مختصر
المجموع شرح المهذب

الجزء التاسع

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

قال المصنف رحمه الله:

كتاب الأطعمة

[ما يؤكل شيئان: حيوان وغير حيوان. فأما الحيوان فضربان: حيوان البر، وحيوان البحر.

فأما حيوان البر فضربان: طاهر ونجس.

فأما النجس فلا يحل أكله، وهو الكلب والخنزير. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾[2]، والكلب من الخبائث، والدليل عليه قوله ﷺ: «**الكلب خبيث، خبيث ثمنه**».

وأما الطاهر فضربان: طائر ودواب. فأما الدواب فضربان: دواب الإنس، ودواب الوحش. فأما دواب الإنس فإنه يحل منها الأنعام وهي: الإبل والبقر والغنم لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾[4] والأنعام من الطيبات، ولم يزل الناس يأكلونها ويبتغون لحومها في الجاهلية والإسلام.

---

(١) المائدة: ٣.

(٢) الأعراف: ١٥٧.

(٣) المائدة: ١.

(٤) الأعراف: ١٥٧.

وتحل الخيل لما روى جابر رضي الله عنه قال: ذبحنا يوم خيبر من الخيل والبغال والحمير، فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير، ولم ينهنا عن الخيل. ولا تحل البغال والحمير لحديث جابر رضي الله عنه. ولا يحل السنور لما روي أن النبي ﷺ قال: «**الهرة سبع**»، ولأنه يصطاد بالناب ويأكل الجيف، فهو كالأسد].

الشرح: حديث «**الكلب خبيث خبيث ثمنه**» رواه[(١)]، وفي صحيح مسلم عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ قال: «**ثمن الكلب خبيث**»[(٢)]. وأما حديث جابر فصحيح، رواه أبو داود وآخرون بلفظه بأسانيد صحيحة[(٣)]. ورواه البخاري ومسلم في صحيحيهما، ولفظهما، عن جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل»[(٤)]. وأما حديث «**الهرة سبع**» فرواه[(٥)]. وفي سنن البيهقي عن جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن أكل الهرة وأكل ثمنها»[(٦)].

---

(١) بياض بالأصل، وقد بحثت عن الحديث بهذا اللفظ فلم أجده، وإنما روى معناه البيهقي (١/١٩) عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «**ثمن الكلب خبيث وهو أخبث منه**» وفيه يوسف بن خالد السمتي كذبه ابن معين وغيره كما في تهذيب التهذيب (١١/٣٦١).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع (١٠/٢٣٢) بلفظ «**ثمن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث وكسب الحجام خبيث**» وكذا الترمذي (٣/٥٧٤) وأبو داود (٧٠٦ ـ ٣/٧٠٧) فيه.

(٣) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٥١) والنسائي في الصيد (٧/٢٠١) والترمذي في الأطعمة (٤/٢٥٣) وقال: وهذا حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٤٦٤.

(٤) أخرجه البخاري في الذبائح (٩/٦٤٨) ومسلم في الصيد (١٣/٩٥).

(٥) بياض بالأصل، والحديث أخرجه الحاكم في مستدركه (١/١٨٣) من حديث عيسى بن المسيب ثنا أبو زرعة عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «**السنور سبع**» وقال الحاكم: حديث صحيح ولم يخرجاه، وعيسى بن المسيب تفرد عن أبي زرعة إلا أنه صدوق ولم يجرح قط. وتعقبه الذهبي بقوله: قال أبو داود: ضعيف، وقال أبو حاتم: ليس بالقوي.

(٦) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٦١) والترمذي في البيوع (٣/٥٧٨) وقال: حديث غريب، وابن ماجة في الصيد (٢/١٠٨٢) والبيهقي (٩/٣١٧)، والحديث ضعفه الألباني في ضعيف الترمذي برقم ٢١٨، ولكن ورد عن جابر أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب والسنور»، أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٧٧) وضعفه، وكذا أبو داود (٣/٧٥٢) فيه، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٠٢٩.

وأما قول المصنف «**ما يؤكل شيئان**» ففيه تساهل، لأن مقتضى سياقه أن المأكول ينقسم إلى مأكول وغيره، وكأنه أراد بالمأكول ما يمكن أكله لا ما يحل أكله، وكان الأجود أن يقول: الأعيان شيئان: حيوان وغيره، إلى آخر كلامه. وقوله: «طائر ودواب»، هكذا في النسخ طائر، وكان الأحسن أن يقول: طير ودواب، لأن الطير جمع كالدواب، والطائر مفرد كالدابة. وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في لحم الخيل

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حلال لا كراهة فيه، وبه قال أكثر العلماء. وكرهها طائفة منهم: ابن عباس والحكم، ومالك وأبو حنيفة، قال أبو حنيفة: يأثم بأكله ولا يسمى حراماً[1].

واحتج لهم بقوله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾[2] ولم يذكر الأكل منها، وذكر الأكل من الأنعام في الآية التي قبلها. وبحديث خالد بن الوليد قال: «نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمير، وكل ذي ناب من السباع»[3].

واحتج أصحابنا بحديث جابر الذي سبق. وعن جابر أيضاً قال: «سافرنا مع رسول الله ﷺ وكنا نأكل لحوم الخيل ونشرب ألبانها» رواه الدارقطني والبيهقي بإسناد صحيح[4]. وعن أسماء بنت أبي بكر رضي الله

---

(١) وهذا يدل على أن المكروه عند أبي حنيفة يأثم فاعله، وهذا في المكروه كراهة تحريم، والفرق بينه وبين المحرم عند الأحناف: أن المحرم هو ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي، والمكروه تحريماً هو ما ثبت النهي عنه بدليل ظني.

(٢) النحل: ٨.

(٣) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٥١) والنسائي في الضحايا (٧/٢٠٢) وابن ماجه في الذبائح (٢/١٠٦٦)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨١٠.

(٤) أخرجه الدارقطني (٤/٢٨٨) والبيهقي (٩/٣٢٧).

عنها قالت: «أكلنا لحم فرس على عهد النبي ﷺ» رواه البخاري ومسلم[1].

وأما الجواب عن الآية الكريمة التي احتج بها الآخرون، فهو ما أجاب الخطابي وأصحابنا وغيرهم: إن ذكر الركوب والزينة لا يدل على أن منفعتهما مقصورة على ذلك، وإنما خصّ هذان بالذكر لأنهما معظم المقصود من الخيل كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾[2] فذكر اللحم لأنه معظم المقصود، وقد أجمع المسلمون على تحريم شحمه ودمه وسائر أجزائه. قالوا: ولهذا سكت عن حمل الأثقال على الخيل مع قوله تعالى في الأنعام ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ﴾[3] ولم يلزم من هذا تحريم حمل الأثقال على الخيل[4].

وينضم إلى ما ذكرناه في تأويل الآية، ما قدمناه من الأحاديث الصحيحة في إباحة لحم الخيل مع عدم المعارض الصحيح لها.

وأما الحديث الذي احتجوا به، فقد اتفق العلماء من أئمة الحديث وغيرهم على أنه حديث ضعيف، وقال بعضهم: هو منسوخ ـ والله تعالى أعلم.

فرع لحم الحمر الأهلية حرام عندنا، وبه قال جماهير العلماء من السلف والخلف. قال الخطابي[5]: هو قول عامة العلماء، قال: وإنما رويت الرخصة فيه عن ابن عباس، رواه عنه أبو داود في سننه[6] قلت: ورواه عن ابن عباس البخاري في صحيحه[7]. وعند مالك ثلاث روايات في

---

(١) أخرجه البخاري في الصيد (٩/٦٤٨) وكذا مسلم فيه (١٣/٩٦) وابن ماجه في الذبائح (٢/١٠٦٤).
(٢) المائدة: ٣.
(٣) النحل: ٧.
(٤) معالم السنن (٢٤٥ ـ ٤/٢٤٦).
(٥) معالم السنن (٤/٢٥٠).
(٦) أبو داود (١٦١ ـ ٤/١٦٣).
(٧) البخاري في المغازي (٧/٤٨٢) ومسلم في الصيد (١٣/٩٣).

لحمها، أشهرها: أنه مكروه كراهة تنزيه شديدة، والثانية: حرام، والثالثة: مباح.

واحتج لابن عباس بقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً﴾ الآية[1]. وبحديث غالب بن أبجر قال: أصابتنا سَنَة فلم يكن في مالي شيء أطعم أهلي إلا الحمر الأهلية، وقد كان رسول الله ﷺ حرّم لحوم الحمر الأهلية، فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله، أصابتنا السنة ولم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا سمان حمر، وإنك حرمت الحمر الأهلية، فقال: «**أطعم أهلك من سمين حمرك، فإنما حرمتها من أجل جوّال القرية**» رواه أبو داود[2]، ويعني بالجوّال التي تأكل الجلّة وهي العذرة.

ودليل الجمهور في تحريمها، أحاديث صحيحة صريحة منها: حديث جابر المذكور في الكتاب. وحديث أنس «أن النبي ﷺ جاءه جائي فقال: أكلت الحمر، ثم جاءه جائي فقال: أكلت الحمر، ثم جاءه جائي فقال: أفنيت الحمر، فنادى منادي رسول الله ﷺ في الناس: إن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس، فأكفئت القدور وإنها لتفور باللحم» رواه البخاري ومسلم[3]، وفي رواية لمسلم «**رجس من عمل الشيطان**» وفي رواية له «**رجس أو نجس**». والأحاديث في المسألة كثيرة. والله أعلم.

قال البيهقي[4] وغيره: ولو بلغ ابنَ عباس أحاديث النبي ﷺ الصحيحة الصريحة في تحريمها، لم يَصِر إلى غيره.

والجواب عن حديث غالب بن أبجر أنه حديث مضطرب مختلف

---

(١) الأنعام ١٤٥.

(٢) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٦٣)، وقال الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨١٧: ضعيف الإسناد مضطرب.

(٣) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٦٥٣ ـ ٩/٦٥٤) وكذا مسلم فيه (١٣/٩٤).

(٤) البيهقي (٩/٣٣٢).

الإسناد، كثير الاختلاف والاضطراب باتفاق الحفاظ، وممن أوضح اضطرابه الحافظ أبو القاسم بن عساكر في الأطراف، فهو حديث ضعيف. ولو صحّ لحمل على الأكل منها حال الاضطرار، ولأنها قصة عين لاعموم لها فلا حجة فيها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع لحم البغل حرام عندنا، وبه قال جميع الأئمة، إلا ما حكاه أصحابنا عن الحسن البصري أنه أباحه. دليلنا حديث جابر السابق وغيره.

