



كِتَاب

المبسوط

لتفسير الدين السرخسي

المجلد السابع



دار المعرفة

بيروت - لبنان

کتاب
المبطلون شفاء للناس
الخبیر

١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م
بيروت - لبنان



للطباعة والنشر والتوزيع
Publishing & Distributing

دار المعرفة
DAR EL-MAREFAH

مستودع المطار - نجاة بك مبكو - شارع البرحاوي ص.ب. ٧٨٧٦ تلفون: ٨٣٤٣٣٠-٨٣٤٣٣٢ - برقية معرفكار بيروت - لبنان

﴿ الجزء الثالث عشر من ﴾

كِتَابُ الْمَبْسُوطِ لِشَيْخِنا الْبَيْهَقِيِّ السَّيِّدِ الْخَيْرِيِّ

وكتب ظاهر الرواية أت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الأمة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جاعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب البيوع الفاسدة

قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى أوجراب هروى على أن فيه خمسين ثوباً بألف درهم فوجد فيه تسعة وأربعين ثوباً أو أحداً وخمسين ثوباً فالبيع فاسد) لأنه ان وجدته أكثر فأنما يدخل في البيع العددي المسمى من الثياب وذلك خمسون وهو مجهول لأنه وجب على المشتري رد هذه الزيادة وهذه الزيادة مجهولة فيصير الباقي مجهولاً وفي مثله لا يجوز البيع مع الجهالة ألا ترى أنه لو اشترى مما في العدل خمسين ثوباً لا يجوز لأنها تفاوتت في المالة فالمشتري يطالب بخيار العدل والبائع يمطيه شرار العدل وكل جهالة تفضي الى المنازعة فهي مفسدة للعقد فان وجدته أقل يفسد العقد لجهالة الثمن لان المسمى من الثمن بمقابلة خمسين ثوباً فيقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدري صفة المعدوم أنه كيف كان جيداً أو وسطاً أو رديثاً وباختلافه تختلف حصة الموجود فيفسد العقد في الموجود لجهالة الثمن فالبيع بالحصة لا ينقد صحيحاً ابتداءً فان كان سمي لكل ثوب عشرة دراهم فوجدته أحداً وخمسين ثوباً كان فاسداً أيضاً لان العاقد يتناول خمسين ثوباً فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولاً أيضاً وان وجدته تسعة وأربعين ثوباً وقد قبض أو لم يقبض كان البيع جائزاً لان الموجود معلوم والمسمى بمقابلة الموجود من الثمن معلوم فيجوز البيع ويتخير المشتري لتفرق الصفقة عليه بنقصان ثوب مما سمي ونه في عدد الخمسين مقصود لا يحصل ذلك بما دونه فيتخير ان شاء أخذ كل ثوب بما سمي وان شاء ترك وأكثر مشائخنا رحمهم يقولون بان هذا الجواب قولها اما عند أبي حنيفة العقد فاسد كله لأنه فسد بمضه بفساد قوى اذ لا سبب لبطلان البيع أقوى من عدم العقود عليه واستدلوا عليه بما ذكر في الزيادات ولو اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل واحد منهما بثمن مسمى فوجد أحدهما مروياً فالعقد كله فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله فاذا كان في الموضع الذي كان أحد الثوبين بخلاف جنس مسمى

يفسد العقد كله في الموضع الذي لم يجد أحد ماسمى أصلاً أولى أن يفسد العقد كله وهما في المعنى سواء لأن بطلان العقد عند اختلاف الجنس لأنه عدم الجنس الذي سمي وقد تعلق العقده كذا هنا (قال) رضي الله عنه والأصح عندي أن هذا قولهم جميعاً لأن أباحنيفة رحمه الله في نظائر هذه المسئلة إنما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً لقبوله في الآخر وهذا لا يوجد هنا فإنه ما شرط قبول العقد في المدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدم وإنما قصد إرادته على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسئلة الزيادات فإن هناك جعل قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطاً في قبوله في الآخر وهو شرط فاسد وهكذا الجواب في كل عددي يتفاوت نحو ما إذا اشترى قطيعاً من الغنم على أنها خمسون فوجده أزيد فالجواب على التقسيم الذي ذكرنا وفي المكيات إذا اشترى صبرة من حنطة على أنها خمسون فإنه يجوز العقد سواء سمي ثمن كل واحد من القفزان أو لم يسم لأن القفزان مما لا تتفاوت في نفسها فكانت حصة كل قفيز من الثمن معلومة * وكذلك * الوزينات * وكذلك * في العدديات المتقاربة نحو ما إذا اشترى عدل جوز على أنه خمسة آلاف فإذا هي أقص أو أزيد فإنه يجوز العقد لما ذكرنا وإذا اشترى الرجل من الرجل عشرين صفقة واحدة بألف درهم فإذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيها فكذا إذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فظاهر لأن الحر لا يدخل في العقد لأن دخول الشيء في العقد بصفة المالية والتقوم وذلك لا يوجد في الحر فلو جاز العقد في العبد إنما يجوز بالحصة والبيع بالحصة لا ينقذ ابتداءً على الصحة لمعنى الجهالة كما لو قال اشترت منك هذا العبد بما يخصه من الألف إذا قسم على قيمته وقيمة هذا العبد الآخر لجهالة الثمن كذلك هنا فإن كان سمي لكل واحد منهما ثمناً بان قال اشترتنيما بألف كل واحد منهما بخمسمائة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله العقد جائز في العبد بما سمي بمقابلته من الثمن * وكذلك * لو اشترى شاتين مسلوختين فإذا أحدهما ميتة أو ذبيحة مجوسى أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عليها عمداً فإن ذلك والميتة سواء عندنا (والجواب) على التفصيل الذي قلنا * وكذلك * إذا اشترى دينين من خل فإذا أحدهما حر وهذا الجنس نظير ما سبق إذا أسلم كرحنطة في شعير وزيت فطريقهما أن الفساد يقتصر على ما وجدت فيه العلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما قد انعدمت العلة المفسدة فيما هو مال متقوم منهما

وهذا لان أحدهما ينفصل عن الآخر في البيع ابتداءً وبقاءً فوجود المفسد في أحدهما لا يؤثر في العقد على الآخر لان تأثيره في العقد على الآخر إما باعتبار التبعية وأحدهما ليس يتبع للآخر أو باعتبار أنهما كشيء واحد وليس كذلك فكل واحد منهما ينفصل عن الآخر في العقد ألا ترى انه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر وذلك فيما اذا كان كل واحد منهما عبداً وانما يشترط قبول العقد في أحدهما لقبول العقد في الآخر اذا صح الإيجاب فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقاً بالضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر وذلك يندم اذا لم يصح الإيجاب في أحدهما و صار هذا كما لو اشترى عبداً أو مكاتباً أو مدبراً فالبيع يفسد في المدبر ويبقى العقد على العبد صحيحاً * كذلك * هنا وأبو حنيفة يقول البائع لما جمع بينهما في الإيجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر واشتراط قبول العقد في الحر في بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وقولهما) أن هذا عند صحة الإيجاب (قلنا) عند صحة الإيجاب فيما يكون هذا شرطاً صحيحاً ونحن انما ندعى الشرط الفاسد وذلك عند فساد الإيجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا اعتبار وجود المحلية فيهما وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في فصل من هذا الجنس الى قول أبي حنيفة وهو مسألة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسئلة على رجوعه في جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح فاذا اشترى عبدين فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو اشترى جاريتين فاذا أحدهما أم ولد جاز البيع في الآخر سواء سمي لكل واحد منهما ثمناً أو لم يسم وعند زفر لا يجوز لان الإيجاب في المدبر والمكاتب وأم الولد فاسد لما ثبت اهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطاً لقبول العقد في الفرق بينهما فيفسد العقد كما في مسألة الحر وجه قولهما ان كل واحد منهما دخل في العقد لان دخول الآدمي في العقد باعتبار الرق والتقوم وذلك موجود فيهما ثم استحق أحدهما نفسه فكان بمنزلة ما لو استحقه غيره بان باع عبدين فاستحق أحدهما فهناك البيع جائز في الآخر سواء سمي لكل واحد منهما ثمناً أو لم يسم بوضعه أن البيع في المدبر ليس بفسد على الإطلاق بدليل جواز بيع المدبر من نفسه فانه اذا باع نفس المدبر من نفسه يجوز وبدليل أن القاضي اذا قضى بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه وكذلك المكاتب فان بيعه من نفسه جائز ولو باعه

من غيره برضاه جاز في أصح الروايتين والذي روى في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله بخلاف هذا غير معتمد عليه وكذلك بيع أم الولد من نفسها جاز ولو قضى القاضى
بجواز بيعها نفذ قضاؤه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولم ينفذ عند محمد لأن عنده
اجماع التابعين رحمهما الله على فساد بيعها يرفع الخلاف الذى كان في عهد الصحابة رضوان الله
عليهم فان هذه المسئلة كان مختلفا فيها في الصدر الاول فكان عمر رضى الله عنه يقول بأن بيع أم
الولد لا يجوز وعلي رضى الله عنه كان يقول بأنه يجوز ثم من بعدهم من السلف رحمهم الله
اتفقوا على أن بيع أم الولد لا يجوز، والحاصل أن الاجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يرفع وعند محمد يرفع وقضاء القاضى بخلاف الاجماع
لا ينفذ وعندهما ليس لاجماع التابعين رحمهم الله من القوة ما يرفع الخلاف الذى كان بين
الصحابة رضوان الله عليهم فكان هذا قضاء في فصل مجتهد فيه فاذا ثبت أن المحل قابل للبيع
حتى نفذ قضاء القاضى فيه وقضاء القاضى لا ينفذ في غير محله عرفنا انه دخل في العقد ثم
خرج فصار كما لو خرج بالهلاك قبل القبض فيبقى العقد صحيحا في الآخر حتى اذا كان قبضهما
لزم البيع في القن بخصه من الثمن وكذلك ان كان عالما بذلك وقت البيع وان لم يكن عالما
به وقت البيع ولكن علم بذلك بعد القبض كان له أن يرد القن منهما لتفرق الصفقة قبل
التمام فان خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب فانما يثبت اذا لم يكن معلوما له واذا
نظر الى ابل أو غنم أو الى رقيق أو الى عدل زطي أو جراب هروى فقال قد أخذت
كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعتها فالعقد فاسد عند أبي حنيفة في الكل وعندهما جاز
في الكل وهذا لان الاصل عند أبي حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل الى ما لا يعلم منتهاه فانما
يتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال افلان على كل درهم يلزمه درهم واحد. قال (واذا أجر
داره كل شهر لزم العقد في شهر واحد) عند أبي حنيفة فاذا اشترى صبرة من حنطة كل
قفيز بدرهم عند أبي حنيفة يجوز العقد في قفيز واحد وعندهما يجوز في الكل واذا كفل
بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر فانما يلزمه ذلك في شهر واحد عند أبي حنيفة وعندهما هو
كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه فأما فيما يعلم جمته بالاشارة فالقديتناول الكل
كما لو كان معلوم الجملة بالتسمية لان الاشارة أبلغ في التعريف من التسمية اذا عرفنا هذا
فتقول هنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل وعندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد

منهما والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي الى المنازعة فانها ترفع بعد المشار اليه وعند أبي حنيفة لما لم يكن العدد معلوماً عند العقد فانما يتناول العقد واحداً من الجملة ويبيع شاة من القطيع لا يجوز لانها متفاوتة واذا كانت العبرة للاشارة فثمن جميع ما أشار اليه مجهول عند العقد وجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد وما هو شرط العقد اذا انعدم عند العقد يفسد العقد ولا يمكن اعتبار ايجابه في الثاني كشرط الشهود في النكاح وعلى هذا لو باع صبرة حنطة كل قفيز منها بدرهم ولم يسم عدد الجملة الا ان ابا حنيفة (قال) هناك العقد جائز في قفيز واحد فانه اذا اشترى قفيزاً من الصبرة جاز بالاجماع فان القفيز ان لا تتفاوت بخلاف الغنم فان علم مبلغ الجملة بعد الاقتراق لا ينقلب العقد جائزاً لان المفسد قد تقرر بالاقتراق عن المجلس قبل ازالته وان كان ذلك قبل أن يفرقاً كان العقد استحساناً لان حالة المجلس جعلت كحالة العقد ولكن يتخير المشتري لتكشف الحالة له الآن فان شاء أخذ الكل بجميع الثمن وان شاء تركه لان مقدار ما يلزمه من الثمن انما يصير معلوماً له الآن فيتخير لاجله وكذلك لو اشترى داراً كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذراعان فهو على هذا الخلاف فعند أبي حنيفة العقد يفسد في الكل لان قيمة الذراعان متفاوتة في مقدم الدار ومؤخرها فلا يمكن تصحيح العقد في ذراع منها وكذلك الثوب والخشب ولو اشترى ذراعاً من عشرة أذرع من هذه الدار عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز العقد لان ماسى عبارة عن عشر الدار بمنزلة قوله سهم من عشرة أسهم أو جزء من عشرة أجزاء وعند أبي حنيفة لا يجوز لان الذراع اسم لموضع معلوم يقع عليه الذراع وذلك يتفاوت موضعه من الدار بخلاف السهم والجزء وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا اشترى ذراعاً من هذه الدار بكذا يجوز العقد وان لم يقل من كذا ذراعاً ثم يذرع الدار فان كانت عشرة أذرع فله العشر بخلاف ما لو اشترى سهماً من الدار ولم يقل من كذا سهماً لان تلك الجهالة لا يمكن ازالتها فسيم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر وفي الذراع يمكن ازالة الجهالة بأن يذرع جميع الدار فيصير الجزء المسمى في العقد معلوماً به واذا اشترى غنماً أو بقراً أو عدل زطى كل اثنين منها بشرة فهو باطل لان ثمن كل واحد غير معلوم فانه يضم الى كل واحد آخر فيقسم العشر على قيمتهما ولا يعرف كيفية الضم انه يضم الجيد الى الجيد أو الرديء الى الرديء أو الى الوسط فيبقى عن كل واحد مجهولاً وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فانه اذا وجد ثوب عيباً بعد القبض

يرد الميب خاصة وتمكن المنازعة بينهما في ثمنه وكذلك اذا هلك أحدهما قبل القبض واستحق أو تقابلا العقد في ثوب واحد ففرقنا أن هذه الجهالة تفضي الى المنازعة فيفسد العقد بها واذا اشترى عدل ظي بقيته فالبيع فاسد لجهالة الثمن عند العقد والقيمة ما تظهر عند تقويم المقومين وذلك مجهول عند العقد ويختلف المقومون في التقويم أيضاً ثم ماسياً تفسير العقد الفاسد لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد مضمون بالقيمة فقد نصا على ما هو حكم العقد الفاسد وكذلك ان قال بحكمه لان ما يحكم به مجهول الجنس والقدر والصفة ويتمكن بسببه منازعة وله أن يرجع عن تفويض الحكم اليه وان لم يرجع حتى مات أحدهما بطل ماله من الحكم وبقى الثمن مجهولاً* وكذلك لو قال بألف درهم ويحلف يمينه فالبيع فاسد (قيل) معنى هذا ان المشتري كان ساومه بألف فخف البائع أن لا يبيعه بألف فاشتراه بألف وزيادة بقدر ما يبر به البائع في يمينه وتلك الزيادة مجهولة الجنس والقدر والصفة وقيل بل معناه أن البائع كان حنث في يمينه وكان تهمة تكفيره فاشتراه منه بألف وما يكفر به البائع يمينه وهذا أيضاً مجهول لان التكفير يكون بالاعتاق تارة وبالكسوة أخرى وبالاطعام تارة وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسدة للبيع واذا اشتراه بألف درهم الا ديناراً أو بمائة دينار الا درهماً أو بألف درهم الا قفيز حنطة أو الاشاة فالبيع فاسد لان المستثنى اذا كان من غير جنس المستثنى منه فانما يستثنى من المستثنى بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحرز والظن فلا يتيقن به وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه يوضحه أن الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وما وراء المستثنى من الالف مجهول فالبيع بالثمن المجهول فاسد وان (قال) قد أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسداً أيضاً لان المستثنى مجهول الجنس والقدر والصفة والناس في المبايعة يتفاوتون فمن بين مسامح ومستعصى واذا فسد البيع فان قبضه وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمه ان لم يكن من ذوات الامثال لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد بمنزلة المنصوب أو المقبوض على سوم الشراء في حكم الضمان ولو قال أخذته منك بمثل ما أخذته فلان من الثمن فان كان ذلك معلوماً عندهما وقت العقد فهو جائز والا كان العقد فاسداً فان علم ذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد ويتخير المشتري لان حالة المجلس كحالة العقد ولكن انما يكشف الحال للمشتري اذا علم مقدار ما أخذته فلان رضاه به قبل ذلك لا يكون تاماً فلماذا يتخير بين الاخذ والترك واذا عقد

العقد على انه الى أجل كذا بكذا وبالنقد بكذا أو (قال) الى شهر بكذا أو الى شهرين بكذا فهو فاسد لانه لم يعاطه علي ثمن معلوم وانهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع وهذا هو تفسير الشرطين في بيع ومطلق النهي يوجب الفساد في العقود الشرعية وهذا اذا افرقا على هذا فان كان يتراضيان بينهما ولم يفرقا حتى قاطعه علي ثمن معلوم وأتما العقد عليه فهو جائز لانهما ما افرقا الا بعد تمام شرط صحة العقد. قال (ومن اشترى شيئا فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه ولا يوليه أحدا ولا يشرك فيه) لان التولية تملك ماملك بمثل ماملك والاشراك تملك نصفه بمثل ماملك به والكلام في بيع المبيع قبل القبض في فصول أحدهما في الطعام فانه ليس اشترى الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض وكذلك ما سوى الطعام من المنقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا (وقال) مالك رضي الله عنه يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالذكر عند النهي فذلك دليل على أن الحكم فيما عداه بخلافه والا فليس لهذا التخصيص فائدة وحجتنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما لم يقبض (وقال) صلى الله عليه وسلم لغياث بن أسد حين وجهه الى مكة قاضيا وأميرا سرا الى أهل بيت الله وأنهم عن بيع ما لم يقبضوا وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه قال الله تعالى (فلا تظلموا فيهن أنفسكم) وذلك لا يدل على أنه يجوز ذلك في غير الأشهر الحرم كيف وراوى هذا الحديث ابن عباس رضي الله عنهما (وقال) بعد روايته وأحسب كل شئ مثله والكلام في هذه المسئلة ينبنى على أصل وهو أن عند مالك فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك العقود عليه قبل القبض وعندنا يبطل لفوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام فلتوهم الفرر في الملك المطلق للتصرف (قلنا) لا يجوز تصرفه قبل القبض أو لعجزه عن التسليم بحبس البائع اياه لحقه والاجارة في ذلك كله كالبيع وأما الهبة والصدقة في المبيع قبل القبض لا يجوز عند أبي يوسف (وقال) محمد رحمه الله كل تصرف لا يتم الا بالقبض فذلك جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فيقبضه لان تمام العقد لا يكون الا بالقبض والمسائم زائد عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه ملزم بنفسه وقاس بهبة الدين من غير من عليه الدين فانه يجوز اذا سلطه على قبضه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نقاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يقسم

يمنع تمام الهبة دون البيع ثم بيع المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لمين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة أولى لان الهبة في استدعاء الملك أقوى من البيع حتى يجوز البيع من المأذون والمكاتب دون الهبة ثم المبيع قبل القبض ليس محل التمليك من غيره ألا ترى أنه لا ينفذ البيع فيه وان أجازته البائع فكان هذا بمنزلة عين مملولة أيضا كالصيد في الهواء وذلك لا يجوز ايجاب البيع والهبة فيه فهذا مثله وأما بيع العقار قبل القبض يجوز في (قول) أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ولا يجوز في قوله الاول وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض ونهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن والمعنى فيه انه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول وتأثيره أن ملك التصرف يستفاد بالقبض كما أن ملك العين يستفاد بالعقد ثم العقار والمنقول سواء فيما يملك به العين وهو العقد فكذلك فيما يملك به التصرف أولان السبب وهو البيع لا يتم الا بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالوجود وقت العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقد العقار والمنقول سواء يوضحه أن قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار في هذا كالمقول حتى اذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جميعا وذلك بيده أو بيد نائبه ويد البائع الاول ليست بنائبة عن يده فلا تثبت قدرته على التسليم باعتبارها وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان يبيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض وانما قلنا ذلك لان المطلق للتصرف الملك دون اليد ألا ترى انه لو باع ملكه وهو في يد مودع أو غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائزا الا أنه اذا بقي في الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز عنه فذلك يمنع جواز التصرف لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي المنقول قبل القبض في الملك غرر لان بهلاكه ينتقض البيع ويبطل ملك المشتري فاذا قبضه انتفى هذا الغرر ولا يبقى الا معنى الغرر بظهور الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه وفي العقار قبل القبض ليس في ملكه الا غرر الاستحقاق لانه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتفاء الغرر لعدم تصور سببه أصلا يكون أبلغ من انتفاء الغرر اذا تصور سببه ولم يعمل وانما يتصور الغرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه والدليل عليه ان

التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر في الملك وكذلك التصرف في المهر قبل القبض يجوز عندنا لانعدام الغرر في الملك فان بالهلاك لا يبطل ملكها ولكن على الزوج قيمته لها وأصحاب الشافعي يختلفون في ذلك فمنهم من يقول التسمية تبطل بهلاك الصداق قبل القبض فلي هذا يقولون لا يجوز التصرف لبقاء الغرر في الملك ومنهم من يقول لا تبطل التسمية وعلى الزوج القيمة وعلى هذا يقولون يجوز التصرف في الصداق قبل القبض عرفنا ان الاصل ما قلنا والدليل عليه ان التصرف الذي لا يتمتع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج وبه يتبين فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكد السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ذلك تام في المحل فوق البيع ثم يجوز في المبيع قبل القبض وما يقولون من انه يدخل في ضمان المشتري بالقبض قلنا شرط ثبوت الملك بالتصرف في المحل أصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف في الموهوب بعد القبض وكذلك القدرة على التسليم كما يثبت بيد غيره اذا لم يمنعه والحديث عام دخاه الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول بدليل ما قلنا والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت للشفيع قبل القبض والشفيع يملك بدل فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التملك بدل لما ثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض الا ان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فلا يمكن أن يجعل قائماً مقامه فهذا يبطل بأخذه ملك المشتري ويكون عهده على البائع بخلاف المشتري الثاني يوضحه ان المبيع في مكانه الذي يقبضه فيه يتعين فيجوز تصرفه فيه كما بعد قبضه بالتخايف وبخلاف المنقول فانه لا يدري في أي مكان يقبضه مالم يقبضه ولا يدخل على شيء لما ذكرنا ان التصرف في المسلم فيه قبل القبض لانا بما قررنا أثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط فن الشروط في المبيع العينية وجواز السلم رخصة بخلاف القياس ومن الشروط الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف فيه قبل أن يكيه وان كان قبضه. قال (رجل باع عبداً آبقاً فهو باطل) نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه عاجز عن تسليمه والمالية في الآبق ثاوية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من البيع حتى أنه وان عاد من إبقائه لا يتم ذلك العقد لانه لم يصادف محله بمنزلة مالو باع الطير في الهواء ثم أخذه الا رواية عن محمد فانه يقول الملك والمالية بعد الآبق باق حقيقة والمانع كان هو العجز عن التسليم فاذا زال صار كأن لم يكن

كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة. قال (ولو باع جارية كان قد اعتق ما في بطنها أو باعها واستثنى ما في بطنها فهذا فاسد لا يجوز) وقد بينا هذا الفصل في كتاب الهبة. قال (ولو باع عبداً مفصوباً فالبيع موقوف فإن جرده الغاصب ولم يكن للمفصوب منه بينة لم يجز البيع) لأنه عقد غير مقدور التسليم للعاقدة ولأن الملك تأوى في حقه وجواز بيعه باعتبار الملك. قال (وان أقر به فان سلمه اليه تم البيع) لأن ملكه قائم في المحل باقرار الغاصب والقدرة على التسليم ثابتة حين سلمه الغاصب فان لم يسلمه الغاصب حتى تلف انتقض البيع لقوات القبض المستحق بالعقد بمنزلة مالو كان في يد البائع فهلك قبل أن يقبضه المشتري فان (قيل) قد وجبت القيمة على الغاصب والمبيع اذا فات وأخلف بدلا يبقى البيع كما لو قبله أجنبي قبل القبض (قلنا) هذا اذا وجب البديل بسبب بعد البيع حتى يجعل قيام البديل كقيام الاصل في ابقاء حكم البيع فيه وهنا القيمة تجب في الغصب السابق على البيع بدليل أنه يعتبر قيمته وقت الغصب ولو تعينا البيع باعتباره كان هذا اثبات حكم البيع في القيمة ابتداءه وكذلك لو كان العبد رهنا فباعه الراهن وأبا المرتهن أن يجبره لم يجز البيع وهو موقوف لأن الراهن عاجز عن التسليم فان حق المرتهن في الحبس لازم ثم في موضع يقول بيع المرهون فاسد وفي موضع يقول جائز والصحيح ما ذكره هنا أنه موقوف وتأويل قوله فاسد يفسده القاضي اذا خصم فيه وطلب المشتري التسليم اليه ومنع المرتهن ذلك فتأويل قوله جائز اذا اجتازه المرتهن وسلمه اليه واذا لم يجز المرتهن وفسخه فقيه روايتان ففي احدي الروايتين يفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشتري عليه لان حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فان أجازة المالك تم البيع وان فسخ انفسخ فهذا مثله وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه حتى لو صبر المشتري حتى افتكه الراهن كان له أن يأخذه ولفظ الكتاب يدل عليه فانه (قال) بعد إباء المرتهن وهو موقوف وهذا لان المرتهن لاحق له في هذا العقد حتى اذا أجازة كان المشتري متملكا على الراهن لا على المرتهن بخلاف المالك فان هناك اذا أجاز العقد كان المشتري متملكا عليه فكانت له ولاية الفسخ وهنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس الى أن يصل اليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد انما كان ذلك الى القاضي اذا خصم وعجز البائع عن التسليم فانه يفسخ البيع لقطع المنازعة فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفا. قال (رجل باع سمكا محصوراً في أجمة فالبيع باطل) وقال ابن أبي ليلى هو جائز اذا كان قد أخذه

ثم أرسله في الاجمة لان بإرساله لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من أخذه الا بالصيد
ولكننا نستدل بما روى عن ابن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا لا تبيعوا
السماك في الماء فانه غرر ثم ان كان لم يأخذه فقد باع مالم يملكه بالملك لا يسبق
الملك فهو كبيع الطير في الهواء وان كان قد أخذه ثم أرسله فهو آبق في الماء فبيعه كبيع
الآبق وأنه لا يقدر على تسليمه الا باكتساب سبب يثبت ابتداء الملك به وهو الاصطياد
فكان هذا في معنى الاول. قال (وان كان في وعاء أوجب يقدر عليه بغير صيد فبيعه جائز)
عندنا لبقاء ملكه وقدرته على التسليم من غير صيد والمشتري بالخيار اذا رآه وعند الشافعي
لا يجوز بيعه وأصله شراء ما لم يره وبيانه يأتي ان شاء الله تعالى. قال (وان كان في بركة
يمكن أخذه من غير صيد) فان كانت أخذه ثم أرسله فيها فهو كالجب وان لم يأخذه
ولكنه دخل مع الماء فان سد موضع دخول الماء حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد
صار أخذاً له بمنزلة ما لو وقع في شبكة فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه لانه لا يملك
السماك بدخوله في البركة ما لم يأخذه ولم يوجد منه الاخذ لاحقيقة ولا حكماً. قال (واذا
اشترى فصاً على أنه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع فاسد) والاصل في هذا الجنس ان من
جمع في كلامه بين الاشارة والتسمية فان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل
لان انعقاد العقد بالتسمية فان ما ينقذ على المسمى وهو معدوم وان كان المشار اليه من جنس
المسمى فالبيع جائز لان التسمية تتناول ما وقعت الاشارة اليه فكانت الاشارة من يده مؤيدة
للتسمية فينقذ العقد بالمشار اليه وهو مال الا أنه ان كان المشار اليه دون المسمى فللمشتري
الخيار لفوات شرطه كما لو اشترط في العبد على أنه كاتب فوجده غير كاتب اذا ثبت هذا
فنقول ان كان المشار اليه زجاجاً فالبيع فاسد لانعدام المجانسة وان استهلكه المشتري فعليه
قيمه لانه استهلك ملك الغير بغير اذنه وان سمي يقوتا أحمر والمشار اليه أصفر فالبيع جائز
وللمشتري الخيار لفوات صفة مشروطة وكذلك لو اشترى ثوباً على أنه هروي فاذا هو
من صنف آخر فهو فاسد لان الثياب أجناس مختلفة ولو اشترى شخصاً على أنه عبد فاذا هو
جارية فالبيع فاسد عندنا و(قال) زفر جائز وللمشتري الخيار لان بني آدم جنس واحد ذكورهم
وأناثهم كسائر الحيوان ولو اشترى بقرة على أنها أنثى فاذا هي ثور كان البيع جائزاً وكذلك
الابل والبقرة والغنم فكما يتفاوت المقصود هنا في بني آدم بين الذكور والاناث يتفاوت هناك بوضعه

انه لو اشترى عبداً على أنه تركى فاذا هو رومى أو سندی جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالمية وحجتنا في ذلك ان الذكور والاناث من بنى آدم في حكم جنسين لان ما هو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر فالمقصود بالجارية الاستفراس والاستيلاد وشيء من ذلك لا يحصل بالسلام فكان التفاوت بينهما في المقصود أبلغ من التفاوت بين الخنطة والشعير وبين المروى والمروى من الثياب وبه فارق سائر الحيوانات لان ما هو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت في الذكور والاناث وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه وانما التفاوت في صفة المقصود لا في أصله فكان جنسا واحداً كذلك ذكر في الاصل والله أعلم

باب البيوع اذا كان فيها شرط

قال (اذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا) وقال ابن أبي ليلى البيع جائز والشرط باطل و (قال) ابن سيرين البيع جائز والشرط صحيح وحكى عن عبد الوارث بن سعيد قال حجبت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط (فقال) باطل فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط باطل فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط باطل فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا على في هذه المسئلة كل الاختلاف فعجزني أن أسأل كل واحداً منهم عن حجته فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه فقلت ان صاحبك يخالفك فقال لا أدري ما قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فدخلت على ابن أبي ليلى فقلت له مثل ذلك فقال لا أدري ما قال (حدثني) هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشتري بريرة رضى الله عنها أبي موالها الا بشرط أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه سلامه اشترى واشترطى لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق فدخلت على ابن شبرمة

وقلت له مثل ذلك فقال لا أدري ما قالوا (حدثني) محارب بن دثار عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله الانصاري رضي الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها الى المدينة والصحيح ما استدلل به أبو حنيفة فانه حديث مشهور ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه فأما حديث هشام بن عروة فقد (قال) أبو يوسف أوهم هشام بن عروة ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترطى لهم الولاء لان هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ولو صح فتأويله اشترطى الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال الله تعالى (أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار) أو معناه أعلمهم معنى الولاء فلا اشتراط في اللغة الأعلام ومنه أشرط الساعة قال القائل

فاشترط فيها نفسه وهو معصم والقي بأسباب له وتوكلا

أى جعل نفسه علما لذلك الامر وتأويل (حديث) جابر رضي الله تعالى عنه ان ذلك لم يكن شرطا في البيع على أن ماجرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة في السفر والدليل عليه قصة الحديث فان جابراً رضي الله تعالى عنه (قال) كانت لي ناقة ثغال فقامت علي في بعض الطريق فأدركني رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقال) ما بالك يا جابر فقلت جرى أن لا يكون لي الا ناقة ثغال فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن راحته فدعا بماء ورشه في وجه ناقتي ثم قال اركبها فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة (الحديث) الا أن قال أتبيعي ناقتك بأربعمائة درهم فقلت هي لك يا رسول الله ولكن من لي بالحمل الى المدينة (فقال) صلى الله عليه وسلم لك ظهرها الى المدينة فاشتراها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأربعمائة درهم فلما قدمت المدينة جئت بالناقة الى باب المسجد ودخلت المسجد (فقال) رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الناقة قلت بالباب (فقال) صلوات الله عليه جئت لطلب الثمن فسكت فأمر بلالا رضي الله تعالى عنه فأعطاني أربع مائة درهم (فقال) صلى الله عليه وسلم خذها مع الناقة فيما لك بارك الله لك فيهما وبهذا يتبين انه لم يكن بينهما بيع ثم الشرط في البيع على أوجه اما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيع جائز لان هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده الا وكادة وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا كما لو اشترى نعلا وشرا كاشترط أن يحذوه البائع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولان في النزوع عن

العادة الظاهرة جرحاً بينا وان كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر . قال (فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد) لان الشرط باطل في نفسه والمنفعة به غير راض بدونها فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط . فلماذا فسد به البيع وكذلك ان كان فيه منفعة للمعقود عليه وذلك نحو ما بينا انه اذا اشترى عبداً علي أنه لا يبيعه فان العقد يعجبه أن لا تناوله الايدي وتام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطلاً فاشترطه منفعة كاشترط منفعة أحد المتعاقدين . قال (وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح) نحو ما اذا اشترى دابة أو ثوباً بشرط . أن لا يبيع لانه لا مطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لأحد وكان لغواً والبيع صحيح الا في رواية عن أبي يوسف (قال) يبطل به البيع نص عليه في آخر المزارعة لان في هذا الشرط ضرراً على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكننا نقول لا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر . قال (واذا اشترى عبداً علي أنه يعتقه فالبيع فاسد) وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط وهو قول الشافعي لحديث بريرة رضي الله عنها فأنها جاءت الي عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبه (قالت) ان شئت عدتها لاهلك واعتقك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها ولان الشراء بشرط الاعتاق متعارف بين الناس لان بيع العبد سمة متعارف في الوصايا وغيره وتفسيره البيع بشرط العتق ولان العتق في المبيع قبض حتى اذا أعتق المشتري المبيع قبل القبض صار قابضاً والقبض من أحكام العقد فاشترطه في العقد يلائم العقد ولا يفسده وحجتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولان في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به في العقد كما لو شرط ان لا يبيع يوضحه انه لو شرط في الجارية ان يستولدها أو في العبد ان يدبره كان العقد فاسداً فاذا كان اشترط حق العتق لها يفسد البيع فاشترط حقيقة العتق أولى ودعواه ان هذا الشرط يلائم العقد لا معنى له فان البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملائمة ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد وبيع العبد لسمة

لا يكون بشرط العتق بل يكون ذلك وعداً من المشتري ثم البيع بعقد مطلقاً وهو تأويل حديث عائشة رضي الله عنها فانها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقاً ووعدت لها ان تعتقها لترضى هي بذلك فان بيع المكاتب لا يجوز بغير رضاها فان استهلكه المشتري فعليه قيمته لانه قبضه بعقد فاسد فيكون مضموناً بالقيمة عند تعذر رد العين وان أعتقه فعليه الثمن المسمى في قول أبي حنيفة استحساناً وفي قولهما عليه قيمته وهو القياس لانه قبضه بعقد فاسد وقد تعذر رده باعتاقه فيلزمه قيمته كما لو تعذر بيعه أو استهلاكه بوجه آخر يوضحه انه لو اشترها بشرط التدبير أو الاستيلاء كانت مضمونة عليه بالقيمة اذا تعذر ردها ثان وفي ذلك الشرط فكذا اذا اشترى بشرط العتق اعتبار الحقيقة الحرمة بحقيقة العتق وأبو حنيفة استحسنت فقال زال المفسد قبل تقريره فيجب الثمن كما لو اشترى بأجل مجهول ثم أسقطه قبل مضيه وبيان ذلك أن الحكم بفساد هذا العقد كان لمخافة أن لا يني المشتري بالعتق وليكون في الاقدام على التصرف في ملكه مختاراً غير مجبر عليه وقد زال هذا المعنى حين أقدم على اعتاقه مختاراً وحقيقة المعنى فيه أن هذا الشرط لا يلائم العقد بنفسه ولا يلائم العقد بحكمه لان العتق ينهي الملك فان الملك في بني آدم ثابت الي العتق فيكون العتق مهيناً له وانها الشيء يقرره ولهذا لو اشترى عبداً فاعتقه ثم اطلع على عيب به رجع بتقصان العيب بخلاف ما اذا باعه والدليل عليه ان شراء القريب اعتاق على معنى انه متمم عليه العتق وهي الملك فكان هذا الشرط ملائماً بحكمه للعقد وبصورته غير ملائم لان الانسان لا يجبر على انهاء ملكه بالعتق وبالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد على الثبات ولكنه موقوف فان استهلكه بوجه آخر يتقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم وان أعتقه تقرر صفة الجواز باعتبار الملازمة بحكم العقد وهو انهاء الملك به فيلزمه الثمن المسمى وانما سماه استحساناً لمعنى التوقف فيه في الابتداء ومخالفة صورته معنى بخلاف شرط الاستيلاء والتدبير فالملك به لا ينتهي ومعنى الملازمة باعتبار انهاء الملك به فهذا تعين صفة الفساد هناك وفي بالشرط أو لم يف. قال (واذا اشترى على أن يقرض له قرضاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على ان يديه بكذا وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد) انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن بيعتين في بيعة وكل شيء فسد فيه البيع فالمشتري اذا استهلكه فهو ضامن لقيمه بالغة ما بلغت لان الضمان الاصل في البيع ضمان القيمة ولهذا كان المقبوض على سوم المبيع مضموناً بالقيمة

وقبض النصب ينوب عن قبض الشراء وإنما يتحول من القيمة الى المسمى عند صحة السبب
وتمامه فاذا فسد السبب بقى الضمان الاصلى كما اذا كان البيع بالخيار فان البيع يكون مضمونا
على المشتري بالقيمة لعدم تمام السبب. قال (ولو اشترى ثوبا على انه ان لم يبتدئ الثمن الى ثلاثة ايام
فلا بيع بينهما فالبيع فاسد) في القياس وهو قول زفر وهو في الاستحسان يجوز وهو قول علماؤنا
الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه القياس انه شرط في البيع اقالة معلقة لخطر عدم النقد ولو شرط
اقالة مطلقة فسد به العقد فاذا شرط اقالة معلقة أولى أن يفسد به العقد وهذا الشرط ليس في
معنى شرط الخيار لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم البيع وهنا لو سكت حتى مضت
المدة بطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق
به ما ليس في معناه ولكن تركنا هذا القياس لحديث بن عمر رضي الله تعالى عنهما فانه باشر
البيع بهذا الشرط وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضوان الله تعالى عليهم مقدم على القياس
عندنا لان قوله بخلاف القياس كروايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لا يظن به
انه قال جزافا والقياس لا يوافق قوله فعرفنا انه قال سماعا ثم هذا الشرط من حيث المقصود
كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليتروى النظر فيه ويكون مخيرا في الايام الثلاثة بين
فسخ العقد وتامه بهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع انما جوز شرط الخيار
لهذا المقصود حتى قال (لحيان بن منبذ اذا بايعت فقل لا خلا به ولى الخيار ثلاثة ايام. قال) فان
اشترى على انه لم ينقده الى اربعة ايام فلا بيع بينهما) فهذا العقد فاسد عند أبي حنيفة كقوله
في شرط الخيار فان عنده شرط الخيار أكثر من ثلاثة ايام يفسد العقد وعند محمد العقد
جائز بمنزلة شرط الخيار عنده فانه يجوز شرط الخيار مدة معلومة طالبت المدة أو قصرت
ولم يذكر في الكتاب قول أبي يوسف وفي بعض نسخ المأذون ذكر قول أبي يوسف كقول
أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وذكر ابن سماعة في نوادره أن هذا قوله الاول فأما قوله الاخير
كقول محمد لان هذا في معنى شرط الخيار وقوله كقول محمد في جواز اشتراط الخيار اربعة
ايام فكذلك في هذا الشرط. وجه قوله الذي ذكره في المأذون أن القياس ما قاله زفر فان
هذا الشرط من حيث الحكم ليس نظير شرط الخيار ولكن تركنا القياس في ثلاثة ايام
لقول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما فقيما زاد علي ذلك نأخذ بالقياس وهذا لان الفرير يزداد
بطول المدة وقد يجوز أن يحمل العقد للسير من الفرير دون الكثير منه ألا ترى أنا نجوز

شراء أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار فيها ثم لا يجوز ذلك في الأربعة لما ذكرنا . قال (وكل فاسد ردد المشتري على البائع بهبة أو صدقة أو بيع فهو متاركة للبيع ويرأ المشتري من ضمانه) لأن الرد بسبب فساد البيع مستحق في هذا المحل بعينه شرعا فعلى أي وجه أتى به يقع من الوجه المستحق كرد الغصوب والودائع وهذا لأنه ممنوع من تملكه من البائع بسبب بتد إمامه وورد بده لفساد البيع ولا معاوضة بين المنهي عنه ويكره الأمور به فيترك جانب الأمور به في رده عليه . قال (وان اشترى شيئا وشرط على البائع أن يحمله الى منزله أو يطحن الحنطة أو يخيط الثوب فهو فاسد) لأن فيه منفعة لأحد المتماقدين والعقد لا يقتضيه لأنه ان كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو اجارة مشروطة في العقد وان لم يكن بمقابلته شيء من البدل فهو اعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها البائع شهراً فهذه اعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الاجل . قال (ولو اشترى شيئا على أن يرهنه بالثمن رهنا أو على أن يعطيه كفيلاً بنفسه أو بالثمن فهذا العقد فاسد) والكلام في هذين الفصاين ينقسم على أربعة أقسام أما في شرط الكفيل - سواء سمي الكفيل أو لم يسميه فالعقد فاسد اذا كان الكفيل غائبا عن مجلس العقد لأنه لا يدري أيكفل أم لا فيفسد العقد لمعنى الفرر ولأن جواز هذا العقد يتعاق بقبول الكفيل الكفالة في شرط قبوله اذا كان غائبا عن مجلس العقد لم يجز العقد وان قبله بعد المجلس كالمشتري فان كان الكفيل حاضراً أو حضر وقبل وقبل أن يتفرقا جاز البيع استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الكفالة عقد آخر ليس من حقوق العقد في شيء واشتراط هذا عقد آخر في عقد البيع مفسد للعقد اذا كان فيه منفعة لأحد المتماقدين وجه الاستحسان أن المقصود بالكفالة التوثيق بالثمن في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن ولو اشترط في البيع ثمنا جيداً كان البيع جائزاً ثم تمام هذا العقد بقبول الكفيل فانه بقبوله ينتفي معنى الفرر فاذا وجد ذلك في المجلس كان هذا بمنزلة انتفاء الفرر عند العقد وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري فان الحوالة تحوّل ولا يكون ذلك الا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداءً على غير المشتري بالعقد فان ذلك ينافي وجوب العقد فكان مفسداً للعقد . قال (وان شرط أن يرهنه بالثمن رهنا فان كان الرهن مجهولاً فالعقد فاسد) لأن قبول العقد في الرهن لا بد

منه عند هذا الشرط وما يشترط قبول العقد فيه لا بد أن يكون معلوما ولكن لو أوفاه
التمن صح العقد لان الفساد قد زال قبل تقريره لان شرط الرهن للاستيفاء وقد استوفاه
حقيقة وان شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بينا انه شرط عقد في
عقد وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لان المقصود بالرهن الاستيفاء فان وجبه ثبوت يد
الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد ثم الرهن بالتمن للتوثق بالتمن فاشترط ما يتوثق به
كلا اشتراط صفة الجودة في الثمن وكذلك ان سمي مكيلا أو موزونا ووصوفا بغير عينه
وجعله رهنا بالتمن لان قبول ذلك في البيع قبول صحيح ألا ترى انه يصلح أن يكون تمنا
فكذلك يصلح اشتراط رهنا بالتمن فان أبي المشتري أن يرهنه ماسمى لم يجبر عليه لان تمام الرهن
بالقبض ولم يوجد القبض وعلى قول ابن أبي ليلى يجبر عليه لانه ثبت في ضمن عقد لازم فيصير
الوفاء به مستحقا كالعقد في الرهن اذا ساطه على البيع كان مجبرا عليه ولا يملك الراهن
عزله بخلاف التوكيل بالبيع مقصودا ولكن نقول عقد الرهن ليس من حقوق البيع فلا بد في
اتمامه من اتحاد شرط العقد واتمامه بالقبض فما لم يوجد لا يلزم حكم الرهن ألا ترى أن يد
الاستيفاء لا تثبت له الا بالقبض فكذا اشتراطه في العقد لا يلزم الا بالقبض ولكن ان أبا
المشتري أن يرهنه فللبائع أن يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون
راضيا واذا لم يتم رضاه كان له أن يفسخ . قال (وان باع شيئا من الحيوان واستثنى ما في بطنه
فالباع فاسد) لان ما في البطن لا يجوز ايجاب البيع فيه مقصودا فلا يجوز استثناءه مقصودا كاليد
والرجل وهذا لان الجنين مادام متصلا بالام فهو في حكم الاجزاء ألا ترى انها تقطع بالمقراض
عنها واجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصودا ولا يكون مقصودا بالاستثناء وهذا لان الجنين
في البطن مجهول ولا يدري أذكر هو أم أنثى واحدا أو مثنى فاذا كان المستثنى مجهولا فالمستثنى
منه يصير مجهولا أيضا وجهالة العقود عليه تمنع جواز العقد وكذلك ان وقع العقد على عدل
بر أو أغنام أو نخيل واشترط أن يرد المشتري أحد العينين أو يأخذ البائع احداهن بغير عينها
فالباع فاسد لان المستثنى مجهول وبه يصير المستثنى منه مجهولا أيضا وهذه جهالة تفضي الى المنازعة
لانا متفاوتة في المالية فيفسد البيع . قال وان اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد لان
الحبل في البهائم وهي زيادة مجهولة . فانه لا يدري ان انتفاخ بطنها من ربح أو ولد وان الولد
حي أو ميت ذكر أم أنثى واحدا أو مثنى والمجهول اذا ضم الى معلوم يصير الكل مجهولا

وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدري لعل الشرط باطل يعني ان
اشترط مقدار من البيع ليس في وسع البائع ايجاده ولا طريق الى معرفته فكان شرطاً
باطلاً فيفسد به العقد. قال (وان شرط أنها حلوب أو لبون لم يذ كر هذا الفصل في الاصل)
وقد ذكر الكرخي أن هذا ما لو شرط أنها تحلب كذا وكذا سواء لان اللبن زيادة مال
منفصل ولا يكون لبونا حلوباً الا به وتلك الزيادة مجهولة على ما مر فصار كما لو اشترى
على أنها حامل وذ كر الطحاوي أن هذا شرط وصف مرغوب فيه فلا يفسد العقد به كما لو
شرط في العبد أنه كاتب أو خبار ولان هذا يذ كر علي سبيل بيان الوصف لا علي سبيل
الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه كما اذا اشترى فرساً على أنها هملاج أو اشترى كلباً على
انه صائد فانه يجوز كذا هنا وهكذا روي الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى في
الحلوب بخلاف ما اذا اشترط أنها تحلب كذا لان الفساد باشرط مقدار لبن في الضرع
لا طريق الى معرفته. قال (وكذلك ان اشترى سمماً أو زيتوناً على أن فيهما من الدهن كذا
أو اشترى حنطة بشرط أن يطحن منها كذا محتوم دقيق فهذا شرط باطل) لا طريق للبائع
الى معرفته ولا يقدر على الوفاء به فيكون مفسداً للعقد. قال (ولو باع جارية وتبرأ من الحبل
وكان بها حبل أولم يكن فالبيع جائز) لان الحبل في بنات آدم ألا ترى أن للمشتري حق الرد
به فانما تبرأ البائع من العيب وذلك غير مفسد للعقد. قال وليست البراءة في هذا كالبهائم
فيل معناه كالشرط في البهائم فان الحبل في البهائم زيادة فذ كره في العقد شرط زيادة مجهولة)
وفي الآدمية عيب فذ كره يكون تبرياً من العيب ولا يكون شرط زيادة مجهولة وقيل معناه
اذا ذ كر الحبل في الجارية على وجه التبري عرفنا ان مراده العيب فلا يفسد به العقد واذا ذ كره
علي وجه الشرط عرفنا ان مراده شرط زيادة مجهولة فيفسد به العقد وقد ذ كر هشام عن
محمد رحمهما الله أنه اذا اشترى جارية على أنها حامل فالبيع جائز الا أن يظهر المشتري انه
يريدها للطورة فيئذ يفسد به العقد لئلمنا أنه قصد الحبل بالشرط وهو مجهول وعلى هذا
يحكى عن الهندواني أنه كان يقول أن شرط الحبل اذ وجد من البائع لم يفسد به العقد وأن
شرطه المشتري يفسد لان البائع انما يذ كر الحبل على وجه بيان العيب عادة والمشتري يذ كر
علي وجه اشتراط الزيادة. قال (رجل اشترى جارية بجاريتين الى أجل فالعقد فاسد) لان
الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بدلا عما هو مال ولان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قبض

الجارية فذهبت عيها عند من عمله أو من غير عمله فللبائع أن يأخذها ويضمنه نصف قيمتها لان العين من الآدمي نصفه وفوات النصف في ضمان المشتري كفوات الكل ولو هلكت كان عليه ضمان قيمتها سواء هلكت بفعله أو بغير فعله فكذلك اذا ذهب نصفها وهذا لانها صارت مضمونة بالقبض والاصناف تضمن بالقبض ألا ترى أنها تضمن بالنصب فان الجارية المصوبة اذا ذهبت عيها عند الغاصب أخذها المصوب منه مع نصف قيمتها ولو فتأ عيها غيره فان البائع يأخذها لان فسخ العقد فيها مستحق شرعا فما دامت قيمة كان على البائع أن يأخذها ثم يتخير في نصف قيمتها فان شاء ضمن ذلك الفاقى وان شاء ضمن المشتري لان بالاخذ يفسخ العقد فيها ويعود الى قديم ملك البائع جناية الفاقى كانت على ملكه فله أن يضمنه نصف قيمتها وان شاء ضمن المشتري ذلك لانها كانت مضمونة عليه بالقبض بجميع أجزائها فكانت كالمصوبة في هذا الحكم فان ضمن المشتري يرجع المشتري بذلك على الفاقى لان ملكه تقرر في ذلك الجزء حين ضمن بدله وهو كالمصوب في ذلك وان ضمن الفاقى لم يرجع على المشتري بشي لان ضمن بجانيته فأما اذا قتلها في يد المشتري قاتل فللبائع أن يضمن المشتري قيمتها ولا سبيل له على القاتل بخلاف المصوبة فان المصوبة اذا قتلها انسان في يد الغاصب يتخير المصوب منه ان شاء ضمن الغاصب قيمتها وان شاء ضمن القاتل بخلاف المشتراة شراء فاسداً في يد المشتري لان المصوبة على ملك المصوب منه فالقاتل من القاتل جناية على ملكه فيتخير في التضمن ان شاء ضمن الغاصب بالقبض أو القاتل بالقتل وهنا قد صارت الجارية مملوكة للمشتري بالقبض وبالقتل يتعذر فسخ البيع فيها ولا يعود الى ملك البائع فلم ينعين حق البائع في تضمين المشتري وليس له أن يضمن القاتل وفي فقي، العين ماتعذر فسخ العقد فيها واذا انسخ العقد فيها بالرد كانت جناية الفاقى على ملك البائع فلذلك يتخير البائع ان شاء ضمن القاتل بالقتل وان شاء ضمن المشتري بالقبض كما في النصب ثم اذا ضمن البائع المشتري قيمتها في القتل كان للمشتري أن يضمن القاتل قيمتها لانه أتلف ملكه فيها بالجناية فكان له أن يضمنه قيمتها قال (فلو كانت الجارية كما هي غير أنها ولدت ولدين فمات أحدهما أخذ البائع الجارية والولد الباقي) لانها في يده كالمصوبة مستحقة الرد بزوائدها المتصلة والمنفصلة وهذا لان الولد متولد من العين ووجوب لرد كان حكماً متقررراً فيها فيسرى الى الولد ولان ملك الاصل يسرى الى الولد والثابت للمشتري في الاصل كان ملكاً مستحق

الازالة بالرد على البائع ثبت. مثله في الولد وليس له أن يضمه قيمة الميت بمنزلة ولد المنصوب
اذا مات في يد الفاسد من غير صنعه لم يضمن لانعدام الصنع منه فهذا مثله قال (فان كانت
الولادة قد نقصتها وفي الولد الثاني وفاء بجميع ذلك النقصان فلا شيء على المشتري) لرد ما ينجر
به النقصان فان نقصان الولادة ينجر بالولد عندنا وقد بينا ذلك في المنصوبة وكذلك في المشتراة
شراء فاسداً والولد الميت صار كان لم يكن فكأنها ولدت ولداً واحداً. قال (وان لم يكن في الولد
الباقي وفاء النقصان فعلي المشتري تمام ذلك) لان انجبار النقصان بالولد لصفة المالية وانما ينجر
بقدر مالية الولد وما زاد على ذلك ليس بأزائه ما يجبره فعلي المشتري ضمان ذلك. قال (وان
كان الميت مات من فعل المشتري أو منعه بعد طلب البائع حتى مات صار المشتري ضامناً بقيمته
يردها مع الأم) لان الولد انما لم يكن مضموناً عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان فيه وقد
وجد ذلك بالاتلاف أو المنع بعد الطلب ثم رد قيمة الولد كرد عينه حتى اذا كان فيها وفي مالية
الحى وفاء بالنقصان فلا شيء على المشتري وان لم يكن فيها وفاء بنقصان الولادة فعلي المشتري
تمام ذلك لان الانجبار بقدر المالية على ما مر. قال (ولو كانت الام هي الميتة والولدان حيان
أخذ البائع الولدين وقيمة الام يوم قبضه المشتري) وهكذا القول في كل بيع فاسد لان حق
الاسترداد ثابت للبائع في الولدين فلا يسقط ذلك بهلاك الام كالمنصوبة اذا ولدت ثم ماتت
كذلك هنا وان كان ضامناً قيمتها للبائع حين قبضها لانها دخلت في ضمانه بالقبض وتمذر ردها
فيجب ضمان قيمتها والولد تبع فلا يقوم مقام الاصل في حق الرد حتى لا يسقط برد الولدين
ضمان قيمة الأم وان كان في ماليتهما وفاء بذلك بخلاف نقصان الولادة فالفائت هناك وصف
هو بيع ثم الخلافة هناك باتحاد السبب فان سبب النقصان والزيادة واحدة وهذا لا يوجد
هنا فان موت الام لم يكن بالولادة ولو كان بالولادة فالولادة من حيث أنها موت لا توجب
الزيادة واداً ولذا لا ينجر قدر النقصان بالولدين بعد موت الام حتى يضمن كمال قيمتها لان هنا
لا يحتاج الى جبر النقصان بعد موت الام لان الملك يثبت للمشتري بعد القبض على ما ذكرنا
وتقرر القيمة عليه من حين قبضها فاذا مات تبين أن ذلك النقصان حاصل في ملك المشتري
فلا تقع الحاجة الى جبر هذا النقصان بالولد بخلاف ما اذا بقيت الام لانه أمكن فسخ العقد فيها
بالرد فان ردها عادت الى قديم ملك البائع فتبين أن النقصان حصل فوعدت الحاجة الى انجبار
النقصان بخلاف قائم مقامه وهو الولد فهذا افتراق. قال (والبيع الفاسد ينقذ موجبا للملك اذا

انصل به القبض عندنا وعند الشافعي لا ينعقد للملك وفي الحقيقة هذه المسئلة تنبني علي مسئلة من أصول الفقه وهو أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة عندنا فان ذلك موجب النسخ والنهي عن النسخ وعندنا يخرجها من أن تكون مشروعة بمقتضى النهي فان صفة القبح من ضرورة النهي كما أن صفة الجنس من ضرورة الامر والمشروع ما يكون مرضياً والقبيح ما لا يكون مرضياً فينعدم أصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه ولكننا نقول موجب النهي الانتهاء على وجه يكون المنتهى مختاراً فيه كما أن موجب الامر الاثمار على وجه يكون المؤتمر مختاراً فيه فان استحقاق الثواب والعقاب يبنى على ذلك وذلك لا يكون الا بعد تقرر المشروع مشروعاً باعتبار هذا الاصل ثم يخرج المقتضى عليه بحسب الامكان أولى من اعلام المقتضى بالمقتضى وهذه في أصول الفقه فأما التخريج هنا على الاصل المتفق عليه وهو أن النهي متى كان لمعنى في غير النهي عنه فانه لا يعدم المشروع كانهي عن البيع وقت النداء وان كان النهي عنه بعده كانهي عن بيع المضامين والملاقيح والشافعي يقول في البيوع الفاسدة النهي لمعنى في غير النهي عنه ولهذا أفسد البيع ويتضح هذا في البيع بالخمر فالبيع بمادة مال متقوم بمال متقوم والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وان قبض فلا ينعقد موجبا حكمه فعرفنا انه غير منعقد في حق حكمه وهو الملك والدليل عليه ان البيع موجب للملك بنفسه ثم الفاسد منه لا يكون موجبا للملك بنفسه فعرفنا انه ليس ينعقد في حكم الملك وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد بالمقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولا عقد وان كان منعقداً بصفة الفساد لما منعت ثبوت الملك بالبيع قبل القبض فكذلك بعده لان الفساد قائم بعده ولان بالقبض يزداد الفساد والحرمه وكل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط وهذا في معناه لان مع خيار الشرط لا يتم الرضا من البائع ومع الفساد كذلك فانه لو صار مملوكاً انما يصير مملوكاً بالقيمة والبائع لم يرض بهذا ولهذا ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما ولان هذا عقد معاوضة فالفساد منه لا ينعقد موجبا للملك كالنكاح وهذا لان الملك مشروع محبوب فيستدعى سبباً مرضياً شرعياً بخلاف الكتابة الفاسدة حيث انعقد العقد مع صفة الفساد ففيها معنى المعاوضة واليمين لانه تعليق العتق بشرط الاداء والحرمه لا تمنع صحة التعليق لو كما (قال) ان زينت فانت حرة فانما ينزل العتق هناك لمعنى التعليق دون المعاوضة

وحثنا في ذلك من حيث التخريج علي الاصل المجمع عليه أن يقول هذا النهي لمعنى في غير
 النهي انه لان البيع ينعقد بالايجاب والقبول في محل قابل له ولا يختل شيء من ذلك بالشرط.
 الفساد وانعقاد العقد يوجب ركنه من أهله والنهي كان للشرط. وهو وراء ما يتم العقد به
 وكذلك النهي عن الربا للفضل الخالي عن المقابلة وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعقد فيه أصل
 العقد والعقد لا ينعقد شرعا الا موجبا حكمه لان الاسباب الشرعية تطالب لاحكامها فاذا
 كانت خالية عن الحكم تكون لغوا ولو كان الحكم متصل بها تارة ويتأخر أخرى كالمهبة فانها
 عقد تملك ثم الملك بها يتأخر الي القبض (قوله) بان البيع يفسد به (قلنا) لان النهي اتصل
 بوصفه لان الخيار والاجل لو كان جائزا كان عمله في تغيير وصف العقد لا في تغيير أصله
 فكذلك اذا كان فاسدا يكون عمله في تغيير وصف العقد حتى يصير العقد فاسدا وليس
 من ضرورة انعدام الوصف انعدام الأصل بل من ضرورته انعقاد الأصل فالصفة لا تكون
 بدون الموصوف وهكذا نقول في النكاح فانه ينعقد مع الفساد ولهذا يتعلق به وجوب المهر
 والعدة والنسب عند الدخول الا انه لا يثبت الملك به لان الحكم يثبت بحسب النسب فالعقد
 الفاسد انما يثبت ملكا حراما وليس في النكاح الا ملك الحل وبين الحل والحرم منافاة
 فكان من ضرورة الفساد هناك انتفاء الملك وهنا بالبيع الفساد انما يثبت ملك حرام ولهذا
 لو كانت جارية لا يحل له وطؤها وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك المهرين كالمصير
 يتخمر يتي مملوكا وان كان حراما وكشراء الرجل أخته من الرضاع فيما ملكها وان كانت حراما
 عليه فثبتنا الملك لهذا ولكن العقد بصفة الفساد يضمن فيتأخر الحكم الي انضمام ما يقوم اليه
 وهو القبض كعقد التبرع ولانه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بعير عوض فان المسمى لا يجب
 للفساد والضمان لا يجب الا بالقبض فانها تأخر الملك الي ما بعد القبض وهكذا نقول في البيع
 بشرط الخيار فانه انعقد مفيدا لحكمه ولا كنه تأخر ثبوت الحكم الي سقوط الخيار علي أن
 ذلك في معنى المعلق بالشرط. لانه يقول علي أني بالخيار والمعلق بالشرط مقدم قبل الشرط
 ألا ترى انه تعذر أعمال التعلق في أصل السبب فيجمل عاملا في الحكم وليس من ضرورة
 الفساد انعدام العقد شرعا كالأحرام يفسد بالجماع وبقي أصله والطلاق في حالة الحيض حرام
 شرعا ويكون مفيدا بحكمه والظهار حرام شرعا ثم ينعقد موجبا حكمه والدليل عليه أن المقبوض
 يصير مضمونا والضمان انما يجب بطريق الجبران أو بالعقد وهنا وجوب الضمان ليس بطريق

الجبر لانه يتبضه باذن المالك فمر فنا أن وجوب الضمان بالعقد وهكذا نقول في المقبوض على
سوم البيع انه مضمون بالعقد ولكن علي وجه وهو أن يجل الموعد من العقد كالتحقق
وليس بينهما عقد موجود هنا فمر فنا أن الضمان باعتبار العقد المتحقق واذا ثبت هذا في البيع
مع الشرط الفاسد فكذلك في الربى لان الفساد يكون لمعنى في وصف العقد فان بالفصل يصير
البيع رابحا وكذلك في البيع بالخر فان ركن العقد المالية في البدلين ويتخمر العصور لانعدام
المالية وانما ينعدم التقوم شرعا فان المالية تكون بكون العين منتفعا بها وقد اثبت الله تعالى
ذلك في الخمر بقوله تعالى (ومنافع للناس) ولانه كان مالا متقوما قبل التحريم وانما ثبت
بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالمسرقين الا أنه
فسد تقومه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنه بالنص ولهذا يكون مالا في حق أهل
الذمة فان عقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير
متقوم شرعا فيملك بادائه لانعدام العقد موجبا للملك فيه بخلاف البيع بالميتة والدم فذلك ليس
بمال في حق أحد فلا انعدام ركن العقد في محله لا ينعدم العقد . قال (ولو كان المشتري أعتق
الجارية التي اشتراها بعقد فاسد بعد قبضه اياها أو باعها أو أمهرها أو وهبها وسلمها أو دبرها
أو كاتبها أو استولدها جاز جميع ذلك) لانه تصرف في ملكه وهذا التعليل نص عليه محمد في
كتاب الشهادات في نظير هذا قال (لانه مالك رقبتها وهنا) قال (لان البائع سلطه عليها
وهو اشارة الي ما قلنا لان التمليك تسليط علي التصرف فصار كما لو سلطه على الاعتاق نصا
بأن) قال (أعتقها ألا ترى أنه ذكر في كتاب الاستحسان اذا اشترى طعاما حل له أن
يتناول من ذلك الطعام لان البائع سلطه على ذلك فلما كان في العقد الجائز يعتبر التسليط في
حق تناول الطعام فكذا في حق الفاسد ولهذا قلنا أنه لا يحل له أن يطأها لان الوطاء مما
لا يستباح بصريح التسليط فكذلك لا يستباح به دلالة ويعود التصرف باعتبار أصل الملك
دون صفة الحل وقد ثبت أصل الملك فيثبت التسليط علي التصرف ثم قد تعذر رد عينها فيلزمه
رد قيمتها وانما تعذر الرد باعتبار هذه التصرفات نحو البيع والهبة وما أشبه ذلك لان المشتري
شرا فاسدا لما باع من غيره وسلمه اليه تعلق بهذا العين حق المشتري الثاني وحق الله تعالى
من حيث فسخ العقد بالرد علي البائع الاول وحق الله تعالى مع حق العبد اذا اجتمعا تقدم
حق العبد لانه ما باع من غيره وسلمه اليه تعلق بهذا العين حق المشتري الثاني وحق الله تعالى

الفاضل لانه تعلق به حق المشتري وحق المنصوب منه وكل واحد من الحقين حق العبد
 فترجع حق المنصوب منه لانه أسبق . قال (وليس عليه في الوطاء مهر وفي كتاب السرب
 يقول وعليه المقر قبل تأويل المسئلة اذا لم يستولدها بالوطاء حتى ردها علي البائع فان بردها
 ينسخ الملك من الاصل فتبين أن الوطاء صادق ملك الغير فيلزمه المقر بالوطاء وهنا قال
 استولدها وبالاستيلاء يتقرر ملكه فانما وطئها وهي مملوكة له فلا يلزمه العقد بذلك وقيل ما
 ذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وما ذكر هناك قول محمد وأصله فيما ذكر
 هشام أنها لو زادت في يد المشتري في بدنها ثم أعتقها فعليه ضمان قيمتها وقت القبض عند أبي
 حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد وقت العتق فلما كان محمد ثبت حق البائع في
 الزيادة ويجعلها مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذلك المستوفي بالزيادة في حكم زيادة هي
 ثمرة ومن أصلها أن الزيادة تكون في يد مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذلك المستوفي
 بالوطاء فلماذا لا مهر عليه . (قال) وان رهنها فعليه قيمتها لان عقد الرهن اذا اتصل به القبض
 يكون لازما في حق الراهن فيثبت به عجزه عن رد العين فلماذا لزمته قيمتها وان افترقا قبل أن
 يضمه القاضى قيمتها ردها عليه لان المانع قد زال قبل تحوّل حق البائع الى القيمة وكذلك
 ان عجزت عن الكتابة لان المانع حق المكاتب وقد سقط قبل أن يتحول الحق الى القيمة
 فان التحول انما يكون بقضاء القاضى فكذلك ان رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء ردها
 على البائع لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين فكذلك ان رد عليه بعيب قبل أن يقضى القاضى
 عليه بالقيمة فان ذلك كله يمنع قضاء القاضى بالقيمة فان كان ذلك كله بعد قضاء القاضى بالقيمة
 فقد تم تحوّل الحق الى القيمة فلا يعود في العين بعد ذلك كما لو أبق المنصوب فقضى القاضى
 بقيمته على الفاضل ثم عاد . قال (ولو كان أجرها فله أن ينقص الاجارة ويردها) لان
 الاجارة تنسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى الاعذار فتفسخ
 الاجارة ألا ترى أن المشتري لو أجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له أن ينقص الاجارة ليرده
 فهذا أولى . قال (وان اشترى الرجل شيئا الى الحصاد أو الى الدياس أو الى العطاء أو الى
 جذاذ النخل أو رجوع الحاج فهذا كله باطل) بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى
 عنهما وقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في البيع الى العطاء فان عائشة رضي الله تعالى
 عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وابن عباس رضي الله تعالى عنهما كان يفسد ذلك وابن

أبي ليلي رحمه الله أخذ بقول عائشة رضي الله تعالى عنها (وقال) البيع جائز والمال حال لان العقد لما لم يكن صالحاً الاجل الذي ذكره لني ذكره فأما عائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا نادراً فكان هذا بيعاً بأجل معلوم ولكننا أخذنا بقول ابن عباس رضي الله عنهما لان العطاء فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر بحسب ما يبدو لهم والآجال بالاقوات دون الافعال قال الله تعالى (قل هي مواعيت للناس والحج) ثم الشرط في البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل كما قال صلى الله عليه وسلم في السلم الى أجل معلوم واعلام الاجل يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الايام والشهود فأما ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد يكون مجهولاً وكذلك الحصاد فانه من أفعالنا وقد يتقدم أو أنه قد يتعجل الحر وقد يتأخر اذا أبطأ البرد والدياس وجذاذ النخل كذلك ورجوع الحاج فعله قد يتقدم وقد يتأخر . قال (فان أبطأ المشتري الاجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس جاز البيع) عندنا استحساناً . قال (زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز البيع لانه انعقد فاسداً وتصحيح العقد الفاسد في استقباله كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحاً بالاشهاد والنكاح الى أجل لا ينقلب صحيحاً باسقاط الاجل ودليل فساد العقد أن المبيع مضمون على المشتري بالقيمة لو هلك في يده وأن كل واحد منهما يتمكن من فسخ العقد بغير رضا صاحبه وان للبائع أن يسترده بزوائده المتصلة والمنفصلة ولكننا نقول المانع من صحة البيع زال قبل تفرده فيصح البيع كما لو باع فصاً في خاتم أو جذعاً في سقف ثم نزع وسامه الى المشتري البيع كان صحيحاً وتحقيق هذا الكلام ان نفس الاجل غير مفسد للبيع وانما المفسد جهالة وقت الحصاد وذلك غير موجود في الحال فالشتاء ليس زمان الحصاد بيقين ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله في الذكر ولا جله فسد العقد وهذا اتصال يمرض للفصل فاذا أسقطه مجيء أو ان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقي العقد صحيحاً كما في الجذع فانه عين مال متقوم ولكن لا اتصال بالسقف وللضرر في نزع كان لا يصح البيع فاذا نزع زال ذلك المعنى كذا هذا حتى لو جاءه زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله بتقرر الفساد وهذا بخلاف النكاح بغير شهود لان المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالاشهاد بعد العقد والنكاح الى أجل متعة والمتعة عقد آخر سوي النكاح وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس بأجل فالأجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه

فمرفنا انه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ولا جله فسد العقد وهذا بخلاف ما اذا باع بألف وربطل من خرفان ذلك العقد يتقاب صحيحا عندنا اذا اتفقا علي اسقاط الخمر نص عليه في آخر الصرف الا أن هناك لا ينفرد به البائع لانه تصرف في البدل فلا يتم الا بهما وهنا ينفرد به من له الاجل لانه خالص حقه فيستقط باسقاطه . قال (وان اشترى الى النيروز أو الى المهرجانه فهو فاسد) أيضا لانه ليس من آجال المسلمين ولا منهم لا يعرفون وقت ذلك عادة وان كان معلوما عند المتعاقدين فهو جائز بمنزلة الاهلة لان الشرط اعلام المتعاقدين الاجل بينهما وكذلك الى الميلاد قبل المراد وقت نتاج البهائم وذلك قد يتقدم وقد يتأخر بمنزلة الحصاد وقبل ولادة امرأة بعينها هي حبلى وقد يتقدم وقد يتأخر وقبل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عند المسلمين وكذا الى صوم النصارى لان المسلمين لا يعرفون وقت ذلك وقد يتقدم وقد يتأخر وكذا الى فطر النصارى قبل أن يشرعوا في صومهم لان ذلك قد يتقدم وقد يتأخر بحسب شروعهم في الصوم الا أن يكون ذلك معلوما عند المتعاقدين على وجه لا يتقدم ولا يتأخر وان اشتراه الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في الصوم جاز لان مدة صومهم معلومة بالايام فاذا شرعوا في الصوم صار وقت فطرهم معلوما . قال (واذا اشترى شيئا الى أجلين وتفرقا عن ذلك لم يجز) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشرطين في بيع وان ساومه على ذلك ثم قاطعه على احدهما وأمضى البيع عليه جاز ولا بأس بطيلسان كردي بطليسانين حواريين الى أجل لانهما جنسان باختلاف الصنعة والمقصود وكذا لا بأس بمسح موصلى بمسحين ساريين الى أجل وكذلك لا بأس بتعطيفة يمانية بتعطيفة كرديتين الى أجل وهذا مبنى على الاصل الذى بينا ان اختلاف الصنعة والمقصود تختلف باختلاف الجنس وان كان الاصل واحداً وحرمة النساء لا تثبت الا باعتبار أحد الوصفين والله أعلم

باب الاختلاف في البيوع

قال رحمه الله اذا اشترى سمنا أو غيره في زق فإيزنه ثم جاء بالزق ليرده فقال البائع ليس هذا بزق وقال المشتري بل هو زقك فالقول قول المشتري مع يمينه لان الزق امانة في يد المشتري والقول في تعيين الامانة قول الامين وان كان مضمونا في يده كان القول في تعيينه أيضا قوله كالمصوب ولان حقيقة الاختلاف بينهما في مقدار ما قبض من المقود

عليه فان ذلك يختلف باختلاف وزن الزق فالبايع يدعى الزيادة فعليه البيئة والمشتري منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه . قال (وان اشترى عبدين فقبض أحدهما ومات عنده ومات الآخر عند البائع ثم اختلفا في قيمة المقبوض وفي قيمة الآخر فالقول قول المشتري مع يمينه) لان حاصل اختلافهما في مقدار ما قبضه المشتري فالبايع يقول قبضت ثلثي المعقود عليه فان قيمة المقبوض ألف وقيمة الآخر خمس مائة والمشتري ينكر ذلك ويقول ما قبضت الا ثلث المعقود عليه فان قيمة المقبوض خمسمائة وقيمة الآخر ألف فالقول قول المشتري مع يمينه لانكاره القبض فيما زاد علي الثلث ألا ترى أنه لو اشترى كر حنطة فقبض بعضه وهلك الباقي عند البائع (فقال) المشتري قبضت منك ثلثه و (قال) البائع نصفه كان القول قول المشتري مع يمينه ولو كان المشتري قبض العبدین فمات أحدهما عنده وجاء بالآخر يردده بالعيب فاختلفا في قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه لان المشتري هنا قبض جميع المعقود عليه ثم وقع الاختلاف بينهما في مقدار ما رده بالعيب فالمشتري يدعى الزيادة فيه والبائع ينكره فكان القول قول المنكر مع يمينه يوضح الفرق نحن نعلم أن الثمن كله لم يقرر على المشتري وانما الاختلاف بينهما في مقدار ما يقرر من الثمن على المشتري فالبايع يدعى في ذلك زيادة والمشتري منكر ردهما اتفاقا ان جميع الثمن مقرر على المشتري بالقبض ثم الاختلاف بينهما في مقدار ما سقط عنه بالرد فالمشتري يدعى زيادة في ذلك والبائع منكر فكان القول قوله مع يمينه ويقسم الثمن على قيمة الذي يريد رده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع لان الانقسام على قيمة المبيع كما دخل في العقد ودخل في العقد غير معيب ولو أقاما جميعا البيئة على قيمة الميت أخذت بيئة البائع أيضا لانها مثبتة الزيادة في المشهود به وهو قيمة الميت والمثبت للزيادة من البيئتين يرجح . قال (واذا اختلف البائع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البائع أو المشتري فانهما يتحالفان ويتردان) استحسانا وفي القياس القول قول المشتري لانهما التفقا على أصل البيع وادعى البائع زيادة في حقه وهو الثمن والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تركنا القياس بالسنة والروى في الباب حديثان أحدهما حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) اذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بينهما فالقول ما يقوله البائع ويترادان (والثاني) حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان

مخالفا وترادا فالحديث صحيح مشهور فيترك كل قياس بمقابله وكان أبو حازم القاضي يقول ان
 كانت السلعة في يد البائع فالتحالف بطريق القياس لان كل واحد منهما يدعى حقا لنفسه على
 صاحبه فان البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري يدعى وجوب تسليم السلعة اليه عند أداء ما أقرب به
 من الثمن فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه قياسا وان كانت في يد المشتري فالتحالف
 بخلاف القياس لان المشتري لا يدعى لنفسه على البائع شيئا فان المبيع مسلم اليه باتفاقهما وكان
 أبو يوسف يقول أولا يبدأ يمين البائع وهو قول زفر واحدى الروایتين عن أبي حنيفة لان
 الشرع جعل القول قول البائع وهو يقتضى الاكتفاء بيمينه وان كان لا يكتفى بيمينه فلا
 أقل من أن يبدأ بيمينه ولان المقصود من الاستحلاف النكول وبنكوله تنقطع المنازعة
 بنفسه وبنكول المشتري لا تنقطع المنازعة ولكن يجبر على اداء ما ادعى من الثمن واليمين
 تقطع المنازعة فيبدأ بيمين من يكون نكوله أقرب الى قطع المنازعة ثم رجع فقال يبدأ بيمين
 المشتري وهو قول محمد واحدى الروایتين عن أبي حنيفة لانه أظهرهما انكارا واليمين
 على المنكر ولان أول التسليمين على المشتري وهو تسليم الثمن فأول اليمينين عليه ولهذا قلنا في
 بيع المقابضة الناضى يبدأ بيمين أيها شاء لانه لا يجب على أحدهما التسليم قبل صاحبه وأيهما
 نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل أو هو قائم مقام الاقرار وان حلفا جميعا
 مما ذكر في كتاب الدعوى ان في القياس يكون البيع بينهما بألف درهم لان الزيادة التي
 ادعاها البائع انتفت بيمين المشتري وقد تصادقا على صحة البيع بينهما فيقضى بالبيع بما وقع
 عليه الاتفاق من الثمن ولكننا تركنا القياس وقلنا يفسخ البيع بينهما بالسنة وهو قوله صلى
 الله عليه وسلم ویرادان والمراد رد العقد لا رد المقبوض لان ما يكون على ميزان التفاعل
 يقتضى وجوده من الجانبين وأحد البدلين غير مقبوض وقد ينافى السلم انه انما يفسخ العقد اذا
 حاب ذلك أحدهما وأيهما أقام البينة أوجب قبول بينته أما البائع فلانه مدعى حقيقة وقد أثبت
 الزيادة بالبينة وأما المشتري فلانه مدعى صورة لانه يدعى العقد بألف درهم والدعوى صورة
 تكفى لقبول البينة كالمودع اذا ادعى د الوديعة وأقام البينة وان أقام جميعا البينة فالبينة بينة البائع
 لما فيها من اثبات الزيادة. قال (وان كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن)
 فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى القول قول المشتري مع يمينه وعند محمد
 والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان ویرادان العقد لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا

المتبايعان وترادا ولا يمنعنا من الاستدلال لظاهر هذا الحديث الآخر من ظاهر قوله والسلعة قائمة بعينها لان ذلك مذكور علي سبيل التثنية أي تحالفا وان كانت السلعة قائمة لان عند ذلك يتأتى تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال ولا يتأتى ذلك بعد هلاك السلعة فاذا كان تحري التحالف مع امكان تميز الصادق من الكاذب فعند عدم الامكان أولى ولان التحالف عند قيام السلعة انما يصار اليه لان كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه فالبيع بألف غير البيع بالعين ألا ترى أن شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما باقامة البينة وجب قبول بينته فعرفنا أن كل واحد منهما يدعى عقداً ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهذا المعنى عند هلاك السلعة متحقق فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقابضة وهلك أحد البديلين ثم اختلفا أو قبل المبيع قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ثم اذا حلفا فقد اتفى كل واحد من الثمينين يمين المنكر منهما فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن يكون فاسداً والمقبوض بحكم عقد فاسد يجب رد عينه في حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والبائع هو المدعى والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين فاما المشتري لا يدعي لنفسه شيئاً على البائع لان المبيع مملوك له مسلم اليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال قيام السلعة أيضاً ولكننا تركناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور علي وجه الشرط لاعلى وجه البينة لان قوله اذا اختلفا المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة بعينها معطوف على الشرط فكان شرطاً لان موجب الاشتراط والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به الا ما كان في معناه وحال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه يفسخ العقد فيعود الى كل واحد منهما رأس ماله بعينه وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وهذا لان الفسخ لا يراد الا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه فات لا الى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة على المشتري والفسخ علي غير محله لا يتأتى بخلاف بيع المماضية فان أحد الموضوعين هناك قائم وهو معقود عليه ولهذا جاز

الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وكذلك اذا قبل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه ولا معنى لقوله ان كل واحد منهما يدعى عقداً آخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن الا ان الوكيل بالبيع بالف يبيع بالفين وان البيع بالف قد يصير بالفين بالزيادة في الثمن والبيع بالفين يصير بالف عند خط بعض الثمن واختلاف الشاهدين في مقدار الثمن انما يمنع قبول الشاهدة لا لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب أحدهما وقبوله بينة المشتري عند الانفراد لانه مدعي صورة لا معنى وذلك يكفي لقبول بينته ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه كالمودعي يدعى رد الوديعة فلا يتوجه اليمين على خصمه وان كانت بينته تقبل عليه والدليل عليه ان المشتري لو كان جارية حل للمشتري وطؤها ولو كان الاختلاف في الثمن موجبا لاختلاف العقد لما حل له وطؤها كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة ولهذا تبطل دعوى الفساد وهو قوله انهما اذا حلغا يبق العقد بلا ثمن لانه لو كان هكذا لما حل له وطؤها ولان القاضى انما يفسخ البيع عند طلب أحدهما وما لم يفسخ حل للمشتري وطؤها ولو فسد البيع بالتحالف لما حل له وطؤها ولما تأخر حكم الفسخ الي طلب أحدهما والحديث المطلق فيه ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد رد المأخوذ حسا وحقيقة فذلك يتأتى عند قيام السلعة وان كان المراد العقد فقد بينا ان الفسخ انما يتأتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد في حادثة واحدة في حكم واحد اذا ورد فالمطلق محمول على المقيد . قال (وان كان البائع قد مات واختلفت ورثة مع المشتري في الثمن فالقول قوله ورثة البائع) ان كان المبيع في أيديهم ويجرى التحالف بالاتفاق استحسانا لانهم قائمون مقام البائع حتى يطالبون بالثمن ويطالبون بتسليم المبيع وذلك بحكم العقد فاذا ثبت في حقهم عرفنا أنهم صاروا كالبايع وان كان المشتري قد قبض المبيع فالقول قوله مع يمينه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يتحالفان ويتردان وكذلك ان مات المشتري وبقى البائع فان كانت السلعة لم تقبض جرى التحالف استحسانا لان ورثة المشتري قاموا مقامه في وثوق العقد فانه ثبت لهم حق المطالبة بتسليم المبيع وان كانت السلعة مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله القول قول ورثة المشتري وعند محمد يتحالفان ويترادن وكذلك اذا ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الورثة في الثمن فان كانت السلعة

مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يتحالفان وعند محمد يتحالفان وان لم تكن مقبوضة يتحالفان بالاجماع وهذا بناء على الفصل الاول فان الوارث يخاف الميت كما ان القيمة تخلف العين فكما أثبت محمد رحمه الله حكم التحالف والفسخ عند هلاك السلعة باعتبار ما يخلفها وهي القيمة فكذلك أثبت حكم التحالف عند موت العاقدة باعتبار من يخلفه وهو الوارث اذا كانت السلعة قائمة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فرقا في الاصل بين هلاك السلعة قبل القبض الى ما يخلفها وهو القيمة بان قتل قبل القبض ثم اختلفا في الثمن وبين هلاكها بعد القبض في حكم التحالف فكذلك في موت العاقدة فرقا بين ما قبل القبض وبين ما بعده لان هذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص وصاحب الشرع اعتبر اختلاف المتبايعين وقيام السلعة فقبل القبض وارث البائع في معنى البائع حكما لانه مطالب بتسليم السلعة فيمكن اثبات حكم التحالف فيه بالنص فاما بعد القبض وارث البائع ليس ببائع حقيقة ولا حكما فلم يكن هذا في معنى المنصوص عليه فيؤخذ فيه بالقياس وكذلك وارث المشتري على هذا ولا يقال الوارث يقوم مقام المورث في الاقالة والرد بالعيب فكذلك في الفسخ بالتحالف لان صحة ذلك منه باعتبار الخلافة في الملك لاني العقد ألا ترى ان الموكل يملك الاقالة والرد بالعيب باعتبار الملك وان لم يكن هو عاقداً حقيقة ولا حكما . قال (وان كانت السلعة في يد المشتري وقد ازدادت خيراً ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يتحالفان فيفسخ العقد على العين لان الزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات عند محمد ولهذا قال لا يمنع بنصف الصداق في الطلاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة تمنع الفسخ كما تمنع بنصف الصداق عندهما واذا تعذر الفسخ امتنع التحالف لانه لا يفسخ العقد الا فيما ورد عليه العقد والزيادة الحادثة بعد القبض لم يرد عليها العقد ولا القبض المستحق بالعقد فلا يمكن فسخ العقد فيها فيمنع الفسخ في الاصل لاجلها كالموهوبة اذا زادت في بدنها خيراً لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك لهذا المعنى انه تعذر فسخ العقد عليه بهلا كه العبد في الزيادة فيتعذر في الاصل لان الزيادة لا تنفصل عن الاصل وعند محمد تعذر الفسخ في جميع العقود عليه بهلا كما لا يمنع التحالف في البعض اولى وقد ذكر في المأذون أنهما لو تبايعا عند الجارية وقبض الجارية وازدادت في بدنها هلك العبد قبل القبض أو وجد به المشتري عيباً فرده فانه يسترد الجارية بزيادتها فهو

دليل محمد في ان الزيادة المتصلة لا تمنع الفسخ عن العين وقيل هو قول محمد خاصة وبعد التسليم الفرق بينهما ان هناك سبب الفسخ قد تقرر وهو هلاك العين قبل القبض أو رده بالعيب وتقرر السبب يثبت الحكم ضرورة في محله وهو أصل الجارية ومن ضرورة ثبوت حكم الفسخ فيها ثبوته في الزيادة لان الزيادة المتصلة بيع محض وثبوت الحكم في البيع بثبوته في الاصل وهنا سبب الفسخ التحالف ولم يقرر لما يبدآن هذا ليس في معنى المنصوص من كل وجه فيمتنع التحالف بطريق القياس فيه ومن ضرورته أن يجعل القول قول المشتري مع يمينه . قال (وان كانت الزيادة المتصلة غير متولدة في الاصل كالضبع في الثوب والسمن في السويق) فكذلك الجواب في حكم التحالف إنه على الاختلاف الا أن عند محمد يفسخ العقد على القيمة هنا أو المثل لان هذه الزيادة ليست من عين المعقود عليه فلا يثبت فيها حكم العقد . قال (وان كانت الزيادة منفصلة فإن كانت متولدة من العين كالجارية اذا ولدت أو جنى عليها فأخذ المشتري أرشها فحكم التحالف على الاختلاف الذي قلنا) إلا ان عند محمد يفسخ العقد على القيمة لان الزيادة المنفصلة المتولدة من العين تمنع الفسخ بالرد في العيب عنده فكذلك بالتحالف فتكون الجارية كالمالكة وعند الشافعي رضي الله عنه الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب فلا تمنع فسخ العقد على العين بالتحالف ولكنها ترد ويسلم الولد للمشتري وان كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة كالكسب والعلّة فانها لا تمنع التحالف وفسخ العقد على العين بالاتفاق كما لا يمنع الفسخ بالاقالة والرد بالعيب وان انتقصت السلعة عند المشتري بعيب دخلها فالقول قول المشتري أيضاً لا أن يرضي البائع أن يأخذها ناقصة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لان حدوث العيب في يد المشتري يمنع الرد بالعيب والاقالة الا أن يرضي به البائع فكذلك البيع انفسخ بالتحالف وعند محمد يتحالف ان ثم يفسخ العقد على الغير ان رضي به البائع وان أبي فعلى المشتري رد القيمة كما لو كانت هالكة . قال (وان اختلفا في الثمن وقد خرجت السلعة من ملك المشتري فهو على الخلاف) الذي بينا فيما اذا هلكت السلعة وكذلك ان كانت قد رجعت اليه لوجه غير الذي خرجت به من يده لان هذا ملك حاد فاختلاف أسباب الملك كاختلاف الاعيان فكما لا يجري التحالف باعتبار رجوع عين آخر اليه فكذلك باعتبار رجوع هذه العين بسبب مستقل . قال (وان كان البائع باعها من رجلين فباع أحدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري) الذي باع نصيبه لزوال ملكه

المستفاد من جهة البائع ويجعل في حقه كأنهما باعا ويتحالفان على حصة الآخر لقيام ملكه في النصف الذي استفاده من جهة البائع وقيل هذا قول أبي يوسف فاما عند أبي حنيفة لا يجري التحالف الا أن يرضى البائع لان أصله ان تعذر الرد في نصيب أحدهما يمنع الفسخ في نصيب الآخر بسبب العيب أو الخيار على ما بينه في باب ان شاء الله تعالى فيكون القول قولها في الكل الا أن يرضى البائع به فيثبت التحالفان على حصة الآخر وعند محمد التحالف يجري في الكل ثم في حصة الذي باع يفسخ العقد على القيمة وفي حصة الذي لم يبع يفسخ العقد على العين . قال (واذا اختلفا البائع والمشتري في الاجل فالقول قول البائع ولا يتحالفان) عندنا و(قال) زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال في المالية ولكننا نقول اختلفا في مدة ملحقه بالعقد شرطاً فيكون القول قول من ينكرها ولا يجري التحالف كما لو اختلفا في خيار الشرط وهذا لان حكم التحالف عرف بالنص وانما ورد النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلم يكن في معنى المنصوص فأخذنا فيه بالقياس وجعلنا القول قول البائع سواء أنكر زيادة الأجل أو أنكر أصل الأجل وفرق بين هذا وبين الأجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعى الأجل عند أبي حنيفة وهنا القول قول من ينكر الاجل من قبل ان هناك الاجل من شرائط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار به وبما هو من شرائط العقد فاذا أنكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الاقرار بعد ما أقر به فلا يصدق فأما هنا الاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لان العقد يقتضى أيضا الثمن والمعقود عليه في المجاس فالمشتري يدعى عليه التأخير وهو منكر فكان القول قول المنكر . قال (وان اتفقا على الاجل واختلفا في نصيبه فالقول قول المشتري) لان الاجل حقه وهو منكر استيفاء حقه . قال (وان قال البائع بعثك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعثتها مع هذا الوصيف بخمسين ديناراً وأقاما البينة فهما جميعاً للمشتري) بمائة دينار وتقبل البيتان جميعاً ويقضى بالعقدين لان كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فيينة كل واحد منهما على ما أثبتت من الزيادة في حقه مقبولة وقيل هذا قول أبي حنيفة الآخر فأما في قوله الاول وهو قول زفر يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين ديناراً اذا استوت قيمتهما وقد قررنا هذا في نظير هذه المسئلة في شرح الاجارات . قال (ولو قال البائع بعثك هذه الجارية لبعثك هذا وقال المشتري اشتريتها

منك بمائة دينار واقاما البينة لزمه البيع بالعبد وتقبل بيته البائع دون المشتري) لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقها وانما الاختلاف في حق البائع فينته على حقه اولى بالقبول ولانه ثبت بيته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبيئات للايات لا للنفي . قال (واذا اشترى عبدا بثوين وتقابضتم استحق العبد او وجد به عيبا فرده وقد هلك أحد الثوين فانه يأخذ الباقي وقيمة الهالك) لان العقد انفسح باستحقاق العبد او رده بالعيب فعلى قابض الثوين ردهما لانه قبضهما بحكم العقد وهو في القائم فيهما القادر على رد العين وفي الهالك عاجز عن رد العين فيلزمه رد قيمته وكذلك لو هلكا فعليه رد قيمتهما لانه تعذر رد العين مع تقرر السبب الموجب للرد فتجب القيمة كالمقصوب والقول في القيمة قول الذي كانا في يديه لان القيمة دين في ذمته فالقول في بيان مقداره قوله . قال (ولو كان الثمن جارية فولدت من غير السيد ثم استحق العبد كان لصاحب الجارية ان يأخذها وولدها) لان باستحقاق العبد يبطل العقد من الاصل فتكون الجارية في يد القابض بمنزلة المقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بزوائدها وان كان قد دخلها عيب ينقصها أخذ معها النقصان أيضا كما في المشتراة شراء فاسدا وهذا لانها مضمونة بالقبض والاصناف تضمن بالتناول . قال (ولو كان الذي الجارية في يده أعتقها نفذ عتقه فيها) لانها مملوكة له فان بدل المستحق مملوك عند القبض بمنزلة المشتراة شراء فاسدا وعليه رد قيمتها مع الولد ان كانت ولده قبل العتق لتعذر رد عينها بنفوذ العتق فيها . قال (ولو وجد العبد حرا كان عتق البائع في الجارية باطلا لان بدل الحر لا يملك بالعقد) فان الحر ليس بمال والبيع مبادلة مال بمال فعند انعدام المالية في أحد البدلين لا ينعقد البيع أصلا وبدون انعقاد البيع لا يثبت الملك بالقبض كما في المشتراة بمئة أو دم . قال (ولو اشترى العبد بثوين وقبض العبد ثم هلك الثوبان قبل أن يقبضهما فعليه رد العبد) لفساد العقد بفوات القبض المستحق بالعقد فان أعتقه أو باعه قبل هلاك الثوين أو بعده قبل أن يقضي القاضي بينهما بشيء فهو جائز لانه أعتق ملكه أما قبل هلاك الثوين فلا اشكال وبعد هلاكما وانفسد العقد فقد بقي الملك بقاء القبض لانفساد العقد لا يمنع ثبوت الملك بالقبض ابتداء فلا يمنع بقاءه بطريق الاولي ثم عليه قيمته لتعذر رد العين بعد ما فسد السبب فيه ولو تقابضتم استحق أحد الثوين فقال الذي كان عنده الثوبان استحق اعلامهما ثمنا وقال الذي باعهما بل استحق أرخصهما ثمنا فالقول قول المشتري في الثوين مع يمينه لانهما صادقا

علي انه لم يسلم لبائع الثوبين جميع العبد حين استحق أحد الثوبين وانما الاختلاف بينهما في مقدار ما ثبت لبائع الثوبين من العبد وهو يدعي زيادة في ذلك فعليه أن يثبتها بالبينة وان لم يكن لها بينة فالتقول قول المنكر مع يمينه . قال (وان قال البائع بعث منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم وقال المشتري بل هذه الجارية بخمسين ديناراً فهنا كل واحد منهما مدعي ومنكر حقيقة) لانه يدعي كل واحد منهما العقد في عين آخر فيحلف كل واحد منهما علي دعوى صاحبه وان أقام البينة قضي بالبيع فيها جميعاً بألف وخمسين ديناراً وقد بينا هذا في باب السلم وان قال المشتري ابتعت منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم وتقدت الثمن وقال البائع ما بعثك هذا العبد انما بعثك جارية بهذه الالف وقبضت الثمن ودفعتها اليك فكل واحد منهما يحلف علي دعوى صاحبه فان حلف البائع رد عليه العبد لان العقد قد اتق يمينه فيه وقد أقر ذو اليد انه كان مملوكاً له في الاصل واذا حلف الذي كان في يديه العبد ما اشترى الجارية فعلي بائعها رد الالف عليه وان قامت لها بينة قضي بالبئنتين وعلي المشتري أداء ألف أخرى . قال (رجل اشترى عدل زطي وأقر انه زطي ولم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك يردده فقال وجدته كرايس لم يصدق والثن له لازم) لانه مناقض في دعواه والمناقض لا قول له ولان بسبب خيار الرؤية انما يتمكن من الفسخ اذا حضر المعقود عليه والذي أحضره كرايس والمعقود عليه زطي يزعمه فلا يتمكن من فسخ العقد علي غير المعقود عليه بخيار الرؤية وان قال لا أدري أزطي هوام لا ولكني أخذته علي قولك فانظر ثم جاء يردده فقال وجدته كرايس كان . صدقاً في ذلك مع يمينه لان المشتري ينفرد بفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط واذا انفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط بقي المقبوض في يده ملك البائع فالتقول قوله في تعيينه ضامناً كان أو أميناً وهذا لانه غير مناقض في كلامه هنا بل منكر لقبض الزطي فالتقول قوله مع يمينه وفي الاول هو مناقض في كلامه لانه أقر بقبض المعقود عليه وهو الزطي فلا يقبل منه قوله بخلاف قوله ذلك . قال (ولو اشترى ثوباً فقال البائع هو هروى وقال المشتري لا أدري وقد رآه ولكني أخذته علي ما يقول ثم جاء يردده وقال وجدته يهودي بالم يصدق) لانه كان قد رأى المعقود عليه فليس له فيه خيار الرؤية بعد ذلك بقي دعواه حق الرد لنفسه علي البائع في هذه العين والبائع منكر لذلك فلا يقبل قوله كما ادعى المشتري العيب بالمعقود عليه الابحجة . قال (واذا نظر الي العدل مطويًا ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يردده الا بعيب) لانه

قد رأى طرفاً من كل ثوب ورؤية جزء من المعقود عليه كروية الكل في اسقاط خيار الرؤية
 الا أن يكون في طي الثوب ما هو مقصود كالطراز والعلم فينثند لا يسقط خياره ما لم يرد ذلك
 الموضوع لان مالية المعقود عليه تختلف باختلاف المقصود والمقصود بالرؤية العلم بمقدار المالية
 . قال (واذا اشترى خادمة على أنها خراسانية فوجدتها سندية كان له أن يردّها فهذا بمنزلة هذا
 العيب فيها) لان العيب جنس واحد لا اتحاد الاصل وتقارب المقصود الا أن الخراسانيات
 أكثر مالية من السنديات فانما فوات زيادة صفة مشروطة وذلك بمنزلة العيب في اثبات حق
 الرد كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسن ذلك العمل والله أعلم بالصواب

- باب الخيار في البيع -

قال رحمه الله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فهو
 يؤخر النظرين ثلاثة أيام) وفي رواية يخير النظرين ففيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع
 والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي الى شرط الخيار
 والمحفلة التي اجتمع اللبن في ضرعها والمحفل هو المجمع واجتماع اللبنين في ضرعها قد يكون
 لغزارة اللبن وقد يكون بتحصيل البائع بان يسد ضرعها حتى يجتمع اللبن في ضرعها فلا يتبين
 احدهما عن الآخر للمشتري الا بالنظر مدة وذلك ثلاثة أيام لانه اذا حلبها في اليوم الاول
 لا يتبين له شيء وكذلك في اليوم الثاني فلعل النقصان تعارض فاذا حلبها في اليوم الثالث وكان
 مثل اليوم الثاني علم أن لبها هذا القدر وأن الزيادة في اليوم الاول كان للتحفيل فيحتاج الى أن
 يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الغرور به عن نفسه فجوز له الشرع ذلك وجعله
 يؤخر النظرين ثلاثة أيام وأما اذا اشترىها بغير شرط خيار فليس له أن يردّها بسبب التحفيل
 عندنا و(قال) الشافعي رحمه الله له أن يردّها ويرد معها صاعاً من تمر لاجل اللبن وكذلك لو
 اشترى ناقة فوجدها مصراة وهي التي سد البائع ضرعها حتى اجتمع اللبن فيه فصار ضرعها
 كالصراة وهي (الحوض) فليس له أن يردّها والتصرية ليست بعيب عندنا و(قال) الشافعي رحمه
 الله له أن يردّها بسبب التصرية والتحفيل وكذلك لو سود أنامل العبد حتى ظنه المشتري
 كاتباً أو ألبسه ثياب الخبارين حتى ظنه خبازاً وعن أبي يوسف في الشاة المحفلة أخذ
 بالحديث وأقول يردّها وفيما سوى ذلك أخذنا بالقياس واستدل الشافعي بالحديث وهو

حديث صحيح مشهور وعن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
(قال) من اشترى شاة محفلة فهو يؤخر النظرين الى ثلاثة أيام ان رضىها أمسكها وان
سخطها ردها ورد معها صاعاً من تمر وبعد ما صح الحديث فكل قياس متروك بتقابلته مع
أن الحديث موافق للاصول لانه أثبت الخيار لغرور كان من البائع والتدليس والغرور
يثبت للمشتري حق الرجوع كما لو اشترى صبرة حنطة فوجد في وسطها دكاناً أو اشترى
قفة من التمر فوجد في أسفلها حشيشاً ثم ذكر الأيام الثلاثة ليس للتوقيت في خيار العيب بل
ليبان المدة التي يظهر فيها العيب وأما رد التمر لمكان اللبن فلان ما كان موجوداً عند العقد
من اللبن قد أتلفه المشتري أو فسد في يده ولا يعلم مقداره ليرد مثله فأمره برد التمر مكانه
للتحرز عن الربا فالقوت فيهم كان هو التمر واللبن فلماذا أقام أحدهما مقام الآخر واكثر
ما فيه ان هذا مخالف للقياس فيجعل كالمسكوت عنه فيبقى أول الحديث معمولاً به واختلف
أصحاب الشافعي فيما اذا سقى الدابة وعلفها حتى ظنها المشتري حاملاً فبهم من يقول له حق
الرد اذا تبين أنها ليست بحامل للتدليس والغرور ومنهم من يقول ليس له حق الرد هنا
لان اكتساب سبب هذا الغرور يجعل كالشرط فيما يجوز اشتراطه وشرط الحبل في بيع
الدابة لا يجوز فلا يجعل ذلك كالمشروط وأما شرط كون الناقة لبونا والعبد كاتباً أو خبازاً
يجوز فيجعل البائع انما اكتسب من السبب كالشارط ذلك للمشتري وحجتنا في ذلك ان
مطلق البيع يقتضى سلامة المبيع وبقلة اللبن لا تنعدم صفة السلامة لان اللبن ثمرة وبعدها لا
تنعدم صفة السلامة فبقلة أولي واذا ثبت صفة السلامة انتفى العيب ضرورة ولا يجوز أن
يثبت الخيار للغرور لان المشتري مفتر لا مغرور فان ظنها عزيزة اللبن بالبناء على شيء
مثبتة فان انتفخ الضرع قد يكون بكثرة اللبن في الضرع وقد يكون بالتخفيف وعلى ما ظهر
من عادات الناس احتمال التخفيف فيه أظهر فيكون هو مفترأ في تباطئه على المحتمل والمحمّل
لا يكون حجة وقد كان متمكناً من أن يسأل البائع ليبنى على النص الذي سمع منه فحين
لم يفعل كان مفترأ واثن كان مغروراً فلا يمكن أن يجعل هذا الشرط غزارة اللبن عندنا لان
اشتراط ذلك مفسد للبيع كشرط الحمل فاكثر ما في الباب أن يجعل ذلك بمنزلة جبر يجبره
البائع أنها عزيزة اللبن من غير أن يجعل ذلك مشروطاً في العقد والغرور بالخبر لا يثبت
حق الرجوع على الغار كمن أخبر انساناً بأمن الطريق فسلطها فأخذ اللصوص متاعه وانما

يثبت للمغرور حق الرجوع اذا كان مشروطا في عقد الضمان ولم يوجد ذلك بخلاف الصبرة
فقد شرط له أن جميع الصبرة حنطة وان جميع ما في القفة غيب فاذا وجده بخلاف ما شرط
كان له حق الرد لذلك فأما الحديث (قلنا) من مذهبنا انه انما يقبل من أحاديث أبي هريرة
رضي الله تعالى عنه مالا يخالف القياس فأما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه
لانه ظهر تساهله في باب الرواية وقدرد ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ببعض رواياته
بالقياس نحو حديث الوضوء من حمل الجنابة فقال أيلزمننا الوضوء عن حمل عيدان يابسة
ونحو الوضوء مما مسته النار حيث (قال) لو توضأت بما سخن كنت أتوضأ منه وهذا
الحديث مخالف للكتاب والسنة والاصول من وجوه (أحدهما) ان ضمان المتلفات يتقدر بالمثل
بالكتاب والسنة وفيما لا مثل له بالقيمة فان كان اللبن من ذوات الامثال فالواجب المثل
والقول قول من عليه في بيان المقدار وان لم يكن من ذوات الامثال فالواجب هو القيمة
فاما ايجاب التمر مكان اللبن مخالف لما ثبت بالكتاب والسنة وفيه تسوية بين قليل اللبن
وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للاصول لان الاصل انه اذا قل المتلف قل الضمان
واذا كثر المتلف كثر الضمان وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبن أو كثر وهو مخالف
للاصول من وجه آخر من حيث ان فيه توقيت خيار العيب فوجب رده لذلك ثم يحمله
عن تأويل وان بعد للتحرز عن الرد فنقول يحتمل انه اشتراها على أنها عزيزة اللبن فكان
العقد فاسداً بالشرط فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بردها مع ما حلب من لبنها لان
المشترأة شراء فاسداً ترد بزوائدها وقد كان المشتري أكل اللبن فدعاها الى الصلح ورد
مكان اللبن صاعاً من تمر بطريق الصلح فظن الراوي أنه أزمه ذلك وقد يقع مثل هذا لمن
قل فهمه من الرواة ولهذا لم يرو الحديث أحد من كبار الصحابة المشهورين بالفقه رضوان
الله تعالى عليهم. قال (وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلاً من الانصار
بالخيار في كل بيع يشتره بثلاثة أيام) واسم هذا الرجل حبان ابن منقذ وأبوه منقذ بن عمر
فالاختلاف في اسمه روى الحديث باللفظ الذي ذكرنا وقد كان يعين في البياعات للمأومة
أصابته رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلا به ولي الخيار
ثلاثة أيام وكان ألتغ باللام فكان يقول لاحزابه فقي الحديث دليل جواز البيع مع شرط
الخيار والقياس يأبي ذلك لان شرط الخيار تعلق العقد وعمود المعاوضات لا تحتمل التطبيق

ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث
ولحاجة الناس الى ذلك * فالبيع عقد معاينة والمقصود به الاسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك
الا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه ليحتاج لاجل ذلك الى شرط الخيار فاذا كان
يجوز لبعض العقود لحاجة الناس كالأجارة ونحوها فشرط الخيار في العقد أولى ثم أصل
العقد لا يتعلق بالشرط لان الخيار صفة في العقد يقال بيع بات وبيع بخيار وبالصفة لا يتعلق
أصل الموصوف وانما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط لان الشرط
لا يخلو السبب عن الحكم الا ان يتصل الحكم به فتد يجوز أن يتأخر الحكم عنه
لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الاجل ثم خيار الشرط يتقدر بثلاثة أيام وما
دونها ولا يجوز اكثر من ذلك في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقد (قال) أبو
يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وابن أبي ليلا يجوز اذا كانت المدة معلومة طالت
أوقصرت لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فاذا شرط الخيار شهراً أو جب
الوفاء به لظاهر الحديث وعن عمر رضى الله تعالى عنه انه أجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين
والمعنى فيه أن هذا مدة ملحقه بالعقد شرطاً فلا تتقدر بالثلث كالأجل وهذا لان ما زاد على
الثلث كالثلث في المعنى الذى لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار العيب
والرؤية أو بنفس هذا العقد على عقد الكفالة فكما يجوز اشتراط الخيار هناك أكثر من
ثلاثة أيام فكذلك يجوز هنا وأبو حنيفة استدلل بالحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم قدر
الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعى إما أن يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا
التقدير ليس لمنع النقصان فاشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فمرقسنا أنه لمنع الزيادة اذ لو منع
الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وما نص عليه صاحب الشرع من التقدير لا يجوز اخلاؤه عن
الفائدة لانه ما كان بخارق في بيان الاحكام ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى الفرر وزيادة
المدة يزداد الفرر وقد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلاً وهو قياس
يسده الأثر لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الفرر الا أن تركنا القياس في مدة الثلاثة
لو ردد الأثر فيه وجواز العقد مع القليل من الفرر لا يدل على الجواز عند كثرة الفرر وبه
فارق الطفالة لانهما تحتل الفرر والخطر ألا ترى انه يجوز تعليق أصل الطفالة بان يقول مالك
على فلان فهو على وبه فارق خيار العيب والرؤية لانه لا يتمكن الفرر بسببه وفي حديث عمر

رضى الله تعالى عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد خيار الرؤية والعيب وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين وكما أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) المسلمون عند شروطهم فقد (قال) أيضاً كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ثم جواز شرط الخيار لحاجة وهذه الحاجة ترفع بثلاثة أيام فقيماً رآه الحاجة وإن شرط الخيار أربعة أيام فسد البيع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى فإن أسقط من له الخيار خياره قبل مجيء اليوم الرابع صح العقد عند أبي حنيفة ولم يصح عند زفر وهو بناء على ما بيننا من الشراء بثمن إلى الحصاد وهذا لأن شرط الخيار غير مفسد للعقد وإنما المفسد وصل الخيار في اليوم الرابع بالأيام الثلاثة وهو يعرض الفصل الخيار في اليوم الرابع بالأيام الثلاثة وهو يعرض الفصل قبل مجيء اليوم الرابع فإذا فصل بالاستقاط صار كأن لم يكن فأما إذا جاء اليوم الرابع قبل اسقاط الخيار فقد تقرر الفساد باتصال جزء من اليوم الرابع بالأيام الثلاثة على وجه لا يقبل الفصل لأن عمل الاستقاط فيما بقي لا فيما مضى فهذا يتقرر الفساد به . قال (وإن كان الخيار للمشتري ثلاثة أيام فمات قبل أن يختار فقد انقطع خياره ولزم البيع) وكذلك إن كان الخيار للبائع فمات البائع أو كان الخيار لهما جميعاً فماتاً فقد لزم البيع وأجمعوا أنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق ولا يورث خيار الشرط عندنا و(قال) الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار لأن هذا حق لازم ثبت في عتدبيع فيخالف الوارث فيه المورث كما في ملك المبيع والتمن وحق الكفالة والرهن بخلاف خيار القبول فإنه غير لازم ولا ثابت في بيع منعقد وبخلاف الاجل فإنه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الارث فيما ينتفع به الوارث أو المورث ولا منفعة لواحد منهما في ابقاء الاجل فإن ذمة الميت مرتبة بالدين ما لم يقض عنه فلا ينسب يد الوارث في التركة لقيام الدين على المورث فأما في توريث الخيار فيه منفعة للوارث وللمورث جميعاً فإن الضرر والعين يدفع به وربما يقولون هذا خيار ثابت في عين مبيعة فيخالف الوارث المورث فيه كخيار العيب ولأن البدل الذي من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقي خياره والوارث يخالف المورث فيما كان مملوكاً له فإذا كان الملك باقياً للبائع في المبيع إلى وقت موته انتقل إلى وارثه ولا يبطل العقد بهذا الانتقال فمن ضرورة انتقال الملك إلى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار إليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه وحجتنا ما (قال) في الكتاب أن البيع منعقد مع الخيار وقد كان الخيار مشيئته

في رده ولا يتحول بالموت مشيئته الى غيره لان ارادته ومشيئته صفة فلا يحتمل الانتقال منه الى غيره وانما يورث ما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل الانتقال الى الوارث لا يورث كملكه في منكوحته وأم ولده وكذلك العقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في الملك لافي العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة* ألا ترى أن اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعقد هو الوكيل دون الموكل وانما يخلفه في الملك الباقي بعد موته ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشتري ووارث البائع لا يخلفه في ملك العين وهذا لان البيع سبب موجب للملك والخيار مانع فاذا سقط صار كأن لم يكن ولهذا ملك المشتري المعقود عليه بزوائده المتصلة والمنفصلة فاما خيار العيب لا يقول بانه يورث ولكن سبب لخيار يتقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك جزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء* ألا ترى أن الخيار قد يثبت ابتداء للوارث وان لم يكن ثابتا للمورث بأن يتغيب المبيع في يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث ولا يمكن التورث له فيه ولان الشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه لان الخيار يشترط للفسخ لا للاجازة وهو مالك للفسخ في حق نفسه بدون شرط الخيار فانما يشترط الخيار لفسخ العقد في حق صاحبه والمسلط على التصرف في حق الغير لا يقوم وارثه مقامه بعد موته كالوكيل بالبيع اذا مات بخلاف خيار العيب فالقصد هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ما هو المستحق بالعقد حتى اذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة البيع من الثمن والوارث يخاف المورث فيما هو مال ولان هذه مدة ملحقة بالعقد شرطاً فلا تبقى بعد موت من هي له كالأجل فانه حق لمن عليه الدين قبل من له الدين فيبطل لموته ولا معنى لقوله بأن الاجل صفة الدين لان الدين حق المطالب والاجل حق المطلوب فكيف يكون صفة للدين وفي ابقاء الاجل فائدة فربما لا يكون في تركته ما بديه ثم يصير عند حلول الاجل فيها وفاء بالدين يتم بغير السعر أو يتصرف الوارث في التركة لانه انما لا يبسط في التركة يده اذا حل الاجل فاما اذا بقي الاجل قام الوارث مقام المورث في

التصرف في التركة ومع هذا لم يبق الاجل فكذلك الخيار وكذلك اذا سكت من له الخيار حتى مضت الثلاثة أو ذهب عقله أو أغمى عليه أو ارتد فقتل أو مات لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار وقد تقرر ذلك بتضي المدة فلزم البيع وهذا لان الخيار المؤقت لا يبقى بعد مضي الوقت والبيع في الاصل لازم وانما الخيار كان مانعاً من اللزوم فأبى وجه سقط صار كأن لم يكن . قال وان كان الخيار للمشتري فهلكت السلعة في يده لزمه الثمن وانقطع الخيار لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك فانها قد تعينت بذلك وليس له أن يردّها بحكم الخيار الا كما قبضها فاذا عجز عن ذلك سقط خياره وتم البيع وتقرر عليه الثمن لكونه قابضاً للمبيع وكذلك ان أصاب السلعة عيب عند دفعه أو بفعل أجنبي أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع بنفسه لانه عجز عن رده كما قبض بأبى وجه تيب عنده يسقط خياره وكذلك ان كانت جارية فوطئها لان الوطئ لا يحل الا في ملك مستقر فاقدامه علي ووطئها من أدل الدلائل على الرضا باستقرار ملكه فيها وذلك لا يكون الا بعد سقوط الخيار وكذلك ان عرضها البيع لانه انما يعرضها علي للبيع ليبيعها والبيع تصرف منه بحكم الملك ولا يكون ذلك الا بعد اسقاط الخيار ورضاه يقرر ملكه فيها وكذلك لو قال قد رضيتها لانه بالرضى يسقط حقه في الرد ولا يلزم البائع شيء فالمبيع لازم في جانب البائع وهو راض بتماه ولو لم يكن شيء من ذلك ولكنه اختار ردها علي البائع بغير محضر منه فليس ذلك بشيء وله أن يرضى بعد ذلك ما لم يعلم البائع بفسخه في الايام الثلاثة فان علم بعد ذلك تم الفسخ وليس للمشتري أن يرضى به بعد ذلك وان لم يعلم بفسخه حتى مضت الايام الثلاثة بطل ذلك الفسخ وتم البيع في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال رده جائز بغير محضر من البائع وبغير علمه لان تصرفه يلاقى خالص حقه فيكون نافذاً كالزوج اذا طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها والمعتقة اذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحاً وبيان الوصف ان الخيار خالص حق من له الخيار ولهذا لا يشترط رضا الآخر في تصرف من له الخيار بحكم الخيار فكذلك لا يشترط حضوره واعتبر الفسخ بالا جازة وتقرير كلامه من وجهين (أحدهما) أن المشروط له الخيار مسلط علي الفسخ من جهة صاحبه والمسلط علي التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل (والثاني) أن الخيار شرط يدفع به الضرر عن نفسه فلو لم يكن متمكناً من الفسخ بغير

محضر من صاحبه يفوت مقصوده لان الآخر يخفى شخصه حتى تضي مدة الخيار فلزمه العقد
 شاء أو أبى ولماذا سقط اعتبار رضاه فكذلك يسقط اعتبار حضوره وهذا بخلاف خيار العيب
 فانه غير وقت فلو شرطنا حضور البائع فيه للفسخ لا يتضرر به المشتري من حيث سقوط
 خياره بمضي المدة ثم هناك المشتري غير مساط على الفسخ وانما له حق المطالبة بتسليم الجزء
 الفاتت فاذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه الا بمحضر منه وأبو
 حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (قالا) انه بالفسخ يلزم غيره حقا فلا يبطل تصرفه في حق
 ذلك الغير ما لم يعلم به كالموكل اذا عزل الوكيل حال غيبة لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم
 يعلم به وبيان الوصف أن العقد منقذ مع الخيار وبالفسخ ارتفع الانقضاء في حق الآخر
 وحكم الفسخ ضد حكم العقد فعرفنا ان تصرفه يلزمه غيره حقا وتأثيره أنه لا يتمكن صاحبه
 من العمل بموجب الفسخ اذا لم يعلم به ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب ما لم يعلم به
 كما في خطاب الشرع بقرره أن البائع لا يطلب لسلمته مشريا آخر بناء على ان البيع قد تم
 بمضي المدة فاذا جاء المشتري بعد ذلك فاخبره انه كان فسخ العقد فلو ثبت حكم الفسخ في
 حقه لتضرر البائع به وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري واذا لم يثبت حكم الفسخ قبل
 علمه في حقه فالمشتري وان تضرر ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة البائع بل امجز
 المشتري عن اتحاد شرط صحة الفسخ وهو بمنزلة خيار الرد بالعيب قبل القبض وهذا بخلاف
 الاجارة فانه لا يلزم البائع باجارته شيء وهو نظير الرضي بالعيب من المشتري فانه يصح
 بغير علم البائع لانه لا يلزمه شيء ولان العقد بشرط الخيار يصير غير لازم في حق من
 له الخيار فيلتحق بالعقود التي هي غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو
 لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من صاحبه وان كان يملك فسخها بغير رضا صاحبه
 وهو تقرير هذا الكلام من وجهين (أحدهما) أن تصرف الشروط له الخيار لا ينقذ في
 حق صاحبه بتسليطه اياه على ذلك وكيف يقال هو مساط على الفسخ من جهة صاحبه
 وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن انما يتمكن من الفسخ لان العقد غير لازم في حقه
 وبانعدام صفة الزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن انما يتمكن من الفسخ
 بغير علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف
 بغير علم الموكل لان الوكيل مسيطر على التصرف من جهة الموكل بتسليطه اياه على التصرف

فوق علمه به . يوضحه ان اشتراط الخيار في العقود التي هي غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لا يجوز ولو كان اشتراط الخيار ليمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه يصح في هذه العقود لكونه محتاجا اليه . فحيث لم يصح عرفنا أن موجب الخيار دفع صفة اللزوم فيسقط . وایس هذا كالطلاق فان الزوج باقاع الطلاق لا يلزمها شيء ، انما يرفع الحل الثابت له وكذلك في الرجعة لا يلزمها شيء لان النكاح باق بعد الطلاق الرجعي علي حاله وقيل في خيار المتقة ان فسخها لا ينفذ الا بمحضر من الزوج فلا يسلم علي هذا وبعد التسليم هناك ثبوت الخيار لدفع زيادة الملك لان ملك الزوج يزداد بحرمتها ودفعها زيادة الملك يكون امتناعا من الالتزام لا الزام الغير شيئا ولا يمكن من الامتناع من هذا الالتزام الا برفع أصل النكاح فثبت لها ولاية رفع النكاح لضرورة حاجتها الي دفع الزيادة عن نفسها ويوضحه انها مسيطرة بتخير الشرع اياها بقوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فيجعل كأن الزوج خيرها فلها هذا صبح اختيارها بغير محضر منه وهنا من له الخيار غير مسلط علي الفسخ من جهة صاحبه كما قررنا . قال (وان اختارت ردها عليه فعليه أو الأجارة بقلبه كان باطلا أيهما كان صاحب الخيار) لان ما يكون بالقلب فهو نية والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ ولا الأجارة كما لا ينعقد أصل العقد منها والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عن ما حدثت به أنفسهم ما لم يعلموا أو يتكلموا . قال (ولو كان الخيار للبائع فثبت في يد المشتري فعليه قيمتها) وقال ابن أبي ليلى هو أمين فيها لانه قبضها باذن صاحبها ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شيء علي صاحبها وذلك غير موجود وان كان القبض برضاه ولا كنا نقول البائع ماضي بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض علي سوم البيع وهذا لان الضمان الأصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منه الي الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك حين شرط البائع الخيار لنفسه فيبقى الضمان الأصلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري لان هناك لما أشرف علي الهلاك سقط خياره بعجزه عن الرد كما قبضه فتم البيع وهو قائم فلزمه الثمن المسمى وهنا وان أشرف علي الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز فكان مضمونا بالقيمة كذلك . قال (ولو كانت جارية فاعتقها البائع أو دبرها أو وطأها أو قبلها من شهوة أو

كاتبها أو رهنها وسلمها أو وهبها وسلمها أو أجزها وسلم أولم يسلم فهذا كله نقض للبيع فإما
 العتق والتديير والكتابة فإنه خرج المحل بتصرفه عن أن يكون محلاً لابتداء البيع ولا ثبات
 حكم البيع فيه ومن ضرورته انفساخ العقد وأما الوطاء والتقبيل فدليل الرضا بتقرر ملكه
 ولا يكون ذلك إلا بعد انفساخ البيع لأن هذا تصرف لا يحل إلا في الملك فلوم ينسخ
 البيع به لكان إذا جاز البيع بعد هذا ملك المشتري المبيع من وقت العقد بزوائده فتبين أن
 وطأه في غير الملك وذلك لا يحل فإما بالهبة والتسليم فإنه أزال ملكه عن العين وبالرهن
 والتسليم أوجب للغير فيه حقاً وبالإجارة يوجب للغير فيه حقاً وذلك يمنع من الزام البيع
 ولهذا شرط التسليم في الرهن لأن حق المرتهن لا يثبت بدون القبض ولم يشترط ذلك في
 الإجارة لأنه يلزم بنفسه ثم قسح العقد بهذا الأسباب صحيح بغير محضر من المشتري
 لأن ثبوت الفسخ بطريق الحكم لا يقصد التصرف إلى ذلك فلا يتوقف على العلم
 كالموكل إذا عتق العبد الذي وكل ببيعه ينزل الوكيل وإن لم يعلمه بخلاف ما إذا عزله
 قصداً ولو اختار البائع رد المبيع بغير محضر من المشتري فلا يتوقف على العلم كالموكل فهو
 على الخلاف الذي بينا وإن اختار لزوم البيع والمشتري غائب فهو جائز لأنه لا يلزم المشتري
 بتصرفه مالم يلزم فالبيع لازم في جانب المشتري وإنما يسقط البائع حق نفسه في الفسخ
 بالإجارة وذلك صحيح منه بعد غيبة المشتري فليس له بعد ذلك أن ينقضه كما لو لم يكن في البيع
 خيار لو أحد منهما قال (وإذا اشترط أحد المتبايعين الخيار لانسان من أهله أو من غيرهم
 فهو جائز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه و) قال (زفر لا يجوز البيع بهذا لشرط لأن خلاف
 ما يقتضيه العقد فإن خيار الشرط من حقوق العقد وحقوق العقد تثبت للعاقدة فاشتراطه
 لغير العاقدة خلاف مقتضى العقد فيكون مفسداً للعقد ولأن هذا يتعلق بانفساخ العقد
 وإبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك واعتبر خيار الشرط بخيار العيب والرؤية فإن
 ذلك لا يثبت لغير العاقدة فكذلك هذا وحجتنا في ذلك أن هذا في معنى اشتراط الخيار
 لنفسه منه لأنه يجعل الغير نائباً عنه في التصرف بحكم الخيار ولا يكون ذلك إلا بعد
 ثبوت الخيار له ولهذا اثبتنا الخيار للشارط بهذا اللفظ ولو شرط الخيار لنفسه ثم وكل
 الغير بالتصرف بحكمه استقام ذلك وهذا لأن جواز اشتراط الخيار للحاجة إلى دفع العين
 وقد يشتري الإنسان شيئاً وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرط الخيار لمن يكون مهتدياً

فيه من صديق أو قريب حتى ينظر اليه فلاحاجة الى ذلك جائزاه كاشتراط الخيار لنفسه . قال
(واذا هلكت السلامة في يد البائع وله الخيار أو للمشتري فلا ضمان على المشتري فقد بطل البيع)
لفوات القبض المستحق بالعمد كما لو كان البيع بائنا وان كان في البيع خيار للبائع أو للمشتري
جاء به المشتري ليرده فقال البائع ليس هو الذي بعتهك فالقول قول المشتري فيه لانه ينفرد
بالفسخ بخياره فيبقى ملك البائع في يده والقول في تعيينه قوله أمينا كان أو ضامنا لان
المشتري قابض والاصل أن القول قول القابض في المقبوض أمينا كان أو ضامنا كما في
الفاصل وكذلك ان كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي
بعته فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع الا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه
ان لم يكن له خيار وان كان له خيار رده ان شاء لان البيع اذا كان فيه شرط الخيار للبائع
فهو في حكم الملك كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وكان الزام المبيع اياه
بمنزلة ابتداء التملك من هذا الوجه والبائع يدعى ثبوت حق التملك له في هذه العين
والمشتري منكر دعواه ولو أنكر العقد أصلا كان القول قوله فكذلك هنا يوضحه ان البائع
لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا اذا كان المبيع قائما في يده وقوله في تعيين المبيع ليس
بحجة على المشتري في ایجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه فحال البائع الآن
كحال المشتري اذا ادعى الرد باليب بعد القبض في أنه لا يقبل قوله في تعيين المبيع وبدون
التعيين لا يتمكن من رده باليب بعد القبض . قال (وان شرط المشتري الخيار لغيره ثم ان زمن
الخيار رد المبيع بمحض من البائع جاز البيع) لانه قائم مقام المشتري في التصرف بحكم
الخيار وكذلك لو كان المشتري هو الذي رده لما بينا أن شرط الخيار لغيره اشتراط منه
لنفسه * وان قال المشتري قد أجرته وقال الذي له الخيار قد ردته فان سبق أحدهما فان
تصرف السابق منهما أولى اذا كان ردداً كان أو اجازة لان برد السابق منهما انفسخ العقد
والمنسوخ لا تلحقه الاجازة وباجازة السابق منها انبرم العمد وبعده انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين
بفسخه ولو وجد الامر ان معا فالفسخ أولى لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لا ترد
على الفسخ فيترجع الفسخ باعتبار أنه عامل لاحقا كان أو سابقا كنيكاح الحرة والامة اذا
اجتمعا يقدم نكاح الحرة * وكذلك لو كان البائع شرط الخيار لبعض أهله * فقال قد أوجبت
البيع * وقال الذي له الخيار لأرضي فهو جائز وقد أشار في بعض نسخ البيوع الى أنه اذا أجاز

