيع المصرة عن أبى هريرة مرفوعا ولفظه

من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظرين ان شاء امسكها وان شاء رد ها

وصاعا من تمر لا سمرا . أه رقم الحديث فى البيوع / ٢٦٠ . والسمرا هـى

الحنطة .

ورواه أبوداود ج ٣ ص ٢٧٠ باب من اشترى مصراة وكرهها . رقم / ٣٤٤٣ عن

أبى هريرة مرفوعا : لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ولا تصروا

الابل . . . الحديث أه .

ورواه النسائى بلفظ البخارى أيضا ج ٧ ص ٢٥٣ تحت عنوان النهى عن المصرة

وبلفظ مسلم رواه الترمذى ج ٣ ص ٥٥٣ باب ما جاء فى المصرة . رقم / ١٢٥٢ .

وبه أيضا رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٥٣ باب بيع المصرة رقم / ٢٢٣٩ .

(٨) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٩) محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد نعمها مثل أو مثلى لبنها قمحا .
 فان قيل : هذا مخالف للأصول (١١) فلا يقبل ، وذلك انه قدر الرد بثلاثة
 أيام (١٢) وأوجب رد (١٣) الشاة مع أخذ جزء منها (١٤) وذلك لا يجوز (١٥)

(٩) بضم الاو وفتح الثاني بعدها فاء مشددة ، وهو ترك حلب الشاة أو غيرها
 ليجتمع اللبن في ضرعها ، أنظر المصباح ج ١ ص ١٥٤ .
 وقال الخطابي في المعالم ج ٥ ص ٨٩ : والمحفلة هي المصرة ، سميت محفلة
 لحفول اللبن واجتماعه في ضرعها . أه .
 (١٠) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٧١ باب من اشترى مصرة فكرهها . رقم / ٣٤٤٦ .
 ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٥٣ باب بيع المصرة ، رقم / ٢٢٤٠ .
 ورواه البيهقي ج ٥ ص ٣١٩ باب الحكم فيمن اشترى مصرة . ثم قال : تفرد
 به جميع بن عمير ، قال البخاري : فيه نظر . أه .
 وقال المنذرى في مختصر سنن أبي داود ج ٥ ص ٨٩ : قال الخطابي : وليس
 اسناده بذلك . والأمر كما قال ، فان جميع بن عمير قال ابن نمير : هو
 من أكذب الناس ، وقال ابن حبان : كان رافضيا يضع الحديث . أه .
 وقال ابن حجر في الفتح ج ٤ ص ٣٦٤ : في اسناده ضعف وقد قال ابن
 قدامة انه متروك الظاهر بالاجماع . أه . يعني لفظ : مثلى - بالتثنية - لبنها .
 (١١) أي لعمومات الشرع وقواعده المقتضية ضمان ماله مثل بمثله والا فبقيمته ،
 فاعادة صاع تمر مكان اللبن المطلوب قل أو أكثر من المصرة لا يدخل تحت
 واحد من هذين النوعين من الضمان ، فيرد الحديث فيه لانه خبر آحاد
 فلا يقوى على مواجهة الاصول ولما ذكره المصنف أيضا من تقدير الرد بثلاثة
 أيام وما بعده .

(١٢) أي والاصل أن يكون الرد فور الوقوف على العيب .
 (١٣) سقطت كلمة (رد) من نسخة ((ب)) .
 (١٤) وهو اللبن المطلوب .
 (١٥) لان فيه غبنا للبائع ان لم ترد اليه السلعة بحالها والاصل أن تعاد
 اليه بلا نقص .

كما لو رد بعد قطع اليد^(١٦)، وأوجب بدل اللبن مع بقائه^(١٧)، وأوجب بدله من غير جنسه، وهو من ذوات الأمثال^(١٨)، وقدر البديل بصاع، والمتلفات لا تتقدر ابدالها بشيء واحد^(١٩)، وقد تكون الشاة اشتراها بصاع، فإذا دفع الصاع بدل اللبن واسترجع الثمن^(٢١) اجتمع للبائع الثمن والمثمن، وكان ذلك ربا، فإنه أخذ صاعا وشاة بصاع^(٢٢).

- (١٦) حيث لا يجوز الرد حالئذ .
 بجامع تفويت جزء من المبيع في كل من الاصل وهو قطع يد المبيع والفرع وهو لبن المصرة ،
 ولما كان حكم الاصل عدم صحة الرد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح رد المصرة بعد حلبها أيضا لذلك .
 (١٧) أى والاصل أن يرد ما دام موجودا .
 (١٨) لان الاصل أن المتلف اذا كان لمثل ضمن بمثله والا فبالقيمة ، وقد كان يمكن لو استهلك اللبن المحلوب من المصرة أن يرد مكانه لبنا مثله ، فيكون رد صاع من تمر مكانه مخالفا للأصل المذكور .
 (١٩) وهو التمر هنا ، أى بل به وبغيره من المقومات . وأيضا فقد يكون اللبن المحلوب يساوى أكثر من صاع وقد لا يساويه ، فيختلف الضمان باختلاف المضمون زيادة ونقصا .
 (٢٠) أى المشتري .
 (٢١) فى نسخة ((ب)) : واشترجع الشاة . / وهو خطأ .
 (٢٢) أى وإذا اتحد الجنس فى الثمن والمبيع حرم التفاضل والنساء ، وأخذ الشاة مع الصاع تفاضل فيحرم .
 أى فثبت بجميع ما ذكر أن القول باعادة المصرة وصاعا من تمر مخالف للامول الشرعية فوجب رده وتقديرها عليه ، لان الاصول ثابتة باليسقين واما خبر الاحاد فبالظن . ولا يعارض اليقين به .

قيل : الخبر يقدم (٢٣) عندنا على الاصول (٢٤) ، ولا نهم عملوا بخبر الواحد في الوضوء بالنبيذ (٢٥)

(٢٣) في نسخة ((ب)) : الخبر عندنا مقدم على الاصول . / أنظر التبصرة ص ٣١٦
مسألة رقم ١١

(٢٤) لا نمشوته يصبح اصلا بذاته فيضاف اليها ولا يعارض بها .
أنظر التبصرة ص ٣١٦ .

(٢٥) النبيذ هو ما يعمل من الاشربة من التمر والزبيب والعسل والحنطة
والشعير وغير ذلك ، يقال : نبذت التمر والعنب اذا تركت عليه الماء
ليصير نبيذا فهو فعيل بمعنى مفعول ، لانك تنبذ أى تطرح شيئا من هذه
المدكورات في الماء لفترة من الزمن .

وسواء كان مسكرا أو لم يكن فانه يقال له نبيذ ، ويقال للخمر المختصر من
العنب نبيذ كما يقال للنبيذ خمرا . أنظر النهاية ج ٧ ص ٧ .
والخبر المشار اليه هو ما رواه أبو داود عن ابن مسعود أن النبيذ
صلى الله عليه وسلم قال له ليلة الجن : ما في ادواطك ؟ قال : نبيذ ،
قال : ثمرة طيبة وماء طهور . قال أبو داود : وقال سليمان بن داود عن
أبي زيد أو زيد : كذا قال شريك ، ولم يذكر هنا ليلة الجن . أه
ج ١ ص ٢١ باب الوضوء بالنبيذ رقم / ٨٤ .

قال المنذرى في مختصر سنن أبي داود ج ١ ص ٨٢ : قال أبو زرعة : وليس
هذا الحديث بصحيح -

وقال أبو أحمد الكرابيسي : ولا يثبت في هذا الباب من هذه الرواية حديث
بل الاخبار الصحيحة عن عبد الله بن مسعود خلافة أه .

ورواه الترمذى ج ١ ص ١٤٧ باب ما جاء في الوضوء بالنبيذ ، رقم / ٨٨ ثم قال :
وأبو زيد رجل مجهول عند أهل الحديث لا تعرف له رواية غير هذا الحديث . أه

ورواه ابن ماجه ج ١ ص ١٣٥ باب الوضوء بالنبيذ ، رقم / ٣٨٤ .

وقد ضعفه الطحاوى أيضا ورفض العمل به . أنظر شرح معاني الآثار ج ١ ص ٩٥
باب الرجل لا يجد الا نبيذ التمر هل يتوضأ به أو يتيمم .

والقهقهة، (٢٦) مع مخالفة الأصول، وقال أبو حنيفة: (٢٧) القياس ان من اكل أو شرب ناسيا أن يبطل صومه، ولكن تركته لحديث أبي هريرة (٢٩)، ولأنه (٣٠)

(٢٦) في القاموس ج ٤ ص ٢٩١: قهقه رجع - بتشديد المعجمة في ضحك - أو اشتد في ضحك كقه - بتشديد الهاء - فيهما أوقه قال في ضحك قه، فإذا كرره قيل قهقه وهو ره - براء مفتوحة فهاء مشددة - وقه - بفتح القاف فهاء مشددة أيضا - أه .
والخبر المشار اليه هو ما رواه الدارقطني ج ١ ص ١٦٤ عن عبد العزيز ابن الحصين عن عبد الكريم بن أبي أمية عن الحسن عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا قهقه أعاد الوضوء والصلاة. أه . وقد قال قبله بقليل عن هذا السند: وقد رواه عبد الكريم أبو أمية عن الحسن عن أبي هريرة وعبد الكريم متروك والراوى له عنه عبد العزيز بن الحصين وهو ضعيف أيضا، أه . أنظر باب أحاديث القهقهة في الصلاة وعللها، رقم / ١١ وقد ذكر جميع طرقه وبين ضعفها . وفي بعضها قصة .
وأنظر النصب أيضا ج ١ ص ٤٧ وقد أبان ما في جميع روايات الحديث من ضعف .

(٢٧) لان الاصل أن يكون الوضوء بالماء، فان عدمه فبالتيميم .
كما ان الاصل أيضا في الوضوء ان لا ينتقض الا بما خرج من السبيلين .

(٢٨) في نسخة ((ب)) : فقال .

(٢٩) رواه البخاري ج ١ ص ٣٣ كتاب الصوم باب الصائم اذا اكل أو شرب ناسيا، عن أبي هريرة مرفوعا: اذا نسي فاكل وشرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه . أه .

ورواه مسلم ج ٢ ص ٨٠٩ باب اكل الناسي وشربه وجماعه لا يفطر . رقمه / ١٧١ .
والمقصود انه كما تراء القياس لا للاثراكا ينبغي أن يتركه أيضا لحديث المصراة الثابت .

(٣٠) أي حديث المصراة .

غير مخالف للاصول . فأما قولهم انه ^(٣١) قدر الرد بثلاثة أيام ، فلأنه لا يتبين
التدليس الا بذلك ، فانه في اليوم الأول اللبن غزير وفي الثاني يجوز أن يكون
النقص لعارض ، وفي الثالث يتبين ، وانما أوجب الرد مع أخذ اللبن ، لان اللبن
مع الشاة ، كالعينين ، فيجوز رد أحدهما دون الآخر بخلاف اليد ، فانه جزء ^(٣٥)
من الشاة ينقص به المردود ، وانما أوجب البدل مع بقاء اللبن ، ^(٣٦) لانه لا يمكن
رده ، لا اختلاطه ^(٣٨) بلبن المشتري ، فصار كالعبد اذا أبق ^(٣٩) يفرم بدله مع

(٣١) سقط لفظ (انه) من نسخة ((ب)) .

(٣٢) في نسخة ((ب)) : فانه .

(٣٣) في نسخة ((ب)) وانما اجاز . / أى للمشتري وعلى ما في الاصل معناه :

وانما أوجب على البائع قبول الرد مع أخذ المشتري اللبن . الخ .

(٣٤) أى كالشيئين المختلفين يباعان ثم يرد أحدهما دون الآخر .

(٣٥) يشير الى قياسهم رد المصرا بعد الحلب على ما لو رد الشاة بعد قطع

يدها عند المشتري .

(٣٦) أى ولا كذلك اللبن ، فان الشاة لا تنقص قيمتها بحلبها .

وان ذلك كذلك فان قياسهم رد المصرا مع نقص ما حلبه منها المشتري ، على

رد الشاة بعد قطع يدها منها ، قياس مع الفارق .

(٣٧) أى المطلوب منها ، أى عند المشتري .

(٣٨) في نسخة ((ب)) : لا اختلاصه . / وهو تحريف . / وصورة اختلاطه : ان اللبن

الذى كان في الشاة عند بيعها انما هو للبائع ، ولما انتقل ملكها الى

المشتري بالبيع فان اللبن الذى حدث في الضرع من ملك المشتري ، وقد

اختلف اللبنان في الضرع فلا يمكن التمييز بينهما فيتعذر الرد .

(٣٩) أى هرب . ففي المختار ص ٢ : أبق - بفتحتين - العبد يأبق ويأبق بكسر

الباء وضمها أى هرب . أه .

(٤٠) بقاءه، وأوجب بدلا من غير جنسه، لأن (٤١) مثله من جنسه لا يمكن على ما بيناه (٤٢) فعدل الى غيره، كما لو اُتلف مصوغاً (٤٣) وزنه مائة، وقيمته مائتان، أنه يضمنه بغير جنسه، (٤٥) ولأنه قد يضمن الشيء بالقيمة، وإن كان له مثل، كالحر يضمن بالابل (٤٦) وإنما

(٤٠) بجامع تعذر الرد، في كل من الاصل وهو مالو ابق العبد عند البائع قبل القبض والفرع وهو مالو اشترى شاة مصراة.

ولما كان حكم الاصل استرجاع المشتري بدل العبد دون العبد، كما كان حكم الفرع كذلك فيرد المشتري الشاة دون ما حلب من لبنها أيضا لذلك.

(٤١) أى اللبن.

(٤٢) لا اختلاط لبن المشتري بلبن البائع.

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : كما لو تلف.

(٤٤) فى المصباح ج ١ ص ٣٧٧ : صاغ الرجل الذهب يصوغه صوغاً : جعله حليا، فهو صائغ وصواغ، وهى - أى الصنعة منه - الصياغة. أهـ.

(٤٥) أى بمائتين.

بجامع تعذر الضمان بالمثل فى كل من الاصل وهو مالو اُتلف مصوغاً وزنه مائة وقيمته مائتان، والفرع وهو مالو حلب المصراة ثمردها دون لبنها. ولما كان حكم الاصل ضمانه بغير جنسه، كان حكم الفرع كذلك فيضمن اللبن بغير جنسه أيضا لذلك.

(٤٦) أى فيما لو قتله شخص خطأ فإنه يضمنه بالابل مع وجود المثل وهو نفس القاتل.

بجامع تعذر الضمان بالمثل فى كل من الاصل وهو ضمان الحر بالابل، والفرع وهو ضمان لبن المصراة بالتمر. ولما كان حكم الاصل ضمان الحر بغير جنسه، كان حكم الفرع كذلك فيضمن لبن المصراة بغير جنسه أيضا لذلك.

قدر البذل ، لان اللبن مستتر ، لا يعرف قدره ، فأوجب مقدراً^(٤٧) لقطع الخصومة ،
كما أوجب في الجنين^(٤٨) بدلاً مقدراً^(٤٩) ، ولم يفرق بين الذكر والانثى ، لانه لا يوقف
على حقيقته ، وقولهم : انه قد يكون ثمن الشاة صاعاً ، لا يصح ، لانه انما قضى بالصاع ،
لانه ورد على العادة ، وان الشاة لا تباع بصاع^(٥٠) ، واما الربا فانما لا يجوز فـسـى
المعقود ، وهذا فسخ فجاز فيه^(٥١) ، ولهذا لو تصارفا فتفرقا من غير قبض ، لم يجز ،
ولو تقايلاً^(٥٣) الصرف جاز أن يتفرقا من غير قبض^(٥٤) ، ولا نه تدليس من البائع بما يختلف^(٥٥)

-
- (٤٧) وهو الصاع من التمر .
(٤٨) في نسخة ((ب)) : في الجنس . / وهو تحريف . والمراد اذا اسقط
بجناية على أمه .
(٤٩) ، وهو غرة عبد أو أمة ، أى خيار العبيد والاماء ، ومحل
وجوب الغرة اذا انفصل ميتا بجناية على أمه مؤثرة فيه كضربة قوية لا لطمة
حقيقة . أنظر شرح المحلى ج ٤ ص ١٥٩ .
بجامع الاستتار وعدم العلم بالقدر في كل من الاصل وهو الجنين اذا اسقط
والفرع وهو اللبن اذا حلب من المصرة .
(٥٠) أى في العادة .
(٥١) في نسخة ((ب)) : فجاز ذلك فيه . / أى فكان قولهم ان رد الشاة مع صاع
من تمر اذا اشترى بصاع تمر ، يؤدى الى الربا منقوض بان الربا يجرى فـسـى
المعقود ، وما نحن فيه فسخ ، وليس بعقد .
(٥٢) في نسخة ((ب)) : ولهذا أيضا . / أى ويدل على أن الربا يحرم فـسـى
المعقود دون الفسوخ .
(٥٣) في نسخة ((ب)) : ولو تقابلا . / والمقصود بالتقاييل أن يرد كل منهما
على صاحبه ببيعه ، أى أن يتفاسخا عقدهما .
(٥٤) أى فصح ان أحكام الفسوخ غير أحكام المعقود .
(٥٥) أى فعل التصرية .

به الثمن فأشبهه إذا باع جارية قد سود شعرها، ثم نصل الخضاب، ولأنه غمره (٥٨)
بتدليس مادة مقصود في عقد مغابنة، فثبت به الرد، كما لو حبس ماء الطاحونة، (٥٩)
فأدار به الرحن، واكره (٦٠) ثم انقطع. (٦١)

(٥٦) في المختار ع ٦٦٣ : ونصل الشعر زال عنه الخضاب . أ هـ .

(٥٧) حيث يجوز للمشتري ردّها على البائع.

بحامع التدليس بما يختلف به الثمن في كل من الاصل وهو مالو باع جارية
قد سود شعرها ثم زال عنه الخضاب ، والفرع وهو مالو صرى شاة ثم
زال عنها التصرية . ولما كان حكم الاصل جواز رد ها لظهور العيب فيها
كان حكم الفرع كذلك .

(٥٨) في نسخة ((ب)) : ولا نه غرّ . / أى أوقعه في الغرر والغبن ببيعـه
معيا بغير سعره .

(٥٩) أى معاوضة ، احترازاً عن عقود التبرع كالهبة ونحوها حيث لا يؤثر فيها الغبن .

(٦٠) أى أجره لشخص . ففي المصباح ج ٢ ص ١٩٢ : الكراء بالمد الاجرة

وهو مصدر في الاصل من كاريته من باب قاتل ، والفاعل مكار على النقص . .
واكاريته الدار وغيرها اكراء فاكتره ، بمعنى أجرته فاستاجر . أه .

(٦١) أى الماء ، أى عن الرهى ، حيث يثبت للمكترى حق الفسخ .

والجامع في القياس المذكور هو التدليس في مادة مقصودة بعقد مغابنة

في كل من الاصل وهو مالو حبس ماء الطاهونة فادار به الرحي واكراه
ثم انقطع والفرع وهو مالو صرى شاة وباعها ثم انقطع اللبن . ولما
كان حكم الاصل ثبوت الرد فيه بسبب الغبن والتدليس كان حكم
الفرع كذلك فترد المصراة لصاحبها أيضا لذلك .

قالوا . نقصان^(٦٢) اللبن ليس بعيب ، بدليل انه لا يثبت به الخيار من غير تدليس ، فلا يثبت به الخيار من غير شرط^(٦٣) كالتصرية في الجارية ، وكما لو سود يد الغلام^(٦٤) فظن انه كاتب أو علف الشاة فاعتقد انها حامل .^(٦٥)

قلنا . التدليس بالتصرية كشرط الكتابة من جهة العرف ، والتصرية

(٦٢) في نسخة ((ب)) : يقطن . / وهو تحريف .

(٦٣) في نسخة ((ب)) : من غير شرطه .

(٦٤) حيث لا يثبت للمشتري به خيار العيب .

بجامع عدم ثبوت الخيار فيه من غير تدليس في كل من الاصل وهو التصرية في الجارية والفرع وهو التصرية في الشاة . ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الخيار اذا لم يشترط المشتري في الجارية أن تكون ذات لبن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت الخيار لمشتري المصرة اذا لم يكن اشتراطها ذات لبن أيضا لذلك .

(٦٥) أي بالمداد .

(٦٦) حيث لا يثبت به الخيار للمشتري .

بجامع عدم ثبوت الخيار فيه من غير تدليس ، في كل من الاصل وهو مانو سود يد الغلام لا يقصد التدليس أو علف الشاة لا يقصد الايهام انها حامل ، والفرع وهو مالو عرى الشاة يقصد التدليس بها على المشتري ، ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الخيار في الغلام والشاة اذا لم يشترط المشتري كون الغلام كاتبا والشاة حاملا ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمشتري الخيار في المصرة اذا لم يشترط كونها ذات لبن أيضا لذلك .

(٦٧) أي ينزل منزلتها عرفا . فترد المصرة به كما لو شرطها ذات لبن أو شرط العبد كاتبا فبان بخلاف ذلك فيهما .

فى الجارية لانسلم فى أحد الوجهين، ثم اللبن فى الجارية ليس بمقصود فى الغالب، وهو مقصود فى الشاة والابل، (٦٩) فجاز أن يختلفا، ولهذا يثبت الخيار بقطع الرجل فى الاجارة، ولا يثبت بقطع الأذن، (٧٠) ويثبت الخيار عندهم فى بخر الجارية، ولا يثبت فى بخر العبد، (٧٢) وأما تسويد يد الغلام ولف الشاة فليس بتدليس لانه قد تسود يده بخدمة الدواة وحملها. والشاة تعلق فتستلى خواصرها ولا يترك لبن يومين فى الضرع فتحقق التدليس بذلك. (٧٣)

(٦٨) والوجهان المشار اليهما هما اختصاص حكم المصرة بالانعام فقطط الابل والبقر والغنم، والوجه الثانى وهو الاصح ان ذلك يعم النعم وغيرها فيرد معها بدل اللبن. كالارانب وبنات عرس. والجارية المصرة أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢١٠.

(٦٩) أى فلا يصح ان تقاس الشاة المصرة على الجارية المصرة فى عدم ردها بالتصرية. لثبوت الفارق المذكور بينهما.

(٧٠) لان رجل الحيوان مقصودة فى اجارته ان لا يمكنه السير بسهولة بدونها ولا كذلك الاذن. فلا يفوت المقصود من الاجارة بقطع الاذن ويفوت بقطع الرجل.

(٧١) فى المختار ص ٤٢: البخر بفتحيتين نتن الفم. وبابه طرب فهو أبخر. أه ويوصف الرجل اذا كان نتن الفم بالابخر والانثى بخراء، والجمع بخر، مثل أحمر وحمراء وحمرة. أنظر المصباح ج ١ ص ٤٣.

وانما ثبت الخيار بالبخر فى الجارية لانها تقصد للوطئ، وذلك فيها مقصود.

(٧٢) أنظر الهداية ج ٦ ص ٧ وانما لم يثبت فيه الخيار بقصد للاستخدام وذلك لانه يقصد لا يعنيه فيه.

(٧٣) فى الاصل: فلا يترك. / والمقام ليس مقام تفريع على ما قبلها، فكان ما فى نسخة ((ب)) أولى لأن المراد به الاخبار على جهة المعارضة.

قالوا : ولان اللبن غير مستكن (٧٤) في الحيوان من أصل الخلقة ، فلم يقابل
ببديل ، كالحمل ، (٧٥) ولانه لا يجوز افراد بالعقد ، فهو شحم البطن . (٧٦)
قلنا : الحمل يقابله جزء من الثمن في أحد القولين ، (٧٧) ثم الحمل لا يمكن
أخذه من الحيوان (٧٨) واللبن يمكن أخذه ، (٧٩) فهو كاجزاء المبيع ، (٨٠)

(٧٤) في الاصل : (عين مستكنة) .
(٧٥) حيث لا يقابل بثمن في البيع . لانه مجهول وانما يدخل في بيع الدَّم على
جهة التبع .
بجامع عدم الاستكمان في الحيوان من أصل الخلقة في كل من الاصل وهو الحمل
والفرع وهو اللبن . ولما كان حكم الاصل هو أن لا يقابل بالبديل كان حكم
الفرع كذلك فلا يقابل اللبن المطلوب من المصرة بالبديل وهو الصاع من تمر .
(٧٦) حيث لا يقابل ببديل في الشاة ، لان الثمن منقسم على جميع اجزائها مما
فليس لكل جزء منها ثمن معين بجامع عدم الافراد بالعقد في كل من الاصل
وهو شحم البطن حالة كونه قائما في المبيع ، والفرع وهو اللبن حالة كونه
في الضرع .
ولما كان حكم الاصل عدم مقابلته ببديل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يقابل اللبن
المطلوب من المصرة ببديل أيضا لذلك .
(٧٧) أنظر المجموع ج٩ ص ٢٠٢ وقد نص على أن له قسطا من الثمن في الاصح .
وأنظر القولين في شرح الوجيز ج ٨ ص ٤٢٨ ، والمقصود انه لا يصح قياس
لبن المصرة على حمل الشاة ، للفارق بينهما وهو أن الحمل يقابله قسط
من الثمن ولا كذلك اللبن في الشاة .
(٧٨) أي متى شاء الآخذ . أي ولذلك لم يقابل بالبديل ، أي على القول بأن

لا يقابل بالبديل .

(٧٩) أي الحمل .

(٨٠) حيث لا تقابل بقسطها من ثمنه .

بجامع عدم إمكان أخذه من الحيوان في كل من الاصل وهو أجزاء الحيوان المبيع
والفرع وهو الحمل فيه .
ولما كان حكم الاصل عدم مقابلته بقسطه من الثمن . كان حكم الفرع كذلك فلا يقابل

والثاني^(٨١) باطل بأطراف الجذوع وأساس الحيطان^(٨٢) .

* مسألة (٣٩) : النماء لا يمنع من الرد بالعيب ، كالمولد واللبن والسمن .^(١)

١٣٨٠ هـ /

وقال أبو حنيفة : ^(٢) يمنع .

(٨١) أى قياسهم الثاني وهو قياس لبن الصراة قبل حلبه على شحم البطن
فى عدم جواز افرادة بالبيع .

(٨٢) حيث لا يجوز افرادها بالبيع ، ثم تقابل بالبدل . فلم يؤثر الوصف الذى
ذكروا .

(١) الوجيز ج ١ ص ١٤٥ . المنهاج ص ٤٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٧ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٠٨ .

المحرر ج ١ ص ٣٢٤ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٩٢ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٦٦ .

الجواهر ج ٢ ص ٤٩ .

واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى ج ٩ ص ٧٣٦ .

(٢) ومحل المنع عنده اذا كانت الزيادة منفصلة متولدة من المبيع كاللبن
والولد والشرة ، والا بان كانت متصلة فسواء كانت متولدة عنــــه
كالسمن والجمال أو غير متولدة منه كما لو صبغ المشتري الثوب فزادت
بذلك قيمته ، أو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من المبيع كالاكتساب
فان هذه الزيادة لا تمنع من الرد بالعيب فى هذه الصور قبل القبض
وبعده بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع فانها تمنع الرد
بالعيب بعد القبض لاقبله .

أنظر التبيين ج ٤ ص ٣٥ . الكفاية على الهداية ج ٦ ص ١٣ . مجمع

الانهر ج ٢ ص ٤٥ .

لنا : انه نماء حادث فى ملك المشتري ، فلا يمنع الرد بالعيب ، كالولد
الحادث فى يد البائع (٣) ، ولانه نماء (٤) يجوز الرد بالعيب مع هلاكه ، فجاز مبيع
بقائه كالكسب (٥) ، ولانه عقد لا يمنع الكسب من فسخه ، فلا يمنع الولد ، كالهبة (٦).

(٣) أى فى مدة حبسه المبيع لاقتضاء الثمن ، حيث لا يمنع ذلك من الرد بالعيب ،
بجامع أنه نماء حادث فى ملك المشتري ، فى كل من الاصل وهو الوليد
الحادث فى يد البائع ، والفرع وهو الولد واللبن والسمن الحادث فى
ملك المشتري .

ولما كان حكم الاصل عدم المنع من الرد بالعيب فيه ، كان حكم الفرع
كذلك فلا يمنع النماء الحادث فى ملك المشتري منه أيضا لذلك .

(٤) سقط لفظ (نماء) من نسخة ((ب)) .

(٥) كما لو اشترى عبدا فاستكسبه ثم ظهر على عيب فيه ، حيث يجوز له رده به
وابقاء كسبه للمشتري .

بجامع أنه نماء يجوز الرد بالعيب مع هلاكه فى كل من الاصل وهو الكسب
والفرع وهو اللبن والولد والسمن . ولما كان حكم الاصل جواز رد المبيع
مع بقاء كسبه كان حكم الفرع كذلك فيجوز رد المبيع مع بقاء نمائه عند
المشتري من لبن وولد وسمن أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يمنع حدوث ولد من الموهوب من الرجوع بالهبة . أنظر المنهاج

ص ٨٢ .

بجامع أن كلا عقد لا يمنع الكسب من فسخه ، اما الأصل فهو الهبة ، واما
الفرع فهو بيع ماله نماء . ولما كان حكم الاصل عدم منع حدوث الولد
فى الهبة من فسخها كان حكم الفرع كذلك فلا يمنع النماء فسخ البيع
ورد المبيع أيضا لذلك .

قالوا : الولد موجب بالعقد ، بدليل انه اذا أولد ها المشتري ثم استحققت
فغرم قيمة الولد ، رجع بها ^(٧) على الغار ، فلم يجوز فسخ العقد في الأصل ^(٨) دون ^(٩)
كالملك والتسليم ^(١٠) والسمن ^(١١) .

قلنا : لانسلم ، لانه لو كان موجبا به ، ^(١٢) لوجب اذا لم يوجد الولد
أن يفسخ العقد أو يثبت له الفسخ ، كالملك والتسليم ، وانما رجع بالقيمة ^(١٣)
لانه ضمن له ^(١٤) سلامة ما يحدث ، كالمغرور بالحريصة فـ

(٧) أى بقيمة الولد .

(٨) وهو الام هنا .

(٩) أى الولد .

(١٠) أى تسليم المبيع للمشتري .

(١١) حيث لا يجوز فسخ العقد في البيع دون فسخه في الملك والتسليم والسمن .

بجامع الايجاب بالعقد في كل من الاصل وهو الملك والتسليم والسمن
والفرع وهو نماء المبيع وهو اللبن والولد .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز فسخ العقد في البيع دون الملك والتسليم
والسمن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز فسخ العقد بدون النماء أيضا لذلك .

(١٢) أى لو كان النماء موجبا بالعقد .

(١٣) حيث يثبت الفسخ اذا لم يكن المبيع ملكا للبائع ، أو لم يسلم البائع

السلعة الى المشتري .

(١٤) أى قيمة الجارية المبيعة اذا استولد ها المشتري ثم بانت مستحقة . حيث

يغرم المشتري قيمة الولد ويرجع بها على الغار .

(١٥) أى لان الغار ضمن للمشتري .

(١٦٣) يرجع بقيمة الولد (١٧) وان لم يكن موجبا له (١٨) وكما لو غصب طعاما واطعمه انسانا ، ففرم رجعه به على الغار ، لا جل الغرور ، والدليل عليه (١٩) أنه لو كان موجبا بالمقد لرجع (٢٠) بالثمن مقسطا على الولد والام ، ولانه يجوز أن يرتفع العقد ويبقى موجب ، كالنكاح ، يرتفع (٢١) ويبقى تحريم ام المرأة (٢٢) .
 قالوا : مال حصل بسبب رقة (٢٣) المبيع ، فلا يسلم له من (٢٤) غير بدل — مع رد المبيع (٢٥) كالسمن ولبن المصرة ، اذا وجد بها عيبا وأرث الجناية (٢٦) .

-
- (١٦) بان تزوجها على أنها هرة فبانت امة ، فانه يفرم قيمة الولد لسيدها لانه فوته عليه بانعقاده حرا ، ويرجع المفرور على الغار بتلك القيمة .
 (١٧) أى على من غره بحريتها .
 (١٨) أى وان لم يكن عقد النكاح موجبا على المفرور الرجوع بالقيمة على الغار .
 (١٩) أى على أن النماء غير موجب بالعقد .
 (٢٠) أى المشتري .
 (٢١) بالطلاق أو الفسخ .
 (٢٢) لانها بدخول الزوج على ابنتها اصبحت من المحرمات المؤبدة عليه .
 (٢٣) أى بسبب امتلاك رقة المبيع .
 (٢٤) أى للمشتري .
 (٢٥) فى نسخة ((ب)) : مع رد البيع .
 (٢٦) حيث لا تسلم المذكورات للمشتري من غير بدل .
 بجامع أنه مال حصل بسبب امتلاك رقة المبيع فو كل من الاصل وهو السمن ولبن المصرة اذا وجد بها عيبا وارث الجناية ، والفرع وهو ولد المبيع .
 ولما كان حكم الاصل عدم استحقاق المشتري للمذكورات بدون بدل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسلم النماء للمشتري بدون بدل أيضا لذلك .

قلنا : يبطل بالكسب ^(٢٧) وبالشقص ^(٢٨) الذى أخذ بشفعة المبيع ، والسمن ^(٢٩) ^(٣٠) لا يمكن افراده عن العين ، ولهذا لا يجوز فسخ الهبة فى الاصل دون ^(٣١) ^(٣٢) والولد يمكن افراده ، فهو كالكسب ^(٣٣) ، ولين المصراة كان موجودا حال العقد ، فلم يخل من بدل ، والولد حدث بعد العقد ^(٣٤) ، والجناية تنقص العـ ^(٣٥)

(٢٧) فونسخة ((ب)) : يبطل بالكسب اذا اغتـ / والمراد ان قولهم
 يبطل بكسب العبد المبيع فان كسبه مال حصل بسبب امتلاك المشتري
 رقية العبد ثم يسلم كسبه للمشتري من غير بدل مع رد العبد .
 (٢٨) بكسر فسكون وهو القطعة من الارض والطائفة من الشيء . أنظر المختصر

ع ٣٤٣ .

(٢٩) أى فانه مال اكتسبه الشفيع بسبب البيع ، ثم يبقى للشفيع حق الشفعة
 وان رد المشتري المبيع بالعيب .

(٣٠) أى نسخة ((ب)) : ولان السمن .

(٣١) أى دون السمن . كما لو اهداه شاة فسمنت ثم فسخ الهبة .

(٣٢) أى عن الام فيمكن فسخ البيع فى الام دونه ، فلا يصح قياسه على السمن
 للفارق المذكور .

(٣٣) حيث يجوز لمشتري العبد رده دون كسبه بالعيب .

بجامع امكان افراده عن العين فى كل من الاصل وهو الكسب اعنى كسب
 العبد والفرع وهو ولد الامة المبيعة . ولما كان حكم الاصل هو صحة رد
 العبد المعيب ويبقى كسبه للمشتري ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز رد الامة
 السعوية ويبقى ولدها للمشتري أيضا لذلك .

(٣٤) أى فجاز أن يخلو عن بدل ، بان ترد امه بالعيب دونه .

أى فلا يصح قياس ولد الامة على لبن المصراة للفارق بينهما ان اللبن
 فى المصراة كائن حال العقد ، بخلاف ولد الامة فانما ولد بعد العقد فى
 ملك المشتري .

فمنعت الرد،^(٣٥) ولهذا لو لم يحصل له أرش^(٣٦) لم يجز الرد أيضاً^(٣٧).
 قالوا : الولد كالعضو،^(٣٨) بدليل انه يدخل في البيع والعق^(٣٩)، ثم لا يرد^(٤٠)
 بعد انفصال العضو،^(٤١) فكذلك بعد انفصال الولد.^(٤٢)
 قلنا : ليس كالعضو، الا ترى انه ينفرد عنه في الملك والعق والضمان^(٤٣) والذكا^(٤٤).

- (٣٥) أى ولا كذلك الولادة فانها لا تنقص الامة . فكان قياس ولادة الامة على الجناية عليها قياسا مع الفارق .
- (٣٦) أى للجرح فى الجناية .
- (٣٧) لانها لم تنقص، بتلك الجناية قيمة الامة ، فلا تكون تلك الجناية عيبا ، موجبا للرد .
- أى وبثبوت هذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .
- (٣٨) أى فى المنع من رد المبيع بانفصال الولد أو العضو عند المشتري .
- (٣٩) أى فى بيع الام أو عتقها .
- (٤٠) أى المشتري .
- (٤١) للنقص الذى طرأ عليه به عند المشتري ، لما فى رده على البائع وهو كذلك من غبن له .
- (٤٢) أى فيجب ان لا يرد المبيع بعده أيضا .
- بجامعان كلا جزء من الحيوان المبيع ، اما الاصل فهو العضو من الحيوان واما الفرع فهو الولد .
- ولما كان حكم الاصل عدم جواز رد الحيوان بعد قطع عضو منه عند المشتري ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز رد الحيوان اذا ولد عند المشتري أيضا لذلك .
- (٤٣) فى نسخة ((ب)) : والزكاة . / بالزاي المعجمة ، وهو تحريف . والصواب بالذال كما فى الأصل .

(٤٤) عند هم . ثم انفصال العضو ينقص المبيع ، وانفصال الولد لا ينقص ، ولهـذا (٤٥)

يثبت الخيار بانفصال العضو دون الولد .

قالوا : الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله ، فيؤدى الى أن يأخذ (٤٦) الولد

من ملك البائع من غير عوض وهذا (٤٧) ربا واكل مال بالباطل .

قلنا : بل هو فسخ من وقته (٤٨) ولهذا لا يسقط حق الشفيع بالرد (٤٩) ولأنه

لو كان (٥٠) كذلك لوجب أن يرد مع الكسب (٥١) ولوجب أن لا يجوز فسخ الهبة

بعد الولاية (٥٢) لأنه يأخذ الولد من ملك الواهب من غير رضاه (٥٣) ولوجب

(٤٤) أنظر التبیین ج ٥ ص ٢٩٣ .

(٤٥) أى وبه فارق الاصل الفرع فى قياسهم ، ولا قياس مع الفارق .

(٤٦) أى المشتري .

(٤٧) أى أخذ المال بلا عوض يقابله فى عقد معاوضة .

(٤٨) أى من وقت الوقوف على العيب فى المبيع ، لا من أصله .

(٤٩) أى برد المشتري الشقص المبيع ، لان الشفعة ثبتت له بأصل العقد ،

فلو كان الرد بالعيب فسخا للعقد من أصله لبطل حق الشفيع فى الشفعة .

(٥٠) سقط حرف (لو) من الأصل . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٥١) أى لو كان الرد بالعيب فسخا للعقد من أصله .

(٥٢) أى والحال انه لا يجب رد المبيع مع كسبه .

(٥٣) زاد فى نسخة ((ب)) : ففى اذا لم يقبض الموهوب فرجع الواهب توجهه

أوجب الفسخ لانه . الخ . / والعبارة كما ترى غير واضحة ، ويستقيم الكلام

بدونها .

(٥٤) أى والحال انه يجوز ، فدل على أن العقد يفسخ من وقت العلم بالعيب

لا من أصله .

أن لا يجوز بعد هلاك الولد لانه يهلك ولد جارية الغير^(٥٦) في يده من غير بدل^(٥٧).

* مسألة (٤٠) : وطء^(١) الثيب^(٢) لا يمنع من الرد بالعيب^(٣) . ١٣٨/ ش.

(٥٥) أى الفسخ .

(٥٦) وانما كانت هنا جارية للغير بناء على قولهم ان العقد يفسخ من أصله عند اكتشاف العيب . واذا صح لهم ان العقد كذلك فان الولد يكون في حوزته ، من غير ملك مشروع ، لان الجارية ليست ملكا له لا نفاخ العقد فيها .

(٥٧) أى والحال انه يجوز رد المقتعد موت ولدها . فدل على أن النماء لا يمنع من الرد ، وان العقد في الرد بالعيب لا يفسخ من أصله ، بل من وقت العلم بالعيب .

(١) فى الأصل ونسخة ((ب)) : وطء .

(٢) فى المختار ص ٨٩ : ورجل ثيب وامرأة ثيب ، قال ابن السكيت : وهو الذى دخل بامرأة وهى التى دخل - بالبناء للمجهول - بها ، تقول منه : تثيب المرأة بفتح التاء تشييا . أه

وفى المصباح ج ١ ص ٩٦ : وقيل للانسان اذا تزوج : ثيب ، وهو فيعمل : اسم فاعل من ثاب ، واطلاقه على المرأة اكثر ، لانها ترجع الى أهلها بوجهه غير الأول ، ويستوى فى الثيب الذكر والانثى كما يقال ايم ويكر للذكر والانثى . أه

(٣) المختصر ص ٨٣ . الام ج ٣ ص ٦٨ . المنهاج ص ٤٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٧ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠٨ . وذكر فى المغنى ج ٤ ص ١١٠ رواية أخرى كقول أبى حنيفة انه يمنع الرد وعنه رواية ثالثة ان عليه مهر مثلها .

وقسم المالكية العيب الحادث عند المشتري فى البيع الى ثلاثة أقسام : عيب ليس فيه شئ وهو اليسير جدا ، وعيب فيه القيمة وهو العيب المتوسط ، وعيب يوجب رد المبيع وهو الفاحش ، ووطء الثيب من قبيل الأول وهو اليسير جدا . ومثال الثانى افتراض الامة البكر ومثال الثالث كل عيب =

(٤) وقال أبو حنيفة : يمنع.

لنا : هو انه انتفاع مجرد عن نقص (٥) فأشبهه الاستخدام (٦) ، أو طؤ من غير اتلاف فأشبهه وطء الزوج (٧) .

= فوت مقصودا في المبيع كعمى وعور وعرج وشلل فيه .
أنظر الجواهر ج٢ ص ٤٦ . القوانين ص ٢٩٣ . شرح المنح ج٢ ص ٦٦٢ .
المنتقى ج٤ ص ١٩٣ .
ويقول الشافعية يقول أبو محمد بن حزم أيضا : المحلى ج٩ ص ٧٣٢ رقم
١٥٨٥ /

(٤) أى من الرد وانما يرجع المشتري بنقصان ذلك على البائع . الا أن يرضى
البائع بالرد مع العيب الحادث .
الهداية ج٥ ص ٥٠٧ و ج٦ ص ١١٠ . التبيين ج٤ ص ٣٤ . مجمع الأنهر
ج٢ ص ٤٥ .

(٥) أى لم ينشأ عنه نقص في المبيع .

(٦) حيث لا يمنع الرد بالعيب .

بجامع الانتفاع مجردا عن النقص في المبيع في كل من الاصل وهو مالواستخدم
الامة المبيعة ثم ردها بعيب قد يم عند البائع ، والفرع وهو مالووطئ
الامة الشيب ثم ظهر منها على عيب قد يم قبل عقد البيع .
ولما كان حكم الاصل عدم امتناع الرد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يمتنع
الرد بوطئ السيثيب أيضا لذلك .

(٧) حيث لا يمتنع به رد الزوجة اذا ظهر على عيب فيها سابق للعقد .

بجامع ان كلا وطؤ من غير اتلاف للبكارة فيه ، اما الاصل فهو مالووطئ
الزوج وزوجته والفرع وهو مالووطئ المشتري امته المبيعة اذا كانت ثيبا .
ولما كان حكم الاصل عدم امتناع الرد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يمتنع
الرد بوطئ المشتري امته المبيعة اذا وجد بها عيبا قد يما أيضا لذلك .

قالوا : روى عن عمر ^(٨) أنه قال يرد ها ، ويرد معها عشر ثمنها ان كانت
بكرا ونصف عشر ثمنها ان كانت ثيبا ^(٩) ، وقال فى الجناية يرد ها ، ويرد ^(١٠) أرش الجناية
وعن على ^(١١) انه لا يرد ها ^(١٢) ، فأجمعوا على اثبات حكم الوطئ فلا يجوز اسقاطه .

(٨) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى العدوى ، أبو حفص ، ثانى الخلفاء
الراشدين وأحد فقهاء الصحابة ، والعشرة المبشرين بالجنة ، وهو أول من
سمى بأمر المؤمنين ، ولى الخلافة بعد أبى بكر وفتح عدة أمصار ، كان قد
أسلم بعد أربعين رجلا ، وشهد بدرا والمشاهد ، جعل الله الحق
على لسانه وقلبه استشهاد على يد أبى لؤلؤة المجوسى / ٢٣ . أنظر الخلاصة
ص ٢٨٢ .

وقد اختصه الله تعالى بالمهابة والصول ، وكان ملهما ، قال رضى الله عنه
وافقت ربي عز وجل فى ثلاث : فى مقام ابراهيم وفى الحجاب وفى اسارى
بدر ، وفى شأن الاسارى قال له النبى صلى الله عليه وسلم : **كأن يصيبنا**
فى خلافك شر .

وهو الى جانب ذلك كله زاهد ورع رضى الله عنه وأرضاه .

أنظر الحلية ج ١ ص ٣٨ .

(٩) رواه البيهقى ج ٥ ص ٣٢٢ باب ما جاء فىمن اشترى جارية فاصابها ثم
وجد بها عيبا ،

ثم قال البيهقى : هذا مرسل ، عامر لم يدرك عمر ، قال الشافعى رضى الله عنه :
لا نعلمه يثبت عن عمر ولا على ولا واحد منهما وكذلك قال بعض من حضره
وحضر من يناظره فى ذلك من أهل الحديث ان ذلك لا يثبت . أهـ

(١٠) فى نسخة ((ب)) : ويرد معها .

(١١) هو على بن أبى طالب عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم . أبو الحسن ، ابن

عم النبى صلى الله عليه وسلم وختنه على ابنته فاطمة . رابع الخلفاء الراشدين
وهو أول من أسلم من الصبيان ، قال أبو جعفر : كان شديد الامة ربعة الى
القصر أقرب . شهد بدرا والمشاهد كلها ، قال له النبى صلى الله عليه وسلم :
انت منى بمنزلة هارون من موسى . عن النبى يوم خير بقوله : لا عطين الراية رجلا
يحب الله ورسوله ويحب الله ورسوله ، كان وثيق العبارة دقيق الاشارة زاهدا

شجاعا استشهاد سنة ٤٠ هـ أنظر الخلاصة ص ٢٧٥ . الحلية ج ١ ص ٦١ .
(١٢) رواه عنه عبد الرزاق فى مصنفه ، ج ٨ ص ١٥٢ رقم ١٤٦٨٥ ولفظه : عبد الرزاق =

روى عن زيد مثل قولنا . (١٧) (١٨)

قالوا : وطؤ لم يستحق بسبب سابق ، فأشبهه وطء البكر . (٢٠)

قلنا : وطؤ البكر لو استحق بسبب سابق لمنع أيضاً (٢٤) وهو وطؤ الزوج ، فلم

= ليس مقام تأييد لادلة الخصم . بل المقصود هنا تقليل الاعتماد على دليلهم
لانه مروي عن اثنين فقط من الصحابة هما عمر وعلي .

ولم يذكر ابن قدامة في المغني ج٤ ص ١١ قولاً لأنس في هذه المسألة .

(١٧) سقط حرف (عن) من نسخة ((ب)) .

(١٨) هو زيد بن ثابت الضحاك بن زيد بن لؤي ان بمعجمة البخاري كاتيب

الوحي ، وأحد نجباء الانصار ، شهد بيعة الرضوان قرأ على النبي صلى الله عليه وسلم

وجمع القرآن في عهد الصديق أبي بكر ، وولى قسم غنائم اليرموك ، له اثنان

وتسعون حديثاً ، ولما مات خمس وأربعين سنة وقيل ثمان وقيل احدى وخمسين

قال أبو هريرة : مات خير الأمة .

روى له أصحاب الكتب الستة . أنظر الخلاصة ص ١٢٧ .

والدليل على أنه هو المقصود للمصنف انه ذكره ابن قدامة في هذه المسألة

أنظر المغني ج٤ ص ١١٠ .

(١٩) أى على عقد البيع .

(٢٠) حيث يمتنع رد البكر بعد وطئها اذا اطلع على عيب فيها سابق للعقد .

بجامع انه وطء لم يستحق بسبب سابق في كل من الاصل وهو مالو وطئ البكر

ثم ظهر فيها على عيب سابق والفرع وهو مالو وطئ الشيب ثم ظهر منها

على عيب قد يم قبل عقد البيع .

ولما كان حكم الاصل منع الرد فيه بالعيب ، كان حكم الفرع كذلك فيمنع رد

الشيب بالعيب السابق اذا وطئها أيضاً لذلك .

(٢١) أى من الرد بالعيب السابق على عقد البيع .

يؤثر الوصف (٢٢) ثم في الاصل زوال البكارة هو المانع (٢٣) ولهذا لو زال بخشيشية أو غيرها منع (٢٤)

قالوا : الوطؤ بمنزلة ذهاب جزء (٢٥) ولهذا جعلته الصحابة كالجنائية (٢٦) ، ولهذا لا يملكه الكافر على المسلمة (٢٨) ، وبوطئ واحد يجب جميع البدل ، ولهذا

(٢٢) أى الذى جعلوه علة فى قياس وطيء الامة الشيب على وطيء الامة البكر وهو كونه وطأ لم يستحق بسبب سابق فى الشيب ، لان البكر لو وطئست بسبب سابق على العقد بان كانت مزوجة غير مدخول بها قبل البيع ثم وطئها زوجها فى ملك المشتري . لمنع الرد أيضا .

(٢٣) أى من رد البكر بعيب سابق على عقد البيع ، لان زوال البكارة تصير به ثيبا ، وهو عيب طارئ ، فيمتنع به الرد بالعيب القديم .

(٢٤) أى فصح ان الاعتبار لزوال البكارة لانه يؤثر فى قيمة الامة وليس للجماع لان زوال البكارة بغير الجماع تمنع رد الامة أيضا .

(٢٥) أى من المبيع ، وهو الجارية هنا .

(٢٦) أى على المبيع ويعنى بالصحابة عمر وعلى رضى الله عنهما .

(٢٧) أى الوطؤ .

(٢٨) لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات

فامتحنوهن الله أعلم بايمانهم ، فان علمتوهن مؤمنات فلا ترجموهن الى الكفار لانهن حل لهن ولا هم يحلون يحلون لهن . . . الآية) المتحنة آية / ١٠ .

ولما فى ذلك من استعلاء الكفر على الاسلام . وقد قال تعالى :

(ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) سورة

النساء آية / ١٤١ .

من الثمن شيء، (٣٨) وإذا استرجعها البائع ليحبسها بالثمن، (٣٩) عادت مضمونة بجميع (٤٠) الثمن، كما لو استخدمها، (٤١) ثم استرجعها، (٤٢) وقد تكلمنا على قول الصحابة (٤٣). وإنما لم يملك الكافر على المسلمة لأن فيه ادخال ذل على الاسلام، (٤٤) ويجب

(٣٨) لأنها لا زالت في ملكه فله التصرف بها . والمشتري بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وان شاء ترك البيع .

(٣٩) أى حتى يسلم المشتري الثمن .

(٤٠) أى وان وطئها المشتري . أى فدل على أنها لم تنقص بوطنى المشتري فجاز لهردها بالمصيب ان .

(٤١) أى المشتري .

(٤٢) أى البائع ليحبسها بالثمن فانها تكون مضمونة لو تلفت بجميع الثمن . والمقصود اثبات انه لا فرق بين وطئها قبل التسليم وبين استرجاع البائع الامة ليحبسها بالثمن وبين استخدامها ثم استرجاعها من المشتري ، فان الواجب فى جميع ذلك ضمانها بالثمن دون نقص ، فصح ان الوطئ ليس بمنزلة ذهاب جزء من المبيع كما زعموا .

(٤٣) أى من انه لم تصح نسبة ما قالوه الى عمريل هو عن شريح وفى الوطئ خاصة وروى عن على عدم رد ها . ثم ان زيد بن ثابت قائل بخلافهما وموافق لنا .

(٤٤) أى وطئ الامة المسلمة .

(٤٥) وقد قال تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) النساء

آية / ١٤١ .

ولأن فى ملكها نوع ولاية عليها وقد نهى الله المؤمنين عن موالاة أهل الكفر فى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض . ومن يتولهم منهم فانه منهم ان الله لا يهدى القوم الظالمين .) المائدة آية / ٥١ .

ولما قد يحملها عليه من سوء الاعتقاد والافعال .

البدل بوطئ واحد . لأنه لا يمكن (٤٦) قسمته على الوطآت ، ولا على الزمان ، واما خيار الشرط ففيه وجهان . (٤٨) وان سلم (٤٩) فلأن الوطء حصل مع العلم بالخيار فتضمن الرضا ، (٥٠) ان لا يجوز الوطء في غير ملك ، وها هنا (٥١) وطئ قبل العلم بالخيار . (٥٢)
قالوا : الرد فسخ من أصله ، (٥٣) فيؤدي الى أن يحصل الوطء في ملك البائع من غير غرم ولا حد . (٥٤)

- (٤٦) في نسخة ((ب)) : لأنه لم يمكن .
(٤٧) في نسخة ((ب)) : ولا على الزمن . / أي زمن بقاء الامة المبيعة عنده قبل الاطلاع على العيب فيها .
(٤٨) اصحهما ان الوطء يعتبر اجازة من المشتري للبيع فلا يرد به المبيع .
أنظر المنهاج ص ٤٧ .
(٤٩) ان الوطء يمنع الرد بخيار الشرط .
(٥٠) في نسخة ((ب)) : فتضمن بالرضا . / أي فيمضي به العقد ويسقط الخيار فيه .
(٥١) أي فيمن وطئ الامة الشيب ثم وقف على عيب فيها سابق على عقد البيع .
(٥٢) لان علمه بما يوجب له الخيار - وهو الاطلاع على عيب في الامة سابق على البيع - كان يعدد الوطئ ، فلا يمنع الوطء هنا من الرد بالعيب لذلك بخلاف وطئ الامة في شرط الخيار فان وطأها هنا حصل بعد علمه بالخيار فدل على رضاه بالمبيع .
فكان قياسهم خيار الرد بالعيب على خيار الشرط هنا قياسا مع الفارق .
(٥٣) أي من أصل العقد وهو القبول ، لانه بوجود العيب تبين ان المشتري لم يقبله أصلا .
(٥٤) أي والحال انه لا يجوز ذلك ، ان الوطء في الاسلام لا يخلو من عقر بضم فسكون أي صداق ، أو عقر بفتح فسكون أي عقوبة أوحد .
ولذلك فلا يجوز ان يرد الامة لان ذلك يؤدي الى أن يكون وطرؤه بلا غرم ولا عقوبة .

قلنا : بل هو فسخ من وقته ، ولا نه قد يخلو من الغرم والحد ، وهو
 اذا وطئها البائع قبل التسليم عندهم ، (٥٧) أو زنى حربى بمسلمة ، (٥٨) أو دعت عاقلة
 مجنونا الى نفسها ، (٥٩) واذا وطئها المشتري ثم استرجعها البائع ، ليحبسها
 على الثمن فوجد بها عيبا فرد ها . (٦٠) (٦١)

قالوا : يؤدى الى أن يستباح الوطء فى ملك الغير . (٦٢)
 قلنا : بل استباح ، وهى فى ملكه ، (٦٤) ثم لو صح ما قالوه (٦٥) لما جاز الفسخ

(٥٥) أى من وقت العلم بالعيب . أى فيكون الوطء واقعا فى ملك المشتري ، لان ملكه صحيح فيما قبل العلم بالعيب .

(٥٦) فى نسخة ((ب)) : قد يخلو الواطئ .

(٥٧) أنظر مجمع الانهر ج ٣ ص ٢٠٥ . أى ويكون فسحا للبيع ، أى ولا حد ولا غرم عليه .

(٥٨) حيث لا حد ولا غرم ، لانه غير خاضع لا حكاما ، لكنه يقتل لحرايته بكل حال سواء أتى ما يستوجب الحد أولا .

(٥٩) حيث لا غرم ولا حد على الواطئ هنا لان المجنون غير مكلف .

(٦٠) أى المشتري .

(٦١) حيث لا غرم على المشتري ولا حد عليه هنا لانه وطئها وهى فى ملكه .

(٦٢) هذا بناء على أصلهم ان العقد فى الرد بالعيب يفسخ من أصله لا من وقت العلم بالعيب ، وان ذلك كذلك فان الوطء يقع فى ملك الغير وهو البائع

أنظر المسألة قبل هذه هامش رقم (٤٦) .

(٦٣) سقطت كلمة (بل) من الاصل .

(٦٤) لان العقد يفسخ من وقت العلم بالعيب لا من أصله ، والغرض ان العلم بالعيب حصل بعد الوطء .

(٦٥) فى نسخة ((ب)) : ما قالوا . / وهو ان الوطء يمنع الرد لما يلزم عليه من

أنه يؤدى الى استحابة الوطء فى ملك الغير .

بالتراضى (٦٦) لهذه العلة. (٦٧)

* مسألة (٤١) : اذا اشترى اثنان من واحد عبدا فوجدا به عيبا ،
جاز لأحدهما الرد . ١٣٩/٠ ي .

(٦٦) أى وهم قائلون بجواز الفسخ فى هذه الصورة أعنى جواز رد الامة الشيب
اذا وطئها المشتري ثم اطلع على عيب فيها قبل عقد البيع فيما اذا رضى
البائع بالرد ، أنظر الهداية ج ٦ ص ١١ .

(٦٧) وهى كون الفسخ بالتراضى يؤدى الى أن يقع الوطؤ فى ملك الغير ،
أى والحال انه يجوز بالتراضى فبطل تعليلهم المذكور .

(١) المختصر ص ٨٣ . الام ج ٣ ص ٦٩ . وقد نص فى المنهاج ص ٤٨ على
أنه أظهر القولين عندهم فقال : ولو اشترى عبد رجلين معييا فله
رد نصيب أحدهما ولو اشترياه فلا أحدهما الرد فى الأظهر . أه . وقال
السبكي فى المجموع ج ١١ ص ٣٤١ : وهو الاصح . أه . وكذا نص عليه
فى الوجيز ج ١ ص ١٤٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٢١٢
وقد حكى فى المغنى ج ٤ ص ١٢٢ عن أحمد روايتين كالمذهبين الحنفى
والشافعى .

وبه يقول المالكية فى احدى الروايتين والثانية كقول أبى حنيفة . أنظر
القوانين ج ٢ ص ٢٩٢ .

وقد نص فى البلغة ج ٢ ص ٦٦ على أن القول بالجواز هو المشهور واليه
رجع مالك بعد ان كان يقول بالمنع ، وبه يقول ابن القاسم من أصحابه .
وأنظر انجواهر ج ٢ ص ٤٨ . شرح المنح ج ٢ ص ٦٧٢ . ومحل جواز الرد مالم
يكونا شريكين والا فلا لانهما بالشركة يكونان كرجل واحد فاما يقبلان
معا واما يردانه معا . أنظر البلغة ج ٢ ص ٦٦ .

والى جواز الرد أيضا ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى ج ٩ ص ٧٣٢ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .^(٢)

لنا : هو ان رد جميع مملكه ، كما دخل في ضمانه ، بعيب لم يرض به ، فأشبهه اذا أنفرد بالشراء^(٣) ، ولانه في أحد شطريه عاقدان ، فكان حكمه حكم الصفقتين في الرد^(٥) ، كما لو كان البائع اثنين ، والمشتري واحدا^(٦) ، ولأن ما جاز للشفيع ان يفرد به بالاخذ ، جاز للمشتري أن يفرد به بالرد ، كما لو اشترى في صفقتين^(٧) ، ولأنهما عقدا^(٨) ، فان الفعل اذا أضيف الى اثنين ، كان

(٢) لما فيه من تفريق الصفقة على البائع وذلك لا يجوز فاما بكل الثمن والمبيع والا رده كله . أنظر : الهداية ج ٦ ص ٢ . التبيين ج ٤ ص ٣١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٠ .

(٣) حيث له رد جميع الصفقة بالعيب .

بجامع رد جميع مملكه كما دخل في ضمانه بعيب لم يرض به في كل من الاصل وهو مالو انفرد بالشراء والفرع وهو مالو اشتراه مع شخص آخر . ولما كان جواز رد بالعيب ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز لا حد هما الرد أيضا لذلك .

(٤) في نسخة ((ب)) : ولانه عقد .

(٥) بان كان المشتري واحدا والمبيع شيئين كل منهما بمقد مستقل ثم وجد المشتري عيبا في احدى البيعتين فانه يرد ها على البائع به .

(٦) حيث يجوز له رد المبيع بالعيب .

بجامع ان كلا عقد في أحد طرفيه عاقدان ، اما الاصل فهو مالو كان البائع اثنين والمشتري واحدا . واما الفرع فهو مالو كان المشتري اثنان والبائع واحدا ، ولما كان حكم الاصل جواز الرد لا حد هما وان لم يرض الآخر كان حكم الفرع كذلك فيجوز لا حد المشتريين الرد وان لم يرض الآخر .

(٧) حيث يجوز له الرد في أحدهما دون الآخر .

بجامع جواز ان يفرد الشفيع نصيب أحد المشتريين للشقص المبيع بالرد ويأخذ بالشفعة في نصيب الآخر .

في كل من الاصل وهو مالو اشترى في صفقتين . والفرع وهو مالو اشترى عبدا فوجدا به عيبا . ولما كان حكم الاصل هو جواز افراد احدى الصفقتين بالرد دون الاخرى كان حكم الفرع كذلك فيجوز لا حد المشتريين أن يفرد بالرد دون الآخر أيضا لذلك .

(٨) أى في الحقيقة وان كان الظاهر انهما عقد واحد فد الصورة .

بمنزلة المكرر ، ولهذا لا فرق بين أن يقول : طلقكما^(٩) ، وبين أن يقول : طلقتك وطلقك^(١٠) .

قالوا : رد ما اشتراه ناقصا عما كان في ملك البائع^(١١) ، فلا يجوز ، كما لو كان المشتري واحدا أو حدث عنده عيب^(١٢) ، أو رد احد وارثي المشتري نصيبه^(١٤) .

قلنا : هذا النقص حصل بفعل البائع حين أوجبه لاثنتين وفرقه في الملكين ، بخلاف ما لو كان المشتري واحدا ، فإنه حصل نقص الاشاعة بفعله^(١٥) وتفريقه^(١٦) ، ولأنه حصل النقص وهو في ضمانه^(١٧) فلم يمنع الرد^(١٨) ، كالعيب الذي حدث

(٩) فإن الطلاق يقع على كل واحدة منهما كما لو قال لها منفردة : طلقتك .

(١٠) فإن الطلاق يقع على كل واحدة منهما أيضا لا نفرادها بالمخاطبة به .

(١١) أي بسبب تفريق الصفقة به على البائع .

(١٢) حيث لا يجوز له رد بعض المبيع لأنه خاله النقص به على البائع .

(١٣) أي وأراد رد المبيع بعد العيب الحادث ، فإنه ذلك لا يجوز .

لأن فيه غنا للبائع بما دخال عيب جديد على المبيع .

(١٤) حيث لا يجوز له رد نصيبه من المبيع الذي اشتراه المورث ، لتفريقه الصفقة به على البائع .

والجناصع في الاقيسة المذكورة هو رد المبيع ناقصا على البائع ، في كل .

(١٥) أصل الاشاعة من شاع الشيء يشيع شيوعا اذا ظهر وانتشر ، ومنه قولك

شاع اللبن في الماء اذا تفرق فيه وامتزج به ، ومنه قيل : سهم شائع

كأنه مسترج لعدم تميزه عن غيره من الشركاء . أنظر المصباح ج ١ ع ٣٥٣ .

وفي المختار ع ٣٥٣ : وسهم مشاع وشائع أي غير مقسوم . أهـ .

(١٦) أي بفعل المشتري .

(١٧) أي حين كان المبيع في ضمان البائع . لان فرض المسألة الرد بعيب

سابق على العقد .

(١٨) لان العقد لم يقع عليه هو انما وقع على بيع سالم فلما ظهر فيه العيب

تبين انه غير المعقود عليه .

فى (١٩) ، بخلاف العيب الحادث فى يد المشتري (٢٠) ، وفى وارثى المشتري (٢١) وجهان . وان سلم (٢٢) فلانهما قائمان مقام المورث ، وهو ملك بعقد واحد (٢٤) (٢٥) المشتريان ملكاه بعقد هما ، وكل واحد منهما ينفرد بعقده ، فانفرد بفسخه ، ولهذا فلا يجوز للمشتري أن يرد نصيب أحد وارثى البائع (٢٧) ، ويجوز أن يرد نصيب أحد البائعين . (٢٨)

(١٩) أى فى يد البائع قبل أن يقبضه المشتري ، حيث يجوز للمشتري رده بالعيب قطعاً ، والجامع فى القياس المذكور هو حصول النقص فى المبيع وهو فى ضمان البائع فى كل من الاصل وهو مالو حدث العيب فى يد البائع والفرع وهو مالو كان العيب سابقاً على العقد ، ولما كان حكم الاصل جواز الرد بالعيب الحادث بعد العقد وقبل القبض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الرد بالعيب القديم السابق للعقد أيضاً لذلك .

(٢٠) حيث لا يوجب ذلك رد المبيع لانه من ضمان المشتري لانه دخل فى ملكه بالقبض .

(٢١) سقط حرف الياء من (المشتري) فى نسخة ((ب)) . / والوجهان حكاهما السبكي فى المجموع ج ١ ص ٣٣٠ أحد هما جواز الرد الثانى المنع وزاد ثالثاً وهو ان البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف الثمن وبين أن يعطى نصف الارش ويجبر الذى يريد الرد على اسقاط حقه .

(٢٢) أى على الوجه القائل بمنع الرد .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : وهذا ملك . / والاشارة عائدة الى المورث وهو المشتري .

(٢٤) فى نسخة ((ب)) زيادة : وهذا ملك بعقد واحد فكان لهما الرقبة دون أحد هما فهنا المشتريان . . الخ . / لكن الكلام يستقيم بدونها .

(٢٥) أى فيما لو اشترى اثنان عبداً ورد أحدهما نصيبه منه .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : ولهذا لا يجوز .

(٢٧) لانهما قائمان مقام المورث . ولما كان المورث وهو البائع حياً لما جاز للمشتري رد بعض المبيع عليه ، فكذلك ليس له الرد على أحد وارثيه لما فيه من تفريق الصفقة .

(٢٨) لان العقد بين هنا منفردان . فليس فيه ضرر تفريق الصفقة .

* مسألة (٤٢) : اذا اشترى رجل عبد ين ثم وجد باحدهما عيبا ،

لم يجز له رده ^(١) في أحد القولين . ١٣٩/٠ .

وقال أبو حنيفة : يجوز بعد القبض ^(٢) .

لنا : ان البائع واحد والمشتري واحد ، فأشبه اذا كان العبد واحدا ^(٤) ،

(١) أى مطلقا قبل القبض أو بعده .

(٢) هذا اظهرهما . المنهاج ص ٤٨ . الوجيز ج ١ ص ١٤٠ . فتح العزيز

ج ٨ ص ٢٤١ والتي تلبيها .

وأنظر المجموع ج ١١ ص ٣٣١ .

(٣) أى فيرد المعيب وحده ، خلافا لزفر حيث يوجب قبولهما معا أو ردهما معا .

أنظر الهداية ج ٦ ص ٣٠ . التبيين ج ٤ ص ٤١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٠ .

وأجاز الحنابلة رده مطلقا قبل القبض أو بعده حيث لم يفرقوا بين الحالين .

أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٠ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢١٣ . وقد ذكر

في المغنى ج ٤ ص ١٢١ عن أحمد روايتين أحدهما : ليس له الا ردهما

أو أخذ الارش مع امساكهما .

والثانية : له رد المعيب وامساك الصحيح .

ومحل هاتين الروايتين ما اذا كان المبيعان مما يجوز التفريق بينهما ،

والا فاما ان يرد هما جميعا أو يمسكهما جميعا ، كما لو كان المبيع ولدا

مع أمه .

ويقول الحنابلة يقول المالكية أيضا : أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٦٤٠ .

الجواهر ج ٢ ص ٤٧٠ . شرح المنح ص ٢ ص ٦٦٩ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٧٣٩ .

(٤) حيث لا يجوز له رد بعض العبد ، لما فيه من تفريق الصفقة ، لأن البائع

سيكون شريكا للمشتري في البعض المردود من العبد .

بجامع تفريق الصفقة برده في كل من الاصل وهو ماله واشترى عبدا واحدا ،

والفرع وهو ماله واشترى عبدتين .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز رد بعضه بعيب على البائع ، كان حكم

الفرع كذلك فلا يجوز رد أحدهما عليه أيضا لذلك .

ولان مالا يجوز تبويض الصفقة فيه قبل القبض ، لم يجز بعده كزوجي الخف^(٥).
قالوا : عيان لا ضرر في افراد أحدهما عن الآخر ، وجد سبب الرد فسي
أحدهما بعد القبض فجاز افراد به بالرد ، كما لو اشترط الخيار في أحدهما^(٦).

(٥) الزوج هو الشكل الذي يكون له نظير كالاصناف والالوان ، أو يكون له
نقيض كالرطب واليابس والذكر والانثى والليل والنهار . . الخ .
ويطلق الزوج على كل اثنين ضد الفرد ، تقول عندى زوج نعل أى نعلين
وزوجا نعل أى أربعة نعال ،
ويطلق الزوج على الواحد أيضا قال ابن قتيبة : الزوج يكون واحدا ويكون
اثنين وقوله تعالى : (من كل زوجين اثنين) هو هنا واحد .
وقد أنكر النحويون أن يكون الزوج اثنين . والزوج عندهم هو الفرد
قال الفيومي : هذا هو الصواب ، وقال ابن الانبارى : والعمامة تخطئ
فتظن ان الزوج اثنان وليس ذلك من مذهب العرب بل تقول : زوجان من
حمام وزوجان من خفاف ولا يقولون للواحد منهما زوج بل للذكر فرد وللانثى
فردة . وقد استدل بعضهم لهذا بقوله تعالى : (خلق الزوجين الذكر
والانثى) . فاطلق على الاثنين زوجين .

واما تسميتهم الواحد بالزوج فمشرط بأن يكون معه آخر من جنسه . كفردة
الخف تقول انها زوج اذا كانت معها الفردة الاخرى . أنظر المصباح المنير
ج ١ ص ٢٧٧ .

والجامع في القياس المذكور هو عدم جواز تفريق الصفقة فيه قبل القبض ،
في كل من الاصل وهو زوجا الخف والفرع وهو ابتياع عدين بصفقة واحدة
ولما كان حكم الاصل عدم جواز رد أحد زوجي الخف بعد القبض ، كان
حكم الفرع كذلك فلا يجوز رد أحد العبدتين بعد القبض أيضا لذلك .

(٦) في نسخة ((ب)) : على الآخر . / وهو تحريف .

(٧) حيث يجوز رد به بعد القبض .

بجامع انهما عيان لا ضرر في افراد أحدهما بالرد عن الآخر وجد سبب
الرد في أحدهما بعد القبض في كل ، اما الأصل فهو مالمو اشترط الخيار

قلنا : لانسلم ، فان في افراد الجيد عن الردئ ضررا ، لانه لا يرغب
 في الردئ (٨) اذا افرء عن الجيد ، وان اضم اليه رغب فيه (٩) . ولا سيما في زوجي
 حصير ، وثوري حرث ، والبيع لا يصح في الأصل (١٠) في أحد القولين (١٢) ، ثم هناك (١٣)
 رضى بأن يرد عليه أحدهما ، وهما هنا لم يرض ان لو رضى بذلك لأعلمه بالعيب (١٤)
 رضى بأن يرد عليه أحدهما ، وهما هنا لم يرض ان لو رضى بذلك لأعلمه بالعيب (١٥)
 رضى بأن يرد عليه أحدهما ، وهما هنا لم يرض ان لو رضى بذلك لأعلمه بالعيب (١٦)

= في أحد العيين المبيعين واما الفرع فهو مالوا اشترى عدين ثم ظهر
 على عيب في أحدهما قبل العقد .
 ولما كان حكم الاصل جواز رد أحد العيين بشرط الخيار بعد القبض ،
 كان حكم الفرع كذلك فيجوز افراد أحد العبدین بالرد بالعيب بمسند
 القبض أيضا لذلك .

(٨) في نسخة ((ب)) : في الرد .

(٩) سقط لفظ (فيه) من الاصل . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(١٠) غير واضحة في الأصل ، وهي بالنون في نسخة ((ب)) . / ولا معنى لها ،

فوجب حملها على ثوري حرث . تشية ثور بالمثلثة . ومحل المنع — من

رد أحد ثوري الحرث عندهم هو ما اذا الف أحدهما الآخر ، بحيث

لا يعمل في الحرث الا معه . لانهما يصيران كزوجي الخف .

أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٣١ . واما عند الشافعية فلا يجوز رد أحد هما

مطلقا ، لما فيه من تفريق الصفقة .

(١١) وهو مالوا اشترط الخيار في أحد العبدین ، لا على التعيين .

(١٢) قال النووي : اصحهما صحة العقد فيهما ، أحد . المجموع ج ٩ ص ٣٨٦ .

(١٣) أي فيما لو اشترط الخيار في أحد العبدین المبيعین صفقة واحدة .

(١٤) أي البائع .

(١٥) أي فيما اذا باع عدين بلا شرط خيار ، ثم وجد المشتري في أحد هما عيبا .

(١٦) أي فهذا فارق بين الاصل والفرع يطلب به قياسهم المذكور .

* مسألة (٤٣) : اذا اشترى عبدا على انه كافر، فخرج مسلما ، ثبت له الخيار ^(١) . ١٣٩/١ .
وقال أبو حنيفة : لا خيار له ^(٢) .

لنا . ان الكفر زيادة يرغب فيه في العبد ، لانه يصلح للمسلم والكافر ،
فاذا اشترط ^(٤) وخرج بخلافه ثبت له الخيار ، كما لو شرط ^(٥) انه خصي ^(٦)

(١) القليوبي ج ٢ ص ١٨٠ فقد ذكر ان العلة في صحة هذا الشرط وثبوت الخيار له بتخلفه هي رغبة الفريقين في العبد الكافر لسقوط التكاليف الشرعية عنه . فكان هذا الشرط وصفا يقصد في البيع كما لو شرط العبد كاتبا والدابة حاملا أو لبونا .

وقد نص على ثبوت الخيار للمشتري اذا شرط وصفا مقصودا في العقد كل من : المنهاج ص ٤٦ . الوجيز ج ١ ص ١٣٩ . المجموع ج ٩ ص ٣٥٨ . وهو قول المالكية : القوانين ص ٢٩٢ . الشرح الصغير ج ١ ص ٥٣ مع البلغة عليه . الجواهر ج ٢ ص ٣٩ .

(٢) الهداية ج ٥ ص ٥٣٠ حيث نص على أن الصفة التي بانث في العبد أفضل من التي اشترطها المشتري فلا خيار له في الرد . وفي مسألتنا العبد المسلم أفضل من العبد الكافر قطعاً .
وأنظر حاشية الشلبي على التبيين ج ٤ ص ٢٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٦١ . كشاف القناع ج ٣ ص ١٧٨ . وقد زاد في المغني ج ٤ ص ١١٨ قولاً آخر أن له الخيار كالشافعية . ولم أقف على قول ابن حزم هنا في هذه المسألة .

(٣) أي في الخدمة .

(٤) في الأصل : فاذا شرطه .

(٥) في الأصل : كما لو شرطه . / وما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٦) في المنهاج ج ١ ص ١٨٤ : خصي العبد اخصيه خصاء بالكسر والمد ؛ سلت اخصيه ، فهو خصي فعيل بمعنى مفعول مثل جريح وقتيل والجمع خصيان . أهـ .

فخرج فحلاً (٧).

قالوا : عقد ، فإذا شرط فيه الكفر فخرج الاسلام ، لم يثبت له الخيار ،

كالنكاح (٨) .

قلنا : الكفر ليس بفضيلة في النكاح (٨) ، وهو فضيلة في البيع (٩) .

(٧) حيث يثبت له به الخيار لان في دخول الخصي على النساء تسامحاً ليس في الفحل .

بجامع ان كلا صفة زائدة ترغب في العبد . أما الاصل ، فهو مالو شرطه خصياً فبان فحلاً ، وأما الفرع فهو مالو شرطه كافراً فبان مسلماً . وأما كان حكم الاصل ثبوت الخيار فيه للمشتري كان حكم الفرع كذلك فيثبت له به الخيار أيضاً لذلك .

(٨) حيث لا يثبت له الخيار فيه اذا شرطها كافراً فبانت مسلمة ، لانها اكمل من الكافرة .

بجامع ان كلا عقد ، اما الاصل فهو النكاح واما الفرع فهو الشراء ، ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الخيار للسيد اذا شرط في الأمة أن تكون كافرة فخرجت مسلمة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمشتري الخيار اذا شرط في العبد أن يكون كافراً فبان مسلماً أيضاً لذلك .

(٩) لان العبد لا يصلح به لنكاح الامة المسلمة ، فتضييق فرص الاستفادة منه من جهة تكثير العبيد به .

(١٠) لصلاحية العبد به للبيع ، للمسلمين وغيرهم .

ثبت بذلك أن بين الاصل والفرع في قياسهم المذكور فارقاً يطل به .

* مسألة (٤٤) : الزنا يرد به العبد . ١٠٣٩ / ١ . (١)

وقال أبو حنيفة : لا يرد . (٢)

لنا : انه ملوك يرد بالبرص والجنون ، فرد بالزنا كالامة ، ولا نـ (٤)

معصية توجب الحد فأشبه السرقة . (٥)

(١) الوجيز ج ١ ص ١٤٢ . المنهاج ص ٤٨ . المجموع ج ١١ ص ٤٩٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٥ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٠٤ .

المغنى ج ٤ ص ١١٦ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٩٣ . المنتقى ج ٤ ص ١٩٠ . الشرح

الصغير ج ٢ ص ٥٣ .

ولم أقف على صريح قول ابن حزم في هذه المسألة ولكن يشبه أن يكون هذا

قوله أيضا ، أنظر المحلى ج ٩ ص ٧٣٠ .

(٢) أي بخلاف الجارية فانها ترد به .

الهداية ج ٦ ص ٧ . التبيين ج ٤ ص ٣٢ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٢ .

(٣) حيث ترد بالزنا .

بجامع انه ملوك يرد بالبرص والجنون في كل من الاصل وهو مالوك كان

المبيع امة ، والفرع وهو مالوك كان المبيع عبدا ، ولما كان حكم الأصل

جواز رد الامة بالزنا ، كان حكم الفرع كذلك فيرد به العبد أيضا لذلك .

(٤) أي الزنا .

(٥) حيث يرد بها العبد .

بجامع انه معصية توجب الحد في كل من الاصل وهو السرقة والفرع

وهو الزنا . ولما كان حكم الاصل ثبوت خيار العيب بالسرقة كان حكم

كذلك فيثبت خيار العيب بالزنا أيضا لذلك .

- قالوا : معصية لا يستحق بها عضو ، فأشبهه النسيئة والكذب . (٧)
- قلنا : وان لم يستحق به عضو ، الا أنه يستحق به الحد (٨) واذا تكرر (٩)
- أتى عليه فأهلكه ، ويفسد عليه فراشه ، والا صل (١٠) غير مسلم . (١٢)
- قالوا : فضل قوة ، (١٣) فلا يرد به .
- قلنا : يبطل بقطع الطريق والسرقعة . (١٤)

(٦) أى لا يقطع بها عضو من الزانى بسبب الزنى ، وانما فيها الجلد للبكر والرجم للمحصن .

(٧) حيث لا يرد بهما العبد .

بجامع انه معصية لا يستحق بها عضو فى كل من الاصل وهو النسيئة والكذب والفرع وهو الزنا ، ولما كان حكم الاصل عدم رد العبد به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يرد العبد بالزنا أيضا لذلك .

(٨) فيجلد خمسين جلدة على النصف من حد الحر ، لقوله تعالى : (فاذا احصن - أى الاماء - فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) سورة النساء آية / ٢٥ . ويقاس العبد على الامة فى ذلك بجامع ان لا فارق بينهما .

(٩) أى الحد بتكرر الزنى .

(١٠) أى يفسد على السيد أهله وحريمه ان لا يأمنه على أهله وحريمه . نص عليه

فى المغنى ج ٤ ص ١١٦ .

(١١) وهو المقيس عليه فى قياسهم أعنى النسيئة والكذب .

(١٢) أى بانه لا يرد العبد بالكذب والنسيئة . وأنظر المجموع ج ١١ ص ٤٩٤ .

(١٣) أى ان زناه دليل على قوة عنده على الانجاب ، واذا زوجه امه مثله زاد فى عبيده ، فلا يعد ذلك فيه عيبا .

(١٤) حيث يدل ذلك على فضل قوة عنده أيضا ومع ذلك يرد بها العبد .

فبطل جعل فضل القوة علة فى عدم الرد به لوجودها فى قطع الطريق وتختلف الحكم عنها .

* مسألة (٤٥) : البخير ^(١) يرد به العبد . ١٣٩ / ش . ^(٢)

وقال أبو حنيفة : لا يرد ^(٣) .

لنا : انه رقيق فأشبهه الجارية ^(٤) .

(١) في المسباح ج ١ ص ٤٣ : ويخر الفم بخرا من باب تعب : انتنت ريحه ، فالذكر ابخر والانشى بخراء والجمع بخر ، مثل أحمر وحمراء . وحمراء . أه
قال السبكي : والبخير الذي هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون
ما يكون بقلح الاسنان فان ذلك يزول بتتظيف الفم . أه المجموع ج ١ ص ٤٩٠
، وفسره في الشرح الصغير ج ٢ ص ٥٣ : بعفونة الفرج وكذا عفونة النفس
اذا قوى . أه .

وزاد في مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٢ فقال : نتن رائحة الفم ، وفي البزازيصة
- اسم كتاب - نتن رائحة الانف . أه .

وانما ينشأ البخير في الفم نتيجة لتغير المعدة . أنظر رد المحتقى ج ٢ ص ٤٢ .

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٤٢ . المنهاج ص ٤٨ . المجموع ج ١ ص ٤٩٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠٣ .

المفنى ج ٤ ص ١١٦ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٩٣ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٥٣ . الجواهر

ج ٢ ص ٤٠ .

(٣) الهداية ج ٦ ص ٧ . التبيين ج ٤ ص ٣٢ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٢ .

واما ابن حزم فان كان البخير ما ينقص به ثمن العبد ، فانه يعتبر ذلك عيبا

يرد به العبد ، والا فلا . أنظر المحلى ج ٩ ص ٧٣٠ .

(٤) حيث يثبت به فيها الخيار .

بجامع الرق في كل من الاصل وهو الامة والفرع وهو العبد ، ولما كان حكم

الاصل جواز رد الجارية بالبخر كان حكم الفرع كذلك فيجوز رد العبد به

أيضا لذلك .

قالوا : لا يقدح في المقصود بالعبد ، فأشبه الصنان (٦)
 قلنا : بل يحتاج الى أن يساره ، فيتأذى به ، والصنان يزول بالغسل (٨)
 وهذا لا يزول ، ولهذا لا يثبت به الرد في (١٠) الجارية ويثبت بالبخر (١١).

* مسألة (٤٦) : البول في الفراش يثبت به الخيار في العبد ، ٣٩ / ١ ش.

(٥) وهو الخدمة .

(٦) في المصباح ج ١ ص ٣٧٤ : الصنان : الذفر تحت الابط وغيره ، وأصبن الشيء بالالف : صار له صنان . أهـ .

وقد ضبطهما المختار ص ٣٧١ بضم الصاد وفتح النون .
 والجامع في القياس المذكور هو عدم القدح في المقصود بالعبد في كل من الاصل وهو الصنان في العبد والفرع وهو البخر فيه ، ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت خيار العيب في العبد لصنانه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت خيار العيب في العبد ببخره أيضا لذلك .

(٧) في المختار ص ٢٩٥ : وساره - بتشديد الراء - في انه مسارة وسرارا بالكسر وتساروا تتاجوا . أهـ . أى انه يحتاج الى أن يفضى له بأسراره فيتأذى من بخره .

(٨) في نسخة ((ب)) : بالفعل . / وهو تحريف .

(٩) أى البخر الناتج عن تغير المعدة .

(١٠) سقط كلمة (الرد) من الاصل .

(١١) لعدم امكان ازالته بالغسل . فيتأذى به السيد لانها تقصد للوطئ وهو معنى مقصود في العقد . أى وهذا فارق يبطل به قياسهم البخر على

الصنان .

(١) المنهاج ص ٤٨ . الوجيز ج ١ ص ١٤٢ . ومحل كونه عيبا فيه مالو كان

كبيرا ، والا بان كان صغيرا لا يتحرز مثله عنه وقيل بان كان دون سبع سنين فان ذلك ليس بعيب فيه بلا خلاف .

=

أنظر المجموع ج ١١ ص ٤٩٨ .

وقال أبو حنيفة : لا يثبت . (٢)

لنا : انه يفسد الفراش ببوله ، فهو كالجارية . (٣)

قالوا : لا ضرر عليه في بوله ، فلا يثبت به الخيار . (٤)

= وهو قول الحنابلة ، ومحل كونه عيبا فيه عندهم ما اذا بلغ عشرة فصاعدا .
شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٠٤ . المغنى
ج ٤ ص ١١٦ .

وبه يقول المالكية : القوانين ص ٢٩٣ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٥٤ . الجواهر
ج ٢ ص ٤٠ . الا أنهم لم يحدوا للصغر والكبر سنا معينة .
(٢) ومحل كونه عيبا فيه ما لم يبلغ فان ابلغ فليس ذلك بعيب فلا يرد به العبد
فان ا فعل ذلك في صغره عند البائع ثم فعله في صغره أيضا عند المشتري
فله رده الا أن يبلغ فلا يرد به .

الهداية ج ٦ ص ٤ . التبيين ج ٤ ص ٣٢ . ومجمع الانهر ج ٢ ص ٤١ .
قال في فتح القدير ج ٦ ص ٥ : وحاصله انه اذا ظهرت هذه الأشياء
- الا باق والبول في الفراش والسرقة - عند البائع في صغره ووجدت عند
المشتري بعد البلوغ لم يرد به لانه غير ذلك الذي كان عند البائع . أهـ
وقول ابن حزم في هذه المسألة كقوله في التي قبلها .

(٣) حيث ترد به الجارية .

بجامع فساد الفراش ببوله في كل ، اما الاصل فهو الجارية ، واما الفرع
فهو العبد ولما كان حكم الاصل ثبوت خيار العيب في بول الجارية في
الفراش ، كان حكم كذلك فيثبت خيار العيب في بول العبد في الفراش
أيضا لذلك .

(٤) لان العبد هو الذي يغسل فراشه وثيابه . ولذلك اعتبر عيبا في
الصغير لعدم امكانه القيام بغسل فراشه وثيابه بنفسه فيتأذى منه
السيد ، ولا كذلك الكبير .

قلنا : عليه ضرر لانه يفسد به ^(٥) الفرش ويتلفها ^(٦).

* مسألة (٤٧) : اذا كسر ماأكوله فى جوفه ، فوجدته معيبا ، رده فى

أحد القولين . ١٣٩ / ش.

وقال أبو حنيفة : لا يرد ^(٢).

(٥) فى الأصل : يفسد عليه الفراش.

(٦) فى الاصل ونسخة ((ب)) : ويتلفها . / الصواب ما أثبتناه . ويكون من باب عطف الشيء على نفسه .

(١) أى ويضم ارش الكسر اليه . وقيل لا يرد المبيع وله ارش العيب .

وذلك كائن فى البيض والبطيخ والرانج بكسر النون وهو جوز الهند والرمان وغير ذلك .

أنظر المختصر ص ٨٣ . الوجيز ج ١ ص ١٤٤ . وقد نص فى المنهاج ص ٤٨ على أن الرد بلا ارش هو اظهر القولين .

وعند الحنابلة ان كان لمكسوره قيمة كبيض النعام وجوز الهند خير المشتري بين أخذ أرش وبين رده مع ارش كسره للبائع ، وقيل لا ارش له أصلا . فان بقى له مع كسره قيمة فله الرجوع بكل الثمن كبيض النعام الفاسد والجوز الخرب والبطيخ التالف . ونحو ذلك .

أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٢١١ . وقد ذكر فى المغنى ج ٤ ص ١٢٦ رواية أخرى انه لا يرد . فتحصل فى المذهب ثلاث روايات : يرد مع ارش الكسر . لا يرد وله أرش العيب والثالثة : لا يرد ولا ارش له الا أن يشترط السلامة . أنظر المحرر ج ١ ص ٣٢٦ .

وبالرد يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ٩ ص ٧٣٤ .

(٢) أى اذا كان لمكسوره قيمة . الا أنه يرجع بنقصان العيب على البائع ،

والا بان كان لا ينتفع به أصلا فله الرجوع بالثمن كله على البائع .

أنظر الهداية ج ٦ ص ١٨ . التبيين ج ٤ ص ٣٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٧ . والفرق بين مذهب الحنفية والحنابلة هو أن الحنفية لا يجيزون الرد اذا كان للمكسور قيمة بعد الكسر . الا أنه يرجع بنقصان العيب على البائع =

لنا : هو انه معنى لا يتوصل الى معرفة العيب الا به ، فلم يمنع

الرد كنشر الثوب وقلب الصبرة .^(٤)

قالوا : نقص ،^(٤) فمنع الرد ، كقطع الثوب .^(٥)

= وأما الحنابلة فيخيرونه قيه بين الرجوع بنقصان العيب وبين الرد مطلقا .
ومحل الرجوع بنقصان العيب هو ما اذا لم يعلم بالعيب قبل الكسر
والا فلا يرجع به على البائع أصلا .

وبعدم الرد على البائع مطلقا سواء له قيمة أولا قيمة لمبعد الكسر الا البيض
فانه يرد على البائع لظهور عيبه لانه يطلع عليه بدون كسره فان كسره
المشترى رده مكسورا ورجع بجميع ثمنه الا أن يكسر بعد أيام فلا يرد
لا حتمال طرو الفساد عليه عند المشتري ، ومحل ذلك أيضا اذا لم
يشترط السلامة يقول المالكية .

أنظر الجواهر ج ٢ ص ٤١ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٥٥ . شرح المنح
ج ٢ ص ٦٣٧ .

(٣) سقط عبارة (معرفة) من نسخة ((ب)) .

(٤) حيث لو اشترى ثوبا فنشره أو صبرة فقلبها ثم ظهر على عيب فيهما ، فان
حقه في الرد باق مع ذلك .

بجامع انه معنى لا يتوصل الى معرفة العيب الا به ، في كل من الاصل
وهو نشر الثوب وقلب الصبرة والفرع وهو كسر ماأكوله في جوفه .
ولما كان حكم الاصل ثبوت الخيار فيه ، كان حكم الفرع كذلك فللمشتري
الخيار فيه أيضا لذلك .

(٤) صفة لموصوف محذوف هو : الكسر .

(٥) أى للخياطة ، حيث لا يثبت له الخيار به .

بجامع طرو النقص على المبيع في كل من الاصل وهو قطع الثوب والفرع
وهو ماأكوله في جوفه اذا كسر فبان فيه عيب ، ولما كان حكم الاصل منع
رد الثوب بعد تقطيعه لطرؤ نقص جد يد عليه بالقطع كان حكم الفرع كذلك
فلا يرد ماأكوله في جوفه اذا كسر لطرؤ نقص جد يد عليه بالكسر أيضا لذلك .

قلنا : الا أنه لا يتوصل الى رده (٦) الا به (٧) فعفى عنه ، كالا فتضاؤ في البكر (٩).

* مسألة (٤٨) : اذا قتل العبد المبيع (١) في يد المشتري بقتل أو ردة كان

في يد البائع رجوع بالارش في أحد الوجهين ١٣٩/٠ (٣) ش.

(٦) في نسخة ((ب)) : الى الرد .

(٧) أى بالكسر .

(٨) في المصباح ج ٢ ع ١٣ : فضضت الختم فضا من باب قتل : كسرتسه ،

وفضضت البكارة : ازلتها ، على التشبيه بالختم ، قال الفرزدق :

فبتن بجانبى مصرعات وبت افض اغلاق الختام . أهـ

والبكارة بالفتح : عذرة المرأة . أهـ المصباح ج ١ ص ٦٦ .

وفي الأصل : كالا اقتضاؤ ، بالقاف ، وهو بمعنى الاقتضاؤ بالفاء ،

وهو بمعنى الثقب تقول قضضت الخشبة قضا من باب قتل اذا ثقبتهما ،

ومنه القضية بالكسر ، وهى البكارة . يقال اقتضضتها اذا ازلت قضتها .

والفرق بين اقتضضها بالقاف وابتكرها أى ازال بكارتها . ان الاقتضاؤ

يكون قبل البلوغ وبعده واما ابتكرها فلا تكون الا لمن كانت فى سن

ما قبل البلوغ .

أنظر المصباح ج ٢ ص ١٦٥ .

(٩) حيث يثبت له الخيار اذا وجد فيها عيبا وان اقتضها .

بحاسع عدم التوصل الى معرفة العيب الذى يوجب الرد الا به فى كل

من الاصل وهو اقتضاؤ البكر ، والفرع وهو كسر ماماؤوله فى جوفه

ولما كان حكم الاصل جواز رده بعد الفض ، كان حكم الفرع كذلك فيرد

وان بعد الكسر أيضا لذلك .

(١) في نسخة ((ب)) : العبد المعيب . / وهو تحريف .

(٢) أى استوجب القتل بقتل أو ردة حالة كونه عند البائع .

(٣) أى انه يكون من ضمان المشتري فيرجع بالارش فقط .

المختصر ص ٨٣ . الوجيز ج ١ ص ١٤٢ . وقال فى المنهاج ص ٤٨ : ولو

قتل بردة سابقه ضمنه البائع فى الاصح . أهـ . وأنظر المجموع ج ١ ص ٥٣٠ =

(٤)

وقال أبو حنيفة : يرجع بالثمن ، وهو المنصوص .

لنا : هو انه هلك في يده ، فصار كالجارية الحبلى اذا ماتت في الطلق .^(٥)

= وانما وجب بالارش لان العبد اذا بيع وقد استوجب القتل بردة أو قصاص

كان بمنزلة المعيب ، فيأخذ المشتري ارش المعيب وهو ما بين قيمته جانيا

وغير جان منسوبا من الثمن ، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشتري .

ومحل أخذه الارش ما اذا لم يكن عالما بوجوب الحد أو القتل على

العبد وقت شرائه ، والا فلا شيء له . أنظر المجموع ج ١ ص ٥٣١ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨١ . كشف القناع ج ٣ ص ٢١٦

المفنى ج ٤ ص ١٢٩ .

ومحل الرجوع بالارش فقط دون الثمن كله ما اذا لم يعلم المشتري بوجوب

عقوبة القتل على العبد . والا فلا شيء له لانه رضيه بعينه .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٥٩ . الجواهر ج ٢ ص ٤٤ . شرح

المنح ج ٢ ص ٦٥١ .

وأنظر حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٢٤ .

واليه ذهب أبو محمد بن حزم : المحلى ج ٩ ص ٧٢٩ .

(٤) خلافا لابي يوسف ومحمد حيث وافقا الشافعية في الرجوع بالارش وذلك بأن

يقوم حلال الدم وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن .

أنظر الهداية ج ٦ ص ٣٥ . التبيين ج ٤ ص ٤٢ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥١ .

(٥) أى وكان الحمل قبل الشراء ، فيرجع المشتري بالارش على البائع لان الحمل

فيها عيب سابق على العقد وقد أدى الى هلاكها فيرجع بالارش عليه

بان تقوم حاملا وغير حامل ويأخذ المشتري الفارق من البائع . والجامع

في القياس المذكور هو هلاك المبيع في يد المشتري في كل من الأصل

وهو مالو اشترى جارية وكانت حبلى ، والفرع وهو مالو اشترى عبدا مرتدا

أو قاتلا لنظيره .

ولما كان حكم الاصل الرجوع على بائع الجارية اذا ماتت في الطلق ، كان

حكم الفرع كذلك فيرجع مشتري العبد بالارش على البائع اذا قتل العبد

قصاصا أو حدا ، أيضا لذلك .

قالوا : استحق رقبته من طريق الحكم ، بمعنى كان في يد البائع ، فأشبهه

(٦)

إذا استحق بيئته .

قلنا : بل بالاصرار على الردة (٧) ، وذلك حدث في يد المشتري . والاستحقاق (٨)

(٩) يمنع صحة البيع ، وهذا يمنع صحة البيع (١٠) فهو كالمرض والحبل (١١) .

(٦) حيث يستحق المشتري على البائع ثمنه ان .

بجامع استحقاق الرقبة من طريق الحكم بمعنى كان في يد البائع في كل من الاصل وهو مالو استحق رقبة العبد بيئته ، والفرع وهو مالو قتل المبيع في يد المشتري بسبب سابق برده أو قصاص ، ولما كان حكم الأصل هو رجوع المشتري بجميع ثمن المبيع الذي استحقه بالبيئته ، كان حكم الفرع كذلك فيستحق الرجوع بجميع الثمن على البائع أيضا لذلك .

(٧) أى أن العبد هلك في يد المشتري باصراره على الردة ، أى بفعل نفسه لا بفعل غيره ، وهذا الاصرار كان حالة كون العبد في ملك المشتري فلا رجوع له بالثمن على البائع وانما يرجع بالارش لان أصل العيب كان حالة كون العبد في يد البائع فيرجع المشتري بنقصان العيب فيه فيقوم مرتدا وغير مرتد ويكون فارق ما بينهما أرشا للمشتري .

(٨) من قوله : والاستحقاق يمنع . . الى آخر المسألة ساقط من نسخة ((ب)) .

(٩) بمعنى : أن البائع اذا باع شيئا وأقام غيره البيئته على أن السلعة ليست للبائع استحقها صاحب البيئته ورجع المشتري بالثمن على البائع لأن بيعه كان فاسدا ان باع مالا يملك .

(١٠) أى بيع المعيب لا يمنع صحة البيع لكنه يثبت للمشتري به الارش ، الا أن يكون

عالمًا بالمعيب وقت البيع لان ذلك منه رضا بالمعيب .

وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١١) حيث لا يمنعان صحة بيع العبد أو الامة .

بجامع ان كلا عيب لا يمنع صحة البيع . أما الاصل فهو المرض والحبل واما الفرع فهو العبد المحكوم بالقتل برده أو قصاص ، ولما كان حكم الأصل صحة بيع العبد المريض والامة الحامل كان حكم الفرع كذلك فيصح بيع العبد المحكوم بالقتل في يد البائع أيضا لذلك .

* مسألة (٤٩) : اذا علم بالعيب بعد اكل الطعام أو قتل العبد ، رجوع

بالارش. / ١٣٩ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يرجع. (٢)

لنا : هو انه علم بالعيب بعد الاياس من الرد ، فثبت له الرجوع بالارش ،

كما لو مات في يده (٣) ولانه اتلاف ، فلا يسقط (٤) الرجوع بالارش ، كالعق (٥) .

(١) الوجيز ج ١ ص ١٤٣ . المنهاج ص ٤٨ . المجموع ج ١١ ص ٤٦٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨١ . كشف القناع ج ٣ ص ٢١٦

السفنى ج ٤ ص ١٢٣ .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٥٩ . الجواهر ج ٢ ص ٤٤ . شرح

المنح ج ٢ ص ٦٥١ .

(٢) خلافا لابي يوسف فى قتل المشتري العبد حيث أوجب الرجوع بالارش ، وخلافا

للمصاحبين فى اكل الطعام حيث أجازا للمشتري الرجوع بنقصان العيب ،

وعنها قول آخر بالتفصيل : فاذا كان المبيع ما يقبل التجزئة يرد مابقى

ويرجع بنقصان العيب فيما اكل .

والثانى يرجع بالنقصان ولا يرد الباقي وان قبل التجزئة .

أنظر الهداية ج ٦ ص ١٦٧ . التبیین ج ٤ ص ٣٦ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٦٠ .