فرع لحم الكلب حرام عندنا، وبه قالت الأئمة بأسرها، إلا رواية عن مالك في الجرد.

فرع السنور الأهلي حرام عندنا، وبه قال جمهور العلماء. وأباحه الليث بن ربيعة. وقال مالك: يكره.

فرع ذبح الحمار والبغل ونحوهما مما لا يؤكل ليدبغ جلده أو ليصطاد على لحمه السنور والعقبان ونحو ذلك حرام عندنا، وجوّزه أبو حنيفة.

حكم دواب الوحش

قال المصنف رحمه الله: [وأما الوحش فإنه يحل منه الظباء والبقر لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾[1]، والظباء والبقر من الطيبات يصطاد ويؤكل. ويحل الحمار الوحشي للآية، ولما روي أن أبا قتادة كان مع قوم محرمين وهو حلال، فسنَحَ لهم حمر وحش فحمل عليها أبو قتادة فعقر منها أتانا فأكلوا منها، قالوا: نأكل من لحم صيد ونحن محرمون، فحملوا ما بقي من لحمها فقال رسول الله ﷺ: «**كلوا ما بقي من لحمها**». ويحل أكل الضبع لقوله عز وجل: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾، قال الشافعي رحمه الله: ما زال الناس يأكلون الضبع ويبيعونه بين الصفا والمروة[2]. وروى جابر أن النبي ﷺ قال: «**الضبع صيد يؤكل، وفيه كبش إذا أصابه المحرم**»].

---

(١) الأعراف: ١٥٧.

(٢) الأم (٢/٢٤٢).

الشرح: حديث أبي قتادة رواه البخاري ومسلم[1]. وحديث جابر صحيح، رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة، قال الترمذي: هو حديث حسن صحيح[2].

وقوله: «**سنح**» هو ـ بسين ونون مخففة مفتوحتين ثم حاء ـ أي عرض. وقوله: «يأكلون الضبع ويبيعونه»، الضمير في يبيعونه يعود إلى لحم الضبع، وإلا فالضبع مؤنثة، وهو ـ بفتح الضاد وضم الباء ـ ويجوز إسكانها، والتثنية ضبعان، والجمع ضباع، والمذكر ضبعان ـ بكسر الضاد وإسكان الباء ـ والجمع ضباعين، كسرحان وسراحين.

أما الأحكام: فدواب الوحش يحل منها الظباء والبقر والحمر والضبع لما ذكره المصنف، وهذا كله متفق عليه، ويحل الوعل بلا خلاف.

فرع الضبع والثعلب مباحان عندنا، وعند أحمد وداود، وحرمهما أبو حنيفة، وقال مالك: يكرهان.

قال المصنف رحمه الله: [ويحل أكل الأرنب لقوله تعالى: ﴿**وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ**﴾[3] والأرنب من الطيبات، ولما روى جابر «أن غلاماً من قومه أصاب أرنباً فذبحها بمروة، فسأل رسول الله ﷺ عن أكلها فأمره أن يأكلها». ويحل اليربوع لقوله تعالى: ﴿**وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ**﴾ واليربوع من الطيبات تصطاده العرب وتأكله، وأوجب فيه عمر رضي الله عنه على المحرم إذا أصابه جَفرة[4]، فدل على أنه صيد مأكول. ويحل أكل الثعلب لقوله تعالى: ﴿**وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ**﴾ والثعلب من الطيبات مستطاب يصطاد،

---

(١) أخرجه البخاري في جزاء الصيد (٤/٢٢) ومسلم في الحج (٨/١٠٧).

(٢) أخرجه الترمذي في الأطعمة (٤/٢٥٢) وقال: هذا حديث حسن صحيح وكذا أبو داود فيه (١٥٨ ـ ٤/١٥٩) وابن ماجه في الصيد (٢/١٠٧٨) وكذا النسائي فيه (٧/٢٠٠)، وزيادة «**وفيه كبش إذا صاده المحرم**» لم ترد إلا عند أبي داود، وصححه الألباني بهذه الزيادة في صحيح أبي داود برقم ٣٢٢٦.

(٣) الأعراف: ١٥٧.

(٤) أخرجه الشافعي في الأم: (٢/٢١٢) ومن طريقه البيهقي (٥/١٨٤).

ولأنه لا يتقوى بنابه فأشبه الأرنب. ويحل أكل ابن عرس والوز لما ذكرناه في الثعلب. ويحل القنفذ لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن القنفذ، فتلا قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ الآية، ولأنه مستطاب لايتقوى بنابه فحلّ أكله كالأرنب. ويحل الضبّ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه أخبره خالد بن الوليد أنه دخل مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة رضي الله عنها، فوجد عندها ضباً محنوذاً، فقدّمت الضب إلى رسول الله ﷺ فرفع رسول الله ﷺ يده، فقال خالد: «أحرام الضب يا رسول الله؟ قال: «**لا ولكن لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه**» قال خالد: فاجتررته فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر فلم ينهه».]

الشرح: حديث جابر في الأرنب رواه البيهقي بلفظه بإسناد حسن[1]، وجاءت أحاديث صحيحة بمعناه منها: حديث أنس قال: «أنفجنا أرنباً ونحن بمر الظهران، فسعى القوم فلغبوا فأخذتها فجئت بها إلى أبي طلحة فذبحها فبعث بوركيها ـ أو قال بفخذيها ـ إلى النبي ﷺ فقبلها» رواه البخاري ومسلم[2]. وأما الأثر المذكور عن ابن عمر في القنفذ فهو بعض حديث طويل عن عيسى بن نميلة عن أبيه قال: كنت عند ابن عمر فسئل عن أكل القنفذ فتلا ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ الآية، قال شيخ عنده: سمعت أبا هريرة يقول: ذكر عند رسول الله ﷺ فقال: «**خبيثة من الخبائث**»، فقال ابن عمر: «إن كان رسول الله ﷺ قال هذا فهو كما قال» رواه أبو داود بإسناد ضعيف[3]، قال البيهقي: لم يرو إلا بهذا الإسناد،

---

(١) أخرجه البيهقي (٩/٣٢١)، ومعنى قوله «فذبحها بمروة» أي ذبحها بحجر، وفي رواية عند البيهقي قال: «... فلم أجد ما أذبحها به فذكيتها بمروة قال كلها».

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/٦٦١) وكذا مسلم (١٣/١٠٤) والنسائي (٧/١٩٧) وابن ماجه (٢/١٠٨٠) فيه والترمذي في الأطعمة (٤/٢٥١) وكذا أبو داود فيه (٤/١٥٢)، واللفظ للبخاري ومن الصحيح أوردته وتركت اللفظ الوارد في المطبوعة لتحريفٍ ورد فيه. ومعنى قوله: «أنفجنا» أي أثرنا، وقوله «فلغبوا» أي تعبوا وزنه ومعناه، أفاده الحافظ في الفتح.

(٣) أخرجه أبو داود في الأطعمة: باب في أكل حشرات الأرض (١٥٧/ ٤)، وضعف إسناده الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨١٤.

قال: وهو إسناد فيه ضعف[1]. وأما حديث ابن عباس عن خالد، فرواه البخاري ومسلم[2].

قوله: «فذبحها بمروة» ـ هي بفتح الميم ـ وهي الحجرة. والضبّ المحنوذ هو المشوي.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في الضب

مذهبنا أنه حلال غير مكروه، وبه قال مالك وأحمد والجمهور. وقال أصحاب أبي حنيفة: يكره. دليلنا حديث خالد وأحاديث كثيرة في الصحيحين. وأما القنفذ فحلال عندنا لا يكره، وبه قال مالك والجمهور، وقال أحمد: يحرم، وقال أصحاب أبي حنيفة: يكره. وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره، وبه قال مالك وأحمد والجمهور، وقال أصحاب أبي حنيفة: يكره. ونقل صاحب البيان عن أبي حنيفة، تحريم الضب والوبر وابن عرس والقنفذ واليربوع.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يحل ما يتقوى بنابه ويعدو على الناس وعلى البهائم كالأسد والفهد والذئب والنمر والدب، لقوله عز وجل: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾:[3] وهذه السباع من الخبائث لأنها تأكل الجيف ولا يستطيبها العرب، ولما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير». وفي ابن آوى وجهان **أحدهما**: يحل لأنه لا يتقوى بنابه فهو كالأرنب و**الثاني**: لا

---

(١) البيهقي في الضحايا (٩/٣٢٦).

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/٦٦٣) وكذا مسلم (١٣/٩٩) والنسائي (١٩٧ ـ ٧/١٩٨) فيه وأبو داود في الأطعمة (١٥٣ ـ ٤/١٥٤).

(٣) الأعراف: ١٥٧

يحل لأنه مستخبث كريه الرائحة، ولأنه من جنس الكلاب فلم يحل أكله. وفي سنور الوحش وجهان **أحدهما**: لا يحل لأنه يصطاد بنابه فلم يحل كالأسد والفهد و**الثاني**: يحل لأنه حيوان يتنوع إلى حيوان وحشي وأهلي، يحرم الأهلي منه، ويحل الوحشي منه كالحمار الوحشي. ولا يحل أكل حشرات الأرض كالحيات والعقارب، والفأر والخنافس والعظاء والصراصير والعناكب، والوزغ وسام أبرص والجعلان، والديدان وبنات وردان وحمارقان، لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾].

الشرح: حديث ابن عباس رواه مسلم بلفظه[1]، ورواه البخاري ومسلم جميعاً من رواية أبي ثعلبة الخشني «أن النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع»[2]، ورواه مسلم أيضاً من رواية أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**كل ذي ناب من السباع فأكله حرام**»[3].

قال أهل اللغة: الحية تطلق على الذكر والأنثى، وأما العقرب والعقربة والعقربا: فاسم للأنثى، ويقال للذكر عقربان ـ بضم العين والراء ـ، وأما سام أبرص ـ بتشديد الميم ـ هو كبار الوزغ، وأما حمارقان فدويبة معروفة كثيرة الأرجل، والله تعالى أعلم.

