

الطبعة الوحيدة الكاملة من:

كتاب المجموع

شرح المهدب للسيرازي

للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي

الجزء الحادي عشر

مقّمه وعائ عليه وأكمله بعد نقصانه

محمد نجيب المطبعي

وحقوق الطبع محفوظة له

مكتبة الأشتياك

جدة - المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسائل المصنف

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان في الأرض معدن باطن ك معدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض وان كان معدنا ظاهرا كالنفط والقار فهو كالماء مملوك في قول أبي علي ابن أبي هريرة ، وغير مملوك في قول أبي اسحاق ، والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء ، وان باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونه لم تدخل في البيع ، لأنها ليست من أجزاء الأرض ، ولا هي متصلة بها ، فلم تدخل في بيعها) .

(الشرح) والنفط (١) والقار (٢) .

(أما الأحكام) ففيه مسألتان (احدهما) المعدن على قسمين باطن وظاهر ، وقال القاضى أبو الطيب والماوردي : جامد وذائب .

(القسم الأول) الباطن قال صاحب الاستقصاء : أى غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضى أبو الطيب والماوردي معادن الجاهدات فيدخل في بيع الأرض جزما لما ذكره المصنف ، ولا فرق بين المعدن المذكور وبقيه أجزاء الأرض ، الا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض ، ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ، ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولاً واحداً ، وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب ؟ فيه قولاً الجمع بين بيع وصرف قاله الرويانى .

(١ ، ٢) بياض بالأصل فحمر (ش) قلت : النفط دهن أو زيت يستخرج من باطن الأرض وكان يستصبح به أما اليوم فمشتقاته أكثر من أن تحصر من وقود السيارات والطائرات و . . . و . . . أما القار أو القير فهو مادة خام النفط سوداء كانت تطلب بها السفن الخشبية حتى لا يتآكل جسمها ولا يتسرب الماء إليها . (ط) .

(والقسم الثاني) المعدن الظاهر أى المتميز عن الأرض ، وهى
 أعين لسماع : كالنظ والبقار والموميا والملح والكيريت والزئبق ، والكلام
 فيه كاللحم المتقدم فى الماء حرما بحرف ، وممن ذكر المسألة كما
 ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردي
 والمحاملى والرافعى وغيرهم ، وجزم الغزالى فى الوسيط بعدم الدخول
 فيه مع حكاية الخلاف فى الماء ، قال ابن الرفعة : وحمله على ذلك قول
 الامام اذا باع الأرض وفيها معدن ، فما يتجدد يعد البيع للمشتري ،
 وما كان مجتمعا فهو للبايع ولا تردد فيه ، بخلاف الماء ، فان من الناس
 من قال : لا يملك (قلت :) فان أراد الامام أن من الناس من لا يملك
 أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح ، أن ذلك الوجه
 لا جريان له فى المعدن ، لكن لا أثر لذلك فى مسألتنا لأن الكلام ما دام
 فى مقره قبل الحوز ، وان أراد به لا يملك ما دام فى البئر ، فالمعدن
 كذلك عند أبى اسحق القائل بذلك فى الماء ، كما صرح به المصنف هنا
 وغيره ، وهذا الذى ذكرناه فى بيع الأرض المشتمة على المعدن جار
 يعينه فى بيع الدار المشتمة على المعدن ، وفى الدار فرض الغزالى المسألة
 فى الوسيط .

(المسألة الثامنة) اذا باع أرضا فيها ركاز أى كثر مدفون من ذهب
 أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء
 كان من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل فى البيع ، ولا يخل
 للمشتري أخذه اذا وجده ، لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من
 نمائها ولا متصلا بها ، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذى فيه
 (والظاهر) أنه لمن ملكته منه الدار ، فاذا ادعاه فهو له ، وان لم يدعه فهو
 لمن ملكه البائع منه ، وعلى هذا أبدا . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد
 والمحاملى وغيرهم من الأصحاب .

(المسألة الثالثة) الأحجار على ثلاثة أقسام : (الأول) أن تكون
 مخلوطة فى الأرض ، فتدخل فى بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض
 وطينها ، ثم هى على ثلاثة أضرب :

(الأول) أن يضر بالزرع والغرس جسيما فهو عيب اذا كانت
 مما يقصد لذلك ، وفيه وجه أنه ليس بعيب وانما هو فوات فضيلة
 وشرط الماوردي والمتولى فى كون ذلك عيبا أن تكون الأرض مبيعة
 بغير الغراس والزرع ، قال المتولى : فلو اشترها للبناء فهى أصلح له

فلا خيار ، وينبغي أن يحمل كلامهما على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع ،
والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه ، وليس كالأجارة •

(الضرب الثاني) يضر بالفراس دون الزرع لوصول عروق الفراس
اليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثاني) ويحكي عن
أبي اسحاق المروزي أنه ليس بعيب ولا خيار فيه ، لأن الأرض اذا
كانت تصلح للفرس دون الزرع أو الزرع دون الفرس لم يكن ذلك
عيبا لكمال المنفعة بأحدهما ، قال الروياني : وكذلك لو كانت تصلح
للفرس دون الزرع ، قال الماوردي : (والأصح) عندي أن ينظر
في أرض تلك الناحية ، فان كانت مرصدة للزرع أو بعضها للفرس وبعضها
للزرع فليس هذا بعيب ، وان كانت مرصدة للفرس فهذا عيب ، لأن
العرف المعتاد يجري مجرى الشرط ، قال : ولعل اختلاف الوجهين
محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون في الجواب اختلاف ، لكن ذكرت
ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندي •

(قلت :) وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه ، وهو يقتضى أنها
إذا كانت في موضع غير معد للزرع ولا للفرس كالأراضي بين البنيان
في كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والفرس جميعا فيها
ليس بعيب ، ولذلك شرطنا في أول الكلام تبعا للرافعي أن تكون مقصودة
للفراس والزرع ، واستثنى هو أيضا أن تكون الأرض مبيعة لغير
الفراس والزرع والله أعلم •

(الضرب الثالث) أن لا تكون مضرّة بالفراس ولا بالزرع لبعدهما
بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ، ولا خيار للمشتري •

(القسم الثاني) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية في الأرض
كالتي تكون في أساسات الجدارات وما أشبهها ، فهي داخلة في البيع
أيضا لأنها موضوعة للاستدامة ، وهذا على المذهب في أن بيع الأرض
يستتبع البناء ، والطرق التي تقدمت في ذلك جارية فيه حرفا بحرف ،
كما اقتضاه كلام الامام وغيره ، قال في البصر : وكذلك ان كان
البناء منهما أو كانت في طي بئر خراب ، وهذا الكلام في الدخول
(وأما) كونها عيبا فقد جعلها الرافعي من الشرط في كونها عيبا اذا
كانت مضرّة بالفراس والزرع كالمخلوقة • (وأما) الماوردي فانه قال :

ان الغالب فيما بنى على الأرض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس ،
لأن العروق جارية في مسناة الأرض ومشاربها ، قال : فان كانت
كذلك فلا خيار ، وان كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع
فلمشتري الخيار على ما مضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة
المؤنة فلا خيار . أما اذا أثبتنا الخيار فاخترنا أتمام البيع ، فانه
بمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن .

(القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف ، وقيل :
ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها الى وقت
الحاجة اليها ولا خلاف أنها لا تدخل في بيع الأرض كالكتوز والأقمشة ،
نصر عليه الشافعي رضي الله عنه والأصحاب وقول المصنف : ليست
من أجزاء الأرض احتراز من المعدن (وقوله :) ولا هي متصلة بها
احتراز من البناء والغراس ، ثم لا يخلو المشتري أما أن يكون عالماً
بالحال أو جاهلاً ، ان كان عالماً فلا خيار له في فسح العقد ، وان تضرر
بقلم التأم سواء كانت الأرض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ،
ودخل في العقد أما تبعاً أو مع التصريح ، وللبائع النقل ، وان أضر بالمشتري
بأن كان تنقص قيمة الأرض أو الغراس أو الزرع الداخلة في العقد
أو الذي أحدثه المشتري بعده أو لم يتقص ، وان أبنى البائع القسح
فلمشتري اجاره عليه ، سواء كان تنقيتها تضر أو لا .

وفي الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل ،
وساتم مثله فيما اذا كان جاهلاً (والصحيح) الأول ، وان للمشتري
احبار البائم علم القلم والنقل تقريناً لملكه بخلاف الزرع ، فان له
أمداً ينتظر ، ولا أجره للمشتري في مدة القلم والنقل وان طالت
كما لو اشترى داراً فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجره له في مدة النقل
والتقريب ، ويجب علم البائم اذا نقل تسوية الأرض ، وان كان المشتري
جاهلاً بالحجارة فللمحارة بالنسبة الى الضرر في قلعها وتركها أحوال
أربعة (أحدها) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس
والزرع ، وقلعها غير مضر ، لأنه لم يحصل في الأرض غراس ولا زرع
فالبئس لازم ، ولا خيار للمشتري ، وللبائم النقل ، وللمشتري
احباره عليه علم المذهب ، وحكم الامام وجهها ضعيفاً أنه لا يجبر والخبرة
للبياع والمذهب الأول قال الأصحاب : فلو سمح بها للمشتري لم

يلزمه القبول ، لأنها هبة محضة والرافعى أطلق تصوير المسألة في نفي الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك ، والماوردي أراد بالضرر الزرع والغراس ، فذلك قال ما نذكره ملخصا من كلامه وكلام غيره ، وهو أنه اذا قلعها - فان كان المشتري عالما بالحجارة - فلا أجره له على البائع في مدة القلع ، لأن علمه بها يجعل قلعها مستثنى ، كتبعية ثمرة البائع على نخل المشتري ، وان كان المشتري غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيرا لا يكون لمثله أجره كيوم أو بعضه ، قاله الماوردي وغيره ، فلا أجره على البائع وان كان كثيرا كيومين وأكثر .
قاله البندنجي .

فان كان بعد قبض المشتري وجب على البائع أجره المثل على الصحيح ، لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة ، وهل يجب عليه تسوية الأرض واصلاح حفرها بقلع الحجارة ؟ فيه طريقان (أحدهما) القطع بالوجوب ، وهو قول الماوردي (والثانية) على وجهين في التتمة ، ولا خيار للمشتري ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الارش ولا خيار ، وان كان قبل قبض المشتري ففي وجوب الأجره على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثاني) ونسبه الماوردي الى جمهور أصحابنا أنه لا أجره عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشتري بيد البائع على الأرض أخذا من أن جنايته كالأفة السماوية (فأما) تسوية الأرض واصلاح حفرها ففيه طريقان قال الماوردي : فلا يجب على البائع وجها واحدا ، لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض ، وقال غيره : فيه وجهان .

(الحالة الثانية) أن يكون تركها مضرا لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضرا في الأرض من غراس وزرع ، فان كان المشتري عالما بالحجارة ويضررها فلا خيار له في الفسخ ، ولا أجره له في القلع ، وان كان جاهلا اما بالحجارة واما بضررها ، واما في القلع واما في الترك فله الخيار ، هكذا يقتضيه كلام الأصحاب وقال الرافعى : للمشتري الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرا فأغفل قسما آخر لم يشمل كلامه وهو ما اذا كان عالما بالأحجار ويكون قلعها مضرا ولكن جهل كون تركها مضرا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له

الخيار ، وليس كذلك لأنه لا فرق بين ضرر التترك وضرر القلع في ذلك ، وقد يطمع في أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر .

إذا علم ذلك فإذا ثبت الخيار قال الأصحاب : لا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار ، لما في بقائها من الضرر ، وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشتري لا تفسخ لأغرم لك أجره مدة النقل ؟ فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحابهما) عند الامام والرافعي لا ، كما لو قال البائع : لا تفسخ لأغرم لك الأرض ، ثم ان فسخ رجع بالثمن والافعلى البائع النقل وتسوية الأرض ، سواء كان النقل قبل القبض أم بعده ، هكذا قال الرافعي ، وقد تقدم عن الماوردي أنه اذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجها واحدا بل يثبت به الخيار ، وكذلك صرح به ههنا هو والشيخ أبو حامد ، ورجحه الروياني (أما) بعد القبض فتجب التسوية على المشهور ، وقد تقدم ذكر وجهين في التتمة ، وفي أجره النقل ثلاثة أوجه .

(ثالثها) وهو الأظهر وهو قول أبي اسحاق المروزي على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب ، أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبي حامد أنها لا تجب مطلقا ، والكلام في وجوب الأجرة والتسوية في هذا القسم والذي قبله واحد . وكذلك لم يتكلم الرافعي عليه الا في هذا القسم .

واعلم أن الرافعي رحمه الله تعالى أطلق الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها ، مع أن الرافعي أطلق أولا أيضا أنه متى كان عالما بالحصا فلا أجرة ، وقد يقع بين هذين الكلامين التباس ، فالصواب في بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله ، والقاضي أبو الطيب الماوردي جعل محله اذا كان جاهلا بالحجارة وبضررها فان كان عالما بالحجارة غير عالم بضررها فإنه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ، ولا يستحق الأجرة ، وان أقام لعلمه بالحجارة ، وان العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال في القسم الذي تقدم ، وينبغي أن ينزل كلام الرافعي على هذا التفصيل ، فإنه مع العلم

بالحجارة يمنع ايجاب الأجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفرغ الدار من القماش (١) وما أشبه ذلك •

قال الرافعي : ويجرى مثل هذا الخلاف في وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية نقصان وعيب ، وكذا قاله القاضي حسين ، فسلكا بالأرش مسلك الأجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الأجرة ، بل أوجبوها مطلقا ، وكذلك الشافعي رضى الله عنه في الأم أطلق وجوب التسوية وهو الذي قاله המחامي والقاضي حسين والامام ، وابن أبي هريرة أيضا أوجب التسوية قبل القبض ، ولم يوجب الأجرة كما فعل الرافعي ، وقد يقال في الفرق : ان المنافع والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ، فلذلك ثبت له الخيار فقط ، لأنه عيب ولم يضمن تخريجا على أن جناية البائع كالأمانة السماوية •

(وأما) الحفر في الأرض فإنه أذهب بعض أجزاء المبيع ، لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ، ثم هو غير مستمر لأن التراب الذي كان في موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجزاء ، فينبغي انفساخ العقد فيه ، وليس كذلك ، وان كان باقيا قد أزاله عن ذلك الموضع عيب فرده من باب ازالة العيب ولا يلزمه ، وايجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم ، وممن صرح بأن الأرش كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الامام أنه حكى في الأرش الأوجه الثلاثة التي في الأجرة ، وقد جعل صاحب التتمة حكم التسوية قبل القبض مبنيا على جنابة البائع (ان قلنا) كالأمانة السماوية لم يجب ، وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردي وهو الصواب •

وحكى صاحب التتمة وجهين في وجوب التسوية بعد القبض ، لأن التسليم في القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله في وضع الجوائح ، والشافعي رحمه الله تعالى في الأم أطلق وجوب التسوية ، ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده ولذلك قال ابن الرفعة : ان الذي يقع في النفس صحته الجزم بوجوب التسوية ، والاجبار عليها

(١) هو ما على وجه الأرض من فتات الأشياء •

كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ، ولا نظر الى ما بعد القبض وقبله ، فان التسوية عبارة عن الموضع الذي يجب تسليمه فيه الى غيره وجب عليه اعادته الى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب ، انتهى .

واعلم أن الشافعي والأصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا ما اذا كانت مواضع الأحجار تحتاج في تسويتها الى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج ؟ أو تسويتها ببقية الأرض ؟ أو يعيد الى تلك الحفر التراب الذى أخذ منها بالقلع خاصة ؟ وان لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم ، لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر ، فانه لا تسوية فيه لاسيما اذا كان مواضع الحجارة حفرا كبارا ، والتراب الذى فوق الحجارة يسير ، فاذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفرا لا يسده ذلك التراب الذى فوقها ، ولا تتساوى ببقية الأرض ، فحصل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية ، وفاء بمقتضى العقد ، وتسليم العقود عليه على حاله ، وسواء فى ذلك اذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الأرض أو حصل ولكن أجاز المشتري ، فان الاجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين اجزاء المبيع على حالها .

وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغى أن يكون كتلف بعض العقود عليه ، وان كان المراد القسم الثانى ، وهو تسويته ببقية الأرض فبعيد ، لأنه لا يحصل بذلك اعادة المبيع الى ما كان ، بل يتغير كله ، وان كان المراد التسوية بالتراب المقلوع ، فان لم يكف فبتراب جديد ، فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه ، لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع اجازة المشتري العقد بعيد ، بل الذى يتجه أن يقال : ان البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ، ومن ضرورته قلع الأحجار وازالة التراب اللازم ثم اعادته على ما كان فان لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام ، وان حصل عيب قبل القبض وكان المشتري قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار ، وعلمه بالحال ، فلا شيء له غير رد التراب ، لأن اجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب .

وان جهل الحال - فان حصل ذلك قبل القبض - ثبت له الخيار ، فان فسخ فذاك ، وان أجاز وجب التراب خاصة ، وان كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشتري بالحال ، فان العقد لم يتضمنه ، وجهل المشتري أثبت له الخيار ، فاذا أسقطه بالاجازة لم يبق له شيء آخر ، ثم التعيب الحاصل من القلع ان فرض ، غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل في يد البائع ، والمشتري قد رضى به لما ألزمه البائع بالقلع الذي ذلك التعيب من لوازمه ، فلا شيء له ، سواء كان قبل القبض أم بعده ، ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبي حامد ومن وافقه في قولهم ، بأن التسوية لا تجب مطلقا قبل القبض وبعده ، ولكنه خلاف نص الشافعي رضي الله عنه ، وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهي أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائدة على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جنابة البائع (والأصح) أنها كالأفة السماوية فيقتصر على اثبات الخيار وان كان بعد القبض فيخرج على القلع في يد المشتري بالسرقة السابقة في يد البائع (والأصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية ان وقع بتغير مطالبة المشتري ، وان وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر ، وفي مأخذ الخلاف في الأرض ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في العصب ، هذا كله ، اذا كان لذلك الزمان أجرة ، والا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردي : وعلى جميع الأحوال ليس للبائع اقدم الحجارة في الأرض ان أقام المشتري على البيع .

(والحالة الثانية) أن لا يكون في قلعه ضرر ، ويكون في تركها ضرر ، فيؤمر البائع بالقلع والنقل ، ويجبر عليه ، ولا خيار للمشتري كما لو اشترى داراً فلحق سقفها خلك يسير يمكن تداركه في الحال ، أو كانت منسدة البالوعة فقال : أنا أصلحه وأتقيها ، لا خيار للمشتري (قلت) وههنا أولى بعدم الخيار ، لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه ، وهناك لا يلزم البائع الاصلاح وازالة الخلك ، ثم ان الماوردي على عادته لما فسّر الضرر بضرر الغراس والبناء قال : ثم القول في الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى ، فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعي لم يحتج الى ذلك ، وقد ذكر المصنف هذه الحالة في باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى .

(الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر ،
 فللمشتري الخيار إذا كان جاهلا ، فان أجاز ففي الأجرة والأرض
 ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول : أقلع وأغرم الأجرة أو أرض
 النقص ، قال صاحب التهذيب : ويحيى فيه مثل الخلاف المذكور في
 الحالة الثالثة ، ولو رضى البائع بترك الأحجار في الأرض سقط خيار
 المشتري ابقاء للعقد ثم ينظر ان اقتصر على قوله : تركتها فهل هو
 تمليك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي ،
 وهما كالوجهين في ترك النعل على الدابة المردودة بالعيب (أحدهما)
 أنه تمليك ليكون في مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة
 لا غير ، وبالأول أجاب الماوردي •

وينبنى على الوجهين ما لو قلعها المشتري يوما ما وأبدى للبائع
 في تركها هل يمكن من الرجوع ؟ والأكثر أن له ذلك ، ويعود خيار
 المشتري ، وهو القياس ، وقال الماوردي والامام : لا رجوع ،
 ويلزم الوفاء بالترك الا اذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك ،
 وقال الماوردي : لأنه يجري مجرى الأبراء الذي لا يجوز الرجوع
 فيه ، ولا يعتبر فيه القبول ، وادعى الامام أنه لا خلاف فيه وان
 قال : وهبتها منك فان رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك
 ومنهم طرد الخلاف لانقضاء حقيقة الهبة ، وانما المقصود دفع الفسخ
 وان لم توجد شرائط الهبة ففي صحتها للضرورة (وجهان) ان
 صححناها ففي افادة الملك ما ذكرنا في الترك ، قال أكثر هذا الكلام
 الامام والرافعي رضى الله عنهما ، ولم يتعرض لأن المشتري يجبر
 على ذلك أولا وقد قال القاضي أبو الطيب : البائع اذا قال : وهبت
 الحجارة ففي اجبار المشتري على قبولها وجهان مبنيان على القولين
 فيما اذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالأولى فوهبها
 هل يجبر على قبولها ؟ فيه قولان (ان قلنا :) لا يجبر فلأنها هبة مجهولة
 فلا تصح ، وأيضا فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثاني) يجبر ،
 لأن بقبولها يزول الضرر •

(فان قلنا) لا يجبر ، فعلى البائع نقلها ، فان لم يسمح البائع
 بترك الأحجار ثبت للمشتري الفسخ ، فان فسح رجع بالثمن ، وان
 أقام فهل للبائع القطع ؟ نظير ان كانت الأرض بيضاء أو مغروسة

يعرس متقدماً على البيع أو متأخراً فله ذلك ، ثم الحكم فيه يأتي
 ان شاء الله تعالى . وان كانت مزروعة يزرع المشتري قال الماوردي :
 فملى البائع ترك الأحجار الى انقضاء مدة الزرع ، لأنه زرع غير
 متعد به فلما يقطع قبل حصاده ، فاذا حصد المشتري زرعه قطع البائع
 حينئذ حجارته ، ولزمه أجره الحجارة بعد القيص وتسوية الأرض ،
 ووافقه صاحب التهذيب فقال : اذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو
 للمشتري فانه يترك الى أوان الحصاد ، لأن له غاية بخلاف العراس ،
 قال الرافعي : ومنهم من سوى بينه وبين العراس .

(فرع) تقدم أنه اذا لم يكن في القطع ضرر أو كان فيه ضرر
 يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشتري . ومحل ذلك على
 ما يقتضيه كلامه اذا بادر البائع اليه ، فلو تقاعد عنه كان للمشتري
 الخيار ، قال ابن الرفعة : وقد يقال : بل يجبر على ذلك كما يقتضيه
 كلام الغزالي وغيره ، تبعاً لظاهر النص ، يعنى في وجوب تسوية
 الأرض على البائع لأن في ذلك محافظة على اتمام العقد .

(فرع) في هذه الحالة فأما العراس الذي وعدت يذكر حكمه
 اذا أقام المشتري على البائع وليس فيها زرع وكان فيها عراس فان
 للبائع قطع حجارته مطلقاً ثم لا يخلو اما أن يكون ذلك العرس متقدماً
 على البيع قد دخل ، واما أن يكون المشتري استجده ، فان كان متقدماً
 فان قطعها بعد القيص فعليه الأجرة على الصحيح وأرش النقص
 وتسوية الأرض على ما تقدم ، وتعيب الأشجار بالأحجار كتعيب
 الأرض في اثبات الخيار وسائر الأحكام ، وان كان قبل القيص لم
 يلزمه التسوية ولا أرش النقص على ما تقدم ، وقد مر في مثله كلام
 الرافعي ومن وافقه ، وفي الأجرة وجهان (أصحهما) لا ، ولو سمح
 للبائع بترك الأحجار وكان القطع والترك يضران ، ففي ثبوت الخيار
 وجهان ، حكاها المحاملي (أصحهما) الثبوت ، لأنه ابتاع أرضاً
 على أن فيها عراساً ، فاذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص
 وضرر ، هكذا قال ، وفي نظيرها فيما اذا كانت الأرض بيضاء لم
 يتقدم لنا خلاف في سقوط الخيار ، وقال الامام في الأرض المغروسة
 فيما اذا كان القطع يضر دون الترك ، وسمح للبائع بالترك حتى لا يتعيب
 العراس بالقطع ، لأن الأئمة أجمعوا على أن الخيار يبطل ، وان كان

العرايس أحدثته المشتري بعد الثراء فان أحدثه عالما بالأحجار فليبايع
 من أو حبار ، وليس عليه ضمان منع العرايس وسقط خيار المتسرى .
 وإن أحدثه جاهلا فمضى تبوت الخيار وجهان (وجه) البوت ان
 الصيرر ناسيء من ايداعه الاحجار في الارض (والاصح) انه لا يتيت
 لرجوع الصيرر الى غير البيع ، وبناءا على الفاضل حسين على ما اذا
 باع سجرة عليها ثمره بعد يدو الصلاح اتم حدثت ثمره اخرى واحصلت
 ببيعها ، فان الروياني : فان كان فلعه يصير ويرد لها لا يضر ، وسمح المانع
 بالتحجاره للمشتري اجبر على قبولها ولا خيار له ، فان كانت الارض بمص
 بالتحجاره ايضا فان لم يورث العريس ومنع المعروض نقصانا في الارض ، منه
 المنع والفسخ ، وان اورد المنع او العريس بمصانا فلا خيار في الفسخ ،
 انه يجوز له رد المبيع ناقصا ، ونحن ياخذ الارش .

وإذا قلع المانع الاحجار فانتقص العرايس فعليه ارس النقص بلا
 خلاف هذا ما قاله الرامعي . وقال المحاملي : لا فرق بين ان يعرس المانع
 ويبيع او يبيع بلا عرايس ثم يعرس المشتري ، وقال الماوردي : وان كان
 اعرايس استحدثته المشتري بعد البيع فهذا لا يكون الا بعد القبض فيلزمه
 — يعني المانع — الاجرة ونقص العريس وتسوية الارض ، والتفصيل
 اندي قاله الرامعي اولى ، وما قاله الماوردي من أن ذلك لا يكون الا بعد
 القبض وكذلك قال في الزرع ، فكان ذلك محمول على الغالب ، والافيمكن
 أن يحصل للمشتري في الارض المبيعة قبل قبضها عرس أو زرع ، وحينئذ
 يعود الكلام في وجوب الاجرة ، وجميع ما سبق من الاحكام التي
 تختلف قبل القبض ويعده .

وأما ارس نقص العرايس هنا فانه واجب على كل تقدير . لأن
 العرايس ليس بمبيع حتى يخرج على جناية المانع قبل القبض وهذه
 الاحكام التي ذكرتها في العرايس والزرع ذكرها الماوردي في هذه
 الحالة الرابعة ، والرافعي ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها
 قد تأتي في غيرها كما لو لم يجبر المشتري المانع على القلع في الحالة
 الأولى أو في الحالة الثالثة ، فان القلع يكون جائزا للمانع ، ويأتي
 فيه من التفصيل ما ذكره هنا ، والله أعلم .

(فرع) تكلم الامام وقيله القاضي حسين في أنه لم أوجبوا
 تسوية الحفر على المانع ؟ وعلى الغاصب اذا حفر في الأرض المغصوبة ؟

ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده ؟ وإنما أوجبوا الأرش ؟
واجبا عنه بأن طم الحفر لا يكاد يتفاوت ، وبينان الإينيه يختلف
ويتفاوت ، فثبته ذلك يذوات الإمثال وهذا يذوات القيم حتى لو رفع
لينه أو لبنتين من رأس الجدار وأمكن الرد من غير اختلاف في الهيته
خان ذلك كطم الحفر •

(فرع) ذكره المحاملى هنا قال أبو اسحاق : اذا باع عبدا
فقال المشتري : هو أبى ، وقال البائع : انا احضره الساعة واحضره لم
يكن للمشتري خيار (قلت :) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما اذا
اشتراط البائع الاياق ثم أبى في يد البائع قبل القبض ، فاذا أمكنه رده
عن قرب لم يتيت الخيار •

(فرع) ذكر الامام في آخر كلامه كالتضايط لما تقدم أنه مهما
فرض ضرر لا يندفع فان كان المشتري عالما فلا خيار ولا أرش ، فان
كان جاهلا ثبت الخيار ، فان فسخ فذاك ، وان أراد ، وأراد الزام
البائع أرش النقص وان لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر ،
وكان الضرر في تركه ونقله ، ففي الأرش الأوجه من جهة أن المشتري
يجد خلاصها بالفسخ ، فهو كاطلاعه حالة العقد ، وأن النقص ظهر
بعد العقد يفعل منشؤه البائع ، اما قبل القبض أو بعده مستندا الى
سبب متقدم كقتل العبد المرتد ، وان تمكن من دفع الضرر بترك الحجر
فلا يلزمه التارك ، ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال
في تغريم البائع ما تقدم من الخلاف ، ومنهم من يقطع بتغريمه في
هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص في رقية
المبيع • وقد ذكروا الخلاف في الأجرة فما وجه ترتبها ؟ والفرق
لائح ؟ فان المنافع ليست معقودا عليها ، ولو قيل : القدر الذى
يفرغ البائع فيه المبيع غير داخله في استحقاق المشتري لم يكن يعيدا ،
والمبيع كله مستحق للمشتري بأجزائه وصفاته •

(فرع) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض ،
وتجب بعده ، وأن ذلك قول أبى اسحاق المروزي على ما نقل أبو الطيب ،
وفي البحر قال المسارجيسى : قال اسحاق (١) في بغداد قبل خروجه

(١) كذا بالأصل ولعله قال الشافعى ، والله أعلم (ط)

الى مصر : له الأجرة ، يعنى قبل القبيض ، قال القاضى الطبرى :
وعدا محتمل عندى لانه نص فى البيوطى على أن البائع اذا قطع
يد العبد المبيع فالمشترى بالخيار بين الفسخ والاجازة مع الارش ،
فإذا نص فى الارش فالأجرة مثله ، وبني القفال ذلك على أن جناية البائع
تلافة السماوية او كجناية الأجنبى •

(فرع) تقدم الكلام فى أن للمشترى الخيار عند وجود شروطه
المتقدمة ، وإن الأجرة والارش يفصل فيهما بين ما قبل القبيض وبعده ،
وهل يثبت خيار للمشترى بنقص الأرض بالطلع ؟ تقدم عن الماوردى
فيما قبل القبيض أنه يثبت ، وذلك ظاهر ، لانه عيب حدث قبل القبيض
وقال الرويانى : انه ان كان بعد القبيض فيثبت أيضا ، لأن سببه كان
موجودا قبل القبيض •

(فرع) اذا اختار المشتري الامساك فيما اذا كانت الأرض
المذكورة مشتملة على شجر داخل فى البيع وكان قلع الحجارة يضر
وتركها يضر ، فالحكم فى التسوية والأجرة على ما تقدم وفى أرش
النقص طرق حكاها الرويانى •

(أحدها) لا أرش لأنه رضى بالنقص وقال أبو اسحاق : هو
كالأجرة ان كان قبل القبيض لم يلزم وإن كان بعده لزم • وقال
ابن سريج : بعد القبيض يلزم قولاً واحداً وقيله قولان • وقال بعض
أصحابنا بخراسان : فيه وجهان قبل القبيض وبعده والأصح أنه
يجب •

(فرع) قال الرويانى : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا
يضر ، واختار البائع الترك ، لا خيار للمشترى ، وهل تملك بالترك ؟
على ما تقدم وقال القفال : لو قلع المشتري تلك الأحجار بعد ذلك فهل
للبيع قلع الأحجار ؟ وجهان مبنيان على ما لو أتلف حنطة فلم يوجد
مثلا فغرم المثل ، ثم وجد المثل ، هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل ؟
وجهان وإن اختار القلع فالمشترى الخيار لأنه يضر بالمبيع ، ولا فرق
بين أن يقول له البائع : أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقل وليس
كما اذا اختار الترك ، فانه لا نقص فى الترك ، فان اختار المشتري
الامساك فالحكم فى التسوية والأجرة وأرش النقص على ما مضى •

(فرع) إذا غرس المشتري يعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ، ثم ان كان قلع الأحجار وتركها مضرين فللبائع القلع والمشتري المطالبة به ، ثم اذا قلع قال الروياني : يلزم البائع أرش النقص قولاً واحداً ، لأنه حول ملكه عن الأرض بادخال النقص على الغير ، فان كان مراد الروياني نقص الأرض فظاهر ، وان كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه ، وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر ، فانه متعمد بالغرس ، والله أعلم .

وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع قال الروياني : فعليه أرش النقص قولاً واحداً ، والكلام فيه كما تقدم ، وليس مراده الا الغراس فانه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال : كم يساوي هذا الشجر ولا نقص ؟ فيقال : مائة ، فيقال : وكم يساوي ربه هذا النقص ؟ فيقال : تسعون فيقول : نقص العشر ، فتلزم حصته من القيمة ، وان اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري ؟ فعلى ما ذكرنا .

(فرع) قال الروياني وغيره : ولو كان البائع زرع فيها زرعا وباعها مع الزرع وتحتها أحجار يعنى والمشتري جاهل بها فليس للبائع أن يقطع الأحجار ما لم يحصد الزرع اذا كان قلعها يضر بالزرع ، وأن الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار اليه .

(فرع) قال الغزالي رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبي الدم : ان العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر ، ويريد به : ولا يلزمه التسوية وفي مسألة البيع يلزمه التسوية ، ومعناه : ولا يلزمه أرش النقص ، واختلاف الأصحاب في ذلك على طريقتين منهم من قال : يلزمه أرش النقص في المسألتين دون تسوية الحفر فيهما ، ومنهم من قال : يلزمه التسوية في المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعدوان الغاصب فيلزمه الأرش بخلاف البائع فيلزمه التسوية .

(فرع) زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة ، وفي قلعها هلاك الزرع ، لم يمكن البائع من قلعها لأن للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس ، قاله صاحب التتمة وغيره ، ونص عليه

الشافعي رضى الله عنه . وكذلك فيما اذا علم المشتري بالحجارة وترك
البائع القلع ، ثم أراده بعد زرع المشتري لم يكن له ذلك حتى يحصده
المشتري ، كما حمل ابن الرفعة نص الشافعي عليه ، قال الرافعي :
ومن الأصحاب من يسوى في الحالتين بينه وبين الغراس .

(فرع) شبه المتولى الخلف في ثبوت الخيار اذا اشترى
الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما اذا باع الشجرة
وبقى لنفسه الثمرة ، فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها ، فمن قال هناك
يجعل الحادثة كالمبيعة في حكم الاختلاط . قال ههنا : ان الضرر الذي
يلحقه في الغراس الحادث كالضرر الذي يلحقه في الأشجار المشتراة ،
يعنى لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها ، فجعلنا الضرر الذي يلحقه
في حق من حقوق المبيع كالضرر الذي يلحقه في نفس المبيع ، قال :
وأصل المسألتين اذا اشترى جارية فوطئها ، ثم استلحقت فغرم المهر
هل يرجع بالمهر على البائع أم لا ؟ فعلى قول يرجع لأنه ضمن له
سلامة الوطاء فاذا لم يسلم يرجع عليه ، وكذا هنا ضمن له سلامة
غراسه ، والثمار الحادثة ، فجعلنا الخلل الحاصل في واحد منهما
كالخلل في عين المبيع ، وفرض المتولى المسألة فيما اذا كان قلعها يضر
بالغراس ، وتركها لا يضر ، وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعي في
ثبوت الخيار مطلقا .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد الجويني في السلسلة لما ذكر
الوجهين في وجوب الأجرة على البائع للمدة التي مضت في نقل
الحجارة ، وبناهما على أن جنائية البائع كالأمة السماوية ، وكجنائية
الأجنبي قال : فان قيل : القبض هنا حاصل ، والمذهب لا يختلف أن
جنائية البائع بعد القبض كجنائية الأجنبي ، وإنما القولان قبل القبض
(قلنا :) البائع اذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من
الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك ألحقناها بالحالة
الأولى ، وهذا الذي قاله الشيخ قد تقدمت الاشارة اليه ، ولكنى أحببت
نقله من كلامه .

(فرع) من تنمى الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس
داخلا في بيع الأرض ، ونقل الحجارة مضر به ، قال الامام : وليس

أفائل أن يقول في حالة الجهل وأضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع ، وقيامًا بتسليم الأرض والأشجار له .

(فرع) قال الرافعي رحمه الله : لو باع دارا في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع ، وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق ، وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار في البيع ، بل لا يحريم مثل هذه الدار ، كذا ذكرها الرافعي قال : إذا قال : بعثك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الأرض والأشجار والغراس ، وكل ما له من النبات أصل لا خلاف في المذهب في ذلك ، وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الأرض ، وقال الغزالي : إن أظهر عدم الدخول جريا على قاعدته (وأما) على المذهب فإنه يدخل ، وإن قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فإن البستان وإن كان قد يخلو عن البناء ولكنه إذا كان مشتملا عليه تناول اسمه جميع ذلك ، وهو كالاتعمال الذي في دخول الشجر في بيع الدار ، وهو هنا أقوى ، لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار غالبا ، ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه .

وجزم الرافعي بدخول الحائط ولا وجه لذلك ، بل هي من جملة الأبنية ، فالجزم فيها مع طرد الخلاف في غيرها غير متجه ، ولا مساعد عليه عند الأكثرين ، هذا والماوردي أطلق طرد الخلاف في البناء من غير تفصيل ، والرويانى في البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق ، وأن بعض أصحابنا قال : يدخل الجدار المحيط قولا واحدا ، وهو ضعيف عندي ، وجزم القاضي أبو الطيب بدخول البناء في بيع البستان مع ذكر الخلاف في دخول النخلة والشجرة في بيع الدار ، وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول في البستان ، وهو الذي يقتضيه العرف لاسيما في بلادنا هذه ، انتهى الغالب على بساينها أن تتخذ عليها الحوائط والأغلاق لشبه المساكن .

قال الامام : والبناء عندي بالاضافة الى البستان كالشجرة بالاضافة الى الدار ، فقد تلخص في دخول الأبنية في البستان طرق :
(احداها) أن الجدار المحيط يدخل جزما ، وفيما عداه الطرق ، وهو ما أورده الرافعي وضعفه الرويانى .

(والثانية) اجراء الخلاف في الجميع ، وهي قضية اطلاق الأكثرين .

(والثالثة) الجزم بدخول الجميع ، وهو مقتضى كلام القاضى
أبى الطيب ، وهي التي اقتضى كلامى أولا الميل اليها ، وليس لنا
طريقة جازمة بعدم دخول الأبنية هنا مع التردد في دخولها تحت اسم
الأرض ، وهذا ما لا يمكن ، ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه
في دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم (ثالثها) يدخل
المحيط دون ما اذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة ،
وكذلك فعل ابن الرفعة .

قال الرافعى : وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان ، لكن العادة
في نواحينا اخراج الحائط عن مسمى الكرم ، وادخله في مسمى
البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به ،
وذكر ابن الرفعة أن هذا كالعام . وأنه ان صح يكون وجها رابعا
يعنى في محيط الكرم والبستان والشجرة العتيقة ، ولو كانت الشجرة
حادثة لم تدخل في بيع البستان ، قاله ابن الرفعة أخذا مما سيأتى ،
وفي العريش وهو المسمى في بلادنا بالكرم في وجوب اللزوم تردد للشيخ
أبى محمد (١) . رجح الامام والغزالي دخوله ، وجعل في الوسيط محل
التردد في دخوله تحت اسم الكرم ، والامام نقله في لفظ البستان
والباحة ، وفي كلامه ما يدل على جريانه في الكرم أيضا .

وفي كلام الامام ما يقتضى أن ذلك في العريش الذي ينقل ، فانه
قال : والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم
الكرم أو البستان في مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشة ،
وان كان محله . قال ابن الرفعة : لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك
اذا كان العريش ينقل (أما) اذا كانت تتراد للدوام [كما هو جار]
في بلادنا فلا يأتى فيها التردد قال الرافعى : ولو قال : هذه الدار
بستان ، دخلت الأبنية والأشجار جميعا ، ولو قال : هذا الحائط بستان
أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار . وفي البناء
الذى في وسطه الخلاف السابق ، هكذا ذكره في التهذيب ، وهكذا قال

(١) هنا في ش بياضات وفي ق كذلك وقد عولجت بالرجوع الى اصول

أربابها فجات مستقيمة هكذا ، والله المستعان (ط) .

الرويانى فيما اذا قال : حائط بستان ، وفى لفظهما قلق ، والمراد أن بقول : بعثك هذا الحائط البستان هذه [هى] العبارة المستقيمة .

قال الرافعى : ولا يتضح فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخل أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة : هذا الذى ذكره الرافعى صحيح ان كانت الحوطة بغير ميم أما اذا كانت فى كلامهم بالميم فالإشارة تكون للميم وهو البستان ، فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفى دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده ، فلذلك ألحق هذه اللفظة بالبستان .

(قلت :) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المذهب والرافعى والروضة — بالميم وإخراج البناء عنها بعيد . وان أخرج فيما اذا نطق باسم البستان فان الإشارة الى الجميع وتخصيصها — بالميم — دون غيره لم يقتضه دليل وهى داخلة فى مدلول اللفظ قطعاً ، بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه . لأن اسم البستان صادق بدونها ، نعم قول الرافعى فليدخل أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد فى ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير — ميم — فلم أره فى كتاب غير كلام ابن الرفعة . ولا أعلم معناه ، فان كان موضوعاً للبستان فينتج كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعى وان كان موضوعاً للحائط الدائر على البستان فينتج أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعاً .

(والأقرب) أن حذف — الميم — تصحيف وأن اللفظ بالميم كما هو فى الكتب . وأن الحكم فيها مخالف للحكم فى لفظ البستان . والحائط بمعناه وأنه لا ينتج فرق فيها بين البناء والشجر . كما قاله الرافعى . لكنه لا ينبغى التردد فى ذلك كما تردد بل ينبغى دخول البناء والشجر لوجود الإشارة الى الجميع وعدم ما يقتضى إخراج شئ من ذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال ابن الرفعة : وفى بعض الشروح أنه لو قال : بعثك هذا الحوط دخل فيه الحيطان والأرض وإن كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب . وخلاف

ما قاله الرافعي أيضا ويعيد من جهة المعنى لا وجه له ، والله سبحانه
وتعالى أعلم .

(فرع) قول الغزالي في الوجيز : ان الأظهر عدم الدخول يعني
به الأظهر من الطرق ، فانه في الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما في
اسم الأرض (وأصح) الطرق عنده في اسم الأرض عدم الدخول كما
تقدم فعلم أن مراده هنا الأظهر من الطرق ، والعجلى قال : ان معناه
الأظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الامام بين البناء بالنسبة
الى البستان ، والشجر بالنسبة الى الدار والذي حكاه الامام والغزالي
في استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه ، وأفهم كلام الامام فيها أن
التفريع على أن اسم الأرض لا يتناول البناء والشجر أى ان قلنا :
البناء والشجر داخلان في الأرض فهنا أولى (وان قلنا :) لا يدخل
فهنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالي « الأظهر » (١) أى من هذه الأوجه
ولا شك أن ما قاله الامام نفيه .

ولكن الغزالي صرح في الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف في الأرض
فينبغي أن يحمل كلامه في الوجيز على ذلك ويكون الأظهر من الطرق
فانه ليس في كلامه التسوية بين الدار والبستان كما في كلام الامام
وان كانت التسوية متجهة - وقد تقدم في استتباع الدار الأشجار
بحث - ويمكن أن يعود مثله هنا في هذه الأوجه وتكون مفرعة على
أقول باتباع الاسم كما ذكره الامام هناك وان لم يصرح به هنا
لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه ، ولو كان في البستان ماء فهل يدخل
في العقد ؟ فيه وجهان حكاهما القاضي حسين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل ، وان
كان مؤبرا لم يدخل ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي
صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع

(١) من اصطلاح متأخرى الاصحاب ان الأظهر الراجع من الأقوال
والاصح هو الراجع من الأوجه ، وكان المتقدمون يتساهلون في اطلاقها فتخل
الأظهر أحيانا محل الاصح والعكس والراجع من الطرق هو (المذهب) (ط) .

الا أن يشترطها المتبايع « فجملها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة ، فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمتبايع ، ولأن ثمرة النخل كالحمل ، لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع ، والحمل الظاهر لا يتبع ، فكذاك الثمرة . قال الثاقفي رحمه الله : وما شقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر . »

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المتبايع » وفي لفظ لمسلم : « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر » وفي لفظ آخر له : « أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذى أبرها الا أن يشترط الذى اشترها » وفي لفظ له أيضا « أيما امرئ أبر نخلا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل الا أن يشترط المتبايع » ورواه الثاقفي رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهري عن سالم عن أبيه ، وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها ، كله أئمة علماء ، ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال : أن يشترط المتبايع بغير هاء ، وكذلك في بقية الحديث من طريق سالم ، ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع الا أن يشترط المتبايع ، وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء في الموضعين . هكذا قال ابن عبد البر ، ونبه على أن المعنى الا أن يشترط المتبايع سائر ذلك ، فيبدل على صحة اشتراط نصف الثمر أو جزء منها وكذلك في مال العبد ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وسأعرض لهذا في فرع آخر الكلام ان شاء الله تعالى ، والغرض التنبيه على اسقاط الهاء من لفظ الحديث ، ولم أقف عليها في شيء من طرق الحديث ، وقول المصنف : نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور .

(وقوله) كامن احتراز من الزرع ، لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك ، وأن التين والعنب ونحوه (وقوله :) لظهوره غاية ، احتراز من الجوز واللوز والرمان والرايح ، لأنه لا غاية لخروجه من قشره . وانما يظهر بكسره ، فالرمان والموز للبائع قولاً واحداً ، والجوز واللوز والرايح له على الصحيح المنصوص ، فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر الا عند الأكل ، فهذا في معنى قولنا ليس لظهوره غاية ، وقد ورد في بعض الروايات : من باع ، وفي بعضها : من اشترى ، وكلها صحيح

سندا ومعنى • قال ابن عبد البر : لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح •

(وقوله :) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه ، يقال أبر النخل مخففا يأبرها أبراً ، والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى إذا انشقت طلعتها وظهر ما في بطنه وضع فيه شيء من طلع الفحال ، وقال بعضهم : هو أن تسحق ويؤخذ شيء من طلع الذكر فيدخل بين ظهرائي طلع الاناث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحاً لها ، وهذه (هي) العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح ، فيحمل الريح أجزاء الفحال إلى سائر النخل ، فيمنعه التساقط ، وفي عبارة جماعة ما يوهم أن التسحق داخل في معنى التأبير ، وسنبين لك فيما سيأتى أنه ليس الأمر كذلك •

(أما الأحكام) فبيع الشجر ، ان كان بشرط القطع جازاً مطلقاً ، رطباً ويابساً ، وان كان بشرط القطع فاطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضاً ، وقال الصيمرى : ان كان كالفجل لم يجز ، لأن أسفله غائب ، وان كان كشجر العصفور وما حفر من التراب جاز لأن الغائب منه غير مقصود ، وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس • وغيره صرح بجواز شرط القطع ويجعل المجهول تبعاً ، وان باع بشرط التبقية ، فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب ، وان كانت يابسة قال المتولى : ففسد البيع ، وان أطلق فالمشهور الجواز ، وعلى مقتضى قول الصيمرى حيث لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد •

إذا عرف ذلك فقال الأصحاب : يندرج في مطلق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة ، فان كان الغصن يابساً والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل ، لأن العادة فيه القطع كما في الثمار قال في التهذيب : ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم ، قال ابن الرفعة : أى إذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضاً في مطلق بيع الشجرة ، وكذا الأوراق ، وفي ورق التوت ونهوه خلاف

سيأتي تفصيله في كلام المصنف ، وفي أغصان الخلاف (١) التي تقطع
أغصانه ويترك ساقه ، فإذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل في العقد .

(أما) الخلاف (١) الذي يقطع في كل سنة من وجه الأرض فهو
كالقصب ما ظهر منه للبائع ، وفي أصوله الخلاف الذي في أصول البقل قال
ذلك القاضي حسين ، وعن الامام أنه قال هنا : انها تدخل أغصانها في
البيع بلا خلاف ، وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافا وفي كتاب الوقف قال :
انها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان (نوع) يقطع كل سنة
من وجه الأرض فهو كالقصب (ونوع) يبقى وتقطع أغصانه ، ففي دخول
أغصانه في بيعه خلاف (الأصح) الدخول لأنها جزء منه ، ولا يدخل في بيع
الشجرة الكرم الذي عليها ، قاله القاضي حسين في الفتاوى ، ولو كانت
الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفرغ الأرض عنها للمادة ، ولا يدخل
مغرسها في العقد وجها واحدا قاله القاضي حسين ، وحكمها حكم
سائر المنقولات ، ولا يشترط فيه القطع قاله القاضي حسين .

قال في التتمة : فلو شرط ابقائها فسد البيع كما لو اشترى
الثمرة بعد التأبير ، وشرط عدم القطع عند الجذاذ ، ولو باعها بشرط
القطع جاز وتدخل العروق في البيع عند شرط القطع ، وان كانت مجهولة
تبعا ، كذا قاله ، وقال الصيمري : لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع ،
لأن أسفلها غائب ، ولا يدخل عند شرط القطع ، بل تقطع عن وجه
الأرض .

وان كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو بشرط القلع أو
بشرط القلع اتبع الشرط ، وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمري
ولا يجب تسوية الأرض لأنه شرط القلع ، قاله في الفتاوى ، ولو أطلق
جاز الابقاء أيضا للمعادة كما لو اشترى بنساء استحق ابقاءه ،
وليس كالزرع حيث يشترط القطع ، لأن الشجرة تتراد للبقاء ، ولا
يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع ، قاله الامام ،
وهو بما لا خلاف فيه ، وكذلك اذا باع بنساء مطلقا قاله الامام ، وهل
يدخل المغرس في البيع ؟ فيه وجهان ، وقيل قولان (أحدهما) ويحكى
عن أبي حنيفة نعم ، لأنه يستحق منفعته لا التي غاية ، وذلك لا يكون

(١) بضم الخاء وتشديد اللام .

الا على سبيل الملك ، ولا وجه لتملكه الا دخوله في البيع (وأصحهما)
 عند الامام والرافعي وغيرهما نعم ، لأن اسم الشجرة لا يتناولها .
 وقد يستحق غير المسالك المنفعة لا الى غاية ، كما لو أعار جداره
 لوضع الجذوع ، وكذا الوجهان في دخول الأس في بيع البنساء كما
 تقدم ، قال الامام : وليس هذا كالخلاف في استتباع الأرض أشجارها ،
 فان الفرع لا يستتبع الأصل ، ولكنه من جهة استحقاق لا محمل
 له الا الملك يعنى أن ذلك لا يكون اجارة للتأييد ولا عارية لعدم جواز
 الرجوع ، وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعا تبعا ، فعلى
 الوجه الأول لو انقلعت الشجرة أو قلعتها المسالك كان له أن يغرس
 بدلها ، وله أن يبيع المغرس ، وعلى الثاني ليس له ذلك ، وهل يكون
 ملكة لذلك من باب الاجارة أو الاعارة ؟ قال ابن الرفعة : يخرج فيه
 من مقتضى كلام الأصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله
 في الصلح ، ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة ، لأن هذا يقع
 ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع ، وهذا الوجه يتخرج من قول
 جمهور الأصحاب أن البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الأرش على
 ما يفرغ .

وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الامام في كتاب الرهن : ان له
 القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يغرم المستعير في مثل هذه الصورة ،
 وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة ،
 قال : وبه يتم ما أبديته تخريجا ، وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج
 على الخلاف في العارية ؟ وقال ابن الرفعة : يشبهه أن يقال : (ان
 قلنا :) الابقاء يستحق كالعارية فكالعارية ، والا فلا يلزمه وجها
 واحدا ، والخلاف في دخول المغرس والأس في البيع مثله مذكور في
 الاقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام في كتاب الصلح ونقله
 ابن الرفعة عنه .

ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البنساء والغراس فلا يتخيل
 فيها ملك الأرض فان جهل المشتري الحال وقلنا بدخولها في البيع
 لو كانت للبائع ، قال ابن الرفعة : فيشبهه أن يقال : يثبت الخيار ، كما
 اذا قلنا : الحمل يقابل بالثمن ، ثم بان أن لا حمل ، ولا يبطل البيع
 لأن ذلك انما وقع تبعا لا مقصودا ، وهذا اذا كان الابقاء مستحقا له
 بطريق ، باجارة أو غيرها .

(أما) إذا كان في أرض معصوبة فحكي الماوردي في كتاب الغصب في صحته وجهين (أحدهما) لا يصح لأن [الاجارة تقتضي] (١) الإبقاء وهو لا يستحقه في هذه الحالة (والثاني) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند الاطلاق وإنما يستحق الإبقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك ، قال ابن الرفعة : والذي تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه ، ولم تنتقض مدة اجارته وعلم المشتري منه ذلك فهل نقول يستحق الإبقاء في بقاء مدة اجارته بغير عوض ؟ كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها في العقد أو يستحق الأجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة ؟ فيه نظر واحتمال ، قال : والأسبب الثاني ، والعمل عليه في العرف ، ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبته وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما إذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة ، لا في حال حياته ولا بعد وفاته (إذا قلنا :) لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) إذا قلنا : تنتهي بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه ، كما هو محكي في الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة ، والله أعلم .

وهذه الأحكام كلها جارية في جميع الشجر ، لا فرق بين النخل وغيره ، وقد استشكل ابن أبي الدم دخول المغرس في بيع الشجر ، ورأى القول به في غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر ، فتستبك عروقها في جميع الأرض ، فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار ، ولا في بطنها لاستبك العروق ، وإثباتها يفضي الى أن يملك مشتري الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها ، وأيضا فاما أن يملكه نازلا في طبقات الأرض على مسامحة العروق وفي جهة العلو الى وجه الأرض على مسامحة العروق ، ولا نقول : انه يملك من الأرض ما يستتر العروق ، والبحث بها عن الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه الى ملك الأرض بانتشار العروق .

(والثاني) باطل لأنه يؤدي الى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس ، لأن مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة

(١) ما بين المعقوفين ليس في شوق .

وبيع المجهول باطل ، فقد أدى الى فسادة تفريعه على فاسد ، ويلزم عليه أيضا أنه اذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك في صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقتها ، فاذا ابتلت الشجرة وسقيت وانتشرت عروقتها وامتدت الى مواضع لم تكن ممتدة اليها وقت الثراء ولا بعده بأشهر ، فيؤدى الى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض ، وكلما امتد عرق شبرا أو فقرا في جزء من الأرض ملكه ملكا متجددا ، وهذا بدع في الشرع ، لا يصير اليه جعل ، انتهى ما قاله ابن أبى الدم وهو بحث جيد .

اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها وخصوصها لا خلاف في ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل ، وان كان مؤبرا لم يدخل للحديث الذى استدل به المصنف ، وهو يدل على الحكم الثانى بمنطوقه ، وعلى الأول بمفهومه . وكلام المصنف يقتضى أنه جعله مفهوم الشرط ، وكذلك فهمه صاحب الانتصار ، ويحتمل أن يكون مفهوم الصفة فانه جعل التأبير صفة للنخل ، وكذلك جعله الغزالي في المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة ، وكلاهما صحيح .

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطاب وهو دليل الشافعى رحمه الله تعالى منه ، وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر ، فلما جعله النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان مؤبرا للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله في سائمة الغنم زكاة .

(والثانى) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع » فجعلها للبائع بالشرط ، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها اذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط ، فمن قال : انها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين :

(أحدهما) أن النبى صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع اذا أبرت بهذا الشرط ، ولم يجعلها هو له بهذا الشرط .

(الثانى) أنه — أعنى المخالف — جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط .

(الدليل الثالث) من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أما أن يكون ذكر التأبير تنبيها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع ، وأما أن يكون نعتيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع ، لا سبيل إلى الأول ، لأن المؤبر بائن ظاهر ، وغير المؤبر كامن مستتر ، وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل ، فتعين الثانى وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأبير ، وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعى من الاستدلال [ما هو] موجود فى الأم فإنه قال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حد (أ) قال : « إذا أبر فثمرة للبائع » فقد أخبرنا بأن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا أبر ولا يكون ما فيه إلا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما ، ولا موقوفا فمن باع حائطا لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالا موجودا بالسنة وقال قريبا من ذلك فى الاملاء أيضا .

وقال فى المختصر : إذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الأبار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام الشافعى فى الأم يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط ، وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبى حامد ومن تبعه يقتضى أنهم لم يريدوا بالوجه الثانى جعله من مفهوم الشرط ، بل انه يدل عليه باللفظ وبه صرح القاضى أبو الطيب وفيه بعد إلا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطا ، والمخالف يقول : انه ليس بشرط ، فهذا الذى أرادوه - والله أعلم - راجع ، وهو بهذا التقدير صحيح ، ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط ، ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكره وأن ذلك ليس من باب المفهوم .

(وأما) الوجه الثالث الذى ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح لأن يستدل به فى كل شرط أو صفة ، لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة المفوظ به وكأنه استقر فى اللغة أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفى الحكم عما عداه انتفاء ظاهرا ، ومنهم من يجعل المفهوم مستندا إلى البحث عن طلب فوائد التخصيص ، فالوجه الأول مائس على الطريقة

(١) لعله حدد حيث هى فى الأصل (حد) (ط) .

الأولى ، ولذلك نسب الدلالة الى اللفظ وكلام الشافعي الذي حكيتة يشعر بذلك ، لكن الأنباري في شرح البرهان نقل عن الشافعي أن اختياره الثاني ، والوجه الثاني مستمر على الطريقة الثانية .

(وأما) الثاني فقد نبهت على مراد الأصحاب به ، وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة ، وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة . واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون ، فقال بمفهوم الصفة الشافعي ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضي عبد الوهاب الى مالك ، وممن قال به أبو الحسن الأشعري وأنكره ابن سريج والقفال هنا ، وقال ابن سريج بمفهوم الشرط .

(وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفه في الأصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معا ، فكيف يمكنه التمسك في هذا الفرع به . لكن الخصم في الحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج الى قياس ، ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشتري تبعا للشجرة ، وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود .

(فان قلت :) بل يجب كونها للبائع عملا بالأصل وبقائها على ملكه .

(قلت :) لا بد في ادراجها في البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس ، واعتقد الأصحاب بما رواه الشافعي رضى الله عنه عن سعيد ابن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) حائطا مثمرا ، ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر واحتكما فيه الى النبي (صلى الله عليه وسلم) فقضى بالثمر للذي لقمح النخل - البائع - وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه ليس أصرح من الأول بكثير فان قوله - البائع - دليل على أنه أراد بالذي لقمح المعهود لا العموم وحينئذ يعود الى أن ذكر الصفة هل يدل على نفى الحكم عما عداه ؟ هذا بحسب هذه الرواية ، ولم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته ، وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل في مسنده عن عبادة بن الصامت قال : « قضى رسول الله

صلى الله عليه وسلم يثمر النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع وأن مال المملوك لمن باعه إلا أن يشترط البائع» .

فأما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى ، وقال ابن معين : ليس بثقة ، فالحديث سنده ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضى أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعى رضى الله عنه ولفظه « فجعل الثمر لمن أبرها » وقال : ذكر هذا الحديث أبو اسحاق فى الشرح ، وأبو على الطبرى فى المحرر ، ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجى قال : وهذا نص ، وليست فى هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة الا أنه ليس فى هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع ، فالأولى أن يستدل برواية مسلم ، وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك [حق البائع] (١) وقال الماوردى : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أنشد قول الأعرابى حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :

جذدت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبرأ

فقال النبى (صلى الله عليه وسلم) :

« وكان الثمار لمن قد أبرأ » .

وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى :

* وهو سر غالب لمن غلب *

فقال النبى (صلى الله عليه وسلم) : « وهو سر غالب لمن غلب » .

تشبيها لهذا القول . وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لا أنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم ، وله تنمة تأتي فى فرع مذاهب العلماء ، والله أعلم .

فرع

فى مذاهب الطمءاء

وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن على والطبرى . وقال ابن أبى ليلى :

(١) ما بين المعقوفين ليس فى شوق (ط) .

يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضى الله عنه والكوفيون والأوزاعي : لا يدخل بكل حال مؤبراً كان أو غير مؤبر الا بالشرط فأخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الثاقفي رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم مما ولم يأخذ بن أبي ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فأثمه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم .

(وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأسياء انما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء ما لا يكون أصلاً .

(وأما) الثمرة فانها نماء (وردوا) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال .

(واحتجت) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها ، وبأنها يجوز افرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة ، وبالقياس على طلع الفحال ، وبأنها نماء لها حال اذا انتهت اليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزراع في الأرض ، وبأن الزرع لا يتبع الأرض في حالة ظهوره ولا في حالة كموهه فكذلك الطلع ، وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها اذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحا أو بسرا ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه ، قالوا : فعلمنا أن المعنى في ذكر التأبير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة .

(وأجاب) الأصحاب بعد التمسك بالحديث (عن) الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فانها في غلافها (وعن) الثاني بأنها لا تسلم جواز افرادها بالعقد على رأى أبى اسحاق المروزي لأن المقصود (مغيب) فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز في القشرة العليا ، ولئن سلمنا فجواز الافراد لا يدل على عدم التبعية ، ألا ترى أن من باع دارا فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعا ويجوز افرادها بالبيع (وعن) الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كقطع الاناث ، ولو سلم فالفرق أن طلع الاناث المقصود منه ما في جوفه ، وطلع الفحال هو المقصود على وجهه (وعن) الرابع بأن الزرع يماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة (وعن) الخامس بأن الزرع ليس من أصل

لخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فانها مستترة في الشجرة من أصل الخلقة .

(والجواب) عن السادس أنها قيل التشقق غير ظاهرة لأن الثمرة المقصودة مستترة في الكمام ، فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره . كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفا لفظ الحديث ومعناه (وعن) السابع من وجوه : (أحدها) أن الشافعي رضى الله عنه قال في القديم : يدخل الطلع في الرهن تبعاً للأصل .
(والثاني) أن الرهن لا يزيل الملك ، والبائع يزيل الملك .

(والثالث) أن المعنى في المؤبرة أنها أخذت ثبها من الولد المنفصل وثبها من الجنين فتعارضاً ، وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة .

(تنقمة) استدلال الأصحاب وقول المصنف رحمه الله : ولأن ثمرة النخل كالحمل الى آخره هو من كلام القاضي أبي الطيب ، ولذلك الأصحاب قاسوه على الحمل - الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهم ، وتقدمت الاجترارات التي فيه ، لكن الشافعي رضى الله عنه في الأم في هذا الموضع قال : وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين في أن لها حصّة من الثمن ، لأنه ظاهر ، وليست للجنين لأنه غير ظاهر ، ولولا ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك لما كان الثمر مثل الجنين في بطن أمه لأنه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ، ويكون ذلك مباحاً منه . والجنين لا يقدر على اخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لأحد اخراجه ، وانما جمعنا بينهما حيث اجتمعا في بعض حكمهما بأن السنة جاءت في الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين في الاجماع فجمعنا بينهما خيراً لا قياساً اذ وجدنا حكم السنة في الثمر لم يؤبر كحكم الاجماع في جنين الأمة ، وانما مثلنا فيه تمثيلاً ليفقهه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتاج الى أن يقاس على شيء بل الأثماء تكون تبعاً له .

هذا كلام الشافعي رضى الله عنه ، وهو يقتضى الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد في ذلك على الحديث وحده ، وكما دل الاجماع في

الحمل على الفرق بين ما قبل ظهوره وما بعده ، كذلك دلت السنة في الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده ، وكلام الشافعي في هذا الموضوع صريح في أن الحمل لا يقابله قسسط من الثمن على غير الأصح عند الأصحاب ، والأصحاب ذكروا في أن الثمرة هل يقابلها قسسط من الثمن طريقتين (أحدهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعي (والثانية) تخريجها على قولين كالحمل وهي ضعيفة لمخالفتها للنص ، ورجحها الرافعي في باب الرد بالعيب ، وقصد الشافعي رضي الله عنه بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمره غير المؤبرة ، ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل ، والأصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا الى هذا الفرق ، وذكروا اعتراضات على القياس وانفصلوا عنها .

(أما) الاعتراضات فان المعنى في الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعاً ، وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبي هريرة وهو الصحيح عند طائفة ، وهذا قريب مما قاله الشافعي رضي الله عنه وليس اياه ، وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وان كانت قد ظهرت لأنها متصله بالأصل . وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه ، وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وانما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم ، فلما لم يجز العقد على أبعاضها لم يجز على حملها والثمره قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة ، فاما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها .

(وعن الثاني) بأنها اذا كانت كامنة في الطلع فهي بمنزلة الحمل لا أصل لها غيره ، فاما اذا ظهرت من الطلع فقد أخذت ثمنها من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت ثمنها من الجنين لأنها متصله بالأصل كاتصال الجنين بالأم ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فتعارضوا وبقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت .

(وعن الثالث) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك اذا لم يستثن دخلت في البيع .

(فائدة) كلام الشافعي رحمه الله المتقدم كالصريح في افادة

الاجماع على دخول الحمل في بيع الأم ، وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره انهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما في بطنها وليس مجرد ذلك مصادما للاجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهري قال عن أصحابهم : ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء وان النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضو منها الا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له ، فنسبة ابن المغلس ذلك الى أكثر العلماء يشعر بخلاف إذ أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم في المسألة اجماعا ، ومحل الجزم في دخول الحمل اذا كان مطوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع قد وجد باختياره .

قال ابن الرفعة : وفي معناه كل تملك جرى بالاختيار من المالك اما بنفسه أو بوكيله وفي معنى ولى المحجور عليه لصغر أو سفه أو فليس ، وهل الاستتباع في هذا الأجل رضاء بانتقال الملك في الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرا أو لأجل أنه ام ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض ؟ فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الامام في باب الخراج بالضمان .

(منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا يتبعها الحمل الجديد كما قال لا ، والقديم أنه يتبعها كما في البيع ، ومثلها جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه في المسائلين راض بخروج الملك في الأولى وبتعلق الحق في الثانية لكن لا بعوض أجريا أيضا فيما لو رهنها حائلا فحملت .

(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعوض لكن لا برضاء ، كما اذا رد عليه عوضا بعيب وكانت قد حملت في يده أو رجس فيها بائعها عند فلسه وهي حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل ؟ قولان .

(قلت) قضية المسأخذين أن الأب لو رجس في الجارية التي وهبها لابنه وهي حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولاً واحداً لأنه لا عوض ولا رضاء مع ذلك فقد حكى الامام في التبعية قولين ، قال الامام : والفرق أن عقود الاجبار بالمعوض تستدعي بعد المبيع عن الغير ، ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسراً

وما يجرى من الارتداد فهذا ليس في حكم العقود ، فجرى الأمر في
التبعية على التردد .

قال ابن الرقعة : وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم في الرد بالمعيب
ونحوه ، ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه
افسأؤه في التفريق بين الأم والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع
مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل في البيع ، وهل
يصح البيع ؟ قال ابن الرقعة : يشبه أن يرتب على استثناء الحمل (ان
قننا) يصح فيها أولى والا فوجهان :

قال القاضى حسين في كتاب أمهات الأولاد قال : اذا كان متزوجا
بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشتري الجارية على وجه
يعنى لأنه صار جدا قال : ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره ،
ومثل الوجه في بيعها منه اذا لوصى له بحملها مذكور فيما اذا باعها
من مالك الحمل ، والله أعلم .

(قاعدة) العقود التى يملك بها النخل والشمر أربعة أضرب
(أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق
والخلع والاجارة كما اذا أجر داره مدة بنحلة مطلقه فهذه العقود
تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة .

(والضرب الثانى) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما
لو باعه نخلا فأطلعت في يد المشتري ثم فليس فرجع البائع في عين
ما له فهل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له ؟ فيه وجهان (أحدهما)
عند الرويانى التبعية ، وكما اذا رهن نخلا فأطلعت ، فحل الدين
والطلع لم يؤبر ، فبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن هل يدخل
الطلع في البيع أم لا ؟ فيه وجهان ، وقطع الرويانى هنا بالتبعية لأنه
وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن ، وقد أطلقوا على هذين القسمين
أنهما من عقود المعاوضات التى على غير وجه المراضاة ، وقد يتوقف
في اطلاق العقد على الرجوع في الفليس ، والأمر في ذلك قريب ، ومن
عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذى يرتب الرجوع
عليه ، وحكى الجرجانى الوجهين أيضا في بيع نخيل الفليس في
دينه .

(الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة
والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعا له ؟ على وجهين ، ومثل أن
يهب نخلا لولده فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل ؟ على
وجهين (الصحيح) من المذهب ما قال الماوردي هنا أن الوالد لا يسترجع
الثمرة ، وعد هذا القسم أيضا من هذا الضرب اعتبارا بالعقد
المبنى عليه كما تقدم ، وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل
انتي في الضربين ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : أصلها مسألة واحدة ،
وهي اذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر ، هل يدخل في الرهن باطلاق
العقد ؟ أم على قولين ؟ قال القاضي أبو الطيب : قال في الجديد :
لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك ، وكان يقول في القديم : يدخل على
طريق البيع ، ثم رجع عنه في الجديد .

(الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن
مأخوذا على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول اذا استرجع به نصف
المهر ، وكان قد أصدقها نخلا لا طلع عليها ، ثم أطلعت وطلقتها قبل
التأبير وقبل الدخول ، فهنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى
النزوح قولاً واحداً ، قال الماوردي : لا يختلف المذهب فيه وقال
الشيخ أبو حامد : انه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الابار
الأصل الا في هذه المسألة يعني قولاً واحداً ، وتعليه أن الصداق
اذا كان زائداً زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة
لا يرجع به وانما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فاذا لم يرجع بالزيادة
انتي لا تتميز فلأن لا يرجع بالطلع أولى فان أراد أن يرجع بنصف
النخلة دون الطلع فان له ذلك ويترك الطلع الى أوان الجذاذ وجعل
الماوردي من هذا القسم الوالد اذا رجع فيما وهبه لولده ولم يكن للوالد
استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني
القطع بذلك فقال : وفي الحاوي ، وعلى هذا الوالد لا يسترجع في الهبة
من الولد غير المؤبرة قولاً واحداً ، لأنه لا معاوضة ولا تراش .

(فرع) قال صاحب التلخيص فيما شذ عن أصول الكوفيين
يعنى الحنفية انه ان رهن أرضاً أو أقر بها دخلت الثمار يعنى عندهم
وهذا يرد عليهم في كونهم يقولون : لا يدخل في البيع ولا في غيره الا
في هاتين المسألتين .

(فرع) وأما قول المصنف رحمه الله : قال الشافعي رحمه الله : وما تشقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبرة ، فهو كذلك في الأم والمختصر ، وإن لم يكن بلفظه ، والقياس الجلي ظاهر في ذلك ، لأن الاعتبار بظهور الثمرة ، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواحق ، وهو أن يكون محول النخل في ناحية الصبا ، فتهدب في وقت الأبار ، فإن الأبار تتأثر بروائح طلع الفحول ، قال الشيخ أبو حامد : بل ظهورها بنفسها أولى ، قال الشافعي رحمه الله عليه في البويطي : الأبار في النخل إذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الأبار ، أبر أو لم يؤبر ، قال الماوردي : وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصح للثمرة .

ومن كلام الشافعي والبويطي المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال في الأناث بعد تشققها لا لنفس التشقق ولا التشقق ، وهو معنى قول الأصحاب : إن وقت التأبير قائم مقام التأبير ، وإن وضع الكس بعد تشقق الثمرة ليس بشرط في سلامة ذلك للبائع ، والتبعية في المبيع وعدمها منوطة بالتشقق ، لا بوضع طلع الفحال فيها ، فيكون ذكر التأبير غالبا والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك ، وتارة يبلغ أو أن التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به ، وقال ابن الرفعة ما معناه : أنا إنما أتبعنا المعنى هنا ، ولم نتبع اللفظ ، ولا أجرينا فيه خلافا ، لأن المعنى قوي بأصل بقاء ملك البائع ، ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند إمكانه كالأعراض فتجعل تابعة لقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم .

وقال ابن عبد البر في التمهيد : لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع أناته فأخر أباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله ، أن حكمه حكم ما أبر ، لأنه قد جاء عليه وقت الأبار وظهرت ثمرته بعد تبغيها في الخف ، وما ذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهري : إنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير أبار لم يحل اشتراطها أصلا وجمد جمودا عجيبا ، فقال : لا يجوز في ثمرة النخل إلا الاشتراط فقط . (وأما) البيع فلا ، حتى يصير زهوا فإذا هو صار زهوا (١)

(١) الزهو السر الملون يقال : إذا ظهرت الحمرة والصفرة في النخل فقد ظهر فيه الزهو (الطبعي) .

جاز فيه الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم الا في النخل المأمور خاصة ، ولم يطرده في غير النخل من الشجر ، ولا في النخلة الواحدة والنخلتين ، وهذا جمود عجيب ينكره الفهم ، وعدم طرده اياه في النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ، ولمخالفه أن يقولوا : انه اسم جنس ، فان العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى : « **أعجاز نخل منقمر** » (١) وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهيم بخلاف الرطب ، فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس ، والنخل من هذا القبيل ، والله أعلم .

(فرع) دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع الا أن يشترط المبتاع أى كل الثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئاً منها ، كالنصف والثلث ، وأى جزء كان معلوما فلا تكون كلها للبائع ، بل على حسب الشرط ، والعموم في الأول مأخوذ من الاضافة من قوله : فثمرتها ، والاطلاق في الثانى مأخوذ من عدم الماء كما تقدم التنبيه عليه في لفظ الحديث ، وبه يقول جمهور العلماء ، ومنهم أشهب من المسالكية ، وقال مالك وابن القاسم : لا يجوز أن يشترط بعضها ، وكذلك قال مالك ودادود : وفي مال العبد لا يجوز الا أن يشترطه كله أو يدعه كله .

(فرع) هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أو لا ؟ قد تقدم كلام الشافعى أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده ، ومشهور مذهب مالك أن الثمرة اذا اشترطها مشتري الأصل أو اشترها بيد أنها لا حصة لها من الثمن ، ولو أجيحت كلها كانت من المشتري ، وتمسك ابن حزم في أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى تزهى ، وحمل هذا على عمومه ، والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون الى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها .

(فرع) قال أصحابنا : يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يحصل الا بعد

قطع الثمار ، ومن صرح بهذا الفرع القاضى حسين ، وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزرع على وجه بأن منفعة الشجرة تالفمة .

(فرع) فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الاطلاق تكون للمشتري ، فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز ، وان اختلفوا في جواز افرادها في البيع ، فان ذاك بيع حقيقى وهذا استجد فيصح ، قال القاضى أبو الطيب : قال في كتاب الصرف فذلك جائز ، لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله حين باعها اياه اذا كان استثنائها على أن يقطعها ، فان استثنى على أن يقرها فلا خير في البيع لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة الى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا الكلام يقتضى أن من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز الا بشرط القطع ، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا ، لأنه يجوز أن يشترط مطلقا ، وانما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

(قلت :) قد قال به بعض الأصحاب تخريجا على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالأئمة ؟ فان الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن أنبائع وبالاتثناء كأنها رجعت اليه فأشبهت الداخلة في ملكه ابتداء ، فلذلك شرط شرط قطعها ، والوجهان مشهوران في طريقة المراوزة حكاهما القاضى حسين وغيره ، وجعلوا هذه قاعدة أن ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الأئمة ؟ وخرجوا على ذلك مسائل :

(منها) اذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح ؟ كما لو باعها ثم استأجرها أو لا يصح ؟ فيه الوجهان ، فان قلنا هناك : يصح ، فهنا يجب القطع في الحال ، وان قلنا هناك : لا يصح ، فهنا يصح ، ولكن لا يجب القطع في الحال ، هكذا قال القاضى حسين .

(ومنها) اذا جنى المدبر جنابة تستغرق قيمته ، ثم مات السيد ، ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكما بنفوذ العتق ، وفي الولاية قولان (ان قلنا) المشرف كالأئمة المائد فالولاية للورثة ، والا فللعتوقى ، ومنهم من يؤول نص الشافعى على ما اذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشتري الطلع ، فانه يجوز بشرط القطع ، هكذا قال القاضى حسين وغيره ، ومنهم جزم بظاهر النص الماوردى على ما حكى الرويانى عنه ،

لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك ، وأن ما نقل عن كتاب الصرف خطأ في النقل ، لأن حرمة نقل اذا كان اشتراها على أن يقطعها فان اشتراها على أن يقرها فلا خير في البيع ، فوقع الخطأ في النقل من قوله : اشترى الى قوله استثنى ، ووافقهم القفال على هذا .

والقاضي حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص ، وحمله تأويله أنه أراد به اذا باع النخل قبل التأبير فكانت الأصول والثمرة للمشتري ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجز الشراء الا بشرط القطع ، ولكننا نعود الى الكلام في ذلك عند بيع الثمار .

(وأما) الحديث فليس فيه تعرض لذلك ، نعم قد يقال : اذا كان مقتضاه أن يكون للمشتري فينبغي اذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل ، كما لا يصح استثناءه لا يصح هنا ، فما وجه جزم الأصحاب بصحته ؟ ونظرهم بعد ذلك في أنه هل يشترط شرط القطع أم لا ؟ (والجواب) عن هذا أنها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم ، وقد تقدم خلاف في جواز افرادها بالبيع ، فان قلنا به فلا اشكال في جواز استثناءها ، وان قلنا بقول أبي اسحاق المروزي وهو أنه لا يجوز افرادها بالبيع فذلك ، لأن المقصود فيها مغيب ، ولا يلزم من ذلك أن لا يجوز استثناءها ، فانه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في المبيع . وقال المالكية : ان شرطها البائع لم يجز ، وكان المشتري باعها قبل بدو صلاحها .

(فرع) اذا قلنا بأنه اذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع فأطلق ، قال الامام : دل كلام الأئمة أن الاستثناء باطل والثمرة للمشتري ، قال : وهذا مشكل جدا ، وأن صرف الثمرة اليه مع التصريح باستثناءه محال عندي ، فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد في الأشجار ، ويكون كاستثناء الحمل . وهذا الذي ذكره الامام هو الذي جزم به الماوردي ، وأنه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردي أيضا تفريعا عليه أنه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع .

(فرع) اذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام : فان لم يشترط التقييد يعني بشرط القطع رأينا الإبقاء ، وان شرطنا أوجبنا الوفاء ، ولا خلاف أن الثمار المؤبرة اذا بقيت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وان كان يشترط في صحة

بيعها إذا أهدت شرط قطعها (قلت :) لأنها لم تشرف على الزوال ،
فإن العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها ، بخلاف ما قبل
التأبير ، وكيفما قدر فظاهر المذهب أنه لا يشترط في الاستثناء شرط
القطع ، والله أعلم .

(فرع) قال الماوردي : انه لو استثنى البائع نصف الثمرة
بطل العقد ، لتعذر اشتراط القطع به ، وهذا منه بناء على أمرين
(أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والأصح) خلافه ، وقد تقدم
الكلام فيه قريبا (والثاني) أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة :
وسياتى الكلام فيه في بيع نصف الثمرة شائما قبل بدو الصلاح ،
والله أعلم .

(فرع) قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشتري ، فلو
تلفت في يد البائع قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ، ان شاء فسخ
البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض ، وان شاء أجاز في الأصول
بجميع الثمن أو بحصته على القولين في تفريق الصفقة ، وليس كما
إذا قطعت يد العبد ، فإنه ان أجاز يجيز بجميع الثمن قولاً واحداً على
المشهور ، لأن الثمن لا يتقسط على الأطراف ، ويتقسط على الثمرة
كما تقدم من نص الشافعي رضى الله عنه ، وممن صرح بهذه المسألة
القاضي أبو الطيب والمحاملي والرويانى ، وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها
المشتري لنفسه ثم تلفت ، وعن البويطى قول آخر في مسألة العبد
أنه يأخذه بحصته من الثمن ، وعن القاضي أبي حامد أن هذا لا يصح
على مذهب الشافعي رضى الله عنه ، ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة
غير المؤبرة على القولين في أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن ؟
وهو مردود لنص الشافعي رضى الله عنه على خلافه .

(فرع) باع نخلة مطعمة ولم يقل للمشتري : انها مؤبرة ،
ولم يعلم المشتري بتأبيرها ، ثم علم ، كان الخيار ، قاله الشافعي
رضى الله عنه والأصحاب — القاضي أبو الطيب والرويانى والمتولى —
وعلوه بأن بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة في سنة أخرى ، فإن من
الأشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة ، أو يقل في سنة ويكثر في سنة ،
وأيضاً فإنه يحتاج الى الدخول في ملكه ، وربما يتأذى به ، قال

ابن الرفعة : ولا يقدح ذلك في البيع قولاً واحداً ، وإن قدح في الزرع على وجه ، لأن هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض .

(فرع) بيع الطلع في قشره مفرداً مقطوعاً على الأرض ، أو على النخل بشرط القطع ، فيه وجهان (قال) أبو اسحاق : لا يصح ، لأن المقصود من الطلع ما في نفسه وهو مستقر بما لا مصلحة له فيه (وقال) ابن أبي هريرة : يصح ، لأن الجميع مأكول ، والمأكول إذا استتر بعضه جاز بيعه ، والأول أصح عند المحاملي وصاحب العدة والشيخ أبي حامد فيما نقل عنه ، والثاني أصح عند الشيخ أبي حامد والمآوردى والقاضى الطبرى والرويانى والجرجاني ، وقال الامام : ان معظم الأصحاب ذهبوا اليه ، وان صاحب التقريب حكى فيه قولين ، وبناهما على بيع الحنطة في سنبلها ، ونقل ابن الصباغ عن أبي حامد أنه اختار قول أبي اسحاق .

ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل ، كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما ، وهو ظاهر ، والمسألة مذكورة في الكتاب في باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووى هناك ولا خلاف أن قوت التأبير لا يكون لوجود التأبير ، قال صاحب التتمة : كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة ، وسيأتى في كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ، ونذكر تأويله هناك ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة : اذا شقق الطلع قبل أو ان تشققه فهو للمشتري ، وان شقق في أوانه فهو للبائع ، وان لم يتشقق بنفسه ولا شقق في أوانه فهل يكون للبائع اقامة لوقت التشقق مقام التشقق أو لا ؟ فيه نظر واحتمال (قلت :) وهذا الاحتمال باطل ، والحكم كما مر مع الظهور وجوداً أو عدماً .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد : اذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فصرم الكمام للمشتري ، فانه يترك على النخلة . نقله عنه في النهاية ، وجزم به في الروضة نقلاً عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة .

(فرع) باع نخلة لم يخرج طلعمها فانه يخرج طلعمها على ملك المشتري ، فلو استثناه البائع بطل البيع تاله الخوارزمي في الكافي .

(فرع) لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة : كان تأكيدا
 ولك أن تقول : يصير كشرط الحمل اذا صرح به ، وفيه خلاف ، وسيأتي
 نظيره فيما اذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح ، قالوا فيها :
 يصح ، وسيأتي البحث المذكور فيها وهو هنا أقسوى لأن المؤبرة
 التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولاً واحداً ، ولكن يشترط
 فيه شرط القطع ، وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف ، فمن يقول
 بعدم الصحة يوجب إلحاقها بالحمل ، فإذا صرح بدخولها كان كما لو
 صرح بدخول الحمل ، وفيه خلاف (والأصح) عند الرافعي بطلانه ،
 والله أعلم .

(فرعان) ذكرهما أبو العباس بن سريج ، ونقلهما الشيخ
 أبو حامد في تعليقه عنه .

(أحدهما) اشترى نخلة فأثمرت في يد البائع ، فالثمرة للمشتري ،
 ولا يكون شيء من الثمن مقابلاً لها ، وهي أمانة في يد البائع فان سلمها
 استقر البيع في النخلة ، وخرجت الثمرة من أمانته ، وان تلفت انفسخ
 البيع في النخلة ، وعليه رد ثمنها ، ولا شيء عليه لأجل الثمرة ، وان
 تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن ، وان سلمت الثمرة
 وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري ، وأخذ الثمرة ولا شيء
 للبائع .

(الثاني) اشترى أرضاً عليها نخيل مؤبرة ، واشترط كل ذلك ،
 وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتسلمها ،
 فالثمرة الحادثة في ملك المشتري ، فان أكل البائع الثمرتين جميعاً كان
 غاصياً فيهما ، وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان أكلها رطباً فثمنه
 وان كان أكلها تمراً فمثله ، وأما الخارجة فالمشتري بالخيار لأجلها ،
 فان فسح البيع رجع بجميع الثمن ، وان أجاز فعلى القولين في جنابة
 البائع (ان قلنا :) كالأفة السماوية أجاز في الأرض والنخل بحصتهما
 من الثمن (وان قلنا :) كالأجنبي أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة ،
 والله أعلم .

(فائدة) الغزالي رحمه الله تعالى في المستصفي من المنكرين لهذا

المفهوم ، ولكنه في كتبه الخلفية كالتخصيص^(١) بالمع في اثبات ذلك وتقريره . وأن عرف العرب في الاستعمال أفهم أمورا تكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع ، وأن الاشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الأصلي فيه انما كان قبل التخصيص ، أما بعد التخصيص ارتفع الاشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع ، والسر في الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفي والاثبات بطريق الإيجاز ، ومعنى التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة . والجملة اما أن تتمثل في الذكر بقوله : من باع نخلة فانها تتناول المؤبرة وغير المؤبرة ، فإذا استدرك وقال : بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصا وقطعا عن جملة واما أن تتمثل في الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله : الثيب أحق فانه قطع عن البكر ، إذ الثيابة والبكرة صفتان يتقاطعان على التعاقب ، وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم ، والغلف أيضا كذلك مع اثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة ، واليوم في قوله « ثم أتموا الصيام الى الليل »^(٢) والتأبير نفي البكرة والغلف والليل والاستتار ، وليس في اثبات البر نفي الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أو لا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعاً لذلك الاتصال . نعم قد يدل على التخصيص بقريئة تنضم الى الذكر القاصر ، فأما مجرد الذكر فلا يدل ، والتخصيص دليل بالوضع العرفي ، فلا يخرج عن كونه دليلا الا بقريئة ، فليدرك التفاوت بين الرتبتين . وهذا الذي ذكره الغزالي رحمه الله من نفي الكلام لمن أنصف من نفسه ، وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين . فيعلم بهذا الكلام السبب في ذلك (وأما) من لم يشهد ذوقه للفرقة قال : فهو جدير بأن لا يكلم ، ومراده بالعرف عرف المحاورة في كلام العرب لا عرف طارىء بعدهم ، وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله : « فان خسفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به »^(٣) ومفهوم

(١) كذا في شرح وليس في شيء من كتب الغزالي باسم التخصيص ولعله صحف واسمه « التخصيص » وهو كتاب « تحصيل المآخذ » في الخلافات

(المطبعي)

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) البقرة : ١٨٧ .

قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » .

(وأما) الأول فلأن الخلع لا يتفق الا في حالة الشقاق ، ويستحيل بحكم العادة وقوعه في حالة المصافاة ، وما لا يقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه ، فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ، ولم يقع البعض عن البعض ، وذكره المحقق ذكره لمحل الحاجة الى البيان ، وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلأن المرأة اما أن تفوض أمرها للولي لحياتها أو تستقل لزوال حياتها (أما) المباشرة باذن الولي فلا تقع في العادة فلم يكن من محل البيان في غرضه ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) في التأيير ، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « أبصر النبي صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون النخل فقال : ما للناس ؟ قالوا : يلقحون . فقال : لا لقمح - أو لا أدرى اللقاح شيئا ، فقال : فتركوا اللقاح ، فخرج ثمر الناس شيئا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن اللقاح ، فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لقمحوا » أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمي هذا الحديث في كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهي عن اللقاح ثم الاذن فيه ، ونقل عن بعضهم أن قوله : « لا لقمح » صيغة تدل على النهي وأن للشارع أن يتحكم في أفعال العباد كيف أراد ، ولهذا قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم : كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ، ومال الحازمي الى أن ذلك ليس بحكم شرعي ، ولقوله في رواية أخرى : « إنما ظننت ظنا فلا تؤاخذوني بالظن ، ولكن اذا حدثتكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به ، فأننى لن أكذب على الله » ثم قال الحازمي : وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين ، ولذلك أبقينا بعنى في الناسخ والمنسوخ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان) أحدهما أنه لا يدخل في بيع الأصل ، لأن جميع الطلع مقصود مأكول ، وهو ظاهر ، فلم يتبع الأصل كالتين (والثاني) أنه يدخل في بيع الأصل وهو الصحيح ، لأنه طلع لم يتشقق ، فدخل في بيع

الأصل كطلع الاناث وما قاله الأول لا يصح لأن المقصود ما فيه وهو الكس الذي يلحق به الاناث وهو غير ظاهر ، فدخل في بيع الأصل كطلع الاناث .

(الشرح) الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة ، وآخره لام ذكر النخل ، وقال ابن فارس : الفحال فحال النخل وهو ما كان من ذكوره فحلا لانائه ، قال ابن قتيبة : وهو فحال النخل ولا يقال : فحل ، ولذلك اعترض معترض على الشافعي رضى الله عنه ، فان الشافعي قال : وان كان فيها فحول ، فقال هذا المعترض : ان هذا خطأ لأنه لا يقال في النخل فحل ، ولا في جمعه فحول ، وانما يقال فحال وجمعه فحاحيل ، وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز في اللغة ، وقد ورد به الشعر . قال الشاعر :

تأبرى يا خيرة العسل تأبرى من جيد فسيل

إذا ضن أهل النخل بالفحول

والكس بضم الكاف وبالشين المعجمة هو ما في بطون طلع الفحال الذي يلحق بها طلع الاناث .

(أما الأحكام) فقال الأصحاب تبعا للشافعي : (إذا كان في النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيع واما أن يبيعهما معا فان أفرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شيء من طلعهما أولا ، فان تشقق شيء من طلعهما فالثمره للبائع بلا شبهة) وان لم يكن تشقق شيء من طلعهما (فأحد) الوجهين أنه للمشتري وهو الصحيح وقال المصنف في التنبية والشيخ أبو حامد في تعليقه : انه المنصوص ، وادعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص (ومن أصحابنا) من قال : للبائع ، مستدلا بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الاناث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاناث فان المقصود ما في جوفه ، فاذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشتري وهذا أصح عند الماوردي والجرجاني في التحرير ورد الأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الأكل ، بل الكس الذي يلحق به ، وهو غير ظاهر فهو كالاناث في التشقق سواء .

قال الماوردي : هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في

صع الأنث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق ؟ أو قياس تعريب ؟
من بعضهم : قياس تحقيق ، فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبدا
لا ينتسق ومنه أحرون بد قياس تعريب اعتبارا بالعرف فعلى هذا
يصير طلع الفحال مؤبدا اعتبارا بالعرف هـ .

ولو كان قد تشقق شيء من طلع الأنث وأفرد الذكور بالبيع
وهي غير مؤبده فميتها وجهان كأوجهين الإيتين فيما إذا أفرد ما لم
يؤبر بالبيع قاله الفوراني وأما إذا جمع في العقد بين الفحول والأنث
فإن كان قد تشقق شيء من طلع الأنث فطلع الكل للبائع على
أوجهين اتفاقا (أما) على الصحيح فلأن الكل كطلع الأنث وأما على
الوجه الآخر : فإن طلع الأنث تشقق ، وطلع الفحال له بكل حال ،
وقد جزموا على الصحيح هنا أن طلع الفحول يتبع طلع الأنث ، وكان
ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحال للمشتري ، بناء على أن أحد
الفرعين لا يستتبع الآخر ، كما سنحكيه عن القاضي حسين والامام
في القسم الآخر لغير المتشقق فيه ، فهو كجنس آخر ، وهذا الكلام
منه كالصريح بجريان الخلاف .

وقال الجوري : إذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا ، فقال
أبو حفص : إنما جعلت الفحول تابعة لأنها للأقل فالنادر يدخل في
الغالب ، ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا ، فاستوى المؤبر
منه وغيره ، وقال غيره : إذا تشقق شيء من الأنث فباقى الحائط
وذكوره وإناثه تبع له ، وإذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقي
من الذكور والأنث تابع . فهذا الكلام يقتضي أن أبا حفص وهو
ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحال للبائع بكل حال ، وأنه على
تبعيتها للأنث عند الاجتماع بهذه العلة وبعدة أخرى وهي الندرة ،
غير أن التعليل بالندرة إنما يتم على ما هو المعهود غالبا ، فلو فرض
كثرة الفحول زالت هذه العلة وإن لم ينتسق شيء منها أصلا لا من
طلع الأنث ولا من طلع الفحول ، فعلى الصحيح الكل للمشتري ، وعلى
الوجه الآخر طلع الأنث للمشتري والفحال للبائع .

وقال القاضي حسين : على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع
الأنث إذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض ، وجمع بينهما

في العنق ، وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع
النوع ، وكذلك حكى الوجهين ، وقال : ان الأوضح أن طلع الاناث لا
يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وقال المتولى :
انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين ، فلا يجعل
الاناث تبعا لها ، وان كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى
الصحیح المطلع كله للبائع .

وهكى في الحاوي وجها وصححه أن طلع الاناث لا يتبع طلع
الذكور ، وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث ، لأن مقصود الثمار
طلع الاناث ، وطلع الذكور يقصد لتلقيحه لا لنفسه ، وهذا الوجه هو
الذي يدل عليه نص الشافعي رضي الله عنه كما سأبينه قريبا ان شاء
الله تعالى ، فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتي على الوجه الآخر ،
وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشتري ،
وينبغي أن يأتي فيه وجه أن طلع الاناث أيضا للبائع بناء على أن أحد
النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضي حسين ، الا أن
يتصك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا
الوجه كالجنسين وهو بعيد .

واعلم أن عبارة المختصر : وان كان فيها فحول بعد أن تؤبر
الاناث فثمرتها للبائع ، وظاهر هذه العبارة اذا باع الفحول والاناث
جميعا وقد أبرت الاناث فالكل للبائع ، وهي الصورة التي حكينا الاتفاق
فيها على ذلك ، وأبدينا فيها احتمال وجه ، وعبارة الشافعي في الأم :
(ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فثمرتها
للبيع الا أن يشترطه المبتاع) وهذا يشبه عبارة المختصر الا أن
اطلاق عبارة الأم تصدق على ما اذا باع الأصل وحده بعد تأبير
الاناث وهذا لا يستمر الا على الوجه القائل بأنه اذا أفرد ما لم
يؤبر يجوز اذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس ، ومفهومه
يقضي أنه اذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشتري ، كما ادعى
المصنف في التنبيه أنه المنصوص وفي ظاهره اشكال لأنه يشمل ما اذا
تأبر هو قبل أن تتأبر الاناث ، ولا يمكن القول بأن ذلك للمشتري ، فلذلك
عبارة المختصر أبين .

ثم قال الشافعي في الأم : (ومن باع نخلا قبل أن تؤبر اناث النخل فالثمرة للمشتري) وهذا النص يقتضي أن ثمرة الاناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الأصحاب أنه اذا تشقق شيء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ، ويشهد للاحتمال الذي أبديته فيه ، هذا ان كان قول الشافعي نخلا بالنون والناء المعجمة ، وان كان بالفاء والحاء المهملة فأشذ ، فانه حينئذ يقتضي أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعه للمشتري ولا قائل بذلك نعلمه من الأصحاب ، وانما جوزت هذا الاحتمال في لفظ الشافعي لانه أتى به في مقابلة من باع فصلا بعد أن تؤبر الاناث فقسيمه من باع فحلا قبل أن يؤبر ، وان كان ذلك ليس بلازم - والله سبحانه وتعالى أعلم - ويؤيد ما قلته أن الشافعي قال أيضا في المختصر : ولو تشقق طلع اناثه أو شيء منه فهو في معنى ما أبر نخله ، فمفهوم هذا انه لا يكفي في ذلك بتشقق طلع الذكور .

(فائدة) أطلق المصنف الوجهين في هذا الكتاب ، ولم ينسب شيئا منهما الى النص ، وكذلك فعل القاضى أبو الطيب ، وفي التنبيه قال : وقيل : ان ثمرة الفحال للبائع بكل حال ، وهو خلاف النص ، وكذلك فعل الشيخ أبو حامد ، فهذا أحد المواضع التي يؤخذ منها ما اشتهر على السنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبي حامد ، والمهذب من طريقة القاضى أبي الطيب ، وذلك غير مستمر ، فسيأتي في تقسيم الشجر أنه تبع الشيخ أبا حامد ولم يتبع أبا الطيب ، لكن ذلك في صنعة التصنيف لا في النقل وفي ذلك الموضع يأتي كلام في مخالفته أبا حامد أو موافقته والظاهر عندي أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة في كتاب منهما ، نعم ان كان ذلك في الأكثر فرميا ، ويترك ذلك في بعض الأوقات لما يترجح عنده ، ولم أقف من نص الشافعي في الفحال الا ما حكفته عن الأم والمختصر ، فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما ، ويحتمل أنهما أخذاه من ذلك ، والله أعلم .

(فرع) قال الماوردي : اذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه في قشره ، لأنه من مصلحته ، وكان أبو اسحاق يمنع من بيعه حتى يصير بارزا ، قال : وليس هذا بصحيح ، ونسب الامام الأول الى معظم

أصحابنا ، وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر في ذلك قولين ، وأنه
بناهما على بيع الحنطة في سنبلها ، قال الأمام ، وهذا مقدر حسن .

(فائدة أخرى) ادعى بعضهم أنه ليس في خصوص مسألة
الفحال نص للشافعي ، وأنه لا يمكن أخذه من إطلاقه أن الأبار حد لمالك
البائع ، لأن الأبار عبارة عن اصلاح طلع الاناث بعد تشققه أو ثقبه
بالمكس الذي في طلع الفحال ، فلا أبار في الفحال ، فلا دخول له في
هذا ، ولا يمكن حمل كلامه في التثبيح في قوله : وهو خلاف النص على
نص الحديث ، لأن الحديث إنما يحمل على التأيير اللغوي ، وهو
أنما يكون للاناث على ما سبق ، وجعل التشقق في معناه حكم شرعي
من الحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعي أولى .

(فرع) باع فحالا لا طلع عليه ، ثم أطلع قبل لزوم العقد ، قال
في الاستقصاء : (فان قلنا :) أنه كطلع الاناث فهو للمشتري (وان
قلنا :) أنه كالمؤبرة وقلنا : أنه يملك بالعقد أو موقوف فهو أيضا
للمشتري (وان قلنا :) أنه لا يملك الا بالعقد وانقضاء الخيار فهو
للبيع لأنه حدث والمبيع على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، فيكون
الجميع للبايع ، لأننا لو قلنا : ان ما أبر للبايع وما لم يؤبر للمشتري
أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي فجعل ما لم يؤبر تبعا
للمؤبر ، لأن الباطن يتبع الظاهر ، ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم
يؤبر ، لأن الظاهر لا يتبع الباطن ، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا
لظاهرها في تصحيح البيع ، ولم نجعل ظاهرها تابعا للباطن في افساد
البيع (١) .

[وقال أبو علي بن خيران : ان كان نوعا واحدا جعل غير
المؤبر تابعا للمؤبر ، وان كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق وهو عن نسختنا المخطوطة ،
وانظر هذا كله كان ساقطا دون أن يحققه المشايخ رحمهم الله في طبعتهم
ودون أن يذكر ناسرا (ق) للحق فيجمله حيث وضعته الآن وحسبنا الله
ونعم الوكيل .

النوعين تابعا للمؤبر من نوع آخر ، لأن النوع الواحد يتمارب ظهوره وأنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الأول لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدي وذلك يوجد في النوعين كما يوجد في النوع الواحد . وأما إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدي الى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه] .

(التشرح) الحائط وهو البستان من النخيل .

(أما الأحكام) ففي هذه الجملة مسألتان (الأولى) إذا باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، وجعل ما لم يؤبر تابعا لما أبر (أما) إذا كان نوعا واحدا فاتفق عليه الأصحاب تبعاً للشافعي رضى الله عنه ، واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشمه قوله صلى الله عليه وسلم : « من باع نخلا قد أبرت » قال ابن عبد البر : وأصل الأبار أن يكون في شيء منه الأبار ، فيقع عليه اسم أنه قد أبر ، كما لو بدأ صلاح شيء منه ، وفيما ذكره من اطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى ، لا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان ، بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعاً فدعوى اطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد .

وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضى أن لفظ الحديث : وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وهذا لو ثبت كان صريحا في المطلوب ، لكنى لم أجده في شيء من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها ، وإنما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة ، وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع ، واللفظ الذي ذكره ابن حزم لم يذكره باسناد بل أتى به في ضمن استدلال ، فلعله لم يثبت فيه ، نعم لا يشترط أن يوجد التأبير في كل طلع النخلة ، بل متى وجد في شيء منها صح أنها أبرت ، فيكون جميع ثمرتها للبائع ، وإن كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث ، ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل ، بل يكتفون بتأبير بعضها .

واستدل أبو اسحاق المروزي لذلك بما ذكره المصنف ، وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار ، وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما ، وأجابوا عنه وهو أنه هلا جعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر في دخوله في البيع ؟ وأجابوا بأنه استقر في الشرع أن الباطن تبع للظاهر ، وليس الظاهر تبعا للباطن ، فان ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجزاء تبع لما ظهر في جواز البيع ، وأيضا فانه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الأول : ان الحكم بتبعية الأساس أمر ضروري لصحة البيع ولا كذلك الثمار ، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري ، اتبع شرطه ، فانها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به ، وأورداه العقد عليه ، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة ، واستدلوا أيضا بأن بدو الصلاح في بعضها بمنزلة بدو الصلاح في جميعها ، فكذلك التأبير ، ولك أن تجيب بأن المعنى في الأصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى الى أن لا يصح بيعها بحال فانه الى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدى الى فساد الثمرة وتأذى مالكةا وليس هذا المعنى موجودا هنا ، والله أعلم ، وفي كلام الشافعي في الأم اشارة الى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب .

(وأما) اذا كان الحائط أنواعا فالمذهب أيضا أن ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فان الشافعي قال : اذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شئ من نخله فثمره النخل تلك في عامه ذلك للبائع ، ولو كان منه ما لم يؤبر ، ولم يطلع ، لأن حكم ثمرة ذلك النخل في عامه ذلك حكم واحد ، كما يكون اذا بدا صلاحه ولم يؤبر ، قال صاحب التتمة : ويخالف الجارية الحامل بولدين ، وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر ، لا يجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب ، لأن الولد بعد الانفصال ليس له نعلق بالأم فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة ، هذا الفرق ذكره صاحب التتمة في النخلة الواحدة يكون بعض طلوعها مؤبرا وبعضها غير مؤبر ، فأما اذا كان بعض النخيل مؤبرا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعهما وقد نتج بعضها يبقى نتاجها

للبيائع والتي لم تنتج يدخل حكمها في العقد لأن نتاج الأغنام لا
يتفق في وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل .

وقال أبو علي ابن خيران : لا يكون تأبيرا الا في نوعه ، لأن
الأنواع يختلف ادراكها وتتفاوت ، والنوع الواحد لا يتفاوت ، ورد
الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الأصحاب على ذلك
أبو علي ابن أبي هريرة لكنه شرط في ذلك أن يكون أطلع حتى يكون
في حكم المؤبر وان اختلف النوع (أما) ما ظهر من الطلع بعد البيع ،
فقال بأنه للمشتري لأنه ظهر في ملكه وغلطوه في ذلك بالنص الذي
قدمته عن الشافعي آنفا ، وحكمه بأن ثمره ذلك العام للبيائع ، ولو
كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع ، وهذا نص صريح .

وقول ابن أبي هريرة هذا صححه الماوردي ، وسيأتي في كلام
المصنف ، وانما ذكرته هنا لتعلقه به ، فانه ينتظم به فيما اذا باع
نخلا وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب ان ثمره
جميع ذلك العام للبيائع (والثاني) قول ابن خيران ليس للبيائع الا
المؤبر (والثالث) قول ابن أبي هريرة : أن للبيائع المؤبر والمطلعة غير
المؤبرة عند البيع وللمشتري ما أطلع بعد البيع ، والله أعلم ، ولم
يقل أحد من الأصحاب بافراد المؤبر بحكمه ، ومذهب مالك رحمه الله
أنه اذا أبر أكثر الحائط فهو للبيائع حتى يشترطه المبتاع ، وان كان
المؤبر أقله فكله للمبتاع ، واضطربوا اذا أبر نصفه ، قال ابن عبد البر :
والأظهر من المذهب أنه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون
للبيائع .

(فرع) هذا كله فيما اذا باع الجميع ، أما اذا أفسرد غير
المؤبر بالبيع فسيأتي ذلك في كلام المصنف رحمه الله تعالى ان شاء الله
تعالى (المسألة الثانية) اذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر
وباعهما فان المؤبر للبيائع ، وما لم يؤبر للمشتري ، ولا يتبع أحدهما
الأخر لما ذكره المصنف ، هذا هو الصحيح المشهور الذي جزم به
القاضي أبو الطيب والماوردي والرويانى كما فرقنا في الشفعة بين
ما قسم وبين ما لم يقسم ، وقاسه الشيخ أبو حامد أيضا على
بدو الصلاح ، فان بدو الصلاح في أحد الحائطين لا يستتبع

الأخر ، وفيه وجه آخر أن أحد البستانين يتبع الآخر ، وجعل
الرافعى الخلاف فى البستانين مرتبا على البستان الواحد فحيث قلنا
فى البستان الواحد ان كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه
فهنا أولى .

وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع فهنا وجهان (أصحهما) ان كان
بستان يفرد حكمه ، والفرق أن لاخلاف البقاع تأثيرا فى وقت التأبير
فاقتضى كلام الرافعى رحمه الله جريان الخلاف فى البستانين فى صور
(احداها) عند اتحاد النوع والصفة (والثانية) عند اختلاف النوع
على المذهب (والثالثة) عند تعدد الصفة اذا أفرد البستان الذى
لم يؤبر بالبيع ، فانه يكون كما لو أفرد غير المؤبر فى البستان الواحد ،
ولنا فيه خلاف سيأتى ، الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى
كلام الشافعى^(١) أن يأتى فى البستانين خلاف اذا أفرد غير المؤبر بالبيع ،
وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأوليين ما اقتضاه كلام الرافعى
من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفة موجود لغيره ، فان القاضى
حسين حكى عنه فى ذلك وجهين .

وأما عند اختلاف النوع فغريب ، وقد جزم صاحب التتمة فيه
بعدم التبعية ، وجعل محل الوجهان فيما اذا كان الصنف واحدا ،
فأما اذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعى ،
لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب فى بدو الصلاح والفرق واضح من
جهة أن المطلوب ببدو الصلاح أمنها من العاهة ، وقد يقال : انه حاصل
بدخول وقته وان لم تشمل صفة ، والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو
بعضه بارزا وهو مفقود ههنا قال الرافعى وغيره : ولا فرق بين أن
يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين .

قال ابن الرفعة : يشترط أن يكونا فى إقليم واحد بل فى مكان طبعه
واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعى رضى الله عنه ، وعليه
يحمل كلام الرافعى وغيره ، ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون

(١) فى الاصل الرافعى بدل الشافعى ولما كان القاضى حسين سابقا
فى عصره على الرافعى فيكون الوجهان اللذان حكاهما القاضى هما قولان
للشافعى (ط) .

أحدهما مئثرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطا ، فإن صاحب
البيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من
الأرض فيهما نخيل ، لكن ينبغي أن يضبط ذلك بضابط ، فإن قطعتي
الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التي لها جانبان ، وجعل التأبير
في أحد الجانبين دون الآخر ، ثم باع الجميع فإن ما لم يؤبر تابع
لما أوبر ، فإذا كان الأراضان غير متجاورتين كانا كذلك ، فينبغي أن
يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا في العرف
مكانيين ، ولا يعدان مكانا واحدا ، وأسباب ذلك إما حاجز بينهما ،
وأما غير ذلك مما هو معلوم في العرف فإن من الأراضى ما هي قطعة
متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراض لا أرض واحدة لنوع من
التمييز بينها .

(وأما) القطعة الواحدة إذا أوبر جانبا منها دون جانب ثم باع
الجميع حصلت التيمية ، لأن صاحب الحاوى قال (١) : وقال الشيخ
أبو حامد : انه لا يشترط الحاجز ، وإنما يعتبر أن يصدق عليهما اسم
الانفراد وهو إشارة الى ما قلناه .

(فرع) هذا الحكم المذكور من أول الفصل الى هنا أن المؤبر
لا يتبع النخلة البيعة ، وغير المؤبر يتبع ، لا فرق فيه بين أن يكون المبيع
النخيل دون البستان أو معه ، وهذا — وان كان من الواضحات —
فإن صاحب العدة صرح به ، فذكرته تبعا له ورغبة في الايضاح ،
والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلاع ثم
باع الحائط ، ثم أطلع الباقي ، ففيه وجهان ، قال أبو على ابن أبى هريرة :
ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشتري ، لأنه
حدث في ملكه فلا يصير للبائع (والثانى) أنه يتبع المؤبر ، فيكون

(١) بياض بالأصل ولعل الماوردى منقول قوله هو قول الشيخ أبى حامد
لأنه رحمه الله توفي سنة ٤٥٠ هـ حيث توفي الشيخ أبو حامد ٤٠٦ هـ ببغداد ،
والله أعلم بالصواب .

للبياع ، لأنه من ثمرة عامة ، فجعل تابعا له كاطلع الظاهر في حال العقد فان أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفسرد الذي لم يؤبر بالبيع ففي طلعه وجهان (أحدهما) أنه للبياع ، لانا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبياع ، فصار كما لو أفسرد بعض المؤبر بالبيع (والثاني) أنه للمشتري ، لأنه إنما جعل كالمؤبر اذا بيع معه ، فيصير تابعا له ، فاما اذا أفسرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله) .

(الشرح) فيه مسألتان :

(المسألة الأولى) اذا باع جميع نخل البستان ، وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعد ، فأطلع بعد البيع في ملك المشتري فلا اشكال في أن المؤبر للبياع وأن ما كان وقت العقد مطلقا غير مؤبر تابع له ، فيكون للبياع أيضا (أما) ما أطلع بعد ذلك ، فان كان من طلع العام المستقبل فهو للمشتري ، وليس محل الوجهين ، نبه عليه المساوردي ، وهو ظاهر من كلام المصنف وان كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن أبي هريرة ، وادعى المساوردي أنه الأصح ، وتبعه ابن أبي عسرون أن ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشتري كحدوثه في ملكه ، وقد صحح ابن الصباغ أيضا هذا الوجه عند الكلام في اختلاط ثمرة النخل البيعة بثمرة البياع . (والثاني) وهو قول أبي حامد الاسفراييني وقال : انه المذهب انه يتبع فيكون للبياع خوفا من سوء المشاركة كما أنا جعلنا ما لم يؤبر تبعا لما أبر خوفا من سوء المشاركة ، ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعي ، وفرق المساوردي منتصرا لقول ابن أبي هريرة بأن ما لم يؤبر يصح العقد عليه ، ويلزم فيه بالشرط ، فجاز أن يصير تبعا لما قد استثناه العقد ، قال : ولو كان التعليل المذكور صحيحا كان بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق ، كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه ، قال : وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله ، وفساد تعليله ، يعني أبا حامد .

(قلت :) وقد تقدم أن قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له المساوردي مخالف لنص الشافعي الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر

الحديث ، فإنه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع ، وثمرتها تشمل ما كان مطعماً حين العقد ، وما لم يكن خرجنا عنه في ثمرة العام المستقبل بدليل ، فينبغي فيما عداه على ظاهر العموم ، إلا أن يقال : أن قوله فثمرتها لا يشمل إلا الثمرة الموجودة ، وهي المطعنة ، وليس ببعيد ، لكن سوء المشاركة حاصل ، والحاجة داعية إلى ذلك ، وما ألزم به الماوردي من بيع ما لم يخلق تبع لما خلق ، فانما يلزم لو كان كل ما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء .

(وقوله) أن ما لم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه ، ورأى غيره - وقد تقدم عن أبي اسحاق - أنه لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملي وغيره ، فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور ، وفي التتمة ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها ، وهي جارية المكاتب إذا أنت بولدين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها ، قال : نص أن الولدين للسيد ، فاستنبط منها هذا الوجه ، ووجهه في الجارية إذا كانت حبلية بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها ، فالولد الذي في البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الامام ، ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثاني للمشتري ، وعن الخضرى أنه كان يحكى في ذلك قولين (أحدهما) ما نسب إلى النص (والثاني) ما رأى الامام أنه الصواب .

قال ابن الرفعة : ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله إلا بعد البيع ، فستعرف في باب الجنائيات وغيره ، أن المرجح في المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شيء ، وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل ، فعلى هذا يكون للبائع ، وعلى الأول ينبغي أن يقطع في هذه الحالة بمقابله بجزء من الثمن ، لأنه قد علم وجوده ، ثم قال الامام في الحالة الأولى : ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب .

قال ابن الرفعة : أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا شبيهه ببيع الجارية الحامل بحر ، من حيث أن البائع لم يستثنه ، وانما الشرع استثناه ، وقد اختلف قوله يعنى الامام في أن المرجح فيه الصحة أو البطلان (قلت :) وتخريجه على بيع الجارية الحامل بصبر حسن

متعين ، وحكمه والتصحيح فيه معلوم في موضعه ، ولقد تهجبت من صاحب البيان فانه قال : ان القول بأن ما أطلع للمشتري ، لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، والموجود في تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك .

(المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفرد المؤبر بالبيع فلا اشكال في أن ثمرته للبائع ، وان أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلا وتعليلا ، ومن حكاها القاضي أبو الطيب (وقوله) فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع ، يعني اذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر ، فاذا أفرده بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع ، ونظير المسألة اذا بدا الصلاح في بعض الحائط فأفرد بالعقد الثمرة التي لم يبد صلاحها فيها ففي صحته وجهان كالوجهين . (والصحيح) أن الطلع للمشتري ، ومن صححه صاحب البيان ، وقال امام الحرمين : ان القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول : دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه ، وهذا الكلام من الامام قد يوهم أن من الأصحاب من يقول : ان وقت التأبير كالتأبير نفسه وكذلك كلام الغزالي يقتضى ذلك ، وقد يوهم ذلك أن هذا القائل يكتفى بحضور الوقت دون أن يحصل تأبير أصلا ، ولم أعلم من قال بذلك ، وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة اذا حصل تأبير في غير المبيع ، ولم يحصل في المبيع وقد تقدم في ذلك كلام .

وجزم الفوراني بأنه اذا أفرد النوع الذي لم يؤبر بالبيع أنه ليس حكمه حكم المؤبر ، فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما اذا أفرد ما لم يؤبر من نوع واحد ، ويمكن أن يكونا مطلقا بناء على أن التأبير في أحد النوعين تأبير في الآخر ، وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما اذا أفرد الصنف الذي ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح ابقاء الوجهين في كلام المصنف على اطلاقهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعي رحمه الله : (والكرسف اذا بيع اصله كالنخل) وأراد به كرسف الحجاز فانه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كمام ، وتتسقق عنه كالنخل ، فان باع وقد تشسق

جوزه فهو للبائع ، وان لم يتشقق فهو للمشتري وان تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل ، وأما ما لا يحمل الا سنة وهو قطن الصراق وخراسان فهو كالزراع ، ويجيء حكمه ان شاء الله تعالى .

(الشرح) الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء : القطن ، ويقال له : الكرسف والبرسف وهو على نوعين ، منه ما يبقى في الأرض سنين ، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وأبين وتهامة والشام والبصرة ، قال الحاملي : والبلاد الحارة ، فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ، ويترك القشر على الشجر ، كما يترك كمام الطلع على الشجر ، وقيل : ان بعضهم شاهده يحمل في السنة ثلاث مرات ، ويعضد عليه كما يعضد على الشجر ، وقد عده الأصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرده بالذكر وهو أولى فان فيهما وجها كما سيأتي بالحاقيهما بالزراع .

وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا في الحاقه بالنخل ، على أن من الأمثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه أيضا ولكن الكرسف كأنه أشبه بالشجر منه ، فلذلك أفرده بالذكر ، وكذلك الشافعي رضى الله عنه أفرده بالذكر قال : والكرسف اذا بيع أصله كالنخل ، قال الأصحاب في هذا النوع من الكرسف : انه اذا باع الأرض كان تابعا لها ، وان أفرده بالبيع جاز مطلقا ، ولا يشترط شرط القطع ، واذا باعه مفردا أو مع الأرض أو باع الأرض فدخل في بيعها وكان فيه جوز - فان كان قد تشقق منه شيء - كان الكل للبائع الا أن يشترط المشتري وان لم يتشقق منه شيء فالكل للمبتاع الا أن يشترط البائع كثرة النخل سواء ، فالتشقق هنا بمنزلة التأبير في النخل .

وكلام المصنف مصرح بأنه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع ، والأصحاب مساعدون له على ذلك ، ومن جملةهم صاحب التهذيب وافق في أن الكرسف في ذلك كالنخل ، وسيأتي كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره .

(النوع الثاني) ما لا يحمل الا سنة واحدة ، وهو قطن بغداد

وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة ، فحكمه حكم الزرع ان باع الأرض لم يدخل في العقد كالزرع الا أن يشترطه المشتري فيصح شرطه ما لم يكن جوزا منعقدا غير متشقق ، فسيأتى أنه يمتنع على المشتري اشتراطه ، هذا اذا لم يكن اشتد فان اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الأرض ، سواء ظهر بعضه أم لم يظهر شيء منه ، لأن المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل ، فان باعه مع الأرض بطل فيه وفي الأرض قولاً تفريق الصفة وكذلك في الزرع مع الأرض سواء . قاله القاضى أبو الطيب .

وان باعه وحده — فان كان حشيشا — لم ينعقد جوزه ، أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع ، وان كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه ، لأن المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل ، فعلى هذا ان باعه مفردا بطل ، وان باعه مع الأرض بطل فيه ، وفي الأرض قولاً تفريق الصفة ، وكذلك اذا باع الأرض واشترط المشتري أن يكون ذلك له ، واقتصر الرافعى في ذلك على ما ذكر صاحب المذهب نقلاً ، وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقدم عن القاضى أبى الطيب ، فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الأرض وجاز لمشتري الأرض أن يشترطه ، وهل يدخل القطن في البيع ؟ قال صاحب التهذيب : يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة ، لأن الشجرة مقصودة كثمار سائر الأعوام ، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة .

وقال القاضى حسين : انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع ، وشبه ابن البرقة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لا قيمة لها ، وكان فيها شيء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها ؟ أو يجعل المرهون ما فيها ؟ لأنه المقصود عادة ، وفيه وجهان (أحدهما) الأول قلت : وان لم يتشقق قال في التهذيب : لم يصح بيعه على الأصح وقال القاضى حسين : يصح في الأصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بنى على أصله قال ابن داود : فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون في كله فلو تشقق بعضه لم يصح الا فيه بخلاف ثمرة النخيل وكرفس الحجاز ، واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بأن المقصود منه القطن

وفي البيان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وأن تشقق جوزه كالطعام في سنبله ، وهذا محصول على غلط في النسخة التي وقعت لي ، وهذه الجملة التي ذكرتها هي قول أكثر الأصحاب .

وقال صاحب التتمة : انه إذا تنهى نهايته ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو في آخر الخريف فيبيعه جائز مطلقا ، ويكلف تقصير الأرض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمل لا يتبعه سواء كان متشققا أم غير متشقق ، لأن الشجرة ليست بمقصودة وإنما المقصود الثمرة فلا تدخل في بيع البائع ، وهذا الذي قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التثبيته فإنه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تنهى ، ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح إلا بشرط القطع كما في شجر البطيخ إذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الأرض فلا حاجة فيه إلى ذلك (وأما) الاستدراك فإن أصول هذا النوع من الكرتف لا تقصد وحدها بدون حملها ولا يشتريها أحد إلا والمقصود حملها ، فقوله : ان حملها لا يتبع لأن الشجرة ليست بمقصودة تعليقه صحيح ، وليس ينبغي أن يكون فيمما إذا عني أنه يشتري الأصول فقط أما إذا قال : بمك هذا القطن وهذا الزرع دخل لأنه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الأصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الاطلاق .

وكذلك إذا قال : بمك الأرض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمره فإن تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلط فعلى القولين ، وان لم يكن تشقق ولا انعقد القطن فباعه على شرط التثبية لم يصح كثرة لم يبد صلاحها وان باعه بشرط القطع لم يصح لأنه لا منفعة فيه في تلك الحالة فأما ان انعقد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة في السنبل هذا كلام صاحب التتمة . قال : فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن أصحابنا من قال : فيه قولاً ببيع الغائب والشجرة — وان كان قد رآها — فهي تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال : في الجوز قولاً ببيع الغائب إذا أبطننا ففي الشجرة قولاً تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب البيان أن قطن العراق كقطن الحجاز يبيح سنين ، والأمر في ذلك يرجع إلى المشاهدة والفقهاء وقد تبين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع شجرا غير النخل والكرسف لم يخل اما ان يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة ، فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج في كمام ثم يفتح منه كالورد فهو كالنخيل ، فان كان في الكمام تبع الأصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر ، وان كان خارجا عن الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر وان كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري ، وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان (أحدهما) أنه ان لم يفتح فهو للمشتري ، وان تفتح فهو للبائع ، لأن الورق من هذا كالتمر من سائر الأشجار (والثاني) أنه للمشتري تفتح أو لم يفتح لأنه بمنزلة الأضراس من سائر الأشجار ، وليس كالتمر لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه) .

(الشرح) الفصل معقود لبيان ما يلحق من الأشجار بالنخل ، فان الشافعي رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه ، وأتبعه بالكرسف الذي هو في حكمه ، قال بعد ذلك : ويخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل ، وان دفع في بيان ما يكون في معنى ثمر النخل ، وشرح الأصحاب ذلك فقسّموا الشجر النابت الذي له حقل في كل سنة الى أقسام ، وأحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد ، وتبعه المصنف ، وهو أن الشجر ثلاثة أضرب ، ما يقصد منه الورد ، وما يقصد منه الورق ، وما يقصد منه الثمرة ، والذي يقصد منه الثمرة على خمسة أضرب الأربعة التي ستأتي في كلام المصنف ، والخامس ما يظهر في كمام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشد ، وهي ثمرة النخل . والمصنف لم يذكر في هذا القسم لأنه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف ، فلا تأتي الأربعة كما ذكر .

والقاضي أبو الطيب جعل الأقسام كلها خمسة ، فلم يأت في تقسيمه من الحسن والبيسان ما في تقسيم الشيخ أبي حامد ، فلذلك عدل المصنف عنه ، وذكر المصنف في هذه القطعة التي ذكرناها هنا ضربين .

(الضرب الأول) ما يقصد منه الورد ، وهو على نوعين (أحدهما)

ما يخرج في ورق أخضر لا يشاهد منه شيء ، ثم بعد ذلك يفتتح
 فبشاهد ما تحته كأنواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والنجس ،
 فإن كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع ، ما تفتح وما لم
 يفتتح ، هذا هو المشهور خلافا لما سنذكره عن صاحب التهذيب ومن
 تبعه ، أن ما تفتح يكون للبائع ، وما لم يفتتح يكون للمشتري ، وأن
 ما لم يفتتح منه شيء يكون للمشتري كالطلع حرفا بحرف ، هكذا قال
 أبو حامد ، وقال الروياني في البحر والشاخي في الحلية وابن الصباغ
 والرافعي عن الشيخ أبي حامد : انه للبائع وان كان في كامه ، وان ذلك
 ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه .

(قلت :) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها
 وهم ، فإن الذي في تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ، ولا أعلم خلافا
 في ذلك ، فلعله التبس على الحاكي هذه المسألة بمسألة الثمرة التي
 عليها نور ، ووقع اختلاف في نقل الحكم مع ذلك ، لكن ما رأيتها ولا
 الأئمة نقلوا ذلك .

(قلت :) لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه في ذلك . ويدخل
 شجر هذا النوع في بيع الأرض كسائر الأشجار ، وقال البيهقي في التهذيب
 والخوارزمي في الكافي : ان الورد اذا تفتح بعضه فالذي تفتح للبائع
 والذي لم يفتتح للمشتري ، بخلاف ما لو باع نخلة تشقق بعض
 ثمرها ، وعلمه بأن ما تفتح من الورد يجتني ولا يترك ، فإنه يتناثر
 ويقتل فلا يتلاحق البعض ببعض ، فكان كل واحد في حكم المنفرد
 بخلاف الثمار فإنها لا تجتني حتى تتلاحق ، وكلام أبي حامد والجرجاني
 والمصنف في التنبيه وابن سراقه في بيان ما لا يسع جهله مصرح
 بخلافه .

(النوع الثاني) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه
 حائل الا أنه يخرج على جهته ثم يفتتح كالياسمين ، فإن كان قد ظهر
 منه شيء ، فالجميع للبائع ، وان لم يظهر منه شيء فهو للمشتري ،
 والظهور في هذا النوع بمنزلة التفتح في النوع الأول ، هذه طريقة
 الشيخ أبي حامد ، وسلكها المصنف هنا والروياني والرافعي وغيرهم .
 وأعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا في الياسمين خاصة ، وكذلك

عبارة الجرجاني ، يوافقان بظاهرهما ما قاله صاحب التهذيب في الورد
لكن عبارة المصنف في التنبية مصرحة بأن الياسمين كالورد ، وأن ظهور
بعضه كظهور كله ، فينبغي أن تحمل عبارته في المهذب على ذلك لا على
ما قاله صاحب التهذيب ، والله أعلم .

وأطلق القاضي أبو الطيب في النوعين أنه ان تفتح للبائع ، وان
لم يفتح للمشتري ، وكذلك قال المصنف في التنبية ، لكن بلفظ الظهور
لما قال : أو نورا تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه
فهو للبائع ، وان لم يظهر فهو للمشتري ، فان أراد بالظهور التفتح وهو
الظاهر فهو موافق للقاضي أبي الطيب ، وان أراد البروز ، وان كان
في الكمام لم يقل به أحد الا أن يتعسف في الاعتذار عنه بأن المراد
الظهور ، وذلك في الورد وما يخرج في كمام بالتفتح وبالياسمين
وما يخرج في غير كمام بنفس الخروج ، فحينئذ يصح ، ويكون
موافقا لما قاله في المهذب ، ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار
القاضي أبي الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له .

وقال الروياني : ان البنفسج كالورد ، وعد جماعة البنفسج
والنسرين من جنس الياسمين ، وألحق سليم فيما نقل عنه النسرين
بالورد قال الفزاري : والمشاهد في بلادنا خروج في كمام يفتح عنه
كالورد يعنى الياسمين .

(فرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها ، وكذا
الجوز قبل القطن بشرط القطع ، صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين
منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعل الدواب ، قاله الخوارزمي .

(الضرب الثاني) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو
المسمى بالفرصاد ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق وصححه
الروياني ، أنه ان كان قد ظهر من الورق شيء فالكل للبائع ، والا
فلمشتري ، هكذا عبارة الشيخ أبي حامد ، والشيخ في عبارته بالتفتح
وعدمه تابع للقاضي أبي الطيب فإنه قال كذلك ، وزاد ففرض المسألة
فيما اذا باع أصل التوت ، وقد خرج ورقه ، ويرد عليهما في ذلك
ما ورد عليهما في اعتبار التفتح في الياسمين ، وان استبعدت حصول

التفتيح في ورق التوت فسيأتى في كلام الماوردي والرويانى ما يثبتته ،
وقد أخبرنى من يخبر^(١) ذلك ، وأن ورق التوت يخرج منعقدا لم
يتفتح .

(فائدة) الياسمين بكسر السين ، والأشهر جعل النون حرف
اعرابه ، وفيه لغة أنه يعرب اعراب قائمين - بالواو والياء والنون -
بياعين مثناتين . هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة : ان الأولى مثناة
والثانية مثلثة . وأفكرها الجوهري ونسبها ابن قتيبة في أدب الكاتب
الى الفرس .

(والوجه الثانى) أنه للمشتري بكل حال ونسبه الامام الى
الجماهير . وصاحب البيان الى اختيار الشيخ أبى حامد ، وقال في
التهذيب : انه المذهب وهو الأصح عند الغزالى والرافعى والقاضى
حسين وغيرهم . لأنه ورق فأشبهه سائر الأوراق ، ولما ذكره المصنف
ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة في ذلك ،
أو أن ذلك من الثمر ، بل ثمرة ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرة
وجعل البغوى والرافعى وغيرهما محل الخلاف فيما اذا كان في أوان
الربيع أما في غيره فالكل للمشتري بلا خلاف على ما صرح به صاحب
المتنمة كسائر الأوراق .

وفي المسألة وجه ثالث جزم به الماوردي وحكاه الرويانى أنه ان
كان شاميا يقصد ثمرة دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه ، وان كان يقصد
ورقه فانه يبدو في عقده ثم يتفتح عنها ، فان كان في عقده تبع
الأصل وان انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع ،
قال الرويانى : وهو قريب من قول أبى إسحاق ، ورأى بعضهم أن
الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لا معنى لذلك الخلاف ، وان كان
الشيخ قد حكاه .

(قلت :) وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الأصحاب
ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردي ، وان كان متجها ،
فان النوع الذى يقصد ثمرة ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال

(١) يخبر من باب كتب والخبر يضم الخاء وسكون الباء هو العلم
(المطعمي)

بعضهم ، فإنه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمرة فهذا ورقه كورق سائر الأشجار ، أما التوت الأبيض الذي يقصد منه الورق لطعمه الدود فينتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة : ويلتحق بالأول ورق الذكر من الأبيض ، لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب في كتاب المساقاة ، والله أعلم .

(فرع) الخلاف (١) الذي يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله ، وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب إذا باع شجرته قال القاضي حسين : والأغصان لا تدخل في العقد ، لأنه ينزل منزلة الثمار في سائر الأشجار .

(فرع) قال الماوردي والروياتي : الحناء يقصد ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون في عقدة تتفتح عنه ، فإذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجرته كان في حكم النخل المؤبر ، فيكون للبائع ، وقال صاحب البيان : شجر الحناء والجوز والهنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ، ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق إذا ظهرت وجها واحدا لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق .

(فرع) شجر النبق ، قال صاحب التتمة : المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها ، وقيل : أنها كالتوت ، لأن في ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة : وهذا يتبعى أن يكون هو الأصح في بلادنا لأنه مقصود بالثمرة ، وله طواحين معدة لطحنه ، وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرتة ، وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت ، بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره في المعنى يشاركها ، فانها تغسل بالخطمي والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فإنه كل مقصوده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب ، فما ظهر منه للبائع لا يدخل في البيع من غير شرط ، وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري ، لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر ، والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر) .

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد .

(الشرح) بدأ في الضرب الثالث من أقسام الشجر ، وجعله على أربعة أصرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامسا لم يدخل في تقسيمه ، ولم يلتزمه وهو النخل والكرفس لافراده اياهما بالذكر ، وجعله مورد التقسيم فيما سواهما ، اذا علم ذلك فهذا الضرب الذي يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرفس على أربعة أصرب .

(أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ، ولا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب ، فاذا باع أصل التين والعنب ، فان كان قد خرجت الثمرة فهي للبايع ، الا أن يشترط المبتاع وان لم تكن خرجت وانما خرجت في ملك المشتري فهي للمشتري ، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع ، وظهور القطن من الجوز ، قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامى مثله أى مثل التين والأمر كما قال ، فان ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامى التوت الأحمر المر ، فان المقصود منه ثمرتا لا ورقه بخلاف التوت الذى يقصد ورقه لتربية الدود وإن كان الحكم في الثمرة واحدا ، وقد حكى عن الشيخ أبى حامد أنه قال في العنب : عندي أن له وردا ثم ينعقد ، قال المحاملى : وشاهده قول الشافعى : يعنى الذى معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد ، وهو يشاهد من بين ذلك الورد ، ويرى ويتساقط عنه النور ، ويبقى الثمر ، فتكبير ولا كذلك النخل فانها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة .

قال ابن الرفعة : وقد يقال على هذا : وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه ، وكمام العنب شامل لكل حبة ، وكذا كمام غيره من الثمار ، ولهذا المعنى أثر يظهر لك في بيع ما له قشران كالجوز واللوز ، وقد علق جعل العنب للبايع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزيلها ، كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبايع ، فكذا العنب يكون له ، والموردي يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما يبدو منعقدا قال ابن الرفعة : ولا أثر لهذا الاختلاف في الحكم لأن من أثبت له نورا يقول : انه غير مانع من الرؤية فكان كالمعذور ، والله أعلم .

واعلم أن كلام المصنف في هذا الضرب والضرب الذي بعده يقتضى أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد ، وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب في الورد والياسمين ، وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب في هذا الضرب الذي بعده لم أجد في كتب الأصحاب ما يخالفه ، ونقل الرافعي ما قاله صاحب التهذيب عنه في الورد والتين والعنب وقال : ان الصورة الأخيرة ، يعنى التين والعنب ، محل التوقف ، قال صاحب الوافي : لو أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأبر منه البعض يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر ، لأن الظاهر في حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر ، ولم أجد للأصحاب نصا فيه غير ما ذكره الشيخ وان يكن فرق فمن حيث ان ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد ، ثم حين بلوغ التين يؤخذ ، فالذى يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضى الى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فانها تترك الى الجذاذ ، فيصير الجميع على حد واحد في البلوغ ، فيختلط ولا يتميز ، فاحتجنا أن نجعله تابعا ، وفي هذه المسألة لا حاجة الى ذلك .

(قلت :) هذا اعتراض وجواب جيدان ، وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب في الورد والياسمين ، ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز ، فيفضى الى المحذور بخلاف التين والعنب ، فان التمييز بينهما بين ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثانى) [ما (١)] يخرج في كمام لا يزال عنه الا عند الاكل كالرمان والموز ، فهو للبائع ، لأن كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة .

(١) ما بين المعقوفين ليس في شوق (ط) .

(الشرح) هذا الضرب الثاني من الضرب الثالث الذى يكون المقصود فيه الثمرة ، والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعى والأصحاب ، قال الشافعى فى الأم : وإذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الرانج وغيرها مما دونه قشر يواريه ، أو ظهرت ثمرته ، فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ، وذلك أن قشر هذا لا يتشقق عما فى أجوافه ، وانفق الأصحاب على أن الحكم كذلك فى الرمان والموز ، وذكروا فى ذلك معنيين (أحدهما) أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف ، وهو الذى أشار إليه الشافعى (والثانى) تقشر نفس الثمرة ، فإنه يدخر عليها ، فهو كاللتين ، وفى كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز ، وسيأتى تعرض لحكمه فى فصل النبات غير الشجر ، وكلام الشافعى رضى الله عنه فيه ، قال ابن الرفعة : ولأجله قيل : انه لا تجوز المساقاة عليه ، وأما الجوز واللوز والرانج (١) ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثالث) ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج ، فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل فى بيع الأصل ، لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ، ومن أصحابنا من قال : هو كثمرة النخل الذى لم يؤبر ، لأنه لا يترك فى القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة فى الطلع .

(الشرح) الرانج — براء مهمله ونون بعد الألف مكسورة وجيم — وهو الجوز الهندى ، وهو الفارجيل ، إذا علم ذلك فهذا الضرب ، وهو الثالث من الضرب الثالث ، فالجوز واللوز والرانج قد تقدم أن الشافعى ذكره مع الرمان ، وحكم فى الجميع بأنه للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وبذلك قطع صاحب التقريب ، لأن قشوره لا تزول فى الغالب لا عند القطف ، وبعد القشرة العليا من الثمرة ، بخلاف الكمام فإنه يعد من الشجرة ، ويترك الكمام عند القطع على الأشجار ، ونزل

(١) الرانج بفتح النون الجوز الهندى والجمع الروانج والرانج أيضا نوع من التمر أملس (ط) ٧٠

المسعف والكرانيف ، وقشور الجوز ليست كذلك ، قال الشيخ أبو حامد :
(أما) الذى لا أشكال فيه فالرمان والموز ، وقال فى الجوز واللوز :
ظاهر قول الشافعى أنه وان لم تتشقق القشرة الأولى فهو للبائع ، قال :
وقال أصحابنا : انما جعله بمنزلة الرمان اذا ظهرت القشرة التى
تلى اللب •

وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب ،
والقاضى أبو الطيب جعل الشيخ أبى حامد هو المخالف فى ذلك ، فقال :
وغلط الشيخ أبو حامد فقال : الجوز يتشقق قشره الفوقانى
عنه ، ويسقط ويظهر السفلى ، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل ،
فان لم يكن تشقق فهو للمشتري ، وان تشقق فهو للبائع ، قال
القاضى أبو الطيب : وهذا خلاف نصه ، لأن الشافعى رضى الله عنه
قال : تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه اذا كان على رؤوس
الشجر ، لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه ، وكان ذلك هو
الجامل للمصنف على نسبة الخلاف الى بعض الأصحاب مبهما من
غير تعيين ، وقطع الماوردى ونصر المقدسى فى الكافى بما قاله أبو حامد ،
وقال الرويانى : أنه الأقيس •

وقال المحاملى فى المجموع : قال الشيخ : وقد ذكر الشافعى رضى
الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى ، لأنه ليس
بالحجاز شجر الجوز واللوز ، فحمل أمره على أن له قشرة واحدة ،
وأجراه مجرى الرمان والموز ، أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة
فيه اذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى ، والدليل على أنه
أراد هذا أنه قال : دونه حائل لا يزال عنه الا فى وقت الحاجة الى
أكله ، وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا •

(قلت :) أما الاحتمال الأول فبعيد ؟ لأن فى مختصر المزنى فى
باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ، وكذلك فى الأم وهو بعد
الموضع بشيء يسير ، أن على الجوز قشرتين واحدة فوق القشرة التى
يدفعها الناس عليه ، ولا يجوز بيعه ، وعليه القشرة العليا لأنه
يصلح أن يدفع بدون العليا ، وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب الى
الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجوز ، وأما الاحتمال الثانى فهو

قريب ولا ياباه كلام الشافعي ، فان عبارته في الأم : « وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما في أجوافه ، وصلاحه في بقائه » هذا كلام الشافعي بحروفه ، وليس فيها ما يوجب أن يكون المراد القشرة العليا دون السفلى ، بل تعليل الشافعي رضي الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه في بقائه لا يكون للبائع الا اذا زال عنه ، وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل ، فان كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتعليل القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول : ان تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز انما يكون بعد بيبسه ونهايته وكثيرا ما يؤخذ من على الشجرة مع قشرته كاللوز العاقد ، والرانج أيضا كثيرا ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته ، بل العادة مطردة في كل ما له قشران فليس هو كثرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه اطلاق النص ، وان كان للتأويل فيه محتمل ، والله أعلم .

واعلم أن اللوز اذا كان أخضر صغيرا يؤكل في قشرته ، ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين ، لأنه مقصود كالب ، سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الأصل ، فكأنهم شبهوه بالطلع في اللوز اذا كان صغيرا . فانه يؤكل كله ، ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز ، والله أعلم .

وقد نقل امام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد ، وذكر عن صاحب التقريب خلافه ، وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك الى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه ، ونص الشافعي على خلاف ذلك ، وأورد ابن الرقعة على أبي حامد أنه يقول بأن ما له نور يكون للبائع بخروج نوره ، وهذا منه ، فاذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى ، قال : الا أن يقال في الجواب : ان ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور ، والجوز ليس كذلك ، فان البندنجي قال : انه يورد أولا وردا لا تخرج الثمرة من جوفه ، بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهية التين أول ما يطلع ، وسيأتي في المصنف الرابع كلام عن البندنجي يتعلق بهذا المصنف في اللوز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والرابع) ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالنفاح والكمثرى ،
فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق والقاضي أبو حامد : هو
كثمرة النخل ان تنثر عنه النور فهو للبائع ، وان لم يتناثر
عنه فهو للمشتري ، وهو ظاهر قوله في البويطي ، واختيار شيخنا
القاضي أبي الطيب رحمه الله ، لأن استنارها بالنور كاستنار الثمر في
الطلع ، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة ، فكان في
الحكم مثلها ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : هو للبائع ،
وان لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من
الشجر ، واستنارها بالنور كاستنار ثمرة النخل بعد التأبير
بما عليها من القشر الأبيض ، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من
الطلع للبائع مع استنارها بالقشر الأبيض ، فذلك هذه الثمرة للبائع
مع استنارها بالنور) .

(الشرح) النور الزهر على أى لون كان ، وقيل النور ما كان
أبيض ، والزهر ما كان أصفر ، والكمثرى بضم الكاف .

(اما الأحكام) فاذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل والأجاص
والخوخ والشمش ، وما جرى مجراه مما يخرج في نور ، ثم
يتناثر عنه النور ، فالمشهور أنه اذا باع الأصل وقد خرج وردها
وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، وان لم
يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري ، لأن الثمرة مغيبية
في الورد ، وتظهر بعد تناثره ، فهي في ذلك كثمرة النخل في التأبير
وعدمه ، وهو ظاهر قوله في البويطي ، لأنه قال في آخر باب السلف
قبل باب الوديعة : وحكم الابار في التفاح واللوز والفرسك اذا خرج
منه وتحبب ، ونقل ذلك عن أبي اسحاق المروزي في الشرح ، والقاضي
أبي حامد في جامعهم ، وأبي على ابن أبي هريرة وهو اختيار القاضي
أبي الطيب كما قال المصنف ، قال في تعليقه : وغلط الشيخ أبو حامد
الاسفراييني فقال : ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة ، واحتج بأن
الشافعي رضى الله عنه قال : حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول
ما تخرج كما ترى في آخره ، فهو في معنى ثمرة النخل بارزا من

الطلع ، وغلط فيه لأن هذا أراد به ما لا ورد له ، مثل العنب
والتين لأن هذا الذى يخرج بارزا وأما ما يخرج فى الورد فليس
ببارز ، وإنما هو فى جوف الورد وقد فسر ذلك فى الصرف وذكرت
لفظه فسقط قول هذا القائل ، انتهى كلام القاضى •

والذى ذكره من لفظ الشافعى فى الصرف قال : ما كان من الثمر
يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لا يسقط كمامه ،
فطوعه كإبار النخل ، لأنه ظاهر ، وهذا إنما يرد على الشيخ أبى حامد
بمفهومه ، فإن منطوقه يدل على أن ما لا كمام عليه كالتين والعنب
أو عليه كمام لا تسقط كالموز والرمان ، فالطوع فى القسمين بمنزلة
التأبير ، أما كون الطوع فى غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك
بالمنطوق ، بل قد يقال : أنه يدل للشيخ أبى حامد لإطلاقه أن ما لا
كمام عليه يكون طوعه كالتأبير ، والذى يخرج فى نور لا كمام
عليه ، وإن كان مستترا بالنور ، غير أن هذا يبعبده قوله : كما هو ، فإنه
يشعر لا شىء عليه من كمام ولا غيره •

وقد ذكر الشيخ فى تعليقه ما نقله عن القاضى أبى الطيب فقال :
ان الذى ذهب إليه شيوخ أصحابنا أبو اسحاق وأبو على ابن أبى هريرة
وغيرهما أنها للمبتاع ، ولولا أنى لا أحب مخالفة كان ظاهر المذهب
والأشبه بالسنة أن الأنوار إذا ظهرت للبائع ، إلا أن يشترط
المبتاع ، كالطلع إذا تشقق أو أبر ، وذكر كلام الشافعى رضى الله
عنه الذى تقدم ثم قال : وأما معنى السنة فقوله عليه الصلاة
والسلام : « من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع ، إلا أن يشترط
المبتاع » لما جعل ثمرة النخل للبائع إذا ظهر عند الطلع ، وذلك
الظاهر نور ينفث ، فإذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار
كالطلع ، لأن النور يتناثر ثم تتعقد الثمرة بعد ذلك ، وفيه نظر ،
انتهى كلامه •

والحق أنه لا حجة له فى كلام الشافعى ، فإن الشافعى رضى الله
عنه إنما حكم بذلك فى الثمرة التى تخرج بارزة ترى فى أولها كما
ترى فى آخرها ، وما يخرج فى نور ليس يرى فى أوله كما يرى
فى آخره فكيف يحمل عليه ، أو يقال : أنه مندرج فيه ، وما استدل
به من الحديث وما أشار إليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل

بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ، فان ذلك يرجع الى تحقيق مناط ، فان الشيخ أبا حامد يقول : ان ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر ، وانما يظهر ما يجرى مجرى ورد سائر الأشجار ، لأنه اذا تشقق المطلع ظهر ما فيه مثل الليف ، وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة ، وانما الثمرة في جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة ، كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد •

فان كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذى نحن فيه ترى من بين الورد ، وأن ثمرة النخل مثلها ، فينبغي أن يكون الحق معه ، والافالحق مع القاضي أبي الطيب ومن وافقه ، وهذا ليس اختلافا في فقه ، بل يرجع الى أمر محسوس ومثله يقطع بادراك الصواب فيه ، والظاهر الذى تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد ، وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبي حامد ، والا فظاهره أنها مستترة كلها ، وذلك يخالف ما تقدم من الحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها ، وبعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها ، والذى صححه الرافعى في ذلك أنها للمشتري ، هكذا للمحرر والروضة ، ويشعر به كلامه في الشرح وقال : ان الآخر أرجح عند أبي القاسم الكرخى وصاحب التهذيب ، وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تتاثر النور كما تقدم •

وقال القاضي حسين عن الأصحاب : ان ذلك يخرج أولا نورا ثم يتشقق ثم يتناثر ذلك ، ثم تتعقد الحبات كالشمس والخوخ والتفاح ونحوها ، قال : فما لم تتعقد الحبات فيه يتبع الأصل في البيع ، واذا انعقدت حباته لا يتبع الأصل في البيع مطلقا ولا يدخل الا بالشرط ، وكان القاضي أخذ ذلك عن القفال ، فان الرويانى حكى عن القفال أنه اذا تحببت ثمارها فهي للبائع ، وان كان النور باقيا عليها ، وان لم تتحبب فالنور كالورق • هذه عبارته ويجيء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه :

(الأول) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبي حامد •

(والثانى) أن الاعتبار بالتحبب وهو قول القفال •

(والثالث) أن الاعتبار يتناثر النور ، وهو المذهب ، لقول الشافعى

رضى الله عنه في البويطى : اذا خرج من النور وتحبب ، وقد يقال :
 ظاهر النص يقتضى اعتبار مجموع الأمرين ، لكن الظاهر أن التحبب
 يكون قبل التناثر ، فذكر التناثر يعنى عنه ، وفي البحر أن الأصح
 ما قاله القفال رضى الله عنه ، وكذلك قال الخوارزمى في الكافي : انه
 لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملى في
 المجموع ذكر هذه الحكاية التى حكيناها عن أبى حامد ، وأنها ليست
 مذكورة في التعليق الأخير عنه ، وهذا عجب من ابن الصباغ ، فان شيخه
 أبى الطيب ذكرها عنه ، فكان ذكرها من جهته أولى ، وهى في التعليقة
 الموجودة عندنا ، وأما عدم ذكرها في التعليقة الأخيرة فلا يدل (١) .

(تنبيه آخر) أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ
 من هذا القسم الذى نحن فيه ، وتكلموا فيها كلاما واحدا كما تقدم ،
 وأمام الحرمين سلك طريقة أخرى فجزم بأن الخوخ والمشمش
 وما فى معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشتري فى مطلق البيع والتفاح
 والكمثرى وما فى معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ، ولكنها
 تطلع والثمرة دونها ، قال : فما كان كذلك مال العراقيون الى أنه
 للبائع ، ومن أصحابنا من قال : للمشتري لعدم الانعقاد ، قال : وهذا
 هو الذى ذكره الصيدلانى .

وهذه الطريقة التى ذكرها الامام مخالفة لما قاله أكثر الأصحاب
 ولنص الشافعى الذى نقلناه عن البويطى ، فانه جعل حكم الابار فى
 التفاح والفرسك شيئا واحدا ، والفرسك هو الخوخ ، والامام
 قد جعل حكمه مخالفا لحكم التفاح ، ثم ان الامام نقل مثل العراقيين
 الى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشتري
 الا الشيخ أبى حامد ولعل الامام رأى كلام أبى حامد فنسب ذلك
 الى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك فى الجوز .

(فرع) قال القاضى الماوردى : ان الكرم نوعان نوع منه
 يبدو منه أنوار ثم ينعقد ، ومنه ما يبدو حبا منعقدا وقد تقدم الكلام
 فى ذلك ، وعد الماوردى الرمان واللوز مع ذوى النور ، قال تاج الدين
 عبد الرحمن : والمشهد فى بلادنا خلاف ذلك فى الزمان ، فان نوره
 لا يكون سابقا له فى أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا ، وقال

(١) هكذا فى الأصل ولعل سقط عبارة (على شىء) (ط) .

الرافعى : ان الرمان واللوز مما يخرج في نور يتناثر عنه النور ،
 وما ذكرناه من الحكم فيما اذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه ، فان
 بيع قبله عاد الكلام السابق فيه ، يعنى اما أن يباع بعد الانعقاد
 أو بعد التناثر ، فكلام الرافعى موافق للماوردى في أن الرمان له
 نور ، ولعله نوعان كالكرم .

وأطلق المتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل ، قال : وان
 كان على حبه قشر لطيف يتفتق ويخرج منها نور لطيف ، لأن مثل
 ذلك يوجد في غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله صلى الله
 عليه وسلم للبائع ، وهذا ملاحظة منه للمعنى الذى لحظه أبو حامد
 فيما مضى ، وصاحب التتمة مال الى موافقته فيه أيضا ، وقال : ان ثمرة
 هذه الأشجار تكون تحت غطاء ، ويفارقها ويخرج من تحتها
 النور والثمرة والنور على رأس الثمرة ، لكنه قسمه قسمين قسم
 يكون له نور بغير كمام كالفتح والكمثرى والسفرجل وهو الذى حكى
 كلام أبى حامد فيه ومال الى موافقته . وقسم على ثمرها نور وتكون
 الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والمشمس والأجاص ، قال : فقبل أن
 يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا
 التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام .

(فرع) تقدم في كلام الشافعى المحكى عن البويطى عند
 اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنجى بذلك على قول الأصحاب :
 ان اللوز كالجوز ، قال : وهو سهو منهم فيه ، قال ابن الرفعة : (فان
 قلت :) هل للشيخ أبى حامد جواب عن نصه في البويطى (قلت :)
 لعله يقول : اللوز نوعان ، منه ما ينشق عنه قشره الأعلى على الشجر
 وهو المذكور في الأم ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور
 في البويطى ، وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرسك لا يمكن
 ازالة قشره عنه دون الأسفل ولا كذلك غير الفرسك .

(فرع) اذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة ، وظهر ما في ثمرة العام
 بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما في التأبير قاله
 صاحب البيان ، يشير الى الوجهين المتقدمين عن ابن أبى هريرة وغيره ،
 وأنه لا فرق في ذلك بين النخل وغيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع أرضا وفيها نبات غير الشجر - فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والننع والهندبا والبطيخ والقثاء - دخل الأصل في البيع ، وما ظهر منه فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار . وان كان مما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل ، لانه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر) .

(الشرح) الرطبة - بفتح الراء - وفي كتاب ابن البردي عن شيخه أبي الغنائم - بضم الراء - وهو غلط ، وهو القضب وهو القتب .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الأرض ، وينقسم الى قسمين ، أصل وغير أصل ، فالأصل ضربان شجر وغير شجر ، فغير الشجر هو الأصل هو الزرع ، وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر ، فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر ، وقد مضى حكمها وأقسامها ، والنخل والكرفس داخلان في التقسيم ، وان كان المصنف أفردهما بالذكر أولا ، وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل .

فالضرب (الأول) الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى (والثاني) هو الزرع ، هكذا قسم الشيخ أبو حامد ، وهو يقتضى أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل الا مرة ، وهو ظاهر ، وكذلك يقتضيه إيراد جماعة ، وجعل الرافعى رحمه الله الزرع ضربين ، فجعل ما له ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والنرجس ، وجعل الرطبة والننع والهندبا خارجا عن الزرع داخلا تحت اسم الأصول حيث قال العزالي : وأصول البقول كالأشجار ، وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الأضرب ما يثمر مرارا كالنرجس وما يجذ مرارا كالننع ، وما لا يجذ مرارا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة ، وكلام الشافعى رضى الله عنه في المختصر يشهد لذلك ،

فانه أطلق الزرع على الضريين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعي في اطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثاني ، فانه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال : انه لا يصدق عند الاطلاق الا على الأخير والأمر في ذلك قريب أو هو راجع الى اللفظ .

(وأما) المعنى والأحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وانما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها في الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الأول ، وأسعر كلامه بأن حكمها متحد فأما في دخول الأصل فصحيح على ما سيأتى تفصيله ، وأما في كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري فان ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته للمشتري وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع ، وما لم يظهر للمشتري ولم يبين فاذلك يتعين أن يقسم القسم الأول في كلام المصنف الى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة ، كما ذكرها البغوى والرافعي ، وان كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها .

(القسم الأول) الأصل الذي له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والبادنجان وعد صاحب التهذيب من ذلك الموز والكرسف الحجازي فأما الكرسف الحجازي فقد أفرد المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضا في القسم الثاني من أقسام الشجر فيما تقدم ، وهو الأقرب فانه شجر لغة وعرفا ، والكلام الآن في النبات الذي لا يسمى شجرا فلا يحسن عد الموز فيه ، اذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة ، فمنها ما لا تخرج ثمرته الا ظاهرة كالبنفسج ، فان ورده أشبه الأشياء بالياسمين ، ليس في كمام ، فان كان قد ظهر من ورده شيء فورد تلك السنة للبائع الا أن يشترط المبتاع ، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد ، وفي معنى ذلك البطيخ والقثاء والبادنجان اذا لفرق بينهما .

وأما النرجس فانه كالورد الأبيض والأحمر يخرج عنه أوراق خضراء لا يظهر منه شيء ثم يتفتح ، فان كان قد تفتح منه شيء فان

ثمرة هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وأما أصوله فيها الطرق السابقة في الأشجار حرفا بحرف ، سواء في ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض وما بطن ، فحينئذ حكم هذا القسم في تبعية الأصول للأرض ، وفي حكم الثمار حكم سائر الأشجار ، هذا هو المشهور ، وحكى الرافعي وجها في النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير ، وحكاه الروياني في البنفسج ، وعن الشيخ أبي حامد أنه ضعف الوجه المذكور في النرجس ، وقال : هذا كلام من لم يعرف النرجس ، فإن النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وإنما يحول من موضع الى موضع في كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف في هذا القسم والذي بعده أن يبيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرعا يحصد مرة واحدة كما سيأتي في القسم الثالث ، ومن صرح بنفي الخلاف صاحب التتمة .

(القسم الثاني) وهو بعض القسم الأول في كلام المصنف ، الأصل الذي ليست له ثمرة بعد ثمرة ، ولكنه يجذ مرة بعد أخرى كالسداب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسي ، وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مرة ، والرطب وهي القضب ويسمونها أهل الشام الغصّة - بالصاد المهملة - والقث - بالطاء المثناة - وهو القرط . قال الأزهرى : هو القث الذي تسميه أهل العودی (١) وقد عطف المصنف القضب على القث فيقتضى أنهما متعايران ، وكلام النووى يدل على أن القضب والقث والقرط والرطبة شيء واحد ، ولذلك صرح به القاضي أبو الطيب ، ولكنه بلغه العراق الرطبة ، وبلغه أهل بلادنا القرط ، وبلغه الشام الغصّة والصواب أن القث والرطبة شيء واحد ، وأن القرط الذي يبلادنا شيء آخر ، والرطبة توجد أيضا في صعيد بلادنا ، والله أعلم .

ففي هذا القسم إذا باع الأرض وفيها شيء من ذلك ظاهر على الأرض فالجدة الظاهرة عند البيع للبائع ، لا خلاف في ذلك ، لأنها ظاهرة في الحال لا تتراد للبقاء ، فلم تدخل في البيع الا بالشرط كالثمرة

(١) كذا بالأصل ولعل صوابه مع جبر ما سقط منه هكذا : تسميه أهل البوادي الصفضانة ، راجع المصباح .

(الطبعي)

المؤبرة ، وفي دخول أصولها الكامنة في الأرض في بيع الأرض الخلاف الذي في الأشجار ، هكذا ذكره العراقيون والصيدلاني وغيرهم ، وعن الشيخ أبي محمد الجويني القطع بالدخول هنا ، والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة في الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار ، فانها بادية ظاهرة مفارقة للأرض في صفتها ، هكذا حكى عنه في النهاية والبسيط والشرح ووقع في الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالزرع يعني فلا يدخل ، وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبي محمد قال ابن الرفعة : ولو صح ذلك عن الشيخ لأمكن أن يقال في الفرق بينه وبين الشجر ان مدة ابقائه في الأرض قد تعلم ، فلا يكون مرادا للدوام بخلاف الشجر ، وأيد ذلك بالوجه الذي حكاه الرافعي في البنفسج والزرعس أنهما كالحنطة والشعير ، اذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاها الماوردي في البطيخ ، وما يوجد مرة بعد أخرى لكن في عام واحد ، أنه كالزرع فيكون للبائع ، قال : فقد يحصل لما في المسألة ثلاثة أوجه .

(قلت) يعني ثلاث طرق القطع بالدخول ، والقطع بعدمه الدخول ، واجراء الخلاف ، والله أعلم . لكن شرط اثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التي في الوسيط الى قائل ، والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما في البسيط والنهاية ، وقد رأى الامام أن القياس طريقة اجراء القولين ، وخالف ما نقله عن والده ، قال : اذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية ، وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم — ان سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك ، ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر ، نعم مقتضى الوجه الذي نقله الرافعي في البنفسج والزرعس أنه يثبت ثلاثة أوجه بذلك وان لم يثبت ما عندى الى الشيخ أبي محمد من جعلها كالزرع .

(فان قلنا) بأن الأصول لا تدخل في بيع الأرض ، فهي باقية على ملك البائع ، والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثه ، والكلام في وجوب تبقيتها كما تقدم في الأشجار (وان قلنا) بظاهر المذهب ، وأن الأصول داخلة قال صاحب التهذيب : فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه ، لأنه يزيد فيختلط

المبيع بغير المبيع ، وتبعه على ذلك الرافعي ولم يذكر فيه خلافا
والذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمتولي والقاضي
حسين أن البائع يطالب بجذها في الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ
أوان الجذاذ لأن تركها يؤدي الى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط
القطع في العقد بل زاد الماوردي على ذلك فحكي وجهين في أنه هل
ينتظر به تنهاى جذاه ؟ .

(أحدهما) ينظر فاذا بلغ الحد الذي جرت العادة بجذاذه عليه
فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة بكاملها للمشتري ، قال :
وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع
تبعاً لما أطلع منها وأبر . (والوجه الثانى) أنه لا ينتظر به كمال
جذاذه ، بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق في
غيره ، وبه قال أبو اسحاق المروزي ويمر بجذاذه ، وإن لم يستكمل ،
ويكون الأصل الباقي وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعاً للأصل ،
وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون
للمشتري ولا يكون تبعاً لما أطلع منها وأبر ، وهذا البناء الذي أشار
اليه الماوردي يقتضى أن يكون الصحيح على طريقة أبي حامد
الاسفرايينى والرافعي أن القلع لا يجب عقب العقد حتى تتكامل
تلك الجذة ، لأن الصحيح عندنا أن ما أطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل
البيع ، فيكون للبائع ، وإن كان الأصح عند الماوردي أنه للمشتري
ولا يلزم الشيخ أياً حامد أن يقول بأنه لا يجب القطع إلا أن يسلم
البناء المذكور ويفرق بين الصورتين بأن للطلع حداً ، وهو نهاية ذلك
الحمل الذى أطلع بعضه وأبر ، وجرت العادة بالتلاحق فيه ،
بخلاف الرطبة فإنها كلها كالحمل الواحد ، وقد نص أبو حامد في تعليقه
على هذا الفرق ، لكن في التبعية فقال : ان للطلع حداً ينتهى اليه ، وليس
للرطبة حد ، هذا فرق الأصحاب ، وفرق من عند نفسه بفرق آخر ،
وهو أن لا منفعة للمشتري في قطع الثمرة ، وللبائع منفعة في قطعها ،
والرطبة في قطعها فائدة للمشتري ، وفي تركها فائدة للبائع لأنها تزيد ،
انتهى .

وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعي لم يلاحظوا فيه
الوجه الذى نقله الماوردي من أنه ينتظر به تنهاى جذاه ، فإن

قلنا به فلا يجب القطع أصلا هو بتعليقه مصادم لقول أبي حامد :
انه ليس للرطوبة جذ توجد عليه (وان قلنا :) انه ليس للبائع الا ما كان
ظاهرا فيجب القطع ، وأما كونه يشترط شرطه في العقد فقد يقال :
انه لا حاجة الى ذلك لأنه اذا كان القطع واجبا بمقتضى العقد فلا
حاجة الى شرطه فانه انما يشترط القطع في الثمار لأن مقتضى الاطلاق
فيها الابقاء ، وهذا هو الأقرب الى كلام الروياني ، فانه قال : اذا
باع الأرض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع باطلاق العقد وعلى
البائع نقله في الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره .

ويحتمل أن يقال : لا بد من شرط القطع ، كما أنه لا بد من
شرط القطع في بيع الثمرة التي يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما
سيأتى ، ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره ، وبين اختلاط ثمرة
المبيع ، بدليل أن الحكم مطرد فيما اذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة
واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة الا أن يقال : ان الثمرة
هى المقصود الأعظم من الشجر ، أو كل المقصود ، وأما أصل الرطوبة
الموجود في الأرض فليس هو كل المقصود من الأرض ولا معظمه .

وسأجمع ان شاء الله تعالى هذه المسائل جملة في آخر الباب ،
عند الكلام فيما اذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم
في هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القطع في العقد ،
وهو ما قاله البيهقي والرافعي (والثاني) لا يجب ولا يكلف به
الا أن تتكامل الجذة ، فتكون كلها للبائع (والثالث) أن البائع يكلف
إلقطع حال العقد ، ولا نقول : أن شرط ذلك واجب في العقد ،
وهو مقتضى كلام أبي حامد وأبي الطيب والمتولي والروياني ، فان لم
يجذ البائع حتى زادت في ملك المشتري واختلطت ، فيخرج على القولين
في الاختلاط ، قاله الفوراني ، والله أعلم .

(فرع) بنى الماوردي على الوجهين اللذين ذكرهما ما اذا كان
الزرع بذرا لم يظهر بعد ، قال : فمن انتظر بها تنهاى الجذاة
جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذة للبائع ، ومن لم ينتظر به
انتهاهى وجعل حق البائع مقصورا على ما ظهر جعل البذر وجميع
ما يظهر من نباته للمشتري ، ولك أن نقول : الموجب لانتظار تنهاى

الجذاد كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها ،
وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن ظهر منها ، فينبني الجزم بأنها
تكون الممشتري كالثمرة غير المؤبرة ، لكن هذا الوجه مع بعده
وغرابته هو مقتضى كلام الشافعي في الأم اذ قال :

« وان كان البائع قد أعلم المشتري أن له في الأرض التي
ابتاعها بذرا سماه لا يدخل في بيعه ، فاشترى على ذلك ، فلا خيار
للمشتري ، وعليه أن يدعه حتى يصرم ، فان كان مما ينبت من الزرع
تركه حتى تصرمه ، ثم كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا
قطعه ، وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه
يستخلف ، وهو لمن وجد ثمرة غضة ، فليس له أن ينتظر أخرى ، حتى
يبلغ ، لأنه لم يكن له مما خرج منه الا مرة واحدة ، فيعجلها ولا يتحول
حقه في غيرها بحال » .

ولذلك اطلاق صاحب التنبيه في قوله : والجذة الأولى للبائع ،
يشمل بعمومه ما اذا كان منها شيء ظاهر ، وما اذا لم يكن وظن
ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الأصحاب بعد حكايته نص الشافعي ،
كأنه لم يقف على الخلاف الذي حكاه الماوردي فاذا نص الشافعي
واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذي حكاه الماوردي وليس
لقائل أن يحمل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واستثنى
ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعي ، لأنه لو كان كذلك واشترط
البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعي
بعدم ذلك وأنه ليس الا الجذة الأولى . فان تعسف متعسف وحمله
على ما اذا اشترط البائع أن الجذة الأولى له ففيه نظر ، يحتمل أن
يقال بالصحة ، كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة ، ويحتمل أن يقال
بالفساد ، فانه قد لا يتميز حق البائع من حق المشتري بخلاف الشجر
مع الثمر ، فانهما متميزان ، وبالجمله فالوجه المذكور ضعيف غريب ،
والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشتري ومن الواضح
أن صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته ، والله أعلم .

(فرع) باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها ، فليس
على الأرض منها شيء ظاهر يقال : انه للبائع ، وما في بطنها من العروق

جزم القاضي أبو الطيب بدخوله في البيع ، وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل في البيع ، فالطرق الجارية فيه وفي أصول البقول إذا كان منها شيء ظاهر جارية هنا من غير فرق ، وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردي في البذر وتكلمت عليهما آنفا فالقياس اجراؤهما هنا أيضا ، وإن كان الأصح أن ذلك للمشتري ، لأنه ليس ثم شيء ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر .

(فرع) إذا كان في الأرض أشجار خلاف (١) يقطع من وجه الأرض كل مدة ، قال صاحب التهذيب : حكمها حكم القصب الفارسي ، وقال الرافعي : حكمها حكم القصب ، والمراد واحد ، وهو أن حكمها حكم القسم الثاني الذي فرغنا منه .

(أما) إذا كان فيها جذوع خلاف ، عليها قوائم ، فهي بمفرلة أعصان سائر الأشجار .

(فرع) إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهرا عند العقد من البقول (أما) على ما اختاره الرافعي رضي الله عنه من وجوب شرط انقطع (وأما) على الوجه الثالث ، قال صاحب المنتمة ، ثم الرافعي عنه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أو أن الجذ أو لم يكن ، وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريح لأنهما لم يذكرنا الوجه الثاني الذي ذكره الماوردي ، واستثنيا من ذلك القصب ، فإنه لا يكلف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به ، وكذلك قال الشيخ أبو حامد : القصب الفارسي إذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله إلى وقت قطعه في العادة ، وهو زمان الشتاء فإنه إن قطع قبل ذلك الوقت تلف ، ولا يصلح لشيء ، وكذلك الروياني والجرجاني قالا : إن البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته ، لأن له وقتا يقطع فيه .

ولك أن تقول اشكالا على الرافعي : أنه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع ، فإما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا ، فإن كان عاما فيجب الوفاء به ، وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به ، والقول بوجوب شرط القطع

(١) يضم الخاء وفتح اللام مع التشديد ، وهو ما يسمى في ديار مصر بالربة .
(المطيعي)

فبما لا ينتفع به بعيد ، ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح انما يجوز بيعها بشرط القطع اذا كان المقطوع مما ينتفع به (فان قلت :) ذاك لأن المنفعة شرط في المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت :) لكنه فيه اضاءة مال فيمتنع شرطه لذلك ، نعم قد يقال ان هذا يجب قطعه ، وأن لم يشترط ، لأنه يصير في ملك المشتري على أصله فلا يلزمه ابقاؤه واذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع ، فقد يكون له غرض في اغتقار ذلك بازائه ، وهذا الاشكال الثاني يعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبي حامد ، ولكن الشيخ أبا حامد ليس في كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب ، فلعله يقول به في كل ما لا ينتفع به اذا قطع ، بخلاف صاحب التتمة ، فان ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع في ذلك .

وقد يؤخذ من كلام أبي حامد المتقدم جواب على ذلك من قوله : ان للقصب وقتا يقطع فيه ، فان ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذى يجب ابقاؤه لما قدمه الرويانى في الفرق من المعنى ، أن له وقت نهاية ، والرطوبة ليس لها وقت نهاية ، لكن ذلك بعيد ، لأن كلا من الرطوبة والقصب الفارسى له وقت يؤخذ فيه في العادة ، ويزيد بعده بخلاف الزروع التى بعد وقت أخذها لا تزيد شيئا ، والله تعالى أعلم .

(فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذى تجرى فيه الأحكام المتقدمة ، ومنه ما يبقى سنة واحدة يجيء مدة بعد مدة في السنة ، قال الشيخ أبو حامد : حكم هذا عندي حكم الزرع كله للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، فهذا ذكره الشيخ أبو حامد في هذا القسم الثاني ، وهو ما يجذ مرة بعد أخرى ، وذكر الماوردى في نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى ، لكن في عام واحد كالبطيخ والخيار والقتاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البغداديين أنه في حكم الشجر ، فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر ، وللمشتري الأصل وما يظهر (والوجه الثاني) وهو قول البصريين أنه في حكم الزرع ، فيكون للبائع أصله وثمره ، لأنه زرع عام واحد ، وان تفرق لقاط ثمره ، والشجر ما بقى أعواما وألحق به ما بقى أعواما كالعلف ، ولم يلحق به ما بقى عاما واحدا ، والرويانى جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتنسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهنديا والجرجير ، وما يبقى

سنين • ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه في الأم ، وحكى مع ذلك ما نقله الماوردي •

(فرع) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الأول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين في الأرض •

(والثاني) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحدا •

(الثالث) أصل له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين في الأرض •

(الرابع) أصل يجذ مرة بعد أخرى في عام واحد وهذا هو الذي نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبي حامد ، وما ذكره الماوردي في القسم الثالث من الخلاف يأتي فيه إذا لفرق بينهما ، والله أعلم •

وهذه الأقسام الأربعة كلها في القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف ، وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التي ذكرها ، فالبنفسج والنرجس من القسم الأول ، والبطيخ والقثاء من القسم الثاني ، والننع والهندبا والرطبة منه ما يبقى سنين في الأرض ، فهو من القسم الثالث ، ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها ، فهو من القسم الرابع ، والله عز وجل أعلم •

(فرع) الموز أصله لا يحمل الا سنة واحدة ، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك ، فاذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه اذا كان عليه ثمرة يكون الثمر للبائع ، فقد مر ذلك في كلام المصنف ، والكلام هنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل في بيع الأرض ؟ كما يدخل الشجر أو لا ؟ وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده في القسم الأول • وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر ، وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه ، والذي قاله الماوردي أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع ، لأنه لا يبقى بعد سنة ، والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع •

(قلت :) وقوله : ان الفرخ يدخل في البيع ، ان فرض في فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتثنيته بالشجر ، ولا يقال : انه دخل

في عقد البيع ، بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشتري بحكم الملك لا بحكم الدخول في العقد ، وان فرض في فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقال : ينبغي على قوله أن لا يدخل ، لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع ، وقد قال الشافعي في الأم بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب : اذا باع أرضا وفيها موز قد خرج ، فله ما خرج من الموز قبل بيعه ، وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذي تحت الموز ، وذلك أن شجر الموز عندما يحمل مرة وينبت إلى جنبها أربع ، فيقطع ويخرج في الذي حولها ، وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع ، وما يحدث بعده للمشتري ، وهذا صحيح لا اشكال فيه ، وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردي ، ولا لما قاله صاحب التهذيب ، فان سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ، ويحتمل أن يكون مراده به الشجرة نفسها ، وان كان خارجا منها يكون للبائع ، وما نبت من فراخها يكون للمشتري ، فيوافق كلام الماوردي وهو الذي فهمه ابن الرفعة .

ولم يترجح عندي هذا الاحتمال على الذي قبله . لكنه يؤخذ من كلام الشافعي أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري ، لقوله : ان ما خرج مرة أخرى ليس للبائع ، فان كان مراده الفرخ فذاك ، وان كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشتري أن يكون الأصل له ، وهذا لا شك فيه في أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري ، واذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذي هو مستقر في الأرض يدخل في بيعها ، لأن الفرخ الذي حكمنا بكونه للمشتري يثبت منه .

(وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو يبنى على الاحتمالين اللذين ذكرتهما في كلام الشافعي رضى الله عنه في قوله : فله ما خرج من الموز قبل بيعه ان كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه ، وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها ، وكلام الجوري يشهد للتفسير الأول فانه قال في معرض نقل كلام الشافعي : فان باعه أرضا وفيها موز فللبائع ما خرج من الموز ، وليس له ما يخرج بعد ذلك ، ولا ما لا يخرج أولاده التي إلى جنبه ، فقوله : ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام في الثمرة فان ألحقنا ذلك بالرطوبة اقتضى

أن لا يدخل شيء بما ظهر في البيع لا الأم ولا فراخها ، كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزماً كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة ، وإن ألحقناه بالشجر اقتضى دخولهما .

وقد يقال : تلحق الأم بالرطوبة لقرب قطعها ، وأما الفرخ فإنه يقصد بقاءه حتى تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك بقول : أن الفرخ يدخل لشبهه بالشجر في كونه مقصود البقاء ، والأم لا تدخل كما يقتضى ذلك كلام الماوردي ، فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاثة أيها أرجح ، فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفرخ ، كما قاله صاحب التهذيب ، فإن الذي بلغنى من حال الموز من له فيه معرفة يخالف حال الرطوبة ، فإن شجرة الموز ينبت الى جانبها من أصلها فراخ فإذا تكامل حمل الشجرة الأصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ، ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ ، وأنه متى قطعت كلها يموت الفرخ ، فبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هي ، وتتساقط بنفسها الى الأرض ، فيخلفها ذلك الفرخ وي طرح الموز ، وهكذا على الترتيب لا بد من بقاء الأم لتربية أولادها ، ولا يكون من أولادها الا واحد ويقطع الباقي اثلاً يضر بأمه ويشرب ماءها .

فإذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها ، وأن فرخها لا ينتج بدونها ، ظهر لك الفرق بينها وبين الرطوبة ، فإنه لو قلنا للبائع : أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر في الأرض وحده ، لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك ، ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها في الأم ودخول الفرخ ، لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فينتلف الفرخ ، فلا بد من إبقائها ، وهو قول صاحب التهذيب ، والله أعلم .

والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذي يكون للمشتري ، ما حدث بعد البيع ، وقد يطلق على مثل ذلك أنه داخل في العقد توسعاً في العبارة ، ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في النعام القابل ، وقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل نارة تكون

اقامته شهرين ، وثارة أكثر من ذلك ، فلعل مراد الماوردي بالسنة
المدة التي تبقى فيها كما يقال سنة الزرع ، وان كان لا يراد حول كامل ،
وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشملته التقسيم ، لأن له أصلا ثابتا ،
ولا يحمل الا مرة ، ويستمر جذره في الأرض سنين ولا يجذ كالرطبة ،
والله أعلم .

(فرع) لو كان في الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو
بصل ، قال صاحب التهذيب : لا يدخل شيء منها في بيع الأرض ، يعني
ويكون ذلك من حكم التقسيم الذي سيأتى ، وهو الزرع الذى لا
يحمل الا مرة ، وكذلك الرافعى ، الا أنه لم يذكر البصل ، ولو باع
أرضا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردي عن الافصح
وجهين (أحدهما) لا يجوز (والثانى) يجوز تبعا .

(فرع) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيما اذا أطلق البيع ،
أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشتري ما يحصل مرة بعد أخرى
كالبقول ، فللمشتري الفروع والعروق ، قاله صاحب التتمة ، وفرق
بين هذه حيث يقول عند الاطلاق : لا يدخل ما ظهر منها ، وبين
الشجر ، بأن هذه لا تتراد للدوام ، وهى نماء ظاهر ، فصارت كالثمرة
المؤبرة والشجرة تتراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها ، وصار
الجميع للمشتري .

(القسم الثانى) من كلام المصنف . وهو الثالث من التقسيم
الذى ذكرته أولا . ما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير والباقل
والكتان . فلا خلاف أنه لم يدخل في الأرض الا بالشرط لما ذكره
المصنف . والطلع المؤبر الذى جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث
المقدم : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط
المتناع » .

وقوله نماء (ظاهر) احتراز من الطلع الذى لم يؤبر (وقوله)
لا يراد للبقاء احتراز من الغراس اذا قلنا يدخل في بيع الأرض على
ظاهر المذهب ، والرافعى رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام
والثبات قال الماوردي : (فان قيل) الثمرة قبل التأبير مستبقاة

لكامل المنفعة لم تجن وهي داخلة في البيع ؟ فهلا كان الزرع مثلها ؟
(قيل :) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع ،
والزرع مستودع في الأرض بفعل الآدمي : ألا ترى أن الأرض يدخل
فيها المعدن لأنه خلقة في الأرض ، ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع
فيها .

واعلم أن الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لأنه نبات لا يحمل
الامرّة واحدة ، لكن لا قائل بأن جذره الثابت في الأرض لا يدخل ،
بخلاف الحنطة والشعير ، فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل الامرّة
مرة ، وليس له أصل ثابت في الأرض ، وبذلك يخرج الموز ، فان
له أصلاً ثابتاً ، منه تنبت الفراخ ، وعلى هذا ينبغي أن يقال في القسم
الحاضر : النبات اما أن يكون له أصل ثابت في الأرض أو لا ، فالأول
اما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز ، أو مرات ، فأما في عام واحد
كالبطيخ ، أو في أكثر كالرطوبة ، وسائر ما يجذ ويثمر مرات ، والذي
لا بقاء لأصله هو الزرع ، فالحنطة والشعير وشبههما . أو نقول :
النبات اما أن يثمر ويجذ مرات . أو مرة واحدة فالأول اما في عام
واحد أو في أعوام ، والثاني اما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى
كالحنطة والشعير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفي بيع الأرض طريقان : من أصحابنا من قال : فيه قولان ،
لأنها في يد البائع الى أن يحصد الزرع ، فكان في بيعها قولان
كالأرض المستأجرة ، ومنهم من قال : يصح بيع الأرض قولاً
واحداً لأن المبيع في يد المشتري ، وإنما يدخل البائع للسقي
أو الحصاد ، فجاز بيعه قولاً واحداً كالأمة المزوجة) .

(الشرح) الطريقان مشهوران ، والأولى منسوبة الى أبي اسحاق
المروزي ، وجمهور الأصحاب على الطريقة الثانية ، وهي التي صححها
الرافعي وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع ،
وعلى بيع الأمة المزوجة ، وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد
المستأجر حائلة بكل حال ، فكان كما لو أجز أمته ثم باعها بطل

البيع على أحد القولين ، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولاً واحداً ،
وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقتين آخرين لا يتضحان
لم نذكرهما ، ورد الجمهور طريقة التخيير على القولين بأنه لو كان
في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ،
ألا ترى أن بيع الدار التي استحققت المعتدة سكنها ، إذا كانت العدة
معلومة كالأشهر فيها قولان ؟ وإذا كانت مجهولة كالحمل والأقراء بطل
قولاً واحداً .

وذكر ابن الرفعة سؤالاً قد يعترض به على هذا ، وهو أن
لأبي اسحاق أن يقول : مدة الزرع - وإن لم تعلم يقيناً - فالعرف
الغالب يضبطها ، فإن فرض مخالف فنادر ، وزمنه يسير معتقر ،
والمنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر ، بل لأنها قد تموت
فتكون المنفعة عائدة للمشتري ، ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح ،
وإن كانت عدتها بالأشهر ، وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة
في الأقراء والحمل ، فإنه لا يصح بيع الدار التي استحققت سكنها
للمعدة ، وإن كانت العادة تضبطها ، فلما لم يعتقر ذلك كذلك لا يعتقر
مثله في مدة الزرع .

(وقوله :) أن المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر إلى
آخره لا يحسن ، فإن الكلام إنما هو في القطع بالفساد ، ولا يجوز
أن تكون العلة في ذلك ما ذكره والا لقطعنا بالفساد في دار المعتدة
بالأشهر ، فمستند القطع بالفساد في دار المعتدة بالأقراء والحمل
وعدم اجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة .

(وأما) قوله : أن المنافع تكون عائدة للمشتري ، فاعلم أن المنقول
في توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها
ليست مملوكة للمعتدة ، فإنه لو ماتت كانت منافعها للزوج ، فيكون
إذا باعها كمن باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة ، والظاهر
فيه البطالان ، والذي يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن
تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقاً ، أو ورثته إن كان
ميتاً ، فإذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج
أو ورثته ، ولا تكون للمشتري ، وإنما تكون للمشتري لو نزلنا استحقاق

المعتدة منزلة استحقاق المستأجر ، فحينئذ يجيء فيه الخلاف المذكور فيما اذا عرض ما يفسخ الاجارة : هل تكون منفعة بقية المدة للمشتري أو للبائع ؟ فيه وجهان ، فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه ، والله أعلم .

(فان قلت :) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالامتعة غير متجه لامكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد ، ووجوب ذلك ، فالمنفعة مستحقة للمشتري في تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاقتها بالامة المزوجة أيضا غير متجه لأن الامة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية القائمة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة ، فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ، ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق .

(قلت :) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الأصل ، ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد ، ولما اتفقوا على صحة بيع الامة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتضى لابطال البيع ، وأن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشتري بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشتري وبينها ، وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة ، والامة المزوجة ، فثلاثتها مشتركة في أنه لا يد حائلة فالقتضى للبطلان اذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما في مناط الحكم ، والأرض المزروعة لها شبهة من كل من الدار المشحونة والامة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمدا ينتظر ، ويفترقان في الاشتغال بالتسليم عقيب البيع في الدار دون الأرض وتشبه الامة المزوجة في أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشتري ، ولا يجب ازلتها عقيب العقد ، ويفترقان في أن الزرع له غاية بخلاف النكاح ، فلذلك حسن قياسها عليها ، وقياسها على الامة أرجح ، كما فعل المصنف فانه قد يقال : ان منفعة الدار في مدة التفريغ مستحقة للمشتري ، ولذلك وجب على البائع تفريغها ،

فلم يكن البيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة
فإن منفعتهما غير مستحقتين للمشتري مدة بقائهما .

ولم أعلم أحدا حكي في صحة بيع الدار المشحونة بالأمته
خلافًا وذكروا الطريقتين في الأرض المزروعة قال الامام : ولا شك أن
القياس يقتضى التسوية بينهما ، إذ لا فرق ، ويمكن أن نقول ما ذكرناه
من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة . وحكى الامام في أن المشتري
إذا كان جاهلا بأن الدار مشحونة هل يثبت له الخيار ؟ وجهان ،
والذهب ثبوته أما الأرض المزروعة فيثبت الخيار جزما عند الجهل ،
سواء قلنا : ان تسليمها يمكن أم لا لعدم امكان الانتفاع بها في
الحال ؟ الا أن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا
خيار ، كما سيأتى الوجه الذى نقله الامام في عدم ثبوت الخيار في
الدار المشحونة بالأمته ، وأن الغالب في العادة اشتمال الدار على
أمته ثم انها تفرغ بعد ذلك ، والله أعلم .

(التفرغ) بائع الأرض المزروعة اذا خلى بينها وبين المشتري ،
فهل يحكم بصيرورتها في يده ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، لأنها
مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالأمته (وأصحهما) على ما ذكره
الامام والغزالي والرافعى ، نعم لحصول التسليم في الرقبة وهى
المبيعة ، وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأت في الحال ، فلا حاجة
تدعو الى التخليه قبله ، على أن الامام أورد فيها وجها أن اليد لا
تثبت فيها بخلاف الأرض وجعل في المسألتين ثلاثة أوجه ، وادعى
أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيها ، وحكاه غير الامام أيضا .

وحكى الغزالي في البسيط وجها أن اليد تثبت في الدار ولا تثبت
في الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه ، ووجه الفرق على
الوجه المحكى في البسيط أن التشاغل بالتفرغ ممكن ، فنزل الممكن
الذى لا عسر فيه منزلة الموجود ، قال ابن الرفعة : ولعل القائل بأنه
لا يحصل التسليم هو أبو اسحاق المروزى ، فلا يصح ابطال مذهبه ،
يعنى في البيع الا باقامة الدليل على صحة القبض ، وهذان الوجهان في
صحة تسليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب ، فإنه ذكر

في تعليل الطريقة الأولى أنها في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشتري وقد يقول الفقيه : هذان التعليلان متصادمان .

(والجواب) أن ذلك يحتمل ، إذا كان في أحد الكلامين زيادة كما في هذه الصورة ، فإن في تعليل الطريقة الثانية ما ينبه على دفع الخيال التعليل الأول ، وتبين أن قوله : أنها في يد البائع ليس كذلك ، لأن المبيع هو العين ، والعين في يد المشتري ، ودخول البائع لأجل السقي والحصاد المتعلقين بالزرع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين ، والله أعلم .

(تنبيه) من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة المبيع ، ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو اسحاق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة ، والأرض المزروعة في يد بائعها ، لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الإبقاء فيساوي يد الاجارة .

(فرع) لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض ، وليس له استبقاء الأرض ما بقى مدة الزرع ، لأنه إنما يستحق من الأرض ما كان صالحا لذلك الزرع ، قاله الماوردي والأصحاب ، ولو كان الزرع مما لو جذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف ، وفرخ كالدخن فجذ قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي إلى أوان الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع ، وليس له استبقاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد ، لأنه غير ذلك الزرع ، وعلى البائع قلعه ، ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القث الذي يجذ مرة ، لأن القث أصل ثابت ، والزرع فرع زائل ، واستخلاف بعضه نادر ، قال ذلك الماوردي .