وبعدم الرد يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ٩ ص ٧٣٧ .

(٣) حيث يثبت له حق الرجوع بالارش قطعا .

بجامع العلم بالعيب بعد الاياس من الرد فى كل من الاصل وهو مالومات

العبد المعيب فى يده ، والفرع وهو مالو قتل العبد فى يده أو اكل الطعام

ثم علم بالعيب . ولما كان حكم الاصل هو جواز الرجوع بارش العبد المعيب

اذا مات فى يده كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز الرجوع بارش العبد المقتول أو

الطعام المعيب اذا علم به بعد فواته أيضا لذلك .

(٤) أى الاتلاف .

(٥) حيث لو اعتق المشتري العبد ثم علم بعيب فيه ، فله الرجوع بالارش .

بجامع الاتلاف أو الفوات فى كل من الاصل وهو العتق ، والفرع وهو قتل =

- قالوا : تعذر رده بفعل مضمون ، فأشبهه اذا باعه أو أمسكه . (٧)
 قلنا : يبطل به اذا اعتقه ، (٨) واذا باعه لم يأيس (٩) من الرد ، وهاهنا
 أيس ، واذا أمسكه فقد رض بالعيب ، وهاهنا لم يرض به . (١٠)
 * مسألة (٥٠) : اذا رد عليه المبيع بالعيب ، (١) جاز له رده على بائعه . (٢) ١٣٩ ش .

= العبد أو اكل الطعام ، ولما كان حكم الاصل ثبوت حق الرجوع بالارش اذا
 اعتق العبد ثم وقف على عيب فيه . كان حكم الفرع كذلك فيثبت حق
 الرجوع بالارش على البائع اذا قتل العبد أو اكل الطعام في يد المشتري
 ثم اطلع على عيب فيه أيضا لذلك .

(٦) وهو قتل العبد أو اكل الطعام .

(٧) حيث لا يستحق الرجوع بالارش اذا باع العبد ثم اطلع على عيبه أو اطلع
 على العيب فيه ثم أمسكه .

بجامع تعذر رد المبيع لطرو فعل موجب للضمان فيه في كل من الأصل
 وهو مالو باع العبد أو أمسكه عنده ، والفرع وهو مالو قتل العبد أو اكل
 الطعام ثم اطلع على عيب فيه . ولما كان حكم الاصل عدم الرجوع بالارش على
 المشتري اذا باع العبد أو أمسكه عنده بعد اطلاعه على عيب فيه كان
 حكم الفرع كذلك فلا يرجع المشتري بالارش على البائع اذا اطلع على عيب
 في العبد بعد قتله أو في الطعام بعد اكله أو الاكل منه .

(٨) حيث يرجع بارش العيب على البائع اذا اطلع على عيب في العبد بمسكه
 المعتق .

(٩) في نسخة ((ب)) : لم يبيس .

(١٠) أى وهذان فارقان بين الاصل والفرع يبطل بهما قياسهم المذكور .

(١) وصورة ذلك : ان يشتري من رجل سلعة ولم يقف بها على عيب ثم يبيعها
 من آخر فيظهر بها عيب قد يم فللمشتري الثاني رد ها على المشتري الأول ،
 ثم يرد ها هذا على البائع الأول .

(٢) أى الأول .

أنظر المجموع ج ١ ص ٤٧ . المنهاج ص ٤٨ وأنظر القليوبي ج ٢ ص ٢٠٢ .
 وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٨ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢١٠ .
 المغنى ج ٤ ص ١٢٠ .

وقال أبو حنيفة : ان رده بغير قضاء لم يجز له الرد . (٣)

لنا : هو انه رد عليه بعيب لم يررض به ، وهو باق على صفته ، فكان له الرد ، كما لو رده بقضاء قاض . (٤)

قالوا : رجع البيع اليه بقبوله ، فأشبهه اذا اشتراه . (٥)

(٣) الهداية ج ٦ ص ٢١ . التبیین ج ٤ ص ٤٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٨ .

وأما المالكة فقالوا : اذا باعه المشتري لبائعه بمثل الثمن الأول أو بأكثر وكان البائع الاول قد دلس فلا رجوع لاحد منهما على صاحبه والا بان لم يدلس فله رده على المشتري الاول بذلك العيب

وأنظر تفصيل ذلك في : الشرح الصغير ج ٢ ص ٦٠ ، الجواهر ج ٢ ص ٤٤ شرح المنح ج ٢ ص ٦٥٤ .

ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة صريحا الا انه رد على الحنفية في تقسيمهم فيما لو رده بقضاء أو بغير قضاء كما رد على المالكية أيضا ، والظاهر والله أعلم انه يقول بجواز رده على البائع كما هو قول الشافعية أنظر المحلى ج ٩ ص ٧٣٨ و ص ٧٣٩ .

(٤) حيث يجوز له الرد به قطعا .

بجامع الرد بعيب لم يررض به وهو باق على صفته لم يدخله عيب في كل من الاصل وهو مالورده بقضاء قاض ، والفرع وهو مالورده بنفسه من غير قضاء . ولما كان حكم الاصل جواز رد المبيع لبائعه اذا قضى به قاض كان حكم الفرع كذلك فيجوز رد المبيع لبائعه أيضا وان لم يقض به قاض .

(٥) حيث لا يجوز له رده بعد ذلك الى البائع الأول .

بجامع دخول المبيع في ملكه بقبوله في كل من الاصل وهو مالواشتري البائع المبيع ، والفرع وهو مالورده عليه المشتري .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز رده فيه على البائع الاول ، كان حكم الفرع كذلك فلا يرد المشتري الاول على البائع الأول أيضا لذلك .

قلنا : الرد لا يحتاج الى القبول عندنا ، فلا يصح الوصف ^(٧) ، ثم يبطل به
اذا وهبه ثم رجع فيه بغير قضاء ^(٨) ، وفي الأصل وجهان ^(٩) ، وان سلم فلأنه استدرك
الظلمة وهاهنا ^(١١) لم يستدرك ^(١٢) .

* مسألة (٥١) : اذا باع بشرط البراءة من العيب ^(١) ، ففيه أقوال : أحدها :
لا يبرأ ، والثاني : لا يبرأ الا من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ^(٢) ، والثالث :
انه يبرأ من الجميع . ^(٣) ١٣٩ ش .

(٦) أنظر المنهاج ص ٤٨ : ولو حدث عنه - أي المشتري - عيب سقط الرد قهرا . أه
أي ولو لم يحدث عيب جديد عند المشتري لرده على البائع قهرا بالعيب
القديم .

(٧) أي ما جعلتموه علة وهو رجوع المبيع الى البائع بقبوله .
(٨) حيث يصح رجوعه بغير قضاء مع انه رجع اليه بقبوله .
(٩) أي في شراء البائع ماله المشتري . أصحهما انه لا يجوز ، الثاني : انه يجوز .
ومحل الخلاف فيه هو ما اذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص
أو تفاوت صفة والا فهو اقالة بلفظ البيع . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢١٢ والتي
تليها .

(١٠) أي القول بصحة شراء البائع ماله المشتري .
(١١) أي فيما اذا كانت السلعة معيبة ، واراد المشتري ردها على البائع ،
فاشترها البائع منه .
(١٢) أي الظلمة لان البائع سيشتريها من المشتري بثمنها معيبة ، فيكون المشتري
قد تحمل العيب هو .

وهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .
(١) كأن يقول البائع للمشتري : بعثك هذه السلعة وانا برئ من أي عيب
تقف عليه فيها وان كان قد يما ، أي فليس لك الرد به .

(٢) سقط لفظ (لم يعلم به) من نسخة ((ب)) .
(٣) المختصر ص ٨٤ وقد نص الشافعي فيه على ترجيح القول الثاني هنا .
الام ج ٣ ص ٧٠ . ونص في المنهاج ص ٤٨ أيضا على أنه : الاظهر . =

وهو مذ هب أبى حنيفة (٤)

لنا : ما روى عقبة بن عامر (٥) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (المسلم

= وقد زاد في الوجيز ج ١ ص ١٤٣ قولاً رابعاً وهو انه يصح العقد ويلغو الشرط .

وبالاول أعني عدم البراءة يقول الحنابلة أيضاً : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٦٥ كشف القناع ج ٣ ص ١٨٥ . وقد ذكر في المغنى ج ٤ ص ١٣٥ عن أحمد ثلاث روايات : البراءة وعدمها والتفصيل : يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ، الا انه لم يخص به الحيوان من غيره .

وذ هب المالكية الى جواز بيع البراءة من كل عيب لا يعلمه فلا يقوم الا بما علمه البائع وكتمه . أنظر القوانين ص ٢٩١ . الجواهر ج ٢ ص ٥٠ . شرح المنح ج ٢ ص ٦٨٢ .

وذ هب ابن حزم الى تحريم البيع بالبراءة وقال : والبيع هكذا فاسد مفسوخ أبداً . أهـ المحلى ج ٩ ص ٦٧٥ .

(٤) في نسخة ((ب)) : وهو قول أبى حنيفة .

ومحل البراءة فيه ما اذا كان العيب سابقاً على العقد ، فان حدث بعده وقبل القبض برئ منه أيضاً عند الامام وعند أبى يوسف ، وقال محمد وزفر لا يدخل الحادث بعد العقد وقبل القبض في البراءة . لان البراءة تتناول الثابت فقط .

وهو قول أبى يوسف في الرواية الثانية عنه .

أنظر الهداية ج ٦ ص ٣٨ و ص ٤٠ مع فتح القدير عليه . التبیین ج ٤ ص ٤٣ مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٢ .

(٥) هو عقبة بن عامر الجهني . له خمسة وخمسون حديثاً ، روى عنه جابر وابن عباس وغيرهما اختط مدينة البصرة ، وولى مصر لمعاوية ، وحضر معه بصفين ، وولى غزو البحر ، كان رضي الله عنه فصيحاً شاعراً مفوهاً ، كاتباً قارئاً لكتاب الله عالماً به ، توفي بمصر سنة ثمان وخمسين ، روى له الجماعة . أنظر الخلاصة ص ٢٦٩ . الحلبي ج ٢ ص ٨٠ .

أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً علم فيه عيباً إلا بينه له (٦) ، ولا نسيه
خيار ثبت لفسخ البيع فلم يجز اسقاطه في العقد (٨) ، كخيار الرؤية (٩) ، أو إبراء

- (٦) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٥٥ باب من باع عيباً فليبينه . رقم / ٢٢٤٦ .
ورواه البيهقي ج ٥ ص ٣٢٠ باب ما جاء في التدليس وكتان العيب
بالمبيع . وسكت عنه .
ورواه الحاكم في المستدرک ثم قال : هذا حديث صحيح على شرط
الشيخين ولم يخرجاه . أه
المستدرک ج ٢ ص ٨ .
وتابعه عليه السبكي في المجموع ج ١١ ص ٢٧٠ فقال : فاما حكمه بصحته
فصحيح ، لان رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ، ولا يظهر فيه علة مانعة
واستدرك عليه القول بأنه على شرط الشيخين ثم قال : هذا الحديث
على شرط مسلم لان الرجلين المذكورين - يعني يحيى بن أيوب الغافقي
وعبد الرحمن بن شماس - أخرج لهما مسلم - أي دون البخاري - والباقون
متفق عليهم . أه .
ورواه البخاري ج ٢ ص ٧ باب اذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، موقوفا
معلقا على عقبه ، فقال : وقال عقبة بن عامر لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم
ان بها داء الا أخبر به . أه .
قال السبكي : وذلك لا يقدح في رواية من رواه مرفوعا ، وعقبة اثنى بذلك
بمقتضى الحديث الذي سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم . أه .
(٧) في نسخة ((ب)) : يثبت . / أي ان خيار العيب خيار ثابت بحكم الشرع ،
فلا يجوز للبائع اسقاطه .
(٨) في نسخة ((ب)) : من العقد .
(٩) حيث لا يجوز للمتعاقدين اسقاطه في العقد ، ولو اسقطاه لا يسقط .
بجامع انه خيار يثبت لفسخ العقد في كل من الاصل وهو خيار الرؤية والفرع
وهو خيار العيب .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز اسقاطه في العقد ، كان حكم الفرع كذلك
فلا يجوز للمتعاقدين اسقاط خيار العيب أيضا لذلك .

من عيب لم يعلم به ، فأشبهه اذا ابرأه من عيب يحدث بعد العقد ، وقبل القبض ،^(١٠)
أو خيار فسخ يقتضيه العقد شرط نفيه من العقد ، فبطل به العقد ، كما لو شرط
في السلم انه لا يفسخ اذا انقطع المسلم فيه ،^(١٢) ولانه شرط مرفق في البيع ، فلم
يصح مع جهالة يمكن الاحتراز منها في الغالب ، كرهن مجهول واجل مجهول .^(١٣)

(١٠) حيث لا يبرأ منه اذا وقف عليه المشتري .

والجامع في القياس المذكور هو انه ابرأ من عيب لم يعلم به في كل من
الاصل وهو مالو ابرأه من عيب يحدث بعد العقد وقبل القبض ، والفرع
وهو مالو شرط البراءة من العيب في المبيع . ولما كان حكم الاصل عدم
صحة الابرأ من عيب يحدث بعد العقد وقبل القبض ، كان حكم الفرع
كذلك فلا يصح ابرأه من عيب لم يعلم به أيضا لذلك .

(١١) في نسخة ((ب)) : وخيار . / بواو العطف بلا همزة . وهو خطأ .

(١٢) حيث لا يصح ذلك الشرط .

بجامع انه خيار فسخ يقتضيه العقد شرط نفيه من العقد في كل من الأصل
وهو مالو شرط في السلم انه لا يفسخ العقد اذا انقطع المسلم فيه ، والفرع
وهو مالو شرط عليه البراءة من العيب في المبيع ، ولما كان حكم الاصل بطلان
عقد السلم بذلك الشرط ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل عقد البيع بشرط
البراءة من العيوب في المبيع أيضا لذلك .

(١٣) حيث لا يصح العقد مع الجهالة فيهما .

بجامع انه شرط مرفق في البيع في كل من الاصل وهو الرهن المجهول
والاجل المجهول والفرع وهو البراءة من عيوب لم يعلمها البائع ، ولما كان
حكم الاصل هو عدم صحة الرهن المجهول والاجل المجهول لا مكان
الاحتراز منه في الغالب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح شرط البراءة
من عيوب مجهولة لم يعلمها البائع أيضا لذلك .

قالوا : روى ان عبد الله بن عمر باع غلاما بثلاثمائة درهم بالبراءة ، فقال
الذى ابتاعه : بالعبد داء* ، ولم تسمه لى . (١٥) فاخصما الى عثمان بن عفان ،
فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم يسمه لى ، فقال عبد الله : بعته بالبراءة
فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف : لقد باعه بالبراءة وما به داء يعلمه ،
فأبى عبد الله أن يحلف ، وارتجع العبد ، وباعه (١٧) بألف وخمس مائة درهم . (١٨)
قلنا : هذا يدل على البراءة مما لم يعلم فى الحيوان ، وعندنا يجوز
ذلك فى أحد الأقوال (٢٠) ثم هذا (٢١) قول واحد من الصحابة . (٢٢)

-
- (١٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣) .
(١٥) فى نسخة ((ب)) : ولم يسمه . / مع حذف الجار والمجرور بعده .
(١٦) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .
(١٧) فى نسخة ((ب)) : فباعه .
(١٨) رواه مالك فى الموطأ ص ٢٧٣ باب بيع البراءة . رقم / ٧٧٤ ولكنه قال :
بثمانمائة مع غرور يسيرة جدا لا تحين المعنى .
ورواه عبد الرزاق بنحوه ج ٨ ص ١٦٣ باب البيع بالبراءة ولا يسمى الداء وكيف
ان سماه بعد البيع . رقم / ١٤٧٢٢ .
ورواه البيهقى ج ٥ ص ٣٢٨ باب بيع البراءة ووصفه بأنه أصح ما روى فى هذا
الباب .
وقد نص ابن حجر على أن المشتري كان زيد بن ثابت .
كما ذكر عن ابن الصباغ زيادة : ان ابن عمر كان يقول : تركت اليمين لله
فموضنى الله عنها . أه التلخيص ج ٣ ص ٢٤ رقم / ١١٩٨ .
(١٩) ان الحديث نص فيه وهو العبد هنا .
(٢٠) المختصر ص ٨٤ . وأنظر هامش رقم (٢) من هذه المسألة .
(٢١) فى نسخة ((ب)) . ثم هو .
(٢٢) وهو ابن عمر ، أى وقد خالفه غيره من الصحابة كعثمان بن عفان ، وليس
قول ابن عمر بأولى من قوله .

قالوا : عيب يثبت به الخيار ، فجاز ان ينمقد البيع غير موجب للخيار
به ، كما لو وقفه عليه ، (٢٣) وكالعيب الباطن في الحيوان . (٢٤)
قلنا : اذا أوقف عليه ، فقد علمه ، واذا لم يقف عليه فقد جهله ، وحكم
الامر من مختلف ، كما قلنا في الرهن والاجل ، (٢٥) والعيب الباطن في الحيوان
غير مسلم ، (٢٦) ثم ذاك لا يمكن الوقوف عليه لانه يفتدى (٢٨) مع الصحة والسقم ،

(٢٣) أى أعلمه به .

(٢٤) حيث يبرأ به من العيب فيهما . والجامع في القياس المذكور هو
انه عيب يثبت به الخيار في كل من الاصل وهو مالو اطلع البائع
المشتري على العيب ، والبراءة من العيب الباطن في الحيوان ، والفرع
وهو مالو شرط البراءة من العيب في المبيع . ولما كان حكم الاصل هو
صحة البراءة من العيب فيما لو أعلم البائع المشتري بالعيب أو تبرأ
من العيب الباطن في الحيوان كان حكم الفرع كذلك فيبرأ من العيب
في المبيع أيضا لذلك .

(٢٥) أى مالو رهنه بمجهول أو الى اجل مجهول . ان يمكن تصحيح المقد
بازالة الجهالة فيه .

(٢٦) أى لا نسلم جواز بيع البراءة من عيب باطن في الحيوان ان لا يجوز عندنا .
(٢٧) أى العيب الباطن في الحيوان على فرض التسليم بجواز البيع بشرط البراءة
منه .

(٢٨) في المختصر ص ٨٤ : لانه لا يفتدى بالصحة والسقم . أهـ وفي
الام ج ٣ ص ٧١ : قال : فكان يعترى بالصحة والسقم . أهـ .

وفي كليهما تحريف . والصواب ما هنا .

وتحول طبائعه، (٢٩) فعفى عن الجهالة به، (٣٠) كطى الابار وأساس الحيطان. (٣١)
 قالوا : اسقاط حق ليس فيه تسليم ، فجاز مع الجهالة ، كالطلاق والعتاق. (٣٢)
 قلنا : الوصية فيها التسليم ، ويجوز مع الجهالة ، فلم يؤثر الوصف، (٣٣)

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : وتحول طباعه . / وزاد فى المختصر ص ٨٤ - فقلنا
 يراً من عيب يخفى أو يظهر . أه .

(٣٠) سقط لفظ (به) من نسخة ((ب)) .

(٣١) حيث يجوز بيع الابار ، الحيطان من غير معرفة اطواء الابار وأساس
 الحيطان .

بجامع عدم امكان الوقوف عليه فى كل من الاصل وهو طى الابار وأساس
 الحيطان ، والفرع وهو العيب الباطن فى الحيوان ، ولما كان حكم
 الاصل العفو عن الجهالة فى طى الابار وأساس الحيطان ، كان
 حكم الفرع كذلك فيعفى عن العيب الباطن فى الحيوان أيضا لذلك .

(٣٢) حيث يصح مع الجهل بعين المطلقة كقوله : احدى نسائى طالق .
 وكذا يصح مع الجهل بعين العبد المعتق .

بجامع ان كلا اسقاط حق ليس فيه تسليم ، اما الاصل فهو الطلاق
 والعتاق واما الفرع فهو البيع بالبراءة من العيب . ولما كان
 حكم الاصل جواز الطلاق والعتاق مع الجهل بعين المطلقة والمعتقة
 كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز البيع بالبراءة من العيب مع الجهل
 بعينه أيضا لذلك .

(٣٣) وهو كون البيع بالبراءة فيه اسقاط حق ليس فيه تسليم ، وانما لم
 يؤثر هذا الوصف لان عين الحكم وهو الجواز مع الجهالة موجود
 فيما فيه التسليم ثم يجوز مع الجهالة .

والطلاق والعتاق أصلان مخصوصان بالسراية والتغليب ، ^(٣٤) والبراءة ، — من حقوق البيع ، فاعتبر فيه نفى الجهالة كالرهن والأجل . ^(٣٥)

* مسألة (٥٢) : لا يجوز الإبراء عن الدين المجهول ^(١) . / ١٤٠ .

(٣٤) أى لهما قوة وفعالية فى النفاذ فلم يؤثر الجهالة فيهما . ولا كذلك البيع .
وان قد ثبت ان بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور فارقاً ، ثبت بطلانه .

(٣٥) حيث يعتبر فيها العلم بالمرهون واجله .

بجامع ان كلا من حقوق العقد ، اما الاصل فهو الرهن والاجل ،
واما الفرع فهو شرط البراءة من العيب فى البيع ، ولما كان حكم
الاصل هو عدم جوازه مع الجهالة فى الرهن والاجل كان حكم الفرع
كذلك فلا يجوز شرط البراءة من كل عيب علمه أو لم يعلمه فى البيع لاشتماله
على البراءة من عيوب مجهولة لدى البائع أيضاً لذلك .

(١) وتبنى هذه المسألة على : هل لإبراء اسقاط أو تليك ؟ هما قولان
للشافعية ، أصحابهما فى الإبراء ما يجهله المبرئ انه تليك فلا يصح .
أنظر اشباه السيوطى ص ١٧١ القاعدة الثامنة .

وفى معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٢ : والبراءة من العين باطل جزماً ،
وكذا من الدين المجهول جنساً أو قدراً أو صفة باطل فى الجديد ،
لان البراءة متوقفة على الرضا ، ولا يعقل مع الجهالة ، والقديم انصحیح ،
لانه اسقاط محض كالاعتاق . أهـ .

ويشبه أن يكون الملكية قاطون به أيضاً لانهم لا يجيزون الصلح على الفرر ،
فأولى أن لا يجوز على مجهول اذن .

أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٣١٧ . الجواهر ج ٢ ص ١٠٤ . شرح المنح ج ٣ ص ٢٠١ .

والى — ذهب ابن حزم فى الصلح ، أنظر المحلى ج ٨ ص ٦١٨

ومثله الاقرار والله أعلم .

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٢)

لنا : (٣) ازالة ملك لا يصح تعليقه على الصفات ، فلم يصح مع الجهالة ، كالبيع والهبة . (٤)

قالوا : روت أم سلمة (٥) ان رجلين اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم

(٢) مجمع الانهر ج ٢ ص ٣١١ . التبيين ج ٥ ص ٣٢ . فتح القدير ج ٦ ص ٣٩ . وهو قول المناقلة ، ومحلله اذا كان الدين مما لا يمكن معرفته ، بان نسيه أحد هما او كلاهما .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٦٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٨٤ . المحرر ج ١ ص ٣٤٢ في أبواب الصلح . (٣) في نسخة ((ب)) : لنا هو انه .

(٤) حيث لا يصح بيع المجهول وهبته . بجامع انه ازالة ملك لا يصح تعليقه على الصفات في كل من الاصل وهو البيع والهبة ، والفرع وهو البراء من الدين المجهول . ولما كان حكم الاصل هو بطلان البيع والهبة المجهولين ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح البراء من الدين المجهول أيضا لذلك .

(٥) هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم القرشية أم المؤمنين تزوجها النبي صلى الله عليه وسلم في جمادى الآخرة سنة أربع وقيل ثلاث ، وكانت صاحبة عقل بالغ ورأى صائب ، وقال الواقدي : ماتت في شوال سنة تسع وخمسين .

وقال ابن حبان : ماتت في آخر سنة احدى وستين ، قال ^{أبو}نعيم : ماتت سنة اثنتين وستين ، وهي آخر امهات المؤمنين موتا . أنظر الاصابة :

فى مواريث تدارست ، فقال صلى الله عليه وسلم : استهما وتوخيا الحق ،
وليحمل كل واحد منكما صاحبه .^(٨)

(٦) سقطت كلمة (تدارست) من نسخة ((ب)) . / أى انطمست معالمها
وحدودها . تقول : درس الرسم اذا عفا ، وبابه دخل . أنظر
المختار ص ٢٠٣ .

(٧) فى نسخة ((ب)) : وتواخيا . / فى المختار ص ٧١٤ : توخى -
بتشديد المعجمة - مرضاته : تحرى وقصد . أه .

(٨) رواه أبو داود ج ٣ ص ٣٠١ كتاب الاقضية . باب فى قضاء القاضى
ان اأخطأ رقم / ٣٥٨٤ ولفظه عن أم سلمة قالت : أتى رسول الله
صلى الله عليه وسلم رجلان يختصمان فى مواريث لهما لم تكن لهما
بينة الا دعواهما ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكر مثله - يعنى
قوله : انما أنا بشر مثلكم وانكم تاختصمون الى ولعل بعضكم ان يكون الحن
بحجته من بعض ، فاقضى له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له من حق
أخيه بشئ فلا يأخذ منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار - فبكى
الرجلان وقال كل واحد منهما : حقى لك . فقال لهما النبى
صلى الله عليه وسلم : اما ان فعلتما ما فعلتما فاقتما وتوخيا الحق
ثم استهما ثم تحالا . أه

وفى رواية / ٣٥٨٥ قال : يختصمان فى مواريث واشياء قد درست
فقال : انى انما اقضى بينكم برأى فيما لم ينزل على فيه . أه ولم يتعقبه
المندري ، أنظر مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ٣١٠ رقم / ٣٤٤٠ ورواه -
أحمد فى المسند ج ٦ ص ٣٢٠ .

وأصل الحديث فى الصحيحين .
وأنظر البخارى ج ٤ ص ٢٤١ كتاب الأحكام . باب من قضى له بحق أخيه
فلا يأخذه .

وأنظر مسلم ج ٣ ص ١٣٣٧ كتاب الأقضية . باب الحكم بالظاهر واللحن
بالحجة . رقم / ٥٠ .

قلنا : توخى الحق ان يعلم ماله ثم يحلله منه ^(٩) .
 قالوا : روى ان خالد بن الوليد ^(١٠) قتل قوما اعتصموا بالسجود ، فبعث
 النبي صلى الله عليه وسلم عليا ^(١١) ومعه مال ، ففداهم حتى بلغ ميلغة ^(١٢) الكلب ،
 وفضل معه مال ، وقال ^(١٣) : خذوا هذا عما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به ^(١٤) .

- (٩) فى نسخة ((ب)) : ثم يحلله منه . / أى وفى الابراء من الدين المجهول ،
 لم يعلم ماله عليه من الحق ، كى يبرئه منه .
- (١٠) هو خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم المخزومي
 أبو سليمان ، سيف الله ، أسلم فى صفر سنة ثمان ، وشهد غزوة مؤتة ،
 وكان الفتح على يديه ، له ثمانية عشر حديثا ، عمل على اليمين فى أيام
 النبي صلى الله عليه وسلم ، وقاتل أهل الردة ، مات سنة احدى وعشرين ،
 بيمص وقيل بالمدينة . أنظر الخلاصة ص ١٠٣ .
- (١١) سقط لفظ (عليا) من نسخة ((ب)) : وأنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠)
 هامش (١١) .
- (١٢) بكسر الميم فياء ساكنة ، وهى الاناء الذى يلغ فيه الكلب ، والمقصود
 انه اعطاهم قيمة كل ما ذهب لهم حتى قيمة الميلغة . أنظر النهاية :
 ج ٥ ص ٢٢٦ .
- (١٣) فى نسخة ((ب)) : فقال .
- (١٤) فى الفتح ج ٨ ص ٥٨ : وزاد الباقر - يعنى على رواية البخارى ج ٤ ص ٢٤٢
 كتاب الأحكام باب اذا قضى الحاكم يجور أو خلاف أهل العلم فهو رد ،
 عن ابن عمر قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد إلى
 بنى جذيمة - بفتح فكسر على وزن فعيلة - فلم يحسنوا ان يقولوا اسلمنا
 فقالوا صبا لنا صبا لنا ، فجعل خالد يقتل ويأسرودفع الى كل رجل منا
 اسيره فأمر كل رجل منا أن يقتل أسيره فقلت : والله لا اقتل أسيرى =

قلنا : لم يكن هناك ابراء على الحقيقة ، لان الاعتصام بالسجود لا يسقط
القتل ، وانما تبرع النبي صلى الله عليه وسلم بما فعل .
قالوا : اسقاط حق لا يفتقر الى التسليم ، فصح مع الجهالة ، كالطلاق
والعتاق (١٥) .

قلنا : لو قال : اعتقت أو طلقت احداهما ، جاز ولو قال : ابرأت
احد هذين ، لم يجز ، (١٧) ولا ن ذلك يصح (١٨) تعليقه على الصفات ، فهو كالوصية ، (١٩)

= ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره فذكرنا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم
فقال : اللهم أنى أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد مرتين . أهد - فى
روايته : ثم دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا فقال : اخرج الى
هؤلاء القوم واجعل امر الجاهلية تحت قدميك فخرج حتى جاءهم
ومعه مال فلم يبق لهم أحد الا وداه . أهد ولم يذكر غير ذلك مما ذكره
المصنف .

(١٥) حيث يصحان مع الجهل بعين المطلقة والمعتق .
بجامع انه اسقاط حق لا يفتقر الى التسليم فى كل من الاصل وهو الطلاق
والعتاق والفرع وهو الابراء من الدين ، ولما كان حكم الاصل هو صحة
ايقاع الطلاق والعتاق مع جهالة عين من وقعا عليه ، كان حكم الفرع
كذلك فيصح الابراء من الدين المجهول أيضا لذلك .

(١٦) أى المدينين .

(١٧) أى ان بين الابراء وبين الطلاق والعتق فرقا فلا يصح قياس أهدهما على
الآخر .

(١٨) أى الطلاق والعتاق .

(١٩) حيث يصح تعليقه على الشروط المستقبلية مع الجهالة .

بجامع صحة تعليقه على الصفات فى كل من الاصل وهو الطلاق والعتاق
والفرع وهو الوصية . ولما كان حكم الاصل هو صحة الوصية مع الجهالة .
كان حكم الفرع كذلك فيصح الطلاق والعتاق مع الجهالة أيضا لذلك .

(٢٠) وهذا لا يصح ، فهو كالهبة . (٢١) (٢٢)

قالوا : ابراء من مجهول - فأشبهه اذا قال : ابرأتك من درهم الى مائة ،

وهو لا يعلم ماله (٢٣)

قلنا : الذي تناوله الابراء في الاصل معلوم ، (٢٤) (٢٥) لانه يصير كأنه ابراء من

درهم درهم الى مائة فيدخل المبرأ فيه ، وهذا ابراء مجهول ، فلم يصح : (٢٦) (٢٧)

(٢٠) أى الابراء من الدين المجهول .

(٢١) في نسخة ((ب)) : وهذا لا يصح تعليقه على الصفات . / ومثال تعليقه

على الصفة ان يدعى على رجل ان له عليه ألف درهم صحاحا فيقر له بها ثم

يصاله على خمسمائة مكسرة ، فيصح الصلح ولا تلزمه المكسرة ، بل توجب

له خمسمائة صحاحا لان الصلح صفة فلا يصح الابراء منها . أنظر المجموع :

ج ١ ص ٣٩١ .

(٢٢) حيث لا يصح الهبة بمجهول .

بجامع عدم جواز التعليق على الصفات ، في كل من الاصل وهو الهبة ،

والفرع وهو الابراء من الدين .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة الهبة بمجهول ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يصح الابراء من الدين المجهول أيضا لذلك .

(٢٣) حيث لا يصح ابراؤه منه .

بجامع الابراء من مجهول في كل من الاصل وهو مالو قال ابرأتك من

درهم الى مائة وهو لا يعلم ماله ، والفرع وهو مالو ابرأه من دين مجهول

ولما كان حكم الاصل عدم صحة الابراء في قوله ابرأتك من درهم الى مائة

وهو لا يعلم ماله ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الابراء من الدين المجهول -

أيضا لذلك .

(٢٤) أى المقيس عليه في قياسهم وهو مالو قال : ابرأتك من درهم الى مائة

وهو لا يعلم ماله .

(٢٥) في نسخة ((ب)) : الدين تناوله الابراء في الاصل وهو معلوم .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : وهذا ابراء من مجهول . / والاشارة عائدة الى الابراء

من الدين المجهول .

(٢٧) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

(*)
مسائل المراجعة

* مسألة (٥٣) : لا تلحق الزيادة بالثمن والصداق . / ١٤٠ ش . (١)

(*) في الصباح ج١ ص ٢٣ : بعته المتاع واشتريته منه مراجعة اذا سميت لكل قدر من الثمن ربحا . أه .
وفي معنى المحتاج ج٢ ص ٧٦ : والمراجعة وهي مفاعلة من الربح وهو الزيادة على رأس المال . أه .
وعرفها المصنف في المذهب ج١ ص ٢٨٨ بأنها : ان يبين رأس المال وقدر الربح .
- ومثل لذلك - بأن يقول : ثمنها مائة وقد بعته برأس مالها وربح درهم في كل عشرة . أه .
والمفاعلة في المراجعة ليست على بابها وهو دور ان الفعل بين اثنين ، وانما اطلقت عليها تجاوزا كسافر وعافاه الله وعاقبت اللص ، ونحو ذلك . أنظر الجواهر ج٢ ص ٥٦ .
وقد روى عن الامام أحمد كراهة البيع بالمراجعة ، كما رويت كراهته أيضا عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن البصري وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار .
ومنع جوازها اسحاق بن راهويه .
ورخص فيه كل من سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر . أنظر المغني ج٤ ص ١٣٦ .
وروى ابن هزم عن ابن عباس قوله : هو ربحا . وروى مثله عن ابن عمر أيضا ، وعن عكرمة النص على تحريمه ، وكراهة الحسن ومسروق .
واجازه ابن مسعود اذا لم يأخذ على النفقة ربحا . أنظر المحلي ج٩ ص ٦٢٦ .
(١) المقصود ان شخصا لو اشترى سلعة ، ثم ألحق البائع في الثمن زيادة أو حط عن المشتري منه شيئا ، وقلنا ان ذلك الفعل جائز ، فهل تلحق هذه الزيادة أو الحطية بالثمن فيخبر بها في المراجعة أم لا تلحق . نظرت =

(٢) وقال أبو حنيفة : تلحق .

لنا : هو ان من لزمه المسمى في العقد ، لم يلزمه الزيادة قبعد الانبرام ، كالشفيع ، (٣) يؤكد ان الشفيع تابع للعقد في مقدار الثمن ، فلو لزم في حق

= فان كانت الزيادة أو الحط بعد لزوم العقد لم تلحق بالثمن ، وان كانت قبل لزوم العقد بان كانت في مدة الخيار لحقت بالثمن وأخبر بها . أنظر فتح العزيز ج ٩ ص ١٠ . المجموع ج ١٢ ص ٢١ . مغنى المحتاج : ج ٢ ص ٧٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٤ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٢٢ المغنى ج ٤ ص ١٣٧ . وجعل المالكية الزيادة ثلاثة أقسام : زيادة لها عين قائمة فتحسب مع الثمن ولها قسط من الربح كالخياطة ونحوها ، وقسم ليس لها عين قائمة كطى الثوب ونشره فلا تحسب في الثمن ولا في الربح ، وقسم يحسب في الثمن دون الربح كما لو استأجر لنقل السلعة أو نحو ذلك أجيرا . أنظر القوانين ، ٢٨٩ / . الشرح الصغير ج ٢ ص ٧٨ . الجواهر ج ٢ ص ٥ المنتقى ج ٥ ص ٤٥ . وهو قول ابن حزم . على أن لا يبيع فد المرابحة بلفظ الشرط فلا يقول اشتريته بكذا على أن تربحنى للدينار دهما ، فان اسقط الشرط وقال : اشتريته بكذا ولا اربح فيه الا كذا فقد صح البيع . أنظر المحلى ج ٩ ص ٦٢٥ و ص ٦٢٦ .

(٢) الهداية ج ٦ ص ١٢٥ . بين ج ٤ ص ٨٣ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧٥ . (٣) حيث لو زاد البائع الثمن بعد لزوم البيع ، لم تلزم الشفيع لان الشفيع وجبت له بالثمن قبل الزيادة .

بجامع لزوم المسمى في العقد ، في كل من الاصل وهو الشفيع ، والفرع وهو بيع المرابحة . ولما كان حكم الاصل عدم لحاق الزيادة فيه ففى حق الشفيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا تلحق الزيادة بالثمن في المرابحة أيضا لذلك .

العاقدة للزم في حقه ، كالولد في الاسلام^(٤) ، ولان مالا يجب في حق الشفيع^(٥) مع اعترافه به^(٦) لم يكن ثمنًا ، كالهبة ، ولان مالا يجوز الاخبار به في بيع المراجعة^(٨) لم يكن ثمنًا ، دليله ما ذكرناه^(٩) ، ولانه زيادة شاغرة^(١١) فلم تلحق بالعقد

(٤) حيث يتبع والده ويلحق به بعد العقد .

بجامع التبعية للعاقدة في كل من الاصل وهو الولد في الاسلام ، والفرع وهو الشفيع مع العاقدة ، ولما كان حكم الاصل هو تبعية الولد في الاسلام للأب بموجب عقد النكاح ، كان حكم الفرع كذلك فيتبع الشفيع العاقدة بموجب عقد البيع فما لزم العاقدة لزم الشفيع ومالا فلا .

(٥) وهو ما زاد على الثمن الذي اشتراه به المشتري .

(٦) سقط الجار والمبرور (به) من نسخة ((ب)) .

(٧) لان الشفيع يستحق الشقص بالثمن الذي بيع به ، فما زاد عليه لا يلزمه وان اعترف به .

(٨) في نسخة ((ب)) : مع المراجعة .

(٩) والذي لا يجوز الاخبار به في بيع المراجعة هو الاخبار بغير ثمن السلعة الذي اشترى به كأن يكون قد اشتراها بمائة ثم بعد لزوم العقد زاد للبائع عشرة فلا يجوز له اذا اراد بيعها مراجعة الاخبار بأن ثمنها مائة وعشرة لانه يكون كاذبا في ذلك .

(١٠) وهو القياس على الشفيع والهبة والولد في الاسلام .

(١١) في الاصل ونسخة ((ب)) : شاغرة . ولعل الصواب ما أثبتناه ، والمعنى ان الزيادة على الثمن والصداق بعد انبرام العقد زيادة لا في مقابلة شيء فلا يجوز .

بعد الانبرام ، كالزيادة في الدين بالرهن الواحد ^(١٢) ، ولانه بدل في مقابلة ماله ، فأشبه اذا اشترى ماله من وكيله ^(١٣) .
 فان قيل : لا نسلم ^(١٤) ، فان العقد يفسخ ^(١٥) ، ويصير الجميع ^(١٦) في مقابلة ماله ^(١٧) .

- (١٢) بمعنى ان يرهن شيئا في دين عليه للراهن ، ثم يستزيد ديننا آخر ولا يجعل في مقابلة الدين الجديد رهنا آخر فيكون عليه له دينان في مقابلة رهن واحد .
 والجامع في القياس المذكور هو أنه زيادة شاغرة في كل من الاصل وهو الزيادة في الرهن الواحد .
 والفرع وهو الزيادة في الثمن والصداق في عقد المراجعة .
 ولما كان حكم الاصل هو عدم لحاق الزيادة في الدين بالرهن الواحد بعد الانبرام ، كان حكم الفرع كذلك فلا تلحق الزيادة في الثمن والصداق بعد انبرام العقد فيهما أيضا لذلك .
 (١٣) حيث لا يصح ذلك العقد لعدم ترتب اثره عليه . وهو انتقال الملك .
 بجامع البدلية في مقابلة ماله في كل من الاصل وهو ماله واشترى مال نفسه من وكيله ، والفرع وهو ماله ألحق زيادة في الثمن أو الصداق .
 ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة شرائه ماله من وكيله كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الحاق الزيادة بالثمن والصداق أيضا لذلك .
 (١٤) أي لا نسلم أن الزيادة في الثمن أو الصداق بدل في مقابلة ماله .
 (١٥) أي بالحاق الزيادة .
 (١٦) أي من الثمن والصداق والزيادة فيهما .
 (١٧) أي فلا تكون الزيادة بدلا في مقابلة ماله حتى يقال انه باع مال نفسه من نفسه .

قيل : لو كان كذلك لم يصح بعد اتمام العقد^(١٨) ، ولجاز للشفيع أن يأخذ اذا عفا^(٢٠) عن الشفعة في الأول ، ولو جب أن يخبر به في المراجعة^(٢١) . ولو جـب أن تلزم الشفيع^(٢٢) . ولأن مالا يتصف بالطلاق قبل الدخول ، لم يكن مهرا ، كالخمر والخنزير^(٢٣) .

قالوا : حالة تجوز التصرف في العقد بالفسخ^(٢٤) ، فجاز الحاق الزيادة به كمدة الخيار^(٢٥) ،

قلنا : الرهن يجوز التصرف فيه بالفسخ ، ولا يجوز الزيادة في دينه^(٢٦) ،

(١٨) في الاصل : بعد اباق العبد . / ولعلها تحريف . أى والحال انكم

صحتم الحاق الزيادة بعد تمام العقد .

(١٩) في نسخة ((ب)) : وللجاز . / بزيادة لام .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : اذا عبا . / وهو تحريف .

(٢١) أى والحال انكم لا توجبون عليه الاخبار عن الزيادة في المراجعة .

(٢٢) أى والحال انها لا تلزمه .

(٢٣) حيث لا يصح ان يكونا مهرا لعدم ماليتهما لنجاستهما وتحريمهما .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : حالة يجوز التفرق فيها بالفسخ . / وهو تحريف .

(٢٥) حيث يجوز الحاقها بالعقد بعد تمامه .

بجامع ان كلا حالة تجوز التصرف في العقد بالفسخ ، اما الاصل فهو

مدة الخيار واما الفرع فهو الزيادة في الثمن والصداق ولما كان

حكم الاصل جواز الحاق مدة الخيار بالعقد بعد تمامه ، كان حكم

الفرع كذلك فيجوز التصرف بالزيادة في الثمن والصداق بعد تمام

العقد أيضا لذلك .

(٢٦) لانها ستكون دون مقابل في الرهن .

وفي الأصل وجهان (٢٧) وان سلم . فلأن المبيع باق على ملك البائع (٣) فجاز بذل
 العوض في مقابلته بخلاف هذا (٣٢) ولأن العقد لم يتم (٣٣) فاحتمل التفسير ،
 وهاهنا تم ، فلم يحتمل التفسير . (٣٥)

قالوا : اذا جاز فرض المهر بعد العقد ، فالزيادة فيه أولى . (٣٦)

قلنا : الصداق ابتداء عقد ، فهو كالرهن بعد البيع (٣٧) .

(٢٧) وهو الحاق مدة الخيار بالعقد بعد تمامه .

(٢٨) أى بجواز الحاق المدة بالعقد بعد تمامه .

(٢٩) فى الاصل : فان .

(٣٠) أى فى مدة الخيار .

(٣١) أى الزمن .

(٣٢) أى الزيادة فى الثمن والصداق ، أى فانهما ينتقلان بتمام العقد

الى البائع فى الثمن ، والى المرأة فى الصداق . وبشوت هذا الفارق

يطل قياسهم المذكور .

(٣٣) أى فمدة الخيار .

(٣٤) أى فى الزيادة فى الثمن والصداق بعد انبرام العقد .

(٣٥) أى وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع ، يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٣٦) أى فى المهر .

(٣٧) حيث يجوز ان يعقد الرهن بعد تمام البيع .

بجامع ان كلا ابتداء عقد ، اما الاصل فهو الرهن بعد البيع ، واما

الفرع فهو فرض الصداق بعد العقد . ولما كان حكم الاصل جواز

الرهن بعد البيع كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز فرض الصداق بعد

النكاح أيضا لذلك .

(٣٨) زيادة في العقد ، فهو كالزيادة في الدين بالرهن الواحد .
 قالوا : تغيير للثمن ، فجاز ان يلزم بعد الانبرام ، كالابراء . (٤١)

قلنا : الابرء اسقاط لا يقتضى العوض ، ولهذا لا يعتبر فيه القبول ،
 وهذا أيجاب حق يقتضى العوض ، (٤٣) فلم يجز بعد الانبرام ، (٤٤) ولان الابرء

(٣٨) في نسخة ((ب)) : وهذا . / الاشارة عائدة الى الزيادة في الصداق
 بعد العقد .

(٣٩) حيث لا تصح زيادة الدين فيه .
 بجامع ان كلا زيادة في العقد ، اما الاصل فهو الزيادة في الدين بالرهن
 الواحد ، واما الفرع فهو الزيادة في الصداق بعد العقد .
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز زيادة دين بالرهن الواحد ، كان حكم
 الفرع كذلك فلا يجوز الزيادة : في الصداق بعد العقد أيضا لذلك .
 والمقصود اثبات الفارق بين الاصل وهو الزيادة والفرع وهو الصداق في
 قياسهم حيث القياس معها باطل ،

(٤٠) في نسخة ((ب)) : تغيير الثمن . / أى الزيادة في الثمن تغيير له .
 (٤١) حيث يجوز الابرء من الثمن بعد العقد .
 بجامع التغيير للثمن في كل من الاصل وهو الابرء من الثمن والفرع
 وهو الزيادة فيه ، ولما كان حكم الاصل جواز الابرء من الثمن بعد
 العقد ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز ان تلزم الزيادة بعد انبرام العقد
 فتلحق بالثمن والصداق أيضا لذلك .

(٤٢) أى الزيادة في الثمن بعد العقد .
 (٤٣) في نسخة ((ب)) : يقتضى العوض والقبول .
 (٤٤) لانه يؤدى الى أخذ مال الغير بدون مقابل ولا رضا ، فلا يجوز .
 أى وهذا افارق بين الاصل والفرع في قياسهم فيبطل به .

(٤٥) يصح من جميع الثمن بعد العقد ، ولا يجوز ذكر جميع العوض بعد الانبرام .

* مسألة (٥٤) : لا يلحق الاجل بالبيع . / ١٤٠ ش . (١)

وقال أبو حنيفة : يلحق . (٢)

لنا : انه دين استقر معجلا فلا يتأجل كالقرض ، (٤) ولانه تبرع بالاظهار

فلم يلزم كامرأة العنين ، اذا انظرت زوجها ، سنة بعد مضي سنة . (٥)

(٤٥) لان العقد يكون قد تم على ثمن مجهول . وهذا فارق آخر بين الاصل والفرع في قياسهم يتأكد به بطلانه .

(١) وصورته : ان يعقدا صفقة البيع ثم يدخلا عليها التأجيل بعد لزوم العقد .

أنظر المسألة في : المجموع ج ٩ ص ٣٣ . فتح العزيز ج ٨ ص ١٩٧ . الوجيز ج ١ ص ١٣٩ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٤ . كشاف القناع : ج ٣ ص ٢٢٢ . المحرر ج ١ ص ٣٣١ .

(٢) الهداية ج ٦ ص ١٣٣ . التبيين ج ٤ ص ٧٨ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧٨ . وهو قول المالكية : الجواهر ج ٢ ص ٥٧ . شرح المنح ج ٢ ص ٧١٧ . الشرح الكبير ج ٢ ص ١٦٥ . ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة . (٣) في نسخة ((ب)) : اسفر / . بالفاء وهو تصحيف .

(٤) في نسخة ((ب)) : بالفرض / . بالفاء ، وهو تحريف . والجامع في القياس المذكور هو انه دين استقر معجلا في كل من الاصل وهو القرض والفرع وهو البيع .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تأجيل القرض بعد لزومه كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز زيادة الاجل بعد لزوم البيع أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يلزمها انظاره سنة أخرى بعد السنة الاولى . بجامع انه تبرع بالاظهار في كل من الاصل وهو مالو انظرت امرأة العنين زوجها سنة بعد سنة ، والفرع وهو مالو الحق الاجل بالبيع بعد العقد . =

قالوا : مرفق في البيع ، فجاز الحاقه بالعقد بعد لزومه ، كالرهن .^(٧)
 قلنا : الرهن حجة لنا ، لأن المشروط بعد العقد يخالف المشروط
 فيه ، الا ترى أنه يفسخ البيع اذا لم يف بالرهن المشروط فيه ، ولا يفسخ^(٨)
 في المشروط بعده ، ولان الرهن يجوز فيما لم يثبت بعد^(٩) من الديون ،
 ولا يجوز الأجل^(١٠) ، ويجوز الرهن في دين القرض ، ولا يجوز الأجل^(١١) ، ولان الرهن
 عقد منفرد ، وهذا زيادة في العقد الأول^(١٢) .

= ولما كان حكم الاصل عدم لزوم امرأة العنين الا نظار في السنة الثانية
 كان حكم الفرع كذلك ، فلا تلزم زيادة الاجل في البيع أيضا لذلك .

(٦) أي الزيادة في الأجل .

(٧) حيث يجوز رهن المبيع بعد لزوم العقد .

بجامع ان كلا مرفق بالعقد ، اما الاصل فهو الرهن ، واما الفرع فهو
 الاجل في البيع بعد لزومه ، ولما كان حكم الاصل هو جواز الحاق
 الرهن بالعقد بعد لزوم البيع ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الحاق
 الاجل في البيع بعد لزوم العقد أيضا لذلك .

(٨) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) .

(٩) في الاصل : بمقد . / وهو تحريف .

(١٠) أي فيما لم يثبت بعد من الديون .

(١١) أي في دين القرض . لان للمقرض استرداد مثل ماله ، من المقترض متى
 شاء لكونه محسنا بالاقتراض ، وما على المحسنين من سبيل .

(١٢) في نسخة ((ب)) : ولان الرهن غير منفرد ، وهذا عين في العقد الأول . /
 والعبارة غير واضحة .

(١٣) والمقصود اثبات الفارق بين الاصل وهو الرهن والفرع وهو زيادة الاجل
 في البيع بعد لزوم العقد في قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (٥٥) : لا يحط ماريح^(١) في السلعة عن الثمن^(٢) في بيع المراجعة^(٣) . ١٤١ / ١
وقال أبو حنيفة : يحط^(٤) .

(١) في المصباح ج ١ ص ١٥٢ : حططت من الدين . اسقطت ، والحطيطة
فعيلة بمعنى مفعولة ، واستحطه من الثمن كذا فحطه له ، وانحطط
السعر : نقص . أهـ

ومنه قوله تعالى (وقلوا حطة) سورة البقرة آية / ٥٨ أى حط عنا أوزارنا
واسقطها . وقيل هي كلمة أمر بها بنو اسرائيل لو قالوها لحطت عنهم
أوزارهم .

أنظر المختار ص ١٤٣ .

(٢) في نسخة ((ب)) : من .

(٣) أى لا يسقط ذكر ماريحه في السلعة اذا باعها مرابحة ، كما لو باع ثوبا
بعشرة فربح فيه خمسة ، ثم اشتراه ، ثم باعه مرابحة ، فليخبر عن ذلك
الربح المذكور .

لأن ذلك ابلغ في الصدق .

أنظر فتح العزيز ج ٩ ص ١٠ . وذكره المصنف في الهذب أيضا ج ١ ص ٢٨٩ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٤ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٢٣ .
وقد ذكر في المغنى عن أحمد قولا آخر انه يحط الربح من الثمن ويخبر
برأسماله عليه .

أنظر المغنى ج ٤ ص ١٤٠ .

وبه يقول المالكية : الجواهر ج ٢ ص ٥٧ . شرح المنح ج ٢ ص ٧١٦ . المنتقى
ج ٥ ص ٥١ .

(٤) خلافا للصاحبين .

أنظر : الهداية ج ٦ ص ١٢٧ . التبیین ج ٤ ص ٧٦ . مجمع الأنهر ج ٢ ص ٧٦ .
ولم أجد لابن حزم قولا في ذلك .

لنا : ان الربح في بيع ، وضمن المراجعة في غيره^(٥) ، فأشبهه اذا كان في
سلعة أخرى^(٦) . ولانه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فلا يحط ماريح فيه
كبيع التولية^(٧) ، ولان مالا يحتسب له بالخسران^(٨) فيه لا يحتسب عليه بالربح
فيه كبيع سلعة أخرى^(٩) .

- (٥) في نسخة ((ب)) : في بيع غيره .
- (٦) حيث يجب عليه الاخبار بالثمن الاصل فيها .
بجامع تبين الجهة في كل من الاصل وهو مالو باع سلعة مراجعة ثم
باع سلعة أخرى مراجعة .
والفرع وهو مالو باع سلعة فريح فيها ثم اشتراها ثم باعها مراجعة .
ولما كان حكم الاصل وجوب الاخبار فيه عن الثمن منفردا عن ثمن الاخرى ،
كان حكم الفرع كذلك فيجب الاخبار عن ثمن السلعة منفردا وعن الربح
منفردا عن ثمن السلعة أيضا لذلك .
- (٧) حيث يخبر فيه عن حقيقة الثمن وجوبا .
بجامع ان كلا نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، اما الاصل فهو بيع
التولية ، واما الفرع فهو بيع المراجعة . ولما كان حكم الاصل وجوب
الاخبار عن حقيقة ثمن السلعة^{في} بيع التولية ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط
ذكر ماريحه في السلعة اذا باعها مراجعة أيضا لذلك .
- (٨) في نسخة ((ب)) : الخسران فيه . / بحذف الباء .
- (٩) حيث لا يحتسب عليه بالربح في الاولى ، اذا باع سلعة الاخرى .
بجامع عدم احتساب الخسران عليه في كل من الاصل وهو مالو باع سلعة
أخرى والفرع وهو مالو باع عين السلعة .
ولما كان حكم الاصل عدم احتساب الخسران عليه فيه ، كان حكم الفرع
كذلك فلا يحتسب الربح عليه فيه أيضا لذلك .

قالوا : ما تفرق من العقود يجمع في بيع المراجعة ، كما لو اشترى
ثوبا بعشرة ، وغرم في غسله (١١) وقصارته (١٢) ورفوه (١٣) وتطريزه (١٤) وصبغه عشرة (١٥).

(١٠) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)).

(١١) يوزن ضمن وعلم . أى اصابته فيه غرامة وكلفه كما تقول غرم الرجل
الدية بفتح المعجمة فكسر الراء المهملة ، غرما ، بضم فسكون ، من
الغرامة وهى دفع ما يلزم اداؤه . أنظر المختار ص ٤٧٣ .
(١٢) فى المصباح ج ٢ ص ١٦٣ : قصرت الثوب قصرا : بيضته ، والقسارة
بالكسر الصناعة ، والفاعل : قصار . أه .

(١٣) فى القاموس ج ٤ ص ٣٣٦ : رفا الثوب اصلحه . أه .
وفى المختار ص ٢٥١ : رفوت الثوب من باب عدا يهزم ولا يهزم . . . والرفاء
الالتحام والاتفاق . أه .

(١٤) التطريز : تجميل من الطرز والطرارز وهو علم الثوب ، وهو معرب ،
وجمعه طرز ككتاب وكتب ، تقول : طرزت الثوب تطريزا جعلت له طرازا
تقول هذا ثوب مطرز بالذهب أو غيره . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٧ والقاموس
ج ٢ ص ١٨٠ .

(١٥) سقط لفظ (عشرة) من نسخة ((ب)).

والمقصود انه ان غرم فى ذلك الثوب عشرة وكان قد اشتراه بعشرة
ثم اراد أن يبيعه مراجعة ، فانه يذكر ثمنه وهو عشرة وما تكلف عليه
وهى العشرة الثانية الناتجة عن عدة عقود احدها شراء الثوب ثانيها
غسله ثالثها قصارته رابعها رفوه خامسها تطريزه سادسها
صبغه ، فيضم هذه العقود كلها فى بيع المراجعة فيخبر انه اشترىها
بعشرة وتكلف عليها عشرة .

قلنا : يبطل به اذا اشترى بعشرة وباع بخمسة ، ثم اشترى ^(١٧) بعشرة ،
فانه لا يجمع في الخسران ويخالف ما قاسوا عليه ، ^(١٩) فانه يصدق فيما يخبر به من
قيام السلعة عليه ، بعشرين ، وها هنا يكذب اذا قال : هي على بخمسة . ^(٢١)
قالوا : يجب نفى التهمة ^(٢٢) في بيع المراجعة ، وفي هذا تهمة ، وهو انه لسو
علم المشتري بانه ربح ^(٢٤) فيه مرة ، ربما لم يرغب فيه . ^(٢٥)

- (١٦) في نسخة ((ب)) : اذا اشتراه .
(١٧) في نسخة ((ب)) : ثم اشتراه بعشرة .
(١٨) في نسخة ((ب)) : فانه لا يجبر بالخسران . / ولعلها : يخبر .
والمقصود انه لا يجمع هذه العقود الثلاثة فيما اذا خسر ان لا يد من
بيان ما ربح فيها منه ما خسر ، وذلك لا يتأتى في حال جمع هذه العقود
مع كون هذا البيع مراجعة ، فبطلت دعواهم ان بيع المراجعة تجمع
ما تفرق من العقود .
(١٩) وهو ما لو اشترى ثوبا بعشرة وغرم في غسله وقصارته ورفوه وتطريزه وصبغه
عشرة .
(٢٠) عشرة لثمنها وعشرة لما غرمه فيها .
(٢١) لان الشراء الاخير كان بعشرة ، وانما أخبر انها بخمسة ليحبر خسارته
ان باعها بخمسة .
(٢٢) أي الفش والخداع .
(٢٣) أي في بيع المراجعة مع عدم حظ واسقاط الربح غش وابهام على المشتري .
(٢٤) في نسخة ((ب)) : أنه .
(٢٥) لا احتمال ان لا تباع اذا زيد في سعرها بعد ، فيكون قد سد عليه
باب الربح .

قلنا : لا تهمة في ذلك ، بل هذا ^(٢٦) ما يزيد رغبة في شرائه ^(٢٧) .
 قالوا : لو قلنا انه يخبر بالجميع لجعل ذلك ^(٢٨) حيلة ، فيبيعه —
 شريكه ، ثم يشتري منه بثلث كثير ، فيخبر به .
 قلنا : ذاك ^(٢٩) كذب وخيانة ، وهذا ^(٣٠) صدق وأمانة .

❖ مسألة (٥٦) : اذا اشترى عبدان ببيع أحدهما مرابحة ^(١) . / ١٤١ ي .
 وقال أبو حنيفة : لا يجوز ^(٢) .

(٢٦) فونسخة ((ب)) : بل هذه .
 (٢٧) لانه اذا علم انها قد طرحت من قبل في السوق وبيع بائعها ازداد رغبة
 فيها لكونها مطلوبة للناس ومرغوبة عندهم .
 (٢٨) أى عدم الاخبار بثلث السلعة وبما ربح بها مفصلا عن الثمن .
 (٢٩) أى بيعها من شريكة ، ثم شراؤها منه بثلث كثير ليخبر به في المرابحة .
 (٣٠) أى الاخبار عن ثمن السلعة وربحها معا بلا تفصيل .

(١) فتح العزيز ج ٩ ص ١١٠ . المجموع ج ١٢ ص ١٩٠ .
 (٢) الهداية ج ٦ ص ١٣٣ . التبیین ج ٤ ص ٧٨ . وأنظر حاشية الشلبي
 عليه أيضا . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٨ .
 وهو قول الحنابلة : كشف القناع ج ٣ ص ٢٢١ . المحرر ج ١ ص ٣٣١ ، وقد
 ذكر في المغنى ج ٤ ص ١٣٨ رواية أخرى عن أحمد بجوازها .
 وبه يقول المالكية أيضا : المنتقى ج ٥ ص ٥٠ . الجواهر ج ٢ ص ٥٨ .
 شرح المنح ج ٢ ص ٧٢٠ .
 ولم أقف لابن حزم على قول في هذه المسألة .

لنا : ان ما جاز بيعه مرابحة اذا اشترى منفردا جاز اذا اشترى^(٣)
مع غيره ، كالحبوب .^(٤)
قالوا : ثمن العبد يعرف بالتقويم ، وطريقه الظن والتخمين ، وربما غلط
المقوم فيه .

قلنا : الا أنه جعل كالعلم واليقين ، ولهذا يعمل في الشفعة ،
والرد^(٦) بالعيب والقطع في السرقة^(٧) ، وهو^(٨) مما يسقط بالشبهة ، فأخذ
به^(٩) في المراجعة .^(١٠)

- (٣) في نسخة ((ب)) : اذا اشتراه .
- (٤) حيث يجوز بيع الحبوب مرابحة ، سواء اشترى منفردا أو مع غيره .
- بجامع جواز بيعه منفردا في كل من الاصل وهو الحبوب ، والفـرع وهو الحيوان .
- ولما كان حكم الاصل جواز بيعه مرابحة اذا اشترى مع غيره . كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع العبد مرابحة وان اشترى مع غيره أيضا لذلك .
- (٥) في نسخة ((ب)) : قالوا : قفيز وخمسة من عشرة معلوم عادة ومشاهدة بخلاف ثمن العبد فانه يعرف بالتقويم وطريقه الظن والتخمين وربما غلط المقوم فيه .
- (٦) في الاصل : والردة . / بزيادة التاء المثناة من فوق .
- (٧) حيث يوكل تقويم العيب في المبيع الى أهل الخبرة ، كما يوكل أيضا تقويم المسروق لينظر هل يبلغ ثمنه نصاب السرقة أم لا الى أهل الخبرة أيضا .
- (٨) في الاصل : وهما . / وهو خطأ ، فان المقام لا يقتضيه ، وانما يقتضى العود على القطع فقط ، لانه حد ، والحدود هي التي تسقط بالشبهة ، ولا كذلك المال .
- (٩) أي بالظن والتخمين ، لانه جعل كالعلم واليقين .
- (١٠) أي فيجوز ان يقد ر ثمن أحد العبد ين ويخبر به في المراجعة وان كان الثمن المذكور ليس معلوما لأحد هما على وجه اليقين .

* مسألة (٥٧) : اذا أخبر في المراجعة بأكثر من الثمن حظ الزيادة^(٢) وريحها ، وهل يثبت له الخيار ، فيه قولان . ١٤١ / ٠^(٣) .
وقال أبو حنيفة : لا يحط ، بل له الخيار^(٤) .
لنا : هو أنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الاول فوجب فيه حظ الزيادة
كالتولية^(٥) والاخذ بالشفعة^(٦) .

- (١) في نسخة ((ب)) : اذا أخبره .
(٢) أى التى زادها على ثمن السلعة .
(٣) المختصر ص ٨٤ وقد أثبت هنا له الخيار ، وقد ذكر القولين كليهما فى
الام ج ٣ ص ٩٢ .
الا أنه ذكر القول بعدم حظ الزيادة وريحها مع ثبوت الخيار بصيغة
التريض (قيل) .
وقال فى المنهاج ص ٥٠ : فالأظهر أنه يحط الزيادة وريحها وأنه لا خيار
للمشتري . أهـ . وحط الزيادة وريحها وعدم ثبوت الخيار للمشتري يقول
الحنابلة أيضا . شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٢١٩
المفنى ج ٤ ص ١٣٦ .
وذهب المالكية الى أن البائع لو اسقط الزيادة وريحها لزم البيع للمشتري
والا فهو مخير . أنظر القوانين ص ٢٨٩ . الجواهر ج ٢ ص ٥٨ . الشرح
الصغير ج ٢ ص ٨٠ .
(٤) خلافا لابی يوسف حيث وافق الشافعى . أنظر الهداية ج ٦ ص ١٢٦ وفتح
القدير عليه .
التبيين ج ٤ ص ٧٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٦ .
وذهب ابن حزم الى لزوم البيع وعدم حظ الزائد وريحه مع تأييد البائع .
أنظر المحلى ج ٩ ص ٦٢٥ .
(٥) بيع التولية : هو نقل جميع المبيع الى المولى - باسم المفعول مع تشديد
اللام - بمثل الثمن المثلئ أو عين المتقوم بلفظ وليتك . أهـ عميرة ج ٢ ص ٢١٩ .
(٦) بجامع ان كلا نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، اما الاصل فهو بيع =

قالوا : خيانة ظهرت في بيع المراجعة ، فثبت بها الخيار من غير

(٧)

حط ، كما لو أخبر بتأجيل الثمن .

قلنا : الاجل مخالف للزيادة ، الا ترى ان في الشفعة والتولية لا يحط

(٨)

التأجيل ويحط الزيادة .

* مسألة (٥٨) : يجوز أن يبيع ما ابتاعه من بائعه باقل من الثمن . (١) / ١٤١

= التولية والأخذ بالشفعة ، واما الفرع فهو بيع المراجعة . ولما كان حكم الاصل وجوب حط الزيادة في الثمن في بيع التولية والأخذ بالشفعة كان حكم الفرع كذلك فيجب حط الزيادة التي أخبر بها عن ثمن السلعة في المراجعة . أيضا لذلك .

(٧) حيث يثبت للمشتري الخيار في الفسخ اذن .

بجامع ان كلا خيانة ظهرت في بيع المراجعة ، اما الاصل فهو مالو أخبر بتأجيل الثمن والحال انه كان نقدا ، واما الفرع فهو مالو أخبر بأكثر من ثمن السلعة في المراجعة . ولما كان حكم الاصل ثبوت الخيار من غير حط شيء من الثمن ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت لمن أخبره البائع في المراجعة بأكثر من ثمن السلعة أيضا الخيار ولا يحط عنه شيء من الزيادة وريحها .

(٨) اي فيما لو كذب على المشتري في التولية أو على الشفيع فزاد في ثمن السلعة وادعى فيها الاجل أيضا فانه اذا وقف المشتري على كذبه ثبت له حق حط الزيادة دون التأجيل لان التأجيل لا يضر المشتري وتضره الزيادة .

(١) في نسخة ((ب)) زيادة : وبأكثر ومثله قبل القبض وبعده .

وتسمى هذه المسألة ببيع المعينة لأن مشتري السلعة الى أجل يأخذ

بدلها عينا أي نقدا حاضرا . أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ١٥٨ .

(٢) المختصر ص ٨٥ . الام ج ٣ ص ٧٨ بيع الاجال . وقد نص في شرح

المحلى : على أنه أصح القولين في ذلك . أنظره ج ٢ ص ٢١٢ وص ٢١٣ .

ومفنى المحتاج ج ٢ ص ٦٨ . وبجوازه يقول ابن حزم أيضا ، المحلى ج ٦ ص ٦٨٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز قبل نقد الثمن في البيع الأول (٣).

انبا : ان كل قدر جاز أن يبيع به السلعة من بائعها بعد نقد (٤)
الثمن جاز قبله ، كرأس ماله (٥) وأكثر منه (٦) ، ولان كل حالة جاز فيها بيع السلعة
من غير بائعها بثمن (٧) جاز من بائعها بذلك الثمن ، دليله ما بعد القبض (٨) (٩).

(٣) الهداية ج٦ ص ٦٨ ، التبیین ج٤ ص ٥٣ . مجمع الأنهر ج٢ ص ٦٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ١٥٨ . كشف القناع ج٣ ص ١٧٢
المغنى ج٤ ص ١٣٢ .
وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج٢ ص ٤٣ . الجواهر ج٢ ص ٢٩ . شرح
المنح ج٢ ص ٥٨٨ .

(٤) سقطت عبارة (نقد) من نسخة ((ب)).

(٥) في نسخة ((ب)) : كرأس المال .

(٦) سقط قوله (وأكثر منه) من نسخة ((ب)).

أى كما يجوز له أن يبيعها برأس المال وأكثر منه .
والجامع في القياس المذكور هو جواز بيع السلعة من بائعها بعد نقد الثمن
في كل من الاصل وهو البيع برأس المال وأكثر منه ، والفرع وهو بيع ما ابتاعه
من بائعه بأقل من الثمن قبل نقد الثمن .
ولما كان حكم الاصل جواز بيعه من بائعه قبل نقد الثمن ، كان حكم الفرع
كذلك فيجوز له بيع ما ابتاعه من بائعه قبل نقد الثمن بأقل من الثمن
أيضا لذلك .

(٧) سقط لفظ (بثمن) من نسخة ((ب)).

(٨) سقط اسم الموصول (ما) من نسخة ((ب)).

(٩) حيث لا خلاف في جواز بيع السلعة بعد القبض من بائعها ومن غيره .
بجامع جواز بيع السلعة من غير بائعها بأقل وأكثر من ثمنها في كل
من الاصل وهو مالو باعها من بائعها بعد القبض ، والفرع وهو مالو باعها =

فان احتجوا : بما روى أبو اسحاق ^(١٠) قال : دخلت امرأتى وام ولد زيد بن ^(١١)
أرقم على عائشة رضي الله عنها فقالت لها أم ولد زيد ^(١٣) : انى بعث من زيد بن ^(١٤)

= منه قبل القبض .

ولما كان حكم الاصل جواز بيعها من غير صاحبها بأقل من ثمنها بحمد
القبض ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيعها من صاحبها بأقل من ثمنها
قبل القبض أيضا لذلك .

(١٠) هو عمرو بن عبد الله الهمداني السبيعي الكوفي ، أبو اسحاق ، أحد
اعلام التابعين روى عن جرير البجلي وعدى بن حاتم وجابر بن سمرة
وزيد بن أرقم ، وغيرهم ، وروى عنه ابنه يونس وحفيده اسرائيل ، وقتادة
وغيرهم . قال فيه أبو حاتم : ثقة يشبه الزهري في الكثرة . وقال
محمد بن فضيل : انه كان يقرأ القرآن في ثلاثة أيام . وقال فيه حميد
الرؤاسي سمع منه ابن عيينة بعد ما اختلط ، مات سنة سبع وعشرين ومائة .
قاله الواقدي . أنظر الخلاصة ص ٢٩١ .

(١١) في نسخة ((ب)) : وام ولد لزيد بن أرقم . / أنظر ترجمة زيد في المسألة
رقم (١٩) هامش (٣٧) .

(١٢) سقطت عبارة (رضي الله عنها) من نسخة ((ب)) .

وعائشة هي بنت أبي بكر الصديق ، زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم
أم المؤمنين ، كانت أحب الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد
أبيها ، حدث هشام بن عروة عن أبيه قال : ما رأيت أحدا من الناس أعلم
بالقرآن ولا بفريضه ولا بحلال ولا بحرام ولا بشعر ولا بحد يث العرب ولا بنسب
من عائشة رضي الله عنها . ولد تبعد المبعث بأربع سنين أو خمس ، وتوفيت
سنتين وخمسين في ليلة الثلاثاء سبع عشرة خلت من رمضان وقيل سنة سبع
ودفنت بالبقيع . أنظر الحلية ج ٢ ص ٤٢ . الاصابة ج ٤ ص ٣٥٩ رقم / ٧٠٤ .

(١٣) سقطت كلمة (أم) من نسخة ((ب)) .

(١٤) سقط قوله (بن أرقم) من نسخة ((ب)) .

أرقم عبداً^(١٥) بثمانمائة نسيئة، واشتريته منه بستمائة نقداً، فقالت عائشة: ابلفى زيدا قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن تتوب^(١٧) بئسما ما شررت وبئسما ما ابتعت^(١٨). فأبطلت العقد والجهاد وأغلظت وذلك

(١٥) فى نسخة ((ب)) : أعبد ا .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : لسنة .

(١٧) فى الاصل (بتبين ما شررت ، وبتبين ما ابتعت) وهو تحريف .

(١٨) رواء عبد الرزاق فى مصنفه ج ٨ ص ١٨٤ باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد

اشتراءها بنقد . رقم / ١٤٨١٢ . مطولا .

ورواه الدارقطنى ج ٣ ص ٥٢ رقم / ٢١١ . ثم قال : ام محبة - وهى

أم ولد زيد - والعالية - وهى امرأة أبى اسحاق - مجهولتان لا يحتج

بهما . أه .

وقال الشافعى : ونحن لانثبت مثل هذا عن عائشة . أه المختصر ص ٨٥ .

ورواه البيهقى ج ٥ ص ٣٣٠ باب الرجل يبيع الشئ الى أجل ثم يشتريه

بأقل .

ونقل الزيلعى فى النصب ج ٤ ص ١٦ عن صاحب التنقيح قوله : هذا

اسناد جيد وان كان الشافعى قال : لا يثبت مثله عن عائشة ، وكذلك

الدارقطنى قال فى العالية هى مجهولة لا يحتج بها ، فيه نظر فقد خالفه غيره .

ونقل عن ابن الجوزى قوله : قالوا : العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها

قلنا : بل هى امرأة معروفة جليلة القدر ، ذكرها ابن سعد فى الطبقات

فقال : العالية بنت ايفع بن شراحيل امرأة أبى اسحاق السبيعى سمعت

من عائشة . أه .

ونحو ذلك قال فى الجوهر النقى . أنظر البيهقى ج ٥ ص ٣٣٠ .

الا أن ابن حزم حكم على هذا الحديث بالوضع ورده من أربعة أوجه ذكرها

فى المحلى ج ٩ ص ٦٨٩ .

وذلك كله (١٩) لا يعرف الا بتوقيف (٢٠).

قلنا : لو قالت ذلك ، توقيفا لروى ذلك التوقيف ، ويجوز أن تكون قد (٢٢)
 قالته اجتهادا وانه يضارع الربا ، وقد كان يغلظ بعضهم على بعض فيما طريقه (٢٣)
 الاجتهاد ، ولهذا قال على (٢٥) رضى الله عنه : من أراد أن يتقحم جراثيم (٢٦)
 جهنم ، فليقض بين الجد والاخوة ، وقد خالفها زيد بن أرقم ، ولانها انما (٢٧)
 (٢٨)

(١٩) سقط لفظ (كله) من نسخة ((ب)) .

(٢٠) أى الا بنص شرعى من آية أو حديث . لان الاخبار عن بطلان عمل
 أو صحته ليست محلا للاجتهاد .

(٢١) أى اما ان تروييه هى أو يروييه غيرها ، وشئ من ذلك لم يحصل .

(٢٢) سقط لفظ (قد) من نسخة ((ب)) .

(٢٣) برأيها باجتهاد منها ، ومستندها فى ذلك الاجتهاد : أن ذلك
 البيع المذكور يشابه الربا فيأخذ حكمه .

(٢٤) أى الصحابة رضى الله عنهم .

(٢٥) هو ابن أبى طالب . أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : أن يقتحم .

(٢٧) رواه الدارمى فى سننه .

ولفظه : من سره أن يتقحم جراثيم جهنم فليقض بين الاخوة والجد . أه
 وفى سنده رجل لم يسم . أنظر جمع الفوائد ج ١ ص ٧٠٩ رقم ٥٠٩٣ كتاب
 الفرائض .

(٢٨) واذا اختلف الصحابة فيما لا نص فيه ، فليس قول بعضهم بأولى من البعض

الآخر ولا قول بعضهم حجة على البعض الآخر .

انكرت (٢٩) لانه كان البيع الى العطاء ، وذلك مجهول ، ولهذا أبطلت (٣٠) العقد الأول والثاني .

قالوا : معنى يعود به جميع ما تناوله (٣١) العقد الى البائع قبل استيفاء أحكامه (٣٢) فلم يجز بأقل من الثمن كالأقالة وهلاك المبيع .

(٢٩) فى نسخة ((ب)) : ولانها انكرته لان كان . / هكذا . ولعل الصواب لان البيع كان الى العطاء . أى أن غايته مجهولة لأن يوم العطاء لم يكن معلوما بعينه ، وان كان معلوما على وجه التقريب .

(٣٠) أى عائشة رضى الله عنها .

(٣١) فى نسخة ((ب)) : يتناوله .

(٣٢) أى المترتبة عليه ، وهى انتقال الثمن الى البائع ، والمثلن الى المشتري . وفى بيع العينة انتقل المثلن فقط ، وقبل انتقال المثلن جرى على المبيع عقد آخر . وهذا لا يجوز .

(٣٣) الاقالة فى البيع طلب نقضه برد المبيع الى بائعه . وربما قالوا : قاله البيع ، بغير ألف ، وهى لغة قليلة . انظر المختار :

ص ٥٦٠ .

وفى المصباح ج ٢ ص ١٨١ : قال الله عثرته اذا رفعه من سقوطه ومنه الاقالة فى البيع لانها رفع العقد . أهـ

والجامع فى القياس المذكور هو أنه معنى يعود به جميع ما تناوله العقد الى البائع قبل استيفاء أحكامه فى كل من الاصل وهو الاقالة وهلاك المبيع ، والفرع وهو بيع المبيع من بائعه بأقل من الثمن من قبل قبض المثلن .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز إعادة البيع بالاقالة أو بهلاكه الى بائعه بأقل من ثمنه ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز بيع المبيع الى بائعه بأقل من الثمن ، قبل قبض المثلن أيضا لذلك .

قلنا : لأن (٣٤) (٣٥) عاد المبيع بفسخ العقد ألا ترى انه لا يحتاج
 إلى تسمية ، وهذا عاد بعقد مستأنف (٣٨) فاعتبر فيه شرطهما (٣٩) ولم ———
 لا يجوز هناك بعد نقد الثمن في البيع الأول ، ولا بالزيادة (٤١) وها هنا يجوز (٤٢)
 قالوا : حصل الثمن والمثل في ضمان المشتري (٤٣) فإذا اشترى المبيع
 ببعض الثمن الذي في الذمة ، فقد استفاد ربحا ، فيما لم يضم ——— (٤٤)

- (٣٤) سقط لفظ (لان) من نسخة ((ب)).
- (٣٥) الإشارة عائدة الى الاقالة وهلاك البيع.
- (٣٦) أى تسمية المبيع وتعيينه ، لان الفسخ لا يقع الا عليه .
- (٣٧) أى بيع المبيع من بئعه .
- (٣٨) أى جديد مستقل عما قبله .
- (٣٩) أى شرط البائع والمشتري ، لانه عقد جديد .
- (٤٠) أى لا يجوز فسخ العقد بعد نقد الثمن في البيع الأول فى حال هلاك المبيع .
- (٤١) أى على الثمن فى البيع الأول .
- (٤٢) أى فى بيع المبيع من بئعه .
- (٤٣) وهو البائع الثانى .
- (٤٤) والسبب لم يدخل فى ضمانه لعدم قبضه اياه . وريح مالم يضمن منهى عنه لما روى الترمذى ج ٣ ص ٥٣٥ باب ما جاء فى كراهية بيع ماليس عندك ، رقم / ١٢٣٤ عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعا لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ماليس عندك ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ .

(٤٥) فصار كبيع المبيع قبل القبض. (٤٦)

قلنا : العقد الثانى لم يقع على ماله فى ذمة المشتري ، وانما وقع على مال يثبت فى ذمة نفسه ، بخلاف المبيع ، فانه يعقد عليه ، ولانه لو كان كالمبيع ، لما جاز بيعه أصلاً . (٥٠) (٤٩)
قالوا : هذا يضارع الربا ، لانه يبيع بالف ، ثم يشتريه بتسع مائة ، فيحصل منه مائة درهم وللهذا قال ابن عباس (٥٣) فيمن

(٤٥) فى نسخة ((ب)) : وصار .

(٤٦) حيث لا يجوز ذلك ، لانه لم يدخل فى ضمانه بعد .
بجامع استفادة الربح فيما لم يضمن ، فى كل من الاصل وهو مالو باع المبيع قبل القبض ، والفرع وهو مالو باع المبيع من بائعه بأقل من الثمن قبل القبض .
ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع السلعة من بائعها قبل قبض الثمن ، بأقل من ثمنها أيضا لذلك .

(٤٧) فى نسخة ((ب)) : على ما يثبت .

(٤٨) أى فلا يصح قياس بيع المبيع من بائعه بأقل من الثمن على بيع المبيع قبل القبض للفارق المذكور بينهما ، ولا قياس مع الفارق .

(٤٩) أى كبيع المبيع قبل القبض ، وهو المقيس عليه فى قياسهم .

(٥٠) لحديث عبد الله بن عمرو المذكور فى النهى عن بيع مالم يضمن .

أنظر الهامش رقم (٤٤) .

(٥١) أى بيع المبيع من بائعه بأقل من الثمن قبل نقد الثمن .

(٥٢) أى يشابهه من المضاربة . أنظر المختار ص ٣٨١ .

(٥٣) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم ، ابن عم النبى صلى الله عليه وسلم

وصاحبه ، حبر الامة وفقهيهما وترجمان القرآن ، روى الفا وستائة وستين

حديثا ، كان عمره ستين سنة ويداؤه للمعضلات ، وكان جميلا فصحا عالما .

توفى بالطائف سنة ثمان وستين ، وصلى عليه محمد بن الحنفية . أنظر الخلاصة :

ص ٢٠٣ . وقد كان ولد فى الشعب عند حصر قريش للنبى صلى الله عليه وسلم =

(٥٤) باع حريرة بمائة نساء ثم اشتراها بخمسين ، فقال : المائة بالخمسين . والحريرة دخلت فيها للربا . (٥٦)

قلنا : بل هو تخلص من الربا ، حين ادخل السلعة بين الثمنين ، وهذا يجوز . ولهذا قال صلى الله عليه وسلم في قصة خير : اكل تمر خير هكذا . (٥٧)
فقال : لا . ولكن تبتاع الصاع من هذا بصاعين من تمر الجمع ، فقال : لا تفعلوا هذا ، ولكن بيعوا تمر الجمع بالدرهم واشتروا بالدرهم هذا ، (٥٩)

= والمؤمنين ، وكان له عند موت النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث عشرة سنة .
أنظر الخلاصة ج ٣ ، ص ٢٠٣ . الاصابة ج ٢ ، ص ٣٣ / رقم ٤٧٨١ .
(٥٤) في نسخة ((ب)) : حريرا . / أى انه سئل عن باعها بما ذكر .
(٥٥) في نسخة ((ب)) : ثم اشتراها بالخمسين والحريرة دخلت بينهما . / والباقي ساقط .

(٥٦) رواه ابن حزم في المحلى ج ٩ ص ٦٨٩ من طريق وكيع نا - أى أخبرنا -
سفیان الثوري عن سليمان التيمي عن حيان بن عمير القيسي عن ابن عباس
في الرجل يبيع الجريرة - كذا بالجيم - الى رجل فكره أن يشتريها يعنى
بدون ماباعها . أه
ثم قال عنه في ص ٦٩٣ : واما خبر ابن عباس فهو رأى منه وقد خالفه
ابن عمر . أه
وفي ذلك اشارة الى أن الاثر المذكور صحيح ، ولولا ذلك لا اشار الى
ضعفه فانه اقوى في رده من القول بأنه رأى منه ، ومن ذكر مخالفة ابن عمر له .
(٥٧) سقط لفظ (خير) من الاصل .

(٥٨) بفتح الجيم وتسكين الميم ، يطلق على عدة أمور منها ، تأليف المتفرق ، ومنها :
الدقل بفتح هـ ومنها : صنف من التمر ويطلق على النخل اذا خرج
من النوى لا يعرف اسمه ويطلق على القيامة ، وعلى الصمغ الاحمر وعلى
جماعة الناس ، والمقصود منها هنا اطلاقه على صنف من التمر . أنظر
القاموس ج ٣ ص ١٤٠ .

(٥٩) أى التمر الجيد ، وهو المسمى جنيا ، كما في النهاية ج ١ ص ٣٠٤ ، =

ولانه لو صح (٦١) لوجب ان لا يجوز بأكثر منه (٦١) ، ولو جب ان لا يجوز بمثل
الشن ، لانه يبيع ألفا بألف ، من غير تقابض . (٦٢)

= والحدِيث المذكور رواه البخارى ج ٢ ص ٢٤ باب اذا اراد بيع تمر بتمر
خير منه ، عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهما ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خير فجاءه بتمر جنيب فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خير هكذا قال : لا والله يا رسول الله
انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة ، فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم : لا تفعل ، بيع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيا . أه
ورواه مسلم ج ٣ ص ١٢٠٨ ، باب الربا . رقم / ١٥٨٤ .
ورواه الدارقطنى ج ٣ ص ١٧ رقم / ٥٤ وقد سمي العامل وهو سواد بن غزية
أخو بنى عدى من الانصار .
(٦٠) فى الاصل غير واضحة ، ورسمها هكذا (نقدا) وهو تحريف عن لفظ
(هذا) فان رسمها متقارب والاشارة عائدة الى أثر ابن عباس الذى ذكره .
(٦١) أى لوجب ان لا يجوز لبيع السلعة بأكثر مما اشتراها به .
(٦٢) أى والحال ان ذلك جائز فى كلا صورتين ، أعنى بالاكثروا بالمثل عند
وعندكم ، فلا يصح لكم الاحتجاج به اذن .

”مسائل اختلاف المتبايعين“ (*)

* مسألة (٥٩) : اذا اختلفا فى قدر الثمن ، تحالفا . (١) / ١٤١ ش .

وقال أبو حنيفة : ان كانت السلعة تالفة فالقول قول المشتري . (٢)

لنا : ان كل واحد منهما مدع (٣) ومدعى عليه ، فان البائع يدعى عقدا ينكره

(*) أى أو من يقوم مقامهما ، وذلك بأن يقع الاختلاف على الكيفية التى وقع عليها العقد بينهما .

(١) أى ويفسخان عقد البيع بينهما ، سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة .

المختصر ص ٨٦ . الوجيز ج ١ ص ١٥٣ . المنهاج ص ٥٢ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٥ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٢٤ .

وذكر فى المغنى ج ٤ ص ١٤٦ عن أحمد رواية أخرى كقول أبى حنيفة .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٩٠ . الجواهر ج ٢ ص ٦٤ .

وذكر فى شرح المنح انهما يتحالفا على المشهور أى فى المذهب : ج ٢ ص ٧٤٣ .

(٢) خلافا للصاحبين فى حال تلف السلعة ، هما يقولان : يتحالفا ويترادان

القيمة ، أنظر الموطأ ص ٢٧٨ باب الاختلاف فى البيع ما بين البائع

والمشتري .

الهداية ج ٦ ص ٧٤ وأنظر فتح القدير عليه أيضا . التبيين ج ٤ ص ٥٦ .

مجمع الانهر ج ٢ ص ٦١ .

ونذهب ابن حزم الى أن القول قول مصحح البيع منهما اذا كانت السلعة

فى يد المشتري وهى غير معروفة للبائع وكان الثمن عند البائع بمعد

والا بان كانت السلعة عند البائع والثمن عند المشتري تحالفا ويطلب

بيعهما . أنظر المحلى ج ٩ ص ٣٢٣ والتى تليها .

(٣) فى نسخة ((ب)) : مدعى / والصواب حذف الياء لانها اعلت اعلال قاض .

المشتري ، والمشتري يدعى عقدا ينكره البائع ، ولهذا تستمع بينهما ، فتحالفا
كما لو ادعى رجل على رجل ثوبا وادعى الاخر عليه عبدا^(٤) ولانه اختلاف فى
صفة انتقال الملك ، فأشبهه اذا قال أحدهما : بعثك ، وقال بل وهبتنى^(٥) ،
ولانهما اختلفا فى قدر الثمن^(٦) ، وتداعياه دعوى صحيحة ، ولا بينة لواحد منهما
فأشبهه اذا كانت السلعة قائمة^(٧) ، ولان كل موضع ثبت التحالف مع قيام^(٨)

(٤) حيث يجب عليهما التحالف .

بجامع ان كل واحد من الطرفين يدعى عقدا ينكره الاخر ، فى كل من الاصل وهو
مالو ادعى رجل على رجل ثوبا وادعى الاخر عليه عبدا ، والفرع وهو مالو
اختلفا فى ثمن السلعة ، ولما كان حكم الاصل هو سماع بينهما ويتحالفا ن
كان حكم الفرع كذلك فتسمع بينة البائع والمشتري ويتحالفا ن .

(٥) حيث يتحالفا ن ويترادان السلعة .

بجامع الاختلاف فى صفة انتقال الملك فى كل من الاصل وهو مالو قال
احدهما بعثك وقال الاخر بل وهبتنى ، والفرع وهو مالو اختلف البائع
والمشتري فى ثمن السلعة ، ولما كان حكم الاصل انهما يتحالفا ن كان
حكم الفرع كذلك فيتحالفا البائع والمشتري أيضا لذلك .

(٦) فى نسخة ((ب)) : ولانهما اختلفا فى قدر الثمن فأشبهه اذا كانت السلعة
قائمة .

(٧) حيث يتحالفا ن ، يفسخ العقد بينهما .

بجامع الاختلاف فى قدر الثمن مع تداعيهما الثمن دعوى صحيحة ولا بينة
لواحد منهما فى كل من الاصل وهو مالو اختلفا فى ثمن السلعة والسلعة
قائمة والفرع وهو مالو اختلفا فى ثمنها وهى تالفة . ولما كان حكم الاصل
هو انهما يتحالفا ن فى بيعهما كان حكم الفرع كذلك فيتحالفا ن أيضا لذلك .

(٨) فى نسخة ((ب)) : يثبت .

السلعة ، ثبت مع هلاكها ، كما لو اشترى عبداً بجارية وتقابضا ، ثم هلك
 أحدهما^(٩) ، ثم اختلفا ، فقال أحدهما : كان مع العبد ثوب ، وانكر الآخر^(١١) .
 فان قيل :^(١٢) هناك يقع الفسخ على القائم وينفسخ على الهالك تبعاً .
 قيل : كل واحد منهما مقصود بالعقد ، فلا يجعل أحدهما تابعاً ،
 ثم يبطل به اذا باع سلعتين وهلك أحدهما^(١٥) ، ثم اختلفا ، فانهما لا يتحالفان
 عندهم^(١٦) ولا يجعل الهالك تابعاً للقائم ، ولانه لو كان هلاك السلعة يمنع
 التحالف ، لوجب اذا قتل المبيع في يد البائع ، ثم اختلفا ان لا يتحالفا^(١٨) .

(٩) في نسخة ((ب)) : يثبت .

(١٠) أى أحد المبيعين ، الجارية والعبد .

(١١) حيث يتحالفان اذن .

والجاسع في القياس المذكور هو أن كل موضع ثبت التحالف مع قيام السلعة
 ثبت مع هلاكها ، في كل من الاصل وهو ما لو اشترى عبداً بجارية وتقابضا
 ثم هلك أحدهما ثم اختلفا فقال أحدهما : كان مع العبد ثوب وأنكر
 الآخر ، والفرع وهو ما لو اختلفا في ثمن السلعة وهي قائمة . ولما كان
 حكم الاصل انهما يتحالفان على الثوب وان كان تالفاً كان حكم الفرع كذلك
 فيتحالفان على السلعة القائمة أيضاً .

(١٢) أى بقصد اثبات الفارق في القياس المذكور لا بطلاله .

والاشارة في (هناك) عائدة الى الاصل المقيس عليه في قياسهم وهو شراء
 العبد بالجارية المذكور .

(١٣) في نسخة ((ب)) : على الهلاك تبعاً .

(١٤) في نسخة ((ب)) : فلا يحصل .

(١٥) في الاصل : وهلك أحدهما . / والصواب التأنيث .

(١٦) أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٧٤ .

(١٧) في نسخة ((ب)) : ولا يجعل الهلاك . / والمقصود انه لا يجعل الهالك تابعاً

في الحكم للسالم منهما .

(١٨) أى وال الحال انهما يتحالفان ، فصح أن هلاك السلعة لا يمنع التحالف بينهما .

فان قيل : هناك البيع انتقل الى القيمة .
 قيل : البيع (٢١) لا ينتقل من شئ الى شئ ، ولانه لو انتقل (٢٢) ، لفسد البيع
 اذا زادت القيمة على الثمن أو نقصت ، لانه ربا .
 قالوا : روى ابن مسعود (٢٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (اذا اختلف
 المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) ، (٢٤) فشرط قيام السلعة .

(١٩) سقط اسم الاشارة (هناك) من الاصل . / والاشارة عائدة الى ما لو قتل
 المبيع في يد البائع .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : ينتقل .
 (٢١) سقط لفظ (البيع) من الأصل .
 (٢٢) في نسخة ((ب)) : ولانه لو انتقل اصل البيع الى القيمة .
 (٢٣) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بمعجمة ثم فاء مكسورة بعد الألف ،
 الهذلي .

كان أحد السابقين الاولين في الاسلام ، شهد بدرا والمشاهد كلها ، روى
 ثمانمائة حديث وثمانية واربعين حديثا ، تلقن من النبي صلى الله عليه وسلم
 سبعين سورة وكان يشبه النبي صلى الله عليه وسلم في هديه ودله وسمته ،
 توفي سنة ٣٢ هـ . أنظر الخلاصة ص ٢١٤ .

(٢٤) قال ابن حزم في هذا الحديث : وهذا لا يوجد أبدا لا في مرسل ولا في
 مسند لا في قوى ولا في ضعيف ، الا أن يوضع - أى يكذب - للوقت . أهـ المحلى
 ج ٩ ص ٣٢٦ .

وقال في التلخيص ج ٣ ص ٣٢ : وفي رواية : اذا اختلف المتبايعان والسلعة
 قائمة ولا بينة لاحد هما تحالفا . رواها عبد الله بن أحمد في زيادات المسند
 من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده - يعني ابن مسعود - ورواها
 الطبراني والدارمي من هذا الوجه فقال عن القاسم عن أبيه عن ابن مسعود ،
 وانفرد بهذه الزيادة وهي قوله : والسلعة قائمة ابن أبي ليلى وهو محمد
 ابن عبد الرحمن الفقيه وهو ضعيف سئ الحفظ . أهـ . رقم / ١٢٢٣ . =

قلنا : رواه القاسم بن عبد الرحمن (٢٥) عن ابن مسعود ، وهو لم يدركه ، (٢٦) (٢٧)

= قال الخطابي : ان هذه اللفظة - يعنى قوله : والسلعة قائمة - لا تصح من طريق النقل مع احتمال انما جاء بها ابن أبي ليلي ، وقيل انها من بعض الرواة ، وقد يحتمل أن يكون انما ذكر قيام السلعة بمعنى التغليب لاسن اجل التفريق لان أكثر ما يعرض فيه النزاع ويجب معه التحالف هو حال قيام السلعة وهذا كقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) - النساء آية ٢٣ - أه معالم السنن ج ٥ ص ١٦٣ .

(٢٥) هو القاسم بن عبد الرحمن بن عبد اللب بن مسعود الهذلي ، أبو عبد الرحمن ، قاضي الكوفة روى عن أبيه وجابر بن سمرة ، وعنه روى عمرو بن مرة وابن اسحاق وثقه ابن معين قال ابن قانع : توفي سنة عشر ومائة . أنظر الخلاصة ص ٣١٢ . (٢٦) وهو جده .

(٢٧) ساق ابن حزم سند هذا الحديث كالتالى : ومن طريق هشيم انا - أى أخبرنا - ابن أبي ليلي ، هو محمد بن عبد الرحمن القاضي ، عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه - أى عبد الرحمن - ان ابن مسعود . الحديث . وقال بعدها : وهذا كله لا حجة فيه ولا يصح شئ منه ، لانها كلها مراسلات وعبد الرحمن بن مسعود كان له ان مات أبوه رضى الله عنه ست سنين لم يحفظ منه كلمة . أه المحلى ج ٩ ص ٣٢٥ .

فيكون مرجع الضمير فى قول المصنف - وهو - أى عبد الرحمن وليس القاسم . لان عبد الرحمن لم يرو عن أبيه لكونه مات عنه وهو ابن ست سنين فأولئ^{أن} لا يدركه ابنه القاسم ابن عبد الرحمن .

ولأنهم لا يقولون بدليل^(٢٨) الشرط ونحن نقدم عليه القياس^(٢٩).
 قالوا : روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (إذا اختلف^(٣٠)
 البيعان ، فالقول ما قال البائع فان استهلك^(٣١) فالقول قول المشتري^(٣٢)) .

- (٢٨) أى بمفهوم الشرط ، وهو نوع من أنواع مفهوم المخالفة ، ثانيها مفهوم الوصف مثاله : (ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) .
- ثالثها : مفهوم الغاية : كقوله (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) .
- رابعها : مفهوم الحصر كقوله تعالى (انما الهكم الله) .
- خامسها : مفهوم اللقب كقولك : جاء زيد ، مفهومه ان غير زيد لم يجرى .
- والحنفية لا يقولون بحجية المفهوم أصلا ووافقهم على ذلك ابن سريج وإمام الحرمين الجوينى والباقلانى والفزالى والمعتزلة ، خلافا لجمهور أهل العلم .
- أنظر تيسير التحرير ج ١ ص ٩٨ وما بعدها .
- (٢٩) لانه أقوى منه ، ان هو مستند الى نص شرعى ، والنص أقوى فى الدلالة على الحكم من المفهوم . أى والقياس يقتضى ان لا fark بين حال الاختلاف والسلعة قائمة وبين حاله والسلعة تالفة .
- (٣٠) فى نسخة ((ب)) : اذا اختلفا .
- (٣١) أى تلف المبيع وفات .
- (٣٢) رواه الدارقطنى عن ابن مسعود مرفوعا بهذا اللفظ الا أنه قال بسدل (فان استهلك) (فاذا استهلك) ج ٣ ص ٢٠ كتاب البيوع ، رقم الحديث ٦٦ / ثم قال : الحسن بن عماره مترك . أهـ

قلنا : يرويه الحسن بن عماره (٣٣) وهو متروك ، ردئ الحفظ ، ثم يحتفل انه أراد اذا استهلك بعد التحالف ، ثم يعارضه ما روى عبد الله (٣٥) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (اذا اختلف البيعان ، والمبيع مستهلك فالقول قول البائع) . (٣٦)

(٣٣) هو الحسن بن عماره الكوفي الفقيه مولى بجيلة ، روى له الترمذى وابن ماجه وقد روى هو عن ابن أبي مليكة وعمرو بن مرة وخلق ، وروى عنه السفينان ابن عيينة والثوري ، ويحيى القطان وآخرون ، قال الحاكم : ابن عيينة . كان له فضل وغيره أحفظ منه ، قال بكار بن اسود حدثنا اسماعيل ابن أبان قال : بلغ الحسن بن عماره ان الأعمش يقع فيه فبعث اليه بكسوة فلما كان بعد ذلك مدحه الأعمش وروى حديثا في أن القلوب جبلت على حب من أحسن اليها . وروى أبو داود عن شعبة قال : يكذب . - يعنى الحسن بن عماره . وقال أحمد : متروك وقال ابن معين : ليس حديثه بشئ . وضعفه جماعة غيرهم أيضا . توفي / ١٥٣ هـ .

أنظر السيزان ج ١ ص ٥١٣ رقم / ١٩١٨ .

(٣٤) في نسخة ((ب)) : انه أراد استهلاك بعد التحالف . / وهي كما ترى مضطربة .

(٣٥) يعنى ابن مسعود ، وهو أحد العبادلة الأربعة ، ثانيهم عبد الله بن عمر ثانيهم عبد الله بن عمرو رابعهم عبد الله بن عباس .

(٣٦) رواه الدارقطنى ج ٣ ص ٢١ كتاب البيوع رقم الحديث / ٧١ بهذا اللفظ من طريق اسرائيل عن الأعمش عن أبي وائل عن عبد الله .

وأبو وائل هذا هو عبد الله بن بحير الصنعاني القاضي ، وثقه ابن معين ، وقال ابن حبان : يروى العجائب التي كأنها معمولة ، أى مكذوبة مصنوعة لا يحتج به . أهـ

وليس هو بابي وائل عبد الله بن بحير بن ريسان ، ذاك ثقة ، وقيل هما واحد =

قالوا : المنكر هو المشتري . لان بثبوت دعواه لا يجب عليه شيء ، فكان
القول قوله كما لو قال : لى عليك ألفان ، وقال ذاك : لك ألف .^(٣٨)
^(٣٧)

= أنظر الميزان ج ٢ ص ٣٩٥ .