أما الأحكام فقال الشافعي: يحرم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير للحديث. قال الأصحاب: والمراد بذي الناب ما يتقوى بنابه ويعدو على الحيوان كما ذكره المصنف. وفي ابن آوى وسنور البر وجهان الأصح: تحريمهما. وأما الحشرات فكلها مستخبثة وكلها محرمة

---

(١) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح (١٣/٨٣) بهذا اللفظ سوى كلمة «أكل» فإنها لم ترد في مسلم، وكذا ابن ماجه (٢/١٠٧٧) والنسائي (٧/٢٠٦) فيه، وأبو داود في الأطعمة (٤/١٦٠).

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/٦٥٧) وكذا مسلم (١٣/٨٢) والنسائي (٢٠٠ ـ ٧/٢٠١) وابن ماجه (٢/١٠٧٧) فيه، وأبو داود في الأطعمة (٤/١٥٩) وكذا الترمذي (٤/٧٣) فيه.

(٣) أخرجه مسلم (١٣/٨٣) والنسائي (٧/٢٠٠) وابن ماجه (٢/١٠٧٧) والترمذي (٤/٧٤).

سواء [1] ما يدرج منها وما يطير. ويستثنى من الحشرات اليربوع والضب فإنهما حلالان كما سبق. ويستثنى من ذوات الإبر الجراد فانه حلال قطعاً، وكذا القنفذ على الصحيح كما سبق. ويستثنى من الديدان الدود المتولد في المأكول، فيحل أكله مع ما تولد منه لا منفرداً على أصح الأوجه، كما سبق في باب المياه.

فرع
في مذاهب العلماء في حشرات الأرض كالحيات والعقارب والجعلان وبنات وردان والفأر ونحوها.

مذهبنا أنها حرام، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود. وقال مالك: حلال لقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً﴾ الآية[2]، وبحديث التلب ـ بتاء مفتوحة ثم لام مكسورة ثم باء ـ الصحابي رضي الله عنه قال: «صحبت النبي ﷺ فلم أسمع لحشرة الأرض تحريماً» رواه أبو داود[3].

واحتج الشافعي والأصحاب بقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾[4] وهذا مما يستخبثه العرب. وبقوله ﷺ: «**خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحرم: الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور**» رواه البخاري ومسلم من رواية عائشة وحفصة وابن عمر[5]. وعن أم شريك أن النبي ﷺ أمر بقتل الأوزاغ» رواه البخاري ومسلم[6].

---

(١) ورد في المطبوعة لفظة «سوى» فصححتها إلى «سواء».
(٢) الأنعام: ١٤٥.
(٣) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٥٦) بلفظه، وضعف إسناده الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨١٣.
(٤) الأعراف: ١٥٧.
(٥) أخرجها البخاري في جزاء الصيد (٤/٣٤) ومسلم في الحج (١١٥ ـ ٨/١١٦).
(٦) أخرجه البخاري في الأنبياء (٦/٣٨٩) ومسلم في قتل الحيات (١٤/٢٣٦) والنسائي في مناسك الحج (٥/٢٠٩) وابن ماجه في الصيد (٢/١٠٧٦).

وأما قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ الآية. فقال الشافعي وغيره من العلماء: معناها مما كنتم تأكلون وتستطيبون. قال الشافعي: وهذا أولى معاني الآية استدلالاً بالسنة. والله أعلم. وأما حديث التلب: فان ثبت لم يكن فيه دليل، لأن قوله: «**لم أسمع**» لا يدل على عدم سماع غيره. والله أعلم.

فرع
في مذاهبهم في أكل السباع التي تتقوى بالناب، كالأسد والنمر والذئب وأشباهها.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنها حرام، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود والجمهور. وقال مالك: تكره ولا تحرم.

واحتج بقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ الآية. واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة من رواية ابن عباس وغيره في النهي عن كل ذي ناب من السباع، وفي رواية مسلم التي قدمناها «**كل ذي ناب من السباع فأكله حرام**»[1]. وأجابوا عن الآية الكريمة بأنه أمر أن يخبر بأنه لا يجد محرماً في ذلك الوقت إلا هذا، ثم ورد وحي آخر بتحريم السباع فأخبر به، والآية مكية والأحاديث مدنية، ولأن الحديث مخصص للآية، والله سبحانه أعلم.

فرع
في أنواع اختلف السلف فيها. منها:

القرد وهو حرام عندنا، وبه قال عطاء وعكرمة ومجاهد ومكحول والحسن وابن حبيب المالكي. وقال مالك وجمهور أصحابه: ليس بحرام.

الفيل وهو حرام عندنا وعند أبي حنيفة والكوفيين والحسن. وأباحه

---

(١) سبق تخريجها في ص: (١٧٧٢).

الشعبي وابن شهاب ومالك في رواية. حجة الأولين أنه ذو ناب[1].

والأرنب وهو حلال عندنا وعند العلماء كافة إلا ما حكي عن ابن عمرو بن العاص وابن أبي ليلى أنهما كرهاها. دليلنا الأحاديث السابقة في إباحتها، ولم يثبت في النهي عنها شيء.

[حكم الطير]

قال المصنف رحمه الله: [وأما الطائر فإنه يحل منه النعامة لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾[2]، وقضت الصحابة رضي الله عنهم فيها ببدنة فدل على أنه صيد مأكول. ويحل الديك والدجاج والحمام، والدراج والقبج والقطا والبط، والكراكي والعصفور والقنابر لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ﴾ وهذه كلها مستطابة. وروى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه قال: «رأيت النبي ﷺ يأكل لحم الدجاج». وروى سفينة رضي الله عنه مولى رسول الله ﷺ قال: «أكلت مع رسول الله ﷺ لحم حبارى». ويحل أكل الجراد لما روى عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهما قال: «غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات يأكل الجراد ونأكله». ويحرم أكل الهدهد والخطاف، لأن النبي ﷺ نهى عن قتلهما، وما يؤكل لا ينهى عن قتله. ويحرم ما يصطاد ويتقوى بالمخلب كالصقر والبازي لحديث ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وأكل كل ذي مخلب من الطير».

ويحرم أكل الحدأة والغراب الأبقع، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**خمس يقتلن في الحل والحرم: الحية والفأرة والغراب الأبقع والحدأة والكلب العقور**»، وما أمر بقتله لا يحل أكله، قالت عائشة

---

(١) مجرد كون الحيوان ذا ناب لا يلزم تحريمه إلا إذا كان يتقوى بنابه ويعدو على الحيوان، وهذا ما نقله الإمام النووي عن الأصحاب قبل قليل في بيان المراد بذي الناب، والفيل وإن كان له ناب إلا أنه لا يتقوى به ولا يعدو على الحيوان، وإنما يقتات بالأعشاب وأغصان الشجر، لذلك لا يدخل في النهي وإنما يبقى على أصل الإباحة. والله أعلم.

(٢) الأعراف: ١٥٧.

رضي الله عنها: «إني لأعجب ممن يأكل الغراب وقد أذن رسول الله ﷺ في قتله»[1].

ويحرم الغراب الأسود الكبير لأنه مستخبث يأكل الجيَف فهو كالأبقع، وفي الغداف وغراب الزرع وجهان **أحدهما**: لا يحل للخبر و**الثاني**: يحل لأنه مستطاب يلقط الحب فهو كالحمام والدجاج. وتحرم حشرات الطير كالنحل والزنبور والذباب لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾[2] وهذه من الخبائث].

الشرح: حديث أبي موسى رواه البخاري ومسلم[3]. وحديث سفينة رواه أبو داود والترمذي بإسناد ضعيف، قال الترمذي: هو غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه[4]. وحديث عبد الله بن أبي أوفى رواه البخاري ومسلم ولفظه: غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات نأكل معه الجراد»[5]. وأما حديث النهي عن قتل الهدهد فرواه عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس «أن النبي ﷺ نهى عن قتل أربع من الدواب: النملة والنحلة والهدهد والصرد» رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخاري ومسلم، ورواه ابن ماجه بإسناد على شرط البخاري[6]. وأما النهي عن قتل الخطاف فهو ضعيف

---

(١) أخرجه البيهقي (٩/٣١٧) بلفظه وفيه نقص، وتتمته: «. . . . في قتله للمحرم وسماه فاسقاً والله ما هو من الطيبات».

(٢) الأعراف: ١٥٧.

(٣) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/٦٤٥) ومسلم في الأيمان: باب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها (١١/١١١) والنسائي في الصيد (٧/٢٠٦).

(٤) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٥٥) وكذا الترمذي فيه (٤/٢٧٢) بهذا اللفظ، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨١٢، والحبارى ـ بضم الحاء ـ نوع من الطيور.

(٥) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/٦٢٠) وكذا مسلم (١٣/١٠٣) ولم ترد عند مسلم لفظة «معه» والنسائي (٧/٢١٠) فيه، والترمذي في الأطعمة (٤/٢٦٨) وكذا أبو داود (٤/١٦٤) فيه.

(٦) أخرجه أبو داود في الأدب: باب في قتل الذر (٤١٨ ـ ٥/٤١٩) وابن ماجه في الصيد (٢/١٠٧٤)، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ٢٦٠٩، والصرد ـ بضم الصاد وفتح الراء ـ طائر فوق العصفور، وقال الأزهري: يصيد العصافير /لسان العرب.

ومرسل، رواه البيهقي باسناده عن أبي الحويرث عبدالرحمن بن معاوية ـ وهو من تابعي التابعين أو من التابعين ـ عن النبي ﷺ «**أنه نهى عن قتل الخطاطيف وقال: لا تقتلوا العوذ إنها تعوذ بكم من غيركم**» قال البيهقي: هذا منقطع. قال: وروى حمزة النصيبي فيه حديثاً مسنداً إلا أنه كان يرمى بالوضع[1]. وصحّ عن عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفاً عليه أنه قال: «لا تقتلوا الضفادع فان نقيقها تسبيح، ولا تقتلوا الخفّاش فانه لما خرب بيت المقدس قال: يا رب سلطني على البحر حتى أغرقهم» قال البيهقي: إسناده صحيح[2].

وأما حديث ابن عباس فرواه البخاري ومسلم، وسبق بيانه في الفصل الذي قبل هذا[3]. وأما حديث عائشة «**خمس يقتلن في الحل والحرم**» إلى آخره فصحيح رواه البخاري ومسلم وسبق قريباً[4]. وأما حديث عائشة «**إني لأعجب ممن يأكل الغراب**» إلى آخره فرواه البيهقي بإسناد صحيح، إلا أن فيه عبد الله بن أبي أويس وقد ضعفه الأكثرون ووثقه بعضهم، وروى له مسلم في صحيحه.

