

الباب الثاني: كتاب البيوع

وفيه اثنا عشر فصلا

الفصل الأول: بيع الغرر وبيع الخيار

وفيه مبحثان

المبحث الأول: في بيع الغرر

وفيه ستة مطالب

المطلب الأول: بيع الشواء المسموط

قال ابن القاص: فإن نظر إلى لحم شاة قد قطع مع جلدها قبل أن يسلخ لم يجز إلا في شيء واحد وهو الشواء المسموط^(١)، قلته تحريجا^(٢).
ما ذهب إليه ابن القاص من جواز بيع الشواء المسموط هو مقتضى قول المالكية^(٣)، وبه قال الشافعية^(٤)، والحنابلة^{(٥)(٦)}.

(١) السَّمَط: هو أن ينزع صوف الشاة المذبوحة بالماء الحار وإنما يفعل بها ذلك في الغالب لتشوى.

انظر: النهاية في غريب الحديث ٤٠١/٢، المصباح المنير ص ١١٠.

(٢) انظر: التلخيص ص ٢٨٨، ونقله عنه العمري في البيان ١١٣/٥.

(٣) نص المالكية على أن الجلد يؤكل مسموطا، وهذا هو التعليل لجواز بيعه؛ فعلى هذا يكون مقتضى قول المالكية جواز بيعه، والله أعلم. انظر: مواهب الجليل ٢٠٦/٦، التاج والإكليل ٢٠٥/٦.

(٤) انظر: البيان ١١٣/٥، المجموع شرح المذهب ٢٩٩/٩.

(٥) انظر: الفروع ٢٩/٤، الإنصاف ٣٠٨/٤.

(٦) والظاهر من مذهب الحنفية عدم جواز بيع اللحم قبل السلخ قال في البدائع: ١٣٩/٥: وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية (أي لا يجوز) لأنها إنما تصير لحما بالذبح والسلخ.

وفي رد المحتار ٢٦٦/٧ ما يدل على خلاف ذلك حيث قال نقلا عن الخانية: لأنها لو كانت مذبوحة فباع لحمها أو جلدها جاز.

وهذا النقل لم يقيد جواز بيع لحم أو جلد الشاة المذبوحة بالسلخ.

ولم أقف على نص لهم في الشواء المسموط.

الدليل:

أن الجلد فيها مأكول، فهو كالدجاجة المذبوحة إذا بيعت في جلدتها^(١).

المطلب الثاني: بيع الفول رطبا

قال ابن القاص: ولا يجوز بيع شيء وعليه قشرتان حتى يرفع العلياء إلا واحدا، وهو بيع الفول رطبا^(٢)، قلته تخريجا^(٣).

وقد اختلف العلماء في جواز بيع الفول رطبا في قشريه على قولين:

القول الأول: يجوز، وبه قال الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والحنابلة^(٦)، والشافعية في وجه^(٧)، صححه الغزالي^(٨)^(٩) وإمام الحرمين^(١٠)^(١١)، وخرجه ابن القاص.

(١) انظر: البيان ١١٣/٥.

(٢) هو الباقلاء أو الباقلَى. انظر: تحرير التنبيه ص ٤٠، القاموس المحيط ص ١٢٥٠، زاد المحتاج ١٠٠/٢.

(٣) انظر: التلخيص ص ٢٨٨، ونقله عنه الرافعي في فتح العزيز ٨٢/٩.

(٤) انظر: الهداية ٢٩٣/٦، الاختيار لتعليل المختار ٩/٢، الدر المختار ٩٢/٧.

(٥) انظر: المعونة ١٠١١/٢، حاشية الدسوقي ٢٨٤/٤.

(٦) انظر: المغني ١٦١/٦، مجموع الفتاوى ٢٢٦/٢٩، معونة أوي النهي ٣٤/٤.

(٧) انظر: غنية الفقيه لابن يونس ١٤/١، المجموع شرح المذهب ٣٠٦/٩.

(٨) هو: محمد بن محمد بن محمد بن محمد، كنيته أبو حامد، ولد بطوس سنة ٤٥٠هـ، وارتحل إلى أبي نصر الإسماعلي بجرجان، ثم إلى إمام الحرمين بنيسابور فلزمه حتى صار أفاقه أقرانه، وصنفا كتباً في المذهب، منها البسيط والوسيط والوجيز، توفي سنة ٥٠٥هـ.

انظر ترجمته في: طبقات الفقهاء لابن الصلاح ٢٤٩/١، طبقات السبكي ١٩١/٦، طبقات الأسنوي ٢٤٢/٢.

(٩) انظر: الوسيط ١٨٥/٣.

(١٠) هو: عبد الملك بن عبد الله أبي محمد الجويني، كنيته أبو المعالي، اشتهر بإمام الحرمين، ولد سنة ٤١٩هـ، وهو من الأئمة الخراسانيين، له مصنفات كثيرة، منها نهاية المطلب في دراية المذهب، والبرهان في أصول الفقه، والغيثي وغيرها، توفي سنة ٤٧٨هـ.

انظر ترجمته في: طبقات السبكي ١٦٥/٥، طبقات الأسنوي ٤٠٩/١.

(١١) نقله عنه النووي في الروضة ٥٦٠/٣.

القول الثاني: لا يجوز، وهذا القول عليه أكثر الشافعية^(١)، وهو المنصوص في الأم^(٢).

أدلة أصحاب القول الأول:

١_ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣).

وجه الدلالة: أن الأصل في البيوع الحل إلا ما دل الشرع على تحريمه^(٤).

٢_ ما ورد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ نهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهي البائع والمبتاع»^(٥).

وجه الدلالة: دل الحديث بمفهومه على إباحة بيعه إذا بدا صلاحه^(٦).

٣_ أن الفول يباع في أسواق المسلمين من غير نكير فكان ذلك إجماعاً^(٧).

٤_ أن الفول مستور بحائل من أصل خلخته فجاز بيعه كالرمان والموز^(٨).

٥_ أن الناس بحاجة إلى بيعه رطباً، لأنه ليس كل أحد يمكنه أن يجفف ثمرته وفي نزع قشرته إفساد له فلم يبق إلا جواز البيع^(٩).

٦_ أنه مال منتفع به فجاز بيعه في قشره^(١٠).

٧_ يجوز بيع الفول في قشره لتعلق الصلاح به، حيث أنه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللب^(١١).

(١) انظر: الحاوي ١٩٨/٥، التنبيه ص ٦٦، التهذيب ٣/٣٨٦، فتح العزيز ٨٢/٩، المنهاج ص ٥١.

(٢) انظر: الأم ١٦٢/٣.

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٥.

(٤) انظر: المعونة ١٠١١/٢، مواهب الجليل ٥/٦.

(٥) رواه البخاري ٢٣/٢، كتاب البيوع / باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ومسلم ١١٦٥/٣ رقم

١٥٣٤، كتاب البيوع / باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع.

(٦) انظر: المغني ١٦٢/٦.

(٧) انظر: المهذب ٣/٣٨، المغني ١٦٢/٦، مجموع الفتاوى ٢٩/٢٢٦.

(٨) انظر: المعونة ١٠١١/٢، المغني ١٦٢/٦، معونة أولي النهى ٤/٣٤.

(٩) انظر: المعونة ١٠١١/٢.

(١٠) انظر: الاختيار تعليل المختار ٩/٢.

(١١) انظر: زاد المحتاج ١٠١/٢.

أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر»^(١).
وجه الدلالة: أن الحب قد يكون صغاراً، وقد يكون كباراً، وقد يكون في بيوته ما لا شيء فيه، وقد يكون فيه حب متغير، فيؤدي إلى جهالة المبيع، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز^(٢).

٢_ أن الفول مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه، فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن^(٣)، وبيع الحيوان المذبوح في سلخه^(٤).

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١_ استدلالهم بالآية: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ هو استدلال بالعموم، وبيع الفول في قشريه فيه غرر، وقد ورد في الشرع النهي عن بيع الغرر، فنخرج هذه الصورة من عموم الآية.

٢_ استدلالهم بنهي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها استدلال بالمفهوم، وحديث النهي عن بيع الغرر استدلال بالمنطوق، والمنطوق مقدم على المفهوم كما هو مقرر في علم الأصول.

٣_ قولهم: إن الفول يباع في أسواق المسلمين من غير نكير فكان ذلك إجماعاً.
يجاب عنه: عدم الإنكار لا يدل على الإجماع، وكيف يدعى الإجماع والشافعي قد نص على عدم الجواز.

٤_ وأما قولهم إن الفول مستور بحائل من أصل خلقته، وأن المصلحة تقتضي حفظه في قشريه لئلا يفسد فجاز بيعه كذلك.

(١) رواه مسلم ١١٥٣/٣ رقم (١٥١٣) كتاب البيوع / باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر.

(٢) انظر: المهذب ٣/٣٨، مجموع الفتاوى ٢٩/٢٦.

(٣) تراب الصاغة: برادة نحو حلي ذهب أو فضة مع ما يختلط به من نحو تراب. انظر: حاشية المنتهى ٣٥٣/٢.

(٤) انظر: المغني ٦/١٦٢.

يجاب عنه: بأن حفظ الفول في قشريه لم تجر العادة بذلك، ولا مصلحة فيه، فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع تراب الصاغة.

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ استدلالهم بنهيهِ ﷺ عن بيع الغرر، وأن بيع الفول قي قشريه فيه جهالة بالمبيع. يجاب عنه: بأن الأمر ليس كذلك؛ فإن هذه الأعيان تعرف كما يعرف غيرها من المبيعات التي يستدل برؤية بعضها على جميعها^(١).

٢_ قولهم: إن الفول مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن، وبيع الحيوان المذبوح في سلخه. يجاب عنه بأجوبة منها:

أ_ أن العادة جارية بادخار الفول في قشريه من عهد النبي ﷺ وأصحابه والتابعين في جميع الأعصار والأمصار^(٢).

ب_ قولهم: ليس من مصلحته لا يصح، فإنه لا قوام له في شجره إلا به، والفول يؤكل رطباً، وقشره يحفظ رطوبته^(٣).

ج_ قولهم لا يجوز بيعه كتراب الصاغة والمعدن لا يسلم^(٤)، وإلا فإن ذلك ليس من أصل الخلقة في تراب الصاغة، ولا بقاءه فيه من مصلحته، بخلاف مسألتنا^(٥).

د_ قولهم لا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الحيوان المذبوح في سلخه لا يسلم لهم، فبيعه جائز فإنه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح فكذلك إذا ذبح، كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت^(٦).

(١) انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٢٢٦.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٢٩/٢٢٦.

(٣) انظر: المغني ٦/١٦٢.

(٤) إذا بيع بغير جنسه جاز عند الحنفية والحنابلة، وإذا بيع بجنسه لم يجز عند الأئمة الأربعة.

انظر: الهداية ٦/٢٩٤، المعونة ٢/١٠٢٨، المجموع شرح المذهب ٩/٣٠٧، المغني ٦/١١٩، منتهى الإرادات ٢/٣٥٣.

(٥) انظر: المغني ٦/١٦٢.

(٦) انظر: المغني ٦/١٦٢.

الراجح: يترجح في نظري القول بجواز بيع الفول رطبا في قشريه لما يلي:

١_ لقوة أدلة أصحاب القول الأول.

٢_ أن بيع الفول في قشريه ليس من بيع الغرر كما تقدم بيانه^(١)، فلا يصح إخراج جواز بيع الفول به عن عموم الأدلة الدالة على الجواز.

٣_ أن ما ذهب إليه الشافعية من عدم جواز بيع الفول في قشريه بناء على نص الشافعي في الأم، قد نقل عن الشافعي أنه في مرض موته أمر أن يشتري له الفول الرطب فدل ذلك على جوازه عنده^(٢).

المطلب الثالث: بيع الأمة بشرط أنها حامل

قال ابن القاص: وإذا باع على أنها حامل أو لبون جاز، قاله في اللبون نصا^(٣)، وقلته في الحمل تخريجا^(٤).

ما جزم به ابن القاص من أن البيع بشرط الحمل جائز هو قول الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، وهو الأصح عند الشافعية^(٧)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٨).

(١) انظر: ص ١٣٤.

(٢) انظر: فتح العزيز ٨٣/٩، مجموع الفتاوى ٢٢٦/٢٩.

(٣) لم أقف على نص الشافعي في الأم ولا في المختصر.

(٤) انظر: التلخيص ص ٢٩١، ونقله عنه البغوي في التهذيب ٥٢٦/٣.

(٥) هذا إذا كان الشرط من البائع، فلو شرط ذلك المشتري لم يجز، وقيل لا يجوز البيع، وقيل إن اشتراها ليأخذها ظئرا فالبيع فاسد وإن لم يرد بالشراء ذلك جاز. انظر: المبسوط للشيباني ١٠٠/٥، بدائع الصنائع ١٦٨/٥-١٦٩، الدر المختار مع رد المحتار ١٤٤/٧.

(٦) محل الجواز عند المالكية أن يقصد بذلك البراءة من عيب الحمل، فلو قصد الاستزادة من الثمن لم يجز بيعها على أنها حامل، ثم إذا كانت الأمة غير مرغوب فيها ولا تراد للوطء جاز بيعها بقصد التبري من الحمل الظاهر والخفي، وإن كانت الأمة مرتفعة تراد للحسن والجمال جار بيعها بشرط التبري من الحمل الظاهر دون الخفي.