(فرع) قال الرافعي : كل زرع لا يدخل في المبيع لا يدخل ، وإن قال : بعت الأرض بحقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد ، قال الرافعي : ورأيتُه لمنصور التميمي في المستعمل أيضا (قلت :) وقد رأيت ذلك في تعليق أبي حامد في بيع القرية أنه إذا قال : بمزارعها

دخلت المزارع ، وان قال بحقوقها لم تدخل المزارع ، كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) في الأرض فلم أقف عليه فيها .

(فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحال ، بل له ابقاؤه الى أوان الحصاد ، خلافا لأبي حنيفة رضى الله عنه ، فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشتري ، فلذلك أوجب القطع ، وعندنا هي مستحقة للبائع ، فلذلك لم نوجبه ، وأوجبنا الإبقاء ، وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ ، ويجبر البائع عليه ، وعليه تسوية الأرض ، وعليه قلع العسروق التي يضر بقاؤها بالأرض كعسروق الذرة ، نص عليه ، كما اذا كان في الدار المبينة أمتعة لا يتسع لها باب الدار ، ينقض وعلى البائع ضمانه ، وهكذا ذكروه وجزموا بوجود التسوية ، وسيأتى فيه وجه مذكور في مسألة الحجارة عن صاحب التتمة ، وقياسه أن يأتى هنا .

(وأما) ضمان النقصان في باب الدار فقال القاضى أبو الطيب : في موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم لزم البائع ذلك ، وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب ، وقال هنا : يحتل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض . وهو مقتضى كلام المحاملى والقاضى حسين .

(فرع) لو كان المشتري جاهلا بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع . ولم يرها حين العقد . فله الخيار في فسخ البيع . لأن الزرع عيب يمنع منفعة الأرض . فان فسخ رجع بالثمن وان أقر فللبائع ترك الزرع في الأرض الى وقت حصاده . كما نقوله في الثمرة المؤبرة . وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى . فلو رضى البائع بتسليم الزرع للمشتري أو قلمه ويكون قلمه غير مضر بالأرض لم يكن للمشتري خيار نص عليه . وان كان المشتري عالما بالزرع فلا خيار له . قاله الماوردى والأصحاب . واتفقوا عليه . وهذا اذا لم يطرأ ما يقضى تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد . ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبا في فرع وجوب الأجرة .

(فرع) في وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الأرض . ان كان المشتري عالما فلا أجرة قطعا . وان كان جاهلا

فوجهان عن رواية صاحب التقريب والذي أورده المعظم أنه لا تجب
الأجرة وتقع تلك المدة مستثناة . كما لو باع دارا مشحونة بأقمشة لا
يستحق المشتري الأجرة لمدة التقريغ وهذا ما جزم به الماوردي
وخلافه (والأظهر) عند الغزالي والجرجاني الوجوب وجعل الامام
محل الخوف فيما اذا كان جاهلا . قال الروياني : انما تجب الأجرة
اذا زرعها بعقد الاجارة أو بغير حق . وهنا لم يوجد واحد منهما ،
ثم وهنا كلامان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية
وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها ؟ أو هو على الاطلاق ؟ .

قال ابن الرفعة : ما ذكر من التعليل يقتضى أن ذلك يختص بحالة
عدم الاكتفاء قال : والأشبه أن يقال : ان اكتفينا بها فالخلاف
متوجه . وان لم نكتف بها (فان قلنا :) الأجرة لا تجب أو اكتفينا
بالتخلية فهنا أولى (وان قلنا :) تجب . فهنا وجهان مبنيان على أن
البائع اذا انتفع بالمبيع قبل اقباضه هل تلزمه الأجرة أم لا ؟
وفيه خلاف (فان قلنا :) لا لم تجب هنا (وان قلنا :) نعم : وجبت
ولا ننظر الى أنه ثم متعدد ولا تعدى منه هنا . لأن باب الضمان
لا يختلف . وقال ابن الرفعة : انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله وجه
عدم ايجاب الأجرة بقدرة المشتري على الفسخ . لولا هذا
التعليل لأمكن أن يقال : الوجهان في الرجوع بالأجرة انما هما قبل
التخلية أو بعدها . وقلنا : انها لا تكفى . ويكونان مبنيين على جنابة
البائع . فان قلنا : كالأجنبي ضمن الأجرة والافلا .

قال الامام : وللخلاف نظائر في الحجارة (قلت :) والأشبه أن
الخلاف في وجوب الأجرة في مسألتنا هذه كما في مسألة الحجارة مطلق .
فيما اذا اكتفينا بالتخلية ، وفيما اذا لم نكتف بها . وماأخذ أن تقويت
المنافع هل هو كالعيب أم لا ؟ بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع ، كما
يشعر به تعليل الامام والغزالي وجه الوجوب في هذه المسألة
(فان قلنا :) بالثاني ضمنا مطلقا ولا أثر للاجارة في اسقاطها ولا فرق
في ذلك بين أن نقول يكتفى بالتخلية أو لا ، وهذا يوافق الوجه الذى
يقول في مسألة الحجارة بوجوب الأجرة قبل القبض وبعده ، وان
جعلنا تقويت المنافع بمنزلة التعيب اكتفت على أن جنابة البائع على
المبيع كالألفة السماوية أو كجنابة الأجنبي ؟ .

(ان قلنا :) كجناية الأجنبي ضمنها مطلقا قبل التخلية وبعدها ،
 اكتفينا بالتخلية ، وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق
 - فان كان ذلك قبل التخلية - لم تلزمه الأجرة وان كان بعد
 التخلية - فان لم نكتف بها فكذاك وهذا قول من لا يوجب الأجرة
 في مسألة الحجارة مطلقا ، وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع
 الذى هو عيب حاصل قبل القبض ، فلا تجب الأجرة أيضا لأنه بالاجارة
 رضى بذلك ، فان لم يكن له أجرة كما لو رضى بالعيب لم يكن له
 أرش ، فقد تلخص أن الخلاف فى وجوب الأجرة جار مطلقا اما قبل التخلية
 أو بعدها اذا لم يكتف بها . فمأخذ الوجوب أمران (أحدهما) الحاق
 البائع بالأجنبي (والثانى) أن المنافع متميزة عن المقصود فليس
 تفويتها بمنزلة العيب ، ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيبا والحاق تعيب
 البائع بالآفة السماوية .

(وأما بعد) التخلية والاكفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة
 غير معقود عليها كما تقدم ، أو الحاق البائع بالأجنبي ، ومأخذ
 الاسقاط جعل تعيب البائع كالآفة السماوية ، فاذا أجاز المشتري سقط
 حقه من الأرش ، لأنه قد رضى بالعيب كذلك هنا اذا أجاز سقط حقه من
 الأجرة بقية المدة ، لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به .

(فان قلت :) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب
 الأجرة ، لأن الأصح عند الأكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية ،
 وقد جزم الرافعى بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنابته ، ان
 جعلناها كالآفة السماوية لم تجب ، والا وجبت ، فيخرج من ذلك
 أن الأصح فى مسألتنا أنه لا تجب الأجرة لا فى مسألة الزرع
 ولا فى مسألة الحجارة ، لكن قد تقدم فى مسألة الحجارة أن الأصح
 وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله ، وقد تقدم عن الغزالي
 والجرجاني أنه الأصح عندهما فى مسألتنا أيضا .

(قلت :) أما الغزالي فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبي ،
 فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب ، فان ذلك موافق ، وقد قدمنا عن
 الأكثرين فى مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب ، وكذلك تقدم عن الشيخ
 أبى محمد فى مسألة الحجارة .

(وأما) ما تقدم عن الأكثرين في مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله ، فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع يلزمه إبقاؤه الى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالابقاء الذي هو من لوازمه ، وكذلك لا تجب الأجرة .

(وأما) الحجارة فإنه إذا رضى بها لا يلزمه إبقاؤها ، بل يجبر البائع على قلعها ، لكن لك أن تقول : ان مدة القلع أيضا قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخلة تحت رضاه ، وان كان القلع في ذلك الوقت واجبا فكان ينبغى أن لا تجب لها أجرة الا اذا زاد وأخر البائع ، فحينئذ تجب ، والله أعلم .

(تنبيه) ما حكيت في مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن العقود عليه كذلك قال الامام والغزالي ، وهو يقتضى أن البائع اذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الأجرة من غير تخريج ، على أن جانيته كجناية الأجنبي أولا ، والذي ذكره الرافعي هو طريقة التخريج خاصة ، وما ذكروه هنا يقتضى طريقة أخرى ، كما أشرت اليه ، وهي ظاهرة فان جناية البائع والكلام فيها محله اذا ورد على العقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فللتردد في الحاقها بجزء المبيع أو صفتها بحال ظاهر فان ثبت ذلك فيكون في استعمال البائع المبيع طريقتان (أحدهما) وجوب الأجرة (والثاني) تخريجها على جانيته ، والله أعلم .

(فسرغ) وهو الكلام الثاني تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في وجوب الأجرة في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا تجب قطعا ، وكذلك تقدم في الخيار أنه لا يثبت الا في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا ، قال ابن الرفعة : وهو ظاهر اذا لم يطرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فان التبقية انما وطن المشتري نفسه عليها الى ذلك الوقت (أما) اذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال : انه يثبت له الخيار ، ويكون اذا أجاز في استحقاقه الأجرة الخلاف السالف ، وأصل ذلك أنه اذا علم عيبا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار ، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ، ثم قال : وإطلاق الشافعي رضى الله عنه يقتضى تركه الى الحصاد ، سواء تأخر عن

وقته المعتاد أم لم يتأخر ، ومراده بالحصاد أول أوقاته لا حقيقة الحصاد .

(فروع) ما تقدم من وجوب الإبقاء الى أوان الحصاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التيقية اليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض ، قال ابن الرفعة هنا : ففى وجوب البقاء بهذا الشرط تردد ، حكاة عن الأصحاب فى أواخر كتاب الصلح ، ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب (١) .

(فروع) يشترط فى بيع الأرض المزروعة تقدم الرؤية على العقد . فان موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعى والأصحاب منهم المساوردى وغيره فانه قيل فى الفرع المتقدم أن يكون رأها قبل ذلك . قال المتولى : اذا أدرك الزرع فعليه الحصد والنقل الى مكان آخر فان أراد أن يدرس الزرع فى تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضا . وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة ، والله أعلم .

(فروع) اذا شرط دخول الزرع فى البيع — فان كان بقلا أو قمصلا ، لم يبلغ أوان الحصاد — قال الماوردى والمحاملى وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين : صح البيع فى الأرض والزرع ، ولا يلزم فى الزرع شرط القطع ، لأنه دخل فى العقد تبعا للأرض وصار كالثمرة التى لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها ، وستأتى هذه المسألة فى الثمار ، وفيها بحث ، وان كان الزرع قد ائستد واستحصد فان كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح فى الأرض والزرع ، وان كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففى بيعه مفردا قولان ، فان جوزنا فبيعه مع الأرض أولى ، وان منعنا ففى بيعه تبعا للأرض وجهان (أحدهما) يجوز كأساس البنيان (والثانى) لا ، لأنه مقصود ، فاذا بطل ففى بطلانه فى الأرض قول واحد للجهل بالحصة من اختلاف أصحابنا فى تعليل تفريق الصفقة .

(فروع) اذا اشترى أرضا رأها قبل البيع ، ولم يرها حين

(١) بياض بالأصل ويمكن أن يكون السقط هكذا فلا دليل عليه ، والله

البيع ، فوجد فيها زرعاً ثبت له الخيار ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه
وبعض الأصحاب ، وقد تقدم .

(تنبيه) مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة ،
كالحنطة والشعير ، فهي محل الخلاف في صحة بيعها ، أما المزروعة
بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولاً واحداً ، قاله
صاحب التتمة ، وهو ظاهر ، لأنها كالشجر فينبغي أن ينبه لذلك لئلا يظن
أن ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتضى لشمول الخلاف ،
والله أعلم .

(فائدة) قوله : حتى يحصد يقال : أحصد الزرع أي بلغ
أوان الحصاد ، فقال ابن داود في قول الشافعي : وإن كان فيها زرع فهو
للبياع حتى يحصد بكسر الصاد . وقال : أنه أفصح وأصح في
المعنى من فتحها لأنه إذا بلغ أوان الحصاد جذ على حصده ،
وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر ، وأما قول المصنف هنا : والحكم
ببقاء ملك البائع مستمر إلى وجود الحصاد ، فيصح أن يقال : - بضم
الياء وفتح الصاد - ويصح - بفتح الياء وكسر الصاد - أي حين يحصد
البائع الزرع . ولا يصح حتى يحصد - بضم الياء وكسر
الصاد - هنا ، أي حتى يبلغ أوان الحصاد لأن يده لا تزول بذلك ،
فإلذ مستحقة للبياع إلى احصاد الزرع ، ويد البائع ثابتة إلى
الحصاد ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن باع أرضاً فيها بئر لم يدخل البئر في البيع . لأنه
مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز ، فإن باع الأرض مع
البئر ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح تبعاً للأرض (والثاني)
لا يصح وهو المذهب ، لأنه لا يجوز بيعه منفرداً فلم يجز بيعه
مع الأرض) .

(الشرح) فصل الأصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في
أشياء ، فقالوا : البذر الذي لا تفاوت لنباته ، ويوجد دفعة واحدة لا
يدخل في بيع الأرض . ويبقى إلى أوان الحصاد . وللمشتري الخيار
إن كان جاهلاً به ، فإن أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن ، لأن النقص
الذي في الأرض بترك الزرع إلى الحصاد لا يقسط عليه الثمن .

فإن تركه البائع له سقط خياره ، وعليه القبول ، ولو قال : آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضا أن أمكن ذلك . وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض ، وإن اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له ، وعليه تركه إلى أوان الحصاد والبذر الذي يدوم نباته كنبوي النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطوبة ونحوه من البقول ، حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار .

هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردي والقاضي أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمهم الله وغيرهم . وإذا علمت أن البذر الذي يدور حكمه حكم الشجر (فإن قلنا :) الشجر لا يدخل صار حكمه حكم يذر الزرع في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة إلى حالة الجهل والعلم (وأن قلنا :) أنه يدخل على المذهب - فإن كان عالما فلا خيار . وإن كان جاهلا فإن لم يكن قلعه مضرا بالأرض فلا خيار . وإن كان مضرا أو يمضى فيه مدة فإن كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها تنقصا فيها فينبغى أن يثبت للمشتري الخيار ، ولم أر في ذلك نقلا ، والله أعلم .

هذا إذا باع الأرض وأطلق ، أما إذا باع الأرض مع البذر - فإن كان من البذر الذي حكمنا بدخوله في البيع - قال صاحب التتمة : كان تأكيدا ، ولك أن تقول : ينبغى أن يكون كما لو قال : بعتك الجارية وحملها ، وإن كان من البذر الذي لا يدخل وهو الذي تكلم فيه المصنف ففيه وجهان (أحدهما) يصح تبعا للحمل . وادعى هذا القائل أن الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك في كتاب التفتليس ، فقال : لو باع زراعا مع أرض خرج أو لم يخرج (والثانى) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح في البذر للجهالة ولأنه مقصود في نفسه فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز ، ويخالف الحمل فإنه يتبع الأم في البيع المطلق . وهؤلاء أولوا نصه في التفتليس على أن المراد خرج السنبل أو لم يخرج . فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض طريقتان :

(احدهما) أنه على قولى تفريق الصفقة ، وهو الذى يقتضى إيراد الماوردي ترجيحها ، وجزم بها القاضي حسين والفارقى تلميذ المصنف وغيرهما ، وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن .

(والطريقة الثانية) القطع ببطلان بيع الأرض ، ويقتضى إيراد

القاضي أبي الطيب ترجيحها وهي المذهب عند الروياني ، وهي مقتضى المذهب في أنه يختار بالقسط ، وجعل الروياني محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته ، فإن جهلها لم يجز قولاً واحداً ، وهذا منه بناء على الطريقة المشهورة في بيع الغائب ، وفيه وجه أنه يجري مع الجهل ، وذلك معروف في موضعه ، فعلة الخلاف هنا مطلقاً على أن أبا الفتوح العجلي أفاد أن الوجه القائل بالصحة ههنا ، وإن منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تقریباً على بيع الغائب (أما) على تجويز بيع الغائب قال : فلا يبعد الحكم بصحة البيع .

(قلت :) ولا بد فيه من ملاحظة التبعية ، فإنه لو باع البذر

وحده وهو مستقر فلا شك أنه يمنعه من منع بيع الغائب ، وكذا بعض من أجازة ، وإنما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا في بيع الثمار المستترة والحنطة في سنبلها ونحو ذلك قال الامام : ان المنع فيها مشروع على منع بيع الغائب (أما) إذا جوزناه فإنه يصح ، وحمل الرافعي كلام الوجيز على موافقته ، لكن الغزالي في الفتاوى في السؤال التاسع والعشرين في بيع المسلجم والجزر في الأرض ، قال : انه ان قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك في البطلان ، وان قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهراً بإبطال هذا لأن تسليمه لا يمكن الا بتقليب الأرض ، وهو تغيير لعين المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل السلخ ليسلم بالسلخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بأن بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته ، وههنا لا يمكن .

وإذا علمت ذلك علمت أن اطلاق المصنف مراده منه البذر الذي لا نبات لأصله ، وكذلك الشافعي رضي الله عنه في الأم أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك ، فإن كان البذر مما يصرم فصرمه للبائع كان المشتري أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه ، وان عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه ، نص عليه الشافعي رحمه الله وقد تقدم في أول الباب بحث في الغراس الذي يشتد ، وهو يعود ههنا في البذر الذي وضع لذلك ، ولم يقصد به الدوام في محله ، والله أعلم ، ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة بالبطلان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ فان كان مما يقطع بسرا كالبسر(١) الجيسوانى والقرشى لم يكف قطعه الى أن يصير بسرا ، وان كان مما لا يقطع الا رطبيا لم يكف قطعه الى أن يصير رطبيا ، لأن نقل المبيع على حسب العادة ، ولهذا اذا اشترى بالليل متاعا لم يكف نقله حتى يصبح ، وان اشتراه في المطر لم يكف نقله حتى يسكن المطر ، والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكف القطع قبله) .

(الشرح) الأصل المراد به الشجرة والجذاذ — بكسر الجيم وفتحها — حكاها ابن قتيبة . وأوان الجذاذ — بكسر الجيم — زمان صرم النخيل اذا يبس ثمرها ، والجذاذ القطع يقال الجذاذ والصرام في النخل ، والقطف في الكرم ، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره ، فيلقتط والجيسوان — بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون — من غير اضافة ، قال ابن باطيش وابن التودى : جنس من البسر أسود اللون ، والقرش — بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة — قال ابن باطيش : هو الأحمر ، قال صاحب البيان : لا يقطع الا بسرا .

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : اذا اشترى نخلا وعليه ثمرة للبائع أو كرسفا وعليه قطن للبائع أو شجرا وعليه ثمرة أو وردا أو رد للبائع أرضا وفيها زرع للبائع ، لم يجبر على قطع الثمرة ، والورد والزرع الى أوان الجذاذ والحصاد الى الوقت الذى جرت العادة بتبقيتها ، فان كان غيبا فعليه تبقيته الى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ، ويقطع في العادة (فأما) اذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه في تلك الحال وان كان رطبيا فعليه تبقيته الى أن يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع .

وان كان بسرا فما جرت العادة بقطعه بسرا طولب بقطعه بسرا بعد نضجه واستكماله ، ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم ، لكون ذلك أصلح له فيأخذه شيئا فشيئا ،

(١) في نسخة المهذب المطبوعة بالحاء المهملة (ط) .

كما اذا باع دارا فيها متاع هي حرز له ، لم يجب على المشتري تركه ، ولا يجب على المشتري السقى لأجل ثمرة البائع ، وانما عليه تركها والبائع يسقى . وحكم جميع الثمار في ذلك حكم ثمرة النخيل ، لا خلاف في ذلك ، قال نصر المقدسي رحمه الله في الكافي . وكذلك الورد يعنى يترك الى أوان أخذه ، ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع ، ويجوز له التبقية الى أوان الجذاذ مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : يجبر عليه عند مطالبة المشتري بذلك في الحال . دليلنا ما ذكره المصنف .

وهكذا لو زرع المشتري الأرض فاستحقها الشفيح لم يجبر المشتري على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد ، لأنه وقت العادة في نقله (فان قيل :) ينتقض بمن جذ ثمرة وتركها في الأرض تسمسها ثم باع الأرض ، فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعد جفافها (قلنا) لا عادة لذلك في أرض بعينها بل يمكن تجفيفها في غيرها كما نقول في الزرع : لا يجب نقله وهو في الأرض ، ولو حصده وتركه في الأرض ثم باعها وجب نقله ، وقول المصنف : لأن نقل المبيع على حسب العادة ، جواب عن قول الحنفية : ان من باع شيئاً كان عليه تسليمه ورفع يده عنه ، وان ابقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل ، وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك انما يجب على العادة ولهذا اذا اشترى دارا مملوءة طعاما انما يلزم البائع نقله على العادة ، ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال في البلد ، وينقل الطعام عنها ، وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وانه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة انما يبطل اذا وقع بالشرط ، أما ما وقع بنفس العقد عرفا فلا ، بدليل الأمة المزوجة .

(فرع) قال الماوردي : انه انما يستحق الابقاء اذا بقيت الثمرة للبائع بالتأخير ، أما اذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأخير فعلى البائع قطعها في الحال ، لأن الاستثناء انما يصح على شرط القطع ، وهذا الذي قاله الماوردي انما يستقيم اذا شرطنا القطع في الاستثناء ، وقد تقدم أن الأصح خلافه ، وأيد بعضهم ما قاله الماوردي : ان استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع ، وهذا التأييد ضعيف ، لأن الشرط هنا انما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار

كما لو باع أرضا واستثنى البناء الذي فيها كان له ابقاؤه بالشرع ،
ولا نقول : ان هذا استثناء للمنفعة ، والله أعلم .

(فرع) قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى : فاذا
حصد الزرع فان بقى له أصول لا تضر بالأرض ، كأصول الحنطة
والشعير ، لم يلزمه نقلها ، لأن لا ضرر على المشتري في تركها وان
كانت تضر بالأرض كمروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل
الروياتي عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقا ، والصحيح الأول فاذا
نقلها فان حصل في الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها ، كما لو كان
في الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلا وأدخله
دارا ثم كبر الفصيل فان تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن
الغاصب متعد والمشتري ليس بمتعد . وهكذا لو كان في الدار المبيعة
حب لا يمكن اخراجه الا بأن يوسع الباب بنقض شيء من الحائط .
فان له ذلك ويضمن قيمة ما نقض .

قال القاضي أبو الطيب : ويحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه
تسوية الأرض ههنا . وقد صرح المحاملي في المجموع بأنه يجب
عليه بناء ذلك . ورده الى حالته فيما اذا باع دارا وفيها قماش لا يخرج
الا بنقض الباب وهو الموافق لطريقة العراقيين فانهم يختارون وجوب
اعادة الجدار . قال المحاملي هنا : كل من حصل ملكه في ملك غيره
واحتيج في تخليصه الى مؤنة فان كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب
الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه . مثل مسألة الحب والخاوية
والصندوق في الدار . وان كان بتفريط من صاحب الملك . مثل أن
يغصب رجل رجلا على حب . فلم يخرج من الباب . أو على عجل
صغير فكبر فلم يتمكن من اخراجه الا بهدم الباب فان الباب يهدم
ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فسرع هذه القاعدة : اذا هربت
دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن اخراجها الا بنقض شيء من الدار .
يغرم النقض صاحب الدابة قال الروياتي : واذا وقع دينار في محبرة
ولا يخرج الا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار
نقله الروياتي عن بعض الأصحاب .

(فرع) لو أصابت الثمار آفة . وصارت بحيث لا تنمو .
فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له في تبقيتها ؟ أم للمشتري اجباره على

قطعها ؟ قال الامام : ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعي والنووي شيئا منهما . وقال ابن الرفعة : ان الذي يقع في النفس صحته قول الاجبار . لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله . فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية . قال : لكن نصه في الأم على خلافه . ولو انقطع الماء فلا شيء على المشتري فيما أصيب به البائع . وكذلك ان أصابته جائحة . نص عليه الشافعي رضي الله عنه . نقله عنه أحمد بن بشرى .

(فرع) لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي ، فان لم يأمنه المشتري ينصب الحاكم أمينا يسقيها ، والمؤنة على البائع قاله الخوارزمي ، وكلام الخوارزمي يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة ، قال : ولهذا لو باع سفينة في البحر مملوءة بالأثقال لا يجرى تفريغها حتى تبلغ الشط ، ومراده بهذا أن التسليم يكون على العادة .

(فرع) ولا يستحق المشتري على البائع أجره الأرض في مدة اقامة الزرع في الأرض لأنه ملك الأرض مسلوبة المنفعة في تلك المدة فلا يستحق لها أجره .

(فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع ، كلام الرافعي يصرح بالجواز وأنه يجب الوفاء بالشرط ، لكن الامام حكى في باب الصلح فيما اذا باع أرضا مزروعة بشرط قطع الزرع ترددا في وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور في الثمرة المؤبرة ، ولو قيل : انه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان أصاب النخل عطش ، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان) أحدهما (لا يكلف البائع قطع الثمرة ، لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار الى الجذاز فلزمه تركه) والثاني (أنه يكلف قطعه ، لأن المشتري انما

رضى بذلك اذا لم يضر به ، فاذا اضر به لم يلزمه تركه ، فان احتاج
أحدهما الى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه ،
لأنه اصلاح لماله من غير اضرار بأحد فجاز ، وان كان على الآخر
ضرر في السقى وتشاها ففيه وجهان . قال أبو اسحاق : يفسخ
العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الاضرار فوجب أن
يفسخ . وقال أبو علي ابن أبي هريرة : يجبر الممتنع منهما لأنه
حين نخل في العقد رضى بدخول الضرر عليه ، لأنه يعلم انه
لا بد من السقى ويجب أجره السقى على من يسقى لأن منفعتة
تحصل له) .

(الشرح) تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى
أوان الجذاذ ، ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها ، فيلزم المشتري
تمكينه ، وقد لا يسقى البائع فيحصل للمشتري الضرر ، وقد يحصل
المضرر من السقى أيضا ، وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل
في مسألتين (المسألة الأولى) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهي
مؤبرة وأبقينا الثمار للبائع فعطشت النخل وانقطع الماء ، ولم يتمكن
من سقيها ، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة ،
فان كان الضرر يسيرا أجبر المشتري عليه ، هكذا قاله القاضي أبو الطيب
وغيره ، ونص عليه الشافعي رضى الله عنه في الأم ، وان كان كثيرا
بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصانا
كثيرا ، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف ، ففيه قولان منصوصان في الأم
في هذا الموضع ، وحكاهما الأصحاب كما حكاهما المصنف نقلا وتعليلا ،
وعبارة الشافعي في الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ، ولم أره
ذكر القول الآخر ، فتأملت كلامه الى آخره تأملا كثيرا . فلم أفهم
الثاني منه . فلعلمه تركه اما لموضوحه أو لضعفه .

(والأصح من القولين) الثاني القائل بالاجبار . وممن صححه
الرويانى وابن أبى عسرون والنووى ، ورجحه الزويانى بأن ضرر
الأصول أكثر وجزم به الفورانى . ونقل الرافعى تصحيحه عن الكرخى ،
وصححه في المحرر ، وقد ذكر الماوردى مسألة السقى وقسمها
تقسيمًا حسنا ، وهي أن السقى اما أن يكون ممكنا أو متمذرا .

فان كان متعمداً فاما لاعواز الماء أو لفساد آلته . فان كان لاعواز الماء سقط حكم السقى ، ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الأول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعا . فقطع الثمرة واجب . ولصاحب النخل اجباره . لأن تركها مضرة للنخل بلا منفعة له (والثانى) أن لا يضر واحدا منهما فله ترك الثمرة الى أوان الجذاذ (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان . وهذا الضرب هو الذى ذكره المصنف .

وان كان تعذر السقى لفساد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فأيهما لحقه بتأخير السقى ضرر كان له اصلاح ما يوصله الى الماء . فان كان ذلك مضرا بالنخل وجب على المشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله ، ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته ، وان كان مضرا بالثمرة لزمه ذلك ، أو يقطعها ، وان كان مضرا بهما جميعا لزم صاحب الثمرة الا أن يبادر الى قطع ثمرته فيسقط عنه (وأما) ان كان السقى ممكنا فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعا لهما (والثانى) أن يكون ضارا لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضارا لأحدهما دون الآخر ، وسنذكر ذلك مفصلا .

(المسألة الثانية) اذا احتاج أحدهما الى سقى ما له ، ولم يكن على الآخر ضرر ، جاز له أن يسقيه ، لما ذكره المصنف وفيها صورتان (احدهما) أن يكون المحتاج البائع (والثانية) أن يكون المحتاج المشتري ، وقول المصنف : ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما اذا كان له نفع ، وما اذا لم يكن ، والشيخ أبو حامد والماوردي ذكرا ما اذا كان لكل منهما نفع ، فقال الشيخ أبو حامد : لا يجبر الممتنع من السقى على السقى ، وللآخر أن يسقى ، والأجرة عليه ، وقال الماوردي : للبائع أن يسقى وعلى المشتري أن يمكته ، ومؤنة السقى على البائع ، لما فيه من صلاح ثمرته ، وان كان لنخل المشتري فيه صلاح ، الا أن الأغلب من حال السقى صلاح الثمرة والنخل تبع ، فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر ، وقيل للمشتري : ان أردت سقى نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه .

وما قاله الماوردي موافق في المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف :

وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبية عليه . والحكم واحد لا يختلف وإنما يختلف التصوير . فيجىء صور هذه المسألة بأطلاق المصنف ثلاثا : أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشتري ولا ينتفع أو ينتفع المشتري ولا يتضرر البائع ولا ينتفع . أو ينتفعا جميعا . وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لا يجبر على السقى ، ومن جملة الأقسام التى أطلقوها . أما إذا كان السقى نافعا لهما وكان تركه ضارا بالمشتري لامتناع الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام فى هذه الصورة فى حال إمكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشتري على أحد الأمرين : إما أن يسقى وإما أن يقطع الثمار إذا كان يضر بقاؤها . وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولا فيما إذا كان السقى ممتعدرا ووجه القول الأول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبعية وإنما على البائع أن لا يترك مجهودا يقدر عليه . فان انقطع الماء فلا تقصير منه . وحق التبعية قائم له . وهذا الذى قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه . وقال الامام : ان القولين يشيران الى أن المراعى جانب البائع أو جانب المشتري ؟ قال : ولم يقع التعرض لاستواء الحقيين . يعنى كما يقوله أبو اسحاق فيما اذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى . قال : ولا بد من هذا الوجه . ثم موجب استواء الحقيين الفسخ ، والله أعلم .

وقول المصنف : جاز له أن يسقيه ، وليس للأخر أن يمنعه ، فان منعه أجبر على تمكينه . وهذا مراد الرويانى بقوله اذا كان السقى ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه . لأنه لا فائدة من الانتفاع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه . لا على أن يسقى ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) إذا احتاج أحدهما الى السقى وكان على الآخر ضرر . وفيها صورتان (أحدهما) أن يكون السقى يضر بالنخل وينفع الثمرة ، فأراد البائع السقى فوجهان . قال أبو اسحاق يقال للمشتري : اسمح للبائع بالسقى . فان سمح فذاك ، والا قلنا للبائع : اسمح بترك السقى . فان سمح فذاك وان أبى ففسخنا العقد بينهما ، وقال ابن أبى هريرة : يجبر المشتري على ذلك وللبياع أن يسقى ، والأجرة على البائع . وحكى الامام وجها ثالثا بمراعاة جانب المشتري لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها . قال :

وحقيقة الأوجه تؤول انى أن من أصحابنا من يرغى جانب المشتري ،
ومنهم من يرغى جانب البائع . وأبو اسحاق لا يقدم أحد الحقين على
الآخر .

(الصورة الثانية) أن يكون السقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة .
فأراد المشتري السقى . قال أبو اسحاق : يقال للبائع ، اسمح فى
أن يسقى المشتري . فان سمح فذاك ، والا قلت للمشتري : اسمح
فى ترك البائع فان سمح فذاك وان أبى فسخنا البيع بينهما وقال
ابن أبى هريرة : أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشتري ،
لأنه على أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذى حكاه الامام ويكون
بيننا مراعاة جانب البائع ، وفى كل من الصورتين لو اتفقا على السقى
أو تركه جازا ، قاله صاحب البيان وغيره ، وقد يخص المصنف هاتين
الصورتين فيما ذكره وتبين بهذا التفصيل أن قوله : وتجب الأجرة
على من يسقى من كلام ابن أبى هريرة ، وأما مراده بمن يسقى
البائع فى الصورة الأولى والمشتري فى الصورة الثانية .

ويجوز أن يكون قوله : وتجب أجرة السقى على من يسقى
كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبى هريرة ، يعنى حيث أوجبنا السقى فهو
على من ينتفع به ، لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصلاح ، فانه يسقى ،
والمنفعة للمشتري ، ويشمل ذلك ما اذا سقى البائع أو المشتري
أو هما جميعا فتجب الأجرة عليهما ، كما صرح به الرويانى وهو
الظاهر ، والذى يسقى فى الصورتين هو المطالب الذى أجبرنا الممتنع
لأجله ، ومعنى الاجبار اجباره على تمكين الآخر من السقى ، وقول
المصنف : لأن منفعة السقى تحصل له تعليل ظاهر فى الطرفين ، وقد فهم
ابن الرقعة من كلام الماوردى فى هذه الصورة الثانية ، وقوله : ان
لصاحب الثمرة منعه ، فاذا منعه كان لصاحب النخل فسح البيع ففهم
ابن الرقعة من ذلك قولاً آخر . قال : وبذلك يكمل أربعة أوجه .

(ثالثها) ان تراضيا على أحد الأمرين فذاك ، والافسح الحاكم .

(ورابعها) الأمر كذلك الا أن المتولى للفسح البائع ان أراد ،
وقد بقى من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والماوردى
وغيرهما ، وتركها المصنف لوضوحها ، ولا خلاف فيها ، وهى اذا كان

السقى يضر بالثمرة والنخل جميعا كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود اليه فهو سفه وتضييع ، قاله الروياني ، وهذا انما يتصور في غير النخل .

(أما) النخل فينبغه السقى أبدا ، فلو قال صاحب الثمرة : أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك ، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه الى وقت الجذاذ ، لأنه انما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها ، فقد كملت المسائل التى فى أحوال السقى ستا شمل كلام المصنف خمسا ، وترك واحدة ، ومسائل ترك السقى سبعا ذكر المصنف منها فى آخر كلامه واحدة وترك ستا ، وكلها مندرجة فى كلام الماوردى ، والله أعلم .

(فائدة) قال الشيخ أبو حامد وغيره : قالوا : هلا قلتم فى هذه المسائل السقى على المشتري صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد يبدو صلاحها وعطشت ، حيث تجب أجره السقى على صاحب الأصل ، وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه فى مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة ، وذلك انما يكون بالسقى وههنا الواجب على البائع تسليم النخل ، وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشتري ، فكان بخلافه ، قال ابن الرفعة : وحيث نقول باجبار المشتري فلا خيار له ، أى فى حال انتفاع الثمرة بالسقى .

(فرع) حيث جعلنا للبائع السقى ، قال الشافعى والأصحاب : وانما له أن يسقى القدر الذى فيه صلاحه ، وليس له أن يسقى أكثر من المجهود بحيث يتضرر به صاحب النخل ، فانه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط ، فان اختلفا فى ذلك فقال المشتري : فى كل عشرة أيام سقية ، وقال البائع : فى كل خمسة أيام سقية ، فالرجع فى ذلك الى أهل الخبرة فما احتاج اليه أجبر الآخر عليه ، ولو قال أهل الخبرة : ان الثمرة لا تفسد بترك السقى ، بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة ،

والشجر يتضرر بها ، قال الامام : فهذا فيه احتمال عندى ، يجوز أن يقال : يمنع البائع ، فان الزيادات لا تتضبط ، فالمرعى الاقتصاد . ويجوز أن يقال : أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه . وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبى اسحاق وابن أبى هريرة اذا كان السقى يضر أحدهما فعله ويضر الآخر تركه وفي هذه المسألة لم يتعارض ضرران ، وانما ضرر وزيادة نفع ، والذي ينبغى ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى ، والله أعلم .

وأطلق المرافعى احتمال الامام متى كان السقى يضر بواحد ، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر ، وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها في كل منهما ، هل يلحق ذلك بتقابل الضرر ؟ فيه احتمالان ، ولم أرهما في النهاية الا في الحالة الواحدة ، وجعل الغزالي الاحتمالين المذكورين وجهين ، والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتى الخلاف السابق بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى ، والله أعلم .

(فرع) القولان اللذان أطلقهما المصنف ، هل محلها فيما اذا كان السقى متعذرا أو مطلقا ؟ كلام الغزالي والامام يقتضى الأول وجزم في حالة الامكان بوجوب السقى أو القطع على البائع ، وكلام الشافعى يقتضى الثانى ، لكنه في حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ، ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المعتاد ، وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على ما اذا كان السقى ممكنا بالماء المعد لذلك . واستنبطه من كلام الشافعى ، وقوله : أخذ صاحبه بقطعه الا أن يسقيه متطوعا ، أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى القطع عينا ، وله أن يسقطه بالسقى الا أن الواجب أحد الأمرين ، كما يقول ذلك في المولى ، فان لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع ، لأنه لا مسقط له ، ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخى وغيره . وقال النووى : ان هذين القولين فيما اذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة ، فان لم يكن وجب القطع قولاً واحداً ، كذا قاله الامام وصاحب التهذيب .

(فرع) ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقى بالماء الذى جرت العادة ان يسقى منه تلك الأشجار ، ولو كان ملك المشتري بأن كان من بئر دخلت فى العقد ، وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ، ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر ، بخلاف ما لو شرط لنفسه انتفاعا بملك المشتري حيث يفسد العقد ، قال ابن الرفعة : لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى اذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فليتأمل .

(قلت :) لا يقتضى ذلك فان شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة ، وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع وجوب الابقاء ، وليس ذلك ، كما اذا شرط الانتفاع بملك المشتري ومن كون السقى واجبا من الماء المعتاد وان كان ملك المشتري يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى ، ولم يقل : تجب مؤنة السقى ، لأن الماء من جملة المؤنة ، وهو على المشتري وفى الصورة المذكورة وانما يجب على من يسقى بها الأجرة فى نقله ، وما أتبعه ، نعم تجب عليه أيضا الآلات التى يستقى بها المشتري انما يلزم التمكين من الماء خاصة ، والله أعلم .

(فرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعى قول الفسخ كما هو قول أبى اسحاق . وصحح العزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشتري والذى يقتضيه اطلاق نص الثافعى يشهد لما قاله ابن أبى هريرة فانه قال : واذا كان لا يصلحها الا السقى فعلى المشتري تخلية البائع . وما يكفى من السقى فهذا فى هذه الصورة موافق لابن أبى هريرة فى اجبار المشتري ، فيحتمل أن يكون فى عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الأقرب . ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقا . وقال ابن الرفعة : ان ظاهر النص على ما صححه فى الوجيز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع .
ما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم

« نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة » ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة . ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح . والعادة في الثمار تركها الى أوان الجذاذ ، فان باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فنتلف ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، وان باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذ قبل أن يتلف هيأمن من الغرر ، وان باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز ، لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل ، كالغرر في الحمل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل وان باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأنه يحصل لمالك الأصل ، فجاز كما لو باعها مع الشجرة والأرض (والثاني) لا يصح ، لأنه أفردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع ، فأشبهه اذا باعها من غير مالك الأصل .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنهما الأول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم ، ولفظ مسلم : الثمرة ، وفي الصحيحين أيضا من رواية ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مسلم : « وتذهب عنه الآفة » (وأما) حديث ابن عمر الثانى فرواه مسلم ، ولفظه : « عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » وفي رواية الشافعى في حديث ابن عمر قال الراوى : « فقلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا » وقد وردت أحاديث في الصحيحين وفي غيرهما في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو » ، قال الراوى : « فقلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفّر ، قال : « رأيت اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » رواه البخارى ومسلم .

وقد كثر الزهو في الحديث يقال : زها النخل يزهو ، قال الخطابى :

هكذا روى في الحديث يزهو ، والصواب في العربية يزهي وقال غيره :
ليس هذا القول منه عند كل أحد ، فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم ،
ومنهم من قال : زها النخل اذا طال واكتهل ، وهذا القول مخالف
لما جاء في الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية ، ولمعنى الحديث ،
وقد ورد في بعض روايات الشافعي لهذا الحديث : « قيل : يا رسول
الله .. وما تزهي ، قال : حتى تحمر » والزهو - بفتح الزاي - وذكر
ابن معين أن أهل الحجاز يضمنون الزاي وهو غريب ، وعن أبي هريرة
رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا
الثمرة حتى يبدو صلاحها ، ولا تتبايعوا الثمر بالثمر » رواه
مسلم ، وقوله : يبدو أى يظهر ، يقال : بدا يبدو مثل دعا يدعو ،
فأما بدأ يبدأ - بالهمز - فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم « نهى أن تباع الثمرة حتى يشقح ، قيل :
وما يشقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » رواه البخاري ومسلم
رحمهما الله تعالى ، وقوله يشقح - بضم الياء المثناة من تحت واسكان
الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة - ويروى - بفتح الشين وتشديد
القاف - يقال : أشقح وشقح ، وروى يشقه بابدال الحاء هاء ، وقد
فسره في الحديث قال : والاشقاه أن يحمر أو يصفر ، وفي رواية النسائي
في هذا الحديث : حتى يطعم ، وفي رواية لمسلم : حتى يطيب ، وعن
ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل
حتى يأكل منه أو يؤكل . وحتى يوزن ، قال : فقلت : ما يوزن ؟ فقال
رجل عنده : حتى يحرز » رواه البخاري ومسلم .

وعن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » رواه أبو داود
والترمذي . والحب الطعام ، واشتداده قوته وصلابته .

فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار
قبل بدو الصلاح ، وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلا
أنه « نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة » رواه مالك في الموطأ ،
والفاظ هذه الأحاديث مختلفة ، ومعانيها متفقة . قال العلماء : اما
أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قالها في أوقات مختلفة ونقل كل واحد

من الرواة ما سمع وأما أن يكون قال لفظاً في وقت ونقله الرواة بالمعنى، وعن زيد بن ثابت قال : « كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار ، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيههم قال المبتاع : انه أصاب الثمر الذمان أصابه مراض أصابه قشام - عاهات يحتجون بها - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك : « اما لا فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة » كالمشورة يثير بها لكثرة خصومتهم » رواه البخارى . الذمان - بفتح الذال وتخفيف الميم - عفن يصيب النخل فينشق أول ما يبدو من عفن وسواد ، والمراد بضم الميم - داء يقع في الثمرة فتهلك ، والقشام - بضم القاف والشين المعجمة - أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً .

(وقوله :) اما لا ، أى ان لم تفعلوا هذا ، فليكن هذا ، وأصلها ان الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها ، وأدخلت على لا النافية ، وقد يقال : ان حديث زيد هذا يدل على أن النهى في الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اما لا » ، ولقول الراوى : كالمشورة لهم ، فان ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم ، والتمسك على ذلك بقول الراوى كالمشورة ليس بالقوى ، فان كل أوامره صلى الله عليه وسلم ونواهيه لمصالحهم الأخروية والدينية ، وأما التمسك بقوله : اما لا ، فلأنه يقضى أن النهى معلق على شرط وهو الذى نقدره والذى يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير ان لا تراجعوا عن الخصومة أو ما فى معنى ذلك ، فذلك وان كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق ، فان رجوعهم عن الخصومة فى المستقبل فى حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفاً على ذلك ، فالمراد - والله أعلم - أنشأ النهى لأجل ذلك ، وكأنه استعمل بمعنى اذ النتى تستعمل للتعليل ومما يرشد الى أن النهى حتم قوله : نهى البائع والمشتري ، فانه تأكيد للمنع وان كان لمصلحة المشتري .

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث ، وقال أبو الفتح القشيري : أكثر الأمة على أن هذا النهى نهى تحريم ، وقوله فى حديث أنس : « رأيت أن منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » وقد ورد فى بعض الروايات الصحيحة بيان أنه

من كلامه صلى الله عليه وسلم وذلك من طريق مالك رحمه الله والدرأوردى،
وخالفهما سفيان الثوري واسماعيل بن جعفر عن حميد ، فجعله
من كلام أنس ، واتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تتألف بينه
وبين ما رواه سفيان يقتضى الحكم بكون ذلك من كلام النبي صلى الله
عليه وسلم ويكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع ، وأن
عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم فروى عنه كذلك على الوجهين ،
ويثبت كونه عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد زعم بعض شارحي
التنبيه أن الثاقفى رضى الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه
وليس كذلك ، فقد رواه جماعة عن مالك غير الثاقفى ورواه مع مالك
عن حميد الدراوردى كما رأيت ، والله أعلم .

(أما الأحكام) فقد قسم الثاقفى والأصحاب بيع الثمرة الى
قسمين :

(القسم الأول) أن يبيعه قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين
(الأول) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين (الأول)
أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين ، فبيع الثمرة حينئذ على
ثلاثة أقسام ، وهذا التقسيم أحسن ، وإن شئت تقول - وهو أقرب
الى كلام المصنف : أن بيع الثمرة على قسمين (الأول) أن يبيعه
قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع من غير مالك
الأصل ، وذلك على قسمين (الأول) أن تكون مفردة عن الأشجار
وذلك على ثلاثة أقسام (الأول) أن يبيعه بشرط التبقية فبيعهما
باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة .

(الثانى) أن يبيعه بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لأنه
بالقطع يزول المحذور من الآفة والمعاية ، وممن صرح بالاجماع فى
المسائلتين الشيخ أبو حامد والرافعى وغيرهما ، ونقل ابن حزم
فى كتابه المحلى عن سفيان الثورى وابن أبى ليلى منع بيع الثمرة
قبل بدو صلاحها جملة ، لا بشرط القطع ولا بغيره ، والثاقفى رضى
الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم :
« رأيت إذا منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » كذلك

قال في الأم فإن الثمرة التي تقطع لآفة تأتى عليها فانما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة ، وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعملة مستتبطة منه ، فان ذلك فيه خلاف ، وأما هذه العلة فمنصوصة .

ولا شك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة ، وهو من أقوى درجات الايماء الذى هو أحد أدلة العلة ، ولعل سفيان الثورى رحمه الله انما منع من ذلك لأن في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته ، فلعله لذلك لم يأخذ به ، لكن في الحديث ألفاظ آخر تدل على ذلك (منها) قوله : حتى تنجو من العاهة (ومنها) قوله : حتى يبدو صلاحها ، يعنى أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالبا لكبرها ، وغلظ نواها ، وقبل الصلاح تسرع اليها العاهات لضعفها ، فاذا تلفت لم يبق شيء في مقابلة الثمن ، وكان ذلك من أكل المال بالباطل ، فاذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل ، وقيل معنى آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح (١) أجزائها — كبرا ظاهرا — من أجزاء الشجرة ، وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية .

(فرع) إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشتري بترك الثمرة الى بدو الصلاح جاز ، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك ، نص عليه الشافعي والسيمرى والماوردي والرافعى ، قال الرافعى : ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير . وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة الى البائع ، وقد يقوى ذلك بأن الغرر انما ينتفى بأخذها ، ولذلك قال المصنف رحمه الله : لأنه يأخذه قبل أن يتلف ، فمتى لم يؤخذ — وان كان بتراضيهما — فالغرر باق ، ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح ؟

وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد ، وهو في هذه الصورة مأمون ، فان التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد ، فاذا تراضيا على ابقائها وحصلت

(١) بياض بالأصل قلت : ولعل العبارة هكذا : أنها قبل بدو الصلاح اذا قطعت يكون جزء كبير من أجزائها . (ط)

آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق ، بخلاف ما اذا أطلق أو شرط التيقية ، فان التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ ، فالآفة قبله مانعة منه ، وممن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى بن أبى كثير اليمانى التابعى ، صح عنه أنه قال : لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه اذا كان يحصده من مكانه ، فان غفل عنه حتى يصير طعاما فلا بأس به •

(فرع) قال فى التتمة : انما يجوز البيع بشرط القطع اذا كان المقطوع منتفعا به ، كالحصرم واللوز والبلىح والمشمس ، فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضا ، وكذلك قال فى البحر ، والرافعى فرع اذا باع بشرط القطع فلم ينفق القطع حتى مضت مدة فان كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع ، وجبت الأجرة ، والا فلا ، قاله الخوارزمى •

(فرع) التسليم فى ذلك هل يكون بالتحلية كما هو تسليم الثمار ؟ فتكون مؤنة القطع على المشتري ؟ أو لا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع ؟ الذى يظهر من كلامهم الثانى ، ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح ؟ وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى •

(القسم الثالث) أن يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التيقية ، فمذهبنا أن البيع باطل للأحاديث ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق وداود ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : البيع جائز صحيح ، ويؤخذ المشتري بقطعها فى الحال بناء على أصله فى أن الاطلاق يقتضى القطع ، لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم الا بالقطع ، وعندنا الاطلاق يقتضى التيقية ، فنحن نخالفه فى المسألة وفى الأصل الذى بنى عليه ، ولهذا قال : لا يصح البيع بشرط التيقية لا بعد الصلاح ولا قبله ، وبشرط القطع يصح فيهما ، والاطلاق كشرط القطع ، ونحن نقول بشرط القطع يصح فى الحالين ، وبشرط التيقية يصح بعده ، ولا يصح [قبله] والاطلاق كشرط التيقية •

واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة أولى فينبغى أن تنزله على القطع ليصح ، وبالقيايس على ما بدا صلاحها ، وعلى ما شرط

قطعها ، وعلى رهنها ، وأجاب أصحابنا بأن النهي ورد مطلقا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لاطلاقه ، ولا على شرط القطع للاجماع بيننا وبين الخصم ، فتعين أن يحتمل على البيع المطلق ، وأيضا أن النهي توجه الى المعهود من البياعات ، والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهي بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ، ولأن العرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية ، والتسليم الواجب في العقد في كل شيء بحسبه ، وليس التسليم بالقطع والتحويل ، وإنما هو برفع اليد والتمكين .

وأما اطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم ، بل يحتمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد ، وقد ينتقيد المطلق اذا كان هناك عرف يقيد لم يؤثر القيد اما في التصحيح واما في الافساد ، وليس ذلك سعيا في التصحيح ولا في الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد .

(وأما) القياس على ما بدا صلاحها ، فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثاني) أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة ، والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن ، فجوابه أن لنا في رهنها قبل بدو الصلاح قولين ، فان جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر في عقدها قبل بدو الصلاح ، لأنه لا عوض في مقابلتها بخلاف البيع ، فانها اذا تلفت ضاع الثمن ، ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد بن ثابت ، وقوله : ان النهي كان كالمشورة ، وقد تقدم الكلام فيه ، وأجاب أصحابنا أيضا عنه بوجهين :

(أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع اليه اذا احتتمل الخبر أمرين ، والمراد أحدهما بالاجماع ، كتفسير التفرق في خيار المتبايعين ، وكقوله الاها وها تفسير عمر له (١) (أما) في تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا .

(١) المراد بتفسير عمر له أي زمن لا يسمح بالتبقية ، وقد يكون اللفظ (تفسير عمومه) وهو ليس بتفسير للعموم في الحديث ولكنه استثناء الا من العموم فهو مخصص منه ولكن قوله بعد ذلك أما في تخصيص العموم ، يفيد أن رأيه هكذا .
(المطعمي)

(والثانى) أن ظاهر رواية زيد وقوله : انه حضر تقاضيهما أنه كان قد وقع على شرط التيقية ، ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة الا اذا كان مشروطا ، وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التيقية بطل ، ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم يمنعون شرط التيقية بعد بدو الصلاح . كما يمنعونه قبله ، والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين ، وحمل الغزالي فى التحصين المشورة فى ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة ، وأن ذلك لا يحصل الا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للمسائل : « أينقص الرطب اذا جف ؟ » ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال : « فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك عن قرب .

(قلت :) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك ، وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا ، فبئتين الأحمر من الأصفر ، وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر ، قال الشيخ أبو حامد : ولا مخالف لهما من الصحابة ، والله أعلم .

(فروع) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التيقية لأنها المعتاد ، فلو كان فى البلاد شديدة البرد كرم لا تنتهى ثمارها الى الصلابة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، ففى بيعها وجهان عن الشيخ أبى محمد أنه يصح من غير شرط القطع ، تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة ، فيكون المعهود كالمشروط ، وامتنع الأكثرون من ذلك ، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة ، وهذا الخلاف يجرى فيما اذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالرهون ، والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد فى عقد فيفسد الرهن ، وأشار امام الحرمين الى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية ، وأن هذا أقرب من تلك المسألة ، لأن أعمال التواطؤ فى تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة ، فقد لا يحتمل ، ومن نظائر ذلك ما جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض ، فالذهب جواز اقراضه ، وفيه وجه ، وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ ، والخالف فى بعضها لعله يخالف فى الباقي ، ولكنى اتبعت فى نقل

مسألة الحصرم — عن الشيخ أبي محمد ، ومسألة الرهن عن القفال —
ما في النهاية •

والرافعي نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه
المقاعدة اليه (واما) لنقل خاص عنده ، وفي الوسيط نسبه الى المنع
في المسألتين الى القفال ، ونسبه ابن أبي الدم الى الخلل والتهافت
(أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففي قوله : المنع وتأويله
أنه خالف من أبطل في مسألة الحصرم ، وخالف من صحح في مسألة
الرهن ، قال ابن الرفعة : كلام الشيخ أبي محمد مبين لكلام القفال
لأن القفال اعتبر العادة وحدها ، والشيخ أبو محمد اعتبر العادة
مع كون ذلك لا ينتهي الى الحلاوة ، فقد يحتمل ذلك حالة كماله حتى
لو جرت عادة بقطع العنب الذي يجيء منه عنب حصرم ، صح العقد
عليه عند القفال بدون شرط القطع ، ومن ذلك يخرج في مسألة الحصرم
ثلاثة أوجه •

وهذا الذي قاله ابن الرفعة محتمل ، ولكن ظاهر كلام الناقلين
عن الشيخ أبي محمد أنه إنما اعتبر العادة ، وإنما فرضنا في ذلك
لأنه الذي يعتاد قطعه حصرما (أما) أن ذلك معتبر عنده في الحكم
فيحتاج الى نقل ، ومنهم من حمل قول الغزالي ومنع القفال في
المسألتين على منع الصحة في مسألة الرهن ، ومنع وجوب التبقية
في الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه لقول الجوهري أن
الحصرم أول العنب ، والمراد أنه لا تجب تبقيته الى أوان الجذاذ
كما يقتضيه اطلاق غيره من الأصحاب ، وهذا حمل حسن أيضا
لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه ، وقول الجوهري معناه أول
الثمرة التي نهايتها عنب •

واعلم أن ههنا أموراً أربعة يجب التمييز بينها (أحدها) العرف
(والثاني) العادة ، وينقسم كل منهما الى عام وخاص ، والعرف
غير العادة ، فإن المراد بالعرف ما يكون سبباً لتبادر الذهن من
لفظ الى معنى من اللفظ ، كما تقول : الدابة حقيقة عرفية عامة في
ذوات الأربع ، والجوهر حقيقة عرفية خاصة في المعنى المصطلح
عليه بين المتكلمين ، والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال

وما أئسبها فهذان قسمان متغايران ، العادة والعرف ، وقد تجعل العادة أعم وتقسم الى عادة قولية وهي ما سميناه بالعرف ، وعادة فعلية وهي مقابلة . وقد يطلق العرف على الجميع ، والأمران الآخران (أحدهما) الألفاظ التي تطلق في العقود ، وفي تقييد مطلقها ، وتفسير مجملها (والثاني) ما ينزل عليه العقد من الأمور التي تجعل كأنها شرطت في العقد .

وهذان أمران متغايران أيضا ، فإن الأول يرجع الى تنزيل لفظ مطلق جرى في العقد على معنى ، كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف في البلد ، وحمل المسلم فيه على السليم ، لأنه المتبادر الى الذهن عند الاطلاق دون المعيب ، والثاني يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد كمسألتنا هذه ، فاعتبار العرف العام لا شك فيه في تقييد اللفظ المطلق كما لو قال : ائتمرت لى دابة ، لم يشتر الا ذوات الأربع ، والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين في مهر السر ومهر العلانية .

(وأما) العوائد الفعلية فان كانت خاصة فلا اعتبار بها ، وان عمت وأطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها ، وذكروا لها أمثلة :

(منها) تنزيل الدراهم المرسلة في العقود على النقد الغالب ، وهذا ان قدمته في قسم العرف فان هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ ، فالرجوع في ذلك الى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة (ومنها) أنا لا نخرج المتكارس الى ذكر المنازل ، وتفصيل كيفية الأجزاء وهذا مثال صحيح ، وهي من قسم ما يرجع الى تقدير شرط مضموم الى العقد ، وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع ، والتبقيية ، كبقية أجزاء البهيمة المكراة ، والمقدار الذي يطوى في كل يوم ، ووجوب تسليم الاكاف والثغر واللجام وجميع الأدوات عند استئجار الدابة .

وضابطه كل ما غلب على وجهه يسبق مقتضاه من اللفظ الى الفهم ، سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا ، مشتغلا بما لا حاجة الى ذكره . وكثيرا ما يسمى الفقهاء ذلك عرفا لعمومه ، ولأن فهم هذه الأشياء صار في العرف لمفهوم اللفظ ، فالتحق بالعادة القولية ، قال الامام : وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم ،

ومضمرة كالمذكور صريحا ، وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه ، فهو مثار الخلاف ، يعنى ما تتعارض الظنون في اطراده ، وأما ما لا يطرد جزما فلا يعتبر ، وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر ، فلا تخصص عاما ، ولا تقييد مطلقا كما اذا حلف لا يأكل خبزا ، ولا يلبس ثوبا ، فيحنت بأكل خبز الشعير ولبس الكتان ، وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير . والسبب في ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل للفظ ، والفعل لا ينقل ولا ينسخ ولا معارضة بينه وبين اللغمة ، واطلاقهم في ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثم أشار الامام أيضا الى تخريج مسألة قطع العنب حصرا على خلاف الأصحاب في أن الشيء النادر اذا أطرد ، كدم البراغيث في بعض الأصقاع ، هل يعطى حكم العام فيعفى عنه ، وقطف العنب حصرا في غاية الندور ، فان فرض اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور .

(فرع) لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة . قال الرويانى : لا نص فيه (قال :) وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقا من دون شرط القطع لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها .

(قلت :) وهذا يشير الى المعنى الذى نقله الامام واستضعفناه فيما تقدم ، ولكن ينبغى أن يقال : لأنه لا يخشى عليها المعاهة التى ورد النهى لأجلها ، فان هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لى ، واذا كان كذلك فيجب قطعها في الحال ، والله أعلم . ومن نص على الصحة في ذلك أيضا الخوارزمى وعلله بأن العقد يحمل على العادة ، والعادة فيه القطع ، وكذلك صاحب التتمة والنوى في الروضة ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول ، وهو ما اذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار .

(فرع) اذا اشترها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية ، وقطع دنها شيئا ، قال الشافعى فيما نقله أحمد بن بشرى من نصوصه : ان كان له مثل رده ، ولا أعلم مثلا ، فاذا لم يكن فقيمه (قلت :) ومن

هنا أسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالببيع الفاسد إذا كان مثليا يضمن بالمثل كما هو القياس ، وان كان بعضهم قال : انه يضمن بالقيمة ، واطلاق صاحب التنبية يقتضيه ، فبهذا النص استقدنا أنه يضمن بالمثل ، والله أعلم .

(فرع) إذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فان كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الاجبار على القطع ، كما كان قبل ذلك ، وان كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك ؟ أو لا يجب الى ذلك ؟ بل ينفسخ العقد ؟ فيه قولان ، وقيل : بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها ، وبطل البيع رواه القفال عن الشافعي لتعذر التسليم ، كما لو اشترى حنطة فانها تعلق عليها حنطة أخرى قال ابن الرفعة : وهذا فيه نظر ، لأن المستحق بعض المبيع وهو على الاشاعة ، فليكن البطلان ، ان قيل به في قدر الزكاة كما اذا استحق بعض المبيع قال : وجوابه أن ما فضل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقى العقد فيه وهو لا يمكن ، فلذلك تعذر تسليمه ، وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح ، بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما في ذلك من تغيير عين المبيع .

(القسم الثاني) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف اذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع ، فانه يصح ، وقد نص الشافعي رضي الله عنه على هذه المسألة ، نقلها القاضي أبو الطيب عن نصه في الرسالة وقد رأيتها في الأم أيضا في باب ثمره الحائط يباع أصله ، قال : فان قال قائل : فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط ، وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد ؟ (قيل :) بما وصفنا من السنة ، وأراد الشافعي بالسنة الحديث المذكور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « الا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعي في الأم في هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأقنيتها وذلك غير معلوم ، لأنه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع ولو بيع شيء من هذا على الانفراد لم يجز ، وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه ، ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق في هذا وخالف في أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضا .

قال القاضي أبو الطيب : ولو كان القطع يعنى في الثمرة اذا بيعت مع الأصل شرطاً لقال - يعنى في الحديث : الا أن يشترط المبتاع انقطع ، وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعفى عن الفرر فيها كأساسات الدار ، وأصول الجذوع ، وطى الآبار ، وغير ذلك ، وأيضا فإنه اجماع لا خلاف فيه ، هذا كلام القاضي أبي الطيب (وأما) ما ذكره من المعنى فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الأصحاب أيضا ، ومرادهم أن الأصل غير متعرض للعاهة ، والثمرة تابعة ، لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمل ، وكأنه لحظ في ذلك أن تلك الأشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى ، فكان قياسها عليه أولى .

ولك أن تقول : أما قياسها على الحمل فان كان المراد ما اذا بيعت الأم ودخل الحمل تبعاً فالفرق ظاهر ، وان كان المراد ما اذا صرح بدخوله حتى يكون كمسألتنا هنا فقد قال الأصحاب : انه اذا قال : بعثك هذه الدابة وحملها ، ففي صحة العقد وجهان (أصحهما) عند الرافعى وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على : انه لا يصح (والثانى) وبه قال أبو زيد ، وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب الصحة ، ومقتضى كلام القاضي أبي الطيب فى شرح الفروع أن قول الصحة مفرع على أن للحمل قسطاً من الثمن ، والقول الآخر على أنه ليس له قسط .

(وأما) قياسها على الأساس فان كان كلام الأصحاب - وان كان يقتضى الصحة فى بيع الدار وأساسها - لكنهم أجزوا خلافاً فى بيع الجبة وحشوها ، فطريقة قاطعة بالصحة لأنه جزء بخلاف الحمل . وطريقة مجرية للخلاف . فهلا جرى فى الثمرة مثل هاتين الطريقتين ؟ (فان قلت :) مأخذ البطلان عند من يقول بها فى بيع الدابة وحملها ، والجبة وحشوها . أنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم . وكل واحد من الحمل والحشو يتمتع أفراداً بالبيع . والثمرة بعد التأبير وقبل بدو الصلاح يحسب بيعها . ولكن بشرط القطع . ولا يلزم من ايجاب هذا الشرط عندما تباع وحدها ايجابها اذا بيعت مع غيرها ، ولا من القول بالبطلان فى مسألة الحمل والجبة ، القول به هنا .

(قلت :) يرد ذلك قول الشافعي رضى الله عنه الذى قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها . وذلك غير معلوم . لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع . فهذا النص يقتضى الصحة فى الجميع . وأنه إذا قال : بعثك الدابة وحملها يصح . وهو رأى أبى زيد . وأيضاً فإن الثمرة قبل بدو الصلاح إذا امتنع البيع فيها مطلقاً وهى منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة . وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره كالحمل . وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة فى مسألة الثمرة على الحمل الا عند من يقول بالصحة فيما إذا قال : بعثك الدابة وحملها (والمشهور) خلافه فكيف ساغ للمصنف القياس عليه ؟ .

وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعى رضى الله عنه . والاشكال عليه أشد . فانه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح (وأما) المصنف فلعله يرى الصحة . فان القاضى أبى الطيب فى شرح الفروع قال : ان أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبنة وقطنها إذا علم أن الحثو قطن . وقال : ان مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا . يعنى ان قلنا : له قسط صح . والا فلا لعدم العلم به . ويتفق وجوده . واستشهد للصحة فى بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها ، والجوز ولبه والرمان وحبه . على أنه قال فى آخر كلامه : انه يجوز تخريجهما . أعنى الجوز ولبه ، والرمان وحبه ، على الخلاف . فبالجملة الرافعى غير معذور فى القياس على الحمل ، وانما يصح القياس ممن يرى الصحة .

وكلام الشافعى فى هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن . وذلك يعضد القول بعدم الصحة فى مسألة الحمل . ويتقوى الاشكال على القياس عليه . وقد يترك القياس المذكور لخفاء مأخذ الصحة فى مسألة انتفاء المعنى الذى ذكرته عن الامام فى منع البيع بغير شرط القطع ، وهو امتصاصها من ملك البائع . وهذا المعنى مفقود فيما إذا باعها معها أو نقول بأنها إذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تاماً فحصل الأمن من العاهة فى يد البائع بكل من المعنيين المقتضى لبطان بيعها وحدها معقود فى بيعها مع الشجرة ، فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية ، لما عرفت .

(فإن قلت :) ظاهر ما حكيتَه من نص الشافعي يقتضى الصحة في بيع الدار بمسئليها وأفنييتها وطرقها ، وهى غير معلومة ، وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد ؟ (قلت :) يغتفر ذلك تبعاً كالأساس ، والتحقيق في ذلك كله أن ما دخل في مسمى البيع وكان جزءاً فإنه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجاً عن مسماه وليس بجزء منه ، ظاهر النص الذى حكيتَه يقتضى الجواز فيه أيضاً ، لأن المسئيل والطرق خارجة • وبه جزم القاضى أبو الطيب ، ولم يتك فيه خلافاً في شرح الفروع • فإن صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه • وإن صح فى تلك تخريجا على أن الحمل لا يعلم ، ولهذا قال الشافعي فى كتاب الصرف : ولا خير فى أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها(١) • هذا كله إذا جعله مقصوداً بأن قال : بعتك النخلة وثمرتها ، أو الجارية وحملها • هذا ما يتعلق بالمعنى الذى أبداه القاضى أبو الطيب والمصنف •

(وأما) ما ادعاه القاضى أبو الطيب من الإجماع فإن ذلك صحيح فيما إذا كان على وجه الاشتراط • كقوله : بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك • فإن ذلك صحيح لا شك فيه للحديث • أما إذا أتى به على وجه البيع كقوله بعتك النخلة وثمرتها • فإنه يجوز عندنا وعند المالكية • لكن مذهب مالك أنه لا حصاة للثمرة من الثمن • وكذلك مذهبه إذا اشتراها مثترى النخلة بعد شراء النخلة • وهو بعيد • وقال ابن حزم الظاهري : لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها الا بالاشتراط فقط أخذاً بظاهر لفظ الحديث • ولأولين أن يقولوا : انه لا معنى لادخالها بالشرط الا ادخالها فى البيع • والا فهى لا تدخل عند الاطلاق ومتى أدخلها فى البيع بأى لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر • نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا ؟ جزم الشافعي بقوله لعنا بأنها تقابل بقسط • وقال فى الحمل هنا : انه لا يقابل بقسط • مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضاً •

(فرع) هذا الحكم الذى ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع ، لا خلاف فى المذهب فيه أعلمه • قال الرافعي

(١) لعله (عقالها) أو عقبها أى ما تخلفه من زيادات منفصلة عنها ، والله أعلم •

رحمه الله : بل لا يجوز شرط القطع . لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه . وسبقه في ذلك صاحب التتمة . وقال : انه لو شرطه بطل (قلت :) يرد عليه اذا باع الثمرة ممن يملك الأصل ، فان شرط القطع فيه حجر على الشخص في ملكه يعين ما قال . ومع ذلك فقد قال الرافعي : ان الأصح عند الجمهور وجوبه . وعلل الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالاطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقدا لا أجلا صح . وقال ابن الرفعة : يشبهه على طريقة الامام والغزالي فيما اذا شرط في بيع العبد أن لا يكسوه الا كذا أن يصح ويلغى الشرط . وههنا القبيض بالتخليه يلا اشكال لأن التخليه تحصل في الأصل والثمرة معا اذ الثمرة تابعة للشجرة في التسليم ، والله أعلم .

(فرع) اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكماتها وكانت مرثية وأما اذا لم تكن كذلك - وكذلك من وقفت على كلامهم من أصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعي الذي قدمته في بيع الدار بمسيلها وطرقها ، وهي غير معلومة . لأن ذلك بيع وذلك ظاهر اذا قلنا : يجوز بيع الطلع في قشره وهو الأصح (أما) اذا منعناه فيحتمل أن يقال : انه يجوز أيضا تبعا . كما سقط شرط القطع . ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح .

(القسم الثالث) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمره ومات الموصى ، فملكها وبقيت الأصول للورثة . اذا باع الثمرة في هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذي جزم به المصنف في التتبيه . وصححه الجرجاني والغزالي . وادعى ابن التلمساني أن الأكثرين على ترجيحه والبندنجي أنه ظاهر الذهب لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه ينافي مقتضى العقد ، قاله القاضي حسين في الزروع ، واعترض على القياس الذي ذكره المصنف

بالفرق فإنه إذا باع الثمرة وخذها كانت العلة المذكورة في الحديث متوقعة من أكل المال بالباطل .

(وأما) إذا باعها مع الشجرة فعلى تقدير تلف الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون أكل المال بالباطل (والثاني) وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي والرويانى والشاشى وابن أبى عسرون ، والجمهور ، على ما حكاه الرافعى أنه لا يصح ، والفرق بينه وبين ما إذا جمعهما عقد واحد أن العقد إذا جمعهما كانت الثمرة تابعة معنى عن الغرر فيها كالأساس ، بخلاف ما إذا أفردت ، وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه : ان الأول ظاهر المذهب ، وقال فى ايجابه انه أعنى أظهر القولين (١) هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان .

(فرع) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليقه (٢) وممن صرح به النووى فى المنهاج ، وأبدى ابن الرفعة فيه نظرا ، أخذاً من قول القاضى حسين : قال بعضهم : ويمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منح بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ان علل بالمشار اليه فى الحديث ، وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا ، وان علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقيق التسليم اقتضى الصحة ، لأن التسليم متحقق ، فان الأصل فى ملك المشتري ، فلا علة لغيره فى المبيع ، وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم فى تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعهما معا أن الأصل الشجر والثمار فيها ، وان ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ، ولا كذلك اذا بيعت منفردة قال : وهذا القائل تخير أن يقول : ان التسليم لا يحصل بذلك ، والا لم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بض الأصحاب : ان من

(١) بياض بالأصل والعبارة لعلها هكذا : أظهر القولين عدم الإيجاب هو القياس . (الطبعي)

(٢) بياض بالأصل ويمكن تقدير العبارة هكذا والخوارزمى فى تعليقه بأنه - أى المنع - يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الإبقاء ، استشكل بأن محمول مطلق العقد العادة لا يصير قضية لازمة وممن صرح به النووى الخ . (الطبعي)

في يده وديعة ونحوها إذا ابتاعها ووفر الثمن لا بد من النقل والتحويل ، ليحصل القبض وفارق ما إذا باع الثمرة مع النقل فإن التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما .

وعن ابن الصباغ والبندنجي والمحاملي أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح إلا بشرط القطع أقيس . وما ادعوه من القياس فيه نظر ، والله أعلم . ولنرجع إلى كلام المصنف .

(قوله) ولا يجوز بيع الثمار والزررع من غير شرط القطع شمل قسمين ، البيع بشرط التيقية المجمع على بطلانه . والبيع المطلق الذي خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر . وكذلك بالمعنى الذي ذكره من قوله : ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة إلى قوله : وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز . وقد تقدم يسط ذلك وبيانه في ذكر حججنا وحجج الخصم .

(وقوله) وان ياعها بشرط القطع هو القسم الذي تكلمنا عليه ثانيا . وادعى جماعة فيه الاجماع وتقدم ما في ذلك (وقوله) لا بد يأخذه قبل أن يتلف أي يستحق أخذه . والا فقد يتراضيان على بقاءه . وقد تقدم أنه يجوز ذلك عندنا .

(وقوله :) وان باع الثمرة مع الأصل أي سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لأن حكم الغرر يسقطه . إشارة إلى أن الغرر لا ينتفى . ولكن لا يكون له حكم شرعا (وقوله) كالغرر في الحصل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل ظاهر ذلك أنه يختار الصحة فيما إذا باع الجارية وحملها . وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب في هذا الموضع (والأصح) في المذهب خلافه كما تقدم .

(وقوله :) وان باع الثمرة ممن يملك الأصل إلى آخره . هو هذا القسم الثالث الذي شرحته . وقد تقدم . وسيأتي القسم الآخر الذي بقى من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح في كلام المصنف ان شاء الله تعالى .

(فرع) إذا باع الثمرة التي لم يبد صلاحها وأطلق ، ثم

باع من مشتريها النخل بعد ذلك ، صح بيعه النخل ، ولا يصح بيع الثمرة ، بل هو مقر على بطلانه وأبدي الامام في كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما اذا زارعه على الأرض بين النخيل ثم ساقاه عليها انه يصح ، ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال : فان كان لهذا الوجه صحة وثبوت فلا بد من طرده في بيع الثمار اذا تقدمت ، واستأخر عنه بيع الأشجار ، هذا ما يتعلق بمسائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراها مجرى واحدا ، والأقسام التي في الثمار عائدة بعينها في الزروع .

(القسم الأول) أن يبيعه مفردة عن الأرض من غير مالك الأرض قبل الاشتداد ، فان باعها بشرط التبقية أو مطلقا بطل للحديث ، وهو قوله : « وعن السنبل حتى يبيض ويأمن المعاهة » وفي الحديث الآخر : « وعن بيع الحب حتى يشتد » وقياس مذهب أبي حنيفة وتجويزه البيع في الثمار مطلقا أن يجوزه في الزروع أيضا ، وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم في الثمار وخالف سفيان الثوري وابن أبي ليلى كما خالفنا هناك فقالا : لا يجوز مطلقا ، واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبي ليلى أيضا على أنه لا فرق في الزرع في السنبل والقصيل ، يمتنع بيع القصيل من غير شرط القطع .

وخالف ابن حزم الظاهري فجوزه تمسكا بأن النهي انما ورد عن السنبل ، قال : ولم يأت في منع بيع الزرع منذ ينبت الى أن يسنبل نص أصلا ، وروى عن أبي اسحاق الشيباني قال : سألت عكرمة عن بيع القصيل . فقال : لا بأس ، فقلت : انه سنبل فكرهه . قال : وهذا نفس قولنا . وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف في الزرع الماوردي والرافعي وغيرهما ولو باع القتل أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح . ولا يجعل هذا كشرط القطع قتاله الخوارزمي .

(واعلم) أن الأصحاب اتفقوا — فيما أعلم — على اشتراط شرط القطع في هذا القسم ، وقال الغزالي في الوسيط : (أما) البقل ان يبيع مع الأصول فلا يشترط القطع ، وان يبيع دون الأصول

ينزل على القطع ، قال ابن أبي الدم : يريد به أنه لا بد من شرط القطع فيه ، قال الامام : لا بد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى في محيطه . انه لا بد من شرط القطع ، وذكره الشيخ في البسيط في الزرع الأخضر ، وهكذا ذكره الجماعة في الزرع الأخضر ، وكان يمكن أن يقال : لا يشترط اشتراط القطع في هذا ، بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع ، خوفا من الاختلاط ، بخلاف الثمار ، ولفظ الشيخ في الوسيط يشعر به ، لكن المنقول ما ذكرته ، هذا كلام ابن أبي الدم .

وقال ابن الرفعة : ان الأثمة الفرق بين أن يكون ذلك لم يئبه الى الحالة التي يجز فيها ، فلا يجوز بيعه الا بشرط القطع . أو أن ينتهي فيجوز كما ذكرنا عن الماوردى . وعليه يحمل كلام الغزالي . لأنه ذكره عند الكلام في بيع ما بدا صلاحه فظاهر نصه في الأم يدل على ذلك . لقول الشافعى فيها : لا يجوز أن يباع القرط الا جذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه في جذاذه عند ابتياعه . وقال في هذه الحالة : انه اذا تركه من غير شرط في العقد أياما وقطعه ممكن في أول منها كان المشتري منه بالخيار في أن يدع الفضل الذي له بلائمن أو ينقض البيع .

(قلت) وهذا حمل حسن . وعليه يدل كلام القاضي حسين ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردى ما سيأتى عنه في بدو الصلاح . وأنه جعل لذلك النوع حالة اصلاح ولكن في كلام الشافعى الذي اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه اذا شرط تركه لم يصح وهو ظاهر لأنه يؤدى الى اختلاط . فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التيقية . ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق . لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه .

(أما) الزرع الذي يعتاد ابقاؤه فمضى باعه بغير شرط القطع قسد . سواء كان بقسلا أو قصيلا أو سنبلًا . ما لم يشتد . وقال الشافعى أيضا : لا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ولا يزيد ، وهذا النص يحمل على ما لم يبد صلاحه ، ولا ينافى ما قاله ابن الرفعة ، وهذا القسم هو الذى نتكلم فيه هنا

(وأما) الأول الذى يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتى الكلام فى بيع ما بدأ صلاحه ، والله أعلم .

(القسم الثانى) أن لا يبيع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الأشجار ، وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وبقية الأصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا .

(تنبيه) اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر ، يشمل ما اذا كان الزرع لم يتسنبل بعد ، أو تسنبل ولم يشترط ، ولذلك صرح به الأصحاب ، وهو باطلاقه يشمل ما اذا كان الحب الذى فى السنبل غير المشتد مرثيا كالشعير أو غير مرثى كالحنطة ، وانما فصلوا بين المرثى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فان كانت التبقية تقتضى المسامحة فى ذلك فينبغى فى الموضعين ، والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضا .

(القسم الثالث) اذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة ، جزم المصنف فى التنبيه بالجواز ، وذكر هنا الوجهين ، وقد تقدم ذكرهما ، ولم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والرويانى والجرجاني والمتولى ، ومقتضى نصه الذى نقلوه عن الرهن أيضا يدل له ، وكثير من الأصحاب يقتضون على حكم الثمار ، وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع ، قال القاضى حسين وغيره : فعلى قولنا : لا يحتاج الى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، وفيه ضرر على المشتري .

(فرع) قول المصنف هنا : اذا باع الزرع ممن يملك الأرض ، وقال فى التنبيه من صاحب الأصل فظاهره أيضا أنه المالك ، فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض فى صور (منها) اذا استأجر أرضا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على ابقائه ، ثم اشتراه البائع مطلقا ، هل يكون كالمالك ؟ أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بأن كانت مستأجرة مثلا ؟ هل يستمر الحكم المذكور ؟

أو نقول : ان المسالك في هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبي ؟
(وأما) الثمرة فلا يمكن فيها ذلك ، لأن الشجرة لا يجوز استئجارها ،
كما صرح به بعض الأصحاب في هذا الباب .

(فرع) لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض ، فإنه يصح
ويشترط فيه ذكر القطع ، قاله القاضى حسين وصاحب التتمة
والخوارزمى ، وهو ينبغي أن يكون تقييدا لما تقدم من الاطلاق ، وعلى
قياسه اذا باع الشجرة بالشجرة .

(فرع) قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار
قبل بدو الصلاح (ومنها) ما هو مطلق (ومنها) ما هو وارد في النخل ،
قال ابن عبد البر : ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل
في معنى ثمر النخل ، وأنه اذا بدأ صلاحه وطاب أوله حل بيعه .

(فرع) لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر ، أو
يقطف كالحصرم والعنب . أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار
والبادنجان . وكذلك التفاح والكمثرى والخوخ والجوز واللوز والبرانج .
كلها تجزى فيها الأقسام المتقدمة والآتية في بيعها قبل بدو الصلاح
وبعده ، ومنفردة وتابعة ، والله أعلم .

(فرع) الفجل المغروس في الأرض والسلجم والجزر والسلق
اذا اشترى ورقه فإن شرط القطع جاز ، أو التبقية أو أطلق لم يجز .
وان اشترى أصله المغروس في الأرض لم يجز . سواء قلنا : بيع الغائب
باطل أو صحيح . لأنه لا يمكن رده الى البائع على صفته . قاله القاضى
أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما .

(فرع) قال القاضى حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث
صح العقد . ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ،
ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ، ولو باع القصب الفارسى وما يتكرر
قطعه حكمه حكم الكراث . وقال في الجوز ونحوه : اذا كان في الأرض
ويكن (١) بعضه ظاهر من الأرض فإنه يجوز بيعه كالصبرة اذا رأى

(١) كذا بالنسخة المطبوعة والعبارة غير مستساغة ولعلها : « اذا كان
في الأرض ولم يكن بعضه ظاهرا من الأرض » . (الطبعي)

ظاھرھا دون باطنھا وسيأتى عن الامام أن البقول التي تتزايد لا يجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقا . وليس لها حالة كمال بدو الصلاح .

(فرع) قال ابن الحداد في المولدات : باع نصف ثمرة على رؤوس النخل قبل زهو الثمرة ، فالبيع باطل لأنه لا يمكن أن يقسم . وكذلك ان باعه نصف زرعه بطلا وكذلك قاله القاضي حسين في الزرع والروياتى في الزرع والثمرة جميعا ، وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الأصحاب ، ونص عليه الشافعى في الصلح أنه لا يجوز على نصف الزرع وذكره المزنى آخر مسألة في كتاب الصلح . قال الرافعى وغيره : وعلوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطع . ولا يمكن قطع النصف مشاعا الا بقطع الكل فيتضرر البائع بنقصان عين المبيع فأثسبه ما اذا باع نصفا معينا من سيف أو أسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار ، فانه لا يصح العقد فيه . وقال الرافعى : وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة .

(أما) اذا جوزنا قسمة الثمار في حال الرطوبة بناء على أنها افراز ، فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل ، بأن يقسم أو لا فيمكن منع القول مبنيا على القول بامتناع القسمة لا مطلقا ، وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد . قال القاضي أبو الطيب : هو الصحيح (قلت :) قد قدمت في باب الربا في جواز قسمة الثمار على الأشجار أنه في غير الرطب والعنب ، لا يجوز قطعا . وفي العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهي التي رجحها صاحب التهذيب والمحاملى ، أنه لا يجوز . وان قلنا : انها افراز (والثانى) تخريجها على القولين (والثالث) يجوز ، وان قلنا : انها بيع ، ومحل الطرق الثلاث على ما نبه عليه المحاملى ما بعد بدو الصلاح (أما) قبل بدو الصلاح فلا يجوز جزما ، وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقا وفتيا ابن الحداد هنا ومن وافقه صحيحة في غير العنب والرطب جزما ، وفي الرطب والعنب اما جزما على ما قاله المحاملى ، واما على الأصح اذا جعلنا الخلاف مطلقا .

وما صححه القاضي أبو الطيب من تخريجها على الخلاف في

القسمة - وان كان مخالفا لما قاله المحاملي - فليس فيه تصحيح للجواز ، لأنه لم يذكر هنا ، أما الأصح عنده في القسمة وقد صحح الرافعي في باب الربا أن قسمة ذلك تبع . فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز قسمتها ، وان كان في باب القسمة حكى اختلاف التصحيح في قسمة المتشابهات . وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعي عن أبي الطيب من آخر الخلاف في ذلك ، والذي ادعاه ابن أبي الدم أنه لا خلاف في البطلان . وأن ابن الحداد عليه بامتناع القسمة وغلطه الأصحاب في التعليل ، وأن أبا الطيب قال : الصحيح ما علل به ابن الحداد ، وقد نص الشافعي على هذه العلة ، فالتصحيح حينئذ في التعليل ولا خلاف في الحكم .

وقد قال الشافعي رضى الله عنه في باب الآجال من الأم : انه اذا كان بين القوم حائط فيه الثمر لم يبد صلاحه ، فأرادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال . وكذلك لو بدا صلاحها لم يجز من قبل أن للنخل والأرض حصة من الثمن ، وللثمرة حصة من الثمن . فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة ، لا يخرص ولا تبع ، ولا تجوز قسمته الا أن يقتسما الأصل وتكون الثمرة بينهما مشاعا ان كانت لم تبلغ ، أو كانت قد بلغت غير أنها اذا بلغت لا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا . وان أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع ، فيقوم كل سهم بأرضه وشجره وثمره . ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة . واذا اختلف فكان تخلا وكرما فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيهما ثمرة لأنه ليس في تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا في يد يبد انتهى . فهذا نص في امتناع القسمة قبل بدو الصلاح ، وأوله يقتضى امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضا ، لكن قوله : غير أنها اذا بلغت فلا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا يقتضى جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل .

(واعلم) أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة كما رأيت ، وغلطه بعض الأصحاب في التعليل ، وقال : ليس العلة أنه لا يصح قسمتها ، فان البيع لا يصح وان قلنا : قسمتها صحيحة وأن القسمة أفرأز ، وانما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها ،

لأن نصفها مشاعا لا يمكن قطعه ، قال القاضي أبو الطيب :
هذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح ، والتعليل هو الذي ذكره
ابن الحداد ، ونص الشافعي كذلك ، قال في الصلح : لو كان الزرع
بين الرجلين وصاحبه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن
الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ، ولا يجبر شريكه على أن يقطع
منه شيئا ، ومقتضى هذا الكلام من أبي الطيب أن علة ابن الحداد
هي الصحيحة ، وأن القول بذلك مبني على امتناع القسمة وأن القائل
الآخر خالفه في التعليل وعمم الحكم ، ثم قال القاضي أبو الطيب
بعد ذلك : انه اذا قلنا : تصح قسمة الثمار صح بيعه ، لأن شرط القطع
وصح فيه ، فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع ثم
يطالبه بالقسمة في الحال فيقاسمه ثم يقطعه .

(وأما) اذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع
الجميع لم يصح ، لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبيع ، والشرط
فيه لا يصح ، ولا يمكن قطع المبيع منفردا ، لأنه مشاع ، وهذا
الذي قاله القاضي بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة ،
وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح ، لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح
قسمتها ، وكفى بهذا النص الذي في الصلح دليلا على امتناع قسمتها ،
والله أعلم .

ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي في هذا الكلام
الذي قاله ، ويشبهه أن يكون تفريعا من عنده على مقتضى البناء
على القسمة ، وما أفهمه نص الشافعي ، ولقائل أن يقول : ليس التمسك
بمفهوم ذلك على اثبات خلاف في هذه المسألة بأولى من التمسك به
على امتناع القسمة ، والجزم بامتناع البيع ههنا ، وكيفما قدر
فالمنع في هذه المسألة اما أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به ،
وإذا نظرت الى كلام الرافعي بمجردده ، وما قاله فيما اذا جوزنا
قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز ، وما حكاه عن أبي الطيب
أن تخريجها على ذلك هو الصحيح ، وفي ذهنك أن قسمة المائثلاث
افراز ، توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز في هذه المسألة ،
وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لأنه لا تجوز قسمة خرصا
جزما ، والثمار غير الرطب ، والعنب كذلك ، والرطب والعنب يجزى

فيهما الخرص ، وفي قسمتهما خرصا خلاف ، المنقول عن نصه في
الخرص الجواز ، وذكر الزافعي أنه الأصح تفريعا على أن القسمة
افراز ، لكنه ذكر في ذلك الموضع أن الأظهر أنها بيع ، فيكون الأظهر
امتناع البيع في ذلك .

والعجب من القاضي أبي الطيب ، كيف صرح هنا ببيع الزرع
على قسمته ، مع أنه جزم في باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب
والعنب خرصا ، وإنما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته
خرصا ، ولا أعلم أحدا صرح بذلك ، إلا أن لنا وجها ضعيفا أن الخرص
يجرى في غير الرطب والعنب ، فيجىء على مقتضاه خلاف في قسمة
ذلك خرصا ، قال ابن الرفعة : (فان قلت :) الأصحاب قالوا في كتاب
المساقاة : ان بيع بعض الثمار مشاعا بعد بدو الصلاح يصح ، وان
لم تجزم القسمة (قلت :) صحيح لأن التيقية تجب على البائع ،
وهي تستلزم تبقية الباقي إذا لم تجز القسمة بالخرص ، وليس فيها
تغييرين المبيع ، والله أعلم .

(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف
النخل صح ، وكانت الثمار تابعة ، قاله الرافعي وغيره ، وكذا إذا
باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة . قاله الخوارزمي ، فلو اشترط
القطع في ذلك احتمل أن يكون اشتراطه في بيع كل الثمرة مع كل
الأصل . واحتمل أن يكون أولى بالفساد . لأجل امتناع القسمة .
ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر ،
فباع نصف الثمرة من مالك النخل ، أو نصف الزرع من مالك الأرض ،
فوجهان مبنيان على الوجهين في اشتراط القطع ، لو باع الثمرة كلها
من صاحب الأصل ، قاله القاضي حسين في الزرع ، والرافعي في الثمرة ،
وقد تقدم الخلاف في الأصح من الوجهين ، وأن الأصح الاشتراط ،
فيجىء عليه أن الأصح هنا عدم الصحة .

ولو كانت الثمار والأشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين
رجلين ، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح ،
وقال الخوارزمي : ان اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من
الزرع لم يجز لا مطلقا ولا بشرط القطع على الأصح ، فأشعر

بخلاف ، ولعله الذى تقدم الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة والزرع مشاعاً على قولنا : القسمة افراز ، ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة ، أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الأرض فإن باعه مطلقاً لم يجز ، وإن كان بشرط القطع صح ، لأن جملة النمار أو الزرع تصير للمشتري ، وجملة الشجر أو الأرض تصير للآخر ، وعلى مشتري الثمرة أو الزرع قطع الكل ، لأنه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشتري بالشرط ، والتزم تفريغ الأشجار والأرض لصاحبه ، وبيع الشجرة أو الأرض على أن يفرغها للمشتري جائز ، قاله القاضى حسين فى الزروع ، والرافعى فى الثمار ، وكذلك القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع .

ولو كانت الأشجار أو الأرض لواحد ، والثمرة أو الزرع لاثنين ، فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة ، أو اشترى صاحب الأرض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الأرض ، بشرط القطع ، صح قاله الرافعى ، وإن كان بغير شرط القطع ، ففيه وجهان مبيحان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضى حسين ، فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الأرض فيشترط شرط القطع قولاً واحداً .

وقال الخوارزمى فى الكافي : لو كان الزرع لهما والأرض لأحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقاً ، ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ، ولو كانت الأرض لاثنين والزرع لواحد عكس ما تقدم ، فإن باع الزرع من أجنبى فالحكم واضح ، وإن باعه من مالك الأرض فيخرج على الوجهين ، وإن باع الكل من أحدهما لم يصح ، وإن باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين ، إن قلنا : لا يحتاج إلى شرط القطع جاز ، والأفلا ، قاله القاضى حسين ، ولو كان الزرع لواحد والأرض لآخر فباع الزرع بالأرض ، فقد تقدم . ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الأرض بنصف أرضه قال فى التتمة : فإن قلنا : إنه إذا باع الزرع من مالك الأرض بشرط القطع فالعقد صحيح ، ويشترط القطع فى الكل لأن كل الزرع مبيع (وإن قلنا) لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل ، لأن شرط القطع فى النصف مبطل للعقد ، لأن الأرض ملكه ، ولا يمكن

افراز النصف بشرط القطع فيه ، لأن النصف لا يعرف الا بالقسمة ، ولو اشترى جميع الأرض بنصف الزرع فيها ، فالعقد باطل . قاله في التتمة .

واطلاق صدر المسألة في أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعا يشمله ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال في التتمة : لا يجوز . لأن النصف الذي هو مبيع مع الأرض لا يجوز شرط القطع فيه . والنصف الذي هو مبيع دون الأرض لا بد من شرط القطع ، وشرط النقص في النصف لا يمكن ، والله أعلم .

ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم في موضعه .

(فرع) رأيت في المطارحات لابن القطن أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الأرض جاز . فان باعه مع بعض الأرض أو دون الأرض لم يجز ، ولم يتضح لى ذلك . ولعله غلط في النسخة .

(فرع) في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف . سيأتى ان شاء الله تعالى في موضعه ان يسر الله ذلك .

(فرع) قال أحمد بن بشر عن نسه (١) . ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا قال أحمد : يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها .

(فرع) البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض فيستغنى عن شرط القطع . وتكون الأرض كالشجرة .

(والحالة الثانية) أن يفرد أصول البطيخ بالبيع ، قال العراقيون والامام وغيرهم : يجوز ولا حاجة الى شرط القطع ، اذ لم يخف الاختلاط ، ثم الحمل الموجود يبقى للبائع ، وما يحدث يكون للمشتري ، قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على ما اذا أطلعت النخلة بعد البيع ، وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لأجل أن ذلك يعد حملا واحدا ، وهذه بطون . وان خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع ، فان شرط فلم ينتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما في نظيره

(١) الضمير في نسه يعود على نص الشافعي في الام أو الاملاء وأحمد ابن بشر هو ابن عامر الروروذي القاضي أبو حامد (ط) .

أن شاء الله تعالى ، ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر ، فإذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشتري ، قال ابن الرفعة : وفي صحة البيع نظر ، لأن مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود .

(الحالة الثالثة) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض ، فالذي قاله القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة ، وقال الامام والغزالي والمتولي : لا بد من شرط القطع ، لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة ، وذكر ابن الرفعة أن هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه ، واعتمد في ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين ، والرافعي أبدى ذلك تخريجا فقال : قضية ما نقلناه في بيع الأصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة لشرط القطع ، فليعلم قول المصنف - بالواو - وكذلك وهذا الذي قاله الرافعي متعين ، أما أن يقال بالجواز في المسألتين أو بالمنع فيهما ، والأول أقرب الى كلام العراقيين .

(والثاني) مقتضى كلام القاضي حسين والفوراني والامام : يلزمه الفرق بين بيع الأصول وحدها وبيع الأصول مع البطيخ ، حيث قال بالصحة في الأول ، ومنع في الثاني وكيفما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة في الموضوعين ، وفي كلام انشافعي في المختصر ما يمكن التمسك به في ذلك .

(الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله ، فإن كان قبل بدو الصلاح لم يصح ، وإن كان بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر - إن كان يخاف خروج غيره - فلا بد من شرط القطع ، فإن شرط فلم يقطع ففى الانفساخ للبيع قولان يأتي نظيرهما أن شاء الله تعالى . وقال ابن الرفعة : قد يقال : ان ذلك ظاهر على قولنا : ان الاختلاط اذا حصل يبطل البيع ، أما اذا قلنا : لا يبطل فيصح ههنا . والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير اليها الخبر ولا كذلك ههنا . وإن كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع . والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ في الأحوال المذكورة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان بدأ صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضى الله عنهما ولأنه اذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقا للخبر . ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر الأموال ويجوز بيعها بشرط التبقية الى الجذاذ للخبر . ولأن اطلاق البيع يقتضى التبقية الى أوان الجذاذ . فاذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز) .

(الشرح) القسم الرابع من الأقسام المتقدمة . وان ثبثت قلت : الثاني أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا . وقسمه الأصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبقية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لأحكام تترتب على ذلك :

(الحالة الأولى) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز اجماعا ، وممن ادعى الاجماع فيه الماوردي ، ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتقدمة المتضمنة النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، فان مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح ، عند القائلين بالمفهوم ، وأما زوال الحالة المقتضية للتحريم ، فيرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم ، وهذا لا بد من الاعتضاد به . فان في التمسك بالمفهوم في الأحوال الثلاثة بحثا من جهة أن المفهوم له عموم أو لا . قال شارح البرهان في أصول الفقه : ان استند المفهوم الى طلب فوائد التخصيص لم يعم ، وان استند الى أن ذلك من جهة اللفظ عم ، وعزى الأول الى الشافعى ، لكننا قدمنا عن الشافعى ما يقتضى خلاف ذلك ، فان صح ما قدمناه عن الشافعى اتجه استدلال المصنف على مذهبه في الخبر في الحالتين ، ولا احتياج الى الاعتضاد بالأصل المذكور والقياس الذى ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح ، وقد تقدم الكلام فى البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح ، والله أعلم .

وفى هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب ؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ، ولو تراضيا على الترك جاز ، وكذلك يأتى

ههنا بطريق أولى ، قال الامام : ولا شك أن هذا يعنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المعرس ، وابتياع البناء كذلك .

(الحالة الثانية) أن يبيعها مطلقا فيجوز أيضا بلا خلاف للخبر ، وقد تقدم ما في ذلك ، وبالقياص الذى ذكره المصنف ، قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : وفي هذه الحالة للمشتري تركها الى أوان الجذاذ ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضى القطع . واطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعرف وبقوله صلى الله عليه وسلم في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح : « أرأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » قال القاضى أبو الطيب : هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ . لأنه لو وجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف . وقال الحنفية : ان هذا كمن قال : بتعتك هذا بألف ولم يتعرض لدرهم ولا لدنانير . وكانت قيمته في العرف ألف درهم . فالعرف يقتضى أن العاقد لا يشتريه بألف دينار ، ومع ذلك العقد باطل .

وأجاب أصحابنا بأن في العرف من أطلق الألف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل . ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للإبقاء وطمع في الإبقاء لا ينسب الى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه .

(الحالة الثالثة) أن يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا . وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لا يصح تمسكا بأن ذلك يناهى مقتضى هذا العقد الخاص للتبقية . وعن الثانى بما اذا اشترى دارا وللبائع فيها متاع فانه ينقله على حسب العادة . وتمسك المصنف وأصحابنا في ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه . وقد تقدم ما في ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية . وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم . والتمسك بالقياص مبنى على اقتضاء العرف لذلك ، والله عز وجل أعلم .

(فرع) أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها . ومراده بذلك أن المنع الذى كان قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه

المذكورة في مواضعها فالشعير يجوز بيعه لأنه مشاهد في سنبله . وكذلك كل ثمرة بارزة كالفتح والمشمش والخوخ والكمثرى ، أو زرع بارز حبه في غير كمام ، كالشعير والذرة . وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته في بقاءه فيها كالرمان والبادنجان والأرز على خلاف فيه . وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس . أو قشرتان اما كالفستق واليندق والجوز . واما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز . وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة في سنبلها في باب ما نهى عنه من بيع الغرر . فلا حاجة الى إعادة شرحه ، والله أعلم .

وما أشرت اليه من المعنى بقولى ان المتع الأول ارتفع يبدو الصلاح ، جواب على تمسك الخصم بالمفهوم . وان قلنا : ان له عموماً فإنه يقتضى ارتفاع ذلك النهى . أما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا . كقوله : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع » فهي اذا وضعت يرتفع النهى الذى لأجل النسب ، ويبقى النهى لأجل الأذى حتى تغتسل .

(فرع) قال القاضى حسين : بيع الزرع وحده ان كان بذرا لم يصح على الصحيح ، وقصيلاً جاز بشرط القطع . أو بعد الاستعداد بارزاً كان كالشعير والجاورش والدخن . أو متسبلاً في كمام فقولا بيع الغائب . فان باع الأرض مع الزرع — فان كان أخضر — صح فيها . أو مشتد الحبات بارزاً فكذلك . أو مستترا — فان أبطلنا البيع فيه عند الانفراد — بطل ههنا فيه . وفي الأرض قولاً تفريق الصفة ، وان صحنا فيه فرداً ولكن ثبت خيار الرؤية فههنا قولاً الجمع بين مختلفى الحكم .

(فرع) قصب السكر صلاحه في بقاءه في قشره ، كالجوز في قشره ، في قشره الأسفل ، وقد صرح الماوردى بجواز بيعه اذا بدت فيه الحلاوة ، قال ابن الرفعة : ولولا جواز بيعه في قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى الى أوان قطعه .

(فرع) الكتان اذا بدا صلاحه ، قال ابن الرفعة : يظهر جواز بيعه ، لأن ما يغزل منه ظاهر مرئى والشاش في باطنه كالنوى في التمر

ونحوه ، لكن هذا لا يميز في رأى المعين بخلاف التمر والنوى ، والله أعلم .

(فرع) البقل إذا بيع مع الأصول قال الغزالي : لا يشترط القطع ، فانه لا يتعرض لعاهه ، وقال صاحب التهذيب : لا يجوز بيع البقل والبقول في الأرض دون الأرض الا بشرط القطع أو القطع ، سواء كان مما يجذ مرارا أو لا يجذ الا مرة واحدة ، غير أنه إذا باع ما يجذ مرارا بشرط القطع لا يجوز قطعه ، لأنه لم يملك الأصل ، وما لم يجذ الا مرة واحدة يجوز ، وقال القاضي حسين : إذا باع أصل الكراث مع المكراث صح ، ويؤمر بالقطع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ، ويكون بيع الغائب ، ولو باع الأرض التي فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل في العقد كأصول الأشجار ، وما ظهر لا يدخل ويؤمر بالبائع بجذّه في الحال ، وكذلك القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث .

والفرق على رأى الغزالي بين البقل حيث قال : انه لا يجوز بيعه بأصوله الا بدون شرط القطع ، وبين البطيخ حيث قال : انه لا يجوز بيعه مع أصوله الا بشرط القطع أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذى تتكرر شمرته دون ما بطن من عروقه ، ولهذا إذا قطع الظاهر لم يخلف ، وإذا كان كذلك فالآفة متعرضة لما ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ ، ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر في البطيخ ، فلذلك استويا في الحكم ، ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه ، فانه الذى في الأرض ولا يخشى عليه تلك الآفات التى تخشى على أصول البطيخ ، والله أعلم .

وان بيع البقل دون الأصول ، قال الغزالي : يدل على القطع ، يعنى لأن العرف يقتضيه ، ولا يحتاج الى شرط القطع بخلاف الزرع الأخضر ، فان العرف فيه الابقاء لو لم يشترط القطع ، ومن الناس من رأى التسوية في ذلك واعترض على الغزالي في كلامه بأن شرط القطع في ذلك ليس بواجب ، قال ابن الرفعة : والأشبه أنه ان لم ينته الى الحالة التى يجذ فيها فلا يجوز بيعه الا بشرط القطع ، وان انتهى

جواز ، وعليه يحمل كلام الغزالي ، وظاهر نصه في الأم يدل على ذلك .

(فرع) فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت - فان كانت الثمرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن اذا ظهر جميعه - جاز لأنه مبيع مشاهد ، وان كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرانج في قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والبقول والحمص وما أشبهه (فان قلنا) يجوز بيعها مفردا جاز مع الشجر والأرض (وان قلنا) لا يجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود في نفسه وهل يصح البيع في الشجرة والأرض يبني على القولين في تفريق الصفقة (فان قلنا) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل في الجمع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صح البيع في الشجر والأرض ، وللمشتري الخيار بين أن يمسك الأصل بجميع الثمن ، وبين أن يرده ويأخذ ما دفع وقد تقدم هذا التفصيل كله في بيع الزرع من كلام الماوردي .

(فرع) في مذاهب العلماء . وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التيقن بعد بدو الصلاح . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . واحتج له بأنه بيع واجارة مجهولة فأشبهه اشتراط ترك القماش في الدار (قلنا) الشجرة لا تؤجر . ولا أجرة لها يخلاف الدار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها . فان كان رطباً بأن يحمر أو يصفر وان كان عنبا أسود بأن يتموه وان كان أبيض بأن يرق ويحلو ، وان كان زرعاً بأن يشتد وان كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج ، وان كان قثاءً بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل ، والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، وعن بيع العنب حتى يسود ، وعن الثمرة حتى تزهي » وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم » .

(الشرح) أما حديث أنس فروى البخارى منه أن النهى عن بيع الثمرة حتى تزهى ، وفي رواية ثمر النخل ، وروى الترمذى منه النهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد ، وقال : حسن غريب لا يعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ، وروى البيهقى الجميع كما ذكر المصنف ، لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « عن بيع الثمرة حتى تطيب » وعندهما في رواية أخرى والملفظ للبخارى رضى الله عنه : « أن تباع الثمرة حتى تشقح ، فقيل وما تشقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » وعند مسلم في رواية : « وعن بيع الثمرة حتى تطعم » كما ذكرها المصنف فاذا أردت عزو حديث جابر الذى فى الكتاب على الاطلاق قل : رواية مسلم .

وقوله : يتموه قال ابن أبى عسرون : يدور فيها الماء الحلو ، ويصفو لونها ، وقوله : يشتد أى يصلب ويقوى . وقد تقدم ذلك ، وقوله : حتى يطعم - بضم الياء وكسر العين - ويقال - بفتح العين - وضبطه ابن البدرى أنه - بفتح التاء والعين - أيضا وهى خطأ قال : معناه حتى تصير طعاما ، وقيل : تبلغ حين تطعم ، وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض » ولا تنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقدم أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، لأن وقت اشتداده وقت مبادئ بياضه .

(أما الأحكام) فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصلاح ، فروى عن ابن عمر أن « بدو الصلاح فى الثمر بطلوع الثريا » وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه ، وحكى عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجد فى الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير ، قال ابن المنذر : وروينا ذلك عن ابن عمر وابن عباس ، وروى عن النخعى أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها ، وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع إلى معنى ، وكان ابن عمر انما أطلق طلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت ، فتباين الألفاظ عن العلماء فى ذلك لا ينبغى أن يعتمد عليه فى اثبات اختلاف ، ومذهبنا أن بدو الصلاح

يرجع الى تغيير صفة في الثمرة ، وذلك يختلف باختلاف الأجناس وهو على اختلافه راجع الى شيء واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل وفي ذلك جمع بين الحديشين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس اعتبر الاستداد في الحب والاسوداد في العنب والزهو في الثمرة ، وحديث جابر دل على اعتبار الطعم في الثمرة ، وهي تشمل العنب وغيره ، فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه ، فلذلك قال في الحديث : حتى تطيب ، قال الأصحاب : ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا ، لأن من البلاد ما يتأخر فيه صلاح الثمر ، أو يتقدم ، بل البلاد الواحد قد يتعجل في عام ، لا استداد الحر ودوامه ، ويتأخر في آخر لا استداد البرد ودوامه ، وطلوع الثريا لا يختلف ، لأنها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس^(١) قالوا : وكذلك اعتباره بالأكل لا بصح ، لأن ثمار النخل تؤكل طلعا وبلحا ، والكرم يؤكل حصرما ، وليس ذلك صلاحا له ، ولا يصح اعتباره بالقوة ، لأن قوة الثمرة قبل صلاحها ، وإذا صلحت لانت ونضجت •

وقد أشار الشافعي رضي الله عنه الى اختلاف بدو الصلاح في أجناس الثمار بقوله : وللخربز نضج كنضج الرطب ، فاذا رأى ذلك فيه حل ببيع خربزه^(٢) والقثاء تؤكل صغارا طيبا ، فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه •

(واعترض) عليه أبو بكر بن داود بأنه اما أن يكون الشافعي رضي الله عنه أراد أن يعلمنا أنه يجب القثاء ، فلا فائدة في ذلك ، أو أن يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك ، لأنهم يعلمونه ضرورة •

(وأجاب) الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف لما يكون في النهاية ، وأن القثاء

(١) بشنس ، بفتح الباء والشين بعدهما نون وسين ساكنتان من الشهور القبطية وهي أدق الشهور وأضبطها بالسنة للديار المصرية في الزراعة والمناخ وتقلبات الفصول • (المطيعي)
(٢) والخربز بكسر الخاء واسكان الراء وكسر الباء هو البطيخ عربي فصيح وقيل فارسي • (المطيعي)

بخلاف ذلك ، لأنه في ابتدائه وصفه طعمه كطعمه في حال كبره ،
بخلاف بقية الثمار ، فانها تكون في ابتدائها حامضة أو مرة ، ثم تصير
حلوة ، وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطا كما فعل
المصنف ، بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام الشافعي •

قال المساوردي : وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها)
ما يكون بدو الصلاح فيه باللون ، وذلك في النخل بالاحمرار
والاصفرار ، وفي الكرم بالحمرة أو السواد أو الصفار والبياض
(وأما) الفواكه المتلونة (فمنها) ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمش
(ومنها) ما يكون بالبياض كاللتفاح •

(قلت) : ومحل ذلك فيما يتلون عند الإدراك بلون يخالف اللون
السابق ، وجعل القاضي أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر في
حال كماله كما يكون في صغره ، قال : فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه
وحلاوته ، وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الأبيض ، وما قالاه
ظاهر •

(القسم الثاني) ما بدو صلاحه بالطعم ، فمنه ما يكون بالحلاوة
كقصب السكر ، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان ، فإذا زالت المرارة
بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه •

(القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ ، فإذا
لانت صلابته بدا صلاحه ، وهذا معنى قول غير المساوردي طيب (١)
أو الحلاوة والعبارات الثلاث متقاربة ، فان ذلك يحصل في وقت واحد ،
وقال صاحب التتمة لما تكلم في البطيخ : الخيار والبادنجان حكمهما
حكم البطيخ ، الا في شيء واحد ، وهو أن بدو الصلاح فيهما ليس
أن يكبر ويتناهى ، لأنهما لا يؤكلان في تلك الحالة ، ولكن أن يصير

(١) كذا بالأصل ولعل العبارات الثلاث المشار إليها توضح لنا صحة
السياق بما يلي وهذا معنى قول غير المساوردي • طيب الرائحة أو اللون
أو الحلاوة • الخ • (المطيعي)

الى الحد الذي يقصد تناوله في تلك الحالة في العرف والعادة ، فاذا كان في جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت اباحة بيعه .

(الرابع) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد ، كالبر والتشجير ، فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه .

(الخامس) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب ، فاذا تنامى طوله وامتلاؤه الى الحد الذي يجذ عليه ، بدا صلاحه ، هكذا قال الماوردي ، وسنذكر في آخر الكلام فرعا عن الامام في القرط ، وما في معناه من البقول ، يخالف ذلك ، وما قاله الماوردي أولى لما سنذكر ، ونص الشافعي يدل لما قاله الماوردي ، والماوردي في اجازته يبيع البقول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمري .

وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردي في ذلك : ان القصب اذا انتهى الى تلك الحال لا يبقى عرفا ، بل العرف قطعه ، فاكتفى به كما اكتفى به في التبقية في الثمرة لعدم (١) وهذا الاعتذار يقتضى أن القطع واجب وانما يترك شرطه اكتفاء بالعرف في ذلك ، قال : وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع ، واستحق التبقية في الباقي الى اوان قطعه .

(السادس) ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالكثاء والخيار والباذنجان .

(السابع) ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز ، فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه ، ومقصود الماوردي من هذا أنه اذا تشقق بعضه جاز بيع المشقق منه وغير المشقق اذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم ، وليس مراده أن يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع ، لأن ذلك ممتنع لانتشاره ، وانما سبق الكلام في المعنى الأول .

(١) بياض بالاصل ولعل السقط الشرط ، أو الضرر ، أو بدو الصلاح .

(الطبعي)

(الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر ،
 فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه ، وورق التوت بدو
 صلاحه أن يصير كأرجل البط ، هكذا قال عطاء والنخعي ، وجملة
 القول في بدو الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها الى أدنى أحوال
 كمالها ، هكذا كلام الماوردي الا ما في ضمنه مما حكيناه عن غيره ،
 وما نقله في ورق التوت يوافق ما قاله صاحب التهذيب ، فانه قال :
 ان بيع أوراق الفرساد قبل تناهيها لا يجوز الا بشرط القطع ،
 وكذلك قال القاضي حسين ، فلذلك رأى الرافعي أن يضبط حالة بدو
 الصلاح في هذه الأشياء بصيرورتها الى الصفة التي تطلب غالبا
 لكونها على تلك الصفة ، وهو موافق للضابط الذي قاله الماوردي
 وهو أسلم من ضابط الماوردي ، فان الكمال بالمعنى المذكور في باب
 الربا ليس مرادا ههنا واعتبار الماوردي أدنى الأحوال أحسن من
 عبارة الرافعي فانه قد تكون الصفة المقصودة منه غالبا نهاية تلك الحالة
 أو وسطها ، ولا يعتبر في بدو الصلاح الا أولها ، فينبغي أن يزداد هذا
 اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها ، فان
 اللفظ منزل على ذلك •

وقد حكى الروياني عن القاضي أبي حامد أنه قال في جامعه :
 قد قيل ورق التوت يباع اذا خرج من كمامه ، وبه يبدو صلاحه ،
 ثم نقل قول عطاء والنخعي المتقدم ، والله أعلم •

وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف : وبدو الصلاح في الثمار
 أن يطيب أكلها ، غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح ، اذ ليس
 فيه ذكر الورق ، وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في الأم مصرح باعتبار
 بدو الصلاح في الحناء والكرسف والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القئاء
 ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد (فان قيل :)
 البسر ليست العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره ، بل يؤخر
 الى تناهيه ، ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر ، كما صرح
 به الحديث ونص الشافعي ، قال امام الحرمين : بين بدو الصلاح
 وبين الادراك وأوان القطف قريب من شهرين ، يعني فلاجل ذلك
 لا يشترط الغاية المطلوبة في الطيب (فالجواب) ما قاله الامام ، فانه
 أورد ما الذي أوجب الفرق بين القئاء والثمار ؟ وأجاب بأن

لا فرق ، فان الزهو اذا ابتدأ الناس في الأكل ، وقد يعقب تأخر المطعم الى تمام الادراك .

كذلك القول في القثاء ، فان الصغار منه تبتدر ، ولكن عموم الأكل يتأخر ، والذي ينتهى صغره لا يؤكل قصدا الا أن يتفق على شذوذ ، فرجع الحاصل الى طيب الأكل وابتداء الاعتياد فيه ، فعلامة ذلك في المتلونات التلون الى جهة الادراك ، وفيما لا يتلون القوة وجريان الحلاوة فأشار الامام الى أن الذي لا يؤكل في العادة أصلا كالقثاء في حال نتاهي صغره لم يبد صلاحه . والذي يؤكل في العادة بدا صلاحه ، وللأكل في العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداؤها وهو حاصل في البسر بالاحمرار دون القثاء في صغره . وادخال المصنف الزرع في أصناف الثمر ، يشهد له قول الله تعالى : «**كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده**» (١) وكل ما ذكر المصنف واضح مما ذكرته الاقوله : ان صلاح العنب الأسود بأن يتموه ، والذي حكفته فيما تقدم من كلام الماوردي ، وهو الموجود في كلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ، أن صلاح العنب الأسود باسوداده وفي كلام الماوردي أن الصلاح في الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد ، والله أعلم .

وقول المصنف رحمه الله تعالى في القثاء : حيث يؤخذ ويؤكل ، تنبيه على أن امكان الأكل موجود فيه من قبل ، ولكنه لا يؤخذ للأكل في العادة ، وفي معنى القثاء الخيار والبادنجان ، كما صرح به الروياني ، قال : وفي الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة وفي الورد الانفتاح والانتشار .

(فرع) اذا باع أوراق الفرساد مع الأغصان — فان يلغ نهايته — جاز من غير شرط ، ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك ، والا بأن يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة ، وكذلك اذا باع الأوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ، ولكن لا تقطع الأغصان معها ، قال ذلك القاضي حسين .

(١) الانعام : ١٤١ .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق ، ووجب افراد العقد بالموجود ، وقال مالك : يجوز بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق ، لأن الحادث يختلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعا ، وهى دعوى ممنوعة ، قال بعض الأصحاب : وطريق تحصيل ذلك أن يشتري هذا الشجر مع ثمرته ، وبدونها ، بشرط القطع ، ويستأجر منه الأرض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبتها بالقطع .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز أن يستثنى الثمرة مدا ، وقسم الأصحاب الاستثناء فى البيع الى أربعة أقسام :

(الأول) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز ، فالمحرز : بعتك ثمرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها ، فهذا جائز بالاتفاق ، والمشاع : بعتك ثمرة هذه الحائط الا ربعها صحيح أيضا ، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا ، وقال الأوزاعى : باطل ، لأنه بيع على شرط الشركة .

(والقسم الثانى) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعده مجهولا ، وهو ضربان مشاع ومحدد فالمشاع كقوله : بعتك هذه الثمرة الا قوت سنتى أو قوت غلمانى ، باطل اتفاقا ، وما ورد من ذلك عن ابن عمر رضى الله عنه محمود على أنه كان معلوما ، والمحدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل ، وقال مالك رحمه الله تعالى : أن كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز ، وكان له عشر نخلات وسط .

(والقسم الثالث) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا ، كقوله : بعتك هذه الثمرة الا صاعا منها فهو باطل ، وقال مالك : جائز .

(والقسم الرابع) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع معلوما ، كقوله : بعتك من هذه الثمرة مائة صاع ، والباقى لى ، فان علما أن فيها مائة صاع فصاعدا صح ، ان أمكن كيل الثمرة ، وبطل ان لم يمكن كيلها ، ولا يصح الخرص فيها ، لأن البيع بالخرص

لا يجوز ، لأنه تخمين وحس ، وإنما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة (قلت :) الصحيح في العرايا انه لا يختص بالمساكين ، والله أعلم . وان لم يعلم أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود البيع ، فلو كيلت من بعد ، فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فساده ، قال ذلك الماوردي وغيره من الأصحاب ، ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقسام مبسوطا كاستيعابه ، والله أعلم .

(فرع) اذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم الا ما يخص ألفا منها ، قال الشافعي والأصحاب : يكون الاستثناء صحيحا لأن ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة ، فان قال : الا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح ، لأنه غير معلوم ، هكذا فرض القاضي أبو الطيب المسألة ، وهو غير ظاهر ، وقال الماوردي فيها : ان كان الاستثناء بسعر ما باع صح وان كان بسعر يومه لم يجز ، ومراده ما قاله أبو الطيب ، وكلام أبي الطيب أبين وأحسن .

(فرع) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز ، قاله الروياني ، ولو قال : بعثك قفيزا من هذه الصبرة الا مكوكا جاز ، لأنهما معلومان ، قاله الروياني .

(فرع) قال : بعثك ثمرة هذا النخل الا النوع المعقلى ، فان شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره صح البيع ، وان جهلاه فسد . قاله الماوردي .

(فرع) باع شاة واستثنى سواقدها ، قال في الصرف : لا يصح ، وكذا اذا قال الا رأسها ويديها ، ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر ، أو يكونا حاضرين أو مسافرين ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك في حق المسافر : يجوز ، قاله القاضي أبو الطيب .

(فرع) باع قطنا واستثنى حبه ، أو سمسما واستثنى كسبه ، أو شاة واستثنى جلدها ، كان البيع في هذا كله باطلا ، قاله الماوردي .

(فرع) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة مذكور في (١) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال : بعثك الثمرة الا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة في البيع ، أهو العشر ؟ أو نصف العشر ؟ وقال مالك : يكتفى بالعلم به شرعاً عن ذكره ، وردة أصحابنا ، فان أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه يحل محل محل البائع (والثاني) لا ، لأنه كالوكيل ، فان استهلك المشتري الثمرة رطباً ففيما يطلب به من حق الزكاة وجهان (أحدهما) العشر تمراً على الوجه الذي يجبر له دفع الزكاة من غيرها ، فيكون ذلك ضماناً لعشرها تمراً (والثاني) يطلب بقيمة عشرها رطباً على الوجه الذي يمنع دفع الزكاة من غيرها . فعلى هذا ان نقصت قيمة عشرها رطباً عن قيمة عشرها تمراً ففي الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت في الذمة أو في العين ؟ فعلى الأول يرجع . وعلى الثاني لا يرجع عليه بزوال يده عن عين . قال ذلك الماوردي : ولعل ذلك مفروض فيما اذا أمر البائع المشتري بأداء الزكاة ، وكذلك قاله الروياني نقلاً عن الماوردي .

(فرع) الزرع الذي يخلف كالقرط وما في معناه من البقول يكون متزايداً أبداً . لا وقوف له فاذا بيع منه جذوة فلا بد من شرط القطع . ولا ينظر في هذا القسم الى ما يقع في زمن العاهات ولا الى طيب الأكل لأجل الاختلاط . قاله الامام . وقد تقدم عن الماوردي ما يخالفه وقول الامام : انها لا تزال متزايدة يمنع فان فرض كذلك فالأمر كما قال ، كما سيأتى في كلام المصنف في بيع الثمار الذي يعلم اختلاطها .

(فرع) اذا اشترى الزرع الذي لا يخلف ، اما بعد بدو الصلاح ، واما قبله شرط القطع ، وقد ضمنت تنقيته اما بعد بدو الصلاح واما قبله باتفاقهما ، فالزيادة التي تحصل في الزرع للمشتري بالاتفاق ، كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف . قاله الامام . والزرع الذي لا يخلف لو قطع يملك المشتري ظاهره ،

وعروقه المستترة بالأرض ، قاله الامام (قلت :) فيجىء على ذلك أنه اذا حصد وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة ، يجب على المشتري قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم ، مثله اذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك ، وان لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضا . وسنذكر في مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع [ذلك] الجنس كله في ذلك الحائط ، لأننا لو قلنا : لا يجوز الا فيما بدا صلاحه فيه ، أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة ، ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر وما لم يبد فيه الصلاح في ذلك الجنس من حائط آخر ، لأن المنع من ذلك لا يؤدي الى الضرر بسوء المشاركة ، فان بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط ، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفردا من غير شرط القطع ، ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأننا جملناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز افراده بالبيع (والثاني) لا يجوز لأنه انما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح ، وما أجزى بيعه تبعا لغيره لم يجز افراده بالبيع كالحمل) .

(الشرح) في هذه الجملة ثلاث مسائل (احداها) قال الشافعي رضى الله عنه والأصحاب : اذا بدا الصلاح في بعض الثمرة جاز بيع جميعها ، وذلك أن الله تعالى أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقا بالعباد ، فانها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكهم بها وانما تطيب شيئا فشيئا ، ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر ، فان العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض ، والى أن يطيب الأخير يتساقط الأول فكان يؤدي الى أنه اما أن لا يباع ، واما أن يباع حبة حبة ، وفي كلا الأمرين حرج ومشقة وقد قال تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (١)

وقال صلى الله عليه وسلم : « بعثت بالحنيفية السمحة » وذكر الشافعي رضي الله عنه في الأم عن عطاء في الحائط تكون فيه النخلة فتزهي ، والحائط بلح ، قال : حسبه اذا أكل منه فليبيع ولا أعلم بين العلماء خلافا في أنه لا يشترط الصلاح في جميع المبيع ، وإنما اختلفوا في مقدار ما يضبطونه به ، ومذهبنا أنه يكفي بدو الصلاح في نخلة واحدة ، بل في بسرة واحدة ، ولا خلاف أن غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل .

اذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب : اذا بدا الصلاح في بعض الثمرة دون بعض - نظر ان اختلف الجنس - لم يكن بدو الصلاح في أحد الجنسين صلاحا في الجنس الآخر ، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة ، وبدا الصلاح في أحدهما دون الآخر وجب شرط القطع في الجنس الذي لم يبد فيه ، لا خلاف في ذلك عندنا ، وقال الليث بن سعد : يجوز ، ويكون ذلك صلاحا لجميع أجناس الثمار في ذلك البلد . وان اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والمك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف .

وان اختلف شيء من هذه الأشياء ففيه صور (الأولى) أن يختلف النوع كالمعقل والبرني ، فيبيع النوع الذي بدا صلاحه ، والنوع الذي لم يبد صلاحه من جنسه في ذلك البستان صفقة واحدة ، وفيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين ، والخراسانيين ، كالوجهين في نظير ذلك في التأبير (والأصح) عند الرافعي التبعية ، وأن حكمه وحكم التأبير واحد ، وذلك مقتضى اطلاق المصنف رحمه الله تعالى ، وهو قول ابن خيران وأبي علي الطبري على ما حكاه أبو الطيب عنهما ، وبه جزم البندنجي فيما نقل عنه ، وهو الذي نص عليه الشافعي على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الاملاء أنه قال فيه : اذا كان في حائط برني وعجوة وصيحاني فبدا صلاح الجنس جاز بيع الجميع .

(وأما) قوله في الصرف : فان كان نخلا وعنبا أو غيره ، وبدا صلاح صنف منه فلا يجوز أن يبيع واحدا منهما بحاله ، فلا ينافيه ، فان معنى هذا أن يفرد بالبيع ، ومعنى الأول أن يبيع الأصناف جملة ،

فهذا النص المنقول عن الاملاء صريح لا يقبل التأويل ، لكن القاضى
أبا الطيب قال ان الصحيح الذى ذكره القاضى أبو حامد فى الجامع ،
ونص الشافعى عليه فى البويطى ، أنه لا يكون بدو الصلاح فى النوع
الآخر ، لأنه قد نص أن الصلاح اذا بدا فى الثمرة الصيفية فانه
لا يكون بدوا له فى الثمرة الشتوية ، فكذلك فى النوعين مثله سواء •

(قلت :) ولا حجة فى هذا لأن الثمرة الشتوية والصيفية
يختلفان فى الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة
متقاربان غالبا ، نعم ان فرض نوعان أحدهما شتوى والآخر صيفى ،
فمنبغى أن يكون الأمر كما قال القاضى أبو الطيب ، فاننا انما نعتبر
بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة ، ولا شك
أن بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان ما لا يوثق بذلك فيه ،
وكلام الشافعى الذى قاله قال : وصلاح الثمرة اذا احمرت أو
صفرت فى الحائظ نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شستويا
وبعضه صيفيا ، فلا يجوز الا أن يبيع كل واحد منهما على حباله ،
وظاهر هذا الكلام أنه فى الجنس الواحد ، وأما حملة على الجنسين
فبعيد •

وإذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض
الأنواع تابع لبعض • وان كان بعضها شستويا وبعضها صيفيا ، لمخالفة
نص الشافعى ، فاما أن يقال : ان ذلك شاهد ، لأن اختلاف النوع
يؤثر فى قطع التبعية مطلقا كما قال القاضى أبو الطيب ، واما أن
يقال : انه يفرق فى الأنواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية ،
وبين ما يتأخر فلا يحكم ، بل لا ينظر الى اختلاف الأنواع ،
بل الى تفاوت الزمان ، حتى لو كان نوع واحد معقلى مثلا ، منه ما يكون
فى الصيف ، ومنه ما يكون فى الشتاء ، لا يجعل أحدهما تابعا للآخر
فى الصلاح ، فهذا هو الأقرب لكلام الشافعى المذكور ، والمعنى والفقہ
يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه •

فالقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له وان اختلف الزمان ،
مخالف لنص الشافعى فى البويطى ، والحاظه بالتأبير غير متجه لاختلاف
المدرک فى التأبير ، والقول بأن اختلاف الأنواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه

المنقول عن الأملاء ، وهذا الذى قلته يحسن أن يكون وجها ثالثا ،
وبه يحصل الجمع بين النصوص التى نقلت عن الشافعى ، ويمكن
أن يحمل كلام الشافعى فى الصيفى والثستوى على الجنسين أن لم
يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبى عمرو : وإذا كان فى البستان جنسان
يتباعدا ادراكهما كالصيفى والثستوى ، وبدا صلاح الصيفى ، لا يتبعه
الثستوى ، والله تعالى أعلم •

ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أير بعض الأنواع
دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر ، واختار أن النوع الذى لم
يبد صلاحه يتبع الذى بدأ صلاحه ، والقاضى أبو الطيب نقل ذلك عنه
فى المسألتين ، وهو مشهور عنه فى المسألة الأولى ، وقد قدمت الفرق
بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيهما ، فلذلك لا تناقض بين
كلاميه ، وقال القاضى أبو الطيب : انه ومن وافقه فى مسألة بدو الصلاح
استدلوا بأن هذه الأنواع تضم الى ما بدأ صلاحه فى الزكاة ، فمتى
وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التى بدأ صلاحها وسقان
وتصف ، وجبت الزكاة ، قال : وهذا الذى ذكروه ينتقض بما نص عليه
الشافعى رضى الله عنه من الثمرة الثستوية مع الصيفية ، فانها لا
تتبعها فى بدو الصلاح ، وان كانت تضم اليها فى الزكاة ، فاطلاق كلام
المصنف رحمه الله تعالى يقتضى أنه لا فرق بين أن يختلف النوع
أو لا ، ولا فرق بين أن يختلف الزمان أو لا ، وقد علمت ما فيه ،
والله أعلم •

وقول المصنف : ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من
جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا ، وأن الليث بن سعد
خالف فيه ، وردوا عليه بأنه يلزمه بيع العنب قبل أن يسود ، وهو
خلاف الحديث الصحيح •

(الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما إذا بدأ الصلاح فى
جنس فى بستان ، وله بستان آخر ، فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه
الصلاح ، فباعهما صفقة واحدة فالشهور من المذهب أنه لا يصح ،
وأن صلاح أحدهما لا يكون صلاحا للآخر ، وادعى القاضى أبو الطيب
أنه لا خلاف فيه ، وبذلك جزم الماوردى وجميع العراقيين ، ومال

الامام الي خلاف ما قالوه ، سيما اذا لم يتقاعد ، وليس بينهما الا جدار ، ولأجل ذلك أثبت الغزالي في المسألة وجهين أخذنا من تفقه الامام ، وتبعه الرافعي ، وظاهر نص الشافعي يشهد لما قاله العراقيون ، فانه قال في الام : والحوائط تختلف بتهمة ونجد والسقيف ، فيستأخر ابار كل بلد بقدر حرها وبردها ، وما قدر الله من ابائها ، فمن باع حائطا منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع ، وان أبر غيره لأن حكمه به لا بغيره ، ولذلك لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه وان بدا صلاح غيره ، وسواء كان نخل الرجل قليلا أم كثيرا اذا كان في حظار واحدة وبقعة واحدة في غير حظار فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان الي جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هو الي جنبه لم يصل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذي الي جنبه .

هذا كلام الشافعي رضي الله عنه ، وهو صريح بعدم التبيعية اذا اختلف البستان والملك وظاهر في عدم التبيعية عند اختلاف البستان وحده ، وان كان قد اقتصر على قوله : حائط غيره ، ففي كلامه المذكور مواضع ترشد الي اطراد الحكم في حائطه الآخر ، والله أعلم .

فاذا قلنا بالمشهور فيباعها فيجب اشتراط القطع في الذي لم يبد صلاحه ، فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه ، وفي الذي بدا صلاحه قولاً تفريق الصفقة ، قاله الماوردي فأما اذا أفرد البستان الذي لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا صلاح في الذي الي جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعي رحمه الله يقتضى جريان خلاف فيه ، ولم أقف عليه لغيره ، وصرح جماعة بالجزم بخلافه ، وقال الامام : انه رأى الطرق متفقة على خلافه ، وأن ذلك يشير الي ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان .

(الصورة الثالثة) أن تختلف الصفقة مع اتحاد البواقي ، كما اذا بدا صلاح في نوع فباع من ذلك النوع في ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفرداً من غير شرط القطع ، ففيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين والخراسانيين ، وبعضهم يقول : قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثاني) وهو الصحيح

عند القاضي أبي الطيب وابن أبي عصرون والرافعي أنه لا يصح ، ورثب
القاضي حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما إذا جمع النوعين
صفحة واحدة (وان قلنا) هناك لا يستتبع فهنا أولى ، والا ففيه
وجهان .

(فرع) قال : بعثك هذا يكذا ، وهذا يكذا ، فالظاهر أن الحكم
كذلك نظرا لتفصيل الثمن ، وجوز ابن الرفعة أن يأتي فيه وجه بالجزم
بالصحة ، كما هو وجه أيضا فيما إذا قال : بعثك هذا بدرهم ،
وأجرتك هذا بآخر ، فقال المخاطب : قبلتهما نظرا الى الجمع في
القبول .

(الصورة الرابعة) أن يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع
والبستان ، قيل : يجوز لمن لم يبد الصلاح في ملكه لأجل اتحاد
البستان ، فإن طباعه واحدة ، وقد بدا الصلاح في ذلك النوع في
الجملة ، أو لا يجوز نظرا اليه في نفسه ، فيه وجهان ، وقد علمت
في الصورة الثالثة أن الصحيح عدم الصحة لأجل أفراد ما لم يبد
صلاحه بالمبيع ، والمالك الواحد ، فهنا أولى بعدم الصحة قال
الرافعي رحمه الله تعالى : وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحاد
البستان واختلاف الملك أن يكونا في التأبير كذلك ، وان لم يجز لهما
ذكر ، والظاهر أنه لا يعتبر في الموضعين اتحاد الملك .

(الصورة الخامسة) أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي ،
فمقتضى كلام الرافعي اثبات خلاف في ذلك ، ولم أره لغيره ، وكيفما
كان ، فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان
والنوع أولى .

(الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفحة ،
فيفرد النوع الذي لم يبد صلاحه من أحد البستانين ، اعتمادا على
بدو الصلاح في النوع الآخر ، من البستان الآخر الذي لم يبلغه
فمقتضى كلام الرافعي اثبات خلاف فيه أيضا ، ولم أره ، وهو في غاية
البعد وقال الامام : انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال : الوقت وقت
بدو الصلاح ، فتجعل الثمار المبعة كأنها مزهية ، هذا لا قائل به ،

وكأنه أوجب للرافعي ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر ،
والله أعلم .

(الصورة السابعة) أن يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد
البنواقي ، وقد تقدم ذكرها في آخر الصورة الثانية ، فهذه سبع
صور ، وقبلها صورتان وإذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير
تسعا .

(واعلم) أن الصور الممكنة من الاختلاف في ذلك ست عشرة هذه
التسع المذكورة ، وسبع أخرى ، وهي العاشرة (الأولى) أن يتحد
الجميع (الثانية) أن يختلف الجنس (الثالثة) أن يختلف النوع
(الرابعة) أن يختلف البستان (الخامسة) أن تختلف الصفقة
(السادسة) أن يختلف الملك (السابعة) أن يختلف النوع والبستان ،
وهذه السبع تقدمت .

(الثامنة) أن يختلف النوع والصفقة ، فيبيع صاحب البستان نوعا
لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر عنده ،
وقد تقدم أن الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية ،
فهنا أولى ولا يبعد أن يجرى فيها خلاف اذا جعلنا النوعين كالنوع
الواحد واطلاقهم يقتضى ذلك ، لكن الفورانى جزم بأنه لا يكون حكمه
حكم المؤبر ، وكذلك يقتضيه كلام الغزالي فى البسيط ، وقد تقدم
فى التأبير بحث فى اثبات الخلاف فينظر هناك .

(التاسعة) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة ، كما اذا باع
عن نفسه نوعا ، وعن موكله نوعا فى بستان واحد بدا صلاح أحدهما ،
ولم يبد صلاح الآخر ، وقلنا : ان الصفقة لا تتعدد ، وفرعنا على
أن مثل هذا مبيع يصح فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على
ان الصفقة واحدة أو لا ، اعتمادا على تعدد الملك ؟ لم أر فيه نقلا .

(العاشرة) أن يختلف البستان والصفقة ، فيفرد الشخص من
بستان له بيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح فى ذلك
النوع من بستان له آخر وقد تقدم .

(الحادية عشرة) أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن

نفسه نوعا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر ،
وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر ، وفرعنا على صحة مثل هذا
البيع ، فلم أر في ذلك نقلا .

(الثانية عشرة) أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه
اعتمادا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان ،
ولم أر فيه نقلا .

(الثالثة عشرة) أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفسرد
نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره فان
صح ما تقدم عن الرافعي في أفراد أحد البستانين فلا يبعد أن يأتي في
هذه الصورة أيضا خلاف والصحيح المنع .

(الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا
اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من ملك غيره في ذلك البستان
ولا يبعد مجيء خلاف فيه والصحيح المنع .

(الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة .

(السادسة عشرة) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ، ولم أر
فيهما نقلا ، ولا يخفى تخريجهما على ما تقدم ، والله أعلم . والمذهب
في جميع هذه الصور عدم التبعية الا فيما اذا اتحد الجميع ، فيصح
بلا خلاف ، أو اختلف النوع فقط ، وفي التصحيح خلاف كما تقدم ،
وبقية الصور كلها لا بد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه اما جزما أو
على المذهب ، والله أعلم .

(فائدة) النظر في هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة ؟
أو لسر التمييز ؟ كلام الجمهور يقتضى الأول ، ولا فرق في جميع
ما ذكرناه بين الثمار والزروع وان كان كثير من الأصحاب اذا تكلموا
انما يذكرون البستان والثمار ، فليس الا على جهة ذكر بعض أفراد
المسألة ، وممن صرح بذلك صاحب التتمة ، قال : انه اذا اشئت
بعض السنابل كان كالثمار اذا بدا الصلاح في بعضها ، لكنه فرض
ذلك فيما اذا تسنبل جميع الحب والظاهر أن ذلك منه ليس على سبيل
الاشتراط ، فانه لو تسنبل بعض الحب واشئت ، وبعضه الى الآن

بقل ، فقياس المذهب أن يبيع ، ويحتمل أن يقال : يجري فيه الخلاف فيما إذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع .

ولو باع البطيخ على أصوله بعد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمار ، حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الأرض التي زرع فيها البطيخ وباع الجميع جاز ، ويدخل في العقد كل ما هو موجود من ثمرة ، ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار ، قاله صاحب التتمة .

ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق في الأرض لاستتاره وجهالته ، ويخالف الغائب لأنه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقطع ، وذلك عيب فيه ، قاله في التتمة وغيرها ، وقد تقدم ويصح بيع القبيط^(١) في الأرض بشرط القطع ، ان لم يكن بلغ الحد الذي يقصد تناوله فيه ، وان بلغه فيجوز مطلقا ، وبشرط التبقية ، ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والبادنجان ، لأن ما هو المقصود منه ظاهر ، وانما المستتر بالأرض عزوقه وهي غير مقصودة ، قاله في التتمة . والسلجم ان كان معظم منه ظاهرا فكالقبيط ، وان كان في الأرض فكالفجل والسلق ، قاله في التتمة أيضا .

(فرع) اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والبادنجان وما أشبه ذلك منفردا عن الأصل - نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها - لم يجز الا بشرط القطع ، وان كان بعد بدو الصلاح في بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس في ذلك القداح من غير شرط القطع ، لأنه في معنى ثمرة الشجرة فكان حكمه في ذلك حكمها ، قاله في الاستقصاء .

(فرع) ولا يجوز في شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة ، أو الورد وما يظهر بعد ذلك في سنته ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال مالك : يجوز .

(١) كذا في هذا الفصل مكررا وأخاله القبيط وهو لفظ نبطي معرب ويسميه العامة الكربيت .
(المظني)

(فرع) لا خلاف أنه لا بد من وجود الصلاح في شيء ، وقول الغزالي : اتفقوا على أن وقت بدو الصلاح كاف ، محمول على ذلك ، وكذلك المراد في إقامة وقت التأبير مقام التأبير ، ونبتت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت أنه لا يشترط وجود الصلاح بعد حضور وقته . ولا قائل به ، وإنما أطلق الغزالي هذه العبارة . لأن العادة أن الوقت إذا حضر فلا بد أن يوجد في بعض ، والله أعلم .

(فرع) إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح في أحدهما قال العبدري : فإنه لا يكون صلاحا في الآخر . ويصح افراد هذا بالبيع دون الآخر . لا يختلف المذهب فيه . هذا قول العبدري في الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله في النخل . فان كان عنده أن النخل أيضا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم ، وإن كان هذا في الزرع بخصوصه فيحتاج الى فرق ، والله أعلم .

(فرع) وقد نفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأبير . ويجعل ذلك بمثابة التأبير نفسه . ومعنى ذلك أنه إذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأبير في الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلا فهذا أم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك في بدو الصلاح ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا ابتاع زرا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أو ان الحصاد والجذاز ، لأن المادة فيها تركها الى الحصاد والجذاز ، فلم يكلف نقله قبله ، كما نقول فيمن اشترى متاعا بالليل : انه لا يكلف نقله الا بالنهار ، فان احتاجت الثمرة أو الزرع الى السقى لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاز والحصاد ، وذلك لا يحصل الا بالسقى فلزمه) .

(الشرح) اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية الى أو ان الحصاد في الزروع ، والجذاز في الثمرة والمخالف في هذه المسألة أبو حنيفة رضى الله عنه ، لأنه يقول : يبيع الثمرة مطلقا ينزل

على القطع ، ويجب قطعها في الحال ، وقد تقدم الكلام معه قريبا ، فأغنى عن اعادته وبيننا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا أن موجب الشرع تفريغ ملك البائع ، وأجاب أصحابنا بأن أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا في النهار ، وأما السقي فجمهور جماعات الأصحاب أوجبوه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات .

وقال القاضي حسين : فيه وجهان (أحدهما) على المشتري لأن الثمرة له (والثاني) على البائع لأنه متصل بملكه ، قال : ويمكن أن يقال : فيه وجهان بناء على ما لو أصابتها جائحة بعد التسليم (ان قلنا :) يتلف من ضمان المشتري فالسقي عليه ، وان قلنا : من ضمان البائع فالسقي عليه .

(قلت :) وكذلك الثمائي في الحلية حكى الوجهين في وجوب السقي على البائع وجعل أصلهما القولين في وضع الجوائح لكن المذهب الجديد أنها من ضمان المشتري والمذهب أن السقي على البائع ، وهو من جملة ما يستدل به للقديم ، كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى ، وقد أطلق الأصحاب وجوب السقي فينبغي أن يكون ذلك اذا باعها مطلقا أو بشرط التقبئية (أما) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ، ويؤيد ذلك أنهم في وضع الجوائح هكوا طريقة قاطمة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع أنها من ضمان المشتري ، قالوا : اذ لا يجب السقي عن البائع هنا ، فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على أنه محل وفاق ، لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطمة بأنها من ضمان البائع ، وطريقة وهي الأظهر عند الرافعي أنها على القولين ، فيحتمل أن يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقي أيضا وهو بعيد ، لأنه لم يلتزم له الابقاء ، فينبغي أن تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقي ، ويتعين القطع بهذا لأنه له المطالبة بالقطع ، فكيف نوجب عليه السقي ؟ الا أن يقال : انه يجب عليه السقي في مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد ، لأنه من تنمة التسليم ، وهذا بعيد أيضا كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه

لا يجب على البائع في مدة طلبه بالتسليم القيام به ، ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه في مسألة وضع الجوائح .

(فرع) الى متى ينتهى الزمان الذى يجب فيه السقى ؟
يجىء من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما ما سنحكيه في مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحها) أنه الى أوان الجذاذ (والثانى) يتأخر بعد ذلك زمانا لا ينسب المشتري فيه الى توان بترك الثمار على الأشجار (والثالث) بنفس الجذاذ ، وهذا لم يصرحوا به فى السقى ، ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضى حسين فى وضع الجوائح ، وسيأتى ذلك مبينا هناك .

(فرع) لو شرط السقى على المشتري بطل البيع لأن السقى مجهول ، نص عليه الشافعى والأصحاب وعلة بعضهم بأن السقى مجهول ، وعن القاضى أبى حامد أنه ولو كان معلوما أبطلناه أيضا من قبل أنه يبيع وأجارة فى أولى قوليه (قلت :) وهذه علة الشافعى رحمه الله تعالى ، قال الخوارزمى : والجذاذ على المشتري على الأصح (قلت :) وما أشار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذى سنذكره فى نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ ؟ (ان قلنا) بالأول فعلى المشتري (وان قلنا) بالثانى فعلى البائع ؟ لأنها لا تصير مسلمة الابنه .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد فى السلسلة : اذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادى ، فان ضرر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها ، وان لم يكن على الأشجار ضرر فى التبقية ولا للثمار نفع فى التبقية ، ولا ضرر على الثمار بالقطع ، ولو تركت على الأشجار لم تزد على حالها ، ولو قطعت لم ينقص القطع شيئا من قيمتها فطالب البائع المشتري بقطعها ، فهل يجبر على القطع ؟ فعلى قولين يبنين على ما اذا أسلم فى شيء الى أجل معلوم ، فجاء به قبل المحل ، وليس فى قبضة مزية ، فهل يجبر على قبوله ؟ فعلى قولين :

(فان قلنا :) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشتري على قطع الثمرة هنا ، والا فيجبر . وهذا محمول على ما اذا حصلت هذه الحالة قبل أوان الجذاذ ، وعلى ما اذا علم عدم عود الماء وعدم

الانتفاع بالماء (أما) إذا توقع النفع فلا يجبر المشتري على القطع ومن هنا أيضا نأخذ أن مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارا للمشتري ، وأن ما سيأتي من كلام الصيدلاني في ذلك محمول على ما إذا كان الانقطاع يحصل به ضرر ، وقد تقدم من كلام الامام فيما إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع .

(فرع) قريب من هذا فيما إذا أصابت الثمار آفة بحيث لا نمو أو لا فائدة في تبقيتها ، هل للبائع تبقيتها ؟ .
(فرع) باع الجمد في الجمد ، وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح ، ويسلم بحسب الامكان ، وفيه وجه أنه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمد منه ، كل يوم وقرا أو وقرين أو ثلاثة ، قال القاضي حسين : (والصحيح) الأول . وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين ، وقال للخوارزمي : (الأصح) عندي أنه لا يجب تفريغها في الحال ، بل على مر الأيام عادة تفريغ الجماد فعلى ما قاله القاضي حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف ، قال القاضي : وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه في موضع البيع ، ولا يلزمه حمله الى بيته ، وان كانت العادة قد تقضى بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى ففيه قولان (أحدهما) يفسخ البيع ، وهو الصحيح لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد ، فان البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله ، فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله ، واذا تعذر تسليم العقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع (والثاني) لا يفسخ ، لأن المبيع باق ، وانما انضاف اليه زيادة قصار كما لو باع عبدا فسنم ، أو شجرة شكبرت . فان قلنا : لا يفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد . وان لم تسمح فسخ العقد) .

(الشرح) هذا الفصل معتود لحكم اختلاط الثمار ، والحق به ما في معناه من اختلاط المبيع بغيره . وذلك على مراتب (المرتبة الأولى) وعليها اقتصر في هذه القطعة من كلام المصنف . أن تكون

الثمرة مبيعة فتختلط بغيرها ، وذلك أما فيما يحمل حملين ،
 وأما فيما يحمل حملا واحدا وكان قد اشترى ما ظهر منها . أما
 بعد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطع - ولم يتفق القطع -
 ثم حدث ثمرة أخرى فان الثمرة الحادثة لصاحب الأصل ، فاذا
 كان ذلك قبل أن يلقط المشتري ثمرة واختلطت الحادثة بالثمرة
 المبيعة . فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نجوهما . فان للمشتري
 المتقدمة والبائع الحادثة . نص عليه الشافعي والأصحاب رضى الله
 عنهم من العراقيين والخراسانيين .

وان لم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها
 حنطة أخرى . وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما أشبه
 ذلك ، ففيه قولان . اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) يفسخ
 البيع ، لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع
 عليه ، وأما التسليم في ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه ، ولو سمح
 به لا يجبر المشتري على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه ،
 وعين أخرى . واذا ثبت أن المشتري لا يجبر المتاع على القبض نقول :
 البيع باطل ، وهذا القول منقول عن نصه في الأم والاملاء على
 مسائل مالك رحمه الله ، فلو قال البائع : انما أسمح بحقي فلا أثر
 لذلك على هذا القول (والقول الثاني) نقله الربيع وهو اختيار المزني :
 انه لا يفسخ ، وقال الغزالي والرافعي في المحرر : انه الأظهر .
 وكذلك الجرجاني ، لما ذكره المصنف ولأن الاختلاط بمنزلة العيب ،
 فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشتري .

قال هؤلاء : والتسليم غير متعذر ، فانه يقبضه أكمل ما كان ،
 كما لو أسلم في طعام جيد فأعطى أجود مما ذكره ، وأردأ منه ، ومع
 ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم في العين المضمومة
 الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد ، وقد قال
 المصنف رحمه الله : ان الصحيح الأول ، وكذلك قال القاضي أبو الطيب
 والشاشي وابن أبي عصرون ، وعن صاحب التقریب حكاية قول ثالث
 أن العقد لا يفسخ ولا خيار ، ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط
 بعده ، واستبعده الامام ، وحكاه الجوري عن أبي سلمة والروزي ،
 وحكى الروياني طريقة أنه في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع

قولاً واحداً ، لأن الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار
قال : وهذا أوضح .

(واعلم) أن ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضى أن التسليم
لم يوجد ، ومن المعلوم أن القبض في الثمار بالتخلية ، لكن وإن
قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام ، فإن البائع يجب عليه سقيها
على المشهور من الذهب ، فالتسليم التام إنما هو حين الجذاذ ،
ونسبه جماعة من الأصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعتراض عن النقل
فيما إذا اشترى دابة ونعلها ، ثم اطلع على عيب قال الامام : ومسألة
النفصل ليست خالية عن خلاف ، وهذه التي نحن فيها أولى بالخلاف
من تلك ، فإن الزام المشتري بطوق منه البائع فيه بعد . وفي هبة
المجهول غوائل . فالسألة اذن مختلف فيها فإن أجبرنا المشتري سقط
خياره والافهو على تخيره .

وقد حكى الروياني فيما اذا انثالت حنطة على الحنطة المبيعة ،
وسلم البائع الكل الى المشتري وجهين في اجبار المشتري على القبول .
وفيه تصريح بمساعدة الامام ، لكنه لم يحك خلافاً في مسألة الثمرة .
ومع حكايته الوجهين في الاجبار في مسألة الحنطة قال : انه لا خيار
للمشتري . وهذا كلام متيح . والصواب أنا اذا لم نجبر المشتري
على القبول فخياره باق ، وانه لا فرق في ذلك بين الثمار والحنطة .
وقد صرح الامام في باب الخراج بالضمان بالوجهين في الاجبار في
هبة الضمان . وقال : ان الأقبس عدم الاجبار على القبول . وحكى
الرافعي رحمه الله تعالى الوجهين هنا ، وقال : ان الأصح سقوط خيار
المشتري كما في مسألة النقل .

وقول المصنف في الثمرة : فلم يأخذ . وفي الحنطة : فلم يقبض .
له معنى أنه عليه عن قرب . وقوله : حتى انثالت عليها حنطة أخرى
هو باطلاقه شامل لما اذا كانا معلومي القدر أو لا . لكن صورة
المسألة فيما اذا لم يكونا معلومي القدر على ما سيأتى التنبيه
عليه في فرع عن الماوردي . وقول المصنف رحمه الله تعالى : فإن
قلنا : لا يفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد ، وأجبرنا
المشتري على القبول . كذلك صرح به الأصحاب الشيخ أبو حامد
والقاضي أبو الطيب وغيرهما . وقد تقدم عن الامام ما فيه .

(وقوله :) وأن لم يسمح البائع فسخ العقد . أى يفسخه الحاكم بينهما . كذلك صرح به الأصحاب . منهم المسوردي والقاضي أبو الطيب . ولا يقال للمشتري هنا : أنكر تسليم المبيع والتمن جميعا الى البائع ، لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من الفسخ عند امتناع البائع كالمتفق عليه بين الأصحاب على هذا القول وفي تعليق القاضي حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعي . وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقريب .

(فرع) لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا ، فان اصطلحا على شيء كان القول قول من الشيء في يده في قدر ما لصاحبه . قال أبو اسحاق : وصورته أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاختلف . وأما في مسألة الثمرة فالقولان جاريان ، سواء اختلفت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله . وقال المزنى رحمه الله تعالى : انما القولان في المسألتين قبل القبض . فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولاً واحداً ، وغلطه الشيخ أبو حامد ، وفرق هو والأصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقد والثمرة — ان قلنا بالقول الجديد : انها من ضمانه — فان كمال القبض فيها على البائع ، بدليل أن عليه السقى ، وبدليل أنها لو عطشت كان للمشتري الخيار .

(قلت :) ولهذا المعنى قال المصنف في الثمرة ، فلم يأخذ ، وفي الحنطة : فلم يقبض ، فلم يأت في الثمرة بلفظ القبض ، بل بلفظ الأخذ ، والمراد به أخذها من على الشجرة ، وأما القبض فمتقدم على ذلك وان اختلفت الثمار بعد الجذاذ أو في الجرين ، أو غيره لم يفسخ قولاً واحداً ، وانما القولان بعد التخلية ، لأن القبض لم يستقر ، ألا ترى أن الثمرة اذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقى كان للمشتري ردها بالعيب ، قاله القاضي أبو الطيب وغيره ، وهذا جنهم بنساء على الصحيح المشهور أنه يجب على البائع السقى ، وقد حكى القاضي حسين — رحمه الله — فيه وجهين ، وبناهما على أن الحاجة من ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري ، وهو غريب في النقل . ومثله في الغرابة ما ارتضاه الامام والغزالي من أن الاختلاط في الثمار بعد التخلية مبني على وضع الجوائح .

(فان قلنا) توضع كما كان قبل القبض ، والألفيتفاضلان بالخصومة أو الإصلاح ، فعلى ذلك لا يأتي على الجديد الا أن البيع صحيح قولاً واحداً كما ذهب إليه المزني ، وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون ، فقد تلخص في اختلاط الثمار أنه ان كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الروياني في الحنطة أن يقال هنا : انه يبطل قولاً واحداً . وان كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعاً وان كان بعد التخلية وقبل الأخذ فالشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين قبل التخلية ، واختار المزني والامام والغزالي على الجديد أنه كما بعد الجذاذ ، فالمنصف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهي الصحيحة ومن اختارها القاضي حسين من الخراسانيين ، وقد أغرب المتولي فحكى في كتاب الرهن أنه لا فرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده ، وهذا ضعيف جداً ، ويلزمه طرد ذلك في الثمار بعد الجذاذ .

(فرع) لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها إليه جزافاً ثم اختلطت بحنطة للبائع ، قال القاضي حسين : يخرج على القولين .

(فائدة) اذا انتهى الأمر الى الخصومة وقبول قول ذي اليد قال الامام : سبيله في الخصومة أن لا يتعرض لبيع ، فانه اذا ادعى بيعاً في الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الى اختلاف المتبايعين في قدر البيع .

(فرع) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشتري أو لهما ؟ ثلاثة أوجه نقلها الامام . قال ابن أبي الدم : ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار في يد واحد فالقول قوله (وان قلنا :) انها في يدهما فلم يذكر الامام ولا الغزالي ما يقتضيه هذا الوجه ، ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ، ولكل منهما تحليف صاحبه ، وفي كفيته وجهان كالوجهين في عين في يد رجلين كل منهما يدعى جميعها (أحدهما) يحلف على استحقاقه النصف الذي يسلم إليه (والثاني) على استحقاقه الكل والأول أصح . وهذه المسألة مذكورة في الدعوى .

(فرع) قد تقدم حكاية الخلاف في الصحيح في هذه المسألة ،
وأن الغزالي والرافعي قالوا : ان الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر ،
لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التي يغلب تلاحقها أن البيع
لا يصح فان كان التلاحق الطارئ غير مانع من التسليم بل هو عيب ،
فينبغي أن لا يبطل في صورة العلم بطريانه ، وان كان مانعا من التسليم
فينبغي اذا طرأ قبل القبض أن يفسخ العقد كلف المبيع .

(فرع) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع :
ان سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف ، وهكذا هو في مختصر
المزني ، وقال : ان البائع بالخيار ، والغزالي والرافعي لم يذكر
ذلك ، وانما قالوا : انه يثبت للمشتري الخيار ، قال الرافعي : فان
قال البائع : أسمح ففى سقوط خيار المشتري وجهان ، والمفهوم من
اثبات الخيار للمشتري أنه اذا لم يسمح البائع ، فالمشتري يفسخ ،
وقد قدمت عن أبي الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم ، وأيضا قياس
قول الرافعي : ان ذلك من باب العيوب ، فيكون على الفور الا أن
يسقطه البائع بترك حقه ، فلو لم يفعل وأخر المشتري الفسخ سقط
حقه ، وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب .

(فائدة) قال الامام : ولو أعترفا — والاختلاط بعد القبض —
بالالتباس ، ورضيا بأن لا يفسخ العقد ، رجع الكلام الى الوقف
والاصطلاح ، فقلوه : ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة اليه ،
لأنه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ ، وان كان بعد القبض
بالتخلية فعنده كذلك ، وانما يأتي هذا الكلام عند الأصحاب على
أحد القولين بعد التخلية اذا قلنا بعدم الانفساخ ، فحينئذ اذا رضيا
بأن لا يفسخ العقد يرجع الأمر الى الاصطلاح كما بعد القبض .

(فرع) هكذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره اذا بلغ
نهايته لم يحتج الى شرط القطع ، ولو كان البعض صغارا والبعض
كبارا فانه يترك حتى يتلاحق ، فان كان الكل صغارا لم يجز الا بشرط
القطع ، فلو باع في الحالتين ثم ظهر شيء آخر واختلط بالمبيع جرى
القولان ، وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثاء والخيار ، وكل
ما له حمل بعد حمل ، على ما ذكره المزني والأصحاب ، فلو كان
المبيع شجر الباذنجان فسيأتي في الفصل الذي بعد هذا .

(فرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف ، لو اختلط الطعام
 المبيع بغيره قبل القبض ، وكان أحدهما معلوم القدر ، وذلك بأحد
 ثلاثة أوجه (اما) أن يكون كل منهما معلوم الكيل (واما) أن يكون
 المبيع منهما معلوما ، فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع
 (واما) أن يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس
 بمبيع قدر المبيع . فاذا كان المبيع معلوم القدر بأحد هذه الوجوه
 الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر ، وتميز القدر يمنع من
 الجهل ، وهو أقوى المقصودين ، فصح البيع واختلاط العين معير
 للصفة مع تفاوت الأجزاء ، فصار عيبا يوجب الخيار ، فوجب أن
 يكون البيع جائزا ، وللشترى الخيار ، فان فسخ رجع بالثمن ،
 وان أقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين .

وان كان الطعامان متماثلتي القيمة تقاسماه كيلا ، وان كان مختلف
 القيمة بيع ، وكأنا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين الا أن
 يتراضيا بنقسة ذلك كيلا ، على الحصص دون القيمة فيجوز . ذكر
 هذا الفرع يكمله الماوردي ، وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف
 في الانفساخ ، انما يكون عند الجهل بالمقدار ، ولذلك قيدت كلام
 المصنف ، فانه مطلق ، والله أعلم . وكذلك كلام كثير من المصنفين
 وأما الثمار فلا تكون الا مجهولة المقدار ، والله أعلم .

(فرع) قد تقدم أنه اذا كان اختلاط الطعام بعد القبض
 لا يفسخ العقد ، والعقد صحيح بحاله ، وكذلك الثمرة اذا
 كان بعد الجذاذ ، فان كان قدر الطعام أو الثمرة معلوما بأحد
 الأوجه التي مضت تقاسماه على ما تقدم ، وان كان قدر الطعام
 مجهولا والفرض أنه بعد القبض فلا يفسخ العقد ، وان تراضيا
 على شيء ، وانفق عليه جاز ، واقتسماه على ذلك . وان اختلفا
 فان كانت صبرة المشتري قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول
 البائع في قدر ما له مع يمينه ، لأن اليد له . وان كانت صبرة البائع
 انثالت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله من مال
 البائع مع يمينه وقال الزنى : القول قول البائع . لأن يده قد كانت
 على الطعامين معا . وكان أعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد .

قال الماوردي : وهذا خطأ . لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت :) والصواب ما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصراً . وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني أن تكون اليد للبائع . فقد تكون صبرته في يد غيره ، والله أعلم .

(فرع) لو صدر الغلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رضي الله عنه في الأم .

(فرع) قال القاضي حسين : ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها يبنين على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض ، لا خلاف أنه يفسخ العقد ولأي معنى يفسخ ؟ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثاني) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالأول انفسخ العقد ههنا (والا) فلا ، لأنه يمكنه تسليم الكل . قال : ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) إذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر يفسخ العقد لوجود المعنيين . وان وقعت في واد ، ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض ، أو حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع . ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) إذا باع عبداً فأبق قبل القبض ، عامة أصحابنا على أن البيع لا يفسخ . وقال أبو يعقوب الأبيوري : كل يفسخ ، قال القاضي : ويمكن تخريجه على المعنيين . وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض .

(قلت :) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه . فإنه ان أريد به تسليم المبيع وهذه متميزا فهو متعذر ، ومأيوس منه . وان أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مأيوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قال الروياني في البحر : انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز فالمذهب أنه يبطل البيع . قال : وتفارق الحنطة لأن هناك الاشاعة لم تمنع البيع ، وههنا الائتمابه مانع من العقد . وقيل : لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت

شأنه بقطيع لآسان . قال : وهذا لا يضح لأن الشرط في القبض أن يتسلط به على المقبوض . ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة .

(قلت :) قوله : المذهب أنه يبطل البيع ، ان أراد الترجيح في الجملة ، فالحنطة والتمررة كذلك ، وان أراد أنه يبطل قطعاً بخلاف الحنطة والتمررة لما لحظه من معنى الاشاعة والاستباه فقد يقال : ان ذلك لا يستقيم ، لأن الخلط هنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله في باب الفلس وغيره لكان المذهب هنا أنه لا يفسخ العقد بالاختلاط ، لأن المذهب هناك أنه يصير مشتركاً ، وأيضا فكان يفصل هنا بين أن يكون الخلط بالمثل والأردأ أو بالوجود ، كما هو مفصل هناك ، لكن المذهب هنا أنه يفسخ العقد ، ولم يفصل أحد بين أن يكون الخلط بالأجود أو بالمثل ، فدل على الفرق بين البابين وأن الخلط انما يقتضى الاشاعة اذا كان بعد القبض ، أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر ، فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة .

وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفلس أن البائع لا يرجع في المبيع اذا خلط مطلقا وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ، ولو كان قول الاشاعة ملاحظا في مسألة اختلاط التمررة والحنطة ، لكنا نقسم ذلك بين البائع والمشتري ، ولم يقل به أحد هنا فيما أعلم ، وانما القائل بعدم الانفساخ يقول بالتخيير ، نعم معنى الاشاعة يجب أن يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض في الحنطة وبعد الجذاذ في التمررة ، وكذلك على القول الذي حكاه الامام عن صاحب التقريب ، وان كان لم يتعرض للاشاعة ، ولا ينافي ذلك ما تقدم عن الأصحاب من فصل الخصومة ، لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذي لكل منهما يصير مشتركاً كما تقدم عن السوردي فيما اذا كان المقدار معلوما ، ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور في غير ذلك من الأبواب ، وفي المثليات بحكم الاشاعة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى في باب الفلس والغصب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز ، ففيه طريقان ، قال أبو علي ابن خيران وأبو علي الطبري لا يفسخ العقد قولا واحدا ، بل يقال : ان سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير مبيضة فلم يفسخ البيع كما لو اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري ، فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لا يفسخ في الدار قال المزني وأكثر أصحابنا : انها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع . وان اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولا واحدا بل يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح ففسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره ، وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر أو هزلا فسمن (الثاني) وهو الصحيح أنه على قولين (أحدهما) لا يفسخ البيع (والثاني) يفسخ ويخالف السمن والكبر في العبد فان تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم [العبد] (١) مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما) .

(الشرح) فيه مسألتان هما من بنية المراتب التي تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط (أحدهما) وهي المرتبة الثانية اذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة في البيع من الثمرة حمل . اذا اشترى شجرة وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبرا أو ما في معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز وذلك انما يكون فيما يحمل حملين ، أما ما يحمل مرة في العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شيء مؤبر كان جميع ثمرة

(١) في شوق ما بين المعقوفين (العقد) والصواب ما ههنا (ظ)

ذلك العام للبائع . اذا عرف ذلك قال الأصحاب : فان كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع ، والحمل الحادث للمشتري لأنه حدث في ملكه وان لم يتميز فقد نقل المزني عن الشافعي قولين كما تقدم في المرتبة الأولى واختلف الأصحاب في ذلك على طريقتين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى .

(احدهما) طريقة ابن خيران وأبي على الطبري في الافصاح القطع بعدم الانفساخ . ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لا تعرف للشافعي رحمه الله تعالى ، ولا نص عليها ، ولا تجيء على مذهبه أيضا ، بل البيع صحيح بكل حال ، قال : وقد نكت ابن خيران وما قصر ، وهذا الكلام من الشيخ أبي حامد فيه ميل إلى ما قاله ابن خيران وكذلك المساوردي قال : ان ما قاله ابن خيران أصح جوابا وتعليلا ، وان كان نقل المزني صحيحا ، قال : والاذعان للحق أولى من نصرة ماسواه .

وقال القاضي أبو الطيب عن ابن خيران والطبري : انهما قالا : ان الذي في مختصر المزني نقله في الأم فوق الغلط في النقل من مسألة بيع الثمرة إلى مسألة بيع الأصول ، واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس في المبيع ، فصار كما لو اشترى رجل ثمرا وتجددت شمار في يد البائع وتعييت الثمار والمبيع في يد البائع فلا خيار بعيب الثمار ، قال الامام : وهذا القياس الذي لا يسوغ غيره وممن صح هذه الطريقة الخوارزمي في الكافي .

(الطريقة الثانية :) وبها قال المزني وأبو اسحاق المروزي ، ونسبها القاضي أبو الطيب كما نسبها المصنف إلى أكثر أصحابنا أنها على القولين ، قال هؤلاء : ونحن وان لم نعلم نصه عليها فان المزني ثقة فيما نقله عنه ، وفي المسألة ما لا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) أن فيها يقال للمبتاع أتسمح ؟ فان سمح والاقيل للبائع أتسمح ؟ فهولاء أن المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح أن يقال لكل منهما : أتسمح ؟ (والثاني) أنه قال : تكون الخارجة للبائع ، والحادثة للمشتري ، فدل على أن المعقود عليه هو الشجر ، ثم المعنى يدل على ذلك فان المعقود عليه وان كان هو الشجر فان

المقصود منها الثمرة ، فاذا اختلطت الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع ، فهو كما لو اختلط المبيع بغيره ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا قريب ، غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالأصالة فلا معنى لقول هذا القائل : أن فيها ما لا يحتمل التأويل .

(قلت :) المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل ، وأما اسقاط ابن خيران فيجاب عنه بأن المزني ثقة ، وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق الا أن تقول ان المزني أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى ، فانه ينفي الجزم بخطئها ، واعلم أن هؤلاء الأئمة على جلالتهم واطلاعهم بين منكر لما نقله المزني ومقلد له فيه ، وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل الا بتعسف عظيم ، فانه قال في آخر باب ثمر الحائط يباع أصله ، وما أثمر في السنة مرارا فبيع وفيه ثمرة فهي للبائع وحدها ، فاذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشتري الأصل ، وصنف من الثمرة ما كان يخرج منه الشيء بعد الشيء ، حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع ، وهو في شجره فكان للبائع ما لم تقع عليه صفقة البيع ، وكان للمشتري ما حدث .

فان اختلط ما اشترى بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان (أحدهما) لا يجوز البيع فيه الا بأن يسلم البائع للمشتري الثمرة كلها ، فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشتري له هذه الثمرة ، فيكون قد ترك له حقه .

(والقول الثاني) أنه يفسد البيع من قبل أنه - وان وقع صحيحا - فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذي وقعت عليه صفقة البيع مما لم يقع عليه ، وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما اذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الأغصان ولم تبرز الثمرة فاشترط البائع لنفسه تلك الأغصان ، فانه كالثمرة غير المؤبرة اذا شرطها البائع لنفسه ، فيشترط فيها القطع على النص ، فيصح أن يقال : ان المبيع قد اختلط بغيره ، وهذا تكلف بعيد ، وقد أحسن المحاملي فاعتترف بأن الشافعي رحمه الله تعالى نص على القولين في الأمام ، ورد على ابن خيران مذهبا وحجاجا ، وذكر الامام عن القائلين بهذه

الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحددة في يد البائع ، بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الأشجار ، وعلى البائع في الجملة تخلية المبيع للمشتري ، فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه ، وقرب ذلك من نقل الأحجار المودعة في الأرض ، ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الأمتعة .

وفي البصر أن ابن خيران تأول ما نقله المزني على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ، ثم اشترى المشتري ثانيا الثمرة . ثم ظهرت الحادثة فاختلفت بها . وهنا يختلط المبيع بغير المبيع . فهي مسألة القولين . وغلطه في هذا التأويل بأن هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع الا أن كله للمشتري ، واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر في البيع أصلا ، والله أعلم .

(فائدة) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر في سنة واحدة الا التين ، فإنه يحمل النوروذى ثم يحمل بعده في الوقت . وقد قال غيره : ان الفارنج والأترج والزنج أيضا يحمل حملين ، وقد بلغني عن نوع من التفاح والبادنجان والبطيخ والقتاء ونحوها كالتين ، وأجاب الأصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما في ثمرة النخل ، حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة في النضل أنه يحمل حملا واحدا ، فإذا كان بعض حملة للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له ، والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر فالثاني كثرة النخل في العام القابل .

(قلت) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجر بعينه ، ولا نقول في ثمرة النخل مطلقا أن ثمرة العام كلها للبائع ، فقد ورد أن نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل في السنة مرتين بدعوة النبي صلى الله عليه وسلم له . فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة . فإذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثاني الأول . وان كانت عبارة الشافعي التي قدمتها تقتضى اعتبار العام فينبغي أن يقول : على ذلك سؤال قال الأصحاب : (ان قيل) هلا قلتم : الحمل الثاني تابع للأول ؟ كما اذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع الحادث للبائع تبعا للموجود ؟ (فالجواب) ان في الطلع وجهين

والفرق أن الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود ، لأنه ليس له
الا حمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه • وليس كذلك الحمل
الثانى مع الحمل الأول •

(فرع) قال المتولى فى هذه المسألة : ان عدم الانفساخ هو
الصحيح يعنى من طريقة القولين وفى مسألة اختلاط الثمار المبيعة
بغيرها لم يصحح شيئا والذى صححه ابن أبى عمرو فى هذه المسألة
من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك فى مسألة اختلاط
الثمار المبيعة •

(فرع) اذا قلنا : يفسخ العقد فلا تفريع عليه (وان قلنا :)
لا يفسخ • قال القاضى أبو الطيب : فمن سمح منهما أجبر الآخر
على قبوله ، وان امتنما فسخ الحاكم بينهما ، كذلك قال القاضى
أبو الطيب ، وهو مفهوم المصنف رحمه الله • قال الماوردى : على
ما يقتضيه مذهب ابن خيران ، ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من
المتقدمة ، والا فالقول قول صاحب اليد ، ولا يفسخ البيع لأنه لا يجعل
لما حدث تأثيرا فى البيع وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل
فى المعنى الذى لحظه ابن خيران ، لأن الاختلاط فى غير البيع لا أثر له ،
وكذلك صرح به المحاملى بعبارة تقتضى أنه منقول عن ابن خيران ،
فانه قال : وقال ابن خيران : المسألة على قول واحد أن البيع
لا يبطل ، ولكن يقال لكل منهما : اسمح بترك ثمرتك ، فان سمح أجبر
الآخر على القبول ، وان لم يسمح نظر — فان كانت الشجرة والثمرة
فى يد البائع — كان القول قوله فى قدر ما يستحقه المشتري منها ،
وان كانت فى يد المشتري فالقول قوله فى قدر ما يستحقه منها •

وكذلك الامام قال : انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار ، وربما
يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضى أبى الطيب منافاة ، ولا منافاة
بينهما ، فقد بين الرويانى ذلك ، ونقل القول بالفسخ عن نصه فى
الأم وعن ابن خيران أنه اذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من
فى يده كما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب تفريعا على القول بعدم
الانفساخ من قولى طريقة الخلاف ، وما قاله الماوردى والمحاملى
والامام تفريع على طريقة ابن خيران فقط ، فكلام أبى الطيب لا ايراد عليه

الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ ، وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولي طريقة الخلاف وكلام المصنف الايراد عليه قوى ، لأنه نقل قول ابن خيران ، وفرع عليه أنه يقال : من سمح منكما أقر العقد فأفهم أنه اذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ، ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ، ولو أقر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تفريعا على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضي أبي الطيب ، والله أعلم .

(فرع) كلام المصنف هنا مشير الى أنه لا مزية في غرض ترك الحق بين البائع والمشتري ، وكلامه في التنبيه يقتضى أنه يبدأ بالبائع وكلام الماوردي يقتضى البداية بالمشتري ، والأقرب التسوية كما أشار اليه في المذهب وأن من بدأ بالقول البائع أو المشتري ، لم يقل ذلك على أنه محتتم ، بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداية في التسليم ، فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا ، والله أعلم .

(فرع) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ما اذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع ، فانه لا يلزمه الاجابة وفيه نظر .

(المسألة الثانية) وهي المرتبة الأخرى . اذا اشترى رطبة فان اشترها بشرط القطع من أصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشتري ان اشترها بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالعت وعلت ، فقد عطف الزنى هذه على مسألة القولين ، فاختلف الأصحاب ، فمنهم من قال : البيع صحيح قولاً واحداً كما ذكره المصنف حكماً وتعليلاً ومنهم من قال : هي على قولين كالمسألة الأولى ومن ذهب الى هذا أبو اسحاق المروزي وابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والرويانى والثالثى قال الماوردي وجمهور أصحابنا : وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول ، وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الأول من الكبر والسمن بأن زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلع بسراً وما أشبه ذلك ليس بعين ، بمعنى أنه لم يزد في أطرافه ولا في

عدده ، والرطوبة اذا طاللت تفرع لها أغصان وحدثت أعيان لم تكن فهو
كالمسألة الأولى سواء .

وحسن المصنف هذا الجواب بقوله : ان تلك الزيادة لا حكم
لها ، فلم يقل انها ليست بعين ، فانها عين قطعا ولهذا احتاج الأولون
يفسرون ذلك بعدم زيادة أطرافه وعدده ، لكنها — وان كانت عينا —
فلا حكم لها ، بدليل أنه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم
عن المشاححة ، وقد يفرض طول الرطوبة من غير تفرع الأغصان ، ومما
يدل على ذلك أنه لو باع الرطوبة وطولها ذراع فأجبر في نصف طوله
قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن ، فانه لو هزل في
يد البائع لم يسقط شيء ، وقال القاضي أبو الطيب : ان الزيادة في
الربط حدثت في الأصول التي في الأرض ، فهي بمنزلة حدوث حمل
آخر من الثمرة ، وقال الماوردي : انها عين متميزة بخلاف الكبر
والسمن فانه ليس متميزا .

(واعلم) أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان
على أن الزيادة التي حصلت في الرطوبة للبائع ، وليست للمشتري ،
وكذلك قال القاضي أبو الطيب والمحاملي والشيخ أبو حامد قبلهما
والقاضي حسين ، وذكر الماوردي في حكاية الطريقة الجازمة بالصحة
أن الزيادة للمشتري لأنها لا تتميز ، فان صح ذلك ففي المسألة ثلاث
طرق ، وقال ابن أبي عصرون : ان الأصح من قولى أحد الطريقتين
الانفساخ كما ذكره في المسألتين السابقتين ، وقول المصنف : فسخ ،
أى يفسخه الحاكم ، كذلك صرح به الماوردي ، وقوله على القولين
أى القولين في اختلاط الثمرة المبيعة .

(واعلم) أن في مسألة الرطوبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة ،
يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد ، وان لم تسمح فسخ
البيع ، كما قال المصنف هناك ، ولا يقال للمشتري : ان سمحت بحقك
أقر العقد وفي مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة
بالحادثة يقال لكل منهما : ان سمحت بحقك أقر العقد والفرق أن
في المسألتين الأوليين اذا ترك المشتري حقه فاز البائع بالمعوض
والمعوض .

(فرع) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان في الخريف لا يحتاج الى شرط القطع ، والا فبشرط القطع ، فان كان عليه نور فهو للمشتري ، والا فهو للبائع كما في سائر الثمار ، ولا يدخل في مطلق العقد الا بالشرط ، فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالأول بحيث لا يتميز ففيه طريقان كما ذكرنا ، وهكذا في البطيخ والقثاء وما في معناها ، قاله القاضى حسين ، وقال الرويانى في هذا الفرع : ان باع الأصل مع الثمرة لا بد من شرط القطع ، فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقدم في كلام الامام ما يخالفه ، وقال الخوارزمى : ان باع الأصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع ، وان باع بعد خروج حملها ، فان باعها مع الحمل جاز مطلقا ، وان باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع ، والحادث للمشتري .

ومقتضى كلام القاضى حسين الذى حكيتنه أنه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح الا بشرط القطع ، بخلاف النخل ، وكذلك قال الامام والغزالي ، قال ابن الرفعة : وهو أفقه يعنى من الامام ، والمنقول الأول ، يعنى كلاما عن البندنجى وغيره يقتضى أنه يجوز مطلقا .

(فائدة) ان قلت : ما وجه تأخير هذه المرتبة عن الرتبة الثانية ، فان في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره ، فهي أشبه بالمسألة الأولى (قلت) المرتبتان الأولىان الاختلاط فيهما ظاهر ، اما اختلاط المبيع بغيره في المرتبة الأولى واما اختلاط المقصود منه بغيره في المرتبة الثانية ، وفي هذه المرتبة القائل الأول يقول : ليس فيها اختلاط ، وانما هو زيادة المبيع في نفسه . ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرطبة بكاملها . ولم يقل به أحد كما أشار اليه المصنف . فالنزاع في المرتبة الثانية في المختلط فيها . هل هو كالمختلط في المرتبة الأولى أو لا ؟ والنزاع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا ؟ فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه . ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع في كونه اختلاطا أو لا ؟ لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما في المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقى ، وانكار ما فيه ارتكاب ضرب في المجاز أو القياس . وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك . وكذلك قلت في هذه المرتبة الأخرى ، ولم أقل

الثالثة ، وذلك أن جماعة من محققي الأصحاب كأبي حامد والماوردي اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية .

ولو اشترى وديا(١) فكبر فانه للمشتري قولاً واحداً لأنها زيادة غير مميزة . قاله ابن أبي هريرة وغيره . وجعله القاضي حسين في تعليقه قاعدة عامة أنه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيراً ، فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وأنواعه فيكون الكل للمشتري ، وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين ، وفي الفتاوى المنسوبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين في انفساخ العقد ، ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضي ، وانه ينبغي أن تكون للمشتري ، ولا خيار له لأنه ملك أصلها كالثمرة ، ثم قال : ورأيت للشيخ أبي المعالي أنه ان كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشتري ، كالصنوبر والنخل ، وان كان يخلف كالقطن فقولان .

(قلت) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع أن المشتري لا يملك أصوله ، وأنها للبائع ، وقياس ذلك أن تكون الشجرة أيضاً كذلك ، وأن تكون زيادتها كاختلاط المبيع بغيره ، فيجري القولان كما اقتضاه باقي الفتاوى ، والذي قاله في للتعليقة ، وقال ابن أبي هريرة : محمول على ما اذا باع مطلقاً ، فانه فيما لا يستخلف لا يحتاج الى شروط القطع . وتكون أصوله للمشتري .

(فائدة) هذه المسألة تنبهك على أن المشتري اذا اشترى جذة من الرطوبة لا يملك منها الا الظاهر على وجه الأرض ، وقد تقدم عن الماوردي حكاية خلاف في أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذده ، وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم في هذه المسألة الا أن يكون قد عين في فرض هذه المسألة أنه لا يملك شيئاً من الباطن .

(فزرع) الزروع التي تحصد مرة واحدة اذا اشترها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة : فالزيادة للبائع ،

(١) الودي كغنى : صغار الفسيل من النخيل (ط) .

والحكم على ما ذكرنا . يعنى فى مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال :
حتى لو تسنبل تكون السنبال للبائع ، اللهم الا أن يكون اشترى الزرع
بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لأنه ملك
أصول الزرع التى منها تحصل الزيادة ، هكذا قال صاحب التتمة
(فأما) قوله : الزيادة للبائع ، والحكم كما فى مسألة الاختلاط فهو
مخالف لما تقدم عن الامام أنها للمشتري بالاتفاق .

(وأما) قوله : حتى لو تسنبل تكون السنبال للبائع ، ففيه نظر
لأن السنبال ليست حادثة من خاص ملكه ، بل هى منها على رأيه
وجعلها للمشتري أقرب (وأما) قوله : اللهم الى آخره فهكذا وجدته
فى النسخة ، والظاهر أنه غلط (والصواب) القلع باللام ، وعلى هذا
يصح ، فانه اذا اشترى بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه ،
فكل ما حدث منه كان للمشتري ، لأنه زيادة ملكه ، والله أعلم . وقد
صرح صاحب التهذيب بأنه اذا باع القرط بشرط القلع فلم يقلع حتى
ازداد يكون ما حدث للمشتري ، لأنه ملك أصله . وقد تقدم التنبيه
على ذلك أول المسألة .

(فرع) اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى
وغيرهما أنه لا يجوز الا بشرط القطع . قال صاحب التتمة : أو القلع ،
وقال صاحب التتمة : الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع
ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول ، فما يحدث يكون
ملكاً له ، لأنه فرع أصل مملوك . وهذا من صاحب التتمة على ما ذكره
فى الفرع المتقدم أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك
أصوله . وقد تقدم عن الأصحاب أن الطريق الى ملك ما يحدث من
البطيخ أن يشتري الأصول بشرط القطع ، ويستأجر الأرض فلا يجب
عليه القلع . وهذا الذى قاله المتولى ينبى على أنه لا يفيد اشتراط
القطع . بل لابد من اشتراط القلع . وينبى أن يكون ذلك مجزوماً به .
لأن البطيخ مما يستخلف ، والله أعلم .

ولو باع أصول النبات مطلقاً . قال المتولى : لا يدخل البطيخ الا
بالتنصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى ان الذى هو يرى ولم ينفقد لا
يتبع الأصول ، بخلاف الثمرة التى لم تظهر تتبع الشجرة . لأن

الشجرة أصل مقصود ، والنماء تبسح له • فجعل ما لم يظهر من النماء تبعا له • وأما هنا أصل الثبوت ليس بمقصود ، وإنما المقصود الثمار ، فلا يجعل المقصود تبعا •

(فرع) قال الشافعي رضى الله تعالى عنه : ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ثم قال : فان اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة ، فالبايع بالخيار في ترك القصيل أو نقض البيع ، فهذا النص ان كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقتين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب ، وان كان شاملا لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة • من أن الزيادة في الزرع الذي لا يستخلف للبايع ومخالفة لما قاله الامام ، قال صاحب التهذيب : انه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد في أول خروجه بشرط القطع في ذلك كله ، فلم يقطع حتى زاد ، ففي انفساخ البيع قولان كالقت ، قال : وعندى ان كانت المقاطع معلومة مثل أعصان الفراسيد يبين مقاطعها • فما يحدث من الأوراق فوق المقطع والقول يكون للمشتري • وفي القتب والكراث انما ينفسوخ لأن ما يحدث من أصله الذي لم يبيع غير متميز عما باع • لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة •

(فرع) في زيادات أبى عاصم العبادي : اذا اشتري ورق الفرصاد مع أعصانه فتراخي القطع حتى مضى الوقت فله القطع ، وان اشتري الورق فقط فتأخر فسد البيع في قول ، لأنه اختلط البيع بغيره •

(فرع) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى في خرابزه ذكره ابن خيران في اللطيف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له شجرة تحمل حملين ، فباع أحد الحملين بمد بدو الصلاح ، وهو يعام أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز ، فالبيع باطل وقال الربيع : فيه قول آخر : ان البيع

يصح . ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة ، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر ، أن البيع يصح في أحد القولين . والصحيح هو الأول ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، لأن العادة فيها الترك ، فإذا ترك اختلط به غيره ، فتعذر التسليم بخلاف الرطبة . فانه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم .

(الشرح) ضبط في الاستقصاء حملين - بفتح الحاء - قال في الاستقصاء : وقال غيره : الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة . وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر ، وحمل الشجرة مرتين ، يقال : ان ذلك في التين والنوز والرائج والأترج تحمل حملين ، وهذه المسألة كالتمييز لما تقدم وتبين أن ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة انما محله فيما اذا لم يكن الاختلاط غالبا ، أو كان غالبا ولكن شرط القطع على المشتري ، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط . أما اذا كان الاختلاط غالبا ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا ، وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم ، نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله .

قال الربيع هناك : وللشافعي في مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمره المشتري صح ، قال المحاملي : وهذا ليس بمنصوص ، وانما أخذه الربيع من أحد القولين فيما اذا باع جذة من الرطبة ، فلم يجزه المشتري حتى حدثت أعيان آخر ، فان الشافعي نص في تلك المسألة على قولين ، فخرج الربيع قولاً آخر في هذه المسألة بناء على تلك ، قال المحاملي : وغلط في هذا ، والمذهب أن البيع يبطل قولاً واحداً ، والفرق أن الرطبة انما تباع على شرط القطع ، فالبيع معلوم مقدور على تسليمه ، وانما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ، وربما لم يحدث . فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة . والعقد يقتضى تيقنتها الى وقت الجذاذ . فاذا علم اختلاطها في تلك الحالة ، فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم ، انتهى . وشبهوه بشراء العبد الآبق ، وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد . ورد ما قاله الربيع .