وفى السند أيضا الأعمش سليمان بن مهران الكوفى وان كان اماما ثبتا
الا أنه كان يدلس فى حديثه ، وربما روى عن الضعفاء ، قال ابن المبارك
انما أفسد حديث أهل الكوفة أبو اسحاق والأعمش ، يعنى لكثرة تدليسهم
فيه ، وقال أحمد بن حنبل : منصور اثبت أهل الكوفة ، ففى حديث
الأعمش اضطراب كثير . أه .

وقال الذهبي : هو يدلس وربما دلس عن ضعيف ولا يدري به ومتى
قال : عن ، تطرق اليه احتمال التدليس الا فى شيوخ له أكثر عنهم
كإبراهيم وابن وائل وأبى صالح السمان فان روايته عن هذا الصنف
محمولة على الاتصال . أنظر الميزان ج ٢ ص ٢٢٤ .

(٣٧) فى الاصل : لا يجب على البائع شيء . / وهو خطأ ، ان لا يستقيم بسبه
المعنى .

(٣٨) سقط الجار والمجرور (لى) فى نسخة ((ب)) .

(٣٩) سقط لفظ (لك) فى نسخة ((ب)) . / أى حيث يكون القول قول
المدعى عليه .

والجاء فى القياس المذكور هو ان المنكر هو المدعى عليه فى كل من الأعمال
وهو مالو قال لى عليك ألفان وقال الاخر لك ألف . والفرع وهو مالو
أختلف البائع والمشتري فى ثمن السلعة .

ولما كان حكم الاصل هو اعتبار القول قول المدعى عليه ، كان حكم الفرع
كذلك فيكون القول قول المشتري وهو مدعى عليه أيضا .

قلنا : قد بينا ان البائع أيضا منكر ، بخلاف ما قاسوا عليه ، فان المنكر
 (٤٠) واحد ، ولهذا لو شهد شاهد بالفين ، وآخر بألف ، ثبت ألف واحد بشهادتهما ،
 ولو شهد شاهد بالبيع بألف ، وآخر بالبيع بالفين ، لم يثبت ألف ، ثم
 ييطل به اذا كانت السلعة قائمة وبه (٤٣) اذا ادعى عليه بيعا بألف وادعى ذاك هبته
 (٤٤) والسلعة تالفة . (٤٥)

(٤٠) زاد فى نسخة ((ب)) : فان المنكر ثم - أى هناك - واحد . / والاشارة
 عائدة الى المقيس عليه فى قياسهم وهو ما لوقال : لى عليك ألفان ،
 فقال المدعى عليه : لك ألف . واذا كان المدعى عليه هنا واحدا
 والمدعى عليه فى اختلاف المتبايعين اثنان لان كل واحد منهما مدع
 ومدعى عليه فقد ثبت ان بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا فييطل به .

(٤١) لان أحد الالفين وقعت عليه شهادتهما معا .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : لم يثبت الا لف . / لان الشاهد على البيع
 بالفين ينفى أن يكون البيع واقعا بألف ، كما ان الشاهد بألف ينفى
 أن يكون البيع واقعا بالفين ، فصح ان بين الدعوى والبيع فرقا .
 (٤٣) حيث يتحالفان ويترادان . مع ان المنكر هنا هو المشتري الا أنه يجب
 عليه الحلف المذكور .

(٤٤) فى الاصل (هبة) . وما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى لوضوحه .

(٤٥) حيث لا يتحالفان أى لا يحلف كل واحد منهما على صحة ما يقول
 ونفى ما يقوله خصمه بل يحلف كل واحد منهما على نفى دعوى
 صاحبه فقط ولا يحلف على اثبات دعواه .

أنظر : فتح العزيز ج ٩ ص ١٦١ . فالمشتري هنا منكر ثم وجب عليه
 الحلف وليس كما قالوا انه لا يجب عليه شيء .

قالوا : فسخ بيع ، فلا يجوز بعد هلاك السلعة ، كالفسخ بالاقالة والعيب .
 قلنا : الفسخ هناك غير محتاج اليه ، لان في الاقالة لا ضرر عليه ،
 وفي الرد بالعيب يمكن دفع الضرر بالرجوع بالأرض (٥٠) وها هنا يحتاج اليه ،
 لانه لا يمكن دفع الضرر الا بالتعالف ، ولان الفسخ هناك يقع من جهته (٥٤)

(٤٦) حيث لا يجوز العقد بهما بعد هلاك السلعة .
 بجامع ان كلا فسخ بيع ، اما الاصل فهو الفسخ بالاقالة والعيب في
 المبيع ، واما الفرع فهو الفسخ بالاختلاف على ثمن المبيع .
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز فسخ البيع بعد هلاك السلعة بالاقالة
 والرد بالعيب كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز فسخ البيع بعد هلاك
 السلعة بالاختلاف في ثمن المبيع أيضا لذلك .

(٤٧) أى في الاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة . وهو الاصل
 المقيس عليه في قياسهم .

(٤٨) سقطت كلمة (غير) في نسخة ((ب)) .

(٤٩) أى في عدم الاقالة لا ضرر على المشتري .

(٥٠) أى في عدم قبول الجائع رد المبيع بالعيب بعد هلال السلعة لا ضرر فيه
 على المشتري لانه يتلافى ضرر العيب بأخذ قيمة ذلك النقص في المبيع ،
 بان يقدر سليما من ذلك العيب ثم يقدر وبه ذلك العيب ، فيكون الفرق
 ما بين الحالين ارشا لذلك النقص فيرتفع الضرر عن المشتري به .

(٥١) أى في حال اختلاف المتبايعين على ثمن المبيع .

(٥٢) وهذا اثبات للفارق بين الاصل والفرع في قياسهم ، فيبطل به قياسهم
 المذكور .

(٥٣) أى في الفسخ بالاقالة أو بالعيب .

(٥٤) أى من جهة المشتري .

(٥٥) وهاهنا يقع بجهالة الثمن ، وتعذر امضاء العقد . (٥٦)

قالوا : المبيع ملك بالثمن ، فلا يجوز أن ينقلب بالتحالف الى القيمة .

قلنا : يبطل به اذا اشترى عبدا تجارية ، ثم هلك احدهما ، ثم

اختلفا في ضم الثوب اليه بأن ادعى انه كان مع العبد ثوب . (٥٨)

قالوا : لان اليمين لحق البائع (٥٩) ويجوز ان يكون قيمته أقل مما يدعيه ، (٦١)

(٦٢)

فلا فائدة له في اليمين .

قلنا : يبطل به اذا اختلفا وقد قتل المبيع في يد البائع . (٦٣)

(٥٥) أى في الفسخ بسبب الاختلاف على الثمن .

(٥٦) في نسخة ((ب)) : وتعذر امضاء العبد . / ولا معنى له .

وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .

(٥٧) في الاصل : المبيع هلك بالثمن . / وهو تحريف .

(٥٨) سقط قوله (بان ادعى انه كان مع العبد ثوب) من الاصل . والزيادة

من نسخة ((ب)) .

والحكم في ذلك انهما يتحالفان فيحلف كل منهما على اثبات قوله ونفي

قول صاحبه .

أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٩ .

(٥٩) في نسخة ((ب)) : ولان التمييز لحق البائع لانه يجوز أن يكون . . الخ . /

وهو تحريف .

والمقصود ان اليمين وجبت لاثبات حق البائع .

(٦٠) أى المبيع المختلف في ثمنه .

(٦١) أى البائع .
(٦٢) لانها لن تعيد الى المشتري حقه بان تباع له السلعة بقيمتها الحقيقية ،

بعد ان زاد البائع عليه الثمن .

(٦٣) حيث يتحالفان فيه ، ولا يكون القول حينئذ قول المشتري ، مع احتمال

أن يكون العبد أقل قيمة مما يدعيه البائع .

وهاهنا يقع بجهالة الثمن ، وتعذر امضاء العقد .^(٥٦)
 قالوا : المبيع ملك بالثمن^(٥٧) ، فلا يجوز أن ينقلب بالتحالف الى القيمة .
 قلنا : يبطل به اذا اشترى عبدا جارية ، ثم هلك أحدهما ، ثم اختلفا
 فى ضم الثوب اليه بأن ادعى أنه كان مع العبد ثوب^(٥٨)
 قالوا : لان اليمين لحق البائع^(٥٩) ويجوز أن يكون قيمته أقل مما يدعيه^(٦٠) ،
 فلافائدة له فى اليمين .^(٦٢)
 قلنا : يبطل به اذا اختلفا وقد قتل المبيع فى يد البائع^(٦٣) .

(٥٥) أى فى الفسخ بسبب الاختلاف على الثمن .
 (٥٦) فى نسخة ((ب)) : وتعذر امضاء العبد . / ولا معنى له .
 وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم المذكور .
 (٥٧) فى الاصل : المبيع هلك بالثمن . / وهو تحريف .
 (٥٨) سقط قوله (بان ادعى انه كان مع العبد ثوب) من الاصل . والزيادة
 من نسخة ((ب)) .
 والعلم فى ذلك ، انهما يتحالفان فيحلف كل منهما على اثبات قوله ونفى قول
 صاحبه . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٩ .
 (٥٩) فى نسخة ((ب)) : ولان التمييز لحق البائع لانه يجوز أن يكون . . . الخ . /
 وهو تحريف .
 والمقصود ان اليمين وجبت لاثبات حق البائع .
 (٦٠) أى المبيع المختلف فى ثمنه .
 (٦١) أى البائع .
 (٦٢) لانها لن تميد الى المشتري حقه بان تباع له السلعة بقيمتها الحقيقية
 بعد ان زاد البائع عليه الثمن .
 (٦٣) حيث يتحالفان فيه . ولا يكون القول حينئذ قول المشتري ، مع احتمال
 أن يكون العبد أقل قيمة مما يدعيه البائع .

قالوا : ولان بالتحالف ^(٦٤) تجب القيمة وفي ذلك خروج عن القولين ^(٦٥) .
 قلنا : ليس فيه خروج ، لانهما يدعيان الالف والالفين من جهة العقد ^(٦٦) ،
 فأما مع زوال العقد ^(٦٧) فلا يدعيان ذلك ^(٦٨) ، ثم يبطل به اذا كانت السلعة قائمة .
 فاننا نرد هما الى رد السلعة ^(٦٩) وان كانا لا يدعيان ذلك ^(٧٠) .

* مسألة (٦٠) : اذا مات أحد العبدین ، ثم اختلفا ^(١) تحالفا ^(٢) . ١٤٢ / ١ .

(٦٤) أى عند اختلاف البائع والمشتري في قدر الثمن .
 (٦٥) أى قول المشتري والبائع المختلفين في قدر الثمن ، لانهما لا يدعيانها ،
 وانما ادعى كل منهما ثمنه غير الذى يدعيه الآخر ، والقيمة غير الثمن .
 (٦٦) أى من جهة ان العقد لازم لهما .
 (٦٧) وذلك بفسخه عليهما بمجرد التحالف ، وقيل بفسخهما أو احدهما
 أو الحاكم بعد التحالف الا أن الصحيح انه لا يفسخ بمجرد التحالف .
 أنظر المنهاج ص ٥٢ .
 (٦٨) لان دعواهما في الاختلاف في قدر الثمن انما اعتبرت حين كان العقد
 لازما لهما واما بعد الفسخ فلا تعتبر دعواهما فليس في الحكم عليهما
 بالقيمة بعد الفسخ خروجاً عن قولهما الذين يدعيانها في قدر الثمن .
 (٦٩) أى نوجب عليهما رد السلعة ، أى بعد التحالف .
 (٧٠) أى وانما يدعى كل منهما للسلعة ثمنها يخالف ما يدعيه الآخر ،
 (١) فونسخة ((ب)) : ثم تخالفا تحالفا . / أى ثم اختلفا في ثمن العبد
 الميت منهما .
 (٢) وصورة ذلك : ان يشتري عبد بين صفقة واحدة ، ثم يتلف أحدهما قبل تمام
 الصفقة أى قبل تسليم المبيع مثلاً واختلفا في ثمن النافق منهما . فانهما
 يتحالفا .
 أنظر فتح العزيز ج ٩ ص ١٩٤ .

وقال أبو حنيفة : لا يتحالفان . (٣)

لنا : هو أنه سبب لفسخ البيع ، فجاز أن يفسخ في أحدهما ، كالرد بالمعيب . (٦)

قالوا : القياس أن القول قول المشتري إلا فيما خصه الخبر . (٨)

قلنا : بل القياس أن يتحالفا . (٩)

(٣) أى بل القول قول البائع ، أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٧٤ .

وعند الحنابلة: القول قول المشتري . كشف القناع ج ٣ ص ٢١٣ . المفسنى ج ٤ ص ١٢١ قال : وإن اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه . أهـ .

وذكر في المحرر ج ١ ص ٣٢٧ عن أحمد قولاً آخر أن القول فيه قول البائع . ولم أجد قول ابن حزم ولا المالكية في هذه المسألة .

(٤) أى هلاك بعض المبيع قبل القبض .

(٥) لغوات المبيع أو بعضه قبل القبض .

(٦) حيث يجوز له رد بعض المبيع إذا كان معيباً .

بجامع أن كلا سبب لفسخ البيع ، أما الأصل فهو الرد بالمعيب وأما الفرع فهو مالمات أحد العبدین المبيعین ، ولما كان حكم الأصل جواز رد بعض المبيع بسبب وجود عيب فيه سابق على القبض ، كان حكم الفرع كذلك فسيرد العبد الثاني بعد التحالف وفسخ البيع أيضاً لذلك .

(٧) أى الأصل والقاعدة .

(٨) أى فيما استثناه الدليل من كتاب أو سنة من تلك القاعدة أو الأصل . ولا دليل هاهنا يخصص تلك القاعدة فبقيت على عمومها فيكون القول قول

المشتري ولا يتحالفان .

(٩) لأن كلا منهما مدعى ومدعى عليه . إن هو ينكر ما يقوله صاحبه وكذا الآخر ،

والأصل أن البينة على المدعى ، ولا بينة لأحدهما على الآخر هنا واليمين

على من أنكر وكلاهما منكر على صاحبه ما يدعيه فيتحالفان وينفسخ البيع بنفسه =

* مسألة (٦١) : اذا مات المتبايعان ^(١) ، تحالف الورثة ^(٢) . ١٤٢ / ت .
 وقال أبو حنيفة : لا يتحالفون ^(٣) الا اذا كانت السلعة في يد ورثة البائع ^(٤) .
 لنا : انه يمين توجهت في المال على الموروث ، فتوجهت على السوارث ،
 كما لو ادعى عليه مال فأنكره ^(٥) ، ولأن كل حالة تحالف فيها المتعاقدان ،

= بالتحالف وقيل بل يفسخه البائع وقيل : المشتري وقيل : الحاكم وقيل :
 بفسخها معا . والصحيح انه لا يفسخ بمجرد التحالف . وقد سبق
 هذا في التعليق على المسألة قبل هذه . أنظر المنهاج ص ٥٢ .
 (١) أى واختلف الورثة في المبيع تحالفوا ، سواء كان المبيع بيد ورثة البائع أم لا ؟
 (٢) أنظر : فتح العزيز ج ٩ ص ١٥٣ . المنهاج ص ٥٢ . المجموع ج ١٢ ص ٩٠ .
 وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٢٦
 المغنى ج ٤ ص ١٤٩ .
 (٣) في نسخة ((ب)) : لا يتحالفان . / أى الطرفان وهما : ورثة البائع وورثة
 المشتري .
 (٤) المبسوط ج ١٣ ص ٣٢ ص ٣٣ .
 ولم أجد قول المالكية ولا ابن حزم في هذه المسألة .

(٥) سقط قوله (عليه من نسخة ((ب))) . / والفعل (ادعى) مبنى للمجهول .
 (٦) سقط الضمير في قوله (فأنكره) من نسخة ((ب)) . / أى حيث يجب تحليف
 المنكر .

والجامع في القياس المذكور هو انه يمين توجهت في المال على الموروث ففى
 كل من الاصل وهو مالو ادعى عليه مال فأنكره والفرع وهو مالو مات المتبايعان
 واختلف الورثة ، ولما كان حكم الاصل تحليف منكر المال المدعى به عليه ،
 كان حكم الفرع كذلك فيحلف الورثة أيضا .

تحالف فيها ورثتهما ، كما لو كانت السلعة في يد ورثة البائع^(٧).

قالوا : المستحق عليهم ورثة المشتري ، فكان القول قولهم ، كما لو ادعى عليهم مال من غير عقد^(٨) .

قلنا : يبطل به اذا كانا باقيين^(٩) .

(٧) حيث يتحالف الطرفان معا .

بجامع وجوب التحالف على المتعاقدين ، في كل من الأصل وهو مالو كانت السلعة في يد ورثة البائع والفرع وهو مالو لم تكن السلعة في يد ورثة البائع بل في يد ورثة المشتري أو تالفة .

ولما كان حكم الأصل وجوب التحالف على الورثة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيتحالفان أيضا لذلك .

(٨) في نسخة ((ب)) : مالا . / على جعل (ادعى) مبنية للمعلوم . وفاعل ادعى ، شخص ، أى كما لو ادعى عليهم شخص مالا من غير عقد ولا بينة .

(٩) حيث القول قول الورثة في ذلك .

بجامع الاستحقاق على ورثة المشتري في كل من الأصل وهو مالو ادعى شخص مالا على ورثة المشتري ، والفرع وهو مالو اختلف ورثة البائع مع ورثة المشتري . ولما كان حكم الأصل هو أن القول قول ورثة المشتري لان الأصل معهم وهو براءة ذمة مورثهم على يقوم دليل على خلافه ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول ورثة المشتري فلا يتحالفان إلا أن تكون السلعة بيد ورثة البائع كقرينة على صدق دعواهم .

(١٠) حيث يتحالفان سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة .

* مسألة (٦٢) : اذا اختلف المتبايعان في الاجل أو الخيار ،

تحالفاً . (٢) / ١٤٢ ش .

وقال أبو حنيفة : القول قول من ينفيه . (٣)

لنا : انهما اختلفا في صفة العوض ، فأشبهه اذا اختلفا في الصحاح

والمكسرة ، (٤) ولان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فأشبهه ما ذكرناه . (٥)

(١) في الاصل (والخيار) بالواو . والاولى ما أثبتناه من نسخة ((ب)) (أو) .

(٢) الام ج ٣ ص ٩ . المنهاج ص ٥٢ . الوجيز ج ١ ص ١٥٢ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٩٠ . الجواهر ج ٢ ص ٦٤ . شرح

السنح ج ٢ ص ٧٤ .

(٣) قال في المبسوط ج ١٣ ص ٣٥ : واذا اختلفا البائع والمشتري في الأجل

فالقول قول البائع ولا يتحالفاً . أهـ . خلافاً لزفر .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٦ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٢٦

وقد ذكر في المغنى ج ٤ ص ١٤٨ رواية أخرى كقول أبي حنيفة .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٣٢٣ وزاد وجوب اليمين عليه .

(٤) أي في أيهما وقع العقد عليه ثمننا للمبيع ، حيث يتحالفاً اذن .

والجامع في لقياس المذكور للاختلاف في صفة العوض في كل من الاصل وهو

مالو اختلف المتبايعان في الصحاح والمكسرة ، والفرع وهو مالو اختلفا

في الاجل والخيار . ولما كان حكم الاصل هو انهما يتحالفاً كان حكم

الفرع كذلك فيتحالفاً المتبايعان المختلفان في الاجل والخيار أيضاً لذلك .

(٥) وهو مالو اختلفا في الصحاح والمكسرة ، حيث يتحالفاً اذن .

بجامع ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه في كل من الاصل وهو مالو

اختلفا في الصحاح والمكسرة ، والفرع وهو مالو اختلفا في الاجل والخيار .

ولما كان حكم الاصل وجوب التحالف عليهما كان حكم الفرع كذلك فيتحالفاً

أيضاً لذلك .

قالوا : فقد الاجل ^(٦) لا يبطل العقد ^(٧) ، فلا يجوز أن يفسخ العقد لا جله ،
 كما لو اختلفا في الحط ^(٨) والابراء ^(٩) .
 قلنا : دعوى مازاد ^(١٠) على الالف لا يبطل العقد ^(١١) ، ثم يفسخ العقد لا جله ^(١٢) ،

- (٦) أى عدم وجوده فى العقد أصلا . كما فى بيع التخيير .
 (٧) فى نسخة ((ب)) : قالوا : دعوى الاجل لا تبطل العقد .
 (٨) وهو الوضع ، واصله الحذر من علو الى سفلى ، ومنه استحطه وزره اذا سألته أن يحطه عنه ، والاسم منه : الحطة ، بكسر الحاء المهملة وتشديد الطاء ، ومنه قوله تعالى (وقلوا حطة) البقرة آية ٨٥ / أى حط عنا ذنوبنا أو مسألتنا حطة أى ان تحط عنا ذنوبنا . أنظر القاموس ج ٢ ص ٣٥ .
 والمقصود هنا : ان البائع لو وضع عن المشتري بعض الثمن ثم اختلفا فى القدر المحطوط .
 (٩) حيث لا يفسخ العقد بسبب الخلاف على الحط والابراء .
 والابراء : افعال من البراءة ، تقول : برئ زيد من دينه يبرأ مبرور من باب تعب براءة اذا سقط عنه طلبه ، فهو برئ وبارئ وبراء بالفتح والمد وبراءته من دينه أى اسقطت عنه طلبه . أنظر المصباح ج ١ ص ٥٣ .
 بجامع عدم بطلان العقد بفقده أصلا ، فى كل من الاصل وهو الحط والابراء والفرع وهو الاجل والخيار ولما كان حكم الاصل أن القول قول من ينفى الحط والابراء ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول من ينفى الاجل والخيار أيضا لذلك .

- (١٠) فى الاصل : فقد مازاد . / ولا معنى له .
 (١١) فى نسخة ((ب)) : بالعقد .
 (١٢) سقط قوله (ثم يفسخ العقد لا جله) من نسخة ((ب)) .

ولأن عندنا لا يفسخ لأجل الأجل^(١٣)، وإنما يفسخ لأن العوض صار مجهولاً^(١٤) ولا فيجعل كالمعقود^(١٥)، ولا يمكن امضاؤه^(١٦) مع عدمه^(١٧)، ويخالف الحط والابراء^(١٨)، فان ذلك اختلاف في معنى طراً على العقد^(١٩)، والأصل عدمه، وما هنالك^(٢٠) اختلاف في صفة العقد.

قالوا: اختلاف^(٢١) في غير المعقود عليه، فكان القول قول من ينفيه^(٢٢)، كما

- (١٣) أى بسبب الاختلاف على الأجل وتحديد. انظر السببه ص ٦٨.
- (١٤) وإنما صار العوض هنا مجهولاً لأن الأجل يقابله قسط من الثمن فإذا كان الأجل مجهولاً كان جزء من الثمن مجهولاً به. وذلك لا يجوز.
- (١٥) أى فيجعل العوض كأنه معقود وما وحينئذ فلا بيع لأن العلم بالثمن من أركان البيع وقد فقد في هذا العقد فيبطل به.
- (١٦) أى العقد الذى يكون العوض فيه مجهولاً.
- (١٧) أى العوض، لأنه ركن من أركان العقد.
- (١٨) فو، نسخة ((ب)): على العذر. / وهو تحريف.
- (١٩) أى فى الاختلاف فى الخيار والأجل فى العقد.
- (٢٠) أى فلا يصح قياس ما كان طارئاً على العقد اعنى الحط والابراء على ما هو أصل فيه أعنى العوض إذ هو ركن فى عقد البيع، والأجل والخيار من أوصاف ذلك العوض لأن لهما مقابلاً من الثمن. فقياس الطارئ على العقد على الأصل فيه قياس مع الفارق.
- (٢١) أى الاختلاف فى الأجل والخيار اختلاف فى غير المعقود عليه وهو المبيع.
- (٢٢) فو، نسخة ((ب)): قول من يثبت. / وما فى الأصل هو الصواب.

لو اختلفا في خيار فاسد^(٢٣) .

قلنا : بل الاجل معقود عليه^(٢٤) ويقابله قسط من الثمن^(٢٥) ، ولهذا لا يجوز عند دم بيع السلعة من بائعها بأقل من الثمن^(٢٦) ، ولا يمثله مؤجلا ، والمعنى في الاصل^(٢٧) ان أحدهما يدعى ما يفسد العقد^(٢٨) ، والظاهر من العقد الصحة^(٢٩) ، وهما هنا اختلفا فيما لا يفسد العقد^(٣٠) فهو كما لو اختلفا في الصحاح والمكسرة^(٣١) .

(٢٣) يفسد الخيار بتعليقه على مجهول ، كما لو قال اشتريت منك هذه السلعة ولي الخيار حتى مجئ زيد من السفر وكان وقت مجيئه غير معلوم .
والجامع في القياس المذكور هو انه اختلاف في غير المعقود عليه في كل من الاصل وهو مالو اختلفا في خيار فاسد والفرع وهو مالو اختلفا في الاجل والخيار ولما كان حكم الاصل ان القول قول النافي في الخيار الفاسد كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول من ينفي الخيار أو الاجل ، أيضا لذلك .
(٢٤) لانه من أوصاف العوض وهو ركن في عقد البيع ولانه يقابله قسط من الثمن كما سيذكر المصنف الان .
(٢٥) في الاصل : ويقابله فسقط . / وهو خطأ من الناسخ .
(٢٦) أنظر التبيين ج ٤ ص ٥٣ .
(٢٧) أي المقيس عليه في قياسهم وهو مالو اختلفا في خيار فاسد .
(٢٨) لأن الخيار الفاسد يفسد به العقد ، لانه يؤدي الى التنازع فيه .
(٢٩) أي والاصل العمل بالظاهر ولذلك قدم قول من ينفي فساد العقد .
(٣٠) أي فيما لو اختلفا في الاجل والخيار ، وهو موضوع هذه المسألة .
(٣١) أي فيما لو اختلفا فيه ، وهو الاجل والخيار . لانه يمكن أن يلغيه أصلا من العقد بأن يتبايعا على الخيار .

(٣٢) حيث لا يفسد العقد باختلافهما عليها .
والجامع في القياس المذكور هو الاختلاف فيما لا يفسد به العقد في كل من الاصل وهو مالو اختلفا في الصحاح والمكسرة من الدنانير والدراهم التي جعلت ثمنًا للمبيع ، والفرع وهو مالو اختلفا في الاجل والخيار . ولما كان حكم الاصل عدم فساد العقد بالاختلاف في الصحاح والمكسرة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يفسد العقد بالاختلاف في الاجل والخيار أيضا لذلك .

* مسألة (٦٣) : اذا اختلف المتبايعان بدئ بيمين البائع على المنصوص^(١)

١٤٢/٠ ش.

وقال أبو حنيفة : يبدأ بيمين المشتري^(٢).

لنا : ما روى عبد الله قال : (حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم

فأمر البائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع ، ان شاء أخذ وان شاء ترك^(٤)) .

(١) الوجيز ج ١ ص ١٥٣ . وذكر قولاً ثانياً : ان البداءة تكون بالمشتري

وثالثاً : انهما يتساويان فيقرع بينهما فمن قرع بدئ به ، ورابعاً :

يقدم أحدهما في اليمين بحكم القاض ، وأنظر المجموع ج ١٢ ص ٧٢ فقد

ذكر الأقوال الأربعة هذه أيضاً . وصحح الأول منها . وأنظر منها ج

ج ١٥٢ أيضاً .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٥ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٢٤ -

المغنى ج ٤ ص ١٤٤ .

وبه يقول المالكية : الجواهر ج ٢ ص ٦٤ . شرح المنح ج ٢ ص ٧٤٨ . الشرح

الكبير ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) لعل الصواب انه : يبدأ بيمينه المشتري فان لم يقمها حلف البائع ، أنظر

الهداية ج ٦ ص ٢٥ . التبيين ج ٤ ص ٣٩ . مجمع الأنهر ج ١ ص ٤٨ - ٤٩ .

وذ هب ابن حزم الى أن البدء يكون بيمين مبطل البيع منهما . المحلى ج ٩ ص ٣٢٣

(٣) هو ابن مسعود . أنظر ترجمته في المسألة رقم (٥٩) هامش (٢٣) .

(٤) رواه النسائي ج ٥ ص ٣٠٣ تحت عنوان : اختلاف المتبايعين في الثمن

من طريق أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود ان رجلين اتياه وقد تبايعا

سلعة فقال أحدهما اخذتها بكذا وبكذا وقال هذا بعتمها بكذا وكذا

فقال أبو عبيدة أتى ابن مسعود في مثل هذا فقال : حضرت رسول الله

صلى الله عليه وسلم . . . الحديث .

ورواه الدارقطني ج ٣ ص ١٩ رقم ٦٢ من طريق أبي عبيدة أيضاً =

ولأن البائع أقوى ^(٥) حينئذ لان السلعة ترجع اليه ، فكان البداية به أولى .
قالوا : البداية بالمشتري أولى ، لانه يقضى عليه بتسليم الثمن اذا نكل ^(٦) ،
ولا يقضى على البائع بتسليم المبيع .

قلنا : لا يقضى عندنا بالنكول ^(٧) ، ولا على المشتري بتسليم الثمن .

* مسألة (٦٤) : اذا قال البائع : لا اسلم حتى اقبض وقال المشتري
لا اسلم حتى اقبض ^(٨) أجبر البائع . ١٤٢ ش .

= قال ابن حجر : وفيه انقطاع على ما عرف من اختلافهم في صحة سماع أبي
عبدة من أبيه ، واختلف فيه على اسماعيل بن أمية ، أه التلخيص ج ٣ ص ٣٠
رقم / ١٢٢١

وضعه ابن حزم فقال : وهذا لا شيء ، لأن أبا عبدة بن عبد الله بن مسعود
سئل اتذكر من أبيك شيئا ؟ قال : لا . أه المحلي ج ٩ ص ٣٢٦ .

(٥) في الاصل (أقوى جنبة) وهي غير واضحة المعنى .
وما أثبتناه من نسخة ((ب)) : والمعنى : ولان البائع أقوى حين الاختلاف
من المشتري لما علله بسنه بعد .

(٦) في المختار ع ٦٧٩ : كل عن العدو وعن اليمين من باب دخل ، أى حين .
قال أبو عبيد : نكل بالكسر لغة فيه وانكرها الاصمعي . أه .
وفي المصباح ج ٢ ص ٩٦ : قال أبو زيد : نكل اذا أراد أن يصنع شيئا
فهابه ونكل عن اليمين : امتنع منها . أه .

(٧) أنظر المنهاج ع ١٣ . كتاب دعوى الدم والقسامة .

(١) المختصر ع ٨٧ . الام ج ٣ ص ٨٧ . المنهاج ع ٩٤ : وفي قول - أجبر -
المشتري ، وفي قول لا اجبار فمن سلم أجبر صاحبه وفي قول يجبران . أه
ثم قال : قلت : فان كان الثمن معينا سقط القولان الا ولان وأجبرا فى
الاظهر . أه ورجح في الوجيز ج ١ ع ١٤٦ القول بتساويهما فى الاجبار
فمن ابتدأ منهما أجبر صاحبه على الدفع .

وقال أبو حنيفة : ^(٢) يجبر المشتري ^(٣) .
لنا : ان حق المشتري في العين ^(٤) ، وحق البائع في الذمة ^(٥) ، فقـدـم
صاحب العين ^(٦) كالمرتهن والمجنى عليه مع سائر الفرما ^(٧) ، ولان العقـد

- (٢) في الاصل (يخير) . وهو تصحيف .
- (٣) الهداية ج٥ ص ٤٩٦ . التبیین ج٤ ص ١٤٠ . مجمع الانهر ج٢ ص ٢١٠ .
وهو قول المالكية : القوانين ص ٢٧٢ .
وزهب الحنابلة الى أنه ينصب عليهما عدل يقبض الثمن والمبيع ، ويسلم
المبيع للمشتري ثم يسلم الثمن للبائع .
أنظر شرح المنتهى ج٢ ص ١٨٧ . كشاف القناع ج٣ ص ٢٢٧ . وذكر
في المفنى ج٤ ص ١٤٩ عن أحمد رواية أخرى ان البائع يجبر على تسليم
المبيع على الاطلاق .
ومحل تنصيب العدل عندهم اذا كان الثمن عينا أو عرضا بعرض .
وزهب ابن حزم الى أنهما يجبران معا على تسليم الثمن والمبيع معا .
المحلى ج٩ ص ٣٩٧ .
- (٤) أى المبيع .
- (٥) وهو الثمن .
- (٦) أى فيعتبر جانبه فلا يجبر على تسليم الثمن حتى يدفع اليه البائع
العين .
- (٧) حيث يقدم حق المرتهن لكونه متعلقا بعين المال ، وكذا حق المجنى
عليه يقدم على حق سائر الفرما أيضا
بجامع تعلق الحق بعين المال في كل من الاصل وهو حق المرتهن والمجنى
عليه مع سائر الفرما والفرع هو حق المشتري في عين المبيع .
ولما كان حكم الاصل تقديم حقه فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيقدم حق
المشتري أيضا . ويجبر البائع على التسليم .

استقر من جهة المشتري^(٨)، فيجب أن يستقر من جهة البائع^(٩)، ولأن البائع يتصرف
 في الثمن^(١٠)، فوجب أن يتصرف المشتري في المبيع^(١١).
 قالوا: محبوس^(١٢) لاستيفاء الدين^(١٣)، فلم يجب رفع اليد^(١٤) عنه حتى يستوفى
 كالمرهون^(١٥).

قلنا: الرهن وثيقة وليس بمعوض، والمبيع عوض، ومن حكم العوضين

-
- (٨) لصدور القبول من جهته .
 (٩) بتسليم المبيع الى المشتري .
 (١٠) أى بعد العقد لا انتقال ما يقابله وهو السلعة الى المشتري .
 (١١) لدخوله في ملكه بقبوله للمبيع .
 (١٢) أى المبيع محبوس عن المشتري .
 (١٣) وهو الثمن المتعلق بذمة المشتري .
 (١٤) فنانسخة ((ب)) : دفع اليد عنه . / أى عن المبيع .
 (١٥) حيث لا يجب على المرتهن رفع يده عنه حتى يستوفى دينه من الراهن .
 بجاسع الحبس لاستيفاء الدين في كل من الاصل وهو المرهون والفرع
 وهو المبيع، ولما كان حكم الاصل عدم وجوب رفع اليد عن المرهون
 حتى يستوفى الدين كان حتى الفرع كذلك فلا يجب رفع يد البائع
 عن المبيع حتى يستوفى البائع الثمن من المشتري أيضا لذلك .
 (١٦) أى وسيلة يوثق بها الحق لضمان الدين ، وليس مقابل ذلك الدين .
 والمقصود : انه لا يصح قياس حبس البائع السلعة عن المشتري حتى يستوفى
 منه الثمن على المرهون حيث يحبس عن صاحبه حتى يؤدي الدين لانه قياس
 مع الفارق ان الثمن عوض عن السلعة وليس المرهون عوضا عن الدين ،
 والقياس مع الفارق باطل .

ان يتساويا ، وذلك فيما قلناه .^(١٧)

قالوا : مال المشتري معين ، فوجب ان يعين مال البائع .^(١٨)

قلنا : قد رضى البائع بعدم التعيين ، فهو كما لو باع بثن مؤجل^(١٩)

يجبر على تسليم المبيع^(٢٠) ويصبر حتى يحل الثمن ، ولان التعيين يراد للتصرف^(٢١)

وهو يقدر^(٢٢) على التصرف قبل القبض .^(٢٣)

* مسألة (٦٥) : اذا باع من نفسين شيئا فنقد أحدهما ، ثم

نصيه سلم إليه . ١٤٢/٠ ش .^(١)

(١٧) يعنى ان ذلك يتحقق باجبار البائع على تسليم السلعة للمشتري .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : مال المشتري متعين وهو السلعة فوجب أن يتعين مال البائع الذى فى الكيس أو فى الذمة .

(١٩) أى تعيين الثمن . وذلك لانه اطلق ولم يشر الى ثمن معين . والا بان

اشارنا لظاهر انهما يجبران معا على التسليم . كما فى المنهاج ص ٤٩ .

(٢٠) لرضاه بالتأجيل فيه .

(٢١) أى لا باحة التصرف فى المبيع للمشتري .

(٢٢) أى البائع .

(٢٣) أى بخلاف المشتري .

لان المبيع قبل أن يقبضه المشتري فى ضمان البائع فهو فى ملكه فله حق

التصرف فيه .

(١) بناء على القول بتعدد الضففة بتعدد المشتري كما هو اظهر القولين .

أنظر المنهاج ص ٤٧ . وأنظر شرح المحلى ج ٢ ص ١٨٩ . الوجيز ج ١ ص ١٤٠

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٩ .

وقال أبو حنيفة : لا يسلم اليه حتى يقبض جميع الثمن .^(٢)

لنا : هو انه سلم مالزمه من الثمن ، فلم يجز حبس حصته عنه ببقاء

الثمن على شريكه ، كما لو اشترى^(٣) في صفقتين .^(٤)

قالوا : محبوس لاستيفاء الدين ، فلم يلزم تسليم شيء مع بقاء شيء من

دينه ، كما لو كان المشتري واحدا وكالمرهون .^(٥)^(٦)^(٧)

(٢) لم أقف على قولهم في مظانه .

كما لم أقف على قول المالكية وابن حزم أيضا .

(٣) في نسخة ((ب)) : كما لو اشترى في صفقتين .

(٤) أي منفصلتين ، حيث لا يجوز حبس المبيع عن احدهما اذا لم يسلم الاخر

ثمن ما اشتراه .

بجامع تسليم مالزم من الثمن في كل من الاصل وهو مالو اشترى في

صفقتين والفرع وهو مالو باع من نفسين شيئا فنقد احدهما ثمن نصيبه .

ولما كان حكم الاصل وجوب تسليم نصيبه من الصفقة كان حكم الفرع كذلك

فيجب تسليم نصيبه من المبيع أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : فلم يلزمه .

(٦) سقط حرف (الواو) من الاصل . وقد اثبتناها من نسخة ((ب)) .

(٧) حيث لا يسلم المشتري والراهن السلعة مالم يؤد جميع مالزمه .

والجامع في القياس المذكور هو انه محبوس لاستيفاء الدين في كل من الاصل

وهو مالو كان المشتري واحدا ولم يدفع ثمن المبيع أو ما لو كان الشيء

مرهونا ، والفرع وهو مالو باع من نفسين شيئا فنقد احدهما نصيبه

من الثمن .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب تسليم المبيع مع بقاء شيء من ثمنه وعدم

تسليم المرهون مع بقاء شيء من دينه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسلم

المبيع الذي دفع احدهما ثمن نصيبه منه أيضا لذلك .

قلنا : يبطل به اذا باعه من نفسيين في صفقتين^(٨) ، والمشتري الواحد
لا نسلم في أصح الوجهين^(٩) والرهن وثيقة وليس بمعوض^(١٠) ، وهذا عوض^(١١) ، فوجب
التسليم بازاء ما سلم .

(٨) أى منفصلتين ، انه يجوز له تسليم المبيع وان كان أحدهما لم ينقد ثمن
صفقته .

(٩) فى نسخة ((ب)) : فى أصح القولين . / وهذه أصح . أنظر الوجيز ج ١ ص ١٤٠ .

(١٠) سقطت الواو فى (وليس) من نسخة ((ب)) .

(١١) أى الثمن .

(١٢) لانه فى مقابل ما اشتراه من تلك الصفقة .

أى وهذا فارق يبطل به قياسهم البيع على الرهن .

« مسائل البيوع الفاسدة ^(*) »

* مسألة (٦٦) : لا يجوز بيع العبد الجاني ، في أحد القولين . / ١٤٣ .

(*) الفساد ضد الصلاح ، وهو مرادف للبطلان عند جمهور الاصوليين ويقابل الصحة الشرعية سواء كان ذلك في العبادات أو المعاملات الا عند الحنفية ، فقد فرقوا بينهما بأن الفاسد هو ما شرع باصله ومنع بوصفه ، كالصلاة في الارض المغصوبة فان الصلاة مشروعة في أصلها ، الا أن وصفها بانها في أرض مغصوبة منع صحتها لحرمة الغصب .
واما الجمهور : فقد ذهب بعضهم الى بطلانها وبعضهم الى صحتها وعلل القول بالصحة بانفكاك الجهة ، ان هي مشروعة من جهة كونها صلاة ، ودخول وصف الغصب عليها لا يؤثر فيها ، فيكون المصلي مأجورا على صلاته موزورا على غصبه لتلك الارض .
واما الباطل عند الحنفية : فهو ما منع باصله ووصفه كالبيوع الربوية .
ويجوز التفريق بين الباطل والفاسد عند هم في المعاملات دون العبادات . ومعنى الفساد عند الاصوليين : هو عدم ترتب أثر العبادة أو المعاملة عليها .

أنظر تيسير التحرير ج ٢ ص ٢٣٦ . شرح الكوكب ج ١ ص ٤٧٣ . التمهيد ص ٥٩ .

(١) في نسخة ((ب)) : في أحد الأقوال . / والصواب ما في الاصل .

وهذا هو اظهر القولين . المنهاج ص ٤٥ . المختصر ص ٤٣ . المجموع

ج ١١ ص ٥٢٥ .

الوجيز ج ١ ص ١٣٤ الا انه جعل جواز بيعه أقوى القولين .

(٢) وقال أبو حنيفة : يجوز .

لنا : هو انه عبد تعلق برقبة دين آدمي ، فلا يجوز بيعه ،
 كالمرهون ، ولان حق الجناية أكد لانه يسقط الرهن ، فهو بالمنع أولى (٧) ،

-
- (٢) التبيين ج٤ ص ٤٢ . فتح القدير ج٦ ص ٣٥ وأنظر الكفاية أيضا .
 وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ١٨١ . كشاف القناع ج٣ ص ٢١٥ .
 المغنى ج٤ ص ١٢٨ .
 به يقول المالكية اذا أمضى مستحق الجناية البيع . الشرح الصفيير
 ج٢ ص ٧ . الجواهر ج٢ ص ٥ شرح المنح ج٢ ص ٤٨٢ . ومنعه ابن
 القاسم ، كما في بلغة السالك ج٢ ص ٧ .
 ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .
 (٣) من رقم (٣) الى رقم (٨) الآتى ساقط من نسخة (ب) .
 (٤) حيث لا يجوز للراهن بيع المرهون قبل وفاء دينه لتعلق حق المرتهن به .
 بجامع انه عبد تعلق برقبة دين آدمي في كل من الاصل وهو العبد
 المرهون والفرع وهو العبد الجاني . ولما كان حكم ^{الصل} عدم جواز بيع العبد
 المرهون قبل الوفاء ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع العبد الجاني
 أيضا لذلك .
 (٥) أى يطله .
 (٦) أى بمنع صحة البيع .
 (٧) وجه الاولوية : ان الرهن تعلق به حق الراهن ومع ذلك منع صحة البيع ،
 والجناية تعلق بها حق الله وحق الراهن فكان منعها لصحة البيع
 أولى من منع الرهن لصحته .

ولانه عبد تعلق برقبته حق آدمى غير المولى ، فلا يجوز بيعه ، كالمكاتب .^(٩)
 قالوا : يملك^(١٠) اسقاطه بالفداء^(١٢) ، فاذا باع فقد اختار الفداء .
 قلنا : لا يملك حتى يزن^(١٣) ، كما لا يملك الفكالك^(١٤) فى الرهن حتى يزن .
 مسألة (٦٧) : اذا باع عبده وعبد غيره أو امته وام ولداه فالبيع باطل فى الجميع
 فى أحد القولين . ١٤٢ / ٠ ي .

(٨) هذه الكلمة وما قبلها الى رقم (٣) ساقط من نسخة ((ب)) كما تقدم .

(٩) حيث لا يجوز للسيد بيعه .

بما مع انه عبد تعلق برقبته حق آدمى غير المولى فى كل من الأصل
 وهو المكاتب ، والفرع وهو العبد الجانى ، ولما كان حكم الأصل
 عدم جواز بيعه كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع العبد الجانى أيضا
 لذلك .

(١٠) أى البائع ، وهو السيد .

(١١) أى الحق الثابت على العبد بجنايته .

(١٢) فى القاموس ج ٤ ص ٣٧٣ : فداه يفديه فداء وفدى - بكسر الفاء - ويفتح
 واقتدى به وفاداه : اعطى شيئا فأنقذه . أهـ . أى ان يدفع للمجنى عليه
 حقه المتعلق برقبة العبد ، لتسقط عنه المطالبة بالجناية .

(١٣) أى يزن المال المدفوع لفدائه ، أى حتى يقبض المجنى عليه أو ورثته
 ما للفداء .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : انفكاه .

(١) فى نسخة ((ب)) : وام ولد غيره .

(٢) والاضهر صحته فى عبده وامته . أنظر المنهاج ص ٤٧ . المجموع ج ٩ ص ٣٧٧
 وفى الوجيز ج ١ ص ١٤ : ومهما باع الرجل ملك نفسه وملك غيره ففى صحة
 بيعه فى ملكه قولان . أهـ قال فى فتح العزيز ج ٨ ص ٢٣٣ : أصحهما وهو
 اختيار المزنئ انه يصح . أهـ .

(٣)

وقال أبو حنيفة : يصح في عبده وأمته .

لنا : هو انه باع ما يملك تملكه (٤) وما لا يملك (٥) فأشبهه ان باع حرا وعبدا

او خلا وخمرا . (٦)

(٣) وزهّب الصاحبان الى جواز ذلك اذا بين ثمن كل واحد منهما أعني ثمن عبده و ثمن عبد غيره ، فيصح العقد وينفذ البيع في عبده دون عبد غيره ، والابطال العقد جملة . وخالفهم زفر فابطل هذا البيع جملة كقول الشافعي . أنظر الهداية ج ٦ ص ٨٩ . التبیین ج ٤ ص ٦٠ . ولم يذكر في المبسوط ج ١٣ ص ٤ خلاف الصاحبين لابي حنيفة وكذا في مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٣ . كشف القناع : ج ٣ ص ١٤٧ وقد نص في المحرر ج ١ ص ٣٠٥ على صحته في عبده وأمته وذكر رواية أخرى انه باطل في الكل . وأنظر المغنى ج ٤ ص ١٢٩ وبالوقف على اجازة ذلك الغير يقول المالكية في المشهور من الاقوال عندهم وقيل : لا يصح أصلا ، وقيل : يصح في غير العقار . أنظر بلغة السالك ج ٢ ص ٧ والشرح الصغير أيضا . الجواهر ج ٢ ص ٥٥ . شرح المنح ج ٢ ص ٤٨١ . وقد نص صاحب القوانين على صحة البيع في هذه المسألة في ملكه مع وقفه في ملك الغير على اجازته . أنظر ص ٢٨٦ .

وزهّب ابن حزم : الى أن بيع ^{مال}الغير بغير اننه مفسوخ ابدأ سواء اجازة ذلك الغير فيما بعد أو لم يجزه ، فلا يجوز له امضاؤه بل يتراضى هو والمشتري على ابتداء عقد بيع فيه من جديد . أنظر المحلى ج ٩ ص ٤٤٣ .

(٤) وهو عبد نفسه أو أمته .

(٥) وهو عبد غيره أو أمة غيره أو أم ولد نفسه أو أم ولد غيره .

(٦) حيث لا يجوز ذلك البيع فيهما .

بجامع بيع ما يملك تملكه وما لا يملك في كل من الاصل وهو مالو باع خلا وخمرا والفرع وهو مالو باع عبده وعبد غيره بغير اننه . ولما كان حكم الاصل هو بطلان العقد في بيع الخمر والخل كان حكم الفرع كذلك فيبطل العقد في بيع عبده وعبد غيره أيضا لذلك .

قالوا : عبد الغير وام الولد يدخل في العقد^(٧) ، ولهذا لو أجاز المالك^(٨)
 وحكم الحاكم في أم الولد^(٩) نفذ ، فإذا فسخ في أحدهما^(١٠) ، بقي في الآخر ، كما لو
 باع عديين ، ثم مات أحدهما قبل القبض^(١١) .
 قلنا : لا نسلم انه يدخل في العقد ، ولا يجوز بالاجازة^(١٢) ، وإذا حكم
 الحاكم^(١٣) صح العقد من حين الحكم^(١٤) .

- (٧) أى يصح بيعه وان كان موقوفا على اجازة المالك في عبد الغير وعلى حكم
 القاضى فى أم الولد . أنظر مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٤ .
- (٨) أى بيع عبد نفسه .
- (٩) أى مضى البيع وصح العقد .
- (١٠) لقيام المانع من بيعه فيه .
- (١١) حيث لا يبطل به العقد فى العبد الآخر .
- بجامع دخوله فى العقد فى كل من الاصل وهو مالو باع عبده وعبد غيره أو امتهم
 أحدهما قبل القبض ، والفرع وهو مالو باع عبده وعبد غيره أو امتهم
 وأم ولد غيره ، ولما كان حكم الاصل صحة العقد فى العبد الآخر الذى
 لم يمت كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد فى عبده وامته وان بطل فى
 غميد غيره وام ولد غيره ايضا لذلك .
- (١٢) فى نسخة ((ب)) : بالاجازة . / بالراء المهمة . ومعنى قوله : لا يجوز
 بالاجازة ، أى لا يصح وان وافق مالك العبد أو الامة على بيع الاجنبى
 وتصرفه . لان الاجنبى لا يملك التصرف فى ملك الغير وقت عقده ذلك
 البيع لا بوكالة ولا بولاية .
- (١٣) أى بصحة بيع عبد الغير أو امته .
- (١٤) أى فقط ، فيكون البيع قبل صدور حكم الحاكم بصحته باطلا لا موقوفا .

* مسألة (٦٨) : البيع الموقوف والنكاح الموقوف باطل (٢) / ١٤٢٠ هـ .

(١) من الوقف وهو الحبس ، ومنه قولك : وقفت الدار أى حبستها فى سبيل الله . أهـ أنظر المصباح ج ٢ ص ٣٤٦ .
فكان المبيع محبوس عن الدخول فى ملك المشتري وعوده الى ملك البائع حتى يجيزه مالكه ، ويسمى بيع الفضولى . وهو بيع ملوك (غير بلا أدنى) .
وقد ذكر فى فتح القدير ج ٦ ص ٤١ صور البيع الموقوف وجعلها خمس عشرة : بيع العبد والصبي المحجورين أى موقوف على اجازة المولى والأب أو الوصى . وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضى . وبيع المرهون والمستأجر وما فى مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن والمستأجر والمزارع فلو تفاسخا الاجارة أو رد الرهن لوفاء أو ابراء لزمه ان يسلمه للمشتري . وكذا بيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض فى المنقول لا ينعقد أصلا حتى لو تفاسخا لا ينفذ وفى العقار على الخلاف المعروف . وبيع المرتد عند أبى حنيفة . والبيع برقمه . وما باع فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم فى المجلس . ومثل ما يبيع الناس ومثل ما أخذ به فلان . وبيع المال المغصوب ذكره محمدان اقر الغاصب أو جحد وللمغصوب منه بينة ثم البيع . وبيع مال الغير . أهـ .

(٢) أى على أصح القولين وهو قوله فى الجديد . المجموع ج ٩ ص ٢٤٧ . الوجيز ج ١ ص ١٣٤ . المنهاج ص ٩٦ .
وهو قول الحنابلة : كشف القناع ج ٥ ص ٤٠ . وذكر فى المحرر ج ١ ص ٣١٠ رواية اخرى انه يصح ويقف على الاجازة .
وأنظر المقنع ص ٩٨ . شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٣ .
وبطلانه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٤٤٣ .

وقال أبو حنيفة : يصح ، ويقف على الاجازة^(٣) .
 لنا : أنه^(٤) أحد شرطى البيع^(٥) ، فلم يقف على الاجازة ، كالقبول^(٦) .
 فان قيل : القبول وجد نفاذاً^(٨) فى حق المشتري ، فلم يقف^(٩) .

-
- (٣) سقط قوله (ويقف على الاجازة) من نسخة ((ب)) . ومعنى الاجازة
 الاذن . أنظر المختار ص ١١٧ .
 وأنظر المسألة فى : فتح القدير ج ٦ ص ٤١ . التبيين ج ٤ ص ٤٤ .
 مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٣ .
 وهو قول المالكية : القوانين ص ٢٧١ . الجواهر ج ٢ ص ٥ . الشرح
 الصغير ج ٢ ص ٧ .
- (٤) أى الايجاب وهو أحد جزئى صيغة العقد .
- (٥) فى نسخة ((ب)) : أحد شرطى . / وهو تحريف .
- (٦) والشرط الثانى للبيع هو القبول . أى فاذا انعدم احدهما لم يصح
 البيع .
- (٧) حيث لا يصح العقد بدونه ولا يصح وقف العقد عليه .
 بحامع أنه أحد شرطى العقد فى كل^{من الاصل} وهو القبول والفرع وهو الايجاب
 ولما كان حكم الاصل عدم وقوف القبول على الاجازة كان حكم الفرع
 كذلك فلا يقف الايجاب عليها أيضاً لذلك .
- (٨) أى مضى فى حق المشتري . فى القاموس ج ١ ص ٣٦٠ : النفاذ جواز
 الشئ عن الشئ والخلوص منه ، كالنفوذ ومخالطة السهم جوف الرميقة -
 بفتح فكسرفياء مشددة - . أه .
- (٩) أى على الاجازة . والمقصود اثبات وجود فارق فى القياس المذكور بين
 الاصل وهو القبول والفرع وهو الايجاب لا بطلاله .

قيل : انما وجد نفاذا فى حق المشتري ، لانه لم يجد نفاذا فى حق المشتري له ، لعدم الاذن ، ولهذا لو وجد هناك^(١٠) نفاذا بالاذن ، لم ينفذ فى حق المشتري^(١١) والبيع لا يجد نفاذا فى حق المالك^(١٢) ، ولا فى حق العاقد^(١٤) ، فوجب ان يبطل^(١٥) ، ولانه بيع عين ، لا يقدر فيه على التسليم ولا على التسليم فكان باطلا^(١٧) ، كالطير فى الهواء^(١٨) ، ولان البيع لا يقف على الملك^(١٩) وهو أقوى ، فلان لا يقف على رضا الغير أولى .

(١٠) أى فى حق المشتري له .

(١١) لان المشتري يكون وكيلاً حينئذ للمشتري له فلا يملك المبيع .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : وهذا البيع . / وهى الصواب ، وما فى الأصل ناقص .

(١٣) فى نسخة ((ب)) : فى حق المالك الذى عقد له .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : فى حق العقد . / والصواب ما فى الأصل .

(١٥) سقطت واو العطف فى (ولانه) من نسخة ((ب)) .

(١٦) فى الأصل : على التسليم / والصواب ما أثبتناه . ليستقيم المعنى مع ما بعده .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : لا يقدر فيه على التسليم فكان باطلا .

(١٨) حيث لا يصح شراؤه ولا بيعه .

بجامع انه بيع عين لا يقدر فيه على التسليم ولا على التسليم ، فى كل من الأصل وهو بيع الطير فى الهواء والفرع وهو البيع الموقوف . ولما كان حكم الأصل بطلان بيع الطير فى الهواء كان حكم الفرع كذلك ، فيبطل البيع الموقوف أيضا لذلك .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : لا يقف على الملك فى حق من اشتراه . / أى لا تتعلق

صحته على كون البائع مالكا له ، ان قد يكون وكيلاً فيه .

أو يكون المعنى بناء على ما فى نسخة ((ب)) : ان البيع لا تتوقف صحته على كون البائع مالكا له فى حق المشتري ، ان لا يطلب منه التحقق من كون البائع مالكا له فعلا أولا ، لما فى ذلك من الحرج ، وانما يشترط ذلك فى البائع دونه .

ونقول فى النكاح انه نكاح لا يتعلق به شئ من خصائصه (٢٠) فكان باطلا
كنكاح المعتدة والخاسة (٢١) ولأن ماكان شرطاً فى الاستباحة بالنكاح ، لم
يقف العقد عليه ، كالشهادة (٢٣)

فان احتجوا : بأن النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام (٢٤) دينارا

(٢٠) أى ونقول فى النكاح المعلق : انه نكاح لا يتعلق به شئ من خصائص
النكاح أى مطالبه ومكوناته ، فكان التعليق فيه باطلا .

(٢١) سقطت حروف : الميم والسين والتاء من كلمة (الخامسة) فى نسخة
((ب)) .

والجامع فى القياس المذكور هو عدم تعلق شئ من خصائص النكاح به فى
كل من الاصل وهو نكاح المعتدة والخاسة ، والفرع وهو النكاح المعلق
أو الموقوف .

ولما كان حكم الاصل بطلان نكاح المعتدة والخاسة ، كان حكم الفرع
كذلك فيبطل النكاح المعلق أو الموقوف أيضا لذلك .

(٢٢) فى نسخة ((ب)) : لم يقف العقد على جبره . / والمعنى ان ماكان
وجوده شرطاً فى صحة النكاح ، لا يصح تعليق نفاذ العقد عليه .

(٢٣) حيث لا يصح وقف العقد على تحصيلها ، بل يبطل بعدمها .
بجامع ان كلا شرط فى استباحة النكاح ، اما الاصل فهو الشهادة
واما الفرع فهو القبول . ولما كان حكم الاصل عدم جواز وقف العقد
على تحصيل الشهود ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح وقف العقد على
القبول أيضا لذلك .

(٢٤) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن اسد بن عبد العزى الاسدى ، أبو خالد
وهو ابن أخى خديجة زوج النبى صلى الله عليه وسلم ، له أربعون حديثا ،
اسلم يوم الفتح ، اعطاه النبى صلى الله عليه وسلم من غنائم حنين مائة من
الابل ، ولد رضى الله عنه فى جوف الكعبة قبل قدوم الفيل بثلاث عشر سنة ،
كان جوادا كريما ، اعتق فى الجاهلية مائة رقبة ، وفى الاسلام مثلها ، توفى
سنة اربع وخمسين ، قال البخارى : عاش فى الجاهلية ستين سنة وفى الاسلام
ستين سنة . أنظر الخلاصة ص ٩ . الاصابة ج ١ ص ٣٤٩ .

ليشترى به اضحية ، فاشترها بدينار ثم باعها بدينارين ، ثم اشترى اضحية
بدينار ، (٢٥) ودفع الى عروة البارقي دينارا ، (٢٦) ليشترى به شاة ، فاشترى شاتين
وباع احدهما بدينار ، واتاه بشاة ودينار ، فدعا له بالسبركة في بيعه . (٢٧)

(٢٥) محل الشاهد فيه : انه اشترى شاة بدينار ثم باعها من غير اذن النبي
صلى الله عليه وسلم له في البيع وانما اذن له في الشراء ، لكن صح بيعه
ويبقى معلقا ، ولما اجازه النبي صلى الله عليه وسلم مضى العقد .
والحديث رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٦ رقم / ٣٣٨٦ باب في المضارب
يخالف .

ورواه الترمذي ج ٣ ص ٥٥٨ رقم / ١٢٥٧ . باب رقم / ٣٤ . ولفظه : ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث حكيم بن حزام يشترى له اضحية بدينار
فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى مكانها ، فجاء بالاحذية
والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح بالشاة وتصدق
بالدينار . أه قال أبو عيسى : حديث حكيم بن حزام لانعرفه الا من هذا
الوجه وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام . أه أي فهو
منقطع .

وقد صححه النووي . أنظر المجموع ج ٩ ص ٣٥٠ قال : اسناد الترمذي -
صحيح واسناد الاخرين حسن - يعني ابا داود وابن ماجه ولم أجده فيه -
فهو حديث صحيح . أه .

الا أن البيهقي ضعفه في السنن ج ٦ ص ١١٣ باب المضارب يخالف .
(٢٦) هو عروة بن أبي الجعد الاسدي ، باسكان المهملة البارقي ، صحابي نزل
الكوفة له ثلاثة عشر حديثا ، ولى قضاء الكوفة لعمره ، وهو أول من قضى بها .
وقد حضر فتوح الشام ونزلها ، ثم سيره عثمان الى الكوفة ، قال شبيب بن
غرقدة : رأيت في دار عروة بن الجعد ستين فرسا مربوطة . أنظر الخلاصة
ص ٢٦٤ . الاصابة ج ٢ ص ٤٧٦ رقم / ٥٥١٨ .

(٢٧) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٦ رقم / ٣٣٨٤ باب في المضارب يخالف .
وتسامه : فكان لو اشترى ترابا لربح فيه . أه .

قلنا : حديث حكيم يرويه رجل من أهل المدينة عن حكيم ، والرجل
مجهول ، وحديث عمرو يرويه شبيب بن غرقدة ، عن رجل

= ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٥٩ رقم / ١٢٥٨ باب رقم / ٣٤ ولفظه :
عن عمرو البارقى قال : دفع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً
لاشتري له شاة فاشتريت له شاتين فبعت احدهما بدينار وجئت بالشاة
والدينار الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ما كان من أمره ، فقال :
بارك الله لك فى صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك الى كناسة
الكوفة - اسم موضع بالكوفة . أنظر القاموس ج ٢ ص ٢٤٧ - فيرمج الريح
العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالا . أه .

قال النووى : اسناد الترمذى صحيح . أه . المجموع ج ٩ ص ٢٥٠ .
ورواه البخارى ج ٢ ص ٢٨٦ باب حدثنى محمد بن المثنى . ثم ساق
هذا الحديث بسنده فقال : حدثنا على بن عبد الله أخبرنا سفيان
حدثنا شبيب بن غرقدة قال : سمعت الحى يحدثون عن عمرو . الحديث .
قال ابن القيم : وقد استدرأ عليه روايته له عن الحى ، وهم غير معروفين
وما كان هكذا فليس من شرط كتابه . أه . تهذيب السنن ج ٥ ص ٤٩ ،
رقم / ٣٢٤٤ .

وكذا ضعفه الخطابى . أنظر نفس الصفحة . وضعفه البيهقى أيضاً .
ج ٦ ص ١١٣ باب المضارب يخالف .

(٢٨) هذا فى رواية أبى داود . وأما رواية الترمذى فعن حبيب بن أبى

ثابت عن حكيم بن حزام . لكن حبيباً لم يسمع من حكيم فكان منقطعاً

كما ذكرنا هنا فى الهامش رقم (٢٥) .

(٢٩) هو شبيب بن غرقدة بفتح حمة والقاف بينهما راء ساكنة ، السلمى

روى عن عمرو البارقى ، وروى بة سفيان ابن عيينة والثورى وأبو الهيثم

وثقه أحمد بن حنبل ، له حديث فى صحيح البخارى ، وهو هذا الذى

ذكره المصنف ، أنظر الخلاصة ص ١٦٣ .

من الحى^(٣١) عن عروة ، والرجل مجهول ، ثم يحتمل^(٣١) انه فوض اليهما ان يفمـلا
مايريان^(٣٢) ، والدليل عليه : ان حكيم باع وسلم ، واشترى شاة أخـرى^(٣٣) ،
والشراء لا يقف على الاجازة ، وعروة اشترى شاتين ، وعند هم احدى الشاتين^(٣٤)
تكون للوكيل^(٣٥) ، وقد باع وحمل الثمن الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدل على ما قلنا^(٣٦) .

- (٣٠) ليس فى السند عبارة : عن رجل من الحى ، وانما فيه : عن شبيب
ابن غرقدة حدثنى الحى عن عروة . كما فى سنن أبى داود ج ٣ ص ٢٥٦
باب فى المضارب يخالف .
وكما فى البخارى أيضا ج ٢ ص ٢٨٦ . وقد تقدم فى الهامش رقم (٢٧) .
- (٣١) أى على فرض صحته .
- (٣٢) فى نسخة ((ب)) : مايريانه . / أى فيكونان وكيلين ، والوكيل يتصرف
بما فيه مصلحة الموكل .
- (٣٣) فى نسخة ((ب)) : ان حكيم باع وسلم ، والتسليم يقف على الاجازة فدل
على أنه وكله ، وامر باشتراء شاة أخرى ، والشراء . الخ .
- (٣٤) فى نسخة ((ب)) : وعند هم أحد الشاتين .
- (٣٥) وهى الشاة الثانية لانه اشتراها بغير اذن الموكل لان الوكالة انما كانت
على شراء شاة ، فتكون الثانية للوكيل . هذا عند الامام ، خلافا
للصاحبين . أنظر مجمع الانهر ج ٢ ص ٢٣٣ .
- (٣٦) فى نسخة ((ب)) : على ما قلناه . / أى فلم يدفع اليه احدى الشاتين فقط
كما هو الحال عند هم بل دفع الثمن كله ، فدل ذلك على أن النبي
صلى الله عليه وسلم فوض الى كل من حكيم بن حزام وعروة البارقي أن يفعلوا
فى الدينار مايريانه الاصلح له . وهو المراد بقوله : فدل على ما قلناه .

قالوا : روى أن النجاشي (٣٧) تزوج لرسول الله صلى الله عليه وسلم
بأم حبيبة ، (٣٨) وكتب اليه فقبله . (٣٩)

(٣٧) هو اصحمة بصاد مهملقة بعد ها حاء مهملقة أيضا بوزن أربعة ، بن أبهر ،
ملك الحبسة ، واسمه بالعربية عطية ، والنجاشي لقب له ، اسلم على
عبد النبي صلى الله عليه وسلم ولم يهاجر اليه وكان ربهًا للمسلمين حين
هاجروا الى الحبسة فرارا من اذى المشركين بمكة .

وقد صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الغائب حين بلغه خبر
وفاته ، وقال : قد مات اليوم عبد صالح ، فقوموا فصلوا على أصحمة . وكان
ذلك في رجب سنة تسع ، قاله الطبري ، وقيل : كان قبل الفتح . قال
ابن اسحاق عن يزيد بن رومان عن عروة عن عائشة لما مات النجاشي كنا
نتحدث انه لا يزال يرى على قبره نور . أنظر الاصابة ج ١ ص ١٠٩ .

(٣٨) أى سعى له فى تزويجها . / واسمها رملة بنت أبى سفيان صخر بن حرب
ابن أمية القرشية الاموية زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقيل اسمها هند ،
ورملة أصح . هاجرت الى الحبسة مع زوجها عبيد الله بن جحش لكنهم
ارتد هناك عن الاسلام ، وفارقها ، فلما انقضت عدتها خطبها النجاشي
لرسول الله وصدقها عنه أربعمائة دينار وأولم عنه . . توفيت بالمدينة سنة
٤٤ وقيل سنة ٤٢ هـ . أنظر الاصابة ج ٤ ص ٣٠٥ ، رقم / ٤٣٤ .

(٣٩) رواه أبو داود ج ٢ ص ٢٣٥ كتاب النكاح باب الصداق . رقم / ٢١٠٨
ولفظه : عن الزهرى ان النجاشي زوج أم حبيبة بنت أبى سفيان من رسول الله
صلى الله عليه وسلم على صداق أربعة آلاف درهم وكتب بذلك النبي
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقبل . أهـ . الا انه مرسل لانه عن الزهرى
عن أم حبيبة ولم يسمعها .

وينحوه رواه النسائي ج ٦ ص ١١٩ تحت عنوان : القسط فى الأصدقاة .
موصولا عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن أم حبيبة أن النبي صلى الله عليه وسلم
تزوجها . . الخ .
ورواه الدارقطني ج ٣ ص ٢٤٦ باب المهر . رقم / ١٨ وافاد انها كانت تحت
عبيد الله بن جحش الذى مات عنها على النصرانية . وسيأتى حكم المصنف
على الحديث الا ن .

قلنا : يرويه عروة عن أم حبيبة فهو مرسل ، (٤٠) وخالف عروة في هذا
 الزهرى وقتادة (٤٢) وقال : تزوج بها رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قد ميت

(٤٠) هو ابن الزبير بن العوام الاسدى ، أبو عبد الله المدنى ، أحد الفقهاء
 السبعة واحد علماء التابعين ، روى عن أبيه و أمه وخالته عائشة وأبى
 هريرة ، وقد سمع عن أم حبيبة كما نص على ذلك المزى فى تهذيب
 الكمال ج ٥ ص ٤٦٤ فليس الحديث مرسلًا إذن ، وروى عنه أولاده عثمان
 وعبد الله وهشام ويحيى ومحمد وغيرهم . قال ابن سعد : ثقة كثير الحديث
 فقه عالم ثبت مأمون . وقال العجلي : لم يدخل نفسه فى شئ من الفتن .
 وقال ابن شوزب : كان يقرأ كل ليلة ربع القرآن ، ومات وهو صائم سنة اثنتين
 وتسعين و قيل ثلاث و قيل اربع و قيل خمس . قال الخزرجى : قيل عروة
 عن أبيه مرسل . أهـ الخلاصة ص ٢٦٥ .

(٤١) فى نسخة ((ب)) : وخالفه . / ولعل الصواب ان يقال : يرويه الزهرى
 عن أم حبيبة فهو مرسل . / لان الزهرى لم يروها عنها ، وروى عنها عروة
 كما ذكرنا عن المزى ، ويكون عروة فى قوله : وخالف عروة فى هذا ، مفعولا ،
 والزهرى وقتادة قاعلان للمخالفة .

(٤٢) الزهرى : هو أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب الزهرى ، أبو بكر ، أحد
 الائمة الاعلام ، عالم الحجاز والشام ، قال أيوب - السختيانى - : ما رأيت
 أحدا أعلم من الزهرى ، وقد قال هو عن نفسه : مكثت خمسا وأربعين سنة
 اختلف بين الشام والحجاز فما وجدت حديثا استطرفه . كان قوى الحفظ ،
 كريما ، قال عمرو بن دينار : ما رأيت أحدا أهون عليه الدينار والدرهم من
 ابن شهاب ، وما كانت عنده الا مثل البعرة .

توفى سنة اربع وعشرين ومائة . أنظر الخلاصة ص ٣٥٩ . الحلبة ج ٣ ص ٣٦ .
 واما قتادة : فهو ابن دعامة السدوسى ، أبو الخطاب البصرى ، كان اكملها ،
 وكان أحد الائمة الاعلام ، من الحفاظ ، وكان يدللس .
 قال ابن المسيب : ما أتانا عراقى احفظ من قتادة ، وقال ابن سيرين : قتادة
 احفظ الناس . قال حماد بن زيد : توفى سنة سبع عشرة ومائة ، وقد احتج
 به أرباب الصحاح . أنظر الخلاصة ص ٣١٥ .

(٤٣) فى الاصل : وقال . / والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) بالثنية .

المدينة . قال قتادة : ثم زوجها اياه عثمان ^(٤٤) ، ولا نه ذكر الشافعي ان عمرو
ابن أمية الضمري كان وكيلاً للنبي صلى الله عليه وسلم في القبول ^(٤٥) ، فقبله ، وانما
أضيف الى النجاشي لانه قرر الامر وبذل المهر .

قالوا : عقد له مجيز حال وقوعه ^(٤٦) ، فأشبه الوصية بما زاد على الثلث ^(٤٧) .
قلنا : في أحد القولين ، لا تصح الوصية بما زاد على الثلث ^(٤٨) ، ولا الوصية

(٤٤) في نسخة ((ب)) : قال قتادة : زوجها عثمان . / فيه سقط . والصواب
بما في الأصل .

وأنظر ترجمة عثمان بن عفان في المسألة رقم (١) هامش (٣٨) .
(٤٥) في نسخة ((ب)) : كان وكيل النبي صلى الله عليه وسلم في القبول .
واما عمرو بن أمية الضمري ، فهو صحابي جليل ، واحد أبطال الاسلام ،
اسلم بعد وقعة أحد ، لعشرون حديثاً ، روى له الجماعة ، مات
بالشام في خلافة معاوية ، أنظر الخلاصة ص ٢٨٧ . وفي الاعلام ج ٥ ص ٧٢
انه توفي نحو سنة خمس وخمسين . وقال ابن حجر : قال أبو نعيم :
مات قبل الستين . أه الاصابة ج ٢ ص ٥٢٤ رقم ٥٧٦٥ ولا تعارض .
(٤٦) أي يشترط فيه لنفاذه موافقة طرف ثالث يقضى باجازته .
(٤٧) حيث يتوقف نفوذها على اجازة الورثة .

بجامع ان كلا له مجيز حال وقوعه ، اما الاصل فهو الوصية بما زاد على
الثلث ، واما الفرع فهو البيع الموقوف ، ولما كان حكم الاصل هو صحة
الوصية بشرط رضا الورثة في الوصية بما زاد على الثلث ، كان حكم
الفرع هو صحة البيع الموقوف بشرط رضا المالك بالعقد أيضاً لذلك .

(٤٨) المنهاج ص ٩٠ ولم يرجح احدهما ، وكذا لم يرجح احدهما على

الاخر في شرح المحلى ج ٣ ص ١٦١ . وقال في الوجيز حاشية ٢٧٠ : نقد في اصح القولين .
ولا في غيره من الشروح .

تقف على الملك (٤٩) والبيع لا يقف (٥٠) ولأن ذاك أوصى بماله ، وإنما تعلق به حق الغير (٥٢) فهو كبيع ماله الذي فيه الشفعة (٥٤) وهذا تصرف في حق غيره ، فهو كالوصية بمال الغير (٥٦) ولأن الوصية يجوز تعليقها على

(٤٩) أى من شرط صحتها الملك . أى ولو سلمنا بصحة الوصية بما زاد على الثلث ، فإن بينها وبين البيع فرقا ، وهو ما ذكره المصنف .

(٥٠) فى نسخة ((ب)) : والبيع للمعين لا يقف . / والمقصود اثبات الفارق بين الأصل وهو الوصية بما زاد على الثلث والفرع وهو البيع الموقوف فى قياسهم لابطاله ، وهو ان الوصية يشترط لصحتها أن يكون الموصى مالكا لها ولا كذلك البيع ان قد يكون وكىلا عن المالك فيه .

(٥١) فى نسخة ((ب)) : ولأن ذلك . / لئى الموصى بما زاد على الثلث .

(٥٢) وهم الورثة ، ان لا يجوز له الوصية بأكثر من الثلث لتعديده على حقهم فى الميراث بالزيادة عليه .

(٥٣) فى نسخة ((ب)) : فهو كجميع . / وهو تحريف .

(٥٤) أى الذى ثبت فيه حق الشفعة ، حيث يصح البيع ويقف على اجازة الشفع . والجاء فى القياس المذكور هو تعلق حق الغير فى كل من الأصل وهو بيع المال الذى تعلق فيه حق الشفعة ، والفرع وهو الوصية بما زاد على الثلث ، ولما كان حكم الأصل صحة العقد فيه ووقفه على اجازة الشفع ، كان حكم الفرع كذلك فتصح الوصية بما زاد على الثلث وتقف على اجازة الورثة أيضا لذلك .

(٥٥) أى البائع مال الغير .

(٥٦) حيث لا تصح أصلا .

بجاء التصرف فى حق الغير فى كل من الأصل وهو مال أوصى بمال الغير والفرع وهو بيع مال الغير ولما كان حكم الأصل البطلان كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع مال الغير أيضا لذلك .

الأخطار، ولا يجوز ذلك هاهنا. (٥٨)

قالوا : اذا وقف أحد شطرى العقد على القبول ، وهو أضعف ، لانسبه
بيطل بالتفرق ، فتمامه أولى. (٦٢)

قلنا : احد الشطرين لا يقف ، لان الايجاب اذا وجد تم بنفسه ،
ولا يفتقر تمامه الى غيره (٦٤) وانما يفتقر تمام العقد الى غيره ، كاحرام الصلاة

(٥٧) أى يجوز فيها الضرر ، لان ميناها على التبرع .

(٥٨) أى فى عقد البيع ، وانما لم يحز فيه ذلك لانه مبني على المعاوضة .
والمقصود اثبات تفارق آخر فى قياسهم البيع الموقوف على الوصية بما زاد
على الثلث لتأكيد بطلانه .

(٥٩) سقط لفظ (على القبول) من الاصل . / والمقصود اذا كان أحد شطرى
عقد البيع موقوفاً على اجازة وقبول المالك .

(٦٠) أى من الشطر الثانى من العقد وهو الايجاب .

(٦١) لان العقد لا يتم ولا يلزم الا بالايجاب والقبول فان تفرقا بعد الايجاب
وقبل القبول فلا بيع والا تم وان بقيا فى المجلس فليس له ابطاله
لان التفرق عندهم هو تفرق الأقوال لا الا بدان . أنظر الهداية وفتح
القدير ج ٥ ص ٤٦٠ .

(٦٢) أى فوقف تمام العقد على الاجازة أولى بالصحة من وقف جزئه - وهو
الايجاب - على القبول لان العقد لا يبطل بالتفرق بعد القبول ،
بل يلزم .

(٦٣) وهو الايجاب .

(٦٤) فلا يحتاج فى الحكم بصحته الى اجازة طرف آخر .

(٦٥) أى مضيه وترتب اثره عليه وهو انتقال الملك الى المشتري .

لا يفتقر تمامه الى غيره ، وانما يفتقر تمام الصلاة الى غيره ، ثم الشراء يقف
 احد شطريه على الآخر ، (٦٧) ثم لا يقف العقد على الاجازة ، (٦٨) ولان الشطرين
 لا يوجدان معا ، فلا بد أن يقف احدهما على الآخر ، (٦٩) والعقد يوجد (٧٠)
 مع الرضا ، فلا يقف عليه ، (٧١) كالشهادة في النكاح . (٧٢)

(٦٦) أى الى غير الاحرام من بقية اركان وشروط الصلاة .
 والمقصود اثبات الفرق بين العقد والايجاب حيث يحتاج الاول الى
 غيره دون الثانى . فلا يلزم من الحكم بصحة الايجاب الحكم بصحة العقد
 للفارق المذكور بينهما .
 (٦٧) حيث لا يتم البيع بالايجاب دون القبول أو العكس ، فهما متلازمان
 لصحة البيع .
 (٦٨) أى بل يصح بمجرد حصول الايجاب والقبول ، ويتوقف نفوذه وأمضاؤه
 على الاجازة .
 أى وهذا فارق أيضا بين العقد وموجبه ، وهو انعدام التلازم بين
 العقد والاجازة ، ان يصح ان يوجد عقد بلا اجازة وذلك فيما اذا كان
 البائع هو نفس المالك ، بينما يوجد تلازم بين الايجاب والقبول لصحة
 البيع ، والقياس مع الفارق باطل .
 (٦٩) بان يتقدم الايجاب على القبول أو العكس على القول بصحة العقد
 فيما لو تقدم القبول على الايجاب . وهو أظهر القولين فى ذلك .
 أنظر المنهاج عن ٤٤ .

(٧٠) فى نسخة ((ب)) : والعقد يوجب .
 (٧١) أى على الرضا لان القبول والرضا مقترنان ، فلا يتقدم أحدهما على الآخر .
 (٧٢) حيث لا يقف العقد على الشهادة ولا هى عليه ، بل هى من شروطه فيقعان معا
 بجامع لتلازم فى كل من الاصل وهو الشهادة وفى عقد النكاح ، والفرع وهو
 العقد فى البيع ، ولما كان حكم الاصل هو عدم وقوف عقد النكاح على
 الشهود - بمعنى عدم تقدمهم عليه لانه لا يسمى عقد ابدونهم - كان حكم
 الفرع كذلك فلا يتقدم الرضا على عقد البيع بل ، بل لازمه .

قالوا : اذا جاز أن يقف العقد على الفسخ بشرط الخيار، (٧٣) جاز أن يقف على الاجازة.

قلنا : الموقوف على الفسخ قد تم بشروطه، (٧٤) ولهذا لو سكتا حتى انقضى الخيار انبرم، (٧٥) (٧٦) والموقوف على الاجازة لم يتم بشروطه، (٧٧) ولانه لو اشترى عصيرا أو عبدا جاز أن يقف على الفسخ، (٧٨) بأن يصير خمرا، أو بأبق العبد، (٨٠)

= والمقصود اثبات فارق ثالث - فى قياسهم الايجاب على العقد - بين الاصل والفرع، فان الايجاب والقبول يترتب احدهما على الآخر، ولا كذلك العقد والرعا، فانهما متلازمان فيقعان معا من غير أن يترتب أحدهما على الآخر، والقياس مع الفارق باطل.

(٧٣) كأن يقول : اشتريت منك كذا، ولى الخيار ثلاثا.

(٧٤) أى بتوفر شروط البيع فيه.

(٧٥) أى مدته.

(٧٦) أى انعقد وانحكم العقد، تقول : أبرمت العقد ابراما : احكمته، فانبرم

أى هو. أنظر المصباح ج ١ ص ٥٢.

(٧٧) لفقدان شرط الملك فى المعقود عليه. ففارق بذلك البيع الموقوف على

الفسخ بشرط الخيار، والقياس مع الفارق باطل.

(٧٨) أى جاز أن يعلق على الفسخ.

(٧٩) لحرمة تملكه، ومن شروط المبيع أن يكون ظاهرا وليست الخمر كذلك.

أنظر المنهاج ص ٤٥. فاذا صار العصير خمرا قبل القبض انفسخ العقد.

(٨٠) أى بهروبه، تقول : ابق العبد ابقا من باب تعب وقتل فى لغة، والاكثر

من باب ضرب، اذا هرب من سيده من غير خوف ولاكد عمل، هكذا قيده

فى العين - اسم كتاب - وقال الزهرى : ابق هروب العبد من سيده.

المصباح ج ١ ص ٥٥.

والمقصود انه يجوز أن يعلق المشتري فسخ البيع على اباق العبد، فاذا

ابق قبل القبض انفسخ العقد.

ولو اشترى خمرا أو عبدا آبقا ، لم يقف على أن يصير خلا ويرجع العبد .^(٨١)

* مسألة (٦٩) : البيع الفاسد لا يملك به ، ١٤٣ / ش .^(١)

وقال أبو حنيفة : يملك بالقبض فيه .^(٢)

لنا : هو أنه مقبوض عن بيع فاسد فلا يملك به ، كما لو اشتراه بميتة أو دم ،^(٣)

= وانما جاز أن يقف العقد على صيرورة العصير خمرا وعلى اباق العبد ، لان العقد قد وقع هنا صحيحا لا استكماله شروط البيع لكون العصير مباحا والعبد مملوكا قائما في اليد .

(٨١) لان العقد هنا وقع فاسدا لكون المبيع وهو الخمر غير طاهر ولكون العبد الابق غير مقدور على تسليمه ، فلا ينعقد البيع لذلك وان علقه على صيرورة الخمر خلا أو على رجوع العبد الابق ، ومراده اثبات الفارق بين العقد الموقوف على الفسخ بشرط الخيار مثالا وبين العقد الموقوف على الاجازة .

(١) أى لا يدخل بسمه المبيع في ملك المشتري .

الجموع ج ٩ ص ٣٦٤ و ص ٣٧٢ . فتح العزيز ج ٨ ص ١٩٥ . الوجيز : ج ١ ص ١٣٩ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٤١٨ .

(٢) الهداية ج ٦ ص ٤٥ . التبيين ج ٤ ص ٦١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٥ . وهو قول قول المالكية لكن بشرط أن تكون السلعة قد تلفت . الجواهر ج ٢ ص ٢٧ . الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٨ . القوانين ص ٢٨٦ . شرح المنح ج ٢ ص ٥٧٦ .

(٣) حيث لا يصح العقد ولا يدخل المبيع في ملكه لفساد الثمن .

بجامع انه مقبوض عن بيع فاسد في كل من الاصل وهو مالو اشتراه بميتة أو دم ، والفرع وهو مالو اشتراه ببيع فاسد .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز تملك المبيع اذا كان بميتة أو دم كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تملك المبيع اذا كان ببيع فاسد أيضا لذلك .

ولأنه (٤) معنى يمنع الملك بالبيع ، فمنع الملك بالقبض ، كشرط الخيار ، أو قبض
يوجب ضمان القيمة (٦) فلم يملك به ، كقبض الغاصب ، (٧) ولأن ما وجب رده مع النماء
المنفصل ، لم يكن ملكاً لمن هو في يده ، كالمغصوب والمقبوض على وجه السوم ، (٩) (١٠)

- (٤) أى الفساد فى البيع .
(٥) حيث يمنع به انتقال الملك الى المشتري .
بجامع ان كلا معنى يمنع انتقال الملك بالبيع ، اما الاصل فهو مالو باع
بشرط الخيار وأما الفرع فهو مالو باع بيعا فاسدا .
ولما كان حكم الاصل هو عدم التملك بالقبض فى البيع بشرط الخيار ، كان
حكم الفرع كذلك فلا يملك المبيع فى البيع الفاسد بالقبض أيضا لذلك .
(٦) فيما اذا تلف المبيع ولا مثل له .
(٧) حيث لا يملك المغصوب بقبض الغصب ، بل يحدث له قبضا جديدا .
بجامع انه قبض يوجب ضمان القيمة فى كل من الاصل وهو قبض الغاصب
والفرع وهو القبض فى البيع الفاسد .
ولما كان حكم الاصل هو عدم امتلاك الغاصب للمغصوب بقبض الغصب .
كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المبيع بالقبض فى البيع الفاسد أيضا لذلك .
(٨) فى نسخة ((ب)) : لم يكن مالكا كالمغصوب .
(٩) فى نسخة ((ب)) : على وجه يعرف السوم . / وهى غير واضحة .
(١٠) السوم بفتح المهملة فسكون ، فى النهاية ج ٢ ص ٤٢٥ : المساومة المجازية
بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها ، يقال : سام يسوم سوما ،
وساءم واستام . أهـ
والجامع فى القياس المذكور هو وجوب الرد مع النماء المنفصل فى كل من
الاصل وهو المغصوب والمقبوض على وجه السوم ، والفرع وهو البيع الفاسد .
ولما كان حكم الاصل عدم صحة امتلاك الغاصب وقبض السلعة على وجه
السوم ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح تملك المبيع بالبيع الفاسد
أيضا لذلك .

ولان القبض معنى يستقر به المسمى فى العقد الصحيح ، فلا يملك به فى الفاسد كالوطى فى النكاح . (١١)

فان احتجوا : بما روى أن عائشة (١٢) اشترت بريرة (١٣) وشرطت الولاء لمواليها ، ثم أعتقتها . (١٤)

(١١) حيث لا يملك به المسمى فى النكاح الفاسد .

بجامع أن كلا معنى يستقر به المسمى فى العقد الصحيح ، اما الأصل فهو الوطء فى النكاح ، واما الفرع فهو المالك فى البيع . ولما كان حكم الأصل هو عدم امتلاك المسمى فى العقد الفاسد فى النكاح كان حكم الفرع كذلك فلا يملك المبيع فى العقد الفاسد أيضا لذلك .

(١٢) أنظر ترجمتها فى المسألة رقم (٥٨) هامش (١٢) .

(١٣) مولاة عائشة ، كانت تخدم عائشة قبل أن تشتريها ، وكانت صحابية لها حديث واحد ، روى عنها عروة بن الزبير ، قال عبد الملك بن مروان : كنت اجالس بريرة بالمدينة ، فكانت تقول لى : يا عبد الملك ، انى أرى فيك خصالا ، وانك لخليق ان تلى هذا الأمر - تعنى الخلافة - فان وليته فاحذر الدماء ، فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان الرجل ليدفع عن باب الجنة بعد ان ينظر اليه بملء محجته من دم يريقه من مسلم بغير حق . أه أنظر الاصابة ج ٤ ص ٢٥١ رقم / ١٧٧ . والخلاصة ص ٤٨٩ .

(١٤) وجه الدلالة : ان شرط الولاء لغير المعتق شرط فاسد ، فيفسد به العقد ، ولكن عائشة ملكت به بريرة بدليل انها اعتقتها ، والمعتق لا يقع فى غير الملك .

والحديث رواه البخارى ج ٢ ص ٨٨ كتاب الهبة ، باب قبول الهدية ، عن عائشة رضى الله عنها انها ارادت أن تشتري بريرة وانهم اشترطوا ولأهها فذكر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم لم اشتريها فأعتقها ثمانا الولاء لمن أعتق . أه .

ورواه مسلم ج ٢ ص ١١٤ كتاب المعتق . باب انما الولاء لمن أعتق . =

قلنا : يجوز أن يكون الشرط تقدم العقد ، ويجوز أن يكون هذا الشرط (١٥)
جائزا في حق عائشة رضي الله عنها ، لانه قال : (اشترى لها واشترطى لهم الولاء) (١٦)

= رقم / ١٢ ، وينموه رواه أبو داود ج ٣ ص ١٢٦ . كتاب الفرائض . باب في
الولاء . رقم / ٢٩١٥ .
ورواه الترمذي مطولا وفيه قصة ، ج ٤ ص ٤٣٦ . كتاب الوصايا . باب ما جاء
في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت . رقم / ٢١٢٤ وقال : هذا حديث
حسن صحيح . أه .
ورواه النسائي ج ٧ ص ٣٠٥ وفيه قصة ، تحت عنوان المكاتب يباع قبل
أن يقضى من كتابته شيئا .
ورواه ابن ماجه وفيه القصة أيضا ج ٢ ص ٨٤٢ كتاب المعتق باب المكاتب .
رقم / ٢٥٢١ ، والقصة كما عند الترمذي : عن عروة ان عائشة اخبرته أن
بريرة جاءت تستعين عائشة في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئا
فقال لها عائشة : ارجعي الى اهلك فان احبوا ان أقضى عنك كتابتك
ويكون لى ولاؤك فعلت ، فذكرت ذلك لبريرة لا هلهما فابوا وقالوا : ان شاءت
أن تحتسب عليك ويكون لنا ولاؤك فلتفعل . فذكرت ذلك لرسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعنى
فاعتقنى فانما الولاء لمن أعتق ، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال :
ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرط ليس في
كتاب الله فليس له وان اشترط مائة مرة . أه .

(١٥) في نسخة ((ب)) : ان يكون هذا الشرط كان جائزا .
(١٦) سقط قوله (رضي الله عنها) من نسخة ((ب)) : . / والمعنى انه خاص
بها . كما كان فسخ الحج الى العمرة خاصا بالصحابة دون من بعدهم

كما قال في المجموع ج ٩ ص ٣٧٣ . وفيه خلاف .
ولو لم يكن هذا الشرط جائزا في حقها لما قال لها : (اشترى لها
واشترطى لهم الولاء) لانه يكون عقدا فاسدا ، ولا يان عليه الصلاة
والسلام في عقد فاسد .

ولا يجوز أن يأذن في بيع فاسد ، ولا نه يجوز أن يكون معناه اشترطى عليهم الولا ،
كقوله تعالى (ولهم اللعنة)^(١٧) والمراد وعليهم اللعنة ، وقوله (وان أسأتم
فلها)^(١٨) والمراد فعليها .

قالوا : ملك عليه البدل^(٩) في عقد فيه تسليط^(٢٠) والعين ما يملكها العاقد
فجاز أن يملكها بحكم العقد ، كالبيع الصحيح .^(٢١)
قلنا : يجوز أن يملك بالبيع دون الفاسد كالبيع ، ولا ن هناك^(٢٢)
يجب عليه المسمى ، وهذا هنا^(٢٤) يجب عليه القيمة .

(١٧) سورة غافر آية / ٥٢ وتامها (يوم لا ينفع الظالمين معذرتهم ولهم اللعنة
ولهم سواء الدار) .

(١٨) سورة الاسراء آية / ٧ .

(١٩) أى بدل المبيع وهو الثمن .

(٢٠) لحصول الايجاب والقبول فيه .

(٢١) حيث يملك المشتري به العين المبيعة .

بجامع ان كلا عقد فيه تسليط على العين في كل من الاصل وهو البيع
الصحيح ، والفرع وهو البيع الفاسد .

ولما كان حكم الاصل هو جواز ملك العين المبيعة بقبضها في العقد
الصحيح كان حكم الفرع كذلك فيجوز ملك العين المبيعة بقبضها في العقد
الفاسد أيضا لذلك .

(٢٢) في المصباح ج ١ ص ٥٧ : البضع بالضم ، جمعه أبضاع مثل قفل وأقفال

يطلق على الفرج والجماع ، ويطلق على التزويج أيضا ، كالنكاح يطلق على
العقد والجماع وقيل : البضع مصدر أيضا مثل السكر والكفر . أه .

(٢٣) أى في عقد النكاح الفاسد .

(٢٤) في البيع الفاسد . والمقصود التفريق بين العقد الفاسد والعقد الصحيح ،

فانه يجب عليه المسمى في الصحيح سواء كان المسمى أقل أو أكثر من قيمة
المبيع ، وأما الفاسد فيستحق فيه القيمة فقط .

قالوا : عقد على ما يتسع اسباب ايجابه ، فكان الفاسد أحد أسباب
 ايجابه ، كالكتابة الفاسدة (٢٦) ، والدليل على الأصل : ان المولى يرجع عليه (٢٨)
 بالقيمة ، كما يرجع في البيع الفاسد ، ويتبعها (٣٠) الكسب والولد (٣١).

(٢٥) أى على ما يشمل أسباب ايجاب الملك .

(٢٦) حيث تكون سببا موجبا لملك العبد .

والجامع ان كلا عقد على ما يتسع اسباب ايجابه ، اما الأصل فهو الكتابة
 الفاسدة ، واما الفرع فهو البيع الفاسد .

ولما كان حكم الأصل هو اعتبار الكتابة الفاسدة من أسباب ايجاب الملك
 كان حكم الفرع كذلك فيكون البيع الفاسد من أسباب الملك بالقبض أيضا لذلك .

(٢٧) وهو حصول ملك العبد نفسه بالكتابة الفاسدة كما لو كاتبه على خمرة
 أو خنزير مثلا .

(٢٨) أى على العبد المكاتب بسبب فساد المكاتبه لانه لم يرض بعقده بغير
 بدل فيبطل المسمى فيها ، ويبقى البدل وهو قيمة العبد .

(٢٩) أى يرجع فوالبيع الفاسد الى قيمة المبيع . فصح ان العقد الفاسد
 ينتقل به الملك .

(٣٠) فونسخة ((ب)) : ويتبعها الولد والكسب .

(٣١) أى ويتبع الامة المكاتبه في الحكم الكسب والولد ، والمعنى ان الكتابة

الفاسدة توجب القيمة ويلحق بها - ان وجد - الولد والكسب للمولى
 المكاتب .

قلت : لو كان كالكتابة لوقع الملك في البيع الفاسد حيث يقع في الصحيح وهو حال العقد ، وفي الفاسد يقع بعد القبض عندهم . ، كالمعتق في الكتابة^(٣٢) ، ولأن المعتق في الكتابة ، يقع بالصفة^(٣٣) . وإنما يرجع عليها بالقيمة ، لأنه لم يرض في عتقها بغير بدل . ويتبعها الكسب والولد ، بحكم العقد ، كما قالوا^(٣٥) فيمن اعتق مكاتبته في الكفارة ، أن ذلك عتق مبتدأ^(٣٦) ، لا بالكتابة^(٣٧) ، ثم يتبعها الكسب والولد بحكم العقد ، وليس في البيع إلا العقد^(٣٨) وهو فاسد ، فلم يقع به الملك .

-
- (٣٢) حيث يقع المعتق فوراً ولا ينتظر به أداء مال الكتابة .
وفي الأصل : لوقع الملك حيث يقع في الصحيح كالمعتق بالكتابة يقع بالصفة . / وما أثبتناه في الملب من الزيادة مأخوذ من نسخة ((ب)) وهو أولى بالاثبات لوضوحه .
والمقصود : إثبات الفرق بين الكتابة وهي مقيس عليها والعقد الفاسد وهو مقيس ، ذلك أن الملك في الكتابة الفاسدة يقع حال العقد ، وفي البيع الفاسد يقع بعد القبض فافترقا . ولا قياس مع الفارق .
(٣٣) أي التي غلق عليها المعتق لا بعقد الكتابة ، قال النووي : ولهذا لو مات السيد بطلت الصفة ولم يعتق بالأداء إلى الوارث . أهد المجموع ج ٩ ص ٣٧٣ .
(٣٤) أي في حال فساد الكتابة . والضمير في (عليها) يرجع إلى الأمة المكاتبه .
(٣٥) أي المكاتبه .
(٣٦) في الأصل : عتق مبتدأ . / ولا مناسبة للتأنيث ، لأن قوله : مبتدأ وصف للمعتق .
(٣٧) أي فيقع المعتق حالا ويسقط عنها بدل الكتابة ، لأن العبد التزم الكتابة ليحصل له المعتق وقد حصل بدونه . أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤١٤ .
(٣٨) أي بخلاف المقيس عليه في قياسهم وهو المعتق في الكتابة ، حيث فيه عتق ، وعقد وهو المكاتبه .

قالوا : الوطؤ في النكاح الفاسد يتعلق به أحكام الصحيح ، فكذلك هاهنا (٤٠) .
 قلنا : الا أن الملك لا يقع هناك (٤٢) ولا ينفذ تصرفه بالطلاق (٤٣) فيجب ان لا يقع
 الملك هاهنا (٤٤) ولا ينفذ العتاق (٤٥) ، وانما يتعلق به المهر والنسب والعدة ،
 لانها من أحكام وطئ الشبهة ، ولهذا يثبت من غير عقد (٤٦) ، والملك من أحكام
 العقد ، فهو كالطلاق والا يلاء والارث (٤٨) .

-
- (٣٩) في نسخة ((ب)) : الوطئ . وكذا في الاصل .
 (٤٠) من ثبوت للنسب والمهر والعدة وغير ذلك .
 (٤١) أى في البيع الفاسد ، فيتعلق به أحكام البيع الصحيح وينتقل به الملك .
 (٤٢) أى في عقد النكاح الفاسد ، أى بل يجب فيه الفسخ .
 (٤٣) لان الطلاق فرع النكاح ، والنكاح في العقد الفاسد لم يحصل ، فلا ينفذ
 فيه الطلاق لذلك .
 (٤٤) أى في البيع الفاسد .
 (٤٥) في نسخة ((ب)) : وان لا ينفذ العتاق .
 (٤٦) أى المهر والنسب والعدة .
 (٤٧) أى من غير عقد صحيح . والا فان النسب لا يصح اثباته بالزنا .
 (٤٨) الا يلاء : في اللغة هو الحلف . وفي الشرع هو : حلف زوج يصح
 طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقا أو فوق أربعة أشهر . أه المنهاج ص ١١١
 والمقصود : أن الملك من الاحكام المترتبة على العقد ، كالطلاق والا يلاء
 والارث ، حيث لا يقع واحد منها دون عقد سابق للنكاح عليه .
 بخلاف المهر والنسب والعدة ، فانها لا يشترط في لزومها أن يسبقها
 عقد صحيح بل تثبت وان بعقد فاسد كوطئ الشبهة ، فلا يصح أن تقاس
 أحكام البيع الفاسد على أحكام الوطئ الفاسد لان الاولى يشترط أن يتقدمها
 عقد صحيح ، ولا كذلك الثانية ، لانه يكون قياسا مع الفارق وهو باطل .

* مسألة (٧٠) : يجوز البيع بشرط العتق . / ١٤٤٤ .^(١)

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .^(٢)

لنا : هو انه شرط لا يسقط الثمن المسمى ، فلا يفسد العقد ، كشرط الخيار .^(٣)

فان قيل : انما وجب المسمى لانه لما شرط الحرية سقط ذكر البيع ، وبقيت الحرية بشرط البدل ، فصار كأنه قال : اعتق عبدك عنى بألف ، فيكون المال فى مقابلة التملك الذى شرطت معه الحرية .^(٥)

(١) فى النهاية ج ٣ ص ١٧٩ : اعتقت العبد اعتقه عتقا وعتاقة فهو معتق وانما معتق ، وعتق - بفتحيتين - فهو عتيق ، أى حررته فصار حرا . أهـ
وفى المسألة ثلاثة أقوال : يجوز ولا يجوز ، والثالث التفصيل يصح البيع ويبطل الشرط .