أحدهما وفسخ الآخر فما فعله العاقد أولى فسخا كان أو اجازة لان العاقد يتصرف بحكم ملكه والآخر بحكم النيابة عنه * وفتحه هذا الكلام ان الحاجة الي الثابت للتصرف عند امتناع المنوب عنه عن التصرف بنفسه وذلك بعدم اذا اقترن تصرفه بتصرف النائب ولو كان الاول أصح وقد فسره في المأذون أن الفسخ أولى لما بينا ولان الخيار مشروط بالفسخ لا للاجازة والفسخ منهما يتصرف بحكم الخيار تصرفا شرعا الخيار لاجله فكان تصرفه أولى . قال (واذا كان الخيار للبائع أو للمشتري فالتقيا فتناقضا البيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع فعلي المشتري الثمن ان كان له الخيار والقيمة ان كان الخيار للبائع) لان تمام الفسخ بالرد على البائع كما ان استحكام البيع بالقبض ثم هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد فكذلك هلاكه بعد الفسخ قبل الرد واذا بطل الفسخ عاد الى ملك المشتري وهو في يده هلك فيه ملك مضمونا عليه بالثمن اذا كان الخيار للمشتري واذا كان الخيار للبائع يكون مضمونا عليه بالقيمة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبالفسخ يرتفع العقد وبالهلاك في يد المشتري يرتفع الفسخ فيبقى الحال بعد الفسخ كالحال قبله وقبل الفسخ لو هلك في يد المشتري لا يكون مضمونا عليه بالقيمة لانه مقبوض بجهة العقد فصار كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ التسخن وعلى اعادة العقد بينهما جاز فيفسخ الفسخ بهلاك محله قبل حصول المقصود به وبعد الفسخ لا يجوز فيه عقد عتق المشتري ولا شيء من عتوده * اما اذا كان الخيار للبائع فظاهر لان العقد عني ملكه نفذ فكيف يجوز فيه عتق المشتري وكذلك اذا كان الخيار للمشتري لانه بفسخ المشتري يعود العبد الى ملك البائع ولكن يجوز فيه عتق البائع لانه عاد الى ملك البائع بنزلة البيع بعد العقد قبل التسليم لما ذكرنا قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى برأس ماله ولم يعلم ماهو فالبيع فاسد) لجهالة الثمن عند العقد فان أخبره بذلك فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وقد بينا أن مراده اذا أخبر بذلك في المجلس فان حال المجلس كحال العقد * وكذلك ان اشترى برقه فهو فاسد فان أخبره برقه فهو بالخيار ليكشف الحال له لان البيع انما يظهر كونه راجحاً أو خاسراً في حقه اذا علم بالثمن فصار كما لو اشترى شيئاً لم يره ثم رآه كذلك ههنا . قال (وان استهلك المشتري قبل أن يجيزه فعليه القيمة) لانه في يده بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعذر الرد وبعد الاستهلاك لا يمكن

تصحیح العقد فيه باعدام رأس ماله لا لعدم المحل فان تصحيح العقد بازالة المفسد نظير الاجازة في البيع الموقوف فكما لا ينفذ البيع بالاجازة الا عند قيام المحل فكذلك لا يصح باقامة المفسد بعد هلاك المحل . قال (واذا كان البائع والمشتري جميعا بالخيار لم يتم البيع باجازة أحدهما حتى يجتمعا عليه) لان الذي أجاز منهما اسقط الخيار فصار كما لو لم يشترط الخيار لنفسه في الابتداء فيبقى خيار الآخر وبقاء خيار الآخر يكفي للمنع من انبرم العقد . قال (وقدينا أنه اذا اشترى عبداً على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما انه جائز) استحساناً فرع عليه . وقال فان أعتقه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت ثلاثة أيام فالعتق جائز وعليه الثمن لان هذا في معنى اشتراط خيار المشتري لنفسه وخيار المشتري لا يمنع نفوذ عتقه عندهما لانه مالك وعند أبي حنيفة رضي الله عنه خيار المشتري يمنع دخوله في ملكه ولا يمنع نفوذ العتق لانه متمكن من اسقاط خياره بتصرفه فاذا سقط خياره تقرر عليه الثمن المسمى نقده في الايام الثلاثة أو لم ينقده ولان امتناعه من أداء الثمن في آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع لانه نفي البيع عن ذلك بقوله فلا بيع بيننا وبعد الاعتاق هو لا يملك الفسخ فنقده الثمن وعدم نقده في الحكم سواء . قال (وان كان المشتري اثنين وهما بالخيار فاختر أحدهما رده والآخر امسأكه فليس لواحد منهما أن يرد حصته دون الآخر) في قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وقال) أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى له ذلك . وكذلك الخلاف في الرد بخيار الرؤية وخيار العيب بأن اشترى شيئاً لم يراه ثم رأياه فأراد أحدهما أن يرده فليس له ذلك عنده . وعندهما له ذلك وكذلك اذا اشترى شيئاً فوجد أحدهما به عيباً فأراد أن يرده فهو على الاختلاف وهم يقولون ان المراد منهما يرد ما اشترى كما اشترى فيتمكن من ذلك وان لم يساعد الآخر عليه كما لو كان العقد في صفتين . وتحقيقه ان الرد يلاقى ملك المشتري والمبيع في ملك المشتريين . متفرق فصار نصيب كل واحد منهما كعقد علي حدة وبه فارق القبول لان القبول يلاقى ملك البائع والقبض يلاقى يد البائع وهو مجتمع في ملكه ويده فلا يكون لأحدهما أن يفرقه عليه وهو نظير الشفعة فان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لان أخذه يلاقى ملك المشتري ولو كان البائع اثنين والمشتري واحداً لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين لهذا المعنى لان أخذه يلاقى ملك المشتري وملك المشتري مجتمع لأنه واحد وان كان البائع اثنين

وكل واحد منهما شرط الخيار لنفسه ليكون متغيراً مستبداً بالتصرف فيما يرجع الى دفع
 الضرر عنه ولو لم يكن له حق الفسخ اذا لم يساعده الآخر على ذلك فات عليه مقصوده
 وربما يكون في الاجازة لاحدهما ضرر وللآخر نظراً فكما لا يكون للفاسخ أن يلزم شريكه
 ضرر تصرفه بالفسخ فكذلك لا يكون للمجيز أن يلزم شريكه ضرر تصرفه للاجازة يوضحه
 أن الراد منهما ما ثبت له الخيار الا في نصفه ولو اشترى العبد كله على انه بالخيار في نصفه
 كان له أن يرد النصف بحكم الخيار فاذا اشترى النصف وما ثبت له الخيار الا في نصفه
 فهو أولى * وأبو حنيفة يقول ان الراد منهما يرد نصيبه بعيب لم يكن ذلك عند البائع
 وليس له حق الرد بعيب حادث بسبب الخيار كما لو تعيب في يده وهذا لانه بالرد يدفع
 الضرر عن نفسه ولكن يلحق الضرر بغيره وليس له أن يلحق الضرر بغيره * وبيان
 الوصف أن المبيع خرج من ملك البائع جملة فاذا رد أحدهما النصف فأنما يرد النصف
 معيباً بعيب الشركة فان الشركة فيما يضره التبويض عيب فاحش ولهذا يرد الصداق به
 والرجوع في معرفة العيب الى العرف فالاشقاص في العادة لا يشتري بمثل ما يشتري به
 في الاشخاص * فعرفنا انه يتضرر البائع بالرد عليه والبائع أوجب العقد لهما جملة وذلك لم يكن منه
 رضا بعيب التبويض بدليل انه لا يملك أحدهما القبول دون الآخر ولو قبلتم تقد أحدهما
 حصته من الثمن لا يملك قبض حصته من المبيع ولو كان البائع راضياً بعيب التبويض لملك
 ذلك أحدهما وان كان الملك واليد في جانب البائع مجتمعا لوجود الرضا . به بذلك ولكن
 كان راضياً بعيب التبويض فأنما يرضى به في ملك الغير وذلك لا يدل على أنه رضى به في ملك
 نفسه * الا ترى ان المشتري لو زوج المبيعة ثم وجد بها عيباً لا يردّها لانها تعيبت بعيب
 النكاح وقد ساطه البائع على تزويجها وذلك أقوى من الرضى بتصرفه ولكن انما يرضى به
 في ملك الغير لا في ملك نفسه ولا يقال بأن هذا العيب حدث في يد البائع لان تصرف
 الملك ثبت بالعقد قبل القبض لانه وان حدث في يد البائع فأنما حدث بفعل المشتري
 والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له أن يردّه بحكم خياره الا أن هذا العيب
 يعرض الزوال بأن يساعده في الرد على الرد واذا انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا
 معنى لما قالوا ان في امتناع الرد ضرراً على الراد لان هذا ضرر يلحقه به جزه عن ايجاد شرط
 الرد لا يتصرف من الغير ولان مراعاة جانب البائع أولى لان البائع يتضرر بتصرف الراد

والراد لا يتضرر بتصرف باشره البائع ثم هذا في الرد بالعيب يتضح فان في مراعاة جانب المشتري
ابطال حق البائع وليس في مراعاة جانب البائع ابطال حق المشتري لانه يرجع بحصة
العيب من الثمن فلذلك كان اعتبار جانب البائع أولى وليس هذا كالمو شرط الخيار في نصفه
فالبائع هناك رضى بعيب التبويض حين شرط الخيار في النصف مع علمه أن الخيار يشترط للفسخ
وهنا ما رضى بذلك لانه شرط الخيار في الكل وانما ثبوت الخيار لكل واحد منهما في
النصف بمقتضى قوله وملكه لا ينتقص من البائع على ذلك وهو نظير ما لو أوجب البيع في
النصف صح قبول المشتري في ذلك النصف واذا أوجب البيع لهما في الكل لا يصح قبول أحدهما
في النصف . قال (وان اشترى شيئاً على أنه بالخيار الى الغد أو الى الليل أو الى الظهر فله الغد
كله والليل كله ووقت الظهر كله) في قول أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
تعالى له الخيار الى طلوع الفجر أو الى أن تغيب الشمس أو الى أن تزول الشمس ولا تدخل
الغاية في الخيار عندهما لان الغاية حد والحد لا يدخل في المحدود كما لو قال بعت منك من
هذا الخائط الى هذا الخائط لا يدخل الخائطان في البيع وهذا لان الحد غاية ومن حكم
الغاية أن يكون ما بعده بخلاف ما قبله لكن هذا انما يتحقق فيما يكون بعضه متصلاً ببعض
كما في المساحات والاقوات وهي مستثنى فاما في الاعداد لا يتحقق هذا لانه ليس بينهما اتصال
ليكون حداً فلهذا جعلنا المعتبر هناك أكثر الاعداد كرا حتى اذا قال لا مرأته أنت طالق من
واحدة الى ثلاث تطلق ثلاثاً واذا قال فلان على من درهم الى عشرة يلزمه عشرة فاما
الاقوات يتصل بعضها ببعض فيتحقق فيها معنى الغاية بيان ذلك في قوله تعالى (ثم أتوا الصيام
الى الليل) ومن حيث الاحكام اذا باع بضمن مؤجل الى رمضان أو أجر داره الى رمضان أو
حلف لا يكلم فلانا الى رمضان لا يدخل الحد فاما الموافق في قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق)
فانما عرفنا دخولها بفعل النبي صلى الله عليه وسلم حين توضع فادار الماء على مرافقه وبه يتبين
ان الى بمعنى مع ولكنه نوع من المجاز لا يحمل الكلام عليه الا عند قيام الدليل عليه ولا يبي
حنيفة في المسألة حرفان (أحدهما) ان البديل الذي في جانب من له الخيار باق على ملكه سواء
كان الخيار للبائع أو للمشتري والملك الثابت له يبين لا يزال بالشك واذا كانت الغاية تدخل
في الكلام وفي بعض المواضع ولا تدخل في بعض المواضع فلو لم تدخل الغاية كان فيه ازالة
ملكه بالشك * يوضحه أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمعلق بالشرط وهو سقوط

الخيار فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت معلق به وفي موضع الغاية شك وعليه تخرج المسائل لابي حنيفة فان في وقوع التطايق الثالثة شك وفي وجوب الدرهم العاشر في ذمته شك وفي مسألة الاجل البيع موجب ملك اليمين والاجل مانع من توجه المطالبة والمانع بالشك لا يثبت وفي الاجارة ملك الرقبة سبب لحدوث المنفعة على ملكه الا اذا ثبت الحق فيه لغيره وبالشك لا يثبت الحق للغير فتحدث المنفعة على ملك المؤاجر فسبب ملك الرقبة وفي اليمين اباحة الكلام أصل فلا تثبت الحرمة والنع بالشك والاصل فراغ ذمته عن الكفارة فلا يشغلها بالشك في موضع الغاية والحرف (الآخر) أن في كل موضع تكون الغاية لمد الحكم الى موضع الغاية لا تدخل الغاية كما في الصوم لو قال ثم أتموا الصيام الى الليل اقتضى صوم ساعة فقوله الى الليل لمد الحكم الى موضع الغاية وفي كل موضع ذكر الغاية لاخراج ماوراءها يبقى موضع الغاية داخلا كما في قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) لان مطلق الايدي في الطهارة يتناول الخارجة الى الآباط ولهذا فهمت الصحابة رضوان الله تعالى عليهم باطلاق الأيدي في التيمم الايدي الى الآباط فكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فيبقى موضع الغاية داخلا ولو شرط الخيار مطلقا يثبت الخيار مؤبداً ولهذا فسد العقد فكان ذكر الغاية لاخراج ماوراءها فيبقى موضع الغاية داخلا وفي مسألة الاجل ذكر الغاية لمد الحكم الى موضع الغاية لان الاجل للترقية فمطلق الاسم يتناول أدنى ما يحصل به الترقية وكذلك في الاجارة فانها عقد تملك المنفعة بعوض فمطلقها لا يوجب الا أدنى ما يتناوله الاسم وذلك مجهول ولاجل الجهالة يفسد العقد فكان ذكر الغاية لبيان مقدار العقود عليه وذلك لمد الحكم الى موضع الغاية ولكن يدخل فصل اليمين على هذه الطريقة وقد روى الحسن عن أبي حنيفة ان في اليمين تدخل الغاية فيأخذ في اليمين على هذه الطريقة بتلك الرواية. قال (واذا اشترى شيئاً لغيره بأمره واشترط الخيار له فقال البائع رضي الأمر وهو غائب لم يصدق علي ذلك) لان البيع غير لازم للخيار المشروط الأمر والبائع يدعي لزومه ولو ادعى أصل البيع لم يصدق على ذلك الا بحجة فكذلك اذا ادعى صفة اللزوم ولا يمين على المشتري في ذلك لانه لا يدعي عليه الرضا وانما يدعيه على الأمر فلو استخلف المشتري على ذلك كان بطريق النيابة عن الأمر ولا نيابة في اليمين ولانه لا يمين له في هذه الدعوى على الأمر لو كان حاضراً فاذا لم يتوجه اليمين على من يدعي عليه الرضا فعلى وكيله أولى وانما لم يتوجه اليمين على الأمر لانه لا خصومة بين

البائع والآمر فان العقد لم يجر بينهما والاستحلاف ينبنى على الدعوى والخصومة ولانه لو كان على الامر يمين لم يكن للوكيل أن يرد حتى يحضر الامر فيحلف كما في الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع الرضا على الموكل لم يكن للوكيل أن يرد حتى يحضر الموكل فيحلف وهنا للوكيل أن يرد بغير يمين لان اشتراط الخيار الامر اشتراط منه لنفسه وما لم يظهر المسقط لنفسه بخياره فهو متمكن من الرد ففرقا ان بهذه الدعوى لا يتوجه اليمين على أحد واذا أقام البائع البيينة ان الامر قد رضى فالبيع لازم للامر لانه أثبت ما ادعى من صفة اللزوم بالبيينة والثابت بالبيينة كالثابت بمائة والوكيل خصم في اثبات ذلك عليه لانه نائب عن الموكل والاثبات بالبيينة على الثابت صحيح ولان العقد جرى بينهما فيكون هو خصما في اثبات صفته عليه * ألا ترى انه لو كان شرط الخيار لنفسه كان خصما في اثبات الرضى عليه فكذلك اذا شرطه للامر وان لم يتم البيينة وصدقه المشتري فيه وقال الامر في التثت بمحضرة البائع قد أبطلت لزوم البيع المشتري لان اقرار المشتري حجة عليه دون الامر وقد أقر بلزوم العقد برضا الامر فيجعل ما أقر به في حقه كالثابت بالبيينة فلا يتمكن من الرد على البائع بعد ذلك وهو في حق الامر كالمعدوم فاذا قال (في الايام الثلاثة بمحضرة من البائع قد أبطلت البيع فقد أقر بما يملك انشاء فلا تمكن التهمة في اقراره بخلاف ما اذا قال ذلك بعد مضي المدة لانه أقر بما لا يملك انشاءه وما يلزم البيع وهو مضي الايام قبل ظهور النسخ معلوم فلا يصدق فيما يدعى من النسخ في المدة * يوضحه ان اقرار الوكيل برضا الامر بمنزلة مباشرة للعقد في الابتداء بغير خيار ولو أمره بأن يشتري بشرط الخيار له فاشترى ولم يشترط الخيار لزمه دون الامر فكذلك اذا أقر برضا الامر بعد ما شرط الخيار . قال (واذا اشترى عدلا على انه زطى فيه خمسون ثوبا كل ثوب بكذا أو جماعته بكذا أو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فان أراد أن يرد بعضه دون بعض لم يكن له ذلك) لان خيار الشرط يمنع تمام الصفقة ألا ترى ان البديل الذي من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه فهو برد البعض يفرق صفة مجتمعة على البائع قبل التمام فليس له ذلك كما لو قبل العقد في الابتداء في البعض دون البعض فكذلك ما اشتراه صفقة واحدة من المكيل والموزون والعروض والحيوان وما يضره التبويض وما لا يضره في ذلك سواء لان في تفريق الصفقة قبل التمام ضررًا فان من عادة الناس ضم الجيد الى الرديء لترويج الرديء بضمن الجيد والشروط له الخيار

يدفع الضرر عن نفسه ولا يملك الحاق الضرر بصاحبه . قال (ولو اشترى ثوبين كل واحد
 منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسهك أيها ماشاء ويرد الآخر جازا للعقد) عندنا
 استسنا و كذلك هذاني ثلاثة أثواب وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسد و (قال) زفر رحمه الله
 ما زاد على الثلاث وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد وهو القياس في الثلاثة والاثنين لان
 المبيع مجهول فان المبيع أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة
 العقد ألا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمننا كان العقد فاسداً لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط
 الخيار لنفسه كان العقد فاسداً فكذلك اذا اشترط الخيار لان شرط الخيار يزيد في
 معنى الغرور ولا يزيه * وجه الاستحسان ان هذا الجهالة لا تفضي الى المنازعة لانه شرط
 الخيار لنفسه وبمحكم خياره يستند بالتعتين والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة
 العقد كما اذا اشترى قميصاً من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك
 تفضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم لكل ثوب ثمننا لان هناك ثمن ما يتناول العقد مجهول
 فانما فسد العقد لجهالة الثمن ثم الجهالة التي تتمكن بسبب عدم تعيين الثمن معتبر بالقدر
 الذي يتمكن بسبب شرط الخيار وذلك يتحمل في الثالث وما دونه ولا يتحمل في الزيادة
 على ذلك فكذا هذا اعتباراً للمحل بالزمان وهذا لان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة
 * فقد يشترى الانسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله الى السوق ولا يرضي البائع
 بالتسليم اليه ليحمله الى عياله بغير عقد فيحتاج الى مباشرة العقد بهذه الصفة وهذه الحاجة
 مقصورة على الثلاث لان كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة جيد ووسط ووردي فاذا
 حمل الثلاثة الى أهله ثم المقصود فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه كما
 فعلنا ذلك في شرط الخيار تم نص في هذا الموضوع على تقدير الخيار بثلاثة أيام وهو
 الصحيح لان هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من اعلام المدة وان أطاق ذلك في غير
 هذا الموضوع من الكتب . قال (فان هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثلثه ويرد الباقي
 وهو فيه أمين لانه عجز عن رد المالك منهما بمحكم الخيار فيتمين البيع فيه) وهذا لانه
 حين أشرف على الملاك فتد ثبت في يده وعجز عن رده كما قبضه فيلزمه البيع فيه
 ثم يكون مالكا على ملكه فاذا تعين البيع في المالك كان هو أمينا في الآخر لانه قبضهما
 باذن البائع على أن يكون المبيع أحدهما دون الآخر فكان أحدهما بغير عينه مبيعا والآخر

أمانة لأنه ما قبض الآخر للشراء فاذا تعيين البيع في أحدهما تعيين البيع في الهالك كان أميناً في الآخر لأنه قبضهما باذن البائع على أن يكون تعيين الآخر للأمانة و الفرق بين هذا وبين ما إذا طلق احدي امرأته أو أعتق أحد عبديه ثم مات أحدهما تعيين الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا تعيين الهالكة للبيع (قال) على القمى لا فرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يهلك على ملكه أما الثوب فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقى للرد وفي الطلاق كذلك يهلك الهالكة على ملكه حتى تتعين الباقية للطلاق الا ان الصحيح ما ذكرنا ووجه الفرق أن الثوب لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محال للرد لانه عجز عن رد ما اشترى كما اشترى فبتعين العقد فيه وتعين الباقى للرد ضرورة فأما في الطلاق والعناق حين أشرفت على الهلاك لم يتعين محلا لوقوع الطلاق عليها فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما عند فانه لا يرد الباقى لان العقد يتناولهما جميعا ألا ترى أنه يملك العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد يتناول أحدهما ألا ترى أنه لا يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما هلك أحدهما وتعييب كان له رد الباقى . قال (وان هلكا معا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما ان كان الثمن متفقا أو مختلفا) لان أحدهما بغير عينه مبيع لزمه ثمنه بالهلاك في يده والآخر أمانة وليس أحدهما لتعيينه مبيعا بأولى من الآخر لان حالهما قبل الهلاك سواء فبعد الهلاك لا يتحقق تعيين البيع في أحدهما فلمعارضتنا فيستبع حكم الامانة وحكم البيع فيهما فيكون هو أميناً في نصف كل واحد منهما مشترياً نصف كل واحد منهما ولو ان كل واحد من الثمنين يلزمه من وجه دون وجه فلم هذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما . قال (وان كانا قائمين باعيانهما أو اراد ردهما فله ذلك لانه أمين في أحدهما فرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتري قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فان اختار أحدهما لزمه ثمنه) لانه عين البيع فيه والتزمه باختياره فبإلزامه ثمنه وكان في الآخر أميناً فان ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال (واذا اشترى جارتين أحدهما بالف والآخرى بخمسةائة على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الأخرى فاعتقهما في كلمة واحدة فانه يخير فإتيهما اختار وقع العتق عليهما ويرد الأخرى) لان عتقه نفذ في أحدهما وهي المشتراة

منهما فان اعتق المشتري في المشتراة بشرط. الخيار له صحيح فيسقط الخيار فيها والاخرى كانت امانة عنده فاعتاقه اياها باطل فاذا عرفنا نفوذ العتق منه في احديهما بغير عينها كان البيان في ذلك اليه لان الابهام كان منه فاذا عين احديهما ما تعينت هي للعتق ورد الاخرى كما لو كانتا مملوكتين له فاعتق احديهما بغير عينها . قال (ولو لم يعتقها ولكن حدث بهما عيب ولا يدري أيهما أول فقال المشتري حدث العيب بالتي قيمتها خمسمائة أو لا فاقول قوله) لانه كان الخيار له وكان متمكنا من تعيين البيع فيها فاذا زعم أن البيع تعين فيها بأن تعينت في يده أولا وجب قبوله في ذلك ويرد الأخرى ونصف قيمة عينها في القياس لانهما لو هلكتا معا لزمه نصف بدل كل واحدة منهما فاذا تعينت فقد فات جزء من كل واحدة منهما في الجملة والجزء معتبر بالجملة ثم كل واحد منهما يتردد بين الضمان والامانة فلا تردد كان نصف ما فات من كل واحد منهما في ضمان المشتري وقوله في تعيين المبيع مقبول ولكن في اسقاط ما لزمه من ضمان العيب في الاخرى غير مقبول فهذا يرد نصف قيمة عينها وفي الاستحسان لا يرد شيئا من حصة عينها لان من ضرورة تعيين احديهما للبيع تعين الاخرى للامانة وتعيين الامانة في يد الامين لا يوجب عليه شيئا من الضمان وهذا لان بالقبض ما لزمه الا ضمان ثمن واحدة منهما ألا ترى انهما لو هلكتا لم يلزمه الا نصف ثمن كل واحدة منهما وقد وجب عليه كمال ثمن احديهما وهي التي عينها للمبيع فلا يلزمه مع ذلك شيء من قيمة الأخرى . قال (وان حدث العيب بهما معا رداً أيهما شاء وأمسك الأخرى بخلاف ما اذا هلكتا) لان المالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلاً لتعيين البيع فيه والمعيب محل لا بتداء البيع فيه فيكون محلاً لتعيين البيع فيه أيضا فهذا يبقى خياره بعد ما تعينتا معا اذ ليست احدهما بتعيين البيع فيها بالاولى من الاخرى ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب لان العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها فهذا لا يتمكن من ردها واذا رد احديهما في القياس يرد معها نصف قيمة العيب وفي الاستحسان ليس عليه ذلك كما في الفصل الاول . قال (وان حدث باحديهما عيب آخر بعد ذلك لزمه البيع) لان العيب الاول لما لم يؤثر في التمييز لاستوائهما فيه كان كالمردوم فكانه مات عيب الا احدهما الآن وذلك موجب لتعيين البيع لهجزه عن ردها كما قبضها وكذلك لو ماتت احدهما أو جنى عليها المشتري لزمته ورد الاخرى لان العيب الاول

صار كالمعدوم ولو ماتت احدهما في يده أو جنى عليها قبل التعيب لزمه البيع فيها ويرد الاخرى فهذا مثله وان أعتق البائع التي اختار المشتري لم يعتق لان باختيار المشتري تعين البيع فيها فانما أعتق البائع مالا يملكه وان أعتقها جميعا عتقت التي ترد عليه منهما لان عتقه نفذ في احدهما فان احدهما مبيعة خارجة عن ملكه وان كان للمشتري فيها خيار فلا ينفذ عتقه فيها والاخرى أمانة وهي باقية علي ملكه فينفذ عتقه فيها الا أن باعته لا يسقط الخيار الثابت للمشتري لان البائع غير متمكن من اسقاط خياره فيقال للمشتري اختر أتيهما شئت فاذا اختار احدهما تعينت الاخرى للرد فينفذ عتق البائع فيها . قال (وان اختار ردهما جميعا فعتق البائع انما ينفذ في احدهما) لان احدهما ما كانت مملوكة له حين أعتق فلا ينفذ عتقه فيها وان عادت اليه بعد ذلك واذا نفذ عتقه في احدهما بغير عينها كان البيان فيه الي البائع . قال (ولو لم يعتق واحد من المولين شيئا منهما ولكن المشتري وطأها فخبثا ثم مات قبل أن يبين أتيهما اختار فان عرفت الموطوءة أولا فهي أم ولده) لان إقدامه على وطئها تعين للبيع فيها واسقاط للخيار فان الوطء لا يحمل الا في الملك فإقدامه عليه دليل تقريره الملك فيها . ألا ترى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما خير بريرة رضي الله تعالى عنها (قال) لها ان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل تمكينها نفسها من الزوج مسقطا لخيارها واذا تعين بيعه فيها وقد استولدها كان عليه ثمنها وهي أم ولده ويرد الاخرى وولدها علي البائع ولا يثبت نسبه من المشتري لانه ليس له في الاخرى ملك ولا شبهة ملك وعليه عقرها . وهذا لان الحد قد سقط بالشبهة صورة العقد والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو عقرها فاذا سقط الحد لزمه عقرها وان لم يعلم أتيهما وطئت أولا فالقول قول ورثته لانهم قائمون مقامه وهو لو بين الموطوءة أولا منها وجب قبول بيانه . فكذلك بيان ورثته بده وهذا . لان ثمن الموطوءة أولا وجب على الوارث قضاؤه من التركة والقول قوله في بيان ما لزمه ثمنه فانهم ان قالوا لا نعلم لزم المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرها لانه ليست احدهما بتعين البيع فيها بأولي من الاخرى فيتبع البيع فيهما ويلزمه نصف ثمن كل واحدة منهما وقد لزمه عقرا احدهما بالوطء . وليست احدهما بذلك بأولي من الاخرى فلزمه نصف عقد كل واحدة منهما وتسعى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للبائع لان المبيعة منهما أم ولده وقد عتقت بموته وليست احدهما بذلك بأولي من الاخرى

فلهذا يعتق نصف كل واحدة منهما وتسمى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للبائع لان حكم أمية
 الولد لا يثبت فيما هو ملك البائع منهما وكذلك يعتق أحد الولدين على المشتري وايس احدهما
 بذلك بأولى من الآخر فيعتق نصف كل واحد منهما ويسمى كل واحد منهما في نصف
 قيمته للبائع ولا يثبت نسب كل واحد منهما لان من ثبت نسبه من المشتري منها مجهول
 وانما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت
 في المجهول . قال (واذا وطئها المشتري والبائع جميعا فادعى هو والمشتري ولديهما جميعا
 فالقول قول المشتري في التي وطئها أولا وهي أم ولده والولد ولده) لان خيار البيان كان
 للمشتري دون البائع فالمصير الى قوله بالتميين أولى من المصير الى قول البائع ثم عليه عقر
 الاخرى لانه وطئها وهي مملوكة للبائع والاخرى وولدها للبائع ويثبت نسب ولدها من
 البائع لانه ظهر أنه استولدها في ملكه وعلى البائع عقر أم ولد المشتري لا قراره بأنه وطئها
 وقد سقط الحد عنه بالشبهة فلزمه العقر فيجعل العقر بالعقر قصاصا ويراदान الفضل ان كان
 فيه فضل وان مات البائع والمشتري قبل البيان فالقول قول ورثة المشتري لانهم قائمون مقامه
 ولان الثمن يلزمهم فان لم يعلموا لم يثبت نسب واحد من الولدين لامن البائع ولا من
 المشتري لان الثابت نسبه من كل واحد منهما مجهول والامتان وولدهما أحرار لان كل
 واحدة منهما أم ولد لاحدهما وقد عتقت بموت مولاها والولدان كذلك وعلى المشتري نصف
 ثمن كل واحد منهما لاجل التعارض والتساوي فان كل واحد من الثمنين يلزمه في حال دون
 حال وعليه نصف عقر كل واحد منهما وعلى البائع كذلك نصف عقر كل واحد منهما وهذا
 قصاص لانه لا فائدة في القبض والرد ولا الجاريتين والولدين بين البائع والمشتري لان كل
 واحدة عتقت منهما جميعاً . قال (واذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار فالقول
 قول الذي ينفيه منهما) لانه متمسك بمقتضى العقد وهو الازوم ولان الخيار مانع لا يثبت الا
 بالشرط فالمدعى منهما يدعى شرطاً زائداً والآخر ينكر . فالقول قول المنكر كما في دعوى
 الاجل وان اختلفا في مقداره فالقول قول المقر باقصر الوقتين لان الثابت من الخيار ما وقع
 الاتفاق عليه واختلفا في الزيادة على ذلك في هذا الفصل كاختلافهما في أصل الخيار في

الفصل الاول وان اختلفا في مضييه . فالقول قول الذي ينكر مضييه لانها تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما سقوطه بمضي المدة فلا يقبل قوله الا بحجة كما في الأجل ولان البيع حادث فانما يحال بمحدثه الى أقرب الاوقات والذي يدعى مضي الخيار يسند البيع الى ما قبل هذه الساعة بثلاثة أيام فلا يصدق في ذلك الا بحجة واذا لم يصدق فانما يظهر البيع بينهما في الحال فلا يكون مضي مدة الخيار الا بمضي أيامها . قال (ولو كان المبيع داراً وكان للبائع فيها خيار لم يكن فيها شفعة) لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فانه لا يتم رضاه بالسبب مع شرط الخيار وخروج المبيع عن ملكه يعتمد تمام الرضا به ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لان الشفعة لدفع ضرر سوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يكون الا بعد انقطاع حق البائع . قال (واذا كان الخيار للمشتري فللشفيع فيها الشفعة) لان حق البائع قد انقطع فقد تم البيع من جهته ووجوب الشفعة تعتمد لثبوت الملك للمشتري . ألا ترى أنه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان . وقال المشتري ما اشتريتها كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولان المشتري قد صار أحق بها ملكاً أو تصرفاً فيتحقق ضرر سوء مجاورة الجار الحادث فكان للشفيع أن يدفع ذلك بالآخر . قال (واذا قال الرجل للرجل اذهب بهذه السلعة فانظر اليها اليوم فان رضتها فهي لك بالف درهم . أو قال ان رضيتها اليوم فهي لك بالف درهم فهو جاز) على ما اشترطنا استحساناً وفي القياس هو باطل وهو قول زفر رحمه الله . وجه القياس انه صرح بتعليق الايجاب بشرط الرضا وايجاب البيع لا يحتمل التعليق بالشرط كما لو . قال ان تكلمت فهي لك بكذا . ووجه الاستحسان انها أتيا بمعنى شرط الخيار يوماً والمعتبر والمقصود هو المعنى فكانه قال بعت منك علي أنك بالخيار الى الليل وهذا لان حمل كلامه على الصحة واجب ما أمكن والتقديم والتأخير في الكلام محتمل وتصحيح الكلام بالتقديم والتأخير طريق في الشرع فكانه قال هي لك بالف فان رضيتها اليوم والا فردها علي . قال (واذا كان المشتري بالخيار فاستخدم الجارية فهو على خياره ثلاثة أيام) لأنه انما يشترط الخيار في شراء الرقيق لهذا حتى يستخدمه في المدة فينظر أوافقه أولاً . وكذلك ان ركب الدابة ينظر الى سيرها أو لبس القميص ينظر الى قدمه عليه فهو على خياره لأنه لا يعرف مقصوده الا بالامتحان ولا جله يشترط الخيار والامتحان في الدابة بالركوب والسبر وفي الثوب باللبس فان لبس بعد ذلك ثانياً فهذا منه رضا لان معنى الاختيار قد تم

باللبس الاول فالثاني يكون اختياراً . وكذلك ان سافر على الدابة فقد رضىها لان الاختيار لا يكون بالسفر على الدابة ولا يفعل ذلك الا في الملك عادة فان الانسان لا يسافر بدابة الغير عادة من غير كراء . وكذلك اذا سكن الدار فهو على خياره وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فاذا كان ساكناً في الدار قبل الشراء فاستدام السكنى بعد الشراء لا يسقط خياره فان انتقل اليها وسكنها بعد الشراء سقط خياره لانه لا يكون ذلك اختياراً عادة بل يكون رضا بتقرر الملك . قال (واذا قبل جارية بشهوة ونظر الي فرجها بشهوة فهو رضا) لان هذا الفعل لا يحل الا في الملك فاقدمه عليه دليل الرضى فتقرر ملكه فيها بمنزلة النسيان . قال (وان كانت الجارية هي التي نظرت الى فرجه أو قبلته أو مسته بشهوة فأقر المشتري أنها فعلت ذلك بشهوة لزمته الجارية أيضاً وحرمت عليه أمها وابنتها) وكذلك هذا في الرجعة وهذا قول أبي يوسف وقاسه علي قول أبي حنيفة رحمهما الله يعني في الرجعة وأما في قول محمد فلا يكون ما صنعت الجارية بالمشتري رضى منه لانه لم يصنع شيئاً والخيار من المشتري انما يسقط باعتبار صنع أو يوجد دليل الرضا منه وصنعها به لا يكون دليل الرضا من المشتري بها وانما هو دليل رضا بكون المشتري مولى لها ولو صرحت بذلك أو أسقطت الخيار كان ذلك لغوامنها وليس هذا نظير ما لو جنت على نفسها لان سقوط خيار المشتري هناك بمجرد ردها كما قبضها لالفعلها ألا ترى أنها وان تعيبت من غير فعل أحد سقط خياره أيضاً وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن فعلها به في الحكم كفعله بها بدليل الوطء فانه لو كان نائماً فاستدخلت فرجه فرجها سقط خياره كما لو فعل بها . فكذلك دواسى الوطء * ألا ترى ان في حرمة المصاهرة يسوى بين الوطء ودواعيه وبين فعلها به وفعله بها وهذا لان الفعل غير مسقط الخيار بنفسه بل بحكمه وهو أنه لا يحل الا في الملك والحل باعتبار الملك يثبت من الجانبين فكما يسقط الخيار باعتبار هذا المعنى عند فعله بها * فكذلك عند فعلها به وبعد قيام الدليل الحكمي لا يبقى خياره وان انعدم رضاه كما لو تعيبت في يده بفعله أو بغير فعله وكما عجز هناك عن ردها كما قبض فقد عجز هنا عن ذلك لانه اذا كان اشتراها من أبيه فقد اشتراها وهي حلال للأب وبعد هذا الفعل يرددها وهي حرام عليه فيمتنع الرد كذلك والدليل عليه الرجعة فان المرأة اذا صرحت بالرجعة لم يصح ذلك منها ثم جعل فعلها به في حكم ثبوت الرجعة كفعله بها فهذا مثله (قال) أبو يوسف رحمه الله وهذا في الخيار أقبح

ولكن الكل قياس واحد يريد ان ملك الحل بسبب النكاح مشترك بين الزوجين ولا
 شركة بين المشتري والجارية في حقوق عقد الشراء والملك الثابت ولكن الكل قياس واحد
 من الوجه الذي قررنا وانا يسقط اقرار المشتري انها فملت ذلك من شهوة لان قول الامه غير
 مقبول في اسقاط خياره واقرار المشتري بذلك حجة عليه الا ترى ان في حرمة أمها وابنتها
 عليه يعتبر اقرار المشتري بذلك * فكذلك في سقوط خياره وروى بشر عن أبي يوسف
 رحمهما الله تعالى أنها ان اختلفت ذلك منه وهو كاره لم يسقط خياره وان مكنها من ذلك
 حينئذ يسقط خياره لوجود دليل الرضا منه لتمكنها من تقبيله أو مسه بشهوة . قال (واذا باع
 الوكيل خادما واشترط الخيار للأمر بأمره . فقال البائع يعنى الوكيل قد رضى الأمر . وقال
 الأمر مريض فاقول قول الأمر مع يمينه أنه مريض لانه في أصل التوكيل استثنى الرضا
 حيث أمره باشتراط الخيار له ولهذا لو باعه ولم يشترط الخيار له لم ينفذ يمينه فعند ذلك الوكيل
 يدعى عليه أنه ما عرف انه استثناه لنفسه والأمر ينكر . فالقول قوله مع يمينه بمنزلة ما لو أنكر
 أصل الأمر بالبيع . قال (وان اختلف الأمر والمشتري في الخادم وقد فسخ الأمر العقد
 بخياره فقال الأمر ليست هذه بخادمي . وقال المشتري هي الخادم التي اشترت منك . فالقول
 قول المشتري لان الأمر لما فسخ العقد بخياره فالخادم ملكه في يد المشتري والقول في تعيين
 الملك قول ذي اليد أمينا كان أو ضامنا كالغاصب . قال (واذا لم يكن للخيار وقت فلصاحب
 الخيار أن يختار في الثلاث فان مضت الثلاث قبل أن يختار البيع فالبيع فاسد) في قول أبي
 حنيفة و(قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز ان يختار بعد الثلاث و(قال) زفر
 لا يجوز وان اختاره في الايام الثلاث وهو بناء على ما تقدم ان عند أبي حنيفة اشتراط
 الخيار لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ومطلق اشتراط الخيار يقتضى التأيد * الا ترى أن
 ما لا يتوقت من الخيار كخيار العيب فانه يثبت على التأيد ثم الاسقاط انما يعمل
 في المستقبل دون الماضي فاذا سقط قبل مضي الايام الثلاثة عمل اسقاطه في المستقبل وما
 مضى غير مناف لصحة العقد فكان العقد صحيحا عنده . واذا سقط بعد مجئ اليوم الرابع
 فما مضى كاف لافساد العقد واسقاطه غير ممكن . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
 ما مضى غير معلوم في نفسه وهو غير مناف لصحة العقد وعلي قول زفر العقد متى فسد لا طريق
 لتصحيحه الا الاستقبال ومشايعنا رحمهم الله تعالى مختلفون في الحكم في هذا العقد في

الابتداء. فمنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحا باسقاط الخياره والا وجه أن يقول الحال فيه مراعى وهو عقد غير منبرم في الحال لان تأثير الخيار في المنع من انبرام العقد لاني افساد العقد وانما المفسد هو الخيار في اليوم الرابع وذلك لا يتصور الا بعد مضي الايام الثلاثة ما لم يتقرر عليه الفساد لا يتعين عليه صفة الفساد للعقد ويستوى ان أسقط المشتري خياره في الايام الثلاثة أو أعتقه أو مات في يده أو تعيب في انه يسقط خياره في المستقبل باعتراض هذه المعاني ويجب عليه الثمن المسمى . ذكره الكرخي في جامعه الصغير وبهذا يتبين أن العقد غير محكوم بفساده قبل مجئ اليوم الرابع . قال (واذا اشترى عبدان أحدهما بألف والآخر بخمسة مائة علي أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات فقال البائع مات الذي بألف درهم قبل . وقال المشتري لا بل مات الذي بخمسة مائة قبل) وكان أبو يوسف يقول أولا لم يصدق واحد منهما علي ما قال ويحلف المشتري ما يعلم انه مات الذي بألف أول مرة ويحلف البائع ما يعلم انه مات الذي بخمسة مائة أولا فأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه فان حلفا لزمهما نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع أبو يوسف بعد ذلك . فقال القول قول المشتري الا أن يقيم البائع البينة وهو قول محمد * وجه قوله الاول ان كل واحد منهما يدعى علي صاحبه العقد في مجلس آخر فيحلف كل واحد منهما علي دعوى صاحبه كما لو . قال بت منك هذا العبد بألف . وقال المشتري انما اشتريت منك هذا العبد الآخر بخمسة مائة وقد بينا فيما سبق ان كل واحد منهما في هذا الفصل مدع ومنكر حقيقه فالهلاك لا يمنع جريان التحالف وانما يحلف كل واحد منهما علي العلم لانه استخلاف علي ما ليس من صنعه وهو الموت أولا فاذا حلفا فقد اتفقا دعوى كل واحد منهما يمين صاحبه وقد علمنا يقينا بلزوم البيع في احدهما ووجوب ثمنه عليه وليس أحدهما بأولى من الآخر فيلزمه نصف ثمن كل واحد منهما أو لم يعلم التاريخ بين موتيهما يجعل كأنهما ماتا معا فيتسع حكم البيع والامانة فيهما . ووجه قوله الآخر ان حاصل الاختلاف في مقدار ماوجب للبائع علي المشتري من الثمن فالبائع يدعى الزيادة فعليه أن يقيم البينة علي ذلك والمشتري منكر لتلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وليس هذا علي أصل محمد نظير اختلاف المتبايعين في الثمن بعد هلاك السلعة لان هناك كل واحد منهما يدعى عقدا آخر فالبيع بألف غير البيع بألفين علي ما بينا وهما صادقان علي العقد بالثمن المسمى في كل واحد منهما وانما يختلفان في مقدار ما لزم المشتري من

الثمن المسمى فالقول قوله لا نكاره الزيادة وان قامت لهما بينة لزمه ألف درهم لان بينة البائع تثبت الزيادة. وكذلك لو حدث بهما جميعاً عيب فاختلفا في الذي أصابه العيب أولاً وأقاما البينة فالبينة بينة البائع لاثبات الزيادة في حقه قبل المشتري. قال (واذا اشترى عبداً على ان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقطعت يده عند المشتري فالبائع بالخيار ان شاء ألزمه البيع وأخذ منه الثمن وان شاء أخذ منه عبده) لان التعيب حصل في ضمان المشتري وذلك لا ينافي خيار البائع ومحل الاجازة بعد القطع قائم فيبقى على خياره فان اختار أخذ العبد ينخر في نصيب القيمة بين أن يرجع به على الجاني أو على المشتري لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فالجناية من القاطع حصت على ملكه ولكن في ضمان المشتري بالتقبض فيكون له الخيار في التضمين كالعبد المصوب اذا قطعت يده عند الغاصب فاذا اختار اتباع القاطع لم يرجع القاطع على المشتري لان القاطع ضمن بجنائه وان اختار اتباع المشتري فللمشتري أن يرجع به على القاطع لان ذلك الضمان تقرر عليه بجناية القاطع فيرجع به عليه كالغاصب وان كان البائع هو الذي قطع يده فهذا منه رد للبيع وليس له أن يلزمه البيع بعد ذلك لان اليد من الآدمي نصفه فهو قد استرد نصفه بقوله وفي الاسترداد بحكم الخيار العقد لا يتجزى وفسخه البيع في النصف بالاسترداد يكون فسخاً في الكل فلهذا لم يكن له أن يلزمه البيع بعد ذلك. قال (وان اشترى جارية على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام فولدت عنده فقد انقطع خياره) لانها تعينت بالولادة وكذلك لو وطئها هو أو غيره بفجور أو غير ذلك لان وطأها إياها دليل الرضا ووطئ الغير إياها بالفجور تعيب لها وقد بينا ان حدوث العيب في ضمان المشتري مسقط لخياره المستوفي بالحكم في حكم جزء من آخر العين لان المستوفي بالوطء ما يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا يثبت مؤبداً واستيفاء جزء من العين مسقط لخياره سواء كان المستوفي هو أو غيره. قال (مسلم) اشترى من مسلم عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم ارتد المشتري في الثلاثة والعاذ بالله فله أن يرد العبد ولا يوجب عليه الاسلام ولا الكفر شيئاً) لان مشيئته لا تنقطع برده ثم عندهما خياره لا يمنع دخول العبد في ملكه فرده بالخيار بمنزلة الاخراج عن ملكه وذلك صحيح من المرتد عندهما. وعند أبي حنيفة خياره يمنع دخول العبد في ملكه فهو بالرد يمتنع من التملك الا أن يملك غيره شيئاً وردته لا تمنعه من ذلك ثم لا خلاف بين

أصحابنا رحمهم الله ان البديل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج عن ملكه * وللشافعي فيه ثلاثة أقوال في قول مثل هذا وفي قول يخرج ويدخل في ملك الآخر لان العقد منعقد مع شرط الخيار فيثبت حكمه وهو الملك اذا الخيار لا ينافي ذلك كخيار العيب . وفي قول آخر يقول انه اذا أسقط الخيار تبين انه كان خارجا من ملكه الى ملك صاحبه من وقت العقد بناء على أصله أن الخيار ما يقع بعد ما انعقد السبب موجبا للملك فاذا زال بسقوط الخيار تبين ان الملك كان ثابتا من وقت السبب وهو وجه قولنا ان العين لا تخرج من ملكه بطريق التجارة الا بعد تمام رضاه وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به والسبب بدون الشرط لا يكون عاملا في الحكم كاليمين بالطلاق فانه سبب لوقوع الطلاق عند وجود الشرط فما لم يوجد الشرط لا يثبت الحكم به وعند وجود الشرط لا يتبين أن الحكم كان ثابتا قبله كما في حكم الطلاق وهذا معنى ما يقول أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالتعلق بسقوط الخيار وانما تثبت حقيقة الملك عند سقوط الخيار ولهذا لو كان المشتري أعتقه قبل ذلك لم ينفذ عتقه الا أن السبب المنعقد في الاصل يسرى الى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونها محملا له فعند وجود الشرط كما يثبت الحكم في الاصل يثبت في الزوائد وأما البديل الذي من جانب الآخر على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يخرج في ملكه ولا يدخل في ملك المشروط له الخيار وعندها يدخل في ملك المشروط له الخيار لان البيع لازم في جانب من الخيار له فيتوفر على البديل الذي في جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك أحدهما الى ملك الآخر ولهذا يخرج من ملكه ولو لم يدخل في ملك صاحبه بقي مملوكا بلا مالك وذلك لا يجوز وليس من حكم العقد الخروج عن الملك من غير دخول في ملك الغير * والدليل عليه ان المبيع اذا كان دارا والخيار للمشتري فبيعت دار بجانب هذه الدار كان له حق الشفعة ولو لم يصير مالكا لها لما استحق بها الشفعة كخيار السكنى وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول من شرط الخيار لنفسه فقد استثنى الرضا فيما هو حكم العقد ودخول بدل صاحبه في ملكه من حكم العقد كما أن خروج البديل الذي من جانبه عن ملكه من حكم العقد فاذا لم يثبت أحدهما لانعدام الشرط . وكذلك الآخر لمعنيين أحدهما انه لو دخل العوض في ملكه بحكم العقد ولم يخرج العوض عن ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد بحكم المعاوضة مع كونها بمحل النقل وذلك لا يجوز (الثاني) انه لو دخل في ملكه من غير أن يخرج

البدل الآخر عن ملكه كان مالكا بغير عوض وليس هذا بموجب البيع ان ثبت الملك به بغير عوض واذا ثبت الملك له بغير عوض فلا يجوز ان يجب عليه العوض بعد ذلك اذن يكون ذلك عوضا يلزمه عن ملك نفسه * فالخاصل انهما بيننا مذهبهما على اعتبار حال البدل وأبو حنيفة رضى الله عنه بنى مذهبه على اعتبار حال العاقد وأن الذى شرط الخيار لما استثنى الرضا لم يثبت حكم العقد أصلا في حقه لافي البدل الذى من جانبه ولا فى البدل الذى من جانب صاحبه واعتبار هذا الجانب أولي لما قررنا ووجوب الشفعة للمشتري بها لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها بمنزلة العبد المأذون اذا بيعت دار بجانب داره يجب له الشفعة لهذا المعنى ولهذا لو أعتقه المشتري نفذ عتقه لانه صار أحق بالتصرف فيه واقدامه على الاعتاق اسقاط منه خياره ويتفرع على الأصل الذى بينا مسائل منها أن من اشترى قربة على أنه بالخيار ثبت خياره عند أبي حنيفة رضى الله عنه ولم يعتق عليه لانه لم يملكه وعندهما عتق عليه لانه قد ملكه ولا خيار له فيه وكذلك لو قال ان ملكك هذا العبد فهو حر فاشتراه على انه بالخيار بخلاف ما اذا قال ان اشتريته فهو حر لان عند وجود الشرط يصير كالمنشئ للعتق فاذا كان الشرط هو الشراء يجعل بعد الشراء كأنه أعتقه فلماذا يعتق عندهم جميعا وعلى هذا لو اشترى زوجته على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبي حنيفة ولو وطئها في المدة كان الوطئ بحكم النكاح ولا يمنع من ردها بخياره . وعندهما يفسد النكاح ولو وطئها في المدة لم يكن له أن يردّها بحكم خياره . ومنها أن المسلم اذا اشترى عصيراً على انه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه فتخمر في يده فعلى قولهما يسقط خياره لانه قد صار مالكا فلا يتمكن من رده بعد التخمر وعند أبي حنيفة رضى الله عنه لم يكن مالكا فيفسد البيع بالتخمر لانه لو لم يفسد البيع لكان متمالكا باسقاط الخيار بعد ما تخمر . وذلك لا يجوز وقيل في هذا الموضع تتغير العين من صفة الى صفة في ضمان المشتري فينبغى أن يسقط الخيار عندهم جميعا وانما هذا للاختلاف في ذمى اشترى من ذمى خراً على ان المشتري بالخيار وقبضها ثم أسلم . فعندهما يسقط خياره لانه كان مالكا فلا يردّها بعد اسلامه . وعند أبي حنيفة يبطل البيع لانه لم يكن مالكا ولو لم يبطل البيع يملكها عند اسقاط الخيار بحكم العقد بعد اسلامه وذلك لا يجوز . ومنها ان من اشترى جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ردها بحكم الخيار فعند أبي حنيفة رضى الله عنه لا يجب على البائع استبراء جديد لانه لم

يدخل في ملك غيره عنده وعندهما يجب ولو حاضرت عند المشتري في مدة الخيار ثم أسقط
 خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يجتزي بتلك الحيضة من الاستبراء وعندهما يجتزي بها
 ومنها العبد المأذون إذا اشترى عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأبرأه البائع من الثمن ثم أراد
 رده بخياره فله ذلك عند أبي حنيفة لأنه لم يكن مالاً له فهو بالرد يتمتع من تملكه. وعندهما
 كان مالاً فلو رده بعد ما أبرأه عن الثمن يخرج العبد عن ملكه بغير عوض والعبد المأذون
 لا يملك ذلك. قال (نصراني اشترى من نصراني خمرًا فلم يقبضها حتى أسلم أحدهما إما البائع
 أو المشتري فلا بيع بينهما) استحساناً وفي القياس يبقى البيع بينهما صحيحاً لأن المشتري ملك
 الخمر بنفس العقد والاسلام لا يمنعه من قبضها * ألا ترى أنه لو كانت خمرًا منصوبة له في يد
 غيره كان له أن يقبضها بعد الاسلام فكذلك في البيع * وجه الاستحسان ان الاسلام يمنع
 القبض هنا لان هذا القبض مشابه بالعقد من حيث أنه يتأكد به ملك العين ويستفاد به ملك
 التصرف فكما ان الاسلام من أحدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض
 بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد بوضوحه ان الطاريء بعد العقد قبل
 القبض من الزوائد يجعل كالموجود عند العقد حكماً. فكذلك الطاريء من اسلام أحدهما يجعل
 كالموجود عند العقد. وكذلك انسلم في الخمر يمين اذا أسلم نصراني الى نصراني في خمر يجوز
 فان أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فهو على هذا القياس والاستحسان وعن أبي يوسف انه
 (قال) في السلم أخذ بالاستحسان وفي مبيع العين أخذنا بالقياس لان القبض بحكم السلم يوجب
 الملك في غير المقبوض وهو نظير العقد في أن اسلام أحد المتعاقدين يمنع العقد على الخمر فأما
 في بيع العين القبض ناقل للضمان وليس بواجب ملك العين فهو بمنزلة استرداد المنصوب
 . قال (وان كان المشتري قبض الخمر ولم يرد الثمن حتى أسلم أو أسلم أحدهما فالبيع ماض
 والتمن عليه) لان حكم العقد ينتهي في الحرام بالقبض والاسلام الطاريء لا يؤثر في المنع من
 قبض الثمن. يقرره أن الاسلام اذا طرأ فانه يلقى الحرمة القائمة بالرد والماضية بالقبض كنزول
 آية الربا على ما نص الله تعالى عليه بقوله (وذروا ما بقى من الربا) أي ما بقى غير مقبوض فعرفنا
 أن الاسلام المحرم اذا طرأ لا يتعرض للمقبوض. قال (واذا اشترى الرجل عبيدين بالف
 درهم على ان أحدهما له لازم وهو في الآخر بالخيار فهو فاسد) لان الذي لزمه العقد فيه
 منهما مجهول والزام العقد في المجهول لا يجوز. وكذلك نسمى لكل واحد منهما ثمنًا فان لم

يبين الذي لزمه العقد فيه منهما فهذا فاسد أيضاً لما قلنا وان بين ذلك حينئذ يجوز لان الذي لزمه العقد فيه معلوم وثمنه مسمى معلوم والذي له الخيار فيه معلوم فكان العقد كان في صفقةين متفرقتين فان اشترى أحدهما بعينه في صفقة واحدة علي انه بالخيار فيه والاخر في صفقة من غير خيار ولو لم يكن الذي لزمه العقد فيه معيماً وقبضهما وماتا في يده فهو ضامن لقيمتها لانه قبضهما بحكم الشراء الفاسد فكل واحد منهما يكون مضمونا عليه بالقيمة والله أعلم بالصواب

— باب الخيار بغير الشرط —

قال رحمه الله واذا اشترى الرجل جراب هروى أو زيتا في زق أو حطة في جوالق فلم ير شيئا من ذلك فهو بالخيار اذا رآه عندناو (قال) الشافعي رحمه الله ان لم يكن جنس المبيع معلوما للمشتري فالعقد باطل قولاً واحداً وان كان جنس المبيع معلوما فله فيه قولان احتج في ذلك بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وانعقد ما يكون مستورا لعاقبة وذلك وجود فيما لم يره وبنيته صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ما ليس بحاضر مرثيا للمشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضراً عند العقد لانه لم يعرف من العقود عليه الا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبداً ولم يشر اليه ولا الى مكانه ومعنى هذا الكلام ان جميع أوصاف العقود عليه مجهولة وطريق معرفتها الرؤية دون الخبر * ألا ترى أن العقد لا يلزم قبل الرؤية مع سلامة العقود عليه والرضا بلزومه ولو كان الوصف طريقاً للاعلام هنا لكان العقد يلزم باعتباره * يوضحه ان المقصود هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوماً الا بالرؤية فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية في افساد العقد كبيع الآبق فان المالية في الآبق قائمة حقيقة ولكن لا يتوصل اليه للبعد عن اليد فيجعل ذلك كفوات المالية في المنع من جواز البيع ولهذا لا يجوز بيع الجنين في البطن وبيع اللبن في الضرع ولان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف يعني المسلم فيه وفي ما هو عين المشاهدة ثم ما هو الطريقة لمعرفة العقود عليه في بيع الدين وهو الوصف اذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد فكذلك ما هو الطريق للمعرفة في بيع العين وهو الرؤية

إذا تأخر عن حالة العقد لا يجوز العقد. وحجتنا في ذلك ما روى في المشاهير أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه والهاء في قوله لم يره كناية فينصرف إلى المكنى السابق وهو الشيء المشتري والمراد خيار لا يثبت إلا بعد تقدم الشراء وذلك الخيار بين فسخ العقد والزامه دون خيار الشراء ابتداءً وتصريحه بإثبات هذا الخيار له تنصيص على جواز شرائه وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما وعطاء والحسن البصري وسلمة بن الجبير رحمهم الله تعالى مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته والمعنى فيه أن المبيع معلوم العين مقصور التسليم فيجوز بيعه كالمرئى وبيان الوصف أنه مشار إلى عينه فإن الخلاف في جارية قائمة بين يديه مبيعة فلا شك أن عينها معلومة بالإشارة إليها. وكذلك أن أشار إلى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها جارية وكونها مملوكة فلا طريق إلى معرفة ذلك الأخير التابع له فانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك إلا بقول البائع وقد أخبرته وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات يوجب العلم من حيث الظاهر ولهذا من علم شيئاً مملو كالإنسان ثم رآه في يد غيره يبعه ويزعم أنه اشتراه من الأول أو أنه وكله يبعه جازله أن يشتري منه بناء على خبره فانما نفي تقدم رؤيته وجهها الجهل بصفات الوجه وجواز العقد وفساده لا ينبئ على ذلك لأن الجهل ببعض أوصافها لا يكون أكثر تأثيراً من فوات بعض الأوصاف بان كانت محترقة الوجه أو معيبة بعيب آخر وذلك لا يمنع جواز العقد وان كان يمنع لزوم العقد فكذلك الجهل ببعض الأوصاف * ألا ترى أن عدم العقود عليه يمنع العقد والجهل بالمعقود عليه في بعض المواضع لا يمنع العقد وهو أنه إذا باع قفيزاً من الصبرة فإن عين المعقود عليه مجهول وجاز العقد فدل أن تأثير عدم فوق تأثير الجهل * يوضحه أن الجهالة إنما تفسد العقد إذا كانت تقضى إلى المنازعة كما في شاة من القطيع فاما إذا لم تقض إلى المنازعة لا تفسد البيع كبيع القفيز من الصبرة وجهالة الأوصاف بسبب عدم الرؤية لا تقضى إلى المنازعة بعدما صار معلوم العين وإنما تأثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضا به وذلك شرط انبرام العقد لا شرط جوازه * ألا ترى أن البيع يجوز مع خيار الشرط ولا يلزم لانعدام تمام الرضا. وكذلك في العيب إلا أن هناك السبب المانع من تمام الرضا شرط الخيار منه وهو محتمل للاسقاط فإذا أسقطه تم الرضا في العيب والسبب بثبوت الحق المطالبة بالجزء الفائت وهو محتمل

للاسقاط فاذا أسقطه تم الرضاء به وهنا السبب هو الجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك
 لا ينعدم الا بالرؤية فلهذا لا يسقط خياره وان أسقطه قبل الرؤية * والدليل عليه ان جهالة
 العين كما تمنع جواز البيع تمنع جواز النكاح حتى لو قال زوجتك احدي ابنتي أو زوجتك
 احدي أمتي لم يصح النكاح ثم عدم الرؤية لا تمنع صحة النكاح فعرفنا أنه لا يوجب جهالة
 العين الا ان في النكاح المقدم يلزم لان لزومه لا يعتمد تمام الرضاء ولهذا لزم مع اشتراط
 الخيار والعيب بخلاف البيع وعليه نقيس لعملة ان هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود
 عليه لا تمنع جوازه كالنكاح ولأنه ليس في هذا أكثر من ان ماهو المقصود بالعقد
 مستتر بغيره وهذا لا يمنع جواز الشراء كما اذا اشترى جوزاً أو بيضاً أو انترى قفاعة في
 كوز يجوز فالمقصود بالعقد مستتر بغيره * يوضحه أن الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع اللوز
 الرطب والجوز الرطب في قشرين ويجوز بيع اليابس منهما لانه في قشر واحد وفي الوجهين
 المقصود وهو اللب دون القشر وهو مستتر بها ليس بمقصود وهذا بخلاف السلم لان
 جهالة اوصاف هناك تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم ولان العقد يرد على الاوصاف في
 باب السلم فان الدين وصف في الذمة والبدل بمقابلتها فاذا لم يذكر عند العقد لم يجز العقد
 لانعدام المعقود عليه وبيع الأبق انما لا يجوز للعجز عن التسليم لانعدام المالمية ولم يذ
 جوزنا هبته من ابنه الصغير . وبيعه ممن في يده . وبيع الجنين في البطن انما لا يجوز لانعدام
 المالمية فيه مقصودا فانه في البطن جزء من أجزاء الام * ألا ترى انه لا يحتمل التزويج
 مقصودا . فكذلك البيع بخلاف ما نحن فيه وتأويل النهي عن بيع ما ليس عند الانسان بيع
 ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضى الله عنه (قال) يا رسول
 الله ان الرجل يطلب مني سائمة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستحدثها
 فاستجيدها فاشتريها فأسلمها اليه (فقال) صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك والنهي عن
 بيع الغرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين اذا عرفنا هذا فنقول هنا فصلان . (أحدهما)
 البائع اذا لم ير المبيع قط بأن ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية فالبائع جائز عندنا . وكان أبو حنيفة
 رضى الله عنه أولاً يقول له الخيار ثم رجع و (قال) لا خيار له و (قال) الشافعي لا يجوز بيعه
 قولاً واحداً والدليل على جوازه ما روى ان عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه باع أرضاً
 كانت له بالبصرة . بن طلحة رضى الله تعالى عنه فقيل لطلحة انك قد عيت (فقال)

الخيار لي لاني اشترت مالم اره فذكر ذلك لعثمان رضي الله تعالى عنه فقال لي الخيار لاني بعت مالم اره فحكما جبير بن مطعم رضي الله تعالى عنه في ذلك فقضى بالخيار لطلحة رضي الله تعالى عنه فقد اتفقوا على جواز الشرط ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث و (قال) لا خيار للبائع وهذا لان تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل في ملكه لا بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع وانما يدخل في ملكه الثمن وهو طريق اعلامه التسمية دون الرؤية . فاما اذا كان البائع قد رأى العقود عليه ولم يره المشتري فهو على الخلاف الذي قلنا وبعد العقد قبل الرؤية للمشتري أن يفسخ العقد لان تمكنه من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم ومالم يتم الرضا به لا يكون العقد لازما فكان له أن يفسخ العقد قبل الرؤية وليس له أن يلزم العقد قبل الرؤية لان اللزوم يعتمد تمام الرضا وانما يتم رضاه اذا علم بالاوصاف التي هي مقصوده وانما يصير ذلك معلوما بالرؤية وهذا بخلاف خيار العيب فان العلم بالاوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو صفة السلامة فانما يثبت خيار العيب لثبوت حق المطالبة له بتسليم الجزء الفاتت وذلك يحتمل الا...قاط فلهذا صح البراء قبل رؤية العيب بوضحه أن في الرضا قبل الرؤية هنا ابطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشتري عند رؤية العقود عليه لانه يراه بعد ذلك ولا خيار له وليس له في الفسخ ابطال حكم ثابت بالنص لانه يوجد رؤية العقود عليه خاليا عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية العقود عليه بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان الفسخ يخرج من أن يكون مقودا عليه فلا يوجد بعد ذلك رؤية العقود عليه خاليا عن الخيار ثم يشترط لاسقاط الخيار هنا الرؤية التي توجب اعلام ماهو المقصود وذلك في بني آدم برؤية الوجه وفي الدواب برؤية وجهها وكفنها ومؤخرها فيما يروى عن أبي يوسف وفي الفم يحتاج مع ذلك الى الجنس وفيما يكون المقصود منه اللبن يحتاج الى رؤية الضرع وفيما يعلم بالذوق والشم يحتاج الى ذلك أيضا لان العلم بما هو المقصود انما يحصل به فلا يسقط خياره مالم يرض بعد العلم بما هو المقصود صريحا أو دلالة وليس للخيار في هذا وقت . لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري فالتوقيت فيه زيادة على النص ولان هذا في معنى خيار العيب وذلك لا يتوقت إلا أن خيار العيب يجوز الصلح عنه على مال . بخلاف خيار الرؤية لان الحق هناك في الجزء الفاتت والاصطلاح يكون على رد حصة الجزء الفاتت من الثمن ولهذا لو تمرد

الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا الخيار للجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك ليس بمال فلا يجوز الصلح عنه على مال كخيار الشرط . ولهذا قلنا ان خيار العيب يورث . لان الوارث يقوم مقام المورث فيما هو مال وخيار الرؤية لا يورث كخيار الشرط . قال (فان رأى بعض الثياب فهو فيما بقي منها بالخيار) لان الثياب تتفاوت فلا يستدل برؤية بعضها على رؤية البعض واذا أراد الرد فليس له أن يرد ما لم يره خاصة ولكن يرد الكل أو يمسك الكل لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة كخيار الشرط فان كل واحد منهما يمنع اللزوم لعدم تمام الرضا فكما ان من له خيار الشرط لا يتمكن من تفريق الصفقة قبل التمام بلزوم العقد . فكذلك من له خيار الرؤية ويستوى في ذلك ما قبل القبض وما بعد القبض لان الصفقة انما تتم بالقبض باعتبار تمام الرضا ولا يكون ذلك قبل الرؤية بخلاف خيار العيب فهناك الصفقة تتم بالقبض تمام الرضا به على ما هو مقتضى العقد وهو صفة السلامة . قال (ولو تعذر رد البعض المالك في يد المشتري قبل الرؤية فليس له أن يرد ما بقي) لانه تعذر عليه رد المالك وليس له أن يفرق الصفقة في الرد قبل التمام فن ضرورة تعذر الرد في المالك تعذر الرد فيما بقي الا في رواية عن أبي يوسف (قال) له أن يرد . ابقى لانه لو صرح بالزام العقد قبل الرؤية لم يسقط خياره فهلاك البعض اولى أن لا يسقط خياره فيما بقي ولكنه قبل الهلاك باختياره رد البعض هو فاسد للأضرار بالبائع فيرد عليه قصده . وذلك لا يوجد بعد الهلاك فيتمكن من رد ما بقي وكذلك كل حيوان أو عرض . فأما السمن والزيت والحنطة فلا خيار له اذا اشتراها بعد رؤية بعضها لان المكيل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فبرؤية البعض تصير صفة ما بقي منه معلوما والاصل ان كل ما يعرض بالنموذج فروؤية جزء منه يكفي لاسقاط الخيار فيه ومالا يعرض بالنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منهما لاسقاط الخيار وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد اذا كان ما لم يره مثل ماراه أو أجود مما رأى . فان كان أدنى مما رأى فله الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رأى فاذا تغير لم يتم الرضا به وان اختلفا . فقال المشتري قد تغير . قال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري ولو ادعى عيبا بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة والقول قول البائع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله . قال (واذا رأى متاعا مطويا ولم يقسه ولم ينشره ، فاشتراه على ذلك فلا خيار له) لان في الثوب الواحد يستدل

برؤية طرف منه علي ما بقى فلا تتفاوت أطراف الثوب الواحد الايسيرا وذلك غير معتبر
ولان رؤية كل جزء منه يتمذر . قالوا وهذا اذا لم يكن في طي الثوب ما هو المقصود فان
كان في طي الثوب ما هو مقصود كالعلم لم يسقط خياره ما لم ير ذلك الموضع يعنى موضع العلم
لان المالمية تتفاوت بجنسه وهو نظير النظر الي وجه الآدمي فانه وان رأى سائر المواضع من
جسده لا يسقط خياره ما لم ير وجهه . قال (ولو كان رآه قبل الشراء ثم اشتراه فلا خيار له
الا ان يكون قد تغير عن الحال الذي رآه عليه وان ادعى المشتري التغير فاقول قول البائع مع
يمينه) لان نكازه وعلى المشتري اليقنة وهذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك
المدة فاما اذا تطاولت المدة فاقول قول المشتري . أرايت لو كانت جارية شابة ثم اشتراها بعد
عشرين سنة فزعم البائع انها لم تتغيرا كان يصدق علي ذلك فهذا مما يعرفه كل عاقل فالظاهر
يشهد فيه للمشتري فاقول قوله . قال (واذا اشترى شيئا ثم أرسل رسولا يقبضه فهو بالخيار
اذا رآه ورؤية الرسول وقبضه لا يلزمه المتاع) لان المقصود علم العاقد بأوصاف المعتقد عليه
ليتم رضاه وذلك لا يحصل برؤية الرسول فاكثر ما فيه ان قبض رسوله كقبضه بنفسه ولو قبض
بنفسه قبل الرؤية كان بالخيار اذا رآه فكذلك اذا أرسل رسولا يقبضه له فاما اذا وكل وكيل يقبضه
فراه الوكيل وقبضه لم يكن للموكل فيه خيار بعد ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه و (قال)
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له لخيار اذا رآه لان القبض فعل والرسول والوكيل فيه سواء
وكل واحد منهما مأمور باحراز العين والحمل اليه والنقل الي ضمانه بفعاله ثم خياره لا يسقط برؤية
الرسول . فكذلك برؤية الوكيل وكيف يسقط خياره برؤيته وهو لو أسقط الخيار نصا لم يصح
ذلك منه لانه لم يوكله به . فكذلك اذا قبض بعد الرؤية وقاسا بخيار الشرط والعيب فانه لا يسقط
بقبض الوكيل ورضاه به . فكذلك خيار الرؤية وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول التوكيل بمطلق
القبض يثبت للوكيل ولانه إتمام القبض كالتوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولان إتمامه
وتمام القبض لا يكون الا بتمام الصفقة والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الرؤية فيضمن التوكيل
بالقبض أنابة الوكيل مناب نفسه في الرؤية المسقطه لخياره بخلاف الرسول فان الرسول ليس
اليه الا تبليغ الرسالة فأما إتمام ما أرسل به ليس اليه كالرسول بالعقد ليس اليه من القبض
والتسليم شيء والدليل على الفرق بين الوكالة والرسالة ان الله تعالى أثبت صفة الرسالة لذبيته صلى
الله عليه وسلم وبقى الوكالة بقوله تعالى (قل لست عليكم بوكيل) وهذا بخلاف خيار العيب

فان بقاءه لا يمنع تمام الصفقة والقبض ولهذا ملك بعد القبض رد الميب خاصة * يوضحه ان خيار الميب لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفاتت وذلك للموكل والوكيل لا يملك اسقاطه لانه فوض اليه الاستيفاء دون الاسقاط فاما خيار الشرط فقد منعه بعض اصحابنا رحمهم الله والاصح هو التسليم والفرق بينهما انما نجعل في الموضعين فعل الوكيل كفعل الموكل والموكل لو قبض بنفسه بعد الروية سقط به خياره . فكذلك قبض الوكيل ولم يسقط خيار الشرط بقبض الوكيل بحال وهذا لان من شرط الخيار استثنى رضاه نصا فلا بد لسقوط خياره من اسقاطه أو اسقاط نائبه والوكيل ليس بنائب عنه في اسقاط حصة الذي استثناه لنفسه أو يقول سقوط خيار الروية من حقوق العقد لان الروية تكون عند القبض عادة والوكيل بالشيء فيما هو من حقوقه كالمباشر لنفسه بمنزلة الوكيل بالعقد بخلاف خيار الشرط فاسقاطه لا يكون عند القبض والروية بل بالتأمل فيه بعد مدة بعيدة ولان الوكيل بقبض المبيع بمنزلة الوكيل بالعقد لان القبض مشابه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ثم روية الوكيل بالعقد تجعل روية الموكل . فكذلك روية الوكيل بالقبض بخلاف خيار العيب فضاء الوكيل بالعيب لا يكون ملزما للموكل . ألا ترى انه بعد الشراء لو وجد بالمبيع عيبا فرضي به الوكيل وأبى الموكل أن يرضى به فله أن لا يرضى بخلاف خيار الشرط فالوكيل بالعقد لا يملك اسقاط خيار الشرط الذي استثناه الا امر لنفسه نحو ما اذا أمره بأن يشترط له الخيار . فكذلك الوكيل بالقبض لا يملك اسقاطه . قال (واذا اشترى عدل رضى لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر الى ما بقي فلم يرض به لم يكن له أن يرده الا من عيب يجده فيه) لانه تعذر الرد فيما باع وايسر له أن يفرق الصفقة في الرد بخيار الروية فاذا عاد الى ملك البائع ما باع بسبب فهو فسخ من كل وجه فله أن يرد الكل بخيار الروية لزوال المانع الا في رواية علي بن الجعد رحمه الله عن أبي يوسف انه يقول خيار الروية كخيار الشرط فلا يعود بعد ما سقط وان عاد الى قديم ملكه وان كان باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الروية فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره وان كان قبل الروية فهو على خياره لانه لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لأسقطنا بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الروية ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الروية . فكذلك اذا باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الروية فهو دليل الرضى منه فسقط خياره وان كان قبل الروية

فهو علي خياره لان لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لاسقطنا
 بإيجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الروثة. ولو صرح بذلك
 لم يسقط خياره قبل الروثة. فكذلك اذا باعه علي انه بالخيار. وكذلك لو قطع ثوبا منه وألبسه
 حتى تغير فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه وليس له أن يرد ما بقي لما فيه من تفريق الصفقة
 قبل التمام. قال (واذا اشترى عدل رطل ثمن واحد أو كل ثوب بعشرة أو كرحنطة أو
 خادمين فحدث في شيء من ذلك عيب قبل أن يقبضه أو كان العيب فيه فعلم به فليس له الا أن
 يرده كله أو يأخذه كله) لما في رد البعض من تفريق الصفقة قبل التمام ولان الرد بالعيب قبل
 القبض بمنزلة الرد بخيار الشرط. وخيار الروثة ولهذا ينفرد الراد به من غير قضاء ولا رضاء
 وهذا لانه لا حصة من الثمن قبل القبض فهو مجرد خيار يثبت له ليدفع به الضرر عن نفسه
 لا حصة للجزء الفات من الثمن قبل القبض لانه وصفت فلا يمكن من الحاق الضرر بالبائع
 في تفريق الصفقة عليه ولكن يرد الكل أو يمسك الكل والحادث من العيب قبل القبض
 كالموجود عند العقد لان المبيع في ضمان البائع ولو هلك كان هلاكه علي البائع. فكذلك اذا
 فات جزء منه ولان الزيادة التي تحدث في العين قبل القبض لما جعلت في حكم الموجود
 عند العقد. فكذلك النقصان الحادث في العين قبل القبض. وكذلك لو قبض احدهما دون
 الآخر لان تمام الصفقة تعلق بالقبض فلا يثبت الا بعد قبض الجميع كسقوط حق البائع في
 الجنس لما تعلق بوصول الثمن اليه فالقبض جميع الثمن بقي حقه في الجنس فيستوي في ظاهر الرواية
 ان وجد العيب بالمقبوض فله أن يرده خاصة وان وجد بالذي لم يقبض فليس له الا أن يردهما
 لانه يجعل في حكم ما وجد به العيب كان الآخر بصفته وأما اذا علم بالعيب بعدما قبضهما فله أن
 يرد الميعب خاصة وقد لزمه البيع في الآخر بحصته من الثمن الاعلي قول زفر فانه يقول يردهما
 ان شاء لان ضم الجيد الى الرديء عادة ظاهرة في البيع فلو رد الرديء بالعيب خاصة
 تضرر به البائع فلدفع الضرر عنه اما أن يردهما أو يمسكهما كما في الرد بخيار الشرط والروثة
 ولكننا نقول حق المشتري بعد القبض في المطالبة بتسليم الجزء الفات ولا جله يتمكن من الرد
 ولهذا اذا تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهذا المعنى تقتصر على العيب فلا يعمدى
 حكم الرد الى محل آخر وهذا لان الصفقة تم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشتري عند
 صفة السلامة كما أوجبه العقد وبه فارق خيار الشرط والروثة فالمانع من تمام الصفقة هناك

عدم الرضا للجهل بأوصاف المعقود عليه أو بشرط الخيار وهذا باق وفي رد أحدهما تفریق الصفقة قبل التمام فلهذا لا يتمكن منه. وأما ما كان من مكيل أو موزون من ضرب واحد فليس له إلا أن يرد كله أو يمسك كله لان الكل في الحكم واحد. ألا ترى أن الكل تسمى باسم واحد وهو الكر فالشيء الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون البعض. يوضحه أنه اذا ميز المعيب ازداد عيبه فالمعيب من الخنطة عند الاختلاط بما ليس بمعيب لا يتبين فيه من العيب ما يتبين اذا ميز عما ليس بمعيب والمشتري لا يتمكن من الرد بعيب أكثر مما خرج من ضمان البائع وبعض المتأخرين رحمهم الله تعالى يقولون هذا اذا كان الكل في وعاء واحد فاما اذا كان في وعائين فوجد ما في أحد الوعائين معيبا فله أن يرد ذلك بالعيب ان شاء بمنزلة الثوبين والجنسين كالخنطة والشعير لانه يرد على الوجه الذي خرج من ضمان البائع والظاهر في الجنس الواحد بصفة واحدة انه كشيء واحد سواء كان في وعاء واحد أو في وعائين فاما أن يرد الكل أو يمسك الكل. قال (واذا اشترى ثوبين أو عبدين بثمان واحد وقبضهما ثم استحق أحدهما فالآخر له لازم لان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض فان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام الرضا من العاقد به وبلاستحقاق ينعدم رضا المالك لا رضا العاقد ولهذا قلنا في الصرف ورأس مال السلم لو أجاز المستحق بعد ما افتراقا بقي العقد صحيحا فاذا عرفنا تمام الصفقة بالقبض قلنا يرجع بثمان المستحق لان ذلك لم يسلم له والبيع لازم له في الآخر لانه سالم واستحقاق أحدهما لا يمكن نقصانا في الآخر وان استحق أحدهما قبل القبض فله الخيار في الآخر ليفرق الصفقة عليه قبل التمام وكذلك لو قبض أحدهما ولم يقبض الآخر حتى استحق المقبوض أو لذي لم يقبض فله الخيار في الباقي لما بينا أن تمام الصفقة يقبض جميع ما يتناول العقد فبقي شيء منه غير مقبوض لا تكون الصفقة تامة ولو كان ثوب واحد أو عبد أو شيء مما لا يتبعض فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده فله أن يرد ما بقي بعيب الشركة فالتجار يمدون الشركة فيما يضره التبويض عيبا فاحشا. قال (واذا اشترى شيئا ما يكال أو يوزن فاستحق بعضه قبل القبض أو وجد ناقصا فله أن يترك ما بقي) لتفرق الصفقة عليه قبل التمام وان استحق البعض بعد القبض فلا خيار له فيما بقي لان هذا لا يضره التبويض وباستحقاق البعض لا يتعيب ما بقي وقد تمت الصفقة بالقبض. قال (ولو اشترى دارا فنظر اليها ظاهرها خارجا منها ولم يدخلها فليس له أن يردّها إلا بعيب) عندنا و(قال) زفر له أن يردّها

وقيل هذا الجواب بناء على دورهم بالكوفة فانها تختلف بالسمة والضيق وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج . فاما في ديارنا مالية الدور تختلف بقلّة المرافق وكثرتها وذلك لا يصير معلوما الا بالنظر اليها . من داخل فالجواب على ما (قال) زفر . ومن حقق الخلاف في المسئلة فحجة زفر هنا الذي ذكرنا الجواب . وحثنا ان النظر الى كل جزء من أجزائها متعذرا فانه يتعذر عليه أو ينظر الى ماتحت السور والى ما بين الحيطان من الجذوع والاسطوانات واذا سقط شرط روية الكل للتعذر أقناروية جزء . منها مقام روية الجميع تيسيراً . قال (والأعمى في كل ما اشترى اذا لم يقبل ولم يجس بالخيار) فاذا قلب أو جس فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له الا أن يجده عيبا والكلام في فصول (أحدها) جواز العقد عندنا من الأعمى فيما كان أو شراء . و(قال) الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعلى . فكذلك الجواب وان كان أعمى فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها وهذا غلط منه فالناس تعارفوا معاملة العميان من غير تكبر منكر وتعامل الناس من غير تكبر . منكر أصل في الشرع ثم من أصله ان من لا يملك أن يشتري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به فاذا احتاج الأعمى الى ما كوله ولا يتمكن من ان يشتري أو يوكل به مات جوعا وفيه من القبح مالا يخفى فاذا ثبت جواز شراؤه (قلنا) ان كان المشتري مما يعرف بالجلس أو الذوق فهو كالبصير في ذلك وان كان مما تعرف صفته بالجلس كما تعرف بالرؤية فالس فيه كالرؤية من البصير حتى لو لمسه . وقال رضيت به يسقط خياره ومالا يمكن معرفته كالعقارات فانه يوصف له بابلغ ما يمكن فاذا . قال قد رضيت سقط خياره لان ذكر الوصف يقام مقام الرؤية في موضع من المواضع كما في عقد السلم والمقصود رفع العيب عنه وذلك يحصل بذكر الوصف وان كان بالرؤية أتم وعن أبي يوسف رحمه الله (قال) تعاد الى ذلك الموضع فاذا كن بحيث لو كان بصيرا رأى . فقال قد رضيت سقط خياره وجعل هذا كتحرير الشفتين من الاخرس فانه يقام مقام عبارة الناطق في التكبير والقراءة لان الممكن ذلك القدر و(قال) الحسن ابن زياد يوكل بصيرا بالقبض حتى يرى البصير له فيقبض وهذا أشبه بقول أبي حنيفة قالو كيل بالقبض عنده يجمل في الرؤية كالموكل وقال بعض ائمة بلغهم الله عيسى الحيطان والاشجار فاذا . قال قد رضيت يسقط خياره لان الأعمى اذا كان زكيا يقف على مقصوده في ذلك بالمس و(حكى) ان أعمى اشترى أرضا . فقال قيدوني اليها فقادوه فجعل يمس الارض حتى

انتهي الى موضع منها فقال اموضع كدس هذا فقالوا لا فقال هذا الارض لا تصلح لانها لا تكسوا نفسها فكيف تكسوني فكان كما قال فاذا كان الاعمى بهذه الصفة فرضى بها بعد ما مسها سقط خياره والله اعلم بالصواب

❦ باب المراجعة ❦

❦ قال ❦ رحمه الله واذا اشترى شيئاً بنسيئة فليس له أن يبيعه مراجعة حتى يتبين انه اشتراه بنسيئة) لان بيع المراجعة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وجاية ويتحرز فيه من كل كذب وفي معارض الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها في بيع المراجعة ثم الانسان في العادة يشتري الشيء بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد فاذا أطلق الاخبار بالشراء فانما يفهم السامع من الشراء بالنقد فكان من هذا الوجه كالخبر بأكثر مما يشتري به وذلك جنابة في بيع المراجعة * يوضحه أن الموجب لنقص في المالية من الحال واهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالي عن المقابلة حكماً فاذا باءه وكتم ذلك فالمشترى بالخيار اذا علم للتدليس الموجود من البائع وهذا لان المشتري انما التزم ربما بناء على خبره انه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن فلو علم انه اشتراه بالنسيئة لم يرغب في شرايه بالنقد بذلك القدر من الثمن فضلاً من أن يعطيه على ذلك ربما فللحاجة الى دفع الضرر اثبتنا له الخيار كما اذا وجد المعقود عليه دون ما شرط البائع فان كان هذا قد استهلك المبيع فالمبيع له لازم وليس له أن يرد الباقي منه ولا يرجع في شيء من الثمن لانه تعذر رده ومجرد الخيار اذا سقط لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشيء بنزلة خيار الروية والشرط و(روى) عن محمد انه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن ان شاء وهو صحيح على أصله فانه جوز فسخ العقد بسبب التحالف على القيمة بعد هلاك السلعة وجعل رد القيمة عند تعذر رد العين كرد العين فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله والمعنى في الكل تحقق الحاجة الى دفع الضرر عن المشتري وهذا بخلاف خيار العيب على ظاهر الرواية فالمستحق للمشتري هناك المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولهذا يرجع بحصة العيب من الثمن اذا تعذر الرد وهنا الثابت له مجرد الخيار والخيار ليس بمال. وكذلك ان استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقي منه لما فيه من تفريق الصفة على البائع ولا يرجع في شيء من الثمن لما قلنا ان المبيع سلم له كما استحقه بالعقد وان لم يكن الاجل مشروطاً وانما كان متعاداً كما هو الرسم بين الباعة أن

يودى المشتري الثمن منجما في كل أسبوع نجما فقد اختلف مشائخنا رحمهم الله تعالى في هذا الفصل (قال) بعضهم له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان الثمن حال وبأن ساعده البائع واستوفي الثمن منه منجما لا يخرج من أن يكون حالا. ومنهم من يقول المعروف كالمشروط بالنص ولو كان الاجل مشروطا لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان. فكذلك اذا كان متعارفا ألا ترى ان الورثة في بعض الاشياء تستحق بالعرف وتجعل كالمشروط فهذا قياسه. قال (واذا اشترى خادما فاعورت أو ثوبا أو طعاما فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد فله أن يبيعه مرابحة على جميع الثمن من غير بيان) و. قال زفر ليس له ذلك ما لم يبين لان المشتري لو علم انه اشتراه غير عيب بما سعى من البديل لم ياتزم له على ذلك ربحا ما لم يبين بعد ما تعيب وهذا مذهب الشافعي أيضا بناء على مذهبه ان للأوصاف من الثمن حصة وان التعيب بأفة جماوية وبصنع العباد فيه سواء ولكننا نقول بأن المشتري غير حابس شيئا من المعقود عليه فيكون له ان يبيعه مرابحة كما لو تغير السعر وهذا لان الفاتت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من البديل اذا فات بغير صنع أحد وانما البديل بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة أرأيت لو اصفر الثوب أو توسخ أو نكس كان له أن يمنعه من المرابحة وفي نوادر هشام ذكر عن محمد رحمه الله (قال) هذا اذا نقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه العيب قدر ما لا يتغابن الناس فيه لم يبيعه مرابحة. قال (وكذلك ان تعيب بفعل المبيع بنفسه) لان ذلك هدرًا وان تعيب بفعل المشتري فلاس له أن يبيعه مرابحة حتى يتبين لانه حابس لجزء من المبيع بما أحدث فيه من العيب وما يكون ييما اذا صار مقصودا بالتناول كان له من الثمن حصة كالبايع اذا ألتف شيئا من أوصاف المعقود عليه يسقط حصته من الثمن بخلاف ما اذا تعيب بغير فعل. وكذلك ان عيبه أجني بأمر المشتري أو بغير أمره فان فعله بأمر المشتري كفعل المشتري بنفسه وبغير أمره جناة موجبة ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه. وذلك يمنعه من أن يبيعه مرابحة حتى يبين فان باعه ولم يبين كان للمشتري رده اذا علم به وان كان قد استهلك شيئا منه لم يكن له رد الباقي ولا الرجوع بشيء من الثمن فان لم يصبه عيب ولكنه أصاب من علة الدابة أو الدار أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشتري مرابحة على ثمنه لان العلة ليست بمتولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان العلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا تمنعه من بيعها مرابحة وهذا لانه أنفق عليها بازاء ما نال

من المنفعة . قال (واذا ولدت الجارية أو السائبة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة
مراجعة) لأنه لم يجس شيئاً من المعقود عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد
وبازائه ما يجبره وهو الولد وفي مثل هذا النقصان كان له أن يبيعه مراجعة وان لم يكن بازاء
النقصان ما يجبره فاذا كان بازائه ما يجبره أولى فان استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل
مراجعة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلك متولد من العين ولو استهلك جزء من عينها
لم يبعها مراجعة بغير بيان . فكذا اذا استهلك ما تولد من العين . قال (وكذلك البان الغنم واصوافها
وسمونها اذا أصاب من ذلك شيئاً فلا يبع الاصل مراجعة حتى يبين ما أصاب منها) لان ما
أصاب في حكم جزء من عينها . وعند الشافعي رحمه الله له أن يبيعها مراجعة بناء على مذهبه
ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا يمنع رد الاصل
بالعيب وسيأتي بيانه في باب العيوب ان شاء الله تعالى . قال (فان أنفق عليها ما يساوي
ذلك في علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مراجعة من غير بيان لأن حصول الزيادة
باعتبار ما أنفق عليها من ماله والنفق مقابل بالغرر ولان في بيع المراجعة يعتبر عرف التجار
ومن عاداتهم اذا انفقوا بقدر ما أصابوا من الزيادة لا يعدون ذلك خيانة في بيع المراجعة
وان هلكت هذه الزيادة من غير أن ينتفع بها المشتري فله أن يبيعها مراجعة ولا يبين وان
كان قد نقصت الاصول لان النقصان حصل بغير صنع أحد . قال (واذا اشترى متاعاً فله أن
يحمس عليه ما أنفق في القسارة والخياطة والكراء ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا
فانه كذب) وهذا لان عرف التجار معتبر في بيع المراجعة فما جرى العرف بالحاقه برأس المال
يكون له أن يلحقه به ومالا فلا أو يقول ما أثر في المبيع فترداد به ماليته صورة أو معنى
فله أن يلحق ما أنفق فيه برأس المال والقسارة والخياطة وصف في العين ترداد به المالية
والكراء . كذلك معنا لان مالية ماله حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأمكنة فنقله من مكان الى
مكان لا يكون الا بكرى ولكنه بعد الحاق ذلك برأس المال لو قال اشتريته بكذا يكون
كذبا فانه ما اشتراه بذلك فاذا قال قام علي بكذا فهو صادق في ذلك لان الشيء انما يقوم
عليه بما يغرر فيه وقد غرم فيه القدر المسمى وان كان في عقود متفرقة ولم يحمل عليه
ما أنفق على نفسه في سفره من طعام ولا كراء ولا مؤنة لانعدام العرف فيه ظاهراً ولان

بما أنفق على نفسه لا تزداد مالية البيع صورة ولا معنى وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف ثم يقول قاموا على بكذا للعرف الظاهر في ذلك ولأن في هذه النفقة اصلاح مالية الرقيق فان بقاءهم على هيئتهم لا يكون بدون الانفاق بالمعروف. قال واذا اشترى طعاماً كل نصفه فله أن يبيع النصف الباقي مرابحة على نصف الثمن. وكذلك كل مكيل أو موزون اذا كان صنفاً واحداً) لانه مما لا يتفاوت بحصة كل جزء منه من الثمن يكون معلوماً وبيع المرابحة على ذلك يبنى وان كان مختلفاً لا يبيع الباقي منه مرابحة لان انقسام الثمن على الاجناس المختلفة باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحرز والظن فلم يكن حصة كل جنس من الثمن معلوم يقينا لبيعه مرابحة عليه. وكذلك الثوب الواحد اذا ذهب نصفه أو احترق أو أحرقه انسان أو باعه أو وهبه فلا يبيع النصف الباقي مرابحة على الثمن الاول لان المسمى لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء والذرع صفة في الثوب وانقسام الثمن لا يكون على الاوصاف فقد تتفاوت أطراف الثوب الواحد اذا ذهب نصفه إلا ترى انه يشتري ذراعاً من أحد جانبيه بثمن لا يشتري بمثله من جانب آخر بخلاف القفزان من الصبرة الواحدة وهكذا الثوبان اذا اشتراهما صفقة واحدة فلا يبيع أحدهما مرابحة دون الآخر فان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة. وكذلك ان اشترى عدل زطى بألف درهم وان كان أخذ كل ثوب بشرة دراهم فله أن يبيع كل ثوب منها مرابحة على عشرة في (قول) أبي حنيفة وأبي يوسف و(قال) محمد رحمه الله تعالى لا يبيع شيئاً من ذلك مرابحة حتى يبين أنه اشتراه مع غيره لان من عادات التجار ضم الجيد الى الرديء، ويبيعهما بثمن واحد مع التفضل فيرغب المشتري في شراء الرديء، لماله من المقصود في الجيد ويرغب البائع في بيع الجيد لماله من المقصود في ترويج الرديء، فلو جوزنا له أن يبيع أحدهما مرابحة من غير بيان لأمسك الجيد وباع الرديء، مرابحة واذا علم منه المشتري انه كان معه في العقد أجود منه لم يعطه ربحاً عي ما سمي فيه من الثمن فلاجل هذا العرف استحسّن محمد و(قال) لا يبيعه مرابحة حتى يبين والقياس ما قال. فان حصة كل واحد منهما من الثمن مسمى معلوم فله أن يبيعه مرابحة كما لو كان في عقدين ومثل هذا العرف الذي اعتبره محمد يوجد في العقدين أيضاً فقد يسامح الانسان لمن يعامله في ثمن جيد من الترويج عليه رديئاً بعده بثمن مثل ذلك الثمن ثم لم يعتبر ذلك لان اعتبار المادة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالمادة. فكذلك هنا بعد التنصيص على ثمن كل واحد منهما

لا يعتبر بالمادة . قال (واذا اشترى متاعاً بمحنة أو شعيراً أو شيء مما يكال أو يوزن فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على ذلك) لان بيع المرابحة تمليك بثمن ما ملك به من ربح ضمه اليه في بيعه فاذا كان الثمن مما له مثل في جنسه تحقق هذا المعنى فيه فله أن يبيعه مرابحة عليه . قال (واذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم فباعه بخمسة عشر درهماً ثم اشتراه بعشرة فلا يبيعه مرابحة حتى يطرح ربحه الأول من رأس المال) في قول أبي حنيفة و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه مرابحة على عشرة دراهم لانه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وصية * إلا ترى انه لو كان أصله هبة أو ميراثاً أو وصية فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ولا يعتبر بما كان قبله كذا هذا وهذا لان بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الاول لان ثبوت الحكم بثبوت سببه فاذا كان السبب متجدداً فالملك الثابت به كذلك واختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان للمشتري في المرة الثانية عين آخر باعه مرابحة على ما اشتراه به وقاس بما لو استفاد في المرة الثانية زيادة من العين فان ذلك لا يمنع من بيع المرابحة في الشراء الثاني . فكذلك اذا استفاد ربحاً قبل الشراء الثاني وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما استفاد من الربح انما يؤكده حقه فيه بالشراء الثاني لان قبل شرائه كان حقه فيه يعرض انسقوط بان يرد عليه بعيب والواو كد في بعض المواضع كما لو جرب فكانه استفاد ذلك بالعقد الثاني وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فتأكد حقه فيها لم يكن بالعقد الثاني ولان مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها الى بعض * ألا ترى انما اتفق في القصاراة والقتل والخياطة يلحق برأس المال فاذا كان يضم بعض العقود الى بعض فيما يوجب زيادة في الثمن فلان يضم العقود الى بعض فينظر الى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع اليه ويبيع مرابحة فيما يوجب النقصان من الثمن أولى فان هذا الى الاحتياط أقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها فاما عند الاختلاف فلا * ألا ترى انه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئاً من رأس المال . وكذلك اذا كان العقد الأول هبة أو صدقة لا يضم أحدهما الى الآخر لان أحد المقدين تبرع والاخر تجارة فاما اذا اتحد جنس العقود يضم بعضها الى بعض فينظر الى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع اليه ويبيع مرابحة على ما بقي ان شاء وفي هذه المسئلة قد غرم عشرين درهماً في دفعتين وعاد اليه خمسة عشر درهماً فبيعه مرابحة على خمسة . قال (ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة

لم يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة أصلاً) لأنه رجع إليه مثل ما غرم فيه فلم يبق له فيه رأس المال لبيعه مرابحة عليه ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف أو بدابة ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرابحة على عشرة لأن ما عاد إليه ليس من جنس ما غرم فيه فلا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المرابحة ولأن الربح لا يظهر ما لم يرد إليه رأس ماله وإذا كان ما عاد إليه من عين جنس ما غرم فيه لا يظهر ربحه فيه فإذا كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الثاني. وإذا اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى آخر نصفه بمائتي درهم ثم باعه مرابحة أو وضيعة أو تولية فالثمن بينهما أثلاثاً بخلاف ما لو باعه مساومة فإن في بيع المساومة المسمى بمقابلة الملك ولهذا يستوي فيه المشتري والموهوب وملكهما في العبد سواء بخلاف المرابحة والوضيعة والتولية فإن الثمن الثاني مبنى على الأول في هذه العقود لأن التولية تملك لما ملك والوضيعة بنقصان شيء يسمى عما ملكت به والمرابحة بزيادة معدومة على ما ملكت به ولهذا اختصت هذه العقود بالمشتري دون الموهوب فإذا أثبت أن الثمن الثاني مبنى على الثمن الأول وقد كان الثمن الأول أثلاثاً فيقسم الثمن الثاني بينهما كذلك والأصل في جواز هذه العقود ما روى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه اشترى بعيرين عند قصد الهجرة (فقال) له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما (فقال) هو لك بغير شيء (فقال) صلوات الله عليه أما بغير شيء فلا. قال) (وإذا أنفق على عبده في تعليم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقه برأس المال) لأنه ليس فيه عرف ظاهر. وكذلك الشعر والغناء العربية وأجر تعليم القرآن والحساب حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر في موضع بالحاقه برأس المال كان له أن يلحقه به لأن زيادة المالية باعتبار معنى من المتعلم وهو الذهن والزكاة بما أنفق على المعلم فلم يكن ما أنفق موجباً لزيادة في مالية العين وعلى هذا أجر الطيب والرأبص والبيطار والرأعي وجعل الآبق والحجام والخباز لا يلحق شيء من ذلك برأس المال لما قلنا وأما أجر سائق النعم الذي يسوقها من بلد إلى بلد يلحق برأس المال للعرف الظاهر فيه ولأن هذا بمنزلة الكراء فما له حمل ومؤنة. وكذلك أجر السمسار فقد جرى العرف بالحاقه برأس المال فهو كأجرة القصار وأجرة الرأعي ليس نظير أجر سائق النعم لأن الرأعي لا يستحق الأجر بالنقل ولا يعمل الرأعي بل يحفظ النعم فهو كأجرة البيت الذي تحفظ فيه النعم. وكذلك جعل الآبق ليس نظير أجر سائق النعم لأن الآبق نادر وفي الحاق شيء برأس المال العرف الظاهر

وذلك لا يوجد في النادر. قال (واذا باع المتاع مرابحة ثم حط البائع الأول منه شيئاً من الثمن فانه يحط ذلك من المشتري الآخر وحصه من الربح ولو كان ولاية حط ذلك) عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يحط عن الثاني شيء بهذا السبب وأصل المسئلة ان الزيادة في الثمن والمثمن ثبتت على سبيل الالتحاق بالأصل عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم ويستوى ان كانت الزيادة من العاقد أو من أجنبي آخر. وكذلك حط بعض الثمن عندنا يلتحق بأصل العقد ويصير كأن العقد بقى عقد على ما في حق الشفيع والمولى. وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو بر مبتدأ في حق من حط عنه خاصة. وحجتنا في ذلك ان الثمن لا يستحق بالعقد الا عوضاً والمبيع كله صار مملوكاً للمشتري بالعقد الأول فيبقى ملكه ما بقى ذلك العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لا يمكن ايجاب الزيادة عليه عوضاً اذ يلتزم العوض عن ملك نفسه. وذلك لا يجوز كالمودع يشتري الوديعة من المودع وهذا في حق الاجنبي أظهر فانه لا يملك شيئاً من المبيع فكيف يلتزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكنه اثبات الزيادة في وقت العقد فان المبيع لو كان هالكاً في الحال أو كانت جارية فاعتقها المشتري أو دبرها لم تثبت الزيادة في الثمن. وكذلك في الصداق الزيادة لا تنصف بالطلاق قبل الدخول فلو ثبتت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى فاذا ثبت هذا في الزيادة فكذلك في الحط لأن الثمن كله اذا صار مستحقاً بالعقد فلا يخرج البعض من أن يكون ثمننا الا بفسخ العقد في ذلك القدر والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر مع أن الثمن معقود به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به وقاساً حط البعض بحط الجميع فكما ان ذلك لا يثبت في حق المولى والشفيع فكذلك حط البعض وحجتنا في ذلك قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة) أي من فريضة بعد الفريضة فذلك تنصيص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا فيما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا ينتصف الطلاق قبل الدخول الاماتاً كد بالتسمية في أصل العقد بالنص فقياساً على ذلك حكم الزيادة حكم الأصل والمعنى فيه انها غير العقد بتراضيهما من وصف الي وصف مشروع له فيصح ذلك ويجمل ذلك كالمذكور في أصل العقد كالمذكور كان البيع لخيار لها فاسقط الخيار أو بغير الخيار فشرطاً الخيار لها أولاً حدهما وبيان الوصف انها يجملان الخاسر عدلاً بالزيادة في الثمن أو العدل رابحاً والراجح عدلاً أو خاسراً

بالخط وهذا وصف مشروع في البيوع والبيوع أنواع منه خاسر ورايح وعدل فعرفنا
 انها قصدا تعبيره الى وصف مشروع وتأثيره ان العقد قائم بينهما بملكان التصرف فيه رفعا
 وابقاء فيملكان التصرف فيه بالتغيير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء
 أهون من التصرف في أصله فاذا كان باتفاقهما يملكان التصرف في أصل العقد ففي صفته
 أولى فاما قوله أنه يلتزم العوض عن ملكه (قلنا) قيام العقد بقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم
 في يد المشتري على وجه يجوز الاعتياض عنه فيصح منه التزام العوض بمقابلته أيضاً لان
 الانسان انما لا يلتزم العوض عما هو ملوك له أصلاً ومقصوداً فاما ربحاً فقد يلتزم العوض
 وهذا لان الأرباح في حكم الصلاة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبراً من الثلث
 ولانه بيع والعوض بمقابلة الأصل دون البيع ألا ترى أن اطراف المبيع يستحق
 بالمعاوضة تبعاً ولا يقابلها شيء من الثمن بل العوض بمقابلة الأصل يعني عن اعتبار العوض
 بمقابلة البيع. فكذلك الزيادة بعد هلاك المعقود عليه وقد روى في غير الاصول عن ابي
 حنيفة ان الزيادة تصح كما يصح الخط بطريق التغيير لأصل العقد وفي ظاهر الرواية لا تثبت
 الزيادة لان المعقود عليه لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه ولا يمكن اثبات الزيادة
 عوضاً وكذلك بعد العتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا لانه لا بد
 لاثبات الزيادة عوضاً من اعتبار الحال ثم الاستناد الى وقت العقد وقد تمذر اثباتها في
 الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد كما قلنا في البيع الموقوف انه لا بد من قيام المعقود عليه
 عند الاجارة ليثبت الملك مستنداً الى وقت العقد وبالاتفاق في البيع يشترط الخيار على البائع
 وعلى هذا إن كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضاً وهذا الالتزام صحيح منه
 فان لم يملك بمقابلته شيئاً كما لو خالع امرأته مع اجنبي على مال وضمنه الاجنبي او تصالح مع اجنبي
 من الدين على مال وضمنه صبح الصلح وان لم يملك الملتزم بمقابلته شيئاً وعلى هذا الخط الا أن
 عمل الخط في اخراج قدر المخطوط من أن يكون ثمناً فالشرط فيه قيام الثمن لقيام المعقود
 عليه والثمن باق فثبت الخط على سبيل الاتحاق بأصل العقد وقد بينا أنه مغير لوصف العقد
 وليس بفاسخ للعقد حتى يقال الفسخ في الثمن لا يكون والدليل عليه الخط بسبب العيب
 والخط في مجلس العقد على أحد قولي الشافعي فانه يثبت ملتحقاً بأصل العقد لما قلنا بخلاف خط
 الجميع فانه مغير لوصف العقد لان الانسان لا يكون مغبوناً بجميع الثمن ولو التحق بأصل العقد

فاما ان يفسد به العقد لانه يبقى يبيعا بلا ثمن وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير ذلك العقد هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فاما حط البعض لو التحق باصل العقد تحقق به مقصودهما وهو التغير. قال (واذا باع المتاع مرابحة فخانه فيه فالمشترى بالخيار اذا اطلع عليه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان استهلك المتاع أو بعضه فالثمن كله لازم له) في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله و(قال) أبو يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله يحط عنه الخيانة وحصتها من الربح على كل حال ولا خيار له في ذلك وان خان في التولية فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يحط عنه مقدار الخيانة وعند محمد هو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فابو يوسف يقول في المرابحة والتولية جميعاً يحط عنه مقدار الخيانة وحصتها من الربح لان العقد الثاني في حق الثمن بناء على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثمناً في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني كما في الشفيع فان المشتري اذا خان الشفيع لا يثبت مقدار الخيانة في حقه فانه يأخذ بمثل الثمن الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني كما في الشفيع وهذا لان السبب الثاني لما أضافه الى السبب الاول فاعاينوا في ايجاب مثل ما وجب بالسبب الاول الا مقدار ما زاد فيه من الربح فقما وراء ذلك لا يثبت وبدون السبب لا يثبت الحكم والدليل عليه انه لو خرج البعض من أن يكون ثمناً في العقد الاول بالخط يخرج ذلك من أن يكون ثمناً في العقد الثاني فاذا ثبت انه لم يكن ثمناً فيه أولى ومحمد يقول فيهما جميعاً لا يحط الثمن عن المشتري الثاني لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثن سمياه فينمقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعاه مساومة وهذا لان انعقاد سبب الثاني يعتمد التراضي منهما ولا يتم رضا المشتري الاول اذا لم يجب له جميع الثمن المسمى بخلاف الأخذ بالشفعة فلا معتبر برضا المشتري هناك ثم حق الأخذ للشفيع بالثمن الاول مستحق على المشتري علي وجه لا يمكن ابطاله ولا نعتبره وبالخيانة قصد تغيره فيرد عليه قصده وهذا البيع مرابحة او تولية لم يكن مستحقاً على المشتري الاول فهو في تسمية ماسمي غير قاصد ابطال ما هو مستحق عليه ولكنه يدلس والتدليس يثبت للمشتري الخيار كتدليس العيوب وهذا بخلاف الخط بعد العقد لان الاستحقاق يثبت للمشتري الثاني بمثل الثمن الاول وثم رضى المشتري الاول به فما خرج من أن يكون ثمناً في العقد الاول يخرج من أن يكون ثمناً في العقد الثاني فكان المشتري الثاني بعد ما تم استحقاقه بمنزلة الشفيع وأبو حنيفة يفرق بين التولية والمرابحة من وجهين (أحدهما)

أن التولية بناء على السبب الاول من كل وجه فلا يثبت فيه ما لم يكن ثابتاً في العقد الاول كالأقالة لما كانت فسخاً عند الاول فما لم يكن ثابتاً في العقد لا يمكن اثباته في الأقالة فاما المراجعة فليست تبنى على العقد الاول من كل وجه وان ثبتت عليه من وجه وهو العيار في الثمن ألا ترى انها سميها فيه ما لم يكن مسمى في العقد الاول فيه يتبين انه سبب مبتدأ باسراء باختيارهما فينقده بالثمن المسمى فيه يقرره انه لا حاجة في التولية الى ذكر الثمن وتسمية مقدار خيانه فيه فيكون لغواً أيضاً وفي المراجعة لا بد من تسمية الثمن وتعيين قدر الربح فكان انعقادها بالتسمية الثانية فينقده بجميع ما سميها فيها وفرق آخران في اثبات الخيانه في التولية تغير العقد عن موضوع ما صرحا به لان به يصير البيع مراجعة لا تولاية وقد صرحا بالتولية وكان ذلك منهما نفياً لمقدار الخيانه. فاما في المراجعة لو أثبتنا جميع المسمى لا يتغير به العقد عن موضوع ما صرحا به فانما صرحا ببيع المراجعة وهو مراجعة الا ان الربح فيه أكثر مما ظنه المشتري والبايع داس بتسمية بعض ربحه رأس المال فكان ذلك مثبتاً الخيار للمشتري واذا سقط خياره بهلاك المبيع في يده لزمه جميع الثمن المسمى. قال (واذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم فليس له ان يبيع منه ذراعاً مراجعة لما يبدأ أن الثمن ينقسم على ذراعان الثوب باعتبار الاجزاء وله ان يبيع نصفه أو ثلثه مراجعة) لان ثمن النصف معلوم يقينا وهذا لان النصف جزء شائع فلا يتفاوت والذراع اسم لموضع معين يقع عليه الذراع وذلك مختلف في الثوب. قال (ولو اشترى نصف عبد بمائة درهم ثم اشترى النصف الآخر بمائتي درهم فله ان يبيع أي النصفين شاء مراجعة علي ما اشتراه) لانه يملك كل نصف بمقدار حدة فيجعل كل نصف بمنزلة عبد علي حدة وان شاء باع كله على ثمانمائة درهم مراجعة لان العبد قام عليه في العقدين جميعاً بثمانمائة وبيع المراجعة يبيع بما قام عليه. قال (ولو اشترى عبداً بألف درهم فوهب له البايع الثمن كله فله ان يبيعه مراجعة على الالف ولو وهب له بعض الثمن أو حط عنه بعضه باعه مراجعة علي ما بقى) للفرق الذي بينا بينهما في حكم الالتحاق باصل العقد وان باعه بالثمن عرضاً أو أعطاه به رهناً فملك الرهن كان له ان يبيع العبد مراجعة علي ألف درهم لانه صار قابضاً لهذا الثمن بهذا الطريق فكانه قضاة مشاهدة ولانه يبيعه مراجعة علي ما يملك وانما يملك المسمى عند الشراء * ألا ترى انه قبل أن ينقد الثمن له ان يبيعه مراجعة. قال (ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم جواد فنقدها زيوفاً وتجاوز البايع عنها فله ان يبيعه مراجعة علي عشرة جواد) لانه يملكه

بالجواد وبما نقد من الزيوف صار قاضيا لما عليه بدليل جواز ذلك في السلم والصرف. وكذلك ان اشتراه بعشرة نقد فلم ينقده الثمن شهرا فله ان يبيعه مرابحة على العشرة النقد لانه يملك بالنقد وبان لم يطالبه البائع بالثمن شهرا لا يخرج الثمن من أن يكون نقدا فلم يجعل تجوز البائع بالزيوف وتركه المطالبة بالثمن مدة بمنزلة الحط لان هناك القدر المحطوط يلحق باصل العقد فيكون مغيرا الوصف وهنا يترك المطالبة بالثمن زمانا لا يلتحق شيء باصل العقد. وكذلك بالتجوز بالزيوف لان الوصف تبع للأصل فاذا لم يخرج شيء من أصل العشرة من أن يكون ثمنا لا يمكن اخراج الوصف من ذلك لئلا يصير البيع مقصودا فيما هو بيع فيه وذلك ممتنع. قال (فان وهب الثوب المشتري بعشرة لانسان ثم رجع فيه فله ان يبيعه مرابحة على عشرة) لان بالرجوع يعود العين الي قديم ملكه سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء وقد يناهذا في الهبة. وكذلك ان باعه فرد عليه ببيع أو فساد بيع أو خيار أو اقالة فله ان يبيعه مرابحة على عشرة لانه ان عاد اليه بسبب هو فسخ من كل وجه فقد عاد اليه قديم ملكه وان عاد اليه بسبب هو متردد كالاقالة فاكثر ما فيه أنه بمنزلة عقد جديد وقد تملك فيه الثوب بعشرة فييه مرابحة عليه ولو تم البيع فيه رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ما عاد اليه الملك المستفاد بالشراء الا اول فان ملك الوارث ينبنى على ملك المورث فانما يبقى له ما كان لمورثه فيبيعه مرابحة على ما اشتراه مورثه به لو باعه مرابحة وليس له ذلك لان المالكية قد تحددت له وان كان الملك هو الذي كان لمورثه واماني الهبة فقد يثبت له ملك جديد بسبب التبرع فلا يكون له ان يبيعه مرابحة. قال (واذا اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه بثلث قد قام على البائع باقل منه لم يكن له ان يبيعه مرابحة الا بالذي قام على البائع في العبد والمكاتب بالاتفاق) لان بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع الى البائع الا اول فاما الربح الذي حصل لعبده لم يخرج من ملكه لان كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضا فلمولى حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك لعجزه ولان تهمة المسامحة تمكن فالانسان يسامح في المعاملة مع عبده ومكاتبه لعله انه لا يتعذر عنه ما يحصل لها ويبيع المرابحة بيع أمانة ينق عنه كل تهمة وخيانة فاما في غير المالك من الآباء والأولاد والأزواج والزوجات . فكذلك الجواب عند ابي حنيفة و(قال) أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله له ان يبيعه مراهجة على ما اشتراه به من هؤلاء لتباين الاملاك بينهما اذ ليس لكل واحد منهما في ملك صاحبه ملك ولا حق ملك فهما في ذلك كالاخوين وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول ما يحصل المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصل لنفسه من وجه ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء فباعتبار هذا توجه صاروا في حقه كالعبد والمكاتب ولان مسامحة بعض هؤلاء مع البعض في المعاملة أمر ظاهر ويبع المراهجة يؤخذ فيه بالاحتياط فلا يبيعه مراهجة الاعلى القدر الذى يتيقن بالالتزام فيه لاعلى وجه المسامحة . وذلك أقل الثمنين كما فى العبد والمكاتب . قال (واذا اشترى ثوباً بثوب قد قام عليه الاول بعشرة دراهم فليس له ان يبيعه مراهجة على العشرة) لانه ملك هذا الثوب بالعقد الثانى فالعوض ما كان مذكوراً فيه ولا مثل للثوب من جنسه فهذا لا يبيعه مراهجة على ما اشترى به ولا على الثمن الأول لانه ما التزم ذلك عوضاً عن هذا الثوب قال (واذا اشترى الرجلان عدل زطى بألف درهم فاقتماه فليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مراهجة) لان القسمة فيما تفاوتت يمكن فيها معنى المعاوضة من حيث ان كل واحد منهما يأخذ نصف ما يصيبه بتقديم ملكه ونصفه عوضاً عما ترك لصاحبه فيمنعه ذلك من البيع مراهجة . يوضحه ان لا تتيقن بان ما يصيبه بالقسمة هو النصف وانما يعرف ذلك بطريق الحزر وقبل القسمة لو ميزا بعض الثياب وأرادا بيع ذلك مراهجة على ما يخصها . من الثمن لم يملك ذلك . فكذلك بعد القسمة وبه فارق المكيل والموزون . قال (واذا اشترى عبداً به عيب قد دلس عليه فاما علم به رضى فله ان يبيعه مراهجة) لانه اشتراه بالثمن الذى يبيعه مراهجة عليه وسبب العين يثبت له الخيار فاسقاطه لا يمنعه من البيع مراهجة كما لو كان فيه خيار الشرط او روية فاقط . وكذلك لو اشتراه مراهجة فخانه صاحبه فيه كان له ان يبيعه مراهجة على ما أخذه به لما بينا ان الثابت له بسبب هذه الخيانة الخيار فقط قال (واذا ولى رجل رجلاً يبيعه بما قام عليه ثم اطلع على انه أخذه بأقل من ذلك بشهادة شهود او باقرار البائع الاوسط أو بنكوله عن اليمين فيه وقد ادعاه المشتري الآخر) فانه يرجع عليه بالفضل وتم له البيع وقد بينا الخلاف فى هذه المسئلة وانا الشبهة فى حرف وهو انه سمع دعوى المشتري الآخر ان الثمن الاول كان أقل مما سعى فى التولية منه حتى سمع بينته على ذلك واستحلفه على ذلك خصمه يقضى عليه بنكوله من اصحابنا رحمهم الله من يقول هو مناقض فى هذه الدعوى والمناقض لا قول له ولا طريق لظهور ذلك إلا اقرار البائع الاوسط . به ومنهم

من يقول بل دعوى الخيانة من المشتري الآخر بمنزلة دعوى العيب أو بمنزلة دعوى الحط. ولو ادعى شيئاً من ذلك فأقام البيّنة قبات بيّنته وإذا لم يكن له بيّنة يستحلف خصمه. فكذلك هنا وإن كان المولى قد باعه مرابحة قبل أن يرجع على البائع الأول بشيء ثم رجع عليه بقدر الخيانة يرد ذلك القدر وربحه على المشتري منه بمنزلة مالو حط بائعه عنه بعض الثمن. قال (وإذا اشترى شيئاً من شريك له شركة عنان فلا بأس أن يبيعه مرابحة) لأنهما فيما ليس من شركتهما كسائر الأجانب ولهذا قبات شهادة كل واحد منهما لصاحبه فإن كان للأول فيه حصة فليس له أن يبيعه حصة نفسه مرابحة إلا على ما اشتراه به لأنه يملك حصته بالعقد الأول وإنما يملك على شريكه بالعقد الثاني حصته فيبيع كل حصته مرابحة على ما اشتراه به. قال (وإن كانت خادم لشريك مفاوض للخدمة فاشترى شريكه منه للخدمة ثم بدأ له أن يبيعه مرابحة فله ذلك) لأن هذا ليس من شركتهما وكل واحد منهما من صاحبه فيه كأجنبي آخر وكل شيء كان لأحدهما خاصة فالحكم فيه كذلك وكل شيء كان بينهما فلا يبيعه واحد منهما مرابحة إذا اشتراه من صاحبه إلا على الأصل الأول لأن العقد الثاني غير معتبر فإن قبله كانت العين مشتركة بينهما شركة مفاوضة. فكذلك بعده بخلاف ما يشتري أحد شريكي العنان من صاحبه للشركة لأن ذلك شراء معتبر فإنه يدخل في شركتهما ما لم يكن داخلاً إلا إن البائع في حصة نفسه إنما يبيعه مرابحة على أقل الثمن وهو ما اشتراه به لأنه متيقن بخروج ذلك القدر عن ملكه. قال (عبد بين اثنين قام عليهما بمائة دينار فربح أحدهما صاحبه في حصته ديناراً فلا بأس أن يبيعه مرابحة على مائة دينار ودينار) لأنه يملك جميع العبد بهذا القدر وفي شركة الملك شراء أحدهما من صاحبه كشراثة من أجنبي آخر. قال (وإذا اشترى الرجل متاعاً رقه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقه فهو جائز) ولكن لا ينبغي أن يقول قام على بكذا ولا أخذته بكذا فإن ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقه بكذا وأنا أبيع مرابحة على ذلك وعن أبي يوسف (قال) هذا إذا كان المشتري ممن يعلم عادة التجار أنهم يرقون السلع بأكثر مما يشترون به فإن كان لا يعلم ذلك فهذه خيانة وللمشتري حق الرد به إذا علم وهذا منه احتياط وقد كان يبالغ في الاحتياط في باب المرابحة حتى (قال) إذا اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس في مثله وهو يعلم ذلك فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو اشترى بالدين ممن عليه الدين شيئاً وهو لا يشتري ذلك الشيء بمثل ذلك

التمن من غيره فليس له أن يبيعه مرابحة وان كان يشتري بمثل ذلك التمن من غير غيره فله أن يبيعه مرابحة . واء أخذه بلفظة الشراء أو بلفظة الصلح وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء فنقول مبنى الصلح على الحط والتجاوز بدون الحق ومبنى الشراء على الاستقصاء والمالك ولو كان أصل الثوب له بميراث أو هبة أو وصية فتقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان جائزاً أيضاً لأنه ما أخبر المشتري بشيء هو كذب وإنما (قال) قيمته كذا أو رقمه كذا وهو صادق في ذلك فان صار المشتري مغبوناً فيه فذلك من قبل جهله . قال (واذا باع الرجل المتاع بربح ده يازده أو بربح أحد عشر) فكذلك سواء ان كان المشتري قد علم بالتمن قبل عقده البيع وليس أن يردده لان مقدار التمن وربحه معلوم له عند العقد وان لم يكن عالماً بالتمن فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه ليكشف الحال له حين يعلم بمقدار التمن وكذلك ان باعه له برقمه فللمشتري الخيار اذا علم بالرقم لما بينا قال (واذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم ثم باعه بوضيعة ده يازده عن التمن فان التمن يكون تسعة دراهم وجزء من احدى عشر جزءاً من درهم ولو باعه بربح ده يازده كان الربح درهماً ثم اذا باعه بوضيعة ده يازده لم يجعل الوضيعة درهماً في الحقيقة لا فرق بينهما فانه اذا باعه بربح ده يازده كان التمن أحد عشر درهماً فالربح جزءاً من احدى عشر جزءاً من التمن وذلك أن تضرب العشرة في احدى عشر فتكون مائة وعشرة فمقدار الوضيعة جزءاً من احدى عشر جزءاً وذلك عشرة أجزاء يبقى مائة جزء وكل احدى عشر جزءاً درهم وذلك تسعة دراهم وجزءاً من احدى عشر جزءاً من درهم . قال (واذا اشترى ثوباً بخمسة دراهم واشترى آخر ثوباً بستة دراهم ثم باعها بصفة واحدة مرابحة ومواضعة فالتمن بينهما على قدر رأس ماليهما) لان التمن الثاني في هذا النوع من البيع مبنى على التمن الاول . قال (ولو ولي المشتري رجلاً ثم حط البائع الاول عنه جميع التمن فانه لا يحط عن الآخر شيء) لان حط الكل مبتدأ غيره . اتفق بأصل العقد فلا يثبت في حق المولى والله أعلم

— باب العيوب في البيوع —

قال (رحمه الله) واذا برى البائع الى المشتري عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز وان لم يسم العيوب عندنا) و (قال) الشافعي شرط البراءة عن العيوب المجهولة باطل الا أن يكون

عيبا في باطن الحيوان فله في ذلك قولان وفي البيع بشرط البراءة من كل عيب له قولان في أحد القولين البيع . فاسد وفي القول الآخر البيع صحيح والشرط باطل واحتج بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهذا بيع غرر لانه لا يدري ان المعقود عليه على أى صفة هو ولان هذا شرط يمنع . موجب العقد لان موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك ولان البائع يلتزم تسليم المجهول لانه يلتزم تسليمه على الصفة التي عليها البيع . وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والزام تسليم المجهول بالبيع لا يصح كبيع ثوب من العدل أو شاة من القطيع بخلاف ما اذا سمي العيب أو ابراه المشتري فان ما يلتزم تسليمه بالعقد بعد تسمية العيب معلوم وما لا يمكن اعلامه نحو عود الجراحة أو يلحق الجرح باعلامه نحو ما يكون في باطن الحيوان يسقط اعتباره للتعذر والدليل على الفرق بين المسمى وغير المسمى ان المشتري لو عرض على انسان و(قال) اشتره فانه لا عيب به ثم وجد به عيبا كان له ان يخاصم فيه بائنه وبمثله لو قال اشتره فانه ليس بابق ثم وجد به عيب الا باق لم يكن له ان يخاصم فيه بائنه وحجتنا في ذلك ما روى ان زيد بن ثابت رضى الله عنه ابتاع مملوكا من عبد الله بن عمر رضى الله عنهما بشرط البراءة من كل عيب ثم طعن فيه بعيب فاخصما الى عثمان بن عفان رضى الله عنه فخافه بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وكتمته فنكل عن اليمين فرده عليه فقد اتفقوا على جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا في صحة الشرط فيستدل باتفاقهم على جواز البيع وبقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم على صحة الشرط والكلام في شرط صحة البراءة من كل عيب ينبنى على صحة البراءة عن الحقوق المجهولة فالشافعي لا يجوز ذلك وقد قام الدليل على جوازه انا في ذلك حديث على رضى الله عنه حين بعته رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصالح بن جذيمة فواداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يديه مال فقال هذا لكم ما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع ذلك رسول الله عليه وسلم فسر فهذا دليل جواز الصالح عن الحقوق المجهولة والمعنى فيه ان هذا إسقاط حق لا يحتاج فيه الي التسليم فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق وتأثيره ان نفس الجهالة لا تمنع صحة الاتزام ولكن جهالة تفضي الى تمكن المنازعة الا ترى ان التملكين يصح في هذا وهذا اضيح من الاستقطاعات ثم الجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة التملك كجهالة القفيز من الصبرة فلان لا يمنع صحة الاسقاط اولى فالسقوط يكون متلاشيا

لا يحتاج فيه الى التسليم والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة أولى ولا معنى لقول من يقول ان
الايجاب في المجهول في معنى التعليق بشرط البيان فما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح ايجابه
في المجهول لان الشرط داخل على نفس السبب حتى يجعله في حكم تصرف آخر هو يمين
والجهالة تدخل على حكم السبب فاذا كانت تفضي الى المنازعة يتعذر اثبات الحكم مع الجهالة
. اذا كانت لا تفضي الى المنازعة لا تتعذر فلا يمنع صحته اذا ثبت صحة هذا الشرط ثبت جواز
العقد معه لان هذا الشرط يقرر مقتضى العقد ومقتضى العقد اللزوم والعقد بهذا الشرط يلزم
سليما كان المبيع أو ميبيا ثم البائع بهذا الشرط يتمتع من التزام ما لا يقدر على تسليمه لان عند
اطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة واذا كان ميبيا فهو عاجز عن تسليمه سليما
وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة
والقدرة على التسليم شرط جواز العقد لان يكون موجبا فساد العقد ثم لا يتمكن جهالة في
المبيع بهذا الشرط لانه مشار اليه معلوم بالاشارة الى عينه والى مكانه وليس مقصوده من
هذا الشرط الاقرار بالعيوب به فلا يجتمع كل عيب في عيب واحد وانما يقصد بذكر هذا
الشرط التزام البيع والتزام التسليم على وجه يقدر عليه وهذا من الحكمة . ولهذا قلنا ان
المشترى بقوله لا عيب به لا يصير مقرا باسقاط العيوب عنه بل قصده من ذلك ترويح السفنة
بمخلاف قوله ليس باق في تخصيصه هذا العيب بالذكر ما يدل على ان مراده نفي هذا العيب
عنه واثبت تمكن جهالة في وصف العقود عليه بهذا الشرط فهي جهالة لا تفضي الى المنازعة
فلا يؤثر في العقد كجهالة مقدار العيب المسمى . وكان ابن ابي ليلى رحمه الله يقول لا تصح
البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت المسئلة بينه وبين ابي حنيفة في
مجلس الدوانيق فقال له ابو حنيفة ارايت لو ان بعض حرم امير المؤمنين باع عبدا برأس
ذكره برص اكان يلزمها ان يرد ذلك المشتري وما زال به حتى احمه وضحك الخليفة
مما صنع به فاذا عرفنا جواز العقد بهذا الشرط (فلنا) تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود
به وقت العقد فان حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل في هذه البراءة أيضا
في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وهو الظاهر من قول ابي يوسف رحمه الله (قال) محمد وزفر
والحسن رحمهم الله لا تدخل البراءة عن العيب الحادث في هذا الشرط . وهو رواية عن ابي
يوسف لان ذلك مجهول لا يدري أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث ولو صرح بالبري من