قالوا : وإنما وزن مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع ، فلا يبطل البيع . وقد نقل الامام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين . قال : وذكر العراقيون قولاً بعيداً أن البيع موقوف . فان سمح البائع ببذل حقه تبيننا انعقاد العقد ، وان لم يسمح تبيننا أن العقد غير منعقد في أصله . وهذا قول مزيف لا أصل له ، وهو بمثابة المصير الى وقف بيع العبد الأبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقاً ، فان طردوا هذا فهو على فساد مطرد . وما أراهم يقولون ذلك . وأراد الامام بالقول الذي نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع . لكن ليس في كلامهم الذي رأيته أن ذلك من باب وقف العقود ، بل صرح المحاملي في حكاية هذا القول أنه يقال للبائع : اسمح بترك حقلك ، فان سمح والافسخ العقد ، ولكن عبارة الربيع في الأم التي حكيت بعضها في صدر كلامي محتضنة لما قاله الامام ، والأولى أن يترك على ما قاله المحاملي وحينئذ لا يكون من وقف العقود ، ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده .

وأما الزامهم بالعبد الأبق فالفرق أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ، ولا كذلك الأبق ، لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملي والمصنف ، فان الرطبة لأجل شرط القطع يمكن تسليمها ، وهنا الإبقاء بعد بدو الصلاح مستحق ، فلا يمكن التسليم ، وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفي لأن شرط العقد القدرة على التسليم الذي لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع ، وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالي اذ قالوا ان الاختلاف بعد التخلية لا يوجب الانفساخ أن يقولوا بالصحة هنا ، فان التسليم ممكن بالتخلية ، وللبائع إجبار المشتري عليها اذا باع مطلقاً لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأي ، كما يكون ذلك في المنقول وحينئذ تساوى مسألة الرطبة ، نعم لو كان التسليم لا يمكن في حال الامع الاختلاط لم يصح ذلك ، وذلك في جملة البئر اذا أفردت بالبيع وقتلنا : الماء يملك ، وأورد صاحب الوافي أنه اذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبيعة اذا تركها ، فينبغي أن يجب القطع للعدر المفضى الى ابطال البيع فيصح نقل الربيع .

(قلت) وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد ، لأن المشتري لم يلتزمه ،
ولا هو مقتضى العقد ، والله أعلم .

وحقيقة الخلاف في هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كالواقع
أو لا ؟ والجمهور على أن المتوقع كالواقع ، ولهذا منعوا الأب من نكاح
جارية ابنه إذا قلنا : لو أحبلها صارت أم ولد له ، وشاهده من السنة
نهى صلى الله عليه وسلم « عن بيع الثمرة حتى تزهى » وأورد
ابن الرقعة على الامام أيضا في الزامهم العراقيين طرده ذلك في العبد
الآبق ، أنه أبدى في كتاب اللقيط احتمالا في جواز بيع العبد الآبق ،
المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق ، وعدم اجزاء عقته عن الكفارة
ظاهر ، ثم قال : ومما يجب ذكره أنا إذا منعنا البيع فلو تبين بقضاء
العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع ، وان كان يلتفت على الوقت ولكن
إذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى
أثره مع تبين خلافه ، وكان في المعاملات يضاها صلاة الخوف مع
سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه .

(فرع) إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين
وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فأطلق الرافعي
وغيره أن البيع باطل الا بشرط القطع ، وقال : انه يجيء فيه الخلاف ،
يعنى خلاف الربيع ، ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون
الحكم ؟ وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة
الحكم ، وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع أحد الحملين
فالمشهور البطلان الا بشرط القطع ، والله أعلم .

وإذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التي لم تؤبر فانه لا يشترط
شرط القطع على الصحيح . وإذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة
للبياع قبل بدو الصلاح لا يشترط قطعها جزما ، وإذا باع ثمرة
بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد
على أحد القولين ، ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمرة
أخرى فكذلك على المذهب . ولو باع رطبة أو شبهها مما ذكرناه هنا
لم يجز الا بشرط القطع .

ولو باع الأرض وفيها رطبة تبقى للبياع ، ويعلم اختلاطها بغيرها ،

فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها ،
ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا ، وظهر لك
بجميع هذه المسائل أن اطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما اذا بقيت
انثمرة للبايع قبل التأبير بالشريط ، او يعد التأبير وقيل بدو الصلاح
بالعمد ، مجبور على ما اذا لم يكن تلاحق الثمار غالبا ، اما لو كان
غالبا فمقتضى ما تقرر بطلانه ، كما اذا باع ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها
وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة ، فتعذر تسليمها موجب
للبطان بخلاف ما اذا بقيت للبايع ، فانها ليست بمبيعة ، لأننا نقول :
ان هذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشجرة وعليها
ثمرة فاختلفت بغيرها ، وقد أبطله الأصحاب هناك .

ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثنى البائع ، اما
بشريط القطع ان شريطه أو بدونه ، فحدث طلع آخر ، فهل يكون
حكمه ما اذا بقيت الثمرة المؤبرة للبايع وحدث طلع آخر ؟ فيجوز
فيه الوجهان في أن الطلع يكون للبايع ؟ أو للمشتري ؟ أو نقول هنا :
ان الطلع الحادث للمشتري قولا واحدا ؟ لأن الثمرة غير المؤبرة
انما بقيت بالشريط ، فلا يستتبع الطلب الحادث ، لم أر في ذلك نقلا
(فان قلنا) ان الطلع للبايع تبعا للثمرة فلا كلام (وان قلنا)
للمشتري وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط ، فيصير كما
لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة ، يعلم اختلاطها بغيرها ، وقياس
المذهب فيها البطان .

ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها ، اشترط
القطع لأنه كالزراع . ثم ان لم يتفق القطع حتى خرج شيء آخر
فالأرجح والموجود كله للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة
الموجودة وبغيرها للمشتري .

وان أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة
أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة . ولا يملك صاحب الأرض مطالبته
بالقطع ، قاله الروياني وغيره .



١٩٣

باب بيع المصراة والرد بالعيب (*)

قال المصنف رحمه الله تعالى

إذا اشترى ناقة أو نساء أو بقرة مصراة ولم يملك يانها مصراة ، ثم علم انها مصراة ، فهو بالخيار بين أن يمسه وبين أن يرد ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصروا الابل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ، ان رضيها أمسكها ، وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها مثل - أو مثلى - لبنها قمحا » .

(الشرح) حديث أبي هريرة متفق عليه ، رواه الأئمة مالك في الموطأ والشافعي رضي الله عنه والبخاري ومسلم في صحيحيهما وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، وليس في شيء من الفاظهم ولا في غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذي أورده المصنف هكذا ، وهذا الحديث رواه عن أبي هريرة جماعة ، منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحته ، ولفظه « لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها ، وان سخطها ردها وصاعا من تمر » رواه البخاري ومسلم وأبو داود ، وليس فيه : « بعد أن يحلبها ثلاثا » . وكذلك رواه الشافعي وفيها زيادة : « لا تصروا الابل والغنم للبيع » كذلك رواه المزني عنه . وقيل : ان المزني انفرد بهذه الزيادة عن الشافعي رحمه الله تعالى .

وأما الربيع فإنه روى عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة . ومن الرواة له عن أبي هريرة رضي الله عنه أبو بكر محمد بن سيرين ، ولفظه « من اشترى نساء مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها صاعا من التمر لا سفراء » وفي رواية من طريقه « من اشترى

(*) هذا الباب هو أول الجزء الثاني عشر من شي و ق وهو آخر ما كتبه الامام السبكي محاولا تكملة المجموع .

مصراة فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا
من تمر لا سمراء» (١) رواهما مسلم وأبو داود .

وروى الترمذى والنسائى وابن ماجه بعض ذلك . وروى أبو صالح
عن أبى هريرة ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة
أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » .
رواه مسلم ، قال البخارى : قال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من
طعام . وهو بالخيار ثلاثا . وقال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من
تمر . ولم يذكر ثلاثا والتمر أكثر . اه كلام البخارى . ورواه عن
أبى هريرة موسى بن يسار ولفظه « من اشترى شاة مصراة فليقلب
بها فليحلبها ، فان رضى حلابها أمسكها والا ردها ، ورد معها صاعا
من تمر » رواه مسلم . ورواه عن أبى هريرة أبو صالح ولفظه « من
ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء
ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم .

وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى من الغنم فهو
بالخيار » رواه مسلم ، ورواه عن أبى هريرة همام بن منبه ولفظه « اذا
ما أحدكم اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة — فهو بخير النظرين
بعد أن يحلبها ، اما هى والا فليردها وصاعا من تمر » رواه مسلم .
قال بعضهم : وهو دليل على الرد بغير أرش . ورواه عن أبى هريرة
ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ، ولفظه « من اشترى غنما مصراة
فاحتلبها ، فان رضىها أمسكها وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر »
رواه البخارى وأبو داود . وقال بعضهم : وهو دليل على أن صاع
التمر فى مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطا من الثمن .

ورواه عن أبى هريرة الشعبى ولفظه « من اشترى منكم محفلة
فكرهها فليردها وليرد معها صاعا من طعام » رواه ابن الجارود . وفى
لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة —
فحلبها فهو بأحد النظرين بالخيار ان شاء ردها واناء من طعام » رواه
البيهقى عن أبى عبد الله الحاكم بسند صحيح ، وكل هذه الألفاظ

(١) قال الترمذى ، ومعنى قوله « سمراء » أى لا برة .

هرقوة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فهذه روايات أبي هريرة ليس
في شيء منها اللفظ الذي ذكره المصنف بتمامه ، بل طريق الأعرج
جمعت بين النهي عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث .

وطريق ابن سيرين وأبي صالح فيها ذكر الثلاث ، وهي مقتصرة
على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثا واحدا حتى يمكن
أن تضاف هذه الزيادة إلى الرواية الأولى ، بل والمعنى أيضا مختلف
لأن رواية ابن سيرين وأبي صالح اللتين فيها ذكر الثلاث (فالأول)
يقتضى إثبات الخيار ثلاثا من غير بيان ابتدائه (والثاني) يقتضى
إثبات الخيار من غير بيان مدته ، فالجمع بينهما كما في الكتاب يقتضى
التصريح بحكم لم يصرح به في شيء من الروايتين ، وهو أن يكون الخيار
بعد الحطب ثلاثا . فالثلاث أما راجعة للخيار فيقتضى أنه بعد حطبا ثلاثا
بغيت الخيار وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شيء من الروايات
صريحا ، وأما الثاني فلم يدل عليه أصلا لا صريحا ولا ظاهرا ، ومن
ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء ، العبدري في الكفاية والرافعي
في التهذيب وقالوا : رواه البخاري ومسلم وينبغي أن يكون مرادهما
أصل الحديث ، لا ذلك اللفظ ، ومن ذكره كذلك أيضا انشيخ أبو حامد
في تعليقه ، وذكر أنه حديث مختصر المزني ، والمصنف تبع الشيخ
أبا حامد في ذلك ، والموجود في مختصر المزني ليس فيه هذه اللفظة ،
ولم يذكرها القاضي أبو الطيب في تعليقه أيضا ، وإنما ذكر على الصواب ،
وذكره ابن أبي هريرة في تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار
ثلاثا ، وليس فيه : بعد أن يحطبا ، وهو مصدر بالنهي كما ذكره المصنف
وهو في الغرابة كاللفظ الذي أورده المصنف ، وذكره أيضا جماعة من
الأصحاب منهم الغزالي كما ذكره المصنف .

وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالألفاظ المتقدمة على ما تبين ،
أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبي هريرة ،
رواه عنه الأعرج ومحمد بن سيرين وأبو صالح السمان وهمام
ابن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم ، ومحمد
ابن زياد ورواياته في جامع الترمذي بقريب من الألفاظ المتقدمة
وموسى بن يسار ، وقد تقدم ومجاهد وأبو اسحاق ويزيد بن عبد الرحمن
ابن أذينة وغيرهم ، وزواه عن هؤلاء وعن بعضهم خلائق لا يحصون ،

حتى ادعى بعضهم أنه صار الى التواتر ، وقال ابن عبد البر : حديث
المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث •

وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذي
ذكره المصنف قال الخطابي : وليس اسناده بذلك ، قال الحافظ
المنذرى : والأمر كما قال : فان جميع بن عمير ، قال ابن نمير : من أكذب
الناس ، وقال ابن حبان : كان رافضيا يضع الحديث (قلت) وجميع
هو الذي رواه عن ابن عمر وهذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان
من أشد ما قيل فيه وقد قال ابن أبي حاتم : سألت أبي عنه فقال :
من عتق الشيعة ومحلل الصدق صادق الحديث كوفي تابعي •

وقال البخارى فى التاريخ الكبير : فيه نظر ، وقال البيهقى فى
المعرفة لما ذكر هذا الحديث : هذه الرواية غير قوية ، وقال فى كتاب
السنن الكبير : تفرد به جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث
فى الأحكام ولم يتعرض لحال جميع بن عمير هذا ، وانما بصدقة
ابن سعيد الراوى عن جميع ، فانه أيضا ليس بالقوى ، فهذا ما يتعلق
بالحديثين اللذين فى الكتاب •

وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر أيضا بما يوافق رواية
أبى هريرة رواه الدارقطنى من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر
وأبى هريرة رفعا الحديث « لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع
بأفواه الطرق ، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه ،
ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى ينكح أو يرد ، ولا تسبل المرأة
طلاق أختها لتكفى ما فى صحبتها(١) ، فانما لها ما كتب لها ولا تبعوا
المصراة من الابل والغنم ، فمن اشترها فهو بالخيار ان شاء ردها
وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومطلوب » وليث المذكور فى سنده
هو ليث بن أبى سليم ، ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث •
وروى الدارقطنى من حديث كثير بن عبد الله عن أبىه عن جده ، وهو
عمرو بن عوف المزنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(١) الصفحة اثناء كالتصمة والجمع صحاف مثل كلبة وكلاب ، وقال
الزمخشرى قصة مستطيلة •

« لا جلب ولا جنب ولا اعراض ، ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وكثير بن عبد الله هذا ضعيف جدا .

قال الشافعى رحمه الله فيه : ركن من أركان الكذب . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة . قال الدارقطنى عقب هذا الحديث : تابعه عاصم بن عبد الله عن سالم عن ابن عمر فى المصراة . وروى البيهقى رحمه الله فى السنن الكبير بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبى لىلى التامى الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فان حلبها ورضيها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا من طعام — أو صاعا من تمر » قال البيهقى : يحتمل أن يكون هذا شكاً من بعض الرواة فقال : صاعا من هذا أو من ذاك لأنه على وجه التخيير ليكون موافقا للأحاديث الثابتة فى هذا الباب .

وروى البيهقى رحمه الله أيضا من حديث اسماعيل بن مسلم عن الحسن بن أنس بن مالك رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى شاة محفلة فان لصاحبها أن يحتلبها ، فان رضىها فليمسكها والا فليردها وصاعا من تمر » اسماعيل بن مسلم متروك . وروى أبو بكر الاسماعيلى رضى الله عنه فى كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخارى رحمه الله عن حديث سليمان التيمى عن عبد الله ، وهو ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعا » رواه من حديث أبى خلف العمى لكنه اختلف فى وقفه ورفعها ، فرواه البخارى فى الصحيح موقوفاً من قول ابن مسعود رضى الله عنه ، وكذلك رواه الشافعى فى الأم فى أحكام على وابن مسعود رواه عن هشام . هكذا رأيت فى الأم .

وقال ابن الأثير فيما بلغه عن هشام : وقال الاسماعيلى ان أبا خالد رفعه وان ابن مبارك ويحيى بن سعيد وابن أبى عدى ويزيد

ابن زريع وهشاما وجريرا وغيرهم رواه موقوفا على ابن مسعود .
ورواه البرقاني موقوفا على شرط البخارى . وزاد « من تمر ماله »
والاسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط في مثل هذا الموضوع
للقوف وتقديمه على رواية الرفع .

أما على طريقة الفقهاء فينبغى الحكم للرفع ، وان أبا خالد وهو
سليمان بن حبان الأحمر ، لأنه احتج به الشيفان ، ومن رفع معه
زيادة على من وقف ، والمخالف في هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك .

فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبى هريرة وابن عمر
وعمر بن عوف المزنى جد كثير بن عبد الله رضى الله عنهم ورجل من
أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وأنس بن مالك وابن مسعود
رضى الله عنهم (وأصحها) رواية أبى هريرة رضى الله عنه ورواية رجل من
الصحابية سندها جيد . ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين
ضعيفة في رفعها ويجب على طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها
وترجيح الحكم بالرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا المصنف في مثل
هذا الموضوع مع قوة الظن بالوقف لرجحان رواته كثرة وجلالة .

نعم ذكر الماوردى أن الشافعى رواه عن يحيى بن سعيد عن
التيمى ولم أقف عليه في كلام الشافعى ، فان صح ذلك وكان الرفع
فيه محققا تعين الحكم بصحته ، وقد ذكر الاسماعيلى عن يحيى بن سعيد
أنه ممن رواه موقوفا ، فان صح ما ذكره الماوردى فيكون عنه روايتان ،
والله أعلم .

(أما اللفظة) فقولته صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا » فهو بضم
التاء المثناة من فوق وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو ، وفتح
لام الابل على مثال تركوا .

قال القاضى عياض : كذا صحيح الرواية من صرى اذا جمع مثقل
ومخفف ، وهو تفسير مالك له ، والكافة (١) من أهل اللغة والفقهاء
وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الابل على ما لم ييسم فاعله ،

(١) سبق أن نبه الامام النووى على خطأ تعريف كافة في المجموع وفي
تهذيب الاسماء واللغات فقال : أهل اللغة والفقهاء كافة (ط) .

وبعضهم يقول يصروا — بفتح الياء وضم الصاد واثبات واو الجمع ونصب لام الابل — وخطأ القاضي هذين الوجهين وقال انهما لا يصحان الا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر . وقال فيه المصرورة ، وهو تفسير الشافعي لهذه اللفظة كأنه يحبسه بربط أخلافها وشدّها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما ، محتجا بأنه لو كان كذلك لكانت مصرورة . قال : وهذا لا يجوز عندهم . ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثاني ، وهو مثل الوجه الأخير ، وقيده الفارقي تلميذ المصنف بالوجه الثاني وابن معن شارح المهذب بالوجه الثالث ، وكلاهما خطأ ، والفارقي أقل عذرا لأن الواو ثابتة في جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المهذب .

قال الخطابي : اختلف أهل العلم واللغة في المصراة . ومن أين أخذت واشتقت ؟ (فقال) الشافعي رضى الله عنه : التصرية أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد في ثمنها ، فإذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها .

قال أبو عبيد : المصراة الناقة أو البقرة أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها يعنى حقن فيه أياما فلم يحلب ، وأصل التصرية حبس الماء وجمعه ، يقال منه صريت الماء ، ويقال انما سميت المصراة لأنها مياه اجتمعت . قال أبو عبيد : ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة . قال الخطابي : كأنه يريد به الرد على الشافعي قال الخطابي : قول أبي عبيد حسن . وقول الشافعي صحيح . والعرب تصر ضروع الحلوبات اذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الربط صارا فإذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت ، واستدل لصحة قول الشافعي بقول العرب « العبد لا يحسن الكر والفر وإنما يحسن الحلب والصر » ويقول متم بن تويرة ؟

فقلت لقومى (١) هذه صدقاتكم مصررة أخلافها لم تجدد

(١) ومنها :

وَقَلْتُ خَفُوا أَمْوَالَكُمْ غَيْرَ خَائِفٍ وَلَا تَنْظُرْ قَيْمًا يَجِيءُ مِنَ الْقَسَدِ
فَإِنْ قَامَ بِالْأَمْرِ الْخَوْفُ قَائِمٌ مَنَعْنَا وَقَلْنَا : الدِّينُ دِينُ مُحَمَّدٍ
مِنْ كِتَابِنَا « خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ قِيَادَةٌ وَدَعْوَةٌ » .

قال : ويحتمل أن أصل المصرة مصرورة ، أبدلت إحدى الراءين ياء ، وقال الأزهرى فى كلامه على مختصر المزنى : جائز أن تكون سميت مصرة من صر أخلافها كما قال الشافعى رحمه الله ، وجائز أن تكون سميت مصرة من الصرى ، وهو الجمع ، يقال : صريت الماء فى الحوض إذا جمعته ، ويقال كذلك : الماء صرى ، وقال عبيد :

يا رب ماء صرى وردته سبيله خائف حدث

ومن جعله من الصر قال : كانت المصرة فى الأصل مصرورة فاجتمعت ثلاث راءات فقلبت أحداها ياء كما قالوا : « تظننت من المذن » وكما قال العجاج :

* يمضى الباز إذا البازى كسر *

هذا كلام الأزهرى رحمه الله ، وكلام الشافعى رحمه الله المذكور هو فى مختصر المزنى ، وقال النووى رحمه الله : وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش والتصرية » قال : وهذا يدل لرواية الجمهور يعنى للضببط فى الرواية كما تقدم (وأما) الاستتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعى وغيره فليس فيه تعرض له ، لأنه يصح ذلك مع ابدال الراء ياء ، على أنه ليس فى كلام الشافعى رحمه الله تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر ، وإنما مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة فى كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معاً ، فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لأجل الجمع ، وذكر الربط لأنه المعتاد عند العرب على ما تقدم من كلام الخطابى ، ولأنه سبب فى احتباس اللبن .

وإذا كان كذلك فليس فى كلام الشافعى مخالفة لغيره الا زيادة تبين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة ، ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط ، وحينئذ تتحقق المخالفة ، فالأقرب أن الشافعى إنما أراد المعنى الأول ، وقد قال أبو حاتم السجستاني : الشافعى أعلم باللغة منا ، نقله عنه الثعلبى فى تفسير سورة النساء .

ورويانا عن عبد الملك بن هشام قال : قول الشافعي حجة في اللغة ،
قال الربيع : وكان ابن هشام بمصر كالأصمعي بالعراق ، وقال أبو عبيد :
الشافعي ممن يؤخذ عنه اللغة - أو من أهل اللغة - الشك من
ابن أبي حاتم .

وقال المازني : الشافعي عندنا حجة في النحو ، وقال أبو الوليد
ابن الجارود : ان الشافعي لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من
العرب ، وقال ثعلب : ان الشافعي رحمه الله من بيت اللغة يجب أن
يؤخذ عنه ، وقال أيوب بن سويد : خذوا عن الشافعي اللغة ، وقال
ثعلب أيضا : انما يؤخذ الشافعي باللغة لأنه من أهلها ، وانما ذكرت
هذه الأقوال كلها ليتبين قدر الشافعي عند أئمة اللغة وقد وقع
في كلامه رحمه الله أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشاة ، وأخلاف
جمع خلف - بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام - قال ابن قتيبة :
الخلف لكل ذات خف ، والطي للسباع وذوات الحافر وجمعه أطباء ،
والضرع لكل ذات ظلف ، قال : وقد يجعل الضرع أيضا لذوات الخف .
والخف لذوات الظلف ، والثدي للمرأة .

(قلت) فاطلاق الشافعي أخلاف الناقة والشاة ، اما أن يكون
على هذا القول واما أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشاة ،
والله أعلم ، وفي التصرية لغة التصوية بدل الراء واو ، قال الهروي :
التصوية والتصرية واحد . وهو أن تصرى الشاة أى تجفل ، قال
يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن أبي الحجاج المقدسي فيما علقه
من كتاب التتبيه على تصحيف أبي عبيد الهروي في كتاب الغريبيين
تخريج ابن تاصر : قال الخافظ : هكذا رأيت في عدة نسخ : يصر الشاة
بغير ياء ، والصواب أن يصرى باثبات الياء بعد الراء من حديث
الناقة .

(فأما) قوله : أن يصر فمعناه أن يشدد ، وذلك يجوز ، ولم
ينه عنه النبي صلى الله عليه وسلم (قلت) ولم أره في الغريبيين إلا بالراء
والياء كما نقلته ، فلعل النسخ التي وقعت لابن ناصر كانت مصحفة ،
ولو كان الأمر على ما وقع له من النسخ لكان ذلك قريبا من المعنى
المنسوب للشافعي ، وقد تقدم الكلام فيه .

وما اعترض به من أن النهي لم يرد عن الصر ، فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيع على وجه الغش والخديعة ، كما دلت عليه رواية المزني المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصرية حرام إذا قصد به ذلك ، وجائز إذا لم يقصد به ، ولم يترتب عليه خديعة ولا ضرر بالحيوان ، لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار إنما يكون في حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا في الصر المجرد لفهم المعنى ، والله أعلم .

واللقحة - بكسر اللام وفتحها - والكسر أفصح ، وجمعها لقح مثل قربة وقرب وهي الناقة القروية العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة ، والمحفلة هي التي حفل اللبن في ضرعها وهي المصراة (وقوله) بخير النظرين هو امسك المبيع أو يرده أيهما كان خيرا له فعله (والحلاب) هو الاناء يملؤه قدر حلبة ناقة ، ويقال له المطلب أيضا ، وبعضهم يطلق فيقول : الحلاب الاناء الذي يحلب فيه الألبان ويطلق على المحلوب وهو اللبن كالحراف لما يحترف .

وقال أبو عبيدة : إنما يقال في اللبن الاخلاية والمشهور عند العلماء أن المراد بالحلاب في الحديث وكذلك الطلبة في بعض روايات الحديث اللبن نفسه ، ومن الظاهرية من امتنع من ذلك ، ورأوا أن هذا من المجاز الذي لم يدل نص على إرادته ، وسيقع الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى في الفصل الثاني عند قول المصنف : بدل اللبن التمر والحنطة والطعام في بعض روايات الحديث .

وإن كان مطلقا فالمراد به التمر ، واستدلوا على ذلك بأمرين (أحدهما) أنه كان الغالب على أطعمتهم (والثاني) لأن معظم روايات الأحاديث إنما جاءت « وصاعا من تمر » ويحتمل وجها ثالثا من الاستدلال ، وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا أن يترجح روايته ، هذا ما في حديث الكتاب وطرقه من اللغة ، وتبويب المصنف المقصود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة ، وهو ما ثبتت بفوات أمر مظنون ينشأ فيه من تقرير فعلى التصرية ، أو نص عرفي كالعيب فإن العرف يقتضي السلامة أو التزام شرطي كشرط الكتابة ونحوه إذا خرج بخلافه .

وقد ضمن المصنف هذا الباب هذه الأقسام الثلاثة على هذا الترتيب ، وقدم التصرية لأنها المنصوص عليها ، وذكر الرد بالعيب بعد ذلك ، وقاسه عليها ، كما سيأتي في كلامه ، وقد أورد فيه حديثا نصا سنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ثم ذكر بعده خيار الخلف الذي يثبت بفوات الالتزام الشرطي وجعل مؤخرا عن الرد بالعيب (اما) لأنه ورد فيه حديث أيضا أعنى الرد بالعيب ، واما لأن الرد بالعيب أكثر وقوعا ، وان كانا جميعا ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضاه كلام المصنف ، ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضى أن يقدم الالتزام الشرطي عليهما . لأن الملتزم بالشرط أوكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقريئة الحال ولذلك قال الغزالي : ان الالتزام الشرطي هو الأصل وما عداه ملحق به ، يشير الى هذا المعنى ، فكان ذلك كنص في فرع ليس فيه الا أصل واحد ، فانه يتبين بذلك حكم ذلك الأصل ، ويصح أن يقال : ان حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصل وان كان منصوصا ، وهذا المعنى ذكره القاضي حسين في نص الشافعي على فرع يكون بهذه الصفة .

(وأما) اقتصار المصنف في الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف ، وان كان الخلف ليس بعيب ، ولكنه فوات فضيلة فلاجل استوائها في النقص فيه بأحدهما على الآخر ، ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذي لفظه الغزالي كما تقدم ، فذكرهما في الترجمة مغنيه على أصلهما بطريق أولى ، ووضع المصنف هذا الباب لأنه فرع من الأبواب المتضمنة شروط العقد مطلقا في باب ما يجوز بيعه وشروطه في الربويات وبيع الثمار أخذ في أسباب الفسخ واستدراك ما يقع في البيع من العيب بالفسخ أو بالأرثس ، وقول المصنف « أو بقرة » ليتبين أن الحكم غير مقصور على الأبل والغنم اللذين ضمنهما الحديث الذي ذكره ، بل هو شامل اما بالقياس اذا اقتصر على الحديث الذي أورده المصنف ، وذلك من باب الأولى ، لأن لبن البقر أغزر وأكثر بيعا من لبن الأبل واما بالنص ، فان في الروايات الصحيحة التي تقدمت « من اشترى مصراة » .

وقال بعض شارحي التتبيه : ان ذلك للرد على الظاهريين الذين

خصوا الحكم بالمنصوص عليه من الابل والغنم ، وهذا الذي نقله عن
الظاهرين نقله القاضي أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود ،
فصرح ابن المنس وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تمسكا
بالنص العام وهو قوله « من اشترى مصراة » ولم يحكما في ذلك
خلافًا ، وهو اللائق بمذهبهم أخذًا بعموم الخبر ، ولا يجب تقييد
أحد الخبرين بالآخر ، لأن ذلك انما يكون في المطلق ، والخير ههنا
عام لصيغة « من » .

لكن يعرض ههنا بحثان (أحدهما) أن هذا الخبر الذي فيه
« من اشترى مصراة » من رواية ابن سيرين عن أبي هريرة كما تقدم ،
وقد تقدم من روايته أيضا « من اشترى شاة مصراة » ، وهذه
الرواية فيها زيادة ليست في الأولى ، وزيادة المعدل مقبولة ، فيجب
العمل بها وعدم المقول بالعموم ، فان الحديث واحد ومخرجه واحد ،
ووجه ادراك الصواب في هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة
التي ليست فيها الزيادة وهي قوله « من اشترى مصراة » فوجدناها
من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين . وذلك في مسلم ،
ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين ، وذلك في ابن ماجه
بسند صحيح ، ومن رواية قره بن خالد عن ابن سيرين ، وذلك في
الترمذي بسند صحيح ، وعن رواية محمد بن زياد عن أبي هريرة
وذلك في الترمذي بسند صحيح ، ومن رواية موسى بن يسار عن
أبي هريرة ، وذلك في النسائي .

ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق (منها) عبد الوهاب عن أيوب ،
وفيها « من اشترى من الغنم » وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان
وعبد الوهاب ، والراوى عنهما شخص واحد ، وهو العدني (ومنها)
قره عن ابن سيرين وفيها « من اشترى شاة مصراة » وهذا اختلاف
عن قره أيضا وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضا ، واختلف
أيضا عن هشام بن حسان وكلا السندين اليه على شرط الصحيح ،
فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر في
ذلك فقلنا : جميع أصحاب أبي هريرة الذين ذكرناهم ههنا اختلف
عنهم في ذلك الا محمد بن زياد والشعبي فإنه لم يختلف منهما فيما

علمنا ، ولم يرد عنهما إلا الصيغة العامة ، والأ ثابت مولى عبد الرحمن
علم يرد عنه إلا الطريق المثبتة الزيادة وهي قوله « من اشترى عنما
حصراة » فقد يقال : ان كل واحد من التسمي ومحمد بن زياد اجل
من ثابت مولى عبد الرحمن ، وسفيان بن عيينه عن ايوب عن ابن سيرين
اجل واحفظ واتقن ممن خالفه ، فتقدم روايه العموم لذلك .

وقد يقال : ان جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة ، واحتمال
النقص في روايه المتبث المتقن اولى من احتمال الخطا والوهم بالزيادة
في حق الثقة ، والذي أقوله ان الحكم بالخطأ على راوى الزيادة هنا
بعيد ، فالأقرب أن تجعل الروايتان ثابتتين ، ولعل النبي صلى الله عليه
وسلم تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم
في احدي الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحكم مقصورا عليه
لما ذكر في الابل ، وقد صح في الابل من حديث الأعرج عن أبي هريرة .

(والبيحث الثاني) اذا ثبتت الروايتان عن كلام النبي صلى الله
عليه وسلم فمفهوم الرواية التي فيها التقييد لم لا يخص به عموم
الرواية الأخرى كما مثله في قوله « اذا أفضى أحدكم بيده الى
فرجه » مع قوله « من مس فرجه » حيث خصوا عموم الثاني بمفهوم
الأول ، فلا ينتقض بغير الاقضاء الذي هو المس بباطن الكف .
وذلك هنا (اما) من مفهوم الشرط لقوله « من اشترى » (واما)
من مفهوم الصفة لقوله « من اشترى من الغنم » وكلا المفهومين حجة
عند كثير من العلماء (منهم) الشافعي والمفهوم يخص به العموم
كما قلنا في المس .

(والجواب) عن هذا أن جانب المفهوم هنا ضعف بثبوت الحكم
المذكور في الابل صريحا بحديث الأعرج عن أبي هريرة ، ويفهم
المعنى من ذلك بخلاف الأحاديث ، فان مبناها على التعبد ، فهذان
الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله « من اشترى شاة » وقوله
« من اشترى من الغنم » والثاني وحده يضعف اعتبار المفهوم من
قوله « اذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة » وأما الظاهرية فانهم غير
قائلين بالمفهوم ، فلا يرد عليهم ، ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم ،
والله سبحانه وتعالى أعلم .

وقول المصنف « ولم يعلم أنها مصراة » شريط لا يد منه على
 نسخ الوجهين عند الجمهور . منهم القاضي أبو الطيب ، وفيه قول
 احر متهور في المذهب ان الخيار يثبت وان كان المشتري عالما
 بالتصرية حين العقد ، ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو
 خيار عيب او خيار ثابت بالشرع ؟ وبناهما الرافعي وغيره على
 ان الخيار هل يمتد ثلاثة أيام او يكون على الفور ؟ (فان قلنا)
 بالاول ثبت مع العلم ، والا فلا ، وسيأتي الوجهان في كونه على الفور
 او الي ثلاثة ايام في كلام المصنف ان شاء الله تعالى (والصحيح) عند
 الرافعي ومن وافقه ان ذلك على الفور ، فالبناء حينئذ متجه .

(والمختار) ان يمتد ثلاثة أيام كما سيأتي ان شاء الله تعالى
 تقريره ، والجمهور ههنا ان متى علم المشتري بالتصرية حالة العقد لا
 يثبت الخيار ، وان ذلك خيار ثبت لأجل النقص . ومن العجب ان
 الظاهرية لم يثبتوا الخيار ههنا في حالة العلم ، ويحتاجون الى
 دليل في ذلك بأن اللفظ متأول ، وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه
 هم لا يعتبرونه .

وقوله « فهو بالخيار . الخ » هذا هو الحكم المقصود من
 هذا الفصل ، وممن قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة
 من فتياه ، صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة ، ونقل العبدري
 القول به أيضا عن ابن عباس وابن عمر وأنس . وممن قال به
 من الفقهاء بعدهم الشافعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وأحمد
 وإسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجي
 وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث .

(واتفق) جميع أصحابنا على ذلك تبعا لامامهم ، وخالف في
 ذلك أبو حنيفة ومحمد ، ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك ، ذكر
 المعتبى من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله صلى
 الله عليه وسلم « من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها
 ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر » فقال سمعت ذلك
 وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ، ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف
 وضمن (قيل) له : نراك تضعف الحديث (فقال) كل شيء يوضع
 موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته . قال ابن عبيد البر :

هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه الثقة ، ولكنه عندي
اختلاف من رأيه .

(قلت) وان صحت هذه الرواية عن مالك فينبغي أن يؤول قوله
« ليس بالثابت » على الحكم لا على الحديث ، فانه صحيح عنده
بلا اشكال ، وقد أودعه الموطأ المشهور عنه خلاف هذه الرواية ،
فالقول بمقتضى الحديث .

وقال ابن القاسم : قلت لمالك : أتأخذ بهذا الحديث ؟ قال :
نعم ، قال مالك : أو لأحد في هذا الحديث رأى ؟ قال ابن القاسم :
وأنا أخذته ، إلا أن مالكا قال لى : أرى لأهل البلدان اذا أنزل بهم هذا
أن يعطوا الصاع من عيشهم (قال) وأهل مصر عيشهم الحنطة وقال
ابن عبد البر في التمهيد : ان الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم ،
وان رواية أشهب منكروة . والله أعلم أما الاستدلال فدليلنا في المسألة
الأخبار المتقدمة وهى صريحة فى المقصود ، والمعنى فى ذلك صحيح
مستقيم غير خارج عن الأصول ، على ما سنبين فى أجوبة المخالفين
ان شاء الله تعالى .

ومن القياس على ما لو باع طاحونة حبس ماؤها زمانا ثم أرسله
حالة البيع فظن المشتري أنه أبدا كذلك ، ثم علم ، فانا أجمعنا على
ثبوت الخيار .

واعتمد المخالفون فى الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع
الى طريقتين طريقة الرد وطريقة التأويل ، الأول أن هذا خبر واحد مخالف
لقياس من الأصول المعلومة ، وما كان كذلك لم يلزم العمل به ، أما
كونه مخالفا لقياس الأصول المعلومة فمن وجوه :

- (أحدها) أنه أوجب غرم اللبن مع امكان رده .
- (وثانيها) أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله .
- (وثالثها) أنه جعل القيمة تمرا ، وهى انما تكون ذهابا أو ورقا .

(ورابعها) أنه جعلها مقدره لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص
بنقصانه ، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون فى الزيادة
والنقصان .

(وخامسها) أن اللبن أن كان موجودا عند العقد فقد ذهب جزء من العقود عليه وذلك يمنع الرد ، وأن كان اللبن حادثا بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه وان كان مختلطا : فما كان موجودا منع الرد ، وما حدث لم يجب ضمانه .

(وسادسها) اثبات الخيار ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول ، فان الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث .

(وسابعها) يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع في بعض الصور ، وهو ما اذا كانت قيمة الثمالة صاعا من تمر ، فانها ترجع اليه مع الصاع الذي هو مقدار ثمنها .

(وثامنها) أنه مخالف لقاعدة الربا في بعض الصور ، وهو ما اذا اشترى ثمالة بصاع فاذا استرد معها صاعا من تمر فقد استرجع الصاع الذي هو الثمن ، فيكون قد باع ثمالة وصاعا بصاع ، وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم ، فانكم تمنعون مثل ذلك .

(وتاسعها) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط ، لأن نقصان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية .

(وعاشرها) أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسما من الثمن والالجاز افراده بالعقد كالثمن ، واذا لم يأخذ قسما من الثمن لا يضمن .

(وأما) المقام الثاني وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفا لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلأن الأصول المعلومة مضطوع بها ، وخبر الواحد مظنون ، والمظنون لا يعارض المعلوم .

(العذر الثاني لكم) أن هذا الحديث من أخبار أبي هريرة ، وانما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار (وأما) في الأحكام فلا يقبل ، وتارة يقولون أنه غير فقيه والحديث مخالف للقياس ، والصحابة ينقلون بالمعنى ، ولا ثقة برواية غير الفقيه .

(العذر الثالث) دعوى النسخ في هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمسال جائزة .

(العذر الرابع) أن هذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف في ألفاظه ، وهذه الأمور الأربعة لتترك العمل به بالكلية .

(العذر الخامس) في مخالفتهم لظاهر الحديث بتأويله واستعماله ، وحمله على ما إذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلا وشرط الخيار ، فالشرط فاسد ، فان اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار مع العقد ، وإن لم يتفقا يطل (وأما) رد الصاع ، فلأنه كان قيمة اللبن في ذلك الوقت .

والجواب في ذلك (أما) الأول فبالظن في المقامين جميعا (أما) قولهم انه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول ، وخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول وهذا الخبر إنما يخالف قياس الأصول ، وقياس الأصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه ، ولهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ان القياس أن الأكل ناسيا يفطر ، ولكن ترك القياس بخبر أبي هريرة « أطعمه الله وسقاه » وقبل أبو حنيفة خبر أبي هريرة في جواز التوضىء بالنبيذ ، وخبر زاذان في ابطال طهارة المصلى بالقهقهة مع أنهما إنما خالفا قياس الأصول ، ورد خبر التصرية وبيع العرية لأتھما خالفا أصول القياس عنده ، وصاحب هذه الطريقة ينازعه في ذلك ويقول : ان ذلك إنما هو مخالف لقياس الأصول كالأول ، ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول (ومنهم) من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضا قاذحة ، ويقول : ان ما ورد النص به فهو أصل بذاته ، لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة ، والغرة في الجنين وغير ذلك ، وليس ابطال أصل لمخالفته أصولا أخرى بأولى من ابطال تلك الأصول لمخالفتها ذلك الأصل .

(والصواب) العمل بها جميعا ، ويعتبر كل أصل بنفسه ، وصاحب هذه الطريقة يقول : انه لا فرق بين مخالفة قياس الأصول ومخالفة الأصول ، وكلاهما لا يوجب الرد ، والأحاديث التي ذكروها في التصرية والقهقهة وغيرها سواء في ذلك مع أن خبر التصرية أصح .

(واعلم) أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطه التي تخون في نفسها محتملة (أما) الأصول المقطوع بها فنص الكتاب وانتواتر والاجماع أو الأصول التي في معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأنيف^(١) فإذا ورد الخبر بخلافه رد ، ويعتقد أنه لم يصح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقول ما يخالف ذلك ، وهذا قاله الأستاذ أبو اسحاق الاسفراينى ، فهذان جوابان اجماليان عن دعوى مخالفة الأصول (ومنهم) من سلك في الجواب عن ذلك طريق التفضيل ، ويتبين أن ذلك ليس مخالفا لقياس الأصول من الوجوه التي ذكروها ، بل في الأصول ما يشهد له ويعاضده .

(أما) غرم القيمة مع امكان الرد فان رد اللبن في التصرية غير ممكن لوجهين :

(أحدهما) نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث .

(والثانى) أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري ، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه .

(وعن الثانى والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل ، وكونه تمرا وكونه مقدرًا مع اختلاف قدره — ان كان مجهول القدر مجهول الوصف — جاز الرجوع فيه الى بدل مقدر في الشرع . من غير مثل ولا تقويم ، وقد وجد ذلك في مواضع (منها) الحر يضمن بمائة من الابل (ومنها) الجنين يضمن بالغرة . ويستوى فيه الذكر والأنثى (ومنها) المقدرات من جهة الشرع في الشجاج كالموضحة^(٢) مع اختلافها بالصغر والكبر (ومنها) جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقيدين ، ولا من شرط المثلى أن يضمن بالمثل ، والعدول في الأمور التي لا تتضبط الى شئ معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعًا للخصومة والتشاجر ،

(١) لقوله تعالى : « فلا نقل لهما أف » (الاسراء : ٢٣) فتحريم التأنيف يجعل الضرب من باب أولى فيستفاد من تحريم التأنيف ما هو أشد منه وأكثر أذى .

(٢) الموضحة التي توضح ما تحتها من العظم .

(المطبعي)

وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية ، والتصر غالب أموالهم
كما قدرت الدية بالابل ، لأنها غالب أموالهم .

(وعن الخامس) وهو ايجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري
مع النقص من وجهين (أحدهما) أن النقص حادث في اللبن دون الشاة ،
وهو انما يرد الشاة دون اللبن (والثاني) أن النقص الحادث الذي
لا يتوصل الى معرفة العيب الا به لا يمنع من الرد ، كالذي يكون مأكوله
في جوفه اذا كسر .

(وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف
للأصول ، بأن الشيء انما يكون مخالفا لغيره اذا كان مماثلا له ،
وخولف في حكمه ، وههنا الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن
هذه المادة هي التي يتبين بها لبن الحلبه المجتمع بأصل الخلقة ،
واللبن المجتمع بالتدليس ، فهي مادة يتوقف على العلم عليها غالبا
بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فانه يحصل من غير هذه المادة فيهما ،
وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب ، وعلى أن لنا في تقييد خيار المصراة
خلافاً سيأتى ان شاء الله تعالى .

وانما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له .

(وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البذل والمبدل من ثلاثة
أوجه ، (أحدها) أن صاع التمير بدل عن اللبن لا عن الشاة ، فلا يلزم
الجمع بين العوض والمعوض (الثاني) أن الحديث وارد على العادة
والعادة أن لا تباع شاة بصاع (الثالث) أن ذلك غير ممتنع كما
اذا باع سلعة بعبد ، قيمة كل منهما ألف ، ثم زاد العبد وبلغت قيمته
ألفين ، ووجد المشتري بالسلعة عيباً فيردها ، ويسترجع العبد وقيمه
ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن .

(وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا انما يعتبر
في العقود لا في الفسوخ ولا في ضمان المتلفات .

(وعن التاسع) وهو اثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار
ثبت بالتدليس ، كما لو باع رحي دائرة بماء قد جمعه لها ، وكما
لو سود الشعر ، فان العيب انما أثبت الخيار ، لأنه ينقص الثمن
به ، والتدليس كذلك ، ونحن نقول : ان هذا التدليس نفسه عيب .

(وعن العائش) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع ، وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن في الإناء (وقولهم) لو قابله قسط من الثمن لجاز افراده بالعقد ، منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التي في البناء ، لا يجوز افرادها ، ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن •

(وأما) الحمل قلنا : فيه قولان ، فعلى قولنا بأنه لا يأخذ قسطا يفرق بينهما بأن الحمل غير مقدور على استخراجه من الأم ، فهو بمنزلة اللحم المخلوق في الجوف بخلاف اللبن فإنه مقدور عليه ، فهذه الأجوبة دافعة لقولهم : انه مخالف لقياس الأصول •

ولئن سلمنا مخالفته لذلك (فالجواب) ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لما تقدم (وقولهم) ان تقديم خبر الواحد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع ، فان تناول تلك الأصول لمحل خبر الواحد غير مقطوع به ، لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك الأصل ، فان تلك الأصول عامة ، والخبر خاص ، والمظنون يخصص المعلوم •

(وأما العذر الثاني) وهو كونه من رواية أبي هريرة ، فلولا ذكره في الكتب والاحتياج الى الجواب ، لكننا نستحي من ذكره ، ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية ، أو نسمعه في أحد من الصحابة ، وأبو هريرة من ثقته وأمانته وحفظه لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمحل المعلوم ، ودعا له النبي صلى الله عليه وسلم أن يحببه الله وأمه الى كل مؤمن ومؤمنة ، وروى عن عثمان أنه قال له حين روى لهم « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم • وفضائل أبي هريرة ومناقبه مشهورة ، والمخالفون في حكم هذه المسألة انما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه ، وهذا ليس بصحيح ، فان عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر رضى الله عنه ليولى غير فقيه ، وكان أبو هريرة على المدينة في خلافة معاوية • أترى كان يحكم بغير فقهه ؟ •

وقد نقلت عنه فتاوى . وقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن
 عمر بن راشد عن يحيى ابن أبي كثير عن محمد بن عبد الرحمن
 ابن ثوبان « أن رجلا من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ،
 فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة ، فقال ابن عباس : احدى
 العضلات يا أبا هريرة ، فقال أبو هريرة : واحدة تبينها وثلاث تحرمها ،
 فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورتها أو كلمة تشبها
 يعنى أصاب » ففتياه بخضور ابن عباس وقول ابن عباس في ذلك
 دليل أيضا على فقهه ، ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشتراط
 الفقه تحكّم لا دليل عليه مع عدالة الراوى وضبطه وفهمه الذى
 يمنع من احالة المعنى ، ثم ان المخالف قبل خبر أبى هريرة في مواضع
 من جملتها في النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة
 وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبى هريرة
 وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة ، فقبلوا خبره في ذلك وهو مخالف
 لمعوم الكتاب قوله تعالى : « وأهل لكم ما وراء فلكم » (١) فأيهما
 أعظم ؟ مخالفته لمعوم الكتاب ؟ أو مخالفته لقواعد متنازع في
 عمومها ؟ ومخالفته للمقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب ؟ .

ثم ان حديث المصراة قد روى من غير طريق أبى هريرة كما
 تقدم ، ومن جملتها طريق عن ابن مسعود ، الامام المجمع على
 فقهه وعلمه ، وان كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود ،
 كما هو في صحيح البخارى ، لكن طريق الرفع أيضا جيدة ، وعلى طريق
 كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها وقد روى رفعه
 من غير طريق الاسماعيلى المتقدمة ، ذكرها الماوردى عن أبى عثمان
 النهدي عن عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذه
 اذا صح فيها الرفع طريق قوية جدا ، هذا مع متابعة الروايات
 المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة ، المبينة أن ذلك غير خارج عن
 المقياس ، وان لم يصح طريق الرفع في رواية فكونه من كلامه
 صحيح بلا اشكال ، وقول الصحابى عندهم حجة لاسيما ابن مسعود ،
 وطريق فقهم ترجع اليه ، فان لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون

(١) النساء : ٢٤ .

عاضدا للحديث أبي هريرة على زعمهم (وأما) نحن فلا نقول : ان الحديث يحتاج الى شيء يعضده ، والله أعلم .

(وأما الاعتذار الثالث) وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل .

(وأما الاعتذار الرابع) بالاضطراب فان الألفاظ المختلفة التي وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به ، ومنها ما هو صحيح لا منافاة فيه ، والألفاظ التي صحت كلها لا تناقض فيها ، بل الجمع بينها ممكن ظاهرا .

(وأما الاعتذار الخامس) واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لا يصح لأربعة أوجه (أحدها) أن النهي عن التصرية وما ذكره معه يقتضى تعليق الحكم بالتصرية ، وما استعملوه عليه يقتضى تعليق الحكم بفساد الشرط ، فصار ذكر التصرية لغوا (الثانى) أنه جعل الرد للمشتري وحده ، ولو كان لأجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذ يكون فاسدا ، قاله الماوردى وغيره ، وفيه نظر ، فانه إذا شرط في الشاة المبيعة أنها تحلب مقداراً فنقصت عنه فانما يثبت الرد للمشتري لا للبائع ، وذلك على وجه سيأتى في كلام المصنف بصحة البيع (والشرط الثالث) أنه جعل الرضا موجبا للامضاء ، والسخط موجبا للفسخ والرد ، ولم يجعله متعلقا باسقاط الشرط (والرابع) أنه أوجب فيه رد صاع من تمر ، واسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر ، قال هذه الأوجه الماوردى رحمه الله ، وأقواها الوجه الأول لكماله هو دون غيره . فقد بان بحمد الله تعالى صحة ما ذهبنا اليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم في دفع ذلك .

(وأما) أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعون ذلك ويثبتونه بما علم في الأجوبة المتقدمة ، وبعضهم يأبى ذلك ، ويروى الاستناد في ذلك الى الحديث ، ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط ، قال الغزالي في المآخذ : والانصاف أولى من العناد ، ونحن نعلم أن حديث المصراة لو لم يرد لكنا لا نثبت الخيار : وقد سلم ما وجد حالة العقد ، ولم يتخلف الا منفعة في المستقبل ، فالاعتماد على الحديث وهو صريح لا تأويل له ، والله أعلم .

وقول الغزالي هذا أنه لو لم يرد الحديث لكان لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه ، فانا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالغيب والشرط ، ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه ، وأن ما اشتمل عليه من الأحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الإشارة إليه . وهذا الذي قاله الغزالي خالف فيه الإمام ، فإنه قال في النهاية : إن قاعدة مذهب الشافعي تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس . وذكر بيان ذلك بمسألة تجميع الشعر وتلطيف الثوب بالمداد وشبه ذلك عند الكلام في هذه المسائل إن شاء الله تعالى (أما) رد الصاع فالإمام موافق على أنه خارج على القياس ، والله تعالى أعلم . وقد ذكر القاضي أبو الطيب عن أبي عبيد القاسم ابن سلام أنه قال في كتابه المسمى بالحجر والتقليس : ناظرت محمد ابن الحسن واحتججت عليه بحديث أبي هريرة « وأيما رجل مات أو أفلس » فقال : هذا من أخبار أبي هريرة ، فكان ما هرب إليه أشد عليه مما هرب منه .

قال القاضي أبو الطيب : فان قال - يعنى الذى رده - انه يكثر الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم (فالجواب) أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه ، وغزارة حفظه وسعة علمه ، وكان الشيخ أبو محمد الباقي (١) يجيب عنه بقول البحرى :

إذا محاسنى اللاتى أدل بها صارت ذنوبى فقل لى كيف أعتذر ؟
وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن أكثر الحديث ، فإنه كان يلزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له النبى صلى الله عليه وسلم بالحفظ .

(فرع فى علة هذا الخيار) وجهان (أحدهما) التدليس الصادر من البائع (والثانى) الضرر الحاصل للمشتري بخلاف ما وطن نفسه عليه ، ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرها غيره بغير اذنه (والأصح) عند صاحب التهذيب ثبوته ، وبه قطع القاضي حسين وقطع الغزالي بخلافه فى الوجهين فيما إذا تحفلت

(١) عبد الله بن محمد الخوازمي أبو محمد الباقي

بنفسها ، وفي الوسيط حكى الوجهين ، وجعل الأولى عدم الثبوت
وحقيقة الوجهين ترجع الى الحاق خيار التصرية بخيار العيب أو
بخيار الخلف المجمع على كل منهما (فرجح) البغوى والقاضى حسين
الأول ، وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين ، ممن صرحوا أن
التصرية عيب ، وكذلك يقتضيه كلام الشافعى فى الأم فإنه قال : « فإذا
حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية » وقال أيضا : « فان رضى الذى
ابتاع المصراة أن يمسكها بعيب التصرية » ورجح الغزالى الثانى ،
وتبعه عبد الغفار القزوينى فى حاويه .

(والمراد) بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياما من
غير شد لا عن قصد بل نسيانا أو لشغل عرض ، فان اللبن يجتمع
فى ضرعها اذا لم يصل اليها ولدها أو يتفق شد أخلافها لحركتها
بنفسها لا بصنع آدمى ، ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير
شد الأخلاف لقصدغزارة اللبن ليراه المشتري فهو فى معنى الشد
بلاخلاف .

قال ابن الرفعة : ولهذا قال بعض الشارحين : وليس شد
الأخلاف شرطا بل هو الغالب وانما المعتبر أن يترك حلبها قصدا
(قلت) وذلك داخل تحت الحديث على تفسير أبى عبيد ، وقد تقدم
التوفيق بينه وبين تفسير الشافعى والتي صراها أجنبى بغير اذن
البائع لا شك أنها داخلة تحت اسم المصراة عليها ، وان لم يصح
اطلاق اسم المصراة عليها فهمى كهى فى المعنى من جهة الظن الناشئ من
رؤيتها ، فظن السلامة فى غيرها .

وأما الحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالاتزام فبعيد ، ولو صراها لا
لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيرى المشهور
بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافا ، ولم أر ذلك فى كلامهم صريحا ،
لكنه يتخرج على أنا هل ننظر الى أن المأخذ للتدليس ؟ أو ظن
المشتري ؟ .

فعلى الأول لا يثبت الخيار ، لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس ،
وعلى الثانى يثبت لحصول الظن (والراجع) من ذلك ثبوت الخيار

نظرا الى المعنى ونحوات ما ظنه المشتري ، ولو شدد أخلافا قصدا لصيانة لبنا عن ولدها فقط ، قال ابن الرفعة : فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها .

(قلت :) وهي كالمسألة التي حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن في تلك الزيادة النسيان ، وهو ليس بشرط ، فانه اذا كان القصد صحيحا لم يحصل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول : ان التدليس حاصل بعدم تبيينه وقت البيع ، وهو عالم به ، لأن هذا المعنى حاصل فيما اذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين ، وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيري ، فنقل المسألة عنه على أنه ضراها لأجل الخديعة ثم نسيها ، ثم اعترض بأنه ينبغي أن يكون هذه من صور الوفاق ، وهذا الاعتراض - لو كان الأمر كما نقله - صحيح لأنه حينئذ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان ، فاذن المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما اذا تحفلت بنفسها ، والمسألة التي نقلها القشيري واحدة والمسألة التي نقلها ابن الرفعة عن القشيري بحسب النسخة التي وقعت له غلطا مسألة أخرى ينبغي الجزم بالخيار فيها ، فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التبييه عليهما ، لأنهما ليسا في كلام الأصحاب صريحا فيما علمت ، والله أعلم .

(فرع) لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة ، والخداع محرم في الشريعة قطعا ، وهل يختص اثم فاعله بحالة علم التحريم أو لا ؟ لأنه ظاهر المفسدة ، قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون الكلام فيه كما في النجس (قلت) والذي اختاره الرافعي في النجس تخصيص معصية الناجس ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص ، وحكى البيهقي من كلام الشافعي ما يقتضى ذلك ، والله أعلم .

وهذا الذي ذكرت من نفي الخلاف في تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبي حنيفة جوازه ، ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع فقد رأيت في كلام بعض الأصحاب أنها حرام ، وينبغي أن يحمل ذلك على ما اذا كانت

تضر بالحيوان ، أما اذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد فلا معنى للتحريم ، وبعض الأصحاب الذي أشرت إليه هو صاحب التتمة ، فانه لما تكلم في لباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية ، قال : لباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع ، بل للمسيء أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه ، وأما ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ، ويجب حمل ذلك على ما ذكرته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف أصحابنا في وقت الرد فمنهم من قال : يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار في بقية الثلاث للسنة (ومنهم) من قال : اذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرد سقط خياره لانه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب) .

(الشرح) الذي قال بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو القاضى أبو حامد المروروذى وعليه نص الشافعى في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب في الجزء الخامس عشر من الأم ، قال : من قبل أن المصراة قد تعرف تصريتها بعد أول حلبة في يوم وليلة وفي يومين ، حتى لا يشك فيها ، فلو كان الخيار انما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال : الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار في العيب اذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر ، ونقله الرويانى عن نسه في الاملاء أيضا ، ونقله الجورى وابن المنذر من كلام الشافعى صريحا ، ولم يذكر الجورى غيره وهو الصحيح عملا بالحديث ، ويقتضى ايراد الرويانى في البحر وابن سراقفة في بيان ما لا يشيع جهله والشاشى في الحلية ترجيحه وهو الذى قاله الغزالى في الخلاصة ، وقطع به القشيرى والماوردى مع احتمال في كلامه . والخيار على هذا القول يكون خيار تزوية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط .

(والثانى) وهو أنه على الفور على قول أبى على ابن أبى هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وصححه

الفارسي تلميذ المصنف والبغوي في التهذيب والرافعي والخوارزمي
في الكافي وابن أبي عمرون في الانتصار .

وقال الروياني في الحلية : انه القياس والاختيار ، وهذان الوجهان
متفقان على جواز الرد اذا اطلع على التصرية في الثلاث ، وانما الخلاف
بينهما في كونهما على الفور أو يمتد الى آخرها ، وفي المسألة وجه
ثالث قاله أبو اسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها أيضا
وانما له الرد عند انقضاء الثلاث وهذا الوجه بعيد ، وهكذا حكاه
الروياني والبندنجي ، وسيأتي في آخر المسألة تنبيه على ما يتعلق
بتحرير هذه الأوجه .

واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكا وافتراقا والوجه الأول والثالث
يشتركان في اعتبار الثلاث في التصرية فهي ثابتة بالشرع من غير شرط
ويفترقان ، فأبو اسحاق يقول : المقصود بها الوقوف على عيب
التصرية فانه لا يظهر بحلبة ولا بخلبتين فاذا حصلت الحلبة الثالثة
عرف الحال ، وكان الرد حينئذ الرد بالعيب على الفور . وأبو حامد
يجعل الخيار في الثلاث كالخيار الثابت بالشرط ، ويدل له قوله صلى
الله عليه وسلم : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » جعل الثلاثة ظرفا للخيار ،
وهو مخالف لما يقوله أبو اسحاق ، وكلا الوجهين مبين لقول
ابن أبي هريرة ، فان ابن أبي هريرة يقول : ان الخيار ثلاثة أيام .
انما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك ، والتصرية موجبة للخيار
على الفور ، لأنها عيب من العيوب ، فبين قول ابن أبي هريرة ،
وقول أبي اسحاق اشتراك في جعل خيار التصرية خيار عيب ثبت
على الفور ، وافتراق في أن ابن أبي هريرة لا يعتبر الثلاث عند عدم
الشرط أصلا ، وأبو اسحاق يعتبرها ، ولذلك فانه اذا اطلع على التصرية
بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور عند ابن أبي هريرة ولا يثبت
عند أبي اسحاق .

وتأويل ابن أبي هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه ،
وقول أبي حامد وابن أبي هريرة متباعدان جدا ، لكن بينهما اشتراك
واحد في جعل الخيار في الثلاثة الأيام في صورة الشرط ، وتلخيص
هذا أن خيار التصرية عند أبي حامد خيار شرع ، وعند أبي اسحاق

وابن أبي هريرة خير عيب ، وخيار الثالث عند أبي حامد بالشرع ،
وعند ابن أبي هريرة بالشرط ، وعند أبي اسحاق بالصيب .

(وأصحهما وأوفقهما) للحديث ولنص الشافعي قول أبي حامد .
والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين ، وقد رأيت
فيه كما حكاه . وقد قدمت من حكاه أيضا .

ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفت الرافعي رحمه الله في
التصحيح ، فإني رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصح
شيئا ، والذين صححوا قد ذكرتهم ، وهم مختلفون في التصحيح ،
وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة ، والرافعي تبع
في ذلك البغوي ، وهو معارض بالصيمري والجوري ، ومعناه الدليل
من الحديث ، ونص الشافعي ، واعتذر البغوي عن الحديث بأنه
بنى الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لا يقف على التصرية قبل ثلاثة
أيام ، ويحمل نقصان اللبن في اليومين على تبدل المكان وتساوت
العلف وغير ذلك ، وهذا الاعتذار يوافق قول أبي اسحاق .

وأما ما قاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور
إذا اطلع قبل مضي الثالث فلا يناسب ذلك ، ولو كان الحديث على
الغالب لقال : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاذن هذا العذر مع تصحيح
هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعا ظاهرا ، لكن ههنا تنبيهات .

(احدها) ما يمكن أن يكون مستندا لأبي اسحاق وابن
أبي هريرة .

أما أبو اسحاق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذي
أورده المصنف رحمه الله ، وكذلك أورده جماعة من الأصحاب في كتبهم
الفقهية . وهو قوله : « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا »
فإن هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت
له الخيار ، فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثالث لأن الحديث
لم يدل عليه على هذا التقدير ، ولا يمتد بعد الثالث ، بل يكون على
الفور ، لأن الحديث على هذا التقدير إنما دل على مطلق الخيار
حينئذ فلا يمتد لأمرين (أحدهما) عدم الدليل عليه ، والأصل
المزوم (والثاني) القياس على ما سواه من العيوب .

لكننا قد بينا أن هذه الرواية لم تصح ولا رأيتها في شيء من الروايات فتمذر هذا البحث ، وبتقدير الصحة فذلك محتمل لاحتمال أن يكون ثلاثا متعلق بخير النظرين ، ويكون الحلب مطلقا غير مقيد بالثلاث ، ويؤيده الرواية التي فيها التصريح باثبات الخيار ثلاثا ، لكنى سأنبه في التنبيه الثاني على زيادة في ذلك ، فليكن المستند في رد ذلك عدم صحة الحديث .

وأما ابن أبي هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب على الفور ، فيحمل ورود الثلاث في الحديث على ما اذا شرط الخيار ثلاثا ، وهذا منه يشبه ما ذهب اليه الحنفية في بعض اعتذاراتهم عن الحديث ، وان لم يكن موافقا فيما ذكروه في رد الصاع ، وقوة الحديث تقتضى أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبي هريرة: أنت من الموافقين على العمل بالحديث وعدم الالتفات الى مخالفة القياس ، فليكن معمولا به في أن هذا الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، ولا يقاس على ما سواه من العيوب ، فان هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور .

بل ان لم يكن في مسألة العيب اجماع ولا نص يقتضى الفور فاللائق أن يجعل الخيار فيه ثلاثا بالقياس على المصراة التي ورد فيها النص ، وان كان فيها نص أو اجماع فهو عام ، وهذا خاص ، والخاص مقدم على العام ، فلا مستند حينئذ لهذا الوجه ، وهو الذى صححه البغوى والرافعى ، ولا لقول أبى اسحاق الذى قبله والصواب الصحيح المنصوص قول أبى حامد المروروذى ، وقول ابن أبى هريرة يشهد له من جهة المذهب شيء ، وهو أن في كلام الشافعى ما يقتضى أن خيار الشرط ثلاثا في البيوع ، مأخوذ من حديث المصراة ، فلو كان عند الشافعى أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان ، يستنبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا في البيوع ، ويحتمل أن يقال : ان ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه ، وهذا أقرب الى ظاهر الحديث ، فانه ليس فيه تعرض للشرط ، والله تعالى أعلم .

(التنبيه الثانى) أن الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله

على الاحتمال المقابل لما أبديته في ماخذ أبي اسحاق يقتضى اثبات الخيار ثلاثة أيام ، ابتداءؤها بعد الحلب ، وهذا لا أعلم أحدا قال به ، لا أبا حامد ولا غيره ، الا أبا بكر ابن المنذر فإنه قال : له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث ، وإنما قال أبو حامد بأنها من آثار العقيد كخيار الشرط على ما سأذكره ان شاء الله تعالى ، لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح ، والله أعلم .

(التنبية الثالث) أن الألفاظ الصحيحة في الحديث ورد فيها « فهو بخير النظيرين بعد أن يحلبها » وفي الألفاظ الصحيحة في رواية أخرى « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاللفظ الأول يقتضى أن الخيار بعد الحلب . واللفظ الثانى يقتضى أن مدة الخيار ثلاثة أيام . ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداءؤها من الحلب ، وهو الذى لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر (وأما) أن يعمل بالحدِيثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر ، فيلزم هذا الذى لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر (وأما) أن يجعل متعارضين ، فتقف الدلالة على ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام .

(والجواب) عن هذا أن قوله « فهو بخير النظيرين بعد أن يحلبها » محمول على الغالب لأن الرضا والسخط انما يكون بعد الحلب ، وتبين الحال ، والغلب الغالب أنه يقع في الثلاثة ، فاثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة على ما اقتضاه قوله : « بعد أن يحلبها » فعلمنا بالزائد المبين ، وحملنا الآخر على الغالب ، وهذا الحمل لا ياباه اللفظ بخلاف حمل قوله : « فهو بالخيار ثلاثا » على الغالب ، فإنه ياباه اللفظ ، والملائق بارادة ذلك المعنى أن تقول : فهو بالخيار بعد ثلاث .

(التنبية الرابع) أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف في هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب ؟ فالأول قول أبي حامد ، والثانى قول أبي اسحاق ، ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب ، والأول قول ابن أبى هريرة ، والثانى قول أبي اسحاق ، وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم ، وأن ابن أبى هريرة يوافق أبا اسحاق في أصل الخيار خيار عيب ، والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية ، بل بشرط المتعاقدين ، فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار

عند أبي حامد بالشرع لا بالعيب ، وهرعوا على ذلك فروعا سادكرها
ان شاء الله تعالى ، وكأنهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون
الا على الفور .

وأنت اذا تأملت ما قدمته في جواب ابن أبي هريرة في التنبيه الأول
توجه ذلك المنع لذلك ، فانا نقول لا تتأني بين الأمرين ، وما المانع
من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط ؟
لأنه غالبا إنما يظهر فيها ، ولا يحتاج الى أكثر منها ، ولا يكون
ذلك من باب التعمد المحض الذي لا يعقل له معنى ، فهذا أقرب
الى المحافظة على اتباع النصوص والمعاني ، وقد قال الماوردي في
الاقناع : ان التصرية عيب يرد بها المشتري الى مدة ثلاثة أيام ،
وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيار ثلاثا ، لكنه
ليس نصا فيما أقوله ، فانه يحتمل أن يرتدا به أى وقت ظهر له
التصرية في الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها ، وهو قول
أبي اسحاق ولذلك لم أورده ، ولم أروه ، ولذلك لم أذكره مع الموافقين
لشيخه الصيمري في اثبات الثلاثة لأجل هذا الاحتمال كما قدمت
الاشارة اليه ، وقد يظهر لهذا البحث أثر في التفريع الذي سذكركه
ان شاء الله تعالى .

(التنبيه الخامس) أنه تقدم عن الغزالي التردد في الحاق خيار
التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف . وههنا في الأوجه الثلاثة
بجعلناها راجعة الى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب ؟ ولم
يذكر الخلف (فالجواب) أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان في
أن كلا منهما على الفور ، وانما لا يفترقان فيما لا يكون من فعل
البائع كتحويل الشاة بنفسها ، هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت ؟
فالذي يقول ههنا بأنه على الفور ، لا يختلف نظره ، وكان التعبير عن
ذلك بالعيب وبالخلف سواء .

(التنبيه السادس) أنه قد تقدم أن الأصح عند صاحب التهذيب
وغيره ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها ، وتخريج ذلك على
أنه يسلك به مسلك العيب ، وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب
هنا أنه على الفور (وأما) على ما صححته ونص الشافعي عليه وقاله

أبو حامد من أن الخيار بالشرع ، فهل يكون الحكم بثبوت الخيار ثلاثا مستمرا أو لا ؟ فإن كان مستمرا فلا مستند له ، فإن الحديث لم يشمل إلا التي صريت ، والحاقه بالعيب لا يقتضى اثبات الثلاث ، وإن لم يثبت خيار أصلا كان ذلك مخالفة لصاحب التهذيب ، وقد تقدم موافقته هناك ، وإن ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا ، فأحد الأمرين لازم (أما) مخالفة صاحب التهذيب هناك (وأما) موافقته هنا •

(والجواب) أنه يثبت الخيار ثلاثا ، لأن المعنى الذى يثبت لأجله فى محل النص موجود هنا ، وهو فوات الظن ، وكونه من باب العيب لا يمنع إثبات الثلاث لما تقدم فى التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وإن الدليل الدال على إثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب ، فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب فى ثبوت الخيار هناك لوجود معنى الحديث موافقته هنا فى عدم اعتبار الثلاث ، لما فى ذلك من مخالفة ظاهر الحديث •

(التنبيه السابع) أن قول أبى اسحاق المذكور وقع فى نقله ما ينبغى التثبت فيه ، فمضمون من يجعله كما حكيته فيما تقدم ، وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث وبعدها وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث ، صرح بذلك الرويانى وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد • وظاهر هذا الكلام إذا أخذ على إطلاقه يشمل ما إذا علم التصرية قبل الثلاث باقرار البائع أو بيعة ، وامتناع الرد إذا أقر البائع أو قامت بيعة لسببه ، ففيه بعد •

والذى يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد فى هذه الحالة على كل قول عند العلم ، فإنه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها ، فقال : منهم من قال هو خيار التصرية يمتد إلى ثلاثة أيام ، لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية فى الحال ، بأن أقر به أو شهد له البيعة يكون على الفور ، ومنهم من قال هو للقرؤية كما فى الشفعة فى قول يمتد إلى ثلاثة أيام (ومنهم) من قال أراد به إذا شرط الخيار ثلاثا ، لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة ، فهو على الفور • انتهى •

(والقول الثاني) في كلامه هو قول أبي حامد المروروذى .

(والثالث) هو قول ابن أبي هريرة والأول هو - والله أعلم - قول أبي اسحاق وقد صرح عليه بثبوت الخيار إذا علم . وصاحب التتمة لم يحك إلا قول أبي حامد وقول أبي اسحاق . وصرح على قول أبي اسحاق بأنه إذا علم التصرية باقرار أو بيينة وأخر الفسخ بطل خياره ، فتعين أن يحتمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبي اسحاق كالثرواني وغيره ، على أنه يمتنع عليه الرد إذا ظهر له التصرية بحلقة أو حلقتين ، لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بخلل في العلف أو ليبدل الأيدي .

(أما) إذا حصل العلم بقول البائع أو بيينة - ولا مانع من ثبوت الخيار - وحينئذ يكون في هذا موافقة لابن أبي هريرة في ثبوت الخيار في الثلاثة على الفور إذا حصل العلم ، لكنه مع ذلك يخالفه في أن ابن أبي هريرة يثبت الخيار إذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث . وأبو اسحاق لا يثبت على ما حكاه الروياني ، ولم يتعرض القاضي حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة . مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضا مع وجود العيب بعيد . والذي حكاه الماوردي تفريعا على قول أبي اسحاق أن له الرد إذا اطلع بعد الثلاث ، ولم يحك الخلاف إلا بين أبي حامد وأبي اسحاق ، قال : ثبت عن أبي اسحاق ما صرح به الروياني ومن وافقه ، فالخلاف بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق متحقق ، وإن كان أبو اسحاق يقول بالرد بعد الثلاث أيضا كما قاله الماوردي ، وقبلها ، كما قاله القاضي حسين . فحينئذ يتحدد قوله وقول ابن أبي هريرة ، لكن الشيخ أبا حامد مصرح بما قاله الروياني . ولم يحك الخلاف إلا بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة ، وأبو حامد لا يرد نقله ، فهي ثلاثة أوجه محققة ، ويبعد كل البعد أن يقال انها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الروياني عن أبي اسحاق من امتناع الرد قبل الثلاث ، وبما حكاه القاضي حسين ولم ينسبه . فيكون ذلك قولاً مغايراً للثلاثة ، وبه تصير أربعة . هذا بعيد لا ينبغي المصير إليه ، وليس ذلك إلا للاختلاف في النقل والتعبير عن وجه واحد وتبنيه كلام صاحب التتمة .

ولولا تصريح الشيخ أبي حامد وغيره بالخلاف بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة لكنت أقول إن كلامهما يرجع إلى معنى واحد ، وهو أن الخيار على الفور ، وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبي حامد . وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، لكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة ، والله تعالى أعلم .

(التنبيه الثامن) أن قول المصنف : « ومنهم من قال : إذا علم بانتصية يثبت له الخيار على الفور » يحتمل أن يكون مرادة إذا علم بانتصية في الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقاً . فإن كان المراد الثاني فالقول المذكور وهو قول ابن أبي هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه الناقئ بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور . ويكون قول أبي اسحاق حينئذ قولاً ثالثاً في المسألة لم يتعرض المصنف لحكايته . وإن كان المراد الأول ، وإن فرض المسألة في الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبي هريرة باتفاق الناقلين ، وهو قول أبي اسحاق أيضاً على ما تقدم عن القاضي حسين ، فإنه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور ، ولا يكون حينئذ في مسألة الكتاب إلا وجهان ، وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتاً عنها ، وفيها أيضاً وجهان بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق ، فهما متفقان قبل الثلاث ، ويوافق أبا اسحاق في امتناع الرد بعدها .

(التنبيه التاسع) أن اتفاق ابن أبي هريرة وأبي اسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث إذا حصل العلم باقرار البائع وببينة ظاهر لا اشكال فيه ، ولا شك أن أبا اسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم ، وأما ابن أبي هريرة فلم يصرحوا عنه في ذلك بشيء ، ويحتمل أن يكون موافقاً لأبي اسحاق في ذلك ، فإن الحكم باحالة تناقص اللبن على التصرية مع احتمال إحالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدي غير مجزوم به ، ويحتمل أن يكون ابن أبي هريرة مخالفاً لأبي اسحاق في ذلك ، ويكتفى في جواز الرد بظهور ذلك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه في الثلاث ، فيكون ابن أبي هريرة وأبو اسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض .

(التنبيه العائير) قول المصنف : « إذا علم » يحتمل أن يريد به حقيقة العلم بإقرار الابن أو بالبينه . وذلك يسمى علماً في استحتم ، وحينئذ يحصل الاتفاق بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق في جواز الرد قيل الثلاث ، ويحتمل أن يريد به مطلق الاطلاق ، ولو يدلالة الحليب ، فيعود فيه الحلام الذي قدمته الآن ، والله أعلم .

(التفریح) لو اطلع على التصرية بعد الثلاث (فعلى) قول أبي حامد قالوا ليس له الرد ، لان ذلك خيار ثبت بالشرع للفرزوى كخيار الشرط ، فيفوت بانقضاء الثلاث (وعلى) قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق فقد تقدم حكمه ، وقال الجورى (١) : إذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب ، وانما جعل الثلاث فسحة له إذا علم في أول يوم بالتصرية ، أو في الثاني إن يؤخر الرد إلى الثلاث وينقطع بأخر الرد بعد ثلاث .

وأما إذا لم يعلم فهو كسائر العيوب ، وهذا حسن ، ويوافق ما سنذكره عن الابانة والوسيط ، ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية ، فعلى قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق لا يثبت كسائر العيوب عندهم إلا أبا حامد ، قالوا : يثبت له الخيار لأنه خيار شرع ، وشبهوه بما إذا تزوجت عتيماً عالماً بعنته ، وعلى قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق لا يثبت كسائر العيوب وهو الأظهر في المستظهرى .

واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته إذا اشتراها عالماً بالتصرية ميل إلى جانب التعبد ، وكل الفرعين ذكروا ذلك على قول أبي حامد حتى الماوردى ، وقد نبهت فيما تقدم على أنه لا تنافى بين اثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب ، ويؤيده ما تقدمه ابن الشافعى رحمه الله أنه صرح في الأم بأن التصرية عيب ، مع ما تقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام ، فالجمع بين هذين النصين يقتضى ما قلته ، ومقتضى ذلك أنه إذا اطلع بعد الثلاث له الخيار على الفور كسائر العيوب ، مع قولنا : ان الخيار يمتد

(١) يكثر في النسخ في ش و ق تصحيف اسم الامام على بن الحسين أبو الحسن الجورى بالراء المهملة الى اعجامها زايماً (ط) .

الى ثلاثة أيام ، وان كان الزمن الذي قدره الشرع للخيار على سبيل التروى قد مضى ، كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط ، وقد يتفق أن المشتري يغفل عن ملاحظتها في مدة الثلاثة الأيام بأن يكون في يد وكيله أو البائع أو غيرهما ، ثم يطلع بعد الثلاث على التصرية دون تناقص اللبن في الحلبات الماضية .

وأما اذا اشتراها وهو عالم بالتصرية فيحتمل أن يقال : ثبوت الخيار كما ذكره في التفريع على هذا القول مع كونه عينيا ، لأن هذا العيب لا يوقف على حقيقته في العادة الا بالثلاث ، فلا يفيد العلم بكونها مصراة حتى يطلبها ثلاثا ، فحينئذ يعلم مقدار لبثها الأصلي ، وقبل ذلك يكون رضا بأمر مجهول ، كما يقول في بيع العين الغائبة اذا قلنا بصحته أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية ، ولا ينفذ اجازته على الأصح على قول بيع الغائب ، فكذلك هنا ، وفي ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه اثبات الخيار مع العلم ، ولا يلزم منه اسقاط الخيار اذا اطلع على التصرية بعد الثلاث .

ومما يرشد الى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث « بيع المحفلات خلابة ، ولا تحل الخلابة لمسلم » روى ذلك عن ابن مسعود مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وموقوفا على ابن مسعود ، والوقف أصح ، والرفع ضعيف ، ولكن يستأنس بذلك في المعنى ، وهو يرشد الى الحاق هذا الخيار بخيار العيب ، كما ان من باع عينا علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلابة (وهي الخديعة) وأما الذي يشترط وصفا في المبيع بحيث اذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع ، فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة في البيع على تلك الصورة ، وأن التصرية — وان لم تكن من البائع — تثبت الخيار ، لأنه بالبيع معها من غير تبين مخادع ، كما أن بائع العين المعيبة مخادع ، وان كان العيب ليس منه ، فهذا المعنى يقتضى ثبوت الخيار ، أي وقت اطلع عليه .

ثم في المصراة معنى آخر ، وهو أنه لا يوقف على عيبها في العادة الا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم ، ولم يسقط بالعلم كغيرها من العيوب ، لأن العلم بالتصرية لا يفيد الغرض ، وينخرم به

الخدش على مقدار اللبن الأصلي ، فهذا ما ظهر لي في هاتين المسألتين ، وأنه يثبت الخيار ثلاثا مع العلم ، ويثبت اذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور ، وقد قدمت عن الجوري القول بذلك ، وابن المنذر لما نقل عن الشافعي وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لشترية خيار ثلاثة أيام .

قال : وفي مذهب بعض المدنيين له الخيار - متى تبين له أنها مصراة - أن يردها (قلت) وهذا هو قول ابن أبي هريرة ، وقد خرج صاحب التتمة بأنه اذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيما اذا توهمها أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقيق ذلك عنده .

وقال الشيخ أبو حامد رحمه الله : اذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد الى ما كان عليه قبل التصرية ، فهل له الرد ؟ فيه وجهان ، وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشعرت به التصرية لم يكن له الرد ، وأن الخلاف مقصور على ما اذا رجع الى ما كان عليه ، ويؤيده أنهم قد شبهوا ذلك بما اذا تزوجت عينا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عينا عنها ، فاذا تحققت عنته أيضا ثبت لها الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار .

لكن الخلاف في مسألة المصراة مطلق ، لأن مأخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث ، وذلك لا يختلف ، نعم يمكن أن يقال : ان جعلنا الخيار خيار شرع فثبت في حالة العلم بالتصرية ، سواء دام اللبن أو لم يدم ، وان جعلناه خيار عيب فيأتي فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبي حامد ، وللمأخذ الذي ذكره من اللاحق بمسألة العنين .

وفي الابانة والوسيط الجزم بأنه ان كان بعد مضي الثلاث فالخيار على الفور وان كان قبله فوجهان ، وهذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على أحد الوجهين يمتد الخيار الى ثلاثة أيام ، وأنه ان اطلع بعد الثلاث كان على الفور ، وهو الذي تقدم اختياري له ، لكني لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب .

وما اقتضاه كلام الفوراني المذكور يقوى التمسك به في ذلك ، لأنه لم ينقل عن شخص معين أنه قال بمجموع ذلك ، وانما اقتضت

على قول الفوراني بعد الثلاث ، وعلى الوجهين قبله ، وكان الأولى في الترتيب في الصنف خلافه ، الا أن يكون عنده وجه بذلك ، فيكون موافقا لما اخترته ، ويمكن أن يقال : لا حاجة الى نقله عن غيره ، بل كلام الفوراني وحده يكون في اثبات طريقة في المذهب في الجزم بالفور بعد الثلاث ، والتردد قبلها ، ومن ذلك يخرج القول المختار ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثاني) لا ، لعدم الضرر .

(فرع) اذا قلنا بأن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، فهل ابتدؤها من حين العقد ، أو من التفريق ، فيه الوجهان في خيار الشرط ، هكذا قال الرافعي رحمه الله تبعا للشيخ أبي محمد وصاحب التتملة (والأصح) من الوجهين في خيار الشرط أن ابتداءه من العقد .

وقد قال الجوري هنا : ان الأصح أن أول وقت الثلاث من التفريق ، قال : لأن الفرقة تبيح له التبسط بالطلب وغير ذلك ، وقبل التفريق ممنوع من التصرف ، وخيار المجلس لهما جميعا ، واذا تفرقا بطل خيار البائع ، وحصل للمشتري خيار الثلاث ، وفي المجرى من تعليق أبي حامد أن ابتداء الثلاث على مذهب الروزي التفريق ، وعلى مذهب ابن أبي هريرة على وجهين .

(فرع) لو اشترط خيار الثلاث للبائع في المصراة ، قال الجوري : لم يجز لأن الخيار يمنع المشتري من الحطب وسائر التصرف ، وترك الحطب والتصرف في الشاة يؤدي الى الاضرار بالشاة ، هكذا قاله الجوري ، ووقفت عليه في كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول : لم لا يكون الحطب وجواز التصرف لمن الملك له ؟ فان حكم بأن الملك للبائع فله الحطب والا فللمشتري ولا يحصل بذلك اضرار بالشاة ، نعم ذلك يؤدي الى محذور على قولنا : ان الملك للبائع في زمن الخيار ، لأن اللبن الحادث يكون تبعا للملك وان تم العقد على الأصح فاللبن الموجود عند العقد للمشتري لدخوله في العقد واختلاطهما معلوم .

فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له في اللبن الحادث للزم هذا المحذور فيؤدي الى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس ،

فان مدته قصيرة غالبا ، وأيضا فالقول بأن الملك للبائع في خيار المجلس ضعيف ، بخلاف خيار الشرط اذا كان للبائع وحده . وقد يقال : ان ما عكس به الجورى صحيح ، وان التصرف في المبيع أو في جزئه ، وان حكما بأن الملك للبائع ممتنع ، وان كان اذا تصرف يصح كما ذكر الأصحاب في بعض التصرفات . وأما الحل فلم يذكره فان ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجورى ، لأن التصرف بالحلب تصرف في المبيع واذا منعنا من ذلك أدى الى الاضرار بالشاة كما قال ، والله أعلم .

(فرع) لو اشترط للمشتري وحده . قال ابن الرفعة : فيشبهه أن يكون ابتداء الثلاث في التصرف من انقضاء خيار الشرط للمشتري . اذا قلنا عند فقده : انه من انقضاء خيار المجلس . خذرا من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك . قلنا : ان ابتداء خيار الشرط من حين التفريق (قلت) وهذا بعيد لأن التصرية تتبين في الثلاثة الأولى ، فاثبات ثلاثة أخرى لا وجه له ، والأولى أن نقول على هذا القول انه لا حاجة الى شرط الخيار للمشتري ، لأنه ثابت بالشرع ، فكان كما لو شرط خيار المجلس ، فان ذلك لغو لا فائدة فيه ، والله أعلم .

فان صح ذلك فتكون هذه المسألة من المسائل التي يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده ، ولا للمشتري وحده ، وأما شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع أيضا أخذا مما قاله الجورى ومما قلته ، ويحتمل أن يجوز ، ولا يمتنع التصرف بالحلب ، لأن الأصل استمرار العقد ومنه ثبتا ، وفي الصورة التي ذكرها الجورى نظر في أنه اذا كان الخيار للمشتري بالشرع لأجل التصرية ، فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيار لهما بهذين الشيعين كثبوتها بالشرط حتى لا يحكم بالملك حينئذ أو لا ؟ لا ، لاختلاف سببهما وهو الظاهر ، والله أعلم .

(فرع) اذا اشترها وهي مصراة ولم يعلم بها حتى ثبت لبنها على الحد الذي اشعرت به التصرية وصار عادة بتغيير الرعى ، ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثاني) لا ، لعدم

الضرر . قال القاضي أبو الطيب : والأول أصح (قلت) وهذا على رأيه في أنه خيار عيب ، وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم الا بعد زواله ، وبالقولين فيما إذا اعتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها حتى عتق الزوج ، وفي تعليق سليم عن أبي حامد ، قال الشيخ : أما القولان فعلى ما قال . وكذلك مسألة العيب ، فأما هذه المسألة فلا أعرف لاثبات الخيار وجهاً لأن نقصان اللبن ليس بعيب في الأصل ، وإنما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدام له ذلك .

(قلت :) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر ، لأن هذه الأمور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها ، بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة . ومن المعلوم أن الكلام في هذا الفرع إذا جعلنا له الرد من باب العيب . أما من يجعل الخيار بالشرع ويبين ذلك في الثلاثة فله الرد بلا اشكال ، وبني الجرجاني الوجهين على أن الخيار هل هو خيار خلف أو خيار عيب ؟ فان جعلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا ، لأنه لم يخلف ، وان جعلناه خيار عيب فينبى على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعرف الا بعد زواله هل يثبت له الخيار ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذي أخذه ، واختلفت الرواية فيه ، فروى أبو هريرة « صاعاً من تمر » وروى ابن عمر « مثل أو مثلى لبنها قمحاً » واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس ابن سريج : يرد في كل بلد من غالب قوته ، وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر . وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح ، كما قال في زكاة الفطر : « وصاعاً من تمر أو صاعاً من شعير » وأراد التمر لمن قوته التمر ، والشعير لمن قوته الشعير . وقال أبو اسحاق : الواجب صاع من التمر لحديث أبي هريرة ، وتناول حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع التمر فتطوع به) .

(أما الأحكام) فالمشترى للمصراة اما أن يختار امساكها واما
(الشرح) رواية أبى هريرة وابن عمر تقدم بيانهما . وأن
الرواية الى ابن عمر غير قوية .

أن يختار ردها ، وإذا اختار الرد فاما قبل الحلب واما بعده ، وإذا
كان يعده فاما مع بقاء اللبن واما بعد تلفه ، فهذه أربعة أحوال
سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما . وذكر الحالتين
الآخرتين احدهما في هذه القطعة من الفصل ، والآخرى في
القطعة التي ستأتى في كلامه ان شاء الله تعالى ، فلنذكر الأحوال الثلاث
ونقدم الصور التي فرضها المصنف وهي ما إذا أراد ردها .

وصورة المسألة اذا كان ذلك بعد الحلب ، وكان اللبن تالفا .
فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن ، ولا يخرج ردها
بلى الخلاف في تفريق الصفقة ، لتلف بعض المبيع وهو اللبن
اتباعا للأخبار الواردة في الباب ، على أن اللبن على رأى لا يقابله
قسط من الثمن وسيأتى في الحالة الثالثة تحقيق النقل في هذا الرأى .
ولا أعلم أحدا حكى خلافا في جواز الرد ، الا ابن أبى الدم فانه قال :
فيه وجه حكاه الامام أنه اذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة ،
قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ، ولا وجه لهذا الوجه مع
الحديث .

(قلت :) وهذا الوجه لم أقف عليه في النهاية . ولعله اشتبه
بالوجه الذى سنذكره في الحالة الثالثة اذا ردها بعيب غير التصرية .
قال ذلك الوجه في النهاية ، أما ههنا فلا . ثم اختلفوا في المضموم
الى المصراة الرد في جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة
أما الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين ،
والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضى
أبو الطيب الى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله ، وأن الواجب
عنده في كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى الى أبى سعيد الاضطخري
ونسبه الرويانى اليهما .

وقال في الحلية : انه القياس . ونسبه المحاملى والشيخ أبو حامد
في تعليق البندنيجى عنه الى ابن أبى هريرة وهو غريب ، ونسبه

الجورى لما تكلم فى مسألة الجارية الى ابن سلمة . قال : فكان
ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد ، فان
صحت هذه النقول فلعلهم الأربعة قائلون بهذا الوجه . وظاهر كلام
هؤلاء الناقلين أنه لا يجوز على هذا الوجه التمر اذا لم يكن غالبا .
أو يكون حكمه كما لو عدل اليه عن القوت الواجب فى زكاة الفطر ، وفيه
خلاف . والجورى جعل محل الخلاف فيما اذا علم الثمن فحكى فيه
قولين (أحدهما) يعتبر غالب قوت البلد (والثانى) لا يجوز الا التمر .
وصاحب التتمة قال : انه لا يختلف المذهب أنه لو رد التمر جاز وأنه
لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير ففيه وجهان (أحدهما) عليه
رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره (والثانى) يجوز أن يرد بدله
صاعا من قوته وكلا هذين الصنفين يخالف ظاهر اطلاق الأولين وكلام
الرافعى يوافق كلام صاحب التتمة فانه صور كلامه بأنه يرد التمر .
ثم حكى الخلاف فى تعيينه وقيام غيره مقامه ، والمراد بعدم الجواز
هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله . أما عند التراخى فسيأتى حكمه ان
شاء الله تعالى .

فاذا جمعت ما قاله الجورى وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام
الأكثرين حصل لك فى زد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه (أحدها)
أنه واجب (والثانى) أنه جائز ، وهو مقتضى كلام الرافعى وصاحب
التهديب (والثالث) التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتنع ، أو
معدوما فيجوز ، ويكون حينئذ هو الواجب ، ويحتمل أن تكون هذه
ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين . ويحتمل أن يكون اختلافا فى
تحقيق قول واحد .

أما عن بعض الأصحاب كابن سريج أو عن الشافعى كما اقتضاه
اطلاق الجورى قولين ، وبالجملة فكأن تعتمد على ذلك فى إكافية
الخلاف على هذه المقالات الثلاث ، وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما
سيأتى ان شاء الله تعالى .

وقد نقل الأئمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الأحاديث على
ذلك . وأن النبى صلى الله عليه وسلم اختلف لفظه لذلك فقال : « صاعا
من تمر بالمدينة » لأن غالب قوتها التمر . وكانت الحنطة بها عزيزة

وقال : « صاعا من طعام لاسمراء » حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الأرز ، وقال : « مثل لبنها قمحا » وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذى فى الصرع . وقصد به اللبن الذى يكون ذلك غالب قوته .

ووراء هذه الأوجه الثلاثة غير القول بتعين التمر الذى ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعا من أى الأقوات المزكاة شاء . من تمر أو بر أو شعير أو زبيب ، ويكون ذلك على التخيير . ونقله الماوردى عن ابن أبى هريرة وقد تقدم نقل المحاملى عنه للوجه الأول ، والله أعلم .

وقال الماوردى بعد حكاية هذا القول : وقوله : « مثلى لبنها قمحا » لأنه فى الغالب يكون صاعا لأن الغالب فى النعم أن تكون الحبة نصف صاع . يعنى ويكون تردد الرواية فى ذلك محمولا على التنوع ، مثل لبنها أن كان كثيرا ، قدر لبنها أن كان كبيرا قدر صاع ، أو مثلى لبنها أن كان قليلا ، وهو الغالب على الشياه فى بلادهم .

وممن ذهب الى هذا الوجه أبو بكر أحمد بن اسماعيل الاسماعلى ، فإنه قال فى كتابه المستخرج على صحيح البخارى : وفى قوله : « صاع من تمر لا سمراء » دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاقتصار على اللفظ ، لأن التمر اسم لنوع معروف ، وقوله : « سمراء » لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى ، فثبت أن المعنى التمر ، وما قام مقامه لا يكتفى سمراء .

(قلت :) ولا يلزم ذلك . وليست (لا) متعينة فى الإخراج ، وإنما هى هنا عاطفة ، مثلها فى قولك : جاءنى رجل لا امرأة والمعنى فى ذلك نفى توهم أن تكون السمراء مجزئة . فهذه الأوجه الأربعة مشتركة فى أن التمر غير متعين . بل يقوم مقامه غيره ، وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصرنا ذلك على الأقوات كما فى صدقة الفطر ، وإنما الخلاف هنا فى التخيير أو فى اعتبار الغالب من قوت البلد ، وهو الصحيح على القول بعدم التمر . قال الامام : لكن لا نتعدى هنا الى الإقط بخلاف ما فى صدقة الفطر للخبر . وهذا الذى قاله الامام يوافق ما تقدم عن الماوردى فى نقل قول التخيير .

(وقوله :) ان ذلك في الأقوات المزكاة وان كان قد أطلق النقل في قول الاصطخري ووراء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبي محمد ، واختلف في التعبير عنه (فقال ولده امام الحرمين) وهو أعرف بمراده : ذكر شيخى مسلكا غريبا زائدا على ما ذكره الأصحاب في طرقهم فقال : من أصحابنا من قال : يجرى في اللبن على قياس المضمونات فان بقى عينه ولم يتغير رده ، وليس عليه رد غيره ، وان تغير مثله . فان اللبن من ذوات الأمثال . فان أعوز المثل فالرجوع الى القيمة . وقد أوما اليه صاحب التقريب ولم يصرح . وهذا عندي غلط صريح وترك لمذهب الشافعى رحمه الله ، بل هو حيد عن مأخذ مذهبه . ويبطل عليه مذهب الشافعى في مسألة المصراة ، ولم يبق الا الخيار فان اعتمدنا فيه الخبر لم يبعد من الخصم حمله على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل ، فهو اذن هفوة غير معدودة من المذهب لا عود اليها . هذا ما ذكره الامام في ذلك وهو أعرف بمراد والده ، والأمر في تضعيفه كما ذكره فان ذلك بجانب للحديث والمذهب .

ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعى رحمه الله صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد رحمه الله على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل الى مثل اللبن أو الى قيمته عند اعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتبارا بسائر المتلفات ، وفي هذا تأويل لكلام الشيخ أبي محمد رحمه الله وأن ايراده يرده ان شاء ، وليس عليه رده حتما ، وذلك موافق لما سيأتى في الكتاب في هذا الفصل أن البائع يجبر - على وجه - على قبول اللبن اذا كان باقيا ، ومال ابن البرقعة الى هذا التأويل ، وقال : ان كلام الشيخ أبي محمد رحمه الله في السلسلة ينطبق عليه ، لكن هذا التأويل يأباه ظاهر حكاية الامام عنه . (وقوله) انه يجرى في اللبن على قياس المضمونات ، وأيضا فان الوجه الذى سيأتى في كلام المصنف رحمه الله انما هو في حالة بقاء اللبن ، والامام - وان كان كلامه عن الشيخ أبي محمد في حالة بقاء اللبن أيضا - لكن قوله : انه على قياس المضمونات نعم ، وأيضا كلام الرافعى في ذلك : انما هو في حالة التلف ، فان حمل على هذا التأويل على بعده وأن

الواجب الأصلي هو التمر وله أن يعدل عنه إلى مثله فعلى بعده
ليس على قياس المضمونات ، كما اقتضاه كلام الامام عنه ، وهو
وجه آخر غير ما ذكره الأصحاب في الخاليتين أعنى حالة تلف اللبن ،
وحالة بقائه خلافا لما قاله ابن الرفعة ، أن ذلك ليس خارجا عن كلام
الأصحاب ، وان كان المراد ظاهر ما نقله الامام ، ففي ذلك مخالفة
لما نقله الرافعي ، وهو في غاية المصادمة للحديث والمذهب .

قال ابن الرفعة : لكن له وجه ، فإن اللبن انكأ في الضرع قبل
الطبخ يسير لا يتمول فصار تابعا لما في الضرع كما اذا اختلط
بالثمرة المبيعة ونحوها شيء من مال البائع لا قيمة له فانه لا يمنع وجوب
التسليم عليه للمشتري ، ولهذا حكى الماوردي طريقة قاطعة بأنه
إذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتى طالت ان الزيادة تكون للمشتري
ككبر الثمرة ، وقد حكى الامام مثل ذلك عن شيخه فيما اذا باع صاعا
من اللبن الذي في الضرع ، وقد رأى منه أنموذجا فقال : وكان شيخى
سابق في التصوير ، ويقول : اذا ابتدر حلبه واللبن على كمال الندرة
لم يظهر اختلاط شيء به ، له قدر به سألاه ، وان فرض شيء على
ندور لمثله محتمل ، كما اذا باع جزء من قرظ .

قال ابن الرفعة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه
ظاهره ، فانه يقتضى أن الرد بعد ثلاث ، واللبن اذا كان يخالط
في الغالب ، نعم المشكل قوله : عند تعيين اللبن ، يعنى بالحموضة
بوجوب رد مثله ، والخبر اذا خرج مخرج الغالب يوجب رد غيره ،
فالغرابة في هذا ، لكنه قياس ايجاب رد اللبن عند عدم التغير نظرا
إلى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة ، واذا وجب رد المثل فتعذر كان
الواجب قيمته .

(قلت) وهذا التكلف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر
ما نقل عن الشيخ أبى محمد من الجرى على قياس المضمونات ، فان
ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن ، وخمّل الحديث على
الغالب ، ثم ذلك غير متجه من وجهين (أحدهما) أن مقتضى ذلك أن لا
يجوز الرد قبل ثلاث ، وهو لا يقول بذلك على ما هو المشهور من
المذهب (والثانى) أن غاية ذلك ابداء وجه من القياس لرد اللبن ، ونحن

لا نذكر أن القياس قد يقتضى ذلك ولكن المتبع في ذلك الحديث وهو عمدة المذهب في ذلك فالعدول عنه خروج عن المذهب ، وكلام الشيخ أبي محمد في السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فإنه قال في حكاية الوجه : للمشتري جبر البائع على قبول المثل ان كان المثل موجودا ، والا عدل الى الدراهم كسائر المتلفات ، والله تعالى أعلم .

فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعي يجمعها القول بأن التمر لا يتعين ، وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الامام الأربعة الأولى مشتركة في ذلك ، وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التي ذكرها ، ويقابل ذلك كله الوجه الثاني الذي ذكره المصنف عن أبي اسحاق المروزي اتباعا لحديث أبي هريرة رضى الله عنه ، ممن صحح هذا الوجه الشيخ أبو محمد في السلسلة ، والرافعي والنووي ، وممن نسبه الى أبي اسحاق كما نسبه المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم .

واختلف القائلون لهذا الوجه فقال الماوردي : على هذا لا يجوز العدول الى غير التمر . ولو أعوز التمر أعطى قيمته . وفي قيمته وجهان (أحدهما) قيمته في أقرب بلاد التمر اليه (والثاني) قيمته بالمدينة . وقال القاضي أبو الطيب والبعوى عن أبي اسحاق : انه ان عدل الى ما هو أعلى منه جاز ، وان عدل الى ما هو دونه لا يجوز الا برضا البائع ، هكذا قال البعوى وفيه التنبيه على أنه اذا عدل الى الأعلى جاز من غير رضا البائع ، وكلام البعوى يقتضى أن الحنطة أعلى من التمر ، وكلام أبي الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقد تكون أدون ، وكأنه راعى في ذلك القيمة ، وكأن البعوى راعى في ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبي اسحاق وجهان .

والعجب أن الرافعي رحمه الله عمدته التهذيب : ولم يحك عن أبي اسحاق ما حكاه البعوى فيه ، وانما حكى عن أبي اسحاق ما حكيناه عن نقل الماوردي ، ولم يحك عن الماوردي أيضا عند الاعواز الا اعتبار قيمة المدينة ، وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضي أبو الطيب والبعوى ، فقد اجتمع في جنس الردود مع المصراة سبعة أوجه ، ولك

في ترتيبها طريقان (أحدهما) أن تقول في الواجب ثلاثة أوجه ،
(أحدها) على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام .

(والثاني) التمر (والثالث) جنس الأقوات (فان قلنا)
بالتمر فهل يعدل الى أعلى منه أو الى غالب قوت البلد ، أو يفرق بين
أن يكون التمر موجودا فتعين ، أو معدوما فيعدل الى الغالب ؟
أربعة أوجه (وان قلنا) بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير ؟ وجهان .

(والطريقة الثانية) أن نقول : الواجب التمر ، وهل يتعين ؟
وجهان (فان قلنا) يتعين فهل يعدل الى أعلى منه ؟ وجهان (وان
قلنا) لا يتعين ، فهل يقوم مقامه الأقوات ، أو الأقوات وغيرها ؟
وجهان (الثاني) قول الشيخ أبي محمد وان قلنا : الأقوات وحدها ،
فهل يتخير أو يتعين الغالب ؟ وجهان ، وهذه الطريقة مقتضى ترتيب
الرافعي ، وليس في كلام الرافعي رحمه الله الا أربعة أوجه ، ولم يحك
وجه المعدول الى الأعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمر موجودا أو
معدوما ولا وجه الجرى على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام ،
وليس لك أن تأخذ من هذا الكلام اثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه
كلام الامام وكلام الرافعي في النقل عن الشيخ أبي محمد ، لأن
ذلك اختلاف في فهم كلام رجل واحد من الأصحاب ، وانما يصح اثبات
وجهين لو ثبتا جميعا عنه ، أو قائلين ، وليس الأمر ههنا على هذه
الصورة .

(فان قلت :) ما ذكرت أن الرافعي سكت عنه مما حكاه صاحب
التهذيب عن أبي اسحاق قد شمله قول الرافعي رحمه الله ، أن الاعتبار
بغالب قوت البلد يعني في القيام مقام التمر ، فهذا هو المعدول من التمر
الى أعلى منه .

(قلت) ليس كذلك ، لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمر
على الاطلاق لا في الاقتنيات ولا في القيمة ، فقد يكون بلد غالب قوته
قوت هو أدنى من التمر قوتا وقيمة ، وقد نقل الأصحاب عن أبي اسحاق
أنه جعل ترتيب الأخبار على القول المنقول عنه ، كما أشار المصنف
رحمه الله اليه ، فصرح بالتمر في حديث وفي آخر قال : « من طعام »

وأراد التمر . وفي آخر قال : « قمما » وذلك إذا كان القمح أعز ،
ورضى بذلك .

وحيث قال : « مثل » أو « مثلى لبنا » أراد إذا كان قدر ذلك
صاعا ، وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضي أبو الطيب
والبغوي ، وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد عنه (وأما) ما حكاه
الماوردي والرافعي فلا يوافق ذلك ، لأنه لا يجوز اخراج غير التمر
أصلا .

(فان قلت) ما الصحيح من هذه الأوجه ؟ قلت : الصحيح أن
الواجب هو التمر ، لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر ، والتي
فيها الطعام مطلقا محمولة عليه ، لأن المطلق محمول على المقيد .

وأما حديث ابن عمر الذي فيه القمح فقد تقدم التنبيه على
ضعف طريقه ، ولا حاجة الى ما تأوله ابن سريج وأبو اسحاق عليه
فيكون الصحيح أن الواجب هو التمر لا شبة فيه . لكن هل يتعين
ولا يجوز غيره كما نقله الماوردي عن أبي اسحاق ؟ أو يقوم مقامه
ما هو أعلى منه كما نقله الباقر ؟ هذا محل النظر وقد قال الرافعي :
ان الأصح عند الشيخ أبي محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه
ولم يحك الرافعي عن أبي اسحاق غير ذلك . وظاهر ذلك تصحيح لما
نقله الماوردي . وان غير التمر لا يجوز . كذلك هو في الحرر .
وصححه النووي أيضا ، وهو الذي يقتضيه ظاهر الحديث ، اللهم الا أن
يكون ذلك برضا البائع وسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى .

لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لأمرين (أحدهما) أن حكاية
الأكثرين عن أبي اسحاق أنه يجوز العدول الى الأعلى ، كما اقتضاه
كلام المصنف وغيره ، وكثرة القائلين لذلك عن أبي اسحاق يقتضى
على ما نقله الماوردي عينه وتبين مراد أبي اسحاق ولا يبعد أن
يتناول كلام الماوردي . وان كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين .
وإذا لم يتحقق هذا الوجه عن أبي اسحاق . وليس منقولا عن غيره
فكيف نقضى بصحته (الثانى) أن الأصحاب اتفقوا في زكاة الفطر على
أنه يجوز العدول عن القوت الواجب الى قوت أعلى منه . فاذا عدل
عن التمر الى ما هو أعلى ينبغى أن يجوز .

(والأصح) أن الاعتبار بزيادة الاقتميات • والقمح أعلى بذلك الاعتبار • وان اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمح في بعض الأوقات أكثر من قيمة التمر • فلو كان التمر في المصراة متعينا حتى لا يجوز غيره ، وان كان أعلى •

(فالجواب) أما اختلاف النقل عن أبي اسحاق وكون ذلك يقتضي التوقف في نسبة هذا القول اليه أو الى غيره ، ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققا ، فهو بحث صحيح • ولكن لنا أن نتمسك في أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعي رحمه الله ، وقوله : أن يرد صاعا من تمر ، وقوله : أن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان نص الحديث ونص صاحب المذهب يقتضي أن بدل اللبن هو التمر فيمكن للمشتري من اعطاء بدله بغير رضا مستحقة على خلاف القواعد ، لا يدل عليه دليل • ويكفي التمسك في الصحيح بنص صاحب المذهب المستند الى دليل • وأما من يشترط في التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج الى بيان ذلك ههنا في هذه المسألة • ولم أقف من كلام الأصحاب على ما يقتضي ذلك ، ولا على نسبة القول المذكور الى غير أبي اسحاق • نعم الامام قال : ذهب ذاهبون الى أن الأصل التمر فلا معدل عنه • وهذا الذي نقله الامام يوافق ما نقله الماوردي عن أبي اسحاق ، فيحتمل أن يكون مراد الامام بالذاهبين أبا اسحاق ومتابعيه ، ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه •

وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم يتعين التمر اختلاف الرواية ومجىء القمح في بعض الروايات • وقال الامام : ان ذلك الذي مهد لأصحاب القوت مذهبيهم ، والا فالأصل الاتباع ، وأنت اذا وقفت على ما تقدم من التثبيته على ضعف رواية القمح المطلق على المقيد في بقية الروايات التي أطلق فيها الطعام تارة وذكر التمر أخرى ، لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب اذا اتبعت الحديث ونص الشافعي من غير تأويل •

وأما الجواب عن اتفاق الأصحاب في زكاة الفطر على أنه يجوز العدول الى الأعلى ، فان المقصود في زكاة الفطر سد خلة المساكين ، والحق فيها لله تعالى ، فلا يحصل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل

في غيرها . وهذان الأمران مقصودان في مسألة المضارة ، فان الحق
 نسيها للادعى مقصود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب
 نعبد . فقد بان ووضح لك أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه ، ولا يجوز
 المعدول عنه الى غيره ، سواء كان أعلى أو أدنى الا برضا البائع فسيأتي
 الكلام فيه . وهذا الصحيح خلاف الوجهين المذكورين في الكتاب
 لما تبين لك أن مراده عن أبي اسحاق أنه يعدل الى الأعلى ، وضح
 ابن أبي عسرون في الانتصار قول ابن سريج ، والله أعلم .

هذا الكلام في جنس الواجب ، وأما مقداره ففيه وجهان (أحدهما)
 أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر وان زادت قيمته على قيمة الصاع
 أم نقصت لظاهر الخبر . وهذا الذي نص الشافعي عليه رحمه الله
 في الجزء السادس عشر من الأم قال الشيخ أبو محمد : واليه مال
 ابن سريج . والمعنى فيه قطع النزاع ، لأن الموجود عند البيع يختلف
 بالحادث بعده ، ويتعذر التمييز فتولى الشرع تعيين بدله قطعاً للخصومة .
 وقد تقدم ذلك في الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التي
 ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس .

(والثاني) أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمر التي
 فيها : « مثل أو مثلى لبنا » . وعلى هذا فقد يزداد الواجب على
 الصاع وقد ينقص ، وأن الأمر بالصاع كان في وقت علم أنه يبلغ
 مقدار اللبن . فاذا زاد زدنا واذا نقص نقصنا ، وهذا الوجه بعيد
 مخالف لنص الشافعي رحمه الله ولنص الحديث . وقد تقدم ضعف
 الرواية التي تمسك بها . وهذان الوجهان حكاهما الفوراني والقاضي
 حسين والشيخ أبو محمد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الاطلاق ،
 ومقتضى ذلك أنا ننظر الى قيمة اللبن ، ونؤدى بقدرها على هذا
 الوجه ، وبه صرح الروياني . وكذلك الشيخ أبو محمد في السلسلة
 ذكر الوجهين فيما اذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمر .
 وكذلك الامام في النهاية ، وقال الروياني : انه ضعيف ، والأمر كما
 قال ، فان كلام الشافعي رحمه الله في الأم يصرح بخلافه فانه قال :
 ردها وصاعاً من تمر ، كثر اللبن أو قل ، كان قيمته أو أقل من قيمته
 لأن ذلك شيء وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن جمع فيه

بين الأبل والغنم ، والعلم يحيط أن ألبان الأبل والغنم مختلفة الكثرة
والأثمان ، فإن ألبان كل الأبل وكل الغنم مختلفة .

وهذا الذي قاله الشافعي رحمه الله هو الحق الذي لا محيص
عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبي صلى الله
عليه وسلم بين الأبل والغنم فلما لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما
صاعاً من تمر ، علم قطعاً بطلان هذا الوجه . ولم أر لهذا الوجه ذكراً
في طريق العراقيين على هذا الإطلاق ، وإنما في كلامهم وكلام بعض
المفراसानيين كالغزالي حكاية الخلاف فيما إذا زادت قيمة الصاع
على قيمة نصف الشاة أو كلها كما سيأتى في كلام المصنف إن شاء الله
تعالى ، ولولا أن الرافعي اعتد بهذا الخلاف وحكاه ، وتصريح الشيخ
أبي محمد والامام والرويانى لكتبت أقول : انه يجب تنزيله على ما في
كتب العراقيين ، لكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحاً . والرافعي حكى
الأمرين فقال : ان منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة
الصاع على نصف قيمة الشاة . وقطع بوجود الصاع فيما إذا نقصت
عن النصف ، ومنهم من أطلقه اطلاقاً . وليس في كلام الرافعي هذا
ما يؤيد تنزيل هذا الإطلاق على ما في كتب العراقيين . لكن ما حكاه
الشيخ أبو محمد والامام والرويانى صريح ، وكذلك يقتضيه كلام القاضي
حسين ، وفي كلام الامام كشف ذلك ، فانه حكى الوجهين في أنه هل
ينعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللبن ؟ فان اعتبرنا الصاع
فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففي وجوبه وجهان عن العراقيين .
فجعل حكاية العراقيين الوجهين تفريعاً على اعتبار الصاع ، وأفاد
كلامه حصول ثلاثة أوجه في المسألة (أحدها) وجوب الصاع مطلقاً
(والثاني) وجوب قدر قيمة اللبن مطلقاً (والثالث) الفرق بين أن تكون
قيمة الشاة أو لا ، فان لم تكن بقيمة الشاة وجب الصاع والا وجب
بالتعديل . والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن الردود هو التمر ،
أما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتى في كلام المصنف رحمه الله ما يخالفه ،
وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف
وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك إن شاء الله تعالى ، وفي بعض شروح
المهذب المجموعة من الذخائر وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث
ابن عمر ثم قال العراقيون : أراد الخبر أنه يجب المثل إذا كان

اللبن صاعا ويجب مثلاه اذا كان اللبن نصف صاع ، وهذا يجب
حملة على ما قاله الشيخ أبو محمد وغيره من اعتبار قيمة الصاع الا
أن يكون اللبن صاعا كما هو ظاهر هذه العبارة ، وبالجملة فهذا الوجه
في غاية الضعف ، مخالف لصريح نص الشافعي رحمه الله والحديث ،
وممن حكاه أيضا ابن داود في شرح المختصر ، والله أعلم .

وإذا ضمنت الخلاف في المقدار الى الخلاف في الجنس ، زادت
الأوجه فيما يرده بدل اللبن ، والله أعلم . وسأعرض لذلك ان شاء الله
في فرع عند الكلام فيما اذا زاد الصاع على قيمة الشاة ، والله أعلم .

(فرع) هذا كله فيما اذا لم يرض البائع ، فأما اذا تراضيا
على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو ورق أو على رد اللبن
المحلوب عند بقاءه ، قال الرافعي : فيجوز بلا خلاف ، كذا قاله صاحب
التهذيب وغيره ، وعبارة صاحب التهذيب أنه يجوز على الوجهين ،
قال الرافعي : ورأيت القاضي ابن كج حكى وجهين في جواز ابدال
التمر بالبر عند اتفاقهما عليه .

(قلت :) وقد قال ابن المنذر في الاشراف : انه لا يجوز أن
بدفع مكان التمر غيره ، لأن ذلك يكون بيع الطعام قبل أن يستوفى ،
وهو أحد قولى المالكية ، وقول ابن المنذر ، وهذا يقتضى أن ذلك
من باب الاعتياض ، فان كان كذلك فالمنع من الاعتياض في ذلك مخالف
لنص الشافعي رحمه الله ، فانه قال في باب السنة في الخيار : ومن
كان له على رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أن يأخذ به شيئا من
غير صنفه ، اذا تقابضا من قبل أن يتفرقا ، واحترز الشافعي رحمه الله
بالحال عن المؤجل .

وقد تقدم في باب الربا في الاعتياض عن الطعام المؤجل أن
الشافعي رحمه الله نص على منعه ، وما ذكره ابن المنذر هنا لم يتعرض
الإصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه في المنع من الاعتياض
عن الطعام مطلقا ، ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لما فيها من
ضرب من البعد ، فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقا ، وقول
ابن المنذر المنع مطلقا ، وما حكاه ابن كج المنع في اعتياض البر عن
التمر . والظاهر أنه يعدى ذلك الى كل مطعوم ، فأما أن يقول قولا

فارقا بين المطعوم وغيره فيكون قولاً ثالثاً ، وأما أن يكون يععم المنع في الجميع تشبيهاً له بالثمن في الذمة ، فيكون قد وافق ابن المنذر في الحكم وخالفه في الأخذ ، وأما أن يكون موافقاً له في الحكم والمأخذ مما ، ويمنع الاعتياض عن الطعام في الذمة وإن كان حالاً ، وهو خلاف نص الشافعي رحمه الله .

وليس في عبارة صاحب التهذيب نفى الخلاف مطلقاً كما ذكره الرافعي رحمه الله حتى يستدرك عليه كل خلاف ، وإنما قال على خلاف الوجهين ، يعني قول ابن سريج ، وقول أبي إسحاق رحمهم الله ، وليس في كلامه أيضاً في النسخة التي وقفت عليها ذكر القوت ، وإنما ذكر الذهب والفضة وما لا يقفان ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعي عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقاءه ، فينبغي أن يكون صورة ذلك إذا تراضيا على أخذه بدلاً عن الواجب ، ويشترط في ذلك اللفظ . هذا إذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم ، أما إذا اقتصر على الرد فهل يكفي لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولاً يكفي لأن الواجب غيره ، فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ ، والله أعلم . وسنتعرض له في كلام المصنف رحمه الله أن ثناء الله تعالى . وفي فرع الآن فتنبه له .

(فرع) التمر الذي يجب رده هل يتعين نوع منه ؟ أو ذلك إلى خيرة المشتري ما لم يكن معينا ؟ قال أحمد بن بشرى فيما نقله من نصوص الشافعي رحمه الله : صاعاً من تمر البلد الذي هو به تمر وسط بصاع النبي صلى الله عليه وسلم فظاهر هذا الكلام يقتضي أنه لا يعطى تمراً دون تمر بلده ، وإن كان سليماً ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا في زكاة الفطر ، والذي اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشهد له ما ذكره في الشاة الواجبة عن خمس من الإبل ، وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب ، وما ذكر في الدراهم المأخوذة في الجبران في الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد ، قطعاً ، فإذا ثبت التعيين هنا فالتعيين في زكاة الفطر أولى ، لأن أطعام الفقراء تمتد إلى قوت البلد ونوعه .

نعم : أن كان في البلد أنواع فقد ذكروا في الشاة المخروجة عن خمس من الإبل أوجهاً . نص الشافعي رضي الله عنه فيها ،

وهو الذى قطع به صاحب المذهب بتعين غالب البلد وأصحها على ما ذكره
الرافعى أنه يخرج من أى نوعين شاء ، وقياس ذلك أن يأتى هنا
ذلك الخلاف بعينه .

(فان قلت :) قد قال الماوردى رحمه الله : انه اذا أعوز
التمر أخرج قيمته بالمدينة على وجه ، وهو الذى اقتصر الرافعى على
حكايته ، وهو الذى قاله المصنف على قول أبى اسحاق ، فيما اذا زادت
قيمة الصاع على الشاة ، واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر
تمر الحجاز ، لأن القيمة بدل عنه ، فلو كان الواجب تمر البلد لأخرج
قيمته (قلت) ما ذكره الشافعى هنا من تعيين تمر البلد وتأييد بالنظائر ،
يدل على أن الأصح هو الوجه الثانى الذى نقله الماوردى أنه عند
اعواز التمر يعتبر قيمته فى أقرب بلاد التمر اليه ، وان كان الرافعى
لم يذكره .

وأما ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب على قول أبى اسحاق
واقتصروا عليه ، وأن المعتبر قيمة الحجاز ، فذلك انما قالوه على
قول أبى اسحاق ، وقد يكون أبو اسحاق لا يوافق على ما اقتضاه
النص من تعيين البلد ، وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند
الوجود تمر البلد ، فان أعوز رجع الى قيمة الحجاز وهو بعيد أيضا
ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند
الاعواز على المذهب ، ولا شك أن مقتضى قول أبى اسحاق اعتبارها ،
فانه اذا اعتبرها فى غير حالة الاعواز ففى حالة الاعواز أولى ، فتخلص
أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص ، وفيه على
قول أبى اسحاق ما ذكرته .

واذا أوجبنا تمرا فعدل الى تمر أعلى منه جاز ، كما قالوه فى
زكاة الفطر ، وفى الشاة المخرجة عن الابل ، ولو عدل الى ما دونه لم
يجزه ، كما ذكروه فى الشاة . هذا عند الوجود وعند الاعواز
الواجب قيمته بأقرب البلاد اليه ، وقيل : بالمدينة ، وهو مقتضى قول
أبى اسحاق ، وقد يقال : انه اذا عدل عند الوجود الى نوع أعلى
ينبنى أن يكون كالعدول الى جنس آخر ، كما قيل بمثله فى السلم :
ان اختلاف النوع كاختلاف الجنس ، وحينئذ فلا يجوز هنا بغير

التراضى ، ويجوز بالتراضى لأن هذا يجوز الاعتياض عنه على الأصح ،
كما تقدم بخلاف المسلم فيه .

وأما العدول الى نوع أدنى فلا يجوز الا بالتراضى ، الا اذا فرعنا
على قول التخيير ، وكذلك فى الزكاة اذا وجبت عليه الزكاة من نوع لم
يعدل الى نوع دونه الا اذا اعتبرنا القيمة ، ففيه خلاف وكذا لا يخرج
عن الكرائم الاكريمة .

(فرع) الصاع الذى يجب رده بدل اللبن ، هل ينزل منزلة
العين الأخرى ، الذى شملها العقد ، حتى انه يتوقف الرد على رده
مع الشاة ، أو نقول : انه يرد الشاة ، ويبقى بدل اللبن فى ذمته ؟
لم أقف فى ذلك على نقل (وقوله) فى الحديث : « ومعها صاعا من
تمر » يشعر بالأول ، ويؤيده أن افراد احدى العينين بالرد لا يجوز
فى غير هذا الكتاب ، فجعل التمر قائما مقام اللبن للرد عليهما أقرب
الى المحافظة على ذلك ، واذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخذ
بدل التمر من باب الاعتياض حتى يحتاج الى لفظ كما تقدم لأن
التمر لا ثبوت له فى الذمة على هذا البحث ، وانما يقام مقام اللبن
ليرد الرد عليهما ، ويشكل أخذ بدله لأجل التعليل الذى قاله ابن المنذر ،
بل لهذا المعنى ، وهذا الذى وعدت به فلتتنبه له .

(نعم) اتفاقهما على رد اللبن واضح على هذا التقدير ، ولا
يحتاج حينئذ الى اعتياض لأن ذلك هو الأصل ، وانما عدل الى التمر
خوفا من اختلافهما ، فاذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما ، ويحصل
الفسخ فى جمع العقود عليه ، ويخرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما
على رد اللبن ، ولا يجوز اتفاقهما على بدل آخر غيره لا يعدو الى
غيره ، ولم أر أحدا صرح بمجموع هذا فلتتنبه لهذه الدقائق .

(فرع) يمكن أن يقال : اذا جعلنا التمر قائما مقام اللبن
على ما تقدم من البحث ، وتراضيا على رد الشاة ، وأن يبقى التمر
فى ذمته ، يجوز كما يجوز فى الشفعة ، حيث يكتفى برضا المشتري
بذمة الشفيع عن تسليم العوض ، ويمكن أن يقال : لا يكفى ذلك
هنا ، لأن الشفعة تملك جديد . وههنا رد ، والرد يعتمد المردود ،

فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوى والرافعى رحمهما الله من أخذ البدل عن التمر ، لأنه قد صار فى الذمة ، فيأخذ عنه ما يقع الاتفاق من مقدار غيره ، ويأتى فيه خلاف ابن المنذر وتعليه وعلى الاحتمال الثانى يتعين ما تقدم وأنه يتعين رد التمر أو اللبن باتفاقهما لأنه الأصل ، و لا يجوز غير ذلك لأن ذلك إقامة لغير المبيع مقام المبيع فى حكم الرد ، وذلك انما يكون من جهة الشرع •

(فرع) ولو كانت المصرة اثنتين أو أكثر ، هل يرد أداء الواجب بذلك ؟ لم أقف لأصحابنا على نقل فى ذلك ، لكن أبو الفرج ابن أبى عمر الحنبلى رحمه الله نقل فى شرح المقنع على مذهبه ، وعن الشافعى وبعض المالكية أنه يرد مع كل مصرة صاعا ، لقوله : « من اشتري غنما » •

(قلت) وممن ذهب الى ذاك ابن حزم الظاهرى وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث (قال) وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك ، وهذا منه يدل على أنه لم يقف فى ذاك على ما نقل ، وكذلك أنا لم أقف على نقل الا ما قدمته من نقل بعض الحنابلة عن الشافعى رضى الله عنه ، وهو مقتضى المذهب ، وقال ابن عبد البر : ينبغى أن لا يجب فى لبن شياه عدة أو بقرات عدة الا الصاع عبادة وتسليما •

(فرع) اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف • لأن الصاع بدل اللبن بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « ففى حلبتها صاع من تمر » ، ويفهم المعنى •

وقال ابن حزم : يجب رد مثله مع التمر ان كان تالفا ، وعينه ان كان باقيا ، وذاك فى اللبن الموجود عند العقد ، وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر ، واطلاقه على المحلوب مجاز ، ولا دليل عليه ، واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده ، والله أعلم •

وقد روى ابن أبى عدى حديث المصرة بلفظ فيه : « وان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها » وهو يدل على أنه بدل المحلوب ، ولكن فى سنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف •

فروع في هذاهب الطماء

قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف : يرد معها قيمة اللبن هكذا نقل
عنهما ابن المنذر وغيره . ونقل ابن حزم عنهما أنه يرد قيمة صاع .
وقال مالك في أحد قوليه يؤدي أهل بلد صاعا من أغلب عيشتهم .
وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا . وقال أبو حنيفة ومحمد رضى
الله عنهما : إذا كان اللبن تالفا ليس له ردها ، لكن يرجع بقيمة العيب
فقط ، وإن كان باقيا رده ، ولا يرد معها صاع تمر ولا شيئا هكذا
نقل ابن حزم عنه . والمشهور عنه أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد .
ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه إذا حلبها سقط خياره ، وتعين
حقه في الأرش . وهذا خلاف الحديث ، وعن بعض المالكية أنه لا يرد
معا شيئا . لأن الخراج بالضمان .

(الحالة الثانية) أن يختار الرد قبل حلب اللبن . وهذا إنما
يكون على غير الوجه الذى نقله الشيخ أبو حامد والرويانى ومن
وافقهما عن أبي اسحاق في أنه يمتنع الرد قبل الثلاث ، والمشهور
خلافه . فإذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شئ عليه وفاقا . فان
قوله : وإن سخطها ردها وصاعا من تمر ، المراد به إذا كان بعد الحلب ،
والجمع بين طرق الحديث يبين ذلك ، وأيضا المعنى يرشد اليه ،
ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه . ولا يعكر ذلك على قولنا : انه له
الخيار قبل الحلب .

(الحالة الثالثة) أن يختار امساكها قال الشافعى رضى الله عنه :
إذا رضى بامساكها ثم وجد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها
بالعيب . ويرد بدل اللبن الموجود حالة العقد . وعلى رواية الشيخ
أبى على وجه أنه كما لو اشترى عبيدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر
فيخرج على تفريق الصفقة ، والمذهب الأول ، وبه جزم كثيرون ، وهو
الذى نص عليه الشافعى رحمه الله في المختصر .

وقال الامام : قطع الامام وصاحب التقريب والصيدلانى أجوبتهم
بذلك . وعنى بالامام والده الشيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق
القياس بأن المعنى يرشد الى أن الصاع بدل عن اللبن والبهيمة

مع اللبن في ضرعها كالشجرة مع ثمرتها ، فإذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا في تفريق الصفقة ، قال : هكذا حكم القياس •

ولكن الشافعي رحمه الله وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعني من عدم التخريج على تفريق الصفقة (قال) والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم في معنى الرد بالخلف قطعا واللبن في الواقعتين على قصة واحدة ، فرأى الشافعي الحاق الواقعة بالواقعة ، كما رأى الحاق الأمة بالعبد في قوله عليه السلام : « من اشترى شركا له في عبد » وذكر الشيخ أبو علي في شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسألة الى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة •

(قلت :) وكلام الشافعي رضى الله عنه في الرسالة في باب الاجتهاد ، يقتضى أن رد التمر في هذه الصورة بالحديث لا بالقياس ، لكن مراد الامام باللاحق اللاحق في أصل الرد ، لا في ضمان بدل اللبن ، واعتذر الغزالي عن التخريج على تفريق الصفقة في حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي • بخلاف العيب الحادث •

فان قلنا : يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث ، فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة ، فانه المختار ، لاسيما في الدوام ، وهذا الذى قاله الغزالي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى الامام ، ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل فقال : الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأى الامام ؟ ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل ، فقال : الوجه أن يجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن ؟ وذكره الغزالي والرافعي هنا في المصراة •

قال ابن الرفعة : ولبن المصراة مخالف لذلك ، اذ هو مقصود فيها بخلافه في غيرها ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله : انه اذا أراد رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعي ولا أحد من الأصحاب بذلك في المصراة ، وقال ابن الرفعة : ان الغزالي أثبت احتمال الامام وجها ، ونقله الى لبن المصراة ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب ، وقال عما ذكره : انه ان قاله تبعا للغزالي فلا عبرة به ، والا ففيه تعضيد لما ذكره الغزالي •

(قلت) وما حكاه الامام عن الشيخ أبي على مفروض في المصراة ، لكن في هذه الحالة التي يتكلم فيها وهي ما اذا اختار امساكها ثم أراد الرد بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة ، لأن ذلك يكون مصادما للحديث ، واذا كان كلام الشيخ أبي على مفروضا في المصراة كان مستندا لما نقله الغزالي في المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، والا لم يخرج على تفريق الصفقة عند ارادته الرد بعيب آخر ، وأما امتناع التخريج عند ارادة الرد بالتصرية فيصعد عنه الحديث ، فلذلك لم يصر اليه صائر ، ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس ، فليس ما نقله الغزالي والرافعي خارجا عما عليه الأصحاب .

وأما نص الشافعي رحمه الله في غير المصراة فسيأتي الكلام فيه ، وأن ظاهر المذهب خلافه ، وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو على من التخريج وقال الامام : انه القياس بأنا انما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كأحد العبدین ونحوهما ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فان اللبن غير مقصود كالشاة بل هي المقصودة ، واللبن ان قصد فتابع ، ولهذا اغتفرت الجهالة فيه ، والتوابع اذا فانت لا تلحق بالمتبوعات ، ألا ترى أن المبيع اذا ظهر عيبه ، وامتنع رده ، لا نقول : يخرج القول في الباقي على تفريق الصفقة ؟ وان كانت السلامة من العيب مقصودة ، لكنها تابعة لا تفرد بالعقد فاللبن مثلها .

(قلت :) وهذا أميل الى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع انكاره له ، والا فمقتضى المقابلة أنه اذا أراد بتفريق الصفقة يرده ، وقد حكى الجورى قولاً يوافق ما حكاه الشيخ أبو على في امتناع الرد وبخالفه في المأخذ . فقال : ان ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان .

(أحدهما) لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر منها على عيب آخر لأنه رضيها معيبة .

(والقول الثاني) يرد ، والفرق بينه وبين السلم أنه يرد معها صاعاً بدلاً للبن المصراة ، فكأنه يرده بعيب واحد وسائر السلم

لا يرد معها شيئاً ، وكان قد رضيه فلا شيء له . قال الجورى : قد يجيء في السلع أنه يرد المصراة ، لأنه رضى بعيب واحد دون الآخر .

(قلت :) وهذا الاحتمال الذى قاله الجورى هو القياس ولا يلزم من الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب ، والذى قاله أولا من أن سائر السلع غير المصراة اذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر أنه يتمتع الرد ، بعيب لا وجه له ، وما أظن لأصحاب يساعدهونه على ذلك كما حكاه الجورى من القولين ، بل صرح الماوردى والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه ، فانهم قالوا في هذه المسألة : ان من رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم ، وجعلوا ذلك دليلا على الرد ههنا . لكنى رأيت في تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة ما يوافقه ، فانه قال في ذلك : منزلته منزلة المشتري سلعة ، فوجد بها عيبين فرضى بأحدهما ، كان له أن يرد بالعيب الثانى ، وقد قيل : انه لا يرد ولكن يرجع بأرشد العيب الثانى ، قال : وهو ضعيف ، على أن قوله في هذا الكلام : وقد قيل يحتمل أن يكون في المصراة في المسألة المقيس عليها ، وبالجملة فالمذهب المشهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى في منصوصات الشافعى رضى الله عنه .

وقد حكى ابن الرفعة عن الجورى هذا عند الكلام في بيع البراءة . وقال : لعل وجهه أن في رده ابطال عفو عن الأول فلم يجز ، ولهذا نظر يأتى في الجنائيات وما حكاه الجورى من القولين في المصراة قد وجه هذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السلع ، ونحن نمنعه حكم الأصل اما جزما واما على المذهب المشهور ، ولئن سلم فالفرق ما ذكره . وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنع الذى حكاه الجورى غير مأخذ الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على رحمه الله من التخريج على تفريق الصفقة قوى من جهة القياس ، والحديث يصد عنه ، غير أن القول الذى حكاه الجورى على غرابته وضعفه يعترض به الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على وان اختلفا في المأخذ لتواردتهما على حكم واحد وهو امتناع الرد ، وكلاهما شاهد للرأى الذى حكاه الغزالى والرافعى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعى رحمه الله .

ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة إلا اتباع الحديث ،
والا فلقائل أن يقول : ان كان اللبن مقابلا يقسط من الثمن وجب أن لا
يرد بدله ، وقد دل الحديث على رد البديل ، ولذلك جزم الشافعي
رحمه الله وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط ، وقطعوا بذلك في باب
الربا ، واستدلوا له هناك بحديث المضرة كما تقدم ، والوجه الذي
حكاه الشيخ أبو علي والجوري في غاية الغرابة ، وما قاله ابن الرفعة
من كون اللبن تابعا تقدم الجواب عنه ، وليس أوصاف السلامة
يتقسط الثمن عليها حتى اذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة
بخلاف اللبن فإنه يوافق على أنه يقابله قسط من الثمن ، وكون الشيء
مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودا . هذا ما ذكره كثير
من الأصحاب .

وفصل الماوردي رحمه الله فقال : ان كان بعد العقد علم بالتصرية
ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد ، لا يختلف أصحابنا فيه ،
ويرد معها صاعا من تمر وان كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف
على عيب آخر فوجهان ، خرجهما ابن أبي هريرة من تفريق الصفقة
فتحصلنا في هذه المسألة على ثلاث طرق ، وفي الرونق جزم بردها .

وحكى في رد الصاع التمر معها قولين ، وهذه طريقة رابعة ، غريبة ،
فهذه الأحوال الثلاث اللاتي تقدم الوعد بذكرهن ، والحالة الرابعة
وهي ما اذا كان اللبن باقيا سيأتي في كلام المصنف ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة
فله الأرش ، قاله البندنجي في غير المضرة كما سيأتي ان شاء الله
تعالى وقياسه أن يأتي هنا .

(فائدة) قال الجوري : ان قال قائل : اذا كان الصاع انما يرد
بدلا للبن التصرية الذي تضمنه العقد ، فقد ردت العين مع قيمة
النقص ، فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشتري أنه يردده وقيمة
النقص ؟ قيل : لأن المقصود في الشاة عينها ، واللبن تابع فقد رد
العين بكمالها ورد قيمة التالف ، واذا أراد شيئا نقصت عينه لم يرد
العين بكمالها لأن الكل مقصود ، ولو جاز أن يردها وقيمة النقص
لجاز أن يرد قيمتها كلها اذا تلفت (فان قيل) كذا نفعل لرد قيمتها كلها

وان تلفت وهو قول أبي ثور (قلنا) هذا تدفمه السنة ، لأنه قيل
« فهو بالخيار فيها ان شاء رذها وصاعا من تمر » ، فانما جعل له الخيار
في قيمتها ، والله أعلم .

(فرع) اذا لم يعلم بالتصرية الا بعد تلف الشاة تعين
الأرض ، وقد تقدم الآن عن أبي ثور أنه يرد قيمتها ، والله أعلم .

(فائدة) قول الغزالي رحمه الله فيما تقدم قريبا فهو في حكم
وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث .
قال ابن أبي الدم : انه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبيدين
الباقيين ، فان موت أحدهما يوجب في الباقي عيبا ، وهو تفريق الصفقة ،
وليس للعيب الحادث هنا حدث ، بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم .
فقال ولتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول : مراده
بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة في أحد العينين بعد تلف
العين الأخرى ، وهذا تكلف بعيد . انتهى . ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا
السؤال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان ، قال
أبو اسحاق : يجب عليه قيمة صاع بالحجاز ، لأننا لو أوجبنا
صاعا بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبدلها ، فوجب قيمة الصاع
بالحجاز لأنه هو الأصل . ومن أصحابنا من قال : يلزمه الصاع ،
وان كان بقيمة الشاة أو أكثر . ولا يؤدي الى الجمع بين الشاة
وبدلها ، لأن الصاع ليس ببديل عن الشاة ، وانما هو بدل عن اللبن .
فجاز كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يرد العبد مع قيمته ، ولا
يكون ذلك جمعا بين العبد وقيمه لأن القيمة بدل عن العضو
المتلف) .

(الشرح) هذا من بقية الكلام في الحالة الأولى . وهي ما اذا
أراد رد المصراة بعد تلف اللبن ، وتقدم من المصنف رحمه الله اطلاق
القول في جنس الواجب وبيننا الكلام في مقداره وأن من الأصحاب من
أطلق حكاية الخلاف في تفاوت المقدار ومنهم من خصص ، فمن
المخصصين المصنف فيما ذكره هنا ، وهو اذا كانت قيمة الصاع

الواجب قدر قيمة الثبارة أو أكثر ففيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف رحمه الله . وممن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شيخه انقاضي أبو الطيب ، ولكنه فرض فيما إذا كان التمر يأتي على ثمن الثبارة أو على الأكثر منه . فهذا يقتضي أنه إذا كانت قيمة الصاع أقل من قيمة الثبارة ولكنه يأتي على أكثرها أنه يجري الوجهان . وجوزت أن يكون ما وقفت عليه من تعليق أبي الطيب فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله ابن الصباغ في الشامل وهو كثير الاتباع للقاضي أبي الطيب .

وفرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الثبارة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما في تعليق أبي الطيب ، لأن الأكثر من ثمن الثبارة هو ما زاد على نصفه . وكذلك قال الروياني والرافعي رحمهم الله : أن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الثبارة . قطع بوجود الصاع إذا نقصت عن النصف . هكذا حكاه الرافعي رضي الله عنه من غير تعيين ، وحكاه الروياني عن أبي اسحاق . فهذه النقول متفقة على أن أبا اسحاق قائل بذلك فيما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الثبارة .

وقد حكى الامام عن العراقيين الوجهين ، وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصاع قيمة الثبارة أو زادت . وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله . ثم حكى عن العراقيين أيضا أنه ان زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الثبارة فالوجهان جاريان وليس في شيء من ذلك منافاة ، فان كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما إذا زادت عن النصف ونقصت عن الثبارة .

وكلام أبي الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيها أيضا ، والقطع فيها إذا نقص عن النصف . وقد تقدم عن بعضهم إطلاق حكاية الخلاف . ولو كانت قيمة الصاع مثل نصف قيمة الثبارة أو أقل وجب زده عند أبي اسحاق . صرح به الشيخ أبو حامد وغيره . وقال سليم : انه لا خلاف فيه على المذهب . وفي تعليق أبي حامد من طريق البندنيجي والمجرد منها ذكر الوجهين في النصف كالأكثر . وذكر العجلي في كلامه على الوسيط والوجيز وجهها بالتعديل أبدا أي أنه لا فرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر ، وهذا هو الوجه

الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين في ذكرهم للخلاف على الاطلاق
في تفاوت ذلك يتفاوت اللب، وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها ،
فرضوه في بلاد يكون التمر بها عزيزا كخراسان .

والوجهان في المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في
طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم ، الا من حكاها عنهم كالامام
والغزالي ومن وافقهما ، وذكرهما على الاطلاق كما تقدم لا يعرف
الا في طريقة الخراسانيين ، والعلة التي ذكرها المصنف رحمه الله للوجه
الأول انما تظهر في الفرض الذي فرضه هو . لا فيما فرضه
بو الطيب وموافقوه . ولعل المصنف رحمه الله انما عدل عن الصورة التي
فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله . وفي كلام الامام تعليقه
بمعنى يمكن اطراده فيهما ، فانه قال : ان الرسول صلى الله عليه وسلم
وان نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول في مقابلة شيء
فأثت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع ، فينبغي أن لا يتعدى
على هذا حد التابع ، والغلو في كل شيء مذموم ، وقد يغلو المبيع للفظ
الشارع فيقع في مسلك أصحاب الظاهر .

ووجه الغزالي رحمه الله بأننا نعلم أنه عليه السلام قدره به ،
لأنه وقع في ذلك الوقت قريبا من قيمة اللب المجتمع في الصرع ، ولك
أن تقول : ان هذا يقتضى أن لا يضبط ذلك بنصف قيمة الشاة ،
وانا اذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما في زمان النبي صلى الله عليه
وسلم لم نوجبه ، وعلة العراقيين سالمة عن هذا السؤال ، ولكن هذا
يوافق الوجه الذاهب بأن الوجه من التمر بمقدار قيمة اللب مطلقا ،
وسياتى في التفريع ايضاح لهذا ان شاء الله تعالى .

وممن نسب هذا الوجه الى أبي اسحاق كما نسبه المصنف شيخه
أبو الطيب والبندنجي وسليم وابن الصباغ رحمهم الله . وقال سليم :
انه أصح ، وهذا الوجه يرى أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة ،
وسنذكر في التفريع حقيقة ما يوجبه ، وتعرض فيه الى لفظ المصنف
ان شاء الله تعالى .

والوجه الثاني حكوه عن الأصحاب ، وهو الأصح ، وممن صححه

الجرجاني والرافعي وابن أبي عسرون أنه يلزمه الصاع وإن زادته
 قيمته على قيمة الشاة للحديث ، وإطلاق نص الشافعي رضي الله
 عنه أيضا يقتضى ذلك ، ولكنه غير مصرح به إنما صرح أنه لا فرق بين
 أن يكثر اللبن أو يقل ، ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء
 أو متفاوتة كما تقدم عنه . وأما قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم
 يتعرض لها في ذلك الكلام ، لكن إطلاقه يقتضى أن لا فرق أيضا ولأن
 الصاع يدل عن اللبن فلم يدل على مساواته له ، فإذا لم تعتبر
 مساواته له فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى ، وقد تقدم عن
 حكاية الشيخ أبي محمد أن ابن سريج مال إلى ذلك القول ، ولعله
 المراد ببعض الأصحاب هنا ، وقد أجاب المصنف عما
 تمسك به أبو اسحاق فيما ذكره ، وهو حق ، والمسألة
 التي استشهد بها فيما إذا غصب العبد وخصاه صحيحة على
 القول الجديد ، أن جراح العبد تتقدر من قيمته كجراح الحر من دينته ،
 فإنه على هذا يجب عليه كمال القيمة ، وعلى القديم وهو أنها لا
 تتقدر ، فالواجب ما نقص من القيمة ، فإن لم ينقص شيء فلا شيء
 عليه وإن نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين في باب الغصب .

وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة كما لو قطع يديه
 ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف ، فإنه على القديم يصح
 الاستشهاد بهذه المسألة أيضا فإنه يردده ويرد أكثر من نصف
 قيمته على القديم ، والقاضي أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف
 رحمه الله ، وإنما استشهد بما إذا باع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف ،
 ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين ، ويجد المشتري في السلعة عيبا
 فيردها ويسترجع العبد ، وقيمته ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن .
 وما استشهد به المصنف رحمه الله تبع فيه الشيخ أبا حامد ، وهو أولى ،
 لأن الزيادة هنا في القيمة فقط ، والعين المستردة واحدة لم يسترجع
 معها شيئا آخر ، ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته
 فكان نظير استرجاع الشاة التي ذهب لبنها مع صاع يساوى قيمتها .

وقد يقول المنتصر لأبي اسحاق : إن الأصل في المصراة ضمان
 اللبن المتألف ببدله على قياس المتلفات ، لكن الشارع جعل الصاع
 بدلا لما في ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن

في ذلك الوقت غالبا ، فاذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فيغسل
اقامته بدلا عن لبن لا يساوى جزءا منه يقع موقعا بخلاف ضمان
ما فات من العبد المنصوب فان ذلك واجب متأصل .

(والجواب) عن هذا أن الشرع لما أوجب في لبن الغنم ولبن
الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتا ظاهرا بدلا واحدا ، علم أن ذلك
يدل في جميع الأحوال والشرع اذا أناط الأمور المضطربة بشيء منضبط
لا ينظر الى ما قد يقع نادرا ، واذا وقع ذلك النادر لا يلتفت اليه
بل يجرى على الضابط الشرعى ، لاسيما والمستترى ههنا يتمكن من
الامسك ، فان أراد فسييله ردا ما جعله الشرع بدلا .

وقول الامام : ان الغلو مذموم (جوابه) أن المعنى اذا ظهر وسلم
وجب اعتباره ، واذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ . ولا يسمى ذلك
غلوا مذموما ، والمختص بأهل الظاهر الذى ذموا به هو التمسك
باللفظ مع ظهور المعنى وصحته بخلافه ، والعالم في الحقيقة هو الجامع
بين اللفظ والمعنى ، والله أعلم .

وقال صاحب الوافي فيما أجاب به المصنف عن قول أبى اسحاق
بأن الصاع - وان كان قيمة اللبن - الا أنه لم يكن مقصودا ،
وانما كان على سبيل التبع ، ولا يزيد على قيمة المتبوع الذى هو الشاة ،
وهذا الكلام ليس بالقوى بالنسبة الى ما تقدم ، ونقل الامام عن
صاحب التقريب أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط في صورة الوجهين .

(التفريع) ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا اشكال
(وان قلنا) بالوجه الأول ، وقول أبى اسحاق : انه لا يجب الصاع
في هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب عليه قيمة صاع
بالحجاز ، وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعى رحمه الله .

وقال القاضى أبو الطيب : انه يقوم بقيمة المدينة وهو أخص ،
فان الحجاز يشمل مكة والمدينة واليامة ومخاليقها ، كما فسره
الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم ، وذكره المصنف في كتاب الجزية ،
نسأل الله تعالى أن ييسر علينا الوصول الى ذلك المكان في خير وعافية .

وقال ابن الرفعة : ان من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله
المفاضى أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها ، ويوافقه ما تقدم عن الماوردى

أنه عند الأعواز يرجع الى قيمة المدينة على أحد الوجهين . هذا ما ذكره المراقبون على قول أبي اسحاق وأما الأقدم فله قال : ان لم نر ايجاب الصاع في هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز واذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر في المذول على الحد المطلوب ، وهكذا لكلام من الامام فيه اجمال .

وقال الغزالي في الوسيط : على هذا الوجه يعدل بالقيمة ، فنقول قيمة الشاة وسط ، وقيمة صاع وسط في أكثر الأحوال (فان قيل) هو عشر الشاة مثلا ، أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، وكذلك قال ابن عبد السلام في اختصاره للنهاية : انه يعتبر قيمة تلك المصرة بالحجاز ، والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فيجب من التمر بهذه النسبة ، وكلام الامام المذكور كالظاهر في هذا المعنى وتنزيله عليه ، ولم يذكر الامام في التفريع على الوجه الذي لحاه المراقبون في هذه الصورة غير ذلك ، لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع .

وأما الوجه الآخر الذي حكاه في صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان ، فلم نذكره هنا ، لأنه قسيم الوجه الذي عليه يفرع ، فلذلك لم يذكر هنا الا وجه التعديل ، وعبارته بعد ذلك في لبن الجارية المصرة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك ، لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك في صدر كلامه ، ولا يجيء عليه قول التعديل .

وقول الغزالي : اذا قيل : هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، مراده - والله أعلم - بالشاة الأولى الشاة الوسط ، وبالشاة الثانية الشاة المصرة البيعة ، مثاله اذا قيل : قيمة الصاع الوسط في الغالب درهم وقيمة شاة وسط في الغالب عشرة ، وقيمة الشاة البيعة خمسة ، فانا نوجب من الصاع نصف عشر ما يساوي عشر قيمة الشاة ، كما اذا كان الصاع في ذلك الوقت مثلا بخمسة ، فنوجب منه عشرة ، وهو يساوي نصف درهم ، وان كان الصاع في ذلك الوقت يساوي ثلاثة ، فوجب سدسه ، لأنه يساوي عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم .

إذا عرف ذلك ففسد نقل الرافعي رحمه الله عن الامام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز ، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز ، فإذا كان اللبنة عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، ولم أر في النهاية الا ما حكته قبل ذلك من الكلام الذي فيه اجمال ، ونسبت الكلام الذي فيه اجمال الى والكلام الذي بعده في الجارية ، وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما ، وأن كلام الامام الأول منزل على ما قاله الغزالي وبين الغزالي والرافعي اختلاف فان الغزالي ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة ، فإذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعي رضى الله عنه يقتضى ذلك ، لكن آخره يقتضى نسبة اللبنة من قيمة الشاة فانه قال : فإذا كان اللبنة عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، واللبنة لم يجر لها ولا لتقويمه ذكر ، وانما ذكر التمر فالوجه أن يقول : فإذا كان التمر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبنة بدل التمر سهوا من ناسخ ، لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفي نسخ الروضة أيضا . فأول كلام الرافعي وآخره لا يلتزمان التثابا ظاهرا ، الا أن يكون المراد بقيمة اللبنة على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبنة التمر ، لأنه بدله ، وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبنة وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبنة منها ، لكن صدر كلام الرافعي وكلام الامام يأبى ذلك ، ويقتضى تقويم التمر ، وأيضا لا أعلم أحدا من الأصحاب قال بتقويم اللبنة ، ثم ان كلام الرافعي والغزالي رحمهما الله متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة ، فنوجب في المثال المذكور أن يرد من الصاع تمرا يساوى عشر قيمة الشاة ، وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن الردود فيه الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر .

والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئا من التمر . قال ابن الرفعة : وهو الأشبه بمذهب أبى اسحاق فانه يرى أن الصاع من التمر أصل لأجل الخبر كيف كان الحال ، وأنه الواجب ، وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلا من صاع .

(فرع) هو من تنمة الكلام في ذلك . اشترى شاة بصاع تمر

ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردي في الحاوي وغيره .
 (أحدهما) وهو الأصح يردها ويرد معها صاعا ، ولا اعتبار
 بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقله اللبن وكثرته ، ولا يكون ذلك
 ربا ، لأن الربا في العقود لا في الفسوخ ، قال صاحب التتمة :
 إلا أن ذلك سوء تدبير منه في المال فيقتضى الحجر (قلت) ومتى
 فرض الأمر كذلك فينبغي امتناع الرد ، لأنه سفه كما تقدم لنا ،
 فيما إذا صارفه دراهم بدنانير على عينها ، وخرج ببعضها عيب كخشونة
 الفضة وقلنا بجواز التفريق .

(فإن قلنا) الإجازة بكل الثمن قال القاضي أبو الطيب : لم يكن
 له حظ في رد المعيب ، لأنه سفه فننقيه على ملكه أصلح له ، وقد تقدم
 ذلك ، وأن غير أبي الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول إلى قول
 الإجازة بالقسط ، قياس ذلك أن ينتقوا على امتناع الرد ، ورد الصاع ،
 ثم أما أن يمنع الرد مطلقا وهو قياس قول أبي الطيب وأما أن يرجع إلى
 القول الآخر الذي سيأتي ، وهو قياس الاحتمال الآخر في مسألة
 الصرف فراجعه هناك .

(والوجه الثاني) في هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من
 الثمن لأن الرد لاستدراك النقص ، فعلى هذا يقوم الشاة لو لم
 تكن مصراة فاذا قيل عشرة قومت مصراة ، فاذا قيل ثمانية ، علم أن
 نقص التصرية هو الخمس ، فيرد المشتري معها خمس الصاع الذي
 اشتراها به ، فهذا الوجه الذي في هذه الصورة هو موافق لما
 قاله الغزالي والرافعي ، فتأيد ما قالا به .

قال ابن الرفعة : لا ، لأن ما قاله الغزالي فيما إذا ساوت قيمة
 الصاع قيمة الشاة لا الثمن ، وما ذكره الماوردي فيما إذا ساوى
 الصاع الثمن وبينهما فرق ، لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشاة ،
 وقد يكون أكثر منها ، وقد يكون أقل ، نعم الغالب مقارنة الثمن للقيمة ،
 وهذا الوجه قائله ناظر فيه إلى الغلبة ، ومع هذا يصح أن تعضد
 المخلاف الذي ذكره الغزالي به . وفي هذا الفرع وجه ثالث ذكره
 الجوري أنه يرد الشاة وقيمة اللبن ذهبا أو ورقا ، قياسا على ما
 إذا اشترى حليا بمثله من الذهب ، ثم وجد به عيبا وحدث عنده

عيب • ووجه رابع مجزوم به في تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه يردّها ولا شيء عليه •

(فرع) هذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة • هو الذى ذكره أكثر العراقيين • وقد تقدم عن الماوردى فيما إذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد إليه تفریعا على قول أبى اسحاق • وقياس ذلك أن يأتى هنا فإنه لا فرق بين أن يعوز التمر وبين أن يجوز له العدول الى القيمة ، فإذا ضمنت ذلك وما قاله الغزالي رحمه الله في كلام المصنف رضى الله عنه حصل لك في هذه المسألة - أعنى مسألة الكتاب - أربعة أوجه (أصحابها) وجوب الصاع (الثانى) وجوب قيمته بالمدينة (الثالث) وجوب قيمته بأقرب البلاد إليه (الرابع) وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع ، ليس في الفرع الذى قاله الماوردى الوجهان اللذان ذكرهما عند إمكان رد التمر ، وما حكيناه عن الجورى وابن أبى هريرة ، وأما أن أعوز فسيأتى إن شاء الله تعالى •

(فرع) إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما إذا اشتراها بتمر وهو الأصح ، فلو أنه رضى بها ثم أراد الاقالة قال القاضى حسين وصاحب التتمة : ان قلنا الاقالة عقد فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمرا ، فكانه باع شاة وصاع تمر بتمر •

(وان قلنا) الاقالة فسخ جاز ، لأن الفسوخ لا ربا فيها (قلت) وهذا الخلاف في الاقالة يأتى على كل من الوجهين اللذين حكاهما الماوردى ، وأما الذى حكاه الجورى أنه يرد قيمة اللبن نقدا فيجوز ، سواء قلنا الاقالة بيع أو فسخ •

(فرع) عن البندنجى أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ، ولقيه بخراسان ، له مطالبته بقيمة الحجاز يوم المطالبة ، وليس له مطالبته بالتمر ، كذا هنا ، وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبى حامد (قلت) فلو فرضنا قيمة التمر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الشاة لغلاء سعر التمر ورخص الشاة ، فكيف الحال في ذلك (يمكن) أن يقال يلزمه ذلك كما في القرض • ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة في العدول عنه ،

وقد تقدم من كلام الامام أنه يعتبر القيمة الوسط ، وينبغي أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقا لكلام البندنجي ، لكن قول الغزالي في أكثر الأحوال ظاهر بخلافه ، وأنه لا يعتبر وقت الرد ، وما قاله العراقيون أقل .

(فرع) الذي يقول بايجاب شيء من التمر فيما اذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع . قال ابن الرفعة : ليت شعري ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول : يرد ما اقتضاه التوزيع من القيمة ، وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمر الحجاز كما سلف ، وتقدم وجه آخر عن الحاوي أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمر اليه . (قلت) وما قاله انه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون في هذه الصورة أربعة أوجه (أصحابها) ايجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة (والثاني) قيمة الصاع بأقرب البلاد (والثالث) ايجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة على ما اقتضاه التوزيع (والرابع) ايجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد اليه ، وقد تقدم ما ذكره الجوري وابن أبي هريرة .

(فائدة) قول المصنف رحمه الله : لأنه هو الأصل ، أى لأن التمر هو الأصل . كذلك صرح به الشيخ أبو حامد ، فيحمل كلام المصنف عليه ، ويكون المعنى أن صاع التمر بالحجاز هو الأصل ، فاذا تعذر رده رجعنا الى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز .

(فرع) رأيت في شرح التتبيه لابن يونس أنه اذا أراد قيمة الصاع فاننا نوجب فيه صاعا من تمر بالحجاز ، ويشبه أن يكون في النسخة تصحيف ، ولعله يوجب قيمة صاع ، والله أعلم .

(فرع) تقدم في جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه ، وفي مقداره أربعة أوجه (أصحابها) صاع تمر (والثاني) بقدر قيمة التمر (والثالث) أن زاد الصاع فيما يقتضيه التعديل والا وجب الصاع (والرابع) أن زاد فالواجب القيمة بالحجاز والا فالواجب الصاع ، ولم يقل أحد فيما أعلمه أنه ان زاد الصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر والا وجب التمر ، فاذا خلطت الأوجه بعضها ببعض

وجمعتهما حصل لك فيما ترده مع المصراة خمسة وعشرون وجها من ضرب الأربعة في ستة .

(وأما) السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتي خلاف في المقدار فيه ، وترتيبها هكذا (أصحها) أن الواجب صاع من تمر مطلقا - كثر اللبن أو قل - زادت قيمته أو نقصت (الثاني) صاع من القوت الغالب (الثالث) صاع على التخيير بين الأقوات ما عدا الأقط (الرابع) التمر أو ما هو أعلا منه (الخامس) التمر أو غالب قوت البلد (السادس) لو كان التمر موجودا فصاع منه والا فصاع من الغالب فهذه ستة ، ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هذه الأشياء على الخلاف فيها صارت اثني عشر ، وستة ان زادت قيمة الصاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعديل من هذه الأشياء الستة على الخلاف فيها وان لم تزد فالواجب الصاع من الأمور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة ، أنه ان زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته والا فهذه الأشياء الستة على الخلاف ، والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجري على قياس المضمونات وهو أضعفها ، ولا يمكن أخذه مع الأربعة ، والله أعلم .

(فرع) فان كان باع الشاة المصراة بصاع من تمر ، فيجىء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها ، هذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخرى (أحدها) أنه يجب من الصاع بقدر نقص التصرية من التمر (والثاني) يرد قيمة اللبن ذهباً أو فضة (والثالث) يردها ولا شيء عليه ، فقد تقدم ذلك ، واعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظر في ذلك ولكن اثباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التي تركيب معها ، حتى يصح التركيب ، وقد فعل الأصحاب مثل ذلك في مواضع ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان ما حلب من اللبن باقيا فاراد رده ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق : لا يجبر البائع على أخذه لأنه صار بالحلب ناقصا لأنه يسرع اليه التغير فلا يجبر على أخذه . ومن أصحابنا من قال : يجبر لأن نقصانه حصل لعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد ،

ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز افراد الشاة
بإرد . لأنه افراد بعض المقنود عليه بالرذ ، فلما جاز ذلك ههنا
- وان لم يجز في سائر المواضع - جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه
بالحلب ، وان لم يجز في سائر المواضع) .

(الشرح) هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصرة ، وهى اذا
أراد ردها بعد الحلب واللبن باق ، وهذا على قسمين (أحدهما)
أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لا يكلف أخذه (والثانى)
أن لا يكون كذلك ، وهى صورة الكتاب ففيها وجهان (أحدهما) وهو
قول أبى اسحاق أنه لا يجب على البائع أخذه لما ذكره المصنف
رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن يأتى عليه زمان ،
بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه ، لأنه صار يسرع اليه التغيير ،
فنقص عما كان فى الضرر ، وقول المصنف رحمه الله بعد ذلك :
فلا يجبر على أخذه ، تأكيد لأنه قد ذكر ذلك أولا ، ويمكن تعليل
هذا الوجه أيضا بأن اللبن الموجود عند العقد الذى يستحق بدله
اختلط باللبن الحادث المختص بالمشتري ، فاذا سمح به لا يجبر البائع
على قبوله ، وهذا قد يحدسه الخلاف المذكور فى الأخبار فى مسألة
اختلاط الثمار ومسألة النعل ، ومسألة الحنطة المختلطة ، فيكون
الاقتصار على العلة الأولى أولى .

(وقد يقال) انه لا يصر الى الأخبار فى المسائل المذكورة الا
للضرورة ، ألا ترى أن النعل اذا لم يكن نزعه معيبا فلم ينزعه لا يجب
قبوله ؟ وههنا لا ضرورة تدعو الى قبول اللبن لامكان رد التمر الذى
قدره الشرع ، ومن صحح هذا الوجه ابن أبى عصرون والرافعى
رضى الله عنهما . وقال الرويانى فى البحر : انه الأصح عند جمهور
أصحابنا . وبه جزم الماوردى .

(والوجه الثانى) أنه يجب على البائع قبوله ، ويجبر عليه لما
ذكره المصنف . والاعتذار بكون ذلك لاستعلام العيب ، وهو الذى
ذكره القاضى أبو الطيب . مستتر على الأظهر من القولين فى تلك
المسألة ، وكأنه اذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب فرده قهرا ،
وقاسوه على مسألة المصرة ، هذا والقول الثانى فى تلك المسألة
بمسألة المصرة التى قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن ، فانه جائز

قولاً واحداً مع النقصان الذي حصل فيها بالحلب ، لأجله أن ذلك لاستعلام عيب الشاة ، وليس مرادهم مسألة اللبن التي فيها . إذ لا يحسن تخريج قول علي وجه ، وحينئذ فمسألة اللبن هذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة إلى رد المصراة بعد نقصها بالحلب .

(الثاني) أنه إذا كان النقص الذي يستقل به العيب غير مانع على الأظهر من القولين في تلك المسائل وبلا خلاف في رد الشاة نفسها بعد الحلب ، فلم لا كان هنا في رد اللبن كذلك ؟ ولم حكم الجمهور بأن الصحيح عدم الاجبار ؟

(فالجواب) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضى رده بخلاف الشاة ، وما لا يوقف على عيبه إلا بكسره فإنه مشتعل على عيب قديم بسببه يرد ، فنقصه لاستعلام عيبه ، واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو الشاة والحاقة بما نقصه لاستعلام عيبه يحتاج إلى بيان ، والتمييز بين النوعين كاف في الفرق (وأيضاً) النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمتنع في غير هذا الموضع لأدى إلى بطلان رد المعيب ، وههنا لا يؤدي إلى ذلك ، لأن الشرع جعل اللبن بدلاً يرده مع الشاة المعيبة ، واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره في محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة .

(الثالث) أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره ، نقول بأنه يلزم الأرش على قول ، وأن كان الأظهر خلافه ، وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا تعلم أحداً قال بأن المشتري يقرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن في الضرع وقيمه مطلوباً . وهذا يحرك لنا بحثاً ، وهو أن التمر يتقسم على الشاة ، واللبن الذي في ضرعها ، كما تقدم ، وذلك باعتبار قيمتهما ، فهنا تعتبر قيمة اللبن في الضرع أو بعد الحلب ؟ وقد يقال أنه في الضرع لا يمكن تقويمه كالحمل في البطن ، لكننا إذا كنا تعلم أنه بعد الحلب أنقص مما في الضرع ، وحين المقابلة كان في الضرع ، والمعتبر في التقسيط وقت العقد ، فهذا البحث حركته لننظر فيه ، فإن كان يعتبر قيمته في الضرع وبالحلب ينقص عن ذلك ، فكان قياس ذلك الوجه إيجاب الأرش ، ولا أعلم من قال به . وأن كان يعتبر قيمته بعد الحلب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب .

(الرابع) أنا إذا قلنا بأن للمشتري رد اللبن فهل له أمسكه ورد الشاة ؟ قال صاحب القنمة : ان كان قد أمسكها زمانا يحدث في مثله لبن لا يكلف الرد ، لأن الحادث بعد العقد ملكه فلا يلزمه رده . وان حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لأنه عين حقه . فعلى المشتري رده إذا أراد الفسخ . وليس له رد البديل . لأن حقه في يده .

(الخامس) أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفسخ ؟ كما لو اشترى عينين فوجد باحدهما عيبا فان له أن يرد الجميع . ان كان كذلك فينبغي عند هذا القائل أنه إذا أراد امتسك اللبن وورد الشاة يجري فيها الخلاف فيما إذا أراد أن يفرد إحدى العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها الأفراد بالرد ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب القنمة عند عدم اختلاط اللبن باللبن جديد ، وعلى قول لا يمتنع ، وان لم يكن بطريق الفسخ فبمناذا يجبر البائع على قبوله ؟ وحقه في التصرف باللبن على ملك المشتري بمقتضى العقد ؟ فتخلص أن صاحب هذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقاءه وهو خلاف ظاهر الحديث .

(السادس) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة ؟ إذا قلنا الخيار فيها على الفور حتى إذا أخر بطلت أيجاب البائع عليه ، ويقتصر على رد الشاة ، أو نقول رد الشاة على الفور واللبن إلى خيرة المشتري ؟ لم أر في ذلك نقلا ، وهو يلتفت على ما تقدم من البحث في أن ذلك هل هو بطريق الفسخ أو لا ، فان كان بطريق الفسخ كان على الفور ، وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرا .

(السابع) قول المصنف رحمه الله : « ولأنه لو لم يجز الرد » التي أخبره هو الدليل الثاني في كلامه الذي وعدت بالكلام عليه ، وهو دليلنا مستقل غير ناظر إلى أن النقصان لأجل الاستعلام أو لا ، وبهذا يخالف ما قدمته من أن هذه المسألة ، ومسألة ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره جميعا ، يرجعان إلى مسألة رد المصراة مع نقصها بالحلب ، وهذا الدليل الذي ذكره المصنف رحمه الله غير ذلك لأنه جعل امتناع رد اللبن مستلزما لامتناع أفراد الشاة بالرد ، وعلى الأول بالنقص بالحلب ، والثاني بأنه أفراد بعض العقود

عليه ، وذلك غير النقص بالحلب ، فلم يحصل الجمع بينهما به ، وإنما مقصوده قياس النقصان بالحلب على النقصان بالافراد فان افراد بعض المعقود عليه نقص .

وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره في موضع آخر وهو ما اذا اشترى عينين صفقة واحدة فانه لا يجوز افراد أحدهما بالرد ، اما جزما اذا كان العيب بهما ، أو على الأظهر اذا كان بأحدهما ، واذا كان افراد بعض المعقود عليه نقصا . فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع افراد الشاة لنقصانها بالافراد والجامع بينهما مطلق النقصان فلما جاز رد الشاة ههنا وافرادها عن اللبن اتفاقا ولم يجعل النقصان بالافراد مانعا — وإن كان مانعا في سائر المواضع — وجب أن يجوز رد اللبن ، ولا يجعل النقصان بالحلب مانعا — وإن كان مانعا في سائر المواضع — هذا تقرير هذا الدليل ، ولا بد من الجواب عنه اذ الأصح في المذهب خلافه .

وطريق الجواب أن الأصل أن النقص مانع ، ولا يلزم من مخالفة الأصل في موضع مخالفته في كل موضع الا أن يتبين أن المعنى الذي استثنى لأجله نقصان افراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الافراد موجود في النقصان بالحلب ههنا ، حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص ، وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك ، وهو غير بين .

(الثامن) أن الأصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاها المصنف رحمه الله ، وكلام الشيخ أبي حامد يقتضى حكاية الوجهين عن أبي اسحاق ولذلك الروياني قال : ان أبا اسحاق أشار في الشرح الى وجهين ، والمصنف وابن الصباغ جعل القول بعدم الاجبار قول أبي اسحاق ، وكلام أبي الطيب محتمل لما قاله أبو حامد ، ولما قاله المصنف ، بخانه قال: لا يجبر عليه ، فذكره أبو اسحاق في الشرح وقال : لأنه صار معيبا ، وفيه وجه آخر أنه يجوز ، وبقيّة الأصحاب يذكرون الوجهين غير منسوبين ، والجمع بين ذلك كله أن أبا اسحاق ذكر في شرحه الوجه الذي اختاره والوجه الآخر .

(التاسع) أن هذا كله في رده على جهة القهر ، أما لو تراضيا على ذلك ، قال الماوردي والروياني في البحر : جاز ، وقد تقدم

ذلك عن البغوى والرافعى رحمهما الله أنه لا خلاف فيه ، وثبتت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض ؟ أو من باب الرد بالفسخ ؟ وأن ابن المنذر خالف فيه ، ومقتضى كلامه المخالفة ههنا ، وهو أحد قولى المالكية ، وأن ابن المنذر جعله من باب الاعتياض وذكرت بحثا هناك يقتضى أنه ليس كذلك وأنه يجوز ، فليُنظر ذلك البحث فى فرع عند شرح قول المصنف « وأن أجاز رد المصراة بدل اللبن » .

(فرع) قسم المرعى العيب الحادث عند المشتري الى قسمين (أحدهما) المصراة يردّها ناقصة عما أخذت عليه من كون اللبن فى ضرعها ، وما سوى المصراة ثلاثة أضرب (أحدها) يرد قولاً واحداً كالغنب والخيار يغمزه يعود أو حديدة فيتبين أنه مر (والثانى) فيه قولان كالثوب يقطع ثم يعلم عيبه (والثالث) ثلاثة أقوال إذا كسرنا ما لا نوقف على عيبه إلا بكسره ، وسيأتى ذلك أن شاء الله تعالى فى الرد بالعيب ، وفيه توقف تذكره هناك أن شاء الله تعالى .

(فرع) إذا اشترى شاة وجز صوفها ، ثم وجد بها عيباً — إن كان الجز لا يستعمل العيب — لم يمتنع الرد ، وجرى مجرى الحلب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه :

(أحدها) أنه يردّها ويرد معها صاعاً لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار ، والصاع كالشاة .

(والثانى) أنه يردّها لأن لبنها يقصد لتربية الولد ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد ولا يرد بدله ، لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض .

(والثالث) لا يردّها لأن الجارية لا يقصد فى الصادة إلا عينها دون لبنها .

(والرابع) لا يردّها ، ويرجع بالأرض لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن لأنه ليس للبنها عوض مقصود ، ولا يمكن ردها من غير عوض ،

لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لبها من غير بدل ، ولا يمكن إجبار المبتاع على امساكها بالثمن المسمى ، لأنه لم يبذل الثمن الا ليسلم له ما دلس به من اللبن ، فوجب أن يرجع على البائع بالأرضى ، كما لو وجد بالمبيع عيباً وحدث عنده عيب .

(الترح) الكلام في هذا الفصل ، والفصل الذي بعده يحتاج الى أصل ، وهو أن المنصوص عليه في كلام الشافعي رحمه الله حكم الابل والغنم وللبقر ، والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة ، والمرح به من ذلك في الحديث هو الابل والغنم (وكثير) من الأصحاب يجمعون حكم البقر ثابتا بالقياس وبه يشعر كلام الشافعي رحمه الله في المختصر (ومنهم) من يأخذه من النص في الحديث الذي لفظه « من اشترى مصراة » فانه عام ، وقد تقدم ذلك ، واتفقوا على اثبات الحكم في البقر اما بالنص واما بالقياس ، فان القياس فيها ظاهر جلي وهي في معنى الابل والغنم ، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها .

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان ، فلا يظهر فيهما أنهما في معنى الأصل المنصوص عليه ، وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذي بعده للكلام فيهما ، والذي تجرى أحكام المصراة عليهما فطريقته في ذلك اما القياس وان كان ليس في الجلاء والظهور كالأول ، واما ادراجها في عموم قوله « من اشترى مصراة » والذي لا تجرى عليهما أحكام المصراة طريقته قطع القياس ، ويتبين أنهما غير داخليين في عموم قوله : مصراة (اما) بأن الاسم غير صادق عليهما عند الاطلاق (واما) باخراجهما من اللفظ بدليل ، وقد يقال : ان من جملة ما يدل على اخراج الجارية قوله في الحديث : « بعد أن يحلبها » فان ذلك يقتضى قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب ، وفي اطلاق الحلب على الجارية نظر .

(واعلم) أن قاعدة مذهب الشافعي رضى الله عنه ، كما ذكره الامام ، يدل على أن ثبوت الخيار في المصراة جار على القياس ، واذا كان كذلك فيسوغ الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص ، والمصنف رحمه الله وكثير من الأصحاب لم يذكروا الحديث الذي فيه صيغة

العموم ، وانما ذكروا النص في الابل والغنم ، وكان ما سوى النصوص
عليه على قسمين :

(قسم) التصرية موجودة فيه في غير الابل والغنم (وقسم)
فيه معنى يتبني التصرية ، فذكر المصنف رحمه الله الجارية في هذا
الفصل والاتان في الابل يعده لانهما ملحقان عند من يقول باللاحق
بالابل والغنم لتشمول التصرية بالجميع ، وذلك يعدد تجميع شعير
والجارية ، ولانه ملحق بالتصرية فلذلك اخره وله مراتب في الظهور
كتجميع الشعير ، فيلحق ، والخفاء كنقطة من المداد على ثوب العيد فلا
يلحق ، وبين ذلك ففيه خلاف .

ونذكر هذه المراتب ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف في
تجميع شعير الجارية ، وذكر الماوردي وجهين في التصرية في غير
الابل والبقر والغنم ، فاحد الوجهين وهو قول البصريين انها ليست يعيب
(والثاني) وهو قول اليعقوبيين ان التصرية في كل الحيوان عيب .

(واما) تصرية الجارية الذي هو محل كلام المصنف هنا ، فقال
الامام : ان الخلاف فيه ليس من النمط المذكور ، فان التلبيس بالتصرية
في الجارية كالتلبيس بالتصرية في البهيمة ، وانما نشأ الخلاف من أصل
آخر ، وهو ان الأصل في خيار الخلف ان يترتب على الشرط والفعل
والموهم المدلس الخلف بالشرط ، وهو دونه وبقوى اثره فيما يظهر
توجه المقصد اليه ، فاما ما لا يتوجه المقصد اليه فلا يظهر التلبيس
فيه ، قال : ويمكن ان يقال : هذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه
من مواقع الخلاف ، يعنى من المرتبة التي بين الظهور والخفاء كما
أشرنا اليه من قبل ، فان الشيء اذا كان لا يقصد مما يجرى من
تلبيس فيه وفاقا لا توهم ، ويمكن ان يقرب مما تقدم من وجه آخر ،
وهو ان المزرع والاخلاق يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها ، وليس كذلك
المدى في بنات آدم ، فان المشاهدة لا تتعلق غالبا به وغرضنا تخريج
انوافق والخلاف على أصول ضابطة . انتهى .

ومقصود الامام ان المدى اذا كان لا يرى غالبا ، ولا يحصل
فيه قصد التخريف غالبا ، فلم يتحقق كضرع الناقة والشاة الذي
هو مرثئ الغالب ، ومقصوده بما قاله أولا من ان لبن الجارية غير

مقصود ، أى فى الغالب لأنه لا يقصد الا على ندور لأجل الحضانه ،
فلا يلتحق بما هو مقصود فى كل الأحوال ولذلك لم يفتخر برؤية الحطمة
وهو الثدى . اذا عرف ذلك فهل التصرية فى الجارية عيب أم لا ؟ على
وجهين على ما تقدم عن الماوردى .

وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف أنها عيب لأمرين (أحدهما)
الرغبة فى رضاع الولد (والثانى) أن كثرة اللبن تحسن الثدى لأنه
يعلو ولا يسترسل ، هكذا قال أبو حامد ، ولكن غيره مصرح بالخلاف
فى ذلك ، وشبهوه على أحد الوجهين بما اذا اشترى جارية فبانف أخته
فلا خيار ، لأن الموطأ فى ملك اليمين غير مقصود .

اذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل
قولان (أحدهما) أنه يرد معها صاعا ، لما ذكره المصنف . وهذا
قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجورى (والآخر) يردها ولا
يرد بدل اللبن لأنه لا يعتاض عنه فى الغالب ، وان كان متقوما ، وهذا
معنى قول المصنف رحمه الله أنه لا يقصد بالعوض ، ولم يرد أنه
لا يباع منفردا ، لأن مذهبا جواز بيعه . وهذا الوجه ذكره
الصيدلانى وغيره على ما حكاه الامام ، وكلا الوجهين مذكور فى الحاوى
وفيما علقه سليم عن أبى حامد .

(والوجه الثانى) أنه لا يرد . وهذا قول أبى حفص ابن الوكيل
على ما يقتضيه كلام الجورى ، وعلى هذا فوجهان (أحدهما) وهو
الثالث فى كلام المصنف رحمه الله أنه لا يرد ، أى ولا شيء له لما ذكره
المصنف رحمه الله ، وهذا الوجه لم يذكره الرافعى ولكن ذكره القاضى
أبو الطيب والقاضى حسين والماوردى وغيرهم ، وهو مفرع على أن
التصرية فى ذلك ليست بعيب (والآخر) وهو الرابع فى كلام المصنف
أنه لا يرد . ويرجع بالأرش ، وصححه ابن أبى عسرون تفريعا على
المقول بعدم الرد .

واختلف فى مأخذه ، فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنجي
عنه من قوله : انه لا خلاف فى أنها عيب مستقلا بما ذكره المصنف
وهو حسن . واستدل - لأنه لا يمكن ردها من غير عوض - بأنها نقصت
عنده ، فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثتها مفرعة

على القولين بأن التصرية في ذلك عيب ، ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد
مفرقة في التعليقات . ونقل الروياني عن الدارمي أنه على القول
بأنه ليس بعيب ، فإنه يرجع بالأرث ، وغلظه قال : لأن هذا القائل
منع الرد لأنه ليس بعيب ، وقدر الدارمي أنه لا يرد ، لأن الحلب
عيب حادث ، فقال يرجع بالأرث (قلت) وينبغي أن يحمل كلام
الدارمي على ما قاله الشيخ أبو حامد رحمه الله ، ولا يغلط ، ولا يظن
به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب . هذا ما ذكره الأصحاب رحمهم
الله في ذلك . وقال الامام : اذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية ، وان
قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن اللبن الجارية قيمة لم يجب شيء .
وان أوجبنا الصاع فهنا وجهان ، هذا اذا لم يكن اللبن متقوما ،
وان كان له قيمة فلا بد من بدله . وهل يبذل بالصاع أو بقيمته
من تمر أو قوت آخر ؟ فيه وجهان . وهذا التخريج حسن (والأصح)
من هذه الأوجه عند الراعي وصاحب التهذيب أنه يرد ، ولا يرد بدل
اللبن ، وهو الثاني في كلام المصنف رضى الله عنه . قال الروياني في
البحر : وهذا أقرب عندي (والأصح) عند القاضي أبي الطيب والجرجاني
أنه يردها ويرد معها صاعا بمنزلة تصرية الابل والغنم وقال
ابن أبي عسرون : انه الأقيس به في المرشد .

وقد تقدم في باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمي نقل
عن الشافعي رضى الله عنه أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز ،
وهو رد ما صححه القاضي أبو الطيب هنا ، لأنه لو كان اللبن بمنزلة
العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن آدمية ، كما
لا يصح بيع شاة في ضرعها لبن بلبن غنم ، وعلى ما تقدم من تخريج
الامام رجح النظر الى تحقيق مناط ، وهو أن لبن الجارية هل له
قيمة أو لا ؟ فان كان له قيمة تعين الحكم بوجود بدله ، كما قال الامام ،
قال : لأن نفي البذل في هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجب
قياس .

(فرع) حكم الخيل حكم الجارية ، وذكره الماوردي ، ولم
يذكر الماوردي في الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولا في كلام المصنف
رحمه الله . قال العبدري : لنا في تصرية لبن الجارية قولان ، وفي
الأثان وجهان ، فاقضى كلامه أن الخلاف في الجارية منصوص عليه ،

وكذلك رددت القول فيما تقدم في ذلك هل هو وجهان أو قولان ؟
والله أعلم .

(فرع) من جملة العلماء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الابل والغنم البخاري رحمه الله ، فانه قال في تنبيهه : باب النهي « للبايع أن لا يحفل الابل والغنم والبقر وكل محفلة ، والمصراة التي صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أياما » ولم يذكر في الباب حديثا فيه صيغة عامة بنعته ، والله أعلم .

(فرع) حكى المصنف في التنبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثاني) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن ، فالثاني في التنبيه هو الثاني في المذهب ، والأول في الثاني يحتمل أن يكون هو الثالث في المذهب ، وهو أنه لا يردها ، ولا شيء له ، ويحتمل أن يكون هو الرابع . وهو أنه لا يرد ويأخذ الأرش ، ويحتمل أن يكون مقصوده عدم الرد الذي هو مشترك بين الوجهين ، ويكون كل من الوجهين مفرعا عليه ، وهو الأول .

وقال ابن الرفعة في قول التنبيه : انه لا يرد . قال : أي ويأخذ الأرش وقال : ان القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالأرش هو ما ظن ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ (قلت) وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لما تقدم ، وأما كلام ابن يونس فمحتمل ، لأنه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذي حكاه الشيخ ، وهو الاحتمال الذي قلت : انه الأولى ، وحينئذ لا ينسب الى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثاني ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أتانا مصراة ، فان قلنا بقول الاصطخري : ان لبنها طاهر ، ردها ورد معها بدل اللبن كالثاة (وان قلنا) بالمنصوص : انه نجس ففيه وجهان (أحدهما) أنه يردها ولا يرد بدل اللبن ، لأنه لا قيمة له ، فلا يقابل ببديل (والثاني) يمسكها ويأخذ الأرش ، لأنه لا يمكن ردها مع البديل ، لأنه لا يبدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من اسقاط

حق البائع من لبنها ، ولا امسكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن الا لتسلم له الأتان مع اللبن ولم تسلم ، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش) .
(الشرح) الأتان الأثنى من الحمر ، وقول الاصطخري رحمه

الله بطهارة لبنها معروف مشهور ، وهو يقول بطهارته وحل تناوله ، وعده الامام من هفوات بعض الأئمة . وحكى الامام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وحرمة هذا بعيد ، والمذهب نجاسته ، وقد تقدم أن تصرية الأتان هل هي عيب أم لا ؟ على وجهين ، وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف في أنها عيب كما تقدم أنه مثل ذلك في الجارية ، اذا عرف ذلك ففي حكم تصرية الأتان طرق .

(احداها) ما ذكره المصنف رحمه الله أنه ان قلنا بطهارة لبنها ردها ، ورد بدل اللبن (وان قلنا) بنجاسته فقيل : يردها ولا يزد معها شيئاً . وقيل ، يمسكها ويأخذ الأرش ، ومن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد .

(الطريقة الثانية) التي ذكرها الماوردي من العراقيين ، والقاضي حسين من الخراسانيين : أنه هل يرد أو لا يرد ؟ في المسألة وجهان (فان قلنا) بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئاً (وان قلنا) بطهارة لبنها . وهو قول الاصطخري . فهل يرد معها صاعاً من تمر ؟ على وجهين كالجارية واثاث الخيل . وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله (والطريقة الثالثة) التي ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الجزم بردها وتخريج رد بدل اللبن على الخلاف (فان قلنا) بطهارته رد بدله صاعاً من تمر (وان قلنا) بنجاسته لا يرد لأن النجس لا يدل له ولا قيمة ، وهذه تخالف طريقة الماوردي ، فان الماوردي يتردد في رد بدل اللبن على القول بطهارته ، وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به ، وتخالف طريقة المصنف رحمه الله في قوله انه يمسكها ويأخذ الأرش ، وقد نقل الشاشي عن القاضي أبي الطيب أن الأوجه التي في الجارية في الأتان على قول الاصطخري فهذه الطرق الثلاثة في طريقة العراقيين ، وبعضها في كلام الخراسانيين كما تقدم .

(والطريقة الرابعة) التي ارتضاها الامام أنه ان قلنا : اللبن نجس فلا يقابل بشيء ، ولكن لا يبعد اثبات الخيار ، اذ قد يقصد

غزارة لبنها لكان الجحش ، فيلتحق هذا الخيار بقبول التردد ، وإن حكمنا بأنه ظاهر فكذلك ، فإن اللبن المحصرم لا يتقوم ، وإن حكمنا بحله فالقول في تصرية الأتان كالقول في تصرية الجارية ، وقد تقدم كلامه في الجارية ، وهذه الطريقة توافق طريقة الماوردي في إلحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله ، وتخالفا في أن الماوردي لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه ، وفي أن الماوردي لم يبين الخلاف في الرد على الخلاف في النجاسة ، وإنما حكى الخلاف في الرد وفي سائر الحيوانات غير الأبل والبقر والغنم .

(فان قلنا :) بشمول الحكم للجميع ، فالماوردي جازم على قولنا بنجاسة اللبن ، يرد الأتان ولا شيء معها ، والامام مقتضى كلامه التردد في ردها ، وطريقة الامام تخالف طريقة المصنف رحمه الله أيضا ، ولأن الامام لم يتعرض لامساكها بالأرث ، والمصنف لم يتعرض لطهارة اللبن مع تحريمه ، والله أعلم . ولم يتعرض ابن عبد السلام في اختصار النهاية لما أشار إليه الامام من التردد في ثبوت الخيار ، فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه :

(أحدها) أنه يردّها ويرد معها بدل اللبن .

(والثاني) أنه يردّها ولا يرد معها شيئا . وهذا هو الصحيح عند الرافعي وغيره . وهو الذي جزم به المصنف رحمه الله في التتبيه .

(والثالث) أنه لا يردّها ويأخذ الأرث .

(الرابع) الذي دل عليه كلام الامام أنه لا يردّها ولا شيء له ، لأنه جعل ذلك من صور الخلاف . ومراده به إلحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التي تقدمت الإشارة إليها ، ويأتى ذكرها إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله في تجعيد شعر الجارية . وإذا كان كذلك فيقتضى كلام الامام المذكور اثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له . وكذلك يقتضيه كلام الماوردي حيث ألحق الأتان بالجارية . وحيث حكى الخلاف في سائر الحيوانات مطلقا غير الأبل والبقر والغنم . كما تقدم عن البصريين والبعثاديين في أن التصرية فيها عيب . أو ليست بعيب . وكلام غيره أيضا . وهذا الوجه ليس مفكوكها في كلام المصنف

رحمه الله . والأوجه الثلاثة التي ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد أيضا مع قوله ان لا خلاف في أنها عيب .

والوجه الرابع القائل بعدم الخيار مستمد من الوجه الذي تقدم عن البصريين أن التصرية في ذلك ليست بعيب . فيجوزون الأوجه الأربعة ، وهي نظير الأوجه الأربعة التي ذكرها المصنف رحمه الله في الجارية وان كانت المآخذ مختلفة . وقال ابن أبي عسرون على قول الاصطخرى بعد أن حكى كلام الأصحاب وقولهم في التفرغ عليه : انه يرد مثل بدل لبن الشاة قال : وعندى ينبغي أن يرد الأرش . لأن لبنها لا يساوي لبن الأنعام ولا يلحق به في تقدير بدله . كما أن جنين البهيمة لما لم يساو جنين الآدمية ضمن بها ويقضى من قيمة الأم . وهذا الذي ذكره لو ثبت كان زائدا على الأوجه الأربعة لكنه بعيد لأنه على القول بطهارته وجعله مما يقابل بالعوض لا يفارق لبن الأنعام وان كان أنقص قيمة منها فان بعض الأنعام لبنها أنقص قيمة من بعض ، ولا اعتبار بذلك ، ويلزمه أن يقول بذلك في الجارية ، ولم يقل به هناك ، بل قال : ان الأقيس أنه يجب رد بدله ، والله أعلم .