وأنظر المسألة فى : المنهاج ص ٤٦ : ولو باع عبدا بشرط اعتاقه فالمشهور صحة البيع والشرط . أهـ . وكذا فى فتح العزيز ج ٨ ص ٢٠٠ . وذكر فى المجموع ج ٩ ص ٣٥٨ قولا ثالثا : يصح البيع ويبطل الشرط .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٦٤ . كشف القناع ج ٣ ص ١٨٢ . وذكر فى المحرر ج ١ ص ٣١٤ رواية أخرى انه شرط فاسد .
وهو قول المالكية بشرط ان يكون العتق هنجزا فان كان لا جل أو ابهم البائع وقت العتق صح البيع ولا يجبر المشتري على العتق . أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٥ . الجواهر ج ٢ ص ٢٥٥ . شرح المنح ج ٢ ص ٥٩٦ .
(٢) الهداية ج ٦ ص ٧٦ . التبيين ج ٤ ص ٥٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٣ .
وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٤٠٣ .

(٣) حيث لا يفسد به عقد البيع .

بجامع انه شرط لا يسقط الثمن المسمى فى كل من الاصل وهو شرط الخيار والفرع وهو شرط العتق فى البيع .
ولما كان حكم الاصل عدم فساد عقد البيع بشرط الخيار كان حكم الفرع كذلك فلا يفسد عقد البيع بشرط العتق أيضا لذلك .

(٤) فى نسخة ((ب)) : وثبت .

(٥) فى نسخة ((ب)) : الذى شرط .

قيل : بل جعل الثمن في مقابلة العبد ^(٦) ، بخلاف ما لو قال : اعتق
عبدك على ألف ^(٧) ، ولهذا يجب المال على من سأل العتق والولاء ^(٨) له ، وها هنا ^(٩)
يجب على المعتق والولاء له . ^(١٠)
قالوا : شرط ينفي موجب البيع ^(١١) ليس من مصلحته ^(١٢) ، فأشبهه سائر
الشروط الفاسدة ^(١٣) .

-
- (٦) في نسخة ((ب)) : في مقابلة العقد . / أى المذكور فيه شرط العتق .
(٧) أى فان الالف في مقابلة العتق ، لا في مقابلة العبد .
(٨) أى ويكون ولأء العبد الذى اعتقه له ، لحد يث عائشة مرفوعا : انما الولاء
لمن أعتق . أهـ رواه الستة . أنظر تخريجه فى المألة قبل هذه هامش
رقم (١٤) .
(٩) أى فى حال بيع العبد بشرط العتق .
(١٠) أى ثمن العبد .
(١١) وهو انتقال الملك الى المشتري .
(١٢) لانه لا يترتب عليه ملك المبيع .
(١٣) كأن يشترط فى الدابة أن تحلب فى اليوم قدرا معينا أو أن يكون
الكبش نطاحا أو الامة مفضية ، الخ . . وكما كان الشرط محرما
أو لا يمكن الوفاء به فهو شرط فاسد ، والا فصحيح . أنظر كشفاف
القناع ج ٣ ص ١٧٨ .
والجامع فى القياس المذكور هو انه شرط ينفي موجب البيع ليس من
مصلحته فى كل من الاصل وهو سائر الشروط الفاسدة ، والفرع وهو
البيع بشرط العتق ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز البيع بالشروط
الفاسدة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز البيع بشرط العتق أيضا .

قلنا : يبطل به اذا اشترى فلعة^(١٤)، وشرط عليه أن يحذوها^(١٥)، أو اشترى حمل طعام وشرط^(١٦) ابقائه في منزله^(١٨)، ثم سائر الشروط اسقطت المسمى^(٢٠) التي

(١٤) بكسر الفاء الموحدة وسكون اللام هي القطعة من الجلد تقول : مزادة- اناء من جلد يحمل به الماء - مقلعة كمعظمة : خرزت من قطع الجلود ، والفلع الشق والقطع في القدم وغيرها . أنظر القاموس ج ٣ ص ٦٤ . والنظم المستعذب ج ١ ص ٢٦٨ .

(١٥) أى يجعلها حذاء . من الحذو وهو التقدير والمشابهة تقول : حذوت النعل بالنعل : قدرتها بها وقطعتها على مثالها وقدرها . والحذاء وزان كتاب : النعل ، وما وطيء عليه البعير من خفه والفرس من حافره والجمع احذية مثل كساء واكسية . أنظر المصباح ج ١ ص ١٣٧ . والمقصود انه اذا اشترى فلعة وشرط على البائع أن يحذوها له فان العقد يبطل هنا مع ان الشرط فيه لا ينفى موجب البيع وهو من مصلحة المشتري ، فبطل تحليلهم المذكور .

(١٦) بكسر المهملة فتسكين الميم هو ما يحمل على الظهر ونحوه والجمع أحمال . أنظر المصباح ج ١ ص ١٦٤ .

(١٧) في نسخة ((ب)) : وشرط عليه حمله أو ابقائه في منزله .

(١٨) حيث يبطل البيع المذكور وان كان الشرط المذكور فيه من مصلحة البيع ولا ينفى موجب البيع .

(١٩) أى باقى الشروط الفاسدة التي جعلتموها أصلا فى قياسكم المذكور .

(٢٠) أى الثمن .

القيمة وهذا بخلافه^(٢٢)، ولأن العتق يقصد بالعقد فى الكتابة^(٢٣)، ويثبت شرعا فى شراء الولد^(٢٤) لوالده وله قوة وتغليب، فجاز أن يثبت شرطه فى البيع. بخلاف سائر الشروط.

(٢١) أى البيع بشرط العتق .

(٢٢) فانه لا يسقط الثمن به الى القيمة بل يجب به المسمى .

(٢٣) بكسر الكاف على الاشهر وقيل بفتحها كالعتاقة ، فالكتابة فى اللغة

الضم والجمع لان فيها ضم نجم الى نجم ، والنجم يطلق على الوقت

الذى يحل فيه مال الكتابة ، . . .

وشرعا : هى عقد عتق بلفظها بعوض متجم - أى مفرق - بنجمين فأكثر. أهـ

مغنى المحتاج ج ٤ ص ٥١٦ .

(٢٤) فى الاصل : فى شراء الوالد والولد . / لحدث الحسن عن سمرة

مرفوعا : من ملك ذا رحم محرم فهو حر . أهـ رواه أبو داود ج ٤ ص ٢٦

كتاب العتق ، باب من ملك ذا رحم محرم . رقم / ٣٩٤٩ . ثم قال :

ولم يحدث ذلك الحديث الا حماد بن سلمة وقد شك فيه . أهـ .

وقد قال الخطابى : ليس بمرفوع أو ليس بمتصل انما هو عن الحسن

عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقد أشار البخارى الى تضعيفه ، وقال

ابن المدينى : هذا عندى منكر .

أنظر مختصر سنن أبى داود ج ٥ ص ٤٠٨ .

قال ابن حجر : رواه أحمد والأربعة ورجح جمع من الحفاظ انه موقوف. أهـ

بلوغ المرام ص ٢٦٤ / رقم ١٢٢٣

وروى مسلم عن أبى هريرة مرفوعا : لا يجرى ولد والده الا أن يجده مملوكا

فيشتريه فيعتقه . أهـ ج ٢ ص ١١٤٨ كتاب العتق باب فضل عتق الوالد .

رقم / ٢٥٠

* مسألة (٧١) : اذا اشترى فلعة^(١) بدرهم ، وشرط عليه أن يخذوها ،
فالباع باطل^(٢) . / ١٤٤ ي .
وقال أبو حنيفة : يصح استحسانا^(٣) .

(١) بقاء مكسورة قلام ساكنة ، هي القطعة من الجلد ، تقول : مزادة - وهي
اناء من الجلد ينقل بها الماء كالراوية - مقلعة كمعظمة أى خـرزت
من قطع الجلود والفلع الشق فى القدم وغيرها ، ويطلق على القطع أيضا .
أنظر النظم المستعذب ج ١ ص ٢٦٨ . القاموس ج ٣ ص ٦٤ . المجموع :
ج ٩ ص ٣٦٣ .

(٢) لاشتغال العقد على بيع واجارة ، فتكون الاجارة باطلة ، وفى بطلان
عقد البيع قولاً تفريق الصفقة . فتح العزيز ج ٨ ص ١٩٦ .
وذكر فى المجموع قولاً آخر وهو صحة البيع وبطلان الشرط . واستغفره
وضعه . أنظر ج ٩ ص ٣٦٣ .
وفى المنهاج ص ٤٦ : ولو اشترى زرعاً بشرط أن يحصده البائع أو ثوباً
ويخيطه فالأصح بطلانه . أهـ
وهو قول ابن حزم : أنظر المحلى ج ٩ ص ٤٠٣ .

(٣) خلافاً لزفر . الهداية ج ٦ ص ٨٥ . التبیین ج ٤ ص ٥٩ . مجمع
الأنهر ج ٢ ص ٦٣ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٦٢ . كشاف القناع :
ج ٣ ص ١٨٠ . وذكر فى المحرر ج ١ ص ٣٠٧ رواية أخرى أنه لا يصح .
واجاز المالكية الجمع بين البيع والاجارة : القوانين ص ٢٨٦ .

لنا : هو انه بيع عين شرط على البائع فيه منفعة لا يقتضيها اطلاق
البيع ، فأشبه اذا اشترى طعاما وشرط عليه طحنه . (٤)
قالوا : قد جرت العادة به من غير نكير ، فدل على جوازه . (٦)
قلنا : يبطل باستقراض الخمير ، والاستئجار على الحج . (٨)

(٤) حيث لا يصح ذلك البيع .

بجامع انه بيع عين شرط على البائع فيه منفعة لا يقتضيها اطلاق البيع في كل
من الاصل وهو مالو اشترى طعاما وشرط عليه طحنه ، والفرع وهو مالو اشترى
جلدة وشرط عليه حذوها ، ولما كان حكم الاصل بطلان بيع الطعام بشرط
طحنه كان حكم الفرع كذلك فيبطل بيع جلدة بشرط حذوها أيضا لذلك .
(٥) في نسخة ((ب)) : قد جرت العادة في ذلك . / أى العقد المذكور .

(٦) لان تعامل الناس بذلك يترك من اجله القياس . ولذلك جاز الاستصناع
واستئجار الصباغ والظئر والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان .
أنظر التبيين ج٤ ص ٥٩ .

(٧) الخمير بالخاء المعجمة ، هو العجين اذا ترك حتى يوجد ، كالخمير ،
والفعل منه على وزن ضرب ونصر وهو خمير وقد اختمر . أنظر القاموس
ج٢ ص ٢٣ .

وفي المصباح ج١ ص ١٩٥ : خمرت الشيء تخميرا : غطيته وسترته
وخمرت العجين خمرا من بابقتل : جعلت فيه الخمير . أهـ .

والمقصود ان استقراض الخمير قد جرت العادة به من غير نكير ثم لا يبدل
ذلك على جوازه في احد الوجهين أصحابهما في التهذيب المنع منه واختار
الجلال المحلي جوازه وتابعه القليوبي ، أنظر شرح المحلى ج٢ ص ٢٥٩ ،

والقليوبي عليه . وكذا لا يجوز الحنفية . انظر الهداية ج٦ ص ١٧٦ المجمع ج٢ ص ٨٩ .

(٨) أى فانه ما جرت عادة الناس به من غير نكير ، ثم لا يجوز .

* مسألة (٧٢) : يجوز بيع النحل^(١) ودود القز^(٢) . / ١٤٤٤ .
وقال أبو حنيفة : لا يجوز^(٣) ، وروى عنه انه قال : يجوز مع القز ومع الكوارة^(٤) .

- (١) جمع نحلة كنخل ونخلة ، وهو حيوان فهمي ذو كيس وشجاعة ونظر في العواقب ومعرفة بفصول السنة وأوقات المطر وتدير المرتع والمطعم والطاعة الكبيرة والاستكانة لاميره ، يصنع العسل . أنظر حياة الحيوان ج ٢ ص ٤٧٩ ، وأما دود القز فهو الذي يكون منه افخر الثياب وهو الحرير .
- (٢) فتح العزيز ج ٨ ص ١١٨ . المجموع ج ٩ ص ٢١٤ . مغني المحتاج ج ٢ ص ١١٠ و ص ١٢٠ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٢ . كشف القناع ج ٣ ص ١٤١
المغني ج ٤ ص ١٩٤-١٩٥ .
وبه يقول المالكية : بلغة السالك ج ٢ ص ٦٠ .
وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٦٥٦ .
- (٣) خلافا لمحمد حيث اجازه . واما أبو يوسف فروى عنه اجازة بيع بيض القز فقط بدون دود القز ، وروى عنه اباحة ذلك فيهما أيضا .
أنظر الهداية ج ٦ ص ٥٧ والتي تليها . التبيين ج ٤ ص ٤٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٧ والتي تليها .
الا أنهم لم يذكروا عن أبي حنيفة خلافا في المنع من بيعه .
- (٤) في القاموس ج ٢ ص ١٣٠ : كواراة النحل بالضم وتكسر وتشدد الاولى : شئ يتخذ للنحل من القضبان أو الطين ضيق الرأس - أي المدخل - أو هي عسلها في الشمع . أهـ . والمقصود انها بيوت النحل .
وفي المختار ص ٥٨٢ : الكوارة بالضم والتشديد : معسل - بتشديد السين المهمة اسم المكان الذي يضع النحل فيه عسله - النحل اذا سوى من الطين . أهـ .

لنا : هو أنه حيوان يجوز بيع ما يخرج منه ، فجاز بيع جنسه ، كالشاة ^(٥) .
ولأنه إذا باع مع الكوارة جاز ^(٧) ، ولا يجوز أن يكون على سبيل التبع ^(٨) ، لأن الأصل ^(٩)
لا يتبع فرعه ^(١٠) ، فثبت أنه يجوز بيعه ^(١١) .
قالوا : لا ينتفع بعينه ، كالزنبور ^(١٢) .

(٥) حيث يجوز بيعها .

بجامع أنه حيوان يجوز بيع ما يخرج منه في كل من الأصل وهو الشاة
والفرع وهو النحل ودود القز .
ولما كان حكم الأصل جواز بيع الشاة لجواز بيع ما يخرج منها كالوليد
واللبن كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع دود القز والنحل لجواز بيع
ما يخرج منه وهو الحرير من دود القز والعسل من النحل .

(٦) في نسخة ((ب)) : وضع أنه . / وهو تحريف .

(٧) أي عندكم وعندنا من باب أولى . أنظر تبين ج ٤ ص ٩٤ وحاشية
الشلبى عليه .

(٨) بأن يكون البيع واقعا على الكوارة ويبيع النحل تبعاً لها . أي : ويتساهل
في التابع بما لا يتساهل به في المتبوع .

(٩) وهو النحل هنا ، لأن قيمة الكوارة تابعة لما نزل لولاه لقلت قيمتها .

(١٠) وهو الكوارة ، وإنما جعله فرعاً لأن قيمة الكوارة تابعة للنحل إذ لولاه -
لقلت قيمتها جداً .

(١١) أي منفرداً عن الكوارة .

(١٢) في المختار ص ٢٦٨ : الزنبور بضم الزاء - ولعلها الزاي - الدبر -
بفتح فسكون - وهي تؤنث ، والجمع الزنابير . أهـ .

والزنبور أو الدبر من الحشرات - يأوى إلى الجبال ويعشش في الشجر
له حمة أي ابرة يلسع بها وغداؤه من الثمار والأزهار ولا يدخر قوت الشتاء
بخلاف النمل ، وإذا طليت عصارة الملوخيا على لسعته أبرأتها . أنظر

حياة الحيوان للدميمي ج ٢ ص ١٣ .

والجامع في القياس المذكور هو عدم الانتفاع بعينه في كل من الأصل وهو =

قلنا : دود القز^(١٣) ينتفع بعينه في نسج القز ، كما ينتفع بالكلب في
أخذ الصيد ، ولأن الانتفاع بما يخرج منه^(١٥) أعظم من الانتفاع بالعين ، فوجب
أن يجوز بيعه^(١٦) بخلاف الزنبور فإنه لا منفعة فيه^(١٧) ، فلم يجوز بيعه .

* مسألة (٧٣) : يجوز بيع لبن الادمية^(١) . ١٤٤/٠ ش .

= الزنبور والفرع وهو النحل ودود القز . ولما كان حكم الأصل حرمة بيع
الزنبور كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع النحل ودود القز أيضا لذلك .

(١٣) في نسخة ((ب)) : دود الخز .

(١٤) وهو المادة اللزجة التي يخرجها فاذا تعرضت للهواء تحولت إلى
خيوط حريرية .

أنظر دائرة القرن العشرين ج٤ ص ٨٨ .

(١٥) وهو الخيوط الحريرية .

(١٦) أي وان انفرد عن الكوارة .

(١٧) وإن هو بخلافه فلا يصح قياسه عليه ، لأن القياس مع الفارق باطل .

(١) أي سواء كانت الادمية حرة أو أمة .

وقد حكى النووي في المجموع ج٩ ص ٢٤١ وجها شاذا عن أبي القاسم
الانطاقي بتحريم بيعه لنجاسته .

الوجه ج١ ص ١٣٤ . فتح العزيز ج٨ ص ١٢١ . مغنى المحتاج ج٢ ص ١٢ .
وأجازه الحنابلة مع الكراهة . شرح المنتهى ج٢ ص ١٤٢ . كشف القناع
ج٣ ص ١٤٣ .

وذكر في المغنى ج٤ ص ١٩٦ رواية أخرى في المذهب أن بيعه حرام .
وزاد في المحرر ج١ ص ٢٨٥ قولا ثالثا وهو جواز بيع لبن الادمية
دون الحرة .

والله نهب المالكية : بداية المجتهد ج٢ ص ١٣٨ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج٩ ص ٦٥٦ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .^(٢)

لنا : هو أنه يحل شربه ، فجاز بيعه ، كلبن الشاة .^(٣)

فان قيل : شربه للضرورة في حق الطفل ، فهو كالميتة .^(٤)

قيل : لو كان للضرورة لما جاز بعد الحولين ،^(٥) ولانه غذاء مقصود

للادمي فأشبهه الطعام .^(٦)

قالوا : عين متولد من الآدمي فأشبهه الشعر والعرق .^(٧)

(٢) خلافا لابي يوسف حيث اجاز بيع لبن الامة دون الحرية .

الهداية ج ٦ ص ٦٠ . التبئين ج ٤ ص ٥٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٨ .

(٣) حيث يجوز بيعه .

بجامع انه لبن يحل شربه في كل من الاصل وهو لبن الشاة والفرع وهو لبن الادمية ، ولما كان حكم الاصل جواز بيع لبن الشاة كان حكم الفرع كذلك فيحل بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يجوز بيعها ، وأنظر قولهم هذا في التبئين ج ٤ ص ٥٠ .

بجامع جواز تناوله للضرورة في كل من الاصل وهو اكل الميتة ، والفرع وهو شرب لبن الادمية ، ولما كان حكم الاصل هو حرمة بيعه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(٥) هذا على قول الشافعية ، واما الحنفية فيحرمون الانتفاع به وشربه بعد

الاستغناء عنه ، حتى منع بعضهم صبه في العين الرمدا ، واجازه بعضهم اذا عرف انه دواء عند البرء .

أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٦١ .

(٦) حيث يجوز بيعه قطعاً .

بجامع انه غذاء مقصود للآدمي في كل من الاصل وهو الطعام والفرع وهو

لبن الادمية ولما كان حكم الاصل حل بيع الطعام كان حكم الفرع كذلك

فيحل بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(٧) حيث يحرم بيعهما . أنظر التبئين ج ٤ ص ٥١ .

بجامع التولد من الآدمي في كل من الاصل وهو الشعر والعرق ، والفرع =

قلنا : يطل بولد الأمة^(٨) ، والشعر لا يجوز الانتفاع به ، والعرق ليس فيه منفعة ، فهو كعرق الانعام^(٩) ، وهذا فيه منفعة مقصودة ، فهو كلبن الانعام^(١٠) .
 قالوا : حيوان لا يؤكل ، غلم يجوز بيع لبنه ، كالأتان^(١١) .
 قلنا : اذا لم يؤكل ثم يؤكل لبنه ، جاز ان لا يؤكل ويباع لبنه ،

= وهو لبن الادمية ولما كان حكم الاصل هو حرمة بيع شعر الانسان وعرقه ،
 كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(٨) حيث هو متولد منها ومع ذلك يجوز بيعه .

(٩) حيث لا يجوز بيعه .

بجامع عدم المنفعة في كل من الاصل وهو عرق الانعام والفرع وهو عرق
 الادمي ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع عرق الانعام كان حكم الفرع
 كذلك فلا يجوز بيع عرق الادمية أيضا لذلك .

(١٠) حيث يجوز بيعها .

بجامع ان في كل منفعة مقصودة ، اما الاصل فلبن الانعام واما الفرع
 فلبن الادمية ، ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع لبن الانعام كان
 حكم الفرع كذلك فيجوز بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(١١) حيث لا يجوز بيع لبنها . وهي انثى الحمار .

بجامع تحريم اكل لحمه في كل من الاصل وهو الاتان وهي انثى الحمار ،
 والفرع وهو الادمية . ولما كان حكم الاصل تحريم بيع لبن الاتان ،
 كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع لبن الادمية أيضا لذلك .

(١٢) في نسخة ((ب)) : لا يؤكل لحمها ، ثم يجوز شرب لبنها ، وكذلك
 جاز الاكل ويباع لبنها ، بخلاف الاتان . / والفاعل في قوله فـ
 الاصل : اذا لم يؤكل . أى لحم الادمي .

بخلاف (١٣) الأتان .

- (١٤) قال محمد : لو جاز بيعه لم يستحق بمقعد الاجارة ، كلبن البقرة (١٥) ،
 ولما استحق (١٦) بمقعد الاجارة دل على أنه لا يجوز بيعه ، كالمنافع (١٧) (١٨)
 قلنا : ماء البئر يستحق بالاجارة (١٩) ، ولهذا ثبت الخيار اذا انقطع ،

(١٣) فانها لا يؤكل لحمها ولا يشرب لبنها ، فبطل ان يقاس لبن الادمية على لبن الاتان للفارق المذكور بينهما .

(١٤) احترازاً عن أبي يوسف فانه اجاز بيع لبن الامة دون الحرية كما تقدم في هامش (٢) .

وفي نسخة ((ب)) : قالوا عقد لو جاز . / والمقصود ابا حنيفة ومحمد .
 واطلق عليهما لفظ الجمع لان الاثنين اقل الجمع ، أو قصد هما ومن أخذ بقولهما .

(١٥) في نسخة ((ب)) : كلبن الشاة . / أى فانه لا يجوز استئجار البقرة للبنها . أنظر التبيين ج ٥ ص ١٢٧ .

(١٦) في نسخة ((ب)) : وما استحق . / وهو تحريف .

(١٧) لان من شروط الاجارة بقاء العين المؤجرة .

(١٨) حيث لا يجوز للمستأجر بيع العين المؤجرة .

بجامع الاستحقاق بمقعد الاجارة ، في كل من الاصل وهو المنافع والفرع وهولبن الادمية ، ولما كان حكم الاصل جواز اجارة منافع العين المؤجرة دون بيعها كان حكم الفرع كذلك فيجوز اجارة الادمية للارضاع ولا يجوز بيع لبنها أيضاً لذلك .

(١٩) في نسخة ((ب)) : بالاجارة في الارض .

ثم يجوز بيعه (٢٠) ثم انما يستحق المتصل بالأجارة (٢١) ، وذلك لا يجوز بيعه (٢٢) ،
وانما يجوز بيع المنفصل ، وذلك (٢٣) لا يستحق بالأجارة (٢٤) ، ثم المنافع يجوز بيعها ،
فان الاجارة نوع بيع ، كالصرف والسلم . (٢٥)

(٢٠) والمقصود: ابطال ما جعلوه علة في قياسهم باثبات نقيضها وهو أنه ليس
استحقاق الشيء بعقد الاجارة دليلا على حرمة البيع فيه فمأ البـ
تستحق بالاجارة ثم يجوز بيعها .

(٢١) أى دون المنفصل ، والمقصود بالمتصل هو ما وقع عليه عقد الاجارة
ولوازمه .

وهو العين المؤجرة .

(٢٢) أى ولبن الادمية منفصل عنها فجاز ان تستأجر هي ثم يجوز بيع لبنها .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : وذلك . / والاشارة عائدة الى اللبن فى الادمية
المستأجرة .

(٢٤) أى فيما لو استأجر الامة للعمل ، فانه لا يستحق عليها لبنها بذلك
العقد .

(٢٥) فان الصرف هو بيع الثمن بالثمن ، كذهب بذهب أو فضة بفضة . أو ذهب

بفضة . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٥ . ويشترط فيه التقابض فى
المجلس فهو نوع بيع .

واما السلم فهو بيع موصوف فى الذمة . فهو نوع بيع أيضا . أنظر المنهاج ص ٥٢ .

والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا نوع بيع ، اما الاصل فهو الصرف
والسلم واما الفرع فهو بيع المنافع .

ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع الصرف والسلم كان حكم الفرع كذلك
فيجوز بيع المنافع وهو الاجارة أيضا لذلك .

* مسألة (٧٤) : لا يجوز بيع الزيت النجس . / ١٤٤ ش . (١)

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٢)

دليلنا : (٣) هو أنه مائع نجس ، فأشبهه الخمر ، (٤) أو مائع لا يحل شربه ، فأشبهه

(٥) الدم .

(١) ومبنى الخلاف على : هل يمكن تطهيره أم لا . وما ذكره المصنف هو المشهور

من المذهب . المجموع ج٩ ص ٢٢٥ . فتح العزيز ج٨ ص ١١٤ . شرح

المحلى ج٢ ص ١٥٧ .

الا أن الغزالي نص على أن صحة بيعه واستصباحه هو اظهر القولين . أنظر

الوجيز ج١ ص ١٣٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ١٤٣ . كشاف القناع ج٣ ص ١٤٥ .

المحرر ج١ ص ٢٨٥ .

(٢) فتح القدير ج٦ ص ٢٤٦ .

وهو قول المالكية في أشهر القولين ، الا أن العمل على خلافه ، قال في البلغة

ج٢ ص ٦ : والاظهر في القياس ان بيعه جائز لمن لا يغش بماذا بين . أهـ

وأنظر الجواهر ج٢ ص ٤ . والقوانين ص ٢٧٢ .

وبه يقول أبو محمد بن حزم : المحلى ج١ ص ١٧٩ .

(٣) في نسخة ((ب)) : لنا .

(٤) بجامع الميوعة والنجاسة في كل من الاصل وهو الخمر والفرع وهو الزيت

النجس ، ولما كان حكم الاصل حرمة بيع الخمر كان حكم الفرع كذلك فيحرم

بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

(٥) حيث لا يجوز بيعه .

بجامع ان كلا مائع لا يحل شربه . اما الاصل فهو الدم واما الفرع فهو الزيت

النجس ، ولما كان حكم الاصل تعريم بيع ، الدم ، كان حكم الفرع كذلك

فيحرم بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

- (٧) قالوا : نجاسة طرأت على عين طاهرة ، فلم تمنع البيع ، كنجاسة الثوب .
- قلنا : ذاك (٨) جامد طاهر ، وانما جاوره النجاسة ، فوقع البيع على الطاهر (١٠) ، والزيت مائع نجس لم يتميز (١١) ، فصار كنجاسة العين . (١٢)
- قالوا : عين يجوز الانتفاع بها (١٣) ، ليس في بيعها ابطال حق آدمي (١٤) ، ولا تستحق باجارة (١٥) ، فأشبهه سائر الطاهرات (١٦) ،

- (٦) في نسخة ((ب)) : طرت . / سقطت الهمزة منها في النسخ .
- (٧) حيث يجوز بيع الثوب المتنجس .
- بجامع طرو النجاسة على عين طاهرة في كل من الاصل وهو الثوب النجس والفرع وهو الزيت النجس ، ولما كان حكم الاصل جواز بيع الثوب النجس كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الزيت النجس أيضا لذلك .
- (٨) أى الثوب المتنجس .
- (٩) أى ومجاورة النجاسة أخف من مخالطتها ، ولذلك جاز بيعه مع نجاسته .
- (١٠) أى من اجزاء الثوب .
- (١١) في نسخة ((ب)) : والزيت مائع فاذا نجس لم يتميز وصار كنجاسة العين .
- والمقصود اثبات الفارق في قياسهم الزيت النجس على الثوب النجس وهما الاصل والفرع فيه .
- (١٢) بجامع عدم التميز في كل من الاصل وهو نجاسة العين والفرع وهو الزيت النجس ، ولما كان حكم الاصل تحريم بيع العين النجسة ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع الزيت النجس أيضا لذلك .
- (١٣) أى في اسراج المصابيح ونحو ذلك .
- (١٤) لعدم الاضرار باحد في بيعها اذا بين البائع حالها للمشتري .
- (١٥) أى ليست مشغولة للغير باجارة .
- (١٦) حيث يجوز بيعها ، وأنظر قولهم هذا في فتح القدير ج ٦ ص ٢٤٦ .
- بجامع ان كلا عين يجوز الانتفاع بها ليس في بيعها ابطال حق آدمي =

قلنا : يبطل بدود القز ودورمكة ، (١٦) ولان الميتة يجوز الانتفاع بها (١٧)
 في اطعام الصقورة (١٨) والكلاب ، ولا يجوز بيعها ، (١٩) والمعنى فى الاصل (٢٠) انه
 طاهر منتفع به ، وهذا نجس (٢١) فهو كالبول . (٢٢)

= ولا هي مطلوبة للغير باجارة ، اما الاصل فهو سائر الطاهرات ، واما
 الفرع فهو الزيت النجس ولما كان حكم الاصل جواز بيع سائر الطاهرات
 كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

(١٦) حيث يجوز الانتفاع بها وليس فى بيعها ابطال حق آدمى وليسست
 مطلوبة لاحد باجارة ومع ذلك لا يجوز بيعها أى عند أبى حنيفة .
 أنظر التبيين ج٤ ص ٤٩ .

(١٧) فى الاصل (به) أى بلحمها ، لكن ما أثبتناه من نسخة ((ب)) أولى .
 (١٨) جمع صقر وهو كل شئ يصيد من البزاة والشواهين ، ويجمع أيضا على
 أصقر وصقور وصقار وصقارة وصقر بوزان قتل . أنظر القاموس ج٢ ص ٧١ .
 (١٩) أى فبطل اعتبار العلة التى ذكرها فى قياسهم لانها منقوضة بما ذكره .
 فان الميتة يجوز الانتفاع بها وليس فى بيعها ابطال حق آدمى ولا تستحق
 باجارة . ثم لا يجوز بيعها .

(٢٠) أى المقيس عليه فى قياسهم وهو سائر الطاهرات .
 (٢١) أى الزيت النجس ، وهذا فارق يبطل به قياسهم الزيت النجس على
 سائر الطاهرات ،

(٢٢) حيث لا يجوز بيعه .
 بجامع النجاسة فى كل من الاصل وهو البول والفرع وهو الزيت النجس ،
 ولما كان حكم الاصل حرمة بيع البول كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز
 بيع الزيت النجس أيضا لذلك .

* مسألة (٧٥) : لا يجوز بيع السرقين . (١) / ١٤٤ ش .

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٢)

(١) بكسر السين وفتحها ويقال السرجين بالجيم المعجمة بفتحها وكسرهما أيضا ، وهى كلمة فارسية معربة ، ومعناها الزيل . أنظر تصحيح التنبيه ص ٦٢ .

والزيل : هو روث الدواب ، يستعمل لتقوية الارض فى انبات الزرع .
وفى المصباح ج ١ ص ٢٩٢ : واصلها - أى السرجين - سركين بالكاف فعربت الى الجيم والقاف ، فيقال : سرقين أيضا ، وعن الاصمعى : لا ادرى كيف اقول له وانما اقول روث ، وانما كسر أوله - أى السرجين - لموافقة الابنية العربية ولا يجوز الفتح لفقد فعلين بالفتح ، على أنه قال فى المحكم : سرجين وسرجين . أه بالفتح والكسر .

وأنظر المسألة فى : الوجيز ج ١ ص ١٣٣ . المجموع ج ٩ ص ٢١٧ ، منى المحتاج ج ٢ ص ١١ .

وهو قول الحنابلة فيما كان منه نجسا والا كروث الحمام وبهية الانعام فيجوز : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٣ . كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٥ . المغنى ج ٤ ص ١٩٢ .

والمالكية فيه اقوال : المنع مطلقا والجواز مطلقا والثالث جوازه للضرورة . والعمل على جوازه مطلقا .

أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٦ والبلغة عليه ، الجواهر ج ٢ ص ٤ . القوانين ص ٢٧٢ .

ومحل ذلك كله : هو ما اذا كان زبلا لمحرّم كبغل وحمار أو لمكروه كسبع وهر .

أنظر شرح المنح ج ٢ ص ٤٧٦ .

وزهب ابن حزم الى تحريم كل بول ونجو حيوانا وغيره مأكولا وغيره ، أنظر

المحلى ج ١ ص ٢٢١ .

(٢) الهداية ج ٨ ص ٤٨٦ . التبیین ج ٦ ص ٢٦ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٤٦ .

لنسا : هو انه نجس العين ، فأشبهه الخمر : (٤) أو رجيع نجس كالغائط : (٥)
ودليلهم : ماضى فى المسألة قبلها . (٧)

- (٤) حيث لا يجوز بيعها .
بجامع نجاسة العين فى كل ، ولما كان حكم الاصل هو حرمة بيع الخمر
كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع السرجين أيضا لذلك .
- (٥) الرجيع هو الروث ، والمذرة ، وهو فعيل بمعنى فاعل ، وذلك لانه
رجع الى حاله الاولى بعد ان كان طعاما أو علفا ، وكذلك كل فعل أو قول
يرد فهو رجيع ، فعيل بمعنى مفعول بالتخفيف . أنظر المصباح ج ١ ص ٢٣٦
زاد فى المختار ص ٢٣٥ فقال : هذا رجيع السبع ورجعه - بسكون الجيم -
أيضا . أه .
وتختص المذرة فى أنها رجيع آدمى ، والروث فى أنه رجيع ماسى
الانسان . أنظر لدر المختق ج ٢ ص ٥٤٦ .
- (٦) الغائط المطمئن الواسع من الارض ، والجمع غيطان واغواط وغوط ، ثم
اطلق الغائط على الخارج المستقذر من الانسان كراهة لتسميته باسمه
الخاص ، لانهم كانوا يقضون حوائجهم فى المواضع المطمئنة ، فهو
مجاز بالمجاورة ، ثم توسعوا فيه حتى اشتقوا منه ، وقالوا : تغوط
الانسان . أه . المصباح ج ٢ ص ١١١ .
- والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا رجيع نجس ، اما الاصل فهو
الغائط واما الفرع فهو السرجين ، ولما كان حكم الاصل تحريم
بيع الغائط كان حكم الفرع كذلك فيحرم بيع السرجين أيضا لذلك .
- (٧) يعنى قولهم : عين يجوز الانتفاع بها ، ليس فى بيعها ابطال حق
آدمى ، ولا تستحق باجارة ، فأشبهه سائر الطاهرات . أه .

(٨)
والجواب : ماضى .

* مسألة (٧٦) : لا يجوز بيع الكلب^(١) . / ١٤٤ ش .

(٢)
وقال أبو حنيفة : يجوز .

(٨) يعنى قوله : قلنا - يبطل بدود القزود ومكة ، والمعنى فى الاصل - يعنى سائر الطاهرات - انه طاهر منتفع به ، وهذا نجس فهو كالبول . أه .

(١) مطلقا . سواء كان يحل اتخاذه ككلب الصيد أولا .
أنظر : المختصر ص ٨٩ . الام ج ٣ ص ١١ . المنهاج ص ٤٥ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٤٢ . كشف القناع ج ٣ ص ١٤٣
المغنى ج ٤ ص ١٨٩ .
ونذهب المالكية الى حرمة بيع الكلب مطلقا الا كلب الماشية والصيد فاختلفوا
فى بيعه ، فالأكثر على منعه ، ونذهب سحنون الى جوازه وقال : ابيعه
واحج بشمنه .
أنظر البلغة ج ٢ ص ٦ والشرح الصغير . شرح المنح ج ٢ ص ٤٧٧ . الجواهر
ج ٢ ص ٤ .

والى تحريم بيعه مطلقا ذهب ابن حزم أيضا : المحلى ج ٩ ص ٦١٧ .
(٢) خلافا لابی يوسف فى منعه بيع الكلب العقور لانعدام منفعته .
أنظر الهداية ج ٦ ص ٢٤٥ . التبيين ج ٤ ص ١٢٥ . مجمع
الأنهر ج ٢ ص ١٠٧ .
وأجابوا على قول أبى يوسف : بأن العقور ينتفع بجلده وعلى
متلفه ضمانه .

لنا : (٣) ماروى ابن عباس قال : (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ثمن الكلب ، وان جاء يطلب ثمن الكلب فاملاً كفه تراباً) . (٥) وروى أبو هريرة (٦)
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل ثمن الكلب) . (٧) ولأنه نجس العيين ،
فأشبهه الخمر والخنزير ، (٨) ولأنه لا يجوز اقتناؤه (٩) إلا لحاجة ، فأشبهه الميتة . (١٠)

(٣) فى نسخة ((ب)) : لنا ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
لا يحل ثمن الكلب وان جاء يطلب ثمن الكلب فاملاً كفه تراباً . / والصواب
عن ابن عباس .

- (٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .
(٥) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٧٩ باب فى اثمان الكلاب . رقم / ٣٤٨٢ .
ورواه البيهقى ج ٦ ص ٦ . باب النهى عن ثمن الكلب .
قال النووى : رواه أبو داود باسناد صحيح . أه المجموع ج ٩ ص ٢١٦ .
وكذا صحح ابن حجر اسناده . أنظر الفتح ج ٤ ص ٤٢٦ .
(٦) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .
(٧) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٧٩ باب فى اثمان الكلاب . رقم / ٣٤٨٤ .
ولفظه : لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغى . أه .
ووصف ابن حجر اسناده بأنه حسن . أنظر الفتح ج ٤ ص ٤٢٦ .
وقال فى المجموع ج ٩ ص ٢١٦ : رواه أبو داود باسناد صحيح حسن أه .
وكذا صححه ابن حزم أيضا . أنظر المحلى ج ٩ ص ٦١٨ .
(٨) حيث لا يجوز بيعهما .

بجامع نجاسة العين فى كل من الاصل وهو الخمر والخنزير والفرع وهو
الكلب ، ولما كان حكم الاصل حرمة بيع الخمر والخنزير كان حكم الفرع
فيحرم بيع الكلب أيضا لذلك .
(٩) أى اتخاذه ، من قولك قنوت الفم وغيرها قنوة بضم القاف وكسرهما ، وقتنتها
بالضم والكسر أيضا اذا اقتنتها لنفسك لا للتجارة . أنظر المختار ص ٥٥٣ .
(١٠) حيث لا يجوز بيعها .
بجامع تحريم الاقتناء إلا لحاجة فى كل من الاصل وهو الميتة والفرع وهو
الكلب ، ولما كان حكم الاصل تحريم بيع الميتة كان حكم الفرع كذلك فيحرم
بيع الكلب أيضا لذلك .

قالوا : روى جابر ^(١١) أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن ثمن الكلب
والسنور ^(١٢) الا كلب صيد ^(١٣))
قلنا : قال الدارقطني : الصحيح انه موقوف على جابر ^(١٤) ثم هو

- (١١) أنظر ترجمته في المسألة رقم (١٨) هامش (٢٨) .
- (١٢) السنور : الهر ، والانشى سنورة ، قال ابن النبارى : وهما قليل
فى كلام العرب والاكثر ان يقال : هر والجمع سنانير . أه ،
المصباح ج ١ ص ٣١٢ .
- فكان صيغة الجمع من غير لفظه ، كالمرأة تجمع على نساء .
- (١٣) رواه النسائى ج ٧ ص ٣٠٩ باب بيع الكلب تحت عنوان : ما استثنى
أى من بيع الكلب .
ثم قال : هذا منكر . أه .
- ورواه الدارقطني ج ٣ ص ٧٣٧ رقم / ٢٧٧ .
- ورواه البيهقى ج ٦ ص ٧٤٦ باب النهى عن ثمن الكلب ، وقال : ليس
بالقوى ، والا حاد يث الصحاح عن النبي صلى الله عليه وسلم فى النهى
عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء ، وانما الاستثناء فى الأحاديث
الصحاح فى النهى عن الاقتناء ، ولعله شبه على من ذكر فى حديث
النهى عن ثمنه من هؤلاء الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعين
والله أعلم . أه
- وقال فيه ابن حزم انه : منقطع فى موضعين . أه . المحلى ج ٩ ص ٦١٩ .
- (١٤) أنظر ترجمة الدارقطني فى المسألة رقم (١) هامش (٢٨) .
- ولفظ الدارقطني فى سننه بعد روايته للحديث من طريق حماد بن سلمة
عن أبى الزبير عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن
السنور والكلب الا كلب صيد .
- قال : ولم يذكر حماد عن النبي صلى الله عليه وسلم - أى لم يرفعه - هذا -
أى الموقوف على حماد - أصح من الذى قبله - أى المرفوع عن جابر - أه .
- سنن الدارقطني ج ٣ ص ٧٣٨ رقم / ٢٧٨ .

حجة لنا في كلب غير الصيد^(١٥) ، ولانه يحتمل انه أراد : ولا كلب صيد ، كما قال
الله عز وجل (لئلا يكون للناس عليكم حجة الا الذين ظلموا)^(١٨) ويحتمل أنه
أراد النهي عن اجرتة الا كلب صيد^(١٩) ، فان الاجرة تسمى ثمنًا . كما روى أن النبي
صلى الله عليه وسلم (نهى عن ثمن عسب الفحل)^(٢٠) وحمله على

(١٥) أى تحريم بيع الكلاب الا كلب الصيد . وهم لا يقصرونه عليه . فلا حجة
لهم في هذا الحديث ، لانهم مخالفون له جملة .

(١٦) أى على فرض ثبوته ورفعته الى النبي صلى الله عليه وسلم . فيكون الحديث
من الادلة المجلة ومحل الاجمال فيه هو حرف (الا) لا احتمال أن يكون
لاخراج ما بعده عما قبله ، أو أن يكون بمعنى الواو . والمجمل يتوقف
عن العمل به حتى يرد المبين . انظر شرح الكوكب ج ٣ ص ٤١٤ .

(١٧) فى نسخة ((ب)) : كما قال تعالى .

(١٨) سورة البقرة آية / ١٥٠ . أى ولا الذين ظلموا .

(١٩) أى فيجوز أخذ الاجرة فيه .

والمراد اثبات ان الحديث الذى ذكروا ليس نصا فى حل بيع كلب الصيد
على فرض ثبوته ورفعته الى النبي صلى الله عليه وسلم لانه قد دخله الاحتمالان
المذكوران ، والنص اذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال . بل قد
ترجح حمله على معنى الاجرة بالحديث الذى سيذكره الان .

(٢٠) بفتح فسكون ماء الفحل وضرا به يقال : عسب الفحل الناقة يعسبها
عسبا ويطلق العسب على كراء ضراب الفحل ، والنهي فى الحديث منصب
على هذا المعنى دون غيره . واما اعارة الفحل لذلك فمندوب اليها ،
وانما حرم بيع ضراب الفحل واجارته للجهالة والغرر فيهما .

أنظر النهاية ج ٣ ص ٢٣٤ . القاموس ج ١ ص ١٠٤ .

(٢١) رواه الشافعى . أنظر المختصر ص ٨٧ بهذا اللفظ لكن عن سماعيل
ابن المسيب مرفوعا . وسعيد تابعى كبير فالحديث مرسل بلفظ المصنف

هنا .

وقد رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٦٧ باب فى عسب الفحل رقم / ٣٤٢٩ عن ابن
عمر بلفظ : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل . أه ولم يذكر

هذا أولى ، لانا نفرق فيه بين كلب الصيد وغيره ، وفى البيع لا يفرق .
 قالوا : بهيمة يجوز الانتفاع بها من غير ضرورة ، فأشبه الفهد .
 قلنا : أم الولد والطعام فى دار الحرب يجوز الانتفاع به ، ولا يجوز
 بيعه ، ولان الانتفاع للحاجة ، فلم يدل على جواز البيع ، كما نقول

-
- = ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٧٢ باب ما جاء فى كراهية عيب الفحل . رقم / ١٢٧٣
 ثم قال : حديث حسن صحيح . أهـ
 (٢٢) أى فى حمله على معنى الاجرة .
 (٢٣) أى فى جواز استئجار كلب للصيد كما فى أصح القولين . أنظر المنهاج ص ٧٦
 ولا يجوز بيعه .
 (٢٤) سقط لفظ (البيع) من نسخة ((ب)) . / والمقصود اننا لا نفرق فى منع
 البيع بين كلب الصيد وغيره .
 (٢٥) حيث يجوز بيعه ، أنظر التبيين ج ٤ ص ١٢٦ .
 والجامع فى القياس المذكور هو أنه بهيمة يجوز الانتفاع به من غير ضرورة ففى
 كل من الاصل وهو الفهد والفرع وهو الكلب .
 ولما كان حكم الاصل جواز بيع الفهد كان حكم الفرع كذلك فى جواز بيع الكلب
 أيضا لذلك .
 (٢٦) أى فليس كل ما جاز الانتفاع به من غير ضرورة يجوز بيعه ، كما قالوا .
 وعليه فان العلة التى ذكرها منقوضة فلا تصلح جامعا بين الفرع والاصل ،
 فيبطل قياسهم لذلك .
 (٢٧) أى ان الانتفاع بالكلب انما جاز لتحقيق الحاجة اليه .
 (٢٨) لان الحاجة يقتصر فيها على محلها .

في الميتة ، وكما قالوا في لبن الادمية ، (٣٠) بخلاف الفهد ، فانه يحرم اقتناؤه اعجابا به واستحسانا له . (٣١)

قالوا : تحل الوصية به ، كالثوب النجس . (٣٢)

(٢٩) انه لا يجوز بيعها - أنظر المنهاج ص ٥٤٠ وان جاز الانتفاع بها .
والاحناف يبيحون بيع عظم الميتة وعصبيها وصوفها وقرنها ووبرها لان هذه الاشياء طاهرة بأصل الخلقة ويجوز بيع جلد ها بعد الدبغ فقط .
أنظر التبيين ج ٤ ص ٥١ .

(٣٠) في الاصل : وقالوا في لبن الادمية . / أى انه لا يجوز بيعه . أنظر التبيين ج ٤ ص ٥٥ .
والمقصود : ان تحقق الانتفاع لا يصلح دليلا على جواز البيع ، فان الميتة يمكن الانتفاع بها ثم لا يجوز بيعها عند الشافعية مطلقا ولبن الادمية يمكن الانتفاع به ثم لا يجوز بيعه عند الحنفية ، فيبطل اعتبار الانتفاع علة في اباحة البيع .

(٣١) أى فانتفت الحاجة اليه ، فلا يجوز اقتناؤه ، ومن باب أولى بيعه .

(٣٢) حيث يجوز بيعه ، أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٢٤٨ .
بجامع حل الوصية به في كل من الاصل وهو الثوب النجس ، والفرع وهو الكلب .

ولما كان حكم الاصل جواز بيع الثوب النجس كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع الكلب أيضا لذلك .

قلنا : ينكسر ^(٣٣) بالحمل وبالمعدوم ^(٣٤) ، والثوب جامد طاهر منتفع به ،
وانما جاورته نجاسة ، فيقع ^(٣٥) البيع على الطاهر منه دون ما جاوره ، وهذا ^(٣٦)
نفس العين ، فهو كالخمر. ^(٣٧)

قالوا : حيوان يجوز اجارته ، فجاز بيع جنسه ، كالأبل ^(٣٨) .
قلنا : لا يجوز اجارته في أحد الوجهين ^(٣٩) ، ثم ينكسر بالحر وأم الولد ^(٤٠) .

(٣٣) أي ينتقض .

(٣٤) في نسخة ((ب)) : والمعدوم .

حيث تجوز الوصية بالحمل وبالمعدوم لكن لا يجوز بيعهما ، لما فيه
من الغرر والجهالة ، والوصية تحتل ذلك لأنها مبنية على التبرع
ولا مشاحة فيه بخلاف البيع فان الجهالة فيه تؤدي الى التنازع فحرمت .

(٣٥) في الاصل : يقع . / والاولى اثبات الفاء لربط ما بعدها بما قبلها .

(٣٦) أي الكلب .

(٣٧) حيث لا يجوز بيعها .

بجامع نجاسة العين في كل من الاصل وهو الخمر والفرع وهو الكلب .
ولما كان حكم الاصل تحريم بيع الخمر كان حكم الفرع كذلك فيحرم
بيع الكلب أيضا لذلك .

(٣٨) حيث يجوز بيعها .

بجامع ان كلا حيوان يجوز اجارته ، اما الاصل فهو الأبل ، واما الفرع
فهو الكلب . ولما كان حكم الاصل جواز بيع الأبل كان حكم الفرع
كذلك فيجوز بيع الكلاب أيضا لذلك .

(٣٩) لكنه خلاف الاصح في المذهب . أنظر المنهاج ص ٧٦ .

(٤٠) فانه يجوز اجارتهما ثم لا يجوز بيعهما ، فبطلت به العلة التي ذكرها
لقصورها وعدم اضطرارها .

* مسألة (٧٧) : لا يملك الكافر العبد المسلم بالشراء ، في أحـد القولين . (١) / ١٤٥٠ .

وقال أبو حنيفة : يملك . (٢)

لنا : (٣) هو انه نوع ملك يمنع الاسلام استدامته ، فمنع ابتداءه ، (٤) كالنكاح ، (٥) ولانه معنى اذا طرأ على الملك أوجب رفع اليد عنه ، فاذا قارن ابتداءه منعه ،

(١) محل الخلاف اذا لم يكن العبد ممن يعتق عليه بالشراء كابيه وأخيه والا لم يملكه قطعا .

والمذكور هنا أظهر القولين . أنظر المنهاج ص ٤٥ . الوجيز ج١ ص ١٣٣ . المجموع ج٩ ص ٣٤٨ .

وبه يقول الحنابلة : المغنى ج٤ ص ١٩٩ . المحرر ج١ ص ٣١١ . واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج١١ ص ٢٠٢ رقم المسألة / ١٨٢٢ . (٢) أى يصح العقد ويجبر الكافر على ازالة ملكه عنه بعتق أو بيع يتولاه عنه الامام دفعا للمهانة عن المسلم ان يبيعه الكافر أو يشتريه . انظر : مجمع الأنهر ج٢ ص ٦٢ .

وهو قول المالكية فى أصح القولين عندهم واوجبوا مع الاجبار على ازالة الملك عنه معاقبة المتبايعين أيضا ان لم يعذرا بجهل . أنظر شرح المنح ج٢ ص ٤٧٠ . الشرح الصغير ج٢ ص ٥٠ . الجواهر ج٢ ص ٣

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فمنع ابتداءه . / على البناء للمجهول .

(٥) أى نكاح الكافر للمسلمة ، فانه لا يحل له .

والجامع فى القياس المذكور هو انه نوع ملك يمنع الاسلام استدامته فى كل من الاصل وهو نكاح الكافر المسلمة ، والفرع وهو تملك الكافر العبد المسلم . ولما كان حكم الاصل هو منع ابتداء ^{نكاح} الكافر المسلمة ، كان حكم الفرع كذلك فيمنع الكافر من شراء العبد المسلم أيضا لذلك .

كموت العبد^(٦)، والاحرام في الصيد^(٧)، ولأن فيه ادخال صغار^(٨) على الاسلام فلم يجز، كالاستخدام والاسترقاق^(٩)، ولا يلزم الابن اذا اشترى

(٦) حيث يرتفع الملك عنه بالموت ويمتنع شراؤه ميتا أيضا .

(٧) حيث يرتفع الملك عن الصيد بانشاء الاحرام، ويمتنع ابتداء ملك الصيد حال الاحرام أيضا .

والجامع في القياسين المذكورين هو انه معنى اذا طرأ على الملك أو جب رفع اليد عنه في كل من الاصل وهو مالومات عبده أو احرم وفي ملكه صيد، والفرع وهو شراء الكافر العبد المسلم .

ولما كان حكم الاصل هو تحريم ابتداء امتلاك العبد اذا مات، وتحريم امتلاك الصيد اذا احرم، كان حكم الفرع كذلك فيحرم امتلاك الكافر العبد المسلم اذا اشتراه أيضا لذلك .

(٨) الصفار بفتح الصاد : الذل والضميم، ومثله الصفير بضم فسكون، بوزن قفل . تقول صفير الرجل من باب طرب فهير صاغر، والصاغر أيضا الراضى بالضم .

أنظر المختار ص ٣٦٤ .

زاد في المصباح ج ١ ص ٣٦٥ : سمي بذلك لانه يصفر الى الانسان نفسه . أه .

وأنظر القاموس ج ٢ ص ٧٠ .

(٩) حيث لا يجوز للكافر استخدام ولا استرقاق العبد المسلم .

بجامع ادخال الصفار على الاسلام في كل من الاصل وهو استخدام الكافر المسلم واسترقاقه اياه، والفرع وهو شراء الكافر العبد المسلم . ولما كان حكم الاصل تحريم استرقاق الكافر المسلم واستخدامه كان حكم الفرع كذلك فيحرم شراء الكافر المسلم أيضا لذلك .

أباه^(١)، فإن ذلك اعتاق من جهة الحكم^(١١)، ولا يلزم إذا قال الكافر اعتق عبدك المسلم عني، فانه في أحد الوجهين لا يجوز^(١٢)، وإن سلم فلأن^(٣) المطلوب هو العتق^(١٤) والمسلوك الذي فيه الصغار ثبت حكمها^(١٥)، ولهذا لو أعتق عنه عبده^(١٦) الآبق بمعوض جاز وإن دخل في ملكه^(١٧)، ولو قصد إلى تملكه لم يجز^(١٨).

- (١٠) أى لا يلزم من القول بصحة شراء الابن دخول الصغار عليه.
- (١١) أى من جهة الشرع حيث يقع عتقه فور حصول الشراء وإن لم يرض الابن، لحديث : من ملك ذا رحم محرم عتق عليه . رواه أبو داود ج٤ ص ٢٦٠ .
أنظر تخريجه في المسألة رقم (٧٠) هامش (٢٤) .
- (١٢) لكن أصحابها الصحة . أنظر المجموع ج٩ ص ٣٤٨ و ص ٣٤٩ .
- (١٣) أى على الوجه الثاني الذى يجيز ذلك العتق وهو أصح الوجهين .
- (١٤) أى وهو معنى يتشوف إليه الشارع ، فيكون الصغار الذى يصيب العبد فى هذا المقعد يسيرا إلى جانب المصلحة التى ستحقق بالعتق . وهذا بخلاف تملك الكافر للعبد المسلم بالشراء فإن المقصود منه وضع اليد عليه فيتحقق فيه الصغار .
- (١٥) أى الذى نتج عنه الصغار بسبب الاقرار بملكية الكافر عليه المتضمن فى قوله (عني) أى بعد أن تملكه أو كلك بعتقه عني . فتكون مدة تملك الكافر إياه يسيرة ، ولا بد من تحققها فى الموكل ليصح تصرف الوكيل فى العتق عنه .
- وقد الغى الشارع اعتبار الصغار المترتب على الاقرار بملك الملكية نظرا للمصلحة المترتبة عليها وهى تحقق العتق .
- (١٦) سقط لفظ (عنه) من نسخة ((ب)) .
- (١٧) أى دخولا غير مستوف للشرط وهو القدرة على تسليم المبيع، وإنما جاز عتق العبد المذكور لأن تملك المشتري له فى حكم الصحيح تيسيرا على المشتري وتوسيعا ، لفتح باب العتق .
- (١٨) لعدم القدرة على تسليم المبيع وهو شرط فى صحة البيع . أنظر منهاج :

قالوا : سبب يملك به العبد الكافر ، فملك به العبد المسلم ، كالأرث . (١٩)
 قلنا : المحرم يملك الصيد بالأرث ، ولا يملك بالشراء ، (٢٠) ولأن الملك
 في الأرث لا يقصد به الصغار لانه يحصل بغير فعله ، (٢١) (٢٢) وهما هنا يقصد به
 الصغار ، (٢٣) ولهذا يجوز أن يملك بضع المسلمة بغير قصده ، (٢٥) وهو

- (١٩) حيث يملك به الكافر العبد المسلم .
 بجامع ان كلا سبب يملك به العبد الكافر ، اما الاصل فهو الأرث .
 واما الفرع فهو البيع .
 ولما كان حكم الاصل هو جواز تملك الكافر العبد المسلم بالأرث ، كان
 حكم الفرع كذلك فيجوز تملك الكافر العبد المسلم بالبيع أيضا لذلك .
 (٢٠) أى فبطل اعتبار جواز تملك الشئ بالأرث دليلا على جواز تملكه بالشراء
 علة فى الحكم المذكور وهو تملك الكافر العبد المسلم بالشراء لكونها
 علة غير مضطردة فقد وجدت فى المحرم حيث يجوز له تملك الصيد بالأرث ،
 وتختلف الحكم عنها ، حيث لا يحل له تملكه بالشراء .
 (٢١) لانه يؤول اليه بموت المورث ، وليس ذلك من فعله .
 (٢٢) أى فى ملك الكافر العبد المسلم بالشراء .
 (٢٣) أى وهذا فارق يبطل به قياسهم تملك الكافر العبد المسلم بالشراء
 على تملكه اياه بالأرث .
 (٢٤) أى تزوج المسلمة ، وهو بوزن المنع ، ويطلق أيضا على المجامعة
 كالمباضة ويطلق أيضا على الفرج . أنظر القاموس ج ٣ ص ٥٠ .
 والمقصود هنا المعنى الأول .
 (٢٥) أى قصد ملك البضع ان ليس فى ذلك صغار عليها خلال العدة لانها
 هى التى بدأت أسباب الفراق ولانها لا تمكنه من نفسها اثناء العدة .

إذا أسلمت عنده ، (٢٦) ولا يجوز أن يملك بقصده ، (٢٧) ولا أن الارث كالبقاء على الملك ، (٢٨)
ولهذا يرد الوارث على بائع موروثه بالعيب ، (٢٩) والكفر لا يمنع الملك في البقاء
ولهذا يملك المجوسى يضع المسلمة (٣٠) في حالة البقاء (٣١) ولا يملك في الابتداء (٣٢).

(٢٦) حيث تبقى العلاقة الزوجية بينهما ما لم تنته عدتها منه ، وتحسب منفسد
أسلمت ، ثم ينقطع بعدها ملكه لبضعها . أنظر شرح المنهاج ج ٣ ص ٣٦ .
(٢٧) أى أن يملك نكاح المسلمة ابتداء ، لأن في ذلك صغارا على الاسلام .
والمقصود : اثبات الفرق بين الملك بالميراث والملك بالبيع في الكافر إذا اشترى
عبدا مسلما ، ليطل به قياسهم المذكور .

(٢٨) حيث لا يزول ملك الكافر للعبد المسلم إذا أسلم وهو في ملك الكافر
لكنه لا يقر في يده ، بل يؤمر بإزالة ملكه عنه بالبيع أو الهبة أو العتق
أو غير ذلك ، ولا يكفي فيه الرهن والتزويج والاحارة والحيلولة .
أنظر المجموع ج ٩ ص ٣٥٠ .

(٢٩) في نسخة ((ب)) : بما يرد موروثه . / بمعنى أن المورث إذا اشترى
سلعة ثم مات ، ثم تبين للورثة أن في السلعة عيبا فان لهم حق الرد بالعيب
كما لو كان المورث حيا حيث يثبت له خيار الرد بالعيب .

(٣٠) أى إلى أن تنتهى عدتها منه فان أسلم أثناء العدة والا فسخ نكاحهما .
أنظر الوجيز ج ٢ ص ١٤ .

(٣١) أى في حال ما إذا أنشأ العقد وهما كافرين ثم أسلمت هى ، فان ملكه
لبضعها أى لزواجهما - دون الوطء - يبقى مستمرا حتى تنتهى العدة فان
أسلم والا فسخ النكاح .

(٣٢) أى لا يجوز له ابتداء نكاح المسلمة لما فيه من ادخال الذلى على الاسلام .

قالوا : أحد شرطى^(٣٣) البيع فملكه الكافر فى العبد المسلم ، كالايجاب^(٣٤) .
 قلنا : يجوز أن يملك أحد الشطرين دون الآخر ، كالا ب يملك القبول
 فى ولده^(٣٥) ، ولا يملك الايجاب^(٣٦) ، والمستولد جارية الغير بالنكاح يملك القبول^(٣٧)
 ولا يملك الايجاب^(٣٨) ، والسيد يملك فى عبده^(٣٩) الايجاب ولا يملك القبول ، ولان الايجاب
 نفى للصغار^(٤٠) ، والقبول اجتلاب للصغار^(٤١) وحكمهما مختلف ، ولهذا يجوز

-
- (٣٣) فى نسخة ((ب)) : أحد شرطى البيع . / أى القبول أحد شرطى
 البيع ، والثانى الايجاب .
 (٣٤) حيث يملكه الكافر ، فيجوز له بيع العبد المسلم .
 بجامع انه أحد شرطى البيع فى كل من الاصل وهو الايجاب والفروع
 وهو القبول أى فى شراء الكافر العبد المسلم .
 ولما كان حكم الاصل ان الكافر يملك الايجاب فى بيع العبد المسلم ،
 كان حكم الفرع كذلك فيملك الكافر القبول فى شراء العبد المسلم أيضا لذلك .
 (٣٥) أى ان يشتري له من ماله .
 (٣٦) أى فلا يملك بيع ماله ، لانعدام التهمة فى القبول ، واحتمالها فى الايجاب .
 (٣٧) أى فى شراء تلك الجارية .
 (٣٨) أى فلا يملك بيعها . لانها ليست ملكا له .
 (٣٩) أى عبده المسلم ، لانه يملك الايجاب والقبول فى غير عبده المسلم
 قطعاً لانتفاء الموانع الشرعية فى ذلك .
 (٤٠) لان فيه ازالة ليد الكافر عن عبده المسلم ، فجاز منه ذلك .
 (٤١) لان فيه اثباتا ليده عليه ، فيلحقه به العار . فمنع منه .

عندهم أن يطلق الكافر المسلمة قبل التفريق^(٤٢) ، ولو اراد أن يتزوج مسلمة
لم يجز.^(٤٣)

قالوا : عقد مغابنة^(٤٤) ، فأشبهه الاجارة^(٤٥) .

قلنا : ان كانت الاجارة في الذمة جاز^(٤٦) وان كانت على العين فيه وجهان^(٤٨) ،

(٤٢) أى قبل أن يحكم عليه بفسخ النكاح لا اختلاف الدين ، فدل صحة طلاقه
لها على صحة ملكه بضعها قبله . وانما جاز وقوع طلاقه عليها لان فيسه
نفيا للصغار ببقائها عنده الى أن يتم التفريق بينهما .
(٤٣) لان فيه ادخالا للصغار عليها .

والمراد من كل ذلك اثبات أن بين الايجاب والقبول فارقا لا يصح معه
قياسهم لاحدهما على الآخر .

(٤٤) أى البيع عقد مغالبة بين البائع والمشتري ، تقول : غنه فى البيع
والشراء غنا من باب ضرب مثل غلبه ، فانغبين . وغنه أيضا بمعنى نقصه .
أنظر المصباح ج ٢ ص ٩٤ .
والمقصود : انه عقد مبنى على الماكسة والمغالبة ، فيصح من المسلم والكافر
فى العبد المسلم .

(٤٥) حيث يجوز للكافر استئجار المسلم .

بجامع ان كلا عقد مغابنة وماكسة ، اما الاصل فهو عقد الاجارة ، واما الفرع
فهو عقد البيع . ولما كان حكم الاصل جواز استئجار الكافر المسلم ، كان
حكم الفرع كذلك فيجوز للكافر شراء العبد المسلم أيضا لذلك .

(٤٦) الاجارة نوعان : اجارة واردة على العين : كاجارة العقار والداية والشخص
واجارة واردة على الذمة : كاستئجار دابة موصوفة لحمل مثلا ، وبان يلزم
نم شخص عملا كخياطة أو بناء أو غير ذلك . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٣٣٤ .
(٤٧) أى أن تقع الاجارة على ذمة المسلم ان لا صغار عليه فيها .

(٤٨) وقد حكى فى المذهب خلافا فى استئجار الكافر المسلم اجارة عين ، فقال :
فيها قولان الجواز وعدمه ، وقيل : تجوز قول واحد ، لان عليا رضى الله عنه =

وان سلم فلأنه لا صغار على الاسلام ، لان كل ما عمل له شيئا استحق بازائه اجرة ،^(٤٩)
ولهذا لا يمنع من استدامته بخلاف البيع ،^(٥٠) ولان الحر^(٥١) وام الولد^(٥٢) والمدبر^(٥٣) والمدير^(٥٤)

= كان يستقى الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة . والاثر حسن الاسناد . أنظر :
المجموع ج ١٣ ص ٤٨٤ والمهذب ج ١ ص ٣٩٥ .

(٤٩) وأخذ الاجرة بينافى الصغار لانه لو امتنع عن ادائها اليه لحاكمه السي
القاضي وارغمه على دفعها ، ولا كذلك شراء الكافر العبد المسلم .

(٥٠) بالبناء للمجهول ، والمعنى انه لا انتفاء الصغار في استئجار الكافر
للمسلم لا يمنع الكافر من استمرارية عقد الاجارة ، ولا كذلك البيع .

(٥١) أى فان فيه صفارا للمسلم ، لان الكافر يستخدمه بالرق من غير مقابل .
ولذلك اذا اسلم العبد عند الكافر منع من استدامة ملكه عليه . فسدل
ذلك على الفرق بين الاصل وهو البيع والفرع وهو الاجارة في قياسهم ،
والقياس مع الفارق باطل .

(٥٢) فتنسخة ((ب)) : ولان الحرية .

(٥٣) وهى الامة اذا احبلها سيدها فولدت ، سواء كان المولود حيا أو ميتا
أو ماتجب فيه غرة ، فاذا مات السيد فانها تصبح حرة بموته . وأولادها
أحرار أيضا فلا يصح بيعها ولا هبتها ولا رهنها .

أنظر المنهاج ص ١٦٢ .

(٥٤) وهو العبد - ذكرنا كان أو انثى - الذى تعلق عتقه بموت سيده . كأن

يقول له السيد : انت حر بعد موتى . أو اذا مت أو متى مت فانت حر .

وانما سمي بذلك لانه يصبح حرا دبر حياة سيده .

وهذا المدبر لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه . أنظر شرح المحلى ج ٣ ص ٣٥٨

وانما حرم بيع المدبر وام الولد لقربهم من الحرية حيث يعتقدون بموت السيد

كما قلنا .

(٥٥) يجوز اجارتهم ولا يجوز بيعهم .

قالوا : (٥٦) لو منع الاسلام العقد ، لأبطله اذا طرأ قبل القبض ، كالا حرام

في الصيد (٥٨) والموت في العبد (٥٩)

قلنا : يبطل بالاباق في العبد (٦٠) والجنون في العاقد (٦١) .

(٥٥) في نسخة ((ب)) : يجوز اجارتها ولا يجوز بيعها . / أى المذكورات الثلاث .

أى فدل جواز اجارتهم ومنع بيعهم على بطلان قياسهم البيع على الاجارة للفارق المذكور ان ليس كل ما جازت اجارته جاز بيعه .

(٥٦) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)) .

(٥٧) أى لو منع اسلام العبد صحة بيعه للكافر ، لبطل البيع باسلام العبد قبل ان يقبضه المشتري الكافر .

(٥٨) حيث اذا دخل الحرم وفى يده صيد بطل ملكه له ووجب عليه افلاته .

أنظر التبیین ج ٢ ص ٦٩ .

(٥٩) حيث اذا مات سقط ملك السيد عنه لانعدام صفة الملكية فيه بموته .

أى والحال ان العقد لا يبطل باسلام العبد قبل القبض ، فلا يبطل أيضا باسلامه بعد البيع .

(٦٠) حيث يبطل العقد بهروب العبد بعد عقد البيع وقبل القبض ، لعدم

القدرة على تسليم العبد المبيع اذا ابق .

(٦١) حيث يبطل عقد البيع اذا جن أحد المتعاقدين قبل قبض المبيع

لعدم أهليته لاتمام العقد ، لان قبض المبيع شرط فى صحة العقد .

والمقصود : اثبات الفرق بين فوات المبيع قبل القبض وفواته بعده ، حيث

يبطل به العقد فى الاول ولا يبطل به فى الثانى .

* مسألة (٧٨) : يجوز بيع دور مكة ^(١) . ١٤٥ / ش .

وقال أبو حنيفة في أحد الروايتين : لا يجوز ^(٢) .

لنا : ما روى اسامة قال ^(٣) : قلت : يا رسول الله أين تنزل غدا ، قال :

(١) مبني الخلاف في هذه المسألة هو هل فتحت مكة عنوة أم صلحا . فمن قال :

عنوة منع من بيع دورها ، ومن قال صلحا أجاز بيع دورها .

أنظر المجموع ج ٩ ص ٢٣٦ .

وهو قول المالكية : وقيل : يمنع ، وقيل : يكره . أنظر القوانين ص ٣٠٤ .

(٢) لا خلاف عند الحنفية في جواز بيع بناء مكة وبيوتها ، وإنما الخلاف في بيع

ارضها فكرهه الامام في رواية وإجازه في أخرى وفاقا للصاحبين وبه يفتى

في المذهب .

وكذلك كره الامام اجارة بيوتها خلافا للصاحبين ، وعنه رواية بالجواز وفاقا لهما .

وأما اجارة ارضها فلا خلاف في كراهتها في المذهب .

أنظر : الهداية ج ٨ ص ٤٩٥ . التبيين ج ٦ ص ٢٩ . مجمع الانهر :

ج ٢ ص ٥٤٧ والدر المنقى أيضا .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤٤ . كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٩ .

وذكر في المغنى ج ٤ ص ١٩٦ رواية أخرى أن بيعها جائز .

وبجواز بيع دورها يقول ابن حزم أيضا : المحلى ج ٩ ص ٦٩٥ .

(٣) هو اسامة بن زيد بن حارثة الكلبي ، حب رسول الله صلى الله عليه وسلم

وابن حاضنته أم أيمن ولد في الاسلام ، ومات النبي صلى الله عليه وسلم

وله عشرون سنة ، وقيل ثمانى عشرة ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد

امره على جيش عظيم فمات النبي صلى الله عليه وسلم قبل أن يتوجه الجيش ،

فانفذه أبو بكر ، وكان عمر يحمله ويكرمه ، وفضله في العطاء على ولده عبد الله ،

اعتزل اسامة الفتن بعد مقتل عثمان الى أن مات واخر خلافة معاوية ، وكان

قد سكن المزة في دمشق ثم سكن وادي القرى ثم المدينة ، ومات بها سنة أربع

وخمسين . له عشرون حديثا . أنظر الخلاصة ص ٢٦ ، والاصابة ج ١ ص ٣١ رقم ٨٩ .

(وهل ترك لنا عقيل شيئا لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)^(٦) أى ورثها
عن أبى طالب ،^(٧) لانه كان كافرا ولا نسه أرض لم يرد عليها بعد

(٥) قوله (لا يرث المسلم) مضموسة فى نسخة ((ب)) .

(٦) رواه البخارى ج ٣ ص ٦١ كتاب المغازى . باب اين ركز النبى صلى الله عليه وسلم
الراية يوم الفتح . ولفظه: عن اسامة بن زيد انه قال قال زمن الفتح يا رسول الله
اين تنزل غدا قال النبى صلى الله عليه وسلم: وهل ترك لنا عقيل من منزل
ثم قال : لا يرث المؤمن الكافر ولا يرث الكافر المؤمن . قيل للزهري ، ومن
ورث ابا طالب . قال : ورثه عقيل وطالب . أهـ . وهما ابنا عم النبى
صلى الله عليه وسلم .

ورواه مسلم ج ٢ ص ٩٨٤ كتاب الحج : باب بالنزول بمكة للحاج وتوريث
دورها رقم / ٤٣٩ بدون قوله (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم) .
واما هذه الجملة فرواها عن اسامة بدون الجملة الاولى (وهل ترك لنا عقيل
من دار) فى كتاب الفرائض ج ٣ ص ١٢٣٣ . رقم / ١٠١ .

(٧) أى والأرث أحد اسباب الملك ، فصح ان دور مكة تباع وتشترى .

وأبو طالب : هو عبد مناف بن عبد المطلب بن هاشم ، من قريش ، عم النبى
صلى الله عليه وسلم وكافله ومربيه ومناصره فى نشر دعوته ، كان من أبطال بنى
هاشم ورؤسائهم ومن الخطباء العقلاء الاباة ، دعاه النبى
صلى الله عليه وسلم الى الاسلام فامتنع خوفا من أن يعيره قومه بتركه دين
ابائه ووعد به بنصرته وحمايته ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم ما نالت قريش
منى شيئا اكراهه حتى مات أبو طالب . توفى سنة ٣ قبل الهجرة . أنظر

الاعلام ج ٤ ص ١٦٦ .

(٨) كلمة (كان) مضموسة فى نسخة ((ب)) . / والضمير فى (لانه) عائد الى عقيل .

وعقيل: هو بن عبد مناف (أبو طالب) بن عبد المطلب بن هاشم القرشى ،
كنيته : أبو يزيد ، كان أعلم قريش بايامها وآثرها ومثالبها وانسابها ، اسلم
وكان فصيح اللسان شديد الجواب وهو أخو على وجعفر لبيهما ، كانت =

الاحياء صدقة مؤبدة (١٠) ، فجاز بيعها ، كارض الحل (١١) .

فان احتجوا : بقوله تعالى (والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سوا

الساكنين فيه والباي (١٢) والمسجد عبارة عن الحرم (١٣) فى عرف الشرع .

قلنا : بل المسجد عبارة عن المسجد نفسه ، فوجب حملها على ظاهره ، (١٤)

كما قال عز وجل (فول وجهك شطر المسجد الحرام) (١٥) وانما خص المسجد

= قريش تتحاكم اليه ، اسلم بعد الحديبية ، وكان قد اسرف فى وقعة بدر حيث

اخرجته لها قريش كرها ، ففداه عمه العباس بن عبد المطلب ، شهد غزوة

مؤتة ، وكان من الثابتين فى حنين ، وفارق اخاه عليا فى خلافته ووفد الى

معاوية ، توفى سنة ستين للهجرة . أنظر الاعلام ج٤ ص ٢٤٢ .

(٩) احياء الارض : مباشرتها باحداث شئ فيها ، كتسويرها أو زرعها

أو عمارتها ، ونحو ذلك ، تشبيها باحياء الميت . أنظر جامع الاصول

ج١ ص ٣٤٨ رقم / ١٣١ .

(١٠) أى لم يرد عليها بعد الاحياء تسبيل أو وقف .

(١١) حيث يجوز بيعها وبيع دورها .

بجامع ان كلا ارض لم يرد عليها بعد الاحياء وقف أو تسبيل فى كل

من الاصل وهو ارض الحل والفرع وهو ارض مكة .

ولما كان حكم الاصل جواز بيع ارض الحل كان حكم الفرع كذلك فيجوز بيع

ارض مكة أيضا لذلك .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : (والباي) .

والاية فى سورة الحج آية / ٢٥ . ومحل الشاهد ما سيذكره الان .

(١٣) أى ارض الحرم كلها وهى ما عدا الحل .

(١٤) لانه المعنى القريب المتبادر لا ، وهلة ، ولا يعدل عنه الا بدليل .

(١٥) البقرة . آية / ١٤٩ .

الحرام لانه اشرف المساجد ، (١٦) فرما جاء من يمنع الناس منه ولهذا قال
 صلى الله عليه وسلم (يا بنى عبد مناف من ولى منكم من أمر الناس شيئا فلا يمنعن
 أحدا طاف بهذا البيت صلى اية ساعة شاء من ليل أو نهار) . (١٨)
 قالوا : روى عبد الله بن عمرو بن العاص (١٩) أن النبي صلى الله عليه وسلم
 قال (لا يحل بيع بيوت مكة ولا اجارتها) . (٢٠)

(١٦) سقطت جملة (وانما خص المسجد الحرام لانه اشرف المساجد) من
 نسخة ((ب)) . / والمعنى انه انما خص المسجد الحرام بالذكر ولم يكتف
 بذكر الحرم لان المسجد الحرام اشرف مساجد الحرم .
 (١٧) أى فتتعطل فيه الشعائر ، ولذلك اكد على ذكره خاصة دون الحرم تعظيما
 وتحذيرا من التعرض له بشئ يمنع اقامة الشعائر فيه .
 (١٨) رواه النسائي جده ص ٢٢٣ كتاب المناسك . تحت عنوان : اياحـة
 الطواف فى كل الاوقات عن ام سلمة مرفوعا ، وليس فيه (من ولى منكم من امر
 الناس شيئا) .
 ورواه الترمذى ج ٣ ص ٢٢ كتاب الحج ، باب ما جاء فى الصلاة بعد العصر
 وبعد الصبح لمن طاف . بلفظ النسائي لكن عن جبير بن مطعم .
 رقم / ٨٦٨ . ثم قال : حديث جبير حديث حسن صحيح . أهـ .
 ورواه ابن ماجه ج ١ ص ٣٩٨ كتاب اقامة الصلاة باب ما جاء فى الرخصة
 فى الصلاة بمكة فى كل وقت . رقم / ١٢٥٤ عن جبير ابن مطعم بلفظ
 النسائي أيضا .

(١٩) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤) هامش (٣١) .

(٢٠) رواه البيهقى ج ٦ ص ٣٥ باب ما جاء فى بيع دور مكة ، وضعفه .
 ورواه الدارقطنى ج ٣ ص ٥٨ كتاب البيوع ، رقم / ٢٢٧ ، عن عبد الله بن عمرو
 ابن العاص مرفوعا : مكة مناخ لا تباع رباعها ، ولا تؤاجر بيوتها . أهـ ثم قال :
 اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر - وهو أحد رجال السند - ضعيف ، ولم
 يروه غيره . أهـ .

قلنا : قال الدارقطني : (٢١) هو موقوف على عبد الله بن عمرو ، ثم نحمله على الوقوف التي بها ، وخص مكة لأن الوقوف بها تكثر . (٢٣)

= ورواه الحاكم في المستدرک ج ٢ ص ٣٥ باب مكة مناخ . وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه . أه . من طريق اسماعيل ابن ابراهيم بن المهاجر . قال فيه البخاري : منكر الحديث . ورواه العقيلي وابن عدى واعلاه باسما عيل وأبيه ابراهيم ، وقالوا في اسماعيل لا يتابع عليه . وكذا ضعفه أحمد بن حنبل وابن معين . أنظر النصب : ج ٤ ص ٢٦٥ .

وقال الذهبي : اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر البجلي الكوفي : ضعفه . أه . ثم رمز بحرفي (ت) و (ق) أي انه من رجال الترمذي وابن ماجه . أنظر ديوان الضعفاء ص ٩٩ رقم / ٣٧٠ . وقال النووي : وأما حديث اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر عن أبيه فضعيف باتفاق الحفاظ ، وتفوقوا على تضعيف اسماعيل وأبيه ابراهيم . أه المجموع : ج ٩ ص ٢٣٨ .

(٢١) أنظر ترجمته في المسألة رقم (١) هامش (٢٨) .

(٢٢) في نسخة ((ب)) : هو موقوف على عبد الله بن عمرو بن العاص . / أي انه من كلامه هو -

ولم أقف على قول الدارقطني المذكور في سننه ، فلمله قاله في غيرها . وقد نص البيهقي على أن الصواب وقفه نقلا عن الدارقطني أيضا . أنظر البيهقي ج ٦ ص ٣٥ .

(٢٣) جمع وقف بفتح فسكون ويجمع على أوقاف أيضا ، والوقف لغة : الحبس يقال وقفت كذا أي حبسته ، ولا يقال أوقفته إلا في لغة تميم وهي رد يئة وعليها العامة ، وشرعا : حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود . أنظر مغني المحتاج ج ٢ ص ٣٧٦ . والمقصود اننا نحمل النهي الوارد في بيع بيوت مكة على ما كان موقفا منها .

قالوا : روى علقمة بن نضلة ^(٢٤) قال : توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما ورباع مكة تدعى السوائب ، لا تباع ، من احتاج سكين ومن استغنى اسكن ^(٢٥) .

قلنا : ^(٢٦) يحتل انه اراد به كرم اهلها وسماحتهم بها ، ^(٢٧) والدليل عليه : ^(٢٨)

(٢٤) في الاصل : بن ثعلبة ، ثم ضرب عليها الناسخ ، وكتب في الهامش : ابن نضلة ، وفي نسخة ((ب)) : بن ثعلبة . والصواب ما أثبتناه . وعلقمة بن نضلة ، بنون بعدها ضاد معجمة ، الكنانى أو الكندى الكوفى ، روى عن عمر مرسلًا ، وروى عنه عثمان بن أبى سليمان ، روى له ابن ماجه أنظر الخلاصة ص ٢٧١ . الميزان ج ٣ ص ١٠٨ رقم ٥٧٥٩ ، وذكر فى تهذيب التهذيب ج ٧ ص ٢٧٩ ان ابن حبان ذكره فى ثقات اتباع التابعين .

(٢٥) كلمة (اسكن) مطموسة من نسخة ((ب)) .

والاثر رواه الدارقطنى ج ٣ ص ٨٥ كتاب البيوع . رقم ٢٢٨ . ورواه البيهقى ج ٦ ص ٣٥ ، باب ما جاء فى بيع دور مكة ، ثم قال : هذا منقطع . أهـ

وقد ايدى النووى فى ذلك ، أنظر المجموع ج ٩ ص ٢٣٩ .

وقد سبقت ترجمة عمر فى النسالة رقم (٤٠) هامش (٨) .

واما أبو بكر : فهو الصديق ، واسمه عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو ابن كعب التميمى ، أبو بكر بن أبى قحافة ، أول من أسلم من الرجال ، ورفيق النبى صلى الله عليه وسلم فى هجرته شهد المشاهد كلها ، وكان أفضل الصحابة ، كان أبيض اشقر لطيفاً مسترق الوركين ، قال فيه عمر : أبو بكر خيرنا وسيدنا واحبنا الى النبى صلى الله عليه وسلم ، أهـ فيه نزل (ثانى اثنين ان هما فى الغار) توفي سنة ثلاث عشرة و ثمانين بالحجرة النبوية . أنظر الخلاصة ص ٢٠٦ الحلية ج ١ ص ٢٨ .

(٢٦) لفظ (قلنا) مطموس فى نسخة ((ب)) .

(٢٧) سقط لفظ (بها) من نسخة ((ب)) . أى والدليل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال ، لما يشتمل عليه حينئذ من الاجمال .

(٢٨) هذه العبارة غير واضحة فى نسخة ((ب)) .

ان عمر^(٢٩) اشترى دارا من صفوان^(٣٠) بن أمية بأربعة آلاف درهم، واشترى^(٣١) معاوية^(٣٢) من حكيم بن حزام^(٣٣) دارين أحدهما بستين الفا ، والاخرى بأربعين

(٢٩) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤٠) هامش (٨) .

(٣٠) هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حذافة بن جمح أبو وهب الجمحي .
قتل أبوه يوم بدر كافرا ، وكان الى صفوان امر الزلام في الجاهلية ، هرب
يوم الفتح ، واسلمت امرأته ناجية بن الوليد بن المغيرة ، فأحضر
له ابن عمه عمير بن وهب امانا من النبي صلى الله عليه وسلم ، فعاد
وحضر وقعة حنين قبل أن يسلم ، ثم اسلم ، وكان النبي استعار منه سلاحه
يوم حنين ، أعطاه النبي من غنائم حنين فأكثر له ، فقال : اشهد ما طابت
بهذا الانفس نبى فاسلم . نزل على العباس بالمدينة ، ثم أذن له النبي
صلى الله عليه وسلم في الرجوع الى مكة ، فأقام بها حتى مات بها مقتلا
عثمان ، وقيل عاش الى أول خلافة معاوية . أنظر الاصابة ج ٢ ص ١٨٧ رقم
٠٤٠٧٣/

(٣١) الاثر رواه البيهقي ج ٦ ص ٣٤ باب ما جاء في بيع دور مكة ، ولم يعقب
عليه في الجوهر النقب بشئ .

(٣٢) هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد
مناف القرشي الاموي .

أمير المؤمنين ، ولد قبل البعثة بخمس سنين وقيل بسبع وقيل بثلاث عشرة
والاول اشهر ، قيل اسلم بعد الحديبية وكنم اسلامه حتى أظهره عام الفتح
كان من الكتبة الحسبة الفصحاء ، حليما وقورا ، وكان طويلا أبيض اجلج ،
صحاب النبي صلى الله عليه وسلم وكتب له ، تولى الشام لعمر ثم استمر عليها أيام
عثمان ، ولم يبايع عليا وحاربه واذاف اليه مصر ثم تسمى بالخلافة بعد التحكيم ،
ثم استقل لما صالح الحسن واجتمع عليه الناس فسمى ذلك العام عام الجماعة ،
واستمر في الخلافة عشرين سنة . كان عمر اذا نظر اليه يقول : هذا كسرى
العرب . توفي سنة ستين على الصحيح . أنظر الاصابة ج ٣ ص ٤٣ رقم / ٨٠٦٨ .

(٣٣) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٦٨) هامش (٢٤) .

ألف (٣٤)

قالوا : أصل مستقر في الحرم ، فأشبه الكعبة والمسعى والشجر . (٣٥)
قلنا : المنع في الكعبة (٣٦) أنه مسجد (٣٧) ، ولهذا يحرم بيعه (٣٨) من غير
الحرم ، والمسعى (٣٩) مستحق للنسك لا يجوز أحياءه وتملكه (٤٠) . والشجر

(٣٤) الاثر رواه البيهقي ج ٦ ص ٣٥ باب ما جاء في بيع دور مكة ، ولفظه : باع
حكيم بن حزام دار الندوة من معاوية بن أبي سفيان بمائة ألف فقال
عبد الله بن الزبير : يا أبا خالد ان هبت مأثرة قريش وكريمتها فقال : هيهات
يا ابن أخي ، نهبت المكارم فلا مكربة اليوم الا الاسلام ، فقال اشهدوا
انها في سبيل الله تبارك وتعالى يعني الدراهم . أهـ
(٣٥) حيث لا يباع شيء من هذه المذكورات .

والجامع في القياس المذكور هو ان كلا اصل مستقر في الحرم ، اما الأصل
فهو الكعبة والمسعى والشجر واما الفرع فهو دور مكة .
ولما كان حكم الأصل هو حرمة بيع الكعبة والمسعى والشجر كان حكم الفرع
كذلك فلا تباع دور مكة أيضا لذلك .

(٣٦) في الأصل : المعنى / ومكتوب عليها أيضا كلمة (المنع) . وفي نسخة
((ب)) : المعنى . / وكلاهما صحيح . فعلى قوله : المعنى في الكعبة ؛
أي المعنى الذي من أجله منع بيع الكعبة ، وعلى قوله : المنع في الكعبة ،
أي سبب منع بيع الكعبة .

(٣٧) أي مكان للصلاة ، فيحرم بيعه ، لكونه أصبح ملكا عاما للمسلمين .
(٣٨) أي شراء حجارته من غير الحرم لعمارته . وكلمة بيع من الاضداد أي تحمل
على معنيين متضادين . البيع والشراء . تقول باع الشيء يبيعه بيعا فهو
مبيع ، ومنه حديث (لا يبيع على بيع أخيه) أي لا يشتري على شرائه وانما وقع
النهى على المشتري لا على البائع . أنظر المختار ص ٧١ .

(٣٩) أي مكان السعى بين الصفا والمروة .
(٤٠) لان ذلك يؤدي الى تعطيل أداء النسك .

محرم أخذه ، (٤١) ولهذا يحرم الصيد (٤٢) وان لم يكن مستقرا فيه ، وهذا غير
محرم ، فهو كسائر البقاع . (٤٥)

* مسألة (٧٩) : اذا قال : بعثك هذا القطيع ، كل شاة بدرهم ،
(٢) صح البيع . / ١٤٥ ش .

(٤١) أى فضلا عن بيعه .

لحديث (حرم الله مكة فلم تحل لاحد قبلى ، ولا تحل لاحد بعدى ، احلت
لى ساعة من نهار ، لا يختلى خلاؤها ، ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها
ولا تحل لقطتها الا لمعرف ، . . . الحديث) رواه البخارى ج ١ ص ٢٣٣
كتاب الجنائز باب الاذخر والحشيش فى القبر .

(٤٢) فى نسخة ((ب)) : بينهما . / ولا محل لها ، لانها لا يمكن حملها على
ما بين الصفا والمروة ، لان الصيد فى غيرهما من الحرم كهما ، ولا على ما بين
الحل والحرم ، لان ماليس حرما فهو حل ، فلا يمنع فيه الصيد ، الا أن يكون
على جهة الاحتياط . لكن لا يستعمل فيه لفظ التحريم .

(٤٣) أى فى الحرم . أى حتى الصيد العابر فى أجواء الحرم لا يجوز صيده .

(٤٤) أى شراء البيوت وبيعها .

(٤٥) فانه يجوز فيها البيع والشراء .

والمراد اثبات الفرق بين الاصل والفرع فى قياسهم ، والقياس مع الفارق
باطل .

(١) القطيع من الغنم ونحوها : الفرقة ، والجمع قطعان . أهد المصباح ج ٢ ص ١٦٨ .
وفى المختار ص ٥٤٣ : والقطيع : الطائفة من البقر أو الغنم ، والجمع اقاطيع
وأقطاع وقطعان - بضم فسكون - أهد .

(٢) أى سواء علم عدد الشياة فى القطيع أو لم يعلم .

أنظر فتح العزيز ج ٨ ص ١٤٣ . المنهاج ص ٤٥ . مسغنى المحتاج ج ٢ ص ١٧ ،
ونذكر فى شرح المحلى ج ٢ ص ١٦٣ قولا آخر انه لا يصح ، الا أن القليوبى
نفى وجود خلاف فى المسألة .

وقال أبو حنيفة : لا يصح . (٣)

لنا : ان غرر الجهالة يزول بالعلم بالتفصيل (٥) ، كما يزول بالعلم بالجملة (٦) ، ولو علم الجملة جاز (٨) فكذا اذا علم التفصيل (٩) .

= وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٥٢ . كشاف القناع ج ٣ ص ١٦٤ وفي المقنع ص ١٠٠ انه لا يصح .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٠ : ويصح بيع - كل صاع من صبرة معينة .

واريد بيع الجميع لان الجهل وان تعلق بجملة الثمن ابتداءً لكن يعلم تفصيله بالكيل فاغتفر . أهـ

ومثله بيع القطيع كل شاة بدرهم . وأنظر الجواهر ج ٢ ص ٧ . شرح المنح ج ٢ ص ٤٩٠ .

(٣) خلافا للمصاحبين . الهداية ج ٥ ص ٤٧٥ . التبيين ج ٤ ص ٦٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١١٠ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٦٣٦ : لا يحل بيع جملة مجهولة القدر على أن كل صاع بدرهم أو كل رطل منها بدرهم أو كل ذرع منها بدرهم أو كل اصل منها أو كل واحد منها بكذا وكذا ، وهكذا في جميع المقادير والاعداد . أهـ والاغنام من الاعداد .

(٤) الغرر بفتحيتين : الخطر . أهـ المختار ص ٤٧١ أي خطر الجهالة المؤدية الى التنازع .

(٥) أي ان خطر جهالة عدد المبيع يزول بالعلم بثمن كل شاة منفردة .

(٦) وهو مالو علم عدد الشياة في القطيع بأن قال : فيه أربعون شاة كل شاة بدرهم

(٧) في نسخة ((ب)) : ثم لو علم .

(٨) أي جملة ما في القطيع من شياة . وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم في هذه الصورة .

(٩) حيث يصح البيع اذن قطعاً .

بجامع زوال غرر الجهالة في كل من الاصل وهو مالو علم عدد جملة المبيع =

قالوا : مبلغ الثمن غير معلوم في الحال^(١) ، فأشبه اذا قال : بعثك هذه السلعة برقمها^(١١) .

قلنا : هناك^(١٢) دخل على غرر^(١٣) ، لانه لا يدري أن البائع قد غبن فيها^(١٤) ، أولا ، وههنا^(١٥) قد دخل على علم بأن كل شاة بدرهم^(١٦) .

= وشئنه ، والفرع وهو مالو علم الثمن وجهل العدد .
ولما كان حكم الاصل جواز البيع اذا علم الجملة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز اذا علم التفصيل دون الجملة أيضا لذلك .

(١٠) لان عدد الشياة في القطيع غير معلوم وقت العقد ، وان كان ثمن كل شاة منه معلوما .

(١١) أى بما كتب عليها من ثمن ، والمشتري لا يعلم ماكتب عليها وقت العقد ، أنظر النهاية ج ٢ ص ٢٥٣ : - هو - ما يكتب على الثياب من اثمانها لتقع المراجعة عليه أو يفتربه المشتري . أهـ

والجامع في القياس المذكور هو جهالة الثمن في كل من الاصل وهو مالو باع السلعة برقمها ، والفرع وهو مالو باع القطيع كل شاة بدرهم ولم يعلم العدد .

ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة بيع السلعة برقمها كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز بيع القطيع كل شاة بدرهم أيضا لذلك .

(١٢) أى في بيع السلعة برقمها .

(١٣) أى على جهالة ومخاطرة .

(١٤) أى لا يدري هل خدع البائع المشتري في ثمن السلعة أم لا . ففي المختار : ص ٤٦٨ : غبنه في البيع خدعه ، وبابه غرب ، وقد غبن فهو مغبون . أهـ .

(١٥) أى في بيع القطيع كل شاة بدرهم .

(١٦) أى فكان بين الاصل والفرع فوقياسهم فرق ، والقياس مع الفارق باطل .

مسألة (٨٠) : اذا قال : بعثك من هذه الدار عشرة اذرع وهى

مائة ذراع ، صح البيع فى عشرها ^(١) / ١٤٥ ش.

وقال أبو حنيفة : لا يصح ^(٢).

لنا : ^(٣) هو أن العشرة من مائة ، عشرها ^(٤) ، فصار كما لو قال : بعثك عشرها ^(٥) ،

(١) المختصر ص ٨٧ : ولو اشترى مائة ذراع من دار لم يجز لجبله بالاذرع ،

ولو علما ذرعها فاشترى منها اذراعا مشاعة جاز . أهـ . وأنظر شرح المحلى

ج ٢ ص ١٦١ .

وذكر فى المجموع وجهها لبعض اصحاب انه لا يصح ، فقال فى ج ٩ ص ٣٠٦ :

ولو قال : بعثك من هذه الدار عشرة اذرع كل ذراع بدرهم . . . وان كانت

ذرعانها معلومة لهما صح البيع عندنا وحمل على الاشاعة . . . وقال أبو حنيفة

لا يصح ، وهو وجه لبعض أصحابنا حكاه الرافعى . والصحيح المشهور

الصحة وبه قطع اصحاب . أهـ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٥٠ . كشاف القناع ج ٣ ص ١٥٩ .

المحرر ج ١ ص ٢٩٥ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٩ ص ٦٣٦ : ولا يجوز بيع نصف هذه الدار ولا هذا

الثوب أو هذه الارض أو هذه الخشبة من هذه الجهة ، وكذلك ثلثها أو ربعها

أو نحو ذلك فلو علم منتهى كل ذلك جاز . أهـ كما هو الحال هنا ان هى مائة

ذراع .

(٢) خلافا لما ذكره عنه الخصاص من جواز ذلك عنده ، والصحيح انه يمنع صحة

ذلك البيع خلافا للصاحبين ، أنظر الهداية ج ٥ ص ٤٧٨ وفتح القدير عليه .

التبيين ج ٤ ص ٧ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٣ .

ولم أقف على قول المالكية فى هذه المسألة .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) أى تساوى عشرها . وذلك بتقسيم العشرة على المائة .

(٥) أى فلا جهالة فى المبيع ولا فى الثمن ، لان العشر مشاع . وبيع المشاع جائز . =

ولانه لو لم يرد العشر لم يذكر ذرعان^(٦) الدار.

قالوا : عشرة اذرع عبارة عن مساحة غير معينة^(٧)، فصار كما لو لم يذكر

ذرعان الدار^(٨).

قلنا : لو أراد ما قلتم^(٩) لم يذكر ذرعان الدار، ويخالف ما قاسوا عليه^(١٠)،

فان هناك البيع مجهول^(١١) وها هنا^(١٢) البيع معلوم^(١٣).

* مسألة (٨١) : اذا قال : بعته هذا بألف مثقال ذهب وفضة^(١) ،

لم يصح البيع^(٢) . ١٤٦/٠ ي .

= أنظر المجموع ج ٩ ص ٢٧٦ كما لو باع عشرة اسهم من مائة سهم من الدار ،

بجامع انتفاء الجهالة في كل ، لانه بيع على الاشاعة .

(٦) أى عدد ذرعها . وهو مائة ذراع هنا .

(٧) أى مشاعة تصدق على كل جزء من الدار ، وهذه جهالة تضر في البيع .

(٨) . حيث يبطل به البيع للغرر فيه .

والجامع في القياس المذكور هو عدم التعيين في كل من الاصل وهو مالو باع

من الدار عشرة اذرع ولم يذكر ذرعان الدار ، والفرع وهو مالو قال بعته

عشرة اذرع من هذه الدار وهى مائة ذراع .

ولما كان حكم الاصل بطلان بيع عشرة اذرع من الدار دون ذكر ذرعانها

كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع عشرة اذرع من دار وان نص على أن ذرعانها

مائة .

(٩) وهو عدم تعيين العشرة . أى لو اراد بيع مشاع مجهول .

(١٠) وهو مالو لم يذكر ذرعان الدار .

(١١) أى في الدار مجهولة الذرعان . (١٢) أى في حال تحديد ذرعان الدار .

(١٣) أى ثبت ان قياسهم قياس مع الفارق ، وان هو كذلك فهو باطل . وما في الاصل

(١) في نسخة ((ب)) : ذهب وفضة . / فيكون منصوبا على التمييز . وما في الاصل

يكون بدلا من مثقال .

(٢) للجهل بمقدار الذهب والفضة ، وانما كان الجهل بالمقدار مضرا لان المعوض =

(٣)
وقال أبو حنيفة : يصح .

= هنا متعلق بالذمة ، والقاعدة : ان كلا من الثمن والمثمن اذا كان فى الذمة لا بد من معرفة قدره يقينا اعنى كيلا أو وزنا أو ذرعا ، واما اذا كان معيناً كبعثك ملىء ذا البيت من هذه الحسنة . صح . أنظر عميرة جـ ٢ ص ١٦٢ . وانظر المسألة فى :

المنهاج ص ٤٠ . وفى فتح العزيز ج ٨ ص ١٤١ ؛ ولو قال : بعث بالف صحاح ومكسر تقوجهان : أظهرهما : انه يبطل لانه لم يبين قدر كل واحد منهما . والثانى : يصح ويحمل على التنصيف .

- قال - : ويشبه أن يكون هذا الوجه جاريا فيما اذا قال : بألف ذهبا وفضة . أهـ

قال النووى تعليقا على كلام الرافعى : ويشبه أن يكون هذا الوجه جاريا . الخ . قال : قلت ؛ لأجريان له هناك - أى فيما اذا قال بألف ذهبا وفضة - والفرق: كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر، أهـ أى فى حال استيفاء نصف الثمن ذهبا ونصفه فضة . أنظر المجموع ج ٩ ص ٣٢١ . أى ان الفرق بين صحة البيع بألف صحاحا ومكسرة وبطلانه بألف ذهبا وفضة هو قلة تفاوت القيمة بين الصحاح والمكسرة ، وكثرة تفاوتها بين الذهب والفضة ان الدينار ذهبا قد يساوى عشرة من الفضة وقد لا يساوى ذلك ، فيقع الغرر فى البيع فيفضى الى فساد .