العيب الذي يحدث قبل القبض فسد به العقد ولو دخل في هذا الشرط لفسد العقد به أيضا فابو يوسف رحمه الله يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد في ثبوت حق الرد فكذلك يجعل كالموجود عند العقد في دخوله في شرط البراءة من كل عيب وهذا لان مقصود البائع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام مالا يقدر على تسليمه وفي هذا لافرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض ولا رواية عن أبي يوسف فيما اذانس على البراءة عن العيب الحادث وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس العقد الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول هنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيه ما يحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية ولو كان شرط البراءة من كل عيب به فهذا يفسد العيب الموجود فلا يتناول الحادث بالاتفاق وان اختلفا في عيب (فقال) المشتري انه حدث بعد العقد و قال) البائع بل كان موجودا عند العقد فان كان شرط البراءة من كل عيب فالقول قول المشتري وان كان شرط البراءة من كل عيب فعلى قول محمد القول في ذلك قول البائع وعند زفر القول قول المشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله كما في الفصل الاول ومحمد يقول قد ظهر المسقط مطلقا فالمشتري اذا ادعى خروج شيء بعينه من ذلك المطلق لا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كما لو أبراه عن كل حق له عليه ثم اختلفا في دين انه كان موجودا وقت البراءة او حدث بعده فانه يجعل القول قول من يدعى دخوله في البراءة المطلقة لهذا المعنى بخلاف ما اذا شرط البراءة من كل عيب به لان المسقط هنا مظهر الا مقيدا بوصف فاذا أنكر المشتري في عيب عينه انه ما دخل في ذلك الايجاب المقيد وجب المصير الى قوله كما في البراءة المقيدة بمكان أو زمان . قال (واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب في خادم ثم اشتراها أحد الشاهدين بغير براءة فوجد بها عيبا كان له أن يردها) لان البراءة من كل عيب لا تتضمن الافرار بوجود كل عيب فيها فلا يكون الشاهد راضيا بعيب فيها بعد تلك الشهادة وكذا لو شهدا على البراءة من الأباق ثم اشتراها أحدهما فوجدها آبق فله أن يردها لان الأباق مذكور في البراءة مطلقا غير مضاف اليها فلا يكون ذلك اقرارا من الشاهد ولا من المشتري بوجود ذلك فيها بمنزلة البراءة من كل عيب ولو شهدا انه تبرأ

من إياها ثم اشتراها أحد الشاهدين فوجدها آتية فليس له أن يردّها لأن الأباق هنا مضاف إليها بحرف الكتابة وتخصيصه من بين سائر العيوب بالإضافة إليها يكون إخبار بوجوده فيها فالشاهد أقدم على شرائها وهو عالم بعيوبها فلا يكون له أن يردّها بالعيوب . قال (وإذا اشترى جارية ولم يتبره البائع من عيوبها فوطئها المشتري ثم وجد بها عيباً فليس له أن يردّها بالعيوب عندنا بكرة كانت أو ثيباً عند ما اشتراها) و (قال) الشافعي رحمه الله إن كانت بكرة فكذلك الجواب وإن كانت ثيباً فله أن يردّها بالعيوب ولا يفرم للوطء شيئاً و (قال) ابن أبي ليلى يردّها بكرة كانت أو ثيباً ويرد معها عقرها وعقرها عشر قيمتها إن كانت بكرة أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً وجه قول الشافعي أنه قادر على ردّها كما قبضها فله أن يردّها كما قبض الوطئ وهذا لأن الوطئ في الثيب لا يوجب نقصاناً في عينها حقيقة ولا حكماً وإنما استوفى منها محض منفعة فهو كما لو استخدمها ثم اطّلع على عيب بها بل ولى فإن الاستخدام يعيبها والوطئ يمنعها بخلاف ما إذا كانت بكرة فالوطء هناك يفوت جزء منها فإن صفة البكارة في الجارية بمنزلة جزء من عين هو مال متقوم ولهذا استحق بالبائع شرطاً والدليل على الفرق أن المشتري بعد ما وطئ البكر ليس له أن يبيعها مراوحة من غير بيان وفي الثيب له أن يبيعها مراوحة بعد الوطئ من غير بيان . وكذلك لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج عند المشتري فإن كانت بكرة ليس للمشتري أن يردّها بعيب النكاح بعد ذلك وإن كانت ثيباً فله ذلك . وكذلك البائع إذا وطئ المبيعة قبل القبض فإن كانت ثيباً لم يسقط شيئاً من الثمن ولا يتخير المشتري به في قول أبي حنيفة بخلاف ما إذا كانت بكرة وبهذه الفصول يتبين أن الوطء في الثيب بمنزلة الاستخدام وكما أن الوطء لا يحل إلا في الملك فالاجبار على الخدمة لا يحل إلا في الملك ثم لا يمنع نسبة الرد بالعيوب ووجبتنا في ذلك إجماع الصحابة رضوان الله عليهم فقد قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما لا يردّها بعد الوطء و (قال) عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما يردّها ويرد معها عشر قيمتها إن كانت بكرة ونصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً فقد اتفقوا على أن الوطء لا يسلم للمشتري مجاناً فن قال يردّها ولا يرد معها شيئاً فقد خالف أقاويل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وكفى باجماعهم حجة عليه ثم إنهم كانوا مجمعين على أن الوطء بمنزلة الجنانة إلا أنه كان من مذهب عمر وزيد رضوان الله عليهما أن المشتري إذا جنى عليها ثم علم بعيب يردّها ويرد معها الأرش ففي الوطء اجاباً نحو ذلك وعلي وابن مسعود رضي الله

عنهما كان يقولان لا يردها بعد الجنابة فكذلك بعد الوطىء وبالاجماع بيننا وبين الشافعي
 الجنابة تمنع الرد. فكذلك الوطىء وهو المعنى الفقهي في المسئلة ان الوطىء يسلك فيه مسلك الجنابة
 فيمنع الرد بمنزلة الجنابة عليها بنفسها والدليل على اثبات هذا الوصف اتفاق الصحابة رضوان
 الله عليهم اجمعين كما بيناه والدليل على ان المستوفى بالوطىء في حكم جزء من العين فان المستوفى
 بالوطىء ما يملك بالنكاح والمملوك بالكاح في حكم العين ولهذا لا يملك العقد الا مؤبداً والدليل
 عليه ان استيفاءه في غير الملك لا يخلو عن عقوبة أو غرامة واستيفاء المنفعة تنفك عن ذلك
 وان المستوفى بالوطىء مصون عن الابتدال حتى لا يجوز استيفاءه، بالبدل بدون الملك والمصون
 من الآدمي نفسه واجزائه لا منافعه والمنفعة تتبدل من الآدمي كما تتبدل من غيره فاذا
 ثبت انه في حكم جزء من العين فاستيفاءه كاستيفاء جزءه بالجنابة. وذلك يمنع من الرد بالعيب
 والدليل عليه ما اذا كانت بكر اتمر ما قلنا ان الرد بالعيب فسخ للعقد من الاصل ولهذا لو كان
 موهوباً كان للواهب ان يرجع فيه ولو كان مبيعاً كان للبائع ان يرده على بائعه ولو لم يتعذر
 ردها بالعيب لاجل الوطىء لكان اذا ردها وينسخ العقد من الاصل تبين ان وطأها اياها كان
 في غير الملك والوطىء لا يحل الا في الملك فالتحرز عن الوطىء الحرام قلنا لا يردها والوطىء
 في غير الملك بمنزلة تناول جزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وبهذا فارق حكم
 بيع المراهجة لانه لا يتبين بالبائع مراهجة ان وطأها اياها كان في غير الملك ولان ذلك في حكم
 جزء من العين أيضاً ولكن هو جزء وهو ثمرة لما لم يتمكن به نقصان في العين وذلك لا يمنع
 بيع المراهجة عندنا فانه لو تناول لبن الشاة واعاقها بقدره كان له ان يبيعها مراهجة وهذا بخلاف
 ووطىء الزوج اياها عند المشتري لان ذلك حصل بتسليط البائع وانجابها له بالنكاح فيجمل
 كفعل البائع بنفسه بخلاف ما اذا كانت بكر آفانه بالنكاح يوجب الوطىء للزوج لاصفة
 البكارة فيصير أصل الوقت مضافاً الى البائع ولكن بزوال صفة البكارة لا يصير مضافاً الى
 البائع فكانها ذهبت الى المشتري من غير صنع أحد أو بصنع انسان بأصبع أو خشبة. وذلك
 يمنع المشتري من ردها وكذلك ووطىء البائع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشتري وسقوط
 شيء من الثمن اذا كانت بكر باعتبار صفة البكارة دون الوطىء وهذا لان المستوفى بالوطىء
 في حكم جزء هو ثمرة كما بيناه وذلك لا يوجب الخيار للمشتري كتناول الثمار واللبن الا ان
 ذلك مال متقوم فيقابلة جزء من الثمن اذا صار مقصوداً يتناول البيع وهذا الجزء ليس بمال

متقوم ألا ترى أنه يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح ليس بمال فلا يقابله شيء من الثمن ثم المبيعة قبل التسليم في ضمان البائع وفي حكم الوطاء إنما تصير مملوكة للمشتري بالقبض فإن الوطاء تصرف وملك التصرف يثبت للمشتري بالقبض ولهذا لا يجزأ بالحیضة التي توجد قبل القبض من استبراء المشتري فهذا لم يوجب العقد على البائع إذا وطئها وسنقرر لأبي حنيفة الكلام في موضعه إن شاء الله تعالى وهذا بخلاف الاستخدام فالمنفعة ليست في حكم جزء من العين ولكنها أعراض تحدث شيئاً فشيئاً وهو يتبدل ويجوز استيفائها في عين الملك واستيفائها بخلو عن عقوبة أو غرامة فأكثر ما فيه أنه يتبين بالرد أنه استخدمها في غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيئاً فهذا لا يمنع الرد بسبب الاستخدام بخلاف الوطاء إذا ثبت أنه لا يمكن ردها بالعيب قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن لأن الجزء الفائت صار مستحقاً بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن لأنه صار مقصوداً بالمنع فيكون له حصة من الثمن فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجوع بعشر الثمن وإن كان نصف العشر رجوع بنصف عشر الثمن إلا أن يقول البائع ردها عليّ فأنا أرضى بذلك فينذر ردها لأن المانع من الرد حقه وقد زال حين رضي به * ولولم يطأها ولكن حدث بها عيب عند المشتري ووجد بها عيب لم يرد ردها عندنا وقال ابن أبي ليلى يرد ردها ويرد معها نقصان العيب الحادث عنده لأن رد البديل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين ولكننا نقول حق الرد للمشتري إنما ثبت لدفع الضرر عن نفسه وإنما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع وبعد ما تعيب عنده لو ردها كان في ذلك الحاق الضرر بالبائع ولا يقال لا بد من الحاق الضرر بأحدهما فيترجح جانب المشتري في دفع الضرر عنه لأن البائع دلس له العيب والمشتري صار مغروراً من جهته وهذا لأن الشرع ينظر لهما جميعاً والضرر عن المشتري يدفع إذا أثبتنا له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فإن لم يدفع ذلك لجزءه عن الرد كما قبض لا تصرف يباشره البائع ولورده تضرر البائع بتصرف يباشره المشتري وهو ردها عليه فكان مراعاة جانب البائع أولى من هذا الوجه وإذا لم يرد ردها رجوع بنقصان العيب من الثمن كما بينا إلا أن يرضى البائع بأن يرد ردها عليه لأن المانع من الرد حق البائع وقد رضي بالتزام هذا الضرر قال (فإن باعها المشتري بعدما رأى العيب بها وقد وطئها

أو تعيت عنده لم يكن له ان يرجع على البائع) بنقصان عيبها لان البائع يقول أنا أقبلها فإنما
تعدر الرد ببيع المشتري اياها بعد العلم بالعيب وذلك يمنع من الرجوع بحصة العيب
والاصل في جنس هذا أن في كل موضع يجوز ردها برضا البائع فاذا باعها المشتري لم يكن
له أن يرجع بنقصان عيبها وفي كل موضع لم يكن له ان يردّها وان رضي البائع فيعده اياها
لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب لان تعدر الردها بمعنى حكى دون بيع المشتري اياها وفي
الاول انما تعدر الرد ببيع المشتري اياها فكأنه حبسها عنده وأراد الرجوع بنقصان العيب
وعلى هذا لو اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه حتى رأى به العيب ثم باعه لم يكن له أن يرجع
بنقصان العيب لان بعد القطع يجوز رده اذا رضي به البائع وإنما تعدر الرد ببيع المشتري
اياها ولو قطعه وخاطه ثم رأى به العيب فباعه كان له ان يرجع بنقصان العيب لان الرد كان
متعدرا قبل البيع وان رضي به البائع بصفة الخياطة التي أحدث المشتري فيه وكذلك لو اشترى
ثوباً فصبغه بمصفر أو زعفران ثم وجد به عيباً فباعه رجع بنقصان العيب لان الرد كان متعدرا
قبل البيع لازيادة الحادثة في الثوب من ملك المشتري ولو صبغه اسود فكذلك الجواب عند
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان السواد عندهما زيادة وعند أبي حنيفة السواد نقصان
كالقطع فانما تعدر الرد ببيعه اياه فلا يرجع بنقصان العيب وقد ذكرنا هذا في كتاب الفصب
قال (ولو وطئها غير المشتري بزنا لم يردّها المشتري بالعيب لحدوث العيب بها عنده بالزنا
فالزنا عيب في الجارية ولكنه يرجع بنقصان العيب الا أن يقول البائع ردها علي وهذا بخلاف
ما اذا جنى عليها أجنبي فالجناية توجب الارش والارش زيادة منفصلة متولدة من العين
حكماً وذلك يمنع ردها بالعيب عندنا وان رضي البائع بذلك على ما يذكره وأما الزنا فلا
يوجب إلا الحد ووازن الارش النكاح فان المشتري لو زوجها فوطئها الزوج أو لم يطأها
ثم وجد بها عيباً لم يكن له أن يردّها به لان المهر الذي وجب بالنكاح للمشتري وكذلك
لو وطئت بالشبهة وأخذ المشتري المقدر لم يردّها بالعيب بعد ذلك وان رضي البائع به ولكن
يرجع بنقصان العيب لان الرد قد تعدر فيدفع الضرر عن المشتري برد حصة العيب من الثمن
عليه وكل عيب وجدته المشتري في السلعة فعرضها بعد ما رآه على بيع أو اطئها أو قبلها أو لمسها
بشهوة أو أجرها أو رهنها أو كاتبها فذلك رضا منه بالعيب وليس له ان يردّها ولا يرجع
بنقصان عيبها لانه يعرضها على البيع حاجته الى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من

الثمن المدفوع الى البائع ودليل الرضا كصريح الرضا وأما الوطئ ودواعيه فلا يحل الا في
 الملك المقرر فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه فيها ولو وجد ذلك قبل العلم بالعيب امتنع
 ردها بالعيب كان هذا في القياس رضا بعد العلم بالعيب أولى الا أن قبل العلم بالعيب لم يصير هو
 راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم بالعيب يصير هو بالاقدام على هذا الفعل راضيا
 بالعيب ولا يرجع بالنقصان وأما الإجارة والرهن فلانه أوجب هذا التصرف للغير فيها حقاً
 لازماً وذلك يعجزه عن ردها فالاقدام عليه دليل الرضا بالعيب والكتابة توجب لها حقاً
 لازماً في نفسها وذلك يعجزه عن ردها فالاقدام عليه دليل الرضا بالعيب ودليل الرضا
 فيما يسقط الخيار كصريح الرضا قال (ولو استخدمها بعد العلم بالعيب كان هذا في القياس
 رضا) لانه يستخدمها للملكه فيها فالاقدام عليه دليل الرضا ويتقرر ملكه وفي الاستحسان
 هذا لا يكون رضا بالعيب لان الناس قد يتوسعون في الاستخدام فقد يستخدم الانسان
 ملك غيره بأمره وبغير أمره وانما يستخدمها للاختبار انها مع هذا العيب هل تصلح
 لخدمته ام لا فكان ذلك اختبار الاختيار ولو كان ثوباً فلبسه فهو رضا منه لانه تصرف
 بحكم الملك وقتل يفتله الانسان في ملك غيره فيكون ذلك منه دليل الرضا فيتقرر ملكه
 وكذلك ان كانت دابة فركبها غير أني استحسن اذا ركب الدابة ليعطفها أو ليسقيها أو
 ليردها ان لا يكون هذا رضا منه لانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما لا تنقاد له ما لم يركبها
 وكذلك في سقيها وعلفها فالركوب لاجله لا يكون دليل الرضا منه وانما دليل الرضا أن
 يركبها في حاجة نفسه أو يسافر عليها قال (واذا ولدت الجارية عند الرجل أو وطئها ثم باعها
 وكم ذلك فليس للمشتري أن يردها) لان هذا ليس ببيع لازم لان العيب ما يعمده التجار عيباً
 أو يؤثر نقصاناً في المالية وصفة الثبوت لا يعمدها التجار عيباً فالجوارى عليها في أغلب
 أحوالهن والبيكاره صفة زائدة لا تستحق الا بالشرط والولادة كذلك فالنقصان الممكن
 فيها بسببها يزول بمضي المدة وبعد زواله لا أثر له في مالية العين فلا يعمده التجار عيباً وفي
 كتاب المضاربة يقول الجارية اذا ولدت فهذا فيها عيب لازم أبداً فللمشتري ان يردها اذا
 علم بذلك لانه يدخل عليها بالولادة كسر لا يرتفع ويظهر ذلك في عكن بطنها ولا بأس
 بأن يبيعها مرابحة بعدما وطئها ان لم يكن الوطئ نقصاناً لان المعتبر في بيع المرابحة عرف
 التجار وهم لا يعدون هذا من الخيانة ولان المستوفي بالوطئ ليس بمال وبيع المرابحة يلاقى

ماليتها فاستيفاء ما ليس بمال منها اذا كان لا يوجب النقصان في ماليتها لا يعتبر في بيع المراجعة بخلاف ما اذا كانت بكرة فان الوطء في هذه الحالة يؤثر نقصاناً في ماليتها والنقصان فيها اذا كان بفعل المشتري فذلك يمنع من أن يديها مراجعة * قال (واذا اشترى جارية فأعتقها أو دبرها أو ولدت له ثم وجد بها عيباً فليس له ان يردّها) لبطلان ملكه فيها وخروجها من أن يكون محلاً للنقل من ملك الى ملك وفي القياس ليس له أن يرجع بنقصان العيب لان تعذر الرد كان بفعل المشتري فهو كما لو قبلها وهذا لانه لما اكتسب سبباً يتعذر الرد فيه كان حاسباً لها حكماً فكانها في يده يحبسها ويريد الرجوع بنقصان العيب وفي الاستحسان يرجع بنقصان عيبها لان ملكه تقرر فيها بما صنع أما التدبير والاستيلاء فلا يزيل الملك ولكنها تخرج من أن تكون محل النقل من ملك الى ملك وأما العتق فهو منه للملك لان الملك في الآدمي الى وقت العتق والشئ ينتهي بمضي مدته والمنتهى متقرر في نفسه ولهذا قلنا يثبت الولاء بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه بقاء أصل الملك فمتى تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو حكماً يرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بصفة السلامة كما لو تعيب في يده * يوضحه أنها لو ماتت عنده رجع بنقصان العيب لانه بالموت تنتهي مدة حياته والملك فيها باعتبارها فكذلك بالعتق ينتهي الرق والمالية فيها باعتبارها * وأما اذا قتلها فقد روي عن أبي يوسف انه يرجع بنقصان العيب أيضاً لان القتل موت بأجل فكانها ماتت حتف أنفها وفي ظاهر الرواية قال لا يرجع بعد القتل بنقصان العيب لان القتل فعل مضمون لو باشره في ملك الغير كان موجبا للضمان عليه وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا للملكه فيها وذلك في معنى عوض سلم له فكانه باعها بخلاف العتق فانه ليس بفعل موجب للضمان على الإنسان في ملك الغير على الاطلاق لان عتقه في ملك الغير لا ينفذ ومن أحد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقاً حتى اذا كان معسراً لم يضمن شيئاً فهو لم يستفد عوضاً عن ملكه حقيقة وحكماً وكذلك ان مات لانه لم يوجد منه فعل مضمون فيها أما اذا باعها ثم علم بالعيب فيها لم يرجع بنقصان العيب لانه لو خاصم انما يخاصم في عيب ملك الغير ولانه نال العوض حيث باعها بصفة السلامة ولان البيع والتسليم فعل مضمن في ملك الغير فهو بمنزلة القتل والهبة الصدقة في هذا كالبيع لانه أوجب الملك فيها باختياره فيكون قاطعاً ملكه الذي استفاده من جهة

البايع فكان كالبيع ثم هذا فعل مضمون في ملك الغير فإنما استفاد البراءة عن الضمان باعتبار ملكه فيها قال (ولو باع منها بمضا لم يكن له ان يرد ما بقي عندنا وقال ابن أبي ليلى له ذلك إلا ان يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب) لانه يتمكن من رد ما بقي ولكنه معيب بعيب الشركة ولو تعيب في بده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب الا ان يشاء البائع ان يقبلها معيبة فهذا مثله ولكننا نقول عجز عن رد الباقي على الوجه الذي قبض لانه قبض غير معيب وانما حدث عيب الشركة عنده وذلك يمنعه من الرد وسبب هذا كان بيع النصف ومتى كان تعذر الرد بسبب البيع فليس له ان يرجع بشئ من نقصان العيب كما لو باع الكل وعند زفر له أن يرجع بنقصان العيب في النصف الذي لم يبيع اعتبارا للبعض بالكل اذا لم يبيع ولو كاتبها فالكتابة نظير البيع من حيث انه يوجب لها حقا بموض يستوجه المولى عليها فلا يرجع بنقصان العيب بعد ذلك وكذلك لو أعتقها بمال فيما رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله لانه أزال ملكه عنها بموض فهو كالمو باعها وفي رواية أخرى يرجع بنقصان العيب لان العتق منه للرق سواء كان بموض أو بغير عوض ألا ترى انه يثبت به الولاء في الموضعين جميعا ولو قتلها أجنبي لم يرجع بنقصان العيب على البائع لانه أخذ العوض من القاتل فكان ذلك بمنزلة عوض سلم له بالبيع وكذلك لو كان ثوبا فأحرقه أجنبي أو طعاما فأكاه لانه قد سلم للمشتري العوض من جهته وكذلك ان كان المشتري هو الذي أحرقه لانه قد استفاد البراءة عن الضمان بسبب ملكه قال (ولو لبس الثوب حتى تحرق أو أكل الطعام ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع بنقصان العيب من الثمن استحصانا) لانه صنع بالبيع ما يشتري لاجله ويعتاد فعله به فلا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب كما لو أعتق العبد وأبو حنيفة يقول ته نذر الرد بفعل مضمون منه في البيع فلا يرجع بنقصان العيب كالأحراق والقتل وهذا لان اللبس والأكل موجب للضمان عليه في ملك الغير وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل فذلك بمنزلة عوض سلم اليه وكما ان الأكل واللبس مقصودان بالشراء فالبيع مقصود بالشراء ثم لا يعتبر ذلك المعنى في اثبات حق الرجوع له بنقصان العيب لسلامة العوض له فكذلك الأكل وان أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة بمنزلة مالو باع البعض لان الطعام في الحكم كشيء واحد

فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض * وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان فيما اذا
أكل البعض في احدى الروايتين يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في
حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان
العيب فأكل البعض أولى وفي الرواية الأخرى يرد ما بقي لان هذا مما لا يضره
التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وبعد بيع
البعض عنهما روايتان أيضا في احدى الروايتين لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة
لان الطعام في حكم شيء واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية الأخرى
يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا باع اعتبارا
للبيع بالكل * قال (واذا طحن الحنطة أو لت السويق ثم علم بعيب به كان له ان يرجع
بنقصان العيب) لان الملك المستفاد له بالشراء باق وانما تمذر الرد لمكان الزيادة التي
هي غير متولدة من العين بمنزلة الثوب اذا قطعه وخاطه أو صبغه فله ان يرجع بنقصان
العيب * قال (واذا اشترى خفين أو نعالين أو مصراعي باب فوجد في احدهما عيبا
فله ان يردهما جميعا) لانهما في الصورة شيئان وفي المنفعة والمعنى كشيء واحد فانه لا يتأتى
الانتفاع المقصود باحدهما دون الأخرى والمعتبر هو المعنى وفي الشيء الواحد وجود
العيب بجزء منه ممكن من رد الكل لانه لو رد الميب خاصة لعاد الى البائع بعيب حادث
اذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب في كل واحد منهما فان كان قد باع الذي
ليس به عيب لم يكن له ان يرد ما بقي ولا يرجع بشيء كما في الشيء الواحد حقيقة
اذا باع بعضه أما اذا اشترى توبين أو عباين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد الميب
خاصة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر له ان يردهما جميعا وليس له أن يرد احدهما
لان الصفقة واحدة وضم الجيد الى الردي، عادة معروفة ولو رد الميب تضرر البائع بذلك
فليس له ذلك الا أن يردهما جميعا كما في الفصل الأول ألا ترى انه في الرد بخيار الشرط
والرؤية ليس له ان يفرق بينهما وكذلك في الرد بالعيب قبل القبض فكذلك بعد
القبض ولكننا نقول الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة ثم علة الرد
العيب وذلك وجد في احدهما والحكم انما ثبت بحسب العلة ألا ترى أنه لو استحق
احدهما بعد القبض لم يتخير في الآخر فكذلك اذا وجد العيب في احدهما بخلاف

التعنين فهناك لو استحق احدهما كان له ان يرد الآخر لاتصال أحدهما بالآخر انتفاعاً
وبخلاف خيار الشرط والرؤية لان ذلك يمنع تمام الصفقة بالقبض وكذلك خيار العيب قبل
القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان تضرر
البائع هنا من الوجه الذي ذكره زفر فكذلك من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري
وليس من ضرورة ثبوت الخيار له في احدهما ثبوته في الآخر كما لو سمي لكل واحد
منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه في احدهما بعينه * قال (واذا اشترى عبداً ثم باعه فرد
عليه بعيب بغير قضاء قاض فليس له ان يرده على بائعه بالعيب) لان هذا بمنزلة الإقالة فانه
حصل بتراضيهما والإقالة في حق البائع الأول بمنزلة بيع مبتدأ فلم يعد اليه الملك المستفاد
من جهة البائع الأول في حقه فلماذا لا يخصمه في عينه * قال (ولو قبله بقضاء قاض بينة
قامت عليه أو باباء اليمين أو باقرار عند القاضي انه باعه والعيب به وهو لا يعلم به كان له
ان يرده على الأول ان كان له على العيب بينة والا استخلفه) لان الرد عليه بقضاء القاضي
فسخ فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب دون ابتداء البيع فيعود اليه الملك المستفاد
من جهة البائع فهو على خصومته في العيب معه بمنزلة مالو وهبه ثم رجع في الهبة إلا أن
في الرجوع في الهبة القضاء وغير القضاء سواء بخلاف الرد بالعيب وقد قررنا هذا الفرق في
كتاب الهبة * قال (ولو اشترى جارية ولها زوج أو عبداً وله امرأة فله أن يردهما
بالعيب) لان النكاح مما يعمده التجار عيباً في الغلام والجارية جميعاً ولان المقصود بملك
الجارية الاستفراش وهذا المقصود يختل اذا ظهر أنها منكوحه الغير وفي العبد بسبب
النكاح يلزمه نفقة امرأته وذلك ينقص من ماليته فلماذا كان النكاح عيباً فيهما جميعاً واذا
اشترى شاة أو بقرة فخلها وشرب اللبن ثم علم بعيبها لم يكن له أن يردّها بالعيب ولكنه
يرجع بنقصان العيب عندنا وقال الشافعي يردّها بالعيب بجميع الثمن والأصل أن الزيادة
نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان زيادة غير متولدة من العين كالصبغ في الثوب
والسمن والعسل في السويق وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق لمراعاة حق المشتري في
مالية الزيادة والزيادة المتصلة التي هي متولدة من الأصل كالسمن وأنجلاء البياض من
العين وثياب اللبس لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لانه لا معتبر بها في عقود
المعاوضات ألا ترى انها اذا حدثت قبل القبض لا يتغير حكم انقسام الثمن بسببها وقيل

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه الزيادة تمنع الرد بالعيب وعند محمد
 لا تمنع على قياس مسألة التحالف وقد تقدم بيانها وأما الزيادة المنفصلة فهي نوعان عين
 متولدة من الأصل كالكسب والغلة فلا تمنع الرد بالعيب ولكن الزيادة تسلم للمشتري
 به ورد الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخراج بالضمان ثم الكسب
 والغلة بدل المنفعة وسلامة المنفعة للمشتري لا تمنع رد الأصل بالعيب بجميع الثمن
 فكذلك سلامة بدل المنفعة * وأما الزيادة المنفصلة التي هي متولدة من الأصل كاللبن
 والثمار والولد والعقد اذا وطئت الجارية بالشبهة والأرش اذا جنى عليها بعد ما قبضها
 المشتري فهو يمنع رد الأصل بالعيب عندنا وعند الشافعي لا يمنع ولكن يرد الأصل
 بجميع الثمن والزيادة تسلم للمشتري لان هذه زيادة تملك بسبب ملك الأصل فلا يمنع
 رد الأصل بالعيب كالكسب والغلة وتأثيره انه لا يقابل هذه الزيادة شيء من الثمن لانها لم تكن
 موجودة لا عند العقد ولا عند القبض فكان جميع الثمن بمقابلة الأصل ألا ترى ان هذه
 الزيادة اذا هلكت من غير صنع أحد كان له أن يرد الأصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك
 اذا كانت قائمة في يد المشتري أو استهلكها أو غيره وبهذا يتبين ان هذه الزيادة ليست
 بمبيعة لان المبيع ما يقابله الثمن فلو صارت هذه الزيادة مبيعة لقابلها شيء من الثمن كما قلتم
 في الزيادة الحادثة قبل القبض اذا قبضها المشتري مع الأصل والدليل عليه أنه لا يرد
 هذه الزيادة بعيب اذا وجد بها فلو صارت مبيعة لثبت فيها حكم الرد بالعيب ويجوز
 فسخ سبب الملك في الأصل مع بقاء الزيادة سالمة للمتملك كالموهوبة اذا زادت زيادة
 منفصلة ثم رجع الواهب فيها تبقى الزيادة سالمة للموهوب له **ووجبتنا** في ذلك ان تملك
 المشتري في هذه الزيادة تملك مبيع فلو رد الأصل بجميع الثمن لبقيت الزيادة له مبيعاً بلا ثمن
 وذلك ربا وبيان هذا انه لا سبيل لملك الزيادة سوى التولد من الأصل وانما يسرى
 اليها الملك الثابت في الأصل وملكه في الأصل ملك مبيع لان هذا الملك يثبت له
 بالشراء وما ثبت فهو باق من غير دليل منفي حتى يقوم الدليل والدليل عليه ان
 باعتبار قيام ذلك الملك التصرف في العقد بالاقالة واذا ثبت ان ملكه في الأصل ملك
 مبيع فذلك الملك يسرى الى الزيادة لان التولد من عين الشيء يكون بصفته ألا ترى ان
 ولد المكاتب وولد أم الولد من غير السيد يكون الملك فيه بصفة الملك في الأصل وبه

فارق الكسب والعادة لانه ملكه بسبب مبتدأ وما سرى اليه ملك الأصل ألا ترى ان كسب المكاتب لا يثبت فيه حكم الكتابة فاذا ثبت أن هذه الزيادة في حكم المبيع قلنا ليس بمقابلتها شيء من الثمن لانها بيع محض والثمن بمقابلة الأصل دون البيع كاطراف المبيع لا يقابلها شيء من الثمن الا ان يصير مقصودا بالتناول فكذلك الزيادة ان حدثت قبل القبض ثم قبضها المشتري مع الأصل صارت مقصودة بالتناول فيقابلها جزء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق صفة السلامة فيها فاذا وجد بها عيبا كان له أن يردها بذلك وقبل القبض لما كان لا يقابلها شيء من الثمن كان ردها مقصودا ولكن يردها مع الأصل تبعا واما الزيادة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول والقبض بحكم العقد فلا يقابلها ثمن فهذا لا يكون له أن يردها ولا يرد الأصل دونها بجميع الثمن لانها تبقى مبيعة سالمة للمشتري بغير عوض والربا ليس الا هذا ولهذا لا يملك ردها وان رضي البائع لان تعذر الرد لحق الشرع ولهذا رجع بالنقصان وان باعها بعد العلم بالعيب لان الرد ممتنع لمكان الزيادة سواء رضي البائع بذلك أو لم يرض ولا يقال قبل رد الأصل الزيادة تسلم للمشتري مبيعا بلا ثمن فكذلك بعد رد الأصل لان قبل رد الأصل الزيادة تبع فتكون الزيادة بمقابلة الأصل يعني عن اعتبار الثمن بمقابلة المبيع فاذا تعذر رد الأصل بالعيب فقد انسخ العقد فيه فالزيادة بعد ذلك لا تكون تبعا للأصل واذا صارت مقصودة ولا يقابلها ثمن كانت ربا ولهذا يرد الأصل بالعيب بعد هلاك الزيادة لان المانع زيادة كانت تبقى للمشتري مبيعا بلا ثمن وقد انعدم ذلك اذا هلك من غير صنع أحد وان استهلكها أجنبي غرم بدلها فسلامة البدل للمشتري كسلامة الأصل وان كان المشتري هو الذي استهلكها فلانه حابس لها باستهلاكه أو لانه استفاد البراءة عن الضمان بملكه فيها وذلك بمعنى عوض سلم اليه منها فمنفعة ذلك من ردها بالعيب بخلاف الموهوبة لان بعد الرجوع في الأصل هتاك الزيادة تبقى للموهوب له بغير عوض والأصل كان سالما له موهوبا بغير عوض ولم يكن له ذلك ربا فكذلك الزيادة وهذا لان حكم الربا انما يثبت في المعاوضات دون التبرعات قال (واذا اشترى عبدا فوجده مخنثا أو سارقا أو كافرا له ان يردّه) والأصل ان مطلق العقد يقتضي سلامة العقود عليه عن العيب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من المداء بن خالد عبدا وكتب في عهده هذا ما اشترى محمد رسول الله من

العداء بن خالد بن هودة عبدا لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم في هذا تنصيص
 على ان البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء بما رواه الحسن عن أبي حنيفة
 رحمهما الله المرض في الجوف والكبد قال المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في
 الجوف والكبد والرثة وفيما روى عن أبي يوسف قال الداء المرض والغائلة لا تكون
 من قبل الافعال كالاباق والسرقه والخبثه هو الاستحقاق وقيل الجنون ثم المرجع
 في معرفة العيوب الى عرف التجار وفي كل شئ انما يرجع الى اهل تلك الصنعة
 فما يمدونه عيبا فهو عيب يرد به او ما ينقص المالية فهو عيب لان المقصود بالبيع
 الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خلافا للمقصود وذلك عيب يرد به
 واذا وجد العبد مخرجا فهذا مما يمده التجار عيبا فيمكن نقصانا في ماليته وفيما هو المقصود
 بملك العبد وهو الاستعمال في الأعمال الشاقة وكذلك ان وجدته سارقا فان ذلك يخل
 بمقصوده لانه لا يمكنه استخدامه اذلا ياتمه على ماله ويشق عليه حفظ ماله عليه آنا الليل
 والنهار وان سرق مال الغير يقطع بسببه وكذلك ان وجدته كافرا كان له ان يرد ما اذلا عيب
 تبلغ درجته درجة الكفر وهذا لانه ربما يحتاج الى استخدامه في الأمور الدينية نحو
 اتخاذ الماء لطهوره وحمل المصحف اليه والكافر نجس لا يؤدي الأمانة في الأمور الدينية
 ولو اشتراه بشرط انه كافر فوجده مسلما لم يكن له ان يرد ما عندنا وقال الشافعي له ان
 يرد لانه وجدته بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فرما قصد ان يستخدمه في
 المحقرات من الأمور ولا يستخير من نفسه ان يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عليه
 مقصوده يمكن من رده وأصحابنا رحمهم الله قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون
 على وجه الشرط بل على وجه التبري من العيب فكانه اشتراه على انه معيب فاذا هو
 سليم وهذا لانه وجد أزيد مما شرط وثبوت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فاذا وجدته
 أزيد مما شرط فلا حاجة الى دفع الضرر عن نفسه بأبواب حق الرد له (وقال وان وجد
 الغلام زانيا لم يكن له ان يرد ما بالعيب عندنا وقال الشافعي له ان يرد ما لان عيب الزنا كعيب
 السرقة أو فوقه ألا ترى ان في الجارية كل واحد منها عيب فكذلك في الغلام ولكننا نقول
 اشتراه على انه فحل فوجده أفحل ثم الذي به ليس الا تمنى الزنا فان تمنى الزنا معدوم في حقه
 فان فعل الزنا لا يتهيأ للعبد الا بمال ولا مال له بخلاف الجارية ثم المقصود من العبد

الاستخدام في أمور خارج البيت وزناه لا يخل بمقصود المولى وأما في الجارية فالمقصود هو الاستفراش وزناها يخل بهذا المقصود فانها تلوث عليه فراشه وقيل في الفلام اذا صار ذلك عادة له بحيث لا يبصر عنه فله ان يرده لانه يتمكن الخلل في مقصوده فكلما يوجهه في حاجته ذهب في متابعة هواه فهو كالسرقة فانها تخل بالاستخدام من الوجه الذي قلنا وكذلك ان وجد العبد ولد زنا لم يكن له ان يرده لان هذا لا يخل بمقصوده من الاستخدام ولان أكثر المالك بهذه الصفة لا تعرف انسابهم فاما الجارية اذا كانت ولد زنا فله ان يردها لان ذلك يخل بمقصوده منها وهو الاستيلاء فان ولده يعير بامه اذا كانت ولد زنا وعلى هذا الفلام اذا لم يكن مختونا أو الجارية اذا لم تكن مخفوضة ففي الحلية من دار الحرب هذا لا يكون عيبا لانا لانهم لا يفعلون ذلك وفي المولد لا يكون عيبا في الصغير أيضا ويكون عيبا بعد البلوغ لان المولد في دار الاسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ والتجار يعدون ذلك عيبا في المولد قال (والثولول عيب اذا كان ينقص الثمن وان كان لا ينقصه فليس بعيب) لانه لا يخل بالمقصود فيعتبر نقصان المالية بسببه والخلال كذلك فقد يكون الخلال رتبة لا تنقص من المالية وهو ما اذا كان على الخد وقد يشينه اذا كان على رأس الارنبه وذلك ينقص من المالية فلماذا يعتبر فيه أن ينقصه من الثمن قال (والصهوبه في الشعر عيب) لان التجار يعدونه عيبا وكذلك الشمط فان الشمط في أوانه من الهرم والهرم عيب وفي غير أوانه ومن داء في الباطن وهو عيب ثم اللون المستوي للشعر السواد فاسوى ذلك اذا كان ينقص من الثمن ويمده التجار عيبا ثبت به حق الرد قال والبخر عيب في الجارية وليس بسبب في الفلام إلا أن يكون من داء وهو تنن النم وهذا يخل بما هو المقصود من الجارية وهو الاستفراش ولا يخل بما هو المقصود من الفلام لانه يستخدمه بالبعد من نفسه الا أن يكون من داء فالداء نفسه عيب قال (والذفر كذلك وهو تنن الايط وهو يخل بالمقصود من الجارية دون الفلام الا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله فهذا يكون لداء في البدن وهو ينقص الثمن قال والبجر عيب وهو انتفاخ تحت السرة وبه سمى بعض الناس ابجر وهو يكون لداء في البدن ويمده التجار عيبا والادرة عيب وهي عظم الخصيتين وانما يكون ذلك لداء في البدن وفي بعض النسخ الآذن عيب وهو الذي يسيل من منخره الماء ومنه قول القائل

وترى الذين على مناخرهم • يوم الهياج كما رن النمل

وذلك يستقدر منه ولا يكون الا لدا، في الدماغ واليسر عيب وهو الذي يعمل بيساره ولا يستطيع ان يعمل بيمينه الا أن يكون اعسر يسر وهو الاضبط الذي يعمل بايديه وند كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة فينثد يكون زيادة وليس بعيب • قال (والعشي عيب) وهو ضعف في البصر حتى لا يبصر من شدة الظلمة أو شدة الضوء ومنه يسمى الاعشي • والعسم عيب وهو يبوسة وتشنج في الاعصاب منه أصل العرج والسن السوداء عيب لانه لا ينتفع به وهو يشين صاحبه والسواد في السن دليل موت السن عند من يقول في السن حياة وكذلك السن الساقطة عيب ضررا كان أو غيره لانه ينقص من الثمن وبعده التجار عيبا ثم سقوط السن فيما لا يبدو منها كالطواحين ينقص من المنفعة وفيما يبدو منها كالضواحك وفي الأصل كالنواجذ ينقص من الجمال ولهذا وجب الأرش اذا قلع من الغير وأفسد المنبت • قال (والظفر الاسود عيب اذا كان ينقص الثمن) لانه ينقص من الجمال والسواد في الظفر دليل موته كما في السن وانما يشترط هذه الزيادة لان ذلك قد لا ينقص من الثمن فيمن هو اسود اللون كالجبشي وانما ينقص فيمن هو أبيض اللون كالاتراك واذا كان بحيث لا ينقص الثمن لا يثبت حق الرد به • والاباق مرة واحدة عيب من الصغير ما دام صغيرا فاذا بلغ فليس ذلك بعيب الا أن يأتى بعد الكبر وهذا اذا كان بحيث يميز أما في الصغير جدا فهذا لا يكون عيبا لانه يضل ولا يأتى والاباق يكون عن قصد منه وهو ليس من أهله ولكنه لا يهتدى الى بيت مولاه فيضل كالداية فاما اذا كان مميزا فالاباق والقصد الى ذلك يتحقق منه وهو عيب فيه مالم يبلغ فاذا بلغ زال ذلك وان أتى بعد البلوغ مرة فهو عيب لازم أبدا والسرقة كذلك • قال (والبول في الفراش كذلك في حق الصغير جدا لا يكون عيبا) لانه يكون من أمثاله عادة • وأما الجنون اذا وجد مرة فهو عيب لازم أبدا سواء وجد في حالة الصغر أو بعد البلوغ والفرق أن سبب الجنون واحد لا يختلف بالصغر والكبر وهو آفة في العقل فاذا وجد مرة فأثره يبقى فيه ما عاش وذلك يظهر في جماليق عينيه بمعرفة أهل البصر فيه وأما سبب الاباق والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر فمخالف لسبب هذه العيوب بعد البلوغ لان الاباق في الصغر سبه سوء الأدب وحب اللعب وسببه بعد البلوغ التمرد وقلة المبالاة بالمولى وكذلك السرقة

سببها قبل البلوغ قلة التأمل في عواقب الامور بسبب الصغر وبعد البلوغ سببها التمرد ولهذا لا يجب بها على الصبي ما يجب على البالغ وسبب البول في الفراش قبل البلوغ استرخاء في المثانة بسبب الصغر وسببه بعد البلوغ آفة في الآلة الماسكة فاذا وجد في حالة الصغر فهو عيب مادام صغيرا فاذا بلغ زال ذلك السبب فزال الحكم أيضا فاذا وجد بعد البلوغ فهو عيب لازم أبدا لان التجار يعدونه عيبا فهو ينقص من المايه والاباق سوى المايه فيه حكما فكان من أخش العيوب * (قال والحبل في بنات آدم عيب) لانه ينقص المايه ويخل بالمقصود وليس بعيب في البهائم لانه يزيد في المايه * قال (والقرن عيب) وهو عظم في المائي يمنع الوصول اليها وبه قضي شرح رحمه الله قال اقمدها فان أصاب الارض فهو عيب * والرتق عيب وهو لحم في المائي يمنع وصول الواطئ اليها * والعفل عيب وهو ان يكون في المائي شبه الكيس لا يتأذ الواطئ بوطنها وهذا كله يخل بالمقصود * قال (والبرص عيب) وهو معلوم يعمده التجار عيبا فينقص من المايه * قال (والجذام عيب) وهو قبيح تحت الجلد يوجد ثنته من بعد وربما تنقطع الاعضاء به وهو أخش العيوب قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد * قال (والفتق عيب) وهو ريج في المثانة ربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك الا لداء في البدن * قال (والسلعة عيب) وهو القروح التي تكون في العتق ويسمى بالفارسية خوك وذلك لا يكون الا لداء في بدنه وربما يتلف بسببه وكل شئ ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب لان المقصود في البيع الاسترباح فما ينقص من الثمن يكون خلافا للمقصود * قال (والكي عيب) لانه انما يفصل ذلك لداء في البدن الا ان يكون سمة في بعض الدواب فان كان من ذلك شئ لا يعمده التجار عيبا لا يرد به قال (والقدع عيب) وهو في الكف زينغ في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك زينغ بينه وبين عظم الساق وفي الفرس هو التواء الرسغ عن عرضه الوحشي وهو الجانب الايمن * قال (والفحج عيب) وهو في الفرس تباعد ما بين الكعبيين والافج من الآدمي الذي تتداني صدور قدميه وتباعد عقباه وتفحج ساقيه * والدحس عيب وهو ورم يكون في اطراف حافر الفرس * قال (والصكك عيب) وهو ان يصطك ركبته قال أبو عمرو وأبو عبيد رحمهم الله الصكك في الرجلين في الكعبيين * قال (والخنف عيب) وهو اقبال كل واحد من الابهامين الى صاحبه وذلك ينقص من قوة المشي وقال ابن الاعرابي الاخنف الذي يمشي على ظهر قدميه * قال

والصدف عيب وهو التواء في أصل العنق قال (والشديق عيب) وهو وسع مفرط في النهم وفيه الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التشديق في الكلام وهو مما يمد به التجار عيباً ثم العيوب التي يطعن المشتري بها أنواع أربعة نوع منها يكون ظاهراً في موضع يراه القاضي وغيره ولا تسمع الخصومة في ذلك ما لم يره العيب لأن قيام العيب عند الخصومة شرط لتوجه الخصومة وحقيقة معرفة ذلك بالمعرفة ممكن فإذا رآه القاضي فإن كان عيباً لا يحدث مثله في مثل تلك المدة وقد علم القاضي وجوده عند البائع فيقضى بالرد إلا أن يدعى البائع أن المشتري علم به عند العقد ورضى به فينثذ بحلف المشتري على ذلك ثم يردّه وإن كان شيئاً مما يحدث مثله في مثل تلك المدة فالقول قول البائع إن العيب لم يكن عنده لأن الحوادث إنما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات ومن ادعى تاريخاً سابقاً فعليه أن يثبته بالبينة فإن أقام المشتري البينة على أن العيب كان عند البائع قضي بالرد وإن لم يكن له بينة يحلف البائع ألبته بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وإنما يذكر التسليم لجواز أن يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم إلا أنهم قالوا النظر للمشتري ينعقد إذا استخلفه بهذه الصفة فإن العيب لو كان حادثاً بعد العقد وقبل التسليم كان للمشتري حق الرد والبائع بار في يمينه بأن العيب لم يكن موجوداً عند العقد فالأحوط أن يحلفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد إليه ولم يكن به هذا العيب قال الشيخ الإمام عندي الأول أصح لأن البائع ينفي العيب عند البيع وعند التسليم ولا يكون باراً في يمينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً وإنما يستخلف على الثبات لأن استخلافه على فعل نفسه وهو التسليم كما لو التزمه بالعقد فإن نكل عن اليمين فنكوه له كإقراره وإن حلف انقطعت المنازعة بينهما ونوع من ذلك عيب لا يعرفه إلا الأطباء فعلى القاضي أن يريه مسلمين عدلين من الأطباء لأن علم ذلك عندهم وإنما يرجع إلى معرفة كل شيء إلى من له بصر في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والأصل فيه قوله تعالى فاستلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ولا بد من المدد في ذلك لأنه قول ملزم كالشهادة فإذا قال العيب موجود فيه وقال هو مما لا يحدث في مثل هذه المدة حكم بالرد بقولها وإن قال قد يحدث ذلك حينئذ يحلف البائع كما بينا في الفصل الأول إلا أن يقيم المشتري البينة على إقرار البائع أن العيب كان عنده ونوع منه لا يعرفه إلا النساء بأن يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال فالتقاضي

يربها النساء لان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك بعد أن تكون حرة مسلمة فان كانتا اثنتين فهو أحوط وهذه المسئلة معروفة في الطلاق والشهادات فان أخبرت بوجود العيب توجهت الخصومة لظهور السبب في الحال بقولها ولا يمكن لا يثبت الرد بقول النساء وان كان ذلك بما لا يحدث في مثل تلك المدة لان هذه الزيادة يمكن الوقوف عليها لا من جهة النساء فلا يعتبر قول النساء فيها ولان شهادة النساء حجة ضعيفة لا يفصل الحكم بها مالم تتأيد بمؤيد وذلك بنكول البائع فيستحلف حتى اذا انضم نكول البائع الى شهادة النساء فسخ البيع وعن أبي يوسف انه يقضى بالرد بقول النساء لان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه وقاس بالعنين اذا ثبتت البكارة بقول النساء بعد مضي السنة فانه يفرق بينهما وقد بينا الفرق بين الفصلين في كتاب النكاح وعن محمد قال ان كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء وان كان بعد القبض لا يفسخ لان الحاجة الى نقل الضمان من المشتري الى البائع وشهادة النساء في ذلك ليست بحجة تامة * ونوع من ذلك ما هو حكى كالأباق والسرقه والبول في الفراش فان القاضي لا يسمع خصومة المشتري في ذلك مالم يتم البينة على وجود العيب عنده لان قيام العيب في الحال شرط لتوجه الخصومة ولا طريق لمعرفة ذلك الا بالبينة فان طلب المشتري يمين البائع على وجود ذلك العيب عنده فقد ذكر في الجامع أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشتري أو سرق أو بال في الفراش وقد بينا هذا الفصل فيما أمليناه من شرح الجامع الكبير وان يثبت وجود العيب عند المشتري فان كان اشتراه وقبضه وهو صغير والخصومة بعد البلوغ لم تسمع الخصومة في ذلك لان العيب الذي كان عند البائع قد زال وهذا عيب حادث عند المشتري قال (وان كانت الخصومة في الصغر أو كان الشراء بعد البلوغ فالآن تسمع خصومة المشتري ويحتاج الى اقامة البينة على الذي كان أبق عنده بعد ما بلغ قبل شرائه فان لم يكن له بينة يستحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما أبق ولا سرق ولا بال في الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال وهذا استحلاف على الثبات لانه على التسليم الذي التزمه واليمين الأولى على العلم لانها على فعل الغير وفي ظاهر الرواية الجنون كذلك الا ان في الجنون يستحلف بالله لقد باعه وسلمه وما جنن قط لما بينا ان الجنون اذا وجد مرة في

الصفر أو الكبر فهو عيب لازم أبداً وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله قالوا في
 الجنون لا يشترط عوده عند المشتري لتوجه الخصومة لأن أثر ذلك الذي كان قائم فيه
 على ما بينا فالجنون بعد انقلاعه يعقب أثراً يظهر ذلك في جماليق عينيه وذلك يكفي لتوجه
 الخصومة بخلاف الأباق والسرقة والبول في الفراش فإنه ليس لما قد كان أثر في العين
 فلا بد من عوده عند المشتري لتوجه الخصومة • قال (وان طلب البائع بين المشتري بالله
 ما رضى باليب مندعلم به ولا عرضه على بيع حلقه على ذلك) لأنه ادعى عليه مالو أقر به
 لزمه فاذا أنكر يستحلف عليه لرجاء نكوله • (قال والعزل عيب) وهو أن يعزل ذنبه في أحد
 الجانبين وذلك يكون عادة لا خلقة وإنما يفعل ذلك إذا راث وربما يحول الذنب من جانب
 إلى جانب حتى يلطخ وركيه بالروث وذلك ليتقدر ويمد عيباردبه • قال (والمشش عيب) وهو
 شيء يشخص في وظيفه حتى يكون له حجم ليس له صلابة العظم قال الوظيف مستدق الساق
 قال (والحرد عيب) وهو كل ما حدث في عرقوبه من تزيد أو انتفاخ عصب قال (والزوائد
 عيب) وهو اطراف عصب يتفرق عند العجانة وينقطع عندها ويلصق بها • والحرن عيب
 فهم من يقول الخزر وهو ضيق مفرط في العين والأظهر هو الحرن فإنه ذكر في جملة
 عيوب الفرس وهو أن لا تنقاد للراكب عند العطف والسير وهو نوع من الجمع والجمع عيب
 يخل بالمقصود وخلق الرأس عيب * وهو ان يكون به حيلة يخلع رأسه من العذار وان شد عليه
 وهو مما يمد عيباً وربما بطل سببه وبطل المحلاة عيب اذا كان ينقص الثمن وهو ان يسيل
 لعاب الفرس على وجه تبطل المحلاة به اذا جعلت على رأسه وفيها علفه وقيل ان يأخذ المحلاة
 بشفتيه فيرمى بها وهذا نوع من الجمع فهو عيب اذا كان ينقص الثمن والمهقوع عيب والمقعة
 دائرة في عرض زوره يمد عيباً ويتشام بهومنه يقال اتق الخيل المهقوع • والانتشار عيب
 وهو انتفاخ العصب عند الاتعاب والمصب الذي ينشر هي العجانة وتحرك السطا كانتشار
 العصب غير أن الفرس لا انتشار المصب أشد احتمالاً منه لتحرك السطا • والغرب عيب وهو
 ورم في الماق وربما يسيل منه شيء حتى قال محمد اذا كان ذلك سائلاً فصاحبه في حكم الطهارة
 كصاحب الجرح السائل • والشر عيب وهو انقلاب في الاجفان وبه كان يسمى الاشر
 وهذا يمكن ضعفاً في البصر • والحول عيب فإنه يمكن ضعفاً في البصر حتى يرى الأحوال
 الشيء الواحد شيئين والحوص والقتل عيب وهو نوع من الحول إلا أنه اذا كان يعمل إنسان

العين الى الجانب المقدم يسمى فتلا واذا كان الى الجانب المؤخر فهو الحوص * والظفر عيب وهو يياض يبدو في إنسان العين يسمى بالفارسية باحسه وذلك يمكن ضعفا في البصر وربما يمنع البصر أصلاً * والشعر في جوف العين يكون عيباً لانه يضعف البصر * والجرب عيب سواء كان في العين أو في غير العين لان الجرب في العين يمكن ضعفا في البصر وفي غير العين يكون لداء في البدن * وكذلك الماء في العين عيب لانه يضعف البصر * وريح السبل عيب فانه يضعف البصر وربما يذهب به * والسعال القديم عيب اذا كان من داء اما القدر المعتاد منه فلا يعد عيباً فاذا كان قديماً فذلك من داء في البدن والداء نفسه عيب * والاستحاضة عيب لان الاستحاضة لداء في البدن ثم سيلان الدم اذا كان مستداماً وربما يصيبها ويقتلها * والتي يرتفع حيضها زماناً عيب لان ذلك لا يكون الا من داء في البدن ومنه يكون مواد المرض للمرأة فان الرطوبة اذا كانت تسيل منها في وقتها تكون صحيحة البدن واذا لم تسل اصفر لونها ولائها اذا كانت لا تحيض فانها لا تجبل أيضاً فعرفنا انه يخل بما هو المقصود منها واذا اشترى عبداً عليه دين لم يعلم به ثم علم بذلك فله ان يردده لان قيام الدين عليه مما يعده التجار عيباً وتكون ماليته مشغولة بحق الغرماء فهو عيب حكيم كعيب النكاح الا ان يقضى عنه البائع دينه أو يبرئه الغرماء منه فبذلك يزول العيب وزوال العيب قبل الخصومة يسقط حق المشتري في الرد اما اذا علم بالدين ثم اشتراه هل له ان يردده عند محمد لا استدلالاً بسائر العيوب وعند أبي يوسف له ان يردده كما اذا كان مستحقاً وهو عالم به له ان يردده كذلك هنا * واذا اشترى جارية فوجدها محرمة فليس ذلك بسبب لان له ان يخلها عندنا وقال زفر ليس له ان يخلها ولكنه يرددها بالعيب لانها دخلت في ملكه وهي بهذه الصفة فلا يكون له ان يخلها كما لو اشترى جارية وهي منكوحه لا يكون له ان يفسخ النكاح ولكنه يرددها بالعيب ولكننا نقول المشتري قائم فيها مقام البائع وقد كان للبائع ان يخلها فاذا كانت أحرمت بنير اذنه حلها من غير كراهة واذا كانت أحرمت باذنه فله ان يخلها وان كان ذلك مكروهاً لما فيه من خلف الوعد فكذلك المشتري ولا يكره ذلك للمشتري لان خلف الوعد لا يوجد منه بهذا وبه فارق النكاح فهناك لم يكن للبائع ان يفرق بينهما بعد صحة النكاح فكذلك للمشتري وهذا لان لزوم النكاح لحق الزوج وقد كان مقدماً على حق المشتري فاما

لزوم الاحرام فلحق الشرع وحق الآدمي في المحل مقدم فلهذا كان للمشتري ان يحللها واذا تمكن من ازالة العيب فليس له أن يردهابه * وان كانت في عدة من زوج فان كان الطلاق رجعيا وله أن يردها كان النكاح قائما والزوج يستند بالرجعة الا اذا انقضت العدة قبل الخصومة فحينئذ لا يردها لزوال العيب * وان كانت العدة من طلاق بائن أو موت فليس هذا بعيب لان هذا مما لا يعده التجار عيبا فالعيب هو النكاح وقد انقطع والحرمة بهذا السبب نظير الحرمة بسبب الحيض كما أن ذلك لا يكون عيبا فهذا مثله * واذا وجد بالجارية عيبا فاراد أن يردها فقال البائع ما هذه بجاريتي فالقول قوله مع يمينه لان العيب لا يمنع تمام القبض والرد بحكمه لا ينفرد المشتري به من غير قضاء ولا رضا فالمشتري يدعى ثبوت حق الرد له في هذا المحل والبائع ينكر والقول قوله مع يمينه بخلاف ما سبق من خيار الشرط والرؤية * وان اشتراها على أنها بكر فقال وجدتها ثيبالا يصدق على ذلك الا بينة لان البكارة في النساء أصل فالمشتري يدعى عارضا ليثبت لنفسه حق الرد به فهو بمنزلة دعوى العيب فلا يصدق عليه الا بينة * قال واذا اشترى جوزا أو بيضا فوجده فاسدا كله وقد كسره فله أن يرده ويأخذ الثمن كله أما البيض فالفاسد منه ليس بمال متقوم اذ هو غير منتفع به ولا قيمة لقشره فتبين ان أصل البيع كان باطلا وأما الجوز فالمقصود منه اللب دون القشر ولا قيمة لقشره في المواضع التي يكثر فيها الحطب وفي المواضع التي يندر فيه الحطب فان كان لقشره قيمة لكن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا كان حادثا أو منتن اللب لا يصلح للانتفاع به فكان البيع باطلا فأما اذا كان قليل اللب أو اسود اللب فهذا بمنزلة العيب فاذا وجده كذلك بعد الكسر رجع بنقصان العيب من الثمن عندنا وقال الشافعي يرده وكذلك البطيخ والقرع والفاكهة اذا وجدها فاسدة كلها بعدما يكسرها فان كانت لا تساوي شيئا رجع بجميع الثمن لانه تبين بطلان البيع وان كانت بحيث يأكلها بعض الناس أو تصلح لعلف الدواب يرجع بحصة العيب من الثمن عندنا وقال الشافعي له ان يرده لانه لا يتمكن من الرد الا بعد العلم بالعيب ولا طريق له الى معرفة العيب سوى الكسر ولا يصير ذلك مانعا حقه في الرد وهذا لان دفع الضرر عن المشتري واجب بحسب الامكان والبائع هو الذي سلطه على الكسر فكأنه فعل ذلك بنفسه ولكن نقول الكسر عيب حادث بفعل المشتري

وذلك يمنع من الرد كما لو تعيب المبيع بعيب آخر وهذا لان الرد لدفع الضرر عن المشتري وانما يتمكن منه على وجه لا يلحق الضرر بالبائع ثم مراعاة جانب البائع أولى فان حق المشتري لا يبطل أصلا ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن والضرر الذي يلحق البائع بالرد لا يمكن دفعه بعوض فلماذا رجحنا جانبه وهذا اذا وجد الكل فاسدا فان وجد البعض بهذه الصفة فالكلام في حصة ذلك كالكل اذا وجد فاسدا الا ان في الجوز اذا كان الفاسد منه مقدارا مالا يخلو الجوز منه عادة كالواحدة والاثنتين في كل مائة فليس له ان يخاصم البائع لأجله لانه عند الاقدام على الشراء راض به على الوجه المعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا فلا يخاصم فيه لأجل ذلك * قال واذا اشترى عبدا قد حل دمه بقصاص أو ردة فقتل عند المشتري رجع على البائع بالثمن كله في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقوم حلال الدم وحرام الدم فيرجع بتفاوت ما بين القيمتين من الثمن لان العبد بعد ما حل دمه مال متقوم وحل الدم عيب فيه * ومن اشترى شيئا معيبا وتعذر عليه رده بعد ما قبضه رجع بحصة العيب من الثمن كما لو كان زانيا فجلد عند المشتري ومات وبيان الوصف أن يبيع حلال الدم صحيح وبالقبض ينتقل الى ضمان المشتري بدليل أنه لو مات كان الثمن متقدرا على المشتري ولو تصرف فيه المشتري نفذ تصرفه فيه ولو كان عالما حين اشتراؤه أنه حلال الدم لم يرجع بشيء فعرفنا أن حل الدم عيب فيه (يوضحه) ان البيع يرد على محل غير مستحق بسبب حل الدم فالمستحق به النفس وانما يملك بالبيع المالية ومحل الدم لا يهدم المالية ولا يصير يستحقه وانما تلفت المالية باستيفاء القتل وذلك فعل أنشأه المستوفى باختياره بعد ما دخل المبيع في ضمان المشتري بخلاف ما اذا استحق المبيع بملك أو حق رهن أو دين لان المستحق هناك ما تناوله البيع فينقص به قبض المشتري من الأصل وفي الكتاب استدلل بما لو اشترى حاملا وقبضها فولدت وماتت في نفاسها لم يرجع بجميع الثمن وان كان أصل السبب في يد البائع وعندكم أن الغالب في الولادة السلامة بشكل على أصل أبي حنيفة بالجارية المنصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب فماتت في نفاسها يرجع المنصوب منه على الغاصب بقيمتها وفي هذا الفرق نوع تناقض وأبو حنيفة يقول زالت يد المشتري عن المبيع لسبب كانت الازالة مستحقة في يد البائع فيرجع بالثمن كما لو استحقه مالك أو مرتهن أو صاحب دين وهذا لان الازالة

لما كانت مستحقة قبل قبض المشتري ينتقض بها قبض المشتري من الأصل فكأنه لم يقبضه وإنما قلنا ذلك لان القتل بسبب الردة مستحق لا يجوز تركه وبسبب القصاص مستحق في حق من عليه الا ان ينشئ من هو له عفوا باختياره والبيع وان كان يرد على المالية ولكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل فكان في معنى علة العلة وعلة العلة تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه المستحق كانه للمالية ولا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية والنفسية مستحقة بالسبب الذي كان عند البائع فيجعل ذلك بمنزلة استحقاق المالية لان مالا يفصل عن الشيء بحال فكأنه هو ولا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية الا ان استحقاق النفسية في حكم الاستيفاء فقط وانعقاد البيع صحيحا وراء ذلك واذا مات في يد المشتري فلم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فهذا هلك في ضمان المشتري واذا قبل فقدم ذلك الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك الزوج في زوجته وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في الاستيفاء حتى اذا وطئت المنكوحة بالشبهة كان المهر لها واذا قتل من عليه القصاص إنسان فالدية تكون لورثته دون من له القصاص وهذا بخلاف الزنا وزنا العبد لا يصير نفسه مستحقة وإنما المستحق عليه ضرب مؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل واذا اشتراه وهو يعلم محل دمه في أصح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضاً اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وفي الرواية الأخرى لا يرجع لان حل الدم من وجهه كاستحقاق ومن وجهه كالعيب حتى لا يمنع صحة المبيع فلهذا بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به وأما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم بل الغالب عند الولادة السلامة فهو نظير الزاني اذا جلد وليس هذا كالنصب لان الواجب على الناصب فسخ فله وهو ان يرد المنصوب كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وهنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلف بسبب كان المهلاك مستحقا به عند البائع ينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض قبضه فيه وعلى هذا الأصل لو كان العبد سارقا فقطعت يده عند

المشترى رجع بحصة العيب من الثمن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بان يقوم سارقا وغير سارق وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن لان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون المشتري بالخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقى ويرجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع * وان مات العبد من ذلك قبل ان يرده لم يرجع الا في نصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البائع الا ترى ان على الامام ان يتحرز عن السراية بان لا يقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد وأن يحسم بعد القطع قبض المشتري لا ينتقض في النصف الباقي وان سري * قال وان اشترى جارية وعبدا فزوجهما ثم وجد بهما عيبا لم يكن له أن يردهما لان النكاح فيها عيب حادث عنده فان أبانها ولم يكن دخل بها كان له ان يردهما لزوال العيب الحادث عنده ولم يجب المهر بهذا النكاح فان المولى لا يستوجب على عبده دينا * قال واذا شهد شاهد أنه اشترى هذا العبد وهذا العيب به وشهد آخر على اقرار البائع به لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به فاحدهما يشهد بقول والآخر ببيع معين وليس على واحد من الأمرين شهادة شاهدين * ولو باع عبده من نفسه بجزية ثم وجد بها عيبا كان له أن يردّها ويأخذ منه قيمة نفسه في قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف رحمهما الله وكان يقول أو لا يرجع بقيمة الجارية وهو قول محمد وكذلك لو ماتت قبل أن يقبضها المولى واستحقت وكذلك لو حدث بها عيب عند المولى حتى تعذر ردها بالعيب ففي قوله الآخر يرجع بحصة العيب من قيمة العبد وفي قوله الاول من قيمة الجارية * وجه قوله الاول ان هذا مبادلة مال بما ليس بمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له كما في النكاح والخلع والصلح من دم العمد اذا استحق البدل وكان بعينه رجع بقيمته وبيان الوصف أن الذي من جهة المولى في هذا العقد الاعتاق فان بيع العبد من نفسه اعتاق وذلك ليس بمال والدليل عليه أن الحيوان يثبت دينا في الذمة بمقابلته فان العبد يعتق على ملك المولى حتى يكون الولاء له وان الوكيل من جانب المولى في هذا العقد لا يكون له قبض البدل ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد انه لا يملك الرجوع عنه * والأجل الى الحصاد ونحوه يثبت في بدله وان البدل لا يرد الا بالعيب الفاحش عرفنا

أنه في حكم مبادلة مال بما ليس بمال وتأثيره وهو أن استحقاق الجارية لو ردها بالعبء لا يفسخ العقد فكيف يفسخ وقد عتق العبد فاذا لم يفسخ فقد تعذر تسليم الجارية مع قيام السبب الموجب للتسليم فتجب قيمتها واستدل بالكتابة فانه لو كاتبه على جارية بغير غيرها فاداهها وعتق ثم وجد المولى بها عيادها وأخذ مثلها صحيحة فان حدث بها عيب عند المولى رجع بنقصان العيب من قيمة الجارية وكذلك في بيع العبد من نفسه بجارية * ووجه قوله الآخر أن المولى أزال عن ملكه مالا بازاء مال فاذا لم يسلم ما بذل له رجع بقيمة ما بذل كما لو باعه من فرسه بجارية فعتق على القريب ثم استحققت الجارية رجع المولى بقيمة العبد * وبيان الوصف أن يقول تصرف المولى باعتبار ما ملكه وليس له في العبد الا ملك المالية الا أن ازالة ملك المالية اذا لم تكن الى مالك يكون موجبا لعتق العبد فاما تصرف المولى من حيث ازالة فتلاقي ملكه وملكه ملك المالية * وتحقيق هذا الكلام ان في حق ما يسلم للعبد في هذا في معنى مبادلة المال بما ليس بمال لان الذي سلم للعبد العتق وهو ليس بمال وفيما يزيله المولى عن ملكه هذا مبادلة المال بالمال فعند الاستحقاق والرد بالعبء مراعاة جانب المولى أولى لان الحاجة في دفع الضرر عن المولى فاما العتق فسالم للعبد بكل حال ولان العتق للعبد يبنى على ازالة المولى ملكه فيعتبر ما هو الأصل وباعتباره هذا مبادلة مال بمال ألا ترى أنه اذا أعتق عبدا على خمر يجب على العبد قيمة نفسه وما كان ذلك الا بالطريق الذي قلنا فكذلك اذا استحق البديل أو هلك قبل التسليم وقوله ان السبب لم يفسخ على احدي الطرفين يقول في حق المولى قد انفسخ السبب ولان في حقه مبادلة المال بالمال ولكن يتعذر عليه استرداد العبد لنفوذ العتق فيجب رد قيمته كالمدر اذا مات المولى وعليه دين مستغرق أو قتله مولاه تبطل وصيته واكن يتعذر رده الى الرق فيجب عليه السماية في قيمته وعلى الطريق الآخر يقول لا يفسخ السبب ولكن لم يسلم للمولى العوض فيرجع بمثله ومثل الجارية بحكم هذا العقد ما هو عوضها وهو مالية العبد فانما يرجع بقيمة العبد بهذا بخلاف النكاح فان عوض الصداق هناك ليس بمال متقوم ليكون الرجوع بماليته فلماذا صرنا الى قيمة الصداق هناك وفي الكتاب قيل الجواب قول محمد فان من عادته الاستشهاد بالمتخلف لا يوضح الكلام ولئن سلمنا فنقول بدل الكتابة ليس بمقابلة رتبة المكاتب بل بمقابلة ما يسلم للمكاتب

لعقد الكتابة وهو كونه أحق بنفسه ومكاسبه وذلك ليس بمال فهذا كان الحكم فيه بمنزلة الحكم في النكاح وهنا بدل الجارية مالية العبد في حق المولى فاذا لم يسلم له الجارية كان ربحه بمالية العبد وهو قيمته واذا باع رجل جارية رجل بأمره ثم خصم في عيب قتلها بنير قضاء قاض فانها تلزم البائع دون الأمر لان هذا بمنزلة الإقالة في انه يعتمد تراضيهما فالإقالة في حق الموكل كالبيع الجديد فكان الوكيل اشتراها ابتداء قال الا أن يعلم أن مثله لا يحدث فيلزم الأمر لانا تيقنا بوجود العيب عند الأمر وانما لم يشتغل الوكيل بالخصومة لانه لم ير فيها فائدة وفي كتاب الوكالة والمأذون قال لا يلزم الأمر على كل حال وهو الأصح لما قلنا ان هذا بمنزلة الإقالة وفي هذا المعنى لا فرق بين العيب الذي يحدث مثله أو لا يحدث وان أبي البائع أن يقبلها بخاصه المشتري الى القاضي فأقر عنده بالعيب كان اقراره عند القاضي وعند غيره سواء لا يلزم الأمر الا في عيب لا يحدث مثله ومعنى هذا الكلام أن في العيب الذي لا يحدث مثله رد القاضي باقرار الوكيل وبالبيينة سواء في انه يلزم الأمر لان الرد بقضاء القاضي فسخ وقد تيقنا بوجود سببه عند الأمر وان كان العيب يحدث مثله باقرار الوكيل لا يكون حجة على الأمر ولكن يحتاج الى أن يثبت على الأمر بالبيينة أن العيب كان عنده ليردها عليه وان لم يكن له بيينة فعلى الأمر اليمين على ذلك وان ردها القاضي على الوكيل بيينة أقامها المشتري فالبيينة حجة على الأمر فيلزم الأمر فان ردها بآباء اليمين من الوكيل فانها تلزم الأمر عندنا وقال زفر هذا والاتقرار سواء لان النكول بدل عن الاقرار وهو بمنزلة البدل فلا يكون حجة على الأمر ولكن الوكيل على خصومته مع الأمر كما في الاقرار. ألا ترى أن المشتري لو باع الجارية من غيره ثم ردت عليه بعيب بنكوله جعل هذا وما لوردت عليه باقراره سواء في حق البائع الاول فكذلك في حق الوكيل ولكننا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لأنه لا يمكن ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك في عمل باشره للأمر فيرجع عليه بما يلحقه من المهدة بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه الثمن ويقضي عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر في النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بهدة عمله على غيره فان أنكر الأمر أن تكون الجارية التي باعها فالتقول

قوله مع يمينه لان الوكيل يدعى لنفسه حق الرجوع على الأمر بما يلحق من العهدة في هذا الحل والموكل منكر فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة انها هي الجارية التي باعها فيثبت الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم واذا اشترى الرجل جارية لرجل بأمره ثم وجد بها عيبا فله أن يردها بالعيب قبل أن يدفعها الى الأمر من غير أمر الأمر عندنا * وقال ابن أبي ليلى ليس له ذلك لانها مملوكة للأمر فلا يملك اخراجها عن ملكه بغير أمره ولانها أمانة في يد الوكيل ويد الامين كيد صاحبها ولو كان سلمها الى الأمر لم يردها بالعيب الا بأمره * وجه قولنا ان الرد بالعيب من حقوق العقد ولهذا اختص به الوكيل والعاقده في حقوق العقد مستبد به ون كان قد عقده لغيره ولانه في الحقوق كالعاقده لنفسه ألا ترى أن في الرد بخيار الشرط والرؤية لا يحتاج الى استطلاع رأى الأمر فكذلك في الرد بخيار العيب بخلاف ما بعد التسليم الى الأمر لانه لا يتمكن من ردها الا باعادتها الى يده وليس له ولاية اثبات اليد عليها بغير رضا الأمر بعد ما سلمها اليه فاما قبل التسليم فهو لا يحتاج الى ذلك ألا ترى ان المضارب يرد ما اشترى بالعيب وان كان رب المال غائبا والمبد الماذون يرد ما اشترى بالعيب وان كان مولاه غائبا فان ادعى البائع ان الأمر قد رضي بالعيب فطلب يمين الأمر أو يمين المأمور ما رضي بذلك الأمر لم يكن على واحد منهما في ذلك يمين عندنا * وقال ابن أبي ليلى لا يردها الوكيل ولا المضارب حتى يحضر الأمر أو رب المال فيحلف ما رضي بالعيب لان رضا الأمر ورب المال يسقط حق الوكيل في الرد بدليل أن البائع لو أقام البينة على ذلك وأقر به الوكيل لم يكن له أن يردها فاذا ادعى البائع سببا مستقلا لحقه في الرد استحق اليمين على من يدعي ذلك عليه كما لو ادعى الوكيل أنه قد رضي به * وجه قولنا أنه لا يمين على الوكيل في هذه الدعوى لانه لا يدعى البائع عليه الرضا فلو استخلف كان بطريق النيابة ولا نيابة في اليمين ولا يمين على الأمر لأن الاستخلاف يترتب على دعوى وخصومة ولم يجر بين البائع والأمر معاملة فلا يكون هو خصما له في دعوى الرضا بخلاف ما اذا أقام البينة فان الوكيل خصم للبائع وان كان نائبا عن الأمر واثبات الحق بالبينة على خصم هو ثابت صحيح واذا أقر الوكيل فرضا الأمر باقراره لا يثبت ولكن اقراره حجة عليه وقد زعم أنه لا خصومة له مع البائع في هذا العيب فباعبار زعمه تنقطع الخصومة * ولو أقر الوكيل على نفسه انه رضي بهذا العيب فذلك منه صحيح في حق

نفسه دون الأمر كما لو أقر أن الأمر رضى بالعيب فالجارية تلزمه إلا أن يقر الأمر بذلك أو تقوم بينة على ذلك أو يرضى بما رضى به الوكيل قال وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدوا بها عيبا فرضى أحدهما فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى خيار الرؤية والشرط وقول ابن أبى ليلى كقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى أن له ذلك قال وإذا اشترى عبدا بجارية وتقاوضا ثم وجد بالعبد عيبا ومات عنده فإنه يرجع بمحصة العيب من الجارية فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه العيب فإن كان ذلك ينقصه العشر يرجع بشر الجارية لأن بدل العبد الجارية ألا ترى أنه لو كان قائما بعينه رده وأخذ الجارية والرجوع بمحصة العيب من البدل يكون وكذلك الحيوان والعروض كلها إذا استحق أحد العوضين أو رد بالعيب فقد انفسخ العقد فيرجع بالبدل إن كان قائما بقيمته إن كان هالكا لأنه تعذر استرداده مع قيام السبب الموجب للرد وكذلك ما يكال أو يوزن إن كان بعينه فان فوات القبض فيه مبطل للعقد كما فى العروض ولو أقر المشتري به لإنسان ولم يقم عليه بينة لم يرجع على البائع بشئ لأن إقراره حجة فى حقه دون البائع فهو فى حق البائع متلف للساعة بإقراره وإن استحق بينة فقال البائع ليس هو عبدي الذى بعتهك فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر البيع فى هذا العبد ولو أنكر جريان البيع بينهما أصلا كان القول قوله مع يمينه وكان على المشتري إثبات العقد بالبينة فكذلك إذا أنكر العقد فى هذا المحل قال وإذا اشترى خادما بكر حنطة وليس الكرك عنده لم يجوز لأنه إن عين الكرك وهو ملك غيره فهذا بيع ما ليس عند الإنسان وإن لم يمين فهو مجهول الصفة وهذه جهالة تفضى إلى المنازعة فإن قال بكر حنطة جيدة أو وسط فى القياس لا يجوز هذا أيضا لأنه فى جانب الكرك بائع وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا بشرائط السلم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم وفى الاستحسان يجوز هذا العقد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اشترى جزورا بكري تمر ثم استقرضه فأعطاه إياه ولأن المكيل أو الموزون إذا لم يكن بعينه فهو يثبت فى الذمة ثمنا فكان شراء بئس ليس عنده وذلك صحيح كالشراء بالدراهم والدليل على أنه ثمن جواز الاستبدال به قبل القبض والاستبدال بالبيع قبل القبض لا يجوز عينا كان أو دينا فإن وجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الكرك ردها وأخذ كرا مثل كره وكذلك لو كان ذلك الكرك عند البائع بعينه كان له أن يرد كرا مثله لأن

ألا ترى أن البيع يستدعي محلا هو مال متقوم كالشراء فنفوذ بيعه دليل على أنه مال
 متقوم في حقه • وفي تصحيح البيع اظهر سلطان مالكيته ولم يكن في عينه من معنى
 الاستدلال شيء حتى يؤمر به شرعا فكذلك في تصحيح الشراء اثبات سلطان الملكية
 ولا يكون في عينه من معنى الاذلال شيء وبهذا يتبين أن النهي ليس لمعنى في عين الشراء
 بل لمعنى في قصده وهو الاستخدام قهرا بملك الميمن ولا يمنع صحة الشراء كالنهي عن
 الشراء وقت النداء ولهذا ندب الولد الى شراء أبيه مع أنه ممنوع من اذلاله لانه
 لا يقصد بشرائه الاستخدام ولو كان اثبات الملك بطريق الشراء عينه اذلالا لكان
 القريب ممنوعا عنه في قربه لان كل طاعة لا تصل اليها الا بمعصية لا يجوز الأقدام عليها
 ثم تحقيق هذا الكلام أن بالشراء لا يتبدل صفة المحل لانه كان مملوكا قبل شرائه وبقي
 مملوكا بعد شرائه وانما تتحول الاضافة من المسلم الى الكافر وهي اضافة مشروعة
 ألا ترى أنه يرث الكافر العبد المسلم وبالارث تتجدد الاضافة في حق الوارث ولكن
 لا يتبدل وصف المحل فلا يكون عينه اذلالا بخلاف الاسترقاق فيه يتبدل صفة المحل
 فيصير مملوكا بعد ان كان مالا والمملوكية اذا قوبلت بالمالكية كانت المملوكية في غاية
 الذل والهوان وهذا غير مشروع للكافر على المسلم وكذلك النكاح لان بعقد النكاح
 يتجدد ثبوت المملوكية في المحل وكان ينبغي أن لا يثبت للمسلم على المسلمة الا أن لضرورة
 الحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل أثبت الشرع ذلك للمسلم على المسلمة فيبقى في
 حق الكافر اذلالا فلا يكون مشروعا للكافر على المسلمة ألا ترى أن ملك النكاح يبقى
 للكافر على المسلمة لانه ليس في ابقاء الملك تبديل صفة المحل فصار الشراء هنا في
 معنى الاذلال بمنزلة البقاء في ملك النكاح . يوضحه ان المحلية للنكاح باعتبار صفة المحل ولهذا
 لا يجوز للمسلم نكاح المجوسية والمرتدة والأخت من الرضاة والمسلمة ليست بمتحللة
 في حق الكافر فلانعدام المحل لا ينقذ النكاح ولكن يبقى لان فوات المحل عارض
 على شرف الزوال فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالفوات بسبب العدة وكذلك
 القبض الذي يتم به العقد ليس فيه معنى الاذلال لان ذلك يحصل بالتخلية وليس هذا
 نظير المحرم يشترى صيدا لان الصيد في حق المحرم محرم العين قال الله تعالى وحرم عليكم
 صيد البر مادتم حرم ما فلم يكن مالا متقوما كالخمر في حق المسلم • ولهذا لا يجوز بيعه

انه اشترى على ما ليس في ضمانه وهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن
وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذي زل عنه بعينه وقي
له بعض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا اشترى بمثل الثمن
الاول أو أكثر فالربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ولا كذلك فيما اذا
باعه من غيره لانه لا يحصل للمشتري هناك ربح الا على ضمانه وكذلك اذا اشترى البائع الاول
من المشتري الثاني لانه لم يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف أسباب الملك بمنزلة
اختلاف أسباب الاعيان وقد قررنا هذا وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشترى البائع
بأقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد اليه على الهيئة التي خرج عن ملكه فلا يتحقق فيه
ربح مالم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء والذي احتبس عند المشتري سواء كان
النقصان بقدر ذلك أو دونه حتى اذا كان النقصان نقصان السعر فهو غير معتبر في العقود
لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس فيه فوات جزء من العين فباعته لا يجوز شرآؤه باق
من الثمن الاول وكذلك لو اشترى بجنس آخر غير جنس الثمن الاول فذلك جائز لان
الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس فالفضل انما يظهر في التقويم والمبيع لا يوجب ذلك بخلاف
ما اذا اشترى بجنس الثمن الاول والفضل يظهر هناك من غير تقويم * ولو كان العقد
الاول بالدرهم فاشترى بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول فهو جائز في القياس وهو قول
زفر لان الدرهم والدنانير جنسان بدليل انه لا يجري الربا بينهما وفي الاستحسان هذا
لا يجوز وهو مذهبنا لانهما جنسان صورة وجنس واحد معنى فالمقصود منهما واحد وهو
التمنية ولهذا جملا في أغلب الاحكام كجنس واحد فباعته انهما جنسان صورة يصح
هذا العقد وباعتبار انهما جنس واحد معنى لا يجوز هذا العقد وعند اجتماع المعنى الموجب
للحل والموجب للحرمه يوجب للحرمه بقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام
والحل في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال ولان ثبوت هذه الحرمه لاحل الربا وباب الربا
مبنى على الاحتياط * وكذلك لو اشترى مملوك البائع الاول عبده أو مكاتبه بأقل من الثمن
الاول لان تصرف المملوك للمالكه من وجه فكسب العبد لمولاه وللمولى في كسب
مكاتبه حق الملك فهو كسراء البائع بنفسه لكان حقه في المقصود بالعقدين ون اشترى
ولده أو والده أو زوجته فكذلك في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

يجوز لان الاملاك بينهما متباينة فليس للولد في مال الوالد ملك ولا حق ملك فهو قياس
مالو اشترى أخوه وأبو حنيفة يقول ان كل واحد منهما يجعل بمنزلة صاحبه فيما يرجع
الى ملك العين ألا ترى ان شهادة أحدهما لصاحبه تجعل كشهادته لنفسه فكذلك شراء ابن
البائع وأبيه كشراء البائع بنفسه وهو نظير الخلاف الذي سبق أن الوكيل بالبيع عند
أبي حنيفة لا يبيع ممن لا تجوز شهادته له كإلا يبيع من نفسه ومملوكه وعند أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله يجوز بيعه منه كما يجوز من أخيه وغيره من القرابات وقال وان اشترى
وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله وهو بناء على ما تقدم ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء خر له أو يبيعها
عند أبي حنيفة يجوز وينزل الوكيل في ذلك منزلة العاقد لنفسه فكذلك هنا الوكيل
عنده كالعاقد لنفسه ثم الملك ينتقل الى الموكل حكما فهو كمالو اشتراه لنفسه ثم مات
فورثه البائع منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هناك يعتبر حال الموكل ويجعل
عقد الوكيل له كمعقده لنفسه فهنا أيضا يجعل كذلك والموكل هنا بائع لا يجوز شراؤه
بأقل من الثمن الاول فكذلك شراء الوكيل له الا أن أبا يوسف يسوى بين الفصلين
ويقول هناك التوكيل باطل والوكيل يصير في الشراء عاقد لنفسه فهنا أيضا يصير
الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا ومحمد يفرق بينهما فيقول هناك الوكيل يصير
مشتريا لنفسه وهنا يصير مشتريا للموكل شراء فاسدا حتى يصير قبض الوكيل مضمونا
بالقيمة على الموكل لان المسلم ليس من أهل العقد على الخمر حتى لو اشترى الخمر لنفسه
لا يملك وان قبض فكذلك توكيله بالشراء باطل اما البائع هنا فمن أهل مباشرة هذا
العقد حتى لو اشتراه بنفسه انعقد شراؤه فاسدا فكذلك اذا وكل غيره فيه لان
التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء الى الحصاد والدياس وبعد صحة
الوكالة شراء الوكيل كشراء الموكل وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا عليه
بالقيمة ولكن أبو يوسف يقول متى أمكن تصحيح العقد لا يجوز إفساده اذ لا معارضة
بين الفاسد والصحيح وهنا لو جعلناه مشتريا لنفسه كان الشراء صحيحا ولو جعلناه
مشتريا للأمر كان الشراء فاسدا فينبغي أن يجعل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وفيه شبهة على
مذهب أبي حنيفة فانه قال ان البائع أو ابنه لا يشتريه لنفسه وما تحصل للبائع من الملك بشراء

الوكيل فوق ما تحصل بشراء ابنه لنفسه وان جعل هذا نظير مسألة الخمر في الوكالة فكذلك ينبغي أن يجعل في شراء ابن البائع ومملوك البائع فان المسلم اذا كان له عبد مكاتب أو عبد مأذون كافر فاشترى خمرًا جاز شراؤه • وكذلك لو كان له أب كافر فاشترى خمرًا يجوز شراؤه فن هذا لوجه يشكل مذهب أبي حنيفة • قال الشيخ الامام الاصح عندي في ازالة هذا الاشكال أن المنع هنا لاجل العقد لا لاجل المقود عليه بدليل ان أحد العقدين لو كان هبة كان كل واحد من العقدين صحيحًا وكل من له الحق في العقدين جميعًا لا يجوز منه الشراء كالبايع وليس للوكيل حق في العقد الاول فلماذا صح منه العقد الثاني وان كان حكمه يثبت للبائع فاما الاب والابن فلهما حق في العقدين فنزلا منزلة البائع في ذلك بخلاف مسألة الخمر فهناك المنع لانعدام صفة المالية والتقوم في الخمر وانما يعتبر ذلك في حق العاقد خاصة فاذا كان العاقد كافرًا صح العقد سواء ثبت به حق الملك أو حقيقة الملك أو شبهة الملك لمسلم لان ذلك يثبت بطريق الحكم • قال ولو كان البائع والمشتري وكيلين في البيع الاول لم يجوز للبائع أن يشتري بأقل من الثمن الاول قبل النقد لا من المشتري ولا من موكله لان هذا المنع باعتبار العقد والعاقد لغيره في حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ليس اوكل البائع ان يشتريه من المشتري ولا من موكله لان وكيله انما باع له فهو بمنزلة بيعة بنفسه في المنع من الشراء ألا ترى أن من باع أو بيع له لا يثبت له حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول قبل النقد وهذا لان الربح لا على ضمانه الذي يحصل له • قال واذا باع بألف درهم نسيئة سنة ثم اشتراه بألف درهم بنسيئة سنتين قبل قبض الثمن لم يجوز لان هذا في معنى شراء ما باع بأقل مما باع فان الزيادة في الاجل تمكن نقصانًا في مالية الثمن ألا ترى أن أصل الأجل يمكن نقصانًا في المالية حتى يكون المؤجل أنقص من الحال ولهذا يثبت ربا النساء شرعًا فكذلك بزيادة الأجل يزداد النقصان في المالية فان زاد على الثمن درهما أو أكثر جاز لان الزائد في الثمن الثاني بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الأجل فينعدم النقصان به معنى والممتنع شراء ما باع بأقل مما باع فاذا لم يعلم أن الثمن الثاني أقل من الثمن الاول كان الشراء جائزًا • قال واذا باع الرجل طعامًا بدينار فلا بأس بأن يشتري بالثمن قبل أن يقبضه من المشتري ما بداله من العروض أو الطعام يدا بيد سواء كان أكثر من طعامه أو أقل اذا لم يكن طعامه بعينه لان

التمن دين لا يستحق قبضه في المجلس ويجوز البراء عنه فيجوز الاستبدال به أيضا
كبدل العروض والأصل في جواز الاستبدال بالتمن حديث عبد الله بن عمر رضي الله
عنهما حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أبيع الابل بالنقيع وربما ابيعه
بالدراهم وأخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس ان افرقما وليس بينكما عمل
قال واذا كان لرجل على رجل دين الى أجل وهو من تمن مبيع فخط عنه شيئا على ان يجعل
له ما بقي فلا خير فيه ولكن يرد ما أخذ والمال كله الى أجله وهو مذهب عبد الله بن
عمر رضي الله عنهما وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يجوز ذلك ولنا أخذ بقوله لان
هذا مقابلة الأجل بالدراهم ومقابلة الأجل بالدراهم ربا ألا ترى ان في الدين الحال
لو زاده في المال ليؤجله لم يجز فكذلك في المؤجل اذا حط عنه البعض ليجعل له ما بقي
والذي روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أجلى بنى النضير فقالوا ان لنا ديونا على الناس
فقال صلى الله عليه وسلم ضعوا وتمجلوا فتأويل ذلك ضعوا وتمجلوا من غير شرط أو كان ذلك
قبل نزول حرمة الربا وهذا بخلاف المولى اذا صالح مع مكاتبه من الالف المؤجلة على
خمسمائة على أن يجعلها له فذلك يجوز لان المكاتب ملكه ولا ربا بين المملوك وسيده
فما فيه شبهة الربا لا يعتبر بين المملوك والسيد وان كان تعتبر حقيقة الربا بينهما حتى
لا يجوز بيع درهم بالدرهمين بينهما * يوضحه أن المولى يقصد بالكتابة الرق بالمكاتب
فكذلك في حط بعض البدل مقصوده الرق به لا مبادلة الاجل بالدراهم وكذا لو زاده
في بدل الكتابة لزيده في الاجل جاز وينعدم هذا المعنى فيما بين الحرين قال واذا باع عبدا
بسيئة فباعه المشتري من رجل أو رهنه أو أوصى له به ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل
بأقل من الثمن الأول جاز لان هذا ملك متجدد ثبت للثاني بسبب جديد فهو كمين آخر
يشتره بأقل من الثمن الاول منه وفرق بين الموصى له وبين الوارث فان البائع لو اشتراه من
وارث المشتري بأقل من الثمن الأول لا يجوز ذلك لان الوراثة خلافة وانما ينتقل الى
الوارث الملك الذي كان للمورث ولهذا يرد باليب ويصير مفرورا فيما اشتراه مورثه
ويجوز إقالة الوارث مع البائع أما الموصى له فثبت له ملك بسبب متجدد ولهذا لا يرد
باليب ولا يقبل المقدم بائع الموصى ولا يصير مفرورا فيما اشتراه الموصى فلماذا جاز شراؤه
منه بأقل من الثمن الاول وفرق بين ما اذا اشتراه له وارث البائع من المشتري بعد

موت البائع وبين ما اذا اشتراه البائع من وارث المشتري وأبو يوسف يسوى بين
الفصلين ويقول لا يجوز فيهما لان وارث البائع يقوم مقامه بعده كوارث المشتري
ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث فيما كان للمورث • وقد
كان الملك في المبيع للمشتري فيخلفه وارثه فيه وما كان ملكه للوارث فيخلفه وارثه في
ذلك ولكن هذا ملك يحصل لوارث البائع باكتسابه وهو ليس بخائف عن البائع في ذلك
فيجعل شراؤه بعد موت البائع كشرائه في حياة البائع • قال وان اشتراه البائع من
المشتري مع عبد آخر بثلث حصته منه أقل من الثمن الذي باعه لم يجز الشراء فيه كما لو
اشتراه وحده بأقل من الثمن الاول ويجوز في العبد الآخر بحصته لانه لا مفسد للعقد
في حصة العبد الآخر • وقد بينا عذر أبي حنيفة في الخلافات أن هذا فساد ضعيف
خفي ولهذا خفي على زيد بن أرقم رضي الله عنه فلا يعدو حكمه محله بخلاف ما اذا كان
الفساد ظاهرا بسبب الربا أو غيره ولا يقال ينبغي ان يجعل بمقابلة ما باع مثل الثمن الاول
احتياالا لتصحيح العقد لان هذا الوجه غير متعين للتصحيح فانه وان جعل بمقابلة أكثر
من الاول يجوز العقد أيضا ولا يقال قد جعل قبول العقد في ذلك شرطا لقبول
العقد في الآخر وهو شرط فاسد فينبغي أن يفسد به العقد في الثاني كما هو مذهب
أبي حنيفة في نظائر هذا لان قبول العقد في ذلك العبد ليس بشرط فاسد . ألا ترى
أن ثمنه لو كان مثل الثمن الاول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحا وانما الفساد
لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى
الى العقد في العبد الثاني • وان اشتراه البائع مع رجل آخر جاز بشراء الاجنبي
في نصفه كما يجوز شراؤه في الكل اذا اشتراه نفسه واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح
• وان كانت جارية فولدت عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الاول جاز ان
كانت الولادة نقصتها كما لو دخلها عيب آخر عند المشتري بسبب آخر ولا يجوز ان لم ينقصها
لان ما دخل في ملك المشتري على هيئته كما كان فاذا اشتراها البائع بأقل من الثمن الاول
يحصل له ربح لا على ضمانه • قال واذا اشترى الرجل جارية فولدت عنده لاقل من ستة
أشهر من يوم شترها فادعى البائع الولد وكذبه المشتري في ذلك لم تصح دعواه في
القياس وهو قول زفر وصحت دعوته في الاستحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله

وجه القياس فيه أن البائع بهذه الدعوى يسمى في تقص ما تم به فلا يقبل ذلك منه كما لو زعم انه كان أعتقها قبل البيع وكما لو جاءت بالولد لسته أشهر فصاعدا وكما لو مات الولد أو أعتق المشتري الولد ثم ادعى نسبه وهذا لانه مناقض في كلامه فاقدامه على بيعها اقرار منه أنها ليست بأم ولد له فاذا زعم بعد ذلك ان الولد ولده وانها أم ولد له كان مناقضا في ذلك والدليل عليه أن البائع لو ادعى نسب هذا الولد لم تصح دعواه باتفاق فلو جعل الحال بعد بيعها كالحال قبله في دعوى البائع فكذلك ينبغي ان يجعل في دعوى أبيه . وجه الاستحسان أنا تيقنا أن الملقوق حصل في ملكه لان أدنى مدة الحبل ستة أشهر فلما وضعته لأقل من ستة أشهر عرفنا أن الملقوق كان حاصلًا قبل البيع وحصول الملقوق في ملكه يثبت له حق استحقاق النسب بالدعوى وحق استحقاق النسب لا يحتمل الفسخ بحقيقة النسب فلا يبطل ذلك بالبيع واذا لم يبطل كانت دعواه بعد البيع كدعواه قبله وهذا لان الشيء لا ينتقض ما هو دونه ونما ينتقض ما هو مثله أو فوقه والملك الثابت للمشتري دون حق استحقاق النسب للبائع فهذا يحتمل لرفع وذلك لا يحتمل فلا ينتقض به بخلاف ما اذا وضعت ستة أشهر فصاعدا فانا لا نتيقن هناك بحصول الملقوق في ملك البائع وثبوت حق استحقاق النسب له والملك للمشتري متيقن به ولمتيقن به أقوى مما لا يتيقن فيه وبخلاف ما اذا أعتق المشتري الولد لان ولاءه يثبت للمشتري بالعتق والولاء لا يحتمل النقص لحق استحقاق النسب فنتقض به ما كان من حق استحقاق النسب لان هذا مثله او فوقه بخلاف ما اذا مات الولد لان حق استحقاق النسب لمنفعة الولد وحاجته الى النسب وهو بالموت قد استغنى عن ذلك وهو بخلاف ما لو ادعاه ابو البائع لانه بمجرد حصول الملقوق في ملك البائع لا يثبت لابنه حق استحقاق النسب الا بشرط وهو ولاية نقلها الى نفسه الا ترى أن حق الدعوى لا يثبت للجد حال حياة الاب ويثبت له بعد موت الاب لان ولايته بعد موت الاب وهذا الشرط لا يوجد فيه بعد البيع لانها صارت مملوكة للمشتري فليس للأب ولاية نقلها الى نفسه بالدعوى فلماذا تصح دعواه ثم التناقض لا يمنع صحة استحقاق النسب الا ترى أن الملاءن اذا كذب نفسه يثبت النسب منه وهو مناقض في ذلك وهو خلفاء اثر الملقوق قد يظن في الابتداء أنها لم تعلق منه فيبيعها ثم يتبين أنها علقته منه فيستدرك ذلك بدعوى النسب وحكم الحاكم باللمان وقطع النسب أقوى منه في بيعه اياها فاذا

جاز ابطال حكم الحاكم بدعوى النسب وان كان هو ساعيا في نقض ماتم به فلان يجوز ابطال
 البيع أولى وان ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع لم تصح دعوى البائع لان نسبه قد ثبت
 من المشتري فاستغنى به الولد عن النسب ولان النسب الذي يثبت من المشتري لا يحمل
 النقض فهو أقوى من الولاء الثابت له بالعتق * وقد بينا أن اعتبار الولاء يبطل حق
 الاستحقاق الثابت للبائع فاعتبار النسب أولى وان ادعياه معا فانه يثبت نسبه من البائع
 وتصير أم ولد للبائع وينتقض البيع فيها عندنا * وقال ابراهيم النخعي يثبت نسبه من
 المشتري لان للمشتري فيها حقية الملك وللبياع حق الملك وصاحب حقية الملك يرجع
 في الدعوى كماله ولدت جارية رجل فادعى الولد هو وأبوه صحة دعوى المولى دون أبيه
 لهذا المعنى ولكننا نقول دعوى البائع سابقة معنى لانها تستند الى وقت العلوقة فان العلوقة
 حصل في ملكه ودعوى المشتري لا تستند الى تلك الحالة لانه يملكها بعد ذلك ولو سبق
 البائع بالدعوى كان النسب ثابتا منه فكذلك اذا سبقت معنى بخلاف مسألة الأب لان
 دعوى كل واحد منهما هناك تستند الى ما تستند اليه دعوى الآخر الا أن شرط دعوى
 الأب نقلها اليه ولا يمكن اتحاد هذا الشرط اذا اقترنت دعوى المولى بدعواه * يوضح
 ما قلنا ان دعوى المشتري دعوى التحرير لان العلوقة لم يكن حاصلها في ملكه ودعوى
 التحرير كالاتاق اما دعوى البائع فدعوى استيلاء ولان العلوقة كان في ملكه فيجمل هذا
 بمنزلة مالو ادعاه البائع وأعتقه المشتري معا فتكون دعوى البائع أولى * وأما اذا ولدته
 لاكثر من ستة أشهر فادعياه معا فدعوى المشتري أولى لاننا لم نتيقن بحصول العلوقة في
 ملك البائع هنا ولو انفرد بالدعوى لم يصح اذا لم يصدقه المشتري فاذا اقترنت دعوى
 المشتري بدعوى البائع فأولى ان لا تصح دعوى البائع * قال ولو أعتق المشتري الأم ثم ادعى
 البائع الولد وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر فنسبه يثبت من البائع لانه يحتاج الى
 النسب فخل له بعد عتق الأم ولكن لا ينقض عتق المشتري في الأم للولاء الذي لم يثبت
 له عليها وهو مما لا يحتمل النقض وقد يجوز ان يثبت نسب الولد * وان كانت لا تثبت
 حق أمية الولد للام كما في ولد المبرور * وهذا بخلاف مالو أعتق الولد فان هناك دعوى
 البائع لا تصح في حق الأم لان الولد هو المقصود والأم تبع فاذا لم يمكن تصحيح
 دعواه فيما هو الأصل لا يشتغل بتصحيحه في البيع * فأما حق الأم في الاستيلاء فيبيع

وتعذر ثبوت الحكم في البيع لا يمنع ثبوت الحكم في الأصل فلهذا يثبت نسب الولد منه ويقسم الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فيرد البائع حصة الابن من الثمن وانما كان لهذا الولد حصة من الثمن وان انفصل بعد القبض لانه صار مقصودا بنقض العقد فيه فيكون بمنزلة الولد المقصود بالقبض فيكون له حصة من الثمن ولذلك لو كانت ولدت قبل أن يبيعا ثم ادعى النسب بعد ما باعها فهذا وما سبق سواء * ولو اشتراها ثم باعها ثم ادعى المشتري الأول نسب الولد لم تصح دعواه لان أصل العلق لم يكن في ملكه فدعواه فيه كدعوى التحرير ولا يعمل بعد زوال الملك ولو ادعاه البائع الأول صحت دعواه لان العلق كان في ملكه والبيع الثاني في احتمال النقص كالاول فباستمرار الدعوى ينقض العقدان جميعا * ولو ولدت عنده ولدين في بطن واحد ثم باع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه لحاجتهما الى النسب وبقي أحد الولدين في ملكه على حاله ثم ينتقض عتق المشتري في الولد الآخر حكما لانهما توأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة حرية الأصل لأحدهما حرية الأصل للآخر ومن ضرورة ثبوت حرية الأصل فيه انتقاض العتق والولاء الثابت للمشتري بخلاف ما سبق فيما اذا أعتق المشتري الأم لانه ليس من ضرورة ثبوت النسب وحرية الأصل للولد انتقاض عتق المشتري في الأم * يوضحه ان هناك لو نقض عتق المشتري عادت أم ولد للبائع فيطوؤها بالملك بعد ما حكم بحريتها وذلك لا يجوز اما هنا لو نقضنا عتق المشتري في الولد أثبتنا فيه ما هو أقوى وهو حرية الأصل فهذا هو الفرق بينهما والله أعلم

باب بيع أهل الذمة ❦

قال واذا اشترى الذي مملوكا مسلما صغيرا أو كبيرا ذكر أو أنثى من مسلم أو ذمي جاز شراؤه في قول علماءنا الثلاثة رحمهم الله * وقال الشافعي لا يجوز شراؤه لقول الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي إثبات الملك للكافر على المسلم سبب يكسبه إثبات أقوى السبيل له عليه . والمعنى فيه أن الكافر لا يقر على تحصيل مقصود هذا العقد لحرمة الاسلام فلا يصح استدامته كنعكاح المسلمة وبيان الوصف أن المقصود استدامة الملك ولهذا لا يصح البيع الا مؤبدا وهو ممنوع من استدامة الملك على المسلم لانه يجبر

على يعه فاذا لم يصح منه استدامة الملك على المسلم لا يصح مباشرة سبب الملك الدليل عليه
 أن اسلام المملوك مع كفر المالك يمنع استدامة الملك اذا طراً فيمتنع ثبوت الملك اذا اقترن
 بالسبب كما في النكاح * وهذا لان الكافر ممنوع من استدلال المسلم وفي اثبات الملك
 له عليه استدلال المسلم ولهذا لا يسترى الكافر المسلم فكذلك لا يشتريه لان الثابت
 بالشراء له ملك متجدد بتجدد سببه * ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فيكون هذا في
 المعنى كالاسترقاق * بخلاف الارث فانه يبقى للوارث الملك الذي كان للمورث * ولهذا
 يرث المسلم الخمر ولا يملك الخمر بالشراء * وبخلاف البيع لانه بالبيع يزول ملكه وذله على المسلم
 واكتساب سبب ازالة الذل غير ممنوع منه فما ممنوع منه اكتساب سبب الذل * وهذا النهى
 لمعنى في النهى عنه فيكون مفسدا للعقد الا ترى أن الكافر يطلق امرأته المسلمة ولا يصح
 عقد النكاح من الكافر على المسلمة * وهذا بخلاف الولد يشتري والده يجوز وان كان
 الولد ممنوعاً عن اذلال والده لان بالشراء هناك تم علة العتق فيتخلص به عن ذل الرق
 والامور بعواقبها فباعتبار المال يصير هذا الشراء اكبر اماً لا اذلالاً ولهذا قلنا الابن
 الكافر اذا اشترى ابيه المسلم يجوز وكذلك اذا قال الكافر لمسلم اعتق عبدك هذا على ألف
 درهم يجوز ويملكه الكافر ثم يعتق عليه وهو نظير الفضة فهو جرح لا يجوز الاقدام
 عليه من غير حاجة وعند الحاجة يكون دواء والذي يحقق ما قلنا انه بالشراء يتمكن من
 قبضه وفي اثبات اليد للكافر على المسلم على وجه يستفيد به ملك التصرف معنى الذل
 ولا يوجد ذلك في حق من يعتق عليه وان قلتم انه يمتنع من قبضه فيقول مالا يتأتى فيه
 القبض بحكم الشراء لا يجوز شراؤه كالعبد الآبق وهذا لان فوات القبض اذا طراً
 بهلاك العقود عليه قبل التسليم كان مبطلاً للعقد فاذا اقترن بالعقد منع انعقاد العقد والدليل
 عليه المحرم اذا اشترى طيباً لا يملكه لانه ممنوع من اثبات اليد عليه وكذا على الصيد لا حرامه
 فلا يملكه بالشراء كما لا يملكه بالاصطياد فكذلك الكافر في العبد المسلم . وحجتنا في ذلك
 العمومات المجوزة للبيع من الكتاب والسنة . والمعنى فيه ان الكافر يملك بيع عبده المسلم
 فيملك شراؤه كالمسلم * وهذا لان صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف وكون المحل
 قابلاً للتصرف وما يصير به أهلاً للتصرف يستوى فيه الكافر والمسلم * وانما يكون المحل
 محلاً للتصرف لكونه مالا متقوماً والعبد المسلم مال متقوم في حق المسلم والكافر جميعاً

حال المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد وقد كان للبائع على المشتري
 كره في ذمته يعطيه المشتري من أي موضع شاء فكذلك البائع يفعلُه عند الفسخ وكل
 ما يكال أو يوزن أو يعد في هذا الحكم سواء لما قلنا قال ولو اشترى جارية بثوب ليس عنده لم
 يجوز لأن الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا موصوفة وموجلة ولم يوجد ذلك وان كان
 الثوب بعينه فوجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الثوب ردها وأخذ قيمة الثوب لأن
 الثوب ليس من ذوات الأمثال وقد لزمه رد عينه حين رد عليه الجارية فاذا تعذر رده
 بالاستهلاك لزمه قيمته كما في المنصوب * واذا باع رجل شيئا بنقد أو بنسيئة فلم يستوف
 ثمنه حتى اشتراه بمثل ذلك الثمن أو أكثر منه جاز وان اشتراه بأقل من ذلك الثمن لم يجوز
 ذلك في قول علمائنا رحمهم الله استحسانا وفي القياس يجوز ذلك وهو قول الشافعي لأن
 ملك المشتري قد تأكد في المبيع بالتقبض فيصح بيعه بعد ذلك بأي مقدار من الثمن بآءه كما
 لو باعه من غير البائع ألا ترى أنه لو وهبه من البائع جاز ذلك فكذلك اذا باعه منه ثمن
 يسير ولأنه لو باعه من انسان آخر ثم باعه ذلك الرجل من البائع الاول بأقل من الثمن
 الاول جاز فكذلك اذا باعه المشتري منه الا انا استحسنا لحديث عائشة رضي الله عنها
 فان امرأة دخلت عليها وقالت في بعت من زيد بن أرقم جارية لي بمائة درهم الى العطاء
 ثم اشتريتها منه بمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثما
 ما شريت وبثما اشتريت النبي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فقلت قوله تعالى فن
 جاءه وعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم
 وانها سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان اجزية الجرائم لا تعرف بالرأي
 وقد جمعت جزاءه على بائنة هذا العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا ان ذلك كالمسموع
 من رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذار زيد رضي الله عنه اليها دليل على ذلك لان
 في المجتهدين كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم الى صاحبه فيها ولا يجوز
 أن يقال انما ألحقت الوعيد به للاجل الى العطاء فان مذهب عائشة رضي الله عنها جواز
 البيع الى العطاء وقد كرهت العقد الثاني بقولها بثما اشتريت وليس فيه هذا المعنى
 عرفنا أنها ما كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانها بطرقان به الى الثاني والمعنى فيه

عندنا فكذلك شراؤه فانما بطل ذلك التصرف لانعدام المحل بخلاف ما نحن فيه ولسنا نقول بأنه لا يقرب على مقصود هذا العقد بل يقرب على مقصوده اذا أسلم ثم موجب الشراء اثبات الملك * فاما استدامة الملك فليس من موجبات العقد ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعا من استدامة الملك فيه كالمسلم يشتري عبدا مرتدا فيصح شراؤه وان كان ممنوعا من استدامة الملك فيه وعند التأمل في تصحيح هذا الشراء اظهر ذل الكافر دون المسلم لان العبد المسلم يتسلط به على الكافر فيخاصمه ويجره الى باب القاضى ويجبره على بيعه شاء أو أبى ولهذا يتبين ان هذا النوع من التصرف لم يدخل تحت قوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا مع ان المراد بالآية أحكام الآخرة بدليل قوله تعالى فانه يحكم بينكم يوم القيامة وعلى هذا الخلاف الكافر اذا اشترى مصحفا لا يصح الشراء عند الشافعى لانه يستخف به فيرجع ذلك الى اذلال المسلمين وعندنا يصح شراؤه لانه ليس في عين الشراء من اذلال المسلمين شىء وكلامنا في هذا الفصل اظهر فالكافر لا يستخف بالمصحف لانه يعتقد انه كلام فصيح وحكمه بالغة وان كان لا يعتقد انه كلام الله عز وجل فلا يستخف به ثم يجبر على بيع العبد من المسلمين لانه لو ترك في ملكه استخدمه قهرا بملك اليمين وفيه ذل فيجبر على ازالة هذا الذل وذلك يبيعه من المسلمين ولا يترك لبيعه من كافر آخر وان كان لو باعه جاز ولكن المقصود لا يحصل به فلا يمكن منه وكذلك يجبر على بيع المصحف لانه لا يعظمه كما يجب تعظيمه * واذا ترك في ملكه يمسه وهو نجس وقال الله تعالى انما المشركون نجس وقال الله تعالى في القرآن لا يمسه الا المطهرون * فلماذا يجبر على بيعه من المسلمين وكذلك ان أسلم مملوك الذى فانه يجبر على بيعه من المسلمين وذلك بعد ان يعرض عليه الاسلام فله يترك العبد في ملكه فان أبى ذلك أجبر على بيعه كالكافر اذا أسلمت امرأته يعرض عليه الاسلام فان أبى فرق بينهما الا ان ملك النكاح ليس بمال متقوم فيجوز ازالته مجانا عند اباية الاسلام وملك اليمين مال متقوم محترم بعقد الذمة فلا يجوز ابطاله عليه بالعتق مجانا ولا بد من ازالة ملكه عن المسلم فيجبر على بيعه بقيمته ليستوفى المالية ويحصل المقصود وان كان للذى عبد وامرأة له أمة قد ولدت منه فاسلم العبد وولده منها صغير فانه يجبر على بيع العبد وولده لان الولد الصغير يصير مسلما باسلام أبيه فيجبر على بيعه * وان كان ذلك

تفريقا بينه وبين أمه لان هذا تفريق بحق وجب فيه فهو كمالو جنى الابن الصغير جنابة
فدفع بها أو لزمه دين فيبيع فيه يجوز ذلك * وان كان فيه تفريق بين الولد والأم ولكن
لما كان بحق لزم ذلك في الولد خاصة واستقام ذلك فهذا مثله * وعن أبي يوسف أن في
كل موضع يجب بيع الولد تباع الأم معه لانه لا ضرورة في التفريق بينهما اذا كان
كل واحد منهما محلا للبيع * قال واذا أسلم العبد وهو بين مسلم وكافر أجبر الكافر
على بيع حصته منه اعتبارا للبعض بالكل وان أسلم عبد الذي فكاتبه جازت الكتابة لان
ملكه فيه باق بعد اسلامه ونفوذ عقد الكتابة منه باعتبار ملكه ثم ما هو المقصود يحصل
بالكتابة في الحال وهو ازالة ذل منه لانه يصير بمنزلة الحر في حق اليد والمكاسب
ولا يبقى له ولاية الاستخدام عليه قهرا بملك الميمن وربما يؤدي بدل الكتابة فيعتق
ويتم المقصود به فان عجز أجبر على بيعه لان الكتابة انفسخت حين تحقق عجزه فظهر
الحكم الذي كان قبل الكتابة وهو الاجبار على البيع * وان لم يكاتبه ولكنه رهنه عند مسلم
أو كافر أجبر المولى على بيعه لان المقصود بعقد الرهن لم يحصل فالراهن يستخدم
المرهون باذن المرتهن والمرتهن باذن الراهن ثم بعد الرهن هو محل للبيع فيبقى فيه حكمه
وهو الاجبار على البيع * فاما بعد الكتابة فلا يكون محلا للبيع ما بقيت الكتابة واذا بيع المرهون
فيكون ثمنه رهنا مكانه لان عقد الرهن قد صح باعتبار ملكه في المحل فيتحول حكمه الى
بدله كما اذا قبل المرهون وأخذ المرتهن قيمته وكذلك لو آجره من مسلم أو كافر فالمقصود
وهو ازالة اليد عن المسلم لا يحصل بالاجارة بل يتحقق فيه معنى الاذلال ويبقى هو
محلا للبيع بعد الاجارة فيجبر على بيعه ثم تبطل به الاجارة بخلاف الرهن * ألا ترى ان
المؤجر اذا باع المؤجر برضا المستأجر بطلت الاجارة والراهن اذا باع المرهون برضا المرتهن
كان الثمن رهنا * ولو كان رهنه أو أجره وهو كافر ثم أسلم في يد المرتهن أو المستأجر
أجبرته على بيعه ولم أثره يكون في ملك الكافر وهو مسلم كما بينا أن الاذلال
هنا يتقرر اذا ترك في ملكه فيجب ازالته بالاجبار على بيعه * وان كانت جارية فدبرها
أو استولدها قبل الاسلام أو بعده جعلت عليها ان تسمى في قيمتها لان بيعها متعذر
لما يقر فيها من حق العتق فيجب اخراجها عن ملك الكافر بالاستسما في قيمتها وهي
بمنزلة المكاتب ما دامت تسمى وعند زفر هي حرة والسعاية دين عليها وعند الشافعي يجبر

على بيع المدبرة وأم الولد بخارج وقد تقدم بيان هذا في كتاب العتاق * واذا باع الكافر عبدا على
 أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم العبد فهو على خياره لان اسلامه لا يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه
 بطريقتي الاولى * فان نقض البيع أجبر على بيعه لان الاول صار كان لم يكن * وان أمضاه
 لكافر مثله أجزاءه وأجبر ذلك الكافر على بيعه كما لو باعه منه ابتداء بعد ما أسلم العبد
 وكذلك ان كان الخيار للمشتري فان فسخ العقد أجبر على بيعه اذا كان كافرا وان أمضى
 العقد والمشتري مسلم فهو سالم له * قال واذا اشترى الكافر عبدا مسلما شراء فاسدا وقبضه
 فانه يجبر على رده على البائع سواء كان البائع مسلما أو كافرا ثم يجبر البائع على بيعه ان كان
 كافرا لان فسخ البيع الفاسد مستحق شرعا ولا يفوت به ما يثبت من الحق للعبد
 باسلامه فان البائع يجبر على بيعه اذا كان كافرا ومع امكان استيفاء الحقين لا يجوز ترك
 احدهما فان كان البائع غائبا فرغ العبد المشتري الى القاضي أجبره على البيع ان كان شراء
 يجوز في مثله البيع منه لانه مالك له وقد تعذر فسخ العقد الفاسد لغيبه البائع ولا يجوز
 أن يترك المسلم في ملك الكافر فيجبر على بيعه * وهذا لان في التأخير الى أن يحضر
 البائع اضرارا بالعبد وابقاء له في ذل الكافر وذلك ممتنع في الشرع . وان كان شراء لا يجوز
 في مثله البيع فهو غير مالك له ولا يمكن اجباره على بيعه ولكنه ملك الغير . وضمون في
 يده أو امانة بمنزلة المنصوب أو الوديعة * مسلم اشترى عبدا مسلما من كافر شراء فاسدا
 أجبرته على رده على الكافر لفساد العقد ثم يجبر الكافر على بيعه لان استيفاء الحقين ممكن
 وان كان الكافر غائبا فهو على حاله عند المسلم لانه ليس في ابقاء المسلم في ملك المسلم معنى
 الاذلال ولو أن مسلما وهب عبدا لكافر أو تصدق به عليه جاز وأجبر الكافر على
 بيعه كما لو ملكه بسبب آخر . ولو أراد المسلم أن يرجع في هبته كان له ذلك ما لم يبيعه الكافر
 أو يعرض المسلم منه والكافر في حكم الهبة بمنزلة المسلم وكذلك لو كان الكافر هو الواهب
 للعبد المسلم من المسلم ثم رجع في هبته كان له ذلك لان حقه في الرجوع كان ثابتا ما لم
 يصل اليه العوض فلا يبطل باسلام العبد ولكن اذا رجع فيه أجبر على بيعه * واذا أسلم
 عبد النصراني فأجبره القاضي على بيعه فباعه ثم استحقه نصراني آخر بينة مسلمين وقد
 أعتقه المشتري فان عتقه باطل لان بالاستحقاق قد ظهر ان المشتري لم يملك وان عتقه
 لم ينفذ لان بائنه لم يكن مالكا فياخذ المستحق ويجبر على بيعه ولا يقال ينبغي أن ينفذ

البيع باجبار القاضي عليه في حق المستحق اذا كان نصرانيا لان القاضي انما أجبر عليه المالك الظاهر له حين أبي أن يسلم فلا يتعدى ذلك الى المستحق لانه لم يكن ظاهرا يومئذ ولعله يسلم لو عرض عليه الاسلام * ولو ان نصرانية تحت مسلم لها مملوك مسلم فأجبرت على بيعه فباعته من زوجها واشتراه زوجها لولد له صغير فذاك جائز لان المقصود قد حصل وهو ازالة ذل الكافر عن المسلم بخروجه من ملكها * قال ولو ان يتامى من النصراني أسلم عبد لهم أجبروا على بيعه لتقرر السبب وهو ملك الكافر في العبد المسلم فان كان لهم وصي باعه الوصي لانه قائم مقامهم في البيع الذي ليس بمستحق ففي البيع المستحق أولى * وان لم يكن لهم وصي جعل القاضي لهم وصيا فباعه لهم لانه اذا جاز للقاضي نصب الوصي نظرا منه لليتامى فلان يجوز ذلك منه نظرا لليتامى ومراعاة لحرمة الاسلام أولى * قال واذا كان للمسلم عبد نصراني تاجر فاشترى عبدا نصرانيا فاسلم ولا دين على العبد التاجر لم أجبره على بيعه لان كسب العبد الذي لا دين عليه مملوك لمولاه وهو مسلم وان كان عليه دين أجبرته على بيعه لان المولى لا يملك من كسبه ما لم يقض عنه الدين كالأجنبي والعبد هو المستبد بالتصرف وهو نصراني فيجبر على بيعه كما كتب نصراني لمسلم أسلم عبده * قال واذا اشترى النصراني عبدا مسلما فوجد به عيبا فقال ارده تركته حتى يرده لانه يستوفى بالرد حقه ويدفع به الضرر عن نفسه وأكثر ما فيه أن يكون رده اياه بمنزلة البيع منه وذلك صحيح * وان وكل وكيل يخاصم عنه في العيب جاز حتى يبلغ اليمين بالله ما رأي ولا رضى فاذا بلغ ذلك لم يستطع رده حتى يحضر الموكل فيحلف وفي هذا الحكم يستوى الكافر والمسلم ثم في ظاهر الرواية القاضي يحلف المشتري بهذه الصفة ما رأى ولا رضى طلب البائع ذلك أو لم يطلب * ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا يحلف الا بطلب البائع لانه نصب لفصل الخصومة لالانشائها ولكننا نقول هو مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ وليس كل خصم يهتدى الى ذلك ليسأل أو يتجاسر على ذلك مع حشمة القاضي فيحطاط القاضي بذلك ويحلفه بالله ما رأى العيب ولا رضى به * وفي موضع آخر قال ولا عرضه على بيع ثم يقضى بالرد فان أقر الوكيل عند القاضي أن المشتري قد رضى بالعيب جاز ذلك على المشتري وان وكل البائع وكيل بالخصومة فافرار وكيله عليه جائز في مجلس القاضي لانه قائم مقام الموكل في جواب الخصم

ولا يحلف لو كسل لان النيابة في اليمين لا تجزئ، ولكن يحضر الموكل فيحلف بالله لقد باعه وما هذا به وقد قررنا هذا في كتاب العيوب قال ولا يجوز بين أهل الذمة شيء من بيع الصرف والسلم وغيرهما الا ما يجوز بين أهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير فاني أجزيت ذلك بينهم وأستحسن ذلك لانهما أموال متقومة في حقهم والآثر الذي جاء فيه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حيث قال ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها وقد تقدم بيان هذا الفصل في كتاب النصب وأوضحنا الفرق بين الربا والتصرف في الخمر والخنزير باعتبار أن ذلك مستثنى من عقد الذمة ونذكر هنا حرفاً آخر للفرق بينهما فنقول لما بقى الخمر والخنزير مالا متقوماً في حقهم فلو لم تجز تصرفهم فيهما بالبيع والشراء لم تظهر فائدة المالية والتقوم فيكون اضراهما بهم ولو منعناهم عن عقود الربا لأدى ذلك الى ابطال فائدة المالية والتقوم لانهم قد لا يتمكنون من التصرف في ذلك المحل الا بطريق الربا * قال ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه حديثان * أحدهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وذكر في الجملة بآئها * والثاني قوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها * وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها وان الله تعالى اذا حرم شيئاً حرم بيعه وأكل ثمنه وبهذه الآثار تبين ان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم فلا يجوز بيعه إياها * قال واذا اشترى المسلم عصيراً فلم يقبضه حتى صار خمرًا فالبيع فاسد لانه تعذر قبضه بعد التخمر وبالقبض يتأكد الملك المستفاد بالعقد ويستفاد بملك التصرف وكالا يجوز ابتداء العقد على الخمر من المسلم فكذلك لا يجوز قبض الخمر بحكم العقد فان صارت خلا قبل أن يترافعا الى السلطان فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أما عند محمد فالبيع باطل هكذا ذكر الكرخي لأن العقد فسد بالتخمر فلا يمكن تصحيحه على الخلل الا بالاستقبال وهذا لان التخمر قبل القبض كالموجود عند العقد ولو اشترى المسلم خمرًا فتخلت لا يصح العقد * وجه قولهما ان أصل العقد كان صحيحاً ثم بالتخمر فات القبض المستحق بالعقد العارض على شرف الزوال وهو انعدام المالية والتقوم فاذا زال صار كأن لم يكن كما لو أبق المبيع قبل القبض ثم عاد من اباقه الا أن المشتري هنا غير لتغيير صفة المبيع وهو في ضمان البائع ولهذا لو

خاصه فيها قبل أن يصير خلافاً لبطل القاضي البيع ثم صارت خلافاً بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لأن العقد انفسخ بقضاء القاضي كما في الأباقي إذا عاد بعد ما فسخ القاضي البيع بينهما . وبه فارق ما لو كانت خمرًا في الابتداء فإن هناك البيع ما انعقد صحيحاً * ألا ترى أنه لو باع العبد وهو آبق ثم رجع من أباقه لم يصح البيع * وعلى هذا النصراني لو اشترى من نصراني خمرًا ثم صارت خلافاً ثم أسلم فالمشترى بالخيار أن شاء أخذ وان شاء ترك لتغير صفة المبيع وان أسلم ثم صارت خلافاً فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا ثم ذكر مسألة اقراض النصراني نصرانياً خمرًا وقد تقدم بيان ذلك في كتاب النصب . قال وإذا اشترى النصراني من النصراني خمرًا أو خنزيرًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم المشتري قبل أن يختار وقد قبض كان البيع باطلاً في قول أبي حنيفة ويتم البيع في قول صاحبيه بناء على اختلافهما في وقوع الملك للمشتري مع اشتراط الخيار وقد تقدم بيانه بفصوله . ولو كان الخيار للبائع فأسلم أو أسلم البائع بطل البيع لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلا يمكن من اخراجه عن ملكه بالأجازة بعد اسلامه وان أسلم المشتري وقد قبض ما اشترى لم يفسد البيع لأن البيع قد تم من قبله والبائع على خياره فان أجاز البيع ملك المشتري الخمر حكماً من غير عقد باشره بعد اسلامه واسلامه لا يمنعه من ذلك . وإذا ارتهن نصراني من نصراني خمرًا بدين له عليه فأسلم المرتهن بطل الرهن لأن المقصود بالرهن الاستيفاء ولا يتم ذلك إلا بهلاك الرهن فالإسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقرن بالعقد فان كان المرتهن هو الذي أسلم بقي مضموناً عليه حتى إذا هلك على الراهن لأن خمر الكافر يجوز أن تكون مضمونة على المسلم بالنصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن فان كان الراهن هو الذي أسلم ثم هلك الرهن لم ينتقص من حق المرتهن شيء . لأن خمر المسلم لا تكون مضمونة على الذي بالنصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن وهذا لانعدام المالية والتقوم في حق المالك هنا بخلاف الأول . قال وإذا وكل المسلم نصرانياً ببيع الخمر فباعها جاز في قول أبي حنيفة لأن العاقد نصراني ولم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن من وقع له العقد مسلم وقد تقدم بيان هذا الفصل . وإذا كان للذي عبدان أخوان لم أكره له أن يفرق بينهما في البيع لأن ما فيه من الشرك أعظم من التفريق يعني أن المنع من التفريق لحق الشرع والكفار لا يخاطبون من حقوق الشرع بما هو أعظم من كراهة التفريق نحو العبادات فكذلك لا يظهر في حقهم حكم كراهة التفريق