(فرع) قول المصنف رحمه الله « لم يبذل الثمن الا لتسلم له الأتان مع اللبن » وكذا قوله فيما تقدم في الجارية « ولم يبذل الثمن الا لتسلم له ما دلس به من اللبن » رأيتها مضبوطة في بعض النسخ — بضم التاء وفتح السين وتشديد اللام المفتوحة — والأحسن أن يقرأ — بفتح التاء واسكان السين وفتح اللام المخففة — فان البائع سلم الأتان مع اللبن ، ولكن حصلت في ذلك السلامة للمشتري .

(فرع) جزم المصنف في التنبيه بأنه يرد الأتان ، ولا يرد بدل اللبن وتردد في رد الجارية مع الجزم فيها بأنه لا يرد بدل اللبن ، فأما جزمه برد الأتان وتردده في رد الجارية فلان لبن الأتان مقصود ولا يساويه لبن الجارية في ذلك ، وعلى قوله في المهذب : انه لا يرد قال : انه بأخذ الأرش يكون اللبن في الأتان مقصودا فلم يتردد قوله لا في المهذب ولا في التنبيه في أن لبن الأتان مقصود ، ولكن امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسته وان كنا قد حكينا عن غير

المصنف رحمه الله وجها رابعا بعدم الرد مطلقا ، وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود .

وأما جزمه في التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الأتان ، فإنه تقرير على المذهب في نجاسته ، وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب إليه الاصطخري ، قال : وقيل على القول بطهارته يجب الصاع ، وهذا الذي قاله ابن الرفعة وإن كان الخلاف ثابتا فيه كما تقدم ، لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه ، لأن صاحبه في المذهب جازم على قول الاصطخري : يرد بدل اللبن ، فيجب حمل كلامه في التنبيه على المذهب ، فيكون موافقا لذلك ، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقان حتى يحمل كلامه في التنبيه على طريقة وكلامه في المذهب على طريقة أخرى ، وقد تبين لك الطرق المذكورة في ذلك ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرتال ، ففيه وجهان ، بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها (أحدهما) لا يصح ، لأنه شرط مجهول فلم يصح (والثاني) أنه يصح لأنه يعلم بالصادقة فصح شرطه ، فطى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الامسك والرد) .

(الشرح) هذه المسألة جزم الراقعي رحمه الله في باب البيوع المنهى عنها فيها بعدم صحة البيع ، وصرح في الروضة بأنه يبطل البيع قطعاً لأن ذلك لا ينضبط فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الراقعي للمسألة في باب التصرية ، وابن الصباغ ذكر المسألة هنا وجزم فيها بالبطلان ، وكذلك صاحب التتمة قبل هذا الباب صرح وجزم بأن العقد فاسد ، وقال مع ذلك : انه إذا شرط أنها لبون فإن كانت تدر لبناً — وان قل — فلا خيار له ، وان لم يكن لها لبن أصلاً فله الخيار ، وكذلك قال غيره ، ونقلوا عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان في هذه أيضاً ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين غزارته فله الرد ، قاله الروياني .

وكلتا المسألتين لا اشكال فيهما بخلاف مسألة الكتاب ، وصرح صاحب العدة حكاية الوجهين في مسألة الكتاب كما حكاها المصنف رحمه الله حرفا بحرف ، ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن التتمة ، ولم أرهما فيها بل الذي رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبي عمرو وذلك وهم منه ، ولعله جاء يكتب المهذب كتب التتمة .

وقال الروياني في البحر : لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم كذا وكذا ، قال أصحابنا : لا يصح قولنا واحدا . قال : وقيل : فيه وجه أنه يصح ، وقال ابن أبي عمرو في الانتصار : انه لا يصح البيع على أصح القولين ، فيحتمل أن يكون تابعا للمصنف في حكاية الخلاف في المسألة ، وأطلق القولين على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج ، وممن حكى الخلاف أيضا في هذا الباب العمراني ، ويحتمل أن يكون تابعا للمصنف ، وكذلك حكاها فيما اذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلا ، والمشهور في المسألتين القطع بالفساد ، ولم أر الخلاف الا في كلام المصنف والروياني وصاحب العدة أيضا .

على أن المصنف رحمه الله وحده كاف في النقل ، فهو الثقة الأمين ، ولا يستبعد ذلك من جهة المعنى ، فان ذلك قد يعلم بالعادة فان الشاة التي خبرها البائع وجربها دائما وهي تدر كل يوم مقدارا معلوما أو أكثر منه ، فهذا العقد الذي جرب وجوده منها في جميع الأيام يطب على الظن دوامه ، أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمراني فذلك بعيد الا على ارادة التقريب الكثير ، نعم ههنا كلامان .

(أحدهما) أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن ، واشتراط الحمل ، فان اشتراط كونها حاملا نظيره اشتراط مقدار من اللبن ، ينبغى أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف في الحمل ، وذلك لا يمكن تصحيحه ، لأنه لا يمكن العلم به .

واعلم أن ههنا ثلاث مراتب (احداها) يشترط مقدار أو وصف في الحمل وهذا لا يصح قطعا ، لأنه لا سبيل الى علمه ولا ظنه .

(الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن ، وهذا يصح على الأصح ، لأنه معلوم موجود عليه امارات ظاهرة .

(الثالثة) اشتراط مقدار من اللبن ، فهذا قدر يقوم عليه
أمانة لعادة متقدمة ونحوها ، ومن هذا الوجه أشبه الحمل ويفارقه من
جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيراً فلذلك جرى التردد فيه •

(الثانى) أن بناء المصنفين الوجهين على القولين فى اشتراط
الحبل ، يقتضى أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا ، لأن الشرط صحه
اشتراط الحبل ، لكن ابن أبى عمرو ممن وافق المصنف رحمه الله على
حكاية الخلاف وصحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعوا به ، والفرق
ما قدمته وجعلته من رتبة منحلة غير رتبة أصل الحمل واللبن ، والله
أعلم •

(التفريع) إذا قلنا بالصحة فى ذلك فأخلف فله الخيار بين
الامساك والرد كما قال المصنف ، كالمصراة ، بل أولى من حيث المعنى ،
لأن هذا بشرط صريح ، وذلك بما يقوم مقامه من التغيرير ، ومقتضى
الحاقها بالمصراة أنه ان حصل الخلف قبل الثلاث يجرى فيها الخلاف
المذكور فى المصراة فى أنه يمتد الخيار الى ثلاثة أيام ، أو يكون على
الفور أو لا يثبت الا عند انقضاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر
الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصراة ، ولا يأتى ههنا قول
أبى حامد : انه لا يثبت الخيار بعد الثلاث ، لأن هناك مأخذه أن الخيار
ثابت بالشرع ، وههنا ثابت بالشرط ، وأيضا الخيار فى التصرية خيار
عيب على قول كما تقدم ، وأما هنا فخيار خلف ليس الا •

نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فان كان ذلك بطرآن حادث
يقتضى ذلك فلا اشكال فى أنه لا يثبت الخيار ، لأن ذلك غير لازم
للباطع ، لأن سببه ما حدث فى يد المشتري ، وان لم يظهر حاله بحال
نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال : انه لا أثر للنقص أيضا لأنه
لما دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط •
وعلم بذلك مزاج الحيوان ، والنقص بعد ذلك بمدة طويلة محمول
على تغير طرأ ، وكذلك فى المصراة لدوام اللبن مدة ، ثم حصل نقص
لم يتبين بذلك وجود التصرية • بل ذلك محمول على نقص حادث ،
وانما يبقى ثبوت الخيار حينئذ اذا اعترف الباطع أو قامت بينة أنه
كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين •

وأما مقدار المدة فيحتمل أن يقال : انه اذا حلبها ثلاثة أيام
واللبن على حاله لم يتغير ، فتغيره بعد ذلك لا يؤثر . وتكون الثلاثة
ضابطا لذلك لاعتبار الشارع اياها في هذا الباب . ويحتمل أن لا يضبط
بمدة معينة ، بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر
أصلى أو طارىء . والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا ابتاع جارية قد جمد شعرها ثم بان أنها سبطة ، أو
سود شعرها ثم بان بياض شعرها ، أو حمر وجهها ثم بان صفرة
وجهها ، ثبت له الرد لانه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار
كالنصرية ، وان سبط شعرها ثم بان أنها جمدة ففيه وجهان :
(أحدهما) لا خيار له ، لان الجمدة اكمل وأكثر ثمنا .

(والثانى) انه يثبت له الخيار ، لانه قد تكون السبطة أحب اليه
وأحسن عنده ، وهذا لا يصح ، لانه لا اعتبار به ، وإنما
الاعتبار بما يزيد في الثمن ، والجمدة أكثر ثمنا من السبطة ، وان
ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة ، أو بان أن باطنها دون
ظاهرها في الجودة ، ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة في المسألة
قبلها) .

(الشرح) الفصل يتضمن مسائل من التفرير الفعلى ملحقة
بالمصراة ، أما بلا خلاف وأما على وجه ، وقد كتبت أشرت فيما تقدم
الى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا ، ولنجعل ذلك مقدمة
على مسائل الفصل .

قال الامام : ان أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محصل
النصرية من البهيمة اذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار ، فلو جمعد
الرجل شعرا تجعيدا لا يتميز عن تجعيد الخلقة . ثم زال ذلك ثبت
الخيار للمشتري ، فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجمودة ، وقد
طردت في هذا مسلكا في الأساليب ، واذا جرى الحالف بشيء لا ظهور
له فلا مبالاة به ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا

لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ، ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، فإذا أخلف الظن ففى ثبوت الخيار وجهان وإذا بنى الأمر على ظهور شيء في العادة فما تنهاى ظهوره يتأصل في الباب وما لا يظهر يخرج عنه ، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه .

هذا كلام الامام ، وهو منه على المراتب الثلاث التي يثبت الخيار فيها جزماً والتي لا يثبت جزماً ، والتي يتردد فيها ، ولم يذكر المصنف المرتبة التي يجزم بعدم الخيار فيها اقتصاراً منه على ما يلحق بالتصرية جزماً أو على وجه ، إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الأولى أمثلة .

(منها) إذا اشترى جارية قد جمعد شعرها ثم بان أنها سبغة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياساً على المصراة ، لأن الغرض يختلف بالجمودة والسبوطة (وأيضاً) الجمودة قيل : انها تدل على قوة الجسد والسبوطة تدل على ضعفه ، وللمسألة شرطان .

(أحدهما) أن يكون المشتري قد رأى الشعر ، فلو لم يره ففى صحة العقد وجهان (أحدهما) وبه قال الأكثرون وابن أبي هريرة : انه لا يصح ويكون كبيع الغائب (والثاني) وبه قال القفال وجماعة وهو الأصح عند الماوردي الصحة ، فعلى الأول لا تأتي المسألة ، وعلى الثاني إذا لم يره لا يثبت الخيار الا اذا شرط . وقد قال الشافعي رحمه الله في المختصر : ولو اشترأها جمعدة فوجدتها سبغة فله الرد ، فالأكثرون حملوه على مسألة الكتاب إذا كان البائع قد جمعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لا بد من رؤية الشعر ، وعلى الوجه الثاني يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما اذا شرط أنها جمعدة ، وفي كلام الرافعي ما يقتضى جواز حمله على الاشتراط . وأن فرعنا على الأصح لأن الشعر قد يرى ولا يعرف جموده وسبوطه لعروض ما يستوى الحالان عنده من الابتلاء وقرب العهد بالتسريح وتحومها ، ففى كون المسألة منصوصة للشافعي لهذا الاحتمال ، وعلى كل حال لا خلاف في المذهب فيها .

قال القاضي حسين في رؤية الشعر : نشأ من اختلاف أصحابنا في قول الشافعي رحمه الله : « ولو ائتمراها جمعة فوجدتها بسيطة فله الرد » من أصحابنا من حمله على الشرط . ومنهم من قال : أراد الله جمعه شعرها بالتدليس .

(الشرط الثاني) ما تقدم عن الامام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة ، والأكثر من ساكتون عن ذلك ، ولا شك أنه إذا كان التجعيد يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع ، فالمشترى منسوب الى تفریط ، أما إذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقيا ، فهذا هو الميث للخيار ، وهو مراد الأصحاب (وشرط ثالث) فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره بأذنه فلو تجعد بنفسه جزم الفوراني في الابانة بعدم الخيار والأشبه تخريجه على ما إذا تحفلت الشاة بنفسها . وقد تقدم أن فيها خلافا ، وفي الصحيح خلاف ، والأصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم ، فينبغي أن يكون هنا كذلك .

وكلام ابن أبي عسرون في الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار في ذلك ، فإنه قال : إن نظر الى شعرها فراه جمعا ثم بعد ذلك بان أنه بسيط ثبت له الرد ، وهذه العبارة بعمومها تشمل ما إذا تجعد بنفسه وما إذا جمعه ، وكذلك عبارة الماوردي في الحاوي والفوراني أيضا في العمدة وهو الظاهر ، فإنه لا فرق بين تجعد الشعر بنفسه ، وبين أن تحفل الشاة بنفسها ، ولعل الأصحاب إنما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيرا . وأما تجعد الشعر بنفسه فبعد لا يتأتى في العادة فافترض وقوعه ، فهو كحفل الشاة بنفسها ، ولعل الفوراني من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالي في الوجيز ، فيكون جزمه في تجعيد الشعر بنفسه على ذلك .

(تنبيه) المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السهولة المكروهة عند العرب وهو ما يظهر إذا أرسل من التكسير والتقبض والانتواء ، وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط ، فإن ذلك مكروه أيضا . وأحسن

الشعر ما كان بين ذلك • وقد جاء في وصف شعر النبي صلى الله عليه وسلم « أنه كان شعرا رجلا ، ليس بالجمد القلط ولا بالسبط » وفي رواية أخرى « لم يكن بالجمد القلط ولا بالسبط ، كان جمدا رجلا » وقوله « سبط » هو بفتح السين وباسكان الباء وفتحها وكسرها أى مسترسلة الشعر من غير تقبض ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) من أمثلة المرتبة الأولى إذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيار بلا خلاف ، والكلام فيه كالكلام فيما إذا جعد شعرها حرفا بحرف • وقياس ما قاله الفورانى فيما إذا حصل ذلك بنفسه أن يأتى هنا ، وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو (الكلكون) قاله القاضى أبو الطيب • وهذه اللفظة مذكورة فى المهذب فى باب الاحداد وهى بكاف مفتوحة ثم لام مشدودة مفتوحة أيضا ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون • وأصله كلكون بضم الكاف وسكون اللام - و (الكلك) الورد و (الكون) اللون • أى لون الورد • وهى لفظة عجمية معربة • هكذا قال النووى رحمه الله فى التهذيب • ومن مسائل هذه المرتبة إذا بياض وجهها بالطلاء ثم اسمر • قاله القاضى أبو الطيب رحمه الله • والطلاوة بياض •

وكذلك إذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنه دابة سمينة ، قالهما صاحب التتمة ، أو دهن شعر الدابة ، قاله المحاملى فى المقتنع • وكذلك لو كان له رحي قليلة الماء فأراد العرض على البيع والاجارة (١) أرسل ذلك الماء المحبوس حتى ظن المشتري أن الرحي كثيرة الماء ، شديدة الدوران ، ثم ظهر أن الماء قليل • اتفق الأصحاب عليها • وكلامهم يقتضى أن أبا حنيفة وافق عليها • كذلك إذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الاجارة ، أعنى اجارة الأرض ، فكذا إذا أرسل الزنبور فى وجه الجارية فانتفخ وظنها المشتري سمينة ثم بان خلافه ، أو لون جوهرا بلون الباخس أو العقيق أو النياقوت ، فظنه المشتري كذلك ثم بان زجاجا له قيمة بحيث يصح

(١) كذا ولعل فى العبارة حذف يعرف من السياق تقديره : « فحبس فيها الماء ثم ... » •

بيمه صح ، اتفق الأصحاب في جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار ،
لما ذكره المصنف رحمه الله .

وقوله : « بما يختلف به الثمن » يحتز به مما لا يختلف به الثمن ،
كالمسألة الثانية إذا سبغه فبان جمدا ، فإن الثمن يزيد به وما أسبغها
مما لا ينقص الثمن به ، ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده ، ولكن
باعها مطلقا فوجدتها المشتري بيضاء الشعر ، فسيأتي حكمه بالرد
بالميب إن شاء الله تعالى . ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقا ، والمشتري
يظنه عقيقا أو فيروزجا . قال القاضي حسين : لا خيار له كما لو
اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشتري حاملا ولم تكن فلا خيار ،
ولك أن تقول : إذا ظن المشتري من غير اعتماد على أمر صحيح
الجزم بعدم الخيار . وأما إذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع ،
وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه
سيأتي إن شاء الله تعالى . فينبغي أن يكون كما إذا تحفلت الشاة بنفسها
فيجري فيها ذلك الخلاف . وكذلك إذا تلون الجوهر من غير فعل
البائع ، ينبغي أن يجرى فيه الخلاف ، ويكون حكمه حكم الشاة إذا
تحفلت بنفسها ، لأن الظن فيه قوى بخلاف انتفاخ البطن .

(المرتبة الثانية) ما في ثبوت الخيار فيها خلاف ، وهو على
قسمين ، منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن ، ومنه ما مثار الخلاف
فيه من خروجه على أكمل مما ظنه ، ولنقدم الكلام في هذا ، فمن
ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله إذا سبغ شعر الجارية ثم بان أنها
جمدة الشعر ، فلا شك أن الجعد أشرف ، وقد يكون السبغ أشبه
إلى بعض الناس ففي المسألة طريقتان (احدهما) ما ذكره المصنف
وارتضاه الامام واقتصر الرافعي عليها ، أن في المسألة وجهين كالوجهين
فيما إذا اشترط أنها سبغة الشعر فبان جمدة ، ففي الخيار بالخلف
في هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرا
(أصحهما) في المسائل الثلاث أنه لا خيار ، والذي حكاه الماوردي
عن ابن سريج في شرط السبوة .

(والطريقة الثانية) أنه لا يثبت الخيار في التذليس بالسبوة
وجها واحدا وإن ثبت في الخلف باشتراطها ، قال الصيدلاني : وجعل

ذلك ضابطا عاما أن كل ما لو كان مشروطا واتصل الخلف به اقتضى خيارا ، وجها واحدا ، فالتدليس المظاهر فيه كالشرط ، فإذا جمد شعر الملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورا وصور المخلف فيه فكان في الخيار وجهان ، فإذا فرض التدليس فيه ثم ترتب عليه خلف الظن ، قال : لا خيار وجها واحدا ، لضعف المظنون أولا وقصور الفعل في الباب عن القول . قال الامام : وهذا تحكم لا يساعد عليه ، والتدليس في ظاهر الفعل كالقول في مجال الوفاق والخلاف على الاطراد والاستواء ، فإذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جمد ففي الخيار الوجهان عندنا .

قال ابن الرفعة : ونك أن تعجب من قول الامام أن ما ذكره الصيدلاني تحكم عجبا ظاهرا من جهة أن مأخذ اثبات الخيار عند التعرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ اثبات الخيار في المصراة عند بعض الأصحاب الحاق ذلك بالعيب ، وإذا كان كذلك لم يحسن اثباته إذا خرج المبيع أجود مما رآه لأنه لا عيب ويكون حينئذ الصيدلاني في قطعه ناظرا للمعنى المذكور ، ولعله هو قائله ، فان لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له .

(قلت :) وهذا ضعيف لأمرين (أحدهما) أن الصيدلاني انما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول . وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعسودة والسبوسة ؛ فان لم يكن الفعل والظن معتبرا في الثاني لم يكن معتبرا في الأول ، فلا يثبت الخيار في واحد منهما ، وان قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما ، وان قيل باعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجري الخلاف ، فيجب أن يكون ذلك في صورتين . أما الحكم بثبوت الخيار في الأولى قطعاً كالقول وعدمه في الثانية قطعاً لا وجه له . ولو كان الصيدلاني سكت عن التعليل لأمكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت في الأولى بالعيب ومنتف في الثانية لعدم العيب ، لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط في الصورة الأولى ، وعلى انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الامام : ان ذلك تحكم .

(الثاني) أن القائلين من الأصحاب بأن اثبات الخيار في التصرية

مأخذه اللاحق بالعيب ، معناه الاكتفاء ، في ثبوته بفوات الذى وطن
 المشتري نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة ، حتى يثبت
 فيما اذا تحفلت الشاة بنفسها ومقابلة القول الذى يلحق ذلك
 بخيار الخلف حتى لا يثبت الخيار ، الا اذا كان حاصله بتدليس من
 البائع كما تقدم ، واذا كان كذلك أمكن أن يقول بثبوت الخيار ههنا
 لأن المشتري وطن نفسه على السبوة لما رآها ، وقد يكون له فيها
 غرض ، فليس معنى الحاق ذلك بالعيب الا جعل دلالة الرؤية على هذا
 الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة ، فخرجها على غير الوصف
 الذى رآه هو العيب ، وليس الوصف الذى رآه من السبوة أو
 كبر الضرع من غير علم بالتصيرية عيبا ، والذى يقول بأن الغرض قد
 يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جمدا بمنزلة العيب ،
 اذا كان الغرض قد تعلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما ،
 ويدلك على هذا أن الصحيح — كما تقدم — أن التصرية ملحقة
 بالعيب ، كما دل عليه كلام الشافعى رضى الله عنه والعراقيين ، ولذلك
 كان الصحيح ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها .

والطريقة الصحيحة ههنا جريان الوجهين ، فلو كان المأخذ في ذلك
 الحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا . وأما كون
 الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار ، فلأن الصحيح من الوجهين
 فيما اذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك ، والله أعلم . وبما ذكرناه يظهر
 لك أن هذا القسم متفق على الحاقه بالتصيرية وانما الخلاف في الرد
 بحكم ذلك ، فعلى وجه يرد كما في التصرية ، وعلى الصحيح لا يرد لخروجه
 أكمل وهو لو شرط وصفا فخرج أكمل لم يرد على الصحيح . وبهذا
 التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الأولى ولا يكون من
 المرتبة المتوسطة التى تقدمت الاشارة اليها في كلام الامام ، وانما
 ذكرته في المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف في الجملة ، نعم كلام
 الصيدلانى وما أشار اليه من ضعف الظن وتصوير الفعل يقتضى
 التردد في الحاقه بالتصيرية ، وقد تقدم ما فيه . ثم ان المصنف رحمه الله
 رد الوجه الثانى بأنه لا اعتبار به أى لا اعتبار بغرض المشتري ،
 وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن ، لأنه المعير لعموم الناس ، وهذا
 سيأتى مثله أيضا في كلام المصنف فيما اذا شرط أنها ثيب فخرجت

يكرأ ، وقد حكى الروياني في اليهر أنه لو صرح بإشتراط السيوطة
فخرجت جمعة ، قال بعض أصحابنا بخراسان : يثبت الخيار وجهها
واحدًا لأجل التصريح ، وقيل : فيه وجهان . فحصل في كل من
المسألتين طريقان (الصحيح فيهما) إجراء الوجهين وقيل في المسألة
الشرط يثبت قطعاً ، وقيل في مسألة التدليس لا يثبت قطعاً .

(القسم الثاني من هذه المرتبة الثانية) التي هي محل الخلاف
ما يضعف الظن فيه . والخلاف في هذا القسم في الحاقه بالتصرية
لأجل التعرير والظن ، أولاً لضعف الظن في هذا القسم وقصوره
على الشرط والظن المسند الى أمر غالب ، فمن ذلك من جهة أن هذا
يقرب استكشافه وجرت العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه ،
وكذلك الخلاف في هذا القسم ، فمن ذلك لو لطح ثوب العبد بالمداد
أو ألجسه ثوب المكتبة والخبازين ، أو سود أنامله وخيل كونه كاتباً أو
خبازاً فبان خلافه فوجهان (أحدهما) يثبت الخيار للتبليس (وأصحهما)
عند الرافعي وغيره لا خيار وبه جزم الجرجاني ، لأن الانسان قد
يلبس ثوب غيره عارية ، فالذهب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه
كثير تعرير ، وعلى هذا لو ألبسه ثوب الأتراك فظن المشتري أن
المملوك تركى وكان رومياً ، فالحكم على ما ذكرنا ، قاله صاحب
النتمة ، وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها ، فتخيل المشتري
كونها حاملاً قتاله الإمام والمتولى قولاً عن الأصحاب والرافعي .

كذلك لو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ ، وظنها المشتري
لبونا قتاله المتولى والرافعي أيضاً ، لأن الحمل لا يكاد يلتبس على
الخبير ، ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي ، بخلاف صورة التصرية ،
وكثرة اللبن ، فانه لا سبيل الى معرفتها ، وقيل اثبات الخيار في
مسألة تحمل الحمل منسوب الى أبي حامد ، وقال ابن الرفعة :
وظاهر كلام الأصحاب في ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل
في الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين في الرافعي في كتاب الصداق
والموجود في أكثر الكتب .

أما إذا قلنا : انه عيب ، وهو ما أورده في التهذيب ، فيظهر أن
يكون الكلام فيه كالقلام فيما اذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جمعة ،

لأن الأغراض تختلف به وان كان يعده وصف كمال ، وقد أسلفت ما فيه .

(قلت :) وكان مراده بذلك أن يأتي فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار . كما قال الصيدلاني هناك ، وانتصر له . وان كنت قد بينت هناك ما يرد من كلام الصيدلاني أما هنا فلا يأتي ما تقدم من الاعتراض بكلام الصيدلاني ، ولكن قد يقال : الحمل وان كان عيبا فقد يقصده بعض العقلاء ، ويتعلق الغرض به ، ولهذا يصح اشتراطه في الجارية على الأصح ، وان كان عيبا فيها ، ويثبت الخيار بمدمه كما قاله ابن يونس .

(والطريقة الصحيحة) اجراء القولين في اشتراط حمل الجارية . والطريقة القاطعة بالصحة فيها لأجل أن الحمل في الآدميات عيب ، وأن شرطه اعلام بالعيب ضعيف . والأصح أن الحمل في الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره في كتاب الصداق ، فليس نقصا من كل وجه ، حتى يكون عدمه كعدم العيب ، بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة . فلذلك يثبت به الخيار .

وقال ابن الرفعة في كتاب البيع : انا اذا قلنا : انه عيب فأخلف فلا خيار له كما اذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق . وفي كلام الرافعي رضى الله عنه ما يقتضى أن هذه طريقة ليست المذهب ، ولكن مع ذلك انما يأتي اذا قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه ، وهو بعيد . فانه قد يكون مقصودا للعقلاء ويرغب فيه في بعض الأوقات لأغراض صحيحة بخلاف العيب المحض .

(المرتبة الثالثة) التي لا يثبت فيها الخيار قطعا ، وهو اذا جرى الخلف بشيء لا ظهور له ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ، هكذا ذكره الامام ، ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرتهما في المرتبة الثانية ، وأما اذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، وذكر الروياني فيما اذا كان على الثوب أثر مداد فظنه كاتباً طريقتين :

(أحدهما) أن فيه وجها واحدا ، لأنه يحتمل أن يكون استعار ثوبا ، فقد ظن في غير موضعه ، فهذا الذى قاله الروياني يحتمل أن يكون في المسألة من حيث الجملة ، ويحتمل أن يكون القطع في محل ، والخلاف في محل آخر على ما تقدم ، ويحتمل أن يكون الطريقتان في هذه المرتبة الأخيرة (والأفقه) التفصيل المتقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الأخيرة ولا شيئا من أمثلة القسم الثانى من المرتبة الثانية ، وإنما ذكر مسألة سبوطه الشعر وقد نبهت على أنها - وان كان فيها خلاف في الرد - فليس ذلك اختلاف في الحاقه بالمصراة ، بل لأجل خروجها على الوصف الأكمل .

فينبغي أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد الا ذكر المصراة وما يلحق بها ، ولذلك ذكر بعده مسألة هي من المرتبة الأولى التى لا خلاف في ثبوت الخيار فيها ، وهى اذا اشترى صبرة ثم بان أنها على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، أى وان كان الكل جيدا لا عيب فيه ، فأما مسألة الصبرة اذا بان أنها على صخرة وكان المشتري عند العقد يظن أنها على استواء الأرض ، فهل يتبين بطلان العقد ؟ وفيه وجهان (أحدهما) لا ، ولكن للمشتري الخيار كما ذكره المصنف رحمه الله تنزيلا لما ظهر في منزلة العيب والتدليس ، وهو الذى نص عليه الشافعى في باب السنة في الخيار في الجزء السابع من الأم .

قال الرافعى رضى الله عنه : وهذا ما أورده صاحب الشامل وغيره (قلت) ومن جزم به المساوردى في باب الشرط الذى يفسد البيع ، والقاضى أبو الطيب قبل باب بيع المصراة .

(والثانى) وبه قال الشيخ أبو محمد يتبين بطلان العقد ، لأننا بنينا بالآخرة أن العيان لم يفسد علما ، هذا اذا ظنها مستوية الأرض ، أما لو علم بالحال فثلاثة طرق (أحصها) أن في صحة البيع قولى بيع الغائب (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان ، وهو ضعيف ، وأن كان منسوبا الى بعض المحققين .

(فإن قلنا :) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها ، والوجهان في حيلة الظن

الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا ، وأما إذا بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، فالتبليس حاصل كمسألة المصراة ، وتجميد الشعر ، وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها في غير كلام المصنف رحمه الله ، أتبعه ابن أبي عسرون في الانتصار والمرشد ، وإنما المشهور في كلام الأصحاب إذا وجد باطنها عفنا أو نديا أو معيبا ، أما إذا وجد دون ظاهرها في الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له ، لكن في كلام الشيخ ما يحتمله ، فإنه قال في باب الشرط الذي يفسد البيع : ان نقلها فوجد أرضها مستوية وباطن الطعام كظاهرة فالبيع لازم ، وان كانت على دكة أو خرج الطعام متغيرا كان له الخيار ، لأنه تدليس ، فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف ، وبالجملة فالحكم فيه واضح للتدليس ، وهذا فرع عن القول بصحة البيع .

وقد قال الامام عند الكلام في بيع الغائب : ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظي عن الامام أن ذلك بيع غائب ، وفيه احتمال ظاهر عندي ، وإنما أخر المصنف هذه المسألة بعد مسألة تسيبب الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسيبب الشعر بعد تجميده ، والخلاف فيها لغير الحاقها بالمصراة كما تقدم التنبيه عليه ، والله تعالى أعلم .

وقد يقال : ان العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه باذخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمة وارسال الزنبور وأخواتها ؟ وقد تقدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف .

(والجواب) أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد ، لا ينسب صاحبه الى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها ، وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن ، والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن ، ودلالة تلتخ الثوب بالمداد على الكتابة منسوب الى تفريط ، وقد نص الشافعي رحمه الله فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه ان خلط حنطة بشعير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجز ، وان خلطهما أو حنطتين احدهما أرفع فلا بأس ببيعها إذا كان ظاهره وباطنه واحدا فالتقيد بذلك دليل

على أنه إذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار ، لأنه جعله من الغش المحرم ، والغش المحرم يثبت الخيار .

(فروع) إذا أسلم اليه في جارية جعدة فسلم اليه جعدة فلا خيار له على أصح الوجهين ، قاله القاضي أبو الطيب .

اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ، ففى الرد وجهان في الحاوى وغيره . قال في المجرى من تعليق أبى حامد وغيره : الصحيح أنه لا يرد ، وقياسه أن يأتي الوجهان فيما إذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما في السبوبة ، وكذلك في البحر . لكنه في نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار في تلقى الركبان مستنده التعرير كالتصرية ، وكذا خيار النجش ان أثبتناه . ومن التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هذا الشيء منى بكذا ، أو اشتريته بكذا ، فان المشتري يغتر بما يقوله ويزيد في الثمن بسببه ، قاله القاضي حسين وغيره ، والله تعالى أعلم .

(فرع) غير المصراة اذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ، ذكر العراقيون هذا الفرع في مناظرة جرت بين الشافعى ومحمد ابن الحسن بعضهم عن الأملاء وبعضهم عن القديم قال الشافعى : قال لى محمد بن الحسن : فما تقولون فيما اذا اشترى ثاة ليست بمصراة ولكن فيها لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد ؟ .

(قلت :) نعم فقال : اذا رد أيرد شيئا لأجل اللبن ؟ .

(قلت :) لا ، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال : والفصل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد ، فلم يتقسط عليه شيء من الثمن فلم يجب رد قيمته .

واعترض الامام على ذلك بأننا اذا كنا نردد القول في أن الحمل هل يعلم ؟ فاللبن معلوم في الضرع ، قال : وكيف لا ؟ وقد تتكامل الدرة ، ويأخذ الضرع في التقطير ، ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في مقابلته بقسط من الثمن (فان قلنا) لا يقابل بقسط ، فالجواب

ما يحكوه (وان قلنا) يقابل ، فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا ،
 وجزم صاحب التهذيب بأنه يرد معها ضاعا من تمر • وحكى
 الرافعي ما قاله صاحب التهذيب ، وما حكاه أبو حامد عن النص ، وما
 زواه الامام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطا من الثمن ؟
 قال : والصحيح الأخذ ، وذلك اشارة الى ترجيح طريقة الامام أو
 طريقة صاحب التهذيب على الطريقة المحكية عن النص ، وأن الأصح
 أنه يرد بدل اللبن •

وقال الماوردي : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن ، ولكن لا يلزمه
 رد صاع لأن الصاع عوض لبن التصرية ، فان اتفقا على قدره
 فذاك ، والا فالقول قول المشتري ، فهذه أربع طرق ، وفي تعليق أبي على
 الطبري عن ابن أبي هريرة أنه يردها قولا واحدا ، ويرد معها صاعا
 من تمر على أصح الوجهين ، وفي هذا موافقة لصاحب التهذيب ،
 وفي تعليق الشيخ أبي حامد التي بخط سليم ، وتعليق القاضي أبي الطيب
 وغيرهما تفصيل لأبد منه ، وهو أنه إذا لم يمكن هناك رد اللبن المطلوب
 ولا رد شيء لأجله ، لأن اللبن لم يكن موجودا في حالة العقد وانما
 حدث في ملكه وان كان ينتج في تلك الحالة شيء فذلك يسير لا حكم
 له ، وما حدث في ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلا كغلة
 العبد ، فهذا القسمة لا يمكن الخلاف فيه ، لأنه ليس عند العقد لبن
 يقابل بقسط من الثمن ، فايجاب البديل لا يدل عليه معنى ولا يفيد أن
 في ضرعها لبن^(١) مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية ، فحلبها ثم علم
 بها عيبا ، فان كان اللبن تالفا فلا رد ، لأنه تناول له لاستعلام العيب ،
 فلا يمكن له رد بعض المبيع •

ونقل القاضي أبو الطيب أن من أصحابنا من قال : له رد الثمارة
 ولا يرد بدل اللبن ، وأنه نص عليه في القديم ، لأن لبن غير التصرية
 يسير ، قال أبو الطيب والثمارة : والأول أقيس ، واذا ضمنت

(١) لبن هنا اسم ل (أن) بخون تنوين لأنه مضاف والمضاف اليه مجتمع
 الذي أضيف اليه لبن العادة فهنا تتالي اضافات فانتبه •

ما ذكره الرافعي والماوردي الى ما اختاره هو لاجتماع في المسألة في هذا القسم خمس طرق :

(أحدها) امتناع الرد . وهو اختيار الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ومن وافقهما .

(والثاني) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئا ، وهو المحكى عن نصح في القديم . والرافعي نقله عن حكاية أبي حامد ، ولم أره في تعليقه في هذا القسم صريحا ، وانما ذكره مطلقا . وأما أبو الطيب فانه صرح به في هذا القسم كما ذكرت .

(الطريق الثالث) قول صاحب التهذيب : انه يردها ويرد صاعا من تمر .

(الرابع) قول الماوردي : انه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع .

(الخامس) قول الامام التخريج على مقابله بالقسط والأصح المقابلة ، فيلزم رد بدله ، لكن ماذا يرد هل هو التمر ؟ كما قال صاحب التهذيب أو غيره ؟ كما قال الماوردي ، لم يصرح الامام في ذلك بشيء .

وان كان اللبن باقيا فعند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ومن وافقهما ينبنى على الوجهين المتقدمين ، فيما لو كان اللبن باقيا وطلب المشتري رده مع المصراة (ان قلنا) يرد رده وردها بالعب (وان قلنا) لا يرد يرجع بالأرش ونم يتعرض الرافعي رحمه الله وصاحب التهذيب والامام والماوردي لحالة بقاء اللبن بخصوصها ، والظاهر أن صاحب التهذيب القائل : يرد به الصاع التمر . لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصراة على المذهب ، والماوردي يحتمل أن يكون كذلك ، وهو الظاهر لتعذر العلم بمقدار اللبن ، إلا أن يتفقا على رده ، وقول الامام محتمل لكلام صاحب التهذيب وكلام الماوردي كما تقدم ، فعلى هذا يأتي في حالة بقاء اللبن أيضا ست طرق : امتناع الرد أو الرد ، ولا يرد معها شيئا ، والرد مع رد اللبن ، أو الرد مع رد التمر ، أو الرد مع رد البديل غير التمر ، أو التخريج على المقابلة بالقسط .

وفي هذه المسألة إذا قلنا برد الشاة مع اللبن عند مقابلة شيء ليس في مسألة المصراة على ذلك القول ، وهو أنا هناك نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشتري مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر . وأما هنا على هذا القول فإنا نقول : أما أن يرد اللبن والشاة ، وأما أن لا يرد شيئا ، ولا نقول ان له رد التمر ، لأنه لو كان تالفا لم يرد التمر ، وإنما يمتنع ، فكذلك إذا كان باقيا ، واللبن عند هؤلاء لعين أخرى ورد عليها العقد في غير التصرية ، والله أعلم .

(تنبيه) أعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن ، ومن يقول بأنه لا يرد أصلا يقول بأنه مقابل بالقسط ، فيسبه أن تكون اطلاقاتهم مخرجة على ذلك ، لا أن تكون طريقة مخالفة ، وحينئذ تعود الطريق الى القسم الأول الى أربعة في الثاني الى خمسة ، وإنما ذكرت طريقة الامام معهم لمغايرتها في ظاهر العبارة ، والله أعلم .

وإذا وقفت على ما تقدم علمت أن الذي ينبغي أن يكون هو الصحيح أحد قولين ، أما امتناع الرد في القسم الأول كما اختاره الشيخ أبو حامد ، وقال القاضي أبو الطيب : انه الأقيس ، وذلك لأن الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن ، فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله ، لما فيه من تفريق الصفقة ، ورد الشاة بعد تعيينها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب ، ولأن الصاع الذي جعل بدلا عن اللبن ورد في المصراة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه ، وكذلك في القسم الثاني ، لأنهم بنوه على الوجهين السابقين في رد لبن المصراة عند بقاءه ، والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله ، ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الأرش ، وأخذ الأرش في القسمين إذا قلنا بامتناع الرد ، سواء كان اللبن باقيا أو تالفا ، وان سكتوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقا في القسمين .

وأما قول صاحب التهذيب انه يردها وصاعا من تمر مطلقا في القسمين ففيه بعد . فان في الحديث الوارد في المصراة ان صح قياس

هذه عليه وجب أن يرد التمر كما قال صاحب التهذيب ، وان لم يصح قياسها على المصراة وجب أن يجرى فيها على حكم القياس . فبمتمتع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فيقول : الماوردي مخالف للأمرين جميعا . فأصح الأقوال وأحسنها أحد القولين ، أما قول أبي الطيب ومن وافقه ، وأما قول صاحب التهذيب . وفي كل منهما مرجح .

أما قول صاحب التهذيب فلأنه لما علم من الشارع في المصراة أن بدل اللبن صاع من تمر وجب أن يكون ذلك بدلا له في المصراة في غيرها ، لاسيما والمعنى الذي ثبت لأجله من قطع التنازع موجود هنا . فثبتت بالقياس على المصراة ، وأما قول الشيخ أبي حامد وأبي الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلى في غير المصراة ، وقصر الحكم الوارد في الحديث على محل النص . لكونه مخالفا للقياس فلا يتعدى به محله ، والمختارون لهذا القول من العراقيين أكثر . وقال صاحب العدة : انه ظاهر المذهب ، وعندى في الترجيح بين القولين نظر ، ان قوى القياس على المصراة يترجح قول صاحب التهذيب ، والا يرجح قول أبي الطيب ، وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصراة بأن المصراة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه . والقلب الى ما قاله هؤلاء أميل منه الى ما قاله صاحب التهذيب . والعجب أن الرافعي لم يتعرض لهذا ولا حكاه . هذا اذا كان عند العقيد لبن موجود له قيمة . فان لم يكن كذلك جاز رد الشاة وحدها كما تقدم ذلك مما لا نزاع فيه .

واعلم أن اطلاق النص يقتضى أيضا مخالفة قول الأكثرين . وقول صاحب التهذيب وقول الماوردي وأنه يردها ولا يرد معها شيئا ، فاما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضاه نقلهم له عن القديم ، واما أن يكون محمولا على ما اذا كان لبن يسير . أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمن على ما صرح به الشافعي رضى الله عنه في الأم وحكيناه في غير موضع ، فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله ، والله أعلم . الا اذا قلنا بأنه لا يقابل بقسط من الثمن .

ويحتمل أن يحمل قول الشافعي رضى الله عنه : لا يرد شيئا لأجل

اللبن ، أى اللبن الحادث ، فان فى نصه الذى حكاه ابن بشرى قال : « واذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرا أو أكثر ثم ظهر على عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيئا » وقوة هذا الكلام تشير الى أنه لا يرد معها شيئا عن ذلك الذى احتلبه طول الشهر ، وصاحب التهذيب فيما قتله فى هذه المسألة تابع للقاضى حسين فانه سئل عنها فقال : ينبغى أن يرد معها صاعا من تمر ، والله أعلم .

(فرع) اذا كانت الشاة غير مصراة وشككنا هل كان فى ضرعها حين البيع لبن له قيمة أو لا ؟ لم يرد معها شيئا . وعليه يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته . والله أعلم .

(فرع) الكلام الى هنا فى بيع المصراة ، ومن الفصل الذى بعده فى الرد بالعيب والزنى فى المختصر ، وأكثر الأصحاب جملوا ذلك بابين ، فترجموا الأول بباب بيع المصراة ، وترجموا الثانى بباب الخراج بالضمان والرد بالعيوب . والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابا واحدا لاشتراكهما فيما نهت عليه أول الباب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها . لما روى عقبه بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له » فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال : « اشتريت ناقة من دار وائلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبه بن عامر فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟ انها لسمنية ظاهرة الصحة . فقال : أردت بها سفرا أم أردت بها لحما ؟ قلت : أردت عليها الحج قال : ان بخفتها نقبا . قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا تفسد على ؟ !! قال : انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لأحد يبيع

شيئا الا بين ما فيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك الا بينه » فان باع
ولم يبين العيب صح البيع . لان النبي صلى الله عليه وسلم صحح
البيع في المرأة مع التدليس بالتصرية) .

(الشرح) حديث عقبة بن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه
الحاكم في المستدرک وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين
ولم يخرجاه . فأما حكمه بصحته فصحيح ، لأن رواته كلهم ثقات
من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة ، وأما قوله انه على
شرط الشيخين ففيه نظر ، لأن في رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقي ،
وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسه وكلاهما لم يرو عنه البخاري ،
وانما هما من أفراد مسلم .

وللحاكم شيء كثير مثل هذا ، وذلك محمول منه - والله
أعلم - على أن الرجال المذكورين في اسناد هذا الحديث لا تقصر رتبتهم
عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم واثبات ذلك صعب ، فانه يتوقف
على سير جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء ، والموازنة بينهما ، وان تأتى ذلك
في النادر فانه يصعب في الأكثر ، ولعل عند البخاري شيئا من حال
الشخص الذى لم يخرج له لا نطلع نحن عليه ، فدعوى انه على شرطه
فيها ما علمت . نعم هذا الحديث على شرط مسلم لأن الرجلين
المذكورين أخرج لهما مسلم والباقيين متفق عليهم .

وقد ذكر البخاري في جامعه الصحيح هذا الحديث من كلام
عقبة بن عامر فقال في (باب اذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا .
وقال عقبة بن عامر : « لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم بها داء الا
أخبره ») أورده هكذا معلقا ، وذلك لا يقدر في رواية من رواه
مرفوعا ، وعقبة أفنى بذلك بمقتضى الحديث الذى سمعه من النبي
صلى الله عليه وسلم .

(وأعلم) أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم
مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره المصنف رحمه الله في الكتاب ، فان
لفظ ابن ماجه « المسلم أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم باع لأخيه يباع
فيه عيب الا بينه له » ولفظ الحاكم كذلك ، وكذلك البيهقي عنه « المسلم

أخو المسلم ، ولا يحصل لمسلم ان باع من أخيه بيعا فيه عيب أن لا يبيعه له « وليس في شيء من الروايتين التقييد بالمعلم كما في كلام المصنف رحمه الله ، وان كان العلم لا بد منه في التكليف ، ولكن ترك ذكره كما في الرواية أبلغ من الزجر عن ذلك ، وأدعى الى الاحتياط والاحتراز ، فإنه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ، ولكنه متمكن من الاطلاع عليه ، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه ، فاهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه للإثم بسببه ، نعم التقييد بالمعلم مذكور في الأثر الذي ذكره البخاري من كلام عقبة ، وبقية المخالفة في اللفظ بسيرة لا يتعلق بها معنى ، وكل الألفاظ المذكورة تدل على أن الذي لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة في صحة البيع كما سبأتى ان شاء الله تعالى في آخر الفصل .

وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عيس - بياء موحدة من تحت ساكنة - الجهني ، وفي نسبه وكنيته اختلاف كثير ، والأصح في كنيته أبو حماد سكن مصر وكان واليا عليها ، وتوفي بها في آخر خلافة معاوية ، وروى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين ، وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب بن أيوب اليه ، وهم أربعة كلهم مصريون ، وقبر عقبة معروف مشهور بالقرافة .

وحديث واثلة بن الأسقع الذي ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم في المستدرک من طريق أبي سباع المذكور ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وفي حكمه بصحته نظر فاته من رواية أبي جعفر الرازي عن يزيد بن أبي مالك عن أبي السباع ، وأبو جعفر الرازي وهو عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمي ، وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازي وتكلم فيه جماعة ، قال الفلاس : سئء الحفظ ، وقال أبو زرعة الرازي : بهم كثيرا وقال أحمد : ليس بقوي وقال مرة : مضطرب الحديث وقال مرة : صالح الحديث وعن الساجي أنه قال : صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان : كان ممن يتفرد بالناكير عن المشاهير ، لا يعجبني الاحتجاج بخبره الا فيما يوافق الثقات ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما يخالف الأثبات .

وأما يزيد بن أبي مالك فقال يعقوب الفسوي : في حديثه لين
وابنه خالد ، هذا ما قاله الفسوي ، وقال أبو حامد : من فقهاء
الشمام وهو ثقة ، وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرا ، وهو يزيد
ابن عبد الرحمن بن أبي مالك ، وقد روى عنه واثلة نغسه ، وما قاله
أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله الفسوي .

وأما أبو سباع فشامي تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك ، وواثلة
ابن الأسقع الراوي لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من
بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة ، واختلف في نسبه الى ليث ،
ولا خلاف أنه من بنى ليث ، أسلم والنبي صلى الله عليه وسلم يتجهز الى
تبوك ويقال انه يخدم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ، وعلى
هذا يكون اسلامه قبل تبوك ان كان المراد ثلاث سنين كوامل ، وكان
من أهل الصفة سكن الشام بقرية يقال لها البلاط على ثلاثة فراسخ
من دمشق ، وشهد المغازي بدمشق وحمص ، ثم تحول الى بيت المقدس
ومات بها ، وهو ابن مائة سنة .

وقال ابن معين : توفي سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس
سنين ، كذا قال البخاري في التاريخ الكبير ، ورواه في الصغير عن
ابن عياش ، وهو اسماعيل عن سعيد بن خالد ، وقيل : بل توفي
بدمشق في آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين .

قال أبو مسهر : ويحيى بن بكير : مات سنة خمس وثمانين وهو
ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع ، وقيل : أبو محمد ،
وقيل : أبو قرصافة ، وهذا القول الثالث في كنيته قال البخاري :
انه وهم وقيل : أبو الخطاب نقله البغوي في معجمه والصحيح
في نسبه واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب
ابن غيرة بن سعد بن ليث بن بكر والأسقع بقاف وغيره — بغين
معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة — ومن فضائله ما ذكره
البخاري في تاريخه عنه قال : لما نزلت « **انما يريد الله ليذهب عنكم
الرجس أهل البيت** » (١) فقال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلي ،

قال : فهذا أرجا ما أرتجى ، وأكثر الناس يقولون فيه : وائلة
ابن الأسقع ، وروى عن مكحول قال هو وائلة بن عبد الله بن الأسقع .

وأبو السباع شامي تابعي ذكره الحاكم أبو أحمد وابن عساكر
من طريقه ولم يزد على ذلك ، وروى البيهقي هذا الحديث في السنن
الكبير عن الحاكم وأبي بكر الخزومي معا بذلك الاسناد ، ولفظ
الحديث في المستدرک وسنن البيهقي كما ذكره المصنف رحمه الله
الا شيئا يسيرا فيه « فلما خرجت بها أدركني وائلة ، وهو يجبر
رداءه فقال : يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟ »
والباقى سواء في المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه
الله عن عقبه وائلة متفقان على تحريم كتمان البائع العيب . ويزيد
حديث وائلة بتحريم ذلك على غير البائع أيضا إذا علمه ، وقد
وردت أحاديث في المعنى غير ما ذكره المصنف منها عن أبي هريرة أن
النبي صلى الله عليه وسلم « مر على صيرة طعام فأدخل يده فيها
فناالت أصابعه بلا فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته
السماء يا رسول الله . قال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه
الناس ؟ من غش فليس مني » رواه مسلم في أول كتابه الصحيح
وأصحاب السنن .

وعن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم « مر
برجل يبيع طعاما فقال : كيف تبيع ؟ فأخبره فأوحى الله اليه أن أدخل
يدك فيه فأدخل يده فاذا هو مبلول ، فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم : ليس منا من غش » رواه البيهقي . وعن العداء : - بفتح
العين وتشديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة - ابن خالد قال :
كتب الى النبي صلى الله عليه وسلم « هذا ما اشتري محمد رسول
الله من العداء بن خالد يبيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا
غائلة » رواه البخارى تعليقا ، فقال : ويذكر عن العداء بن خالد .

وقال قتادة : الغائلة الزنا والسرقه والاباق - وهكذا هو في
البخارى : « اشتري محمد رسول الله من العداء بن خالد » والخبثة
ما كان غير طيب الكسب ، وسأل الأصمعي سعيد بن أبي عروبة عنها فقال :
يبيع أهل عهد المسلمين ، والأول أصح ، وهى - بكسر الخاء

وسكون الباء الموحدة وبالطاء المثلثة - فكانه يقول : لا مرض ولا حرام
ولا شيء يفعله أى بملكه من اباق وغيره .

ورواه الترمذى وابن ماجه متصلًا كلاهما عن محمد بن بشار
عن عباد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال : قال لى العداء
ابن خالد بن هوذة : « ألا أقرؤك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله
عليه وسلم ؟ قلت : بلى فأخرج لى كتابا : هذا ما اشترى العداء
ابن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى
منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم » قال
الترمذى : هذا حديث حسن غريب ، وعن مكحول وسليمان بن موسى
كليهما عن وائلة بن الأسقع قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول : « من باع عبيا ولم يبينه لم يزل فى مقت الله ولم تزل
الملائكة تلعنه » رواه ابن ماجه .

وعن عمير بن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعى
قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى البقيع فرأى
طعاما يباع فى غرائر فأدخل يده فأخرج شيئا كرهه فقال : من غشنا
فليس منا » قال الحاكم فى المستدرک : هذا حديث صحيح .

وعن أبى الحمراء قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
أمر بجنبات رجل عنده طعام فى وعاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك
غششت : من غشنا فليس منا » رواه ابن ماجه ، والأحاديث فى تحريم
الغش ووجوب النصيحة كثيرة جدا ، وحكمها معلوم من الشريعة ،
وكتمان العيب غش ، وفى حديث حكيم بن حزام الثابت فى الصحيحين
عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان
صدقا وبيننا بورك لهما فى بيعهما ، وان كذبا وكتما محقت بركة
بيعهما » .

وعن تميم الدارى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم
قال : « الدين النصحية » وعن جرير رضى الله عنه قال : « بايعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم على اقامة الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح
لكل مسلم » رواهما مسلم .

(أما اللفظة) فالعيب ، قال الجوهري : العيب والعيبة والمعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع اذا صار ذا عيب ، وعيبته انا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل فيقول : ما فيه معابة ومعاب أى عيب ، والمعاب العيوب ، وعيبه نسبة الى العيب ، [وعيبه] (١) جعله ذا عيب وتعيبه مثله .

وقال ابن فارس : العيب فى الشئ معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانا شافيا ، وسأذكر ذلك ان شاء الله تعالى عند قول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا .

والنقب - بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة ، وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها - يقال : نقب خف البعير اذا رقى وحفى ونقب الخف اذا تخرق ، ويقال نقب البيطار - بفتح القاف - سرة الدابة ليخرج منها ماء ، وتلك الحديدة منقب ، وذلك المكان منقب ، وقوله بخفها قال أهل اللغة : الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحصار ، وما ليس بمنشق القائم من الدواب ، والظف للبقر والغنم والظباء ، وكل حافر منشق منقسم .

والتدليس المراد به اخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهى الظلمة ، وقال الأزهرى : التدليس أن يكون بالسلمة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري بذلك العيب الباطن ويكتمه اياه ، فاذا كنم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس ، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أى لا يخادع ، وما فى فلان دلس ولا وكس ، أى ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة . هذا من كلام الأزهرى رحمه الله .

(أما الأحكام) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل : الأولى أن من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء ، قال الشافعى رحمه الله فى آخر باب الخراج بالضمان من المختصر : « وحرام التدليس . وكذلك جميع الأصحاب » .

(١) بفتح العين وتشديد الياء المثناة مع الفتح .

وأما ما قاله الجرجاني في الشافعي والمحاملي في المقنع أنه إذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها ، استحب له اظهاره ، فعبرة رديئة موهمة ، وأن ذلك غير واجب ، وذلك لا يقوله أحد له علم ، وتقييد المصنف رحمه الله بالعلم قد تقدم شيء من الكلام فيه . وإن نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف رضى الله عنه في التنبية . ومن علم بالسلعة عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وذلك يشمل المالك والوكيل والولى . وعبارته هنا مختصة بالمالك ، لكن الوكيل والولى يندرج في قوله هنا : وإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ، وقول المصنف رحمه الله في الكتابين جميعا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم . وعبرة الشافعي في قوله : وحرام التدليس . وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ، ولم يتعرض للبيع ، وكذلك ألفاظ الأحاديث في ذلك .

وقد أشرت الى هذا المعنى فيما تقدم ، ولكن لا منافاة بين الكلامين ، وكلا الأمرين حرام وحرمتها مختلفة ، فالتدليس حرام بالقصد في نفسه ، والبيع ليس حراما لذاته ، ولكن حرام لغيره ، وضبط هذا نافع فيما سيأتى في صحة البيع .

وفي عبارة المصنف والأصحاب وألفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفي البائع العالم بالعيب أن يقول : هو معيب ، أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب ، أو يقول : إن به جميع العيوب أو أنه لا يضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك ، بل لابد من بيان العيب المعلوم بعينه ، والعبارات الأولى كلها فيها أجمال لا بيان ، وقد يظن المشتري سلامته عن ذلك ، فإن البائع انما قال ذلك حذرا من العهدة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه ، فإنه يدخل فيه على بصيرة . وإطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعي حرمة التدليس ووجوب البيان يتناول ما إذا كان المشتري مسلما أو كافرا ، ولفظ الأحاديث التي ذكرت واستدل بها المصنف رحمه الله ، انما تدل على المسلم للمسلم ، وهذا كما تقدم ورد في الخطبة على خطبة أخيه ، والسوم على سومه ، وجمهور العلماء رحمهم الله على أنه لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر .

وحكى الراعى فى كتاب الفكاح عن أبى عبيد بن حربويه من أصحابنا فى الخطبة أن المنع مخصوص بما إذا كان مسلما ، أما الذمى فتجوز الخطبة على خطبته قال : ويمثله أجاب فى السوم على السوم .

(قلت) فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضا ، ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما إذا كان المشتري مسلما ، ويوافق ما تقدم فى الحديث ببيع المسلم المسلم ، لا داء ولا خيبة ، وفسر سعيد بن أبى عروبة الخيبة ببيع أهل العهد ، ويحتمل أن لا يطرد ابن حربويه مذهبه هنا ، وهو الأقرب ، ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه الا ايعار الصدور ، وذلك حاصل فى حق الكافر .

وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشتري ثمنا على ظن السلامة ، وله استرجاعه عند الاطلاع ، فكيف يحكم باباحة ذلك على ما لا يظن بأحد من العلماء القول به ؟ على أن قول ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء ، قالوا : تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضا ، ومن وافق ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة الأوزاعي ، والظاهر أنه لا يطرد ذلك فى مسألتنا هنا للمفرق المتقدم . ومن الحجة على تعميم الحكم فى مسألتنا وفى مسألة الخطبة والسوم على البيع قوله صلى الله عليه وسلم : « لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » .

وأما التقييد فى هذه الأحاديث فإنه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم ، أو أن المقصود التهييج والتنفير عن فعل هذه الأمور مع من يشاركه فى الإسلام والآخرة ، ويثبت عمومه بدليل آخر . والله أعلم .

(المسألة الثانية) أنه ان علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثانى الذى ذكره المصنف ، ولقوله صلى الله عليه

وسلم : « الدين النصيحة » والأجاديث في ذلك كثيرة صحيحة صريحة .
وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبي عصرون
والنووي في الروضة من زياداته ، وذلك مما لا أظن فيه خلافا لموجب
النصيحة . وقد دخل في قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية
الذي دل كلامه في التنبية عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما ،
الا أنه اطلع على العيب وان كان أجنبيا ، كما في قصة وائلة
ابن الأسقع وله ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك ، فلا يجب
عليه الاعلام في هذه الحالة لحصول المقصود باعلام البائع .

(الحالة الثانية) أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه
فيجب عليه لاطلاق الحديث ، ولقصة وائلة ، فانه استفسر من المشتري
هل أعلمه البائع ، فدل على أنه لم يكن جازما بعدم اعلامه ، وذلك
لأنه من جملة النصح . لكن هذا انما يكون اذا كان التوهم بمحتمله ،
فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشتري به ، وهي
الحالة الثالثة ، فيحتمل أن يقال : لا يجب عليه الاعلام في هذه
الحالة لظاهر حال البائع . وخشية من التعرض لايفار صدره ،
والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ، ويحتمل أن يقال انه يجب
الاستفسار كما فعل وائلة بن الأسقع لأن الأصل عدم الاعلام ولا
يجدون في الاستفسار مع عموم الحديث ، في وجوب التبيين . هذا
كله اذا كان البائع عالما بالعيب ، فان كان الأجنبي عالما به وحده
وجب عليه البيان بكل حال . وأما وقت الاعلام ففي حق البائع
قبل البيع ، فلو باع من غير اعلام عصى كما تقدم ، وفي حق الأجنبي قبل
البيع أيضا عند الحاجة ، فان لم يكن حاضرا عند البيع أو لم
يتيسر له وجب عليه الاعلام بعده ، ليرد بالعيب كما فعل وائلة ،
ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشتري اليه ، والله أعلم .

(فرع) قال الامام : الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم
شيئا يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح ما ينبغي في تدليس فيه فقد

فعل محرما ، فان لم يكن السبب مسببا للخيار فترك التعرض له
لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فان الغبن لا يثبت
بمجردة خيار ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) ان باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية .
قال الشافعي رحمه الله في المختصر : « وحرام التدليس ولا ينقض
به البيع » وجملة القول في ذلك أن البائع اذا باع سلعة يعلم أن فيها
عيبا ، فلما أن يشترط فيها السلامة مطلقا أو عن ذلك العيب ،
وأما أن يطلق ، فان أطلق واقتصر على كتمان العيب ، وهي مسألة
الكتاب ، فمذهبا وجمهور العلماء أن البيع صحيح ، ونقل المحاملي
والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح . ونقله ابن المغلس عن
بعض من تقدم من العلماء أيضا .

واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رضى الله عنه ،
فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل مشتري المصراة بالخيار ان
شاء أمسك وان شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهي
عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث ، فدل على أن التدليس بالعيب
وكتمانه لا يبطل البيع . وبأن النهي لمسنى في العقد والنهي اذا كان
لمعنى في العقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه ، وانما
يبطل النهي اذا توجه الى العقود عليه كالنهي عن الملامسة والمناودة ،
ألا ترى أن النهي عن بيع وقت النداء لما لم يرجع الى ذات العقد
لهم يقتض الفساد ، بل ما نحن فيه أولى بالصحة ، لأن البيوع
وقت النداء متوجه اليه ، وان كان معللا بأمر خارج . وأما هنا في
المصراة فلم يرد النهي على البيع ، وانما ورد هنا على كتمان العيب
كما أشرت اليه فيما تقدم وفي المصراة على التصرية ، فليس البيع
منهيا عنه أصلا ، بل هو من حيث هو مباح ، والحرام هو الكتمان ،
والبيع وقت الجمعة منهي عنه لاشتماله على التفويت ، فلتفهم الفرق
بين الموضعين . وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله صلى الله
عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » فنقول : التدليس
هو المنهي عنه . وهو مردود .

(فان قلت :) قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام ،

وإن المصنف رحمه الله صرح به في التنبيه ، وإذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء ، فلم يكن أولى منه بالصحة (قلت) لا شك أن المراتب ثلاث •

(المرتبة الأولى) وهي أعلاها ما كان منهيًا عنه لمعنى فيه ،
كبيع الملامسة •

(المرتبة الثانية) ما كان منهيًا عنه لا معنى فيه من حيث هو ، بل لاستلزامه أمرا ممنوعا كالبيع وقت النداء ، فهو مستلزم للتفويت الممنوع ، أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت ، والمتضمن أو المستلزم للممنوع ممنوع •

(المرتبة الثالثة) وهي أدناها ما لم ينع عنه أصلا ، ولكن به يتحقق ما هو منهي عنه ، فهذا لم يخرج الشرع عن قسم الإباحة فهو كسائر المباحات إذا استلزم شيء منها محرما في بعض الأوقات ، لا نقول : إنه ينقلب من الإباحة إلى التحريم ، ويوضح لك هذا أنه في المرتبة الثانية إذا اشتغل بالبيع وفوت السعي للجمعة يأثم اثنين : اثم للبيع المنهي عنه ، واثم لتفويت الواجب ، وفي هذه المرتبة لا يأثم الا اثما واحدا على الغش وكتمان العيب على البيع ، ولا يأثم على البيع اثما آخر • وإذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم ، وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم ، أي ليس البيع أصلا في حالة من الأحوال مستلزما للكتمان ، لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب ، ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم الا على الوجه الذي بينته ، إذ يراد تحريم المجموع أعنى البيع مع الغش فليس البيع وحده منهيًا عنه بطريق القصد ، ولا بطريق الاستلزام ، وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا : لأن البيع غير النجش ، وذلك يوافق ما قلناه هنا ، ووافقوا على تصحيح البيع مع تلقى الركبان ، ونص الحديث على ذلك ، فهو حجة لنا هنا أيضا •

والظاهرية في المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه ، وقد تبين الجواب عنه بحول الله

وقوته وذكر البيهقي في باب صحة البيع الذي وقع فيه التدليس حديثا رواه البخاري « أن ابن عمر اشترى ابلا هيماء (١) من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة ، فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا . فقال : ويلك ، فجاء نواس الى ابن عمر فقال : ان شريكي باعك ابلا هيماء ولم يعرفك ، قال : فاستقتها اذن ، فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر : دعها .. رضيينا بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوى » ، والله أعلم .

(فرع) نقل الماوردي قبل باب : لا يبيع حاضر لباد ، عن أبي علي ابن أبي هريرة أنه كان يقول : في ثمن التدليس حرام ، لا ثمن المبيع ، ألا ترى أن المبيع اذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس ، فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق ، وهذا شيء عجيب ، كيف يكون الثمن حراما والبيع صحيحا ؟ وسيأتى في باب المراجعة كلام في ذلك في مسألة الاخبار بالزيادة ، ولعل مراد ابن أبي هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذي يستحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحرم ، لا جملة الثمن ، وهو ظاهر كلامه ، ومع ذلك فيه نظر ، لأنه لو رضى المشتري بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به - والمبيع قائم - استرجعه كله ، فان كان عدم استقراره موجبا للموصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أو لا فلا يكون شيء منه حراما .

(فرع) هذا كله في مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ، ولكنه كان عالما بالعيب ، أما لو اشترط السلامة فكانت معيبة ، أو شرط وصفا وأخلف ، فالشهور الصحة ، وثبوت الخيار كحالة الاطلاق . وحكى الرافعي عن الحنطلي أنه حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع ، وهو يوافق ما تقدم عن الظاهرية ، وهم قائلون بذلك في الشرط أيضا ، ولا يلزم طرد هذا القول الغريب هناك ، لأن تعلق الغرض بالموصف المشروط لفظاً أقسوى ، وعند الاطلاق العقد متعلق بالمتعين ، وان كان العرف يقتضى السلامة ، فهذا فرق على القول الذي حكاه الحنطلي حتى لا يلزم طرده ، وان كان هو ضعيفا ، لأن مورد العقد المعين مع الشرط أيضا ، والله أعلم .

(١) الهيماء : داء يصيب الأبل كالحمى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة) .

(الشرح) المشتري للعين المعيبة تارة يكون عالما بعيبها ، وتارة لا يكون .

(الحالة الأولى) ان كان عالما فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب ، ولا يأتي فيه الخلاف المتقدم في المصراة اذا كان عالما بالتصرية ، لأن المستند في ثبوت الخيار هناك عند من يقول به : التعبد ، وان ذلك خيار ثابت بالشرع كما تقدم ، وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله ، فإنه شرط في الخلاف عدم العلم ، ومفهومه أن عند العلم لا خيار ، قال ابن حزم في كتاب مراتب الأجماع : واتفقوا على أنه اذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره ، ووقفه عليه ان كان في جسم المبيع ، فرضى بذلك المشتري أنه قد لزمه ، والارد له بذلك العيب .

(فرع) فلو كان المشتري قد علم به ، ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن ، ويوجب الفسخ . قال الماوردي : ولا رد له ، لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه . ولأن استحقاق الرد حكم ، والجهل بالأحكام لا يسقطها . قال : فلو كان شاهد العيب قديما وقال : ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول ، لأن الأصل بقاء العيب ، ولو اختلفا في العلم بالعيب فالقول قول المشتري ، لأن الأصل عدمه ، قاله صاحب العدة .

(الحالة الثانية) اذا لم يعلم بالعيب وهي منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله . وقياس ذلك على المصراة ان كانت التصرية عينا ظاهرا بالقياس . والجامع الذي ذكره المصنف ،

وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب . وإن لم تكن التصرية عيباً فمن باب الأولى . لأن الخيار إذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب ، فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى . هكذا ذكره القاضي أبو الطيب ، وفيه نظر . لأن الذي يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف . وحينئذ قد يقال : لا يلزم من جعل التصرية التي هي من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذي ليس من فعله . ولئن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب إذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه ، ومع ذلك الخيار ثابت به . ولأجل ذلك الطريقة التي سلكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى في الاستدلال ، وأسلم عن الاعتراض . نعم هو إنما يأتي على قول الجمهور : أن التصرية عيب أما على القول الذي رجحه الغزالي في الوجيز أن الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا ، لأن سبب الخيار في المصراة المقيس عليها اخلاف الشرط الملتزم ، ولم يوجد في مسألتنا .

فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع المسلم فعلى ما اختاره الغزالي لا يأتي ، إلا أن يجعل ذلك مقيساً على الالتزام الشرطي وكذلك فعل هو في الوسيط تنزيلاً لعلمة السلامة منزلة الاضطرار ، ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطي أصلاً يكتفى به كما اقتضاه كلامه في الوسيط ، ولك أن تردده إلى التصرية لورود النص فيها ، وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس ، وفي المسألة حديث وجماع ، أما الحديث فالذي ذكره بعد هذا بفصل في الخراج بالضمان ، فإن فيه أنه خاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم « وأنه رده عليه بالعيب » وسنتكلم عليه هناك إن شاء الله تعالى .

وأما الاجماع فإنه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة . واتفقوا على أن من اشترى شيئاً ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشتري سلامة ولا اشترط الاخلاء به ، ولا بيع منه ببراءة ، فوجد به عيباً كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن خطأ لا يتغابن الناس بمثله في مثل ذلك

البيع ، في ذلك الوقت ، يعنى وقت عقد البيع ، ولم يتلف عين المبيع ولا نقصها ، ولا تغيير اسمه ولا تغيير سوقه ، ولا خرج عن ملك المشتري كله ولا بعضه ، ولا أحدث المشتري فيه شيئاً ولا وطئاً ولا غيره ، ولا ارتفع ذلك العيب ، وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فان للمشتري أن يرده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن ، وأن له أن يمسكه إن أحب ، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل الى ضبطه بإجماع جاز . انتهى .

وادعى القاضى أبو الطيب اجماع المسلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعمل المصنف رحمه الله انما اقتصر على القياس . ولم يذكر الحديث والاجماع ، لأن الحديث فيه رد بعيب ، وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا اجماع مقيد بالقيود المذكورة ، أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل ، وبالجمله الرد بالعيب فى الجمله لا شبهة فيه ، قال الشيخ أبو حامد : ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد ، أما لو وجد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له ، وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض .

(فرع) ولى الطفل اذا اشترى له شيئاً فظهر به عيب ، فان كان الشراء بعين المال فهو باطل ، وان كان فى الذمة نفذ فى حق الولي ، فان اشترى سليماً فحدث به عيب قبل القبض - فان كان الحظ فى الامسك - أمسك أو فى الرد رد ، فان ترك الرد - فان كان اشترى فى الذمة - انقلب اليه ، ولزمه الثمن من مال نفسه وان كان بغير مال الطفل بطل العقد ، قاله صاحب التتمة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ثم حدث به عيب فى ملكه - نظرت فان كان حدث قبل القبض - ثبت له الرد ، لأن المبيع مضمون على البائع ، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد ، وان حدث العيب بعد القبض نظرت - فان لم يستند

الى سبب قبل القبض - لم يثبت له الرد ، لانه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث ، وان استند الى ما قبل القبض بان كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض ، فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : (أحدهما) أنه يرد ، وهو قول أبى اسحاق لانه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض . (والثاني) أنه لا يرد ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، لان القطع وجد في يد المشتري ، فلم يرد كما لو لم يستند الى سبب قبله) .

(الشرح) الكلام الذي تقدم في اثبات الخيار في العيب الموجود عند البيع والكلام الآن في العيب الحادث بعده ، وقد قسمه المصنف رحمه الله الى ثلاثة أقسام :

(القسم الأول) الحادث قبل القبض ، فحكمه حكم المقارن للعقد ، لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته ، فكذا أجزاءه ، وضمان الجزء الذي لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضى الانفساخ ، فأثبت الخيار ، والمصنف رضى الله عنه استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لاشتراكهما في كون المبيع فيهما مضمونا على البائع ، بمعنى أنه اذا تلف تلف من كسبه ، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم ، وأن العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد ، وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه في المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع ، وأنه اذا تلف قبل القبض انفسخ البيع ، ونص عليه الشافعى رحمه الله في مواضع ، واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقايع كما تقدم التنبيه عليه في باب الربا ، وذكره المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ، وسنشرحه هناك ان شاء الله تعالى . أما على مذهب من قال : ان المبيع في يد البائع أمانة ، كما هو مذهب مالك ولا خيار له ، وممن صرح به المتولى وصورة المسألة المجزوم بها هنا اذا كان حدوث العيب بأفة سماوية .

(أما) اذا حصل ذلك من جهة المشتري أو البائع أو الأجنبى ، فقد ذكر المصنف رحمه الله الأقسام كلها في باب اختلاف المتبايعين

عند تقسيم تلف المبيع الى الأقسام المذكورة . وهناك أستوعب الكلام على ذلك بعمون الله وتيسيره ان شاء الله تعالى ، وملخص ما هناك ما يتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بأفة ستماوية أو من البائع أو من الأجنبي فللمشتري الخيار جزماً ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك ، ومن جملة ما اذا كان القاطع ابن المشتري ثم مات المشتري وورثه الابن ذكره صاحب البحر هناك ، وهناك أذكره ان شاء الله . ومتى حصل العيب من جهة المشتري فلا خيار له على الصحيح ، تفريعا على أن اتلافه قبض وهو الصحيح المشهور .

(وأما) من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري كما يقوله أبو ثور مطلقا ومالك في المبيع جزافا ، فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له . ومذهب أبي حنيفة رحمه الله في تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا .

(واعلم) أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذي لا يكاد لا يعرف ، بك لا يعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان (أحدهما) أن الشافعي رحمه الله قال في الأم في الرهن الكبير في جناية العبد المرهون على الأجنبيين . ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشتري حتى جنى كان للمشتري رده ، لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب ، ولو جنى ثم بيع فعلم المشتري قبل التفريق أو بعده بجنائه كان له رده ، لأن هذا عيب دلسه ، ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع ، فاختار امضاء البيع ثم جنى ، كان من المشتري ولم يرد البيع ، لأن هذا حادث في ملكه بعدم تمام البيع بكل حال له .

قال ابن الرفعة : وهذا ان لم يحمل على ما بعد القبض فهو يقتضى باطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله ، والعلة ترشد اليه ، لأنه في الحاليين ملكه عليه تام وان لم يستقر الا بالقبض . قال : وهذا ان صح يقتضى أن الجناية عمدا أو خطأ في يد البائع بعد تمام الملك لا يثبت بها للمشتري خيار ، وان أثبت على نفسه ، ولكن الأصحاب لا يوافقون على ذلك .

(الأمر الثاني) أن في مختصر البويطى قال أبو يعقوب : وان اشترى رجل من رجل عبدا أو ثوبا ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جنابة حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس ، فهو مخير في العبد ان شاء أخذ الثوب وأخذ الجاني بجنائته ، وان شاء ترك ، فان كان ذلك بأمر من السماء كان مخيرا أن يأخذه أو يدعه ، وليس له النقص اذا كان من السماء كما لو مات . وقد قيل : يأخذه ويسقط عنه ما نقصه بحصته من الثمن ، وان كان ذلك بهزال في يديه أو ما أشبهه كان مخيرا وقد قيل : اذا كان البائع الذى جنى عليه في النفس فالبيع منفسخ . انتهى .

وهذه الأقوال الثلاثة التى نقلها البويطى الأول والثالث معروفان في المذهب والغريب الثانى ، وهو أنه يأخذه ويسقط عنه حصته من الثمن . وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه ، ولكن هذا القول لم أعلم أحدا من الأصحاب ذكره على أنه ليس في كلام البويطى نسبتته الى الشافعى رحمه الله . ولا شىء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعى رحمه الله ، وانما الأقوال الثلاثة من حكاية البويطى ، والمسألة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته الى أبى يعقوب ، فلعله حكاه عن بعض العلماء غير الشافعى رحمه الله تعالى .

(فرع) اذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقدم رضى به المشتري كما لو اشترى من وجب عليه القطع علما به فقطع قبل القبض ، أو بكرا مزوجة فأزال الزوج بكارتها قبل القبض ، فهل تكون كعيب حدث فيرد بها ، كما أنه اذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض يفسخ العقد أو لا ، لأن رضاه لسببه رضا به والخيار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف ولم أر في ذلك نقلا . والأقرب النقطع بأنه لا يوجب الرد للرضا بسببه ، ولكن القاضى حسين رحمه الله أطلق أن زوال البكارة في يد البائع يثبت الخيار . ومثل هذا الاطلاق لا يوجد منه نقل في خصوص المزوجة ووطء الزوج بها .

(القسم الثانى) اذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند

الى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد ، وهذا اذا كان بعد القبض
والنفوق . أما لو قبضه في المجلس وحدث به عيب قبل التفريق
والتخاير ، فالوجه في ذلك بناؤه على تلف المبيع في يد المشتري في
مدة الخيار . وفيه طرق .

(احداها) وهي التي أوردتها الغزالي وارتضاها الإمام ، واقتضى
ايراد الرافعي ترجيحها .

أما ان قلنا الملك للبائع انفسخ ، والا فوجهان (أصحهما) عدم
الانفساخ . واذا تم العقد لزم الثمن ، لأن القبض وجد الا أنه
بقيت علقه فصار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافا ، أو غصب
المبيع من يد البائع وتلف في يده ، قال هذا التعليل صاحب التتمة
(والثاني) يفسخ لأن العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض .

(والطريقة الثانية) القطع بعدم الانفساخ وأنه اذا حصلت
الاجازة يلزم المشتري الثمن (وان قلنا) الملك للبائع . وهذه منسوية
للشيخ أبي حامد .

(الطريقة الثالثة) الا أنا اذا قلنا : الملك للبائع وحصل امضاء
البائع ضده المشتري بالقيمة . وهذه حكاهما الامام عن العراقيين وبعض
أصحاب القفال ، وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسألة في أول
كتاب البيوع ، ولذلك نسبتها العمراني اليه .

(الطريقة الرابعة) طريقة الماوردي ان كان التلف في خيار
المجلس انفسخ على الأموال كلها ، وان كان في خيار الشرط ،
فان كان لهما أو للبائع وحده فكذلك ، وان كان للمشتري وحده (فان قلنا)
يملك بانتضاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة (وان قلنا) يملكه بنفس
العقد فعلى وجهين (أحدهما) وهو ظاهر نصه في البيوع أنه ضامن
بالقيمة دون الثمن (والثاني) وقد أشار اليه في الصداق أنه ضامن
له بالثمن المسمى .

(الطريقة الخامسة) ما دل عليها كلام أبي الطيب أنه ان كان
الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولاً واحداً ، وان كان للمشتري

وحده ، فإن قلنا : الملك له فوجهان والا لم ينفسخ وقال القاضي أبو الطيب : ان الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في كتيبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشتري قيمته . قال القاضي أبو حامد وقال الشافعي في كتاب الصداق : يلزمه الثمن . واختلف أصحابنا فمنهم من قال : يلزمه القيمة ، والذي قال من الثمن ليس بثابت ، قال أبو الطيب : ويحتمل أن يكون أراد بالثمن ، لأن الشافعي يعبر عن القيمة بالثمن في مواضع كثيرة . ومنهم من قال ما تقدم ، وادعى ابن الرخصة أن أكثر نصوص الشافعي على الانفساخ ، وذكر نصوصا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشير من باب الدعوى في البيع ، ومن باب دعوى الولاد فيه .

وقد رأيت أنا في الجزء الخامس عشر أيضا أنه اذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل ، وقبضه فمات في يد المشتري فهو ضامن لقيمته ، وان منعنا أن نضمنه ثمنه أن البيع لم يتم فيه . قال الشافعي : وسواء في ذلك كان الخيار للبائع أو للمشتري لأن البيع لم يتم فيه حتى مات . وقد حكى عن نصه في الصداق أن البيع اذا تلف في يده زمن الخيار يلزمه الثمن ، وبذلك قال المتولي ، وحصل قولان في المسألة ، وهو في ذلك تابع للقاضي حسين ، والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ في الأحوال الثلاثة اذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما ، فهذه خمس طرق ، والطريقة الأولى أفقه ، ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التي للشافعي ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه ، بل الأكثر الذي تمسك به ابن الرخصة ، والذي رأيت في الأم فيه ايجاب القيمة ، والنص المعارض له فيه ايجاب الثمن ، فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين اما القول بالانفساخ الذي هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى ، كما ادعاه ابن الرخصة ، واما الطريقة التي نقلها الامام عن العراقيين (وقلت) ان مقتضى كلام المصنف في أول البيع ، فالتمسك بذلك للانفساخ عيبا كما ادعى ابن الرخصة غير متعين . وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص . لكن اذا ثبت ما قاله القاضي أبو الطيب من اطلاق الشافعي رحمه الله الثمن على القيمة وما نقله من النصوص في

كتبه يترجح القول بالانفساخ لاسيما مع ما أشعر به كلام القاضى
أبى حامد أن ذكر الثمن ليس يثبت . إذا عرف بالعيب الحادث بعد
القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف .

فحيث نقول بالانفساخ اما على أن الملك للبائع ، أو مطلقا
على أحد وجهى الطريقة الأولى، وظاهر أكثر النصوص ، أو على
طريقة الماوردى والقاضى أبى الطيب على ما فيها من التفصيل والبناء ،
فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض ، وبذلك صرح الماوردى
عند الكلام فى وضع الجوائح . قال عن ابن أبى هريرة : ان المقبوض
فى خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب فى زمان الخيار ،
وان كان القبض تاما وجب القول بعدم الانفساخ ، اما على الأصح
عند الرافعى من وجهى الطريقة الأولى ، وعلى طريقة الشيخ أبى حامد
أو على طريقة المصنف رحمه الله . أو فى بعض الأحوال على طريقتى
الماوردى والقاضى أبى الطيب على التفصيل المذكور . أو على مقتضى
النص المحكى فى ذلك ، فحينئذ لا يكون لحدوث العيب فى ذلك الوقت
أثر فى اثبات الخيار .

ولا جرم - والله أعلم - أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب
بعد القبض إذا لم يستند الى سبب قبل القبض لا يثبت الرد ، لأن
اختياره أن القبض ناقل للضمنان ، وان كان فى زمن الخيار كما
تقدم ، وهو مستمر على الأصح عند الرافعى . وقد تقدمت الإشارة
الى ما فى ذلك من النصوص .

(فرع) لا فرق بين يد المشتري ويد نائبه ، ولو كانت يد
البائع كما لو قبض المبيع ، وأودعه اياه بعد القبض ، ونص عليه
الشافعى رحمه الله والأصحاب . ولو أودع البائع المبيع عند المشتري
وقلنا : لا يسقط حق الحبس بايداع فتلغ ، كما لو تلف فى يد البائع
على مقتضى ذلك . وعن القاضى أبى الطيب أنه صرح به فى أواخر
كتاب الشفعة ، وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك فى الطرفين لاعتباره
القبض ، وهو موجود فى الأول مفقود فى الثانى .

(فرع) هذا الذى تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض

اندى لا يستند الى سبب قبله لا يرد به هو مذهبا ومذهب جمهور
العلماء . وقال مالك بذلك الا في الرقيق فانه قال : ما اصاب الرقيق
في ثلاثة ايام بعد البيع من اياق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن
ضمن البائع ، فاذا انقضت الثلاثة الايام برىء البائع الا من الجنون
والجدام والبرص ، فان هذه الأدواء الثلاثة ان اصاب شيء منها
المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع ، كان له الرد بذلك ، قال :
ولا يقضى بذلك الا في البلاد التي جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها .

وأما البلاد التي لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها ،
فلا نحكم عليهم بذلك ، قال : ومن باع بالبراءة يطل عنه حكم العهدة ،
وكذلك يسقط حكم العهدة عنده فيما اذا باع السلطان لغريم
أو من مال يتيم ، ولا عهدة فيه الا أن يكون علم عيبا فكتمه . وقال
قتادة : ان رأى عيبا في ثلاث ليال رده بغير بيعة ، وان رأى عيبا بعد
ثلاث لم يستطع أن يرده الا ببيعة .

واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصري
عن عقبة بن عامر الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
« عهدة الرقيق ثلاث ليال » وفي رواية أخرى أربع ليال ، رواه أحمد
في مسنده ، وفي رواية أربعة أيام ، قال قتيادة : وأهل المدينة يقولون
ثلاثا .

قال سعيد : قلت لعيادة : كيف يكون هذا ؟ قال : اذا وجد
المشتري عيبا بالسلعة فانه يردها في تلك الايام ولا يستل البيعة ،
واذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها الا ببيعة أنه اشتراها ، وذلك
العيب بها ، والا فيمين البائع أنه لم يبيعه ويرد .

وعن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
« عهدة الرقيق ثلاث » رواه ابن أبي شيبة ، وقال هؤلاء : انما قضى
بعهدة الثلاث لأجل حمى الربيع فانها لا تظهر في أقل من ثلاثة أيام ،
هو عن عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سماع أبان
ابن عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام يذكران في خطبتهما

عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة ، من حين يشتري العيدان الوليدة وعهدة السنة ويأمران بذلك .

وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى في عيد اشترى فمسات في الثلاثة الأيام ، فجعله عمر من الذي باعه ، وعن ابن شهاب قال : القضاة منذ أدركنا يقضون في الجنون والجذام والبرص سنة .

قال ابن شهاب : وسمعت ابن المسيب يقول : العهدة من بكل داء عضال نحو الجذام والجنون والبرص ، وعن يحيى بن سعيد الأنصاري رضى الله عنه قال : لم تزل الولاة بالمدينة في الزمان الأول يقضون في الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص ، إن ظهر بالملوك شيء من ذلك قبل أن يحول عليه الحول فهو رد عليه ، ويقضون في عهدة الرقيق بثلاث ليال .

وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا يسمع من سمرة الا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ ، فروايته في هذا منقطعة لا يحتج بها . قال علي بن المديني : لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم ، وقال البيهقي في روايته عن سمرة في ذلك : انه غير محفوظ .

(قلت) وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة ، فليس فيها الا النظر في سماع الحسن من سمرة ، وأيضا ففيه عننة قتادة عن الحسن وهو مدلس ، وفي حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب ، ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة ، وهما وان كانا صحابييين فهو اضطراب ، وقد سأل الأثرم أبا عبد الله أحمد ابن حنبل عن العهدة فقال : ايس في العهدة حديث بنتبته ، وقال الحاكم في حديث عقبة : انه صحيح الاسناد غير أنه على الارسال ، لأن الحسن لم يسمع من عقبة ، والرواية عن عمر بن عبد العزيز في قضائه بذلك ضعيفة ، وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصاري وبقيّة ما ذكروه مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء :

انه لم يكن فيما مضى عهدة في الأرض لا من هيام ولا من جذام
ولا شيء . وبما (١) روى من طريق الشافعي رضى الله عنه عن ابن جريج
قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال : ما علمت
فيها أمرا سائفا ، وعن ابن طلوس أنه كان لا يرى العهدة شيئا لا ثلاثا
ولا أقل ولا أكثر .

وما أشاروا اليه من أن ظهور ذلك في هذه المدة يدل على تقدمه
مسنوع ، فقد يحدث الأباق وشبهه ، ولو سلم لهم ذلك فيكون
من القسم الذي سنذكره ، وهو ما يوجد بعد الفقيص ، ويكون سببه
متقدما ، لكن ذلك غير مسلم لهم . على أن ابن الصباغ قال في
الجواب عن ذلك أن الداء الكامن لا اعتبار به وإنما النقص بما يظهر
لا ما كمن وفيما قاله يعد ، لأن الكامن إذا دل عليه دليل يعد ذلك
وعلم به صار كالظاهر .

وذكروا أيضا أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رضى الله عنهما سئلا
عن العهدة فقالا : لا نجد أمثلا من حديث حبان بن منقذ « كان يخذع
في البيوع فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا إن شاء
أخذ وإن شاء رد » .

وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه « أجل الجارية بها الجذام
سنة » . فأما ما ذكروه عن عمر وابن الزبير فلا حجة لهم فيه . لأن
في حديث حبان « إن شاء أخذ وإن شاء رد » . ولم يقيد ذلك بعيب
ولا في الرقيق دون غيره .

قال الشافعي رضى الله عنه : والخبر في أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم « جعل لحبان بن منقذ عهدة بثلاث » خاص . وما ذكروه
عن علي لا ينافيه ، وقد صح عن ابن عمر : ما أدركت الصفة حيا
مجموعا فمن المتابع . ولا تعلم له مخالفا من الصحابة واستثنت

(١) معطوف على بيان الحسن لم يسمع من عقبه شيئا (الطيمي) .

المالكية أيضا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبا ومذهبهم في ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له في آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

(القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض اذا أسند الى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله ، فان بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف ، فاذا قطع في يد المشتري بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض — فان كان المشتري جاهلا بالحال ، ولم يعلم بالسرقه أو القطع حتى قطع وهى صورة مسألة الكتاب — ففيه وجهان كما ذكره المصنف .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق ، وهو الأصح ، وهو قول ابن الحداد ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردى ، وقال القاضى أبو الطيب : انه على قول الشافعى رضى الله عنه واطلاق نصه الذى نقله ابن بشرى يدل عليه : أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن ، كما لو قطع قبل القبض فانه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا ، وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة الى ذلك ، ولو تعذر الرد بسبب فالنظر فى الأرض الى التفاوت بين العبد سليما وأقطع ، قاله القاضى حسين والرافعى وغيرهما .

(والثانى) وهو قول ابن أبى هريرة وابن سريج فيما حكاه الأكثرون والقاضى أبو الطيب ونقله ابن بشرى عن نقله عن نصه فى الاملاء ، ومال الماوردى اليه ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه من ضمان المشتري وليس له الرد ، ولكن يرجع على البائع بالأرض ، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن ، وحمل النص الأول على ما قبل القبض . هذا اذا كان جاهلا ، فلو كان عالما بالسبب فليس له الرد ولا الأرض قطعا لدخوله فى العقد على بصيرة ان كان موجودا عند العقد ، أو لاطلاعه عليه وامساكه ان كان حدث قبل القبض .

قال الشيخ أبو علي : ولا يجيء ههنا الوجه المحكى عن أبي اسحاق في القتل ، يعني سابقا ، وأنه يرجع بالثمن على رأى أبي اسحاق كما سنذكره ان شاء الله ، والأمر كما قال الشيخ أبو علي كما سنبينه ان شاء الله تعالى ، فينبغي أن يقيّد كلام المصنف بذلك ، وأن مراده اذا كان المشتري جاهلا ، ومن صرح به القاضي أبو الطيب والبخوي والرافعي ، وفي كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافاً ، لأنه قال : ان علم بذلك فقطع في يده لم يرجع بشيء على المذهب ، وكأنه رأى أن وجه أبي اسحاق يأتي ههنا وهو بعيد ، وسنبين ذلك ان شاء الله تعالى في أواخر الباب .

(فرع) عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن ووافق في المسائل الثلاث التي سنأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع ، لأنه من ضمان البائع ، ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض ، فان كانت ثيبا فله الرد وان كانت بكرا فنقص الافتضاض من ضمان البائع أو المشتري ففيه الوجهان - فان جعلناه من ضمان البائع - فللمشتري الرد بكونها مزوجة ، فان تعذر الرد بسبب رجوع بالأرث ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة ، ومزوجة مفترعة من الثمن .

وان جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له ، وله الأرث ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة من الثمن ، هكذا في التهذيب والرافعي ، والروضة التي بخط المصنف ، وفي بعض نسخها سقط من قوله : غير مزوجة الي غير مزوجة فصار هكذا : غير مزوجة وبكرا غير مزوجة من الثمن ، وذلك غلط في الحكم ، وترك للتفريع من جعله من ضمان المشتري ، والفرق بينهما ، فان على ضمان البائع الإفراع مضمون عليه ، فلذلك يقدر من ضمان المشتري ليس المضمون على البائع الا سلامتها على التزويج ، وقد تقدم مثل ذلك في تعذر الرد في مسألة القطع ، وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع ، لأن القطع مضمون عليه على الأصح وعلى القول الآخر ، بقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع .

وقد وافق ابن الرفعة ما في الروضة السقيمة^(١) من الغلط في الحكم ، وجعل الأرش على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرا مزوجة وبكرا غير مزوجة . وان كان عالما بزواجها أو علم ورضى فلا رد له . فان وجد بها عيبا قديما بعد ما افتضت في يده فله الرد ان جعلناه من ضمان البائع ، قاله القاضي حسين والبعوى والرافعى وخالفهم المتولى فقال : لا رد وهو الراجح لما سأنبه عليه ، وان جعلناه من ضمان المشتري رجع بالأرش ، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة ، ومثلها معيبة ، هكذا قال البعوى والرافعى ، ولك أن تقول ينبغى أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرا سليمة ، ومثلها معيبة ، فان القيمة المعتبرة قيمة يوم العقد على قول ، ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب ، وعلى كل قول تقدر هنا بكرا ، لأنها بكر عند العقد وعند القبض . وانما حدثت الثيوبة بعد ذلك .

فان قال : ان ذلك لا يختلف لأن نسبة البكر السليمة من المعيبة كنسبة الثيب السليمة من المعيبة وهو صحيح ، لكن ذلك يقتضى أن لا يعتد في كلامه بالثيب بل ينبغى أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سليمة ومثلها معيبة ، وهكذا عبارة القاضي حسين ، فقول الرافعى ثيبا حشو لا فائدة فيه ان كان كذلك لا يختلف أو زيادة مفسدة ان اختلف ، والله أعلم .

وان تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا : انه من ضمان البائع فالنظر في الأرش يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف ، ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتها بكرا مزوجة سليمة وثيبا مزوجة معيبة لأن النقص الحاصل بالثيوبة رضى به ، وصرح القاضي حسين بالمسألة ، فقال : ان قلنا : من ضمان البائع يرجع بما بين كونها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة نقيضه .

وان قلنا : من ضمان المشتري فيرجع بما بين كونها بكرا مزوجة وغير مزوجة وفي قوله بكرا مزوجة نقيضه نظر ، وذكر البعوى

(١) النسخة التي نبه الشيخ السبكي على عيبها فيما سبق (المطبعي) .

رحمه الله في التهذيب نظير المسألة وهو ما اذا اشترى سارقا عالما بسرقة فقطع في يده ووجد به عيبا قديما . قال : له الرد ان جعلناه من ضمان البائع ، والا فيرجع بالأرض وهو ما بين قيمته سارقا غير مقطوع معيبا وغيب معيب ، فقوله : غير مقطوع نظيره هنا أن تقول بكرا وهو خلاف ما وقع في عبارته وعبارة الرافعي هنا .

ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأئمة القاضي والبعوي والرافعي رحمهم الله يقتضي أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية . بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض في عدم المبيع من الرد ، وهذا انما يتجه على قول أبي اسحاق النقائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع الى الثمن ان صح جريان هذا الوجه في مسألة القطع وشبهها ، وقد أنكره الشيخ أبو علي كما تقدم . أما على المذهب الصحيح أنه اذا قتل بعد القبض وكان عالما بردته لا يرجع بشيء ، وكذلك في القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم ، فينبغي أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر .

(فان قلت) جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض ، ولكن لا يرد به لرضاه بسببه ، فلا يمنع الرد كما لو كان عيبا قديما رضى به ، فانه لا يمنع الرد وان كان لا يرد به .

(قلت) لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل ، أما عند العلم فلا ، فاذا رضى بالعيب أبطل أثره . وكل ما وجد بعد ذلك وان كان من أثره فليس منسوبا الى البائع بل هو حادث في يد المشتري ناشيء مما رضى به ، وليس حالته على المشتري لرضاه بسببه ، فينبغي أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولي ويرجع بالأرض .

(فان قلت) لعل كلام القاضي والرافعي والبعوي محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبي اسحاق .

(قلت) لا . . لأمرين (أحدهما) أنهم لم يذكروا قول أبي اسحاق

في هذه الصور مع العلم ، بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضى القطع بعدم جريانه هنا .

(والثغنى) أنهم قالوا : اذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغى أن يتأمل هذا البحث . والجواب عنه ان أمكن لينتفع به فيما اذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة . وعلم بها عيبا ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى .

(فرع) زوال البكارة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب ، سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها في العادة لصغر سنها أم لا ، لأنها لما دخلت في العقد صارت مستحقة ، وان كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق ، وقضية ذلك أنه اذا اشترى عبدا كاتبا أو متصفا بصفة تزيد في ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري بالخيار ، وان لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها . قال ابن الرقعة : وهذا لا شك فيه .

(فرع) اذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت في يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها ، فقياس ما تقدم في الجارية المزوجة أن لا يكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ما قال ابن الرقعة ، ويؤيده أن الرافعى حكى فيما اذا أصدق زوجته جارية حاملا ، فحملت في يده ووضعت في يدها ثم طلقها ، فالنقص الحاصل منسوب اليه أو اليها ؟ فيه وجهان . في كلام الماوردى والرافعى ما يقتضى أنه مانع من الرد . وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها ان شاء الله تعالى . وقد أشرت فيما تقدم الى ذلك .

وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والغزالي والرافعى رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها في حصول عيب قبل العقد أو القبض ، ويوجد أثره بعد القبض كالقتل بزدة أو محاربة أو بجناية عهد سابقة أو الموت بمرض سابق .

والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلا في أواخر هذا

الباب وهو أولى ، لأن كلامه هنا في العيب الحادث بعد القبض اذا كان سببه متقدما ، والحادث في هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانفساخ عند من يقول انه لا عيب موجب للرد ، فلنؤخر الكلام في شرح هذه المسائل الى الفصل الذي عقده المصنف لها ، فللمشاركة المذكورة ولأن التلف في ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالأرث لتعذر الرد بالتلف ، ولذلك أدخله المصنف رحمه الله في فصول الرد بالعيب كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولفعل الأولين مرجح سأذكره قريبا ان شاء الله تعالى .

واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما اذا لم يترتب على القطع تلف . أما لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتى في هذه المسائل في آخر الباب ان شاء الله تعالى .

(تنبيه) جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص ، وكذلك شيخه القاضي أبو الطيب والرافعى . وقال الماوردى : ان في القصاص لا يرد اتفاقا لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع في السرقة لا يصح العفو عنه .

(تنبيه آخر) نظر الأصحاب الخلاف في هذه المسائل بالقولين فيما اذا علق في حال الصحة بصفة ، ثم وجدت الصفة في مرض الموت ، هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث ؟ .

(تنبيه آخر) كثير من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والقاضي حسين والرافعى ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة انقتل بالجنانية وأخواتها ، ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف ، فإنه أخرج مسألة الجنانية . وحكى الخلاف في كل منهما من غير بناء وترجح فعل الأولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعى فيما يظهر من كلامهم . ومسألة الجنانية منصوص على أصلها ، وأبو الطيب يقول : ان قول أبى اسحاق فيها هو مذهب الشافعى ، وظاهر ذلك أنه منصوص عليه ، وسيقع الكلام في ذلك عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى .

وممن وافقهم على البناء المذكور الروياني في البحر ، وقال فيه :
ان بعض أصحابنا بخراسان قال : اذا قلنا بالأول لا يرد بل يرجع
بما بين قيمته سارقا مقطوعا وقيمه غير مقطوع بالسرقه من الثمن ،
قال : وهذا ضعيف (قلت) ومراده بالأول قول أبي اسحاق . وعبر
الروياني عنه بأنه قول الشافعي ، لكن هذا الذي نقله عن بعض
الخراسانيين لا يكاد يفهم .

(فرع) اذا رضى بالقطع واطلع على عيب آخر فله الرد
ان جعلنا القطع من ضمان البائع والا فلا . قاله القاضي حسين .

(فرع) اذا كان عليه حد بالسياط فاستوفى بعد القبض ،
فان مات فالحكم كما سيأتي في أواخر الباب ، وان سلم فالحكم
كما مر في السابق ، فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقه
والقصاص . قاله صاحب التتمة .

(فرع) عبد غليل به أثر السفر ، فقال سيده لرجل : اشتر
منى هذا العبد فان مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب ، فاشتره
فازداد مرضه ولم يزل ، قال القاضي حسين في الفتاوى : ليس له
الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع .

(فرع) اذا وجدت ازالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل
القبض ، وكان قد رضى بالزوجة والجنابة . فقد تقدم أنى لم أر نقلا
في جواز الرد بذلك ، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد ، فلو وجد
مع ذلك عيب لم يرض به ، هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعا
من الرد بالعيب الآخر ، لرضاه بالسبب أم لا ؟ الذي يظهر أن يقال
(ان) جعلنا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العلم كما قاله
الرافعي بناء على أنه من ضمان البائع فهنا أولى (وان) جعلناه
مانعا ، وأنه يرجع بالأرش فهنا احتمالان مأخذهما أن المنع بعد
القبض لأجل وقوعه في يد المشتري أو لأجل العلم ؟ (ان قلنا)
بالأول لم يمتنع هنا لوقوعه في يد البائع (وان قلنا) بالثاني امتنع لوجود
العلم . ولم أر في ذلك نقلا (والأظهر) أن المنع بعد القبض لأجل
حدوثه في يد المشتري مع العلم بسببه ، وهذا المنوع منتهك قبل
القبض فلا يمنع الرد وان علم بالسبب ، لأن هذا عيب زائد على

ما علمه ولهذا أقول : انه لا يمتنع عليه الرد هنا ، وان كنت استشكلت
عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم ، والله أعلم .

(فرع) عن أبي حنيفة أنه اذا قطع في يد المشتري رجع
بنصف الثمن ووافق في مسائل التلف التي ستأتى ان شاء الله تعالى
أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان المشتري .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يخل اما ان يكون المبيع
باقيا على جهته أو زاد أو نقص ، فان كان باقيا على جهته وأراد
الرد لم يؤخره ، فان أخره من غير عذر سقط الخيار ، لأنه
خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور كخيار
الشفعة) .

(الشرح) للمبيع العيب خمسة أحوال : أن يكون باقيا على
جهته ، أو زائدا أو ناقصا ، أو زائدا من وجه وناقصا من وجه
أو تالفا ، ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصلا . وذكر
الخامسة في فصل بعد ذلك ولم يذكره في القسم هنا ، لأنه لا يقال
وجد العيب بالمبيع بعد تلفه ، وهو يقسم فيما اذا وجد بالمبيع
عيبا ، ولو أريد (وجد) العلمية التي تتعدى الى مفعولين صح
اطلاقها بعد التلف ، لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة .
وذلك يستدعى موجودا .

وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فاما أن يكون المراد
أن الأمر لا يخلو عن ذلك ، فالقسمة حينئذ حاضرة ، واما أن
يكون تركه لأن حكمه يعلم من القسمين ، وقلما يقع التعرض له ،
وعطفه بأو على (أما) غير متصح من جهة العربية . وكثيرا ما يقع
ذلك في كلام المصنفين . وكذلك قوله : أو زاد . وكان الأولى أن
يقول : زائدا عطا على ما هنا (1) .

(1) كذا بالنسخة المطبوعة وتحريرها « عطا على باقيا » وفات الشارح
أن يقول : أو ناقصا أيضا ونقص في عطفها على زاد متوجهة (المطيعي) .

(أما الأحكام) فإذا كان المبيع الذي ظهر به العيب باقيا بحاله ، فقد تقدم أنه يخير بين امساكه ورده ، فان أراد رده فخير الرد على الفور عندكم وعند جمهور العلماء ، وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبي ثور أنه لا يكون الرضا الا بالكلام ، أو يأتي من الفعل ما يكون في المعقول في اللغة أنه رضا ، فله أن يرد حتى تنتقضي أيامه ويستمتع لأنه ملكه ، وكذلك نقل ابن حزم فانه قال : لا يسقط الرد الا باحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا ، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه ، أو ايلاد الأمة ، أو موته ، أو ذهاب عين الشيء أو بعضه ، قال : وهو قول أبي ثور وغيره . انتهى .

ومن يعد أقوال أبي ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجها من المذهب ، وهو في غاية الغرابة . ونقله ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى متحذلة لثلاث يكون الرد على الفور ومختلطة لخلافه ، فلذلك لم أذكرها ، ولعلني أذكرها بعد هذا في تفصيل الأثماء المبطله للخيار ان شاء الله .

وقد استدل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين (أحدهما) أن الأصل في البيع اللزوم ، وذلك متفق عليه ، ومن الدليل فيه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث : « المتبايعان بالخيار وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وذلك يقتضى لزوم العقد من الجانبين ، وأنه لا خيار بعد التفرق ، ثم انا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الاجماع وغيره ، والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه اجماع ولا نص ، فيجوز فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين ، وتقييلا لمخالفة الدليل ما أمكن ، ولأن الضر الذي شرع الرد لأجله يندفع بالبدار ، وهو ممكن ، فالتأخير تقصير فيجوز عليه حكم اللزوم الذي هو الأصل .

(الدليل الثانى) ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازا . قال ابن معين : احترز بقوله :

ثبت بالشرع من خيار الشرط في البيع . ويقوله : لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمة اذا عتقت تحت عبد (اذا قلنا) ليس الخيار على الفور ، ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الإيلاء . ومن الخيار بين القصاص والدية . وقد أجاد في ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضا كخيار الأمة . قال بعض الفضلاء : وهو منقوض بخيار المجلس فانه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال . وليس على الفور ، وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقا بهما كما قاله المصنف رحمه الله في أول البيع ، وذلك على وجه التروى والنظر في المصلحة ، لا لدفع الضرر المحقق ، فانه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ، ولا يستند الى ظهور وصف في المبيع .

وبعد أن كتبت هذا رأيت هذا المعنى بعينه لأبى محمد عبد الله ابن يحيى الصعبي في كلامه على المذهب الذي سماه « غاية المفيد ونهاية المستفيد » وجعل قوله لدفع الضرر احترازا من خيار المجلس ، فانه ثبت للارتقاء والنظر ، وقد يرد على المصنف في ذلك خيار التصرية على قول أبى حامد والروا الروذى كما تقدم ، فانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، ومع ذلك يمتد الى ثلاثة أيام عند أبى حامد ، وقد يجاب عن هذا بأن أبى حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ، ولا يجعله لكونه عيبا بدليل أنه يثبت مع العلم ، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال . وقد يورد على المصنف أيضا الخيار الذي أثبته النبي صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ . فان ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، وهو يمتد ثلاثة أيام ، ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشار اليه الشافعي رضي الله عنه فيما تقدم . ويجاب عن كل من هذا وخيار الصراة على قول أبى حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس ، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه .

وقد يورد على المصنف أنه قاس في باب الشفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب . وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة ، وأجابوا عن هذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيها ، وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشفعة

نردد قول الشافعي فيها يخلاف الرد بالعيب ، فان أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور ، وعدوا ذلك من محاسن المذهب . واذا تأملت كلام المصنف في باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لأنه لما قال : أنها على الفور على الجديد ، استدلل له بالحديث ثم قال : فعلى هذا ان أضر الطلب من غير عذر سقط ، لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضى المفارقة بين الحكمين ، وأن سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب ، وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وههنا في الرد بالعيب ، المقصود اثبات كونه على الفور بالمقياس على الشفعة ، فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة ، فلا سؤال ولا اشكال ولا حاجة الى الجواب المذكور . ولكن لك أن تقول : ان كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر للزوم لكون الخيار على الفور ، ولا حاجة في الشفعة الى قياسه على الرد بالعيب ، وان لم يكن كذلك فلا يكفي الرد بالعيب لثبوته ، ان ثبت أنه على الفور ، بالمقياس على الشفعة ، كما هو مدلول كلام المصنف هنا . فيحتاج الى الجواب المذكور .

وقد خطر لى في الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف في جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منشئاً على الرد بالعيب مسألة غريبة نقلها أبو سعد الهروي عن تعليق البندنجي ، أن الشافعي رضى الله عنه نص في اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لأنه قال : ولو عفا عن الشفعة ثم تركها ، ثم بدا له فأراد المطالبة بها ، كان له ما دام في المجلس .

قال الهروي : ووجهه أن العفو تقرير ملك المشتري لجهة المعارضة ، فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الإبراء عن الدين فانه اسقاط محض ، ولم يتضمن تقرير ملك في غيره .

(قلت :) فلعل المصنف رحمه الله اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفو ما دام في المجلس على قول الفور ،

ولا شك أن التأخير أولى بعدم البطلان ، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب ، وهذا ينبغي السؤال عنه ، على أنى نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل (١) ، فلم أر هذا النص فيه ، وهو غريب مشكل ، ورايت في كتاب أحمد بن بشرى (٢) الذى جمع فيه من نصوص الشافعى ما يوافق ، فانه قال : وتسليم الشفعة ان يكون سلمت شفعتى او تركتها او ما أشبهه ، ثم يفارق اليهود الذين قال بين أيديهم : قد سلمت شفعتى ، فان لم يفارقهم حتى يقول : أنا على شفعتى ، فذلك له ، وهذا هو ذاك النص بعينه وايضا فقد اختلف الاصحاب في خيار المجلس في الشفعة ، وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والتترك في المجلس (وان قلنا) بالفسور فما قاله المصنف يدفعه .

(فرع) اذا ادعى البائع أن المشتري أخسر الرد بعد العلم ، وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه ، قاله الرويانى عن جامع القاضى أبى حامد .

(فرع) اطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار ، والمراد بذلك أن يبادر على العادة . قال أصحابنا : فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار الى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس ، وكذا لو ليس ثوبا وأغلق بابا . قال الماوردى والرافعى : ولو وقف عليه ليلا فله التأخير الى أن يصبح ، وقال الهروى في الاشراف : الى ضوء النهار ، وهما راجعان الى معنى واحد ، هكذا اطلق الماوردى والرافعى جازما بذلك اعتبارا بالعرف .

وقال صاحب التتمة : اذا اطلع بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم ، ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من اخبار

(١) العجل : بفتح العين وكسر الجيم .

(٢) لم أجد ذكر لأحمد بن بشرى الذى كثر وروده في كلام السبكى في طبقات ولده فظننت أنه أحمد بن بشر المعروف بأبى حامد المروالروذى ولكن صرفنى عنه نقله كثيرا عن أبى حامد بهذه الكنية والنسبة والله تعالى أعلم بالمراد (المطيعي) .

البائع بذلك ، فعامة أصحابنا قالوا : لا يد أن يقول في الوقت فسخت ،
والأستط حقه ، وكان الثقال يقول : لا يبطل ، بل يؤخر حتى يحضر
البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم . والظاهر أن صاحب
التمتة يطرد هذا الخلاف في تأخر الفسخ بالعذر مطلقا ، ويشمل
ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضاء الحاجة ونحوه ، ويكون ذكر هذه
الأعذار المتقدمة إنما تستمر على رأى الثقال ويحتمل أن يكون ذلك
مختصا بالليل ، لما فيه من التأخير كما يقوله في الغيبة والمرض
إنها الأعذار المتقدمة فلا يعد في العرف تأخيرا ، وهذا الاحتمال
الثاني أوفق لكلام الرافعي واشتراط صاحب التمتة عدم التمكن في الليل
يقتضى أنه متى تمكن فيه كان كالنهار ، وكذلك قال ابن الرفعة :
لا فرق بين الليل والنهار إذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة ، أما
إذا كان فيه كلفة فله التأخير إلى الصباح ، وهذا وإن كان المعنى
والفتة يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره .

قال البغوي وابن أبي عصرون : إنه في الليل لا يلزمه تعجيل
الفسخ ، ولا الأستهاد على نفسه بالرد في أصح الوجهين ، وهذا الوجه
الذي أشار إليه يسلكه مسلك الغيبة ، وسيأتى الكلام فيها إن شاء
الله ، ولو لقي البائع فرد عليه قبل سلامه صح ، ولو رد عليه بعد
سلامه صح أيضا ، خلافا لمحمد بن الحسن ، قاله الماوردي
والرافعي وغيرهما ، وفي بعض الشروح للتبعية حكاية وجهين في كون
السلام عذرا هو بعيد ، وإن كان الامام قال في الشفعة : إن من
عده في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة
لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام ، ولو علم به وهو ممنوع
بعته أو مرض كان على حقه إلى أن يزول المنع . قاله الماوردي .

وسيأتى كلام كثير في حالة الغيبة ، لو لم يتم الغرض إلا
باستيفائه فهذه كلها أعذار احترز عنها المصنف رحمه الله بقوله : من غير
عذر . وقال الأئمة : إن الكلام في المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون
محل كتاب الشفعة ، وأحالوا الكلام هنا عليه ، وقد حكوا هناك وجها
أنه يلزمه إذا اطع على الشفعة قطع ما هو عليه من طعام ، والخروج
من الحمام والنافلة ونحو ذلك ، تحقيقا للمبدار ، قال ابن الرفعة :
ومثله لا يبعد جريانه ههنا لأنهما في قرن ، وعد ابن الرفعة من

الأعذار أباق العبد قبل القبض ، فان المشتري اذا اطع عليه وأخبر
لا يستطحقه ، بل لو صرح بإسقاطه لم يستطحق على الصحيح .

(قلت) والحكم كما ذكر ، ولكن ذلك لأن السبب متجدد في
كل وقت ، فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده في جملة الأعذار .

(فرع) وأما الذي لا يكون عذرا فكثير (منها) لو يادر حين
العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ في محادثته ، ثم أراد الرد فلا رد له ،
قاله الماوردي والرافعي وغيرهما ولو أخبر الرد مع العلم بالعيب
ثم قال : أخبرت لأنى لم أعلم أن لى حق الرد - فان كان قريب
العهد بالاسلام ، أو نشأ في بربه لا يعرفون الأحكام - قيل
قوله ، ومكن (١) والأفلا ، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة اذا ادعت
الجهالة بالحكم ، ولو قال : لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل (١) قوله ، لأنه
مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعي .

وقال القنوي : انما يقبل قوله ، ولم أعلم أن الرد على الفور ،
وقول الشفيع : لم أعلم أن الشفعة على الفور ، اذا كان ممن يخفى
عليه مثله ، وقد صرح الغزالي وغيره بهذا في كتاب الشفعة .

(قلت) وفي الاطلاقين نظر ، ويتعين أن يقال : يقبل قوله
اذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال ، أما من علم أنه لا يخفى
عليه فلا يقبل قوله ، وعلى هذا يحمل اطلاقهم ، وحيث يطل حق الرد
بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا .

(فرع) لو اطع على عيب قبل القبض ، تلزمه المبادرة على
الفور أيضا ، على ما يظهر من كلامهم ، ولا يقال : ان له التأخير الى
القبض لأن كل ما كان قيل القبض من ضمان البائع ، ودوام العيب
عيب .

(فرع) فيه تحقيق الكلام في الفور وكيفية الرد وحال الغيبة
والمرض ؟ قال القاضى حسين عن عامة الأصحاب : ان عليه الفسخ
على الفور . وعن الشيخ وهو القفال ان له التأخير الى حضور مجلس

(١) مكن ، وقيل : بضم اوله وكسر ثانيه بالبناء للمجهول .

الحكم ، هكذا رأيت في تعليقه . وأراد أبو سعد الهروي في النقل عن القاضي حسين أنه رد على المقل ، وقال : سبيله أن يفسخ الواقع منه لتيسير الأثبات له ، ويقرب منه ما تقدم عن صاحب التتمة ونقل عن عامة الأصحاب في الليل أنه لا بد من تلفظه بالفسخ . وعن المقل أنه يؤخر إلى وجود البائع أو الشهود أو مجلس الحكم .

قال الامام : ان تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر في التأخير ، وان لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الأتسهاد فليبتدر الرفع إلى القاضي بحيث لا يعد تقصيرا في العرف ، ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور . فان رفع إلى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب ، وان لم يجد الغريم فامتنع أن يتلفظ بالرد ويتشهد فلم يفعل ، ورفع إلى القاضي فوجهان .

وقال الغزالي في البسيط : ان نهض إلى البائع كما أطلع لم يكن مقصرا ، وان لم يكن حاضرا ورفع إلى القاضي فليس مقصرا ، وان فسخ في بيته واتشهد فليس مقصرا ، وان رفع إلى القاضي مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب ، وان لم يكن الغريم حاضرا وأمكن الأتسهاد ، فلم يشهد ورفع إلى القاضي فوجهان ، وهو موافق لكلام الامام ، وجزمه أولا بأنه اذا رفع إلى القاضي ليس مقصرا محمول على ما اذا لم يمكن الأتسهاد ، جمعا بين أول كلامه وكلام الامام أنه يرد على الغريم ، فان لم يحضر فالأشهاد ، أو يكتفي بالحكم وجهان ، فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الأتسهاد ثم الحاكم ، وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الأتسهاد أو الحاكم في رتبة واحدة ، وهذا اذا لم يكن حاضرا في مجلس الحكم ، فان كان حاضرا بين يدي القاضي فلا يعذر في التأخير ، كما قدمه الامام .

وقال في الوسيط : ان كان العاقد حاضرا فليرد عليه في الحال ، وان كان غائبا فليشهد على الرد اثنين ، فان عجز فليحضر مجلس القاضي فان رفع إلى القاضي والخصم حاضر فمقصر ، وان كان الشهود حضورا فرفع إلى القاضي فوجهان ، اذ في الرجوع إلى القاضي مزيد تأكيد ، فاقتنى هذا الترتيب الغريم ثم الأتسهاد ثم الحاكم ، وقيل الغريم ثم الأتسهاد أو الحاكم في رتبة واحدة .

وقال في الوجيز : ترد عليه في الوقت ان كان حاضرا ، وان كان غائبا أشهد شاهدين حاضرين ، فان لم يكن حاضرا عند القاضي فوافق ما في الوسيط ، قال الرافعي : وفي الترتيب المذكور اشكال يعنى الذى في الوسيط والوجيز . قال : لأن الحضور في هذا الموضع اما أن يعنى به الاجتماع في المجلس ، أو الكون في البلد فان كان الأول فاذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود ، ولم يسع الى القاضى ولا سعى الى البائع واللائق لمن يمتنع من المبادرة الى القاضى اذا وجد البائع أن يمنع منها اذا أمكنه الوصول اليه . وان كان الثانى فأى حاجة الى أن يقول شاهدين حاضرين ؟

ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن اشهاده ، ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحكم مشروطا بالمعجز عن الأشهاد بعيدا ، اما على الأول فلأن حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من احضار من يشهده أو الحضور عنده واما على الثانى فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج الى الأشهاد ، بل يتعين عليه ذلك ان أراد الفسخ ، فظهر أن الترتيب الذى يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى . انتهى كلام الرافعي . ووافقته النووى على هذا الاشكال وقال : ان الترتيب الذى ذكره الغزالى مشكل خلاف المذهب وقال الرافعي : ان الذى فهمه من كلام الأصحاب أن البائع ان كان في البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله ، كذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة الى المرافقة ، فلو تركه ورفع الأمر الى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تمييزه بين الأمرين .

وان كان غائبا عن البلد دفع الأمر الى مجلس الحكم ، والى أن ينتهى الى الخصم أو القاضى في الحالين لو تمكن من الأشهاد على الفسخ هل يلزمه ؟ وجهان . قطع صاحب التتمة وغيره باللزوم ، ويجرى مجرى الخلاف فيما اذا أضر بعذر من مرض أو غيره ، ولو عجز في الحال عن الأشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ ؟ وجهان . (أصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب لا حاجة اليه ، انتهى ما ذكره الرافعي وهو مخالف لما قاله الامام والغزالى في كون الرفع الى القاضى مع حضور الخصم مبطلا ، كما يقوله الامام ، وعند الرافعي هو مخير بينهما ومخالف له أيضا في الاكتفاء بالأشهاد عن الحضور الى الحاكم

كما يقتضيه كلام الغزالي في البسيط والوجيز ، وصدر كلام الامام في النهاية .

وعلى ما قاله الرافعي لا يكتفى بذلك جزما ، ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الامام والغزالي يلزوم الاشهاد عند الامكان الى ان ينتهي الى الخصم او القاضى فى الحائنين على ما قطع به صاحب التتمة وغيره ، وان كان آخر كلام الامام والغزالي فى البسيط يمكن حمله على الوجهين فى ذلك الذى حكاها الرافعي ، لكنه ان صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم ، فهذه الامور الثلاثة فى كلام الرافعي رحمه الله ، وفى كلام الامام زيادة بيان انه ان تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر فى التاخير ، ومقتضى ذلك انه مقدم على الجميع ، وهو كذلك بلا نزاع ، فقول الرافعي انه يخير بين الامرين ان اراد فى غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها ، وان اراد مطلقا اقتضى انه من الحاكم ، ويذهب الى البائع او يترك البائع فى المجلس ويذهب الى الحاكم . وسنذكر عن ابن الرفعة ما فيه . وما ذكره الرافعي من ان الاصح عند الامام وصاحب التهذيب انه لا حاجة الى التلطف بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضى حسين ونقله عن عامه الاصحاب وموافق لما نقله عن القفال ، وفيما ذكره الرافعي من التخيير بحيث لا بد من معرفته سافرد له فرعا فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة فى الكفاية ، على سبيل الايراد على الغزالي : ان الامام ذكر فى التشفعة ان الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشتري ، وحكيا معا وجهين فيما اذا تمكن من الاشهاد وتركه ، ودفع الى القاضى ، وهذا يدل على ان المضى الى القاضى اقوى من لقاء الخصم ، وان الاشهاد اقوى من المضى الى القاضى هكذا كلامه فى الكفاية . وقال فى المطلب : ان مراد الغزالي هنا فى الوسيط والوجيز بالحضور الحضور فى البلد ، وكذلك مراده فى البسيط هنا ويظهر على ذلك ان الرفع الى القاضى مع حضور الخصم فى البلد ليس بتقصير ، بل هو فوقه لاحتمال المنازعة .

وأما الرفع الى القاضى مع حضور الشهود مجلس الاطلاع ، ففيه الوجهان ، ثم قال ابن الرفعة : انه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة

الشهود ، فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد ؟ يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة . ومن ذلك ان صح ينتظم ثلاثة أوجه ، ثالثها الاشهاد يعتبر عند تيسيره على طلب الرد ، لا على نفس الرد .

(قلت :) والصحيح كما تقدم عن الرافعي أنه يلزمه الاشهاد على نفس الرد ، وأما الاشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفي فإنه ههنا يمكنه انشاء الرد بحضرة الشهود وفي الشفعة لا يمكنه الأخذ إلا بأمور هي مقصودة إذ ذلك ، فليس المقذور في حقه إلا الاشهاد على الطلب ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بان الامام والغزالي في البسيط قالوا في الشفعة : ان الشفيع اذا ترك مطالبه المشتري مع الحضور ، وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبه المشتري . وهذا المعنى يجوز أن يقال في حالة حضور المشتري في البلد ، وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة ، ويجوز أن يقال مثله في الحالين في الرد بالعيب ، اجاب بأنه يحمل ما ذكره في الشفعة على حالة غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع عليها ، لأن في حالة الحضور لا خلف على الشريك في قوله : أنا طالب بالشفعة أو تملكته بها ، أو وجد بدل المال ، فان نازعه المشتري إذ ذلك رفعه الى الحاكم ، وفي حال غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع لا بد من المضي اما له أو للحاكم ، فكان مخيرا بينهما [أيهما] أحوط ، وهكذا لا تباين بين الكلامين .

قال : وهذا قلته بناء على ما صار اليه معظم الأصحاب من أنه اذا أمن الرد على (١) لا يعذر بطلب الحاكم . أما اذا قلنا بما صار اليه القفال فيما حكى القاضي عنه فلا فرق بين الحالين في جواز تأخير الطلب الى وقت الحضور بين يدي القاضي كما [أن] ذلك مقتضى اطلاق القاضي في تعليقه عنه ولا جرم ، قال الامام مشيراً الى هذا الوجه : لو كان المزدود عليه حاضراً فابتدر القاضي فظاهر المذهب أنه يبطل حقه ، لكن حكاية الهروي عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع ، بل حال غيبته وتمكنه فيها من الاشهاد ، واذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالي من الجزم بأنه يقصر ، يعني اذا رفع الى القاضي والخضم حاضر . أي في مجلس الاطلاع .

(١) بياض بالاصل ولعل السقط (طالب الشفعة فانه . . .)

(الطبعي)

(قلت) ما حكى الهروي عن الشيخ أبي حامد أن الرفع إلى القاضي والطلب منه أن يحضر المشتري حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق . قال ابن الرفعة : وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعا لما في الوجيز أن تأخير الرد بحضرة القاضي قد جمعها مجلس الاطلاع تقصير جزما . وكذا تأخيره اذا اجتمع هو والمالك في مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الامام ، وقد عرفت اندفاعه ، وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر في البلد ، هل يجعل بترك الاشهاد قبل الانتهاء اليه مقصرا ؟ وجهان جاريان فيما اذا كان غائبا عن البلد وترك الاشهاد قبل الانتهاء الى القاضي ، المفهوم منهما في الوجيز أنه غير مقصر ، ولو لم يقدر على الاشهاد في حال حضور البائع في البلد أو غيبته عنها فلا تقصير الا باهمال طلب البائع أو القاضي .

وهل يكون طلب القاضي تقصيرا في حال حضور البائع في البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضي ؟ فيه الوجهان عن القفال وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالي ما ذكرته في الكفاية وذكره الرافعي فيما يظنه فليتأمل .

(قلت :) وملخص ذلك أنه ان حضر البائع مجلس الاطلاع رد جزما ، وان حضر المشتري مجلس الاطلاع فكذلك ، لا على ما يفهمه كلام القاضي حسين من النقل عن القفال ، وان لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر في البلد فعلى ما قاله الرافعي ، واقتضى كلام الامام في الشفعة أنه يكون مخيرا بين البائع والحاكم . وقال ابن الرفعة : انه في هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره ، يعني فيكون التخيير على رأى القفال خاصة . وعامة الأصحاب على خلافه ، وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الامام والغزالي في الشفعة أن الرفع إلى الحاكم أحوط . فهذه مناقشة في كلام ابن الرفعة . وأيضا مناقشة ثانية ، هي أن كلام الغزالي في الوسيط جعل الحضور إلى القاضي عند العجز عن الشهود ، وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود ، ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضي أو البائع . ومناقشة ثالثة وهي أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الرافعي في قوله : لم يسع إلى القاضي ولا يسعي إلى البائع كما يقتضيه كلام الغزالي .

(وقوله) ان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من احضار الشهود ، فيكون الحضور الى القاضي مشروطا بالعجز عن الشهود [وهو] كما يقتضيه كلام الغزالي بعيد ، وما ادعاه ابن الرفعة من ارادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعي رحمه الله ، فقد ظهر أن اشكال كلام الغزالي باق بحاله ، فان اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذى تحصل من كلام الراعى وغيره ، وفي كل من الحالتين يجب الاشهاد اذا تيسر قبل الانتهاء الى البائع أو الحاكم على الأصح ، ولا يجب التلطف بالفسخ قبله على الأصح ، وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح .

وسأفرد للكلام في ذلك فرعا ، ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فنقول : تجب المبادرة الى البائع أو الحاكم ، فان مر في طريقه الى أحدهما بالآخر ولقى شهودا وجب اشهادهم قبل ذلك في الأصح ، واذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن المرتبة الأولى أن يحضر مع الحاكم في مجلس الاطلاع فيبادر ولا يؤخر قطما ، على ما قاله ابن الرفعة واقتضاه كلام الامام .

(الثانية) أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذاك لا على ما يقتضيه نقل القاضي حسين عن القفال أنه له التأخير الى حضور مجلس الحكم حذرا من انكار البائع .

(الثالثة) حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر في التأخير لامكان الاثبات بهم ، ولم أر تصريحاً بنقلها الا ما تقدم من اطلاق أنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء الى الحاكم والبائع ان أمكن على الأصح ، ومقتضى ذلك أن يأتى ذلك الوجه هنا أيضا ، وقد قدمت ما فيه ، ففي هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه اما جزما أو على الأصح . وظاهر هذا الاطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب . وقد يقال ينبغي أنه اذا كان يمر في مضييه الى أحدهما بالآخر يعذر ، كما لو كان معه في مجلس الاطلاع فلا يعذر في التأخير عنه الى أن ينتهي الى الآخر . وقد قدمت ذلك أيضا . وسنعيد الكلام فيه (١) .

(الخامسة) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما ، اما الحاكم أو البائع فلا شك في تعيينه .

(السادسة) اذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد .

(السابعة) اذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الصحيح . وقال الغزالي في الشفعة : ان المذهب أنه لا يجب .

(الثامنة) اذا كان الشهود في البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضى اليهم جزما .

(التاسعة) اذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الأصح ولا يكفي جزما .

(العاثرة) اذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟ يأتي فيه الوجهان المذكوران في كلام الراقعي في حالة العجز عن الاشهاد ، الأصح عدم الوجوب .

(فرع) اذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم على ما تقدم فكيف يدعى ؟ قال القاضي حسين في فتاويه : يدعى شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب ، وأنه فسخ البيع ويقيم البيعة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع البيعة ، لأنه قضاء على الغائب ، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل ، والثمن يبقى دينا على الغائب فيقضىه القاضي من ماله ، فان لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه ، هكذا قاله القاضي ونقله الراقعي عنه .

وقوله في الدعوى : انه فسخ البيع ، انما ذكره القاضي تفريعا على رأيه في أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر الى الحاكم ، بل يفسخ عند الشهود أو وحده ، وأما على الأصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ اذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فانه ينشئ الفسخ عنده ، وتكون الدعوى التي يقيم البيعة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط . وقوله : ينصب مسخرا . تفريع على رأيه أيضا في الاحتياج اليه في الدعوى . والأصح عند غيره أنه لا يلزم القاضي

نصب المسخر وتحليفه بعد البينة على الأصح من المذهب في الدعوى على الغائب • وقيل : يستحب •

وقوله : « يقضيه القاضى من ماله » يشمل النقد وغيره • وهو فى النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال انه مثل البيع • فيتخير القاضى فى بيع ما شاء منهما ، ويحتمل أن يقال انه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب الى مقصود البائع • فان عجز باع من غيره ليكملة • قال ابن الرفعة : وهو الذى يظهر • وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض فى أخذ الثمن من المبيع دون غيره ، بل هو وغيره سواء ، فينبغى أن يحمل كلام القاضى على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع ، لأنه لا يتعين فى ذلك ، والله تعالى أعلم •

(فرع) غأما اذا رفع الى القاضى فى حال حضور الخصم فى البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم فى مجلس الاطلاع على العيب ، وقد تقدم أن المعتبر حينئذ المبادرة الى الحاكم جزما ، فالظاهر أنه لا فائدة فى ذلك الا اعلام الحاكم بالفسخ ، وطلب غريمه ليدعى عليه وحينئذ فالاكفتاء بذلك عند الاشهاد مستمر على الصحيح أن القاضى يقضى بعلمه ، أما اذا منعنا من القضاء بالعلم فلا يفيد اخبار الحاكم بذلك وحده ، قبل مجيء الغريم ، واذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول : انه الآن كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم ، ولا يقبل قوله فى قوله : الفسخ فى ذاك الوقت ، ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفریعا على منع الحكم بالعلم فيقف وهذا يحسن أن يكون مأخذا لتقديم الاشهاد وأنه لا يرفع الى الحاكم عند العجز على الاشهاد على ما اقتضاه كلام الوسيط • لكن ذاك يقتضى تقديمه على النهوض الى البائع أيضا ، وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقديم علمه بالعيب ، وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ ، والله أعلم •

(فرع) الخصم الذى يرد عليه على وجه التعيين أو التخيير بينه وبين الحاكم من هو ؟ كلام المصنف ساكت عن ذلك ، وأطلاق كلام الغزالي والرافعى أنه البائع ، وذلك يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره •

قال ابن الرفعة : وفى الثانية نظر (اذا قلنا) لا عهدة تتعلق بالوكيل ، وعلى كل حال فله الرد على الموكل (قلت) والكلام فى العهدة

معروف في موضعه ، فلذلك حسن الاطلاق ههنا محالا على البيان ، ثم وقد صرح الراغمي في آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصي ، يعني اذا باشر الوصي أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما اذا أوصى اليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه واعتاقها ففعل ، ثم وجد المشتري عيبا بالعبد ، قام الوصي ببيع العبد المردود ، ويدفع الثمن الى المشتري .

قال : ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا ؟ فيه وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصي ليتم البيع على وجه لا يرد عليه (وأصحهما) لا ، لأنه امتثل المأمور ، وهذا ملك جديد فيحتاج الى اذن جديد ويخالف الايضاء فإنه تولية وتفويض ، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري (غان قلنا) ملك البائع لم يزل ، فله بيعه ثانيا (وان قلنا) زال وعاد ، فهو كالرد بالعبد ، ثم اذا باعه الوصي ثانيا ، فان باعه بأقل من الثمن الأول فالنقصان على الوصي ، أو في ذمة الوصي ؟ فيه وجهان (أصحهما) الأول ، وبه قال ابن الحداد .

وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غرم جميع الثمن ، ولو باعه بأكثر من الثمن الأول لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشتري والباقي للوارث ، وان لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصي ان اشتراها في الذمة ، وان اشتراها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الاعتاق وعليه شراء جارية أخرى واعتاقها بهذا الثمن على الوصي ، هكذا أطلقه الأصحاب ولا بد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال ، حكاية ينعزل بها ، ولا يتمكن من شراء جارية أخرى ، هكذا قال الراغمي . قال النووي : الصورة مفروضة فيمن لم يعلم .

(وأما) قول ابن الرفعة : على كل حال له الرد على الموكل ، يوهم أن ذلك بلا خلاف ، وليس كذلك بل الخلاف في العهدة فيهما جميعا ، فالصحيح مطالبتهما جميعا ، الوكيل والموكل ، وقيل : الوكيل دون الموكل ، وقيل : الموكل دون الوكيل والكلام هنا في المردود عليه ، فظهر أنه كذلك ، وقد ذكره في التحالف وذكروا خلافا فيه وفي ولى المحجور عليه اذا باشر العقد ، فأما الوكيل فلا شك في اتجاه رد الائتلاف هنا كما قلنا من العهدة .

(وأما) ولى المحجور ففيه الجزم بالرد عليه ، والا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه الى الظلّامة ، وكذلك القاضى ونائبه فى مال اليتيم .

وأما الوارث فانه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه . وأما الرد بالعيب هنا فقد ذكر الرافعى ما تقدم . وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر المسألة أيضا . وأنه يرد على الوكيل أى جوازا . وهى من المسائل التى فرغها ابن سريج على الجامع الصغير لـحمد بن الحسن . والأصل فيها أن السلعة متى عادت الى الوكيل بغير اختياره فله ردها على الموكل ، ومتى عادت اليه باختياره فلا ، فان ردت عليه بعيب — فان كان بعيب لا يحدث مثله — فالوكيل يرده على الموكل ، وان لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل ، وان احتل فان أقام المشتري بينة فالقول قول الوكيل ، فان حلف سقط الرد والا ردت على المشتري ، فان حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه ، وقال القاضى الطبرى : ان قلنا : رد الثمن بمنزلة البينة له رده على الموكل ، قال الرويانى : وفيه نظر عندى يعنى لأنها لا تتمدى الى ثالث

(فرع) الاشهاد الواجب أطلقه الرافعى وغيره . وقال الغزالى : يشهد اثنين . قال ابن الرقعة : وذلك على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف ، والأمر كما قال .

(فرع) تقدم أنه اذا كان الخصم غائبا من البلد يرفع الأمر الى مجلس الحكم والغيبية المذكورة لا شك أنه يكفى فيها مسافة القصر ، وهل تكفى مسافة العدوى ؟ قال ابن الرقعة : يشبه أن يكون فيها الخلاف فى الاستعداد وقبول شهادة الفرع ، وكتاب القاضى الى القاضى ، والدعاء لأداء الشهادة ، قال : وقد يقال : غيبته عن البلد وان قلت المسافة كالغيبية البعيدة ، كما ذكر وجه فى بعض الصور السالفة ، لأن فى تكليف الخروج عنها مشقة لا تليق بما نحن فيه ، قال : وهذا ما يفهم كلام الرافعى الجزم به .

(قلت :) والجزم بذلك هو الظاهر ، واذا كان كلام الرافعى لا يقتضيه الا باطلاق الغيبية ، فان جزم الأصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة اليه يبعد معه أن يكون

الحاكم حاضرا في البلد ، فيجوز تركه والمضى الى البائع في دون مسافة
القصر أو مسافة العدوى ، فينبغي أن يعتبر مطلق الغيبة الا أن يكون
موضع البائع خارج البلد ، أو أقرب من موضع الحاكم في البلد ،
غفيه نظر .

(فرع) تقدم من كلام الراغبي أنه مخير بين البائع والحاكم ،
وهذا باطلاقة يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه الى الآخر ، لاسيما
قول الراغبي : انه ان ترك البائع ورفع الى الحاكم فهو زيادة تأكيد ،
فانه دل على هذا المعنى لكن هذا يردّه تصریحهم : متى كان الحاكم في
مجلس الاطلاع لا يجوز التأخر للبائع وبالعكس ، فيتعين حمل هذه
العبارة على ما سوى هذه الصورة ، وأنه انما يجوز له الذهاب الى
الآخر اذا لم يتفق له لقاء الآخر قبله ، ثم بعد ذلك قد يكون موضع
الحاكم والبائع متساويين في القرب والبعد ، فظهر التخير ، وقد
يكون أحدهما أقرب من غير أن يمر به بأن يكونا في جهتين ، فهل
نوجب المضى الى الأقرب منهما أو يكون التخيير مستمرا ؟ اطلاق
كلامهم يدل على الثانى وهذا الفرع هو الذى وعدت به . ولأجل
ما فيه قلت فيما تقدم : انه اذا مر في طريقه بأحدهما لا يعذر في
مجاوزته الى الآخر .

(فرع) وروى محمد بن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمن
ابن عوف جارية فقيل له : ان لها زوجا ، فأرسل الى زوجها فقال له :
طلقتها فأبى فجعل له مائتين فأبى ، فجعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل
الى مولاهما أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم ، تمسك بعض الناس
بهذا الأثر ، والمدعى أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لأن يكون
عبد الرحمن لا يرى الخيار على الفور ، أو أنه لا يبطل بمثل هذا
التأخير ، وليس فى الأثر أنه رد جبرا ، فيحتمل أن مالكا رضى بردها ،
وان سقط بالتأخير فيكون اقالة ، وكل منهما مخالف للمذهب .

(فرع) محل الذى تقدم من وجوب الفور فى شراء الأعيان ،
أما الموصوف المقبوض اذا وجد معييا (فان قلنا) انه يملكه بالرضا
فلا شك أن الرد ليس على الفور (وان قلنا) يملك بالقبض فيجوز
أن يقال على الفور والأوجه المنع ، لأنه ليس معقودا عليه ، قاله
الامام ونقله الراغبي عنه فى باب الكتابة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق ، أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد ، لأنه لم يرض بالعيب ، ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقى ، وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد) .

(الشرح) الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالعيب ان لزم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك في بطلان الرد لما تقدم في اشتراط المبادرة فينبغي أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة في مدة طلب الخصم والقاضي ، وحينئذ أقول : هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله في الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملي في التجريد أن ابن سريج فرعه في جملة مسائل في الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكما وتعليلًا ، وقال : ان الذي يمنع من الرد أحد أمرين : حدوث نقص بالمبيع ، أو ترك الرد مع القدرة عليه ، ولم أر هذه المسألة في تعليق أبي الطيب ، وذلك مما قد يرجح أن المهذب من تعليق أبي حامد .

وممن وافق المصنف على هذا الحكم ابن الصباغ في الشامل ، والجرجاني في الشافعي ، واختاره الروياني في الحلية . وقال ابن الصباغ : قال أصحابنا : كذلك إذا حلبها في طريقه لأن اللبن له ، فإذا استوفاه في حال الرد جاز كمنافعها ، وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع في حال الرد بالنقل عن الأصحاب ، وممن وافق على نقل ذلك من الأصحاب الروياني في البصر ، ونقل عن والده أنه قال على قياس هذا : لو كانت شيا فوطئها وهو حامل لها ينبغي أن لا يبطل حق الرد ، ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير ، فلو فرض ذلك في وقت لا يمكن المسير فيه كالليل ، فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك أطلق الرافعي الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب ، وصرح الجرجاني مع موافقته المصنف بأنه لا يجوز وطء الجارية ، ولا لبس الثوب ، وهذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا .

وأفهم كلام صاحب الشامل أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على

الرضا ، وهذا الذى قاله المصنف وابن الصباغ والرويانى . وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الرافعى عن الرويانى خاصة . وذهب هو وخير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم الى خلافه ، وما انا أذكر ما ذكره (فاقول) الذى قاله ابن القاص فى التلخيص والمفتاح والماوردى والفورانى والقاضى حسين والمتولى والامام والغزالى والبعوى وابو الحسن بن خيران فى اللطيف والخوارزمى فى الكافى والرافعى والنووى أنه يشترط فى الرد بالعيب المبادرة اليه أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه ، فان استعمله وكان رقيقاً واستخدمه ، او دارا فسحبها بطل حقه من الرد والأرش معا ، لأن الاستعمال يتنافى الرد .

واختلفوا فيما اذا كان يسيراً جرت العادة بمثله فى غير ملكه ، كقوله : اسقنى أو ناولنى الثوب او أغلق الباب ، ففى هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردى والرويانى فى البحر أنه لا أثر له ، ونقله الرافعى عن غير الماوردى أيضا ، والذى قاله القاضى حسين والامام وقاله الرافعى : ان الأشهر أنه لا فرق ، وتابعه النووى فى الروضة وقال : انه الأصح الأشهر .

ونقل عن القفال فى شرح التلخيص أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر ، لأن وضع الكوز فى يده كوضعه على الأرض ، فان شرب ورد الكوز اليه فهو استعمال ، أما اذا كانت دابة فركبها فان ركبها لا للرد بطل حقه وان ركبها للرد أو السقى — فان كانت جموحا يعسر سوقها وقودها — فهو معذور فى الركوب ، وان لم تكن جموحا ، ولكنه ركبها فى الطريق وهى مسألة الكتاب ففیه وجهان (أصحهما) على ما ذكره الزاغى والنووى البطلان ، لأنه انتفاع لم تجر العادة به فى غير ملكه الا باذن المالك .

(والثانى) وهو ما قطع به فى الكتاب ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وصححه ابن أبى عسرون ، واختاره الرويانى فى الحلية : لا يسقط حقه ، ويستدل له الماوردى وغيره بأن الركوب عجل له فى الرد وأصلح للدابة من القود . قال ولكن : لو كان ثوبا فلبسه ليرده لم يجز ، وكان هذا اللبس مانعا من الرد ، لأن العادة لم تجر به ، ولأن لا مصلحة للثوب فى لبسه ، وجعل الرافعى هذه المسألة دليلا على الأصح عنده فى مسألة الركوب ، ولكن ما ذكره الماوردى من

اعتبار العادة والمصلحة فارق ، ولو كان لابسا للثوب فاطلع على عيبه في الطريق فتوجه ليرده لم ينزع فهو معذور ، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد ، قاله المساوردي ونقله الرافعي عنه .

ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب ، وان توجه للرد على ما هو الأصح عند الرافعي ، ولو كان حمل عليها سرجا أو اكافا ثم اطلع على العيب فتركهما عليها بطل حقه ، لأنه استعمال وانتفاع . قاله الرافعي تبعا لصاحب التلخيص . قال الرافعي : ولولا ذلك لاحتاج الى حمل أو تحميل ، أي فتركهما يوفر عليه كلفة الحمل والتحمل فهي انتفاع فيمنع منه .

قال ابن الرفعة : ويشبهه أن يكون هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة ، فإذا حصل أو خيف منه كما إذا كانت عرقت وخيف من نزعه أن تهوى فلا يكون نزعه في هذه الحالة تقصيرا ، إذ هو يعييبها فيكون مانعا من الرد .

(قلت :) وهو كذلك ، بل يجف بنفسه في هذه الحالة كالنعل الى أن يجف العرق ويكون نزعه من مصلحتها . قال الرافعي : ويعذر بترك العذار واللجام لأنهما خفيفان لا يعدن تعليقهما على الدابة انتفاعا ، ولأن القعود يعسر دونهما ، وهذا المعنى يقتضى جواز تعليقهما ابتداء في مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها في الطريق قال أبو حامد : ان كانت تمشى بلا نعل بطل حقه والا فلا ، ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره . قاله صاحب التلخيص تخريجا وعله البغوى . لأن نزعه يعيب الدابة بالنقب الذى يبقى . قال : فان كانت النقب موجودة عند البائع فأنعلها المشتري فالنزع لا يبطل حقه من الرد . فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه . والنعل لا يجوز نزعه الا في الصورة التى استثناها البغوى فكاللجام يجوز تركه ونزعه والاكاف لا يجوز تركه ، فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم .

ونقل صاحب التتمة عن أبى حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه . ونقل القاضى حسين وغيره أن الشافعى رحمه الله نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ ، وقال أبو العباس : انما أراد به

إذا ركبها استعمالاً ، فإذا ركبها ليستقيها ويردها على المالك أو كانت جموحاً لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ . وإن كانت ذلولاً لا تحتاج في سيرها إلى الركوب بطل حقه من الفسخ ، كما لو قصد به الانتفاع بركوبها . وهذا النقل عن الشافعي بإطلاقه ، وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب مخالف لما نقله الماوردي عن ابن سريج فيما تقدم .

قال ابن الرغفة : ولعل عنه وجهين ، أو أن هذا من تأويله للنص ، فيكون مذهبا للشافعي رحمه الله عنده ، ذلك من تخريجه فيما ذكره المصنف حيثئذ ، وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة ، ومخالف لما نسبوه إلى نص الشافعي ، ولولا هذا النص الذي نقلوه لكنت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجاني لاسيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت في هذه الحالة كان الولد للمشتري لبقاء ملكه ، ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف ، فإن القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين ، وأصلهم القاضي حسين والفوراني ، ولم أر من وافقهم من غيرهم إلا صاحب التلخيص فيه ، وفي المفتاح وابن خيران الأخير . على أن أبا الخير بن جماعة المقدسي شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة في الطريق لا يبطل حقه كما ذكره المصنف .

وبالجملة فالمعول عليه في ذلك كما قاله الامام والغزالي العرف . فنبغى أن لا يحكم على شيء من الاستعمالات بقطع الخيار إلا إذا دل دلالة ظاهرة على الرضا ، كالنوط ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه ، أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فنبغى أن تستلزم معه أصل الخيار ، ولا نحكم بالرضا بغير ما يدل عليه ، فإن خيار الرد ثبت قطعا ، والمبادرة حصلت ، والذي قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا ، لأن فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا إذ ذاك يكون حكما بغير دليل وهذا كله إذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب ، أما إذا أوجبناه لا تأتي المسألة لأنه ان تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه ، وان لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير .

ولما كان القاضي حسين يرى وجوب المبادرة إلى التلفظ بالفسخ

لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد ، والمبطل عنده في الحقيقة هو التأخير ، لا خصوص الاستعمال ، فيجب التنبية لذلك ، فان القاضي حسين رأس الخراسانيين ، وقال ذلك على رأيه ، والصحيح خلافه ، وأن التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشتري باق في زمن الرد ، فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا . وهذا كله في مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون : انه لو كان راكبا فاطلع على العيب ينزل على الفور ، فلو استدام بطل حقه لأن استدامة الركوب ركوب . أما العلف والسقى فلا يضر . هكذا جزموا به ولا أظنه يجيء فيه خلاف ، لأن ذلك مصلحة خالصة للذابة ، لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له الى أن يردها يقتضى التفرقة بين ذلك وبين الركوب .

(وأما) مسألة الحلب لمكذلك جزموا بها ، ونسبها بعض المصنفين الى بعض الأصحاب وينبغي التفصيل ، فان كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن في ضرعها فلا يجيء فيه خلاف كالعلف والسقى ، فان لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع ، فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز ، وعلى ما صححه الرافعي والجمهور يمتنع ، ونسب الروياني في البحر جواز الحلب الى أصحابنا ، وقنيدته بأن تكون سائرة فلو وقفها للحلب بطل الرد .

(فرع) اذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري ، قاله صاحب التتمة وغيره . قال : لأن البيع مضمون في يده ، والمال اذا كان مضمون العين كان مضمون الرد (قلت) وهذا ظاهر اذا لم يتلفظ بالفسخ . أما اذا تلفظ به حيث أمرناه ، اما اذا قدر على الشهود على الصحيح واما وحده على رأى القاضي حسين وبالفسخ خرج عن ملكه ، وقد صرح الرافعي بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشتري . وصرح هو والمتولى بأنه لو هلك في يده ضمنه . وقد يقال : ينبغى أن يكون حكمه حكم الأمانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، فيجب عليه الرد ، لكن ليست العين مضمونة عليه . وحكم المؤنة في زمن الرد حكمها في العين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان . فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة اذا

انقضت بخلاف العين المستأجرة ، فانها كانت أمانة ، وقد ذكر القاضى حسين فى فتاويه جملة من هذه المسائل .

(منها) اذا فسخ البيع بالعييب أو بخيار الشرط أو الاغلاس ، فمؤنة الرد على المشتري ومؤنة رد المرهون على الراهن ، والقيم اذا ظهرت خيافته أو عزل والمال فى يده فمؤنة الرد اذا صار مضمونا على القيم ، واذا أراد الرد بعد بلوغ الصبى فعلى الصبى ويرد مسلم الموصى الى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعنى على خلاف فيه ، فالصداق الى الزوج اذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج ، لأنه امانة فى يدها ، هكذا قال القاضى ، وهو طريق المراوزة وطريق العراقيين ، وهى الأصح أنه مضمون عليها .

ومنها أيضا مسألة ابتداء بها القاضى هذه المسائل . وهى اذا سلم العبد الجانى ، واحتيج الى بيع رقبتة فى أرش جنائته ، فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب ، يحاص من ثمن العبد الجانى للمجنى عليه قدر أرش الجناية (قلت) فلو كانت الجناية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضى لها ، وقد رأيت فى شرح المهذب لأبى اسحاق العراقى فيما اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره قال : اذا احتاج فى رده الى مؤنة .

(فان قلنا) ليس للمشتري الرد ويرجع بالأرث كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه (وان قلنا) له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد الى ملكه . وهذا كلام عجب ، ولا أدرى من أين له ؟ والصواب ما تقدم .

(فرع) اشترى عبدا فوجد به عيبا ففصده وقال : ظننت أنى لو فصدته أو حجمته زال عنه ذلك العيب ففصده فلم يزل ، قال القاضى حسين فى الفتاوى : يبطل حقه من الرد لأن فصدته رضا منه بالعييب ، فان أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يفصد ، فان هلك فهو من ضمان المشتري بالقيمة .

(قلت) وفى جواز فصدته بعد الفسخ — وهو ليس بملكه — اشكال ، قال جامع الفتاوى : انه على هذا عندى اذا فسخ بين يدي البائع ، او فسخ واشتغل بطلية (أما) اذا فسخ فى غيبته والتوانى فى رده بطل

حقه • قال : وهو مشكل • قلت : الأشكال الذي ذكرته في جواز الفسخ
 باق • وزاد في هذا الكلام اشكالا آخر وهو أنه بعد الفسخ يبطل
 حقه بالتواني • والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى الا
 المنازعة • فان صدقته البائع أو كانت بينه فلا يضره التواني • وانما
 تعتبر المبادرة عند من يرى التلفظ بالفسخ على الفور لأجل انكار المشتري
 فليتأمل كل من الكلامين فانه مشكل ، والله اعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وله أن يرد بغير رضا البائع ، ومن غير حضوره ، لأنه رفع
 عقد جعل اليه فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولا حضوره
 كالطلاق) •

(الشرح) الكلام المتقدم فيما يحصل به المبادرة ، وأما الفسخ
 فانه يجوز للمشتري ولو في حضور البائع ، وفي غيبته مع رضاه ، ومع
 عدمه ، ولا يفتقر اليه ولا الى الحاكم ، وسواء أكان قبل القبض فيجوز
 أن يفسخه بحضرة البائع ، ولا يجوز في غيبته ، وان كان بعد القبض
 فلا يجوز الا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم ، وهكذا قال أبو حنيفة
 في خيار الشرط : انه لا يجوز لأحدهما الفسخ الا بحضرة صاحبه ،
 لكنه لم يشترط هناك رضاه ، فالمسائل ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ،
 خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضا ، والرد بالغيب مثل القبض ،
 كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضا ، وبعد القبض يشترط فيه الرضا
 أو حكم الحاكم •

ودليلنا في خيار الشرط اطلاق حديث حبان بن منقذ ، وفي خيار
 العيب قبل القبض ، قال القاضي أبو الطيب : النكته فيها أن من لا يعتبر
 رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره كالمراة في الطلاق ، وأما بعد
 القبض فلائنه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضا البائع كما قبل
 القبض ، وقول المصنف رحمه الله : لا يعتبر فيه رضا صاحبه اشارة
 الى ما بعد القبض •

(وقوله) ولا حضوره اشارة الى ما قبل القبض تنبيها على محل
 الخلاف في الموضعين ، وقد قابل في النكت لفظ الرفع بالقطع ، وهو

أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع ، وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم إليه أن الرد قطع ، بل هو رفع لاسيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله ، وقاس في النكت على الموصى له أيضا . (وقوله) جعل اليه احترازا من الاقالة فانها اليهما لا ينفرد بها أحدهما ، ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضا للقاضي مع أن الفرقة تترتب على لعان الزوج وحده ، وهي فرقة فسخ عندنا ، لأن الفرقة حكم شرعي رتبته الشرع على لعانه بغير اختياره ، فلا يندرج في قوله رفع ، لأن الرفع الشرع لا هو ، وفي الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع ، واستدل أصحابنا أيضا بالقياس على الرجعة والوديعة فانها تنفسخ في غيبة المودع حتى اذا علم به وجب عليه الرد ، وان كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها اليه أو الحاكم ، فان لم يفعل وهلكت في يده ضمنها .

(واعلم) أن قول المصنف : جعل اليه ظاهر فيما قبل القبض ، لأن أبا حنيفة رضى الله عنه لا يشترط فيه رضا البائع (وأما) بعد القبض فقد يقال : انه بائنا رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشتري ليوقفه على رضا البائع مندفع عن المصنف ، لانه يعنى بقوله : جعل اليه أنه صادر منه وحده ، بخلاف الاقالة الصادرة منهما ، ومع ذلك يصح الاحتراز ، وان اشترط الخصم فيه شرطا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة ، وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر الى اقرار الزوج وبالعجز ، والى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا ، ووافقنا أبو حنيفة فيما اذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ ، وانما خالف فيما اذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضي حسين ، وعلى هذا يلزمه ، فان الرد بالعيب ثابت لأحدهما ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطئ الجارية ففيه وجهان) أحدهما (أنه يفسخ البيع كما يفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء .
(والثاني) لا يفسخ ، لأن الملك قد استقر للمشتري ، فلا يجوز فسخه الا بالقول) .

(الشرح) هذه المسألة ذكرها القاضي أبو الطيب في باب خيار المتبايعين ، وبنى الوجهين فيها على الوجيز في مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد ، وهي ما إذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس ، وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها ، هل يكون فسخا ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) نعم كالوطاء في زمان الخيار ، فانه اذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح المنصوص ، الذي قاله المحاملي في التجريد أنه لا خلاف فيه • وقال القاضي أبو الطيب : على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك ، وفسخ للبيع ، والملك يحصل بالقول والفعل ولا فرق في الوطاء في زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط ، وانما قيد المصنف بخيار الشرط لأنه في مدة خيار المجلس •

قد يقال : ان تحريم العقد باق ، والعقد أضعف ، وذلك يعين رأس المال ؟ والغرض في الصرف في خيار المجلس كالمعين في العقد ولأجله ؟ قال بعض الأصحاب ان الحط والزيادة يلحقان في المجلس دون خيار الشرط ، وان كان الأصح اللحوق فيهما فاذا كان الانفساخ بالوطاء في خيار الشرط ففي المجلس أولى فلذلك خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب الى خيار الرد الطارئ بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول : ان هذا القياس انما يتم عند القائلين بأن الملك في زمان الخيار للمشتري ، وهو الصحيح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والإمام أما اذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف ، فيظهر الفرق بينه وبين البيع المعيب فانه ملك المشتري •

(والوجه الثاني) لا يفسخ بالوطاء والفرق بينه وبين البيع في زمان الخيار — حيث نقول يفسخ بالوطاء وان انتقل للمشتري — أن الملك في زمان الخيار ضعيف والملك في المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك في زمان الخيار ، فلذلك يشترط فيه القول ، وهذا معنى ما ذكره المصنف وههنا أمور :

(أحدها) أن هذا انما يحتاج اليه اذا قلنا بالملك في زمن الخيار للمشتري ، وقد تقدم التنبيه على ذلك •

(الثاني) ما الأصح من هذين الوجهين ؟ فاعلم أن الشافعي رحمه الله

القائل بأن الأئمة أن من كان الخيار له فالملك له ، وإن كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الأصح الوجه الثانى عدم الانفساخ ، لأن القياس على زمان الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله ، فلم يشبهه المعيب . وإذا كان الخيار للمشتري لا يمكن القول بأن وطء البائع فسخ ، فإنه إذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى ، فعلى مقتضى كلام الرافعى ينبغى أن يكون الأصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقوه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله ، فليكن الأصح أيضا عدم الانفساخ .

(الثالث) قول المصنف الملك قد استقر للمشتري ، والمشتري فى كلامه مشتري الثوب ، فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له ، فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التى هى ثمن عنه ، وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبى الطيب ، لكنه قال فى مسألة الفلوس التى بنى عليها لأن ملك المشتري قد استقر على الجارية ، وهذا يناسب أن يقول هنا : لأن البائع استقر على الجارية ، لأن الراجع فى الفلوس هو البائع والراجع فى العيب هو المشتري ، ولا شك أن تملك كل من البائع والمشتري مستقر وكل من المأخذين صحيح . ويظهر أن يقال ان مشتري الثوب إذا اطاع على عيبه فحقه فى رده وفسخ البيع فيه ، ويترتب على ذلك انفساخه فى مقابله ، فالذى يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية ، وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى ، وبذلك يظهر افتراق هذه مع البيع فى زمان الخيار ، وفى هذا المأخذ أيضا ، لأن الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة ، وههنا بواسطة رد الثوب .

(الرابع) ان الوطء حرام على المذهب (وان قلنا) يحصل به الفسخ .

(الخامس) قال أبو على الفارقى فى هذا : أنا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر ، لأنه وطئ فى ملكه ، فان لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخا ، قولاً واحداً ، ويجب المهر ولا حد عليه ، ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة ، وان وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين ، وان لم يقصد كان الوطء محرماً ويلزمه المهر ولا حد للشبهة .

(السادس) في جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول في مسألة الجارية المرهونة ، وقد تقدمت ، ومنها التقليد والإشعار هل يجعل كقوله جعلته هديا ؟ فيه خلاف ، ومنها لو لبد المحرم رأسه وعقصه ، وهذا لا يفعله إلا العازم على الحلق ، فهل ينتزل الحلق ؟ على قولين (الجديد) لا ، وأما المعاطاة ونحوهما فذلك لقريئة ، لا للفعل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان ، بناء على القولين في الأمة إذا أعتقت تحت عبد ، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ (أحدهما) يسقط الخيار ، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر . وقد زال الضرر (والثاني) لا يسقط ، لأن الخيار ثبت بوجود العيب . فلا يسقط من غير رضاه) .

(الشرح) الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب . والرافعي حكاهما أيضا في باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصراة على كثرته ، ولكنه في هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعا لصاحب التهذيب ، وقال : انه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد، وهما طريقتان في المذهب حكاهما القاضي حسين .

(احدهما) حكاية الوجهين بناء على القولين (والثانية) القطع بسقوط الخيار قال : وهذا [هو] المذهب . والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين ، ان خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول ، فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له ، بخلاف خيار العيب ، فلما اختلف الخياران في الأصل اختلفا في الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب . وقال ابن الرقعة : ان هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال . وبالجملية الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين في الأمة . ويحتمل أن يقال بعدم السقوط هنا وان قيل في الأمة : لأن خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالاقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشتري معلل بغير البائع له ، وأنه بذل ذلك الثمن في مقابلة ما ظنه سليما وأخلف ، وزال العيب في يد المشتري [وهي] معه حاصلة له ولكني لم أر من قال بهذه الطريقة . والامام في كتاب النكاح ضعف الوجه في المسألتين جدا ، وصحح السقوط في المسألتين . وقال : ان الخلاف فيهما

بيتنى على قاعدة ذكرها في الشفعة أن الشفيع إذا لم يشعر بها حتى باع ملكه الذي استحق الشفعة به وانما ذكر الامام هذا لأنه حكى الخلاف في الشفعة قولين ، والأكثر من حكوهما وجهين ، فالوجه أن تكون مسألة العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الأمة .

والأصح في المسائل الثلاث السقوط . ومسألة الشفعة وخيار الأمة من واد واحد ، وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته في الاحتمال المتقدم الذي لم يذكره أحد من الأصحاب فيما علمت ، وان كان المعنى الملاحظ فيه موجودا في كلامهم ، وأكثر المصنفين يحكون الخلاف في مسألة الكتاب وجهين الا صاحب البحر فانه قال : لو زال العيب سقط الرد ، وقيل : فيه قولان منصوصان . وكلام المصنف باطلاقه يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعد العلم به وقبل الرد بأن يكون في مدة طلب الخصم والقاضى ، والأمر كذلك بلا نزاع ، وبه صرح الأصحاب ، ويقتضى أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده . وقد يقال : الزائد قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد بعده ، وكلام أبى سعيد الهروي في الاشراف جازم بأنه لا يرد ، لكنه أطلق فيما يوجد في يد البائع ، ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الامام بجريان الخلاف فيه ، فبقى كلام المصنف رحمه الله على اطلاقه . ذكر الامام ذلك في كتاب التفليس .

(فرع) اشترى جارية سميئة فهزلت قبل القبض ، ثم سمتت فردها ، هل للمشتري الفسخ ؟ فيه وجهان بناء على ما لو غصب شاة سميئة فهزلت ثم ردها ، هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثاني ؟ (ان قلنا) يتخير ولا يفسخ والا فله الفسخ ، قاله صاحب التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بأن زوال العيب يمنع من الرد . أما على الوجه من الطريقة الأخرى فانه يفسخ ، ولو قلنا : يتخير فيكون الترتيب هكذا (ان قلنا) لا ينجبر الثمن الأول بالثاني فسخ ، والا فوجهان (أصحهما) لا .

(فرع) لو زال العيب القديم قبل العلم به ، ولكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش ، وعلى الوجه الآخر ينبغى أن يثبت له الأرش عن العيب القديم ، واليه صار ابن الرفعة ، وجزم الرافعى

بعدم الأرش • وذلك مستمر على جزمه في هذا الباب بسقوط الخيار •
أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانها هنا وسيأتي ان شاء الله
الكلام في زوال العيب بعد أخذ أرشه في آخر الفصل الثاني لهذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا
فيها حجارة مدفونة ، يضر تركها بالأرض ، فقال البائع : أنا
أقلع ذلك في مدة لا أجرة لئلا يسقط حق المشتري من الرد ،
لأن ضرر العيب يزول من غير اضرار) •

(الشرح) صورة المسألة أن يضر تركها ، ولا يضر قلعها ، وقد
تقدم الكلام فيها في باب بيع الأصول والثمار ، وظاهر كلام المصنف
هنا أن الخيار ثبت ، ويسقط بقول البائع ذلك ، والذي تقدم هناك
وذكره الرافعي وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشتري ،
والصواب ما قاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط •
وكلامهم هنا محمول على هذا ، ألا ترى أن الرافعي وغيره قاسوا ذلك
على ما لو اشترى دارا يلحق بسقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال ،
أو كانت منسدة بالوعدة فقتال البائع : أنا أصلحه وأبيعه لا خيار
للمشتري فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع ،
ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشتري وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك ،
فعلى ما قلته ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك ، وإطلاق
المصنف والرافعي وغيرهما أيضا السقوط بقول البائع : أنا أقلع • ينبغي
أن يكون محمولا على ما إذا قلع • أما إذا اقتصر على القول فسقوط
الخيار به غير متجه لبقاء العيب •

والعبارة المحزنة ما ذكره في كتاب الاجارة ويقتضيه كلام الامام
هنا أيضا أن الخيار ثابت الا اذا بادر المكتري الى الاصلاح • هذا اذا
كان اشتغال الأرض على الحجارة المذكورة منقضا لها ، وهو ما يقتضيه
ذكرهم لذلك في العيوب ، فان فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان
نقلها لا يعد اشتغال الأرض عليها عيبا صح اطلاقه أنه لا خيار ويلزم
البائع بنقلها ، ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضا لا يبقى حينئذ بقول
البائع : أنا أقلع أثر ، لأنه يلزم به ولا خيار للمشتري قبله ولا بعده •

فالصواب ما يوافق عباراتهم في الاجارة ، فان الخيار ثابت الا اذا
بادر البائع الى القلع في مدة لا اجرة لملها . وحينئذ تكون العلة أن
ضرر العيب زال .

وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلا ،
وهو لم يقل به ، ولا ينحى عن ذلك الا أن يقال : ان بقاء الأحجار مع
امتناع البائع من قلعها عيب ، وبدون امتناعه ليس بعيب وهو بعيد ،
اذ يقال : ان اشغال الأرض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما
تقدم . وذلك عن بعض الأصحاب ، فامتناع الحجارة مع امتناع
البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض . ولم يذهب أحد هنما
الى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع الى القلع أخذا من أن وجود الأحجار
في الأرض عيب ، وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل
الرد ، وفيه وجه كما تقدم . وكان الفرق ضعف الخيار هنما ، لكون
البائع مسلطا على اسقاطه ، أو لأنه زال قبل كمال القبض ، وليس
كالعيب الزائل بعد القبض ، أو لأن هذا الزوال بفعل البائع ففيه
استدراك للظلمة ، بخلاف الزوال بنفسه .

وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله
وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفي الاجارة من سقوط الخيار ،
وبين ما تقدم من حكايته الوجهين في زوال العيب قبل الرد ، وأدعى
الأولوية في طرد الوجهين هنا ، وكذلك ابن الردي (١) قال : أرى
أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الأولى على وجهين ، بل أولى لأنه
إذا كان بعد رد العيب وجهان ، فمع بقائه أولى . وما ذكرته جواب
عنه ، وليس المصنف مختصا بذلك .

وقوله : لا اجرة لملها ، قيد لا بد منه ليتحقق عدم الاضرار ،
ولو كانت الحجارة يضر قلعها ، أو قلعها وتركها ، فقد تقدم الكلام في ذلك
فيما لا يضر في باب بيع الأصول والثمار .

وقوله : مدفونة ، يحترز عن المخلوقة . وقد تقدم حكمها . ومن
الواضحات أن فرض المسألة في حالة جهل المشتري بالحجارة .

(المطيعي)

(١) كذا بالأصل ، ولعله ابن الرفعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله ، لأنه لم يرض الا بمبيع سليم بجميع الثمن ، فلم يجبر على امسك معيب ببعض الثمن . وان قال المشتري : أعطى الأرش لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرش ، لأنه لم يبذل المبيع الا بجميع الثمن ، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن) .

(الشرح) المسألتان واضحتان ، والأصل أن كل من وجب له شيء ليس له المطالبة بغيره ، ولا يجب عليه الانتقال الى غيره . وخرج عن هذا القصاص اذا عفا عنه يجب المال ، وان كان الواجب القود عينا . وعن أحمد أن للمشتري أخذ الأرش .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ففيه وجهان (احدهما) يجوز وهو قول أبي العباس ، لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها الى المال ، وهو اذا حدث عند المشتري عيب فجاز اسقاطه الى المال بالتراضي ، كالخيار في القصاص (والثاني) لا يجوز وهو المذهب ، لأنه خيار فسخّ فلم يجز اسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة ، فان تراضيا على ذلك وقتلنا : انه لا يجوز فهل يسقط خياره ؟ فيه وجهان (احدهما) انه يسقط ، لأنه رضى بامسك العين مع العيب (والثاني) لا يسقط وهو المذهب ، لأنه رضى باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار) .

(الشرح) الوجهان في جواز التراضي على اسقاط الخيار الى بدل ، سواء أكان ذلك البدل جزءاً من الثمن أم غيره ، اتفقت الطرق على حكايتها . والجواب منسوب الى أبي العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . والمنع قال القاضي حسين : أنه المنصوص ، وقال الإمام : أنه ظاهر النص والمصنف في قوله : أنه المذهب تابع للشيخ أبي حامد وقال القاضي أبو الطيب : أنه ظاهر المذهب ، والوردى وهو الذي صححه البغوي والرافعي

وغيرهما وفيه نظر ، فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة • والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرش في مقابلة ما فات من المال ، ويسقط الى مال ، كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط ، والمعنى الأول أحسن •

وصورة المسألة اذا لم يكن مانع من الرد ، ولا تأخر مسقط ، اما بأن يجهلا غورية الخيار ، أو يكون في خيار المصراة على القول بامتداده ، أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرش لا يعد اعراضا عن الرد • ونظر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين ، خلافا لأبى اسحاق المروزي ، وقد عرفت ما فيه •

قال القاضى حسين : وقال أبو اسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابى ، حد القذف ، وحق الشفعة ، ومقاعد الأسواق ، أجوز الصلح عنها ، ومنعها سائر الأصحاب لأنها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال ، فأما اذا كان حقا مجردا فلا • انتهى •

وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها في المسائل الثلاث للفرق المذكور • ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبى اسحاق اذا خالف في المسائل الثلاث يخالف في حق الرد بالعيب ، فانه لا فرق بينهما ، أو للرد بالعيب أولى كما قدم • واكتفوا بنسبة الخلاف هنا الى ابن سريج • وانما قلت : ان المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث ، لما أشار اليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط الى المال في حال ، ولا كذلك الحقوق الثلاثة • ولأن الأرش مأخوذ في مقابلة حال نائب ولا جرم • قال القاضى أبو الطيب هنا : انه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولاً واحداً • ولم يحك خلاف أبى اسحاق مع حكايته للخلاف هنا • وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا ، فانه جعل الشفعة أصلاً مقيساً • وقول المصنف في تعليل الثانى خيار فسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل في الأصل ، وهو خيار الشرط والشفعة فان فيهما فسخ وابطال حق المشتري للتقص • لكن هذا القياس لا يكفى بدون الغاء الفرق المتقدم • والأصحاب يقولون : الأرض جزء من الثمن في مقابلة الجزء الثابت كما سيأتى ومقتضى ذلك

أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج ، فإنه ليس في مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد .

(**التفريع**) وهو مذكور في الكتاب (ان قلنا) بالصحيح ، وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك ، فان كان المشتري عالما ببطان المصالحة بطل حقه قطعا ، وان ظن صحتها ، وعليه يحمل كلام المصنف (فوجهان) حكاها الامام عن نقل العراقيين ، وتعليقها ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال وممن صححه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي حسين والبعوى والرافعى ومن التفريع أيضا أنا (ان قلنا) بجواز المصالحة سقط الخيار ، ويثبت الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع ، والا فلا ، فان كان أخذه وجب عليه رده ، ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد المال لأنه أخذ على جهة المعاوضة ، قاله البعوى ، ولا فرق في جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهبا فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلا ، قاله الجورى .

(**فائدة**) الأرش في اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء همزة ، وأرش الجراحة ديتها ، وذلك لما يكون فيه من المنازعة ، وأرشت الجرب والنار اذا أرثتهما ، والنار من بين القوم الأشد بينهم ، وأما في الشرع فقال بعضهم : هو عبارة عن الشيء المقدر الذى يحصل به الجبر عن الفأثت (وقال) الرافعى : هو جزء من الثمن نسبتة اليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة .

(**فرع**) لنا صورة يرضى المشتري فيها بالعيب ، ولا يكون له مانع من الرد اذا اطلع على ذلك في مرض موته ، ولا تنتقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين . وسنذكره عند الكلام في الأرش .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أراد أن يرد بعضه لم يجز ، لأن على البائع ضررا في تبعض الصفقة عليه ، فلم يجز من غير رضاه ، وان اشترى عيدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفرده بالرد ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه تبعض صفقة على البائع فلم يجز

من غير رضاه (والثاني) يجوز ، لأن الميب اختص بأحدهما ، فجاز أن يفرده بالرد ، وان ابتاع اثنان عبدا فأراد أحدهما أن يمسه حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفتين) .

(الشرح) هذه ثلاث مسائل ، الأولى اذا كان المبيع عينا واحدة في صفة واحدة ، فان كانت باقية في ملك المشتري فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعينين (أحدهما) تفريق الصفقة (والثاني) أن الشركة عيب ، فاذا رد النصف كان معيبا ولا يجوز رد العين اذا حدث فيها عيب ، والمنع في هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف ، وصرح القاضي حسين أنه لا خلاف فيه .

قال الامام : ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضي حسين عن صاحبه فيما اذا باع النصف ، ومع ذلك غلظه ، وان كان قد باع بعض العين لغير البائع كذلك عند الجمهور .

وقال الماوردي : ان جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقى واسترجاع حصته ، والتوقف حتى ينظر ما يؤول اليه حاله . وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبي على ، وحكاه القاضي حسين عن صاحبه كما تقدم وغلظه ، ولم يطرد الماوردي هذا في حال بقاء الجميع في ملكه ، بل جزم بالمنع .

(فان قلنا) بجواز الرد فذاك ، ويسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف . قال الامام : اذ لو قلنا : يسترجع الجميع وبقى المبيع في يده فكان مضيا الى اثبات شيء من المبيع في يد المشتري من غير مقابل ، وأورد ابن الرفعة أنه لم لا يقال يبقى الباقي بجميع الثمن ولا يسترجع شيئا ؟ ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع ، كما قاله القاضي حسين فيما اذا أبرأ من الثمن ، قلت : فالقاضي حسين وافق الامام على ما قال ، وعلل بعدم الفائدة في الرد لو قلنا : يمسك الجميع ، والله أعلم .

(وان قلنا) بالصحيح المشهور الذي جزم به المصنف انه لا يجوز

له الرد ففي حالة بقاءه كله في ملكه لا أرش له ، لأنه متمكن من رد الجميع ، وفي حالة خروجه عن ملكه ان كان بالمبيع فقد حكى الماوردي عنه في وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليلين فيما اذا باع الجميع (أصحهما) الوجوب ، وسنذكرهما في كلام المصنف في بيع الجميع بعد ثلاثة فصول ان شاء الله تعالى ، وفيما اذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرش ، وبالعنق لا يمكن ، لأنه يسرى الى الباقي وبالهبه على ما سنذكره في كلام المصنف في خروج الجميع ، فان على القول بامتناع الرد في النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام في الأرش كالقلام في تعذر الرد في الجميع ، حرفا بحرف ، والصحيح فيما اذا خرج بعضه بالمبيع هنا أنه لا رد ولا أرش .

قال الشافعي رحمه الله في المختصر : ولو كان باعها أو بعضها ثم [ردها] عليه بالعيب لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء ، ولا من قيمته من العيب .

وقال في الأم في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب : واذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة ، فباع نصفها من رجل ، ثم ظهر منها على عيب ، دله له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع ، ولا يرجع عليه بشيء من نقص العيب من أصل الثمن ، وذكر الشافعي رحمه الله كلاما أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع . فان فيه اشارة الى أن العلة كونه لم يأنس من الرد ، وهناك أذكره ان شاء الله تعالى .

وكلام المصنف رحمه الله يقتضى أنه اذا رضى البائع جاز ، ولنا في افراد احدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان (أصحهما) الجواز ، فليكن ما اقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريا على الأصح (اذا قلنا) بذلك ، فلو بذل المشتري أرش نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه ؟ يحتمل أن يأتي فيه الخلاف فيما اذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب ، وطلب الآخر الامسك وغرامة الأرش ، فان قلنا : يجاب المشتري أجبناه وأجبرنا البائع ، ومن ذلك يأتي في المسألة أوجه (أصحها) امتناع الرد الا برضاء البائع (والثاني) الامتناع مطلقا (والثالث) الجواز مع أرش التبويض (والرابع) من غير أرش ، وهو ما يقتضيه كلام صاحب التقریب والماوردي ، والوجهان بعيدان والأكثر على

ألقطع بخلافهما وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم والخلاف في جواز التبعية ، ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلي . ولا شك أن ما ذكره يظهر في المتقوم للمعنيين المذكورين .

(أما) المثلي فالحنطة ونحوها إذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبا فاراد رد بعضها ، قال صاحب التتمة : ان قلنا في العبدین يجوز فهنا كذلك والا فوجهان والفرق أن رد البعض لا يؤدي الى تجهيل الثمن ، قلت : وينبغي بناؤهما على خلاف سياأتي أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول جاز ، لأنه لا ضرر (وان قلنا) بالثاني فالصفقة متحدة ، فينبغي على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا ؟ فعلى الأول يجوز ، وعلى الثاني يمتنع ، ولا يضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لا ضرر فيه .

وقد رأيت المسألة منصوصا عليها في البويطي في آخر باب الصرف ، وقال : ومن اشترى من رجل متاعا جملة مما لا يكال ولا يوزن فوجد ببغضه عيبا يرده جميعا أو يأخذه جميعا ، وان كان مما يكال ويوزن فهو مخير ان شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقي ، وهذا صريح في الجواز ، ودال على أن المراعى الضرر ، ولو باع المشتري للمشتري بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقى عيبا . قال القاضى حسين : فالذهب أن له الرد اذ ليس فيه تبعية الملك على البائع وقيل : لا يرده (قلت) وينبغي بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول فله الرد (وان قلنا) بالثاني فتخرج على التفريق كما تقدم ، وسياأتي حكمه في كلام المصنف في بقية هذا الفصل ان شاء الله تعالى .

(فرع) لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين ، فهل لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة ، وهو قول ابن الحداد ، والأصح عند الراعى ، واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الاثنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه فعلى هذا هل يجب له الأرش ؟ فيه ثلاثة أوجه (ثالثها) ان أيس على الرد رجوع والا فلا ، وهو الأصح عند القاضى حسين ، وقد ذكر الراعى هذه المسألة عند ما اذا اشترى وكيل عن رجلين ، وسأذكر ما قاله هناك ان شاء الله تعالى .

(والثاني) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع ماله . حكاه
الرافعي .

(والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف
الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش ويخير الذي يريد الرد على اسقاط
حقه ، قاله الماوردي ، وحكاه العمراني أن أبا الطيب ذكره عن
ابن الحداد في شرح المولدات .

(المسألة الثانية) إذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة
ولها صور (احدهما) ما ذكره المصنف أن يجد العيب باحدهما ،
وهما باقياں في يده فهل له افراد المعيبة بالرد ؟ فيه قولان (أظهرهما)
عند الماوردي والرافعي ، وقال القاضي أبو الطيب والرويانى : أنه
ظاهر المذهب ، وقطع به الشيخ أبو حامد ، وهو المنصوص عليه في
الأم في كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب أنه ليس له ذلك ،
بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا ، سواء أكان ذلك قبل القبض أم
بعده وسواء أكان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام ، أو يختلف
كالعبدین والثوبين ، هكذا ذكره ، وقد تقدم عن مختصر البويطى أن
من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعض ، ومقتضى ذلك أن يجوز
افراد أحد الكرين بالرد .

(والقول الثاني) الجواز ، واختاره الرويانى في الحلية ، والقولان
عند الماوردي والقاضي أبي الطيب والغزالي والرويانى وغيرهم مبنيان
على تفريق الصفقة (ان قلنا) يفرق جاز ، والا لم يجز ، لكن قياس
هذا البناء كما قال الرافعي أن يكون قول التجويز أظهر ، وأشار الى
الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة ، ولا ضرورة الى تفريقها فلا
يفرق يعنى وليس كما اذا جمعت حلالا وحراما أو حلالين ، وتلف
أحدهما قبل القبض فان التفريق هناك ليس اختياريا ، وحاول ابن الرفعة
اثبات قول يمنع افراد المعيب بالرد .

وان قلنا : يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعي في
الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف
ما يدل له لأنه علل المنع بما يحصل من الضر بتبعض الصفقة فلم
يجز من غير رضاه . وهذا الكلام يشعر بجواز تفريق الصفقة

إذا رضى ، فالراجح أن لا يجهل ، القولان مبنيين على تفريق الصفة بل مرتبين ، بأن يقال : أن معنا تفريق الصفة معنا هنا ، والافتقار ، والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء ، فإنه قد يطلق البناء على الترتيب ويعد جعلهما قولين برأسهما أوفق لكلام المصنف ، فإنه علق قول الجواز بأن العيب أخص بأحدهما . وهذا يقتضى بمفهومه أن العيب إذا لم يختصر وكان فيهما لا يجوز الافراد مع القول بجواز تفريق الصفة . فأفاد أول كلامه وآخره أن لنا قولاً بالمنع .

وان جوزنا تفريق الصفة لأجل الضرر وقولاً بالجواز ، ومنعنا تفريق الصفة ، قلت : تفريق الصفة القهرى لا يمكن القول بالجواز مع منعه ، لأنه على ذلك القول يستحيل شرعاً . وأما التفريق الاختيارى برد أحد العينين دون الأخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان على منعه ، بمعنى أن المشتري ممنوع منه . وعلى تجويز التفريق القهرى فان أريد بالتفريق القهرى فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة . وان أريد التفريق الاختيارى فلا ترتيب ، فلا بناء ، وهما القولان بعينهما . وعلّة المصنف تقتضى عدم جريانها فيما إذا كان العيب فيهما ، وسأتعرض لذلك في بقية الكلام ان شاء الله تعالى . ثم ان النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفة ولم أذكر لفظه خشية التطويل مع ظهوره ، فهو يرد التخريج على تفريق الصفة والقول بالجواز مبني عليها الا أن يكون لنا نص في موضع آخر على الجواز ، في خصوص مسألة افراد الميعب ، ولم أقف عليه ، ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذي يقول بالجواز هنا يقول فيما إذا اشترى شقضى دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ، وقد يحتمل ذلك في شقضى دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه . قاله صاحب التلخيص .

قال الراغى : والقولان مفروضان في العبدین ، وفي كل شيء لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر ، فأما في زوجى خف ومصراعى باب ونحوهما فلا يجوز الافراد بحال ، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه (قلت) وجعله صاحب التتمة مرتباً (ان قلنا) هناك لا يجوز فهنا وجهان ، وبناهما على أصل أشار القاضى حسين إذا غصب فرد خف

قيمة الزوج^(١) عشرة فنلف في يده ورجع قيمه لأخسر إلى درهمين ، كل يضمن خمسة أو ثمانية . ان قلنا : خمسة جاز له افراد أحدهما بالزرد ، وان قلنا ثمانية فلا . واذا قلنا بالصحيح وأنه لا يجوز الافراد ، فقال المشتري : رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا . بل هو لغو ولو رضى البائع بإفراده جاز على الأصح . هكذا أطلق الرافعي الخلاف ، وينبغي اذا قلنا بجواز تفريق الصفقة أن يجوز قطعاً ، لأنه إنما امتنع لضرر البائع وقد رضى . أما اذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع ، وان رضى . ولذلك قال الغزالي : إنه أقيس الوجهين فيما اذا رضى المنع . قال : لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضى ، وما ذكره الغزالي من أنه الأقيس جار على ما قرره من البناء على تفريق الصفقة ، وقد تقدم أن الراجح عدم البناء ، وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتباً ، فكذا الأصح الجواز اذا رضى ، وهو الذى نص الشافعى عليه في كتاب الصلح .

والمشكل طريقة الماوردي فإنه قطع بالجواز اذا رضى البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة ، ولو أراد رد السليم والمعيب معا على هذا القول المانع من الافراد جاز ، قال الامام : لم يختلف العلماء فيه ، وعلى القول الاخر الجوز للافراد (الأصح) الجواز ، وفيه وجه حكاه الامام والغزالي في الوسيط أنه لا يردهما الا اذا كانا معينين ، وضعفه الرافعى . وحكى ابن يونس أن الغزالي قال : (اذا قلنا) لا يرد يطالب بالأرث ، وتعتبر القيمة يوم العقد ، واعترض الناس عليه بأنه ليس في الوسيط - الا فيما اذا تلف أحد العبدین - والأرث يتعين في مسألة التلف بخلاف هذه المسألة اذ يمكن .

(قلت :) وهو كذلك ولا اتجاه لما قاله ابن يونس . نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول انه لا يردهما الا اذا كانا

(١) اذا اراد الشارح زوجين فانه لا يقال في الفردين مجتمعين زوجا قال تعالى : «ثمانية أزواج» ولم يذكر الا اربعة اصناف فيكون اسم الفرد زوجا واسم الاثنين زوجين . واذا اراد واحدا على مذهب صاحب القاموس ان الزوج خلاف الفرد ، وفي الصباح : زوج نعال اثنين وزوجان اربعة ، وفي الوسيط : الزوج كل واحد معه آخر من جنسه . (الطبعي)

معيين يقول : انه لا يرد الميعب وحده اتجه عنده طلب الأرش ، لكنه ينفيه قول الامام فيما اذا معنا الافراد : انه لم يختلف العلماء في جواز رد الجميع ، فتعين أن يكون الوجه الذى فى الوسيط بمنع ردهما تفريرا على جواز رد أحدهما وحينئذ لا وجه لطلب الأرش لامكان الرد . ولو أراد رد السليم وحده قطع الماوردى بأنه لا يجوز . وقال ابن الرفعة : انه لا خلاف فيه ، لأنه انما يجوز تبعا ، وقد فقدت النبتية ، والله أعلم . واذا جوزنا الافراد فرده اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف . وقد تقدم من الامام تعليقه واعتراض ابن الرفعة عند الكلام فى العين الواحدة .