وبطلانه يقول الحنابلة أيضا ؛ شرح المنتهى ج ٢ ص ١٥١ . كشف القناع ؛ ج ٣ ص ١٦٣ . المحرر ج ١ ص ٣٠١ .

وهو قول ابن حزم ؛ المحلى ج ٩ ص ٦٤٣ . ولم أقف على قول المالكية فى هذه المسألة .

(٣) أى ويقع التعيين على ما يناسب المبيع . فان قال: بعثك هذه الدار بعشرة انصرف الى الدنانير ، وان قال بعثك هذا الثوب بعشرة انصرف الى الدراهم ، وان قال بعثك هذه البطيخة بعشرة انصرف الى الفلوس . أنظر فتح القدير ج ٥ ص ٤٦٨ . التبيين ج ٤ ص ٥٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٩٠ .

لنا : هو انه لا يقتضى (٤) من كل واحد منهما قدرا معلوماً ، فأشبهه
 اذا قال : بعتك بألف شيء (٧) منه ذهب (٨) وباقيه فضة . (٩)
 قالوا : اللفظ يقتضى التسوية (١٠) ، بدليل انه يحمل على ذلك فى الاقرار . (١١)

- (٤) أى لا يأخذ أولاً يستوفى . من الاقتضاء وهو طلب قضاء الحق .
- (٥) أى من الذهب والفضة .
- (٦) لان اللفظ فيهما مطلق ان قد يعطيه ديناراً والباقي فضة أو العكس ،
 فيكون فى الثمن جهالة مفضية الى التنازع .
- (٧) على جعل شيء مضافاً اليه ، وشئ هنا بهم ، وضح قوله : منه ذهب
 وباقيه فضة .
- لكنه أوضح جنس الثمن وهو كونه ذهباً وفضة ، وبقي نسبة أحدهما الى
 الآخر مجهولة وجهالة الثمن تبطل عقد البيع للنهي عن بيع الفرر ،
 أى عن بيع دخله الفرر فى الثمن أو المشون .
- (٨) سقطت كلمة (ذهب) من نسخة ((ب)) .
- (٩) حيث لا يصح ذلك العقد .
- بجامع جهالة الاقتضاء فى كل من الاصل وهو مالو باعه بألف شيء منه
 ذهب وباقيه فضة ، والفرع وهو مالو باعه بألف مثقال ذهب وفضة ،
 ولما كان حكم الاصل هو بطلان البيع فى قوله : بعتك بألف شيء منه
 ذهب وباقيه فضة ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل البيع : بألف مثقال
 ذهب وفضة أيضاً لذلك .
- (١٠) أى فيحمل على المناصفة ، فيكون نصف الثمن ذهباً ونصفه فضة ، فتنتفى
 الجهالة فيه .
- (١١) فانه لو اقر لشخص بذهب وفضة لزمه التسوية بينهما فى الدفع .

قلنا : لا يقتضى ذلك ، بل يحتمل التساوى والتفاضل ، ولهذا لو قال :
جاءنى الرجال والنساء ، لم يقتضى التساوى من الجنسين ، والاقرار لا نسلم ،
بل يرجع الى تفسيره . (١٤)

قالوا : اذا احتل العقد الصحة والفساد ، حمل على الصحة ، كما لو قال :
بعثتك نصف هذا العبد المشترك . (١٥)
قلنا : يبطل بالمسألة قبلها ، (١٦) فانه يحتمل الصحة ، ثم لم يحمل عليها .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : لم يقتضى . / باثبات الياء ، والصواب حذفها .
(١٣) أى لا نسلم انه اذا اقر بأن له عليه ذهابا وفضة يرجع الى التسوية بينها فيه .
(١٤) المنهاج ص ٦٧ : ويصح الاقرار بالمجهول ، فاذا قال : له على شئ .
قبل تفسيره بكل ما يتمول وان قل ، ولو فسرهما لا يتمول ولكنه من جنسه
كحبة حنطة أو بما يحل اقتناؤه ككلب معلم وسرجين ، قبل فى الاصح . أهـ .
(١٥) حيث احتل الصحة لانه باع نضيبه منه ، واحتل الفساد لانه تصرف
فى حق شريكه .

والجامع فى القياس المذكور هو احتمال العقد للصحة والفساد فى كل ،
اما الاصل فهو مالمو قال : بعثتك نصف هذا العبد المشترك ، واما الفرع
فهو مالمو قال بعثتك بألف مثقال ذهابا وفضة .
ولما كان حكم الاصل هو حمل العقد على الصحة فى بيع العبد المشترك ،
كان حكم الفرع كذلك فيحمل البيع بألف مثقال ذهابا وفضة على الصحة
أيضا لذلك .

(١٦) يعنى : اذا قال : بعثتك من هذا ، الدار عشرة اذرع وهى مائة ذراع ،
صح البيع فى عشرة .

والمقصود : ان المسألة التى قبلها كهذه تحتل الصحة والفساد ، ولم يحملوها
على الصحة هناك ، وحملوها عليها هنا فتناقضوا .

ويخالف ما قاسوا عليه (١٧) : فان الظاهر أنه لا يبيع الا ما يملك (١٨) ، وليس ها هنا (١٩)
ما يقتضى النصف من كل واحد منهما (٢٠) .

* مسألة (٨٢) : لا يصح بيع الصبي (١) (٢) ١٤٦/٠ .

- (١٧) وهو ما لو قال : بعثك نصف هذا العبد المشترك .
(١٨) أى فلا يحتمل الفساد ، لانه تصرف مشروع وليس من العادة أن يسأل المشتري
البائع هل هذه السلعة ملكه أم لا ؟ لان الظاهر أنها ملكه .
(١٩) أى فى قوله : بعثك بألف ذهباً وفضة .
(٢٠) أى ففارق الاصل الفرع فى قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) من اضافة المصدر الى فاعله ، والمعنى : لا ينعقد البيع اذا كان البائع
صبياً .

- (٢) أى مطلقاً مميّزاً وغيره ، ما دون له أم لا .
أنظر المنهاج ص ٤٤ . الوجيز ج ١ ص ١٣٣ : وشرطه التكليف فلا عبارة
لصبي ولا مجنون باذن الولى ودون اذنه . أهـ . وعبرة المنهاج :
وشرطه الرشد . أهـ
وفى المجموع ج ٩ ص ١٤٢ : واما الصبي فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا اجارته
وسائر عقود لالنفسه ولا لغيره سواء باع بغيره أو بغبطة ، وسواء كان
مميّزاً أو غيره وسواء باذن الولى أو بغير اذنه ولا خلاف فى شئ
ما ذكرته عندنا . أهـ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٤ والبلغة عليه : وفساد البيع
يكون لا مور منها ما يرجع الى المتعاقدين ، مثل أن يكونا أو احدهما ممن
لا يصح عقده ، كالصغير والمجنون .
وقول ابن بزيمة : لم يختلف العلماء - أى المالكيون منهم - أى بيع
الصغير والمجنون باطل لعدم التمييز . أهـ . وأنظر الجواهر ج ٢ ص ٢٠٢ .
شرح المنح ج ٢ ص ٦٥ و ٦٦ ص ٤٦٦ .

وقال أبو حنيفة : يصح إذا اذن له (٣) . (٤)

لنا : هو انه غير مكلف ، فأشبه المجنون (٥) ، ولان من لا يصح طلاقه لم يصح بيعه كالمجنون (٦) . ولانه تصرف لا ينفذ منه بنفسه (٧) ، فلا ينفذ منه (٨)

= وعدم صحة بيعه يقول ابن حزم ، المحلى ج ٩ ص ٦٣٥ : ولا يحل بيع من لم يبلغ الا فيما لا بد له منه ضرورة كطعام لاكله وثوب يطرد البرد والحسر وما جرى هذا المجرى اذا اغفله أهل محلته وضيعوه . أهـ .

(٣) الهداية ج ٨ ص ١٨٦ فى كتاب الحجر . التبیین ج ٥ ص ١٩١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٣٧ .

وذ هب الحنابلة الى صحة بيع الصغير غير المميز فى الشئ اليسير كغريف خبز وحزمة بقل وان لم يأذن الولى بها ، واما المميز فلا يصح بيعه الا أن يأذن له الولى فيصح وان فى الشئ الكثير .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٤١ . كشف القناع ج ٣ ص ١٤٠ . وذكر فى المغنى ج ٤ ص ١٨٥ ، رواية أخرى انه لا يصح بيعه حتى يبلغ . (٤) سقط قوله (اذا اذن له) من نسخة ((ب)) . / والصواب اثباتها .

(٥) حيث لا يصح بيعه ولا شراؤه .

بجامع عدم التكليف فى كل من الاصل وهو المجنون والفرع وهو الصبى ، ولما كان حكم الاصل بطلان بيع المجنون كان حكم الفرع كذلك فيبطل بيع الصبى أيضا لذلك .

(٦) حيث لا يصح بيعه .

بجامع عدم صحة طلاقه فى كل من الاصل وهو المجنون ، والفرع وهو الصبى ، ولما كان حكم الاصل عدم صحة بيع المجنون ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع الصبى أيضا لذلك .

(٧) فى نسخة ((ب)) : ولانه تصرف من لا ينفذ منه بيعه .

(٨) سقط لفظ (منه) من نسخة ((ب)) .

بإذن الولي ، كالطلاق (٩) أو تصرف يملك (١٠) بالبلوغ ، فلا يملكه قبله بإذن ،
كالطلاق ، وحجة الاسلام ، والشهادة (١١).
قالوا : ذاك (١٢) لا يملكه (١٣) الولي ، فلا يملكه بإذنه (١٤).

- (٩) حيث لا ينفذ بإذن ولي الصبي لانه تصرف يشتمل على ضرر محض لا نفع له فيه كهبته وصدقته .
- بجامع انه تصرف لا ينفذ منه بنفسه في كل من الاصل وهو طلاق الصغير والفرع وهو بيعه .
- ولما كان حكم الاصل هو عدم نفاذ طلاق الصغير بإذن الولي ، كان حكم الفرع كذلك فلا ينفذ بيعه بإذن الولي أيضا لذلك .
- (١٠) رسمها في الاصل (يملكه) فعمل الناسخ شك فيها فكتبها بصيغة محتلة للوجهين ، وفي نسخة ((ب)) : يملكه .
- (١١) حيث لا يقع طلاقه ولا حجه عن الفرض ولا تصح شهادته وان اذن له الولي بذلك .
- بجامع انه تصرف يملك بالبلوغ في كل من الاصل وهو طلاق الصغير وحجة الاسلام والشهادة ، والفرع وهو بيع الصغير .
- ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة طلاق الصغير وحجه الفرض وشهادته قبل البلوغ وان اذن الولي كان حكم الفرع كذلك فلا يصح بيع الصغير وان اذن له الولي أيضا لذلك .
- (١٢) أي طلاق الصغير وحجه الفرض وشهادته .
- (١٣) سقط حرف النفي (لا) من نسخة ((ب)) .
- (١٤) لانه لا يملك فعله بنفسه فلا يملك الاذن به لغيره .

قيل : نكاح المكاتب لا يملكه السيد^(١٥) ثم يملكه باذنه ، ويبيع الرهن لا يملكه المرتهن^(١٦) ثم يملكه باذنه^(١٧) ولانه لو ملك^(١٨) باذن الولي ما يملكه الولي^(١٩) ، لملك مالا يملكه الولي بنفسه^(٢٠) ، كالعبد في الطلاق^(٢٢) .

(١٥) أى أن السيد لا يملك انكاح المكاتب لضعف سلطته عليه بالمكاتبه ولكنه يملك انكاحه اذا اذن له المكاتب .

(١٦) وهو صاحب الدين ، ان كان الرهن فى دين .

(١٧) أى باذن الراهن ، وهو المدين ، وانما لم يملك المرتهن بيع المال المرهون لضعف سلطته عليه ، لان حقه يتعلق ببعض المرهون ، فيكون متصرفا فى الباقي بغير حق ، فيمنع .

ومراد المصنف نفى الفارق الذى ذكره فى قياسه منع بيع الصبى وان اذن له الولي على طلاق الصبى وحجة فرضه وشهادته حيث لا تصح منه وان اذن له الولي ، ففرقوا بين الاصل والفرع فيه بان هذه الثلاثة لا يملك الولي فعلها عنه بنفسه فلا يملك الاذن له بها .

فأبطل المصنف هذا الفارق بنكاح المكاتب حيث لا يملكه السيد بنفسه ويملكه باذن المكاتب ، وبالرهن حيث لا يبيعه المرتهن ولكنه يبيعه اذا اذن له الراهن .

(١٨) أى المولى عليه وهو الصبى .

(١٩) أى ما يملك الولي فعله بنفسه .

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : مالا يملك .

(٢١) كما فى الطلاق وحجة الاسلام والشهادة ، فان الولي لا يملك فعلها له بنفسه ، فاذا قلنا ان المولى عليه يفعلها باذن الولي لكان المولى عليه مالكا لفعل لا يملكه الولي وهذا خلاف معنى الولاية ان هى للقيام بما لا يمكن المولى عليه القيام به لقصوره .

(٢٢) فانه يملك مالا يملكه السيد بنفسه ، وهو الطلاق ، لان الطلاق لمن أخذ

بالساق ، وهو الزوج .

فان احتجوا : بقوله تعالى (٢٣) (وابتلوا اليتامى) . (٢٤)
 قلنا : يمكن الابتلاء من غير عقد ، بان يراوض ويقرر ، (٢٥) (٢٦)
 فانه قال : (حتى اذا بلغوا النكاح) (٢٧) فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم
 أموالهم (فشرط البلوغ في دفع المال . (٢٨)

= أى والحال انه لا يصح ان نملك الصبي ما لا يملكه الولي بنفسه ، فصح انه
 لا يملك باذن الولي ما يملكه الولي ، وهو البيع .

(٢٣) فى نسخة ((ب)) : بقوله عز وجل .

(٢٤) النساء ، آية ٦ / وتام الآية (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح
 فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافا ويدارا أن
 يكبروا) الآية .

ومحل الشاهد فى الآية : هو قوله (وابتلوا) اختبروا قدرتهم فى التعامل
 بيما وشراء ونحو ذلك فاذا تبين لكم صلاحيته للقيام بملك العقود فادفعوا
 اليه ماله ليتولى ذلك بنفسه فدل على صحة بيعه ان لولاه لبطل معنى الابتلاء
 فى الآية .

وهذا ما يسميه الفقهاء ببيع الاختبار : وهو الذى يمتحنه به الولي ليستبين
 رشده عند مناهزة الاحتلام . أنظر المجموع ج ٩ ص ١٤٢ .

(٢٥) فى نسخة ((ب)) : بان يراوض ونقد ر . // أى بان يفوض الولي اليه المساومة
 وتبدير العقد ، فاذا انتهى الامر الى العقد اتى به الولي . أنظر المجموع :

ج ٩ ص ١٤٢ .

(٢٦) أى قوله (وابتلوا اليتامى) .

(٢٧) لم يذكر فى نسخة ((ب)) : قوله تعالى (حتى اذا بلغوا النكاح) .

(٢٨) أى . فكأن الآية منعت صحة بيع الصبي بدلالة الاشارة ، وذلك باشتراط

الرشد فى دفع المال الذى به يتم العقود .

قالوا : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر بن أبي سلمة : (٢٩) يا غلام
زوج امك . (٣٠)

قلنا : قد يقال للبالغ غلام . (٣١)

قالوا : يعقل البيع كالبالغ . (٣٢)

(٢٩) هو عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد ، ربيب النبي صلى الله عليه وسلم ، أمه
أم سلمة أم المؤمنين ولد في الحبشة في السنة الثانية من النبوة ، وقيل قبل
ذلك . ولى البحرين زمن علي وكان قد شهد معه وقعة الجمل ووهب من
قال انه قتل فيها ، مات بالمدينة سنة ٨٣ في خلافة عبد الملك بن مروان .
أنظر الاصابة ج ٢ ص ٥١٩ .

(٣٠) والشاهد : أنه ولاه عقد النكاح مع كونه غلاما وهو من دون البلوغ . أنظر
المفردات ص ٣٦٤ .

والحديث رواه البيهقي ج ٧ ص ١٣١ كتاب النكاح باب الابن يزوجهما
اذا كان عصبة لها بغير البتة . بعد ذكر موت زوجها وخطبة رسول الله
صلى الله عليه وسلم اياها فقال : فقالت لابنتها : يا عمر قم فزوج رسول الله
صلى الله عليه وسلم فزوجه . أه فجعله من كلامها هي ، ولم يذكر لفظه :
(يا غلام) .

(٣١) في المفردات ص ٣٦٤ : الغلام : الطار الشارب - أي نابته - يقال :
غلام بين الغلومة والغلومية . أه .

وفي القاموس ج ٤ ص ١٥٧ : والغلام الطار الشارب والكهل ، ضد - أي
هو من الاضداد - أو من حين يولد الى أن يشب . . . والشاب - أي ويطلق
على الشاب - العريض المفرق الكثير الشعر . أه .

وفي المصباح ج ٢ ص ١٠٥ : ويطلق الغلام على الرجل مجازا باسم ساكن
عليه ، كما يقال للصغير شيخ مجازا باسم ما يؤول اليه . أه .

(٣٢) حيث يبيعه قطعا .

بجامع تحقق العقل في كل من الاصل وهو البالغ والفرع وهو الصبي .
ولما كان حكم الاصل صحة بيع البالغ كان حكم الفرع صحة بيع الصبي
أيضا لذلك .

قلنا : يعقل الطلاق (٣٣) ولا يصح منه (٣٤) ، والبالغ مكلف ولهذا يصح منه ،
 (٣٥) وان لم يعقل وهو السكران ولهذا يصح منه من غير اذن ، وهذا بخلافه (٣٦)
 قالوا : حجر عليه (٣٨) مع التمييز ، فارتفع بالاذن ، كالعبد (٣٩)
 قلنا : يبطل بحجر المريض (٤٠) والعبد منع لحق الغير ، ولهذا (٤١)

(٣٣) أى يفهم معناه ويدرك مآله وما يترتب عليه من الضرر وغيره .

(٣٤) سقط لفظ (منه) من الاصل .

(٣٥) أى يصح الطلاق من البالغ وان لم يعقل معناه ، وهو فيا لو كان
 سكرانا .

وفى الاصل : وكان لم يعقل . / وهو خطأ من الناسخ .

(٣٦) أى من غير اذن أحد ، لانه بالغ لا تقف تصرفاته على اذن غيره .

(٣٧) أى الصبى بخلاف البالغ ، لتوقف تصرفات الاول على اذن الولي
 ولا كذلك الثانى .

وبإثبات الفارق المذكور يبطل قياسهم .

(٣٨) على صيغة مالم يسم فاعله ، والحجر هو المنع من التصرف ، من باب

قتل ، فهو محجور عليه . أنظر الصباح ج ١ ص ١٣٢ .

(٣٩) حيث يرتفع منعه من التصرف بالاذن له فيه .

بجامع الحجر عليه مع التمييز فى كل عن الاصل وهو العبد ، والفرع وهو
 الصبى ،

ولما كان حكم الاصل هو صحة تصرف العبد باذن السيد ، كان حكم الفرع

كذلك فيصح تصرف الصبى باذن الولي أيضا لذلك .

(٤٠) أى مرض الموت .

فانه اذا حجر على المريض لم يرتفع عنه الحجر بالاذن له ، لعدم أهليته

لمباشرة التصرفات بنفسه حال مرضه ، وكذلك الصغير وان اذن له المولى

فان ذلك لا يجعله أهلا لمباشرة البيع لبقاء المانع . وهو عدم الرشد ، مع الاذن .

(٤١) وهو السيد ، ان لو تصرف ونتج عن ذلك التصرف ضمان ، فان ضمانه =

ينفذ تصرفه في خالص حقه ، (٤٣) ولهذا يحتاج في ذلك المال الى الاذن بعد
 العتق ، (٤٤) والصبي منع لصباه ، (٤٥) (٤٦) ولهذا لا ينفذ تصرفه في خالص حقه ، (٤٧) ولا يحتاج
 الى الاذن بعد البلوغ. (٤٨)

= يكون من مال السيد ، واذا اذن له السيد فانه يكون قد تصرف في شيء
 هو من حقه فيرتفع به الحجر عن العبد .

(٤٢) أى العبد .

(٤٣) أى في الامور التي هي من شأنه خاصة دون السيد . كالطلاق ونحوه .
 فدل ذلك على أن منع العبد من التصرف انما هو لامر خارج عنه وهو تعلق
 حق السيد فيه ، لالذاته ، لان فيه أهلية التصرف فاذا اذن له السيد
 فقد زال المانع فيصح تصرف العبد بعده .
 ولا كذلك الصبي . كما سيذكره المصنف قريبا .

(٤٤) أى فدل على أن المنع من التصرف قبل العتق لم يكن بسبب رقه بل
 لتعلق حق الغير في ذلك المال ، لانه اذا اعتق فانه يحتاج أيضا الى
 الاذن في التصرف في مال الغير فثبت ان منعه من التصرف انما كان
 لامر خارج عن ذات العبد لالذاته .

(٤٥) أى من التصرف في العقود .

(٤٦) أى لعلة الصبا فيه ، وهي متعلقة بذاته لا تزول بالاذن له في التصرف
 من الولي بدليل ما سيذكره المصنف بعده .

(٤٧) أى في بيعه وشرائه ونكاحه وطلاقه ونحو ذلك .

(٤٨) أى وبه يثبت الفارق بين العبد وهو الاصل المقيس عليه وبين الصبي
 وهو الفرع المقيس في قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : تصح منه العبادات ، فهو كالبالغ .^(٤٩)
 قلنا : هذا^(٥٠) لا يدل على صحة البيع ، كما لا يدل على صحة الطلاق^(٥١) ،
 ولان العبادات تكليف يشق^(٥٢) ، فاحتيج الى التمرين في حال الصغر ، والبيع
 لا يحتاج الى التمرين .^(٥٣)

* مسألة (٨٣) : اذا فرق بين الوالدة وولدها في البيع بطل . ١٤٦ / ١ .

(٤٩) حيث يصح منه البيع قطعا .
 بجامع صحة العبادات من كل ، اما الاصل فهو البالغ ، واما الفرع فهو
 الصبي .
 ولما كان حكم الاصل هو صحة بيع البالغ ، كان حكم الفرع كذلك فيصح
 بيع الصبي أيضا لذلك .
 (٥٠) أى صحة العبادات منه .
 (٥١) فى الاصل : على الطلاق . / وكان الناسخ قد كتبها هكذا : على صحة
 الطلاق .
 ثم ضرب على كلمة (صحة) . والاولى اثباتها للاستغناء به عن تقديرها .
 والمقصود : ان صحة العبادات من الصغير لا تدل على صحة بيعه عندنا كما
 لا تدل على صحة طلاقه عندنا ، أنظر المنهاج ص ١٠٦ . وعندكم أنظر
 التبيين ج ٢ ص ١٩٤ .
 فاذا اردتم جعل صحة عباداته دليلا على صحة بيعه فاجعلوا ذلك دليلا
 على صحة طلاقه أيضا والا فقد تناقضتم .
 (٥٢) أى يصعب فعلها والالتزام بها .
 (٥٣) لانتفاء المشقة والصعوبة منه .
 أى وهذا فارق بين الاصل والفرغى قياسهم الصبي على البالغ لصحة
 العبادات من كل ، والقياس مع الفارق باطل .

(١) محل الوفاق فى هذه المسألة هو ما اذا باعه قبل رضاع اللبأ فلا يصح
 البيع بلا خلاف ، ومحل الخلاف : فيما قبل التمييز وفيما قبل البلوغ أيضا =

وقال أبو حنيفة : لا يبطل^(٢).

لنا : انه تفريق محرم في البيع^(٣) ، فأشبه التفريق بينهما وهو حمل^(٤) ،

= أنظر المجموع ج ٩ ص ٣٥٤ . وبطلان البيع هنا هو أظهر القولين . أنظر المنهاج ص ٤٧ . الوجيز ج ١ ص ١٣٩ وقد ذكر القولين ولم يرجح . ونص في المجموع ج ٩ ص ٣٥٤ على أن الأصح بطلانه وانه الجديد من قولى الشافعى . هذا في التفريق بين الأم والولد واما بينه وبين سائر المحارم ففيه قولان ،

وزهب الحنابلة الى تحريم التفريق بين كل ذى رحم محرم . وابطلوا البيع بالتفريق بينهما قبل البلوغ . أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٠ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢١٣ . المغنى ج ٤ ص ٢٠٠ .

وزهب المالكية الى تحريم التفريق بين الأم وولدها فقط مالم يثغر الولد الا أن ترضى الأم بالتفريق . أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٤ . الجواهر ج ٢ ص ٢٤ .

(٢) أى ويكره ، خلافا لابی يوسف فى احدى الروايتين عنه انه يبطل اذا كان بينهما ولادة فقط كما فى مسألتنا لا مطلق القرابة . والثانية يبطل مطلقا . ومحل الكراهة عندهم : اذا كان بينهما رحم محرم والا لم يحرم ولا يكره . أنظر الهداية ج ٦ ص ١١٢ . التبيين ج ٤ ص ٦٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٠ . وزهب ابن حزم الى صحة البيع مع اجبار البائع والمشتري على ابقاء الولد مع الأم حتى يكبر ويستغنى عنها ، نص على ذلك فى الحيوان كله . أنظر المحلى ج ٩ ص ٤٨٧ .

(٣) لما روى أبو أيوب مرفوعا : من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة . أهـ رواه الترمذى ج ٣ ص ٥٨ باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الاخوين أو بين الوالدة وولدها فى البيع ، رقم ١٢٨٣ ثم قال : هذا حديث حسن غريب . أهـ

(٤) بان يشتري الأمة ويستثنى حملها . أو يشتريه وهو حمل دونها ، أو يشترط =

أو فرق^(٥) بينهما في حال غذاء منها ، فأشبهه ما ذكرنا^(٦) .

قالوا : كل شخصين صح التفريق بينهما في الفسخ ، صح في البيع ،

(٧)
كالاخوين .

= شراءها مع حملها كل ذلك لا يصح : للجهالة والغرر .

والصحيح في هذا البيع ان يشتري الامة ويكون ولدها تبعاً لها في البيع .
والجامع في القياس المذكور هو انه تفريق محرم في كل من الاصل وهو
مالو فرق بين الامة وحملها في البيع ، والفرع وهو مالو فرق بينهما وبين
ولدها فيه .

ولما كان حكم الاصل هو بطلان العقد بالتفريق بين الامة وحملها ، كان
حكم الفرع كذلك فيبطل العقد بالتفريق بينهما وبين ولدها أيضاً لذلك .
(٥) سقط قوله (أو فرق بينهما في حال غذاءه منها ، فأشبهه ما ذكرنا) من
نسخة ((ب)) .

(٦) وهو قياسه على التفريق بينهما وهو حمل .

والجامع في هذا القياس هو التفريق بينهما في حال كون غذاء الولد منها
في كل من الاصل وهو مالو فرق بين الامة وابنها وهو حمل والفرع وهو
مالو فرق بينهما وهو مولود ، ولما كان حكم الاصل هو بطلان العقد بالتفريق
بين الامة وحملها كان حكم الفرع كذلك فيبطل العقد بالتفريق بينهما
وبين ولدها أيضاً لذلك .

(٧) حيث يصح التفريق بينهما بفسخ البيع في احدهما بالعيب فيه .
بجامع جواز التفريق بينهما بالفسخ في كل من الاصل وهو الاخوان والفرع
وهو الام وولدها ولما كان حكم الاصل هو صحة التفريق بين الاخوين بالبيع
لجوازه في الفسخ كان حكم الفرع كذلك فيجوز التفريق بين الام وولدها
بالبيع أيضاً لذلك .

قلنا : التفريق في الفسخ لا يحرم ويحرم في العقد^(٨) ، والاخوان لا بعضية^(٩) بينهما ، ولهذا لو اشترى أحدهما الآخر وهو^(١٠) مكاتب جاز أن ينفرد عنه في الكتابة^(١١) ، ولا يجوز في الوالدة والولد^(١٢) .

* مسألة (٨٤) : يجوز التفريق بينهما بعد سبع سنين في أحد القولين^(١) . ١٤٦/٠ ش.

(٨) لان في الفسخ دفع ضرر العيب عن المشتري ادخله عليه البائع ، فكان التفريق جائزا لان فيه تحصيل غرض صحيح .
واما العقد ففيه ادخال للضرر على الام وولدها بتفريقهما ، ولا ضرر على البائع في بيعهما معا أو امساكهما معا . فامتنع التفريق بينهما لذلك .
(٩) أى بخلاف الام وولدها ، فلا يصح قياس الام وولدها عليهما للفارق المذكور .

(١٠) أى أحد الاخوين .

(١١) زاد في نسخة ((ب)) : كأن يبيعه أخوه المكاتب .

(١٢) في الاصل : في الوالد والولد .

وسبب جوازه في الاخوين دون الام وولدها هو انعدام البعضية في الاخوين دونها .

(١) أى مع الكراهة ، وهو اظهر القولين ، والثاني يحرم حتى يبلغ الولد .
وأما بعد البلوغ فيكره بلا خلاف .

أنظر المجموع ج ٩ ص ٣٥٥ . فتح العزيز ج ٨ ص ٢٢٧ . المنهاج ص ٤٧ .
وهو قول المالكية ، لانهم خصوا التحريم بما قبل الاثغار وهو وقت سقوط الاسنان الرواضع وهو سن التمييز ويقع في السابعة أو الثامنة .
أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٤ . الجواهر ج ٢ ص ٢٤ . القوانين ص ٢٨٥ .
ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم . أنظر المحلى ج ٩ ص ٤٨٧ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز قبل البلوغ^(٢).

لنا : ^(٣) هو انه حالة يستغنى فيها الولد عن الوالدة ، فأشبهه ما بعد

البلوغ . ^(٤)

قالوا : حالة قبل البلوغ ، فأشبهه ما قبل ذلك . ^(٥)

قلنا : هناك^(٦) يحتاج الى الحفظ والحضانة ، ويعد لها لا يحتاج^(٧) .

(٢) الهداية ج ٦ ص ١١٢ . التبيين ج ٤ ص ٦٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧١ .

وزهب الحنابلة الى تحريم التفريق بينهما مطلقا قبل البلوغ ويعد

أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٠ .

وفى رواية يجوز بعد البلوغ ذكرها كل من المحرر ج ١ ص ٣١٢

والمغنى ج ٤ ص ٢٠١ وصححها ابن قدامة .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) حيث يجوز التفريق بينهما ان .

بجامع الاستغناء عن الوالدة فى كل من الاصل وهو الولد البالغ والفرع

وهو ما قبل البلوغ .

ولما كان حكم الاصل هو جواز بيع الولد البالغ كان حكم الفرع كذلك فيجوز

بيعه قبل البلوغ اذا كان مميزا أيضا لذلك .

(٥) أى ما قبل التمييز ، حيث لا يجوز قطعا .

بجامع ان كلا حالة قبل البلوغ ، اما الاصل فهو الولد قبل التمييز ، وأما

الفرع فهو الولد بعد التمييز وقبل البلوغ .

ولما كان حكم الاصل تحريم بيع الولد قبل التمييز كان حكم الفرع كذلك

فلا يجوز قبل البلوغ وان كان مميزا أيضا لذلك .

(٦) أى قبل التمييز وهو ما قبل السابعة .

(٧) أى فهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم تحريم بيع الولد بعد التمييز

عليه قبله ، ولا قياس مع الفارق .

* مسألة (٨٥) : يجوز التفريق بين الأخوين . (١) ١٤٦/٠ ش .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . (٢)

لنا : انه قرابة لا ترد بها الشهادة ، فأشبه قرابة ابن العم . (٣)

قالوا : روى أن علياً (٤) فرق بين أخوين ، فقال له النسيبي

- (١) أى فى أحد القولين : الوحيز ج ٢ ص ١٩١ كتاب السير : وهل يتعدى التحريم - أى تحريم التفريق بين الأم وولدها - الى سائر المحارم ، قولان . أهـ وأنظر الأم ج ٤ ص ٢٧٤ . القليوبي ج ٢ ص ١٨٥ . ولم يذكر فيه خلافاً . وهو قول المالكية فقد قصروا التحريم فيه على الوالدة وولدها . أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ٣٤ . الجواهر ج ٢ ص ١٤ . شرح المنح ج ٢ ص ٥٦٥ . ولعله قول ابن حزم ، ففى المحلى ج ٩ ص ٤٨٧ : وجائز بيع الصغار من جميع الحيوان حين تولد ويجبر كلاهما على تركها مع الامهات الى أن يعيش دونها عيشاً لا ضرر فيه عليها . أهـ فلم يعد الحكم الى غيرها .
- (٢) لانهما ذوا رحم محرم ومحل له مالم يبلغا . أنظر الهداية ج ٦ ص ١٠٨ (١) ص ١١٢ التبيين ج ٤ ص ٦٨-٦٩ مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٠ ص ٧١ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٨٠ - كشاف القناع ج ٣ ص ٢١٣ . المفنى ج ٤ ص ٢٠٠ .

(٣) حيث يجوز التفريق بينهما .

بجامع ان كلا قرابة لا ترد بها الشهادة ، اما الاصل فهو قرابة ابن العم واما الفرع فهو قرابة الأخوين .

ولما كان حكم الاصل جواز التفريق بين ابناء الاعمام لصحة شهادة بعضهم لبعض كان حكم الفرع كذلك فيجوز التفريق بين الأخوين لصحة شهادة بعضهم لبعض أيضاً لذلك .

(٤) هو ابن أبي طالب . أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .

(٥) سقط لفظ (له) من الاصل .

(٦)

صلى الله عليه وسلم : ادركهما وارتجعهما ولا تفرق بينهما .

قلنا : لعله أمره بذلك على سبيل الاستحباب ، ولهذا أمر بالارتجاع

(٧)

وذلك لا يجب بعد العقد ،

(٩)

قالوا : قرابة تحرم^(٨) بها المناكحة ، فأشبهه الولادة^(٩) .

(٦) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٥٦ كتاب التجارات ، باب النهى عن التفريق بين السبي ، رقم / ٢٢٤٩ ولفظه : عن علي قال : وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعث احدهما ، فقال : ما فعل الغلامان ؟ قلت : بعثت احدهما . قال : رده . أه .

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٨١ باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الاخوين أو بين الوالدة وولدها فى البيع . رقم / ١٢٨٤ وقال : هذا حديث حسن غريب . أه .

قال النووى معقبا على تحسين الترمذى : وليس بمقبول منه ، ولان مداره على الحجاج بن أرطاة ولانه مرسل ، فان ميمون بن أبى شبيب لم يدرك عليا رضى الله عنه ، وقد ضعف البيهقى هذا الحديث . أه . المجوع : ج ٩ ص ٣٥٦ .

(٢) لان العقد وقع من أهله فى محله .

(٨) فى نسخة ((ب)) : تحكم بها . / وهو تحريف .

(٩) فى نسخة ((ب)) : الولد . / والمقصود بالولادة صلتها أى فأشبهه

مالو كان بينهما ولادة كالاباء وان علوا والابناء وان نزلوا حيث لا يجوز التفريق بينهما .

والجامع فى القياس المذكور هو انها قرابة يحرم بها النكاح فى كل من الاصل وهو قرابة الولادة ، والفرع وهو قرابة الاخوين .

ولما كان حكم الاصل هو تحريم التفريق بين الاباء والابناء للقرابة المحرمة للنكاح ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم التفريق بين الاخوين للقرابة المذكورة أيضا .

قلنا : تلك القرابة ترد بها الشهادة ^(١٠) ، وتجب بها النفقة —
 اختلاف الدين ، وتحرم بها منكحة احدهما على الآخر ، ^(١٢) بخلاف هذه ^(١٣) .

- (١٠) فلا تصح شهادة الاصول المفروع ولا الفروع للاصول للتهمة .
 (١١) فيجب على الابن النفقة على أبويه وان كانا كافرين .
 (١٢) فلا يحل للولد نكاح امرأة الاب ولا يحل للاب نكاح امرأة الابن .
 (١٣) أى قرابة الاخوين ، ان تصح شهادة احدهما للآخر ولا تجب عليه النفقة
 لاختلافه ولا يحرم عليه نكاح زوجة أخيه بعده .
 وهذه فوارق يبطل بثبوتها قياسهم قرابة الاخوين على قرابة الولادة ، والقياس
 مع الفارق باطل .

(*)

"مسائل السلم"

* مسألة (٨٦) : يجوز السلم في المعدوم . ١٤٦/٠ ش.

(*) بفتح الاو والثاني ، ويقال له السلف بفتحين أيضا ، والأول لغة أهل الحجاز ، والثاني لغة أهل العراق . يقال : سلم وأسلم . وهو بيع موصوف في الذمة . وقيل : هو أن يسلم عوضا حاضرا في عوض موصوف في الذمة الى اجل وانما سمي سلما لتسليم رأس المال في المجلس ، وسمى سلما لتقديم رأس المال فيه .

وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع والقياس .
اما الكتاب : فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) سورة البقرة آية / ٢٨٢ .
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال : اشهد ان السلف المضمون الى أجل مسمى ، قد احله الله في كتابه ، واذن فيه ثم قرأ هذه الآية . رواه الشافعي في الام ج ٣ ص ٩٣ .
واما السنن فعن ابن عباس قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث ، فقال : من اسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم . أهد

رواه البخاري ج ٢ ص ٣ . كتاب السلم ، باب السلم في وزن معلوم .
واما الاجماع فقال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز .
وأما القياس : فان المثلن في البيع احد عوض العقد ، فجاز ان يثبت في الذمة كالمثلن .
وايضا فان أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون الى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد تموزهم النفقة فجوز لهم السلم ليرتفعوا ويرتفع المسلم بالاسترخاء .

ويشترط لصحته ما يشترط في البيع ، وزيادة ثلاثة شروط : (١) تسليم رأس المال في المجلس (٢) معرفة المقدار . ٣ - التسليم في مكان العقد الا لعذر كما ذكره ج ٢ ص ٢٤٥ .
ثم أخذ الثمن في المجلس يسمى مسلما اليه . ومعطيه يسمى مسلما بكسر اللام ويسمى رب السلم ايضا . والثمن يسمى مسلما يفتح اللام والمبيع يسمى مسلما فيه ، وعطية البيع بينهما على جهة التأجيل في المثلن تسمى سلما .
أنظر مغني المحتاج ج ٢ ص ١٠٢ . المغني ج ٤ ص ٢٠٧ . القاموس ج ٤ ص ١٢٩ .
(١) أي حين عقد السلم لا عند حلول الاجل .

(٢) وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

لنا : ما روى ابن عباس ^(٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة وهم يسلفون في الثمر ، السنة والسنتين والثلاث ، فقال : (من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم واجل معلوم) ^(٥) ، ولم ينكر فعلهم ، بل اذن فيهم —————

= الام ج ٣ ص ٩٦ ، ما يجوز من السلف : ولا بأس أن يسلف الرجل في الرطب قبل ان يطلع النخل الثمر اذا اشترط اجلا في وقت يمكن فيه الرطب . أهـ .
الوجيز ج ١ ص ١٥٥ : ولا يغزر الا نقطاع قبله - أي وقت التسليم - ولا بعده . أهـ المنهاج ص ٥٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٢٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٩٠ .
المغنى ج ٤ ص ٢٢٢ .

واليه ذهب المالكية أيضا :
أنظر : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٠٠ . الجواهر ج ٢ ص ٧١ . شرح المنح ج ٣ ص ٢٩ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ١ ص ٦١ .
(٢) أي يشترط أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل أي وقت التسليم والا بان كان معدوما وقت العقد أو وقت المحل أو ما بينهما ، لم يصح السلم .

أنظر الهداية ج ٦ ص ٢١٣ . التبيين ج ٤ ص ١١٣ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٠٠ .
(٣) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

(٤) سقط من نسخة ((ب)) قوله : ووزن معلوم .

(٥) رواه البخاري ج ٢ ص ٣٠ باب السلم في وزن معلوم ، ولفظه عن ابن عباس :
قدم النبي صلى الله عليه وسلم وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث . فقال :
من اسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم . أهـ وفي رواية : فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم .
ورواه مسلم ج ٣ ص ١٢٢٧ كتاب المساقاة ، باب في السلم ، رقم الحديث / ١٢٧ =

واطلقه^(٦)، ولانه وقت لم يجعله المتعاقدان محلا للمسلم فيه^(٧)، فأشبهه ما بعد
المحل^(٨)، ولانه عام الوجود^(٩) في حال المحل^(١٠)، مضبوط بالصفة فأشبهه

-
- = ولفظه : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة
والسنتين فقال : من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم
الى اجل معلوم . أهـ
- ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٧٥ باب في السلف . رقم / ٣٤٦٣ .
والترمذي ج ٣ ص ٦٠٢ باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر . رقم
/ ١٣١١ ثم قال : حديث ابن عباس حديث حسن صحيح . أهـ .
ورواه النسائي ج ٧ ص ٢٩٠ تحت عنوان : السلف في الثمار .
ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٦٥ باب في السلف في كيل معلوم ووزن معلوم
أجل معلوم ، رقم / ٢٢٨٠ .
- ومحل الشاهد منه : هو انهم كانوا يسلفون السنة والسنتين والثلاث ، ولم يكن
الشرط وجد بعد فدل على جوازه في المعدوم أى وقت العقد . وان اشترط
وجوده عند المحل وهو وقت حلول الاجل وتسليم المسلم فيه .
- (٦) أى من حينئذ الوجود والعدم من وقت العقد الى المحل .
- (٧) سقط لفظ (فيه) من نسخة ((ب)) . / أى محلا لتسليم المسلم فيه .
- (٨) بكسر الحاء المهملة أى وقت تسليمه . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٤٨ : حيث
لا يشترط وجود المسلم فيه بعده .
- بجامع انه وقت لم يجعله المتعاقدان محلا للمسلم فيه فى كل من الاصل
وهو ما بعد وقت التسليم والفرع وهو ما قبل وقت التسليم .
- ولما كان حكم الاصل جواز السلم وان كان المسلم فيه معدوما بعد وقت
التسليم كان حكم الفرع كذلك فيجوز السلم وان كان المسلم فيه معدوما
قبل وقت التسليم أيضا لذلك .
- (٩) أى منتشر الوجود فى الاسواق وغيرها ، احترازا من وجوده فى محل معين
أو عند اشخاص قلة لان ذلك يؤدى الى تعذر تسليم المسلم فيه لا حتمال
امتناعهم عن بيعه أو اغلائهم فى الثمن فوق العادة .
- (١٠) أى وقت حلول الاجل للتسليم .

مالا ينقطع ، ^(١١) ولانه لو كان عدمه ^(١٢) يمنع الصحة ، لكان طارئة يبطل العقد ، كموت العبد ^(١٣) وهلاك الصبرة . ^(١٤)

قالوا : ما يتوهم معه ^(١٥) تعذر تسليم المعقود عليه في محله يبطل السلم ، كما لو اسلم فـسـى شـسـرة نخـلـسـة بهينـهـا ^(١٦) أو ذراع

(١١) حيث يجوز فيه السلم قطعاً .

بجامع عموم الوجود وقت المحل والضبط بالصفة في كل من الاصل وهو مالا ينقطع من المسلم فيه ، والفرع وهو ما ينقطع منه قبل التسليم . ولما كان حكم الاصل صحة السلم فيما لا ينقطع منه كان حكم الفرع كذلك فيجوز السلم فيما ينقطع قبل التسليم أيضا لذلك .

(١٢) أى المسلم فيه .

(١٣) أى لكان اذا طرأ العدم على المسلم فيه بعد المحل وقبل التسليم مبطلا للعقد . والحال انه لا يبطله بل يتخير المسلم بين الفسخ والصبر حتى يوجد في اظهر القولين . أنظر المنهاج ص ١٥٣ أى فصح ان عدمه لا يبطل العقد لذلك .

(١٤) وهى الكومة من الطعام ، وهى بضم المهملة فموحدة من تحت ساكنة وجمعها صبر ، كغرفة وغرف .

تقول : اشتريت الشئ صبرة أى بلاكيل ولا وزن . أنظر المصباح ج ١ ص ٣٥٥ . أى والحال ان طارئه لا يبطل العقد ، فصح ان عدمه قبل المحل ، لا يمنع من صحة العقد .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : فيه .

(١٦) حيث يبطل السلم لتمكن الفرر فيه ، لا حتمال ان تتلف تلك النخلة فيتعذر التسليم ولا كذلك اذا لم يعينها واكتفى بتعيين الجنس أو النوع .

وقد روى ابن ماجه ج ٢ ص ٢٦٦ باب السلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم رقم / ٢٢٨١ عن عبد الله بن سلام قال جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان بنى فلان اسلموا لقوم من اليهود وانهم قد =

(١٧)

رجل بعينه .

قلنا : هو كما قلتم ، في المحل المشروط بالا صول^(١٨) التي قسم عليها^(١٩) ،
 واما في غير المشروط فلا^(٢٠) ، ولهذا يبطل السلم فيما ينقطع في
 المحل^(٢١) ولا يبطل فيما ينقطع بعده^(٢٢) ، وان توهم تأخير التسليم

= جاعوا ، فأخاف أن يرتدوا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم من عنده ؟ . فقال
 رجل من اليهود : عندي كذا وكذا (لشيء قد سماه) أراه قال ثلاثمائة
 دينار يسعر كذا وكذا من حائط بني فلان . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 يسعر كذا وكذا الى اجل كذا وكذا وليس من حائط بني فلان . أهد . قال
 في الزوائد : في اسناده الوليد بن مسلم ، وهو مدلس . أهد

(١٧) يعني أو في مذروع بتقدير ذراع رجل بعينه .

وفي نسخة ((ب)) : رجل مجهول . / أنظر قولهم هذا في التبيين ج ٤ ص ١١٣ .
 بجامع توهم تعذر تسليم المعقود عليه في محله ، في كل من الاصل وهو
 مالوا سلم في ثمرة نخلة بعينها أو ذراع رجل بعينه ، والفرع وهو مالوا سلم
 في معدوم وقت العقد .

ولما كان الأصل هو بطلان الاسلام في ثمرة نخلة بعينها أو ذراع رجل
 بعينه لا احتمال تلف النخلة وهلاك الرجل ، كان حكم الفرع كذلك فيبطل
 السلم في المعدوم لعدم القدرة على التسليم أيضا لذلك .

(١٨) في الاصل : المشروط الاصول . / والصواب اثبات الباء .

(١٩) يعني قولهم : كما لو سلم في ثمرة نخلة بعينها أو ذراع رجل بعينه .

(٢٠) حيث يصح فيه السلم عند امكان التسليم في المحل . وان انعدم قبله .

(٢١) لعدم القدرة على التسليم في وقته .

(٢٢) أي بعد المحل .

لانه بالخيار فيه بين الصبر حتى يوجد المسلم فيه ، وبين الفسخ كما هو
 اظهر القولين .

أنظر المنهاج ص ٥٣ . والثاني : يفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض . والأول
 يجيب بان المسلم فيه متعلق بالذمة ، أي فلا يضر فيه تلف المعقود عليه قبل
 القبض . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٤٨ .

(٢٣) إليه ، ويطل بما جهل فيه المحل المشروط ، (٢٤) ولا يطل بما جهل في—
 (٢٦) المحل بالموت . ولان فيما قاسوا عليه ، (٢٧) الفرر لا تدعو الحاجة اليه ، وتدعوا
 الحاجة الى هذا الفرر (٢٨) لحاجتهم الى السلم في المعدوم . (٢٩)

(٢٣) أى الى ما بعد المحل .

(٢٤) حيث يطل به السلم . لان معرفة الاجل شرط فيه . أنظر المنهاج ص ٥٣ .

(٢٥) فدى نسخة ((ب)) : بما جهل .

(٢٦) لان الموت طارئ لا يعرف له وقت فهو خارج عن ارادة المتعاقد —نـ ،

فلا يطل السلم بالجهل بوقت حلول الموت .

والمقصود : ابطال ما جعلوه علة في قياسهم السلم في المعدوم على ما لو اسلم
 في ثمرة نخلة بعينها أو ذراع رجل بعينه ، لتخلف هذه العلة في
 بعض الاحكام وتحققها في أخرى ، وهذا مما يقدر في صحة اعتبارها
 علة للحكم . فان توهم عدم القدرة على التسليم في المحل الذي جعلوه
 علة في ابطال الاسلام في ثمرة نخلة بعينها موجودة أيضا فيما ينقطع بعد
 المحل من المسلم فيه ، ومع ذلك لا يطل فيه السلم مع توهم تأخير
 تسليم المسلم فيه الى ما بعد وقت حلوله .

وكذلك وجدت هذه العلة في السلم المشروط الاجل ولكن الحكم تخلف معها ،

حيث صح السلم فيه مع احتمال عدم القدرة على التسليم بسبب الموت .

(٢٧) فدى نسخة ((ب)) : ولان ما قاسوا عليه الفرر . ولا تدعو الحاجة الى هذا

الفرر . / والمقصود بقوله : فيما قاسوا عليه : هو قياسهم الاسلام في ثمرة نخلة

بعينها أو ذراع رجل بعينه .

(٢٨) سقط قوله (وتدعو الحاجة الى هذا الفرر) من نسخة ((ب)) : . / والاشارة

عائدة الى احتمال الانقطاع . قبل المحل .

(٢٩) أى فكان قياسهم قياسا مع الفارق ، وما كان كذلك فهو باطل .

قالوا : الجهالة تمنع صحة السلم ^(٣١) ، فالعدم أولى ^(٣٢) ، لانه أبلغ .
 قلنا : يبطل بالاجارة ^(٣٣) ، ثم الجهالة أبلغ ^(٣٤) ، لان المجهول فى الحال
 مجهول عند المحل ^(٣٥) ، والمعدوم فى الحال ^(٣٦) غير معدوم فى المحل ^(٣٧) .
 قالوا : نوع بيع ، فلم يصح فى المعدوم كبيع الاعيان ^(٣٨) .

- (٣٠) أى جهالة الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن والعدد فيما يعد ، والا جل
 فى الجميع .
- (٣١) لانه بذلك يكون بيع غرر يفضى الى المنازعة . ولقوله صلى اللعلله وسلم :
 من اسلف فى شئ ففى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم . أهـ رواه
 البخارى ج ٢ ص ٣٠ باب السلم فى وزن معلوم ، وأنظر تخريجه أيضا فى
 الهامش رقم (٥) أول المسألة .
- (٣٢) أى ان عدم وجود المسلم فيه أصلا أولى بعدم الجواز مما لو جهلت
 بعض أوصافه .
- (٣٣) فان المنفعة - وهى المقصود بالعقد - معدومة وقت العقد ، ثم يصح
 معها عقد الاجارة .
- (٣٤) أى بأوصاف المسلم فيه واجله .
- (٣٥) أى عند وقت التسليم ، وانما كان كذلك لان عدم العلم به عند العقد
 يقيه كذلك عند التسليم ، فتقع به الخصومة .
- (٣٦) أى معدوم الذات ، ولكنه معلوم الصفات والا جل .
- (٣٧) لان التسليم يكون بناء على الأوصاف وقت العقد ، فلا تقع به الخصومة
 فكان السلم صحيحا لذلك .
- (٣٨) أى حيث لا يجوز بيع العين الغائبة ، على الوصف ، أو حيث لا يجوز بيع
 العين غير المملوكة ، على أن يشترطها ويسلمها للمشتري . أو حيث لا يجوز
 بيع العين المعدومة كهيل الدابة وهيل الحبل .
- بجامع انه نوع بيع فى كل من الاعل وهو بيع الاعيان والفرع وهو بيع السلم .
 ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز بيع الاعيان المعدومة . كان حكم الفرع
 كذلك فلا يجوز بيع السلم فى المعدوم أيضا لذلك .

قلنا : لان محل التسليم ^(٣٩) عند العقد هناك ^(٤٠) ، وها هنا عنده ^(٤١)
 المحل ^(٤٢) ، ولهذا لم يصح البيع فيما ^(٤٣) ليس في ملكه ويصح السلم ^(٤٤) .

✽ مسألة (٨٧) : السلم الحال جائز ^(١) . ١٤٦/ش ،
 وقال أبو حنيفة : لا يجوز ^(٢) .

- (٣٩) في نسخة ((ب)) : لان محل التسليم هنا عند العقد .
 (٤٠) أى في بيع الاعيان ، والتسليم عند العقد اذا كانت العين معدومة متعذر
 فيبطل العقد به لذلك .
 (٤١) أى في بيع السلم . أى والتسليم عند المحل ممكن ، فصح به العقد .
 (٤٢) فهو بيع متعلق بالذمة ، فصح فيه ما لا يصح في بيع الاعيان .
 (٤٣) أى بيع الاعيان .
 (٤٤) مع انه يبيع فيه شيئا لا يملكه بعد .
 أى وهذا فارق بين الاصل وهو بيع الاعيان والفرع وهو بين السلم ففى
 قياسهم ، والقياس مع الفارق باطل .

- (١) المختصر ص ٩٠ . الام ج ٣ ص ٩٥ . المنهاج ص ٥٣ .
 (٢) أى لا يجوز الا مؤجلا ، واقله شهر اعتبارا بالمدن لو حلف ليقضين دينه
 عاجلا ففضاه قبل نهاية الشهر حيث لا يحنت . وقيل : ثلاثة أيام اعتبارا
 بشرط الخيار وقيل : اكثر من نصف يوم اعتبارا بمجلس البيع ان لا يمتد اكثر
 من ذلك عادة وذ هب الكرخى الى اعتبار عرف الناس فى ذلك المسلم فيه .
 والأول أصح .
 أنظر الهداية ج ٦ ص ٢١٧ . التبيين ج ٤ ص ١١٤ ، وص ١١٥ مجمع الانهر
 ج ٢ ص ١٠٠ .

وذ هب الحنابلة اليه أيضا لكن قيل اقله شهر وقيل : نصفه أو نحو ذلك .
 شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١٨ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٨٥ . المغنى ج ٤ ص ٢٢٠ =

لنا : انه أحد نوعي البيع ، فجاز أن يكون الدين فيه حالا ومؤجلا ،
 كبيع الاعيان ^(٣) ، أو دين يحل بالموت ^(٤) ، يمكن المطالبة به ، فلم يشترط ^(٥)
 فيه الاجل ، كالثلثين ^(٦) ، ولا يلزم السلم الحال في المعقدوم ^(٧) ،

-
- = وبه يقول المالكية ، وحدوا الاجل بنصف شهر فأكثر . . .
 أنظر : الشرح الصغير ج ٢ ص ٩٨ . الجواهر ج ٢ ص ٦٩ . شرح المنح
 ج ٣ ص ١٩ .
 واليه ذهب ابن حزم لكنه جعل الاجل ساعة فما فوقها . أنظر المحلى
 ج ١ ص ٤٥ و ٥٣ .
 (٣) حيث يجوز فيه حلول الثمن وتأجيله .
 بجامع انه أحد نوعي البيع في كل من الاصل وهو بيع الاعيان ، والفرع وهو
 بيع السلم .
 ولما كان حكم الاصل هو جواز ان يكون الدين في بيع الاعيان مؤجلا ومؤجلا
 كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن يكون بيع السلم حالا ومؤجلا أيضا لذلك .
 (٤) أى يجب ادائه الى مستحقه بموت من هي في ذمته وان كان اجلها لم
 يحن بعد وذلك من تركته ، استعجالا لفك ذمته من حقوق العباد .
 (٥) من قوله (فلم يشترط) الى قوله (المطالبة به) ساقط من نسخة ((ب)) .
 (٦) حيث لا يشترط فيه الاجل ، بل يجوز اعطاؤه في الحال ويجوز تأجيله الى
 وقت آخر .
 بجامع ان كلا دين يحل بالموت يمكن المطالبة به ، اما الاصل فهو الثمن ،
 واما الفرع فهو السلم .
 ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط الاجل في الثمن حيث يجوز تعجيله
 وتأجيله كان حكم الفرع كذلك فيجوز تعجيل السلم وتأجيله أيضا لذلك .
 (٧) أى حيث أوجبنا القدرة على التسليم فيه حال العقد . أنظر شرح المحلى
 ج ٢ ص ٢٤٨ . أى المحذور غير معدوم على تسليمه في الحال .
 فكأن هناك سؤالاً مقدرا يقول : اذا اجزمت الحال والمؤجل ، فسانا تقولون
 فيما لو كان المسلم فيه في السلم الحال معدوما ، أليس يلزم منه القول =

لانه لا يمكن المطالبة به^(٨) ، ولأنه من زوائد العقد^(٩) ، يقدر على تسلم المعقود^(١٠) عليه^(١١) مع عدمه^(١٢) ، فلم يكن شرطاً^(١٣) كالخيار في البيع^(١٤) والرهن في السلم^(١٥) ،

= بصحة بيع المعدوم .

وهو بيع باطل ، وأنتم لا تقولون به .

فالجواب إن هناك فرقاً بين السلم الحال في المعدوم وبينه في غير المعدوم ، وهو أن الأول لا يمكن المطالبة به ولا كذلك الثاني فلا يلزمنا تصحيح السلم الحال في المعدوم بسبب تصحيحنا له في غير المعدوم للفارق المذكور .

(٨) أى بالسلم فيه ، لأن القبض ليس بشرط في السلم فيه وإن كان حالاً فلو

وجد لكان متبرعاً به . أنظر فتح العزيز ج ٩ ص ٢١٢ . هكذا في الموجود فكيف به في المعدوم فانه لا يمكن المطالبة به منه بأى دوى .

(٩) أى وصف التأجيل في السلم .

(١٠) وليس من لوازمه . لأن العقد إذا اطلق لزم منه الحلول ، فيكون التأجيل

عارضاً وزائداً فيه .

(١١) أى في الحال .

(١٢) الضمير عائد الى وصف التأجيل ، وليس الى المعقود عليه ، لأن ذلك

تناقض ولا يؤدى المعنى المطلوب من الاحتجاج به .

(١٣) أى فلم يكن التأجيل شرطاً في السلم . فصح انه يجوز حالاً .

(١٤) حيث يجوز فيه وليس بشرط ، لأن للمتبايعين حق إسقاطه ببيع التأخير ،

لما روى ابن عمر مرفوعاً : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما

لصاحبه اختر ورهما قال : أو يكون بيع خيار . أهـ رواه البخارى ج ٢ ص ١٢

باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع .

(١٥) في نسخة ((ب)) : والرهن بالسلم . / حيث يجوز الرهن فيه ولا يشترط

لأن رب السلم في حاجة الى التوثيق لحقه .

والجامع في القياس المذكور هو أنه من زوائد العقد يقدر على تسليم المعقود

عليه مع عدمه في كل من الأصل وهو الخيار في البيع والرهن في السلم . والفرع

=

وهو التأجيل في السلم .

والدليل على أنه من الزوائد انه يوجد العقد دونه وهو اذا مات .^(١٧)
 احتجوا :^(١٨) بقوله صلى الله عليه وسلم : (من اسلف فليسلف في كيـل
 معلوم ووزن معلوم واجل معلوم)^(٢٠)
 قلنا : أمر باعلام^(٢١) الاجل اذا اسلم في المؤجل ، كما أمر باعلام الكيل
 اذا اسلم^(٢٣) في مكيل ونحن نقول به .^(٢٤)

= ولما كان حكم الاصل هو صحة البيع بدون شرط الخيار والسلم بدون رهن
 لانهما من الزوائد على العقد مع القدرة على الوفاء بدونهما ، كان حكم
 الفرع كذلك فيصح السلم بدون التأجيل أيضا لذلك .

(١٧) وذلك اذا عقد السلم ومات في الحال ، فانه يجب على ورثته اداء المسلم
 فيه في الحال ، ولو كان التأجيل شرطا فيه لما وجب عليهم ادائه بموته
 بل لكانوا يؤدونه بانتهاء الاجل فدل على أنه من زوائد العقد .

(١٨) في نسخة ((ب)) : واحتجوا .

(١٩) في نسخة ((ب)) : من اسلم فليسلم .

(٢٠) رواه الاثمة الستة في كتبهم ، أنظر تخريجه في المسألة قبل هـ

هـامش رقم (٥) .

ومحل الشاهد فيه : قوله صلى الله عليه وسلم (واجل معلوم) .

(٢١) أي بذكره في العقد ليعلمه المتعاقدان فضا للنزاع عند التسليم .

(٢٢) أي وليس فيه تعرض للسلم الحال فلا يتناول الحكم المذكور في الحديث هنا .

(٢٣) سقط من نسخة ((ب)) قوله (في المؤجل ، كما أمر باعلام الكيل اذا اسلم)

والامر المشار اليه هو الوارد في الحديث المذكور .

(٢٤) أي بوجوب الاعلام بالكيل اذا اسلم بمكيل . أنظر المنهاج ص ٥٣ .

قالوا : ^(٢٥) عوض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض ، فلم يجوز حالا ومؤجلا ،
كالمبيع . ^(٢٦)

قلنا : ما يجوز التصرف فيه أيضا قبل القبض وهو العقار عند هم ^(٢٧) لا يجوز
حالا ومؤجلا ^(٢٨) فلم يؤثر الوصف ^(٢٩) والمبيع يجب تعيينه ^(٣٠) ، فهو كمرأس مال السلم ^(٣١) ،

(٢٥) سقط لفظ (عوض) من نسخة ((ب)) . / ولفظ عوض صفة لموصوف محذوف
تقديره : الثمن في السلم عوض . الخ .

(٢٦) في نسخة ((ب)) : كالمبيع . / حيث لا يجوز تأجيل التسليم بعد نقد الثمن .
بجامع انه عوض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض في كل من الاصل وهو المبيع
والفرع وهو الثمن في السلم .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز كون المبيع في البيع حالا ومؤجلا لعدم
جواز التصرف فيه قبل القبض . كان حكم الفرع كذلك فلا يصح السلم حالا
ومؤجلا أيضا لذلك .

(٢٧) هو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد وزفر حيث منعوا منه .
أنظر مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٩ .

(٢٨) أى فكانوا هم أول من نقض هذه العلة ، فلا اعتبار بها .

(٢٩) وهو أن المسلم فيه عوض لا يجوز التصرف فيه قبل القبض .

وانما لم يؤثر لانه تخلف الوصف في العقار عن الحكم ، حيث يجوز التصرف
فيه قبل القبض في العقار ثم لا يجوز الا مؤجلا . فكان الوصف الذي جعلوه
علة لا غيا ، لعدم تأثيره في الحكم المذكور .

(٣٠) أى ولا كذلك المسلم فيه حيث لا يجوز تعيينه ، لان السلم بيع موصوف

في الذمة ، والتعيين يخرج عن هذا المعنى الى بيع الاعيان .

أى وان قد وجب تعيين المبيع ، فقد وجب تأجيل تسليمه لذلك ، واما
المسلم فيه فلا يجوز تعيينه فجاز تعجيله لذلك .

(٣١) حيث يجب تعيينه في مجلس العقد .

(٣٢) وهذا لا يجب فهو كالشن، (٣٣)

قالوا : معنى ينافى التأجيل ، فأشبهه التعمين . (٣٥)

قلنا : لان ذلك (٣٦) (٣٧) لا تدعو الحاجة اليه ، وهذا نفى للفسر ، فلم

يطل . (٤٠)

(٣٢) أى المسلم فيه .

(٣٣) حيث يجوز حالا ومؤجلا .

بجامع عدم وجوب تعيينه فى كل من الاصل وهو الشن والفرع وهو المسلم فيه .

ولما كان حكم الاصل جواز حالا ومؤجلا ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز السلم حالا ومؤجلا أيضا لذلك .

والمقصود : اثبات فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المسلم فيه على المبيع ، والقياس مع الفارق باطل .

(٣٤) أى الحلول معنى ينافى التأجيل .

(٣٥) حيث لا يجوز تعيين المسلم فيه . أنظر التبيين ج٤ ص ١١٤ . وبرقرينة وتر نخلة بعينه ألا يجوز السلم فيهما لا احتمال ان يعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما . أهـ .

والجامع فى القياس المذكور هو أن كلا معنى ينافى التأجيل . اما الاصل فهو تعيين المسلم فيه ، واما الفرع فهو الحلول فى السلم .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز تعيين المسلم فيه لمنافاته لبسيع السلم كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز تعجيل المسلم فيه لمنافاته للتأجيل أيضا لذلك .

(٣٦) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / والضمير عائد الى تعيين المسلم فيه .

(٣٧) لا احتمال هلاك المسلم فيه المعين قبل المحل ، فيفوت به الحق على صاحبه .

(٣٨) أى السلم الحال .

(٣٩) لان فى تعجيل تسليم المسلم فيه تضيق احتمال فواته وهلاكه ، فكان أولى

بالجواز من السلم المؤجل .

(٤٠) أى فكان القول بصحته حالا أولى من القول بصحة التأجيل فيه لانتفاء الضرر المحتمل ، بانقطاع المسلم فيه قبل المحل فى المؤجل .

قالوا : السلم تعجيل أحد الموضين ، وتأجيل الآخر ، ولو صح
حالا لكان البيع سلما . (٤٣)

قلنا : بل السلم تعجيل أحد الموضين (٤٤) وهذا يوجد في السلم
الحال (٤٦) ولا يوجد في البيع ، (٤٧)

قالوا : السلم يختص الدين ، (٤٨) فوجب أن يختص بحكم من أحكام الدين ،
وليس إلا الاجل . (٤٩)

قلنا : اختصاصه بالدين لا يوجب اختصاصه بحكم آخر ، كما أن اختصاص

(٤١) وهو الثمن .

(٤٢) وهو المسلم فيه .

(٤٣) لان البيع حينئذ يقتضى تسليم المبيع في مجلس العقد ، كالسلم الحال .
أى لكن البيع الحال لا يقتضى تسليم المبيع في مجلس العقد ، فلا يكون
البيع سلما .

(٤٤) أى بدون القيد الثانى فى قولهم (وتأجيل الآخر) . فيصح بتعجيل
رأس المال ، ويصح بتعجيل المسلم فيه أيضا .

(٤٥) فى نسخة ((ب)) : وهذا يوجد فى السلم . / وما بعده ساقط منها .

(٤٦) حيث فيه تعجيل المسلم فيه ^{رأسه} فيجوز تأخير قبضه ، ^{لأنه ليس بشرط فى صحة السلم} كما فى فتح العزيز
جلد ٤١٢ .

(٤٧) أى الحال ، ان هو مبادلة مال بمال فى مجلس العقد فيقتضى تعجيل
الموضين ، ففارق بذلك السلم الحال .

(٤٨) لانه بيع موصوف فى الذمة . المنهاج ص ٥٢ .

(٤٩) أى فكان الاجل شرطا فيه ، فلا يصح حالا .

(٥٠) سقط قوله (كما أن اختصاص المعاوضة بالعروض لا يوجب اختصاصه

بحكم آخر) . من نسخة ((ب)) .

المعاوضة بالمعروض (٥١) لا يوجب اختصاصه بحكم آخر ، ثم القرض يختص الدين (٥٢) ولا يختص بحكم من أحكامه .

قالوا : السلم لا يصح الا فيما يقبل الاجل (٥٣) ، كما لا يصح الا فيما يقبل الوصف (٥٤) ، ثم الوصف شرط (٥٦) فكذلك الاجل (٥٧) .

(٥١) العرض بالسكون المتاع ، قالوا الدراهم والدنانير عين ، وما سواهما عرض والجمع عروض ، مثل فلس وفلوس ، وقال أبو عبيد : العروض : الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيوانا ولا عقارا . أه المصباح : ج ٢ ص ٥٣ .

(٥٢) في الاصل (الفرض) بالموحدة . والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) . والقرض : بفتح فسكون وهو ما تعطيه غيرك من المال لتقضى مثله . والجمع قروض مثل فلس وفلوس . وهو اسم من اقترضه المال اقراضا . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٥٧ .

وذكر في المختار ص ٥٣ أن كسر القاف لغة فيه . وعرفه في معنى المحتاج ج ٢ ص ١١٧ بأنه : تملك الشيء على أن يرد بدله . أه

قال : وسمى بذلك لان المقرض يقطع للمقرض قطعة من ماله . وتسميه أهل الحجاز سلفا . أه بفتحيتين .

(٥٣) احترازا عما لا يقبله كالا صناف الربوية حيث التقابض شرط فيها .

(٥٤) احترازا عما لا يقبله أيضا ، كالحیوان ان لا يمكن ضبطه بصفة لتفاحش التفاوت بين افراده ، الا ترى أن العبدین يستويان في السن والجنس وتفاوت قيمتهما لا اختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والشدة ، وما لا يقبل الوصف أيضا الجواهر كاللؤلؤ ونحوه لفحش التفاوت بين افراده الا أن تكون كلها صفارا فيجوز السلم فيها لانها تضبط حينئذ بالوزن . أنظر التبيين ج ٤ ص ١١٢ .

(٥٥) سقط قوله (ثم الوصف) من نسخة ((ب)) .

(٥٦) أي في السلم .

(٥٧) أي فيكون شرطا في السلم أيضا . وعليه فيكون السلم الحال باطلا لفقدان شرط التأجيل فيه .

قلنا : ولا يصح^(٥٨) الا فيما يقبل الرهن والضمان^(٥٩) ثم ليس ذاك بشرط^(٦٠) ،
ثم ترك الوصف بوجوب غررا ، فشرط ، وترك الأجل^(٦٢) ينفي غررا ، فلم يشترط^(٦٣) ،
قالوا : السلم جعل ليرتفع^(٦٤) رب المال^(٦٥) بالاسترخاض^(٦٦) ، والمسلم اليه برأس المال^(٦٧) ،

(٥٨) أى السلم .

(٥٩) أى من الاموال .

(٦٠) أى الرهن والضمان . أى انهما ليسا بشرط فى السلم ، مع ان السلم لا يصح الا فيما يقبل الرهن والضمان ، فصح ان ما جعلوه لازما ، ليس بلازم .

(٦١) أى ترك وصف المسلم فيه .

(٦٢) بأن يكون السلم حالا ، وليس المراد ترك تحديد الأجل فى المؤجل فذاك لا يجوز قطعا لانه يؤدى الى المنازعة فى الاقتضاء .

(٦٣) أى وجود الأجل فى السلم لذلك .

وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم وجوب الأجل فى السلم على وجوب الوصف فيه ، والقياس مع الفارق باطل .

(٦٤) المرفق - بكسر الميم وفتحها وتسكين الراء - من الامر هو ما ارتفعت به وانتفعت .

ومصاب الماء ونحوها فى الدار تسمى مرافق . أنظر المختار ص ٢٥١ .

(٦٥) فى نسخة ((ب)) : رب السلم . / ورب المال أو رب السلم هو دافع الثمن . والمسلم اليه هو آخذه .

(٦٦) حيث يشتري المسلم فيه بسعر أرخص منه فى وقت المحل .

(٦٧) بأن يأخذ ثمن المسلم فيه قبل أن يستقر فى يده ، لانه قد يحتاج الى الثمن لاصلاح شأن المثلث وهو المسلم فيه ، كما لو كان صاحب زرع فانه قد يحتاج الى المال ليحرث الارض ويوزعها ويستأجر لذلك عمالا ليعينوه فى الحصول على تلك الثمرة ، فرخص له الشرع فى قبض الثمن قبل وجود الثمرة بشرط أن تكون موصوفة والى اجل لدفع الغرر المؤدى الى الخصومة عند التقاضى رفقا به لحاجته .

والحلول يمنع الارتفاق ، فمنع الصحة ، كشرط الزيادة في القرض . (٦٨)
 قلنا : لو صح هذا ، لم يصح اذا ترك الاسترخاء . (٧٠)
 قالوا : السلم اجيز رفقا بالمسلم اليه ، لانه يسلم اليه فيما لا يملكه (٧٣)
 ولا يقدر عليه ، فشرط فيه الاجل ليقدر ، (٧٥) كما قلتم في السلم في المعدوم (٧٦) والكتابة
 الحالة . (٧٧)

(٦٨) لغوات العلة التي شرع السلم من اجلها وهي الارتفاق .
 (٦٩) في نسخة ((ب)) : في الموض . / وهو تحريف .
 أي حيث يبطل القرض بشرط الزيادة فيه .
 بجاسع انعدام الارتفاق في كل من الاصل وهو الزيادة في القرض ، والفرع
 وهو الحلول في السلم .
 ولما كان حكم الاصل هو عدم صحة الزيادة في القرض لانعدام الارتفاق بها
 كان حكم الفرع كذلك فلا يصح الحلول في السلم أيضا للعلة المذكورة .
 (٧٠) أي ان ما منع الارتفاق يمنع الصحة .
 (٧١) بان باعه المسلم للمسلم اليه باكثر من ثمن المثل . أي والحال انه لا يبطل
 وان باعه بثمن المثل أو باكثر منه ، فدل على بطلان العلة التي ذكروا .
 (٧٢) وهو أخذ الثمن في مقابل المسلم فيه المعدوم .
 (٧٣) لانه ليس تحت يده وقت المقد .
 (٧٤) لانه معدوم .
 (٧٥) في نسخة ((ب)) : للمتغير . / أي ليقدر على امتلاكه وتسليمه لرب السلم
 وقت المحل .
 (٧٦) بأنه يشترط فيه الاجل ليقدر على التسليم وقت المحل .
 (٧٧) بأنه يشترط فيها التجيم أي التأجيل ليتمكن المكاتب من الاكتساب
 ليؤدي ما عليه من نجوم الكتابة . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام على مسائل
 الكتابة ان شاء الله تعالى .

قلنا : بل جعل ترفيها (٧٨) ، بدليل انه يجوز لمن عنده اكرار (٧٩) ان يقبل السلم في قفيز (٨٠) فجاز تركه كشرط الخيار (٨٢) بخلاف ما قاسوا عليه (٨٣) فانه جعل الاجل فيه للقدرة (٨٤) .

-
- (٧٨) أى توسيعا على الناس وتنفيذا عنهم لما قد يقومون فيه من الحرج اذا احتاجوا الى المال لا صلاح صناعتهم أو زراعتهم ونحو ذلك . فيأخذون الثمن قبل وجود أو تسليم المثلث . تقول هو في رفاة من العيش أى سعة بفتحيتين ، وتقول : رفه بصيغة الامر عن غريمك أى نفس عنه . أنظر المختار ص ٢٥١ . وفي المصباح ج ١ ص ٢٥١ : رفه العيش بالضم رفاة ورفاة ، بالتخفيف : اتسع ولا ن ورفه نفسه ترفيها اراحها . أه .
والمقصود : انه جعل ترفيها وتوسعة للناس ، لا رفقا بهم فقط .
- (٧٩) جمع كرىم الكاف فراء مشددة كقفل واقفال ، وهو كيل يتسع لمستين قفيزا . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٩٠ .
- (٨٠) القفيز ثمانية مكايك والمكوك صاع ونصف فيكون الكراثنى عشر وسقيا ، أنظر المصباح ج ٢ ص ١٩٠ .
- قلت ويساوى القفيز في مكاييل عصرنا : ١٢ ١٦١ ٢ كيلو جراما أو ماسمته : ٣٠٥٣ ر ٣٣ ليترا . أنظر الايضاح والتبيين ص ٧٢ .
- (٨١) أى ترك الاجل .
- (٨٢) حيث يجوز البيع بدونه قطعاً .
- بجامع جعله ترفيها في كل من الاصل وهو شرط الخيار ، والفرع وهو الاجل في السلم .
- ولما كان حكم الاصل جواز ترك شرط الخيار في البيع لعدم الحاجة الى الترفه فيه كان حكم الفرع كذلك فيجوز ترك الاجل في السلم أيضا لذلك .
- (٨٣) وهو السلم في المعدوم والكتابة الحالية ، في وجوب الاجل فيهما رفقا بالمسلم اليه وبالمكاتب .
- (٨٤) أى لا جل القدرة على تسليم المسلم فيه في السلم وتسليم النجوم في الكتابة . والمقصود : ان هناك فارقا بين الاصل والفرع في قياسهم السلم الحال على =

* مسألة (٨٨) : يجوز السلم في الحيوان . ١٤٧/٠ . (١)

وقال أبو حنيفة : لا يجوز . (٢)

لنا : ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص (٣) قال : امرني رسول الله

صلى الله عليه وسلم ان اجهز جيشا وليس عندنا ظهر ، فأمرني ان ابتاع ظهرا

الى خروج المصدق (٤) ، فابتعت البعير بالبعيرين . (٥)

= السلم في المعدوم وعلى الكتابة الحالية ، وهو أن الاجل فيها جمل

لتمكن المسلم اليه والمكاتب من تحصيل المال .

واما في السلم الحال فجعل التأجيل فيه ترفيها للمسلم اليه ، فيجوز

لهما تركه . والقياس مع الفارق باطل .

(١) اي اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة .

المختصر ص ٩٠ . الام ج ٣ ص ١١١ . المنهاج ص ٥٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٧٧

وذكر في المغني ج ٤ ص ٢٠٩ رواية أخرى انه لا يجوز . الا أنه صحيح

الا ولى وجعلها ظاهر المذهب .

وبه يقول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٠٠ . الجواهر ج ٢ ص ٧١ .

شرح المنح ج ٣ ص ٢٤ .

(٢) الهداية ج ٦ ص ٢٠٩ . التبيين ج ٤ ص ١١٢ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٩٩ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ١ ص ٤٥ .

(٣) أنظر ترجمته في المسألة رقم (٤) هامش (٣١) .

(٤) بكسر الدال ، وهو عامل الزكاة الذي يستوفيها من اربابها فهو وكيل

الفقراء في قبض حقوقهم من الاغنياء الذين وجبت عليهم . أنظر النهاية

ج ٣ ص ١٨ .

(٥) الحديث رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٠ كتاب البيوع باب في الحيوان

بالحيوان نسيئة ، رقم ٣٣٥٧ . ولغظه عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم امره ان يجهز جيشا فنفذت الابل ، فأمره أن يأخذ =

فان قيل : يجوز أن يكون أخذ على بيت المال (٦) أو أخذه للفقراء (٧) ،
ولهذا روى انه قال : (فأدى النبي صلى الله عليه وسلم من اهل الصدقة) ،
وجعله الى اجل مجهول . (٨)

= في قلاص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين الى اهل الصدقة . أهـ .
قال المنذرى : في اسناده محمد بن اسحاق ، وقد اختلف أيضا على محمد
ابن اسحاق في هذا الحديث ، ذكر ذلك البخارى وغيره . أهـ مختصر
سنن أبى داود ج ٥ ص ٢٩ .
قال النووى : حديث ابن عمرو بن العاص رواه أبو داود وسكت عليه فيقتضى
انه عنده حسن . . . وان كان في اسناده نظر ، لكن قال البيهقى : له
شاهد صحيح - البيهقى ج ٥ ص ٢٨٢ باب بيع الحيوان وغيره مما لا ريب
فيه بعضه ببعض نسيئة - أهـ المجموع ج ٩ ص ٤٠٠ .
(٦) أى أخذ لحساب بيت المال ، بمعنى انه استقرضه لبيت المال ، فانه يجوز
أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول . فيكون السلم
فى الحيوان جائز البيت المال خاصة لانه يتحمل الجهالة أخذها وعطاء
وليس كذلك مع الافراد ان الجهالة فى الحيوان تمنع السلم فيه فى حقهم
أنظر التبيين ج ٤ ص ١١٢ .
(٧) أى أن رد البعيرين بالبعير الواحد خاص بالفقراء ، واما الأغنياء فيرد
لهم البعير بالبعير . وتكون الزيادة للفقراء صدقة عليهم من بيت المال .
(٨) فى نسخة ((ب)) : الى اجل معلوم . / وهو خطأ لما سيذكره فى الجواب
عنه .

والحديث رواه ابن حزم بلفظ : فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن آخذ فى اهل الصدقة فكنت ابتاع البعير بالقلوصين والثلاثة الى اهل
الصدقة ، فلما قدمت الصدقة قضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم . أهـ
المحلى ج ١ ص ٥١ ، وقد ضعفه قبل ذلك فى ص ٥٠ ووصفه بأنه فى
غاية فساد الاسناد لما فيه من المجاهيل ، والاضطراب .
ورواه الدارقطنى ج ٣ ص ٦٩ رقم ٢٦٢ كتاب البيوع . بلفظ المصنف .

قيل : الظاهر أن العوض يثبت في ذمة العاقد لا في بيت المال^(٩) ، ولا يجوز أن يكون للفقراء^(١٠) ، لأن الجيش لا يجهز من مالهم ، ولعله استقرض من مال الصدقة^(١٢) ليعوضهم^(١٣) ، وأجل الصدقة كان معلوما وهو في المحرم^(١٤) ، ولأنه جنس معلومة^(١٥) فجاز أن يكون الحيوان عوضا في الذمة فيه ، كالنكاح والخلع والكتابة^(١٦) .

(٩) في نسخة ((ب)) : الظاهر هناك العوض . . الخ .

(١٠) أي وإن قد ثبت - على مقتضى الظاهر - أن العوض يثبت في ذمة العاقد وهو النبي صلى الله عليه وسلم فقد صح القول بجواز السلم في الحيوان بظاهر هذا الحديث .

(١١) أي لا يجوز حمل رد البعير بالبعيرين على الفقراء دون الأغنياء لما سيذكره بعدها .

(١٢) أي مال الزكاة ، والمقصود : لعله استقرض من تجب عليهم الزكاة قبل أن ينصب إلا أن الحول لم يحل عليها بعد فاستعمل الزكاة عليهم دفعا للحاجة العامة .

(١٣) أي البعير بالبعيرين . على جهة المسامحة منه ، لا الشرط .

(١٤) أي ولذلك لم يذكر الأجل .

(١٥) أي السلم .

(١٦) حيث يجوز أن يكون الحيوان عوضا في الذمة بأن يجعل مهرا في النكاح أو بدلا في الخلع أو الكتابة .

بجامع أن كلا جنس معاوضة ، أما الأصل فهو النكاح والخلع والكتابة ، وأما الفرع فهو السلم .

ولما كان حكم الأصل جواز كون الحيوان عوضا في النكاح والخلع والكتابة ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز أن يكون الحيوان عوضا في السلم أيضا لذلك .

فان قيل : هذه العقود (١٧) على غير مال ، ولا ربا فيها . (١٨)
 قيل : الا انه يحرم فيها الجهالة ، ولهذا لا يجوز على ثوب مجهول ، (٢٠)
 كما لا يجوز البيع . (٢١) ثم البيع يقع على مال ربا فيه . (٢٢) ولانه جنس يثبت فـى (٢٣)
 الذمة بعقد الصداق والكتابة ، فثبت بعقد البيع كالشباب والحبوب . (٢٤)
 (٢٥)

-
- (١٧) أى عقود النكاح والخلع والكتابة .
 (١٨) أى ليست معاوضات مالية ، بل المال من أحد طرفيها فقط .
 (١٩) أى لا يدخلها الربا ، لانه انما يدخل المعاوضات المالية وهذه العقود الثلاثة ليست كذلك لان بذل المال فيها من طرف واحد .
 والمقصود : انه اذا قيل ان هناك farkا بين الاصل والفرع فى قياسكم عقد السلم على عقد النكاح والخلع والكتابة ، والقياس مع fark باطل .
 فالجواب ما سيذكره بعدها .
 (٢٠) أى بأن يجعله صداقا أو ان يخالع عليه زوجته أو ان يكاتب عليه عبده ، لان فى ذلك غررا يفضى الى النزاع عند القبض .
 (٢١) أى على ثوب مجهول . أى وهذا شبه يثبت به الحاق السلم بتلك العقود وان لم تكن معاوضات مالية محضة ، فكان fark الذى ذكره ملغى .
 (٢٢) أى فكان السلم وهو نوع بيع كتلك العقود اعنى النكاح والخلع والكتابة ، فلم يثبت fark الذى ذكروا ، فبقى القياس قائما وصحيحا .
 (٢٣) أى الحيوان .
 (٢٤) أى بأن يكون بدلا فى الذمة فى صداق المرأة وكتابة العبد .
 (٢٥) حيث يجوز فيها البيع والسلم .
 بجامع انه جنس يثبت فى الذمة بعقد الصداق والكتابة فى كل من الاصل وهو الشباب والحبوب ، والفرع وهو الحيوان .
 ولما كان حكم الاصل هو صحة السلم فى الشباب والحبوب .
 كان حكم الفرع كذلك فيصح السلم فى الحيوان أيضا لذلك .

قالوا : روى ابن عباس^(٢٦) أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في
الحيوان . (٢٧)

قلنا : تفرد به عبد الملك الذماري^(٢٨) عن سفيان^(٢٩) ، والصحيح من هذا

(٢٦) انظر ترجمته في المسألة رقم (٥٨) هامش (٥٣) .

(٢٧) رواه الدارقطني ج ٣ ص ٧١ كتاب البيوع . رقم / ٢٦٨ .

ورواه الحاكم في المستدرک ج ٢ ص ٥٧ كتاب البيوع ، باب النهي عن السلف
في الحيوان ثم قال : حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه . أه
قال الزيلعي : قال صاحب التنقيح : واسحاق بن ابراهيم بن جوتى -
احد رجال السند - قال فيه ابن حبان : منكر الحديث جدا ، يأتي
عن الثقات بالموضوعات ، لا يحل كتب حديثه الا على جهة التعجب ، وقال
الحاكم : روى أحاديث موضوعة . أه
النصب ج ٤ ص ٤٦ . وأنظر التلخيص أيضا ج ٣ ص ٣٣ .

(٢٨) هو عبد الملك بن محمد الذماري ، وقيل : ابن عبد الرحمن ، أبو الزرقاء
الصنعاني روى عن الازاعي ، قال أبو حاتم : ليس بالقوى ، وقال الفلاس :
ثقة .
لكن قال ابن حبان : كان يجيب في كل ما يسأل حتى يفرد عن الثقات
بالموضوعات .

أنظر الميزان ج ٢ ص ٦٦٣ . رقم / ٥٢٤٢ .

(٢٩) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، أبو عبد الله ، أمير المؤمنين فسي
الحديث ، ولد ونشأ بالكوفة ، راوده المنصور العباسي على أن يلى الحكم
فأبى ، وخرج من الكوفة سنة اربع وأربعين ومائة ، فسكن مكة والمدينة ، ثم
طلبه المهدي فتواري ، وانتقل الى البصرة ، فمات فيها مستخفيا ، قال
العجلي : كان لا يسمع شيئا الا حفظه وقال الخطيب : كان الثوري اماما من
أئمة المسلمين وعلماء من أعلام الدين مجتمعا على امامته مع الاتقان والضبط
والحفظ والمعرفة والزهد والورع . توفي بالبصرة سنة ١٦١ هـ .
أنظر الاعلام ج ٣ ص ١٠٤ . الخلاصة ص ١٤٥ .

الخبر انه (نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة) (٣٠) ولعله أراد اذا دخل
النساء فيهما ، كما (نهى عن بيع الدين بالدين) (٣٣) أو أراد ببيع

(٣٠) سقط قوله (بالحيوان) من نسخة ((ب)) .

(٣١) رواه أبو داود ج ٣ ص ٢٥٠ باب في الحيوان بالحيوان نسيئة ، رقم
٣٣٥٦ . عن الحسن عن سمرة .

ورواه النسائي ج ٧ ص ٢٩٢ . بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .
ورواه ابن ماجه ج ٢ ص ٧٦٣ . باب الحيوان بالحيوان نسيئة . رقم / ٢٢٧٠
ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٣٨ باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان
نسيئة ، رقم / ١٢٣٧

ثم قال : حديث سمرة حديث حسن صحيح ، وسامع الحسن من سمرة صحيح ،
هكذا قال علي بن المديني وغيره . أهـ

قال الشافعي : غير ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مختصر سنن
أبي داود ج ٥ ص ٢٧ .

وذكر في المعالم ج ٥ ص ٢٨ : عن يحيى بن معين قال : حديث الحسن عن
سمرة : صحيفة . وذكر عن البخاري أنه روى من طريق عكرمة عن ابن عباس
رواه الثقات لكنه موقوف عليه . وروى عن عكرمة لكنه مرسل ، وكذا زياد بن
جبير عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو مرسل . ثم قال : وطرق هذا
الحديث واهية ليست بالقوية .

(٣٢) أى في الموضين ، لانه يكون من باب بيع الدين بالدين . وهو منهي عنه
للحديث الآتي بعده .

(٣٣) رواه الدارقطني ج ٣ ص ٧٢ كتاب البيوع . رقم / ٢٧٠ عن ابن عمر
أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ . قال اللغويون
هو النسيئة بالنسيئة . أهـ .

ورواه البيهقي ج ٥ ص ٢٩٠ باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين .
قال في المجموع ج ٩ ص ٤٠١ ، مداره على موسى بن عبيدة الرهزي وهو ضعيف . أهـ =

حبيل الحبله ، (٣٤) ، ولأنه راويه ابن عباس (٣٦) وعندہ يجوز السلم في الوصائف (٣٧)

= وفي النصب ج٤ ص ٤٠ : ورواه ابن عدي في الكامل واعلم بموسى بن عبيدة ، ونقل تضعيفه عن أحمد ، قال : فليل لا حمد : ان شعبة يروي عنه . قال : لو رأى شعبة مارأينا لم يرو عنه ، قال ابن عدي : والضعف على حديثه بين . أهـ . واما لفظ المصنف فلم أره وانما هو تفسير من ابن عمر ببيع الكالي بالكالي كما روى ذلك عنه البزار . أنظر النصب ج٤ ص ٤٠ .

(٣٤) بفتح الحاء المهملة والموحدة ، وهو مصدر سمي به المحمول ، كما سمي بالحمل ، والتاء للاشعار بمعنى الانوثة فيه ، فالحبل الأول يراد به ما في بطون النوق من الحمل ، والحبل الثاني هو حبل الذي في بطون النوق . وانما نهى عنه لما فيه من الفرر فقد يموت الحمل ، وقد يكون ذكرا ثم هو بيع معدوم في الحبل الثاني .

أنظر النهاية ج١ ص ٣٣٤ .

والمصنف يشير بذلك الى ما رواه البخاري ج٢ ص ١٧ باب بيع الفرر وحبل الحبله ، عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبله ، وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التي في بطنها . أهـ . ورواه مسلم ج٣ ص ١١٥٣ باب تحريم بيع حبل الحبله . رقم / ٥٠ .

(٣٥) في نسخة ((ب)) : ولان .

(٣٦) يعني حديثه : نهى عن السلف في السهوان . / وهو الحديث الذي احتجوا به .

(٣٧) جمع وصيفة وهي الامة ، ويقال للمعبد أيها وصيف ويجمع على وصفاء كحليف وحلفاء . أنظر النهاية ج٥ ص ١٩١ .

أي وان | خالف الراوى روايته كان ذلك دليلا على ضعفها عندهم أنظر نزهة المشتاق ص ١٢٥ .

قالوا : روى عن عمر : ^(٣٨) أن الناس يقولون : عمر أعلم الناس بأبواب الربا ، ولئن كنت أعلمكم بها ، لأحب التي من مصر وكورها ^(٣٩) ، إلا أن من الربا أبوابا لا يكدر ^(٤٠) يخفين على أحد منها السلم في السن . ^(٤١)
قلنا : لم يذكر هذا ^(٤٢) أحد في كتب الخلاف ، ^(٤٣) ولأنه روى عن

(٣٨) في نسخة ((ب)) : روى عن عمر أنه قال . / وأنظر ترجمته في السائلة

رقم (٤٠) هامش (٨) .

(٣٩) أي مدنها ، ففي المختار ص ٥٨٢ : الكورة بوزن الصورة : المدينة والصق ، والجمع كور - مثل صورة وصور - أه

(٤٠) في نسخة ((ب)) : لا يكون . / وهو تحريف .

(٤١) أي في الحيوان .

رواه عبد الرزاق في مصنفه ج ٨ ص ٢٦ باب السلف في الحيوان ، رقم / ١٤١٦١ ، ولفظه : انكم تزعمون انا لا نعلم أبواب الربا ، ولأن اكون أعلمها أحب التي من أن يكون لي مثل مصر وكورها ، ومن الامور أمور لا يكن يخفين على أحد : هو أن يتاع الذهب بالورق نسيئا ، وان يتاع الثمرة وهي معصرة لم تطب وان يسلم في سن . أه

ورواه البيهقي ج ٦ ص ٢٣ باب من اجاز السلم في الحيوان بسن وصفة . ثم قال : وهذا منقطع . أه

لكن تعقبه في الجوهر النقي فقال : قلت : تقدم ان ابن سيرين أيضا رواه عن عمر ، ومراسيل ابن سيرين صحيحة ، كذا ذكر صاحب التمهيد يعني ابن عسجد البرالاندلسي - أه .

أنظر نفس الصفحة والجزء في البيهقي .

(٤٢) أي رأى عمر في جعل السلم في السن أي الحيوان من أبواب الربا .

(٤٣) أي المتقدمين ، والا فقد ذكر ذلك عنه ابن قدامة في المغني ج ٤ ص ٢٠٩ .

(٤٤) ابن عباس وابن عمر (٤٥) وابن مسعود (٤٦) السلم في الوصائف (٤٧) وعن علي أنه باع جملاً له بعشرين بعيراً إلى أجل (٤٨).
 قالوا : القصد في الحيوان معان خفية لا يأتي الوصف عليها ، فهو
 كالجواهر والحيوان الحامل . (٥٠)

(٤٤) ذكره البيهقي في السنن ج ٦ ص ٢٣ : باب من أجاز السلم في الحيوان بسن .

(٤٥) ذكره عنه في المغني ج ٤ ص ٢٠٩ . وأنظر ترجمة ابن عمر في المسألة رقم (٤) هامش (٣) .

(٤٦) ذكره البيهقي في السنن ج ٦ ص ٢٣ باب من أجاز السلم في الحيوان بسن . وذكر أن اسم أحد الوصفاء أبو زيادة أو أبو زائدة .

وأنظر ترجمة ابن مسعود في المسألة رقم (٥٩) هامش (٢٣) .

(٤٧) وذكر ذلك عنهم ابن قدامة أيضاً في المغني ج ٤ ص ٢٠٩ .

(٤٨) رواه مالك في الموطأ ، ص ٢٨٢ باب بيع الحيوان بالحيوان نقداً ونسيئة رقم / ٨٠٠ .

ورواه الشافعي في المسند ص ٣٨٦ عن مالك عن صالح بن كيسان عن الحسن ابن محمد بن علي عن علي بن أبي طالب .

ورواه البيهقي ج ٦ ص ٢٢ باب من أجاز السلم في الحيوان بسن وصفة .

قال في التلخيص ج ٣ ص ٣٣ : وفيه انقطاع بين الحسن وعلي . وقد روى عنه ما يعارض هذا ، روى عبد الرزاق من طريق ابن المسيب عن علي أنه كره بعيراً ببعيرين نسيئة . أهـ . وأنظر مصنف عبد الرزاق ج ٨ ص ٢٢ باب بيع

الحيوان بالحيوان . رقم / ١٤١٤٣ و ١٤١٤٣ .

وأنظر ترجمة علي بن أبي طالب في المسألة رقم (٤٠) هامش (١١) .

(٤٩) في الأصل : القصد بالحيوان .

(٥٠) حيث لا يجوز السلم في شيء من ذلك .

بجامع وجود معان خفية لا يأتي عليها الوصف في كل من الأصل وهو الجواهر

والحيوان الحامل ، والفرع وهو الحيوان .

ولما كان حكم الأصل هو تحريم السلم في الجواهر والحيوان الحامل لعدم إمكان الوصف فيها ، كان حكم الفرع كذلك فيحرم السلم في الحيوان أيضاً لذلك .

قلنا: مامن معنى يقصد الا وقد وضع له لفظ يدل عليه ، ثم لو كان (٥٢)
 هذا صحيحا لوجب ان (٥٣) لا يثبت في الصداق (٥٤) ، كالجواهر (٥٦) ، ولان المعانى
 الخفية لا اعتبار بها (٥٧) في البيع ، الا ترى انه يصح العقد على الاعيان الحاضرة ،
 وان لم يعرف منها المعانى الخفية ، والسلم فرع لبيع الاعيان ، فلا يعتبر فيه
 من العلم ما لا يعتبر في الاصل (٥٨) ، وأما الحامل (٥٩) فانه ان لم يصف الحامل
 فقد اسلم في شيئين لم يصف أحدهما (٦٠) ، وان وصف لم يقدر على تسليمه على
 الصفة التي وصف (٦١) فهو كالسلم المنقطع في المحل (٦٢) ، ولانه علق السلم

-
- (٥١) سقط حرف (من) من نسخة ((ب)).
- (٥٢) أى كونه من المعانى الخفية فلا يأتى عليها الوصف.
- (٥٣) فى نسخة ((ب)) : ألا . / بالادغام .
- (٥٤) أى السلم .
- (٥٥) لان الصداق فى مقابل معان خفية أيضا ، وهى التلذذ باصابة المرأة ،
 وهذا المعنى لا يمكن ضبطه بوصف ، أى والحال انه يثبت فيه ، فيبطل أن يكون
 لما قالوا اعتبار ، والا لوجب أن يتمتع السلم فى الصداق .
- (٥٦) حيث لا يجوز السلم فيه .
- (٥٧) فى نسخة ((ب)) : لا اعتبار لها .
- (٥٨) وهو بيع الاعيان .
- (٥٩) أى واما السلم فى الحيوان الحامل .
- (٦٠) أى فيكون ذلك السلم باطلا لدخول الغرر فى بعض المسلم فيه للجهالة فى
 بعض أوصافه .
- (٦١) أى فيكون ذلك السلم باطلا لانه بيع ما لا يقدر تسليمه .
- (٦٢) فى نسخة ((ب)) : فى محله . / بفتح فكسر أى وقت التسليم .
 والجامع فى القياس المذكور هو الغرر وعدم القدرة على التسليم فى كل من
 الاصل وهو السلم المنقطع فى محله ، والفرع وهو السلم فى الحيوان الحامل .
 ولما كان حكم الاصل هو تحريم السلم فى المنقطع فى محله ، كان حكم الفرع
 كذلك فيحرم السلم فى الحيوان الحامل أيضا لذلك .

على نماء أصل معين^(٦٣) فهو كالسلم في ثمرة نخلة بعينها^(٦٤).

قالوا : يجمع انواعا مختلفة فهو كالقسي^(٦٥).

قلنا : الخف يجمع أنواعا مختلفة ، ويجوز استصناعه عندهم . ثم ابعاض^(٦٦)

القسي مقصودة^(٦٧) متفاوتة ، فلم يجز السلم فيها ، وأبعاض الحيوان غير

(٦٣) وهو الجنين في بطن الحيوان الحامل .

(٦٤) حيث يبطل السلم فيها .

بجامع تعليق السلم على نماء أصل معين في كل من الاصل وهو السلم في

ثمرة نخلة بعينها والفرع وهو السلم في الحيوان الحامل .

ولما كان حكم الاصل هو بطلان السلم في ثمرة نخلة بعينها لا حتمال

هلاكلها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح السلم في الحيوان الحامل

أيضا لذلك .

(٦٥) بوزن الصبي والجمع قسيان كصبيان ، وهو ضرب من الدراهم الزيوف ،

أى فضته صلبة رديئة ، تقول : درهم قسي ودراهم قسيمة وقسيات ،

أنظر المختار ص ٣٥ والقاموس ج ٤ ص ٣٧٨ .

والجامع في القياس المذكور هو انه يجمع انواعا مختلفة في كل من الاصل وهو

القسي من الدراهم والفرع وهو الحيوان .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز السلم في الدراهم القسية لتفاوتها واختلافها

كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز السلم في الحيوان أيضا لذلك .

(٦٦) أنظر الهداية ج ٦ ص ٨٥ في البيوع الفاسدة . التبيين ج ٤ ص ٥٩ ، وانما

لجازوا الاستصناع استسنا سانا لشدة حاجة الناس اليه .