انظر: الكافي لابن عبد البر ٧١٣/٢، المعونة ١٠٦٨/٢، جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٣٤٨، شرح الدردير مع حاشية الدسوقي ٩٥/٤-٩٦.

(٧) انظر: الحاوي ٣٢٦/٥، المجموع شرح المذهب ٣٢٣/٩.

(٨) انظر: المغني ٢٤٠/٦، الإنصاف ٣٤٤/٤.

الأدلة:

- ١_ أن صفة الحمل مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا^(١).
 - ٢_ البيع جائز لأن الظاهر وجود الحمل، والجهل به لا يؤثر لأنه لا تمكن رؤيته فعفي عن الجهل به كأساس الدار^(٢).
 - ٣_ أن الشرط يتعلق بمصلحة العقد وهو العلم بصفات المبيع التي يختلف بها الأغراض فيصح العقد والشرط^(٣).
 - ٤_ أن الحمل في الجوّاري عيب فاشتراط الحمل في البيع إبراء من هذا العيب^(٤).
- المطلب الرابع:** بيع الهر الأهلي إذا توحش فلم يقدر على تسليمه
- قال ابن القاص: ونهى عن ثمن الهر^(٥)؛ وذلك عندنا إذا توحش الهر فلم يقدر على تسليمه كان بيعه باطلا، قلته تخريجا^(٦).
- ذهب جمهور الأئمة من الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم^(١٠)، إلى جواز بيع الهر الأهلي.

(١) انظر: المغني ٦/٢٤٠.

(٢) انظر: المهذب ٣/٤٢.

(٣) انظر: الغرر البهية ٤/٥٢٢، نهاية المحتاج ٣/٤٦٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٦٨-١٦٩، حاشية الدسوقي ٤/٩٥.

(٥) من ذلك حديث أبي الزبير أنه سأل جابرا عن ثمن الكلب والسنور؟ قال: ((زجر النبي ﷺ عن ذلك)). رواه مسلم ٣/١١٩٩ رقم ١٥٦٩ كتاب المساقاة / باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور.

(٦) انظر: التلخيص ص ٣١١، ونقله عنه النووي في المجموع ٩/٢٣٠.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٤٢، فتح القدير ٧/١١٨، الدر المختار ٧/٥٠٦.

(٨) انظر: المدونة ٢/٦، الكافي لابن عبد البر ٢/٦٧٥، جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٤٤٦، حاشية الدسوقي ٤/١٧.

(٩) وفي وجه عن ابن القاص أنه لا يجوز بيعه، قال النووي: وهذا شاذ باطل مردود والمشهور جوازه.

انظر: الأم ٣/٤٠، التهذيب ٣/٥٦٧، فتح العزيز ٨/١١٨، المجموع شرح المهذب ٩/٢٢٩.

(١٠) والرواية الثانية عند الحنابلة لا يصح بيع الهر وصححها ابن رجب الحنبلي في قواعده.

الأدلة: واستدل الجمهور على ذلك بالسنة والمعقول:

١_ قوله ﷺ: «وعرضت عليّ النار فرأيت فيها امرأة من بني إسرائيل تعذب في هرة لها ربطتها فلم تطعمها...» الحديث^(١).

وجه الدلالة: قوله ﷺ: « في هرة لها»، والأصل في اللام الملك وما جاز تملكه جاز بيعه^(٢).

٢_ أن الهر حيوان طاهر منتفع به، ووجد فيه جميع شروط البيع بالخيار فجاز بيعه، كالحمار والبغل والشاة^(٣).

٣_ أن البيع شرع طريقاً للتوصل إلى قضاء الحاجة واستيفاء المنفعة المباحة، ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغي أن يشرع ذلك فيه ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه، فما يباح الانتفاع به فينبغي أن يجوز بيعه^(٤).

وأجاب الجمهور عن النهي الوارد في ثمن الهر بما يلي:

١_ أن الحديث لا يصح^(٥).

٢_ النهي خاص بالهر الوحشي، أو الأهلي الذي توحش فلا يقدر على تسليمه، وهذا ما خرجه ابن القاص^(٦).

=

انظر: الكافي لابن قدامة ٩/٣، القواعد الفقهية لابن رجب ص ٢١٨، جامع العلوم والحكم ٤١٨/١، الإنصاف ٢٧٣/٤، تصحيح الفروع ١١/٤، منتهى الإرادات ٢٥٥/٢.

(١) رواه مسلم ٦٢٢/٢ رقم ٩٠٤ كتاب الكسوف / باب ما عرض على النبي ﷺ في صلاة الكسوف من أمر الجنة والنار.

(٢) انظر: معونة أولي النهى ١٤/٤.

(٣) انظر: البيان للعمراي ٦١/٥، المجموع شرح المذهب ٢٣٠/٩.

(٤) انظر: المغني ٣٦٠-٣٦١/٦.

(٥) قاله ابن عبد البر. انظر: التمهيد ٤٠٣/٨، معالم السنن ١٢٥/٥.

(٦) انظر: التلخيص ص ٣١١، معالم السنن ١٢٤/٥-١٢٥، السنن الكبرى للبيهقي ١٨/٦، شرح السنة

٢٤/٨، المجموع شرح المذهب ٢٣٠/٩، زاد المعاد ٧٧٣/٥، فيض القدير ٣٠٨/٦، حاشية السندي

على سنن النسائي ٢١٦/٧.

- ٣_ أن النهي محمول على ما ليس بمملوك^(١).
- ٤_ أن النهي محمول على الهر الذي لا نفع فيه^(٢).
- ٥_ أن النهي محمول على التنزيه حتى يعتاد الناس هبته وإعارته والسماحة به كما هو الغالب^(٣).
- ٦_ أن النهي عن ثمن الهر كان في ابتداء الإسلام حين كان محكوماً بنجاسته، ثم حين صار محكوماً بطهارة سؤره حل ثمنه^(٤).
- وهذا القول الذي ذهب إليه ابن القاص والذي عليه جمهور أئمة المذاهب الأربعة من جواز بيع الهر غير مسلم لما يلي:
- ١_ أن حديث النهي عن ثمن الهر حديث صحيح رواه مسلم، فلا يصح القول بأنه لا يثبت^(٥).
- ٢_ أن القول بأن ذلك كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ليس فيه دلالة بينة^(٦).
- ٣_ أما باقي التأويلات فإن فيها ضعفاً في مقابلة ظاهر السنة من تحريم ثمن الهر^(٧)، وفيه إخراج للنهي عن معناه الحقيقي بلا مقتض^(٨).
- وبناء على هذا فإن القول بتحريم بيع الهر هو القول الصحيح، وهو ما رجحه البيهقي^(٩)، وابن القيم^(١٠)، وابن رجب^(١١)، والشوكاني^(١٢).
- المطلب الخامس: بيع الماء تبعا مع الأرض**

- (١) انظر: المغني ٦/٣٦٠، زاد المعاد ٥/٧٧٣، المتع شرح المقنع ٣/١٦.
- (٢) انظر: المغني ٦/٣٦٠، شرح صحيح مسلم ٤/٢٣٣، فيض القدير ٦/٣٠٨.
- (٣) انظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/١٢٦، المجموع شرح المذهب ٩/٢٣٠، شرح صحيح مسلم ٤/٢٣٣، جامع العلوم والحكم ١/٤١٨، حاشية السيوطي على النسائي ٧/٢١٦.
- (٤) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٨.
- (٥) انظر: شرح صحيح مسلم ٤/٢٣٤.
- (٦) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٨.
- (٧) انظر: زاد المعاد ٥/٧٧٣.
- (٨) انظر: نيل الأوطار ٣/١٤٥.
- (٩) انظر: السنن الكبرى ٦/١٨.
- (١٠) انظر: زاد المعاد ٥/٧٧٣.
- (١١) انظر: القواعد الفقهية ص ٢١٨.
- (١٢) انظر: نيل الأوطار ٣/١٤٥.

قال ابن القاص: ونهي عن بيع الماء^(١)، وذلك عندنا إذا أفرد بالبيع ماء النهر، أو البئر، أو عين لشرب الأرض، فإن بيع مع الأرض تبعاً^(٢) كان جائزاً، قلته تخريجاً^(٣).
ما ذهب إليه ابن القاص من جواز بيع الماء تبعاً للأرض هو قول الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

الأدلة:

١_ حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه^(٨) وفيه: «... فقال: أنشدكم بالله والإسلام هل تعلمون أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة^(٩) فقال من

(١) من ذلك حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه مرفوعاً: ((نهي رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء)) وفي رواية: ((نهي رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل وعن بيع الماء والأرض لتحرث فعن ذلك نهى النبي ﷺ)).
رواه مسلم في صحيحه ١١٩٧/٣ رقم ١٥٦٥ في كتاب المساقاة / باب تحريم فضل بيع الماء الذي يكون بالغلاة ويحتاج إليه لرعي الكلاً وتحريم منع بذله.

(٢) في المطبوع: بيعا والصواب تبعاً كما أثبتته.

(٣) انظر: التلخيص ص ٣١١، ونقله عنه النووي في الروضة ٤٢٢/٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٦، الهداية ٤٢٨/٦، رد المحتار ٢٧٧/٧.

(٥) انظر: المدونة ٢٨٩/٣، التمهيد ١٣٠/١٣، المعونة ١١٩٧/٢.

(٦) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٨٤، البيان ٢٣٢/٥، الروضة ٣١٢/٥، تكملة المجموع للسبكي ٢٨٤/١١.

(٧) انظر: المغني ١٤٧/٦، مجموع الفتاوى ٢١٥/٢٩، أعلام الموقعين ٢٨٦/٣، زاد المعاد ٨٠٥/٥.

(٨) هو أمير المؤمنين ثالث الخلفاء الراشدين عثمان بن عفان بن أبي العاص أبو عبد الله، ولد بعد الفيل بست سنين، أسلم قديماً وهاجر المهجرتين، وتزوج ابنتي رسول الله ﷺ، روى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمر، وعنه أولاده أبان وسعيد وعمرو، وأبو هريرة وأنس والسائب وغيرهم، توفي سنة ٣٥ هـ.
انظر ترجمته في: الإصابة ٤٦٢/٢، تهذيب التهذيب ١٢٤/٧.

(٩) بئر رومة -بضم الراء وسكون الواو وفتح الميم- وهي في عقيق المدينة، ورومة أرض بالمدينة بين الجرف وزغابة نزها للمشركون عام الخندق. انظر: معجم البلدان ٣٥٦/١، ١١٧/٣.

يشترى بئر رومة فيجعل دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة فاشتريتها من صلب مالي...» الحديث^(١).

وجه الدلالة: أن عثمان بن عفان اشترى البئر بما فيه من الماء، فدل على جواز بيع الماء تبعا^(٢).

٢- أن بيع الماء تبعا للأرض جائز، لأن الشيء قد يستتبع ما لا يجوز أن يفرد وحده، كما يجوز بيع الحمل تبعا للحيوان^(٣).

المطلب السادس: بيع ماء مجتمع في موضع ينظر إليه المتبايعان

قال ابن القاص: فأما ماء مجتمع في موضع ينظر إليه المتبايعان فجائز، أفرد بالبيع أو كان تبعا، قلته تخريجا^(٤).

إذا أحرز الماء في إناء ونحوه جاز بيعه، وبه قال الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨).

(١) رواه الترمذي ٥٨٦/٥ رقم ٣٧٠٣ واللفظ له، كتاب المناقب / باب في مناقب عثمان بن عفان رضي الله عنه، والنسائي ٥٤٥/٦ رقم ٣٦١٠، كتاب الإحباس / باب وقف المساجد، وابن خزيمة ١٢١/٤ رقم ٢٤٩٢، جماع أبواب الصدقات والمحبس / باب إباحة حبس آبار المياه. والحديث صححه الألباني في صحيح سنن النسائي ٧٦٥-٧٦٦.

(٢) انظر: المغني ١٤٧/٦-١٤٨، زاد المعاد ٨٠٥/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٦، أعلام الموقعين ٢٨٦/٣.

(٤) انظر: التلخيص ص ٣١١، ونقله عنه في الروضة ٤٢٢/٣.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٤٦/٥، ١٨٨/٦، الهداية ٨٠/١٠، الاختيار لتعليل المختار ٨٨/٣.

(٦) انظر: التمهيد لابن عبد البر ١٣٠/١٣، عقد الجواهر الثمينة ٢٤/٣، جامع الأمهات لابن الحاجب ص ٤٤٦.

(٧) انظر: الحاوي ٥٠٨/٧، فتح العزيز ٢٤٢/٦، الروضة ٣١٢/٥، شرح صحيح مسلم ٢٢٩/٤، طرح الشريب ١٦٢٨/٥.

(٨) انظر: المغني ١٤٧/٦، زاد المعاد ٧٩٩/٥، الممتع شرح المقنع ٢٩/٣.

الأدلة:

- ١_ ما روي عنه عليه السلام «أنه نهي عن بيع الماء إلا ما حمل منه»^(١).
- ٢_ أن العادة مضت في الأمصار وفي سائر الأعصار، ببيع الماء الذي يكون في الأواني والقرب ونحو ذلك من غير إنكار^(٢).
- ٣_ أن هذا الماء قد ملكه بالإحراز، وصار كالصيد والحشيش والخطب فجاز بيعه^(٣).
وأما إذا كان الماء في مكان معين يشاهده المتبايعان فإن ذلك يتصور في عدة صور:
منها: أن يكون مجتمعاً في بركة أو حوض ونحو ذلك^(٤).
ومنها: المصانع المعدة لمياه الأمطار، أو أجري إليها ماء من نهر غير مملوك^(٥).
فهذا الماء يصح بيعه إذا كان معلوماً، وبه قال المالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨)، والحنفية في رواية^(٩).