أما ألفاظ الفصل فقوله: «وأما الطائر» هكذا هو في النسخ، والأجود أن يقول وأما الطير، لأن الطير جمع والطائر مفرد. وأما القبج: فبفتح القاف وإسكان الباء وبالجيم وهو الحجل المعروف. وأما القنابر: فجمع قبّرة ـ بضم القاف وتشديد الباء ـ قال الجوهري: وقد جاء في الشعر قنبرة كما تقوله العامة، وهو ضرب من الطير. وأما البازي: ففيه ثلاث لغات، المشهورة الفصيحة: البازي بتخفيف الياء. قال أبو زيد الأنصاري: يقال للبزاة والشواهين وغيرهما مما تصيد صقور، واحدها صقر، والأنثى صقرة. وأما الحدأة: فهي على وزن عنبة، والجماعة حدأ كعنب. وأما الغداف

---

(١) البيهقي (٩/٣١٨).
(٢) البيهقي (٩/٣١٨).
(٣) سبق تخريجه في ص١٧٧٢.
(٤) سبق تخريجه في ص١٧٧٣.

فبغين مضمومة ثم دال مخففة جمع غدفان، قال ابن فارس: هو الغراب الضخم؛ وقال الجوهري: هو غراب القيظ؛ وقال العبدري وغيره من أصحابنا: هو غراب صغير أسود لونه لون الرماد. والله أعلم.

وأما الأحكام فقال الشافعي والأصحاب: ما نهي عن قتله حرم أكله، لأنه لو حلّ أكله لم ينه عن قتله كما لم ينه عن قتل المأكول[1]. قال أصحابنا: وما أمر بقتله من الحيوان، فأكله حرام لأن النبي ﷺ أمر بقتل الفواسق الخمس في الحرم والإحرام[2]، فلو حلّ أكله لما أمر بقتله مع قول الله تعالى ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾[3]. وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع قد ذكرنا أن الجراد حلال سواء مات باصطياد مسلم أو مجوسي، أو مات حتف أنفه، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء من السلف والخلف. قال العبدري: وقال مالك: لا يحل إلا إذا مات بسبب، بأن يقطع منه شيء أو يقلى حياً، فان مات حتف أنفه لم يؤكل. واحتج مالك بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾[4]. واحتج أصحابنا بحديث ابن

---

(١) ورد في المطبوعة «كما لو لم ينه» فحذفتُ «لو» لأن وجودها يخل المعنى، إذ إنها حرف امتناع لامتناع، وقتل المأكول غير ممتنع، بل لا بد من قتله قبل أكله إما صيداً وإما ذبحاً والله اعلم.

(٢) أخرجه البخاري في جزاء الصيد (٤/٣٤) ومسلم في الحج (٨/١١٥) من رواية ابن عمر.

(٣) المائدة: ٩.

والدليل الذي ذكره الأصحاب أخصّ من الدعوى، فالدليل الذي استدلوا به إنما أفاد أن ما أمر المحرم بقتله يحرم أكله، ووجهه أنه ليس بصيد حلال، إذ لو كان من الصيد الحلال لما أجيز للمحرم قتله ولدخل في جملة النهي عن قتل الصيد للمحرم، والدعوى أن: «ما أمر بقتله من الحيوان يحرم أكله» أعم إذ تشمل المحرم وغيره، ويمكن أن نمثّل له بالوزغ، فإنه مأمور بقتله أمراً عاماً لا يخص المحرم، وبالتالي لا يمكن إدراجه تحت دليل الأصحاب. ويمكن أن يستدل لذلك بأن نقول: أن ما أمر الشارع بقتله، لم يأمر بقتله عبثاً إنما لخبثٍ فيه، فيدخل بالتالي في جملة الخبائث المحرمة. والله أعلم.

(٤) المائدة: ٣.

أبي أوفى السابق. وبما روى البيهقي وصحّحه عن ابن عمر قال: «أحلّت لنا ميتتان ودمان، أما الميتتان فالحوت والجراد، والدمان الكبد والطحال»[1]، وهذه الرواية لها حكم المرفوع، لأن قول الصحابي أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا، أو أحل لنا كذا، أو حرم علينا كذا، كله مرفوع إلى النبي ﷺ، وهو بمنزلة قوله: قال رسول الله ﷺ. وهذا الحديث عام، والآية الكريمة التي احتج بها مالك مخصوصة بما ذكرناه. والله أعلم.

فرع قد ذكرنا أن مذهبنا تحريم كل ما له مخلب من الطير، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود. وقال مالك: يكره ولا يحرم. وسبق بيان دليله والجواب عليه في مسألة تحريم السباع.

فرع مذهبنا أن في غراب الزرع والغداف وجهين أصحهما: حل الأول وتحريم الثاني. وذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى إلى إباحتهما.

[حكم ما سوى ذلك]

قال المصنف رحمه الله: [وما سوى ذلك من الدواب والطيور ينظر فيه: فإن كان مما يستطيبه العرب حلّ أكله، وإن كان مما لا يستطيبه العرب لم يحلّ أكله، لقوله عز وجل: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾[2]. ويرجع في ذاك إلى العرب من أهل الريف والقرى، وذوي اليسار والغنى، دون الأجلاف من أهل البادية والفقراء وأهل الضرورة. فإن استطاب قوم شيئاً واستخبثه قوم رجع إلى ما عليه الأكثر. فإن اتفق في بلاد العجم ما لا يعرفه العرب، نظر إلى ما يشبهه: فإن كان حلالاً حلّ، وإن كان حراماً حرم. وإن لم يكن له شبيه فيما يحلّ ولا فيما يحرم ففيه وجهان. قال أبو اسحاق وأبو علي الطبري: يحلّ لقوله عزّ وجلّ ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا

---

(١) سبق تخريجه في ص: (٤٣٦).

(٢) الأعراف: ١٥٧.

مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾[1] وهذا ليس بواحد منها، وقال ابن عباس رضي الله عنه: ما سكت عنه فهو عفو. ومن أصحابنا من قال: لا يحل أكله؛ لأن الأصل في الحيوان التحريم، فإذا أشكل بقي على أصله].

الشرح: هذا المذكور عن ابن عباس رواه أبو داود عنه هكذا بإسناد حسن[2]، ورواه البيهقي مرفوعاً عن سلمان الفارسي[3]. وعن أبي الدرداء عن النبي ﷺ قال: «**الحلال ما أحلّ الله في كتابه، والحرام ما حرّم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو من عفوه**»[4]. قال أصحابنا: من الأصول المعتبرة في هذا الباب الاستطابة والاستخباث، والمعتمد فيه قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ وقوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾. قال أصحابنا وغيرهم: وليس المراد بالطيب هنا الحلال، لأنه لو كان المراد الحلال لكان تقديره: أحلّ لكم الحلال، وليس فيه بيان، وإنما المراد بالطيبات ما يستطيبه العرب، وبالخبائث ما تستخبثه. قال أصحابنا: ولا يرجع في ذلك إلى طبقات الناس، وينزل كل قوم على ما يستطيبونه أو يستخبثونه؛ لأنه يؤدي إلى اختلاف الأحكام في الحلال والحرام واضطرابها، وذلك يخالف قواعد الشرع. قالوا: فيجب اعتبار العرب، فهم أولى الأمم بأن يؤخذ باستطيابهم واستخباثهم لأنهم المخاطبون أولاً، وهم جيل معتدل لا يغلب فيهم الانهماك على المستقذرات، ولا العفافة المتولدة من التنعم فيضيقوا المطاعم على الناس.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكره المصنف. وأصح الوجهين في الحيوان الذي ليس له شبيه عند العرب الحلّ، وإليه ميل الشافعي كما قال إمام الحرمين.

---

(١) الأنعام: ١٤٥.

(٢) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٥٧)، وصحّح إسناده الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٢٢٥.

(٣) البيهقي (١٠/١٢).

(٤) أخرجه البيهقي (١٠/١٢) بنحوه وزاد «. . . . فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن نسياً» ثم تلا الآية ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾.

قال أصحابنا: وإنما يراجع العرب في حيوان لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم، ولا أمر بقتله ولا نهي عن قتله، فإن وجد شيء من هذه الأصول اعتمدناه ولم نراجعهم قطعاً، والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يحلّ ما يولد بين مأكول وغير مأكول، كالسَّبع المتولد بين الذئب والضبع، والحمار المتولد بين حمار الوحش وحمار الأهل، لأنه مخلوق مما يؤكل ومما لا يؤكل، فغلب فيه الحظر كالبغل].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف. والزرافة حرام بلا خلاف، وعدّها بعضهم من المتولد بين مأكول وغير مأكول.

[حكم الجلّالة]

قال المصنف رحمه الله: [ويكره أكل الجلاّلة، وهي التي أكثر أكلها العذرة من ناقة أو بقرة أو شاة أو ديك أو دجاجة، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ نهى عن ألبان الجلاّلة»[1]. ولا يحرم أكلها؛ لأنه ليس فيه أكثر من تغيّر لحمها، وهذا لا يوجب التحريم. فإن أطعم الجلاّلة طعاماً طاهراً وطاب لحمها لم يكره، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «تعلف الجلاّلة علفاً طاهراً، إن كانت ناقة أربعين يوماً وإن كانت شاة سبعة أيام وإن كانت دجاجة فثلاثة أيام»[2]].

الشرح: حديث ابن عباس صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي بأسانيد صحيحة، قال الترمذي: هو حديث حسن صحيح.

قال أصحابنا: الجلاّلة هي التي تأكل العذرة والنجاسات، وتكون من

---

(١) أخرجه الترمذي في الأطعمة (٤/٢٧٠) وقال: حسن صحيح، والنسائي في آخر الضحايا (٧/٢٤٠)، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٤٩٠، وأخرجه أبو داود في الأشربة (١٠٩ ـ ٤/١١٠) وليس فيه النهي عن لبن الجلالة وإنما عن ركوبها، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣١٦٣، وأما النهي عن أكل الجلالة فقد ورد عند الترمذي في الأطعمة (٤/٢٧٠) وابن ماجه في الذبائح (٢/١٠٦٤) من حديث ابن عمر، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٤٨٩.

(٢) لم أجده، وروى البيهقي نحوه مرفوعاً من حديث عبدالله بن عمرو وضعّفه (٩/٣٣٣).