- باب يبيع ذوى الارحام -

قال ليس ينبغى للرجل أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع ولا في الهبة ولا في الصدقة ولا في الوصية اذا كان صغيرا لما روي أن زيد بن حارثة رضى الله عنه قدم بسبايا فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يتصفحهم فرأى جارية والهة فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شأنها فقال زيد رضى الله عنه احتجنا الى نفقة فبعنا ولدها فقال صلى الله عليه وسلم أدرك أدرك لا توله والدة بولدها وقال النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين الجنة وفي رواية فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة وكذلك كل ذى رحم محرم * والحاصل انه اذا اجتمع في ملكه شخصان بينهما قرابة محرمة للنكاح وهما صغيران او احدهما صغير فليس له ان يفرق بينهما في الاخراج عن ملكه بالبيع عندنا وقال الشافى في الوالدين والمولودين كذلك وفيما سوى ذلك لا بأس بالتفريق بناء على مذهبه في عتق احدهما على الآخر عند دخوله في ملكه . وحجتنا في ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهب لعلى كرم الله وجهه اخوين صغيرين ثم لقيه بعد ذلك فقال ما فعل الغلامان فقال بعتهما فقال ادرك ادرك . والمعنى فيه ان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه في التفريق بينهما ايجاشهما وترك الترحم عليهما وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والكافر والمسلم في ذلك سواء لا استوائهما في الشفقة التي تنبى على القرابة ثم تمتد هذه الكراهة الى البلوغ عندنا وقال الشافى الى أن يستغنى الصغير عن الكبير في التربية . واعتمادنا في ذلك ما ذكره الدارقطنى في مسنده بالاسناد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجتمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام وتحض الجارية وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا راهق الصغير ورضيا ان يفرق بينهما فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما من اهل النظر لنفسه وربما يريان مصلحة في ذلك فلا بأس بالتفريق عند ذلك برضاها فأما بعد البلوغ فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس بعضهم ببعض بل يستوحش بعضهم من بعض اذا اجتمعوا في ملك رجل واحد حتى يؤدي الى قطيعة الرحم ولهذا حرم

الجمع بين الاختين نكاحا ولو كان مملوكا لرجل وولده الصغير مملوك لابن الرجل وهو صغير في حجره كان له ان يفرق بينهما بالبيع لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد والاب في التصرف في ملك ولده قائم مقام الولد لو كان بالغاً وكذلك ان كان كل واحد منهما لولد من أولاده* ولو اشتراهما جميعا لنفسه فوجد باحدهما عيبا كان له ان يردّه ويمسك الباقي وعن ابي يوسف قال يردّها او يمسكها لان في معنى كراهة التفريق بينهما أنها كشخص واحد وقاس بما لو اشترى مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا كان له ان يردّها او يمسكها. وجه ظاهر الرواية ان الميثاق لحق الرد له هو العيب وهو مقصور على العيب حقيقة وحكما ولا يتمكن من رد الآخر بعد تمام الصفقة ثم هذا تفريق بحق مستحق في احدهما فيجوز كالدفع بالجناية والبيع بالدين ولو كان له من كل واحد منهما شقص لم اكره له ان يبيع شقصه من احدهما دون الآخر لانهما ما اجتمعا في ملكه وكراهة التفريق بناء على اجتماعهما في ملكه* ولو كانا مملوكين له فباع احدهما دون الآخر كان مسيئا والبيع جائز في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال ابو يوسف استحسن ابطال البيع في الوالدين والمولودين ولا يبطله في الأخوين وهو قول الشافعي* وروي الحسن عن ابي يوسف رحمهما الله ان البيع في جميع ذلك باطل لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي رضي الله عنه أدرك أدرك وقال صلى الله عليه وسلم ذلك لزيد بن حارثة رضي الله عنه وانما يتمكن من الادراك بالاسترداد لفساد البيع ففي احدي الروايتين فيهما جميعا قال البيع فاسد* وفي الرواية الاخرى فرق لقوة الولادة وضعف القرابة المتجردة عن الولادة* وحمل قوله صلى الله عليه وسلم لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه أدرك أدرك علي طلب الاقالة او بيع الاخر ممن باع منه احدهما وهو تأويل الحديثين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس لهما فان المنهى عن بيع احدهما لمعنى في غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشة وذلك ليس من البيع في شيء والمنهى متى كان لمعنى في غير المنهى عنه لا يفسد البيع كالمنهى عن البيع وقت النداء* قال ولا بأس بأن يكتب احدهما دون الآخر لان عقد الكتابة مآله العتق فهو كالاتاق ولا بأس بأن يعتق احدهما فكذلك يكتبه لانه لا تفريق بينهما في هذا التصرف بل يزداد الاستئناس ويمكن الكبير من القيام بمحوائج الصغير اذا كوتب او اعتق وربما يتمكن من شرائه بعد ذلك فيعتق عليه

وكذلك لا بأس بأن يبيع أحدهما نسمة للعتق ويمسك الآخر وعن محمد أنه يكره له ذلك وهذا لأن يبيع نسمة ليس يبيع بشرط العتق فإن البيع بهذا الشرط لا يجوز ولكنه ميماد بينهما فرما يني به المشتري وربما لا يني فيبقى التفريق بينهما متحققا في الحال * وجه ظاهر الرواية أن الظاهر من حال من يشتري النسمة للعتق الوفاء بما يمد وإنما يذنب الحكم على الظاهر ما لم يتبين خلافه فيبيع أحدهما نسمة كيبه من قريبه ليعتق عليه وذلك غير مكروه * قال وإذا اجتمع في ملكه أختان فدير أحدهما أو استولدها والآخرى صغيرة لم أكره له بيع الصغيرة وكذلك أن كاتب أحدهما لأن كراهة التفريق عند تمكنه من بيعها فإن عند ذلك يكون التفريق محالا على اختياره وهنا هو غير متمكن من بيع أحدهما فيجوز له بيع الأخرى . وعن أبي يوسف أن في التديير والاستيلاء ليس له أن يبيع الأخرى لأن ملكه في المدبرة وأم الولد مطلق فيتحقق اجتماعهما في ملكه فيكره التفريق وفي الكتابة لا يكره لأن ملكه في المكاتب ثابت من وجه دون وجه فلم يجتمعا في ملك مطلق له فلا بأس بأن يبيع أحدهما * قال وإذا كان أحد المملوكين له والآخر زوجته أو لمكاتبه فلا بأس بالتفريق بينهما لأنهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد ولأنه غير متمكن من بيعهما من واحد إذ ليس له حق التصرف في كسب مكاتبه وملك زوجته وكذلك أن كانت أحدهما لعبد له تاجر وعليه دين لأنه غير متمكن من بيعها فإن تصرفه في كسب العبد المديون لا ينفذه وعن أبي حنيفة هو لا يملك كسبه فلم يجتمعا في ملكه وإن لم يكن على العبد دين فليس له أن يفرق بينهما لأنهما اجتمعا في ملكه وهو متمكن من بيعهما * وإن كانت أحدهما لمضاربه فلا بأس بأن يبيع المضارب ما عنده منهما لأن المضارب غير مالك لهما ولا هو متمكن من بيعهما فله أن يبيع ما كان عنده منهما * قال وإذا كان للرجل أمة فباعها على أن له الخيار ثلاثة أيام ثم اشترى ابنها كرهت له أن يوجب البيع في الأمة لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فقد اجتمعا في ملكه وهو متمكن من أن لا يفرق بينهما بأن يفسخ البيع فيها ثم يبيعهما معا فإذا أوجب البيع في الأمة كان مفرقا بينهما باختياره وذلك مكروه وكذلك أن سكت حتى مضت المدة لأن سكوته عن الفسخ إلى مضي المدة كاختياره أمضاء البيع * وإن كان الخيار للمشتري فلا بأس بأن يستوجبها لأن الأمة خرجت من ملك البائع مع خيار المشتري فلم يجتمعا في

ملك رجل واحد * ولو كان عنده ابن لها فاختر ردها لم يكن بذلك بأس * أما عند
أبي حنيفة فلاهما لم يجتمعا في ملكه فان خيار المشتري يمنع وقوع الملك له وعندهما لان
هذا التفريق لحق له في احدهما فكان بمنزلة الرد بخيار العيب * قال ويكره للمكاتب
والعبد التاجر من التفريق ما يكره لاجر لانهما مخاطبان * وفي التمكن من بيعهما بمنزلة
الحرين وكراهة التفريق لحق الشرع فيستوى فيه المملوك والحر ولا يكره التفريق من
ذي محرم من غير النسب كالرضاع والمصاهرة لحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما
ان رجلا سأله فقال ابيع جارية لي قد أرضعت ولدي فقال قل من يشتري أم ولدي
وهذا لان الرضاع والمصاهرة بمنزلة النسب في حرمة النكاح خاصة * وأما الاحكام
المتعلقة بالقرابة سوى الحرمة لا يثبت شيء منها بالرضاع والمصاهرة * قال ولا بأس بالتفريق
بين المملوكين الزوجين لانه لا قرابة بينهما وعلى ذلك تنبئ كراهية التفريق * قال واذا
اجتمع أخوان في ملك رجل لا يذنبى له ان يبيع أحدهما من ابن صغير له في عياله لان
هذا تفريق بينهما في البيع والملك ولو جاز هذا لجاز الذي باعه من ابنه الصغير بعد ذلك
فيتحقق التفريق بهذا الطريق فاذا دخل الحربى دار الاسلام بفلامين أخوين صغيرين
بأمان فاراد أن يبيع احدهما فلا بأس بشرائه منه * وان كان فيه تفريق لاني ان لم أشتريه
منه لاعاده الى دار الحرب ويتمكن من ذلك فشرائه منه أقرب الى النظر من مراعاة
التفريق ولو كان قد اشتراهما في دار الاسلام كرهت للمسلم ان يشتري منه أحدهما
لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن ان يدخل بهما في دار الحرب لانه اشتراهما من أهل
الاسلام أو من أهل الذمة وهو ان لم يكن مخاطبا بجرمة التفريق فالمسلم المشتري مخاطب
بالتحرز عن اكتساب سبب التفريق الا أن يكون اشتراهما في دار الاسلام من حربى
مستأمن فلا بأس حينئذ بشراء أحدهما منه لانه غير مجبر على بيعهما بل هو ممكن من أن
يدخلهما دار الحرب كما كان البائع متمكنا من ذلك ولم يذكر في الكتاب ما اذا اجتمع في
ملكه مع الصغير كيران * والجواب في ذلك ان الكبيرين اذا استويا في القرابة من
الصغير وكان ذلك من جهة واحدة كالأخوين والخالين والعين فلا بأس بان يبيع أحد
الكبيرين احسبانا * وفي القياس يكره ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لان الصغير
يستأنس بكل واحد منهما وكل واحد منهما في حقه كالمفرد به * وفي الاستحسان قال هذا

يمنع لحق الصغير وحقه مراعى اذا ترك معه أحد الكبيرين فانه يستأنس به ويقوم الكبير بجوائبه فلا بأس ببيع الآخر وان كانت قرابتهما اليه من جهتين كالأب والأم فليس له ان يفرق بينهما وبينه ولا يبيع واحدا منهما لان كل واحد منهما له نوع شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما نوع استئناس لا يحصل ذلك بالآخر فان كان أحدهما أبداً والآخر أقرب اليه في القرابة كالأم مع الجد في ظاهر الرواية لا بأس ببيع الابعد ويمسك الاقرب مع الصغير لان مقصود الصغير يحصل اذا أمسك الاقرب معه وشفقة الاقرب عليه أظهر والقرابة البعيدة عند المقابلة بالقرابة تكون البعيدة كالمدمومة وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله انه يكره له ان يبيع واحداً منهما لانه يستأنس بكل واحد منهما نوع استئناس كما اذا استويا في الدرجة

- باب بيع الامة الحامل -

قال رضى الله عنه اعلم انه اورد هذا الباب في كتاب الدعوى وقد بينا شرح مسائله هناك وهو بكتاب الدعوى أشبه وقد بينا بعض المسائل فيما تقدم هنا أيضا فما زاد على ما تقدم بيانه ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعاها البائع فانه يرد البيع لانا يتقنا حصول العلق بالتى ولدت لاقل من ستة أشهر في ملكه وهما توام فن ضرورة التيقن بعلوق أحدهما في ملكه التيقن بعلوق الآخر فهو كما لو ولدتها لاقل من ستة أشهر وقد بينا ان بعد موت الولد لا تصح دعوى البائع وان كان الولد خاف ولدا بخلاف ولد الملائنة فانه اذا مات عن ولد ثم اكذب الملائع نفسه فانه يثبت النسب منه وهذا لان نسب ولد الملائنة كان ثابتا من الزوج بالفراش وبقي بعد اللعان موقوفا على حقه حتى لا تنفذ دعوة الغير فيه فيظهر ذلك بالا كذاب اذا كان مقيدا وتقام حاجة ولده الى ذلك مقام حاجته فاما نسب ولد الجارية المبيعة فلم يكن ثابتا منه قبل الدعوى وانما تصح دعواه لحاجة الولد الى النسب وقد استغنى عن ذلك بالموت فلا يمكن اقامة ولده مقامه في اثبات نسبه ابتداء فلذا لا تصح دعواه وان كان في يده صبي لا ينطق فزعم انه عبده ثم اعتقه ثم زعم انه ابنه فهو غير مصدق في ذلك في القياس لانه مناقض في كلامه ويصدق في الاستحسان ويثبت نسبه منه لان الانسان قد يشبهه عليه هذا

في الابتداء ثم يتبين له في الانتهاء فيريد ان يتدارك وقد بينا ان خلفاء امر العلوق يعذر في
 التناقض فيه ثم لا منافاة بين الولاء الثابت له عليه وبين النسب الا ترى انه يشترى ابنه
 فيعتق عليه ويجتمع له ولاؤه ونسبه ولو كان عبدا كبيرا اعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله لم
 تجز دعوته الا ان يصدقه لانه بالعتق صار في يده نفسه فالتحق بسائر الاحرار فالدعوى من المولى
 بعد ذلك ومن غيره سواء لا تنفذ الا بتصديقه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لانه
 في يد مولاه اذ هو ليس بمحل أن يعبر عن نفسه قال في الكتاب أستحسن في الصغير
 كما أستحسن في المدبر يكون بين اثنين اذا جاء أي بولد فادعاه أحدهما وقد تقدم بيان هذه
 المسئلة في كتاب العتاق قال واذا ولدت الأمة ولدين في بطن واحد فباع المولى الأم مع
 أحدهما ثم ادعى المشتري الذي اشترى فان نسبه ثبت منه لانه ادعى مملوكه في حال حاجته
 الى النسب ثم يثبت منه نسب الذي عند البائع لانه توأم ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما
 منه ثبوت نسب الآخر وهو عند البائع على حاله لان العلوق لم يكن في ملك المشتري
 فدعواه دعوى التحرير والتوأم يفصل أحدهما عن الآخر في التحرير كما لو اعتق أحدهما
 وان كان البائع ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه وانتقض البيع في الآخر وان كان
 اعتقه المشتري لان أصل العلوق كان في ملك البائع فدعواه توجب حرية الاصل الذي
 بقي عنده والتوأمان خلقا من ماء واحد ولا يفصل أحدهما عن الآخر في حرية الاصل
 وقد بينا أنه يجوز نقض عتق المشتري لضرورة اثبات حرية الاصل له قال واذا باع أمة
 حاملا لخفاف المشتري ان يدعى البائع حملها واراد ان يتحرز عن ذلك فانه يشهد عليه أن هذا
 الحمل من عبده كان زوجها لها وليس هذا بتعليم للكذب ولا أمر به فانه لا رخصة في الكذب
 ولكنه بيان لحكم ان البائع ان أقر بذلك كيف يكون الحكم فيه وقد بينا بقية هذه
 المسئلة في كتاب الاعتاق أن المقر له ان صدقه أو لم يظهر منه تصديق ولا تكذيب فليس
 للبائع أن يدعيه لنفسه وان كذبه فكذلك عند أبي حنيفة لان لاقرار حكامين اخراج نفسه
 عن نسب هذا الولد واثبات من المقر له فانما يبطل بتكذيب المقر له ما كان من حقه فاما
 ما هو من خالص حق المقر فان اقراره فيه لا يبطل بتكذيب المقر له خصوصا فيما لا يحتمل
 الابطال وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الاقرار بتكذيب المقر له يبطل من أصله فله ان
 يدعيه لنفسه بعد ذلك وقاسا النسب بالولاء فان من اشترى جارية ثم زعم ان البائع كان

اعتقها فكذبه البائع كان له ان يدعي ولاءها لنفسه بعد ذلك الا ان ابا حنيفة يفرق بينهما فيقول
الولاء قابل للتحويل من شخص الى شخص الا ترى ان ولاء الولد يثبت لمولى الام اذا
كان الاب عبدا فاذا عتق الاب تحول ولاؤه اليه والنسب لا يحتمل التحول من شخص الى
شخص فعند ما اخرج نفسه من نسب هذا الولد لا يصح دعواه لنفسه * قال أمة بين اثنين
باع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم ولدت لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع صحته دعواه
وبطل البيع فيكون هذا كحكم الجارية المشتركة استولدها أحدهما ولو ادعياد معا ثبت نسبه
منهما وبطل البيع لان العلق حصل في ملكيهما جميعا ولو دعاه البائع وأعتقه المشتري فدعوى
البائع تستند الى وقت العلق ويثبت به حرية الاصل للولد فيكون عتق المشتري فيه باطلا
ولو باع أحدهما نصيبه من رجل وهي حامل فدعى المشتري الحبل وادعاه البائع والذي
لم يبع فان ولدت لأقل من ستة أشهر فالبيع باطل ويثبت نسبه من البائع ومن شريكه لان
دعواهما تستند الى وقت العلق فالعلق حصل في ملكيهما وبأخذ المشتري مانع من
التمن ويرد على الذي لم يبع نصف العقد لاقراره بالوطء قال الحاكم أبو الفضل قوله ويرد
على الذي لم يبع نصف العقد ليس بسديد والصواب أن يرد جميع العقد على الشريكين
جميعا وهكذا في رواية أبي سليمان لان اقراره بوطنها لا بد أن يكون سابقا على ائراء وقد
حصل ذلك في ضمن دعوى النسب فيكون عليه جميع العقد للشريكين وان جاءت به لاكثر
من ستة أشهر ثبت نسبه من المشتري ومن الذي لم يبع لانا لم نتيقن بحصول العلق قبل
البيع فلا يصح دعوى البائع ولكن على البائع نصف العقد للذي لم يبع لانه أقر بوطنها
وذلك يلزمه نصف العقد للذي لم يبع سواء كان وطؤه اياها قبل البيع أو بعد البيع بشبهة وليس
للبياع على المشتري عقد لانه ما أقر بوطنها قبل شرائه وانما زعم أنه وطئها بعد شرائه في
ضمن دعوى النسب فهذا لا يفرم له شيئا من العقد والله أعلم

باب الاستبراء

قال رضى الله عنه الاصل في وجوب الاستبراء قول النبي صلى الله عليه وسلم في سبأيا
أوطاس ألا توطأ الجبالى من النى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحیضة وهذا
خطاب للموالى فيفيد وجوب الاستبراء على المولى فانه اذا قيل لا تضرب فلانا يكون

ذلك نهيا للضارب عن الضرب لا خطابا للمضروب والمعنى في المسببة حدوث ملك الحل فيها لمن وقعت في سهمه بسبب ملك الرقبة فهذه العلة يتعدى الحكم من المنصوص عليه الى غير المنصوص عليه وهي المشتراة أو الموهوبة . ووجوب الاستبراء في المشتراة مروى عن علي وابن عمر رضی الله عنهما . والحكمة في ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه عن الخلط بماء غيره والتحرز عن أن يصير ماؤه ساقيا زرع غيره ولكن الحكم يثبت بثبوت علته ولهذا قلنا اذا اشتراها من امرأة أو صبي باعها أبوه أو اشتراها وهي بكر أو اشتراها من مملوك لزمه الاستبراء لوجود العلة الموجبة وهي حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة وعن أبي يوسف قال اذا تبين فراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه فيها استبراء واجب لان الاستبراء كاسمه تبين فراغ الرحم وقاس بالمطابقة قبل الدخول أنه لا يلزمها العدة لان المقصود من العدة في حال الدخول تبين فراغ الرحم ولكننا نقول هذه حكمة الاستبراء والحكم متعلق بالعلة لا بالحكمة ثم اشتغال رحمها بالماء عند الشراء لا يمكن معرفته حقيقة فيتعلق الحكم شرعا بالعيب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فدار الحكم معه وجودا وعدما للتيسير على الناس وكذلك لا يقبلها ولا يباشرها ولا ينظر منها انى عورة حتى يستبرئها لان من الجائزاتها حملت من البائع وان البيع فيها باطل وهذه التصرفات لا تحمل الا في الملك كالوطء ولأن الوطء حرام في مدة الاستبراء وهذا من دواعي الوطء فيجزم بحرمة الوطء كما اذا ظاهر من امرأته المحرم عليه وطؤها حرم عليه دواعيه بخلاف الحيض فان المحرم بسبب الحيض استعمال الاذى كما وقعت اليه الاشارة بالنص ولا يوجد ذلك في التقييل والمس ثم الدواعي هناك لا توقمه في ارتكاب الحرام لفترة في طبعه عنها بسبب الاذى والدواعي هنا موقعة في ارتكاب الحرام وهو الوطء لانه راغب فيها غاية الرغبة مالم يحصل مقصوده منها فان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فاستبرأؤها بشر لان الشهر قائم مقام الحيض والطهر شرعا فكل شهر يشتمل على حيض وطهر عادة ألا ترى أن الله تعالى أقام ثلاثة أشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام ثلاثة قروء في العدة ومدة الاستبراء ثلث مدة العدة فيقدر بشر وان كانت حاملا فاستبرأؤها بوضع الحمل للنص كما روينا ولان مدة الحمل لا تحتمل التحري لتعذر الاستبراء ببعضها فاذا وجب اعتبار جزء منها وجب اعتبار الكل والمقصود تبين فراغ الرحم ولا يحصل شيء من هذا المقصود قبل الوضع بل يزداد معنى الاشتغال بمضي

بعض المدة فهذا قدرنا الاستبراء في حقها بوضع الحمل واذا ارتفع حيضها وهي ممن تحيض تركها حتى اذا استبان له أنها ليست بحامل وقع عليها لأن المقصود تبين فراغ الرحم من ماء البائع ايديتهن بصحة البيع ووقوع الملك للمشتري فيها وقد حصل ذلك اذا مضى من المدة ما لو كانت حبل ظهر ذلك بها وليس في ذلك تقدير بشيء فيما يروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو بثلاثة أشهر وكان محمد رحمه الله يقول أولاً يستبرئها بأربعة أشهر وعشراً اعتباراً بأكثر العدة وهي عدة الوفاة في حق الحرة ثم رجع وقال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام لأن أطول مدة العدة في حق الأمة هذا فإذا كان بأقوى السببين وهو النكاح لا يجب على الأمة الاعتداد إلا بهذه المدة ففي أضعف السببين وهو الملك أولى أن لا يجب في استبرائها زيادة على هذه المدة. وقال زفر يستبرئها بحولين أكثر مدة الحمل وكان أبو مطيع البلخي يقول يستبرئها بتسعة أشهر لأنها مدة الحبل في النساء عادة قال والاول أصح لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون وليس في ذلك نص ولو ملكها بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو جناية وجبت عليه أو جعل كتابة أو خلع فعليه الاستبراء فيها لحدوث ملك الحبل له بسبب ملك الرقبة * وكذلك لو كان له في جارية شقص فملك الباقي منها بوجه من الوجوه لأن حدوث ملك الحبل بسبب ملك الرقبة يكون بعد ملكه جميع رقبته فعند ذلك يلزمه الاستبراء وهذا لأن ملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة وأما ببعض العلة فلا يثبت شيء من الحكم قال واذا اشتراها وهي حائض لم يحتسب بتلك الحيضة عليه وأن يستبرئها بحيضة أخرى وعن أبي يوسف أنها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها لتبين فراغ رحمها بناء على أصله ولكننا نقول الشرع ألزمه الاستبراء بحيضة والحيضة لا تنجزاً وقد تغذر الاحتساب من الاستبراء بما مضى منها قبل الشراء فلا يحتسب بجميعها منه كما لو طلق امرأته في حالة الحيض لا يحتسب بهذه الحيضة من العدة ولأنه كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشراء من الاستبراء فعليه اكتمالها من حيضة أخرى فاذا وجب جزء من الحيضة الثانية وجبت كلها وكذلك ان كانت حاضت حيضة مستقبلة بعد الشراء قبل القبض لم يحتسب بتلك الحيضة من الاستبراء إلا على رواية أبي يوسف رحمه الله فإنه يقول تبين فراغ الرحم يحصل بالحيضة التي توجد في يد البائع كما يحصل بالحيضة التي توجد في يد المشتري ولكننا نقول ملك الوطاء بسبب ملك الرقبة

انما يستفيدة المشتري بالقبض لان الوطاء تصرف وملك التصرف يحصل للمشتري بالقبض فالحيضة التي توجد قبل هذا لا يحتسب بها ولكن الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن بالعقد والموجود قبله بمنزلة الزوائد الحادثة والتخمر في العصير وكذلك ان وضعت على يدي عدل حتى يتقد الثمن فحاضت عنده لان يد العدل فيها كيد البائع ألا ترى أنها لو هلكت انفسخ البيع وهلكت من مال البائع قال واذا باع جارية ولم يسلمها حتى تاركة المشتري البيع فيها ففي القياس على البائع أن يستبرئها بحيضة. وذكروا أبو يوسف في الامالي أن أبا حنيفة كان يقول أولا بالقياس ثم رجع الى الاستحسان فقال ليس عليه ان يستبرئها وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله. وجه القياس أنها بالبيع خرجت عن ملكه ثم عادت اليه بالاقالة فقد حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة وهي العلة الموجبة للاستبراء ووجه الاستحسان انها في ضمان ملكه ما بقيت يده عليها بدليل انها لو هلكت هلكت على ملكه فيجعل بقاؤه فيها كبقاء الملك فاما اذا سلمها الى المشتري ثم تقايلا فعلي البائع أن يستبرئها في ظاهر الرواية لانها خرجت من ملكه ويده وثبت ملك الحل فيها لغيره وهو المشتري فاذا عادت اليه لزمه استبراء جديد كما لو استبرأها ابتداء بخلاف ما قبل التسليم وعن ابي يوسف قال اذا لم يكن البائع فارق المشتري حتى تقايلا فليس عليه فيها استبراء لانه يتقن بفراغ رحمها من ماء غيره قال واذا اشترى جارية لا تحيض فاستبرأها بعشرين يوما ثم حاضت بطل الاستبراء بالايام لان الشهر بدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل غير ممكن ولكن القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت واذا حاضت عند المشتري حيضة ثم وجد بها عيبا فردها لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة لانها عادت اليه بعد ما حدث ملك الحل فيها لغيره بسبب ملك الرقبة فعليه أن يستبرئها سواء كان عودها اليه بسبب هو فسخ أو بمنزلة عقد جديد. وكذلك لو باع شقفا منها ثم استقاله البيع فيها او اشتراها لان بيع البعض كبيع الكل في زوال ملك الحل في حق البائع وفي الوجهين تجدد الحل بعد زوال ملكه ويده فلهذا استبراء جديد قال واذا رجعت الآفة اوردت المنصوبة أو فكت المرهونة أو ردت عليه المؤجرة للخدمة قبل انقضاء العدة فليس عليه أن يستبرئها لان ملك الحل مازال عنه بما عرض من الاسباب فان سببه ملك الرقبة ولم يختل ملك الرقبة بهذه الاسباب فبارتفاعها لا يتجدد ملك الحل له وكذلك لو كاتب أمته

ثم عجزت فليس عليه ان يستبرئها عندنا وقال الشافعي عليه ان يستبرئها لانها بالكتابة صارت
 كالخارجة عن ملكه حتى يفرم بوطئها العقد لها ويفرم الارش لها لو جنى عليها يوضحه انها
 صارت بمنزلة الحرة يدا فتكون مملوكة له من وجه دون وجه فهو كالمو باع نصفها ثم اشترى
 الباقي والدليل عليه انه لو زوجها من انسان ثم فارقتها الزوج وجب عليه ان يستبرئها لان
 ملك المنفعة زال عنه بالتزويج فكذلك بالكتابة بوجه قولنا انها بعد الكتابة باقية على ملكه فقد
 قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعمد يكون مملوكا لمولاه فكيف يقال زال
 ملكه وانحل وانما كاتبه ليعتق على ملكه الا ان بعقد الكتابة يثبت لها ملك اليد في منافعها
 ومكاسبتها وملك الحل لا ينبنى على ذلك وانما ينبنى على ملك الرقبة وبسبب الكتابة لا يخل
 ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء وانما يفرم الارش والعقد لان ذلك بمنزلة الكسب وقد
 جعلها أحق بكسبها فاذا عجزت فانما تقرره الملك الذي كان باقيا فلم يحدث ملك الحل بسبب
 ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء فاما الزوجة اذا فارقتها زوجها فان كانت الفرقة بسبب
 يوجب عليها العدة فالعدة اقوى من الاستبراء وهو حق النكاح لا حق ملك اليمين وان
 طلقها الزوج قبل الدخول ففيه روايتان اشار اليهما في هذا الكتاب في احدي الرايتين يلزمه
 الاستبراء لانها حلت لغيره فاذا حلت له كان ذلك حلا متجددا وفي الكتابة ما حلت لغيره
 حتى يجعل ذلك حلا متجددا له وفي الرواية الاخرى ليس له ان يستبرئها وهو الاصح
 لانه لو لزمه الاستبراء لكان بسبب ملك النكاح الثابت للزوج والوظيفة في النكاح
 العدة دون الاستبراء فاذا لم يجب عند الطلاق قبل الدخول ماهو وظيفة النكاح فلان
 لا يجب اولى الا ترى ان المطلقة قبل الدخول اذا كانت حرة كان لها ان تزوج عقب الطلاق
 ويطؤها زوجها بالنكاح فكذلك للمولى ان يطأ أمته بعد الطلاق بالملك ولو وهبها لولد له
 صغير ذكر أو أنثى ثم اشتراها لنفسه منه كان عليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب
 تجدد ملك الرقبة ولو باعها على انه بالخيار ثم نقض البيع لم يكن عليه ان يستبرئها لانه لم
 يحدث ملك الحل له لانها باقية على ملكه والحل الذي كان له باق في مدة خياره فبفسخ البيع
 لم يتجدد له ملك الحل فان كان الخيار للمشتري فردها بعد القبض فليس على البائع ان
 يستبرئها في قول أبي حنيفة لان المشتري لم يملكها مع بقاء خياره عنده وعند أبي يوسف
 ومحمد رحمهما الله عليه ان يستبرئها لان المشتري قد ملكها ثم ردها بخيار الشرط كردها بخيار

العيب والرؤية بعد القبض واذا قبضها المشتري على شراء فاسد ثم ردها القاضي على البائع بفساد البيع فعليه ان يستبرئها لان المشتري ملك رقبته بالقبض فيحدث الحل للبائع بما عاد اليه من المالك * قال واذا غصب جارية فباعها من رجل وقبضها المشتري فوطئها ثم خاصم مولاهما الاول فقضى القاضي له بها فعليه ان يستبرئها بحیضة استحسانا وفي القياس لا يلزمه الاستبراء لان المشتري من الغاصب غاصب كالأول وقد بينا أن المقصود منه اذا استرد المقصوبة فليس عليه فيها استبراء ولكنه استحسن فقال عليه ان يستبرئها لانهما المشتري حين اشتراها ومعنى هذا الكلام ان المشتري ما كان يعلم ان البائع غاصب وانما قدم على شرائها باعتبار ان البائع مالك فيثبت له الحل من حيث الظاهر وان لم يثبت له الحل فيها باطنا فثبوت الحل له ظاهرا قلنا اذا وطئها ثم استردها البائع كان عليه ان يستبرئها ولعدم ثبوت الحل فيها باطنا قلنا اذا لم يطأها فليس على البائع استبراء وهذا لان الوطء بشبهة النكاح في حكم العدة بمنزلة الوطء بحقيقة النكاح فكذلك الوطء بشبهة ملك اليمين بمنزلة الوطء بحقيقة الملك في حق وجوب الاستبراء على المالك وان كان المشتري يعلم ان البائع غاصب فليس على المولى ان يستبرئها اذا استردها لان الحل للمشتري لم يثبت فيها ظاهرا ولا باطنا ألا ترى انه لا يثبت نسب الولد منه هنا وان ادعى ذلك بعد ما وطئها وفي الاول يثبت نسب الولد منه وسقوط الحد عنه باعتبار صورة العقد الموقوف لا يثبت الحل له فيها فلا يجب على المالك لاجل ذلك استبراء كما لو لم يطأها المشتري * قال واذا زوج الرجل أمته وطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى ان يقربها بعد ما يستبرئها بحیضة هذا في احدي الروايتين في هذه المسئلة وقد بينا وجه الروايتين . وان كانت تزوجت بغير اذنه ففرق بينهما قبل الدخول لم يكن عليه ان يستبرئها لانها ما حلت لغيره والامة لا تملك أن تزوج نفسها بغير اذن مولاهما وان فرق بينهما بعد الدخول لم يكن له أن يقربها حتى تنقضي عدتها لانه دخل بها بنكاح فاسد فيجب عليها العدة بسببه والعدة أقوى من الاستبراء * قال واذا وطئ جارية ولده ولم تعلق منه ثم اشتراها فعليه ان يستبرئها لان ملك الحل له فيها حدث بالشراء ووطؤه اياها قبل الشراء كان حراما وارتكاب المحرم لا يمنع وجوب الاستبراء اذا تقرر سببه وكذلك ان اشترى جارية من أبيه أو أمة مكاتبه فعليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة * قال وان اشتراها من عبد تاجر له فلا استبراء عليه ان

كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لأن المولى ملك رقبته من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك عن الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فخاضت في يد الوكيل حيضة وان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو أعتقها جاز عتقه فاما عند أبي حنيفة فالقياس كذلك لأن العبد ليس أهلاً أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للفرماء أيضاً بسبب دينهم والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فاذا حاضت بعد ما صار المولى أحق بها يجزئ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لأن قبل الشراء كان لا يملك رقبته عنده حتى اذا أعتقها لم ينفذ عتقه فاما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها قال وان وهب جاريتيه لرجل وسلمها ثم رجع في الهبة فعليه أن يستبرئها لأنها حلت للموهوب له فتجدد للواهب ملك الحل فيها بالرجوع بعد ما حلت لغيره وكذلك اذا أصاب المأسورة قبل القسمة أو بعدها لأن العبد وقد كانوا ملكوها بالاحراز. ألا ترى أنهم لو أسلموا عليها كانت لهم فتجدد له فيها ملك الحل حين استردها وان ابتقت الى دار الحرب فأخذوها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنهم ملكوها وعند أبي حنيفة رحمه الله الآبق اذا دخل دار الحرب لا يملك بالأخذ فاذا ردت على المولى بغير شيء فهي باقية على ملكه كما كانت فلا يلزمه أن يستبرئها قال واذا باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري ثم ردها عليه فليس عليه أن يستبرئها لأن المشتري لم يملكها فان حق الحرية الثابتة فيها كحقيقة الحرية في المنع من تملكها بالشراء. ألا ترى انها لو كانت امرأته لم يفسد نكاحها ولو أعتقها لم يجز عتقه فيها ولو ولدت عند المشتري لم يثبت نسب الولد من المشتري وان ادعاه فاذا لم يثبت فيها ملك الحل لغيره لا يلزمه استبراء جديد قال واذا أراد الرجل أن يبيع أمته وقد كان بطؤها فليس ينبغي له أن يبيعها حتى يستبرئها بحیضة هكذا روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وهذا الاستبراء في حق البائع مستحب عندنا وقال مالك واجب لأنه يخرجها عن ملكه بعد وجوب السبب الشاغل لرحمائه وهو الوطء فهو نظير ما لو طلق امرأته بعد الدخول فهناك العدة واجبة لا مستحبة فكذلك الاستبراء هنا

وان كان عند الشراء يجب عليه الاستبراء لتوهم سبب اشتغال الرحم فلان يجب عند البيع وقد تقرر بسبب اشتغال رحمها أولى ولكننا نقول الاستبراء في ملك اليمين نظير العدة في النكاح ثم وجوب العدة يختص بأحد الطرفين فكذلك وجوب الاستبراء عند حدوث الملك فلو أوجبنا عليه الاستبراء عند ازالة الملك لأوجبنا عليه الاستبراء في الطرفين جميعاً بوضعه ان الاستبراء على المولى لصيانة ماء نفسه من أن يسقى به زرع غيره وانما يتحقق هذا عند الشراء فاما عند البيع فلا يتحقق هذا في حق البائع ومعنى صيانة مائه يحصل بإيجاب الاستبراء على المشتري الا أنه لا يأمن أن لا يستبرئها المشتري فيستحب له أن يستبرئها احتياطاً واذا فعل ذلك ثم باعها فليس للمشتري أن يجزى بذلك الا في رواية شاذة عن أبي يوسف بناء على أصله في أن تبين فراغ رحمها يحصل به ولكننا نقول حدث ملك الحل فيها للمشتري بالشراء فعليه أن يستبرئها ولو أراد البائع أن يزوجه لم يكن له أن يزوجه حتى يستبرئها ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا فرق بين البيع والتزويج بل في الموضعين جميعاً يستحب للمولى أن يستبرئها من غير أن يكون واجباً عليه ألا ترى أنه لو زوجها قبل أن يستبرئها جاز كما لو باعها قبل أن يستبرئها والا ظهر ان عليه أن يستبرئها ان أراد أن يزوجه بعد ما وطئها صيانة لمائه لأنه لا يجب على الزوج أن يستبرئها ليحصل معنى الصيانة له بخلاف البيع فهناك يجب على المشتري ان يستبرئها فيحصل معنى الصيانة وان زوجها قبل أن يستبرئها جاز لأن وجوب الاستبراء على المولى لا على الامة ولا يمنع صحة تزويجها والأحسن للزوج أن لا يقربها حتى تحيض حيضة وليس ذلك بواجب عليه في القضاء وفي الجامع الصغير قال للزوج ان يطأها قبل أن يستبرئها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها كي لا يؤدي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لأن ذلك حرام * قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجلين يؤمان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة في طهر واحد وجه قولها ان الاستبراء وظيفة ملك اليمين كما أن العدة وظيفة ملك النكاح فكما لا ينقل وظيفة النكاح الى ملك اليمين فكذلك لا ينقل وظيفة ملك اليمين الى النكاح وكذلك ان أراد أن يزوجه أم ولده أو مدبرته فهي في ذلك كالامة * قال واذا زنت أمة الرجل فليس عليه أن يستبرئها بحيضة لأنه لا حرمة لماء الزنا والشرع ما جعل للزاني الا الحجر وليس في الزنا استبراء ولا عدة * وقال زفر عليه ان يستبرئها بحيضة صيانة لماء نفسه عن الخلط

بماء غير وفي الجامع الصغير ذكر عن محمد قال أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها
بحيضة فإن حبلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لأنه لو وصفتها كان ساقيا ماءه زرع
غيره وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع
غيره * قال أمة بين رجلين باع أحدهما كاهًا وسلم الآخر البيع بعد ما حاضت عند
المشترى حيضة فعليه أن يستبرئها بعد جواز البيع كله لأن ملك الحل لا يثبت له ما لم يملك
جميع رقبتها وذلك بعد اجازة البيع . وكذلك لو باع أمة رجل بغير اذنه فتبضها المشتري
وحاضت عنده حيضة ثم أجاز المولى البيع كان عليه أن يستبرئها لأن ملك الحل إنما
يثبت له بعد اجازة المالك البيع عندنا وأصل المسئلة أن يبيع الفضولي يتوقف على اجازة
المالك عندنا ويجعل اجازته في الانتهاء كالاذن في الابتداء وعند الشافعي لا يتوقف
بل يلغو بيع مال الغير بغير إذن المالك وكذلك كل ماله مجيز حال وقوعه من العقود
والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على هذا الخلاف . واحتج الشافعي بنهي النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ومطلق النهي يوجب فساد النهي عنه والفساد من
العقود عنده غير مشروع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض
فكون بيع ما يقبض ولم يملك منها عنه أولى والمعنى فيه ان تصرفه صادق محلا لا ولاية
له على ذلك المحل فيلغو كبيع الطير في الهواء والسماك في الماء فانه لا ينعقد وان أخذه بعد
ذلك وهذا لأن انعقاد العقد يستدعي محلا ويختص بمحل للعقد عليه ولاية فاذا انعدمت
الولاية على المحل ينزل ذلك منزلة انعدام الأهلية في التصرف عند العقد وذلك يوجب
الغاء كالصبي والمجنون اذا طلق امرأته يلغو ذلك ولا ينعقد وان أجازته بعد البلوغ فكذلك
هذا وهذا بخلاف قول المشتري قبل ايجاب البائع قد اشترت منك بكذا فان ذلك تصرف
في ذمة نفسه بالتزام الثمن اذا أوجب البائع البيع وهو محل ولايته . والدليل عليه ان المشتري
اذا باع المبيع قبل القبض ثم قبضه لا ينفذ ذلك البيع وكذلك لو أجازته البائع لانعدام ولاية
العاقده على المحل يدا وكذلك لو باع الآبق ثم رجع من اباقه لم ينفذ ذلك البيع فاذا انعدمت
ولايته ملكا ويبدأ على المحل أولى وكذلك لو باع مال الغير ثم اشتراه من المالك أو ورثه يبطل
البيع ولا ينفذ فاذا لم يجز أن ينفذ هذا العقد من جهة العاقده باعتبار ملكه فلأن لا ينفذ من جهة
غيره باجازته أولى . وحدثنا في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام

دينارا وأمره أن يشتري له أضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه برك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضع بها وأما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له بغير أمره ثم أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه ولا يجوز أن يقال كان هو وكلا مطلقا بالبيع والشراء لأن هذا شيء لا يمكن اثباته بغير نقل ولو كان لنقل على سبيل المدح له فالنقل أمره أن يشتري له أضحية وبهذا لا يصير وكلا بمطلق التصرف ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا الى عروة البارقي رضي الله عنه وأمره أن يشتري أضحية فاشترى بالدينار ثابتن ثم باع احدهما بدينار وجاء بالآخرى مع الدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فجوز عليه الصلاة والسلام ذلك ودعا له بالخير ولو لم يكن البيع موقوفاً على اجازته لامره بالاسترداد . والمعنى فيه ان هذا تصرف صدر من أهله في محله فلا ينعو كما لو حصل من المالك وكالوصية بالمال ممن عليه الدين وبأكثر من الثلث ممن لادين عليه وهذا لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ماهو حد سائر الأفعال وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محل ينعمل فيه فهذا يكون حد التصرف باللسان واذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده ثم قد يتمتع نفوذه شرعا لما منع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجارة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به وبيان الأهلية في التصرف أن التصرف كلام والأهلية للكلام حقيقة بالتميز واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية أن البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقدة في المحل لا تنعدم الماوية والتقوم ألا ترى أنه لو باعه باذن المالك جاز وما ليس بمحل فبالاذن لا يصير محلا ولو باعه المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالكا فاذا قبل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم فالتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لنا تصرفه لانعدام حكمه ففي الجواب عن هذا السؤال طريقان أحدهما أن نقول لانسلم أن الحكم لا يثبت لهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك الموقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في اثبات ملك موقوف به . هذا السبب كما لا ضرر عليه في انقضاء السبب وإنما الضرر في زوال ملكه وبالمالك الموقوف لا يزول ملكه

البات والثاني ان السبب انما ينفو إذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار وهنا الحكم يتأخر الى اجازة المالك ولا ينعدم أصلا لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك وفي تأخير الحكم الى وجود الاجازة توفر المنفعة عليه فانه اذا صار مستندا بالنظر ان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله فيكون فيه محض منفعة له فهذا انعقد السبب في الحال على أن يجمل اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء فهناك لغا العقد لانعدام محله والمحل غير مملوك أصلا ولا يكون قابلا للتملك وكذلك طلاق الصبي امرأته انما لغا لانعدام الأهلية في التصرف فان اعتبار عقل الصبي وتميزه لتوفير المنفعة عليه وما يتم محض ضررا ينعدم فيه هذا المعنى ولا يجمل أهلا باعتباره ودليل أن الطلاق يتحضر ضررا أن الولي لا يملك عليه هذا التصرف وإنما لغا لانعدام حكمه أصلا فامرأة الصبي ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالايقاع ألا ترى انه لا يقع عليها باذن الولي ولا بايقاعه فاما مال الغير فمحل الحكم البيع حتى يثبت فيه حكم البيع عند اذن المالك أو مباشرته بنفسه وهذا بخلاف بيع الآبق والمبيع قبل القبض فان ذلك لا يصير لغوا بل ينعقد فاسدا لانعدام شرط الصحة وهو قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه وبخلاف ما إذا اشترى العاقد ماباعه لأن حكم ذلك السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك الحادث له فحكم السبب ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد وإنما يتأني ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد وقد زال ذلك بازالته فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ مقصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فاما عند الاجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا هو تأويل النهي عن بيع ما ليس عند الانسان ان المراد اذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فايهما منه ثم أدخل السوق فاشترى بها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك اذا عرفنا هذا في بيان مسألة الاستبراء فالملك النافذ للمشتري لا يكون الا بعد الاجازة والحل يبنى على ذلك ولا يحتسب بالحیضة التي توجد قبل الاجازة من الاستبراء فتلك دون الحيضة الموجودة في يد البائع بعد تمام البيع فاذا كان لا يحتسب بهامن الاستبراء فهذا أولى ولو كان البائع هو المالك لها فسلمها وحاضرت

بعد ما قبضها المشتري قبل ان يتفرقا عن مجلس العقد فانه يحتسب بهذه الحيضة من الاستبراء عندنا خلافا للشافعي وهو بناء على خيار المجلس فان عندنا البيع يلزم بنفسه ويتم الملك للمشتري بالقبض وليس لواحد منهما ان ينفرد بالفسخ قبل الافتراق عن المجلس ولا بعده وعند الشافعي خيار المجلس ثابت لكل واحد منهما فاما يتفرقا فكل واحد منهما ينفرد بالفسخ الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر ويرضى به صاحبه وله في وقوع الملك للمشتري قولان . واحتج بحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا ولا يكونا متبايعين إلا بعد الايجاب والقبول وقد نص على اثبات الخيار لكل واحد منهما مالم يتفرقا والمراد الفرق عن المجلس بدليل ما ذكره في رواية أخرى المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار مالم يتفرقا عن مكانهما الذي تبايعا فيه وروى الحديث ابن عمر رضى الله عنهما وقد فهم منه الافتراق عن المجلس على ما يروى انه كان إذا أراد أن يوجب البيع مشي هنية والمعنى فيه أن هذا عقد تملك المال فلا يلزم بنفسه مالم ينضم اليه ما يتأيد به كعقد الهبة فانه لا يوجب الملك بنفسه مالم ينضم اليه القبض وتأثيره أن المال مبتذل تكثر المعاملة فيه ويقع العقد عليه بعينه من غير نظر وروية والمقصود به الاسترباح ولا يحصل هذا المقصود الا بعد نظر وروية فاثبت الشرع الخيار لكل واحد منهما به مادام في المجلس ليتحقق به ما هو المقصود لكل واحد منهما بخلاف النكاح فانه في العادة لا يقع بغتة وإنما يكون بعد تقدم الخطبة والمرادة ثم إنما تقدر هذا الخيار بالمجلس لأن حال المجلس جعل كحالة العقد ألا ترى أن في الصرف والسلم القبض الموجود في المجلس كالقبض المقترن بالعقد ثم حالة العقد وهو ما بعد الايجاب قبل القبول يثبت الخيار لكل واحد منهما فكذلك يثبت مادام في المجلس إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر فيستدل بهذا اللفظ على تمام النظر والروية فيسقط به الخيار . وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقد شرط امضاء العقد بينهما فيلزمهما الوفاء بظاهر الحديث وقال عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار والصفقة هي النافذة اللازمة قتين ان البيع نوعان لازم وغير لازم بشرط الخيار فيه فن قال بأن الخيار يثبت في كل بيع فقد خالف هذا الحديث والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فطلقه يوجب اللزوم بنفسه كالنكاح وتأثير هذا الكلام ان العقد يتقوى بصفة المعاوضة وإنما يظهر فوته في حكمه حتى لا ينفرد

أحدهما برفعه وبه فارق التبرع فهو ضعيف لخلوه عن العوض ولهذا لا يثبت الحكم به إلا بالقبض ثم لزوم هذه المعاوضة تعتمد تمام الرضا من المتعاقدين وبه يلزم بعد المجلس فكذلك في المجلس لأنه لا أثر لبقائهما في المجلس في المنع من تمام الرضا والدليل عليه أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فانه يلزم العقد مع بقاءهما في المجلس لوجود الرضا وإيجاب العقد مطلقاً أدل على الرضا من هذه الكلمة ثم الشرع ممكن كل واحد منهما من دفع العين عن نفسه بشرط الخيار فاذا لم يفعل فهو الذي ترك النظر لنفسه ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له ثم الفسخ ضد العقد فما هو المقصود بالعقد لا يحصل بالفسخ بل هو متمين في إرضاء العقد فهذا يقتضي أن لا يثبت حق الفسخ لواحد منهما بحال إلا أن الشرع ممكن كل واحد منهما من اشتراط الخيار لنفسه ليتمكن به من الفسخ إذا ظهر أن منفعة فيه فاذا لم يشترط الخيار عرفنا أنه إنما قصد تحصيل ما هو المطلوب بالعقد وهو الملك في البدل وفي لزوم العقد بنفسه يحصل هذا المقصود لا تقويته فاما الحديث فرواية مالك رحمه الله ومن مذهبه أنه لا يثبت خيار المجلس وفتوى الراوى بخلاف الحديث دليل ضعفه ثم المراد بالحديث ان صحح المتساومان فان حقيقة اسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمقابلين والمناظرين وبه نقول ان لكل واحد من المتساومين الخيار أو المراد بالتفرق التفرق بالقول دون المكان يعني أنهما جميعاً بالخيار ان شاء أفسخا البيع بالاقالة مالم يتفرق رأيهما في ذلك وذكر أبو يوسف في الأمالي ان تأويل هذا الحديث إذا قال لغيره يعني هذه السلعة بكذا فيقول الآخر بت وبه يتأول ان يعد هذا الكلام قبل قول المشتري اشتريت لكل واحد منهما الخيار مالم يتفرقا عن ذلك المجلس وهذا صحيح فهما متبايعان في هذه الحالة لوجود التكامل بالبيع منهما وعلى أصل الشافعي بهذا اللفظ ينقد البيع بينهما ثم يثبت الخيار لكل واحد منهما مالم يتفرقا عن المجلس ان شاء قال المشتري اشتريت حتى يتم البيع وان شاء رجع البائع أو قام من المجلس قبل ان يقول المشتري اشتريت * قال واذا ارتدت أمة لرجل ثم تاب لم يكن عليه أن يستبرئها لأنها لم تخرج عن ملكه ولم تحمل لغيره إنما حرمت عليه مارض الردة ثم زال ذلك بالتوبة فهو بمنزلة ما لو حرمت عليه بالحيض * قال واذا اشترى أمة لها زوج ولم يدخل بها وطلقها قبل أن يقبضها المشتري فعلى المشتري أن يستبرئها لأن وقت وجوب الاستبراء على المشتري وقت القبض وهي فارغة عن حق الغير عند القبض

فوجود النكاح عند العقد وعدمه سواء وان طلقها الزوج بعد ما قبضها المشتري فليس عليه أن يستبرئها لأنه حين قبضها لم يلزمه الاستبراء لكونها مشغولة بحق الزوج فحقه يمنع ثبوت ملك الحل له بملك الرقبة وإذا لم يلزمه الاستبراء عند القبض لا يلزمه بعد ذلك لأنه لو لزمه الاستبراء إنما يلزمه بالطلاق قبل الدخول والطلاق لا يوجب الاستبراء وهذه هي الرواية الأخرى في أن الزوج إذا طلقها قبل لدخول لا يجب على الولي به الاستبراء ولو استبرأها وقبضها ثم زوجها فان مات عنها زوجها واعتدت عدة الوفاة ولم تحض ولا بأس بأن يطأها لما بينا أن العدة أقوى من الاستبراء فعند ظهور العدة لا يظهر حكم الاستبراء وان طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض عنده لم يطأها المشتري حتى يستبرئها بحيضة لأن الاستبراء قد وجب هنا حين قبضها وهي فارغة وبالطلاق قبل الدخول ارتفع النكاح لا إلى أثر فيظهر ما كان من الحكم قبل النكاح والطلاق وهو الاستبراء الواجب على المشتري وان كانت قد حاضت حيضة عند الزوج قبل الطلاق أجزاء تلك الحيضة عن الاستبراء لأنها حاضتها بعد ما وجب الاستبراء على المشتري بالقبض وبذلك الحيضة يتبين فراغ رحمها من ماء البائع فيجتزئ به من الاستبراء لأنها حاضتها بعد ما وجب الاستبراء بالقبض وفي كتاب الحيل قال ان زوجها المشتري عبداً له قبل أن يقبضها ثم طلقها العبد قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض فللمشتري أن يطأها من غير استبراء وهو صحيح فتزويجه اياها قبل القبض صحيح كالأعتاق لأن النكاح لا يمنع صحته بسبب الفرار أو أن وجوب الاستبراء بعد القبض وقد قبضها وهي مشغولة بالنكاح فلم يلزمه الاستبراء عند ذلك ولا بالطلاق بعد ذلك وهذه هي الحيلة لاسقاط الاستبراء في حق من كان تحت حرة لأنه لا يمكنه أن يتزوجها بنفسه وان لم يكن تحت حرة فالحيلة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشترئها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن بالنكاح يثبت له عليها الفراش وإنما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل على تبيين فراغ رحمها من ماء الغير شرعاً ثم الحل لم يتجدد له بملك الرقبة لأنها كانت حلالاً له بالنكاح قبل ذلك ولا بأس بالاحتياط لاسقاط الاستبراء بهذه الصفة إذا علم أن البائع لم يكن وطئها في هذا الطهر وفي قول أبي يوسف وقال محمد يكره ذلك وهو نظير ما تقدم من الحيلة لاسقاط الزكاة فعند أبي يوسف هو يمتنع من التزام حكم مخافة أن لا يتمكن من الوفاء به إذا لزمه ومحمد يقول الفرار من الأحكام الشرعية ليس من

أخلاق المؤمنين فيكره له اكتساب سبب الفرار وهكذا الخلاف في الحيلة لاسقاط
الشفعة والله أعلم

باب الاستبراء في الاختين

قال واذا وطئ الرجل أمة ثم اشترى اختها كان له أن يطاء الأولى وليس له أن يطاء الثانية لأنه
إذا وطئ الثانية يصير جامعاً بين الاختين وطئاً بملك اليمين وذلك لا يحل لظاهر قوله تعالى
وأن تجمعوا بين الاختين وكان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان
عثمان رضي الله عنه يقول أحلتها آية يعني قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتها آية يعني
قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين فكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجح آية التحريم
لأنه إن كان المراد الجمع بينهما وطئاً فهو نص خاص وإن كان المراد الجمع بينهما نكاحاً فالنكاح سبب
مشروع للوطء فحرمه الجمع بينهما نكاحاً دليل على حرمة الجمع بينهما وطئاً واخذنا بقول علي رضي
الله عنه احتياطاً لتغليب الحرمة على الحل والاباحة ولذا قال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال
والحرام في شيء إلا غلب الحرام الحلال وإن لم يكن وطئاً الأولى حتى اشترى الثانية أو
اشترى أمة فله أن يطاء أيتها شاء لأن كل واحدة منهما مملوكة له وبوطء أحدهما لا يصير
مرتكباً لما هو المحرم وهو الجمع بينهما وطئاً فله أن يطاء أيتها شاء فإن وطئ أحدهما لم
يكن له أن يطاء الأخرى لأنه لو وطئ الأخرى صار جامعاً بينهما وطئاً فإن وطئهما جميعاً
أو قبلهما أو نظر إلى فرجيهما بشهوة فقد أساء بارتكاب الجمع المحرم فكما يحرم الجمع بينهما
في دواعي الوطء والتقبيل والنظر إلى الفرج بشهوة من جملة الدواعي كالنكاح ولهذا ثبت
به حرمة المصاهرة كما ثبت بالوطء ثم ليس له أن يطاء واحدة منهما حتى يحرم على نفسه
إحداها يبيع أو نكاح أو تبرع لأنه إذا أراد أن يطاء أحدهما والآخرة موطوءة، ولهذا
لو كانت موطوءة على الخصوص لم يكن له أن يطاء اختها بالملك حتى يحرمها على نفسه فكذلك
هذا الحكم بعد ما وطئهما فإن زوج أحدهما فله أن يطاء الباقية منهما لأن المنكوحة صارت
فراشاً للزوج وبثبوت الفراش الصحيح للزوج ينعدم أثر وطء المولى حكماً ولهذا لوجاءت
بالولد بعد ذلك لا يثبت النسب من المولى وإن ادعاه فيكون هذا بمنزلة الطلاق قبل الدخول
ولو طلق إحدى الاختين قبل الدخول كان له أن يتزوج بالأخرى من ساعته فهذا أيضاً له أن

بجامع الاخرى غير انى لا أحب له أن يجامعها حتى تحيض اخنها حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم اختين وكذلك الزوج يستحب له أن لا يقرب التي تزوج حتى تحيض حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغي لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهر واحد فان طلقها الزوج وانقضت عدتها لم يذبح للمولى ان يطاء واحدة منهما حتى يزوج احدهما أو يبيع لأن حق الزوج يسقط عنها بالطلاق ولم يبق له أثر بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذي كان قبل التزويج وكذلك لو باع احدهما وسلم ثم اشتراها أو ردت عليه بعب فليس له أن يطاء واحدة منهما حتى يحرم إحداها على نفسه هكذا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما وهذا لانهما اجتمعا في ملكه وكل واحدة منهما موطوءة فكانت هذه الحالة كحال قبل البيع في المنع * قال واذا ارتدت إحداها عن الاسلام والعياذ بالله لم يحل له أن يطاء الاخرى لان المرتدة في ملكه بعد ولم يثبت فيها حل لغيره وحرمتها عليه بالردة كحرمتها بالحيض وكذلك الرهن والاجارة والتدبير فباشرتة في احدهما لا يخرجها عن ملكه ولا يحرمها عليه ولا يحل له أن يطاء الاخرى باعتباره وكذلك ان لحق احدهما دين أو جنابة فانها لم تخرج من ملكه ما لم تدفع أو تبع فاذا دفعت أو بيعت في الدين فقد خرجت من ملكه وحل له وطء الاخرى عند ذلك * قال ولو كاتب احدهما أو اعتق بعضها فقضى عليها بالسعاية أو لم يقض حل له أن يطاء الاخرى أما في معتقة البض فهو غير مشكل لأن ملكه زال عنها بقدر ما اعتق وزوال ملكه عن بعضها في حكم الحرمة كزوال ملكه عن جميعها وفي الكتابة الجواب مشكل فقد ذكرنا في الباب المتقدم انها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره وكان ينبغي أن لا يحل له وطء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها وجعل وطئه اياها وطئا في غير ملك حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزوله بتزويجها أو بيع بعضها فيحل له أن يطاء الاخرى وكذلك لو وهب احدهما أو وهب شقفا منها وسلم فهو والبيع سواء وكذلك لو أسرها العدو واحرزوها بدارهم لانهم ملكوها بالاحراز * ولو أبت اليهم لم يحل له وطء الباقية في قول أبي حنيفة لانهم لم يملكوا الا بقى بالأخذ فهي باقية على ملكه وعند أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله اذا أخذوها ملكوها بالاحراز فيحل له وطء الأخرى * قال ولو زوج احدهما نكاحا فاسدا فوطئها زوجها ثم فرق بينهما فله أن يطأ اختها لأن العدة وجبت على التي زوجها والعدة بمنزلة النكاح في حرمتها بها على المولى فيحل له أن يطأ اختها وان كانت عند الزوج لم يفرق بينهما ولم يدخل بها أو فرق بينهما قبل الدخول لم يكن له أن يقرب الاخت لأن النكاح الفاسد لا يحرمها على المولى ولا يثبت للزوج عليها فراش فوجوده وعدمه سواء وان باع احدهما يباعا فاسدا وقبضها المشتري حل له وطء الأخرى لأن المشتري ملكها بالقبض وان كان لا يحل له وطؤها لفساد البيع وبخروج احدها عن ملكه يحل له وطء الأخرى لان المشتري ملكها بالقبض فان تراد البيع فليس له أن يطأ واجدة منها حتى يحرم احدهما عليه فان باع التي لم يبع لم يقرب التي ردت عليه حتى يستبرئها بمحضة لخروجها عن يده وملكه بالتسليم بحكم البيع الفاسد * قال واذا تزوج اخت جاريتة التي وطئها لم يقرب واحدة منها حتى يملك فرج أمته غيره لأن التي تزوجها صارت فراش له بنفس النكاح حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب منه فكانت كالموطوءة حكما فلهذا لا يقرب أمته ولا يقرب المنكوحه لانه وطئ اختها بالملك فيصير بهذا الفعل جامعا بين الاختين وطئا وذلك حرام وقال مالك له أن يطأ أمته كما كان يطؤها قبل النكاح وجعل نكاحه اختها بمنزلة شراؤه اختها والفرق بينهما ما ذكرنا فانها بنفس الشراء ما صارت فراش له حتى لو جاءت بالولد لا يثبت النسب . ولو اشترى أخت امرأته وهي أمة كان له أن يطأ الاولى وهي المنكوحه لان الثانية بنفس الشراء ما صارت فراش له ويستوى ان كان وطئ المنكوحه أو لم يطأها لان بالنكاح صارت فراش له والتحقق بالموطوءة . ولو اشترى عمه أمته التي وطئها أو خالتها أو بنت أختها أو بنت أخيها من نسب أو رضاع فهو بمنزلة شراء الاخت لان الجمع بين هاتين في النكاح حرام فكذلك يحرم الجمع بينهما وطئا بملك الميمن * قال واذا اشترى جارية وقبضها وعليها عدة من زوج من طلاق أو وفاة يوم أو أكثر من ذلك فليس عليه بمد مضي تلك المدة استبراء استحصانا لان العدة من حقوق النكاح فتعمل عمل أصل النكاح في المنع من وجوب الاستبراء ولو كانت منكوحه عند القبض بالشراء لم يجب على المشتري فيها استبراء فكذلك اذا كانت معتدة ألا ترى انها لو كانت حاملا فولدت بعد ما قبضها المشتري لم يلزمه استبراء آخر فكذلك اذا انقضت عدتها بغير ولد * قال واذا اشترى جارية لها زوج

وقبضها ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقد كان البائع وطئها قبل أن يزوجها لم ينبغ للمشتري أن يقربها حتى تحيض حيضة استحسانا لانه لو قربها أدى الى اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وقيل هنا الاستبراء مستحب لا واجب كما يستحب الزوج أن يستبرئها قبل أن يطأها اذا علم ان المولى وطئها في هذا الطهر فكذلك حال المشتري بعد طلاق الزوج مثله وقيل بل في حق المشتري الاستبراء واجب وهو احدى الروايتين في أن الطلاق قبل الدخول يوجب الاستبراء على المشتري فان كانت قد حاضت حيضة بعد وطء البائع فلا بأس بان يقربها المشتري ولا يستبرئها فهذا تبين أن المنع في الفصل الاول لكيلا يؤدي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لا لوجوب الاستبراء على المشتري عند الطلاق * قال واذا اشترى المكاتب جارية وقبضها فخاضت عنده ثم عتق حل له أن يطأها لأن المكاتب في حكم ملك التصرف بمنزلة الحر وبالشراء يثبت له حق الملك فتأكد ذلك بالعتق وبالحيضة التي توجد في يده بمد ذلك يتبين له فراغ رحمها من ماء الغير فيحتسب بها من استبرائه * قال ألا ترى أن مولاه اذا اشتراها منه قبل أن يعتق كان عليه ان يستبرئها بحيضة يعني أن المولى في كسب مكاتبه كالأجنبي والمعتبر ملك المكاتب فيها قبل العجز لا ملك المولى فان عجز المكاتب لم يطأها المولى حتى يستبرئها بحيضة لان المولى انما ملكها بعد عجز المكاتب وهذا لأن ملك الحل بمنزلة ملك التصرف والمكاتب هو المستبد بالتصرف في ملكه قبل العجز وانما يملك المولى التصرف بعد عجز المكاتب فيلزمه استبراء جديد ألا ترى أن المشتراة قبل القبض اذا حاضت ثم قبضها يلزمه استبراء جديد وان كان هو قبل القبض مالكا رقبته فهذا أولى فان كانت أم المكاتب أو ابنته لم يكن على المولى أن يستبرئها لأنها تكتسب عليه وكل من دخل في كتابته فهو مملوك المولى حتى ينفذ عتقه فيه كما ينفذ في المكاتبه فكما أن المكاتبه اذا عجزت لا يجب على المولى أن يستبرئها فكذلك لا يجب عليه الاستبراء متى صارت مكاتبه معه ولو كانت اخت المكاتب أو ذات رحم محرم منه فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنها قد تكتسب عليه وعند أبي حنيفة لا يتكاتب ماسوى الوالدين والمولودين فيجب على المولى فيها الاستبراء بعد العجز كما في الاجنبية ألا ترى أن المولى لو أعتقها لم ينفذ عتقه فيها عنده ولا يمتنع عليه يبعها * قال ولو اشترى النصراني جارية فليس عليه أن يستبرئها لأن ما فيه من الشرك أعظم من ترك الاستبراء معناه ان وجوب الاستبراء لحق الشرع والكافر لا يخاطب

بما هو أهم من الاستبراء كالعبادات فإن أسلم قبل أن يطأها وقبل أن تحيض حيضة ففي القياس ليس عليه أن يستبرئها لأن أو ان وجوب الاستبراء عند القبض ولم يلزمه عند ذلك فلا يجب من بعد كما لو كانت منكوحة أو معتدة حين قبضها وفي الاستحسان عليه أن يستبرئها بحيضة لأن وقت الاستبراء من حين يقبضها الى أن تحيض حيضة فإذا أسلم وقد بقي شيء من وقت الاستبراء يجعل ذلك لوجود الاسلام في أول الوقت كالكافر إذا أسلم في آخر وقت الصلاة يلزمه تلك الصلاة لهذا المعنى فإن وطئها قبل اسلامه ثم أسلم لم يكن عليه أن يستبرئها لأن وقت الاستبراء ما قبل الوطء لانه يستبرئ رحمها من ماء غيره لا من ماء نفسه وبعد الوطء لو استبرأها انما يستبرئها من ماء نفسه قال واذا اشترى جارية مجوسية فخاضت عنده حيضة ثم أسلمت حل له أن يطأها لان تلك الحيضة وجدت بعد تمام الملك له فيها فيجزي بها من الاستبراء وكذلك ان كانت محرمة فخاضت في احرامها ثم حلت * قال واذا اشترى جارية هي اخت البائع من الرضاع أو كانت حراما عليه بوجه من الوجوه فعلى المشتري أن يستبرئها لانه حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة فهو كما لو اشترىها من امرأة * قال وان اشترى جارية فلم يقبضها حتى ردها بخيار أو عيب فليس على البائع أن يستبرئها لانها لم تخرج من ضمان ملكه حين عادت اليه والله أعلم

باب آخر من الخيار

قال واذا رأى الرجل عند رجل جارية فساومه عليها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك متنقبة فاشترىها بثمن مسمى ولم يعلم انها تلك الجارية ولم يقع بينهما منقح يستدل به أنه قد عرفها فهو بالخيار اذا كشفت نقابها وهذا بمنزلة من اشترى شيئاً لم يره لان الرؤية السابقة لم تفد له العلم بأوصاف المقود عليه لما لم يعلم انها تلك الجارية وثبوت خيار الرؤية للجهل بأوصاف المقود عليه فانما يسقط خياره برؤية تفيد العلم بأوصاف المقود عليه فما لم يفده بأوصاف المقود عليه فوجوده كعدمه أرأيت لو رآها عنده ثم رآها متنقبة عند آخر ولا يعلم انها تلك الجارية فاشترىها أما كان له الخيار اذا كشفت نقابها فكذلك اذا اشترىها من الاول * قال ولو نظر الى جراب هروى فقباه ثم ان صاحب الجراب قطع منه ثوباً ثم أخبره انه قطع منه ثوباً ولم يره اياه ثانية حتى اشترىه فهو بالخيار اذا رآه لان الثياب عدد متفاوت ولذا لا يجوز

شراء ثوب من الجراب بغير عينه فاذا لم يكن ما قطع منه معلوما عند المشتري لم يكن ما يتناوله
 العقد أيضا معلوم الوصف عنده فثبت له الخيار عند الرؤية . ألا ترى انه لو اشترى الجراب
 الا ثوبا منها بغير عينه لم يجز الشراء فكذلك اذا كان لا يعلم ما قطع البائع منها بعد رؤيته فلعله
 قطع أجودها والمشتري يظن أنه قطع أردأها فهذا كان له الخيار اذا رآه . قال ولو عرض
 رجل على رجل ثوبين فلم يشترهما ثم لف احدهما في منديل ثم اشتراه منه ولم يره ولم يعلم
 أيهما هو فهو بالخيار اذا رآه لان الرؤية المتقدمة لا تفيد العلم بأوصاف العقود عليه فلعل
 المشتري يظن انه أجودهما وهو أردؤهما ولو أتاه بالثوبين جميعا وقد اف كل واحد منهما في
 منديل فقال هذان الثوبان المذان قد عرضت عليك أمس فقال أخذت هذا لاحدهما
 بعشرين درهما وهذا بعشرة في صفتين أو صفقة ولم يرها في هذه المدة فأوجبها له فهو
 بالخيار لانه ما خالف بينهما في الثمن فاهو المقصود لا يحصل له ما لم يعلم بأوصاف كل واحد
 منهما بعينه لجواز ان يظن أن الذي اشتراه بعشرين درهما أجودهما والذي اشتراه بعشرة
 أردؤهما والحال بخلاف ذلك فربما يهلك أحدهما أو يجده به عيبا يحتاج الى رده فلا يدفع
 الثمن عنه ما لم يعرف كل واحد منهما بعينه . ولو قال قد أخذت كل واحد منهما بعشرة أو
 بعشرين جاز ذلك ولا خيار له لانه أخذهما صفقة واحدة ولم يفصل احدهما في الثمن وقد كانا
 معلوم الوصف عنده بالرؤية المتقدمة فلا جله لا يثبت له خيار الرؤية فيهما . قال رجل اشترى
 ثوبا ولم يره حتى رهنه أو أجره يوما أو باعه والمشتري بالخيار فهذا اختيار منه له وليس له أن
 يرده لانه أوجب للغير فيه حقا لا زما وذلك بعجزه عن الرد فان البيع بشرط الخيار للمشتري
 لازم في جانب البائع واكتسابه ما يعجزه عن الرد مسقط لخياره حكما كما لو كان المبيع عبدا
 فدبره أو باعه . والبائع بالخيار فنقض البيع كان له أن يرده لان خيار البائع يمنع زوال ملكه
 والبيع بهذه الصفة لا يعجزه عن الرد فلا يكون مسقطا لخياره وروى الحسن عن أبي حنيفة
 رحمهما الله انه يسقط خياره بهذا البيع وقيل تلك الرواية اصح لان البيع بشرط الخيار
 للبائع أقوى في اسقاط الخيار من العرض على المبيع ولو عرضه على البيع سقط خياره فاذا باعه
 بشرط الخيار أولى ووجه ظاهر الرواية أن البيع تصرف من جهة القول فاذا كان بحيث
 لا يعجزه عن الرد لا يكون اسقاطا لخياره حكما ولكنه بمنزلة اسقاط خيار الرؤية بالتصرف قصدا
 وذلك لا يصح قبل الرؤية فكذلك ايجاب البيع بشرط الخيار له . قال ولو اشترى عبدا لم يره

فكاتبه ثم عجز فرآه لم يكن له أن يردده بالخيار وكذلك خيار الشرط في ذلك لان عقد اكتساب لازم في جانب المولى وهو يعجزه عن الرد بحكم الخيار فباشرتة تتضمن سقوط خياره حكما بخيار الشرط والرؤية في ذلك سواء ولو حم العبد ثم ذهبت الحمى عنه كان له أن يردده بخيار الرؤية والشرط. لان الحمى عنده بمنزلة عيب حادث وذلك غير مسقط لخياره وانما يمنعه عن الرد بغير رضا البائع لدفع الضرر عن البائع فاذا اقلعت الحمى عنه فقد زال معنى الضرر فكان هو على خياره في الرد بخلاف ما تقدم فان عجزه عن الرد هناك لا يجابه حكما لازما للغير فيه وذلك مسقط لخياره حكما ولو أشهد على نقض البيع في الثلاثة بحضرة البائع والعبد محموم وله خيار الشرط. ثم ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة ولم يحدث رد حتى مضت الثلاثة الايام كان له أن يردده بذلك الرد لان نقضه البيع بحضرة البائع صحيح في حقه وانما امتنع ثبوت حكمه في حق البائع لدفع الضرر عنه فاذا ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة فقد انعدم معنى الضرر فتم البيع في حق البائع أيضا فلماذا كان له أن يردده بعد مضي الايام الثلاثة وهذا لان الحمى حين ذهبت مع بقاء مدة الخيار تجمل المشتري كالمجدد للفسخ في هذه الحالة لانه مصر على الفسخ الذي كان منه كانه جرده بعد زوال المانع. ولو تبادت به الحمى عشرة ايام ليس له بذلك الرد ولا بغيره لان مدة الخيار ذهبت والمانع قائم فبطل حكم الرد لاستفراق المانع في جميع المدة ولانه حين اقلعت الحمى عنه يصير كالمجدد للفسخ وهو لا يملك الرد به بعد مضي مدة الخيار وانما يملك ذلك في مدة الخيار ولو خاصمه في الثلاثة الى القاضي فردده المشتري وأبى البائع أن يقبله وهو محموم فان القاضي يجيز البيع ويبطل الرد لانه يردده بعيب حادث عنده وانما كان تمكنه من الرد بحكم الخيار له لدفع الضرر عن نفسه لا لاحاق الضرر بالبائع فاذا أدى ذلك الى الاضرار بالبائع أبطل القاضي رده ولزمه البيع بقضاء القاضي فان صح العقد في الثلاث لم يكن له أن يردده لان الزام القاضي اياه أقوى من التزامه اسقاط الخيار ولو أسقط خياره لم يكن له أن يردده بعد ذلك فاذا أئمه القاضي كان أولى وكذلك هذا في خيار الرؤية لان قضاء القاضي ببطلان رده مسقط لخياره حكما وذلك حاصل قبل الرؤية وهذا بخلاف الرجوع في الهبة فان الموهوب له اذا بنى في الدار الموهوبة ثم رجع الواهب فأبطل القاضي رجوعه ثم رفع الموهوب له بناءه كان للواهب أن يرجع فيها لان حق الواهب في الرجوع لا يشمل الاسقاط حتى لو اسقطه بنفسه كان اسقاطه باطلا

فالقاضي انما يمنع رجوعه بقضائه لاجل البناء لأن يسقط حقه في الرجوع فاذا زال المانع كان له ان يرجع وهنا القاضي مسقط لخياره لان خياره محتمل للسقوط فبعد مسقط خياره بقضاء القاضي لا يمكن من الرد بحكمه * قال ولو اشهد على رده في الثلاثة بمحضرة البائع وهو صحيح ثم حم قبل ان يقبضه البائع ثم اقامت عنه الحمى وعاد الى الصحة في الثلاثة أو بعدها فهو لازم للبائع ولا خيار له فيه لان المشتري فسخ البيع وهو صحيح فعاد فسخه الى ذلك البائع ثم بحدوث العيب في ضمان المشتري يثبت للبائع الخيار فاذا أقلت الحمى فقد زال ذلك العيب وسقط ما كان من الخيار للبائع كما لو حدث بالمبيع عيب في يد البائع ثم زال العيب قبل أن يقبضه المشتري كان لازما للمشتري ولا خيار له فيه فهذا مثله وكذلك خيار الرؤية ولو خاصمه والحمى به فابطل القاضي الرد وأزم المشتري العبد فليس له أن يرده بعد ذلك لان ذلك الفسخ بطل بقضاء القاضي بمنزلة البيع اذا أبطله القاضي للعيب الحادث عند البائع ثم زال العيب * قال ولو جرح العبد عند المشتري جرحا له ارش أو جرحه هو أو كانت أمة فوطئها هو أو غيره لم يكن له ان يردّها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط اما اذا جرحها هو فلان اقدمه على ذلك الفعل اكتساب منه للسبب المسقط لخياره لانه يعجزه عن ردها كما قبضها وان جرحها غيره فلما حدث من الزيادة المنفصلة وهو الارش وكذلك ان وطئها غيره فان وطئها هو فاقدمه على الوطء يكون رضا منه بتقرر ملكه فيها وذلك مسقط لخياره وكذلك إذا ولدت ولدا فمات ولدها أو لم يمت لم يكن له أن يردّها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط. أما اذا بقي الولد فللزيادة المنفصلة وأما اذا مات الولد فللنقصان الحادث في يده بالولادة ولو كانت دابة أو شاة فولدت لم يكن له أن يردّها لا بخيار الشرط ولا بخيار الرؤية للزيادة المنفصلة وكذلك لو قتل ولدها هو أو غيره لأنه بالقتل حابس للزيادة فكانها قائمة في يده واذا كان القاتل غيره فقد وجب على القاتل قيمة الولد وبقاء قيمته في يده كبقاء عينه ولومات موتها كان له أن يردّها لأن الزيادة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كأن لم تكن والولادة لا تمكن عيبا فيها فان الولادة في البهائم لا تكون نقصانا فلماذا كان له أن يردّها * قال ولو أن البائع جرحها عند المشتري أو قتلها وجب البيع على المشتري وعلى البائع القيمة في خيار الشرط والرؤية أما في القتل فلان المشتري عجز عن ردها بعد ما قتلت وقد صار البائع منها كاجنبي آخر فكما أنه لو قتلها اجنبي آخر يسقط خيار المشتري ويكون له على القاتل قيمتها

فكذلك اذا قتلها البائع وأما اذا جرحها البائع عند المشتري فكذلك الجواب في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول وهو القياس وفي قول أبي يوسف الآخر للمشتري أن يردّها بخياره ذكر قوله في كتاب الشرب وذكّر محمد بن سماء في نوادره في خيار الشرط والرؤية وخيار العيب جميعاً وجه قوله ان الخيار مستحق للمشتري على البائع ومن عليه الحق لا يملك اكتساب سبب اسقاط الحق المستحق عليه الا بطريق الابقاء. يوضحه أن حدوث العيب في يد المشتري انما يمنع الرد لدفع الضرر عن البائع ولا يتحقق ذلك في جنابة البائع عليه لانه راض بفعله ولانه يجعل مسترداً لذلك الجزء لجنابته ولما بقي برد المشتري عليه فيعود اليه حكماً كما خرج من يده بخلاف ما اذا كان الجاني غيره. وجه قولهما أن البيع لازم في جانب البائع وهو بعد التسليم فيها كاجنبي آخر بدليل مسألة القتل ولو كان الجاني اجنبياً آخر فوجد الارش لم يتمكن المشتري بعد ذلك من ردها فكذلك اذا كان هو البائع ولا يملك اسقاط خيار المشتري فالاجنبي لا يملك اسقاط خياره والبائع انما رضى بالنقصان الحادث بجنابته في ملك المشتري فلا يكون راضياً به في ملك نفسه ولو جعل جنابته استرداداً في ذلك الجزء، لكان قتله استرداداً في الكل وهذا لان البيع لازم من جهته فلا يتمكن هو من الاسترداد ولو استودعها المشتري البائع بعد ما قبضها فمات عند البائع قبل أن يرضى المشتري ففي خيار الرؤية هي من مال المشتري وعليه الثمن لانها مملوكة للمشتري أمانة في يد البائع فهلا كها في يد الأمين كهلا كها في يد المشتري وفي خيار الشرط كذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان خيار الشرط عندهما لا يمنع ملك المشتري وعند أبي حنيفة في القياس كذلك لان البيع لازم في جانب البائع والمبيع خارج من ملكه فايداع المشتري اياه كابداعه اجنبياً آخر فاذا هلك في يده هلك من مال المشتري وفي الاستحسان يهلك من مال البائع لأن خيار المشتري يمنع ملكه عند أبي حنيفة فتسليمه اياها الى البائع لا يكون ايداعاً فيه ملك نفسه ولكنه فسح للقبض فكانها هلكت في يد البائع قبل أن يقبضها المشتري فهلك من مال البائع

﴿ باب بيع النخل وفيه ثمر أو لم يكن فيه ثمر ﴾

قال واذا اشترى الرجل أرضاً ونخلًا بألف درهم والارض تساوى ألفاً والنخل يساوى

ألفا فأمر النخيل بعد ذلك في يد البائع مرة أو مرتين كل مرة تساوي الثمرة ألفاً فأكله
البائع كله ثم جاء المشتري يطلب بيعه فالأصل في تخريج هذه المسئلة أن الثمار الحادثة زيادة
في الأرض والنخل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول رحمهم الله وفي
قوله الآخر هو زيادة في النخل خاصة وجه قوله الآخر أن الثمار يخرجها النخيل دون
الأرض فيكون زيادة فيها تقسم الثمن على قيمة الأرض والنخل أولاً ثم حصة النخيل تقسم
على قيمتها وقيمة الثمار بمنزلة ما لو اشترى جاريتين فولدت أحدهما قبل القبض ثم قبضها
فانه يقسم الثمن على قيمة الجاريتين أولاً ثم ما أصاب التي ولدت يقسم على قيمتها وقيمة
ولدها يوم يقبض المشتري الولد لهذا المعنى ان الولد انفصل عنها فتكون زيادة فيها خاصة
وجه قولها ان النخيل في هذا البيع بيع بدليل أنها تدخل في البيع من غير ذكر والبيع
لا يقع له فتكون الثمار الحادثة زيادة في الأصل بمنزلة ما لو اشترى جارية فولدت ابنة قبل
القبض ثم كبرت الابنة وولدت ولداً فيجعل الولد الثاني زيادة في الجارية حتى يقسم الثمن
على قيمتها وقيمة الولدين لان الابنة تابعة في العقد فلا يكون ولدها تبعاً لها فهذا مثله والثمار
في الصورة يخرجها النخيل وفي المعنى زيادة في الأرض لان النخيل تتشرب بعروقها من
الأرض ألا ترى ان بقوة الأرض تزداد الثمار جودة فعرفنا أن من حيث المعنى الأصل هو
الأرض للثمار وللنخيل جميعاً فهذا يقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة ثم يعتبر في القسمة
قيمة الثمار حين أكلها البائع لأنها عند ذلك صارت مقصودة فالزيادة الحادثة إنما تصير
لها خاصة من الثمن اذا صارت مقصودة بالتناول ألا ترى ان المشتري اذا قبضها يعتبر في
الانقسام قيمتها وقت القبض فكذا اذا أكلها البائع فان كانت أثمرت مرة واحدة فأكلها
البائع وقيمتها ألف درهم انقسم الثمن أثلاثاً ثلثه بازاء الأرض وثلثه بازاء النخيل وثلثه بازاء
الثمار ويسقط عن المشتري حصة الثمار من الثمن ويأخذ الأرض والنخيل بثلثي الثمن وفي
قول أبي يوسف الآخر يقسم الثمن أولاً على قيمة الأرض والنخيل نصفين ثم حصة النخيل
تقسم على قيمتها وقيمة الثمار نصفين فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويأخذ الأرض والنخيل
بثلاثة أرباع الثمن وان كانت أثمرت النخيل مرتين أخذ المشتري الأرض والنخيل بنصف
الثمن لأن القيم لما استوت فحصة ما تناول البائع من الثمار نصف الثمن الأول وقال أبو
يوسف يأخذ بثلثي الثمن لان نصف الثمن بمقابلة الأرض والنصف الذي يقابله النخيل يقسم

أثلاثاً ثلثه يسقط عن المشتري بتناول البائع الثمار مرتين وثلث النصف حصة النخيل يتقرر على المشتري مع حصة الارض يأخذها بثلث الثمن وان كانت أثمرت ثلاث مرات أخذ الارض والنخيل بخمسي الثمن وسقط عنه ثلاثة أخماس الثمن حصة لثمن ثلاث مرات وعند أبي يوسف يأخذ الارض والنخيل بخمسة أثمان الثمن نصف الثمن حصة الارض وربع النصف الآخر حصة النخل ويسقط عن المشتري ثلاثة أثمان الثمن وان أثمرت أربع مرات فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يأخذ الارض والنخيل بثلث الثمن لان الثمن ينقسم على ستة أسهم حصة الارض والنخل سهمان وهو الثلث وعند أبي يوسف يأخذها بثلاثة أخماس الثمن نصف الثمن حصة الارض وخمس النصف الآخر حصة النخل فذلك ستة أجزاء من عشرة من جميع الثمن وان أثمرت خمس مرات أخذ الارض والنخل عند همام سبع الثمن لان القسمة على الاسباع عندهما فيسقط حصة الثمار خمسة أسباع الثمن ويأخذ الارض والنخل بسبعة أجزاء من اثني عشر جزءاً من الثمن حصة الارض نصف الثمن وحصة النخل سدس النصف الباقي وفي جميع ذلك الخيار للمشتري ان شاء أخذ الارض والنخل وان شاء فسخ البيع فيهما وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبي حنيفة فلا خيار للمشتري في ذلك وإنما نص على الاختلاف في الباب الذي بعد هذا في الولد الحادث قبل القبض اذا ألتفه البائع ولا فرق بين الولد في الشاة وبين الثمار . وجه قولهما أن الزيادة الحادثة قبل القبض لما صارت مقصودة تتناول البائع وكان لها حصة من الثمن فالتحقت بالوجود عند العقد ولو كانت موجودة فألتفها البائع ثبت الخيار للمشتري فيما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل الثمار فكذلك هنا وأبو حنيفة يقول المشتري عند القبض رضى بأخذ الارض والنخيل بجميع الثمن فهو بأخذها يبعث الثمن أرضي وثبوت الخيار لتمكن الخلل في رضا المشتري فاذا علمنا تمام الرضا منه هنا فلا معنى لاثبات الخيار له . يوضحه أن هذه الزيادة لو هلكت من غير صنع البائع أخذ المشتري الارض والنخل بجميع الثمن ولا خيار له ولان يلزم الارض والنخل ببعض الثمن عند اتلاف البائع الثمار كان أولى بخلاف الموجود عند العقد فانه لو هلك من غير صنع البائع بخير المشتري فكذلك بصنع البائع وبهذا يتبين أن تفرق الصفقة انما يحصل بهلاك الموجود عند العقد لا بهلاك الحادث بعد القبض فان كان في النخل ثمرة تساوى ألفاً يوم اشترى الارض والنخل وقد اشتراها معا فان الثمار لا تدخل

في البيع الا بالذکر لانه يعرض الفضل فهو والموضوعه في الارض سواء بخلاف النخل فانها تابعة للارض كالبناء فيدخل في البيع من غير ذکر فاذا أكلها البائع ثم أتمرت بعد ذلك مرارا فاكله البائع فالاصل في تخریج هذه المسئلة أن ثلث الثمن يسقط من المشتري بأكل البائع الثمار الموجودة لان الثمار الحادثة بعد ذلك ليست بزيادة في الثمار الموجودة وهي مقصودة لا تدخل في العقد الا بالذکر فيقسم الثمن أولا على قيمة الارض وعلى قيمة النخل وقيمة الثمار الموجودة وقت العقد وقد استوت القيم فتقسم أثلاثا ويسقط عن المشتري ثلث الثمن حصة الثمار الموجودة وأما ثلثا الثمن حصة الارض والنخل في هذه المسئلة فبمنزلة جميع الثمن في المسئلة الاولى في حکم الانقسام على قيمتها وقيمة ما أكل البائع من الثمار الحادثة على نحو ماخرجنا في المسئلة الاولى قال فان كانت الثمرة التي حدثت بعد البيع لم يأكلها البائع ولكن أصابها آفة من السماء فذهبت بها ونقصت تلك النخل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لان الثمار الحادثة لما فاتت من غير صنع أحد لم يكن لها حصة من الثمن وصارت كان لم تكن فتنى النقصان المتكمن فيتخير المشتري لاجل ذلك وان لم ينقص النخل لم يكن للمشتري في البيع خيار وهو لازم له بجميع الثمن لان الثمار الحادثة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كان لم تكن وأما الثمار الموجودة عند العقد فسواء هلكت بغير صنع أحد أو تناولها البائع سقط عن المشتري حصتها من الثمن لانها كانت مقصودة بالعقد وقد فات القبض المستحق بهلاكها فيفسخ البيع فيها ويسقط عن المشتري حصتها من الثمن وله الخيار في أخذ الارض والنخل سواء هلكت من صنع أحد أو تناولها البائع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بمنزلة ما لو اشترى جاريتين فهلكت احداهما قبل القبض والله أعلم

باب جنایة البائع والمشتري على المبيع قبل القبض

قال رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم فلم يقبضه حتى قطع البائع يده فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان المبيع تغير في ضمان البائع وتيب صنعه فتفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام بفوات النصف فان الیدمن الآدی نصفه وذلك مثبت الخيار له فان اختار فسخ العقد سقط عنه جميع الثمن وان اختار أخذ الاقطع فطيه

نصف الثمن عندنا . وقال الشافعي عليه جميع الثمن ويضمن البائع نصف القيمة . وكذلك لو قتل البائع قبل القبض سقط الثمن عن المشتري عندنا وعند الشافعي يغرّم البائع القيمة اذا اختار المشتري امضاء العقد لان المبيع صار مملوكا للمشتري بالعقد قبل القبض والقاطع في الجناية عليه كأجنبي آخر وباعتبار أن اليد للبائع يثبت له حق الفسخ وبهذا لا يخرج من أن يكون مضمونا عليه بالقيمة إذا جنى عليه كالمرهون إذا جنى عليه المرتهن . وحجتنا في ذلك ان المبيع مضمون بالثمن على البائع وضمان الثمن مع ضمان القيمة لا يلتقتان وهذا لانه لو وجب بالجناية ضمان القيمة على البائع لزمه تسليمها بحكم العقد ولا يجوز أن يجب على البائع القيمة في ذمته على وجه يلزمه تسليمها بحكم العقد ولان المبيع في ضمان ملك البائع حتى لو هلك كان هلاكه على ملكه فينزل ذلك منزلة المملوك له حقيقة في المبيع من وجوب ضمان القيمة عليه بالجناية كما لو كانا في مجلس العقد أو كان البائع شرط الخيار لنفسه فاذا لم يلزمه ضمان القيمة سقط عنه من الثمن حصة ما أتلّفه بجنائه لان ذلك صار مقصودا بالتناول فيقابلة حصة من الثمن وقدفات القبض المستحق فيه باستهلاك البائع فيفسخ العقد فيه في ذلك القدر وان كانت يد العبد شلت من غير فعل أحد كان المشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه لتغير العقود عليه في ضمان البائع فان اختار الأخذ فعليه جميع الثمن هنا بخلاف الاول والشافعي يسوّى بينهما فيقول في الموضعين جميعا على البائع ضمان نصف القيمة لان المبيع في ضمانه قبل التسليم فلا فرق بين ان يفوت جزء منه بفعل الضامن أو بغير فعله كالمقصوب وقاس بما لو اشترى عبيد فتاب أحدهما قبل القبض بفعل البائع أو بغير فعله كان الجواب في ذلك سواء فهذا مثله ولكننا نقول الطرف من العبد وصف الأتري انه يدخل في البيع تبعا من غير ذكر ولا يجوز استثناءه من العقد واسم العبد لا يتغير بفواته وبقائه والبيع يلاقى العين والتمن يكون بمقابلة الاصل دون الوصف فاذا كان الثابت وصفا قلنا ان فات بغير صنع أحد فقد فات تبعا لا مقصودا فلا يقابله شيء من الثمن وان فات بجناية البائع فقد صار مقصودا بالجنس وفسخ العقد فيه فيقابلة بعض الثمن لا محالة بخلاف العبد وكل واحد منهما هناك يدخل في العقد مقصودا يوضحه ان الوصف لا يفرد بالعقد فلا يفرد بضمان العقد أيضا والثابت ببقاء يد البائع ضمان العقد فلا يظهر ذلك في الوصف اذا فات من غير صنعه بخلاف المقصوب فهو مضمون بالتناول والوصف يفرد بالتناول

فيفرد أيضاً بضمان التناول وكذلك ان كان البائع هو الذي جنى عليه فسقوط حصته من الثمن هنا باعتبار تناول البائع اياه وجبسه اياه والوصف يفرد بذلك وكذلك ان قطع العبد يد نفسه فهو كما لو شلت يده بغير فعل أحد لأن فعله بنفسه هدر وان قطع أجنبي يد العبد فالمشترى بالخيار فان اختار امضاء العقد فعليه جميع الثمن واتبع القاطع بنصف القيمة لان جناية القاطع على ملكه والقيمة الواجبة عليه تقوم مقام الفاتت فباعتبارها يبقى جميع الثمن على المشتري وهذا الان وجوب ضمان القيمة على الجاني ليس بحكم العقد بل بسبب الجناية ألا ترى أنه يبقى عليه وان فسخ المشتري العقد بالرد بخلاف ما إذا كان الجاني هو البائع فانه لو لزمه ضمان القيمة انما يلزمه بحكم العقد ألا ترى أنه لا يبقى بعد فسخ العقد بالرد فلا يجوز استحقاق القيمة في الذمة بحكم البيع فاذا أخذ من القاطع نصف القيمة تصدق بما زاد على نصف القيمة على نصف الثمن لان هذا ربح حصل في ضمان غيره لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى لله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن وعند الشافعي لا يلزمه التصديق بشيء وأصل الخلاف في القتل فان العبد المبيع لو قتله أجنبي وقيمه ألفا درهم وقد اشتراه بألف درهم فاختار المشتري امضاء العقد وأخذ القيمة من القاتل فعليه أن يتصدق بالفضل عندنا لأنه ربح حصل لا على ضمانه ولان القبض له مشابهة بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ومبادلة الألف بالالفين ربا قبض الفين بحكم العقد بمقابلة الألف يتمكن من شبهة الربا فيلزمه التصديق وعند الشافعي لا يلزمه ذلك لان حكم الربا عنده انما يثبت باعتبار الشرط في العقد فاذا لم يكن مشروطاً في العقد لا يتمكن باعتباره الربا والمشتري انما يعطى الثمن بمقابلة العبد لا بمقابلة القيمة وإنما استوفى القيمة باعتبار أنه بدل ملكه فهو كما لو قتل بعد قبضه وان اختار المشتري فسخ البيع فان البائع يتبع الجاني بنصف القيمة أيضاً لأن العقد انفسخ برد المشتري من الاصل فيبقى جناية القاطع على ملك البائع ورجع عليه بنصف القيمة ويتصدق أيضاً بما زاد من نصف القيمة على نصف الثمن لان أصل الجناية حصل لا على ملك البائع وان كان باعتبار المال يجعل كالحاصل على ملكه وتأثير الملك في سلامة الربح أكثر من تأثير الضمان فاذا كان يلزمه التصديق بالربح الحاصل على ملكه دون ضمان فلان يلزمه التصديق بالربح الحاصل لا على ملكه أولى ولو كان المشتري هو الذي قطع يد العبد صار قابضاً لجميع العبد لانه ألتف نصفه بقطع اليد وفي الاتلاف قبض وزيادة وغير ما تبقى بفعله والمشتري بصنع معين للمعقود

عليه يصير قابضاً بوضعه انه لو تخلي به كان قابضاً له وبقطع يده يكون متخلياً بما بقي منه وزيادة فان هلك العبد في يد البائع من القطع أو من غيره قبل أن يمنعه البائع من المشتري فعلى المشتري جميع الثمن لانه صار قابضاً لجميع العبد وبالقبض يتحول المبيع الى ضمانه فاذا هلك قبل أن يمنعه البائع كان هالكاً في ضمان المشتري فيتقرر عليه جميع الثمن سواء هلك بسرابة القطع أو بسبب آخر وان كان البائع منعه ثم مات من القطع فعلى المشتري جميع الثمن أيضاً لأن القطع اذا اتصلت به السراية فهو قتل حكماً ومنع البائع اياه لا يقطع السراية عن الجناية لان هذا المنع لا يتبدل المالك والمستحق إنما يفوت يد المشتري واذا كان حكم الجناية يثبت بدون يده فلان يبقى بدون يده أولى وان مات من غير القطع فعلى المشتري نصف الثمن لأن البائع لما منع الباقي بالثمن فقد صار مسترداً له بحق فاسخاً لقبض المشتري فيه ولو قبضه المشتري حقيقة قبل نقد الثمن فاسترده البائع وحبسه بالثمن انتقض به حكم المشتري فكذلك اذا صار قابضاً لما بقي منه باعتبار الجناية واذا انفسخ قبض المشتري فيه كان هالكاً في ضمان البائع فسقط حصته من الثمن وهو النصف فاما نصف الثمن فقد تقرر على المشتري بقطع اليد لان اليد من الأيدي نصفه ولا يتصور الاسترداد في الجزء الفات فان قطع البائع أولاً يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف ثم برى، منها جميعاً فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ولا خيار له فيه لان البائع بقطع اليد فوت نصفه فسقط نصف الثمن وثبت الخيار للمشتري بنصف الثمن فلما قطع المشتري رجله فقد صار مسقطاً لخياره لانه قابض لجميع ما بقي متلف لبعضه ومجرد قبضه بعد العلم بالعيب يسقط خياره فقبضه مع الاتلاف أولى أن يكون مسقطاً لخياره ولو كان المشتري هو الذي قطع يده أولاً ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرى، منها كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد وأعطى ثلاثة أرباع الثمن وان شاء تركه وعليه نصف الثمن لان بقطع اليد تقرر على المشتري نصف الثمن ثم البائع بقطع الرجل بعد ذلك صار مفوتاً قبض المشتري في الباقي متلفاً لنصف ما بقي فيسقط عن المشتري نصف ما بقي من الثمن وهو ربع جميع الثمن ويثبت له الخيار فيما بقي من العبد لانه تغير المقعود عليه في ضمان البائع بفعله ولم يوجد من المشتري بعد ذلك ما يكون دليل الرضا منه فان شاء فسخ العقد فيما بقي منه وعليه نصف الثمن بقطع اليد وان شاء أخذ ما بقي وعليه نصف الثمن بقطع اليد وربعه بمقابلة ما بقي من العبد ولو كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض

العبد حتى قطع المشتري يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فبري منهما فالعبد للمشتري ولا خيار له فيه لان المشتري صار قابضا لجميع العبد بانلاف النصف بقطع اليد ثم بقطع البائع رجله لا ينتقض قبض المشتري في شيء لان الثمن قد سلم للبائع وليس له بعد استيفاء الثمن حق نقض قبض المشتري فهذا لا يجعل قطعه الرجل ناقضا قبض المشتري بخلاف ما تقدم في البائع. هناك لم يستوف الثمن وله ان ينقض قبض المشتري مالم يصل اليه الثمن واذا بقي حكم قبض المشتري كان البائع في قطع الرجل كاجنبي آخر فعليه نصف قيمة قطع اليد وعلى المشتري جميع الثمن لبقاء حكم قبضه في جميع العبد ولا خيار للمشتري لان المعقود عليه انما تغير لعدم تمام قبض المشتري * قال ولو كان البائع أولا قطع يده ثم قطع المشتري رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن لأن بقطع البائع يده يسقط نصف الثمن ويتخير المشتري الا ان خياره يسقط بقطعه رجله فكان العبد لازما له بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذي أعطاه * قال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات من ذلك كله في يد البائع فعلى المشتري ثلاثة أثمان الثمن لأن البائع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشتري بقطع رجله صار متلفا نصف ما بقي وهو الربع تلف بسرماية الجنائتين فنصفه يكون هالكا بسرماية جناية البائع وانما تعتبر السرماية في الحكم بأصل الجناية وحكم أصل جناية البائع سقوط الثمن بحصة ماتلف به فكذلك حكم سرماية جنائته وحكم أصل جناية المشتري تقرر الثمن عليه فكذلك حكم ماتلف بسرماية جنائته فيحتاج الى حساب تقسم ربه نصفين وذلك ثمانية فقد تلف بأصل جناية البائع أربعة وبسرماية جنائته سهم فهذا سقط عن المشتري خمسة أثمان الثمن وتلف بجناية المشتري سهمان وبالسرامية سهم فعليه ثلاثة أثمان الثمن . فان قيل فإين ذهب قولكم ان المشتري بجناية يصير قابضا لما أتلف ولما بقي منه . قلنا هو كذلك ولكن للبائع حق الاسترداد فيما بقي مالم يصل اليه الثمن فيكون مستردا لما تلف بسرماية جنائته لأن تأثير سرماية جنائته فوق تأثير جسده وقد بينا أنه لو جسده بعد جناية المشتري انتقض به قبض المشتري إلا فيما تلف بسرماية جناية المشتري فلان ينتقض حكم قبض المشتري فيما تلف بسرماية جناية البائع كان أولى ولو كان المشتري هو الذي قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك فعلى المشتري خمسة أثمان الثمن وبطل عنه ثلاثة أثمان الثمن لانه

تلف بجناية المشتري النصف وهو أربعة من ثمانية وبسراية جنيته سهم فيلزمه خمسة أثمان الثمن وتلف بجناية البائع سهمان وبسراية جنيته سهم فكما انتقض قبض المشتري فيما تلف بجناية البائع فكذلك ينقض فيما تلف بسراية جنيته فهذا سقط عنه ثلاثة أثمان الثمن وان كان الثمن منقوداً والمشتري هو البادئ بالجناية فعليه جميع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضاً لجميع العبد ولم ينتقض قبضه في شيء بجناية البائع لانه لاحق للبائع في نقض قبضه بعد وصول الثمن اليه فهذا كان عليه جميع الثمن وعلى البائع ثلاثة أثمان قيمته صحيحاً لانه تلف بأصل جنيته نصف ما بقى منه وهو ربع العبد وبسراية جنيته ربع ما بقى منه وذلك ثلاثة أثمان جميع العبد فيلزمه ثلاثة أثمان قيمته صحيحاً والبائع في هذه الحالة كالجني آخر فان كان البائع هو البادئ بالقطع رد البائع على المشتري نصف الثمن الذي أعطاه لانه بقطع اليد أتلف نصفه قبل أن يصير المشتري قابضاً له فيفسخ البيع في ذلك النصف ويجب عليه رد نصف الثمن ثم المشتري بقطع الرجل صار قابضاً لجميع ما بقى قبضاً تاماً فيتقرر عليه نصف الثمن إلا أن نصف ما بقى تلف بجناية المشتري والنصف بسراية الجنيتين فما تلف بسراية جناية البائع وهو الثمن فعلى البائع حصة ذلك من قيمة العبد لأن التالف بسراية الجناية كالتالف بأصل الجناية ولو تلف بجنيته بعدما تم قبض المشتري فيه كان الواجب عليه ضمان القيمة فكذلك ماتلف بسراية جنيته فهذا أزمه ثمن قيمة العبد للمشتري . فان قيل قد قلم ان للقبض مشابهة بالعقد واذا كان بأصل العقد بعد الجناية ينقطع حكم السراية فان قطع يد عبد نفسه ثم باعه فكذلك بقبض المشتري بعد جناية البائع ينبغي أن ينقطع حكم السراية . قلنا عيب المبيع لا تقطع حكم السراية ولكن تبطل المستحق سبب للمبيع هو القاطع للسراية لان المستحق هو المالك وقد انتقل الى ملك المشتري بالمبيع وهذا المعنى لا يوجد في القبض وبه لا يتبدل المالك والمستحق فان قيل معنى التبدل هنا يحصل حكماً أيضاً فان ماتلف بأصل الجناية قبل القبض يتلف على ملك البائع وما تلف بسراية جنيته يتلف على ملك المشتري ويتبين ذلك بالواجب فان باعتبار ماتلف بجناية البائع سقط الثمن عن المشتري وباعتبار ماتلف بجنيته يجب القيمة على البائع قلنا لا كذلك بل العبد بنفس العقد صار مملوكاً للمشتري بجناية البائع تصادف ملك المشتري وهو سبب لضمان المتلف للمشتري عليه الا أن قبض المشتري يفوت فيما تلف بأصل جنيته ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه فيسقط حصته من الثمن

بذلك فأما ما تلف بسرابة فلم يفت قبض المشتري فيه فلماذا كان مضمونا بالقيمة على البائع وتبين بهذا ان اختلاف الحكم لاجل فوت قبض المشتري لان حكم السرابة مخالف لحكم أصل العقد في حكم الضمان وهذا هو الجواب عن الاشكال الذي يرد على أبي حنيفة في مسألة سرابة القصاص ان القطع مع السرابة لا يكون قتلا من أصله اذا كان حكم أصل الفعل مخالفا لحكم السرابة بدليل هذه المسئلة ولو كان المشتري حين اشتراه نقد الثمن أو لم ينقده حتى قطع البائع يده ثم قبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه فمات في يد المشتري من جنابة البائع عليه بطل على المشتري نصف الثمن بقطع البائع يده ولا ضمان على البائع فيما هلك في يد المشتري بجنابة البائع لان المشتري باقدامه على القبض صار راضيا بما بقي منه وذلك قاطع لحكم سرابة جنابة البائع بمنزلة الرد فلماذا كان على المشتري نصف الثمن ولان القبض مشابه بالقد ولو اشتراه بعد قطع البائع يده انقطع به حكم السرابة لأن المشتري صار راضيا بقبضه بحكم الشراء فكذلك في هذا الموضوع ولا يشبه قبض المشتري في هذا الوجه قبضه في الوجه الاول بالجنابة عليه أو ببيع يحدته فيه وكل شيء يحدته من جنابة البائع بعدما يحدث المشتري فيه جنابة فان كان الثمن غير منقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ما هلك منه بجنابة البائع واذا كان الثمن منقودا فعلى البائع فيه القيمة واذا كان القبض به بعد جنابة البائع باخذ المشتري اياه فلا ضمان على البائع فيما هلك من جنابته في يد المشتري من القيمة ولا يبطل عنه شيء من الثمن باعتباره لأن القبض بالجنابة حكى فانما يظهر أثره فيما تلف به ولا تنقطع السرابة التي انعقد سببها بجنابة البائع فاما القبض بالاخذ فحتى يظهر في جميع ما بقي من العبد وله مشابهة بالعقد فينقطع به حكم سرابة جنابة البائع وهذا لأن القبض حسا يجعل راضيا بما بقي من العبد بعد جنابة البائع وبالجنابة لا يكون راضيا بتقرر ملكه فيما بقي بل هو متلف فانما ينقطع حكم سرابة جنابة البائع فيما يتلف بجنابة المشتري أو بسرابة جنابته ضرورة ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبده ثم غصبه منه غاصب فمات في يده من جنابة المولى كان على الغاصب قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات العبد من الجنابتين كان على الجاني ضمان ما تلف بجنابته وسرابة جنابته ولو لم يكن عليه ضمان ما تلف بسرابة جنابة المالك فيه يتضح ماسبق من الفرق بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجنابة قال واذا اشترى الرجل عبداً من رجل فلم ينقده الثمن حتى قبض بغير

اذن البائع فتقطع البائع يده في يد المشتري ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو غير ذلك في يد
 المشتري فان كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شئ على المشتري فيه لان حق البائع في
 الحبس لم يسقط بقبض المشتري اياه بغير اذنه والسراية اذا انصلت بالجناية كانت قنالا من أصله
 فكان البائع قتله في هذه الحالة في يد المشتري فيصير مستردا له ينسخ العقد فيه فيسقط الثمن
 عن المشتري واذا مات من غير قطعه فعلى المشتري نصف الثمن لأن البائع إنما صار مستردا
 لنصفه بقطع اليد فاما انتقض قبض المشتري في ذلك النصف وبقي النصف الآخر هالكا
 في ضمان المشتري وهذا بخلاف ما تقدم اذا قطع المشتري يده في يد البائع ثم هلك لا من ذلك
 القطع ولم يحدث البائع فيه منافع على المشتري جميع الثمن ويجعل قابضا لجميع المعقود عليه بالتلاف
 نصفه وهنا لم يجعل البائع مستردا لجميع العبد بالتلاف نصفه لان في الوجهين جميعا بقطع اليد
 يتمكن من قبض ما بقي منه فيجعل بمنزلة التخلي به والمشتري بالتخية يصير قابضا بالجناية
 أيضا يصير قابضا والبائع بالتخلي بالمبيع لا يصير مستردا فكذلك بالجناية لا يصير مستردا لما
 بقي منه وهذا لأن الملك للمشتري والملك ممكن له من القبض فيمكن أن يجعل قابضا للقبض
 بالتلاف ولما بقي منه بالتخلي به لكونه مملوكا له فاما البائع فليس بمالك وإنما حقه في
 الحبس باعتبار يده . ألا ترى أنه لو سلم المعقود عليه لم يكن له بعد ذلك أن يجسه فكذلك
 استرداده لا يظهر إلا فيما ظهر فيه عمله بيده وذلك فيما يتلف بجنايته أو بسراية جنايته واذا
 اشتراه ولم ينقده الثمن حتى أحدث المشتري فيه عيبا ينقصه من الثمن فهذا بمنزلة قطعه يده
 في أنه يصير قابضا لجميعه ويتقرر عليه جميع الثمن ان تلف بعد ذلك بأفة سماوية . ولو باعه
 المشتري بعد ما أحدث فيه وقبضه الذي اشتراه منه كان يبعه جائزا وبه تبين انه صار قابضا
 لجميع العبد بما أحدث وهو اشارة الى ما ذكرنا أنه مالك للعبد والملك مطلق له حق القبض
 والتصرف . قال واذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها رجلا كان النكاح جائزا لأن
 ولاية التزويج تثبت بملك الرقة والملك حصل للمشتري بنفس العقد والتزويج من التصرفات
 التي لا يتمتع صحتها لاجل الفرر . ألا ترى أن تزويج الآبقة والرضيعة يجوز فكان التزويج نظير
 العتق واعتاق المشتري قبل القبض صحيح فكذلك تزويجه ولهذا يجوز من الراهن تزويج
 الجارية المرهونة كما ينفذ عتقه ثم في القياس يصير المشتري قابضا بنفس التزويج وهو رواية عن
 أبي يوسف حتى اذا هلك بعد ذلك فهو من مال المشتري لأن التزويج عيب فيها والمشتري اذا

عيب المعقود عليه يصير به قابضا أو يجعل التزويج كالاتاق أو التدبير فكما يصير المشتري قابضا بذلك فكذلك بالتزويج ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضا لها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهي من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه تقل رغائب الناس فيها وينتقص لاجله الثمن فهو في معنى نقصان السعر أو التزويج لما كان عيبا من طريق الحكم فهو نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو أقر عليها بدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري حينها وهو اتلاف لجزء من عينها فاما إن يصير قابضا لما بقي بالتخلي بها أولان المشتري لا يتمكن من قبض البعض دون البعض فمن ضرورة كونه قابضا لما أتلف أن يكون قابضا لما بقي منه وبه يفرق بين قبض المشتري واسترداد البائع فالبائع يملك استرداد البعض ليجبسه بالثمن دون القبض فلا يجعل بتفويت البعض مسترد لما بقي وهذا بخلاف الاتاق لانه انهاء للملك واتلاف للمالية ولهذا يثبت به الولاء فمن ضرورته أن يصير قابضا والتدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبرة فان وطئها الزوج ثم مات بعد ذلك ماتت من مال المشتري ان نقصها الوطاء أو لم ينقصها لان الزوج انما وطئها بتسليط المشتري اياه على ذلك فيكون فعله كفعل المشتري ولو كان المشتري هو الذي وطئها بنفسه ثم مات فعليه جميع ثمنها لانه بالوطء قد تخلى بها والوطء بمنزلة اتلاف جزء منها فكذلك اذا وطئها الزوج بتسليط المشتري وان كان البائع منعها من المشتري بعد وطاء المشتري أو لزوج اياها ولم ينقصها الوطاء شيئا ثم ماتت فلا شيء على المشتري من الثمن ولا من العقر لأن البائع صار مستردا لها بجمسه اياها بالثمن ومنع المشتري منها ولم يتلف بالوطء شيئا من ماليتها لان المستوفى بالوطء وان كان في حكم جزء من عينها فذلك جزء ليس بمال والثمن بمقابلته ما هو مال فلماذا لا يتقرر على المشتري شيء من الثمن ولا عقر عليه لانه وطئها في ملكه ووطء الانسان في ملك نفسه لا يلزمه العقر وان كانت بكر او كان الوطاء نقصها لم ينظر الى العقر ولكن ينظر الى ما ينقصها الوطاء فيكون عليه حصة من الثمن لانه فات جزء من ماليتها بفعل المشتري فيتقرر عليه حصة ذلك من الثمن كما لو فقا المشتري عينها ثم استردها البائع فهلكت وهذا لأن البكارة في حكم جزء من المالية ولهذا يصير مستحقا بالبيع اذا اشترط فبوطء المشتري ان

كانت بكرًا يفوت جزء من المألية وقد بينا أن الوصف الذي هو مال يقابله حصة من الثمن إذا صار مقصودًا بالتناول وإذا كان البائع هو الواطئ لم ينظر إلى المقر ولكنه ينظر إلى النقصان فإن كان لم ينقصها شيئًا أخذها المشتري بجميع الثمن وإن كان ينقصها شيئًا حط عنه حصة النقصان وأخذها بما بقي من الثمن في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا لم ينقصها الوطئ يقسم الثمن على المقر والقيمة فيسقط حصة المقر من الثمن عن المشتري فإن نقصها الوطئ ينظر إلى الأكثر من المقر ومن النقصان فيقسم الثمن عليه وعلى قيمتها ويبطل على المشتري حصة ذلك الثمن ويأخذها بحصة القيمة من الثمن لأنها بالمقر صارت مملوكة للمشتري فوطئ البائع حصل في ملك الغير والوطئ في ملك الغير لا ينفك عن حد أو مقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب المقر ولكن لا يمكن استيفاء المقر من البائع لأنها في ضمانه بالثمن فيعتبر المقر لاسقاط حصته من الثمن وهذا لأن الوطئ في ملك الغير بمنزلة الجنابة فكما أن جنابة البائع عليها قبل التسليم تعتبر في اسقاط حصة من الثمن لافي إيجاب الضمان فكذلك وطؤه إياها إلا أنها إذا كانت بكرًا فالملكن هنا اعتبار معنى نقصان البكارة والمقر بسبب الوطئ ولكن يتعذر الجمع بينهما بسبب فعل واحد فيدخل الأقل في الأكثر ويعتبر الانقسام على القيمة وعلى الأكثر منهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول الجارية قبل التسليم في ضمان البائع وقد جعل ذلك في حكم ضمان الفعل بمنزلة حقيقة الملك ألا ترى أنه لا يلزمه بالجنابة إرش ولا بالوطئ مقر يستوفي منه فكما أن وطأه إياها لو حصل في حال قيام ملكه فيها لم يكن موجبًا للمقر أصلاً فكذلك إذا حصل في ضمان ملكه وهذا لأن المستوفي بالوطئ في حكم جزء من العين كما قال ولكنه جزء ليس بمال فاذا لم يمكن تقصانا في ماليتها والثمن بمقابلة المألية لا يمكن اسقاط شيء من الثمن باعتباره وبه فارق الجنابة فإنه يمكن تقصانا في المألية نقول أنه يسقط بحصة ذلك النقصان من الثمن يوضحه أن الجارية في حكم الوطئ إنما تصير مملوكة للمشتري بالقبض وقبل القبض هي كالمملوكة للبائع في حكم ضمان الوطئ ولهذا لا يحتسب بالحبيضة التي توجد في يد البائع من استبراء المشتري وأن المشتري لو زوجها ثم قبضها لم يكن عليه أن يستبرئها إذا طلقها الزوج فوطئ البائع إياها قبل التسليم من هذا الوجه بمنزلة وطئه إياها قبل البيع وبهذا الطريق قال أبو حنيفة لا خيار للمشتري أيضا بمنزلة ماله وطئها البائع قبل

القبض ولم ينقصه الوطاء ثم علم المشتري بذلك لم يكن له فيها خيار وان كانت بكر افنقصها الوطاء ثبت الخيار للمشتري لفوات جزء من المالية بمنزلة مالو ذهبت البكارة من غير صنع أحد . يوضحه ان المستوفى بالوطاء في حكم جزء هو ثمرة لانه من حيث الصورة استيفاء منفعة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فأتلاف البائع جزءا مما هو ثمرة لا يثبت الخيار للمشتري عند أبي حنيفة اذا لم يتمكن نقصان في مالية العين كاتلاف ولد الشاة وثمره الاشجار فاذا لم يمكن نقصانا في العين ثبت الخيار للمشتري لأجله كما لو ولدت الجارية فأتلف البائع ولدها وذكر ابن سماعه عن محمد رحمهما الله فيما إذا كانت بكرًا تخرجها هو الأطر من هذا فقال ينظر الى نقصان البكارة والعقر أي قسم الثمن أولا على نقصان البكارة وعلى قيمتها فيسقط نقصان البكارة من الثمن ثم يقسم ما بقى من الثمن على قيمتها وعلى ما بقى من العقر فسقط حصة العقر من الثمن وبيانه إذا اشتراها بمائة وقيمتها مائة ونقصان البكارة عشرون والعقر أربعون فانه يسقط أولا باعتبار نقصان البكارة عشرين درهما ثم يقسم ما بقى من الثمن وذلك ثمانون درهما على قيمتها وهي ثمانون وعلى ما بقى من العقر وهو عشرون فيقسم أخماسا بأن يجعل كل عشرين سهما فيسقط عنه خمس ما بقى وذلك ستة عشر درهما وانما يأخذها بما بقى وذلك أربعة وستون درهما * قال واذا اشترى عبدا بألف درهم فلم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري وأجنبي رجله من خلاف فعلى المشتري ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن حصة جنيته وجناية الاجنبي ويبطل عنه جناية البائع أربعة أثمان الثمن وثلثا ثلث الثمن لأن البائع يقطع اليد أتلف نصفه والمشتري مع الأجنبي يقطع الرجل أتلف نصف ما بقى ثم ما بقى وهو الربع تلف بجناية ثلثه فيكون ثلث ذلك الربع هالكا بجناية كل واحد منهم وأصل السهام من ثمانية ثم انكسر بالاثلاث فيضرب ثمانية في ثلاثة فيكون أربعة وعشرون ثم انكسر بالانصاف لان ماتلف بجناية المشتري والاجنبي يكون نصفين بينهما فتضعف أربعة وعشرون لانكسر بالانصاف فيكون ثمانية وأربعين التالف بجناية البائع أربعة وعشرون وبسراية جنيته أربعة فذلك ثمانية وعشرون وذلك أربعة أثمان العبد وثلثا ثمنه لأن سهام العبد ثمانية وأربعون كل ثمن ستة فأربعة وعشرون أربعة أثمان وأربعة ثلثا الثمن وجنيته موجبة سقوط الثمن فهذا سقط أربعة أثمان الثمن وثلثا الثمن ويتقرر على المشتري ثلاثة أثمان الثمن وثلث الثمن حصة ماتلف بجنيته وحصة

ماتلف بجنابة الاجنبي لأن الاجنبي ضامن للقيمة فيبقى البيع فيما تلف بجنابة الاجنبي تبعا لبدله والتالف بجنابتهما وسرابة جنابتهما في الحاصل عشرون وذلك ثلاثة أثمان العبد وثالث ثمنه ويرجع المشتري على الأجنبي بثمان القيمة وثالث ثمنها لان التالف بجنابة الاجنبي نصف العشرين وهو عشرة وذلك ثمن العبد وثلاثا ثمنه فيرجع المشتري عليه بثمان القيمة وثالث ثمن القيمة ولا يتصدق بشيء منه وان كان فيه فضل على حصة من الثمن لان المشتري بجنابته يصير قابضا وبنابة الاجنبي اقترنت بجنابة المشتري ووجوب القيمة عليه بعد الجنابة فعرفنا ان الوجوب على الاجنبي بعد قبض المشتري فكان ذلك ربحا على ملكه وضمانه ولو كان البائع والاجنبي هما اللذان قطعا اليد أولا ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات من ذلك كله فهو على ما ذكرنا من التخريج يرتفع سهام العبد الى ثمانية وأربعين والفئات بجنابة البائع والأجنبي أربعة وعشرون وسرابة جنابتهما ثمانية وذلك اثنان وثلاثون بينهما نصفان فيكون الفئات بفعل كل واحد منهما ستة عشر وبجنابة المشتري اثني عشر وبسرابة جنابته أربعة فذلك ستة عشر فاما ماتلف بفعل البائع فيسقط ثمنه عن المشتري وذلك ثمن الثمن وثلاثا ثمنه كل ثمن ستة وما سوى ذلك قيمته واجبة على المشتري أما حصة ماتلف بجنابته فغير مشكل وكذلك حصة ماتلف بجنابة الاجنبي لانه قد وجب عليه بدله وهو القيمة فعرفنا أنه يقرر على المشتري خمسة أثمان الثمن وثالث ثمن الثمن ويرجع المشتري على الاجنبي بثمان القيمة وثالث ثمن القيمة فيكون ذلك على عاقلته في ثلاث سنين لأن الجنابة على طرف المملوك اذا اتصلت بالنفس تتحملها العاقلة وكما ان بدل النفس كله يكون مؤجلا في ثلاث سنين فكذلك كل جزء من بدل النفس فعرفنا انها على الاجنبي وذلك ثمن القيمة وثالث ثمنها يؤخذ من عاقلته في ثلاث سنين في كل سنة ثلث ذلك فاذا قبض المشتري ذلك فانه يقابل بمقدار ربع القيمة بربع الثمن فان كان فيه فضل تصدق بالفضل لان مقدر الربع وجب بأصل جنابة الاجنبي وقد كان ذلك قبل قبض المشتري فهذا ربح حصل لا في ضمانه فيتصدق به بالفضل وأما ثلثا ثمن القيمة فهو سالم للمشتري لا يتصدق بشيء منه لان وجوب ذلك على المشتري بسرابة جنابته وقد كان ذلك بعد ما صار المشتري قابضا له بالجنابة فهو ربح حصل في ضمانه ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبدا فلم يقبضه حتى قطع أجنبي يده ثم قبضه على ذلك ورضيه فمات في يده من جنابة الاجنبي عليه فعلى عاقلة الاجنبي قيمة

العبد في ثلاث سنين فاذا قبضها وفيها فضل تصدق بنصف الفضل لان ذلك ربح مالم يضمن
واليد قطعت قبل دخول العبد في ضمانه ولا يتصدق بنصف الفضل لأن السراية كانت
بعد دخول العبد في ضمان المشتري بالقبض * قال ولو قطع المشتري وأجنبي يده معا ثم قطع
البائع رجله من خلاف فمات من ذلك كله فاشترى بالخيار لوجود الجناية من البائع بعد
جناية المشتري فقد انتقص قبض المشتري فيما تلف بجناية البائع وصار ذلك لجنايته قبل
قبض المشتري وذلك يثبت الخيار للمشتري للتغير ولم يوجد بعده من المشتري ما يكون
دليل الرضا منه فلهذا يخير بين فسخ البيع وارضائه فان اختار البيع فعليه من الثمن خمسة
أثمانه وثلاث ثمنه وسقط عنه ثمن الثمن وثلثا ثمنه حصة ماتلف بجناية البائع وبسراية جنايته وقد
بيننا على التخريج الاول ان التالف بجناية البائع اثنا عشر من ثمانية وأربعين وبسراية جنايته
أربعة فذلك ستة عشر وهو ثمن العبد وثلثا ثمنه ثم يرجع المشتري على الأجنبي بثلث القيمة
وثاني ثمن القيمة لان التالف بجنايتهما أربعة وعشرون وبسراية جنايتهما ثمانية فيكون اثنين
وثلاثين نصف ذلك على الاجنبي وذلك ستة عشر فلماذا يرجع عليه بثلث القيمة وثاني ثمن
القيمة ولا يتصدق بالفضل ان كان في ذلك لأن جناية الاجنبي كانت مع قبض المشتري
على ما بينا ان المشتري بجنايته يصير قابضا وان اختار المشتري نقض البيع لزمه من الثمن
حصة ماتلف بجنايته وسراية جنايته وذلك ثمن الثمن وثلثا ثمن الثمن ويسقط عنه ماسوى
ذلك لانفساخ البيع فيه ويرجع البائع على الاجنبي بثلث القيمة وثاني ثمن القيمة لانه ظهر
ان جناية الاجنبي حصلت على ملك البائع حين انفساخ البيع فماتلف بجنايته وسراية جنايته
يقابل ذلك بما يخصه من الثمن فان كان فيه فضل يتصدق بالفضل لانه ربح حصل لاجل ملكه
لما بينا ان أصل الجناية لم تكن على ملكه * قال واذا اشترى الرجل من الرجلين عبدا بالف
درهم فلم يقدمهما الثمن حتى قطع احد البائعين يد العبد ثم قطع الآخر رجله من خلاف
ثم فقا المشتري احدي عينيه فمات من ذلك كله في يد البائعين فالمشتري مختار للبيع بجنايته
بعد جناية البائعين لان جنايتهما أوجبت الخيار له ولكن جنايته بعد جنايتهما تكون دليل
الرضا منه والاسقاط لخياره فيكون عليه من الثمن للقاطع الاول ثمن الثمن وخمسة أسداس
ثمن الثمن لان للقاطع الثاني ثمن الثمن وخمسة أسداس الثمن لان القاطع الاول بجنايته اتلف
النصف وذلك أربعة وعشرون من ثمانية وأربعين والقاطع الثاني بجنايته اتلف نصف ما بقى