الدليل:

- ١_ أن هذا الماء مباح حصّله بشيء معدّ له فملكه كالصيد يحصل في شبكته، والسمك في بركة معدّة له^(١٠).
- ٢_ أن هذا الماء إذا كان مجتمعاً في حوض أو بركة أمكن معرفة قدره فتنتفي بذلك الجهالة^(١١).

-
- (١) رواه أبو عبيد في الأموال ص ٣١٣؛ وهو مرسل، وبقية بن الوليد مدلس. انظر: التقريب ص ١٧٤.
 - (٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨٨/٦، المغني ١٤٧/٦، المتع شرح المقنع ٢٩/٣.
 - (٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨٨/٦، الاختيار لتعليل المختار ٨٨/٣، نيل الأوطار ١٤٦/٣.
 - (٤) انظر: فتح العزيز ٢٤٣/٦، الروضة ٣١٢/٥، زاد المحتاج ٤١٢/٢.
 - (٥) انظر: المغني ١٤٨/٦، الإقناع للحجاوي ١٦٥/٢.
 - (٦) المالكية يجوز عندهم بيع الماء الذي في ملكه. انظر: المدونة ٢٨٩/٣، عقد الجواهر الثمينة ٢٤/٣، بداية المجتهد ٢٠٠/٢، التاج والإكليل ٦٢٢/٧.
 - (٧) انظر: فتح العزيز ٢٤٣/٦، الروضة ٣١٢/٥، زاد المحتاج ٤١٢/٢.
 - (٨) انظر: المغني ١٤٨/٦، الإقناع للحجاوي ١٦٥/٢.
 - (٩) والصحيح عند الحنفية أنه لا يجوز. انظر: بدائع الصنائع ١٤٦/٥، ١٨٨/٦، رد المختار ٢٧٧/٧.
 - (١٠) انظر: المغني ١٤٨/٦.
 - (١١) انظر: الروضة ٣١٢/٥.

المبحث الثاني: في الخيار

وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول: خيار التفرق في الكتابة

قال ابن القاص: وخيار التفرق جائز في كل مبيع، وإجارة^(١)، وسلم^(٢)، إلا في الكتابة^(٣) فإنها لا يجوز فيها خيار التفرق^(٤)، ولا خيار الثلاث^(٥)، قلته تخريجا^(٦).
ما ذهب إليه ابن القاص من عدم ثبوت خيار التفرق في عقد الكتابة هو قول الحنفية^(٧)، والمالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(١٠).

-
- (١) الإجارة في اللغة: الثواب. واصطلاحاً: عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم. انظر: المصباح المنير ص ٢، زاد المحتاج ٣٦٧/٢.
- (٢) السلم هو السلف، والسلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق؛ واصطلاحاً: هو بيع شيء موصوف في الذمة. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٥٣/٣-١٥٤، زاد المحتاج ١١٥/٢.
- (٣) الكتابة مأخوذة من الكتب وهو الضم والجمع، وكتابة العبد لضم نجم إلى نجم. اصطلاحاً: هو أن يكتب الرجل عبده أو أمته على مال منجم على أن يعتق إذا أدى آخر نجم. انظر: الزاهر ص ٣٩٨-٣٩٩، تهذيب الأسماء واللغات ١١١/٤، المصباح المنير ص ٢٠٠.
- (٤) هو أن يعقد المتبايعان بيعاً ويكون لهما الخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع. انظر: الزاهر ص ٢٧٩، التنبيه ص ١٣١.
- (٥) خيار الثلاث: هو أن يشترط أحد المتبايعين خياراً مدة معلومة بعد تفرق الأبدان. انظر: الزاهر ص ٢٧٩.
- (٦) انظر: التلخيص ص ٢٩٣.
- (٧) مذهب الحنفية عدم إثبات خيار المجلس في جميع العقود. انظر: تحفة الفقهاء ٣٧/٢، بدائع الصنائع ٢٢٨/٥، رد المحتار ٤٦/٧.
- (٨) مذهب المالكية عدم ثبوت خيار المجلس في جميع العقود. انظر: المعونة ١٠٤٣/٢، بداية المجتهد ٢٠٤/٢.
- (٩) وفي وجه ضعيف يثبت خيار المجلس في الكتابة. انظر: الحاوي ٢٩/٥، البيان ٢٨/٥، الروضة ٤٣٥/٣.
- (١٠) انظر: المغني ٤٩/٦، الإنصاف ٣٦٣/٤، الإقناع للحجاوي ١٩٧/٢.

الأدلة:

١_ أن المكاتب متمكن من فسخ الكتابة متى شاء، فلا معنى لإثبات خيار المجلس فيها^(١).

٢_ لا يثبت خيار التفرق في عقد الكتابة كما لا يثبت في عقد البيع^(٢).

المطلب الثاني: خيار الثلاث في الكتابة

قال ابن القاص: وخيار التفرق جائز في كل مبيع وإجارة وسلم إلا في الكتابة فإنها لا يجوز فيها خيار التفرق، ولا خيار الثلاث، قلته تحريجا^(٣).

قوله: خيار الثلاث هو المعروف بخيار الشرط، وإنما عبر عنه بخيار الثلاث لأن الشافعية لا يجيزون خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام^(٤)، وبه قال الحنفية^(٥).

وذهب المالكية إلى أن مدة خيار الشرط متعلقة بما يمكن اختيار المشتري المبيع في مثله^(٦).

وذهب الحنابلة إلى أن خيار الشرط يجوز أكثر من ثلاثة أيام بشرط أن تكون المدة معلومة^(٧).

إذا ثبت هذا فإن ما ذهب إليه ابن القاص من عدم ثبوت خيار الشرط في الكتابة هو قول الشافعية^(٨) والحنابلة^(٩)^(١٠).

(١) انظر: المجموع شرح المذهب ١٧٥/٩.

(٢) وهذا التعليل للحنفية والمالكية، لعدم قولهم بخيار المجلس. انظر: بداية المجتهد ٢٠٤/٢، رد المحتار ٤٦/٧.

(٣) انظر: التلخيص ص ٢٩٣.

(٤) انظر: التنبيه ص ٦٢، المنهاج ص ٤٧، رحمة الأمة ص ١٦٥.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٦٦/٢، الهداية ٣٠٠/٦.

(٦) انظر: الكافي لابن عبد البر ٧٠١/٢-٧٠٢، المعونة ١٠٤٤/٢.

(٧) انظر: المقنع لابن قدامة ٣٥/٢، منتهى الإرادات ٢٩٩/٢-٣٠٠، المتع شرح المقنع ٧٦/٣.

(٨) انظر: التنبيه ص ٩٨، المجموع شرح المذهب ١٧٥/٩.

(٩) انظر: المغني ٤٩/٦، الإنصاف ٤٧٥/٧، حاشية المنتهى ٣٠١/٢.

(١٠) وذهب الحنفية والمالكية إلى ثبوت خيار الشرط في الكتابة. انظر: بدائع الصنائع ١٤٣/٤، الكافي لابن عبد البر ٩٨٨/٢.

الدليل:

أن الخيار شرع لدفع الغبن عن المال، والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك، لأنه يبيع ماله بماله، والعبد مخير بين أن يدفع المال وبين أن لا يدفع، فلا معنى لشرط الخيار^(١).

المطلب الثالث: اشتراط الخيار في أحد العبدین المبیعين إذا كان الثمن معينا في كل واحد منهما.

قال ابن القاص: ولو باع عبدین كل واحد منهما بخمسين واشترط الخيار في أحدهما جاز، قلته تخريجا^(٢).

قوله: (لو باع عبدین كل واحد منهما بخمسين...)؛ هل يشترط تعيين الثمن لكل عبد ليصح البيع أم لا؟ اشترط الحنفية ذلك^(٣)، والمالكية^(٤). وظاهر قول الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦) عدم الاشتراط، لإطلاقهم الثمن في المبيعين دون تفصيل.

ولا يشترط تساوي الثمنين في العبدین، وهو ظاهر قول الحنفية^(٧) والشافعية^(٨) والحنابلة^(٩)، خلافا للمالكية^(١٠).

وقوله: (واشترط الخيار في أحدهما) ظاهر هذه العبارة أنه لو اشترط الخيار في أحدهما دون تعيين الذي فيه الخيار جاز ذلك، وهو ظاهر قول المالكية^(١١).

(١) انظر: الحاوي ١٨/١٤٦، المهذب ٤/٣٨، غنية الفقيه لابن يونس ٢/٦٣٨.

(٢) انظر: التلخيص ص ٢٩٣، ونقله عنه العمراني في البيان ٥/١٥٠.

(٣) انظر: الهداية ٦/٣٢٣، الدر المختار ٧/١٣٢.

(٤) لأن المالكية اشترطوا تساوي الثمنين في المبيعين، فعلى قولهم إذا باع عبدین بمائة فقد عين لكل واحد خمسين. انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/٥١٠.

(٥) انظر: المجموع شرح المهذب ٩/١٩٣.

(٦) انظر: المغني ٦/٣٩.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٧.

(٨) انظر: الروضة ٣/٤٤٥.

(٩) انظر: الإقناع للحجاوي ٢/٢٠٢، معونة أولي النهى ٤/١١٥.

(١٠) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/٥١٠.

(١١) انظر: المصدر السابق، والشرح الكبير للدردير ٤/١٧٤.

وذهب الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى اشتراط تعيين الذي فيه الخيار. وبناء على هذا إذا باع عبدين كل واحد منهما بخمسين على أن له الخيار في أحدهما بعينه جاز البيع في المذاهب الأربعة^(٤).

الأدلة:

١- أن هذا البيع جائز قياسا على شراء ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه فإنه يصح ويحصل كل واحد منهما مبيعا بقسطه من الثمن^(٥).

٢- يصح البيع للعلم بالمبيع والثمن^(٦).

المطلب الرابع: بطلان خيار المشتري فيما إذا اشترى دابة فأنعلمها فاطلع على عيب فنزع النعل

قال ابن القاص: وإن اشترى دابة فأنعلمها، وضرب عليها إكافا^(٧)، وجعل عليها لقودها رسنا^(٨)، ثم اطلع على عيب كان عليه أن يحط الإكاف، ولا يجوز له أن ينزع النعل، وهو بالخيار في الرسن إن شاء تركه على رأسه وإن شاء نزعه، فإن لم يحط عنها الإكاف بطل خياره، وكذلك إن نزع نعلها بطل خياره، قلته تخريجا^(٩).

(١) انظر: الدر المختار ١٣٢/٧.

(٢) انظر: فتح العزيز ٣١٢/٨.

(٣) انظر: المغني ٣٩/٦-٤٠، منتهى الإرادات ٣٠١/٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٥٧/٥، الكافي لابن عبد البر ٧٤٠/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٠٧/٢، الكافي لابن قدامة ٧٠/٣.

(٥) انظر: المغني ٣٩/٦، معونة أولي النهى ١١٥/٤.

(٦) انظر: الهداية ٣٢٣/٦، الدر المختار ١٣٢/٧.

(٧) الإكاف: البرذعة التي تجعل على الدابة. انظر: القاموس المحيط ص ١٠٤٢.

(٨) في التلخيص المطبوع ص ٢٩٧ رسفا والصواب ما أثبتته لقول المصنف بعد ذلك: وهو بالخيار في الرسن، والرسن — بفتح الراء والسين — الحبل الذي يقاد به البعير. انظر: القاموس المحيط ص ١٥٤٩، المصباح المنير ص ٨٧.

(٩) انظر: التلخيص ص ٢٩٧، ونقله عنه الروياني في بحر المذهب ٢٦٤/٦.

ما ذهب إليه ابن القاص من بطلان خيار المشتري بنزع نعل الدابة بعد الاطلاع على العيب هو قول الشافعية^{(١)(٢)}.

الدليل:

أن نزع نعل الدابة يضر بها فيبطل خياره بذلك^(٣).

المطلب الخامس: ثبوت الخيار في بيع النجش

قال ابن القاص: والناجش^(٤) عاصٍ علم بالنهي^(٥) أو لم يعلمه، ويحتمل الخيار على قولين، قلته تخريجا^(٦).

أجمع العلماء على تحريم النجش وأن فاعله عاصٍ لله^(٧).

(١) انظر: البيان ٢٨٧/٥، الأشباه للسيوطي ص ٤٥٩.

(٢) وذهب الحنابلة إلى أن له نزع النعل، فإن كان النزع يعيها لم ينزع. انظر: الإنصاف ٤٢٢/٤، الإقناع للحجاوي ٢١٩/٢.

(٣) انظر: بحر المذهب ٢٦٤/٦، البيان ٢٨٧/٥.

(٤) النجش: بفتح النون وإسكان الجيم، وهو أن يزيد الرجل في السلعة وهو لا يرغب في شرائها ليقندي به الراغب فيزيده لزيادته ظنا منه بأن تلك الزيادة لرخص السلعة. انظر: تهذيب الأسماء واللغات ١٦١/٤، شرح حدود ابن عرفة ٣٥٥/١.