أى فلا يصح جعل جمع الحيوان انواعا مختلفة على نى صحة السلم فيه ،

لوجودها في الخفاف . حيث يجمع انواعا مختلفة ثم تخلف الحكم عنها ،

حيث يجوز استصناعها .

(٦٧) أى تقصد في ذاتها .

مقصودة في الحيوان (٦٨) ، ولهذا لا يسقط بنقصانها شيء من الثمن (٦٩)
 قالوا : اذا لم يجوز السلم في ابعاض الحيوان (٧٠) ففي جملة أولى (٧١)
 قلنا : البيض (٧٢) لا يجوز السلم في ابعاضه (٧٣) ويجوز في جملة (٧٤) ولأن
 الابعاض مقصودة (٧٥) متفاوتة (٧٦) ولهذا ينقسم الثمن عليها (٧٧) ،

- (٦٨) أى وانما يقصد الحيوان بجملة دون ابعاضه في البيع .
 (٦٩) أى فيما اذا نقصت بعد العقد وقبل القبض ، بخلاف ما اذا تلف الحيوان بجملة حيث يسقط الثمن كله ، فثبت أن الابعاض غير مقصودة في نفسه .
 أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢١٢ .
 (٧٠) فانه لا يجوز بالرؤوس ولا بالاكارع وهى الاطرافه ، وذلك لما بينها من التفاوت الفاحش وعدم الضبط . وهذا على قول أبى حنيفة ، واما الصاحبان فقد اختلفت الرواية عنهما فيه فقليل يجوز وقيل لا . أنظر التبيين ج ٤ ص ١١٢ .
 (٧١) وجه الاولوية انه اذا امتنع السلم في اطراف الحيوان والتفاوت فيها كثير فمنعه في جملة الحيوان والتفاوت فيه أكثر أولها المنع .
 (٧٢) فى نسخة ((ب)) : قلنا : لا ، البيض . الخ . / والتقدير : قلنا ليس الامر كذلك فان البيض لا يجوز السلم في ابعاضه . الخ .
 (٧٣) أى بالعدد لانه متفاوت الافراد ولا يمكن ضبطه .
 (٧٤) أى بالوزن ، لانه بالوزن يمكن ضبطه فلا يؤثر التفاوت في افراده .
 أى فبطل التلازم الذى ذكره .
 (٧٥) أى فى البيض .
 (٧٦) أى مختلفة الاحجام .
 (٧٧) بمعنى انها لو نقصت انقص الثمن معها ، فدل على أن الثمن ينقسم على ابعاضها لا على جملتها .

والحيوان يقصد جملة لا أبعاضه ، ولهذا ينقسم الثمن على أجزائه دون أبعاضه ،
ولهذا يجوز بيع حيوان بحيوانين ، ولا يجوز بيع رأس برأسين .

* مسألة (٨٩) : يجوز قرض الحيوان والثياب . ١٤٧/ ش .

(٧٨) أى كلها .

(٧٩) بدليل انه لو عطب بعد العقد وقبل القبض لا ينقص ذلك من ثمنه فلو
كان الثمن منقسما على أبعاضه لنقص من الثمن بقدره ، الا أنه يخير بين
أخذ مئتمنه أو الفسخ . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢١٢ .

(٨٠) فى نسخة ((ب)) : ويجوز .

(٨١) لعدم دخول الربا فيه ، لانه غير مطعموم ساعة كونه حيا ، فلا اعتبار
بتفاوت اجزائه .

(٨٢) لكونه مطعموما حينئذ ، فاعتبر فيه تفاوت الاجزاء . فلا يصح قياس
بعض الحيوان على كله .

(١) القرض بفتح فسكون على وزن فليس وجمعه قروض ، كفلوس ، وهو ما تعطيه

غيرك من المال لتقضاه . أنظر المصباح ج ٢ ص ١٥٦ .

وفى تصحيح التنبيه ص ٧٠ : القرض بفتح القاف وكسرهما ، من حكى الكسر
ابن السكيت والجوهري وآخرون عن حكاية الكسائي وهو فى اللغة القطع ،
سمى هذا قرضا لانه قطعة من مال القرض . أهـ . ثم السلم والقرض متقاربان
لاشتراكهما فى اللفظ ان كلاهما يسمى قرضا ، وفى المعنى لان كلا منهما
اثبات مال فى الذمة مبذول فى الحال . أنظر فتح العزيز ج ٩ ص ٢٠٧ .

(٢) المنهاج ص ٥٤ : يجوز اقراض ما يسلم فيه الا الجارية التى تحل للمقترض
فى الاظهر . أهـ .

وأنظر الوجيز ج ١ ص ١٥٨ . المجموع ج ٢ ص ١٨٢ . أى الحيوان يجوز السلم
فيه فكذا القرض .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٢٥ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٠ .

المفنى ج ٤ ص ٢٣٨ .

(٣)

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

لنا : ماروى أبو رافع قال : استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا^(٥)فجاءته ابل الصدقة ، فأمرني أن اقضيه بكرة ، فقلت : لا اجد الا ابلا خي^(٦)ارا

= واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٠٤ . الجواهر ج ٢ ص ٧٥ .
القوانين ص ٣١٥ .

(٣) أنظر التبيين ج ٤ ص ١١٢ .

وبه يقول ابن حزم : المصلى ج ١ ص ٤٤ : ولا يجوز - أى السلم وهو القرض
أيضا - فى حيوان ولا مذروع ولا معدود . أهـ . أى لكن فى مكمل أو موزون .
(٤) هو مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اختلف فى اسمه فقيل ابراهيم وقيل
اسلم وقيل سنان ، قال ابن عبد البر : اشهر ما قيل فى اسمه : اسلم وقيل
اسمه غير ذلك .

كان مولى العباس بن عبد المطلب ، فوهبه للنبي صلى الله عليه وسلم فاعتقه
لما بشره باسلام العباس ، وكان اسلامه قبل يوم بدر ولم يشهد ها ، وشهد
احدا وما بعد ها ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وابن مسعود وروى عنه
بنوه رافع والحسن والمغيرة وغيرهم ، توفي قبل عثمان بيسير . أنظر الاصابة
ج ٤ ص ٦٧ .

(٥) فى النهاية ج ١ ص ١٤٩ : البكر بالفتح : الفتى من الابل ، بمنزلة الفلام
من الناس ، والانثى بكرة . أهـ . زاد فى المصباح ج ١ ص ٦٦ : والجمع
ابكر ، والبكرة الانثى والجمع بكار مثل كلبة وكلاب ، وقد يقال بكاراة مثل
حجارة . أهـ .

(٦) فى الاصل : الا ابلا راعا / بلا ياء ، الراعى من الابل هو الذى نبتت
رباعية اسنانه ، ويقال للانثى : رباعية بالتخفيف ، وذلك اذا دخل فى
السنة السابعة . أنظر النهاية ج ٢ ص ١٨٨ . ورباعية بوزن ثمانية .

رباعيا ، فقال : أعطه فان خيار الناس أحسنهم قضاء^(٧) .
 فان قيل : لعله استقرض للفقراء^(٩) ، ولهذا قضى من الصدقة^(١٠) .
 قيل : قد قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١١) . ولان الظاهر
 أنه في ذمة المستقرض^(١٢) . وانما استقرض من الفقراء^(١٣) .

- (٧) في نسخة ((ب)) : فان خير الناس .
 (٨) أى أداء . قال الزهري : القضاء في اللغة على وجوه مرجعها الى انقطاع
 الشيء وتامه ، وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدى أو أوجب أو علم
 أو انفذ أو أمضى فقد قضى . أهـ النهاية ج٤ ص ٧٨ .
 والحدِيث رواه مسلم ج٣ ص ١٢٢٤ كتاب المساقاة باب من استسلف شيئا
 فقضى خيرا منه رقم / ١١٨
 ورواه أبو داود ج٣ ص ٢٤٧ كتاب البيوع باب في حسن القضاء . رقم / ٣٣٤٦ .
 ورواه الترمذى ج٣ ص ٦٠٩ في البيوع باب ما جاء في استقراض البعير
 أو الشيء من الحيوان أو السن . ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . أهـ
 رقم / ١٣١٨ .
 ورواه النسائي ج٧ ص ٢٩١ تحت عنوان استسلاف الحيوان واستقراضه .
 ورواه ابن ماجه ج٢ ص ٧٦٧ كتاب التجارات . باب السلم في الحيوان . رقم
 / ٢٢٨٥ .
 (٩) أى لا لنفسه . وانما جاز القرض في الحيوان هنا أعنى من بيت المال لانه
 يتحمل الجهالة والغرر بخلاف ذمة الشخص .
 (١٠) أى فلو كان لنفسه لما قضاه من بيت المال لان الصدقة لا تحل لــــه
 صلى الله عليه وسلم .
 (١١) أى ان الزاوى ادرى بما وقع فعبر باستسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أى لنفسه ولو كان للفقراء لأفصح عن ذلك . وهذا اللفظ لا يحتمل ذلك المعنى
 الذى قالوه .
 (١٢) أى ولا يعدل عن ذلك الظاهر الا لدليل صارف والا كان تحكما .
 (١٣) أى من بيت المال ، لان ما يأتيه من الصدقات والزكاة آيل الى الفقراء ، فمبـر
 عنه بالفقراء من باب المجاز المرسل .

(١٤) ماقضى به ، ولهذا تبرع بالفضل ، ولا يتبرع بمال الفقراء ، (١٧) ولا نه عين تثبت (١٨) في الذمة في الصداق ، فثبت في القرض ، كالحبوب ، (١٩) ولا يلزم المنافع لقولنا : عين ، (٢٠) أو ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض ،

- (١٤) أى ماقضى به الحق الذى وجب عليه وهو البكرة المذكورة في الحديث .
- (١٥) لانه باستقرضه اياه من بيت المال أصبح مطلوبا منه في ذمته فكان ملكا له ، ويجوز للمالك أن يتبرع بما يملك أو مما يملك ، وانما استقرضه من بيت المال ليرد القرض الى صاحبه ثم يرد هو بدله الى بيت المال .
- (١٦) في نسخة ((ب)) : ولا تبرع .
- (١٧) أى فدل على أنه استقرضه لنفسه من بيت المال ثم تصرف فيه تصرفا يختص الملك فتبرع بالرباعية مقابل البكرة من الابل .
- (١٨) في نسخة ((ب)) : ثبت .
- (*) فانه يجوز أن يجعل صداقها كذا من الابل في ذمته .
- (١٩) حيث تثبت في القرض ، وهو معنى يتعلق بالذمة .
- بجامع انه عين تثبت في الذمة في الصداق في كل من الاصل وهو الحبوب والفرع وهو الحيوان والشياب .
- ولما كان حكم الاصل هو جواز القرض في الحبوب لثبوتها في الصداق ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز القرض في الحيوان والشياب أيها لذلك .
- (٢٠) هذا جواب لسؤال متوهم من الخصم بأن هذه العلة توجب عليكم القول بعدم صحة قرض المنافع . فقال : لا يلزم من اثباتنا صحة القرض في الشياب والحيوان لثبوتها في الذمة في الصداق ، أن يبطل القرض في المنافع ، لاننا قلنا في التمهيد انهما عين ، وهذا القيد وصف لحال قائمة وليس اخترازا بها عن المنافع ، فلا يلزم الاعتراض المذكور ، وأنظر قليوبي في جواز القرض في المنافع لجوابه في السلم . ج ٢ ص ٢٤٦ .

- (٢١) كالحيوب ، ولان ما جاز استقراضه للفقراء جاز لغيرهم ، كالحيوب . (٢٢)
 فان قيل : الفقراء يثبت لهم مثله (٢٣) في الزكاة . (٢٤)
 قيل : والمرأة يثبت لها مثله (٢٥) في الوصية ، وفي الصداق ، ثم لا يجوز . (٢٦)

- (٢١) حيث تثبت بعقد القرض لثبوتها بعقد السلم .
 بجامع ثبوته فالذمة بعقد السلم في كل من الاصل ،
 وهو الحيوب والفرع وهو الحيوان والشياب .
 ولما كان حكم الاصل هو ثبوت عقد القرض في الحيوب لثبوتها في عقد
 السلم كان حكم الفرع كذلك فيثبت عقد القرض في الحيوان والشياب
 لثبوتها في عقد السلم أيضا .
 (٢٢) حيث يجوز استقراضها للفقراء ولغيرهم .
 بجامع جواز استقراضه للفقراء ، في كل من الاصل وهو الحيوب والفرع
 وهو الشياب والحيوان .
 ولما كان حكم الاصل هو جواز استقراض الحيوب لغير الفقراء ،
 كان حكم الفرع كذلك فيجوز استقراض الشياب والحيوان لغير الفقراء أيضا لذلك .
 (٢٣) أى مثل المال المستقرض - باسم المفعول - وهو الحيوان والشياب .
 (٢٤) أى ولذلك جاز الاستقراض لهم لان لهم مثله في مال الزكاة .
 (٢٥) أى مثل الموصى به ومثل الصداق .
 (٢٦) أى أن المرأة اذا أوصى لها او أصدقها ، ثم مات قبل ان تتسلمه ،
 ليس لها ان تتصرف فيه قبل القبض بقرض أو غيره .
 (٢٧) بمعنى أن الزوج لو اصدق المرأة حيوانا في ذمته فانه لا يجوز لها
 أن تستقرض على هذا الحيوان اعتمادا على ثبوت مثلها في الصداق . بينما
 يجوز الاستقراض على مال الفقراء لثبوت مثله لهم في الزكاة ، فاختلف
 الحكم مع كون الوصف فيهما واحدا فثبت ان هذا الوصف لا تأثير له
 في الحكم في المسألتين .

قالوا : القرض (٢٨) يقتضى رد المثل وهذا (٢٩) لا مثل له (٣٠) فصار كالجواهر
والجوارى . (٣١)

قلنا : القيمة أحد المثليين ، ثم لمثل فى العقود (٣٣) ولهذا اذا وصفه
فى السلم طوّل به (٣٤) بخلاف الجواهر (٣٥) وانما لا مثل له فى الاتلاف (٣٦) لانه

(٢٨) سقط لفظ (القرض) من نسخة ((ب)) .

(٢٩) أى الحيوان والثياب .

(٣٠) أى وانما فيه القيمة . أى والقرض يكون فى المثليات دون القيميات ،
لامكان رد المثل فى الأولى دون الثانية .

(٣١) حيث لا يجوز قرضتها .

بجامع انعدام المثلية فى كل من الاصل وهو الجواهر والجوارى والفرع
وهو الحيوان والثياب .

ولما كان حكم الاصل تحريم قرض الجواهر والجوارى كان حكم الفرع كذلك
فلا يجوز قرض الحيوان والثياب أيضا لذلك .

(٣٢) أى فليس المثلية مقصورة على محاكاة الشكل بل تساوى القيمتين
يعتبر من المماثلة .

(٣٣) كما فى بيع الغائب يبيعه على الصفة ، وكذا بيع السلم .

(٣٤) أى بتسليم مثل الحيوان أو الثياب التى وصف .

(٣٥) حيث لا يمكن وصفها لتفاوت ما بين افرادها تفاوتاً لا تتضبط به فمنع
السلم فيها واقراضها لذلك .

(٣٦) أى اذا اتلف الحيوان أو الثياب لا يجب عليه المثل وانما فوجب عليه
القيمة .

لا حاجة به الى الاتلاف،^(٣٧) فغلظ عليه بالقيمة، لانها^(٣٨) أخص وبه حاجة الى القرض
فسومح فيه،^(٣٩) واما الجوارى فيجوز استقراضها لمن لا يملك وطأهن،^(٤٠) ولا يجوز
لمن يملك، لانه ملك ضعيف، يملك كل واحد منهما فسخه، والوطؤ لا يجوز
فى ملك ضعيف، كملك المكاتب،^(٤١) ولان القرض أخذ شبيها من العارية،^(٤٢) فيؤدى
الى حصول^(٤٣) البذل فى البضع فى الجوارى.^(٤٤)

(٣٧) أى فكان متعديا باتلافه .

(٣٨) أى من الضمان بالمثل، لان فى المثل يلزمه قبول أى حيوان مماثل للذى
اتلفه وان كان أقل قيمة منه، واما فى القيمة فيجب على المتلف اداء قيمة
ما اتلفه وان كانت أكثر من ثمن المثل، لكون المراعى فى القيمة الصفات
الباطنة والظاهرة فى المتلف واما الضمان فى المثل فالمراعى فيه الصفات
الظاهرة فقط فيعم جميع افراد الجنس، فكان الضمان بالقيمة أخص منه
بالمثل ولذلك يحكم بمهر المثل عند فساد المسمى تسوية لها مع مثيلاتها
(٣٩) أى فاختلف القرض عن الاتلاف لذلك ولا قياس مع الفارق .

(٤٠) كما لو كانت اختا لزوجته أو كانت مجوسية أو وثنية أو كان قد طلقها

ثلاثا . أنظر القليوبى ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٤١) حيث لا يجوز له وطء مملوكته، لضعف ملكه لها، لان المكاتب عبد وان بقى

عليه درهم . أنظر شرح المحلى ج ٤ ص ٣٦٧ .

(٤٢) من حيث ان فيه ردا للمال فى كل منهما .

(٤٣) فى نسخة ((ب)) : دخول البذل . / وما فى الاصل أولى .

(٤٤) فى نسخة ((ب)) : فمنع الجوارى . / بمعنى ان السبب فى منع قرئ الجوارى

هو انه يؤدى الى اعارة الجوارى للوطء وفى هذا بذل للبضع، والابضاع

يحتاج لها، ولا كذلك القرض فى الحيوان والثياب . وان قد ثبت بينهما

الفارق المذكور، فقد صح ان قياس أحدهما على الآخر باطل .

* مسألة (٩٠) : يجوز السلم فى اللحم (١) . ١٤٨/٠ ى .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز (٢)

لنا : أنه مضبوط بالصفة يجوز بيعه ، فجاز السلم (٤) فى جنسه ، كالشحم (٥) .

(١) أى اذا كان اللحم السلم فيه موجودا ببلد من البلدان لا يختلف فى الوقت

الذى يحل فيه . أى مع بيان الجنس والنوع والوصف والقدر .

وأنظر المسألة فى : الام ج ٢ ص ١١٠ . المختصر ص ٩١ . المنهاج ص ٥٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١٤ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٧٦ .

المغنى ج ٤ ص ٢١١ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٠٠ ، الجواهر ج ٢ ص ٧١ .

شرح المنح ج ٣ ص ٢٥ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ١ ص ٥٦ .

(٢) خلافا للصاحبين حيث اجازاه ان بين جنسه ونوعه وسنه وموطنه وصفته

وقدره ، كقوله : شاة خصبى ثنى سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل .

لانه موزون مضبوط الوصف .

أنظر الهداية ج ٦ ص ٢١٥ . التبیین ج ٤ ص ١١٣ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٩٩ .

(٣) سقط لفظ (انه) من الاصل .

(٤) فى نسخة ((ب)) : فجاز فى الجنس كالشحم .

(٥) حيث يجوز السلم فى جنسه .

بجامع الضبط بالصفة فى كل من الاصل وهو الشحم ، والفرع وهو اللحم

ولما كان حكم الاصل جواز السلم فى الشحم لا تضباطه بالصفة وجواز

بيعه ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز السلم فى اللحم أيضا

لذلك .

قالوا : المقصود^(٦) مجهول ، لما فيه من العظم^(٧) ، فصار كالسلم في الرأس^(٨) .
قلنا : المقصود بالتمر^(٩) أيضا مجهول لما فيه من النوى ، ويجوز
السلم فيه .^(١٠)

قالوا : السمن^(١١) يتفاوت^(١٢) فلا يضبط^(١٣) .
قلنا : يهطل بالجودة في الثوب ، فانه يتفاوت^(١٤) ، ثم يجوز السلم فيه .^(١٥)

- (٦) أى الكمية المقصودة بالسلم من اللحم مجهولة .
- (٧) لانه يقل في بعض اجزاء الحيوان ويكثر في آخر فلا يعلم مقدار اللحم فيه .
- (٨) حيث لا يجوز السلم فيها ،
- لانه لا يدري قدر اللحم فيها فيصير قدر المسلم فيه مجهولا فلا يجوز
أنظر التبيين ج٤ ص ١١٢ .
- والجامع في القياس المذكور جهالة المقصود بالسلم في كل من الاصل
وهو الرأس والفرع وهو اللحم .
- ولما كان حكم الاصل عدم صحة السلم في الرأس كان حكم الفرع كذلك
فلا يجوز السلم في اللحم أيضا لذلك .
- (٩) في نسخة ((ب)) : بالثمر . / بالمثلثة .
- (١٠) أى فهمى جهالة غير مؤثرة لان العادة جرت بالتساهل بمثلها .
- (١١) بكسر السين وفتح الميم .
- (١٢) أى بين حيوان وآخر وان اتحدا في الجنس والنوع .
- (١٣) أى والسلم يعتمد الضبط في المسلم فيه ، لمنع وقوع النزاع عند التسليم
في المحل .
- (١٤) أى بين ثوب وثوب وان كان من نوعه .
- (١٥) فدل على أن التفاوت في الأوصاف التي لا يختلف لها الغرض لا تؤثر في
صحة السلم في اللحم أيضا .

* مسألة (٩١) : يجوز السلم في الاثنان . ١٤٨/٠ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .^(٢)

لنا : هو أن ما ثبت في الذمة في^(٤) الصداق ، جاز السلم فيه ، كالحبوب .^(٥)

(١) أي الخالصة غير المشوية أو المفشوشة ، لانضباطها ، ويكون رأس المال غيرها .

والاثنان جمع ثمن ، وثمن الشيء ما استحق به ذلك الشيء ، وهي مفتوحة الاول والثاني ، وتجمع أيضا على أثن ، كأنهر . أنظر القاموس ج ٤ ص ٢٠٧ ، وفي المصباح ج ١ ص ٩٣ : واثن . قليل . مثل جبل واجبل . أه .

والقول بجواز السلم في الاثنان هو الاصح عند الشافعية .

أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٥٥ . فتح المزيذ ج ٩ ص ٣١٦ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٧٨ .

المغنى ج ٤ ص ٢٢٦ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٩٥ . الجواهر ج ٢ ص ٦٨ .

شرح المنح ج ٣ ص ١١٠ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ١ ص ٥٥٥ .

(٢) الهداية ج ٦ ص ٢٠٦ . التبيين ج ٤ ص ١١١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٩٨ .

(٣) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٤) في نسخة ((ب)) : والصداق . / وما في الاصل هو الصواب .

(٥) حيث يجوز السلم منها قطعاً .

بجامع الثبوت في الذمة في الصداق ، في كل من الاصل وهو الحبوب والفرع

وهو الاثنان .

ولما كان حكم الاصل هو جواز السلم في الحبوب ، كان حكم الفرع كذلك

فيجوز السلم في الاثنان أيضا لذلك .

قالوا : هي أثمان ^(٦) ، فلا يجوز أن تصير مثنى .
 قلنا : يجوز ذلك ، كما يجوز أن تصير العروض اثمانا في السلم وهي
 مثنى ^(٨) .

قالوا : اسلام في الاثمان ، فلم يجز ^(٩) ، كما لو اسلم فيها الاثمان ^(١٠) .
 قلنا : لان هناك ^(١١) الثمن والمثنى يشتركان في علة الربا ، فهو كاسلام
 الحنطة في الشعير ^(١٢) ، وها هنا لا يشتركان ، فهو كاسلام الاثمان في الثياب ^(١٤) .

(٦) أى وحق الاثمان أن تقوم بها الاشياء ، لان تقوم هي بغيرها من العروض .

(٧) وهي ماعدا الاثمان . وهي جمع عرض بسكون الراء مثل فلس وفلوس . وقال

أبو عبيد : العروض هي الامتعة التي لا يدخلها كيل أو وزن ولا تكون

حيوانا ولا عقارا . أنظر المصباح ج ٢ ص ٥٣ .

(٨) أى والحال انها مثنى أى فاذا جاز ذلك في العروض ، جاز في الاثمان أيضا .

(٩) لان فيه قلبا لوضع الثمن في الاصل ، ان العمل تقويم الاشياء بالثمن لا العكس

(١٠) كأن يسلم نهدا بفضة أو العكس ، أو بمثله ، فلا يجوز لدخول ربا النساء

فيها .

والجامع في القياس المذكور هو انه اسلام في الاثمان ، في كل من الاصل وهو

مالو اسلم فيها الاثمان ، والفرع وهو مالو اسلم في الاثمان .

ولما كان حكم الاصل عدم الجواز فيه ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز السلم

في الاثمان أيضا لذلك .

(١١) أى فيما لو اسلم فيها الاثمان ، بأن اسلم نهدا بفضة أو العكس أو بمثله .

(١٢) حيث لا يجوز لانه يؤدى الى ربا النساء ، لكون الحنطة والشعير من الاصناف

الربوية ، انهما مطعومان وقد اختلف جنسا هما ، ولذلك جاز فيهما التفاضل

وحرم فيهما النساء .

والجامع في القياس المذكور هو اشتراك الثمن والمثنى في علة الربا في كل من

الاصل وهو مالو اسلم حنطة في شعير ، والفرع وهو اسلام الاثمان .

ولما كان حكم الاصل هو تحريم اسلام الحنطة في الشعير لا اشتراكهما في علة

الربا كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز اسلام الذهب بالفضة والعكس أو بمثله أيضا لذلك .

(١٣) أى في الاسلام في الاثمان بأن كان رأس المال من غير الاثمان .

(١٤) حيث يجوز الاسلام فيها قتلعا .

بجامع عدم الاشتراك في علة الربا في كل من الاصل وهو مالو اسلم الاثمان =

* مسألة (٩٢) : لا يجوز السلم فى الجوز والبيض عدد (١) و (٢) . ١٤٨ / ١٠ .
وقال أبو حنيفة : يجوز . (٣)

- = فى الثياب والفرع وهو مالو اسلم فى الاثمان .
ولما كان حكم الاصل هو صحة اسلام الاثمان فى الثياب .
كان حكم الفرع كذلك فيجوز الاسلام فى الاثمان اذا كان رأس المال من غير الاثمان أيضا لذلك .
والمراد ابطال قياسهم المذكور باثبات الفارق بين الاصل والفرع فيه .
(١) الجوز بفتح فسكون : فارسى معرب ، الواحدة جوزة والجمع جوزات . أ هـ .
المختار ص ١١٧ .
ومحل الخلاف هنا : هو ما اذا كان الجوز أو البيض متحد الجنس ، كبيض الدجاج أو بيض النعام ، وكذا الجوز الشامى أو جوز الهند فان اختلف الجنس كجوز شامى وجوز هندى فلا يصح قطعا للتفاوت الكبير فيها .
أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٢٠٨ .
(٢) أى بل يوزن وزنا ، ويصح فى الجوز كيلا أيضا فى الاصح . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٥٠ . الام ج ٣ ص ١٢٧ . الوجيز ج ١ ص ١٥٥ . شرح المحلى : ج ٢ ص ٢٤٩ .
وهو قول ابن حزم لأنه لا يجوز السلم فى المعدود بل يقصره على المكيل والموزون فقط . أنظر المحلى ج ١ ص ٤٥٠ .
(٣) أى يجوز عدد ١ وكيلا ووزنا ، وعن أبى حنيفة رواية أخرى بمنع السلم فى بيض النعام عدد ١ للتفاوت بينها .
خلافا لزفر فى احدى الروايتين عنه انه لا يجوز عدد ١ ولا كيلا .
الهداية ج ٦ ص ٢٠٧ . التبیین ج ٤ ص ١١١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٩٨ ، حيث زاد ذكر الوزن .
وهو قول الحنابلة : كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٥ . المغنى ج ٤ ص ٢١٨ . وذكر
فى المقنع ص ١١٣ ان : فى المعدود المختلف غير الحيوان روايتين احدهما =

لنا : هو ان التفاوت فيها^(٤) يكثر، فأشبه الرمان والسفرجل^(٥).
 قالوا : ما بين الجوزتين لا يمدخل في التقويم^(٦)، فلا يعتد به^(٧)،
 قلنا : الا أنه اذا كثر^(٨) دخل في التقويم^(٩) وتفاوت^(١٠).

= يسلم فيه عدد ١ والاخرى وزنا ، وقيل يسلم في البيض والجوز عدد ١ وفي
 الفواكه والبقول وزنا . أهـ .
 واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٩٩ . الجواهر ج ٢ ص ٧٠ .
 شرح المنح ج ٣ ص ٢١ .
 (٤) أى بين افرادها .

(٥) بفتح الأول والثاني وتسكين الثالث ، وهو شمر قابض مقو ، مدر مشهـ ،
 مسكن للمعطش ، اذا اكل على الطعام اطلق البطن ، وانفعه ما قـور
 وأخرج حبه وجعل مكانه عسل وطين وشوى . ويجمع على سفارج والواحدة
 سفرجلة . أنظر القاموس ج ٣ ص ٣٩٦ باب اللام فصل السين .
 والجامع في القياس المذكور هو كثرة التفاوت بين افراده في كل من الاصل
 وهو الرمان والسفرجل ، والفرع وهو الجوز والبيض .
 ولما كان حكم الاصل عدم صحة السلم في الرمان والسفرجل عدد ١ ، كان
 حكم الفرع كذلك فلا يجوز السلم في البيض والجوز عدد ١ أيضا لذلك .
 (٦) لقلته وتسامح الناس فيه عادة .

(٧) أى فلا يؤثر في صحة السلم به عدد ١ .

(٨) أى عدد المسلم فيه منه أى من البيض والجوز .

(٩) أى ما بينهما من التفاوت .

(١٠) في نسخة ((ب)) : في الرفوع ويتفاوت . / ولعلها الدفع ، بالبدال المهمة
 ومعناها التقويم .

* مسألة (٩٣) : لا يجوز استصناع الخفاف^(٢) . ١٤٨/٥ .

وقال أبو حنيفة : يجوز استحسانا^(٣) .

لنا : انه بيع ماليس عنده على غير وجه السلم^(٤) ، فأشبهه استصناع

(١) استعمال من الصنع وهو العمل ، وهو أن يقول لصانع الخف : اصنع لى

خفا طوله كذا وسعته كذا بكذا ، ويعطى الثمن المسمى أولا يعطى

شيئا فيعقد الاخر معه . أنظر فتح القدير ج ٦ ص ٢٤١ .

(٢) لانه لا يجوز السلم فيها لعدم انضباطها ولا شتمالها على الظهارة

والبطانة والحشو . والعبارة تضيق عن الوفاء بذكر اطرافها وانعطافاتها .

أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٥١ . زاد فى معنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٩ :

اما الخفاف المتخذة من شئ واحد ، ومثلها النعال ، فيصح السلم

فيها ان كانت جديدة واتخذت من غير جلد ، كالثياب المخيطة والامتعة . أهـ .

(٣) فى نسخة ((ب)) : استحبابا . / أى والقياس يقتضى بطلانه لانه بيع

المسعودم الا انه جاز دفعا للضرورة فيه .

وقد خالف زفر فى ذلك فمنع الاستصناع فى الخف .

أنظر : الهداية ج ٦ ص ٢٤١ . التبيين ج ٤ ص ١٢٣ . مجمع الانهر :

ج ٢ ص ١٠٦ .

وزهب المالكية الى جواز الاستصناع بشرط ان لا يعين العامل الذى

سيصنعه كأن يقول : على أن يصنعه فلان ، ولا يعين المادة المعمول

منها والا فسد العقد .

أنظر : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٠٣ . الجواهر ج ٢ ص ٧٢ . شرح

المنح ج ٣ ص ٣٦ .

(٤) لانه فى السلم يشترط فيه تسليم رأس المال فى المجلس بخلافه فى الاستصناع

وفى السلم يجبر المسلم اليه على دفع المسلم فيه فى محله ولا كذلك فى

الاستصناع حيث لا يجبر على العمل ، ولا يجبر المستصنع على اعطاء الاجر

وان صنع له الخف أو غيره . أنظر التبيين ج ٤ ص ١٢٣ .

(٥) الشقاق .

قالوا : قد جرت المادة بفعله من غير نكير . (٦)

قلنا : نحن ننكر ذلك ، (٧) ثم يطل ذلك باستقراض الخبز والخمير (٨)

والاستئجار على فعل الحج وتعليم القرآن باجرة . (٩)

(٥) الشقاق جمع شقة بضم الشين المعجمة وتشديد القاف وهى فى الاصل نصف الثوب وان كان قد يسمى الثوب كما هو شقة . أنظر المفردات ص ٢٦٤ . والجامع فى القياس المذكور انه بيع مالىس عنده على غير وجه السلم فى كل من الاصل وهو استصناع الشقاق والفرع وهو استصناع الخفاف . ولما كان حكم الاصل عدم جواز استصناع الشقاق لكونه بيع مالىس عنده على غير وجه السلم كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز استصناع الخفاف أيضا لذلك .

(٦) أى وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)

هكذا احتج به فى التبیین ج ٤ ص ١٢٣ . والحدیث موقوف على ابن مسعود بسند حسن . رواه البزار والطیالسى والطبرانى وأبو نعیم ، أنظر المقاصد الحسنة ص ٢٦٧ رقم / ٩٥٩ .

(٧) أى جریان المادة بفعله من غير نكير ، أى ننكر دعوى الا جماع فى ذلك .

(٨) حيث لا يجوز استقراضهما عندهم ، أنظر الهداية ج ٦ ص ١٧٦ ، مع عدم نكير الناس على استقراضه .

(٩) حيث لا يجوز ذلك عندهم - أنظر الهداية ج ٨ ص ٣٨ - ثم الناس تفعله من غير نكير فلم يكن عدم النكير على استصناع الخفاف دليلا على جوازه .

- * مسألة (٩٤) : يجوز أن يكون رأس المال جزافاً^(١) في أحد القولين^(٢) . ١٤٨/٠ .
 وقال أبو حنيفة : لا يجوز في المكيل والموزون^(٣) .
 لنا : هو^(٤) انه عوض شاهد في عقد لا يقتضى المماثلة^(٥) ، فلا يفتقر الى

- (١) الجزاف ، بضم الجيم المعجمة وهو كلمة فارسية : اصلها كزاف ، فعمريت .
 والجزاف : بيع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه ، وهو اسم من جازف مجازفة
 من باب قاتل ، وهي كلمة معربة خارجة عن القياس ، قال ابن القطاع :
 جزف في الكيل جزفاً : أكثر منه ، ومنه الجزاف والمجازفة في البيع
 وهو المساهلة . أهـ أنظر المصباح ج ١ ص ١٠٨ .
- (٢) وهو اظهرهما . . الوجيز ج ١ ص ١٥٤ . الام ج ٣ ص ١٠٠ . المنهاج :
 ص ٥٣ : ورؤية ، رأس المال تكفى عن معرفة قدره في الاظهر . أهـ .
 وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ٩٥ . الجواهر ج ٢ ص ٧٠ .
 شرح المنح ج ٣ ص ٥ .
- (٣) خلافاً للصاحبين . الهداية ج ٦ ص ٢٢١ . التبیین ج ٤ ص ١١٦ . مجمع
 الانهر ج ٢ ص ١٠١ .
- وهو قول الحنابلة : شرح المنهى ج ٢ ص ٢٢١ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٩١
 وذكر في المحرر ج ١ ص ٣٣٣ وجه آخر انه يجوز لكنه خلاف المذهب .
 وبه يقول ابن حزم لانه منع السلم الا في المكيل والموزون . أنظر
 المحلى ج ١ ص ٤٥ .
- (٤) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .
- (٥) يعنى عقد السلم ، والسلم نوع بيع ، وذلك احترازاً عما يقتضى المماثلة
 كمقد الصرف .

معرفة قدره، كالثمن والاجرة ^(٦) والمهر، ولا يلزم ما فيه الربا ^(٧) أو القرض ^(٨) لأنه يقتضى ^(٩) المثل ^(١)، ولأن ما جاز أن يكون ثمنًا أو أجرًا جاز أن يكون رأس المال ^(١١) في السلم، ^(١٢) ولأن ما جاز أن يكون مبيعًا جاز أن يكون رأس مال، كالثوب ^(١٣).

(٦) حيث لا يفتقر صحة العقد فيها الى معرفة قدر المشاهد من الثمن والاجر والمهر، فيصح العقد، ويرجع عند الاختلاف في القدر، الى صاحب اليد، وهو المسلم اليه والمستأجر والولى بايمانهم، لانهم غارمون.

والجامع في القياس المذكور هو انه عوض مشاهد في عقد لا يقتضى الماثلة في كل من الاصل وهو الثمن والاجرة والمهر، والفرع وهو رأس مال السلم. ولما كان حكم الاصل عدم اشتراط معرفة الثمن في البيع والاجرة في الاجارة والمهر في النكاح لصحة العقد كان حكم الفرع كذلك فلا يشترط معرفة رأس المال في السلم لصحة السلم أيضا.

(٧) حيث يجب معرفة القدر فيه مع كونه عوضا مشاهدا.

(٨) في نسخة ((ب)) والقرض. / بدون همزة مع الواو.

(٩) في نسخة ((ب)) : ولانه. / أى القرض، حيث يرد المقرض مثـل المال المقرض.

(١٠) أى وعقد السلم لا يقتضيه. أى فاختلف الحكم فيهما لا اختلافهما فى الوصف.

(١١) في نسخة ((ب)) : رأس مال. / ورأس المال منصوب بالفتحة الظاهرة لانه خبر الفعل الناسخ (يكون) واسمه محذوف تقديره هو.

(١٢) أى كـرأس المال المسمى «وهو غير الجزاف، حيث يجوز أن يكون رأس مال في السلم.

بجامع جواز كونه اجرة أو ثمنًا في كل من الاصل وهو رأس المال المسمى، والفرع وهو رأس المال الجزاف. ولما كان حكم الاصل جواز كونه رأس مال، كان حكم الفرع كذلك فيجوز كون رأس المال جزافا في السلم أيضا لذلك.

(١٣) حيث يجوز كونه رأس مال في السلم. لجواز كونه مبيعًا بالمشاهدة.

قالوا : ما يتوهم من الفرر يجعل كالمحقق في ابطال السلم اذا أمكن
التحرز منه ، ولهذا لا يجوز في مكيال يخالف مكيال الناس ، وربما ينفق (١٥)
بعض الثمن (١٦) ويستحق بعضه : أو يجدها (١٧) (١٨) فيجهل ما يفى من المسلم (١٩)
فيه ، فلا يدري ما يرجع اليه . (٢٠)

قلنا : يبطل به اذا اسلم ثوبين في كر ، (٢١) فانه ربما يتلف احد هما

= بجامع جواز كونه مبيعاً بالمشاهدة في كل من الاصل وهو الثوب ، والفرع
وهو المال الجزاف ولما كان حكم الاصل جواز كون الثوب رأس مال ففى
السلم ، كان الفرع كذلك فيجوز كون رأس المال جزافاً فى السلم أيضاً لذلك .
(١٤) لانه يكون مجهولاً لدى العامة من الناس فيتعذر الاستيفاء به اذا تلف ،
وذلك مفوت للحكمة التى من اجلها اشترط معرفة القدر وهى عدم وقوع
التنازع بين المتعاقدين .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : نفق . / بفتح الاول و الثانى أى هلك ، منه
قولك : نفق الرجل والداية اذا ماتا ، وبابه دخل يدخل ، أنظر
المختار ص ٦٧٣ .

(١٦) أى رأس المال .

(١٧) أى الدراهم أو الدينار .

(١٨) أى مغشوشة ، تقول : زافت الدراهم زيوفاً : صارت مردودة لغش ، وتقول :

دراهم زيف بفتح فسكون أى ردئ ، وزائف ، والجمع زياف ، وزياف ، وزاف

فلان الدراهم : جعلها زيوفاً ، كزيفها . أنظر القاموس ج ٣ ص ١٥٠ .

(١٩) فى نسخة ((ب)) : من السلم فيه . / وهو خطأ .

(٢٠) أى فيقع فى الفرر والجهالة المؤدية الى التنازع .

(٢١) فى المختار ص ٥٦٧ : والكر بالضم : واحد اكرار الطعام . أه والكر من

وحدات الكيل .

وزاد فى القاموس انها تطلق على الكساء . بعد أن ذكر مقدار الكر بقوله :

وبالضم - أى بضم الكاف - مكيال للعراق ، وستة أوقار حمار ، أو هو ستون

قفيزاً ، أو اربعون اردبا . أه القاموس ج ٢ ص ١٢٦ . =

ويستحق الآخر ، فلا يدري في كم يفي ، ثم يصح ، والمعنى في الأصل ^(٢٤) أنه
يتعذر التسليم بحكم العقد ^(٢٥) هنا لا يتعذر بحكم العقد ، وإنما يتعذر إذا استحق
^(٢٦)
بعضه .

قلت : والاردب : جمعه اردب ، وهو مكيال ضخم لا هل مصر ،
ويعادل ستة وستين ليترًا من الماء المقطر أو اثنين وخمسين كيلو جراما
واربعة عشر في المائة منه من القمح ، أنظر الايضاح والتبيان ص ٧١ .
وأما القفيز ويجمع على اقفزة ، ومقداره ستة وثلاثون صاعا من القمح أي ما يزن
٢٦١١٢ كيلو غراما ، أو ما سعت ٣٣٠٥٣ ليترًا من الماء .
أنظر الايضاح والتبيين ص ٧٢ .

(٢٢) أي في كم يفي الثوب الآخر الذي تلف ان لا يدري كم قيمته .

(٢٣) أي فلم يكن الغرر المحتمل كالمحقق في ابطال السلم فيه .

(٢٤) أي الغرر المحقق ، وهو المقيس عليه في قولهم : ما يتوهم من الغرر
يجعل كالمحقق في ابطال السلم اذا امكن التحرز منه .

والمقصود : ان سبب بطلان السلم فيما كان الغرر فيه متحققا هو أنه
لا يمكن فيه تسليم المسلم فيه بحكم العقد لانه يؤدي الى المنازعة . وهذا
بخلافه في الفرع المقيس أعني ما كان الغرر فيه متوهما ان لا يتعذر
فيه التسليم بحكم العقد ، لان العقد فيه صحيح ، واحتمال الغرر
طارئ بعده ، فلا يجوز ابطال عقد صحيح لا احتمال ان يطرأ عليه ما يبطله .

(٢٥) أي في الغرر المتوهم .

(٢٦) أي ففارق الفرع الاصل في قياسهم ما يتوهم فيه الغرر على ما يتحقق

فيه ، والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : ربما تقايلاً^(٢٧) فيرد اقل مما أخذ أو أكثر^(٢٨)، وذلك ربا^(٢٩) .
 قلنا : هذا انما يخاف في الاقالة^(٣٠)، وهى توجد بعد فسخ السلم ،
 فلا تقدح في السلم .
 قالوا : عوض^(٣١) في السلم تعلق العقد بقدره ، فاعتبر ذكر المقدار ، كالمسلم
 فيه^(٣٢) .
 قلنا : لا نسلم^(٣٣) ، بل تعلق العقد بعينه ، ان لو تعلق بقدره لم يصح
 بيع صبرة لا يعرف قدرها^(٣٤) ، ولو جيب ان لا يتعنين

(٢٧) تفاعلا من الاقالة وهى فسخ العقد ، تقول : أقاله البيع اقالة ، وربما
 قالوا : قاله البيع ، بغير الف ، وهى لغة قليلة . أنظر المختار ص ٥٦ .
 (٢٨) لان رأس المال ليس معلوم القدر ، فرما زاد عليه فى الاقالة أو نقص .
 (٢٩) أى فيما اذا رد عليه أكثر من رأس المال الذى أخذه ، وان كان أقل
 فذاك ربا وكلاهما لا يحل .
 (٣٠) أى فى حال الاقالة دون حال التلف وغيره . لان عقد السلم يبقى وان تلف
 بعض رأس المال .

(٣١) أى رأس المال عوض فى السلم ، فهو صفة لموصوف محذوف .
 (٣٢) حيث يعتبر فيه ذكر المقدار .
 بجامع انه عوض فى السلم تعلق العقد بقدره فى كل من الاصل وهو المسلم
 فيه والفرع وهو رأس مال السلم .
 ولما كان حكم الاصل وجوب معرفة مقدار المسلم فيه ، كان حكم الفرع كذلك
 فيجب معرفة مقدار رأس المال أيضا ، فلا يجوز كونه جزافا .

(٣٣) ان العوض يتعلق بقدر رأس المال .
 (٣٤) لان الثمن حينئذ يكون فى مقابل مضمون مجهول . أى والحال انه يجوز
 بيعها مجهولة القدر ، فدل على أن الثمن متعلق بعين المبيع فى
 البيع ومثله فى السلم لانه نوع بيع .

(٣٥) تسليمه ، والمسلم في الذمة (٣٦) مجهول ، فافتقر الى التقدير (٣٨) كالشمن (٣٩)
 في الذمة (٤٠) ، وهذا معين (٤١) ، فهو كالشمن المعين (٤٢) ، يثبت (٤٣) أن المسلم فيه
 يجب ذكر صفاته (٤٤) (٤٥) ، وهما هنا لا يجب ذكر صفاته (٤٦) .

(٣٥) أى تسليم رأس مال السلم في مجلس المقد . والحال انه يجب تسليمه
 فيه حذرا من بيع الدين بالدين .

(٣٦) احترازا عن البيع الحاضر ، أعني بيع الاعيان .

(٣٧) أى من حيث عينه ، وان كان معلوم الصفات لدى المتعاقدين .

(٣٨) في نسخة ((ب)) : الى التقرير . / وما في الاصل أولى .

(٣٩) سقط قوله (كالشمن في الذمة) من نسخة ((ب)) .

(٤٠) حيث يجب تقديره اذا كان متعلقا بذمة المشتري .

بجامع جهالة العين في كل من الاصل وهو الشمن في الذمة ، والفرع وهو
 البيع في الذمة . أى السلم .

ولما كان حكم الاصل وجوب التقدير في الشمن المتعلق بالذمة لازالة
 الجهالة عنه ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجب معرفة المسلم فيه أيضا لذلك .

(٤١) أى رأس المال الجزاف .

(٤٢) حيث لا يجب معرفة قدره حينئذ .

بجامع التعيين في كل من الاصل وهو الشمن المعين والفرع وهو رأس المال
 الجزاف ، ولما كان حكم الاصل هو عدم وجوب ذكر القدر في الشمن المعين
 كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجب ذكر القدر في رأس المال الجزاف لانه
 معين أيضا لذلك .

(٤٣) أى قياس رأس المال الجزاف على الشمن المعين .

(٤٤) لانه غائب عن مجلس العقد مجهول .

(٤٥) أى رأس المال الجزاف .

(٤٦) لانه مشاهد معلوم .

أى فصح أن رأس المال المتعلق بالذمة يخالف رأس المال الجزاف ، فان =

* مسألة (٩٥) : اذا لم يبين موضع التسليم صح العقد ، ووجب التسليم في موضع العقد ^(١) في أحد القولين / ١٤٨ ش .
وقال أبو حنيفة : ان كان لحمله مؤونة ^(٢) ، لم يصح ^(٣) .
لنا : انه تسليم مستحق بالعقد ، فلا يجب ذكر موضعه ، كتسليم المبيع ومالا مؤونة لحمله ^(٤) .

- = ذاك مجهول فيجب تعيين القدر فيه ، ولا كذلك رأس المال الجزاف لانه معين ، فكان قياسه عليه قياسا مع الفارق . والقياس معه باطل .
- (١) في الاصل : في أحد الاقوال . / والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .
والمذكور هو أصح القولين . أنظر الوجيز ج ١ ص ١٥٥ . شرح المحلي ج ٢ ص ٢٤٦ .
ومحله : اذا كان الموضع صالحا للتسليم والا وجب البيان .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٢١ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٩٢ .
المحرر ج ١ ص ٣٣٤ .
واليه ذهب المالكية : القوانين ص ٢٩٦ . الجواهر ج ٢ ص ٧٥ . شرح المنح ج ٣ ص ٤٥ .
- (٢) أي اجرة ونحوه من المحل الذي يطلب فيه المسلم فيه الى موضع العقد .
- (٣) الهداية ج ٦ ص ٢٢١ . التبیین ج ٤ ص ١١٦ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٠١ .
ونذهب ابن حزم الى بطلان السلم جملة اذا اشترطا مكانا معيننا لتسليمه وانما يسلمه في المكان الذي حل الاجل فيه وان كان غير مجلس العقد .
أنظر المحلي ج ١ ص ٥٥ .
- (٤) حيث لا يجب ذكر موضع تسليم المبيع في البيع ، ومالا مؤونة لحمله في السلم .
والجامع في القياس المذكور هو انه تسليم مستحق بالعقد في كل من الاصل وهو تسليم المبيع ومالا مؤونة لحمله ، والفرع وهو تسليم المسلم فيه ان كان في نقله مؤونة .

قالوا : معنى يختلف العوض ^(٥) باختلافه فوجب بيانه ، كمقدار السلم ومقدار الاجل ، ^(٦)

قلنا : لانه ليس في ذلك ما يحمل الامر عليه ، ^(٨) وفي هذا ما يحمل عليه ^(٩) ^(١٠) وهو موضع العقد ، فلم يجب بيانه ، ^(١١) كبيان جنس الثمن . ^(١٢)

= ولما كان حكم الاصل عدم وجوب ذكر موضع التسليم في المبيع ومالا مؤونة لحمله ، أى فيجب تسليمه في موضع العقد كان حكم الفرع كذلك فيجب تسليم المسلم فيه في محل العقد ان لم يشترط موضعاً غيره .

(٥) في الاصل : يختلف الغرض . / وهو تحريف . وانما يختلف العوض باختلاف محل التسليم لا اختلاف المؤونة وتفاوتها في نقل المسلم فيه .
(٦) حيث يجب بيان مقدار السلم فيه ، كيلا أو وزنا أو عدداً ، ويجب بيان مقدار الاجل أيضا .

بجامع انه معنى يختلف العوض باختلافه في كل من الاصل وهو مقدار السلم ومقدار الاجل ، والفرع وهو موضع التسليم في السلم .
ولما كان حكم الاصل وجوب بيان مقدار السلم والاجل لا اختلاف العوض باختلافه كان حكم الفرع كذلك فيجب بيان موضع التسليم في السلم أيضا لذلك .

(٧) أى في معرفة مقدار السلم والاجل .

(٨) أى فليس ثمة ما يرجع اليه عند الاختلاف فيه ، فوجب بيانه قطعاً للنزاع .

(٩) أى في حال عدم ذكر موضع التسليم في السلم .

(١٠) في نسخة ((ب)) : ما يحمل الامر عليه .

(١١) أى فاختلف الاصل والفرع في قياسهم لذلك ، والقياس مع الفارق باطل .

(١٢) حيث لا يجب بيانه لانه يحمل على الثمن الغالب في بلد البيع ، فان لم يكن

ثمن غالب ، وجب البيان .

بجامع وجود ما يحمل الامر عليه في كل من الاصل وهو مالو باع ولم يبين

جنس الثمن ، والفرع وهو مالو اسلم ولم يبين موضع التسليم .

= ولما كان حكم الاصل هو عدم وجوب بيان جنس الثمن في البيع لحمله على

قالوا : التسليم لا يختص بموضع العقد ، كما نقول في البيع^(١٣) ، وإذا لم
 يختص وجب بيانه^(١٤) .
 قلنا : المبيع ملك للمشتري^(١٥) ؛ فلو وجب على البائع تسليمه^(١٦) ، استحق
 عليه^(١٨) منفعته^(١٩) ، والمسلم في السلم لا يملكه المشتري إلا بالقبض ، فلا يستحق
 على البائع منفعته^(٢٠) .^(٢١)

= غالب ثمن أهل البلد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب بيان موضع
 التسليم في السلم لأنه يحمل على موضع عقد السلم أيضا لذلك .

(١٣) من أنه لا يختص التسليم فيه بموضع العقد .

(١٤) أي بيان موضع التسليم .

(١٥) في نسخة ((ب)) : لأن المسلم في البيع ملك للمشتري . / وما في الأصل
 أوضح .

(١٦) أي يملكه بالعقد وإن لم يقبضه . أي فلا يشترط فيه بيان موضع التسليم .

(١٧) أي تسليم المبيع في مجلس العقد .

(١٨) أي استحق البائع على المشتري .

(١٩) في نسخة ((ب)) : منفعة . / والضمير في منفعته عائد إلى المبيع ، والمراد

به زوائده الحاصلة بعد العقد وقبل القبض . أي والحال أنه لا يستحق

البائع على المشتري منفعة المبيع بل هي عائدة إلى المشتري ، لأنه قد ملك

المبيع بمجرد العقد ، فلا يجب على البائع تسليم المبيع في مجلس

العقد . أنظر منهاج ص ٤٨ .

(٢٠) في نسخة ((ب)) : فلا يستحق عليه البائع منفعة . / وفاعل الاستحقاق المسلم .

(٢١) أي منفعة المسلم فيه ، وهي زوائده ، إن هي باقية قبل القبض على ملك المسلم

اليه .

والمراد إثبات أن في قياسهم السلم على البيع في عدم اختصاص التسليم فيه =

* مسألة (٩٦) : اذا حصل للمسلم اليه طعام عند رب السلم ، فقال له اقبضه عما لك ، فقبضه ، لم يصح القبض . (٢)
وقال أبو حنيفة يصح . (٣)

= بموضع العقد ، قياسا مع الفارق ، لان المسلم فيه لا يملك الا بالقبض بخلاف المبيع حيث يملك بمجرد العقد . أى والقياس مع الفارق باطل .

(١) أى عمالك عندى من الطعام الذى اسلمت الى فيه .

(٢) لانه حوالة فى دين لم يستقر بعد ، لان السلم عرضة للفسخ ، بخلاف

الحوالة فى دين مستقر كثمن مبيع وقرض ومهر بعد الدخول واجرة استوفى نفعها ان كانت الاجرة عن عمل كخياطة ثوب ، أو فرغت مدتها كاجارة دار شهرا وكذا ارش جناية وقيمة متلف ، وكذا جعل بعد عمل .

أنظر المسألة فى : المجموع ج ١٢ ص ١٦٩ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٢٣ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٩٣

المغنى ج ٤ ص ٢٢٨ .

ويشبه أن يكون هذا قول المالكية أيضا لانهم اجازوا بيع المسلم فيه قبل قبضه مالم يكن طعاما كما هنا ، والحوالة به أولى من بيعه فى المنع منه .

أنظر القوانين ص ٢٩٦ . الجواهر ج ٢ ص ٧٥ . شرح المنح ج ٣ ص ٤٤ .

ولعله قول ابن حزم أيضا فانه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ، أى لا يجوز التصرف فيه قبل القبض والحوالة به تصرف فيه قبل القبض فلا يصح .

انظر المحلى ج ١ ص ٦٥ .

(٣) حاشية الشلبى ج ٤ ص ١١٨ : ويجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه ،

لانه دين مضمون كسائر الديون وقبضه من المسلم اليه بعينه ليس

بشرط . وانظر الدر المنتقى ج ٢ ص ١٠٣ .

لنا : هو انه قابض لنفسه (٥) باذن غيره ، فأشبه اذا قال رب السلم للمسلم اليه اقبض مالى فى ذمتك (٦) .
 قالوا : استوفى لنفسه باذنه (٧) ، فأشبه اذا قال : خذ من فلان (٨) .
 قلنا : هناك (٩) قبض من غيره ، وههنا (١٠) قبض من نفسه ، وحكم الأمرين

- (٤) سقط اسم الاشارة (هو) من نسخة ((ب)) . / والضمير فى (انه) عائدا الى المسلم .
- (٥) فى نسخة ((ب)) : من نفسه .
- (٦) حيث لا يجوز . بجامع ان كلا قابض لنفسه باذن غيره ، اما الاصل فهو مالو قال رب السلم للمسلم اليه اقبض مالى فى ذمتك ، والفرع وهو مالو قال المسلم اليه للمسلم قبض مالى فى ذمتك .
- ولما كان حكم الاصل بطلان قبض المسلم اليه ما فى ذمته للمسلم بامرهم كان حكم الفرع كذلك فيبطل قبض السلم مالمسلم اليه فى ذمته بامرهم أيضا لذلك .
- (٧) أى باذن من عليه الحق ، وهو المسلم اليه هنا .
- (٨) أى بان احواله على فلان حيث قبضه منه .
- بجامع انه استيفاء للنفس باذن من عليه الحق فى كل من الاصل وهو مالو قال المسلم اليه للمسلم خذ من فلان ، والفرع وهو مالو قال المسلم للمسلم اليه اقبض مالى فى ذمتك .
- ولما كان الحكم فى الاصل جواز احواله السلم اليه المسلم على شخص لا استيفاء المسلم فيه منه
- كان حكم الفرع كذلك فيجوز للمسلم قبض المسلم بامر المسلم اليه أيضا لذلك .
- (٩) فيما لو احوال المسلم اليه السلم على شخص آخر لقبض المسلم فيه منه .
- (١٠) أى فيما لو أمر المسلم اليه المسلم بقبض المسلم فيه من نفسه .

مختلف^(١١)، ولهذا لو سلم المسلم اليه ما في ذمته الى غيره^(١٣)، باذن رب السلم^(١٤)
 جاز^(١٥)، ولو كاله الى نفسه باذنه^(١٧)، لم يجز^(١٨).

* مسألة (٩٧) : اذا احضر ثوبا اجود مما اسلم فيه على أن يزيده
 درعاً لم يجز^(٢) ١٤٨/٠ ش.

(١١) حيث يجوز القبض من الغير ولا يجوز من النفس لا تحاد القابض والمقبض
 حينئذ .

أى فلا يصح قياس احد هما على الآخر ، للفارق المذكور .

(١٢) فى نسخة ((ب)) : لو اسلم .

(١٣) أى الى غير المسلم .

(١٤) وهو المسلم أى صاحب الثمن .

(١٥) لانها حوالة صحيحة لكونها فى ملك قد ثبت واستقر بوجود المسلم فيه
 وحلوله .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : ولو يكله . / والضمير البارز فى (ولو كاله) عائد الى

المسلم فيه والمستتر عائد الى المسلم .

(١٧) أى باذن المسلم اليه ، أى عند التسليم .

(١٨) لان اكتياله لنفسه لا يكون قبضا ، لا تحاد القابض والمقبض فى هذه الصورة .

(١) فى نسخة ((ب)) : اسلم منه . / وهو تصحيف .

(٢) فى المنهاج ص ٥٤ : لا يصرح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه ونوعه

وقيل يجوز فى نوعه ولا يجب ويجوز اردأ من المشروط ولا يجب ويجوز

اجود ويجب قبوله فى الاصح . أهـ .

قال القليوبى ج ٢ ص ٢٥٦ : قوله : ويجب قبوله ، أى ان لم يكن عليه ضرر

فى قبوله . أهـ وفى زيادة الثمن ضرر عليه .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٤ ،

المغنى ج ٤ ص ٢٣١ .

وبه يقول المالكية : حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٣)

وقال أبو حنيفة : يجوز .

لنا : انه ^(٤) صفة ، فلم يجوز أخذ العوض عنها ، كالجودة في المكيل

(٦)

والموزون .

قالوا : زيادة غير مستحقة فيما يجوز بيعه بمثله وزيادة ^(٨) درهم ، فجوازأخذ البدل عنها كما لو أحضر ثوبين ^(٩) ، أو أحضر بنت لبون ^(١٠) بدل بنت

(٣) لم أجد قوله في مظانه .

ولم أجد لابن حزم في هذه المسألة قولاً أيضاً .

(٤) أى الاجودية في الثوب .

(٥) في نسخة ((ب)) : فلم يجوز . / بالبناء للمجهول مع تضعيف الواو .

(٦) حيث لا يجوز أخذ العوض عنها ، لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلة

بالجنس في الاموال الربوية .

بجامع انها صفة في كل من الاصل وهو الجودة في المكيل والموزون .

والفرع وهو الجودة في الثوب ، وهو من المذروعات .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ العوض عن الجودة في المكيل والموزون

لأنها صفة فيه أى والجودة في الصفة لا يقابلها شيء من الثمن عند اتحاد

الجنس ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يجوز أخذ الدرهم عوضاً عن الجودة في

الثوب المسلم فيه أيضاً لذلك .

(٧) في نسخة ((ب)) : غير متحققة . / وهو تحريف .

(٨) في نسخة ((ب)) : أو / بزيادة الهزة مع الواو .

(٩) أى بدل الثوب الواحد المستحق . أى وطالب بثمان الثوب الثاني حيث

يجوز دفع الزيادة فيه للثوب الثاني .

(١٠) وهى ما أتى عليه سنتان من الابل ودخلت في الثالثة فصارت امها لبونا أى

ذات لبن لانها تكون قد حملت حملاً آخر ووضعت . أنظر النهاية ج ٤ ص ٢٢٨ .

مخاض^(١١) في الزكاة^(١٢).

قلنا : الثوب عین ، فهو كزيادة قفيز^(١٤) ، وهذه^(١٥) صفة فهو

(١١) المخاض اسم للنوق الحوامل ، واحدتها خلفة ، وبنت المخاض وابنة المخاض ما دخل في السنة الثانية ، لان امه قد لحقت بالمخاض أي الحوامل وان لم تكن حاملا ، وانما سمي ابن مخاض في السنة الثانية لان العرب انما كانت تحمل الفحول على الاناث بعد وضعها بسنة ليستد ولدها ، فهي تحمل في السنة الثانية وتمخض ، فيكون ولدها ابن مخاض . أه
النهاية ج ٤ ص ٣٠٦ .

(١٢) حيث يجوز ذلك ويعطى الزيادة مراعاة لفضل بنت اللبون على بنت المخاض .

بجامع ان كلا زيادة غير مستحقة في كل من الاصل وهو مالو احضر ثوبين بدلا من ثوب أو احضر بنت لبون بدلا من بنت المخاض ، والفرع وهو مالو احضر ثوبا أجود مما اسلم فيه وطلب زيادة درهم .
ولما كان حكم الاصل جواز أخذ الزيادة في الثوبين بدل الثوب وفي بنت اللبون بدل بنت المخاض كان حكم الفرع كذلك فيجوز أخذ الزيادة في الثوب الاجود بدل الثوب المسلم نيه أيضا لذلك .

(١٣) في نسخة ((ب)) : للثوب عین . / وما في الاصل هو الصواب .

(١٤) في نسخة ((ب)) : فهو كزيادة فيه . / أي فهو كما لو احضر قفيزا زيادة على القفيز المستحق حيث يجوز أخذ البدل عنه .

والجامع في القياس المذكور هو ان كلا عین ، اما الاصل فهو القفيز واما الفرع فهو الثوب .

ولما كان حكم الاصل جواز أخذ قفيز بثمنه زيادة على المستحق في السلم ، لان زيادة عین كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز أخذ ثوب آخر بثمنه زيادة على الثوب المستحق أيضا لذلك .

(١٥) أي الاجودية في الثوب الذي احضره بدل الثوب المسلم فيه .

كالجودة في القفيز (١٦) ، فأما الزكاة فلو احضر دون ما عليه مع بدل النقصان (١٧)
 جاز ، ولو احضرها هنا (١٩) دون ذلك الثوب مع بدل النقصان لم يجز (٢١).

(١٦) أى القفيز المسلم فيه ، أو فى القرض ، حيث لو احضر ثوبا أجود من
 المسلم فيه لم يجز أخذ الموعود عن تلك الجودة .
 بجامع ان كلا صفة ، أما الاصل فهو الجودة فى القفيز وأما الفرع فهو
 الجودة فى الثوب الذى احضره بدل الثوب المسلم فيه .
 ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ الموعود بدلا عن الجودة فى
 القفيز المسلم فيه لانها صفة لا تتعلق بها الثمن ، كان حكم الفرع كذلك
 فلا يجوز أخذ الموعود بدلا عن الجودة فى الثوب المسلم فيه أيضا لذلك .
 والمراد اثبات ان هناك فارقا بين الاصل والفرع فى قياسهم جواز أخذ
 الزيادة فى الثوب الاجود بدل الثوب المسلم فيه على أخذ الثوبين بدل
 ثوب أو أخذ بنت اللبون بدل بنت المخاض لان الزيادة فى الاصل المقيس
 عليه بدل العين ، فتحل ، والزيادة فى الفرع المقيس بدل الصفة فتعسر ،
 والقياس مع الفارق باطل .

(١٧) سقط لفظ (دون) من نسخة ((ب)) . / ودون هنا بمعنى أقل .
 أنظر القاموس ج ٤ ص ٢٢٣ .

(١٨) لانه تتميم للمستحق عليه من الزكاة .
 (١٩) أى فى حال تسليم المسلم فيه .
 (٢٠) أى المسلم فيه .
 (٢١) أى عندكم ، أنظر قولهم هذا فى المسألة الآتية الان . ، وإنما لم يجز
 عندهم لان الثوب الناقص غير المحقود عليه ، لانه انما عقد على ثوب
 أجود منه .
 أى فيطل قياس أحدهما على الآخر للفارق المذكور بينهما .

* مسألة (٩٨) : يجوز الرجوع بالارش^(١) ، للعيب في السلم . ١٤٩ / ١ .
وقال أبو حنيفة : لا يجوز^(٤) .

لنا : هو انه^(٥) نوع بيع ، فجاز الرجوع بارش العيب فيه ، كبيع الاعيان^(٦) .
قالوا : الرجوع بالارش فسخ للبيع في جزء من المبيع^(٧) ، والمقبوض فـ

(١) في نسخة ((ب)) : بأرش العيب . / وهو فرق ما بين صحيح المسلم فيه ومعيبه .

(٢) اللام هنا تعليلية ، أى لعل وجود العيب في المسلم فيه .

(٣) الام ج ٣ ص ١٣٨ : ولو أسلفه في شيء فاعطاه اياه معيبا ، والعيب ما قد يخفى فاكل نصفه أو اتلفه ويبقى نصفه كأن كان رطباً فأكل نصفه أو اتلفه ويبقى نصفه يأخذ النصف بنصف الثمن ويرجع عليه بنقصان ما بين الرطب معيبا وغير معيب . أهـ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢١٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٤ .
المفنى ج ٤ ص ٢٣٢ .

وبه يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٢١٣ . الجواهر ج ٢ ص ٧٢ .
شرح المنح ج ٣ ص ٣٣ .

(٤) لم أجد قولهم في مظانه .

ولم أجد لابن هزم قولاً في هذه المسألة أيضا .

(٥) أى السلم .

(٦) حيث يجوز الرجوع فيها بأرش العيب . فيما اذا تعذر الرد بلا تقصير من المشتري . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٠٥ .

بجامع انه نوع بيع في كل من الاصل وهو بيع الاعيان والفرع وهو بيع السلم .
ولما كان حكم الاصل جواز الرجوع بأرش العيب في بيع الاعيان كان حكم الفرع كذلك فيجوز الرجوع بأرش العيب في بيع السلم أيضا لذلك .

(٧) أى انهم ينزلون النقص في الصفة منزلة نقص الجزء .

السلم غير المعقود عليه^(٨)، ولهذا لو لم يحدث عنده عيب^(٩) ورده بالمعيب طالب بالبذل^(١٠)، ولم يفسخ العقد^(١١) والفسخ لا يجوز في غير المعقود عليه^(١٢).

قلنا : الرجوع بالارش ليس بفسخ في جزء من المبيع ، فان المبيع هو الاجزاء التي ينقسم الثمن عليها ، والارش ما بين السليم^(١٣) والمعيب^(١٤) ، ثم لانسلم أن المقبوض غير المعقود عليه ، بل بالقبض تعين العقد فيه ، ولهذا يجوز التصرف فيه^(١٥) ، وانما جاز الابدال قبل حدوث العيب^(١٦) ، لانه بالفسخ يخرج عن أن يكون معقودا عليه .

(٨) لان المعقود عليه في السلم هو الصحيح من المسلم فيه لا المعيب فليس له الا الرد .

(٩) أى عند المسلم اليه عيب جديد .

(١٠) أى ببدل المعيب ، لأن المعيب الذي قبضه غير المعقود عليه ،

(١١) أى عقد السلم ، والمعنى انه ليس له طلب الارش .

(١٢) لان الفسخ فرع العقد ، والمقبوض هنا غير المعقود عليه للمعيب فيسه ،

فلا يجوز أخذ الارش فيه لان أخذ الارش فسخ في جزء من المعقود عليه .

(١٣) في نسخة ((ب)) : ما بين الكامل والمعيب .

(١٤) أى من المبيع ، أى فالثمن منقسم على جميع اجزاء المبيع السليم والمعيب

على حد سواء والارش هو فارق ما بين الثمنين فيهما فليس هو بفسخ ففى جزء من المبيع بل في صفته .

(١٥) أى في المقبوض ، فدل بجواز التصرف فيه على انه هو المعقود عليه

لانه يملكه بالقبض . لان التصرف دليل الملك اصاله أو وكالة .

(١٦) في نسخة ((ب)) : الاخذ بالبدل قبل حدوث العيب . / والمقصود

بالابدال ابدال المسلم فيه اذا كان معيبا بالصحيح المعقود عليه .

(١٧) أى ابداله بسبب عيب قديم ، لا بسبب عيب حادث عند المسلم اليه .

* مسألة (٩٩) : اذا تقايلا في السلم ، جاز أن يشتري برأس المال ^(٣)

ماشاء . ١٤٩ / ١ .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز حتى يقبض . ^(٤)

لنا : انه مال ملكه بغير معاوضة ^(٥) ، فجاز له التصرف فيه قبل القبض ،

كالمرور ، ومال الصرف والبيع بعد الفسخ . ^(٧)

(١) من الاقالة وهي الفسخ ، وتقايلا تفاعلا ، أى اقال كل واحد منهما صاحبه عقد السلم .

تقول : اقاله البيع اقالة اذا فسخه ، وربما قيل : قاله البيع ، بفسخ
الف ، وهي لغة قليلة . أنظر المختار ص ٥٦ .

(٢) أى للمسلم اليه .

(٣) المجموع ج ١٢ ص ١٧٣ .

(٤) أى استحسانا ، خلافا لزفر ، والقياس جوازه . كما نص عليه في التبيين ج ٤ ص ١١٩ .

أنظر الهداية ج ٦ ص ٢٣ . التبيين ج ٤ ص ١١٩ . مجمع الانهر ج ٢ ص ١٠٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٢٢ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٩٢ .

ونذكر في المغنى ج ٤ ص ٢٢٩ رواية أخرى انه يجوز له ذلك .

ونذهب ابن حزم الى تحريم الاقالة في السلم لانها بيع صحيح ، وقد صح نهي

النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض وعن بيع المجهول ، لكن يرثه مما

شاء منه . أنظر المحلى ج ١ ص ٦٥ .

ولم أقف على قول المالكية .

(٥) أى رأس المال .

(٦) لان المسلم فيه قد بطل استحقاقه للمسلم بالاقالة .

(٧) حيث يجوز له التصرف في جميع المذكورات قبل القبض .

بجامع انه مال ملكه بغير معاوضة في كل من الاصل وهو المال الموروث ومال

الصرف والبيع بعد الفسخ ، والفرع وهو رأس مال السلم بعد الاقالة .

ولما كان حكم الاصل هو جواز التصرف قبل القبض في المال الموروث ومال =

قالوا : مضمون عليه بحكم السلم ^(٨) ، فلا يجوز صرفه الى غيره كالمسلم فيه . ^(٩)
 قلنا : ذاك مستحق بعقد معاوضة ، فهو كالمبيع قبل القبض ، وهذا ^(١٠) ^(١١)
 مستحق بفسخ معاوضة ، فهو كالمبيع بعد الفسخ ^(١٣) .

= الصرف وجواز البيع بعد الفسخ ، كان حكم الفرع كذلك ، فيجوز التصرف برأس المال بعد الاقالة وقبل قبضه أيضا لذلك .
 (٨) أى بسبب عقد السلم .

(٩) حيث لا يجوز صرفه الى غيره باستبدال نوعه أو جنسه ، قبل قبضه .
 بجامع انه مال مضمون عليه بحكم السلم في كل من الاصل وهو المسلم فيه ،
 والفرع وهو رأس المال .
 ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز صرف المسلم فيه الى غيره ، كان حكم
 الفرع كذلك فلا يجوز صرف رأس المال الى غيره قبل قبضه أيضا لذلك .
 (١٠) أى المسلم فيه .

(١١) حيث يستحق بعقد معاوضة فلا يجوز بيعه قبل قبضه .
 بجامع الاستحقاق بعقد المعاوضة في كل من الاصل وهو المبيع قبل
 القبض والفرع وهو المسلم فيه .
 ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز التصرف في المبيع قبل قبضه ، كان
 حكم الفرع كذلك فلا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل قبضه أيضا لذلك .
 (١٢) أى رأس مال السلم .

(١٣) حيث يجوز بيعه بعد الفسخ وان لم يقبض منه .
 بجامع انه مستحق بفسخ معاوضة في كل من الاصل وهو المبيع بعد الفسخ
 والفرع وهو رأس مال السلم بعد الاقالة .
 ولما كان حكم الاصل هو جواز التصرف في المبيع بعد الفسخ وان لم يقبضه
 كان حكم الفرع كذلك فيجوز التصرف في رأس مال السلم بعد الاقالة وان لم
 يقبضه أيضا لذلك .

* مسألة (١٠٠) : الاقالة فسخ في أصح القولين (٢) . ١٤٩/٠
وقال أبو حنيفة : هي فسخ في حقهما ، بيع في حق الشفيع (٣).

(١) الاقالة : قيل : مشتقة من القول ، والهمزة فيها للسلب ، أى ازالة القول الأول ، وهو ما جرى بين البائع والمشتري من البيع ، مثل أشكى اذا أزال شكواه ، الا أن فى هذا نظرا فانها لو كانت من القول ، لقيل : قلتها البيع بضم القاف ، لكنهم يكسرونها فدل على أن عينه ياء وليست واوا ، وقد قالوا : قاله البيع قليلا ، فلو كانت واوية لقالوا : قاله البيع قولا . ولا نهى تذكر فى القواميس فى القاف مع الياء . أنظر التبيين ج ٤ ص ٧ وحاشية الشلبى عليه .

(٢) الام ج ٣ ص ١٣٢ . وهو الجديد والصحيح من قولى الشافعى . الوجيز ج ١ ص ١٤٥ . وأنظر المجموع ج ٩ ص ٢٥٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٢ . كشف القناع ج ٣ ص ٢٣٦ .
وذكر فى المغنى عن أحمد رواية أخرى انها بيع . المغنى ج ٤ ص ٩٢ .

(٣) أى الآبان لا يمكن جعلها فسخا ، بأن ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فى غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله ، لتعذر الفسخ ، ان الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ ، ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع .

وقول أبى حنيفة محمول على ما اذا كانت الاقالة بعد القبض ، والا فهى فسخ فى حق الجميع فى غير العقار لتعذر جعلها بيعا ان بيع المنقول قبل القبض جائز .

وخالفه صاحبه فقال أبو يوسف : هى بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا فتجعل فسخا الا أن لا يمكن فتبطل .

وقال محمد بن الحسن : هى فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا فتجعل بيعا الا أن لا يمكن فتبطل .

أنظر الهداية ج ٦ ص ١١٤ . التبيين ج ٤ ص ٧٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٢ =

لنا : ان ما كان فسخا في حقهما كان فسخا في حق الشفيع ، كالرد بالعيب .^(٥)

قالوا : عاد المبيع اليه بقبوله ، فأشبه اذا اشتراه .^(٦)

= وذهب المالكية الى أن الاقالة بيع الا في الطعام والشفعة والمراوحة فانها فسخ فتجوز الاقالة في الطعام قبل قبضه ، ومن باع شقصه من عقار مشترك فله يركسه الشفعة ولو تعدد البيع فله الخيار في أخذه باى بيع شاء .

وانا اشتري شيئا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم تقايلا فلا يبيعه بالمراوحة على خمسة عشر الا ببيان الاقالة ويبيعه بها على عشرة مع بيان الاقالة أيضا أنظر : الشرح الصغير ج ٢ ص ٧٥ . الجواهر ج ٢ ص ٥٤ . شرح المنح ج ٢ ص ٧٠٥ .

واما ابن حزم فذهب الى أن الاقالة بيع مطلقا . أنظر المنح ج ٩ ص ٦٠٣ .

(٤) سقط لفظ (ان) من نسخة ((ب)) .

(٥) حيث يكون فسخا في حق الشفيع أيضا .

بجامع كونه فسخا في حق البائع والمشتري ، في كل من الاصل وهو الرد بالعيب والفرع وهو الاقالة .

ولما كان حكم الاصل كون الرد بالعيب فسخا في حق الشفيع ، كان حكم الفرع كذلك فتكون الاقالة فسخا في حق الشفيع أيضا لذلك .

(٦) حيث يكون ذلك بيعا في حق الشفيع ، فثبت له به الشفعة .

بجامع هو المبيع بالقبول في كل من الاصل وهو مالوا اشتري البائع المبيع والفرع وهو مالو فسخ البيع .

ولما كان حكم الاصل ثبوت حق الشفعة به للشفيع ، كان حكم الفرع كذلك ، فثبتت الشفعة بالفسخ أيضا لذلك .

قلنا : ذاك عقد جديد وهذا ترك للعقد ، ولهذا كان ذلك (١٠)

عقدا في حقهما ، وهذا فسخ في حقهما ، فذلك في حق الغير .

* مسألة (١٠١) : اذا اقاله بأكثر من الثمن ، لم تصح الاقالة . (١) / ١٤٩ .

وقال أبو حنيفة : تصح بالثمن الأول (٢) .

(٧) أى فيما لو اشترى البائع المبيع .

(٨) أى الاقالة .

(٩) أى فافترقا ، والقياس مع الفارق باطل .

(١٠) سقط قوله (ذلك) من نسخة ((ب)) / . والاشارة عائدة الى ما لو اشترى

البائع المبيع .

(١) أى تبطل من أصلها ويلزم البيع

أنظر المسألة فى :

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٩٢ . كشاف القناع ج ٣ ص ٢٣٨ .

وهذا بناء على أن الاقالة فسخ ، واما على الرواية الثانية بأنها بيع فيجوز

بمثله وبأكثر منه على الوجهين فى المذهب . أنظر المحرر ج ١ ص ٣٣١ .

وبه يقول المالكية : أنظر القوانين ص ٢٨٤ . الجواهر ج ٢ ص ٥٤ : فإن

وقعت - الاقالة - بزيادة أو نقص عنه - أى الثمن الأول - فبيع مؤتلف . أهـ

وأنظر شرح المنح ج ٢ ص ٧٠ .

(٢) فى نسخة ((ب)) : تصح الاقالة بالثمن الأول .

(٣) أى الا اذا تعيب المبيع فيجوز له أن يشترط الاقل أو الاكثر عن الثمن الأول .

وقال أبو يوسف ومحمد : اذا شرط الزيادة يكون بيعا لا اقاله .

أنظر الهداية ج ٦ ص ١١٨ . التبيين ج ٤ ص ٧١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٧٣ .

وزهب ابن حزم الى جواز الاقالة بالثمن الأول وبأكثر منه وبأقل ، لانها

عقد بيع مبتدأ . أنظر المحلى ج ٩ ص ٦١٠ .

لنا : ان مالا يجوز الزيادة فيه على قدر من الثمن ^(٤) ، اذا شرط فيه
الزيادة بطل ^(٥) ، كبيع الدرهم بالدرهمين ^(٦) .
قالوا : تجوز على بدل مجهول ، وهو اذا اشترى عبدا بجارية ، واقل ^(٨)
فى العبد بعد هلاك الجارية ^(٩) ، فلم تفسد بالشرط الفاسد ^(١٠) ، كالنكاح ^(١١) .

(٤) كما فى الصرف .

(٥) فى نسخة ((ب)) : بطل بها .

(٦) حيث لا يجوز ، لانه ربا .

بجامع عدم جواز الزيادة فيه على قدر الثمن ، فى كل من الاصل وهو بيع
الدرهم بالدرهمين والفرع وهو الاقالة بأكثر من الثمن .
ولما كان حكم الاصل بطلان العقد فيه ، كان حكم الفرع كذلك فتبطل
الاقالة بالزيادة على الثمن أيضا لذلك .

(٧) أى الاقالة .

(٨) فى نسخة ((ب)) : واقل .

(٩) حيث لا يعلم ثمنها وهى بدل العبد وثمنه .

(١٠) وهو مالوزاد فى الاقالة على الثمن الأول أو نقص منه .

(١١) حيث لا يفسد بالشرط الفاسد .

بجامع جوازه على بدل مجهول فى كل من الاصل وهو النكاح والفرع وهو
البيع .

ولما كان حكم الاصل هو صحة النكاح وان شرط فيه شرطا فاسدا
كان حكم الفرع كذلك فتجوز الاقالة فى البيم وان شرط فيها شرطا فاسدا
أيضا لذلك .

قلنا : النكاح يبطل بالشرط الفاسد ،^(١٢) وانما لم يبطل بفساد يعبر
الى الصداق ،^(١٣) لانه^(١٤) عقد منفرد عن النكاح ،^(١٥) والفساد هاهنا^(١٦) فى
نفس الاقالة فأفسد ها^(١٧) .

-
- (١٢) فى الاصل : قلنا : النكاح بالشروط الفاسدة . / فسقط منها كلمة
(يبطل) وجمع الشرط .
- (١٣) كما لو اصدقها شيئا محرما كخمر أو خنزير أو نحو ذلك ، حيث يبطل
المسمى ويجب لها مهر المثل ، ولا يبطل به عقد النكاح .
- (١٤) أى الصداق .
- (١٥) أى فلا يبطل ببطلانه لا انفصاله عنه .
- (١٦) أى فيما لو شرط الزيادة أو النقصان فى الاقالة .
- (١٧) لانه هنا جزء منها ولا كذلك هناك فافترقا والقياس مع الفارق باطل .

(*)
مسائل الرهن

* مسألة (١٠٢) : لا يجوز الرهن على دين الكتابة . (٢) / ١٤٩ ش .

(*) في نسخة ((ب)) : مسائل الرهن .

والرهن في الاصل يعنى الثبوت والدوام ، تقول : رهن الشيء يرهن رهونا فهو راهن ، ويتعدى بالالف ، فتقول : ارهنته : اذا جعلته ثابتا واذا وجدته كذلك أيضا .

ورهن المتاع بالدين رهنا اذا حبسته به ، فهو مرهون .
والاصل أن تقول : مرهون بالدين ، فحذف للعلم به ، وارهنته بالدين بالالف لغة قليلة ومنعها الاكثر .

ووجه الكلام فيها : ارهنت زيدا الثوب ، اذا دفعته اليه ليرهنه عند أحد ، ورهن الرجل كذا رهنا ورهنته عنده : اذا وضعته عنده .
فان أخذته منه قلت : ارتهنت عنه ،

ثم أطلق الرهن على المرهون ، وجمعه رهون مثل فلس وفلوس ، ويجمع على رهان ، كسهم وسهام ، والرهن بضم الأول والثاني جمع رهان .
مثل كتب جمع كتاب . أنظر المصباح ج ١ ص ٢٦٠ .

وهو شرعا : جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه . أه
ويسمى صاحب المال المرهون راهنا ويسمى من دفع المال اليه كوثيقة له بدينه مرتهن . واركانه أربعة : صيغة وعاقدة ومرهون ومرهون به .

وهو مشروع بالكتاب في قوله تعالى (فرهان مقبوضة) سورة البقرة / ٢٨٣ .
وبالمسنة : ففي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة عند يهودى . واجمعت الامة على جوازه . أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٢١ .

(١) في نسخة ((ب)) : عن دين الكتابة .

(٢) أى على كتابة المكاتب وهى ماسيؤديه من مال لسيده نظير عتقه .

وصورة ذلك : أن يطلب السيد عن مكاتبه رهنا على دين الكتابة لضمان الحصول عليها منه .

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٣)

لنا : هو انه وثيقة يستوفى الحق من جهتها ، فلم^(٥) تصح في مال الكتابة ، كالضمان . (٦)

= أنظر المسألة في : المنهاج ص ٥٥ . الوجيز ج ١ ص ١٦١ . شرح المحلى : ج ٢ ص ٢٦٧ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٢ . كشف القناع ج ٣ ص ٣١١ . وذكر في المحرر ج ١ ص ٣٣٥ في دين الكتابة وجهين .

(٣) فان قيل : من أين للمكاتب الحصول على العين للرهن ، وهو لا يملك . قيل : لما كانت الكتابة يثبت له بها حق التملك لخروجه بها عن يد السيد دون ملكه ، كما في مجمع الانهر ج ٢ ص ٤٠٧ امكنه ان يقترض العين فيرهنها بدين الكتابة .

أنظر المسألة في التبیین ج ٦ ص ٧١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٩٤ . الكفاية على الهداية ج ٩ ص ٧٣ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١٠٩ . الجواهر ج ٢ ص ٧٨ . شرح المنح ج ٣ ص ٥٨ .

وصورتها عند المالكية : أن يكون على السيد دين فيرهن مال الكتابة به . ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٤) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٥) في الاصل ونسخة ((ب)) : ولم تصح . / ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٦) حيث لا يصح في مال الكتابة .

بجامع انه وثيقة يستوفى الحق من جهتها في كل من الاصل وهو الضمان والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم صحة الضمان في مال الكتابة . كان حكم الفرع فلا يصح الرهن في مال الكتابة أيضا لذلك .

قالوا : دين ، فأشبهه سائر الديون . (٧)

قلنا : سائر الديون يجوز ضمانها ، فجاز أخذ الرهن فيه ، إذا لم
يؤد (١٠) إلى تعطيله على الراهن (١٢) وهذا لا يجوز ضمانه (١٤) فلا يجوز
أخذ الرهن به (١٥) ، كمال الجمالة (١٦) ، ولان سائر الديون

(٧) أى مال الكتابة دين .

(٨) حيث يجوز الرهن فيها . كدين القرض والسلم ونحوهما .
بجامع ان كلا دين ، اما الاصل فهو سائر الديون ، والفرع فهو دين
الكتابة .

ولما كان حكم الاصل جواز الرهن فى سائر الديون كان حكم الفرع كذلك
فيجوز الرهن فى دين الكتابة أيضا لذلك .

(٩) أى فى سائر الديون ، لانها دين مستقرة .

(١٠) أى الرهن .

(١١) أى المرهون .

(١٢) بأن لم يشترط منفعته للمرتهن ، لان انقص من الرهن الحصول على
الدين منه ببيعه للاستيفاء منه .

(١٣) أى دين الكتابة .

(١٤) لانه غير مستقر بعد ، لاحتمال أن يعجز المكاتب عن الكتابة فيبطل ذلك

الدين ، فيكون الرهن على شئ غير موجود ، فلا يصح .

(١٥) أى فهذا فارق بين دين الكتابة وسائر الديون ، يبطل معه قياس
أحدهما على الآخر .

(١٦) حيث لا يجوز أخذ الرهن به لعدم استقراره وثبوته .

والجمالة بالكسر هى ما جعل للانسان من شئ على فعل ، ويقال له : الجعل

بضم فسكون . أنظر المختار ص ١٠٥ .

والجامع فى القياس المذكور هو عدم جواز ضمانه فى كل من الاصل وهو مال

الجمالة والفرع وهو دين الكتابة .

لازمة^(١٧) أو تؤول الى اللزوم^(١٨) ، ودين الكتابة لا يلزم بحال^(١٩) ، فلا معنى لتوثيقه^(٢٠)
بالرهن^(٢١) .

* مسألة (١٠٣) : لا يجوز الرهن ولا الضمان قبل وجوب الدين^(١) . ١٤٩ ش .
وقال أبو حنيفة : يجوز شرطه قبل الدين ، فإذا وجب الدين ثبت الرهن^(٢)
والضمان^(٢) .

= ولما كان حكم الاصل عدم جواز أخذ الرهن به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز
أخذ الرهن بمال الكتابة أيضا لذلك .
(١٧) أى ثابتة مستقرة فى ذمة من هى عليه .
(١٨) أى بنفسها كالثمن فى زمن الخيار فانه يؤول الى اللزوم بامضاء البيع
فيه أو بمضائه بعده .
(١٩) ان للمكاتب الاضراب عن الكتابة وابطالها ، فلا تلزمه نجومها لافى
الحال ولا فى المال .
(٢٠) أى دين الكتابة .

(٢١) لما فى ذلك من الزام المكاتب ما لا يلزمه شرعا ان له فسخ الكتابة .
أى وهذا فارق آخر يتأكد به بطلان قياسهم دين الكتابة على سائر
الديون فى جواز توثيقها بالرهن . والقياس مع الفارق باطل .

- (١) المنهاج ص ٥٥ . الوجيز ج ١ ص ١٦١ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣١ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٠٨ .
ونذكر فى المغنى ج ٤ ص ٢٤٦ عن أبى الخطاب من الحنابلة أنه يجوز .
(٢) كأن يقول : رهنك هذا الشئ لتقرضنى الف درهم .
أنظر : الهداية ج ٩ ص ٨٦ . التبيين ج ٦ ص ٧١ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٩٤
وهو قول المالكية : القوانين ع ٣٥١ : ويجوز الرهن قبل الحق . أه
الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٦ .
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : هو انه من زوائد البيع ، فلا يجوز أن يتقدم شرط على حال العقد ، كالأجل والخيار .^(٤) ولأن ما جاز شرطه بعد الإيجاب والقبول في عقد^(٥) ، لم يجز أن يتقدم عليه ، كالصداق^(٦) ، ولأنه رهن علق على أمر مستقبل فلم يصح^(٧) كما لو دفع اليه رهنا على مال يضمنه^(٨) إذا قدم زيد أو قال : إذا طلعت

(٣) أى الرهن والضمان .

(٤) حيث لا يتقدمان على العقد .

بجامع انه من زوائد البيع في كل من الأصل وهو الأجل والخيار ، والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الأصل عدم جواز تقدم الأجل والخيار على عقد البيع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يتقدم الرهن والضمان على وجوب الدين أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : في العقد .

(٦) حيث لا يجوز أن يتقدم على عقد النكاح .

بجامع جواز اشتراطه بعد الإيجاب والقبول في العقد ، في كل من الأصل وهو الصداق ، والفرع وهو الرهن والضمان .

ولما كان حكم الأصل عدم جواز تقدم الصداق على عقد النكاح كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يتقدم الرهن والضمان على وجوب الدين أيضا لذلك .

(٧) لأن الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب .

(٨) في نسخة ((ب)) : قد يضمنه . / أى فيما يستقبل من الزمان .

الشمس فقد رهنك بالدين الذى لك على^(٩) ، ولانه وثيقة بدين يثبت بعقده ،
 فلا يصح^(١٠) بسبب يتقدم شطرى العقد^(١١) ، كالشهادة^(١٢) ، ولا يلزم اذا قال :
 الق متاعك فى البحر وعلى ضمانه ، لانه ليس بوثيقة وانما هو استدعاء اتلاف بعوض^(١٤) ،

(٩) حيث لا يجوز ذلك لما فيه من تعليق الرهن على أمر مستقبل ، قد يحصل
 وقد لا يحصل .

(١٠) أى الرهن .

(١١) لان العقد هو سبب ثبوت ذلك الدين ، فلا يصح أن يكون السبب وهو
 العقد لاحقا ، والمتسبب وهو الدين سابقا ،
 واذا ثبت انه لا يجوز للدين أن يسبق العقد ، ثبت انه لا يجوز للرهن
 أن يتقدم على وجوب الدين لان الرهن وثيقة بذلك الدين فلا يتقدم
 عليه لانه سببه أيضا .

(١٢) حيث لا يصح أن تتقدم الشهادة على البيع .
 بجامع ان كلا وثيقة بدين يثبت بعقد فى كل من الاصل وهو الشهادة والفرع
 وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تقدم الشهادة على العقد .
 كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يتقدم الرهن وجوب الدين أيضا لذلك .
 (١٣) أى من تعليلنا عدم صحة الرهن قبل وجوب الدين بأنه يتقدم شطرى
 العقد .

(١٤) أى ولذلك جاز أن يتقدم على العقد فيه .
 قال الشربيني : ولو قال - أى الضامن - : أؤدى المال أو احضر الشخص
 فهو وعد بالالتزام ، لا يلزم الوفاء به ، لان الصيغة لا تشعر بالالتزام
 قال فى المطلب : الا أن صحبته قرينة الالتزام فيلزم . أه . مـ
 المحتاج ج ٢ ص ٢٠٧ . وانظر شرح المحلى ج ٤ ص ١٥٣ .

ولان ضمان الوثيقة يفتقر الى مضمون عنه . (١٥)

قالوا : لا يبطل بالشروط ، فجاز أن يتعلق بشرط ، كالطلاق والعتاق ،
والدليل على الوصف (١٨) قول النخعي : (١٩) كانوا يرهنون ويشترطون أنه اذا لم
يقضه الدين ، فالرهن للمرتهن ، فأبطل النبي صلى الله عليه وسلم / واجاز الرهن
بقوله (لا يخلق الرهن) ، الرهن من راهنه الذي رهنه ————— ، له

(١٥) وهو المدين ، وهو ركن من أركان عقد الضمان . واذا لم يشترط
الدين بعد فلا مدين ، فيبطل العقد لذلك .

(١٦) أى الرهن .

(١٧) حيث يجوز تعليقهما بالشروط .

بجامع انه عقد لا تبطله الشروط فى كل من الاصل وهو الطلاق والعتاق .
والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو جواز تعليق الطلاق والعتاق بشرط كان حكم الفرع
كذلك فيجوز تعليق الرهن بشرط أيضا لذلك .

(١٨) أى العلة ، وهى عدم بطلان الرهن بالشروط .

(١٩) هو ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي الكوفى ، أبو عمران

الفقيه ، يرسل كثيرا عن علقمة وهام بن الحرث والاسود بن يزيد وأبى عبيدة
ابن عبد الله ومسروق ، روى عن عائشة فى سنن أبى داود والنسائى وابن
ماجه ، وروى عنه الحكم ومنصور والأعشى وغيرهم ، كان يتوقى الشهرة
ولا يجلس الى الاسطوانة ، وقيل انه لم يسمع من عائشة ، مات سنة ست

وتسعين وقيل خمس . أنظر الخلاصة ص ٢٣ . الحلية ج ٤ ص ٢١٩ .

(٢٠) أى لا يستحقه المرتهن بالدين الذى هو مرهون به . تقول غلق الرهن غلقا

من باب تعب : اذا استحقه المرتهن فترك فكاهه ، وقد نهى الحديث عن

ذلك . أنظر لمصباح ج ٢ ص ١٠٤ .

قال فى النهاية ج ٣ ص ٣٧٩ : كان هذا من فعل الجاهلية ، ان الراهن اذا لم

يؤد ما عليه فى الوقت المعين ، ملك المرتهن الرهن فابطله الاسلام . أهـ .

غـمـه ، وعليه غـرمـه . (٢٢)

قلنا : عندنا يبطل ، وعندهم أيضا يبطل اذا شرط أن يكون يوماً
 في يده ويوماً لا^(٢٤) ، والخبر أراد به بيان حكم الرهن المطلق دون ما شرط
 فيه الشرط الفاسد^(٢٥) ، والطلاق والعتاق يجوز تعليقهما على طلوع الشمس ،
 ولا يجوز ذلك في الرهن . (٢٦)

(٢١) قال أبو عبيد : أى يرجع الى صاحبه وتكون له زيادته ، واذا نقص
 أو تلف فهو من ضمانه - أى من ضمان صاحب الرهن - فيغرمه ، أى يغرم
 الدين لصاحبه ولا يقابل بشئ من الدين . أهـ . المصباح ج٢ ص ١٠٤ .

(٢٢) ذكر ابن الجوزى هذا الاثر في التحقيق بلفظ : قال ابراهيم النخعي :
 كانوا يرهنون ، ويقولون : ان جئتك بالمال الى وقت كذا ، والا فهو
 لك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم ذلك . انتهى . النص ج٤ ص ٣٢١ .
 وروى الطحاوى هذا الاثر عن ابراهيم فقال : حدثنا أبو عبيد قال حدثنا
 جرير عن مغيرة عن ابراهيم فى رجل دفع الى رجل رهنا وأخذ منه دراهم
 وقال : ان جئتك بحقك فى كذا وكذا والا فالرهن لك بحقك .
 فقال ابراهيم : لا يخلق الرهن . أهـ شرح معاني الآثار ج٤ ص ١٠١ .
 وأما بلفظ المصنف فلم أجده .

(٢٣) أى بالشروط . ففى المنهاج : ص ٥٤ : وان شرط ما يضر المرتهن بطل
 الرهن . وان نفع المرتهن وضر الراهن كشرط منفعة للمرتهن بطل
 الشرط وكذا الرهن فى الاظهر ولو شرط ان تحدث زوائده مرهونة فالأظهر
 فساد الشرط وانه متى فسد فسد العقد . أهـ .

(٢٤) أنظر الهداية ج ٩ ص ٨٤ .

(٢٥) أى فالاحتجاج به فى غير محله .

(٢٦) أى فاختلغا ، فلا يصح قياس احدهما على الآخر للفارق المذكور .

قالوا : رهن مشروط بازاء الدين يؤول الى اللزوم ، فثبت بثبوتها ، كالمشروط
 (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠)
 في البيع . (٣١)
 قلنا : ذاك (٣٢) شرط في حال العقد فثبت كالمشروط الصحيحة ، وما هنا (٣٣) (٣٤)

-
- (٢٧) أى فى مقابله .
 (٢٨) أى اذا قبضه الراهن .
 (٢٩) أى فثبت الرهن بثبوت الدين .
 (٣٠) فى نسخة ((ب)) : كالمشروط بخيار العيب فى البيع .
 (٣١) حيث يثبت بثبوت البيع .
 بجامع الايلولة الى اللزوم فى كل من الاصل وهو الرهن المشروط فى البيع ،
 والفرع وهو الرهن المشروط بالدين .
 ولما كان حكم الاصل هو ثبوت الرهن المشروط فى البيع كان حكم الفرع
 كذلك فيثبت الرهن المشروط بالدين بثبوت الدين أيضا لذلك .
 (٣٢) أى الرهن المشروط فى البيع .
 (٣٣) أى فى الرهن .
 وفى الاصل : كالمشروط المفسدة . / وهو خطأ .
 والجامع فى القياس المذكور هو أنه شرط فى حال العقد فى كل من الاصل
 وهو الشروط الصحيحة فى الرهن ، والفرع وهو الرهن المشروط فى البيع .
 ولما كان حكم الاصل هو ثبوت الشروط الصحيحة فى الرهن ، كان حكم الفرع
 كذلك فيثبت الرهن المشروط فى البيع أيضا لذلك .
 (٣٤) أى فى حال اشتراط الرهن بالدين .

(٣٥) سبق حال العقد فلم يثبت (٣٦) كالشروط المفسدة (٣٧) ، ولان الشهادة تصح على
 المشروط في البيع (٣٨) ولا تصح على المشروط قبله . (٣٩)
 قالوا : اذن في امساك ماله ، فجاز تعليقه (٤١) على شرط (٤٢) ، كما لو قال :
 اذا جاء رأس الشهر فخذ مالي من فلان ودیعة . (٤٣)

(٣٥) أى شرط الرهن .

(٣٦) أى الرهن .

(٣٧) أى للرهن ، حيث لا يثبت بها الرهن .

بجامع ان كلا سابق لحال العقد ، اما الاصل فهو الشروط المفسدة للرهن ،
 واما الفرع فهو شرط الرهن بالدين .
 ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت الشروط المفسدة للرهن ، كان حكم الفرع
 كذلك فلا يثبت شرط الرهن بالدين أيضا لذلك .
 والمقصود : ان بين الفرع والاصل في قياسهم اشتراط الرهن بالدين على
 الرهن المشروط في البيع فارقا . والقياس مع الفارق باطل .

(٣٨) لانه متحقق .

(٣٩) لكونه غير متحقق ، والشهادة انما تكون على شيء حاصل لا على متوهم
 أو غير حاصل بعد .

(٤٠) أى الراهن .