(فرع) قال أبو حنيفة رضى الله عنه بالجواز فيما بعد القبض ، ووافق فيما قبله . واحتج من نصر قوله بأنه تم العقد فيهما ، وانفرد أحدهما بسبب الخيار ، وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبيدين واشترط فى أحدهما خيار الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض ، أو وجد العيب فيهما ، أو كانا مصراعى باب زوجى خف ، أو مما تتساوى أجزاءه مثل كرين من طعام فان أبا حنيفة رحمه الله قال فى هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه .

والجواب على شرط الخيار فى أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضى بالتبعيض لما شرط ، وبأن وصف تمام العقد لا تأثير له فى الأصل ، لأنه يجوز أن يرد الذى شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده . فهذا الكلام فى ظهور العيب باحدى العينين وهما باقيتان ، وهى مسألة الكتاب ، على أن اطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التى سنذكرها . وهى اذا كان السليم تالفا ، فان كان الأول وهو الظاهر ، فالأظهر من قولى الكتاب الأول ، وهو أنه لا يجوز الافراد وان كان الباقي (١) الأولى المنع وفى الثالثة الجواز كما (٢) ويرجح حمل كلام المصنف على

(١ ، ٢) بياض بالأصل فحرر ، قلت : ولعل صورة المسائل هكذا : « وان كان الباقي تالفا فان الأولى المنع ، وفى الثالثة (١) الجواز كما قال المصنف » .

(١) والثالثة هى ما اذا كان الباقي سليما فيجوز له والا فان الأبقاء على السليم (المطيمى)

العموم (١) القولين في الصورتين أن القاضي (٢) في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب (٣) سنذكره (٤) .

(الصورة الثانية) وجد العيب بهما جميعا ، وهما باقيا ن فله ردهما قطما ، وفي افراد أحدهما بالرد القولان السابقان . هكذا قال القاضي حسين والامام والرافعي وغيرهم . وقد تقدم التنبيه على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع في هذه الصورة ، وان كان ساكتا عن التصريح بها ، ولا تسك أن الشيخ أبا حامد رحمه الله يقطع هذا بطريق الأولى ، وانما النزاع في جريان الخلاف عند غيره . وقد نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الافصاح أنه لا يجوز افراد أحدهما بالرد اجماعا كالطعام الواحد .

(قلت :) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعي رحمه الله تقدم في المكيل والموزون أنه يرد بعضه على ما إذا كانا باقيين ، فأولى بالجواز لتعذر ردهما ، فمن جوز هناك فهنا أولى ، ومن منع هناك اما قطما كالشيخ أبي حامد وغيره حكاية القولين ، وبنوهما على تفريق الصفة ، ان قلنا : يفرق جاز والافلا ، والبناء هنا ظاهر ، والمراد بالتفريق المبنى على التفريق القهري ان منعه امتنع هنا ، وان جوزناه جاز لوجود الضرورة ، ومقتضى هذا البناء أن يكون قول الجواز هنا أظهر ، والرافعي رحمه الله اقتصر في باب تفريق الصفة على ترتيب الخلاف ، وأولوا به الجواز ، وليس في ذلك بيان الأصح .

وأعاد المسألة في باب الرد بالعيب ، ولم يتعرض لحكم رد الباقي هل يجوز أو لا ، وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز ، لكن النص الذي سنذكره عن البويطي والنص الذي سنذكره عن اختلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه ، وهو ما يقتضى كلام الماوردي أنه

(١ - ٤) بياض بالأصل فحرر : ولعل صورة المسائل هكذا : « ويرجح حمل كلام المصنف على العموم وفي كلا القولين في الصورتين أن القاضي حسين في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما ، وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب الذي سنذكره أن شاء الله تعالى » . هذا ما الهمني الله تعالى من تقديم العبارة والله أعلم سبحانه .

(الطيمي)

الأصح ، ولعل الأصح عند الماوردي امتناع تفريق الصفقة ، والمراد بالتلف اما حسا واما شرعا ، فان جوزنا الافراد رد الباقي ، واسترد من الثمن حصته بلا خلاف ، وقد تقدم تعليقه عن الامام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدین سلیمین وتقویمهما ویسقط المسمى على القيمتين . فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى المشتري ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع فالأظهر عند القاضي أبو الطيب والرافعي والمصنف حيث ذكر في باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه . أما بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به . وهذا القول نسبة القاضي أبو الطيب والرافعي الى نصه في اختلاف العراقيين (والثاني) أن القول قول المشتري لأنه تلف في يده فأثبته الغاصب مع المالك اذا اختلفا في القيمة كان القول قول الغاصب الذي حصل اهلاک في يده ، وهذا القول في اختلاف العراقيين أيضا وقد رأيتهما فيه . ولكن هل هما تفريع على جواز الافراد أو على منعه ؟ فيه نظر سأنبه عليه في آخر الكلام . والاعتماد في حكايتهما هنا على نقل الأئمة . وقد اقتصر الرافعي رحمه الله وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن ، ولم يتعرضوا لشيء آخر . ولا شك أن التالف اذا كان معيبا أيضا يجب الأرش عليه لتعذر رده ، كما يجب الأرش اذا تلف المبيع كله وتبين عيبه ، وانما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان .

وان لم يجز الافراد فقولان فيما حكاها القاضي حسين وطائفة (ووجهان) فيما حكاها آخرون واقتضى ايراد الرافعي والنووي ترجيحه (أصحهما) عند الرافعي وغيره وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب في تعليقيهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لأن الهلاك أعظم من العيب ، ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد . وهذا هو الذي نقله الربيع في مختصر البويطي ، فعلى هذا ان اختلفا في قيمة التالف عاد القولان لأنه في صورتين يرد بعض الثمن ، الا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقي ، وعلى هذا القول يرد أرش العيب ، وهل النظر في قيمة التالف في صورتين الى يوم العقد أو يوم القبض ؟ فيه الخلاف الذي في اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم ، وسيأتي ان شاء الله تعالى (والأصح منه) اعتبار أقل القيمتين .

(والوجه الثاني) أنه يضم قيمة التالف الى الباقي ويردهما ويفسخ العقد . قال الرافعي وهو اختيار القاضي أبي الطيب ، واحتج له بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر المصراة برد الشاة بدل اللبن الهالك .

(قلت :) ولم أر ذلك في تعليقة القاضي أبي الطيب ، بل الذي فيها أنا اذا قلنا لا يرد رجع بالأرث كما تقدم عنه ، ولم يحك فيه خلافا ، وأنا ان قلنا له رده فيرده بحصته من الثمن .

قال : وقال بعض أهل خراسان : العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقي وقيمة التالف ، ويسترجع كما في المصراة ، قال القاضي أبو الطيب : وهذا خطأ ، ويخالف نص الشافعي ، لأنه نص على ذلك في اختلاف العراقيين ، وقال : يرجع الى حصته من الثمن ، ثم فرغ عليه ، وذكر الاختلاف ، فالعجب من الرافعي رحمه الله ، الا أن يكون القاضي أبو الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت ، لكنه جعله مفرعا على القول بالرد ، وحكاه الامام وغيره وجعله الغزالي والرافعي رحمهما الله مفرعا على قول المنع كما تقدم .

ولا تتأني بينه وبين ما فعله أبو الطيب ، فان أبا الطيب يقول : (ان قلنا) لا يرده أى أصلا يرجع بالأرث (وان قلنا) يرده فهل يفرده ؟ أو يضم معه قيمة التالف ؟ فيه وجهان وهؤلاء يقولون : (ان قلنا) يفرده استرد القسط ، والا فهل يمتنع عليه الرد ، أو يضم معه قيمة التالف ؟ (فيه وجهان) هالكلامان راجعان الى معنى واحد ، وانما النزاع في نسبة الرافعي القول المذكور الى اختيار أبي الطيب ووافق الرافعي على ذلك ابن الرثعة وزاد ابن الرثعة أن ابن الصباغ نقل القولين في ذلك ، أعنى في ضم قيمة التالف الى الموجود كما حكاها الامام وغيره ، ولم أر ذلك في الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم الذي عرض للرافعي وتبعه هو عليه في النقل عن أبي الطيب .

قال ابن الصباغ قال : حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال : وهذا هو السنة لحديث المصراة . فلعن الرافعي ظالم ذلك وظن أن الضمير في قال لأبي الطيب وانما هو لبعض أهل

خراسان بينه ما في تعليق أبي الطيب ، وقد تقدم الرافعي في ذلك
العمرائي فنقل المسألة في الزوائد من الشامل . وزاد فقال : وقال
القاضي : هذا هو السنة . قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح [أنه]
هو القاضي ، وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له ، وبالجمله فالقول
بمنصوص عليه في البويطي لأن في مختصر البويطي : ولو اشترى
ثوبين في صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبا فله
أن يرد القائم وقيمة التالف ، ويرجع بأصل الثمن الذي أعطاه ، فإن
اختلفا في القيمة فالقول قول البائع ، من قبل أن الثمن كله قد لزم
المشتري ، وهو يريد اسقاط الشيء عنه لما يدعى من كثرة قيمة
العائب ولا أقبل دعواه .

قال الربيع : وله قول آخر : إذا اشترى شيئين في صفقة
واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبا لم يكن له الى الرد سبيل
من قبل أنه كان له أن يرد الشيء كما أخذ ، فلما لم يرده مثل ما أخذ
كان لا رد له وليس أن ينقص عليه ما اشترى منه ، ويرجع عليه
بقيمة العيب الذي وجده في الثوب الباقي ، فهذا الكلام الذي في مختصر
البويطي يقتضى اثبات قولين :

(أحدهما) يضم قيمة التالف الى الباقي ويردهما .

(والثاني) يمتنع الرد ويرجع بالأرش ، وهما هذان القولان اللذان
فرعناهما على عدم جواز الافراد . فهما متعاضدان في منع الافراد
كما قدمت لك أولا .

وقد تأملت نصه في اختلاف المراقبين فلم أجده صريحا في الرد
واسترجاع القسط . وانما قال : إذا اشترى ثوبين صفقة واحدة
فهلك أحدهما في يده ووجد بالثاني عيبا واختلفا في ثمن الثوبين فالقول
قول البائع مع يمينه ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري . والمشتري
ان أراد رد الثوب يرده بأكثر الثمن ، أو أراد الرجوع بالعيب رجع
به بأكثر الثمن . ولا نعطيه بقوله الزيادة . قال الربيع : وفيه قول آخر
أن القول قول المشتري من قبل أنه المأخوذ منه الثمن . قال الشافعي

رحمه الله : اذا اشتري شيئين في صفقة فهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبا فليس الى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لأنه اشتراها صفقة . فليس له أن ينتقضا .

(قلت :) وهذا هو معنى ما في البويطي وليس فيه زيادة عليه الا القول الآخر الذي حكاه الربيع أن القول قول المشتري وآخر كلامه المذكور صريح في عدم الرد . وأول كلامه فيه احتمال لما قاله أبو الطيب . وما قاله في مختصر البويطي . وانما احتجت الى ذلك لقول القاضي أبي الطيب انه قال : يرجع الى حصته من الثمن . وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق . والقاضي أبو الطيب نقله عنه بلفظ آخر صريح في التفريق . فلعل له في اختلاف العراقيين نصا آخر . وأبدى ابن الرفعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين :

(أحدهما) أنا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق فكيف يرد به ؟ وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله القاضي أبو الطيب ، ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ اعتراضا عليه لكنك قد عرفت فيه النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق . ولو ثبت ذلك فالعذر عن أبي الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا على منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر ، بل انما قال : اذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فاذا نقل عن الشافعي رحمه الله أنه قال : مع الرد يسترجع القسط ، يكون ذلك ردا على من يقول : لا يسترجع القسط ، بل يضم القيمة عن التالف ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا .

(والوجه الثاني) من اعتراض ابن الرفعة على أبي الطيب أن اختلاف العراقيين قليل : انه من القديم ، وهذا بعيد لأن ذلك من رواية الربيع (١) عن الشافعي رضي الله عنه ، وان فرعنا على هذا الوجه

(١) والربيع بن سليمان المرادى وكذا الجيزي كلاهما من رواية الجديد ورواة القديم هم الكرابيسي والزعفراني وأبو ثور واحمد بن حنبل رضي الله عنهم اجمعين .
(المطبعي)

وأنه يضم قيمة التالف الى الباقي ويردها فاختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه حصل التالف في يده وهو الغارم ، وبه جزم القاضى حسين مع حكاية القولين في الصورتين الأوليين ، قال : وكل موضع كان الغارم هو المشتري فالقول قوله ، وكل موضع كان الغارم هو البائع فعلى القولين ، وفي التتمة حكاية وجه آخر أن القول قول البائع لأن المشتري يريد ازالة يده عن الثمن المملوك له وذكر في الروضة أنه شاذ .

(قلت) في مختصر البويطى بعد أن قال : انه يرد القائم وقيمة التالف ، قال : فان اختلفا في القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري ، وهو يريد اسقاط الشئ عنه لما يدعى من كثرة قيمة الفائت ولا أقبل دعواه ، وهذا يدل على الوجه الذى قاله في التتمة بل هو هو ، والقيمة هنا معروفة واعتبارها بيوم التالف على الأصح فليس كما تقدر على القدر الآخر حيث يعتبر أهل الثمنين على الأصح . أشار اليه الامام في باب التخالف .

(فرع) اذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقي قطعاً ، ويرجع بأرش التالف .

(فرع) لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقد جمع الراعى بين ذلك وبين ما اذا كان أحدهما تالفاً ، وجزم به الشيخ أبو حامد هنا أيضاً بامتناع الرد ، لأنه لم يحصل اليأس من الرد ، وقد تقدم فيما اذا كان المبيع واحداً وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع رد الباقي فاشتكرت صورة التالف وصورة البيع في الترتيب ، على ما اذا كانا باقيين كما قال الراعى رحمه الله ، لكن الصحيح في الأولى الجواز ، وفي الثانية المنع ، وهذا الذى ذكرناه اذا باع أحدهما وكانا معيين أو باع الصحيح ، وبقي العيب .

(أما) لو باع المعيب وبقي الصحيح فلا يرد الباقي الآن قطعاً ، والكلام في الأرش على ما مر وتحقيق الصحيح في ذلك يتوقف على

تحقيق العلة فيما اذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره ؟ وسيأتى ان شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول .

(فرع) استثنى صاحب التلخيص من وجوب الأرش على القول بمنع الأفراد مسألة واحدة وهي أن يكون قد باع أحدهما ، قال : ينظر ، فان كان صحيحا لم يدلس فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب ، وان كان معيبا ففى هذا الوجود قولان (أحدهما) يرجع بنقصان العيب ، والآخر ليس له الرجوع .

(قلت) اعل مراده ان كان المبيع صحيحا من عيب حادث عند المشتري ولم يدلس فيه على المشتري الثانى لشيء حدث عنده فليس له الرجوع بالأرش لعدم اليأس من رجوع المبيع اليه ، ويردهما معا ، وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد ، وهو يجيء على المذهب على ما سيأتى خلافا لأبى اسحاق وان كان معيبا بعيب حدث عنده ففى رجوعه بأرش العيب فى الثانى قولان ، كما لو تلف أحدهما أو اعتقه بناء على تفريق الصفقة .

(فرع) بما ذكرناه يتبين أن الخلاف فى الجميع ، ولكنها مراتب ففى العبدان اذا كان أحدهما تالفا ، الجواز قوى جدا ودونه اذا كان أحدهما معيبا ، والخلاف فيه قوى أيضا ، وان كان الأصح فيهما المنع ، ودونه اذا كانا باقيين فى ملكه ، والعيب بأحدهما ودونه اذا كانا باقيين ، والعيب بهما ودونه فى العبد الواحد اذا باع بعضه ، ودونه فى العبد اذا كان كله باقيا فى ملكه ، فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح الا فى الأولى .

(فرع) حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه ، قال صاحب التلخيص : وينبغى أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث ، فيصير كما لو لم يكن نقص .

(فائدة) أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدان باعتبار قيمتهما والرافعى فى هذا الباب قدا باعتبار قيمتهما الى سليمين ،

ولا يفتأى غير ذلك اذا كان المشتري جاهلا بالعيب ، فانه انما بذل الثمن على ظن السلامة ، ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك الى خبط وفسناد دل عليه الامتحان ، فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الرافعى هنا وهى فائدة عظيمة نافعة فى مسائل :

(منها) فى الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل .

(ومنها) فى المراجعة اذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن بوصف السلامة ، ويجبر بالعيب الذى ظهر له ، ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب .

(ومنها) مسألة تقدمت فى الربا فى الصرف ، اذا باع دينارين بدينارين فخرج أحدهما معييا اختار القاضى أبو الطيب وجماعة البطلان ، لأنه تبيين أنه من قاعدة مد عجو ، وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله فى ذلك الباب ، وانتدبت له مأخذا بعيدا ، وبهذه الفائدة هنا يترجح ، فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فيه ، ويقوى على أى طالب لأن الفساد فى قاعدة مد عجو من جهة التوزيع ، والتوزيع ههنا لا يقتضى المفاضلة اذا وزع باعتبار السلامة ، وانما يقتضى اذا وزع عليها باعتبار العيب .

(ومنها) فى تفريق الصفقة فى الدوام اذا تلف أحد المبيعين قبل القبض .

(ومنها) فى غير ذلك ، ولا تتخفى الفروع بعد بيان القاعدة ، وهى قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها فى مسائل كثيرة فى أبواب متعددة .

(فرع) لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد ، لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا ، وانما صح الفسخ

في التالف تبعاً ، قاله القاضي حسين ، وإنما ذكرته وإن كان واضحاً لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المعيب في الصفقة التي شملته ، وليس لتكلف المبيع جملة إذ لا مورد أصلاً . فذلك نبهت عليه .

(المسألة الثالثة من مسائل الكتاب) إذا اشترى اثنان من واحد عينا ووجد بها عيباً وأراد أحدهما أمسك حصته والآخر رد حصته ، جاز على القول الظاهر المنقول عن نصح في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة ، وبه قال أحمد ومالك في رواية ، وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى . ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، وهو الأصح ، ووجهه بأنه رد جميع ما ملك مجازاً كالمشتري الواحد . قال الشافعي رحمه الله تعالى في المختصر : ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل تجارية عيباً فأراد أحدهما الرد والآخر الإمساك فذلك لهما ، لأن المعهود في شراء الاثنين أن كل واحد منهما يشتري النصف بنصف الثمن . انتهى .

(والقول الثاني) ويحكى عن رواية أبي ثور عن القديم وقال أبو داود : انه مرجوع عنه . وبه قال أبو حنيفة انه ليس له الانفرد بالرد ، لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملاً والآن يعود اليه بعضه ، وبعض الشيء لا يشتري بما يخصه من الثمن لو بيع كله ، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا : خرج عن ملكه مجتمعاً أو صفقة واحدة . ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وإن تعدد المشتري متحدة على ما قاله الامام ، لكن الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة ، وبذلك منعوا من قال : خرج عن ملكه صفقة . ومنعوا أيضاً من قال : خرج مجتمعاً أشار المصنف رحمه الله في استدلاله من قوله : ان البائعين فرق الملك في الأيجاب . أي فلم يخرج مجتمعاً . وأما من قال : كلامك أن أريد بصفة الكمال فهي معنى ، وان أريد التأكيد فلا يفيد . ومن هنا تعلم أن المصنف رحمه الله جازم بأن الصفقة متعددة .

وأعترض القائلون باتحادها وامتناع الانفرد بالرد ، ما لو قال : بعنكما هذا المد بالثمن ، فقال أحدهما : قبلت نصفه بنصف الثمن ،

وبما اذا أحضر أحدهما نصف الثمن وأراد إجبار البائع على تسليم نصف العبد ، وبأن الشركة عيب . وأجاب الأصحاب عن الأول بأن عندنا في المسألة وجهين (أحدهما) يصح وهو الذي جزم به القاضي أبو الطيب وجماعة من العراقيين ، وأنه يلزم البيع في حقه سواء قبل صاحبه أو رده ، وقيل ان للشافعي رحمه الله نصا في الخلع يشهد له وقال الامام : انه الأظهر في القياس ، ورجحه الروياني في الحلية (والثاني) وهو الأصح عند طائفة منهم الرافعي ، وهو الأظهر في النقل على ما قاله الامام لا يصح (وان قلنا) بالتعدد فان صيغة ايجاب البائع تقتضى جوابهما ، فكانها مشروطة بأن يجيباه معا ، فليس ذلك من حكم العقد ، وانما هو من مقتضى اللفظ عرفا . وفي هذا نظر من جهة أن اشتراط ذلك يقتضى الفساد .

وعن الثاني أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه ، وسيأتى ذلك في كلام المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

وعن الثالث بأن البائع هذا الذي شرط بينهما ، فلم يكن هذا العيب حادثا في يد المشتري ، وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك ، وان كان الكل صحيحا . وقوله كما لو باع منهما في صفتين ، أى متعددين لفظا ، فان هذه متعددة حكما لا لفظا .

وقال القاضي حسين : الأولى أن يفرض الكلام فيما لو مات أحد المشتريين والبائع وارثه ، أو عاد الى البائع نصيب أحدهما بالبيع أو بالهبة كى يسقط على كلامهم أن الشركة عيب ، ووافق أبو حنيفة رحمه الله على أنه اذا اشترى رجلان شقفا من واحد ، فللشفيح أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة . وهذا الذي التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور .

وقال أبو الظفر ابن السمعاني : ان هذه طريق سقيمة لا يمكن تمثيبتها ، ومن اعتمد عليها فلضعفه في المعاني ، لأن قوله : بعث منكما

في جانبه كلمة واحدة . نعم في جانب المشتري هي بمنزلة عقدين ولو جاز
ان نجعل عقدين لتعدد المشتري لجاز ذلك لتعدد الجميع .

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة ، لكن يجوز
لأحدهما أن يرد ، لأن الخيار ثابت لهما ، وهو حق مشروع ؟ فيمكن
من استيفائه على وجه لا يؤدي إلى تفويت وأسقاط بعدم مساعدة
الأخر له . وأجاب عن كون الشركة عيبا بأن التي كانت بين المشتريين
قد زالت ، والتي وجدت بين البائع والمشتري إنما وجدت بعدم الرد ،
والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده إلى ملك البائع ، ثم الشركة تثبت
باختلاف الملك فلا يكون العيب الذي هو معلول الرد سابقا لعلته ، وما قاله
أولا لا يمكن تمثيته ، فإن من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشتري المين
الواحدة مستقل بالرد ، وليس كذلك لما سيأتى إن شاء الله تعالى ،
وما قاله ثانيا وإن كان محتملا فيمكن الانفصال عنه . وقد ظهر لك
بما تقدم أننا إن قلنا باتحاد الصفقة منعنا أفراد أحدهما بالرد
(وإن قلنا) بالتعدد فقولان (أحدهما) المنع لضرر التبعض ، هذا
إذا نظرت إلى التعدد والاتحاد أولا فلك أن تجعل القولين أولا في
الأفراد فأحرزنا ، فمن ضرورته تجويز التفريق ، وإن منعنا الأفراد
هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعض ؟ وإن كانت الصفقة متعددة
ففيه وجهان ، وهذه الطريقة أوفق لكلامهم ، والأصح من الوجهين الثاني
لما سيأتى من كلام البويطي .

التفريع على هذين القولين أن جوزنا الأفراد ، فأنفرد أحدهما
فتبطل الشركة بينهما ، ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد ،
أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد . حكى القاضي
المأوردى فيه وجهين ، قال الرافعي : أصحهما أولهما . قلت والوجه
الثاني بعيد جدا ، وكيف يقال إن نصف العبد الذي أمسكه الممسك يكون
بينه وبين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئا ، وكيف يقال إن نصف
الثلث الذي استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئا ؟
ووجهه المأوردى أنه لم يكن بينهما قسمة . وهذا توجيه ضعيف ،
لأن ذلك يكون في المين لا في المشاع ، فإن النصف المشاع المرود
مختص بالراد قطعا ، وحمله ابن الرفعة على ما إذا كان الثلث مشتركا

بينهما ، وهذا الحمل قد يقال : انه يصح معه الاشتراك في المسترد من الثمن ، أما بقاء الشركة في نصف العبد الباقي فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة في المسترد من الثمن أيضا لأن الثمن الذي كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه في نصفه الشائع المختص بالراد بحكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما ، وليس للممسك فيها حظ ، ونصفه الشائع لم ينقض الملك في شيء منه .
فلا وجه لهذا الوجه أصلا .

نعم : قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شذوذ في جواز رد بعض العين الواحدة ، فعلى ذلك اذا قال الراد : رددت النصف ولم يعين أنه نصفه ، وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الاشاعة كما هو في العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد في نصف نصيبه ، ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا لعدم صحة الرد في نصيب شريكه ، بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه ، ويسترد الراد ربع الثمن ، وبالجملة فهذا الوجه الى الغلط أقرب . ومن التفرع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبويض الى ما يرد ، لأن البائع الذي أضر بنفسه ، قاله الامام .

وان معنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبويض (أما) ما لا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبويض أو اتحاد الصفقة ، فعلى الأول يجوز وعلى الثاني يمتنع وهو الذي جزم به القاضى حسين ، والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول ، والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الراعى والامام ، وقد تقدم عن نصه في البويطى جواز ذلك في المشتري الواحد ، ففى المشتريين أولى ، ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه ، وجعل ان اشترى اثنان عبدا ، ولفظ مختصر المزني شاهد له ، ونقله بعضهم عن المختصر سلعة مكان جارية ، فيكون شاهدا للنسخ المشهورة ، ويكون كلام البويطى الذى حكاه مفيدا لذلك .

وهذا اذا لم يقسماه ، فان اقتسماه فكذاك عند الامام ، وفيه فرض المسألة وبناه القاضى حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف

في القسمة ان قلنا افراز (وان قلنا) بيع فكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه . هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضي ، ولم أره في تعليقه هكذا ، لكنه لو قال فيما لو اشترى مئاعا كنصف عرصة ثم قاسم المبيع ثم وجد عيبا قديما ان قلنا القسمة افراز له الرد ، والا قلا ، كما لو باع بعض المبيع ، قال : وفيه نظر .

(قلت :) أما البناء على أن القسمة افراز أو بيع فمتجه متعين (وأما) منع الرد اذا قلنا : انها بيع فيما اذا قاسم البائع فمشكل على القاضي حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما اذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغي أن يكون هنا ، الصحيح الرد على البائع اذا قاسمه على القولين ، وذكر القاضي في الفتاوى اذا اشترى شقصا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبا قال (ان قلنا) القسمة افراز له الرد (وان قلنا) بيع فهو باع نصف ما في يده بنصف ما في يد شريكه . غيرد النصف الذي يملك من الشريك عليه ، فاذا رد يعود اليه النصف الذي يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب ، والا يبطل حقه ، لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك ، قال : وعلى هذا لو اشترى عبدا بذراهم ، وباعه بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا فرده واسترد العبد وبه عيب قديم ، فان كان قد علم به وهو في يد المشتري الثاني له أن يرد ، لأنه قصد رد الثوب ، والعبد عاد لا باختياره ، وفيه وجه أنه لا يرد ، لأنه برد الثوب اختار ملك العبد معيبا .

(قلت :) هكذا قال القاضي ، وهو على رأيه الذي سنذكره فيما اذا باع العيب ثم اشتراه عالما بعيبه أنه لا يرده على الأول ، والصحيح خلافة ، ولو أراد الممنوع من الرد الأرش . قال الامام : ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الآخر بأن اعتقه وهو معسر فله أخذ الأرش ، وان لم يحصل نظر ان رضی صاحبه بالعيب فبيني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضعه الى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن ، هل يجبر على قبوله كما في مسألة النعل ، وفيه وجهان (ان قلنا) لا ، أخذ الأرش (وان قلنا) نعم ، فكذا في أصح الوجهين ، لأنه توقع بيعه ، وان كان صاحبه غائبا لا يعرف الحال ففي الأرش وجهان عن حكاية صاحب التقريب من جهة الحيلولة الناجزة .

وقد بقي مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف .

(منها) اذا تعدد البائع ، كما لو اشترى واحدا عينا من رجلين ، فله رد نصف المبيع على أحد البائعين ، وقاله القاضي حسين وغيره ، فان الصفقة تتمدد بتعدد البائع قطعا ، ووافقه أبو حنيفة رحمه الله فيه ، ولو اشترى واحد شقمتين من رجلين فهل للتشيع أن يأخذ نصيب أحدهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم للتعدد (والثاني) لا ، للضرورة . قاله أبو حنيفة رحمه الله ، وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما اذا تعدد المشتري . قال القاضي حسين : فمذهب أبي حنيفة في الشفعة على عكس مذهبه في الرد بالعيب .

(ومنها) اذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجل عينا من رجلين فهو في حكم أربعة عقود . وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك . فله أن يرد نصيب أحد البائعين . وكذلك لصاحبه ، قال القاضي حسين وغيره . ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبدا لكل واحد من الثلاثة أن يرد ببيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة ، لأن حكمها حكم العقود التسعة ، قاله المساوردي .

(ومنها) اذا تعدد المعقود عليه والعاقد معا بأن اشترى رجلان عبيدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبيدين على كل واحد من البائعين ، وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين في تفريق الصفقة في الرد . هكذا قال القاضي حسين .

وقال أيضا في الصورة المذكورة بعينها في هذا الموضع بعينه : هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين . هكذا رأيت في النسخة ، وكأنها غلط ، والصواب أن يقال على البائعين اسقاط أحدهما فان كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما ، والتحقيق في ذلك أن يقال : لهما رد العبيدين على البائعين قطعا ، ورد نصفهما على أحد البائعين قطعا ، وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين ، أو ربعهما على أحد البائعين ؟ فيه الخلاف ههنا اذا اشترى اثنان من واحد ، وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما

على أحد البائعين على قولى التفريق فيما إذا اشترى عبدين من واحد ،
هذا إذا كان كل من العبدین مشاعا بين البائعين •

(ومنها) إذا كان أحد العبدین لهذا ، والآخر لذاك ، وجمعا
بينهما في الصفقة وجوزناه على أحد القولین ، فهل له رد أحد العبدین
بالعيب ان جوزناه فيما إذا كانا لواحد فهنا أولى والا فوجهان ،
والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته ، قاله القاضى حسين ،
وقد تقدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحد
البائعين ، فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد •

(ومنها) إذا اشترى رجل عبدين من رجلين مشتركين بينهما ، فله
أن يرد على أحدهما نصفى العبدین ، وليس له أن يرد نصفى العبدین
عليهما ، ولو أراد رد نصف أحد العبدین على أحدهما فعلى قولین • ولو
أراد رد ربع العبدین عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال • قاله القاضى
حسين • قال : والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو
الشر وجهان •

(ومنها) اشترى اثنان عبدين من واحد فحكهما ظاهر فيما تقدم
أنهما^(١) رد العبدین قطعاً ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح
كأحد المشتريين الواحد ، وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح
كأحد العبدین مع المشتري الواحد ، ولم أرها مسطورة •

(فرع) جملة المسائل المذكورة ترجع الى ثمانية أقسام ،
أن يتحد الجميع • أو يتعدد المبيع فقط أو المشتري فقط • وهذه الثلاثة
مذكورة في الكتاب ، أو يتعدد البائع فقط أو البائع والمبيع • أو البائع
والمشتري • أو المبيع والمشتري أو يتعدد الجميع • ووجه أنه
أما أن يتعدد الجميع أو يتحد الجميع • أو يتحد واحد فقط أو يتعدد
واحد فقط • وفي كل من القسمين الآخرين ثلاثة •

(١) كذا في ش و ق والراجح لضبط السياق : « أن لها رد ... »
(المطعمي)

(فرع) لو اشترى شيئا واحدا في صفقتين نصفه بصفقة
ونصفه بصفقة أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحد
النصفين بالعيب دون الثاني بلا خلاف لتمدد الصفقة .

(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه
أو كان عن كل واحد وكيل واحد . أما إذا عقد بالوكالة وحصل
التمدد في الوكيل أو في الموكل . فهل الاعتبار في تمدد العقد واتحاده
بالعقد أو المعقود له ؟ فيه أوجه (أصحها) عند الأكثرين أن الاعتبار
بالعقد ، وبه قال ابن الحداد ، لأن أحكام العقد تتعلق به وخيار
المجلس يتعلق به دون الموكل ، ويعتبر رؤيته دون رؤية الموكل .

(والثاني) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل . قاله أبو زيد
والخضري ونسبه بعضهم إلى أئمة العراق . وهو الأصح في الوجيز .

(والثالث) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعقد .
قاله أبو اسحاق المروزي ونسبه الروياني إلى القفال . والفرق أن
العقد يتم في الشراء بالباشر دون المعقود له . ولهذا لو أنكر المعقود
له الأذن في المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع . قال
الامام رحمه الله : وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل في الشراء في
الذمة فإن وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع .

(والرابع) قال في التتمة : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل ،
وفي البيع بهما جميعا ، فأيهما تمدد تعدد العقد اعتبارا بالشخص
المشفوع ، فإن العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع ، ولا يتعدد
بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقما لاثنين ، فللشفيع أخذ
حصة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقما لواحد لم يجز
للشفيع أخذ بعضه ، وفي جانب البيع حكم تعدد الوكيل ، والموكل
واحد ، حتى لو باع وكيل رجلين شقما من رجل ليس للشفيع أخذ
بعضه ، وإذا ثبت ذلك في الشفعة ثبت في سائر الأحكام .

قال صاحب التتمة : وهذا أبعد الطرق ، لأن في باب الشفعة

يأخذ من المشتري فإذا أخذ نصف ما في يده أضر به ، وههنا يرد على
البائع ، فإذا تعدد البائع ورد على أحدهما ما كان له لم يتضمن
ضرا ، وإذا تعدد الوكيل واتحد البائع فرد عليه نصف ماله
تضمن ضرا ، وهذا الذي قاله صاحب التتمة صحيح ، ومدرك الشفعة
غير مدرك هذا الباب ، ولذلك نقول في الشفعة : ان الصفقة تتعدد
بتعدد المشتري جرما ، وفي البائع خلاف عكس ما في هذا الباب ،
فقى كل باب ينظر الى المعنى المختص بذلك الباب .

(والخامس) إذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل ،
وان كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد ، وهذا بالعكس مما قاله
أبو اسحاق حكاه القاضي حسين في تعليقه ، وهو مغاير لما حكاه
صاحب التتمة ، فهذه خمسة أوجه في تعدد الصفقة واتحادها إذا جرت
بوکالة ، ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما اذا وكل رجلان رجلا فاشترى
لهما عبدا .

قال : وقال القفال : ان كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فأحدهما
أن يرد نصيبه وان كان البائع يعتقد أنه يشتري لنفسه أو اعتقد
أنه وكيل لواحد فليس لأحدهما أن يرد النصف ، وهذا ليس وجها
سادسا في التعدد والاتحاد ، بل تفريع على القول بالتعدد ، وهكذا
يقتضيه كلام القاضي حسين وغيره ، وعلى هذا مأخذه رضا البائع
بالتبعض وعدمه ، وهو من نص الشافعي رحمه الله في الرهن اذا اشترى
رجل له ولشريكه عبدا ورهن الثمن عينا مشتركة ، ثم وفر أحد
الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين ،
وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه ؟ .

قال الشافعي رحمه الله : ان كان البائع عالما بأنه مشتريه لنفسه
ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له ، وان كان يعتقد
أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه ، وأن الرهن لواحد
فله الخيار ، وكذلك في هذه المسألة ولا دليل في ذلك ، على أن القفال
يقول بالتعدد لتعدد الوكيل في الشراء ، ولا يخالفه ، كما تقدمت الحكاية
عنه في موافقة أبي اسحاق ، ولكن مأخذه ما ذكر ، وانما ذكرت ما قاله

مع الأوجه في تعدد الصفة واتحادها ، لأننا نحتاج اليه في هذا المكان ،
اذ المقصود ههنا ما يترتب على هذا الأصل من الفروع في الرد ،
ولا بد من التفريع عليه ، وقد يجيء في بعض الفروع بسببه ستة أوجه ،
وضعف القاضي حسين قول أبي اسحاق ، ورأى أن الصحيح مأخذ
ابن الحداد ومأخذ أبي زيد ، وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب
بالمثل؟ ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع ؟

(فروع) على هذا الأصل (منها) لو اشترى وكيل لرجل
شيئا فخرج معييا فان قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقا ، أو لقول
أبي اسحاق ، فليس لأحد الوكيلين افراد نصيبه بالرد ، وبه قطع
الماوردي ، وقاسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخرج
معييا لم يكن لأحدهما افراد نصيبه بالرد ، وهل لأحد
الوكيلين والاثنين أخذ الأرش ؟ سيقع التعرض له ان شاء الله
تعالى عند ذكر المصنف مسألة الاثنين في آخر الفصل
ان شاء الله تعالى ، فهذا اذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الأصح ،
ويوافقه هنا قول أبي اسحاق ، وان قلنا بقول أبي زيد جاز لكل من
الوكيلين افراد نصيبه بالرد ، وكذلك على الوجه الذي حكاه صاحب
التتمة ، والوجه الذي حكاه القاضي حسين على رأى القفال يفرق بين
علم البائع وجهله ان علم جاز لأحدهما أن يرد نصيبه ، وان جهل
فلا لأنه لم يرض بتبعض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة ،
وقاله القاضي حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله ، فحصل في
هذا الفرع ثلاثة أوجه .

(ومنها) لو وكل جلان ببيع عبد لهما ، أو وكل أحد الشريكين
صاحبه فباع الكل ، ثم خرج معييا ، هل الأصح وهو قول ابن الحداد :
لا يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما ؟ وعلى الثلاثة الأوجه الأخر
يجوز ، وعلى الخامس يقتضى أن لا يجوز . وحكى الماوردي الوجهين
هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين ،
وهو يقتضى طريقة بأن العبرة في جانب الشراء بالعاقد ، وفي جانب
البيع وجهان ، ولذلك أبديت فيما تقدم نظرا في قول من نسب قول
أبي زيد الى أئمة العراق .

(ومنها) لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل ، فعلى الوجه الأول يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ، وعلى الأوجه الأربعة الأخر لا يجوز .

(ومنها) على ما قاله الرافعي : لو وكل رجلان رجلا في شراء عبد ، أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا ، فعلى الوجه الأول والثالث ليس للموكلين أفراد نصيبه بالرد ، وعلى الثاني والرابع يجوز .

وقال القفال : ان علم البائع أنه يشتري لهما فلاحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتبويض وان جهله ، قلت : وهذا الفرع هو الأول بعينه ، وقد تكرر ذلك في الشرح والروضة . وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا ، وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام في الأرش ، وغير عبارته فقال : اذا اشتري رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعي بالعبارتين وقدم الثاني على الأول ، وذكر حكم الرد في الموضعين ، وكان يستغنى بالأول عن الثاني . وتبعه في الروضة على ذلك ، والله أعلم .

(فرع) نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولموكله ، وصرح بذلك في العقد ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد ؟ فيه وجهان . واختيار أبي إسحاق لا . . . والثاني وهو الأصح . وبه قال ابن أبي هريرة نعم . . . لأنهما بالذكر صارا كما لو باشرا ، حكاه صاحب البحر والقاضي أبو الطيب في كتاب الشركة .

(قلت :) وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (والأصح) ما ذكره هنا ، لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالمهدة وان صرح بالمباشرة .

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا في بيع عبد ، ورجلان رجلا في شراء ، فتبايع الوكيلان فخرج معيبا ، فعلى الأوجه (الأول) لا يجوز التفريق ، وعلى (الثاني) و (الرابع) يجوز لهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد ، ولأحدهما أن يرد النصف عليهما ، وله رد الربع

من أحدهما لأنه جميع ما يملكه عليه ، وعلى (الثالث) في جانب المشتري متحد دون البائع ، فيكون حكمه حكم الواحد يشتري من رجلين ، فلهما أن يردها نصيب أحد البائعين ، وليس لأحدهما أن يرده نصيبه عليهما ، وعلى (الخامس) يقتضى أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث ، فكل من الموكلين في الشراء رد حصته بكاملها ، وليس له رد نصفها على أحد الموكلين في البيع وعلى ما قاله الفقهاء يفرق بين العلم والجهل كما تقدم ، فهذه خمسة أوجه في هذا الفرع .

وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضا ، لكنه لم يحك الوجه الذى قاله القاضى حسين ، وإنما ذكر الوجه الذى تقدمت حكايته عنه ، والذى يظهر في هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه ، وعلى الثانى كما قدمت .

وأما الرافعى رحمه الله فإنه اختصر جدا . وقال : فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق ، وعلى الوجه الآخر يجوز ، هكذا رأيت في النسخة ، الوجه الآخر والمراد به قول أبى زيد ، ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الأربعة التى ذكرها في الروضة وبعض نسخ الرافعى ، وعلى الأوجه الأخرى يجوز ، فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثانى والثالث والرابع . فأما جوازه على الثانى والرابع فصحيح على إطلاقه كما تقدم . وأما على الثالث فليس على إطلاقه وقد تقدم بيانه .

(ومنها) وكل رجل رجلين في بيع عبد ، ووكلا رجل آخرين في شراء ، فتبايع الوكلاء ، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق . قال الرافعى والنووى : وعلى الوجوه الأخرى لا يجوز ، والأمر كما قاله على الوجه الثانى مطلقا . وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد ، وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين ، وعلى الخامس كذلك ، ولا يخفى الحكم في ذلك ، والرافعى رحمه الله لم يذكر الوجه الخامس في أصل المسألة ، فحصل في هذا الفرع أربع طرق . وهذه الفروع الخمسة ذكرها الرافعى رحمه الله وتقدمه بذكرها جماعة ، وهى في الرافعى والروضة ستة للتكرار الذى تقدم التنبيه عليه .

(ومنها) ولم يذكره الرافعي : لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع قال القاضي حسين : فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبي اسحاق للموكل أن يرد النصف ، وعلى طريقة أبي زيد ليس له رد النصف . قلت : وعلى ما حكاه صاحب التتمة والذي حكاه القاضي حسين أيضا ليس له الرد ، ولا يأتي هنا الوجهان .

(فرع) إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما ، لأنه إما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما ، وإما أن يتعدد الجميع ، وإما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة . وإما أن يتعدد واحد فقط ، وهو أربعة ، وإما أن يتعدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الأقسام الستة عشر ستة في الفروع الستة المذكورة ، وهي إذا تعدد واحد فقط بصوره الأربعة ، وقسمان من تعدد الاثنان وهما تعدد الوكيلين ، وتعدد الموكلين ، وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة اليه هنا ، والنسبة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه ، وإذا أخذ مع هذه الأقسام تعدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام اثنين وثلاثين فرعا ويحتاج الفقيه في حكم كل منها وتفريعه الى تيقظ ، والله أعلم .

(فرع) فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة لأن العاقد لنفسه إما واحد أو متعدد . وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة في تعدد المبيع واتحاده ، فهذه ستة عشر في البائع ومثلها في المشتري ، وقبلها اثنان وثلاثون ، وقبلها فيما إذا كان العقد بغير وكالة ثمانية ، وكل منها إما أن يفصل فيه الثمن أو لا ، ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك وهكهما وما يقتضيه التفريع فيها ، ولكن معرفة الأصل كافية للتبيين ، والله أعلم .

وانما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وان لم يكن له أثر في تعدد الصفقة ، لأن له أثرا في الرد بالعيب الذي نتكلم فيه كما تقدم ، والله تعالى أعلم .

(شرح) هذا كله اذا جرى العقد بصيغة واحدة ، فلو جرى بصيغتين لملك منهما حكمها ، وقد تقدم التنبيه على كل ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان مات من له الخيار انتقل الى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع فانتقل بالموت الى الوارث ، كحسب المبيع الى أن يحضر الثمن) .

(الشرح) قوله : لازم احتراز من الحقوق الجائزة التي تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الاقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك (وقوله) يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع في الهبة والعيب في المنكوحة ، هكذا ذكره المتكلمون على المذهب .

وقال أبو الطيب في تعليقه : يتعلق بعين المبيع وجعله احترازا من الأجل ، فانه يتعلق بما في الذمة ، والأعيان لا تقبل التأجيل ، وصورة المسألة اذا مات المشتري قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو يحدث العيب قبل القبض بعد موت المشتري ، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما في سائر الأمور التقديرية ، وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه ، وقل من صرح به هنا ، ولكن في خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب .

(قاعدة) الحقوق في المذهب (منها) ما يورث قطعا (ومنها) ما لا يورث قطعا (ومنها) ما فيه خلاف ، وجملة ما يحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب ، وخيار الشفعة ، وخيار الفس ، وحق حبس المبيع والرهن والضمان ، ومقاعد الأسواق ، وخيار الشرط ، وخيار تلقى الركبان ، وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق ، وخيار الخلف ، وحق الحجر ، وحق اللقطة ، وحق المرور ، والاختصاص بالكلب ، وجلد الميتة ونحوهما . وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعزير وخيار الرؤية اذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء ،

والخيار في النكاح خيار القبول، وخيار الاقالة ، وخيار الوكيل ، وحق الرجوع في الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين في ابهام الطلاق ، وفي نكاح المشرك ، وتفسير الاقرار بالمحمل ، والله تعالى أعلم .

(فرع) لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل التمكن من الاختيار وانتقل الارث الى الابن القاطع ، هل له الخيار بحق الارث ؟ قال الروياني : يحتمل أن يقال : له الخيار لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب في حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فاذا صح هذا فان اختار اجازة البيع لم يغرم شيئاً للقطع لأنه ملكه . وان فسخ كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن . وفي القول الآخر يغرم نقصان القيمة الحاقاً للمالك بالأموال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له وارثان فاختار احدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز ، لأنه تبعض صفقة في الرد . فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشتري أن يرد بعض المبيع) .

(الشرح) هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله هو الصحيح ، وهو قول ابن الحداد ، وقطع به جماعة منهم القاضي حسين والامام ، وممن صححه الرافعي والجرجاني ، وقال الفوراني : انه ظاهر المذهب . واستدلوا له بأن أحد الاثنيين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه ، وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعض . وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله . واحتترز بقوله : تبعض عن خيار الشرط ، وبقوله الصفقة أي الواحدة عن المشتري وفيه وجه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاة الرافعي . ونقله أبو اسحاق العراقي عن حكاية أبي علي محتجا بالصحيح المشهور في المكاتب اذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفرق بينهما ظاهر . ونظره ابن الرفعة بقوله في الراهن اذا مات وخلف اثنان فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه وبالجملة هذا

الوجه ضعيفاً (واذا قلنا) به فلا أرش وعلى الأول هل يجب الأرش
للذى منعناه من الرد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب ونسبه الرويانى الى
ابن الحداد لتعذر الرد كما بالتلف (والثانى) لا يجب ، لعدم اليأس ،
فانه يرجو موافقة صاحبه ، قاله القاضى حسين ، والأصح التفصيل ان
حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه ، أو توانى مع الانكار ،
رجع هذا بالأرش ، وان كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره
مع عدم اطلاعه فلا . وهذا من القاضى رحمه الله قد يوهم أن فى المسألة
ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجب الأرش مطلقا وان حصل اليأس ، لكن
الذى قاله الامام وصاحب التهذيب والرافعى وجزموا به وجوب الأرش
فى حالة اليأس ، وهو الظاهر ، فليكن قول القاضى محمولا على انه
أراد تنزيل الوجهين على ذلك . وعلته فى الوجه الثانى ترشد الى أن
محله عند عدم اليأس . وكلام الرويانى يدل على ذلك ، فانه حكى قول
الرد وقول آخذ الأرش ، وقول التفصيل . كما قاله القاضى ونسبه
الى القفال . وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الأرش .

وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام فى الوارثين
كما صرح به القاضى حسين . والرافعى أجاز تعيينه فيما اذا وكل
اثنان واحدا بالشراء . ومنعنا كلاما من الموكلين من الانفراد برد نصيبه ،
فهل له الأرش ؟ فيه الخلاف المذكور ، فيحصل بذلك مع الوجه الذى
حكاه الرافعى رحمه الله فى مسألة الوارثين ثلاثة أوجه (أصحها) لا يرد ،
ويأخذ الأرش ان أيس (والثانى) لا يرد الأرش (والثالث) يرد .

وقولنا هنا على الأول أنه يأخذ الأرش ، أى هل هو على سبيل
التعيين ؟ أو للبائع أن يسقطه بالرضا بالرد الذى ذكره البغوى ،
وكذلك قطع الماوردى فى مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن
يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش ، وهذا يقتضى
أنه لا يكون هو الوجه الأول ، ويكون المراد أنه يأخذ الأرش أى ان
لم يوافق البائع على الرد .

وليس المراد أنه يجب الأرش عينا ، رضى البائع أو سخط ، ويعضد

هذا الاحتمال أن قول المنع الذي هو الصحيح منسوب الى ابن الحداد كما تقدم ، وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضي أبو الطيب في شرح الفروع أنه اذا طلب أحد الاثنين الأرش يجبر البائع ، كما قاله الماوردي ، فعلى هذا اذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشتري من الأرش ، ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون في المسألة أربعة أوجه ، والاحتمال الأول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقا على ما هو الصحيح ، ويدل عليه كلام صاحب التهذيب ، والتحقيق في ذلك أنا ان جعلنا المانع كون الصفقة متحدة ، ولا يقبل التفريق شرعا فيمتنع ويجب الأرش عينا ، وليس للبائع الرضا بالرد واسقاط حق المشتري من الأرش ، وان جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعض ، فاذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له ، فيبطل حق المشتري من الأرش .

(وأما) الرافعي رحمه الله فانه قال تبعاً لصاحب التهذيب في مسألة الاثنين ، والموكلين في الشراء اذا منعنا أحدهما عن الانفراد أنه حصل اليأس عند رد الآخر فان رضى به وجب الأرش ، هذا وان لم يحصل فكذاك على الأصح ، فأما جزمه بالأرش عند اليأس الحقيقي فجيد وهو موافق لما تقدم عن الامام ، وقد تقدم أن كلام القاضي يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله ، وأما بقية الكلام عليه فغنية مناسبة في قوله : ان اليأس عن رد الآخر بأن رضى به وجب الأرش . هذا وان لم يحصل فكذاك يحصل برضا الآخر وقد تقدم هو عن الامام وقدمته عنه أن اليأس باعتاق الآخر وهو معسر .

(وأما) الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبنيا على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراده زده والرجوع ينصف الثمن ، هل يجبر البائع على قبوله (ان قلنا) لا ، وجب الأرش والا فكذاك في الأصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالف لما ذكر هناك .

وأما قوله : ان الأصح وجوب الأرش - اذا لم يحصل الرضا - فهو فيه موافق لصاحب التهذيب ، وذلك مخالف لما صححه القاضي

حسين ، والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ في وجوب الأرش وهل هو اليأس أو لا ؟ والأول هو الذي يقتضيه كلام الشافعي رضى الله عنه ، وسأذكره عند ما اذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه ان شاء الله تعالى ، واذا تحقق ذلك ظهر أن الأصح ما قاله القاضي حسين والافلاصيح على ما قاله الرافعي واليعوى .

(فرع) اذا أوجبنا الأرش للممنوع من الرد ، فهل هو أرش النصف ، أو نصف الأرش ؟ قد تقدم في كلام المسوردي في الاثنين (الثانى) وهو كذلك فان الصفقة واحدة ، وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان الميت يستحقه ، وهو مستحق عند تعذر الرد الأرش كاملا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه وأما أحد الموكلين في الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتبارا بالوكيل على الأصح لنسبة مسألة الاثنين ، وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الأرش من غيرهما حتى ينقسم بينهما ، وانما يثبت لكل واحد أرش نقصان ملكه وقد يكون أرش النصف أقل من نصف الأرش لأننا نشبته من قيمة النصف ، وقيمة النصف أقل من نصف القيمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت - فان كانت الزيادة لا تتميز كالسمن - واختار الرد مع الزيادة ، لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك ، فلا يجوز أن ترد دونها) .

(الشرح) الزيادة المتصلة التي لا تتميز كالسمن ، وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر ، وكثرة أغصانها تابعة ، يرد الأصل ولا شئ على البائع بسببها ، ويجبر البائع على قبول العين زائدة ، وأوراق شجرة الفرساد اختلف الأصحاب في أنها كالأغصان أو كالثمار ، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان ، قالها الامام رحمه الله ، ولو اشترى غزلا فنسجه ، ثم علم به عيبا . قال المسوردي : حكى ابن سريج فيه قولين .

(أحدهما) يتخير المشتري بين الرد ولا أجرة له عن النسيج وبين الامسك وأخذ الأرش ، لأن النساجة أثر لا عين .

(والثانى) أن البائع ان بذل الأجرة فله أن يسترده منسوجا ،
وان امتنع لزمه الأرش ، لأن النساجة زيادة عمل فى مقابلة عوض ،
قال الرويانى : وهذا أصح عندى ، ولا يجوز غيره ، قال المحاملى :
وفى هذا نظر وأن خيار البائع انما يترتب على امسك المشتري ،
وطلب الأرش ، فكيف يجعل قولنا ثانيا ؟ •

بل يتحصر الجواب فى المسألة بأن نقول : المشتري بالخيار بين
الرد ، ولا أجرة له وبين الامسك وأخذ الأرش ، فان اختار الامسك
كان للبائع دفع أجرة النسج والرد ، فان اختار ذلك أجبر المشتري ،
وان لم يختار أجبر البائع على دفع الأرش وقال صاحب التهذيب : لو زاد
المشتري فى المبيع شيئا يصنعه بأن كانت دارا فعمرها أو ثوبا فصنعه ،
ثم اطلع على عيب ان أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد
الأصل ، وان لم يمكنه ، فان رضى البائع بأن يرده ويبقى شريكا فى
الزيادة رد ، وان امتنع أمسكه ، وأخذ الأرش ، وسيأتى فرع طويل
فى الصبغ فيه زيادة على ما قال صاحب التهذيب هنا ، أذكره ان شاء الله
عند الكلام فيما اذا نقص المبيع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت زيادة منفصلة كاكساب العبد ، فله أن يرد ويمسك
الكسب لما روت عائشة رضى الله عنها « أن رجلا ابتاع غلاما فأقام
عنده ما شاء الله أن يقيم به ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبى
صلى الله عليه وسلم ورد عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله •• قد استقل
غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمنان ») •

(الشرح) حديث عائشة هذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم
فى المستدرک وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه • وقد روى حديث
عائشة هذا مطولا كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصرا فالطول من
رواية مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى عن هشام بن عروة
عن أبيه عن عائشة ، كذلك رواه الشافعى فى الأم ، ورواه الأئمة
المذكورون • وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد يسأله

العباس بن محمد عنه فقَالَ : ثقة ، وكذلك قاله في رواية الدارمي عنه ،
لكن البخاري رحمه الله قال عنه : انه منكر الحديث ، وقال أبو داود
عقب روايته لهذا الحديث : هذا اسناد ليس بذلك .

وأما المختصر فلم يذكر فيه القصة ، واقتصر على قول النبي صلى
الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » رواه أيضا مسلم بن خالد عن
هشام ، ورواه عنه الشافعي رحمه الله في الأم ، وتابع مسلما على
روايته هكذا عمر بن علي المقدمي ، وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه .
رواه الترمذي عن أبي سلمة يحيى بن خلف الجوباري وهو ممن روى
عنه مسلم في صحيحه عن عمر بن علي ، وهذا اسناد جيد ، ولذلك قال
الترمذي فيه : هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام
ابن عروة ولفظ الترمذي في هذه الرواية : « أن النبي صلى الله عليه
وسلم قضى أن الخراج بالضمان » وقد روى مختصرا أيضا من
طريق هي أشهر من هذه وإن كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن خفاف
عن عروة ، رواه الشافعي رضي الله عنه في الأم والمختصر . رواه
المختصر عن لا يتهم عن ابن أبي ذؤيب ، وفي الأم عن سعيد بن سالم
عن أبي ذؤيب ، ورواه أبو داود والترمذي وقال : حسن والنسائي
والحاكم في المستدرک من جهة جماعة عن أبي ذؤيب عن مخلد .

وعن مخلد قال : ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب
فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز ، ففرض له برده وقضى على
برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال : « أروح اليه العشية فأخبره أن
عائشة أخبرتني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في مثلي
هذا أن الخراج بالضمان ففعلت الى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة ،
فقَالَ عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته ، الله يعلم أني لم أر فيه
الا الحق ، فبلغني فيه بسنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فراح
اليه عروة ففرض له أن أخذ الخراج من الذي قضى به على له » .

وقد تكلم في مخلد واسناده هذا ، فقال الأزدي : مخلد بن خفاف

ضعيف وسيد^(١) أبو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غيره ابن أبي ذؤيب ،
وليس هذا اسنادا تقوم به الحجة ، يعنى الحديث ، وعن البخارى أنه
قال : هذا حديث منكر ولا أعرف لمحمد بن خلف غير هذا الحديث ،
قال الترمذى فقلت له : فقد روى هذا الحديث عن هشام بن عروة
عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها ، فقال : انما رواه مسلم بن خالد
الزنجى وهو راى الحديث .

وقال الترمذى بعد رواية المقدمى : استغرب محمد بن اسماعيل
— يعنى البخارى — هذا الحديث من حديث عمر بن على ، قلت : يراه
تدليسا ، قال : لا ، واذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم
قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمى ، لاسيما وقد صرح
البخارى بانتفاء التدليس عنها ، وان كانت غريبة . وقضاء عمر
ابن عبد العزيز بهذا كان فى زمن امرته على المدينة . قال الترمذى :
والعمل على هذا عند أهل العلم ، قال : وتفسير « الخراج بالضمنان »
هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع ،
فالغلة للمشتري ، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري ونحو هذا
من المسائل يكون فيه الخراج بالضمنان . وقال الأزهرى : الخراج
الغلة ، يقال خارجت غلامى اذا وافقته على شئ وغلة يؤديها اليك
فى كل شهر ويكون مخرى بينه وبين كسبه وعمله .

قال الشيخ أبو حامد : ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا
يعطون شيئا من الغلة عن الأرض . وقال الماوردى رحمه الله :
الخراج اسم لما خرج من الشئ من عين ومنفعة وقال القاضى أبو الطيب :
الخراج اسم للغلة والفائدة التى تحصل من جهة المبيع ، ويقال للعبد
الذى ضرب عليه مقدار من الكسب فى كل يوم أو كل شهر : مخارج .

قال : وقولنا : « الخراج بالضمنان » معناه أن الخراج لمن يكون
المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لأن

(١) كذا بالأصل ولعلها عبارة ترادف : « وذكر أبو حاتم » والله أعلم .
(المطيمى)

الضمان انتقل اليه بالتقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان
المغضوب على الغاصب لأنه ليس له وانما هو ملك المغضوب منه
مضمون على الغاصب . والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على
المالك ، وهو أن يكون تلفه من ماله فاذا كان تلفه من ماله كان خراجه
له . ووزانه أن يكون خراج المغضوب للمغضوب منه ، لأن ملكه وتلفه
منها من ماله .

والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخراج بالضمان
مطلقا ، وانما قالت عائشة رضى الله عنها : « قضى في مثل هذا أن
الخراج بالضمان » وفي ذلك الموضع كان الشيء ملكا له وقد حصل
في ضمانه ، وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغلة له .
والمغضوب والمستعار والوديعة اذا تعدى فيها كل هذه المواضع لا ملك
فلم تكن الغلة له . وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك
والضمان هو المعتمد ، ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له .
وقد رأيت في كتاب الأزهري على ألفاظ الشافعي رحمه الله أنه اذا
اشترى الرجل عبدا بيعا فاسدا فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله
زمانا ثم عثر منه على عيب فرده على صاحبه ، فان الغلة التي استغلهما
من العبد وهى الخراج طيبة للمشتري ، لأن العبد لو مات مات من
ماله لأنه كان في ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان . وهذا الذى قاله
الأزهري رحمه الله في البيع الفاسد غلط لا يأتى على مذهبنا .

واعلم أن ما حكيت من كلام الأصحاب يقتضى أن اسم الخراج
شامل للعين والمنفعة بالنص ، وكلام الشافعي رحمه الله فى الرسالة
يقتضى خلاف ذلك ، وأنه قاس ما خرج من ثمر حائط وولد على
الخراج ، وأن الشاة المصراة اذا رضىها ثم اطع على عيب آخر بها
بعد شهر ردها ، ورد بدل لبن التصرية معها صاعا ، وأمسك اللبن
الحادث قياسا .

قال ابن المنذر : قال بظاهر قوله : « الخراج بالضمان » شريح
والحسن البصرى وابراهيم النخعي وابن سيرين وسعيد بن جبير ،

وبه قال مالك والثوري والشافعي وأبو اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور •
 قال مالك في أصواف الماشية والشعور كذلك وقال في أولاد الماشية
 يردّها مع الأمهات (١) وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأي أنهم ناقضوا
 فقال في المشتري : إذا كانت ماشية فطلبها أو نخلا أو شجرا فأكل من
 ثمراها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرث ، وقال في الدار والداية
 والغلام : الغلة له ويرد بالعيب •

(قلت) قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع ، أما
 أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منها ، فالأول أما منافع
 باستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه
 وقبول الهدية والوصية ووجدانه ركازا أو لقطه ، ومهر الجارية إذا
 وطئت بالشبهة وأجرة المبيع إذا أجره وأخذ أجرته ، فكل ما حصل من
 ذلك — نادرا كان أو معتادا — للمشتري أن يستأثر به ويمسكه ويرد
 المبيع وحده ، ويسترجع جميع الثمن قولاً واحداً ، لا خلاف في ذلك
 للحديث ، هكذا قاله جماعة •

وعن الراعي في تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به
 والركاز والكسب على الخلاف ، وسيأتي عن القاضي حسين ما يقتضي
 جريان الخلاف في المهر قبل القبض عند التلف ، وقد حكى عن عثمان
 الليثي وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه ، وقال عبيد الله :
 ويرد الهبة التي وهبها أيضا • وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد
 من أصله ، وسيظهر الجواب عنه ان شاء الله تعالى • وعن أبي حنيفة
 أنه ان رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الأصل
 مع الأصل ، وان رد بعض القبض ولا يمنعه ذلك من الرد ، وما أظن
 أحدا يقول انه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له ،
 وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هي منافع محضة لا أعيان
 فيها ، ولو قال : ان الفسخ يرفع العقد من أصله ، ووجه الاعتذار على
 ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الأصل ان شاء الله تعالى •

(١) سبق للإمام النووي ترجيح قول من اطلق الامات على الحيوان
 والامهات في الانسان •
 (المطيفي)

(**فائدة أخرى**) الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين (١) — بالغين المعجمة واللام المتددة — وضبطه صاحب الاستقصاء — بالعين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام — وكل ما ذكر في العبد فمثله في الأمة الا الوطاء فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى ، والى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقوله : اكتساب العبد ، وكذلك سكنى وركوب الدابة ، كل ذلك أدخله الأصحاب في اسم الغلة ، وان كان قد لا يشمل اسم الزوائد الذي تضمنه كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وأما المتولد فسيأتى حكمه في كلام المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(**وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة ، لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يفسكه ويرد الأصل كغلة العبد**) .

(**الشرح**) هذا هو القسم الثاني أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانا متولدة من غير المبيع ، كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد ، وأوراق الفرساد على أحد الوجهين كما تقدم ، وقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب . مذهبنا أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ، ويرد الأصل بالعيب إذا لم يكن قد نقص بذلك ، يعني فلا يغيره ، وبه قال أحمد وأبو حنيفة : لا يكون له الرد ويأخذ الأرش . وقال مالك : يرد مع الأصل الزيادة التي هي من جنس الأصل ، وهي الولد ، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة ، بل يرد الأصل وحده ، فوافقنا على الرد وخالفنا في امسك النتائج ، وأبو حنيفة رحمه الله خالفنا في الرد ، ومعتمدنا في جواز الرد وجود العيب . وفي امسك الفوائد الحديث ، فان الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة ، وقد ورد في رواية أخرى أن الغلة بالضم ، والغلة تشمل الثمرة وغيرها والمصنف رحمه الله جعل الدليل في ذلك القياس على غلة العبد التي ورد النص

(١) كذا بالأصل ولعله : « غلاما » .

فيها ، وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ، ومالك رحمه الله
يسلم الحكم فيها مطلقا .

ومعتمد المخالفين أمران (أحدهما) أن الفسخ رفع للعقد من أصله ،
وهذه قاعدة يبنى عليها شروع هذا الفصل . وقد اختلف أصحابنا
فيها ، والمذهب الصحيح وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد
من حينه لا من أصله ، لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى ، فكذا
الفسخ ، وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل
لسقطت ، ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب
لم يبطل العتق به ، ولو كان فسخا من الأصل لبطل ، ولا فرق في ذلك
بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده . وفيه وجهان آخران
(أحدهما) أنه ان اتفق قبل القبض يرفعه من أصله ، لأن العقد ضعيف
بعد ، فإذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض ، ولا فرق
في ذلك كما اقتضاه كلام الامام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد
أو حدث قبل القبض ، قال ابن الرغفة : وفي الثاني نظر ، كيف يتقدم
على سببه ، ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد في الضمان
وفي ذلك أيضا .

(والثاني) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر
المثل اذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتهش ، وهذا الوجه حكاه
الرافعي عن التتمة هكذا ، وهو في التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله
مطلقا ، ومراد الرافعي بالاطلاق بالنسبة الى ما قبل القبض وبعده
(وأما) بالنسبة الى العيب المقارن والطارىء فلم يتعرض لذلك ،
وفي التتمة توجيه الوجه الذي حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد
وهو العيب ، فيستند الحكم اليه ، ويجعل كأنه جمع في العقد بين
موجود ومعدوم ، حتى يصير كأن العقد لم يكن .

قال ابن الرغفة : وهذا من كلام يقتضى اختصاص هذه الطريقة
بالعيب المقارن وفي العيب الحادث ، يعنى قبل القبض اذا فسخ به بعد
القبض ، ينبغى أن يضاف الفسخ تفريعا عليها الى وقت حدوث العيب ،
لا الى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب في فسخ النكاح .

(قلت :) وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد ، كما اقتضاه كلام الامام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارىء فى جريان الخلاف قبل القبض ، فعلى الطريقة التى حكاها صاحب التتمة يكون كذلك ، ولو ثبت ما أشار اليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم اثبات وجه باستناد الفسخ الى حالة حدوث العيب ، سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده ، ولا نعلم من قال به فى شىء من الحالتين .

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض — فإذا كان بالتراضى — فيرفعه من حينه ، وان كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله ، واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند الى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة . وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الاقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله ، وجعلوا الرد فى كونه رافعا من حينه مقبوسا على الاقالة ، ثم قالوا : لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأبطل حق الشفيع ، وهو لا يبطله ، فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه .

(اذا ثبت هذا الأصل) فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه ، فلذلك تكون الزيادة الحادثة فى ملك المشتري له ، ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالاقالة ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الاقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث ، لكننا أجمعنا أى نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء ، فدل على أنه لا يجوز الرد ، وأيضا قالوا : لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالمتمصل ، ومالك رحمه الله يجرى قوله فى رد الولد على هذا الأصل ، لكنه يلزمه ذلك فى سائر الزوائد ، والثمرة أولى بالرد اذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متمصلة ، والولد منفصل ، فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك فى النتائج .

وأما أبو حنيفة رحمه الله فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والفتاح والثمرة الحاصلة من العين ، وقد فرق بينهما فقال :

يجوز الرد وبقيّة الأكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم ،
وقال هنا يمتنع الرد ، وذلك تناقض ، بل كان اللائق بأصله أن يسوى
بين الجميع ، وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها •

(الأمر الثاني) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعاً ، لأنه
لا سبب للملك فيها الا سراية الملك من الأصل اليها ، والأصل مبيع ،
فيسرى حكمه اليها على صفته ، ومع هذا الأصل لا يحتاج في رد
الفوائد الى أن العقد يرتفع من أصله ، بل يرد الفسخ على الولد مع
الأصل ، وهذا قول للمالكية ، وبه تتمسك الحنفية أيضاً ، ونحن
نسلم أن سراية الملك من الأصل اليها والأصل مبيع ، فيسرى حكمه
اليه (١) حاصلة ، ولكن سراية العقد لا معنى لها ، فان العقد لا يرجع
الى وصف المحل المعقود عليه اذ لا معنى لكونه معقوداً عليه الا لكونه
مقابلاً بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه المقابلة لم تحصل الزيادة •
وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد في الطرد والعكس •

أما ولد المرهونة فليس بمرهون عندنا ، فان التوثق بالمرهون لا
يرجع الى صفة فيه • وولد المرهونة ليس مرهوناً بالاتفاق حتى لا يتعدى
حق الرجوع اليه لأن الرجوع سلطة للمنعّم فيما أنعم به ولم ينعم
الا بالأم • والولد متولد من الموهوب يسرى اليه ملك الهبة لا عقد
الهبة ، وولد الأضحية المعيبة وولد المستولدة كأمهما ، لأن الملك في
المستولدة نقض بالاستيلاء ، وصار ذلك وصفاً لها والشاة صارت
كالمسلمة الى الله تعالى من وجه ، وكالناقّة من وجه ، وهذا راجع
لصفتها وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول ، ومنشؤه التردد
في أن نقصان الملك من المكاتب هل يضاهاى النقصان في المستولدة ؟
أم يقال الكتابة حجر لازم كالحجر في المرهون ؟ ففتبين بهذا أنه انما
يسرى الى الولد ما كان وصفاً للأم والخصم يرد ذلك في الرهن والبيع
الى صفة في المحل برغم أن ذلك وصف شرعى كالتضحية والاستيلاء •
فهذا فصل مفيد في هذا المعنى من كلام الغزالي رحمه الله قال :

(١) بياض بالأصل فحرر قلت : ولعل السقط : « وسراية الملك
حاصلة » .

(الطبعي)

والنظر في الفرق والجمع في هذه الصورة دقيق ، والطريق فيه ما نبهنا عليه . واذا تمهد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتاج والإكساب ، وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا ، وبطل منع الرد بسببها بعد القبض ، لأنها إذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الأصل ، وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى ، فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما إذا هلكت هذه الزوائد ، ثم على أبي حنيفة رحمه الله في هذا الطريق مزيد اشكال ، فانه ان كان مبيعا فليرد الأصل معها ، كما قال مالك ، وكما قال أبو حنيفة قبل القبض ، وان لم يكن مبيعا فامتناع الرد بسببه لا معنى له . وعند هذا قد تم النظر في مذهبنا .

هذا كلام الغزالي رحمه الله في المأخذ وقد تكلم الأصحاب في الأولاد في كتاب الرهن وهي ولد المرهونة وأم الولد والمكاتب والمدبرة والمعتقة بصفة . والأضحية والمدبرة والجانية والضامنة والشاهدة والودعية والعارية والمستأجرة والمعصوبة والمأخوذة بالسوم ، والموصى بها ، والزكاة ، وان يسر الله تعالى من الوصول الى الرهن أذكر تفصيلها هناك ان شاء الله تعالى وله أكمل (١) .

وهنا تنبيهات (أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا : أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة ، لا قبل القبض ولا بعده ، وذلك يدل على أحد أمرين اما ضعف القول المذكور ، واما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم في البحث مع أبي حنيفة ، وفي كلام الامام والغزالي ما يشعر بالملزمة بينهما فان كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه .

(الثاني) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله ، وان كان بعد القبض أن يرد الزوائد والأصحاب رحمهم الله حكوا قولين في رد الزوائد ان كان الرد قبل القبض ، وبنوهما على الخلاف في الطريقة المشهورة

(١) لم يقدر الله تعالى لشيخنا أن يصل الى هذه الأبواب وقد تناولناها على قدر ما يسر الله لنا ونسأله ان يلحقنا بأئمتنا ومشايخنا متبعين باحسان آمين .
(الطيمي)

أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الأول يرد وعلى الثاني وهو الصحيح لا يرد (أما) إذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحدا يقول برد الزوائد ، ومقتضى الطريقة التي نقلها صاحب التتمة أن يجرى الخلاف فيها أيضا ، وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقد من أصله ، وإن أطلقه يريد به ما ذكره الغزالي رحمه الله في كتاب الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالاضافة الى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال في الرد قبل القبض ، ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذي أحوجهم اليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله .

(الثالث) أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل ، وهو كذلك فيما إذا كان الرد بعد القبض ، أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم ، ولكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد ، وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله ، وإنما الخلاف في طريقة غيرهم ، والأصح عند غيرهم أيضا كما جزموا به .

(الرابع) قد علمت أنه لا خلاف أن الرد إذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق في ذلك بين الزوائد التي حصلت بعد القبض والتي حصلت قبله بلا خلاف وإنما محل الخلاف في الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض وقد وقع في الوجيز ما يوهم خلاف ذلك ، فإنه قال : يسلم الزوائد للمشتري ان حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين ، وحملوا ذلك على أنه طعيان قلم بزيادة التاء ، ويكون المراد حصل أي الرد ويستقيم الكلام .

(الخامس) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعي أن الفسخ رفع للعقد من حينه ، وقيل : من أصله ، وفي عبارة آخرين منهم القاضي حسين والامام أن الرد قطع للعقد من حينه ، ولا يستند

ارتفاع العقد الى ما تقدم ، وفي عبارة الماوردي شيء منه ، ويعرض في ذلك بحثان .

(أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أو لا ؟ .

(والثاني) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا ؟ (والجواب) أما الأول فالرفع والقطع ليسا بمعنى واحد ، فإن القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق و قطع الملك بالبيع ، وكثير من أسباب الانتقالات ، ولا يسمى شيء من ذلك رفعا ، والرفع من حينه يسمى قطعاً لأنه انقطع به الملك حقيقة ، فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعا . ولذلك وقع كلام الامام والماوردي رحمهم الله تسميته بالقطع .

والسر في الفرق بين الرفع والقطع الذي ليس يرفع أن الرفع معناه ابطال أثر العقد المتقدم . واستصحاب ما كان قبله حتى أن الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق ، وليس ملكا جديدا بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات ، فإنها مقتضية ملكا جديدا هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقا ولا يبطل العقد المتقدم على هذا انتقال ، بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فلفهم ذلك . فإن الانسان اذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها ببيع أو غيره هو مستفاد من شرائه (وأما) الفسخ فإنه نقض لشرائه وابطال له .

(وأما الثاني) وهو أن الفسخ من الأصل . هل معناه تبين عدم الملك ؟ فهذا هو المتبادر الى الفهم لا بمعنى أننا نتبين أن العقد لم يوجد فإن العقد موجود حسا بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره ، وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل في نهاية الاشكال . فإن السبب الرافع للعقد هو الفسخ ، فكيف يتقدم المسبب على سببه ؟ ولا يخلص من ذلك أن نقول : انه بطريق التبيين ، لأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه ، ولا يقال : ان من شرطه عدم طريان الفسخ عليه ، لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط

الحكم به ، ولا يشك أن الملك حاصل الآن إذا جمعت شروطه ، ولا يوقف الأمر في ذلك على أمر مستقبل ولو كان الأمر على ذلك - وإنما يتبين عدم الملك - لكان ينبغي أن يجب رد أجرة الاستخدام وسكنى الدار وركوب الدابة ، بل كان يلزم أن يجب على المشتري أجرة ملك المدة التى أقام المبيع تحت يده ، سواء فوتها أم فاقته بنفسها ، إلا أن يقال إن ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع .

لكننا نقول : انه إنما أباحه وأذن فيه بمقتضى العقد هذا ، والعقد هو المتضمن للإباحة فإذا ارتفع ارتفعت ، وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التى وهبت له إذا اشترطاً أذن السيد فى القبول ، لأنه لم يأذن ، وأن يكون المهر إذا وطئت بالشبهة باقياً فى ذمة الواطئ وأما قبضه المشتري منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشتري من صيد وخطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع ، وقد تقدم من كلام الغزالي عن الحنفية ما يقتضى أن الزوائد الهالكة لا تمنع من الرد ، وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشتري بعد الرد لأنه يصير مبيعاً بغير عوض . وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشتري أنه يصير ملكاً لا سبب له ، على القول بارتفاع العقد من أصله ، وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هو بطريق السهل ، بل كما قاله الغزالي رحمه الله فى كتاب الصداق ، أو أنه يرتفع من أصله بالإضافة أو الى حينه ، أى فى هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد ، ومن جملة آثاره ملك النتاج والكسب الموجود ، فيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود الى البائع .

فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله الى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن ، والمراد بارتفاعه من حيث انه لا ترفع آثاره وإنما يرتفع الملك فى المبيع فقط ، وهذا تفسير لا يسبق الذهن اليه ، فان ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة ، وأن قبوله الهبة وتصرفه بأذن المشتري صحيح ، وقبض المشتري لمهر الشبهة صحيح ، وجب الحمل على هذا المعنى ، وحينئذ لا يشكل عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب ، ولم أجد الأصحاب صرحوا فى هذه المسائل بشيء ، بل

كلامهم يقتضى كالصريح أنه لا يجب أجره الاستخدام ونحوها ، وإنما
الخلاف في الأكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع •

وأما الحنيفة فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك بملك الأصل ،
بل باليد ، فلا يمنع الرد عندهم ، وكذلك أجره الاستخدام ونحوها
لا تجب على أصلهم ، ولكن ان وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد
الهالك ، والمسائل المتقدمة احتاجوا الى الحمل على المعنى المذكور كما
احتجنا اليه • ونحن اليه أحوج لأجل عدم لزوم أجره المدة الماضية
ولا تمنع الزيادة الرد عند أبي حنيفة رحمه الله الا اذا كانت حادثة
من نفس المبيع • وقال زفر : يجب رد مهر الشبهة الذي قبضه المشتري
معها •

(السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج
للضمان ، فينبغي أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد
أو الفسخ ، والأول لم يقل به أحد ، والثاني لم يقل به الا على وجه
ضعيف في بعض الصور ، وهى ما اذا حصل الرد قبل القبض فما وجه
تعطيل دلالة الحديث في ذلك ، والعمل بها فيما بعد القبض للمشتري ،
والجواب أن محل الحكم الذى ورد فيه النص انما كان بعد القبض
اذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الأحاديث ، لاسيما قوله :
قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان • فيكون الخراج معللا بالضمان
في الملك • وذلك مفقود في البائع وفيما قبل القبض •

(فان قلت :) المحل لا تأثير له ، والعلة التى ذكرها الشارع
الضمان ، فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما ، فيكون الخراج قبل
القبض للمشتري فيه نقض للعلة في جانب البائع ، ووجود الحكم بدونها
في جانب المشتري •

(قلت :) قال الغزالي رحمه الله : ذكر هذه العلة فيما بعد
القبض لقطع استبعاد السائل كون الخراج للمشتري وقبل القبض معلل
بعلة أخرى ، وهو أن الزوائد حدثت في ملكه ، والحكم قد يغلل بعلتين
يعنى فاقترصر النبي صلى الله عليه وسلم على التعليل بالضمان لكونه

أظهر عند البائع وأقطع لطلبه ، فان الغنم في مقابلة الغرم ، وان كانت العلة الأخرى وهي الملك حاصلة ، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر ، والله أعلم .

(السابع) أن الخلاف المذكور في رفع العقد من أصله أو من حينه ، هل هو خاص بالرد بالعيب ؟ أو عام في سائر الفسوخ ؟ حتى يجرى في الاقالة والفسخ بالتخالف ، والفسخ بخيار المجلس ، والشرط والانسفاخ بتلف المبيع قبل القبض ؟ •

(والجواب) أن المشهور في هذا الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجرى في الاقالة ، ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الاقالة في كونها رفعا للعقد من حينه ، والرافعي رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، والأقرب أن مراده الفسخ الذي الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر في باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين في الانسفاخ بتلف المبيع قبل القبض (أصحهما) أنه من حينه كالرد بالعيب ، والزوائد مخرجة على الوجهين قال : وطردهما طاردون في الاقالة اذا جعلناها فسحا وخرجوا عليهما الزوائد •

(قلت :) وذلك وان أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا في الرد بالعيب ، فان الاقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ ، ونقل القاضى حسين الخلاف في تلف المبيع قبل القبض ، وحمل الوجهين في الرد بالعيب مبنى عليها ، وعلى تلف المبيع في يد المشتري في زمن الخيار (ان قلنا) يفسخ ارتفع هنا ، والا فالولد هنا للمشتري ، وأما التخالف فمقتضى كلام صاحب التتمة في باب التخالف جريان الخلاف فيه أيضا ، فان خرج اعتبار القيمة عليه اذا جرى التخالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته في طرد الخلاف بعد التقابض ، فان فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزما كما لا ترد هنا بعد القبض •

(وان قلنا :) انه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانسفاخ من أصله بالتخالف مفرع على أنه يفسخ بنفس التخالف كما هو في

التتمة والنهاية ، ولم يتعرضوا له على القول بانشاء الفسخ ، والقياس جريانه . وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر في بابه أنه اذا فسخ وقتلنا الملك للمشتري فالأصح أن الأكسباب تبقى له وذلك يدل على أن الأصح فيها أيضا أنه من حينه . والقول الآخر بأنه من أصله يجرى فيه بغير اشكال ، بل هو أولى بذلك ، فقد ظهر بذلك أن الخلاف في الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه ، لكنها ليست في رتبة واحدة وأولها بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لأن العقد لم يلزم وأبعدها الاقالة ، لأنها في حكم أمر جديد وليست جبرا للعقد الأول .

وبقى من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله قطعاً ؟ لأن التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تملك المبيع قبل القبض ؟ على أنه لا فائدة لاجراء الخلاف فيه ، نعم عقد السلم اذا كان رأس المال جارية مثلا وكانت معينة وحبلت في المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم اليه ، فهل نقول انه فسخ من حينه حتى يسلم الولد المسلم اليه ؟ أو من أصله حتى يرجع الى البائع قطعاً ؟ والأشبه بجريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض ، فان الشافعي رحمه الله استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف ، اذا تفرقا ولم يتقابضا ، كما تقدم ذلك في باب الربا .

(الثامن) ان الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعا من حينه قطعاً ، خلافا لما قاله صاحب التتمة وقد حكى الامام وغيره من الجازمين فيما اذا رد المسلم فيه العيب ، وكان عبدا استكسبه . أنه هل يجب رد الكسب والغلة . على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فان قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الأصل . والخلاف في السلم مشهور . وقد تقدم له ذكر في باب الربا .

(والجواب) أن الخلاف المذكور في السلم مأخذه أمر آخر . وهو أن الملك على أحد القولين في المسلم فيه الشروط بالرضا أو بعد

الرد . فاذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلا . فهذا هو القائل برد
الإكساب ، والقول المقابل له أن الملك بالقبض . ثم انتقض بالرد .
فعلى هذا ينبغي أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الإكساب .
وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويجيء فيه طريقة صاحب
التتمة مع القول بعدم رد الكسب . فافهم ترتيب هذا التفريع فإنه من
محاسن الكلام .

وقد ذكر ابن أبي الدم أن الامام والغزالي ذكرا وجهين فيما إذا
رد المسلم بعيب . هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله ؟ ومراد
ابن أبي الدم الخلاف الذي قدمته ، والتحقيق ما نبهت عليه ولولا
ذلك لاقتضى اشكالا على الامام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض
بأنه من حينه ، واقتضى اشكالا على جميع الأصحاب في قطعهم هنا بأن
الإكساب بعد القبض لا ترجع ، والله أعلم .

(التاسع) الزيادات التي وقع الكلام فيها مشروطة بأمور (أحدها)
أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبية عليه (الثاني)
أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه ، فلو كانت موجودة كالحمل المقارن
للعقد فسيأتى في كلام المصنف في بقية الفصل أن شاء الله تعالى
(والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد ، كالولد والصوف المجزوز
واللبن المطلوب . أو صارت في حكم المنفصل كالثمرة إذا أبرت ، أما لو لم
تكن كذلك ، كما إذا ردها وهي حامل بحمل حدث بعد القبض ، حيث
نقول : أن الحمل ليس بعيب ، أو رد الشجرة وقد أطلعت ظلما غير
مؤبر أو الشاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهي مستفرغة الصوف .
هحدث عليها صوف لم يجز ، أو حدث في ضرعها لبن ولم يجلب
فما حكمه ؟

أما مسألة الحمل فنقل الامام فيها قولين كالفلس ، وجزم القاضى
حسين رحمه الله هنا بردها لذلك ، ولا يسلم له الحمل ان كانت علقته
في ملكه ، لأنه لا يمكن افراده بالمبيع فهو كالثمن ، وعلى ذلك ينزل
كلام المصنف رحمه الله لقوله : فحبلت عنده وولدت فجعل الولادة
شرطا . وقال القاضى أبو حامد : انه أولى القولين ، وقال القاضى

وجماعة من الأصحاب : ان قلنا يأخذ قسطا بقى للمشتري ويأخذه اذا انفصل على الصحيح ، وفي وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد .

(وان قلنا :) لا يأخذ فهو للبائع ، وما ذكره القاضى حسين وأبو حامد موافق لما قاله الرافعى رحمه الله في باب الفليس أن الأكثرين رجحوه في رجوع غريم الفليس ، وما ذكره الرافعى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أو لا ، لكن الرافعى رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل الى الرجوع ، فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضا كما قاله القاضى أو يفرق بين المسألتين : مسألة الفليس ومسألة الرد بالعيب .

وأیضا فإنه رجح في الفليس تبعية الثمرة والحمل ، وجعلهما سواء ، وان كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنها تابعان في البيع متبعتان في الفسخ ، وهذا المعنى بعينه موجود في الرد بالعيب .

ولو صح النظر الى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتعدى الرجوع في الفليس الى الثمرة ، لأنها مقابلة بالقسط قطعاً على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها ، فدعوى الرافعى أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشتري ، يحتاج الى جواب عن ذلك ، وقد صحح الرافعى هنا أن الثمرة في أخذها قسطاً على قولين كالحمل ، ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشتري أيضا قبل التأبير ، وأطلق بعضهم أن الحمل نقص ، لأنه في الجارية يقل النشاط والجمال ، وفي البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب .

(فاذا قلنا) هذا أو لم نقل به ، ولكن حصل بالحمل نقص رجع بالأرث ، قال القاضى أبو حامد : وهل للمشتري امساكها حتى تضع ويردها ان لم يكن تنقصها الولادة ؟ نقله ابن الصباغ ، واذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع — فان قلنا : الحمل للمشتري — لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب ، لأنه حبسها لأخذ ملكه منها (وان قلنا :) ان الحمل للبائع منعه ذلك من الرد . قاله القاضى المساوردى رحمه الله .

وأما الجارية فان كلامه يقتضى انه يجوز له امساكها حتى تصح
وردها فى الحال فانه ان ردها وهى حامل كان الحمل للبائع ، لان
المشتري اختار ترك حقه فليس له استثنائه ، فرق الجرى بين ذلك
وبين ما اذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيبا فردها ،
لم يكن الحمل مردودا معها لان الحمل فى هذه الحالة لا يتبع ، وممن
بنى الحمل على القولين فى المقابلة الماوردى ، والأصح عنده كما قال
الرافعى .

وحكى مع ذلك وجهها على قولنا : انه يقابله قسط من الثمن انه
للبيع لاتصاله بالأُم عند الرد ، هذا حكم الحمل وأما الثمرة التى لم
تؤبر ففيها وجهان (أحدهما) يردها مع الأصل ولا يمسك (والثانى)
يمسكها أو يرد الأصل ، والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول
جواز أفرادها بالبيع على أحد الوجهين ، ولم يصح الرافعى رحمه الله
من هذين الوجهين شيئا ، وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمرة على
الحمل فالبحت معه فيهما ، والذي ينتج هنا أن يكون الأصح الأول ،
وهو أن يردها مع الأصل قال القاضى حسين رحمه الله : والأصح الأول ،
لأنه الأظهر الذى نقله المزنى فى رجوع البائع فى عين ماله اذا أفسس
المشتري وعليها ثمرة غير مؤبرة ، وهو الأصح عند الروياني والرافعى
رحمهما الله ، فليكن هنا كذلك ، ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه
الثانى ، ولذلك قال : فأنمرت ، ولم يقيد بقطع ولا تأبير ، وفى الفس
حكى القولين من غير ترجيح .

وأما اللبن الحادث فى الضرع أو الصوف الذى حدث بجزءيهما
للمشتري ، وذكر القاضى هذه المسائل الأربع فى تعليقه مفرقة فى
موضعين . وقال المتولى والبعوى والرافعى رحمهم الله : انه يرد الصوف
تبعا وهو مقتضى ما قال القاضى حسين فى الفتاوى وفى كل من الكلامين
نظر ، والصحيح ما سأذكره فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

(واعلم) أن الحمل يندرج فى المعارضة قولاً واحداً ، وفيما عداها
من العقود والفسوخ قولان (فالأظهر) فى الرهن الاندراج بناء
على أن له قسطاً ، وفى الهبة كلام الرافعى يقتضى الجزم بالاندراج ،

والامام قال : ان الجديد عدمه ، وفي الرجوع في الهبة بناه الرافعي على
المقابلة ، كما فعل بها في الرد بالعيب فيقتضى ان الأصح عدم الاندراج ،
فالرافعي رحمه الله سلك طريقة البناء في المواضع كلها الا في الفليس ،
لما وجد ميل الأكثرين ، ونص الشافعي رحمه الله فيه الى خلافها
والقاضي حسين جرى في الرد بالعيب والفليس على قاعدة واحدة لكنه
سلك طريقة البناء في اندراج الحمل في الرهن ، وهذه أمور مضطربة .

فالامام رحمه الله أجرى القولين في جميع ذلك جريانه في الرهن
بطريق الأولى لكونه لا ينقل الملك ، وهو يشكل على القاضي حسين
رحمه الله ، والذي يظهر في ذلك أحد أمرين (اما) أن نقول : ان عهد
المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك ، وعلى هذا يستمر
نصه المنقول في الفليس على الاستتباع في الرجوع (والجديد) الذي
نقله الامام في الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع في الرهن
(واما) أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءا أو لا ،
وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان ، لأنهما جزءان وان
كان يمكن فصلهما الآن ، لعدم صحة افرادهما بالبيع ، وانما لم يدخلوا
في الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحلبه .

نعم اذا جز الصوف أو حلب اللبن في مدة طلب البائع للرد ، بحيث
لم يحصل تأخير ولا تعيب ، فانه حينئذ لا يصادف الرد ، فلا تتبع
تفريعا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله .

وقال القاضي حسين : ان جز الصوف ثم ردها بطل خياره
لاشتغاله بالجز بعد ما علم بالعيب ، وهذا على رواية في أنه يشترط
المبادرة الى التلطف بالفسخ ، أما على المذهب فلا يتجه ذلك .

وقال القاضي حسين رحمه الله أيضا : ان ردها مع الصوف
يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح في أن الصوف تابع ،
أما على رأيه في أن الصوف يبقى للمشتري ، فاجبار البائع على القبول
اذا ردها مع الصوف ينبغي أن يكون ، كما في رد البهيمة مع النعل
ان كان الجز غير معيب لها ، فاذا لم يجز لم يجب على البائع القبول

كما في نظيره في النعل وان كان معيها لها فيصح القول بالاجبار ، ولكن ينبغي ان يأتي فيه الخلاف في ان ذلك تمليك أو أعراض والأشبه في مسألة النعل الثاني فليكن هنا كذلك حتى اذا جز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشتري .

وأما قول الرافي رحمه الله : انه يرد الصوف ، وأما الثمرة غير المؤبرة فهي أولى من الحمل بعدم الاندراج لأنه يجوز أفرادها بالبيع على أحد الوجهين . وفيها طريقة قاطعه لأنها مقابلة بقسط من الثمن ، لكن الأصح فيها الاندراج أيضا لما تقدم ، وقد تقدم في باب بيع الأصول والثمار من كلام الامام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام في التأبير ، فان أراد أنه اذا رد لا يبقى الصوف له فصحيح على ما قدمته ، وكذلك قال صاحب التتمة ، لكن يشكل على الرافي في قوله : ان الحمل يبقى للمشتري فان الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية ، وكذلك الأصح عند الرافي دخوله في الرهن وعدم دخول الصوف ، وان أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه - وفيه نظر مأخوذ من جواز الحلب والركوب في طريق الرد - فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه ، ومن الرافي منعه ، وتبين الراجح منهما ، ولم يذكر الرافي رحمه الله مسألة اللبن ، وهل تتبع في الرد أو لا وهو من جهة الاستئجار كالحمل ، ومن جهة قرب التناول كالصوف ، وكيفما كان فالأصح التبعية ، وعلى رأى الرافي ينبغي أن يكون الأصح عدم التبعية لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل .

(فرع) من تنمة الكلام في الحمل ، جزم الجوري بأن الحمل يكون للبائع اذا ردت عليه بالغيب ، سواء أكان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشتري مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن ، قال : لأنها اذا حملت عند المشتري له أن يمسكها حتى تلد ثم يردّها ، فاذا اختار ردها حاملا فكأنه اختار ترك حقه ، فليس له استثناء الولد ، ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها اذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها بغيب ، لم يكن الولد مردودا . وأجاب أن حكم الولد حكم الأم ما لم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة .

(فروع) لو اشتراها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن ، ثم ردها بعيب قبل الجز والحب ، وقلنا بأن الصوف تابع في الرد ، فلا اشكال (وان قلنا) بما قاله القاضى حسين في تعليقه من أن الصوف واللبن الحادثين للمشتري فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركا بينهما ، فان اتفقا فذاك ، والا فصلت الخصومة بطريقتهما ، لكن الذى فى فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا اشكال فى جواز الرد ، وبقاء الصوف له على ما مر ، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله ، ثم أراد الرد بعيب ، رد الصوف المجزوز ، قاله الماوردى والقاضى حسين والرافعى وغيرهم .

وقال الشيخ أبو حامد فى آخر باب بيع المصراة : انه اذا كان يمكنه التوصل الى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد . وان جزء ثانياً فالجزوز ثانياً له مختص به ، فان لم يجزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيما اذا لم يكن عليها صوف حين العقد ثم حدث وفى هذه الصورة صرح بها القاضى حسين فى الفتاوى بأنه يرده وفرق بينه وبين القث والكراث كما سيأتى عن صاحب التهذيب وهو فى ظاهره مخالف لما حكته عن تعليقه الا أن تكون المسألة التى فى الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب ، وان جز الصوف الذى كان عليه بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير بينهما شركة فى الصوف وقد يحصل نزاع فى مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد ، ولم أر فى هذه المسألة نقلاً .

وأما مسألة اللبن اذا كان منه شيء موجود عند العقد فبقيت على أنه هل يرد الثمن فى غير المصراة ؟ وقد تقدم ذلك فى آخر الكلام فى التصرية ولو اشترى أرضاً وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها فى البيع فنبتت فى يد المشتري ثم علم بها عيباً يردها ويبقى النبات للمشتري ، هكذا قال البغوى والرافعى رحمهما الله وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزء الأرض ، ألا ترى أن الظاهر منها فى ابتداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق فى فتاوى القاضى أيضاً كما تقدم .

(فرع آخر) إذا قلنا الزيادة تسلّم للمشتري كما جزم به
المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده بعد العقد وقبل
القبض من الزوائد لأجل الثمن في صورة غير الفسخ .

(وان قلنا) بأنها ترجع بالفسخ الى البائع . قال الغزالي : له
حبسها الى استيفاء الثمن ، والامام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين في
جواز حبسها من غير بناء ثم قال : ان ذلك ليس على حكم حبس المبيع
بالثمن وإنما ينقذح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالي
رحمه الله لاحظ ذلك فعلم بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك أنه
يحبسها للثمن .

قال ابن الرفعة : ولعل الغزالي رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن ،
قلت : أو يقال بأنه لما توقع عودها اليه صارت كالأصل فيجزي حكمه
عليها في الحبس بالثمن ما دام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك
بأن سلم المشتري الثمن أو بتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق الزوائد
لسقوط حبس أصلها ، وأما مجرد توقع عودها اليه فكيف يقتضى جواز
حبسها ولا تنافي بين كلام الامام وكلام الغزالي . وقول الامام ليس
على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلا به . وقال
القاضي حسين : لو اشترى حاملا فمخضت في يد البائع فلا خلاف
في أنه ليس له حبس الولد لاستيفاء الثمن ، ولم يحك الخلاف الذي ذكره
الامام والغزالي ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط
بنتلفه شيء من الثمن قطعاً وليس كالولد الذي كان حملاً عند العقد ،
فان ذلك على قول ، وهو الصحيح قابله قسط من الثمن ، وهل يكون مثله في
جواز بيعه قبل القبض أو لا ؟ فيه نظر . والأقرب أنه مثله ، وهل نقول في
الحادث انه يجب على البائع تسليمه أو التمكين منه ؟ في كلام القاضي
أبي الطيب في احتجاج الحنفية أنه دخل في حق التسليم ؟ وأجاب بأنه
لم يدخل في حق التسليم المستحق بالمبيع ، وإنما يجب تسليمه اليه
بحق المال وظاهر هذه العبارة يقتضى وجوب التسليم والأقرب أن
المراد التمكين . وقد صرح البغوي رحمه الله بأنه أمانة في يده ، ويحتمل
أن يكون كالأمانات الشرعية حتى اذا هلك قبل التمكين من رده لا يضمه
والاضمنه ان لم يقل له حق الحبس .

(فرع آخر) عن المزني في مسائله المنشورة : اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف الى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماتت الغنم بيطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن • قال الماوردي : وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض بيطل البيع ولا يمنع من ملك النماء •

(قلت) وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه ، وهو الذي جزم به العراقيون • أما اذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع الى البائع فلا يأخذ المشتري من البائع شيئا ، وإنما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة ، لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردما وأمسك الولد لما ذكرناه • ومن أصحابنا من قال : لا يرد الأم بل يرجع بالأرض ، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز ، وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله في الجارية المرهونة أنها تباع دون الولد) •

(الشرح) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشتري وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين اذا اطلع (١) العيب ولم يتمكن من الرد الى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرقا بحرف على ما تقدم بلا خلاف ، وفرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه ، فلو حصل نقص منع

(١) اطلع تتعدى بنفسها لقوله تعالى : « اطلع العيب ام اتخذ عند الرحمن عهدا » وتتعدى بالجر ايضا ..

من الرد ووجب الأرش وأما إذا اطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الأصحاب في جواز الرد ، فالذي قاله المصنف رحمه الله ، ورجحه الجواز للضرورة ، وهو في ذلك موافق للشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب هنا ، وقال انه أصح وأشهر في المذهب ، ونسبه ابن الصباغ الى أكثر الأصحاب . وقال الروياني رحمه الله انه المذهب ، ووافقهم ابن أبي عصرون وهو مقتضى اطلاق نص الشافعي رحمه الله ، فان الشيخ أبا حامد نقل أنه قال في القديم : إذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبا كان له أن يرد الجارية ويمسك الولد إذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء ، وليس مراد الشيخ أبي حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد ، ولكن نقل هذه المسألة لم توجد منصوصة للشافعي رحمه الله الا في القديم .

والوجه الآخر فرعه بعض الأصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ردا على الوجه الآخر الذي قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف رحمه الله ، لكن الروياني في البحر مع قوله عن الأول : انه المذهب قال : ان هذا الوجه أقيس ، وحزم به الجرجاني في المعاينة ، وكذلك القاضي أبو الطيب وغيره في كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة . وكلام الرافعي رحمه الله يشعر بترجيحه فانه ذكر الوجهين في ذلك وقال : وسنذكر نظيره في الرهن .

ثم ذكر في الرهن : اذا رهنت الأم دون الولد . ان صح أنهما متبايعان جميعا والا يفرق بينهما . وكذلك وافقه على تصحيح هذا في الرهن القاضي حسين والماوردي والمحاملي في التجريد من تعليقة أبي حامد والبعغوي في التهذيب والمتولى في التتمة ، ومنهم من يقطع بذلك ، فاذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يبايعان معا ولا يفرق بينهما ، ولم يجعلوا ذلك ضروريا مسوغا للتفريق فينبغي وهنا كذلك ، وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الرافعي رحمه الله . وقال الجرجاني الا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع في الرهن والرد بالعيب ، وسأذكر له فرقا ان شاء الله تعالى . وقد يقال : انه لو جاز التفريق ينبغي أن يمتنع

الرد هنا ، لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب ، وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد ، ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا وتقلل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها .

وطريق الجواب عن المصنف في ذلك أن يفرض فيما إذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشتري الا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرث ، ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد ، ثم ههنا كلامان :

(أحدهما) ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي رحمه الله هو فيه تابع للشيخ أبي حامد ، قاله هكذا حرفا بحرف وفيه نظر ، فان الشافعي رحمه الله له نصان في المختصر .

(أحدهما) قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ، لأن هذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب تفريقا ، ثم ما يتفق من بيع وتفريق فهو من ضرورة الجاء الرهن اليه ، وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها ، والتفريق بينها وبين ولدها ، لكن طائفة من الأصحاب قالوا : معناه أنه لا تفرقة في الحال ، وإنما التفرقة عند البيع ، وحينئذ يباعان معا . ويحذر من التفريق فان أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون في تفسيره كما رأيت . والتفسير الثاني هو الصحيح لعدم افضائه الى محذور . وليس في النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما في لفظة الكتاب .

والنص الثاني في المختصر أيضا قبل ذلك فيما إذا وطئ الراهن الجارية المرهونة قال الشافعي رحمه الله : فان أحبلها ولم يكن له مال غيرها لم تباع ما كانت حاملا ، فاذا ولدت بيعت دون ولدها ، وهذا النص أقرب الى لفظ المصنف رحمه الله ، لكنه يبعد ارادته ، لأن الولد ههنا في هذه الصورة حر لأنه ابن الراهن المالك ، فالتفرقة ضرورية ، وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث

لا يجوز التفريق على الأصح ، لأن الولد هناك مملوك وهنا حر ،
وإذا كان كذلك فلا يصح التمسك به ، لأن الولد هنا في الرد بالعيب
مملوك ، وهذا لا يخفى عن هو دون المصنف والشيخ أبي حامد وأن
أراد نسا آخر فلم أعلمه ، والله أعلم .

لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثاني ، وأنه
هو الذي وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضى أبا الطيب
قال في الرد عليه : ولهذا قال الشافعى رحمه الله : ان الجارية المرهونة
إذا حبلت لم تتبع ما دامت حاملا ، فإذا ولدت بيعت دون ولدها .
وقال صاحب الشامل : إذا كانت جارية فولدت حرا يباع الرهن دون
الولد ، لأنه موضع حاجته . وقال صاحب التتمة : كالمرهونة إذا
علقت بولد حر ، والجارية الجانية إذا كان لها ولد حر يبيعها دون
الولد . وقال الرويانى : المذهب أنه يجوز هذا التفريق كما قال
الشافعى رحمه الله في الجارية المرهونة إذا ولدت حرا : تباع الأم
لحق المرتهن دون الولد ، لأنه موضع حاجته في الأم .

فكلام هؤلاء الأئمة يدل على أنهم إنما ردوا على صاحب هذا الوجه
بهذا النص وهو مشكل ، لأن الولد الحر يجوز بيع أمه ، سواء أكانت
مرهونة أم غير مرهونة ، لأنه لا يمكن بيعه معها أصلا لضرورة فيه
محققة وليس كالولد الرقيق ، وطريق حمل هذا الاشكال أن الجامع
بين الصورتين الضرورة وان كان الولد هنا رقيقا وهناك حرا فإنه
لو لم يجز الرد ههنا أدى الى ابطال حق المشتري من الرد ويعترض على
هذا بأن المحذور هو التفريق في الملك ، وإذا كان الولد حرا الفزقة
حاصلة ، فلا تفريق ، بخلاف مسألتنا هنا فان الرد يوجب التفريق في
الملك وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر .

(الكلام الثانى) في تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع في
الرهن ، قد يقال انتصار المصنف أن هنا أمرين مسوغين للتفريق
(أحدهما) الضرورة والا لأدى الى ابطال حق المشتري من الرد ،
والزامة أخذ الأرض وبقاء المعيب في عقد عسر ، فلا طريق له إلا الرد .
وأما الرهن فإنه يجب عليه وفاء دينه ، فان كان مال غيره وثينا منه

ولم يبيع ، لما قاله الماوردي هناك ، وان لم يكن له مال الا الجارية
المرهونة ، والشارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط
بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما ، فاننا نبيعهما توصلا الى وفاء
الدين الذي التزمه وحجر على نفسه بسببه ، وهذا المعنى وحده كاف
في الفرق ومصحح لما ذكره المصنف رحمه الله .

(والأمر الثاني) أن هذا التفريق بالفسخ ، وقد اغتفروا في
الفسخ ما لم يغتفروا في انشاء العقود ، ألا ترى أن الأصحاب
رحمهم الله قالوا : لو باع الكافر عبدا مسلما بثوب ، ثم وجد بالثوب
عيبا [فان] له استرداد العبد في أصح الوجهين ؟ ولو وجد مشتري العبد
به عيبا فطريقان :

• (أحدهما) القطع بالجواز •

(والثاني) على الوجهين • ولو تقابلا حيث لا عيب ، وقلنا الاقالة
فسخ فعلى الوجهين ؟ فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك
الكافر على المسلم بالفسخ ، وان كانوا لم يغتفروه بانشاء العقد •
وعله الغزالي رحمه الله في المسألة الأولى بأن الاختيار في الرد اما عود
العوض اليه فهو قهري كما في الارث واستشكله الرافعي ، ورأى أن
الأصوب في توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة
الملك ، والامام عله بأن الرد يرد على العقد ، وارتداد العبد يترتب على
انفساخ العقد •

وله في رد الثوب غرض سوى تملك العبد ، أي وهو التخلص من
عيبه وهذا الغرض - وهو التخلص من العيب - حاصل في الجارية
اذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فانه لا غرض الا التوصل
الى وفاء دينه ، والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لابد
منها •

وأما الفسخ وحده فليس بكاف • ألا ترى أنهم جزموا في الفسح
بعدم التفريق لما كان مال المفلس كله معيبا ولا ضرورة تدعو الي

التفريق ، وان كان الرافعي رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذي في الرهن والرد بالعيب فيه ، وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الأصح .

وحكى الماوردي وجها يوافق هذا الاحتمال ، وحكاه المتولي أيضا عند الكلام في التفريق بالبيع ، وكذلك ملاحظة الفسخ لا بد منها ، والضرورة وحدها لا تكفي ، ألا ترى أن في رجوع الزوج في شطر المصدق لم يجوزوا ذلك لأجل حق الزوج ؟ بل نقلوه الى نصف القيمة لأن استرجاع الشطر تملك جديد . هذا ما ظهر لى في تقوية ما ذهب اليه المصنف رحمه الله . ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج الى ملاحظة ما يقدم التنبيه عليه في فرض المسألة اذا رضى البائع بالرد ، أو نفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها ، وهو بعيد ، والأول أقرب ، والله أعلم .

(التفرقة :) ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك (وان قلنا) بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب الأرش ، وكذلك قاله الجرجاني والرافعي ، وعلله الجرجاني بأن الرد كالميتوس منه ، ولك أن تقول : انه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير الا أنه تقدم لنا وجهان عن الامام فيما اذا كان البائع بعيدا حكيناها فيما اذا رضى أحد المشتريين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد . والأصح منهما الرجوع بالأرش ، فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه ، ولنا خلاف هناك أنه لو رد أحدهما الجميع عند حصوله في ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما في مسألة النحل ؟ (فان قلنا) بالاجبار فهنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فان لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الأرش ولا يعقل في هذه المواضع كلها عن فرض المسألة فيما اذا لم يحدث عيب جديد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشتراها وهي حامل فولدت عنده (فان قلنا) ان الحمل له حكم ، رد الجميع (وان قلنا) لا حكم للحمل ، رد الأم دون الولد) .

(الشرح) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح ، أن له حكما ويقابله قسط من الثمن ويحسبه على استيفاء الثمن . فالصحيح أنه يرد الجميع ، وعلى الثاني يكون الولد كالولد الحادث فيأتي فيه الخلاف في الرد قبل بلوغه سن التفريق ، والأصح المنع كما تقدم ، خلافا للمصنف رحمه الله . ويأتي فيه أيضا ما تقدم في الولد الحادث قبل القبض ان حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف في حسبه بالثمن ، ورجوعه الى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم ، وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أو رد الأم دون الولد على القول الآخر ، فشرطه على ما قال الماوردي والرويانى والرافعى رحمهم الله وأفهم كلام ابن الصباغ أن يكون حصل لها بالوضع نقص ، فان حصل نقص فلا رد .

وقد تقدم أن ابن الرفعة قال : قياسه أن يتخرج على الوجهين ، يعنى في العيب الذى تقدم سببه ، هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشتري ؟ والأصح أنه من ضمان البائع ، فينبغى على ذلك أن يرد ، وان حصل نقص وأيد ذلك بما اذا أصدقها جارية حائلا ثم حملت في يده ثم وضعت في يدها ثم طلقها ، وأن الرافعى رحمه الله حكى في نسبة النقص الحاصل اليه أو اليها وجهين ، وهذا الذى ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الأصح أنه يرد ، ولكن الماوردي وابن الصباغ جزما بخلاف ذلك .

واعلم أنى قدمت عن القاضى حسين والبعوى والرافعى ما يقتضى أن الخلاف في كون ذلك مع ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري جاز مع العلم ، وفرعوا عليه أنه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزوج والجنابة على قولنا : ان ذلك من ضمان البائع ، وهو الصحيح الذى استشكله هناك وقلت : ينبغى أن يكون الرضا بالعيب قطعاً لأثره حتى يكون ما يوجد في يد المشتري ، وان كان من سببه منسوبا الى يد المشتري لرضاه لسببه دون البائع ، ولم أر من اعتضد به في ذلك النقل ، ولا ما يرده الا كلام القاضى حسين ومن تبعه على سبيل التفريع ، فان كان الأمر كما قلت فقد اندفع الاشكال عن الماوردي وابن الصباغ هنا ، فان

المشترى عالم بالحمل ، فكذاك النقصان الحادث عنده منسوب إليه . وقد وجدت بعد ذلك بأخر التتمة صرح بامتناع الرد اذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض ، ووجد بها عيبا آخر وقد ألحقته هناك فاندفع السؤال .

نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الأشكال عن الرافعي لتصريحه بالحكمين في المسألتين على أن الماوردي رحمه الله في أصل المسألة مال الى أن ذلك من ضمان المشتري ، فلعله ذكر التفريع هنا على ما مال اليه هناك فلا يرد عليه شيء ، وان كان الأمر كما ذكره القاضى حسين ومن تبعه ، وأن الحادث الذى تقدم سببه منسوب الى البائع في عدم منع الرد بغيره مع علم المشتري ، وان لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج الى تأويل . والذى خطر لى الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل ، فإنه رضى بها حاملا فالغالب أنها بالولادة تزيد قيمتها عن حالة الحمل فان الحمل عيب فاذا نقصت بالولادة عن قيمتها حاملا كان ذلك عيبا جديدا مانعا من الرد ، لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذى لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته اليه ، لذلك لم يجعل من ضمان البائع شيكون مانعا من الرد بعيب آخر .

وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار ، وهى الحالة التى كانت عليها عند الاصداق ، ولا شك أن الجارية اذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك ، والنقص بالحمل قد زال بالوضع وبقي النقص الآخر عن حالة الحبال ، فالولادة في يد الزوجة وسببها في يد الزوج وهو مما فعلت ، ولا يندر فيجربى فيه الخلاف ، فان فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل في يد البائع ، فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة ، كما في المشتري ههنا ، هذا ما خطر لى في ذلك ، وفيه نظر ، والله أعلم .

(فرع) أطلق الرافعي رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ، ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله ، والماوردي وابن الصباغ

رحمهما الله فرضا المسألة فيما إذا كانت الولادة عند المشتري ، كما فرض المصنف رحمه الله ، ولا شك أنها إذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقص ترد إذا اطلع على عيب آخر ، أما إذا حصل نقص فقد قدمت كلاما في أن العيب الحادث قبل القبض إذا استند إلى أمر سابق علم المشتري هل يكون موجبا للرد أو لا ؟ وهل يكون مانعا من الرد بغير أو لا ؟ والذي ظهر أنه ليس موجبا ولا مانعا وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا اشترى أمة مزوجة عالما بتزويجها ، فأزال بكارتها قبل القبض ، ثم اطلع على عيب بها ، هذا ما يقتضى تقييد كلام الزافعي رحمه الله ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها لأنه انتفاع لا يتضمن نقصا فلم يمنع الرد كالاستخدام) .

(الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية

مذاهب .

(أحدها) أن يردها كما ذكره المصنف ، ولا يردها معها شيئا ، وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه ، وبه قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور ، ولا فرق عندنا في ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ، ولا يكون بالوطء قابضا لها على المشهور ، ولا مهر عليه ان سلمت وقبضها ، فان تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع ؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه ؟ والصحيح لا مهر ولا حرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشتري كآب وابنه أو لا فان ذلك لا يمنع الرد .

(والمذهب الثاني) أنه لا يردها ولا يرجع بالأرض ، وهو قول

أبي حنيفة والثوري وأبي يوسف واسحاق ، وروى ذلك عن عمر وعلي بن أبي طالب وابن سيرين والزهري .

(والثالث) أنه يردّها ويردّ معها مهر مثلها ، وهو قول ابن أبي ليلى
وشريح في رواية ، وقيل : انه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر :
المهر في قول ابن أبي ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصفا فيجعل المهر
نصف ذلك يعنى يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها . بذلك صرح عنه
غيره .

(الرابع) يردّها ويردّ معها مهر مثلها بالغا ما بلغ ، وهو قول
ابن شبرمة ، والحسن بن حى وعبد الله بن الحسن .

(والخامس) يردّها ويردّ معها نصف عشر ثمنها ، وهو قول شريح
والنخعي وشتادة ، وروى من طريق الشعبي عن عمر .

(والسادس) يردّها ويردّ معها حكومة وهو قول الشعبي .

(والسابع) أنها لازمة ، لو صح ذلك عن الحسن وعمر
ابن عبد العزيز ، وهي رواية عن علي بن ابي طالب ، فلا يردّها ولا يرجع
بشيء على هذا القول .

(والثامن) يردّها ويردّ معها عشر ثمنها ، وهو قول ابن المسيب ،
وروى عن ابن المسيب يردّ معها عشرة دنائير ، ولعل ذلك كان عشر
ثمنها فلذلك لم أعده مذهبا آخر دون تحقيق . هذا في وطء الثيب .
وأما البكر فسيأتى الكلام بها في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ومن
هذه الأقوال التي حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا
بكر ، وهو قول الشعبي والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية
ترجع الى أربعة أقوال يردّها ولا شيء معها كمذهينا ، أو بامتناع ردها
والرجوع بالأرّش ، كمذهب أبي حنيفة ، أو بامتناع ردها ولا يرجع
بشيء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز ، أو يردّها ويردّ معها شيئا
كمذهب الباقيين .

فأما من يقول : بردّها وردّ شيء معها فالوجه تأخير الكلام عليه ،
وتقديم الكلام على المذهبين الأولين عليه ، الثالث يشارك الثاني في
القول بامتناع الرد عليهما في ذلك واحد ، فليجعل الكلام في جواز الرد

وامتناعه ، ومعتدنا في ذلك أن وطء الثيب شيء لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعيها فوجب أن لا يمتنع من ردها بالاستخدام ، وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب في يد المشتري . وقلنا : ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعيها وغير ذلك مما يوجب الرضا . وهذا الدليل الذي ذكره المصنف ، واستدلال الشافعي رضي الله عنه بأن الوطاء أقل ضررا من الخدمة ، يعني أن الوطاء يمتنع ويولد ويضطرب والخدمة تلد وتزيت (١) وتتعب ، فاذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطاء أولى أن لا يمتنع ، فهذا الدليل هو الأول لكن بقياس الأولى . وأيضا بالقياس على وطء الزوج . وقد اتفقوا على أنه لا يمتنع الرد . ولذلك إذا أكرهها انسان على الوطاء فإن كان وطء الثيب يقتضى وجوب ان يقع وطء الزوجة والمكرهه ، فإن لم ينقص وجب أن لا يمتنع وطء السيد ، وبالقياص على ما اذا غصبها المشتري من البائع فوطئها نم ردها حتى يوفيه الثمن ، فلما وقاه وسلمها اليه وجد بها عيبا له ان يردها عندنا وعندهم ، فان اعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق ، فوطء المشتري مستحق ، وأيضا يبطل بوطء الزوج بالبكر فانه مستحق . ومع ذلك قالوا بامتناع ردها ، فان اعتذروا بان منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالشراء وانما يمتنع الرد بوطء السيد لانه كانه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطء السيد ولم يمتنع وطء الزوج الثيب .

وأما البكر فجادة البكارة مستحقة للمشتري لأنها عين حقيقة ، والنكاح محل المنافع الا أن تلك الجادة تتلف للضرورة ، واذا كانت مستحقة بالمبيع فأتلفها الزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع .

(فالجواب) أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جادة البكارة جزءا من المبيع مع كونها مستحقة الازالة للزوج لا يفيد ، لأنه مأذون فيها شرعا ، فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد ، وقد تعلق

(١) قال في القاموس : زاتهم أطعمهم اياه ، واستزات طلب الزيت .
(المطبعي)

المخالفون في ذلك بأمرين (أحدهما) أن الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسألة على قولين (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه (والثاني) يردّها ويورد معها المهر . وهو قول عمر رضي الله عنه ، فالقول بأنه يردّها ولا شيء معها أحداث قول ثالث وهو غير جائز ، وأورده ابن السمعاني والجزالي ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا : ان عليا وابن عمر رضي الله عنهم قالوا : لا يردّها . وعمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما قالوا : يردّها ويورد معها نصف عشر قيمتها ، وإيراده علي الوجه الأول الأتسهر ، وأقرب في النقل ، والجواب عنه من وجوه :

(أحدها) ما أشار اليه الشافعي رضي الله عنه في اختلاف الحديث فإنه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال : رويانا ذلك عن علي . قال الشافعي : قلت : أفتيت عن علي ؟ فقال بعض من حضره : لا . . . فرويانا عن عمر يردّها . وذكر عثرا أو نحو ذلك . قال الشافعي : قلت : أو ثبت عن عمر ؟ قال بعض من حضره : لا . . . قلت : وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله ؟ وهذا الكلام من الشافعي رضي الله عنه إشارة الى أنه لم يثبت ذلك عن عمر ، ولا عن علي رضي الله عنهما . وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة . وأمثلها الرواية عن علي ، فإنه لا يردّها ويرجع بقيمة العيب ، وهي منقطعة لأنها من رواية علي بن الحسين ولم يدرك جده ، ولولا ذلك لكانت صحيحة فأنها من رواية ابن أبي شيبه عن حفص بن عمار عن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جده عن علي رضي الله عنهم .

ولعل حفص بن عمار أو مسلمة ممن كان حاضرا مناظرة الشافعي ، فإنه كان قاضي الكوفة ، حنفيا جليلا ثقة ، ونقله البيهقي من طريق جماعة عن جعفر . ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة . ونقل القاضي أبو الطيب أن الشافعي قال في اختلاف الأحاديث : لا يثبت عن أحد من الصحابة في ذلك شيء وإذا كان كذلك سقط التمسك الذي ذكروه ، والذي رأيت في اختلاف الحديث ما ذكرته ، ورأيت في اختلاف العراقيين قال : ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن علي ، ولا عن واحد

منهما أنه قال خلاف هذا القول يعني قول الشافعي . وقال أبو المظفر ابن السمعاني : قد جهدت غاية الجهد أن أجد ما قالوه في كتاب غلم أجده وإنما هي حكاية أخذها أهل العلم من التعاليق ، وسمى السواد على البياض ، ولم يرد عن واحد من الصحابة شيء سوى علي .

(الثاني) أنه قد روى مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت . ذكره أبو علي الطبري في مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه . قال القاضي أبو الطيب : وحكى لنا ذلك - يعني الرواية عن زيد - أبو الحسن الماسرجسي - ونقله المصنف في النكت . وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع الى القياس ، لكن أبا المظفر ابن السمعاني قال : ان هذا النقل عن زيد ليس بصحيح .

(الثالث) أنه قول صحابيين لم يعلم انتشاره ، والقياس بخلافه فيقدم عليه .

(الرابع) أن مذهبنا موافق لعمر ، فإنه أثبت الرد فوافقناه في أصل الرد . والاختلاف بعد ذلك في أنه يرد معها شيئاً أو لا ، اختلاف في كيفية الرد .

(الخامس) أن احداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه ، ونحن هنا وافقنا بعضهم في جواز الرد وبعضهم في اسقاط المهر ، فلم يكن ذلك خرقاً للاجماع .

(الأمر الثاني) مما تعلقوا به القياس على وطء البكر ، لأن كلامنا يقرر المسمى في النكاح ، وعلى ما اذا زنت ، وبأنه ينالها في ذلك ابتذال وينقصها . فإنه قد يكون المشتري أبا البائع أو ابنه فيحرم فتحريم عليه ، فممنع الرد كسائر العيوب . وتعلقوا أيضاً بأن الوطاء جنائية ، لأنه لا يخلو عن عقر أو عقوبة في الغالب ، ولا يباح بالاباحة فأشبهه المقطع . والرد رفع للعقد من أصله ، فلو ردها كان الوطاء حاصلًا في ملك البائع ، وهذا لا يجوز ، لأن الوطاء في ملك الغير لا يخلو عن المهر ، ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر . فبطل الرد .

وربما غالوا في هذا : انه اذا كان واقعا في ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لما بعد . ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطاء لا يخلو عن عقر او عقوبة الا اذا كان في الملك ، وقد انتفيا عن المشتري بالاجماع . فلو فسخ لا يبقى الملك من أصله ، ولذلك وجب إسقاط الملك . وقوله : انه انتفيا عن المشتري بالاجماع ينبغي أن يؤو : فانه قد تقدم عن ابن أبي ليلى وغيره ايجاب المهر ، وبأن منافع البضع في حكم الأجزاء ، والمشتري انلفها ، فصار كما لو تلف الولد والزوائد ، ويعود البض في مسألة الزوائد .

وانما استدلووا به على أن الوطاء تنقيص للملك وصرف مهر الجارية الموطوءة بالنسبة الى سيدها ، فلو كان المهر لصيانة البضع فقط لوجب لله كالنكارة ، فلما صرف الى السيد دل على أن منافع البضع كالأجزاء وان لم تنقص القيمة كيد الذكر والأنثيين ، يصرف للسيد وان لم تنقص المالية بمنفعة البضع ، الحكم في حكم الأجزاء وفوات الأجزاء يمنع الرد ، ومما يدل على أنها في حكم الأجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة ، ويمنع من الرد في خيار الشرط بخلاف المنافع ، وذلك أن منافع البضع في الشرع محترمة مشرفة ، لأنها سبب النسل في العالم ، فحشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء شرعا .

(والجواب) أن وطاء البكر والزنا منقصان للقيمة ، بل زوال البكارة وحدها يغير وطاء منقص ، والابتذال ان سلمه كالأستخدام ، وتكون المشتري أبا البائع أو ابنه لا يعتبر في معيوب شخص من الأشخاص ، بل المعتبر ما ينقص قيمة الشيء ولا يؤثر الا ما له أثر في المالية . وقولهم : انه جنائية ممنوع ، لأن الجنائية تنقص القيمة . وهذا بخلافه . ولو كان جنائية لمنع من الأجنبي اذا وطى مكرهة ومن الزوج .

وقولهم : لا يباح بالاباحة . ينتقض بما دون الوطاء . هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقل بعضهم أن ما دون الوطاء من الاستمتاع مانع الرد أيضا ، فعلى هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم : لا يخلو عن مال أم عقمة أن الجنائية قد تخلو من المال ، والعقوبة

إذا قال الرجل : أقطع يدي ففقطها • وعن قولهم : الرد فسخ للعقد من أصله تقدم ثم اتر ذلك انما يظهر ذلك في الأعيان أما المنافع البعضية فلا •

ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد إذا رضى البائع ، وهو جائز وأيجاب المهر في البضع عن المنفعة ، والسيد يستحقها ، فلا ضرورة الى تقديرها جزءا وتقدير المهر بعيد ، مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به في المراجعة ، ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شيء ، ولا يضعنه الغاصب عندهم ، وانما لم يملكه الكافر على المسلمة ، لأن فيه ادخال ذل على الاسلام ، والوطء في خيار الشرط فيه وجهان ، فان سلمه فلأنه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا ، فنهنا وطء قبل العلم بالخيار ، واعتذر أبو زيد عن الوطاء قبل القبض بأنه وقع في حكم ملك البائع • لأنه تصرف ولا ينتقل التصرف الا بالقبض فبقى على ملك البائع ، فلم يجز أن يجعل جنائية • وهذا ضعيف ، فهذا ما تيسر ذكره •

وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتغير والأنتفة ، والشافعي لاحظ الأمر العام وأن عادة التجار إذا علموا أن الجارية شيب لا يبالون بقله الوطئات وكثرتها ، ولا ينقص من قيمتها شيئا ، فان فرض وطء ينقص القيمة ، فليس فرض المسألة ، والله أعلم •

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه ، وقد اتفقوا هنا على جواز الرد ، وعلى أنه لا يجب المهر الا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضى حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به انما هو في الأعيان ، أما المنافع فلا ، وهو يقوى ما تقدم من البحث فيه ، والا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغي وجوب المهر ، وقد حكى القاضى حسين فيما اذا وطء المشتري الجارية المبيعة الشيب قبل القبض ، ثم ماتت ، أنه هل يغرّم المشتري للبائع المهر ؟ على وجهين (ان قلنا) يفسخ من الأصل غرّم والا فلا ، وقياس ذلك أن يأتى في الرد بالعيب ، ولم أرهم ذكره ، وبتقرير ثبوته

فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشتري ، وبقاء علقه ملك
البائع ، فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة
الطاردة للقولين فيما بعد القبض ، وفيه نظر ، هذا ما يتعلق ممن
يقول بمنع الرد .

وأما المذاهب الناقية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول بردها مع
مهر المثل بالغا ما بلغ ، وهو يتخرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من
أصله تخريجا ظاهرا وجوابه ما تقدم . وأما من قال : يردها ويرد
شيئا يتقدر معها فتحكيمات لا دليل عليها . وأما من قال بامتناع ردها
ولا يرجع بشيء فعبيد ، فان العيب القديم يجب الرجوع بأرضه اذا
امتنع الرد . اللهم الا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الأرش ،
والله أعلم .

(فرع) هذا كله في وطء المشتري ، فلو وطئها البائع أو الأجنبي
بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمنع الرد ، وان كانت مختارة
فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد ، وان كان قبل القبض ، فان كانت
زانية فعيب يوجب الرد ، وان كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب
ويجب المهر على الأجنبي للمشتري ، وأما البائع ففى وجوب المهر
عليه وجهان ، بناء على جنائية البائع على المبيع قبل القبض (ان قلنا)
كأفة سماوية لم يجب والا يجب ، ومما كالوجهين في الانتفاع بالمبيع
قبل القبض ، فان ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقد يرتفع
من أصله لم يغرم المهر (وان قلنا) من حينه فوجهان بناء على القولين
في جنائية البائع ، قال ذلك القاضى حسين ، وان ماتت بعد وطء الأجنبي
قبل القبض (فان قلنا) يفسخ العقد من أصله فالمهر للبائع (وان
قلنا) من حينه فلمشتري ، قاله القاضى حسين . وفى وجوب الحد
على البائع اذا وطئها جاهلا بالتحريم وجهان في التتمة ، هذا في الثيب
أما في البكر ففيها زيادة أحكام سنأتى ان شاء الله تعالى .

(فرع) ما ذكرناه من أن الوطاء اذا كان على وجه الزنا عيب
يمنع الرد . استثنى القاضى حسين منه ما اذا لم تنقص قيمتها بالزنا ،
بأن كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك ، فانه لا يمنع به الرد ،

ذكرت ذلك في جوابه عن اعتراض الحنفية . وكذلك ذكره صاحب التتمة
وظرده في الاباحة والسرقة اذا حدثت ولم تنقص القيمة . قال : لأنها
عيب من طريق الحكم ، يعني بخلاف البرص ونحوه اذا زاد ، فإنه
عيب من حيث المشاهدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد نقص المبيع - نظرت فان كان النقص
بمعنى لا يقف استعمال العيب على جنسه كوطء البكر وقطع
الثوب وتزويج الأمة - لم يجوز له الرد بالعيب لأنه أخذ من البائع
وبه عيب ، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه ، وينتقل حقه
الى الأرض لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب
أن يرجع الى بدل الجزء الفائت وهو الأرض) .

(الشرح) النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه
لا يعتبر ، فلذلك قال المصنف : المعنى أى حاصل في المبيع ، وامتناع
الرد في افتضاض البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة اذا لم يكن لها
سبب سابق ولا ضم معها الأرض ، لا خلاف فيه عندنا ، لأنها عيوب
حادثه في يد المشتري ، فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف في وطاء
البكر ومذاهب السلف ، قال ابن جريج والنخعي : يردها ونصف عشر
ثمنها ، وتقدم في وطاء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة في الوطاء والظاهر
أنها مطردة في البكر ، وكلها ضعيفة ، واتفقوا في البكر على أنها بعد
الافتضاض لا ترد مجاناً ، لأن المتقدمين أجمعوا على قولين (اما)
امتناع الرد (واما) الرد مع الأرض ، وجعلوا ذلك مثالا لامتناع
احداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الأصوليين ولاسيما هنا فان
فيه دفع ما أجمعوا عليه .

وقد تكلم الشافعي في المختصر على افتضاض البكر فقال : وان
كانت بكرا فافتضها لم يكن له أن يردها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة
ومعينة من الثمن . ثم تكلم بعد عن مسائل ، تكلم عن حدوث العيب
عند المشتري فقال : فان حدث عنده عيب كان له قيمة العيب الا أن

يرضى البائع أن يقبلها ناقصة ، فيكون ذلك له الا أن يثساء المشتري حبسها ، ولا يرجع بشيء ، وتبعه الأصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدها ، وجزموا في وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا في مسألة حدوث العيب : انه يمنع الرد به .

وقال ابن سيرين والنخعي والزهرى على ما نقله ابن المنذر وغيره ، والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة ، وقال الشعبي : أبطل الآخر الأول . وهذا يحتمل أن يكون موافقا لما قلناه ، ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشيء ، وذهب حماد بن أبى سليمان وأحمد وأبو ثور الى أنه يرد السلعة وأرشد العيب الذي حدث عنده قياسا على المصراة .

وقال الماوردى : ان أبا ثور روى ذلك عن الشافعى رضى الله عنه في القديم وهذا يرجع الى الوجه المشهور الذى في طريقة الخراسانيين فيما اذا طلب المشتري الرد مع الأرش ، والبائع أعطاء الأرش وبقاء العقد ، وبالعكس من ايجاب كل منهما ، وسنذكره ان شاء الله تعالى .

ولذلك قال المرعى : قطع الثوب من الصور التى فيها قولان :

(أحدهما) يرده وأرشد القطع .

(والثانى) يأخذ الأرش ، فلا تنافى بين الكلامين ، ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الأرش ؟ أو يتخير بين ذلك وبين طلب الأرش ، أو ليس له أخذ الأرش الا أن يختار البائع كما يقتضيه ظاهر قول الشافعى رضى الله عنه في المختصر والأصحاب ؟ فيه بحث ينبى عليه أنه هل تجب عليه المبادرة الى الرد وبدل الأرش أو لا ؟ (ان قلنا) بالأول وجب (وان قلنا) بالثانى أو الثالث لم يجب . وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى ، واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرافعى أنه حقه أولا فى الرد وحده ، فان امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره ان شاء الله تعالى .

إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار في وطاء البكر أو لا ؟ الأقرب الأول •
 واطلاق كلامهم يقتضيه ، وانما أفردت مسألة وطاء البكر وحدها لأنهم
 ذكروه عقب وطاء الثيب ، والبحث فيها مع الحنفية ، فاننا نوافقهم على
 أن وطاء البكر مانع ، ويحتمل على بعد أن يقال هما مسألتان فوطء
 البكر وشبهه مما فيه فوات جزء كالخصاء ، أو قطع طرف من أطرافه ،
 أو قطع اصبع زائدة ، سقط حقه من الرد ، وينتقل الى الأرش جزماً
 الا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التي تنقص القيمة فقط يجري فيها
 خلاف أبي ثور ، والوجوه التي ستأتي ، فعلى الوجه الذي يقول باجابة
 المشتري لم يسقط حقه من الرد ، بل حقه في الرد باق مع اعطاء
 الأرش ، أما على التعيين أو على التخيير بينه وبين أخذ الأرش كما
 تقدم ، وسيأتي إذا اتبعنا رأى المشتري •

ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضي أبا الطيب نقل الاجماع على أنه
 إذا قطع طرف من أطرافه في يد المشتري ثم وجد به عيباً قديماً أنه
 لا يجوز له رده ، ووضع الشافعي والمصنف من الخلاف كابن المنذر
 وغيره مسألة الوطاء وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها ، وما تقدم
 عن الشعبي عامة قال في الجارية توطأ : يردها ويرد معها حكومة ،
 وفي الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول ، وهذا يقتضي التباين
 بين المسألتين والأول أوفق لاطلاقهم ولعموم كلام الشافعي في المسألة
 الثانية ، ولكلام المصنف فانه سوى بين وطاء البكر وقطع الثوب وترويج
 الأمة وليس في الثاني والثالث فوات جزء ولا ينحل أن هذه الثلاثة
 مشتركة في أنها صادرة من المشتري فتكون محل الجزم ، ويخص
 الخلاف بما لم يكن من جهة المشتري لنقل أبي الطيب الاجماع في قطع
 الطرف في يد المشتري ، فالأقرب أن العيوب كلها سواء في منع الرد
 الذي لم يضم معه الأرش أما إذا ضم معه الأرش فعلى ما سيأتي •

وعلى رأى المصنف - وهو الصحيح على ما سيأتي - يمتنع مطلقاً
 الا برضا البائع لأنه يجب من طلب تقرير العقد على الصحيح فلذلك
 صح اطلاق المصنف هنا ، ومحل الاتفاق أيضاً ما لم يكن العيب الحادث
 له سبب متقدم ، فان كان له سبب متقدم فلا يمنع على الأصح كما تقدم
 مبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له متقدماً ، ومن ذلك ما اذا

اشترى بكرة مزوجة جاهلا فاقتضها الزوج وقد تقدم • وممن صرح به هنا القاضي حسين ، وتقدم فيه بحث ، وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل : لأن أبا حنيفة وافق في وطء البكر وخالف في قطع الثوب ففيه قياس أحدهما على الآخر ، وقوله : وطء البكر محمول على اقتضاها ، فلو كانت غورا فوطئها ولم تنزل بكارتها فهو كوطء الثيب فيما يظهر •

واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام ، سأفرد لها فرعا في آخر الكلام ان شاء الله تعالى • وقوله : من غير رضاه مفهم أنه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك • لكن فيه بحث فان قوله في أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخفية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصان عين ، ولكنها في حكم الوصف كزوال البكارة فان جلد البكارة — وان كانت عينا — لكنها لا تقابل بقسط من الثمن ، ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شيء وقد يكون نقصان عين مقابلة بجزء من الثمن ، كاحتراق بعض الثوب ، فأما القسمان الأولان فجواز الرد اذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغي أن يكون كما اذا رضى البائع أن يرد عليه بعض المبيع ، والأصح جوازه ، وقد تقدم فيه أنه لا يجوز • اذا قلنا : لا يجوز تفريق الصفقة وشرط النقص المانع من الرد بالاتفاق أن لا يكون له أمد ينتظر • فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذکور في طريقة الخراسانيين سأذكره في التنبيه الذي في آخر الكلام ان شاء الله تعالى •

(وقوله) وينتقل حقه الى الأرض ، ظاهره أنه لا حق للمشتري في الرد لا على التعيين ، ولا على التخيير ، وهو أحد الاحتمالات المتقدمة ، وسنعيد الكلام فيها ان شاء الله تعالى (وقوله) لأنه فات جزء من المبيع انما يظهر في القسم الثاني والثالث المتقدمين •

(أما الأول) وهو ما فيه نقصان صفة محضة فلا ، الا أن يتجاوز في اطلاق اسم الجزء عليها ، ويدل ذلك قوله : بدل الجزء الفائت ، لكنه هنا منزل منزلة الجزء شرعا بدليل جبره بالأرض ، فلو لم يكن كالجاء لم يستحق الأرض في مقابلته لكنه ليس جزءا

حقيقيا ، والا لزم أن يسقط من الثمن شيء في مقابلته ، وان رضى المشتري بالرد ، وأن لا يصح بيع أصلا حتى يحصر الأوصاف التى يجب الأرش بفواتها ، وهى غير محصورة ويستثنى من قول المصنف ، وينتقل حقه الى الأرش ما اذا كان العيب القديم هو الخفاء ولم تنقص به القيمة ، فانه لا أرش له وسأذكر قريبا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتى •

ويؤخذ من قول المصنف : ان الأرش بدل عن الجزء الفائت ، فيكون جزءا من الثمن ، فليس عرفا جديدا ، وسيأتى الكلام فى ذلك •

(تنبيه) هل يشترط المبادرة باعلام البائع ؟ قال المتولى والبغوى والرافعى : ان المشتري يعلم البائع بالحال فان رضى به معيبا قيل للمشتري : اما أن تردده ، واما أن تقنع به معيبا ، ولا شيء لك ، وان لم ترض فلا بد من ضم الأرش ، صرح الرافعى والبغوى من بعد بأنه لو أخرج الاعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والأرش الا أن يكون العيب حادثا قريبا الزوال غالبا كما سيأتى •

(قلت) وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت فى الرد ، فان امتنع البائع انتقل الى الأرش ، وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف ، وما حكيت من عبارة الشافعى وكذلك عبارة كثير من الأصحاب فان ظاهرها أن حقه ثابت فى الأرش الا أن يرضى البائع بأخذه معيبا ، وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعى ، هذا وما ذكره الرافعى يدل عليه كلام الغزالى هنا وكلام الامام فى باب السلم ، ويؤخذ من كلامه وجهان فى ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت الأرش الا الطلب الجازم • وأما اذا كان العيب قريبا الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التى لزمته من وطء شبهة غفى جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران فى طريقة الخراسانيين • عبر عنها البغوى بقولين والغزالى بوجهين •

(أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرش •

(والثاني) لا ، كغيره من العيوب وعلله الغزالي بقدرته على طلب الأرش .

(فان قلت) هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر في التأخير قطعا . ويكون الاعلام لطلب الرد والأرش على الفور وهو ما قاله الرافعي . قلت : يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان في أن له الرد بعد ذلك . وأن ذلك عذر في تأخير الرد أم لا ؟ فان جعلناه عذرا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن . وان لم نجعله عذرا تعين حقه في الأرش والاحتمال الأول أقرب الى كلام الغزالي وعليه جرى الرافعي . فان الغزالي صرح على قولنا أن لا يعذر أنه أبطل حقه . وظاهر ذلك حقه من الرد والأرش جميعا . فيقتضى أن طلب الأرش على الفور . فهم ابن الرفعة من كلام الغزالي أن الوجهين في تأخير طلب المشتري الرد مع بدل الأرش .

ثم قال : انه لا يبعد جريان مثلهما فيما اذا قلنا : ان حقه في طلب الأرش عن العيب القديم فأخر طلبه الى زوال الحادث . وبه صرح في الشامل في نظير ذلك اذا علم عيب الجارية بعدما حملت . والحمل ينقصها يرجع الأرش . وقيل للمشتري : أمسكها حتى تضع ويردها . وقد تقدم ذلك والذي أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعبء جديد منتظر الزوال ، جرى الوجهان في جواز التأخير الى الرد من غير أرش أو طلب الأرش الآن . لكن هل تتعين الفورية في طلبه أو لا ؟ فيه ما سلف عن الغزالي والرافعي من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدوها . ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الأرش وبين طلب الأرش بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان .

نعم يلتفت ذلك على البحث الذي تقدمت الاشارة اليه هل حق المشتري أو لا في الرد ؟ أو في طلب الأرش (فان قلنا) بالأول يظهر الخلاف في كون التأخير بهذا السبب عذرا أو لا (وان قلنا) بالثاني يظهر سقوط حقه من الرد . ولا يعين الأرش الا برضا البائع ، ولا تشتط الفورية . هذا ما يتضح عندي في ذلك ، والله عز وجل أعلم .

والوجه الذي حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخر طلب الأرش •
ويرد بعد الوضع • وأما تأخير طلب الأرش وحده بعد امتناع البائع
من الرد فجائز قطعاً ولا يجب المبادرة الى أخذ الأرش ، ولذلك صرح
صاحب التهذيب بأن أخذ الأرش ، لا يكون على الفور ، بل متى شاء
أخذ وكذلك صاحب التتمة •

(فرع) زوال البكارة اذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد ،
سواء أكان بوطء المشتري أو البائع أو أجنبي وسواء أكان بألة الاقتضاض
أو بغيرها كاصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك
مانع من الرد (١) الا اذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض
بوطء الزوج فقد تقدم فيه وجهان وهما يثبتان هنا في تعليقة القاضي
حسين (أصحهما) عند الرافعي على ما تقدم هناك أنه غير مانع •

وقال صاحب التتمة : انه مانع في صورة العلم دون الجهل ، وهو
الأصح ، وان كان زوال البكارة قبل القبض — فان كان من الزوج —
فان جهل المشتري الزوجية فلا اشكال في أن ذلك موجب للرد ،
فضلا عن كونه غير مانع ، وان علم المشتري الزوجية فقد تقدم الكلام
في هذا الباب ، في موضعين ، على كونه موجبا للرد بسببه أو مانعا
من الرد بغيره أو لا ؟ •

والذي ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بأنه
غير مانع كما قلته ، وان كان من غيره فهو جنابة على المبيح قبل القبض
سواء أكانت مكرهة أو مطاوعة ، وسواء أكان الواطئ عالماً أو جاهلاً ،
والتفصيل فيه أنه ان كان من أجنبي فان كان بغير آلة الاقتضاض
فعليه ما نقص من قيمتها ، وان افتضاها بألته فعليه المهر ، وهل يدخل
فيه أرش البكارة ، أو يفرد ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) عند الرافعي
هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكراً (والثاني) يفرد ، فعليه أرش البكارة
ومهر مثلها ثيباً (والثالث) يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكراً وهو الذي

(١) بياض بالأصل ولعل السقط : « بعد القبض » .

جزم به الشيخ أبو حامد في تعليقه في باب الشرط الذي يفسد البيع والرافعي هناك أيضا .

ثم المشتري ان أجاز العقد فالجميع له ، هكذا أطلق الرافعي ، وهو كذلك ان تم العقد . وأما ان ماتت قبل القبض فقال القاضي حسين أرش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبي يدها ثم ماتت في يد البائع فأرش القطع للبائع ، وفي مهر مثل الثيب وجهان (ان قلنا) يفسخ من أصله فهو للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشتري . وهذا الذي قاله القاضي حسين متعين ، وان فسخ المشتري العقد قال الرافعي : فقدر أرش البكارة للبائع لعودها اليه ناقصة والباقي للمشتري .

فأما قوله : أرش البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضي حسين . وأما قوله الثاني للمشتري فينبغي أن يكون ذلك على قولنا انه يفسخ من حينه . أما اذا قلنا يفسخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقدم في كلام القاضي عند التلف . وأما اذا افتضها البائع ، فان اختار المشتري فلا شيء على البائع ان قلنا جنائته كالأفة السماوية . وان قلنا كالأجنبي فحكمه حكمه . هكذا قال الرافعي تبعاً لصاحب التهذيب .

واختلف جواب القاضي حسين فيها ، ثمرة قال كذلك وهو آخر قوايه ومرة قال فيما اذا كان يغير آلة الافتضاض يسقط من الثمن ما بين كونها بكرا وثيبا وكذلك اختلف قوله : فيما لو قطع البائع يد المبيع المبيع قبل القبض واندمل ، وقلنا جنائته كجنابة الأجنبي انه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها ؟ قال : كما لو باع عشرة أصع حنطة بعشرة دراهم ، ثم أتلّف البائع صاعا منها قبل القبض ، يسقط عن المشتري عشر الثمن ، ولا يقول : يجب على البائع مثله ، لأنه عامد ، هكذا قاله القاضي ودعواه في هذه الصورة ممنوعة أيضا ، بل مقتضى التفرّيع أنه اذا أجاز المشتري يجب عليه مثله .

قال القاضي حسين : فيما اذا وطئها البائع وافتضها ، وجعلنا جنائته كجنابة الأجنبي ، وأجاز المشتري وقلنا : أرش البكارة ينفرد ،

ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها ، فذلك القدر من الثمن يسقط
 ان نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره ، ويجب من مهر مثلها شيئا
 ان جعلناه كالأجنبي (وان قلنا) أرش البكارة لا يفرد فيجب مهر
 مثلها بكرا مثلا مائة ، وشيئا ثمانين ، فخمس مهرها بكرا أرش البكارة ،
 ان جعلناها كجناية الأجنبي ، سقط من الثمن بحصته وفي أربعة أخماس
 الثمن وجهان ، فان ماتت في يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن ،
 وقدر ما يقابل أرش البكارة لا يجب على البائع • وهل يعزم مهر مثلها
 شيئا ؟ (ان قلنا :) الفسخ رفع من أصله لم يعزم (وان قلنا :)
 من حينه ، وجناية البائع كالأجنبي عزم •

هذا التفريح للقاضي حسين ، فانه لم يفرع الا على قوله الأول ،
 وفيه مخالفة كما قاله الرافعي في الحاقه بالأجنبي مطلقا ، وان فسخ
 المشتري فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها
 شيئا ؟ ان اغتض بالكنه يبنى على أن جنائته كالآفة السماوية يجب أم لا ؟
 وهكذا قال الرافعي ومقتضاه أنا ان قلنا : كالأفة السماوية لم يجب
 وهو صحيح •

(وان قلنا) كالأجنبي وجب وينبغي اذا قلنا ان جنائته كالأجنبي
 فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، أو من حينه (ان قلنا :)
 من أصله لم يجب أيضا والا وجب • وفي هذين القسمين زوال البكارة
 من البائع ومن الأجنبي قبل القبض لا يمنع الرد بالعيب القديم ،
 بل هذا عيب آخر مثبت للرد ، وأما اذا افتضاها المشتري قبل القبض
 فبيستشعر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها • وهو تعيب مانع
 من الرد بالعيب القديم ، فان سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله ،
 وان تلقت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن •

وهل عليه مهر ثيب ؟ يبنى على أن العقد يفسخ من أصله أو من
 حينه ، هكذا قاله الرافعي ، وجعل القاضي حسين ذلك تفريعا على
 قولنا ان أرش البكارة يفرد عن المهر ، فان قلنا لا يفرد قال فينقرر
 على المشتري من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة • وفي الباقي من
 المهر الوجهان • وبين التقديرين اختلاف ، فاننا اذا أفردنا أرش البكارة

وكان عشرين مثلاً وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن • وإذا لم يفرّد
وكان مهرها بكرة مائة أو ثيباً ثمانين غارثس البكرة الخمس ، فيتقدر
خمس الثمن ، ولنفرض القيمة واحدة في المثالين ، فاذن ما ذكره
الرافعي إنما يجيء على القول الضعيف • فان الصحيح أن أرش
البكرة يدخل في المهر • وهذا كله إذا لم نجعل وطء المشتري كوطء
الأجنبي • وهو الصحيح • وهذا التقرير على طريقة القاضي حسين
والرافعي ثنا • وأما على طريقة الشيخ أبي حامد والرافعي في باب
فساد البيع أنه يجب مهر بكر وأرش البكرة متعين ولا يخفى الحكم •
وفي وجه افتراض المشتري قبل القبض واقتضاض الأجنبي •

وفرق القاضي حسين بأن ضمان الجنابة بالشرع ، فروعى فيه
واجب الشرع ، وهذا ضمان معاوضة ، فروعى فيه موجب العقد ،
والعقد اقتضى التقييد على الأجزاء ، فإذا قال الفارقي تلميذ
المصنف : تكلمت يوماً في هذه المسألة في حلقة الدامغانى قاضى القضاة
وهى من مفردات أحمد ، فقلت : قضية العقد التسوية بين المتعاقدين •
وحق الرد ثبت للمشتري إذا لم يحدث عنده عيب ، لأنه بذل الثمن
ليحصل على مبيع سليم ، فلما فات أثبتنا له الرد جبراً لحقه ، فانه
لو أخذ منه الثمن الذى بذله في مقابلة السليم وجعل على المبيع
فكان أخلاً بالنظر ، وترك التسوية بينهما ، فلذلك إذا حدث عنده وجب
أن يمنع عليه الرد ، لأننا لو جوزنا له ذلك أفضى الى الأضرار بالمنافع ،
لأنه خرج المبيع عن ملكه سليماً فلا يجوز رده اليه معينا تسوية بين
جانبه وجانب المشتري •

فقال لى (١) : هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد ، فلم رجحت
جانب البائع على جانب المشتري ، حتى ألزمت المشتري المبيع ؟ فقلت :
هذا في قضية النظر لا يلزمنى ، لأن مقصودى بيان امتناع الرد على
المشتري ، وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما ،
فلا حاجة الى بيان الترجيح • ثم أشرع ببيانه (فأقول :) إنما
رجحت جانب البائع على المشتري ، لأن البائع إذا ألزمناه أخذ المبيع

(١) لا يزال الحكم منا هو الفارقى تلميذ المصنف . (المطبعى)

بمعيين عظيم الضرر في حقه ، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه . فانه جزء من ملكه الذي كان ثابتا له ، والمشتري لم يكن في ملكه شيء ففات عليه ، وانما قصد تحصيل شيء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة ، وليس الضرر في حق من فاته شيء كان له حاصلا ، كالضرر في حق من لم يحصل له ما قصده .

(قلت :) قوله : انها من مفردات أحمد قد تقدم أن ذلك قول أبي ثور . رواه عن الشافعي ويوافقه أحد الأوجه في المذهب ، وهو مذهب مالك على تفصيل عنده .

(فرع) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقة أمران :

(أحدهما) أنا سنحكي حكاية عن صاحب البيان — وجها ضعيفا — أن التزويج ليس بنعيب وقياس ذلك يطرد ههنا .

(الثاني) لو قال الزوج لها : ان ردك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول ، ثم وجد بها عيبا قال الزوياني في البحر : قال والدي رحمه الله (الأظهر) عندي أن له الرد ، لأن الفرقة تقع عقب الرد بلا فصل ، ولا يخلف النكاح عنده ، قال الروياني : ويحتمل أن يقال : ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهني من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمال ، وأنه لو زوجها المشتري للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردها عليه ، وان كان النكاح يفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة .

وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله (ان قلنا) بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) لا يصح للمقارنة ، قال الروياني : ولأنه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ، ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أي لمصادفته زمان البيئونة ، فيؤدى ايجاب القبول الى الحاق الضرر به (والثاني) يصح كما ذكره والد الروياني ، ولأن الزوجية في مثل هذا الحال لا تعد عيبا ،

والأقرب أنه يمتنع لما قاله الروياني ، ولما قدمته ، وحينئذ يبقى كلام
المصنف على إطلاقه .

(فرع) إذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء
البائع وقطع يده ، ففيه وجهان :

(أحدهما) له الرد ، قال الروياني : وهو الأظهر عندي ، لا لأنه
عيب حدث في يد المشتري (قلت) هكذا أطلق هذين الوجهين ، ويحتمل
أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع
فيه المشتري ، ومحل ذلك أن نظر في جميع العيوب الحاصلة في
المشتري من جهة البائع فيطرده ذلك في زوال البكارة من البائع وغيرها ،
والكلام المتقدم في زوال البكارة يخالفه .

(فرع) من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما فحلق
شعره ، لأنه ينقص من ثمنه ، قاله أبو عاصم العبادي .

(فرع) اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا ،
فالظاهر ومقتضى قول الجمهور ، وبه قال البغوي أنه ليس له الرد إلا
برضا البائع ، وقال القاضي حسين في فتاويه : أن لم تنقص قيمته
له أن يرد ، وإن نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار
لا من قيمته ، وإن كان الحمار قد تلف استرد من قيمته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن قال البائع : أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه
دفع الأرض لأنه لم يكن له غير الرد وإنما امتنع [من الرد] للعيب
الحادث في يده ، فإذا رضى به صار كأن لم يحدث عنده عيب ،
فلم يكن له غير الرد ، وإن قال المشتري : أردته وأعطى معه أرض
العيب الحادث عندي لم يلزم البائع قبوله كما إذا حدث العيب
به عند البائع فقال : خذها وأنا أعطيك معه أرض العيب لم يلزم
المشتري قبوله) .

(الشرح) هذان نوعان من المسألة المتقدمة ، ولا شك أن للبائع والمشتري عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا .

(أحدها) أن يرضى البائع برده من غير أرش للحادث ، فذلك له وليس للمشتري بعد ذلك إلا ان يمسكه مجانا أو يرده ، ولا يكلف رده كما لا يكلف رده إذا انفرد العيب القديم ، ولا يكلف البائع الأرش ، وهذه الحالة هي المسألة الأولى من كلام المصنف هنا .

(وقوله) لأنه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الراجعي ويقتضى أن حقه الأصلي هو الرد لا الأرش .

(الثانية) أن يتفقا على امساكه وأخذ أرش العيب القديم ، فذاك جائز بلا خلاف وهو الذي اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد اليه ولا يأتي ههنا الخلاف المتقدم في كلام المصنف فيما اذا تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ، عند امكان الرد ، والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سلطة الرد ، وهي لا تقابل ، والمقابلة هنا عما فات من وصف السلامة في المبيع .

(الثالثة) أن يتفقا على الرد مع الأرش وذلك جائز أيضا ، ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الراجعي ، وهل أخذ الأرش هنا بطريق الاعتياض ؟ فيرد السؤال المتقدم ، ويكون هنا أقوى ، لأنه في مقابلة سلطة طلب الأرش ، أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما مقام الجزء الفائت بالعيب الحادث ، ويرد الرد عليها كما في رد الصورة ، ويأتي ذلك البحث الذي هناك أو أنه لما فات ذلك الجزء عند المشتري ، وهو مقابل ببعض الثمن فإذا رد الباقي برضا البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن ، وبقي ما يقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد .

وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضا أو نقدا باقيا بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث ، وعلى التقديرين الأولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الأرش أو أنه لما انفسخ

العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضه ليس منسوبا من الثمن سيأتى فى كلام المصنف فى مسألة ما لا يوقفه على عيبه الا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع ، وفى كلام الامام فى مسألة الحلّى ما يشهد للاحتمال الثانى ، والله أعلم •

وقال : ان القائل بأن المبيع عند التنازع من يدعو الى الامسك يقول : اذا فرض التراضى على الرد وضم أرش العيب الحادث فسيبيله سبيل الاقالة •

(قلت :) وذلك لا يدفع الاشكال ، فان الاقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها ، ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشتري الأرش ، فان ثبت الاحتمال الثانى كما اقتضاء كلام الامام لم يكلف أن يبقى فى ذمة المشتري بل لا بد من احضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام فى مسألة الحلّى ، وسأذكرها ان شاء الله تعالى ، وهو يبين ما تقدم من البحث فى المصراة من اشتراط رد الثمر معها ، وفى معرفة قدر الأرش الذى يردّه المشتري عن العيب الحادث كلام سيأتى فى معرفة أرش العيب القديم ان شاء الله تعالى •

والذى قاله الأصحاب فى مسألة الغرم أن الرد يرد على العين مع الأرش المردود وفى كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك ، وسنبينه ان شاء الله تعالى • لكن الامام قال هناك : ومما يجب التنبيه له أنا إذا قلنا فى العيب الحادث حيث كان لازما فى الصفقة أن المشتري يضم أرش نقص العيب الحادث الى المبيع ، ويردهما ، فهذا فى أصل وضعه اشكال ، فان التملك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى العقود عليه ، والرد كاسمه ، فتقدير ادخال ملك جديد فى التملك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة الا أن يقول : الرد يرد على الميعب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشتري أرش الميعب ، بتأويل تقدير الضمان فى حقه وتشبيهه يده بالأيدى الضامنة ، ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد ، فيضم الأرش الى المبيع المردود ، فيكون المضموم مستحقا بالسبيل الذى أشرت اليه وليس أرش العيب الحادث مردودا •

ولو قال الراد : أرد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع الأرش جرى في عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئاً لم يرد عليه العقد ، وهذا يدل - لما سيأتى عن المصنف وغيره من الأصحاب - أن الأرش عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن ، لكن الذى قاله المصنف والأصحاب هناك هو عام في كل عيب حادث ، أو خاص بما لا يوقف على عيبه الا بكسره فيه نظر .

(الحالة الرابعة) ان تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد مع أرش العيب الحادث ويذعن الآخر الى الامسك وغرامة أرش العيب القديم ، وهذا يفرض على وجهين لأنه قد يكون طالب الرد هو المشتري ، وهى المسألة الثانية في الكتاب وقد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع ، وقد يكون طالب الرد هو البائع ، والمشتري يطلب الامسك وأخذ الأرش ولم يذكرها المصنف هنا ، ومقتضى اطلاقه فيما تقدم أن المجاب المشتري لأنه جعل الواجب له الأرش الا أن يرضى البائع بالرد أى مجاناً ، وهو هنا لم يرض بالأرش الا مع الأرش ، وما اقتضاه كلام المصنف في الصورتين هو الصحيح الذى صححه الأصحاب والرافعى وعبروا عنه بأن المتبع من يذعن الى الامسك لما فيه من تقرير العقد ، ولأن الرجوع بأرش العيب القديم يستند الى أصل العقد ، لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكامله الا في مقابلة السليم وضم أرش العيب الحادث ادخال شيء جديد لم يكن في العقد ، فكان الأولى أولى .

(قلت) وهذا فيه تقوية لما أبديته من الاشكال في أخذ الأرش من المشتري وقد تقدم ما فيه ، ووراء هذا وجهان آخران في طريقة الخراسانيين حكاها غيره - (أحدهما) أن المتبع رأى المشتري ، ويجبر البائع على ما يقوله ، لأن الأصل أن لا يلزمه تمام الثمن الا بمبيع سليم ، فان تعذر ذلك فوضت الخيرة اليه ، ولأن البائع ملبس بترويح المبيع ، فكان رعاية جانب المشتري أولى ، ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد ، قال الرافعى : وعن أبى ثور أنه نصه في القديم .

(قلت) وقد تقدم ما نقله الأصحاب عن أبي ثور ، وأنه رواه في القديم ، لكن محله هناك في اجابة المشتري الى الرد ، وأما اجابته الى الامسك فلم أرهم ذكروها هناك (فان قلت :) اذا أجيب في الرد فاجابته في الامسك أولى للمعنيين المتقدمين (قلت) قد يكون أبو ثور يروي أنه ليس حق المشتري الا في الرد مع الأرش ، ولا يسوغ أخذ الأرش كما هو ظاهر قوله : انه يرد السلعة ، فأرش العيب (والوجه الثاني) وهو الثالث من الأصل أن المتبع رأى البائع ، لأنه اما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه وهذه الأوجه الثلاثة ، تحصل (١) في كل من صورتين وجهان ، وهما في الثانية مستويان عند الصيدلاني .

وذكر الشيخ أبو محمد في السلسلة الصورة الأولى التي في الكتاب ، وهي اذا طلب المشتري الرد وغرامة أرش الحادث . وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيما اذا اشترى عبيد ومات أحدهما ووجد بالثاني عيبا وأراد ضم قيمة التالف اليه وانفسخ فيهما ان جوزنا هناك أجبنا هنا والا فلا ، بل يغرم البائع أرش القديم ، وهذا البناء يقتضي ضعف القول باجابة المشتري ، لان الأصح هناك عدم اجابته في ضم قيمة التالف ، وأيضا فان القولين المذكورين مفرعان على امتناع افراد الموجود بالرد ، وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف على خلاف . وبنى الشيخ أبو محمد الوجهين في الصورة الثانية على القولين فيها اذا اشترى جوزا فكسره فوجده فاسدا ، وقلنا له رده هل للبائع الأرش ؟ قولان (ان قلنا :) له ، أجبنا البائع هنا ، والا فلا .

(قلت :) والأصح على ما سيأتى أنه ليس له الأرش كذلك هنا (الأصح) أنه لا يجاب البائع في هذه الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ما سيأتى مبينا ان شاء الله تعالى .

(فروع) (الأول) لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص في البويطى . وفيه وجه ضعيف جدا . وقال ابن الرقعة : ان الأشبه أن محله فيما لا يرجى زواله ، يعنى عن قرب ، وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمنع من الرد

(١) بفتح الصاد مع التشديد ، وفتح اللام .

قولا واحدا ، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه لم يأخذه ، وقد تقدم ما يقتضى اثبات خلاف فيه ، وكذلك هو في التتمة ، وإن زال القديم بعد أخذه أرشه رده على المذهب .

وقيل وجهان ، كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردّها ؟ . ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشتري أرش العيب القديم أو قضى به القاضى ولم يأخذه ، فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ . فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد في السلسلة على الوجهين إذا قطع كامل الأئمة العليا من يد رجل ثم الأئمة الوسطى من يد آخر ، ويد المجنى عليه ثانيا بالطلب . فأعطيناه الأرش من غير عفو ، ثم قطع الأول الأئمة العليا وأراد الثانى رد الأرش وقطع الوسطى قال (والأصح) أنه ليس [له] ذلك .

(قلت) وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ . وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوى ، وجزم ابن الصباغ عن الأصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا يفسخ ، وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الأخذ ، ولو تراخيا وقضيا ، فالأصح أن له الفسخ . قال الرافعى : وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد إذا حدث عند المشتري ، وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري إلا في الأقل ، ولعله احترز بذلك عما إذا قطع اصبعه الزائدة ، فإن القاضى أبا الطيب قال : عندي أنه يمتنع الرد ، وتبعه ابن الصباغ والعجلي ، لكنى رأيت في التهذيب أنه لو باع أظف فغختنه البائع قبل التسليم وبرىء أو كان به سن شاغية^(١) أو اصبع زائدة فقلع السن وقطع الاصبع قبل التسليم وبرىء فلا خيار للمشتري .

وهذا يقتضى أن زوال هذه الأجزاء مع البرء ليس بعيب ، ولذلك لم يرد به على البائع ، لكن في كونه مانعا من الرد نظر إذا لم يكن

(١) سن شاغية أى زائدة أو مختلفة النبتة عما جاورها ، أو مخالفة طولاً وعرضاً لجاورها ودخولاً وخروجاً .

عيباً ، فإن قيل : لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته
غرض ، فينبغي أن يكون كذلك إذا حدث قبل القبض أن يثبت الرد به .

أما إذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزماً ،
فإن صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضي أبو الطيب تعين
الاستثناء والاحتراز كما فعل الرافعي ، والا فيصح أن يقول :
كما لا رد به على البائع إذا حدث في يده قبل القبض يمنع الرد إذا
حدث في يد المشتري ، ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شيء ، وسيأتي .
وصاحب التتمة خالف القاضي أبا الطيب ، ولو أخصى العبد ثم علم عيباً
قديمًا فلا رد وإن زادت القيمة ، ولو نسي القرآن أو صنعة ثم علم
به عيباً قديمًا فلا رد لنقصان القيمة . ولو كانت الجارية رضية فأرضعتها
أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم علم عيباً فله الرد ، وإن حرمت
على البائع ، لأن القيمة لم تنقص بذلك ، وقد تقدم نظيرها في رطب
الثيب إذا كان البائع أبا المشتري أو ابنه ولو أطلع على العيب القديم
بعد رهنه فلا رد في الحال .

وفي وجوب الأرش وجهان ، إن عللنا باستدراك الظلامة فنعم ،
وإن عللنا بتوقع العود فلا . وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد وإذا
أطلع على العيب القديم بعد الاجارة فإن لم نجوز مع المستأجر فهو
كالمرهون ، وإن جوزناه فهو عيب يرجى زواله ، فإن رضى البائع بأخذه
مستأجراً رد عليه والاعتذار الرد ، ففي الأرش الوجهان . هكذا قال
الرافعي وقاله القاضي حسين في الدرر الثاني بعد أن كان قال : أنه
إذا رهنه أو أجره فهل يفسخ في الحال أو لا حتى ينفك الرهن وتمضي
مدة الاجارة ؟ فيه وجهان إن منعنا لم نجوز له الأرش لأن للرهن
والاجارة غاية معلومة بخلاف التزويج ، وسواء صبر أو فسخ في
الحال فالأجرة للمشتري .

ولو تعذر الرد بغصب أو ايباق قال الرافعي : أنه يجري فيه
الوجهان اللذان ذكرهما في الاجارة ، وسيأتي التعذر بالاباق في كلام
المصنف . وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين في أخذ الأرش عند
الاباق والغصب (أحدهما) نعم للتعذر (والثاني) لا لعدم اليأس

وقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري تدين المعاملة أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وان صدقه مشتري المولى على دين الائتلاف منع منه فان عفى المقر له بعد ما أخذ المشتري الأرش فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ وجهان جاريان فيما إذا أخذ المشتري الأرش كرهنه العبد أو كتابته أو اباقتته أو غصبه أو نحوها ان مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد . قال في التهذيب (أصحهما) لا فسخ .

وان كان دبره أو علق عتقه بصفة ، فله الفسخ ، لأن التدبير يقبل الفسخ . وكذا التعليق قابل للرفع بازالة الملك . قاله القاضي حسين ، وهو ظاهر . وان زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش ، لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله . وقال الراغبي رحمه الله : ان بعضهم قطع بهذا . وأن الروياني والمتولى اختاراه . وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرجه على الخلاف . قال ابن الرفعة : ولم أر من صرح به (وأما) الكتابة فحكى القاضي حسين فيها وجهين وقال : الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ . وقال الماوردي : انه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولا استدراك الظلامة بالنجوم^(١) .

وقال الراغبي : الأظهر أنه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم ، يعنى لأنها في الحقيقة ماله ، وقال في التتمة : انه ان امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز ، فإنه يجب الأرش (وقال) الراغبي رحمه الله تعالى : ان في التتمة أن الكتابة كالترويج . ومراده في وجوب الأرش (وأما) في جواز الرد فقد علمت بناء صاحب التتمة على جواز بيع المكاتب ، فليست كالترويج مطلقا ، فقد اجتمع في الكتابة أربع طرق (أصحها) أنه كالرهن فلا يفسخ في الحال ولا يجب الأرش على الأصح ، وهي طريقة الراغبي .

(١) النجوم في المكاتب ان يؤدي العبد ثمنه لسيدة اقساطا منجمة .

(المطيعي)

(الثاني) أنه لا يرجع بالأرش في الحال قطعا وهي طريقة
الماوردي .

(الثالث) القطع بوجوب الأرش وهي طريقة صاحب التتمة .

(الرابع) أنه يفسخ . وهو ما أشعر به كلام القاضي حسين في
قوله : الأظهر أنه لا فسخ ، وهذه العلة بناء على جواز بيع المكاتب ،
وأنه تبطل الكتابة ، وهو أحد الوجهين على القديم ، بل يتعين تفريعه
على ذلك . وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه ، ولو أخذ الأرش
ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين في زوال العيب
بعد أخذ الأرش .

(فرع) لو أنعل الدابة ثم علم بها عيبا قديما ان لم يعيها نزع
النعل ، بأن تكون كانت موجودة في يد البائع وسمر المشتري النعل
فيها ولم يكن يحدث بقلعها نزع فله نزعه والرد ، فان لم ينزع في
هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النعل ، والفرق بين النزع هنا
والنعل في يده طلب الخصم أن ذلك اشغال يشبه الحمل عليها وهذا
تفريع . وقد تقدم ما ذكره القاضي في أن اشغال المشتري بجز الصوف
مانع من الرد . وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الايراد عليه ،
ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك ، فان بابه وجوب المبادرة بالتلفظ
بالفسخ ، وان كان نزع الحافر يخرم نقب المسامير ويعيب الحافر
فنزع ، بطل حقه من الرد والأرش ، وفيه احتمال للامام .

ولو كان نزعه قبل الاطلاع على العيب — فان حصل به نقص —
كان كسائر العيوب الحادثة في الأرش ، ولو ردها مع النعل أجبر البائع
على القبول ، وليس للمشتري طلب قيمة النعل ، ثم ترك النعل هل هو
تعليك من المشتري ؟ فيكون للبائع لو سقط ، أو اعراض فيكون للمشتري ؟
(وجهان) أشبههما الثاني . هذا اذا جرى الترك وحده ، فان حصل
لفظ الهبة حصل الملك ، وقيل بجريان الخلاف وقد تقدم ذلك في
الاحتجار في باب بيع الأصول والثمار ، وليس له على قولنا انه لا يملك
المطالبة به ما دام متصلا ، ولو طلب نزعه قبل الرد بالعيب فله ذلك ،

وفيه دليل على أنه لا يجب عليه البذل ابتداءً ، وبه صرح الامام •
ولو قال المشتري لا أسمح بالنمل ، وطلب الأرش عن العيب القديم
لأنه لا يلزمني المسامحة وقلعه يقتضى حدوث تعيب • قال الغزالي :
لم يكن ذلك فانه كالحصر في مؤنة الرد •

(فرع) اذا صبغ المشتري الثوب ثم اطلع على عيب قديم ،
فان نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا اشكال في أن ذلك عيب حادث ،
وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو التنازع ، وأما اذا زادت القيمة فقد قال
صاحب التقريب ، ثم الامام والغزالي والرافعي : انه ان رضى المشتري
بالرد من غير أن يطالب بشيء فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه •
وقد أطلق ابن الصباغ والبغدنجي أنه اذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا
ويرجع بالأرش ، وهمله ابن الرفعة على ما اذا حصل بالصبغ نقص
توفيقا بينه وبين ما قال الامام ، والأولى عندي أن لا يحمل على
ذلك لما يدل عليه آخر كلامه ، بل مراده أنه ليس له الرد اذا لم
يسمح بالصبغ فان سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التي ذكرها صاحب
التقريب والامام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده •

قال الامام : ويصير الصبغ ملكا للبائع لأنه صفة للشوب لا ترايله ،
وليس كالنمل (قلت) لكن في ادخاله في ملكه شبه من مسألة اختلاط
الثمار ، وفيها خلاف لأجل المئة بخلاف النمل فانه تابع والصبغ فوق
النمل ودون الثمار • ولو طلب المشتري أرش العيب القديم وقال البائع :
رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان (أحدهما) وبه
قطع الشيخ أبو حامد والمحاملي في التجريد والمجموع وابن الصباغ
والمتولى أن المجاب البائع ولا أرش للمشتري • (والثاني) وبه قال
أبو حنيفة : ان للمشتري أن يطالب بالأرش وهذا مما يعين أن كلام
ابن الصباغ في الصبغ الذي حصلت به زيادة • وانما أهمل القسم
الذي ذكره صاحب التقريب والامام • أو يكون لا يختار الاجبار على
ذلك • ويفرق بينه وبين النمل فيبقى كلامه على اطلاقه • والفرق بين
هذه المسألة حيث أجاب البائع وبين ما اذا طلب أرش العيب الحادث
حيث نجيب المشتري على الصحيح ظاهر • فان المشتري هنا يأخذ قيمة

الصبغ والتمن يستدرك ظلامته ، ولا يغرم شيئا هناك لو أزمناه بالرد مع أرش الحادث ، غرمانه لا مقابلة شيء أخذه .

ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش ، فانه يجب قطعا ، ولو أراد المشتري الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن ففى وجوب الاجابة على البائع وجهان (أحصهما) لا يجب ، وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الأرش ان لم يحمل على صبغ تنقص به القيمة .

وقال الرافعى والنووى فى الروضة كما قال (أحصهما) لا يجب قال : لكن يأخذ المشتري الأرش ، والامام لم يتعرض لذلك ، وستأتى التنبيهات التى أذكرها الآن ان شاء الله تعالى ببيان الحال فيه ، وهى ذلك متحتم ؟ أو ثم طريق غيره ؟ وههنا تنبيهات فى هذا الفرع :

(أحدها) أن الامام لما حكى الخلاف فى الطرفين - أعنى طلب المشتري الامسك وأخذ الأرش أو الرد وأخذ قيمة الصبغ - شبهه بالخلاف فى الاجبار على ضم الأرش ورد البيع ، وقال : فقد جرى الصبغ الزائد مجرى أرش العيب الحادث فى طرفي المطالبة قال الرافعى : ومعناه أنه اذا قال البائع رده مع الأرش وقال المشتري : أمسك وأخذ الأرش ، ففيمى يجب ؟ وجهان ، وكذا اذا قال المشتري : أرد مع الأرش ، وقال البائع بل أغرم الأرش ، وهذا ظاهر للمتأمل فى الوجوه الثلاثة المذكورة هناك اذا أفرد أحد الجانبين بالنظر .

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث أن ادخال الصبغ فى ملك البائع مع أنه دخيل فى العقد كادخال الأرش الدخيل فى العقد ، هذا كلام الرافعى رحمه الله ، ومراده و مراد الامام أن البائع والمشتري اذا طلب أحدهما الرد يعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الامسك مع الأرش ، فمن المجاب ؟ وجهان (أحصهما) على ما تقدم أن المجاب البائع فى الحالتين (والثانى) أن المجاب المشتري فى الحالتين .

وقال الغزالي فى البسيط قريبا مما قاله الامام . وقال فى الوجيز :

ان ادخال الصبغ كادخال أرش العيب الحادث ، قال الرافعي رحمه الله تعالى : ظاهره يقتضى عود الأوجه الثلاثة ههنا ، ثم يقال : المجاب منها في وجه من يدعو الى فصل الأمر بالأرش القديم ، وقد صرح به في الوسيط ، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره ، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم أن الأصح الوجه الثالث وههنا قضية أيراد الأئمة أنه لا يجاب المشتري اذا طلب الأرش كما مر .

قلت : وكلامه في الوجيز ظهوره فيما قال الرافعي رحمه الله ، يمكن حمله على ما في النهاية والوسيط (وأما) كلامه في الوسيط فإنه قال : ان طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع في رد الثمن ؟ فيه وجهان .

(وان قلنا) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث ، فتعود الأوجه فيه في أن تملك شيء حادث أولى أو تعزيم أرش العيب القديم ، وهذا صريح كما قال الرافعي ولكن فيه زيادة اشكال في بادئ الرأي غير ما ذكره الرافعي ، وهو أنه جعل الأوجه الثلاثة مفرعة على القول بعدم اجبار البائع على بذل قيمة الصبغ ، وبسبب الرهن الذي أن هذا هو القول باجابة البائع ، ولا يبقى بعده الا وجهان ، اجابة المشتري أو اجابة من طلب الأرش ، فكيف تأتي ثلاثة تفريعا على أحد الوجهين ؟ .

وحل هذا الاشكال بان يكون المراد أنا اذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشتري والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه في التقويم فهو عيب حادث ، فان تراضيا على أرش الحادث قيم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ ، فاذا قيل : عشرة يوم وبه العيب القديم ، وقد اتصل به الصبغ لم يدخل في التقويم ، فاذا قيل : تسعة ، علم أن الفائت درهم ، فيبذله للبائع مع الثوب ، ويسترجع ثمنه ، ويبقى الصبغ في الثوب للمشتري ، فان تراضيا على هذا المسلك أو على أرش العيب القديم فذلك ، وان تنازعا في هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع ، فان اختار دفع الأرش عن القديم أو أخذ الأرش عن الحادث عرض على المشتري ، فان أباه سقط حقه ،

وعلى وجه يجاب المشتري ، فان طلب الأرش عن القديم ولم يرض
البائع بأخذ الثوب معينا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ أجبر على
بذل الأرش .

وان طلب الرد مع غرامة أرش العيب الحادث واستعادة الثمن
أجبر على ذلك وعلى وجه يجاب الداعي الى الأرش القديم أخذا أو بدلا
هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقتضى كلام الامام من التشبيه .
وقال : يجوز أن يقول : لا يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويجبر
على قبول أرش العيب الحادث ، والفرق أن الأرش غرامة عما فات
من ملكه الذى خرج منه ، ومألوف فى الشريعة أن يجبر الانسان على
أخذ ماله أو يبرأ منه ، واجبار البائع على بذل قيمة الصبغ اجبار على
تملك شئ مبنئاً ، يبذل لا على طريق الغرامة ، ومثل ذلك غير مألوف
فى الشرع ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالي بعد ذلك :
ولم يذهب أحد الى أن المشتري يبقى شريكا بالصبغ ، وتأوله على
أن المراد لم يذهب أحد الى أنه ليس له الا ذلك أو سقط حقه يعنى
بأن هو مخير بين ذلك وبين أخذ الأرش .

قلت : ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالي بأن المشتري يتضرر بذلك ،
بخلاف الغاصب ، والمشتري انما يتضرر بتعين هذه الطريق عليه
كالغاصب لا بالتخيير ، وسأتكلم على ما يقوى التأويل أو يضعفه
فى التنبيه الثانى ، فان صح هذا التأويل اندفع هذا الاشكال الثانى
عن الغزالي ، ولم يبق الا ما ذكره الرافعى ، وحينئذ أقول ما ذكره
الغزالي فى الوسيط من هذا الفرع الذى تجرى فيه الأوجه الثلاثة
بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ أرش العيب القديم ،
هل يجاب فيه البائع أو المشتري ؟ أو طالب الأرش القديم ؟ فرع
زائد ، وكلام النهاية والوسيط والوجيز ساكت عنه .

وليس ما صرح به فى الوسيط تصريحاً بمقتضى ما ذكره فى الوجيز ،
كما أشار اليه الرافعى رحمه الله ، بل كلامه فى الوجيز فى ادخال
الصبغ فى ملك البائع قهراً ، وكذلك كلام النهاية والوسيط .

وأما كلامه في الوسيط ففي ادخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ
 فإين احدهما من الآخر ؟ فلا يكون ما ذكره في الوسيط وجها ثالثا في
 تلك المسألة كما اقتضاه كلام الرافعي رحمه الله ، بل ثلاثة أوجه في
 مسألة زائدة ، ويجوز أن يكون الأصح منها أيضا أن المجاب من يدعو
 الى الارش القديم كما هو الاصح هناك ، ولا ينافي ايراد الأئمة هنا
 أن المشتري لا يجاب اذا طلب الارش كما قال الرافعي رحمه الله أنه
 مر ، لأن الذي مر أنه لا يجاب المشتري اذا طلب الارش وطلب البائع
 بذل قيمه الصبغ أما اذا طلب المشتري الارش حالة امتناع البائع من
 بذل قيمة الصبغ فكما مر .

(التنبيه الثاني) قال الامام : لا صائر الى أنه يرد ويبقى شريكا
 في الثوب كما في المعصوب . والاحتمال منطوق اليه ، وأجاب الغزالي عن
 هذا الاحتمال بأن المشتري يتضرر بذلك بخلاف الغاصب ، فإنه يبقيه
 شريكا ولا يلتفت الى تضرره لعدوانه ، وأعرض ابن خلكان بأن غريم
 المفلس يرجع في الثوب التي زادت قيمتها بالصبغ ، ويكون شريكا ، ولم
 يحصل من المفلس عدوان وأجاب ابن الرفعة بأن المقصود في المفلس
 دفع ضرر البائع ، فاذا رجح حصل الضرر للمفلس تبعا ، والمقصود في
 الرد بالعيب دفع ضرر المشتري برده ، وجعله مشتركا يقع له ضرر
 مقصود أكثر من ضرر العيب .

وأنا أقول : ان غريم المفلس اذا رجح في الثوب دون الصبغ لم
 يحصل ضرر للمفلس بالشركة ، لأن ماله مبيع كله ، وقد قال الأصحاب :
 ان الثوب يباع ويكون الثمن بينهما على ما تقتضيه القسمة ، على أنهم
 اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان
 فيهما جميعا ؟ على وجهين ، وفي الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما
 البيع ، فيحصل الضرر تبعا للشركة .

واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بقاء على ما دل عليه
 كلام الغزالي من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشتري ،
 وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما أوله ابن الرفعة ، وعليه يدل
 تنظير الامام له بالغصب ، وأول كلام الامام وهو قوله : ولم يصر

أحد من الأصحاب الى أن المشتري يرد الثوب ويبقى شريكا محتمل له ، أى على سبيل الايجاب عليه كما يجب على الغاصب ، وعليه يستقيم فرق الغزالي ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس يجبر على ذلك من جهة البائع ، ويأتى الجوابان المتقدمان .

لكن فى آخر كلام الامام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز ، فانه قال : وهذه المسألة ذكرها صاحب التقريب وأشار اليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشتري فى عين الصبغ . فانا قد نجعل الغاصب اذا صبغ الثوب شريكا . انتهى .

فقول الامام هنا تجويز الرد يدل على أن ذلك ليس على سبيل الايجاب بل على سبيل الجواز ، وحينئذ لا يأتى تأويل الكلام الذى قاله الغزالي ، لأن مقتضى كلامه الآخر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة . فيتوقف التأويل المذكور . وحينئذ لا يبقى فرق الغزالي بضر المشتري متجها ، لأنه قد يختار ذلك ، فلا يكون المنع حينئذ لضرره ، بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المصوب منه . والأولى اذا انتهينا الى هذا المقام أن نصح تأويل كلام الغزالي فى الوسيط فانه أخبر لكلام امامه .

وأول كلام الامام محتمل ، ولفظة الجواز فى آخره ليست صريحة فى نفي الوجوب فيرد اليه ، فهذا أولى من أن يجعل فرق الغزالي واقعا فى غير وجه كلام الامام ويكون الذى اتفق الأصحاب عليه أنه لا يتعين حق المشتري فى أن يرد الثوب ويصير شريكا ، ويقتضى ذلك أنه لو دعى البائع لا يجب على المشتري [الرد] ، وفيه شئ مما ذكره عن صاحب التهذيب .

(التنبيه الثالث) أن صاحب التهذيب قال : ان لم يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بأن يرده ويكون معه شريكا فى الزيادة رده ، وان أبى أمسكه وأخذ الأرش وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب ، ذكره هناك فقوله : ان رضى البائع بالشركة ان أراد يجوز للمشتري

أن يرده فصحيح . لأنهما إذا اتفقا على ذلك لا اشكال في الجواز ،
وان أراد أنه يجب على المشتري الرد أو يسقط حقه ، فهو الذي نقل
الامام والغزالي أنه لم يقل به أحد من الأصحاب .

وأما قوله : وان أبى أمسكه فان أراد أن البائع اذا امتنع من
الشركة تعين حق المشتري في الأرش وأنه لا يجوز للمشتري الزامه
وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الراغب ومخالف لما حكاه
الغزالي في الوسيط من جريان الأوجه الثلاثة . لكنه موافق للأصح
منها ، وهو اجابة من يدعو إلى الأرش القديم ، فينبغي أن يكون معنى
كلام صاحب التهذيب أنه ان أراد البائع أن يرد ويصير شريكا جاز
للمشتري الرد وان امتنع البائع تعين على المشتري الامساك ، وأخذ
الأرش ، يعنى على الصحيح والظاهر أن صاحب التهذيب لم يلاحظ
الضرر الحاصل للمشتري من الشركة ، وانما النظر الى ضرر البائع .
ويجب النظر الى كل منهما ، كما نظرنا الى كل منهما عند اجتماع العيب
الحادث والقديم . فنخلص من ذلك ما أذكره ان شاء الله تعالى .

(التنبيه الرابع) الذي تخلص مما تقدم أن المشتري ان طلب
الرد ، ولا يطالب بشيء أجيب قطعا وأجبر البائع عليه فان اتفقا
على الرد مع تيمة الصبغ جاز قطعا . وان اتفقا على أخذ الأرش عن
العيب القديم جاز قطعا ، وان اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على
ملك المشتري جاز على تعذر من كلام صاحب التهذيب والامام والغزالي
على تأويله ، وذلك مع الأرش عن نقصان الثوب بالصبغ أو بدونه
ان تراضيا على ذلك ، وان طلب المشتري قيمة الصبغ وامتنع البائع
لم يجبر على الصحيح . وان طلب المشتري الأرش عن العيب القديم
وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ أجبر البائع على اعطاء الأرش القديم
على الصحيح الذي اقتضاه كلام الوسيط .

وان طلب المشتري الرد مع الشركة وأن يرد أرش نقص الثوب
بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح . وان طلب المشتري الأرش عن
القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ ، فالمجاب البائع على الصحيح ،
وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التي نجيب

فيها من طلب تقرير العقد ، وان طلب البائع الرد مع الشركة في الصبغ لم يجبر المشتري عليها على ما تقدم عن الامام ، وفيه ما تقدم عن صاحب التهذيب •

(فرع) لو صبغ المشتري الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ ، والمحاملي في التجريد بأنه ليس له الأرش لأن المشتري قد يرده عليه ويرضى البائع بأخذه ، وكذلك اذا كان ثوبا فقطعه وباعه ثم علم بالعيب •

(فرع) لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبى على أن القصاره عين أو أثر (ان قلنا) بالأول فهي كالصبغ (وان قلنا) بالثاني رد الثوب بلا شيء ، فهي كالزيادة المتصلة •

قال الراغبي رحمه الله : وقطع الزبيرى في المقتضب بأن له الرد اذا زادت قيمته بالقصاره ، وليس فيه مخالفة لما قاله الراغبي • ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الأرش • قال الزبيرى أيضا : وهو ظاهر • لو اشترى شاة فذبحها ثم وجد بها عيبا فله الأرش ، فان رضى البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشتري لامكان الرد ولا أجرة على البائع للذبح ان ردت عليه ، لأن الذبح أثر هو نقص • هكذا قال الماوردي •

آخر (1) ان كان ثوبا فغاطه استحق الأرش ، فان رضى البائع بقبوله ان بذل الأجرة فله ان يرجع به مخيطا لأن في الخياطة عيبا زائدا • قاله الماوردي •

آخر : لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا فله الأرش • وليس له رد الخمر واسترجاع ثمنه • سواء أرضى البائع بقبوله أم لا • لتحريم المعاوضة على الخمر ، فلو صار الخمر

(1) يريد : « قول آخر أو وجه آخر أو نوع آخر » . (المطبعي) •

خِلا فِقَالَ الْبَائِعُ : أَنَا أَسْتَرْجِعُ الْخَلَّ وَأَرُدُّ الثَّمَنَ وَلَا أَدْفَعُ الْأَرْضَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، لِأَنَّ الْخَلَّ عَيْنُ الْعَصِيرِ ، وَلَا مَانِعَ مِنَ الْمَعَاوِضَةِ وَلَا لِلْمَشْتَرِي فِيهِ عَمَلٌ يَفُوتُ عَلَيْهِ . وَهَذَا مِنْ تَفْرِيعِ أَبِي الْعَبَّاسِ بْنِ سَرِيحَ . قَالَ الْمَوَارِدِيُّ وَالرَّافِعِيُّ . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ عَلَى مَا خَرَجَهُ ابْنُ سَرِيحَ مِنْ وَجُوبِ الْأَرْضِ إِذَا بَاعَ الْمُبِيعُ أَوْ وَهَبَهُ .