(٥) من ذلك ما ورد من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال ((نهى النبي ﷺ عن النجش)) رواه البخاري ١٧/٢ واللفظ له، كتاب البيوع، باب النجش، ومسلم ١١٥٦/٣، رقم (١٥١٦)، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية.

(٦) انظر: التلخيص ص ٣٠٩.

(٧) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٣٤٨/١٣، بداية المجتهد ١٩٩/٢، شرح صحيح مسلم ١٥٩/١٠، طرح الشريب ١٤٩٩/٥، فتح الباري ٤١٦/٤.

وإذا وقع البيع بذلك فالبيع صحيح عند الحنفية^(١)، والمالكية في المشهور^(٢)، وهو قول الشافعية^(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة^(٤).

وبناء على صحة البيع هل يثبت الخيار للمشتري أم لا؟ اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يثبت له الخيار، وهو قول الحنفية^(٥)، والشافعية^(٦).

القول الثاني: يثبت له الخيار، وهو قول المالكية^(٧)، والمذهب عند الحنابلة^(٨)، ووجهه عند الشافعية فيما إذا كان النجش بمواطأة من البائع^(٩).

أدلة أصحاب القول الأول:

١_ أن المشتري فرط في ترك التأمل، وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع^(١٠).

(١) انظر: الهداية ٤٧٨/٦، الاختيار لتعليل المختار ٣١/٢.

(٢) والقول الثاني للمالكية أن البيع فاسد. انظر: الكافي لابن عبد البر ٧٣٩/٢، التمهيد ٣٤٨/١٣، المعونة ١٠٣٣/٢، عقد الجواهر الثمينة ٤٢٨/٢.

(٣) انظر: الحاوي ٣٤٣/٥، الروضة ٤١٦/٣، طرح التثريب ١٤٩٩/٥، رحمة الأمة ص ١٨٢.

(٤) والرواية الثانية عند الحنابلة أن البيع باطل. انظر: كتاب التمام ٢١/٢-٢٢، الكافي لابن قدامة ٣٥/٣، الإنصاف ٣٩٥/٤.

(٥) انظر: فتح القدير ٤٧٨/٦، البناية شرح الهداية ٤٦٧/٦.

(٦) إن لم يكن فعله الناجش بمواطأة من البائع فلا خيار للمشتري، وإن كان بمواطأة فوجهان وقيل قولان: أحدهما لا خيار له.

انظر: المهذب ١٤١/٣، الحلية ٣٠٧/٤، فتح العزيز ٢٢٥/٨، غنية الفقيه (قسم البيوع) لابن يونس ٤١/١، الروضة ٤١٦/٣.

(٧) انظر: التمهيد ٣٤٨/١٣.

(٨) يثبت للمشتري الخيار إذا غبن غبنا خارجا عن العادة. انظر: المغني ٣٠٥/٦، الإنصاف ٣٩٥/٤، الإقناع للحجاوي ٢٠٨/٢.

(٩) انظر: المهذب ١٤١/٣، فتح العزيز ٢٢٥/٨، غنية الفقيه ٤١/١.

(١٠) انظر: المهذب ١٤١/٣، فتح العزيز ٢٢٥/٨.

٢_ أن هذا ليس بعيب في نفس المبيع كالمصراة^(١) المدلس بها، وإنما هو كالمُدح وشبهه^(٢).

أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ أنه تغرير بالعاقد، فثبت له الخيار كما في تلقي الركبان^{(٣)(٤)}.

٢_ يثبت له الخيار كما يثبت في بيع المصراة^(٥).

٣_ يثبت الخيار للمشتري، لأن ذلك تدليس من البائع^(٦).

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١_ قولهم: إن المشتري فرط في ترك التأمل، وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع. يجاب عنه: أن تفويض من يعرف الثمن في كل سلعة يريد شراءها فيه نوع من التكلف، ثم هذا التفويض غير لازم شرعاً، فكيف لا يثبت له الخيار، كما أن البيوعات التي تجري في أسواق المسلمين تحمل في الظاهر على السلامة وعدم الغش، فلا يقال فرط في ترك التأمل.

٢_ قولهم: إن هذا ليس بعيب في نفس المبيع كالمصراة المدلس بها، وإنما هو كالمُدح وشبهه.

يجاب عنه: وإن كان ليس بعيب في نفس المبيع، إلا أنهما يجتمعان في حصول التدليس والتغريض في كلا الصورتين.

(١) المصراة مأخوذة من التصرية، وأصلها الجمع ومنه قولهم صريت الماء أي جمعته.

وهي أن يربط أخلاف الشاة أو البقرة أو الناقة ولا تحلب أياماً فيجمع في ضرعها لبن كثير فيتوهم المشتري أن هذا اللبن عادتها كل يوم فيغتر بذلك ويشترىها. انظر: تحرير التنبيه ص ٦٦، المصباح المنير ص ١٢٩.

(٢) انظر: التمهيد ٣٤٩/١٣.

(٣) تلقي الركبان أن يقع خير بقدم غير تحمل المتاع فيتلقاها رجل يشتري منهم شيئاً قبل أن يقدموا السوق ويعرفوا سعر البلد بأرخص. انظر: شرح السنة ١١٦/٨.

(٤) انظر: المغني ٣٠٥/٦.

(٥) انظر: التمهيد ٣٤٨/١٣، فتح العزيز ٢٢٥/٨.

(٦) انظر: الحاوي ٣٤٣/٥.

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ قولهم: إنه تغير بالعاقدة، فثبت له الخيار كما في تلقي الركبان.
 يجاب عنه: بالفرق بين الصورتين؛ ففي تلقي الركبان حصل التغير قبل دخول السوق
 ومعرفة سعر البلد، أما في النجش فإن المشتري فرط في عدم معرفة الثمن وهو من أهل
 البلد.

٢_ قولهم: يثبت له الخيار كما يثبت في بيع المصرة.
 يجاب عنه: إن هذا ليس بعيب في نفس المبيع كالمصرة المدلس بها، وإنما هو كالمده
 وشبهه^(١).

الراجع:

يترجح في نظري والعلم عند الله القول الثاني، فإذا وقع البيع بذلك صح البيع، وثبت
 للمشتري الخيار، لما يلي:

١_ أن أدلة أصحاب القول الثاني أقوى في الدلالة على ثبوت الخيار في بيع النجش،
 ويظهر هذا في قياسهم النجش على تلقي الركبان وبيع المصرة، إذ الجامع بينهما وقوع
 التغير والتدليس والظلم من أحد المتبايعين، والأصل في الشرع أن يلحق المتمثلات
 ببعضها ما لم يرد نص خاص يمنع الإلحاق.

٢_ أن هذا النوع من البيع لم يكن النهي فيه لحق الله كمنكاح المحرمات، والمطلقة
 ثلاثاً، وبيع الربا؛ بل النهي فيه لحق الإنسان، لذا لم يجعله الشارع صحيحاً لازماً كالحلال،
 بل أثبت حق المظلوم وسلطه على الخيار، فإن شاء أمضى وإن شاء فسخ^(٢).

(١) انظر: التمهيد ٣٤٩/١٣.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٢٨٥/٢٩.

الفصل الثاني: في الإيجاب والقبول والشروط في البيع والبيع قبل القبض وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: الإيجاب والقبول في البيع

شراء الجد من نفسه شيئاً لولده الصغير من مال الولد، وشرائه لنفسه شيئاً من مال ولده.

قال ابن القاص: ولا ينعقد بيع، ولا رهن^(١)، ولا إجارة، إلا بين اثنين خلا موضعين: وهما الأب والجد إذا كان في يديهما مال ولديهما الصغير فاشترى له من نفسه شيئاً، أو اشترى لنفسهما من مال ولدهما كان جائزاً، قلته في الجد تخريجاً^(٢).

ما ذهب إليه ابن القاص من جواز شراء الجد من نفسه شيئاً لولده الصغير من مال الولد، وشرائه لنفسه شيئاً من ماله هو قول الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)^(٥).

الدليل:

أن التهمة منتفية بين الجد وولده كالأب، لوفور شفقتة التي تجعله يترك حظ نفسه لحظ ولده^(٦).

المبحث الثاني: الشروط في البيع

(١) الرهن في اللغة: الثبوت والدوام.

وشرعاً: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر الوفاء.

انظر: المصباح المنير ص ٩٢، زاد المحتاج ١٣٥/٢.

(٢) انظر: التلخيص ص ٢٩٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٥٤/٥، الفتاوى الهندية ١٧٤/٣، تقارير الرافعي على رد المحتار ٤١/٧.

(٤) انظر: فتح العزيز ٢٩٢/١٠، غنية الفقيه لابن يونس ١١٨/١، الغرر البهية ٤٠٦/٤-٤٠٧.

(٥) أما المالكية فلم يستثنوا إلا الأب، وذهب الحنابلة إلى عدم جواز ذلك في حق الجد.

انظر: عقد الجواهر الثمينة ٥٠٥/٢، الأحكام للمالقي ص ٢٨٩، المغني ٢٣٣/٧، الإقناع للحجاوي

٤٠٧/٤-٤٠٨، منتهى الإرادات ٥٠٢/٢، معونة أولي النهى ٥٧٠/٤.

(٦) انظر: المغني ٢٣٤/٦، غنية الفقيه لابن يونس ١١٨/١.

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: قبض العربون إذا نظر إلى السلعة وعقد البيع

قال ابن القاص: ونهي عن بيع العربون^(١)؛ فإن قبض العربون^(٢) على أن يبيع منه السلعة فالبيع جائز إذا نظر إلى السلعة وعقد البيع، قلته تخريجا^(٣).
هذه المسألة المخرجة ذكرها ابن القاص في موضع آخر دون التنصيص على أنها من تخريجه؛ فقال: ونهي عن بيع العربان، فإن قدم العربون على مبيع يتخذ له فالبيع باطل وإن وصفه له، وقد عصى الله إن كان بالنهي علما، وإن حدا بيعا بعد الإيجاد والنظر فالبيع نافذ^(٤).

ذكر ابن القاص في هذه المسألة صورتان:

الصورة الأولى: أن يدفع إلى غيره دراهم أو دنائير على مبيع يتخذ له ويصفه له، فالبيع باطل.

الصورة الثانية: أن تكون السلعة موجودة ويشاهدها، فيعطيه العربون فالبيع نافذ؛ وهذا ما خرّجه ابن القاص.

(١) ورد من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه: رواه وأبو داود ٢٨١/٣ رقم ٣٥٠٢، كتاب البيوع/ باب في العربان، وابن ماجه ٧٣٨/٢ رقم ٢١٩٢، كتاب التجارات/ باب بيع العربان، ومالك في الموطأ ٦٠٩/٢، وأحمد ٣٣٢/١١ رقم (٦٧٢٣)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥٥٩/٥ رقم ١٠٨٧٤، كتاب البيوع/ باب النهي عن بيع العربان.

والحديث ضعيف. انظر: المجموع شرح المذهب ٣٣٤/٩-٣٣٥، التلخيص الحبير ١٧/٣، مشكاة المصابيح ٨٦٦/٢.

(٢) العربون: بضم العين وفتحها وسكون الراء وضم الباء، هو أن يشتري السلعة ويدفع إلى صاحبها شيئا على أنه إن أمضى البيع حسب من الثمن، وإن لم يمض البيع كان لصاحب السلعة ولم يرتجعه المشتري، قيل سمي بذلك لأن فيه إعرابا لعقد البيع أي إصلاحا وإزالة فساد لئلا يملكه غيره باشرائه.

انظر: النهاية في غريب الحديث ٢٠٢/٣، تهذيب الأسماء واللغات ٦/٣-٧، شرح حدود ابن عرفة ٣٥٤/١.

(٣) انظر: التلخيص ص ٣٢٠.

(٤) انظر: التلخيص ص ٣١٤-٣١٥.

وهذه الصورة التي خرّجها ابن القاص هي التي نص عليها الفقهاء في كتبهم^(١).
وقد ذكر النووي هاتين الصورتين وأدرجهما تحت البيوع الفاسدة^(٢).
وقد اختلف العلماء في بيع العربون على قولين:
القول الأول: لا يصح، وبه قال الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة في رواية^(٦).

القول الثاني: يصح، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(٧)، وهذا ما خرّجه ابن القاص.

أدلة أصحاب القول الأول:

- ١_ نفيه ﷺ عن بيع العربون^(٨).
- ٢_ أنه من أكل المال بالباطل، لأنه يذهب بغير عوض، ولا على وجه الهبة والصدقة، وإنما هو ضرب من القمار^(٩).
- ٣_ أن هذا البيع فيه شرط للبائع بغير عوض فلم يصح، كما لو شرطه لأجنبي^(١٠).
- ٤_ أن هذا البيع بمنزلة الخيار المجهول، حيث أنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح، كما لو قال: ولي الخيار، متى شئت رددت السلعة ومعها درهما^(١١).