(٤١) أى المال المأذون فيه بالرهن .

(٤٢) وهو حصول الدين .

(٤٣) سقط قوله (ودیعة) من نسخة ((ب)) . . . اي واجعلها عندك ودیعة .

بجامع الاذن في امساك المال في كل من الاصل وهو ما لو قال : اذا جاء
 رأس الشهر فخذ مالي من فلان دیعة ، والفرع وهو ما لو شرط رهن ماله
 بالدين ،

ولما كان حكم الاصل جواز جعل ماله ودیعة بشرط دخول رأس الشهر ، كان
 حكم الفرع كذلك فيجوز أن يجعل ماله رهنا بشرط حصول الدين أيضا لذلك .

قلنا : الوديعة لا تقتضى حقا ، وهذا (٤٤) (٤٥) يقتضى حقا لا ينفرد عنه (٤٦) ،
 وذلك لم يوجد فلم يصح (٤٧) (٤٨)
 قالوا فى الضمان : (٤٩) انه ضمان دين فجاز (٥٠) قبل ثبوته ، كضمان الدرك (٥١)

- (٤٤) أى لا يقابلها حق للمودع لدى المودع عنده ، بل هو متبرع بقبولها عنده .
- (٤٥) أى الرهن .
- (٤٦) لانه وثيقة بذلك الدين .
- (٤٧) أى الدين الذى جعل الرهن فى مقابلته .
- (٤٨) لانه فى مقابلة معدوم . وهذا فارق بين الاصل والفرع فى قياسهم اشتراط الرهن بالدين على الوديعة . والقياس مع الفارق باطل .
- (٤٩) هذا هو الجزء الثانى من المسألة ، وقد كان الأول : حكم الرهن فى دين لم يجب بعد .
- (٥٠) أى ضمان الدين .
- (٥١) الدرك محرركة ، تقول : ادرك فلان الركب اذا لحق بهم ، وتسكين الراء فيه لغة . أنظر المصباح ج ١ ص ٢٠٦ .
- ومعنى ضمان الدرك : ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، فما لم يستحق لا يجب على البائع رد الثمن ، وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لا حتمال أن يجيز المستحق البيع . أه التبين ج ٤ ص ٧٠ .
- والجامع فى القياس المذكور هو انه ضمان دين فى كل من الاصل وهو ضمان الدرك والفرع وهو اشتراط الرهن بالدين .
- ولما كان حكم الاصل جواز ضمان الدين قبل ثبوته فى ضمان الدرك كان حكم الفرع كذلك فيجوز اشتراط الرهن بالدين قبل ثبوته أيضا لذلك .

قلنا : خرج أبو العباس^(٥٢) قولا انه لا يجوز ضمان الدرك ، وان اجزئنا
لم يجز في أحد الوجهين حتى يقبض^(٥٣) الدين ، فيكون ضمان واجبا^(٥٥)
وان سلم فلان الحاجة تدعو اليه ، فانه ان لم يضمن في العقد^(٥٧) ، لم
يجد من يضمن بعد الوجوب ، ولا حاجة هاهنا فلم يجز^(٥٨).

(٥٢) هو القاضي الامام أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي ، أحد
اعلام الشافعية بل أوحدهم ، هو الذي نشر مذهب الشافعي وبسطه ،
تفقه على أبي القاسم الانماطي وتفقه الانماطي على المزني والمزني على
الشافعي . صنف كتابا في الرد على أصحاب الرأي وأهل الظاهر ، جالس
داود الظاهري وناظره ، وكان يحضر مع ابنه محمد بن داود الظاهري
في جامع الرصافة فيناظره ويستظهر عليه ، وكان يقال له الباز الاشهب ،
وكان يفضل على المزني ، توفي ببغداد سنة ست وثلاثمائة . ابن سبع
وخمسين سنة . أنظر تهذيب النووي ج ٢ ص ٢٥١ رقم / ٣٧٧ .

(٥٣) في نسخة ((ب)) : حتى يقتضى .

(٥٤) في المنهاج ص ٦٢ : والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن . أهـ .
قال في شرح المحلى ج ٢ ص ٣٢٦ : وفي قول هو باطل ، لانه ضمان مالم يجب ،
واجيب بأنه ان خرج المبيع كما ذكر تبين وجوب رد الثمن ، وقطع بعضهم

بالاول . أهـ . وهو صحة ضمان الدرك .

(٥٥) أي ضمان شيء ثابت وحاصل بالقبض .

(٥٦) أي جواز الضمان قبل قبض الثمن .

(٥٧) أي قبل الوجوب .

(٥٨) أي في اشتراط الضمان قبل وجوب الدين .

والمقصود : ان بين الاصل والفرع في قياسهم اشتراط الضمان في دين لم
يجب على ضمان الدرك فارقا حيث جاز في الفرع للحاجة اليه ولا كذلك في

الاصل ، والقياس مع الفارق باطل .

✽ مسألة (١٠٤) : يجوز الزيادة في الدين في الرهن الواحد ^(١) في قوله
 القديم . ١٤٩ / ش ^(٢)
 وقال أبو حنيفة : لا يجوز ^(٣)
 لنا : هو انه لما جاز أن يصير المرهون بألف مرهونا بمائة ^(٤) ، جاز

- (١) سقط لفظ (الواحد) من نسخة ((ب)).
- (٢) ومحل الخلاف هو ما اذا كانت الزيادة بعد قبض الرهن والا جازت الزيادة عليه قبله .
- وصورة المسألة : ان يزيد دينا على الدين الأول على أن يكون الرهن الأول رهنا بالدينين معا .
- أنظر : المنهاج ص ٥٥ . وزاد في شرح المحلى ج ٢ ص ٢٦٨ : ويجوز فسى القديم بزيادة الرهن - أى في مقابل الدين المزيد - . أهـ . وأنظر الوجيز ج ١ ص ١٦١ . فتح العزيز ج ١ ص ٣٦ .
- وهو قول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٣٧ . الجواهر ج ٢ ص ٧٩ . شرح المنح ج ٣ ص ٦٤ .
- (٣) خلافا لابي يوسف حيث اجاز الزيادة في الدين والرهن أيضا .
- أنظر : الهداية ج ٩ ص ١٣٢ . التبيين ج ٦ ص ٩٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٦١٢ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٢٩ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٠٩ .
- ويشبه أن يكون هذا قول ابن حزم أيضا فقد قال : ولا يكون حكم الرهن الا لما ارتهن في نفس عقد التدان ، واما ما ارتهن بعد تمام العقد فليس له حكم الرهن ، ولراهنه أخذه متى شاء ، لان الله تعالى لم يجعل الرهن الا في العقد كما تلونا ، وكل ما كان بعد ذلك فهو شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل . أهـ المحلى ج ٨ ص ٥٠٤ .
- (٤) بان يسد تسعمائة وتبقى العين مرهونة بالمائة الباقية .

أن يصير المرهون بمائة مرهوناً بألف^(٥) ، ولأنه وثيقة بدین ليس بعوض منها^(٦) ، فجاز الزيادة في دينها^(٧) ، كالضمان والشهادة^(٨) .

فان قيل : ذمة الضامن وعلم الشاهد يتسع لحقوق كثيرة ، وعين الرهن لا يتسع لأكثر من حق واحد^(٩) .

قيل : في حق المرتهن يتسع^(١٠) لما قل وكثر^(١١) ، ولهذا يرتهن بالحق ، وبكل جزء من اجزائه^(١٢) .

(٥) ومحل الجواز في الصورتين المذكورتين هو ما اذا كان قيمة المرهون زائدة على الدين في الحالين ، ليتمكن المرتهن من استيفاء حقه منه ، والا بطلت الفائدة من الرهن لعدم قدرته على استيفاء حقه اذا كان المرهون أقل من الدينين . أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٦٨ .

(٦) أى ليس الدين بعوض عنها أى عن الوثيقة .

(٧) أى دين الوثيقة .

(٨) حيث يجوز ان يشهد الشهود ويضمن الضامن شيئاً آخر مع ما شهدا به أو ضمنه قبلاً .

بجامع انه وثيقة بدین ليس بعوض منها في كل من الاصل وهو الضمان والشهادة والفرع وهو الزيادة في دين الرهن الواحد .

ولما كان حكم الاصل جواز الزيادة فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز الزيادة في الدين في الرهن الواحد أيضاً لذلك .

(٩) أى وعليه فلا يصح قياس الزيادة في الدين في الرهن الواحد على الزيادة في الضمان والشهادة ، للفارق المذكور بينهما .

(١٠) أى الرهن .

(١١) أى من الدين أو الحقوق .

(١٢) فانه اذا قضى الراهن بعض الحق الذي عليه لا يستحق فك بعض المرهون به .

أى ولذلك أشبه الرهن الضمان والشهادة . فانتفى الفارق المذكور وصح به القياس .

قالوا : مرهون بحق فلا يرهن بغيره ، (١٤) كما لو رهنه عند غيره . (١٥) (١٦)
 قلنا : لان ذلك يسقط (١٧) حق الأول (١٨) من عين الرهن ، (١٩) وهاهنا لا يسقط
 حقه . (٢١)

(١٣) أى الرهن الاول مرهون بحق وهو دين ما قبل الزيادة فلا يرهن بغيره
 لان شغاله بالدين الاول .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : لغيره .

(١٥) أى الدين الثانى وهو الزيادة المذكورة فى رأس المسألة .

(١٦) أى عند غير من له الدين ، حيث لا يجوز له ذلك .

والجامع فى القياس المذكور هو أنه مرهون بحق فى كل من الاصل وهو
 مالو رهن الزيادة فى الدين عند شخص آخر والفرع وهو مالو رهنها عند
 المرتهن الأول .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز الرهن عند غير من له الدين ، كان حكم
 الفرع كذلك فلا يجوز له رهن الزيادة عند من له الدين الأول أيضا لذلك .

(١٧) وهو مالو رهن الزيادة عند غير المرتهن .

(١٨) أى المرتهن وهو مستحق الدين والزيادة .

(١٩) لان المرتهن لا يتمكن من استيفاء حقه من الرهن اذا كان فى يد غيره .

(٢٠) أى فيما لو رهن الدين الثانى عند مرتهن الدين الأول .

(٢١) أى حق الدين الأول .

والمقصود : أن بين الاصل والفرع فى قياسهم رهن المال عند من له الدين
 على رهنه عند من ليس له الدين فارقا لا سقاطه حق الدين الأول فى
 الاصل دونه فى الفرع ، والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : لو لحقت الزيادة ^(٢٢) ، صار كأنه رهن نصفه بالأول ^(٢٣) ونصفه بالثاني ،
 وذلك رهن مشاع فلم يصح ^(٢٤)
 قلنا : عندنا يصح ^(٢٥) ، ثم اذا لحق بالعقد صار كأنه وقع العقد عليهما ^(٢٦)
 دفعة واحدة ، فلا يكون رهن مشاع ^(٢٨) .
 قالوا : ان كان قيمة الرهن أكثر ^(٢٩) ، فما زاد أمانة ، فلا يصير مضمونا الا بقبض
 جديد ^(٣٠) ، كالوديعة ^(٣١) ،

- (٢٢) أى بالدين الأول .
 (٢٣) أى نصف المال المرهون بالدين الأول .
 (٢٤) من الاشاعة وهى الانتشار والذبيوع ، وعدم الانقسام والتجزؤ . تقول :
 سهم مشاع وشائع أى غير مقسوم . أنظر المختار ص ٣٥٣ .
 (٢٥) أى رهن المشاع ، أنظر المنهاج ص ٥٤ .
 (٢٦) أى الدين الثانى وهو الزيادة .
 (٢٧) أى الدين القديم والجديد .
 (٢٨) سقط كلمة (رهن) من الأصل .
 (٢٩) أى من الدين القديم والجديد .
 (٣٠) لان الرهن لا يصير مضمونا ولا زما الا بقبض المرتهن . أنظر الهداية :
 ج ٩ ص ٦٥ وما بعدها .
 (٣١) أى فانها امانة اذا استدان عليها من الوديع ورهنها بالدين عنده
 فانها لا تصير مضمونة على الوديع للارتهان الا بقبض جديد بجامع
 صيرورة الزيادة أمانة فى كل من الاصل وهو الوديعة والفرع وهو الرهن
 ولما كان حكم الاصل هو عدم دخول الزيادة على الوديعة فى ضمان المودع
 عنده الا بقبض جديد كان حكم الفرع كذلك فلا تدخل الزيادة على الدين
 الأول فى الرهن الواحد الا بقبض جديد فى رهن آخر جديد أيضا لذلك .
 والرهن مضمون على المرتهن بالقبض عند الحنفية . أنظر الهداية ج ٩ ص ٨٦ ،
 والمبسوط ج ٢١ ص ٦٤ .

وان كان مثل الدين ^(٣٢) لم يصح ^(٣٣) إلا بفسخ الضمان في شيء من الرهن ، وتجديده ^(٣٥)
ضمان آخر ورهنه به . ^(٣٦)

قلنا : الرهن عندنا غير مضمون ، وعلى أنه اذا ^(٣٧) لحق بالعقد ، ^(٣٨) صار
كما لو عقد على الجميع في الا ^(٣٩) ابتداء ^(٤٠) أو استقر القبض في الجميع ، كما قالوا في
الزيادة في الثمن . ^(٤٢)

(٣٢) أى الأول ، أى قبل الزيادة عليه .

(٣٣) أى الزيادة عليه .

(٣٤) ليكون للدين الجديد مقابل في المال المرهون ليستوفي منه عند المحل .

(٣٥) زاد في نسخة ((ب)) بعد قوله : في شيء من الرهن : وذلك يفتقر
الى فسخ قبض وتجديد قبض آخر كما لو قضاه الدين واستدان منه ديناً
آخر ورهنه به . أهـ

(٣٦) أى ورهن الدين الجديد بما فسخ من الرهن السابق لتكون الزيادة
مرهونة بعقد جديد لتدخل به الزيادة في ضمان المرتهن . ولو لم
نفعل ذلك - أعنى فسخ الضمان في شيء من الرهن وتجديد ضمان آخر
ورهنه به - للزم عليه شغل مشغول ، وذلك لا يجوز .

(٣٧) أنظر المنهاج : ص ٥٦ : وهو - أى الرهن - امانة في يد المرتهن . أهـ

(٣٨) أى الدين الجديد وهو الزيادة .

(٣٩) وهو الرهن في الدين الأول .

(٤٠) أى فلا يلزم منه شغل مشغول . أى فيصح الرهن في الدين الأول والزيادة
معا .

(٤١) أى الدين القديم والزيادة الجديدة عليه .

(٤٢) أى في مدة الخيار حيث تلحق بالثمن وان كانت بعد القبض . أنظر

قالوا : الرهن تابع للحق ^(٤٣) ، فلا يجوز أن يصير تابعا لحق آخر ، كحقوق الدار . ^(٤٤)

قلنا : اذا جاز أن يكون ^(٤٥) تابعا لجزء من الحق ^(٤٦) ، ثم هو تابع للباقي ^(٤٧) جاز أن يكون تابعا للحق ^(٤٨) ويصير تابعا لحق بعده . ^(٤٩)

(٤٣) وهو الدين .

(٤٤) حيث لا يجوز أن تكون حق دار تابعا لدار أخرى . كحق المرور والاستضاءة والتهوية ونحو ذلك .

والجامع في القياس المذكور هو التبعية لحق معين في كل من الاصل وهو حقوق الدار والفرع وهو حق الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تبعية حقوق الدار لغيرها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز أن يكون حق الرهن تابعا لحق آخر وهو الزيادة على الدين الأول أيضا لذلك .

(٤٥) أي المرهون .

(٤٦) كأن يكون له مائة درهم دينا على شخص فيرهنه المدين عينا قيمتها ألف درهم ،

صح الرهن ويكون مازاد على المائة من قيمة الرهن تابعا لها في الحبس حتى يستوفي المرتهن حقه من المدين كاملا .

(٤٧) أي في وجوب حبسه عن الراهن حتى يؤدي جميع الدين .

(٤٨) وهو الدين الأول .

(٤٩) وهو الزيادة على الدين الأول .

* مسألة (١٠٥) : اذا رهن عينا عند اثنين ، كان عند كل واحد

منهما نصفه . (١) / ١٥٠ ي

وقال أبو حنيفة : جميعه رهن عند كل واحد منهما . (٢)

لنا : هو انه عقد لا ينعقد على جميع العين لأحدهما بعد الآخر ، فلا

ينعقد لهما في حالة واحدة كالبيع . (٤) (٥)

(١) أى تعلق حق كل واحد منهما بنصف الرهن .

أنظر : شرح المحلى ج٢ ص ٢٧٣ وهذا هو أحد القولين والثانى يجوز
لأحدهما الانفراد بحفظه لمشقة الاجتماع ومحل ذلك : اذا اطلقا ولم يعينا
المرتبهن منهما . المختصر ص ٩٩ .

(٢) الهداية ج٩ ص ١٠١ وشرح العناية عليه . التبیین ج٦ ص ٧٨ . مجمع
الانهر ج٢ ص ٥٩٨ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٣٧ . كشف القناع ج٣ ص ٣٣١
المغنى ج٤ ص ٢٦٤ .

واجاز المالكية جعل جميع الرهن عند أحدهما . أنظر المنتقى ج٥ ص ٢٥٦
ولم أقف على قول ابن حزم فى هذه المسألة .

(٣) لان العين اذا رهن للشخص الاول لم يجز أن تضاف أيضا الى شخص
آخر قبل فكها من رهن الأول .

(٤) بأن يكون كله لكل واحد منهما ، بل انعقد لهما معا على أن يكون لكل منهما
نصفه .

(٥) حيث لا ينعقد لمشتريين فى حالة واحدة وانما ينعقد لكل منهما نصفه .
بجامع انه عقد لا ينعقد على جميع العين لأحدهما بعد الآخر فى كل
من الاصل وهو البيع والفرع وهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو عدم انعقاد البيع لمشتريين فى آن واحد ،
كان حكم الفرع كذلك فلا ينعقد الرهن لمرتبهين فى حالة واحدة أيضا
لذلك .

قالوا : اذا جنى العبد على اثنين تعلق ^(٦) حق كل واحد منهما بجميعه ،
فكذلك اذا رهن عند اثنين ^(٧) .
قلنا : لان هناك ^(٨) ، لو جنى على أحدهما ثم جنى على الآخر ^(٩) ، تعلق
حق كل واحد منهما بجميعه ^(١٠) ، ولو رهن عند أحدهما ^(١١) ، لم يجز أن يرهن
عند الآخر ^(١٢) .

-
- (٦) في نسخة ((ب)) : يتعلق حق .
(٧) فيجعل جميعه عند كل واحد منهما .
بجامع تعلق الحق بجميعه في كل من الاصل وهو مالو جنى العبد على
اثنين والفرع وهو مالورهن عند اثنين .
ولما كان حكم الاصل تعلق حق كل واحد من المجنى عليهما بالعبد ،
كان حكم الفرع كذلك فيتعلق حق كل واحد من المرتهنين بالعين أيضا
لذلك .
(٨) أى فيما لو جنى العبد على اثنين .
(٩) أى ان الجناية عليهما لم تكن فى آن واحد بل متواترة ، والحكم فى
الحالتين مختلف .
(١٠) سقط قوله (منها) من نسخة ((ب)) .
(١١) أى بجميع العبد الجانى .
(١٢) فى نسخة ((ب)) : عيد . / وهو تصحيف .
(١٣) لا ستفراق الرهن الأول لجميع العين المرهونة .
أى ولذلك لا يصح قياس رهن العبد عند اثنين على جنايته على اثنين
للفارق المذكور بينهما .

* مسألة (١٠٦) : رهن المشاع ^(١) جائز ^(٢) . / ١٥٠ ي .
وقال أبو حنيفة : لا يجوز ^(٣) .

لنا : هو انه عين يصح بيعها ، فصح رهنها ، كالمقسوم ^(٤) . ولان كل عقد صح أن يعقد على عين واحدة لاثنتين صح أن يعقد على بعضها لأحدهما ،

(١) من قولك : شاع يشيع شيوعا ومشاعا وشيموعة وشيعانا محركة ، ذاع وفشا .
وسم شائع وشاع ومشاع : غير مقسوم - وهو المقصود هنا - أه القاموس

ج ٣ ص ٤٧ . الصباح ج ١ ص ٣٥٤ .

وسواء كانت الاشاعة مع شريك أو غيره .

(٢) الأم : ج ٣ ص ١٩٠ . المختصر ص ٩٣ . المنهاج ص ٥٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٢٩ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣١٢
المغنى ج ٤ ص ٢٥٣ .

واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٠ . الجواهر ج ٢ ص ٧٨ .

شرح المنح ج ٣ ص ٦١ .

وبه يقول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٤٨٢ .

(٣) الهداية ج ٩ ص ٨٢ . التبيين ج ٦ ص ٦٨ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٩١ .

الا أن عبارتهم فيه مختلفة فقل : انه باطل . وقيل : فاسد ، كما ذكر ذلك في

حاشية الشلبي ج ٦ ص ٦٨ .

(٤) حيث يصح رهنه وبيعه .

بجامع ان كلا عين يصح بيعها في كل من الاصل وهو المال المقسوم والفرع
وهو المال المشاع .

ولما كان حكم الاصل هو صحة رهن المقسوم كان حكم الفرع كذلك فيصح

رهن المشاع أيضا لذلك .

كالبيع^(٥) ، ولانه احدى حالتى الرهن^(٦) فصح فى المشاع^(٧) ، كاستدامة^(٨) ، وهو
 اذا باع نصفه^(٩) باذن المرتهن فيبقى الرهن فى النصف^(١٠) ، فى احدى الروايتين^(١١) .
 قالوا : القصد من الرهن التوثق بدوام اليد^(١٢) ، ولهذا ، المادة فيه

- (٥) حيث يصح أن يعقد على عين لاثنين وعلى بعضها لواحد .
 بجامع صحة العقد على عين واحدة لاثنين ، فى كل من الاصل وهو البيع
 والفرع وهو الرهن .
 ولما كان حكم الاصل صحة عقد البيع على بعض العين لا حد المالكين كان
 حكم الفرع كذلك فيصح عقد الرهن على المشاع أيضا لذلك .
 (٦) وهما الاشاعة والقسمة .
 (٧) أى ابتداء .
 (٨) أى كصحة الرهن فى المشاع دواما . والمقصود : قياس حال استدامة الرهن
 وهو ما سيفسره المصنف ، على حال الابتداء فيه .
 والجامع فى القياس المذكور هو انه احدى حالتى الرهن فى كل من الاصل
 وهو الاستدامة فى الرهن اذا طرأت عليه الاشاعة ، والفرع وهو رهن
 المشاع ابتداء .
 ولما كان حكم الاصل هو صحة الرهن اذا طرأت عليه الاشاعة ، كان حكم
 الفرع كذلك فيصح رهن الملك المشاع ابتداء أيضا لذلك .
 (٩) أى على جهة الاشاعة .
 (١٠) أى على الشيوع .
 أى فصح رهن المشاع دواما ، فيصح رهنه مشاعا ابتداء .
 (١١) لم أعثر فيما اطلعت عليه من المراجع على من نقل الخلاف المذكور ، فليحرر
 أنظر المنهاج ص ٤٥ وشروحه حيث اقتصرنا على ذكر القول المذكور
 هنا فقط .
 (١٢) أى على المرهون ليتمكن من الاستيفاء عند المحل ولا يكون ذلك الا باستحقاق
 الحبس الدائم للمرهون .

الامساك ، والاشاعة تزيل اليد^(١٣) ، وربما جحد^(١٤) ، فلا يمكن الاستيفاء والعقيد
 اذا قارنه ما ينافي مقصوده^(١٥) بطل ، كما لو رهن مخصصا^(١٦) ، أو شرط في الرهن
 أن يكون يوما رهنا ويوما لا^(١٧) ، أو تزوج من لا تحل له^(١٨) ، أو استأجر مالا منفعة فيه^(١٩) .
 قلنا : لا نسلم ان القصد دوام اليد^(٢٠) بل القصد البيع للاستيفاء^(٢١) ، ولهذا
 لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه^(٢٢) كالوقف وام الولد^(٢٣) ، وان أمكن دوام

(١٣) أى فكانت على نقيض المقصود من الرهن .

(١٤) أى الراهن فى الرهن المشاع .

(١٥) وهو نزع اليد للتمكن من الاستيفاء فى الرهن أو نحو ذلك مما سيمثل له .

(١٦) حيث لا يمكن الاستيفاء من المال المخصوص . فلا يصح رهنه .

(١٧) حيث لا يجوز ذلك لخروجه عن اليد فى اليوم الذى لا يكون فيه مرهونا وذلك
 يناقض مقصود الرهن وهو امكان الاستيفاء منه وقت المحل .

(١٨) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) . / لعدم امكان الوطء وهو المقصود
 من النكاح .

(١٩) لان القصد من الاجارة هو المنفعة فاذا انعدمت بطلت الاجارة لفواتها فى
 هذا العقد .

(٢٠) أى على المرهون فى الرهن .

(٢١) فاذا حل وقت التسليم طوّل الراهن بالدين أو ببيع المرهون لا يفسأ
 ما عليه من الحق منه ، ودوام اليد ليس مقصودا فيه ، وانما يراد لخوف
 الافلاس وقت المحل .

(٢٢) لعدم امكان الاستيفاء منه حيث لا يباع .

(٢٣) ان لا يجوز بيعها . اما الوقف فلانه محبوس لمنفعة معينة فيه . واما أم الولد
 فلانها اكتسبت الحرية بالولادة فارتفعت عن درجة الرق وقاربت الحرية ،
 وذلك معنى يمنع من بيعها .

(٢٤) اليد فيه ، والبيع يمكن في المشاع (٢٥) ، وقولهم انه يجحد (٢٦) ، لا يصح ، لان أمر المسلمين يحمل على السلامة ، ولانه يشهد (٢٧) أو يستحلف (٢٨) فلا يجحد . ثم يبطل به اذا رهن عند اثنين (٣٠) ، أو باع نصفه باذن المرتهن ، فان يده (٣١) تزال (٣٢) ، وربما جحد ، ثم يصح (٣٣) ، والمفصّل ————— وب

(٢٤) لعدم صحة بيعهما ، اما الوقف فلأنه مؤبد ، وأما أم الولد فللاجتماع على منعه . أنظر مغنى المحتاج ج٤ ص ٥٤٢ الا أن داود قد خالف ذلك فاجاز بيعها . أنظر رحمة الامة ص ٣٣٢ . والمقصود : ان هذا يبطل ما ذهبوا اليه من جعل علة الرهن التوثق بدوام اليد عليه ، حيث تخلفت في الوقف وام الولد ان لا يجوز بيعهما مع امكان دوام اليد عليهما .

(٢٥) أى فكذلك الرهن فيه ممكن أيضا .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : وقولهم ربما يجحد . / وفاعل يجحد هو الراهن فى الملك المشاع .

(٢٧) أى ولان مرتهن الملك المشاع يشهد على الارتهان ، فلا يتكّن الراهن من الجحود .

(٢٨) أى يستخلفه المرتهن على رهنه نصيبه من الملك المشاع . وفى نسخة ((ب)) : ولانه يشهد عليه أو يستحلفه .

(٢٩) أى أن المعنى الذى ابطلتم من اجله رهن المشاع يبطل بما سيذكره الان

(٣٠) أى وكان مما لا ينقسم .

(٣١) أى المرتهن .

(٣٢) أى عن المرهون وعن النصف المبيع باذن المرتهن .

(٣٣) أى فلم يعتبر احتمال جحد الرهن مانعا من صحة الرهن فبطل تعليلهم بطلان رهن المشاع بالجحد لوجود ما جعلوه علة فى البطلان هنا ثم تخلف الحكم عنها .

لا يمكن بيعه عند المحل^(٣٥) ، ومارهن يوما ويوما لا ، لم يعقد الرهن فيه على
 الدوام^(٣٦) ، وهذا عقد الرهن فيه على الدوام ، وانما أزيل اليد فيه بحكم^(٣٨)
 الاشاعة ، فهو كالبيع لا يجوز يوما ويوما لا ، ويجوز أن تزال فيه اليد بالاشاعة^(٤٠) ،
 والنكاح والاجارة يراد للمنفعة^(٤١) ، وهذا يراد للبيع^(٤٢) ، يمينه ان التحريم فى
 البضع ، ويطلان المنفعة فى الاجارة لو طرأ فى الاستدامة بطل^(٤٤) ، ولو طرأت
 الاشاعة فى الرهن لم يبطل^(٤٥) .

(٣٤) فى نسخة ((ب)) : لا يصح بيعه . / لانه غير مقدور على تسليمه للمشتري .

(٣٥) أى بخلاف رهن المشاع حيث يمكن ذلك فيه .

(٣٦) لا نقطاعه فى اليوم الذى لا يكون فيه مرهونا . فيكون فيه خارجا عن سلطة

المرتهن ، وذلك مناقض للغرض منه وهو التوثيق به للاستيفاء .

(٣٧) أى رهن المشاع .

(٣٨) أى فى رهن المشاع .

(٣٩) أى أن يشترط البائع على المشتري أن يكون المبيع فى ملك المشتري يوما
 ويوما لا .

(٤٠) فى نسخة ((ب)) : ان تزال اليد فيه بالاشاعة . / أى فى البيع .

أى فصح أن بين الاصل والفرع فى قياسهم رهن المشاع على ما جعل يوما

رهننا ويوما لا ، فارقا ، والقياس معه باطل .

(٤١) أى كل منهما .

(٤٢) أى المرهون .

(٤٣) فاختلغا فى علة الحكم ، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر لذلك .

(٤٤) كما لو ارتد أحد الزوجين فى النكاح أو انهدمت الدار فى الاجارة حيث

يبطل عقد هما لغوات المقصود منه .

(٤٥) حيث لو باع الراهن نصف المرهون على الاشاعة باذن المرتهن فان الرهن

لا يبطل ، لان الاشاعة فى الرهن لا تزال ملك الراهن فلا يزول بطروها المقصود

من الرهن ، لانه يمكن الاستيفاء من الملك المشاع .

وبشوت هذا الفارق بين عقد النكاح والاجارة وعقد الرهن يبطل قياس أحدهما

على الآخر .

* مسألة (١٠٧) : اذا قال لعبيده ان قدم زيد فانت حر ، ثم رهنه —

(١) لم يصح الرهن في أحد القولين . / ١٥٠ ش

(٣) وقال أبو حنيفة : يصح .

(١) ومحل عدم الصحة : هو ما اذا اعلقه بصفة يحتمل حدوثها قبل حلول الرهن والا بطل ان حدث قبله لا بعده .

(٢) وهو الاصح منهما . فتح العزيز ج ١ ص ١٧٠ . لكن الغزالي ذكر القول بعدم صحته بصيغة التمريض فقال : وقيل انبأطل ان لا يقوى الرهن على دفع عتق جرى سببه . أه الوجيز ج ١ ص ١٦٠ . مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٣٠ . وذكر في المجموع ج ١٢ ص ٢١٤ القولين فقال : أحدهما : يصح الرهن لان وقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه ، والثاني : لا يصح لان الصفة قد توجد قبل محل الدين فيبطل الرهن وذلك غرر من غير حاجة . هذا قول عامة أصحابنا - ثم قال - وقال أبو علي في الافصاح : لا يصح رهنه قولاً واحداً لانه عقد الرهن على غرر . أه وأبو علي هو ابن أبي هبيرة الوزير توفي سنة ٥٩٠ هـ .

(٣) لان ما صح بيعه صح رهنه ، والمدبر المطلق لا يجوز بيعه وهو من قال له سيده ان مت فأنت حر ، واما المقيد فيجوز وهو من قاله له : ان مت من مرضي هذا أو الى عشر سنين واحتمل عدم موته فيها . أنظر : الهداية ج ٤ ص ٣١٨ و ٣٢٣ كتاب التدبير . التبيين ج ٣ ص ١٠٠ . مجمع الانهر ج ١ ص ٥٣٢ والتي تليها . فاذا جاز رهن المدبر المقيد لجواز بيعه ، جاز رهن المعلق عتقه بقدم زيد أيضا والله أعلم .

وبجواز رهنه يقول الحنابلة أيضا : كشاف القناع ج ٣ ص ٣٠٨ وذكر في المغنى ج ٤ ص ٢٥٥ وجها آخر فقال : ويحتمل أن لا يصح رهنه لان فيه غررا ان يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق . أه

والمالكية يجيزون رهن المدبر لبيع الغرماء ولو في حياة سيده ان سبق الدين على التدبير ، أنظر : الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٨٣ . الجواهر ج ٢ ص ٣٠٥ . شرح المنح ج ٤ ص ٦٠٠ .

- لنا : انه علق عتقه على صفة يجوز أن تتقدم على محل الحق ، فمنع (٤)
 الرهن ، كالتدبير . (٥)
 قالوا : محوز . (٦) يجوز بيعه ، فجاز رهنه ، كغيره . (٧)

- = وتعليق العتق بقدم زيد ثم رهنه ، مثل ذلك . فينبغي انه يصح عند هم والله أعلم .
 وابن حزم يجيز بيع المدبر مطلقا ، أنظر المحلى ج . ١ ص ٢٤٩ فيجوز رهنه عنده والله أعلم .
 (٤) أى ذلك التعليق .
 (٥) حيث لا يصح رهنه لتعليق العتق فيه بموت سيده وربما يموت العبد قبله فيبطل الرهن به .
 بجامع التعليق على صفة يجوز أن تتقدم على محل الحق فى كل من الاصل وهو التدبير ، والفرع وهو الرهن .
 ولما كان حكم الاصل المنع من رهن المدبر لا حتمال موت سيده قبل حلول الرهن فيبطل الرهن بذلك ، كان حكم الفرع كذلك ، فلا يصح الرهن المعلق على قدم زيد لا حتمال قدمه قبل المحل فيبطل الرهن لذلك أيضا .
 (٦) اسم مفعول من حاز الشيء يحوزه اذا ملكه وضمه الى نفسه ، وهو من باب قال وكتب ، تقول : حاز الشيء واحتازه فهو محوز وحائز . أنظر المختار ص ١٦٢ .
 (٧) أى من العبيد أو المال .
 والجامع فى القياس المذكور هو الحيابة فى كل من الاصل وهو ماعدا المرهون المعلق عتقه بقدم زيد ، والفرع وهو رهن المعلق عتقه بقدم زيد .
 ولما كان حكم الاصل صحة رهن ماعدا المرهون المعلق عتقه بقدم زيد كان حكم الفرع كذلك فيجوز رهن المعلق عتقه بقدم زيد أيضا لذلك .

قلنا : هناك لم يعلق عتقه بمعنى يتقدم محل الحق ، وها هنا ^(٩) علق عتقه بمعنى ^(١٠) يجوز أن يتقدم على محل الحق ، فافتراقا ^(١١) . ^(١٢)

* مسألة (١٠٨) : لا يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد ^(١) في الدين المؤجل في أحد القولين : ^(٢) / ١٥٠ ش .
وقال أبو حنيفة : يجوز ^(٣) .

(٨) أى فى المرهون غير المعلق عتقه بقدم زيد . وهو الاصل المقيس عليه فى قياسهم .

(٩) أى فى المرهون المعلق عتقه بقدم زيد وهو الفرع المقيس فى قياسهم .

(١٠) لفظ (بمعنى) مكرر فى الاصل . / والمعنى المقصود هو قدم زيد .

(١١) وهو وقت لزوم دفع الدين للمرتهن .

(١٢) أى الاصل والفرع فى قياسهم ، أى والقياس مع الفارق باطل .

(١) مثل الزرع الاخضر ومنه قصب السكر وكثيرة لا تجفف ولم يبد صلاحها

ولو مع اصلها أو لم يشترط قطعها . أنظر القليوبي ج ٢ ص ٢٦٤ وكذا

البقل والبطيخ والقثاء والموز ونحو ذلك كالطبيخ ونحوه .

(٢) وهو اظهر القولين ، رجحه العراقيون ، والاكثرون واليه ذهب الرافعى

فى المحرر ، أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٦٥ . فتح العزيز ج ١٠ ص ١١٠ .

الام ج ٣ ص ١٦٣ .

(٣) أنظر مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٩٢ : ولا يصح رهن الشر على الشجر بدون

الشجر ، ولا الزرع فى الارض بدونها . أهـ

قلت : لانه اذا جذ الثمرة ليقبضها المرتهن اسرع اليها الفساد .

وأنظر التبيين ج ٦ ص ٦٩ وحاشية الشلبى ج ٦ ص ٨٩ . الهداية ج ٩ ص ٨٤

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٢٩ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣١٢

ونذكر فى المعنى ج ٤ ص ٦ ، ٢ رجها آخر بمنع رهنه .

ولما كان المالكىة قاطنين بمواز رهن ما لم يبد صلاحه من الثمر فى المشهور .

أنظر الشرع الكبير ج ٣ ص ٢٣٣ . الجواهر ج ٢ ص ٧٨ . شرح المنح ج ٣ ص ٥٩ =

لنا : هو انه لا يمكن بيعه عند المحل ، فأشبه أم الولد (٤) .

قالوا : دين يجوز أن يرهن به مالا يسرع اليه الفساد ، فجاز أن يرهن به ما يسرع اليه الفساد ، كالدين الحال (٥) .

قلنا : لان هناك (٦) يمكن بيع المالكين (٧) (٨) فيه ، وهما هنا (٩) يمكن بيع أحدهما (١٠) دون الآخر (١١) ، فافترقا (١٢) .

= جاز أن يكونوا قاطنين بجواز رهن ما يسرع اليه الفساد ، لان الثمرة بعد ظهورها وقبل بدو صلاحها معرضة للتلف أكثر منها بعد بدو . والله أعلم ولم أقف على قول ابن حزم في هذه المسألة .

(٤) حيث لا يجوز رهنها .

بجامع العجز عن بيعه عند المحل ، في كل من الاصل وهو أم الولد والفرع وهو ما يسرع اليه الفساد .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز رهن أم الولد ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد أيضا لذلك .

(٥) حيث يجوز فيه رهن ما يسرع اليه الفساد .

بجامع ان لا فارق في كل من الاصل وهو الدين الحال والفرع وهو الدين المؤجل .

ولما كان حكم الاصل هو جواز رهن ما يسرع اليه الفساد في الدين الحال كان حكم الفرع كذلك فيجوز رهن ما يسرع اليه الفساد في الدين المؤجل لا انتفاء الفارق بينهما .

(٦) أى في الدين الحال .

(٧) وهما ما يسرع اليه الفساد وما لا يسرع اليه الفساد .

(٨) أى لبقاء المالية فيهما في الحال .

(٩) أى في الدين المؤجل .

(١٠) وهو مالا يسرع اليه الفساد ، لبقاء المالية فيه .

(١١) وهو ما يسرع اليه الفساد لفوات ماليتها بفساده .

(١٢) أى والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (١٠٩) : اذا رهن المصير فصار خمرًا زال فيه الملك ويطل
 الرهن . / ١٥٠ ش . (١)
 وقال أبو حنيفة : لا يزول الملك ، ولا يبطل الرهن . (٢)
 لنا : انه يمنع من التصرف فيه ، ولا يجب الضمان على متلفه ، فلم يملك (٥)
 كما لو مات الحيوان . (٦)

-
- (١) المختصر ص ٩٦ . الام ج ٣ ص ١٥٩ . شرح المحلى ج ٢ ص ٢٧٠ .
 وبه يقول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٣ . المغنى ج ٤ ص ٢٥٦ .
 المقنع ص ١١٦ .
 وهو قول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٣٥ . الجواهر ج ٢ ص ٧٨ -
 شرح المنح ج ٣ ص ٦٠ .
 واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ١ ص ٥٠٣ .
 (٢) الهداية ج ٩ ص ١٢٨ . التبيين ج ٦ ص ٩٣ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٦١ .
 (٣) لنجاسته ، ولقول الله تعالى (اما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس
 من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون) المائدة آية / ٩٠ .
 فهو مال غير محترم فلا يضمن ، ويجب اجتنابه فلا يجوز التصرف فيه .
 (٤) لانه مال غير محترم شرعا لنجاسته فلا يتقدر بثمن .
 (٥) فى نسخة ((ب)) : فلم يمكن / أى من الانتفاع به برهنه ، وما فى الاصل
 أولى .
 (٦) حيث تزول عنه ملكية صاحبه له بموته ، فيبطل رهنه .
 بجامع المنع من التصرف فيه وسقوط الضمان عن اتلفه فى كل من الاصل
 وهو الحيوان اذا مات والفرع وهو المصير اذا صار خمرًا .
 ولما كان حكم الاصل هو بطلان الرهن بموته كان حكم الفرع كذلك فيبطل
 الرهن فى المصير اذا تخمر أيضا لذلك .

قالوا : له قيمة في الأصل^(٧) وله قيمة في الثاني^(٨) ، فكان مالا في الحال^(٩) ،
كالعبد المرتد^(١٠) .

قلنا : يبطل بجلد الميتة^(١٠) ، والمرتد يجوز التصرف فيه^(١١) ، بخلاف الخمر^(١٢) .
قالوا : لو زال الملك فيه ، لوجب اذا صار خلا ان لا يعود رهنا^(١٣) .

(٧) أى حين كان عصيرا قبل التخرم .

(٨) وهو حال صيرورته خمر . بدليل تضمين المسلم قيمتها اذا اتلفها لذمى .
أنظر الهداية ج ٩ ص ٨٩ .

(٩) أى في الحال الثاني . أو كان الأولى أن يقول (في الحالين) .

(١٠) في الأصل (كالمرتد) . / حيث لا يبطل الرهن برودة العبد .

والجامع في القياس المذكور هو كونه مالا متقوما في الحالين ، في كل من

الأصل وهو العبد اذا ارتد والفرع وهو السعير اذا تخرم .

ولما كان حكم الأصل هو عدم بطلان الرهن برده ، كان حكم الفرع كذلك

فلا يبطل الرهن اذا تخرم السعير أيضا لذلك .

(١٠) أى فان لها قيمة في الأصل أعنى قبل موتها ، ولها قيمة بعد موتها أعنى

اذا دبغ جلدها ثم لم تكن مالا يصح بقاء الرهن بها ، بل ينفسخ الرهن

فيما زاد على قيمة الجلد بعد دبغه ، فبطل قولهم المذكور .

(١١) بيما وشراء ورهنا وقرضا ونحو ذلك لان المالبقة فيه وان ارتد .

أنظر الوجيز ج ١ ص ١٦٠ .

(١٢) حيث يحرم اقتناؤها أصلا فضلا عن التصرف فيها . أى فكان هذا فارقا

بين الأصل والفرع في قياسهم السعير اذا تخرم على العبد اذا ارتد

في بقاء الرهن فيهما . والقياس مع الفارق باطل .

(١٣) أى والحال انه يعود رهنا اذا عاد خلا ، فدل على بقاء الملكية فيه .

قلنا : حق الرهن زال بزوال الملك^(١٤) فعاد بعوده^(١٥) ، كجلد الميتة
اذا دبغ .^(١٦)

* مسألة (١١٠) : اذا قال الراهن : اقبضك عصيرا ، وقال المرتهن
بل خمرًا ، فالقول قول الراهن في أحد القولين .^(١) / ١٥٠ ش .
وقال أبو حنيفة : القول قول المرتهن .^(٢)
لنا : انهما اختلفا في صفة يجوز حدوثها بعد القبض فكان القول قول
من ينفيها ، كالعيب في المبيع .^(٣)

(١٤) أى عن المرهون بصيرورته خمرًا .
(١٥) أى خلا . أى ولذلك جاز أن يعود العصير اذا صار خمرًا ثم عاد خلا
أن يبقى الرهن فيه .
(١٦) حيث يزول الملك عنه بموت الحيوان ، ثم يعود الى الملكية بالدبغ ، فيكون
قد زال الملك عنه بموته وعاد اليه بدبغه .
(١) هذا القول هو الصحيح منهما . والقول الثانى وهو اختيار المزنّى أن القول
للمرتهن لان الراهن يدعى قبضا صحيحا والا صل عدمه .
أنظر المذهب ج ١ ص ٣١٧ . الا أن النووى فى المنهاج ص ٥٢ . اقتصر على
أن القول قول الراهن بيمينه . ولم يذكر الجلال فيها قولاً آخر فى شرحه
للمنهاج ، أنظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢٨١ وغيره أيضا فانهم لم يذكروا
ذلك . وعليه اقتصر فى الوجيز أيضا ج ١ ص ١٦٨ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤١ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٠ .
المقنع ص ١١٧ .

(٢)

وزد هب المالكية الى أن القول قول المرتهن بيمينه لانه غارم ،
أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ١٢٣ . الجواهر ج ٢ ص ٨٦ . شرح المنح ج ٣ ص ١١٠ .
ولم أقف لابن حزم على رأى فيها .
(٣) حيث اذا اختلفا فى حدوث العيب فى المبيع بعد القبض فان القول فيه
قول من ينفيه وهو البائع . أنظر المنهاج ص ٤٨ . =

قالوا : لم يقرب قبض المشروط^(٤) ، فأشبهه اذا أنكر القبض^(٥) أو اقرب قبض
العبد ميتا^(٦) .

قلنا : اذا أنكر القبض فالظاهر معه^(٧) ، لان الاصل عدمه ، وهاهنا^(٨)
مع الراهن الظاهر لان القبض وجد ، والاصل انه لم تحدث فيه الشدة^(٩) ، ولهذا لو اختلف
المتبايعان في القبض كان القول قول المشتري^(١٠) ، ولو اختلفا في العيب ، كان

= بجامع الاختلاف في صفة يجوز حد وشها بعد القبض في كل من الاصل وهو
العيب في المبيع والفرع وهو العيب في الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو ان القول في ادعاء العيب في المبيع قول من
ينفيه وهو البائع كان حكم الفرع كذلك فيكون القول في ادعاء العيب
في الرهن قول من ينفيه أيضا وهو الراهن .

(٤) وهو العصير ، حيث ادعى انه قبضه خمرًا .

(٥) أى اصلا . حيث يكون القول قوله .

(٦) حيث يكون القول قوله .

بجامع عدم الاقرار بقبض المشروط في كل من الاصل وهو مالو أنكر القبض
أو اقرب قبض العبد ميتا ، والفرع وهو مالو ادعى انه قبض العصير خمرًا .
ولما كان حكم الاصل أن القول للمرتهن في انكاره القبض أو اقراره بقبض
العبد ميتا ، كان حكم الفرع كذلك فيكون القول قول المرتهن في قبضه
العصير خمرًا أيضا لذلك .

(٧) أى ولذلك اعتبر القول قوله فيه .

(٨) في ادعاء قبض العصير خمرًا .

(٩) في نسخة ((ب)) : لم تحدث فيه الشدة الا بعد . / أى بعد القبض .

(١٠) لان الاصل عدم القبض .

القول قول البائع ، (١١) ، ولما الميث (١٢) فيحتمل أن لا نسلم ، (١٣) ثم ذاك (١٤) منكر للقبض ، (١٥) لأن الميث لا يصح قبضه ، (١٦) وها هنا (١٧) مقر بالقبض وظاهره الصحة لأنه يقبض في الظرف . (١٨)

* مسألة (١١١) : يجوز للراهن أن ينتفع بالمرهون . (١) ١٥٠ ش .

(١١) لان الاصل سلامة المبيع من العيب .

(١٢) أى قبض العبد ميثا .

(١٣) أى أنه قبضه ميثا .

(١٤) وهو من أقر بقبضه العبد ميثا . وهو المرتهن .

(١٥) أى ولذلك كان القول قوله لان الاصل عدم القبض .

(١٦) فاعتبر اقراره بقبضه ميثا انكارا منه للقبض لان الميث لا يصح قبضه .

والمقصود : اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم المذكور لابطاله .

(١٧) سقط قوله (وها هنا مقر بالقبض) من نسخة ((ب)) .

واسم الاشارة (ها هنا) عائد الى ادعاء المرتهن قبض العصير خمرًا .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : فى الظروف . / أى الاوعية والاوانى .

أى فكان القول قول الراهن لان الظاهر معه . لان تخمر العصير خلاف الظاهر .

ثم ان اقباضه العصير بظرفه الخاص به يقوى قول الراهن انه سلمه عصيرا لا خمرًا ، عملا بالظاهر ، وهو ان الخمر لا تجعل فى ظرف العصير فى العادة .

(١) المختصر ص ٩٨ . الام ج ٣ ص ١٦٤ . المنهاج ص ٥٥ .

وهو قول المالكية : القوانين ص ٣٥٢ .

وذهب ابن حزم الى أن منافع لرهن تبقى للراهن كما كانت الا أن يكون المرهون مما يحلب أو يركب فلا مرتهن أن يجلبه وان يركبه بالنفقة . أنظر المحلى :

وقال أبو حنيفة : لا يجوز .^(٢)

لنا : ماروى أبو هريرة^(٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الرهن
محلوب ومركوب) .^(٤)

فان قيل : المراد به المرتهن ، فانه كان ينفق ويركب ، ولهذا قال :

(٢) المبسوط ج ٢١ ص ١٠٦ . شرح معاني الآثار ج ٤ ص ٩٩ والتي تليها .
وزهب الحنابلة الى أن منافع الرهن تبقى معطلة الا أن يأذن أحدهما
للآخر بالانتفاع به فيجوز . ماعدا الركوب والحلب فيجوز للمرتهن الانتفاع
به فى مقابل انفاقه على المرهون وان بلا اذن الراهن .
أنظر شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤٢ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٣ . المقنع :
ص ١١٦ : وتصرف راهن فى الرهن لا يصح الا العتق . أه .

(٣) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .

(٤) رواه الدارقطنى ج ٣ ص ٣٤ . كتاب البيوع رقم / ١٣٦ .
وقد رواه من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة .
قال فى التلخيص ج ٣ ص ٣٦ رقم / ١٢٣٢ : وأهل بالوقف ، وقال ابن
أبى حاتم : قال أبى : رفعه مرة ثم ترك الرفع بعد ، ورجح الدارقطنى
ثم البيهقى رواية من وقفه على من رفعه . أه .
وقد بوب به البخارى فى صحيحه فقال : باب الرهن مركوب ومحلوب . ج ٢ ،
ص ٧٨ .

ونص الترمذى أيضا على أنه موقوف على أبى هريرة من هذه الطريق .
ج ٣ ص ٥٥٥ .

كتاب البيوع باب ما جاء فى الانتفاع بالرهن ، رقم / ١٢٥٤ .

وعلى من يحليه ويركبه نفقته^(٥) والذي يركبه بالنفقة هو المرتهن ، ثم نسخ^(٦) قلنا : هذا دعوى نسخ^(٨) ، ثم لا نسلم أنه كانت النفقة على المرتهن^(٩) ،

(٥) هذا جزء من حديث رواه البخارى ج ٢ ص ٢٨ باب الرهن مركوب ومحلوب .
عن أبى هريرة مرفوعا : الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب
بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب النفقة . أهـ
ورواه أبو داود ج ٣ ص ٢٨٨ باب فى الرهن ، رقم / ٣٥٢٦ الا أنه قال :
يحب ، بدل يشرب ، فى الموضعين المذكورين .
ثم قال أبو داود : وهو عندنا صحيح . أهـ .

ورواه الترمذى ج ٣ ص ٥٥٥ باب ما جاء فى الانتفاع بالرهن ، رقم / ١٢٥٤ .
وقال : هذا حديث حسن صحيح لا نعرفه مرفوعا الا من حديث عامر
الشعبي عن أبى هريرة . أهـ .

(٦) أى جواز الانتفاع بالمرهون ، لانه يجر منفعة للمرتهن .
فى نسخة ((ب)) ثم فسخ . / أى وناسخه هو النهى عن الربا
وعن القرض اذا جر نفعا . أنظر المبسوط ج ٢ ص ١٠٨ .
وأنظر شرح معانى الآثار ج ٤ ص ٩٩ أيضا .
(٧) فى نسخة ((ب)) قليل .

(٨) أى فلا تقبل الا بنص صحيح صريح فيه ، أو باجماع ، أو معرفة تاريخ النصين
ليعلم المتقدم ويكون منسوخا ، والمتأخر ويكون ناسخا .
أنظر كيفية معرفة كون الحكم منسوخا ، فى المعتمد ج ١ ص ٤٤٩ .

(٩) بل على الراهن لان الرهن ملك له ،
قال النووى : ومؤنة المرهون على الراهن ويجبر عليها لحق المرتهن على
الصحيح . أهـ . المنهاج ص ٥٦ . وفى شرح المحلى ج ٢ ص ٢٧٥ : ،
والثانى لا يجبر عند الامتناع ولكن يبيع القاضى جزءا منه فيها بحسب
الحاجة . أهـ

وقوله : وعلى من يركبه نفقته ، أراد به المالك ، وعبر عنه بالراكب ، لانه هو الذى يركب ، كما قال : انما الطلاق لمن أخذ بالساق ^(١١) . فعبر عن الزوج

(١٠) سقط حرف (الواو) فى قوله (وعلى) من نسخة ((ب)) .

(١١) رواه الدارقطنى ج ٣ ص ٣٧ كتاب الطلاق رقم / ١٠١ عن عكرمة عن ابن عباس قال : جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم يشكو ان مولاه زوجه وهو يريد أن يفرق بينه وبين امرأته ، فحمد الله تعالى وأثنى عليه ، ثم قال : ما بال قوم يزوجون عبيدهم اماءهم ثم يريدون أن يفرقوا بينهم ، الا انما يملك الطلاق من أخذ بالساق . أهـ .

ورواه من طريق آخر عن عكرمة ولم يذكر ابن عباس بلفظ : انما الطلاق لمن أخذ بالساق . رقم الحديث / ١٠٢ . وفى سند الطريق الأولى أحمد بن الفرج أبو عتبة الحمصى المعمرى بالحجازى ، ضعفه محمد بن عوف الطائى ، قال ابن عدى لا يحتج به . وقال ابن أبى حاتم : محله الصدق ، وأخرجه الطبرانى أيضا وفيه يحيى الحماني وهو ضعيف الحديث . أنظر التعليق المغنى على الدارقطنى ج ٣ ص ٣٧ .

وفى سند الطريق الثانية عبد الله بن لهيعة ، وهو ضعيف ، الا أن يكون الراوى عنه ابن المبارك وابن وهب والمقرى ، فصحيح لانهم رووا عنه قبل الاختلاط . أنظر الضعفاء ص ١٧٥ .

ورواه ابن ماجه ج ١ ص ٦٧٢ باب طلاق العبد ، رقم / ٢٠٨١ عن ابن عباس ، وفيه ابن لهيعة المذكور أيضا . ولعله يقوى بتعدد طرقه وعمل الناس به .

بالأخذ بالساق . ولانه استيفاء منفعة لا تؤثر في مقصود المعقود له ، فلا يمنع
 المالك منه لحق التعاقد ^(١٣) كوطئ المستأجرة ^(١٤) . ولانه عقد لا يوجب الخدمة
 للمعقود له ^(١٥) ، فلا يمنع المالك من استيفائها ، كتزويج الامة ، واعارة العبد ^(١٦) ،
 أو عبد تعلق برقبتة دين ليس بمعوض عنه ^(١٧) ، فلم يمنع المالك من استخدامه ، كالعبد الجاني ^(١٨)

(١٢) وهو حبس المرتهن الرهن وثيقة للاستيفاء وقت الحلول .

(١٣) لان حق التعاقد وهو المرتهن متعلق بذات المرهون فقط .

(١٤) حيث لا يمنع زوج المستأجرة من وطئها .

بجامع ان كلا استيفاء منفعة لا تؤثر في مقصود المعقود له في كل من

الاصل وهو وطؤ المستأجرة . والفرع وهو الانتفاع بالرهن .

ولما كان حكم الاصل جواز وطئ الزوج زوجته المستأجرة ، كان حكم الفرع

كذلك فيجوز للراهن الانتفاع بالرهن أيضا لذلك .

(١٥) في نسخة ((ب)) : ولانه لا يمنع المالك من منفعة غلتها .

(١٦) حيث لا يوجب تزويج الامة عليها خدمة زوجها بل لسيدها استيفاء

خدمتها لنفسه ، وكذا اعارة العبد لا تمنع سيده المالك له من استيفاء

خدمته لنفسه .

وذلك بأن يفسخ الاعارة .

بجامع ان كلا عقد لا يوجب الخدمة للمعقود له ، اما الاصل فهو تزويج

الامة واعارة العبد ، واما الفرع فهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم منع المالك من استخدامه الامة المزوجة والعبد

المستعار كان حكم الفرع كذلك فلا يمنع الراهن من الانتفاع بالرهن

أيضا لذلك .

(١٧) أى ليس العبد الذى رهن بالدين بمعوض عن ذلك الدين بل هو وثيقة

لاستيفاء الدين منه .

(١٨) حيث لا يمنع مالكة من استخدامه وان تعلقت الجناية برقبتة .

بجامع ان كلا عبد تعلق برقبتة دين ليس بمعوض عنه ، اما الاصل فهو العبد

=

الجاني ، واما الفرع فهو العبد المرهون .

قالوا : انتفاع بالمرهون ، فمنع منه الراهن ، كالوطئ ولبس الثوب. (١٩)

قلنا : الوطئ يفضى الى الحبل ، فتتقص به القيمة ، ولا يؤمن ان تهلك ففى
الطلق ، واللبس يخلق (٢٠) الثوب وينقص قيمته ، فيستتبر به المرتهن ، والخدمة
لا يستتبر بها (٢٢) فلم تمنع.

قالوا : محبوس على وجه الوثيقة ، فلم يجوز للمالك استيفاء منفعته ، كالمبيع
فى يد البائع . (٢٣)

= ولما كان حكم الاصل جواز استخدام السيد عبده الجانى ، كان حكم الفرع
كذلك فيجوز للراهن استخدام عبده المرهون أيضا لذلك .
(١٩) حيث يمنع الراهن منهما فى الامة المرهونة والثوب .

بجامع ان كلا انتفاع المرهون ، اما الاصل فهو وطئ المرهونة ولبس الثوب
المرهون ، واما الفرع فهو استخدام العبد المرهون .
ولما كان حكم الاصل تحريم وطئ المرهونة ولبس الثوب المرهون ، كان
حكم الفرع كذلك فيحرم استخدام المرهون أيضا لذلك .

(٢٠) أى يلبسه ، منه قولك خلق بفتح فضم الثوب اذا بلى ، وبابه سهل ، واخلاق
أيضا مثله ، واخلاقه صاحبه ، يتعدى ويلزم . أنظر المختار ص ١٨٢ .

(٢١) لا حتمال أن تنقص قيمته عن قدر المال المرهون به فلا يتمكن من الاستيفاء
عند الحلول .

(٢٢) لانها لا تنقص قيمة الخادم بل قد تزيد خبرته الى خبرته فيعملو بهما
ثمنه .

(٢٣) حيث اذا حبسه لاستيفاء الثمن فلا يجوز للمشتري الانتفاع بالمبيع مدة
حبسه .

بجامع الحبس على وجه الوثيقة فى كل من الاصل وهو المبيع فى يد البائع
والفرع وهو المرهون فى يد المرتهن .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز استيفاء المشتري منفعة المبيع المحبوس بالثمن
عند البائع ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للراهن استيفاء منفعة المرهون وهو
عند المرتهن - أيضا لذلك .

قلنا : ذاك (٢٤) عوض عن الدين ، فلما منع البائع من التصرف فى الثمن (٢٦)
 منع المشتري من التصرف فى الثمن ، والرهن ليس بعوض عن الدين ، ولأن (٢٧)
 البائع ليس له الا اليد (٢٨) فاذا ازيلت (٢٩) بطلت وثيقته ، والمرتهن له يد وعقد (٣٠) (٣١)
 فاذا ازيلت يده للانتفاع (٣٢) بقى الوثيقة بالعقد (٣٣) ولان المبيع لم يتم ملكه عليه (٣٤)
 فلذلك لم يجز له التصرف فيه (٣٥) ولهذا لا يجوز (٣٦) وان وزن الثمن (٣٧) بخلاف الرهن (٣٨).

(٢٤) أى المبيع فى يد البائع .

(٢٥) وهو ثمن المبيع الذى لم يتسلمه البائع فى العقد .

(٢٦) بسبب عدم تسليم المشتري الثمن اليه .

(٢٧) بل هو وثيقة بالدين . أى فثبت وجود الفارق بين الاصل والفرع فى

قياسهم حبس المرهون لا ستيفاء الدين على حبس المبيع لا ستيفاء الثمن

فى المنع من الانتفاع به فيهما . والقياس مع الفارق باطل .

(٢٨) أى ان يحوزه الى نفسه ، واما زوائده ومنافعه فهى للمشتري ، لان الملك له .

(٢٩) أى بتسليم المشتري الثمن اليه .

(٣٠) أى على المرهون ، بحيازته اياه .

(٣١) هو عقد الرهن لا ستيفاء الدين .

(٣٢) أى فاذا ازيلت يد المرتهن عن المرهون لينتفع به الراهن .

(٣٣) أى ففارق بذلك عقد البيع . فلا يصح قياس أحدهما على الآخر للفارق المذكور

(٣٤) أى وثمة فارق آخر وهو أن المبيع لم يتم ملك المشتري عليه ، لعدم تسليمه الثمن .

(٣٥) لعدم قبضه .

(٣٦) أى ان يتصرف المشتري فى المبيع .

(٣٧) لان القبض لا يتم بوزن الثمن ، مالم يقبضه البائع .

(٣٨) فان ملك الراهن تام عليه فيجوز له التصرف فيه . فلا يصح قياسه على التصرف

فى المبيع اذا كان فى يد البائع لذلك .

- قالوا : مرهون ، فلم تزل عنه يد المرتهن ، كما لو لم يكن له منفعة ، (٣٩) (٤٠)
 قلنا : ذاك (٤١) لا حق للراهن فى منفعته ، فهو كتزويج الحرة ، (٤٢) وهذا (٤٣)
 له حق فى منفعته فهو كتزويج الأمة . (٤٤)
 قالوا : الرهن يراد للاضجار الراهن ، وهذا لا يوجد مع الانتفاع . (٤٥) (٤٦)
 قلنا : لو كان للاضجار لما استحق فى الدين المؤجل ، كالحبس فى السجن ، (٤٧) (٤٨)
 ولان الاضجار يحصل بالمنع من التصرف فى رقبته . (٤٩)

- (٣٩) سقط لفظ (له) من نسخة ((ب)) .
 (٤٠) حيث لا تزول عنه يد المرتهن .
 بحامع الرهنية فى كل من الاصل وهو مالو لم تكن له منفعة ، والفرع وهو مالو كانت له منفعة .
 ولما كان حكم الاصل عدم زوال يد المرتهن عن المرهون ان لم تكن له منفعة كان حكم الفرع كذلك فلا تزول يد المرتهن عن الرهن ان كانت له منفعة أيضا لذلك .
 (٤١) أى المرهون الذى لم تكن له منفعة .
 (٤٢) حيث لا حق للولى فى منفعتها بعد تزويجها .
 (٤٣) أى المرهون ذو المنفعة .
 (٤٤) حيث يبقى للسيد حق استخدام الامة وان بعد تزويجها .
 أى فثبت أن بين الاصل والفرع فى قياسهم فارقا ، فيبطل به قياسهم المذكور .
 (٤٥) أى تحميله هم حبس المرهون عنه لحمله على وفا الدين ، من الضجر بفتحيتين وهو القلق والغم وبابه طرب ، فهو ضجر كفرح ، وضجور والجمع مضاجير ومضاجر ، واسم المفعول : مضجر . أنظر المختار ص ٣٧٦ .
 (٤٦) أى فيحمله ذلك على التهاون فى الوفاء بما عليه .
 (٤٧) لان اضجاره ينافى التأجيل ، ان التأجيل للترفق والاضجار للمضايقة .
 (٤٨) حيث لا يستحق فى الدين المؤجل ان لم يحل اجله بعد . أى والحال ان الرهن يستحق فى الدين المؤجل فبطل أن يكون للاضجار .
 (٤٩) أى فى ذات الرهن وان اذن للراهن باستخدام المرهون فان الاضجار بمنعه من التصرف فى رقبته بيعا واجارة واعاره ونحو ذلك اشد وانكى .

* مسألة (١١٢) : النماء المنفصل لا يدخل في الرهن . (١) / ٥١٠ هـ .

وقال أبو حنيفة : يدخل . (٣)

لنا : هو انه نماء منفصل من عين الرهن ، فأشبهه الكسب (٤) ، ولان ما لا يتبع الجانية في الجانية لا يتبع المرهون (٥) في الرهن ، كالكسب (٦) ، ولانه عقد لا يفضي

(١) كالثمرة والولد والبيض والصوف والشعر والاجرة . ونحو ذلك .

(٢) المختصر ص ٩٨ . الام ج ٣ ص ١٦٣ زيادة الرهن . المنهاج ص ٥٦ . وهو قول المالكية الا أنهم استثنوا الولد والنتاج فجعلوه داخلا في الرهن وتابعا له وكذا فرخ النخل وهو المسمى بالغسيل ، وجعل ابن القاسم الصوف التام أي الذي استحق الجز وقت الرهن ، تابعا للرهن أيضا . أنظر الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٦ . الجواهر ج ٢ ص ٨١ . شرح المنح ج ٣ ص ٨٢ . وهو قول ابن حزم : المحلي ج ٨ ص ٤٨٤ .

(٣) المبسوط ج ٢١ ص ١٠٥ . الهداية ج ٩ ص ١٣٠ . التبيين ج ٦ ص ٩٤ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٦ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٦ . المغنى ج ٤ ص ٢٩١ .

(٤) حيث لا يدخل في الرهن .

بجامع ان كلا نما منفصل . اما الاصل فهو الكسب ، واما الفرع فهو النماء المنفصل .

ولما كان حكم الاصل عدم دخول كسب المرهون في الرهن كان حكم الفرع كذلك فلا يدخل النماء المنفصل فيه أيضا لذلك .

(٥) في نسخة ((ب)) : المرهونة .

(٦) حيث لا يتبع المرهون في الرهن .

بجامع عدم تبعيته للجانية في الجانية في كل من الاصل وهو الكسب ، والفرع وهو النماء المنفصل .

ولما كان حكم الاصل عدم تبعية كسب المرهون للرهن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع النماء المرهون في الرهن أيضا لذلك .

الى زوال الملك ، فلا يوجب استتباع النماء المنفصل ، كالأجارة^(٧).

فان قيل : فى الاجارة النماء لا يصلح لما عقد عليه^(٨).

قيل : ولد الاضحية لا يصلح للتضحية^(٩) ثم يتبع الام فى التضحية^(١٠) ، ولا نس

لود خل فى الرهن لضمان عند هم^(١١) ، كالام^(١٢).

قالوا : حق مستقر فى رقة الام ، فسرى الى الولد ، كالاستيلاء والكتابة

والاضحية^(١٣).

(٧) حيث لا يتبع نماء الاجارة المرهون فى الرهن .

بجامع ان كلا عقد لا يفضى الى زوال الملك ، اما الاصل فهو الاجارة واما الفرع فهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم تبعية نماء العين المؤجر لها فى الاجارة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يتبع النماء المنفصل المرهون فى الرهن أيضا لذلك .

(٨) وهو الانتفاع مع بقاء الممين . أى ولذلك لم يتبع الاصل فى الاجارة ، ولا كذلك

فى الرهن ، لان المقصود بموضع اليد وذلك لا يمنع من تبعيته للمرهون .

(٩) لصغر سنه عن الاجزاء .

(١٠) أى فدل ذلك على أن عدم صلاحية النماء للعقد عليه مستقلا ،

لا يوجب تبعيته للمعقود عليه .

(١١) أى والحال انهم لا يقولون بضمانه اذا هلك على المرتهن . لان النماء

لا قسط له مما يقابل بالاصل ، لانه لم يدخل تحت العقد مقصودا ان لا يتناوله

أنظر الهداية ج ٩ ص ١٣١ .

(١٢) حيث يجب على المرتهن ضمانها بالهلاك ، لان الرهن يصير مضمونا

بالقبض .

أنظر الهداية ج ٩ ص ١٣١ .

(١٣) حيث يسرى حكم الام على الولد فى المذكورات .

بجامع ان كلا حق مستقر فى رقة الام ، اما الاصل فهو الاستيلاء والكتابة

والاضحية ، واما الفرع فهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو سراية الحرية الى الولد فى استيلاء الامة أو مكاتبها

وتسرى التضحية فى ولد الاضحية ، كان حكم الفرع كذلك فيسرى الرهن فى نماء

المرهون أيضا لذلك .

قلنا : الاستيلاء^(١٤) حق مستقر لا يمكن ابطاله ، وهذا يمكن ابطاله^(١٥) ،
فهو كالمعتقة بصفة^(١٦) ، ولان الاستيلاء كالمعتق المنجز^(١٧) ، ولهذا يتعلق به التقويم
في الحال ، والكتابة فيها قولان^(١٨) ، وان سلم^(١٩) فلان ذاك^(٢٠) يفضى الى زوال الملك .
والرهن لا يفضى الى زوال الملك ، فهو^(٢١) كالا جارة^(٢٢) .

(١٤) ما بين كلمة (الاستيلاء) وكلمة (كالمعتق المنجز) ، ساقط من نسخة
((ب)) .

(١٥) أى الرهن . وذلك بتسديد المدين ما عليه للمرتهن فينفك عنه الرهن .
أو بأن يبطل المرتهن الرهن ، ويبقى الدين خالياً عن الرهن ، لتجسّد
ثقة المرتهن بالمدين .

(١٦) كأن يقول لها : ان جاء زيد فانت حرة . حيث يجوز له الانفصال عن
ذلك الوعد .

(١٧) أى فى تحقق الحرية فيه وعدم امكان الغائه .
بجامع قوة سراية المعتق فى كل من الاصل وهو المعتق المنجز ، والفرع
وهو الاستيلاء .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز ابطال المعتق المنجز كان حكم الفرع
كذلك فلا يجوز ابطال عتق المستولدة أيضاً لذلك .

(١٨) أى فى سراية الحرية الى ولد المكاتبه قولان اظهرهما انه يتبعهما .
أنظر المنهاج ص ١٦٠ .

(١٩) أى على القول بسراية المعتق الى ولد المكاتبه .

(٢٠) أى سراية المعتق .

(٢١) فى الاصل (فهى) والاولى التذكير لان الضمير عائد الى الرهن لا الى
الكتابة .

(٢٢) حيث لا يسرى عقد الاجارة على نماء العين المستأجرة .

بجامع عدم زوال الملك به ، فى كل من الاصل وهو الاجارة ، والفرع وهو
الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم تبعية النماء للعين المؤجرة فى الاجارة ، كان حكم
الفرع كذلك فلا يتبع النماء العين المرهونة فى الرهن أيضاً لذلك .

والاضحية خارجة من ملكه ، ولهذا يضمنها بالاتلاف للمساكين ، فالحادث منها يحدث على ملك المساكين ، ^(٢٣) والرهن باق على ملكه ، ^(٢٤) فهو كالمستأجرة ^(٢٥) .
 قالوا : ^(٢٦) مال حصل بسبب رقة المرهونة ، فأشبه السمن وقيمة ما أطف منها ^(٢٧) .
 قلنا : ^(٢٨) يبطل بالكسب ، ^(٢٩) والسمن لا يزيل الأصل ، فلم ينفرد عنه ، وهذا ^(٣٠) .

(٢٣) في نسخة ((ب)) : على ملك المستأجر . / وهو تحريف .

أى ولذلك دخل ابنها معها فى التضحية به .

(٢٤) سقط قوله (والرهن باق على ملكه) من نسخة ((ب)) . / أى على ملك الراهن .

(٢٥) حيث لا يتبعها نماؤها فى عقد اجارتها .

بجامع البقاء على ملك صاحبه فى كل من الاصل وهو المستأجرة ، والفرع وهو المرهونة .

ولما كان حكم الاصل عدم تبعية نمائها لها فى الاجارة ، كان حكم الفرع فلا يتبع النماء اصله فى الرهن أيضا لذلك .

(٢٦) فى نسخة ((ب)) : نماء .

(٢٧) حيث يكون تبعاً للمرهون .

بجامع ان كلا مال حاصل بسبب رقة المرهونة . اما الاصل فهو السمن وقيمة ما أطف منها ، واما الفرع فهو النماء المنفصل .

ولما كان حكم الاصل هو تبعية السمن وقيمة ما أطف من المرهونة لها ، كان حكم الفرع كذلك ، فيتبع النماء المنفصل المرهون أيضا لذلك .

(٢٨) حيث لا يتبع المرهون مع كونه نماء حاصلا بسبب رقة المرهون .

(٢٩) أى لا يفارقه ، من قولك : زاله يزاله ، وزان ناله يناله ، زيالا ، اذا نحاه وأبعده ، مثل ازاله ، ومنه قوله تعالى (لو تزيلوا) الفتح آية / ٢٥ ، أى

لو تميزوا بافتراق . انظر المصباح ج ١ ص ٢٨٠ .

أى ولذلك كان السمن تبعاً للمرهون .

(٣٠) أى الولد والثمره ونحو ذلك .

نماء منفصل ولهذا يتبع السمن الجانبية^(٣١) والمستأجرة^(٣٢)، ولا يتبعهما الحمل^(٣٣)،
 وقيمة ما اتلف منها بدل عما دخل في الرهن^(٣٤)، فقام مقامه، وهذا منفصل للم
 يدخل في الرهن^(٣٥)، ولا هو بدل عنه، فأشبهه سائر أموال الراهن^(٣٦).

✽ مسألة (١١٣) : لا يملك الراهن تزويج المرهونة^(١) / ١٥١ ش.
 وقال أبو حنيفة : يملك^(٢).

(٣١) أى فى الاستيفاء منها .

(٣٢) أى فى عقد الاجارة .

(٣٣) حيث لا يقام الحد على الجانبية حتى تضع . ولا يدخل جنين المستأجرة
 معها فى عقد الاجارة اذا ولدته .

(٣٤) وهو الجزء المتلف منها لان الرهن واقع على جميعها .

(٣٥) لانه لم يكن موجودا وقت العقد .

(٣٦) حيث لا تتبع الرهن .

بجامع الانفصال عن المرهون ، فى كل من الاصل وهو سائر أموال الراهن ،
 والفرع وهو النماء المنفصل .

ولما كان حكم الاصل عدم تبعية سائر أمواله للمرهون فى الرهن ، كان حكم
 الفرع كذلك فلا يتبع النماء المنفصل المرهون فيه أيضا لذلك .

(١) الام ج٣ ص ١٦٤ . الوجيز ج١ ص ١٦٤ . المنهاج ص ٥٥ .

وهو قول الحنابلة : كشف القناع ج٣ ص ٣٢٣ . وذكر فى المغنى ج٤ ص ٢٧٢
 عن القاضى وجماعة من الحنابلة ان الراهن يملك تزويج المرهونة وبينه
 الزوج من وطئها ويكون مهرها رهنا معها . قال فى المشع ص ١١٦ :
 والأول أصح . أهـ .

(٢) المبسوط ج٢ ص ١٢ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج٨ ص ٤٨ حيث ذهب الى أن للراهن التصرف
 فى المرهون لانه ملكه فقال : فله الوطء والاستخدام والمؤاجرة . . . وسائر
 ما للمرء فى ملكه . أهـ ومنه تزويج امته المرهونة لانها ملكه .
 ولم أقف على قول المالكية فى هذه المسألة .

- لنا : هو انه عقد يمنع الوطء فمنع تزويج ، كالبيع ، ولانه ينقص به (٤)
القيمة ، فأشبهه هدم الدار ولبس الثوب . (٥)
قالوا : عقد لا يزيل الملك ، فلم يمنع التزويج ، كالاجارة . (٦)
قلنا : ذاك (٧) لا يمنع الوطء وهذا العقد (٨) يمنع الوطء فمنع التزويج ، كالبيع . (٩)

- (٣) حيث يمنع السيد من تزويج الامة اذا باعها :
بجامع ان كلا عقد يمنع الوطء ، اما الاصل فهو البيع واما الفرع فهو الرهن .
ولما كان حكم الاصل منع السيد من تزويج الامة اذا باعها كان حكم
الفرع كذلك فيمنع الراهن من تزويج الامة اذا رهنها أيضا لذلك .
- (٤) أى بالتزويج ، لانها تتعرض به للحمل وخطر الوضع والمخاض ، ثم بعد
الوضع تتشغل بارضاعه والقيام على شئونه فتتشغل به عن خدمة المالك ،
فتقل لذلك الرغبة فيها فيرخص ثمنها .
- (٥) حيث لا يملك الراهن ذلك .
بجامع نقصان القيمة به ، فى كل من الاصل وهو هدم الدار ولبس الثوب
المرهونين والفرع وهو تزويج الامة المرهونة .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز فعله من الراهن ، كان حكم الفرع كذلك
فليس للراهن تزويج المرهونة أيضا لذلك .
- (٦) حيث لا يمتنع بها تزويج الامة .
بجامع عدم زوال الملك به ، فى كل من الاصل وهو اجارة الامة ، والفرع
وهو تزويجها .
- ولما كان حكم الاصل صحة تزويج الامة المستأجرة . كان حكم الفرع
كذلك فيجوز للراهن تزويج المرهونة أيضا لذلك .
- (٧) أى عقد اجارة الامة .
- (٨) وهو رهن الامة .
- (٩) حيث يمتنع به على السيد تزويجها لخروجها به عن ملكه .
بجامع المنع من الوطء ، فى كل من الاصل وهو البيع والفرع وهو الرهن =

ولانه لا ضرر على المستأجر في التزويج^(١٠) ، وعلى المرتهن ضرر في التزويج^(١١) .

* مسألة (١١٤) : لا يصح عتق الراهن^(١) في أحد الأقوال ، وينفذ في القول الثاني ان كان موسرا^(٢) ، ولا ينفذ ان كان معسرا ، وفيه قول ثالث أنه ينفذ بكل^(٣) حال ، / ١٥١ ش وهو قول أبي حنيفة^(٤) .

= ولما كان حكم الاصل منع بائع الامة من تزويجها كان حكم الفرع كذلك فيمنع الراهن من تزويجها أيضا لذلك .

(١٠٠) لان التزويج وان نقص من قيمة الامة الا أنه لا ينقص منافعها ، وحسب المستأجر في الاجارة انما يتعلق بمنافع المؤجرة لا بعينها .

(١١) لانه تنقص به قيمة الامة ، فلا يتمكن من استيفاء حقه منها لقلة رغبة الناس في شرائها متزوجة .

ويهدى بين الفرقين بين الاصل والفرع يبطل قياسهم الرهن على الاجارة .

(١) أى مطلقا ، موسرا كان أو معسرا .

وفي نسخة ((ب)) : المرتهن . / وهو خطأ .

(٢) أى ويغرم قيمته يوم عتقه وتكون رهنا مكانه من غير عقد . أنظر شرح

المحلى ج ٢ ص ٢٧٠ .

(٣) اظهرها القول الثاني . أنظر المنهاج ص ٥٥ . فتح العزيز ج ١٠ ص ٩٢ .

وعلى القول الثاني اقتصر في المختصر ص ٩٤ .

وبالقول الثاني يقول المالكية : الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٤٩ . الجواهر

ج ٢ ص ٨٣ . شرح المنح ج ٣ ص ٩١ .

وهو قول ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٤٩١ .

(٤) أى ويستسعى العبد في قيمته ان كان المعتق معسرا .

الهداية ج ٩ ص ١١١ . التبيين ج ٦ ص ٨٥ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٠٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٤ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٢٢ .

ونذكر في المغنى ج ٤ ص ٢٧١ رواية أخرى ان عتق المعسر لا ينفذ .

فالدليل على الأول : انه قول من جهة الراهن يبطل الرهن^(٥) ، فلم يصح منه الانفراد به ، كالفسخ بلفظ الفسخ^(٦) ، ولا يلزم البيع في الجناية^(٧) لانه لا يبطلك^(٨) حتى يطالبه المجنى عليه^(٩) ، ولانه معنى يبطل الوثيقة من عين الرهن^(١٠) مع سلامة العين ، فلم يصح من الراهن الانفراد به ، كالبيع^(١١) ، ولا يلزم الاقتصاص^(١٢) ، لقولنا مع سلامة العين .

(٥) لزالته يد المرتهن عن المرهون بالعتق .

(٦) حيث لا يصح للراهن الانفراد بفسخ الرهن ، بلفظ الفسخ .

بجامع انه قول من جهة الراهن يبطل به الرهن في كل من الاصل وهو

الفسخ بلفظ الفسخ ، والفرع وهو الفسخ بالاعتاق .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز انفرد الراهن به دون اذن المرتهن ،

كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز للراهن فسخ الرهن بعتق المرهون أيضا لذلك .

(٧) أى حيث ينفرد الراهن بفسخ الرهن لبيع العبد بجنائته ويدفع للمجنى

عليه حقه .

(٨) أى بيع العبد الجاني .

(٩) أى فلم ينفرد بالفسخ .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : من غير . / وهو تحريف .

(١١) حيث لا يصح للراهن الانفراد ببيع المرهون .

بجامع أن كلا معنى يبطل العقد مع سلامة المعقود عليه . اما الاصل فهو

البيع واما الفرع فهو العتق .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز انفرد الراهن ببيع الرهن ، كان حكم الفرع

كذلك فلا يجوز للراهن الانفراد بعتق العبد المرهون أيضا لذلك .

(١٢) أى فانه لو جنى عبد على المرهون ، واستحق الراهن به القصاص ، جاز

له الانفراد بطلب القصاص من الجاني - وان فات حق المرتهن من المال

لوعا الراهن اليه - من غير اذن المرتهن ، مع كون القصاص هنا معنى

يبطل به الوثيقة من عين الرهن .

فان قيل : البيع ^(١٣) يفتقر الى التسليم ، ويد المرتهن تمنع ^(١٤) فهو كالا ببق ^(١٥)
بخلاف العتق ^(١٦) .

قيل : ان كان ^(١٧) لا يملك لعدم التسليم ^(١٨) المرتهن فهو ^(١٩) اذا
لا يملك ، لانه يبطل حق المرتهن ، ولأنه ^(٢٠) أحد محلى حق المرتهن ^(٢١) فلم ينفرد
الراهن بنقل الحق عنه الى غيره كالذمة ^(٢٢) .

(١٣) أى بيع العبد المرهون .

(١٤) أى من التسليم .

(١٥) حيث لا يجوز بيعه .

بجامع العجز عن تسليم المبيع ، فى كل من الاصل وهو بيع العبد الا ببق
والفرع وهو بيع العبد المرهون .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز بيع العبد الا ببق ، كان حكم الفرع كذلك
فلا يجوز بيع العبد المرهون أيضا لذلك .

(١٦) أى فانه لا يفتقر الى تسليم العبد فيه ، لانه اطلاق له عن اليد .

أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسكم بيع المرهون على
بيع العبد الا ببق .

(١٧) أى ان كان الراهن لا يملك بيع العبد المرهون ، لعدم القدرة على
التسليم ، بسبب تعلق حق المرتهن به .

(١٨) فى نسخة ((ب)) : بعدم التسليم بحق المرتهن . / وهو تحريف .

(١٩) أى الراهن اذا أراد عتق العبد المرهون .

(٢٠) أى العبد المرهون .

(٢١) والمحل الثانى هو الدين .

(٢٢) حيث يشترط فى الحوالة رضا المجيل والمحتال معا . أنظر المنهاج ص ٦١ .

بجامع ان كلا أحد محلى الحق ، اما الاصل فالذمة ، واما الفرع فعين
العبد المرهون .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز تحويل صاحب الحق الى ذمة اخرى لاستيفاء =

والدليل على القول الثاني : ^(٢٣) انه اسقاط حق الغير من العبد بالعتق ^(٢٤) ،
 فاختلف فيه الموسر والمعسر كعتق العبد المشترك . ^(٢٥)
 قالوا : مكلف مالك ، فأشبه غير الراهن . ^(٢٦)
 قلنا : الا ^(٢٧) أنه كغير المالك ^(٢٨) ، بدليل انه يلزمه القيمة اذا اطلعته فلا يملك ^(٢٩)

كذلك
 = الحق منها الا برضاه ، كان حكم الفرع فلا يصح للراهن عتق العبد المرهون
 الا باذن المرتهن ورضاه أيضا لذلك .
 لان في عتق المرهون نقلا لحق المرتهن عن العبد الى غيره فاقضى ذلك
 رضاه بهذا النقل ، والا لم يجز .
 (٢٣) ولم يذكر ادلة القول الثالث ، لانها هي عين أدلة الحنفية .
 (٢٤) سقط قوله (بالعتق) من نسخة (ب) .
 (٢٥) حيث ينفذ العتق في نصيب المعتق ، فان كان معسرا بقي الباقي لشريكه ،
 والاسرى العتق الى باقى العبد ، أو الى ما يسره المعتق ، وعلى المعتق
 قيمة حصة شريكه يوم الاعتاق . أنظر المنهاج ص ١٥٨ .
 بجامع اسقاط حق الغير به ، في كل من الاصل وهو عتق العبد المشترك ،
 والفرع وهو عتق العبد المرهون .

(٢٦) حيث ينفذ عتقه في عبده مطلقا ، موسرا كان أو معسرا .
 بجامع ان كلا مالك مكلف ، اما الاصل فهو غير الراهن واما الفرع فهو
 الراهن ،
 ولما كان حكم الاصل نفاذ عتق غير الراهن في عبده بكل حال ، كان
 حكم الفرع كذلك فينفذ عتق الراهن في عبده بكل حال أيضا لذلك .

(٢٧) أى الراهن .

(٢٨) في عدم القدرة على التصرف في المرهون تصرفا يزيل الملك .

(٢٩) أى المرهون . وذلك لتعلق حق المرتهن به .

العتق ، وغير الراهن^(٣٠) لم يحجر عليه فى التصرف ، وهذا^(٣١) حجر عليه فى البيع والهبة والوصية فصار كالصبي^(٣٢) .^(٣٣)

قالوا : محبوس للاستيفاء ، فنفذ فيه عتق المالك ، كالمبيع فى يد البائع والمستأجر^(٣٤) .

قلنا : فى المبيع وجهان^(٣٥) ، وان سلم^(٣٦) ، فلأن المبيع لم يعقد عليه

(٣٠) أى المالك للعبد اذا لم يكن قد رهنه .

(٣١) أى مالك العبد اذا رهنه .

(٣٢) لانها كلها تصرفات تزيل الملك فلم تصح لا يطالها حق المرتبه .

(٣٣) حيث يحجر عليه ، ويمنع من التصرف المزيل للملك .

بجامع الحجر عليه فى كل من الاصل وهو الصبي والفرع وهو الراهن .

ولما كان حكم الاصل هو منع الصبي من التصرف المزيل للملك كان حكم

الفرع كذلك فيمنع الراهن من التصرف المزيل للملك فى المرهون أيضا لذلك .

(٣٤) حيث ينفذ العتق فى العبد المبيع اذا حبسه البائع عن المشتري بالثمن ،

ويكون ذلك منه فسخا للبيع ، لان ملك المشتري عليه ضعيف لعدم تسليمه

الثمن . وينفذ العتق فى العبد المستأجر أيضا .

بجامع الحبس للاستيفاء فى كل من الاصل وهو العبد المبيع فى يد البائع

والمستأجر والفرع وهو العبد المرهون .

ولما كان حكم الاصل نفاذ العتق فى العبد فى يد البائع ويد المستأجر

كان حكم الفرع كذلك فينفذ عتق الراهن فى العبد المرهون أيضا لذلك .

(٣٥) اصحهما نفاذ العتق فيه . انظر شرح المحلى ج ٢ ص ٢١٣ .

(٣٦) أى على القول بصحة عتقه .

ليستوفي الحق من عينه أو ثمنه ، وهذا حبس ليستوفي الحق من ثمنه ، والعتيق
 يمنع ذلك ، ^(٣٩) والمستأجر لا يطل حقه بالعتق ، لانه يمكنه أن يستوفي المنفعة
 بعد العتيق ، والمرتهن ^(٤٠) يطل حقه بالعتق . ^(٤١) ولان حق المستأجر في غير محل
 العتيق ، ^(٤٢) وحق المرتهن في محل العتيق ، ^(٤٣) ولهذا يجوز أن يؤجر الحر ، ^(٤٤) ولا يجوز
 أن يرهن . ^(٤٥)

(٣٧) أى بل ليكون الثمن فيه بدلا عن المثلن .

(٣٨) أى العبد المرهون .

(٣٩) أى فلم يصح قياس حبس العبد في الرهن بالدين ، على حبس السبيح
 بالثلن ، للفارق المذكور بينهما .

(٤٠) في نسخة ((ب)) : والراهن . / وهو خطأ ، لان الملاحظ هنا هو
 حق المرتهن لا الراهن .

(٤١) لخروجه عن المالية بالعتق ، لان بيع الحر لا يجوز ، فيفوت به حق
 المرتهن .

أى فلا يصح قياس المرتهن على المستأجر في جواز عتق العبد فيهما ، للفارق
 المذكور بينهما .

(٤٢) لان العتيق يتعلق برقبة العبد ، وحق المستأجر يتعلق بمنفعة العبد
 وهو لا تفوت بالعتق ، لا مكان استيفائها منه بعده .

(٤٣) وهو رقبة العبد ، وبالعتق يفوت حق المرتهن ، لعدم امكان الاستيفاء منها
 ببيعها واقتضاء الحق من ثمنها عند عجز الراهن عن أداء الدين اليه .

(٤٤) لان المقصود من العقد هنا المنفعة .

(٤٥) لان المقصود من الرهن حبس المرهون لبيعه والاستيفاء من ثمنه عند
 حلول الدين ، والحر لا يمكن بيعه لتحريمه .

والدليل عليه ما رواه البخارى ج ٢ ص ٣٤ كتاب الاجارة ، باب اثم من
 منع اجر الاجير ، عن أبى هريرة مرفوعا : قال الله تعالى : ثلاثة انا خصمهم
 يوم القيامة ، رجل اعطى - بالبناء للمعلوم - بى - أى عهدا - ثم غدر ، ورجل
 باع حرا فاكل ثمنه ، ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره . أه

قالوا : حق الجناية أقوى ، (٤٦) لانه يسقط حق الراهن ، (٤٧) ثم العتق يسقط
 حق الجناية (٤٨) فلأن يسقط حق الرهن أولى (٤٩) .
 قلنا : من أصحابنا من لم يسلم ، (٥٠) ثم حق الجناية يملك أسقاطه عن (٥١)

(٤٦) أى من حق المرتهن .

(٤٧) أى فى القصاص من قاتل عبده ، لانه لو تولا له لبطل حق المرتهن فى الرهن .
 أنظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ٦٢٠ .
 أى وإذا سقط حق الراهن مع كون المالك له فيه ، فتحق المرتهن فى العبد
 أولى بالسقوط لانه لا ملك له فى المرهون أصلا .
 (٤٨) أى عندكم ، يعنى الشافعية . وأما عند الحنفية فالقصاص جار عند هم بين
 الحر والعبد ، فيقتل الحر بالعبد والعبد بالحر . أنظر مجمع الأنهر :
 ج ٢ ص ٦١٨ وصورة ذلك : ان يرمى عبد عبدا ، فيعتق الرامى قبل
 الاصابة بالسهم فان القصاص يسقط عن الجانى بالعتق ، اعتبارا بوقت
 الاصابة ، وقد صار الجانى ، عندها حرا ، والقصاص يعتمد الكفاءة ولا كفاءة
 بين حر وعبد عند الشافعية . أنظر شرح المحلى ج ٤ ص ١٠٦ .

(٤٩) أى فوالمرهون .

(٥٠) أى بسقوط حق الجناية بالعتق . أى بل أوجبوا القصاص فيه على العبد
 الجانى .

وهذا هو الذى اقتصر عليه فى المنهاج ص ١٢٣ وكذا المحلى فى شرحه
 عليه ج ٤ ص ١٠٦ الا أن الخلاف يجرى فيما اذا جرح العبد عبدا ثم أعتق
 الجانى ثم مات المجنى عليه قيل يقتل به اعتبارا بحال الاصابة ، وقيل : لا .
 اعتبارا بحال العبد وقت الزهوق . والاصح يقتل . أنظر شرح المحلى :

ج ٤ ص ١٠٦ .

(٥١) أى الراهن .

العبد باختيار الفداء (٥٢) فجعل له العتق (٥٣) اختياراً (٥٤) ولا يملك اسقاط حق الرهن
الا بالوزن (٥٥) ولهذا يملك أن يسقط حق الجناية بالبيع (٥٦) ولا يملك اسقاط
حق الرهن (٥٧).

قالوا : العتق يختص العين ، فقدم على حق المرتهن (٥٨) كالجناية .
قلنا : يبطل بالبيع (٥٩) فأنه يختص العين ، ثم لا يقدم على حق المرتهن
ثم ليس هاهنا عتق والجناية قد ثبتت ، فقدم حقها (٦٢).

- (٥٢) سقط قوله (له) من الاصل .
(٥٣) أى بعد اسقاطه حق الجناية بالفداء .
(٥٤) فان شاء عتق والا فلا . لانه به يتم القبض .
(٥٥) أى بوزن مال المرتهن عليه من الاثمان ، لان القبض فيها لا يتم الا بالوزن .
(٥٦) أى ببيع العبد الجانى بجنايته .
(٥٧) أى لا بالبيع ولا بالعتق ، وانما يسقط حق الرهن بتسليم الدين بعبد
وزنه للمرتهن .
(٥٨) حيث يقدم فيها حق المجنى عليه ، على حق المرتهن .
بحاسم الاختصاص بالعين فى كل من الاصل وهو الجناية والفرع وهو العتق .
ولما كان حكم الاصل تقديم حق الجناية على حق المرتهن .
كان حكم الفرع كذلك فيقدم حق العتق على حق المرتهن أيضاً لذلك .
(٥٩) أى ببيع العبد المرهون .
(٦٠) سقط قوله (فانه) من نسخة ((ب)) .
(٦١) أى فيما لو جنى العبد المرهون .
(٦٢) أى على حق المرتهن . أى فلا يصح قياس العتق على الجناية للفارق
المذكور بينهما .

قالوا : اذا ملك ابطال ملك الشريك بالعتق ، فلان (٦٣) يملك ابطال حق المرتهن أولى . (٦٤)

قلنا : اذا فرقنا بين الموسر والمعسر في الرهن لم يكن بين المسألتين فرق ، (٦٥) وان لم نفرق فلان العتق هناك (٦٦) صادف ملكه المطلق ، ثم سـرى بقوته الى نصيب شريكه لا يفعله ، وهذا هنا (٦٧) ابتداء العتق في حق غـيره ، (٦٨) فهو كما لو اعتق ملك غيره . (٦٩)

قالوا : في تنفيذ العتق جمع بين العتق وحق المرتهن بالقيمة ، فكان أولى . (٧٠) (٧١)

(٦٣) سقط النون في (فلان) من الاصل .

(٦٤) لان الشريك مالك حقيقى في العبد ، والمرتهن حابس له فقط فاذا بطل الاقوى وهو ملك الشريك بالعتق كان بطلان الاضعف وهو حبس المرتهن العبد أولى بابطاله بالعتق .

(٦٥) لان عتق نصيبه في العبد المشترك يأتى فيه هذا التفريق أيضا .

(٦٦) أى في العتق في ملك الشريك .

(٦٧) أى في عتق الراهن عبده المرهون .

(٦٨) وهو المرتهن .

(٦٩) حيث لا يجوز له ذلك .

بجامع ابتداء العتق في حق الغير في كل من الاصل وهو ماله واعتق

ملك الغير والفرع وهو ماله واعتق عبده المرهون .

ولما كان حكم الاصل بطلان عتق مال الغير كان حكم الفرع كذلك فيبطل

عتق العبد المرهون أيضا .

أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(٧٠) حيث تلزم الراهن اذا اعتق عبده المرهون وتجعل رهنا مكان العبد .

(٧١) أى من اثبات حق وهو حق المرتهن ، وابطل آخر وهو حق الراهن

في العتق .

قلنا : فى تنفيذ البيع أيضا (٧٢) جمع بين البيع وحق المرتهن ثم لا يفعل (٧٣) .
 ولأن فى تنفيذ العتق اسقاط حق المرتهن من العين وإحالة (٧٥) على ذممة
 لم يرض بها . (٧٦)

* مسألة (١١٥) : يقبل اقرار الراهن على المرهون بجناية الخطأ
 فى أحد القولين (١) . ١٥٢/ى

(٧٢) سقط قوله (فى تنفيذ البيع أيضا) من نسخة ((ب)) .
 (٧٣) أى لا يصح لا عندنا ولا عندكم لما فيه من ابطال حق المرتهن من الرهن .
 (٧٤) سقط قوله (ولأن) من نسخة ((ب)) .
 (٧٥) فى الأصل : وإحالة الراهن . / أى للمرتهن . ومافى نسخة ((ب)) -
 أولى لقربه ووضوحه .
 (٧٦) وهى ذمة الراهن ، وربما لم يرض بها المرتهن لاحتمال أن يماطله فى
 تادية حقه .

(١) اذا اقر الراهن بأن العبد كان قد جنى جناية توجب المال أى خطأ ،
 فلا يخلو اما أن يعين المجنى عليه أولا ، فان عينه فاما أن يصدق -
 المجنى عليه أولا ، فان لم يصدق ولم يدع ذلك فالرهن مستمر ، وان عينه
 وادعاه المجنى عليه فان صدقه المرتهن بيع فى الجناية وللمرتهن -
 الخيار . وان كذبه المرتهن ، فاصح القولين ان قول الراهن لا يقبل ،
 صيانة لحق المرتهن . وهو اختيار المزنى .

أنظر : فتح العزيز ج ١٠ ص ١٨٣ . المختصر ص ٩٥ . الام ج ٣ ص ١٥٧ .
 وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤٢ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٢
 المقنع ص ١١٧ .

وقال أبو حنيفة : لا يقبل (٢)

لنا : هو انه أقر في ملكه بما لم يجر الى نفسه نفعا ، فقبل اقراره ، كما لو أقر بعتقه (٣)

قالوا : عقد لازم على الرقبة ، فمنع الاقرار ، كالبيع والكتابة (٤)

قلنا : ذاك (٥) يزيل الملك ، ولهذا يسقط حقه (٦) عن ارش ما يجنى عليه (٧)

(٢) لم أقف على هذه المسألة عند هم ولا عند المالكية .
كما لم أقف على قول ابن حزم فيها أيضا .

(٣) حيث يمتنع عليه باقراره .

بجامع الاقرار في الملك بما لا يجر الى المقر نفعا في كل من الاصل وهو مالو أقر الراهن بعتقه والفرع وهو مالو أقر الراهن على العبد بجناية الخطأ .

ولما كان حكم الاصل صحة اقراره عليه بالعتق ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقرار الراهن على عبده المرهون بجناية الخطأ أيضا لذلك .

(٤) حيث لا يصح اقرار السيد ببيع العبد المرهون وكتابته .

بجامع ان كلا عقد لازم على الرقبة ، اما الاصل فهو البيع واما الفرع فهو الرهن ،

ولما كان حكم الاصل عدم صحة اقرار السيد على عبده المرهون بالبيع والكتابة ، كان حكم الفرع كذلك فلا يصح اقرار السيد على عبده بجناية الخطأ أيضا لذلك .

(٥) أي الاقرار على العبد المرهون بالبيع والكتابة .

(٦) أي الراهن .

(٧) في نسخة ((ب)) : عن ارش المجنى عليه . / أي فليس للسيد اذا باع العبد أو كاتبه حق في ارش الجناية على العبد ، لانه بالبيع خرج عن ملكه ، وبالكتابة ملك حق اليد لنفسه .

وهذا لا يزيل الملك فهو كالنكاح ^(٩) .

* مسألة (١١٦) : اذا رهن المفضوب ^(١) عند الفاصب ، لم يبرأ من ضمان ^(٢) العصب . / ١٥٢ هـ .
وقال أبو حنيفة : ^(٣) يبرأ .

(٨) أى الاقرار عليه بجناية الخطأ .