الإبل والبقر والغنم والدجاج. وقيل: إن كان أكثر أكلها النجاسة فهي جلاّلة، وإن كان الطاهر أكثر فلا. والصحيح الذي عليه الجمهور أنه لا اعتبار بالكثرة وإنما الاعتبار بالرائحة والنتن، فإن وجد في عرفها وغيره ريح النجاسة فجلاّلة، وإلا فلا. وإذا تغيّر لحم الجلاّلة فهو مكروه بلا خلاف، وهل هي كراهة تنزيه أو تحريم؟ فيه وجهان مشهوران: أصحهما عند الجمهور أنه كراهة تنزيه. قال أصحابنا: ولو حبست بعد ظهور النتن وعلفت شيئاً فزالت الرائحة ثم ذبحت، فلا كراهة فيها قطعاً. قالوا: وليس للقدر الذي تعلفه من حد ولا لزمانه من ضبط، وإنما الاعتبار بما يعلم في العادة أو يظن أن رائحة النجاسة تزول به. قال أصحابنا: وكما منع لحمها، يمنع لبنها وبيضها للحديث الصحيح في لبنها، قالوا: ويكره الركوب عليها إذا لم يكن بينها وبين الراكب حائل.

فرع في مذاهب العلماء في الجلاّلة. قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا تغيّر لحمها كرهت كراهة تنزيه على الأصح، ولا تحرم سواء لحمها ولبنها وبيضها، وبه قال الحسن البصري ومالك وداود. وكذا لا يحرم ما سقي من الثمار والزروع ماء نجساً. وقال أحمد: يحرم لحم الجلاّلة ولبنها حتى تحبس وتعلف أربعين يوماً. قال: ويحرم الثمار والزروع والبقول المسقية ماء نجساً. والله أعلم.

واحتج أصحابنا لعدم التحريم: أن ما تأكله الدابة من الطاهرات يتنجس إذا حصل في كرشها ولا يكون غذاؤها إلا بالنجاسة، ولا يؤثر ذلك في إباحة لحمها ولبنها وبيضها، ولأن النجاسة التي تأكلها تنزل في مجاري الطعام ولا تخالط اللحم، وإنما ينتشي اللحم بها وذلك لا يوجب التحريم. والله أعلم[1].

---

(١) الأصل في النهي أنه يقتضي التحريم إلا أن يأتي دليل يصرفه عن التحريم إلى الكراهة. وما ذكره الأصحاب لا يعتبر صارفاً للنهي عن أصله، فقولهم أن ما تأكله الدابة من الطاهرات يتنجس إذا حصل في كرشها ولا يكون غذاؤها إلا بالنجاسة غير مسلّم، إذ أن هناك فرقاً بين النجاسة الطارئة والنجاسة في معدنها، ولو كان الأمر واحداً لما كان للنهي معنى ولما ساغ للأصحاب حتى القول بالكراهة. وأما قولهم إن النجاسة التي تأكلها الدابة لا تخالط اللحم وإنما ينتشي اللحم بها، فهذا أيضاً لا يسلّم، لأن اللحم إذا انتشى بالنجاسة تغلغلت في أجزائه وأثرت في تكوينه وإلا ما معنى تغيّر ريحه وطعمه بها. والله أعلم.

[حكم حيوان البحر]

قال المصنف رحمه الله: [وأما حيوان البحر فإنه يحلّ منه السمك، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «أحلت لنا ميتتان ودمان، فأما الميتتان فالحوت والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال». ولا يحل أكل الضفدع، لما روي «أن النبي ﷺ نهى عن قتل الضفدع» ولو حلّ أكله لم ينه عن قتله. وفيما سوى ذلك وجهان، **أحدهما**: يحل لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في البحر «**اغتسلوا منه وتوضؤوا به، فإنه الطهور ماؤه الحل ميتته**»، ولأنه حيوان لا يعيش إلا في الماء فحلّ أكله كالسمك، و**الثاني**: ما أكل مثله في البر حلّ أكله، وما لا يؤكل مثله في البر لم يحل أكله اعتباراً بمثله].

الشرح: أما الأثر عن ابن عمر فصحيح سبق بيانه[1]. وأما حديث النهي عن قتل الضفدع فرواه أبو داود بإسناد حسن، والنسائي بإسناد صحيح من رواية عبدالرحمن بن عثمان بن عبيد الله التميمي الصحابي وهو ابن أخي طلحة بن عبيد الله قال: «سأل طبيب النبي ﷺ عن ضفدع يجعلها في دواء فنهاه عن قتلها»[2]. وأما حديث أبي هريرة في البحر فصحيح ولفظه: سئل النبي ﷺ عن الوضوء بماء البحر فقال: «**هو الطهور ماؤه الحل ميتته**»، وقد سبق بيانه واضحاً في أول كتاب الطهارة[3].

أما الأحكام فقال أصحابنا: الحيوان الذي لا يهلكه الماء ضربان:

أحدهما: ما يعيش في الماء، وإذا خرج منه كان عيشه عيش المذبوح، كالسمك بأنواعه فهو حلال ولا حاجة إلى ذبحه بلا خلاف بل يحل مطلقاً، سواء مات بسبب ظاهر أو مات حتف أنفه، وسواء طفا على وجه الماء أم لا، فكله حلال بلا خلاف عندنا، وأما ما ليس على صورة

---

(١) سبق تخريجه في (٤٣٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الطب (٤/٢٠٤) والنسائي في آخر الصيد (٧/٢١٠)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٢٧٩.

(٣) سبق تخريجه في ص (٤٠).

السموك المشهورة ففيه ثلاثة أوجه مشهورة: وقيل أقوال، أصحها عند الأصحاب: يحل الجميع؛ لأن الصحيح أن اسم السمك يقع على جميعها، وقد قال الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾[1] قال ابن عباس وغيره: صيده ما صيد وطعامه ما قذف، ولقوله ﷺ في الحديث الصحيح «**هو الطهور ماؤه الحل ميتته**».

الضرب الثاني: ما يعيش في الماء وفي البر أيضاً، فمنه طير الماء كالبط والأوز ونحوهما، وهو حلال ولا تحل ميتته بلا خلاف، بل تشترط ذكاته. وعدّ أبو حامد وإمام الحرمين من هذا الضرب الضفدع والسرطان، وهما محرمان على المذهب. وأما ذوات السموم كالحية وغيرها فهي حرام بلا خلاف. وأما التمساح فهو حرام على الصحيح المشهور. وأما السلحفاة فحرام على أصح الوجهين.

قال الرافعي: واستثنى جماعة الضفدع من الحيوان الذي لا يعيش إلا في الماء، تفريعاً على الصحيح وهو حل الجميع، وكذا استثنوا الحيات والعقارب، قال: ومقتضى هذا الاستثناء أنها لا تعيش إلا في الماء، قال: ويمكن أن يكون نوع منها كذا ونوع كذا. قلت: المعتمد أن جميع ما في البحر تحل ميتته إلا الضفدع، ويحمل ما ذكره الأصحاب أو بعضهم من السلحفاة والحية وغيرها على ما يكون في ماء غير البحر. والله أعلم.

فرع قال الرافعي: أطلق مطلقون القول بحل طير الماء، وكلها حلال إلا اللقلق ففيه خلاف. قال: وقال الصيمري: لا يؤكل طير الماء الأبيض لخبث لحمه[2]. والله أعلم.

فرع قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا حل جميع ميتات البحر إلا الضفدع، وحكاه العبدري عن أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وابن عباس رضي الله عنهم. قال: وقال مالك: يحل الجميع سواء الضفدع وغيره. وقال أبو حنيفة: لا يحل غير السمك.

---

(١) المائدة: ٩٦.

(٢) يعني به النورس. والله أعلم.

فرع السمك الطافي حلال، وهو الذي مات حتف أنفه، فيحل عندنا كل ميتات البحر غير الضفدع، سواء ما مات بسبب وغيره، وبه قال مالك وأحمد وداود[1]، وحكاه الخطابي عن أبي بكر الصديق وأبي أيوب الأنصاري، وعطاء بن أبي رباح ومكحول، والنخعي وأبي ثور رضي الله عنهم.

وقال أبو حنيفة: إن مات بسبب كضرب وانحسار الماء عنه حلّ، وإن مات بلا سبب حرم. وممن قال بمنع السمك الطافي: ابن عباس وجابر بن عبد الله وجابر بن زيد وطاوس.

واحتج لهم بحديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «**ما ألقاه البحر أو جزر عنه فكلوه، وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه**» رواه أبو داود[2]. واحتج أصحابنا بعموم قوله ﷺ: «**هو الطهور ماؤه الحلّ ميتته**» وهو حديث صحيح كما سبق بيانه. وبحديث جابر بن عبد الله قال: «بعثني النبي ﷺ في ثلاثمائة، راكب وأميرنا أبو عبيدة بن الجراح يطلب خبر قريش، فأقمنا على الساحل حتى فني زادنا فأكلنا الخبط، ثم إن البحر ألقى إلينا دابة ـ يقال لها العنبر ـ فأكلنا منه نصف شهر حتى صلحت أجسامنا» رواه البخاري ومسلم[3].

وأما الجواب عن حديث جابر: فهو أنه حديث ضعيف باتفاق الحفاظ، لا يجوز الاحتجاج به لو لم يعارضه شيء، فكيف وهو معارض بما ذكرناه. والله أعلم.

[حكم غير الحيوان]

قال المصنف رحمه الله: [وأما غير الحيوان فضربان: طاهر ونجس.

---

(١) ورد في المطبوعة «أبو داود» فصححته إلى «داود».

(٢) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٦٦) وابن ماجه في الصيد (٢/١٠٨١) وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨٢١.

(٣) أخرجه البخاري في المغازي: باب غزوة سيف البحر (٨/٧٨) ومسلم في الصيد (٨٤ ـ ١٣/٨٦) وفيه زيادة مهمة وهي قوله: «. . . . . فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك للنبي ﷺ فقال: «**كلوا رزقاً أخرجه الله، أطعمونا إن كان معكم**» فأتاه بعضهم بعضو فأكله» والنسائي في الصيد (٢٠٧ ـ ٧/٢٠٨) وأبو داود في الأطعمة (١٧٨ ـ ٤/١٨٠) والترمذي في صفة القيامة (٤/٦٤٦).