-
- (١) انظر: فتاوي السعدي ٤٧٢/١، الكافي لابن عبد البر ٧٤١/٢، الحاوي ٣٣٨/٥، الإنصاف ٣٥٧/٤.
 - (٢) انظر: الروضة ٣٩٧، ٣٩٩/٣.
 - (٣) انظر: فتاوي السعدي ٤٧٢/١.
 - (٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ٧٤١/٢، المعونة ١٠٣٧/٢، عقد الجواهر الثمينة ٤٢٤/٢، منح الجليل ٥٦٥/٢.
 - (٥) محل بطلان بيع العربون عند الشافعية فيما إذا كان الشرط في نفس العقد، فإن قاله قبل العقد ولم يتلفظا به حالة العقد فالبيع صحيح. انظر: الحاوي ٣٣٨/٥، شرح السنة ١٣٥/٨، المجموع شرح المذهب ٣٣٥/٩، شرح التنبيه للسيوطي ٣٦٢/١.
 - (٦) انظر: الإنصاف ٣٥٨/٤.
 - (٧) انظر: المغني ٣٣١/٦، الإنصاف ٣٥٧/٤، معونة أولي النهي ٩٤-٩٣/٣.
 - (٨) تقدم تخرجه في حاشية رقم (١) ص ١٥١.
 - (٩) انظر: المعونة ١٠٣٧/٢.
 - (١٠) انظر: المغني ٣٣١/٦.

٥- أن هذا البيع يشتمل على شرط الرد والهبة إن لم يرض السلعة، فلم يصح^(٢).

أدلة أصحاب القول الثاني:

١- أن رسول الله ﷺ سئل عن العربان فأحله^(٣).

٢- قصة عمر بن الخطاب أنه اشترى دار السجن من صفوان بن أمية^(٤)، فإن رضي عمر، وإلا فله كذا وكذا^(٥).

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١- استدلالهم بنهيه ﷺ عن بيع العربون.

يجاب عنه: بأنه حديث ضعيف، وقد تقدم بيانه^(٦).

٢- قولهم: إن هذا البيع من أكل أموال الناس بالباطل، وأن فيه شرطين فاسدين. يجاب عنه: بأنه إذا حصل الاتفاق بين البائع والمشتري، وتراضيا على ذلك وافترقا عليه، لم يكن من قبيل أكل المال بالباطل.

٣- قولهم: إن بيع العربون بمنزلة الخيار المجهول، لأن المدة مجهولة.

يجاب عنه: أن هذه المدة حق يعتمد على الشرط، فيرجع في تقديره إلى مشروطه^(١).

=

(١) انظر: المغني ٦/٣٣١.

(٢) انظر: فتح الوهاب ١/٢٨٢.

(٣) ذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٧/٣ وضعفه، ونسبه لمصنف عبد الرزاق، وتبعه على ذلك الشوكاني في نيل الأوطار ٣/١٥٣، وأبو الطيب آبادي في عون المعبود ٩/٢٩١؛ ولم أقف عليه في مصنف عبد الرزاق.

(٤) هو: صفوان بن أمية بن خلف الجهمي ﷺ، أسلم بعد الفتح، وشهد اليرموك، روى عن النبي ﷺ، روى عنه سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاووس، وعكرمة وغيرهم، قيل إنه مات يوم قتل عثمان، وقيل مات سنة ٤١هـ، وقيل سنة ٤٢هـ. انظر ترجمته في: الإصابة ٢/١٨٧، تهذيب التهذيب ٤/٣٨٩.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٥/١٤٨، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٥٧، رقم (١١١٨٠)، كتاب البيوع/ باب ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، وعلقه البخاري في صحيحه ٢/٥٩، كتاب الخصومات/ باب الربط والحبس في الحرم. وسكت عنه ابن حجر في فتح الباري ٥/٩١.

(٦) تقدم تحريجه في حاشية رقم (١) ص ١٥١.

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

١_ استدلالهم بأنه عليه السلام سئل عن العريان فأحله.

يجاب عنه: بأنه حديث مرسل، وسنده ضعيف^(٢).

٢_ استدلالهم بقصة عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

يجاب عنه: بأنه موقف على عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وفي كونه حجة خلاف^(٣).

الراجع:

بعد ذكر القولين مع الأدلة، والمناقشة الواردة على كل قول، يتضح أنه لم يصح في هذه المسألة نص، ويترجح في نظري والعلم عند الله القول بصحة بيع العربون إذا اتفقا على ذلك وتراضيا به، ومما يؤيد صحة هذا البيع ما يلي:

١_ قصة عمر بن الخطاب في شرائه دار السجن.

٢_ أنه إذا حصل الاتفاق والتراضي بين المتبايعين، زال المحذور الشرعي من أكل المال بالباطل.

٣_ إن القول بصحة هذا البيع فيه دفع الضرر عن البائع، فلو أن كل من أراد أن يشتري سلعة يقوم بحجزها بدفع مبلغ من المال، ثم إذا طرأ له التخلي عن هذه السلعة طالب بمبلغه، لأدى ذلك إلى تضرر الباعة لعدم تمكنهم من بيع هذه السلعة في هذه المدة، والمشتري إذا علم أن المبلغ الذي يدفعه في مقابل السلعة لن يتم استرجاعه إذا اتفق مع البائع على ذلك، فإنه لن يُقدم على الشراء إلا إذا تحقق أو غلب على ظنه أنه سيأخذ هذه السلعة، وبذلك ينتفي الضرر عن البائع والمشتري، وقد قال عليه السلام: «لا ضرار ولا ضرار»^(٤).

(١) انظر: المغني ٣٩/٦.

(٢) انظر: التلخيص الحبير ١٧/٣.

(٣) انظر: البحر المحيط ٥٣/٦-٥٤.

(٤) روي هذا الحديث عن جمع من الصحابة رضي الله عنهم :

الأول: حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: رواه ابن ماجه ٧٨٤/٢، رقم (٢٣٤١)، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، وأحمد في مسنده ٥٥/٥، والدارقطني ٢٢٨/٤.

المطلب الثاني: بيع ذراع من الأسطوانة إلى موضع معين على أن يرفع ما شاء
قال ابن القاص: ولو قال: بعتك من هذه الغرفة ذراعاً من أولها إلى هذا الموضع على
أن ترفع ما شئت جاز؛ ولو قال في أسطوانة^(١)، فإن كانت مثبتة من آجر^(٢) جاز، وإن
كانت بقطعة واحدة من خشب وغيره لم يجوز، قلته تخريجاً^(٣).

هذه المسألة التي ذكرها ابن القاص، نقلها عنه العمراني في البيان^(٤) فقال: قال ابن
القاص: وهكذا إذا باع ذراعاً من أسطوانة من خشب فإنه لا يجوز لأنه يؤدي إلى الضرر،
وإن كان من آجر جاز.

وقال الرافعي: هكذا أطلق في التلخيص، وهو محمول عند الأئمة على ما لو جعل في
النهاية نصف^(٥) من الآجر واللبن، دون أن يجعل المقطع نصف سمكها؛ وفي تجويز البيع إذا
كان من لبن أو آجر إشكال وإن جعلت النهاية ما ذكره، من وجهين:

الثاني: حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: رواه الدارقطني ٧٧/٣، والحاكم ٦٦/٢، وقال صحيح على شرط
مسلم، والبيهقي ١١٤/٦، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار.

الثالث: حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه: رواه ابن ماجه ٧٨٤/٢، رقم (٢٣٤٠)، كتاب الأحكام، باب من
بنى في حقه ما يضر بجاره، وأحمد في مسنده ٣٢٦/٥.

الرابع: حديث أبي هريرة رضي الله عنه: رواه الدارقطني ٢٢٨/٤.

الخامس: حديث عائشة رضي الله عنها: رواه الدارقطني ٢٢٧/٤.

والحديث مشهور كما قال الحافظ ابن كثير في إرشاد الفقيه ٥٥/٢، وتوسع في ذكر طرقه الزيلعي في نصب
الراية ٣٨٤/٤-٣٨٦، وصححه الألباني في الإرواء بمجموع الطرق ٤٠٨/٣.

(١) الأسطوانة: بالضم، هي السارية. انظر: المصباح المنير ص ١٠٥، القاموس المحيط ص ١٥٥٥.

(٢) الآجر: بمد الهمزة وتشديد الراء وتخفيفها، وهو اللبن — وهو ما يعمل من الطين ليبنى به — إذا طبخ.

انظر: المصباح المنير ص ٢، وص ٢٠٩.

(٣) انظر: التلخيص ص ٣٢٦، ونقله عنه العمراني في البيان ٩٧/٥، والنووي في المجموع ٣١٨/٩.

(٤) انظر: البيان ٩٧/٥.

(٥) هكذا العبارة في فتح العزيز ٣٧/٤، وفي المجموع ٣١٨/٩ للنووي نقلاً عن الرافعي صنفاء، وفي الروضة
٣٥٩/٣ صفا.

أحدهما: أن موضع الشق قطعة واحدة من طين أو غيره، فالفصل الوارد عليه وارد على ما هو قطعة واحدة.

والثاني: هب أنه ليس كذلك، لكن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي وإن لم يكن قطعة واحدة، فليفسد البيع، ولهذا قالوا: لو باع جذعا من بناء لم يصح البيع، لأن الهدم يوجب النقصان، فأَيُّ فرق بين الجذع والآجر، وكذا لو باع فصا من خاتم^(١).

وذهب الحنفية إلى عدم جواز بيع ذراع من خشبة للضرر في تسليم ذلك، وكذا إن كان آجرا من حائط^{(٢)(٣)}، وهذا موافق لما قرره الرافعي.

المطلب الثالث: الجمع بين البيع والسلف من غير شرط

قال ابن القاص: ونهى عن بيع وسلف^(٤)، وذلك إذا باع واشترط أن يسلفه فالبيع باطل، فإن باع ولم يشترط سلفا ثم أسلفه كان جائزا، قلته تخريجا^(٥).

المراد بالسلف هنا القرض بأن يقول: بعثك هذا العبد على أن تقرضني مائة دينار، وقيل هو أن يقرضه قرضا ثم يبايعه عليه بيعا يزداد عليه، ولو قال أقرضتك هذه العشرة على أن تبيعني عبدك ففاسد.

(١) انظر: فتح العزيز ٣٧/٤-٣٨، ونقله عن الرافعي النووي في المجموع شرح المهذب ٣١٨/٩، وأقره عليه في الروضة ٣٥٩/٣.

(٢) انظر: البحر الرائق ١٢٣/٦.

(٣) وذهب المالكية إلى جواز بيع عمود عليه بناء للبائع إذا انتفت الإضاعة وأمن من الكسر، كما ذهب الحنابلة إلى جواز بيع خشبة بسقف، وفص بخاتم. انظر: مواهب الجليل ٢٧٥/٤، معونة أولي النهى ٤٠/٤، منتهى الإرادات ٢٦٩/٢.

(٤) يشير إلى حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا يحل سلف وبيع...)) الحديث. رواه أبو داود ٢٨١/٣ رقم ٣٥٠٤ كتاب البيوع/باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، والترمذي ٥٣٥/٣ رقم ١٢٣٤، كتاب البيوع/باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، والنسائي ٣٣٣/٧ رقم ٤٦٢٥، كتاب البيوع/بيع ما ليس عند البائع، والبيهقي ٥٧٠/٥ رقم ١٠٩٢٢ كتاب البيوع/باب النهي عن بيع وسلف ولفظه عنده: ((نهى عن بيع وسلف)).

والحديث صحيح. انظر: إرشاد الفقيه ١٤/٢، إرواء الغليل ١٤٧/٥.

(٥) انظر: التلخيص ص ٣١٣.

ويأتي السلف بمعنى السلم بأن يقول: أبيعك هذا العبد بخمسين دينارا على أن تسلفني ألف درهم في متاع أبيعته منك إلى أجل، أو يسلم إليه في شيء ويقول: فإن لم يتهيا عندك فهو بيع عليك^(١).

وقد ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥) إلى فساد البيع الذي اشترط فيه السلف.

وما خرّجه ابن القاص من أن من باع شيئا لغيره فأسلفه من غير شرط أن البيع جائز هو قول المالكية على المعتمد^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨).

الدليل:

يجوز السلف من غير شرط في البيع، كما لو أقرضه شيئا ففضاه بزيادة من غير شرط^(٩).

(١) انظر هذه الصور المذكورة في تفسير النهي عن بيع وسلف في: معالم السنن ١٤٤/٥، شرح السنة ١٤٥/٨، حاشية السندي على سنن النسائي ٣٣٣/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٦٩/٥، الهداية ٤٤٦/٦، فتح القدير ٤٤٢/٦.

(٣) انظر: بداية المجتهد ١٩٢/٢، منح الجليل ٥٧١/٢، ٥٧٠.

(٤) انظر: الحاوي ٣٥١/٥، الروضة ٤٠٠/٣.

(٥) انظر: الإنصاف ٣٤٩/٤.

(٦) انظر: الذخيرة ٢٨/٥، الفواكه الدواني ٩٧/٢.

(٧) انظر: الحاوي ٣٥١/٥.

(٨) انظر: المغني ٤٣٧/٦، الإقناع للحجاوي ٣٠٦/٢.

(٩) انظر: المغني ٤٣٨/٦.

المبحث الثالث: في البيع قبل القبض

وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول: بيع سهم الغنيمة قبل القبض

قال ابن القاص: ونهي عن بيع ما لم يقبض^(١) وذلك باطل إلا في سبعة مواضع:

والثالث: سهمه من الغنيمة يعزله السلطان له فيبيعه صاحبه قبل أن يقبضه... قاله في الميراث^(٢)، والرزق يخرج به السلطان نصا^(٣)، وقلت في الباقي تخريجا^(٤).