أَمَّا إِذَا قُلْنَا بِالْمَذْهَبِ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْأَرْضُ فِي ذَلِكَ لِعَدَمِ الْيَأْسِ كَمَا سَيَأْتِي فَالرَّجُوعُ بِالْأَرْضِ فِي حَالَةِ كَوْنِهِ خَمْرًا يَنْبَغِي أَنْ يَمْتَنَعَ الْآنَ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَعُودَ خِلَاكُمَا إِذَا وَهَبَهُ .

ثُمَّ قَوْلُهُمْ لِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَرْجِعَ الْخَلَّ وَلَا يَدْفَعُ الْأَرْضَ ، ظَاهِرٌ ذَلِكَ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَيْسَ لِلْمَشْتَرِي حَيْثُ تَدَّ أَنْ يَطَالِبَهُ بِالْأَرْضِ لِلْعَلَّةِ الْمَذْكُورَةِ ، وَلَكِنَّ الْعَلَّةَ الْمَذْكُورَةَ وَهِيَ أَنَّ الْخَلَّ هُوَ عَيْنُ الْعَصِيرِ يَقْتَضِي أَنَّ الْمَشْتَرِي أَيْضًا إِذَا طَلِبَ الْبَرْدَ لَهُ ذَلِكَ . وَإِنْ أَمْتَنَعَ الْبَائِعُ وَطَلِبَ الْأَرْضَ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ كَمَا لَوْ كَانَ بَاقِيًا بِحَالِهِ ، وَلَمْ أَجِدْ فِي النُّقْلِ مَا يُوَافِقُ ذَلِكَ وَلَا مَا يَخَالِفُهُ .

أَخْبَرَ : لَوْ اشْتَرَى ذِمِّي مِنْ ذِمِّي خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ فَوَجَدَ الْمَشْتَرِي بِالْخَمْرِ عَيْبًا يَنْقُصُ الْعَشِيرَ مِنْ ثَمَنِهِ . قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ ابْنُ سَرِيحَ : لِلْمَشْتَرِي الْأَرْضَ وَهُوَ عَشْرُ الثَّمَنِ وَلَا رَدَّ ، وَلَا يَبْطُلُ ذَلِكَ إِسْلَامُهُمَا . وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ ، فَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : أَنَا أَخَذْتُ الْخَلَّ وَأَرُدُّ الثَّمَنَ ، فَلَهُ ذَلِكَ . وَلَوْ كَانَ الْمَشْتَرِي عَلِمَ الْعَيْبَ قَبْلَ إِسْلَامِهِمَا فَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى أَسْلَمَ لَمْ يَكُنْ لِلْمَشْتَرِي بَعْدَ إِسْلَامِهِ الْبَرْدَ وَلَا الرَّجُوعَ بِالْأَرْضِ . أَمَّا الرَّدُّ فَلِحُدُوثِ الْإِسْلَامِ ، وَأَمَّا الْأَرْضَ فَلِإمكانِ الرَّدِّ قَبْلَ الْإِسْلَامِ ، فَلَوْ كَانَ أَسْلَمَ الْبَائِعُ وَحْدَهُ بَعْدَ تَبَايَعِ الْخَمْرِ لَمْ يَجِزْ لِلْمَشْتَرِي رَدَّهُ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ . وَلَوْ كَانَ الْمَشْتَرِي أَسْلَمَ وَحْدَهُ جَازَ ، لِأَنَّ اسْتِرْجَاعَ الْبَائِعِ تَمَلُّكَ لِلْخَمْرِ . وَالْمُسْلِمُ لَا يَتَمَلَّكُ الْخَمْرَ . وَرَدَّ الْمَشْتَرِي إِزَالَةَ الْمَلِكِ ، وَالْمَشْتَرِي يَجُوزُ أَنْ يَزِيلَ مَلِكَهُ عَنِ الْخَمْرِ . قَالَ الْمَوَارِدِيُّ عَنِ ابْنِ سَرِيحَ .

(فَرَعٌ) اشْتَرَى جَارِيَةً بَعِيدًا ، ثُمَّ وَجَدَ بِالْجَارِيَةِ عَيْبًا قَدِيمًا فَرَدَّهَا ، وَوَجَدَ بِالْبَعِيدِ عَيْبًا حَادِثًا عِنْدَ بَائِعِ الْجَارِيَةِ قَالَ ابْنُ سَرِيحَ :

يأخذ مشتري الجارية التي ردها العبد معييا ، وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرش العيب الحادث عنده ، أو يأخذ قيمته ان اختار عدم استرداده .

قال الامام : وهكذا نقل عن القاضي حسين ، وليس الأمر كذلك عندنا بل الوجه أن يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرش العيب الحادث ، لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن ، لأنه بعد رد الجارية لو تلف العبد في يد بائع الجارية فصاحب الجارية يرد قيمة العبد .

قال الامام : والذي قاله ابن سريج ليس بعيدا عن الصواب بدليل أن الزوج اذا اصدق زوجته عبدا ثم طلقها قبل المسيس وعاب العبد في يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه الى ملك الزوج ، والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصفه معييا ، ولا يكلفها ضم أرش العيب الى نصف العين ، هكذا يمكن أن يقال في مسألة العبد بالجارية ، لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى . حكى الامام المسألة في آخر العصب ، ثم أعاد في كتاب الصداق ، وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق ، وذكر الغزالي مسألة العبد والجارية في آخر كتاب العصب ، وجزم القول بأنه اذا استرد العبد معييا لم يجز له طلب الأرش ، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته . ثم أعاد المسألة بعينها في الصداق ، وقال يأخذ العبد معييا وله طلب الأرش فنناقض اختياره في الوسيط .

وقال في البسيط هنا بعد ذكر الحكم في مسألة العبد والجارية ، انه يأخذ العبد معييا ويطلب بالأرش . وفي الزوج اذا عاد اليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب ، وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما ، قال بعد ذلك : وسمعت الامام في التدريس يقول : ان من أصحابنا من ذكر وجهها في الصداق في مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق أن لا يطالب بالأرش والظاهر الفرق ، ولست واثقا بالفعل ، وانى لم أصادفه في مجموعته . قال أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم ابن علي بن محمد ، وهو ابن أبي الدم : قوله « في مجموعه » يريد « نهاية المطلب » وذكر الامام مسألة العبد والجارية في آخر النهاية

بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزني ، وذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة • قال : انما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها في مواضعها ، فان كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا ، وان كنت ذكرتها لم تضر اعادتها قال : اذا باع عبدا بثوب ففصله صاحب الثوب وقطعه ، فوجد الثاني بالعبد عيبا قديما فله رده •

ثم اذا رده حكى الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص ، وهذا هو القياس ، لأن الثوب لو تلف في يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة ، فكذلك يجب أن يغرم أرش النقص (والوجه الثاني) انه اذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار ان شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير أرش وان شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب ، فان اختار أخذ الثوب فلا أرش له ، قال الشيخ : اشتهر من كلام الأصحاب أن المتبايعين اذا تخالفا وكان عاب المعقود عليه في يد أحدهما فانهما يترادان ، ويرجع على من نقص العوض في يده بأرش النقص عند التفاسخ ، فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فان طرد صاحب الوجه الثاني مذهبه في مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الأجماع ، وان سلمه بطل هذا الوجه بالعيب أيضا • وتشبه الشيخ أبو على باجراء الخلاف في مسألة التخالف • هذا كلام الإمام في النهاية ، وقول الشيخ في ذكر الوجهين ، وفي قوله اشتهر من كلام الأصحاب • هكذا وجدته في النهاية مطلقا • وفيما نقله ابن أبي الدم عن النهاية أنه أبو على في الموضوعين • وقد ذكر القاضي حسين في الفتاوى اذا باع حمارا بفرس فمشتري الفرس أخصاه ، ثم وجد بالحمار عيبا ، قال ان لم ينقص الاخصاء منه شيئا استرده ، ولا شيء ، وان نقص بعض قيمته رد فرسه وأرش النقص • وفي هذا الكلام مخالفة لما تقدم في صدر هذا الفرع من النقل عن القاضي •

وقال القاضي أيضا : لو باعه بفرس وعشرة دنانير وأخصى المشتري الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس ، استرد الدنانير والفرس وأرش النقص وذكر الراغبي رحمه الله هذا الفرع وقال فيه : اذا رجع النقصان — يعنى في الثمن — الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش في أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها

مجانا ، وينبغي أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج في تخيير المشتري
لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصا .

وذكر النووي في الروضة في آخر مسألة من هذا الباب هذا
الفرع من زياداته فقال : قال القفال والصيدلاني وآخرون : لو اشترى
ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ، ثم وجد بالثوب عيبا قديما فرده فوجد
الثمن معيبا ناقص الصفقة بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصا ، ولا شيء
له بسبب النقص .

وفيهِ احتمال لامام الحرمين ذكره في باب تعجيل الزكاة ، وكل
ما ذكره فيه مقيد ، غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الرافعي رحمه الله
فيه ، فإنه ليس مسألة زائدة عن الرافعي ، وما ذكره عن القفال
وغيره هو الذي صححه الرافعي ، وما ذكره من احتمال الامام هو
الوجه الآخر ، قال صاحب التتمة : ولا يمتنع عليه رد الجارية ، سواء
أكان العيب الذي بالبعد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير
جنسه ، كما لو كان العيب يساوي أضعاف ثمنه ، فإن له الرد بالعيب ،
وان كان الضرر في الرد أكثر منه في الامساك .

(تنبيه) قوة كلام المصنف تقتضي أن النقص حصل عند المشتري ،
ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به في التنبيه بقوله : وقد نقص المبيع
عند المشتري ، وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص ،
فإن ذلك لا يمنع الرد ، لأن النقص عند البائع مضمون عليه ، وهذا ظاهر
فيما إذا لم يعلم المشتري بالنقص المذكور ، وكذلك لو علم ورضى به
ثم علم عيبا آخر ، كما لو اشترى عينا علم بها عيبا ورضى به ،
ثم وجد عيبا آخر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا أراد الرجوع بالأرض قوم البيع بلا عيب ، فيقال :
قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال : قيمته تسعون ، فيعلم أنه
قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ، ولا يرجع

بما نقص من قيمته ، لأن الأرش يدل عن الجزء الفائت ، ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن ، فإذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجزم لما ضمن جميعه بالدية ، ضمن الجزء منه بجزء من الدية ، ولأنا لو قلنا : انه يرجع بما نقص من قيمته أدى الى أن يجتمع الثمن والمثل للمشتري ، فانه قد يشتري ما يساوي مائة بعشرة فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن اليه فيجتمع له الثمن والمثل وهذا لا يجوز) .

(الشرح) قد تقدم تفسير الأرش ، وأنه جزء من الثمن نسبه اليه نسبة ما ينقص العيب من المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة ، وبيان ذلك بالمثال الذي ذكره المصنف هنا ، وبه مثل الشافعي رحمه الله ، فان الذي نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن ، فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة ، ولا فرق عند الأصحاب بينه وبين ضمان الغصب والسوم والجنابة بأنا اذا ضمننا في هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجمع بين البذل والمبدل ، وفي الأرش يلزم الجمع بين الثمن والمثل .

قال الشيخ أبو حامد : انه معنى كلام الشافعي ، والمعنى الأول قتاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما ، وقدموه في الذكر كما فعل المصنف فان فيه بيان المعنى الذي لأجله كان كذلك ، فيحصل به الثمنا أكثر ، ولكن فيه بحث ، فان قول المصنف يدل عن الجزء الفائت أي الذي اقتضاه العقد ولم يسلمه البائع .

(وقوله) ولو فات المبيع كله أي تحت يد البائع قبل التسليم ، كذلك قتاله القاضي أبو الطيب صريحا ، وهو ظاهر ، واذا كان كذلك فقد يقال : ان هذا المعنى يقتضى جواز الرجوع الى الأرش ، وان لم يمنع الرد ، وطلب الأرش عند إمكان الرد غير سائغ ، بل قد يقال : انه كان ينبغي على هذا المعنى أن يتعين الرجوع الى الأرش ، ولو أراد المشتري الرد أو الرضا بالعيب كما أنه اذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضى المشتري أم لا ، وكما أنه اذا أخو ، المراهمة أنه اشترى بمائة ، وكان بتسعين . فاننا نحكم

بسقوط الزيادة وحصتها من الربح على أظهر القولين ، ولأجل ذلك والله أعلم قال الامام في باب المراجعة عند الكلام في كذب المشتري بالزيادة : ان الأرش المسترجع ، وان كان جزءا من الثمن ، فاسترجاعه انشاء نقص في جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع اذا رد على معيب فموجب العيب الرد ، لا يجوز الرجوع الى الأرش مع القدرة على الرد فكان الأرش بدل عن الرد واذا تعذر ولا ينتظم عندنا الا هذا ، وهذا الكلام من الامام اوله يقتضى أن الأرش جزء من الثمن ، يستدرك بانشاء نقص جديد ، وهذا موافق لكلام الأصحاب : وفيه زيادة بيان أن ذلك بطريق انشاء النقص ، وليس كالمراجعة وآخره قد يوهم أن الأرش ليس في مقابلة الجزء الفائت ، ولكن في مقابلة الرد عند تعذره وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفائت ، حيث فات عليه الرد ، ولذلك أتى بكأن التي هي حرف تشبيهه . فلم يجعله بدلا عن الرد ، ولكن مشبها ، فان سلطة الرد لا تقابل بعبوض .

ويجب تأويل كلام الامام كقوله أولا ان الأرش جزء من الثمن ، ولو كان بدلا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون في كلام الامام جواب عن الاشكال الذي أورده الا بما سأذكره ان شاء الله تعالى .

وقد ذكر الغزالي احتمالين في أن الأرش غرم مبتدأ ، أو جزء من الثمن ، وسيأتى . فان قيل : ان الأرش غرم مبتدأ فلا اشكال في هذا الوجه ، ويصير كأن البائع معيب ملك المشتري . قال الغزالي : ويشهد له أن مشتري الجارية بعدد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها ، ولو كان جزءا منها يعرض العود الى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة ، وان قيل ان الأرش جزء من الثمن فالممكن في فهمه ما قاله الغزالي أن يقال : ان المبيع في مقابلة كل الثمن ان رضى ، والا فهو في مقابلة بعضه ، فيخرج ذلك البعض عن المقابلة ، ويتعين لاستحقاقه ، قال : وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وكأن المقابلة تغيرت ، ولكن جوز ذلك فيهما استبدال سبب في أصل العقد وان كان لا يجوز ذلك بالتراضى عند الحاق الزيادة بالثمن

بعد اللزوم ، فهذا الذى قاله الغزالي من دقيق الفقه كما قال ، ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فانه بالرضا يتبين أن العقد لم ينعقد إلا على البعض ، أشكل بمسألة الجارية ، وبما قاله الامام في المراجعة . وان كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة في تفريق الصفقة في الدوام — اذا قلنا : يمسك بكل — فذلك قول ضعيف ، فلا يخرج عليه ما اختاره أكثر الصحاب هنا .

ومقتضى كلام الامام في مسألة الحلى أن ذلك اقتضته الضرورة كالتوزيع . وليس العقد يقتضيه من الأصل . لكن هذا الذى يقوله الأصحاب على خلافه . إذ هم يقولون بأن العقد في أصله اقتضى التوزيع كما صور ذلك في قاعدة مد عوجة فكيف يستقيم على رأى الأصحاب أن الأرض جزء من الثمن . وتلخيص الاشكال أن الثمن ان كان مقابلا للمبيع وصفات السلامة ، وأنه يتقسط عليها كما يتقسط على أجزاء المبيع ، فينبغى عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله ، ولو رضى به معينا ، وهذا خلاف الاجماع . بل كان ينبغى أن لا يصح العقد لأن تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولا ، وهو خلاف الاجماع أيضا . وان كان الثمن في مقابلة المبيع على ظن السلامة ، والأوصاف ليست داخلة في المقابلة ولا يقتضى فوات وصف منها سقوط بعض الثمن على الرد لفوات الظن . فاذا تعذر الرد ودل دليل على وجوب الأرض كان ذلك غرامة جديدة لا جزء من الثمن . وأحسن ما يقال فيه ما تقدم عن الغزالي . وقد يقال ان فوات ذلك الوصف موجب للرد واسترجاع جميع الثمن ، وقد تعذر الرد فيما قبضه المشتري وهو المبيع المجرد عن ذلك الوصف ، فيجعل ذلك الوصف في حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعذر الرد فيه ، وهو المبيع المجرد عنه استدراكا للظلمة ، وكأنه فسخ العقد فيه ، وهذا معنى قول الامام انه انشاء نقص جديد ولعله يأتى في مسألة الحلى زيادة على هذا .

على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صافيا عن اشكال ، فانه لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته ، ولم يصرح أحد بأن الأرض غرم جديد من كل وجه ، فانه كان يلزم أن لا يتقدر من الثمن

ولا قائل به ، والامام حكى في مسألة الحلى عن صاحب التقريب ما يقرب
من أن الأرش غرم لكن ليس من كل وجه ، وسنذكره هناك ان شاء الله
تعالى .

وقال صاحب الوافى : ان المصنف في باب اختلاف المتبايعين قال :
ان الثمن لا ينقسم على الأعضاء ، وههنا قال : الأرش بدل عن الجزء
الفائت . قال : وليس بينهما تناقض ، لأن الثمن يقابل المبيع ، ولا يتوسط
على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى ، بل يقابل
المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءا لا من حيث انها
عين أخرى ، ثم اذا صادفها المشتري ناقصة له الرد استدراكا للظلمة ،
فان لم يفسخ عند الامكان فلا شيء له ، لأن المقابل العين وهى باقية
والضرر يزول بالفسخ ، فان سقط رده بحدوث عيب آخر دعتنا الضرورة
الى تمييز ما تنقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع
اذ لا يندفع الضرر الا بذلك . وهذا ليس فيه الا دعوى الضرورة ،
وذلك لا شفاء فيه في جعل ذلك .

(قلت) : جزءا من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل ،
وليس المصنف مختصا به ، والفارقى جعل وجوب الأرش على وفق
القياس ، وشبهه بما اذا قال : بعثك هذه الصبرة ، وهى عشرة أقفزة ،
فكملت بعد البيع فخرجت تسعة ، فانه يسقط درهم ، كذا اذا قال :
بعثك هذا العبد فخرج مقطوع اليد (قلت) ولو صح هذا التشبيه
لوجب أن يجرى خلاف في صحة البيع كما في مسألة الصبرة .

وقول المصنف : كالجزاء الى آخره اذا جنى عليه جناية ليس لها
أرش مقدر ، فان نفيها من ديته فنقول : هذا لو كان عيدا صحيحا
قيمه كذا ، ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين
يؤخذ بنسبته من الدية ، والمصنف في ذلك تابع للشيخ أبى حامد .

(فائدة) ادعى ابن الرفعة أن كلام الامام في باب المراجعة يدل
على أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وفي غير ذلك يدل على أنه جزء وأن

ذلك مناقضة ، وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الامام ، وقد أشرت الى ذلك وذكرت تأويله .

(فرع) مقتضى كلام المصنف وغيره أنه اذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالأرث ، فاذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرث أصلا ، وبه صرح الامام والغزالي في البسيط والرافعي ، قال ابن الرفعة : الا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متألة ، فان قيمته قد تنقص ، فان لم تنقص أيضا انسد طريق الأرث .

(فرع) مع قولنا بأن الأرث جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه ، وفي شرح الفروع للقاضي أبي الطيب في كتاب السلم اذا اشترى حنطة معينة بعبد معين ، وشلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ، ثم وجد بالعبد عيبا قدر الأرث ، ورجع بقدره من الحنطة ، وانتقض البيع فيه ، وهل ينتقض في الباقي ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين في تفريق الصفقة اذا كان العقد لم ينعقد في البعض ، هكذا عبارته ، والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة في الدوام ، فانه انتقاص طارىء لا بطريق التعمين . وقد تقدم البحث في ذلك ، وسيأتى له تنتمه ، وانما أوجب هذا الاشكال الذي قدمت التنبيه عليه ، فانظر كيف آل التفريع الى أن جعل أخذ الأرث مبطلا للعقد ، بل بمجرد الاطلاع على العيب .

(فرع) لو كان العيب في عين قبضت عن دين ، هل يكون الأرث عنها كما قلناه هنا ؟ أو يعتبر بما يقابله بدل العين ؟ فيه وجهان مذكوران في الكتابة عند خروج النجم معينا بعد تلفه ، هل يتمين للأرث في رتبة الكاتب ، أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ؟ وهما في كل عقد ورد على موصوف في الذمة .

قال الامام : وأمثلة من الوجهين أن يقال يغرم السيد ما قبضه ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة (قلت) فتلخص ثلاثة أوجه في كل مقبوض عما في الذمة خرج معينا ، وتعذر رده (أحدهما) يرجع على

الدافع بأرشه بنسبته من العوض كما في المعاوضات (والثاني) ما نقص من قيمته كالمصوب والمستام (والثالث) يقدم القابض ما قبض ويطلب بالتسليم .

(فرع) في فتاوى القاضى حسين : اشترى في صحته بمائة ما يساوى مائة ، فوجد في مرض موته به عيبا ينقص عشر قيمته ورضى ، اعتبر من الثلث قال : ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث لأنه امتناع عن التكبس . قال جامع الفتاوى (قلت) وهو الأولى عندى فان اشترى ما يساوى خمسين بمائة فوجد في مرض موته عيبا ينقص العشر ورضى ، اعتبر من الثلث خمس وخمسون ، لأنه لو رده لربح خمسا وخمسين ، قال جامع الفتاوى : وهذا أيضا كالأولى ، والأولى أن لا يعتبر من الثلث ، فان اشترى ما يساوى مائة بخمسين ، والحال كذلك ورضى ، فهل نعتبر الخمسة من الثلث ؟ الظاهر لا ، لأنه استعاد به أربعين (والثاني) يعتبر تلك الخمسة لأنه لو تلف في يده أو بعد رده كان يأخذها .

(فرع) لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا ، فقال البائع : زال القديم ، وقال المشتري : زال الحادث حلفا وأخذ المشتري أرش أحد البياضين ، فان اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما ، لأنه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ ، والمشتري يستفيد بيمينه أخذ الأرش نص عليه الشافعى والأصحاب ، وقال الرويانى : ليس للمشتري الرد لأنه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب ، ويدعى عود الحق فلا يقبل في العود الا بحجة وله الأرش لأنه كان ثابتا والبائع يدعى زواله .

(فرع) اذا ثبت الأرش فان كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الأرش ، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب ؟ وجهان (أصحهما) الثانى ليبقى له طريق الرضا بالعيب بعد القوات ، كما لو كان له عند البقاء وميل القاضى حسين الى الأول بخلاف ما لو قدر على الرد ، فان الفسخ لا يحصل دون طلب وقد

اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين ، وكان ذلك تفریح على أن الأرض جزء من الثمن .

(أما) إذا قلنا : غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضا بالطلب ، بل للبائع أن يعطيه من (١) فان اتفق الدينان جرى التقاضي ، ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق في يد البائع ، فهل يتعين لحق المشتري أو يجوز ابداله لأنها غرامة لحقه ؟ وجهان (أحدهما) الأول ، هكذا قال الغزالي والرافعي ، وتعليقه يقتضى أن الوجه الثانى مفرع على أن الأرض غرم مبتدأ ، أما إذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشتري ، وينتقل الى المشتري بمجرد الطلب أو الاطلاع ، فلا يسوغ للبائع ابداله ، لكنها فيما إذا كان في الذمة — ثم يلاحظ القول بأنه غرم جديد كما تقدم — فيجب طرد هذا الوجه هناك ، كما تقدم أن يقال هنا (ان قلنا) ان الغرم جديد لم يتعين (وان قلنا) جزء من الثمن لوجهان ينبنيان على أن المقبوض عما في الذمة هل يعطى حكم المعين في العقد ؟ وفيه وجهان ذكرهما الرافعي بعد هذا بمسألة ، ولم يصحح منهما شيئاً .

وان قلنا : يعطى حكم المعين في العقد لم يجز ابداله والا جاز ابداله ، وذكر الرافعي رحمه الله مسألة ما إذا كان الثمن في الذمة وفاه ، وهو باق بحالة ، ورد المبيع عليه ، هل يتعين لأخذ المشتري ؟ فيه وجهان بعد هذا بمسألة ، وهي غير المسألة الأولى ، لأن تلك في الأرض وهذه في الرد ، والمأخذ غير المأخذ ، لكن تصحيحه التعين في الأولى فرع عن تصحيح التعين في الثانية ، كما نبهت عليه ، وسأذكر المسألة ان شاء الله تعالى عند رد البيع ، والثمن تالف ، فإني هنا انما ذكرت ما يتعلق بالأرض ، وان كان الثمن معيناً وهو باق في يد المشتري ففيه وجهان في النهاية الأصح تعيينه ، ويجب بناؤها على ما تقدم (ان قلنا) الأرض غرم لم يتعين ، وان قلنا : جزء من الثمن تعين أخذ الأرض منه تالفاً ، فهو كما إذا رد المبيع والثمن تالفاً .

(١) كذا باقتضاب من غير معمولها ، ولعل المعمول من « غير طلب » .
(المطيمي)

ويشأتى أنه يقوم مقام مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان متقوما
ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض ،
توم بأقل القيمتين لأنه ان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص
كان ما نقص في يده مضمونا عليه ، وما كان نقصانه في ضمانه فلا يجوز أن
يقوم على البائع ، وان كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت
في يده فأنها زيادة حدثت في ملك المشتري لا حق للبائع فيها ، فلا
يجوز ادخالها في التقويم) .

(الشرح) تقدم أن القيمة تعتبر معنى لايجاب الأرش ، والاعتبار
بأنه قيمة فيه طريقان (أصحهما) وهى التى جزم بها المصنف وشيخه
أبو الطيب والماوردى والرويانى وغيرهم القطع بأن الاعتبار بأقل
القيمتين ، من قيمة يوم العقد ويوم القبض ، فانه ان كان عند العقد
أكثر فالنقصان من ضمان البائع ، وان كانت عند القبض أكثر فالزيادة
حدثت في ملك المشتري .

(والطريقة الثانية) أن في المسألة ثلاثة أقوال (أصحها) هذا
(والثانى) ونقل عن نضه في موضع أن الاعتبار بقيمته يوم القبض ،
وهو الذى صححه الغزالى في باب التخالف ، وفرق بينه وبين التخالف ،
ونقل عن الفورانى أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلص ،
ووجهه أن الثمن يومئذ قابل للمبيع .

(والثالث) نقله الراغى عن رواية ابن مقلص أن الاعتبار بقيمة
يوم القبض وقد رأيت منصوصا في باب العصب من اختلاف العراقيين
معللا بأنه يوم إذ تم البيع ، فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين
القولين مع الأول الصحيح ، ومن اقتصر على إيراد هذه الطريقة الامام
والغزالى الى أن قال الراغى: والأكثرون قطعوا بالأول ، وحملوا كل
نص على ما اذا كانت القيمة المذكورة أقل .

واعلم أن هذه المسألة معروفة بالاشكال لاسيما على عبارة المصنف
تطيله وأنا ان شاء الله تعالى أذكر ما قيل في ذلك من حيث المذهب ،
وبيان الصحيح منه ، وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل في
جوابه .

اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة ،
وبعضهم زعم أن ذلك لا فائدة فيه وأن الأرض لا يختلف بذلك ، ذكر
ذلك ابن أبي عسرون وسبقه اليه الشاشي في الحلية ، والأكثرين اعتبروا
ذلك وتكلموا فيه ، ونص الشافعي يدل لهم . ثم اختلفوا هل يعتبر
يوم العقد أو يوم القبض ، أو أقل الأمرين وهو الصحيح ، ثم اختلفت
عباراتهم عن هذا القول الثالث فالأكثرين يقولون كما قال المصنف
انه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض . وعلى ذلك
جاءت عبارة الراغبي في الشرح ، والمحرر والنووي في الروضة وعبارة
ثانية قالها الامام في النهاية أن المعتبر ما هو أضر بالبائع في الحالين ،
ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين . وعبارة ثالثة قالها النووي في
المنهاج أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد الى القبض .

(فأما) عبارة النووي في المنهاج ، فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ
من عبارة الأولين .

وأما عبارة الامام فادعى ابن الرغفة أنها راجعة لعبارة الأكثرين ،
لأن اعتبار أقل القيمتين يقتضى أن يكون الواجب مع الأرض الأكثر في
الحالين ، فان المعنى بأقل القيمتين ، قيمة المبيع مع العيب في حالة
العقد وحالة القبض ، كما اذا كانت قيمته سليما عشرة في الحالين ،
ومعينا يوم العقد ثمانية ، ، ويوم القبض تسعة ، فاعتبار أقل القيمتين
يوجب الخمس من الثمن ، وهو أكثر من العشر ، وهذا الذي قاله فيه نظر ،
وأول ما أقدم أن لنا قيمة منسوبة اليها ، وهي قيمة السليم ، وقيمة منسوبة
وهي قيمة العيب ، ونسبة بينهما بها يعرف قدر العيب من السليم ،
فعبارة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد ، كهي بينهما بعد
ذلك ، وان كان حال المبيع مختلفا في اليومين ، فهنا لا أثر للاختلاف
مع اتحاد النسبة .

مثاله : قيمة السليم يوم العقد مائة ، ويوم القبض ألف أو عشرة ،
 وقيمة المعيب يوم العقد تسعون ، ويوم القبض تسعمائة أو تسعة ،
 فالنسبة في اليومين العشر ، ولا اثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان ،
 ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها ، والساقط من الثمن
 على التقديرين العشر وان اختلفت النسبة ، فقد يكون ذلك لاختلاف
 قيمته المبيع مع بقاء قيمة السليم على حالها ، وقد تكون بالعكس ، وقد
 يكون ، باختلافهما معا .

(مثال الأول) قيمته في اليومين سلبيما عشرة ، ومعينا يوم العقد
 تسعة ، ويوم القبض ثمانية . فالاختلاف ههنا في المنسوب ، فان
 نسبنا قيمة يوم العقد كان الأرش التسع ، وان نسبنا أقل القيمتين
 كان الخمس وهو انفع للمشتري . وكلام الامام تصريح ، واطلاق كلام
 المصنف وغيره يقتضى انا نسلك هذه الطريقة التى هي انفع للمشتري ،
 فاعتبار أقل القيمتين هنا أوجب زيادة الأرش ، وايجاب أكثر النقصانين
 من الثمن لكنى سابقين ان شاء الله تعالى في آخر الكلام أن المصنف
 والاصحاب لم يريدوا هذا القسم ، ولا حاجة لهم اليه هنا ، لأنهم
 بينوا في موضع اخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع ،
 والنقصان مع بقاء قيمة السليم لا بد أن يكون بعيب ، والزيادة لا بد
 ان تكون بنقصان العيب ، ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كرواله .

(ومثال الثانى) قيمته معينا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما
 يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا
 في القيمة المنسوب اليها فان نسبنا الى أقل القيمتين كان الأرش التسع ،
 وان نسبنا الى أكثرها كان الأرش الخمس فاعتبار الأقل هنا فيه نفع
 للبائع لا للمشتري ، فليس فيه ايجاب أكثر النقصانين بل أقلهما ،
 وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والاصحاب
 على ما سأوضحه ان شاء الله تعالى .

(ومثال الثالث) قيمته يوم العقد سلبيما عشرة ومعينا تسعة ،
 ويوم القبض سلبيما تسعة ومعينا ثمانية . فاعتبار الأقل يوجب أن
 الأرش التسع ، وهو أنفع للمشتري من العشر . وأكثر نقصانا من الثمن

أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشيرة ومعيبا تسعة ، ويوم القبض سليما اثني عشر ومعيبا عشيرة ، فاعتبار الأقل يقتضى أن الأرش التسع ، واعتبار الاكثر يقتضى أنه السدس ، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن . أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشيرة ومعيبا خمسة ، ويوم القبض سليما ستة ومعيبا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الأرش الثلث ، واعتبار أكثرهما يقتضى أن الأرش النصف ، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن .

وإذا تأملت الذى ذكرته فى القسمين الأواين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها فى هذا القسم ان شاء الله تعالى .

إذا عرفت ذلك فاقول : ان الامام عبر عن الوجه الثالث الصحيح ان المراعى ما هو الأضر بالبائع فى الحالين ، والعبارة عنه بان المعتبر أكثر النقصانيين ، ومثله بان يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة ، ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الامام رحمه الله انما يستمر مع عبارة المصنف والأصحاب اذا كان فرض المسألة فيما اذا كان الخلاف من جهة العيب ، وأن المراد بأقل القيمتين أهل قيمتى الميعب المنسوبة لا أقل قيمتى السليم المنسوب اليها ، وذلك فى القسم الاول يستقيم فيه أن المعتبر أقل القيمتين ، والواجب أكثر الأمرين ، ويبقى القسم الثانى والثالث مسكوتا عنهما ، هل يراعى فيهما الأضر بالبائع كما قاله فيقوم بالأكثر أم لا ؟ بل يقوم بالأقل دائما كما أطلقه الأصحاب ؟ فان ثبت أن نفع المشتري مراعى مطلقا فعبارة الامام فى قوله : أكثر النقصانيين أحسن من قول الباقيين أقل القيمتين لأن النقصان نسبة ، والمراد أكثر الأمرين نقصانا من السليم ، وأقل القيمتين راجع الى القيمة فى نفسها لا الى ما تنقصه من السليم ، وأيضا فى القسم الثانى يصح كلام الامام ، ونوجب أكثر النقصانيين وليس هو باعتبار أقل القيمتين .

فعبارة الامام مطردة فى الأقسام الثلاثة ، هذا ان كان الحكم مساعدا له على ذلك فى جميع الأقسام . وأكثر الأصحاب لم يذكروا الا أقل القيمتين ، ولم يبينوا ما عدا ذلك ، وكأنهم رضوا بأن القيمة عن السليم سواء ، واختلفت قيمة الميعب بحسب زيادة وصف فى ذات

المبيع أو نقصان فيه ، فينسب النقص لأنه من ضمان البائع ، ولا تنسب الزيادة لأنها حادثة في ملك المشتري ، والأمر المنسوب إليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا في حال اختلافها ويحتمل أن يكون المعتبر الأقل مطلقاً فإذا اختلفا معا اعتبرنا أقل قيمتي المبيع ونسبناها إلى أقل قيمتي السليم . وحينئذ يصح إطلاق كلام المصنف والأصحاب ، ولا يصح إطلاق عبارة الإمام لما تقدم من المثالين الآخرين في القسم الثالث ، وكذلك في القسم الثاني أيضاً ، فالموافق لاطلاق الأصحاب ذلك ، ولا يبقى المراعي ضرر البائع مطلقاً ، ولا ضرر المشتري مطلقاً ، ولم أر في ذلك نقلاً صريحاً .

الا أن في تعليقه الشيخ أبي حامد قال : فأما وقت تقويمه سليماً فهو أنقص الحاليين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه في تلك الحالة ثم يقومه وبه العيب . وهذا يدل على أن المراد أقل قيمتي السليم المنسوب إليها ، لا أقل قيمتي المبيع . وفي هذه الصورة وهي الثاني الذي ذكرته في ذلك المثال يكون التقويم بأقل القيمتين أنفع للبائع ، وكذلك كلام الماوردي يفهم منه ما يوافق الشيخ أبا حامد ، فإنه قال في مسألة الجارية تقوم في أقل الحالتين ، فإذا قيل قيمتها في تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة قومت بكرا وبها ذلك العيب فإذا قيل : تسعون كان ما بين القيمتين العشر ، فيرجع بعشر الثمن . فهذا وجه من الاشكال في هذه المسألة قد انحط بحمد الله تعالى . وتبين بحمد الله أن المراد أقل قيمتي السليم ، وليس المراد قيمتي المبيع كما ظنه ابن الرفعة وغيره ، ولا يجب أن يكون المراعي هو الأخير بالبائع مطلقاً كما قاله الإمام ، وهذا الذي لحظه أبو حامد هو الصحيح فإن المنسوب إليه هو القيمة ، والمنسوب هو العيب الموجود قيل العقد وبعده إلى القبض ما لم يطلع البائع عليه ، فلا وجه لاعتبار اختلافه ، وإنما المنسوب إليه هو المعتبر . وهو قد يقل وقد يكثر . وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد يعين معنى قول المصنف ، فلا يجوز أن يقوم على البائع وأنه صحيح . وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى . وأما ما يختص بالصفة فنذكره في ضمن فائدة .

(فائدة) قال الفارقي في كلامه على المهذب : هذه المسألة يعني

مسألة الكتاب التي ذكرها المصنف فاسدة الوضع والأصل ، وفاسدة التعليل ، وليس لنا في الكتاب مسألة أظهر فسادا منها . أما فساد وضعها فإنه يعتبر بأقل القيمتين على ما ذكر ، وإنما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا إذا كان الأرش اسقاط جزء من قيمة المبيع ، وليس الأمر كذلك ، وإنما نحن نسقط من الثمن جزءا بقدر نسبة فوائد ما ينقص من قيمته بالعييب ، مثلا : إذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد فانا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين ، ونعلم أنه يسقط عشر الأصل فيسقط في مقابله عشر الثمن ولا فرق بين أن تكون قيمته مائة أو ألفا أو عشرة فإن أثر العيب في التنقيص واحد ، فإنه إذا كان أثر العيب في تنقيص عشرة من مائة نقص من الألف مائة ومن العشرة دينار ، فنسبة كل واحد من هذه إلى أصله بالعشر فيسقط في مقابله عشر الثمن ، وعشر الثمن ، لا يتفاوت على جميع الأحوال وإنما يتفاوت عشر القيمة ، ونحن إنما نوجب عشر الثمن ولا ميالة باختلاف عشر القيمة وأكثرها .

بيان فساد التعليل أن حصر اعتبار القيمة من حال العقد إلى حال القبض ، فمرفنا أن النقصان في يد البائع ، وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته ، وإنما يريد فوائد المبتاع ، كهزال الدابة وتغير الثوب أو حدوث آفة به ، فقوله : كان ما نقص مضمونا عليه يعني أن العين المباعة مضمونة على البائع (وقوله) وكان نقصانها من ضمانه ، يعني الجزء الفائت من الثمن ، أو فوائد جزء يكون من ضمان البائع ، كما أن جملة المبيع من ضمانه .

(وقوله) فلا يجوز أن يقوم على البائع كلام يتناقض في نفسه ، لأنه إذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه ، وجب أن يكون مقوما أما أن لا يقوم عليه لأنه مضمون عليه ، فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال : وأن كانت قيمته يوم العقد أقل إلى آخره ، وهذا أيضا ظاهر الفساد والتناقض ، لأنه إذا كانت هذه الزيادة حق المشتري لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص من فوائدها مضموما إلى قدر الأرش ، فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعا ، هذا كلام الفارقي رحمه الله .

وزاد ابن معن في حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتاج الى معرفة أمرين (الأول) أن الضمير في قوله : لأنه ان كانت قيمته أكثر ثم نقص كان ما نقص مضمونا عليه ، فكان نقصانها من ضمانه ، فلا يجوز أن يقوم على البائع ، أما أن يكون عائدا الى البائع أو المشتري ، لا جائز أن يعود الى المشتري ، لأنه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، ولا يتصور أن يكون في يد المشتري الا بعد القبض ، ولو نزلنا جدلا أن الضمير يعود الى المشتري بطل قوله : من حين العقد الى حين القبض ، فتعين أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لا غير ، هذا الأمر الأول .

(الأمر الثاني) أن المراد بالنقصان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة في الثوب أو الدابة لا بغيره ، لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الأسواق وارتفاعها ، وحينئذ قوله : فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع ، ظاهر التناقض لأنه نقصان جزء كما بيناه من الأمر الثاني ، وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه ، ولا يمكن أن يعود الضمير الى المشتري لما بيناه في الأمر الأول ، هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقي .

ولأجل كلام الفارقي هذا قال ابن أبي عسرون : أنه لا فائدة في اعتبار أقل القيمتين ، قال في الانتصار : ونص الشيخ أبو اسحاق في المهذب على أنه يقوم بأقل القيمتين ، وكذلك في الحاوي وذكره القاضي أبو الطيب في بعض كتبه ، ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فساده وبفساده قول الشاشي الأخير ، ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان والقبض مقدر له كما في الحكومة في الجناية قال ابن أبي عسرون : وهذا — يعني كلام الشاشي — رجوع عما اعترف بصحته وردة على غيره ، ثم لا وجه لما اختاره .

(وقوله) ان العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا ؟ بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة في النظر الى قدرها وانما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد .

وأما الجناية على الجزء فأنما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجنى عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصان ، ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبدا ثم قال الشاشي معترضا : لو كانت قيمته حال العقد تسعين ، والعيب ينقصه خمسة والخمسة من المائة نصف عشر ، ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة في الرجوع به ، ثم أجاب فقال : هذا التصوير تحكيم ، لأن العيب الواحد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة الي ما ينقصه من قليل القيمة لاسيما والعين على صفة واحدة ، وإنما التفاوت من جهة السوق •

قال ابن أبي الدم : وأنا أقول في القلب من هذه المسألة ، وبما قاله هذان الشيخان يعني الفارقي وابن أبي عمرون حسيكة عظيمة ، وأنا أفرغ الجهد فيما ذكر عندي فيها نقلا وبحثا إن شاء الله تعالى • ثم ذكر ابن أبي الدم بعد ذلك كلام الماوردي والمام والغزالي وحكايتهما مع المراززة الأقوال الثلاثة ، قال : فاختر الشيخ أبو اسحاق قولاً منها ، وترجيحها لها لا يكون فاسدا ولا غلطا كما ذكره الفارقي ، بل ما ذكره الفارقي من الايراد والاشكال غلط ، فان التقويم ما كان لايجاب عين القيمة ، بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن ، فالقيمة معيار واذا كان كذلك فقد ظهر صحتها واغادتها •

(وقوله) ان أثر العيب في التنقيص واحد خطأ ، لأنه اذا كان الثمن مائة فوجده مقطوع اليد يقوم سليما ، فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض تسعين فان اعتبرنا يوم العقد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن ، وان اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر الثمن ، فحصل التفاوت الظاهر ، وهذا واضح لا اشكال فيه وانما فهم الفارقي أنه جعل قيمته معينا تسعين وقيمه بالعوض مائة ، قال : فنعلم أن الناقص عشر القيمة ، فيرجع بعشر الثمن ، وتوهم أن ذلك لازم لا يتغيره ، ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معينا يوم العقد أكثره ، ويمكن أن تكون قيمته معينا يوم القبض أقل ، واذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة الى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها ، وقول الفارقي في فساد التعليل فبيما ذكر من كلام الشيخ غنية عنه •

وعلى الجملة فهذا القول الذى صار إليه الشيخ أبو اسحاق ليس قولاً له اخترعه وإنما هو قول مقول عن أئمة المذهب ، فلا يليق بالمناخر اظهار شناعة على من اختاره ، وذكره فى تصنيفه فإنه فاسد ليس فى كتابه شيء أظهر فساداً منه ، وإنما اللائق به ان كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من اشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بأنه فاسد شيء فى كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب ، ومن اختار ما اختاره الشيخ أبو اسحاق : القاضى أبو الطيب واليعقوب .

(قلت) وما قاله ابن أبى الدم من وجوب حفظ الأدب صحيح ، وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه فى تعليق القاضى أبى الطيب فلا اختصاص للمصنف به ، وقد علمت أن الشافعى رحمه الله نص فى اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض ، قال : وقيمتها يوم قبضها المشتري من البائع ، فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعى بيوم القبض ، فيجب النظر فى اختلاف القيمة وبين كونه مؤثراً فى اختلاف الأرش ، وما فرضه ابن أبى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد ، كما مثل به من قطع اليد بعبد ، لأنه متى كانت قيمة السليم يوم القبض سواء والعيب واحد والمبيع واحد ، فكيف تختلف قيمة العيب ؟ لكن قد قدمت أمثلة تغنى عن ذلك من جملتها أن تتحد قيمة السليم ، وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو نقصانها ، واستبعاد الشائى له .

وقوله : ان العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة الى ما ينقص من قليلها ، فالكلام عليه من وجهين (أحدهما) أن الشائى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب اليها واتحاد العيب المنسوب وذلك هو القسم الثانى الذى قدمته وقلت : ان كلام المصنف والأصحاب لم يشملها ، أو أن الأولى ليه عبارة الامام .

أما اذا فرضنا الكلام فى القسم الأول ، وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض ، أو زادت بحدوث صفة ، فإن النسبة تختلف قطعاً ، وهذا هو المراد بما قرره الفارقى فى كلامه ، فغير ذلك التقرير جوابه عن الأصحاب ، وان كان فى صورة الاعتراض ،

وذلك هو جواب عن المصنف الا في قوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، فإنه مشكل ، وسنزيد الكلام عليه •

(الوجه الثانى) من الكلام على الشاشى أن الأصحاب وان سكتوا عن قيمة السليم المنسوب اليها فلا بد من اعتبارها ، فان قيمة الميب زادت أو نقصت منسوبة اليها ، فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشىء المنسوب اليه معلوما ، فان اتحد فذلك ، وان اختلف فهذا مما قدمت أن الأصحاب سكتوا عنه الا الشيخ أبا حامد ، وبخث فيه هناك ، فاذا ثبت اعتبارها وأنها قد تختلف ، فاختلفها مع تعارض السلامة من غير زيادة انما يكون بحيث الأسعار^(١) والرغبات ، وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من كثيرها ، وذلك اذا غلا السعر وضاق ذلك الصنف فان الرغبة تشتد فيه ، ويغتفرون ما به من عيب ، ولا يصير الناس يبالون بعيبه ، كما يبالون به في حال الرفاهية •

وبعكس ذلك اذا رخصت الأسعار واتسع الصنف وبخست قيمته ، بحيث يصل الى السليم منه كل أحد صدت أكثر الناس عن الميب لقدرتهم على ما هو خير منه ، وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك ، هذا هو العرف بين الناس ، وان كان ذلك غير منقول ، ثم ان المسائل التى تفرض فى الفقه ، والفروض المقدره لا يلزم أن تكون واقعة غالبا ، بل ولا نادرا ، بل المقصود أنها ان وجدت كان هذا حكما •

فان قال قائل : هذا انما جاء فى اختلاف الأسواق ، وفرض المسألة فيما اذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف فى المبيع •

(فالجواب) أن الاختلاف فى قيمة الميب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان (وأما) الاختلاف فى قيمة السليم المنسوب اليها فليس له سبب الا اختلاف السوق ، ولا بد من اعتبارها •

(١) وهو ما يطلق عليه الاقتصاديون المعاصرون : « العرض والطلب » .
(المطيع)

وأما قول المصنف : ولا يجوز أن يقوم على البائع نفى غاية الاشكال وايراد الفارقى عليه قوى ، وهو كذلك في تعليقة القاضي أبى الطيب وليس بمناسب فيما يظهر ، لأننا اذا أدخلنا الذى نقص في التقويم قبل الأرش وتضرر المشتري ، وانتفع البائع ، فلو قال المشتري لناسبه (١) من هذا الوجه وكان يفسد من وجه آخر لعدم مناسبته لبقية تعليقه بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن هذا الاشكال انما هو بناء على أن الكلام في العيوب المنسوبة ، وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبى حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب اليها ، وعلى ذلك يصح أن يقال : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، لأننا اذا نسبنا اليه وأدخلناها في التقويم كثر الأرش عليه ، وان تعلقوا بكلام الامام تعلقنا بكلام الشيخ أبى حامد وهو أصح لما تقدم .

(فان قلت) ذلك لا يلائم قوله : كان ما نقص في يده مضمونا عليه ، وكان نقصانها من ضمانه (قلت) سيأتى تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقى : انما فوجب على البائع قدر ما نقص بفواتها مضموما الى الأرش انما يصح تخيله على بطلانه ، لو زال بعد حدوثه قبل القبض ، وقد رأيت صاحب الوافى نقل هذا الجواب الذى قلته عن شيخه ، ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما اذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة .

قال : فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل في ضمان البائع . وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحكم اذا فرضها كذلك ، وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف في التعليق فقال : هذا مشكل ، لكن أراد أن النقصان مضمون على البائع ، وقد سقط ضمانه برضا المشتري بقبض المبيع ناقصا ، فلو فرضناه وقت العقد أدى الى ايجاب ضمان النقصان على البائع ، وقد سقط عنه ، الا أن الشيخ عنى البائع في أول كلامه ثم ذكره ظاهرا .

(قلت) : معناه أن المشتري قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة ،

فذلك القدر الزائد منها قد رضى باسقاطه فلا ينسب العيب الا الى
الثانى ، وهو الأهل ، وفي ذلك نفع للبائع ، وهذا اعتذار عجيب فان فيه
محافظة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع ،
اكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم ، فان قيمة السليم اذا كانت مائة يوم
العقد ويوم القبض ، وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم
القبض ثمانين ، فعلى ما قاله صاحب البيان : ينبغى بأن يقوم بأكثر
قيمته المعيب تسعون ، لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم
يحسب على البائع ، فيكون الأرش العشر .

(والظاهر) من كلامهم أن الأرش في هذه الصور الخمس ، لأن
الثمانين أقل القيمتين ثم أن ذلك يقتضى الفرق بين أن يعلم بذلك
أو يجهل ، فانه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه
المشتري من غير علم بذلك العيب ، ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الأرش
عن العيين جميعا ، الذى كان قبل العقد والذى حدث قبل القبض .

وقال صاحب الوافى : معنى قوله كان مضمونا عليه ، أى يذهب من
ضمان البائع وهو ناقص عليه فى حكم ما لم يبيعه من أمواله اذا لم
يبيعه ليس مضمونا عليه للمشتري ، وأذا كان كذلك لم يجز أن يقوم
عليه للمشتري .

ورأيت فى تعليقة أبى اسحاق العزاقى على المهذب : ولا يجوز أن
يقوم على المشتري ، وهذا اما أن يكون غلطا فى النسخة ، واما أن
يكون أحد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه ، وكل النسخ فيها
البائع ، والفارقى أعرف بما فى المهذب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله
تعالى واندفاع الاشكال عنه ، وكذلك رأيت فى الاستقصاء كان ما نقص
من القيمة غير مضمون عليه ، أى لأنه ليس بجزء ، وأظن ذلك كله
اصلا لمسا أشكل عليهم . وتعليق الماوردى قريب من تعليل المصنف .
كذلك أكثر من تكلم فى المسألة من الأصحاب ، ولم يختص المصنف من
الاشكال الا بقوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، وكذلك شيخه
القاضى أبو الطيب الاشكال فى هذه اللفظة وأرد عليها .

(فرع) وهذا الذى قلته وحملت كلام المصنف عليه ، من أن المراد ان اختلفت القيمة المنسوب اليها هو الصحيح المتعين . أما اذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما فى القسم الأول كانت قيمته معينا تسعة عند العقد ، ثم نقص فنقصانه مع بقاء قيمة السليم انما تكون لعيب آخر ، فذلك العيب الآخر ان اطلع عليه المشتري ورضى به صار وجوده كعدمه ، وينسب الذى كان حالة العقد فقط ، وان لم يرض به كان الكل الى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة المعيب مع بقاء قيمة السليم فذلك ، ان كان نقصان العيب فقد برىء البائع بما نقص ، لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الأرش فكذا نقصانه ، فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا ، وان الحصول وصف زائد فى المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب ، فهبتضى ذلك زيادة قيمته سليما ، وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها .

(فرع) عبارة الرافعى والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك فى المحرر ، وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام ، وقال النووى فى المنهاج : أقل قيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، وذلك يقتضى أنه اذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة ، وان كانت القيمة يوم العقد ويوم القبض سواء . لأن المتوسطة حينئذ أقل ، وكذلك اذا كانت فى أحد اليومين أقل من الآخر . وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التى هى أقل وعبارة الجمهور لا تقتضى ذلك . وتقتضى أن يقوم باحدى القيمتين فى يوم العقد أو يوم القبض ، ان كانتا متساويتين فباحداهما وان اختلفتا فبالأقل منهما ، وهذه عكس الصورة التى فرض الكلام فيها فيما تقدم عن صاحب الوافى . على أنه فى الروضة تابع للرافعى فى عبارته ، ونبه فى دقائق المنهاج على ذلك وأنه غيرها لهذا المعنى ، والذى يظهر عبارة الجمهور ، لأن العيب المنقص اذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به ، وفيه نظر فليتأمل . وقال فى التهذيب : أقل القيمتين من يوم العقد الى يوم القبض ، فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه . لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور .

(فرع) هذا الذى تقدم فى معرفة الأرش عن العيب القديم ، وكلام المصنف مفروض فى ذلك ، فانه قال فى أول الفصل : اذا أراد ، يعنى المشتري الرجوع بالأرش • أما الأرش المأخوذ من المشتري عن العيب الحادث ، قال ابن الرفعة فالمنقول أنه يقوم وبه العيب القديم ، ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما ، فاذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تسعة غرم درهما ، ولا تجعل القيمة فى هذا الحال معيارا (قلت) وسيأتى هذا فى كلام المصنف شيئا لا يوقف على عيبه الا بكسره •

(فرع) قال ابن عسرون : المتأخر فى مجموع له يتعرض فى بعضه لألفاظ المذهب قال (قوله) وان اختلفت قيمة المبيع قال : فيقال مثلا قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون ، وبالعيب عشرون ، فينقص عشرة • ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون ، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقد وزادت يوم القبض كما اذا قلنا سائل يعنى أن ذلك فى السائل • وأيضا فقلوه : يرجع بخمسة ، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيع اناء من فضة وزنه ألف وقيمه الفان شكسه ، ثم علم به عيبا لم يجز له الرجوع بأرش العيب ، لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن ، فيصير الألف بدون الألف ، وذلك لا يجوز • فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الكسر • وحكى أبو القاسم الداركي وجها آخر أنه يرجع بالأرش لأن ما ظهر من الفصل فى الرجوع بالأرش لا اعتبار به • والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرش فى غير هذا ، ولا يقال ان هذا لا يجوز • لأنه يصير الثمن مجهولا •

(الشرح) هذا الفرع منسوب لابن سريج ، وفيه أوجه (أصحها) وهو قول الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى وهو الذى

صدر به المصنف كلامه أنه يفسخ المبيع ويرد الاثاء ، ويغرم أرش
النقص الحادث ، ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الاثاء والثلثن - وهما
متماثلان - والعيب الحادث مضمون عليه ، كعيب المأخوذ على جهة
السوم ، فعليه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته في
سائر الصور ، كما سننبه عليه . واستدلوا على تعذر أخذ الأرش
بأن الثلثن ينقص كما ذكره المصنف ، وعلى تعذر رده مع أرش العيب
الحادث بأن المردود يزيد على الثلثن ، وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل
هذا التقرير مع الحكم بأن المشتري يغرم الأرش حتى يقف على آخر
الكلام في التنبيه السادس .

(والوجه الثاني) ولم يذكره المصنف . وهو قول ابن سريج أنه
يفسخ العقد لتعذر امضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه
من ضرر المشتري ، ولا يرد الحلوى على البائع لتعذر رده مع الأرش
ودونه فجعل كالتالف ، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معينا بالعيب
القديم سليما عن الحادث ، واختار الغزالي هذا الوجه وأيراد صاحب
البحر يقتضى ترجيحه ، وضعفه الامام وغيره . وقال الامام : انه
أبعد الوجوه .

ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم ،
ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المصوب اذا نقص يلزم أرش نقصانه
لا قيمة جميعه .

(والثالث) الذى حكاه المصنف ثانيا ، وهو قول صاحب التقريب
والداركى واختاره القاضى حسين والامام وغيره ، أنه يرجع بأرش
العيب القديم كسائر الصور ، والمماثلة في الربوى انما تشتترط في
ابتداء العقد ، والأرش حق وجب بعد ذلك ، لا يقدر في العقد
السابق . قال الراغى رحمه الله :

واعلم أن الوجه الأول والثانى متفقان على أنه لا يرجع بأرش
العيب القديم وأنه يفسخ العقد ، وانما اختلافهما في أنه يرد مع أرش
النقص أو يمسك ويرد قيمته ، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز
الرد مع الأرش أيضا كما في سائر الأموال .

(قلت) وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج ، وبه يتبين أنهما لم يتفقا الا على أصل الفسخ ، ويأتى أيضا أن ما قاله الرافعى لم يصر إليه أحد . وعلى هذا الوجه اذا أخذ الأرش فقد ثيل : يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل ، والأصح وهو الذى رجحه القاضى حسين والبعوى والرافعى أنه يجوز أن يكون من جنسهما ، لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس ، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر ، وذلك من صور (مد عجوة) وأيضا لأن الأرش جزء من الثمن ، وقد غلط أبو اسحاق العراقى ، فجعل قول صاحب التقريب وجها رابعا ، وحكاه مع وجه الداركى بعبارتين منقاربتين ، ولم ينتبه لاتحادهما . ثم تنبه لأمر :

(أحدها) أن المصنف فرض المسألة فى الإناء ، وكذلك القاضى أبو الطيب فرضها فى ابريق وزنه مائة درهم ، وكذلك الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما اذا اشترى ابريقا فضة وزنه مائة درهم ، وقيمته مائة وعشرون بابريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون . وفرضها الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى أخذها البندنجى فى مصوغ ، وكذلك الامام والغزالي فيما اذا اشترى حليا وزنه ألف بألف وفرضها فى الحلى حسن لا اعتراض عليه .

وأما فرض المصنف ومن وافقه فى الإناء — فان قلنا بجواز اتخاذ أوانى الفضة — فصحيح أيضا وأما اذا قلنا بتحريم اتخاذها — وهو الأصح — فان الصنعة فيها غير محترمة ، فلا يكون الكسر عيبا فيها ، فلا يمنع الرد والأرش ، كما لو لم يحدث شيء ، فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز الاتخاذ ، وأيضا فذكر الكسر على سبيل المثال ، والمقصود حدوث عيب فى يد المشتري .

(الثانى) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة ، وهو أن يكون الثمن من جنس الإناء كما فعل ابن سريج والامام ، بل سكت عن الثمن بالكلية ، وكذلك القاضى أبو الطيب وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها ، والمراد اذا اشتراه بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والامام وغيرهما ، والا فلو كان الثمن من غير النقود ،

أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسألة ، لأنه لا يبقى محظور في المفاضلة ، فالمشترى يرجع بأرشف العيب القديم ، وممن صرح به ابن الصباغ والقاضي حسين ، وحكى أبو اسحاق العراقي فيه وجهين وأظنهما في الذخائر ، وكأنهما مأخوذان مما سنذكره عن الحاوي في التنبية الثالث عشر وعلى كل حال فالأصح الجواز .

قال القاضي حسين : فان كان نقد البلد ذهباً والحلى المبيع من الفضة قوم الحلى بنقد البلد ، ثم يسترد الأرش من الثمن ، ان كان عرضاً فمن العرض ، أو ذهباً فمن الذهب ، فان كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة ، قال القاضي حسين : يحتل وجهين (أحدهما) يقوم نقد البلد ، فان كان الحلى من نقرة خشنة والدرهم المطبوعة تزيد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب ، كيلا يؤدي الى الربا ، هكذا رأيت في النسخة وكأنه سقط منها شيء .

(الثالث) في التنبية على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال

الربوي والذهب كذلك ، ولكن اناء الذهب حرام عند المصنف ، ولا يجري فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به ، وجعله قيمة العين مثالا لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها ، فيكون عيباً ، أما لو كانت القيمة مساوية للوزن ان أمكن فرض ذلك ، لم يكن الكسر منقصاً ، لأن القيمة لا تعتبر حينئذ ، والكسر مثال لحدوث عيب ، فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك (١) .

(الرابع) أن تحليل المصنف امتناع الرجوع بالأرش الذي اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثرين بأن ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف وأكثر الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن ، وقد تقدم عن الغزالي تردد في أنه غرامة جديدة ، ولذلك قال الغزالي هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقريب ، قال : فحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الأرشين أنه غرم مبتدأ أو في مقابلة المعقود عليه ، ويعنى بالأرشين أرشف القديم وأرشف الحادث يعنى أن علة قول ابن سريج يكون الأرش عن القديم جزءاً من الثمن

(الطيبي)

(١) بياض بالأصل .

لما تقدم ، والأرش عن الحادث كذلك ، لأن ابن سريج يجعله في مقابلة ما فات من المبيع ، وأن الفسخ في غير الربوي يرد عليه إذا ضم مع المبيع ، كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضى أنه غرم مبتدأ .

فظهر لك بما قاله الغزالي أن مأخذ الوجهين الأولين أن الأرش جزء من الثمن ، ومأخذ الثالث أنه غرم مبتدأ ، لكن الامام قد اختار قول صاحب التقريب هنا ، وقد تقدم عنه قول بأن الأرش جزء من الثمن ، فطريق الجميع بأن القائل بأنه غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه ، بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الامام في أنه انتقاص جديد ، وقد نبهت على ذلك فيما تقدم ، وكذلك على الامام في هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة ، ولو كان الأرش غرماً مبتدأ لم يحتج الى ذلك .

وقال الامام أيضا : ان كل مسلك من المسالك يعنى الأوجه الثلاثة ، لا يخلو عن حيد عن قانون في القياس ، جار في حال الاختيار ، ولم يصر أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن أصل والضرورة تحوج الى واحد منهما ، فهذا الكلام من الامام يدل على أن الأرش ليس غرماً مبتدأ من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون . وفي كلامه ، وفيما تقدم عنه ، وفي النظر ما يدل على ذلك أيضا . ولذلك قال في توجيهه كلام صاحب التقريب ان غرامة الأرش في هذا المضيق تقدر كأرش مبتدأ ، مرتب على جنابة على ملكه .

(الخامس) أن الفاسخ للبيع هو الحاكم . صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب العدة وغيرهما . ويحتمل أن يقال على قول ابن سريج : ان للمشتري أن يفسخ أيضا كما يقول في التخالف : ان لكل منهما أيضا أن يفسخ على الأصح (ان قلنا) بذلك كما ستعرفه في بابها فإنه عندنا فيه وقفة .

(وأما) على قول الأكثرين فيبعد الحاقه بالتخالف ، وانما هو

رد بالعيب ، لا مدخل للحاكم فيه ، غير أنه امتنع دخول الأرش فيه ،
وجعل غرامة مبتدأة ، وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية
الفسخ ، كما وعدت به من قبل .

(السادس) قول المصنف لم يغرّمه أرش الكسبر يريد به أن
تغريم أرش الكسبر متأخر عن الفسخ ، والفسخ يرد على الاناء خاصة ،
وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرش عن الحادث مع المبيع ، اذا
ورد الرد عليها في هذه الصورة أدى الى الربا ، وليس المراد
باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه الى ملك المشتري ، وليس في الأوجه
من يقول بجواز رد الأرش مع المبيع ، الا ما قاله الراجعي أنه قياس
الوجه الثالث . ولذلك أتى المصنف بصيغة « ثم » المقتضية للترتيب .
وعبارة الراجعي أنه يردّه مع أرش النقصان . ويجب تأويلها على المعية
في الوجوب لا في انسحاب حكم الرد عليها على أن الامام ذكر هنا كلاما
بليغا في تحقيق رد الأرش مع العيب بالعيب الحادث . وأن ليس على
تقرير ورود الفسخ عليهما أعنى في جميع الصور ، وقد قدمت ذلك
عنه عند الكلام في أخذ الأرش عن العيب الحادث في الفصل الذي
قبل هذا .

(السابع) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الأخير حكاة الداركي ،
وليس من قوله وكذلك حكاة الشاشي ، وكلام الراجعي يقتضى أنه عنه .

(الثامن) من قول المصنف في تعليل قول الداركي لأن ما ظهر
من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به . يفهم أن ذلك ليس مأخوذا
من أن الأرش غرم مبتدأ ، بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور ،
ولكن لا يعتبر لما ذكره من الدليل . فقوله : ظهر ينفي كونه غرما مبتدأ
ثم بعد ذلك اما أن يكون ذلك بطريق الثمين أو بطريق انشاء نقص
جديد . فيه ما تقدم من البحث الأقرب عبارة المصنف الأول والموافق
لكلام الامام الثاني .

(التاسع) الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز
الرجوع بالأرش في غير هذا الموضع بالاتفاق . ولم يقل أحد بأنه

لا يجوز ، لأنه يصير الثمن مجهولا أى لأننا ظهر لنا أن الثمن الذى قابل المبيع ما بقى بعد الأرش ، وذلك لم يكن معلوما حالة العقد ، وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع ، فلو كان ما ظهر معتبرا لم يجز الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع ، لأفضائه الى جهالة الثمن . وبطلان العقد من أصله ، لكن الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع جائز اتفاقا فلا يكون لما ظهر حكم ، وهذا بينه وبين ما ذكره الامام فى توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب التقريب بعض المخالفة ، فانه قال : انه فى هذا المضيق كأرش مبتدأ مرتب على جنائية فاذن هذا القول واحد ، ومأخذه مختلف .

المصنف يشير الى أن المقابلة تغيرت ، لكن ليس لظهور تغييرها حكم ويتردد ذلك فى هذه المسألة وفى غيرها ، والامام يقول فى هذه المسألة : الضرورة تجعله كفرم مبتدأ ، ولا يخفى أن فى كل من الكلامين حيدا عن القانون كما قاله الامام ، فان المصنف يحتاج الى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر ، وليت شعرى هل الرجوع بالأرش مجمع عليه ؟ أو فيه نص أو لا ؟ فانه ان كان فيه نص أو اجماع كان عذرا فى أن يجعل أن ما ظهر لا حكم له ، أو يجعله كفرم مبتدأ اتباعا ، وان لم يكن فيه اجماع ولا نص فمالمخلص عن هذه الأشكالات ؟ وما الموجب لارتكابها ؟

(العاشر) لا جواب ، وما استدلل به الداركى أنه انما يلزم جهالة الثمن اذا كان ذلك بطريق العين ، أما اذا قلنا : ان المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا . وهذا الذى يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم . واذا كان بطريق النقص صار له حكم فى المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لا فيما مضى فامتنع الرجوع بالأرش كذلك .

قال الفارقى فى الجهالة : يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله . ولهذا لو أسلم الى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم اليه فى أثناء الأجل حل وصار الأجل بموته مجهولا وهو صحيح .

(الحادى عشر) أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يجرم أرش النقص الذى حدث عنده وشبهوه بالمستقام ، وفيه نظر .

لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح • فالعيب حدث على ملك المشتري فحيف يعرّمه إذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فإن المستام ليس مملوكا له ، وأشار الامام الى أن ذلك على سبيل التقدير ، ونظره بقول منصوص للشافعي : إذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى ، ويرد اليها البضع ثم يعرّم الزوج لها مهر المثل •

(الثاني عشر) مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعي في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، ثم لم يقطع حتى بدأ الصلاح ثم أراد القطع فسخنا البيع ههنا لما يؤدي ذلك اليه من الاضرار بصاحبه أو بالمساكين ، هكذا رأينه في تعليقه ولم أفهمه ، وانما يفسخ البيع فيما اذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين • ثم في مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين • وهو الصحيح عند طائفة أن البيع يفسخ بنفسه من غير فسخ وليس ههنا كذلك •

(الثالث عشر) صورة المسألة اذا كان الاناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذي ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه يفسخ العقد ، ويسترد الثمن ويعرّم قيمة التالف ان كان متقوما ، ومثله ان كان مثليا • ولا يمكن أخذ الأرش • وقال القاضي حسين : انه يأخذ الأرش • وصححه في التهذيب وقد تقدمت المسألة في باب الربا • وذكره القاضي حسين • وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركي في حالة البقاء ، ويلزمها موافقته هناك • وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج في حالة البقاء • وألجأهم الى ذلك امتناع الرد بالتلف ، واحتاجوا الى الفسخ هنا لامتناع أخذ الأرش عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب في غير هذه الصورة • حيث يكون أخذ الأرش ممكنا • قالوا : وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ • وقد جوز الشافعي الاقالة بعد التلف ، وكذلك في التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف أصلا وأن ابن سريج يقول في حالة البقاء كحالة التلف •

وذكر القاضي حسين في هذا الباب ثلاثة أوجه • قال : وفي المسألة اشكال • وقد تقدم في باب الربا اختياره ، وحكاية الأوجه الثلاثة • وفي الحاوي في باب الربا عند التلف أنه ان كان بجنسه لم يرجع

بالأرش ، وأن كان بغير جنسه من النقدين (فوجهان) أقيسهما الرجوع فيرجع بأرش الفضة ذهباً (والثاني) وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز ، لأن الصرف أضيّق ، ولأن الأرش يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلها وقد تقدم ذلك ، وتفرّيعه عنه في باب الربا ، وقياس ذلك أن يجري هنا في حالة البناء ، لكن الماوردي فرض ذلك في الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن .

(الرابع عشر) متى كان كسر الأثناء من المشتري فلا فرق بين بعد القبض أو قبله ، ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا إشكال ، وفيه فرض الامام المسألة ، ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتي المسألة ، ومتى كان بعد التقابض وقيل التفرق فيلحق على ما تقدم أن المشتري إذا قبض المبيع في زمن الخيار هل يصير من ضمانه أم لا ؟ وفيه طرق تقدمت ، فإن قلنا لا يصير من ضمانه وأنه يفسخ بتلفه في يده ، وهو ظاهر نص الشافعي ، فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الأرش ، فهو كما قبل التقابض فلا تأتي المسألة (وإن قلنا) من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير ، ولم أجد في شيء من ذلك نقلاً ولكنه قضية التفرّيع ، والطرق التي في قبض المبيع في زمن الخيار ، تقدمت في هذا الباب عند حدوث تلف المبيع بعد القبض .

(الخامس عشر) إذا غرماناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه ، فقد تقدم في حكاية ابن سريج أنها تكون من غير جنسه . هكذا حكاه الرافعي ، يعني إذا كان فضة يعطى قيمته ذهباً ، وإن كان ذهباً يعطى قيمته فضة . وكذلك حكاه القاضي أبو الطيب عن ابن سريج ، وقاله القاضي أبو الطيب من عند نفسه في حالة التلف أيضاً ، والأكثر لم يعتبروا ذلك ، بل أطلقوا القيمة . وهو أحسن هذه غرامة . وليست عقداً يجيء تحذر فيه من الربا ، وقد حكى العراقيون فيما إذا أتلفت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه (أصحها)

يضمن بالنقد الغالب (والثاني) يقوم بغير جنسه (والثالث) بمثل وزنه من جنسه ، والزيادة من غير جنسه •

قال أبو سعيد الهروي : وكان القاضي الحسين يعيب هذا ويقول : الاتلاف ليس مقيسا على البيع في أمر الربا (قلت) فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتي مثلها هنا •

(السادس عشر) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه ، هل يكون من نقد البلد ؟ وان كان من الجنس قولاً واحداً أو يجري فيها الخلاف الذي في العصب (الظاهر) الثاني لأنهم شبهوه بالمستام •

(السابع عشر) قد تقدم من قول الامام أنه لم يصح أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة ، واختار الثالث منها ، وكذلك قال الغزالي في البسيط أنه لم يصح صائر الى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث • كما في سائر العيوب ، وان كان محتملاً بحكم التوجيه الذي ذكرناه للوجهين • لكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعد من اقتحام الربا ، فلم يثبت الخيرة • وهذا الذي قاله الامام والغزالي يرد القياس الذي قاله الرافعي انه قياس الوجه الثالث ، لاسيما وهو مختار الامام • وهو أعرف بقياسه ، ولا شك أن القياس كما قال الرافعي ، ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعيد من الربا • ولو ثبت ما قاله الرافعي من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والامام قد نفاه •

(الثامن عشر) صورة المسألة أن يكون العيب الذي ظهر بالاناء كالكسر ونحوه ، فلو كان يخرج عن الجنس كالغش تبين بطلان العقد للمفاضلة •

(التاسع عشر) أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالاناء والحلى ، بل هو في كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين ، كما اذا باع صاع حنطة بصاع ، واطح أحدهما على عيب فيما أخذه

بعد حدوث عيب في يده أو تلفه وفيه فرض صاحب التهمة ، وقال ابن الحكيم في سائر أموال الربا كذلك . وكذلك قال غيره .

(العشرون) ان أرش الكسر الذي يغرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوبا من الثمن ، بل ما نقص من القيمة هنا يقتضى تشبيهه بالمستام ، ويدل له ما سيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره (وقال) أبو حامد بن يونس في شرح الوجيز ، اعتراضا على جعله كالجناية بعد الفسخ : أنه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص ، والمغروم جزء من الثمن ، وكلام الغزالي ساعده ، ولولا ذلك لم يحتج الى الفرار من الربا ، وسيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره تمام هذا البحث ، والأقرب هنا ما قلناه أولا ، وهو أنه لا يكون منسوبا من الثمن بل من القيمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد نقص البيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزا أو بيضا أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه الا بكسره - فينظر فيه فان كسره فوجده لا قيمة للباقي كالبيض المذر والرمان العفن - فالبيع باطل لأن ما لا قيمة له لا يصح بيعه فيجب رد الثمن) .

(الشرح) تقدم الكلام في النقص الذي لا يقف استعلام العيب على جنسه والكلام الآن فيما يقف ، وانما قال على جنسه ولم يقل عليه ليشمل ما اذا كسر منه قدرا لا يوقف على العيب بما دونه وما اذا كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ، وكلا القسمين سيأتيان في كلامه ان شاء الله تعالى ، اذا عرفت ذلك فنقول : ما لا يوقف على عيبه الا بكسره مما مأكوله في جوفه أو غيره ، كالبطيخ والرائج والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض ، فكسره فوجده فاسدا لا قيمة له كالبيض المذر الذي لا يصلح لشيء ، والبطيخ الشديد التغيير والرمان العفن والجوز والرائج والقثاء المدود ، فقد نص الشافعي رحمه الله والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن .

قال المزني : سمعت الشافعي يقول : كل ما اشتريت مما يكون
مأكوله في جوفه فكسبرته فأصبته فاسدا فلك رده ، وما بين قيمته فاسدا
صحيحا وقيمه فاسدا مكسورا ، قال : وقال في موضع آخر : فيها
قولان .

(أحدهما) ليس له الرد الا ان شاء البائع ، وللمشتري ما بين
قيمه صحيحا وفاسدا الا أن يكون له فاسدا قيمة ، فيرجع بجميع
الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة والقولان هكذا ذكرهما الشافعي في الأم
في الجزء الثامن في باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله ، وما ذكره
الشافعي رضى الله عنه من الرجوع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده
قيمة قطع بها الأصحاب كافة لكن اختلفوا في طريقه فالجمهور من
الأصحاب العراقيين ومعظم الخراسانيين ، على أنه تبين فساد البيع
كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم . وعن القفال وطائفة أنه
لا يتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الظلامة ، كما يرجع بجزء
من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع .

وتظهر ثمرة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص ؟ حتى
يكون عليه تطهير الموضع عنها ، وكلام الشافعي محتمل لكل من
الوجهين ، لكن القواعد تقتضى حمله على ما قاله الأصحاب ، ونقل
القاضي حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له في الدرس : اذا كان
لا قيمة لفاسده غير مكسوز وجب الحكم بفساد العقد كسائر ما لا
يتقوم ، فقال : هو وان كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة ، وان قلت :
ليقاء بعض المنافع فانها تقتضى لتنقش فيلعب بها الصبيان ، وخالف
القاضي في ذلك ، لأن القصد من شراء البيض الطعم ، وأحد لا يشتري
البيض لينقش وتلعب به الصبيان ، والامام حكى قول القفال عن طائفة
وأفسده لكن بغير الطريق الذي أفسده بها القاضي ، فان مقتضى كلام
القاضي أن هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر ، وليست مسوغة لايراد العقد
عليه كسائر المنافع التافهة ، والامام فرض الكلام حيث لا قيمة مع
الصحة ، ومفهومه أنه اذا كانت له قيمة ، وان قلت نحكم بالصحة ،
لكنه في آخر كلامه يقول : لا وجه الا القطع بالفساد .

وقال الغزالي : انه اذا لم يبق له بعد الكسر قيمة ، قال الشافعي يسترد الثمن جميعه ، فقال الأصحاب : معناه أنه يسترد أرش النقضان ، لكن أرش كمال الثمن اذا لم يبق له قيمة (والوجه) أن يقال : تبين بطلان العقد ، فان فرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان ، فقد بطلت المسألة الآن .

(فان قلنا) طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فهنا يتقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتري الا ما بقي بعد الاطلاع وان جعل ذلك من ضمان المشتري فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن . هذا كلام الغزالي وما نقله عن الأصحاب هو قول القفال ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المسألة فيما اذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصلا ، كما اقتضاه كلام الامام ، وأن منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة ، وذلك خلاف ما قاله القاضي حسين ومقتضى كلام الغزالي في هذه المسألة الحالة اذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف في استرداد تمام الثمن أى بطريق الفسخ ، كما في قتل العبد المرتد في يد المشتري وأولى فيتحصل من كلامه وكلام الأصحاب أربعة أوجه (الأصح) أن البيع باطل .

(والثاني) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ، ويسترد جميع الثمن ، وهذا غير قول القفال لأن القفال يقول : ان ذلك بطريق استردك الظلامة مع بقاء العقد كالأرش حتى تبقى القشور للمشتري ، ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ اذ ترجع القشور للبائع ، ويلزمه تنظيف المكان عنها .

(والثالث) أنه يصح ولا ينفسخ ، لكن يكون له أرش العيب ، وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال .

(والرابع) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله ، بل يسترد الأرش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وغاسده قبل الكسر ،

وهذا الوجه مخالف لنص الشافعي ، وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده في حال صحته فيحملها على مراتب .

(احداها) أن يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة في حال صحته أصلا . وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعا ، على ما اقتضاه كلام القاضي حسين ، ويجرى فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالي .

(الثانية) أن يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان . فهي محل الأربعة الأوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافا للفتال وطائفة والغزالي . فان كلامه يقتضى ذلك في هذه .

(المرتبة الثالثة) أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة في صحة إيراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر . وهذا الغرض لم يذكره الأصحاب لأنه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا . لكن يأتي الوجهان المفهومان من كلام للغزالي في المرتبة الثانية (أحدهما) أن البيع يفسخ ويرجع بالثمن ، ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع ، وان حصل في يد المشتري .

(والثاني) أنه لا يفسخ اذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع ، لكن يرجع المشتري على البائع بالأرش ، وهو ما بين قيمته سالما وقاسدا صحيح القشر ، وهذان الوجهان اذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا اشكال في جريانها ويمكن صاحب الوجه الأول أن يحمل كلام الشافعي على ذلك ، وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد ، والخلاف في كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا . سيأتي ان شاء الله تعالى فيما اذا كان له بعد الكسر قيمة .

(والأصح) أنه من ضمان البائع ، فيكون الأصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالي أنه يفسخ (وان قلنا) ان العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالي لا يوافق على تصحيح أنه من ضمان البائع في المسألة الآتية ، وشبه أيضا بالخلاف في قتل المرتد في يد المشتري بالردة السابقة ، هل يكون من ضمان البائع أو لا ؟ والأصح أنه من ضمان

البائع . اذا عرفت ذلك رجعنا الى لفظ الكتاب قول المصنف : فوجده
لا قيمة للباقي أى بعد الكسر يشمل ما اذا كان له قبل الكسر قيمة تافهة
أو كثيرة ، أو لا قيمة له أصلا ، والأخير محل اتفاق .

(والثانى) تقدم الكلام فيه ، وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر ،
فلا نجعله مدرجا فى كلام المصنف ، فانه بذلك يشكل الحكم بالبطلان
لما تقدم ، والأول وهو أن يكون له قيمة تافهة هو محل الخلاف بيننا
وبين القفال ، فلذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل
القسمين الأول والثالث ، وتعليه بأنه لا قيمة له يقتضى الاقتصار
على القسم الثالث لكن الذى له قيمة تافهة كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له
معتدا بها (وقوله) فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعى (وقوله)
البيع باطل وما حمل معظم الأصحاب كلام الشافعى عليه .

(فرع) قال ابن الرفعة : انه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب
والقفال أيضا فى أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لا ؟
فعلى القول بأنه استدراك للظلمة لا يكون له الا اذا طلبه على الفور ،
كما تقدم ذكره فى المبيع الذى تعذر رده لحدوث عيب به عند المشتري .
وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذى
زالت به المسالية .

(قلت) أما اذا قلنا : انه استدراك للظلمة لا يكون الا طلبه على
الفور ، فانه قد تقدم أنه عند امتناع البائع من أخذ المبيع وتعين
الحق فى الأرض لا يجب أن المشتري يطلبه على الفور ، وقبل امتناع
البائع تقدم عن الرافعى وغيره أنه يعلمه به على الفور ، فان شاء قبله
فهنا ان كان الرد عند القفال سائعا وأنه اذا طلبه البائع يجب ، فالأمر
كما قال ، فاذا لم يعلمه به بطل الرد والأرض لكن ذلك لا فائدة فيه
أصلا ، ولا يحصل للبائع به مصلحة ، وأن الرد عند القفال ممتنع
لخروجه عن المسالية ، فيكون الأرض متعينا ولا يجب طلبه على الفور ،
وهذا هو الأظهر ، وأما قوله : على القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن
مستحقا من حين الكسر ، فمحمول على أن علمنا استحقاقه من حين

الكسر ، والا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله ،
والله أعلم .

(فرع) أطلق المصنف الكسر في هذا القسم . فيقتضى أن
لا فرق بين أن يزيد في الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب ،
وهو كذلك على المذهب لأنه اذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقوما
قبل الكسر ، فلا فرق ، أما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال :
ان زاد في الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك
القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشتري ، فلا يكون الأرش جميع
الثمن وفيه نظر .

(فرع) ان اختلفا في تسليمه صحيحا أو فاسدا فالقول قول
البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له قيمة كبيض النمامة والبطيخ الحامض ، وما دود
بعضه من الماكول - نظرت فان كسر منه قدرا لا يوقف على
العيب بما دونه - ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول
المزنى لأنه نقص حدث في يد المشتري ، فمنع الرد كقطع الثوب
(والثانى) لا يمنع الرد ، لأنه معنى لا يوقف على العيب الا به فلم
يمنع الرد كئثر الثوب (فان قلنا) لا يرد ، رجع بأرث العيب على
ما ذكرناه (وان قلنا) يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرث الكسر ؟ فيه
قولان (أحدهما) يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة (والثانى) لا
يلزمه ، لأن الكسر الذى يتوصل به الى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه
لأجله أرث) .

(الشرح) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره ، وكان
للباقى بعد الكسر قيمة كما ذكره ، وكالرائج وغيره اذا بقيت له قيمة ،
فان لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فعرف
حموضته أو قطعه قطعا يسيرا فعرف أنه مدود . قال القاضى أبو الطيب :

لأن التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب ، وان كان هكذا ففيه قولان • وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزني • واتفقت الطرق على حكايتهما (أظهرهما) عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد ، وهو ما أورده المصنف (ثانيا) وهو الذي حكى المزني في كلامه أولا أنه سمعه من الشافعي ، وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وممن رجحه الماوردي والرويانى والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الراغبي وقاسوه على المصراة • هكذا قاسه الآكثرون ، والمصنف قاسه على نشر الثوب ، وسنذكر سبب ذلك ان شاء الله تعالى •

(والقول الثانى) أنه ليس له الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وصححه صاحب التهذيب ، قال المزني بعد حكاية ما قدمته عن المختصر : هذا يعنى القول بأنه ليس له الرد أشبه بأصله ، لأنه لا يرد الرانج مكسورا ، كما لا يرد الثوب مقطوعا ، الا أن يشاء البائع ، وأجاب الأصحاب بأن للشافعي في الرانج قولين أيضا (فان قلنا) لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة فيرجع المشتري بأرشف العيب القديم • أو يضم أرشف النقصان اليه ويرده كما سبق هكذا قال الراغبي • وهو مأخوذ من كلام الامام كما سنذكره في آخر الكلام ، وعليه ينزل كلام المصنف والأصحاب ، فمن أطلق أنه يرجع بالأرشف ، فاذا رجع بالأرشف فيقوم صحيحا - وقشره صحيح - وفاسدا وقشره صحيح ، وينظر كم نقص من قيمته فيرجع به من الثمن • وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه ، أى أنه يرجع من الثمن ، وليس كالأرشف الذى يرد المشتري على ما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولا يقومه مكسورا ، لأن الكسر نقص حدث في يده ، وانما يجرى تقويمه مع العيب الذى كان عند البائع • وطريق الاطلاع على العيب على هذا القول من ضمان المشتري لأننا منعناه من الرد (وان قلنا) يرد ، وهو الأظهر ، فهل يغرم أرشف الكسر ؟ ففيه قولان (أحدهما) نعم كالمصراة • وهذا هو الذى تقدم نقله عن المختصر فى قول الشافعي : لك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمه فاسدا مكسورا فهذا صريح فى وجوب الأرشف على المشتري اذا رد • ورجح الغزالي هذا القول •

(والثانى) لا ، لأنه معذور فيه ، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه ،

وهذا أصح عند الجرجاني وصاحب التهذيب وابن أبي عصرون والرافعي في المحرر . ولهذا قال في الروضة : انه الأظهر ، ونقل الرافعي أنه أصح عند غير صاحب التهذيب أيضا . ونقل غيره أنه أصح عند الشيخ أبي حامد ، ولم أر ذلك في تعليقه وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع ، والفرق بينه وبين المصراة أن الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصراة فإنه أظهر نقصا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم : ومن مجموع ذلك تأتي ثلاثة أقوال جمعها أبو اسحاق المروزي والشيخ أبو حامد فمن بعده ، والغزالي جعلها أوجها (أحدها) أنه لا يرد ويرجع بالأرشف (والثاني) يرد بغير أرشف ، وهو الأظهر عند الرافعي وغيره (والثالث) يرد مع الأرشف ، قال الغزالي : وهو الأعدل . ثم ننبه على أمور :

(أحدها) أن طريق الاطلاع على العيب اما أن يكون من ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري ، ان كان الأول فليرد بغير أرشف كما رجحه الرافعي ، وان كان الثاني فليمتنع الرد ، فالقول بأنه يرد مع الأرشف خارج عن المأخذين ، مع أنه المنصوص في المختصر ، وعلله الغزالي كما قال : انه الأعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضا ، وذلك من قبيل المصلحة المرسله .

(الثاني) قال الرافعي في المحرر : انه لا يمنع الرد ، واذا رد لم يغرم الأرشف على الأظهر ، وتبعه في المنهاج فقال : رد ولا أرشف عليه في الأظهر ، فان أراد أن الرد مجزوم به والخلاف في الخلاف في الأرشف ، فهذه طريقة لم أعلم من قال بها . فالوجه أن يجعل قوله في الأظهر غاية اليهما . ويكون المعنى أن الأظهر أنه يرد بغير أرشف وهو القول الذي رجحه في الشرح . ومقابلة قولان عدم الرد مطلقا أو الرد مع الأرشف (الثالث) قال الامام : مما يجب التنبيه له - ولا تتحقق الاحاطة بالمسألة دونه - أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول في العيوب الحادثة الا على قولنا : ان المشتري يرد العيب المكسور من غير أرشف ، فان لم نسلك هذا المسلك فلا فرق . فاننا اذا ذكرنا في الكسر خلافا في المنع من الرد وضم أرشف الحادث من العيب ، فقد ذكرنا مثله في كل عيب حادث ، فلا تنفصل هذه المسألة

عن غيرها الا اذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش في مقابلة عيب الكسر
فلو قال قائل : مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشتري فيها بالرد مع
غرامة الأرش كان هذا فرقا في ترتيب مسألة عن مسألة .

هذا كلام الامام وهو في نهاية الحسن ، لكنه يقتضى أنه عند
التنازع يأتى الخلاف فيمن يجب (فان قلنا) في تلك المسائل يجب
المشتري فهنا أولى (وان قلنا) يجب البائع مطلقا أو اذا طلب
تقرير العقد فهنا خلاف ، والذي يدل عليه ظاهر النص الذى سمعه
المزنى من الشافعى أن المجاب المشتري في طلب الرد مع الأرش ،
والفرق بينه وبين تلك المسائل اما على القول الذى اختاره المزنى بامتناع
الرد فتتحد هي وتلك المسائل كما تقدم عن الرافعى ، والظاهر أنه
أخذه من كلام الامام هنا .

(الرابع) أنه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به ،
فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد ، وان نقص - فان كان لا يوقف
على عيبه الا به ، مثل أن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق
به - ففي المسألة الأقوال المذكورة ، وان لم يكن من أهل الصنعة ،
ونقص نقصا زائدا فعلى ما سيأتى . فيما اذا زاد في الكسر ، المذهب
امتناع الرد . وقال أبو اسحاق : على الأقوال . وأطلق الأصحاب المسألة
فصورها صاحب الحاوى فيما اذا كان مطويا على طائفتين حتى يرى
جميع الثوب من جانبيه ، فان كان على أكثر من طائفتين لم يصح البيع ،
ان لم تجوز خيار الرؤية . قال الرافعى : وهذا أحسن . لكن المطوى
على طائفتين لا يرى من جانبيه الا أحد وجهى الثوب ، وفي الاكتفاء
به تفصيل وخلاف قد سبق .

وقال امام الحرمين : ان هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع
الغائب ، وذكر الرافعى تنزيلا لآخرين (أحدهما) أن يفرض رؤية
الثوب قبل الطي والطي قبل البيع (والثانى) أن ما ينقص بالنشر
ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة ، ولو نشر مرة وبيع
وأعيد طيه ثم نشره المشتري فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع .

إذا علم ذلك فالمصنف قاس بالنشر على نشر الثوب فان أراد الذي لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر ، وان أراد ما يحصل به نقص وهي كالمسألة ، والخلاف فيها كالخلاف ، فكيف يجعلها أصلاً ويقيس عليها ؟ . وكذلك صاحب التهذيب قاس على نشر الثوب والمصراة جميعاً ، والظاهر أن المصنف انما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصراة . لأن المسألة خلافية بيننا وبين أبي حنيفة . وأبو حنيفة لا يسلم الحكم في المصراة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب . وكذلك فعل في النكت قال : كنشر الثوب وقلب الصبرة . وهذا يدل على أنه أراد النشر الذي لا يحصل به نقص . ولهذا لم يقل في غلته هنا : أنه نقص . بل قال : يعنى كأنه لكونه طريقاً الى معرفة العيب لا يعد نقصاً .

(الخامس) قال المرعشى : في ترتيب الأقسام سبب ذكرته فيما تقدم مختصراً ولا بد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه . وهو أن العيب الحادث في المصراة على ثلاثة أضرب : ما فيه قول واحد أنه يرد كالعيب والخيار . كغمزه بعود أو حديدة فيتبين الأرش . وما فيه ثلاثة أقوال له أنه مر غله الرد . وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرد ؟ ونقص القطع أو لا . ويأخذ الأرش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل الى علمه الا بكسره . فإذا كسره فأصابه فاسداً ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يرده وما نقص (والثاني) يأخذ الأرش (والثالث) يرد ويأخذ جميع الثمن .

(قلت) فان كان مراده حيث لا نجعل في العيب والخيار عيباً بذلك الغمز . فهو يخالف فرضه . وان حصل فيه بذلك عيب — فان لم يتبق له قيمة — لم يأت الا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قال . وحينئذ القسم الثالث في كلامه ان لم يتبق له قيمة فلا يأتى فيه الا قول واحد كذلك . وان بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن .

(السادس) قول المصنف لا يوقف على عيبه الا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله في جوفه ، فانه يشمل الثوب اذا نشره كما تقدم . وكذلك اذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحاً فلما قطعها

وجدتها عفنة • قال القاضي حسين في الفتاوى : فيه قولان كما مأكوله في جوفه (فان قلنا) لا رد له يأخذ الأرش من البائع • وهو ما بين قيمتها عفنة وغير عفنة ، قال : وبه أفتى (قلت) وهذا اختيار منه للقول المرجوح في عدم الرد ، ولا جرم • صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قلنا : يلزمه الأرش قوم معيا صحيحا ومعيبا مكسورا ، ثم يرجع عليه بما بين القيمتين ، لأنه لما رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة ، ويخالف الأرش مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن ، فضمن نقصانه بجزء من الثمن) •

(الشرح) إذا قلنا يلزم المشتري الأرش عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذي رجحوه ، فالأرش ههنا هل هو كالأرش المأخوذ من البائع عند بقاء العقد ؟ وقد تقدم أنه جزء من الثمن نسبتة إليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم الى تمامها أو الأرش هنا مخالف لذلك الذي قاله المصنف هنا أنه مخالف ، وأن الأرش ههنا لا ينسب من الثمن ، بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره في الكتاب ، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين ، ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعي وخلائق لا يحصون ، والظاهر أن ذلك لا اختصاص له بهذه المسألة ، بل بحيث أمرنا المشتري برد الأرش على البائع بعد الفسخ في العيوب الحادثة ، ولذلك قال الروياني فيما إذا تقايلا ثم وجد البائع بالمبيع عيبا حدث عند المشتري • وقلنا بأن الاقالة لا تنفسخ ، وهو الأصح عند الروياني أنه يرجع البائع على المشتري بالأرش قال والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما • وهذا الذي قاله المصنف والأصحاب يطرقه أمران (أحدهما) من جهة البحث (والثاني) من جهة النقل • أما الذي من جهة البحث فقال

مجلى في الذخائر : فيه احتمال ، لأن الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه ، فقد وجد العيب في يده ، وهو مضمون عليه بالثمن ، فينبغي أن يكون غوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن .

وأما الذي من جهة النقل فقال المصنف في باب اختلاف المتبايعين : ان المشتري اذا قطع يد العبد في يد البائع لم يجز له الفسخ ، فان اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بأرثس النقص ، فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ، ولا يرجع بما نقص من القيمة ، فلذلك قال القاضي أبو الطيب في شرح الفروع : ان المشتري اذا وطئ الجارية المبعة البكر في يد البائع ، ثم تلفت قبل القبض أنه يجب أرثس البكارة منسوباً من الثمن ، وطرده ذلك فيما اذا قطع يد العبد ثم مات بأفة سماوية قبل القبض أنه يستقر نصف الثمن وقال : اذا قطع المشتري يد العبد أنه يستقر العقد بجملة الثمن ، حتى اذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشتري على البائع بشيء .

وفي الحاوي حكاية خلاف في صورة قطع اليد ، في أن البائع يرجع على المشتري عند تلف العبد بالأرثس المقدر كالأجنبي ، أو بما نقص من القيمة لأن الجنائية كانت في ملكه بخلاف الأجنبي . وفي التهذيب هل يستقر على المشتري من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة ؟ وهو المذهب في تعليق القاضي حسين . والمجزوم به في شرح الفروع للقفال . وقد قدمت ذلك عن القاضي حسين والقفال في وطء البكر . فهذه النقول كلها الا ما في الحاوي تدل على أن الأرثس المأخوذ من المشتري مقدر من الثمن كالأرثس المأخوذ من البائع . وذلك يؤيد ما قاله مجلى .

والجواب : أما ما ذكر من النقل فان ابن أبي الدم فرق بين مسألتنا هذه . وبين المسألة التي ذكرها المصنف في اختلاف المتبايعين من وجهين (أحدهما) أن المشتري لما رد البيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره ، فارتفع العقد قولاً واحداً وصار كأن العقد لم يوجد ، ولا كأنه التزم ثمنه ، لأن العقد انما انعقد بينهما على ظن المشتري السلامة التي يقتضيها مطلق العقد ، فاذا بان كونه معيباً صار كأنه أتلفه ، ولم يجز عليه عقد ، فكان الثمن في هذا بعيداً عن العقد ،

فلم ينسب القيمة إليه ، وهذا معنى قول الشيخ فصار كالمقبوض على وجه السوم ، بخلاف مسألة العبد ، فان المشتري هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه ، ولم ينسب البائع فيه الى تقصير في عيب أصلا ، فكان المشتري رضى بالعقد ، ورضى بالتزام الثمن فيه فيقترب الثمن من العقد ، فاعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن .

(الفرق الثاني) أن نسبة يدى العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعى فى أن جراح العبد من قيمته ، كجراح الحر من دينه ، فیده كنصف نفسه ، فلو قتل المشتري العبد كان قابضا له قولا واحدا ، فاذا قطع يده فكانه قبض نصف العبد تقديرا ، فاذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن لقرب العقد من الاستقرار ، وما ذكره القاضى أبو الطيب يقوى ما ذكرناه فى الفرق بين المسألتين ، ويفهم منه اختلاف ما بينهما ، وقول الماوردى فى الوجه الأول انه يضمه بالأرث المقرر كالأجنبى ، معناه أنه يضمه بنصف قيمته تقديرا .

(وقوله) فى الوجه الثانى : انه يضمه بما نقص ، معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره ، وكان الوجه الأول مبنى على مذهب الشافعى فى جراح العبد (والثانى) مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة . بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب فى غير العبيد ، وذكر الامام فى الغصب خلافا فى أن المشتري اذا قطع يدى العبد هل يكون قابضا له ؟ ويستقط ضمان العقد فى الباقي واستضعف القول بالسقوط ، هذا جواب ابن أبى الدم رحمه الله ، وما لحظه فى الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح ، وما ذكره فى الفرق الثانى من قرب الاستقرار أبعد ، لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقد وكان ينبغى أن ينسب من الثمن .

وقد مال ابن الرفعة الى ما قاله مجلى وأيده باتفاق الأصحاب ، على أن غريم المفلس اذا رجع فى العين وقد نقصت فى يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن ، واعتذر عما ذكره الأصحاب على اختلافهم احتمال مجلى بتخصيص ما ذكره بحالة فوات وصف مجرد من المبيع ، ليس بجزء وما ذكر من المسائل المنقولة

مما ذكره المصنف في باب اختلاف المتبايعين وغيره في بعض الأجزاء ،
وهي أقرب الى المقابلة من الصفات المجردة . فذلك جعل مستوفيا لها ،
وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات ، فان العبد اذا زنى أو سرق
أو أبق لا يمكن أن يجعل المشتري بذلك مستوفيا لصفة السلامة
منه ، حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته ، قال : وهذا
من دقيق الفقه غليظا مل .

(قلت) وهو حسن ان سلم لكن يخدشه أمران (أحدهما) تعليق
المصنف والأصحاب بأنه لما رد انفسخ العقد فيه ، وصار كالمقبوض
بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، وذلك لا فرق فيه بين
الأجزاء والأوصاف ، وكما أنا في الأرش المأخوذ من البائع لا نفرق فيه
بين الأجزاء والأوصاف ، فكذلك هنا ومن يزعم أن الأرش جزء من
الثمن ويأخذه عن الزنا والاباق ونحوه من الأوصاف من البائع منسوبا
من الثمن ، وان كانت ليست بمقابلته الا على وجه التقدير ان صح ،
فكيف لا ينزلها في جانب المشتري كذلك ، وأيضا فانهم أطلقوا هنا
وقد يكون الذاهب جزءا .

(والثاني) أن الغزالي رحمه الله في مسألة الحلى بعد أن حكى قول
ابن سريج والأصحاب قال فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد
من الأرشين أنه غرم ابتداء وفي مقابلة المعقود عليه ، والمشهور ما أشار
اليه ابن سريج فيهما جميعا ، يعنى أنه جزء من الثمن والفائت في
مسألة الحلى بالكسر وصف لا جزء ، فكلام الغزالي هذا وان استشكلنا
به قول ابن الرفعة فإنه يشكل أيضا على ما قاله المصنف والأصحاب
هنا من أن الأرش من المشتري لا يثبت من الثمن ، بل من القيمة وذلك
يخالف قول الغزالي : انه جزء من الثمن كالمأخوذ من البائع على أهد
الاحتمالين اللذين ذكرهما ، وقال : انه المشهور .

ولا شك أن المشهور الذي قال به معظم الأصحاب في الأرش
القديم ، فلم لا كان كذلك في الأرش الحادث ؟ اللهم الا أن يقال :
لا يلزم من كونه جزءا من الثمن أن يكون منسوبا منه وهو بعيد ،
لأنه متى لم ينسب منه لا يكون جزءا منه ، فكلام الغزالي في الأرش

الحادث مخالف لما قاله المصنف والأصحاب هنا ، ثم ان للغزالي أن يقول للأصحاب : أنتم منعتم رد الحلى مع أرش الكسر الحادث حذرا من الربا ، وقتلتم ، اما أن يرده وحده ويسترجع الثمن ، ثم يغرم أرش الحادث كالمستام ، كما تقدم عن أكثر الأصحاب ، واما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج ، واما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقريب ، ومنعوه أن يضم أرش الحادث اليه في الرد ، كما يفعل في غيره ، فان كان الأرش حيث أخذ من المشتري لا يكون جزءا من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلى ، بل صارت هي وغيرها الأرش الذي يرده المشتري كالأرش الذي يغرمه المستام ، ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه .

وان كان الأرش جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحلى ، وغفروا الى أن جعلوه كالمستام لضرورة غرارا من الربا ، فدل على أنه في غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوبا من الثمن ، وقد تقدم في مسألة الحلى وغيرها أن الامام نبه على الأرش عن الحادث ، كيف يضم الى المبيع المبيع ؟ ويرد الرد عليهما جميعا ، واستشكال ذلك والخلاص عنه بما سبق .

فان صح ما يقوله المصنف والأصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلى في رد الأرش الحادث معها عن الاشكال ، وبين ما قدمناه من الاحتمالات في رد الأرش عن الحادث وأن سبيله سبيل الغرامات لا غير . لكن يبقى عليه ما ذكره مجلى من الاشكال . وعند هذا أقول : ان كلام المصنف والأصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة في يد المشتري كالزنا والسرقعة والاباق . فاذا فرض حصولها في يد المشتري منعت الرد . فاذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفي تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات .

ومراد المصنف هنا والأصحاب بما يحصل بفعل المشتري ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه ، فان ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة ، وكذلك كسر الحلى ، فلذلك يضمنه ، وسائر صور

حدوث العيب غير مسألتنا هذه ، ومسألة الحل ، الأمر فيها سهل اذا كانت على حسب التراضى فان المتبايعين على ما شاءا من قليل وكثير .

أما اذا قلنا : المجاب البائع أو المشتري ، ودعى الى الرد مع الأرش ، فيحتاج اليه . وكذلك فى هذه المسألة اذا كان الأمر على ما تقدم عن الراعى ، أما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الأصحاب من أنا اذا قلنا بالرد ورد الأرش كان ذلك الى المشتري ، وله الزام البائع به ، وفسخ العقد . فيحتاج الى البيان فيه . ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الأصحاب الكلام فى ذلك الا فى هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشتري يلزم البائع بالرد ثم يبقى الأرش لازما له فاحتاجوا الى بيانه .

ومسألة الحل أولى بالبيان . لأن الأمر فيها على بيان الالتزام فاذا تقرر فحيث قلنا بالالزام . وكلام المصنف هنا والأصحاب بل الشافعى فى المختصر يقتضى أن ذلك منسوب الى القيمة . وجزم الأصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى .

وأما كونه يرجع فى الفلوس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود فى الفلوس وصول البائع الى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع الى عين ماله . فاذا فات منها جزء نسبناه من الثمن . لأنه الأصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالفلوس مأخوذ منه بغير اختياره والمشتري هناك مراد اختياره ومقصوده نقض البيع الذى دلس عليه البائع فيه .

(فرع قال ابن الرفعة : على كل حال فأى وقت نعتبر القيمة فيه . فيه وجهان (أصلهما) ما اذا تعيب العين فى يد المستام (أحدهما) وقت حدوث العيب (والثانى) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب . وكذا فيما قد يظن انه يقتضى أن العقد اذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الأول يرتفع من حين حدوث العيب . وعلى الثانى يرتفع من حين القبض . وليس كذلك . بل هو مرتفع من حينه ،

ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن أن يقال بتقدير جزء من الثمن ، فيتعين الرجوع الى القيمة وأقرب وقت تعتبر فيه عند الأول وقت حدوث العيب ، لأن الواجب أرشه فلذلك اعتبره ، والقائل الآخر يقول : قد انكشف الحال عن ضمان العيب بالقيمة على المشتري ، وقد ثبتت يده على الفئات من حين القبض الى حين التلف فضمن أكثر القيمة في ذلك .

قال : وعلى الجملة ففي التسوية بين المستام والمشتري في هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ أن العقد لا يرتفع من أصله ، فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما اذا فسخ العقد بالتخالف ، وقد نقص المبيع في يد المشتري مع لحاظ أن العقد يرتفع من أصله ، والأصح منهما عند الغزالي اعتبار وقت التلف ، وليس الوجهان مثل الوجهين ، لأن الفئات في التخالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك ، وهنا قد تقرر أن الفئات صفة ، ولكنهما قريبان منهما .

(قلت) وقد قال صاحب التتمة : اذا تحالفا والسلمة هالكة .
وقلنا : العقد يرتفع من أصله صار كالمستام (وأن قلنا) من حينه غرم أقل قيمتي يوم العقد والقبض ، والأصحاب أطلقوا أنه يغرم قيمة يوم التلف ، وما قاله ابن الرفعة يشهد لما قاله مجلى أن الأرش المأخوذ من المشتري ينبغي بناؤه على ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان (أحدهما) لا يجوز الرد قولاً واحداً لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب (والثاني) أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج اليه في معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين القليل والكثير) .

(الشرح) الطريقة الأولى : هي المذهب . كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاها الماوردي عن أبي حامد المروزي ، وجمهور

أصحابنا • والطريقة الثانية : حكاها أبو اسحاق المروزي عن بعض أصحابنا • فإذا قلنا : بالطريقة الأولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الراغبى أى فبأتى فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع إذا دعى أحدهما الى الأرش القديم والآخر الى خلافه (وان قلنا)
بالثانية فعلى ما تقدم إذا لم يزد فى الكسر حرفا بحرف •

(فروع) إذا عرفت هذا قال أصحابنا : مكسور الجوز ونحوه • ونقب الرانج من صور الحال الأول الذى لا يقف على العيب بدونه ، وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثانى الذى يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه • وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفه حموضته بعرز شىء فيه ، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير ، والتدويد لا يعرف الا بالتقوير وقد يحتاج الى الشق ليعرف • وقد يستغنى فى معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر • قال القاضى حسين وغيره : والرمان بمطلقه لا يقتضى حلاوة ولا حموضة ، فإذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالعرز رد ، وان بان بالشق فلا •

(فرع) روى أن مولى لعمر بن حريث الصحابى اشترى لعمر بن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فإذا هى فاسدة ، ثم ثانية ، ثم ثالثة ، حتى تتابع منهن فاسدات ، فطلب الأعرابى يخاصمه الى شريح ، فقال شريح : أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذى أخذه به وأما ما بقى فأنت يا أعرابى بالخيار ان شئت كسروا فما وجدوا فاسدا رده • وما وجدوه طيبا فهو بالسعر الذى بعتم به •

وأخذ بعض الناس من هذا أن عمرو بن حريث رضى الله تعالى عنه كان رأيه جواز الرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو اعتقه أو وقفه)

ثبت له أرش العيب لأنه أيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب) .

(الشرح) امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم امكانه لأن الرد يعتمد مردودا واتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها الا ما نقل عن أبي ثور وقد ذكرته عند الكلام في المصراة من نقل الجوزى عنه . لكن ابن المنذر نقل عنه هنا لمذهب الشافعى . وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس . ف يقتصر فيه على مورد النص فالاجماع ، ولم يحصل ذلك عند تلف العين ، و فرقوا بينه وبين التخالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا . أو بان لنا في الرد بالعيب طريقا آخر وهو الأرش بخلاف التخالف . وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع في يد المشتري (اذا قلنا) بانتقال الضمان يقبضه في زمان الخيار فإنه يجوز كالتخالف والاقالة بعد تلف المبيع جائزة على الأصح (ان قلنا) انها فسخ ، وقيل لا . لعدم الحاجة اليها .

إذا عرف ذلك فالأرش واجب قطعاً بعطتين :

(احدهما) ما ذكره المصنف أنه أيس من الرد ، وهذه مقتضى قول أكثر الأصحاب كما سيئين لك فيما اذا باعه .

(والثانية) أنه لم تستدرك الظلامة ، وهو مقتضى علة أبي اسحاق في مسألة البيع ، كما سيأتى ان شاء الله تعالى . ولم ينفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما اذا تلف في يد المشتري الثانى كما سيأتى . ولا جزء علة كذلك ، بل الأكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخرى ، وأبو اسحاق بالعكس فاذا وجد المعنيان أو انتفيا اتفقوا ، وان وجد أحدهما دون الآخر اختلفوا ، وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة ، فاتفقوا على الرجوع بالأرش ، فالمصنف تبع الأكثرين في التعليل ، ولم يعتبر قول أبي اسحاق .

وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة في الفوات (احداها) في الفوات الحسى (الثانية والثالثة) في الفوات الشرعى . أما الأولى

وهي هلاك المبيع ، فذلك يشمل ما اذا هلك بنفسه ، كموت العبد ، واحترق الثوب وشبههما ، وهذا لا خلاف فيه .

وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر .
وروى ذلك عن الشعبي والزهرى . وحكى الامام قبيل كتاب الرهن فيما اذا قبض المسلم المسلم فيه قال : وذهب المزني الى أن الرجوع بالأرثس لا يثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرفعة وهو يجرى هنا بطريق الأول لأن غاية الأمر أن يجعل المعين عما في الذمة كالمعين في العقد .

(قلت) وليس كذلك . وقد كنت استغربت هذا القول عن المزني فتبعت أثره فرأيت في تعليق القاضي حسين قبيل كتاب الرهن أيضا ما يثبته ويبين مأخذه وأنه لا يطرد ههنا ، وذلك أنه قال : اذا أسلم في طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقي فاطلع على عيب به وادعى أن المتلف كان به هذا العيب فالقول قول المسلم اليه ، فان نكل حلف المسلم ورجع عليه بالأرثس .

قال المزني : وجب أن لا يجوز له الرجوع بالأرثس لأنه يؤدي الى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلا عن الباقي . قلنا : هذا ليس من الاستبدال في شيء ، وانما هو فسخ العقد في البعض ، لأنه كاحتباس جزء ، ألا ترى أنه انما يثبت له حق استرداد ما يقابل العيب من رأس المال لو أسلم في كر حنطة فقبضها وأتلفها . ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها ، رجع على المسلم اليه بعشر رأس المال ، فكلام القاضي هذا يبين لنا أن مأخذ المزني في ذلك جعله من باب الاستبدال عن المسلم فيه ، والامام أخذ ذلك عن القاضي واختصر وسكت عن مأخذه ، واقتصر على حكاية النقل عن المزني ، في حالة التلف ، فحصل في كلامه اشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا ، وبما ذكره القاضي اندفع ذلك ، ومقتضاه أن المزني يمنع أخذ الأرثس عن المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره .

ثم ان القاضي أيضا فرضها في الاتلاف لا في التلف ، فهذا ما يتعلق بهذا القسم الذي يحصل هلاك المبيع بنفسه ، وأما اذا قتل

العبد أو أكل الطعام ونحوه فكذاك عندنا ، سواء حصل ذلك بفعل المشتري أو أجنبي .

وقال أبو حنيفة : لا يرجع بالأرث فيهما لأنه فعل مضمون فأشبهه ما إذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والاعتاق ، وأجابوا عن البيع بعدم اليأس . وعن الإمساك بدلالته على الرضا بالعيب . وأما الثانية والثالثة ، وهى ما إذا أعتقه أو وقفه ، فاتفق أصحابنا أيضا على أنه يرجع بالأرث ، ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبي والزهرى فيما روى عنهما في العتق ، وروى عن شريح والحسن أنهما قالا : إذا أعتقه فقد وجب عليه .

ومحل اتفاق أصحابنا على ما إذا كان العتق بانشاء المشتري ، كما تدل عليه عبارة المصنف ، وكان متبرعا بذلك . وفي معناه انشاء وكيله . أما لو لم يكن بانشاءه ، كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب ، أو كان بانشاءه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد العتق ، فنقل الرافعى عن ابن كج عن أبى الحسين وهو ابن القطان في المسألة الأولى وجهين في شراء القريب (الثانية) أنه لا أرث في مسألة شرط العتق .

قال - يعنى ابن كج - وعندى أن له الأرث في الصورتين ، فعلى هذا يكون قول المصنف أعتقه لأنه الغالب ، أو على سبيل المثال ، وليس المقصود به الاحتراز ، ولا يستثنى من كلامه شيء على رأى ابن كج - وهو الصحيح - وعلى رأى ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذي يترجح في مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج ، وأما شراء القريب فإن كان مع جهل المشتري بالقرابة حين الشراء فكذاك ، وبه جزم الامام قبيل كتاب السلم ، وإن علم المشتري حالة الشراء أنه قريبه الذى يعتق عليه فقد يقال : انه انما بذل الثمن في مقابلة العتق ، وليس المال مقصودا له ، لكن الأظهر الرجوع بالأرث أيضا لأن المقصود ان كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكامله انما كان في مقابلة ما يظن من البيع ، فاذا مات جزء صار المبيع الذى قصد عتقه مقابلا

لبعض الثمن فيرجع في الباقي • وأطلق الروياني في الحلية أنه لا يجب الأرش في شراء القريب ، قال : لأن المعنى في العاقد لا في العبد •

(قلت) وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه في انشاء العتق تبرعا ، وهو يوافق على أخذ الأرش • وقد أورد الأصحاب سؤالا ، وجوابه فيما إذا أعتقه مطلقا وان كان تبرعا قالوا (فان قيل) إذا أعتقه فقد حصل له الثواب (فالجواب) أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب على أنه إنما حصل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم ، لقوله صلى الله عليه وسلم لما سأله أبو ذر رضى الله عنه : أى الرقاب أفضل ؟ قال : « أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » رواه البخارى ، فالجزء الفائت بالمعيب لم يتناوله العتق ، ولا حصل له عنه ثواب فيرجع بأرشفه •

(فان قيل) فيلزمه أن يتصدق به (قلنا) ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق ، وإنما هو عن الجزء الفائت • هذا ذكره في العتق المطلق ، وهو يأتي في العتق المشروط • وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا •

(فرع) يستثنى من اطلاق المصنف ما إذا منع مانع من أخذ الأرش كمسألة الحل ، كما تقدم عن الأكثرين فيما إذا كان تالفا خلافا للقاضى حسين ، وصاحب التهذيب •

(فرع) استيلاء الجارية مانع من الرد ، وينتقل الى الأرش كما في الثلاثة التي ذكرها المصنف • ورابعها تشترك في عدم إمكان النقل من شخص الى شخص مطلقا ، لكن الأول للهلاك الحسى ، والعتق خارج عن الملك وغير قابل للنقل شرعا ، والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف في انتقال الملك فهو بين العتق والاستيلاء •

وأما ما لا يمنع النقل من شخص الى شخص مطلقا ، فإما أن يكون مع بقاء ملك المشتري ، أو مع زواله ان كان مع زواله • وسيأتي

في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وان كان مع مقابله ، فقد تقدم جملة منه عند الكلام في العيب الحادث لأن منها ما هو عيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش ، لأنه لم ييأس من الرد فان رجع رده بالعيب وان هلك أخذ عنه الأرش) .

(الشرح) اذا أبق العبد في يد المشتري ثم علم عيبه ، فان كان العيب القديم الذي علمه غير الابق كالعرج والعمور وغير ذلك ، ولم يكن قد أبق في يد البائع ، فهنا الابق في يد المشتري عيب حادث مانع من الرد القديم وغير مضمون على البائع ، فله الرجوع بأرش العيب القديم ، لأنه أيس من الرد بحوث العيب في يده ، ولم تستدرك الظلامة ، فهذا لا خلاف فيه على المشهور ، ويجب تقييد كلام المصنف به .

وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحامي وغيرهم ، وهو واضح وأغرب صاحب التتمة فقال : الصحيح ليس له الأرش ، لأنه يرجي أن يعود الى يده ، ويعرض الرأي على البائع في قبوله على العيب ، واستثنى العجلي وابن الصباغ من قولنا بوجوب الأرش ما اذا قال البائع : أنا أرضى به العيب الحادث ، فلو يكون للمشتري المطالبة بالأرش وظاهر هذا يقتضى أنه يتعذر على المشتري حينئذ المطالبة الآن لأنه يسقط الأرش ، والرد غير ممكن في حال الابق فيصبر حتى يعود فيرد .

لكن فيما قاله العجلي هنا نظر ، والفرق بين طلب⁽¹⁾ البائع ، الرد هنا وفي غيره من المواضع ظاهر ، لما فيه من ضرر المشتري هنا ، وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت في الانتصار لابن أبي عسرون أنه ان رضى البائع برده في اباقة سقط حق المشتري

(1) بياض بالأصل محرر ولعل السقط : « قبول » لما يفيدته السياق .
(الطيعي)

من الأرش لتمكنه من الرد فهذا يقتضى أنه يرد فى الاباق ويزول به الاعتراض على الععلى وابن الصباغ وان كان العيب الذى اطلع عليه هو الاباق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع ، فذلك عيب قديم والاباق فى يد المشتري مسند اليه واذا كان الاباق عادة له لم ينقصه الاباق الحادث لكن المشتري لا يمكنه الرد ما دام أبقا ، ولا يجوز له الرجوع بأرشف العيب لأنه لم ييأس من رده .

قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا الموضع يدل على صحة هذا التعليل ، يعنى أنه لو كانت العلة فى وجوب الأرش هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو اسحاق لرجع بالأرشف ههنا ، لأنه يستدرك الظلامة ، وهذا الالتزام يدل على أن أبا اسحاق يوافق على أنه لا يرد ولا يرجع بالأرشف ما دام أبقا ، وكذلك قال المحاملى : انه لا خلاف فيه بين أصحابنا ، ولكن صاحب التتمة حكى وجها مقابلا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الأرش ، وعلة بعدم استدراك الظلامة ، وأطلقه فيما اذا اطلع على عيب العبد بعد اباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبقا أو غيره ، وان وجد به عيبا قديما غير الاباق وقد كان أبق فى يد البائع لم يكن له أن يرده ما دام أبقا ولا يرجع بالأرشف هكذا أطلق القاضى أبو الطيب وهو يشمل ما اذا كان المشتري قد رضى باباقه ، وهو صحيح فان الاباق الطارىء لا يكون عيبا جديدا ، ولا يمنع من الرد بغيره .

واتفق الجميع على أنه اذا رجع بالعيب وان هلك فى الاباق رجع على البائع بأرشف العيب ، لا يختلف المذهب فى هذا اذا أبق فى يد المشتري ، فان أبق فى يد البائع أو ضاع فى انتهاب العسكر قبل القبض ففى وجه ضعيف أنه ينفسخ العقد كالتلف والصحيح أنه لا ينفسخ لبقاء المالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشتري الرد به ، واطلاق المصنف يقتضى أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الاباق وقد تقدم من ابن الرفعة أن الاباق قبل القبض عذر فى تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لأسقط على الصحيح ، وذلك يقتضى جواز الرد فى مدة الاباق وهو صحيح ، فانه لم يدخل بعد فى ضمان المشتري ، ولا ترد هذه

المسألة على المصنف لأنه انما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الأرش عند الهلاك •

قال الروياني : فلو قال البائع للمشتري : لا تنسخ فأنا آتيك به فلا خيار له • ولنرجع الى الكلام في الاباق بعد القبض •

(اعلم) أن الأصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد في مدة الاباق فان كان المراد أنه لا يتمكن من الفسخ — وهو الظاهر من كلامهم — فما الدليل على ذلك مع وجود العيب ، وظاهر كلامهم الذي تقدم في الثوب أنه لا يشترط حضور العين ، وأنه متمكن من التلطف بالفسخ في غيبة المشتري والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك ؟ فيه خلاف ، وان كان يشترط العين للمطالبة بالثمن فلو أن المشتري هنا في مدة خيار الاباق تلفظ بالفسخ لم ينفذ اذا تلفظ به وحده •

(فان قلت :) هناك له فائدة اذا صدقه الخصم ، وههنا لا فائدة فيه (قلت) فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان يد لا ضمان عقد ، حتى اذا تلف يضمه بقيمته ، ويسترد الثمن ، وقد يكون الثمن أكثر من القيمة ، فينبغي أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به ، وأن يرفع ذلك الى الحاكم حتى يثبتته عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد ، وان كان المراد أن الاباق عذر في التأخير لعدم امكان الرد صورة ، فلا عليه في أن يفسخ عند الحاكم أو الشهود ، ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة العين مع القدرة عليها عذرا ، فما الدليل على جعل الاباق عذرا ؟ والأقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وان تأخر طلب الثمن ، وان كان ذلك بعيدا من عبارتهم •

فان قالوا : لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض الا مع تسليم الميعب فعند غيبته تتعذر الدعوى ، لأنها لا تبقى ملزمة فنقول فينبغي أن يشهد ، وأيضا فلو كانت العين غائبة في بلد آخر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة الى الحاكم بالفسخ قبل أن يردها ، وممن ننبه عليه في ذلك أن الاباق اذا تكرر فقد تنقص القيمة

أكثر مما إذا صدر مرة واحدة ، فالعبد الذى أبق فى يد البائع مرة ثم أبق فى يد المشتري يجب أن يكون أباقة الثانى عيبا جديدا إذا كان منقصا من القيمة نقصانا أكثر من الأول ، فلا كان مانعا من الرد .

(فان قيل) بأن الأباق الثانى مسند الى الأول أثبت له عادة (قلنا) يجب أن يخرج على أن العيب الحادث إذا استند الى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشتري ؟ (فان قلنا) بالثانى يمتنع الرد هنا ، ويرجع بأرثس الأول ، وقد فرض القاضى حسين ذلك فيما إذا كان الأباق فى يد المشتري لا يزيد فى نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه فى يد البائع ، وأشتهر به ، يعنى فلا يؤثر تكرر أباقه بعد ذلك ، وهذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه ، وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الأباق السابق ، لأن ذلك لا يتحقق (والأولى) بتقية كلام الأصحاب على إطلاقه ، ومستندهم أسناد الثانى الى الأول ، وقلنا : ما أسند الى سبب قديم فهو من ضمان البائع .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة ، إذا أطلع بعد الأباق ان كان أبقا قال مالك : يأخذ المشتري بالثمن ولا يصبره أن لا يجده ، وقال سفيان الثوري : لا يقضى على البائع حتى يموت أو يرده وهذا كقولنا (١) .

واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له فى حالة الأباق فان الأباق متردد بين البقاء والتلف فان كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن ، وان كان تالفا استحق أخذ الأرش ، وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالميب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرش ، قال أبو اسحاق : العلة فيه أنه استترك الظلامة فبغى كما

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط : « التلف من ضمان البائع » ، والله اعلم .

غبين ، فزال عنه ضرر العيب ، وقال أكثر أصحابنا : الملة فيه أنه لم ييأس من الرد لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه) .

(الشرح) اذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عوده . ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد في الحال . وأما الرجوع بالأرش فان زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان (أشهرهما) وهو الذي قطع به المصنف في هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخه أبو حامد والماوردي والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون من العراقيين والقاضي حسين والفوراني والبعوي من الخراسانيين أنه ليس له المطالبة بالأرش ، وبه قال جمهور العلماء ، وهو الذي نص الشافعي عليه في المختصر ، فقال : ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء ، واختلف أصحابنا في علة هذا القول فقال أبو اسحاق وابن الحداد : لأنه استدرك الظلامة ، وروج كما روج عليه ، وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ الي غيرهما أيضا .

وقال ابن أبي هريرة : لأنه ما أيس من الرد فربما يعود اليه . ويتمكن من رده وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي ، وقال الرافعي : ورأيته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين .

(قلت) وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب ، قال الشافعي : اذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف ، ولا يرجع على البائع بشيء من نقص العيب ، يقال له : ردها أو احبس ، وانما يكون له أن يرجع بنقص العيب اذا ماتت أو اعتقت فصار لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال ، فأما اذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها . ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى ، وسيأتي من نصه في البويطي ما يشهد لقول أبي اسحاق في المعنى الذي علل به ، واعترضوا على علة أبي اسحاق بأن غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره .

(القول الثاني) وهو من ترجيح ابن سريج له الأرش ، وبه قال ابن الحسن وابن أبي ليلى ، وهو الأصح عند المالكية ، وهذا القول حكاه المصنف في التنبية فقال : وقيل يرجع ، وليس بشيء ، وهذه التضعيف تقتضى أنه وجه ، فان عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب الى الشافعى ، وهذا مخرج خرجه ابن سريج . والناقلون له قليل ، منهم الامام كما سنحكيه عنه ، والغزالي^(١) وحكى ابن داود أن صاحب التقريب حكاه عن أصحابنا وقال الرافعى : في رواية البويطى ما يقتضيه : قال ابن الرفعة : وهو صحيح اذ في مختصره اذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له أن يرجع بما نقص العيب ، الا أن يرده جميعا وقد قيل : يخير البائع فاذا أراد أن يأخذ النصف الذى في يديه فيكون شريكا له به للمشتري ممن اشترى منه فذاك ، والا رجع عليه بشيمة العيب ، وهو أحب الى انتهى .

(قلت) وقد رأيت النص المذكور في مختصر البويطى في باب المتاع يشتري فيوجد به العيب ، ورأيت فيه أيضا قبل ذلك في باب القراض ، واذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فأشرك فيها رجلا فان أصاب بها عيبا فأراد أحدهما الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع لأنه باع عبده مجموعا ، فليس له أن يبعثه عليه ، ويكون للشريك الرد على الذى أشركه ، فاذا رد عليه فله أن يرده ، وان أبى الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب . وقيل : لا يرجع بشيء انتهى .

وهذا النص يقتضى أنه لا يرجع عند بيع الجميع ، لأنه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرش بأنه لا يرجع بشيء على القول الآخر ، فلو كان عند بيع الجميع ثبت له الأرش كاملا ، لكان ههنا أولى ، فلما لم يحكم الا بمقدار ما بقى فى يده دل على أنه لا أرش للخارج عن يده . وهذا النص ذكره ابن سريج مع نصه الذى فى مختصر المزنى لاختلافهما فيما اذا باع بعض العين ، وتحصلنا

للشافعي فيما اذا باع نصف العين على قولين (أحدهما) أنه يطالب
بنصف الأرش (والثاني) لا يطالب بشيء .

وأما النص الآخر الذي تقدم عن البويطي ففيه قولان أيضا
(أحدهما) أنه لا يرجع بشيء كالقول الذي هنا (والثاني) فيه احتمال ،
وهو قوله : رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الي ، يحتمل أن
يريد بقيمة العيب في النصف الباقي في يده ، فيكون موافقا للنص
الآخر الذي في البويطي ، وحيث لا يدل على أنه اذا باع الجميع
يرجع بالأرش ، بل يدل على أنه لا يرجع . ويؤيد هذا أنه اذا قال :
اذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشتري فذاك . وظاهر ذلك أنه
يأخذه بنصف الثمن وأنه لا يعطى أرشا عن النصف المبيع ، فهذان
الأمران يدلان على تأويل نصه في البويطي على هذا ، جمعا بين
الكلامين ، فلا يكون فيه ما يقتضى القول الذي خرجه ابن سريج
كما للرافعي وابن الرفعة . بل يكون فيه النص الآخر شاهدا على أحد
القولين المذكورين فيه لما قاله أبو اسحاق من التعليل باستدراك
الظلامة ، ولهذا أوجب أرش النصف فقط .

ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لامكان الرد ، أو لوجب
الجميع ان كان هذا الامكان غير معين لبعده ، على أن النص الذي
في البويطي في باب المتاع يسيرا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف
العراقيين ، والموجود فيه في الأم من قول الشافعي وأبي حنيفة أنه
لا يرجع بشيء ، ومن قول ابن أبي ليلى : أنه يرد بما يده على البائع
بقدر ثمنه ، فان كان قوله في البويطي : وقيل يجبر البائع . المراد
به قول ابن أبي ليلى ، فلم يبق في النص متمسك للتخريج ولا لاثباته
قولا للشافعي ، ولا أعلم من عادة البويطي فعل مثل ذلك في النقل
عن العلماء الذين ينقل عنهم الشافعي ، أو أنه لا بد من أن يصرح
بأسمائهم ، وبالجملة فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف في النصف ،
تحقق بالنص الثاني مع ما في مختصر المزني .

أما في الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالأرش ، وفيه الوجه
المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب . ولا أدري بماذا

خرجه ابن سريج . وقد رأيت في البويطي ما يمكن أن يكون سنداً للرافعي قبل باب الشركة . قال من كلام الشافعي : وان اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبداً ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبداً لما حدث عنده ، فان اشترى [سلعة] وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر ، ثم صح العيب الذي حدث عنده فله أن يرده . وقال أبو يعقوب وهو البويطي - ان باعه فكذلك يقتضى أن البيع كحدث عيب ، فيأخذ الأرش ، وهذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذي خرجه ابن سريج ، كما قال الرافعي .

لكن هل ذلك من كلام البويطي نفسه أو عن الشافعي ؟ فيه نظر . والظاهر الأول والامام حكاة عن حكاية صاحب التقريب قولاً ، لكن فيما اذا رضى المشتري الثانى بالعيب وقال ان القياس الرجوع ، واقتضى كلامه أننا اذا قلنا بعدم الرجوع اذا رضى المشتري الثانى فقبل اطلاعه ورضاه أولى ، وان قلنا بالرجوع اذا رضى فقبل اطلاعه وجهان ، كما اذا زال بالهبة ، وأولى بعدم الرجوع لأن رد المشتري الثانى بالعيب على المشتري الأول ممكن ظاهر الامكان ، يطرد على نظم المعاملة ، واذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرش أبعد ، والقياس عند الامام فيما اذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرش ، ونسبه الى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغي أن يقال في المسألة طريقتان :

(أحدهما) القطع بعدم الرجوع بالأرش كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين (والثانية) حكاية الخلاف ، ثم هو على الترتيب المتقدم ، وقد قال الغزالي : انه اذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرش ، لأنه روج على غيره . وذلك يقتضى أن نقول بمثله في البيع ، كما قال الأكثرون والنص ، ولكنه هنا خالف وقال : ان الأصح وجوبه ، وما قاله في الشفعة أولى لموافقته للأكثرين .

(فائدة) قال الغزالي والامام قبله : ان الخلاف المذكور في الرجوع بالأرش يقرب من القولين في أن شهود الزور اذا شهدوا على انسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يعرّمون ؟ على قولين ولا خلاف ، لكنهم يعرّمون في العتق والطلاق لأنه لا مستدرك لهما ، والحيولة في

المال ممكنة الزوال بأن يعترف المشهود له يعنى وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك ، فيكون كالشهادة في الأول ، والامام خرج بالبناء عليه ، والصحيح أن الشهود يفرمون ، ومقتضى ذلك أن الأصح وجوب الأرش كما صححه الغزالي هنا . وقال الامام في الصورة المتقدمة انه القياس ، لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالي في الشفعة على خلافه .

(فرع) على تخريج ابن سريج : اذا أخذ الأرش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن ؟ فيه وجهان .

(فائدة) اذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرش يشمل ما اذا اطلع المشتري الثاني على العيب ورضى به ، وما اذا لم يطلع وهو الأظهر في الصورتين ، الموافق لمقتضى النص ، وفي كل منهما الخلاف ، لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الامام غنى الثانية أبعد لقرب الامكان .

وينبغي أن يقال في الترتيب هكذا : انا ان علنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالأرش بعد بيعه الا بأن يرد عليه ، وان علنا باليأس والبأس الحقيقي لم يحصل في الصورتين ، لكن حالة رضا المشتري الثاني تربية من اليأس ، ليعود العود مع أنه ان عاد يعود بملك جديد ، هجرى فيها الخلاف ، وقيل الاطلاع ليس العود بعيدا ، ويتوقع على قرب أن يعود بالرد بالملك الأول فكان الخلاف فيها أقوى ، والقياس في حالة رضا الثاني أو يرجع الأول بالأرش ، لأنه لا يلزم من تبرع الثاني سقوط حق الأول .

ومقتضى النص وقول الأكثرين عدم الرجوع في الصورتين ، وانا لا نقول بسقوط حق الأول ، ولكن يترقب عوده اليه فيرده أو خواته بالكلية فيأخذ الأرش . وقال الماوردي : انه اذا رضى الثاني بالعيب استقر سقوط الأرش والرد ، وهذا الذي قاله انما يتجه على قول أبي اسحاق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه ما دام زائلا عنه . وقد خرج من كلام المصنف ما اذا باعه بعد العلم بالعيب فانه يبطل حقه ،

لان ذلك رضا بالعيب • وأهمهم آخر كلام المصنف أن غرض المسألة ما دام المبيع زائلا عن ملك المشتري ، وهو باق في ملك المشتري بحالة يمكن عوده ، فلو فقد شيء من هذه الأمور ، فسيأتى في كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

وفهم من كلامه أيضا أن اطلاعه على العيب وسكوته عليه وهو في ملك المشتري الثانى لا يبطل حقه ، حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم العيب في زمان الخيار فلم يفسخ حتى يفسخ المشتري أو رده بالعيب له رده على الأول ، وبترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب (قلت) وفيه نظر اذا كان في زمان الخيار للبائع أو لهما ، فإنه متمكن من الرد ولاسيما اذا قلنا بأن الملك له •

(فرع) اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه ، فلا يرجع بأرش العيب ، لأنه استدرك الظلامة ولم يبأس من الرد ، لأنه ان قبله البائع مع القطع أو الصبغ أعطاه قيمته • قاله القاضى أبو الطيب وغيره عن ابن سريج •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان رد المشتري الثانى بالعيب على المشتري الأول رده على تباعح لانه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه ، وهو معلل عند الأكثرين بالمعنى الأول • وعند أبى اسحاق الثانى ، واتفق الأصحاب أنه لا يلفت الى زوال الملك وعوده ههنا وسببه أن الرد ينقض الجوة المتجددة ويرد الملك الذى كان ثابتا قبلها ، فليس ملكا جديدا وسبب الاختلاف في الرد بعد زوال الملك وعوده في الصورة التى سنذكرها عن يقول بالمأخذ المذكور أنه يعتقد العائد ملكا جديدا ، وليس الرد كذلك • وعن أبى حنيفة أنه ان رده بقضاء القاضى ارتفع العقد من أصله ، وللمشتري الرد على الأول ، وان لم يرد بالتراضى ارتفع في الحال ، فلم يكن له الرد • قال الفورانى : وعندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله •

(قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكراً على الصحيح من المذهب ،
ولكن بطريق الجواب أن يقال (وان قلنا) بأن العقد يرتفع من حينه
فالعائد هو الملك الأول المستفاد من ذلك الشراء ، لأن الشراء الثانى
انتقض . والرد فسخ لا سبب جديد للملك آخر .

وقد خالفنا أبو حنيفة وقال : اذا رده المشتري الثانى بالعيب
لا يرده الأول بعد القبض ، الا أن يرد بحكم الحاكم ، وذلك على
ما تقدم من أصله ، وهو يجعل الرد بدون الحكم كالاتالة .

(فرع) ليس للمشتري الثانى رده على البائع الأول ، لأنه
ما تلقى الملك عنه ، هكذا أطلق البغوى والرافعى وهو الصحيح . وفيه
وجه آخر أنه اذا غاب البائع الثانى أو مات وكان الثمن من جنس
الثمن الأول أن له الرد على البائع الأول ، لأن مال الغائب راجع اليه ،
ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله أنه يرد عليه أيضا . حكاه
صاحب التتمة وقال صحيح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حدث عند الثانى عيب فرجع على الأول بالأرث رجع
هو على بائعه لأنه آيس من الرد ولم يستدرك الظلأمة) .

(الشرح) جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف
أنه اذا رجع المشتري الثانى على الأول بالأرث رجع الأول على بائعه
لأنه آيس من الرد ، أى بحدوث العيب ، وبأنه لم يستدرك الظلأمة
لأخذ الأرث منه ، وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد
والقاضى أبو الطيب والمحاملى . وقال ان ذلك على التعليلين معا ،
وأما الرافعى رحمه الله فإنه قال على القول المشهور المخالف لتخريج
ابن سريج : انه اذا حدث عيب فى يد المشتري الثانى ثم ظهر عيب قديم
ينظر ان قبله المشتري الأول مع العيب الحادث خير بائعه فان قبله
فذاك ، والا أخذ الأرث منه .

وعن أبى الحسين — وهو ابن القطان — أنه لا يأخذه ، واستردأده
رضاً بالعيب .

وان لم يقبله وعزم الأرش للداني غنى رجوعه بالأرش على بائعه
 وجهان (أحدهما) لا يرجع به ، قال ابن الحداد : وهو الذي قاله
 الفوراني والماوردي ، لأنه لو قبله وما قبله منه بائعه فكان متبرعا
 بعرامه الارش (واطهرهما) يرجع لأنه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر
 من السيخ ابو عى : ويمتن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين ان
 سنا بعنه ابى اسحاق وادا عزم الأرش زال استندرات الظلامه فيرجع ،
 وان سنا بعنه الاخرين وابن ابى هريره فلا يرجع ، لأنه ربما يرتفع
 الشيب الحاد فيعود اليه •

قال انسح ابو عى : وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يعزم
 للداني ، فان رجعا لا ينابج بئى هيمى مستدرحا لنظامه ، وهذا
 ما ذكره الراعى رحمه الله ، واصل الترتيب فى تعليقه القاضي حسين
 والتهذيب وسنح القاضي بمواشقه ابن الحداد فى عزم الرجوع ، والبغية
 من زيادات الراعى رضى الله عنه ، واورد ابن الرعه على بناء الشيخ
 ابى عى انه لو كان حدث لقال ابن الحداد بالداني وهو قد قال بالاول
 خامس النخريج •

قال الراعى : انه على قول ابن سريج الذى خرج للمشتري الاول
 احدث الأرش من بائعه ، كما لو لم يكن يحدث عيب ، ولا يخفى الحكم بينه
 وبين المشتري الثانى • انتهى •

(واقول) يعون الله تعالى : ما ذكره الراعى والبغوى من الترتيب
 مبنى على ما تقدم عنهما فى أن الواجب عند حدوث العيب عرض الراى
 على البائع ، فان قبله والا انتقل الى الأرش فالحق لا يثبت للمشتري
 فى الأرش حتى يمتنع البائع من قبوله ، فلا جرم سلك هذا الترتيب
 هنا وحسن جريان الخلاف اذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم الرجوع
 وتعليقه بانه متبرع بعرامة الأرش ، ولا يناق هذا قوله بأن العنه
 عدم استدراك الظلامه لأنه اذا جعله بعرامة الأرش متبرعا كما صرح
 به الراعى عنه ، فاستدراك الظلامه باق لا يرتفع بتبرعه •

وأما القون بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد فى جعله متبرعا وان

وأفقه في أصل العلة ، وأما على الترتل بأن العلة في الرجوع اليأس — فان كان المراد اليأس من الرد على سبيل الالتزام — فان اليأس هنا غير موجود ، لما قاله الشيخ أبو علي من امكان ارتفاع الحادث ، وعوده اليه ، فيمكن من رده بالالتزام حينئذ وربما يعود اليه مع العيب الحادث ورضا البائع بقبوله ، فيتمكن المشتري من الرد على سبيل المراضاة ، وهو الذي وجب له ابتداء على رأى الرافعى ، فامكان الزام الرد موجود ان كان هذا الامكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده ، وامكان الرد بالتراضى موجود باحتمال عوده ، فلم جعل الرافعى هنا الأصح أنه يرجع بالأرث ؟ وسكت عن قول الشيخ أبى علي ، ثم قوله عن الشيخ أبى علي : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثانى هذا انما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة .

أما اذا عللنا باليأس فليس لقربته للثانى أثر ، فان امكان الرد بالتراضى لا ينقطع بها وامكان الرد بالالتزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها ، وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى لتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقربة بل ينبغي ان كان له الرجوع رجح مطلقا ، وان لم يكن له الرجوع لم يرجح مطلقا وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع ، وان لم يغرم علم اعتبار اليأس وكلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب في تعليقيهما يقتضى باطلاقه أنه اذا حصل به نقص عند الثانى فلأول الرجوع بالأرث على اعتبار اليأس وهذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا : ان العلة استدراك الظلامة وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبى علي : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم ، أى على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف ، لكن الذى ذكره أولا من البناء مشكل .

وظاهر كلام الشيخ أبى علي أن الصحيح عنده امتناع الرجوع ان كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس ، وهو مخالف لما قاله المصنف وغيره من العراقيين والذى قالوه هو الصحيح بناء على ما قدمته عن الأصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الأرث ابتداء ، فانه يقتضى وجوب الأرث هنا مطلقا غرم أو لم يغرم ، وأما على ما تقدم

عن الراغبي وصاحب التهذيب أن الواجب الرد إلا أن يمتنع البائع
فينتقل إلى الأرش فيظهر أنه لا يرجع مطلقا ، غرم أو لم يغرم حتى
يحصل اليأس •

واعلم أن تعليل المصنف والأصحاب الذين ذكرتهم موافقين له في
هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الإلزام ،
وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر •

(فرع) هذا الذي ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا ، أما لو تلف
بعد حدوث العيب أو دونه فأخذ الثاني الأرش من الأول رجع الأول على
بائعه بلا خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تلف في يد الثاني وقلنا بتعليل أبي اسحاق لم
يرجع لأنه استدرك الظلامة وان قلنا بتعليل غيره رجع بالأرش
لأنه قد أيس من الرد) •

(الشرح) إذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبدا فأعتقه ،
أو أمة فاستولدها ، أو وقف المبيع ، فقد حصل اليأس من الرد ،
فيرجع على الأصح ، وعلى تعليل أبي اسحاق لا يرجع ، لأنه بالبيع
استدرك الظلامة ، والتخريج على المعنيين المذكورين واضح ، وممن
صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ، وصورة
المسألة إذا تلف في يد الثاني من غير حدوث عيب ، أو مع حدوثه ،
ولكن لم يغرم المشتري الأول الأرش للمشتري الثاني ، أما لأنه أبراه
من الأرش ، أو لم يبرئه ، ولكن لم يغرم بعد ، وقد صرح الراغبي
بالمسألين الأخيرتين وقال : ان علنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم
يغرم ، وان علنا باليأس يرجع ، أما إذا غرم الأرش للمشتري الثاني
فان المشتري الأول يرجع بالأرش على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس
وعدم استدراك الظلامة • صرح به القاضي حسين والراغبي •

(وان رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو بارث لم يرد على تعلييل أبى اسحاق لأنه استدرك الظلامة ، وعلى تعلييل غيره يرد لأنه أمكنه الرد) •

(الشرح) طريقة العراقيين والجمهور البناء فى هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المصنف ، ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع اليه بالاقالة أو الوصية ، ويقتضى البناء المذكور أن الأصح أن له أن يرد ، وهو كذلك ، ولأجل ذلك جزم به فى التنبيه ، ويزداد فى حالة رجوعه بالمبيع نظر آخر وهو أنه ان لم يكن علم بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثانى فله الرد قطعاً ولكن الخلاف فيمن يرد عليه ، فعلى قول أبى اسحاق لا يرد على الأول ، بل على الثانى فقط ، وعلى الأصح له الرد عليهما ، ان شاء رد على الأول ، وان شاء رد على الثانى، واذا رد على الثانى فله رده عليه ، وحينئذ يرده هو على الأول •

وقيل : لا يرده على الثانى لأن فيه تطويلاً ، بل يرد على الأول ، كذا حكاه وقيل لا يرد على الأول بل يرد على الثانى لأنه الأقرب ، والرد عليه ممكن بخلاف ما اذا رجع بالهبة ونحوها ، حكاه الامام ، وان كان المشتري الأول حين الشراء من الثانى عالماً بالعيب لم يكن له أن يرد على الثانى ، ورده على الأول بينى على المعنيين ، والصحيح الرد •

وقال القاضى حسين : ليس له الرد ، لأنه باقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضياً به ، وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك ، والذي قاله هو القفال على ما نقله الرويانى • وقال : انه الصحيح وان سائر الأصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل •

وأما الاقالة فقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ : انها تقبل الفسخ • واختار الرويانى والرافعى بناءها على أنها بيع أو فسخ (فان قلنا) انها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز

فسخها احتمل أن يأتي فيها على الأوجه الثلاثة (وان قلنا) فسوخ ولا يقبل
الفسوخ لم يتجه ذلك فيه •

وأما بقية طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الأوجه ،
بل تتخرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتي فيها قول التاضي في حالة
العلم أيضا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالي في بناء المسائل
المذكورة غير الذي سلكه المصنف والجمهور فجعلنا مأخذ الخلاف في
ذلك أن الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم
يعد ؟ وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبي محمد
في السلسلة في باب التفليس من قولين منصوصين للشافعي اذا قال
لعبده : اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، ثم
جاء رأس الشهر فغى العتق قولان ، وهما يشبهان الخلاف أيضا فيما
اذا علق طلاق زوجته بصفة ، ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ، ثم وجدت
الصفة ، وهذا أصل تخرج عليه مسائل •

(منها) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع
الفسوخ ؟ (ومنها) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للأب الرجوع
(ومنها) اذا زال ملك المرأة عن الصداق ، ثم عاد اليها وطلقها زوجها
قبل الدخول ؟ •

(ومنها) في هذا الباب اذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ، ثم
رد المشتري المبيع بعيب ، فهل يتعين لحق المشتري ؟ فيه طريقتان
(أحدهما) تخريجه على الخلاف (والثانية) القطع بأنه كالذي لم يزل ،
لأنه ليس مقصودا بالرد ، والصحيح من ذلك كله في هذه المسائل
أنه كالذي لم يزل الا الهبة ، فالصحيح فيها أنه كالذي لم يعد •

(واعلم) أن طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها ،
وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها الى الفرق بين هذه الأبواب ،
ثم المسائل المذكورة أعنى في عود المبيع بالمبيع والهبة والارث والاقالة
ليست على وتيرة واحدة ، فان الهبة والمبيع ملك جديد قطعا ، والارث
— وان كان جديدا — لكنه اذا جعلنا الوارث بينى على حول الموروث كان

ذلك هو الملك الأول ، والاقالة فسخ ، فالعائد بها هو الملك الأول ،
وكان ينبغي أن لا يجرى الخلاف فيها كما لو رجع بالرد بالعيب .

وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وان كانت فسفا فهي تشبهه
بالتبع لأجل التراضى . ولهذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب
وهو اعتذار حسن إن سلم به ما قاله القاضى أبو الطيب ، وقد تقدم
أن الرويانى اختار خلافة ، وبناها على أنها فسخ أو بيع ، وطريقة
المصنف والجمهور سالمة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها فى درجة
واحدة لا ترتيب فيها .

نعم الاقالة لابد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد
بالعيب عند الجميع ، ثم ان القاعدة المذكورة التى بنى الامام عليها
لم يلاحظوها فى كل مكان ، ألا ترى أنه لو باع النصاب فى أثناء الحول ،
ثم استرده بسبب جديد ، لم يقل أحد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب
الزكاة فى ذلك الحول وغير ذلك من المسائل فما الضابط فى جريان
الخلاف المذكور ؟ وما الداعى الى أن يجعله كالذى لم يزل ؟ أو كالذى لم
يعد ؟ ونحن نقطم بأنه زال وعاد ، فلا جرم كانت طريقة الجمهور
أقوم وأدخل فى المعنى ، ويحتمل أن يكون البناء الذى ذكره الامام
مختصا بالتفريق على اعتبار اليأس ، أى ان قلنا العلة استدراك
الظلامة لم يرد ، وان قلنا العلة اليأس تبنى على الزائل العائد ، وعلى
الجملة الصحيح جواز الرد ، وخالف الغزالى فى الخلاصة فجعل الصحيح
المنع .

(فرع) اعلم بأننا اذا قلنا : الزائل العائد كالذى لم يعد كما
صححه الغزالى لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول طريق يتوقع بها
العود والرد ، الا أن يرد المشتري الثانى فان فرض اطلاعه على ذلك
العيب ورضاه أنسد طريق الرد ، وحينئذ يتعين وجوب الأرش عند
القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالى ، لكنه عمم مع رضا الثانى
ودونه . وكلا الأمرين ضعيف ، لأننا نمنع أن الزائل العائد كالذى لم
يعد . وأما الماوردى رحمه الله فانه قال : اذا رضى البائع بالعيب
يستقر سقوط الأرش والرد ، وهذا انما يستقيم على قول أبى إسحاق
أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد ، وعلى رأى الامام والغزالى

لا يستقيم سقوط الأرش ، وقد ذكرت ذلك عن الماوردي فيما مضى
وذكرت له تأويلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالصيب حتى وهبه من غيره ، فان كان بموض
فهو كالبيع وقد بيناه) .

(الشرح) هذا بين لا اشكال فيه ، الا أن الهبة بعوض بيع ،
وحينئذ تأتي فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها . وقول المصنف :
وهبه من غيره . قال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات : وأما قول
الغزالي وغيره في كتب الفقه : وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على
الفقهاء لادخالهم لفظة من ، وإنما الجيد : وهبت زيدا مالا ، وهبت
له مالا . قال : وجوابه أن ادخال (من) هنا صحيح ، وهي زيادة ،
وزيادتها في الواجب جائزة عند الكوفيين من النصويين ، وعند الأخفش
من البصريين ، وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش لأنه لم ييأس من
الرد) .

(الشرح) هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس ، أما
إذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرش لأنه لم يستدرك ، ومنهم
من حكى القطع هنا بعدم الرجوع إذا أريد أن العلة هي اليأس لاستدراك
الظلامة ، وهذه الطريقة هي التي يشعر بها إيراد المصنف ، وبين ذلك
أن القاضي أبا الطيب جزم بعدم الرجوع ، وعلله بعدم اليأس كما
فعل المصنف . ثم قال : والتعليل الذي ذكره أبو اسحاق وهو استدراك
الظلامة غير موجود ههنا ، وإذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو
الصحيح دون ما قاله أبو اسحاق . وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم^(١)
من هذا الكلام . والرويانى صرح في البحر بأن أبا اسحاق وافقنا على

(١) بكر الواو مع التشديد .

عدم الأرش هنا ، وأستدل بذلك على بطلان علقته ، لكن المحاملى صرح بأنه على تعليل أبى اسحاق له الأرش لأنه لم يستدرك الظلامة ، والماوردى أيضا صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين • وحكى الرويانى ذلك عن بعض الأصحاب •

وهذه الطريقة أقوم الا أن يكون أبو اسحاق صرح (١) النقل عنه بذلك فيلزمه • وهاتان الطريقتان على القول المشهور أنه اذا باع لا يرجع بالأرش ، أما على ما خرجه ابن سريج من أنه يرجع فيرجع وهنا أيضا • كذلك صرح به الرافعى •

(تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ، ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التى لا يسمى فيها عوض لنا فى اقتضاءها الثواب قولان •

(فان قلنا) لا تقتضى الثواب اتجه ما قاله المصنف ، والتفريع المذكور من الأصحاب (وان قلنا) تقتضى الثواب ههنا بمنزلة البيع • كذلك قاله القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى خرجوا ذلك على الخلاف المذكور ، ولم يقولوا كما قال المصنف : اما أن تكون بعوض أو لا • والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف ، فلك فى كلام المصنف طريقتان • اما أن تقول : انا اذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض ، فدخلت فى قوله الأول : أن الهبة بعوض ولم تدخل فى قوله ههنا بغير عوض ، واما أن تقول : ان قوله ههنا مفرع على المذهب فى عدم اقتضاء الهبة الثواب •

(فرع) قال صاحب التهذيب : قال بعض أصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع ، لأنه يمكنه أن يرجع فى الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه ، قال : والصحيح أنه خارج عن ملكه (قلت) يعنى أن بعض أصحابنا أشار الى أنه لا يرجع بالأرش قولاً واحداً ولا يخرج على المعنيين ، والصحيح أنه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح ، ويرجع على قول أبى اسحاق ، وسنزيد لك أن للقطع

(١) بفتح الصاد وضم الراء وفتح الحاء •

في هذه المسألة مأخذاً آخر ، ويصلح ذلك أن يكون جواباً لأبي اسحاق عن اعتراض الأصحاب عائد بهذه المسألة ، لكن في صورة واحدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف ،
لأنه أمكنه الرد ولم يستترك الظلامة) .

(الشرح) اذا وهبه بلا عوض ثم رجع اليه فالمصنف قد تبع القاضي أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل ، وبقي الخلاف والتعليل .
والشيخ أبو حامد قال : ان رجع اليه بأن يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه ، كان له الرد . والامام حكى فيما اذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد فيها وجهين (أحدهما) له الرد لأنه يرد ما ملك كما ملك (والثاني) لا . لأن الرد نقص للملك المستفاد من جهة ، وهذان الوجهان مأخذهما ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد ، والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم ، وأطلق الرافعي الوجهين فيما اذا عاد لا بعوض وبناهما على أنه هل يأخذ الأرش ؟ اذ لم يعد (ان قلنا) لا ، فله الرد ، لأن ذلك لتوقع العود (وان قلنا) يأخذ فينحصر الحق فيه ، أو يعود الى الرد عند القدرة . فيه وجهان (قلت) والقول بانحصر حقه فيه بعيد ، ومع بعده انما يمكن القول به اذا كان قد علم بالعيب ، أما اذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم ، وحكمه الرد الا على وجه شاذ ، وههنا أولى بأن لا يجري ذلك الوجه .

وأما اذا عاد بعوض كالشراء قال الرافعي (فان قلنا) لا رد في الحالة الأولى فكذاك ههنا . ويرد على البائع الأخير (وان قلنا) يرد فههنا يرد على الأول والأخير أو يتخير ، فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق (قلت) وهذا البناء والترتيب جيد ، والصحيح أن له الرد كما قال المصنف ، لكن مع حكاية الخلاف في المسائل الثلاث التي ذكرها . وفي معناها الوصية والاقالة كما تقدم .

وأما اذا عاد بالرجوع في هبة الوالد لولده فلم أرها مصرحاً بها

الا في كلام الشيخ أبي حامد ، ويحتمل أن يقال : انه لا يجرى
الخلاف فيها ، لأن الرجوع في الهبة بقبض لها كالرد بالعيب ، والعاقد
هو المالك ، فلا يتأتى تحريجه على الزائل العائد ، كما لم يخرج
عليه عند رجوعه بالرد بالعيب ، ويكون هنا له الرد قولاً واحداً .

ويحتمل أن يجرى فيها الخلاف أيضاً كما يقتضيه اطلاق الامام
والرافعي أشد ما ذكره الرافعي من انحصار حقه فيه . وقد تقدم
النسبية على ضعفه ، وقد استتب على بعضهم كلام المصنف هنا فظن
أن الرجوع بعد البيع . واعترض عليه قولاً وتعليلاً ، ولا حاجة الى
نقل كلامه ، وانما ذكرته لئلا يشتبه على غيره ، كما استتب عليه ،
والرجوع بعد البيع ذكره المصنف فيما تقدم ، وقد تكمل شرح مسائل
الكتاب ، وبقيت فروع نذكرها ان شاء الله تعالى .

(فرع) باع زيد عمراً شيئاً ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب
كان في يد زيد فان كانا عالمين بالحال فلا رد ، وان كان زيد عالماً
فلا رد له ولا أرش . وأما عمرو فلا رد له أيضاً لزوال ملكه ولا أرش
له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلمة ولتوقع
العود ، فان تلف في يد زيد أخذ الأرش على التعليل الثاني دون
الأول . وهكذا الحكم لو باعه زيد لغيره ، وان كان عمرو عالماً فلا رد
نه ولزيد الرد . وان كانا جاهلين فلزيد الرد ان كان اشتراه بغير جنس
ما باعه أو بأكثر منه . ثم لعمرو أن يرد عليه ، وان اشتراه بمثله فلا رد
لزيد في أخذ الوجهين ، لأن عمراً يرد عليه ، فلا فائدة وله الرد في
أصحهما ، لأنه ربما يرضى به فلا يرد .

فلو تلفت في يد زيد ثم عرف به عيباً قديماً بحيث يرد لو بقي
يرجع بالأرش وحيث لا يرجع . وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئاً
وباعه من غيره ثم اشتراه ثانياً واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع
البائع الثاني عليه ، فعلى أي البائعين يرد ؟ على الوجهين (أحدهما)
على الأول لأنه لا فائدة في الرد على الثاني ورده (والثاني) على
الثاني لأنه ربما يرضى به ، وربما يكون بين الثمنين تفاوت . قاله
المتولى وغيره وعن أبي الطيب في شرح الفروع حكاية وجه أنه لا يرد

بالعيب أصلا ، لأنه لو رده لرده عليه ، ولا يكون له معنى • هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظر • بل هذا تعليل من يقول : لا يرد على الثانى • وأما الرد على الأول فمأمون منه الرد • فليتأمل ذلك •

وفى المسألة الأولى لو حدث به عيب فى يد زيد فرجع بالأرشف على عمرو كان لعمرو أيضا أن يرجع بالأرشف عليه ، والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخر فيستفيد فرق ما بين الثمنين : وفى باب الأرشف كذلك لأنه بحصته من الثمن يرجع • قاله الشيخ أبو حامد • ولو اشترى شيئا وباعه من غيره وغاب البائع الثانى أو مات ثم وجد المشتري الثانى عيبا كان فى يد البائع الأول • فان كان الثمن لا من جنس الثمن الأول فليس له الرد • وكذا ان كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة •

(فرع) لو تلف فى يد الموهوب له فللمشتري الواهب الرجوع بالأرشف قولاً واحداً • قاله القاضى حسين •

(فرع) هذه الأحكام المتقدمة فى كلام المصنف فيما اذا خرج المبيع كله عن ملك المشتري أما اذا خرج بعضه فقد تقدم أن الشافعى فى مختصر الزنى ساوى بينه وبين خروج الكل وأن فى مختصر البويطى قولين فى بيع نصف العين لواحد (أحدهما) يرجع بنصف الأرشف للباقي فى يده (والثانى) لا يرجع بشىء • ويجىء فيه القول الذى خرجه ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرشف • والأول أصح عند صاحب التهذيب • وشبهه بحدوث العيب فى يده لا ينتظر زواله • وظاهر نصه فى المختصر وكلام كثير من الأصحاب يشهد للثانى • وهو الصحيح الذى صرح به كثيرون • وهو يقتضى التعليل باليأس •

وأما على التعليل باستدراك الظلامة فينبغى أن يرجع بأرشف النصف الباقي فى يده • وأما الوجه الثالث فضعيف فى الأصل • وهو هنا أضعف • وهذا كله على المشهور الذى قطع به الأكثرون أنه لا يرد النصف الذى فى يده • وقد تقدم عن الماوردى فى ذلك خلاف ضعيف ، فيتحصل فى هذا الفرع بذلك أربعة أوجه (واذا قلنا) يرد النصف على ما ذكره

المسوردي يعود الخلاف في النصف الخارج عن ملكه ، هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب ؟ ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذاك ليس له الرد عليه ، وإذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لأن وقت الرد يرده على الوجه الذى يملك به •

قال صاحب التتمة : وقال صاحب التهذيب انه الصحيح • ونظره صاحب التتمة بالجارية اذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك • وهل له أخذ الأرش للنصف الباقي ؟ على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائعه ، ولو أن مشتري النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشتري الأول على بائعه بأرث النصف الذى فى يده موسرا كان المعتق أو معسرا ، لأنه يقوم على المعتق عند الشراء به ناقصا والنصف الذى باعه ان رجع مشتريه عليه بأرثه ، رجع هو أيضا على بائعه والا فوجهان • قاله فى التهذيب ، يعنى على علة أبى اسحاق لا يرجع • وعلى المذهب يرجع ، ولو قاسم المشتري فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا اشترى اثنان عينا عن القاضى حسين •

والذى قاله صاحب التتمة هنا أنه (ان قلنا) القسمة افراز فله الرد (وان قلنا) بيع فلا ، قال : لأنه ان أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه ، وان أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز ، لأنه تملك المبيع مع العلم بالمعيب •

(قلت) وهذا نظير قول القاضى حسين هناك ، والمفهوم من كلام الأصحاب أن ذلك غير مانع ، لأن له الرد اذا رجع اليه بعد العيب والهبة ، وان كان بطريقته هو راض بها ، وهو الأصح ، هذا اذا كانت العين واحدة باع بعضها ، فلو اشترى عينين فباع احدهما ووجد بها العيب أو بالباقية ، وقلنا لا يجوز افراد أحد العينين بالرد ، جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضا ولا أرش لعدم اليأس ، وينبغى على علة أبى اسحاق أن يرجع من الأرش بقدر ما يخص الباقي ، وهو مقتضى تفريع المسوردي ، فان تلفت العين فى يد المشتري الثانى غنى رد الباقي فى يده القولان فى نظيره اذا كان التلف فى يده ، وأن العيب بالذى باعه فقط لم يرجع بالأرش لاستدراك الظلامة وللتوقع •

(فرع) لو لم يخرج المبيع عن الملك ، ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابه وغير ذلك فقد تقدم حكمه ، وجملة من مسأله فيما اذا حصل في المبيع نقص .

(فرع) لو كان المبيع باقيا بحاله في يد المشتري وملكه والتمن تالف جاز الرد اذا اطلع على عيب في المبيع ، ويأخذ مثل الثمن ان كان مثليا ، وقيمنه ان كان منقوما أقل ما كانت من يوم البيع الى يوم القبض ، لأنها ان كانت يوم العقد أقل فالزائد حدث في ملك البائع ، وأن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري . قال الرافعي : ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرش .

(قلت) وصرح البغوي والرافعي هنا بأنه من يوم العقد الى يوم القبض ، كعبارة النووي في المنهاج هناك ، وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره . بخلافها ، فاما أن تكونا سواء كما قال النووي . واما أن يفرق ، ويجوز الاستبدال عنه بالعرض ، وخروجه عن ملكه بالمبيع ونحوها كالتلف ، ولو خرج وعاد فهل يتعين لأحد ؟ المشتري أو البائع ابداله ؟ .

قال الرافعي : فيه وجهان (أصحهما) أولهما وقال الامام : منهم من خرج استرداده على الوجهين ، يعني في انزائل العائد ، ومنهم من قطع بأنه يسترد ، والشارق عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودا ، فلا يشترط فيه ما شرط في المردود والمقصود .

(قلت) وهذا كله في الثمن المعين في العقد ، واذا كان باقيا أخذه بلا خلاف وأما اذا كان في الذمة ونقده ، ففي تعيينه لأخذ المشتري وجهان ، لم يصحح الرافعي منهما شيئا . وذكر في الرجوع بالأرش في نظيرها ما يقتضى أن الأصح التعين ، وقد تعرضت له هناك . ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التعين في المجلس أو في غيره .

وقد يقال : ان المعين في المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده ، لأن المعين في المجلس كالمعين في العقد على الأصح المذكور في السلم ،

وكيفما كان ، فالأصح الثمنين ، لأنه يرد المبيع فيرتفع ملك البائع عن الثمن ، فلا وجه لتجويز ابداله . هذا اذا كان الثمن نقدا أو موصوفا فعليه . أما اذا أخذ عنه عوضا كقوت ونحوه فسيأثنى . ولو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن ، ثم رد المبيع بعيب ، فإن كان الإبراء بعد التفرق رجع بتمام الثمن .

قال الروياني : وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة اذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وان كان الإبراء قبل التفرق فذلك لاحق بالبائع على المذهب فلا يرجع الا بما بقى ، ولو أبرأه من جميع الثمن جزم القاضى حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع ، وقياس من يقول : يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن البعض أن يقول : يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشتري الثمن فقيل : يمتنع الرد بالعيب ، وقيل : برد ولا يطالب ببديل الثمن .

وان كان الثمن باقيا في يد البائع لكن ناقصا نظرا ان تلف بعضه أخذ الباقي وبديل التالف وان رجع النقصان الى الصفة كالثلث ونحوه لم يغرم الأرض في أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا . هكذا قال البغوى والرافعى وقد قدمت المسألة في فرع فيما اذا رد المبيع وهو ناقص ، والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصا وقيمته ، وعن غيره الرجوع بالأرث واطلاق الرافعى هنا ليس على ظاهره ، بل يجب تأويله على أنه لا يغرم الأرث ويتخير البائع كما يقول ابن سريج ، وقد نقل النووى هذا الفرع عن القفال والصيدلانى مع كلام الرافعى .

(فرع) الثمن المعين اذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع ، وان لم يكن معينا وكان في عقد لا يشترط فيه التقابض في المجلس يستبدل ، ولا يفسخ العقد ، قال المتولى والرافعى : سواء أخرج معيبا بخشونة أو سواد ، أو ظهر أن سكتته مخالفة لسكة النقد الذى تناوله العقد ، أو خرج نحاسا أو رصاصا .

(قلت) : وهذا في غير المعين صحيح ، وأما المعين اذا خرج نحاسا

أو رصاصا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فإنه يبطل العقد على الأصح كما تقدم في باب الربا وسيأتي ان شاء الله تعالى في كلام المصنف في الفصل الذي بعد هذا بفصل ، وقد تقدم في باب الربا جملة من أحكام العيب في عوض الصرف •

(فرع) باع عبدا بألف وأخذ بالألف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده فعن القاضي أبي الطيب أنه يرجع بالثوب ، لأنه انما ملكه بالثمن واذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فينفسخ بيع الثوب به •

وقال الأكثرون منهم الماوردي : يرجع بالألف لأن الثوب مملوك بعقد آخر وفي المجرى من تعليق أبي حامد أن الشافعي قاله نصا • ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالألف لا بالعبد ، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالألف دون الثوب ، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله ، وهو الأصح ، وفيه وجه آخر •

(فرع) اختلفا في الثمن بعد رد المبيع ، فعن ابن أبي هريرة قال : أعيتني هذه المسألة ، والأولى أن يتخالط وتبقى السلعة في يد المشتري ، وله الأرش على البائع من القدر المتفق عليه • قال أبو اسحاق : وحكى أبو محمد الفارسي عن أبي اسحاق أن القول قول البائع لأنه المغارم ، كما لو اختلفا في الثمن بعد الاقالة قال الراغبي : وهذا هو الصحيح •

(فرع) لو احتيج الى الرجوع بالأرش فاختلفا في الثمن ، فعن رواية القاضي ابن كج فيه قولان • الأظهر أن القول قول البائع ، قاله الراغبي •

(فرع) من زيادات النووي في الروضة اشترى سلعة بألف في الذمة فقتضاه عنه أجنبي متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف وعلى من يرد ؟ وجهان (أحدهما) على الأجنبي لأنه الدافع (والثاني) على

المشتري لأنه تقدر دخوله في ملكه ، فإذا رجع المبيع رد إليه ما قابله •
وبهذا الوجه قطع صاحب المعايمة ذكره في باب الرهن •

(قلت) وذكر الروياني في البحر الوجهين (وقال) ان الأصح الثاني • قال : ولو خرجت السلعة مستحقه رد الالف على الأجنبي قطعا لأنه تعين أن لا ثمن ولا بيع إلا اذا لم يعلم بالمعيب حتى وجبت فيه الزكاة ، فمن ابن الحداد له الرد ، وعن أبي علي لا ، لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول ، وأما بعد اخراج الزكاة فإن أخرجها من غيره وقلنا : التعليق بطلزمة ، فله الرد • وان قلنا بالشركة ، فقول : كالرجوع بعد البيع ، وقيل : بالرد قطعا ، لعدم استدراك الظلامة واذا حرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الأرش عند من يعتبر اليأس وهو الأصح ، وان جوزنا التفريق رد بقسطه ، وقيل : يرد الباقي وقيمة التالف ، ولو اشترى عبيدين في صفتين أحدهما بعشرة ، والاخر بخمسة ثم رد أحدهما بمعيب ثم اختلفا • فقال المشتري : رددت الذي بعشرة فالقول قول البائع لأن الأصل براءة الذمة ، ولو اشترى ثوبا من رجل ثم ثوبا من آخر ووجد بأحدهما عيبا ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه ، فلا رد له على واحد منهما ، قالهما القاضي حسين في الفتاوى •

(فرع) اتفق الشافعي وأكثر العلماء على أن المشتري اذا رد المبيع بمعيب وكان الثمن باقيا أنه يأخذه ، واذا كان تالفا أخذ قيمة الثمن على ما تقدم ، لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرهما •

وقال ابن أبي ليلى : اذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا فردها ، فإن ما له قيمة الجارية ، ولا يأخذ العبد ، وكذلك نقلوه عنه في الجارية بالجارية ولا أدري أيطرد في بقية الحيوان والعروض أم لا ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا ، فان خفى منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس) •

(التفریح) لما قدمت احكام الغيب اُحتاج الى تعريفه ، فعقد
 من الحسن من وبيان ما هو غيب وما ليس بغيب ، ولما كانت الامنه
 و تحريم علم غيرها الضابط ههنا ، وما ذكره من الضابط مسديد ،
 من المدرج في ما يعرف ، ونود ذلك واقتضى ان يعرف سائر ما المبيع
 حتى جعل ذلك مسرودا ما ثبت الرد ، فذلك جعل ضابطه راجعا الى
 العرف ، فما عده الناس واجل العرف عيبا كان عيبا ، وما لا فلا ،
 ومن الاحكام على العرف ما يقع فيها في بعض الاوقات الباس ، فلاجل
 ذلك صبغته حير المصنف بصاينه ابين ، واحسن تىء فيه ما اشار له
 الامام رحمه الله ، ونخصه الرافعى انه يقال : ما ثبت الرد بكل ما في
 المعهود عليه من منقص القيمة او العين نقصا ما ، يقوت به عرض
 صحيح بشرط ان يخون في امثاله ذلك المبيع عدمه .

واخصر من ذلك ان يقال : ما نقص القيمة او العين نقصانا يقوت
 به عرض صحيح ، ويغلب على امثاله عدمه ، وبعضهم قال : ما نقص
 القيمة او العين من الخلقة التامة . قال الرافعى : فانما اعتبرنا نقصان
 العين بمسائله الحصى ، يعنى فانها يرد به ، وان لم ينقص القيمة ،
 لحنه نقص العين ، وانما لم يكنف بنقص العين واشترط فوات عرض
 صحيح ، لأنه لو قطع من فخذة او ساقه قطعه يسيرة لا تورث شيئا
 ولا يموت عرض لا يثبت الرد قال : ولهذا قال صاحب التقريب : ان
 قطع من اذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد ، والا فلا ، وفيه احتراز
 أيضا عما اذا وجد العبد والجارية مختونين ، فانها فوات جزء من أصل
 الخلقة لكن فواته مقصود دون بقائه فلا رد به اذا كان قد اندمل .
 وانما اشترط أن يكون الغالب على امثاله عدمه ، لأن البقاء به مثلا
 في الاماء ينقص القيمة لكن لا رد بها لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة
 اذا كانت الأمة كبيرة في سن لا يغلب فيه ذلك .

وأما الذي زاد من الخلقة التامة فاحتراز عما اذا نقص زائد من
 أصل الخلقة كالاصبع ونحوها ، بأن قطعها البائع ولم يبق تسين ثم
 باعها . فلا يثبت بزوالها رد . هكذا قاله صاحب التتمة . وهذا فيه
 نظر . فان القاضي أبا الطيب قال في ذلك : اذا حدث في يد المشتري وجب
 أن يمنع من الرد في يد عندي ، وتابعه على ذلك ابن الصباغ . فان كان

ذلك عيبا مانعا من الرد - كما قاله أبو الطيب - وجب أن يوجب الرد إذا حصل في يد البائع وأن لم يكن عيبا موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب أن لا يمنع إذا حدث في يد المشتري لا يمنع الرد . فطرد قاعدته وجل ما لا يثبت بفواته في يد البائع خيار لا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري فحصل الخلاف بين أبي الطيب والمتولى في امتناع الرد بحدوثه .

وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ، ويجعله عيبا ويطرد قاعدته ، وحينئذ يحصل الخلاف بينهما في المسألتين ، ويمكن أن يقال : أن زوال الاصبع الزائدة ونحوها وأن لم يكن عيبا ، إلا أن ذلك الزائد إذا كان موجودا عند العقد استحققه المشتري ، وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن ، فلو رده المشتري بدون رد المبيع ناقصا عما ورد العقد عليه ، فذلك قال القاضي أبو الطيب : أنه يمنع الرد لا بسبب أن ذلك غيب ، نعم إذا حصل زوال هذه الاصبع الزائدة ونحوها في يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشتري الرد لزوال بعض ما شمله العقد ، وأن لم يكن عيبا . ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبدا كاتباً فنسي الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجودا عند العقد وأن لم يكن عيبا . بل فوات كمال . وهذا ان لم يكن كاملا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد .

لكنه تقدم عن صاحب التهذيب أنه قال بعدم ثبوت الخيار في حصول ذلك قبل القبض ، وهو الذي يشعر به كلام صاحب التتمة الذي حكيتة الآن . وهو مخالف لما قلته من البحث . ولما قاله القاضي أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولوا : أن ذلك الزائد وأن كان شمله العقد إلا أنه لا غرض فيه . فزواله مع البرء لا يحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان ، وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشتري . وأن أبقينا كلام أبي الطيب على حاله وطردناه فيما قبل القبض فكذلك يستمر هذا الضابط .

وان جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الاشارة اليه في موانع الرد فيفصل في فوات كذه الزيادة في يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله . إذا لم يبق بسببها نقص . ويكون كل ما يوجب الرد إذا كان البيع يمنع الرد إذا حصل عند المشتري ولا ينعكس ، فكل ما يوجب الرد إذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري وبالعكس ، وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا ، كما مثلناه في فوات صفة الكمال قبل القبض ، فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط إلا أنه باستحقاقه بالعقد صار فواته عيبا .

وأصل هذا الضابط الذي ذكره الرافعي وأشار اليه الامام للقاضي حسين ، فإنه قال : الحد فيه أن كل معنى ينقص العين بأصل الخلقة أو القيمة أو يفوت غرضا مقصودا شرطه ، أو فوات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار . وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار ، وقصد القاضي بهذا حد كل ما يثبت الرد من الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب التصرية والعيب والخلف ، والضابط الذي تقدم كفاية . وبه تعرف ما يرد على حد القاضي .

وقال الغزالي : العيب كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته ، وقد يكون نقصان عين كالخصي أو زيادتها كالأصبع انزائدة والخصي ، فإن زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصودا تتعلق به مالية ، وإنما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به ، فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالي بهذا الى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية ، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة في دخوله علم الحريم عند من يجوزه فكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة ، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبا .

وفي هذا الكلام محاولة أن المعتبر نقصان القيمة . ولذلك قال الشافعي رضي الله عنه في باب العيب في الرهن : والعيب الذي يكون به الخيار كل ما نقص ثمنه من شيء - قل أو كثر - حتى الأثر الذي

لا يضر بعلمه ، والفعل • فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة ، ومراد الشافعي - والله أعلم بالثمن - القيمة •

وقال قبل ذلك بأربعة أسطر : إذا كان بالرهن عيب في بدنه أو عيب في فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له ، والرهن والبيع ثابتان • وهذا النص مثل الأول •

وقول المصنف : والعيب الذي يرد به المبيع • قد يقول قائل لو قال : الذي يرد به - كما قال في التتمة - لمشمل المبيع والثمن •

(والجواب) عن هذا أن الثمن إذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع ، لا شك أنه هنا إنما يقصد تعريف العيب في المنع وما في حكمه ، فسواء أذكره أم تركه المراد معلوم ، ولنا عيوب أخر في غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير • وقال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات : العيب ستة أقسام : عيب في المبيع ، وفي رقبة الكفارة ، والغرة ، وفي الأضحية والهدى والعقيقة • وفي أحد الزوجين ، وفي الاجارة • وحدودها مختلفة ، فالعيب المؤثر في المبيع الذي يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المالية أو الرغبة به أو العين ، والعيب في الكفارة ما أضر بالحمل أضرارا بينا • والعيب في الأضحية والهدى والعقيقة ما نقص به اللحم ، والعيب في النكاح ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة (١) التوافق ، والعيب في الاجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة ، لأن العقد على المنفعة ، فهذا تقريب ضبطها ، وهي مذكورة في هذه الكتب بحقائقها وفروعها وعيب الغرة في الجنين كالمبيع • هذا كلام النووي رحمه الله •

(قلت) والعيب في الزكاة كالمبيع على الأصح • وقيل كالأضحية ، وفي الصداق إذا طلق قبل الدخول ، النظر فيه الى ما يفوت به غرض صحيح ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين ، ولذلك يقول : الحمل في البهائم في البيع زيادة ليس بعيب ، وفي الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهري ، فجملة أنواع العيب ستة وأن تكثرت أبوابها ،

(١) بفتح السين وتسكين الراء وفتح التاء المربوطة •

والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع ، وقال أبو ثور : لا يرد بالعيب ولا يرجع بشيء ، وهو بعيد .

(فرع) عند تعيين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل في الضابط المذكور ، والاعتذار عن ذلك بأن يفوت الخيار لا لكونه عيبا ، بل لفوات بعض المستحق ، كما تقدمت الإشارة إليه ، والله أعلم . وقول المصنف : يرجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس ، قال صاحب التهذيب : إن قال واحد من أهل العلم به أنه عيب ثبت الرد به ، وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة . وأعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين : ولو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب ؟ وليس هناك من يرجع إليه فالقول قول البائع مع يمينه .

(فائدة) الرجوع في العيب إلى العرف له نظائر في الفقه ، منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة ، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو . وقدر الصفة في الأثناء والتفرق القاطع للخيار والقبض والحرز والاحياء ، ومواضع كثيرة الحكم فيها يحال على العرف ، أما قطعا ، أو على خلاف . وقد اشتهر على السنة الفقهاء أن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف ، وليس هذا مخالفا لما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ، ثم العرفي ثم اللغوي ، والجمع بين الكلامين أن مراد الأصوليين إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف ، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة ولم يقولوا ليس له معنى ، فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يثبتته ، فيستدل بالعرف عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجنونا أو أبرص أو مريضا أو ابخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا أو أبقا ثبت له الرد ، لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها ، فلا يلزمه العقد مع وجودها) .

(الشرح) ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وان كانت لا تنحصر ولا مطمع في استيعابها ، ولكن المقصود زيادة في البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم ، فمما ذكر المصنف كون الرقيق أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص ، وهذه الستة لا خلاف فيها ، ولا تفصيل في البرص والجذام المستحکم وغيره ، أو مريضا . وسواء المرض المخوف وغيره ، ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله في الرقيق وغيره من الحيوان . هكذا قال صاحب التتمة وغيره . نعم اذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه ففى الرد به نظر ، وقال ابن يونس وابن الرفعة : ان المرض وان قل عيب .

وقال العجلي : اذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعا ، وهذا حسن ، أو أبرص ، والبخر الذى هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون ما يكون بقلح الأسنان ، فان ذلك يزول بتنظيف الفم . واعترض مجلى بأن ذلك لا يسمى بخرًا فلا حاجة الى الاحتراز عنه . وفي التجريد أن الجارية ترد بتغير النكحة ، وهو محمول على البخر الذى تقدم تفسيره ، ولا فرق بين العبد والجارية ، فان الجارية قد تقصد للاستمتاع . والعبد قد يقصد للمسارة .

وقوله « أو مقطوعا » أى مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو اصبع أو أنملة أو غيرها ، واطلاق ذلك يشمل الأصيل وغيره ، وقد تقدم استثناء قطع الاصبع الزائدة وشبهها ، وقطع شئ يسير من الفخذ اذا لم يحصل بشئ من ذلك نقص ، أو أقرع وهو الذى ذهب شعر رأسه من آفة ، ويشترط في هذه الأمور أن تكون مستمرة غلو وجدت في يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها ، وذلك انما يكون في غير القطع أو زانيا أو سارقا أو آبقا ، وهذه أيضا لا خلاف فيها ، ولا تفصيل عندنا في ذلك بين العبيد والاماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد في الزنا والسرقة أو لم يقيم ، ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقا مالك وأحمد واسحاق وأبو ثور وابن المنذر .

وقول أبي حنيفة : ان العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الأمة . فان زناه يؤدى الى اختلاط نسبه بنسب غيره . وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته ، وقد يموت تحت الحد ، ولا فرق بين الصغير والكبير ، وان كان الحد لا يجب على الصغير لأنه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر ، نص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة في يد البائع فلامشترى الرد وان تاب وحسنت حالته ، لأن تهمة الزنا لا تزول ، ولهذا لا يعود احضان الحر الزانى بالتوبة .

وقال الغزالي فى الوسيط : اعتياد الاباق والسرقة والزنا عيب ، فأشعر باشتراط الاعتياد فى الثلاثة أو فى الاباق ، أو فيه وفى السرقة . ولو لم يكن من كلام الغزالي الا ذلك أمكن تأويله بأن السرقة والزنا معطوفان على اعتياده ، ولا يكون الاعتياد شرطا فيهما ، لكنه فى الوجيز قال : اعتياده الزنا والاباق والسرقة فهذا صريح لا يقبل التأويل ، وقريب منه قوله فى البسيط : أباقا أو سراقا أو زنا فأتى فى الثلاثة بصيغة المبالغة ، فأما الزنا فقد تقدم نص الأصحاب فيه ، ولا نعلم أحدا صرح فيه بخلاف ، والسرقة كذلك ، وأما الاباق فان الامام قال فى أوائل كتاب السلم فى جواب سؤال : ان اعتياد الاباق عيب ، واتفاق الاباق لا يلتحق بالعيوب . وهذا الذى صرح به الامام كلام الجمهور يدل على خلافه ، ووراء ذلك ثلاثة أمور .

(أحدها) أن هذه الثلاثة اذا تكررت فى يد البائع واشتهرت ثم وجدت فى يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد ، لأن وجودها فى يد المشتري عيب حادث بعد تكررها وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ثم وجدت فى يد المشتري ، فالمفهوم من كلام كثير من الأصحاب أن له الرد ، وبه صرح أبو سعيد الهروى فى الثلاثة وغيره فى الاباق ، ولا يفرق فى ذلك بين البالغ والصبي المميز ، وقال القاضى حسين : يأخذ الأرش لأن الاباق فى يد المشتري عيب حادث ، وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا لم يعلم بالعيوب حتى أبقي .

وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ، لم توجد فى يد المشتري

فإن كان صبيا مميذا فالذى يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره أنه
يرد •

وقال أبو سعيد الهروى : لا يرد • والأول أصح وإن كان كبيرا
يرد ، لأن العادة في حال الكبر يتعذر الاقتلاع عنها ، وفيه في الأباق
خاصة وجه حكاة الهروى عن الثقفى أنه لا يرد كالصغير • والصحيح
الأول • وهو قول الزجاجى والقاضى حسين • وقيل : إن للشافعى
ما يدل عليه •

قال القاضى حسين : الفعلة الواحدة في الأباق يجوز أن تعد عيبا
أبدا كالوطء في ابطال الحضانة •

وصرح في الفتاوى بأنه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا •
وفرع الهروى على قول الثقفى أنه لا يمين على البائع • لأن جواز
الرد يعتمد وجود العيب في يد المشتري • هذا ما تلخص لى من كلام
الأصحاب في ذلك •

وحيث قلنا : له الرد في الأباق فمحلها في حال حضوره ، وأما في
حال اباقة فلا على ما تقدم وما ذكره أبو سعيد الهروى في الصغير ،
واقترضاه كلام الثقفى في اباق الكبير أنه لا يرد بالمرة الواحدة إلا إذا
وجد في يد المشتري عجب ، فإنه إن كان ذلك عيبا فلا حاجة الى شيء
آخر ، وإن لم يكن عيبا فوجوده في يد المشتري إن لم يكن مانعا
فلا أقل من أن يكون مقتضيا ، اللهم إلا أن يلاحظ أن وجوده في يد
المشتري دال على أن ذلك صار عادة ، وأنه من ضمان البائع لاستناده
الى سابق •

(فسرع) لو وجد الأباق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع
وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها ، ثم وجدت في يد
المشتري ، قال الهروى : قال الثقفى والزجاجى أبو على : لا يجوز
الرد ، لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت ثم حدثت في يد المشتري ،
فصار ذلك كالمرض الحادث في يده •

(فرع) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع بل لو وجدت في يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله ، كان حكمها كذلك ، قاله القاضى حسين والمتولى في الأباقي ، وهو يجرى في الأخيرين بلا شك بخلاف الأمور السابقة من الأمراض •

(فرع) الحواء كالسارق ، ولا يشترط تكرار الجناية منه أيضا ، وإنما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للامام •

(فرع) في مذاهب العلماء •

قال الثوري واسحاق في الضبي يسرق ويشرب الخمر ويأبىق : لا يرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد : إذا جاوز عشر سنين فهو عيب •

(فرع) قول المصنف : عيب على سبيل المثال ، فالأمة كذلك ، وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضا كالعمى والعرج والقطع •

(فرع) ومن أمثلة العيوب أيضا الجب ، وهو داخل في قول المصنف : متطوعا ، والصئبان في العبيد والاماء إذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ ، ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل إذا كان لا يندفع إلا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب ، وعند القاضى حسين لا يثبت بالصبيان صئبان وينبغي أن يحمل كلامه على ما ليس خارجا عن العادة ، والجنون سواء المتقطع وغيره ، وكونه مختلا أو أبله أو أشل أو أعور ، وزعم بعضهم أن ذلك يندرج في العمى ، لأنه عمى في أحد العينين ، فيكون داخلا في قول المصنف ، وليس كذلك • لأن العمى عند الإطلاق إنما ينصرف الى العينين نعم العور في اللغة ذهاب البصر ، فقد يطلق على الأعمى ، ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الإطلاق أيضا إنما يفهم منه ذهاب البصر من أحدهما •

(ومنها) كون الرقيق أخفش وهو نوعان (أحدهما) ضعيف البصر خلقة (والثاني) يكون بعة حدثت ، وهو الذى يبصر بالليل دون النهار المعين ، وفي يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب ، وكونه أجهر بالجيم وهو الذى لا يبصر فى الشمس أو أعشى • وهو الذى يبصر بالنهار

ولا يبصر بالليل ، والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضي حسين •
 أو أخشم • وهو الذى فى أنفه داء لا يشم شيئاً أو أبقم وهو المعوج
 الفم أو أرت لا يفهم - والارت بفتح الراء وتثديد التاء المثناة
 من فوق • وهو الذى فى كلامه عجمة ، وهذا تفسير أهل اللغة •

وقال الفقهاء فى صفة الأامة : هو الذى يدغم حرفاً فى حرف على
 خلاف الإدغام الجائز فى العربية • والرتة بضم الراء فكلا الأمرين
 فى هذا الموضع ينبغى النظر فيه الى جنس ذلك الرقيق ، فان كان
 الغالب فيه عدمه كان عيباً • وان لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم
 لم يكن عيباً •

وقد أطلق الأصحاب هنا الأرت الذى لا يفهم • ويمكن أن يبقى
 ذلك على إطلاقه ويكون المراد الذى لا يفهم عنه بلغته ولا بغير لغته •
 وقال القاضي حسين : اذا وجده ألثخ أو أرت لا يثبت الخيار اذا كان
 يستظرف بكلامه • فان كان لا يستظرف بكلامه فله الرد • وكأن مراده
 ان كان يفهم كلامنا فلا رد • وان لم يفهم فله الرد فيهما • كما قال
 الأصحاب وهذا بعيد عن مراده فى الأرت •

(ومنها) كونه فاقد الذوق أو شئ من الحواس الخمس وان كان
 بعضها تقدم والشعر أو الظفر أو له اصبع زائدة أو سن ساغية وهى
 الزائدة المخالفة لباقى الأسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقطوع
 بعض الأسنان أو أدرد ، وكون البهيمة درداء الا فى السن المعتاد ،
 ونقل القاضي حسين فى الفتاوى هذا التقيد عن العبادى ، بعد أن أطلق
 أن له الرد والتقيد لا بد منه وهو الذى أورده الرافعى وحكى القاضي
 حسين أيضاً أنه هل يشترط رؤية السن فى العقد ؟ قال : يحتمل
 وجهين ، فليكن الكلام فى الرد تفرهما على أحد الوجهين ، أو يأتى فيه
 ما تقدم فى الشعر •

(ومنها) كونه ذا قروح أو تآكل كثيرة أو بهق ، وهو بياض يعترى
 الجلد يخالف لونه ليس ببرص ، أو أبيض الشعر فى غير أوانه ، ولا بأس
 بجمرتة •

(ومنها) كونه ناما ، أو ساحرا ، أو قاذفا للمحضنات ، أو كذابا
أو به نفخه طحال ، كما قال الماوردي والرويانى ، أو مقامرا أو تاركا
للصلاة ، أو تساربا الخمر وفى وجه ضعيف لا رد بالشرب وترك الصلاة ،
حكاها الرافعى عن الرقيم للعبادى وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب
بأن يسكر ، ولا حاجة اليه ، لانه بالشرب يجب الحد ، نبه عليه مجلى ،
وايضا يتخذ ذلك عادة ، وفى التهذيب أن الشرب المتقدم الذى تاب
عنه لا يثبت الرد بخلاف الزنا ، لان سمة الشرب تزول عنه بخلاف
الزنا ، وقد تقدم عن القاضى حسين أن الأباق لا يسقط أثره بالتوبة
والظاهر انه كالشرب ، فيحتمل أن يكون القاضى مخالفا هنا وصاحب
التهذيب مخالفا هناك إلا أن يفرق .

(ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل (قال) الرافعى : وعن
بعض المتأخرين أنه أن كان رجلا ، وكان يبول من فرج الرجال فلا رد
(قلت) وهذا حكاها العمرانى عن القاضى حسين انه قاله فى باب
الجنائيات .

(ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره ، قاله القاضى حسين
والأليق هذا فى صور التلبيس كالنصرية .

(ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط ،
والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح ، والفتح أشهر وهو الذى
خلقه كخلق النساء فى حركاته وهيئته وكلامه ونحو ذلك ، وتارة يكون
ذلك خلقه له فلا يأثم به وتارة يتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون .

(ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن
زوج أو وطء بشبهة خلافا لأصحاب الرأى ، ونقل ابن أبى عسرون
أن صاحب الحاوى قال فى المعتدة : أنها لا ترد لقرب المدة ، وأن
الشاشى قال : ما كان نقصا يستوى فيه القريب والبعيد ، وينبى
لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار .

قال ابن أبى عسرون : وهذا حسن (قلت) والذى رأيت فى الحاوى
أن الخيار يثبت فى المعتدة وإنما ذكر التعليل بالقرب فى الصائمه بعد

ذلك ، فلم ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التي وقعت له ، ولم أر ذلك في حلية الشاشي أيضا وهو عجيب ، والذي أقوله انه ينبغي التفصيل في المعتدة ان كان قد بقي من العدة زمن يسير لا يكون عيبا ، ويكون ذلك بمنزلة ما اذا كان العيب يسيرا يمكن البائع ازالته عن قرب ، وقد قالوا فيه : انه لا خيار للمشتري ، وان كان زمنا كثيرا لمثله اجرة كيوم يثبت الخيار ، كما تقدم اعتبار مثل ذلك في الأحجار أو بها لخن بفتح اللام والخاء المعجمة ، وهو تعبير رائحة الفرج قاله الروياني عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء اذا قال أهل الخبرة : ان ذلك نقص . قاله القاضي حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضي أيضا ولا فرق في ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة .

(ومنها) وقد تعرض له الشافعي أن يكون كل منهما : العبد والأمة أحرم باذن السيد . ثم باعه . ثم علم المشتري في زمن الاحرام فله الخيار . لأنه ليس له تحليله . نص عليه في الأم في كتاب الحج ، وان كان أحرم بغير اذن سيده ثم باعه فللمشتري تحليله كالبائع ، قاله الجرجاني والنووي عنه ولا يثبت له خيار .

(قلت) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله . وان كان بغير اذنه فعلى هذا ليس للمشتري أيضا ، ويثبت له الخيار . وينبغي التفصيل في الاحرام . فان كان قد بقي زمن يسير كطواف أو حلق أو رمي في آخر الأيام لا يكون له الخيار . والا كان له الخيار اذا لم يمكن التحليل .

(ومنها) على ما قال الجوزي : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه ، لأنه ليس له منعه بعد الدخول فيه ، قال : فان كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لأنه له منعه ، وهو في ذمة العبد .

(قلت) وهذا يقتضى أن يطرد في كل صوم وجب على الفور يكون عيبا اذا كان طويلا يضر لشهر ونحوه كما مثل به . أما اليوم ونحوه فلا . والذي لا يجب عليه الفور يحتمل أن لا يكون عيبا كما قال ، ويحتمل أن يكون عيبا لأنه يضيق عليه اذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان

ثانـه صوم رمضان بعذر أو بعير غير ينبغي أن يثبت الخيار ، لأنه
يجوز له تأخيره عن رمضان آخر ، فيصير شهر بعينه وهو قريب
الحصول .

(ومنها) تعلق الدين برقبتهما ، ولا رد بما يتعلق بالذمة ، ومثله
الموسى والرويني بدين الفرض ، وحسن أن التجاره والتسراء في الدمه
خلافاً لأصحاب الراى ومالك ، ولو بان كون العبد المبيع مبيعاً في جنابه
عمد وقد ناب عنها فوجهان فان لم ينب فعيب (هلت) ينبغي ان
يجوز عيباً مطلقاً كالسرقه والزنا وقد حياء صاحب الاستقصاء وجهاً ،
وجنابه الحملا ليست بعيب الا ان يكثر وهذا معناه اذا لم يكن ارشها
باقياً .

(ومنها) الكعيبين وانقلاب القدمين الى الوحشى والخيلاق الكثيرة
وانار الشباج والقروح والكى وسواد الأسنان وذهاب الأشفار والكلف
المغير للبشره وكون احد تديى الجارية أكبر من الآخر ، والحفر في
الانسان وهو تراخم الوسخ الفاحش في أصولها ، ذكر هذه الأحد عشر
القاضى ابو سعيد في فصل في عيوب العبيد والجوارى في شرح أدب
القاضى لابي عاصم ، ونقله الرافعى عنه ، ولو وجد الجارية لا تحيض وهى
صغيرة او ايسه فلا رد ، وان كانت في سن يحيض النساء في مثله
غالبا فله الرد ، وضبطه القاضى حسين بعشرين سنة ، ولو تطاول طهرها
وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد ، هكذا قاله المتولى والرافعى .
وقال القاضى حسين : اذا انقطع سنة فاكتر فان كانت لها عادة معلومة
فعيب ، وان لم يكن لها عادة فليس بعيب ، وفي عبارة الزويانى اعتبار
عادة البلد ونسبه الى النص ، والحمل في الجارية عيب وفي سائر
الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذى اقتضاه ايراد الرافعى هنا
وقطع به المتولى وقال في التهذيب : عيب . وقال ابن الرفعة في الكفاية :
ان الرافعى قال في الصداق انه أظهر الوجهين ، والذي قتاله الرافعى
في الصداق أنه أظهر الوجهين انما كان في الجوارى زيادة من وجه
ونقصانا من وجه ، لأنه يضر بطيب اللحم في المأكول وبالحمل في
غير المأكول . وفي التناقض بين تصحيح الرافعى نظر ، فان النظر
في الصداق في الزيادة والنقص الى حصول غرض صحيح أو هواته ،
ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا ، فمقد لا يكون

الحمل في الحيوانات عيبا في البيع ، لأنه لا ينقص من العين ولا من القيمة ، ويكون نقصا في الصداق من وجه لفوات غرض به وفيه نظر .

ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوا أو رموحا أو حثيته المشى بحيث يحذف منهذ السقوط ، وشرب البهيمه لبن نفسها ، وقله أهل الدابة . وشرب المتولى والرويانى في انجموح ان لا تنقاد الا باجتماع الناس عليها ، وهو بعيد ، وان كان في دلام القاضى حسين ما يفهمه . قال القاضى حسين : ولو كانت ترهب من كل شيء تراه غله الرد أيضا .

وقال الهروى : من عيوب الدواب الحران وأن يكون اذا أعلم قبل الرحال وهو محل ومن العيوب خون الدار أو الضيعة منزل الجند . قال القاضى حسين في فتاويه : هذا اذا اختصت من بين ما حوايلها بذلك ، فان كان ما حولها من الدور بمثابة فلا رد ، وكونها ثقيلة الخراج ، وان كنا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة ، ونعنى بتقل الخراج كونه فوق المعتاد في أمثالها وفي وجه عن حكاية أبى عاصم لا رد لنمذ الخراج ولا بكونها منزل الجند ، والحق في التتمة بهاتين الصورتين ما اذا اشترى فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ، ويزعزعون الأبنية ، وأرضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع ، وحكى الرويانى في هاتين المسألتين وجهين ، وأطلق القاضى حسين في الفتاوى انه اذا اشترى أرضا فوجدها مرتع الخنازير أن له الرد قال : وقال العباد : ليس له الرد .

ولو اشترى أرضا يتوهم أن لا خراج عليها فبان خلافه ، فان لم يكن على مثلها خراج غله الرد وان كان على مثلها ذلك القدر فلا رد . هكذا في التتمة والرافعى وفي فتاوى القاضى حسين . وهذا يقتضى تفسير الخراج بشيء غير أجرة الأرض فانه اذا لم يعلم أن على الأرض أجرة وظن أن الأرض ملك البائع وورد العقد عليها ثم خرجت بخلاف ذلك تخرج على تفريق الصفقة لا لأجل الخراج ، بل لخروج بعض المبيع مستحقا . وقال صاحب التتمة : لو شرط أن لا خراج عليها فبان عليها خراج غله الرد قل أو كثر ، يعنى ولو كان على أمثالها وهو ظاهر .

وقال الغزالي في الفتاوى : لو اشتري أرضا فبان أنها تبيير اذا
بارت رجله (١) ويصر بالزرع فله الرد ان قلت البرعه بسببه .

ومن العيوب ثون الماء مسخنا على اصح الوجهين ، ولو باع
الظاهر من الاواني بالاجتهاد لزمه تعريف المسرى ، فان لم يعرسه
فهل له الخيار : وجهان أحدهما الروياني ، ولو باع عشرين صاعا من ماء
في بئر فاستمى منها تسعة عشر فلما اخرج الصاع الاخير وجد فيه
عرد ميه وبم يغير الماء بها فارق هذا النجس ، وقال الباق :
استلم الصاع من الباقي في البئر لانه حبر ، وطلب المشتري مسح
البيع فان له المسح لان هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعاهه
النس ، فيصير سبب اصابه بما استتراه ، نص عليه المتناهي ، ونقله
عنه الروياني . والزرمل تحت الارض ان كانت مما يطلب للبناء ،
والاخراج ان كانت مما يطلب للزرع والعرس وقد تقدم الحرام في ذلك
في باب بيع الاصول والثمار ، فليُنظر هناك .

ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقش بال غسل و ظهور ماله
يوقف المبيع وعليها خطوط المتقدمين ، وليس في الحال من يشهد
بذلك عيب ، ونقل ذلك عن العدة ، وقال صاحب البحر : وفرضهما
فيما اذا علم انها ليست مزورة . ونقلها عن بعض اصحابنا بالعراق
وعن اختيار مشايخ طبرستان . قال الروياني : وكذلك اذا ادعى مدع
يعول على دعواه وفقهيا يحتمل أن يقال ذلك عيب . وهذا اذا سبقت
الدعوى البيع وان بعد البيع وقيل القبض .

(فرع) قال الهروي : فصل في عيوب العبيد والجواري التي
اجتمع عليها الباحثون وأفتى بها المفتون التابع في الخلق وتغير الأظفار
والخلف هذا في العين والسعال والصكك وهو اصطكك القدمين .
هذا لابن أبي ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن القدم في اليمين
والشمال ، والفرع وهو يتوسط القدم والنفرة والشامات الا شامة
بيضاء والغدد والعقد والكسف ، وهي دائرة في قصاص الناصية

(١) رجلة ورجلى — كسرى — يتعثر فيها الرجل اى المشى على
قدميه .
(الطيبي)

والعس والجماجيم في غير مواضعها والنخسف في الحبل اکتواه في عسینا
 دینه ، والسلوليم في الاسنان والسفاق في الیدين والرجلين واختلاف
 الإصرع والاسنان وجرم البسوق ، والادن اذا امتعت بم حیصت ،
 والنمنس والسقط وانا ر جلد حصوص النسیاط وادل الطین ، هذا لشريك
 القاضی وحصاب التعمر وتجمعيده والتوسوم والعنه في الصوت * وهذا
 لحفص بن عیات والترس احفی من البرص والمواط والابنته والحوول
 والفتح ودهاب الاتسار وان لا یببت عامنها حدث في رمان ابی عمر
 القاضی المسالحي وان یكون تساقما حدابا *

(فرع) قال الزبیری في المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها

ثم علم ان احد حیطانها لیس لها فنه الخيار *

(قنت) وینبغی أن یكون ذلك علی تفریق الصفقة ، لأن الاشارة
 تشمل الجميع ومن جملةها الجدار انذی تبین أنه لیس لها * وقال
 الصیمری : لو اشترى عبدا فبان أنه أخو المشتري أو عمه قلته الخيار
 لأن النفس لا تناد تطیب باسترقاقه ، وفيه نظر ، لان هذا معنی خاص
 بالمشتري ، وقد صرح البغوی والرافعی بأنه لو اشترى جاریة فبانت
 أخته من النسب فلا خيار ، وقال ابن الصباغ : لو كانت محرمة علیه
 بنسب فلا خيار *

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته بیول في الفراش - فان كان صغيرا - لم یرد ،
 لأن بول الصغير معتاد فلا یعد عیبا ، وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك
 عاهة ونقص) *

(الشرح) اذا كان صغيرا فلا خلاف في أنه لیس بعیب ، سواء
 في ذلك الطفل والطفلة ، وقدره صاحب التهذیب بما دون سبع سنین ،
 وكثیر من الأصحاب لم یضبطوا ذلك بمقدار ، بل لا یكون مثله یتحرز
 منه كذلك قال القاضی أبو الطیب ، وان كان كبيرا ، وهو ما زاد علی
 ذلك فهو عیب في العبد والأمة ، وعن أبی حنیفة أن له الخيار في جاریة

ذون العبد • لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأدى به وليس كذلك العبد ،
 وأجاب أصحابنا بأن العبد يغسل الثياب التي ينام فيها ويحتاج إلى من
 يعسلها وينظفها ، وهذا نقص فيه • وزعم الفارقي أن المصنف لم يذكر
 العلة بتمامها وإن كان معتادا من الصبي لا يخرج عن كونه عيبا • وتمام
 العلة أن يقول : هو معتاد من الصبي وماله إلى الزوال فكان في حكم
 الزائل •

ولو اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم إلا بعد كبر العبد ،
 قال الروياني : لم يكن له الرد ويرجع بالارثس لأن علاجه بعد الكبر
 عيب ، فصار كبره عنده كالعييب الحادث ، هكذا قاله الروياني ، وكأنه
 فرض المسألة فيما إذا كبر إلى سن عالية فوق كبره حاله البيع بحيث
 يكون علاجه أصعب • أما البول في حالة الصغر فليس بعيب سواء أكبر
 عند المشتري أو لم يكبر ، لا رد به ولا أرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده خصيا ثبت له الرد ، لأن العقد يقتضى سلامة الأعضاء
 وهذا ناقص) •

(الشرح) الخصى الذى نزع خصيتاه وسلتا ، وقيل : من قطعت
 أنثياه مع جلدتهما • فعلى هذا التفسير قد دخل في قول المصنف فيما
 مضى : أو مقطوعا • فيكون قد نص عليه ليكون أصرح • وعلى كل
 تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط في أول الفصل
 زيادة كلام فيه • وأن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبا • فإذا اشترى
 عبدا مطلقا فخرج فعلا لم يثبت الرد • وإن خرج خصيا ثبت الرد •
 وكذلك البهيمة إذا وجدها خصيا ثبت الرد • قاله الجرجاني •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده غير مختون — فإن كان صغيرا — لم يثبت له الرد
 لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير ، لأنه لا يخاف عليه منه ، وإن كان

كبيراً أثبت له الرد لأنه يعد نقصاً لأنه يخاف عليه منه ، وان كانت
جارية لم ترد ، صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها
منه) .

(الشرح) هذا كما قال : وضبط الروياني الصفر هنا بسبع سنين
فما دونها ، وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصاً في العبد الكبير أيضاً .
ووجه ثالث حكاة الروياني وقطع به المتولى ان كان الكبير من سبى
الوقت من قوم لا يختنون فلا خيار . وحكى في الجارية وجهين . قال :
قالا : والصحيح أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيها اصبع زائدة ثبت
الخيار ولا يستحق قطعها ، فلأن يثبت ههنا وتستحق ازالة هذه الجلدة
أولى .

والجواب عما قلاه أن الاصبغ الزائدة وجودها نقص ، ويخشى
من ازلتها ، وهى خلاف الأصل ، بخلاف ما يقطع من الجارية . وفي
كلام المصنف اشارة الى أنه اذا وجده مختوناً فلا خيار ، سواء أكان
صغيراً أم كبيراً ، وهو كذلك اذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن شرط
أنه أقلف ، فاذا كان قد شرط ذلك فبان مختوناً قال المتولى ان كان فيه
غرض بأن كان الغلام مجوسياً ، أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله
الخيار ، وان كان بخلافه فلا خيار .

ولو اشترى عبداً أقلف فختنه وان قل الموضع ثم وجد به عيباً قديماً
فله رده لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب . قاله صاحب التتمة
والروياني ، ويحتاج المتولى الى فرق بين هذا والمسألة السابقة اذا
شرط أنه أقلف فخرج مختوناً . حيث فصل ويمكن الفرق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد ، لأنه لا تنقص به
العين ولا القيمة ، فلم يعد ذلك عيباً) .

(الشرح) هذا مذهبنا . وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار ،
لأن الغناء حرام . وذلك نقص فيها . ومنع بعض أصحابنا تحريمه .

وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله • فله أن يمنعه من استعماله • وأما معرفته فليست بحرام • حتى قال الروياني : لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار — يعني لأن له غرضاً في ذلك — والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصي فخرج فحلاً •

وقول المصنف : لا تنقص به العين ، احتراز من الخصاء به ، وحكم العبد في ذلك حكم الأمة ، فلو وجده زامراً أو عالماً بالمعزف أو العود فليس له الرد ، والسيد قادر على منعه من العمل ، وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور (وقال) الهروي في الاشراف : وإذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموى وغيره من أصحابنا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدها ثيباً أو مسنة لم يثبت له الرد ، لأن الثيبية والكبر ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة) •

(الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا : إذا لم بشرط بكارتها ولا ثيبوتها فخرجت بكراً أو ثيباً لم يكن له الخيار لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك ، وذلك الاطلاق محمول على ما إذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها ، أما إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة ، فخرجت ثيباً ، ثبت الرد ، وممن قاله المتولى والرافعي ، وأشعر كلام الروياني في ذلك خلافاً ، فإنه حكى الاطلاق ثم قال : ومن أصحابنا من قال : أن كان مثلها يكون بكراً في العادة فوجدها ثيباً له الخيار ، لأنه وجدها على خلاف المعهود ، قال : وهذا أصح عندي (قلت) والأولى أن ينزل ذلك الاطلاق على هذا ، ولا يكون في المسألة خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد المملوك مرتداً أو وثيباً ثبت له الرد ، لأنه لا يقرب على دينه) •

(الشرح) الردة عيب قطعاً في المملوك الذكر والأنثى ، وما سواها من الكفر . فالكتابي قد ذكره المصنف بعد هذا ، وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلي كالتوثن والتمجس قيل : لا رد ، لا في العبد ولا في الاماء ، وبهذا قطع صاحب التتمة .

وقال صاحب التهذيب : ان وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد ، لأنها محرمة على كافة (١) الناس ، وان وجد العبد كافراً أصلياً أى كفر كان فلا رد ان كان قريباً من بلاد الكفر ، بحيث لا تنقل الرغبة فيه ، وان كان في بلاد الاسلام بحيث تنقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته فله الرد ، وصحح الرافعى والنووى ما قاله في التهذيب . وقال القاضى أبو الطيب : انه اذا اشتري عبداً مطلقاً فخرج كافراً لم يكن له خيار ، وهذا الاطلاق أقرب الى موافقة صاحب التتمة .

وفصل القاضى حسين بين دار الاسلام كما نقل صاحب التهذيب ، وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين ، فإنه أطلق الرد بالتوثن ، وتعليه بأنه لا يقدر عليه يقضى أن العبد الوثنى يقبل ، والمعروف في المذهب خلافه ، ومن كلام المصنف وكلام صاحبي التتمة والتهذيب يخرج في العبد ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه لا يرد بالكفر الأصلي مطلقاً ، وهو قول صاحب التتمة . (والثانى) وان كان في بلاد الاسلام يرد به والا فلا . وهو قول صاحب التهذيب (والثالث) يرد ان كان وثنياً ، وهو قول المصنف ، ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب في المجوسى ان كان في بلاد الاسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك .

وأما الجارية فما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبة الى امتناع وطئها على كل أحد ، سواء أكانت مجوسية أو وثنية ، والكتابية سيأتى حكمها ، والمرتدة لا اشكال في كونها ترد ، لأنها لا تفرق ،

(١) سبق التنبيه على خطأ هذه العبارة والصواب : مجيء (كافة) حالة ، فيقول : الناس كافة - بلا اضافة .
(الميطمى)

وأطلق الشيخ أبو حامد في الجارية ، والقاضي أبو الطيب في العبد انه لا يرد بالكفر ، وأطلق الامام الكلام اذا اشترى عبدا فخرج كافرا . ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب . وعن العراقيين أنهم ذكروا وجهها أنه ليس بعيب . وفصل هو ان كان الاسلام غالبا في موضع العبد والكفر منقصر قيمته فهو عيب ، وان لم يكن الايمان غالبا في العبيد ، بل كانوا منقسمين . وكان الكفر منقضا للقيمة ، فهذا فيه تردد ، وظاهر القياس أنه ليس بعيب ، والظاهر النقل أنه عيب ، وان لم يكن الكفر منقضا والمعاداة مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا . وقال قبل باب بيع حبل الحبله اذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا ان اشتراه في بلاد الاسلام فله رده ، فانه نادر في هذه الديار ، وان اشتراه في دار الحرب فخرج كافرا فالذي ذهب اليه الأكثرون أنه لا يرد ، وكان شيخى يقول : يثبت الخيار ، ومما ذكره الامام يخرج وجه رابع أن الكفر عيب مطلقا ، وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لما قاله صاحب التهذيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته كتابيا لم يثبت له الرد ، لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه) .

(الشرح) هذا موافق لصاحب التتمة . ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى في التفصيل بين أن يكون في بلاد الاسلام وقيمة الكافر أنقص فيثبت الرد أو لا فلا فرق عند صاحبى التتمة والتهذيب في ذلك بين العبد والأمة ، صاحب التتمة يقول : انه لا يرد فيها وصاحب التهذيب يطرد تفصيله المذكور فيها . ولعل اطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب ، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك ، فان تعليلهم برشد اليه . وقد تقدم أن الامام أطلق الكلام في الكفر ، ونقله عن عامة الأصحاب أنه عيب . والأصح ما نقله قريبا من باب بيع حبل الحبله هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب وهو قد خالف مالكا رحمه الله فقال : انه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص . وأجاب الأصحاب بأن الكفر نقص في الدين ، والبيع انما يقصد به المال . وكفر الكتابى سبب في تكثير ماليته . لأنه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضى

كثرة الثمن • قال الفارقي : وقد ثبت هذا المعنى في اعتاق الكافر في الظاهر أنه يعتبر فيه الاسلام ككفارة القتل • ولا يفرق بالتعليق لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر ، ومحل التكفير وهو الرقبة واحد ، فيستوى بين الكفارتين فيه كما يستوى بينهما وبين كفارة اليمين في محل الصوم فلا يجوز في يوم العيد والحيض وان اختلفا في مقداره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أمة فوجدها مزوجة ، أو عبدا فوجده مستأجرا ، ثبت له الرد ، لأن اطلاق البيع يقتضى سلامة المنافع للمشتري ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد) •

(الشرح) هذا كما قال ، لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات فيفوت على السيد منفعتها في ذلك الوقت ، والمستأجر منفعتها فائتة الى انتهاء مدة الاجارة ، وقد صح أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه اشترى من عاصم بن عدى جارية فأخبر أن لها زوجا فردها ، وورد في سنن البيهقي في الأمة تباع ولها زوج أن عثمان قضى أنه عيب ترد منه ، ونقل ابن المنذر الاجماع عليه ، وفي البيان حكاية وجه في الترويح وهو ضعيف ، بل باطل لنقل ابن المنذر •

ولو قال زوجها لها : ان برىء المشتري من الثمن فأنت طالق ، وكان قبل الدخول ثم علم المشتري بالترويح ، هل له الخيار ؟ فيه احتمالان في البحر • (أحدهما) نعم ، لثبوت العيب وجرار موت الزوج قبل براءة المشتري ، فيلزمها عدة الوفاة (والثاني) لا ، لعدم الضرر ، لأن عدة الوفاة ان وجبت ثبت الخيار بها ، لأنها عيب حادث ، أى من سبب متقدم في يد البائع لم يقع الرضا به ، وحكم ترويح العبد حكم ترويح الأمة يرد به أيضا الا أن الاجماع المنقول في الأمة خاصة وأطلق كثير من الأصحاب ذلك •

وقال صاحب التتمة : انه اذا كان تزوج بغير اذن سيده ودخل بها وقلنا : المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجاني ، ويجب

تقييد اطلاق غيره بذلك • قال صاحب التهذيب : ولو علم العبد
ذا زوج ، ولكن لم يعلم أن عليه مهرا ولم يعلم قدره فله الرد ، كما
لو اشتراه عالما بالعيب ولم يعلم مقدار له الرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شيئا فتبين أنه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد ،
لما روى « أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع ، فذكر ذلك للنبي
صلى الله عليه وسلم فقال : اذا بعث فقل : لا خلافة ، ولك الخيار
ثلاثا » ولم يثبت له خيار الغبن ، ولأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة
البائع تدليس ، وانما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له
الرد) •

(الشرح) هذا الحديث قد ذكره المصنف في أول كتاب البيوع ،
فيكتفى بما تقدم من كلام النووي عليه ، والأصح أن الذي كان يخدع
منقذ والد حبان ، والحديث صحيح في الجملة ، ومعنى لا خلافة : لا غبن
ولا خديعة ، وجعلها الشرع لاثبات الخيار اذا قالها ثبت الخيار ، صرح
بإشترائه أم لا •

وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولك الخيار » اعلام منه بثبوت
الخيار (وقوله) ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف ، وليس
من الحديث ، ووجه الدلالة منه ظاهر • لأنه لو كان يثبت الخيار
بالغبن لبينه النبي صلى الله عليه وسلم ولم يحتج أن يعد اشتراط
خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثا ، بقوله « لا خلافة » وقد ورد أن
حبان كان اذا اشترى فرجع الى أهله فيقولون له : اردده فانك قد
غبنت أو غشيت فيرجع الى بيعة ، فيقول خذ سلعتك ورد دراهمي
فيقول : لا أفعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبي
صلى الله عليه وسلم فيقول : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد
جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا ، فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته •

فلو كان الخيار ثابتا بالغبن لكل أحد لم يكن الخيار خصوصية

بذلك فظاهر قضية حبان أنه كان بالخيار ثلاثا ، سواء عين أو لم يعين ، وهل ذلك خاص به لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعله بالخيار ؟ أو هو ثابت بالشرط كما هو في حق غيره ؟ مساق هذه القصة التي حكيته يشعر بالأول ، فإنه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه والى ذلك ذهب بعضهم . وقيل : ان ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره ، وكيفما كان فالدلالة منه ظاهرة في عدم ثبوت الخيار بالغبن ، وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر أيضا ، فان المبيع لا عيب فيه ، ولا تدليس . لأن الفرض كذلك فانتفى موجب الخيار .

وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء أفتاحش أم لا . وان اشتري زجاجة بثمان كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر الى ما يلحقه من الغبن لأن التقصير منه ، حيث لم يراجع أهل الخبرة . ونقل المتولى وجها شاذا أنه كثراء الغائب ، ويجعل الرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر كالمعدومة . قال أصحابنا : وثبوت الخيار في العيب للنقص لا للغبن ، ولهذا لو كان مع العيب يساوى أضعاف ثمنه ثبت له الرد ، ولو تعيب في يد البائع ثبت الخيار . ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا . ويخالف تلقى الركبان لأن هناك وجه منه تغرير بالاخبار عن السعر على خلاف ما هو . ولا طريق الى الاستكشاف .

ويخالف الغبن في مسألة الرابحة لأن هناك علق العقد الثانى بالأول ، والمخالف لنا في هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور ، أما مالك فقال : ان غبن بأقل من الثلث فلا خيار له ، وان كان بالثلث أو أكثر فله الخيار . هكذا نقل أصحابنا عنه ، وهو قول بعض أصحابه . قال القاضى عبد الوهاب : ولم يجد مالك في ذلك حدا ، ومذهبه اذا خرج من تغاين الناس في قبيل تلك السلعة ، ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقا ، وشرطه عند المالكية أن يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره في عقده ، فان كانا جميعا من أهل البصر بتلك السلعة وأسعارها في وقت البيع فلا خيار ، سواء أكان الغبن قليلا أو كثيرا . قاله القاضى عبد الوهاب .

وأما أحمد فقال : ان كان المشتري مسترسلا غير عارف بالبيع ،
 واذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن ، وان كان من أهل المعرفة
 لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له . وأما
 أبو ثور فأطلق عنه النقل باثبات الخيار وأنه ان فاتت السلعة رجع
 المغبون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه أن البيع — فيه غبن لا يتعابن
 الناس بمثله — فاسد ، وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول .

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث «لا تلقوا الركبان»
 وكونه أثبت الخيار بالغبن ، وبحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، وبالقياس
 على الغبن بالبيع ، وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغريب ،
 فان المشتري غره . وعن الثاني بأننا نقول بموجبه ، وعن الثالث بأن
 خيار العيب لم يكن للغبن ، بل لاقتضاء البيع السلامة ، وبأن العيب
 يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار
 اذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لا فرق فيه
 بين الثلث أو أقل أو أكثر ، وهم لا يقولون به هنا ، وقد قال أصحابنا :
 يكره غبن المسترسل ، واطلاق الكراهة في ذلك محمول على ما اذا لم
 يستنصحه المسترسل ، أما اذا استنصحه فيجب نصحه ، ويصير غبنه
 اذذاك خديعة محرمة ، هكذا اعتقده من غير نقل .

والمنقول عن مذهبننا ومذهب أبي حنيفة من القول بلزوم العقد
 لعله لا ينافي التحريم ، أو محمول على ما اذا لم يستنصحه كما تقدم ،
 قال ابن المنذر : وقال بعضهم : كل بيع باعه رجل من مسترسل واختدعه
 فيه ، أو كذبه فالمشتري في ذلك بالخيار اذا تبين له ذلك .

(فرع) فيما نتوهم أنه عيب ، وليس بعيب لا رد فيه ، فكون
 الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسيء الأدب أو ولد زنا ، خلافا
 لأبي ثور ، وسواء أكان مجلوبا أو مولدا خلافا لأبي حنيفة ، ولا يكونه
 يقتل النفس أو بطيء الحركة أو فاسد الرأي أو حجاما أو أكولا أو قليل
 الأكل بخلاف الدابة في قلة الأكل بحيث ترد وعن القاضي حسين الا أن
 تكون قلة أكل العبد لعله . ولا يحتاج الى ذلك لأن تلك العلة كافية
 في الرد ولا يكون الأمة عقيما وكون العبد عنيئا ، وعن الصيمري اثبات

الرد بالتعنين وهو الأصح عند الإمام . ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشتري ولا تكون الامه أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاة أو النسب كما قاله القاضى حسين والماوردى والبعوى وغيرهم أو المصاهرة بانه امرأته أو موطوءه ابيه أو ابنة . بخلاف المحرمه والمعنته ، لان التحريم هناك عام فتقل الرغبه . وهنا خاص به ، ون وجب رواه ابن كنج يلحق ما نحن فيه بالمحرمه والمعنته . حياه الرويانى فى موطوءة الأب وضعفه .

وقد تقدم عن الصيمرى اثبات الخيار فيما اذا بان أن العبد أخو المشتري أو عمه ، وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما اذا بان أخته من النسب بالخيار ، وهو موافق فى الرضاع على عدم الخيار . وكذلك فى المصاهرة . ولا أثر لكونها صائمه على الصحيح . وفيه وجه (قال) الرافعى ضعيف . وقال النووى باطل . ولو وجد العبد فاسقا قال الرويانى : لا خيار بالاجماع . قال ذلك عند الكلام مع الحنفية فى الكفر ، وينبغى أن يقيد ذلك ، فان من أسباب الفسق ما يرد به ، وقد تقدم كثير منه .

قال ابن الرفعة : انه اذا كان العبد مرتدا حال العقد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب ، يعنى فى ارتفاع العيب قبل العلم به - وفيه نظر - لأن ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سيرته . والأولى ما قاله فى الحاوى فى كتاب الرهن أن ذلك عيب فى الحال . قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك : وأما اذا قلنا انه ليس بعيب فهل له الرد به ؟ فيه وجهان . وهذا كلام عجيب . كيف يكون له الرد بما ليس بعيب . ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم ، فهل له الرد لخطر فساد النيابة ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردى . قال النووى : (الأصح) لا رد .

ولو اشترى شقصا من عقار على ظنه أن الباقي للبائع فبان أنه لغيره وأن له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك . قال المتولى : ولو كان الرقيق أصلع . قال القاضى حسين فلا رد بخلاف الأقرع ، وفيه نظر ، وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق

في ذمته مال وكذلك قاله الماوردي . قال : وقال العراقيون : له الرد ، وليس بصحيح وأراد بالعراقيين أبا حنيفة وأصحابه . فنبتت على ذلك لتلايتوهم من لا معرفه له أنهم العراقيون من أصحابنا .

ولو اشترى فلوسا فكسرت قبل القبض ، ومنع السلطان المعاملة بها لم يفسخ العقد ، خلافا لأبي حنيفة . قاله في العدة ونقله الغمراني عنه . فهذه جملة مما يرد به وما لا يرد ، ولم أذكر منها شيئا الا منقولاً ، ولا سبيل الى حصولها ، وفي الضابط المتقدم كفاية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب ، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ، ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد) .

(الشرح) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار ، وهو اخلاف ما ظن بالالتزام الشرطي ، والغزالي يرى أنه الأصل للمسببين الماضيين ، وهما التغيرير الفعلى وانتفاء الغرض . وقد تقدم الكلام في ذلك ، وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط ، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء ، وقد تقدم أن الحناطى حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور ، فإذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد . وقول المصنف « لأنه أنقص مما شرط » أى فصار كالمعيب الذى يخرج أنقص مما اقتضاه العرف ، ولهذا يعبر الغزالي وغيره بخيار النقيصة في الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب . واكتفى المصنف بالأمثلة عن الضابط وقد ذكر الامام والغزالي والرافعى ضابطاً . واختلفت عباراتهم فيه ، وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام :

(الأول) التى تتعلق بها زيادة مالية يصح الترامها ويثبت الخيار بالخلف فيها (الثانى) ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال ، والخلف فيها يثبت الخيار وفاقاً أو على خلاف فيه ، وذلك تحت قوة الغرض

وضعفه . هكذا قال الرافعي . وأطلق الامام والغزالي جريان الخلاف في هذا القسم (والثالث) ما لا تتعلق به ماله ولا عرض مقصود ، فاستراطه لعو ولا خيار بفقده ، واجاد النووي في البروضة فجعلها قسمين (أحدهما) يتعلق به عرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وعنا او على خلاف .

(والثاني) لا يتعلق به عرض مقصود فاستراطه لغو . وهذه العبارة اولى فانه قد يفوت الغرض دون المال ، ويثبت الخيار قطعا ويفوت المال دون الغرض ، فيجري الخلاف كما يأتي في الخصي والفحل .

فالمعتبر الغرض وبفوته يحصل الوفاق ، وبضعفه يحصل الخلاف ، وبانتفائه بالكلية يقطع بعدم الخيار ، ومسائل الفصل منزلة على هذا الضابط . فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الأول يفوت بهما مالية وغرض قوي . وكذلك لا خلاف فيهما . قال الأصحاب : ويكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها . بقي شرط الكتابة عند الاطلاق يكفي اسم الكتابة وان لم يكن مستحسنا . ولو شرط حسن الخط . فان كان غير مستحسن في العادة فله الخيار . وان كان مستحسنا فلا خيار له .

قال صاحب التتمة : والكلام في كون هذا الخيار على الفور . وفي كيفية الفور على ما تقدم في العيب سواء . ممن صرح بهذا صاحب التهذيب ، وان اختلفا فقال المشتري : اشتريت بشرط الكتابة . وأنكر البائع تحالفا ، وقيل القول قول البائع مع يمينه . قاله في التهذيب .

(فرع) قال القاضى حسين : ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار ، وان كان صادقا في جملة الحرف غير الحجامة .

واعلم أن هذا الفرع الذي ذكره القاضى يحتمل أن يكون مجزوما به ، ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المالية من جهة أخرى ، مع فواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون متصفا

بصفات تزيد على قيمة الكفاية فلا يمنع ذلك من قولنا أنه فات عرض
ومالية ، على أنى ثبت أن الأجر اعتبار قوة العرض وضعت دون
اعتبار المال ، والعرض قد يتعلق بصفه ود يفهم غيرها مقامها وإن
حسن أصل منها من جهة أخرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأن استراه على أنه فعل فوجده حصيا ثبت له الرد ، لأن الخصي
انقص من الفحل في الخصة والبطنى والعمور ، وإن شرط أنه خصي
فوجده فخلا ثبت له الرد ، لأن انفصل دون الخصي في السن والدخول
إلى الحرم) .

(الشرح) أسانله الأولى لا خلاف شيها لفوات العرض القوى ،
وأن نادى المالية . قال القاضى حسين : وإن كانت قيمته أضعاف
قيمة الفحل ، ولا فرق في ذلك بين العبد وغيره من الحيوان ، والثانية
ذكر الراقمى عن أبى الحسن العبادى أنه لا رد فيها ، لأن الفصوله
فضيلة ، والصحيح ما ذكره المصنف بفوات المال والغرض جميعا ،
وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل لما قدمته من حسن عبارة
النووى ، وأنه ليس كل ما تفوت به مالية تقطع فيه بثبوت الخيار .
بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما في هذه الصورة وقد لا يفوت
المال ويحصل الوفاق كما في الصورة الأولى .

وكلام المصنف يشعر بأنه يرى جواز دخول الخصي على الحرم .
والذى قاله الراقمى في كتاب النكاح في النظر : أن الخصي الذى بقى
ذكره ، والمجبوب الذى بقى أنثياه كالفحل وفي المسوح (وجهان)
الأكثرون أنه كالمحرم ، فعلى هذا ما ذكره المصنف من أن انفصل دون
الخصي في الدخول على الحرم ، والا فهو أضعف في العمل ، فإن كان
المصنف أطلق الخصي على المسوح استمر كلامه . وكذلك غيره من
الأصحاب حيث أطلق هذا الحكم ، والا فمتى شرط أنه خصي بالمعنى
المذكور في كتاب النكاح فبان فحلا ، ينبغى أن لا يثبت الرد ، لأنه لم
يفت غرض (والظاهر) أن المصنف والأصحاب هنا إنما أرادوا بالخصي
هنا المسوح ، لأنه في العرف يطلق عليه كثيرا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد ، لأن الكافر دون المسلم في الدين) •

(الشرح) هذه أيضا لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى ، وان كانت المسالية قد لا تفوت ، بل تكون أكثر ، كما اذا شرط أنه فعل فخرج خصيا • وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية • قاله المتولى والرافعى • لو اشتراه على أنه مجوسى فكان يهوديا • قال الرويانى : يثبت الخيار • وقيل : ان كانت لا تنقص قيمته في العادة لا خيار ، وان كانت تنقص بأن كانت الغالب المجوس في تلك الناحية يثبت الخيار ، وهو قول صاحب التتمة ، ولا فرق في هذا الفصل بين العبد والأمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد ، وقال المزنى : لا يثبت له الرد ، لأن المسلم أفضل من الكافر ، وهذا لا يصح ، لأن المسلم أفضل في الدين ، الا أن الكافر أكثر ثمنا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر ، والمسلم لا يشتريه الكافر) •

(الشرح) المذهب ثبوت الرد في ذلك ، وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت ، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر ، لما ذكره المصنف ، وما نقله عن المزنى نقله عنه القاضى أبو الطيب وغيره ، وبه قال أبو حنيفة ، ومن أصحابنا من وافق المزنى في ذلك • ورأى مذهبه قولاً مخرجا معدودا من المذهب وحكى ذلك الامام في كتاب النكاح ، وهناك تكلم المزنى عليها في المختصر • وان تزوجها على أنها كتابية فاذا هي مسلمة لم يكن له فسخ النكاح ، لأنها خير من الكتابية • قال المزنى : هذا يدل على أن الأمة اذا اشتراها على أنها نصرانية فاذا هي مسلمة لا خيار ، واذا اشتراها على أنها مسلمة فاذا هي نصرانية له أن يردها في قياس قول الشافعى •

وأي المسلمة وجه ثالث أنه إن كان مريبا من بلاد الكفر ، أو في
 ماضي، حسب أنها الدميون ، ثبت الخيار ، والأمر ، وهو اختيار الفاضل
 حسين ، وحمل الحرم الشاسعي على ذلك ، وقد جمع الإمام الأوجه العرب
 في كتاب السباح ، وذكر الإمام في الانتصار لسون المرعي أن القيمة
 إن كانت نريد بين وجه رغبة الحمار فمثلت رغبة باطلة مستندنا الحفر
 ونسبته واستناد دولة حسا ، هيذا إن سون من الزيادة بمثابة نس
 حمر .

قال الإمام : وبخية الحرم أن هذا العبد لو اتلف فمذهب جماهير
 الاصحاب ان يجب على المثلث ان يعرّف قيمته اعتبارا بما بطلت به ،
 وإن خالف باخر لما يسرى به المسلم ، ودميب المرني ومن يوافقه الى ان
 الرائد لا يضمن لما اشربنا اليه ، وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بان
 معتبر عوده ، فإيضا يتحقق ان القيمة تزداد في المعية في العادة
 ضعف ما تدون الجارية الفاسدة ، ومن استراشا لم يعترض عليه ،
 هان اشراء يرد على عينها ولحن لو اتلفت لم يضمن منمها الا قيمه ملها
 لو كانت لا تحسن العناء ، هذا كلام الامام في كتاب المنهاج ، مع انه
 في كتاب البيع استبعد القول بعدم تبوت الخيار مطلقا كما هو مذهب
 المرني ، واحصار الوجه الثالث ، وما ذكره في الانتصار لقول المرني جوابه
 أن زيادة قيمه الكافر ليست للرغبة في كفره ، بل لخثرة طلابه ، فان
 المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه ثم قال الامام هنا : ان هذا اذا كان
 الكافر أكثر قيمة ، فان لم يكن الأمر كذلك فحلف الشرط فيه بمثابة
 حلف الشرط في الثيابه والبركة والجودة والتوسط ، وهذا كأنه قال
 على ما اختاره ، ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها .

(فسر) هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووي على
 عبارة الرافعي وغيره لجريان الخلاف فيها مع فوات الغرض المعلق
 بزيادة ماليته ، ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المرني ،
 وانغماره بالنسبة الى ما في الاسلام من الفضل ، والكلام والخلاف
 في هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما اذا شرط أنه خصى هو جسده فحلا ،
 والمخالف هنا أبو الحسن العبادي ، فيحتمل أن يكون العبادي يوافق
 المرني هنا ، والمرني يوافقه هناك ، ويحتمل ألا يكون كذلك ، ويفرق

كُلُّ منهما (أما) العبادى فإن الخصاء عيب عند الإطلاق ففواته كمال ؛
والكفر عند الإطلاق لا يزد به (وأما) المزنى فلان فضيله الاسلام
عظيمة لا يوازنها نىء فيجبر ما فات من العرض المالى اليسير بخلاف
الفحوة فان العرض فيها وقى الخصاء متقاربان فيتبع ما شرطه •

(فرع) الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في
النكاح على الاصح أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه
خيار الجنس ولا خيار الشرط ، وهذا الفرق انما يحتاج اليه اذا قلنا
بصححة النكاح وهو الاظهر ولنا قول آخر انه غير صحيح لاعتماد
الصفات فتنتفى المسألة •

(فرع) صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان المشتري مسلما
والبائع مسلما فلو كان المشتري كافرا اكتفت على شراء الكافر للمسلم
(والاصح) ففساده • ولو كان البائع كافرا ففي رد العبد المسلم عليه
بالعيب خلاف (الأصح) جوازه فيأتى فيه أيضا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية على أنها بكرًا فوجدتها ثيبًا ثبت له الرد ، لأن
الثيب دون البكر) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية ،
وهى من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة ، والمشهور أنه
لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة •
وعن أبى الحسين أن أبا اسحاق قال : لا خيار اذا كانت مزوجة ،
لأنها وان كانت بكرًا فالافتراض مستحق للزوج ولا غرض للمشتري
في بكرتها (والصحيح) الأول ، لأن الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل
له ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراها على أنها ثيب فوجدها بخرًا لم يثبت له الرد لأن البئر افضل من الثيب ، ومن اصحابنا من قال : يثبت له الرد ، لانه قد يكون ضعيفا لا يطبق وطء البكر فكانت الثيب أحب اليه ، والمذهب الأول ، لانه لا اعتبار بما عنده وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن والبخير افضل من الثيب في الثمن) •

(الشرح) القول بأنه لا يثبت الرد وهو الأصح عند القاضى أبى الطيب والرافعى وغيرهم ، والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف ، وهذه المسألة الفاتت فيها الغرض دون المالية ، فهى تشارك فى ذلك شرط الفحولة والاسلام لكن فى تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض ، وههنا الغرض ضعيف ، فانه خاص به وليس بعام ، وكان شرطه السبوطه فى الشعر أو البياض ، فيخرج جمدا أو أسود فى كل منهما خلاف كمسألتنا هذه • الصحيح أنه لا رد فى المسائل الثلاث كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتباً ، أو كونه فاسقا فبان عقيفا •

ولو شرط الجعود والسواد فبان سبطا أو أبيض • فثبت الخيار وجها واحدا ولو شرط البكارة فأتت ثيبا ، وان استنكرت اشتراط الجعود وغيرها فى الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته (فالجواب) عنه قد تقدم فى أول الباب عند قول المصنف : اذا اشترى جارية وقد جمعد شعرها ثم بان أنها سبطة ، ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان فاسقا ثبت الخيار وعكسه لا خيار بلا خلاف ، قاله الرويانى •

(فسرع) لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد ، وبالعكس لا رد • قال فى التتمة : الا أن يكون العبد مجوسيا ، وهناك مجوس يشترون الأقلف بزيادة • فله الرد ، وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبا ، ولو شرط كونه أحرق أو ناقص الخلقة فهو لغو ، وهو من القسم الأخير الذى لا مالية فيه • ولا غرض مقصود •

(فرع) اذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة ، وقد تقدم لمسح العقد بهلاك أو حدوث عيب ، فله أخذ الأرش على التفصيل الذي تقدم ، قاله صاحب التتمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باعه حيوانا على أنه بفعل فوجده حمارا ، أو على أنه حمار فوجده بغلا ففيه وجهان) أحدهما (أن البيع صحيح ، لأن العقد وقع على العين ، والعين موجودة ، فصح البيع وثبت له الرد ، لأنه لم يجده على ما شرط) والثاني (أن البيع باطل ، لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد في جنس آخر) .

(الشرح) الشروط المتقدمة كانت في الصفات ، ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك في الجنس ، فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس ، ومثل بالمثاليين المذكورين ليعلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذي شرطه أو دونه ، وفيها جميعا وجهان ، وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها في باب الربا في الصرف العين (والمذهب) الصحيح المنصوص بالبطلان - والوجه الآخر محكى عن صاحب الإفصاح .

ولو باعه على أنه ذكر فبان أنه جارية . قال العمراني في الزوائد : صح البيع وله الخيار في أحد الوجهين . وقال أبو حنيفة : لا ينعقد ، وقد سبق في باب الربا عن الماوردي البطلان ، وذكر الرافعي في كتاب النكاح فيما إذا قال : بعتك فرسى هذا ، وهو بغل ، أن الظاهر الصحة ، وهو يخالف ما قدمناه في باب الربا وكذلك قال عن الروياني في البحر أنه لو قال : زوجتك هذا الغلام وأشار الى ابنته صح النكاح . ولو باعه عبدا على أنه تركى فاذا هو من جنس آخر فهو من اختلاف الوصف ، فالبيع صحيح ، قاله الامام في باب بيع الغرر .

اذا عرف ذلك (فان قلنا) في اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام . وان قلنا : العقد صحيح ، وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ ، كما نبه المصنف بالمثاليين عليه . ولو قيل : انه

إذا خرج أجود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرة لم يبعد ،
لأن القول هذا على الأجناس والصفات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده ، لأنه دخل في العقد على أن تسلم له العشرة ، ولم تسلم له فثبت له الخيار ، كما لو وجد بالمبيع عيبا . وان وجده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان (أحدهما) أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشتري على قبوله ، كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة . (والثاني) أن البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة ، ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والمساحة من الأرض ، لأنه لم يرض بالشركة والتبعض ، فوجب أن يبطل العقد ، فان اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة ، فهو بالخيار بين أن يفسخ لأنه لم يسلم له ما شرط ، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن ، لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة ، وبخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لانا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لتسقطها من الثمن ، وان وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة ، لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير أضرار) .

(الشرح) الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة وقال سيبويه : الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع ، فوجده تسعة ، وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا .

(أما الأحكام) فاعلم أنه تقدم الكلام في خلف الشرط في الصفة والجنس ، والكلام الآن في المقدار . وذكر المصنف فيه قسمين (أحدهما) ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة (والثاني)

ما يكون بالأجزاء وقسم كلا من التسمين الى ما يحصل الخلف فيه بالنقصان ، والى ما يحصل بالزيادة فهي أربع مسائل ، وطريقة العراقيين في ذلك تحتاج الى تأويل وفكر . وأنا ان شاء الله تعالى أذكر طريقهم وطريق غيرهم في ذلك ثم أبين وجه الاشكال ثم أردفه بما يبسه الله تعالى .

(الطريقة الأولى) التي ذكرها المصنف وجمهور العراقيين ، منهم القاضي أبو الطيب القطع بالصحة في حالة النقصان في المتقوم والمثلى مع ثبوت الخيار للمشتري ، والقطع بالصحة في حالة الزيادة في المثلى في القدر المشروط خاصة بلا خيار ، والتردد في الزيادة في حالة المتقوم ، هل يصح ويكون للمبايع الخيار ، وهو الأصح أو يبطل ؟ وهذه الطريقة هي التي أوردها القاضي حسين في آخر باب الشرط الذي يفسد البيع ، وفرضها في الثوب خاصة ، وصحها الشافعي ، وعلى هذه الطريقة الصحة في القدر المشروط من المثلى بحصته من الثمن قولاً واحداً . وأما المتقوم فجمهورهم على أنه اذا أجاز يجيز بجميع الثمن . واختلف كلام القاضي أبي الطيب ، ففي التعليق وافق ذلك : وفي المجرى قال : يجب بالقسط . قال ابن الصباغ : والأول أصح .

(الطريقة الثانية) ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها الا في الثوب خاصة قال : لو قال : بعثك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشتري في أن يمسك بكل الثمن أو يرد . ولو خرج احدى عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للمبايع . ومن أصحابنا من خرج ههنا قولاً آخر أن البيع يبطل ، وهذا اذا قال له بعثك هذا الثوب وهو عشر أذرع ، وأما اذا قال بعثك على أنه عشر أذرع فخرج تسعا أو احدى عشرة ، ففي صحة البيع قولان ، كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيباً . هكذا رأيت في تعليقه التي عندي بخط مسلم الدارني تلميذه ، مع أن الذي في التجريد للمحاملي يوافق ما ذكره المصنف والجمهور ، والتجريد مأخوذ من تعليقه البندنيجي عنه .

(الطريقة الثالثة) طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضي حسين على ما ذكرته في باب الربا ، والشيخ أبو محمد والامام والغزالي

والرافعي اطلاق الخلاف في حالتي النقصان والزيادة في المتقوم والمثلي ، وفرضها الامام في الأرض والقاضي حسين في الصبرة والغزالي في الصبرة أيضا ، والرافعي في الأرض ، ثم قال : ويقال بهذه المسألة ما اذا باع الثوب عن أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة ، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة • ومنهم من يحكى الخلاف في ذلك وجهين ، وأكثرهم يحكيه قولين •

(وأظهرهما) عندهم الصحة تغليبا للإشارة وتنزيلا لخلاف الشرط في المقدار منزلة خلفه في الصفات ، وبهذا قال أبو حنيفة (والثاني) أن البيع باطل لأن قضية قوله بعثك هذه الأرض أن لا يكون غيرها مبيعا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة في البيع ، فوقع التضاد وتعذر التصحيح ، فعلى طريقة هؤلاء (ان قلنا) بالبطلان فذاك (وان قلنا) بالصحة ففي حالة النقصان أن يكون الخيار للمشتري ، واذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط ؟ فيه قولان (أظهرهما) هنا الأول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة • وفي حالة الزيادة اختلف هؤلاء في الصبرة ، هل تكون الزيادة للبائع أو للمشتري ؟ على وجهين حكاهما صاحب التتمة وغيره واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الأرض وبينها ، لكن في كون الزيادة للبائع في مسألة الأرض والثوب اشكال لابهام المبيع ، وسيأتي في كلام الماوردي ما يدفع هذا الاشكال وينبغي أن يحمل على الاتساع لكنه مشكل من جهة أخرى ، فاذا قلنا : الزيادة للبائع في مسألة الصبرة أو في الجميع ان أمكن القول به ، فهل للمشتري خيار ؟ وجهان •

(أحدهما) نعم لأنه لم يسلم له المشار اليه (والثاني) لا ، لأنه شرط عشرة وقد سلمت له ، وهذا موافق لما قاله المصنف في الصبرة •

(وان قلنا) الزيادة للمشتري فلا خيار له ، ولم يذكر الرافعي غير هذا • وهل يثبت الخيار للبائع ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم • وهذا هو القول الأول الذي ذكره المصنف في الثوب والأرض في حالة الزيادة ، وهو الذي صححه فيها ابن أبي عصرون وغيره ، فاذا أجازا

كانت كلها للمشتري • ويطلبه للزيادة بشيء (والثاني) واختاره صاحب التهذيب أنه لا خيار للبائع ، ويصح البيع في الجميع بجميع الثمن ، وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لا خيار له فإذا قلنا بالصحيح فقال المشتري : لا نفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة • فقد حكى صاحب التقريب في ذلك قولين ، وحكماهما غيره وجهين (أظهرهما) أنه لا يسقط • ورجح ابن سريج السقوط في جوابات الجامع الصغير لمحمد (1) ولو قال : لا تفسخ حتى أزيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك • ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف • هذا تهذيب الطرق المنقولة • وأما بيان الأشكال والترجيح بين الطرق فنتوقف على مقدمات •

(أحدها) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام رحمه الله في باب النهي عن بيع الغرر (أحدها) خلف شرط جنس المبيع • والصحيح البطلان (والثاني) خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة • ولا تفريع على القول القريب الذي حكاه الحنطى (والثالث) خلف شرط الصفة في النكاح ، وفيه قولان (أظهرهما) الصحة (والرابع) تفريق الصفة من جهة الحاق القدر بالجزء على ما سألناه •

(الثانية) أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا ، فإن الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطراً عليه وتزول ، فإذا أخلف فالصحيح البطلان لفوات مورد العقد ، وليس ذلك نظرا الى العبارة فقط ، بل لمجموع الاشارة والعبارة ودلالتهما على ما ليس بموجود ، والتعليل الآخر ينظر الى الاشارة وحدها ، ويلغى العبارة وهو بعيد وأما الوصف في المبيع فليس في هذه الرتبة وان كان مقصودا ، ولكنه قد يطرح ويعتقر ومورد العقد هو الجنس المعين فلذلك عند فوات الوصف لم يبطل المبيع • وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء ، لأن المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف في النكاح من

(1) يعنى محمد بن أحمد الدارمى . (المطيعي) .

جهة أن الغرض الأعظم في المنكحة الأوصاف (الثالثة) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط الغرض في المقدار عن الجنس . وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك ، ثم أن أحقنا المقدار بالوصف في البيع اقتضى الصحة في جميع الصور ، وأنه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار . كما قاله صاحب التهذيب .

وإن أحقناه بالوصف في النكاح وجب أن يجري الخلاف في حالة النقصان في المتقوم والمثلي ، وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار ، والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان ، وقطعوا في زيادة المثلي بالصحة ، وأن الزيادة للبائع ، وترددوا في زيادة المتقوم ، وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين في قول بعضهم : أن الزيادة للبائع ، وقول بعضهم : أنها للمشتري وللبائع الخيار كما قاله الرافعي فإن الوصف ليس هكذا ، بل إذا خرج زائداً كان للمشتري قطعاً بغير خيار ، فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه إلا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان : انه اذا أجاز في المثلي يجيز بكل الثمن ، وما أظنه يقول به .

وإن أحقنا المقدار بالجزء ففي حال النقصان قد اقتضى الشرط ادخال شيء مع الموجود في البيع ، فكأنه باع موجوداً ومعدوماً فبخرج على تفريق الصفقة ، وينبغي على هذا البطلان على الأصح في تفريق الصفقة أنه اذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل ، فإن المعدوم لا يعرف قيمته ، وفي حال الزيادة والاشارة شاملة للجميع ، والعبارة في الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة وينبغي على هذا أنه في المثلي يصح على الأصح ، وفي المتقوم يبطل الإبهام فإنه غير مميز ولا يمكن تقويمه ، وهذا أيضاً وارد على العراقيين - أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة في الصور الثلاث . وتصحيحهم الصحة في الصورة الثانية - وأما الخراسانيون فلأنهم يصحون الصحة في الجميع ، مع إجراء الخلاف .

وقال الامام بعد ذكره الأصول المذكورة : ان خلف المقدار في البيع أولى بالخلاف من خلف الصفات في النكاح (قال) والبيع أقبل للفساد

بالشرط ، ثم قال الامام : فالذي يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا في الصحة والفساد على التفريق في الصفة ، وهذه المسألة أولى بالصحة ، وان رتبناها على خلف الصفات في النكاح فمسألتنا أولى بالفساد ، قال : والذي به الفتوى صحة البيع ، هذا كلام الامام ، وأما كلام الغزالي فإنه اختار في حال الزيادة التخيير على تفريق الصفة ، وفي حالة النقصان التخيير على الاشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح في القدر الزائد قطعا ، ويصح في الباقي على الأصح وهذا سيأتي له في الدبرة ، وهي التي تكلم فيها .

أما المتقوم فلا يأتي على هذا التخيير الآن فساده كما تقدم - وأما تخريجه في حالة النقصان على الاشارة والعبارة ، فالاشارة والعبارة مختلفة ، ففي الجنس اذا قال : بعتك هذه الثبابة . وكانت بقرة الأصح البطلان ، والفتيا هنا على خلافه وفي النكاح اذا قال : زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة ، الأصح الصحة ، لكن مقتضاه أن يصح في جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح ، وقد استشكل الامام قول العراقيين وقال : ذكر العراقيون هذه المسألة ، وحكموا بأن المساحة اذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولاً واحداً ، وان زادت ففي صحة البيع قولان ، ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة ، وطرد صاحب التقريب ، وسيجيء القولان في الصورتين .

(قلت) وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين ، وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبي حامد بأحد القولين في الصورتين في الصيغة المرححة بالشرط ، فهذا تلخيص الاشكال في هذه المسألة ، وتلخيصه في ثلاثة اشكالات .

(أحدها) على المشهور عن العراقيين في فرقهم بين النقصان والزيادة ، وهو سؤال الامام ، وفي فرقهم في الزيادة بين المتقوم والمثل .

(الثاني) على الشيخ أبي حامد في فرقه بين أن يقول : انها عشرة أذرع ، فيجري القولان ، وبين أن يقول : وهي عشرة أذرع ، فيفرق

بين النقصان والزيادة ، وان كانت هذه الصيغة شرطا فينبغي الخلاف فيها ، أو لا فلا ينبغي الخلاف فيها .

(الثالث) عليهم وعلى الامام والخراسانيين أو زيادة الصبرة ، تكون عند بعضهم للبائع ، وقول الرافعي وبعضهم انها للمشتري ، وللبائع الخيار ، وعلى الامام أعظم حيث اختار التخريج على تفريق الصفقة ، ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة مطلقا ، وقد عرفت أن التخريج في بعض الصور يقتضى خلاف ذلك ، وصاحب التهذيب سالم من هذه الاشكالات ، لكن قوله مخالف للاكثرين .

إذا عرفت هذا فنقول : ان الشافعي رحمه الله نص في البويطي على ما نقله القاضي أبو الطيب وغيره من الأصحاب : على أنه اذا اشترى صبرة على أنها مائة كد قلم يصب الا خمسين ، فهو مخير ان شاء أخذها بحصتها ، وان شاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان ، ويقتضى الصحة اما قطعا - كما قال العراقيون - واما أنه الراجح ، ويقتضى أيضا رد القول بأنه يخير بكل الثمن في المثلى ، كما يقتضيه اطلاق الرافعي ومن تقدمه من الخراسانيين ، فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة ، والقول بالنظر الى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط في الجنس ، ومن جهة قوله : انه يجيز بالحصة يقتضى عدم الحاقها باشتراط الوصف من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما اذا اشترى شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك .

فانه اذا أجاز لا يسقط من الثمن شيء ، وكان ذلك لما قدمته من ارتفاع الغرض في القدر عن الوصف ، وانحطاطه عن الجنس ، فجعل له حكم بحصته وألحق في الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها ، فلم تكن كاخلاف الجنس وأثبتنا الخيار للمشتري لفوات غرض مقصود ، وألحق في الاجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه ، ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقد ، وانما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشاهدة لا الصبرة وشيء آخر ، فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والاجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص .

وقال أبو الطيب : أنه لا يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالاصح بذلك الصحح ، كما صرحوا به ، واجازة بالقسط حارها بما يفهمه اطلاق الرافعي - هذا في حالة النقص اذا كان المبيع ميبيا ، فان كان متقوما فالصحح بالصحة باق لهذا المعنى ، والصحيح باء جازة بالقسط متعذر ، لانه لا يمكن قسمه الثمن على اجزائها كما قال المصنف ، فخيرنا المشتري بين الاجازة بالجميع والفسح واما في حالة الزيادة فيجب المحافظة على هدين المعنيين ، وهما اللاحق بالوصف من وجه ، وباجزاء من وجه فمن جهة الحاق المقدار بالجزء يقتضى ان ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشتري كأوصاف السلامة اذا تيرط عدمها ، وكانت موجودة ، بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع لانه مستقل ، يمكن ايراد العقد عليه فان امكن ذلك كما في المثلى ابقيت الزائد للبائع ، وقلنا الحاقه بالجزء لتعلق عرض البائع به كما يتعلق عرض المشتري به في حالة النقصان ، ويكون المقدار المشروط من المثلى للمشتري لتطابق الاشارة والعبارة عليه ، ولا يسقط من الثمن شيء لانه لم يقف عليه شيء مقصود وخروج بعض الصبره المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذى تعلق العرض به لا يزيد ، ولا يثبت خيارا ، لانه لم يفت عرض مقصود عن المشتري ، ولا محذور في ذلك ، فان المشتري يكون شريكا للبائع في الصبره ويتقاسمانها بغير حذر .

وأما في المتقوم فالقول بالتصحیح يؤدي الى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد ، ومشاعا ويؤدي الى ضرر القسمة ، فترددنا بعد ذلك ، فمن قائل يقول : انا في هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعنى ، وهذا هو القول المخرج ، وهو ظاهر بهذا التقرير ، ولا يلزم طرده في بقية الصور ، ومن قائل يقول : ان هذا المحذور يندفع اذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع ، لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان ، أما على القول بالصحة وهو المنسوب الى النص فهل انه صح في الجميع بالثمن وللبيع الخيار ؟ أو صح في المقدار المشروط ؟ واذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم ان قلنا بالأول فلم لا قيل بذلك في الصبره اذا خرجت زائدة ؟ .

وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد

ثم يستل الزيادة ويحسن أن يكون العقد شملها ، ويجوز مرادهم أنه
 يريد البائع بتسليمها لكن العبارة في نودى ضد المبنى ، وإن هنا
 يسأل من ما سأل في الصبرة ، ولن في السوب والأرض مشكل ،
 لأن العقد يكون قد ورد على مبيع مجهول ، هيون باطلا من أصله
 وقد يجبر من براءه الباع بتسليم الجميع ، عسريق الحاصل عن
 هذا الإنحال بما يتل عن مساوردي أنه على قول الصنف يصح في
 جرة سادح ، لكن ذلك فيما إذا دخل الثمن مقصدا لا مجملا ، أما إذا
 شرط بغيره يسأل ، وإنما على أن يكون بائظلان عند زيادة المقوم سهل
 معنى ضد أن العقد بطل من أصله لا أو أنه يتفسخ عند الشاخص لتعذر
 احصائه .

إن قلنا بالأول وهو الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب شعلة
 الحنف لا تقتضي ذلك ، لأنه على باقه لا يمكن أجزار البائع ، ولا أجزار
 المشتري ، ومقتضى ذلك أنهما إذا تراضيا صح وأقر العقد ، كما
 قال شو وأشر الأصحاب في بيع الصبرة بالصبره ديلا بخيل إذا خرجتا
 متفاضلتين ، وليسا من جنس واحد ، فيصطل أن ينزل القول بالبطلان
 على هذا المعنى ، وحينئذ لا يلزم طرده في شيء من الصور الثلاث وينزل
 قول الصنف على أنه يصح في الجميع ثم يسترجع البائع في المتلى ،
 إن شاء الزيادة بغير تقسيط ، وفي المقوم لا يمكن استرجاع الزيادة
 وحدها فيفسخ ، عند ما ظهر لى في ذلك ، وإظنه صوابا وإن كان الأسبق
 إلى الفهم من كلام الأصحاب خلافه .

(فائدة) قد نبهت بما تقدم على السبب الذي اقتضى الإجازة ههنا
 في المقوم بجميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفقة ،
 وعلى أنه في المتلى يجيز بالقسط من غير خيار ، بخلاف ما يقتضيه
 كلام الراعى من أنه يجيز بالكل ، ونص الشافعى في المتلى بخلافه .

(فائدة أخرى) صورة هذه المسائل ليست على إطلاقها ، بل هي
 على ثلاثة أحوال ، (أحدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل ،
 كقوله : بعنك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع ، فالحكم
 على ما تقدم .

(الثانية) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله : بعثك هذه الأرض على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد ذكرها صاحب التتمة على ما تقدم ومنه بالأرض والتوب والعصيع • وقال الماوردي في الأرض والتوب : ان خرجت تسعة ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والأجازة بحسابه من الثمن • وهو في ذلك موافق لما تقدم عن القاضي أبي النطيب في المجرّد ، والصحيح خلافه ، وأنه يجيز بثل الثمن • قال الماوردي : وان خرجت أحد عشر فقولان (أحدهما) يبطل العقد (والثاني) يصح في عشرة ، ويكون البائع تريكا بالباقى على الأشاعة ، ويثبت للمشتري الخيار ، والماوردي في هذا أيضا موافق لأحد الوجهين أن الزيادة تكون للبائع ، وفيه ما تبين أن القائل بذلك يقول بالشركة في الثوب والأرض ، فيندفع عنه اشكال الأبهام ، وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذراعانها ، لكن هذا ظاهر فيما اذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملته ، أما اذا ذكر جملته ولم يذكر تفصيله فينبغي على قول الماوردي أنه يجيز بالقسط ، والذي ذكره المصنف والأصحاب يقتضى أنه يجيز بالكل •

(الحالة الثالثة) أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسما على الأذرع كقوله بعثك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد تقدم نظير ذلك في كلام المصنف في باب الربا فيما اذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل ، وخرجنا متفاضلتين وتقدم هناك طريقتان (أحدهما) عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه اذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول ، وان رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد ، وان تشاحا فسخ ، وقياس ذلك أن نقول هنا : اذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معيناً أم في الذمة أن يأتى التفصيل المذكور هنا ، اما أن يتشاحا أم لا ، ووجه ترتيب الحكم بين •

(والطريق الثانى) عن صاحب التهذيب حكاية قولين (أحدهما) البطلان وقياسها أن تأتى هنا أيضا ، فعلمنا أن فرض المسائل فيما اذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله ، وكلام المصنف ظاهر في أنه انما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط ، ألا ترى الى قوله بجميع الثمن ؟ والثمن الفصل لا يعرف جميعه •

(فائدة أخرى) فرض هذه المسائل في شيء واحد مكتوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها ، كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردي : البيع جازز للمشتري أن يأخذها بالقسط من الثمن . قال : ولو زادت ثوبا فالبيع في جميعها باطل قولاً واحداً ، بخلاف الأرض والثوب إذا بيعا مزارعة ، لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعاً في جميعها ومساوياً لباقيها ، وما زاد في الثوب الواحد والأرض فمقارب لباقيه ، ويمكن أن يكون مشاعاً في جميعه .

(قلت) وقوله في النقض أن يأخذ بالقسط ، موافق لما تقدم عنه في الثوب الواحد ، والأصح هناك خلافه ، وقوله في حالة الزيادة : يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح في الثوب الواحد أن جعلناه على سبيل الإشاعة كما قال الماوردي فبنسبتها قاله هنا ، وأن جعلنا الصحة في الجميع فلا ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضي حسين قبل باب بيع جبل الحبله صورها في الصبرة ونسب الصحة الى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب ، وقال أبو حنيفة : في الصبرة يجيز العقد في ذلك القدر بحصته من الثمن ، وفي الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن ، وفرق بأن الذرع صفة في الثوب كالطول والقصر ، وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها ، ولهذا أوجب الشرع التساوي في المقدار في بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات ، وأجاب الأصحاب بأن الذرع طريق للتقدير في العادة ، كالكيل والوزن ، فلا فرق بينهما .

(فائدة أخرى) النص المنقول عن البويطي رأيت مثله في الأم في آخر باب الثنيا عقب الكلام الذي سأحكيه عنه ، في بيع العبد الجاني إذا قتل في يد المشتري قال الشافعي : لأن العيوب في الأبدان مخالفة بعض العدد — ولو كان المشتري كيلاً معيناً كان هكذا ، وإذا كان ناقصاً في الكل أخذ بحصته من الثمن إن شاء صاحبه وإن شاء فسخ فيه البيع انتهى — وهذا فيه زيادة فائدة ، وهو نصه على الفرق بين الوصف

والمقدار كما قلته أولا ، لقوله : أن العيوب في الأبدان مخالفة نقص
العدد .

(فائدة أخرى) أكثر الأصحاب انما صوروا ذلك في الأرض
والثوب ، وصورها الزبيرى في المتقصب في الدار فاستفيد منه أن حكم
الدار حكم الأرض وقطع بالبطلان في حالة الزيادة كما هو الوجه الثانى
في الكتاب .

(فرع) مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادى : إذا اشترى
أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما إذا علم
المشترى ذلك فالبيع باطل وان لم يعلم فهو بالخيار (قلت -) وكذلك
قاله ابن القطان في المطارحات ، وفي البطلان إذا علم نظره وينبغى
أن يكون هذا الشرط لا أثر له ، ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط أن
لا يلزم بأكثر من ذلك ، وحينئذ يتجه البطلان ، والله تعالى أعلم .

(فرع) المشهور في المذهب أنه إذا باع جارية وشرط حملها
بطل البيع وقيل : يصح في الأدميات ، لأنه عيب ، ولهذا ألغى ، قال
المرعشى في ترتيب الأقسام : يصح من البائع ولا يصح من المشتري .

(قلت) فإذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول : ليس للمشتري
الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أو له الرد ، لأن الحمل
يقاربه قسط من الثمن فيه نظره واحتمال ، وهذا الذى قاله المرعشى
هنا يوافق التفصيل في شرط ترك الوطء في النكاح ، وذلك أن الشارط
هو الذى له غرض في اثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض
الحمل ، وانما الغرض للبائع في براءته من العهدة بسببه ، وعلى هذا
الا اسعاف الشارط ، وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح ،
وان كان الرافعى استشكله هناك ، فالمشترى هنا ليس له غرض في
يقوى أنه إذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم . أما إذا كان الشارط هو
المشترى فينظر أن له الرد ، لأن الحمل - وان قلنا : انه عيب - إلا أنه
زيادة من وجه كما صرحوا به في الصداق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع عبدا جانيا ففيه قولان) أحدهما (ان البيع صحيح ، وهو اختيار الزنى ، لأنه ان كانت الجناية عمدا فهو عبد تطلق برقبته قتل فصيح بيعة كالعبد المرتد ، أو يخشى هلاكه وترجى سلامته ، فجاز بيعه كالمريض ، وان كان خطأ فلأنه عبد تطلق برقبته حق بغير اختياره ، فلا يمنع من بيعه (والقول الثانى) ان البيع باطل لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمى فلا يصح بيعه كالمرهون) .

(الشرح) ذكر المصنف بيع العبد الجانى فى التبييه فى باب ما يجوز بيعه وذكره فى المذهب فى هذا الموضع ، وكذلك المزنى والأصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذى عليه ، فانه مقصود فى هذا الباب ، والقولان منصوصان . قال الشافعى فى مختصر المزنى : ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان (أحدهما) أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرث جنايته (والثانى) البيع مفسوخ من قبل أن الجناية فى عنقه كالرهن فيرد البيع ويبيع ، فيعطى رب الجناية جنايته ، وبهذا أقول ، الا أن يتطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد ان كانت جنايته أكثر ، كما يكون هذا فى الرهن قال المزنى : كما يكون العتق جائزا تجوز منه للعتق وقد سوى فى الرهن بين ابطال البيع والعتق ، فاذا جاز العتق فى الجناية فالبيع جائز مثله انتهى — والقول بالجواز مذهب أبى حنيفة وأحمد ، واختيار المزنى ، ورجحه الغزالى ، والقول بالبطلان اختيار الشافعى كما نص عليه فى الأم ، هذا كلامه لقوله : وبهذا أقول : وكذلك صححه الجمهور ، واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من الحاقه اما بالمرتد واما بالمريض ، وكلاهما يصح بيعه ، هذا ان كانت الجناية عمدا ، وان كان خطأ فتعلق العتق برقبته بغير اذن السيد ، وبهذا فارق المرهون . واحتج المزنى بالعتق وأن الشافعى جوزه أى فى العبد الجانى ، فليجز البيع وبأن الشافعى سوى بينهما فى البطلان فى الرهن فليسو بينهما هنا فى الصحة .

واحتج أبو حنيفة بأن الأرش فى رقبته غير مستقر ، لأن للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضا ، واحتجوا بالبطلان بالقياس على

الرهن كما ذكره المصنف بأن الجناية أكد من الرهن ، لأن العبد المرهون اذا جنى بيع في الجناية وبطل الرهن ، فاذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجنائية أولى ، وأجاب الأصحاب عن الزام المزني للشافعي بأن البيع فيه قولان (فان قلنا) البيع جائز فالعتق أولى (وان قلنا) البيع لا يجوز ففي العتق الأقوال الثلاثة التي في المرهون ، فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه •

(قلت) وهذا الجواب فيه نظر ، فان المزني ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسه حتى يرد عليه بالخلاف فيه ، بل لما قاس الشافعي عليه استدل من كلام الشافعي على أنه يجوزه ، فألزمه بتجويز البيع ، والطريق في الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعي يقتضى أن يكون قائل القول الاول يرى العتق جائزا فغشبه به البيع ، اما بطريق التشبيه ، واما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعي قد قال : ان القول الثانى قوله ، وسكت عن العتق ، فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به ، ولعل هذا مراد الأصحاب بجوابه •

وأما قول المزني : ان الشافعي سوى بين البيع والعتق في الرهن في الابطال فليسو بينهما هنا يعنى وقد قال بصحة العتق فليقل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الأصحاب بجوابين (أحدهما) أن الشافعي لم ييسو بينهما في الرهن ، بل خالف بينهما لأن البيع في المرهون يبطل قولاً واحداً ، وفي عتقه ثلاثة أقوال هكذا ، بحيث يختلف هذا الجواب •

(الثانى) أن هذا الاستدلال بالعكس ، ولا يلزم الجواب عنه ، هكذا قال الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر ، لأن قياس العكس على هذه الصورة صحيح لأنه لو لم يصح بيع الجاني لما صح عتقه كالرهن ، فاننا نقيس الجاني على المرهون في التسوية بينهما ، ثم التسوية بينهما اما في المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن في الجواز وأجاب هذا أننا نمنع أنه لم يقل به لما تقدم أنه ليس في كلام الشافعي تصريح على القول الثانى بجواز العتق قال الأصحاب : ولا يلزم من جواز العتق

جواز البيع • لأن الآبق والمصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز
عتقهم ، ولا يجوز بيعهم • قال الماوردي : ان قياس العكس قال به
أكثر الفقهاء ، وان خالفهم أكثر المتكلمين ، وهو اثبات بعض حكم الأصل
في الفرع باعتباره علة •

(قلت) ومن المسائعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد
الاسفرايني كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجي في الأصول ، فلذلك منع
هنا على طريقته ، وفرق القاضي حسين بينه وبين المرتد ، بأن المرتد
مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى ، فلم يزل
بها ملك المالك عنه ، ولا تدفع المزاومة فيما يحدث بالشراء ، وهو الملك
لكونه مملوكا لملكه ، يعنى والمستحق في الجنائية وقعت فيه مزاومة
وحق المجنى عليه ، وهذا المعنى فارق بينه وبين المريض أيضا ، وفي
كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعي : وبهذا أقول ،
وجعل القول بالجواز مخرجا ومسندا لتخريج الزام المزني لما فهم
عن الشافعي القطع بالبطلان ، وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا
خرج قولنا ثالثا أن انعقد موقوف ، فان قدر نفذ ، وان لم يقدر بطل
كالمفلس اذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد
لهذا ، وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس
بشيء والاشتباه من قول الشافعي : يرد البيع الى قوله : الا أن يتطوع
السيد ، وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد • وقوله « يتطوع السيد »
يعنى بدفع الأرش أو القيمة ، فلا يباع العبد ، وليس معناه أنه الا
أن يتطوع فيصح البيع ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي حسين
حكى ما نقله صاحب التتمة قولنا مطلقا من غير نسبة الى تخريج قال فاذا
بيع وقلنا موقوف ، فان أدى الأرش صح بيعه ولزم ، والا بيع ان
استغرقه الأرش ، وان لم يستغرقه بيع بقدر الأرش وثبت الخيار
للمشتري في الباقي ، فان أجاز فبحمته من الثمن ، وقد نقل ابن داود
قول المصنف هذا ، وبين أنه في جناية الخطأ يسير الى أنه لا يجرى
فيه جناية العمد ، قال : ومنهم من أنكروه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفي موضع القولين ثلاث طرق (أحدهما) أن القولين في العمد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال ، ولأنه يستقط الى مال بالعمد فكان كالمال ، (والثاني) أن القولين في جنابة لا توجب القصاص . فاما فيما يوجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً ، لأنه كالمرتد ، والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فاما فيما يوجب المال فلا يجوز قولاً واحداً لأنه كالرهون) .

(الشرح) الطرق الثلاث حكاها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ، وقال الشيخ أبو حامد : ان الطريق الثاني هو مذهب الشافعي لأنه قال فيها قولان (أحدهما) البيع جائز ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش الجنابة . وألزم السيد المال ، ولو كان ذلك في الجنابة الموجبة للقصاص لقال : والولى بالخيار ، ثم قال : والقول الثاني ان البيع مفسوخ وبياع ويعطى رب الجنابة جنابته الا أن يتطوع السيد بدفع الجنابة ، وكل ذلك يكون في الجنابة الموجبة للمال .

(قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة ، وأما الطريقة الأولى فلا يبقى في كلام الشافعي دلالة عليها ، لأنه لم يتعرض للعمد . يبقى ولا اثبات ، فاجراء الخلاف فيه انما يكون بالتحريج ان صح القياس أو بنقل آخر ، أما هذا فلا ، ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هي الصحيحة ، وان الخلاف مقصور على حالة ايجابها المال فقط وممن صححه الرافعي ، وقال ابن أبي عصرون : ان الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم . والطريقة الأولى في الرافعي ما يقتضى نسبتها لابن خيران . ومن القائلين بها من بنى القولين في العمد على أنه موجب ماذا ؟ ان قلنا : القود المحض صح بيعه كالمرتد وان قلنا أحد الأمرين فهو كبيع المرهون . وكلام الروياني يدل على اختيارها ، فانه قال : ان الأصح بطلان البيع عمداً أو خطأً .

ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبي هريرة ، ومن الأصحاب من قال : ولو جعلنا موجب العمد أحد الأمرين فحكمه هنا كما اذا جعلنا

موجبه القصاص لا غير لأننا على هذا القول لا نثبتها بشاهد ويمين ،
وشاهد وامرأتين . حكاه القاضى حسين مطلقا ، وعزاه ابن داود لصاحب
التقريب . وأنه قال بجواز البيع فى الجانى عمدا على القولين ، وهذا
فى الحقيقة اختيار للطريقة الثانية .

وهذا كله حيث لا عفو ، فان عفا عن القصاص على مال ثم عرض
البيع كان حكمه كالخطأ يجرى فيه طريقان خاصة ، اما جريان القولين ،
واما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذى لا قصاص فيه فى ذلك
حكم الخطأ . وكذلك اذا أتلف العبد مالا .

واعلم أنه قد تقدم ما يقتضى الفرق بين الجانى والمرتد من كلام
القاضى حسين ، والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الزاهن حجر
على نفسه ، والفرقان يقتضيان وجهين (الطريقة الأولى) الا أن يلغى
الفرق بينه وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر . قال الشيخ
أبو حامد : كل حق تعلق بعين مال لانسان باختياره يمنع البيع قولاً واحداً
كالرهن ، وكل حق تعلق بعين مال لانسان من غير اختياره فهل يمنع
البيع أم لا ؟ على قولين كما ذكرنا هنا . وكما قلنا فى المال اذا وجبت
فيه الزكاة فباع رب المال قبل اخراج الزكاة بعد وجوب الحق ليه من
غير اختياره ، كان على قولين (١) .

يعنى اذا قلنا : انها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جنابة بعينه ،
محل هذا الخلاف والطرق اذا كانت الجنابة متعلقة برقبته كما تقدم ،
وباعه قبل الفداء وهو موسر . فلو كانت موجبة المال فى ذمته لم
يمنع بعه بحال ، وان تعلق برقبته وباعه وهو معسر بطل . ومنهم من
طرد الخلاف فيه ، وحكم بأن الخيار للمجنى عليه ان صححنا ، وان
باعه وهو موسر فان كان بعد الفداء صح ، وان كان قبله وقبل اختياره
فهو محل الخلاف ، وان كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فاطلاق
صاحب التهذيب يقتضى الصحة ، واطلاق الماوردى يقتضى طرد
الخلاف ، وهو الأقيس ، لأن اختيار الفداء ليس بالتزام ، فله الرجوع
عنه ولا يلزمه به شىء ، بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح

(١) بياض بالاصول .

الوجهين في الوسيط في آخر العاقلة قبيل القسم الرابع في دية الجنين ، بل لو قلنا باللزوم فغاية ذلك أنه ضمان ، فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتى يصح بيعها ، ولو باع العبد الجاني باذن ولي المجنى عليه فلا اشكال في الصحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا قلنا : ان البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد المشتري ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو علي ابن أبي هريرة : ان علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرش ، وان لم يعلم رجوع بأرش العيب ، لان تعلق القتل برقبته كالعيب لانه ترجى سلامته ويخشى هلاكه ، فهو كالمرضى ، واذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرش وان لم يعلم رجوع . فكذاك هنا ، فطلى هذا اذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان ، وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن . وقال أبو اسحاق : وحدود (١) القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص ، فاذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع ، علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم ، لانه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فاشبه ما اذا استحق ، ويخالف المريض ، فانه لم يميت بالمرض الذي كان في يد البائع ، وانما مات بزيادة مرض حدث في يد المشتري ، فلم يرجع بجميع الثمن) .

(الشرح) بدأ المصنف بالتفريع الذي هو المقصود ، فوضع المسألة في هذا الباب . واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك ، فان التفريع على البطلان لا تعلق له يختص بهذا الباب ، وقد قال الأصحاب : اذا ان أبطلنا بيع العبد الجاني رده واسترجع الثمن ، وتبقى الحكومة بين السيد والمجنى عليه ، فان كانت الجناية توجب القصاص واقتصر الولي فذاك ، وان عفا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على خيرته ان شاء فداه من ماله ، فان سلمه فان بيع بقدر الجناية فذاك ، وان بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره ، وان بيع بأكثر فالفاضل يدفع الى السيد البائع ، واذا أفدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد .

(١) في بعض النسخ : « وجود » بطل « وحدود » .

(والثاني) يتعين الأرش وان كثر ، الا أن يسلم العبد لبيع فانه قد يرغب فيه راغب بأكثر ، وان قلنا بصحة البيع ، فان كانت الجناية توجب المال فظاهر مذهب الشافعي أن السيد ملتزم للفداء ببيعه ، مع العلم بجنائته ، فيجبر على تسليم الفداء كما لو أعتقه أو قتله ، وقيل هو على خيرته ان غدى أمضى البيع والا فسخ قال هذا القائل : وهذا لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه ثم قبل أن يخرج أرش الجناية رجع عن ذلك كان له . هكذا قال الشيخ أبو حامد . ويقتضيه كلام أبي الطيب في النقل عن صاحب هذا الوجه ، وشبهه أبو الطيب بما اذا قال الراهن أنا أقضى الدين من غير الرهن أو من قيمة الرهن لا يجب عليه الوفاء بذلك ، وهذا النقل نستفيد منه أن عند اختيار الفداء لا يلزم ، وهو كذلك على الأصح ، وبه يضعف ما اقتضاه اطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع عند اختيار الفداء . ولا يضعف به جعل البيع التراما للفداء ، لأن المأخذ في ذلك الحيلولة كالعق والقتل ، فلا يلزم من كون صريح الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزما ، فان قلنا بالأول فطريقان (أحدهما) يفديه ههنا بأقل الأمرين قولاً واحداً ، هكذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب ، وعزاها ابن داود الى النص (والثانية) ذكرها ابن داود وابن أبي هريرة ، ويقتضيه كلام الماوردي جريان القولين فيه ، ووجه الطريقة الأولى أنه لا يقدر على تسليمه للبيع ، ولذلك اذا قبله يفديه بأقل الأمرين خاصة . ومنهم من أجرى فيه الخلاف ، فان تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لاغلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع في الجناية لأن حق المجنى عليه سبق حق المشتري .

وان قلنا بالثاني وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء . وهو قول أبي اسحاق المروزي فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع . وفي الفداء ههنا القولان لأنه قادر على تسليمه . وان كانت الجناية موجبة خيار القصاص ، فان عفا الولي فالحكم على ما تقدم ، وان طلب القصاص قتله ونظر ، فان كان قبل القبض انفسخ البيع ، وان كان بعده ، وهي مسألة الكتاب ، والمقصود في هذا الباب وهو تفريع على الصحيح أن الجناية الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع ، فاذا قتل في يد المشتري بالجناية السابقة ، فأحد الوجهين أن ذلك بمنزلة الميب ، فان كان قد علم

به قبل الشراء أو بعده ، ولم يشخ حتى قتل فلا شيء له • وان لم يعلم رجوع بأرث العيب وهو ما بين قيمته جانبا وغير جان منسوبا من الثمن ، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشتري ، وهذا نسبه الجمهور الى ابن سريج وابن أبي هريرة ، كما نسبه المصنف ، بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولا يذكر غيره ، ونسبه الماوردي لابن أبي هريرة خاصة ، ولم ينسب لابن سريج في هذه المسألة شيئا ونسب اليه في مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله في القول الثاني وهو غريب ، وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين في هذا المعنى •

وقد تقدم أن ابن بشرى نقل ما يوافق قول ابن أبي هريرة عن نصه في الاملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد ، ومال الماوردي اليه في القطع بالسرقة ، والثاني وهو قول أبي اسحاق وابن الحداد ، وهو مذهب الشافعي على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما ، وهو نصه كما ذكره المصنف ، ولفظه في آخر باب الفتيا من الجزء الثامن من الأم •

قال الشافعي : من باع رجلا غنما قد حال عليها الحول ، أو بقرا أو ابلا فأخذت الصدقة منها فللمشتري الخيار في رد البيع لأنه لم يسلم له ما اشترى كاملا وأخذ ما بقي بحصته من الثمن ، ولكن من باعه ابلا دون خمسة وعشرين فالبيع جائز ، وعلى البائع صدقة الابل التي حال عليها الحول في يده ، ولا صدقة على المشتري فيها • قال : ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو قطع يده في سرقة ، فإذا قتل ينفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه • وإذا قطع فله الخيار في فسخ البيع وامساكه لأن العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد • اه • وقد وجهوا هذا القول بأن السبب كان في يد البائع وأحيل الهلاك عليه ، وان وجد في يد غيره كما لو أحبل المشتري الجارية المبيعة بيعا فاسدا وردها الى بائعها وماتت من الطلق • وبهذا القول قال أبو حنيفة •

ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع ، ويعبر عنه أيضا

بأنه كالاستحقاق أى جعل التلف فى يد المشتري بالسبب السابق كظهور الاستحقاق فى المبيع بسبب سابق ، وهذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع ، ولم يريدوا ذلك بل يفسخ بالتلف ووقع الشبه فى الحكم بالبطلان من حيث الجملة ، وقد تقدم أن الساردي نقل ما يوافق هذا القول عن ابن سريج فى مسألة القطع • وذلك خلاف المشهور • وأما تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهى فيما إذا اشترى عبدا مريضا وتمادى المرض الى أن مات فى يد المشتري طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحلیمی وغيره ، وسيأتى عن القاضي أبى الطيب ما يقتضيه ، فعلى هذا يسقط الاحتجاج بها (وأشهرهما) القطع بأنه من ضمان المشتري ، وعلى هذا ، الفرق ظاهر لأن المرض يزداد شيئا فشيئا الى الموت ، فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما تجدد بخلاف الجنابة فانها سبب كامل للقصاص ، وهذا معنى الفرق الذى ذكره المصنف ، ويكتفى فى ذلك بمجرد الاحتمال فانه يمنع من الحاقه بالمرض القديم ، فكيف والظاهر حدوث سبب جديد ، والأصل صحة العقد ولزومه •

ونظير ذلك إذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرش العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق ، وهى حادثة فى يد المشتري كالمرضى إذا مات ، قاله القاضي أبو الطيب ، وحكم الجراحة السارية حكم المرض ، ذكره فى التهذيب وجعلها على الوجهين • وبين أن ذلك فى المرض المخوف • أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالأرش إذا ازداد فى يده ومات ، وكذلك ذكره القاضي حسين • وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضي حسين والبعوى حينئذ موافقين للحليمي • وهذا كله إذا لم يعلم المشتري بالجنابة حتى قتل فى يده ، فلو علم قبل العقد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بأن الحكم كذلك ، قال الرافعي : ويحكى عن أبى اسحاق واختيار أبى حامد (قلت) وهو الشيخ أبو حامد الاسفراينى فانه كذلك فى تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف • أما القاضي أبو الطيب فانه نسب ذلك الى بعض أصحابنا • وقال : انه غلط ، وأن مذهب الشافعي لا يختلف أنه بمنزلة العيب •

ونقل عن نص الشافعي في كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب الذي قد رضى به • ولا شيء له • قال الرافي : انه الأصح عند الجمهور • وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشيء لدخوله في العقد على بصيرة وامساكه مع العلم بحاله كما قال القاضي أبو الطيب قال : وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه • ولو كان كذلك ما صح بيعه أصلاً وممن اختار هذا ابن الصباغ وابن أبي عسرون ، وتحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق ، وعند العلم ينزل منزلة العيب ، فإذا رضى به سقط أثره ، وهو أقوى في المعنى ، وفي الحقيقة هو عيب في الحاليين ، ولكن في حالة العلم سقط أثره ، وفي حالة الجهل القتل من أثره ، فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به • غير أن النص الذي تمسك به أبو الطيب من كتاب الرهن ان كان هو الذي نقلته فيما تقدم عند طرء أن العيب قبل القبض ، وهو قول الشافعي : انه عيب دلس به ، فهذا لا دليل فيه ، لأن الشافعي ما تكلم في حالة القصاص ، وانما ذلك اذا طلع عليه قبل القصاص ، قال : له أن يرد لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه ، انما النزاع في كونه اذا لم يرد حتى قتل هل يفسخ أو لا ؟ •

(فرع) أما ثبوت الخيار للمشتري اذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فان كان بعد الفداء فقد سبق حكمه في العيوب والتفصيل في العمدة بين أن يتوب أو لا وفي الخطأ بين أن يكتر أو لا ، وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعي في البويطي في كتاب الغصب يدل على أنها - وان كثرت - لا يثبت الخيار اذا كان خطأ ، وفيه نظر ، وقد تأملت في كتاب الغصب في البويطي ، وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق ، وليس بقوى التمسك به •

وقال ابن الرفعة : انه بين التمسك به في كتاب الغصب ، أما اذا كانت قبل الفداء ، قال ابن الرفعة : شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فداؤه أم لا وهو كما قال ، وهذا حيث يقول : ان مجرد الجنائية لا يكون عيباً اما عند التوبة أو عدم التكرار أما اذا كانت عيباً فهي كافية في ثبوت الخيار •

(فرع) إذا باعه ولا جناية منه ، ولكنه كان قد حفر بئرا في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها ، من يجب ضمانه بعد البيع ؟ يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جناية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفى على مال ، وقد تقدم .

(فروع) وطء الجارية الجانية لا يكون التراما للفادى ، وفيه وجه مذكور في الديات من الرافعى . ولو قال لعبيده : إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء ، قاله القاضى عنه في باب الأمة تغرس نفسها ، ولو قال : ان دخلت الدار فأنت حر ، فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الأرش بذمة المعتق ، والفرق أنه في هذه عتق بفعله ، ولم يوجد من السيد فعل ، وفي الأولى لم يوجد من العبد شيء ، فصار السيد متلفا بالمعتق المعلق ومثل ذلك إذا قال : إذا قدم زيد فأنت حر ، فإنه لا فعل من العبد .

قال ابن الرفعة : ينبغي على قولنا بعدم نفوذ عتق الجانى ، وأن الاعتبار بحال الصفة لا يحكم يعتقه ببينة لو نقص الأرش عن الرقبة ، هل يكون الحكم كما تقدم ؟ ولا يمتنع البيع الا في مقدار الأرش ؟ ظاهر نص الشافعى الأول ، وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال : وقد ذكره الفزالى في الزكاة وأيده بقول العراقيين : ان بيع العبد الجانى كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين ، وبأن الرافعى في الوصايا عند الكلام في الدور الواقع في الجنائيات ، اذا جنى عبد على حر وعفا المجنى عليه ومات ، فان أجازته الورثة فذاك والا نفذ في الثلث وانفك العبد عند تعلق العبد ، وأشار الامام فيه الى وجه أخسر كما أن شيئا من المرهون لا ينفك ما بقى شيء من الدين .

(فائدة) أجمعوا اذا كان في يد العبد مال وهو مأذون أن الدين في ماله والجناية في رقبته ، فاذا عجزت الرقبة عن احتمال الجناية لم يرد الا ما في يده ، وكذلك اذا عجز ما في يده عن الدين لم يرد الى الرقبة .

(فرع) لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة ، فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء ، قال القاضى أبو الطيب :

قياس قول أبي بكر بن الحداد المصري تصير الزيادة كأنها حصلت في يد البائع وللمشتري الخيار في الرد والرجوع بجميع الثمن ، وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض في يده تمنع من الرد ، وله الرجوع بالأرث بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعيبا ، بالمعيب الذي كان في يد البائع دون الزيادة التي حدثت في يد المشتري ، لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذي كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع في السرقة وان لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت الى النفس ، فعلى قول ابن الحداد ينفسخ البيع ، ويرجع بالثمن ، وعلى قول ابن سريج وأبي على لا ينفسخ ويرجع بالأرث ، ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضي أبي الطيب أنه على الوجهين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا مرتدا فقتل في يده ، ففيه وجهان في قول أبي اسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وعلى قول أبي العباس وأبي على ابن أبي هريرة كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرث ، وان لم يعلم رجوع بالأرث - ووجهها ما ذكرناه في الجاني عمدا) .

(الشرح) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك ، وعن الشيخ أبي على حكاية وجه أنه لا يصح تخريجا من الخلاف في العبد الجاني ، والمشهور القطع بالأول ، وكذلك يقاس الجاني عليه وقد تقدمت الاشارة الى الفرق ، لأن رقبة الجاني مستحقة لآدمي وله العفو على مال فكان تعلق المال حاصل بخلاف المرتد ، وقال القاضي حسين : ان الوجه المذكور خطأ لأن الشافعي نص أن رهن المرتد والمقاتل جائز ، فاذا فرغنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ما تقدم ، وان قتل في يد المشتري بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم في الجاني على قول أبي اسحاق وابن الحداد ، والمنصوص للشافعي ، ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ان كان المشتري جاهلا بردته .

وفيما اذا كان عالما وجهان ، رأى المصنف والشيخ أبي حامد وأبي اسحاق أنه كذلك ، ولهذا أطلق هنا ، ورأى ابن الحداد وهو

الأصح على ما تقدم أنه لا ينفخ البيع ، ولا يرجع بشيء . قال الامام : كان يقرب من ذلك الوجه ، يعنى الذى يقول بأنه ينفخ مطلقا كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال أن قتل المرتد تبينا أن بيعه لم يصح ، وان عاد الى الاسلام تبينا الصحة ، قال : ولم أر ذلك لاحد (وأما) على قول ابن سريج وابن ابي هريرة ، فان كان علم بالردة لم يرجع بالارش ، لانها عيب رضى بها ، وان لم يعلم رجح ، كتعذر الرد ، فيرجع بأرش العيب القديم كسائر العيوب ، فينموم مرتدا وغير مرتد ، ويرجع بما بينهما منسوبا من الثمن ، قال الاصحاب : فان قيل : المرتد قتل لاقامته على الردة ، وذلك حادث في يد المشتري (فالجواب) أنه انما قتل بالردة السابقة لأنه لو قتله انسان قبل الاستتابة لم يضمه ، فاقامته على الردة لم توجب القتل لكن استيفاء ما وجب عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قتل العبد في المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ ابو حامد الاسفراينى رحمه الله في التعليق : ان البيع باطل لانه لا منفعة فيه ، لانه مستحق القتل ، فلا يصح بيعه كالحشرات . وقال شيخنا القاضى ابو الطيب : يصح بيعه ، لان فيه منفعة ، وهو ان يعتقه فصح بيعه كالزمن ، فعلى هذا اذا قتل في يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمدا في غير المحاربة ، وقد بيناه) .

(الشرح) اذا قتل في المحاربة فان تاب قبل أن يقدر عليه فالقود ههنا محتتم بل هو الى ولى الدم والحكم فيه على ما تقدم في جناية العبد ، وان قدر عليه قبل أن يتوب وقتلنا : تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر فكذاك (فان قلنا) لا تسقط فثلاث طرق (احداها) قال الشيخ ابو حامد : لا يجوز البيع قولاً واحداً ، لأن قتله محتم ويفارق المريض والمرتد والقاتل في غير المحاربة لرجاء براء المريض واسلام المرتد والعفو عن القاتل ووافقه الحاملى في المجموع ، ونسب الرافعى هذه الطريقة الى اختيار الشيخ وطبقته ، ونسبه الامام وغيره الى ابي عبد الله الحسين ، ولم أر في تعليق ابي حامد التعليق بعدم المنفعة ، بل يتحتم

القتل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما الدين فانه باق يتخلص بالعتق للعبادة ، ومنافع الدنيا والآخره ، واختار ابن أبي عصرون ما قاله الشيخ أبو حامد ، وقطع به في المرشد وقال : جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه ، بدليل الأبق والمجهول ، والمعنى فيه أن في العتق قوة وسرايه •

(الطريقة الثانية) ما قاله القاضي أبو الطيب أنه كبيع الجاني يعني عمدا فيصح على الأصح وتوجيهها ما ذكره المصنف ، وقد علمت ما يرد عليه •

(والثالثة) قال الرافعي . انها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد ، ولا شك انها أظهر مما قاله القاضي أبو الطيب ، لان جنايه العمدة قد تصير الى المال بخلاف هذا ، لكن يرد على الحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالاسلام ، بخلاف المحارب الذي تحتم قتله أنه لا شك أنه أولى بالمنع منه ، ويبقى النظر في منفعه الخلق في هذه الحالة ، هل هي مقصودة مما ينوصل اليها بالأغراض ؟ فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته ، ويأتي فيه ما حواه الشيخ أبو على • وأن مثل هذه المنفعة لا تعتبر فيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر والأقرب الأول لأن العتق كيفما كان فيه أجبر ، والأجبر مقصود متوصل اليه بالأموال فعلى طريقة أبي الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدا في غير المحاربة ، وقد تقدم تفصيله ، وعلى الطريقة التي قال الرافعي : أنها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمترد ، وقد تقدم أيضا وعلى طريقة الشيخ أبي حامد البيع باطل ولا كلام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري : ان المسألة على ثلاثة أقوال (أحدهما) أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه • (والثاني) لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول

والرهن المجهول . (والثالث) أنه لا يبرأ الا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلاما بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه . فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة « فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه . قال الشافعى رحمه الله : ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يفتدى بانصحة والسقم وتحول طبائعه ، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة الى التبرى من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل الى معرفته ، وتوقيف المشتري عليه وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان . فلم يجز التبرى منه مع الجهالة .

(والطريق الثانى) أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره ، وتناول هذا القائل ما أشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه .

(فان قلنا) ان الشرط باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضى الله عنه فانه أمضى البيع (والثانى) انه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضى جزءا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط ، فاذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول اذا أضيف الى مطوم صار الجميع مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا ففسد العقد . والله أعلم) .

(الشرح) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزنى والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب أدرجوه في هذا الباب لأنه من مسائله . وقضاه عثمان هذا رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سالم « ولفظه أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالعبد داء لم تسمه لى ، فاخصما الى عثمان بن عفان ، فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم

يسمى له . قال عبد الله بن عمر : بعته بالبراءة ، فحضى عثمان بن عفان
على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه .
فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بعد ذلك
بألف وخمسمائة درهم » ورواه البيهقي في سننه ، وفي المعرفة من رواية
مالك كذلك .

وفي رواية تعليق أبي حامد وغيره من الفقهاء أن المشتري من
ابن عمر زيد بن ثابت . وأنهما اللذان اختصما إلى عثمان . وقيل إن
ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه . وقال ابن عمر : تركت ابيمين
لله تعالى فموضني الله ، وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمر أنهما
كانا يريان البراءة من كل عيب جاترة ، واسناده ضعيف .

قال البيهقي : إنما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن
عبد الله بن عامر عنهما ، وقال يحيى بن معين : حديث شريك عن عاصم
ابن عبد الله عن زيد بن ثابت : البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت ،
تفرد به شريك ، وكان في كتابه عن أشعث بن سوار . وسئل عبد الله
عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة فقال : أجاب شريك
على غير ما كان في كتابه ، ولم نجد لهذا الحديث أصلاً .

قال البيهقي : إن أصح ما رواه في الباب حديث سالم ، وهو
المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان ، وعن شريح القاضي أنه كان
لا يبرأ من الداء حتى يريه آياه فيقول : برئت من كذا وكذا ، وعنه
لا يبرأ حتى يضع يده على الداء ، وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس
والحسن مثله ، وعن أبي عثمان النهدي قال : ما رأيتهم يجيزون من
الداء إلا ما يثبت ووضعت يدك عليه ، وأبو عثمان النهدي كبير ، أدرك
جميع الصحابة وقاتته الصحابة بشيء يسير ، والاسناد إليه في هذا
جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ إلا من عيب يسميه ويريه . هذا
ما في هذه المسألة من الإثبات عن الصحابة والتابعين .

وأما العلماء فاختلّفوا على مذاهب (أحدها) أن يبرأ من كل عيب
علمه البائع أو لم يعلمه . وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور ، كما روى

عن ابن عمر وزيد (والثاني والثالث) أنه لا يبرأ من شيء من العيوب ،
واختلفت عبارة هؤلاء فمنهم من يقول : حتى يسميه ، وهو مذهب
ابن أبي ليلى وسفيان الثوري والحسن بن حي وداود ، ونقله
ابن المنذر عن ابن أبي ليلى والثوري هكذا مقيدا ، ونقله غيره عن
الحسن بن حي وداود مطلقا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه اذا سمى كفى
سواء أكان العيب مما يعاين أم لا ، وهو موافق لما يقوله القاضي
حسين من أصحابنا على ما سيأتي .

(والثالث) أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن
شريح وعطاء وهو مذهب أحمد في رواية عنه وإسحاق ، ويشبه أن يكون
ذلك الاطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتي ، لكن قولهم :
انه يضع يده ان كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته ،
وان كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد .

(الرابع والخامس والسادس) أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذي
لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان ، وهو مذهب مالك الذي
ذكره في الموطأ هنا .

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة
أو حيوانا بالبراءة فقد برىء من كل عيب فيما باع ، إلا أن يكون
علم في ذلك عيبا ، فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع
مردودا عليه . وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا في تحريره ثلاثة
أقوال كما سيأتي ان شاء الله تعالى .

(السابع) قول ثاب لمالك - وقال ابن عبد البر : ان مالكا رجع
اليه - أنه لا يبرأ بذلك الا في الرقيق خاصة فيبرأ مما لم يعلم ولا
يبرأ مما علم فكتم ، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش
لأن الفحاش تشتري لتربح - وأما في سائر الحيوان وغير الحيوان
فلا يبرأ به عيب أصلا .

(والثامن) قول ثالث لمالك ، وقيل : انه الذي رجع اليه أنه

لا ينتفع بالبراءة الا في ثلاثة أشياء فقط ، وهو بيع السلطان للمغرم
أو على مفلس . قال بعضهم : أو في ديون الميت (والثاني) العيب
الخفيف في الرقيق خاصة لكل أحد (والثالث) فيما يصيب الرقيق في
عهدة الثالث خاصة .

(والتاسع) أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفريع
على القول الثاني . ولا أعرفه صريحا عن أحد من السلف الا عن مذهبنا
وبعض الظاهرية وان صح أن أحدا يقول لابد من وضع اليد كما هو
ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة . هذه جملة
المذاهب .

(وأما) تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب عن طرق أشهرها ،
وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والأصطخري : أنه على ثلاثة أقوال
وهي المذكورة في الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها . وهو أنه يبرأ
في الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه
من الباطن ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال وحاصل هذه الطريقة أن
في الحيوان ثلاثة أقوال ، وفي غير الحيوان قولين . ولا يجيء الثالث
في غير الحيوان لأنه لا باطن له . كما قاله القاضي أبو الطيب والقاضي
حسين وغيرهما .

(والطريق الثاني) القطع بهذا القول الثالث والى ذلك ذهب
ابن خيران وأبو اسحاق المروزي على ما حكاه الماوردي وغيره ،
وقال ابن أبي عسرون : انها الأصح ، وقال الامام انها الايق بكلام
الشافعي مع قوله : ان الأولى أشهر وفي المجرد من تعليق أبي حامد
نسبتها الى عامة أصحابنا . (والطريق الثالث) حكاه الماوردي عن
ابن أبي هريرة أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ،
ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم . وفي غير المعلوم قولان ، وقد
رأيتها كذلك في تعليق أبي علي الطبري عن ابن أبي هريرة .

(والطريق الرابع) يخرج من منقول الامام ، وهي اثبات ثلاثة
أقوال في الحيوان وغيره (ثالثها) الفرق بين المعلوم وغير المعلوم .

(والطريقة الخامسة) القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، وأجراء الأقوال الثلاثة في غير الحيوان ، وهي تخرج من نقل سلام شارح المفتاح . والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر ، وكذلك طرد التفصيل في غير الحيوان ، وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضي أبي الطيب ، وذلك يوافق ما حكاه الامام والماوردي والرافعي أن منهم من اعتبر نفس العلم ، والأكثر جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها . قال الامام : وإذا جمع جامع الحيوان الى غيره انتظم له أقوال (أحدها) الصحة في الجميع (والثاني) الفساد في الجميع (والثالث) الفرق بين الحيوان وغيره (والرابع) الفرق بين ما علمه البائع وكتمه ، وبين ما لم يعلم ، وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد يجزى من خلاف الأصحاب فيه قول خاندس (وقال) الغزالي في البسيط : ان مجموعها سبعة أقوال (أحدها) صحة الشرط مطلقا (والثاني) فساده مطلقا (والثالث) فساده فيما علمه ، وصحته فيما لم يعلمه (والرابع) فساده فيما علمه أو يسهل العلم به (والخامس) فساده في غير الحيوان وصحته في الحيوان (والسادس) فساده اذا ابهم العيب وصحته اذا عينه (والسابع) فساده فيما سيحدث في يد البائع اذا ذكر مقصودا وصحته فيما عداه (قلت) وفي الخامس نظر لانه يقتضى الصحة في الحيوان مطلقا من غير تفصيل فتحريير العبارة فيه أن يقال يفسد في غير الحيوان ويصح في الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به . والسابع صحيح لما سيأتى عن القاضي حسين مع جريان الخلاف مع التبيين (والثامن) صحيح أيضا لما سيأتى ، ويأتى فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث في يد البائع اذا ذكر ولو تابعا (والوجه التاسع) بطلان العقد وسبب اختلاف الأصحاب على هذه الطرق أن الشافعي قال على ما حكاه المزني في المختصر : اذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة ، فالذي أذهب اليه قضاء عثمان ابن عفان رضى الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدا ، وأن الحيوان يفارق ما سواه لانه يفتدى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر . وان صح في القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها ، أو يبرأ .

من كل عيب ، والأول أصح . وهذا النص نقله المزني من اختلاف
العراقيين من الأم ، فان فيه في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي :
واذا باع الرجل العبد أو شيئاً من الحيوان بالبراءة من العيوب ،
فالذي نذهب اليه والله أعلم قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه
بريء من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع
ويقفه عليه ، وانما ذهبنا الى هذا تقليداً ، وأن فيه معنى من المعاني
بفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك أن ما كانت فيه الحياة فكان يغذى
بالصحة والسقم وتحول طبائعه قلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر ، فاذا
خفى على البائع أتراه يبرئه منه ؟ واذا لم يخف عليه فقد وقع اسم
العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر ، وتقع القسمة على
ذلك ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه . وان صح في القياس لولا التقليد
وما وصفنا من مفارقة الحيوان غيره أن لا يبرئه من عيب كان به لم
يره صاحبه ولكن التقليد وما وصفنا أولى بما وصفنا ، هذا كلام
الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين ، وفيه زيادة فائدة على ما قاله
المزني عنه وهو قوله : العبد أو شيئاً من الحيوان فان فيه تصريحا
بالتسوية في ذلك بين العبد الذي يخبر عن نفسه وبينه على العيب الذي
به ، وبين غيره من الحيوان الذي لا يمكن فيه ذلك ، وهذه فائدة
جديدة ، وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين ، ذكر الذي قاله
المزني آخراً من أنه يبرأ من كل عيب اذا عرف ذلك فلاكثرون قالوا :
ان هذا الكلام من الشافعي يقتضى التردد بين القول الأول الموافق
لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشار اليهما بقوله :
وان صح في القياس لولا ما وصفنا أن لا يبرأ أو يبرأ من كل عيب ،
فهذه ثلاثة أحوال .

ومنهم من منع ذلك وقال : وان كان الشافعي أشار الى ذلك
ولكنه اختار القول وقال : لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره
لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان ، والفرق بين
الحيوان وغيره . قال القاضي أبو الطيب (قلت) أنا : قال الشافعي
في كتابه اختلافه ومالك : ولو ذهب ذاهب الى أن من باع بالبراءة برىء
مما علم ومما لم يعلم لكان مذهباً يجد فيه حجة ، وهذا مثل قول

أبي حنيفة • وقد نص عليه في هذا الكتاب ، وهذا يبطل قول من قال : أن مذهبه لا يختلف فيه ، وأنه قول واحد • انتهى •

والجوزي نقل هذا النص عن رواية حرملة والماوردي ذكر هذا النص • وقال ابن خيران وأبو اسحاق لم يخرجوا ذلك قولاً لاجماله (قلت) والاجمال فيه ظاهر ، وقد اختار المصنف في اللمع أن مثل هذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولاً له ، والمشهور طريقة اثبات الأثوال لما تقدم ، وفي الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعي قال في الكتاب العراقي ببغداد بأنه لا يبرأ الا من عيب يريه للمشتري ، فاستفدنا بهذا النقل اثبات القول بعدم البراءة ، وأنه في القديم •

وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الامام ، فانها لم تغرق بين الحيوان وغيره ، وذلك خلاف صريح قول الشافعي • وطريقة ابن أبي هريرة محتلمة • ولو ذهب ذاهب الى طريقة سادسة - وهو أنه في الحيوان يقطع بالقول الثالث ، وفي غير الحيوان قولان : (أحدهما) يبرأ مطلقاً (والثاني) لا يبرأ مطلقاً • وكان ذلك وجهاً • وهذه غير طريقة ابن أبي هريرة • لأنه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم في الحيوان • وهذه الطريقة التي أقولها مقتضاها اجراء القولين في غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل في الحيوان • ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعي لقضاء عثمان •

وقوله : أنه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ • يعني كان فيه قولان • وهذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذي فيه تقليد عثمان • والفرق المذكور وهو غير الحيوان • بالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلاً ، كما تقتضيه طريقة ابن خيران وأبي اسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعي ، وإنما غاية كلام الشافعي على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع في الحيوان خاصة ، فهذه طريقة لم أر أحداً ذهب إليها ، ولها وجه ظاهر من كلام الشافعي • وقول الشافعي في المختصر : والأول أصح ، الظاهر أنه يريد به الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أي أن القول انه لا يبرأ على ذلك التقدير أصح من

القول بأنه يبرأ من كل عيب لأجل ذلك ، والله أعلم . اقتصر عليه في اختلاف العراقيين ، ويحتمل أن يكون المراد بالأول ما قاله موافقاً لقضاء عثمان ويكون في ذلك تقوية لأن في المسألة ثلاثة أقوال في الحيوان وقولين في غيره كما هو الطريقة المشهورة .

(فرع) قسم الماوردى البيع بشرط البراءة الى ثلاثة أضرب :

(أحدها) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها ، فهذه براءة صحيحة وبيع جائز ، لانتهاء الجهالة ولزوم الشرط في العقد ، فان وجد المشتري بالمبيع غير تلك العيوب فله الرد ، وان لم يجد الا تلك فليس له الرد .

(الضرب الثاني) أن يبرأ من عيوب سماها ، ولم يقف المشتري عليها ، فهذا على نوعين (أحدهما) أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والاباق ، فتصح البراءة فيها بالتسمية ، لأنها غير مشاهدة ، فلم يمكن الوقوف عليها ، واكتفى بالتسمية فيها فان ذكرها اعلام واطلاع عليها .

(والنوع الثاني) أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح . فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها لأن لنقص العيب قسطاً من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عديم مشاهدتها جملاً بها .

(قلت) وهذا معنى قوله في المختصر : ولو سماها لاختلافها ، وكذلك قوله في اختلاف العراقيين : ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه . وكلام الماوردى يقتضى أن هذا الضرب ليس محل الخلاف . ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقاً اذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وان لم يقفه عليها بطريق الأولى . وكذلك اذا كان البرص ونحوه في باطن فان الأصح أن يبرأ منه اذا لم يعلمه عند الإطلاق ففي حالة التسمية كذلك ، وكذلك قال الرافعي : انه ان أراه موضع البرص وقدره صح وان لم يره فهو كشرط البراءة مطلقاً ، وكذلك يقتضيه كلام

الامام والموراني والمتولى والبغوي ، وينبغي أن يحمل كلام الماوردي على هذا المعنى .

قال الرافعي : هكذا فصلوه ، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من الميوب وأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان ، فقد حكي الإمام تفريعاً على فساد الشرط شبه خلافاً مخرجاً على ما ذكره من المعنيين ، يعني أن العلة في فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقد (ان قلنا) بالأول صح لانتفاء الجهالة (وان قلنا) بالثاني فلا ، ومثل صاحب التتمة بتسمية العيب بأن يقوله على أنه بريء من الزنا والاباق والسرقة ، وهذا الذي تقدم من أن الذي تمكن معاينته لا تكفى فيه التسمية هو قول الأصحاب .

قال القاضي حسين : وعنه يكون يصح في هذا الموضع لقلة الجهالة ، وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعي ، ومثل القاضي هذا النوع باخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع .

(فرع) ادعى الرافعي أنه لا خلاف في البراءة إذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والاباق ، لأن ذكرهما اعلام ، وفي كلام القاضي حسين في الفتاوى ما يقتضى المنازعة في هذا الاطلاق ، وأنه ان قال : هو آبق وبعته بشرط أنى برىء من عيب الاباق برىء قطعاً ، ولو قال : لا أعامه آبقاً وبعته بشرط أنى برىء من عيب الاباق قال : فلهذه المسألة مقدمة ، وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه آبقاً فقال : آبرأتك من عيب الاباق ، فبان آبقاً هل له الرد ؟ وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتاً .

(فان قلنا) يبرأ برىء هنا (وان قلنا) لا يبرأ غالباً بهذا الشرط هل يصح ؟ على قولين (فان قلنا) يصح ففي صحة الشرط جوابان — وان قال : بعته بشرط أنى برىء من الاباق ، يعنى لو لم يعلم شيئاً قال : فالظاهر أنه ليس له رده ، لأن الشرط اعلام .

وان قال : لا أعلم هل هو آبق أو لا ، ولم يرد عليه ، يعنى ولم يشترط فوجده آبقاً فله الرد ، ذكر هذه المسائل القاضي حسين في فتاويه .

(الضرب الثالث) أن يبرأ الله من كل عيب من غير أن يسميها ،
ولا يقف المشتري عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة .

(فرع) في الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من
المذهب أو أجوبتها . أما القول الأول وهو أنه يبرأ من كل عيب ، وهو
مذهب أبي حنيفة فلقوله صلى الله عليه وسلم : «المؤمنون عند شروطهم»
وبأن الإبراء من الجهول صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لرجلين
تخاصما عنده في مورايت درست : « أسهما وأوجبا وليحلل أحكما
صاحبه » رواه البيهقي في كتاب الصلح ، وبأنه اسقاط حق لا تسليم
فيه فيصح في الجهول كالطلاق والعتق ، وبأن خيار العيب انما يثبت
لاقتضاء مطلق العقد السلامة ، فاذا صرح بالبراءة ارتفع الاطلاق .

(والجواب) عن الأول أنه روى في هذا الحديث ما وافق الحق
منها ، على أن الحديث المذكور فيه كلام ، ومنع بعضهم صحته ، ثم
هو معارض لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس هو في كتاب
الله فهو باطل » ونهيه عن بيع وشرط (وعن الثاني) بأن التحليل يصح
بأن بصيره معلوما . فيقول : من كذا وكذا (وعن الثالث) بأن الطلاق
والعتق يصح تعليقهما ، فصحا في الجهول بخلاف الرد بالعيب . وأما
القول الثاني وهو أنه لا يبرأ من شيء من العيوب الا بالتسمية والتوقيف
فالنهي عن بيع وشرط . وعن الغرز .

ومن القياس أنه رفق في البيع لا يثبت الا بالشرط ، فلا يثبت مع
الجهالة كالأجل والرهن والضمان ، ولأنه عيب لم يقف عليه المشتري
فيثبت له رد المبيع على صفته كما اذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن
حدوث العيب والرضا به ، وبأن الإبراء من الجهول لا يصح لأنه تبرع
لا يصح تعليقه فلا يصح في الجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع
فلا ينفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد .

وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع الى سببين (أحدهما)
التعليل بالجهالة (والثاني) بمخالفة مقتضى العقد ، ووضع الشرع في
الرد بالعيب . فان قالوا : الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم ،

انتقض عليهم بالوصية والاقرار ، وفيهما تسليم واجب ، ويصحان في المجهول ، وفي الاستدلال طريقة أخرى بأن تفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث في يده من عيب ، لأنه ابراء من الضمان قبل التسليم ، فلم يجز كالابراء من ضمان جميع الثمن اذا تلف في يده ، وأما القولان الرابع والخامس فضعيفان جدا لا دليل لهما ، والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث الذي هو ظاهر المذهب .

(فرع) في الاستدلال للقول الظاهر من المذهب ، الحجة في ذلك ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من قضاء عثمان رضي الله عنه مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بينه ، فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى الى أن لا يستقر بيع في حيوان أصلا ، والتمسك به من وجهين (أحدهما) أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضا كذلك ، وقد قيل انه المشتري منه وترافعهما الى امام الوقت في خصومة ويقضى بينهما بقضاء ، الظاهر أن ذلك يعسر ، ولم يثبت عن أحد منهم الانكار فكان اجماعا ، واعترض على هذا بأن ابن عمر مخالف ، فانه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد (أما) علمه فلامتناعه من اليمين (وأما) اعتقاده فلو لم يكن كذلك لقبه .

وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعا (قلت) وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقي أنه لم يثبت عن ابن عمر القول بالبراءة ، لكن الشافعي رحمه الله في اختلافه مع مالك قال : وقد اختلف عثمان وابن عمر في العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب ، فقضى عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم بأن يحلف ما كان به داء علمته ، وقد رأى ابن عمر أن التبري يبرئه مما علم وما لم يعلم ، قال الشافعي يخاطب من سأله : فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول : عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم ، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر . انتهى .

ذكر الشافعي هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه . فهذا الكلام من الشافعي يقتضي اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان ، وحينئذ يعتضد

الاستدلال بهذا الوجه الذي ذكره الأصحاب - وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ، وان كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحا ، لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعي بذلك ، وهو قائل بخلافه . نعم صبح لمن ينظر من حيث الجملة ، ولا يتقيد بكلام الشافعي أن يقوله .

ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن الشافعي عَضِدَ قَوْلُهُ عثمان رضى الله عنه بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره ، وعلى هذا الوجه لا يحتاج الى ذلك وأيضا لو كان كذلك لما سماه تقليدا ، وأيضا لانه مثنى على أن قول الصحابي اذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالأجماع السكوتي ، وفيه نزاع ، لانه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقيين . (وان قلنا) بأن الأجماع في السكوت حجة لاسيما هذه المسألة مع الاحتمال القوي في مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وان كانت ضعيفة ، فان ذلك يخرم الظن بعدم الخالف . وذكر الامام ههنا معترضا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعي في الجديد أنه لا ينسب اليه ساكت قوله .

(الوجه الثاني) من الاستدلال ما ذكره الشافعي وأشار اليه من اعتضاد قول عثمان رضى الله عنه بالقياس . ومثل هذا يكون حجة عند الشافعي على القديم فلان قول الصحابي حجة يقدم على القياس .

وأما على الجديد فلانه يرى أن قول الصحابي مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردي بقياس التقريب يقدم على القياس القوي المسمى عند الماوردي بقياس التحقيق ، وهل المراد بالضعيف الذي لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاد ما ليس بحجة بما ليس بحجة . ويأتى فيه البحث الذي تقدم في المرسل في مسألة بيع اللحم بالحيوان ، أو الذي اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انفرد يقدم القياس القوي عليه ، وهذا هو الذي ينبغي أن يكون المراد .

وقد غسر الماوردي في كتاب الايمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث :

(أحدها) أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابي على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وإن لم ينتشر . وثيقه المسوردي بالمنتشر الذي لم يعلم خلافه ، وهما قولان في القديم منقولان عن الشافعي في كتب الأصول — وقال ابن الصباغ : انه في القديم حجة ، وفي الجديد ليس بحجة الا أن ينتشر ، فاقضى ذلك أنه إذا انتشر يكون حجة في الجديد .

وقال الجوزي : ان قول الصحابي الذي ليس له مخالف انما يكون حجة في الجديد اذا اعتضد بضرب من القياس وأنه في القديم حجة ، فاذا احتتمل المسألة أصلا كان ما وافقه أولى ، وهو أدون الاجتماعات ، وأعلى منه الاجماع الذي تعرفه الخاصة كتحرير النكاح في العدة وأعلى منه ، وهو اجماع الخاصة والعامة لكون الظاهر أربعا ، هذا مختصر كلام الجوزي .

وقال البندنجي في مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعي في أدب القاضي : ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد الشافعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قوله يسمى تقليدا ، وانما أراد قبول قوله في صورة التقليد — فأما الصحابة فان قال علماءها قولاً كان حجة مقطوعا على معيتها وان قال واحد منهم قولاً وانتشر في الباقيين فان صوبوه أو قالوا ما يدل على الرضا فهو اجماع أيضا ، وحجة مقطوع على معيتها ان بلغهم وسكتوا ، ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا انكار فاذا انقرض العصر كان حجة أيضا مقطوعا على معيتها في اطلاق اسم الاجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعي أنه لا يسمى اجماعا . وقال داود ، وأكثر المتكلمين : ليس بحجة .

وان قال واحد منهم قولاً ولم ينتشر قال في القديم : هو حجة ، وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وقال في الجديد : ليس بحجة (فان قلنا) ليس بحجة — فان عاضده قياس وأن ضعف — كان قوله مقدما على القياس القوي ، وان لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعي يقدم القياس عليه ، ولا يخص بقوله العموم (وان قلنا) حجة قدم

على القياس القوي الا أن يكون القياس في معنى الأصل ، فيكون هذا القياس مقديا عليه ، وهل يخص به العموم ؟ وجهان ، هذا في قول الصحابي على سبيل الفتيا •

اما حكمه فان كان بعد استشارة الصحابة فاجماع ، والا فان انتشر ولم ينكر غالذي سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة ، وهو بمنزلة قول الواحد اذا لم ينتشر على قولين ، لان حريم الحاكم لا يسع خارجه ، على يدل السخوت على انرضا ، ورايت ابا علي الصبري في الاصح يقول : هذا حجة قولاً واحداً ، ولكن هل يفع على معيتها ؟ على وجهين : (احدهما) نعم كالتفتوى (والثاني) لا ، واذا انتشر قول النابعي في التابعين لم يكن كالتفتوى قول الصحابي في الصحابة على الاصح وهو قول ابي العباس ، هذا تلخيص كلام البندنجي وكثير مما ذكره تشاركه فيه المصنف واكثر الاصحاب ، ولكن في كلامه زيادة فوائد ، فلذلك رأيت نقله ، واختر المصنف على قولنا : انه ليس بحجة انه اذا عضده قياس ضعيف لا يصير حجة لأن كلا منهما بانفراده ليس بحجة •

وقال الصيرفي : يصير حجة ، وهو الذي قاله المصنف في الأصول يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والماوردي هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد ، وقد قدمت أنه ينبغي تفسير الضعيف بما يكون حجة الا أن يكون ثم قياس أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابي على القياس القوي ، وحينئذ ينتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف الا أن يكون فهم عن الصيرفي أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لا يكون قادحا في دعوى عدم الخلاف في مسألتنا ، اذا فسرنا الضعيف بالتفسير الذي ذكرته •

وقد رأيت كلام أبي بكر الصيرفي في كتابه المسمى بالاجماع والاختلاف ، وهو يشعر بما قلناه ، ويشير الى أن ذلك تأويل قول الشافعي في القديم أنه حجة كأنه يرى أنه اذا لم ينتشر ولا يعضده شيء لا يقول الشافعي به في قديم ولا جديد ، وان اعتضد أو انتشر قال به في القديم والجديد •

قال القاضى حسين فى أول تعليقه : انه اذا اقترن بقول الصحابى قياس خفى قديم على القياس الجلى قولاً واحداً ، وهذا يوافق ما قلته وما قاله الشيخ ابو حامد وغيره ، ويؤيده قول الشافعى فى اختلاف الحديث ، وروى عن على بن ابي طالب رضى الله عنه انه صلى فى ليلة ست ركعات فى كل ركعة ست سجادات ، قال : لو ثبت ذلك عن على لقلت به ، فانه لا مجال للقياس فيه ، فالظاهر انه فعله توقيفاً .

فهذا النص من الشافعى يدل على أنه يقول بقول الصحابى فى بعض المواضع وان لم يكن ذلك عين المسألة التى نحن فيها ، وانه انما يرده اذا دل دليل على خلافه والأصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعى فى القديم ، وعندى فى ذلك أن اختلاف الحديث من كتبه الجديدة ، وقد روينا من طريق المصريين عنه . وقال الأستاذ أبو اسحاق الاسفراينى : قول الصحابى اذا انتشر حجة مقطوع بها وهل يسمى اجماعاً ؟ فيه وجهان ، وان لم ينتشر فليس بحجة فى الجديد وهو حجة فى القديم ، فعلى القديم فى تخصص العموم به وجهان ويقدم القياس الجلى عليه .

وفى القياس الخفى وهو الشبه وجهان (أحدهما) يقدم على قول الصحابى . (والثانى) يقدم قول الصحابى عليه ، وهو قول أبى حنيفة ، ومن لا خبرة له من أصحابه يقول : انه يقدم على القياس الجلى ، وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعاً ، وفى ترجيح أحد القياسين المتعارضين به وجهان (الثانى) أن هذا القول اذا لم يكن وحده حجة فالقياس الذى عضده من الفرق بين الحيوان وغيره ان لم يكن حجة أيضاً لم تثبت الدلالة باجتماعهما وان كان الفرق المذكور كافياً فى القياس وتقدم الحجة ، فالحجة فيه لا فى القول المذكور .

(والجواب) أن القياس القوى يقتضى أن لا يبرأ مطلقاً أو يبرأ مطلقاً كما قال الشافعى ، وقد أشار الشافعى بقوله : وأنه أصح فى القياس ، يشير بذلك الى أن هذا قياس أصح ، وأن ما ذكره من المعنى بين الحيوان وغيره قياس صحيح فلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الأصح لكن لما جاء قضاء عثمان رضى الله عنه قوى هو

والقياس الصحيح على القياس الأصح • ولا يمنع إذا لم يكن قول الصحابي حجة أن لا يقوى به لاسيما عثمان وقضاؤه في هذا •

(الأمر الثالث) أنه إذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدا ؟
وقبول قول الصحابي على القديم أو إذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد
حجة وقبول الحجة لا يسمى تقليدا لقبول الخبر •

(والجواب) أن الواجب اتباعه ، وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان رضى الله عنه وحده ، واطلاق التقليد عليه وحده صحيح ، لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدرى من أين قاله ، وهذان هما حد التقليد ، فاجتمع هنا تقليد ودليل ، والممتنع عندنا هو التقليد بغير دليل ، والرويانى قال : انه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد ، بل أراد الاستثناس كما قال في الفرائض انه قلد زيد بن ثابت في الاخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس •

(الرابع) في قول مالك رضى الله عنه في ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التى استشكلها امامنا الشافعي وغيره ، ففي الأمر من كلام الربيع أو من كلام البويطى ، الله أعلم ، في اختلاف الشافعي ومالك (فقلت) للشافعي : ان لنا كتابا قد صرنا الى اتباعه ، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا فيه ، والأمر المجتمع عندنا وفيه الأمر عندنا ، فقال الشافعي : قد أوضحنا لك ما يدلك على دعوى الاجماع بالمدينة أو في غيرها ، وطول الشافعي في البحث في ذلك والأيراد ، نحو ثلاث ورقات ثم قال : وما كلمت منكم أحدا قط فقرأيته يعرف معناها ، وما ينبغي لكم أن تجهلوا كيف موضع الأمر عندنا ان كان يوجد فيه ما ترون •

(قلت) وقد قال أبو الوليد الباجي المالكي في كتابه الذى ألفه في أصول الفقه ، وقد روى اسماعيل بن أبى أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله : الأمر المجتمع عليه (فقال) اسماعيل ابن أبى أويس : سألت خالى مالكا عن قوله في الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا

يفسره لى ، فقال : أما قولى : الأمر المجتمع عليه عندنا ، الأمر الذى لا اختلاف فيه ، فهذا ما لا اختلاف فيه قديما ولا حديثا . وأما قولى : المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من ارضى من أهل العلم واقتدى به ، وان كان فيه بعض الخلاف .

وأما قولى : الأمر عندنا وما سمعت أهل العلم فهو قول من أرتضيه واقتدى به ، وما اخترته من قول بعضهم ، هذا معنى قول مالك ذون لفظه (قال) وبزييل مالك لهذه الالفاظ على هذا الوجه وبريبيها مع باريها فى الالفاظ يدل على تجوزه فى العبارة ، وانه يطبق لفظ الجساح ، واما يريبيه ترجيع ما يمين اليه من الرتبة .

• (انقريج) وقد ذكره المصنف (ان قلنا) الشرط باطل ففى بطلان البيع به وجهان . وان الامام : قولان (اظهرهما) عند القاضى حسين والاسامى والنرويىنى وابن داود والرافعى ، وهو قول ابن سريج على ما حذاه الماوردى ، وفى المجموع للمصطفى والتجريد له ، وهو من كلام الشيخ أبى حامد انه ظاهر المدسب ، وقال فى العدة : انه ظاهر قول الشافعى ، وهو الذى قدمه المصنف هنا انه لا يبطل لحديث عثمان رضى الله عنه ، فانه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لأن الشافعى استدلل لصحة الشرط باثر عثمان ، فحيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط ؟

واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم باليمين أنه ما علم . نص منه فى أن البيع صحيح ، وقد يقول القائل بعد ذلك : انه ليس فيه أن الشرط صحيح ، لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل ، وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب ، أو فى غير الحيوان ، لقضى فيه بهذا أيضا ، وهذا الاحتمال هو الذى لاحظته صاحب هذا الوجه ، والله أعلم .

لكن يشكل عليه قول عثمان : تحلف أنك ما علمت ؟ وعندنا وعند صاحب هذا لأننا لا نعرف خلافا فى هذا — المذهب فيه أن من حلف فى العيب فى غير هذه المسألة يحلف على البت ، ولا يحلف على نفى

العلم : فان خالف صاحب هذا الوجه في ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعي ، وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح في صحة البيع ، وفي أحد أمرين بعده ، اما في صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره ، كما قاله الشافعي ، واما في أن من حلف على نفي العيب يحلف على نفي العلم ، فانه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين لنا اشكالا في التمسك به ، الظاهر من المذهب والامام تمسك له بأن الشرط في وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقد ، لأن الغرض من العقد النفوذ ، فالشرط يتضمن تأكيد اللزوم والظاهر السلامة ، واعترض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد .

وُفرق المتولى بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة ، بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى الى رفع العقد ، فكان موافقا لموضوع العقد ، لكن يرد عليه في هذا الشرط أن المبيع لا يكون في ضمانه قبل القبض ، والمنقول فيه أن العقد يبطل .

(والوجه الثانى) وهو الذى قدمه فى التنبيه . وقال الماوردى : انه قول جمهور أصحابنا ، وقال الرويانى وغيره من الأصحاب : انه القياس ، وجزم به الرويانى فى الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة ، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب ، ولأنه يفضى الى جهالة الثمن بالطريقة التى قدرها المصنف وسيأتى أن ابن أبى عسرون اختار هذا أيضا ومال الغزالى اليه ، وفى المجرى من تعليق أبى حامد أن الأول ليس بشئ .

(وان قلنا) بصحة الشرط فكذلك فى العيوب الموجودة عند العقد ، أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به ، قاله الماوردى والمتولى والرافعى وغيرهم ، وقال القاضى حسين : انه لا خلاف على المذهب فيه ، نقل صاحب التتمة وغيره عن أبى يوسف أنه يجوز ، ونقله البغوى عن أبى حنيفة ، وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالى فيه اشارة الى الحاق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها فى البراءة عنه ، وليس فى كلام الغزالى انحاء ذلك الا فى صحة اشتراط البراءة عنه ، فلا تعتبر بذلك ، وتر شرط البراءة عن العيوب الكائنة

والتي تحدث فقيه طريقان في تعليقه القاضي حسين (أحدهما) القطع
بالبطان (والثانية) على قولين بالكائنة ، وقال الرافعي : فيه وجهان
(أحدهما) يذكر .

وقال الأكثرون غيره : انه فاسد ، قال القاضي حسين : ويطل
البيع بهذا الشرط وصاحب التتمة قال في هذه الصورة : انه اذا فسد
الشرط فالحكم في بطلان العقد على ما سبق ، يعني فيصح العقد
على المذهب ، فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى . قال
الرافعي : ومقتضى ذلك مجيء الخلاف فيه بالترتيب . وقال الامام :
المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه في المسألة الأولى يعني اذا
جمع بين الكائنة والتي ستحدث .

وصرح الامام بثلاثة أوجه (أحدها) صحة البراءة في العيوب
الحادثة مطلقا . (والثاني) الفساد مطلقا (والثالث) الفرق بين أن
يذكر تابعا أو مقصودا ، وهذا معنى الأولوية التي ذكرها الرافعي ، وحيث
فرقنا بين الحادث والقديم .

فلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردي : ففيه
وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة فيما اذا ادعى البائع في
غير هذه الصورة الحدوث ، وادعى المشتري القديم ، فالقول قول البائع ،
فمنهم من قال : ان العلة أن الحدوث تعين والتقديم مشكوك فيه ،
فهيها لا يبرأ منه البائع ، ويكون القول قول المشتري — ومنهم من قال :
العلة أن ما أوجب الامضاء أولى ، فالقول هنا قول البائع ، ويمنع
المشتري من الفسخ — وان فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه
وكتمه ، ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح ،
ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم ، وهما وجهان حكاهما الماوردي ،
هل المراد ما لم يكن معلوما لخفائه ؟ وان علمه البائع ؟ أو ما لم
يعلمه لجهله ؟ ومقتضى كلام الروياني نسبة الأول الى المحصلين من
أصحابنا ، وأنه الصحيح ، ونسبة الثاني الى حكاية أبي علي في الافصاح
والقاضي أبي حامد في الجامع وأنه غلط ، والروياني قال هذا دفعا
لمن زعم أن الحيوان يأتي فيه التفصيل بين المعلوم ، وهو المحكى في

الأصاح والجامع ، وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردي لم يتعرض له ، هل يلحق ما مأكوله في جوفه بالجواز ؟ قيل : نعم لعسر الوقوف .

وقال الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهم : لا وقال المحاملي انه لا خلاف فيه ، وكذلك الروياني قال انه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم ، منهم الجرجاني والرافعي وغيرهما لتبدل حال الحيوان ، فان العيب الذي به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذي في باطن الحيوان ، وهذا يمكن بادخال عود ونحوه ، وبأن الحيوان يغتذى بالصحة والسقم فلا يخلو في الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد : ان (قلنا) بطريقة الاصطخري كان فيه قولان (وان قلنا) بالطريقة الأخرى ثم يصح الشرط ثولا واحدا (قلت) وهذا على السريتب المشهورة ، وتأتي فيه أنطرق استندمة .

(فرع) قد اجتمع في شرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط . قال الامام والقاضي حسين قبله : وهذا كاختلاف الأقوال في شرط نفى خيار المجلس والرؤية اذا جوزنا بيع الغائب ، وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها ، وخيار الرد بالعيب خيار شرعي يتضمنه مطلق العقد ، كخيار المجلس ، وخيار الرؤية (قلت) لكن الأصح في نفى خيار المجلس بطلان العقد (والأصح) هنا صحته عند الامام والرافعي ، فيحتاج الى الفرق ، وأما على ما نسبه الماوردي الى الجمهور فلا . قال القاضي حسين : فعلى هذا الترتيب يجتمع في الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل .

(تنبيه) عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط في غير الحيوان وصحته في الحيوان مع التفصيل في البراءة ، فان سقط ذلك في غير الحيوان . قال ابن أبي عسرون : فالشرط والبيع باطلان ، وهذا منه كأنه اختيار لقوله : البطلان ، اذا قلنا بفساد الشرط (أما) على القول الذي صححه الرافعي وغيره من أنه اذا فسد الشرط يصح العقد ، فينبغي أن يكون كذلك ، ولا فرق بين الحيوان وغيره في ذلك اذا قلنا

يفساد الشرط بالحيوان ، وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن
المقد صحيح .

(فرع) لو شرط أن لا يرد المبيع بالعييب القديم والحادث في
ضمانه قال القاضى حسين يبطل البيع قولاً واحداً وتبعه المتولى فقال :
إذا شرط أن لا يرد عليه إذا وجد به عيباً فالعقد باطل وعلاؤه بأنه
منع تصرف في حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة ، فإنه
بشرط البراءة منع ثبوت الحق وخالف الرافعى ما جرى فيه الخلاف وهو
أظهر .

وان ما ذكره القاضى في شرط البراءة يمكن أن يقال مثله في شرط عدم
الرد ولو اختلفا في شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشتري
(فإن قلنا) البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفاً على الصحيح وقيل :
القول قول المشتري مع يمينه لأن الأصل عدم الشرط ، وهو قول
القاضى أبى حامد ، ولم يذكر الرويانى في البحر غيره ، وقال : فيحلف
أنه لم يعلم ولم يرض .

(وان قلنا) فاسد ، ففي التهذيب أن القول قول البائع بيمينه ،
وينبغى أن يخرج على الاختلاف في دعوى الصحة والفساد ، ومن
المطوم الظاهر أنه إذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشتري ورآه
أن البيع صحيح ولا أثر للشرط المذكور في هذه الحالة ومن جملة
الإطلاق أن يقول له : هذه هي العيوب وأبرئني منها (وإذا قلنا)
بالصحيح فقال المشتري : علمت هذا العيب وكتمته . وقال البائع :
لم أعلم فالقول قول البائع مع يمينه ، فيحلف بالله بعته وما علمت به
عينا كتمته ، بدليل حديث عثمان ، قاله في التهذيب .

(فرع) شغف بعض الوراقين في هذا الزمان بأن يجعل بدل
شرط البراءة : أعلم البائع المشتري أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به ،
وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع ، والشرط على بعض الأقوال
في شرط البراءة ، وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد . (أما) أنه
لا يجوز فعله فلأنه كذب ، لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب في محل ،

ومنها ما هو متضاد (وأما) أنه لا يفيد ، فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكفي بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والاباق ، فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية ، فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضا ، فهذا فعل باطل وشهادة باطلة ، قصدت التحذير عنها لأن كثيرا ما يغيرها ولا يجوز للحاكم الزام المشتري بمقتضى هذا الاقرار للعلم بكذبه وبطلانه ، وإذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة ، فيفسد العقد على أحد القولين ، ويصح على الآخر ، ويبرأ من العيب الباطل المجهول في الحيوان دون غيره .

(أفروع) يختم به الباب ، قال النووي في الروضة : قال أصحابنا : إذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أسباب : خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف الشرط المقصود ، والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض .

(قلت) والتصرية لما كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب ، وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك ، ولكن قد بقي عليه رجوع البائع عند افلاس المشتري ، وله أن يلحقه بالعيب ، لكن مثلا هذا التكلف يقتضى عد العيب والخلف شيئا واحدا ، فالوجه جعل ذلك قسما آخر ، وبقي عليه أيضا الافتراق في الرويات قبل التقابض ، وهو راجع الى هلاك المبيع ، وبقي أيضا تعذر امضاء العقد كما في اختلاط الثمار ، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكيلة ، كما تقدم على اختلاف فيها .

(وأما) الخيار الحاصل بسبب الاجبار في المراجعة فهو راجع الى العيب لأنه كالعيب في المبيع ، وقد ذكر المصنف في التنبيه مسألة الاختلاف في قدم العيب وحدوثه ، وإذا باع عصيرا أو سلطه ، ولم يذكرهما في المذهب في هذا الباب ، وذكر المسألة الأولى في باب اختلاف المتبايعين ، وسنشرحهما هناك ان شاء الله تعالى بعون الله وتيسيره .

فهارس الجزء الحادى عشر

من كتاب المجموع

اولا	: الآيات القرآنية
ثانيا	: الأعلام
ثالثا	: الأحاديث والأخبار والآثار
رابعا	: الأشعار الاستشهادية
خامسا	: الأحكام

أولا : الآيات القرآنية

الصفحة

- ٤٢١ « أطلع الغيب أم اتخذ عند الرحمن عهدا »
- ٣٦ « أعجاز نخل منقعر »
- ٣٠١ « إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت »
- ٣٧٠ « ثمانية أزواج »
- ٤٥ « فان خفتن ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتتحت به »
- ٢١١ « فلا تقل لهما اف »
- ١٥٤ « كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده »
- ٤٥ « وآتموا الصيام الى الليل »
- ٢١٤ « واحل لكم ما وراء ذلكم »
- ١٥٨ « وما جعل عليكم في الدين من حرج »



ثانياً : الأحاديث والآثار والأخبار

حرف الألف

الصفحة

- أبى ابن عمر أن يحلف وقيل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم
- ٦٠٨ أتيت عروة فأخبرته فقال : أروح إليه العشيّة فأخبره أن عائشة رضى الله عنها أخبرتنى أن رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فعجلت الى عمر فأخبرته ... الخ
- ٤٠١ ، ٤٠٠ ، ٣٣٩ أجل الجارية بها الجذام سنة
- ٣٢٢ أحدى العضلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة واحدة تثبتها وثلاث تحرمها
- ٢١٤ إذا بعث نقل : لا خلافة ولك الخيار ثلاثا
- ٥٧٠ ، ٣٢٢ إذا حدثكم عن الله شيئاً فخذوا به ، فاننى لن أكذب على الله
- ٤٦ إذا اشتري أحدكم نعجة أو شاة
- ٢٠٦ أردت عليها الحج ، قال : ان يخفها نقبا
- ٣٠٢ ، ٢٩٨ أرسل الى مولاها أن زوجها قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم
- ٣٤٧ إلا لا توطأ حامل حتى تضع
- ١٤٦ إلا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله ﷺ ؟ قلت : بلى فأخرج لى كتابا : هذا ما اشتري العداء بن خالد ابن هوذة من محمد رسول الله ﷺ ، اشتري منه عبداً أو أمة لا ذاء ولا خبثة ولا غائلة بيع المسلم المسلم
- ٣٠٣ الأمة تباع ولها زوج قضى عثمان أنه عيب ترد به
- ٥٦٩ أما لا فلا تبايعوا حتى يبدؤ صلاح الثمرة كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم
- ١١٧ أن أبا سالم باع غلاماً بثمانمائة بالبراءة من كل أمة فوجد الرجل به عبداً ، فخاصمه الى عثمان

- رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : احلف وما به
داء تعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام
مبايعه بعد ذلك بألف وخمسمائة
٦٠٨
- ان حيان بن منقذ كان يخدع في البيع فذكر ذلك
للنبي ﷺ فقال : اذا بعت فقل : لا خلافة ولك
الخيار ثلاثا
٥٧٠
- ان الخراج بالضمان
٣٩٩
ان يخفيها نقيا
٢٩٨ ، ٣٠٢
- ان رجلا من مزينة طلق امراته ثلاثا قبل ان يدخل
بها ، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة رضى
الله عنه فقال ابن عباس رضى الله عنه : احسدى
المعضلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة رضى الله
عنه : واحدة تثبتها وثلاث تحرمها ، فقال
ابن عباس : زينتها يا أبا هريرة ، أو قال :
نورتها أو كلمة تشبهها — يعنى أصاب
٢١٤
- ان شريكى باعك ابلا هيبا ولم يعرفك قال :
فاستنقها اذن فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر :
دعها رضىنا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
٣١٠
ان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بها احتلب
من لبنها
٢٤٩
- ان شئت كسروا فما وجدوا سدا زدوه
٥١٦
ان صدقا وبيننا بورك لهما في بيعهما ، وان كذبا
وكتما محقت بركة بيعهما
٣٠٣
- ان النبي ﷺ أنشد قول الأعرابي حين حرم عليه
بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :
جذدت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبرأ
٣١
فقال النبي ﷺ : وكان الثمار لمن قد أبرأ
٥٦٩
ان عثمان قضى بأنه عيب ترد منه
انما ظننت ظنا فلا تؤاخذونى بالظن ، ولكن اذا
حدثكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به فاننى لن
أكذب على الله تعالى
٥٢٠
أى الرقاب أمضلت ؟ قال : أعلاها ثمنا وانفسها
عند أهلها
٥٣٠
- أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل
٤٦

حرف الباء

المسححة

- ٣٤٩ بدو الصلاح في الثمر بطلوع الثريا
ابصر النبي ﷺ الناس يلحقون فقال : ما للناس ؟
قالوا : يلحقون . فقال : لا لقاح أو لا أدرى اللقاح
شيئا ، فقال : تركوا اللقاح فخرج ثمر الناس شيئا
فقال النبي ﷺ : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن
اللقاح فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لحقوا
٤٦ بعثت بالحنيفية السمحة
١٥٩ باع رجل على عهد رسول الله ﷺ حائطا ثمرا
ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره
فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر واحتكما منه الى
النبي ﷺ فمضى بالثمر للذي لحق النخل - البائع
٣٠ ابتاع رجل غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم به
ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي ﷺ ورده عليه
فقال الرجل : يا رسول الله . . قد استغفرت غلامي
فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان
٣٩٨ باع عبد الله بن عمر غلاما بثمانمائة بالبراءة
من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى
عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر رضي الله
عنه : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه ، فأبى
ابن عمر أن يحلف ، وقبل الغلام فباعه بعد ذلك
بألف وخمسمائة
٦٠٨ بيع المسلم المسلم لا داء ولا خيبة ولا غائلة
٢٠٢ بايعت رسول الله ﷺ على إقامة الصلاة وإيتاء
الزكاة والنصح لكل مسلم
٢٠٢ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا
بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة
بيعهما
٢٠٢ المتبايعان بالخيار وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم
يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع
٢٣١ بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم
٢٢٩ ابتعت غلاما فاستغفرت له ثم ظهرت منه عيب
فخاصته فيه الى عمر بن عبد العزيز فمضى له
برده ، وقضى على برده غلته ، فأبيت عسرة

فأخبرته ، فقال : أروح إليه العشيّة فأخبره أن عائشة رضی الله عنها أخبرتنی أن رسول الله ﷺ « قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان » فعجلت إلى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة ، فقال عمر : فما أيسر عليّ من قضاء قضيته الله يعلم أنني لم أر فيه إلا الحق ، فبلغني نيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراح إليه عروة فمضى له أن أخذ الخراج من الذي قضى به على له

٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١

ابتاع عبد الرحمن بن عوف جارية مقيلا له : ان لها زوجا فأرسل إلى زوجها فقال له : طلقها ، فأبى فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل إلى مولاهما أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتمكم

٣٤٧

٣٠٢

بين لك ما فيها يتبايعون الثمار ماذا جذ الناس وحضر تقاضيتهم على المبتاع : أنه أصاب التمر الزمان

١١٧

حرف التاء

٤٦

تركوا اللقاح فخرج ثمر الناس شيئا

٢٢٢

تمر أو شعير

حرف الشاء

٣٠

ثبت البيوع

٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

ثلاثة أيام زمن الخيار

٢٢٠

ثلاث ليال عهد الرقيق

٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨

ثمرتها للبايع إلا أن يشترط المبتاع

٥٢

ثمها أعلى وانفسها عند أهلها

٥٢٠

ثم وجد به عيبا فخاصه إلى النبي ﷺ ورد عليه

فقال الرجل : يا رسول الله .. قد استغل غلامي

٣٩٨

فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان

حرف الجيم

جاء نواس إلى ابن عمر فقال : ان شريكى

٣١٠

باعك ابلا هيميا

- جارية لم يطلقها زوجها فقال له : طلقها فأبى
فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبى فأرسل
الى مولاهما أنه قد أبى فاقبلوا جاريتكم
جعله النبي ﷺ بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فترد عليه
دراهمه ويأخذ سلعته
٢٤٧
٢٤٧ ٥٧٠
٢٤٧ جعل له مائتين فأبى فجعل خمسمائة فأبى .. الخ

حرف الحاء

- حبان بن منقذ رضى الله عنه كان يخدم في البيوع
فجعل النبي ﷺ له الخيار ثلاثا أن شاء أخذ وان
شاء رد
٣٢
٢١٣ حتى يبلغ الكتاب أجله
احتكما منه الى النبي ﷺ فمضى بالثمر للذى
لقح النخل
٣٠
٢٠٧ ٢٤٩ يطبها وان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا
من تمر بها احتلب منها
يخلف ما كان به داء علمته وقد رأى ابن عمر
التبرى، يبرئه مما علم وما لم يعلم
ليحلل أحدكما صاحبه
٦٠٨
٦١٧
١٨٢ يحمل نخل أنس بن مالك في السنة مرتين

حرف الخاء

- أخبر نواس انه باعها من شنيخ كذا وكذا
سار به : ويليك .. فجاء نواس انه باعها
أخبرتني عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ
مضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان
خذ سلعتك ورد دراهمي فيقول :
لا أفعل .. الخ
٣١٠
٣٩٩ ٤٠٠ ٤٠١ الخراج بالضمان = أخبرتني عائشة
خرج ثمر الناس شيئا
الخصومة في ذلك كثرت عنده فقال ﷺ : أما لا
فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير
بها لكثرة خصومتهم
١١٧
٣٩٩ ٤٠٠ ٤٠١ تخاصما عند النبي ﷺ في مواريث درست
فقال ﷺ : أسهما وأوجبا ليحلل أحدكما صاحبه
٦١٧

خاصه الى النبي ﷺ ورد عليه فقال الرجل :
يا رسول الله قد استفل غلامى فقال ﷺ : الخراج
بالضمان
الخيار ثلاثة أيام

٣٩٨
٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

حرف الدال

ادخل يده فيه فقال : لعلك غششت من غشنا
فليس منا
٣٠٢ ، ٣٠٣
أدركنى وائلة وهو يجردائه فقال : يا عبد الله
٣٠٢ اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟
٢٢٢ ، ٥٧٠ دراهمه ترد عليه
٣١٠ دعها رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
٣٠٣ ، ٣٠٧ الدين النصيحة

حرف الذا

ذكر للنبي ﷺ أن حبان بن منقذ كان يخدع في
البيع فقال : اذا بعته فقل : لا خلافة ولك الخيار
٢٢٢ ، ٥٧٠ ثلاثا

حرف الراء

رأيت رسول الله ﷺ مر بجنيات رجل عنده طعام
في وعاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك غششت من
٣٠٣ غشنا فليس منا
أرأيت ان منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ
١١٧ ، ١١٨ ، ١٢٢ أحدكم مال أخيه
١٤٥

ارده فانك قد غنيت او غششت فيرجع الى
بيعه فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمى فيقول :
لا لا أفعل قد رضيت فذهبت حتى يمر الرجل من
أصحاب النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله ﷺ قد
جمعه بالخيار فيما بيتاع ثلاثا فترد عليه دراهمه
ويأخذ سلعته

٢٢٢ ، ٥٧٠

٥٧. رد على دراهمي وخذ سلعتك
 ٣١٠ رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
 ٣١٢ رده عليه بالعيب

حرف الزاي

- ٢١٤ زينتها يا ابا هريرة او قال : نورتها او كلمة
 تشبهها

حرف السين

- ٢١٤ سأل رجل ابن عباس وعنده أبو هريرة
 ٦٢٢ ست ركعات في كل ركعة ست سجادات
 ٢١٠ سقاه الله تعالى وأطعمه
 ٥٧. سلعتك خذها وردد دراهمي
 استقتها اذن فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر :
 ٣١٠ دعها رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى

حرف الثمين

- اشترى عبد الرحمن بن عوف من عاصم بن عدى
 ٥٦٩ جارية فأخبر أن لها زوجا مردها
 اشترى ابن عمر ابلاهيما من شريك لرجل يقال
 له نواس من أهل مكة فأخبر نواس أنه باعها من
 شيخ كذا وكذا ، فقال له : ويلك . . فجاء نواس
 الى ابن عمر فقال : ان شريكي باعك ابلاهيما ولم
 يعرفك قال : فاستقتها اذن فلما ذهب ليستاقها قال
 ٣١٠ ابن عمر : رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
 اشترى عمرو بن حريث الصحابي من أعرابي
 بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن
 بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فاك هي
 فاسدة ثم ثانية ثم ثالثة حتى تتابع منهن فاسدات
 فطلب الأعرابي يخاضمه الى شريح فقال شريح :
 أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي أخذه به وأما
 ما بقى فانت يا أعرابي بالخيار ان شئت كسروا
 ٥١٦ فما وجدوا فاسدا ردوه

٢٠٢ اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟
اشترى حبان فرجع الى أهله فيقولون له :
ارده فانك قد غبت أو غششت فيرجع الى بيته
فيقول : حد سلعتك ورد دراهمي فيقول : لا أفعل
قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب
النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله ﷺ قد جعله
بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فترد عليه دراهمه ويأخذ
سلعته

٥٧٠

اشترت ناقة من دار وائلة بن الأسقع ، فلما
خرجت بها أدركنا عقبه بن عامر فقال : هل بين لك
ما فيها ؟ قلت : وما فيها انها لسينة

٢٩٨ ، ٢٠٢

حرف الصاد

١٤٩ الصلاح في الثمر بطلوع الثريا
صلى على بن أبي طالب رضي الله عنه أنه صلى
في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجودات
٦٢٢ صاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها
٢٤٩ صاعا من تمر أو صاعا من شعير
٢٢٣ ، ٢٠٣ صاعا من تمر المدينة
٢٣٥ صاعا من طعام أو صاعا من تمر
١٩٨ صاعا من تمر والرهن مركوب ومحلوب
١٩٧

حرف الطاء

٢١٠ أطعمه الله وسقاه
طلب الاعرابي يخاصمه الى شريح فقال شريح :
أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي أخذه به
وأما ما بقي فانت يا أعرابي بالخيار ان شئت كسروا
فما وجدوا فاسدا ردوه
٥٧٠ طلق رجل من مزينة امراته ثلاثا قبل أن يدخل
بها فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة فقال
ابن عباس : أحدى العضلات يا أبا هريرة فقال
أبو هريرة : واحدة تثبتها وثلاث تحصرها فقال
ابن عباس : زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورتها ،
أو كلمة تشبهها — يعني أصاب
٢١٤ طلوع الثريا
١١٥

حرف الميم

٥٤٠. أعلاها ثنا وأنفسها عند أهلها
 ٣٢٠. عهد الرقيق ثلاث ليال
 ٥٦٦. عيب ترد به الجارية زواجها

حرف الفاء

٥٢. أفضل الرقاب أعلاها ثنا وأنفسها عند أهلها
 فلما ثبت البيع اختلفا في الثمن واحتكما فيه الى
 ٣٠. النبي ﷺ فمضى بالثمر للذي لقم النخل — اليائع
 فلما خرجت بها ادركنى وانه وهو يجر رداه
 فقال : يا عبد الله استتريت ؟ قلت : نعم قال :
 بين لك ما فيها ؟
 فهو بالخيار ثلاثة أيام

٣٠٢

٣٢٢ ، ٣٢١ ، ٣٢٠

حرف القاف

- قبل عبد الله بن عمر الغلام فباعه بعد ذلك
 بالف وخمسمائة
 ٦٠٨. اقبلوا جاريتكم قد أبى أن يطلق
 ٣٤٧. قد جعله ﷺ بالخيار فيما يتناع ثلاثا فترد عليه
 ٥٧. دراهمه ويأخذ سلعته
 ٢٤٧. قد أبى جاريتكم أن يطلق
 ٣٩٩. قضى النبي ﷺ أن الخراج بالضمان
 ٤٠١ ، ٤٠٠ ، ٣٩٩. قضى له أن أخذ الخراج من الذي قضى به على له
 ٥٦٦. قضى عثمان أنه عيب ترد منه
 قضى عثمان على ابن عمر بأن يحلف ما كان به
 داء علمته وقد رأى ابن عمر أن التبرى تبرئه مما علم
 وما لم يعلم
 ٦٠٨. قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فجعلت
 الى فأخبرته ما أخبرنى عروة فقال عمر : فما أيسر
 على من قضاء قضيته ، الله يعلم انى لم أر فيه الا
 الحق ، فبلغنى فيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراح
 اليه عروة فمضى له أن أخذ الخراج من الذي قضى
 به على له

٤٠١ ، ٤٠٠ ، ٣٩٩

- قال : ما للناس ؟ قالوا : يلغحون فقال : أولا
ادرى اللقاح شيئا فقال : تركوا اللقاح فخرج ثمر
الناس شيئا فقال النبي ﷺ : ما شأنه قالوا :
كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما أنا مزارع
ولا صاحب نخل لقحوا
٤٦
قال ﷺ لرجلين تخاصما عنده في مواريث درست
أسهما وأوجبا ليحلل أحدهما صاحبه
٦١٧
قيل : وما تشقح قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها
١٤٩
قلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا
١١٥
قال المبتاع : انه أصاب الثمر الزمان أصابه
مراض أصابه تشام عاهات يحتجون بها فقال ﷺ
لما كثرت عنده الخصومة : اما لا فلا تبيعسوا
حتى يبدو الصلاح
١١٧

حرف الكاف

- كسروا واحدة فاذا هي فاسدة ثم ثانية ثم الثالثة
حتى تتابع منها فاسدات
٥١٦
كل شرط ليس هو في كتاب الله فهو باطل
٦١٧
كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد
٣٠٨
وكان الثمار لمن قد أبرأ
٣١
كان حبان بن منقذ اذا اشترى مرجع الى اهله
فيقولون له : اردده فانك قد غبنت أو غششت
فيرجع الى بيعه فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمي
فيقول : لا افعل ، قد رضيت فذهبت به حتى يمر
الرجل من أصحاب النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما بيننا
ثلاثا فتردد عليه دراهمه ويأخذ سلعته
٥٧٠ ، ٣٢٢
كان شعر النبي ﷺ شعرا رجلا ليس بالجمعد
القطط ولا بالسيط ، كان جمعدا رجلا
٢٨٥
كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون
الثمار ، فاذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال
المبتاع : انه أصاب الثمر الزمان أصابه مراض
أصابه تشام عاهات يحتجون بها فقال رسول الله ﷺ

- لما كثرت عنده الخصومة في ذلك : أما لا تبايعوا
حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير بها لكثرة
خصومتهم ١١٧
- كان نخل أنس بن مالك رضى الله عنه تحمل في
السنة مرتين في السنة بدعوة النبي ﷺ له ١٨٢
- كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما أنا بزارع ولا
صاحب نخل ، لاقحوا ٤٦

حرف اللام

- لملك غششت من غشنا فليس منا ٢٠٣
- لاقحوا ، ما أنا بزارع ولا صاحب نخل ٤٦
- لما كثرت الخصومة في ذلك قال ﷺ : أما لا
ملا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير
بها لكثرة خصومتهم ١١٧
- لما نزلت « **إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس
أهل البيت** » فقال وائل بن الأسقع . وأنا من أهلك
فقال . وانت من أهلى . قال : فهذا أرجى ما أرتجى ٢٠١
- لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلغنه ٢٠٢
- لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ٢٠٦

حرف الميم

- ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فمن المبتاع ٢٢٢
- ما أنا بزارع ولا صاحب نخل ، لاقحوا ٤٦
- ما للناس ؟ قالوا : يلحقون ، فقال : لا للقاح
أو لا أدرى اللقاح شيئا ، فقال : تركوا اللقاح
فخرج ثمر الناس شيبا فقال النبي ﷺ : ما شأنه ؟
قالوا : كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما أنا بزارع
ولا صاحب نخل ، لاقحوا ٤٦
- ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته
السماء . . . الخ ٢٠٢
- مثل لبنها قمحا ٢٤٦
- مر بجنيات رجل عنده طعام في وعاء فأدخل يده
فيه ، فقال : لملك غششت من غشنا فليس منا ٢٠٦

- مر النبي ﷺ على صبرة طعام فأدخل يده فيها
فقال أصابعه بللا فقال : ما هذا يا صاحب
الطعام قال : أصابته السماء يا رسول الله قال :
أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ، من
غش فليس مني ٣٠٢
- المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه
بيعا يعلم فيه عيبا إلا بينه له ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠
- امكئ في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله
من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها
رد معها مثل أو مثلى لبنها قمحا ٢١٢
١٩٤ ، ١٩٥
- من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن
يشترط المتبايع ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨
٥٢
- من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحطبها
أن شاء أمسكها وأن شاء ردها وصاعا من تمر
من باع عيبا ولم يبيئه لم يزل في مقت الله ولم
تزل الملائكة تلعنه ٣٠٣
من اشترى شاة مصراة ٢٠٥
من اشترى شاة محفلة فردها فليردها ومعها
صاع ١٩٨
- من غش فليس مني ٣٠٢
- من غشنا فليس منا ٣٠٣
- المؤمنون عند شروطهم ٦١٧

حرف النون

- نهى النبي ﷺ أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر
الباد ، ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فان
حطبها ورضيها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا
من طعام أو صاعا من تمر ١٩٨
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبذرو صلاحها ١١٥
- نهى النبي ﷺ عن بيع الحب حتى يشتد وعن
بيع العنب حتى يسود وعن الثمرة حتى تزهي
نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى تطعم ١٤٨ ، ١٤٩

- نهى النبي ﷺ عن المسبل حتى يبيض ويأمن
العامة ١٣٣
- نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يزهو وعن
المسبل حتى يبيض ١٤٩
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى تنجو من
العامة ١١٦
- نهى النبي ﷺ عن بيع ثمرة النخل حتى ترهى
والمسبل والزرع حتى يبيض ويأمن العامة ١١٥
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى تطيب
١٤٩ ، ١٩٢
- نهى النبي ﷺ أن تباع الثمرة حتى يشقح ، قيل :
وما يشقح يا رسول الله ؟ قال : تحمض وتصفر
ويؤكل منها ١١٦
- نهى النبي ﷺ عن بيع العنب حتى يسود
وعن بيع الحب حتى يشتد ١١٦
- نهى عن بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة
لمسلم ٢٢٩
- نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه
أو يؤكل ، وحتى يوزن ، قالت : قلت : ما يوزن
فقال : جل عنده ، حتى يحرز ١١٦
- نهى رسول الله ﷺ عن النجش والتصرية
٢٠١
- نورتها يا أبا هريرة أو كلمة تشبهها — يفتى
أصاب ٢١٤

حرف الهاء

- هذا أرجى ما أرتجى ٣٠١
- هذا ما اشتري محمد رسول الله ﷺ من العداء
ابن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ٣٠٢
- هذا ما اشتري العداء بن خالد بن هوزة من
محمد رسول الله ﷺ اشتري منه عبدا أو أمة لا داء
ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ٣٠٣
- هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها أنها لسمينة
ظاهرة الصحة ، فقال : أردت بها سفرا أم أردت
بها حجا قلت : أريد عليها الحج ، قال : أن يخفها

نقبا ، قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا
هو على ما قال : انى سمعت رسول الله ﷺ يقول :
لا يحل لأحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ولا يحل لمن
يعلم ذلك الا بينه

٢٩٨ ، ٣٠٢

حرف «لا»

لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع بأفواه
الطرق ، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على رسوم
أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يرد ،
ولا تسال المرأة طلاق أختها لفتكتى ما فى صحفتها
فانما لها ما كتب ، ولا تبيعوا المصرة من الإبل
والغنم فمن اشترأها فهو بالخيار ان شاء ردها

١٩٧

وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومحلوب
لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدوا صلاحها ولا تتبايعوا
التمر بالتمر

١١٦

لا تباع الثمرة حتى تشقح فقليل : وما تشقح ؟
قال : تحار وتصفار ويؤكل منها

١٤٩

لا جلب ولا جنب ولا اعراض ولا يبيع حاضر
لباد ، ولا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك
فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها
وان سخطها ردها وصاعا من تمر

١٩٨

لا يحل لأحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ولا يحل
لمن يعلم ذلك الا بينه

٢٩٨ ، ٣٠٢

٢٩٩

لا تحل الخلاية لمسلم
لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا
الا بينه له

٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠

٥٧٠

لا خلاية ولك الخيار ثلاثا قلها اذا ابتعت
لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو
اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها وان
سخطها ردها وصاعا من تمر

١٩٨

٥٧٢

لا ضرر ولا ضرار
لا تصروا الإبل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد
ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ثلاثا ، ان

١٩٥ ، ١٩٤
١٤٦

رضيها أمسكها ، وان سخطها ردها وصاعا من
تمر لا سمراء
لا توطأ حامل حتى تضع

حرف الياء

يا رسول الله لقد استغل غلامى فقال رسول الله
٣٩٨ صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان
يا عبد الله اشترت ؟ قلت : نعم ، قال : بين لك
٣٠٢ ما فيها ؟
يا أبا هريرة زيتها أو نورتها أو كلمة تشبهها
٢١٤ يعنى أصاب



ثالثا : الأسماعير الاستشهادية

الصفحة

٢١

* وهو سر غالب لمن غلب *

الأعشى

* * *

جذدت جنى نخلتى ظالمسا وكان الثمار لمن قد أبرأ
٢١ أعرابى

* * *

تأبدى يا خيرة العسسل تأبدى من جيد فسل
٤٧ إذا ضن أهل النخل بالفحول
شاعر

* * *

فقلت لقومى هذه صدقاتكم مصررة اخلافها لم تجدد
٢٠٠ مالك بن نويرة

* * *

وقلت : خذوا أموالكم غير خائف ولا ناظر فيما يجيء من الغد
٢٠٠ منعنا وقتلنا الدين دين محمد
مالك بن نويرة

* * *

يارب ماء صرى وردته سبيله قائفا حدثا
٢٠١ عبيد

* * *

* يمضى الباز إذا الباز كثر *
٢٠١ العجاج

* * *

إذا محاسنى اللاتى أدل بها صارت ذنوبى فقل لى كيف اعتذر
٢١٦ البحرى

* * *

رابعاً : فهرس الأعلام

الصفحة

- ٣٢٠ ايان بن عثمان
 ابراهيم بن أحمد = أبو اسحاق الروزي
 ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد = ابن أبي الدم
 ابراهيم بن علي بن يوسف = أبو اسحاق الشيرازي
 الأبيوردى أبو يعقوب ١٧٧
 ابن الأثير (علي بن محمد بن عبد الكريم الجزري) ١٩٨
 أبو بكر أحمد بن اسماعيل = أبو بكر الاسماعيلي ١٩٨ ، ٢٣٦
 أحمد بن بشر بن عامر = القاضي أبو حامد المروزي ١٠٧ ، ٧٣ ، ١٠٧ ، ١٤٢ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦٩ ، ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٤٦ ، ٢٩٢ ، ٢٩٨ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٦٢٦ ، ٦٦٨
 أحمد بن حنبل الشيباني امام الأئمة ٣١ ، ١٠٥ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٦٦ ، ٢٠٧ ، ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٣ ، ٣٦٢ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٤٠٣ ، ٤١٨ ، ٤٣٨ ، ٤٤٧ ، ٤٥١ ، ٥٠٥ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ، ٥٧٢ ، ٥٧٧ ، ٥٩٤ ، ٦١٠ ، ٦١٨
 أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني صاحب العايات = الجرجاني .
 الأزدي (عبد الله بن سليمان بن الأشعث بن أبي داود أبوه صاحب السنن السجستاني) ٣٩٩
 الأزهرى (محمد بن أحمد صاحب الزاهر فى غريب مختصر الرقى) ٤٠١ ، ٤٠٠ ، ٣٠٢ ، ٢٠١ ، ٤٠٨ ، ٤٠٥ ، ٤٠٤ ، ٣
 أبو اسحاق الروزي (ابراهيم بن أحمد) ٨ ، ١٥ ، ١٦ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٥٠ ، ٥٣ ، ٥٨ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٨٢ ، ٩٢ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ١٠٨ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١٧٣ ، ١٨٠ ، ١٩٦ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، ٢٦١ ، ٢٦٣ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٢١٤ ، ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٦ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٥٣ ، ٢٦٣ ، ٢٧٨ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩٢ ، ٤٠٢ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٩١ ، ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، ٥١٦ ، ٥١٧ ، ٥٢٢ ، ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤٣ ، ٥٧٩ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ، ٦١١
 اسحاق بن راهويه (هو اسحاق بن ابراهيم بن راهويه الحنظلي) ٦١٠ ، ١٢٠ ، ٢٠٧ ، ٤٢٩ ، ٥٥٣ ، ٥٥٦ ، ٦١٠
 أبو اسحاق الشيباني ١٣٣

الصفحة

ابو اسحاق الشيرازي (هو ابراهيم بن علي بن يوسف صاحب المذهب والتنبه واللمع وغيرها) ٤٧ ، ٤٩ ، ٦٥ ، ٨٤ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ، ١٣٥ ، ١٨٤ ، ٢٢٥ ، ٢٤٧ ، ٢٧٥ ، ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٣٠٥ ، ٣٠٧ ، ٣٠٩ ، ٤٦٨ ، ٤٩٢ ، ٥٢٦ ، ٦٢٥

ابو اسحاق المراقى = المراقى

الاسفرايينى = الشيخ ابو حامد

الاسماعيلى = ابو بكر احمد بن اسماعيل

اسماعيل بن ابي اويس بن ابي عامر (الاصبهى ختن الاجام مالك) ٦٢٣

اسماعيل بن جعفر ١١٨

اسماعيل بن مسلم ١٩٨

اشعث بن سوار ٦٠٩

الاشعري (ابو الحسن علي بن اسماعيل) ٣٠

اشهب (هو عبد العزيز بن داود صاحب مالك) ٢٠٧ ، ٢٠٨

الاصطخرى (ابو سعيد الحسن بن احمد بن يزيد) ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٦٠٧

الاصمعى (عبد الملك بن قريب) ٢٠٢ ، ٣٠٢

الاعرج (عبد الرحمن بن هرمز التابعى رضى الله عنه) ١٩٤ ، ٢٠٦

امام الحرمين = الجوينى

ابن الانبارى (ابو بكر محمد بن القاسم بن محمد بن بشار

الانبارى النحوى الاديب) ٣٠

انس بن مالك رضى الله عنه خادم النبى ﷺ ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١٦٨ ، ١١٩ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٨٢ ، ١٩٨ ، ٢٠٧

الأوزاعى (ابو عمرو عبد الرحمن بن عمرو) ٣٢ ، ٣٠٦

ايوب بن ابي تميمة السخيتانى ٢٠٥ ، ٢٠٦

ايوب بن سويد ٢٠٢

حرف الباء

البايجى ابو الوليد المالكى ٥٩٦ ، ٦٢٣

ابن باطيش (اسماعيل بن هبة الله بن سعيد) ١٠٤

البيجلى = جرير بن عبد الله البيجلى رضى الله عنه

البحترى (الوليد بن عبيد الشاعر) ٢١٦

البخارى (ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة

الجعفى صاحب الجامع الصحيح رضى الله عنه) ٢٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١٤٩ ، ١٤٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢١٤ ، ٢٣٦ ، ٢٧٥ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣١٠ ، ٣٣١ ، ٣٩٩

٤٤٠ ، ٥٢٠

ابن البدرى ١٤٩

ابن البردى ٧٨

البرقانى (ابو بكر احمد بن محمد بن احمد) ١٩٩

البغوى = صاحب التهذيب (الحسين بن مسعود القراء) ١٢ ، ١٣ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٩ ، ٧٥ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤

الصفحة

١٨٩ ، ١٨٨ ، ١٥٣ ، ١٤٧ ، ١٣٧ ، ١١٣ ، ٩ ، ٨٨ ، ٨٧ ، ٨٥
 ٢٤٥ ، ٢٤١ ، ٢٤٠ ، ٢٣٩ ، ٢٣٥ ، ٢٢٥ ، ٢٢١ ، ٢٢٠ ، ٢١٦
 ٢٩٥ ، ٢٩٤ ، ٢٨٩ ، ٢٨٤ ، ٢٧٤ ، ٢٧٠ ، ٢٤٩ ، ٢٤٦
 ٣٣٩ ، ٣٣٨ ، ٣٣٥ ، ٣٢٦ ، ٣٢٥ ، ٣٢٤ ، ٣٠١ ، ٢٩٨ ، ٢٩٧ ، ٢٩٦
 ٣٩٨ ، ٣٩٧ ، ٣٩٦ ، ٣٩٥ ، ٣٩٠ ، ٣٨٩ ، ٣٦٤ ، ٣٦٣ ، ٣٥٨ ، ٣٥٠
 ٤٥٣ ، ٤٤٨ ، ٤٤٤ ، ٤٤٣ ، ٤٤١ ، ٤٣٧ ، ٤٢٢ ، ٤٢٠ ، ٤١٩ ، ٤١٦
 ٥٠٥ ، ٤٩٦ ، ٤٩١ ، ٤٨٨ ، ٤٨٤ ، ٤٦٤ ، ٤٦٣ ، ٤٦٢ ، ٤٥٥ ، ٤٥٤
 ٥٣٢ ، ٥٣١ ، ٥٣٠ ، ٥٢٥ ، ٥٢٠ ، ٥١٣ ، ٥١٠ ، ٥٠٩ ، ٥٠٨ ، ٥٠٦
 ٥٥٨ ، ٥٥٢ ، ٥٥٠ ، ٥٤٩ ، ٥٤٥ ، ٥٤٤ ، ٥٤٣ ، ٥٤٢ ، ٥٣٩ ، ٥٣٤
 ٥٩٨ ، ٥٩٠ ، ٥٨٨ ، ٥٨٥ ، ٥٧٥ ، ٥٧٣ ، ٥٧٠ ، ٥٦٨ ، ٥٦٧ ، ٥٦٣
 ٦٢٨ ، ٦٢٥ ، ٦١٦ ، ٦٠٣

ابو بكر بن داود = ابن داود

البنديجي (محمد بن حمد بن خلف ابو بكر صاحب الفخيرة) ٧ ،
 ٢٥٦ ، ٢٥٤ ، ٢٣٤ ، ٢٢٠ ، ١٨٦ ، ١٥٩ ، ١٣٢ ، ١٣٠ ، ٧٧ ، ٧٢
 ٢٢١ ، ٦٢٠ ، ٥٨٣ ، ٤٩١ ، ٤٥٧ ، ٣٣٣ ، ٢٧٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٣ ، ٢٥٧
 البويطي (ابو يعقوب يوسف بن يحيى) ٣٨ ، ٣١ ، ١٦ ،
 ٣٧٦ ، ٣٧٥ ، ٣٧٣ ، ٣٧٢ ، ٣٦٧ ، ٣١٦ ، ١٦ ، ٧٧ ، ٧٦ ، ٤٢
 ٥٩٢ ، ٥٨٨ ، ٥٤٧ ، ٥٤٢ ، ٥٢٨ ، ٥٢٥ ، ٤٥٢ ، ٣٨٣ ، ٣٨٢ ، ٣٧٧
 ٦٢٣ ، ٦٠٣

البيهقي = (ابو بكر احمد بن الحسين بن علي) ١٤٩ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ،
 ٦١٨ ، ٦١٧ ، ٦٠٩ ، ٥٦٩ ، ٣٢٠ ، ٣١٠ ، ٣٠٢ ، ٢٩٩ ، ٢١٨ ، ١٩٨
 ابن البيع = الحاكم ابو عبد الله صاحب المستدرک

تاج الدين عبد الرحمن ٧٦

الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة) ١١٦ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ٢٠٥ ،
 ٤٠٠ ، ٣٩٩ ، ٣٠٣

ابن التلمساني ١٣٠

تميم الداري ٣٠٣

ابن التودي ١٠٤

التميمي = سليمان ١٩٨

حرف التاء

ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ١٩٥ ، ١٩٦ ، ٢٠٦

الثعلبي امام العربية ٢٠١

الثقفى امام في العربية ٥٥٥

ابن ثوبان = محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان

ابو ثنور (ابراهيم بن خالد بن ابي اليمان صاحب الشافعي

من رواة القديم) ٢٠٧ ، ٢٥٥ ، ٣١٥ ، ٣٣١ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٤٠٢ ،
 ٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٥١ ، ٤٥٢ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ،
 ٥٧٢ ، ٦٠٩

الثوري (سليمان بن سعيد ابو عبد الله) ١١٨ ، ١١٩ ،
 ١٣٣ ، ٤٠٢ ، ٤٢٩ ، ٥٢٤ ، ٥٥٦ ، ٦١٠

حرف الجيم

الصفحة

- جابر بن سمرة رضى الله عنه ١٤٨ ، ١٤٩
 جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ٤٦ ، ١١٦
 ابن الجارود ١٩٥
 ابن جبير = سميد
 الجرجاني (أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني) ٣٦ ، ٤٣ ،
 ٤٧ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٨٥ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ١٣٠ ، ١٣٥ ، ١٧١ ، ٢٣٣ ، ٢٥٨ ،
 ٢٧٤ ، ٢٨٩ ، ٣٤٨ ، ٣٥٤ ، ٣٩٤ ، ٤٢٢ ، ٤٢٦ ، ٥٠٦ ، ٥٢٥ ،
 ٥٥٩ ، ٥٦٤ ، ٦٢٧
 ابن جريج (عبد العزيز بن عبد الملك) ٣٠ ، ٣٢٢ ، ٤٣٧
 جرير (ابن عبد الله البجلي) رضى الله عنه ١٩٩ ، ٣٠٣
 جعفر بن محمد بن علي بن الحسين (جعفر الصادق) ٤٣٢
 جميع بن عمير ١٩٧
 الجويارى (أبو سلمة يحيى بن خلف) ٣٩٩
 الجورى (أبو الحسن علي بن الحسين) ١٧١ ، ٢١٩ ،
 ٢٢١ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٥ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ،
 ٢٧٣ ، ٣٦٤ ، ٤١٨ ، ٥٥٩ ، ٦١٤ ، ٦٢٠
 الجوهرى (الحسن بن علي بن محمد) ٦٦ ، ١٢٣ ، ٣٠٤
 الجوينى (الشيخ أبو محمد عبد الله بن يوسف والد امام الحرمين) ١٨ ،
 ٤٣ ، ٨١ ، ٩٨ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٦٩ ، ١٨٧ ، ٢٣١ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ،
 ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٦٥ ، ٢٩١ ،
 ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، ٥٣٦ ، ٥٨٣
 الجوينى (امام الحرمين أبو المعالى عبد الملك بن عبد الله بن يوسف
 الجوينى) ٦ ، ٨ ، ٩ ، ١٢ ، ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٦ ، ٣٥ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٤٨ ،
 ٤٩ ، ٥١ ، ٥٩ ، ٧٢ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٧ ، ١١٠ ، ١١٣ ،
 ١٢٢ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٣٤ ، ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٥٧ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٩ ،
 ١٧٠ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ،
 ١٨٦ ، ١٨٩ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ٢١٦ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٤٠ ،
 ٢٤٢ ، ٢٤٤ ، ٢٥٠ ، ٢٥٢ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ،
 ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ،
 ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٣٥ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ،
 ٣٤٧ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢ ، ٣٦٥ ، ٣٧٢ ، ٣٧٤ ، ٣٨١ ،
 ٣٨٣ ، ٣٨٧ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٤٠٥ ، ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ،
 ٤١٧ ، ٤٢٥ ، ٤٥٠ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٦ ،
 ٤٦٧ ، ٤٦٨ ، ٤٧٠ ، ٤٧٣ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٣ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ ،
 ٤٩٥ ، ٤٩٨ ، ٥٠٧ ، ٥١١ ، ٥١٣ ، ٥١٨ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٤٠ ،
 ٥٤١ ، ٥٤٤ ، ٥٤٨ ، ٥٥٤ ، ٥٧٣ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٧ ،
 ٥٧٨ ، ٥٨١ ، ٥٨٣ ، ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٥٨٧ ، ٥٨٧ ، ٦١١ ، ٦١٢ ،
 ٦١٦ ، ٦١٩ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧

حرف الحاء

الصفحة

- ابن أبي حاتم (عبد الرحمن بن محمد بن ادريس بن المنذر الحنظلي الرازي) ١٩٧ ، ٢٠٢ ، ٣٠١
 أبو حاتم (محمد بن ادريس بن المنذر الحنظلي الغطفاني الرازي) ٣٠٠ ، ٤٠٠ ، ٣٢١ ، ٣٠١
 أبو حاتم السجستاني ٢٠١
 الحارث بن سويد ٣٠٣
 الحافظ (شيخ يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن أبي الحجاج المقدسي) ٢٠٢
 الحاكم أبو عبد الله بن البيهق صاحب المستدرک ١٩٥ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٢١ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩
 أبو حامد المرورودي القاضي = أحمد بن بشر
 أبو حامد الاسفراييني (التسيح أبو حامد أحمد بن محمد بن أحمد اسفراييني) ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٩٢ ، ٩٥ ، ١٠٩ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٨ ، ١٢٢ ، ١٢١ ، ١٣٥ ، ١٥١ ، ١٥٤ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٧ ، ١٩٦ ، ٢١١ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٩ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٢٥٣ ، ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٩ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، ٣٠١ ، ٣٠٨ ، ٣١٧ ، ٣١٩ ، ٣٤١ ، ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ٣٥٠ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٦٢ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ ، ٤١٩ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، ٤٢٤ ، ٤٤٤ ، ٤٤٦ ، ٤٥٧ ، ٤٦٩ ، ٤٧٢ ، ٤٨٠ ، ٤٨٥ ، ٤٨٦ ، ٤٨٩ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٦ ، ٥٠٩ ، ٥١٥ ، ٥٢١ ، ٥٢٥ ، ٥٣١ ، ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٦ ، ٥٦٨ ، ٥٨٢ ، ٥٨٧ ، ٥٩٦ ، ٦٠٢ ، ٦٠٩ ، ٦١١ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٧
- أبو حامد المرورودي القاضي أحمد بن بشر = أحمد بن بشر بن عامر حبان بن منقذ رضي الله عنه ٣٢٢ ، ٣٢٢ ، ٥٧٠
 ابن حبان (أبو حاتم محمد بن حبان أحمد البستي) ١٩٧ ، ١٩٨ ، ٣٠٠
 ابن الحداد (أبو بكر بن الحداد المصري) ١٢٧ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ٣٢٣ ، ٣٤٥ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٩ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٦ ، ٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٦٠١ ، ٦٠٣ ، ٦٠٥
 ابن حربويه (أبو عبيد علي بن الحسين) ٣٠٦
 حرملة (هو حرملة بن يحيى التجيني شيخ مسلم بن الحجاج وأحد رواة الجديد) ٤١ ، ٦١٤

الصفحة

ابن حزم (أبو محمد علي بن حزم الظاهري صاحب المحلى) ٢٨ ،
 ٣٩ ، ٥٢ ، ١١٨ ، ١٢٩ ، ١٣٣ ، ٢٠٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٣١١ ، ٣٣١ ،
 ابن حزم عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ٢٢
 أبو الحسن الأشعري (علي بن اسماعيل) ٣٠
 الحسن البصري الامام التابعي ١٩٨ ، ٢٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٠١ ، ٤٣٠ ،
 ٥١٩ ، ٦٠٩

الحسن بن حي ٦١٠

الحسين بن القاسم صاحب الافصح ٢٧٢ ، ٥٨١

القاضي حسين = حسين بن محمد برورودي ٦ ، ١٤ ، ١٢ ، ٢٥ ،
 ٣٦ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٠ ، ٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٢ ، ٩٣ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٤ ، ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٦٧ ، ١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ، ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١١ ، ٢١٢ ، ٢١٣ ، ٢١٤ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣٠٩ ، ٣١٠ ، ٣١١ ، ٣١٢ ، ٣١٣ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ، ٣١٦ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٠ ، ٣٣١ ، ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ ، ٣٥٣ ، ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٦٥ ، ٣٦٦ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤ ، ٣٨٥ ، ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، ٤١٠ ، ٤١١ ، ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٨ ، ٤١٩ ، ٤٢٠ ، ٤٢١ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤١ ، ٤٤٢ ، ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٤٧ ، ٤٤٨ ، ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، ٤٧٠ ، ٤٧١ ، ٤٧٢ ، ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، ٤٧٩ ، ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٨٥ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٤٩٨ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، ٥٠٨ ، ٥٠٩ ، ٥١٠ ، ٥١١ ، ٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥١٤ ، ٥١٥ ، ٥١٦ ، ٥١٧ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ ، ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٣ ، ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٤ ، ٥٤٥ ، ٥٤٦ ، ٥٤٧ ، ٥٤٨ ، ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، ٥٥١ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٥٤ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٢ ، ٥٦٣ ، ٥٦٤ ، ٥٦٥ ، ٥٦٦ ، ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٠ ، ٥٧١ ، ٥٧٢ ، ٥٧٣ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٧٩ ، ٥٨٠ ، ٥٨١ ، ٥٨٢ ، ٥٨٣ ، ٥٨٤ ، ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٥٨٧ ، ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، ٥٩٠ ، ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٣ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٥٩٨ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٣ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦٠٧ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٥ ، ٦١٦ ، ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ، ٦٢٢ ، ٦٢٣ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧ ، ٦٢٨ ، ٦٢٩

الحسين أبو عبد الله السبط بن علي بن أبي طالب ٦٠٦

أبو الحسين أبو الفضل بن القطان ٥٣١ ، ٥٧٩

الحضرمي محمد بن عبد الرحمن الحضرمي ٢٧٤

حنص بن غيات ٤٣٢

ابن الحكم ٤٩٩

حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد النضر بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان

ابن أخي خديجة أم المؤمنين رضي الله عنها ٣٠٣

الحليبي الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم الشيخ الامام أبو عبد الله

٦٠٢

حماد بن سلمة (ابن دينار) ١٤٩

حماد بن أبي سليمان ٤٣٨

أبو الحمراء رضي الله عنه مولى النبي صلى الله عليه وسلم وخادمه ويقال

اسمه هلال بن الحارث ٣٠٣

الحموي صاحب الروضة (هو تاج الدين الحموي صاحب روضة

المرتاض) ٣٢٤ ، ٥٠٦ ، ٥٦٦

الحناطي (أبو عبد الله الحسين بن محمد بن عبد الله الطبري)

٣١٠ ، ٥٧٤ ، ٥٨٥

الحنبلي أبو الفرج ابن أبي عمر ٢٤٩
 أبو حنيفة النعمان بن ثابت الامام ٢٠ ، ٢٢ ، ٣٩ ، ٩٦ ، ١٠٥ ،
 ١٢٠ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٥٦ ، ١٦٦ ، ١٦٧ ، ٢٠٧ ، ٢١٠ ،
 ٢١٨ ، ٢٥٠ ، ٢٧٩ ، ٢٨٥ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٣٠ ، ٣٤٥ ، ٣٥٠ ،
 ٣٥٤ ، ٣٧١ ، ٣٦٢ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٣٨٥ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤ ،
 ٤٠٧ ، ٤١١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٥ ، ٤٣٩ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ،
 ٥١٩ ، ٥٢٧ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٦٣ ، ٥٧٢ ، ٥٧٤ ، ٥٧٧ ، ٥٨١ ،
 ٥٨٤ ، ٥٩٤ ، ٦٠١ ، ٦٠٩ ، ٦١٤ ، ٦١٧ ، ٦٢٢ ، ٦٢٥

حرف الخاء

٢٠٠ خالد بن الوليد رضى الله عنه سيف الله المسلول
 الخضرى أبو عبد الله ٣٨٧
 الخطابى أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم ١١٥ ، ١٩٧ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ،
 خلف الجوبارى ٣٩٩
 ابن خلكان (انقضى شمس الدين احمد أبو العباس بن محمد
 ابن ابراهيم بن ابي بكر بن خلكان الشافعى) ٤٦١ ، ٤٦٢ ،
 الخوارزمى (محمود بن محمد بن العباس) ٦٤ ، ٦٥ ، ١٠٧ ،
 ١٢٠ ، ١٢٥ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٣ ، ١٣٦ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ،
 ١٨٠ ، ١٨٦ ، ٢٢٠ ، ٣٤٩ ،
 ابن خيران أبو على ٥١ ، ٥٤ ، ١٥٩ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ،
 ١٨٤ ، ١٨٩ ، ١٩٣ ، ٣٥١ ، ٥٩٧ ، ٦١١ ، ٦١٤ ،
 ابن خيران أبو الحسن ٣٤٩

حرف الدال

ابن ابي الدم (ابو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد النعم بن على
 ابن محمد بن ابي الدم) ١٧ ، ٢٧ ، ١٢٣ ، ١٣٤ ، ١٧٤ ، ٢٣٤ ،
 ٢٥٥ ، ٤١٤ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٥١٠ ، ٥١١ ،
 الدارقطنى (ابو الحسن بن عمر الحافظ صاحب السنن) ١٩٧ ، ١٩٨ ،
 الدارمى ابو القاسم عبد العزيز بن الحسن ٢٧٤ ، ٤٨٩ ، ٤٩٠ ،
 ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٤٩٦ ،
 الدارمى (الفقيه ابو الفرج محمد بن عبد الواحد صاحب الاستذكار)
 ٢٧٤ ،
 الدارمى محمد بن احمد ٥٨٥
 الدارمى (المحدث ابو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن داود) ٣٩٩ ،
 الدامغانى (ابو الحسن على بن محمد بن على) ٤٤٦

الصفحة

- داود بن علي الظاهري ٣١ ، ٣٩ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٦٢٠ ، ٦٦١
ابو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ١١٦ ، ١٩٤
٣٩٩ ، ٣٩٨ ، ٣٨٠ ، ٣٢٠ ، ١٩٧ ، ١٩٥
ابن داود = أبو بكر بن داود بن علي الظاهري ٦١ ، ١٠١ ، ١٥٠ ، ٢٤٥ ، ٥٢٦ ، ٥٩٦ ، ٥٩٨ ، ٦٠٠ ، ٦٢٤
ابن أبي داود = الأزدي
الدرارودي حميد ١١٨
ابن دقيق العيد تقي الدين محمد بن علي ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢١٩

حرف الذال

- أبو ذر الغفاري (جندب بن جنادة رضي الله عنه) ٥٢٠
ذكوان السمان أبو صالح ١٩٥ ، ١٩٦
ابن أبي ذؤيب (أسامة بن عبد الرحمن) ٣٩٩ ، ٤٠٠

حرف الراء

- الرازي = أبو حاتم
الرازي = أبو زرعة عبد الله بن عبد الكريم
الرافعي (عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم) ٤٠٤ ، ٥٠٥ ، ٧٠٧ ، ٨٠٩ ، ١١
١٢ ، ١٤ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٦ ، ٣٤ ، ٥٥ ، ٦٤ ، ٦٦
٦٦ ، ٦٩ ، ٧٥ ، ٧٧ ، ٧٩ ، ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٤
٩٤ ، ٩٥ ، ٩٨ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٣ ، ١١٨ ، ١٢٠ ، ١٢٧
١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٣ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠
١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٥٣ ، ١٥٩ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٦٨ ، ١٧١
١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٥ ، ١٩٢ ، ١٩٦ ، ٢٠٧ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٣١ ، ٢٣٥
٢٣٥ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٩
٢٤٩ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٦ ، ٢٧٠
٢٧٠ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٤
٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٣٠٦ ، ٣١٠ ، ٣١٧ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ٣٢٦
٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١
٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥٢ ، ٣٥٧
٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢ ، ٣٦٤ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧٢
٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٣٨١ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٩٠
٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٤٠٢ ، ٤٠٤ ، ٤١٢ ، ٤١٥
٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٨ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٢٩
٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٤٤١ ، ٤٤٢ ، ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٤٩ ، ٤٥١ ، ٤٥٣
٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥
٤٦٥ ، ٤٦٨ ، ٤٧٣ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٤

- الزعفراني (أبو الحسين محمد) ٣٧٦
 زفر صاحب أبي خنيفة ٢٠٧
 أبو زكريا محيي الدين بن شرف = النووي
 الزمخشري (محمود بن عمر) ١٩٧
 الزنجي = مسلم بن خالد
 الزهري (أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب) ٢٣ ، ٤٢٩ ، ٤٢٨ ، ٥١٨ ، ٥١٩
 زيد بن ثابت رضي الله عنه ١١٧ ، ١٢١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١٨ ، ٦٢٣
 أبو زيد (محمد بن أحمد بن عبد الله الفاشاني) ١٢٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٩ ، ٣٩١ ، ٤٣٥

حرف السين

- مسالم بن عبد الله بن عميرين الخطاب ٢٣ ، ٦٠٨
 أبو السباع ٣٠٠ ، ٣٠١
 السبكي (علي بن عبد الكافي السبكي تقي الدين) ٣٢٥
 السجستاني = أبو حاتم
 ابن سراقه (صاحب كتاب بيان ما لا يشيع جهله) ٢١٩
 ابن سريج أبو العباس ١٦ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٣٢٣ ، ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٥١١ ، ٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٩ ، ٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٨٥ ، ٥٩٢ ، ٥٩٩ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ، ٦٢٤ ، ٦٢١
 أبو السماعات ابن الأثير ١٩٠
 أبو سعيد الاصطخري ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٦٠٧ ، ٦١١
 أبو سعيد (محمد بن يحيى بن منصور تلميذ الضمالي صاحب شرح أدب القاضي) ٥٦٠
 سعيد بن جبير ٣٢٠ ، ٤٠١
 سعيد بن خالد ٣٠١
 سعيد بن سالم ٣٠ ، ٣٦٩
 سعيد بن أبي عروبة ٣٠٢ ، ٣٠٦
 سفيان الثوري ١١٨ ، ١١٩ ، ١٣٣ ، ٤٠٢ ، ٤٢٩ ، ٥٢٤ ، ٥٥٦ ، ٦١٠
 سفيان بن عيينة ٢٣ ، ٢٠٥ ، ٥٠٦
 أبو سلمة يحيى بن خلف الجوباري ١٧١ ، ٣٩٩
 ابن سلمة ٢٣٥ ، ٢٧٣
 سليمان بن أرثم ٢٤٩
 سليمان التيمي ١٩٨
 سليمان بن موسى ٣٠٣

الصفحة

سليم بن أيوب الرازي (صاحب التقريب) ٨ ، ٩ ، ٥١ ، ٧٠ ،
 ٧٢ ، ٩٧ ، ١٠٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٨ ، ٢٣٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ،
 ٣٦٥ ، ٣٦٦ ، ٣٨٢ ، ٣٨٤ ، ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٧٢ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ،
 ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٤٨ ، ٥٥٨ ، ٥٨٧ ، ٥٩٨ ،
 سمره بن جندب ٣٢٠ ، ٣٢١ ،
 ابن السمعاني أبو الظفر ٣٨١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ،
 المنجي أبو علي ١٢٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٣٢٤ ،
 ٣٢٦ ، ٣٦٥ ، ٣٦٧ ، ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٦٠٧ ، ٦٢٦ ،
 سيبويه ٥٨٢ ،
 ابن سيرين محمد ٣٥ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٣٤٧ ،
 ٤٠١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٦٠٩ ،

حرف الشين

الشاشي (أبو بكر محمد بن علي بن حامد) ٦٤ ، ١٢١ ، ١٧١ ،
 ١٨٤ ، ٢١٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٢ ، ٤٨٤ ، ٤٨٥ ، ٤٨٤ ، ٤٩٤ ، ٥٢٥ ، ٥٥٩ ،
 ٥٨٢ ،
 الشافعي (محمد بن ادريس امام الأئمة) ٦ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ،
 ١٥ ، ١٨ ، ٢٢ ، ٢٨ ، ٢٦ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ ،
 ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٧ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ،
 ٥٥ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٨ ، ٧٠ ، ٧١ ، ٧٢ ، ٧٤ ،
 ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٨٤ ، ٨٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٣ ،
 ١٠٤ ، ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ،
 ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٤ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ،
 ١٣٩ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، ١٥٥ ،
 ١٥٦ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٩ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٢ ، ١٧٧ ، ١٨٠ ،
 ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ، ٢٠٢ ،
 ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٢ ، ٢٢٤ ، ٢٣٠ ،
 ٢٣٥ ، ٢٣٧ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٧ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ،
 ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٤ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤ ،
 ٢٨٨ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٧ ، ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ،
 ٣١٦ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٢ ، ٣٢٢ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٢٩ ، ٣٣٣ ، ٣٥٠ ،
 ٣٥١ ، ٣٥٦ ، ٣٦٦ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ،
 ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠١ ، ٤٠٢ ، ٤١٣ ، ٤١٧ ، ٤٢١ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ،
 ٤٢٦ ، ٤٣١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٥ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤١ ، ٤٦٩ ،
 ٤٧٤ ، ٤٧٧ ، ٤٨٤ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٣ ،
 ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٤ ، ٥١٧ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٣٦ ، ٥٤٢ ،
 ٥٤٦ ، ٥٤٧ ، ٥٥٠ ، ٥٥٥ ، ٥٥٩ ، ٥٦٢ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٨٨ ، ٥٩٠ ،
 ٥٩٢ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٣ ، ٦٠٤ ،
 ٦٠٨ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٦ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ،
 ٦٢٢ ، ٦٢٣ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ،

الصفحة

ابن شبرمة (عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر بن ضرار
ابن عمرو بن مالك بن زيد بن كعب بن بجالة الضبي أبو شبرمة الكوفي
القاضي الفقيه التابعي) ٤٣٠ ، ٤٣٨
شريح (القاضي هو ابن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية
ابن عامر الكندي أبو أمية الكوفي) ٤٣٠ ، ٥١٦ ، ٥١٩ ، ٦١٠
شريك بن عبد الله النخعي القاضي الكوفي ٦٠٩
الشعبي (عامر بن شراحيل التابعي) ٩٥ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ،
٤٣٩ ، ٥٢٨
ابن شهاب (محمد بن مسلم بن شهاب الزهري) ٣٢١ ، ٣٢٢
الشيثاني = أبو اسحاق ١٣٣
ابن أبي شيبة (صاحب المصنف) ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٣٢
الشيرازي = أبو اسحاق

حرف الصاد

الصادق (جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب
المعروف بجعفر الصادق) ٤٣٢
أبو صالح ذكوان السمان ١٩٥ ، ١٩٦
ابن الصباغ (الشيخ نصر صاحب الشامل) ٤٣ ، ٥٧ ، ٦٤ ،
٧٦ ، ١٣٢ ، ٢٣٩ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٦٩ ، ٢٩١ ، ٣٢٢ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ ،
٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٤ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٤١٥ ، ٤٢٢ ، ٤٢٤ ،
٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٤٣ ، ٤٥٣ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦٤ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٥٢٢ ،
٥٢٥ ، ٥٣٥ ، ٥٤٨ ، ٥٦٣ ، ٥٨٣ ، ٦٠٣ ، ٦٢٠
الصعبي محمد بن عبد الله بن يحيى ٣٢٢
الصيدلاني (أبو المظفر القاسم بن الفضل) ٧٦ ، ٨١ ، ١٧٠ ،
٢٥٠ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٩٠ ، ٤٦٨ ، ٥٤٥
الصيرفي أبو بكر ٦٢١
الصيمري (عبد الواحد بن الحسين بن محمد) ٢٤ ، ٢٥ ، ١١٩ ،
١٥٢ ، ٢٢١ ، ٢٢٤ ، ٥٦٣ ، ٥٧٢ ، ٥٧٣

حرف الطاء

طاوس بن كيسان ٣٢٢ ، ٦٠٩
ابن طاوس ٣٢٢
أبو الطيب الطبري (طاهر بن عبد الله بن طاهر القاضي) ٣ ، ٤ ،
٨ ، ١٢ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٩ ، ٣١ ، ٣٣ ، ٣٧ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣ ،
٥٠ ، ٥٣ ، ٥٩ ، ٦١ ، ٦٣ ، ٦٥ ، ٧١ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ،
٨٠ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٩٦ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٦ ، ١٠٨ ، ١٢٦ ،
١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ،
١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٥١ ، ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦١ ،
١٦٣ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٥ ، ١٨٠ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ٢٥٩ ،
٢٦٢ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٨٥ ، ٢٩١ ، ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥

الصفحة

٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٣١٢ ، ٣١٣ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٦ ،
 ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ٣٥٤ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٦٢ ، ٣٦٤ ، ٣٦٨ ،
 ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٣٨١ ، ٣٩٠ ، ٣٩٣ ، ٣٩٦ ، ٤٠٠ ، ٤٢٠ ،
 ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، ٤٣٣ ، ٤٣٩ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٦٩ ، ٤٧٣ ، ٤٧٦ ،
 ٤٨٢ ، ٤٨٤ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٧ ، ٥٠٤ ، ٥١٠ ، ٥١١ ،
 ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٥ ، ٥٣٠ ، ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ،
 ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٦ ، ٥٤٨ ، ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، ٥٥٨ ، ٥٦٣ ،
 ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٨٠ ، ٥٨٣ ، ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، ٥٩١ ، ٥٩٧ ، ٦٠٠ ، ٦٠٢ ،
 ٦٠٣ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦٠٧ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٩ ، ٦٢٧ ،
 الطبرى (أبو على الحسن بن القاسم) ٤٣ ، ٥٦ ، ١٥٩ ،
 ١٧٩ ، ١٨٠ ، ٢١٨ ، ٢٥٣ ، ٢٦٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٧ ، ٣١١ ، ٤٣٣ ، ٤٩٣ ،
 ٥٤٢ ، ٥٥٢ ، ٦١١ ، ٦٢٤

حرف العين

أبو عاصم العبادى (محمد بن أحمد بن محمد الهروى) ٤٤٨ ، ٥٩٢ ، ٥٦١

عاصم بن عبيد الله بن عمير بن الخطاب العدوى (١٩٨ ، ٦٠٩ ،
 عاصم بن عدى بن الجد بن العجلان حليف الأنصار رضى الله عنه ٥٦٩ ،
 عباد بن الصامت ٣٠ ، ٣٢٠

عباد بن الليث الكرابيسى الليثى ٣٠٣

العبادى أبو الحسن ٥٧٦ ، ٥٧٨

ابن عباس = عبد الله

أبو العباس الجرجاني (أحمد بن محمد صاحب المعايه) = الجرجاني

أبو العباس بن سريج ١٦ ، ٣٠ ، ٤٤ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ،

٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٣٢٣ ،

٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ،

٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٥١١ ،

٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٩ ،

٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٤٥ ، ٥٨٥ ، ٥٩٢ ، ٥٩٩ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ،

٦٠٦ ، ٦١١ ، ٦٢١ ، ٦٢٤

العباس بن محمد بن حاتم بن واقد الدورى ٣٩٩

عبد الله بن أحمد ٣٠

عبد الله بن الحسن ٤٠٢ ، ٤٣٠ ،

أبو عبد الله الحسين ٦٠٦

عبد الله بن عبد الحكم ٤٩٩

عبد الله بن رؤبة = المعجاج

عبد الله بن شبرمة = شبرمة

عبد الله بن عامر ٦٠٩

عبد الله بن عباس ١١٦ ، ١٢٢ ، ١٤٩ ، ٢٠٧ ، ٢١٤

الصفحة

- عبد الله بن عمرو بن عوف المزني ١٩٧
عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ٢٢ ، ٢٣ ، ١١٤ ،
١١٥ ، ١٢٢ ، ١٤٤ ، ١٤٩ ، ١٥٥ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ٢٠٧ ، ٢٣٣ ،
٢٣٤ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٣١٠ ، ٣٢٢ ، ٤٠٣ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١٨ ،
٦٢٤
عبد الله بن مسعود ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٧ ، ٢١٤ ، ٢٢٩ ،
عبد الله بن يحيى الصعبي والد محمد الصعبي ٣٣٢
ابن عبد البر (أبو عمر الحافظ) ٢٣ ، ٢٤ ، ٣٨ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ١٣٦ ،
١٩٧ ، ٢٠٠ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٥٦٣ ، ٦١٠ ، ٦١٤ ،
عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (أحد العشرة المبشرين بالجنة)
٣٤٧ ، ٥٦٩
عبد الرحمن بن شماس ٢٩٩
عبد الرحمن بن أبي ليلى = ابن أبي ليلى
عبد الرحمن بن هرمز الأخرج ١٩٤ ، ٢٠٦ ،
عبد الرزاق بن همام الصنعاني صاحب المصنف ٢١٤
العبدري (محمد بن سعدون مرجى الحافظ) ١٦٧ ، ٢٠٧ ، ٢٧٤ ،
ابن عبد السلام (عز الدين أمير العلماء) = العز بن عبد السلام
عبد العزيز بن عبد الملك = ابن جريج
عبد الغفار القزويني ٢١٧
عبد المجيد بن وهب ٣٠٣
عبد الملك بن قريب الأصمعي = الأصمعي
عبد الملك أبو المعالي الجويني أمام الحرمين = الجويني
عبد الملك بن مروان ٣٠١
عبد الملك بن هشام ٢٠٢
عبد الوهاب القاضي (عبد الوهاب المالكي) ٣٠ ، ٢٠٥ ، ٥٦٣ ، ٥٧١ ،
عبيد الله (ابن عبد الله بن عتبة بن مسعود أحد الفقهاء السبعة)
٤٠٢
أبو عبيد بن حربويه (هو علي بن الحسين بن حربويه = ابن حربويه
أبو عبيد (القاسم بن سلام) ٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٤٠٢ ،
عبيد بن الأبرص الشاعر ٢٠١
عثمان الليثي ٤٠٢
أبو عثمان = النهدي
عثمان بن عفان رضي الله عنه ٢١٣ ، ٤٢٩ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ،
٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ،
المجاج عبد الله بن رؤبة ٢٠١
المجلى (أبو الفتوح أسعد بن محمود بن خلف الأصبهاني) ٢٢ ، ١٠٣ ،
٥٢٢ ، ٥٥٣
المداء بن خالد بن هوذة رضي الله ٣٠٢ ، ٣٠٣

الصفحة

- ابن أبي عدى = (محمد بن أبي عدى رزى عن سعيد بن أبي عروبة بعد
اختلاطه) ١٩٨ ، ٢٤٩
- العراقى (أبو اسحاق ابراهيم بن منصور بن مسلم المصرى
العراقى) ٣٥٣ ، ٣٩٤ ، ٤٨٧ ، ٤٩٢
- ابن أبي عروبة = سعيد بن أبي عروبة
عروة بن الزبير بن العوام ٣٩٩
- العز عبد السلام أمير العلماء ٢٦٠ ، ٢٧٧
- ابن عساکر الحافظ ٣٠٢
- ابن أبي عمرو (يعقوب بن عبد الرحمن بن أبي سعد
التميمي أبو يوسف) ٥٧ ، ١٠٨ ، ١٣١ ، ١٤٩ ، ١٦١ ، ١٦٣ ، ١٧١ ،
١٨٣ ، ١٨٥ ، ٢٢٠ ، ٢٤٣ ، ٢٥٨ ، ٢٦٦ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٨ ، ٢٨٠ ،
٢٨١ ، ٢٨٤ ، ٣٠٧ ، ٣٣٥ ، ٣٤٩ ، ٤٢٢ ، ٤٧٧ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٨٩ ،
٥٠٦ ، ٥٢١ ، ٥٢٥ ، ٥٥٨ ، ٥٨٤ ، ٥٩٧ ، ٦٠٣ ، ٦٠٧ ، ٦١١ ، ٦٢٥ ،
٦٢٧
- عطاء بن أبي رباح ٣٠ ، ١٥٣ ، ١٥٩ ، ٦٠٩ ، ٦١٠
- عقبة بن عامر الجهني رضى الله عنه ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢١
- على بن أبي طالب كرم الله وجهه ٣٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٦٢٢
- على بن الحسين (زين العابدين) أبو محمد ٤٣٢
- على بن المديني (على بن عبد الله بن المديني شيخ البخارى) ٣٢١
- العمرانى (القاضى أبو الخير صاحب البيان) ٥٦ ، ٥٩ ، ٦٢ ، ٦٦ ،
٦٧ ، ١٠٤ ، ١١١ ، ٢٨٠ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٦٨ ، ٤٤٧ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ،
٥٥٣ ، ٥٥٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٤ ، ٥٨١
- أبو عمرو بن عبد البر = ابن عبد البر أبو عمر الحافظ
عمر بن الخطاب الفاروق رضى الله عنه ٢١٣ ، ٣٢٢ ، ٣٩٩ ، ٤٢٩ ،
٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣
- عمر بن عبد العزيز ٣٢١ ، ٣٣٩ ، ٤٣٠
- عمرو بن حريث ٥١٦
- عمرو بن على ٤٠٠
- أبو عمرو الأوزاعى = الأوزاعى عبد الرحمن بن عمرو
عمرو بن عوف المزنى ١٩٧ ، ١٩٩
- أبو عمرو الهديانى ٣٧٢
- عمير بن سعيد ٣٠٣
- ابن عياش وهو اسماعيل ٣٠١
- عياض القاضى = عياض اليحصبى ١٩٩
- عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمي ٣٠٠
- ابن عيينة = سفيان

حرف الفين

الصلحة

(أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الطوسي حجة الاسلام
صاحب الوجيز والوسيط والبيسط والاحياء وغيرها) ٤ ، ٥ ، ١٣ ، ١٧ ،
٢٠ ، ٢٢ ، ٢٨ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٥٩ ، ٦٦ ، ٧٨ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ،
١٠٣ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٣٠ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٤٣ ، ١٤٧ ،
١٤٨ ، ١٦٢ ، ١٦٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٨٦ ، ١٩١ ، ١٩٦ ،
٢٠٤ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢٤ ، ٢٣٠ ، ٢٤٤ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ،
٢٥٣ ، ٢٥٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٨٤ ، ٣١٢ ،
٣١٧ ، ٣٢٧ ، ٣٣٦ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ،
٣٤٤ ، ٣٤٦ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ ، ٤٠٦ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨ ،
٤١٠ ، ٤١١ ، ٤١٤ ، ٤٢٠ ، ٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٤١ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦٠ ،
٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٦ ، ٤٧٠ ، ٤٧١ ، ٤٧٣ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٨٣ ،
٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٨ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٥ ،
٥٠٦ ، ٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥١٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ،
٥٥٠ ، ٥٥٤ ، ٥٦٢ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٨٣ ، ٥٨٤ ، ٥٨٧ ، ٥٩٤ ، ٦٠٤ ،
٦١٢ ، ٦٢٥

أبو الغنائم (المسلم بن محمد بن المسلم بن علان) ٧٨

حرف الفاء

ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا) ٣٠٤
الفارقي (الحسن بن ابراهيم بن علي أبو علي) ١٠٢ ، ٢٠٠ ، ٣٥٧ ،
٤٤٦ ، ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٨٣ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٩٥ ، ٥٦٩ ،
أبو الفتح القشيري (عبيد الله بن عبد الكريم بن هوازن القشيري)
١١٧ ، ٢١٨

أبو الفتوح العجلي (أسعد بن محمود بن خلف الأصبهاني) = العجلي
الفسوي يعقوب (ابن سفيان بن جوان الفارسي أبو يوسف

ابن أبي معاوية الفسوي الحافظ) ٣٠١

الفضيل بن سليمان ٣١

الفلاس عمرو بن علي ٣٠٠

الفوراني (صاحب الأبنية) عبد الرحمن بن أحمد بن محمد ٤٨ ،

٥٩ ، ٨٣ ، ١٠٨ ، ١٤٣ ، ١٦٤ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٤٣ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ،

٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٩٤ ، ٤٧٦ ، ٥٢٥ ، ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، ٦١٦ ،

الفيروزآبادي (صاحب القاموس) ٣٧٠

حرف القاف

ابن القاسم صاحب مالك ٣٩ ، ٢٠٨ ،

أبو القاسم الكرخي (منصور بن عمر بن علي البغدادي) ٧٥ ، ١٠٨ ،

١٣٣

الصفحة

ابو القاسم = الداركي
ابن القاص (أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري) ٣٧ ،
٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٩ ، ٣٧٨
قتادة بن دعابة السدوسي التابعي الأکبه ٣٠٢ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٣٠ ،
ابن قتيبة الدينوري (عبد الله بن مسلم أبو محمد) ٦٦ ، ١٠٤ ،
٢٠٢
قرة بن خالد ٢٠٥
القرويني (عبد الغفار بن عبد الكريم بن عبد الغفار نجم الدين القزويني)
٢١٧

القشيري أبو الفتح الشيخ عبد الكريم = القشيري
ابن القطان أبو الحسين بن الفضل القطان ١٤٢ ، ٥١٩ ، ٥٣١ ،
٥٩٣
القفال (محمد بن علي بن اسماعيل القفال الكبير) ١٦ ، ٣٠ ، ٧٥ ،
٧٦ ، ١٢٢ ، ١٢٦ ، ١٦٨ ، ٣١٧ ، ٣٣٥ ، ٣٣٧ ، ٣٣٩ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ،
٣٤٩ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٥ ، ٤٦٨ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ،
٥٠٢ ، ٥٠٤ ، ٥٠٤ ، ٥١٠ ، ٥٣٥ ، ٥٤٥

حرف الكاف

كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه ١٩٧ ، ١٩٩ ،
ابن كج (يوسف بن أحمد بن يوسف القاضي أبو القاسم) ٢٤٥ ، ٥١٩ ،
٥٤٦
الكرائيسي (الحسين بن محمد) ٣٧٦
الكرخي = أبو القاسم

حرف اللام

الليث بن سعد المصري ٣١ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ٢٠٧ ، ٤٢٩ ،
ليث بن أبي سليم ١٩٧
الليثي = عثمان
ابن أبي ليلى (عبد الرحمن) ٣١ ، ٣٢ ، ١١٨ ، ١٣٣ ، ١٩٨ ، ٢٠٧ ،
٢٥٠ ، ٤٣٠ ، ٤٥١ ، ٥٢٦ ، ٥٤٧ ، ٦١٠

حرف الميم

ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني صاحب السنن) ٣٠ ،
٣١ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ٢٠٥ ، ٢٢٩ ، ٣٠٣ ، ٣٩٨ ،
المازني ٢٠٢
الماسرجسي (أبو الحسن علي بن سهل بن مصلح) ١٥ ، ٤٣٣

الصلحة

مالك بن انس بن مالك بن ابي عامر الاصبحي امام الائمة . ٣٠ ، ٣١ ،
 ٣٩ ، ٥٤ ، ١٠٥ ، ١١٦ ، ١١٨ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ،
 ١٥٧ ، ١٦٦ ، ١٩٤ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٥٠ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ، ٣٢٠ ، ٣٦٢ ،
 ٣٨٠ ، ٤٠٢ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٧ ، ٤٢٩ ، ٤٤٧ ، ٤٥١ ، ٥٠٥ ، ٥١٨ ،
 ٥١٩ ، ٥٢٤ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١٣ ، ٦١٨ ، ٦٢٣ ،
 ٦٢٤

المسوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب . ٢ ، ٣ ، ٥ ، ٧ ، ٨ ،
 ٩ ، ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٦ ، ١٩ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٣ ، ٣٧ ، ٣٨ ،
 ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٧ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥٤ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ ، ٦٦ ،
 ٦٧ ، ٦٨ ، ٧١ ، ٧٦ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ،
 ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٧ ، ١٠٠ ، ١٠٢ ، ١٠٥ ، ١٠٨ ،
 ١٠٩ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٩ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ١٣٥ ، ١٤٤ ، ١٤٦ ، ١٤٨ ،
 ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ،
 ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٧ ، ١٩٩ ، ٢١٤ ،
 ٢١٥ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢٤ ، ٢٢٦ ، ٢٢٨ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٣٦ ، ٢٣٩ ،
 ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٧ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٩ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٦ ،
 ٢٦٩ ، ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤ ، ٢٨٦ ، ٢٩١ ،
 ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٣١٠ ، ٣١١ ، ٣١٧ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٢٧ ،
 ٣٢٨ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٣٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٢ ،
 ٣٦٥ ، ٣٦٦ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٨٢ ، ٣٨٥ ، ٣٨٩ ،
 ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٤٠٠ ، ٤٠٩ ، ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٩ ، ٤٢١ ، ٤٢٢ ،
 ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٣٨ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٧٦ ،
 ٤٨٠ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٧ ، ٤٩٢ ، ٤٩٧ ، ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٠ ، ٥١١ ،
 ٥١٥ ، ٥٢٥ ، ٥٢٩ ، ٥٣٢ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٣٩ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٦ ،
 ٥٥٨ ، ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٧٤ ، ٥٨١ ، ٥٩٠ ، ٥٩١ ، ٥٩٢ ، ٥٩٢ ، ٥٩٦ ، ٥٩٨ ، ٦٠٠ ،
 ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦١٢ ، ٦١٤ ، ٦١٥ ، ٦١٦ ، ٦١٩ ، ٦٢٠ ، ٦٢٣ ، ٦٢٤ ،
 ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧

متمم بن نويرة . ٢٠٠

المثولي أبو سعد المثولي صاحب التتمة . ٤ ، ٧ ، ٩ ، ١٧ ، ١٨ ،
 ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٣ ، ٣٩ ، ٥٣ ، ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٢ ، ٦٦ ،
 ٦٧ ، ٧٧ ، ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٩٠ ، ٩٦ ، ١٠٠ ،
 ١٠١ ، ١٠٣ ، ١٢٠ ، ١٢٥ ، ١٣٠ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٦ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٥١ ،
 ١٥٨ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٧٤ ، ١٨٣ ، ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ، ٢١٩ ، ٢٢٦ ،
 ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٥ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٨ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ٢٨٩ ،
 ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٧ ، ٣١٨ ، ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٣٢٩ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ،
 ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥٢ ، ٣٦٧ ، ٣٦٩ ، ٣٧٧ ،
 ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٥ ، ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٨ ،
 ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ، ٤١٦ ، ٤١٨ ، ٤٢٢ ، ٤٢٦ ، ٤٢٩ ، ٤٣٧ ، ٤٤١ ،
 ٤٤٣ ، ٤٤٧ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٥٧ ، ٤٦٨ ، ٤٦٦ ، ٤٦٦ ، ٤٦٩ ، ٤٩٩ ، ٥٠٩ ،
 ٥١٥ ، ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٨

الصفحة

٥٤٩ ، ٥٥١ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٥ ،
 ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٧٧ ، ٥٨٠ ، ٥٨١ ، ٥٨٤ ، ٥٩١ ،
 ٥٩٦ ، ٦١٦ ، ٦٢٥ ، ٦٢٨

مجاهد بن جبر ١٩٦ ، ١٩٧

المحامل (أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن اسماعيل
 ابن محمد بن اسماعيل بن سعيد بن أبان الضبي المحاملي) ٤ ،

٩ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٥٨ ، ٦٠ ، ٦٨ ، ٧١ ، ٧٦ ،
 ٩٦ ، ١٠٠ ، ١٠٦ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٨٢ ، ١٨٥ ،
 ١٩٠ ، ١٩١ ، ٢٣٦ ، ٢٨٥ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣٤٨ ، ٣٥٦ ، ٣٩٨ ، ٤٢٢ ،
 ٤٥٧ ، ٤٦٤ ، ٤٨٩ ، ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٥ ، ٥٣٩ ، ٥٨٣ ، ٦٠٦ ، ٦٢٤ ،
 ٦٢٧

محمد بن أحمد الأزهرى صاحب الزاهر ٨ ، ٢٠١ ، ٣٠٢ ، ٤٠٠ ،
 ٤٠١

محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله البخارى
 رضى الله عنه = البخارى

محمد بن بشار بن دار شيخ البخارى ٣٠٣

محمد بن الحسن الشيبانى صاحب أبى خنيفة ١٤٥ ، ٢٥٠ ، ٢٩٣ ،
 ٣٢٣ ، ٣٣٥ ، ٣٤٨ ، ٣٨٠ ، ٤٣٤ ، ٤٦٥ ، ٥٢٦ ، ٦٠١

محمد بن زياد ١٩٦ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦

محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ٢١٤

محمد بن عبد الرحمن الحضرمي ٢٧٤

محمد بن أبى عدى = ابن أبى عدى ١٩٨ ، ٢٤٩

محمد بن على بن الحسين أبو جعفر الباقر ٤٣٢

محمد بن موسى أبو بكر ٤٦

محمد بن يحيى بن منصور تلميذ الفزالي ٤٣٢

مخلد بن خفاف ٣٩٩ ، ٤٠٠

أبو بكر الخزومي ٣٠٢

أبن المديني على بن عبد الله شيخ البخارى ٣٢١

أبن المرزبان على بن أحمد ٥٥٩

أبرعشم ٤٣٨ ، ٥٠٨ ، ٥٩٣

البروزي إبراهيم بن أحمد أبو اسحاق = أبو اسحاق البروزي

الدوروثي القاسم أبو حامد = أحمد بن بشر بن عامر

الزهرى اسماعيل بن محمد صاحب الشافعي وصاحب المختصر للأمام ٧١ ،

١٣٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ،

١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٩٤ ، ١٩٦ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ ، ٢٩٨ ، ٣٨٣ ، ٤٢١ ، ٤٦٧ ،

٥٠٠ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٨ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٤٢ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ،

٥٧٩ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٦٠٨ ، ٦١٢ ، ٦١٣

مسلم بن الحجاج القشيري ٢٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٦ ،

١٩٩ ، ٢٠١ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٩٩ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٣١ ، ٣٩٩

مسلم الدارمي تلميذ الشيخ أبى ٥٨٣

الصفحة

- مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠
ابن المسيب سعيد بن المسيب بن حزن افضل التابعين واحد
الفقهاء السبعة ٣٢١ ، ٤٣٠
أبو المظفر ٤٣٣
معاوية بن أبي سفيان ٢١٣ ، ٣٠٠
معمربن راشد ٢١٤
ابن مومن ٣٣١ ، ٣٦١ ، ٤٨٢
ابن معين = يحيى
ابن الفليس ٢٠٥
المقدسي نصر بن ابراهيم بن نصر ٧١ ، ١٠٥
المقدسي = يوسف بن اسماعيل
المقدمي عمر بن علي المقدمي ٣٩٩ ، ٤٠٠
ابن مقلاص (عبد العزيز بن مقلاص) ٤٧٦
مكحول امام الشام ٣٠٢ ، ٣٠٣
ابن المنذر (ابو بكر محمد بن اسحاق الحافظ) ١٤٩ ، ١٦٧ ، ٢١٩ ،
٢٢٣ ، ٢٣٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٧٠ ، ٣٣١ ، ٤٠١ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ،
٤٣٩ ، ٥١٧ ، ٥١٨ ، ٥٥٣ ، ٥٦٩ ، ٥٧٢ ، ٦١٠
المنذري الحافظ عبد العظيم بن عبد القوي ١٩٧
أبو مسهر الفسيفسائي واسمه عبد الأعلى ٣١٠
موسى بن يسار ١٩٥ ، ٢٠٥

حرف النون

- ناصر الدين البيضاوي محمد بن احمد بن سعد صاحب المصباح ٣٧٠
النخعي ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود ١٤٩ ، ١٥٣ ، ٤٠١ ،
٤٣٠ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨
النسائي (عبد الرحمن بن شعيب) صاحب المجتبى والسنن ١٩٤ ،
١٩٥ ، ٢٠٥ ، ٣٩٩
النعمان بن ثابت = ابو حنيفة الامام رضي الله عنه
ابن نمير محمد بن عبد الله بن نمير ١٩٧
النهدي أبو عثمان عبد الرحمن بن مل ٢١٤ ، ٦٠٩

حرف الهاء

- ابو عمر الهذلي صاحب الاستقصاء ٥٦٠
أبو سعيد الهروي ٢٠٢ ، ٣٣٣ ، ٣٣٧ ، ٣٤١ ، ٣٥٩ ، ٤٩٨ ، ٥٥٤ ،
٥٥٥ ، ٥٦١ ، ٥٦٢
ابو هريرة (عبد الرحمن بن صخر رضي الله عنه) ١١٦ ، ١٩٤ ،
١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٩ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١٣ ،
٢١٤ ، ٢١٦ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٩ ، ٣٠٢

الصفحة

أبو علي ابن أبي هريرة (الحسن بن الحسين بن أبي هريرة) ٣ ،
٩ ، ٢٤ ، ٤٣ ، ٥٤ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٧ ، ١٠٨ ، ١١٠ ،
١١١ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١٨٤ ، ١٨٧ ، ١٩٦ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ،
٢٢٣ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٥٣ ،
٢٥٤ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٨٣ ، ٢٩٤ ، ٣١٠ ، ٣١٤ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٩٠ ،
٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٥٤٦ ، ٥٩٧ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ،
٦١٤

هشام بن اسماعيل بن هشام ٣٢٠

هشام بن حسان الأزدي القردوسي ٢٠٥

هشام بن عروة ١٩٩ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠

هشام بن منبه الصنعاني الابناني ١٩٥ ، ١٩٦

حرف الواو

واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب بن نميرة
ابن سعد بن ليث بن بكر ٢٩٨ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٧ ،
ابن الوكيل أبو حفص ٤٨ ، ٢٧٣ ، ٦١١ ،
أبو الوليد الباجي = الباجي
أبو الوليد بن الجارود ٢٠٢

حرف الياء

ابن يحيى (زكريا بن يحيى بن أسد) ١٣٤
يحيى بن أيوب الغافقي ٢٩٩ ، ٣٠٠ ،
يحيى بن بكير ٣٠١
يحيى بن سعيد الأنصاري ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٣٢١ ، ٦٠٨ ،
يحيى بن أبي كثير اليماني التابعي ١٢٠ ، ٢١٤ ،
يحيى بن معين ٣١ ، ١١٦ ، ٢٠٠ ، ٣٠٠ ، ٣٩٨ ، ٦٠٩ ،
يزيد بن زريع ١٩٩
يزيد بن عبد الرحمن بن أبي مالك ١٩٦ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ،
أبو يعقوب أحمد بن علي الأبيوردي ١٧٧ ، ٣١٦ ،
يعقوب بن أبي عمرو = ابن أبي عمرو ،
يعقوب الفسوي = الفسوي
أبو يوسف الأسفراييني صاحب المستظهرى ٢٢٨
أبو يوسف الإمام صاحب أبي حنيفة ١٤٥ ، ٢٠٧ ، ٣٢٣ ، ٣٨٠ ، ٤٢٩ ،
٦٢٥ ، ٦٠١
ابن يونس صاحب شرح التبيين لأبي اسحاق الشيرازي ٢٦٤ ،
٢٧٥ ، ٢٩٠ ، ٣٧٠ ، ٥٥٣

خامسا : فهرس الأحكام

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وفي الوسيط حكاية إذا	٢	مسائل المعدن
٦	لم يتضرر لم يجبره على النقل	٢	يدخل ما في باطن الأرض من المعدن في بيعها والنفط والقسار زيت في الأرض
٧	والموردى أراد بالضرر الزرع والغراس	٣	ولا تدخل في بيع الأرض الحجارة والركاز
٧	فان كان المشتري عالما بها فلا أجره له على البائع في قلعها	٣	أما الأحكام ففيه مسألتان : (أحدهما) المعدن باطن وظاهر
٧	(الحالة الثالثة) ان يكون تركها تضر لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضر لها في الأرض	٣	ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب
٧	(ثالثها) الفرق بين النقل قبل القبض فلا يجب أو بعده فيجب	٣	وفي الجمع بين بيع وصرف قولان
٨	واطلق الرافي الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها	٣	وجزم الغزالي وحمله على ذلك قول الامام (الثانية) اذا باع أرضا فيها ركاز سواء كان من دفين
٨	القماش هو ما على وجه الأرض من بقايا المتاع والأشياء	٤	الجاهلية أو من دفين الاسلام (المسألة الثالثة) الأحجار على ثلاثة أقسام (الأول) ان تكون مخلوقة في الأرض وهو على ثلاثة أضرب
٩	والشافعي في الأم اطلق وجوب التسوية ولم يفصل بين ما قبل القبض وبمده لو عدم ذلك التراب بالكلية وكان له قبضة ينفى أن يكون كتلف بعض المعتود عليه	٤	(الأول) أن يضر بالزرع والغراس جميعا فهو عيب (الضرب الثاني) يضر بالغراس دون الزرع (الضرب الثالث) أن لا تكون مضره بالغراس ولا بالزرع لبعدها بينهما
١٠	(والحالة الثانية) أن لا يكون في قلعها ضرر ويكون في تركها ضرر	٤	(القسم الثاني) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية في الأرض
١١	(الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر فللمشتري الخيار إذا كان جاهلا	٥	(القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف
١٢		٦	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٧	زرعا وباعها مع الزرع وتحتها أحجار	١٣	(فرع) تقدم انه اذا لم يكن في القلع ضرر او كان فيه ضرر يسير
١٧	(فرع) قال الغزالي فيها نقل ابن ابي الدم : ان الفرايين نقلوا انه يجب على الفاصب ارش نقصان الخفر	١٣	(فرع) في هذه الحالة فأما الفراس الذي وعدت بذكر
١٧	(فرع) زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة وفي قطعها هلاك الزرع	١٤	وان أحدثه جاهلا ففي ثبوت الخيار وجهان
١٧	(فرع) شبه المتولى الخلافة في ثبوت الخيار اذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار	١٤	وأما نقص الفراس (فرع) تكلم الامام وقبله القاضي حسين
١٨	(فرع) من تمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الفراس داخلا في بيع الأرض ونقل الحجارة مضر به	١٤	(فرع) ذكره المحاملي قال أبو اسحاق : اذا باع عبدا فمقال المشتري : هو أبق
١٨	(فرع) قال الرافعي رحمه الله : لو باع دارا في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع	١٥	(فرع) ذكر الامام في آخر كلامه كالمضابط لما تقدم انه مهما فرض ضرر لا يندفع (فرع) تقدم أن الأصح في الاجرة انها لا تجب قبل القبض وتجب بعده
١٩	قال الامام : والبناء عندي بالنسيبة الى البستان كالشجرة بالاضافة الى الدار (فرع) قول الغزالي في الوجيز أن الأظهر عدم الدخول يعني به الأظهر من الطرق	١٥	(فرع) تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة
٢٢	وأن باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر	١٦	(فرع) اذا اختار المشتري الامساك
٢٢	من اصطلاح متأخري الاصحاب ان الأظهر الراجع من الأقوال .. الخ	١٦	وفي أرش النقص طرق (فرع) قال الروياني : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر
٢٢	(أما الأحكام) فبيع الشجر ان كان بشرط القطع جاز مطلقا	١٦	(فرع) اذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده
٢٤		١٧	وان كان قطعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع فعليه أرش النقص قولا واحدا
		١٧	(فرع) قال الروياني وغیره : ولو كان البائع زرع

الصفحة	الأحكام
٢٢	وأجاب الأصحاب بعد التمسك بالحديث (تتمة) استدلال الأصحاب وقول المصنف : ولأن ثمرة النخل كالحمل
٢٣	وكلام الشافعى صريح فى أن الحمل لا يقابله قسط من الثمن
٢٤	أما الاعتراضات فإن المعنى فى الحمل لا يجوز افراده بالعتد
٢٤	(فائدة) كلام الشافعى كالصريح فى إفادة الإجماع على دخول الحمل فى بيع الأم
٢٤	قال ابن الرخصة : وفى معناه كل تملك جرى بالاختيار من المالك (منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهى حامل لا يتبعها الحمل الجديد
٢٥	(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعموض
٢٥	(قلت) قضية المأخذين أن الأب لو رجع فى الجارية التى وهبها لابنه وهى حامل قال القاضى حسين فى كتاب إبهات الأولاد (قاعدة) العتود التى يملك بها النخل والتمر أربعة أضرب
٢٦	(أحدها) عقد معاوضة على وجه المرأضة (الضرب الثانى) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المرأضة
٢٦	(الضرب الثالث) عقد على سبيل المرأضة من غير معاوضة كالهبة والوصية

الصفحة	الأحكام
٢٥	أما الخلاف (بضم الخاء وتشديد اللام) الذى يقطع فى كل سنة من وجه الأرض وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية
٢٦	ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض أما إذا كان فى أرض مفصوبة فحكى الماوردى فى كتاب الغصب وهذه الأحكام كلها جارية فى جميع الشجر
٢٧	إذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها
٢٨	(والدليل الثالث) من الحديث
٢٩	وأما الوجه الثالث الذى ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع الى المفهوم فأما رواية ابن ماجه ففى سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى
٢٩	قال الماوردى : وروى أن النبى ﷺ أنشد قول الأعرابى (مرع) فى مذاهب العلماء وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التابير وبعده مالك وأحمد والليث وداود والطبرى
٣٠	وقال أبو حنيفة والكوفيون والأوزاعى لا يدخل بكل حال فأخذ بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعى بالمنطوق والمفهوم
٣١	واحتجت الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(ومنها) إذا جنى المدير		(الضرب الرابع) ما لم يكن
٤٠	جناية تستغرق قيمته ثم بات السيد	٣٧	من عقود المعاوضات ولم يكن
٤١	وأما الحديث فليس فيه تعرض لذلك	٣٧	مأخوذاً على وجه المراضاة
٤١	(فرع) إذا قلنا بأنه إذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع	٣٨	(فرع) قال صاحب فيها شذ عن أصول الكوفيين
٤١	(فرع) إذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء (فرع) قال الماوردي :	٣٨	(فرع) وأما قول المصنف قال الشافعي : وما تشقق في معنى ما أبر لأنه نساء ظاهر
٤٢	لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد	٣٨	ومن كلام الشافعي والبويطي يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحصال في الإناث
٤٢	(فرع) قد علمت أن هذه المؤبرة عند الإطلاق للمشتري (فرع) باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشتري : أنها مؤبرة	٣٨	قال الماوردي : ومن النخل ما يكون ترك تلقحه أصح للثمرة
٤٢	(فرع) بيع الطلع في قشره مغرداً مقطوعاً على الأرض أو على النخل	٣٨	قال ابن عبد البر في التمهيد لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع إنائه وأما البيع فلا ، حتى يصير زهواً
٤٣	(فرع) قال الشيخ أبو محمد : إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع (فرع) باع نخلة لم يخرج طلعمها فانه يخرج طلعمها على ملك المشتري	٣٨	(فرع) دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع (فرع) هذا الإشتراط هل حكمه حكم البيع ؟
٤٣	(فرع) لو شرط غير المؤبرة للمشتري كان تأكيداً (فرع) ذكرهما ابن سريج ونقلهما الشيخ أبو حامد	٣٩	(فرع) قال أصحابنا : يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع
٤٤	(أحدهما) اشترى نخلة فاشترت	٣٩	(فرع) فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشتري
٤٤	(الثاني) اشترى أرضاً عليها نخيل مؤبرة (فائدة) الفزالي في المستصفي من المنكرين لهذا المفهوم ، ولكنه في كتبه الخلافية	٤٠	وجعلوا هذه قاعدة أن ما اشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل ؟
٤٤		٤٠	وخرجوا على ذلك مسائل (منها) إذا باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح ؟

- ثم قال الشافعي : ومن
 ٥٠ باع نخلا قبل أن تؤبر الإناث
 (فائدة) أطلق المصنف
 ٥٠ الوجهين في هذا الكتاب
 (فرع) قال الماوردي :
 إذا أخذ طلع الفحل جاز
 ٥٠ بيعه
 (فائدة) ادعى بعضهم
 أنه ليس في خصوص مسألة
 ٥٠ الفحل
 (فرع) باع فحالا لا طلع
 ٥١ عليه
 وأن باع حائطا أبر بعضه
 دون بعض جعل الجميع
 ٥١ كالمؤبر
 (أما الأحكام) ففي هذه
 ٥٢ الجملة مسألتان
 (الأولى) إذا باع حائطا
 ٥٢ أبر بعضه
 وقد وقع في كلام ابن حزم
 ما يقتضي أن لفظ الحديث :
 ٥٢ وفيها ثمرة .
 أن الحكم بتبعية الأساس
 ٥٣ أمر ضروري لصحة البيع
 وأما إذا كان الحائط
 ٥٣ أنواعا
 (فرع) هذا كله فيما إذا
 ٥٤ باع الجميع
 وأما عند اختلاف النوع
 ٥٥ فنقريب
 قال ابن الرقعة : يشترط
 أن يكونا في إقليم واحد بل
 ٥٥ في مكان طبيعه واحد
 وأما عند اختلاف النوع
 ٥٥ فنقريب
 (فرع) هذا الحكم المذكور
 من أول الفصل إلى هنا أن
 ٥٦ المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة
 وأن كان له حائط أطلع
 ٥٦ بعضه

- ليس في شيء من كتب
 الفزالي باسم التحضير ولعله
 صحف التحصين وهو كتاب
 ٤٥ (تحصين المآخذ)
 وأما الأول فلأن الخلع
 ٤٦ لا يتفق إلا في حالة الشقاق
 (فائدة أخرى) في التأبير
 عن جابر « أبصر النبي ﷺ
 الناس يلتحمون فقال :
 ٤٦ لا لقاح »
 تضمن الحديث النهي عن
 اللقاح ثم الأذن فيه
 ٤٦ ومال الحازمي إلى أن ذلك
 ليس بحكم شرعي والحديث
 ٤٦ المذهبين
 وأن باع فحالا وعليه طلع
 لم يتشقق ففيه وجهان
 (أحدهما) أنه لا يدخل في
 ٤٦ بيع الأصل
 (والثاني) أنه يدخل
 ٤٦ في بيع الأصل
 الفحل بضم الفاء وحاء
 ٤٧ مهمله مشددة ذكر النخل
 (أما الأحكام) فقال
 ٤٧ الأصحاب تبعا للشافعي :
 إذا كان في النخل فحول
 قال الماوردي : هذان
 الوجهان مخرجان من اختلاف
 ٤٧ أصحابنا في طلع الإناث
 وقال الجوري : إذا كان
 فيها فحول فقد اختلف
 ٤٨ أصحابنا
 وقال القاضى حسين :
 على هذا الوجه فيه وجهان
 ٤٨ كما في طلع الإناث
 وحكى في الحاوى وجهها
 وصححه أن تطلع الإناث
 ٤٩ لا يتبع طلع الذكور
 وأن كان طلع الذكور يتبع
 ٤٩ طلع الإناث

الصفحة	الأحكام
٦٥	(فرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها (الضرب الثاني) ما يقصد منه الورق كالتسوت وشجره المسمى بالفرداد
٦٥	(فائدة) الياسمين بكسر السين والاشهر جعل النون حرف اعرابه
٦٦	وفي المسألة وجه ثالث حكاه الروياتي عن جزم الماوردي به
٦٦	الخلاف — بضم الضاء وتشديد اللام — الذي يقطع أغصانه ويترك ساقه
٦٧	(فرع) قال صاحب التتمة : المذهب في شجر النبق كسائر الأشجار
٦٧	وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة اضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ولا ورق دونها ولا حائل كالتين والعنب
٦٨	واعلم ان كلام المصنف في هذا الضرب والذي بعده يقضى بأن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما عقد العقد
٦٩	(قلت) ههنا اعتراض وجواب جيدان
٧٠	(والضرب الثاني) من الضرب الثالث الذي يكون المقصود فيه الثمرة
٧٠	(والضرب الثالث) ما يخرج وعليه ثمرتان كالجوز واللوز والراتج
٧٠	قال الشيخ أبو حامد : أما الذي لا أشكال فيه فالرمان والموز
٧١	

الصفحة	الأحكام
	(الشرح) فيه مسالتان : (المسألة أولى) اذا باع جميع نخل البستان وقد أبر بعضها
٥٧	(قلت) وقد تقدم ان قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له الماوردي مخالف لتص الشافعي الصريح
٥٧	(قال ابن الرقعة) ولو كان بعض الولد ولم ينفصل كله الا بعد البيع
٥٨	(المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض
٥٨	قال الشافعي : والكرف اذا بيع أصله كالنخل
٥٩	وأما الكرف المذكور فلا نعلم خلافا في الحائته بالنخل
٦٠	وقال القاضي حسين : أنه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع وان باع شجرا غير النخل والكرف لم يخل أما ان يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة
٦٣	(الضرب الأول) ما يقصد منه الورد وهو على نوعين
٦٣	(أحدهما) ما يخرج في ورق أخضر لا يشاهد منه شيء
٦٤	(قلت) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم
٦٤	(قلت) لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه في ذلك
٦٤	(النوع الثاني) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل
٦٤	وقال الروياتي : ان البنفسج كالورد
٦٥	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(أحدهما) ينظر فان بلغ الحد الذي جرت العادة بجذاه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة	٧٢	واعلم ان اللوز اذا كان أخضر صفيرا يؤكل في قشرته (والرابع) ما يكون في نور يتأثر عنه النور كالتفاح والكثيرى
٨٢	ويحتمل ان يقال : لا بد من شرط القطع	٧٣	(اما الأحكام) فاذا باع أصل التفاح والكثيرى والسفرجل والأجاص والخوخ والمشمش
٨٣	(فرع) بنى الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما اذا كان الزرع بذرا	٧٣	والذى ذكره من لفظ الشافعى في الصرف (تنبيه آخر) أكثر اصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ من هذا القسم
٨٤	(فرع) باع الأرض وفيها البقول المذكورة بعد جذها	٧٤	(فرع) قال القاضى الماوردى : ان الكرم نوعان
٨٥	(فرع) اذا كان في الأرض اشجار خلاف يقطع من وجه الأرض	٧٦	(فرع) اذا باع أصيلا عليه ثمرة ظاهرة وان باع أرضا وفيها نبات غير الشجر
	(فرع) اذا قلنا بوجوب القطع فيها كان ظاهرا عند العقد	٧٧	واما المعنى والأحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة يتعين أن يقسم القسم الأول الى قسمين
٨٥	(فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين	٧٧	(القسم الأول) الأصيل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبندسج والنرجس والبطيخ (القسم الثانى) وهو بعض القسم الأول فى كلام المصنف
٨٦	(فرع) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام	٧٨	فان قلنا بأن الأصول لا تدخل فى بيع الأرض فهى باقية على ملك البائع
٨٧	أن الأقسام (فرع) الموز أصله لا يحمل الا سنة واحدة ولم يترجح عندى هذا الاحتمال على الذى قبله فاذا عطمت ان شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها	٧٩	زاد الماوردى فحكى وجهين فى هل ينتظر به تناهى جذاه
٨٧	ولا يحمل الا سنة واحدة ولم يترجح عندى هذا الاحتمال على الذى قبله فاذا عطمت ان شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها	٧٩	
٨٨	الاحتمال على الذى قبله فاذا عطمت ان شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها	٨٠	
٨٩	(فرع) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيما اطلق البيع وفى بيع الأرض طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان لأنها فى يد البائع (وقوله) ان المنع من بيع دار المعتدة بالاقراء ليس لما ذكر . الخ	٨١	
٩٠	تقدمت كلها فيما اطلق البيع وفى بيع الأرض طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان لأنها فى يد البائع (وقوله) ان المنع من بيع دار المعتدة بالاقراء ليس لما ذكر . الخ	٨٢	
٩١	(فان قلت) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالإمتعة غير متجه		
٩٢			
٩٣			

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) يشترط في بيع الأرض المزروعة تقدم الرؤية على المقصد	٩٣	(قلت) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم
١٠٠	(فرع) إذا شرط دخول الزرع في البيع		(التفريع) بائع الأرض المزروعة إذا خلى بينها وبين المشتري فهل يحكم بصيرورتها في يده
١٠٠	(فرع) إذا اشترى أرضاً رآها قبل البيع ولم يرها حين البيع	٩٤	(تشبيه) من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع
	(تشبيه) مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة	٩٥	(فرع) لو انتزع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذة البائع قبل وقت حصاده
١٠١	(فائدة) قوله حتى يحصد يقال : أحصد الزرع أى بلغ أوان الحصاد	٩٥	(فرع) قال الرافعى : كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل
١٠١	— وان باع أرضاً فيها بذر لم يدخل البذر في البيع	٩٥	(فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذى له في الحال
١٠١	إذا بطل البيع في البذر ففى بطلانه في الأرض طريقتان	٩٦	(فرع) لو كان المشتري جاهلاً بالزرع
١٠٢	(احدهما) أنه على قولى تفريق الصفقة (والطريقة الثانية)	٩٦	(فرع) في وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الأرض
١٠٣	القطع ببطلان بيع الأرض (قلت) ولابد فيه من ملاحظة التبعية	٩٦	(فان قلت) مقتضى ما فكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الأجرة
١٠٣	إذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ	٩٨	(قلت) أما الفرألى فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبى
١٠٤	(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : إذا اشترى نخلاً وعليه ثمرة للبائع أو كرسفاً	٩٨	(تشبيه) ما حكيتنه في مأخذ وجوب الأجرة من أن النافع متميزة عن المعقود عليه
١٠٤	وهكذا لو زرع المشتري فاستحقها الشفيع لم يجبر المشتري	٩٩	(فرع) وهو الكلام الثانى أن الإمام جعل محل الخلاف في وجوب الأجرة في حالة الجهل
١٠٥	(فرع) قال الشافعى والأصحاب : فإذا حصد الزرع فان بقى له أصول لا تضر بالأرض	٩٩	(فرع) ما تقدم من وجوب الإبقاء
١٠٦		١٠٠	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقي بالماء الذي جرت العادة	106	(فرع) لو أصابت الثمار أمة وصارت بحيث لا تنمو
114	أن يسقى منه تلك الأشجار	107	(فرع) لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي
	(فرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعي	107	(فرع) ولا يستحق المشتري على البائع أجره
114	قول الفسخ	107	الأرض في مدة اقامة الزرع
	لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط	107	(فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة
114	القطع		فإن أصاب النخل عطش
	وقد كثر الزهو في الحديث	107	وخاف أن تشرب الثمرة الماء
115	يقال : زها النخل يزهو		(الشرح) تقدم أن الثمرة إذا بقيت للبائع لا يكلف
	فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من	108	قطعها إلى أو ان الجذاذ
116	بيع الثمار قبل بدو الصلاح		(والأصح من القولين)
	وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجمله	108	الثاني القائل بالاجبار
117	هذا الحديث		(المسألة الثانية) إذا
	(أما الأحكام) فقد قسم الشافعي والأصحاب بيع	109	احتاج أحدهما إلى سقى ماله
118	الثمرة إلى قسمين		ولم يكن على الآخر ضرر جاز
	(القسم الأول) أن يبيعها		له أن يسقيه
	قبل بدو الصلاح وذلك على	110	(المسألة الثالثة) إذا
118	قسمين		احتاج أحدهما إلى السقى
	(الأول) الأشجار للبائع	111	وكان على الآخر ضرر
	أو لغير المتماقدين وهذه	111	(الصورة الثانية) أن يضر
118	على ثلاثة أقسام		بالثمرة
	(الثاني) أن يبيعها بشرط	112	أما النخل فينفعه السقى
118	القطع فالبيع صحيح بلا خلاف		أبدا
	(فرع) إذا باع بشرط		(فائدة) قال الشيخ
119	القطع وجب الوفاء به	112	أبو حامد وغيره : قالوا :
	(فرع) قال في التتمة :		هلا قلتم في هذه المسائل
	إنما يجوز البيع بشرط القطع		(فرع) حيث جعلنا للبائع
120	إذا كان المقطوع منتفعا به	112	السقى قال الشافعي
	(فرع) التسليم في ذلك		والأصحاب
	هل يكون بالتخلية كما هو	113	وأطلق الرافعي احتمال
120	تسليم الثمار		الإمام
	(القسم الثالث) أن		(فرع) القولان اللذان
	يبيعها مطلقا لا بشرط القطع	113	أطلقهما المصنف هل محلها
120	ولا التبتية		فيما إذا كان السقى معتذرا
			أو مطلقا

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وكلام الشافعي في هذا		وأما اطلاق العقد وحمله
	الباب يدل على أن الحمل	١٢١	على الصفة مغير مسلم
١٢٨	ليس له قسط من الثمن		وأما القياس على ما بدأ
	(فرع) هذا الحكم الذي	١٢١	صلاحها فلا يصح لوجهين
	ذكرناه من جواز بيع الثمرة		وأجاب أصحابنا أيضا
١٢٩	مع الأصول	١٢١	بوجهين
	(فرع) اطلاق المصنف		(أحدهما) أن تاويل
	جواز بيع الثمرة مع الشجرة	١٢١	الراوى مرجوع اليه
١٣٠	قبل بدو الصلاح		(والثاني) أن ظاهر رواية
	(القسم الثالث) إذا		زيد وقوله : انه حضر
	باع الثمرة وحدها من مالك	١٢٢	تقاضيه
١٣٠	الأشجار		(فرع) قد ذكرنا أن
	(فرع) على هذا الوجه		العقد المطلق محمول على
١٣١	لا يجب الوفاء بهذا الشرط	١٢٢	شرط التيقية
	وأن باع الثمرة من يملك		والرافعي نقل مسألة
١٣٢	الأصل	١٢٣	الحصر عن القفال
	والاقسام التي في الفهار		واعلم أن ههنا أمورا
١٣٣	عائدة بعينها في الزروع	١٢٣	أربعة يجب التمييز بينها
	(القسم الأول) أن يبيعها	١٢٣	(أحدها) العرف
١٣٣	مفردة عن الأرض		(والثاني) العادة
	واعلم أن الأصحاب اختلفوا		وينقسم كل منها إلى عام
	فما أعلم على اشتراط شرط	١٢٣	وخاص
١٣٣	القطع في هذا القسم		والمراد بالمعرف ما يكون
	أما الزرع الذي يعتاد		سببا لتبادر الذهن من لفظ
	ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط	١٢٣	إلى معنى من اللفظ
١٢٤	القطع فسد		والمراد من العادة ما هو
	(القسم الثاني) أن	١٢٣	مألوف من الأفعال
١٣٥	لا يباع الزرع مع الأرض		(فرع) لو باع ثمرة لم يبد
	(تنبيه) اطلاق المصنف	١٢٥	صلاحها على شجرة مقلوعة
	جواز بيع الزرع والثمرة		إذا اشترها قبل بدو
١٣٥	مع الأرض	١٢٥	الصلاح بشرط التيقية
	(القسم الثالث) إذا		(فرع) إذا اشترى ذلك
	باع الزرع وحده من مالك	١٢٦	بشرط القطع
١٣٥	الأرض فهو كبيع الثمرة		(القسم الثاني) بحسب
	(فرع) قول المصنف		ما اقتضاه كلام المصنف إذا
	هنا : إذا باع الزرع من	١٢٦	بيعت الثمار مع الأشجار
١٣٥	يملك الأرض		يرد ذلك قول الشافعي
	(فرع) لو باع الزرع من		الذي قدمته قريبا بجواز بيع
	مالك الأرض بالأرض فأنه		الدار بطرقها وسيل مائها
١٣٦	يصح	١٢٨	وأفتيتها

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٤٢	(فرع) في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف	١٣٦	(فرع) قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح
١٤٢	(فرع) قال أحمد بن بشر وهو القاضي أبو حامد : ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا	١٣٦	(فرع) لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر أو يقطف كالحصرم والعنب
١٤٢	(فرع) البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض	١٣٦	(فرع) الفجل المغروس في الأرض والسلجم والجزر والسلق إذا اشترى ورقه
١٤٢	(الحالة الثانية) أن يفرد أصول البطيخ بالبيع	(فرع) قال القاضي حسين : إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد	
١٤٣	(الحالة الثالثة) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض	١٣٧	(فرع) قال ابن الحداد في المولدات باع نصف ثمرة على رؤوس النخل
١٤٣	(الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله	١٣٧	أما إذا جوزنا قسمة الثمرة في حال الرطوبة بناء على أنها أمزاز
١٤٤	وإن بدأ صلاحها جاز بيعها بشرط	١٣٨	واعلم أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة وأما إذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع
١٤٤	القسم الرابع من الأقسام المتقدمة وقسمه الأصحاب إلى ثلاثة أحوال	١٣٩	ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي
١٤٤	(الحالة الأولى) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز أجماعا	١٤٠	والمجب من القاضي كيف صرح ببيع الزرع على قسمته
١٤٤	(الحالة الثانية) أن يبيعها مطلقا فيجوز بلا خلاف للخبر	(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح	
١٤٥	(الحالة الثالثة) أن يبيعها بشرط التبقية	١٤٠	ولو كانت الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخرين
١٤٥	(فرع) أطلق المصنف أنه إذا بدأ صلاحها جاز بيعها	١٤١	وقال الخوارزمي في الكافي : لو كان الزرع لهما والأرض
١٤٥	(فرع) قال القاضي حسين : بيع الزرع وحده إن كان بذرا لم يصح	١٤١	(فرع) رأيت في الطارحات لابن القطان أنه إن باع نصف الزرع مشاعا
١٤٦	(فرع) قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره كالجوز في قشره الأسفل	١٤٢	

الصفحة	الأحكام
١٥٣	أكلها غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح
١٥٤	(فرع) إذا باع أوراق الفرساد مع الأغصان
١٥٥	(فرع) قال الشافعي والأصحاب : إذا بدأ صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز
١٥٥	(فرع) قال الشافعي : ولا يجوز أن يستثنى الثمرة إذا وقسم الأصحاب الاستثناء في البيع إلى أربعة أقسام
١٥٥	(الأول) أن يكون الاستثناء معلوما
١٥٥	(والقسم الثاني) أن يكون استثناء مجهولا والمبيوع بعده مجهولا
١٥٥	(والقسم الثالث) أن يكون الاستثناء مجهولا والمبيوع بعده مجهولا
١٥٥	(القسم الرابع) أن يكون الاستثناء مجهولا
١٥٦	(فرع) إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا منها
١٥٦	(فرع) قال : اشترت منك هذا الثوب بهذه الدراهم إلا خمسة
١٥٦	(فرع) قال : اشترت منك هذا الثوب بهذه الدراهم
١٥٦	(فرع) قال : بعتك ثمرة هذا النخل إلا المعطى
١٥٦	(فرع) باع شاة واستثنى سواقطها
١٥٦	(فرع) باع قطنا واستثنى حبه
١٥٧	(فرع) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة

الصفحة	الأحكام
١٤٦	(فرع) الكتان إذا بدأ صلاحه قال ابن الرنفة : يظهر جواز بيعه
١٤٧	(فرع) البقل إذا بيع مع الأصول
١٤٨	(فرع) فإن باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول
١٤٨	(فرع) في مذاهب العلماء وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها
١٤٨	(أما الأحكام) فقد اختلف الناس في تفسير بدو الصلاح واعترض عليه ابن داود أما أن يكون الشافعي أراد أن يعطينا أنه يجب القثاء فلا ثائدة في ذلك
١٥٠	وأجاب الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف
١٥١	قال الماوردي وحيلة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها) ما يكون بدو الصلاح فيه باللون
١٥١	(القسم الثاني) ما بدو صلاحه بالطعم
١٥١	(القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج
١٥١	(الرابع) ما بدو صلاحه بالقوة والأشداد
١٥٢	(الخامس) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء
١٥٢	(السادس) ما بدو صلاحه بانشقاق كياه كالقطن والجوز
١٥٢	(الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر
١٥٣	وقول المصنف : وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب

- ١٦٤ (العاشرة) ان يختلف البستان والصفقة
(الحادية عشرة) ان
١٦٤ يختلف البستان والملك
(الثانية عشرة) ان
تختلف الصفقة والملك فيبيع
ما لم يبد صلاحه امتدادا
١٦٥ على بدو صلاحه
(الثالثة عشرة) ان
يتعدد النوع مع اختلاف
١٦٥ الثلاثة
(الرابعة عشرة) ان
يتحد البستان مع اختلاف
١٦٥ الثلاثة
(الخامسة عشرة) ان
١٦٥ يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة
(فائدة) النظر في هذه
المسائل كلها هل هو لسوء
١٦٥ المشاركة
(فرع) اذا باع شيئا من
١٦٦ ثمرة البطيخ والقثاء والخيار
(فرع) ولا يجوز في شيء
من ذلك ان يبيع ما ظهر من
١٦٦ الثمرة
(فرع) لا خلاف انه لا بد
١٦٧ من وجود الصلاح
(فرع) اذا كان بستانان
١٦٧ فيهما زرع واحد فبدا الصلاح
اذا ابتاع زرعاً او ثمرة
١٦٧ بعد بدو الصلاح
اتفق الأصحاب على انه
يجب على البائع التخلية الى
١٦٧ أو ان الحصاد
(قلت) وكذا الشاشي في
الحلية حنفي النوجيين في
١٦٨ وجوب السقي على البائع
(فرع) الى متى ينتهي
للزمان الذي ينتهي فيه
١٦٩ السقي

- (فرع) الزرع الذي يخلف
١٥٧ كالقرظ
(فرع) اذا اشترى الزرع
١٥٧ الذي لا يخلف
فان وجد بدو الصلاح
في بعض الجنس من حائط
١٥٨ جاز
(الشرح) في هذه الجملة
١٥٨ ثلاث مسائل
(احداها) قال الشافعي
والأصحاب : اذا بدا في بعض
١٥٨ الثمرة جاز بيع جميعها
واذا كان في الجنس
١٦٠ الواحد فلا وجه حينئذ
(الصورة الثانية) ان
يختلف البستان كما اذا بدا
الصلاح في جنس
١٦١ (الصورة الثالثة) ان
تختلف الصفقة مع اتحاد
البواقي
١٦٢ (فرع) قال : بعنك هذا
١٦٣ بكذا وهذا بكذا
(الصورة الرابعة) ان
يختلف الملك مع اتحاد
١٦٣ الجنس والنوع والبستان
(الصورة الخامسة) ان
يختلف البستان والنوع مع
١٦٣ اتحاد البواقي
(الصورة السادسة) ان
يختلف البستان والنوع
والصفقة
١٦٢ (الصورة السابعة) ان
يختلف البستان وتعدد
الصفقة مع اتحاد البواقي
١٦٤ (الثامنة) ان يختلف النوع
والصفقة
١٦٤ (التاسعة) ان يختلف
النوع والملك مع اتحاد
الصفقة
١٦٤

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع أن سمحت بحقك أقر العقد	١٦٩	(فرع) لو شرط السقى على المشتري بطل البيع
١٧٥	(فائدة) قال الإمام : ولو اعترفا — والاختلاط بعد القبض — بالالتباس ورضيا	١٦٩	(فرع) قال الشيخ أبو محمد في السلسلة
١٧٥	(فرع) هذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره إذا بلغ نهايته لم يحتاج الى شرط القطع	١٦٩	(فرع) إذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح
١٧٥	(فرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف : لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض	١٧٠	(فرع) قريب من هذا فيما إذا أصابت الثمار آفة
١٧٦	(فرع) قد تقدم أنه إذا كان اختلاط الطعام بعقد القبض لا يفسخ العقد	١٧٠	(فرع) باع الجمد في المجرد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما
١٧٦	(فرع) لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن تصد	١٧٠	وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى
١٧٧	(فرع) قال القاضي : إن القولين في الانفساخ (قلت) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها	١٧٠	(الشرح) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار والحق به ما في معناه
١٧٧	(قلت) قوله : المذهب أنه يبطل البيع أراد الترجيح في الحيلة	١٧٠	واعلم أن ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضي أن التسليم لم يوجد
١٧٨	وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفلاس أن البائع لا يرجع في المبيع	١٧٢	وقوله : وإن لم يسمح البائع فسخ العقد أي يفسخه الحاكم بينهما
١٧٨	وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذ	١٧٢	(فرع) لو انشأ على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح
١٧٩	(الشرح) في مسألتان هما من بقية المراتب (أحدهما) وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة حاملة	١٧٣	(فرع) لو باع الحنطة منه مكاملة
١٧٩		١٧٤	(فائدة) إذا انتهى الأمر الى الخصومة وقبول قول ذي اليد
		١٧٤	(فرع) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع
		١٧٤	(فرع) قد تقدم حكاية الخلاف في الصحيح في هذه المسألة
١٧٩		١٧٥	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) باع شجرة البانجان أن بلغ نهايته ، فإن كان في الخريف	١٨٠	واختلف الأصحاب في ذلك على طريقتين كما ذكره المصنف (أحدهما) طريقة ابن خيران وأبى على الطبرى في الإنصاح القطع بعدم الانفساخ
١٨٦	(فائدة) أن قلت ما وجه تأخير هذه المرتبة عن المرتبة الثانية	١٨٠	(الطريقة الثانية) وبها قال المزنى وأبو اسحاق المروزى أنها على القولين
١٨٦	(قلت) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه إذا اشترى الزرع بشرط القطع	١٨٠	(قلت) المراد بأن المسألة غير قابلة للتأويل
١٨٧	(فائدة) هذه المسألة تنبهك على أن المشتري إذا اشترى جذة	١٨١	(والقول الثانى) أنه يفسد البيع
١٨٧	(فرع) الزروع التى تحصد مرة واحدة إذا اشترى بشرط القطع	١٨١	(فائدة) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر
١٨٧	(فرع) إذا اشترى أصول البطيخ لا يجوز الا بشرط القطع	١٨٢	(قلت) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجرة بعينها
١٨٨	(فرع) قال الثشافعى : ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه	١٨٢	(فرع) قال المتولى في هذه المسألة : أن عدم الانفساخ هو الصحيح
١٨٩	(فرع) في زيادات أبى عاصم العبادى إذا اشترى ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخى القطع	١٨٣	(فرع) إذا قلنا ينفسخ العقد فلا تفريع
١٨٩	(فرع) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطوبة والقصيل	١٨٣	(فرع) كلام المصنف هنا مشير الى أنه لا مزية في غرض ترك الحق
١٨٩	وإن كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين ضبط في الاستقصاء حملين بفتح الحاء وقال : الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة	١٨٤	(فرع) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن
١٩٠	(وأما الزامهم بالعبيد الأبق فالفرق أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع	١٨٤	(المسألة الثانية) وهى المرتبة الأخرى إذا اشترى رطوبة فان اشترى بشرط القطع
١٩١	(قلت) وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد	١٨٤	وأعلم أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان
١٩٢		١٨٥	وأعلم أن في مسألة الرطوبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	قال أبو عبيد : المصراة		(فرع) اذا اشتد شرى
	الناقاة أو البقرة أو الشاة	١٩٢	الشجرة المذكورة بعد
٢٠٠	التي قد صرى اللبن في		ظهور أحد الحظلين وتأييره
	ضرعها	١٩٤	باب بيع المصراة والرد
	استشهاد من كتابنا		بالعيب
٢٠٠	(خالد بن الوليد قيادة		الأحاديث الواردة في رد
	ودعوة)	١٩٥	المصراة ورد صاع من تمر
٢٠١	ويحتمل أن أصل المصراة		أو طعام
	مصرة		وطريق ابن سيرين
	وإذا كان كذلك فليس في		وأبى صالح فيها ذكر الثلاث
	كلام الشافعي مخالفة لغيره	١٩٦	وهي مقتصرة على بيان
	الزيادة تبين ما كانت العرب		الحكم
	تفعله من ربط أخلاف الناقاة		وأما حديث عمر فرواه
٢٠١	والشاة		أبو داود وابن ماجه قال
	قال ابن هشام : قول	١٩٧	الخطابي : وليس أسناده
٢٠٢	الشافعي حجة في اللغة		بذاك
	وقال أبو عبيد : الشافعي		وقد روى حديث المصراة
٢٠٢	ممن يؤخذ عنه اللغة		عن ابن عمر أيضا بما يوافق
	قال الريس : وكان	١٩٧	رواية أبي هريرة
	عبد الملك بن هشام بمصر		قال الشافعي : كثير
٢٠٢	كالاصمعي بالعراق		ابن عبد الله ركن من أركان
	وقال ثعلب : أن الشافعي	١٩٨	الكذب
	من بيت اللغة يجب أن يؤخذ		وقال ابن حبان له عن أبيه
٢٠٢	عنه	١٩٨	عن جده نسخة موضوعة
	(قلت) فاطلاق الشافعي		وروى البيهقي من حديث
٢٠٢	أخلاف الناقاة والشاة		اسماعيل بن مسلم عن
	وقال أبو عبيد : إنما	١٩٨	عن الحسن بن أنس
	يقال في اللبن الاحلابة وإنما	١٩٨	اسماعيل بن مسلم متروك
٢٠٣	المشهور الحلاب		ورواه أبو بكر الاسماعيلي
	وإن كان مطلقا فالمراد		في مستخرجه على الصحيح
٢٠٣	به التمر		من حديث أبي خلف العمي
	وقدم المصنف التصرية	١٩٨	لكنه اختلف في وقفه ورمعه
٢٠٤	لأنها المنصوص عليها		ورواه البرقاني موقوفا
	وأما اقتصار المصنف في	١٩٩	على شرط البخاري
	الترجمة على المصراة والرد		(أما اللغة) فتسوله :
٢٠٤	بالعيب	١٩٩	لا تصروا
	وقال بعض شارحي		قال الشافعي : التصرية
	التنبيه : أن ذلك للرد على		أن تربط أخلاف الناقاة والشاة
	الظاهرين الذين خصوا		وتترك من الحلب اليومين
٢٠٥	الحكم بالمنصوص عليه	٢٠٠	والثلاثة

- (وسادسها) اثبات
الخيار ثلاثا من غير شرط
٢٠٩ مخالف للاصول
(وسابعها) يلزم من
العمل بظاهره الجوع بين
٢٠٩ الثمن والثمن للمبائع
(وثامنها) أنه مخالف
٢٠٩ لقاعدة الربا في بعض الصور
(وتاسعها) أنه أثبت الرد
٢٠٩ من غير عيب ولا شرط
(وعاشرها) أن اللبن
كالحمل لا يأخذ قسما من
الثمن والا لجاز افراده بالمعقد
٢٠٩ كالثمن
(وأما المقام الثاني) وهو
أن ما كان من أخبار الأحاد
مخالفا لقياس الأصول
٢٠٩ المعلومة لم يجب العمل به
(العذر الثاني لكم) أن
هذا الحديث من أخبار
أبي هريرة وإنما يقبل من
أخباره ما فيه ذكر الجنة
والنار وأما في الأحكام فلا يقبل
٢٠٩ وتارة يقولون : أنه غير
فقيه والحديث مخالف للقياس
٢٠٩ ولا ثقة برواية غير الفقيه
(العذر الثالث) دعوى
النسخ في هذا الحديث أنه
يجوز أن يكون ذلك حيث
٢٠٩ كانت العقوبة بالمال جائزة
(العذر الرابع) أن هذا
٢١٠ حديث مضطرب
(العذر الخامس) في
مخالفتهم لظاهر الحديث
٢١٠ بتأويله واستعماله
والجواب في ذلك أما الأول
٢١٠ فيالظن في المقامين جميعا
فمن الناس من فرق بين
مخالفة الأصول وبين مخالفة
٢١٠ قياس الأصول

- لكن يعرض هنا بحثان
(أحدهما) أن هذا الخبر
الذي فيه (من اشترى
٢٠٥ مصراة)
وقد يقال : أن جانب
الزيادة ورد من طرق صحيحة
٢٠٦ (والبحث الثاني) إذا
ثبتت الروايتان عن كلام
٢٠٦ النبي ﷺ
أما من مفهوم الشرط (من
٢٠٦ اشترى)
وأما من مفهوم الصفة وكلا
المفهومين حجة عند كثير من
٢٠٦ العلماء
(والجواب) عن هذا أن
جانب المفهوم هنا ضعيف
٢٠٦ بثبوت الحكم
وقول المصنف : ولم يعلم
٢٠٧ أنها مصراة شرط لا بد منه
(قلت) وأن صحت هذه
الرواية عن مالك فينبغي أن
٢٠٨ يؤول قوله
واعتمد المخالفون في
الاعتذار عن الحديث أمورا
٢٠٨ ضعيفة ترجع الى طريقتين
أما كونه مخالفا لقياس
٢٠٨ الأصول المعلومة فمن وجوه
(أحدها) أنه أوجب غرم
٢٠٨ اللبن مع امكانه
(وثانيها) أنه أوجب غرم
٢٠٨ قيمته مع وجود مثله
(وثالثها) أنه جعل القيمة
٢٠٨ تمرا وهي أنها تكون ذهبيا
أو ورقا
(ورابعها) أنه جعلها
٢٠٨ مقسمة لا تزيد بزيادة اللبن
ولا تنقص
٢٠٨ (وخامسها) أن اللبن أن
كان موجودا عند المعقد فتد
٢٠٩ ذهب جزء من المعقود عليه

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للاصول بأن الشيء إنما يكون مخالفا لغيره إذا كان مماثلا له	٢١٠	وخص الرد بخبر الواحد المخالف للاصول لا المخالف لتقياس الأصول
٢١٢	(وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البذل والمبذل من ثلاثة أوجه	٢١٠	ومنهم من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضا قاذحة (والصواب) العمل بها جميعا ويعتبر كل أصل بنفسه مقارنة بين رد الحنفية
٢١٢	(وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا إنما يعتبر في العتود لا في الفسوخ ولا في ضمان المتلفات	٢١٠	أحاديث التصرية ورد حديث أطعمه الله وسقاه وقبوله لخبر زاذان في إبطال طهارة المصلى بالتهتة
٢١٢	(وعن التاسع) وهو إثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس (وعن العاشر) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع	٢١٠	وقبول الأحناف خبر أبي فزارة في جواز التوضيء بالنفوذ
٢١٢	وأما الحمل فإنه غير مقدور على استخراجه من الأم	٢١١	(واعلم) أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطة التي تكون في نفسها محتلة
٢١٢	(وأما العذر الثاني) وهو كونه من رواية أبي هريرة فلو لا ذكره في الكتب والاحتياج إلى الجواب لكنا نستحي من فكره ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية	٢١١	(أما) غرم القيمة مع إمكان الرد
٢١٢	وقد دعا النبي ﷺ أن يحبه إلى كل مؤمن ومؤمنة وقد روى عبد الرزاق عن معمر بن راشد	٢١١	(وعن الثاني والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل
٢١٤	ثم أن حديث المصراة قد روى من غير طريق أبي هريرة (وأما الاعتذار الثالث) وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات	٢١١	وقد وجد في مواضع منها الحر يضمن بمائة من الإبل
٢١٥		٢١١	ومنها الجنين يضمن بالفرة ويستوى فيه الذكر والأنثى ومنها المقدرات من جهة الشرع في الشجاج كالموضحة ومنها جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من التقدين (وعن الخامس) وهو إيجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري مع النقص من وجهين

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وأصحها وأوفقهما		(وأما الاعتذار الرابع)
	للحديث ولنص الثمامي		بالاضطراب فان الالفاظ التي
٢٢١	قول أبي حامد		صحت كلها لا تناقض فيها
٢٢١	لكن ههنا تشبيهات :	٢١٥	بل الجمع بينها ممكن ظاهرا
	(احداها) ما يمكن أن		(وأما الاعتذار الخامس)
	يكون مستندا لأبي اسحاق		واستعمالهم للحديث على وجه
٢٢١	وابن أبي هريرة		الاشتراط فذلك لا يصح
	أما أبو اسحاق فيمكن أن	٢١٥	لأربعة أوجه
٢٢١	يكون مستنده الحديث		(وأما) القياس هل هو
	بل أن لم يكن في مسألة		معاصد للحديث فجماعة
٢٢٢	العيب اجماع	٢١٥	يدعون ذلك
	(التشبيه الثاني) أن		(فرع في علة هذا الخيار)
	الحديث باللفظ الذي أورده	٢١٦	وجهان
٢٢٢	المصنف		(أحدهما) التدليس
	(التشبيه الثالث) أن	٢١٦	المصادر من البائع
٢٢٣	الالفاظ الصحيحة		(والثاني) الضرر الحاصل
	(والجواب) عن هذا		للمشترى باخلاف ما وطن
	أن قوله (فهو بخير النظرين)	٢١٦	نفسه عليه
٢٢٣	محمول على الغائب		والمراد بتحفلها بنفسها أن
	(التشبيه الرابع) أن	٢١٧	يترك صاحبها حلبها أياما
	الأصحاب يعبرون عن الخلاف		(فرع) لا خلاف في أن
	في هذه المسألة بأن الخيار		فعل التصرية بهذا القصد
	هل هو خيار شرع أو خيار		حرام لما فيها من الفس
٢٢٣	عيب	٢١٨	والخدعية
	(التشبيه الخامس) انه		وأختلف أصحابنا في وقت
	تقدم عن الغزالي التردد في	٢١٩	الرد
٢٢٤	الحاق خيار التصرية		(الشرح) الذي قال
	(التشبيه السادس) انه		بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو
	قد تقدم عن صاحب التهذيب	٢١٩	القاضي أبو حامد المروروذى
	وغيره ثبوت الخيار فيما إذا		والخيار على هذا يكون
٢٢٤	تحفلت بنفسها	٢١٩	خيار تروية كخيار الشفعة
	(التشبيه السابع) أن		على قول وكخيار الشرط
	قول أبي اسحاق المذكور وقع		(والثاني) وهو أنه على
٢٢٥	في نقله ما ينبض التثبت فيه	٢١٩	الفسور على أبي علي
	والثالث وهو قول		ابن أبي هريرة
	ابن أبي هريرة هو - والله	٢٢٠	وأعلم أن بين الأوجه
٢٢٦	أعلم - قول أبي اسحاق		الثلاثة اشتراكا وانترقا
	أما إذا حصل العلم بقول		وتأويل ابن أبي هريرة
٢٢٦	البائع أو بينة	٢٢٠	للحديث على الاشتراط لا
			دليل عليه

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٢٤	(الشرح) رواية أبي هريرة وابن عمر تقدم بينهما وأن الرواية التي ابن عمر غير قوية	٢٢٧	ولولا نصريح بالخلاف لكنت أقول إن كلامها واحد (التثنية الثامن) يقول المصنف : (ومنهم من قال : إذا علم بالتصيرية ثبت له الخيار على الفور)
٢٢٤	(أما الأحكام) فالمشترى للمصراة إما أن يختار امسكها وإما أن يختار ردها	٢٢٧	(التثنية التاسع) إن اقتضى ابن أبي هريرة وأبي إسحاق على جواز الرد على الفور لا اشكال فيه
٢٢٤	(قلت) وهذا الوجه لم أقف عليه في النهاية ولعله اشتبه بالوجه الذي سنذكره	٢٢٧	(التثنية العاشر) قول المصنف : (إذا علم) يحتمل أن يريد به سقطة العلم بإقرار البائع أو بالينة
٢٣٥	فإذا جمعت ما تناله الجوري وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام الأكثرين	٢٢٨	وأعلم أن الحكم بينهم الرد بعد الثلاثة وثبوته إذا اشتراها عالمًا بالتصيرية
٢٣٦	(قلت) ولا يلزم ذلك وليسنت (لا) متعينة في الإخراج	٢٢٨	وأما إذا اشتراها وهو عالم بالتصيرية
٢٣٧	ويقتضي أن التمس ليس الواجب أصلاً وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله	٢٢٩	ومما يرشد إلى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث (بيع المخفلات خلافة ولا تحل الخلافة)
٢٣٨	فإن اللبن الكائن في الضرع قبل حلب يسير لا يحول	٢٢٩	مأخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث (فرع) إذا قلنا بأن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام فهل ابتدؤها من حين العقد
٢٣٨	قال ابن الرنعة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره	٢٣٠	(فرع) أو اشترط خيار الثلاث للبائع في المصراة (فرع) لو اشترط للمشترى وحده
٢٤٠	(والطريقة الثانية) أن يقول : الواجب التمر وهل يتعين ؟	٢٣١	(فرع) إذا اشترتها وهي مصراة ولم يطم بها (قلت) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر
٢٤٠	(فإن قلت) ما ذكرت أن الرافعي سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب	٢٣٢	فإن اختار رد المصراة رد يدل اللبن الذي أخذه
٢٤٠	(قلت) ليس كذلك لأنه ليس غالب قوت البلد	٢٣٣	
٢٤١	(فإن قلت) ما الصحيح من هذه الأوجه ؟		
٢٤١	لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لأمرين		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٤٩	(فرع) اتفق اصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن	٢٤٢	والأصح أن الاعتبار بزيادة الاقيات
٢٤٩	القالف وحديث ابن أبي عدي في سنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف	٢٤٢	وبالجملة فيستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم يتعين التمر اختلاف الرواية ومجيء القمح في بعض الروايات
٢٥٠	(فرع) في مذاهب العلماء قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف : يرد معها قيمة اللبن	٢٤٢	وأما الجواب عن اتساق الأصحاب في زكاة الفطر فهذا الكلام في جنس الواجب وأما بمقداره ففيه وجهان
٢٥٠	وقال مالك في أحد قوليه : يؤدي أهل بلد صاعا من أغلب عيشتهم	٢٤٣	(أصحهما) أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر وأن زادت قيمته عن قيمة الصاع أو نقصت
٢٥٠	(الخالة الثانية) أن يختار الرد قبل حلب اللبن وهذا إنما يكون على غير الوجه الذي نقله الشيخ أبو حامد	٢٤٣	(والثاني) أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمر التي فيها (مثل أو مثلى لبنا)
٢٥٠	(الحالة الثالثة) أن يختار أمساكها قال الشافعي : إذا رضى بامساكها ثم وجد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها بالعيب	٢٤٣	ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبي صلى الله عليه وسلم بين الأبل والغنم
٢٥٠	(قلت) وكلام الشافعي في الرسالة في باب الاجتهاد يقتضى أن رد التمر في هذه الصورة بالحديث لا بالقياس	٢٤٤	(فرع) هذا كله فيما إذا لم يرض البائع فأما إذا تراضيا
٢٥١	(قلت) وما حكاه الإمام عن الشيخ أبي على مفروض في المصراة	٢٤٥	(ثابت) وقد قال ابن المنذر في الاشراف : انه لا يجوز أن يدفع مكان التبر غيره
٢٥٢	(قلت) وهذا أميل الى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع إنكاره له	٢٤٥	(فرع) التمر الذي يجب رده هل يتمين نوع منه
٢٥٢	(قلت) وهذا الاحتمال الذي قاله الجوزي هو التيباس	٢٤٦	(فرع) الصاع الذي يجب رده بدل اللبن هل ينزل منزلة العين الأخرى
٢٥٣	ولا يلزم الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب	٢٤٨	(فرع) يمكن أن يقال : إذا جعلنا التمر قائما مقام اللبن على ما تقدم من البحث
٢٥٣		٢٤٨	

الصفحة	الأحكام
٢٦١	إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعى عن الامام أنه يعتبر القيمة
٢٦١	(فرع) هو من تنمة الكلام في ذلك اشترى ثاة بصاع تمر ثم أراد ردها بالتصرية فوجهان
٢٦٢	(أحدهما) وهو الأصح يردها ويرد معها صاعا ولا اعتبار بزيادة الثمن
٢٦٢	(والوجه الثانى) في هذا الفرع انه يرد بقدر نقص التصرية
٢٦٢	(فرع) هذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة
٢٦٢	(فرع) إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما إذا اشترها بتمر وهو الأصح
٢٦٢	(فرع) عن البنفنجى انه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ولقيه بخراسان
٢٦٤	(فرع) الذى يقول بإيجاب شئ من التمر فيما إذا اشترى ثاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع
٢٦٤	(فائدة) قول المصنف : لانه هو الأصل أى لأن التمر هو الأصل
٢٦٤	(فرع) رأيت في شرح التنبيه لابن يونس انه إذا أراد قيمة الصاع
٢٦٤	(فرع) تقدم في جنس الواجب رده مع المسطرة سبعة أوجه

الصفحة	الأحكام
٢٥٤	ولا وجه لمنع الترخيع على تسريق الصفقة
٢٥٤	(فرع) إذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تسرق الصفقة فله الأرش (فائدة) قال الحورى : ان قال قائل : إذا كان الصاع أثما يرده بدلا للبن التصرية الذى تضمنه العقد
٢٥٥	(فرع) إذا لم يعلم بالتصرية الا بعد تلف الثاة تعين الأرش (فائدة) قول الفزالى المتقدم في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقى بخلاف العيب الحادث
٢٥٥	وان كان قيمة الصاع بقيمة الثاة أو أكثر ومرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الثاة أو أكثر من نصف قيمتها
٢٥٦	والوجهان في المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في طريقة العراقين
٢٥٧	وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة
٢٥٨	وقد يقول الثنصر لابى اسحاق : ان الأصل في المصراة ضمان اللبن الثالف يبدله على قياس الثلثات
٢٥٨	(والجواب) عن هذا ان الشرع لما أوجب في لبن الغنم ولبن الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتا ظاهرا بدلا واحد
٢٥٩	(التفرع) ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا اشكال
٢٥٩	

- الأحكام
(الثامن) أن الأصحاب
أطبقوا على حكاية الوجهين
٢٦٩ كما حكاها المصنف
(التاسع) أن هذا كله
٢٦٩ في رده على جهة القهر
(فرع) قسم المرعشي
العيب الحادث عند المشتري
٢٧٠ إلى قسمين
(فرع) إذا اشترى ثاة
وجز صولها ثم وجد بها
٢٧٠ عيبا
وان اشترى جارية مصراة
٢٧٠ ففيه أربعة أوجه
(احدها) أن يردها ويرد
٢٧٠ معها صاعا لأنه يقصد لبنها
(والثاني) أنه يردها لأن
لبنها يقصد لتربية الولد ولم
٢٧٠ يسلم له ذلك
(والثالث) لا يردها لأن
الجارية لا يقصد في العادة
٢٧٠ إلا عينها
(والرابع) لا يردها
٢٧٠ ويرجع بالأرض
(الشرح) الكلام في هذا
الفصل والفصل بعده يحتاج
إلى أصل وهو المنصوص
عليه في كلام الشافعي يتناول
٢٧١ جميع الحيوانات
(واعلم) أن قاعدة
مذهب الشافعي يدل على أن
ثبوت الخيار في المصراة جاز
٢٧١ على القياس
وكان ما سوى المنصوص
٢٧٢ عليه على قسمين
(قسم) التصرية موجودة
٢٧٢ فيه في غير الأبل والغنم
(وقسم) فيه معنى يشبه
التصرية وأما تصرية الجارية
الذي هو محل كلام المصنف
٢٧٢ هنا

- الأحكام
(فرع) فإن كان باع الثاة
المصراة بصاع من تمر فيجىء
فيها بمقتضى التركيب ثمانية
وعشرون وجها
٢٦٥ وان كان ما حلب من اللبن
باقيا فأراد رده ففيه وجهان
٢٦٥ (الشرح) هذه الحالة
الرابعة من أحوال رد
المصراة
٢٦٦ وقد يقال : أنه لا يصار
إلى الأخبار في المسائل
المذكورة الا للضرورة
٢٦٦ (والوجه الثاني) أنه
يجب على البائع قبوله ويجبر
٢٦٦ عليه
(الثاني) أنه إذا كان
النقص الذي يستقل به العيب
تغير مانع على الأظهر من
القولين في تلك المسائل
٢٦٧ (فالجواب) أن اللبن لم
يظهر فيه عيبقديم يقتضى
٢٦٧ رده بخلاف الثاة
(الثالث) أنا على القول
بالرد فيما نقصت قيمته
٢٦٧ كسره
(الرابع) أنا إذا قلنا
للمشتري رد اللبن فهل له
٢٦٨ أمساكه
(الخامس) أن القائل بأن
له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك
٢٦٨ بطريق الفسخ
(السادس) أن رد اللبن
هل يكون حكمه حكم
٢٦٨ المصراة
(السابع) قول المصنف :
(ولأنه لو لم يجز الرد) إلى
آخره هو الدليل الثاني في
٢٦٨ كلامه

الصفحة	الأحكام
٢٧٧	معهما بدل اللبن (والثاني) أنه يردها ولا
٢٧٧	يرد معها شيئاً (والثالث) أنه لا يردها
٢٧٧	ويأخذ الأرشى (والرابع) أنه لا يردها
٢٧٧	ولا شيء له لأن الإمام جعل ذلك من صور الخلاف (فرع) قول المصنف : (لم يبدل اللبن إلا لتسليم له
٢٧٨	الأتان مع اللبن) (فرع) جزم المصنف في التنبيه أنه يرد الأتان ولا يرد بدل اللبن
٢٧٨	إذا ابتاع شاة بشرط أن تطلب كل يوم خمسة أرطال ففيه وجهان (الشرح) هذه المسألة جزم الرافعي فيها بعدم صحة البيع وقال في الروضة : يبطل البيع لأنه لا يتضبط
٢٧٩	وقال الروياني : لا يصح قولاً واحداً وأعلم أن ههنا ثلاث مراتب
٢٨٠	(أحدها) يشترط مقدار أو وصف في الحمل (الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن (الثالثة) اشتراط مقدار من اللبن
٢٨١	(التقديم) إذا قلنا يبدل بالصحة في ذلك فأخلف فله الخيار
٢٨١	وأما مقدار المدة فيجوز أن يقال إذا جازها ثلاثة أيام واللبن على حاله
٢٨٢	وإذا ابتاع جاربه فقد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة
٢٨٢	

الصفحة	الأحكام
	وقد تقدم في باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمي نقل عن الثاقفي أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز (فرع) حكم الخيل حكم الجارية (فرع) من جملة العلماء الثاقفين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الإبل والغنم البخاري رحمه الله (فرع) حكى المصنف في التنبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثاني) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن
٢٧٤	وإن اشتري أتاناً مصراً فإن أتاناً يقول الأصبخري أن لبنها طاهر ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة (الشرح) الأتان الأثني من الحمر إذا عرف ذلك ففي حكم تصرية الأتان طرق (أحدهما) ما ذكره المصنف أنه إذا قلنا تطهارة لبنها ردها ورد بدل اللبن (الطريقة الثانية) أنه هل يرد أو لا يرد في المسألة وجهان (والطريقة الثالثة) الجزم بردها وتخريم رد بدل اللبن على الخلاف (والطريقة الرابعة) اللبن بخس فلا يقابل بشيء ولكن لا يبعد إثبات الخيار فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه (أحدها) أنه يردها ويرد
٢٧٤	
٢٧٤	
٢٧٥	
٢٧٥	
٢٧٥	
٢٧٥	
٢٧٥	
٢٧٦	
٢٧٦	
٢٧٦	
٢٧٦	
٢٧٦	
٢٧٦	
٢٧٦	
٢٧٧	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(أحاديا) أن في المسألة		(الشرح) الفصل يتضمن
	رجوعين كالوجهين فيما إذا	٢٨٢	مسائل من التفرير
	اشتراط أنها بسيطة الشعر		ذكر المصنف من المرتبة
٢٨٦	نباتت جعدة	٢٨٣	الأولى أمثلة
	(والطريقة الثانية) أنه		منها إذا اشترى جارية
	لا يثبت الخيار في التدليس		قد جعد شعرها ثم بان أنها
٢٨٦	بالبسبوبة وجها واحدا		بسيطة اتفق الأصحاب على
	قال ابن الرنعة : ولك		ثبوت الخيار قياسا على
	أن تعجب من قول الامام أن	٢٨٣	المصراة
	ما ذكره الصيدلاني تحكم		الجعدة تدل على قوة
٢٨٧	عجبا ظاهرا		الجسد والبسبوبة تدل على
	(قلت) وهذا ضعيف	٢٨٣	ضعفه وللمسألة شرطان
٢٨٧	لامرين		(أحدهما) أن يكون
	(أحدهما) أن الصيدلاني		المشترى قد رأى الشعر
	انما علل انتفاء الخيار لضعف		قلوب لم يره ففي صحة العقد
	الظن وقصور الفعل عن	٢٨٣	وجبان
٢٨٧	القول	٢٨٣	(أحدهما) أنه لا يصح
	(الثاني) أن القائلين من	٢٨٣	(والثاني) الصحة
	الأصحاب بأن اثبات الخيار		(الشرط الثاني) أن
	في التصرية مأخذه اللاحق		التجعيد يكون بحيث لا يتميز
٢٨٧	بالعيب	٢٨٤	عن تجعيد الخلقة
	والطريقة الصحيحة		(وشرط ثالث) فيه نزاع
٢٨٨	جريان الوجهين	٢٨٤	أن يكون ذلك تجعيد البائع
	(القسم الثاني من هذه		(تنبيه) المراد بالتجعيد
٢٨٩	المرتبة الثانية)		ما يخرج الشعر عن البسبوبة
	والخلاف في هذا القسم	٢٨٤	المكروهة عند العرب
	وقصوره على الشرط والظن		(المسألة الثانية) إذا
٢٨٩	المسند الى أمر غالب		سود شعر الجارية ثم بان
	والطريقة الصحيحة اجراء	٢٨٥	بياض شعرها
	القولين في اشتراط حمل		وكذلك إذا صبغ الحمار
٢٩٠	الجارية		حتى حسن لونه أو نفع فيه
	(المرتبة الثالثة) التي لا	٢٨٥	حتى صار كأنه ذابة سمينة
٢٩٠	يثبت الخيار فيها قطعا		(المرتبة الثانية) ما في
	فان قلنا بالصحة فوقت		ثبوت الخيار فيها خلاف وهو
٢٩١	الخيار هنا معرفة بمقدار	٢٨٦	على قسمين
	الصبرة		وقد يكون السبب أشهى
	والجواب أن الاستدلال		الى بعض الناس ففي المسألة
٢٩٢	بظاهر الصبرة	٢٨٦	طريقتان

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٩٨	ومن ملك عينا وعلم بها عينا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيها	٢٩٢	(فروع) إذا أسلم اليه في جارية جمدة فسلم اليه جمدة فلا خيار له
٢٩٩	(الشرح) حديث عقبة ابن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم	٢٩٣	(فرع) غير المصراة اذا حلب لبنها ثم ردها بميب (قال) : اذا رد أبرد شيئا لأجل اللبن
٢٩٩	وأما قوله : انه على شرط الشيخين ففيه نظر لأن في روايته يحيى بن أيوب الفسافي وشيخ شيوخه عبد الرحمن بن شامة وهما من أفراد مسلم	٢٩٣	(قلت) : لا ، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة
٢٩٩	وقد ذكر البخاري هذا الحديث من كلام عقبة	٢٩٤	وقال الماوردي : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن
٢٩٩	واعلم أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره المصنف	٢٩٤	وإذا ضمنت ما فكره الرافعي والماوردي الي ما اختاره هو لاجتماع في المسألة خمس طرق
٣٠٠	وليس في شيء من الروايتين التقيد بالعلم وحديث وائلة بن الأسقع أخرجه الحاكم في المستدرک	٢٩٥	(أحدها) امتناع الرد (والثاني) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئا
٣٠٠	وأما أبو سباع فشمس تامي لم أعلم من حاله غير ذلك	٢٩٥	(الطريق الثالث) أنه يردها ويرد معها صاعا من تمر
٣٠١	ويحيى بن بكر مات سنة خمس وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وتسعين يكي	٢٩٥	(الرابع) قول الماوردي : انه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع
٣٠٢	أبا الأسقع ومن فضائله أنه عندما نزلت (إنما يريد الله ليذهب) الآية . قال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلي	٢٩٥	(تنبيه) أعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن وأما قول صاحب التهذيب أنه يردها وصاعا من تمر مطلقا في القسمين ففيه بعد واعلم أن اطلاق النص يقتضي أيضا مخالفة قول الأكثرين
٣٠٢	حديث المداة بن خالد ذكره البخاري تعليقا بقوله : ويذكر عن المداة بن خالد وقال قتادة : الفائلة :	٢٩٦	(فرع) اذا كانت الشاة غير مصراة
٣٠٢	الزنا والسرقة والاباق	٢٩٦	(فرع) الكلام الى هنا في بيع المصراة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٠٨	فان قلت : قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام (المرتبة الاولى) وهي اعلاها ما كان منهيًا عنه	٣٠٣	ومن صرح بن سعيد عن ميه الحارث بن سويد النخعي وعن أبي الحمراء رضی الله عنه الحديث
٣٠٩	لمعنى فيه كبيع الملامسة (المرتبة الثانية) ما كان منهيًا لا لمعنى فيه من حيث هو (المرتبة الثالثة) وهي ادناها ما لم يته عنه أصلاً	٣٠٣	(اما الأحكام) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل
٣٠٩	لكن به يتحقق ما هو متهى عنه والظاهرية في المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجاً بالنص	٣٠٤	وفي عبارة المصنف والأصحاب والفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفى البائع ويجعل تحريم الكتمان خاصاً بما اذا كان المشتري مسلماً ويوافقه ما تقدم في الحديث (بيع المسلم المسلم)
٣٠٩	(فرع) نقل الكاوردى قبل باب : لا يبيع حاضر لباد عن ابن أبي هريرة في ثمن التذليس حرام	٣٠٥	يجوز خطبة المسلم على خطبة الذي ويجوز السوم على السوم في مذهب ابن حريويه
٣١٠	(فرع) هذا كله في مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ولكنه كان عالماً بالعيب فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد	٣٠٥	وأما كتمان العيب ففيه قمر بين واخذ المال الذي بذله المشتري على ظن السلامة
٣١١	(فرع) فلو كان المشتري قد علم به ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن	٣٠٦	(المسألة الثانية) انه أن علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه وللإطلاع على العيب ثلاثة أحوال
٣١١	(الحالة الثانية) اذا لم يعلم العيب وهي منظوق مسألة الكتاب	٣٠٦	(أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك فلا يجب عليه الاعلام
٣١٢	وأما الإجماع فانه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة	٣٠٧	(الحالة الثانية) ان يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لإطلاق الحديث (فرع) قال الإمام الضابط
٣١٢	وادمى القاضي أبو الطيب إجماع المسلمين على التسوية بين الفاش الخائن وغيره فان ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ثم حدث به عيب	٣٠٧	فتبعا يحرم من ذلك أن من علم شيئاً يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح
٣١٢		٣٠٨	(المسألة الثالثة) أن باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣١٧	تلف المبيع في يد المشتري وإذا أختار فيه طرق (أحدهما) أو دهما	٣١٤	الكلام في الصيب الصادق قسمه المصنف إلى ثلاثة أنسام (القسم الأول) الحادث قبل القبض فحكمه حكم المقارن المقدم
٣١٧	القبض في يد المشتري وأرغضاها الأيام واقترضت إيراد الرافعي ترجيحا	٣١٤	وأما من يقول من العاين بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري
٣١٧	(والطريقة الثانية) القطع بعده انفساخ	٣١٥	وهو يقول أبو هرير بن عتبة ومالك في البيع جازئا ومذهب أبي حنيفة في تأخر البيع قبل القبض كذهنا
٣١٧	(الطريقة الثالثة) لا أنا إذا قلنا : المالك للبائع وحصل امضاء البائع ضمنه المشتري بالقبض	٣١٥	كون العيب الحادث قبل القبض كالصيب المقارن للمقدم هو المضمون
٣١٧	(الطريقة الرابعة) طريقة الساوري أن كان التلف في خيار المجلس انفسخ على الأقوال كلها	٣١٥	وفراء ذلك إيراد قريبان (أحدهما) أن الشافعي قال في الرهن الكبير : ولو بم الصد الرهن ولم يتفرق البائع والمشتري حتى جن
٣١٧	(الطريقة الخامسة) ما دل عليه كلام أبي الطيب أنه إن كان الخيار لهما أو للبائع بعده انفسخ قولاً واحداً	٣١٥	ولو جن ثم بيع فمضمون المشتري قبل التفرقة أو بيع وتفرقة المتبايعان أو آخر أحدهما صاحبه بعد البيع فاختر امضاء البيع
٣١٧	وتد رأيت أنا في الجزء الخامس عشر أيضا أنه إذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل وقبضه فمات في يد المشتري فمن ضمان لقبضه	٣١٥	قال ابن الرنومة : وهذا إذا لم يحصل على ما بعد القبض
٣١٨	فحيث نقول بالانفساخ أما على أن المالك للبائع أو مطلقا	٣١٥	(الأمر الثاني) في محض أمر بمقتضى الأمر بغيره إذا كان البائع الذي جن ماله في النفس فالعيب مضمون
٣١٩	(فرع) لا فرق بين يد المشتري ويده نائبه ولو كانت يد نائبه كما لو قبض المبيع	٣١٦	(فرع) إذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب مقدم رضي به المشتري
٣١٩	(فرع) هذا الذي تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض الذي لا يستند إلى سبب قبله	٣١٦	(القسم الثاني) إذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند إلى سبب قبل القبض فانسه لا يثبت به الرد
٣١٩	أما قسمي بعنده الثلاث لاجل حرم الربيع فانها لا تظهر في أقل من ثلاثة أيام	٣١٦	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٢٦	ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الشيعة يقتضي أن الرضا بالمعيب لا يبطل أثره بالكتابة (فان قلت :) جعله من ضمائم البائع بموجب مساواته لما وجد قبل القبض (قلت :) لو جعلنا ما بعد القبض كباقي ضمان القبض في ذلك لوجب أن يبطل الميثاق بما قبل بعد القبض (فرع) زوال الكفارة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب (فرع) إذا اشترى جارية حاملة وضم حملها ثم وضعت قبل ولده ونقصت بسبب الوضم (تنبيه) جزم المصنف بالتمسك به بين طمس اليد بالمسألة فيما اقتصر (تنبيه آخر) نظير الإيجاب بالخلافه في هذه المسألة بالتمسك بها إذا عاقب في حال المسححة بمسألة (تنبيه آخر) كثير من الاصحاب منهم القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والرافعى فذكروا مسألة القطع (فرع) إذا رضى بالقطع وأطلق ظهر عيب آخر فله الرد (فرع) إذا كان عليه حد بالسبب فاستوفى بعد القبض (فرع) عيب عليل به أثر المسفر فاشترى فزاد رضه فليس له الرد لأنه غرر بنفسه وما غرزه البائع	٣٢١	الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا يسمع من سمرة إلا حديث العقبة عند أكثر الحفاظ (قلت) وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة وفيه عننة تتأده عن الحسن وهو مدلس وذكروا أن عمر وابن الزبير سئلا عن العسكرة فقالا : لا نجد أمثلا من حديث حبان ابن منقذ كان حبان يخدع في البيوع فجعل له النبي ﷺ الجيسار فلا قال الأشعري : والخبر في حبان خاص وما ذكره عن علي لا ينافيه (القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض إذا استند إلى ما قبل القبض كما يدل به المصنف وفي حيز المشتري بالسرقة حتو قطعت يد العبد وجهان (أحدهما) أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن (والثاني) أنه من ضمان المشتري وليس له الرد ولكن يرجع على البائع بالأش (فرع) عن أبي خنيفة أنه إذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن وأن جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له وأن تعذر ردها بسبب من الاصحاب على قولنا : أنه من ضمان البائع
٣٢٧	٣٢٧	٣٢٢	٣٢٢
٣٢٨	٣٢٨	٣٢٣	٣٢٣
٣٢٨	٣٢٨	٣٢٣	٣٢٣
٣٢٨	٣٢٨	٣٢٣	٣٢٣
٣٢٨	٣٢٨	٣٢٣	٣٢٣
٣٢٨	٣٢٨	٣٢٣	٣٢٣
٣٢٩	٣٢٩	٣٢٤	٣٢٤
٣٢٩	٣٢٩	٣٢٤	٣٢٤
٣٢٩	٣٢٩	٣٢٥	٣٢٥

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	قال البفـــــوى		(فرع) اذا وجدت ازالة
	وأبن أبى عصرون : انه في		البكارة من الزوج أو قطع
٣٣٥	الليل لا يلزمه تعجيل	٣٢٩	اليد قبل القبض
	الفسخ		(فرع) عن أبى حنيفة
٣٣٦	(فرع) وأما الذي لا يكون	٣٣٠	انه اذا قطع في يد المشتري
	عذرا فكثير		اذا وجد المشتري بالمبيع
	(فرع) لو اطلع على عيب		عيبا لم يخل اما أن يكون
٣٣٦	قبل القبض تلزمه المبادرة	٣٣٠	المبيع باقيا
	على الفور		(الشرح) للمبيع المصيب
	(فرع) فيه تحقيق الكلام	٣٣٠	خسة احوال
٣٣٦	في الفور وكيفية الرد وحال		(اما الاحكام) فاذا كان
	العيب		المبيع الذي ظهر به العيب
	وقال الفزالي في التبسيط :		باقيا بحاله فقد تقدم انه
٣٣٧	ان نهض الى البائع كما اطلع	٣٣١	يخير بين امساكه ورده
	لم يكن مقصرا		ومن يعد أقوال أبى ثور
٣٣٨	معلوم أن الغائب عن البلد		وجوبها يلزمه أن يجعل هذا
	لا يمكن اشهاده	٣٣١	وجه من الذهب
	وأن كان غائبا عن البلد	٣٣١	للرد على الفور دليلان
٣٣٨	دفع الامر الى مجلس الحكم		(الاول) أن الاصل في
	أن الامام ذكر في الشفعة	٣٣١	المبيع اللزوم
	أن الشفيع لو ابتدر مجلس		(الثاني) ما ذكره المصنف
٣٣٩	الحكم فهو مطالبة المشتري		رحمه الله من أن الثياس على
	(قلت) والصحيح كما	٣٣١	خيار الشفعة
	تقدم عن الراعى انه يلزمه		وبعد أن كتبت هذا رأيت
٣٤٠	الاشهاد على نفس الرد		هذا المعنى بعينه لأمر محمد
	قلت : ما حكى الهروي عن		عبد الله بن يحيى الصعبي
	الشيخ أبى حاتم أن الرقيم	٣٣٢	في كلامه
	الى القاصم والطلب منه		وقد خطر في الجواب عن
٣٤١	حضر المشتري	٣٣٣	ذلك والاعتذار عن المصنف
	قلت : وملخص ذلك انه		قلت : فعمل المصنف اطلع
	أن حضر البائع مجلس		على هذا النص القائل بأن
٣٤٢	الاطلاع رد حتما	٣٣٣	الشفعة لا تبطل بالعمو
	(الثانية) أن يحقر		(فرع) اذا ادعى البائع
	البائع مجلس الاطلاع		أن المشتري أخر الرد بمد
	فلا يتمد في التأخير لا مكان	٣٣٤	الطم
٣٤٢	الاثبات بهم		(فرع) أطلق المصنف أن
	(الثالثة) حضور الشهود		التأخير من غير عذر يسقط
	مجلس الاطلاع فلا يتمد	٣٣٤	في الخيار
٣٤٢	في التأخير		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٤٦	إذا كان غائبا من البلد يرفع الأمر الى مجلس الحكم (قلت :) والجزم بذلك هو الظاهر	٣٤٢	واين الرابعة ؟
٣٤٦	(فرع) تقدم من كلام الرافعي أنه مخير بين البائع والحاكم	٣٤٣	(الخامسة) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما (السادسة) إذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد
٣٤٧	(فرع) وروى ابن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمن ابن عوف جارية فقيل له : أن لها زوجا	٣٤٣	(السابعة) إذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٧	(فرع) محل الذي تقدم من وجوب الفور في شراء الأعيان	٣٤٣	(الثامنة) إذا كان الشهود في البلد ولا تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٨	فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق	٣٤٣	(التاسعة) إذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٨	(الشرح) الانتفاع بالمبيع قبل الصلح بالمبيع أن لزم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره	٣٤٣	(العاشرة) إذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟
٣٤٩	واختلفوا فيما إذا كان يسيرا جرت العادة بمثله في غير ملكه	٣٤٣	(فرع) إذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم فكيف يدعى ؟
٣٥٠	ولو ركب دابة فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب	٣٤٤	(فرع) فاما إذا رفع الى القاضى في حال حضور الخصم (فرع) الخصم الذى يرد عليه على وجه التعمين أو التخير بينه وبين الحاكم
٣٥٠	قال الرافعي : ويمذر بترك الفذار واللجام ونقل عن صاحب التتمة جواز الاستخدام ورد عليه وبالجملة فالمعول عليه في ذلك كما قاله الامام والغزالي المرف	٣٤٤	ولو فرض الرد بالمعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا
٣٥١	وأما مسألة الحلب فكذاك جزموا بها	٣٤٥	وأما قول ابن الرفعة : على كل حال له الرد على الموكل يومهم أن ذلك بلا خلاف (فرع) الاشهاد الواجب أطلقه الرافعي وغيره (فرع) تقدم أن الخصم
٣٥١	(فرع) إذا كان في زد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري	٣٤٦	

(الخامس) قال أبو علي
البنارقي في هذا : أنا تصدنا
بالوطء الفسخ ولا يجب عليه
المهر ٣٥٧

فإن زال العيب قبل الرد
ففيه وجوهان بناء على
القولين في الأمة ٣٥٨

(الأشرح) الوجهان
مشهوران حكاهما جماعة من
الأصحاب ٣٥٨

وقال الرد سقط حقه من
الرد وهما طريقان ٣٥٨

(أحدهما) حكاه
الوجهين بناء على القولين
(والثانية) القطع بسقوط
الخيار ٣٥٨

والأصح في المشكك
الثلاث السقوط ، ومما
الصفحة وشبه الأمة من واد
أخسر ٣٥٩

(فرع) اشترى جارية
سبينة فهزلت قبل القبض ثم
سكنت فردها ٣٥٩

(فرع) لو زال العيب
القديم قبل العلم به ولكن
حدث عيب متع من الرد ٣٥٩

وإن قال البائع : أنا أزيل
العيب مثل أن يبيع أرضا فيها
حجارة مدفونة ٣٦٠

وبعد أن كتبت ذلك رأيت
ابن معين أوردته على المصنف
وزعم أنه تناقض ٣٦١

وإن قال البائع : أمسك
المبيع وأنا أحضيك أرض
العيب ثم يجبر المشتري على
قبوله ٣٦٢

فإن تراخيا على فسخ
الأرض لاستطاط الخيار ففيه
وجهان ٣٦٢

(بها) إذا فسخ المبيع
بالمعيب أو بخييار الشرط
أو بالتلاخي بمؤنة الرد على
المشتري ٣٥٢

(فرع) اشترى عبدا فوجد
به عيبا فأنصده وقال : طلفت
زوال عيبه به بمثل حقه
من الرد ٣٥٢

وله أن يرد بغيره بناء على
البائع في غيابه وفي حضوره
ولا يفتقر إليه ٣٥٤

وأعلم أن قول المصنف :
يسأل إليه ظاهر فيما يسأل
القبض ٣٥٥

فإن اشترى ثوبا ببنارية
فوجد بالثوب عيبا فوطئ
الجارية ففيه وجهان ٣٥٥

(أحدهما) نعم كالقول في
زمان الخيار فإنه إذا صدر
من البائع والخيار له أولهما
كان فسحا على التصحيح ٣٥٦

(والوجه الثاني) لا
يفسخ بالوطء ٣٥٦

وههنا أمور ٣٥٦

(أحدها) أن هذا إنما
يحتاج إليه إذا قلنا بالملك في
زمن الخيار ٣٥٦

(الثاني) ما الأصح من
هذين الوجهين فاعلم أن
الشافعي رحمه الله القائل بأن
الأشبه أن من كان الخيار له
بالملك له ٣٥٦

(الثالث) قول المصنف :
الملك قد استقر للمشتري ٣٥٧

(الرابع) أن الوطء حرام
على المذهب وإن قلنا بحصول
به الفسخ ٣٥٧

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٦٦	وان يجوزنا تفريق الصفقة لأجل الشرر وتولا بالجواز والاشكال طريقة الموردي	٣٦٢	(أحدهما) يجوز لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها قال القاضي حنين : وقال أبو اسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابي حد القذف وحق الشفعة ومقاعد الأسواق
٣٧٠	فانه قطع بالجواز اذا رضى (فرع) قال أبو حنيفة بالجواز فيما بعد القبض	٣٦٣	(التفريغ) وهو مذكور في الكتاب ان قلنا بالصحيح وهو أنه لا يجوز فترضا على ذلك
٣٧١	(قلت) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعي تتام في المكيل والموزون	٣٦٤	(مائدة) الأرض في اللغة أصله الهرس أبدلت الهاء وأرشد الجراحة ديتها
٣٧٢	والمراد بالتلف أما حسا وأما شرعا	٣٦٤	(فرع) لنا صورة يرضى المشترى فيها بالعيب وان أراد أن يرد بعضه لم يجز لأن على البائع ضررا في تعييض الصفقة عليه
٣٧٣	والوجه الثاني أنه يضم قيمة التلف الى الباقي	٣٦٤	(الشرح) هذه ثلاث مسائل
٣٧٤	ولم أر ذلك في تعليقه القاضي أبي الطيب	٣٦٥	فان قلنا بجواز الرد فذاك ويسترجع قسطه من الثمن وكلام المصنف يقتضى أنه إذا رضى البائع جاز
٣٧٤	قال الربيع : وله قول آخر إذا اشترى شيئين في صفقة واحدة	٣٦٥	أما المثلى فالحنطة ونحوها (فرع) لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين فول لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة
٣٧٥	فيذا الكلام في مختصر البويطى قولين	٣٦٦	٣٦٧
٣٧٥	(أحدهما) يضم قيمة التلف الى الباقي ويردهما (والثاني) يمنع الرد ويرجع بالأرض وهما هذان القولان	٣٦٧	(والثاني) يجوز أن يفرد برد نصيبه لأنه جمع ماله (والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف البيع ويعطى الثمن (مسألة الثانية) إذا اشترى شيئين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور
٣٧٥	وقد تأملت نفسه في اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا في الرد واسترجاع القسط	٣٦٧	
٣٧٥	(قلت) وهذا هو معنى ما في البويطى وليس فيه زيادة عليه	٣٦٧	
٣٧٦	وأردى ابن الرقعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين	٣٦٧	
٣٧٦	(أحدهما) أنا نفرع على منع التفريق فالتصص مخرج بالتفريق	٣٦٨	
٣٧٦	(والوجه الثاني) من اعتراض ابن الرقعة على	٣٦٨	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٨١	وقال القضاة حسين : الأولى أن يفرض الكلام فيما أومات أحد المشتريين والبائع وأرضه	٢٧٦	أبى الطيب أن اختلاف العراقيين قيل : أنه من القديم (فرع) إذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقي
٢٨٢	والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة لكن لا يجوز لأحدهما أن يرد التفريع على هذين القولين	٢٧٧	قطعا ويرجع بأرض التالف (فرع) لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فنقد جمع الزامى
٢٨٢	أن جوزنا الأفراد فانفرد أحدهما فبطلت الشركة بينهما وإن منفعا الأفراد فذاك فيها ينتص بالتبعض أما ما لا ينتص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر	٢٧٧	بين ذلك وبين ما إذا كان أحدهما تالفا (فرع) استثنى صاحب التفويض من وجوب الأرض على القول بمنع الأفراد
٢٨٢	أن القسمه أفرأز أو يبيع فمتحة متعين	٢٧٨	مسألة واحدة (قلت) لعل مراده أن كان المبيع صحيحا من عيب حادث
٢٨٤	(منها) إذا تعدد البائع كما لو اشترى واحدا عينا من رجلين فله رد نصف المبيع على أحد البائعين	٢٧٨	(فرع) بما ذكرناه يتبين أن الخلاف في الجميع (فرع) حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه
٢٨٥	(ومنها) إذا تعدد المقادان بأن اشترى رجل عينا من رجلين	٢٧٨	(فائدة) أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبيدين باعتبار قيمتهما
٢٨٥	(ومنها) إذا تعدد المقود عليه والمائد معا بأن اشترى رجلان عبيدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربيع من العبيدين	٢٧٨	(منها) في الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه (ومنها) في المراجعة إذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن
٢٨٥	(ومنها) إذا كان أحد العبيدين لهذا والآخر لذاك وجمعا بينهما في الصفقة وجوزناه	٢٧٩	(ومنها) في تفريق الصفقة في الدوام إذا تلت أحد المبيعين قبل القبض (فرع) لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد
٢٨٦	(ومنها) إذا اشترى رجلان من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم أن لهما رد العبيدين (فرع) جملة المسائل المذكورة ترجع إلى ثمانية	٢٧٩	(المسألة الثالثة من مسائل الكتاب) إذا اشترى اثنان من واحد عينا (والقول الثاني) ويحكى من رواية أبى ثور عن القنم
٢٨٦	أقسام	٢٨٠	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(منها) لو اشترى وكيل لرجل شيئا فخرج معييا فليس لأحد الوكيلين أفراد نصيبه بالرد	٣٨٧	(فرع) لو اشترى شيئا واحدا في صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة
٣٨٩	(ومنها) لو وكل رجلان بيع عبد لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ثم خرج معييا هل الأصح لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ؟	٣٨٧	(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد
٣٨٩	(ومنها) لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل (ومنها) لو وكل رجلان رجلا في شراء عبد أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه	٣٨٧	والثاني الاعتبار بالمعتود له
٣٩٠	(فرع) نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولموكله	٣٨٧	(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه وهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعائد أو المعتود له
٣٩٠	(قلت) : وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (ومنها) لو وكل رجلان رجلا في بيع عبد (ومنها) ولم يذكره الرافعي : لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع	٣٨٧	(أصحابها) عند الأكثرين الاعتبار بالعائد
٣٩١	(فرع) إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما	٣٨٧	(والثاني) الاعتبار بالمعتود له وهو الموكل
٣٩٢	(فرع) فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فسقة عشر مسألة	٣٨٧	(والثالث) الاعتبار في طرف البيع بالمعتود له وفي الشراء بالعائد
٣٩٢	(فرع) هذا كله إذا جرى العقد بصيغة واحدة فلو جرى بصيقتين فلكل منهما حكما	٣٨٧	(والرابع) قال في التتمة : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعا
٣٩٣	فإن مات من له الخيار انتقل الى وارثه لأنه حقيق لازم يختص بالمبيع	٣٨٧	(والخامس) إذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل وإن كان من جهة البائع فالعبرة بالعائد
٣٩٣		٣٨٨	وقال القفال : إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلاحدهما أن يرد نصيبه
		٣٨٨	قال الشافعي : إن كان البائع يعلم بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له
		٣٨٨	(فروع) على هذا الأصل :
		٣٨٩	

الصفحة	الأحكام
٣٩٨	وان كانت زيادة منفصلة كالكسب العبد فله ان يرد ويمسك الكسب
٣٩٩	وعن مخلد ابتمعت عبدا فاستغلبته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه الى عمر ابن عبد العزيز فرده
٤٠٠	وسئل ابو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غير ابن ابي ذؤيب قال الشيخ ابو حامد : ومنه خراج السواد لان الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الفلة عن الارض
٤٠٠	والشيخ ابو حامد اعترف عن هذا بأنه لم يقل : الخراج بالضمان مطلقا
٤٠١	(قلت) قسم بعض اصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع اما ان يكون غير متولد من النعين او متولدا منها
٤٠٢	وعن الرافعي في تلف المبيع قبل القبض ان الموهوب والموصى به والكسب على الخلاف
٤٠٢	(فائدة اخرى) الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين بالغين المعجة واللام المشددة
٤٠٣	وان كان المبيع بهيمة فحبلت عنده وولدت او شجرة فانثرت رد الاصل وامسك الولد
٤٠٣	ومعتد المخالفين امران (احدهما) ان الفسخ رفع للعقد من اصله
٤٠٤	(والثاني) انه يرفع من اصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل
٤٠٤	

الصفحة	الأحكام
٣٩٣	(قاعدة) الحقوق في المهذب (منها) ما يورث قطعا (ومنها) ما لا يورث قطعا (ومنها) ما فيه خلاف
٣٩٣	وجملة ما يحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب وخيار الشفعة وخيار الفليس
٣٩٣	(فرع) لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل التمكن من الاختيار هل للقاطع حق الخيار بحق الارث
٣٩٤	فان كان له وارثان فاختر احدهما ان يرد نصيبه دون الآخر لم يجز لانه تبعيض صفة في الرد
٣٩٤	واما الرافعي فانه قال تبعيا لصاحب التهذيب في مسألة الاثنين
٣٩٦	واما الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبنيا على انه لو اشترى نصيب صاحبه
٣٩٦	واما قوله : ان الاصح وجوب اذا لم يحصل الرضا فهو فيه موافق لصاحب التهذيب
٣٩٦	(فرع) اذا اوجبنا الارش للمنسوع من الرد فهل هو ارش النصف
٣٩٧	وان وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت فان كانت الزيادة لا تتميز كالسمن
٣٩٧	(الشرح) الزيادة التي لا تتميز كالسمن وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر وكثرة اغصانها تابعة
٣٩٧	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(السابع) أن الخلاف المذكور في رفع العقد من أصله أو من حينه هل هو خاص بالرد بالعيب	٤٠٥	(قلت) : وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد
٤١٢	(والثامن) أن الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض	٤٠٥	إذا ثبت هذا الأصل فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه
٤١٣	(التاسع) الزيادات التي وقع الكلام فيها مشروطة بأمور	٤٠٦	(الأمر الثاني) أن الزيادة الحاصلة بعد البيع مبيعة تبعاً لأنه لا سبب للملك فيها
٤١٤	(أحدها) ألا يكون حصل بسببها نقص	٤٠٧	وقد تكلم الأصحاب في ولد المرهونة وههنا تنبيهات
٤١٤	(الثاني) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه	٤٠٧	(أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحداً منهم يقول بامتناع الرد
٤١٤	(والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد كالولد وأنصوف الجزوز واللبن الطوب	٤٠٧	(الثاني) أن مقتضى القول يرفع العقد من أصله وأن كان بعد العقد يرد الزوائد
٤١٤	ولو صح انظر الى المقابلة بانقسط لزم أن لا يتمدى الرجوع في الفليس الى الثمرة وأعلم أن الحمل يندرج في المعارضة قولاً واحداً	٤٠٧	(الثالث) أن كلام المصنف جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل
٤١٥	أما أن نقول : أن عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك	٤٠٨	(الخامس) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعي أن الفسخ يرفع العقد من حينه
٤١٧	وأما أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءاً أو لا	٤٠٨	ويعرض هنا بحثان
٤١٧	وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان	٤٠٩	(أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد
٤١٧	(فرع) من تنمة الكلام في الحمل جزم الجوري بأن الحمل يكون للبايع إذا رد عليه بالعيب	٤٠٩	(والثاني) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا
٤١٨	(فروع) لو اشترأها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن ثم ردها بعيب قبل الجز والطلب	٤٠٩	وأما الثاني وهو أن الفسخ من الأصل هل معناه تبين عدم الملك
٤١٩		٤٠٩	وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك
		٤١١	(السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان

الصفحة	الأحكام
٤٢٤	الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع في الرهن ولو وجد مشتري العيب به عيبا فطريقان
٤٢٥	(أحدهما) القطع بالجواز (والثاني) على الوجهين
٤٢٥	ولو تقابلا حيث لا عيب (التفريع) : ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك
٤٢٦	فان اشتراها وهي حامل فولدت عنده - فان قلنا : ان الحمل له حكم - رد الجميع
٤٢٦	(الشرح) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح ان له حكما
٤٢٧	(فرع) اطلق الرافعي رحمه الله اشتراط علم النقص بالولادة ولم يفرق وان كان البيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله ان يردھا
٤٢٩	(الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب (أحدها) ان يردھا كما ذكره المصنف ولا يرد معها شيئا وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب (والمذهب الثاني) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش (والثالث) أنه يردھا ويرد معها مهر مثلها
٤٣٠	(والرابع) يردھا ويرد معها مهر مثلها بالفا ما بلغ (والخامس) يردھا ويرد معها عشر ثمنها (والسادس) يردھا ويرد معها حكومة

الصفحة	الأحكام
٤١٩	وأما مسألة اللين اذا كان منه شيء موجود عند العقد فبطلت على أنه هل يرد الثمن في غير الصراة (فرع آخر) اذا قلنا الزيادة تسلط للمشتري كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده
٤٢٠	وان قلنا بانها ترجع بالمسوخ الى البائع قال : الغزالي : له حبسها الى استيفاء الثمن
٤٢٠	قال ابن الرمعة : ولعل الغزالي رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن (فرع آخر) عن المزني في مسائله المنشورة
٤٢١	وان كان المبيع جارية فحبلت عنده وولدت ثم علم بالعيب (الشرح) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم ولدت عند المشتري ثم ذكر في الرهن : اذا رهنّت الأم دون الولد ثم ههنا كلامان (أحدهما) ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي فان للشافعي نصان في المختصر
٤٢١	(أحدهما) قوله : ولا بأس ان يرهن الجارية ولها ولد صغير (والنص الثاني) في المختصر ايضا (الكلام الثاني) في تخيل

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(الشرح) النقص الحاصل	٤٣٠	(والسابع) أنها لازمة
٤٣٧	ترخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر	٤٣٠	(والثامن) يردها ويرد معها عشر ثمنها
٤٣٨	قال المرعشي : قطع الثوب من الصور التي فيها قولان	٤٣٠	فأما من يقول بردها ورد شيء معها
٤٣٨	(أحدهما) يرده وأرشد القطع	٤٣٠	فالجواب أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد وإيراده على الوجه الأول الأشهر وأقرب في النقل
٤٣٩	(والثاني) يأخذ الأرض فلا تنافي بين الكلامين	٤٣٢	والجواب عنه من وجوه (أحدها) ما أشار إليه الشافعي رضي الله عنه في اختلاف الحديث وحكى عنه أنه قال : روينا ذلك عن علي ولعل حفص بن غياث أو مسلمة ممن كان حاضرا
٤٣٩	إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار في وطاء البكر أو لا ؟	٤٣٢	مناظرة الشافعي
٤٤٠	واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام	٤٣٢	(الثاني) أنه قد روى مثل مذهبتنا عن زيد بن ثابت (الفالغ) أنه قال : صحابييين لم يعلم انتشاره (الرابع) أن مذهبنا موافق لعمر
٤٤١	(تنبيه) هل يشترط المبالغة باعلام البائع ؟	٤٣٣	(الخامس) أن أحداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه
٤٤١	(قلت) : وما ذكره يقتضي أن حقه أولا ثابت في الرد وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد غير عنها البقوى بقولين والغزالي بوجهين	٤٣٣	واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للمعد من أصله أو من حينه (فرع) هذا كله في وطاء المشتري فلو وطئها البائع أو الأجنبي بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمنع الرد
٤٤١	(أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرشد	٤٣٣	(فرع) ما فكرناه من أن الوطاء إذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد وأن وجب العيب وقد نقص المصيب
٤٤١	(فرع) زوال البكارة إذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد	٤٣٥	
٤٤٣	وان قلنا كالأجنبي وجب وينبغي إذا قلنا : أن جنابته كالأجنبي فيخرج على أن الفسخ رفع للمعد من أصله أو من حينه ؟	٤٣٦	
٤٤٥	(فرع) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقة أمران	٤٣٦	
٤٤٧		٤٣٧	

الصفحة	الأحكام
	(قلت) : وهذا فيه تقوية لنا أبعديته من الأشكال في أخذ الأرض
٤٥١	(قلت) وقد تقدم ما نقله الأصحاب عن أبي ثور وأنه رواه في القديم
٤٥٢	(قلت) والأصح على ما سيأتي أنه ليس له الأرض كذلك هنا
٤٥٢	(فروع) الأول : لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد
	(قلت) وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ
٤٥٣	أما إذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزماً
٤٥٤	وإن كان دبره أو علق عتقه على صفة ، فله الفسخ لأن التدبير يقبل الفسخ
٤٥٥	(فرع) لو أنزل الدابة ثم علم بها عيباً قديماً إن لم يعيها نزع النمل
٤٥٥	(فرع) إذا صيغ المشتري الثوب ثم أطلع على عيب قديم
٤٥٧	تشبهات في هذا الفرع
٤٥٨	(أحدهما) أن الإمام لما حكى الخلاف في الطرفين أعنى طلب المشتري الإمساك وأخذ الأرض
٤٥٨	(وان قلنا :) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث
٤٥٩	وإن طلب الرد مع غرامة أرض العيب واستعادة الثمن أجبر على ذلك
٤٦٠	(التنبيه الثاني) قال الإمام : لا صائر إلى أنه يرد ويبقى شريكاً في الثوب كما في المصنوب
٤٦١	

الصفحة	الأحكام
	(أحدهما) أنا سنحكي حكاية عن صاحب البيان أن التزويج ليس بعيب
٤٤٧	(الثاني) لو قال الزوج لها : إن رددك المشتري بالعيب على البائع فانت طالق فكان قبل الدخول ثم وجد بها عيباً
٤٤٧	(فرع) إذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده
٤٤٨	(فرع) من جلة العيوب المساتعة من الرد لو كان غلاماً فحلق شعره لأنه ينقص من ثمنه
٤٤٨	(فرع) اشترى غرساً بجمار وخصى الفرس ثم وجد به عيباً
٤٤٨	فإن قال البائع : أنا أخذت ببيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرض لأنه لم يكن له غير الرد
٤٤٨	(الشرح) هذان نوعان من المسألة المتقدمة ولا شك أن للبائع والمشتري عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالاً
٤٤٩	(أحدهما) أن يرضى البائع برده من غير أرض للحادث
٤٤٩	(الثانية) أن يتفقا على إمساكه وأخذ أرض العيب القديم
٤٤٩	(الثالثة) أن يتفقا على الرد مع الأرض وذلك جائز أيضاً
٤٤٩	(قلت) وفلك لا يدمع الأشكال فإن الإقالة تفسخ على المذهب
٤٥٠	(الحالة الرابعة) أن تنازعا فيدعن أحدهما إلى الرد مع أرض العيب الحادث
٤٥١	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فائدة) ادعى ابن الرنفة ان كلام الامام في باب المراجعة يدل على أن الارش في مقابلة سلطنة الرد	٤٦٢	(التنبية الثالث) أن صاحب التهذيب قال : أن يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بأن يرده
٤٧٢	(فرع) مقتضى كلام المصنف وغيره انه اذا لم ينقص القيمة لا رجوع بالارش	٤٦٣	(التنبية الرابع) الذى تخلص مما تقدم ان المشتري ان طلب الرد
٤٧٣	(فرع) مع قولنا بأن الارش جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد	٤٦٤	(فرع) لو صبغ المشتري الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ
٤٧٣	(فرع) لو كان العيب في عين قبضت عن دين هل يكون الارش عنها كما قلناه هنا	٤٦٤	(آخر) أن كان ثوبا فخطاه استحق الارش
٤٧٣	(فرع) في فتاوى القاضى حسين : اشترى في صحته بمائة ما يساوى مائة فوجد في مرض موته به عيبا	٤٦٤	(آخر) لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا فله الارش
٤٧٤	(فرع) لو وجد بعينه بيضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال احد البياضين واختلفا	٤٦٤	(آخر) او اشترى ذمى من ذمى خمرا ثم أسلما فوجد المشتري بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه
٤٧٤	(فرع) اذا ثبت الارش فان كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الارش وان قلنا : يعطى حكم المعين في العقد لم يجرز ابداله والا جاز	٤٦٥	(فرع) اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا قتديها فردها ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية
٤٧٥	وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض قوم بأقل القيمتين (الشرح) تقدم ان القيمة تعتبر معنى لايجاب الارش والاعتبار بأنه قيمة فيه طريقان :	٤٦٥	ثم اذا رده حكى الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد ارش النقص
٤٧٦	(أصحهما) القطع بأن الاعتبار بأقل القيمتين من قيمة يوم العقد ويوم القبض (والطريقة الثانية) ان في المسألة ثلاثة اقوال (أصحها) هذا	٤٦٥	وإذا اراد الرجوع بالارش قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمه مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون
٤٧٦		٤٦٥	وقد ذكر الفزالي احتمالين فى أن الارش غرم مبتدا أو جزء من الثمن
٤٧٦		٤٦٧	ومقتضى كلام الامام في مسألة الحل أن ذلك اقتضته الضرورة وليس العقد يقتضيه من الاصل
٤٧٦		٤٦٨	على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صائبا عن اشكال
٤٧٦		٤٧٠	
٤٧٦		٤٧١	
٤٧٦		٤٧١	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	ولاجل كلام الفارقي هذا	٤٧٦	(والثاني) أن الاعتبار بقيمته يوم القبض وهو الذي صححه الفزالي في باب التخالف
٤٨٢	قال ابن أبي عصرون : أنه لا فائدة في اعتبار أقل القيمتين	٤٧٦	(والثالث) نقله الرافعي عن رواية ابن مقلاص أن الاعتبار بقيمته يوم القبض وقد رأته منصوصا في باب النصب
٤٨٣	قال ابن أبي الدم : وأنا أقول في القلب من هذه المسألة حكمة عظيمة	٤٧٧	واعلم أن هذه المسألة معروفة بالأشكال لاسيما على عبارة المصنف
٤٨٤	وعلى الجملة فهذا القول الذي صار إليه المصنف ليس قولاً اخترعه	٤٧٧	اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التمرض لوقت اعتبار القيمة
٤٨٤	قلت : وما قاله ابن أبي الدم من حفظ الألب صحيح	٤٧٨	مثاله : قيمة السليم يوم العقد مائة ويوم القبض ألف أو عشرة
٤٨٥	(الوجه الثاني) من الكلام على الشاشي	٤٧٨	مثال الأول : قيمته في اليومين سليما عشرة ومعيبا يوم العقد تسعة
٤٨٥	فالحواب أن الاختلاف في قيمة المصيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان	٤٧٨	ومثال الثاني : قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة
٤٨٦	(فان قلت :) ذلك لا يلائم قوله كان ما نقص في يده مضمونا عليه	٤٧٨	ومثال الثالث : قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية
٤٨٦	(فرغ) وهذا الذي قلته وحملت كلام المصنف عليه من أن المراد أن اختلفت القيمة المنسوب إليها	٤٧٩	وإذا تأملت الذي ذكرته في القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها في هذا القسم
٤٨٨	(فرغ) عبارة الرافعي والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض	٤٧٩	فعبارة الإمام مطردة في الأقسام الثلاثة
٤٨٨	(فرغ) هذا الذي تقدم في معرفة الأرش عن العيب القديم وكلام المصنف مفروض في ذلك	٤٨٠	(فائدة) قال الفارقي في كلامه على المذهب : هذه المسألة يعني مسألة الكتاب
٤٨٩	ابن أبي عصرون : المتأخر في مجموع له يتعرض بعضه لألفاظ المذهب		
٤٨٩	فان كان المبيع أثناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان فكسره ثم علم به عيبا لم يجز له الرجوع بأرش العيب		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(السابع) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الأخير حكاه الداركي وليس من قوله	٤٨٩	(الشرح) هذا الفرع منسوب لابن سريج وفيه أوجه
٤٩٤	(الثامن) من قول المصنف في تعليل قول الداركي ، لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرض لا اعتبار به	٤٨٩	(أصحابها) أنه يفسخ المبيع ويرد الاتاء (والوجه الثاني) ولم يذكره المصنف يفسخ العقد لتعذر امضائه
٤٩٤	(التاسع) الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرض في غير هذا الموضع بالاتفاق	٤٩٠	(والثالث) أنه يرجع بأرض العيب القديم كسائر الصور
٤٩٤	(العاشر) لا جواب وما استدلل به الداركي أنه إنما يلزم جهالة الثمن إذا كان ذلك بطريق المين	٤٩٠	(قلت) وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ ثم تنبه لأمور
٤٩٥	(الحادي عشر) أنه على الأصح الذي قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرض النقص	٤٩١	(أحدها) أن المصنف فرض المسألة في الاتاء وكذلك القاضي أبو الطيب
٤٩٥	(الثاني عشر) ما أخذ فسخ العقد على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعي في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو صلاح	٤٩١	(الثاني) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة وهو أن يكون الثمن من جنس الاتاء
٤٩٦	(الثالث عشر) صورة المسألة إذا كان الاتاء باقيا نلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح انفساخ العقد	٤٩١	(الثالث) في التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوي والذهب كذلك
٤٩٦	(الرابع عشر) متى كان كسر الاتاء من المشتري فلا فرق بين بعد القبض أو قبله	٤٩٢	(الرابع) أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرض الذي اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثرون
٤٩٧	(الخامس عشر) إذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه	٤٩٢	(الخامس) أن الفاسخ للببيع هو الحاكم صرح به الشيخ أبو حامد
٤٩٧	(السادس عشر) غرامة أرض النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقاءه	٤٩٣	وأما على قول الأكثرين فيبعد الحاقه بالتخالف
٤٩٨	(السابع عشر) قد تقدم من قول الإمام أنه لم يصح أحد	٤٩٣	(السادس) قول المصنف لم يغرمه أرض الكسر يريد به أن تغريم أرض الكسر متأخر عن الفسخ
		٤٩٤	

الصفحة الأحكام
 (الثانية) أن يبين أنه
 كانت له قيمة تافهة كالنقش
 ولعب الصبيان ٥٠٢
 (المرتبة الثالثة) أن
 يفرض له قيمة قبل الكسر
 بعتبرة في صحة ما يراد المقدم
 عليه ثم تبطل بالكسر ٥٠٢
 ويأتى الوجدان المفهومان
 في المرتبة الثانية من كلام
 الغزالي ٥٠٢
 (أحدهما) إن البيع
 يفسخ ويرجع بالثمن ٥٠٢
 (والثاني) أنه لا يفسخ
 إذا قلنا ذلك ليس من ضمان
 البائع ٥٠٢
 (والأصح) أنه من ضمان
 البائع ٥٠٢
 (فرع) قال ابن الرقعة :
 إنه تظهر فائدة الخلاف
 بين الأصحاب والفتاوى أيضا ٥٠٣
 (قلت) أما إذا قلنا : أنه
 استدراك للظلمة لا يكون
 الا طلبه على الفور ٥٠٣
 (فرع) اطلق المصنف
 الكسر في هذا القسم
 فيقتضى أن لا فرق ٥٠٤
 (فرع) أن اختلفا في
 تسليمه صحيحا أو فاسدا
 فالقول قول البائع مع يمينه ٥٠٤
 فان كان له قيمة كبيض
 النعامة والبطيخ الحامض ٥٠٤
 (الشرح) إذا كسر ما لا
 يوقف على عيبه الا بكسره
 وكان للباقي بعد الكسر قيمة
 وانفتقت الطرق على
 حكايتها ٥٠٥
 (أظهرهما) عند الأكثرين
 أنه لا يمتنع الرد ٥٠٥
 (والقول الثاني) أنه
 ليس له الرد تهرأ كما لو عرف

الصفحة الأحكام
 الى التخيير بين جميع هذه
 المسالك ٤٩٨
 (الثامن عشر) صورة
 المسألة أن يكون العيب الذى
 ظهر بالاناء كالكسر ونحوه ٤٩٨
 (التاسع عشر) أن الكلام
 المذكور لا اختصاص له بالاناء
 والحلى بل هو فى كل عقد
 اشتمل على جنس واحد ٤٩٨
 (العشرون) أن أرش
 الكسر الذى يفرمه يمكن أن
 يقال بأنه لا يكون منسوبا من
 الثمن ٤٩٩
 وان وجد العيب وقد نقص
 البيع بمعنى يقف استعمال
 العيب على جنسه ٤٩٩
 وقيل المزنى فى موضع
 آخر فيها قولان ٥٠٠
 (أحدهما) ليس له الرد
 الا ان شاء البائع وللمشتري
 ما بين قيمته صحيحا وفاسدا
 وكلام الأصحاب أربعة
 أوجه ٥٠١
 (الأصح) أن البيع
 باطل ٥٠١
 (والثاني) أنه يصح
 وينفسخ بعد ذلك ويسترد
 جميع الثمن ٥٠١
 (والثالث) أنه يصح
 ولا يفسخ لكن يكون له أرش
 العيب وهو ههنا الثمن
 يكاله ٥٠١
 (والرابع) أن البيع
 صحيح ولا يفسخ ولا يسترد
 الثمن بكاله ٥٠١
 وطريقه أن يحصل النص
 على ما لا قيمة له مع فساده
 فى حال صحته فيحملها على
 مراتب ٥٠٢

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥١١	ان غريم الفليس اذا رجع في العين وقد نقصت وان كان الارش جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الطلى	٥٠٥	عيب الثوب بعد قطعه وان قلنا برد وهو الاظهر مهل يغرم ارش الكسر ؟ فيه قولان (احدهما) نعم كالمصراة
٥١٣	(فرع) قال ابن الرفعة : على كل حال فاي وقت نعتبر القيمة فيه ؟ فيه وجهان (احدهما) وقت حدوث العيب	٥٠٥	(والثاني) لا ، لانه معذور فيه والبائع بالبائع كانه سلطة عليه
٥١٤	(والثاني) اكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقتان	٥٠٥	قال الفزالي وهو الاعدل ثم تنبه على أمور : (احدها) ان طريق الاطلاع على العيب اما ان يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري
٥١٥	(احدهما) لا يجوز الرد قولاً واحداً لانه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب (الشرح) الطريقة الاولى ، هي المذهب . اذا دعي أحدهما الى الارش والآخر الى خلافه	٥٠٦	(الثاني) قال الرافعي في المحرر : انه لا يمنع الرد واذا رد لم يغرم الارش على الاظهر
٥١٥	(فرع) روى أن مولى لعمرو بن حريث الصحابي اشترى لعمرو بن حريث بيضا من بيض النعام واخذ الناس من هذا ان عمرا كان رايه جواز الرد وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو اعتقه أو وقفه ثبت له ارش العيب	٥٠٦	(الثالث) قال الامام : ما يجب التنبه له ان المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول في العيوب الحادثة
٥١٦	(الشرح) امتناع الرد لعدم إمكانه لأن الرد يعتمد مردودا اذا عرفت ذلك فالارش واجب بعطتين (احدهما) ما ذكره المصنف انه ليس من الرد	٥٠٦	(الرابع) انه اذا اشترى ثوبا مطلوبيا فنشره ووقف على عيب به فان لم ينقص بالنشر فلا يمتنع الرد
٥١٧	واجب بعطتين (احدهما) ما ذكره المصنف انه ليس من الرد	٥٠٧	(الخامس) قال المرعشي : في ترتيب الأقسام سبب ذكرته فنياً تقدم مختصراً ولا بد من ذكره هنا
٥١٧	(احدهما) ما ذكره المصنف انه ليس من الرد	٥٠٨	(السادس) قول المصنف : لا يوقف على عيبه الا بكسره احسن من قول من قال ماكوله في جوفه فان قلنا : يلزمه الارش قوم معيبا صحيحا ومعيبا مكسورا وقد مال ابن الرفعة الى

الصفحة	الأحكام
٥٢٥	(الشرح) إذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عودته ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد في الحال
٥٢٥	(قلت) وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب
٥٢٦	(القول الثاني) وهو من ترجيح ابن سريج : له الأرض (قلت) وقد رأيت النص المذكور في مختصر البويطى في باب المتاع يشتري فيوجد به العيب
٥٢٧	ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لامكان الرد لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعى ؟ فيه نظر (فائدة) قال الفزالي والامام قبله : ان الخلاف المذكور في الرجوع بالأرض يقرب من القولين
٥٢٨	(فرع) على تخريج ابن سريج : اذا أخذ الأرض ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الأرض ؟ (فائدة) اذا عرفت ذلك فنقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرض يشمل ما اذا اطلع المشتري الثاني على العيب ورضى به
٥٢٩	(فرع) اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه ، فلا يرجع بأرض العيب
٥٢٩	فان رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد (الشرح) هذا لا خلاف فيه وهو معطل عن الأكثرين بالمعنى الأول

الصفحة	الأحكام
٥١٧	(والثانية) أنه لم يستدرك الظلامة وهو مقتضى مسألة أبي اسحاق في مسألة البيع وقال أبو حنيفة : لا يرجع بالأرض فيهما لأنه معطل مضمون فأشبهه ما اذا باعه أو أمسكه
٥١٩	قال ابن كج : وعندي أن له الأرض في صورتين (فرع) يستثنى من اطلاق المصنف ما اذا منع مانع من أخذ الأرض
٥١٩	(فرع) استيلاء الجارية مانع من الرد وينتقل إلى الأرض كما في الثلاثة
٥٢٠	وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرض لأنه لم يبأس من الرد (الشرح) اذا أبق العبد في يد المشتري ثم علم بعيبه فان كان العيب القديم الذي علمه غير الأبق كالعرج والعمور
٥٢١	واتفق الجميع على انه اذا رجع بالعيب وان هلك في الأبق رجع على البائع بأرض العيب
٥٢٢	أعلم ان الأصحاب اطلقوا ههنا أنه لا يمكن من الرد في مدة الأبق
٥٢٣	فان قالوا : لا يمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض الا مع تسليم العيب فنحن غيبته تتعذر الدعوى
٥٢٣	(فرع) في مذاهب العلماء الدعوى في هذه المسألة اذا اطلع بعد الأبق ان كان آبقا فان لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرض

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٢٨	فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره فان كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه هذا بين لا اشكال فيه الا ان الهبة بعوض بيع وحينئذ تأتي فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها	٥٣١	فيه وهو محل عند الاكثرين (قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكرا على الصحيح من المذهب
٥٢٨	وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش لانه لم يياس من الرد	٥٣١	(فرع) ليس للمشتري الثاني رده على البائع الأول وان حدث عند الثاني عيب فرجع على الأول بالأرش رجوع هو على بائعه لانه ليس من الرد
٥٢٨	(الشرح) هذا هو الصحيح تقريرا على ان الاعتبار اليأس	٥٣١	واقول بعون الله تعالى ما ذكره الرافعي والبيهقي من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما
٥٣٩	(تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ولا شك ان حكمها حكم البيع	٥٣٢	(فرع) هذا الذي ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه
٥٣٩	(فرع) قال صاحب التهذيب : قال بعض اصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع لانه يمكنه ان يرجع في الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه	٥٣٤	وان تلف في يد الثاني وقتلنا بتعليل ابي اسحاق لم يرجع لانه استدرك ظلما (الشرح) اذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبدا فاعتقه أو امة فاستولدها أو وقف المبيع
٥٤٠	فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف لانه يمكنه الرد ولم يستدرك الظلما	٥٣٤	وان رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو ارث لم يرد على تعليل ابي اسحاق
٥٤١	(فرع) باع زيد عمرا شيئا ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد	٥٣٥	وأما بقية الطرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الأوجه
٥٤٢	(فرع) لو تلف في يد الموهوب له فلم يشتري الوهاب الرجوع قولا واحدا	٥٣٦	واعلم ان طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها
٥٤٢	(فرع) هذه الأحكام المتقدمة في كلام المصنف	٥٣٦	(فرع) اعلم باننا اذا قلنا : الزائل العائد كالذي لم يعد كما صححه الغزالي لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول
٥٤٤	(فرع) لو لم يخرج المبيع عن الملك ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابة	٥٣٧	

الصفحة	الأحكام
٥٥٢	الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار (فائدة) الرجوع في العيب الى العرف له نظائر في الفقه فان اشترى عبدا فوجده اعشى او اعرج او أبرص أو مريضا أو أبحر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا وقال العجلي : اذا صاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار وقال الغزالي في الوسيط : اعتياد الاباق والسرقة والزنا عيب
٥٥٤	ووراء ذلك ثلاثة أمور (أحدها) أن هذه الثلاثة اذا تكررت في يد البائع واشتهرت ثم وجدت في يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد
٥٥٤	(فرع) لو وجد الاباق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع وارتنع مدة مديدة فان رده المشتري الثاني (فرع) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع
٥٥٦	(فرع) الحواء كالسارق ولا يشترط تكرر الجناية منه أيضا
٥٥٦	(فرع) في مذاهب العلماء قال الثوري وإسحاق في الصبي يسرق ويشرب الخمر ويأبق : لا يرد بعيب حتى يحتلم
٥٥٦	(فرع) قول المصنف عبد على سبيل المثال فالأمة كذلك وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات

الصفحة	الأحكام
٥٤٥	(فرع) الثمن المعين اذا خرج معيبا يرد بالعيب كالبيع
٥٤٦	(فرع) باع عبدا بالف واخذ بالالف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده (فرع) اختلفا في الثمن بعد رد المبيع فعن ابن أبي هريرة قال : اعيتنى والاولى أن يتخالطا وتبقى السلعة في يد المشتري
٥٤٦	(فرع) لو احتيج الى الرجوع بالأرش فاختلما في الثمن فعن رواية القاضى ابن كحج فيها قولان اتفق الشافعى وأكثر العلماء على أن المشتري اذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيا أنه يأخذه
٥٤٧	والمعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا (الشرح) لما تقدمت أحكام العيب احتج الى تعريفه فعمد هذا الفضل لذلك
٥٤٨	وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ويجعله عيبا
٥٤٩	وان جمعنا ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله (والجواب) عن هذا أن الثمن اذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع
٥٥٠	(قلت) والعيب في الزكاة كالبيع على الأصح
٥٥١	(فرع) قد تبين لك زوال

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(ومنها) على ما قال الجورى : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه	٥٥٦	(فرع) ومن أمثلة العيوب أيضا الحب وهو داخل في قول المصنف : مقطوعا والصئبان في الإماء والعبيد اذا كان مستحكما مخالفا للعادة
٥٥٩	(ومنها) تعلق الدين برقبتهما ولا رد بما يتعلق بالذمة	٥٥٦	وقال الفقهاء في صفة الامة : هو : هو الذى يدغم حرفا في حرف على خلاف الادغام الجائز في العربية (ومنها) كونه فاتقدا الذوق أو شيء من الحواس الخمس وان كان بعضها تقدم الشمر أو الظفر
٥٦٠	(ومنها) ضمور الكمين وانقلاب القدمين الى الوحشى والخيلان الكثيرة ، وآثار الشجاج والقروح	٥٥٧	(ومنها) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق وهو بياض يعترى الجلد (ومنها) كونه نهما أو ساحرا أو قاذفا للمحسسات أو كذابا أو به نفخة طحال
٥٦٠	ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رموحا أو حثينة المشى	٥٥٧	(ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل قال الرافعى : أنه ان رجلا وكان يبول من فرج الرجال (ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره (ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط
٥٦١	ولو اشترى أرضا يتوهم أن لا خراج عليها فبئس خلفه فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد	٥٥٧	(ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة (ومنها) وقد تعرض له الشافعى أن يكون كل منهما العبد والامة أحرم باذن السيد (قلت :) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله
٥٦١	ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقص بالغسل (فرع) قال الهرورى : فصل في عيوب العبيد والجوارى التى اجتمع عليها الباحثون وافتى بها المفتون (فرع) قال الزبيرى فى المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها فله الخيار (قلت :) وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفقة لان الإشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها	٥٥٨	٥٥٨
٥٦٢	وان وجدته يبول فى الفراش فان كان صغيرا لم يرد ، لأن بول الصغير معتادا فلا يعد عيبا وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك عاهة ونقص (الشرح) اذا كان صغيرا	٥٥٨	٥٥٨
٥٦٢		٥٥٩	
		٥٥٩	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٦٨	له الرد لأن كرهه لا ينقص (الشرح) هذا موافق لصاحب التتمة ومخالف لصاحب التهذيب والرافعي في التفصيل	٥٦٢	فلا خلاف في أنه ليس بعيب ، سواء في ذلك الطفل والطفلة وإن اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم إلا بعد كبر العبد
٥٦٨	وإن اشترى أمة فوجدها مزوجة أو عبدا فوجده مستأجرا ثبت له الرد (الشرح) هذا كما قال	٥٦٤	وإن وجده خصيا ثبت له الرد لأن العقد يقتضي سلامة الأعضاء وهذا ناقص (الشرح) الخصي الذي نزع خصيتاه وسلتا وقيل : من قطعت أثنياه مع جلدتها
٥٦٩	لأن الزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات وإن اشترى شيئا فتيين أنه غيب في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منقذ (الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووي عليه	٥٦٤	وإن وجد غير مختون — فإن كان صغيرا — لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير
٥٧٠	وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغيب سواء اتفاحش أم لا (فرع) فيما تنوهم أنه غيب وليس بعيب ولا رد فيه وإن اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن صنعة (الشرح) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار وهو اختلاف ما ظن بالالتزام الشرطي (فرع) قال القاضي حسين : ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار ، وإن كان صادقا في جملة الحرف	٥٦٤	ووضبط الروياتي الصغير بسبع سنين فما دونها وإن اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة (الشرح) هذا مذهبنا وعن مالك أن له الخيار لأن الغناء حرام ، وذلك نقص فيها
٥٧١	وإن اشترى شيئا فتيين أنه غيب في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منقذ (الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووي عليه	٥٦٥	وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثبوبة والكبر ليس ينقصان فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد لأنه لا يقر على دينه وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد (الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد (الشرح) الردة عيب
٥٧٢	وإن اشترى شيئا فتيين أنه غيب في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منقذ (الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووي عليه	٥٦٥	وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثبوبة والكبر ليس ينقصان فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد لأنه لا يقر على دينه وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد (الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد (الشرح) الردة عيب
٥٧٤	وإن اشترى شيئا فتيين أنه غيب في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منقذ (الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووي عليه	٥٦٦	وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثبوبة والكبر ليس ينقصان فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد (الشرح) الردة عيب
٥٧٤	وإن اشترى شيئا فتيين أنه غيب في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منقذ (الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووي عليه	٥٦٦	وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثبوبة والكبر ليس ينقصان فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد (الشرح) الردة عيب
٥٧٥	وإن اشترى شيئا فتيين أنه غيب في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منقذ (الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووي عليه	٥٦٦	وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثبوبة والكبر ليس ينقصان فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد (الشرح) الردة عيب
٥٧٦	وإن اشترى شيئا فتيين أنه غيب في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منقذ (الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووي عليه	٥٦٧	وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثبوبة والكبر ليس ينقصان فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد (الشرح) الردة عيب

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٨١	(فرع) إذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة وقد تقدم مسح العقد بهلاك أو حدوث عيب	٥٧٦	(الشرح) المسألة الأولى لا خلاف فيها لفوات الغرض القوى
٥٨١	(الشرح) الشروط المتقدمة كانت في الصفات	٥٧٧	وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد (الشرح) هذه أيضا
٥٨٢	وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده والى ما يحصل بالزيادة فهى أربع مسائل وطريقة العراقيين في ذلك تحتاج الى	٥٧٧	لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد
٥٨٣	تأويل وفكر وأنا ان شاء الله أذكر طريقتهم وطريق غيرهم في ذلك	٥٧٧	وقال الزنى : لا يثبت له الرد (الشرح) المذهب ثبوت الرد في ذلك وبه قال أحمد لا لتقيصة ظهرت ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة
٥٨٣	(الطريقة الأولى) القطع بالصفة في حالة النقصان في المتقوم والمضى مع ثبوت الخيار للمشتري	٥٧٨	(فرع) هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النوى على عبارة الرافعى
٥٨٣	(الطريقة الثانية) لو قال: بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشتري	٥٧٩	(فرع) الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في النكاح على الأصح
٥٨٣	(الطريقة الثالثة) طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضى حسين على ما ذكرته في باب الربا	٥٧٩	(فرع) صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان المشتري مسلمًا والبائع مسلما فلو كان المشتري كافرا انحفت على شراء الكافر للمسلم والأصح فساده
٥٨٣	وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فنبتوقف على مقدمات	٥٧٩	(الشرح) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية وهى من القسم الأول لشروط الكتابة وحسن الصنعة
٥٨٥	(أحدها) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الإمام	٥٧٩	وان اشترها على أنها ثيب فوجدها بكرا لم يثبت له الرد لأن البكر أفضل
٥٨٥	(الثانية) أن الفرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا فان الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطسروا عليه وتزول	٥٨٠	(الشرح) القول بأنه لا يثبت له الرد هو الأصح
٥٨٥	(الثالثة) قيد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط	٥٨٠	(فرع) لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد

- (أحدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل كقوله :
بعتك هذه الأرض بمشرة
٥٩٠ دراهم على أنها عشر أذرع
(الثانية) أن يذكره مفصلا
ولا يذكره مجملا كقوله :
بعتك هذه الأرض على أنها
٥٩١ عشرة أذرع
(الحالة الثالثة) أن يذكر
جملة الثمن وتفصيله مقسما
٥٩١ على الأذرع
إذا باع صبرة حنطة
بصبرة شعير كيلا يكيل وتقدم
٥٩١ هناك طريقتان
(أحدهما) عن المصنف
وأكثر الأصحاب أنه إذا رضى
صاحب الزيادة بتسليم
٥٩١ الزيادة أقر العقد
(والطريق الثاني) عن
صاحب التهذيب حكاية قولين
(أصحابهما) البطلان وثياسهما
٥٩١ أن تأتي هنا أيضا
(فائدة أخرى) فمرض هذه
المسائل في شيء واحد مكتوب
٥٩٢ أو أرض وتحوهما
(فائدة أخرى) القائل
بالبطلان عند الزيادة هو
ابن سريج نقله عن القاضي
حسين قبيل باب بيع جبل
٥٩٢ الحبلية
(فائدة أخرى) النص
المتقول عن البويطي رأيت
٥٩٢ مثله في الأم في آخر باب الثنيا
(فائدة أخرى) أكثر
الأصحاب إنما صوروا ذلك في
الأرض والثوب وصورها
٥٩٣ الزبيرى في المقتضب في الدار
(فرع) مر خلف الشرط
قال أبو عاصم الصيادي : إذا
اشتري أرضا عليها خراج

- المرض في المتدار عن الجنس
وذلك يوجب أن هذه المسألة
أولى بالصحة
٥٨٦ (قلت) وهذا على ما هو
مشهور عن العراقيين وقد
تقدمت طريقة عن الشيخ
أبي حامد بأحد القولين في
الصيغة المرححة بالشرط
٥٨٧ فهذا تلخيص الأشكال في
هذه المسألة وتلخيصه في ثلاثة
اشكالات
٥٨٧ (أحدها) على المشهور
عن العراقيين في فرقه بين
النقصان والزيادة وهو سؤال
الإمام
٥٨٧ (الثاني) على الشيخ
أبي حامد في فرقه بين أن
يقول : أنها عشرة أذرع
٥٨٧ فيجرى فيها القولان
(الثالث) عليهم وعلى
الإمام والخراسانيين أو زيادة
الصبرة تكون عند بعضهم
٥٨٨ للبائع
وقال أبو الطيب : أنه لا
يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت
الخلاص عند غيرهم فالأصح
٥٨٩ كذلك الصحة
وأما في المتقوم فالقول
بالتصحیح يؤدي إلى أن
يكون مورد العقد منهما وهو
فاسد
٥٨٩ (فائدة) قد نبهت بما تقدم
على السبب الذي اقتضى
الإجازة ههنا في المتقوم جميع
الثمن بخلاف أخواته من صور
تفريق الصفة
٥٩٠ (فائدة أخرى) هذه
صورة هذه المسائل ليست
على إطلاقها بل هي على
ثلاثة أحوال

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(والثاني) أن القولين في جنابة لا توجب القصاص فأما فيما يوجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً لأنه كالمرتد (قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة	٥٩٣	بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهمان (فرع) المشهور في المذهب أنه إذا باع جارية وشروط حملها بطل البيع ، وقيل : يصح في الأدييات لأنه عيب
٥٩٧	وَأَعْلَمُ أَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ مَا يَقْتَضِي الْفَرْقَ بَيْنَ الْجَانِيِ وَالْمُرْتَدِّ	٥٩٣	(قلت) فإذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول : ليس للمشتري الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليماً ؟
٥٩٨	فَإِذَا قُلْنَا : أَنَّ الْبَيْعَ صَاحِحٌ فِي قَتْلِ الْعَبْدِ فَقَتْلُ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيهِ وَجْهَانِ	٥٩٣	وَأَنَّ بَيْعَ عَبْدٍ جَانِبًا فِيهِ قَوْلَانِ
٥٩٩	(الشرح) بدأ المصنف بالتفريع الذي هو المقصود فوضع المسألة في هذا الباب وإن أفدى فلا يظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرض وقيمة العبد	٥٩٤	(أحدهما) أن البيع صحيح وهو اختيار المزي
٥٩٩	(والثاني) يتعين الأرض وإن كثر ، إلا أن يسلم العبد لبيع فإنه قد يرغب فيه راغب بأكثر	٥٩٤	(والقول الثاني) أن البيع باطل لأنه عيب تعلق برقبته دين آدمي فلا يصح بيعه كالمرهون
٥٩٩	قال الشافعي : من باع رجلاً غنماً قد حال عليها الحول أو بقراً أو ابلاً فأخذت الصدقة منها فلم يشترى الخيار	٥٩٤	(قلت) وهذا الجواب فيه نظر
٦٠٠	ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع وتظير ذلك إذا اشترى جارية حاملاً ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرض العيب	٥٩٤	وَأَمَّا قَوْلُ الْمَزْنِيِّ : أَنَّ الشَّافِعِيَّ سَوَّى بَيْنَ الْبَيْعِ وَالْعَنْقِ فِي الرَّهْنِ فِي الْإِبْطَالِ
٦٠١	ونقل عن نص الشافعي في كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب قد رضى به (فرع) أما ثبوت الخيار	٥٩٤	وَأَجَابَ الْأَصْحَابُ بِجَوَابَيْنِ (أحدهما) أن الشافعي لم يسو بينهما في الرهن (الثاني) أن هذا الاستدلال بالعكس ولا يلزم الجواب عنه
٦٠١		٥٩٥	(قلت) : ومن المانع من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الإسفراييني كذلك نقل عنه الباجي في الأصول وفي موضع القولين ثلاث طرق
٦٠٢		٥٩٧	(أحدهما) أن القولين في العمد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال
٦٠٣		٥٩٧	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٦٠٧	(أحدهما) أن المسألة على ثلاثة أقوال :	٦٠٣	للمشتري - إذا صححنا البيع - ولم يحصل القصاص - فإن كان بعد الفداء -
٦٠٧	أحدها : أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به	٦٠٤	(فرع) إذا باعه ولا جناية منه ولكنه كان قد حفر بئراً في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها
٦٠٧	المشتري فبرىء منه البائع والثاني : لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة	٦٠٤	(فروع) وطء الجارية الجانية لا يكون التزاماً للفادى (فائدة) أجمعوا إذا كان في يد العبد مال وهو مأذون أن الدين في ماله والجناية في رقبته
٦٠٨	الباطن في الحيوان (والطريق الثاني) أن المسألة على قول واحد وهو أنه يبرأ من عين باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره	٦٠٤	(فرع) لو اشترى عبداً وبه مرض أو جراحة فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء
٦٠٨	(الشرح) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزني والأصحاب بباب بيع البراءة قال البيهقي أن أصح ما رواه في الباب حديث سالم وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان	٦٠٤	وإن اشترى عبداً مرتداً فقتل في يده ففيه وجهان في قول أبي إسحاق يفسخ البيع ويرجع بالثمن
٦٠٨	وأما العلماء فاختلّفوا على مذاهب	٦٠٥	(الشرح) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك
٦٠٩	(أحدهما) أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور	٦٠٥	وإن قتل العبد في المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد في التعليق أن البيع باطل لعدم المنفعة
٦٠٩	(والثاني والثالث) أنه لا يبرأ من شيء من العيوب واختلّفت عبارة هؤلاء	٦٠٦	(الشرح) إذا قتل في المحاربة فإن تاب قبل أن يقدر عليه فالقود ههنا متحتم
٦١٠	(والثالث) أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء	٦٠٦	(الطريقة الثانية) ما قاله القاضي أبو الطيب أنه كبيع الجاني يعني عمداً فيصح على الأصح
٦١٠	(الرابع والخامس والسادس) أنه لا يبرأ من	٦٠٧	إذا باع عبداً بشرط البراءة من العيب ففيه طريقتان

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٦١٥	(أحدهما) أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والابق ، فتصح البراءة فيها بالتسمية	٦١٠	العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان
٦١٥	(والنوع الثاني) أن تكون مما يعين كاليرص والقروح فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها	٦١٠	(السابع) قول ثان للمالك وقال ابن عبد البر : أن مالكا رجح اليه : أنه لا يبرأ بذلك الا في الرقيق خاصة
٦١٥	(قلت) وهذا معنى قوله في المختصر : ولو سماها لاختلافها	٦١٠	(والثامن) قول ثالث لمالك وثيل : أنه الذي رجح اليه أنه لا ينفع بالبراءة الا في ثلاثة اشياء فقط
٦١٦	(فرع) ادعى الرافعي أنه لا خلاف في البراءة اذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والابق لأن فكرهما اعلام	٦١٠	(والتاسع) أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفرع على القول الثاني
٦١٧	(الضرب الثالث) أن يبرأ اليه من كل عيب من غير أن يسميها ولا يقف المشتري عليها فهو محل الأتوال والطرق المتقدمة	٦١١	(والطريق الثاني) القطع بهذا القول الثالث
٦١٧	(فرع) في الاستدلال للأتوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب وأجوبتها	٦١١	(والطريقة الخامسة) القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، وأجراء الأتوال الثلاثة في غير الحيوان والجوري نقل هذا النص عن رواية حرملة ،
٦١٧	(فرع) في الاستدلال لمقول الظاهر من المذهب الحجة في ذلك ما ذكره الشافعي	٦١٤	والموردي ذكر هذا النص وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الامام
٦١٨	وقول الصحابي حجة مقدمة على القياس على المذهب القديم	٦١٤	(فرع قسم الموردي البيع بشرط البراءة الى ثلاثة أضرب
٦١٩	وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابي مع القياس الضعيف المسمى بقياس التقريب	٦١٥	(أحدهما) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها فهذه براءة صحيحة وبيع جائز
٦١٩	وقال الجوري : أن قول الصحابي الذي ليس له مخالف إنما يكون حجة في الجديد اذا اعتضد بضرب من القياس	٦١٥	(الضرب الثاني) أن يبرأ من عيوب سماها ولم يقف المشتري قلبها فهذا على نوعين
٦٢٠		٦١٥	

الصفحة الأحكام
 ٦٢٤ وما سمعت أهل فهو قول من ارتضيه واقتدى به وما اخترته من قول بعضهم (التفریع) وقد ذكره المصنف - ان قلنا : الشرط باطل ففي بطلان البيع وجهان وقال الامام اظهرهما انه ظاهر قول الشافعي ٦٢٤
 واعلم ان قضاء عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم باليمين انه ما علم . نصر في ان البيع صحيح ٦٢٤
 لكن يشكل عليه قول عثمان : تخلف انك ما علمت (والوجه الثاني) وهو الذي قدمه في التنبيه انه يبطل كسائر الشروط الفاسدة ٦٢٥
 وقال الاكثرون غيره : انه فاسد ٦٢٦
 فلو اختلفا في عيب هل هو حادث او قديم ؟ قال الماوردي : ففيه وجهان من اختلاف اصحابنا في اختلاف العلة ٦٢٦
 (فرع) قد اجتمع في الشروط مع العقد ثلاثة اقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط ٦٢٧
 (تنبيه) عرفت بما تقدم ان المذهب فساد الشرط في غير الحيوان وصحته في الحيوان مع التفصيل في البراءة ٦٢٧
 (فرع) لو شرط ان لا يرد البيع بالعيب القديم والحادث في ضمانه قال القاضى حسين : يبطل البيع قولا واحدا ٦٢٨

الصفحة الأحكام
 وقال البندنجي في مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعي في ادب القاضي : ولا يجوز لاحد من اهل العلم ان يقلد احدا غير رسول الله ﷺ ٦٢٠
 اما حكمه فان كان بمد استشارة الصحابة فاجماع والا فان انتشر ولم ينكر فالذي سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة وهو بمنزلة قول الواحد ٦٢١
 فهذا النص من الشافعي يدل على انه يقول بقول الصحابي في بعض المواضع وفي القياس الخفي وهو الشبه وجهان ٦٢٢
 (احدهما) يقدم على قول الصحابي ٦٢٢
 (والثاني) يقدم قول الصحابي عليه وهو قول ابي حنيفة ومن لا خبرة له من اصحابه ٦٢٢
 (الامر الثالث) انه اذا كان الامر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدا ٦٢٣
 (الرابع) في قول مالك رضي الله عنه في ذلك الامر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التي استشكلها امامنا الشافعي ٦٢٣
 قال اسماعيل بن ابي اويس : سألت خالي مالكا عن قوله في الموطأ الامر المجتمع عليه والامر عندنا يفرضه لي فقال : اما قولي : الامر المجتمع عليه عندنا الامر الذي لا اختلاف قديما ولا حديثا ٦٢٤

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(قلت) والتصرية لما		(فرع) شفف بمض
	كانت ملحقه عند الاكثريين		الوراقين في هذا الزمان بان
	بالميب وعند بعضهم بالخلف	٦٢٨	يجمل بدل شرط البراء :
٦٢٩	لم تكن خارجه عن ذلك		أعلم البائع ، المشتري أن
	وأما الخيار الحاصل	٦٢٨	بالمبيع جميع الميوب ورضى به
	بسبب الاجبار في المراجعة فهو		(فرع) يختم به الباب
٦٢٩	راجع الى الميب لانه كالميب	٦٢٩	يمنى باب الرد بالميب
	في المبيع		

* * *

تصويبا

السطر	الصفحة	الصواب	الخطا
١٤	٣	الأول	لاول
٢١	١١	والحالة الثالثة	والحالة الثانية
٤	١٣	تلما	لمما
٢	١٤	ضمان قلع الفراس	ضمان ملح الفراس
٣	١٤	أحدثه	أحدثه
٢	٣١	يقول	يقول
٥	٣٨	فحول	محول
٤	١٢٠	اليماي	اليماي
٢٤	١٣١	بعض	بض
٢٩	١٣١	العقد في العادة	العقد العادة
١٣	١٨٢	يتميز	يتميز
٧	١٩٨	عاصم بن عبيد الله	عاصم بن عبد الله
١٩	٢٠٢	تحفل	تجفل
١	٢١٠	هذا	هذ
٣	٢١٤	معر بن راشد	عمر بن راشد
٢٩	٢٥٩	القاضي	الفاضي
٢٨	٢٧٤	يذكر	يذكر
١٩	٣٣٧	أبو سعيد	أبو سعد
٢٠	٤٣٢	حفص بن غياث	حفص بن عنان
٢٣	٤٣٢	حفص بن غياث	حفص بن عنان
٢٢	٥٥٩	الجوري	الجوزي
١١	٥٦٠	ضمور الكعبين	الكعبين
٢٨	٥٦١	يخاف	يخاف
١	٥٦٢	الفتاوى	الفتاوى
٤	٥٦٢	المشترى	المسرى
١٤	٥٦٢	بالفعل	بالفعل
١٩	٥٦٢	ومفهيها	ومفهيها
٨	٥٧٦	الدخول	الدحول
٣	٦١٤	الجورى	الجوزى
٧	٦٢٠	الجورى	الجوزى