فأما النجس فلا يؤكل لقوله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾[1] والنجس خبيث. وروي أن النبي ﷺ قال في الفأرة تقع في السمن: **إن كان جامداً فألقوها وما حولها وإن كان مائعاً فأريقوه**» فلو حلّ أكله لم يؤمر بإراقته. وأما الطاهر فضربان: ضرب يضر وضرب لا يضر. فما يضر لا يحل أكله كالسم والزجاج والتراب والحجر. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾[3] وأكل هذه الأشياء تهلكة فوجب أن لا يحل. وما لا يضر يحل أكله كالفواكه والحبوب. والدليل عليه قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾[4]].

الشرح: أما حديث فأرة السمن فبعضه في الصحيح وبعضه في غيره. فعن ابن عباس عن ميمونة أن رسول الله ﷺ سئل عن فأرة سقطت في سمن فماتت فقال النبي ﷺ: «**خذوها وما حولها وكلوا سمنكم**» رواه البخاري[5]. وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا وقعت الفأرة في السمن، فإن كان جامداً فألقوها وما حولها وإن كان مائعاً فلا تقربوه**» رواه أبو داود بإسناد صحيح ولم يضعفه[6]. وذكره الترمذي بإسناد أبي داود ثم قال: وهذا حديث غير محفوظ قال: سمعت البخاري يقول: هو خطأ، والصحيح حديث ابن عباس عن ميمونة[7]. وذكره البيهقي من رواية أبي داود ولم يضعفه[8]، فهو وأبو داود متفقان على السكوت عليه مع صحة إسناده.

---

(١) الأعراف: ١٥٧.
(٢) النساء: ٢٩.
(٣) البقرة: ١٩٥.
(٤) الأعراف: ٣٢.
(٥) أخرجه البخاري في الذبائح (٩/٦٦٨) وأبو داود في الأطعمة (٤/١٨٠) والنسائي في الفرع والعتيرة (٧/١٧٨) والترمذي في الأطعمة (٤/٢٥٦).
(٦) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٤/١٨١) وضعفه الألباني في ضعيف الجامع برقم ٧٢٥.
(٧) الترمذي في الأطعمة (٤/٢٥٧).
(٨) البيهقي في الضحايا (٩/٣٥٣).

أما الأحكام ففيها مسائل.

إحداها: قال أصحابنا: يحرم أكل نجس العين كالميتة والبول وغير ذلك، وكذا يحرم أكل المتنجس كاللبن والطبيخ والدهن وغيره إذا تنجس. واعلم أنه يستثنى من قولهم: لا يحل أكل شيء نجس **مسألة**، وهي: الدود المتولد من الفواكه والجبن والخل ونحوها، فانه إذا مات فيما تولد منه، نجس بالموت على المذهب، وفي حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه، أصحها: يحل أكله مع ما تولد منه لا منفرداً.

الثانية: لا يحل أكل ما فيه ضرر من الطاهرات، ودليله في الكتاب. قال أصحابنا: يجوز شرب دواء فيه قليل سمّ إذا كان الغالب منه السلامة واحتيج إليه. قال الروياني: والنبات الذي يسكر وليس فيه شدة مطربة يحرم أكله ولا حدّ على آكله. قال: ويجوز استعماله في الدواء وإن أفضى إلى السكر ما لم يكن منه بدّ.

الثالثة: كل طاهر لا ضرر فيه فهو حلال إلا ثلاثة أنواع وهي: المستقذرات كالمخاط والمني ونحوهما، والحيوان الصغير كصغار العصافير ونحوها، يحرم ابتلاعه حياً لأنه لا يحل إلا بذكاة، وجلد الميتة المدبوغ على الأصح. والله أعلم.

فرع قال العبدري: لو نصب قدراً على النار وفيها لحم فوقع فيها طائر فمات فأخرج الطائر، صار ما في القدر نجساً، فيراق المرق ولا يجوز أكل اللحم إلا بعد غسله.

فرع قال الغزالي في إحياء علوم الدين في أول كتاب الحلال والحرام: لو وقعت ذبابة أو نحلة في قدر طبيخ وتهرّأت أجزاؤها فيه لم يحرم أكل ذلك الطبيخ، لأن تحريم أكل الذباب والنمل ونحوه إنما كان للاستقذار، ولا يعدّ هذا مستقذراً. قال: ولو وقع فيه جزء من لحم آدمي ميت لم يحلّ أكل شيء من ذلك الطبيخ، حتى لو كان لحم الآدمي وزن دانق حرم الطبيخ، لا لنجاسته، فإن الآدمي الميت طاهر على الصحيح، ولكن لأن أكل الآدمي حرام لحرمته لا لاستقذاره، بخلاف الذباب، هذا كلام الغزالي. والمختار الصحيح أنه لا يحرم الطبيخ في مسألة لحم الآدمي لأنه صار

مستهلكاً، فهو كالبول وغيره إذا وقع في قلتين من الماء فانه يجوز استعمال جميعه ما لم يتغير، لأن البول صار باستهلاكه كالمعدوم. والله أعلم.

[حكم المضطر]

قال المصنف رحمه الله: [ومن اضطر إلى أكل الميتة أو لحم الخنزير، فله أن يأكل منه ما يسد به الرمق، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[1]. وهل يجب أكله؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يجب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾[2]، و**الثاني**: لا يجب، وهو قول أبي إسحاق، لأن له غرضاً في تركه وهو أن يجتنب ما حرم عليه. وهل يجوز أن يشبع منه؟ فيه قولان، **أحدهما**: لا يجوز، وهو اختيار المزني، لأنه بعد سد الرمق غير مضطر فلا يجوز له أكل الميتة، كما لو أراد أن يبتدئ بالأكل وهو غير مضطر، و**الثاني**: يحل، لأن كل طعام جاز أن يؤكل منه قدر سد الرمق، جاز له أن يشبع منه كالطعام الحلال. وإن اضطر إلى طعام غيره، وصاحبه غير مضطر إليه، وجب عليه بذله، لأن الامتناع من بذله إعانة على قتله، وقد قال النبي ﷺ: «**من أعان على قتل امرئ مسلم ولو بشطر كلمة، جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله**». وإن طلب منه ثمن المثل لزمه أن يشتريه منه، ولا يجوز أن يأكل الميتة لأنه غير مضطر. فان طلب أكثر من ثمن المثل أو امتنع من بذله فله أن يقاتله عليه. فان لم يقدر على مقاتلته فاشترى منه بأكثر من ثمن المثل ففيه وجهان، **أحدهما**: يلزمه، لأنه ثمن في بيع صحيح، و**الثاني**: لا يلزمه إلا ثمن المثل كالمكره على شرائه فلم يلزمه أكثر من ثمن المثل. وإن وجد الميتة وطعام الغير وصاحبه غائب ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه يأكل الطعام لأنه طاهر فكان أولى، و**الثاني**: يأكل الميتة لأن أكل الميتة ثبت بالنص وطعام الغير ثبت بالاجتهاد، فقدّم أكل الميتة عليه، ولأن المنع من أكل الميتة لحق الله سبحانه وتعالى،

---

(١) البقرة: ١٧٣.

(٢) النساء: ٢٩.

والمنع من طعام الغير لحق الآدمي، وحقوق الله تعالى مبنية على التسهيل، وحقوق الآدمي مبنية على التشديد. وإن وجد ميتة وصيداً وهو محرم ففيه طريقان. من أصحابنا من قال: إذا قلنا إنه إذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة، أكل الميتة وترك الصيد، لأنه إذا ذكّاه صار ميتة ولزمه الجزاء، وإن قلنا إنه لا يصير ميتة، أكل الصيد لأنه طاهر، ولأن تحريمه أخف، لأنه يحرم عليه وحده، والميتة محرمة عليه وعلى غيره. ومن أصحابنا من قال: إن قلنا إنه يصير ميتة أكل الميتة، وإن قلنا إنه لا يكون ميتة ففيه قولان: **أحدهما**: يذبح الصيد ويأكله لأنه طاهر، ولأن تحريمه أخف على ما ذكرناه، و**الثاني**: أنه يأكل الميتة، لأنه منصوص عليها والصيد مجتهد فيه. وإن اضطر ووجد آدمياً ميتاً جاز له أكله، لأن حرمة الحي آكد من حرمة الميت. وإن وجد مرتداً أو من وجب قتله في الزنا جاز له أن يأكله لأن قتله مستحق. وان اضطر ولم يجد، فهل يجوز له أن يقطع شيئاً من بدنه ويأكله؟ فيه وجهان، قال أبو إسحاق: يجوز لأنه إحياء نفس بعضوٍ فجاز كما يجوز أن يقطع عضواً إذا وقعت فيه الآكلة لإحياء نفسه، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأنه إذا قطع عضواً منه كان المخافة عليه أكثر. وإن اضطر إلى شرب الخمر أو البول، شرب البول، لأن تحريم الخمر أغلظ، ولهذا يتعلق به الحد، فكان البول أولى. وإن اضطر إلى شرب الخمر وحدها ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يجوز أن يشرب لما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**إن الله سبحانه وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم**»، و**الثاني**: يجوز لأنه يدفع به الضرر عن نفسه فصار كما لو أكره على شربها، والثالث: أنه إن اضطر إلى شربها للعطش لم يجز لأنها تزيد في الإلهاب والعطش، وإن اضطر إليها للتداوي جاز].

الشرح: حديث «**من أعان على قتل مسلم بشطر كلمة**» رواه[1]. وأما حديث أم سلمة فرواه أبو يعلى الموصلي في مسنده بإسناد صحيح إلا رجلاً

---

(١) بياض بالأصل، والحديث أخرجه البيهقي في الجنايات (٨/٢٢) من رواية أبي هريرة، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع برقم ٥٤٤٦.

واحداً فانه مستور، والأصح جواز الاحتجاج برواية المستور، ورواه البيهقي أيضاً[1].

أما الأحكام ففيها مسائل:

إحداها: أجمعت الأمة على أن المضطر إذا لم يجد طاهراً يجوز له أكل النجاسات، كالميتة والدم ولحم الخنزير وما في معناها، ودليله في الكتاب. وفي وجوب هذا الأكل وجهان، ذكرهما المصنف بدليلهما أصحهما: يجب، وبه قطع كثيرون أو الأكثرون وصححه الباقون. فإن أوجبنا الأكل، فإنما يجب سد الرمق دون الشبع، صرّح به الدارمي وصاحب البيان وآخرون.

الثانية: إذا اضطر إلى شرب الدم أو البول أو غيرهما من النجاسات المائعة غير المسكر، جاز له شربه بلا خلاف. وأما التداوي بالنجاسات غير الخمر فهو جائز، سواء فيه جميع النجاسات غير المسكر، هذا هو المذهب والمنصوص، وبه قطع الجمهور، وفيه وجه أنه لا يجوز لحديث أم سلمة المذكور في الكتاب.