أجمع العلماء على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يقبضه^(٥)، واختلفوا في غير الطعام على أربعة أقوال:

القول الأول: لا يجوز بيع المنقول قبل قبضه، ويجوز بيع العقار قبل قبضه، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف^(٦)، ورواية عند الحنابلة^(٧).

(١) فيه أحاديث منها: حديث حكيم بن حزام: ((إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه))، رواه أحمد في مسنده ٤٠٢/٣، وابن حبان في صحيحه ٣٥٨/١١، رقم (٤٩٨٣)، والدارقطني في سننه ٨/٣، والبيهقي في السنن الكبرى ٥١١/٥، رقم (١٠٦٨٤)، كتاب البيوع/ باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام، والحديث سكت عنه ابن كثير في إرشاد الفقيه ٨/٢، وصححه الألباني في صحيح الجامع حديث رقم ٣٤٢.

(٢) انظر: الأم ٧١/٣.

(٣) انظر: الأم ٧١/٣.

(٤) انظر: التلخيص ص ٣٢٠، ٣١٨، هذه الصور التي استثناها ابن القاص من البيع قبل القبض ذكرها بنفس الترتيب ابن القيم في تهذيب السنن ١٣٤/٥-١٣٥، ثم قال: نص الشافعي على الميراث والرزق يخرج به السلطان، وخُرج الباقي على نصه.

فالظاهر أن ابن القيم أخذها من التلخيص لابن القاص، أو أخذها عنه بالواسطة إلا أنه لم يصرح بأنها من تخريج ابن القاص، والله أعلم.

(٥) انظر: الإجماع لابن المنذر ص ١٣٢.

(٦) انظر: تحفة الفقهاء ٤٠/٢، بدائع الصنائع ١٨٠/٥-١٨١، الهداية ٥١٠/٦-٥١٣، رد المختار ٣٨٣/٧-٣٨٤.

(٧) انظر: الإنصاف ٤٦٦/٤.

القول الثاني: لا يجوز بيع الطعام والشراب قبل قبضه فيما تعلق منه بحق توفية من كيل أو وزن أو عدد، وما ابتاع منه جزافا، وسائر العروض من الحيوان والثياب والعقار وغير ذلك، فبيعه جائز قبل قبضه، وهذا قول المالكية^(١).

القول الثالث: لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه مطلقا، عقارا كان أو منقولا، لا بإذن البائع ولا بغير إذنه، لا قبل أداء الثمن ولا بعده، وهذا هو مذهب الشافعية^(٢)، ورواية عن أحمد^(٣)، اختارها ابن القيم^(٤).

القول الرابع: لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه سواء كان مطعوما أو غير مطعوم إذا بيع بالكيل أو الوزن أو العدّ أو الذرع، وهو مذهب الحنابلة^(٥).

إذا ثبت هذا فإن ابن القاص استثنى صورا معينة من البيوع جوّز فيها بيع المبيع قبل القبض، فجوّز بيع سهم الغنيمة قبل القبض إذا عزله السلطان له، وهذا قول الشافعية^(٦) والحنابلة^{(٧)(٨)}.

الأدلة:

١_ أن هذا المبيع غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالمبيع المقبوض^(٩).

٢_ أن الحق مستقر في سهم الغنيمة، ولا علاقة لأحد فيه فجاز بيعه^(١٠).

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٦١/٢-٦٦٢، المعونة ٩٧٣/٢، ٩٧١، عقد الجواهر الثمينة ٥٠٤/٢.

(٢) انظر: الحاوي ٢٢٠/٥، المجموع شرح المذهب ٢٦٤/٩، رحمة الأمة ص ١٦٨.

(٣) انظر: المغني ١٨٦/٦.

(٤) انظر: تهذيب السنن ١٣٢/٥.

(٥) انظر: تهذيب السنن ١٣١/٥، الإنصاف ٤٦٠/٤-٤٦١، الإقناع للحجاوي ٢٣٤/٢-٢٣٥، منتهى

الإرادات ٣٣٣/٢-٣٣٤.

(٦) انظر: التهذيب ٤١٢/٣، المجموع شرح المذهب ٢٦٧/٩.

(٧) انظر: المغني ١٩٢/٦، القواعد لابن رجب ص ٧٩، الإقناع للحجاوي ٢٣٨/٢.

(٨) أما الحنفية فإنهم لا يجيزون التصرف في الغنيمة في دار الحرب ولو قسمت، وإنما يجوز التصرف فيها إذا أحرزت وقسمها الإمام في دار الإسلام. انظر: بدائع الصنائع ١٢١/٧-١٢٢، الهداية ٤٧٨/٥.

(٩) انظر: المغني ١٩٢/٦.

(١٠) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧٩.

٣_ أن غرر الفسخ بهلاك المعقود عليه لا يتوهم، فجاز بيعه قبل قبضه كالوديعة^(١).

المطلب الثاني: بيع الموصى به بعد القبول وقبل القبض

قال ابن القاص: والرابع: ما ملكه بالوصية فباعه بعد القبول وقبل القبض^(٢).

ما ذهب إليه ابن القاص من جواز بيع الموصى به بعد القبول وقبل القبض، هو قول الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

الأدلة:

١_ أن الوصية لازمة من جهة الميت بموته، فهو كالبيع المشترط فيه الخيار للمشترى وحده، وهذا لا يمنع صحة التصرف فيها^(٧).

٢_ أن هذا المبيع غير مضمون بعقد معاوضة، فهو كالبيع المقبوض^(٨).

٣_ يجوز التصرف في الوصية بعد القبول وقبل القبض قياساً على صحة التصرف في الميراث قبل القبض^(٩).

٤_ أن غرر الفسخ بهلاك المعقود عليه لا يتوهم، فجاز بيعه قبل قبضه كالوديعة^(١٠).

المطلب الثالث: بيع غلة الوقف قبل القبض

قال ابن القاص: والخامس: غلة ما وقف عليه إذا باعها قبل أن يقبضها^(١١).

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٤٥/٣.

(٢) انظر: التلخيص ص ٣١٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨١/٥، فتح القدير ٥١٩/٦.

(٤) انظر: المعونة ٩٧٣/٢.

(٥) انظر: الحاوي ٢٢٩/٥، البيان ٧١/٥، فتح العزيز ٤٢٣/٨.

(٦) انظر: المغني ١٩٢/٦، القواعد لابن رجب ص ٧٨، الإنصاف ٤٦٩/٤.

(٧) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧٩.

(٨) انظر: المغني ١٩٢/٦، الإنصاف ٤٦٩/٤.

(٩) انظر: الحاوي ٢٢٩/٥، بدائع الصنائع ١٨١/٥، فتح القدير ٥١٩/٦.

(١٠) انظر: الكافي لابن قدامة ٤٥/٣.

(١١) انظر: التلخيص ص ٣١٩.

ما ذهب إليه ابن القاص من جواز بيع غلة ما وقف عليه قبل القبض هو قول الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

الأدلة:

١_ يجوز بيع غلة الوقف قبل القبض، كما يجوز بيع رزق الجند قبل القبض^(٣).

٢_ أن الحق مستقر فيه، ولا علاقة لأحد فيه، فجاز بيعه قبل قبضه^(٤).

المطلب الرابع: استرجاع الوالد هبة الولد وبيعها قبل القبض

قال ابن القاص: والسادس: إذا وهب الوالد ولده شيئاً فقبضه الولد ثم رجع الوالد في الهبة ملكه الوالد ثانياً، فإن باعه قبل القبض كان جائزاً^(٥).

ذهب جمهور العلماء من المالكية^(٦)، والشافعية^(٧)، والحنابلة^(٨) إلى جواز رجوع الأب في هبته لولده، خلافاً للحنفية^(٩).

إذا ثبت هذا فإن ابن القاص استثنى من مسألة عدم جواز بيع المبيع قبل القبض جواز بيع الأب هبته لولده التي استرجعها قبل قبضها، وهذا هو مقتضى قول المالكية^(١٠)، والصحيح من مذهب الشافعية^(١١)، وهو قول الحنابلة^(١٢).

(١) انظر: التهذيب ٤١١/٣، المجموع شرح المذهب ٢٦٧/٩، الروضة ٥١٢/٣.

(٢) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧٩.

(٣) انظر: المجموع شرح المذهب ٢٦٧/٩.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٧٩.

(٥) انظر: التلخيص ص ٣١٩.

(٦) انظر: المعونة ١٦١٥/٣.

(٧) انظر: التنبيه ص ٩٤.

(٨) وللحنابلة رواية عدم جواز رجوع الأب في هبته لولده. انظر: المغني ٢٦١/٨.

(٩) انظر: بدائع الصنائع ١٣٢/٦.

(١٠) نص المالكية على جواز بيع الهبة قبل القبض. انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٦٣/٢، المعونة ٩٧٢/٢.

(١١) انظر: التهذيب ٤١١/٣، الروضة ٥١٢/٣.

(١٢) قال ابن رجب في القواعد ص ٧٩: وأما الهبة التي تملك بالعقد بمجرد بيعه فيجوز التصرف فيها قبل القبض أيضاً.

الأدلة:

١_ أن النهي الوارد في البيع قبل القبض خص به مبتاع الطعام دون غيره، ولم يقل من ملك طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه^(١).

٢_ إذا رجع في الهبة له يبيعها قبل قبضها، لأنه غير مضمون على غيره بعقد^(٢).

المطلب الخامس: إثبات الصيد بالرمي أو الشبكة قبض قبل القبض

قال ابن القاص: والسابع: رجل أثبت صيدا برمي، أو شبكة حتى صار ملكا له فباعه قبل القبض جاز^(٣).

ما ذهب إليه ابن القاص من جواز بيع الصيد المثبت برمي، أو شبكة قبل القبض هو مقتضى قول الحنفية^(٤) والمالكية^(٥)، وقول الشافعية^(٦)، ومقتضى قول الحنابلة^(٧).

الأدلة:

١_ أن إثبات الصيد بالرمي أو الشبكة في حكم الملك ولو لم يأخذه، فجاز بيعه قبل قبضه^(٨).

٢_ أن وضع الشبكة وضع لتعقل الصيد^(٩)، ومباشر السبب الموضوع للشيء اكتساب له^(١٠).

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٦٣/٢.

(٢) انظر: بحر المذهب ٢١٧/٦.

(٣) انظر: التلخيص ص ٣١٩، ونقله عنه الرافعي في فتح العزيز ٤٢٨/٨.

(٤) فقد نص الحنفية على أن من أثبت الصيد برمي أو شبكة فقد ملكه. انظر: المبسوط ٢٥١/١١، بدائع

الصنائع ١٩٣/٦، فتح القدير ٤١٠/٦.

(٥) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٣٤٥/١٣.

(٦) انظر: التهذيب ٤١١/٣، الروضة ٥١٣/٣.

(٧) انظر: المغني ١٣/٦، ٢٨٧/٢٩٢، كشف القناع ٢٢٦/٦.

(٨) انظر: التهذيب ٤١١/٣.

(٩) أي إمساكه وحبسه. انظر: المصباح المنير ص ١٦١.

(١٠) انظر: بدائع الصنائع ١٩٣/٦.

الفصل الثالث: كتاب الرهن

وفيه عشرة مباحث

المبحث الأول: رهن النخل وعليه طلع غير مؤبر

قال ابن القاص: ولو باع نخلا قد أُبرت^(١) لم يدخل، فإن كان قبل الإبر دخل، ولا يدخل في الرهن قبل الإبر، ولا بعده، قلته تخريجا^(٢).

قوله: قلته تخريجا؛ يقتضي عدم تنصيب الشافعي على هذه المسألة، إلا أن الشافعي قد نص على هذه المسألة في الأم^(٣) فقال: «ولو رهنه حائطاً، على أن ما أثمر الحائط فهو داخل في الرهن، أو أرضاً على أن ما زرع في الأرض فهو داخل في الرهن، أو ماشية على أن ما نتجت فهو داخل في الرهن، كان الرهن المعروف بعينه من الحائط والأرض والماشية رهنًا، ولم يدخل معه ثمر الحائط ولا زرع الأرض ولا نتاج الماشية...».

فهذه المسألة منصوبة للشافعي، كما ذكر ذلك الماوردي والعمري^(٤).

إذا ثبت هذا فقد ذهب ابن القاص إلى عدم دخول الطلع غير المؤبر في الرهن، وهذا قول المالكية^(٥)، وهو الأصح عند الشافعية^{(٦)(٧)}.

الدليل: أن الثمار الحادثة بعد استقرار العقد لا يثبت فيها حكم الرهن، فالموجودة عند العقد أولى^(٨).

المبحث الثاني: رهن النخل المؤبر

(١) تأبير النخل: هو أن الطلع إذا انشق يوضع فيه شيء من طلع فحلّ النخل، فيكون ذلك لقاحاً وصلاًحاً للثمر بإذن الله تعالى. انظر: شرح السنة ١٠١/٨، غنية الفقيه لابن يونس ٤/١، تحرير التنبيه ص ٦٥.

(٢) انظر: التلخيص ص ٣٤٠.

(٣) ٥٧، ١٨٠/٤.

(٤) انظر: الحاوي ١٢٠/٦، البيان ٤٠/٦.

(٥) انظر: المعونة ١١٦١/٢، بداية المجتهد ٣٣٤/٢، عقد الجواهر الثمينة ٥٨٤/٢، الذخيرة ٨٣/٨.