وذلك اثنا عشر تم المشتري بفقء العين أ تلف نصف ما بقي وهو ستة وما بقي وهو ستة تلف
بثلاث جنایات فيكون على كل واحد منهم ثلث ذلك فكان حاصل ما تلف بجنایة القاطع
الاول وسرایة جنایته ستة وعشرون نصف ذلك مما باع هو ونصف مما باع شريكه ففي حصة
ماباع هو يسقط من الثمن وذلك ثلاثة عشر وكل ثمن ستة فالثلاثة عشر تكون ثمن الثمن
وسدس الثمن وقد كان للقاطع الاول أربعة اثمان الثمن فاذا سقط ثمنه وسدس منه بقي
له ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمنه فلماذا يفرم المشتري له ذلك والتالف بجنایة القاطع
الثاني وسرایة جنایته أربعة عشر نصف ذلك مما باعه هو فيسقط بحصته من الثمن ونصفه
فيما باع شريكه كالأجنبي فعرفنا ان الساقط من حقه ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن بقي له
ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن فيفرم له المشتري ذلك ثم يرجع المشتري على القاطع
الاول ثمن القيمة وسدس ثمن القيمة وذلك ثلاثة عشر سهما من ثمانية وأربعين سهما
حصة ما تلف بجنایته وسرایة جنایته مما باعه شريكه لأنه في الجنایة على ذلك كأجنبي
آخر فيلزمه القيمة ويكون ذلك على عاقلة في ثلاث سنين وعلى عاقلة القاطع الثاني ثمن
قيمة العبد وسدس ثمن قيمة حصة ما تلف بجنایته وسرایة جنایته مما باعه القاطع الاول
وذلك سبعة أسهم ويكون ذلك في ثلاث سنين لانه جزء من بدل النفس فيكون في حكم
التأجيل يعتبر الجميع بدل النفس ويتصدق المشتري بما زاد من ذلك كله على ما فرم من
الثمن الا فضل سدس ثمن قيمة العبد على ما كان بمقابلته من الثمن فان ذلك يطيب له
لان ماوجب بأصل جنایة كل واحد من الباعين انما وجب قبل قبض المشتري فيلزمه
التصدق بالفضل فيه وأما ما تلف بسرایة جنایة كل واحد منهما فانما تلف بمد ما صار
المشتري قابضا له فيطيب له الفضل في ذلك القدر * قال واذا اشترى الرجلان من رجل
عبدا فلم ينقده الثمن حتى قطع أحد المشتريين يده ثم قطع الآخر رجله من خلاف
فما العبد من ذلك كله فالبيع لازم للمشتريين بالثمن كله لأن المبيع تالف بفعلهما
وذلك قبض منهما وزيادة ويرجع القاطع الاول على القاطع الثاني ثمن القيمة ونصف
ثمن قيمته ويرجع القاطع الثاني على القاطع الاول ثمن قيمته ونصف من قيمته فيكون ذلك
على عاقلة كل واحد منهما في ثلاث سنين لأن القاطع الاول بجنایته أ تلف النصف والقاطع
الثاني ا تلف نصف ما بقي ثم تلف ما بقي بسرایة جنایتهما فيكون نصفه على كل واحد منهما

فحاصل ما اف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وسراية جنايته ستة فذلك ثلاثون نصف ذلك مما اشتراه هو ونصفه مما اشتراه صاحبه فيجب عليه قيمة ذلك لصاحبه وذلك خمسة عشر سهما وخمسة عشر من ثمانية واربعين ثمنه ونصف ثمنه فلماذا يجب على عاقلة القاطع الاول ثمن القيمة ونصف ثمنها والتالف بجناية القاطع الثاني وسراية جنايته ثمانية عشر نصفه مما اشتراه صاحبه وهو تسعة وذلك ثمن ونصف ثمن فلماذا يجب على عاقلة القاطع الثاني ثمن القيمة ونصف ثمن القيمة فان كان البائع فقراً عينه بعد جنايتهما فمات من ذلك كله فللمشتريين الخيار لوجود الجناية من البائع ولم يوجد بعدهما منهما ما يكون دليل الرضا فان اختار انقض البيع فللبائع على القاطع الاول ثمن الثمن وسدس ثمنه وعلى الثاني ثمن الثمن وسدس ثمنه لان التالف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وسراية جنايته سهمان ثلث ما بقى بعد جناية البائع فذلك ستة وعشرون نصف ذلك ثلاثة عشر مما اشتراه هو فيقرر عليه حصة من الثمن وذلك ثمن الثمن وسدس ثمنه ونصف ذلك مما اشتراه شريكه فقد انفسخ البيع فيه بفسخه فيغرم للبائع ثمن القيمة وسدس ثمن القيمة لانه فيما اشترى شريكه كالاجنبي والتالف بجناية القاطع الثاني اثنا عشر وسراية جنايته سهمان نصف ذلك وهو سبعة مما اشتراه فلزمه حصة من الثمن وهو ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن ونصفه مما اشتراه شريكه فينفسخ البيع فيه بفسخه ويغرم للبائع حصة من القيمة وذلك ثمن القيمة وسدس ثمنها فان اختار امضاء البيع كان على كل واحد منهما ثلاثة اثمان الثمن وثلث ثمنه لانه انما سقط من الثمن ما تالف بجناية البائع وسراية جنايته والتالف بجنايته ستة وبسراية جنايته سهمان فذلك ثمن وثلث ثمن والباقي عليهما من الثمن ستة اثمان الثمن وثلثا ثمن على كل واحد منهما ثلاثة اثمان الثمن وثلث ثمنه ويرجع القاطع الثاني على الاول بثمن القيمة وسدس ثمنها لما بينا ان التالف بفعله مما اشتراه القاطع الثاني ثلاثة عشر سهما فيلزمه قيمة ذلك وذلك ثمن القيمة وسدس ثمنها لانه تلف بفعل الثاني مما اشتراه الاول سبعة أسهم وذلك ثمن وسدس ثمن فلا تقع المقاصة بينهما فيه لأن ما يجب على كل واحد منهما من ذلك يكون على عاقلة في ثلاث سنين فلا تقع المقاصة فيه مع اخلاف من يجب عليه وقال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم ينقده الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري يده الاخرى أو قطع رجله التي في جانب اليد المقطوعة فمات من ذلك كله فقد بطل على المشتري بقطع البائع يد العبد نصف الثمن لأن اليد من الآدمي

نصفه ثم ينظر الى ما نقص العبد من جنابة المشتري عليه في قطع يده أو رجله بخلاف ما سبق وهو ما اذا قطع رجله من خلاف لان فعله هناك ليس باستهلاك فانه غير مفوت لجنس المنفعة فلذا يجعل التالف بفعله نصف ما بقى وهنا فعله استهلاك حكما لانه ان قطع اليد الاخرى فقد فوت منفعة البطش وتفويت منفعة الجنس يكون استهلاكا من طريق الحكم ولهذا لا يستحق ذلك في السرقة ولا يجوز اعتاق مقطوع اليدين في الكفارة فان قطع الرجل التي من جانب اليد المقطوعة فقد فوت عليه منفعة المشي لانه لا يمكنه ان يمشي بمصا بخلاف ما اذا قطع الرجل من خلاف فعرفنا ان هذا استهلاك وان النقصان فيه أكثر فلذا اعتبرنا النقصان فان كانت هذه الجنابة تقصته أربعة أخماس ما بقى بأن كانت قيمته بعد قطع اليد ألف درهم وتراجعت قيمته بجنابة المشتري الى مائتي درهم فقد تقرر على المشتري أربعة أخماس نصف الثمن ثم الباقي وهو خمس النصف تلف بجنابتهما فيكون نصف ذلك على المشتري فصار حاصل ما على المشتري من الثمن أربعة أعشار الثمن ونصف عشر الثمن وسقط عنه بجنابة البائع وسراية جنابته خمسة أعشار ونصف عشر * قال فان بدا المشتري فقطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات من غير ذلك ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشتري ثلاثة أرباع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ثم انما ينتقص حكم قبضه فيما تلف بفعل البائع خاصة والتالف بفعل البائع نصف ما بقى منه وهو ربع العبد فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويلزمه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصاة مائت بجنابته وربع الثمن حصاة ما بقى من العبد لان حكم قبض المشتري بقى فيه وقد تلف لا بسراية جنابة البائع فيتقرر ثمنه على المشتري ولو لم يمت العبد وبرا كان المشتري بالخيار لان حكم قبضه انتقض فيما تلف بجنابة البائع وذلك يثبت الخيار للمشتري ولم يوجد منه بعد ذلك ما يدل على الرضا فكان على خياره ان شاء أخذه وأعطاه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصاة ماتلف بقطعه اليد وربع الثمن حصاة الباقي من العبد وان شاء تركه وأعطى نصف الثمن بقطعه اليد ولو أراد المشتري أخذه فمنعه البائع حتى يعطيه ثلاثة أرباع الثمن فمات في يده من غير جنابتهما فليس على المشتري الا نصف الثمن لأن حكم قبضه انتقض فيما بقى حين منعه البائع فانما تلف ما بقى في ضمان البائع فلذا لا يجب على المشتري من الثمن الا حصاة اليد وذلك نصف الثمن والله أعلم

﴿ باب زيادة المبيع ونقصانه قبل القبض ﴾

قال واذا اشترى الرجل جارية بالف درهم وقيمتها ألف درهم فولدت عند البائع بنتا تساوي ألف درهم ونقصت الولادة الام فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لانها تعينت في ضمان البائع والعيب الحادث قبل القبض فيها يجعل كالمقترن بالعقد ونقصان الولادة وان كان منجبرا بالولد فالخيار يثبت للتغير كما لو قطعت يدها وأخذ البائع الارش فان اختار المشتري أخذها فلم يأخذها حتى ولدت البنت بنتا تساوي ألفا وقد نقصتها الولادة فالمشترى أيضاً بالخيار لان الزيادة الحادثة قبل القبض كالموجودة عند العقد حتى يصير بمقابلتها حصة من الثمن اذا قبضت وأنه يثبت للمشتري فيها حق القبض كما يثبت في الاصل فكما أنه يستحق سلامة الاصل عن العيب ويثبت له الخيار اذا لم يسلم فكذلك يثبت الخيار للنقصان المتمكن في الزيادة بسبب الولادة لانه انما رضى بنقصانها على أن يسلم له الزيادة سليمة عن النقصان فاذا لم يسلم كان هو على خياره فاذا زادت الوسطى حتى صارت تساوي ألفين فقبضهن جميعها والام قد رجعت قيمتها الى خمسمائة ثم وجد بالام عيبا ردها بربع الثمن وهذا لأن الوسطى والسفلى كلاهما زيادة في الام فان الوسطى تبع الام في العقد ولا تبع للتبع فاذا لم يمكن جعل السفلى تبعا للوسطى جعلناهما كولدتين للام ثم الاصل في قسمة الثمن انه يعتبر قيمة الام وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض لأن الزيادة انما تصير مقصودة بالقبض وانما يكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة فاما البيع فلا حصة له من الثمن ما لم يصير مقصودا كأطراف المبيع وقيمة الام عند العقد ألف درهم وقيمة الوسطى عند القبض ألفان وقيمة السفلى ألف فجعلنا كل ألف سهما وإذا جعلنا كل ألف سهما انقسم الثمن على أربعة أسهم سهم بازاء الام فيردها بذلك اذا وجد العيب بها وسهمان بازاء الوسطى فيردها بالعيب بنصف الثمن وسهم بازاء السفلى فيردها بالعيب بربع الثمن لأن كل واحدة منهن لما صارت مقصودة بالقبض التحقت بالموجود عند العقد في استحقاق المشتري صفة السلامة فيها وعند وجود العيب انما يرد العيب خاصة بمعد القبض وقد بينا هذا فيما سبق وقال واذا اشترى أمتين بألف درهم قيمة احدهما خمسمائة وقيمة الأخرى ألف درهم فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوي ألفا ثم أعورت التي كانت تساوي

قتل الولد فقد صار الولد مقصودا باتلاف البائع اياه ولو صار مقصودا بقبض المشتري
 اياه كان له حصة من الثمن فكذلك اذا صار مقصودا باتلاف البائع وقد قررنا هذا في طرف
 البيع انه اذا فات من غير صنع أحد لا يسقط شيء من الثمن واذا أتلفه البائع يسقط حصته
 من الثمن فكذلك هذا في الولد الذي هو تبع فيقسم الثمن على قيمة الام وقت البيع وعلى
 قيمة الولد يوم قتله البائع فما أصاب الولد بطل عن المشتري وأخذ الام بما بقي ولا خيار له
 في ذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له الخيار وهذه هي الخلافية التي
 ذكرناها في التمار وتنصيبه على الخلاف هنا يكون تنصيبا ثمة اذ لا فرق بينهما قال واذا
 اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم واحدى عينيها بيضاء وقيمتها ألف درهم فولدت
 ولدا يساوي ألفا ثم ذهب البياض من عينيها فصارت تساوي ألفين ثم ان البائع ضرب العين
 التي كانت في الأصل صحيحة فايضت ورجعت قيمتها الى ألف درهم وبياض العين
 ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى لو كانت العين الاولى بيضاء على حالها فاني استألفت
 الى الزيادة لكي انظر كم كان ينقصها البياض لو كان بياض العين الاولى على حاله فاذا كان
 ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى وذلك ثمانمائة درهم فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها
 بستة أعشار الثمن وان شاء تركها اما تبوت الخيار فلانها تغيرت في ضمان البائع بفعله ثم ذهب
 البياض عن العين الاولى زيادة متصلة ولا معتبر بالزيادة المتصلة في عقود المعاوضات لما بينا
 أن المعتبر في الاتقسام قيمتها وقت العقد فوجود هذه الزيادة كعدمها ولولم يذهب البياض
 عن عينيها حتى ضرب البائع العين الصحيحة فايضت فانه يتعبر فيه النقصان فيها لانها عميت
 بفعله وذلك استهلاك حكما فيكون المعتبر فيه النقصان فلماذا قال ينظر الى ما تنقصها القيمة
 الاولى ثم الثمن ينقسم على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وهما سواء فانقسم
 نصفان نصف الثمن حصة الولد ونصفه حصة الام فاذا كان النقصان أربعة أخماس القيمة
 الاولى سقط عن المشتري أربعة أخماس النصف وتبين أن جميع الثمن صار على عشرة
 أسهم نصفه وهو خمسة حصة الولد وسهم واحد حصة ما بقي من الام فاذا قبضها ثم وجد
 بالام عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو سدس ما أخذها به ولو وجد العيب بالولد رده بحصته
 وهو خمسة أسداس ما أخذها به ولو لم يكن البائع ضرب العين الصحيحة ولكنه ضرب
 العين التي كان بها البياض بعد ما ذهب البياض فعاد الى الحالة الاولى فالمشتري بالخيار في

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أخذها بثأى الثمن وان شاء تركهما ولان ذهاب
البياض كان زيادة متصلة فقد انفصلت بفعل البائع فهي كزيادة متصلة أتلفها البائع بان ولدت
ولداً آخر قيمته ألف فقتله البائع ولو كان كذلك لكان يقسم الثمن على قيمة الأم وقت
العقد وقيمة الولد من حين يصير كل واحد منهما مقصودا والقيمة سواء فيقسم الثلث أثلاثا
وحصة ما أتلف البائع ثلث الثمن فيسقط ذلك عن المشتري ويتخير فيما بقي عندهما وعند
أبي حنيفة لا خيار له بمنزلة الزيادة المنفصلة في البهائم اذا أتلفها البائع لان تلك الزيادة
لا تمكن نقصانها في الاصل وهذه الزيادة مثل تلك فان كان أخذها ثم وجد باحداها عيا رده
بنصف ما أخذها به لما بينا ان حصة كل واحد منهما ثلث الثمن وهذا بخلاف الاول
وهو ما اذا كانت جنابة البائع على العين الصحيحة لان الزيادة هناك لم تزايل البدن فلا
معتبر بها وهنا الزيادة زابت البدن بصنع البائع فوجب اعتبارها قال واذا اشترى جارية ألف
وقيمتها ألف واحدى عيها يضاء فذهب البياض فصارت تساوى الفين ثم ان عبدا لاجني
ضرب تلك العين فعاد يياضها ودفعه مولاه وقيمته خمسمائة درهم فأخذها المشتري بجميع الثمن
ثم انه وجد بالعبد عيا فانه يرد بثلث الثمن لأن العبد المدفوع بالعين قائم مقامها وذهاب
البياض عن تلك العين كان زيادة متصلة وقد انفصلت فيجعل كولد ولدته الجارية وانما ينقسم
الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض فكذلك يعتبر قيمة العبد المدفوع في
الانقسام وقت القبض بحكم العقد لا وقت الدفع بالجنابة لأن ذلك ليس من حكم العقد في
شيء وقيمته وقت القبض خمسمائة فانقسم الثمن أثلاثا لثمة بازاء العبد يرد بذلك ان وجد
به عيا وثلثاه بازاء الجارية ان وجد العيب بها يرد بها بذلك وان كان المشتري لم يقبض
العبد حتى زاد في يد البائع فصار يساوى ألف درهم ثم قبضها المشتري فوجد باحداها
عيا رده بنصف الثمن لما بينا ان المعتبر قيمة العبد وقت القبض بحكم العقد وهي مساوية
لقيمة الامة وقت العقد فانقسم الثمن عليهما نصفين قال واذا اشترى جارية تساوى ألفا فقفا
البائع عيها ثم ولدت بعد الفقه ولدا يساوى ألفا أخذها المشتري بنصف الثمن لأن البائع
لما فقفا عيها فقد سقط عن المشتري نصف الثمن لأن العين من الآدمي نصفه ثم لما ولدت
انقسم ما بقى من الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فان كان الفقه بعد الولادة أخذها ان شاء بثلاثة
أرباع الثمن لانها حين ولدت وهي صحيحة فقد انقسم جميع الثمن على قيمتها وقيمة الولد

بشرط بقاء الولد على هذه القيمة الى وقت القبض وقد بقي فظهر أن نصف الثمن كان بمقابلة الولد ونصفه حصة الام فلما فقأ البائع العين فانما يسقط نصف حصتها من الثمن وذلك ربع الثمن فاما إذا كان الفقء قبل الولادة فقد كان جميع الثمن فيها حين فقأ البائع عينها فلماذا يسقط نصف الثمن قال ولا يشبه الرهن في هذا البيع يعني في الرهن في هذه الصورة لا فرق بين الولادة قبل ذهاب العين وبين الولادة بعد ذهاب العين ويكون الساقط ربع الدين في الموضعين جميعا وبالولادة بعد ذهاب العين هناك يعود بعض ما كان ساقطا وفي البيع لا يعود والفرق بينهما أن سقوط الثمن بفقء البائع العين انما كان بطريق انفساخ العقد فيما أتلفه البائع والبيع بعد ما انفسخ لا يعود بحدوث الزيادة وأما في الرهن فسقوط الدين بطريق المرتهن صار مستوفيا والاستيفاء بقر الدين ولا يسقطه فاذا حدثت الزيادة فقد حدثت في حال قيام الدين كله لكونه منتهيا بالاستيفاء فلماذا يعود باعتبار أن الزيادة بعض ما كان ساقطا وتجمل الزيادة الحادثة بعد ذهاب العين كالزيادة قبل ذهاب العين ألا ترى انه لو اشترى شاة فمات قبل القبض ثم دبغ البائع جلدها لا يعود العقد في حصة الجلد . ولو أن الشاة المرهونة ماتت وحكم بسقوط الدين ثم دبغ المرتهن جلدها عاد من الدين ما يخص الجلد وكان الفرق ما ذكرنا وتحقيقه من حيث المعنى أن الفسخ ضد ما هو مقصود بالعقد فانما يسقط بعض الثمن عن المشتري بما هو ضد المقصود بالعقد فلا يجعل العقد فيه كالتائم حكما وأما سقوط الدين بهلاك بعض المرهون فيحقق ما هو المقصود بالعقد لأن المقصود بعقد الرهن الاستيفاء أو انما يتم ذلك بهلاك الرهن فلماذا يجعل كان العقد في الكل قائم حكما حين حدثت الزيادة فيسقط نصف ما يخص الأم وذلك ربع الدين ثم الرهن والبيع يفرقان من وجه آخر وهو أن في البيع اذا ذهبت العين من غير صنع أحد لا يسقط شيء من الثمن وفي الرهن بذهاب العين من غير صنع أحد يسقط نصف الدين لأن ضمان الرهن يثبت بالقبض والاوصاف تصير مضمونة بالقبض واذا فاتت من غير صنع أحد وذلك كما وصاف المقصوبة وفي البيع الضمان بالعقد فاذا فاتت من غير صنع أحد قلنا لا يسقط شيء من الثمن بفواتها * قال واذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا وهي بيضاء احدى العينين فقأ البائع العين الباقية فصارت تساوى مائة درهم أخذها المشتري بمائة درهم ان شاء لان فعل البائع استهلاكها حكما ويعتبر نقصان القيمة فيما يسقط من الثمن به فاذا لم يأخذها حتى ذهب

يباض عينها الاولى فصارت تساوي ألفا فالمشترى على خياره ان شاء أخذها بمائة درهم
 وان شاء تركها لان ذهاب البياض عن العين الاخرى زيادة متصلة ولا معتبر بها في حكم
 البيع فان ضرب عبد هذه العين التي برئت فعاد يباضها فمولى العبد بالخيار ان شاء دفعه
 بالجنابة وان شاء فداه بأرش الجنابة وهو ثمانمائة درهم فان دفعه وقيمه خمسمائة درهم أخذها
 المشتري بمائتي درهم لما بينا أن العقد انفسخ في أربعة أخماسها بفقء البائع عينها وكما لا يعود
 شيء من ذلك بولد تله فكذلك لا يعود بالعبد المدفوع بالجنابة لأنه قائم مقام الزيادة المتصلة
 وقد صارت منفصلة فهو كولد ولده فهذا يأخذها المشتري بمائتي درهم ان شاء فان قبضها
 فوجد بالجارية عيباً ردها بسبعي الثمن الذي نقد وهو مائتا درهم وان وجد بالعبد عيباً رده
 بخمسة أسباعه لأن ما بقي من الثمن وهو مائتا درهم انقسم على قيمة ما بقي منها وذلك
 مائتان وعلى قيمة العبد وقت القبض وهو خمسمائة درهم فاذا جعلت كل مائة سهماً كانت
 القسمة أسباعاً خمسة أسباعه حصّة العبد فيرده به وسبعاه حصّة الجارية فيردها بذلك
 وانما اعتبرنا في الانقسام قيمة ما بقي منها ولم نعتبر قيمتها وقت العقد لأن العقد قد
 انفسخ في أربعة أخماسها وانما يعتبر في الانقسام قيمة ما بقي حكم العقد فيه لاقية ما انفسخ
 العقد فيه ولو كان البائع لم يبقاً عينها حتى ذهب بياض عينها فصارت تساوي ألف درهم ثم
 ان عبداً ضرب العين التي برئت فعاد يباضها ثم ان البائع فقأ العين الباقية فصارت تساوي
 مائتي درهم فمولى العبد بالخيار ان شاء دفعه وان شاء فداه بألف درهم لأن الفداء يكون
 بأرش الجنابة وأرش الجنابة هنا ألف درهم فقد كانت قيمتها عند الجنابة ألفي درهم فمات
 بذهاب العين نصفها وتراجعت قيمتها الى ألف درهم فان دفعه وقيمه خمسمائة أخذها
 المشتري ان شاء بخمسي الثمن وثلث خمس الثمن ويبطل عنه بفقء البائع عين الجارية خمسا
 الثمن وثلثا خمس الثمن لأن العبد مدفوع بما فوته من الزيادة المتصلة فهو بمنزلة ولد ولده
 يساوي خمسمائة وعند ظهوره جميع العقد فيها قائم فانقسم الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة
 العبد وقت القبض اثلاثاً ثلثه بازاء العبد وثلثاه بازاء الجارية ثم بفقء البائع عينها سقط
 أربعة أخماس ما فيها وبقي الخمس فاذا أردت تصحيح ذلك فالسبيل أن تضرب ثلاثة في
 خمسة فتكون خمسة عشر حصّة الام من ذلك عشرة والساقط ثمانية من هذه العشرة
 وثمانية من خمسة عشر خمسا وثلثا خمسة لان كل خمس ثلاثة فخمسا ستة وثلثا خمسة سهران

فيسقط ذلك عن المشتري ويأخذها بما بقي وهو سبعة من خمسة عشر وذلك خمسه وثلاث
خمسه والله أعلم

﴿ باب قبض المشتري باذن البائع أو بغير اذنه ﴾

قال واذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بألف درهم حالة فليس للمشتري أن يقبض
العبد حتى يعطى الثمن عندنا وهو أحد أقاويل الشافعي وقال في قول علي البائع تسليم المبيع أولاً
لأن ملك المشتري ثبت بالعقد في العين وملك البائع ديناً في ذمة المشتري والملك في العين
أقوى ووجوب التسليم بحكم الملك وفي قول آخر يسلم كل واحد منهما ييد ويقبض ييد
لأن قبضه للماوضة التسوية فكما اقترن ثبوت الملك لاحدهما بثبوت الملك للآخر فكذلك
القبض كما في بيع المقابضة ولكننا نقول قصة المعاوضة التسوية وقد عين البائع حق المشتري
في المبيع فعلى البائع أن يعين حق البائع في الثمن ولا يتم الثمن الا بالقبض فهذا كان أول
التسليمين على المشتري بخلاف بيع المقابضة فهناك حق كل واحد منهما متعين وهذا هو
الجواب عن قوله ان ملك المشتري أقوى فانا انما نوجب عليه تسليم الثمن أولاً لهذا المعنى
وهو أنه لما يقوى ملكه في المبيع فعليه أن يسوى جانب البائع في ملك الثمن بجانب نفسه
ولا يكون ذلك إلا بالتسليم وكذلك نقده الثمن الا درهما لأن سقوط حق البائع في
الجنس متعلق بوصول الثمن اليه فما لم يصل اليه جميع الثمن لا يتم الشرط ويبقى حق البائع
في الحبس الا أن يكون الثمن مؤجلاً فيثبت ليس للبائع أن يجبس المبيع قبل حلول الاجل
ولا بعده لأن قبل حلول الاجل ليس له أن يطالب بالثمن وانما يجبس المبيع بما له أن
يطالبه من الثمن وأما بعد حلول الاجل فلان حق الحبس لم يثبت له بأصل العقد فلا
يثبت بعد ذلك تبعاً بهذا الحق ما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فاذا لم يبق ذلك بعد
العقد لا يثبت ابتداء بحلول الاجل وذكر هاشم عن محمد رحمهما الله في نوادره أنه إذا أجله
في الثمن شهراً ثم لم يسلم البائع المبيع الى المشتري حتى مضى شهر فلي قول أبي حنيفة ان
كان الاجل شهراً بعينه فيمضيه بحل الثمن وان كان شهراً بغير عينه فعلى البائع أن يسلم
المبيع وليس له أن يطالب بالثمن حتى يمضي شهر بعد التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله له أن يطالب بالثمن في الوجهين جميعاً لان مطلق الشهر في الاجل ينصرف الى الشهر

الذي يعقب العقد عيناه أو لم يعيناه كما في الاجارات والأيمان هذا هو القياس الظاهر وما ذهب اليه أبو حنيفة نوع استحسان بناء على مقصودهما فاقصود أن يتصرف المشتري في المبيع في الشهر ويؤدى الثمن عند مضيه ويستفصل لنفسه ولا يحصل هذا المقصود اذا لم يسلم المبيع اليه فلماذا قال في الشهر المطلق يكون ابتداءه من حين يسلم اليه المبيع فان نقد المشتري الثمن وهو حال ولم يقبض المبيع حتى وجد البائع الدراهم زيوفاً أو نهرجة أو ستوقاً أو رصاصاً أو استحققت من يده فللبائع ان يمنع المشتري من قبض العبد حتى يعطيه الثمن مثل شرطه لأن الرد بهذه الأسباب ينقض القبض من الاصل فيلتحق بما لم ينقد الثمن وكذلك لو وجد بعض الثمن بهذه الصفة وان كان ذلك درهما واحداً لأن القبض قد انتقض في ذلك الردود فكأنه لم يقبض ذلك القدر وان كان المشتري قبض العبد من البائع باذنه ثم ان البائع وجد الثمن أو بعضه على ما وصفنا فان كان الذي وجد ستوقاً أو رصاصاً كان له أن يأخذ العبد حتى يدفع اليه المشتري مكان الذي وجد من ذلك جياداً على ما شرطه لأن المقبوض ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز وانما يسلم البائع المبيع اليه على أن المقبوض ثمن فاذا تبين انه لم يكن ثمناً لم يكن هو راضياً بالتسليم فكان المشتري قبضه بغير اذنه وكذلك ان استحق المقبوض من يده لان المستحق وان كان من جنس الدراهم ولكن البائع انما رضى بالتسليم بشرط ان يسلم له المقبوض فاذا لم يسلم كان هو على حقه في الحبس وان كان وجد الثمن أو بعضه زيوفاً أو نهرجة استبدلها من المشتري لأن المستحق له بمطابق التسمية الدراهم الجياد فان المهاملات عرفاً بين الناس بالجياد وبمطلق عقد المعاوضة تستحق صفة السلامة عن العيب والزيادة عيب في الدراهم فكان له أن يستبدل الزيوف بالجياد وليس له أن يسترد العبد فيجسه بالثمن عندنا * وقال زفر له ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لانه انما سلم المبيع على ان المقبوض من الثمن حقه وقد تبين انه لم يكن حقا له لان حقه في الجياد والمقبوض زيوف والتمن دين في الذمة فيختلف باختلاف الاوصاف واذا لم يكن المقبوض حقه لم يتم رضاه بالتسليم فهو المستوق سواء. يوضحه ان الرد بالعيب الزيادة ينقض القبض من الاصل ولهذا ينفرد به الراد ويرجع بموجب العقد لا بموجب تسليم الثمن مرتين فلا يتمكن من الرجوع بموجب العقد ما لم ينتقض القبض من الاصل واذا انتقض عاد حقه في الجياد كما كان قبل استيفاء الثمن. وجه قولنا انه سلم المبيع قبل قبض الثمن فصح

تسليمه وبعد صحة التسليم لا يعود حق البائع في الحبس لان من ضرورة صحة التسليم سقوط
حقه في الحبس والمسقط يكون مئلا شيئا لا يتصور عوده لهذا قلنا لو أعار المبيع من المشتري
أو أودعه منه سقط حقه في الحبس وكذلك لو أجله في الثمن سقط حقه في الحبس ثم لا يعود
بحلول الاجل وبيان لوصف أن الزيوف والتبهرجة من جنس الدراهم الا ان بها عيبا والعيب
بالشيء لا يبدل جنسه ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز وكان مستوفيا لا مستبدلا
فكان البائع يقبضها قابضا لثمن وتسليم المبيع بعد قبض الثمن صحيح ثم بالرد ينتقض قبضه من
الاصل كما قال ولكن في الحكم الذي يحتمل النقص بعد الثبوت دون مالا يحتمل ذلك الا
نرى أن المولى اذا قبض بدل الكتابة فوجده زيوفا فرده لا يبطل العتق وكذلك لو حلف
لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فاستوفى حقه ثم وجد انقبوض زيوفا فرده لا يبطل به حكم
البر في اليمين فقد بينا ان حق البائع في الحبس بعد ما سقط لا يتصور عوده فلا يعود بانتقاض
القبض بالرد أيضا بخلاف الستوق والرصاص فهناك يتبين انه لم يقبض الثمن وان تسليمه لم يكن
صحيحا وبخلاف المستحق لان قبض المستحق موقوف على اجازة المستحق فالتسليم الذي ينبنى
عليه يكون موقوفا أيضا ولا يكون صحيحا مطلقا وان لم يرتجع البائع من المشتري العبد ولم
يجد في الثمن شيئا مما ذكرنا حتى باع المشتري العبد أو وهبه وسلمه أو رهنه وسلمه أو أجره
ثم وجد البائع في الثمن بعض ما ذكرنا فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز لا يقدر البائع على
رده ولا سبيل له على العبد لان المشتري تصرف فيه بعد القبض وانما تصرف فيه بتسليط
البائع فالبيع والتسليم تسليط له على التصرف ألا ترى ان في البيع الفاسد لا يتمكن البائع من
نقض تصرفه فلما حصل بتسليط صحيح كان أولى ولو كان المشتري قبض العبد بغير اذنه ثم
صنع فيه بعض ما ذكرنا ثم وجد البائع بعض الثمن على ما ذكرنا كان له أن ينقض جميع ما
صنع المشتري فيه ويسترده حتى يوفيه المشتري الثمن لان تصرف المشتري حصل لا بتسليط
من البائع فالقبض منه كان بغير اذن وذلك لا يسقط حق البائع في الحبس ولما ظهر ان
الثمن كان على ما وصفنا فقد ظهر أن حق البائع باق في الحبس لم يسقط حكما بوصول حقه
ولا أسقطه باختياره بتسليم المبيع الى المشتري فكان له أن ينقض جميع ما تصرف فيه
المشتري اذا كان محتملا للقبض بان كان البائع لما علم بقبض المشتري العبد سلم ذلك ورضى
به والمسئلة على حالها كان هذا مثل اذنه له في القبض لأنه أجاز قبضه في الانتهاء وتأثير اجازته

في اسقاط حقه كتأثير اذنه في الابتداء * قال ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فرهته بها عبدا يساوي ألفا فقبضه المرتهن ثم قضاه لراهن دراهمه ولم يقبض الرهن حتى وجد المرتهن الدراهم أو بعضها زيوفاً أو نهرجة أو ستوقاً أو رصاصاً أو استحقت من يده فاعلم أن الجواب في الرهن في جميع ما ذكرنا كالجواب في البيع لان المرهون محبوس بالدين كما أن المبيع محبوس بالثمن الا في خصلة واحدة وهي ما اذا وجد المرتهن المقبوض زيوفاً فرده وقد كان الراهن قبض الرهن باذنه فللمرتهن أن يسترده ويحبسه بالدين بخلاف البيع وزفر يستدل في الخلافية به والفرق أن تسليم المرتهن العين الى الراهن ليس بمسقط حقه في الحبس وان كان صحيحاً في نفسه ألا ترى أنه لو سلم المرهون الى الراهن على طريق العارية أو الوديعة كان له أن يسترده كذلك اذا سلمه بعد قبض الزيوف فانما المسقط لحقه كمال وصول حقه اليه ولم يوجد بخلاف المبيع فالتسليم الصحيح من البائع مسقط حقه في الحبس وهذا لان الثابت للمرتهن بمقد الرهن بدل الاستيفاء فيبقى حقه ما لم يستوف حقه وقد تبين أنه لم يستوف حقه ألا ترى أن مع التأجيل في الدين يكون له أن يحبس الرهن فأما في البيع فحق الحبس للبائع باعتبار توجه المطالبة له بالثمن حتى لو أجله في الثمن لم يبق حقه في الحبس وبعد قبض الزيوف ليس له حق المطالبة بالثمن ما لم يرد المقبوض فلهذا سقط حقه في الحبس اذا سلم المبيع قبل أن يرد المقبوض قال واذا شترى الرجل من الرجل عبدا بألف درهم فلم يقبضه حتى وكل رجلا يقبضه فقبضه الوكيل بغير أمر البائع ولم ينقد البائع الثمن فهلك العبد في يد الوكيل فللبائع أن يضمن الوكيل قيمة العبد فيكون في يده حتى يعطيه المشتري الثمن لان بالبائع المبيع صار مملوكاً للمشتري ولكنه محبوس في يد البائع ما لم يصل اليه الثمن فقبض الوكيل في حق البائع جنابة بمنزلة الغصب ولو غصبه منه غاصب فهلك في يده كان للبائع أن يضمنه القيمة وهذا نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بغير رضا المرتهن فهلك في يده يكون ضامناً حقاً للمرتهن وهذا بخلاف ما لو كان المشتري قبضه بنفسه فهلك عنده فانه لا يكون ضامناً للقيمة لان قبض المشتري يقرر عليه ضمان الثمن فلا يوجب عليه ضمان القيمة اذ لا يجوز أن يجتمع الضمانان على واحد بسبب قبض واحد فاما قبض الوكيل فلا يوجب عليه ضمان الثمن فيكون موجبا ضمان القيمة لحق البائع ثم استرداد البائع القيمة منه كاسترداد العبد لو كان باقياً اذ القيمة تقوم مقام العين وانما سميت قيمة لقيامها مقام العين

فاذا أعطاه الثمن رجعت القيمة الى الوكيل لان الوكيل في حق المشتري كان أميناً ممثلاً
 لأمره وانما كان ضمان القيمة عليه لحق البائع فاذا سقط حقه رجعت القيمة الى الوكيل
 كما لو أوفى المشتري الثمن قبل أن يضمن البائع الوكيل ولونويت القيمة عند البائع سقط
 الثمن عن المشتري لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين فهلك عنده انسخ
 البيع وسقط الثمن فكذلك اذا استرد القيمة ثم يتبع الوكيل المشتري في القيمة لانه في القبض
 كان عاملاً له بأمره وقد لحقه فيه ضمان فيرجع به عليه ولو كان المشتري أعتق المبيع قبل
 القبض لم يكن عليه ضمان القيمة لان اعتاقه اياه بمنزلة القبض ولو قبضه فهلك في يده لم
 يكن عليه ضمان القيمة فكذلك اذا أعتقه ولو كان الوكيل هو الذي قبض العبد باذن
 المشتري ثم أعتقه المشتري فهذا وموت العبد في يد الوكيل سواء في حق البائع لانه تعذر
 عليه استرداده بهذا السبب فهو كتعذر الاسترداد بالموت في يده وهذا لان أمر المشتري
 الوكيل بالقبض غير معتبر في حقه لانه لا يملك قبضه بنفسه لحق البائع في الحبس فكذلك
 لا يملك أن يأمر غيره به قال ولو أن المشتري أمر رجلاً بعتق العبد وهو في يد البائع فاعتقه
 المأورق قول أبي يوسف الاول هذا وأمره بالقبض سواء في جميع ما ذكرنا من التفريع
 لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ألا ترى
 ان المشتري لو باشره بنفسه كان ذلك بمنزلة قبضه فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل
 بالقبض سواء ثم رجع وقال لا ضمان على الوكيل في هذا الفصل ولكن يرجع البائع على
 المشتري بالثمن وهو قول محمد وهو رواية عن أبي حنيفة ووجه ذلك ان الوكيل بالاعتاق
 معبر عن المشتري فيكون ذلك كاعتاق المشتري بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن فلا يوجب
 ضمان القيمة كما لو أعتقه بنفسه وتقرير هذا انه بكلمة الاعتاق إذا جعله مقصوداً عليه
 لا يحصل به الاتلاف ولا يبطل به حق البائع وانما يحصل به الاتلاف اذا انتقلت عبارته
 الى المشتري ألا ترى انه لو أعتقه بغير اذن المشتري كان اعتاقه باطلاً ولا يجب على المتقوله
 ضمان واذا قلنا عبارته الى المشتري كان هذا مقراً للثمن عليه فلا يكون موجباً لضمان القيمة
 فاما القبض ففعل محسوس يوجب الحكم على القابض اذا جعل مقصوداً عليه ألا ترى انه لو
 قبضه بغير اذن المشتري كان موجباً عليه ضمانه فكذلك اذا قبضه باذنه لانه لا معتبر باذنه في
 حق البائع واذا اقتصر حكم القبض على القابض في حق البائع كان هو ضامناً للقيمة ولو

اعتق المشتري المبيع قبل القبض وهو معسر فليس البائع أن يستسعى العبد في شيء رجع أبو يوسف عن هذا وقال له أن يستسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الثمن وذكر هذا القول في نوادر هشام وجعله قياس المرهون إذا أعتقه الراهن وهو معسر ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن بعقد الرهن يتسبب للمرتهن حق الاستيفاء من مالية الرهن وتلك المالية احتبست عند العبد باعتاق الراهن إياه فكان له أن يستسعى العبد إذا تعذر عليه الوصول إلى حقه لمصرة الراهن فاما البائع فما كان له حق استيفاء الثمن من مالية المبيع ولكن كان له ملك العين واليد فزال ملك العين بالمبيع وبقي له اليد إلى أن يصل إليه الثمن وباعتاق المشتري العبد فأتى عمله بمجرد اليد ليس يقوم على العبد فلا يستسعى لاجل ذلك . يوضحه أن حق البائع في الحبس ضعيف ولهذا يسقط باعتارة المبيع من المشتري بخلاف حق المرتهن ثم يعود نصرف المشتري بتسليط البائع إياه على ذلك فيمتنع هذا التسليط بثبوت حقه في استسعاء العبد بخلاف نصرف الراهن في المرهون فإن لم يمتعه المشتري ولكنه أفلس بالثمن فإن لم يكن البائع سلم المبيع إليه فله أن يجبهه إلى أن يستوفي الثمن وإن كان سلم المبيع إليه فله أن يسترده ولكنه أسوة غرماء المشتري فيه وليس له أن يفسخ البيع عندنا وقال الشافعي إذا أفلس المشتري بالثمن فللبائع أن يفسخ البيع وهو أحق بالمبيع إن كان سلمه بفسخ العقد ويميده إلى ما يملكه ويؤيده حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس بالثمن فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو أحق به والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فطلقه يقتضى التسوية بين المتعاقدين ثم لو تعذر على المشتري قبض المبيع بالآبق ثبت للمشتري حق الفسخ فكذلك إذا تعذر على البائع قبض الثمن لافلاس المشتري وكما أن المالية في الآبق كالثاوى حكما فكذلك الدين في ذمة المفلس بمنزلة الثاوى حكما لاستبداد طريق الوصول إليه ولا فرق بين المبيع والثمن إلا من حيث أن الثمن دين والمبيع عين وكما أن تعذر القبض في العين يثبت حق الحبس فكذلك تعذر القبض في الدين ألا ترى أن المسلم فيه دين فإذا تعذر قبضه بانقطاعه من أيدي الناس يثبت لرب السلم حق الفسخ فكذلك الثمن ولا فرق بينهما سوى أن الثمن مفقود والمسلم به والمسلم فيه مفقود عليه ولكن حق الفسخ يثبت بتعذر قبض العقود به كما ثبت بتعذر قبض العقود عليه ألا ترى أن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة تمكن المولى من فسخ العقد وبدل الكتابة مفقود به كالثمن والدليل عليه

أن هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع ان من اشترى بفلوس شيئاً فكسدت قبل القبض بطل العقد لان الثمن فلوس رأبجة فاذا كسدت الفلوس فقد هلك الثمن وما ينقص العقد بهلاك اذا تندر قبضه ثبت للعاقدة حق الفسخ كالمبيع . وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة والمشتري حين أفلس بالثمن قد استحق النظرة شرعاً ولو أجله البائع لم يكن له أن يفسخ العقد قبل مضي الاجل فاذا صار منظراً بانظار الله تعالى أولى أن يتمكن البائع من فسخ العقد وأما الحديث الذي استدلووا به فقد ذكر الخصاص باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو في ماله بين غرمائه أو قال فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل الرواية الاخرى ان المشتري كان قد قبضه بغير اذن البائع أو مع شرط الخيار للبائع وبه نقول ان في هذا الموضع للبائع حق الاسترداد والمعنى فيه ان لم يتعين على البائع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد كما لو كان المشتري مالياً وبيان ذلك ان موجب العقد ملك الميمن فان الميمن يجب بالعقد ويملك به وانما يملك بالمقد دينا في الذمة وبقاء الدين بقاء محله والذمة بعد الافلاس على ما كانت عليه قبل الافلاس محل صالح لوجوب الدين عليه فاما حق الاستيفاء فثبت للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد الا ترى انه يجوز اسقاطه بالابراء وبالاتبدال وقبض البديل اذا صار مستحقاً بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاتبدال وقبض البديل اذا صار مستحقاً بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاتبدال كما في البيع عينا كان أو دينا فعرفنا ان حق قبض الثمن له بحكم الملك لا ان يكون موجب العقد فبتعذره لا يتغير شرط العقد والدليل على هذا أن قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليس بشرط لجواز العقد فلو كان تسليم الثمن يستحق بالعقد لكانت القدرة على تسليمه شرطاً لجواز العقد كما في جانب المبيع فانه اذا كان عينا لا يجوز العقد إلا ان يكون مقدور التسليم للبائع وان كان دينا كالتسليم لا يجوز العقد الا على وجه تثبت القدرة على التسليم به للعاقدة وهو الاجل ولما جاز الشراء بالدرهم حالا وان لم يكن في ملكه عرفنا ان وجوب تسليم الثمن ليس من حكم العقد وبهذا الحرف يستدل في المسئلة ابتداء فان العجز عن تسليم الثمن اذا طرأ بالافلاس لا يكون أقوى من العجز عن تسليم الثمن اذا اقترن بالعقد والمفلس اذا اشترى شيئاً والبائع يعلم انه مفلس صح العقد ولزم فبالافلاس الطارئ لأن لا ترتفع صفة اللزوم أولى بخلافه . جانب المبيع فهناك ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لا باق العبد لا يجوز فلنرضى به المشتري فكذلك

إذا طرأ العجز فانه يثبت للمشتري حق الفسخ فان قيل كيف يستقيم هذا وقد قلتم ان أول التسليمين على المشتري فلو لم يكن تسليم الثمن مستحقاً بالعقد لم يتأخر حقه في قبض المبيع الا ان يؤدي الثمن قلنا وجوب أول التسليمين عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لأن ذلك موجب العقد على ماقررنا ان العقد عقد تملك فيقتضى التسوية بين المتعاقدين في الملك وقد حصل الملك لكل واحد منهما بالعقد الا ان الملك في العين أكل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن أولاً ليتقوى به ملك البائع فكان ذلك من حكم الملك لا ان يكون موجب العقد ولئن سلمنا انه من حكم العقد لاقتضى التسوية ولكن هذا المعنى قد انعدم بتسليم البائع لما بيع طوعاً فهو كما لو انعدم بالتأجيل في الثمن فلا يبقى له بعد ذلك حق فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لا فلاس المشتري وهذا بخلاف الفلوس اذا كسدت لانه تغير هناك موجب العقد فيتغير فوجب العقد ملك فلوس هي ثمن وبعد الكسب لا يبقى له في ذمة المشتري فلوس بهذه الصفة فاما بعد افلاس المشتري فيبقى الثمن في ذمته مملوكاً للبائع كما استحقه بالعقد وهذا بخلاف الكتابة لان هناك يعجز المكاتب بغير موجب العقد فوجب ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل ولا يملكه إلا بالقبض لأن المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب ديناً في ذمة عبده ولهذا لو كفّل له انسان ببديل الكتابة عن المكاتب لم تصح الكفالة وللمكاتب ان يعجز نفسه فاذا لم يكن له ذلك دينا حقيقة قلنا الملك للمولى انما يثبت بالقبض واذا عجز المكاتب عن الاداء فقد تغير ماهو موجب العقد عليه فهذا يمكن من فسخ العقد وهنا بافلاس المشتري لا يتغير ملك البائع في الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشتري ولسنا نسلم ان الدين في ذمة المفلس تاو فان المديون اذا كان مقراً بالدين فهو قائم حقيقة وحكما مفلسا كان أو مياول هذا قال أبو حنيفة يجب على صاحب الدين الزكاة بمعنى اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لا يتمكن من فسخ العقد والله أعلم

تم الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر

وأوله كتاب الصرف

﴿ فهرست الجزء الثالث عشر من كتاب البسوط ﴾

للامام السرخسى الحنفى رحمه الله

صفحة	
٢	باب البيوع الفاسدة
١٣	باب البيوع اذا كان فيها شرط
٢٨	باب الاختلاف فى البيوع
٣٨	باب الخيار فى البيع
٦٨	باب الخيار بغير الشرط
٧٨	باب المراجعة
٩١	باب العيوب فى البيوع
١٣٠	باب بيع أهل الذمة
١٣٩	باب بيع ذوى الارحام
١٤٣	باب بيع الأمة الحامل
١٤٥	باب الاستبراء
١٥٩	باب الاستبراء فى الاختين
١٦٣	باب آخر من الخيار
١٦٧	باب بيع النخل وفيه ثمر أو لم يكن فيه ثمر
١٦٧	باب جنابة البائع والمشتري على المبيع قبل القبض
١٨٦	باب زيادة المبيع وتقصاته قبل القبض
١٩٢	باب قبض المشتري باذن البائع أو بغير اذنه

﴿ تمت الفهرست ﴾

﴿ الجزء الرابع عشر من ﴾

كِتَابُ الْمَبْسُوطِ لِشَيْخِنا الْإِسْلَامِ السَّيِّدِ الْخَيْرِيِّ

وكتب ظاهر الرواية أنت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الإمة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

❦ كتاب الصرف ❦

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض والاموال أنواع ثلاثة * نوع منها في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أو لم يصحبها سواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غير جنسها * ونوع منها ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والدواب والماليك * ونوع هو ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فانها اذا كانت معينة في العقد تكون مبيعه وان لم تكن معينة فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وان لم يصحبها حرف الباء وقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لأن الثمن ما يثبت ديناً في الذمة قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء في معناه الثمن عند العرب ما يثبت ديناً في الذمة والنقود لا تستحق بالعقد الا ديناً في الذمة ولهذا قلنا انها لا تعين بالتمين وكان ثمنها على كل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عيناً فكانت مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية لا تخرج به من أن تكون مبيعة والمكيل والموزون يستحق عيناً بالعقد نارة وديناً أخرى فيكون ثمناً في حال مبيعاً في حال والتمن في العرف ما هو المعقود به وهو ما يصحبه حرف الباء فاذا صحبه حرف الباء وكان ديناً في الذمة وقابله مبيع عرفنا أنه ثمن واذا كان عيناً قابله ثمن كان مبيعاً لانه يجوز أن يكون مبيعاً بحال بخلاف ما هو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن أن وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وانما يشترط ذلك في المبيع وكذلك فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع والأصل فيه حديث ابن عمر رضی الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى أبيع الا بل بالبيع فر بما أبيع بالدنانير وآخذ مكانها الدراهم أو على عكس ذلك فقال صلى الله

عليه وسلم لا بأس إذا افرقتما وليس بينكما عمل وإذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد لأن في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط لأن اشتراط الملك عند العقد إما لتمليك العين والثمن دين في الذمة أو للقدرة على التسليم ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البديلين في المجلس وأنه لا يكون فيه شرط خيار أو أجل وذلك ثابت بالحديث الذي رويناؤه فانه قال النبي صلى الله عليه وسلم لا بأس إذا افرقتما وليس بينكما عمل أى مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل الافتراق ولأن هذا العقد اختص باسم فيختص بحكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف ما في ملك كل واحد منهما لى ملك صاحبه لأن البديل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد لا أن يكون مملوكاً لكل واحد منهما قبله ولأن ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا أنه يسمى صرفاً لما فيه من صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم . طلقاً لأن ذلك يثبت في سائر البيوع عرفنا انه انما سمي به لاستحقاق قبض البديلين في المجلس ولأن هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن يثبت بالعقد دينا في الذمة والدين بالدين حرام في الشرع انهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئى بالكالئى فما يحصل به التعيين وهو القبض لا بد منه في هذا العقد وكان ينبغي أن يشترط مقرونا بالعقد لأن حالة المجلس تمام مقام حالة العقد شرعاً للتيسير وإذا وجد التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالوجود عند العقد وليس أحد البديلين في ذلك بأولى من الآخر فشرطنا القبض فيهما لهذا المعنى ولسنا نغنى بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل أن يتفرقا حتى لو قاما أو مشيا فرسخا ثم تقابضا قبل أن يتفرقا أى يفارق أحدهما صاحبه حال العقد وكذلك لو ناما في المجلس أو أغمى عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق روى ذلك بشر عن أبي يوسف ولهذا لا يجوز شرط الخيار في هذا العقد لأن الخيار بعدم الملك فيكون أكثر تأثيراً من عدم القبض قبل الافتراق وبشرط الخيار يمتنع استحقاق ما به يحصل التعيين وهو القبض ما بقي الخيار وكذلك شرط الأجل ينعدم استحقاق القبض الذي يثبت به التعيين فلماذا كان مبطلاً لهذا العقد وقد دل ما قلنا على الاخبار التي بدى الكتاب بها فمنها حديث أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد والفضل ربا الى

آخره وقد بدأ بهذا الحديث كتاب البيوع وبيننا تمام شرحه في كتاب البيوع ومن ذلك حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء خسرواني قد احكمت صنعته فبعثني به لا يبيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب أو فضة وفيه دليل على أنه لا قيمة للصنعة في الذهب والفضة عند المقابلة بجنسها لانه لم يجوز الاعتياض عنها وما كان مالا متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز فعرفنا انه انما لم يجوز لانه لا قيمة للصنعة في هذه الحالة شرعا كما لا قيمة للصنعة في المعارف والملاهي شرعا وفيه دليل أن الذهب والفضة بالصنعة لا تخرج من ان تكون وزنية وان اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف سائر الموزونات لأن صنعة الوزن فيها ثابتة بالنص فلا تتغير بالعرف بخلاف سائر الاشياء والى ذلك أشار ابن سيرين حين سئل عن بيع اناء من حديد باناء من فضة فقال قد كانوا يبيعون لدرع بالادرع يعني ان مالا يعتاد الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان ليت المال وانما قصد عمر رضي الله عنه ببيعه ان يصرف الثمن الى حاجة المسلمين ثم وكل به أنس بن مالك رضي الله عنه وفيه دليل على جواز التوكيل بالصرف وعن أبي جيلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا تقدم أرض الشام ومعنى الورق الثقال الناقصة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا نفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فشب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر رضي الله عنهما عن قوله في جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وأنه لا قيمة للجودة في النقود وان المفتى اذا تبين جواب ما مثل عنه فلا بأس ان يبين للسائل الطريق الذي يحصل به مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيل بل هو اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خبير هلا بت تمرك بسامة ثم اشتريت بسلمتك هذا التمر وفيه دليل أن القليل من الفضل والكثير في كونه ربا سواء اظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وان التقابض قبل الافتراق في الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فانه قال وان وثب من سطح فشب معه للتحرز عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض وعليه دل حديث كليب بن وائل قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف فقال من هذه الى هذه يعني من يدك الى

يده وإن استنظر ك إلى خلف هذه السارية فلا تفعل وإنما كنى بهذا اللفظ عن مفارقة
 أحدهما صاحبه قبل القبض لأن بالمفارقة يغيب عن بصره وبلاستتار بالسارية يغيب عن
 بصره أيضاً فذكر ذلك على وجه الكتابة عن المفارقة لا أن يكون حقيقة السارية بينهما
 وجبا الافتراق فإن ابتداء العقد بينهما صحيح في هذه الحالة وكون السارية بينهما لا يعد
 افتراق عرفاً وعن محمد بن سيرين أنه كان يكره أن يباع السيف المحلى بالفضة بالنقرة مخافة أن
 تكون الفضة التي أعطى أقل مما فيه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأساً بأن يبيعه
 بالذهب وبه نأخذ فنقول ببيع بالذهب جائز بالنقد لقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلفت
 النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ولا يجوز بيعه بالنسيئة سواء باعه بالذهب
 أو بالفضة لأن العقد في حصة الحلية صرف فاشتراط الأجل فيه مفسد ولا ينزع الحلية
 من السيف إلا بضرر ففساد العقد فيها يفسد في الكل دفماً للضرر أما بيعها بالفضة فعلي
 أربعة أوجه إن كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد وكذلك إن كانت الحلية مثل النقد
 في الوزن لأن الجفن والحمائل فضل خال عن العوض فإن مقابلة الفضة بالفضة في البيع
 تكون بالأجزاء وإن كان يعلم أن الفضة في الحلية أقل جاز العقد على أن يجعل المثل بالمثل
 والباقي بأزاء الجفن والحمائل عندنا خلافاً للشافعي وإن كان لا يدري أيهما أقل فالبيع فاسد
 عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر هذا يجوز فإن الأصل الجواز
 والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد مملوكاً بجوازه وقد بينا هذا
 في البيوع وعن أبي بصرة قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف قال لا بأس به إذا
 يبدو سألت ابن عباس رضي الله عنهما فقال مثل ذلك فتعدت في حلقة فيها أبو سعيد الخدري
 رضي الله عنه فأمرني رجل فقال سله عن الصرف فقلت إن هذا يأمرني أن أسئلك عن
 الصرف فقال لي الفضل ربا فقال سله أمن قبل رآه يقول أو شيء سمعته من رسول الله صلى
 الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أبو سعيد رضي الله عنه بل سمعته من رسول الله صلى الله
 عليه وسلم أتاه رجل يكون في نخله برطب طيب فقال صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال
 أعطيت صاعين من تمر رديء وأخذت هذا فقال صلى الله عليه وسلم أريت فقال إن سعر
 هذا في السوق كذا وسعر هذا كذا فقال صلى الله عليه وسلم أريت ثم قال صلوات الله عليه
 هل لا بعتك بسلمة ثم ابعث بسلمتك تمر فقال أبو سعيد رضي الله عنه الفضل في التمر ربا

والدراهم مثله فقال أبو بصرة فقلت بعد ذلك ابن عمر رضي الله عنهما فقال لا خير فيه وأمرت أبا الصهباء فسأل ابن عباس رضي الله عنهما عن الصرف فقال لا خير فيه وفي هذا دليل رجوع ابن عمر ابن عباس رضي الله عنهما عن فقواهما بجواز التفاضل وقد روى أن عليا رضي الله عنه لما سمع هذه الفتوى عن ابن عباس رضي الله عنهما فقال انك رجل تائه وعن الشعبي قال حدثني بضعة عشر نفرا من أصحاب ابن عباس رضي الله عنهما الخبر فالخبر انه رجع عن فتواه فقال الفضل حرام وقال جابر بن زيد رضي الله عنه ماخرج ابن عباس رضي الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والتمتع فلم ان حرمة التفاضل بجمع عليه في الصدر الاول وان قضاء القاضي بخلافه باطل وفيه دليل انهم كانوا يسمعون حكما في حادثة فيلحقون بها ما في معناها فان أبا سعيد رضي الله عنه ذكر أنه سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم روى الحديث في التمر وبين ان الدراهم مثله وفيه دليل على ان النص في شيء يكون نصابا هو في معناه من كل وجه لانه لو كان هذا قياسا فالقياس استنباط بالرأى وما كان يقول بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل انه لا بأس للمستفتى أن يطالب المفتى بالدليل اذا كان أهلا لذلك فان أبا سعيد رضي الله عنه لم ينكر عليه ذلك وانه لا بأس للانسان أن يأمر غيره بالاستفتاء وان كان هو المحتاج اليه كما فعله هذا الرجل وان كان احتشم أبا سعيد رضي الله عنه فلم يسأله بنفسه كما روى ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يجلسون حول رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رؤسهم الطير وكان يعجبهم ان يدخل اعرابي ليسأله ليستفيدوا بسؤاله أو علم هذا الرجل بقول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ولم يعجبه ان يظهر الانكار عليهما فامر غيره حتى سأل أبا سعيد الخدري رضي الله عنه فيطالبه بالدليل ليتبين ماهو الصواب فيحصل المقصود من غير أن يستوحش أحد وهذا أقرب الى حسن العشرة وعن شريح ان رجلا باع طوق ذهب مفضض بمائة دينار فاختصما الى شريح رضي الله عنه فأفسد البيع وهذا عندنا لانه لم يكن يدري مقدار الذهب الذي في الطوق أو علم انه مائة مثقال أو أكثر أما اذا علم انه دون مائة مثقال فالبيع جائز على أن تكون الزيادة بمقابلة الفضة إلا أن تكون الفضة تمويها فيه بحيث لا يستخلص فينشد لا يتبر ذلك ولا يحصل بمقابلتها شيء فيكون بمقابلة الصنعة ولا قيمة للصنعة عند اتحاد الجنس وعن عبد الله ابن أبي سلمة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر سعد بن سعد بن مالك

وسعدا آخر رضى الله عنهما ليبيعا غنائم بذهب فباعاها كل أربعة مثاقيل ذهب تبرا بثلاث مثاقيل عينا فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أريتما فردا وفيه دليل ان الامام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بين الغانمين اذا رأى النظر فيه وان له أن يوكل غيره في ذلك وان التفاضل حرام في بيع الغنائم ومال بيت المال كغيرها وان العقد الفاسد يستحق فسخه وورده لان مباشرته معصية والاصرار على المعصية معصية فلهذا قال صلى الله عليه وسلم أريتما فردا ولم يعاتبهما على ما صنعا لأن نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشهر بعد فمذرها بالجهل به وعن سليمان بن شير قال أتاني الاسود بن يزيد فصرفت له الدراهم وافية بدنانير ثم دخل المسجد فصلى ركعتين فيما أظن ثم جاءني فقال اشتر بها غلة فجمعت أطاب الرجل الذي صرفت عنده فقال لا عليك ان لا تجده وان وجدته فلا أبالي وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وان التفاضل حرام عند اتفاق الجنس لأنه كان مقصود الاسود ان يشتري بالدراهم الجياد الغلة وعلم أن الفضل حرام فأمره ان يشتري بها دنانير ثم أمره بأن يشتري بالدنانير الغلة وكان هذا الوكيل اشتغل بطلب ذلك الرجل لانه ظهر عنده أمانته ومساعدته في المعاملة وبين له الأسود أنه كغيره فيما هو مقصودى فلا يتكلف في طلبه وعن أبان بن عباس عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال بعتم جام فضة بورق باقل من ثمنه فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه فقال ما حملك على ذلك قلت الحاجة قال رد الورق الى أهلها وخذ اناك وعارض به فقيه دليل حرمة الفضل وجوب الرد عن فساد العقد وان بسبب الحاجة لا يحل الربا لان الحاجة ترتفع من غير ارتكاب الحرام كما هداه عمر رضى الله عنه بقوله وخذ اناك وعارض به ولو كنه عذره للحاجة ولم يؤد به وكان قصده بالسؤال في الابتداء أن يعلم سبب اقدامه على هذا العقد حتى اذا باشره مع العلم به من غير حاجة ادبه عليه وقد كان مؤدبا يؤدب على ما هو دون ذلك وعن أبي رافع قال سألت عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن الصوغ أصوعه فأبيعه قال وزنا يوزن فقلت انى أبيعه وزنا يوزن ولكن آخذ فيه أجر عمل فقال انما عملك لنفسك ولا تردد شيئا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نبيع الفضة الا وزنا يوزن ثم قال يا أبا رافع ان الآخذ والمعطى والشاهد والكايب شركاء وفيه دليل حرمة الفضل وانه لا قيمة للصنعة فيما هو مال الربا فان عمر رضى الله عنه بين له أنه في الابتداء عمل لنفسه فلا يستوجب الاجر به على غيره ثم ما يأخذه من الزيادة عوضا عن الصنعة

ولا قيمة للصنعة في البيع ثم بين شدة الحرمة في الربا بقوله الآخذ والمعطى والكاتب والشاهد فيه سواء أي في الماثم وهو نظير ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وقال صلى الله عليه وسلم الراشي والمرثى والرايش في النار ولعن الله من أعان الظلمة أو كتب لهم والاصل في الكل قوله ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن أبي الوداك عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الكفة بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولا خير فيما بينهما فقلت اني سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول ليس في يد يدي ربا فمشي اليه أبو سعيد رضي الله عنه وأنامعه فقال له أسمع من النبي صلى الله عليه وسلم ما لم نسمع فقال لا فخذته أبو سعيد رضي الله عنه الحديث فقال ابن عباس رضي الله عنهما لا أفتي به أبدا وفيه دليل على ان بيع الذهب والفضة بجنسهما اذا اعتدل البدلان في كفة الميزان جاز البيع وان لم يعلم مقدار كل واحد منهما لتيقننا بالمائة وزنا والمائة اذا وزن أحدهما بصاحبه أظهر منه اذا وزن كل واحد منهما بالصنجات وفيه دليل رجوع عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن فتواه في باحة التفاضل وان الحديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد اتقاد لهم ابن عباس رضي الله عنهما وهذا لأن أبا سعيد رضي الله عنه كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم معروفًا بينهم بالعدالة والورع وانما مشي الى ابن عباس رضي الله عنهما بطريق الخشية لظاهر الشفقة وان كان لو دعاه الى نفسه لاتاه وهذا هو الاحسن للكبير في معاملة من هو أصغر منه وعن عمر رضي الله عنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فاني أخاف عليكم الربا وقد نقل هذا اللفظ بعينه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاني أخاف عليكم الارباء وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه كان يبيع بقايا بيت المال يدا يدا بفضل فخرج خرقة الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله عن ذلك فقال هو ربا وكان ابن مسعود رضي الله عنه استخلف على بيت المال عبد الله بن سخبرة الأسيدي فلما قدم ابن مسعود رضي الله عنه نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم بينهما فضل وكان ابن مسعود رضي الله عنه عامل عمر رضي الله عنه بالكوفة على بيت المال فكان من مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصنعة كاختلاف النوع وكان يجعل البقاية مع الجيد نوعين فيجوز التفاضل بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا يدا ثم سأل عمر رضي الله عنه بين له أن الكل نوع واحد فان الكل فضة

وقال صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود الى قوله لانه بين له الحق في مقالاته ومن هذا يقال عالم الكوفة كان يحتاج الى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضى الله عنهما وقد نقل نحو هذا عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه فان أبا صالح السمان يقول سألت عليا رضى الله عنه عن الدراهم تكون معى لا تنفق في حاجتى فأشترى بها دراهم تنفق في حاجتى واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشترى بالدنانير دراهم تنفق في حاجتك وفيه دليل على أن الجياد والزيوف نوع واحد فخرم التفاضل بينهما وهذا لانه لا قيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم جيدها وردتها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال أكرت عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ابلا بدنانير فأتيته أنفاضاه وبين يديه دراهم فقال لمولى له انطلق معى الى السوق فاذا قامت على سعر فان أحب أن يأخذوا لا فاشتر له دنانير فاعطها اياه فقلت يا أبا عبد الرحمن أياصح هذا قال نعم لا بأس بهذا لك ولدت وأنت صغير وفيه دليل جواز استبدال الآخر قبل القبض والآخر كالثمن وقد بينا ان ابن عمر رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلماذا جواز ابن عمر الاستبدال بالأجر ولكن بشرط أن يرضى به صاحب الحق ولكن لما أشكل على صاحب الحق سأل به بقوله أياصح هذا فقال نعم انك ولدت وأنت صغير أى جاهل لا تعلم حتى تعلم وهكذا حال كل واحد منا فانه لا يعلم حتى يعلم فكانه مازحه بهذه الكلمة وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه في الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاشياء النتنة وقال في آخره اذا اشترىتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شئتم يدا بيد يعنى بذلك اذا اختلف النوعان وقال معاوية رضى الله عنه ما بال أقوام يحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث لم نسمعها فقال عبادة رضى الله عنه أشهد انى سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أماد الحديث ثم قال لا حدثن به وان رغم أنف معاوية وكان معاوية رضى الله عنه ممن يجوز التفاضل في الابتداء ثم رجع الى الحديث فلماذا قال ما قال وقيل انه أراد أن يستثبته في روايته ومعاوية رضى الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل أن يكون مراده بقوله أحاديث لم نسمعها ما ذكره في آخر الحديث وان اشترىتم بعضه ببعض فأكد عبادة رضى الله عنه روايته يمينه فان قوله أشهد يعنى أحلف ثم قال لا حدثن به لاني أتيقن بسماعه من

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا أدعه بقول معاوية رضي الله عنه بل أحدث به وإن رغب أنف معاوية وعن أبي الأشعث الصنعاني قال خطبنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه بالشام فقال أيها الناس إنكم أحدثتم بيوعا لا يدري ما هي إلا وإن الذهب بالذهب ووزنا بوزن تبره وعينه إلا وإن الفضة بالفضة تبرها وعينها سواء ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدايد والفضة أكثر ولا يصالح نسيئة إلا وإن الخنطة بالخنطة مدين بمدين إلا وإن الشعير بالشعير مدين بمدين ولا بأس ببيع الشعير بالخنطة يدايد والشعير أكثرهما ولا يصالح نسيئة ثم ذكر في التمر والملح مثل ذلك ثم قال من زاد أو استزاد فقد أربى وفيه دليل أن الفاسد يبيع فإنه قال إنكم أحدثتم بيوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من عقود الربا وفيه دليل على أن ما يجري فيه الربا من الأشياء المكيلة نصف صاع لأن قوله مدين بمدين عبارة عن ذلك وفيه دليل أنه كما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه فالمستزيد أخذ والزائد معطى وقد سوى بينهما في الوعيد وعن عمر رضي الله عنه أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فاني أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وإن استنظرك إلى أن تدخل بيته فلا تأنظره ومعنى قوله لا يباع غائب بناجز أي نسيئة بنقد وفيه دليل الربا كما ثبت بالتفاوت في البدلين في القدر يثبت بتفاوتهما بالنقد والنسيئة وإن القبض قبل الافتراق لا بد منه في عقد الصرف وكفى عنه بقوله فإن استنظرك إلى أن يدخل بيته وعن الشعبي رضي الله عنه قال لا بأس ببيع السيف المحلى بالدرهم لأن فيه حمائله وجفنه ونصله ومراده إذا كان وزن الحلية أقل من وزن الدرهم ليكون الفضل بازاء الجفن والحمائل وعن الحسن أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم كانوا يتبعوا يعون فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفضضة وبه نأخذ فنقول يجوز بيع ذلك بالعروض والنقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في المجلس وبالنقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية وعن إبراهيم قال الاقالة بيع وهكذا عن شريح معناه كالبيع في الحكم وبه نأخذ فنقول الاقالة في الصرف كالبيع يعني يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما في عقد الصرف وهو معنى قول علمائنا رحمهم الله أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق غيرهما ووجوب التقابض في المجلس من حق الشرع فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال

سمعت عمر رضي الله عنه على المنبر يقول أيها الناس لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فان ذلك ربا
العجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به الى السوق وليقل من يتباع سحق
هذا الدرهم فليتبع به ما شاء والمراد بقوله فان ذلك ربا العجلان أي ربا النقد وهو اشارة
الى ان الربا نوعان في النقد والنسيئة والمراد بقوله سحق درهم البقاية التي لا تنفق في حاجة
يقال توب سحق أي خلق وفيه دليل انه لا بأس بالشراء بالزئوف ولكن بعد بيان عينها
لينتفي الفرر والتدليس كما ذكره عمر رضي الله عنه وعن ابراهيم انه لم يكن يرى بأساً
باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعاً كان أو قرضاً أو كان بسعر يومه وبه تأخذ
فيجوز الاستبدال بثمان المبيع وفي بدل القرض قبل القبض وذكر الطحاوي أن الاستبدال
قبل القبض لا يجوز وكأنه ذهب بذلك الى انه لما كان لا يثبت فيه الاجل فهو بمنزلة مالا
يجوز الاستبدال به قبل القبض و بمنزلة دين لا يقبل الأجل كبذل الصرف وهو وهم منه
فان القرض انما لا يقبل الاجل لانه بمنزلة العارية وما يسترد في حكم عين المقبوض على ما بينه
في بابه والاستبدال بالمستعار قبل الاسترداد جائز وعن ابراهيم انه كان يكره أن يشتري
الرجل الثوب بدينار الا درهم وبه تأخذ فان الدرهم انما يستثنى من الدينار بالقيمة وطريق
معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولاً وبجهالته يصير المستثنى منه مجهولاً أيضاً
والبيع بثمان مجهول لا يجوز واذا اشترى الرجل الدراهم بدراهم أجود منها ولا يصلح له إلا وزنا
بوزن جيدها ورديتها ومصوغها وتبرها وايضا واسودها في ذلك سواء للأحاديث التي
رويناها فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مقابلة الفضة بالفضة واسم الفضة
يتناول كل ذلك وكذلك الذهب بالذهب جوده ورديته وتبره ومصوغه نافقه وغير نافقه في
ذلك سواء لانه لاقيمة لاجودة والصنعة فيها عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كدمه ولا
يجوز فيه شيء من الأجل لما بينا أن التقابض واجب في مجلس العقد وترك أحد البديلين في
المجلس مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد واشتراط ما ينافي مقتضى
العقد مبطل له واذا اشترى فضة بيضاء جيدة بفضة سوداء بأكثر منها ومع البيضاء ذهب
أو فلوس أو عروض فهو جائز عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز لان الانقسام على
مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء أكثر من وزنها من الفضة السوداء وعندنا يجعل من
السوداء بازاء البيضاء مثل وزنها والباقي بازاء ما زاد ترجيحاً لجهة الجواز على جهة الفساد وقد

قررنا هذا الفصل في البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة أو سيفاً محلي بدرهم أكثر منها وزناً يجوز عندنا ولا يجوز عند الشافعي واستدل فيه بحديث فضالة بن عبيد قال أصبت قلادة يوم خيبر فيها خرز وذهب فبعتها بأثني عشر ديناراً ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا حتى يفصل وتأويل ذلك عندنا إذا كان يعلم أيهما أكثر وزناً أو يعلم أن وزن الذهب الذي في القلادة أكثر أو مثل المنفصل وفي هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد وإذا اشترى لجاماً مموهاً بفضة بدرهم بأقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التوبة لون الفضة وليس بعين الفضة ألا ترى أنه لا يتخاص منه شيء فلا يجري الربا باعتباره وعلى هذا لو اشترى داراً مموهة بالذهب بثمن مؤجل فإنه يجوز وإن كان بسنة وفهام التوبة بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب لأنه لا يتخاص منه شيء فلا يعتبر ذلك في حكم الربا ولا في وجوب التقابض في المجلس وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد أحدهما وأخذ الآخر رهناً بحقه فيه فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جائز والرهن بما فيه لان عقد الرهن يثبت يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن من المالمية دون العين حتى كانت العين هالكة على ملك الراهن فيجمل استيفاؤه قبل الافتراق بهلاك الرهن بمنزلة الاستيفاء حقيقة وقد بينا في السلم الاختلاف في الرهن والكفالة برأس المال فهو كذلك يبدل في الصرف وإذا كان حلي ذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يستطيع أن يخلصه منه إلا بضرر فاشتراه رجل بدينار لم يجز حتى يعلم أن الدينار فيه أكثر مما فيه من الذهب وعلى قول زفر إذا لم يعلم أيهما أكثر فالعقد جائز أيضاً وقد بينا نظيره في السيف المحلي فإن باعه بدينار نسيئة لم يجز فإن في حصة الحلية العقد صرف فيفسد شرط الاجل واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه إلا بضرر فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل والمراد الممثلة في الوزن فإما أن يكون المراد أن يكون مثلاً عند الله أو عند المتعاقدين ونحن نعلم أن الأول ليس بمراد فلا أحكام لا تبني على مالا طريق لنا إلى معرفته عرفنا أن المراد العلم بالممثلة عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وما هو شرط جواز العقد إذا لم يقترن بالعقد يفسد العقد فإن وزناً بعد العقد وكانا متساويين فإن كانا بعد في مجلس العقد فجواز العقد استحساناً لأن مجلس العقد جعل كحالة العقد ألا ترى أن انعدام الدينية في البديلين شرط جواز العقد إذا

انعدم ذلك بالتقايض في المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالممالة وان وزنا بعد الافتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالممالة فالعقد فاسد عندنا وقال زفر ان كانا متساويين فالعقد جائز لانه قد تبين ان شرط الجواز وهي الممالة كان موجودا عند العقد فانه لا تأثير للوزن في احداث الممالة وانما يظهر به ممالة كانت موجودة وعلم المتعاقدين بوجود شرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد كما لو تزوج امرأة بمحض من الشاهدين ولا يعلم بهما المتعاقدان ولكننا نقول قد بينا ان العلم بالممالة شرط الجواز هنا وذلك لا يحصل الا بالوزن فيصير الوزن الذي هو فعل المتعاقدين من شرط جواز العقد كالايجاب والقبول شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم الفصل موهوم والموهوم فيما ينبنى على الاحتياط كالمحقق وتأثير الفضل في افساد العقد كتأثير عدم القبض وأقوى فكما ان ترك القبض حتى افرقا مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفضل بترك الوزن حتى افرقا يكون مفسدا وان اشترى سيفاً على بفضة بدراهم بأكثر مما فيه ثم تفرقا قبل التقايض فسد البيع كله لأنه شيء واحد لا يتبعض معناه ان العقد فسد في حصة الحلية بترك التقايض ولا يمكن ابقاؤه صحيحاً في حصة الجفن والحمايل كما لا يجوز ابتداء البيع في الجفن والحمايل والنصل دون الفضة فان قبض السيف وتقدم من الثمن حصة الحلية في المجلس جاز لأن قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحمايل غير مستحق فيصرف المقبوض الى ما كان القبض فيه مستحقاً لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق واذا انصرف اليه فانما وجد الافتراق بعد التقايض فيما هو صرف وكذلك ان أجر البقية الى أجل معلوم فهو جائز لأنه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فيصح التأجيل فيه واذا اشترى عشرة دراهم بدينار فتقايضا ثم وجد فيها درهما ستوقاً أو رصاصاً فان كانا لم يتفرقا استبدله لان المقبوض ليس من جنس حقه فكانه لم يقبضه أصلاً وتأخير القبض الى آخر المجلس لا يصير وان كانا قد افرقا فليس له أن يتجاوز به لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم فيكون مستبدلاً به لا مستوفياً ولكن يردده وكان شريكاً في الدينار بحصته لانه تبين أنه كان قبض في المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهما حتى افرقا طعن عيسى في هذا اللفظ فقال قوله كان شريكاً في الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك في مثل ذلك الدينار بالشر لان العقود عندنا لاتعين في العقود والفسوخ ألا ترى انهما بعد التقايض لو

تفاسخا العقد لم يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه، ولكن ان شاء رده وان شاء
رد مثله فكذلك هنا لا يصير شريكا في عين ذلك الدينار وانما له عشر الدينار دينا في ذمته
الا ان يتراضيا على أن يرد عليه عشر ذلك الدينار ولكن ماذا كره في الكتاب أصح لان
بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الأصل لوجود شرط الفساد وهو الدينية لان الدين
بالدين حرام ولكن اذا وجد القبض في المجلس جعل كالموجود عند العقد فاذا لم يوجد كان
العقد فاسدا من أصله فتبين أن حصته من الدينار مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب رده بعينه
لان وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين بالقبض كما في القبض
بحكم الهبة واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما
درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ماسمى ودفعه الى صاحبه قبل أن يتفرقا
جاز لان كل واحد منهما يلتزم المسمى في ذمته بالعقد وذمته صالحة للالتزام فصح العقد
ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد وقال ولا يشبه هذا العروض والحيوان وحقية
المعنى في انقراق أن السلع مستحقة بالعقد ميبعا وحكم البيع في المبيع وجوب الملك والتسليم فما لم
يكن موجودا في ملكه لا يمكن اثبات حكم البيع فيه وازدادة السبب الى محل لا يفيد حكمه
لا يجوز وأما النقود فمستحقة بالعقد ثمنا وحكم العقد في الثمن وجوبه ووجوده به معا وذلك
متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وان لم يكن موجودا في ملكه عينا فلماذا كان العقد صحيحا
قال وليس هذا مثل بيع الرجل ما ليس عنده لان الدراهم والدنانير ثمن وهو اشارة الى
ما بينا وفيه بيان أيضا أن المهي عنه بيع ما ليس عند الانسان فالبيع محله المبيع وذلك في السلع
دون الاثمان فلذلك جوزنا الشراء بثن ليس عنده وكل واحد من المتعاقدين بهذه الصفة
وكذلك شراء تبر الذهب بتبر الفضة أو تبر الفضة بتبر الذهب وليس ذلك عند واحد منهما
ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه الى صاحبه فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن بأصل
الخلقة فالتبر والمضروب في كونه ثمنا سواء وهذا اذا كان التبر يروج بين الناس رواج
النقود وقد بينا الكلام في الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى انا مصوغا أو قلب
فضة بذهب أو بفضة تبر ثم استحق الاناء أو القلب بطل البيع وان كانا في المجلس بخلاف
الدراهم والدنانير فانها اذا استحققت قبل الفرقة فعليه أن يعطى مشتريها مثلها ولا يبطل
الصرف لأن القلب يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فباستحقاق المقبوض من

الدرهم والدنانير ينعدم القبض وترك القبض الى آخر المجلس لا يضر أما استحقاق القبض فينعدم بتسليم المعقود عليه وذلك مبطل للعقد ألا ترى أن حكم العقد في القاب وجوب المالك ولهذا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فمرغنا أنه مبيع فباستحقاقه يبطل البيع بخلاف النقود على ما بينه وهذا إذا لم يجز المستحق العقد أما إذا أجازد جاز العقد لان الاجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء وعن أبي يوسف قال ان قال المستحق أثبت ملكي لاجز العقد فله أن يجيزه وان لم يقل ذلك فاستحقاقه ابطال منه للبيع لانه يطلب من القاضي أن يقضي له بملك متقرر وذلك مناف لسبب الازالة فليس له أن يجيز العقد بعد ذلك والنقود لا تتعين في عقود المعارضات بالتعيين عندنا ويتعين عند زفر والشافعي حتى لو اشترى شيئاً بدرهم معينة فحسبها وأعطى البائع مثلها فليس له أن يأتي ذلك عندنا ولو هلكت تلك الدراهم أو استحققت لا يبطل البيع عندنا ويبطل عند زفر والشافعي رجهما لله لأن هذا تصرف صدر من أهله في محله فيصح به التعيين كما في السلع وهذا بدل في عقد معاوضة فيتعين بالتعيين كالمبيع وبيان الوصف ان النقود تملك أعيانها وموجب عقد المعاوضة الملك فيما يملك عينه من المال فيكون محلاً لموجب العقد وكان هذا التعيين مصادفاً محله والدليل عليه أن النقود تتعين بالقبض حتى ان الغاصب لو أراد حبس الدراهم المنصوبة ورد مثلها لم يكن له ذلك وكذلك في الهبة تتعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها وفي الصدقة والوصية كذلك وكذلك في عقود المعاوضات وهذا لأن في التعيين فائدة لهما أما للبائع فلانه اذا ملك العين كان أحق به من سائر غرماء المشتري بعد موته ولا يملك المشتري ابطال حقه بالتصرف فيه وربما يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه ما لا يرغب في غيره وأما منفعة المشتري فمن حيث انه لا يطالب بشيء آخر اذا هلكت تلك العين في يده وان تكون ذمته خالية عن الدين وبهذا الطريق تتعين الدراهم في الوكالة حتى لو دفع اليه الدراهم ليشتري بها شيئاً فهلكت بطلت الوكالة ويتعين في النذر أيضاً والدليل على أنها تتعين في البيع أن الغاصب اذا اشترى بالدراهم المنصوبة بعينها طعاماً ونقدها لا يباح له تناولها ولو لم تتعين لحل له ذلك كما لو اشترى بدرهم مطلقاً ثم نقد تلك الدراهم وقال في الجامع اذا قال ان بعت هذا العبد بهذا الألف وبهذا الكر فيهما صدقة فباعه بهما يلزمه التصديق بالكر فلو لم تتعين تلك الدراهم لما يلزمه التصديق كما لو باعه بألف مرسله وبذلك الكر ولاجل هذه المسئلة كان الكر خي يقول

النقود تعين في العقود جوازا لاستحقاقا حتى لا يملك عينها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصديق بالدرهم وتعتبر بعينها حتى يتصدق بالكر وحجتنا في ذلك أن الاستبدال بالنقود قبل القبض يجوز وان عينت ولو تعينت حتى ملك عينها اصرار قبضها مستحقا وفي الاستبدال تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز ذلك كما في السلع ولو كان العقد يبطل بهلاكها بعد التعيين لم يجز الصرف فيها قبل القبض لبقاء الفرر في الملك المطلق للتصرف كما في الساع فان منع الشافعي هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر رضى الله عنهما حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انا نبيع الابل بالبيع فرما نبيع بالدرهم ونأخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس اذا افرقما وليس بينكما عمل ولم يستفسره أنهم يبيعون بالدرهم المعينة أو غير المعينة وفيه طريقان من حيث المعنى أحدهما أن تعين النقد غير مفيد فيما هو المقصود بالعقد فيكون لغوا كتعيين الصنجات والمكيال وهذا لانه انما يراعى في العقد ما يكون مفيد ألا ترى أن أصل العقد اذا لم يكن مقيدا لا يعتبر فكذلك الشرط في العقد وبيان الوصف ان التعيين لا يفيد جواز العقد فان العقد جائز بتسمية الدراهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الرجح وذلك بقدر الدراهم لا بعينها وليس في غير الدراهم والدنانير مقصود انما المقصود المالية وما وراء ذلك هي والاحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الأسواق ومثلها وعينها لا يختلف في هذا المعنى فعر فنا أن التعيين غير مفيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون فالتعيين هناك مفيد لجواز العقد لان بدون التعيين لا يجوز العقد الا بذكر الوصف وربما يعجز عن اعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولان أعيانها مقصودة وهي تتفاوت في الربع فكان تعيينها مفيدا في الجملة اما ما ذكر من الفوائد فليس من مقاصد العقد وانما يطلب فائدة التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين أكل من العين لأن بدون التعيين لا ينتقد العقبس وبالتعيين ينتقض فانه اذا استحق المعنى أو هلك بطل ملكه فيه واذا ثبت دين في الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك فيه بالاستحقاق والطريق الآخر وهو أن التعيين لو اعتبر في النقد يبطل به العقد وبالإجماع العقد صحيح فعر فنا أن التعيين لغو وبيان هذا من وجهين أحدهما وهو أن النقود لا تستحق في عقود المعاوضات الا ثمنا والتمن ما يكون في الذمة كما قاله الفراء فاذا اعتبر ثبوت التعيين امنت ثبوت المسمى في الذمة ثمنا وذلك ينافي موجب العقد فيكون مبطلا للعقد والثاني وهو أن حكم العقد في الثمن وجوبه

ووجوده معاً بالعقد بخلاف السلم فيحكم العقد فيها وجوب الملك للمشتري فيما كان مملوكاً للبائع
 ولهذا يشترط للعقد على السلم قيامها في ملك البائع الا في موضع الرخصة وهو السلم فلا
 يشترط ذلك في السلم حتى يجوز الشراء بثمن ليس عنده من غير ضرورة ولا يتعين الا في
 موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افرقا بعد تعيين رأس
 المال قبل القبض لا يجوز ولا ينجر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه
 فعرفنا أن تعيين الدراهم هناك بالقبض باعتبار الضرورة وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك
 في باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يطل بالافراق قبل القبض وأظهر من هذا كله
 جواز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان أو دينا فكان التعيين في
 الثمن ابطالا لحكمه وجعلها هو الحكم شرطا وهذا تغيير محض فيكون مبطالا للعقد
 وبالإجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لغو وبهذا ظهر الجواب عن قوله ان التعيين يصرف
 في محله والفرق بين الثمن والسلم واعتبار العقد بالقبض ساقط لان القبض لا يرد الا على العين
 فكان التعيين ركنا فيه والعقد لا يرد على الثمن انما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك الا اذا
 كان دينا في الذمة وفي الوكالة عندنا لا يتعين حتى لو اشترى الوكيل بمثل تلك الدراهم في
 ذمته كان مشتريا للموكل ولو هلك بعد الشراء رجع على الموكل بمثلها ما قبل الشراء اذا هلك
 فانما بطلت الوكالة عندنا لانها غير لازمة في نفسها والموكل لم يرض بكون الثمن في ذمته عند
 الشراء فلو بقيت الوكالة لاستوجب اوكيل بالشراء الدين في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفي
 مسألة الشراء بالدراهم المغصوب لا تتعين تلك الدراهم حتى لو أخذها المغصوب منه كان
 على الغاصب مثلها دينا ولكنه استعان في العقد والتقد بما هو حرام فيمكن فيه ان يثبت فلماذا
 لا يحل له تناوله وفي مسألة الجامع لم تتعين الدراهم أيضا بدليل انه لا يلزمه التصديق بها ولكنه
 لما أضاف النذر اليهما مع ان الدراهم لا تتعين في عقود المعاوضات صار تقدير كلامه كأنه
 قال ان سميت هذه الدراهم وهذا الكفر في بيع هذا العبد فهما صدقة وقد وجد ذلك
 وملك الكفر بنفس العقد والشروط في الأثمان تعتبر بحسب الامكان قال واذا اشترى الرجل
 ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سودا ورضى بها البائع جاز ذلك
 لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وانما أبرأه عن الصفة
 حتى يجوز بالسود فكان مستوفيا بهذا الطريق لا مستبدلا ومراده من السود المضروب

من النقرة السوداء الا الدراهم التجارية حتى انه لو باع ديناراً بدراهم بيض وقبض مكان
الدراهم البيض التجارية فانه لا يجوز لانه يكون استبدالاً لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض
الدراهم فأراد أن يعطيه ضرباً آخر من الدنانير سوى ما عينه لم يجز ذلك إلا برضاه فان رضى به
كان مستوفياً لا مستبدلاً لكون الجنس واحداً وقد بينا ان ما عينه لم يتعين وانما استوجب
كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هذا اذا اعطاه ضرباً هو دون المسمى
فان اعطاه ضرباً هو فوق المسمى فلا حاجة الى رضا مشتري الدنانير به لانه أوفاه حقه وزيادة
الاعلى قول زفر فانه يقول هو متبرع عليه بزيادة صفة فله أن لا يقبل تبرعه وقد بينا هذا
في السلم ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار ولم يسم كل واحد منهما شيئاً فلكل واحد منهما
تقديراً للناس في ذلك البلد لان المتعارف فيما بين الناس هي المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف
مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول واذا كان بالكوفة فهو على دنانير كوفية
لان الدراهم والدنانير في البلدان تختلف وتتفاوت في العيار والظاهر أن في كل بلدة انما
يتصرف الإنسان بما هو النقد المعروف فيها فاذا كان ببلد نقد مختلف متفاضل فالبيع فاسد
إلا أن يسمى ضرباً من ذلك معلوماً والضرب المعلوم أن يذكر من الدينار نيسابورياً أو كوفياً
ونحوه ومن الدراهم عطر بئناً أو مؤيدياً ونحوه اذا كانت النقود في لرواج سواء لانه لا يمكن
ترجيح بعضه عند اطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولاً وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فالمطالب
يطالب بأعلى النقود والمطلوب بأدنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلهذا فسد
العقد إذا لم يسميا ضرباً معلوماً وان كان نقداً من ذلك معروفاً وشرطاً في العقد نقداً آخر
فالعقد ينقذ على النقد المشروط لان تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف عند
التنصيص بخلافه ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدي الانسان اذن بالتناول للعرف ثم يسقط
اعتباره اذا قال لا تأكل فان اختلفا فقال أحدهما شرطت لي كذا لشيء أفضل من النقد
المعروف وقال الآخر لم اشترط لك ذلك فعليهما الثمن لان اختلفا في صفة الثمن كاختلافهما
في مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الرديء حتى اذا حضرا كان
أحدهما غير الآخر واختلاف المتبايعين في الثمن يوجب التحالف بالنص فأيهما نكل لزمه
دعوى صاحبه لان نكوله كإقراره وان تحالفاً ترادا وان قامت لهما البينة أخذت بينة الذي
يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها قال واذا ابتاع الرجل سيفاً محلي بفضة بعشرة دنانير

فقبض السيف ولم ينقد الدنانير لم يتفرقا حتى باع المشتري السيف من آخر وقبضه المشتري الآخر ولم ينقد الثمن حتى اترقا فانه يرد السيف الى المشتري الاول لان كل واحد من العقدين صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وذا بطل العقد الثاني رجع السيف الى المشتري الاول على الملك الذي كان له قبل البيع وقد فسد ثراؤه بالافتراق أيضا فازمه رد المقبوض الى البائع ولو لم يفارق الآخر الاوسط حتى فارق الاول ثم نكده الآخر جاز بيع الاوسط في السيف لانه باعه بدم تمام . ملكه بعد القبض وقد تم العقد الثاني بالتقباض قبل الافتراق وفسد العقد الاول فوجب على الاوسط رد السيف وقد عجز عن رده باخراجه عن ملكه فيضمن قيمته للبائع وان فارقه الاول ثم ان الاوسط باع السيف من الآخر جاز بيعه أيضا لان العقد وان فسد بالافتراق فقد بقي ملكه ببقاء القبض لان فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بناؤه بطريق الأولى ثم بتقرر بيعه عجز عن رده فيكون ضامنا قيمة السيف لصاحبه وان باع الاوسط نصف السيف ثم فارقه الاول ثم قبض من الآخر الثمن ودفع اليه نصف السيف أو لم يدفع حتى جاء الاول وخصمهم فانه يدفع الى الاول نصفه لان ملكه باق في نصف السيف وقد فسد السبب فيه فعليه رده وقد جاز البيع في نصفه فيضمن الاوسط نصف قيمة السيف للأول من الذهب كيلا يؤدي الى الربا اذا ضمن قيمته من الدراهم * قال واذا اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير وقال الآخر اجعل الدراهم قصاصا بالدراهم التي لي عليك فهو جائز وان أبي لم يجبر على ذلك ولم يكن قصاصا والحاصل أن المقاصة بدل الصرف بدين سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا استحسانا اذا انفقا عليه وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان بالعقد المطلق يصير قبض البدلين في المجلس مستحقا وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لان في المقاصة يكون آخر الدين قضاء عن أولها ولا يكون أولها قضاء عن آخرها لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضيا ببديل الصرف الذي كان واجبا وبديل الصرف يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به والدليل عليه رأس مال السلم فانهما لو جعلاه قصاصا بدين سبق وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لان كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس ووجه الاستحسان أنهما لما انفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف الى ذلك الدين ولو أضفا العقد

اليه في الابتداء جاز بأن يشتري بالعملة التي عليه ديناراً ويقبض الدينار في المجلس فكذلك اذا حول العقد اليه في الانتهاء لانهما قصد تصحيح هذه المقاصة فلا طريق له سوى هذا وما لا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصود الكل واحداً ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة وان كان في سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضي لان هذا تحويل العقد الى ذلك الدين والعقد قد تم بهما فالتصرف به بالتحويل لا يكون الا بتراضيهما وعند التراضي العقد القائم بينهما حقهما ويملكان استدامته ورفعهما فيما كان التصرف فيه بالتحويل من محل الى محل وهذا خير مما يقوله العراقيون رحمهم الله ان عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا العقد الاول ثم جداً مضافاً الى ذلك الدين لانه لو كان الطريق هذا لم يجز لانه بلا قالة يصير رد المقبوض مستحقاً في المجلس والدليل عليه انهما لو جعلوا بدل الصرف قصاصاً بدين تأخر وجوبه عن عقد الصرف لا يجوز في ظاهر الرواية ولو كان التصحيح بطرق الفسخ للعقد الاول لجاز والدين المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وانما الفرق بينهما على الطريق الاول انهما يملكان تحويل العقد الى ما كان يصلح منهما اضافة العقد اليه في الابتداء وذلك في الدين الذي سبق وجوبه على عقد الصرف دون ما تأخر وجوبه عنه وأشار في الزيادات الى ان المقاصة أيضاً تقع بالدين المتأخر عن عقد الصرف وذكر في رواية أبي سليمان مثل ما ذكر في الزيادات ولكن المعتمد هو الاول وبهذا فارق رأس مال السلم فانهما لو اضافا عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه لم يجز ذلك اذا افتراق قبل قبض رأس المال فكذلك اذا حول العقد اليه في الانتهاء بخلاف عقد الصرف وهذا لأن ما يقابل رأس المال هناك دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون ديناً بدين وهنا ما يقابل الدين غير مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز فان أدى بعض الدراهم ثم فارقه قبل أن يؤدي البقية انتقص من الصرف بقدر ما بقي اعتباراً للبعض بالكل والفساد لمعنى طارىء في بعض العقد لا يتعدى الى ما بقي ولو وكل أحدهما وكيلًا بالدفع والقبض جاز بمعد أن يقبض الوكيل قبل أن يفترق المتعاقدان ولا معتبر بذهاب الوكيل لان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالمتعاقدين وفعل وكيل أحدهما له كفعله بنفسه وليس لواحد منهما أن يشتري من صاحبه شيئاً بثمن الصرف قبل أن يقبضه لما في الاستبدال من تقوية القبض المستحق بالاعتد في المجلس ولان القبض معتبر التعيين ولا يحصل ذلك فيما يتناوله عقد الصرف بطريق الاستبدال

وكذلك لا يشتري به من غيره شيئاً لأن التصرف في الدين مع من عليه أقرب إلى النقود منه مع غيره فإذا لم يجز الاستبدال ببدل الصرف مع من عليه الدين فمع غيره من عليه الدين أولى أن لا يجوز. وإذا اشترى ابريق فضة وزنه ألف درهم بألف درهم وتقد خمسمائة وقبض ابريق ثم افترقا فانه يلزم نصف ابريق ويبطل نصفه اعتباراً للقبض بالكل ولا يتخير في الرد بسبب عيب التبييض لأنه حصل بفعله حين لم يتقد بعض البدل بخلاف ما إذا استحق نصف ابريق فانه يتخير فيما بقي منه لأن التبييض في الاملاك المجتمعة عيب فان تقاسم قبل الافتراق ثم وجد بالابريق عيب كثيراً أو هشيماً غير نافذ فله أن يرده بالعيب لأنه بمطابق العقد استحق صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطوق والمنظفة والسيف المحلى بمنزلة ابريق في جميع ما ذكرنا وان كان حين وجد العيب بالابريق لم يرده حتى انكسر عنده لم يستطع رده لأنه بالرد يدفع الضرر عن نفسه وليس له أن يلحق الضرر بالبائع وفي الرد بعد حدوث العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب أيضاً لأن نقصان العيب من الثمن فإذا رجع به يصير العقد ربا لأنه يبقى بمقابلته ابريق أقل من وزنه من الفضة إلا أن يكون الثمن دنانير فيرجع بنقصان العيب لأنه لا ربا عند اختلاف الجنس وان لم يجد به عيباً ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف الباقي على البائع حتى انكسر ابريق لزمه النصف الباقي بالعيب الحادث عنده فيه ورجع نصف الثمن لأن العقد في النصف المستحق قد بطل. وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار وتقدمه الدينار ثم اشترى منه ثوباً بعشرة دراهم فتراضيا على أن تكون العشرة قصاصاً ببدل الصرف لا يجوز لأن هذا دين تأخر وجوبه عن عقد الصرف ولأنه في معنى الاستبدال وان استقرض عشرة دراهم من بائع الدينار ثم قضاه اياه بعد ما قبضها جاز ذلك لأن المقرض صار مملوكاً له بالقبض وصار كسائر أمواله فهو كما لو استقرض من غيره سواء لأن الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض البديل وانما الباقي لاحدهما على صاحبه بدل القرض وإذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقبضها الا درهما واحداً بقي من العشرة فاراد الذي اشترى منه الدراهم أن يأخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عند الآخر الدرهم فله ذلك لأن العقد فسد في عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدرهم وهذه مطبوعة عيسى وقد بينها فان اشترى منه بعشر الدينار فلوساً أو عرضاً مسمى جاز لأن عقد الصرف لما فسد فيه بقي ملكاً له في يد صاحبه أو ديناً له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون عقد

الصرف فيجوز الاستبدال به كبديل القرض وان كان قبل الافتراق فالدراهم مستحق له بمقد الصرف والاستبدال ببديل الصرف قبل القبض لا يجوز . واذا كان لرجل على رجل الف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار وقبض الدينير لم يجز وعليه ان يرد الدينير لان البيع لا يرد الا على مال متقوم وما في ذمة زيد لا يكون ما لا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه ولان البائع لا يقدر على تسايمة حتى يستوفى ولا يدري متى يستوفى وهذا على قول من يقول بالنقد المضاف اليه يتعين في العقد وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين والشراء بالدين من غير من عليه الدين سواء كل ذلك باطل وعلى قول زفر الشراء بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح ممن عليه الدين لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه الا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا دين كان الشراء صحيحا بمثل ذلك الثمن في ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل ذلك الدين في ذمة المشتري وهذا لانه اذا اُضيف العقد الى عين فانه انما يتعين ذلك لتتميم الملك فيه ولا يحصل هذا المقصود عند اضافة الشراء الى الدين ولكننا نقول ملك الدين من غير من عليه الدين بالبديل واذا ملك بغير بدل لم يجز فاذا ملكه ببدل أولى ثم للفساد هنا طريقان أحدهما انه باضافة الشراء الى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الاجل الى ان يخرج ذلك الدين فيتمكن من أداء الثمن ولا يدري متى يخرج وشرط الاجل المجهول مفسد للبيع والثاني انه شرط ان يكون ثمن المشتري في ذمة غير المشتري مستحقا بالشراء وذلك لا يجوز وبه فارق ما اذا اشترى بالدين ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا واذا كانت الدراهم أو الدينير وديعة عند رجل فباع الدراهم بالدينير أو الدينير بالدراهم وتقابضا فجاء صاحبها فأخذها من البائع فان كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلهما لان المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا الى آخر المجلس وانما انعقد العقد بمثل ما عينه ديننا في ذمته وان كانا قد افترقا يبطل الصرف اذا أخذها المستحق لانتقاص القبض بالاستحقاق من الأصل وان لم يقبضها المستحق ولكنه أجاز البيع جاز ذلك عندنا وكان له مثلهما على المودع وقال زفر الصرف باطل لأن الافتراق حصل قبل الملك فان المستحق لا يملك قبل الاجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالاجازة كما لو افترقا ولا حدهما شرط خيار تم أسقط الخيار ولكننا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لان العقد الموقوف سبب ملك تام

فالقبض الذي ينبنى عليه يكون تاماً أيضاً وإنما فيه خيار حكيم للمستحق وذلك لا يمنع تمام العقد والقبض كخيار الرؤية والعيب فإذا أسقط هذا الخيار بالأجازة تبين أن الافتراق حصل عن قبض تام فالأجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء بخلاف شرط الخيار فإنه يجعل العقد في حق الحكم كالمعلق بالشرط على ما بينه في بابه إن شاء الله وإن كانت الوديعة ابريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضاً فأجاز صاحبه البيع كان الثمن له لأن المودع هنا بائع الأبريق فإنه بمنزلة العروض ومن باع ملك الغير بغير أمره فأجاز صاحبه كان الثمن له وفي الأول المودع يشتري الدينار لنفسه بالدرهم ثم نقد دراهم الوديعة ديناراً عليه فكان مستقرضاً فإذا أجازها صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وإن اشترى رجل عشرة دراهم وديناراً بائناً عشر درهماً فهو جائز عندنا على أن تكون العشرة بالعشرة وأفضل بالدينار ولو اشترى ديناراً أو درهماً بدينارين أو درهمين فهو جائز عندنا استحساناً على أن يصرف الجنس إلى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله أعلم

باب الخيار في الصرف

قال وإذا اشترى الرجل من الرجل أرب درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوماً فإن بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وإن تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضاً فالبيع فاسد لأنهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لأن الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقاً بالشرط. لأن قوله على أني بالخيار شرط. ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتل التعليق بالشرط فيجعل داخلاً على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلاً على الحكم أيضاً ومعنى الفرر أن ادخاله على الحكم دون السبب أقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فإذا سقط الخيار قبل أن يتفرقا فاعداً افتراقاً بعد قبض تام وإذا افتراقاً قبل إسقاط الخيار فاعداً افتراقاً قبل تمام القبض وهذا بناء على أصلنا أن المفسد إذا زال قبل تفرقه يصير كأنه لم يكن خلافاً لفر وقد بيناه في البيوع وكذلك ان كان الخيار للبائع أو لها طالبت المدة أو قصرت وكذلك الإناء بالمصوغ والسيف المحلى والطوق من الذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يتخلص إلا بكسر الطوق لأن العقد في حصة الطوق يفسد بشرط الخيار فيفسد في الكل لأنه لا ينفصل البعض عن البعض في التسليم إلا بضرر فاما اللجام الموهوماً أشبهه فإن شرط

الخيار في بيعه صحيح لان التمويه لا يتخاص ولا يكون العقد باعتباره صرفا واشتراط الخيار فيما سوى الصرف والسلم من البوع صحيح * واذا اشترى جارية وطوق ذهب فيه خمسون دينارا بالف درهم واشتراط الخيار فيها يوما فالعقد فاسد كله عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية بحصتها من الممن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا يتعدى الى ما بقي يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند أبي حنيفة يتعدى الى ما بقي لان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقي وهذا شرط فاسد وقد بينا هذا لاصل في البيوع وهما يفرقان بين هذا والاول فيقولان هناك يتعذر تصحيح العقد في حصة المبيع لما في تميز البعض من البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لانه لا ضرر في تميز الجارية من الطوق في التسليم وكذلك لو اشترىها بمائة دينار وشرط الاجل فاشترط الاجل هنا كاشترط الخيار وأبو حنيفة فرق بين هذا وبين ما اذا ترك التقابض حتى افرقا فانه يبطل العقد في حصة الطوق دون الجارية لان المقيد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا يتعدى الى ما بقي وعند اشتراط الخيار أو الاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الباقي وان اشترىها بمنظرة أو عرض واشترط الخيار فهو جائز لان العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا من نحاس بدرهم واشترط الخيار فيه فهو جائز لانه ليس بصرف والخيار جائز في كل ما ليس بصرف يعني كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فالصرف مبادلة الاثمان بعضها ببعض اتفق الجنس أو اختلف وقد بينا هذا والله أعلم

❦ باب البيع بالفلوس ❦

واذا اشترى الرجل فلوسا بدرهم ونقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البائع فالبيع جائز لان الفلوس الرائجة ثمن كالنقود وقد بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معا ولا يشترط قبلا. فاني ملك بائنها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم والدنانير وان استقرض الفلوس من رجل ودفع اليه قبل الافتراق أو بعده فهو جائز اذا كان قد قبض الدراهم في المجلس لانهما قد افرقا عن عين بدين وذلك جائز في عين الصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد وبيع الفلوس بالدراهم ليس بصرف وكذلك لو افرقا بعد قبض

الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ما ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله لا يجوز هذا العقد أصلا لان من أصل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تميز في العقد إذا عيئت وإذا كانت بغير عيئها فإن لم يصحبها حرف الباء لا يجوز العقد لأنه بيع ما ليس عند الانسان وان صحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض يجوز العقد لانها ثمن وان كان بمقابلتها النقد لا يجوز العقد لانها تكون مبيعة اذا قابلها الا يكون الاثنا اما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الاثنا لاصطلاح الناس على كونها ثمن الاشياء فانما يتعلق العقد بالنقد المسمى منها في الذمة ويكون ثمنها عين أو لم يعين كما في الدراهم والدنانير وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد لانه دين بدين والدين بالدين لا يكون عقدا بعد الافتراق وذكر في الاملاء عن محمد لو اشترى مائة فلس بدرهم على أنهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لان العقد لا يتم مع اشتراط الخيار فكانهما تفرقا قبل التقابض واذا كان الخيار مشروطا لاحدهما فتفرقا بعد التقابض فالبيع جائز لان التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار في البديل الذي من جانبه وقبض أحد البديلين هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع انما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار يملك عرض صاحبه اما عند أبي حنيفة فالمشروط له الخيار كما لا يملك عليه البديل الذي من جانبه لا يملك البديل الذي من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لاحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعا وان اشترى خاتم فضة أو خاتم ذهب فيه فص أو ليس فيه فص بكذا وسوا وليست الفلوس عنده فهو جائز ان تقابضا قبل التفرق أو لم يتقابضا لان هذا بيع وليس بصرف فانما افتراقا عن عين يدين لأن الخاتم يميز بالتميز بخلاف ما سبق فان الدراهم والدنانير لا تميز بالتميز فلهذا شرط هناك قبض أحد البديلين في المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من العروض بالفلوس لو اشترى بها فاكهة أو لحما أو غير ذلك بمد أن يكون المبيع بعينه لان الفلوس ثمن كالدرهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وان تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسواء قال اشتريت مثل كذا فلان بدرهم أو درهما بكذا فلان الفلوس الرائجة ثمن كالنقد عندنا صحبها حرف الباء أو لم يصحبها وقيام الملك في الثمن عند العقد ليس بشرط وان اشترى متاعا بعشرة أفلس بعينها فله أن يعطى غيرها مما يجوز بين الناس وان أعطاها بعينها فوجد فيها فلان لا ينفق استبدله كما يستبدل الزيت في الدراهم لانه مادام ثمننا فانما يثبت في الذمة فلا يميز بالتميز ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع إلا

أنه هناك ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وهنا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف وعلل
لهما فقال لا يوزن معناه انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الاواني التي لا تباع وزنا
وبيع قفمة بعينها بقممتين بأعيانها يجوز فكذلك الفلوس واذا اشترى مائة فلس بدرهم فنقد
الدرهم وقبض من الفلوس خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الحسين النافقة لانها لو كسدت
قبل أن يقبض منها شيئاً بطل العقد في الكل فكذلك اذا كسدت قبل أن يقبض بعضها اعتباراً
للبيع بالكل وعلى قول زفر اذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد لان العقد
يتناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكننا نقول العقد تناولها بصفة الثمنية
لما بينا انها مادامت رائجة فهي تثبت في الذمة ثمنها وبالكساد تنعدم منها صفة الثمنية ففي حصة ما لم
يقبض انعدام أحد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمنية في الفلوس
كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد العقد
فهذا مثله ثم يرد البائع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري أن يشتري منه بذلك
النصف الدرهم ما أحب لانه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل القرض ولو
لم تكسد ولكنها رخصت أو غات لم يفسد البيع لان صفة الثمنية قائمة في الفلوس وانما تعتبر
رغائب الناس فيها وبذلك لا يفوت البدل ولا يتعيب وللمشتري ما بقي من الفلوس ولا خيار له
في ذلك ولو اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يجز لانه استحق
الفلوس دينا فانما باع الدين من غير من عليه وقد بينا أن المبادلة بالدين من غير من عليه لا
يجوز وكذا لو باع الآخر الدرهم قبل ان يقبضه من رجل بفلوس أو غيرها لم يجز لهذا المعنى
قال واذا اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض
تلك الفلوس ونقدمها تسعين واستفصل عشرة فهو جائز مستقيم كما لو قبض المائة وهذا لانه
بالعقد الثاني يلتزم الفلوس في ذمته ولا يضيف العقد الى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح
انما يحصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة أو غيرها بدائق فلوس
أو بقيراط فلوس فهو جائز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان
مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم أخش ولم ينص على حكم الجواز والفساد هنا وروى
هشام عن محمد فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز وهو
اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وعن أبي يوسف انه يجوز في الكل

وعند زفر لا يجوز ما لم يبين عدد الفلوس لان العقد لا يتعلق بالداق ولا بالدرهم وانما يتعلق بالفلوس فلا بد من أن تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الداق والدرهم لان الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يتسامحون ولان الداق والدرهم ذكر للوزن والفلوس عددي فيلغو اعتبار ذكر الوزن فيه بنفي ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الداق والدرهم وأبو يوسف يقول بذكر الداق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوما لان قدر ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق فتسمية الدرهم كتسمية ذلك العدد في الاعلام على وجه لا تمكن المنازعة فيه بينهما ومحمد يقول فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال بين الناس للعبارة عما يوجد به من عدد الفلوس في مقام تسمية ذلك العدد وفي الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هذا اللفظ . يوضح الفرق أن الداق والداقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات فانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقنا ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم فمعلوم بنفسه غير مضاف الى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس قل هذا قال هو في الدرهم أخش **﴿ رجل ﴾** أعطى لرجل درهما فقال أعطني بنصفه كذا فلسا وأعطني بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جائز لانه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد **﴿ قال ﴾** فان افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل في الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البدين ولم يبطل العقد في الفلوس لان العقد فيه بيع وان افترقا قبل قبض أحد البدين ولم ينقد الثمن حتى افترقا بطل الكل لانهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع اليه الدرهم وقال أعطني بنصفه كذا فلسا وأعطني بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حجة في قياس قول أبي حنيفة يفسد البيع كله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصة الصرف لان العقد في الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم الا حجة يكون ربا وعند أبي حنيفة اذا فسد العقد في البعض لمعنى الربا يفسد في الكل وقد بيناه في البيوع **﴿ قال ﴾** رضي الله عنه الأصح عندي ان العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعا على ما وضع عليه المسئلة في الأصل فانه قال وأعطني بنصفه الباقي درهما واذا تكرر الاعطاء يفرق العقده وفساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر الا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد في أحدهما شرطا لقبول في الآخر

الا أن يكون وضع المسئلة على ما ذكر الحاكم في المختصر وفي النصف الباقى درهم صغير
فحينئذ يكون القدر واحداً لأنه لم يتكرر ما به ينقد العقد وهو قوله أعطنى ولو قال أعطنى كذا
فلساً ودرهماً صغيراً وزنه نصف درهم الا قيراطاً كان جائزاً كله اذا تقابضا قبل أن يتفرقا
لأنه قابل الدرهم هنا بما سعى من الفلوس ونصف درهم الا قيراط فيكون مثل وزن الدرهم
الصغير من الدرهم بمقابله والباقي كله بازاء الفلوس * رجل باع درهماً زائفاً لا ينفق من رجل
قد علم عيبه بخمسة دوانيق فلس فهو جائز لان خمسة دوانيق فلس اسم لمائة فلس اذ كان كل
عشرين دنانق وبيع الدرهم بمائة فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف درهم فلوس ودرهم
صغير وزنه دنانق اذا تقابضا قبل التفرق لأنه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف
مثل وزنه والباقي كله بازاء الفلوس وان باعه اياه بخمسة دوانيق فضة أو بدرهم غير قيراط
فضة لم يجز لأنه باع الفضة بالفضة متفاضلاً في النهرجة والزيوف من جنس الفضة بخلاف
الستوق ولو قال بعنى بهذه الفضة كذا فلساً فهو جائز لانهما نوعان مختلفان وان باعه اياه بخمسة
أسداس درهم أو بنصف درهم لم يجز لان حقيقة ما سعى يقع على الفضة دون الفلوس وان
كان قد يراد به الفلوس مجازاً ولكن ذلك لا يثبت الا بالتنصيص على الفلوس لان المجاز
لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيئاً بدنانق أو بدنانقين أو بنصف درهم فهذا كله
يقع على الفضة إلا أن يقرن بكلامه ذكر الفلوس فيئذ تكون عبارة عن عدد من الفلوس
مجازاً وان اشترى بدرهم فلوساً وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جائز
والدرهم دين عليه لان العقد في الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم تتغير بكساد الفلوس
فبقى ديناً على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت في القياس هو جائز أيضاً
لان بالكساد لا تتغير عينها ولا يتعذر تسليمها الا بالعقد وفي الاستحسان بطل العقد لفوات
صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه أن يرد الدرهم لأنه مقبوض في يده بسبب فاسد
وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها فالبيع
ينتقض استحساناً لأنها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون ثمناً وماليتها كانت بصفة
الثمنية مادامت رائجة فبفوتها تفوت المالية فهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه ان كان قائماً أو قيمته
ان كان هالكاً وبعض المتأخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض أنه يخرج من أن
يكون لازماً ويتخير البائع في نقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل ذلك

قبل قبضه فيخير اما اصل للمالية فلا ينعدم بالكساد فيبقى العقد كذلك والأول أصح لان انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قائمة بعين الفلوس وانما كان باعتبار مالية قائمة بصفة الثمنية فيها وقد انعدم ذلك وعن أبي يوسف ان هنا البيع لا ينتقض بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوساً لأن هناك بعد الكساد لا يجوز ابتداء ذلك العقد لانها بالكساد تصير مبيعة وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز وهنا ابتداء البيع بعد الكساد يجوز لان ما يقابلها من الفاكهة مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يجوز أن يجعل ثمناً باعتبار انه عددي متقارب كالجوز وغيره وان اشترى فاكهة بدائق فلس والدائق عشرون فلساً فلم يرد الفلوس حتى غلت أو رخصت فعليه عشرون فلساً لأن بالغلاء والرخص لا ينعدم صفة الثمنية وصار هو عند العقد بتسمية الدوايق مسمياً ما يوجد به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك القدر لم يتغير العدد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله . وان اشترى فلوساً بدرهم فوجد فيها فلساً لا ينفق وقد نقد الدرهم فانه يستبدله لانه بمطلق العقد استحق فلوساً ناقصة وان لم يستبدله حتى افتراق لم يبطل العقد فيه لان ما بازائه من الدرهم مقبوض كما في الصرف لانه لو اشترى دينار بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوفاً قبل الافتراق كان له أن يستبدله وان لم يستبدله حتى تفرقا لم يبطل العقد فهذا قياسه وان لم يكن نقد الدراهم استبدله أيضاً ما لم يتفرقا لان الدينية الى آخر المجلس في البدلين عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجع بحصته من الدراهم كما في الصرف واذا وجد بعض البديل ستوقاً بعد الافتراق ينتقض القبض فيه من الاصل وما بازائه غير مقبوض فكان ديناً بدين بعد المجلس وان كان يجوز معها في حال ولا يجوز في حال استبدله في المجلس قبل أن يتفرقا لانه بمنزلة الزیوف في الدراهم وقد بينا في الصرف والسلم انه اذا وجد القليل زيوفاً استبدل به في مجلس الرد جاز العقد فجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من الدرهم يعني اذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لانه بالاستحقاق ينتقض القبض فيه من الاصل فتبين ان الافتراق في ذلك القدر كان عن دين بدين وان استقرض عشرة أفلس ثم كسدت تلك الفلوس لم يكن عليه الا مثلها في قول أبي حنيفة قياساً وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قيمتها من الفضة استحسنانا لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض فلوس هي ثمن وبعد الكساد يفوت صفة الثمنية بدليل مسألة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل ما التزم

فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيئاً من ذوات الأمثال فانقطع المثل عن أيدي الناس بخلاف
 ما اذا غلت أو رخصت لان صفة الثمنية لا تنعدم بذلك ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها
 وذلك غير معتبر كما في البيع وأبو حنيفة يقول الواجب في ذمته مثل ما قبض من الفلوس
 وهو قادر على تسليمه فلا يلزمه رد شيء كما اذا غلت أو رخصت وهذا لان جواز الاستقراض
 في الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الأمثال ألا ترى ان الاستقراض
 جائز في كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم يخرج من
 ان يكون من ذوات الأمثال بخلاف البيع فقد بينا أن دخولها في العقد هناك باعتبار صفة
 الثمنية وقد فات ذلك بالكساد بوضحه أن بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض اذ لو لم
 يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بنفسه نسيئة وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كأنه غصب
 منه فلوسا فكسدت وهناك برأ برديها فبنا أيضاً برأ برديها ثم عند أبي يوسف اذا وجبت
 القيمة فأنما تعتبر قيمتها من الفضة من وقت القبض وعند محمد اذا وجبت القيمة فأنما يعتبر
 قيمتها بآخر يوم كانت فيه رابحة فكسدت وهذا بناء على ما اذا أتلف شيئاً من ذوات الأمثال
 فانقطع المثل عن أيدي الناس فهناك عن أبي يوسف يعتبر قيمته وقت الاتلاف وعند محمد
 بآخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع وقد بينا هذا في كتاب الغصب وان استقرض دائق فلوسا
 أو نصف درهم فلوس فرخصت أو غلت لم يكن عليه الا مثل عدد الذي أخذ لان الضمان
 يلزمه بالقبض والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله وكذلك لو قال أقرضني دائق
 حنطة فأقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ولا معتبر بتسمية الدائق فيه وكذلك
 لو قال أقرضني عشرة دراهم بدينار فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر الى غلاء الدراهم
 ولا الى رخصتها وكذلك كل ما يكال أو يوزن فالخالص وهو ان المقبوض على وجه القرض
 مضمون بالمثل وكل ما كان من ذوات الأمثال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق بالجائز
 من الشروط فالفاسد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو شرط رد شيء آخر فعليه أن يرد مثل
 المقبوض وكذلك ما يمد من الجوز والبيض وان اقترض الجوز بالكيل فهو جائز لانه يكال
 تارة ويمد أخرى وقد بينا جواز السلم في الجوز كيلاً وعدداً وما فيه من خلاف زفر فكذلك
 حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب اليه لقوله صلى الله عليه وسلم القرض مرتين والصدقة
 مرة وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر وقيل معناه انه لا

يستقرض إلا المحتاج وقد يتصدق على غير المحتاج ثم الأصل فيه أن ما يكون مضمونا بالمثل على الغاصب والمستهلك له يجوز استقراضه لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان وما يكون مضمونا بالقيمة لا يجوز الاستقراض فيه لأن طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا تثبت به المائلة المتعبرة في القرض كما لا تثبت به المائلة المشروطة في مال الربا وأصل آخر وهو أن القرض في معنى العارية لأن ما يسترده المقرض في الحكم كأنه عين ما دفعه إذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الاعارة مما ينتفع به مع بقاء عينه لا يجوز اقراضه لأن اعارته لا تؤثر في عينه حتى لا تملك به العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا في عينه وكل ما يتأتى فيه الاعارة حقيقة بمالا ينتفع به الامع بقاء عينه فاقراضه واعارته سواء لأن منافعه لا تنفصل عن عينه فاقراضه واعارته تملك لعينه وإذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز في كل مكيل أو موزون وكذلك في العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأنها مضمونة بالمثل وإنما يختلفون في اقراض الخبز فالمروي عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز وزنا ولا عددا وعن أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا وعند محمد أنه يجوز عددا قال هشام فقلت له وزنا فرأيتة نفر من ذلك واستعظمه وقال من يفعل ذلك وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عند أبي حنيفة قال لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالمجن والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفي كل نوع عرف لا يحصل ذلك بالآخر وما لا يوقف على حده لا يجوز السلم فيه ثم لهذه العلة افسد أبو حنيفة الاستقراض فيه لأن السلم أوسع من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فإذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلا أن لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وقد بينا في البيوع أن استقراض اللحم وزنا يجوز فكذلك الخبز ولا يجوز عدداً لأنه متفاوت فيه الكبير والصغير ومحمد جوز استقراضه عدداً لأنه صنع الناس وقد اعتادوه وقد نقل ذلك عن ابراهيم أنه سئل عن استقرض رغيفا فرد أصفر منه أو أكبر قال لا بأس به وهو عمل الناس قال الكرخي وإنما استعظم محمد قول

من يقول لا يجوز استقراضه الا وزنا لانه لا يجوز الاستقراض فيه وزنا وهذا لان إعلامه بالوزن أبغ من إعلامه بذكر العدد فاذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا أولى ومن أصحابنا رحمهم الله من قال بل استعظم جواز استقراضه وزنا لان القياس فيه ما قاله أبو حنيفة أنه لا يوقف على حده وانما ترك هذا القياس محمد لتمارف الناس وذلك في استقراضه عددا فبقي استقراضه وزنا على أصل القياس وأما الحيوان فلا يجوز استقراض شيء منه عندنا وقال الشافعي يجوز ذلك الا في الجوارى لما روى النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد رباعيا وقال خيركم أحسنكم قضاء ولان الحيوان مما يثبت دينا في الذمة اما عندي في السلم وعند الكل في النكاح والخلع والصالح في دم العمد فيجوز استقراضه كالكيل والموزون وهذا لان القرض موجب ملك المتقبوض بعينه وثبوت مثله في الذمة والحيوان محتمل فلما كان ذلك محلا لوجب القرض كان الاستقراض جائزا إلا أن في الجوارى لا أجوز الاستقراض كما لا أجوز السلم على أحد القولين وعلى القول الذي يجوز السلم فيه الفرق أن المقصود في الجوارى ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروع لاثبات ملك المتعة وأما القرض فبذل بطريق التبرع وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلماذا لا يجوز فيه الاستقراض بخلاف سائر الحيوانات فانها هو المقصود لما يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع فيجوز استقراضه. وحجتنا في ذلك أن هذا غير مضمون بالقيمة على مستهلكه فلا يجوز استقراضه كالجوارى ولهذا تبين انه لا يمكن اثبات الحيوان دينا في الذمة بمقابلة ما هو مال مع اعتبار المعادلة في المالية لانه لا يصار في المستهلكات الى القيمة الا عند تعذر ايجاب المثل وموجب القرض ثبوت المثل في الذمة بشرط المعادلة في المائلة فاذا تعذر ذلك في الحيوان لم يجز استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان في الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس شرط المعادلة في المائلة مع أنه لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حتى لو أتاها بالقيمة أجبرت على قبوله ولا مدخل لذلك في القرض ابتداء وعذره في الجوارى فاسد لان المقصود ملك العين والمالية وذلك يعمل فيه البدل ويثبت بطريق التبرع ألا ترى أن ملك العين والمالية يثبت فيها بدون ملك المنفعة وهو ما اذا كانت أخته من الرضاعة أو منكوحة الغير ولان الحيوان تنفصل منفعة عن عينه والاستقراض لا يجوز في مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا ان الاقراض بمنزلة الاعارة فقيا تنفصل المنفعة فيه عن العين تنأى حقيقة الاعارة فلا حاجة الى تصحيح

الاقراض فيه وأما الحديث فأنما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت المال حتى
 روى أنه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضى ما استقرضه لنفسه من ابل الصدقة وبيت
 المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف في الصدقة بكرافان الاستسلاف
 والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فرده بعد ما صار رباعيا وقيل هذا
 كان في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه في أول الفصـب فان قبض
 الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذيمه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض
 بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد اذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكنه أن
 يجعل الفاسد أصلا في معرفة حله لان الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار
 والثياب الاستقراض فيها كالاستقراض في الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم
 والقرض في الثياب فقالوا الثياب لا تثبت في الذمة بثبوت صحيحها إلا بوجودها والقرض لا يكون
 إلا حالا وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر في المسلم فيه اعلام الماينة على وجه لا يبقى فيه تفاوت إلا
 يسيرا ليكون المقصود بالمعقد معلوما للعقد وذلك في الثياب بذكر الوصف ممكن اما في باب
 القرض فالشرط اعتبار المماثلة في العين المقبوضة وصفة الماينة وذلك لا يوجد في الثياب بدليل
 أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض
 الخشب والخطب والقصب والرياحين الرطبة والبقول لأنها مضمونة بالقيسة عند الاستهلاك
 فاما الحناء والوسمة والرياحين اليابسة التي تكال لا بأس باستقراضها لأنها مضمونة بالمثل
 عند الاستهلاك ولا يجوز الاجل في القرض معناه أنه لو أجله عند الإقراض مدة معلومة
 أو بعد الاقراض لا يثبت الأجل وله أن يطالبه به في الحال وعند مالك يثبت الأجل في
 القرض لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالتن والأجرة يدل عليه
 ان التأجيل اسقاط المطالبة الى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا الى غاية بالبراء صحيح
 فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن المقرض متبرع ولهذا لا يصح
 الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه لصار التبرع ازمما المتبرع
 شيئا وهو الكف عن المطالبة الى مضي الأجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما
 يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فلهذا لا يلزم الاجل فيه وان ذكر
 بعد العقد والثاني أن القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت في العارية لا يلزم حتى ان