والصواب: الجواز مطلقاً لحديث أنس رضي الله عنه «أن نفراً من عرينة، وهي قبيلة معروفة، أتوا رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا المدينة فسقمت أجسامهم، فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال: «**ألا تخرجون مع راعينا في إبله فتصيبون من أبوالها وألبانها**» قالوا: بلى، فخرجوا فشربوا من ألبانها وأبوالها فصحّوا فقتلوا راعي رسول الله ﷺ واطّردوا النّعم» رواه البخاري ومسلم[2]. قال أصحابنا: وإنما يجوز التداوي بالنجاسة إذا لم يجد طاهراً يقوم مقامها، فإن وجده حرمت النجاسات بلا خلاف، وعليه يحمل حديث «**إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم**»،

---

(١) أخرجه البيهقي في الضحايا (١٠/٥).

(٢) أخرجه البخاري في التفسير (٨/٢٧٤) ومسلم في القسامة: باب حكم المحاربين (١١/١٥٥) وأبو داود في الحدود (٥٣١ ـ ٤/٥٣٢) والترمذي في الطهارة (١٠٦ ـ ١/١٠٧) وكذا النسائي فيه (١٥٨ ـ ١/١٦٠).

فهو حرام عند وجود غيره وليس حراماً إذا لم يجد غيره. قال أصحابنا: وإنما يجوز ذلك إذا كان المتداوي عارفاً بالطب يعرف أنه لا يقوم غير هذا مقامه، أو أخبره بذلك طبيب مسلم عدل، ويكفي طبيب واحد.

أما الخمر والنبيذ وغيرهما من المسكر، فهل يجوز شربها للتداوي أو العطش؟ فيه أربعة أوجه مشهورة، الصحيح عند جمهور الأصحاب: لا يجوز فيهما. قال الرافعي: ودليله حديث وائل بن حجر رضي الله عنه أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: «**إنه ليس بدواء ولكنه داء**» رواه مسلم في صحيحه[1]. واختار إمام الحرمين والغزالي جوازها للعطش دون التداوي، والمذهب الأول وهو تحريمها لهما. قال إمام الحرمين: الخمر يسكّن العطش فلا يكون استعمالها في حكم العلاج. قال: ومن قال إن الخمر لا يسكّن العطش فليس على بصيرة، ولا يعدّ قوله مذهباً بل هو غلط ووهم، بل معاقِر الخمر يجتزي بها عن الماء. هذا كلامه، وليس كما ادعى، بل الصواب المشهور عن الشافعي وعن الأصحاب والأطباء أنها لا تسكّن العطش بل تزيده، والمشهور من عادة شرَبَة الخمر أنهم يكثرون شرب الماء.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع لو غصّ بلقمة ولم يجد شيئاً يسيغها به إلا الخمر فله إساغتها به بلا خلاف. نصّ عليه الشافعي واتفق عليه الأصحاب وغيرهم، بل قالوا: يجب عليه ذلك، لأن السلامة من الموت بهذه الإساغة قطعية، بخلاف التداوي وشربها للعطش.

فرع قال البيهقي: قال الشافعي: لا يجوز أكل الترياق المعمول بلحم الحيات إلا أن يكون في حال الضرورة حيث تجوز الميتة، هذا لفظه[2].

---

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (١٣/١٥٢) والترمذي في الطب (٣٨٧ ـ ٤/٣٨٨).

(٢) البيهقي (٩/٣٥٥).

واحتج البيهقي في المسألة بحديث ابن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «**ما أبالي ما أتيت إن أنا شربت ترياقاً أو تعلقت تميمة أو قلت الشعر من قِبَل نفسي**» رواه أبو داود بإسناد فيه ضعف[1]، ومعناه: أن هذه الثلاثة سواء في كونها مذمومة.

فرع ذكرنا أن مذهبنا جواز التداوي بجميع النجاسات سوى المسكر. وقال أحمد: لا يجوز لحديث «**إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم**»، وحديث أبي الدرداء أن النبي ﷺ قال: «**إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء، فتداوَوا ولا تداوَوا بحرام**» رواه أبو داود[2]، وحديث أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن الدواء الخبيث» رواه أبو داود[3]. ودليلنا حديث العرنيين وهو في الصحيحين كما سبق، وهو محمول على شربهم الأبوال للتداوي كما هو ظاهر في الحديث. وحديث «**لم يجعل شفاءكم**» محمول على عدم الحاجة إليه بأن يكون هناك ما يغني عنه ويقوم مقامه من الأدوية الطاهرة، وكذا الجواب عن الحديثين الآخرين. وقال البيهقي: هذان الحديثان إن صحّا حملا على النهي عن التداوي بالمسكر وعلى التداوي بالحرام من غير ضرورة، للجمع بينهما وبين حديث العرنيين والله تعالى أعلم[4].

---

(١) أخرجه أبو داود في الطب (٤/٢٠٢)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨٣٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الطب (٤/٢٠٦ ـ ٢٠٧) وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٨٣٣.

(٣) أخرجه أبو داود في الطب (٤/٢٠٣) وكذا الترمذي (٤/٣٨٧) وابن ماجه (٢/١١٤٥) فيه، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٢٧٨.

(٤) ويمكن الجمع بين هذه الأحاديث بطريقة أخرى غير الطريقة التي اختارها الأئمة الشافعية، بأن نقول: كل ما حرّمه الشارع لا يجوز التداوي به لعموم نهيه ﷺ عن الدواء الخبيث، يستثنى من ذلك حالة الضرورة التي يباح فيها أكل المحرم أو شربه. وأما إذنه ﷺ للنفر العرنيين بالتداوي بأبوال الإبل، فهو قضية عين تحتمل تأويلات شتى، فلا يرد بها التشريع العام الوارد في حديث أبي هريرة وحديث أبي الدرداء. ومن التأويلات المحتملة في قصة العرنيين: أن تكون هذه المداواة للضرورة، كأن كانت حالتهم خطيرة ولا ينفع فيها إلا هذا الدواء، أو أن لا تكون أبوال الإبل نجسة فلا تدخل بالتالي في الدواء الخبيث، أو تكون نجسة فتستثنى من جملة الدواء الخبيث=

[حكم الأكل من بستان الغير]

قال المصنف رحمه الله: [وإن مر ببستان لغيره وهو غير مضطر، لم يجز أن يأخذ منه شيئاً بغير إذن صاحبه، لقوله ﷺ: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه**»].

الشرح: هذا الحديث رواه البيهقي في كتاب الغصب[1]، وإسناده ضعيف. وروى البيهقي في كتاب الغصب أيضاً عن ابن عباس أن النبي ﷺ خطب الناس في حجة الوداع، فذكر الحديث وفيه «**لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس**»[2]، وإسناده صحيح.

قال أصحابنا: إذا مرّ إنسان بثمر غيره أو زرعه لم يجز أن يأخذ منه ولا أن يأكل منه بغير إذن صاحبه، إلا أن يكون مضطراً فيأكل حينئذ ويضمن. قال أصحابنا: وحكم الثمار الساقطة من الأشجار حكم الثمار التي على الشجر إن كانت الساقطة داخل الجدار، وإن كانت خارجة فكذلك إن لم تجر عادتهم بإباحتها، فإن جرت فوجهان، أصحهما: يحل لاطّراد العادة المستمرة بذلك، وحصول الظن بإباحته، كما يحصل بحمل الصبي المميز الهدية ويحل أكلها. والله أعلم.

فرع في مذاهب العلماء فيمن مر ببستان غيره وفيه ثمار، أو مر بزرع غيره.

مذهبنا أنه لا يجوز أن يأكل منه شيئاً، إلا أن يكون في حال الضرورة

= المنهي عنه، ويبقى ما سواها من الدواء الخبيث على أصل النهي، وهذا من باب حمل العام على الخاص وهو أولى من رد العام بسبب الخاص. والله أعلم. وقول الإمام النووي رحمه الله تعالى: «مذهبنا جواز التداوي بجميع النجاسات سوى المسكر»، يشكل عليه ما ذكره آنفاً عن الشافعي من نقل البيهقي: أنه لا يجوز التداوي بالترياق المعمول بلحم الحيات إلا أن يكون في حال الضرورة حيث تجوز الميتة. والله أعلم.

(١) البيهقي (٦/١٠٠).

(٢) البيهقي (٦/٩٧).

التي يباح فيها الميتة، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وداود والجمهور. وقال أحمد: إذا اجتاز به وفيه فاكهة رطبة وليس عليه حائط، جاز له الأكل منه من غير ضرورة، ولا ضمان عليه عنده في أصح الروايتين. واحتج بما روى مجاهد عن أبي عياض أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «من مرّ منكم بحائط فليأكل في بطنه ولا يتخذ خبنة»، وعن زيد بن وهب قال: قال عمر رضي الله عنه: «إذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحداً منكم، فإذا مررتم براعي الإبل فنادوا: يا راعي الإبل، فإن أجابكم فاستسقوه، وإن لم يجبكم فأتوها فحلّوها واشربوا ثم صرّوها» رواهما البيهقي وقال: هذا صحيح عن عمر بإسناديه جميعاً، قال: وهو محمول عندنا على حال الضرورة[1].

واحتج أصحابنا بالحديث الذي ذكره المصنف مع ما ذكرته، وبحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يحلبنّ أحدكم ماشية غيره إلا بإذنه، أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته فينتقل طعامه، فإنما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم فلا يحلبنّ أحد ماشية أحد إلا بإذنه**» رواه البخاري ومسلم[2]، وفي المسألة أحاديث كثيرة بمعنى ما ذكرته.

قال الشافعي رحمه الله: ومن مرّ لرجل بزرع أو ثمر أو ماشية أو غير ذلك من ماله، لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذنه، لأن هذا مما لم يأت فيه كتاب ولا سنة ثابتة بإباحته، فهو ممنوع إلا بإذن مالكه. قال: وقد قيل: من مرّ بحائط فليأكل ولا يتخذ خبنة، وروي فيه حديث لو كان ثبت عندنا لم نخالفه، والكتاب والحديث الثابت أنه لا يجوز أكل مال أحد إلا بإذنه.