(٦) انظر: التنبيه ص ٧٠، البيان ٤٠/٦، الروضة ٦١/٤.

(٧) وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن رهن الشجر قبل التأبير يدخل الثمر في الرهن. انظر: بدائع الصنائع

١٥٢/٦، الهداية ١٩٧/١٠، المغني ٥١٥/٦، القواعد لابن رجب ص ١٦٧، الإنصاف ٦١/٥.

(٨) انظر: الحاوي ١٢٠/٦، المهذب ٤١٠/١، فتح العزيز ٥٥/١٠، غنية الفقيه ٨٥/١.

قال ابن القاص: ولا يدخل في الرهن قبل الإبار، ولا بعده، قلته تخريجا^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من عدم دخول الثمر في الرهن فيما إذا رهن نخلا مؤبرا، هو
قول المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)^(٥).

الدليل:

لا يدخل الثمر في رهن النخل الذي عليه طلع مؤبر، كما لا يدخل الثمر في بيع
النخل الذي عليه طلع مؤبر بدون شرط^(٦).

المبحث الثالث: ضمان الرهن إذا رهن عارية في يده

قال ابن القاص: والرهن غير مضمون إلا في ستة مواضع:

أحدها: أن يتعدى المرتهن فيه.

والثاني: أن يكون في يد الغاصب، فيرهنه منه قبل أن يقبض.

والثالث: أن يكون في يده بشراء فاسد، فيرهنه منه.

والرابع: أن يرهن عارية في يده.

والخامس: أن يقيه في بيع^(٧)، ثم يرهنه المبيع قبل أن يقبضه، وكذلك إن أقاله في السلم
ثم رهنه الثمن قبل أن يقبضه.

والسادس: إن خالع^(٨) امرأته على شيء من مهرها، ثم رهنه قبل القبض كان
مضمونا، والرهن فيه باطل.

(١) انظر: التلخيص ص ٣٤٠.

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٥٨٤/٢، الذخيرة ٨٣/٨.

(٣) انظر: المهذب ٤١٠/١، البيان ٤٠/٦.

(٤) انظر: المغني ٥١٥/٦.

(٥) وذهب الحنفية إلى أنها تدخل في الرهن. انظر: تحفة الفقهاء ٣٩/٣.

(٦) المهذب ٤١٠/١، البيان ٤٠/٦.

(٧) الإقالة: هي فسخ البيع بين البائع والمشتري. انظر: الزاهر ص ٢٩٢، المصباح المنير ص ١٩٩، القاموس
المحيط ص ١٣٥٩.

(٨) الخلع: اشتقاقه من الخلع، وهو النزع.

أما الغصب، والتعدي، والبيع الفاسد فمنصوص في كتاب الربيع^(١)، وسائر ذلك قلته تخريجاً^(٢).

إذا ثبت هذا، فإن الراهن إذا رهن العارية من المرتهن، فإن الرهن يكون مضموناً في أصح الوجهين عند الشافعية^{(٣)(٤)}.

ومقتضى قول المالكية أن تنتقل العين من ضمان العارية إن كانت مما يضمن بالعارية^(٥) إلى ضمان الرهن؛ فقد نص المالكية على أن من غصب عينا فهي مضمونة عليه بالغصب، ويصح أن يرهنها مالكها منه وهي في يده قبل أن يقبضها من الغاصب، فإذا رهنها منه صارت مضمونة عليه بالرهن إن كانت مما يضمن بالرهن، وزال ضمان الغصب^(٦).

الأدلة:

والخلع في الشرع: مفارقة الزوجة على مال. انظر: الزاهر ص ٣٤٤، تحرير التنبيه ص ٢٣٨، القاموس المحيط ص ٩٢١.

(١) انظر: الأم ٤/٩٤، ٩١، ١٨.

(٢) انظر: التلخيص ص ٣٤٠-٣٤١، وقد ذكرها المحاملي في الباب ص ٢٦٠، والعلائي في المجموع المذهب ص ٢٠٥، والحصني في القواعد الفقهية ٤/١٦٠، وابن الملتن في الأشباه والنظائر ٢/٢٠٦، والسيوطي في الأشباه والنظائر ص ٤٥٨، ولم يذكروا الإقالة في السلم، وزادوا على ما ذكره ابن القاص المرهون إذا تحول غصباً، والمرهون إذا تحول عارية، والمقبوض على وجه السوم إذا تحول رهناً.

(٣) انظر: البيان ٦/١٧، فتح العزيز ١٠/٧٤، الروضة ٤/٦٩.

(٤) أما الحنفية فيرون أن الأعيان التي ليست بمضمونة كالودائع والعواري ومال المضاربة والشركة أنه لا يجوز الرهن بها، وذهب الحنابلة إلى أن الراهن إذا رهن العارية من المرتهن فإن الضمان يزول.

انظر: تحفة الفقهاء ٣/٤٢، الهداية ١٠/١٨٥، المغني ٦/٤٥٣، معونة أولي النهى ٤/٣٣٣-٣٣٤.

(٥) العارية نوعان عند المالكية: نوع يظهر هلاكه، فهذا لا يضمن إلا بالتعدي، ونوع يخفى هلاكه، فهذا يضمن إن لم يعلم هلاكه إلا بقول المستعير، فإن علم ببيته غير قوله أن هلاكه من غير تعد، فقولان: الصحيح لا يضمن، وما يضمن في العارية يضمن في الرهن. انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٨١٧، ٨٠٨، المعونة ٢/١٢٠٨-١٢٠٩.

(٦) انظر: المعونة ٢/١١٦٣.

١_ لا يبرأ عن ضمان العارية، كما لا يبرأ عن ضمان الغصب فيما إذا رهن ماله من الغاصب^(١).

٢_ أنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك، فوجب أن ينتفي حكم العارية حال حصوله كالوديعة^(٢).

٣_ أن ابتداء إمساك العين بإذن المالك، يمنع أن تكون مضمونة ضمان العارية، أصله إذا ابتداء إرهان شيء عنده ابتداء^(٣).

٤_ أن الرهن عقد يتعلق به الضمان، فإذا طرأ على العارية سقط به ضمان العارية، أصله البيع^(٤).

الفرق بين قول المالكية والشافعية:

مذهب المالكية أن الرهن والعارية مضمونة في الشيء الذي يخفى هلاكه، ما لم تقم بينة أن التلف حصل بغير صنعة المرتهن أو المستعير^(٥)، فعلى هذا إذا رهن المعير العارية من المستعير فإن ضمان العارية يزول، وينتقل إلى ضمان الرهن^(٦).

أما الشافعية فالرهن عندهم غير مضمون إلا إذا تعدى المرتهن فيه، والعارية مضمونة بكل حال^(٧)، فإذا رهن المعير العارية من المستعير، فإن ضمان العارية لا يزول فتكون مضمونة.

(١) هذا الدليل للشافعية. انظر: فتح العزيز ١٠/٧٤.

(٢) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٣) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٤) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٥) انظر: الكافي لابن عبد البر ٨١٦/٢، ٨٠٨، المعونة ١٢٠٨/٢، ١١٥٦.

(٦) انظر تفصيل ذلك في: الكافي لابن عبد البر ٢/، المعونة ١١٥٦/٢.

(٧) انظر: الروضة ٤/٤٣١، ٩٦.

المبحث الرابع: المبيع المقاييل فيه إذا رهنه منه قبل القبض

قال ابن القاص: والخامس: أن يقيه في بيع، ثم يرهنه المبيع قبل أن يقبضه^(١).

ما ذهب إليه ابن القاص من أن الضمان لا يزول فيما إذا أقال البائع المشتري، ثم رهن المبيع منه قبل القبض هو مقتضى قول المالكية^(٢)، وبه قال الشافعية^(٣)^(٤).

الأدلة:

١- لا يبرأ عن ضمان المبيع المقاييل فيه، كما لا يبرأ عن ضمان الغصب فيما إذا رهن ماله من الغاصب^(٥).

٢- أنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك، فوجب أن ينتفي حكم المبيع المقاييل فيه حال حصوله كالوديعة^(٦).

٣- أن ابتداء إمساك العين بإذن المالك، يمنع أن تكون مضمونة ضمان المبيع المقاييل فيه، أصله إذا ابتداء إرهان شيء عنده ابتداء^(٧).

٤- أن الرهن عقد يتعلق به الضمان، فإذا طرأ على المبيع المقاييل فيه سقط به ضمان المبيع المقاييل فيه، أصله البيع^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٣٤٠.

(٢) لأن عند المالكية أن الضمان الأول يزول وينتقل إلى ضمان الرهن، والمرهون عندهم يضمن إذا كان مما يخفى هلاكه ولم تقم بينة على أن الرهن تلف بصناعة المرتهن. انظر ص ١٦٥-١٦٦.

(٣) انظر: الباب ص ٢٦٠، القواعد الفقهية للحصني ١٦٠/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٨.

(٤) ومقتضى قول الحنابلة زوال الضمان، لأن الراهن إذا رهن ما هو أمانة أو مضمون وهو بيد المرتهن صح الرهن، ويزول الضمان. انظر: معونة أولي النهى ٣٣٣/٤-٣٣٤.

(٥) هذا الدليل للشافعية. انظر: فتح العزيز ٧٤/١٠.

(٦) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٧) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٨) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

المبحث الخامس: ضمان الرهن فيما إذا أقاله في السلم ثم رهنه الثمن قبل أن يقبضه
قال ابن القاص: وكذلك إن أقاله في السلم، ثم رهنه الثمن قبل أن يقبضه^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من أن الضمان لا يزول فيما إذا أقاله في السلم، ثم رهنه
الثمن قبل أن يقبضه، هو مقتضى قول المالكية^(٢) والشافعية^{(٣)(٤)}.
أما المالكية فلأنه ينتقل إلى ضمان الرهن كما سبق^(٥)، وأما عند الشافعية فلأن هذا
الضمان لا يزول.

الأدلة:

- ١_ لا يبرأ عن ضمان ثمن السلم المقابل فيه، كما لا يبرأ عن ضمان الغصب فيما إذا
رهن ماله من الغاصب^(٦).
- ٢_ أنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك، فوجب أن ينتفي حكم ثمن السلم
المقابل فيه حال حصوله كالوديعة^(٧).
- ٣_ أن ابتداء إمساك العين بإذن المالك، يمنع أن تكون مضمونة ضمان ثمن السلم
المقابل فيه، أصله إذا ابتدأ إرهان شيء عنده ابتداء^(٨).
- ٤_ أن الرهن عقد يتعلق به الضمان، فإذا طرأ على ثمن السلم المقابل فيه سقط به
ضمان ثمن السلم المقابل فيه، أصله البيع^(٩).

(١) انظر: التلخيص ص ٣٤٠.

(٢) انظر: ص ١٦٦.

(٣) انظر: الروضة ٦٨/٤-٦٩.

(٤) ومقتضى قول الحنابلة زوال الضمان، لأن الراهن إذا رهن ما هو أمانة أو مضمون وهو بيد المرتهن صح
الرهن، ويزول الضمان. انظر: معونة أولي النهى ٣٣٣/٤-٣٣٤.

(٥) انظر: ص ١٦٦.

(٦) هذا الدليل للشافعية. انظر: فتح العزيز ٧٤/١٠.

(٧) هذا التعليق للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٨) هذا التعليق للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٩) هذا التعليق للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

المبحث السادس: ضمان الرهن فيما إذا خالغ امرأته على شيء من مهرها ثم رهنه قبل القبض

قال ابن القاص: **والسادس:** إن خالغ امرأته على شيء من مهرها، ثم رهنه قبل القبض كان مضمونا، والرهن فيه باطل^(١).

ما ذهب إليه ابن القاص من أن الضمان لا يزول فيما إذا خالغ الرجل امرأته على شيء من مهرها ثم رهنه قبل القبض، هو مقتضى قول المالكية^(٢)، وبه قال الشافعية^(٣)^(٤).

الأدلة:

١_ لا يبرأ عن ضمان العوض الذي خالغها عليه، كما لا يبرأ عن ضمان الغصب فيما إذا رهن ماله من الغاصب^(٥).

٢_ أنه عقد يقتضي إمساك العين بإذن المالك، فوجب أن ينتفي حكم العوض الذي خالغها عليه حال حصوله كالوديعة^(٦).

٣_ أن ابتداء إمساك العين بإذن المالك، يمنع أن تكون مضمونة ضمان العوض الذي خالغها عليه، أصله إذا ابتدأ إرهان شيء عنده ابتداء^(٧).

٤_ أن الرهن عقد يتعلق به الضمان، فإذا طرأ على العوض المخالغ عليه سقط به ضمان العوض المخالغ عليه، أصله البيع^(٨).

(١) انظر: التلخيص ص ٣٤٠.

(٢) انظر ما تقدم ص ١٦٥-١٦٦.

(٣) انظر: الباب ص ٢٦٠، المجموع المذهب ص ٢٠٥، القواعد الفقهية للحصني ١٦٠/٤، الأشباه والنظائر لابن الملقن ٢/٢٠٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٨.

(٤) ومقتضى قول الحنابلة زوال الضمان، لأن الراهن إذا رهن ما هو أمانة أو مضمون وهو بيد المرتهن صح الرهن، ويزول الضمان. انظر: معونة أولي النهى ٣٣٣/٤-٣٣٤.

(٥) هذا الدليل للشافعية. انظر: فتح العزيز ٧٤/١٠.