المعير وان وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الأجل في القرض وبه يتبين الجواب عن قوله هو دين لأن بدل القرض في الحكم عين المقبوض اذ لو جعل ديناً على الحقيقة كان بدلاً عن المقبوض في الحكم فيكون مبادلة الشيء بجذسه نسيئة وهذا بخلاف الإبراء لانه بالإبراء يزل ملكه وازالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض فلا يزيل ملكه فلو لزم الأجل فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه الى مضي الأجل وهو مخالف لموضوع التبرع فاما التأجيل في بدل النصب والمستهلك فيجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعي رحمهما الله أما مع الشافعي فالكلام يذنب على أصل وهو ان عنده الاجل لا يثبت في شيء من الديون إلا بالشرط في عقد المعاوضة حتى قال لو أجله في الثمن بعد البيع لا يثبت الأجل لأن الشرط انما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفرداً عن العقد فلا يتعلق به اللزوم وان كنا نقول ما كان ديناً على الحقيقة اذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسقاط القبض فيه بالإبراء صحيح فكذلك بالتأجيل اما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الأجل في القرض فكذلك في بدل النصب وهذا لأن المعتبر فيهما المعادلة في صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت في المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف أو اوداً منه وذلك لا يكون ملزماً وجه قولنا ان بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة فاشترط الأجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فانه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال أبو يوسف ان الملك لا يثبت للمستقرض في العين بنفس القبض والمقرض أحق باسترداده ما لم يخرج منه المستقرض عن ملكه ولكننا نقول المستقرض يملك العين بالقبض لانه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فاذا يملك العين التحق بسائر أملاكه وكان الخيار في تعيين ما يردده الى المستقرض وهذا لانه دين في ذمته صورة وقد جعل كالعين حكماً فلا اعتبار انه دين صورة جعلنا اختيار محل القضاء الى من في ذمته ولا اعتبار انه عين حكماً قلنا لا يلزم فيه الأجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للأصل الذي قلنا ان القرض بمنزلة العارية والعارية في كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك لعينه يكون قرضاً وهذا لأن المعير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يردده عليه وفيما يجوز فيه القرض المنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالاعارة مسلطاً له على استهلاك العين في حاجته على أن يرد عليه مثله وذلك اقراضه قال ألا ترى أن المستعير للدراهم لو اشترى جارية كانت له

وعليه مثلها وهو اشارة لما بينا فانه اذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المير الانتفاع بتلك الدراهم في حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له أن يقضي الدين بها على أن يضمن مثلها فاما الاواني من الذهب والفضة والجواهر وغيرها فليست بقرض وانكسها عوار لأن منافعتها تفصل عن عينها ولا يتعذر حكم الاعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم يجز يبعه فيها وكذلك اللالي ولا كارع والرؤس لا يجوز اقراضها والله أعلم

باب القرض والصرف فيه

قال رحمه الله روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضی الله عنهما قالت أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا وخمسين وسقما من تمر خيبر وعشرين وسقما من شعير فقال لي عاصم بن عدي أعطيك تمرا هنا وأخذ تمر كنجير فقالت لا حتى أسئل عن ذلك فسألت عمر بن الخطاب رضی الله عنه فهأنى عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه نأخذ فان هذا ان كان بطريق البيع فاشترط ايفاء بدل له حمل وموثة في مكان آخر مبطل للبيع وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وان كان بطريق الاستعراض فهذا قرض جر منفعة وهو اسقاط خطر الطريق عن نفسه وموثة الحمل ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة وسماه ربا وعن محمد بن سيرين قال أقرض عمر بن الخطاب رضی الله عنه أبي بن كعب رضی الله عنه عشرة آلاف درهم وكانت لابي رضی الله عنه نخل بمجل فأهدى أبي بن كعب رضی الله عنه رطبا امر رضی الله عنه فرده عليه فلقية أبي فقال أظننت اني أهديت اليك لأجل مالك ابعت الى مالك نخذه فقال عمر لابي رضی الله عنهما رد علينا هديتنا وبه نأخذ فان عمر رضی الله عنه انما رد الهدية مع انه كان يقبل الهدايا لانه ظن أنه أهدي اليه لأجل ماله فكان ذلك منفعة القرض فلما أعلمه أبي رضی الله عنه انه ما أهدي اليه لأجل ماله قبل الهدية منه وهذا هو الاصل ولهذا قلنا ان المنفعة اذا كانت مشروطة في الاقراض فهو قرض جر منفعة وان لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لو رد المستقرض أجود مما قبضه فان كان ذلك عن شرط لم يحل لأنه منفعة القرض وان لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به لانه أحسن في قضاء الدين وهو مندوب اليه . بيانه في حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وأرجع له فقالوا أرجعت فقال صلى الله عليه وسلم

انا كذلك نزن فاذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذلك صفة الجودة قالوا وانما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر أما اذا كان يعرف أنه فعل ذلك لاجل القرض فالتحرز عنه أولى لان المعروف كالشروط والذي يحكى انه كان لابي حنيفة على رجل مال فاتاه ايطالبه فلم يقف في ظل جداره ووقف في الشمس لا أصل له لان ابا حنيفة كان افقه من ذلك فان الوقوف في ظل جدار الغير لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا مطلوباً وذكر عن الشعبي انه كان يكره أن يقول الرجل للرجل أقرضني فيقول لا حتى ابيعك وانما أراد بهذا اثبات كراهة العينة وهو ان يبيعه ما يساوي عشرة بخمسة عشر لبيعه المستقرض بعشرة فيحصل للمقرض زيادة وهذا في معنى قرض جر منفعة والاقرض مندوب اليه في الشرع والقرحرام الا ان البخلاء من الناس تطرقوا بهذا الى الامتناع مما يدنو اليه والاقدام على ما نهوا عنه من الفرور وبنحوه ورد الاثر اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذئاب البقر ذلتم حتى يطمع فيكم وعن ابن عمرو والحسن رضي الله عنهما قال في الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير يأخذها بقيمتها في السوق وهذا لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الربا بخلاف ما اذا كان الجنس واحدا كما ذكر ذلك عن الشعبي وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه الى مكة وقال انهم عن شرطين في بيع وعن بيع وسلف وعن بيع مالم يقبض وعن ربح مالم يضمن وبه تأخذ وصفة الشرطين في البيع أن يقول بالنقد بكذا وبالسيئة بكذا وذلك غير جائز والبيع مع السلف أن يبيع منه شيئاً ليقرضه أو يؤجله في الثمن ليعطيه على ذلك ربحاً ويبيع مالم يقبض عام دخله الخصوص في غير المبيع من الصداق وغيره وظهر أن المراد النهي عن البيع مع بقاء الفرور في الملك المطلق للتصرف وذلك في المنقول دون العقار وقد بيناه في البيع وعن ربح مالم يضمن هو في معنى هذا فان المبيع قبل القبض ليس في ضمان المشتري فما يحصل فيه من الربح لا يطيب له وزاد في بعض الروايات عن بيع ما ليس عنده يعني ما ليس في ملكه بيانه في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال لرسول الله نبي ربنا أدخل السوق فاستجيد الساعة ثم أذهب فابيعها ثم ابتاعها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وعن الشعبي قال أقرض عبد الله بن مسعود رضي الله عنه رجلاً دراهم فقضاه الرجل من جيد عطائه فكره ذلك ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا الامن عرضه مثل دراهمي وعن عامر

رحمه الله لا بأس بأن يقضي أجود من دراهمه اذا لم يشترط ذلك عليه وقد روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه نأخذ وتأويل كراهة ابن مسعود رضي الله عنه أن الرجل انما فعل ذلك لأجل الفرض فلماذا كرهه وقد رد عمر رضي الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل الى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس بقاء فقال انه أوصي الى في يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتري من ماله شيئا ولا تستقر من منه شيئا وبه نأخذ فنقول ليس للوصي أن يستقرض من مال اليتيم لانه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لان الاقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث يأخذ محمد رحمه الله فيقول اذا اشترى الوصي من مال اليتيم لنفسه شيئا لا يجوز ولكن أبا حنيفة يقول مراده اذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لان مقصوده من هذا الامر له أن ينفي التهمة عن نفسه وعن عطاء رحمه الله أن ابن الزبير رضي الله عنه كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم الى البصرة والى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم قال عطاء فسألت ابن عباس رضي الله عنه عن أخذهم أجود من ورقهم فقال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا وبه نأخذ فنقول المنهي عنه هي المنفعة المشروطة اما اذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لانه مقابلة الإحسان بالإحسان وانما جزاء الإحسان الإحسان وكذلك قبول هديته واجابة دعوته لا بأس به اذا لم يكن مشروطا وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم الى الكوفة بها وتأويل هذا عندنا انه كان عن غير الشرط فاما اذا كان مشروطا فذلك مكروه والسفاحج التي تتعامله الناس على هذا ان أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به وان شرط في القرض ذلك فهو مكروه لانه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة به رجل باع من رجل عبدا بثمن مسمى الى شهر على أن يوفيه اياه بمصر آخر عينه فالبيع جائز لان الثمن معلوم والاجل معلوم بالمدة الا ان فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يجده بعد مضي الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به الا في الموضع المشروط لان الشرط معتبر اذا كان مقيدا غير معتبر اذا لم يكن مقيدا وهذا بخلاف القرض فان المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الايفاء في مكان آخر ولان اشتراط مكان التسليم كاشتراط زمان التسليم لان التسليم لا يتأني الا بمكان وزمان وشرط الزمان في القرض للتسليم لا يلزم وهو الاجل فكذلك

شرط المكان بخلاف البيع فان لم يبين في البيع مدة الاجل والمسئلة بحالها فقياله حمل ومؤنة
 العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بمحنة موصوفة بالكوفة علي ان يسلمها بالبصرة
 فهذا شرط أجل مجهول لأن تعيين مكان التسليم فيقاله حمل ومؤنة معتبر ولا يلزمه التسليم
 ما لم يأتيا ذلك المكان واما ما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لا شرطه
 الأجل المجهول لنفسه إلا أن يأتي ذلك المكان وعن أبي يوسف انه يجوز العقد ويطلبه
 بالتسليم في الحال لأن التسليم فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل
 في ضمنه فاذا لم يثبت كان الثمن حالا واذا أقرض الرجل الرجل الدراهم ثم صالحه منها على
 أقل من وزنها فهو جائز لأنه قبض البعض وبراءه عن البعض وكل واحد منهما صحيح في
 الكل فكذلك في البعض فان فارقته قبل أن يعطيها لم يبطل الصلح لانه لا يتمكن في هذا
 التصرف معنى المبادلة وصحة الإبراء لا تستدعي القبض وهذا بخلاف ما لو صالحه على أن أجله
 فيها شهرا لأن التأجيل بعد الاقراض كالمقرون بالاقرض والمعنى الذي لا جله لا يلزم الأجل
 اذا اقترن بالاقرض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التأجيل بعد الاقرض وان صالحه
 على عشرة دنانير فهو جائز اذا كان يدا بيد لتمكن معنى المبادلة في هذا الصلح بسبب اختلاف
 الجنس فان افترقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افترقا بعد ما قبض بعضها يبرأ من حصة
 المقبوض وعليه رد ما بقي من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر
 أو مصوغ لا يعلم وزنه جاز ان قبضه قبل الافتراق لأن ربا الفضل ينعدم عند اختلاف الجنس
 بخلاف ما اذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لا اتحاد الجنس ربا الفضل يجري وتوهم
 الفضل كتحققه فيما ينبنى أمره على الاحتياط ووقع في بعض نسخ الاصل لو صالحه على ذهب
 تبر جزافا بعينه أو ورق قيل قوله أو ورق زيادة من الكتاب وقيل بل هو صحيح لان في
 لفظ الصلح ما يدل على ان ما وقع عليه الصلح من الورق أقل من الدين لان مبنى الصلح على
 التجوز بدون الحق فيجوز الا أن يعلم انه أكثر من حقه وزنا وان أقرضه درهما ثم اشترى
 به فلوسا بعينها أو بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل أن يتفرقا لان الملوس الرائجة لا تعين عند
 المقابلة بخلاف جنسها فان فارقته قبل القبض بطل لانه دين بدين فان قيل ليس كذلك لانه
 قابض الدرهم بذمته ولهذا يسقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا في بيع الفلوس
 بالدراهم أن قبض أحد البدين قبل الافتراق يكفي قلنا نعم صار قابضا له بذمته وليكن ديننا لا عينا

لان الدين لا يتعين إلا قبض مال عين وذلك لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من أن يكون ديناً بدين فيكون هذا افتراقاً عن دين بدين وان أقرضه ألف درهم فأخذ بها كفيلاً ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير وقبضها جاز لان الكفيل قائم مقام الاصل ويثبت في ذمته ما هو في ذمة الاصيل وصاحبه مع الاصيل جائز على الدنانير بشرط القبض في المجلس فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الاصيل بالدرهم لانه بالصلح ملك ما في ذمته ولو ملكه بالاداء أو بالهبة رجع به على الاصل فكذلك اذا ملكه بالصلح ولو صالحه على مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه إلا بمائة درهم لان الطالب هنا تبرأ عما زاد على مائة والكفيل لا يملك المكفول به بالبراء فلا يرجع الا بقدر ما أدى والطالب له أن يرجع بتسعمائة على المكفول عنه هو قال الشيخ الامام الاجل أبو بكر محمد بن الفضل رحم لم يذكر فضل رجوع الطالب على المطلوب هنا وانما ذكره في موضع آخر . ووجه ذلك أن الصالح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وبرائة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فكان للطالب أن يرجع بالتسعمائة الباقية لهذا بخلاف الاول ففي الصلح هناك معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به متملكاً جميع الالف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة بالالف رباء قال ولو ان المكفول عنه صالح الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل المال الى الطالب على عشرة دنانير ودفعها اليه كان جائزاً لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أن يؤدي والصلح عن الدراهم المؤجلة على دنانير صحيح بشرط القبض في المجلس فان أدى المكفول عنه الدراهم بعد ذلك رجع به على الكفيل الا ان يشاء الكفيل أن يرد الدنانير التي أخذ لانه انما اعطاه ليستقط مطالبة الطالب عنه ولم تسقط فله أن يرجع به عليه كما لو اعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفياً منه الدراهم بطريق الصالح ومبنى الصالح على الاغماض والتجاوز بدون الحق فاذا من لزمه الرد تخبر بين أن يرد المقبوض بعينه وبين أن يرد ما صار مستوفياً بالمقاصة من الدراهم ولو كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرى للاصيل وفي المائة مستوف فلا يلزمه إلا رد ما استوفى وإذا أقرض الرجل الرجل ألف درهم وقبضها منه وأمره أن يصرفها له فصرفها له بالدنانير فلا يجوز على الطالب لانه لا دين عليه فان رضى الطالب أن يأخذ الدنانير ففعل ذلك فهو جائز كما لو استبدل معه دراهم القرض بالدنانير هكذا

في رواية أبي سليمان من غير تنصيص على الخلاف فيه وفي رواية أبي حفص قال هذا قول أبي حنيفة أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فهو جائز على الطالب سواء صرف الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وسواء قبضه الطالب في المجلس أو بعده وهو الصحيح والمسئلة تنبئ على ما بينا في كتاب البيوع وإذا قال الطالب للمطلوب أسلم مالي عليك في كرخنطة وقد قررنا الخلاف في تلك المسئلة فكذلك في هذه إذا لفرق بين أن يأمره بالصرف مع غير المعين أو السلم عندهما يصح في الوجهين جميعا باعتبار أنه أضاف الوكالة إلى ملكه فالدين في ذمة المديون ملك الطالب وعند أبي حنيفة لا يجوز في الوجهين لأنه أمره بدفع الدين إلى من يختاره لنفسه وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع المطلوب إلى الطالب دنانير وقال اصرفها وخذ منها فقبضها فهلكت قبل أن يصرفها هلكت من مال الدافع والمدفوع إليه مؤتمن لأنه قبض الدنانير بحكم الوكالة والوكيل أمين فيما دفعه الموكل إليه من ماله فإن صرفها وقبض الدراهم فهلكت قبل أن يأخذ منها حقه هلكت من مال الدافع أيضا لأنه في القبض بحكم العقد عامل الأمر فهلاكه في يده كهلاكه في يد الأمر حتى يأخذ منها حقه فإذا أخذ حقه وضاع ما أخذه فهو من ماله لأنه في هذا الأخذ عامل لنفسه وإنما يصير آخذا حقه بأحداث القبض فيه لاجل نفسه ولو دفعه إليه المطلوب قضاء لحقه كان دخلا في ضمانه فكذلك إذا قبضه بأمره وإن قال بعها بحقك فباعها بدراهم مثل حقه وأخذها فهو من ماله لأنه بالبيع ممثل أمره وإنما يكون ذلك إذا كان في القبض عاملا لنفسه حتى يتحقق كونه تابعا بحقه بخلاف الأول فإن هناك أمره بالبيع للأمر فكان في القبض عاملا للأمر ما لم يستوف حقه من المقبوض وإذا اشترى بيبعا على أن يقرضه فهذا فاسد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ونهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط والمراد شرط. فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك وإذا أقرض المرتد أو استقرض فقتل على رده فقرضه الذي عليه دين في ماله أما لأن تصرفه قد بطل فبقي هو قابضا مال الغير على وجه التملك وذلك موجب الضمان عليه أو لأن تصرفه من حيث الاستقراض صحيح فإن توقف تصرفه لحق الورثة واستقراضه لا يلاقى محلا فيه حق الورثة فإن قيل أليس العبد المحجور إذا استقرض واستهلك لم يزمه ضمانه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما لم يعتق فكذلك المحجور بسبب الردة ينبئ أن لا يكون ضامنا ما استقرض في ماله الذي هو حق الورثة

قلنا العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يؤخذ به بعد العتق
فكذلك من المرتد يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه في المال يقدم على حق الورثة ولهذا
يقضى سائر الديون من ماله فكذلك هذا الدين وما أقرضه المرتد فهو دين على صاحبه لانه
قبضه بشرط الضمان وذلك موجب عليه في حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتدة
واستقراضها جائز كما يجوز سائر تصرفاتها ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب والذبي
والمعتود لانه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع وإذا أقرض الرجل صبيا أو معتوها فاستهلكه
لا ضمان عليه هكذا أطلق في نسخ أبي حفص وفي نسخ أبي سليمان قال وهذا قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله أما في قول أبي يوسف فهو ضامن لما استهلك وهو الصحيح لانه بمنزلة الوديعة
لانه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسليط الصبي على الاستهلاك صحيح وشرط
الضمان عليه باطل وقد قررنا هذه الطريقة في كتاب الوديعة فهي في القرض أظهر. وان
أقرض عبدا مجورا عليه فاستهلكه لم يأخذه به حتى يمتق وهو على الخلاف الذي بينا وان لم
ينص عليه وعند أبي يوسف يؤخذ به في الحال كما في الوديعة. وان وجد المقرض ماله بعينه
عند واحد من هؤلاء فهو أحق به لانه عين ملكه. واذا باع الرجل دراهم بدراهم الى أجل
وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر والنساحر ام عند وجود أحد الوصفين فعند وجودهما
أولى. والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فان وجد دراهمه بعينها فلا آخر ان يعطيه غيرها
لانه قرض عليه واختيار محل قضاء بدل القرض الى من عليه وقد بينا فيه خلاف أبي يوسف
وفي نسخة أبي سليمان ليس للآخر ان يعطيه غيرها وهذا هو الأصح لانها مقبوضة بحكم
عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا أن الدراهم تعين بالقبض وان كانت لا تعين بالعقد
والله أعلم بالصواب

باب الرهن في الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى عشرة دراهم بدنانير وثقده الدنانير وأخذ بالمشرة رهنا
بساويها فهلك الرهن في يده قبل أن يتفرقا فهو بما فيه وقد بينا في البيوع حكم الرهن برأس
مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم قبض الرهن ثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك
الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفيا عين حقه من مالية الرهن لاستبدلا فلماذا بقي عقد

الصرف وكذلك لو اشترى سيفاً بحلى بدنانير أو بمائة درهم وقبض السيف وأخذ ثمنه رهناً فيه وفاء فهلك قبل أن يتفرقا ولو نقد الثمن وأخذ رهناً بالسيف وفيه وفاء فهلك الرهن عنده قبل أن يتفرقا فإنه يقضى له بالسيف لأن أخذ الرهن بالأعيان لا يجوز لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقى السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالأقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لأنه قبض الرهن على جهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته في حكم الضمان . وكذلك لو كان مكان السيف منطقة أو سرج مفضض أو اناء مصوغ أو فضة تبر وهذا دليل على أن التبر يتعين بالتعيين في العقد في أنه جعله كالسيف في أنه لا يجوز أخذ الرهن بعينه فإن هلك الرهن بعد ما تفرقا قبل القبض فقد بطل عقد الصرف بالافتراق لأن تمام الاستيفاء بهلاك الرهن فالافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهناً بالثمن أو بالثمن لأن الضمان حكم يثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء فيما انعقد ضمانه بالقبض وقد بطل العقد الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله أعلم

باب الصرف في المعادن وتراب الصواعين ❦

قال رحمه الله ذكر حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال كان أهل الجاهلية إذا هلك الرجل في البئر جعلوها عقله وإذا جرحته دابة جعلوها عقله وإذا وقع عليه معدن جعلوه عقله فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال المعجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال لذهب الذي خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلقها والمراد بالمعجماء الدابة لأنها بهيمة لا تنطق ألا ترى أن الذي لا يفصح يسمى أعجمياً والجبار الهدر وفيه دليل أن فعل الدابة هدر لأنه غير صالح بأن يكون موجبا على صاحبها ولا ذمة لها في نفسها وفي بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد أن الدابة إذا رحت برجلها فلا ضمان فيه على السائق والقائد لأن ذلك لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة أو ضربت باليد حيث يضمن لأن في وسع الراكب أن يمنع بأن يرد لجأه وأما البئر والمعدن فجبار لأن سقوطه بعمل من يمالجه فيكون كالجاني على نفسه وفيه دليل لتاعلي وجوب الخمس في المعدن

فقد أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاظ ثم فسر الركاظ بالمدن وهو الذهب
المخلوق في الأرض حين خلقت فان الكنز موضوع العباد واسم الركاظ يتناولهما لان الركاظ
هو الاتبات يقال ركاظ روم في الارض وكل واحد منهما مثبت في الأرض خلقة أو وضعا
وعن عامر رحمه الله قال وجد رجل ألف درهم وخمسمائة درهم في قرية خربة فقال علي رضي
الله عنه سأقضي فيها قضاء بينا ان كنت وجدتها في قرية يؤدي خراجها قوم فهم أحق
بها منك وان كنت وجدتها في قرية ليس يؤدي خراجها أحد فخمسها لبيت المال وبقيةها لك
وسنتها لك فجعل الكل له وفيه دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان واجد الكنز في
ملك الغير لا يملكه ولكن يرد لها على صاحب الخطة وهو أول مالك كان لهذه الأرض بعد
ما افتتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام أن يضع ذلك في الواحد اذا رآه
محتاجا اليه وله أن يضع ذلك في بيت المال كما رواه عن علي رضي الله عنه في الحديث الآخر
قال ان كانت قرية خربت على عهد فارس فهم أحق به وان كانت عادية خربت قبل ذلك
فهو للذي وجده فوجدوها كذلك فأدخل خمسة بيت المال وأعطى الرجل بقية وعن مسروق
ان رجلا وجد كنزا بالمداين فدفعه الى عامله فأخذه كله فبلغ ذلك عائشة رضي الله عنها فقالت
بفيه الكمشك يعني التراب فهل لاأخذ أربعة أخماس المال ودفع اليه خمسة وهذا مش في العرب
معروف للجانب المخطيء في عمله وهو مراد عائشة رضي الله عنها بما قالت يعني انه خاب
وخسر خطئه فيما صنع في دفعه الكل الى العامل فقد كان له أن يخفى مقدار حقه في ذلك ولا
يدفع الى العامل الا قدر الخمس وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير الى
دير خربة فوقت فيه ثمانية فاذا استوقفة أو جرة فيها أربعة آلاف مثقال ذهب قال فأتيت بها
عليها رضي الله عنه فقال أربعة أخماسها لك والخمس الباقي منه اقسمه في فقراء أهلاك وهذا
دليل على جواز وضع الخمس في قرابة الواحد وان للامام أن يفوض ذلك اليه كما له أن
يفعله بنفسه لأن خمس الركاظ في معنى الخمس الغنيمة ووضع ذلك في قرابة الغائبين جائز اذا
كانوا محتاجين اليه وعن الحارث الازدي قال وجد رجل ركاظا فاشتراه منه أبي بمائة شاة
تبيع فلامته امي وقالت اشتريته بثمائة أنفسها مائة وأولادها مائة وكفايتها مائة فتقدم
الرجل فاستقا له فأبى أن يقبله فقال لك عشر شياه فأبى فقال لك عشرة أخرى فأبى فمالج
الركاظ فخرج منه قيمة ألف شاة فأتاه الآخر فقال خذ غنمك واطنى مالي فأبى عليه فقال

لاضرنك فأتى عليا رضى الله عنه فذكر ذلك له فقال علي رضى الله عنه اذ خمس ما وجدت
للذي وجد الركاز قاما هذا فانما أخذت من غنمه وفيه دليل علي ان بيع المعدن بالعروض جائز
وقوله بمائة شاة تباع أى كل شاة يتبعها ولدها وهى حامل بأخرى وهذا معنى ملامها اياه
حيث قالت اشتريتها بثمائة والمراد بقولها وكفايتها حملها وقيل المراد لبها وفيه دليل علي
ان المتصرف لا ينبغي له أن يبنى تصرفه علي رأى زوجته فانه ندم بناء علي رأيا ثم خرج له
منه قيمة ألف شاة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم شاوروهن وخالفوهن وفيه دليل
علي أن خمس الركاز علي الواجد دون المشتري وان بيع الواجد قبل أداء الخمس جائز في
الكل فيكون دليلا لنا علي جواز بيع مال الزكاة بعد وجوب الزكاة فيه وفيه دليل علي انه
لا ينبغي للدرء أن يقصد الاضرار بالغير فيكون ذلك سببا للحوق الضرر به كما ابتلى به
هذا الرجل وهذا معنى ما يقال من حفر مهواة وقع فيها ويقال المحسن يجزى باحسانه والمسيء
ستلقيه مساويه وعن الشعبي قال لاخير في بيع تراب الصواعين وهو غرر مثل السمك في
الماء وبه نأخذ فالمقصود ما في التراب من الذهب والفضة لا عين التراب فانه ليس بمقوم وما
فيه ليس بمعلوم الوجود والصفة والقدر فكان هذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع فيه غرر ولكن هذا اذا لم يعلم هل فيه شيء من الذهب والفضة أم لا
فان علم وجود ذلك فبيع شيء منه معين بالعروض جائز علي ما بينه ان شاء الله وعن عبد الله
ابن عمر رضى الله عنه قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما
يوجد في الطريق العام فقال صلوات الله عليه عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فهي لك
وفيه دليل علي ان الملتقط عليه التعريف في اللقطة وبظاهره يستدل الشافعي ويقول له ان
يملكها بعد التعريف وان كان غنيا ولاكننا نقول مراده فاصرفها الي حاجتك لانه صلى الله
عليه وسلم علمه محتاجا وعندنا للفقير أن ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها في الخرب
العادي قبها وفي الركاز الخمس والمراد بالركاز المعدن لانه عطنه علي الكنز وانما يعطف الشيء
علي غيره لا علي نفسه وكل من احتفر من المعدن فمليه خمس ما وجد وله أربعة أخماسه لما روينا
من الاثر قال وأكره أن تقاسموا التراب ولا أجيزه وان فعلوا حتى تخلص تقاسونه علي ما
يخلص من ذلك لما بينا ان المقصود ما في التراب وحقهم في ذلك سواء وعند قسمة التراب
لا يعلم مقدار ما يصل من المقصود الي كل واحد منهم فهم في معنى قسمة الذهب والفضة مجازفة

وذلك لا يجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بنفسه. ولو اشترى معدن فضة بفضة لم يجوز لانه لا يدري أن ما في تراب المعدن من الفضة مثل الفضة الاخرى أو أقل أو أكثر والاخذ بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضي الله عنه كذا تدع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وقال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال وقال في الربا من لم يأكله أصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب أو فضة فلعل ما في التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون الذهب ربالا لانه فضل خال عن العوض فالتراب ليس بمقوم. وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجوز عند اختلاف الجنس وكان بالخيار اذا خلص ذلك منه ورأى ما فيه لانه انما كشف له الحال الآن ولا يتم رغبته الا بذلك فكان الخيار اليه كمن اشترى شيئا لم يره. وكذلك لو اشتراه بعرض وكذلك ربا معدن من الذهب اذا اشتراه بذهب لم يجوز وان اشتراه بفضة أو عرض جاز لان عدم الربا بسبب اختلاف الجنس واذا احتقر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفرة فان بيعه باطل لانه باع ما لا يملك فان تلك الحفرة لم يملكها بمجرد الحفر لان الملك انما يثبت بالاحراز وهو لم يحرزه فان احرازه فيما رفع من التراب دون الباقي في مكانه فهو كبيع صخرة من الجبل قبل أن يحرزها ويخرجها وتأويل حديث علي رضي الله عنه أن الرجل كان أحرز بعضها فباع ذلك المحرز بمائة شاة وباع له الباقي ولهذا قال علي رضي الله عنه ادخس ما وجدت من الركاظ يعني ما أحرزته وكذلك ان أعطاهما رجلا على أن يعوضه منها عوضا فهو باطل لانه ملك ما لا يملك واشتراط العوض عليه في اخراج المباح وذلك باطل فرجع في عوضه وما احتقر الرجل من الحفرة فأحرزه فهو له بالاحراز وعليه الجنس في ذلك وان استأجر الرجل الأجير يعمل معه بتراب معدن معروف فهو جائز اذا كان يعلم أن فيه شيئا من الذهب أو الفضة لان جهالة مقداره لا تفضي الى المنازعة لما كان التراب معينا معروفًا وله الخيار اذا رأى ما فيه كمن أجر نفسه بعوض لم يره فهو بالخيار اذا رآه. وان استأجره بوزن من التراب مسمى بغير عينه لم يجوز لان المقصود ما في التراب وذلك لا يصير معلوما بذكر وزن التراب فقد يكثر ذلك في البعض ويقل في البعض الآخر وينعدم في البعض وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة. وكذلك لو اشترى عرضا بوزن من التراب بغير عينه فهو باطل لما قلنا وان كان لرجل على رجل دين فاعطاه به ترابا بعينه يدا بيد فان كان الدين فضة فاعطاه تراب فضة لم يجوز اتوهم الفضل فيما أعطاه وان

أعطاه تراب ذهب أو تراب جاز لا اختلاف الجنس وهو بالخيار اذا رأى ما فيه . واذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب أو تراب فضة فانما عليه مثل ما يخرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لان المقصود ما فيه واستقرضه جائز فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لانه منكر للزيادة التي يدعيها المقرض وان كان استقرض التراب على ان يعطيه ترابا مثله لم يجز معناه أن الشرط لا يجوز لأن في هذا الشرط زيادة أو نقصانا فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط في القرض باطل وكذلك لو اشتراه شراء فاسدا واستهلك التراب فعليه مثل ما فيه من ذهب أو فضة والقول في مقداره قول الضامن لان العقد لا يتناول عين التراب لانه ليس بمقوم وانما يتناول ما فيه وان اشترى تراب فضة بتراب فضة أو تراب ذهب بتراب ذهب لم يجز تساويا أو تفاضلا لأن المقود عليه ما في التراب وبالمساواة في وزن التراب لا تحصل المماثلة فيما هو المقصود وهو شرط جواز العقد وان اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار اذا رأى ما فيه لان المقصود صار معلوما له الآن والله أعلم

باب صرف القاضى

قال رحمه الله وحكم القاضى فى الصرف وحكم وكيله وأمينه حكم سائر الناس لانه فيما يباشر من العقود ليس بقاض وان كان قاضيا فباشرة العقد على وجه القضاء تستدعى من الشرائط ما تستدعيه مباشرته لاعلى وجه القضاء وان كان لليتم دراهم فصرفها الوصي بدنانير من نفسه بسعر السوق لم يجز لانه ليس فى هذا الصرف منفعة ظاهرة لليتم وهو شرط نفوذ تصرف الوصي فيما يعامل نفسه وكذلك لو كان فى حجره يتيمان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير فصرفها الوصي بينهما لم يجز لانه ان نفع أحدهما فقد أضر بالآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة واذا اشترى من مال اليتيم شيئا لنفسه نظرت فيه فاذا كان خيرا لليتم امضيت البيع فيه والا فهو باطل وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله وفى قوله الاول وهو قول محمد لا يجوز أصلا للأثر الذى روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه والمسئلة مذكورة فى كتاب الوصايا أما أبو الصبي أو جده أبو أيه بعد موت الاب فلا يملك التصرف مع نفسه بمثل القيمة لان شفقتة تحمله على أن لا يترك

النظر له فلا حاجة فيه الى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي وان اشترى تراب الصواغين بذهب أو فضة أو بذهب وفضة فلا خير فيه لانه لا يدري لعل فيه من أحد النقدين خاصة مثل الذي بمقابلته من ذلك النوع فيكون النوع الآخر ربا وان اشتراه بغير الفضة والذهب جاز وله الخيار اذا رآه وعلم مافيه لان المقصود الآن صار معلوما له وكذلك اذا كان يعلم ان فيه ذهبا وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد بينا نظيره في بيع الجنسين بجنسين وان اشتراه بسيف محلي أو منطقة مفضضة أو قلادة فيها ذهب ولو لولو وجوهر فلا خير فيه لان من الجائز أن ما في التراب مثله الحلية فيبقى السيف ربا وان علم أن فيه ذهبا وفضة فلا بأس بأن يشتريه بفضة وجوهر او بذهب وعرض من العروض على ما بينا أن تصحيح العقد هنا ممكن بأن يصرف المثل الى المثل والباقي بازاء العروض والحكم في تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشترهما رجل جميعا على ما بينا في تراب الصواغين لاشتمال التراب على الذهب والفضة جميعا وشرط الخيار في ذلك كله مفسد للبيع وكذلك التفرق قبل القبض لان العقد صرف باعتبار المقصود وهو ما في التراب. ولو اشترى ذهبا وفضة لا يعلم وزنها بفضة وذهب لا يعلم وزنها جاز بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ولا يجوز بيع العطاء والرزق فالرزق اسم لما يخرج للجن من بيت المال عذرأس كل شهر والعطاء اسم لما يخرج له في السنة مرة أو مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا يملكها قبل الوصول اليه وبيع مالا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد في عطائه فباع تلك الزيادة بالعروض أو غيرها فهو باطل وهو قول الشعبي وبه نأخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطاء بالعروض ولستأنا نأخذ بهذا الآن زيادة العطاء كأصله في انه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكا له كان ديننا وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا لم يجز هذا فيما هو دين حقيقة فكيف يجوز في العطاء ولكن ذكر عن ابراهيم وشريح رحمهما الله أنهما كانا يجوزان الشراء بالدين من غير من عليه لدين وقد بينا أن زفر أخذ بقولهما في ذلك والله أعلم

باب الاجارة في الصياغة

قال رحمه الله وان استأجر أجيرا بذهب أو فضة يعمل له في فضة معلومة يصوغها صياغة معلومة فهو جائز وكذلك الحلي والآنية وحلية السيف والمناطق وغيرها لانه استأجره لعمل

معلوم ببدل معلوم فلا تشترط المساواة بين الأجرة وبين ما يعمل فيه من الفضة في الوزن لأن
 ما يشترط له من الأجرة بمقابلة العمل لا بمقابلة محل العمل وكذلك إذا استأجره ليخلص له
 ذهباً أو فضة من تراب الصواعين أو تراب المعادن إذا اشترط من ذلك شيئاً معلوماً لأن مقدار
 عمله بعد تعيين المحل معلوم عند أهل الصنعة على وجه لا يمكن فيه منازعة وكذلك إن استأجره
 ليفضض له حلياً أو بنقش بنقش معروف فذلك جائز لأن العمل معلوم والبدل بمقابته معلوم
 وكذلك إن استأجره ليموه له لجأماً فإن اشترط ذهب التمويه على الذي أخذ الأجر فلا خير فيه
 لأن مقدار ما يحتاج إليه من الذهب للتمويه غير معلوم ولأن المقد في ذلك صرف فلا بد
 من التقابض في المجلس ولم يوجد وإن استأجره بدراهم ليموه له حرزاً بقيراط ذهب فهذا
 باطل إلا أن يقبض الدرهم ويقبض ذلك القيراط ثم يرده إليه ويقول موه به وكذلك إن
 استأجره بذهب أكثر من ذلك فإنه لا يجوز إلا أن يتقابض لأن المقد في الذهب صرف ولو
 استأجره بعرض أو بشيء من المكيل أو الموزون بعينه على أن يموه له ذلك بذهب أو فضة
 مسمى فهو جائز لأن بهض العرض بمقابلة الذهب المسمى يكون تبعا والقبض في المجلس
 ليس بشرط في بيع العيين بالدين وبفضه بمقابلة العمل وهي اجارة صحيحة فإن عمله فقال
 المستأجر لم يدخل فيه ما شرطت لي وقال الآخر قد فعلت فالقول قول المستأجر مع يمينه
 لأنكاره القبض في بهض ما استحقه بالبيع ثم يعطى الموه قيمة ما زاد التمويه في متاعه إلا
 أن يرضى أن يأخذ بقوله لأنه أقام أصل العمل ولكنه غيره عن الصفة المشروطة عليه فإن
 رضى بأن يأخذ بقوله فقد وجد ابقاء المشروط والا فله قيمة ما زاد التمويه في متاعه وقد
 بينا نظائره في باب الاستصناع من كتاب الاجارات في مسألة الصياغ وإن استأجره بحمل
 له مالا من أرض إلى أرض أو ذهباً أو فضة مسماة فهو جائز وكذلك تراب المعادن أو تراب
 الصياغة لأنه عمل معلوم ببيان المسافة والمحمول وكذلك لو استأجره لبيع له ذلك شهراً
 فالمعقود عليه منافعه وهي معلومة ببيان المدة بخلاف ما لو استأجره لبيع هذا العبد بعينه
 حيث لا يجوز لأن الاجارة وردت على البيع والبيع ليس في وسعه فهو بمنزلة ما لو استأجر
 إنساناً للتذرية ولم يبين المدة حيث لا يجوز ولو استأجره بحفر له في هذا المعدن عشرة أذرع
 بكذا فهو جائز ولو استأجره لينقى تراب المعدن أو تراب الصياغة بنصف ما يخرج منه كان
 فاسداً لأن الأجر مجهول ووجوده على خطر وهو استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون

بمعنى تفضير الطحان فله أجر مثله لانه أو في المنفعة بعقد فاسد وان استأجر انا فضة أو حلي ذهب يوماً بذهب أو فضة جازلاً للمستأجر منتفع به لبساً أو استعمالاً والبدل بمقابلة المنفعة دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة دينار بدرهم أو ثوب لم يجوز قال لانه ليس باناء يريد أنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلاً للاجارة وانما يرد عقد الاجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا أن الاعارة في الدراهم والدنانير لا تتحقق ويكون ذلك قرضاً فكذلك الاجارة ولو استأجر سيفاً على أو منطقة أو سرجاً مدة معلومة بدرهم أكثر مما فيه أو أقل فهو جائز لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استأجر صائغاً يصوغ له طوق ذهب بقدر معلوم وقال زد في هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جائز لانه استقرض منه تلك الزيادة وأمره أن يخلطه بملكه فيصير قابضاً كذلك ثم استأجره في اقامة عمل معلوم في ذهب له ولأن هذا معتاد فقد يقول الصائغ لمن يستعمله أن ذهبك لا يكفي لمن تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده واذا كان أصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق انما زدت فيه خمسة فان لم يكن محشوا بوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما فان كان محشوا فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض في الزيادة على خمس مثاقيل الا ان يشأ الصائغ أن يرد عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصائغ لأن الطوق في يده وهو غير راض بازالة يده عنه مالم يعطه عشرة مثاقيل وقد تعذر ذلك بيمين رب الطوق فكان للصائغ أن يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الأول يريد به مسألة الحرز فقدينا هناك ان الخيار لصاحب الحرز لان ذهب التمويه صار مستهلكاً لا يتخلص من الحرز بمنزلة الصبغ في الثوب فكان الخيار لصاحب الحرز وهنا عين ما زاد من الذهب قائم في الطوق فالصائغ فيه كالبائع فيكون له أن يمتنع من تسليمه مالم يصل اليه كمال العوض وان أمرا الصائغ أن يصوغ له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم وأراه القدر وقال لتكون الفضة على قرصاً من عندك لم يجوز لأن الفضة للصائغ كلها والمستقرض لا يصير قابضاً لها فيبقى الصائغ عاملاً في ملك نفسه ثم بائناً منه الفضة بأكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الأول فهناك المستقرض يصير قابضاً للذهب يخلطه بملكه فانما يكون الصائغ عاملاً له في ملكه فلماذا يستوجب الأجر عليه وفي مسألة الخاتم يفسد أيضاً لعله أخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سواء كان

بمثل وزنه أو أكثر والله أعلم

باب الغصب في ذلك

قال رحمه الله رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعي عليه قيمته من جنسه بالغة ما بلغت لان من أصله أن للجودة والصنعة في الذهب والفضة قيمة وان قوبلت بجنسها وعندنا لا قيمة للجودة والصنعة عند مقاباتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت أدى الى الربا وان ضمن مثل وزنها ففيه ابطال حقه في الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يعتبر قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لان للصنعة عنده قيمة وان قوبلت بجنسها والربا انما يكون شرطا في العقد فاما في ضمان المصوب والمستهلكات فلا يتمكن الربا بناء على أصله ان ضمان الغصب لا يوجب الملك في المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان الأصلين في كتاب البيوع والغصب والقول في الوزن والقيمة قول الغاصب مع بيمينه لأنه منكر الزيادة والطالب مدع لذلك فعليه البيعة وكذلك الرجل يكسر اناء فضة أو ذهب لرجل فعليه قيمة من خلاف جنسه سواء قل النقصان بالكسر أو أكثر لان ايجاب ضمان النقصان عليه متمذر فان الوزن باق بعد الكسر ولا قيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمان النقصان كان آخذا عين ماله وزنا مع زيادة وتلك الزيادة ربا فلمراعاة حقه في الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور اليه بالضمان وان شاء أمسك المكسور ولم يرجع بشيء لان شرط التضمن تضمين المكسور اليه فاذا أتى ذلك كان مبرئاله بخلاف الثوب اذا أحرقه فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفي الحرق الفاحش له ان يمسك الثوب ويضمنه النقصان لان الثوب ليس بمال الربا فكأنات الصنعة فيه متقومة فإيجاب ضمان النقصان فيه لا يؤدي الى الربا فان قضي القاضى عليه بالقيمة واقترا قبل أن يقبضها فذلك لا يضر عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يبطل قضاء القاضى باقتراهما قبل القبض لان ما جرى بينهما صرف فان تملك الفضة المكسوة بالذهب والتقابض في المجلس شرط في الصرف ولا جله يثبت حكم لربا فيه حتى لا يقوم بجنسه فكذلك يثبت حكم التقابض وبان كان يجبر عليه في الحكم لا ينعدم معنى الصرف فيه في حكم التقابض في المجلس كمن اشترى دارا بعبد وفي الدار

صفائح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضي له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض حصة الصفائح في المجلس لان العقد فيه صرف. وحجتنا في ذلك أن استرداد القيمة عند تعذر رد العين كما استرداد العين فان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضى القاضي على الناصب برد عين القلب لا يشترط القبض في المجلس فكذلك اذا قضى برد القيمة عند تعذر رد العين وهذا لان النصب ليس بسبب موجب للملك وانما هو موجب للضمان ثم ثبوت الملك في المضمون شرطا لتقرر حقه في القيمة وشرط الشيء يتبعه واذا كان باعتبار ماهو الاصل لا يجب التقابض فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فانه سبب الملك في البدلين وهو نظير ما لو قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال اعتقت لا يشترط القبول فيه وان كان ذلك شرطا في البيع ان كان مقصودا لان اندراج البيع هنا بطريق انه شرط للعتق وبه فارق الشفعة فالشفيع يملك الدار ابتداء بما يعطى من قيمة العبد بدل الدار في حقه فلو جود المبادلة مقصودا شرطنا قبض حصة الصفائح في المجلس بوضع ما قلنا ان اشتراط القبض في الصرف للتعين من حيث ان كل واحد من العوضين فيه يجوز أن يكون غير معين في الابتداء وهذا لا يوجد في النصب فالنصب والاستهلاك لا يرد ان الا على معين فلا معنى لاشتراط القبض هنا للتعين ومعنى المبادلة فيه غير مقصودة. يوضحه انه لو انتقض القضاء بالافراق عن المجلس احتاج القاضي الى اعادته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد وكذلك ان اصطلاحا على القيمة فهو على الخلاف لانها فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أو رفعا الامر اليه ولو أجل القيمة عنه شهرا جاز ذلك ايضا عندنا خلافا لزفر وقد بينا هذا الخلاف في التأجيل في الغصوب والمستهلكات انه يلزمه عندنا خلافا لزفر فعنده هذا التأجيل باطل لمعنيين أحدهما ان قبض القيمة في المجلس عنده واجب والثاني ان بدل الغصوب والمستهلك عنده كبدل القرض فلا يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب والقيمة دين حقيقة وحكما فبالتأجيل يلزم كالتن في البيع واذا استهلك أثناء من نحاس أو حديد أو رصاص كان ضا لنا لقيمه دراهم أو دنانير لان الاناء ليس من ذوات الأمثال بخلاف تبر الحديد والنحاس فهو موزون من ذوات الأمثال فيكون مضمونا بالمثل على المستهلك وفي الآنية يقضى القاضي بالقيمة ان شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير لان الاشياء بهما تقوم وبأيهما قوم هنا لا يؤدي الى الربا ولكنه ينظر ان كان يباع ذلك بالدراهم يقضى بقيمته

دراهم وان كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره أو هشمه هشما
يفسده فان كان هشما لا يفسده ضمنه النقصان ان كان لا يباع وزنا لانه ليس بمال الربا حتى
يجوز بيع الواحد منه بالآتين يدا بيد مكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا أو الاواني
المتخذة من الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا تخرج من أن تكون موزونة باعتبار النص
فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف واذا كسر اناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه
اياه فلا شيء لصاحبه على الذي كسره لان شرط التضمين تسليم المكسور اليه وقد فوته
بالاستهلاك ولو غصب اناء فضة فكسره وصاغه شيئا آخر فللمغصوب منه أن يأخذه عند
أبي حنيفة وعندهما لا يأخذه ولكن يضمه قيمة الاول مصوغا وقد بينا المسئلة في كتاب
الغصب وان غصبه دراهم أو دنانير فأذا بها كان لصاحبها أن يأخذها ان شاء وان شاء ضمن
الغاصب مثل ما غصبه لانه بالاذابة ما أحدث فيها صنعة وانما فوت الصنعة وبه لا يملك
المغصوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه واذا غصب درهما فالقاه في دراهم له فعليه مثله لانه خلط
المغصوب بماله خلطا يتعذر على صاحبه الوصول الى عينه فيكون مستهلكا ضامنا لمثله والمخلوط
يصير مملوكا له عند أبي حنيفة وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمين والشركة وكذلك الخلاف
في كل ما يخلط وقد بيناه في الغصب وان غصب فضة وسبكها في فضة له حتى اختلطا فعليه مثل
ما غصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم لآخر فخلطهما خلطا لا يمكن تمييزه أو سبك
ذلك كله فهو ضامن لمال كل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد منهما
الخيار بين التضمين والشركة ولو غصب دراهم أو دنانير فجعلها عروة في قلادة فهذا استهلاك
وعلى الغاصب مثلها لانه صيرها وصفا من أوصاف ملكه حتى يدخل في بيع ملكه من غير
ذكر وقد غصبها مقصودا بنفسه فاذا صار ذلك مستهلكا بفعله وجب عليه ضمان المثل فهو نظير
الساحة اذا أدخلها الغاصب في بناءه واذا رد الغاصب أجود مما غصب أو أردأ منه ورضى به
المغصوب منه جاز لانه أبراه من صفة الجودة حين رضي بالأردأ ولو أبراه عن بعض القدر
جاز فكذلك عن الصفة وفي الاجود أحسن الغاصب في قضاء ما عليه وذلك مندوب اليه
كالمو أرجح ولا يشترط رضا المغصوب منه بالأجود إلا على قول زفر وقد بيناه في البيوع
وان غصبه ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار وتقدمه الدنانير والدراهم قائمة في منزل
الغاصب أو مستهلكة فهو سواء وهو جائز أما بعد الاستهلاك فلانه قابض لبدل الدنانير

بذمته وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لانها مضمونة في يده بنفسها وهذا القبض ينوب عن قبض الشراء وكذلك لو كان الذي غصبه اثناء قبضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل وزنه من جنسه وأعطاه جاز وكذلك لو كان الاثاء مستهلكا لان ما اشرنا اليه من المعنى يتم المفصول فان صالحه من القبضة على ذهب بتأخير أو على قبضة مثلها بتأخير كان جائزا عندنا خلافا لغير وقد بينا أنه لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليه بالصلح وهذا لان المنصوب في حكم المستهلك اذا كان لا يتوصل الى عينه فواقع الصلح عليه يكون بدل المنصوب المستهلك وليس هذا كالشيء القائم بعينه يبيعه اياه يعني لو كان قائما بعينه قد أظهره فباعه منه كان هذا صرفا ولا يجوز الايدا بيد لان حقه في استرداد العين اذا كان قائما بعينه فيبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضة مبتدأة وان كان الاثاء غائبا عنه فقال اشترته منك بنسيئة فاني أكره ذلك اذا وقع عليه اسم البيع كرهت منه ما أكره من الصرف لان البيع مبادلة مال بمال قائم فلفظهما دابل على كون الاثاء قائما فلا يختلف الجواب بكونه حاضرا أو غائبا والقياس في الصلح هكذا الا اني استحسن في الصلح اذا كان الاثاء مغيبا عنه لانه ليس في نفس الصلح ما يدل على قيامه ومالا يتوصل الى عينه فهو مستهلك حكما أما اذا كان ظاهرا أو هو مقر به فاني أكره الصلح والبيع في ذلك الا على ما يجوز في الصرف فان ما جرى بينهما صرف بزعمهما فيؤخذان بأحكام الصرف فيه والله أعلم

باب الصرف في الوديعة

قال رحمه الله واذا استودع رجل رجلا ألف درهم فوضعها في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراها منه بمائة دينار ونقد الدنانير لم يجز ان فارقه قبل أن يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة أمانة في بيته والقبض المستحق بالعقد قبض ضمان قبض الامانة لا ينوب عنه لانه دونه بخلاف قبض الغصب ولان يد المودع كيد المودع الا ترى أن هلاكها في يد المودع كهلاكها في يد المودع فاذا لم يحدد القبض فيها لنفسه حتى افترقا فانما افترقا قبل قبض البديلين وان أودعه سيفا محلي فوضعه في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراه منه بثوب وعشرة دراهم ودفع اليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف في حكم شيء واحد وقد انتقض العقد في حصة الحلية بترك القبض في المجلس لانه صرف فينتقض في الكل لما في

تميز البعض من البعض في التسليم من الضرر . وكذلك لو اشتراه بسيف محلي فدفعه اليه ولم يقبض الوديعة من يده حتى افترقا فان حلية السيف بحلية السيف لا يجوز لانه صرف وقد انتقض ذلك كله لانه شيء واحد * قال وكان ينبغي أن يكون نصل السيف وحمائله وجفنه بنصل الآخر وحمائله وجفنه فان كان في حلية أحدهما فضل أضيف ذلك الى النصل والحمائل وكان ذلك كله بحمائل هذا ونصله ولكن دع هذا وافسد البيع كله * وحاصل هذا الكلام ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولا تجعل الحلية بمقابلة النصل في العقد لان العقد في الوجهين صحيح وصراف الجنس الى خلاف الجنس لترجيح جهة الجواز على جهة الفساد واذا جاز العقد في الوجهين فانما يقابل الفضة مثل وزنها وهنا العقد جائز ولكن بالافتراق قبل القبض يفسد وانما يحتال لتصحيح العقود لا لالغاءها بعد صحتها واذا فسد العقد في حصة الصرف يفسد فيما بقي أيضا لما يكون على كل واحد منهما من الضرر في تميز البعض من البعض في التسليم ولو قبض كل واحد منهما قبل أن يفترقا كان جائزا وتكون فضة كل واحد منهما بفضة الآخر وحمائل كل واحد منهما ونصله بحمائل الآخر ونصله فان كان في الحلية فضل أضيف الفضل الى الحمائل من الجانب الآخر والنصل وهذا مثل رجل باع لرجل ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب بالثوب والفضة بالفضة لان الفضة يقابلها في العقد مثل وزنها من الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقدين فان كان فيه فضل من أحد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجل اشترى نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة وأحد عشر درهما فمشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب فان تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز في الشاة والدرهم والثوب لان العقد في ذلك ليس بصرف وتميز البعض عن البعض ممكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ في البعض لا يعتمد على ما بقي ولو باع ثوبا ودينارا بثوب ودرهم فالثوب بحصة من الثوب والدرهم والثوب الآخر بحصة من الثوب والدينار لانها جنسان قوبلا بجنسين فليس صرف البعض الى البعض بأولى من البعض فلاماوضة يثبت الانقسام باعتبار القيمة فاذا افترقا قبل التقابض بطلت حصة الذهب من الفضة وحصة الفضة من الذهب لان العقد في ذلك الجزء صرف وجاز البيع في كل واحد من الثوبين بصاحبه بالحصة التي سميت له ولا خيار له في ذلك لان عيب التبعض بفعل كل واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم في بدل الصرف فيكون كل واحد منهما

راضيا بسبب التبعض فلهذا لا خيار لهما في ذلك والله أعلم بالصواب

﴿ باب الصرف في الوزنيان ﴾

قال رحمه الله رجل اشترى من رجل درهما معه لا يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه أجود منه أو أردأ منه فهو جائز لأن شرط الجواز المساواة في الوزن دون العلم بمقدار الوزن ولا معتبر بالجودة والرداءة في المساواة المشروطة في العقد وكذلك لو قال بعني بهذا الدرهم فضة مثل وزنه لأن الفضة تثبت ديناً في الذمة وشرط جواز العقد وهو المساواة وزناً موجوداً ولو اشترى مثقالاً فضة ومثقالاً نحاساً بمثقال فضة وثلاثة مثاقيل حديد كان جائزاً بطريق أن الفضة بمثلها وزناً وما بقي من الفضة والنحاس بالحديد فلا يمكن فيه الربا وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقي لأن الصفر موزون وقد بينا أن الحكم في مال الربا أنه يقابل الشيء مثله من جنسه فالخاصل أن حكم الربا في الفروع يثبت على الوجه الذي يثبت في الأصل لأنه إنما يتعدى إلى الفرع حكم الأصل فكما أن في الذهب والفضة تثبت المقابلة بهذه الصفة عند إطلاق العقد فكذلك في الفروع وعلى هذا نقول الحديد كله نوع واحد ما يصلح أن يصنع منه السيف وما لا يصلح كذلك ولا يجوز إلا وزناً بوزن لأن الحكم في الفرع يثبت على الوجه الذي يثبت في الأصل وفي الذهب والفضة تجعل أنواع النقرة جنساً واحداً البيضاء والسوداء في ذلك سواء وأنواع الذهب كذلك فكذلك الحديد وإن اختلفا قبل التقابض لم يبطل البيع لأن الحديد يتعين بالتميز بخلاف الذهب والفضة وقد بينا في البيوع الفرق بين الصرف وغيره من البيوع في الأموال الربوية في اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعي بالاسرب فهذا رصاص كله بوزن ولكن بعضه أجود من بعض وبالجودة والرداءة لا يختلف الجنس ولا بأس بالنحاس الأحمر بالشبه والشبه واحد والنحاس أثنان يدا بيد من قبيل أن الشبه قد زاد فيه الصبغ فيجعل زيادة النحاس من أحد الجانبين بزيادة الصبغ الذي في الشبه قال ولا خير فيه نسبة لأنه نوع واحد وبزيادة الصبغ في الشبه لا يتبدل الجنس ولأنه موزون متفق في معنى والوزن بهذه الصفة يحرم النساء ولا بأس بالشبه بالصفر الأبيض يدا بيد الشبه واحد والصفر أثنان لما في الشبه من الصبغ ولا خير فيه نسبة لأنه موزون متفق في المعنى وكذلك

الصفير الابيض لا بأس به واحدا منه بأثنين من النحاس الاحمر لان الصفير الابيض فيه رصاص قد اختلط به فباعته بارة يجوز العقد ولا خير فيه نسبة لانه موزون كله . وان افترقا في جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا لم يفسد البيع لانهما افترقا عن عين بعين وكل ما لم يخرج بالصنعة من الوزن في المعاملات لم يبيع بجنسه الا وزنا بوزن سواء لان المصوغ الذي يباع وزنا بمنزلة التبر . وان اشترى انا من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلا وقبض الاناء فهو جائز ان دفع اليه الحديد قبل ان يتفرقا لان الحديد موزون فاذا صحبه حرف الباء وبمقابلته عين كان ثمنا وترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر وان تفرقا قبل أن يدفع اليه الحديد فان كان ذلك الاناء لا يباع في العادة وزنا فلا بأس به لانهما افترقا عن عين بدين وان كان الاناء بوزن فلا خير فيه لانه يبيع موزون بموزون والدينية فيه عفو في المجلس لا بعده واذا افترقا وأحد العوضين دين فسد العقد كما لو كان أحدهما مؤجلا فلو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الاناء حتى افترقا لم يفسد العقد لان ما كان دينا قد تعين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض في المجلس فيه لا يضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين من رصاص جيد بغير عينه فالعقد فاسد تقابضا في المجلس أو لم يتقابضا لان أحد العوضين مبيع وهو ما لم يصبحه حرف الباء فيكون بائعا مالايس عنده لا على وجه السلم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع مالايس عند الانسان ومطلق النهي يوجب الفساد والله أعلم

باب الصرف في دار الحرب

قال رحمه الله ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاربايين المسلمين وبين أهل دار الحرب في دار الحرب وهذا الحديث وان كان مرسل فمكحول فقيه ثقة والمرسل من مثله مقبول وهو دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في جواز بيع المسلم الدرهم بالدرهمين من الحربى في دار الحرب وعند أبي يوسف والشافعى رحمهما الله لا يجوز وكذلك لو باعهم مائة أو قامرهم وأخذ منهم مالا بالتمار فذلك المالا طيب له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعى رحمهما الله . وحجتهم ما حديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه وقع للمشركين جيفة في الخندق فاعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار الاسلام
لانا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربي الذي لا امان له سواء كان في دار الاسلام أو
في دار الحرب والمعنى فيه أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام
حيث كان ولا يجوز أن يحمل فعله على أخذ مال الكافر بطيبة نفسه لانه قد أخذه بحكم العقد
ولان الكافر غير راض بأخذ هذا المال منه الا بطريق العدمه ولو جاز هذا في دار الحرب
لجاز مثله في دار الاسلام بين المسلمين على أن يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم الآخر به ووجبتنا
في ذلك ما روينا وما ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه وغيره ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال في خطبته كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس بن
عبدالمطلب وهذا لان العباس رضى الله عنه بعد ما أسلم رجع الى مكة وكان يربي وكان يخفي
فعله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإلم ينه عنه دل أن ذلك جائز وإنما جعل الموضوع
من ذلك ما لم يقبض حتى جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا ما بقي من الربا قال
محمد وبلغنا ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى ألم غلبت الروم
قال له مشركو قريش يرون أن الروم تغلب فارس فقال نعم فقالوا هل لك أن تخاطرنا على
أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرنا وان غلبت فارس أخذنا خطرك
فخاطرهم أبو بكر رضى الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال اذهب
اليهم فزد في الخطر وأبعد في الأجل ففعل أبو بكر رضى الله عنه وظهرت الروم على فارس
فبعث الى أبي بكر رضى الله عنه أن تعال فخذ خطرك فذهب وأخذه فأتى النبي صلى الله عليه
وسلم به فأمره بأكله وهذا القمار لا يحل بين أهل الاسلام وقد أجازه رسول الله صلى الله عليه
وسلم بين أبي بكر رضى الله عنه وهو مسلم وبين مشركي قريش لانه كان بمكة في دار الشرك
حيث لا يجرى أحكام المسلمين* واتي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركناة باعلى مكة فقال
له ركناة هل لك أن تصارعني على ثلث غنمي فقال صلوات الله عليه نعم وصارعه فصرعه
الحديث الى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكريما وهذا دليل على جواز مثله في دار
الحرب بين المسلم والحربي وهذا لان مال الحربي مباح ولكن المسلم بالاستئمان ضمن لهم أن
لا يخونهم وان لا يأخذ منهم شيئا الا بطيبة أنفسهم فهو يتحرز عن الغدر بهذه الأسباب ثم
يملك المال عليهم بالأخذ لانه هذه الأسباب وهذا لان فعل المسلم يجب حمله على أحسن

الوجوه ما أمكن وأحسن الوجوه ما قلنا والعراقيون يهرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا
دماؤهم طلق لنا أموالهم فاعدا عذر الأمان يضرب سبعا في ثمان وتأويل حديث ابن عباس
أنه نهاهم عن ذلك لما رأى فيه من الكبت والغيظ للمشركين ولئلا يظنوا بنا اننا نقتلهم لطمع
المال وأما التاجران من المسلمين في دار الحرب فلا يجوز بينهما إلا ما يجوز في دار الاسلام
لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم وان ذلك يثبت بالاحراز بدار الاسلام ولا ينعدم
معنى الاحراز بالاستئمان اليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مال صاحبه اذا أتلفه وانما يملك
كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذي باشره ولا يجوز آبات عقد لم يباشراه بينهما من هبة
أو غيرها وان كان أسلما ولم يخرج حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم أرده له وهو قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يردده والحكم فيها كالحكم في التاجرین أما على أصل أبي
يوسف فقط فظاهر لانه لا يجوز هذا العقد بين المسلم والحربي فكيف يجوز بين المسلمين
ومحمد يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالأخذ ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا
على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وانما يملك أحدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال
الحربي وأبو حنيفة يقول بالاسلام قبل الاحراز تثبت العصمة في حق الامام دون الاحكام
ألا ترى ان أحدهما لو أتلف مال صاحبه أو نفسه لم يضمن وهو آثم في ذلك وانما تثبت
العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقد
حقا للشرع دون من لا يعتقد وبقوة الدار يمنع عن ماله من يعتقد حرمة ومن لم يعتقد
فثبوت العصمة في حق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنيع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا لا
يؤمر أن يرد ما أخذ لانه كل واحد منهما انما يملك مال صاحبه بالأخذ فاما اذا ظهر
المسلمون على الدار فانما لا يملك مال الذي أسلم لانه صار محرزا ماله بيده ويده أسبق اليه
من يد الغائبين فان دخل تجار أهل الحرب دار الاسلام بأمان فاشترى أحدهم من صاحبه
درهما بدرهمين لم أجز ذلك الا ما أجزه بين أهل الاسلام وكذلك أهل الذمة اذا فعلوا
ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم ولا يملكه صاحبه الا بجهة العقد وحرمة الربا
تأبته في حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى نصارى نجران
من أربى فليس بيننا وبينه عهد وكتب الى مجوس هجراما أن تدعوا الربا أو تأذوا بحرب
من الله ورسوله فالتعرض لهم في ذلك بالمنع لا يكون غدرا بالأمان وهذا لانه يثبت

عندنا أنهم نهوا عن الربا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه فباشرتهم ذلك لا تكون
 عن تدين بل لفسق في الاعتقاد والتعاطي فيمنعون من ذلك كما يمنع المسلم . وإذا تباع أهل
 الحرب بالربا في دار الحرب ثم خرجوا فأسلموا أو صاروا ذمة قبل أن يتقابضوا أو يقبض
 أحدهما ثم اختصموا في ذلك أبطلته لأن العصمة الثابتة بالأحراز كما تمنع ابتداء العقد تمنع
 القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد والأصل فيه قوله تعالى وذروا
 ما بقي من الربا وسببه مروى عن مكحول قال أسلم ثقيف بشرط . أن لا يدعوا الربا وكان بنو
 عمرو بن عوف يأخذون الربا من بني المغيرة وبنو المغيرة يربون ذلك فلما كان بعد الفتح
 بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة أميرا فطلب بنو
 عمرو بن عوف ما بقى لهم من الربا وابتاعوا ذلك بنو المغيرة فاختصموا الى عتاب رضى الله عنه
 وكتب فيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله الآية وكتب بها رسول الله صلى
 الله عليه وسلم الى عتاب رضى الله عنه وأمره أن يأمرهم بان يدعوا لهم ما بقى من الربا أو
 يستعدوا للحرب فعرفنا ان الاسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء العقد وكذلك لو اختصموا
 بعد التقابض في دار الاسلام فانهم يؤمرون برد ذلك لان التقابض بعد العصمة بالأحراز
 كان باطلا شرعاً وكذلك المسلم يبايع الحربى بذلك في دار الحرب ثم أسلم الحربى وخرج
 الى دارنا قبل التقابض فان خصمه في ذلك الى القاضي أبطله وان كانا تقابضا في دار الحرب
 ثم اختصموا لم أنظر فيه ويستوى ان كان المسلم أخذ الدرهمين بالدرهم أو الدرهم بالدرهمين لانه
 طيب نفس الكافر بما أعطاه قل ذلك أو كثر واخذ ماله بطريق الاباحة كما قررنا والله أعلم

- باب الصرف بين المولى وعبده -

قال رحمه الله وليس بين المولى وعبده ربا لقوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين العبد
 وسيده ولان هذا ليس يبيع لان كسب العبد لمولاه والبيع مبادلة ملك بملك غيره فأما
 جعل بعض ماله في بعض فلا يكون بيعا فان كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن
 على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه ولا يسلم له ما لم يفرغ
 من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد وسواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو درهمين
 بدرهم لان ما أعطى ليس بعوض سواء كان أقل أو أكثر فطيه رد ما قبض لحق

الغرماء وكذلك أم الولد والمدبر لأن كسبهما للمولى ولا يجوز أن يشتري من مكاتبه إلا مثل ما يجوز له مع مكاتب غيره لأن المكاتب أحق بمكاسبه وقد صار بعقد الكتابة كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجوز الربا بينه وبين مولاة كما يجوز بينه وبين غيره الوالدان والولد والزوجان والقرابة وشريك العنان فيما ليس من تجارتها والوصى في الربا بمنزلة الأجنبي لأن المباينة تتحقق بين هؤلاء والمالك بمنزلة الأحرار في ذلك لأنهم يخاطبون بذلك كما يخاطب الأحرار فاما المتفاوضان إذا اشترى أحدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعة وهو مالهما كما كان قبل هذا البيع لأنهما كشخص واحد في التجارة كما يجوز بينهما لا يكون بيعة والله أعلم

❦ باب الوكالة في الصرف ❦

قال رحمه الله وإذا تصارف الوكيلان لم ينبغ لهما أن يفترقا حتى يتقابضا كما لو باشرا العقد لأنفسهما لأن حقوق العقد تتعلق بالماقد ولا يختلف في ذلك مباشرة لغيره ومباشرة لنفسه ألا ترى أنه يستغنى عن إضافة العقد إلى غيره ولا يضرهما غيبة الموكلين لأنهما من حقوق العقد كسائر الأجانب وإن وكل رجل رجلين بالصرف لم يكن لأحدهما أن يفرد به لأنه فوض إليهما ما يحتاج فيه إلى الرأي ورأى الواحد لا يكون كراى المثنى فإن عقدا جميعا ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطلت حصته وحصته الباقى جائزة كما لو باشرا العقد لأنفسهما وإن وكل جميعا رب المال بالقبض أو الأداء وذهب بطل الصرف لوجود الاقتراق من العاقدين قبل التقابض ورب المال في حقوق العقد كاجنبى آخر وإن وكله في أن يصرف له دراهم بدنانير فصرفها وتقابضا وأقر الذى قبض الدراهم بالاستيفاء ثم وجد فيها درهما زائفا فقبله الوكيل وأقر أنه من دراهمه وجعله الموكل فهو لازم للموكل لأنه لا قول للقابض فيما يدعى من الزيادة بعد ما أقر باستيفاء حقه وإنما يرد على الوكيل باقراره واقراره لا يكون حجة على الموكل فهذا كان لازما للوكيل ❦ قال وإن رده القاضي على الوكيل بيينة أو بأداء يمين ولم يكن القابض أقر بالاستيفاء لزم الأمر وفي هذا نظر فإن القابض إذا لم يقر باستيفاء حقه ولا باستيفاء الجياد فالقول قوله فيما يدعى أنه زيوف لأنه ينكر قبض حقه ولا حاجة له إلى إقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذى عاقده إنما اليمين عليه فإن جعل التول قوله شرعا يتوجه عليه اليمين وإنما يرد إذا حلف لا إذا أتى اليمين فمرقنا أن هذا الجواب مختل

والصحيح أنه إذا حلف ورده على الوكيل فهو لازم للأمر لأنه رده عليه بغير اختياره فيما هو حجة في حق الأمر . وإذا وكله بان يصرف له هذه الدراهم بدنانير فصرفها فليس للوكيل أن يتصرف في الدنانير لأن الوكالة قد انتهت والدنانير المقبوضة أمانة في يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير أمر . وان وكله أن يشتري له ابريق فضة بعينه من رجل فاشتراه بدراهم أو دنانير جاز على الأمر وجاز ان نواه لنفسه لان مطلق التوكيل بالشراء يتصرف الى الشراء بالنقد فهو بذمته قصد عزل نفسه في موافقة أمر الأمر وليس له أن يخرج نفسه من الوكالة إلا بحضور من الأمر وان اشتراه بشيء مما يكال أو يوزن بعينه أو بغير عينه لم يجز على الأمر لان مطلق التوكيل بالشراء يتميد بالشراء بالنقد وقد بينا ذلك في البيوع فاذا اشتراه بشيء آخر كان مخالفا وكان مشتريا لنفسه فان وكله بفضة له يبيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة أكثر منها لم يجز كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لأنه لم يخالف والوكيل إنما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد والموكل أحق بهذه الفضة من الوكيل يقبض منها وزن فضته لان فضته صارت دينا على القابض وقد ظهر بجنس حقه من مال المديون فكان له أن يأخذ من ذلك مقدار حقه والباقي في يد الوكيل حتى يرده الى صاحبه . وإذا وكل الرجل رجلا يبيع تراب فضة فباعه بفضة لم يجز لأنه يقوم مقام الموكل في ذلك فبيعه كبيع الموكل فان علم المشتري ان الفضة في التراب مثل الثمن وزنا فرضيه قبل أن يفرقا جاز ذلك لأنه لا قيمة للتراب والعلم بالمساواة وزنا في المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار في ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئا لم يره ثم رآه فان رده بغير حكم جاز على الأمر بمنزلة الرد بخير الشرط والرؤية وان تفرقا قبل أن يعلم ذلك فالبيع فاسد لان العلم بالمساواة شرط هذا العقد كالتبضع وكما أن التبضع بعد الافتراق لا يصلح العقد فكذلك العلم بالمساواة ولو وكله أن يزوجه امرأة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه به كان جائزا ان كان فيه عشرة دراهم فضة أو أكثر وكذلك ان كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم أو أكثر وان لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه وهذا لان أدنى الصداق عندنا عشرة دراهم وان وكله بأن يبيع له سيفاً محلي فباعه بنسيئة فالبيع فاسد للأجل المشروط في الصرف ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يخالف فالبيع عادة يكون بالنقد والنسيئة وإنما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالفساد وكذلك ان شرط فيه الخيار وباعه بأقل مما فيه نقداً

فهو فاسد كما لو باعه الموكل بنفسه ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالفه ولو وكله بحلي ذهب فيه لؤلؤ وياقوت يبيعه له فباعه بدراهم ثم تفرقا قبل قبض الثمن فان كان اللؤلؤ والياقوت ينزع منه بغير ضرر يبطل البيع في حصة الصرف لعدم القبض في المجلس وجاز في حصة اللؤلؤ لتمكن التسليم فيه من غير ضرر والبيع في حقه يبيع عين بدين ولا يشترط فيه القبض في المجلس وان كان لا ينزع إلا بضرر لم يجز شي منه لتعذر تسليم المبيع بغير ضرر ألا ترى ان بيعه ابتداء في هذا الفصل لا يجوز فكذلك لا يبقى بخلاف الأول وان وكله أن يشتري له فلوسا بدرهم فاشتراها وقبضها فكسدت قبل أن يسلمها الى الأمر فهي للأمر لانه قبض الوكيل صار قابضا فان الوكيل في القبض عامل له وبالقبض ينتهي حكم العقد فيه فالكساد بعده لا يؤثر فيه ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل كان الوكيل بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها وقد ذكر قبل هذا أن العقد يفسد بكساد الفلوس قبل القبض استحسانا فقبل التفريع المذكور هنا على جواب القياس وقيل مراده من قوله هناك أن العقد يفسد أنه لا يجبر على قبض الفلوس الكاسدة فاما اذا اختار الاخذ فله ذلك كما فسره هنا فقال الوكيل بالخيار فاذا أخذها فهي لازمة له دون الأمر الا ان يشاء الأمر من قبل انها ليست بفلوس حتى كسدت انما هي الآن صفر معناه ليست بفلوس رائجة هي ثمن وذلك مقصود الأمر . وان وكله أن يشتري له عبدا بعينه فاشتراه ثم وجد به عيبا قبل أن يقبضه الوكيل فلا وكيل أزيده لان الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل فيه كالعاقدة لنفسه فادامت العين في يده فهو متمكن من ردها بدون استطلاع رأى الموكل فان أخذه ورضيه وكان العيب غير مستهلك له فهو لازم للأمر وان كان العيب فاحشا يستهلك العبد فيه لزم الوكيل دون الأمر استحسن ذلك الا ان يشاء الأمر وذكر في السير الكبير أن علي قول أبي حنيفة رضي الله عنه العيب اليسير والفاحش فيه سواء وهو لازم للأمر ان اشتراه بمثل قيمته لان أخذه مع العلم بالعيب كشرائه ابتداء مع العلم بالعيب ومن أصل أبي حنيفة رضي الله عنه أن العيب المستهلك لا يمنع الوكيل من الشراء للأمر بمثل قيمته فكذلك لا يمنعه من القبض والرضا به عند الاخذ ومن أصلهما أن ذلك يمنع شراؤه للأمر ابتداء لان الموكل لم يقصد ذلك وهو معلوم عرفا فكذلك رضاه عند الاخذ وهذه مسألة كتاب الوكالة وقد بينا هناك ولئن كانت المسئلة في قولهم كما أطلق في الكتاب فوجه ان الرضا بالعيب اليسير

من الوكيل بالشراء ملزم للأمر بخلاف العيب الفاحش فكذلك الرضا بالعيب اليسير يكون ملزماً للأمر بخلاف الرضا بالعيب الفاحش إلا أن يشاء الأمر وإن لم يجد بالعبد عيباً ولكنه قتل عند البائع فالوكيل بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازته كما لو اشتراه لنفسه وهذا لأن المبيع تحول من جنس إلى جنس وتأثير ذلك في إثبات الخيار فوق تأثير العيب فإن أجازته كانت القيمة له دون الأمر لأن مقصود الأمر تحصيل العبد له ولا يحصل ذلك بالقيمة فرضا الوكيل بها لا يلزم الأمر إلا أن يشاء أخذ ذلك فيكون أحق به من المشتري لأنها بدل ملكه فالملك في العبد بالشراء وقع له فإذا رضى أن يأخذه فهو أحق به وإذا وكله بطوق ذهب بييمه فباعه ونقد الثمن وقبض الطوق ثم قال المشتري وجدته صغيراً موهوباً بالذهب فاقرب به الوكيل لزم الوكيل لأن المشتري غير مقبول القول فيما يدعى من غير حجة فإنه قبض عين ما يتناول العقد ثم ادعى بعد ذلك فساد العقد لسبب لا يعرف في مثله لا يقبل قوله إلا بحجة وإقرار الوكيل حجة في حقه دون الأمر غير أنه أن يستحق الأمر لأن الأمر لو أقر بذلك لزمه فإذا أنكر كان له أن يحلفه عليه وإن أنكر الوكيل فرده عليه القاضي بالينة لزم الأمر لأن الينة حجة في حق الأمر وكذلك إن رد عليه باباء اليمين عندنا خلافاً لغيره فإنه يجعل إباء الوكيل اليمين كإقراره بذلك ولكننا نقول الوكيل مضطر في هذا لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذباً وهذه الضرورة له يعمل بها للموكل وكان له أن يرجع به عليه فإن وكله أن يشتري له به طوق ذهب بعينه فيه مائة دينار فاشتراه بألف درهم ونقد الثمن ولم يقبض الطوق حتى كسره رجل قبل أن يتفرقا فاجبار الوكيل تضمين الكاسر قيمته مصوغاً من الفضة جاز ذلك على الوكيل لأن المعقود عليه فات واختاف بدلاً والوكيل في اختيار قبض البدل كالعاقدة لنفسه في حقه ولا يجوز ذلك على الأمر لأن المقصود للأمر تحصيل الطوق له ولا يحصل ذلك بالقيمة وتصرف الوكيل على الأمر إنما ينفذ فيما يرجع إلى تحصيل مقصوده . قال ويبرأ منه بائع الطوق لأنه حقه تعين في ضمان القيمة في ذمة الكاسر فإذا أخذ الوكيل الضمان من الكاسر بصدق بالفضل إن كان فيه لأنه غرم في الثمن حسن ما عاد إليه فيظهر الربح وهو ربح حصل لأعلى ضمانه فيلزمه التصديق به وأكره للمسلم توكيل الذمي أو الحربى بأن يصرف له دراهم أو دنانير وأجزه إن فعل لأن مباشرة هذا العقد منه تصح لنفسه فكذلك لغيره بأمره ولكنه لا يتحرز

عن الحرام اما الاستحلاله ذلك أو لجهاه به أو قصده الى توكيل المسلم حراما فلهذا أكره له ذلك واذا وكله أن يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم أو لا يعلم فلا ضمان على الوكيل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لأنه مال الموكل صرف بعضه في بعض ولا يكون الوكيل بتصرفه مفوتا على الموكل شيئا واذا وكله ألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وخط عنه ما لا يتغابن في مثله لم يجز على الأمر لأنه في معنى الوكيل بالشراء وكل واحد من المتصارفين في العوض الذي من جهة صاحبه مشتر ولأن تصرف الوكيل بالشراء بالمعين إنما لا ينفذ على الموكل للثمة فانه من الجائز انه عقد لنفسه فلما علم بالمعين أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند مفاوض الوكيل أو شريك له في الصرف أو مضارب له من المضاربة لم يجز لكونه متهما في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فان من يحصل بتصرف من عامله يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند تفاوض الأمر لم يجز كما لو صرفها الأمر بنفسه وهذا لأنه لا فائدة في هذا العقد فما يقبض ويعطى يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك الأمر في الصرف غير مفاوض فهو جائز وكذلك مضاربه لان الأمر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيدا وهو أنه يدخل به في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه ويخرج به منه ما كان فيه فكذلك الوكيل اذا فعل ذلك واذا وكله بالف درهم يصرفها له وهما في الكوفة ولم يسم له مكانا في أي ناحية من الكوفة صرفها فهو جائز لان نواحي المصر في حكم مكان واحد ومقصوده أن التوكيل لا يتقيد بالسوق لان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة وكذلك لو خرج بها الى الحيرة أو الى البصرة أو الى الشام فصرفها هناك جاز ولا ضمان عليه لان الأمر مطلق ولا يتقيد بمكان الا بدليل يفيد به وفيما لا حمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيد لان ماليته لا تختلف باختلاف الامكنة ففي أي مكان صرفها له كان ممثلا أمره ولو وكله يبيع عبد له أو عرض له حمل ومؤنة فاستأجر وخرج بها من الكوفة الى مكة فباعها هناك أجزت البيع لان الأمر بالبيع مطلق ففي أي موضع باعه فهو ممثّل ولا أزم الأمر من الآخر شيئا لأنه لم يأمر بالاستئجار فهو متبرع فيما التزم من ذلك وقال في رواية أبي حفص أجزت البيع اذا باعه بمثل ثمنه في الموضع الذي أمره ببيعه فيه وهذا مستقيم على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقا يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع

آخر وعند أبي حنيفة لا يتقيد بذلك اذا باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع آخر وأعاد هذه المسئلة في كتاب الوكالة وقال في جوابها لم أجز البيع لأنه لم يأمره بالخروج به انتهى على ذلك رواية أبي سليمان ورواية أبي حنيفة وهو الأصح لأنه لو اعتبر مطلق الأمر حتى يجوز بيعه في مكان آخر لكانت مؤنة النقل الى ذلك المكان على الموكل كما لو أمره بالبيع في ذلك المكان وهذا لان احضار السلعة على البائع ليستوفى الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن انجاب هذه المؤنة عليه وربما يبالغ ذلك ثمن السلامة أو يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الأمر بالمصر الذي يباع فيه المتاع فهذا لا يجوز بيعه في مكان آخر بخلاف ما لا حمل له ولا مؤنة وبمش هذا قال في الكتاتين لو ضاع أو سرق قبل أن يبيعه فهو ضامن له وبهذا تبين أنه لا يكون مأذونا من جهته في الاخراج الى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم يتفق له يبعه كانت مؤنة الرد عليه دون الأمر فعرفنا انه كالغاصب في غير ذلك الموضع وان دفع اليه دراهم يشتري بها ثوبا يسه ولم يسم له المكان فاشترى به غير الكوفة كان جائزا اذا لم يكن له حمل ولا مؤنة لان الأمر بالشراء وجد مطلقا فان وكله بألف درهم يصرفها له ثم ان الموكل صرف تلك الالف بخاء الوكيل الى بيت الموكل فأخذ ألفا غيرها فصرفها فهو جائز لان التوكيل انما حصل بالصرف بدراهم في الذمة اذ النقود لا تتعين في العقود ألا ترى انه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل أن يمنعها ويعطى غيرها فصرف الموكل تلك الالف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تتناوله الوكالة فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كانت الاولى باقية وأخذ الوكيل غيرها فصرفها لان الصرف انعقد بدراهم في ذمته سواء اضافه الى تلك الالف أو غيرها فيكون ممثلا أمره في ذلك وكذلك الدنانير والفلوس * فان قيل أليس أن تلك الالف لو هلكت بمد التسليم الى الوكيل قبل أن يصرفها بطلت الوكالة ولو لم تتعلق الوكالة بها لما بطلت الوكالة بها * قلنا الوكالة لا تتعلق بعينها حتى اوصرفها ثم هلكت قبل التسليم كان له أن يطالب الموكل بألف أخرى فأما اذا هلكت قبل أن يصرفها انما بطلت الوكالة لمعنى دفع الضرر عن الموكل فرمما يشق عليه أداء ألف أخرى بمد هلاك تلك الالف ولا ضرر على الوكيل في ابطال الوكالة اذا هلكت قبل أن يصرفها وهذا لا يوجد اذا كانت قائمة في يد الموكل أو صارف بها لانه لا ضرر عليه في ابقاء الوكالة على الوجه الذي انعقدت في الابتداء وهو الصرف بدراهم في الذمة ولو أمره ببيع فضة بعينها أو ذهب بعينه أو عرض من العروض فباع غيره لم يجزله لان

الوكالة تعاقت بملك العين فانها اضيفت اليه بعينه وهو مما يتعين بالتعيين في العقد واذا وكله
بالف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة
لان وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أما اليوم فان صرفها بكوفية
مقطعة لم يجوز لان وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال وانما جاز قبل اليوم فان صرفها
بكوفية مقطعة لم يجوز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص وهذا اختلاف عصرنا
فابو حنيفة افتى بما كانت عليه المعاملة في عصره وهما كذلك. والحاصل انه يعتبر في كل مكان
وزمان ما هو المتعارف لانه يعلم ان مقصود الموكل ذلك بغالب الرأي ولو قال اشترى لي بهذه
الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفية أو بغداد فاشترى له غلة الكوفية جاز وان اشترى له غير ذلك
من غلة البصرة أو بغداد أو دراهم غير الغلة لا يجوز الا أن يكون مثل غلة الكوفية لان
الوكيل انما يصير ممثلاً اذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفية فان كان ما اشترى
مثل غلة الكوفية فقد حصل مقصوده وان قال له بيع هذه الألف درهم بدنانير شامية فباعها
بالكوفية فان كانت الكوفية غير مقطعة وكان وزنها شامية فهو جائز على الامر لحصول
مقصوده قال وليس الدنانير في هذا كالدرهم فان مقصوده من شراء الغلة الاتفاق في حوائجها
وانما يحصل ذلك بغلة الكوفية أو مثلها ومقصوده من الدنانير الربح وذلك يختلف باختلاف
الوزن فان كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية فقد حصل مقصوده ولو قال بعها بدنانير عتق
فباعها بالشامية لا يجوز على الامر لان المقصود لا يحصل بهذا لما لاعتق من السرف على الشامية
والله تعالى أعلم

- باب العيب في الصرف -

قال رحمه الله واذا اشترى سيفاً محلي بدرهم أكثر مما فيه وتقايبضاً وتفرقاً ثم وجد
بالسيف عيباً في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لقوات وصف السلامة المستحقة
له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغي له أن يفارقه حتى يقبض
التمن لان الرد بعد القبض بغير قضاء قاض كالأقالة من حيث انه يعتمد التراضي والأقالة في
الصرف بمنزلة البيع الجديد في وجوب التقابض به في المجلس لان الأقالة فسخ في حق
المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق

القبض في الصرف من حق الشرع فاذا فارقه قبل التقابض انتقض الرد في حصة الحلية لانه
صرف وفيما وراء ذلك لان في تمييز البعض من البعض ضررا وله أن يردده عليه بالعيب كما له
ذلك قبل الرد لان ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن
يفارقه قبل قبض الثمن لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب
العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل
قبض الثمن. ألا ترى أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يردده على بائعه في هذا الفصل
دون الاول قال وله أن يؤجره بالثمن لانه دين له في ذمته بسبب القبض فان عقد الصرف
قد انسخ والتأجيل صحيح في مثله كبذل الغصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فانه في حكم
العين فان كان حلي ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فان أراد أن يردده دون الحلي
لم يكن له ذلك الا أن يردده كله أو يأخذه كله لان الكل كشيء واحد لما في تمييز البعض
من البعض من الضرر ولان الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير مالو اشترى زوج
خف فوجد باحداهما عيبا وهناك ليس الا له أن يرددهما أو يمسكهما وكذلك لو اشترى خاتم
فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى ابريق فضة فيه الف درهم
بالف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوقة فردها عليه
كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الابريق لان العقد قد انتقض من الاصل
حين تبين افتراقهما قبل قبض أحد البدلين فان الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم
وكذلك الزيوف في قول أبي حنيفة لان عنده اذا رد الكبير بعيب الزيادة ينتقض القبض
فيه من الأصل وقد بينا ذلك في السلم وعندهما في الزيوف يستبد له قبل أن يتفرقا من مجلس
الرد وذكروا عن المسور بن مخرمة قال وجدت في المغنم يوم القادسية طشتا لا أدري أشبهه
أو ذهب فابتعتها بالف درهم فأعطاني بها تجار الحيرة ألفي درهم فدعاني سعد بن أبي وقاص
رضي الله عنه فقال لا تأمنني ورد الطشت فقلت لو كان سهاما قبالتها مني فقال اني أخاف أن
يسمع عمر رضي الله عنه اني بعتك طشتا بالف درهم فأعطيت بها ألفي درهم فيرى اني قد
صانعتك فيها قال فأخذها مني فاتيت عمر رضي الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال
الحمد لله الذي جعل رعيتي تخافني في آفاق الأرض وما زادني على هذا وفيه دليل أن
لصاحب الجيش ولاية بيع المغنم وانه ليس له أن يبيع بفن فاحش وان تعرفه فيه

كتصرف الأب والودي في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضي الله عنه لما ظهر أنه
 باع بنين فاحش وفيه دليل على أن الإمام إذا بلغه عن عامله مريض به من عدل أو هيبة
 فعله فإنه ينبغي له أن يتسكّر الله تعالى على ذلك فإن ذلك نعمة له من الله تعالى وكان عمر
 رضي الله عنه بهذه الصفة تهابه عما له في آفاق الأرض وذلك لحسن سريره على ما جاء
 في الحديث من خاف الله خاف منه كل شيء * وإذا اشترى الرجل طشتا أو اناء لا يدري ماهو
 ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لأن العقد تناول العين والمشار إليه معلوم العين مقدور
 التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسور بن مخرمة * وإذا اشترى اناء فضة فاذا
 هو غير فضة فلا يبيع بينهما لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى والعقد إنما يتعلق بالمسمى
 لأن العقد بالتسمية والمسمى معدوم فلا يبيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها
 رصاص أو صفر وهو الذي أفسدها فهو بالخيار إن شاء أخذها وإن شاء ردها لأن المشار
 إليه ليس من جنس المسمى فإن مثله يسمى اناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من العيب
 فيجوز العقد على المشار إليه بالتسمية ويتخير المشتري للمعيب وإن كانت رديئة من غير عيب
 فيها لم يكن له أن يردها لأن الرداءة ليست بعيب فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة
 وصفة الرداءة بأصل الخلقة ألا ترى أن بالرداءة تنعدم صفة الجودة وبمطلق العقد لا يستحق
 صفة الجودة وإنما تستحق السلامة * ولو اشترى سيفاً محلي على أن فيه مائة درهم بمائة درهم
 وتقابضا وتفرقا فاذا في السيف مائتا درهم فإنه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالي عن
 المقابلة وهو الجفن والجمائل وإن اشترى ابريق فضة بألف درهم على أن فيه ألف درهم
 وتقابضا وتفرقا فاذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشتري إن شاء قبض نصفه بألف درهم لأنه
 إنما يكون مشتريا مقدار مسمى منه وقد تبين أن ذلك نصف الأبريق ولا يمكن أن يجعل
 مشتريا للكل بألف درهم لأنه ربا ولا بألفين لأنه ما التزم إلا ألف درهم فجعلناه مشتريا
 نصفه بالألف وأثبتنا له الخيار لتبويض الملك عليه فيما يضره التبويض بخلاف السيف فهناك
 لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لأنه لو صرح بذلك لم يجز العقد لأن الحلية
 صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الأبريق ولو كان اشترى الأبريق بمائة دينار
 كان جائزا له كله بالدنانير لأن الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والأبريق مما يضره التبويض
 فيكون الوزن فيه صفة فأنما يتعلق العقد بعينه إذا أمكن دون الوزن المذكور * وإن اشترى

نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فإذا فيها ما تادهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لأن النقرة لا يضرها التبويض فالوزن فيها يكون قدرا لا صفة فانما ينقده العقد على القدر المسمى من وزنها بخلاف الابريق فإنه يضر التبويض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم العين وهو الابريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالعين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال خرجت بخلخال فضة لامرأى أبيه فاقبني أبو بكر رضي الله عنه فاشتراده مني فوضعت في كفة الميزان ووضع أبو بكر رضي الله عنه دراهمه في كفة الميزان وكان الخخال أثقل منها قليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا أبا رافع اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبويض أولا يضره سواء وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وان لم يعلم مقدارها لوجود المساواة في الوزن واذا اشترى الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها داتقا فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جائز لان المحرم الفضل الخالي عن المقابلة اذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بمقد التبرع وهو غير مشروط في البيع ولا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضي الله قلنا كأنه احتاط في ذلك أو علم أن أبا رافع رضي الله عنه كان وكيفا في بيع الخخال والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وان كان السيف المحلى بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره وتقابضا فهو جائز لان عقد البيع على خالص ملكه وان كان باعه من شريكه وتقده الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن يقبض السيف انتقض البيع لان البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لان حصة البائع ما كان في يد المشتري فلا يصير قابضا له بالشراء ما لم يسلمها اليه ولا بأس ببيع الفضة جزافا بالذهب أو بالفلوس أو بالعرض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس وواذا اشترى سيفا محلى فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف وتقده من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لان المنقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمعاوضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل المنقود ثمن المستحق خاصة فلا افتراق

وجد بعد التقابض في المجلس في حصة الصرف وكذلك لو أجله في الخمسين الباقية الى شهر لانه
 ثمن مبيع لو أبرأه عنه جاز فكذلك اذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها
 حصة الحلية وصالحه من الباقي على دراهم أو على نوب وتقابضا فهو جائز لان الباقي ثمن المبيع
 والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم

باب الصالح في الصرف

قال رحمه الله رجل اشترى عبدا بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فامر
 البائع به أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصالح جائز لان ما وقع عليه
 الصالح حصة الجزء الفائت بالعيب وانما استرده لفساد العقد فيه بفوات ما يقابله والقبض
 في المجلس ليس بشرط في مثله وان كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل فهو فاسد
 لانهما قدرا حصة العيب به واليهما ذلك التقدير كما كان التقدير في أصل بدل العبد اليهما
 ولانه لما صالحه على دينار فكان بائع العبد حط من ثمن العبد الدينار فان الفائت بالعيب
 وصف والتمن لا يقابل الوصف والحط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لاسبب العيب
 يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد ويلزمه رد قدر المحطوط دينارا في ذمته ولا يضرهما
 ترك القبض فيه في المجلس ويصح التأجيل فيه ان أجله. ولو صالحه على دراهم مسماة وقبضها
 قبل أن يتفرقا جاز وان افرقا قبل القبض انتقض الصلح أما على الطريق الاول فما وقع
 عليه الصالح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدنانير ومبادلة الدراهم
 بالدنانير يكون صرفا وعلى الطريق الثاني انما يصح بطريق الحط والحط من الثمن وهو
 الدنانير فالدراهم بدل عنه ثم ما وقع عنه الصلح كان دينارا فاذا لم يقبض بدله حتى افرقا كان دينارا
 بدين فاذا بطل الصلح استقبل الخصومة في العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع
 الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم أجلا ثم فارقه قبل أن يقبضها
 أو اشترطا في الصلح خيارا ثم افرقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره واذا ادعى على رجل
 مائة درهم فأنكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو الى أجل أو بشرط خيار ثم
 افرقا فالصالح جائز لان صحة هذا العقد بطريق البراء دون المبادلة فيكون في البراء محسنا من
 وجين بترك ما زاد على العشرة وبالتأجيل في العشرة وان صالحه على خمسة دنانير ثم افرقا قبل أن

يقبضها انتقض الصلح لان صحة هذا الصلح باعتبار المبادلة لان ما وقع عليه الصلح ليس من جنس الدين ومبادلة الدراهم بالدنانير صحيحة بشرط القبض في المجلس فيبطل بالافتراق قبل القبض وكذلك ان كانت الى أجل أو فيها شرط خيار وافتراقا على ذلك فهو فاسد لان العقد صرف أما عند اقرار المدعى عليه فلا اشكال وكذلك عند جوده لان صحة الصلح مع الانكار بناء على زعم المدعى واذا ماتت المرأة وتركت ميراثا من رقيق وعروض وحلى وذهب وتركت اباهما وزوجها وميراثها عند أبيها فصالح زوجها من ذلك على مائة دينار ولا يعلم مقدار نصيبه من الذهب فالصلح باطل لجواز أن يكون نصيبه من الذهب هذا المقدار أو أكثر فيبقى نصيبه من سائر الاشياء خاليا عن المقابلة وكذلك لو صالح على خمسمائة درهم ولا يعلم أن نصيبه من الفضة أكثر منها أو أقل وان صالحه على خمسمائة درهم وخمسين دينارا وتقابضا قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه وان كان نصيبه في كل واحد من النقدين فوق هذا المقدار فتصحیح العقد ممكن بان يجعل مأخذ من الذهب بالفضة وحصته من العروض وما أخذ من الفضة بالذهب وحصته من العروض وان تفرقا قبل أن يقبض شيئا انتقض الصلح لوجود الافتراق والميراث قبل القبض في عقد الصرف فان قبض الزوج الدراهم والدنانير ثم افترقا والميراث في منزل الأب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة لان الأب بيده السابقة لا يصير قابضا ما كان حصة الزوج من الذهب والفضة لان يده كانت يد أمانة والعقد فيها صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وفيما سوى ذلك العقد يبيع فلا يبطل بترك قبض المعقود عليه في المجلس وان قبض الأب ذلك وقبض الزوج بعض الدراهم والدنانير فان كان ما قبض بقدر حصة الذهب والفضة فالصلح ماض لما بينا أن المقبوض مما كان قبضه مستحقا في المجلس وهو حصة الذهب والفضة وان كان النقد أقل من ذلك بطل من الذهب والفضة حصة المالم ينقد وجاز في حصة ما انتقض اعتبارا للقبض بالكل وجاز ما سوى ذلك من غير الحلى لان العقد فيه يبيع لا صرف واذا ادعى الرجل سيفا محلي بفضة في يد رجل فصالحه منه على عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير ثم افترقا أو اشترى بالباقي منه ثوبا قبل أن يفترقا وقبضه فان كان نقد من الدنانير بقدر الحلية وحصتها فالصلح ماض لان النقود حصة الحلية فان قبضه مستحق في المجلس والباقي حصة السيف وترك القبض فيه لا يضر والاستبدال به قبل القبض صحيح وان كان نقد أقل من حصة الحلية فالصلح فاسد لان بقدر مالم ينقد من

ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل في حكم شيء واحد فاذا بطل العقد في بعضه بطل في كله
 وشراء الثوب فاسد أيضا لانه دخل بعض ثمن الحلية فيه والاستبدال ببدل الصرف قبل
 القبض لا يجوز فاذا بطل في ذلك الجزء بطل في الكل وهذا على الاصل الذي قلنا ان الصلح
 على الانكار مبني على زعم المدعى. واذا اشترى لرجل ابريق فضة فيه الف درهم بمائة دينار وتقابضا
 ثم وجد بالابريق عيبا فله أن يرد الفوات ما صار له مستحقا بعقد المعاوضة وهو السلامة
 عن العيب فان صالحه البائع على دينار وقبض فهو جائز وان كان الدينار اقل أو أكثر من
 قيمة العيب في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان الفضل مما لا يتغابن
 الناس في مثله فهو غير جائز وهذا بناء على مسألة كتاب الصلح عن المصوب المستهلك على
 أكثر من قيمته يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يجوز عندهما لان عندهما الحق في
 القيمة وهي مقدره شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا الا انه لا يتيقن بالفضل فيما يتغابن
 الناس في مثله لان ذلك يدخل من تقويم المقومين فهنا أيضا حقه في بدل الجزء الفائت
 فاذا صالحه على أكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس في مثله كان الفضل ربا وعند
 أبي حنيفة رضي الله عنه يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن أصل ملكه
 وان كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن الجزء
 الفائت الذي استحقه بالعقد ولا ربا بين الدراهم والدنانير ولانه يصح الصلح بطريق
 الحط وهو أن يجعل كانه حط من ثمن الابريق هذا المقدار ولكن الاول أصح لان القبض
 في المجلس شرط وانما يشترط ذلك اذا جعلنا بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت حتى
 لا يكون دينا بدين وان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز. وان كانت الدراهم أكثر من
 قيمة العيب عندهم جميعا لان حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا
 على قولها ظاهر وكذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه في الفصل الاول انما يجعل بدل
 الصلح عوضا عن الجزء الفائت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا في أن يجعل عوضا
 عما ينقص الجزء الفائت من الذهب والفضة ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فان افتراق قبل
 القبض أو على شرط أجل أو خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما وان ادعى على رجل
 عشرة دراهم وعشرة دنانير فانكر ذلك المدعى عليه أو أقر ثم صالحه على خمسة دراهم تقدا
 أو نسيئة فهو جائز لان صحة هذا العقد بطريق البراء وهو أنه أبرأه عن جميع الدنانير

ونصف الدراهم ثم أجله في الباقي من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك جائز
 *قال وان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بمائة درهم وتقايبضا واستهلك القلب اولم يستهلكه
 ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز لان صحة هذا الصلح
 بطريق الحط أو بطريق أن ما وقع عليه الصلح حصة العيب فيكون ذلك دينا على البائع واجبا
 بالتبض دون عقد الصرف والتأجيل صحيح في مثله * ولو صالحه على دينار لم يجز الا أن
 يقبضه قبل التفرق لان الدينار عوض عن حصة العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفا
 فيشترط القبض فيه قبل التفرق وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدینار وتقايبضا
 ثم وجد في القلب هشما ينقصه فصالحه من ذلك على قيراطي ذهب من الدينار على أن زاده
 مشتري القلب ربع حنطة وتقايبضا فهو جائز لان ما زاد مشتري القلب يلتحق باصل العقد
 وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط بعض البديل وذلك جائز من كل واحد منهما ويجعل
 بعض القيراطين ثمن الحنطة وبعضه بحصة العيب وذلك جائز وان كانت الحنطة بمسها وتفرقا
 قبل التقابض فهو جائز أيضا لان في حصة الحنطة افتراقا عن عين بدين وفي حصة العيب
 وجوب الرد بحكم القبض دون العقد فلا يضرهما ترك القبض في المجلس وان تقابضا ثم وجد
 في الحنطة عيبا ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك أن يقسم القيراطان على قيمة الحنطة وقيمة
 العيب فما يخص قيمة الحنطة فهو ثمن الحنطة يرجع به والله أعلم

❦ باب الصرف في المرض ❦

قال رحمه الله مريض باع من أبيه دينارا بالف درهم وتقايبضا قال لا يجوز ذلك عند
 أبي حنيفة رضي الله عنه لان نفس البيع من وارثه وصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ولا
 وصية للوارث وعندهما مضي الوصية في الحط لا في نفس البيع كما في حق الاجنبي فاذا
 كان البيع بمثل القيمة أو أكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا يأتي في كتاب الشفعة
 ان شاء الله تعالى ولو اشترى من أبيه الف درهم بمائتي دينار فان أجاز ذلك ببقية الورثة
 فهو جائز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان أجازوا ذلك جاز وان ردوا فهو
 مردود كله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء الابن
 أخذ مثل قيمة الدراهم من الدنانير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالمحاباة فيبطل

ذلك بالرد من جهة الورثة ويتخير الابن لانه ماضي بزوال ملكه في الدراهم حتى يسلم له
الدنانير كلها فاذا لم يسلم تغير عليه عقده فان شاء رضى به وان شاء نقض البيع وسوى هذا
رواية اخرى عنهما ان اصل العقد يبطل اذا حابي المريض وارثه بشئ ويأتى بيان ذلك في الشفعة
ان شاء الله تعالى هو اذا باع المريض الف درهم بدينار وتقااضا ثم مات المريض والدينار عنده
ولا مال له غير ذلك فلو ورثة أن يردوا ما زاد على الثلث لان المحاباة في المرض تبرع بماله بمنزلة
الوصية فانما يجوز من ثلثه ولا يزيد على الثلث فيبطل ذلك اذا لم تجز الورثة ثم يتخير المشتري
فان شاء أخذ ثلث الالف كاملا بطريق الوصية وما بقي قيمة الدينار بطريق المعاوضة لان
الدينار في يد الورثة ويرد عليهم ما بقي من الالف وان شاء أخذ ديناره ويرد الباقي لانه ماضي
ان يملك عليه ديناره حتى يسلم له جميع الالف ولم يسلم واذا اختار أخذ ديناره فلا شئ له من
الالف بطرق الوصية لان الوصية بالمحاباة كانت في ضمن عقدا لصرف وقد بطل العقد
فيبطل به ما في قيمته أيضا. وان كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشتري أن يأخذ قيمة
الدينار من الالف بجهة المعاوضة وثلث ما بقي من الالف بطريق الوصية ولم يجزه هنا لان
الدينار مستهلك فلا فائدة في اثبات الخيار له لانه لا يعود اليه ما خرج من ملكه بعينه
وكذلك لم يبطه بالوصية ثلث الالف كاملا هنا بخلاف الاول لان هناك الدينار مستهلك
فلو أعطيناه بالوصية ثلث الالف كاملا لا يسلم للورثة ضعف ذلك فلهاذا قال يأخذ قيمة
الدينار من الالف أولا ثم له بالوصية ثلث ما بقي وكذلك اذا باع المريض سيفا قيمته مائة
درهم وفيه من الفضة مائة درهم وقيمة ذلك كله عشرون دينارا بدينار وتقااضا فابت الورثة
أن يجيزوا كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ قدر قيمة الدينار من السيف وحليته وثلث
السيف تاما بمد ذلك وان شاء رد كله وأخذ ديناره لان المريض حاباه باكثر من ثلث ماله
وهذا وما سبق في التخرج سواء وما يخص به هذه المسئلة قيمة الدينار له من السيف
والحلية جميعا لان الكل كشيء واحد لا يتأني اثبات المعاوضة في أحدهما دون الآخر وان
كان المريض قد استهلك الدينار كان المشتري بالخيار هنا ان شاء أخذ دينارا مثل ديناره
ورد البيع فيكون ذلك دينارا في تركة الميت ويباع السيف حتى ينقذ الدينار وان شاء كان له
من السيف وحليته قيمة الدينار وثلث ما بقي لان السيف مما يضره التبويض فيثبت الخيار
لما لحقه من عيب التبويض وان كان الدينار مستهلكا لان العقود عليه وهو السيف قائم يمكن

فسخ العقد فيه بخلاف الاول فالتبويض في الالف الاول ليس بعيب فهذا لم يجعل له الخيار بعد ما استهلك الدينار وان كان المشتري أيضا قد استهلك ما قبضه جاز له منه قيمة الدينار وثالث الباقي وغرم ثلث الباقي للورثة لان فسخ العقد تعذر باستهلاك المعقود عليه فعليه ضمان حصة الورثة من ذلك وهو قيمة ثلث الباقي وغرم ثلث الباقي بعدد قيمة الدينار لانه لو كان قائما كان لهم حق استرداد ذلك منه فاذا كان مستهلكا فهو غارم قيمة ذلك لهم *مريض له تسعمائة درهم ولا مال له غيرها فباعها بدينار وقبضه وقبض الآخر مائة درهم وتسعمائة ثم افترقا ومات المريض والمال قائم والدينار قيمته تسعة فاجازة الورثة ورددهم هنا سواء وله المائة درهم بتسع الدينار ويرد عليه ثمانية اتساع الدينار لان عقد الصرف قد بطل في ثمانية اتساع الدينار بترك قبض ما يقابله في المجلس وانما بقي العقد في مقدار المائة والوصية بالمحابة كانت في ضمن العقد فانما يبقى فيما بقي فيه العقد وهو المائة وذلك دون ثلث مال الميت فلا حاجة فيه الى اجازة الورثة فان لم يكن قبض شيئا رد عليه ديناره بعينه لان العقد قد بطل بالافتراق قبل التقابض فيرد عليه ديناره ولا شيء له من الوصية لانها بطلت ببطلان العقد وان لم يتفرقا حتى زاد المشتري تسعة وخمسين دينارا وتقابضا فهو جائز كما لان ما زاد يلتحق باصل العقد فيصير كأنه في الابتداء انما باعه بستين دينارا فتكون المحابة بقدر الثلث من ماله وذلك جائز . قال الحاكم رحمه الله وانما صح جواب هذه المسئلة اذا زيد في سؤالها ان قيمة الدينار عشرة دراهم وهو كما قال فان حق الورثة في تسعمائة درهم لان جملة مال المريض تسعمائة وانما تكون المحابة بقدر الثلث اذا كانت قيمة كل دينار عشرة وان كان المريض وكل وكيلها فباعها من هذا الرجل بدينار ثم مات المريض قبل أن يتقابضا فقال المشتري انا آخذ تسعمائة بتسعين دينارا قبل أن يتفرقا فله ذلك لان البيع قد وجب له قبل موت الميت ولم يتفرقا فلم يبطل بموت الموكل بعد ذلك والمعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس فاذا أراد المشتري الى تمام تسعين دينارا للحق ذلك باصل العقد وانعدمت المحابة وكان ذلك سالما له واذا اشترى من المريض ألف درهم بمائة درهم وتقابضا ثم مات المريض من مرضه فهذا ربا وهو باطل من الصحيح والمريض جميعا والذي أعطى المائة أن يمسك المائة من الالف بمائة ويرد الفضل لان حقه في المائة التي أعطى وقد صار دينارا والذي في يده مال الميت فيكون له أن يمسك من ذلك مقدار حقه ويرد الفضل ولا وصية له هنا لان الوصية

في ضمن العقد والعقد باطل وان كان أعطى من المائة ثوبا أو دينارا كان ذلك ييما صحيحا على أن تكون المائة بمائة والباقي بازاء الثوب والدينار وان مات المريض وأبت الورثة أن يجيزوا يجيز صاحب الدينار والثوب فان شاء نقض البيع لتغير شرط عليه وان شاء كان له من الالف مائة مكان مائة وقيمة الدينار أو العرض بطريق المعاوضة وثلث الالف بطريق الوصية اذا كان الدينار والالف قائمة في يد الورثة كما بينا واذا كان للمريض ابريق فضة فيه مائة درهم وقيمه عشرون دينارا فباعه بمائة درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وأبت الورثة أن يجيزوا فالمشترى بالخيار ان شاء رده لتغير شرط عقده عليه وان شاء أخذ ثلثي الالف بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية بالمحاباة انما تنفذ في مقدار الثلث ويتمذر هنا جعل شيء من الالف بثلثي الالف الوصية واعتبار المعاوضة فيما بقي لان ذلك يؤدي الى الربا لان مبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولا قيمة للصنعة والجودة في هذه المبادلة الا أنها متقومة في حق الورثة لان لها قيمة تبعا للاصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة عنها مجانا فاذا تمذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة في ثلثي مال المريض وماله عشرون دينارا وثلثاه ثلاثة عشر وثلث فاذا أخذ الورثة ثلث الالف وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار وأخذوا ثلثي المائة وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلاثة عشر دينارا وثلث كمال حقهم وسلم للمشترى ثلثا الالف وقيمه ثلاثة عشر دينارا وثلث بثلثي المائة وقيمه ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقد سلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان والله أعلم

باب الاجارة في عمل التمويه

قال رحمه الله واذا دفع لجاما أو حرزا الى رجل ليمويه له بفضة وزنا معلوما يكون قرضاعلى الدافع ويعطيه اجرا معلوما فهو جائز ويلزمه الاجر والقرض لانه استقرض منه الفضة وأمره بان يصرفها الى ملكه فيصير قابضا لها بابطاله تملكه وعليه مثلها ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ما صنع من الفضة فالقول قول رب اللجام مع يمينه لان الصانع يدعى زيادة فيما أقرضه وهو ينكر ذلك ويحلف على عمله لانه استحلاف على فعمل الغير فان قال موهه بمائة درهم فضة على أن اعطيك منها

أجر عمك ذهبا عشرة دنانير بذلك كله وتفرقا على ذلك كله فهو فاسد لان العقد في حصة
الفضة صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسدا فان عمله كان له فضة مثل وزنها لانه
صار قابضا للفضة حين اتصت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تمذر رد عينها فعليه رد
مثلها وكان له أجر مثل عمله من الدنانير لا يجاوز به ماسى أى تقسم الدنانير على أجر مثله وعلى
المائة درهم فتعتبر حصة أجر مثله من الدنانير لان العقد واحد ولما فسد في حصة الصرف فسد
في الاجارة أيضا ويلزمه أجر مثله وعلى المائة درهم فيعتبر حصة أجر مثله هكذا ذكر الحاكم
رحمه الله وهو مشكل لان فساد العقد في حصة الصرف طارئ بالافتراق قبل القبض وذلك
لا يوجب فساد الاجارة قال رضي الله عنه وقد تأملت في الاصل فوجدته يعتبر أجر المثل
ليبان الحصة فانه يقول وكان له مقدار أجره من الدنانير لانه اذا قسمت الدنانير على أجر
مثله وعلى المائة درهم فملت أنه حكم بصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام
ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم
جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد وان دفع اليه ثوبا يكتب عليه كتابا بذهب معلوم
باجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لان العقد في حصة الذهب صرف وكذلك لو
شرط عليه اجرة وثمنه ذهبا فان ذهب الكتابة يكون مبيعا لاستقرضا لانه سعى ما يقابله
ثمنه فيكون العقد فيه صرفا أيضا فان قال أقرضني مثقال ذهب واكتب به على هذا الثوب
كذا وكذا على أن أعطيك أجرك نصف درهم أو قيراط ذهب فهو جائز لانه مستقرض
للدنار وهو قابض له لاتصاله بملكه فكانه قبضه بيده ثم استأجره لعمل معلوم بديل معلوم
واذا دفع اليه عشرة دراهم فضة وقال اخلط فيها خمسة دراهم فضة ثم صقها قلبا ولك كذا ففعل فهو
جائز لانه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضا لها بالاختلاط بملكه ألا ترى
أنها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الآمر ثم استأجره للعمل في ملكه بديل معلوم
وهذا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه فضة وقال صنع لي من عندك عشرة دراهم فضة قلبا على أن
أعطيك أجر كذا فهو باطل لان فضة العامل في يده ألا ترى أنها لو هلكت تكون من ماله فيكون
فيه عاملا لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتي اثني عشر درهما وأمرتك أن تزيد فيها ثلاثة
فقال المدفوع اليه بل كانت عشرة وأمرتني فزدت خمسة وفي القلب خمسة عشر فالقول قول
المدفوع اليه أنه زاد خمسة لان الخلاف في مقدار ما دفع اليه من الفضة فالدافع يدعى عليه الزيادة

والمدفوع اليه ينكر فالقول قوله مع يمينه ثم المدفوع اليه يدعي انه أمره أن يزيد فيها خمسة
والدافع ينكر الامر فيما زاد على الثلاثة فالقول قوله فيها مع يمينه فتبين انه زاد درهمين فوق
ما أمر به فكان مخالفا لامره ضامنا للدافع مثل فضته فيكون له ذلك لانه اقام العمل المشروط
عليه وزاد فاذا رضى بالزيادة استوجب العامل كمال اجره ولو كان القلب محشوا لا يعلم وزنه
ولا يعرف واتفقا انه أعطاه عشرة وأمره أن يزيد فيه خمسة فقال الدافع لم تزد فيه شيئا وقال
العامل قد زدت فيه خمسة فالقول قول الدافع لانه ينكر القبض بحكم القرض فان شاء العامل
سلم القلب له وأعطاه الأمر من الاجر بحساب ذلك وان شاء أعطاه فضة مثل فضته لان
اليده فيه فله أن لا يخرج القلب من يده اذا كان مازاد فيه وهو الخمسة بزعمه لاتصل اليه
فاذا احتبس عنده ضمن للدافع فضة مثل فضته بعد أن يحلف الآخر ما يعلم انه زاد فيه
خمسة لانه لو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر فيستحلف عليه ولو اتفقا على انه زاد فيه خمسة فقال
الأمر كانت فضتي بيضاء وأمرتك أن تزيد فيها فضة بيضاء وقال العامل كانت سوداء
وأمرتني أن أزيد فيها فضة سوداء فالقول قول العامل لان الاختلاف في صفة المدفوع اليه
ولو اختلفا في مقداره فالقول قوله فكذلك في صفته وان اختلفا في الاجر في المقدار
بان قال الدافع عملته بغير أجر فالقول قول الدافع لانكاره وجوب الاجر في ذمته أو الزيادة
على ما أقر به رجل اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجدها زيوفا بعد
ما تفرقا فاستبدلها منه ثم استحق تلك الدراهم الزيوف لم يبطل العقد لانه حين استبدلها
بالجياذ قبل أن يستحق فانما استقر حكم العقد على الجياذ دون الزيوف المردودة واستحقاق
ماليس فيه حكم العقد لا يؤثر في العقد وهذا لما يتأتى على قولها وكذلك عند أبي حنيفة ان
كان الرد بعيب الزيادة والاستبدال به قبل افتراقهما عن مجلس العقد أو بعد الافتراق
والمردود قليل * رجل استقرض من رجل كرحنطة وقال اطحنها لي بدرهم فطحنها قبل أن
يقبضها كان هذا باطلا ولا أجر له لان المستقرض لم يصر قابضا وإنما طحن صاحب الحنطة
حنطة نفسه فلا يستوجب الاجر على غيره ولا يمكن ان أعطاه الدقيق فعليه دقيق مثله لانه انما
اقرضه الدقيق * ولو دفع اليه كرحنطة وقال اقرضني نصف كرحنطة به ثم اطحنها لي
بنصف درهم كان هذا جائزا لانه صار قابضا لما استقرضه بالاختلاط بملكه بانه فيكون
الطحن عاملا له في حنطته فيستوجب الاجر * ولو دفع اليه لجاما وذهبا فقال موهه به وما

فضل فهو لك أجر لم يجز لجهالة مقدار الاجر فان عمله كان له أجر مثله لاستيفاء المنفعة بعقد فاسد وما بقي من الذهب فهو مردود على صاحبه ولو اشترى قلب فضة بدينار ودفع الدينار ثم ان رجلا أحرق القلب في المجلس فللمشترى الخيار لتغير العقود عليه فان اختار امضاء العقد واتباع المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه منه قبل أن يفارق المشتري البائع فهو جائز لان قبض بدل القلب في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار وان كان فيه لانه ربح حصل لا على ضمانه وان تفرقا قبل أن يقبض القيمة بطل الصرف وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب في قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا يبطل الصرف باقتراحهما بعد اختيار المشتري تضمن المحرق قبل القبض منه وهو وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف الآخر رحمهما الله وان لم يذكره هنا فقد نص عليه في نظيره في الجامع اذا قتل المبيع قبل القبض فان اختار المشتري تضمن القاتل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله يصير قابضا بنفس الاختيار حتى لو نوى ذلك على القاتل يكون من مال المشتري وفي قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله لا يصير قابضا بنفس الاختيار ووجه هذا القول أن قبض بدل الصرف لا يكون الا بعين أصل الى يده وكذلك قبض المبيع اذا كان عينا وباختياره تضمن المحرق والقاتل لا يصل يده الى شيء فلا يصير قابضا لان عين القابض وقيمه دين في ذمة المحرق ولا يتصور أن يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس في اختياره أكثر من أن توجه له المطالبة على المحرق ببطل الصرف وهذه المطالبة نظير المطالبة التي توجه بالعقد على من عامله فكما لا يصير قابضا هناك بتوجه المطالبة له فكذلك هنا وصار هذا كما لو أحاله ببطل الصرف على ائمان في المجلس فقبل الحوالة لا يصير قابضا وان توجهت له المطالبة على المحتال عليه وتحويل بدل الصرف الى ذمته وجه قوله الآخر أن المحرق قابض متلف والمشتري حين اختياره تضمنه قد صار راضيا بقبضه ملزما اياه الضمان بانلافه ولو كان أمره بالقبض في الابتداء كان يتم اعتماد الصرف بقبضه فكذلك اذا رضى بقبضه في الانتهاء بخلاف الحوالة فالمحتال عليه هناك لم يقبض شيئا حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا الحرف أن على المشتري أن يتصدق بالفضل ولو كانت طريق هذا لم يلزمه التصديق بالفضل لان وجوب الضمان بالانلاف بعد القبض فيكون ربحا على ضمانه ولكن أبو يوسف يقول انما يصير قبضه له باختياره تضمنه

وذلك بعد الاتلاف وبعد ماوجب التصديق بالفضل ولا يظهر في ابطال حق الفقراء مع أن باب التصديق مبنى على الاحتياط وهذا شيء يقدر اعتبار الاتمام قبضه فيظهر في حقه لافي حق الفقراء ولان قيمة المبيع صارت ديناً على المتلف ولا يتصور أن تكون قيمة المبيع ديناً للمشتري على الاجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض في هذا الاختيار يقرره أنه لا يمكن أن يجعل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع في ايجاب ضمان المبيع فيها فان قيمة المبيع لا تجب على البائع قبل القبض بحال الا ترى أنه لو أتلف المبيع قبل القبض لا يلزمه قيمته فمرفنا أنه واجب للمشتري ابتداء في ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف الحوالة فذمة المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتاً فيه من بدل الصرف وان اشترى سيفاً محلي فيه خمسون ديناراً بمائة درهم أو بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف حتى أفسد رجل شيئاً من حمائله أو جفنه فاختر المشتري أخذ السيف وتضمن المفسد قيمة ما أفسده فله ذلك لانه جنى على ملكه فان قبض السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد ضمان ما أفسده لم يضره ذلك في البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس بشرط في المجلس اما ذلك في الصرف خاصة وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فاحرقه انسان قبل القبض فاختر المشتري ارضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك في المجلس وان كان المفسد أفسد السيف كله واختر المشتري ارضاء العقد وتضمن المفسد ونقد البائع الثمن ثم فارقهم المفسد قبل أن يؤدي القيمة لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد في شيء لا يضرهما ذهابه كالمحتال عليه وان فارق البائع المشتري قبل قبض القيمة فهو على الخلاف عند أبي يوسف آخر الا يبطل الصرف وهو قول أبي حنيفة وعند محمد ينتقض البيع كله في حصة الحلية الا افتراق قبل القبض وفي حصة السيف لان الكل شيء واحد ولو أسلم ثوباً في كرخنة أو باع ثوباً بدينار فهدم رجل القلب وشق الثوب بأثنين فاختر المشتري القلب والمسلم اليه أخذ الثوب والقلب وقال يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضاً قبل أن يفرقاً فذلك جائز وان لم يقبض القيمة حتى تفرقاً فانه قبض القلب بعينه وقبض رأس المال بعينه فلا يضرهما عدم قبض النقضان من الهاشم في المجلس لان ذلك مقابلة الوصف والمعقود عليه العين وانما يشترط قبض المعقود عليه في المجلس * رجل اشترى سيفاً محلي فيه خمسون درهماً فبضه بمائة درهم فاحرق رجل بكرة من حليته فاختر المشتري ارضاء البيع وتضمن المحرق فنقد الثمن وقبض

السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض قيمة البكرة فالبيع ينتقض في البكرة خاصة دون السيف عند محمد لأنه باختيار تضمين المحرق لا يصير قابضا للبكرة قد زابت السيف فانتقض العقد فيها بالافتراق قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقي وفي قول أبي يوسف الآخر لا ينتقض البيع في البكرة أيضا لأنه صار قابضا باختياره تضمين المحرق وكذلك القول في السلم إذا استهلك الرجل رأس المال قبل التسليم فاختر المسلم إليه تضمين المستهلك ثم فارق رب السلم قبل القبض بطل البيع في قول محمد ولم يبطل في قول أبي يوسف وهو بناء على الأصل الذي بينا • وإن اشترى سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهماً وتقابضاً ثم باعه المشتري مرابحة بربح عشرين درهماً أو بربح ده يازده أو بربح ثوب بعينه أو بوصفه نحو ذلك لم يجز لأن الحلية في السيف حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل وذلك ربا وبفساد العقد في الحلية يفسد في جميع السيف فإن قيل كان ينبغي أن يجعل مثل وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقي كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المرابحة قلنا لا يجوز أن يصح العقد على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان وقد صرحا بأن العقد في حصة الحلية مرابحة أو وضيعة وذلك ينعدم إذا جعل بمقابلتها مثل وزنها ولائها جملاً الربح في ثمن السيف ده دوازده فاذا جعلنا جميع الربح بازاء السيف يكون الربح في ده دوازده ولا يمكن أن يقال تثبت حصة السيف من الربح وتبطل حصة الحلية لأن البائع لم يرض أن يملك عليه السيف حتى يسلم له جميع ما سعى من الربح وإن البيع حينئذ يكون تولية في الحلية ولم يقصد ذلك وإن رابحة فيما سوى الفضة جاز لانهما صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية مرابحة في حصة السيف وذلك مستقيم فاما اللجام المموه فلا بأس بالمرابحة فيه لأن التمويه لا يتخلص فلا يتمكن فيه الربا باعتباره وإن اشترى ثوب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضاً ثم باعه مرابحة بربح نصف دينار أو بربح درهم فلا بأس بذلك أما إذا باعه بربح نصف دينار فإن الجنس مختلف فيه والفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيكون تابع القلب بدينار ونصف درهم وذلك جائز وإن باعه بربح درهم فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لأنه يصير تابع القلب بدينار ودرهم وذلك جائز وعن أبي يوسف لا يجوز لأن الدرهم يقابله مثل وزنه من القلب على ما عليه الأصل فإن الفضة بمثل وزنها مقابلة ثابتة شرعاً ولو جوزنا هذا كان الدينار بمقابلة تسعة أعشار القلب والدرهم بمقابلة عشر القلب فيكون بعض ماسمياه رأس المال ربحاً

فيه تسعة اعشار القلب وبعض ماسمياه ربحاً رأس المال في عشر القلب وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام عليه بعشرة دراهم فباعه بربح درهم لم يجوز لانه بيع العشرة باحد عشر ولو ضم معه ثوبا قد قام معه بعشرة دراهم وقال قد قام على هذا بعشرين درهما فباعهما بربح درهم أو بربح ده يازده فعلى قول أبي حنيفة العقد يفسد كله لانه فسد في حصة القلب لاجل الربا أو العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز في حصة الثوب لان أحدهما منفصل عن الآخر وبفساد العقد في أحدهما لا يمكن المفسد في الآخر وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بالف درهم وتقايضاً ثم باعها مرابحة بربح مائة درهم أو بربح ده يازده فالعقد فاسد في قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق لان أحدهما يتميز عن الآخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخي رحمه الله رجوع أبي يوسف رحمه الله الى قول أبي حنيفة رضي الله عنه في مسألة الطوق فاستدلوا به على رجوعه في نظائره وقد ذكرنا هذا في كتاب البيوع * ولو اشترى سيفاً بحلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقايضاً ثم حط عنه درهما فهو جائز لان الحط ليس من ثمن الفضة فانه يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد ويخرج قدر المحطوط من أن يكون ثمناً فكأنه في الابتداء اشترى السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقي بمقابلة السيف ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقايضاً ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من تمام البيع أو قبل أن يفترقا ففسد البيع كله في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الاول صحيح وفي قول محمد رحمه الله العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة له أن يمتنع منه ما لم يسلمه ولو زاده في الثمن درهما وسلمه اليه ففسد العقد في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح وكذلك لو شرطاً بعد العقد لأحدهما خياراً أو أجلاً يفسد به العقد في قول أبي حنيفة وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الاول صحيح وكذلك في البيع اذا ذكر فيه شرطاً فاسداً بعد العقد وعند أبي حنيفة يتحقق ذلك بأصل العقد حتى يفسد العقد وعندهما يبطل هذا الشرط وحجتهما في ذلك أن الشرط والزيادة بيع في العقد ولا يجوز أن يكون البيع في الشيء مبطلاً لأصله ولان في اثبات الزيادة والشرط المذكور ابطاله لان صحة ذلك بصحة العقد فاذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به وببطلان العقد تبطل

الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وأبو حنيفة يقول المعنى الذي لأجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا وذلك المعنى هو أنهما قصدا تغيير وصف العقد بجعل الخاسر رابحا واللازم غير لازم والتصرف في العقد اليهما ألا ترى أنهما يملك كان فسخه وإبقائه فكذلك يملك تغيير وصفه لأن صفة الشيء تملك بملك أصله وهذا المعنى موجود هنا فأنهما غيرا وصف العقد من الجواز إلى الفساد واليهما ذلك فواقع عليه الاتفاق بعد العقد يجعل كالمذكور في أصل العقد ولو ذكر في أصل العقد ثبت وان فسد به العقد فكذلك إذا ذكر بعد العقد ألا ترى أن أحد المتصرفين إذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل فانه يفسد به العقد بالطريق الذي قلنا فكذلك إذا رده في بدل الصرف ومحمد فرق بين الحط والزيادة فقال في الحط إيفاء العقد الأول مع أن تصحيح الحط ممكن بأن يجعل ذلك هبة مبتدأة فيصار إليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البائع عنه الثمن كله بعد القبض وقبله فانه يصح الحط بطريق الهبة المبتدأة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لأنه لا وجه إلى ذلك فصرف إلى الفاء الزيادة وتصحيح العقد الأول ولكن هذا ليس بصحيح فان حط جميع الثمن يتعذر إلحاقه بأصل العقد لأنه يخرج به العقد من أن يكون بيعا ويصير هبة ولم يقصد المتعاقد أن ذلك بأصل السبب فلماذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه الاتحاق بأصل العقد لم يخرج العقد به من أن يكون صرفا كما باسراه وإنما يفسد به العقد والفساد من جنس الزائد ألا ترى أن الوكيل لا يضمن بالفساد والوكيل بالبيع إذا وهب كان ضامنا يوضح الفرق أن الحط لاخراج العين من العقد أو لإدخال الرخص فيه والإنسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه بحط الجميع قصد البر المبتدأ فجعلناه هبة كذلك وهو يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا في عقد البيع فيكون الحط لإدخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بجعله هبة مبتدأة ولهذا التحق بأصل العقد إلا أنه يشترط قبول الآخر هنا بخلاف الحط في سائر البيوع لأن في صحة هذا الحط إفساد هذا العقد ولا ينفرد أحد المتعاقدين بإفساد العقد وهناك في تصحيح الحط إسقاط ذلك القدر من الثمن والإسقاط يتم بالمسقط وحده ولو اشترى قلب فضة وثوبا بعشرين درهما وفي القلب عشرة دراهم وتقابضهما حط عنه درهما من ثمنهما جميعا فان نصف الحط في الثوب وينتقض البيع في القلب في قول أبي حنيفة لأنه يثبت الحط فيهما جميعا فانه نص على ذلك

بقوله حطت عنك درهما من ثمنها جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لانه يكون بمقابلته أقل من وزنه ولكن هذا فساد طارئ فلا يفسد به العقد في حصة الثوب بخلاف المقترون بالعقد وهذا بخلاف الأول عند أبي حنيفة فان الحط هناك لما ثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الكل وهنا انما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في القلب دون الثوب فهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الحط ولو كان المبيع سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما أجزت ذلك وجعلت الحط على غير الفضة لان الحط يلتحق بأصل العقد ويخرج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً فيكون البيع كان في الابتداء بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الأول فان القلب مع الثوب شيئان مختلفان وقد جعل الحط من ثمنها والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل الحط من ثمنه فلو جعلنا ذلك في حصة السيف خاصة لا يكون في هذا تغيير مانص عليه المتصرف * ولو باع قلب فضة بعشرين دينارا وتقايبضاً ثم حط عنه بعد ما افترقا عشرة دنانير فهو جائز سواء قبضها أو فارقه قبل الحط لانه بالتحاق القبض بأصل العقد لا يظهر الربا هنا لاختلاف الجنس والقدر المحطوط يخرج من أن يكون ثمناً فيجب رده باعتبار انه قبض فوق حقه وترك القبض في المجلس في مثله لا يضر وعلى هذا لو زاد أحدهما صاحبه في البديل الذي من قبله فمعد اتحاد الجنس يبطل العقد عند أبي حنيفة اذا قبل الآخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد لانه ليس في اثبات الزيادة في هذا الموضع افساد أصل العقد لان الزيادة ان كانت ثوباً فتفرقا قبل قبضه لم يضرهما شيئاً كما لو كان مذكورا في أصل العقد لان العقد فيه بيع وان كانت الزيادة من النقود يشترط قبضها في المجلس لانه وجب في هذا المجلس والتحق بأصل العقد فكان بدل الصرف فشرط قبضه في المجلس الا ان اجتماعهما في مجلس العقد في أصل بدل الصرف وان افترقا قبل قبض الزيادة بطل العقد في حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكورا في أصل العقد ولم يقبض حتى افترقاه ولو اشترى سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقايبضاً ثم زاد مشترى السيف درهما أو دينارا فهو جائز وان تفرقا قبل القبض لان الزيادة ليست في الحلية انما هي في ثمن السيف فان الزيادة تلتحق بأصل العقد ولو كانت مذكورة في العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بائع السيف زاده دينارا

أو قبضه قبل الافتراق جاز وان فارقه قبل أن يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لان
الزيادة تلتحق باصل العقد فيصير كأنه صارف سيفاً محلي وديناراً بمائة درهم فخمسون درهماً من
الثمن بمقابلة الحلية وتقسيم الخمسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حلية فما يخص
الدينار يجب رده لان العقد قد يبطل فيه بترك قبض الدينار في المجلس * ولو اشترى قلب
فضة فيه عشرة دراهم بعشرة واشترى هو أو غيره ثوباً بعشرة ثم باعها برمح ده يازده أو
بوضيعة عشر أحد عشر جازت حصة الثوب ولا تجوز حصة القلب لمعنى الربا وهذا قولها
أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فيفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال أبيعكم ما بوضيعة
درهم من عشرين أو بزيادة درهم على عشرين درهماً كان جائزاً وكانت الفضة بمنها والثوب
بما بقي لانه لم ينسب العشرين الى رأس المال ولا الى ما قام عليه به فكان هذا بيع مساومة
وفي بيع المساومة يقابل الفضة مثل وزنها والباقي بمقابل الثوب بخلاف الاول فهناك نص
على بيع المراهجة فيهما وفي بيع المراهجة لا بد من اعتبار الثمن الاول وذلك يمنع من أن يجعل
جميع الربح بمقابلة الثوب * ولو اشترى فضة بخمسين درهماً وزنها كذلك واشترى شيئاً بخمسين
درهماً وزنها كذلك واشترى سيفاً بخمسين درهماً بحفنه وجماله ثم أنفق عليه خمسة دراهم وعلى
الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على مائة وعشرة فباعه مراهجة على ذلك بربح عشرة أحد عشر
أو بربح عشرين درهماً كان ذلك كله فاسداً لانه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة الفضة والكل في
حكم شيء واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان الثمن والنفقة دنانير جاز لان عند
اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة ولو اشترى فلساً بعشرة دراهم وفيه عشرة
دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم أو استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو ضامن
عن القلب لان شرط بقاء العقد قبض البديل في المجلس وقد وجد فانه مستوف لحقه وان أخذ
على سبيل الغصب والقرض لانه ظهر من جنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض مستوفياً
لحقه لا مستقرضاً ولا قابضاً ولا يشترط اتفاقهما على المقاصة هنا بخلاف الدين الواجب قبل
عقد الصرف اذا جملاً بدل الصرف قصاصاً به وقد بيناه * ولو اشترى القلب مع ثوب بعشرين
درهماً وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود من القلب خاصة استحساناً لان
قبضه مستحق في المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي سائر البيوع انما يجعل المنقود
من ثمنها لاجل المعاوضة والمساواة ولا معاوضة بين المستحق وبين ما ليس بمستحق ولان في

جعل ذلك من ثمنها هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحيح العقد فيه في
الابتداء فالاستحسان للتحرز عن فساده بعد الصحة أولى ولو نقده العشرة وقال هي من ثمنها
جميعا فهو مثل الاول لان الشيء يضاف الى الشئين والمراد أحدهما قال الله تعالى يخرج منهما
الاولؤ والمرجان والمراد أحدهما وهو المالح وقال تعالى يا معشر الجن والانس أليأتكم رسل
مذكم فالمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هو من ثمنها فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه
وايفاء ثمن القلب في مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك الى ثمن القلب
وان قال هي من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع
في القلب لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد
تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو الملك
فالقول في بيان جهته قوله ولو كان اشترى سيفا محلي بمائة درهم وحليته خمسون رهما وقبض
السيف ونقده خمسين وقال هي من ثمن السيف دون الحلية ورضى بذلك القابض أو لم يرض
فهو سواء وفي القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما في الفصل الاول ولكنه
استحسن لجعل المنقود من الجاهلية هنا لانا لو جعلنا المنقود ثمن الحلية يصح القبض والدفع
ولو جعلناه ثمن السيف يبطل ذلك كله لان العقد في حصة الحلية يبطل بالاقتراق قبل القبض
ويبطل العقد ببطلانه في حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصريحاً بما لا يفيد
فيستقط اعتباره بخلاف الثوب فان هناك لو جعلنا المنقود من ثمن الثوب سلم للقابض بذلك
الطريق. يوضحه ان الحلية والسيف شيء واحد وفي الشيء الواحد لا يعتبر تعيينه في المنقود
انه ثمن هذا الجانب دون الجانب الآخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لو كان الثمن دنانير
ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفاً وجفناً وحمايل بخمسة دنانير وأنفق على صناعته
وتركيبه ديناراً ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يارده وتقابضا كان ذلك جائزاً لان الجنس
مختلف لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك لو كان قلب فضة يقوم عليه بدينار وثوب
لاخر يقوم بدينارين فباعها مرابحة بربح دينار أو بربح ده يارده فان الربح بينهما على
قدر رأس كل واحد منهما لان الثمن الباقي في بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وقد
كان الثمن الاول بينهما أثلاثاً وان كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لاخر قيمته
عشرة دراهم فباعها من رجل بعشرين درهما باع كل واحد منهما الذي له الا أن

البيع صفقة واحدة ثم نقد المشتري صاحب القلب عشرة فهي له خاصة لان كل واحد منهما تولى بيع ملكه بنفسه فاليه قبض ثمنه ولا شركة بينهما في المقبوض لانه لم يكن بينهما شركة في المبيع ولا ينتقض البيع ان تفرقا قبل ان ينقد الباقي لان الباقي ثمن الثوب ولو باعا جميعا الثوب وباعا جميعا القلب فنقد صاحب القلب عشرة ثم تفرقا انتقض البيع في نصف القلب بخلاف ما تقدم اذا كان بائعها واحدا لان هناك جعلنا المنقود استحسانا لعدم التسوية بين المستحق وغير المستحق وهذا لا يوجد هنا لان كل واحد منهما استحق قبض نصف ثمن القلب فان استحقاق القبض للعاقده سواء باشره لنفسه أو لغيره وقد باعا جميعا القلب والقابض أحدهما فلا يمكن جعل نصف المنقود عوض ما باعه الآخر من القلب فان قالوا كذلك فان قبض الموكل من ثمن القلب كقبض الوكيل فصاحب القلب اذا قبض ثمن القلب وهو في النصف عاقده وفي النصف موكل أمكن جعل المنقود كله ثمن القلب قلنا نعم ولكن الترجيح باعتبار الاستحقاق وقبض الموكل غير مستحق له بالعقد فانه عدم المعنى الذي لاجله رجحنا ثمن القلب ولو باع لؤلؤة بمائة دينار على أن فيها مثقالا فاذا فيها مثقالان كان البيع جائزا لان الوزن في اللؤلؤ صفة والعقد انما ينقد على عينه لاعلى صفته وكذلك لو باع دارا بالف درهم على أنها ألف ذراع فاذا هي الف وخمسمائة ذراع كان البيع جائزا على جميعها لان الذرعان في الدار صفة ألا ترى أن باختلافها تختلف صفة العين في الضيق والسعة ولا يتبدل الاسم ولو كان باعها على أنها ألف ذراع كل ذراع بدرهم كان بالخيار ان شاء أخذها بالف وخمسمائة وان شاء ترك لانه صرح بجعل كل درهم بمقابلة كل ذراع وقد تغير على المشتري شرط عقده فانه اشتراها على أن تسلم له بالف درهم والآن لا تسلم له الا بالف وخمسمائة فلزمه زيادة في الثمن ولم يرض بالتزامه فيثبت له الخياره وكذلك قلب فضة اشتراه بعشرة دراهم على أن فيه عشرة فاذا فيه عشرون درهما فهذا كله درهم بدرهم سواء قال درهم بدرهم أو لم يقل فلم يأخذه بعشرين درهما ان لم يكن تفرقا عن المجلس وان شاء تركه عندنا وقال الحسن بن زياد وزفر رحمهما الله البيع باطل لانهما نصا على عقد الربا بتسمية العشرة بمقابلة قلب وزنه عشرون درهما ولكننا نقول مثل وزنها في البيع وذلك حكم ثابت بالشرع فيكون بمقابلة كل درهم درهما صرحا بذلك أو لم يصرحا وعندنا التصريح بذلك جاز البيع في جميع القلب بمثل وزنه فكذلك عند الاطلاق لان المستحق شرعا يكون أقوى من

تخصيص المتعاقدين عليه بخلاف الذرعان في الدار ثم ان لم يتفرقا يخير لانه لزمه زيادة في ثمن القاب لم يرض بها فان كان تفرقا جازله نصف القاب لانه ما قبض الا ثمن نصف القاب فكانه باعه القلب بعشرين درهما وتقد في المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب بفعله وهي المفارقة قبل أن يقبض بهض الثمن فان كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى هنا بمقابلة عين القلب و لوزن في القاب صفة فان القاب مما يضره التبويض وفيما يضره التبويض الوزن صفة فان باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل أو أخف ولكن لا يتبدل اسم العين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار أخذه بدينارين ان شاء لانه أعقب منهم كلامه تفسيراً فيكون الحكم لذلك التفسير ويصير بائعاً كل درهم من القاب بعشر دينار فيتخير المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القاب أنقص وزناً في الفصلين جميعاً وثبوت الجواز هنا وان انتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان في قلب وزنه عشرة مثاقيل ولا يرغب فيما اذا كان وزنه خمسة مثاقيل ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوباً بعشرين درهما ففقد منها عشرة وقال نصفها من ثمن القاب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا انتقض البيع في نصف القلب لانه نص على أن نصف المنقود من ثمن الثوب ولو نص على أن جميع المنقود من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المنقود من ثمنها جميعاً فإنه يجعل كله من ثمن القاب لان هناك ما صرح به بقي فيه بدض الاحتمال فقد يضاف الشيء الى شئين والمراد أحدهما كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى ألم يأتكم رسل منكم أما هنا بعد التصريح على التنصيف لا يبقى احتمال جعل الكل بمقابلة القلب وأما في السيف اذا سمي فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع لانه لو صرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحاً بما لان السيف مع الحلية شيء واحد وتصريحه على أن المنقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر أو لان المقبوض لا يسلم له بالطريق الذي نص عليه لان العقد يبطل في السيف ببطلانه في الحلية أو في بعضها ونحن نعلم أن قصدها أن يسلم المقبوض للمقبوض ولا وجه لذلك الا أن يجعل بمقابلة الحلية ولو قال أبيعك السيف بمائة درهم وخمسين نقداً من ثمن السيف والحلية وخمسين نسيئة من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسداً لانه شرط الاجل في بعض ثمن الحلية وذلك مفسد للعقد والسيف شيء واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسدت كله ولو كان هذا في القلب

والثوب فسد البيع أيضا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز في الثوب وقد تقدم نظائره • ولو اشترى سيفًا بمائة درهم على أن حليته خمسون درهما وتقابضا فإذا حليته ستون درهما ولم يتفرقا فالمشترى بالخيار أن شاء زاده عشرة دراهم وأخذ السيف وإن شاء نقض البيع لأنه لما سمي وزن الحلية خمسين درهما فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة السيف فإذا ظهر أن الحلية ستون درهما وبمقابلة كل درهم درهم شرعا ظهر أن ثمن الحلية ستون درهما ويكون ثمنها مائة وعشرة ويتخير المشتري لأنه لزمه زيادة في الثمن وإن كانا تفرقا فالبيع منتقض لأن ثمن سدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاض العقد في الحلية ينتقض في جميع السيف وكذلك لو كان في حلية السيف مائة درهم فإن لم يتفرقا فإن شاء زاده خمسين درهما وأخذ السيف وإن شاء ترك لأن بمقابلة السيف خمسين وبمقابلة الحلية مثل وزنها وهذا بخلاف الأبريق لأن يبيع نصف الأبريق جائز فيمكن إيفاء العقد في نصف الأبريق بعد الافتراق ويبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك يبيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لأن فيه ضررا في التسليم فإذا بطل العقد في البعض بطل في الكل • ولو اشترى سيفًا محلي وزن حليته خمسون درهما بعشرة دنانير وتقابضا واقتراقا فإذا في السيف مائة درهم فالبيع جائز لأنه يصير بتسمية وزن الحلية مسميا بمقابلة السيف خمسة دنانير وبمقابلة الحلية خمسة دنانير فلا يضره زيادة وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا في الكتاب نظيره • ولو اشترى قلب فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم فإذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا في الكل ولو كان مكان القلب نقرة رد نصفها لأن النقرة لا يضرها التبويض والعقد إنما يتعلق بالمسمى من الوزن ألا ترى أنه لو قال بعت منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال من هذا القلب لا يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله يبيعه ووكله آخر يبيع الثوب فباعهما جميعا صفقة واحدة بدينار أو عشرة دراهم على أن ثمن الثوب الدينار و ثمن القلب الدراهم كان جائزا وإن دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا يشركه صاحب الثوب في ثمن القلب لأن كل واحد منهما مسمى على حدة ويبيع الوكيل بثمن منفصل كيبيع الموكل بنفسه وكذلك لو كان الثمن عشرين درهما عشرة بيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب فهذا التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء. ولو باعها بعشرين درهما صفقة واحدة ولم يبين أحدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان المنقود ثمن القلب لأن البائع واحد وهو

المستحق بقبض جميع الثمن فهذا وما لو باعها لنفسه سواء واذا كان المنقود من ثمن القلب شرعا كان ذلك لصاحب القلب لان اليد تملك الاصل ولا يشركه صاحب الثوب فيها لانعدام الشركة بينهما في أصل القلب ألا ترى انه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد وقبض الثوب والقبض كان جائزا وكان المنقود من القلب خاصة والنسيئة في ثمن الثوب فكذلك اذا قبض البعض في المجلس دون البعض والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونخري الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الشفعة مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد الى عدد أو شيء الى شيء ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين فانه يضمهم بها الى العابدين وكذلك الشفع باخذه يضم المأخوذ الى ملكه فيسمى لذلك شفعة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان القياس بأبي ثبوت حق الشفعة لانه يتملك على المشتري ملكا صحيحا له بغير رضاه وذلك لا يجوز فانه من نوع الاكل بالباطل وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه بالاختذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في ابطال ملكه عليه وليس لاحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ولكننا نقول تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة في الباب والاصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز أن يقال انه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته الاحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه رضوان الله عليهم. من ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شيء عقارا وربيع ومن ذلك ما بدأ محمد ابن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد بن مالك رضى الله عنه عرض يبتاله على جار له فقال خذه بأربعمائة أما انى قد أعطيت به ثمانمائة ولكنى أعطيكه بأربعمائة لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبه وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فانه ينبغي له أن يرضه على جاره لمراعاة حق المجاورة قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ولانه أقرب الي حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلماذا فعله سعد رضى الله عنه وحط

عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لاتمام الاحسان وان تمام الاحسان أن يحط الشطر لما روى أن الحسن بن علي رضي الله عنه كان له دين علي انسان فطالب غريمه فقال أحسن الى يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وهبت لك النصف فقيل له النصف كثير فقال وأين ذهب قوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الاحسان أن يحط الشطر فاما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبة فقد روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والاتزاع يعني لما جعله الشرع أحق بالاخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا وهو دليل لنا على ان الشفعة تستحق بالجار فإنه ذكر اسما مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصا اذا كان مؤثرا فيه كما في قوله تعالى الزانية والزاني وقوله تعالى والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة يعني الضرر البادى الى سوء المجاورة على الدوام من حيث ابعاد النار واعلاء الجدار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار والشافعي يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى
أيا جارتى بينى فانك طالق * كذلك أمور الناس عاد وطارقه

والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش ولكننا نقول في هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة لأنها مجاورة في الفراش تتصرف عنه لا لأنها تشاركه وفي الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل وأن سعدا رضي الله عنه عرض بيتا له على جاره وروى الحديث فذلك دليل على أن جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه وعن الحسن في الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة أبيه ان شاء أخذ والغائب على شفيعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وأن وليه قوم مقامه في الاخذ له لانه أخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن اليتامى وتوفير المنفعة عليهم ولهذا المقصود أقام الشرع وليه مقامه وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه فاذا حضر وعلم به كان على شفيعته لان الحق بعد ما ثبت لا يسقط الا بالقاطه والرضا بسقوطه صريحا ودلالة وبترك الطلب عند الجهل به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب وعن أبي سعيد الخدري أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره والخليط هو الشريك في نفس المبيع والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط يكون في حقوق المبيع سمي خليطاً لاختلاط بينهما فيما يتأني به الانتفاع مع تميز الملك * والشفيع هو الجار وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب وإن البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا إنما يتأني على مذهبننا فاما الشافعي فلا يوجب الشفعة إلا للشريك فلا يتأني هذا الترتيب على مذهبه والحديث يدل عليه وعن عبد الملك بن مروان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبة ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقتهما واحداً وهذا من أقوى ما يستدل به فإنه لا شبهة في صحة هذا الحديث لأن عبد الملك بن مروان كان من أهل الحديث وعطاء بن أبي رباح امام مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فلا طعن في اسناد هذا الحديث ولا وجه بحمل الحديث على الشريك فإنه إذا حمل على الشريك كان هذا لغواً وإنما يكون مفيداً إذا كان المراد جاراً هو شريك في الطريق وقال كان شيخنا الامام يقول العجب منهم بزعمون أنهم من أصحاب الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلا جله سمو أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث وعن الشامي قال من بيعت شفته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له وبه نأخذ لأن سكوته عن الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار القديم باعتبار رضاه وذلك يبطل شفته ضرورة وعليه ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن وانها أي لم يقعد عن طلبها وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال فكفى بهذا عن سرعة سقوطها وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذي قلنا ان الشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع وعن عمرو بن الشريد عن أبيه لشريد بن سويد رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفته ما كان والشريد هذا من صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره ثم روى عنه أنه قال أتيت رسول الله صلى

الله عليه وسلم فاستشدني من أشعار الجاهلية فكلمنا أنشدت شيئاً قال صلى الله عليه وسلم
 ايه حتى أنشدت مائة بيت وأهل الحديث يرون حديثه هذا في الشفعة أن النبي صلى
 الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شركة ولا قسم الا الجوار فقال صلى الله
 عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان فهذا يدل على أن المراد حقيقة لا به نفي الشركة في السؤال
 وأثبت الجوار فقال صلى الله عليه وسلم ما كان وله معنيان أحدهما أن المراد من كان فان ما تذكر
 بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها فهو دليل على أن الشفعة للذكر والاني والحرم
 والملوك والصغير والكبير والمسلم والذمي والثاني أن المراد بقوله ما كان أي ما كان أي
 يحتمل القسمة أولاً يحتمل القسمة فيكون دليلاً لنا على الشافعي حيث يقول لا تثبت الشفعة
 الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من أوجب الشفعة في بعض المنقولات كالسفن
 ونحوها وهو قول أصحاب الظواهر ولكن ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في
 كل ربع أو عقار تبين أن المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول وعن شريح انه قضى للنصراني
 بالشفعة وكتب في ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازها وبهذا نأخذ دون ما رواه
 بعد هذا عن شريح أنه قال لا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا لمجوسي وبقوله الثاني كان يأخذ
 ابن أبي ليلى فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعي فلا يثبت لمن هو منكر لهذه الشريعة وليكن
 نأخذ بما قضى به شريح فقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضي الله عنه ثم أهل الذمة التزموا أحكام
 الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر
 والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين وعن الحسن رضي الله عنه قال قضى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة والجوار وفي بعض الروايات الجرار وهو دليل لنا على
 استحقاق الشفعة بسبب الجوار فأما معنى اللفظ الاخر أن الجار كان منازعا قضى رسول
 الله صلى الله عليه وسلم له بالجرار وبالشفعة فهو دليل على ان الجوار يستحق به الشفعة حتى سمع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضى به وبالشفعة وعن الحسن قال اذا اقتسم
 القوم الارضين ورفعوا سرباً بينهم فهم شفعا وبه نأخذ فنقول الشركة في السرب تستحق
 به الشفعة لانها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتبارها حق الشفعة كالشركة في نفس المبيع
 لان الحاجة الى دفع الضرر البادي لسوء المجاورة يتحقق في الموضعين جميعاً وعن شريح قال
 الشفعة بالابواب فأقرب الابواب الى الدار أحق بالشفعة ولسنا نأخذ بهذا وإنما الشفعة عندنا

للجار الملاصق فاما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا أو أبعد وانما
يعتبر قرب الباب في التقديم في الشفعة على ما روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال ان لي جارين فالى أيهما أبر قال صلى الله عليه وسلم الى أقربهما . نك بابا وهذا
لان اطلاعه واطلاع أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر فهو بالهدية أحق وهذا
تأويل ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول في الهدايا ابدوا بجارنا اليهودي فاما في
الشفعة فالمعتبر هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون الجار
المحاذي فان بين الملكين طريقا نافذا وذكر عن علي وابن عباس رضي الله عنهما قال لا شفعة
إلا لشريك لم يقاسم وهذا قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة الا أنه قد رجع اليه
ابن أبي ليلى فانه كان في الابتداء يقضى بالشفعة للجار حتى كتب اليه أبو العباس المهدي
بأمره بان لا يقضى بالشفعة الا لشريك لم يقاسم فأخذ بذلك لانه كان عاملا له ونحن أخذنا
يقول عمر رضي الله عنه فقد أثبت الشفعة للجار حين قال لبي عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال
اليهود في حديث طويل وأخذنا بالآثار المشهورة عن رسول صلى الله عليه وسلم فان الحديث
متى صح عنه كان حجة على كل صحابي رضوان الله عليهم (والحاصل) أن الشفعة عندنا على
مراتب يقدم الشريك فيها في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق
بعدهما وعن ابن أبي ليلى والشافعي لا تجب الشفعة الا للشريك في نفس المبيع لحديث أبي
هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة وحديث أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
الشفعة فيما لم يقسم وادخال الالف واللام في الكلام للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هنا
معهود ينصرف اليه فكان للجنس فيقتضى أن جنس الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة
فيما لم يقسم وانما التقرير المذكور ونفيه عما عده قال الله تعالى انما الله اإله واحد فهو تنصيب على
نفي الشفعة بمد القسمة والمعنى فيه أن هذا تملك المال بغير رضا الممتلك عليه فيختص به الشريك
دون الجار كالممتلك بالاستيلاء وملك أحد الجارين متميز عن ملك الآخر فلا يستحق
أحدهما ملك الآخر بالشفعة كالجار المقابل وهذا لان حتى الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة
القسمة لانه لو لم يأخذ طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع ممكنه من
الاخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة فيما لا طريق له لدفع ذلك الا بان يخرج عن ملكه

بالاخذ بالاستيفاء والمالك فيه وهذا لا يوجد في حق الجار ولهذا لا يوجب الشفعة فيما لا
يحتمل القسمة لانه لا يدفع بالاخذ مؤنة القسمة عن نفسه ولهذا لا يوجب الشفعة في
الانتولات أيضا لانه متمكن من دفع مؤنة القسمة هناك ببيع نصيبه والبيع والشراء في المنقول
معتاد في كل وقت فاما المقار فيتخذ لاستيفاء المالك فيه وليبقى ميراثا بالعاقبة فهو محتاج الى الاخذ
بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة عن نفسه وحجتنا في ذلك ما روينا من الاخبار ولا يعارضها
ما رووا فيها بيان ان للشريك شفعة ونحن نقول به وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل
على أن الحكيم فيما عداه بخلافه ثم المراد بالشفعة بسبب الشركة فيما لم يقسم والمراد بيان أن مع
الشريك الذي لم يقاسم لا مزاحمة لاحد في الشفعة الشفعة بل هو مقدم وبه نقول واللفظ المذكور
في حديث أبي هريرة رضي الله عنه فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دليلنا أنه علق نفي الشفعة
بالامر من جميعا فذلك دليل على انه اذا وتمت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا
أن تجب الشفعة وعندكم لا تجب ثم معنى هذا اللفظ فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق
وكان الموضع موضع اشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكك انه هل يستحق بها
الشفعة فيين ر - ول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يستحق الشفعة بالقسمة والمعنى فيه أنه متصل
بالمالك اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة كالشريك * وتحقيق هذا الكلام أن
استحقاق الشفعة بالمجاورة دون الشركة فان الشركة تحقق في المنقولات ثم لا تجب الشفعة
الا في العقار فلا بد من معنى يظهر به الفرق بينهما وليس ذلك الا أن الشركة في العقار
تفرض الى المجاورة لانها اذا اقتسما كانا جارين والشركة في المنقولات لا تفرض الى المجاورة
لانها اذا اقتسما لا يبقى بينهما مجاورة في الملك فاذا كان باعتبار الشركة التي تفرض الى المجاورة
يستحق الشفعة فتحقيقه المجاورة أولى وهذا لان المقصود دفع ضرر المتأذى بسوء المجاورة
على الدوام ولهذا لا يثبت لجار السكنى كاستأجر أو المستعير لان جواره ليس بمستدام
ولهذا لا يثبت في المنقول وضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد المالكين بالآخر
على وجه لا يتأتى الفصل فيه والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس
لحسن خلقه وعن جوار البعض لسوء خلقه فلمكان انه يتأذى بالجار الحادث يثبت له حق
الاخذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة فان ذلك لا يحتاج اليه في المنقولات ولا شفعة
فيما اذا باع أحد الشركاء نصيبه وهنا بالاخذ تزداد مؤنة المقاسمة على الباقيين وانما يدفع عنهم

سوء مجاورة المشتري ولهذا لا تثبت للجار المقابل لان سوء المجاورة لا يتحقق اذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك على أنا نقول حق الاخذ بالشفعة له ليرفق به من حيث توسع الملك والمرافق وهذا في الجار الملاصق يتحقق لا مكان جعل احدي الدارين من مرافق الدار الأخرى أولا يتحقق ذلك في الجار المقابل لعدم إمكان جعل احدي الدارين من مرافق الدار الأخرى بطريق نافذ بينهما حتى اذا كانتا في سكة غير نافذة تثبت الشفعة لكل لا مكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة ولكن مع هذا الشريك مقدم عندنا لان سبب الاستحقاق القرب والانصال وذلك في حقه أقوى لوجود الانصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ثم بعده للشريك في الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار وقوة السبب توجب الترجيح ولان الشريك يدفع بالاخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة عن نفسه وقد بيننا أن الحاجة الى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا يصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح لان الترجيح أبدا بما لا يكون علة الاستحقاق ألا ترى أن الاخ لا ياب وأم مع الاخ لا ياب اذا اجتمعا يترجح الاخ لا ياب وأم في العصوبة بسبب قرابة الام والعصوبة لا تستحق بقرابة الام ثم الترجيح يقع بها فهذا مثله وتفسير ما قلنا في منزل مشترك بين اثنين في دار هي في سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل أحق بالشفعة فاذا سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشركاء في السكة لانهم أميز قربا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة أحق بالشفعة في الشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهذا الذي علي ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى وقد روى عن أبي يوسف أن مع وجود الشريك بالشفعة لاحد سواء سلم أو استوفى لانهم مجربون لحق الشريك وقد ثبت حقه سواء استوفى أو سلم ولكن في ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرر السبب في حقه الا أن حق الشريك كان مقدما فاذا سلم كان للجار أن يستوفى كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في الشركة فانه اذا استحق أسقط حقه بالبراءة كانت الشركة لغرماء المرض بديونهم لان سبب استحقاقهم ثابت ولهذا قلنا ينبغي للجار أن يطلب الشفعة اذا علم بالبيع مع الشريك تمكن من أخذه فان لم يطالب بعد علمه حتى يسلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وان كان فناء منفرج من الطريق الاعظم راجعا عن الطريق أو زقاق أو درب غير نافذ

فيه دور فيعت دار منها فاصحاب الدور شفعاء جميعا لانهم شركاء في الفناء والطريق فان سلم هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة وقد قال بعض أصحابنا فناء الدار مملوك لصاحب الدار والاصح أنه حقه وليس بملوك له لان ملكه في الدار والدار ما أدير عليه الحائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معد الايقاف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم وفي هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤوس دون مقادير الانصباء والدور. وقال الشافعي على مقدار النصب وبيانه في دار بين ثلاثة نفر لا حدهم نصفها ولا آخر ثلثها ولا آخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخر ان الشفعة قضي بالشفعة في المبيع بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله اثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخر ان الشفعة قضي بينهما أخماسا عنده وان باع صاحب الثلث نصيبه قضي به بين الآخرين أربعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضي به نصفين فكذلك على أصلنا اذا بيعت دار ولها جاران أحدهما جار من ثلاث جوانب والآخر من جانب آخر واحد وطلبا الشفعة فهي بينهما نصفين فالشافعي رحمه الله استدل بحديث عمر رضي الله عنه لما أجلى يهود من وادي القرى قال لبي عذرة أتم شفعاؤنا في أموال اليهود الحديث الى أن جعل الوادي بين بني عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار النصيب ولم يقسم بين المسلمين وبين بني عذرة وان هذا رفق من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالربح أو ثمرة تستحق بالملك فيكون على قدر الملك كالأولاد والألبان والأثمار في الأشجار المشتركة يوضحه المنفعة أن التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالفرع الذي يلحق بالملك بسبب الملك وذلك بقدر الملك فاذا كان الحائط مشتركا بين اثنين أو ثلاثا وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالا أو نفسا كان الضمان عليهما اثلاثا بقدر الملك فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم فان حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وحاجة صاحب الكثير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل لان مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك فكذلك ما شرع لدفع هذه المؤنة* وجه قولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير (ثم تحقيق

هذا الكلام) أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك. ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علة وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى أن أحد المدعين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء ثبتت المعارضة والمشاركة بينهما. وكذلك لو أن رجلاً جرح رجلاً جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لأن الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوع مدفوع بالراجع وهنا لا يبطل حق صاحب الذليل أصلاً فرفأ أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لأن ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحاً وملاك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الفرءاء في التركة فإن حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة إلا قدر دينه فإذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فإنه إنما يحصل بقدر المال ألا ترى أن عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد والابن والثمار فإنها متولدة من العين فأنما تولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على أجزاء العلة فاما الحائط المائل إذا مات من وقع عليه الحائط فإن جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة وإن مات بنقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثاً لأن التساوي بينهما في العلة لم يوجد فإن نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كنقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شيء مما ذكرنا الفارس مع الراجل في الغنيمة لأن تفصيل الفارس بفارسه حكم عرف شرعاً بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يكون علة الاستحقاق فيصلح مرجحاً في استحقاق بعض الغنيمة وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة ولا شفعة إلا في الأرضين والدور لأنها عرفت شرعاً وقد نص الشرع على الشفعة في العقار خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار أو ربع والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة إلا على قول ابن أبي ليلى فإنه كان يقول لا شفعة للصغير لأن وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة

وذلك من الكبير دون الصغير ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المير والمستأجر
ولكننا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث
اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأييد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضا ثم هو
محتاج الى الأخذ لدفع الضرر في الآتي عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال وبمثل
هذه الحاجة جاز للمولى تزويج الصغير والصغيرة فكذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم
بالطلب من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو أبوه ثم وصى أبيه ثم جده أبو أبيه ثم
وصى الجد ثم وصى نصبه القاضي فان لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفعية اذا أدرك
لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء يبنى على طلب
ملزوم ولا يكون طلبه ملزما قبل الادراك فتركه الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه من ذلك
لا يكون مسقطا حقه كالبائع اذا ترك الطلب لانه لم يعلم به والغائب على شفعية اذا علم لهذا
المعنى فانه لا يتمكن من الطلب ما لم يعلم به وترك الطلب انما يكون دليلا على الرضا أو التسليم
بعد التمكن منه لا قبله والذكر والانثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سواء
لانه من المعاملات وانما يبنى الاستحقاق على سبب متصور في حق هؤلاء وثبوت الحكم
بثبوت سببه * واذا اشترى الرجل دارا وقبضها ونقد الثمن واختلف الشفيع والمشتري في
الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يملك الدار على المشتري كما ان المشتري
يملكها على البائع. ولو كان الاختلاف بين البائع والمشتري في الثمن كان القول قول البائع كما
قال صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع فكذلك المشتري مع الشفيع
ولان الشفيع يدعى على المشتري وجوب تسليم الدار اليه عند احضار الالف والمشتري منكر
لذلك فالقول قوله مع يمينه وأيهما أقام البينة قبلت بينته لانه يؤيد دعواه بالحجة وليس في
معارضة حجته سوى مجرد الدعوى من الآخر والدعوى لا تعارض الحجة ثم الشفيع ان
أقام البينة فقد أثبت مادعى من وجوب تسليم الدار اليه عند أداء الالف والمشتري ان أقام
البينة فقد أثبت زيادة في الثمن بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع في قول أبي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانه يثبت زيادة في الثمن بينته
والشفيع ينفي تلك الزيادة والمثبت للزيادة من البينتين أولى بالعمل بها كما لو اختلف البائع
والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول لما فيها من اثبات الزيادة

وكذلك لو اختلف البائع والمشتري والشفيع فقال البائع ثلاثة آلاف وقال المشتري ألفان وقال الشفيع ألف وأقاموا البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لأنها ثبتت الزيادة وأظهر من هذا كله المشتري من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولا بي حنيفة طريقتان احدهما حكاهما محمد عنه والآخرى حكاهما أبو يوسف فالتى حكاهما محمد أن المشتري صدر منه اقرار أن احدهما له والآخر عليه فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه كما لو أقر عند القاضي بالامرين جميعا. ويبان ذلك أن الشفيع أثبت بيئته اقرار المشتري بالشراء بالف وهذا عليه والمشتري أثبت بيئته اقراره بالشراء بالفين وهذا له وبه فارق البائع مع المشتري لان هناك كل واحد منهما صدر منه اقرار أن احدهما ما أثبتته بيئته وهو له والآخر ما أثبتته صاحبه وهو عليه فاستويا من هذا الوجه فلماذا صرنا الى الترجيح بالزيادة والاولى أن نقرر هذا الكلام من وجه آخر فنقول لاتنافي بين البيئتين في حق الشفيع الا ترى أنه لو اشترى مرتين مرة بالف ومرة بالفين كان للشفيع أن يأخذ بايهما شاء ففرقنا أنه لاتنافي بينهما في حقه والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما أولى فاما مع امكان العمل بالبيئتين فلا معنى للمصير الى الترجيح فيجعل في حق الشفيع كان الشراءين جميعا ثابتان فله أن يأخذ بايهما شاء وهو نظير المولى مع العبد اذا اختلفا فقال المولى قلت لك اذا أدت الى الفين فأنت حر وقال العبد قلت لي اذا أدت الى الفان فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بيئته العبد بهذا الطريق وهو أنه لا منافاة بينهما في حقه فيجعل كان الكلامين صدرا من المولى ويعتق العبد باداء أى المالىين شاء بخلاف البائع مع المشتري اذا اختلفا لان هناك العمل بالبيئتين غير ممكن فالعقد الثانى في حقهما ناسخ للاول فلماذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وكذلك ان اختلفوا جميعا لانه مادام الاختلاف قائما بين البائع والمشتري فلا معتبر باختلاف الشفيع وأما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا فقد روي ابن سبابة عن محمد أن البيئته بيئته الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان كما بينا في ظاهر الرواية فالوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وقد بينا المذنب فيما اذا كان الاختلاف بين البائع والمشتري فاما المولى القديم مع المشتري من العدو اذا اختلفا فقد نص في السير الكبير

على أن البيعة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما بينهما من الوحشة حين نص السير ولئن سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن في حق المولى القديم لان الشراء الثاني ناسخ للأول فصرنا الى الترجيح بالزيادة لهذا والطريقة التي حكاهما أبو يوسف ان بيعة الشفيع ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة والبيعتان للالتزام فالملزم من البيعتين يرجح كما في بيعة العبد مع بيعة المولى في مسألة التعليق* وبيان هذا انه اذا قبلت بيعة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبي واذا قبلت بيعة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك وبه فارق بيعة البائع والمشتري لان كل واحدة من البيعتين هناك ملزمة وكذلك بيعة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة فلماذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وفي مسألة المشتري مع العبد من العدو ويقول على هذه الطريقة البيعة بينة المولى القديم لانها ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة واذا أخذ الشفيع الدار من المشتري فعهده و ضمان ماله على المشتري لانه يملك الدار عليه ويدفع الثمن اليه فهو في حقه بمنزلة البائع مع المشتري* فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فيذنبى أن يجعل أخذ الشفيع من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لانه يأخذ بحق مقدم على حقه قلنا نعم حقه مقدم ولكن ثبوت حقه بالسبب الذي يثبت به حق المشتري وهو الشراء اذ بأخذه لا يبطل ذلك السبب بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فاذا بقي السبب وتأكد قبض المشتري لم يمكن أن يجعل الشفيع ممتلكا على البائع لانه لا ملك له ولا يد حتى قضي له بالشفعة فلا بد أن يجعل ممتلكا على المشتري مستحقا عليه يده فلماذا كانت عهده على المشتري كما لو اشتراها ابتداء منه وان أخذها من البائع ودفع الثمن اليه فعهده و ضمان ماله على البائع عندنا. وقال ابن أبي ليلى عهده على البائع في الوجهين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه ثم عهده المشتري على البائع فكذلك عهده الشفيع وللشافعي قولان في أحد القولين ليس للشفيع أن يأخذ من البائع ولكن البائع يسلمه الى المشتري وعهده عليه لانه يملك على المشتري بعوض والمبيع قبل القبض عنده لا يحتمل التملك على المشتري بعوض عقارا كان أو منقولا وعلى القول الآخر يأخذ من يد البائع وعهده على المشتري واليه يدفع الثمن وهو رواية عن أبي يوسف لان حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخا له وكيف يكون أخذ الشفيع ناسخا للبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر

بطلان البيع من الاصل واذا نفي الشراء كان الشفيع متملكا على المشتري فعهده عليه كما لو أخذ من يده وعن أبي يوسف قال ان كان المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى المشتري وعهده عليه لان البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وان لم يكن المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشتري وعهده الشفيع على البائع فاما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك المشتري ويده ألا ترى انه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشترت كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك المشتري لانكاره فاذا ثبت تمكنه من الاخذ قبل ملك المشتري فقبل قبضه أولى واذا أخذ بالشفعة فات بأخذه الشفعة القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها نائبة عن يد المشتري لتقدم حقه على حق المشتري بخلاف ما اذا باعها المشتري من غيره لان يد الثاني هناك يمكن جعلها نائبة عن يد الاول فلا يفوت قبض المشتري الاول معنى ثم ان حضر الشفيع والدار في يد المشتري فهو الخصم للشفيع يأخذه من يده ولا يشترط حضرة البائع لان حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشتري وصار هو كأجنبي آخر فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشتري ملكه ويده وكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعا لخصوصية الشفيع في الاخذ لان الملك للمشتري واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا فيشترط حضورها لذلك ولانه لا بد من حضور البائع لان الدار في يده والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده واحدة من يد البائع موجب انفساخ العقد بين البائع والمشتري وذلك لا يتم الا بحضور من المشتري فيشترط حضورها لذلك واذا أخذ الشفيع من المشتري الدار بالشفعة وأراد أن يكتب عليه كتب عليه نحو ما ذكره في الكتاب والمقصود من الكتاب التوثيق والاحتياط فالسبيل أن يكتب على أحوط الوجوه ولهذا قال يكتب على افراره كتابا أنه كان اشتراها وان هذا كان شفيعها فطلب أخذها بالشفعة فسلمها اليه لشفعته فيها وقبض منه الثمن ودفع اليه الدار وضمن له الدرك وأشهد عليه الشهود ويأخذ أيضا من المشتري كتاب الشراء الذي عنده فذلك أحوط له فان أبي أن يعطيه فله ذلك لان القابض ملكه ثم الاحتياط للشفيع أن يشهد على شهادة الشهود فيه حتى اذا جحد البائع البيع يتمكن هو من ابيات حقه

بالحجة وان أخذ الدار من البائع كتب أيضا عليه نحو ذلك وزاد فيه وقد سلم فلان بن فلان المشتري جميع ما في هذا الكتاب وأجازته وأقر أنه لاحق له في هذه الدار ولا في ثمنها وان شاء كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار بالشفعة اليه وقبض البائع الثمن برضاها وضمن البائع الدرك لانه في الأخذ من يد البائع يحتاج الى حضرتها وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه من وجهه فاما ان يكتب الكتاب عليهما أو على البائع ويذكر فيه تسليم المشتري أيضا ليكون ذلك أحوط للشفيع وإذا اشترى دارا بالف درهم الى سنة وطلبها الشفيع الى ذلك الأجل لم يكن له ذلك عندنا. وقال زفر والشافعي له ذلك لان الأجل صفة الدين يقال دين مؤجل ودين حال وللشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته كما لو اشترى بالف زبوف ولكننا نقول الأجل مدة يلحقه بالشرط بالعقد شرطا فلا يثبت في حق الشفيع كالتخيير وهذا لان تأخير الأجل في تأخير المطالبة وبه تين أنه ليس بصفة للمال لان الثمن للبائع والأجل حق للمشتري على البائع فكيف يكون صفة للثمن ثم الناس يتفاوتون في ملاة الذمة فبرضا البائع يكون ماله في ذمة المشتري لا يكون رضاه منه بكونه في ذمة الشفيع ولان الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري من المال فلا يثبت الأجل في حقه من غير ذكر كالمولى فان من اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل في حق المولى بدون الذكر اذا ثبت هذا فنقول الشفيع بالتخيير ان شاء أخذها بالثمن حالا وان شاء انتظر حلول الأجل فاذا حل أخذها بالثمن حالا واذا اختار الانتظار فعليه أن يطلب الشفعة في الحال حتى اذا لم يطلب لم يكن له أن يأخذها بعد حلول الأجل في قول أبي حنيفة ومحمد وذكروا ابن أبي مالك ان أبا يوسف كان يقول هكذا أولا ثم رجع فقال له أن يأخذها. وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو أخذه بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفيعته * ووجه قول أبي يوسف الآخر أن الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الأخذ بعد حلول الاجل أو بثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال وسكوته لانه لم يرفيه فائدة لالاعراضه عن الأخذ وان اختار أخذها من يد المشتري ودفع اليه الثمن في الحال كان الثمن للبائع على المشتري الى أجله لتقرر العقد بينهما واذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما لم يكن للآخر الأذن بأخذها كلها أو يدعها لان مزاحمة المسلم قد زالت فكانه لم يكن الشفيع في حقه الا واحدا

وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض لما في الاخذ من تفريق الصفقة والاضرار
 بالمشتري في تبعض الملك عليه والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الاخذ
 على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت في جميع المبيع
 لتكامل العلة في حق كل واحد منهما الا انهما اذا طلبا قضي القاضى لكل واحد منهما
 بالنصف للمزاحمة ونفى الضيق في المحل فاذا سلم احدهما قبل القضاء بقي حق الآخر في
 الكل كما لو قتل رجلين عمدا ففعا عنه ولى أحدهما كان للآخر أن يقتص منه لهذا المعنى. واذا
 كان البائع اثنين في صفقة واحدة والمشتري واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها دون
 بعض وان كان البائع واحدا والمشتري اثنين فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لانه
 يأخذ ملك المشتري بالشفعة فان كان المشتري واحدا لو تمكن من أخذ البعض تضرر به
 المشتري من حيث انه يتبعض عليه الملك واذا كان المشتري اثنين فانما ملك كل واحد منهما
 النصف وليس في أخذ الشفيع نصيب احدهما اضرارا بالآخره بوضحة ان أخذه لدفع ضرر
 الجار الحادث وبأخذ البعض عند اتحاد المشتري لا يندفع ضرر مجاورته فعرفنا انه لم يقصد الا
 الاضرار به. وان كان المشتري اثنين فقد يكون احدهما ممن ينتفع بجواره والآخر ممن
 يتضرر بجواره فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب أحدهما وروى الحسن عن أبي
 حنيفة قال اذا كان البائع اثنين فأراد الشفيع الاخذ قبل قبض المشتري فله ان يأخذ نصيب
 أحد البائعين لانه بالاخذ يملك على البائع ولهذا كانت عهده على البائع والملك في حق البائعين
 متفرق وبعد القبض انما يملك على المشتري والملك في حقه مجتمع وان كان البائع واحدا
 والمشتري اثنين فقبل القبض ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لاجتماع الملك في حق البائع
 وبعد القبض له ذلك ولكن هذا قوله الاول فاما قوله الآخر كما ذكر في الكتاب فان المعتبر
 جانب المشتري قبل القبض وبعد القبض ويستوى ان كان اشتراه لنفسه أو لغيره فسرره
 هشام عن محمد ان الواحد اذا اشترى دار الرجلين فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد الامرين
 ولو اشترى رجلان لواحد كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة النصف لان المشتري اثنان والعاقد لغيره
 في باب الشراء بمنزلة العاقد لنفسه في أحكام العقد وان كان البائع اثنين والمشتري واحدا
 فطلب نصيب أحد البائعين لم تبطل بذلك شفيعته وله أن يأخذها كله مقسومة كانت أو
 غير مقسومة لانه ما أعرض عن الطلب ولكنه أظهر الطلب والرغبة ثم اشتغل بتقسيم لم

يجعل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمه ويبقى حقه في جميع الدار يأخذه ان شاء ولو أخبر الشفيع
 أن المشتري فلان فقال قد سلمت له فاذا المشتري غيره فهو علي شفيعته لما بينا أن الناس
 يتفاوتون في المجاورة فرضاه بمجاورة انسان لا يكون رضاه منه بمجاورة غيره وهذا التقييد منه
 مفيد كانه قال ان كان المشتري فلانا فقد سلمت الشفعة فاذا تبين أن المشتري غيره فهو علي
 حقه وان تبين انه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو علي شفيعته في
 نصيب الآخر لانه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضاه بمجاورة الآخر والبعض
 معتبر بالكل ولو أخبر أن الثمن بالف درهم فسلم الشفعة فان كان أكثر من الف فتسليمه
 صحيح وان كان أقل فله الشفعة عندنا وقال ابن أبي ليلى لاشفعة له في الوجهين لانه أسقط
 حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشتري فلا يكون له أن يأتي ذلك بعد
 الرضا به ولكننا نقول انما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن الف درهم لانه بنى تسليمه
 علي ما أخبر به والخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه من الجواب فكانه قال سلمت ان كان
 الثمن الف وانما أقدم علي هذا التسليم لغلاء الثمن أو لانه لم يكن متمكنا من تحصيل الالف
 ولا يزول هذا المعنى اذا كان الثمن أكثر من ألف بل يزداد فاما اذا كان الثمن أقل من
 الالف فقد انعدم المعنى الذي كان لاجله رضي بالتسليم فيكون علي حقه وهذا لان الاخذ
 بالشفعة شراء وقد يرغب المرء في شراء شيء عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن
 ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل وجود
 سبب الوجود يكون لغوا كالأبراء عن الثمن قبيل البيع ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال
 أو يوزن فسلم الشفعة فاذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر فهو علي شفيعته
 لان الانسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس وكان هذا التقييد مفيدا في حقه فكانه قال
 سلمت ان كان الثمن كرا من شعيرا فاذا ظهر أن الثمن كرا من حنطة فهو علي حقه لو أخبر
 أن الثمن عبد أو ثوب أو دابة ثم ظهر أنه كان مكيفا أو موزونا فهو شفيعته لان ما له
 مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشتري وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم
 وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتمذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا
 التقييد مفيدا في حقه ولو أخبر أن الثمن الف درهم فسلم ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها
 الف درهم أو أقل أو أكثر فعندنا هو علي شفيعته ان كان قيمتها أقل من الالف والافتسليمه

صحيح وعلى قول زفر هو على شففته على كل حال لان الدراهم والدنانير جنسان ولهذا حل
التفاضل بينهما فكانه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فاذا تبين ان الثمن دنانير فهو على
شففته كما في المكيلات والموزونات وليكن نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما
جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والثمنية ومبادلة أحد النقدين بالآخر يتيسر في
العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وانما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا
اذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به وهذا لان من لا يرغب في شراء الشيء بالف درهم
لا يرغب في شراؤه أيضا بمائة دينار قيمتها الف درهم ومالا يكون مقيدا من التقيد لا يعتبر
ولو قيل له اشتراها بعبد أو ثياب قيمة ألف درهم فسلم فاذا الثمن دراهم أو دنانير فهو على
شففته لان هذا التقيد مفيد في حقه لانه وان كان يأخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك
لان تقويم الشيء بالظن يكون قائما أقدم على التسليم لهذا وينعدم هذا المعنى اذا كان الثمن
دراهم ولو قيل له انه اشتراها بعبد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة فاذا قيمة العبد أكثر من
ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته أقل من ألف درهم فله الشفعة لان الثمن اذا كان مما
لامثل له من جنسه فانما يأخذ الشفيع بقيمته فكان هذا في حقه بمنزلة البيع بتلك القيمة
فاذا كان لثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقه واذا كانت الدار بين ثلاثة
رجال الا ووضع بئر أو طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار فالشريك
الذي له في جميع الدار نصيب أحق من الآخر الذي له في بعض الدار نصيب لان شركته
أعم وقد بينا أن من يكون أقوى سببا فهو مقدم في الاستحقاق ولان الموضع الذي هو
مشترك بين البائع وبينه لاحق للثالث فيه وهو موضع البئر أو الطريق لا بد أن يكون هو
أحق في ذلك الموضع بالأخذ بالشفعة وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار أحدهم أحق
بالتبويض كان أحق بالجميع وان اختلفا البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار
مقبوضة أو غير مقبوضة فالقول قول البائع في الثمن ويثبت حكم التحالف بين البائع والمشتري
بالنص ولا شفيع أن يأخذ بما قال البائع ان شاء لان الشرع لما جعل القول قول البائع ظهر
مقدار الثمن في حقه بخبره وانما لم يظهر في الزام المشتري وليس في جانب الشفيع الزام بل
هو مخير فيأخذه بما قال البائع ان شاء وان كانت الدار في يد المشتري فقال البائع بعثها بالف
درهم واستوفيت الثمن وقال المشتري اشتريتها بالنقود فلا شفيع أن يأخذ بالف درهم ولو قال

البائع بعثها اياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم وقال المشتري اشتريتها بالدين وتقده الثمن لم يأخذها الشفيع الا بالدين لان حكم البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن اليه فاذا بدا فاقر بجميع قبض الثمن قبل أن يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد في حقه وصار هو كاجنبي آخر فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول قول المشتري فاما اذا بدا ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه فقد ظهر ان الثمن ذلك القدر بخبره لان الشرع جعل القول قوله ما لم يصل اليه الثمن وثبت للشفيع حق الاخذ بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عايه باقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك وهو نظير ما لو قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان علي ألف درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للالفين ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت من الغريم ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال فلان كان علي ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فالوصي أذ يرجع عليه بألف أخرى والفرق ما بينا وفرع أبو يوسف رحمه الله في الامالي على هذا فقال لو كانت الدار في يد البائع فقال بعثها اياه بالف درهم واستوفيت الثمن وأخذها الشفيع من يده بالف فالمشتري على حجته فيما بينه وبين البائع يرجع عليه بالدين ان أثبت ان الثمن ألفا درهم وهو صحيح لان البيع انفسخ فيما بين البائع والمشتري فيرجع بما أوفاه من الثمن ولو قال البائع بعثها بالدين ولم انقد الا ألف درهم ولم يأخذها المشتري ولا الشفيع الا بالدين لان القول في اثبات مقدار الثمن قول البائع ما لم يصل اليه كمال الثمن واذا كان البيع بالف درهم فحط البائع عن المشتري تسعمائة فلا شفيع ان يأخذها بمائة درهم عندنا وعند الشافعي لا يأخذها الا بالالف وأصل المسئلة في كتاب البيوع ان الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد عندنا وعند الشافعي هو بمنزلة الهبة المتأداة فاذا كان عندنا الحط يلتحق باصل العقد فالمحطوط خرج من أن يكون ثمنا وانما ثمن الدار ما بقى فبأخذه الشفيع بذلك ولو كان الشفيع أخذها بألف ثم حط البائع عن المشتري تسعمائة فانه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر منه انه أخذ منه فوق حقه وعلى هذا قالوا لو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم الشفعة ثم حط البائع عن المشتري مائة فهو على شفيعته لان المحطوط خرج من أن يكون ثمنا فهو بمنزلة ما لو تبين ان الثمن كان أقل من ألف ولو وهب البائع الثمن كله للمشتري قبل

قبضه أو بعده لم يحط المشتري عن الشفيع شيئاً لأن هبة جميع الثمن لا تتحقق بأصل العقد فإن التحاق الحط بأصل العقد ليدفع العين ويعتبر صفة العقد فيه ليصير عدلاً بعد أن كان رابحاً أو خاسراً وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لأن الإنسان لا يصير مغبوناً بجميع الثمن فعرفنا أنه مبتدأ يوضحه أن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعاً بغير ثمن فيكون فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد فعرفنا أنه لا يمكن التحاق الجميع بأصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض فإن زاد البائع المشتري في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الأول لأنه قد استحق أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة والمشتري لا يملك إبطال الحق الثابت له فلا يملك غيره أيضاً يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئاً للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع ألا ترى أنه لو وجد بيعاً مع البائع بأكثر من الثمن الأول صح ذلك في حقه وكان للشفيع أن يأخذ بالثمن الأول فقد فرق بين الزيادة والحط في حق الشفيع وسوي بينهما في بيع المراجعة غير مستحق على المشتري فليس في التزامه الزيادة في حكم بيع المراجعة إبطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة ولو باعها المشتري من آخر ثمن أكثر من الثمن الأول كان للشفيع الخيار لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الآخر له بالشفعة فإن اختار الأخذ بالشراء الثاني يأخذها من يد المشتري الثاني ولا يشترط حضرة المشتري الأول وإن اختار الأخذ بالثمن الأول بحكم الشراء الأول كان ذلك له لأن المشتري الأول لا يتمكن من إبطال حق الشفيع بتصرفه وإذا أخذها بالشراء الأول دفع الثمن إلى المشتري الأول وعهده عليه ويرجع المشتري الثاني على المشتري الأول وإنما أوفاه من الثمن لأن البيع الثاني قد انسخ فإن الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثاني ولم يشترط حضرة المشتري الأول إذا أراد أخذها بالثمن الأول في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهبها من إنسان ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين الموهوب له في قول أبي حنيفة ومحمد حتى يحضر المشتري وعند أبي يوسف هو حضم لأنه يدعى حقه في العين الذي يزعم ذو اليد أنه ملكه فيكون هو خصماً له في ذلك كما إذا ادعى ملك العين لنفسه ونما يقولان الشفيع لا يدعى حقاً على الموهوب له ولا في ملكه وإنما يدعى حقه على المشتري الأول

في ملكه فإلم يعد ملكه لا يتبين محل حقه وإنما يعود ملكه إذا انفسخ العقد الثاني وفسخ العقد عليه لا يجوز إلا بحضوره وتام بيان هذه المسئلة في المأذون وكذلك لو تصرف المشتري في الدار تصرفاً آخر بازهرها أو تزوج عليها فلا شفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الأولى وليس لاحد من هؤلاء علي الشفيع شيء من الثمن إنما الثمن للمشتري الأول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى ينقد الثمن كما لا يأخذ المشتري الدار من البائع حتى ينقده ثمها ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لأن المسمى من الصداق قد استحق فإذا اشترى الرجل شقصاً من دار فقاسم شريكه بحكم أو بغير حكم ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ ما أصاب المشتري بالقسمة أو يتركه وليس له فسخ القسمة لأن القسمة من تمة انقبض فالقصد من القبض الحياز وتام الحيازة تكون بالقسمة وليس للشفيع أن ينقض قبل المشتري فكذلك لا يكون له أن ينقض قسمته ولأنه لو نقض القسمة احتاج إلى إعادتها في الحال لأن البائع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شيء يحتاج إلى إعادته في الحال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال هذا إذا قسم بأمر القاضي فإن كانت القسمة بينهما بالتراضي فلك شفيع أن ينقض تلك القسمة لأن في القسمة بالتراضي معنى المبادلة فهي كتصرف آخر من المشتري فلا شفيع أن ينقضه وقد يفيد هذا النقض فرما يقع نصيبه في القسمة الثانية فيما يجاوز ملكه فإما إذا كان القاضي هو الذي قسم فليس في هذه القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضي وهو ما سلمه إلى المشتري في أخذ الشفيع ذلك من يده إن شاء وإن شاء ترك وإذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة بثن مسمى فهي لازمة لا يتخلص منها إلا برضا المشتري أو يحدث في الدار عيب لأن بقضاء القاضي ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى ويؤكد فيكون حاله مع المشتري بمنزلة حال المشتري مع البائع وبعد البيع ليس للمشتري أن يتخلص منها إلا بالاقالة برضا البائع أو بعيب مجده في الدار فكذلك حال الشفيع فإن كانت في يد البائع فقضى القاضي بها عليه ثم سأل البائع أن يقيله فأقاله جازت الاقالة وهي للبائع وقد برى منها الشفيع والمشتري أما المشتري فلأن البيع انفسخ بينه وبين البائع حين قضى القاضي بها للشفيع على البائع وأما الشفيع فلأنه قام مقام المشتري بعد ما قضى القاضي له بها بذلك البيع واقالة المشتري مع البائع كانت تصح قبل أخذ الشفيع فكذلك اقالة الشفيع مع البائع توضيحه أن الشفيع لما تقدم على المشتري في ثبوت الملك له بالعقد الذي باشره المشتري

صار المشتري في معنى الوكيل له واقالة الموكل مع البائع صحيحة فكذلك اقالة الشفيع مع البائع
 وكذلك لو كانت في يد المشتري فقضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع فهو جائز والشفيع
 والمشتري بريان منه في قول أبي حنيفة اما على الطريق الثاني قد بينا ان الشفيع كالموكل واقالة
 الموكل مع البائع صحيحة في حق براءة المشتري فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وان كان أخذها
 من يد المشتري وأما على الطريق الاول ففيه بعض الاشكال لان أخذ الشفيع من يد المشتري
 بمنزلة عقد . بتدانيا فيما بينهما ولهذا كانت ههنا على المشتري فينبغي أن لا تجوز اقالة الشفيع
 مع البائع في حق براءة المشتري حتى قال بعض مشايخنا هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ
 فيجوز في قول أبي حنيفة رضي الله عنه هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ فيجوز في قول
 أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وأبي يوسف الاول لا يجوز بناء على اختلافهم
 في بيع العقار قبل القبض وتلك المسئلة استشهد في الكتاب وقد بيناها في كتاب البيوع
 ومنهم من يقول بل اقالة الشفيع مع البائع صحيحة في حق الكل لان عند اتفاقهم على هذه
 الاقالة يتبع حق المشتري ويصير كان الشفيع أخذها من يد البائع ولان حق الشفيع يثبت
 سابقا على ملك المشتري عنده فاذا قضى القاضي بحقه فملكه لا يبنى على ملك المشتري بل
 هو يقوم مقام المشتري في الاقالة مع البائع وملك الاقالة بملك المبيع لا بالمقد الانرى أن
 الوارث يملك الاقالة بعد موت المورث لانه يخلفه في ملكه فاذا قام الشفيع مقام المشتري
 في الملك بقضاء القاضي ملك الاقالة مع البائع غير أن للمشتري لا يخرجها من يده حتى يرد
 عليه البائع الثمن كما لو كان هو الذي اقاله بنفسه وهذا لانه بعد ما انفسخ عقده يكون حاله في
 الحبس كحال البائع عند العقد وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذلك
 المشتري بعد الفسخ حتى يرد عليه الثمن واذا اشترى دار الرجل غائب فللشفيع أن يأخذها
 منه بالشفعة لانها في يده وهو نائب عن الموكل فيها ثم العاقد لغيره فيما هو من حقوق العقد
 بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان البائع وكيلًا لغائب فهو بمنزلة العاقد لنفسه فللشفيع أن
 يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وكذلك ان كان البائع وصيا للميت لان الورثة اذا
 كانوا كبارا كلهم وايس على الميت دين ولم يوص بشيء تباع فيه الدار حتى ينقد ذلك لم يجزيع
 الوصي لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بانفسهم وان كان فيهم صبي صغر جاز بيع
 الوصي في جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو وصى بوصية من ثمن الدار وهو

استحسان ذهب اليه أبو حنيفة (وفي القياس) لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين ولو صية اعتبارا للبعض بالكل (ولكن استحسن) أبو حنيفة فقال الولاية بالوصاية لا تجزى فاذا ثبت في بعض الدار ثبت في كلها وفي بيع الكل منفعة لجميع الورثة فالجمل يشتري بما لا يشتري به الاشخاص واذا بلغ الشفيع شراء نصف الدار فسلم الشفعة ثم علم انه اشتري جميعها كان له الشفعة لان سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو أخبر ببيع الكل فسلم ثم علم انه اشتري النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذي هو حقه يوضح الفرق ان الاشخاص لا يرغب فيها كما يرغب في الجمل وانما سلم حين أخبر بشراء النصف لانه لم يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه اذا تبين له انه لم يكن معيافا ما اذا سلم ولم يرغب في الاخذ بدون عيب الشركة فأولى أن لا يكون راغبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن أبي يوسف على ضد هذا فقال اذا أجب بشراء نصف فسلم ثم علم انه اشتري الجميع فلا شفعة له واذا أخبر بشراء الجميع ثم علم انه اشتري النصف فله الشفعة لانه قد تمكن من تحصيل ثمن النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون له حاجة الى النصف ليم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع واذا اشتري الرجل دارا فسلم الشفيع وقال قد سلمتها أو سلمت نصف الشفعة كان مسلما للجميع أما اذا سلم الكل فله الشفعة الحقة بعد الوجوب وأما اذا سلم النصف فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا واسيافا فلا يتجزى اسقاطا أيضا ومالا يتجزى فذكر بعضه كذا كره كما لو طلق نصف امرأته وعن أبي يوسف أن تسليم النصف لا يصح لانه لاحق له في أخذ النصف وانما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولأن هذا منه اظهار الرغبة فيما يحتاج اليه من الدار وهو النصف وانما يسقط شفيعته باعراضه عن الطاب لا باظهار الرغبة فيه ولكن هذه الرواية فيما اذا كان طلب أولا ثم سلم النصف أما اذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك أنه تسقط شفيعته كما لو سكت عن الطاب واذا اشتري الرجل دارا ففرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع أن يأخذها الا بجميع الثمن ولو أحرق البناء بيده فلا شفيع أن يأخذ الارض بحصتها من الثمن اذا قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العمد ولا شافى في الفصلين جميعا قولان في أحد القولين لا يأخذ الا بجميع الثمن وفي القول الآخر يأخذ الارض بحصتها في الوجهين وأصل المسئلة

في البيوع فان المذهب عندنا ان الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف حتى ان فوات الوصف
 في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئاً من الثمن وعند الشافعي يسقط في أحد القواين
 وكذلك فوات الوصف في يد المشتري من غير صنع أحد لا يمنعه من البيع مراححة على جميع
 الثمن عندنا وعند الشافعي يمنعه من ذلك ثم البناء وصف وبيع ولهذا دخل في بيع الارض من غير
 ذكر وهذا لان قوام البناء بالارض كقيام الوصف بالوصف فاذا فات البناء من غير صنع
 أحد فقد فاته ما هو ببيع فلا يسقط شيء من الثمن فاذا فوته المشتري فقد صار مقصوداً يتناول له
 فلا بد من أن يكون بعض الثمن بمقابلته كما لو فوت البائع طرف المبيع قبل التسليم فيسقط
 حقه من الثمن عن الشفيع قال الأثرى انه لو احترق منها جذع أو باب أو وهي منها حائط
 كان له أن يبيعها مراححة وكذلك للشفيع أن يأخذها بجميع الثمن ان شاء وان هدم البناء
 بيده ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض
 بحصتها من الثمن ولا حق له في البناء لانه قد زایل الارض وهو في نفسه منقول لا يستحق
 بالشفعة وانما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالارض فاذا زال ذلك لم يكن له في البناء حق ولو
 انهدم البناء بنفسه فانه يقسم الثمن على قيمة الارض يوم وقع العقد وقيمة النقص لان الانهدام
 لم يكن بصنع المشتري فالمعتبر هو الاحتباس عنده والمحتبس هو النقص لانه زایل البناء
 بخلاف الاول فهناك المشتري هو الذي قسم البناء فلهذا قسمنا الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء
 يوم وقع الشراء حتى لو كانت الدار تساوي ألفاً والثلث ألف وقيمة النقص مائة وقيمة الارض
 خمسمائة وقيمة التأليف أربع مائة ففي الانهدام يسقط عنه قيمة النقص وفي الهدم يأخذ بحصة
 الارض لا غير وذلك خمسمائة وكذلك ان كان المشتري قد استهلك البناء وكذلك لو استهلكه
 أجنبي فاخذ المشتري قيمته فان سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامه البناء له ان لو هدم
 بيده ولم يذكر ما اذا نوى القيمة على الذي هدم البناء وروى الحسن عن أبي حنيفة أن
 الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن ان شاء كما لو احترق البناء من غير صنع أحد فان خرج
 بعد ذلك ما على الذي هدم البناء من القيمة رجع الشفيع على المشتري بحصة البناء من الثمن
 فان اختلفا في قيمته فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه حقا بملك الارض بثالث
 الثمن والمشتري ينكر ذلك ويزعم أن له حق التملك بنصف الثمن والقول في مثل هذا
 قول المشتري مع يمينه كما لو اختلفا في مقدار الثمن فان أقاما البينة فعلى قول أبي يوسف البينة

بينه المشتري لاثبات الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما اذا اختلفا في مقدار الثمن وعلى الطريقة التي حكاهما أبو يوسف عن أبي حنيفة هناك البيعة بينة الشفيع هنا لانها ملزمة دون بينة المشتري وعلى الطريقة التي حكاهما محمد هناك البيعة بينة المشتري وهو قول محمد لان هناك انما جعلنا البيعة بينة الشفيع باعتبار أن المشتري صدر منه اقرار ان ولا يوجد ذلك المعنى هنا فبقى الاختلاف بينهما في قيمة البناء وفي بينة المشتري اثبات الزيادة فكانت أولى كذلك وان اختلفا في قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر الى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لان الظاهر شاهد لمن يوافق قوله القيمة في الحال ولان تمييز الصادق من الكاذب بالرجوع الى قيمته في الحال ممكن فيستدل بقيمتها في الحال على قيمتها فيما مضى واذا اشترى دارا فوهب بناءها لرجل أو باعها منه أو تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل لانه زایل الارض وهو في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الارض بحصتها من الثمن لان هدم البناء كان بتسايط من المشتري فهو كما لو هدم بنفسه وان كان لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشتري ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن لان حقه في البناء مادام متصلا بالارض ثابت وللشفيع حق نقض تصرفات المشتري ألا ترى أنه لو تصرف في الاصل والمبنة كان للشفيع أن ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة فكذلك اذا تصرف في البناء ولانه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشتري فهو بمنزلة الاستحقاق في ابطال تصرف المشتري فيه وأذا سلم الشفيع الشفعة للمشتري وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم وان صدقه المشتري أنه لم يعلم لانه صرح باسقاط حقه بعد الوجوب وعلمه بحقه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالأبراء عن الدين وإيقاع الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص وهذا بخلاف ما اذا ساومه وهو لا يعلم انه اشتراه (لان المساومة) غير موضوعة لاسقاط الشفعة وانما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك اذا لم يعلم الشفيع به واذا اتخذ المشتري الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة (وروى الحسن) عن أبي حنيفة انه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجهه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة اعتاق العبد وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدا ووجه ظاهر الرواية ان للشفيع في هذه البقعة حقا مقدما على حق المشتري وذلك يمنع صحة جعله مسجدا لان

المسجد يكون لله تعالى خالصا ألا ترى انه لو جعل جزءا شائعا من داره مسجدا أو جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك لانه لم يصر خالصا لله تعالى فكذلك ما فيه حق الشفعة اذا جعله مسجدا وهذا لانه في معنى مسجد الضرار لانه قصد الاضرار بالشفيع من حيث ابطال حكمه فاذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشتري بناءه المحدث ولو اشترى دارا فهدم بناءها ثم بنى فاعظم المنفعة فان الشفيع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الارض والبناء الذي كان فيها يوم اشترى وتسقط حصة البناء لان المشتري هو الذي هدم البناء وينقض المشتري بناءه المحدث عندنا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشتري ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبيدا ان شاء وهو قول الشافعي وجه قولها ان المشتري بنى في ملك صحيح له فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالموهوب له اذا بنى في الارض الموهوبة وتأثير هذا الكلام انه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء اذ ليس في ابقاء بنائه ابطال حق الشفيع فانه يتمكن من أخذه مبيدا بالشفعة ولو نقضنا بناءه تضرر المشتري بابطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بابطال حكمه وان لزم الشفيع زيادة ثمن قيمة بمقابلته يدخل في ملكه ما يمد له والضرر بدل أهون من الضرر الذي يلحقه بغير بدل فكان مراعاة جانب المشتري أولى ألا ترى أنه لو زرع الارض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا والبناء تبع للأرض بمنزلة الصبغ في الثوب ومن صبغ ثوب انسان فاراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه وهذا بخلاف سائر تصرفات المشتري لان في ابقائها ابطال حق الشفيع فلذلك يمكن من نقضها وحجتها في ذلك أنه بنى في بقعة غيره أحق بها منه من غير تسليط من له الحق فينتقض عليه بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون ويان الوصف أن حق الشفيع في هذه البقعة حق قوي متأكد وهو متقدم على حق المشتري وتصرف المشتري فيما يرجع الى الاضرار بالشفيع يكون باطلا لمراعات حق الشفيع ويجعل ذلك لتصرفه في غير ملكه ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة ينقض هذا المعنى فكذلك بناؤه وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث أنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض هو بالتزامها وهو مبطل للحق الثابت له يعني حق الاخذ بأصل الثمن فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا اذا بنى لانه بنى هناك بتسليط من له الحق ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبقى بعد البناء ألا ترى أنه

لا يبقى بعد تصرف آخر من المشتري بخلاف حق الشفيع وكذلك حق الواهب ضعيف لا يبقى بعد تصرف الواهب بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح يدفع أعظم الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة في حق الشفيع مقدم على حق المشتري ثم البناء الذي يدخل في ملك الشفيع ربما لا يكون موافقا له فيحتاج الى مؤنة ذلك لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذي يوافقه وفي الزرع قياس واستحسان في القياس يقطع زرعه وفي الاستحسان لا يقطع لان لا درا كه نهاية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري بخلاف الفراس والبناء وأصله في المستعير يقطع بناؤه وغرسه لحق المعير ولا يقطع زرعه استحسانا واذا اشترى دار ففرق نصفها فصار مثل الفرات يجري فيه الماء ولا يستطيع رد ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ان شاء لان حقه ثابت في الكل وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل والشافعي في كتابه يدعي المناقضة علينا في هذا الفصل ويقول انهم زعموا أنه اذا احترق البناء لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار وانما قال ذلك لقلة الفقه والتأمل فان البناء وصف وتبع وليس بمقابلة الوصف شيء من الثمن اذافات من غير صنع أحد فاما بعض الارض ليس يتبع للارض فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع أو تأخر ذلك الى أن يتمكن من أخذه والانتفاع به فان قال المشتري ذهب منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف فالقول قول المشتري ويأخذها الشفيع بثاني الثمن ان شاء فان أقاما البينة فهذا ومسئلة قيمة البناء سواء في التخريج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار بالشفعة أخذ ما بقي بحصته من الثمن والقول قول المشتري في مقدار المستحق من الباقي لان الشفيع يدعي حق التملك عليه في الباقي بثمن ينكره المشتري ولا شفعة في الشراء الفاسد لان وجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع وعند فساد البيع حق البائع لم ينقطع ولان في اثبات حق الاخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد وهو معصية والتقرير على المعصية معصية فان سلمها المشتري للشفيع بالثمن الذي أخذها به وسماه له جاز ذلك لان التسليم بالشفعة سمي بغير قضاء في حكم البيع المبتدا ولو باعه المشتري ابتداء جاز بيعه وكان عليه قيمة الدار فكذلك اذا سلمها للشفيع ألا ترى أنه لو ورث دارا فسامها للشفيع بالف درهم كان ذلك بيعا منه ولو اشترى بيعا منقولاً

فطلب الشفيع بالشفعة فسلم كان ذلك بيعاً مبتدأً فهذا مثله واذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة عندنا وعند الشافعي له ذلك والكلام في هذه المسئلة نظير الكلام في خيار الشرط وقد بيناه في البيوع فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعترض عنها بالمال وما لا يعترض في ذلك سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث وان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشية لا يتم ور فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه وانما ثبت له بالشفعة مجرد المشية بين أن يأخذ أو يترك ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة تزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط لثبوت حق الاخذ له ألا ترى أنه لو أزاله باختياره بان باع ملكه قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فكذلك اذا زال بموته والثابت للوارث جوازاً أو شركة حادثه بعد البيع فلا يستحق به الشفعة وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب ينبنى على صفة المالكية ولهذا لا يثبت حق الاخذ بالشفعة لجار السكنى وصفة المالكية تتجدد للوارث بانتقال ملك المورث اليه فلا يجوز أن يستحق الشفعة بهذا السبب ولو كان بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لان الملك انتقل بالموت الى الوارث بسبب الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر قيام السبب عند البيع لاقبله واذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم يبيع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقديماً على حق من ثبت حقه من جهته أيضاً وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي أو الوصي في دين الميت فللشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته ولا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان القاضي انما باعها امامه بل بحق الشفيع أو بناء على أنه ربما لا يطلب الشفعة فاذا طلبها كان بيعه باطلاً ولان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع فقد أجمعوا على أن للشفيع حق تقض تصرف المشتري وانما يبيعه القاضي في دين المشتري ووصيته بطريق النيابة عنه وكذلك لو أوصى فيه بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية لانه لو تبرع بها في حياته بالهبة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله فكذلك اذا تبرع بها بعد موته بالوصية واذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ اشارة الى أن طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي وذكر ابن رستم في نوادره عن

محمد انه اذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفيعته وعلى هذا عامة مشايخنا الا ان هشاما ذكر في نوادره انه اذا سكت هنيهة ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتناول سكونه وكذلك قال كما إن سمع - بجان الله أو قال الله أكبر أو قال خلصني الله من فلان ثم طلب الشفيعه فهو على شفيعته وكذلك اذا قال بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته وهو على حقه اذا طلب وقال ابن أبي ليلى ان طالت الى ثلاثة أيام فله الشفيعه وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحا أو دلالة بمنزلة - سائر الحقوق المستحقة له وابن أبي ليلى كان يقول يحتاج الشفيع الى النظر والتأمل حتى يعلم انه ينتفع بجوار هذا الجار فلا يطالب الشفيعه أو يتضرر به بطالت الشفيعه ومثل هذا لا يوقف عليه الا بالتأمل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلاثة أيام بمنزلة خيار الشرط فلهذا قدرها سفيان بيوم واستدل علماؤنا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الشفيعه لمن وثبها وفي رواية الشفيعه كمنشئة العقال ان أخذ بها أثبتت والا ذهبت ولانه اذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصریح الرضا ولو لم يجعل هذا منه دليل الرضا تضرر به المشتري فانه يسكت حتى يتصرف المشتري فيه ثم يبطل تصرفه عليه وفيه من الضرر ما لا يخفى الا أن الكرخي جعل له المجلس في ذلك لحاجته الى الرأي والتأمل فهو كالحيرة لها الخيار مادامت في مجلسها ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولقظة الطالب لم يذكرها في الكتب والظاهر أنه بأي لفظ طلب فهو صحيح منه كسائر الحقوق الا أنه روى عن أبي يوسف أنه يذكر في طلبه البيع والسبب الذي يطلب به الشفيعه من جوار أو شركة فان طلبها فبى المشتري أن يدفعها اليه وخاصة وأشهد الشفيع شهودا على طلبه الشفيعه كان على شفيعته لانه أظهر بطله برغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فاذا علم بالبيع وهو بمحض من المشتري فالجواب واضح وكذلك ان كان بمحض من الشهود ينبغى له أن يشهدهم على طلبه ثم توجه الى من في يده الدار أو الى موضع الدار فيشهد على الطالب أيضا على ما بينه ان شاء الله تعالى وكذلك لو لم يكن بمحضته أحد حين سمع ينبغى له أن يطلب الشفيعه فالطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغى له أن يطلب حتى اذا حلفه المشتري أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع ثم يأتي الى موضع الشهود فيشهدهم على الطلب ويسمى

هذا طلب المواثبة ثم يأتي الي من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده أيضا ويسمى هذا طلب التقرير وهو على حقه بعد هذا وان طالت الخصومة بينهما وان أثبت ذلك في ديوان القاضي فهو أبلغ في العذر فان شغله شيء أو عرض له سفر بعد اشهاده على طلب التقرير فهو على شفيعته وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس . لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا أو دلالة وعن محمد أنه اذا ترك ذلك شهرا بطلت شفيعته استحسانا لانه لو لم يسقط حقه تضر به المشتري فانه يتمذرع عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدر ذلك بالشهر لان الشهر في حكم الاجل ومادونه عاجل بدليل مسألة المين لتقصير حقه عاجلا ففضاؤه فيما دون الشهر بر في يمينه وعن أبي يوسف اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته حتى ان كان القاضي يجلس في كل ثلاثة أيام فاذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختيارا بطلت شفيعته وان سلم الشفعة على مال فالتسليم جائز وورد المال على صاحبه لانه أسقط حقه مختارا ورضي بجواره ولكنه طمع في غير مطمع وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفعة ليس بملك له فلا يستوجب بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفعة لا تتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة التسليم أيضا وكذلك لو باع شفيعته بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التملك في غير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها وفي الكتاب لا بل لا قيمة للشفعة على كل حال ولا يجوز أن يؤخذ عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه في شرح كتاب الكفالة انه لو أبرأ الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفي براءة الكفيل هناك روايتان وانما استشهد بالكفالة لبيان أنه لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بملك متقوم (وهذا بخلاف) الاعتياض عن ملك النكاح في زوجته بالخلع وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط لرق بالعق (فذلك كله ملك) . تقرر له في المحل شرعا وكما يجوز أن يلتزم العوض ليثبت الملك له يجوز أن يأخذ العوض ليطلق ملكه فاما الشفيع ليس يملك على المشتري شيئا قبل الاخذ فتسلمه الشفعة ترك التعرض منه للمالك في ملكه وليس فيه ابطال ملك ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على ثلاثة أوجه أحدها أن يسلم على مال سمي والثاني أن يصالح المشتري على أن يأخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح ويكون سقطا لحنة فيما زاد على النصف لانه أخذ بعض حقه بما يخصه من البديل وذلك جائزا اعتبارا

للمبعض بالكل والثالث لو صالحه على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فهذا الصالح باطل لان حصة البيت من الثمن غير معلومة وهو على شفעתه لانه مارضى باسقاط حقه وانما اظهر الرغبة في أخذ مقدار ما يحتاج اليه من الدار فكان على شفעתه في جميع الدار ولو قضى القاضى للشفيع بالدار لشفعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع يملكها ببدل بقضاء القاضى فكان حكمه كحكم ما لو اشترى بنفسه وفي هذا اشارة الى ان القاضى يقضى له بشفعة قبل أن يحضر الثمن وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف فاما محمد لا يقضى له بالشفعة حتى يحضر الثمن لان تمكنه من الاخذ اذا أدى الثمن فلا يقضى القاضى له بالملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشتري ولكننا نقول ما لم يجب الثمن عاجلا لا يطالب باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضى له بالدار فالقاضي يقضى له بحقه قبل احضار الثمن ويجعل المشتري أحق بما سلكها الى أن يستوفي الثمن في دفع الدار اليه كما هو الحكم فيما بين البائع والمشتري وذا اشترى دارا والشفيع غائب فعلم بالشراء فله من الاجل بعد العلم على قدر المسير ومعنى هذا أنه كما علم بالبائع ينبغي له أن يطلب الشفعة ويشهد على الطالب والغيبه لا تمنع صحة لاشهاد على الطالب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما أن هناك عليه أن يتوجه الى من في يده الدار من غير تأخير ليطالب عنده فهنا عليه أن يتوجه أو يبعث نائبا عنه من غير تأخير ولكن لبعد المسافة يحتاج الى مهلة هنا فلماذا جعل له الاخذ بقدر المشتر وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنائبه وربما لا يتمكن من أن يتوجه بنفسه لعذر له في ذلك فيكون له أن يبعث من يطلب فاذا مضى ذلك الاجل قبل أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له فان قدم فطلب فتغيب المشتري عنه أو خرج من البلد فاشهد على طالب الشفعة فهو على شفعته وان طالت مدة ذلك لانه أتى بما كان مستحقا عليه في طلب التمرير اذ ليس في وسعه أن يتبع المشتري فرما لا يظفر به أو يلحقه ضرر عظيم فيه فاذا ظهر المشتري ببلد ليس فيه الدار فليس على الشفيع أن يطلبه في غير البلد الذي فيه الدار لانه لا فائدة في اتباعه فانه لا يتمكن من الاخذ الا في البلد الذي فيه الدار فاذا حضر هذا البلد فقد أتى بما كان يحق عليه ثم المشتري قصد أن يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه فرد عليه قصده ويكون الشفيع على حقه اذا رجع المشتري واذا اشترى من امرأة فاراد أن يشهد عليها فلم يجد من يعرفها الا من لهم الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها ان أنكرت ذلك بعد أن

يطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان في اثبات البيع عليها اثبات حقهم
 ما لم يسلموا الشفعة وكانوا خصما في ذلك والخصم في الحادثة لا يكون شاهدا فيها واذا اشترى
 دارا والقاضي شفيعها أو ابنه أو أبوه أو زوجته فان قضاءه لا يجوز لاحد من هؤلاء لان ولاية
 القضاء فوق ولاية الشهادة فاذا لم تجز شهادته لنفسه أو لاحد من هؤلاء فكذلك قضاؤه واذا
 قضى القاضي للشفيع بالشفعة فسأله المشتري أن يرد لها عليه على أن يزيد في الثمن كذا ففعل
 ذلك فرد لها عليه فان ذلك رد لا يكون له الزيادة لان هذا بمنزلة الاقالة ومن أصل أبي حنيفة
 أن الاقالة فسخ بالثمن الاول وما سمي فيها من زيادة أو جنس آخر من الثمن فهو باطل لان
 الاقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط وهو تسمية الثمن فالفساد من الشرط في الثمن لا
 يبطله وعلى قول محمد الاقالة فسخ اذا كان بالثمن الاول أو أقل منه فان كان بأكثر من
 الثمن الأول أو بجنس آخر سوى الثمن الاول فهو بيع مبتدأ اذا أمكن واذا تعذر الامكان
 كان فسخا بالثمن الاول ولا امكان ههنا يجعل الاقالة بيعا مبتدأ مع تسميتها زيادة في الثمن لان
 الشفيع لم يقبض الدار بعد ومن أصل محمد أن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من
 غيره العقار والمنقول في ذلك سواء وكذلك في قول أبي يوسف الاول فاما على قول الآخر
 بيع العقار قبل القبض جائز ومن أصله أن الاقالة بمنزلة البيع المبتدأ اذا أمكن وههنا يمكن
 جعله بيعا مبتدأ وان لم يكن قبض ههنا كان له الزيادة عند أبي يوسف والذي يقول في الكتاب
 اذا كان قد قبض قبل المناقضة بناء على قوله الاول فاما على قوله الآخر لا يعتبر بهذا الشرط
 وكذلك لو طلب اليه المشتري أن يسلمه للبائع على أن يرد عليه من الثمن شيئا مسمى لانه
 اقالة وقد بينا أن اقالة الشفيع كما تجوز مع المشتري تجوز مع البائع لانه قام مقام المشتري بعد
 ما قضى القاضي له بالشفعة والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة في الشفعة

قال رحمه الله ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة لانهما
 يشهدان لانفسهما فثبتت البيوع اثبتت حقهما في الشفعة وان سلماها جازت شهادتهما للمشتري
 لانتفاء التهمة عن شهادتهما بعد تسليم الشفيع فانهما يثبتان سبب الملك للمشتري ولا شفعة
 لهما في ذلك بعد مسلما الشفعة وان جحد المشتري الشراء والدعاه البائع لم تجز شهادتهما أيضا

ان طلبا الشفعة لانهما يثبتان لانفسهما حق الاخذ على المشتري والزام العهدة اياه اذا اخذنا من يده فلا تقبل شهادتهما غير انهما يأخذانها باقرار البائع لان اقراره بالبيع موجب حق الشفعة للشفيع وان جحد المشتري كما لو قال كنت بعث هذه الدار من فلان وجحد المشتري وحلف كان للشفيع ان يأخذها بالشفعة ولو شهد ابنا الشفيع أو أبوه أو امرأته بذلك كانت الشهادة باطلة لانه يثبت بشهادته الحق للشفيع وهو منهم في حقه بالولادة أو الزوجية فيكون كالمتهم في حق نفسه وان شهد ولد الشفيع ووالده على الشفيع بالتسليم جازت شهادتهما لانتفاء التهمة فانهما أسقطا حق الشفيع بهذه الشهادة ولا يتهم الانسان بالاضرار بولده أو والده والقصد اسقاط حقه وكذلك شهادة المولى على مكاتبه وعبيده المأذون بالتسليم جائزة لانتفاء التهمة من وجه كشهادته على نفسه وشهادة المرء على نفسه من أصدق الشهادات وان شهد المولى على البيع والعبد والمكاتب يطلبان الشفعة لم تجز شهادته لان كسب العبد لمولاه وله في كسب مكاتبه حق الملك فشهادته بما يوجب الشفعة لعبيده أو مكاتبه بمنزلة شهادته لنفسه فكذلك شهادة ولد المولى ووالده لما فيها من الحق للمولى واذا كانت الدار لثلاثة نفر فشهادتان منهم أنهم جميعا باعوها من فلان وادعي ذلك فلان وجحد الشريك لم تجز شهادتهم على الشريك لانهما بهذه الشهادة يثبتان صفة اللزوم في بيعهما فان للمشتري حق الفسخ اذا لم يثبت البيع في نصيب الثالث لانهما يشهدان على فعل باسراء فانهم باسروا البيع صفقة واحدة وهم في ذلك كشخص واحد والانسان فيما يباشر يكون خصما لا شاهدا وللشفيع ان يأخذ ثلثي الدر بالشفعة لان البيع في نصيبهما ثبت باقرارهما وان أنكر المشتري الشراء وأقر به الشركاء جميعا فشهادتهم أيضا باطلة لانهم يشهدون على فعل أنفسهم ويثبتون الثمن لهم في ذمة المشتري وللشفيع ان يأخذ الدار كلها بالشفعة لثبوت البيع في جميعها عند اقرارهم بذلك ولا شفعة للوكيل فيما باع لان البائع لغيره في حكم العقد كالبائع لنفسه ولا شفعة للبائع فان أخذه بالشفعة يكون سعيًا في نقض ما قد تم به وهو الملك واليد للمشتري ومن سعى في نقض ما قد تم به يبطل سعيه ولانه لو ثبت له حق الشفعة امتنع من تسليمها الى المشتري بعد ما التزم ذلك بالعقد يكون حق الشفيع مقسما وكذلك لا شفعة لمن يبيع له وهو الموكل لان تمام البيع به فانه لولا توكيله ما جاز البيع فان شهد الأمر بالبيع مع أجنبي أن المشتري ردها على البائع بالشفعة لم تجز شهادة الأمر في ذلك لكونه متهما في شهادته فالمشتري قبل هذا

اذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل ويمتنع ذلك اذا قبلت شهادته
 على أنه ردها على البائع بالشفعة فيكون في هذا تبديد الخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له
 الشفعة فيردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الأمر بالبيع على المشتري أنه باعها من غيره لا
 تقبل فاما الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لان شراءه لغيره كشرائه لنفسه
 وشراؤه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى ان أحد الشفعاء اذا اشترى الدار فهو على شفعمته
 فيها يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين فكذلك شراؤه لغيره وهذا لان الشفعة انما تبطل
 باظهار الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشتري فلا يكون
 ابطالا للشفعة ولان البائع يلتزم العهدة بالبيع فلو أخذ بالشفعة كان مبطالا ما التزم به من العهدة
 والمشتري يلتزم الثمن بالشراء وهو بالاخذ بالشفعة يقرر ما التزم بالشراء ولو شهد ابنا الشفيع
 انه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما بتقرر الملك واليد فيها واذا باع
 الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن عليه دين
 فلا شفعة له لان ماله لمولاه اذا لم يكن عليه دين وكما أن البائع لا يأخذ ما باع بالشفعة فكذلك
 عبده لا يأخذ واذا كان عليه دين فالعرماء أحق بكسه وللعرماء حق الاخذ بالشفعة في هذه
 الدار فكذلك للعبد أن يأخذ بالشفعة بوضعه أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من
 مولاه اذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما اذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة
 وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد
 وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان انعمائه والمولى من كسب عبده المديون
 كسائر الاجانب فان شهد ابنا المولى على العبد أنه سلم الدار للمولى بالشفعة فشهادتهما باطلة
 لانهما يشهدان لابيهما بالملك واليد في الدار (قال وكذلك لو شهدا عليه بتسليم الشفعة في
 الوجه الاول والدار في يد المولى البائع) لان للعبد حق الاخذ بالشفعة من يده فهما يشهدان
 بما يسقط حقه عن أبيهما فكانا متهمين في ذلك واذا باع المولى داره ومكاتبه شفيعها فله الشفعة
 لانه لاحق للمكاتب في ملك مولاه وهو في البيع الذي باشره مولاه كاجنبي آخر وان شهد
 ابنا المولى أن المكاتب سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لانهما لو شهدا عليه بتسليم
 الشفعة حين كانت الدار في يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك اذا شهدا به بعد ما سلمها
 الى المشتري وقيل تأييل هذه المسئلة ان الدار في يد البائع بعد فشهدا على المكاتب بأنه سلم

الشفعة للمشتري ليسقط حقه به في الاخذ من أبيهما فاما اذا كانت الدار في يد المشتري فالشهادة تقبل لخلوها عن التهمة فقد خرج أبوهما من خصومة الشفيع بتسليمها الي المشتري وان كان البائع المكاتب ومولاه شفيعها والدار في يد البائع كان له الشفعة لانه من كسب مكاتبه أبعده منه من كسب العبد المديون وقد بينا هناك أنه يستحقها بالشفعة فهنا أولى فان شهد ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما باسقاط حقه فان قيل الدار في يد المكاتب فهما يشهدان في المعنى لمكاتب أبيهما وشهادتهما لمكاتب أبيهما وعبد أبيهما لا تقبل فلنا نعم ولكن هذا اذا لم يكن المشهود عليه الاب فاما اذا كان المشهود عليه الاب فلا تمكن التهمة في شهادتهما الا ترى ان شهادتهما لمكاتب أبيهما بدين على أبيهما تقبل وعلى الاجنبي لا تقبل وهذا لانهما يوثران مكاتب أبيهما على الاجنبي لا على أبيهما واذا باع الرجل دارا فشهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لان أباهما خصم فيه مادامت الدار في يده وللشفيع أن يأخذها منه ويلزمه العهدة فهما يشهدان لا بهما وان كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابن بذلك جازت شهادتهما لان الاب خرج من هذه الخصومة بتسليمها الي المشتري فهما يشهدان للمولى على الشفيع فان قيل أليس أن البائع لو شهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها الي المشتري لم تقبل شهادته كما قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان خصما في حادثة مرة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة الابن لمنفعة أبيهما في المشهود به وذلك قبل أن يسلمها الي المشتري فاما بعد التسليم فلا منفعة لا بهما فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب اذا باعا دارا وقبضها المشتري ثم شهد ابنا المولى على الشفيع بالتسليم فهو جائز لان الاب لو كان هو البائع كانت شهادتهما مقبولة فاذا كان العبد والمكاتب هو البائع أولى أن تقبل الشهادة وبهذه المسئلة يتضح ما بينا من التأويل في المسئلة الاولى واذا شهد رجلان للبائع والمشتري على الشفيع انه قد سلم الشفعة وشهد رجلان للشفيع ان البائع والمشتري سلما الدار فضيت بها للذي هي في يده وهذا بمنزلة رجلين اختصما في دار كل واحد منهما يدعى انه اشتراها من صاحبه بالف درهم ونقد الثمن فاني أقضي بها للذي هي في يده وهذه مسئلة التهار وقد بينا في كتاب الدعوى أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف تهار الينتان وعند محمد يقضى بالينتين بحسب الامكان فمن أصحابنا من يقول مسئلة الشفعة

على الخلاف أيضا وان لم ينص عليه لان كل واحد منهما يثبت بينة الملك لنفسه على صاحبه بسبب يصرح به شهوده قال الشيخ الامام والاصح عندي ان جواب مسألة الشفعة قولهم جميعا وان هذا ليس نظير مسألة التهار فان هناك محمد يقضى بالبينتين بتاريخ بينة بين الشراءين واليد دليل ذلك التاريخ ولا يتأتى مثل ذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف بقولان بالتهار لان كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبه بالملك له وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري وذلك لا يوجد هنا فالشفيع بتسليم الشفة لا يصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن وجه هذه المسئلة أن تسليم المشتري الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لا يحتمل الفسخ بحال فانه بعد ما سلم الشفعة لا يعود حقه وان اتفقا عليه والبيتان متى تعارضتا وأحدهما تحتمل الفسخ والاخرى لا تحتمل الفسخ كما لا يحتمل الفسخ يرجح كما لو أقام البينة على انه اشترى هذا العبد من مولاه وأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه يوضحه انما يجعل كأن الامرين كانا فان كان الشفيع لم الشفعة أولا ثم سلمها للمشتري له فما لم يخرج منه من يده لا يتم التسليم وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدا فيقضى بها للشفيع اذا كانت في يديه وان كان المشتري سلمها الى الشفيع أولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفيعته فتسليمه باطل لان استيفاء حقه قد تم فلماذا قضى بالدار لدى اليد وان كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابنا البائع أن المشتري قد سلمها للشفيع وهي في يدي المشتري وشهدا أجنيبان ان الشفيع قد سلمها للمشتري فاني أسلمها للمشتري واختيار شهادة الشهود على تسليم الشفعة لوجهين أحدهما ما بينا ان تسليم الشفعة لا يحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار الى الشفيع والثاني ان بنى البائع يهتان في شهادتهما بتبديد الخصومة والعهدة عن أبيهما لان المشتري يخاصم اباهما في عيب يجده بالدار قبل أن يسلمها الى الشفيع ولا يخاصمه في ذلك بعد ما سلمها بالشفعة الى الشفيع فلماذا لا تقبل شهادة ابني البائع هنا واذا سلم الشفيع الشفعة ثم وجد المشتري بالدار عيبا بعد ما قبضها فردها بغير قضاء قاض أو قال البائع البيع في الدار بغير عيب كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة قبل القبض وبعده عندنا (وقال) زفر ليس له ان يأخذها لانه سلمها ولم يتجدد حقه بما أخذنا من السبب لان وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال ابتداءا والرد بالعيب والاقالة فسخ للعقد وليس بمعاوضة مبتدأة ولا يجوز أن يقال يجعل ذلك كبيع مبتدا لان التصرف انما يصحح على قصد المتصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد ولكننا نقول الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء القاضى

بمنزلة البيع المبتدأ في حق غيرهما لانه تم بتراضيهما في محالين كل واحد منهما مال متقوم ولا صورة للمعاوضة الا هذا غير انهما سمياه فسخا ولهما الولاية على أنفسهما فكان فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بمنزلة ابتداء المعاوضة في حق غيرهما فيتجدد به حق الشفيع وان كان ردها بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع فيها شفعة لان قضاء القاضى بالرد فسخ وليس بمقدفان للقاضي ولاية فسخ العقد الذي جرى بينهما لا انشاء العقد وكذلك ان لم يكن قبضها المشتري حتى ردها بالعيب بقضاء أو بغير قضاء فلا شفعة فيها لان الرد قبل القبض فسخ من كل وجه ألا ترى أن الراد يتفرد به من غير أن يحتاج الى رضاه أو قضاء القاضي فهو نظير الرد بخيار الرؤية أو خيار الشرط والحرف الذي تدور عليه هذه المسائل انه متى عاد بالرد الى قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا في قديم ملكه واذا لم يعد الى قديم ملكه كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدأ فيتجدد به حق الشفيع والرد بعد القبض بالعيب أو بالاقالة بهذه الصفة حتى لو كان موهوبا لا يرجع فيه الواهب ولو كان مشتري شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية قبل القبض أو بعده بقضاء القاضي واذا كان لرجل على رجل دين يقربه أو يجرده فصالحه من ذلك على دار أو اشترى منه دارا وقبضها فللشفيع فيها الشفعة أما في الشراء فلانه صار مقرا بالدين حين أقدم على الشراء به وفي الصلح المذهب عندنا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى في حقه وفي زعمه أنه ملك الدار بعوض هو مال للشفيع أن يأخذها بالشفعة بناء على زعم المدعى فان اختلف هو والشفيع في مبلغ ذلك الدين وحجسه فهو بمنزلة اختلاف المشتري والشفيع في الثمن وقد بينا ذلك ولا يلتفت الى قول الذي كان عليه الحق لانه صار قابضا لما عليه بدينه وقد بينا أن البائع بعد ما قبض الثمن لا قول له في بيان المقدار واذا أقر الرجل أنه اشترى دارا بالف درهم فاخذها الشفيع بذلك ثم ادعى البائع أن الثمن الفان وأقام البينة فانه يؤخذ بيئته لانه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشتري بالف أخرى لان الشفيع انما يأخذها بالالف الذي سلمت به للمشتري وقد تبين انها سلمت له بالفين ولا معتبر باقرار المشتري أن الثمن كان ألف درهم لانه صار مكذبا في اقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار اقراره كمن أقر بعين لانسان واشتراه منه ثم استحق من يده ما أثبتته يرجع على البائع بالثمن وكذلك لو ادعى البائع انه باعها اياه بمائتي دينار أو عرض بعينه قيمته أكثر من الف درهم وأقام البينة فانه يقضي له بذلك

على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحسب له المشتري بقدر ما قبض منه ويرجع بالفضل عليه وان كان قيمته أقل من الف رجع الشفيع على المشتري بالفضل على قيمة العرض لان الواجب للمشتري على الشفيع قيمة العرض الذي وقع الشراء به وقد تبين أنه أخذ منه أكثر من ذلك فيلزمه رد الفضل واذا اختلف البائع والمشتري في ثمن الدار تحالفاً ويبدأ باليمين على المشتري وقد بينا هذا في البيوع فإيهما نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن ويأخذها الشفيع به وان اختلفا تراد البيع وأخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء لانها انفقا على صحة البيع بينهما وثبت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف ألا ترى أن المشتري بعد التحالف لو صدق البائع كان أحق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع اذا صدق البائع وان أقاما جميعا البينة كانت البينة بينة البائع ويأخذها الشفيع به وقد بينا فرق أبي حنيفة ومحمد بين هذا وبين ما إذا كان الاختلاف بين المشتري والشفيع وكذلك لو مادعى البائع أن الثمن كانت هذه الدار فقال المشتري بل اشتريتها بهذا العرض وأقاما البينة فينبه البائع أولى بالقبول لانه ثبت به حق نفسه فان كان الشفيع شفيها للدارين جميعا أخذ كل واحدة منهما بقيمة الاخرى لان المعاوضة في الدارين تثبت بقضاء القاضي فهو كالثابت بالمعينة ولو كان لكل واحد منهما شفيع أخذها بقيمة الاخرى فكذلك اذا اتخذ شفيعهما وان كان للدار شفيعان فشهد شاهدان أن احدهما قد سلم الشفعة ولا يدريان أيهما هو فشاهدتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولا هما ضيعا لشهادتهما فانهما عند التحمل انما تحملا الشهادة على معلوم فاذا لم يعرفاه كان ذلك منهما تضييعا للشهادة وان كان أحد الشفيعين غائبا كان للحاضر أن يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما ثابت في جميع الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا ندرى أن الغائب يطلب حقه أولا يطلب فلا يجوز أن يتأخر حق الحاضر بنية الآخر ولا يتمكن من أخذ البعض لما فيه من الاضرار بالمشتري من حيث تبويض الملك عليه فقلنا بانه يأخذ أو يدع واذا أراد أن يأخذ النصف ورضي المشتري بذلك فله ذلك لان المانع حق المشتري وان قال المشتري لا أعطيك الا النصف كان له أن يأخذ الكل لما بينا ان حقه ثابت في جميع الدار وأكثر ما في الباب ان الغائب قد سلم له شفيعته فللحاضر أن يأخذ الكل واذا كفل للمشتري كفيل بالدرك فأخذ الشفيع الدار منه بالشفعة ونوى الثمن عليه لم يكن للمشتري على كفيل الدرك سبيل لان

المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند أخذ الشفيع بالشفعة وان لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشتري بالدرك سبيل لانه ضمن للمشتري الدرك والشفيع غير المشتري والضامن لانسان شيئاً لا يكون ضامناً لغيره والدليل على أن الاخذ بالشفعة ليس بدرك ان المشتري لو كان بنى فيها فنقض الشفيع بناءه لم يكن له أن يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما اذا استحقها مستحق واذا كفل رجلان للمشتري بالدرك ثم شهدا عليه بتسليم الدار الى الشفيع بالشفعة فشهادتهما باطلة لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة ولا شهادة ابنه فكذلك شهادة الكفيلين بالدرك وشهادة ايديهما وهذا لانهما ينقلان العهدة عن أنفسهما بهذه الشهادة وكذلك ان شهدا أن الشفيع سلم الشفعة فهما بمنزلة البائعين في ذلك لا تقبل شهادتهما لان صحة الشراء وتمام الملك للمشتري كان بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة يقران ما يصح بهما واذا شهد الشفيع شهوداً انه يأخذها بالشفعة ولم يجيء الى المشتري ولا البائع ولا الى الدار ولم يطلبها فلا شفعة له لانه ترك الطلب المقرر لحقه بعد ما تمكن منه ولو ترك طلب الموائبة بعد ما تمكن منه سقط حقه فهنا أولى فان شهد على الطلب قبلها ولم يسم له الثمن فهو بالخيار اذا علم للثمن ليكشف الحال له عند ذلك ولان بمجرد الطلب لا يتم الاخذ وهو على خياره ما لم يتم أخذه بالشفعة واذا شهد البائعان على المشتري ان الشفيع قد طلب الشفعة حين علم بالشراء والشفيع مقرانه علم به منذ أيام وقال المشتري ما طلب الشفعة فشهادة البائعين باطلة وكذلك شهادة اولادها كما لو شهدا على المشتري بتسليم الدار الى الشفيع وهذا لانهما يقرران حق الشفيع في الاخذ وفيه تنفيذ العهدة والخصومة عنهما وان قال الشفيع لم أعلم بالشراء الا الساعة فالقول قوله مع يمينه لان علمه بالشراء حادث فعلى من ادعى تاريخاً سابقاً فيه أن يثبت بالبينة وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البائعان انه علم منذ أيام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في أيديهما أوفى يد المشتري لان هذا في المعنى شهادة على الشفيع بتسليم الشفعة وقد بينا أن البائع لا يكون شاهداً في هذا امالانه خصم فيه اولانه كان خصماً فيه في وقت واذا كان الشفيع ثلاثة فشهد اثنان منهم على أحدهم انه قد سلم الشفعة فان قال قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة نخلوها عن التهمة فيها وان قال نحن نطلب فشهادتهما باطلة لانهما متهمان فيها وانما يدفعان بشهادتهما مزاحمة الثالث معهما

وان قالوا قد سلمناها معه ولا بن أحدهما شفعة أولادنا أو لولده أو لزوجته فشهادهما باطلة
لانه منهم في حق هؤلاء كما في حق نفسه وكما لا تقبل شهادته اذا زال بها المزاحمة عن نفسه
فكذلك لا تقبل اذا زال المزاحمة عن مكاتبه أو ابنته لانه يجر اليهما بشهادته منفعة والله أعلم

باب الشفعة بالعروض

قال رحمه الله (واذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة العبد
عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار) لان المبيع مضمون بنفسه أو بما يقابله من المسمى
وقد تعذر هنا ايجاب المسمى في حق الشفيع لانه لا مثل له من جنسه فوجب المصير الى
الضمان الأصلي وهو قيمة نفسه ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع الضرر
عن المشتري بوصول قيمة ملكه اليه وما ملكه عند الاخذ رتبة الدار وحجتنا في ذلك أن
الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل اما أن يكون من حيث الصورة أو في معنى المالية
فاذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله بصورة وان كان مما لا مثل له من جنسه يأخذه
بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالغاصب عند تعذر رد العين برد المثل فيما له مثل والقيمة فيما
لا مثل له توضيحه انه ان أخذها من المشتري فقد صار متقدما عليه في تملكها بهذا السبب
وفي معنى التلف على المشتري ما غرم فانما يأخذها بما غرم من الثمن وان أخذها من البائع فقد
صار متلفا حقه فيما استوجب قبل المشتري من الثمن ولو أتلف ذلك حقيقة ضمن المثل فيما له
مثل والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء
لقوات القبض المستحق بالعقد فان العبد معقود عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع أن يأخذها
بقيمة العبد عندنا و(قال) زفر ليس له أن يأخذها بالشفعة لان العقد انتقض من الاصل بهلاك
العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة مالو انتقض من استحقاقه وهذا لانه لو كان العقد فاسدا في
الابتداء لم يجب فيها للشفيع الشفعة فكذلك اذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم ولان المقصود
بالاخذ دفع ضرر الجار الحادث وقد اندفع ضرره حين بطل البيع وحجتنا في ذلك أن بدل الدار
في حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك
العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشتري وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع على ما بينا أنه يتمكن
من أخذها من البائع وأن يضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشتري وهذا لان البيع مثبت

حق الشفيع وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى انهما لو تقابلا لا يبطل به حق الشفيع وهذا بخلاف الاستحقاق فانه يتبين به ان أصل البيع لم يكن صحيحا وان حقه لم يثبت وكذلك اذا تبين فساد البيع من أصله فاما ههنا بهلاك العبد لا يتبين ان حق الشفيع لم يكن ثابتا ولا يتعذر عليه الاخذ بما هو البديل في حقه وكذلك ان أبطل البائع البيع بعيب وجدته بالعبد وان لم يكن شيء من ذلك وأخذ الشفيع الدار من البائع أخذها بقيمة العبد والعبد لصاحبه لا سبيل للبائع عليه لان العقد قد انفسخ بين البائع والمشتري بأخذ الشفيع من يد البائع فيبقى العبد على ملكه لان خروجه عن ملكه كان بحكم البيع ولان بدل لدار وهو قيمة العبد قد سلم للبائع من جهة الشفيع فلا يبطل حقه في بدل آخر فانه لا يستوجب بدلين عن ملك واحد وان أخذها من المشتري بقيمة العبد بقضاء أو بغير قضاء ثم مات العبد قبل القبض أو دخله عيب فان القيمة للبائع وعلى قول زفران كان أخذها بقضاء القاضى فالدار ترد على البائع وقيمة العبد على الشفيع وان كان أخذها بغير قضاء فعلى المشتري قيمة الدار للبائع لان بموت العبد قبل القبض انفسخ العقد بين البائع والمشتري فبقيت الدار في يد المشتري بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه رد عينها حين أخرجهما من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها كالمشترية شراء فاسدا ولا كنا نقول لمات العبد قبل القبض وجب على المشتري رد الدار على البائع وقد تعذر ردها فيجب رد مثلها ومثلها بحكم العقد قيمة العبد بوضوحه ان حق البائع بالعقد كان في العبد أو في قيمته بدليل أن الشفيع يأخذها من البائع بقيمته وقد قدر المشتري على تسليم القيمة التي هي حقه عند أخذ الشفيع فلا يلزمه شيء آخر وهذا لان دفع الضرر عن المشتري واجب وربما تكون الدار قيمتها عشرة آلاف وقيمة العبد الف فانما سلم للمشتري مقدار الالف درهم فاذا لزمه للبائع عشرة آلاف كان عليه في ذلك من الضرر مالا يخفى وتسليمها بالشفعة الى الشفيع لا يكون بمنزلة البيع منه ألا ترى أنه فعل بدون القاضى غير ما يأمر به القاضى لو رفع الامر اليه فكما لا يجعل يباعا مبتدأ اذا أخذ ما كان واجبا له من الشفعة بقضاء القاضى فكذلك اذا أخذ بغير قضاء ولو استحق العبد بطلت الشفعة لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع من الاصل ويأخذ البائع الدار من الشفيع ان كان المشتري دفعها اليه بقضاء قاض وان كان دفعها بغير قضاء قاض فقضاء قاض بقيمة العبد وسماها وقبضها الشفيع فهذا بمنزلة البيع فيما بينهما وهي جائزة للشفيع بتلك القيمة لان بدل المستحق يملك بالقبض وتصرف المشتري

فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا أن في الموضع الذي لا تكون الشفعة واجبة يحصل التسليم
بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ بخلاف ما تقدم فقد كانت الشفعة هناك واجبة حين أخذها
الشفيع فلهذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هنا ثم على المشتري للبائع
قيمة الدار لأنه لما استحق العبد وجب عليه رد ما قبض من الدار وقد تعذر ردها باخراجها
إياها عن ملكه باختياره فيلزمه قيمتها وكذلك لو كان المشتري باع الدار ووهبها لقبضها الموهوب
له أو تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لأنه كان مالكا للدار حين التصرف فنقد
تصرفه ثم لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها وإذا اشترى
دارا بعرض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشتري في قيمة العرض فإن كان قائما بعينه يقوم
في الحال فيبين قيمته في الحال قيمته عند العقد وإن كان هالكا فالقول فيها قول المشتري
لانها اختلفا في مقدار ما يلزم الشفيع من الثمن وإن أقاما البيئتين فعلي طريقة أبي يوسف عن أبي
حنيفة البيئتين الشفيع لانها ملزمة وبينه المشتري غير ملزمة وعلى قياس طريقة محمد عن
أبي حنيفة البيئتين المشتري في هذه المسئلة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن ما صدر من
المشتري ههنا اقراران وهذا نظير ما إذا اختلفا في قيمة انبناء الذي أحرقه المشتري وإن
اشتراها بثي مما يكال أو يوزن أخذها الشفيع بمثله من جنسه لأن الشفيع يأخذ بمثل الثمن
الأول وللمكيل والموزون مثل من جنسه كما في ضمان الاتلاف وإن اشترى دارا بعبد ثم
وجد بالعبد عيبا فرده أخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لأن العبد دخل في العقد بصفة السلامة
وإنما يقوم في حق الشفيع على الوجه الذي صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار فهذا
وشراء الدار بالعبد سواء لأن كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين أن يضيف العقد
إلى العبد أو إلى الدار وإذا اشترى بناء دار على أن يملكه فلا شفعة فيه من قبل أنه لم يشترمه
الأرض والبناء بدون الأرض منقولا ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لأن حق الشفيع
يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق في شراء البناء بدون
الأرض فإن اتصال أحد المالكين بالآخر لا يكون اتصال تأييد وقرار والدليل عليه أنه إنما
يستحق بالشفعة ما يستحق به الشفعة وبملك البناء بدون الأرض لا يستحق بالشفعة فاما من له
بناء على أرض موقوفة إذا بيعت دار بحسبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة
الاتيها للأرض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة في هذا

والبيع فيه فاسد لانه يريد أن يتقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لا تأتي ما لم ينقض الكل وفيه من الضرر على الشريك ما لا يخفى وكذلك لو كان البناء كله لانسان فباع نصفه لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع وذلك . ففسد للبيع كما لو باع جذعا في سقف واذا أراد أن يشتري دارا بخادم نخاف عليها الشفيع وقيمة الخادم ألف درهم فباع الخادم بالفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالالفين لم يأخذها الشفيع إلا بالالفين لان المشتري يملك الدار بالفين فبذلك يأخذها الشفيع ان شاء (وهذا نوع حيلة) لتقليل رغبة الشفيع في الاخذ لسبب كثرة الثمن ومن ذلك أن يشتري الدار بالفين ثم يعطيه بها خمسين دينارا أو يعطيه ألف درهم وتوبا لا يساوي الالف فلا يتمكن الشفيع من أخذها الا بالفين وقل ما يرغب في ذلك اذا كان ثمنها ألف درهم ومن هذا النوع يحتمل لتقليل رغبة الجار بان تباع عشر الدار أولا بتسعة اعشار الثمن ثم تسعة اعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار في أخذ العشر لكثرة الثمن ولاحق له فيما بقي لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على الجار ومن الحيلة لا بطل حقه أن يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها الى باب الدار عليه فيسأله اليه ثم يشتري منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشتري شريك في الطريق وهو مقدم على الجار أو يهب منه قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار ثم يبيع ما بقي منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لا يلازق المبيع أو يوكل الشفيع ببيعها فاذا باعها لم يكن له فيها شفعة أو يبيعها بشرط الخيار ثلاثة أيام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا سقط الخيار بطلت شفعته أو يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك فاذا ضمن بطلت شفعته أو يقول المشتري للشفيع أنا أبيعها منك بأقن من هذا الثمن فاذا رضى بذلك وسأومه بطلت شفعته والاشتغال بهذه الحيل لا بطل حق الشفيع لا بأس به أماما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول أبي يوسف فاما عند محمد يكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيا لاسقاط البراء وللمنع من وجوب الزكاة وقد بينا ذلك في البيوع والزكاة وان اشترى دارا بعبد فاستحقه مستحق وأجاز الشراء كان للشفيع الشفعة لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وجد العبد حرا فلا شفعة فيها لان البيع كان باطلا والحري ليس بمال متقوم والبيع . ببادلة مال بمال فانعدام المالقة في أحد البدلين يمنع

انعقاد العقد واذا اشترى دارا بدار ولكل واحدة منهما شفيع فلكل شفيع أن يأخذ الدار بقيمة الاخرى لانه لا مش للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفيع بمقابلة ما يأخذ قيمة الدار الاخرى فان كان أحد الرجلين شفيعا أيضا يعني أحد المشتريين أخذ الشفيع نصف الدار بنصف القيمة لان اقدمه على الشراء لا يسقط شفيعته بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة فلا يكون للشفيع الآخر أن يأخذ منه إلا بمقدار حصته واذا اشترى بيتا من دار علوه لاخر وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى فانما الشفعة للذي في داره الطريق لانه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم علي الجار وصاحب العلو انما له الشفعة بالجوار فان سلم صاحب الدار فينثذ لصاحب العلو والشفعة بالجوار وعن أبي يوسف في الامالي ان هذا استحسان وفي القياس لاشفعة لصاحب العلو وكذلك اذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفلى في القياس ولا لصاحب علو آخر مجبته لان العلو بناء وقد بينا ان بالبناء لا يستحق بالشفعة اذا لم يكن معه أرض والارض وسقف السفلى كله لصاحب السفلى ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال أحد المالكين بالاخر علي وجه التأييد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء علي الاراض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متأكد الا ترى ان عند انقضاء مدة الاجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفلى أن يكاف صاحب العلو برفع البناء بحال واتصال أحد المالكين بالاخر بهذه الصفة يثبت للشفيع الشفعة والله اعلم

❦ باب الشفعة في الارضين والانهار ❦

(قال رحمه الله والشريك في الارض أحق بالشفعة من الشريك في الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الطريق) لقول علي وابن عباس رضي الله عنهما لان شفعة الا لشريك لم يقام بمعنى عند وجوده لاشفعة إلا له ثم الشرب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء الحديث في استحقاق الشفعة بالشريك في الطريق قال صلى الله عليه وسلم اذا كان طريقهما واحدا فكذلك يستحق بالشركة في الشرب والشريك في الشرب أحق بالشفعة من الجار كالشريك في الطريق قال والشركاء في النهر الصغير كل من له شرب أحق من الجار الملاصق وان كان نهرا كبيرا تجري فيه السفن فالجار أحق لان هؤلاء ليسوا شركاء في الشرب معنى هذا القول أن الشركة في الشرب بمنزلة الشركة في الطريق ففي

النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة شركة غير نافذة وفي النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتبارها والمروي عن أبي يوسف في حد النهر الصغير أن يستقي منه قراحين أو ثلاثة فإن جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند أبي حنيفة ومحمد أن النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات تجري فيه السفن وكل ماء يجري فيه السفن من الأنهار في معنى ذلك وما لا يجري فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعة عن محمد أن الشركاء في النهر وإن كانوا مائة أو أكثر فإن كان بحيث لا تجري فيه السفن يستحق الشفعة باعتبارها ومنهم من يقدر بعدد الأربعين أو بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه إلى التقدير من حيث العدد لأن المقادير بالرأى لا تستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ما قلنا أن يكون بحيث تجري فيه السفن وإذا زرع المشتري الأرض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقطع الزرع في القياس لأنه زرع في أرض غيره فهو أحق بهامنه فهو كالغاصب إذا زرع الأرض المنصوبة ولأن المشتري كما لا يتمكن من إبطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير حقه لأن التأخير من وجه إبطال وفي الاستحسان لا يأخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم يأخذها لأن المشتري زرع في ملك نفسه وما كان يتيقن بأن الشفيع يطلب الشفعة قبل ادراك زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف الغاصب ولأن لادراك الزرع نهاية معلومة فلوانتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع وإن تأخر قليلا وإذا قلع زرع المشتري تضرر بإبطال ملكه ومالته وتضرر التأخير دون ضرر الإبطال فإن كان غرس فيها كرما أو شجرا أو رطوبة فله أن يقطع ذلك ويأخذ الأرض لأنه ليس لفراغ الأرض منها نهاية معلومة وقد بينا في البناء نظيره يوضحه أنه قد يتأخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري حتى إذا طلب الشفعة تأخر التسليم إليه إلى احضار الثمن فيجوز أن يتأخر أيضا للدفع عن المشتري في زرعه ولكن لا يجوز إبطال حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري وفي التأخير لا إلى غاية معلومة إبطال وإذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك إذا اشتراه مطلقا لأن الأرض لا تدخل في هذا الشراء والنخل بدون الأرض كالبناء لا يستحق بالشفعة فإن اشتراها بأصولها ومواضعها من الأرض ففيها الشفعة لأنها تابعة للأرض في هذا الحال وكذلك إن اشترى زرعاً أو رطوبة ليجزها لم يكن في ذلك شفعة وإن اشتراها مع الأرض وجبت الشفعة في الكل استحساناً وفي القياس لا شفعة في الزرع لأنه ليس من حقوق الأرض وتوابعها ولهذا لا يدخل في البيع إلا بالذکر فهو كالمنازع

الموضوع في الارض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الارض ووجه الاستحسان أن الزرع متصل بالارض ما لم يحصد وما كان من المنقول متصلا بالمقار يستحق بالشفعة تبعا كالأبواب والشرب الركة بوضعه أن الشفيع يقدم على المشتري شرعا وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري بخلاف ما إذا لم يحصد حتى حصد الزرع لأنه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري فلو أخذه كان أخذ الالمنقول بالشفعة . تصودا وذلك ممتنع وإذا اشترى أرضا فيها نخل ليس فيها ثمر فثمرت في يده فاكلها سنين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن ان شاء وكان أبو يوسف يقول أولا يحط من الثمن حصة ما أكل المشتري من الثمر لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل التسليم اليه ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة التمرة الموجودة عند العقد فكذلك في حق الشفيع بوضعه أن تناول الثمار الحادثة تمنع المشتري من بيعها مرابحة حتى يبين وهي في ذلك كالثمار الموجودة فكذلك في حق الشفيع فاما وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع اليه أبو يوسف أن المشتري يملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما يأخذها بمثل ما يملك به المشتري وهذا لان الحادث من الثمار بعد القبض لا حصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض وانقسام الثمن يكون باعتبارها ولو كانت قائمة في يد المشتري بعد الجذاذ لا يثبت حق الشفيع فيها فتناوله اياها لا يجبل لها حصة من الثمن أيضا بخلاف بيع المرابحة فالمتولد من العين هناك لو كان قائما في يد المشتري كان يضمه الى الاصل ويبيع الكل مرابحة فاذا تناول ذلك لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان الا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل وقد بينا هذا في البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد اذا أخذها المشتري فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولاحق للشفيع فيها بعد الجذاذ في طرح عن الشفيع حصتها من الثمن ألا ترى أن الثمار الموجودة عند العقد لو باقت عنده من غير صنع أحد سقط عن المشتري حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك في حق الشفيع وان حضر الشفيع قبل أن يجدها المشتري أخذها مع الاشجار بجميع الثمن استحسانا وهذا والزرع سواء وبعد الجذاذ هنا والحصاد في الزرع عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة الثمار والزرع وقت العقد لان انقسام الثمن عليهما بالعقد فتعتبر القيمة عند ذلك وعند محمد تقوم الارض مزروعة وغير مزروعة