(٩) حيث يقبل اقراره على العبد بالنكاح قبل الرهن .
بجامع عدم زوال الملك به فى كل من الاصل وهو الاقرار على العبد المرهون
بالنكاح قبل الرهن والفرع وهو الاقرار عليه بالجناية الخطأ قبل الرهن .
ولما كان حكم الاصل صحة اقراره به ، كان حكم الفرع كذلك فيصح اقراره
به أيضاً لذلك .
والمقصود : اثبات الفارق بين الاصل والفرع فى قياسهم لابطاله به .

(١) فى نسخة ((ب)) اذا رهن المفضوب منه عند الفاصب مأخذه ، لم يبرأ
الفاصب من ضمان الغصب .

(٢) خلافا للمزنى حيث ذهب الى أنه يبرأ به .

الام ج ٣ ص ١٤٢ . الوجيز ج ١ ص ١٦٣ . المنهاج ص ٥٥ .

(٣) الهداية : ج ٩ ص ٨٦ . الشيعين ج ٦ ص ٧٠ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٥٩٥ .
وهو قول الحنابلة أيضاً أى ويصير أمانة عند المرتهن الذى هو الفاصب .
أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٣ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣١٩ . الانصاف
ج ٥ ص ١٥٠ .

وبه يقول المالكية : أنظر بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٦ .
ولم أجد قول ابن حزم فى هذه المسألة .

لنا : (٤) هو انه حالة من أحوال الرهن ، فلم يناف (٦) ضمان الفصـب ، (٧)
 كحال الاستدامة ، (٨) ولانه ضمان لا ينافيه استدامة الرهن ، فلا ينافيه ابتداء (٩) ،
 كضمان الجناية . (١٠)

- (٤) سقط لفظ (هو من نسخة ((ب))) . / أى ضمان المصوب حالة . . . الخ .
- (٥) للرهن حالتان : حالة ضمان وهي ما اذا هلك بتعدى المرتتهن وحالسة
 عدم الضمان وهي ما اذا هلك من غير تعديه .
- (٦) فى الاصل (فلم ينافيه) وهو خطأ تدخول اداة الجزم على الفعل .
- (٧) أى فجاز أن يجتمع عليه ضمان الفصـب والرهن .
- (٨) فى نسخة ((ب)) : كحال الاستدامة فى الفصـب . / والصورة فى قوله كحال
 الاستدامة : هي مالو رهنه شخص شيئاً ثم استرده الراهن لينتفع به
 باذن المرتتهن ففصبه منه المرتتهن ، فان المرتتهن يصبح ضامناً له
 بالفصـب - ولا ينافي ذلك بقاءه مرهوناً عنده .
- بجامع ان كلا حالة من أحوال الرهن ، اما الاصل فحال الاستدامة على
 الرهن ، واما الفرع فهو حال رهن المصوب عند الفاصـب .
- ولما كان حكم الاصل عدم منافاة رهنه عنده لضمان الفصـب ، كان حكم الفرع
 كذلك فلا ينافي رهن المصوب عند الفاصـب ضمان الفصـب أيضاً لذلك .
- (٩) أى أن الدوام أقوى من الابتداء ، ودوام الرهن فى يد المرتتهن لا يمنع
 وجوب الضمان عليه اذا تعدى على المرهون ويبقى الرهن بحاله ، فلأن
 لا يمنع ابتداء الرهن دوام الضمان الواجب على الفاصـب بسبب الفصـب
 من باب أولى . أنظر فتح العزيز ج . ١ ص ٧٢ .
- (١٠) حيث لا يمنع ابتداء رهن العبد الجاني عند المجنى عليه دوام ضمان
 جانيته السابقة على رهنه .
- بجامع ان كلا ضمان لا ينافيه الاستدامة . اما الاصل فهو ضمان الجنائية
 واما الفرع فهو ضمان الرهن المصوب .
- ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان عن العبد الجاني اذا رهنه السيد
 عند المجنى عليه . فلا يسقط الضمان عن الفاصـب اذا رهن المالك المصوب
 كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الضمان عن الفاصـب اذا رهن المالك المصوب
 عنده أيضاً لذلك .

فان قيل: ^(١١) بالرهن لا تزول الجناية ^(١٢) ، وبالرهن يزول الغصب ^(١٣) ، فزال
ضمانه ^(١٤) .

قيل : يبطل به اذا جحد الوديعة ، ثم اعترف ^(١٥) ، واذا غصب المفصوب
من الغاصب ، فان غصب الأول ^(١٦) زال ، ثم لا يزول عنه ^(١٧) الضمان ^(١٨) ، ولأنه ^(١٩) نقل يدا

(١١) أى اعتراضا على قياسنا بقاء الضمان على الغاصب وان رهن المالك المفصوب
عنده على بقاء الضمان فى الجناية وان رهن العبد الجانى عند المجرى
عليه .

(١٢) أى فلا يزول ضمانها بالرهن ، ولذلك صح رهن الجانى ابتداء .

(١٣) لان برهن المفصوب عند الغاصب تتحول يده عنه من الضمان باليـد
الى الضمان بالعقد .

(١٤) أى ضمان الغصب .

(١٥) أى وتلفت قبل أن يردّها ، حيث لا يزول عنه الضمان بالاعتراف ، وان زال
عنه الاثم .

(١٦) أى بفعل الغاصب الثانى وانتقال المفصوب اليه به .

(١٧) أى عن الغاصب الأول . بل للمالك تضمين ايّهما شاء ، واذا ضمن الثانى
لا يرجع به على الأول ، واذا ضمن الأول فله الرجوع به على الثانى .
أنظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٧٩ .

(١٨) أى فاذا لم يزل الضمان عن الغاصب الاول بطرو يد ضامنة عليه ، وهى يد
الغاصب الثانى فأولى أن لا يزول ضمان الغصب بطرو يد امانة عليه ،
وهى يد المرتهن .

(١٩) أى مالك المال المفصوب .

(٢٠) ضامنة الى يد لا تنفي الضمان (٢١) ، فلم يسقط الضمان ، كما لو غصب من الغاصب (٢٢) ،
ولان العين مضمونة بالغصب ، ولم يطرأ أكثر من الرهن ، والرهن لا ينافي ضمان
الغصب (٢٤) لانه لو نافاه (٢٥) لما اجتمع معه (٢٦) ، وان لم ينافه وجب أن يبقى الضمان (٢٧) .

(٢٠) وهى يد الغصب .

(٢١) فى الاصل : لا تبقى . / وهو تصحيف . والصواب ما أثبتناه من نسخة ((ب)) .

(٢٢) وهى يد المرتهن . ومحل وجوب الضمان على المرتهن هو ما لم يتعهد ،
لان يده يد أمانة .

(٢٣) حيث لا يزول به الضمان عن الغاصب الأول .

بجامع الانتقال من يد ضامنة الى يد لا تنفي الضمان فى كل من الاصل وهو
مالو غصب المفصوب من الغاصب ، والفرع وهو مالو رهن المفصوب عند
الغاصب .

ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان به عن الغاصب الأول ، كان
حكم الفرع كذلك فلا يسقط الضمان عن الغاصب برهن المفصوب عنده
أيضاً لذلك .

(٢٤) لان يد الغصب يد ضمان . ويد الرهن يد امانة ، فاذا غصب المرتهن
الرهن صار ضامناً له ، فلا منافاة بين الرهن وضمان الغصب .

(٢٥) أى لو نافى الرهن الضمان .

(٢٦) وذلك فيما اذا تعدى المرتهن على الرهن بالاتلاف .

(٢٧) أى الضمان الواجب أعنى ضمان الغصب ، وان رهن المالك المفصوب
عند الغاصب .

وفى نسخة ((ب)) : بالضمان . / وهو تحريف .

فان قيل : الذى ينافى الغصب عندنا^(٢٨) امساك الرهن^(٢٩) ، وذلك^(٣٠) يزول بالغصب^(٣١) ، فلا يجتمعان^(٣٢) .

قيل : لو زال امساك الرهن^(٣٣) لوجب ان لا يقدم المرتهن على سائر المرماء^(٣٤) . قالوا : عقد صحيح طرأ على عين مفضوة بين المالك^(٣٥) والغصب^(٣٦) ، فأشبهه البيوع^(٣٧) .

-
- (٢٨) يعنى الحنفية .
- (٢٩) أى امساك المفضوب على جهة الرهن للمالك . بأن رهنه المالك عنده ، فانه يزول به الغصب .
- (٣٠) فى نسخة ((ب)) : : وبذلك يزول ضمان الغصب . / والاشارة عائدة الى امساك الرهن .
- (٣١) أى بغصب المرتهن الرهن من الراهن فيما اذا استرده الراهن لينتفع به باذن المرتهن ، ثم غصبه منه المرتهن ، حيث يزول به الرهن ويصبح المرتهن غاصبا فيضمنه .
- (٣٢) أى امساك الرهن والغصب للمنافاة بينهما .
- (٣٣) أى فيما اذا غصبه المرتهن من الراهن وقت انتفاعه به باذن المرتهن .
- (٣٤) أى فيما لو أفلس الراهن أو مات ، أى والحال انه يقدم عليهم فدل على أن امساك الرهن لا يزول بالغصب .
- (٣٥) فى نسخة ((ب)) : من المالك للغاصب . / وهو تحريف . وفى الكلام هنا تقديم وتأخير ، واصله هكذا : عقد صحيح بين المالك والغاصب طرأ على عين مفضوة .
- (٣٦) أى فيزول ضمان الغصب بطرو عقد الرهن على العين المفضوة .
- (٣٧) حيث يزول ضمان الغصب ببيع المفضوب للغاصب .
- بجامع ان كلا عقد صحيح بين المالك والغاصب طرأ على عين مفضوة ، اما الاصل فالبيع واما الفرع فالرهن .
- ولما كان حكم الاصل زوال ضمان الغصب به ، كان حكم الفرع كذلك فيزول ضمان الغصب برهن المفضوب عند الغاصب أيضا لذلك .

قلنا : البيع ينافى الضمان (٣٨) والرهن لا ينافيه (٣٩) فلا يزيله (٤٠) كالكساح (٤١) ،
ولان البيع ينقل الملك اليه (٤٢) فلا يجوز أن يضمن (٤٣) وهذا لا ينقل الملك ، فلا يزيل
الضمان (٤٥) ، كما لو غصب ثوبا واستؤجر (٤٦) على تطريزه (٤٧) ، ولان البيع ينفى

(٣٨) أى فاذا باع المالك الموصوب من الغاصب ، سقط عن الغاصب ضمان الغصب ، لان البيع ينقل الملك من البائع الى المشتري وتنقطع به علاقة البائع بالمبيع .

(٣٩) أى فاذا رهن المالك الموصوب عند الغاصب ، لم يسقط عنه به الضمان ، لان الرهن لا زالت ملوكة للراهن ، فلا منافاة بين الرهن وضمان الغصب ، أى فكان قياسكم الرهن على البيع قياسا مع الفارق فيبطل .

(٤٠) سقط قوله (فلا يزيله) من نسخة ((ب)) . / أى فلا يزيل رهن الموصوب عند الغاصب الضمان عنه .

(٤١) حيث لو انكح المالك الامة الموصوبة للغاصب ، لما زال به عنه الضمان .
بجامع عدم منافاته للملك فى كل من الاصل وهو نكاح الامة وضمانها بالغصب ، والفرع وهو رهن الموصوب وضمانه .
ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الضمان عن غاصب الامة بنكاحها ، كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الضمان عن الغاصب برهن الموصوب عنده أيضا لذلك .

(٤٢) أى الى المشتري الذى كان غاصبا قبل الشراء .

(٤٣) أى الغاصب الذى صار مشتريا .

(٤٤) أى الغصب .

(٤٥) أى وهذا فارق ثان بين الاصل والفرع فى قياسهم رهن الموصوب عند الغاصب على بيعه له .

(٤٦) أى الغاصب .

(٤٧) حيث لا يزيل ذلك عنه ضمان الغصب .

بجامع عدم انتقال الملك به ، فى كل من الاصل وهو مالو غصب ثوبا واستؤجر =

ضمان سراية الجنائية ، (٤٨) ولا يمنع الرهن ذلك . (٤٩)

قالوا : يمسه (٥٠) العين باذن مالكها فلا يضمنها بالفصب لحقه ، كما لو أودعه . (٥٢)

= على تطريزه ، والفرع وهو مالو غصب شيئا ثم رهنه المالك عند الفاصب .
ولما كان حكم الاصل هو عدم زوال الضمان عن الفاصب وان استؤجر
على تطريز الثوب المفصوب ، كان حكم الفرع كذلك فلا يزول الضمان عن
الفاصب وان رهن المفصوب عنده أيضا لذلك .

(٤٨) بمعنى ان شخصا لو جرح عبدا فضمنه ، ثم قبل البرء باعه السيد ، فمات
العبد عند المشتري ، فانه لا يجب على الجاني ضمان قيمة العبد للسيد ،
لانقطاع ملكه عنه بالبيع ، واما المشتري فان كان عالما بالجنائية وقت العقد
فلا شيء له لانه كان يملك الفسخ ولم يفعل ، واذا لم يكن عالما فله الرد
بالعيب .

(٤٩) أى أن العبد اذا جنى عليه شخص ، ثم رهنه سيده قبل البرء فمات مرهونا ،
فان الجاني يضمن سراية الجرح للسيد ، لان ملكه لا زال قائما على العبد
المرهون ، أى وهذا فارق ثالث بين الاصل والفرع فى قياسهم رهن المفصوب
عند الفاصب على بيعه له .

(٥٠) أى الفاصب .

(٥١) سقطت كلمة (لحقه) من نسخة ((ب)) : . / فى العبارة تقديم وتأخير ،
وأصلها ،

هكذا : يمسه العين لحق المالك باذن مالكها فلا يضمنها بالفصب .

(٥٢) أى كما لو أودع مالك العين المفصوبة عند الفاصب حيث يسقط عنه
بذلك ضمان الفصب .

بجامع الامساك باذن المالك فى كل من الاصل وهو مالو أودع المفصوب
عند الفاصب والفرع وهو مالو رهن المفصوب عند الفاصب . =

قلنا : لا يبرأ بالايدياع في قول أبي علي بن أبي هريرة : (٥٣) ثم الايدياع
ينافي الغصب ، (٥٤) ألا ترى انه اذا طرأ عليه الغصب نافاه ، (٥٥) بخلاف الرهن . (٥٦)

= ولما كان حكم الاصل هو زوال ضمان الغصب بايدياع المصوب عند الغاصب
كان حكم الفرع كذلك فيزول ضمان الغصب برهن المصوب عند
الغاصب أيضا لذلك .

(٥٣) ذكره الرافعي ، وقد ذكر ان ظاهر المذهب انه لا يبرأ به ، وتـرـد
الشيخ أبو محمد في ذلك ، أنظر فتح العزيز ج ١ ص ٢٥٥ .
واما أبو علي بن أبي هريرة المذكور فهو الحسن بن الحسين ، الامام الجليل
القاضي ، أحد عظماء الشافعية ورفعائهم ، شرح مختصر المزني ، وتفقه
عن ابن سريج وأبي اسحاق وألمروزي ،
قال الرافعي : ابن أبي هريرة زعيم عظيم للفقهاء . أه قال ابن السبكي :
له مسائل في الفروع محفوظة ، وأقواله فيها مسطورة . أه . أنظر طبقات
ابن السبكي ج ٢ ص ٢٠٦ .

(٥٤) لان الايدياع امانة لا يعوجب الضمان الا بالتعدي ، والغصب عدوان يوجب
الضمان بكل حال .

(٥٥) بمعنى ان الوديعة اذا غصب الوديعة انقلبت يده عنها من يد امانة الى يد
ضمان ، وانفسخ به العقد لان الايدياع والضمان لا يجتمعان .

(٥٦) أي فانه لا ينافي الضمان ، فلو غصب المرتهن المرهون لم يبطل الرهن
ويجب عليه الضمان .

أي فهذا فارق بين الاصل والفرع في قياسكم رهن المصوب عند
الغاصب على ايдаعه عنده . والقياس مع الفارق باطل .

قالوا : (٥٧) حكم يتعلق بالغصب فسقط بالرهن ، كالأثم ووجوب الرد (٥٩)

قلنا : اذا تعدى فى استدامة الرهن لم يجب عليه الرد ويجب عليه
الضمان (٦٠) ، واذا غصب شيئا وقام ليرده ، سقط عنه الأثم (٦١) ولم يسقط الضمان
الى أن يرده (٦٢) .

(٥٧) صفة لموصوف محدوف ، تقديره : وجوب الضمان بالغصب حكم . الخ .

(٥٨) أى عند الفاصب .

(٥٩) حيث يبرأ الفاصب منهما برد المفصوب .

بجامع ان كلا حكم يتعلق بالغصب ، اما الاصل فهو الاثم ووجوب الرد
واما الفرع فهو ضمان المفصوب .

ولما كان حكم الاصل سقوط اثم الغصب ووجوب الرد برهن المفصوب ،
كان حكم الفرع كذلك فيسقط ضمان الغصب برهن المفصوب عند الفاصب
أيضا لذلك .

(٦٠) اذا أمسك المرتهن الرهن عن الراهن بعد سداد الدين ، صار
متعديا ، فاذا هلك الرهن عنده ضمنه بالتعدى ، وان لم يجب عليه
رده للراهن ، لان استرداد الرهن بعد سداد الدين انما يجب على
الراهن لا على المرتهن فلا يجب عليه تحمل نفقة النقل للرد .

(٦١) لشروعه فى الرد بالقيام له .

(٦٢) فلو تلف وهو فى الطريق الى المالك قبل التسليم الى المالك لوجب عليه

الضمان ، لان الرد لا يحصل بالشروع فيه ،

والمقصود هنا : هو نفى دعواهم التلازم بين وجوب الضمان من جهة ،
والأثم ووجوب الرد من جهة أخرى ، فاذا سقط الأثم ووجوب الرد سقط الضمان .
فان التعدى باستدامة الرهن يوجب الضمان ولا يوجب الرد .
والقيام لرد المفصوب يسقط به الأثم ولا يسقط الضمان حتى يرد حقيقة .

✽ مسألة (١١٧) : اذا باع الرهن باذن المرتهن قبل محل الدين ،
سقط الرهن . (١) / ١٥٢ ش.

وقال أبو حنيفة : يكون الثمن رهنا . (٢)

لنا : هو انه معنى يزيل الملك عن الرهن ، لا يستحقه المرتهن ، فعله
الراهن باذنه فسقط حقه (٤) من الوثيقة ، كالعق (٥) ، ولانه معنى ينافى

- (١) المختصر ص ٩٤ . فتح العزيز ج ١ ص ١١٤ . الوجيز ج ١ ص ١٦٥ .
وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٤ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٢
المفنى ج ٤ ص ٢٧٢ .
وبه يقول ابن حزم : المطى ج ٨ ص ٤٩١ .
- (٢) خلافا لأبي يوسف حيث قال لا يكون الثمن رهنا مكانه الا أن يشترطه
المرتهن .
أنظر الهداية ج ٩ ص ١١ والكفاية بالهامش . التبیین ج ٦ ص ٨٤ . مجمع
الأنهر ج ٢ ص ٦٠٣ .
وفصل المالكية فقالوا : اذا سلم المرتهن الرهن للراهن فباعه بطل الرهن
والا بان اذن له فى بيعه لا حياته بضمنه لا لياخذ ثمنه حلف على ذلك
ويبقى الثمن رهنا الى الاجل ان لم يأت مكانه برهن آخر كالاول فى قيمته
يوم الرهن لا البيع .
أنظر : الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٤ . الجواهر ج ٢ ص ٨٠ . شرح المنح ج ٣ ص ٧٦ .
- (٣) لانه قبل المحل .
- (٤) أى المرتهن .
- (٥) حيث يزول به الملك عن العبد المرهون اذا اذن به المرتهن .
بجامع ان كلا معنى يزيل الملك عن الرهن ، اما الاصل فهو العتق واما الفرع
فهو البيع .
ولما كان حكم الاصل هو سقوط حق المرتهن من الرهن بعتق العبد ، كان
حكم الفرع كذلك فيزول حق المرتهن ببيع الرهن باذنه أيضا لذلك .

عقد الرهن فعله الراهن باذن المرتهن ، فابطل حقه من الوثيقة ، كالهبة .^(٧)

قالوا : بدل^(٨) عن الرهن فتعلق به حق المرتهن ، كالشئ في البيع في الدين الحال^(٩) والقيمة في اتلافه .^(١٠)

قلنا : بيعه في الدين الحال يوافق مقتضى الرهن ،^(١١) وبيعه في المؤجل ينافي مقتضاه ،^(١٢) والاتلاف حصل بغير رضاه ، فلم يسقط به حقه ، كالمعتق^(١٣)

(٦) في نسخة ((ب)) : يتعلق به حق المرتهن .

(٧) حيث يبطل الرهن بهبة المرهون باذن المرتهن .

بجامع ان كلا معنى ينافي عقد الرهن فعله الراهن باذن المرتهن ، اما الاصل فهو هبة المرهون ، واما الفرع فهو بيع المرهون .

ولما كان حكم الاصل بطلان حق المرتهن في الرهن بالاذن بهبة المرهون كان حكم الفرع كذلك فيبطل حقه بالاذن ببيع المرهون أيضا لذلك .

(٨) صفة لموصوف محذوف تقديره : شئ المرهون بدل .

(٩) حيث يتعلق به حق الدائن .

(١٠) أى في اتلاف الرهن . حيث يتعلق بها حق المرتهن .

والجامع في القياس المذكور هو البدلية في كل من الاصل وهو الشئ في البيع في الدين والقيمة في اتلاف المرهون ، والفرع هو شئ المرهون المبيع ،

ولما كان حكم الاصل هو تعلق حق المرتهن في الشئ في البيع في الدين وفي القيمة في اتلاف المرهون ، كان حكم الفرع كذلك فيتعلق حق المرتهن بشئ المرهون المبيع أيضا لذلك .

(١١) وهو استيفاء الحق منه .

(١٢) لان مقتضى الرهن في الدين المؤجل هو حبس المرهون الى الاجل

للاستيفاء من ثمنه ، فاذا بيع قبل الاجل فات على المرتهن محل الاستيفاء وقت الحلول .

(١٣) بل يتعلق بقيمة المرهون المتلف .

بغير اذنه ، ^(١٤) والبيع حصل برضا ، فسقط به حقه ، كالمعتق باذنه . ^(١٥)

* مسألة (١١٨) : اذا اذن المرتهن للراهن في البيع بشرط ان يعجل

دينه فباعه ^(١) لم يصح البيع . ١٥٢ / ٠ ش .

وقال أبو حنيفة : ^(٢) يصح .

(١٤) حيث لا يسقط به حق المرتهن في المرهون بل يتعلق بقيمته فترهن مكانه .

بجامع الفوات بغير رضا المرتهن في كل من الاصل وهو عتق المرهون بدون

اذن المرتهن ، والفرع وهو اتلاف المرهون .

ولما كان حكم الاصل هو عدم سقوط حق المرتهن بعتق المرهون بغير اذنه

كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط حق المرتهن بتلف المرهون أيضا لذلك .

(١٥) حيث يسقط به حق المرتهن .

بجامع الفوات برضا المرتهن في كل من الاصل وهو العتق باذنه والفرع

وهو بيع الرهن باذنه .

ولما كان حكم الاصل سقوط حق المرتهن فيه ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط

حقه في الرهن المبيع باذنه أيضا لذلك .

أى فهذا فارق بين الاصل والفرع يبطل به قياسهم المذكور .

(١) خلافا للمزنى حيث قال : يصح البيع ويفسد الشرط .

المختصر ص ٩٥ . الوجيز ج ١ ص ١٦٥ . المنهاج ص ٥٥ . وذكر في المذهب :

ج ١ ص ٣١٤ عن أبي اسحاق انه حكى قولاً آخر بأنه يصح البيع ويكـ

ثمنه رهنا مكانه .

(٢) الهداية ج ٩ ص ١١٠ . التبیین ج ٦ ص ٨٤ . مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٠٣ .

ونذهب الحنابلة الى أن البيع فيه يصح ويلغو الشرط

لان التأجيل أخذ قسطاً من الثمن ، فاذا اسقط بعض مدة الاجل فـ

مقابلة الاذن فقد اذن بموض ، وهو ما يقابل الباقي من مدة الاجل من

الثمن ، وهذا لا يجوز أخذ الموض عنه فيلغو .

=

لنا : هو ان الاذن بشرط^(٤) ، ولم يسلم له الشرط^(٥) فسقط الاذن ، وبطل
البيع ، كما لو قال : بعثك دارى بكذا على أن تبيعنى ثوبك بكذا^(٦) .
قالوا : هذا شرط تقدم البيع ، فأشبهه اذا قال لوكيله : بع هذه السلعة
ولك عشر ثمنها^(٨) .

= أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٤ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٢٥ . وذكر
فى المحرر ج ١ ص ٣٣٦ قولا آخر انه يصح ، وفى كون الثمن رهنا وجهان
ويبلغو شرط التعميل قولا واحدا .
وبصحة البيع لتعميل الدين ، يقول المالكية أيضا أنظر بداية المجتهد :
ج ٢ ص ٣٠١ .

ولم أجد لابن حزم قولا فى هذه المسألة .

(٣) أى من المرتهن ببيع الرهن .

(٤) فى نسخة ((ب)) : لشرط .

(٥) لفساده .

(٦) سقط حرف (لو) من نسخة ((ب)) .

(٧) حيث يبطل البيع فى الصورة المذكورة لانها من باب صفقتين فى صفقة ،

وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك .

أنظر مسند الامام أحمد ج ١ ص ٣٩٨ .

(٨) حيث يصح ذلك العقد .

بجامع تقدم الشرط على البيع فى كل من الاصل وهو مالو قال لوكيله بـ

هذه السلعة ولك عشر ثمنها ، والفرع وهو مالو اذن للراهن فى بيع

المرهون على أن يعجل دينه .

ولما كان حكم الاصل هو صحة العقد فى قوله لوكيله بع هذه السلعة ولك عشر

ثمنها . كان حكم الفرع كذلك فيصح العقد فى اذنه للراهن بالبيع على

أن يعجل دينه أيضا لذلك .

قلنا : ليس المفسد هو الشرط بل عدم الاذن^(٩) ، ويخالف الوكيل^(١٠) ،
 فإنه لم يجعل الجعل فى مقابلة الاذن^(١١) ، وإنما جعله فى مقابلة البيع^(١٢) ،
 فإذا بطل^(١٣) بقى الاذن فى البيع^(١٤) ، وهاهنا جعل التعجيل فى مقابلة الاذن ، فإذا
 سقط التعجيل^(١٦) سقط الاذن^(١٧) وحصل البيع بغير اذن فبطل^(١٨) .
 ولان هناك^(١٩) الوكيل يستحق اجرة^(٢٠) المثل^(٢١) ، ولا يستحق المرتهن هاهنا
 شيئاً^(٢٢) .

(٩) أى لانه اذن فاسد ، ففسد به الشرط ، فكان كبيع الرهن ليعجل دينه بلا
 اذن من المرتهن .
 (١٠) أى الموكل .

(١١) أى للوكيل فى بيع السلعة .
 (١٢) لأن الجعل وهو عشر ثمن السلعة هنا معلق على بيع السلعة .
 (١٣) أى الجعل لجهالته ، ان لا يدرى بكم ستباع السلعة حتى يعلم كم سيكون
 عشرها . والجهالة تؤثر فى ابطال عقود المعاوضة .

(١٤) أى فيصح بيع الوكيل وله اجرة المثل .
 (١٥) أى فى الاذن ببيع الرهن على أن يعجل الراهن الدين للمرتهن .
 (١٦) لكون عقد البيع فيه من باب بيع وشرط وهو منتهى عنه .
 (١٧) لانه مبنى على حصول البيع ، فإذا لم يصح البيع ، ارتفع الاذن .
 (١٨) أى من المرتهن .
 (١٩) أى فى التوكيل ببيع السلعة على أن للوكيل عشر ثمنها .

(٢٠) فى نسخة ((ب)) : ولان هناك يستحق الرجل اجرة المثل .

(٢١) لفساد الموضع لجهالته .

(٢٢) لان الرهن لا زال باقيا .

أى فكان قياسهم المذكور قياسا مع الفارق ، وهو معه باطل .

* مسألة (١١٩) : اذا وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن جاهلا
 بالتحريم لم يجب المهر في ^(١) أحد القولين . ١٥٢ / ش .
 وقال أبو حنيفة : يجب ^(٢) .

لنا : انه اتلاف لو كان يغير اذن الراهن أوجب ^(٣) البذل ، فاذا كان

(١) سقط قوله (في أحد القولين) من نسخة ((ب)) . / وأنظر المسألة في
 كل من : الام ج ٣ ص ١٤٥ . المختصر ص ٩٤ . ومحل القولين : هو ما اذا .
 وطئ باذن الراهن جاهلا بالتحريم فالاصح انه لا حد عليه ، واما وجوب
 المهر فلا يلزمه الا اذا اكرهها قولا واحدا .

بخلاف صنيع المؤلف فان النووى لم يذكر في المنهاج ص ٥٦ قولا آخر
 في حال الاكراه ، وان كان قد سكت عن حال عدم الاكراه وكذا سكت عنه
 شارحوا المنهاج . الا أن الفزالي ذكر في الوجيز ج ١ ص ١٦٦ الوجهين
 في وجوب المهر .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٩ .
 المغنى ج ٤ ص ٢٧٦ .

وبه يقول ابن حزم . المحلى ج ٥ ص ٥١ : ولا حق للمرتهن في شيء من
 رقبة الرهن ، فان كانت امة فوطئها فهو زان وعليه الحد ، وذلك الولد رقيق
 للراهن . أهـ .

قلت ولا يجتمع حد ومهر ، فيكون ابن حزم قائلا بقول الشافعية هنا ، والله أعلم .

(٢)

وذهب المالكية الى أنها تقوم عليه بلا ولد ، حملت أو لم تحمل . ولا يقوم الولد
 لانه حر .

أنظر الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٥ . الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٩ . الجواهر :
 ج ٢ ص ٨٣ .

(٣) في نسخة ((ب)) : لأوجب . / ودخول اللام في خبر (لو) ، جائز وهو الأكثر .

بأنه لم يوجب ، كقطع اليد^(٤) ، ولا نه اتلاف بأذن مجرد^(٥) من المالك ، فلم يوجب
البدل ، كالزنا بالمطاوعة^(٦) .

قالوا : الوطء في ملك الغير لا يخلو من مهر أو حد ، وقد سقط الحد
هنا فوجب المهر كما لو وطئ في نكاح فاسد^(٨) .

(٤) زاد في نسخة ((ب)) : قوله : كقطع اليد بأمره . / حيث لا يجب على القاطع
شيء أصلا ، لا قصاص ولا دية . فان سرى القطع الى النفس فهدر أيضا وقيل :
تجب دية . أنظر شرح المحلى ج ٤ ص ١٢٧ .
بجامع الاذن باتلافه في كل من الاصل وهو قطع اليد ، والفرع وهو وطء
المرهونة .

ولما كان حكم الاصل عدم وجوب الضمان به ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجب
المهر بوطئ المرهونة بأذن الراهن أيضا لذلك .
(٥) أي عن الضمان أو الشرط .

(٦) حيث لا يوجب ذلك على الزاني بالمطاوعة مهرا ، لانه اتلاف بأذن مجرد
وصريح منها ، وانما يجب فيه الحد .
والجامع في القياس المذكور هو ان كلا اتلاف بأذن مجرد من المالك ، اما
الاصل فهو الزنا بالمطاوعة ، واما الفرع فهو وطء المرهونة بأذن الراهن .
ولما كان حكم الاصل عدم وجوب المهر في الزنا بالمطاوعة ، كان حكم الفرع
كذلك فلا يجب المهر في وطئ المرتهن المرهونة بأذن الراهن أيضا لذلك .
(٧) للشبهة ، فان المرتهن قد يظن انه يرهنها والاذن يجوز له الوطء .

(٨) حيث يجب فيه المهر ويسقط الحد ، للشبهة .
بجامع سقوط الحد في كل من الاصل وهو الوطء في نكاح فاسد ، والفرع وهو
مالو وطئ المرتهن المرهونة بأذن الراهن .
ولما كان حكم الاصل وجوب المهر في الوطء بنكاح فاسد كان حكم الفرع
كذلك فيجب المهر في وطئ المرهونة بأذن الراهن أيضا لذلك .

قلنا : يبطل بالبائع اذا وطئ الجارية المباعة قبل القبض ، وبالعبد
 اذا وطئ أمة مولا ، بالنكاح ^(١٠) ، والمعنى فى الاصل ^(١١) ان الاذن ^(١٢) يستند الى عقد ^(١٣) ،
 فلم يسقط البدل ، كالا ستخدام فى الاجارة الفاسدة ، والاتلاف فى البيع الفاسد ^(١٤) ،
 وههنا ^(١٥) اذن مجرد عن عقد ، فهو كالاذن فى استخدامه من غير عقد ، وفى اكل
 طعامه من غير بيع ^(١٦) .

(٩) زاد فى نسخة ((ب)) : قبل القبض عند أبى حنيفة ثم تقايلا .
 أى حيث يبطل به البيع ولا حد ولا مهر عليه ، مع ان الوطء حصل فى ملك الغير
 أعنى ملك المشتري وان كان ملكا ضعيفا لانه لم يسلم الثمن للبائع ، فانفسخ
 البيع لذلك .

(١٠) حيث لا حد ولا مهر ، مع كون الوطئ فيه حاصل فى ملك الغير وهو السيد
 هنا .

(١١) وهو الوطء فى النكاح الفاسد .

(١٢) أى فى الوطء .

(١٣) وهو عقد النكاح ، وان كان فاسدا ، فان الفساد يمنع دوام العقد ولا يوجب
 الحد .

(١٤) حيث لا يسقط بدل الاجارة ولا قيمة المتلف ، فيهما .

بجامع الاستناد الى عقد ، فى كل من الاصل وهو الا ستخدام فى الاجارة
 الفاسدة والاتلاف فى البيع الفاسد ، والفرع وهو الوطء فى نكاح فاسد .
 ولما كان حكم الاصل ثبوت البدل بالا ستخدام فى الاجارة الفاسدة وثبوت
 القيمة والاتلاف فى البيع الفاسد ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت المهر فى
 النكاح الفاسد أيضا لذلك .

(١٥) أى فى وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : من غير اننه .

حيث لا يثبت البدل فى ذلك .

بجامع ان كلا اذن مجرد عن العقد . ا ما الاصل فهو الاذن فى استخدام =

* مسألة (١٢٠) : فان اتت المرهونة بولد من وطئ المرتهن (١) وهو جاهل بالتحريم ، فهو حر . (٢) / ١٥٢ ش .
وقال أبو حنيفة : هو مملوك . (٣)
لنا : هو أنه شبهة تقتضى حرية الولد (٥) ، فأشبهه المغرور في النكاح بحرمة المرأة (٦) .

= العبد من غير عقد وفي كل الطعام من غير بيع ، واما الفرع فهو الاذن للمرتهن بوطئ المرهونة بلا عقد .

ولما كان حكم الاصل هو سقوط البدل في الاستخدام بلا عقد ولا طعام بدون بيع ، كان حكم الفرع كذلك فيسقط المهر بالاذن بوطئ المرهونة بلا عقد أيضا لذلك .

والمقصود : اثبات الفارق بين الاصل والفرع في قياسهم الاذن للمرتهن بوطئ المرهونة في ايجاب المهر لها على النكاح الفاسد ، ولا قياس مع الفارق .

(١) أى المأذون له به .

(٢) المختصر ص ٩٤ . الأم ج ٣ ص ١٤٥ . المنهاج ص ٥٥ .

وبه يقول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤٥ . كشاف القناع ج ٣ ص ٣٤٩
المفنى ج ٤ ص ٢٧٥ .

وهو قول المالكية : الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٩ . الجواهر ج ٢ ص ٨٣ .
شرح المنح ج ٣ ص ٩٣ .

(٣) لم اجده في مظانه عندهم .

واليه ذهب ابن حزم : المحلى ج ٨ ص ٥١٥ .

(٤) فى نسخة ((ب)) : هو أنها . / أى الشبهة وبالتذكير المراد به الاذن .

(٥) فى نسخة ((ب)) : حرمة الولد . / أى على البيع بسبب انعقاده حرا .

(٦) أى فيما لو تزوجها على أنها حرة فبانتامة ، فان جاءت بولد كان الولد

منها حرا ، عليه قيمته لسيد ها . أنظر المنهاج ص ١٠٠ . =

قالوا : وطئها مع العلم بأنها مملوكة لغيره ، فأشبهه اذا تزوج امة غيره
 واولد لها (٧)
 قلنا : هناك (٨) لم يعتقد انها كجاريته (٩) ، وها هنا (١٠) اعتقد أنها كجاريته
 وذلك يقتضى حرية الولد (١٢)

= بجامع ان كلا شبهة تقتضى حرية الولد . اما الاصل فهو الاغترار فى النكاح
 بحرية المرأة ، واما الفرع فهو الاذن فى وطئ المرتهن المرهونة باذن الراهن
 جاهلا بالتحريم .

ولما كان حكم الاصل كون الولد حرا فيما اذا اغتر الزوج بحرية المرأة ، كان
 حكم الفرع كذلك فيكون الولد حرا فيما اذا جهل المرتهن المأذون له بوطئ
 المرأة حل وطئها أيضا لذلك .

(٧) حيث يكون ولده منها رقيقا لسيدة .

بجامع الوطء مع العلم بأنها مملوكة للغير ، فى كل من الاصل وهو مالو
 تزوج امة الغير واولد لها ، والفرع وهو مالو وطئ المرتهن امة الراهن
 باذنه .

ولما كان حكم الاصل هو كون الولد رقيقا للسيد ،
 كان حكم الفرع كذلك فيكون الولد رقيقا فيما اذا اذن له الراهن بوطئها
 فولدت أيضا لذلك .

(٨) أى فى حال ايلاده امة الغير بالتزويج .

(٩) لانه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك ، فكان ولده منها رقيقا .

(١٠) أى فى حال ايلاده امة الراهن باذنه .

(١١) فى نسخة ((ب)) : يعتقد . / أى بسبب الاذن لمالو وطئ وبسبب الارتهان
 للموطوءة عنده .

(١٢) أى وبهذا الفارق بين الاصل والفرع يبطل قياسهم المذكور .

* مسألة (١٢١) : لا يصح توكيل^(١) المرتتهن في بيع الرهن^(٢) . ١٥٣/٠ .

وقال أبو حنيفة : يصح^(٣) .

لنا : هو انه توكيل فيما يتعارض فيه غرض الوكيل والموكل^(٤) ، فأشبهه اذا وكله

في البيع من نفسه^(٥) .

(١) من اضافة المصدر الى مفعوله . والراهن هو الفاعل هنا .

(٢) الام ج٣ ص ١٦٩ . المجموع ج١٢ ص ٢٣٧ . وفي المنهاج ص ٥٦ : ولو باعه

المرتتهن بأذن الراهن فالاصح انه ان باع بحضرته صح والا فلا . أه .

فتحصل ان في المسألة ثلاثة أقوال : الجواز مطلقا ، والجواز بشرط حضور

الراهن والثالث لا يصح مطلقا . أنظر شرح المحلى ج٢ ص ٢٧٤ .

(٣) الهداية ج٩ ص ١٠٦ . التبيين ج٦ ص ٨١ . مجمع الانهر ج٢ ص ٦٠٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٤٠ . كشاف القناع ج٣ ص ٣١٢

المقنع ص ١١٧ .

وبه يقول المالكية : بشرط أن يأذن الراهن للمرتتهن ببيعه بعد العقد

لا في حال العقد والا كانت وكالة اضطرار . ومحل الجواز أن لم يقل له : ان لم

أت بالدين .

انظر الشرح الصغير ج٢ ص ١١٩ . الجواهر ج٢ ص ٨٤ . شرح المنح ج٣ ص ٩٤ .

ولم أجد لابن حزم في هذه المسألة قولا .

(٤) وذلك ان الراهن يريد التأنى في البيع للاستقصاء في الثمن .

والمرتتهن يريد الاستعجال في البيع ليستوفي في دينه ، فلم يجز التوكيل

فيه لذلك . أنظر المجموع ج١٢ ص ٢٣٧ .

(٥) حيث لا يجوز ذلك للتهمة في الشراء برخص .

بجامع ان كلا توكيل فيما يتعارض فيه غرض الوكيل والموكل . اما الاصل فهو

توكيل المرتتهن ببيع الرهن من نفسه ، واما الفرع فهو توكيله ببيعه من غيره .

ولما كان حكم الاصل هو عدم جواز توكيل المرتتهن ببيع الرهن من نفسه ، كان

حكم الفرع كذلك فلا يجوز توكيله ببيعه من غيره أيضا لذلك .

قالوا : ما جاز توكيل العدل^(٦) في بيعه ، جاز توكيل المرتهن^(٧) ، كغير الرهن^(٨) .
 قلنا : في غير الرهن ، المرتهن^(٩) والعدل واحد^(١٠) ، وهما هنا يختلفان^(١١) لأن احدهما^(١٢) يبيع في حق نفسه ، والاخر^(١٣) يبيع في حق غيره^(١٤) ، فافتراقا^(١٥) .
^(١٦)

- (٦) وهو من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده .
 (٧) في نسخة ((ب)) : جاز توكيل المرتهن فيه . / أى في بيع الرهن .
 (٨) أى من المملوكات الاخرى غير المرهونة ، حيث يجوز ان يوكل في بيعها من شاء .
 بجامع جواز توكيل العدل في بيعه في كل من الاصل وهو غير الرهن والفرع وهو الرهن .
 ولما كان حكم الاصل جواز توكيل المرتهن في بيع غير الرهن ، كان حكم الفرع كذلك فيجوز توكيل المرتهن في بيعه أيضا لذلك .
 (٩) في نسخة ((ب)) : والمرتهن . / بزيادة الواو ، وهي مقحمة لامحل لها هنا .
 (١٠) ان لا ميزة لاحدهما على الاخر في غير المرهون فهما فيه سواء لانهما يبيعان ما وكلا في بيعه لحق غيرهما .
 (١١) أى في حال الرهن .
 (١٢) وهو المرتهن .
 (١٣) فيراعى الا حظ والانسب لنفسه ، فيقدم مصلحة نفسه على مصلحة الراهن فيتضرر الراهن بذلك فمنع من التوكل فيه للتهمة .
 (١٤) وهو الوكيل في غير الرهن .
 (١٥) أى فلا يتهم في بيعه ان لا حظ له في البيع للغير .
 (١٦) أى والقياس مع الفارق باطل .

* مسألة (١٢٢) : اذا وضع الرهن على يد عدلين جعل في حرزهما^(١) ،
 وخرج أبو العباس^(٢) قولا آخر انه ان كان مما ينقسم قسم بينهما ، وان لم ينقسم
 جعل في يد أحدهما^(٣) . / ١٥٣ غ.
 وهو قول أبي حنيفة^(٤) .

(١) وهو المكان الذى يحفظ فيه الشيء . والجمع احراز مثل حمل واحمال .

أنظر المصباح ج ١ ص ١٤٠ .

زاد في المختار ص ١٣ بأنه : المكان الحصين . أ.هـ .

أى أن الرهن يجعل في حرز يتفقان عليه معا ، ويكون لهما عليه يد سواء
 بالملك أو الاجارة أو الاعارة ، سواء اتفقا فى ذلك أو اختلفا فيه كملك
 لا حد هما واجارة أو اعارة للآخر ، أو ملك ريعه لا حد هما والباقي للآخر .
 ولا بد أن يكون لكل منهما عليه مفتاح ، وانه متى طلبه احد هما مكن منه .

أنظر قليوبى ج ٢ ص ٢٧٣ .

(٢) هو ابن سريج ، أنظر ترجمته فى المسألة رقم (١٠٣) هامش (٥٢) .

(٣) فى المنهاج ص ٥٥ : ولو شرطا وضعه عند عدل جاز أو عند اثنين ونصا

على اجتماعهما على حفظه أو الانفراد به فذاك ، وان اطلقا فليس لا حد هما
 الانفراد فى الاصح . أ.هـ . وأنظر المجموع ج ٢ ص ٢٣٥ . فتح العزيز :

ج ١ ص ١١٩ .

وبعدم انفراد احد هما بحفظه يقول الحنابلة أيضا .

أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٨ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٣١ . المغنى ج ٤ ص ٢٦٤ .

(٤) المبسوط ج ٢ ص ١٦٥ .

وذ هب ابن حزم الى أن قبض الرهن فى نفس العقد شرط فى صحته فلا يصح
 وضعه على يد عدل اصلا لان ذلك ليس بقبض فيه ،

أنظر المحلى ج ٨ ص ٤٨١ . وهو قول زفر من الحنفية . أنظر التبیین ج ٦ ص ٨٠ .

ولم أجد قول المالكية فى هذه المسألة .

لنا : هو^(٥) انه لم يوجد الرضا باحدهما^(٦) ، فأشبه اذا وكلهما فى بيع
سلعة^(٧) .

قالوا : العدلان كالمالكين فى اليد^(٨) ، ثم المالكان يقسمان ما ينقسم ويمسكه
كل واحد منهما مدة فيما لا ينقسم^(٩) .

(٥) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .

(٦) أى منفردا بحفظ الرهن عن الآخر .

(٧) حيث لا يجوز لاحدهما الانفراد فى بيعها . لان الموكل يثق بنظرهما
اذا اجتمعا فقط .

بجامع انعدام الرضا بانفراده ، فى كل من الاصل وهو مالو وكلهما فى
بيع سلعة والفرع وهو مالو وضع الرهن على يدى عدلين .
ولما كان حكم الاصل عدم جواز انفراد أحد الوكيلين فى بيع السلعة ،
كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز لاحد العدلين الانفراد فى حفظ
الرهن أيضا فذلك .

(٨) أى فى التسلط على السلعة .

(٩) فى نسخة ((ب)) : فكذلك فيما لا ينقسم . / أى فكذلك العدلان .
بجامع المماثلة فى وضع اليد فى كل من الاصل وهو المالكان ، والفرع
وهو العدلان .

ولما كان حكم الاصل أن المالكين للشئ الواحد يقسمان ما ينقسم
ويمسكه كل واحد منها مدة فيما لا ينقسم ، كان حكم الفرع
كذلك أيضا .

قلنا : تصرف المالكين بالملك^(١٠) ، ففعلاً^(١١) ماشاء^(١٢) ، وتصرف العدلين^(١٣) بالاذن ، فلا يجوز أن يخالفا الاذن ، ولهذا يجوز لكل واحد من المالكين أن ينفرد ببيع نصيبه^(١٤) ، ولا يجوز ذلك للوكيلين^(١٥) .

* مسألة (١٢٣) : اذا وكل العدل في بيع الرهن^(١٦) ، ثم عزله ، انعزل^(١٧) .

/ ١٥٣ .

(١٠) أى بحكم الملك .

(١١) فى نسخة ((ب)) : يفعلاً . / وهو تحريف .

(١٢) فى الاصل ونسخة ((ب)) : أو تصرف . / وهو خطأ ، ان لا معنى لها هنا .

(١٣) لان البيع تصرف يختص الملك ، وهو يملك نصيبه فصح ذلك منه .

(١٤) أى أن ينفرد احدهما ببيع بعض السلعة التى وكلها المالك ببيعها ،

لان الاذن يقتضى فعل المأذون فقط ، والمخالفة فيه عدوان من المخالف ،

أى فبطل قياسهم العدلين على المالكين للفارق المذكور بينها .

(١) أى الراهن .

(٢) أى وكانت الوكالة المذكورة مشروطة فى نفس عقد الرهن ، بدليل القياس

الذى سيذكره بعد قوله : قلنا . وأنظر التبيين ج ٦ ص ٨١ .

(٣) الام ج ٣ ص ١٦٩ . فتح العزيز ج ١ ص ١٣ . شرح المحلى ج ٢ ص ٢٧٤ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤٠ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٣٧ .

وذكر فى المغنى ج ٤ ص ٢٦٥ عن ابن أبى موسى قوله : ويتوجه لنا مثل

ذلك - يعنى عدم الانعزال كقول أبى حنيفة ومالك - فان أحمد قد منع

الحيلة فى غير موضع من كتبه ، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن

فانه يشترط ذلك للمرتهن ليجيبه اليه ثم يعزله ، أهـ .

وقال أبو حنيفة : لا ينعزل^(٤).

لنا : هو انها وكالة تنفسخ بموت الوكيل ، فانفسخت بعزل الموكل ،
كما لو وكله فى البيع بعد الرهن^(٥) ، ولانه اذا انعزل بعزل المرتهن^(٦) وهو لا يملك^(٧)
فيعزل الراهن أولى^(٨).

(٤) الهداية ج٩ ص ١٠٦ . التبيين ج٦ ص ٨١ . مجمع الانهر ج٢ ص ٦٠٠ .

وزهب المالكية الى أنه ليس للراهن وحده ولا للمرتهن وحده عزله ، فان
اتفقا على ذلك جاز . الجواهر ج٢ ص ٨٤ . شرح المنح ج٣ ص ٩٥ .
وذكر فى المنتقى ج٥ ص ٢٥٥ عن القاضى أبى اسحاق جواز عزله .
ولم أقف لابن حزم على قول فى هذه المسألة .

(٥) أى كما لو عقدا الرهن ، ثم وكل الراهن عدلا فى بيع الرهن ثم
عزله ، فانه ينعزل وينفسخ التوكيل .

بجامع انها وكالة تنفسخ بموت الوكيل فى كل من الاصل وهو مالو وكله
فى البيع بعد الرهن ، والفرع وهو مالو وكل العدل بالبيع فى عقد
الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو صحة قسح الوكالة فى البيع بعد الرهن ، كان حكم
الفرع كذلك فيصح فسخ الوكالة بالبيع فى عقد الرهن أيضا لذلك .

(٦) من اضافة المصدر الى فاعله . وهذا على أحد القولين ، والثانى
لا ينعزل . أنظر شرح المحلى ج٢ ص ٢٧٤ .

(٧) أى لا يملك الرهن .

(٨) لانه مالك الرهن ، والمتصرف فيه ، فكانت جهته أقوى فى التسلط
عليه من المرتهن .

قالوا : من حقوق الرهن ، ^(٩) فلا يملك ^(١١) الراهن عزل العدل عنه كالمسك ^(١١) .
 قلنا : المسك لو شرط بعد الرهن لم يملك ^(١٢) عزله عنه ، بخلاف
 البيع . ^(١٣)

(٩) أى بيع الرهن حق من حقوقه . لأن به يكون الاستيفاء من الرهن عند
 المحل .

(١٠) فى الأصل ونسخة ((ب)) : فلا يملك عزل الراهن عنه كالمسك . / وهو
 غير واضح كما ترى لان فرض المسألة ان الموكل هو الراهن ، فكيف يقال :
 لا يملك المرتهن عزل الراهن عنه . فالصواب ما أثبتناه ، والله أعلم .
 (١١) حيث لا يملك الراهن عزل العدل عن مسك الرهن ، اذا اتفقا على
 وضع الرهن عنده .

بجامع ان كلا حق من حقوق الرهن . اما الأصل فهو مسك الرهن عند
 العدل ، واما الفرع فهو بيع الرهن عند المحل .
 ولما كان حكم الأصل هو عدم ملك الراهن عزل العدل عن مسك الرهن
 وحسبه كان حكم الفرع كذلك فلا يملك الراهن عزل العدل عن بيع الرهن أيضا
 لذلك .

(١٢) أى الراهن .

(١٣) حيث اذا شرط الراهن والمرتهن بعد عقد الرهن بيع الرهن ووكل
 عدلا فى بيعه جاز للراهن عزل الوكيل عن البيع .
 أى فلا يصح قياسهم عزل العدل عن البيع على عزله عن المسك للفارق
 بينهما وهو ان الراهن لا يملك عزل العدل عن المسك اذا شرط بعد
 الرهن ويملك عزله عن البيع اذا شرط بعد الرهن . والقياس —
 الفارق باطل .

وفي الامساك لو عزل المرتهن عنه (١٤) لم ينعزل عنه (١٥) ، بخلاف البيع (١٦)

* مسألة (١٢٤) : اذا ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن ولم يشهد عليه وانكر المرتهن ضمن العدل (١) . ١٥٣/٠
وقال أبو حنيفة : لا يضمن (٢)

لنا : هو انه لم يدفع دفعا مبرأ (٣) فضمن ، كما لو دفع الى غير المرتهن (٤)

(١٤) أى لو عزل المرتهن العدل عن الامساك .

(١٥) سقط لفظ (عنه) من نسخة ((ب)) . / لضعف يد المرتهن عن يد الراهن ، فان الراهن مالك للرهن ، والمرتحن يملك حبسه فقط دون التصرف فيه .

(١٦) حيث لو عزله عنه المرتهن انعزل عنه .
أى قدل هذا أيضا على بطلان قياسهم المذكور .

(١) لانه قصص في الاشهاد ، والاصل عدم الدفع .
الام ج٣ ص ١٧٠ . فتح العزيز ج١٠ ص ١٣٢٠

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٤ . كشاف القناع ج٣ ص ٣٣٦ .
وذكر في المغنى ج٤ ص ٢٦٨ قولا آخر عن الشريف أبى جعفر وأبى الخطاب انه لا يضمن ، كقول الحنفية .
واليه ذهب المالكية : الشرح الصغير ج٢ ص ١٢٠ . مواهب الجليل :
ج٥ ص ٢٠٥ .

(٢) اشباه ابن نجيم ص ٢٧٥ .

ولم أقف على قول لابن حزم في هذه المسألة

(٣) فى نسخة ((ب)) : مبرما . / والدفع المبرئ هو الذى يزول عنه به الضمان ويحصل ذلك بالاشهاد .

(٤) حيث لا يبرأ به من الضمان .
بجامع انعدام الدفع المبرئ فى كل من الاصل وهو ما لو دفع الثمن الى غير =

قالوا : دفع الى من أمره ^(٥) ، فأشبهه اذا قال أودعه فلانا ، فأنكر المودع ^(٦) .
 قلنا : الا أنه لم يدفع كما أمره ^(٧) ، والاصل ^(٨) لا نسلم في أحد الوجهين ^(٩) ،
 ثم الاشهاد هناك ^(١٠) لا يفيد لان القول في الرد والتلف قول المودع ^(١١)

= المرتبهن ، والفرع وهو مالو دفعه الى المرتبهن بغير اشهاد وانكره المرتبهن .
 ولما كان حكم الاصل هو تضمين العدل الثمن اذا دفعه الى غير المرتبهن
 كان حكم الفرع كذلك فيضمنه اذا دفعه للمرتبهن ولم يشهد عليه ، أيضا
 لذلك .

(٥) أى الى من أمره الراهن بالدفع اليه ، وهو المرتبهن .

(٦) حيث لا يضمن المأمور المال الذى جحده المودع .
 بجامع الدفع الى من أمر بالدفع اليه فى كل من الاصل وهو مالو أمره
 بايداع المال عند شخص فانكره المودع ، والفرع وهو مالو أمره
 بالدفع الى المرتبهن ففعل ولم يشهد وأنكره المرتبهن .
 ولما كان حكم الاصل هو سقوط الضمان عن المأمور بايداع المال عند
 شخص فانكره ، كان حكم الفرع كذلك فلا ضمان على العدل اذا دفع
 الثمن الى المرتبهن وانكره أيضا لذلك .

(٧) لانه مأمور بالدفع المبرئ ، وذلك لا يكون الا بالاشهاد ، فاذا لم يشهد
 لم يدفع كما أمره ، فيجب عليه به الضمان .

(٨) وهو سقوط الضمان عن أمره شخص بايداع ماله عند فلان ، فانكر
 المودع أى ولم يشهد عليه عند الايداع ، وقد ذكر القولين فى
 التنبيه ص ٧٧ ولم يرجح أحدهما على الآخر .

(٩) فى نسخة ((ب)) : على أحد الوجهين .

(١٠) أى فى الايداع .

(١١) لانه مؤتمن عليها فيصدق فى دعواه ذلك . فلا يترتب على الاشهاد فيه
 فائدة .

وهاهنا يفيد ، وهو ابراء الراهن ، فاذا تركه فقد فرط ، (١٤) ، فضمن . (١٥)

* مسألة (١٢٥) : اذا مات العدل لم يجز للحاكم ان يدفع الرهن الى المرتهن . (٢) ١٥٣/٠ .

(١٢) أى فى رد الثمن على المرتهن .

(١٣) أى فاذا ترك العدل الا شهاد .

(١٤) بفتح الموحدة فتضعيف المهملة أى قصر وزنا ومعنى . ويجوز فيه التخفيف أيضا أنظر المختار ص ٤٩٩ .

(١٥) أى فبطل أن يقاس جحود المرتهن على جحود المودع للفارق المذكور بينهما .

(١) هذه المسألة ساقطة من نسخة ((ب)) .

(٢) أى بل يضعه عند عدل آخر ، والمراد بالعدل ههنا ، من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده ، وسمى عدلا ، لعدالتيه فى زعم الراهن والمرتهن . وفيه اشعار باشتراط كونه عاقلا بالغا ، لانه القادر على القبض . افاد ذلك فى مجمع الانهر ج ٢ ص ٦٠ وأنظر لدر المقتضى عليه أيضا .

وأنظر المسألة فى : المنهاج ص ٥٥ . شرح المحلى ج ٢ ص ٢٧٣ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٣٩ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٣٣ :

وان اختلفا أى الراهن والمرتهن عند موت العدل فيمن يضعانه عنده

أو اختلف الراهن وورثته المرتهن بعد موته فيمن يضعانه عنده ،

رفعا الأمر الى الحاكم ليضعه بيد عدل قطعا للنزاع . أه .

وأنظر المغنى ج ٤ ص ٢٦٥ .

وقال أبو حنيفة : يجوز . (٣)

لنا : هو أنه (٤) أحد المتراهنين ، فلا يجوز للحاكم أن يدفع اليه بموت العدل ، كالمراهن . ولأنه (٥) (٦) نائب عن العدل ، والعدل لا يدفع الى المرتهن فكذلك الحاكم . (٧)

قالوا : من رضى الحاكم لوضع الرهن على يده (٨) جاز له الدفع اليه ، كالأجنبي . (٩)

(٣) المبسوط ج ٢١ ص ٨٠ .

ولم أجد لابن حزم قولا في هذه المسألة ولا للمالكية أيضا .

(٤) أى المرتهن .

(٥) حيث لا يجوز للحاكم دفع الرهن اليه بعد موت العدل .

بجامع ان كلا أحد المتراهنين ، اما الاصل فهو الراهن واما الفرع فهو المرتهن .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز دفع الرهن الى الراهن بموت العدل ، كان حكم الفرع كذلك فلا يجوز دفعه الى المرتهن لموت العدل أيضا لذلك .

(٦) أى الحاكم .

(٧) أى لا يدفع أيضا الى المرتهن .

لان النائب يقوم مقام المنوب عنه ، فما لا يجوز للاصيل ان يفعله ، لا يجوز للنائب أن يفعله أيضا .

والجامع في القياس المذكور هو النيابة عن العدل في كل من الاصل وهو العدل والفرع وهو الحاكم .

ولما كان حكم الاصل عدم جواز دفعه الرهن للمرتهن ، كان حكم الفرع كذلك فلا يدفعه الحاكم له أيضا لذلك .

(٨) أى وقد رضى وضعه هنا على يد المرتهن .

(٩) حيث يجوز للحاكم دفع الرهن اليه قطعا اذا كان عدلا .

بجامع رضى الحاكم بوضع الرهن على يده ، في كل من الاصل وهو الأجنبي

=

والفرع وهو المرتهن .

قلنا : الاجنبى يقبض لهما (١) فهو كالعديل (١) والمرتهن يقبض لنفسه
فهو كالراهن (١٢).

* مسألة (١٢٦) : اذا شرط فى البيع رهن عهـ مرتد ، فرهنه ثم قتل
بالردة ، لم يثبت للمرتهن الخيار فى فسخ البيع فى أصح الوجهين (١) ١٥٣/٠.

= ولما كان حكم الاصل جواز دفع الرهن الى الأجنبى اذا رضىه الحاكم ، كان
حكم الفرع كذلك فيجوز دفع الرهن الى المرتهن اذا رضىه الحاكم أيضا لذلك .
(١٠) أى للراهن والمرتهن .

(١١) فى انه يقبض لهما لا لنفسه ، فجاز دفع الرهن له بعد موت العديل الأول .
بجامع القبض للراهن والمرتهن فى كل من الاصل وهو العديل والفرع وهو
الأجنبى .
ولما كان حكم الاصل جواز دفع الرهن للعديل كان حكم الفرع كذلك فيجوز
دفعه للأجنبى أيضا لذلك .

(١٢) حيث لا يجوز دفع الرهن اليه .
بجامع القبض لنفسه فى كل من الاصل وهو الرهن والفرع وهو المرتهن .
ولما كان حكم الاصل بطلان دفع الرهن للراهن كان حكم الفرع كذلك فلا يصح
دفع الرهن للمرتهن أيضا لذلك .
فيبطل أن يقاس دفع الرهن للمرتهن على دفعه للأجنبى للفارق المذكور بينهما .

(١) صورة المسألة : أن يكون المرتهن هو عين البائع ، وانما طلب الرهن ضمانا
للثمن من المشتري .

قال فى المنهاج ص ٤٨ : ولو قتل - أى العبد المبيع - بردة سابقة - على
المبيع - ضمنه البائع فى الاصح . أهـ أى بجميع الثمن ، لان قتله لتقدم
سببه كالمقدم ، فينفسخ البيع فيه قبيل القتل ، ووجه القول بعدم
الضمان : أن القتل بالردة عيب يثبت به الارش ، وهو ما بين قيمته مستحق وغير
مستحقه من الثمن ، فان كان المشتري عالما بالحال فلا شيء له جزما ، أنظر

وقال أبو حنيفة : له الخيار^(٢).

لنا : هو أنه ^(٣)نقص لا يمنع صحة الرهن ، رضى به المرتهن ، ففسد ^(٤)حكمه ، كالمريض^(٥) .

= وذكر في المختصر ص ٩٥ القول الثاني أعني مقابل الاصح ، فقال : ويجوز رهن العبد المرتد والقاتل ، فان قتل بطل الرهن . أه . قلت : وضمان البائع على ما في المنهاج ، معناه عدم ثبوت الخيار له - وهو المرتهن على ما في مسألتنا - في فسخ البيع .

(٢) لم أجده في مظانه عندهم .

وهو قول الحنابلة ، فاما ان يفسخ أو يأخذ ارش فقد الصفه .
أنظر : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٦٠ والتي تليها . كشف القناع ج ٣ ص ١٧٧ والتي تليها .

المقنع ص ١٠١ .

ولم أجده قول المالكية ولا ابن حزم .

(٣) أى وصف الردة القائم في العبد المرهون .

(٤) وهو خيار الفسخ .

(٥) حيث يصح البيع بشرط رهن العبد المريض اذا رضى به المرتهن ولا يفسخ العقد بموته .

بجامع ان كلا نقص لا يمنع صحة الرهن رضى به المرتهن ، اما الاصل فهو رهن العبد المريض ، واما الفرع فهو رهن العبد المرتد . ولما كان حكم الاصل عدم ثبوت خيار الفسخ للمرتهن بموت العبد المريض ، كان حكم الفرع كذلك فلا يثبت للمرتهن خيار فسخ البيع بقتل العبد بالردة أيضا لذلك .

قالوا : القتل حصل بسبب^(٦) ^(٧) كان في حال العقد فصار كالوجود عند
السبب^(٩) ، فثبت له الخيار كالأستحقاق^(١٠) .
قلنا : إلا أنه يسقط^(١١) حكمه بالرضا بسببه^(١٢) ، فإن الرضا بالسبب رضا
بما يفضى إليه^(١٣) ، إذا سقط حكمه^(١٤) لم يلحق القتل به ، ويخالف الاستحقاق

(٦) أى بالردة .

(٧) فى نسخة ((ب)) : زيادة وهى قوله : قالوا : الموت بالمرض حصل
بتزايد ، بخلاف القتل بالردة فإنه حصل . . . الخ .

(٨) وهو وصف الردة .

(٩) أى فصار القتل كالوجود عند عقد الرهن .

(١٠) حيث يثبت له الخيار فيما لو ارتهن عبدا فخرج مستحقا للغير .

بجامع ان كلا معنى قائم فى المرهون وقت العقد ، اما الاصل فهو
الاستحقاق ، واما الفرع فهو الردة ،

ولما كان حكم الاصل ثبوت خيار الفسخ للمرتهن بخروج المرهون مستحقا
للغير .

كان حكم الفرع كذلك فيثبت الخيار للمرتهن بقتل العبد المرهون بالردة
أيضا لذلك .

(١١) فى نسخة ((ب)) : سقط .

(١٢) أى فى رهن العبد المرتد .

(١٣) وهو القتل بالردة .

وفى نسخة ((ب)) : بما يفضى اليه السبب ، فاذا سقط . . الخ .

(١٤) وهو اقامة حد الردة .

فانه دلس به الراهن ، ولم يرض به المرتهن ، فلحق بحال السبب، كما لو
 قتل بردة لم يعلم بها، (١٦) وهاهنا رضى به المرتهن فسقط حكمه، (١٨) كما لو أخبره
 ان العبد لغيره ، ثم استحق. (١٩)

* مسألة (١٢٧) : اذا شرط فى الرهن شرطا فاسدا ينقص به حق المرتهن،
 فسد الرهن وان كان زيادة فى حقه، (٢) ففيه قولان ١٥٣/٠ ش.

(١٥) وهو ثبوت خيار العيب فيه .

(١٦) فى نسخة ((ب)) : به . / حيث يثبت له الخيار بذلك .

بجامع حصول التدليس من الراهن فى كل من الاصل وهو مالم يقتل المرهون
 بردة لم يعلم بها المرتهن ، والفرع وهو الاستحقاق ، وهو مالم اطلع
 على عيب فى الرهن لم يعلم به .

ولما كان حكم الاصل ثبوت الخيار فيما لو قتل المرهون بردة لم يعلم بها
 المرتهن ، كان حكم الفرع كذلك فيثبت الخيار بالاستحقاق أيضا لذلك .

(١٧) أى فيما لو قتل العبد المرهون بردة قد علم بها المرتهن ورضى .

(١٨) وهو خيار العيب ، لرضاه به .

(١٩) بالبناء للمجهول ، أى العبد ، بان طلبه صاحبه واثبت ان له يدا عليه .

(١) كأن يشترط الراهن عليه أن لا يبيع المرهون عند حلول الاجل ، أو ان لا
 يباع ما خيف تلفه مما يسرع اليه الفساد ، أو شرط ببيعته بأى ثمن كان
 أو لا يبيعه الا بما يرضيه ، أو ان لا يستوفى الدين من ثمنه . أو شرط
 ان يكون الرهن بيد الراهن ، أو ان لا يكون العقد لازما للراهن ،
 ونحو ذلك .

(٢) كأن يشترط المرتهن على الراهن الانتفاع بالرهن ، أو ان جاءه الراهن
 بالرهن فى المحل ، والا فالرهن له .

(٣) اظهرهما فساد الرهن به أيضا . أنظر المنهاج ص ٥٠ . المختصر ص ١٠٠ .

الام ج ٣ ص ١٥٦ .

وبطلانه يقول المالكية أيضا : الشرح الصغير ج ٢ ص ١١٢ . الجواهر ج ٢ ص ٨٠ =

وقال أبو حنيفة : لا يفسد . (٤)

لنا : انه شرط فاسد قارن عقد الرهن فأفسده ، كما لو شرط أن يكون
يوما في يده ويوما لا . (٦)

قالوا : عقد من شرط لزومه القبض ، فلم يبطل بالشرط الفاسد ، كما لو قال :
اعمرتك (٧) داري حياتك ، فإذا (٨) مت رجعت إلى . (٩)

= شرح المنح ج ٣ ص ٦٨ وببطلان العقد ببطلان الشرط يقول ابن حزم . أنظر
المحلى ج ٩ ص ٤٠٤ .

(٤) لم أجده في مظانه عند هم .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ٢٤١ . كشف القناع ج ٣ ص ٣٣٨ .
ونذكر في المغنى ج ٤ ص ٢٨٧ عن القاضي قوله : يحتمل أن يفسد الرهن بها
بكل حال . ثم قال ابن قدامة : وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله ، وجهها
واحد ، وما لا فعلى وجهين ، وهذا مذهب الشافعي . أه .

(٥) فونسخة ((ب)) : فارق . / وهو تحريف .

(٦) حيث يفسد الرهن به لمنافاته لعقد الرهن ، فانه يوجب استمرار يد المرتهن
عليه حتى الوفاء عند المحل .

بجامع أن كلا شرط فاسد قارن عقد الرهن ، أما الأصل فهو مالو شرط أن يكون
الرهن يوما في يده ويوما لا ، وأما الفرع فهو مالو شرط شرطا ينقص به حق
المرتهن أو يزيد في حقه .

ولما كان حكم الأصل هو بطلان الرهن لبطلان الشرط فيه ، كان حكم
الفرع كذلك فيبطل الرهن لبطلان الشرط المذكور فيه أيضا لذلك .

(٧) في المختار ص ٤٥٤ : اعمره دارا أو أرضا أو ابلا : أعطاه أياها ، وقال :
هي لك عمري - أي مدة حياتي - أو عمرك ، فإذا مت - بفتح التاء - رجعت
إلى ، والاسم : العمرى - مقصور كالعقبى - أه .

(٨) فونسخة ((ب)) : وإذا .

(٩) حيث لا يصح اشتراط رجوعها إليه بالموت إلا أن العقد لا يبطل به . =

قلنا : العمرى ^(١٠) تبطل بالشرط الفاسد ، وهو اذا قال : اعمرتك على
 أن لا تتصرف فيه ، وانما لا يبطل فيما قالوا ^(١١) لان ذلك شرط صحيح فى أحد
 القولين ، ^(١٢) وفى الثانى انه شرط فاسد ، لكن ^(١٣) شرطه ^(١٤) على الورثة ، فلم
 يبطل العقد ، وهذا ^(١٥) شرط فاسد مع العاقد ^(١٦) فأبطله .

= بجامع ان كلا عقد من شرط لزومه القبض ، اما الاصل فالعمرى وهى قوله :
 اعمرتك دارى حياتك فاذا مت - بفتح المثناة - رجعت الى ، واما الفرع
 فالرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم بطلان العمرى بقوله : فاذا مت - بفتح المثناة -
 رجعت الى كان حكم الفرع كذلك فلا يبطل الرهن باشتراط الراهن
 فى الرهن شرطا فاسدا ينقص من حق المرتهن أيضا لذلك .

(١٠) فى نسخة ((ب)) : قلنا : العمرة تبطل بالشروط الفاسدة .

(١١) وهو ما لو قال : فاذا مت رجعت الى .

(١٢) وهو أصحابهما . أنظر المنهاج ص ٨١ .

(١٣) سقط لفظ (لكن) من نسخة ((ب)) .

(١٤) على وزن قتله ، والفاعل هو المعمر .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : بها هنا . / أى فى الرهن المشروط فيه شرط

فاسد ينقص به حق المرتهن .

(١٦) أى لامع الورثة ، اختلف الاصل عن الفرع فى ذلك ، ولا قياس

مع الفارق .

* مسألة (١٢٨) : اذا شرط في البيع رهنا فاسدا لم يبطل في أحد

القولين (١) ١٥٣/٠ ش.

وقال أبو حنيفة : يبطل (٢).

(١) كأن يرهنه مجهولا ، كأحد العبدین ، أو خمرًا ، ونحو ذلك ، فإن البيع لا يبطل بهذا الشرط ، في الصحيح ، وحكى امام الحرمين والرافعي وغيرهما قولا غريبا ، حكاه أبو ثور عن الشافعي أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال ، بل يلغو الشرط ويصح البيع ، قال النووي : وهذا ضعيف . أهـ .
المجموع ج ٩ ص ٣٦٣ في البيوع .

وأنظر حكاية الرافعي لهذا القول في فتح العزيز ج ٨ ص ٢١ والتي تليها .

(٢) المنصوص عليه عندهم أن العقد فاسد ، وبين الفساد والبطلان عندهم فرق ، فإن الفاسد من العقود ما كان منها ممنوعا بوصف تعلق به ، والباطل منها ما كان ممنوعا بأصله ، والرهن الفاسد هنا ، كأن يرهنه مجهولا ، إنما يفسد لوصف الجهالة فيه ، فلو أن المشتري أوفى البائع الثمن صح العقد ، لزوال المفسد به .

أنظر : المبسوط ج ١٣ ص ١٨٠ .

وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج ٢ ص ١٦٤ . كشف القناع ج ٣ ص ١٨٣ .
وذكر في المغنى ج ٤ ص ١٧١ رواية أخرى انه لا يبطل به .

وللمالكية تفصيل في صحة البيع بالشرط : أولا ، فإن كان الشرط يؤدي الى التحجير على المشتري بطل الشرط والبيع ، كأن يشترط عليه أن لا يبيع ، ولا يهب ، بطل الشرط والبيع .

ثانيا : وان كان الشرط يؤدي الى منفعة البائع كركوب الدابة أو سكنى الدار مدة معلومة جاز الشرط والبيع ،

ثالثا : وان كان البائع شرط عليه مالا يجوز الا أنه خفيف الضرر جاز البيع وبطل الشرط ، كأن يقول ان لم تأت بالثمن الى ثلاث فلا بيع بيننا . أنظر القوانين ص ٢٨٥ . وشرط الرهن الفاسد في البيع يؤدي الى التحجير =

لنا : هو أنه عقد مشروط في عقد (٤) ففساده لا يفيد فساد المشروط فيه ،
كالصداق (٦) .

قالوا : شرط فاسد في البيع ، فيبطل به ، كالاجل والخيار (٧) .

= على المشتري ، لان البيع لا يتم الا بتمام المشروط ، والمشروط لا يتم
لفساده فيؤدى ذلك الى ما ذكرنا ، فيبطل العقد المذكور عندهم أيضا
لذلك ، والله أعلم .

وبطلانه يقول ابن حزم أيضا ، أنظر المحلى ج ٩ ص ٤٠٤ .

(٣) أى الرهن الفاسد .

(٤) وهو البيع .

(٥) فى نسخة ((ب)) : لا يوجب .

(٦) حيث لا يفسد النكاح بفساده .

بجامع ان كلا عقد مشروط فى عقد ، اما الاصل فهو الصداق فى النكاح ،
واما الفرع فهو الرهن فى البيع .

ولما كان حكم الاصل عدم فساد عقد النكاح بفساد الصداق ، كان حكم
الفرع كذلك فلا يفسد البيع بفساد الرهن أيضا لذلك .

(٧) حيث يبطل البيع باشتراط الاجل أو الخيار المجهولين .

بجامع ان كلا شرط فاسد فى البيع ، اما الاصل فهو شرط الخيار
أو الاجل المجهولين ، واما الفرع فهو شرط الرهن الفاسد فى البيع .

ولما كان حكم الاصل بطلان البيع اذا شرط فيه أجل وخيار مجهولين ،
كان حكم الفرع كذلك فيبطل البيع اذا شرط فيه رهن فاسد أيضا
لذلك .

قلنا : ذاك^(٨) صفة في العقد ، فهو كشرط المتعة^(٩) ، وهذا^(١٠) عقد منفرد
فهو كالصداق الفاسد^(١١) .

* مسألة (١٢٩) : الرهن أمانة^(١) / ١٥٣ ش.

(٨) أى الاجل والخيار .

(٩) وهى النكاح الى اجل ، بان يتزوجها الى شهر مثلا

حيث يبطل النكاح باشرطه في العقد .

بجامع ان كلا صفة في ذات العقد ، اما الاصل فهو المتعة في النكاح ،

واما الفرع فهو الاجل^(١) والخيار .

ولما كان حكم الاصل بطلان عقد النكاح باشرط المتعة فيه ، كان حكم

الفرع كذلك فيبطل عقد البيع بشرط الرهن الفاسد فيه أيضا لذلك .

(١٠) أى شرط الرهن في البيع .

(١١) حيث لا يبطل به عقد النكاح بل يصح ويثبت لها مهر المثل .

بجامع ان كلا عقد منفرد ، اما الاصل فهو الصداق في عقد النكاح ، واما

الفرع فهو الرهن في عقد البيع .

ولما كان حكم الاصل هو عدم بطلان عقد النكاح بفساد الصداق ، كان

حكم الفرع كذلك فلا يبطل البيع بالشرط الفاسد في الرهن أيضا لذلك .

والمقصود اثبات ان بين الاصل والفرع فارقا في قياسهم المذكور ، فيبطل به .

(١) أى مضمون ضمان الامانات عند التلف ، فاذا قصر المرتهن أو تعسدى

في حفظه فهلك به الرهن كان ضامنا له بالمثل ان كان مثليا وبالقيمة

ان كان قيميا بان كان لا مثل له من جنسه . كالوديعة والعارية . ولا يسقط

بتلفه شئ من الدين .

وأنظر المسألة فى : الام ج٣ ص ١٨٧ . فتح العزيز ج١ ص ١٣٨ . منهاج

ص ٥٦ . وهو قول الحنابلة : شرح المنتهى ج٢ ص ٢٣٤ . كشاف القناع ج٣

ص ٣٢٨ . المغنى ج٤ ص ٢٩٧ .

ولم أقف على قول ابن حزم .

وقال أبو حنيفة : هو مضمون بأقل الامرين من قيمته ، أو قدر الدين .^(٢)
 لفا : ماروى أبو هريرة^(٤) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يغلق
 الرهن ، الرهن من صاحبه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه)^(٥) وقوله من صاحبه
 أى من ضمانه .^(٦)

- (٢) سقط لفظ (هو) من نسخة ((ب)) .
- (٣) شرح معانى الآثار ج ٤ ص ١٠٤ . المبسوط ج ٢١ ص ٦٤ . أى فاذا هلك سقط الدين على الراهن .
 وفرق المالكية بين ما يغاب عليه كحلى وسلاح وثياب وكتب ونحو ذلك فيضمنه
 المرتهن بالهلاك ، وما لا يغاب عليه فلا يضمن كحيوان وعقار .
 أنظر : الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٥٣ . الشرح الصغير ج ٢ ص ١٢١ . البداية
 ج ٢ ص ٣٠٠ .
- (٤) أنظر ترجمته فى المسألة رقم (٣١) هامش (٨) .
- (٥) الحديث رواه الشافعى فى الأم ج ٣ ص ١٦٧ . من طريق ابن أبى فديك
 عن ابن أبى ذئب عن ابن شهاب عن ابن المسيب مرفوعا بلفظ المصنف .
 ورواه عبد الرزاق فى المصنف ج ٨ ص ٢٣٧ رقم ١٥٠٣٣ / عن معمر عن
 الزهرى عن ابن المسيب مرفوعا : لا يغلق الرهن ممن رهنه . أهـ
 ورواه أيضا من طريق الثورى عن ابن أبى ذئب عن الزهرى عن ابن المسيب
 مرفوعا : لا يغلق الرهن ممن رهنه ، له غنمه وعليه غرمه . أهـ . رقم ١٥٠٣٤ /
 قال ابن حجر : صحح أبوداود والبزار والدارقطنى وابن القطان إرساله ،
 وله طرق فى الدارقطنى والبيهقى ، كلها ضعيفة ، وصحح ابن عبد البر
 وعبد الحق وصله . أهـ تلخيص الحبير ج ٣ ص ٣٦ .
- وسياتى معنى الحديث فى الهامش رقم (١٠) .
- (٦) أى فدل على أنه امانة عند المرتهن ، فاذا هلك هلك على الراهن
 وبقي حق المرتهن فى الدين فلا يسقط دينه بهلاكه .

فان قيل : لعله أراد به ملك لصاحبه .^(٧)

قيل : لو أراد ذلك لقال : لصاحبه ،^(٨) ولان ذاك^(٩) عرف من قوله :
لا يخلق الرهن ، ولانه جعل غرمه عليه ،^(١١) والغرم المعطب .^(١٢)
فان قيل : لعله أراد به دينه .^(١٣)

قلنا : ذاك لا يحتاج الى البيان ، لان الدين لا يجوز ان يكون على غير الراهن ،^(١٤)
ولانه قابله بالغنم ، وهو الزيادة ،^(١٥) نحمله على الجمع ،^(١٦) ولانه وثيقة

(٧) بمعنى انه أراد تقرير الحال ، وان الرهن لا تزول الملكية عنه بالارتهان .

(٨) أى بدلا من قوله : من صاحبه . لان اللام أدل على التملك بل هى
المستعملة فيه .

(٩) فى نسخة ((ب)) : ذلك . / والاشارة الى ملكية الرهن .

(١٠) فى النهاية ج ٣ ص ٣٧٩ : يقال غلق الرهن يغلق غلوقا ، اذا بقى فى
يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه ، والمعنى انه لا يستحقه المرتهن
اذا لم يستفكه صاحبه . وكان هذا من فعل الجاهلية : ان الراهن
اذا لم يؤد ماعليه فى الوقت المعين ، ملك المرتهن الرهن فابطله الا سلام . أه
وقد ذكر هذا المعنى أيضا محمد بن الحسن الشيبانى فى الموطأ ص ٣٠٢ ،
رقم / ٨٤٨ .

(١١) أى على الراهن .

(١٢) والعطب الهلاك ، وبابه طرب ، والمعاطب المهالك ، واحدها معطب
كمنه ب . أه المختار ص ٤٣٩ .

أى فاذ كان الغرم على المالك دل على أن ملكه لم يزل عنه بالرهن .

(١٣) سقط لفظ (به) من نسخة ((ب)) . / والضمير عائد الى الغرم .

(١٤) فى نسخة ((ب)) : لا يحتاج أن يكون على غير المرتهن . / وهو خطأ .

(١٥) فى نسخة ((ب)) : فلانحملة على الجميع . / وهو خطأ .

(١٦) أى على جمع الامرين الغنم والغرم فى جهة واحدة وهى جهة الراهن .

بدین ، لیس بعوض منها ، فلم یسقط الحق بهلاکہ ، كالشهادة والضمان^(١٧) ،
ولأنه مقبوض عن عقد واحد بعوض امانة^(١٩) ، فكان جميعه امانة ، كالمقبوض
عن الوديعة أو الشركة^(٢٠)^(٢١) ، ولأن ما أمسكه^(٢٢) بالرهن لم یضمنه بحکم الرهن ،
كالحمل الموجود حال الرهن^(٢٣) ، ولأنه أحد محلی حق المرتهن ،

(١٧) حيث لا یسقط الحق بهلاک الشهود وفي الضمان لا یسقط بهلاک الضامن .
بجامع ان كلا وثیقبدین لیس بعوض منها ، اما الاصل فهو الشهادة والضمان
وهو الكفالة . واما الفرع فهو الرهن .
ولما كان حکم الاصل عدم سقوط الحق بهلاک الشهود وهلاک الضامن ،
كان حکم الفرع كذلك فلا یسقط دین الراهن بهلاک الرهن أيضا لذلك .

(١٨) أى الرهن .

(١٩) وهو ما یقابل الدین من قيمة الرهن ، فان المرتهن غالبا لا يأخذ الرهن
الا اذا كان أكثر قيمة من دینه نثلا تنقص قيمته قبل المحل فیذهب عنه
بعض حقه .

(٢٠) فی نسخة ((ب)) : والشركة . / بلا همزة .

(٢١) حيث یكون كله امانة عند الودیع أو الشریک .

بجامع ان كلا مقبوض عن عقد واحد بعوض امانة ، اما الاصل فالمقبوض
عن الوديعة والشركة . واما الفرع فالمقبوض عن الدین وهو الرهن .
ولما كان حکم الاصل كون جميع المقبوض فيه امانة ، كان حکم الفرع كذلك
فیكون جميع الرهن امانة أيضا لذلك .

(٢٢) أى المرتهن .

(٢٣) حيث لو تلف ، لا یضمنه بحکم الرهن أى بالاثر المترتب علیه .
بجامع الاصل ~~بالرهن~~ بالرهن ، فی كل من الاصل وهو الحمل
الموجود حال الرهن ، والفرع وهو المرهون .
ولما كان حکم الاصل هو عدم ضمان الحمل الموجود حال الرهن بحکم الرهن ،
كان حکم الفرع كذلك فلا یضمن المرهون بحکم الرهن أيضا لذلك .

(٢٤) فلا يسقط بتلفه الحق الذي ثبت باصل العقد ، كالصداق (٢٥) ، ولانه لو كسبان
مضمونا لضمان فاسده (٢٦) ، وقد قالوا ان الرهن (٢٧) المأخوذ في العهدة لا يضمن
فدل على أنه غير مضمون .

(٢٤) في نسخة ((ب)) : فلا يسقط كالصداق . / فيه سقط والصحيح ما في
الاصل .

ومحلا حق المرتهن هما : الرهن و ذمة الراهن ومحلا حق المرأة : المهر ،
وذمة الزوج .

فاذا هلك الرهن أو المهر المعين ، تعلق الحق بذمة الراهن وذمة
الزوج بوجوب مهر المثل عليه .

(٢٥) حيث لا يسقط المهر بتلفه بل يثبت لها مهر المثل .

بجامع ان كلا أحد محلي الحق ، اما الاصل فهو الصداق ، واما الفرع
فهو الرهن ،

ولما كان حكم الاصل هو عدم سقوط الصداق بتلفه ، كان حكم الفرع كذلك
فلا يسقط الرهن بتلف المرهون أيضا لذلك .

أى فدل عدم سقوطه بتلفه على أنه امانة .

(٢٦) كما لو رهنه خمرًا فتلف ، حيث لا يضمن على المرتهن ، لانه رهن فاسد ،

لكون الخمر ليست بمال ، فلا يمكن بيعها والاستيفاء من ثمنها عند
المحل .

(٢٧) في الاصل : ان المرتهن . / وهو تحريف . الا أن يحمل على اسم المفعول .

(٢٨) أى في دين لم يجب بعد ، كما لو قال : اشتري كذا بعشرة دنانير

واعطاه رهنًا بتلك العشر التي هي الثمن ، فان الثمن لم يجب بعد ،

لعدم حصول البيع ، وهو هنا انما يرهنه على العهدة خوف أن يخرج

الثمن مستحقا ، فيلزم الوكيل في الشراء ضمانه للبائع .

وانما لم يقولوا بضمان الرهن المأخوذ على العهدة لانه رهن فاسد ، لأنه

ضمان مال يجب .

احتجوا : بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (الرهن بما فيه) . (٢٩)

قلنا : قال الدارقطني : يرويه اسماعيل بن أبي أمية ، وهو يضع الحديث (٣٠) ، ثم يحتل أنه أراد به (٣١) مضمون بما فيه ، ويحتل أنه محبوس بما فيه ، أو مبيع بما فيه ، فوجب التوقف . (٣٢)

(٢٩) الحديث رواه الدارقطني ج ٣ ص ٣٢ كتاب البيوع ، رقم / ١٢٤ عن أنس مرفوعا من طريق اسماعيل بن أبي أمية - أخبرنا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس . ثم قال : اسماعيل هذا يضع الحديث . وهذا باطل عن قتادة وعن حماد بن سلمة . أهـ

ورواه أيضا من طريق هشام بن زياد عن حميد عن أنس مرفوعا ، ثم قال : لا يثبت هذا عن حميد ، وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء . أهـ رقم / ١٢٣ . وأنظر قول الزيلعي في رجال سند الدارقطني هذا حيث نقل عن أبي حاتم وابن معين والنسائي وابن حبان تضعيفهم رجال هذا الحديث ، وكذا الحديث الأول . أنظر النصب ج ٤ ص ٣٢١ .

قال ابن حجر : وأخرج - أي أبو داود في المراسيل - عن أبي الزناد قال : ان ناسا يوهمون في قول النبي صلى الله عليه وسلم : الرهن بما فيه اذا كان هلك ، وانما قال ذلك في ما أخبر الثقة من الفقهاء ، اذا هلك وعصيت

قيمته . أهـ . الدراية ج ٢ ص ٢٥٨ رقم / ١٠٠٣ .

(٣٠) أنظر سنن الدارقطني ج ٣ ص ٣٢ البيوع . رقم الحديث / ١٢٤ .

وأنظر ترجمته الدارقطني في المسألة رقم (١) هامش (٢٨) .

(٣١) سقط لفظ (به) من نسخة (ب) .

(٣٢) لان الدليل اذا دخله الاحتمال ، بطل به الاستدلال ، حتى يترجح

أحد الاحتمالات بمرجح خارج عنه ، ولا مرجح هاهنا فوجب التوقف .

قالوا : روى ان رجلا رهن فرسا له فنفق عند المرتهن ، فقال لــــه
 النبي صلى الله عليه وسلم (ذهب حقلك) .
 قلنا : يرويه عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو مرسل ، ولا نه يحتمل :

- (٣٣) أى مات عنده ، من باب دخل . أنظر المختار ص ٦٧٣ .
- (٣٤) زاد فى نسخة ((ب)) : من الوثيقة .
- والحديث رواه أبو داود فى المراسيل من طريق عطاء ، وأخرجه ابن أبى
 شيبة أيضا مرسلا . أنظر الدراية ج ٢ ص ٢٥٧ رقم / ١٠٠٢ .
- ونقل الزيلعى عن عبد الحق قوله : هو مرسل وضعيف ، قال : وقال ابن القطان
 فى كتابه : ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط ،
 وان كان صدوقا ، أهـ . النصب ج ٤ ص ٣٢١ .
- وقد سلم الطحاوى بأنه منقطع الاسناد . أنظر شرح معانى الآثار ج ٤ ص ١٠٢ .
- ومعناه : ان الدين ذهب على المرتهن بهلاك الفرس عنده ، ولو كان لمانة
 عنده لما ذهب عليه دينه ، فصح ان الرهن مضمون على المرتهن .
- (٣٥) فى نسخة ((ب)) : قلنا : أراد فلا تطالب برهن آخر . / وفيه سقط .
- (٣٦) أى فلا يعارض به حديث مسألتنا المتقدم ذكره هامش (٥) (لا يغلق
 الرهن) لان الموصول مقدم عند التعارض على المرسل .
- وانما كان الحديث المذكور مرسلا ، لان عطاء تابعى .
- وعطاء هو : ابن أبى رباح القرشى مولا هم ، يكنى بأبى محمد الجندى اليماني ،
 نزيل مكة واحد الفقهاء الائمة ، روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلا ،
 وعن اسامة بن زيد ، وعائشة وأبى هريرة وام سلمة وعروة بن الزبير ، وغيرهم .
- وروى عنه : أيوب وحبيب بن أبى ثابت وجعفر بن محمد وابن جريج وغيرهم .
- قال ابن سعد : كان ثقة عالما كثير الحديث ، انتهت اليه الفتوى بمكة ، أهـ
- وقال أبو حنيفة : ما لقيت افضل من عطاء أهـ . وقال ابن عباس وقد سئل
 عن شئ : يا أهل مكة تجتمعون على وعندكم عطاء ، أهـ قيل انه حج
 سبعين حجة .

ذهب حقلك من الوثيقة ، فلا تطالب برهن آخر ، كما يطالب المؤجر بدابة
أخرى اذا هلكت دابته ، وهذا اشبه ، (٣٧) لانه لو أراد الدين لما أطلق
حتى يعرف مقدار الدين والرهن . (٣٩)

قالوا : محبوس في يده بعقد لاستيفاء مال ، فكان مضموناً ، كالبيع
في يد البائع . (٤١)

= توفي سنة أربع عشرة ومائة . أنظر الخلاصة ص ٢٦٦ .
قال الذهبي : وقد كان - أى عطاء - صاحب ارسال ، قال يحيى القطان :
مرسلات مجاهد أحب اليها من مرسلات عطاء بكثير ، كان عطاء يأخذ من
كل ضرب . أه .
وقال أيضا : قال أحمد : ليس في المرسل اضعف من مرسل الحسن
وعطاء ، كانا يأخذان عن كل أحد . أه . أنظر الميزان ج ٣ ص ٧٠ ،
رقم / ٥٦٤٠ .

(٣٧) أى أقوى ، وأقرب الى الصواب من غيره .

(٣٨) أى في قوله : ذهب حقلك .

(٣٩) فلعل أحدهما أن يكون أكثر من الآخر ، فتتعلق الزيادة في ذمة من
عليه الحق ، ولا تسقط بتلف الاصل المرهون .

(٤٠) في نسخة ((ب)) : مضمونا عليه .

(٤١) حيث يكون مضمونا على البائع بالتلف ، اذا هلك قبل قبض المشتري .
بجامع ان كلا محبوس في يده بعقد لاستيفاء مال ، اما الاصل فهو المبيع
في يد البائع ، واما الفرع فهو الرهن في يد المرتهن .
ولما كان حكم الاصل ضمان البائع للمبيع المحبوس في يده لاستيفاء الثمن ،
كان حكم الفرع كذلك فيضمن المرتهن الرهن اذا هلك في يده أيضا لذلك .

قلنا : لا تأثير للوصف ، (٤٢) فانه مضمون فى الاصل (٤٣) والفرع (٤٤) اذا قضااه الدين ، وان لم يكن محبوسا بالحق . ثم يبطل به اذا اجل الاجرة فــــــى
 الاجارة ، (٤٥) ثم تفاسخا ، وحبس العين بالاجرة ، (٤٦) والمبيع عوض عن الدين ، (٤٩)
 لا ينفرد عنه ، (٥٠) فاذا تلف (٥١) سقط ما فى مقابلته ، (٥٢) وهذا (٥٣) وثيقة لــــــس

-
- (٤٢) وهو العلة الجامعة المذكورة ، وهى قولهم : محبوس فى يده بعضه
 لاستيفاء مال .
 ومقتضاه انه اذا لم يكن محبوسا للاستيفاء بأن وفاه الحق لا يكون مضمونا ، والحال
 انه مضمون فلا تأثير للوصف .
 (٤٣) وهو المبيع فى يد البائع .
 (٤٤) وهو الرهن فى يد المرتهن ، حيث اذا قضااه الراهن الدين وبقي الرهن
 فى يد المرتهن وهلك كان مضمونا عليه .
 (٤٥) بأن سلمها للمؤجر قبل استيفاء المنفعة .
 (٤٦) أى المستأجر .
 (٤٧) بأن لم يرد ها الى صاحبها وهو المؤجر ، حتى يستعيد منه الاجرة ،
 حيث لا يضمن العين ان تلفت عنده ، مع كونه يحبسها فى يده بعقــــد
 الاجارة لاستيفاء الاجرة .
 (٤٨) أى الذى حبسه البائع بالثمن ، وهو الاصل المقيس عليه فى قياسهم .
 (٤٩) وهو ثمن المبيع .
 وفى نسخة ((ب)) : عوض عن الثمن .
 (٥٠) لانه مرتبط به ارتباط العوض بالمعوض .
 (٥١) أى المبيع .
 (٥٢) وهو الثمن .
 (٥٣) أى الرهن .

يعوض ، فإذا تلف بقى الدين ، كالضمان ،^(٥٤) ولأن يتلف المبيع^(٥٥) يفسخ البيع ولا يجوز أن يستحق الثمن مع انفساخ البيع ، وهذا^(٥٦) لا يفسخ البيع بتلف الرهن^(٥٧) فلم يسقط الثمن^(٥٨) .

قالوا : قبض الرهن للاستيفاء ، ومن قبض شيئا لمعنى تلف على الوجه الذى قبضه ، كالتأبض بالسوم .^(٥٩)

(٥٤) حيث لا يسقط الدين بموت الكفيل ، والضامن .

بجامع ان كلا وثيقة ليس بعوض عن الدين ، اما الاصل فهو الضمان ، وأما الفرع فهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل عدم سقوط الدين بموت الكفيل - وهو الضامن - كان حكم الفرع كذلك فلا يسقط الدين بتلف الرهن أيضا لذلك .

(٥٥) أى قبل قبضه .

(٥٦) أى فى الرهن .

(٥٧) أى فيما لو كان الرهن على الثمن مشروطا فى عقد البيع .

(٥٨) أى فبطلت^{تلك} حبس البائع المبيع لاستيفاء ثمنه على حبس الرهن لاستيفاء الدين للفارق المذكور .

(٥٩) حيث لو سام سلعة بأن سأل عن ثمنها وأبدى الرغبة فى شرائها ثم

قبضها قبل العقد ليعرضها على من يعرف جودتها فهلكت^{فمضى} يده ، فانه يضمنها .

والسوم هو عرض البائع السلعة للبيع وهو طلب المشتري من البائع بيع السلعة أيضا .

تقول سام السلعة يسومها سوما من باب قال . أنظر المصباح ج ١ ص ٣١٨ . والجامع فى القياس المذكور هو ان كلا قبض للاستيفاء ، اما الاصل فهو القبض بالسوم ، واما الفرع فهو القبض بالرهن .

ولما كان حكم الاصل هو انفساخ البيع بهلاك المبيع فى يد المشتري فى مدة الخيار لانه قبضه على وجه السوم ، كان حكم الفرع كذلك فيكون الرهن مضمونا على المرتهن بحكم الرهن أيضا لذلك .

قلنا : المستأجر قبض العين لاستيفاء المنفعة ، ثم لا يتلف على ذلك الوجه^(٦٠) ، والقابض بالسوم قبض ليعضن بالثمن^(٦١) ، ثم لا يعضن بالثمن ، وإنما يعضن بالبدل ، لأنه قبضه على وجه البدل ، والمرتهن لم يقبض ليستوفى منه الحق^(٦٢) ، بل قبضه لبيع^(٦٤) ويدفع اليه العوض^(٦٥) .

قالوا : حق يتعلق بالعين^(٦٦) ، فسقط بهلاكه ، كأرث الجنائية^(٦٧) .

قلنا : ذلك^(٦٨) يختص بالعين ، وهذا^(٦٩) يتعلق بالعين والذمة ، فإذا فات العين بقيت الذمة^(٧٠) .

(٦٠) أى على وجه الاستيفاء .

(٦١) فى نسخة ((ب)) : والقابض للسوم .

(٦٢) أى ليشتره بالثمن .

(٦٣) سقط لفظ (منه) من نسخة ((ب)) : . / أى من عين الرهن .

(٦٤) أى الرهن .

(٦٥) وهو الدين الذى له على الراهن .

(٦٦) فى نسخة ((ب)) : يتعلق بعين .

(٦٧) حيث يسقط بهلاك الجانى اذا كان رقيقا .

بجامع ان كلا حق يتعلق بالعين ، اما الاصل فهو أرث الجنائية سواء
الفرع فهو الرهن .

ولما كان حكم الاصل هو سقوط الارش بفوات المحل ، كان حكم الفرع كذلك

فيفسخ الرهن بهلاك المرهون أيضا لذلك .

(٦٨) أى الارش فى الجنائية .

(٦٩) أى الرهن .

(٧٠) أى فيستوفى الحق منها .

فيطل قياس احدهما على الآخر للفارق المذكور .

قالوا : لو كان امانة لقبيل قوله في الرد ، كالوديعة . (٧١)

قلنا : الوديعة أخذها لمنفعة المالك ، (٧٢) فقبل قوله في الرد ، (٧٣) وهذا (٧٤)

أخذه (٧٥) لمنفعة نفسه . فلم يقبل قوله في الرد . (٧٦)

(٧١) حيث القول قوله - عند الاختلاف - في رد الوديعة الى المودع . أى والحال

انه لا يقبل قوله في رد الرهن عند الاختلاف مع الراهن ، فدل ذلك على

أن الرهن ليس أمانة .

(٧٢) فهو يحفظها لمصلحة غيره .

(٧٣) لانه غير متهم فيه .

(٧٤) أى الرهن .

(٧٥) سقط الضمير في (أخذه) من نسخة ((ب)) .

(٧٦) لمكان التهمة فيه .

أى وهذا فارق بين الاصل والفرع يطل قياسهم المذكور .

= انتهى المجلد الثاني ، يليه الثالث وأوليه :

* مسائل التفسير *

~~~~~