(٦) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٧) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

(٨) هذا التعليل للمالكية. انظر: المعونة ١١٦٣/٢.

المبحث السابع: توكيل المرتهن مكاتب الراهن في قبض الرهن

قال ابن القاص: ووكيل المرتهن في القبض يقوم مقامه إذا كان بالغاً عاقلاً، إلا عبد الراهن وأمه وأمه ولده ومدبره، قال: فإن وكل مكاتبه جاز، قلته تخريجاً^(١).
ما ذهب إليه ابن القاص من جواز توكيل المرتهن مكاتب الراهن في قبض الرهن هو قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة في أصح الوجهين^(٥).

الدليل:

١_ أن مكاتب الراهن له الاستقلال باليد والتصرف فصح قبضه عن المرتهن كالأجنبي^(٦).

المبحث الثامن: رهن العبد الذي في عنقه جناية خطأ على آدمي

قال ابن القاص: فإن رهن عبداً قد صار في عنقه جناية خطأ على آدمي، أو جناية في مال عمداً كان أو خطأ فالرهن باطل وإن عفا رب الجناية جنايته.
وإن كانت جناية عمد على آدمي فيه قصاص ففيها قولان.
وفي الخطأ قول آخر أيضاً: أن الرهن جائز، قلته تخريجاً^(٧).
اختلف العلماء في رهن العبد الجاني على قولين:

القول الأول: الرهن باطل، وبه قال الحنفية^(٨)، والشافعية^(٩)، ورواية عند الحنابلة^(١٠).

(١) انظر: التلخيص ص ٣٤٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٥٠/٦.

(٣) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٥٨٧/٢.

(٤) انظر: فتح العزيز ٦٣/١٠، الروضة ٦٥/٤، المنهاج ص ٥٥.

(٥) انظر: الإنصاف ١٦٣/٥، الإقناع للحجاوي ٣١٧/٢، حاشية النجدي على المنتهى ٤٠٨/٢.

(٦) انظر: فتح العزيز ٦٣/١٠، حاشية الخرشي ١٤٨/٦، زاد المحتاج ١٤٣/٢.

(٧) انظر: التلخيص ص ٣٤٢.

(٨) انظر: الهداية ١٥٩/١٠.

(٩) انظر: الحاوي ٩٢/٦، المهذب ٢٠٨/١٣-٢٠٩، الروضة ٤٥/٤.

(١٠) انظر: المعني ٤٥٧/٦.

القول الثاني: أن الرهن جائز، وبه قال الحنابلة^(١)، وقول للشافعية^(٢).

أدلة أصحاب القول الأول:

١_ أن العبد الجاني غير مضمون على المولى، فلم يجوز رهنه^(٣).

٢_ لا يجوز رهن العبد الجاني كما لا يجوز بيعه^(٤).

دليل أصحاب القول الثاني:

أن العبد الجاني يصح رهنه كما يصح بيعه في محل الحق^(٥).

الراجح: الذي يترجح في نظري هو صحة رهن العبد الجاني لما يلي:

١_ أن كل ما جاز بيعه جاز رهنه، والعبد الجاني يجوز بيعه على القول الصحيح فجاز رهنه^(٦).

٢_ أن حق المرتهن غير مستقر في الجاني فيمكن استيفاء حقه بإبداله^(٧).

المبحث التاسع: جناية العمد بعد الرهن

قال ابن القاص: ولو كانت الجناية بعد الرهن كان في الخطأ والعمد قولان، قاهما في الخطأ نصا^(٨)، وقتله في العمد تخريجا^(٩).

(١) انظر: المغني ٤٥٦/٦، كشف القناع ٣٢٦/٣.

(٢) انظر: الحاوي ٩٢/٦، المهذب ٢٠٧/١٣.

(٣) انظر: الهداية ١٥٩/١٠.

(٤) انظر: الروضة ٤٥/٤.

(٥) انظر: كشف القناع ٣٢٦/٣.

(٦) انظر: المغني ٢٥٥/٦، ٤٥٥.

(٧) انظر: المصدر السابق.

(٨) قال الشافعي في الأم ١٨٧/٣: «فإن جنى العبد الرهن جناية، فسيده يخيّر بين أن يفديه بأرث الجناية،

فإن فعل فالعبد رهن بحاله، أو يسلمه يباع، فإن أسلمه لم يكلف أن يجعل مكانه غيره».

وفي مختصر المزني ص ١٣٣: «ولو جنى بعد الرهن، ثم برئ من الجناية بعفو أو صلح أو غيره، فهو على

حاله رهن، لأن أصل الرهن كان صحيحا».

هذان النصان للشافعي ليس فيهما التنصيص على الجناية خطأ بعد الرهن، ولعل ما نقله ابن القاص عن

الشافعي قاله في غير الأم ومختصر المزني.

(٩) انظر: التلخيص ص ٣٤٢.

ذهب جمهور العلماء إلى أن جناية المرهون لا تبطل الرهن في الجملة، وإنما اختلفوا في التفصيل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الجناية إن كانت موجبة للقصاص في النفس واستوفاه المجني عليه بطل الرهن، فإن عفا المجني عليه على مال فبيع فيه بطل الرهن أيضا، ولو كان الواجب دون قيمة العبد بيع بقدره والباقي رهن، فإن تعذر بيع بعضه، أو نقص بالتبعض بيع كله وما فضل عن الأرض يكون رهنا، وإن عفا المجني عليه عن الأرض أو لم يعف وفداه الراهن أو المرتقن لم يبطل الرهن، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص في الطرف لم يبطل الرهن أيضا، وهذا قول الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

القول الثاني: جناية المرهون إن كانت باعتراف الراهن لم يصدق إن كان عديما، وإن كان مليئا ففداه الراهن لم يبطل الرهن، وإن ثبتت جنايته بالبينّة أو اعتراف الراهن والمرقن، ففداه الراهن أو المرقن لم يبطل الرهن، وإلا بقي دين المرقن بلا رهن، وهذا قول المالكية^(٣).

القول الثالث: إذا جنى المرهون عمدا واقتص منه سقط دين المرقن، وإن كانت جنايته فيما دون النفس وكان كله مضمونا يخاطب المرقن أولا بالفداء فإن فداه بقي رهنا، وإن أبى فداهه يخاطب الراهن بالفداء أو الدفع، فإن دفعه في الجناية بطل الرهن وسقط الدين، وإن فداه وكان الفداء مثل الدين، وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله، وإن كان الفداء أقل من الدين، وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد بالباقي رهنا، وإن كان الفداء قدر الدين أو أكثر، وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها، وهذا قول الحنفية^(٤).

الأدلة:

١- أن الرهن لا يبطل بجنايته الحادثة، لأن ملك الراهن لم يزل بالجناية الحادثة، فوجب أن لا يبطل عقد الرهن بالجناية الحادثة^(٥).

(١) انظر: الحاوي ١٠٢/٦-١٠٤، المهذب ٢٤١/١٣، الروضة ١٠٤/٤.

(٢) انظر: المغني ٤٩١/٦، كشف القناع ٣٥٧/٣.

(٣) انظر: الذخيرة ١٢٧/٨، التاج والإكليل ٥٨٠/٦، حاشية الخرشي ١٩١/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٦٥/٦-١٦٦.

(٥) انظر: الحاوي ١٠٢/٦.

٢_ أن حق المرتهن قائم لوجود سببه، وإنما قدم حق المحني عليه لقوته، فإذا زال ظهر حكم الرهن^(١).

المبحث العاشر: رجوع البائع في سلعته إذا زادت زيادة متصلة عند المشتري الذي أفلس

قال ابن القاص: فإن علمه المشتري علماً أو حرفة فزاد في قيمته كانت الزيادة على قولين كزيادة القصارة^(٢)، قلته تخريجا^(٣).

ذهب جمهور العلماء من المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، إلى أن البائع إذا وجد سلعته عند المفلس بعينها ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهو أحق بها من سائر الغرماء، وخالف الحنفية في ذلك فقالوا البائع أسوة الغرماء^(٧).

دليل الجمهور: قوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»^(٨).

(١) انظر: المغني ٦/٤٩١.

(٢) القصارة: بكسر القاف، يقال قصره يقصره بضم الصاد قصرًا، إذا بيّضه ودقه.

انظر: تحرير التنبيه ٧٢، تهذيب الأسماء واللغات ٩٣/٤، المصباح ص ١٩٣.

(٣) انظر: التلخيص ص ٣٥٧، ونقله عنه البغوي في التهذيب ٩٦/٤، والعمراني في البيان ١٨٤/٦، والرافعي في فتح العزيز ١٠/٢٦٨.

(٤) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٨/٤١١، المعونة ٢/١١٨٥، المسوى شرح الموطأ ٢/٥٤.

(٥) انظر: التنبيه ص ٧١، المنهاج ص ٥٨، رحمة الأمة ص ١٩٦.

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/٢٣٥، الإقناع للحجاوي ٢/٣٩٢، منار السبيل ١/٣٨١.

(٧) انظر: الهداية ٩/٢٧٨.

(٨) ورد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، رواه البخاري ٢/٥٨ كتاب الاستقراض / باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، ومسلم ٣/١١٩٣ رقم (١٥٥٩)، كتاب المساقاة / باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه.

إذا ثبت هذا فإن المبيع إذا زاد بتعلم حرفة أو علم من المشتري، فللبائع حق الرجوع عند المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة في رواية^(٣).

فعلى هذا إذا زادت قيمة العبد بذلك فهل هذه الزيادة زيادة أثر، أو زيادة عين؟ إن قلنا إنها زيادة أثر فإن البائع يرجع في عين ماله بالزيادة ولا يشاركه المفلس، وإن قلنا إنها زيادة عين، بيع المبيع وللمفلس بنسبة ما زاد من قيمته.

وفي هذه المسألة طريقان عند الشافعية:

الطريق الأول: وهو الأصح أنها على قولين كالقصار، وهذا ما ذكره ابن القاص.

والطريق الثاني: أن هذه الزيادة ليست على قولين كالقصار، وإنما هي أثر قطعاً ولا يشارك المفلس البائع في الزيادة^(٤).

دليل أصحاب الطريق الأول:

أن هذه الزيادة أعمال يجوز الاستئجار عليها ومقابلتها بعوض، فهي كالقصار والنساجة^(٥).

دليل أصحاب الطريق الثاني:

أن هذه الزيادة لا تحصل بفعل المشتري وإنما إليه التلقين وليس إليه الحفظ، لأنه قد يلقنه فلا يتلقن، فهو كالسمن في البهيمة لأنه قد يعلفها لتسمن فلا تسمن^(٦).

إذا ثبت هذا فإن في المسألة قولين بناء على الطريق الأول:

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٦١٩/٢.

(٢) انظر: البيان ١٧٣/٦، الروضة ١٥٩/٤.

(٣) نص عليه في رواية الميموني، والصحيح من مذهب الحنابلة امتناع رجوع البائع في عين ماله.

انظر: المغني ٥٤٩/٦، الإنصاف ٢٩٢/٥، معونة أولي النهى ٥١٩/٤-٥٢٠.

(٤) انظر: البيان ١٨٤/٦، فتح العزيز ٢٦٨/١٠، الروضة ١٧٠/٤.

(٥) انظر: التهذيب ٩٦/٤، البيان ١٨٤/٦، فتح العزيز ٢٦٨/١٠.

(٦) انظر: البيان ١٨٤/٦-١٨٥.

القول الأول: أن هذه الزيادة زيادة عين ، فعلى هذا يكون المفلس شريك في الزيادة، وهو قول للشافعية^(١).

القول الثاني: أنها زيادة أثر، فعلى هذا يأخذ البائع عين ماله بالزيادة ولا يكون المفلس شريكا في الزيادة، وهذا ظاهر قول المالكية^(٢)، والحنابلة بناء على رواية أن للبائع حق الرجوع فيما إذا زاد المبيع عند المشتري بتعلم حرفة أو صنعة^(٣)، وقول للشافعية^(٤).

دليل أصحاب القول الأول:

أن هذه الزيادة حصلت بفعل متقوم محترم من المفلس، فوجب أن لا تضيع عليه^(٥).

دليل أصحاب القول الثاني:

أن هذه الزيادة لم تحصل بفعل المشتري وإنما إليه التلقين وليس إليه الحفظ، لأنه قد يلقنه فلا يتلقن، فهو كالسمن في البهيمة لأنه قد يعلفها لتسمن فلا تسمن^(٦).

الراجح: يترجح في نظري والعلم عند الله تعالى القول بأن هذه الزيادة زيادة أثر، فعلى هذا يأخذ البائع مبيعه ولا يشاركه المفلس، لما يلي:

١_ عموم قوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»^(٧).

٢_ أن حفظ الدابة وسياستها، يجوز الاستئجار عليه، ولا تثبت به مشاركة المفلس، لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة، فكذلك هنا^(٨).

(١) انظر: الروضة ٤/١٧٠.

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/٦١٩.

(٣) انظر: الإنصاف ٥/٢٩٢.

(٤) انظر: التهذيب ٤/٩٦، الروضة ٤/١٧٠.

(٥) انظر: فتح العزيز ١٠/٢٦٧.

(٦) انظر: البيان ٦/١٨٤-١٨٥.

(٧) تقدم تخرجه في حاشية رقم (٨) ص ١٧٣.

(٨) انظر: الروضة ٤/١٧٠.