والاشجار مثمرة وغير مثمرة فربما لا يكون للزرع والتمر في ذلك الوقت قيمة الاثينا يسيرا
فلو اعتبرنا قيمته محصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال افسم الثمن على قيمة الارض
مزروعة وغير مزروعة فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض يأخذها الشفيع بذلك
واذا اشترى أرضا فيها اشجر صفار فكبرت فائرت أو كان فيها زرع فادرك فلا شفيع أن يأخذ
جميع ذلك بالثمن لان حقه ثبت فيها بطريق الاتصال بالأرض والشجر يبيع ما بقى الاتصال واذا
اشترى بيتا ورحاما فيه ونهرها ومتاعها فلا شفيع الشفعة في ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس
بمركب في البناء لان ما كان مركبا متصل بالأرض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا الا
تري أن الحمام يباع وبأخذه الشفيع بقدر الحمام لانه في البناء فكذلك الرحا واستحقاق الشفعة في
الحمام والرحا قوائما فاما عند الشافعي ما لا يحتمل القسمة لا يستحق الشفعة لان من أصله أن
الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع
ضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لان اتصال أحد
الملكين بالآخر على وجه التأييد والقرار وحجتنا في ذلك ما روينا من حديث جابر رضي الله
عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شيء ربع أو حائط ولان الحمام لو كان مهدوما
فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة
مثبتا كالشقص من الدار وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة ان كانت لا تلحقه في الحال فتد تلحقه
في الثاني وهو ما بعد الانهدام اذا طلب أحدهما قسمة الارض بينهما ولو اشترى أجمة فيها
قصب وسمك يؤخذ بغير صيد أخذ الأجمة والقصب بالشفعة ولم يأخذ السمك لان القصب
متصل بالأرض فاما السمك فلا اتصال له بالأرض بل هو كالمناخ الموضوع في الدار والأرض
فلا يستحق بالشفعة واذا اشترى عينا أو نهرا أو بئرا بأصلها فلا شفيع فيها الشفعة لان اتصال
ملكه بالمبيع على وجه التأييد وكذلك ان كانت عين قير أو نفض أو موضع ملح أخذ جميع
ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فانه يبيع من ذلك الموضع بمنزلة ما يتولد منه بخلاف
السمك الا أن يكون المشتري قد حمل ذلك من موضعه فلا يأخذ ما حمل منه بمنزلة الزرع
والتمر بعد الحصاد والجذاذ وان اشترى شربا من نهر بغير أرض ولا أصل من نهر فلا شفعة
فيه لان بيع الشرب فاسد فانه من حقوق المبيع بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو مجهول
في نفسه غير مقدور التسليم لان البائع لا يدري أي جرى الماء أم لا وليس في وسعه اجراؤه

(قال وكان شيخنا الامام يحيى عن أستاذه انه كان يفتي بجواز بيع الشرب بدون الارض ويقول فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف فانهم يبيعون الماء) فللعرف الظاهر كان يفتي بجوازه ولكن العرف انما يعتبر فيما لا نص بخلافه والنهي عن بيع النمر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر واذا اشترى الرجل أرضا فله ما فيها من نخل أو شجر لانها بمنزلة البناء متصلة بالارض للقرار وليس له ما فيها من زرع أو ثمر لان الاتصال فيها ليس للتأييد والقرار بل للدراك فهو اتصال يعرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لا تدخل في البيع الا بالذکر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المتاع ولو اشترى الارض بكل قليل أو كثير هو فيها أو منه افله الثمر والزرع وفي غير هذا الموضع يقول لا يدخل الثمر والزرع بهذا اللفظ وتأويل ما قال هناك اذا اشترىها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها بحقوقها فنقد هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع لانهما ليسا من حقوقها وتأويل ما ذكر هنا أنه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناول لفظ الثمر والزرع لانهما من القليل والكثير الذي هو فيها أو منها لانصالة في الحال والامتنعة الموضوعية تدخل بهذا اللفظ أيضا ان كان قال أو منها لانها من القليل أو الكثير الذي فيها وان كان قال ومنها لم تدخل لانها ليست من الارض وأما ما لا يدخل في البيع كالزوجة والولد للبائع اذا كان فيها في القياس يدخل ويفسد البيع وفي الاستحسان لا يدخل لعلنا انهما لم يقصدا ذلك واذا اشترىها بكل حق هو لها بمرافقتها لم يدخل فيها الثمر والزرع لانهما ليسا من حقوق الارض ومرافقتها فأنما يطلق هذا اللفظ على ما به يتأني الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص في ملك إنسان فذلك الذي يدخل في الشراء عند ذكر هذا اللفظ والتمر والزرع ليسا من هذا في شيء فلا يدخل بذکر الحقوق والمرافق واذا اشترى دارا فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها أو لم يشترط وهذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فاذا عقد العقد باسم الدار يدخل فيه العلو والسفل والكيف والشاع وان لم يقل بكل حق هو له لان الدار هو اسم لما أدير عليه الحائط والعلو والسفل مما أدير عليه الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك إنسان الا أن يقول بكل حق هو لها لان الطريق خارج مما أدير عليه الحائط ويكون من حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأني به فأنما يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فأما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل الى الدار لا يدخل عند أبي حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق فينشد تدخل اذا كان مفتحا الى الدار وعند

أبي يوسف ومحمد تدخل اذا كان مفتحتها الى الدار وان لم يشترط الحقوق والمرافق لانها من بناء الدار بمنزلة العلو والكنيف والشارع وأبو حنيفة يقول هي خارجة مما أدير عليه الحائط ولكنها من مرافق الدار اذا كان مفتحتها الى الدار فانما تدخل بذكر الحقوق والمرافق والطريق الخاص وهذا لان أحد جانبي الظلة على حائط الجار المحاذي والجانب الآخر على بناء الدار وكانت من جملة الدار من وجه دون وجه فلا تدخل عند اطلاق اسم الدار بخلاف كنيف الشارع فانه متصل ببناء الدار لا اتصال له بشيء آخر فيكون داخلا فيما أدير عليه الحائط من البناء وان كان اشترى بيتا وعليه علو لم يدخل العلو في البيت سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر ما لم ينص على العلو لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو في هذا كالفل وكان نظير بيتين أحدهما بجنب الآخر وهذا لان الشيء لا يكون من حقوق مثله فاما اذا اشترى منزلا لم يكن له علوه إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه فيدخل العلو فيه لان العلو من حقوق المنزل فيدخل عند ذكر الحقوق والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ ليسكنها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت ودون الدار فلكونه فوق البيت قلنا يدخل العلو عند ذكر الحقوق والمرافق ولكونه دون الدار قلنا لا يدخل العلو فيه اذا لم يذكر الحقوق والمرافق ومشتري المنزل من الدار وان ذكر الحقوق والمرافق لاحق له في الدار إلا الطريق ومسيل الماء فان ذلك من حقوق المنزل فاما المخرج والمربط والمطبخ وبئر الماء فلا حق له فيها إلا أن يسمى شيئا من ذلك لان ذلك من حقوق الدار ومرافقها ليس من حقوق المنزل فالانتفاع بالمنزل يتأني بدونه بخلاف الطريق والمسيل وفي شراء الدار اذا كان لها طريقان أحدهما في السكة والآخر في دار فان اشترط الحقوق والمرافق استحق ذلك كله وان لم يشترط لم يستحق الطريق الذي في الدار الأخرى لان ذلك خارج مما أدير عليه الحائط والقرية مثل الدار وان كان في الدار أو في القرية باب موضوع أو خشب أو آجر أو حصص لم يدخل ذلك في البيع بذكر الحقوق والمرافق وان اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها أو اشترط كل حق هو لها لان الانتفاع يتأني بدون هذه الاشياء وهي بمنزلة متاع موضوع فيها واذا اشترى الرجل أرضا فاستأجرها الشفيع منه أو أخذها مزارعة أو كان فيها نخيل فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء أو ساوم بها فقد بطلت شفيعته لان إقدامه على

هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشتري فيها ودليل الرضا كصريح الرضا والاستيلاء
دليل ابطال حق الشفعة لانه طلب التملك منه بسبب يباثره باختياره ابتداءً وذلك يتضمن
تقرره على مباشرة هذا السبب فيكون اسقاطا للشفعة دلالة واذا اشترى نخلا ليقطعه ثم اشترى
بعد ذلك الارض وترك النخيل فيها فلا شفعة للشفيع في النخيل لانها كانت مقصودة بالعقد
وهي من النقليات لا تستحق بالشفعة وكذلك لو اشترى الثمرة ليجدها والبناء ليهده ثم
اشترى الارض لم يكن للشفيع الشفعة الا في الارض خاصة لان استحقاق البناء بالشفعة
لمعنى التبعية للأرض وذلك لا يتحقق اذا ما كسب سبب غير السبب الذي ملك الارض به
واذا اشترى قرية فيها بيوت ونخيل وأشجار ثم باع المشتري شجرها ونخلها ليقطع ثم جاء
الشفيع وقد قطع بعضها فله أن يأخذ الارض وما لم يقطع من الشجر بحصته من الثمن وليس
له أن يأخذ ما قطع من ذلك وللشافعي قول أن حق الشفيع متى كان ثابتا في البناء والشجر
فله أن يأخذ ذلك بحد القطع والهدم اعتبارا للحق بالملك فكما لا يبطل ملك المالك بالقطع فكذلك
حق الشفيع ولكننا نقول ثبوت حقه في الاخذ كان لعنى الاتصال بالارض فاذا زال ذلك
قبل الاخذ لا يكون له فيه حق الاخذ كما لو زال جوازه ولكن يطرح حصته من الثمن عن
الشفيع لأنه صار مقصودا بالحبس والتناول فيكون له حصته من الثمن يطرح عن الشفيع واذا
اشترى الرجل نهرا باصله ولرجل أرض في أعلاه الى جنبه ولا آخر أرض في أسفله الى جنبه
فلهما جميعا الشفعة في جميع النهر من أعلاه الى أسفله لان ملك كل واحد منهما متصل بالمبيع
اتصال تأييد وقرار فلكل واحد منهما الشفعة بالجوار وكذلك القناة والعين والبئر فهي من
العقارات يتحقق فيها الشفعة بالجوار وكذلك القناة يكون مفتوحها في أرض ويظهر ماؤها في
أرض أخرى فجيرانها من مفتوحها الى مصبها شركاء في الشفعة لاتصال ملك كل واحد منهما
بالمبيع وبالاتصال في جانب واحد يتحقق الجوار وصاحب النصيب في النهر أولى بالشفعة
ممن يجري النهر في أرضه لانه جار باتصال أرضه بالنهر والشريك في المبيع مقدم على الجار
واذا كان نهر أعلاه لرجل وأسفله لآخر ومجراه في أرض رجل آخر فاشترى رجل نصيب
صاحب اعلا النهر فطلب صاحب النهر وصاحب الارض وصاحب أسفل النهر الشفعة فالشفعة
لهم جميعا بالجوار لانهم استووا في سبب الاستحقاق فملك كل واحد منهم متصل بالمبيع الا
أن اتصال صاحب الاسفل بمقدار عرض النهر واتصال صاحب الارض بمقدار طول النهر من

أرضه ولو عبرة بزيادة الجوار كما لا عبرة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل الماء يعني أن صاحب أسفل النهر له في المبيع حق سبيل الماء فإلم بسبل الماء في أعلا النهر لا ينتهي إليه ولكن لا يصير به شريكاً لرقبة النهر ولا في حقوته وإنما يرجع على الجار الشريك في نفس المبيع أو في حقوته وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب أسفل النهر فالشفعة لصاحب الأعلى بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتوحة بين رجلين إلى ما كان معلوم وأسفل من ذلك لأحدهما فباع صاحب الأسفل ذلك الأسفل فالشريك والجيران فيه سواء لأن بالشركة في أعلا القناة لا يكون شريكاً في المبيع فإن المبيع أسفل القناة وذلك كان ملكاً خالصاً للبائع فهذا كان شريكه في أعلا القناة والجيران في الشفعة سواء وإذا كان نهر لرجل فطلب إليه رجل ليكرى منه النهر إلى أرضه ثم يبيع النهر الأول ومجراه في أرض رجل آخر فصاحب الأرض أولى بالشفعة لأن الآخر مستعير ولا حق للمستعير في الشفعة إذا ملك له متصل بالمبيع على وجه التأييد والقرار وإذا كان نهر لرجل في أرض لرجل عليه رحاء في بيت فباع صاحب النهر أو الرحاء والبيت فطلب صاحب الأرض الشفعة في ذلك كله فله الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع وإن كان بين أرضه وبين موضع الرحاء أرض لرجل آخر وكان جانب النهر الآخر لرجل آخر فطلب بالشفعة فلهما أن يأخذ ذلك بالشفعة لأنهما سواء في الجوار من النهر وإن كان بعضهم أقرب إلى الرحاء لأن الرحاء لاتستقيم إلا بالنهر فهو الآن شيء واحد ألا ترى أن موضع الرحاء لو كان أرضاً لها في ذلك النهر شرب فبيعت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون أقربهم إليها أولى بالشفعة وهذا إشارة إلى أن باعتبار ملك الرحاء ثبتت الشركة في الشرب لأن الانتفاع بالرحاء لا يتأني إلا بالماء كما لا يتأني في الانتفاع بالأرض إلا بالماء وإذا كان نهر لرجل خالصاً عليه أرض ولا آخر عليه أراضي ولا شرب لهم فيه فباع رب الأرض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة فيه لا يصال ملكهم بالمبيع وإن باع الأرض خاصة دون النهر فالملازق للأرض أولاً بالشفعة لأنه لا شركة بينهم في النهر والمبيع الأرض وهم جيران المبيع يعني من يلازق أرضه الأرض المبيعة فالشفعة للجار الملازق خاصة وإن باع النهر والأرض جميعاً كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذي هو ملازق الأرض أولاً بالشفعة في الأرض لاتصال ملكه بالأرض بمنزلة طريق في دار لرجل فباع الطريق

والطريق خالص له فجار الطريق أولى به من جار الأرض دون الطريق وهذا بمنزلة دارين
 ليميز أحدهما عن الآخر لأن جوار هذا غير جوار هذا ولو كان شريكاً في الطريق أخذ
 شفته من الدار لأن الشريك مقدم على الجار فكذلك إن كان شريكاً في النهر أخذ بحصته
 من الأرض وكان أحق بهما جميعاً من جيران الأرض والطريق والنهر سواء في كل شيء
 وقد بينا ذلك في أول الباب والله أعلم

باب الشفعة في الهبة

(قال رحمه الله أعلم بان الموهوب لا يستحق الشفعة الا على قول ابن أبي ليلى) فانه يقول
 يستحق بالشفعة اذا كان مما لا يقسم ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه ان لم يعوض الموهوب له
 الواهب وان عوضه فبقيمة العوض وكذلك اذا عوض الغير من هبته شقصاً من غير شرط
 وفي استحقاقه بالشفعة خلاف على ما بينا هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته الى دفع ضرر
 البادي بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب له الشفعة
 متى تجدد الملك للجار الحادث بأى سبب كان من هبة أو صدقة أو وصية الا الميراث فالملك
 لا يتجدد به وانما يبقى الوارث ما كان ثابتاً للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالاخذ على وجه
 لا يلحق الضرر بالتملك فان كان المملك دفع بمقابله عوضاً فله قيمة ذلك العوض وان لم يدفع
 بمقابله عوضاً فله قيمة ما يأخذ لان الضرر بذلك يندفع عنه ولكننا نقول حق الشفعة انما
 يثبت له اذا تمكن من الاخذ بمثل السبب الذي به يملك المملك فاما اذا عجز عن ذلك لا
 يثبت له حق الشفعة كالميراث وفي الهبة لا يقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب لان الموهوب
 له يملكه بطريق التبرع وانما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا ان شاء سبب
 آخر وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية بوضعه أن الشرع قدم الشفيع على المشتري في حكم
 السبب الذي باشره وذلك يتأتى في المعاوضات ولا يتأتى في التبرع لان الملك الذي يثبت
 للشفيع لا يكون حكم التبرع ولأن الشفيع في المعاوضة كان أحق بالعرض عليه قبل البيع فاذا
 لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالاخذ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع
 فان من أراد أن يهب ملكه من انسان فليس عليه أن يعرض يبعه أولاً على جاره ولا أن
 يهبه من جاره فلذلك لا يستحق الشفعة بهذا السبب فان وهب لرجل داراً على أن يهبه الآخر

ألف درهم شرطاً فلا شفعة للشفيع فيه ما لم يتقابضاً وبعض التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة إن الهبة بشرط العوض عنده يبيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين فاما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له ثم مات الموصى فهو يبيع لازم له وإن لم يقبض لأن الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت ألا ترى أنه لو كان بغير شرط العوض يملك قبل القبض فكذلك إذا كان بشرط العوض فهو على وجهين إن قال قد أوصيت بداري يباع لفلان بالف درهم ومات الموصى فقال الموصى له قد قبلت فللشفيع الشفعة وإن قال أوصيت له بأن يوهب له على عوض ألف درهم فهذا وما لو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء في الحكم وإن وهب نصيباً من دار مسمى بشرط العوض وتقابضاً لم يجز ولم يكن فيه الشفعة عندنا لأنه برأبتهاء والشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع صحته وتأثير الشيوع كتأثير عدم القبض فيه وكذلك إن كان الشيوع في العوض فيما يقسم وإن وهب دار الرجل على إن إبراهه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كالأشفيع فيها الشفعة لأن المدبوز قابض للدين بدينه فقبض الدار تم المعاوضة بينهما فيجب للشفيع فيها الشفعة والقول في مقدار العوض قول الذي عوض لأن الشفيع يملك الدار عليه وقد بينا أن القول في مقدار الثمن قوله وكذلك لو وهبها بشرط الإبراء مما يدعي في هذه الدار الأخرى وقبضها فهو مثل ذلك في الاستحقاق بالشفعة لأن التملك فيها تم بمجة المعاوضة وإذا وهب الرجل دار ابنه الصغير لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضاً فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر لا يجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصي والعبد والمأذون والمكاتب والمضارب في قول أبي يوسف الأول كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض إذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفي قوله الآخر كل من لا يجوز هبته بغير عوض لا يجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الأول إن هذا تملك مال بمال يعادله شرطاً فيصح من الأب والوصي كما لو كان بلفظ البيع أو بلفظ التملك وتحقيقه أن حق الصبي في المال لا في اللفظ وتصرف الأب والوصي مقيد شرعاً بالاحسن والأصلح لليتيم وذلك في أن تتوفر عليه المالية لا في لفظ المعاوضة ألا ترى أن البيع منهما لما لم يجز بالتعاطي من غير لفظ فاذا أسقط اعتبار اللفظ قلنا توفير المالية عليه في الهبة بشرط العوض كما في البيع بل

أظهر لان في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه ما لم يصل العوض الى يد ثانية وبالبيع تزول العين عن ملكه قبل وصول العوض اليه وبهذا التحقيق يظهر أن الهبة بشرط العوض من الاب والوصى بمنزلة الكتابة وهما يملكان الكتابة في غير الصبي بخلاف العتق على مال فالملك هنا يزول بنفس القبول والبدل في ذمة مفسسه لا يدري أيصل اليه أم لا بمنزلة التأدي وجه قوله الآخر أن الهبة عقد تبرع وليس للاب ولو وصى ولاية التبرع في مال اليتيم فباشترط العوض لا تثبت له هذه الولاية كالعتق فانه لو اعتق عبده بمال هو أضعاف قيمته وتبرع انسان بادائه لم يجز وبه يبطل ما اعتبر محمد من توفير المالية عليه وتحقيق هذا الكلا أنه لما لم يكن من أهل التبرع وهذا العقد تبرع باعتبار أصله فهو عقد صدر من غير أهله وكما يلغوا السبب اذا حصل في غير محله فكذلك اذا صدر من غير أهله وحكم المعاوضة ينفي على صحة السبب عند اتصال القبض به من الجانبين فاذا لم يصح أصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقابض بيعا صحيحا ألا ترى أنه لو حصل ذلك في مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فكذلك اذا حصل ممن لا يمكن الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقابض فلا تجب فيه الشفعة والله أعلم

باب الخيار في الشفعة

(قال رحمه الله واذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة) أما عند أبي يوسف ومحمد لانه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط. كخيار الرؤية والعيب للمشتري فلا يمنع وجوب الشفعة وعند أبي حنيفة المشتري ان لم يملك الدار بشرط. الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها ليكون البيع باقى في جانبه ووجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري حتى اذا أقر بالبيع وأنكر المشتري يجب للشفيع فيه الشفعة ولان المشتري صار أحق بالتصرف فيها فباعباراه يتحقق الضرر المحوج للشفيع الى الدفع عن نفسه واذا اشترى المرتد دارا فللشفيع فيها الشفعة ان قبل على الردة أو أسلم في قول أبي يوسف ومحمد لان الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند أبي حنيفة لان البيع قد تم في جانب البائع وصار المشتري أحق بها لو أسلم فكان للشفيع حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشتري ولو كان المشتري بالخيار أبدا لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان البيع فاسد وفي البيع الفاسد حق البائع في الاسترداد ثابت وما لم ينقطع حق

البائع في الاسترداد لا يجب للشفيع الشفعة فان أبطل المشتري خياره وأوجب البيع قبل مضي الايام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال الفساد قبل تفرره وكذلك عندهما بعد مضي الايام الثلاثة لان العقد عندهما ينقلب صحيحا متى أسقط خياره وهذا اذا شرط الخيار أبدا فان كان شرط الخيار شهرا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الأخذ بالشفعة وقد بينا المسئلة في البيوع وان كان الخيار ثلاثة فأخذها الشفيع من البائع في الثلاثة فقد وجب البيع وليس للشفيع من الخيار ما كان للمشتري لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت إلا لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه أولى فان بيعت دار الى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشتري لان الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع واذا أخذها بالشفعة فهذا تقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين أخذ المبيعة بالشفعة باعتباره فإندام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون تقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجمع ناقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد حتى يستحق بزواتها المتصلة والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له وان كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار أحق بها مع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة له كالأذن والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وكان البلخي بدعي بهذا الفصل المناقضة على أبي حنيفة فيقول انه اذا كان من أصله أنه لا يملك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المتأجر والمستعير فكيف ثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار ولكن عذره ما بينا فاذا أخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخي فانه لو لم يكن الملك معتبرا في استحقاق الشفعة لما صار مخيرا للبيع بأخذها بالشفعة ولا كنا نقول لو لم يسقط خياره بذلك لما كان اذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الأصل فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له فلا تخرج عن ذلك جعلناه مخيرا للبيع فاذا جاء الشفيع وأخذ منه الدار الأولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه انما يملكها الآن فلا يصير بها جار للدار الأخرى من وقت العقد إلا أن يكون له دار الى جنبها والدار الثانية سالمة للمشتري لان أخذ الشفيع من يده لا ينفى ملكه من الأصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلا يتبين

به انعدام السبب في حقه من الأصل حين أخذ بالشفعة واذا اشترى دارا بعبد واشترط
الخيار ثلاثا لمشتري الدار فللشفيع فيها الشفعة فان أخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع
له لانه عجز عن ردها وذلك موجب له البيع فيها فان سلم المشتري البيع وأبطل خياره سلم
العبد للبائع فان أبي أن يسلم البيع أخذ عبده ودفع قيمة العبد الذي أخذها من الشفيع الى
البائع ولا يكون أخذ الشفيع الدار بالشفعة اختياراً من المشتري للبيع واسقاطا لخياره في العبد
بمخلاف ما اذا باعها المشتري فذلك اختيار منه لان البيع تصرف بيئته واختياره فيكون دليل
الرضا به واسقاط خياره فاما أخذ الشفيع من يده يكون بغير رضاه واختياره وإنما يأخذها
الشفيع بحق يثبت له قبل قبض المشتري ألا ترى انه كان له حق الأخذ من البائع فلا
يكون ذلك اختياراً من المشتري وهذا بخلاف ما لو حدث بها عيب عنده أو عرفت لان
تعذر الرد عليه في هذه المواضع بسبب حادث بعد قبضه فيجعل ذلك بمنزلة اختياره فاما عند
أخذ الشفيع تعذر الرد عليه بحق كان سابقاً على قبضه فلهذا لا يجعل ذلك اختياراً منه ويبقى هو
في العبد على خيائه فاذا فسخ العقد في العبد يجعل هذا بمنزلة ما لو انفسخ العقد فيه بالهلاك في
يده قبل القبض فعليه أن يدفع الى البائع القيمة المقبوضة من الشفيع لأنها هي التي سلمت له
بسبب يده على الدار فيردها على البائع كما يرد الدار لو كانت في يده ولو كانت الدار في يد
البائع كان للشفيع أن يأخذها منه بقيمة العبد ويسلم العبد للمشتري لانتقاض البيع بينهما حين
أخذها الشفيع من يد البائع ولو كانت الدار في يد المشتري فهلك العبد في يد البائع انتقض
البيع ورد المشتري الدار وللشفيع أن يأخذها بقيمة العوض لما بينا ان حق الشفعة ثبت له
بقيمة العوض وهو قادر على أداء ذلك بعد هلاك العوض في يد مشتري الدار ولو كان
الخيار لبائع الدار فيها أو في العبد لم يكن للشفيع فيها شفعة حتى يوجب البيع لان أحد المتعاقدين
اذا شرط الخيار لنفسه في أحد العوضين فذلك منه شرط للخيار في العوض الآخر وان كان
الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة ولا شفعة في ذلك إلا أن يسقط خياره
قبل مضي ثلاثة أيام وعند أبي يوسف ومحمد البيع جائز ولكن بخيار البائع لأنجب الشفعة
حتى يسقط خياره أو يسقط ذلك بمضي المدة فحينئذ يجب للشفيع فيه الشفعة والله أعلم بالصواب

باب ما لا يجب فيه الشفعة من النكاح وغيره

(قال رحمه الله قال قد بينا في النكاح ان المهور لا تستحق بالشفعة عندنا وتستحق عند

الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا لان الشفيع لا يتمكن من الأخذ إلا بمثل السبب الذي يملك به الجار الحادث وأخذه لا يكون الا مبادلة مال بمال مطلقا وعلى هذا الاصل لاشفعة في المجهول بدلا في الخلع والصلح في القصاص في نفس أو عضو لان الشفيع لا يتمكن من الاخذ بمثل ذلك السبب ولا يمكن اقامته مقام التملك في حكم ذلك السبب فهو نظير الوهوب لا يستحق بالشفعة وكذلك لو استأجر ابلا بدار لان الاجرة غير مملوكة بازاء مال مطلقا لان الشفعة ليست بمال في الحقيقة وانما يجعل لها حكم المالية في جواز العقد عليها للحاجة ثم قد بينا في كتاب النكاح ما اذا تزوج امرأة على دار على أن ردت عليها الفاوذكرا ان عند أبي يوسف ومحمد تجب الشفعة في حصة الاف بمنزلة مالو أفرد كل واحد من العقدين وعند أبي حنيفة لا تجب الشفعة في شيء لان البيع هنا بيع للنكاح (واذا تعذر ايجاب) الشفعة فيما هو الاصل لا يوجب فيما هو بيع ولو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها داره مهرا أو صالحها على أن يجعلها مهرا لها أو أعطاها اياها مهرا لم يكن فيها شفعة لان هذا منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلة ما ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولان أكثر ما فيه أن يجعل المفروض بعد العقد كالمسمى في المقدم وهذا بخلاف مالو باعها بمهر مثلها دارا لان البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ففي لفظ البيع دليل على أنه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك ان صالحها من مهرها على الدار أو مما وجب لها من المهر على الدار فلا شفيع فيها الشفعة لان في لفظها ما يدل على انهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فانه ملكها ذلك عوضا عن المهر الذي استوجب عليه والذي استوجب عليه من المهر مال فكان مبادلة مال بمال وكذلك لو تزوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار أخذها الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضي لها مهرا ثم اشترى به الدار أخذها الشفيع بالشفعة بخلاف مالو أعطاها الدار مهرا فان هناك لو طلقها قبل الدخول وجب عليها أن ترد الدار وتطالبه بالتمتع وهنا لو طلقها قبل الدخول لم يلزمها رد شيء من الدار على الزوج وانما لزمها من الدار ما فرض القاضي مهرا لها بحسب من ذلك مقدار التمتع ويعطيه الفضل على ذلك وفي المسمى في العقد يعطيه نصف المسمى واذا صالح من دم عمد على دار على أن يرد عليه صاحب الدم ألف درهم فلا شفعة في الدار في قول أبي حنيفة لان الاصل فيه الصالح وما يقابل من دم العمد بالدار لا يستحق بالشفعة وكذلك ما يتبعه وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منها جزءا من احدى عشر جزءا بالف درهم لان الدار

تقسم على الالف وعلى دم العمدة وقيمة الدية ألا ترى انه اذا تعذر استيفاء القود يجب المصير الى الدية والدية عشرة آلاف فاذا جعلت كل ألف جزءا كانت حصة الدم من الدار عشرة أجزاء من احدى عشر جزءا وحصة الالف جزء من احدى عشر جزءا فيأخذ الشفيع ذلك بالشفعة وكذلك الصلح من شجاج العمدة التي فيها القود وان صالحه من موضعتين احدهما عمد والاخرى خطأ على دار فلا شفعة فيها في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد يأخذ الشفيع نصفها بخمسة لان موجب موضحة الخطأ خمسمائة درهم وموجب العمدة القود فاذا صالح عنهما على دار كان نصفها بدلا عن القود ونصفها بدلا عن الخمسمائة وأبو حنيفة يقول المقصود بهذا الصلح القود لان المال لا يمرض النفس ألا ترى أن موجب موضحة العمدة وهو القود على صاحب الدار خاصة وان موجب الخطأ عليه وعلى عواقله واذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل لا تجب في البيع أيضا اما لانه صار شريكا بما هو الاصل أو قياسا على المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعا بدار له وفي المال ربح فانه لا يأخذ بالشفعة نصيب المضارب من الربح لان الشفعة لم تجب له فيما هو الاصل باعتبار أن البيع كان له فلا تجب الشفعة في البيع أيضا وان صالح من كفاله بنفس رجل على دار فلا شفعة فيها لان هذا الصلح باطل فانه باسقاط حقه عن الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا وان كان هذا الصلح صحيحا لم يجب فيها الشفعة لان الدار ملكت بازاء ما ليس بمال فالكفالة بالنفس ليست بمال وسواء كانت الكفالة بنفس رجل في قصاص واحد أو مال ففي حكم الشفعة وبطلان الصلح في الكل سواء ولو صالحه من المال الذي يطلب به فان قال على أن يبرأ فلان من المال كله فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة لان صلح الاجنبي عن الدين على ملكه صحيح كصلح المديون واو كان المديون هو الذي صالح على ذلك جاز الصلح ووجب للشفيع فيها الشفعة فكذلك اذا فعله اجنبي هو كفيل بالنفس وان قال أقبضتكمها عنه فالصلح باطل لانه ملكه الدار بمقدار قيمتها من الدين فقضاء الدين بالدار يكون بهذه الصفة وذلك مجهول لانه يعلم انه جميع الدين أو بعضه فكان الصلح فاسدا ولا شفعة في العوض في الصلح الفاسد كالأشفعة في البيع الفاسد واذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة على دار فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها الاب له بثمن مسمى معلوم بمهر مثلها أو بقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها الشفعة لان الصداق لا يستحق بالشفعة والتسليم فيه الى الشفيع سمحا بغير قضاء بمنزلة الشفيع

المبتدأ والاب ولاية البيع في دار ابنته الصغيرة وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم
 وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة في البيع الفاسد
 ان قبضها المشتري اولم يقبضها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها واما بعد القبض فلبقاء حقه
 في استردادها ووجوب الشفعة بغير انقطاع حق البائع عن الدار فان كان قد قبضها فبيعت دار
 الى جنبها فله المشتري أن يأخذها بالشفعة لانه ملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين
 بيعت بملك هذه الدار وقيام حق البائع في الاسترداد لا يمنع وجوب هذه الشفعة لها كقيام
 حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها فان لم يأخذها
 حتى رد هذه الدار بطلت شفعتها في تلك الدار لانه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة
 وقيام السبب له الى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ولا شفعة للبائع فيها لانه
 لم يكن جار حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة مالو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل
 أن يخاصم بالشفعة فانه لا يستحق المبيعة بالشفعة لانه زال جواره ولا المشتري منه لان
 جواره حدث بعد ملكه الدار واذا اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها وبنائها فللبائع قيمتها
 وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد
 ولكن يهدم بناء المشتري فيرد الدار على البائع لانه بنى في بقعة غيره أحق بملكها منه فينقض
 بناءه لارد على صاحب الحق كالمشتري اذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البناء بيع لحق
 الثابت في الاصل بصفة التأكد لا يبطل بمعنى في البيع ثم حق البائع في الاسترداد أقوى من
 حق الشفيع ألا ترى أنه لا يبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البائع وان ذلك مستحق له
 وعليه شرعا ثم بناء المشتري في ملكه ينقض لحق الشفيع مع ضعفه فلأن ينقض بحق البائع في
 الاسترداد كان أولى أرايت لو هدم المشتري بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده وهذا لا وجه
 لمنعه فالمشتري اذا وجد بها عيبا بعد ما رفع بناءه كان له أن يردّها بالميب فلأن يردّها بفساد
 البيع كان أولى وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى في
 البيع كما يسقط بمحدث الزيادة المتصلة ويموت أحدهما وأبو حنيفة يقول بنى في ملك نفسه
 بتسليط من له الحق فلا ينقض بناؤه لحقه كالموهوب له بنى في الدار الموهوبة وبيان الوصف
 أن الحق في الاسترداد للبائع فهو الذي سلب المشتري على هذا البناء بإيجاب الملك له فيها
 والبيع وان فسد شرعا فالتسليط من البائع ببق معتبرا في حقه والدليل عليه ان سائر تصرفات

المشترى من البيع والهبة والصدقة لا تنقض لحق البائع في الاسترداد وما كان ذلك الا باعتبار تسليطه اياه على ذلك وبه فارق الشفيع فانه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف ولهذا ينقض سائر تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه واذا عرفنا هذا فنقول عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع في الاسترداد وعند أبي حنيفة يجب للشفيع فيها الشفعة لان حق البائع في الاسترداد قد انقطع فياخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبي حنيفة فيقولان لا قرار لهذا البناء بالاتفاق بل رفعه مستحق اما لحق البائع أو لحق الشفيع وأبو حنيفة يقول لهذا البناء قرار في حق البائع فانه حصل بتسليطه فينقطع به حق البائع في الاسترداد ولكن لا قرار له في حق الشفيع فيكون له أن ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها كالبيع والهبة والصدقة فانه يقطع حق البائع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع بقول فان باعها المشتري بيعا صحيحا فلا شفيع الخيار ان شاء أخذها بالبيع الثاني بالتمن المسمى وان شاء أطل البيع الثاني وأخذها بالبيع الاول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذة فياخذ بأبي السببين شاء وهما يفرقان بين هذا وبين البناء ويقولان تصرف المشتري هنا حصل في غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه في البيع لان البناء بيع للأصل وفي هذا القول اشكال فالشفيع اذا تنقض البيع الثاني فقد صار ذلك كأن لم يكن وقيل البيع الثاني يرد على البائع الاول ولا شفعة فيها فكذا بعد ما انتقض البيع الثاني من الاصل ولكننا الجواب عنه أن البيع الثاني من الاصل الثاني صحيح مزيل لملك المشتري وانما ينقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه في الاخذ بالشفعة وان اشتراها شراء فاسدا ولم يقبضها حتى يمت دار الى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لان الاول في ملكه بعد فيكون جارا بملكه الدار الاخرى فان سلمها الى المشتري بطات شفيعته لانه أزال جواره باختياره قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها للمشتري لان جواره محدث بعد بيع تلك الدار وان اشتراها بخمر أو خنزير والمتاقدان مسلمان أو أحدهما وشفيعها نصراني فلا شفعة فيه لان البيع فاسد والخمر والخنزير ليس بمال متقوم في حق المسلم منهما وفي البيع الفاسد لا تجب الشفعة لمسلم ولا كافر وان اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح لان الخمر والخنزير في حقه مال متقوم كالبعير

والشاة في حق المسلمين فان كان شفيها نصراني أخذها بمثل الخمر المشتري بها أو بقيمة الخنزير لان الخمر من ذوات الامثال فأخذها الشفيع بمثل ما يملك به المشتري صورة ومنى وفي الخنزير يأخذها بقيمته ولو كان الشفيع مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر قصدا فعليه قيمتها وهو معتبر بالاستهلاك فان خمر النصراني عند الاستهلاك مضمون على النصراني بالمثل وعلى المسلم بالقيمة فكذلك في حق الشفيع وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اشترى أرضا شراء فاسدا فزرعها وغرس فيها الشجر فنقضها ذلك ثم جاء الشفيع والبائع فللشفيع أن يأخذها بقيمتها في قياس قول أبي حنيفة لان الغرس كالبناء فكما لا ينقض بناء المشتري لحق البائع عنده فكذلك لا تقلع أشجاره واذا انقطع حق البائع في الاسترداد وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمتها الا أنه يطرح عنه من ذلك بقدر ما نقض الارض من عمل المشتري لانه في معنى المثل لجزء منها وقد بينا أن لما يتلفه المشتري حصة من الثمن في حق الشفيع يطرح عنه بقدره كالبناء اذا أحرقه وعند أبي يوسف ومحمد يقلع الشجر كما يهدم البناء ويرد على البائع ولا شفعة فيها وكذلك ان أخذها مسجدا ثم خصمه البائع فيها فله القيمة في قياس قول أبي حنيفة لان تصرف المشتري بتسليط البائع فلا ينقض حقه وعندهما يرد على البائع كماله في المشتري بناء آخر وذكر هلال في كتاب الوقف أن حق البائع في القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله تعالى فهو نظير العتق في العبد الذي اشتراه شراء فاسدا ثم هذا تصرف من المشتري في عين ما يملكه بالمقد الفاسد ولو تصرف فيه بنقل الملك الى غيره لم ينقض تصرفه لحق البائع في الاسترداد فاذا تصرف فيه بإبطال الملك أولى فان باع نصفها بيما صحيحا يرد النصف الثاني على البائع اعتبارا للبعض بالكل ويأخذ الشفيع النصف الآخر بالثمن الآخر هكذا قال والصحيح أنه يتخير بين أن يأخذ النصف بنصف القيمة بحكم البيع الاول لما انقطع حق البائع في الاسترداد فيه وبين أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المسمى اعتبارا للبعض بالكل واذا أخذ بالثمن الآخر يصدق المشتري بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فانه انما يفرم للبائع نصف القيمة فالفضل حصل له بكسب خيث فيؤمر بالتصدق به والله أعلم

باب الشفعة في المريض

(قال رحمه الله مريض باع دارا بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف درهم ولا مال له غيرها ثم مات وابنه شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها) لانه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يجوز وقد بينا أن الشفيع يتقدم على المشتري شرعا في ثبوت الملك له بالسبب الذي يملك به المشتري وقد تعذر ذلك في هذا الموضع يوضحه اما أن يأخذها بالفين كما أخذها المشتري فيكون ذلك وصية من المريض لو ارثه خصوصا اذا أخذها من يد البائع ولا وصية لو ارث أو يأخذها بثلاثة آلاف وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع ليس ذلك بثابت في حق المشتري فاذا تعذر الوجهان قلنا لا شفعة له أصلا وذكر في كتاب الوصايا أن على قولها له أن يأخذها بقيمتها ان شاء والاصح ما ذكرنا هنا فانه نص في الجامع على أنه قولهم جميعا ولو كان الابن هو المشتري للدار من أبيه وأجنبي شفيعها فان كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيع فيها في قول أبي حنيفة وفي قولها للشفيع فيها الشفعة وهذا بناء على أن بيع المريض من وارثه بمثل قيمته لا يجوز في قول أبي حنيفة ويجوز في قولها لانه ليس في تصرفه ابطال حق الورثة عن شيء مما تعلق حقهم به وهو المالية والوارث والاجنبي في مثل هذا التصرف سواء كما لو أعانه ببدنه يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث الأجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الاجنبي في جميع ماله ولا يكون ذلك وصية بشيء فكذلك مع الوارث يوضحه أنه اذا كان عليه دين مستغرق فباع بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع في هذه الحال من الوصية بشيء من ماله ثم لم يجعل يبعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك في حق الوارث وأبو حنيفة يقول آثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو أوصى بأن يعطى أحد ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية وعلى هذا لو أورد بعضهم أن يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك الا برضا سائر الورثة فكما أنه لو قصد إيثار البعض بشيء من ماله رد عليه قصده فكذلك اذا قصد إيثار بالعين وهذا لان للناس في الاعيان أغراضا فقد يفتخر الانسان بخطه اياه فوق ما يفتخر بكثرة ماله وانما نفي الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للفضاضة عن سائر الورثة وذلك المعنى

يتحقق هنا فلذا يتمتع ببيعته منه بمثل قيمته وباكثر بخلاف الاجنبي فانه غير ممنوع من التصرف مع الاجنبي فيما يرجع الى العين وانما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثأني ماله وليس في البيع بمثل القيمة من الاجنبي ابطال حق الورثة عن شيء من ماله والدليل على الفرق ان اقرار المريض للاجنبي بالدين أو بالعين واقاراه باستيفاء الدين منه صحيح في حق الورثة وشيء من ذلك لا يصح مع الوارث ويجعل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه من الاجنبي اذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحقهم في ديونهم لا في عين مال المريض ألا ترى أن للوارث أن يستخلص العين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فاذا لم يكن في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شيء مما تعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف ما نحن فيه والدليل على الفرق أنه لو كان باع عينا في صحته من اجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن منه في مرضه صح اقراره في حق الغرماء وبمثله لو باعه من دار به لم يصح اقراره باستيفاء الثمن منه في مرضه في حق سائر الورثة والفرق ما ذكرنا اذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة لا شفعة للشفيع لان البيع فاسد وعند أبي يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بالف درهم وقيمتها ثلاثة آلاف فلا اشكال عند أبي حنيفة أن البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما للشفيع أن يأخذها بثلاثة آلاف درهم ان شاء في رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان لابن أن يزيل المحاباة ويأخذها بثلاثة آلاف ان شاء فكذلك للشفيع أن يأخذها بذلك وذكر في موضع آخر أن الشفيع لا يأخذها بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه انما يجوز باعتبار أنه لا وصية في تصرفه وفي البيع بالمحاباة وصية ألا ترى أنه لو حصل مع اجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولا وصية لو ارث فكان البيع فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد وبان كان المشتري يتمكن من ازالة المفسد فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع كما لو اشتراها بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وقد روي عن أبي يوسف أن للشفيع أن يأخذها بالقيمة لانه يتقدم على المشتري شرعا فيجعل كأن البيع من المريض كان منه بهذا الثمن والأصح ما ذهب اليه أبو حنيفة فان نفس البيع وصية ألا ترى انه لو أوصى بان تباع داره من فلان بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعد موته اذا طلب الموصي له وان الموصي له بالبيع يزاحم سائر أصحاب الوصايا فاذا ثبت ان نفس البيع وصية وقد نفي رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع أصلا واذا اشترى

المريض دارا بألفي درهم وقيمتها ألف درهم وله سوي ذلك ألف درهم ثم مات فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لأنه إنما حابه بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فيجب للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها أو أكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة له في قول أبي حنيفة لأن بيعه من الوارث لا يجوز عند أبي حنيفة وكذلك بيعه من الاجنبي لا يكون مثبتا حق الاخذ بالشفعة للوارث وعند أبي يوسف ومحمد للوارث أن يأخذها بالشفعة لأنه لو باعها منه بذلك التمن جاز البيع فكذلك اذا باعها من اجنبي آخر والوارث شفيعها لان الشفيع يتقدم على المشتري في تملكها بالسبب الذي باشره المشتري اذا أخذها بالشفعة وان باعها بالفين وقيمتها ثلاثة آلاف درهم وشفيعها اجنبي فله أن يأخذها بالفين لان المحاباة بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فان قيل كيف يأخذها الشفيع بالفين والوصية كانت منه للمشتري دون الشفيع ومن أوصى لانسان بشيء من ماله لا يجوز تنفيذ الوصية لغير من أوصى له به فلنا هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وانما كانت في ضمن البيع ألا ترى انها لا تبقى بعد ما بطل البيع وفي حق البيع الشفيع صار مقدما على المشتري شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما أوجب البيع له بما سمي من التمن مع علمه أن الشفيع يتمكن من الاخذ بمثل ما اشترى به المشتري فكانه أوجب الوصية بالمحاباة للمشتري ان سلم الشفيع له وللشفيع أن يأخذها بالشفعة وان كان للدار شفيعان أحدهما وارث فلا شفعة للوارث لأنه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فاذا كان معه شفيع آخر أولي أن لا يستحقها واذا انعدمت مزاجته كان للاجنبي أن يأخذ الكل بالشفعة بمنزلة مالو سلم أحد الشفيعين شفيعته وان باعها بالف درهم وهي تساوي الفين وليس له مال غيرها قيل للمشتري ان شئت نخذها بثاني الفين وان شئت فدع لأنه حابه بنصف ماله ولا يمكن تنفيذ المحاباة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من ازالة المانع بان يلتزم الى تمام ثلثي الفين الا أنه يتخير في ذلك لأنه يلزمه زيادة في التمن لم يرض بالتزامها فان شاء فسخ البيع لاجله ولا شيء له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثاني الفين وأي ذلك فعل كان للشفيع فيها الشفعة اما عند إمضاء البيع فلا اشكال وأما عند الرد فلان البيع كان صحيحا موجبا للشفعة حتى اذا ظهر للميت مال آخر فالبيع سالم للمشتري وباعتبار صحة البيع

وجبت الشفعة للشفيع ثم الرد من المشتري يعمل في ابطال حقه لا في ابطال حق الشفيع كما لو تفاسخ البيع ولكن الشفيع يأخذها بثلثي الاثني لانها ما كانت تسلّم للمشتري الا بهذا القدر من الثمن فكذلك الشفيع وان باعها بالثمن الى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالأجل باطل لان المحاباة بالقدر استغرقت ثلث المال فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل في شيء ولكن يتخير المشتري بين أن يفسخ البيع أو يؤدي الأثني حالة ليصل الى الورثة كمال حقهم وأي ذلك فعل فلا شفيع أن يأخذها بالشفعة لانه قائم مقام المشتري في حكم هذا البيع كما في الفصل الأول وهذا أظهر من ذلك فالأجل في الثمن لا يثبت في حق الشفيع وقد بينا أن خيار المشتري لا يمنع وجوب الشفعة للشفيع وان باعها بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألفان قيل للمشتري ان شئت فعجل الأثني وان شئت فدع في قول أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة وقال محمد ان شاء عجل ثلثي قيمتها ويكون الباقي عليه الى أجل وان شاء تركه وقد تقدم بيان نظير هذه المسئلة في كتاب العتاق وذكروا أن من أصل محمد أن تأجيل المريض صحيح مطلقا فيما له أن لا يملكه أصلا كما في الصداق وبديل الصلح عن القصاص وعند أبي يوسف جميع المسمى مملوك بازاء مال تعاق به حق الورثة فلا يصح تأجيله فيه إلا بقدر الثلث لان التأجيل بمنزلة الاسقاط من حيث أن الحيولة تقع بين الورثة وبين المال في الحال بسبب الأجل ولهذا الورجع شهود التأجيل ضمنوا كما تضمن شهود البراء فلي ذلك الأصل تنبني هذه المسئلة وقد قررنا هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع في هذه المسئلة بعينها وأما الشفيع فالأجل لا يثبت في حقه ولكنه بالخيار ان شاء عجل المال كله وأخذ الدار كله وان شاء كف حتى يحل المال وقد بينا هذا في الصحيح يبيع داره بثمن مؤجل أن الاجل لا يثبت في حق الشفيع فهو مثله في حق المريض واذا باع المريض دارا أو حاجي فيها ثم برأ من مرضه والشفيع وارثه فان لم يكن علم بالبيع حتى الان فله أن يأخذها بالشفعة لان المرض اذا تعقبه برأ فهو بمنزلة حال الصحة وان كان قد علم بالبيع وقد بطلت الشفعة حتى برأ من مرضه فلا شفعة له لان السبب الموجب للشفعة له البيع وقد سكت عن الطلب بعد ما علم بالسبب فتبطل شفيعه به وان لم يكن متمكنا من الاخذ عند ذلك كالجار اذا سكت عن الطلب بعد علمه بالبيع لمكان الشريك ثم سلم الشريك لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فهذا مثله والله أعلم بالصواب

باب تسليم الشفعة

(قال رحمه الله واذا سلم الشفعة بعد وقوع البيع والمشتري حاضر أو غائب فتسليمه جائز) لانه أسقط الحق الواجب له والاسقاط يتم بالمسقط وأنه تصرف منه على نفسه ولا يعمدى تصرفه الى محل هو حق غيره ولهذا لا يشترط القبول فيه من غيره وكذلك ان ساوم الشفيع المشتري بالدار لانه ساومه بها ليشتريها منه ابتداءً وذلك دليل الرضا بتقرر ملكه فيها وكذلك لو سأله أن يوليها إياه لان حاجته الى ذلك بعد سقوط حقه في الاخذ بالشفعة فالتمسه دليل اسقاط شفيعته ودليل الاسقاط كصريحه وكذلك ان قال المشتري للشفيع أنفقت عليها كذا في بنائها وإني أوليكها بذلك وبالتمن فقال نعم فهو تسليم منه لان قوله نعم في موضع الجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ومعناه ولني بذلك واذا وكل وكيلًا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة أو أقر بأن موكله قد سلم الشفعة فنقول أما عند أبي حنيفة يصح ذلك منه في مجلس القضاء ولا يصح في غير مجلس القضاء وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء وهو قول زفر ثم رجع فقال أقراره على الموكل بالتسليم صحيح في مجلس القضاء ومحمد يقول في إقراره على الموكل بالتسليم يقول أبي حنيفة وقال يجوز تسليم الشفعة في مجلس القضاء ولا يجوز في غير مجلس القضاء ذكر قوله هذا في كتاب الوكالة ولا يحفظ جواب أبي يوسف الآخر فيما إذا أسلم الوكيل الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح إقراره على الموكل بالتسليم وأصل المسئلة في كتاب الوكالة فان الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في القياس لا يجوز إقراره وهو قول زفر وأبي يوسف وفي الاستحسان يجوز إقراره في مجلس القاضى وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف الآخر إقراره صحيح في غير مجلس القاضى وفي مجلس القاضى كإقرار الموكل فالوكيل بطلب الشفعة وكيل الخصومة فاذا أقر على موكله بالتسليم كان على هذا الخلاف فاما إذا سلم بنفسه فمن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف أن من ملك طلب الشفعة والخصومة فيها يصح تسليمه الا أن الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس الخصومة مجلس القاضى فيصح تسليمه في مجلس القاضى عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف الوكيل قائم مقام الموكل فيصح منه التسليم في مجلس القاضى وغير مجلس القاضى وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم أصلاً لان ذلك ضد ما فوض اليه فانه أمر باستيفاء الحق لا باسقاطه الحق

وأصل هذه المسئلة في الاب والوصى اذا سلم شفعة الصبي جاز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وليس للصبي أن يطالب بحقه بعد البلوغ لانهما قاما مقامه في استيفاء حقه والاسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالأبراء عن الدين والنفو عن القصاص الواجب له وهذا لان تصرفهما مقيد بالنظر وليس في اسقاط حق الصبي معنى النظر له ولان حق الاخذ بالشفعة يثبت شرعا لدفع الضرر فيهما بالاسقاط كأنهما يلزمانه الضرر وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا تسليم الشفعة ترك الشراء والاب والوصى كما يجوز منهما الشراء علي الصبي يجوز ترك الشراء ألا ترى أنه لو أوجب صاحب الدار البيع فيها من الصغير فرده الاب والوصى صح ذلك منهما وبيان الوصف أن الشفيع بالاخذ يملك العين بالثمن وهذا هو الشراء وتأثيره أن في تسليم الشفعة يبق أحد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن فان كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعد له فلا يعد ذلك ضررا كبيع ماله بخلاف الأبراء عن الدين واسقاط القود يوضحه أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل بعينه جاز ذلك فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لانه اذا أخذها ثم باعها منه توجه العهدة فيها على الصغير وفي التسليم لا توجه عليه العهدة واذا ثبت هذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطيب بمنزلة التسليم فاذا سكوت الاب والوصى عن طلب الشفعة من الاجنبي فذلك مبطل لحق الصبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف بمنزلة تسليمها وفي قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء على شراء الاب مال الصبي لنفسه وان كان مكان الاب وصيا لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشراء منه والوصى لا يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس للصبي اذا بلغ أن يأخذها بالشفعة لان الاب متمكن من الاخذ فسكوته يكون مبطلا شفعة الصبي بخلاف ما اذا باع الأب دارا والصبي شفيعها لان البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون مبطلا للشفعة فاما ممن لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الاب ذلك من أصحابنا من قال يصح التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والاصح أنه لا يصح التسليم عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان مالكا للاخذ

فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وتسليم أحد المتعاضين شفعة صاحبه في دار له خاصة من ميراث جائز لان الاخذ بالشفعة شراء والتعاضان في ذلك كشخص واحد لان كل واحد منهما في ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه ألا ترى أنه لو أخذ بالشفعة كانت الدار بينهما وكان الثمن عليهما فكما يجمل أخذ أحدهما في الحكم كأحدهما فكذلك التسليم ولو كان المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم المضارب الشفعة كان لرب المال أن يأخذها لنفسه وان سلم رب المال كان للمضارب أن يأخذها لنفسه لان المضارب لا يأخذها بالشفعة للمضاربة فانه يكون ذلك استدانة على المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فيبقى حق كل واحد منهما في الاخذ لنفسه بحكم الجوار لان المضارب شريك في دار المضاربة اذا كان فيها ربح واذا بيعت دار بجانب الدار المشتركة فكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم أحدهما يصح في حق نفسه دون حق شريكه ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له لان المضارب في بيعها عامل لرب المال ألا ترى أنه لو لحقه في ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة لمن وقع البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهي من المضاربة وفي يد المضارب دار أخرى من المضاربة وهو شفيعها لم يكن له فيها شفعة لانه لو أخذها أخذها لرب المال فان الاصل في مال المضاربة حق رب المال ورب المال بائع لا يملك الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ غيره له بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار من المضاربة وتكون له خاصة دون المضارب لان المضارب في بيع داره من غير المضاربة عامل لنفسه لارب المال فهو في ذلك كاجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار للدار فله أن يأخذها بالشفعة والاخذ بمنزلة الشراء ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار باعتبار شركته في الربح وهو في الاخذ لنفسه غير عامل لرب المال فيكون في ذلك كاجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه لو أخذها أخذها للمضاربة ففي مال المضاربة حق رب المال هو الاصل ورب المال هو البائع فكما لا يثبت البائع حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ الغير له واذا باع المتفاوض دارا له خاصة من ميراث وشركته شفيعها بدار له خاص من ميراث فلا شفعة له فيها لانه لو أخذها كانت بينهما بمنزلة مالوا اشتراها

واذا كان بائعها شريكه لو ثبت لواحد منهما فيها شفعة كانت ثابتة للبائع لانهما فيما يأخذان
 بالشفعة كشخص واحد واذا وجبت الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جائز ان كان عليه دين
 اولم يكن عليه دين لان هذا بدل الشراء وهو من صنيع التجار ثم هو اسقاط حق بموض
 بعد له فان الثمن يبقى كسب له وان سلمها مولاه جاز ان لم يكن عليه دين لان العبد لو أخذها
 تصير مملوكة للمولى وهو من هذا الوجه كالتائب عنه فيصح التسليم من المولى كما يصح من
 الموكل وان كان عليه دين لم يجز تسليم المولى عليه لان العبد في الاخذ عامل لفرمانه للمولى
 والمولى من كسب عبده المديون كسائر الاجانب الا ترى انه بعد الاخذ لو باعها للمولى جاز
 بيعه اذا لم يكن عليه دين ولم يجز بيعه اذا كان على العبد دين فكذلك تسليمه وتسليم المكاتب
 شفعتهم جائز لانه من ذك الحجز عنه فيما هو من صنيع التجار وقد بينا ان تسليم الشفعة من
 صنيع التجار كالاخذ بالشفعة وتسليم المرتد شفعتهم جائز ايضا وذكر في بعض نسخ الاصل اذا
 مات او قتل علي رده او لحق بدار الحرب فهو باطل في قياس قول أبي حنيفة وهذا المعنى
 له لان الشفعة لا تورث فلا يقوم وارثه مقامه في الاخذ بالشفعة وبهذا الطريق يقول لا
 يتوقف فيه تسليم الشفعة بخلاف سائر التصرفات لانه لا فائدة في هذا التوقف ان أسلم
 فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة لا تورث الا ان يكون موضوع هذا فيما اذا كان
 اشترى المرتد دارا فطالبها الشفيع بالشفعة فسلمها اليه فهذا يتوقف منه عند أبي حنيفة بمنزلة
 بيعه واذا اشترى دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة ثم رأى صاحب الدار العبد فلم يرضه وورده
 وأخذ داره وقد كان دفعها أو لم يدفعها فلا شفعة للشفيع في ذلك لان الرد بخيار الرؤية
 فسوخ من الاصل ولهذا ينفر دبه الراد من غير قضاء ولا رضاء والشفعة تجب بالعقود
 لا بالفسوخ وما كان وجب له بالعقد فقد أسقطه ولو اشترى دارا لم يرها ثم بيعت دار
 بجنبها فاخذها بالشفعة لم يسقط به خيار رؤيته في الدار المشتراة بخلاف خيار الشرط لانه
 أخذها اياها بالشفعة بمنزلة التصريح باسقاط خياره والتصريح باسقاط خيار الشرط صحيح من
 المشتري وباسقاط خيار الرؤية باطل قبل ان يراها فكذلك اذا أخذ دار بالشفعة بيعت بجنبها
 واذا اشترى المضارب دارين بمال المضاربة وهو ألف درهم تساوى كل واحد منهما ألف
 درهم فبيعت دار الى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب فيها فالشفعة لرب المال لان كل واحدة
 منهما مشفولة برأس المال والمضارب شريك في الربح ولا ربح في واحدة منهما فلا يأخذها

المضارب بالشفعة وهذا لان الدور لا تقسم قسمة واحدة لما فيها من التناوت في المنفعة فتعتبر كل واحدة منهما على الانفراد ألا ترى أنه لو كان مكان الدارين عبيد لم ينفذ عتق المضارب في واحد منهما ولو كان في احديهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لانه شريك فيها بحصته من الربح واذا سلم الشفيع الشفعة على أن يعطى نصف الدار بنصف الثمن فهو جائز على ما اشترط. لانه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك صحيح عند تراضيها اعتبارا للبعض بالكل وان اشترط بيتا بعينه لنفسه فهذا باطل لجهالة حصة البيت من الثمن ويأخذ لدار كلها أو يدع لانه بما صنع غير مسلم شفيعته بل هو مظهر رغبته فيما يحتاج اليه منها فيكون على شفيعته فيها واذا شهد شاهدان على تسليم الشفعة واختلفا في الوقت والمكان فالشهادة جائزة لان تسليم الشفعة قول يعاد ويكرر فاختلف الشاهدين في المكان والزمان لا يوجب اختلافا بينهما في المشهود به واذا سلم الشفعة في منزل وهو شريك في الطريق على أن يأخذ نصف المنزل بنصف الثمن فذلك جائز لما بينا أنه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك جائز بتراضيها وللجار أن يأخذ النصف الآخر بالشفعة لان حتى الجار كان تابتا في جميع المنزل الا أن الشريك في الطريق كان مقدما عليه فقيما أسقط الشريك حقه زال المانع فللجار أن يأخذه كما لو سلم في جميع المنزل واذا اشترى الرجل دارا وسلم الشفيع الشفعة ثم أقر المشتري أن البيع كان ياجئة لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان هذا اقرار منه بفساد البيع الأول من الاصل بخلاف الاقالة فانه يتضمن معنى المبادلة ابتداء وباعتباره تجب الشفعة ألا ترى انه لو فسخ البيع من الاصل بخيار الرؤية أو الشرط لم يتجدد به حق الشفيع بعد ما سلم الشفعة فاذا أقر بفساد البيع من الاصل أولى واذا سلم الشفيع الشفعة في هبة بعوض بعد التقابض ثم أقر البائع والمشتري أنها كانت يباعا بذلك العوض لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع في حق الشفعة فكان التسليم صحيحا من الشفيع سواء أقر في البيع انه كان هبة بعوض أو في الهبة بشرط العوض انه كان يباعا وان سلمها في هبة بعوض ثم تصادقا انها كانت بشرط عوض أو كانت يباعا فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه لم يوجد منه الرضا بسقوط حقه ولا كنه ترك الطاب أو سلم بناء على أن الشفعة لم تجب له فاذا ظهر أنها كانت واجبة له فهو على حتمه في الشفعة واذا وهب الرجل دارا على عوض بألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو

باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لانه أسقط حقه قبل
الوجوب فالهبة بشرط. العوض انما نصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر سبب
الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع واذا وهب الرجل لرجلين دارا على عوض ألف درهم
وتقابضوا فذلك باطل في قول أبي حنيفة جائز في قولهما لان الشيوخ في الهبة بشرط العوض
كهو في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض في كتاب
الهبة (فكذلك في) الهبة بشرط. العوض ولو وهب رجلان من رجل دارا على ألف درهم
وقبضا منه الالف مقسومة بينهما وسلما اليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام
الشيوخ في الدار فالملك فيها واحد وانعدام الشيوخ في الالف حين قبض كل واحد منهما
نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة لم يجز في قول أبي حنيفة لان الشيوخ فيما
يحتمل القسمة يمنع صحة التعويض كما يمنع صحة الهبة والالف محتمل للقسمة واذا اشترى
الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فاراد أخذ احدهما دون الاخرى فليس له
ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضيهما وهو شفيع ذلك كله
بارض واحدة أو بارضين أو بدار واحدة أو بدور فانما له أن يأخذ ذلك كله أو يدع وقال
زفر له أن يأخذ احدهما دون الاخرى والدور المتلازقة وغير المتلازقة في مصر واحد أو
مصرين في ذلك سواء بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة فزفر يقول يثبت له حق الاخذ
في كل واحدة منهما وليس في أخذ احدهما ضرر على المشتري لان احدهما تنفصل عن
الاخرى فهو كما لو كان العقد في كل واحدة منهما صفقة على حدة ولكننا نقول المشتري
ملكهما صفقة واحدة وفي أخذ احدهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشتري في حق
البائع تفريق الصفقة بقبول العقد في احدهما دون الاخرى فكذلك لا يملك الشفيع ذلك
في حق المشتري بخلاف ما اذا كان العقد في صفقتين وهذا لان الانسان قد يشتري دارين
ورغبته ومنفتمته في احدهما فاذا أخذ الشفيع تلك دون الاخرى تضرر المشتري باختيار
الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشتري فيما يأخذ بالشفعة ولم يذكر في الكتاب أنه
اذا كان شفيعا لاحدهما دون الاخرى فكان أبو حنيفة أولا يقول في هذه المسئلة له ان
يأخذهما جميعا أو يدع لان الشفعة تثبت له في احدهما ولو أخذها وحدها تفرقت الصفقة
على المشتري فيثبت حقه في الاخرى حكما لدفع الضرر عن المشتري ثم رجع فقال لا يأخذ

واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له في احديهما بدون السبب وفي الاخرى لما فيه من تفریق الصفة على المشتري ثم رجع فقال يأخذ الذي هو شفيها خاصة وهو قول أبي يوسف ومحمد بمنزلة ما لو اشترى عبدا ودارا صنفه واحدة كان للشفيح أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد وهذا لان تفرق الصنفه هنا لم يكن باختيار الشفيح بل هو بمعنى حكمي وهو أنه لم يتمكن من احديهما لانعدام السبب في احديهما بخلاف ما اذا كان شفيها لهما جميعا والله أعلم بالصواب

❦ باب شفعة أهل البني ❦

(قال رحمه الله الباغي والعاذل في استحقاق الشفعة وتسليمها سواء) لان أهل البني مسلمون وهم من جملة أهل دار الاسلام وقد بينا أن لاهل الذمة الشفعة في دار الاسلام وأنهم في ذلك كالسالمين فاهل البني في ذلك أولى الا أن العادل في عسكر أهل العادل والباغي في عسكر أهل البني فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكيلًا بطلت شفعة وان لم يعلم حتى اصطالحوا فهو على شفخته اذا علم واذا كان الشفيح في غير المصر الذي فيه الدار المبيعة فجاء الى هذا المصر فطلب الشفعة وأشهد عليها ولم يقصد البلد الذي فيه البائع والمشتري فهو على شفخته لانه أتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعهما مع أنه لا فائدة له في ذلك لانه انما يتمكن من الاخذ في الموضع الذي فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذي فيه البائع والمشتري فطلب الشفعة وأشهد ولم يقصد المصر الذي فيه الدار فهو على شفخته وحاصل الكلام أنه بعد طلب المواثبة عليه أن يأتي بطلب التقرير وذلك بالاشهاد عند الدار وعند المشتري أو البائع ان كانت الدار في يده وان كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط ثم عند اختلاف الامصار والقري عليه أن يأتي أقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الاقرب وجاء الى الابد بطلت شفخته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالمبيع حتى قام عن مجلسه واذا كانوا في مصر واحد فان ترك الاقرب وأتى الابد فاشهد عنده فقي القياس كذلك تبطل شفخته لان القليل من الاعراض والكثير في الحكم سواء وفي الاستحسان لا تبطل شفخته لان المصر في حكم مكان واحد ولهذا لو شرط في السلم التسليم في المصر يكنى واذا اتخذ المكان حكما فلا متبر بالاقرب والابد في ذلك واذا اشترى رجل من أهل البني دارا من

فاطلب يمين الطالب (والثالث) وكيل المشتري اذا اراد الرد باليب فقال البائع اريد يمين الموكل
 ماضى باليب فله ذلك ولا يرد حتى يحضر المشتري فيحاف فابو يوسف يجعل مسألة الشفعة
 نظير مسألة العيب لان في فصل الشفعة قضاء بالملك والعقد فان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء
 كما ان الرد بالعيب قضاء بفسخ العقد واعادة المبيع الى ملك البائع وفي ظاهر الرواية سوى
 بين الشفعة وقضاء الدين لان بالتسليم سقط الحق بعد الوجوب ولا ينعدم السبب كما في
 الابراء عن الدين بخلاف الرد بالعيب فهناك ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهو حق المشتري
 في المطالبة بتسليم الجزء الفائت يوضح الفرق ان هناك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه بالفسخ لقيام
 السبب وهو العيب فيتضرر به البائع ضرر لا يمكن دفعه عن نفسه لانه لا يطالب المشتري
 باليمين بعد ذلك لخلوه عن الفائدة فانه وان نكل لا يعود العقد وفي مسألة قضاء الدين لو امر
 المديون بقضاء الدين لا يتضرر بذلك ضررا ابطال حقه في اليمين بل هو على حقه من استحلاف
 الطالب ومتى نكل د عليه المال وكذلك في مسألة الشفعة فالمشتري لا يتضرر بالقضاء بالشفعة
 من حيث ابطال حقه في اليمين بل هو على حقه في استحلاف الشفيع واذا نكل رد عليه الدار
 فهذا لا يتأخر القضاء بالشفعة لاجل يمين الموكل واذا قضى القاضي للوكيل بالشفعة فأبى المشتري
 ان يكتب له كتابا كتب القاضي بقضائه كتابا وأشهد عليه الشهود كما أنه يقضى له بالشفعة وان
 كان المشتري ممتنعا من التسليم والانقياد له فكذلك يكتب له حجة بقضائه ويشهد على ذلك
 نظرا له واذا كان في سائر الخصومات يعطى القاضي المقضى له سجلا اذا التمس ذلك ليكون
 حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك واذا أقر المشتري بالشراء وقال ليس لفلان
 فيها شفعة سألت الوكيل البينة عن الحق الذي وجبت له بالشفعة من شركة أو جوار لأنه
 لا يتوصل الى اثبات حق الموكل الا باثبات سببه فاذا أقامها قضيت له بالشفعة وذلك بان
 يقيم البينة على أن الدار التي الى جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان فاذا أقام البينة أن الدار التي
 الى جنب الدار المبيعة في يد موكله لم أقبل ذلك منه لان الملك لا يثبت له فيها بهذه البينة
 فلا يدي تنوع ولو علم القاضي انها في يده لم يقض له بالشفعة بذلك فكذلك اذا أثبت اليد بالبينة
 وأصل هذه المسئلة ان المشتري أنكر كون الدار التي في يد الشفيع ملكا له ففي ظاهر الرواية
 لا يقضى القاضي للشفيع بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبينة وعن أبي يوسف أن القول قول
 الشفيع في ذلك فيقضى له بالشفعة وهو قول زفر لان طريق معرفة الملك اليد ولهذا تجوز

الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما أن القاضي لا يقضي الا بعلم فالشاهد لا يجوز أن يشهد
إلا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد أن يشهد بالملك فكذلك يجوز للقاضي أن يقضي
بالملك لذي اليد وبقضائه بهذا يظهر استحقاق الشفعة وإذا كان يقضي لذي اليد بالملك اذا حلف
مع وجود خصم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلأن يجوز له القضاء بذلك في موضع ليس هناك
خصم يدعيها لنفسه أولى وجه ظاهر الرواية أن الملك باعتبار اليد يثبت من حيث الظاهر
والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعى عليه
ليدفع بها استحقاق المدعى وحجة في حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه وحاجة ذي
اليد هنا الى اثبات الاستحقاق فيما في يد الغير والظاهر لا يكفي لذلك فلا بد من أن يثبت
الملك بالبينه وهو نظير مالو طعن المشهود عليه في الشاهد أنه عبد يحتاج الى اقامة البينة على
الحرية لان ثبوت حرية باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام واذا وجد قتل في دار انسان فانكر
على عاقلته كون الدار له يحتاج الى اثبات الملك بالبينه ليقضي بالدية على عاقلته فهذا نظيره (قال
ولا أقبل في ذلك شهادة ابني الوكيل وأبويه وزوجته ولا شهادة ابني الموكل وأبويه وزوجته
ولا شهادة المولى اذا كان الوكيل والموكل عبدا له أو مكاتبا) لانهم متهمون في ذلك فانهم
يشهدون لحق الموكل ويثبتون حق الاخذ للوكيل فلهذا لا تقبل في ذلك شهادة الفريقين وان
أقام البينة أن اقلان نصيبا من الدار ولم يبين كم هو لم أقض له بالشفعة لان القاضي لا يتمكن
من القضاء بالمجهول فالنصيب المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك في الدار أو في بعضها لا
يتمكن من القضاء بالشفعة فان قال المشتري حلف الوكيل ما يعلم أن صاحبه سلم الشفعة فلا يمين
عليه لان التسليم مدعى على الموكل ولو استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة ولا نيابة
في الايمان وكذلك لو قال حلفه ما سلم هو لان تسليمه عند غير القاضي باطل فلا معنى
للاستحلاف في دعوى تسليم باطل ولو شهد رجلا ن علي الوكيل أنه سلم عند غير القاضي ثم
عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز ذلك لانهم شهدوا بتسليم باطل فان تسليم الوكيل الشفعة عند
محمد باطل وعند أبي حنيفة لا في مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء اذا عزل
القاضي قبل أن يقضى به فهو باطل وهو ما لو وجد في غير مجلس القاضي في الحكم سواء
كرجوع الشاهد عن الشهادة فانه كما لا يصح في غير مجلس القاضي فكذلك لا يصح اذا وجد
في مجلس القاضي وعزل قبل أن يقضى به ولو أقر هذا الوكيل في مجلس هذا القاضي أنه سلم

عند فلان القاضي ثم عزل أو انه سلم عند غير القاضي جاز ذلك عليه بمنزلة الرجوع عن الشهادة في قول أبي حنيفة ومحمد لان هذا يجعل بمنزلة ابتداء التسليم منه فان كان من أقر بشئ يملك إنشائه يجعل كالمثني لذلك ومراده من ذكر قول محمد مسألة الرجوع لامسئلة تسليم الشفعة فقد بينا ان عند محمد تسليم الوكيل باطل واذ شهد ابنا الوكيل أو ابنا الموكل أن الوكيل قد سلم الشفعة أجزت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما ولا يجوز شهادته ابني الموكل على الوكالة ولا شهادة ابني الوكيل لان ابني الوكيل يثبتان صدق أبيهما في دعوى الوكالة ويثبتان له حق الاخذ بالشفعة وابني الموكل ينصبان نائباً عن أبيهما ليأخذ الدار بالشفعة وليس للوكيل بطلب شفعة في دار أن يخاصم في غيرها لان الوكالة تنفذ بالتقييد وقد ينداقيد الوكالة بالدار التي عينها وهو يثبت الوكيل فيه مناب نفسه وقد يرضي الانسان بكون الغير نائباً عنه في بعض الخصومات دون البعض ولو وكاله بالخصومة في كل شفعة تكون له كان ذلك جائزاً لانه عم التوكيل والوكالة تقبل التعميم وله أن يخاصم في كل شفعة تحدث له كما يخاصم في كل شفعة واجبة له لعموم الوكالة بمنزلة التوكيل بقبض علاته ولا يخاصم بدين ولا حق سوى الشفعة لتقييد الوكالة بالشفعة الا في تثبيت الوكيل الحق الذي يطلب به الشفعة لانه لا يتوكل الى الخصومة بالشفعة الا بذلك فتعدي الوكالة اليه ضرورة واذا وكل رجل رجلاً يأخذ له داراً بالشفعة ولم يعلم الثمن فأخذها الوكيل بثمن كثير لا يتغابن الناس فيه بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض فهو للموكل أما اعلام الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع أن ذلك لا بد منه في الشراء فلأن لا يشترط ذلك في التوكيل بالاخذ بالشفعة وهو ليس بشرط في الاخذ بالشفعة أولى ثم الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي يملك المشتري الدار به فالتوكيل بالاخذ بمنزلة التنصيص على ذلك والوكيل ممتثل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء قل الثمن أو كثير بوضعه أن الوكيل بالشراء اذا اشترى بأكثر من قيمته انما لا ينفذ شراؤه على الموكل لتمكن التهمة فمن الجائز أنه اشترى لنفسه فلما علم بفلاء الثمن أراد أن يلزم الامر وهذا المعنى لا يوجد في حق الوكيل بالاخذ بالشفعة لانه لا يملك أن يأخذها لنفسه واذا وكل رجل غير الشفيع أن يأخذ الدار له بالشفعة فظهر الشفيع ذلك فليس له أن يأخذها لنفسه واذا وكل رجل غير الشفيع طلبه لغيره تسليم منه للشفعة كأنما يطلب البيع من الموكل ولو طلب البيع لنفسه كان به مسلماً لشفعته فاذا طلبها لغيره أولى ولما كان اظهاره بذلك بمنزلة التسليم للشفعة

استوى فيه أن يكون المشتري حاضرا أو غير حاضر فان أسر ذلك حتى أخذها ثم علم بذلك فان كان المشتري سلمها اليه بغير حكم فهو جائز وهي للامر لانه ظهر أنه كان مسلما شفيعته ولكن تسليم المشتري اليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ فكأنه اشتراها للأمر بعدما سلم الشفعة وان كان القاضي قضى بها فانها ترد على المشتري الاول لانه لما ظهر أنه كان مسلما شفيعته تبين أن القاضي قضى على المشتري الاول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه واذا كان للدار شفيعان فوكل رجلا واحدا يأخذها لهما فسلم شفعة أحدهما عند القاضي وأخذها كلها للآخر فهو جائز لان كل واحد منهما أقامه مقام نفسه فتسلمه شفعة أحدهما عند القاضي كتسليم الموكل وبمدا سقط حق أحدهما يبقى حق الآخر في جميع الدار فاذا أخذها الوكيل له جاز وان قال عند القاضي قد سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو أو قال انما أطاب شفعة الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين أيهما سلم نصيبه ولا يهما يأخذ أما تسليمه شفعة أحدهما له صحيح لان تسليم الشفعة اسقاط مبنى على التوسع فالجهالة المحصورة في مثله لا تنع الصحة ولكنه لا يمكن من أخذها للمجهول منهما لان بالاختصاص ثبت الملك للموكل والقضاء بالملك للمجهول لا يجوز فلماذا لا بد للوكيل من أن يبين لايهما يأخذ واذا وكل الشفيع المشتري بالاختصاص لم يكن له وكيلا في ذلك لان الاختصاص بالشفعة بمنزلة الشراء والانسان لا يكون وكيلا عن غيره في الشراء من نفسه لما فيه من تضاد أحكام الاحكام ولو وكل البائع بالاختصاص بالشفعة جاز ذلك في القياس لان البائع بتسليم الدار الى المشتري قد خرج من هذه الخصوصية والتحق باجنبي آخر وفي الاستحسان لا يجوز ذلك لان البائع لا يأخذ الشفعة لنفسه ومن لا يملك شراء شيء لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لانه توكيل في بعض ما قد تم به وهو البيع واذا وكل الذي المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة أهل الذمة على الوكيل المسلم بتسليم الشفعة لانهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وان كان الذي هو الوكيل وقد أجاز الشفيع ما صنع الوكيل قبلت شهادتهم وأبطلت الشفعة لان الوكيل لو أقر بذلك جاز اقراره فان الموكل أجاز صنعه على العموم مطايفا كذلك اذا شهد عليه بذلك أهل الذمة لان شهادتهم على الذي في آيات كلامه حجة واذا وكل رجل رجلا بطلب شفعة له فاخذها ثم جاء مدعى يدعي في الدار شيئا فالوكيل ليس بخم له لان الوكالة قد انتهت بالاختصاص بالشفعة فبقيت الدار في يده أمانة والأمين لا يكون خصما للمدعى

ولو وجد بالدار عيبا كان له أن يردّها به ولا ينظر في ذلك الى غيبة الذي وكله لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وما دام المبيع في يد الوكيل بالشراء فهو في حكم الرد بالعيب كالمشتري لنفسه واذا قال قد وكلتك بطالب الشفعة بكذا درهما وأخذه فان كان الشراء وقع بذلك أو باقن فهو وكيل وان كان باكثر فليس بوكيل لان الاخذ بالشفعة يكون بالثمن الذي وقع الشراء به والوكيل بشراء عين بعشرة يملك الشراء باقل من عشرة ولا يملك الشراء باكثر بعشرة للموكل فاذا كان الثمن أكثر مما سمى فقد وكله بما لا يقدر عليه وعلى الوكيل القيام به فيصح التوكيل وكذلك ان قال وكلتك بطالبها ان كان فلان اشتراها لان هذا مقيد فالانسان قد يتمكن من الخصومة مع شخص ولا يتمكن من الخصومة مع غيره وقد يرغب الشفيع في الأخذ اذا كان المشتري إنسانا بعينه ولا يرغب اذا كان المشتري غيره فالهنا اعتبارنا بقيده واذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذي لم يولد بعد فهم في الشفعة سواء لان الجنين من أهل الملك بالارث فباعثار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من جوار أو شركة واذا وضعت الحبلى حملا وقد ثبت نسبه من الميت شاركهم في الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لاكثر من ستة أشهر لانا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع فهو بمنزلة ما لو كان بعض الشركاء في الدار غائبا أخذ الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته في ذلك وان اشترى دارا تجارية وتقاضا ثم ولدت التجارية لاقل من ستة أشهر بعد الشراء وادعاه البائع أبطلت البيع والشفعة وان كتب قد وصيت بها قبل ذلك لان حصول العلوق من ملك بائعها يثبت له حق استحقاق النسب وذلك ينزل منزلة البينة في ابطال ما يحتمل النقص والقضاء بالشفعة يحتمل النقص كنفس البيع ثم بدعوي النسب يتبين ان البيع كان فاسدا من الاصل لانه باعها بام الولد وبالبيع الفاسد لا يستحق الشفعة وقد بينا في الاستحقاق نظيره فكذلك اذا أثبت الولد لامته واذا وكل الرجل رجلا بطالب كل دين له بالخصومة فيه فله أن يتقاضى ما كان له من دين وما حدث له بعد ذلك لان مطلق التوكيل ينصرف الى المتعارف وفي العرف يراد جميع ذلك ألا ترى انه لو وكله بتقاضى كل علة له أو يبتعها دخل فيه ما يحدث وكذلك لو وكله بالخصومة في كل ميراث له واذا وكله بماله ولم يرد على هذا ففي القياس التوكيل باطل لان ما وكله به مجهول جهالة مستديمة له والوكيل يهجز عن تحصيل مقصود الموكل في ذلك وفي الاحسان

هذا توكيل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال محفوظ عند كل مالك فاذا اطاق المال عند ذكر التوكيل علمنا أن مراده الحفظ فيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضي الدين شك بلا بينة وان قال تقاضي ديني أو أرسله يتقاضاه أو وكله فهو سواء لان التوكيل بالتقاضي معبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله أن يتقاضاه ولا يشتري به شيئا ولا يوكل بقضه أحدا من غير عياله لانه تصرف فيه سواء أمره به وله أن يوكل به عبده أو ابنه أو أجيده الذي هو في عياله بمنزلة ماله قبض بنفسه ثم دفع الى أحد من هؤلاء وهذا لانه أمين فيما يقبض كالمودع في الوديعة واذا وكله بتقاضي دين له على رجل بعينه وسعى له ماعليه لم يكن له أن يطالبه بما يحدث له عليه لانه قيد التوكيل بما سعى له وهو تقييد مقيد فقد يأتى الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير واذا وكله بتسليم شفعة له فجاء الوكيل وقد عرف بناء الدار أو احترق نخل الارض فاخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائز على الموكل لا يستطيع رده لانه ممثل أمره فانه لا يتمكن من الاخذ بعد ما احترق البناء الا بجميع الثمن فيكون فعله في الاخذ كفعل الموكل ولانه غير متهم في هذا اذا لا يتمكن من أخذها لنفسه بالشفعة وبه يستدل أبو حنيفة في الوكيل بشراء شيء بعينه اذا اشتراه باكثر من قيمته وكذلك لو جعله حرا أو وصيا في الخصومة في حياته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر المعنى دون العبارة فله أن يقبضها وينفذ الثمن ويرجع به على الموكل واذا وكل رجلين بالشفعة فلا حد هما أن يخاصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لانهما لو حضرا مجلس القاضي لم يتكلم الا أحدهما فانهما لو تكلمتا جميعا لم يفهم القاضي كلامهما ولا يأخذ أحدهما دون الآخر بمنزلة الوكيلين بالشراء واذا لم أحدهما الشفعة عند القاضي جاز على الموكل لان صحة التسليم من الوكيلين بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل تام في الخصومة كانه ليس معه غيره واذا وكله بغيره بطلب الشفعة لم يكن له ان يوكل غيره الا أن يكون الامر أجاز له ما صنع بمنزلة ماله وكله بالشراء وان كان قال له ذلك فالتوكيل من صنعه فان وكل وكيفا وقال له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثاني أن يوكل غيره لان الموكل أجاز صنع الوكيل الاول ولم يحجز صنع الوكيل الثاني وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من الوكيل الاول لان ذلك من صنعه ولا يعتبر في تنفيذ اجازة الاول ما صنع الوكيل الثاني على الامر لان ذلك وراء اجازة ما صنع الوكيل الاول والحاصل أن الانسان في حق الغير لا يسوى غيره

بنفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الاول اجازته ما صنع الثاني كان مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز واذا طلب المشتري من الوكيل ان يكف عنه شهرا أو سنة على أنه على خصوصته وعلى شفيعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفيعه صاحبه لانه لو طلب هذا من الموكل فأجابه اليه لم تبطل به شفيعته وهذا لان التأخير انما جملته محمد مبطلا للشفيعه لدفع الضرر عن المشتري وينعدم ذلك عند التماس المشتري بطلبه وان مات الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفيعته فاذا مضى الاجل وعلم بموته فلم يطلب أو يبعث وكلا آخر يطلب له فلا شفيعه له كما كان الحكيم في الابتداء قبل أن يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة له في ذلك مدة دار المشتري من حيث هو على سير الناس لانه لا يتمكن من الطلب الا بذلك وانما يلزمه الطلب بحسب الامكان والله أعلم

باب شفيعه أهل الكفر

(قال رحمه الله واذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بخمر بمثل تلك الخمر وبقية الخنزير) لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم فالبيع بهما صحيح بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى فيما له مثل فالخمر بهذه الصفة فهي مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الالمثال فيأخذها بقيمته وان اشترىها بمئة أو دم فلا شفيعه فيها لانها ليست بمال متقوم في حقهم فالشراء بها يكون باطلا وبالعهـد الباطل لا تجب الشفيعه وان اشترىها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء في الشفيعه لان الاخذ بالشفيعه من المعاملات وهم في ذلك يستويون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذي الى ذلك كحاجة المسلم فيأخذ الذي نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم عن تملكه عن الخمر وقدر الكافر على ذلك فان أسلم الشفيع الكافر قبل أن يأخذها لم تبطل شفيعته لان الاسلام سبب لنا كد حقه لا لابطاله ولكن يأخذ بقيمة الخمر لانه قد عجز عن تملكه عن الخمر بعد اسلامه فيأخذ بقيمة كما لو كان مسلما عند العقد ألا ترى أن المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعد ما انقطع الرطب من أيدي الناس فانه يأخذها بقيمة الرطب بهذا المعنى واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير

مقبوضة والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد
فالإلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد علي الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في
الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع
في الشفعة كما لو اشترى دارا بعد فوات العبد قبل التسليم في الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه
وذلك انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع في أخذها الشفيع بقيمة الخمر ان كان هو مسلما
أو كان المأخوذ منه مسلما لتعذر تمليك عين الخمر بينهما وان كانا كافرين أخذها بمثل تلك الخمر
لان من أسلم من المتعاقدين قد تعذر القبض والتسليم في الخمر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه
وذلك غير موجود بين الشفيع والمأخوذ منه ولو كانا كافرين واذا كان اسلام أحد المتعاقدين
بعد قبض الخمر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبق صحيحا لان حكم العقد في الخمر ينتهي بالقبض
والاسلام لا يمنع قبض الدار فاذا اشترى الدار بيعة أو كنيسة أو ثبت بان ثم حضر الشفيع فله
أن يأخذها بالشفعة لان حقه مقدم على حق المشتري وهو متمكن من بعض ما المشتري
وتصرفه ألا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها
بالشفعة فهذا أولى لان اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشتري فبيعت
الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالبيع الأول ويبطل البيع الثاني كما لو كان
المشتري هو الذي باعها بنفسه ولو كان المشتري للدار بالخمر ذميا فأسلم وارثه بعد موته كان
للشفيع أن يأخذها بقيمة الخمر كما لو كان المشتري هو الذي أسلم بنفسه واذا اشترى الذمي من
الذمي دارا بخمر وتقابضا ثم صارت خلا وأسلم البائع والمشتري ثم استحق نصف الدار فنقول
ان كان المشتري هو الذي أسلم ولم يسلم البائع أو أسلم البائع بعد اسلام المشتري أو أسلما معا
بقي النصف المستحق ويأخذ المشتري نصف الخمر لان بالاستحقاق ينتقض العقد من
الأصل وخمر المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمر افتخلت
فانه يأخذ الخمر ولا شيء له غيره فاما في النصف الذي لم يستحق المشتري بالخيار لبعض الملك
عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخمر لما بينا ان الخمر لا تكون مضمونة له على أحد
وهذا اذا كانت الخمر بينهما فان كانت بغير عينها فلا خيار له في النصف الباقي لانه لو ردها
ردها بغير شيء ولا سبيل له على الخمر لان العقد ما يتناول هذا بعينه وانما تناول خمر في
الذمة فعند الفسخ يعود حقه في ذلك والخمر لا يجوز أن يكون دينا للمسلم على آخر فاما

إذا كان البائع هو الذي أسلم دون المشتري أو أسلم البائع أولاً ثم المشتري فكذلك الجواب عند أبي يوسف فاما على ما رواه زفر وعافيه عن أبي حنيفة من الفرق بين اسلام الطالب والمطلوب فتقول في النصف المستحق بالخيار ان شاء أخذ نصف الخل وان شاء ضمن البائع نصف الخمر لانه يتبين أن البيع في هذا النصف كان باطلا والخمر تكون مضمونة للكافر على المسلم وقد تغير المقبوض في يده حين تخلت فان شاء رضي بالتغير وبأخذ نصف الخل وان شاء ضمنه نصف قيمه الخمر وفي النصف الذي لم يستحق يتخير لبعض الملك فان فسخ العقد كانت الخمر بعينها تخير بين أن يأخذ بنصف الخل وبين أن يرجع بنصف قيمة الخمر للتغير في ضمان البائع وان كان الخمر بغير عينها فاذا فسخ العقد رجع بنصف قيمة الخمر لا غير لان العقد ما يتناول هذا العين وعند الفسخ انما يرجع بما يتناول العقد فلهذا يرجع بنصف قيمة الخمر فان كان البائع قد استهلك الخل في المعين له أن يرجع عليه بمثله لان الخل من ذوات الامثال وان لم يقدر علي مثله فالرجوع بقيمته وهو على التخيير الذي بينا واذا باع الذمي كنية أو ببيعة أو بيت نار فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانهم أعدوا هذه البقعة للمعصية فلا تزول عن ملكهم بذلك وجواز البيع فيها كجوازه في دارهم بخلاف المساجد في حق المسلمين فالمسجد يتجرد عن حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا وهذا لان صيرورة البقعة لله تعالى يجعلها مدة لطاعة الله تعالى فيها لا للشرك والمعصية (قال وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء) لان عين الطريق مملوك لصاحبه وصاحب الطريق شريك في حقوق المبيع فاما صاحب المسيل له حق سيل الماء في ملك الغير ولا شيء له من ملك ذلك الموضع والشفعة لا تستحق بمثله كجار السكنى وصاحب المسيل باعتبار ما يملكه جار لا تصار ملكه بالدار المبيعة والشريك في حقوق المبيع مقدم على الجار وكذلك صاحب العلو والسفل اذا لم يكن طريقه في الدار فكل واحد منهما جار لصاحبه بمنزلة بيتين متجاورين على الارض وقد تقدم بيان الكلام في استحقاق العلو بالشفعة وصاحب الجذع في حائط من حيطان الدار أو الهوادي بمنزلة الدار لانه في معنى المستعير بوضع الهوادي على ملك الغير فلا تستحق الشفعة باعتباره وقد بينا الفرق بينه وبين الشريك في أصل الحائط فان الشريك في أصل الحائط شركته في نفس المبيع فهو أولى من الشريك في الطريق لان شركته في حقوق المبيع واذا اشترى مسلم من مسلم أرض عشر ولها شفعاء ثلاثة مسلم وذمي وثعلبي فاخذوها جميعا بالشفعة فعلى

المسلم العشر في حصته ويضاعف على الثعالي العشر ويؤخذ من الذمي الخراج في حصته عند أبي حنيفة بمنزلة ما لو اشترى كل واحد منهم مقدار نصيبه ابتداء وهذا على ما بينا على ما تقدم بيانه في كتاب الزكاة أن الذمي إذا اشترى أرض عشر فأنها تصير خراجية عند أبي حنيفة ولكن هذا إذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسداً أو كان شفيعها سلماً فأخذها بالشفعة فهي عشرية كما كانت فاما إذا انقطع حق المسلم عنها فأنها تكون خراجية وفي الكتاب يقول سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع حتى إذا وجد بها عيب ليس له أن يردّها وفي غير هذا الموضع ذكر أنه ان وضع عليها الخراج فليس له أن يردّها بالعيب لأن الخراج في الأرض عيب وإنما يتقرر فيها بالوضع فاذا وضع فهذا عيب حدث فيها في يد كما انقطع المشتري إذا لم يوضع عليها الخراج فله أن يردّها بالعيب وتكون عشرية كما كانت فاما في هذه الرواية كما انقطع حق المسلم عنها صارت خراجية لأن الأراضي في دار الاسلام اما أن تكون عشرية أو خراجية وهي في ملك الكافر لا تكون عشرية فتكون خراجية سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع فليس له أن يردّها ولكن يرجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا كان البيع فاسداً أو كان لمسلم فيها شفعة لأنها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالمالك في بعض الفصول وإذا اشترى الرجل أرضاً أو داراً فوجد فيها حائطاً واهياً أو جندعاً منكسراً أو تخلّة منكسرة أو عيباً ينقص الثمن فردّها كان الشفيع على شفيعته لأن أصل البيع كان صحيحاً واستحقاق الشفعة به وقد بينا أن بقاء المبيع ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى أن البيع قد يفسخ بأخذ الشفيع وهو ما إذا أخذوها من يد البائع وقال أبو يوسف إذا اشترى الذمي أرض عشر فعليه العشر مضاعفاً وإن وجد بها عيباً ردها لأن التضعيف فيها ليس بلازم ألا ترى أنه لو باعها من مسلم عادت إلى عشر واحد بمنزلة الثعالي يشتري سائمة فالتضعيف لا يكون لازماً فيها وإذا كان بالرد يعود إلى عشر واحد كما كان لا يمتنع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت إلى عشر واحد بخلاف قول أبي حنيفة في الخراج فإن صفة الخراج في الأرض تلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فإذا باع المرتد داراً فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يلزمه فيه الشفعة في قول أبي حنيفة بخلاف ما إذا اشترى المرتد داراً لأن توقف العقد عنده لحق المرتد فإذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة وإذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للمشتري فتجب الشفعة فيه

لشفيح سواء نقض البيع أو تم وان أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيح فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه ولو كان اسلامه بعد ملحق بدار الحرب وبمقدسة ماله لم يكن للشفيح فيها شفعة لان انتقاض البيع تأكد بقضاء القاضي وعند أبي يوسف ومحمد يبيح جائز وللشفيح فيها الشفعة أسلم أو لحق بدار الحرب واذا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيها وقتل في رده أو مات أو لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها له ولا لورثته لان لحاقه كوته والشفعة لا تورث ولو كانت امرأة مرتدة وجبت لها الشفعة فاجت بدار الحرب بطلت شفعتها لان لحاقها كوتها من حيث أنه لا تستحق نفسها بالحاق حتى يسرق وان كانت لا تقبل وان كانت المرتدة بالغة للدار فللشفيح الشفعة لان بيعها صحيح لازم أسلمت أو ماتت وان كان الشفيح مرتدا أو مرتدة فسلم الشفعة جاز أما في المرتدة فظاهر ولا المرتد لا فائدة في توقف تسليم الشفعة لانه ان أسلم فتسليمه صحيح وان مات فالشفعة في تورث وانما يوقف من تصرفاته ما يكون في توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب أخذ الدار بالشفعة لم يقض له القاضي بذلك الا أن يسلم لان هذا منه اصرار على الردة إلا أن يقضى له بالشفعة وليس للامام أن يقره على الردة في شيء من الاوقات ثم القضاء بالشفعة لدفع الضرر عن الشفيح والمرتد يلحق به كل ضرر فلا يشتغل القاضي بدفع الضرر عنه مالم يسلم فان أبطال القاضي شفيعه ثم أسلم فلا شفعة له لان الابطال من القاضي صحيح على وجه الاضرار به وحرمانه الرفق الشرعي فيكون ذلك لتسليمه بنفسه أو أقوى منه وان وقفه القاضي حتى ينظر ثم أسلم فهو على شفيعته لان القاضي لم يبطل حقه وانما امتنع من القضاء له بها فاذا أسلم فهو على حقه وهذا اذا كان طلب الشفعة حين علم بالشراء فان لم يكن طلب الى أن أسلم فلا شفعة له لتركه طلب الموائبة بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت الدار قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لان الملك لهم في الميراث من حين لحق المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في ذلك الوقت حتى أن من مات من ورثته بعد لحاقه يكون نصيبه ميراثا عنه ومن أسلم من أولاده بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفا أن الميراث له من حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة المستغرقة بالدين اذا بيعت دار بجنب دار منها ثم سقط الدين كان للوارث فيها الشفعة واذا اشترى المرتد دارا من مسلم أو ذمى بخمر فالبيع باطل ولا شفعة فيها لان المرتد مجبر على العود الى الاسلام

فهو في التصرف في الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر في الخمر باعتبار البناء على اعتقاده
والمرتد غير مقرر على ما اعتقده فلا ينفذ تصرفه فيها والحربي المستأمن في وجوب الشفعة له
وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم
المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى المستأمن من دار
الحرب أو لحق بدار الحرب فالشفيع على شفيعته متى لحقه بدار الحرب لان لحاقه بدار الحرب
كموته وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع فان كان وكل بالدار من يحفظها ويقوم
عليها فلا خصومة بينه وبين الشفيع لانه أمين فيها والأمين لا يكون خصما لمن يدعى حقا
في الامانة كما لا يكون خصما لمن يدعى رقبته واذا اشترى المسلم في دار الحرب دارا وشفيعها
مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام
وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب ولان المشتري مستول عليها واستيلاؤه على ملك المسلم
في دار الحرب يزيل ملك المسلم فعلى حقه أولى أن يكون مبطلا حق المسلم واذا اشترى المسلم
في دار الاسلام دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحق بدار الحرب بطات شفيعته لان لحوقه
بدار الحرب كموته كمن هو من أهل دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت
وبموته تبطل شفيعته علم بالشراء أو لم يعلم ولان تباين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق
المتأكدة ما هو أقوى من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشتري مستول على الدار ولو استولى على
ملك الحربي بطل به ملكه فلأن يبطل به حقه أولى واذا اشترى الحربي المستأمن دارا
وشفيعها حربي مستأمن فالحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع
بدار الحرب كموته فيما هو في دار الاسلام وان كان المشتري مع الشفيع في دار الحرب فان
كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفيعته اذا علم لان المسلم والذمي من
أهل دار الاسلام فدخوله دار الحرب غيبة منه وغيبة الشفيع لا تبطل شفيعته اذا لم يكن عالما
بها فان دخل وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفيعته لتركه الطلب بعدما تمكن منه لا
لدخوله دار الحرب واذا بطلت الشفعة ثم عرض له سفر الى دار الحرب أو الى غيرها فهو على
شفيعته اذا كان على طلبه لان حقه قد تقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل
فان كان المشتري أخره مدة معلومة فهو على شفيعته عندهم جميعا لان عند محمد بن ميمون شهر
انما تبطل شفيعته لدفع الضرر عن المشتري فاذا كان هو الذي أخره فقد رضى بهذا الضرر

وان كان الشفيع حربيا مستأمناً فوكل بطاب الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له كما لو مات بعد التوكيل بطاب الشفعة وان كان الشفيع مسلماً أو ذمياً فوكل مستأمناً من أهل الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع علي شفيعته لان لحاق الوكيل بدار الحرب كوته وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه والله أعلم

باب الشفعة في الصلح

قال رحمه الله واذا ادعى الرجل في دار دعوى من ميراث أو غيره فصالحه بمض أهل الدار علي صلح علي أن جعل ذلك له خاصة فطلب بقية أهل الدار بالشفعة فان كان الصلح علي اقرار فاهم الشفعة في ذلك لان المعطى في المال متملك في نصيب المدعي بما أعطى من العوضين فهو كما لو تملكه بالشراء فتجب عليه الشفعة فيه للشركاء وان كان الصلح علي الانكار فلا شفعة فيه لان في زعم المعطى للمال أنه رشاه ليدفع عنه أذاه ولم يملك عليه شيئاً من الدار بهذا الصلح وفيما في يده يبنى الحكم علي زعمه وهو بالاقدم علي الصلح لا يصير مقراً بثبوت الملك للمدعي في المدعي ولو صالحه بغير اقرار سئل المصالح بينة علي دعوى الذي صالحه فان أقامها فالثابت بالبينة كالثابت بالاقرار فيأخذ المعطى للمال نصيب المدعي ويكون للشركاء أن يطلبوا بمحضتهم من الشفعة وهذا لان المعطى للمال يقوم مقام المدعي وقد كان المدعي متمكناً من اثبات نصيبه بالبينة فالمعطى للمال يتمكن من ذلك أيضاً ولو صالحه علي سكنى دار له أخرى سنين مساهة لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان المصالح عليه منفعة والدار المملوكة عوضاً عن المنفعة بلفظ الشراء لا تستحق بالشفعة فلفظ الصلح أولى وهذا لما بينا أن الشفعة لا تجب إلا بمعاوضة مال بمال مطلقاً والمنفعة ليست بمال مطلقاً واذا ادعى حقا في دار فصالحه منه علي دار فالشفيع فيها الشفعة لان في زعم المدعي أنه يملك هذه الدار عوضاً عن ملكه في الدار الأخرى بالصلح والصلح علي الانكار مبني علي زعم المدعي في حقه فالشفيع فيها الشفعة بقيمة حقه في الدار الأخرى والقول فيه قول المصالح الذي أخذ الدار بمنزلة ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فان القول في ذلك قول المشتري ولو كان ادعي دينا أو ودية أو خراجة خطأ فصالحه علي دار أو حائط من دار فالشفيع فيها الشفعة باعتبار البناء علي زعم المدعي واذا صالح من سكنى دار أو وصى له بها أو من خدمة عبد علي بيت فلا شفعة

فيه لان أصل المدعى لم يكن مالا فهو كما لو صالح عن القصاص على البيت واذا ادعى على رجل مالا فصالحه على أن يضع جذوعه على حائطه أو يكون له موضعها أبدا وسنين معلومة ففي القياس هذا جائز لان ما وقع عليه الصلح معلوم عينا كان أو منفعة ولكن ترك هذا القياس فقال الصلح باطل ولا شفعة للشفيع فيها لان المصالح عليه ليس برقبة الحائط ولا منفعة معلومة فالضرر على الحائط يختلف باختلاف الجذوع في اللفظ والدقة في مدة المنفعة لا تستحق بالاجارة فان استتجار الحائط مدة معلومة أو أبدا لوضع الجذوع عليه لا يجوز فكذلك اذا وقع الصلح عليه أرايت لو صالحه على أن يضع عليها هو ادى أو على أن يضع جذعاه في حائط أ كان يكون فيه الشفعة لا شفعة في شيء من ذلك وكذلك لو صالحه على أن يصرف مسيل مائه الى دار لم يكن لجار الدار أن يأخذ مسيل مائه بالشفعة لانه ما ملكه بالصلح شيئا من العين وانما أثبت له حق مسيل الماء في ملكه وذلك لا يستحق بمقد مقصود ولهذا لا يجوز استتجاره فلا يكون للشفيع فيها الشفعة وفي الكتاب أشار الى حرف آخر قال ألا تري أن المسيل لا يحول عن حاله ولو أخذها الشفيع بالشفعة لم يستفد به شيئا لانه لا يستطيع أن يسيل فيه ما أراد فانه لا يسيل فيه الا من حيث وجب أول مرة وقد كان ينبغي في القياس أن يأخذه بالشفعة ولكننا نقول تركنا القياس وأبطلنا الصلح والشفعة لما قلنا ولو صالحه على طريق محدود معروف في دار كان للجار الملاصق أن يأخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الماء لان عين الطريق تملك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون شريكا بوضع الجذوع في الحائط والهواذى ومسيل الماء والقياس في الكل سواء وعلى معنى الاستحسان قد أوضحنا الفرق بينهما واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم فصالحه منها على دار بعد الاقرار أو الانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء فرد الدار عليه بحكم أو بغير حكم فلا شفعة فيها لان ما وجب له من الشفعة بالصلح قد أبطله بالتسليم والرد بهذا التصديق ليس بعقد فلا تتجدد به الشفعة كما لو تصادقا على أن البيع كان تلجئة بينهما أورهننا بما لم يرد سلم الشفيع الشفعة وان لم يكن الشفيع سلم الشفعة فله أن يأخذها ولا يصدقان على ابطال حقه إلا على قول زفر وهو رواية عن أبي يوسف وأصله فيما لو تصادقا فان البيع كان تلجئة أو بخيار البائت ففسخ البيع وجه قول زفر أنها ينكران وجب الشفعة للشفيع وانما يستحق الشفيع الشفعة عليهما فاذا أنكره كان القول في ذلك قولهما كما لو أنكر البيع

ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار الظاهر على وجه لا يمكن ابطاله فتصادقا عما يكون معتبرا في حقهما ولا يكون معتبرا في ابطال حق الشفيع ولو كان باعه بالمال المدعي دارا ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يرد الدار على البائع ولكن المشتري يضمن له الثمن لأن البيع لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينافي الذمة بخلاف الصالح الا انه كان بيع المقاصة به فاذا تصادقا على أن لا دين لم تقع المقاصة فبقي الثمن للبائع على المشتري والشفيع على شفيعته ان لم يكن سامها وهذا ظاهر لان البيع لم يبطل بهذا التصادق هنا وفي الأول بطل الصالح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفيعته فهنا أولى والله أعلم

باب شفعة اللقيط

(قال رحمه الله وایس للمتقط أن يطالب بشفعة واجبة للقيط) لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وليس له عليه ولاية الشراء إلا أن يكون القاضى جعله قیما له في البيع والشراء فيكون بمنزلة الوصى حينئذ في طلب الشفعة ولو كبل اليتيم وتسليمه وان اشترى المتقط للقيط دارا بماله فللشفيع فيها الشفعة لان شراء المتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما أدى فيه من مال المتقط. فان أدرك اللقيط فلا سبيل له على الدار الا أن يكون شفيعها بدار أخرى له فيأخذها بالشفعة حينئذ فان كان المتقط اشترى الدار بعين من أعيان مال اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها لفساد شراؤه والاشهاد على المتقط في الحائط المائل للقيط باطل لانه غير متمكن من الهدم وان أشهد على اللقيط بعد ما أدرك فلم يهدمه حتى سقط. وأصاب إنسانا فان ذلك على بيت المال لان عاقلة بيت المال كما في جنايته بيده وان لم يسقط. حتى أخذ الشفيع منه الدار بالشفعة ثم سقط فلا ضمان على أحد لان تمكنه من الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان أخذ الشفيع نصف الدار بان كان اللقيط معه شفيعا في هذه الدار فيحكم الاشهاد يبطل في النصف دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله أعلم

باب الشفعة في البناء وغيره

قال (رحمه الله واذا اشترى الرجل دارا بالف درهم ثم اختلف الشفيع والمشتري فقال المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري) لان نكارة الشراء في البناء

ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك في البناء وان أقام البيئتين فالبيئتين بينة الشفيع لانه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشراء ولان الشفيع يثبت اقرار المشتري بانه اشترى البناء وذلك إكذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في شجر الارض ولكن انما يقبل قول المشتري اذا كان محتملا حتى اذا قال أحدثت فيها هذه الاشجار أمس لم يصدق على ذلك لان كل أحد يعلم أنه كاذب فيما يقول وكذلك فيما أشبهه من البناء وغيره وان قال اشتريتها منذ عشر سنين وأحدثت فيها هذا فالقول قوله لان خبره محتمل وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم أنه أحدثه ولا قول للبائع في شيء من ذلك لانه بالتسليم خرج من الوسط والتحق بأجنبي آخر وان قال المشتري اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أو قال الشفيع اشتريتها معا ففي القياس القول للمشتري اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أو قال اشتريت الارض بغير بناء بخمسمائة ثم اشتريت البناء بعد ذلك فلا شفعة لك في البناء وقال الشفيع اشتريتها معا ففي القياس القول قول المشتري لانه ينكر ثبوت حق الشفيع في البناء ألا ترى أنه لو قال وهب لي البناء واشتريت الارض كان القول في ذلك قوله فكذلك هنا ولكنه استحسن فقال القول قول الشفيع هنا لان المشتري أقربا لسبب الميث لحق الشفيع في الارض والبناء وهو الشراء ثم ادعى تفريق الصفقة ليسقط به حقه في البناء وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله في ذلك ولكن القول قول الشفيع لانكاره ولا قول للبائع في شيء من ذلك فاما في الهبة هو لم يقر بالسبب الميث لحق الشفيع في السائل الشفيع يدعي ذلك وهو منكر فالقول قوله ويأخذ الشفيع الأرض بغير بناء وان قال البائع لم أهب لك البناء فالقول قوله مع يمينه ويأخذ بناءه وان قال قد وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال الجار اشتريت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا فان أقام جميعا البيئتين فعلى قول أبي يوسف البيئتين بينة المشتري لانه هو المحتاج اليها لاثبات تفريق الصفقة وانبات شيء بخلاف الظاهر وعند محمد البيئتين بينة الشفيع لانه يثبت استحقاق جميع الدار ولانا نجعل كأن الأمرين كانا اذ لاتنافية بينهما ولو اشترى النصف ثم النصف ثم اشترى الكل أو على عكس ذلك كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة فكذلك هنا وان ادعى المشتري أنه اشترى جميع ذلك معا وادعى الشفيع أنه اشتراه متفرقا فالقول قول المشتري لانكاره تفريق الصفقة وانكاره

ما دعى الشفيع من ثبوت حق الاخذ له في النصف دون النصف فان قال المشتري وهب لي
 هذا البيت بطريقه الى باب لدار وباعني ما بقى من الدار بألف درهم وقال الشفيع بل اشتريت
 الدار كلها بألف درهم فالقول قول المشتري في البيت لانكاره سبب ثبوت حق الشفيع فيه
 ويأخذ الشفيع الدار كلها غير البيت وطريقها ان شاء لان المشتري أقر بوجود السبب الموجب
 لحق الشفيع فيما سوى البيت وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة في الطريق فلا يثبت ما
 ادعاه بغير حجة فلهذا كان للشفيع أن يأخذ ما سوى البيت وان جحد البائع هبة البيت فالقول
 قوله مع يمينه وان أقربها فالبيت للموهوب له ولكن لا يصدق ان علي ابطال شفعة الشفيع في سائر
 الدار لان شركته في الطريق سابقا على الشراء لا يظهر بقولهما حق الشفيع الا أن تقوم البينة
 على الهبة قبل الشراء فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيصير هو أولى بالدار من
 الجار ولو ادعى الشفيع أن المشتري هدم طائفة من بناء الدار وكذبه المشتري فالقول قول
 المشتري لان الشفيع يدعى سببا مسقطا لبعض الثمن عنه بعد أخذه الدار والمشتري منكر
 لذلك والبينة بينة الشفيع لانه يثبت بينته سقوط بعض الثمن عنه ورجل أقام البينة أنه اشترى
 هذه الدار من فلان بألف درهم وأقام آخر البينة أنه اشترى منه هذا البيت بطريقه بمائة درهم
 منذ شهر قضيت بالبيت لصاحب الشهر لان الشراء حادث وانما يحال بشراؤه بمحدونه على
 أقرب الاوقات مالم يصرح بالشهود بسبق التاريخ وقد صرح به شهود صاحب البيت فيقضى
 له بالبيت لتقدم عقده فيه ثم له الشفعة فيما بقى من الدار لان شركته في الطريق ثبتت قبل ثبوت
 شراء الآخر فيما بقى من الدار فهو مقدم على الجار ولو لم يوقت شهود صاحب البيت قضيت
 بالبيت بينهما نصفين لاستواء الدعوى والحجة منهما في البيت وقضيت ببقية الدار للذي أقام
 البينة على أنه اشترى كلها لانه أثبت شراءه بالبينة ولا مزاحم له في بقية الدار ولا شفعة
 لواحد منهما قبل صاحبه لانه لم يثبت سبق شراء أحدهما وكلا الامرين ظهرا ولا يعرف تاريخ
 بينهما فيجمل كأنهما وقعا معا ولو كانت الداران متلازمتين فاقام رجل البينة أنه اشترى أحدهما
 منذ شهر بألف درهم وأقام آخر البينة أنه اشترى الآخر منذ شهرين قضيت له بشراء هذه
 الدار منذ شهرين فمن وقت شهوده جعلت له الشفعة في الدار الأخرى لانه يثبت جواره سابقا
 على بيع الدار الأخرى ولو لم يوقتا قضيت لكل واحد منهما بداره ولم أقض بالشفعة له لانه لما
 لم يثبت تاريخ في الشرائين يجمل كأنهما وقعا معا وكذلك لو كان أحدهما قبض الدار ولم يقبض

الا آخر لان القبض يصاح حجة لدفع الاستحقاق اذا زاحمه غيره فيما هو في يده ولا يكون
 حجة لاثبات الاستحقاق في الدار الأخرى ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر قضيت
 لصاحب الوقت بالشفعة لان شراء الآخر حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات
 وكذلك لو ادعى هبة مقبوضة موقوفة فالهبة مع القبض في افادة الملك كالشراء واذا كان
 درب غير نافذ وفيه دور لقوم فباع رجل من ارباب تلك الدور بيتا شارعا في السكة العظمى
 ولا طريق له في الدار فلا أصحاب الدرب أن يأخذوا البيت بالشفعة لشركتهم في الطريق فان
 سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لاهل الدرب فيه لانه لا طريق للبيت
 في الدرب فبالبيع الاول قد انقطعت شركة الطريق لصاحب البيت مع أصحاب الدرب وانما
 الشفعة في البيت للجار الملاصق وكذلك لو باع قطعة من الدار بغير طريق لها فلم الشفعة لقيام
 شركتهم في الطريق وقت البيع فان سلموها ثم باع المشتري فلا شفعة فيها الا لمن يجاورها
 لانقطاع الشركة في الطريق عند البيع الثاني واذا كان الدرب غير نافذ وفي أقصاه مسجد
 خطبة وباب المسجد في الدرب وظهر المسجد وجانبه الآخر الى الطريق الأعظم فباع رجل
 من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب فيها الا لمن يجاورها بالجوار لان المسجد بمنزلة
 الطريق النافذ ألا ترى ان موضع المسجد ليس بمملوك لاهل الدرب وان أهل الطريق الأعظم
 لو أرادوا أن يكون لهذا المسجد باب الى الطريق الأعظم ليدخلوه للصلاة كان لهم ذلك اذا لم
 يضر ذلك بأهل الدرب ولهم أن يدخلوا في ذلك الدرب ليصلوا في المسجد ثم يخرجوا من
 جانب الطريق الأعظم فعرفنا أنه بمنزلة الطريق الأعظم النافذ فلا تستحق الشفعة إلا بالجوار
 وعلى هذا حكم السكك التي في أقصاها الوادي المجتاز ولو كان حول المسجد دور يحول بينه وبين
 الطريق الأعظم كان لاهل الدرب الشفعة بالشركة لان المسجد الآن ليس بطريق نافذ إلا
 ترى أنه لو رفع بناء المسجد لم يضر الطويق ناقدًا بخلاف الاول فانه لو رفع بناء المسجد صار
 الدرب طريقًا نافذًا الى الطريق الأعظم وفي الموضعين جميعًا يحمل المسجد بمنزلة فناء ولو كان
 في أقصى الدرب باب نافذ الى السكة العظمى كان ذلك طريقًا نافذًا وان كان الفناء الى دور
 قوم لم تكن سكة نافذة ولو كان موضع المسجد دارا فيها طريق الى الدرب يخرج من باب
 آخر منها الى الطريق الأعظم فان كان طريقًا للناس ليس لاهل الدرب أن يمنعوه فلا شفعة
 لاهل الدرب الا بالجواز وان كان طريقًا لاهل الدار خاصة فأهل الدار شفعاء بالشركة

في الطريق لان الطريق الذي لهم خاصة ملك لهم وان أرادوا سده لم يكن لاحد أن يمنعهم من ذلك وفي الأول الطريق للعامه ولو أراد أهل الدرب سده ممنوعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة في الطريق وان كان درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارا وظهرها الى الطريق الاعظم فاتخذوها مسجدا وجعلوا بابه في الدرب ولم يجعلوا له الى الطريق الاعظم بابا أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره فلاهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بناء المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم في الطريق بخلاف مسجد الخطبة فذلك الموضع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلى لجماعة المسلمين فيمنع ذلك ثبوت الشركة الخاصة لهم في الدرب وهذا لان صاحب هذا الموضع قبل بناء المسجد كان شريكا في الطريق شركة خاصة فبناء المسجد لا يغير ما كان من الحق في الطريق لهذا الموضع بخلاف مسجد الخطبة واذا اشترى دارا هو شفيعها ولها شفيع آخر غائب ثم ان المشتري تصدق بيت منها وطريقه على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقي ثم قدم الشفيع الغائب فطلب الشفعة فانه تنتقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الأول لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فباعبار حقه يتمكن من نقض تصرف المشتري وحقه في النصف لان المشتري شفيع معه فاذا أخذ نصف جميع الدار بالشفعة كان النصف الباقي للمشتري الاول بمنزلة دار بين رجلين باع أحدهما منها موصفا مقسوما أو وهب لم يجز ذلك لما في تصرفه من الضرر على الشريك فانه يحتاج الى قسمتين وربما يتفرق نصيبه في موضعين وان لم يخاصم حين باع ما بقي من الدار من المشتري الاول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعها صفقة واحدة يجوز البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الاول والثاني باطل لدفع الضرر عن الشريك على ما بينا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حائط على أن يقلعه ويسلمه فالبيع باطل لما على البائع من الضرر في التسليم فان سلمه للمشتري جاز البيع لزوال المانع فكذلك البيع الاول في المشترك لم يجز لدفع الضرر عن الشريك فاذا باع ما بقي من المشتري الاول فقد زال ذلك المعنى واذا كانت دار الرجل الى جنبها دار فتصدق بالحائط الذي يلي دار جاره على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقي من الدار فلاشفعة فيها للجار لان ملكه غير متصل بالمبيع فالحائط الموهوب حائل بين المبيع وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حائطا باصه كان للشفيع فيه الشفعة لان ملكه متصل

الشفعة لأصحاب السكتين جميعا للشركة الخاصة بينهم في طريق السكة الاولى واختصاص أصحاب السكة الاولى بالطريق في السكة الاقصى واذا أقر البائع ببيع داره من هذا الرجل وأنه قد قبض منه ثمنها أو لم يقبض الثمن فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من البائع لأقراره بثبوت حق الشفيع وان قال بعثها منه وسلمتها اليه ثم أودعتها فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه أقر بثبوت حق الشفيع فان كان خصما له ثم ادعى بعد ذلك ما يخرج منه من الخصومة وهو التسليم ثم الابداع فلا يقبل قوله فيما ادعى وللشفيع أن يأخذها وان جحد المشتري اشراء وان كان أقر أنه باعها من رجل غائب بألف درهم فلا خصومة بين الشفيع وبينه حتى يحضر المشتري لان الشفيع مصدق فيما أقر له به والدار وان كانت في يد البائع فهي مملوكة للمشتري فلا يأخذها الشفيع الا بمحض منها رجل ادعى أنه باع من هذه الارض خمسين جرينا من رجل فلم يدع الشفيع الشفعة ثم خصم فيها الى القاضي فابطل شفيعته لتركة الطاب ثم اختصم البائع والمشتري في مقدار المبيع وقضى القاضي بينهما بالبينة ثم ادعى الشفيع شفيعته قال ان وقع القضاء على ما كان بلغ الشفيع أو أقل منه فلا شفعة له وان وقع على أكثر منه فله الشفعة لان تسليمه الشفعة خمسين جرينا بالثمن الذي بلغه تسليم فيما دون ذلك بطريق الأولى ولا يكون تسليما في أكثر من ذلك فقد يرغب الانسان في الاخذ عند الكثرة بما لا يرغب فيه عند القلة واذا اشترى قوم أرضا فاقسموها دورا وتركوا منها سكة ممشى لهم وهي سكة ممدودة غير نافذة فبيعت دار من أقصاها فهم جميعا شركاء في شفعتها للشركة الخاصة بينهم في الطريق الذي رفعوه بينهم ومن كانت داره أسفل من الدار المبيعة أو أعلى في الشفعة هنا سواء لان شركتهم في الطريق من أول السكة الى آخرها وليس لبعضهم أن يمنع البعض من الانتفاع بشيء من السكة فهذا كانوا في الشفعة سواء وكذلك ان كانوا ورثوا الدور عن آبائهم ولا يعرفون كيف كان أصلها فهذا والاول سواء لانهم شركاء في الفناء وهو الطريق الذي في السكة فيستوون في استحقاق الشفعة قال في انكتاب والشريك في الفناء أحق من الجار فان كان مراده فناء مملوكا لهم ملكا خاصا فهو ظاهر وان كان المراد فناء غير مملوك فع ذلك هم أخص بالانتفاع بذلك الفناء ولهم أن يمنعوا غيرهم من الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم في استحقاق الشفعة رجل باع دارا فرضي الشفيع ثم جاء يدعى انه لم يعلم ان حدها الى موضع كذا أو ظن انها أبعد أو أقرب

ويدعى شفته حين علم فلا شفة له علم أو لم يعلم لانه أسقط حقه بعد الوجوب وجهه بوجوب حقه لا يمنع صحة تسليمه فجعله بمقدار حقه أولى * رجل أقام البيعة أنه اشترى من رجل كل حق هو له في هذه الدار فان كان المشتري يعلم كم نصيب البائع من الدار جاز البيع علم البائع أو لم يعلم الا في رواية عن أبي حنيفة قال ما لم يعلم جميعا كم نصيب البائع لا يجوز البيع لان البيع مشروع للاسترباح وجهل البائع بمقدار نصيبه ربما يفوت مقصوده من البيع كجهل المشتري وفي ظاهر الرواية قال انه ترى يملك بالشراء فلا بد من أن يعلم بمقدار ما يملكه لانه يحتاج الى القبض فاذا لم يكن معلوما له لا يمكن من القبض وأما البائع انما يملك الثمن ويقبض بحكم العقد الثمن ومقداره معلوم له فلا يضر جهله بمقدار نصيبه الا ترى ان عدم الرؤية من المشتري يثبت الخيار له ومن البائع لا يثبت الخيار له وان لم يعلم المشتري كم نصيب البائع وعلم البائع ذلك أو لم يعلم فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة جائز في قول أبي يوسف والمشتري بالخيار اذا علم وقول محمد مضطرب فيه ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة وجه قوله قول أبي يوسف ان انعقاد البيع يكون المبيع مالا متقوما وهما يعلمان أن نصيب البائع من الدار مال متقوم قل ذلك أو كتر فيجزى البيع بوضوحه أن قلة نصيبه وكثرته يؤثر في الشفعة من حيث الشفعة والجهل باوصاف المبيع لا يمنع صحة البيع ولا يثبت الخيار للمشتري اذا علم به ويجب للشفيع فيه الشفعة وجه قول أبي حنيفة أن هذه جهالة تفضي الى تمكن المنازعة بينهما أما في الحال ان احتاج المشتري الى قبض المبيع أو في ثاني الحال ان تقابلا البيع أو رده بالعيب أو أخذه الشفيع والجهالة في المعقود عليه اذا كانت تفضي الى المنازعة تمنع صحة العقد كبيع شاة من القطيع واذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله أن يردّها بخيار الرؤية وبخيار العيب على من أخذها منه وان كان المشتري قد رآها ويبرأ من عيوبها عند الشراء لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والمشتري لم يكن نائبا عن الشفيع فروبته ورضاه بالعيب لا تعتبر في حق الشفيع واذا بنى الشفيع في الدار ثم استحققت من مدة رجوع الشفيع بالثمن على من كانت عهده عليه ولم يرجع بقيمة البناء بخلاف المشتري اذا بنى ثم استحققت الدار ونقض بناؤه فانه يرجع بقيمة البناء على البائع لان المشتري مفرور بالبائع أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة من عيب الاستحقاق فاذا ظهر الاستحقاق كان له أن يرجع على البائع بحكم الفرور فاما الشفيع لم يصر يروا من جهة أحد لانه أجبر

المأخوذ منه على تسليم الدار اليه فلا يصير مغرورا يوضح الفرق أن البائع بإيجاب البيع مسلط للمشتري على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شيء بل هو مجبر على تسليمها اليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم بناءه وينقله الى حيث أحب ونظير هذا الفرق من اشترى جارية واستولدها ثم استحقت فالمشتري يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور وبمثله الجارية المأسورة اذا وقعت في سهم رجل فاخذها مولاهما بالقيمة واستولدها ثم أقام رجل اليئة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر ردت عليه لان المدبرة لا تملك بالاحراز فيضمن الواطيء عقرها وقيمة الولد لانه وطئها بشبهة ثم يرجع على الذي وقع في سهمه بالقيمة التي أعطاهما إياها ولا يرجع بالمقر ولا بقيمة الولد لانه لم يصير مغرورا من جهته فقد كان من وقعت في سهمه مجبرا على تسليمها اليه بالقيمة والغرور ينعدم بهذا ويعوض الذي كانت وقعت في سهمه قيمتها من بيت المال لان نصيبه من القسمة استحق فيثبت له حق الرجوع على شركائه ويتعذر ذلك عليها لتصرفهم فيعوض له من بيت المال لانه لو تعدت قسمة شيء بين الغانمين كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك اذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت المال لان الغرم بمقابلة الغرم وان لم يشهد شهود المدعى بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل لان المشركين ملكوها بالاحراز وقد ملكها من وقعت في سهمه ثم تسليمها بالقيمة الى المدعى بمنزلة البيع المبتدئ فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا السبيل له عليها بخلاف المدبرة فانها لا تملك بالاحراز لثبوت حق العتق لها بالتدبير والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

تم الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط ❦
 ويليهِ الجزء الخامس عشر وأوله كتاب القسمة ❦

﴿ فهرست الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط ﴾ -
﴿ للامام السرخسى الحنفى رحمه الله ﴾

صفحة

٢	كتاب الصرف
٢٣	باب الخيار في الصرف
٢٤	باب البيع بالفلوس
٣٥	باب القرض والصرف فيه
٤١	باب الرهن في الصرف
٤٢	باب الصرف في المعادن و تراب الصوانين
٤٦	باب صرف القاضي
٤٧	باب الاجارة في الصياغة
٥٣	باب الصرف في الوديعة
٥٥	باب الصرف في الوزنيات
٥٦	باب الصرف في دار الحرب
٥٩	باب الصرف بين المولى وعبده
٦٠	باب الوكالة في الصرف
٦٦	باب العيب في الصرف
٧٠	باب الصلح في الصرف
٧٣	باب الصرف في المرض
٧٦	باب الاجارة في عمل التمويه
٩٠	كتاب الشفعة
١٢٠	باب الشهادة في الشفعة
١٢٨	باب الشفعة بالمروض
١٣٢	باب الشفعة في الارضين والانهار

- ١٤٠ باب الشفعة في الهبة
 ١٤٤ باب الخيار في الشفعة
 ١٤٢ باب ما لا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره
 ١٥ باب الشفعة في المريض
 ١٥٤ باب تسليم الشفعة
 ١٦٠ باب شفعة أهل البغي
 ١٦٠ باب الوكالة في الشفعة
 ١٦٨ باب شفعة أهل الكفر
 ١٧٤ باب الشفعة في الصالح
 ١٧٦ باب شفعة اللقيط
 ١٧٦ باب الشفعة في البناء وغيره

﴿ تمت ﴾