فرع الضيافة سنة، فإذا استضاف مسلم ـ لا اضطرار به ـ مسلماً استحب له ضيافته ولا تجب، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة. وقال الليث بن سعد وأحمد بن حنبل: هي واجبة يوماً وليلة، قال أحمد: هي واجبة يوماً وليلة على أهل البادية وأهل القرى دون أهل المدن. واحتجوا بحديث أبي شريح الخزاعي رضي الله عنه قال:

---

(١) البيهقي (٩/٣٥٩).

(٢) أخرجه البخاري في اللقطة (٥/٨٨) وكذا مسلم فيه (٢٨ ـ ١٢/٢٩) وأبو داود في الجهاد (٣/٩١) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٧٢).

سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جائزته**» قال: وما جائزته يا رسول الله؟ قال: «**يومه وليلته، والضيافة ثلاثة أيام فما كان وراء ذلك فهو صدقة عليه، ولا يحل لرجل مسلم يقيم عند أخيه حتى يؤثمه**» قالوا: يا رسول الله وكيف يؤثمه؟ قال: «**يقيم عنده ولا شيء له يقريه به**» رواه البخاري ومسلم[1]. وروى أبو داود في سننه عن أشهب قال: سئل مالك رضي الله عنه عن قول النبي ﷺ «**جائزته يوم وليلة**»، فقال: يكرمه ويتحفه ويحفظه يوماً وليلة، وثلاثة أيام ضيافة[2]. قال الخطابي: معناه أنه يتكلف له في اليوم الأول ما اتسع له من بر وألطاف، وأما في اليوم الثاني والثالث فيقدم له ما كان بحضرته ولا يزيد على عادته، وما كان بعد الثلاث فهو صدقة ومعروف، إن شاء فعل وإن شاء ترك. قال: وقوله ﷺ: «**ولا يحل أن يقيم عنده حتى يؤثمه**» معناه: لا يحل للضيف أن يقيم عنده بعد الثلاث من غير استدعاء منه حتى يوقعه في الإثم[3]. وعن عقبة بن عامر قال: قلنا يا رسول الله إنك تبعثنا فننزل بقوم فلا يقروننا فما ترى؟ فقال لنا رسول الله ﷺ «**إن نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم**» رواه مسلم في صحيحه[4]. واحتج أصحابنا والجمهور بالأحاديث السابقة في مسألة ثمار الإنسان وزرعه. وأجابوا عن هذه الأحاديث الواردة في الضيافة بأنها محمولة على الاستحباب ومكارم الأخلاق وتأكد حق الضيف، كحديث «**غسل الجمعة واجب على كل محتلم**» أي متأكد الاستحباب، وتأول بعض هذه الأحاديث الخطابي وغيره على المضطر. والله أعلم.

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب بنحوه (١٠/٥٣١) ومسلم في اللقطة (٣٠ ـ ١٢/٣١) والترمذي في البر (٤/٣٤٥) وابن ماجه في الأدب (٢/١٢١٢).

(٢) أبو داود في الأطعمة (٤/١٢٨).

(٣) معالم السنن (٤/٢٣٨).

(٤) أخرجه البخاري في الأدب: باب إكرام الضيف (١٠/٥٣٢) ومسلم في اللقطة (١٢/٣٠) وأبو داود في الأطعمة (١٣٠ ـ ٤/١٣١) والترمذي في السير (٤/١٤٨) وابن ماجه في الأدب (٢/١٢١٢).

[حكم كسب الحجّام]

قال المصنف رحمه الله: [ولا يحرم كسب الحجّام، لما روى أبو العالية أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن كسب الحجّام فقال: «احتجم رسول الله ﷺ وأعطاه أجره، ولو كان حراماً ما أعطاه». ويكره للحر أن يكتسب بالحجامة وغيرها من الصنائع الدنيئة، كالكنس والذبح والدبغ؛ لأنها مكاسب دنيئة فينزه الحر منها. ولا يكره للعبد، لأن العبد أدنى فلم يكره له، وبالله التوفيق].

الشرح: حديث ابن عباس رواه البخاري ومسلم[1]. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في جملة من الأحاديث الواردة
في كسب الحجّام والحجامة.

عن رافع بن خديج رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**كسب الحجام خبيث، ومهر البغي خبيث، وثمن الكلب خبيث**» رواه مسلم[2]، وفي رواية «**شر الكسب مهر البغي، وثمن الكلب، وكسب الحجام**». وعن محيّصة رضي الله عنه أنه استأذن رسول الله ﷺ في إجارة الحجام فنهاه عنها، فلم يزل يسأل حتى قال: «**اعلفه نواضحك**» رواه مالك وأبو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة[3]، قال الترمذي: هو حديث حسن. وعن

---

(١) أخرجه البخاري في الإجارة (٤/٤٥٨) ومسلم في المساقاة (١٠/٢٤٢) وأبو داود في البيوع (٣/٧٠٨) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣١).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة (١٠/٢٣٢) والترمذي في البيوع (٣/٥٧٤) وكذا أبو داود (٧٠٦ ـ ٣/٧٠٧) فيه، والنسائي في الصيد (٧/١٩٠).

(٣) أخرجه مالك في الاستئذان (٢/٩٧٤) وأبو داود في البيوع (٣/٧٠٨) وكذا الترمذي فيه (٣/٥٧٥) وقال: حديث محيّصة حديث حسن صحيح، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٢)، وعند الترمذي زيادة «**وأطعمه رقيقك**» ونحوها لأبي داود، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٢٠.

أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ حجمه أبو طيبة فأمر له رسول الله ﷺ بصاعين من طعام، وكلّم مواليه فخفّف عنه من ضريبته وقال: «**خير ما تداويتم به الحجامة والقسط البحري**» رواه البخاري ومسلم[1].

فرع
في مذاهب العلماء في كسب الحجام.

مذهبنا أنه ليس بحرام لا على العبد ولا على الحر، ولكن يستحب للحر التنزه عنه وعن أكله، وبهذا قال جماهير العلماء. وقال أحمد في رواية ضعيفة عنه وفقهاء المحدثين: يحرم على الأحرار دون العبيد. واحتجوا بالأحاديث السابقة. واحتج الجمهور بحديث ابن عباس، وحملوا الأحاديث الباقية على التنزيه والارتفاع عن دنيء الاكتساب والحث على مكارم الأخلاق.

فرع
في فضل الحجامة.

عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه قال في مريض عاده: لا أبرح حتى يحتجم فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إن فيه شفاء**» رواه البخاري ومسلم[2]. وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن أبا هند حجم النبي ﷺ في يأفوخه من وجع كان به وقال: «**إن كان في شيء شفاء مما تداوون به فالحجامة**» رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة[3]. وعن سلمى

---

(١) أخرجه البخاري في الطب (١٠/١٥٠) ومسلم في المساقاة (١٠/٢٤٢) وأبو داود في البيوع (٧٠٨ ـ ٣/٧٠٩) وكذا الترمذي فيه (٣/٥٧٦)، والقسط البحري هو العود الهندي، أفاده النووي في شرحه لمسلم.

(٢) أخرجه البخاري في الطب (١٠/١٥٠) ومسلم في السلام: باب لكل داء دواء (١٤/١٩١).

(٣) أخرجه أبو داود في الطب (٤/١٩٤) وكذا ابن ماجه فيه (٢/١١٥١)، وليس عندهما «أن أبا هند حجم النبي ﷺ في يأفوخه من وجع كان به»، وإنما ورد بهذا التمام في رواية البيهقي في الضحايا (٩/٣٣٩)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٢٦٦.

خادم رسول الله ﷺ ورضي الله عنها قالت: ما كان أحد يشتكي إلى رسول الله ﷺ وجعاً من رأسه إلا قال: «**احتجم**»، ولا وجعاً في رجليه إلا قال: «**اخضبهما**» رواه أبو داود بإسناد حسن[١].

فرع
في استحباب ترك الاكتواء للتداوي وليس بحرام.

عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**إن كان في أدويتكم أو ما تداويتم به خير فشرطة حجّام، أو شربة عسل، أو لدغة بنار توافق داء، وما أحب أن أكتوي**» رواه البخاري ومسلم[٢]. وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**الشفاء في ثلاثة: في شرطة محجم، أو شربة عسل، أو كية بنار، وإني أنهى أمتي عن الكي**» رواه البخاري[٣].

فرع
في جواز الكي وقطع العروق للحاجة.

عن جابر رضي الله عنه قال: «بعث رسول الله ﷺ إلى أبي بن كعب طبيباً فقطع منه عرقاً ثم كواه عليه» رواه مسلم[٤]. وعنه قال: «رمي سعد بن معاذ في أكحله، فحسمه النبي ﷺ بيده، ثم ورمت، فحسمه الثانية» رواه مسلم[٥].

---

(١) أخرجه أبو داود في الطب (٤/١٩٥) وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٢٦٧، ومعنى قوله ﷺ «**اخضبهما**» أي بالحناء، وقد وقع التصريح به في رواية الترمذي المختصرة في الطب (٤/٣٩٢) وكذا عند ابن ماجه (٢/١١٥٨).

(٢) أخرجه البخاري في الطب: باب الحجامة من الشقيقة والصداع (١٠/١٥٣) ومسلم في السلام (١٤/١٩٢).

(٣) أخرجه البخاري في الطب (١٠/١٣٦).

(٤) أخرجه مسلم في السلام (١٤/١٩٣).

(٥) أخرجه مسلم (١٠/١٩٤).

فرع
في جواز الرقية بكتاب الله تعالى وبما يعرف من ذكر الله.

عن أنس قال: «رخّص رسول الله ﷺ في الرقية من العين والنملة والحمة» رواه مسلم[1]. والحمة ـ بضم الحاء وتخفيف الميم وقد تشدد ـ وهي السم، وأما النملة فقال الأصمعي: هي قروح تخرج في الجنب وغيره. وعن جابر قال: لدغت رجلاً منا عقرب ونحن جلوس مع النبي ﷺ فقال رجل: يا رسول الله أرقي؟ قال: «**من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل**» رواه مسلم[2]. وفي رواية له: أن النبي ﷺ قال لأسماء بنت عميس: «**ما لي أرى أجسام بني أخي ضارعة، تصيبهم الحاجة؟**» قالت: لا ولكن العين تسرع إليهم، قال: «**أرقيهم**». قالت: فعرضت عليه. فقال: «**أرقيهم**»[3]. وعن جابر أيضاً قال: نهى رسول الله ﷺ عن الرقى، فجاء آل عمرو بن حزم إلى رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله إنه كانت عندنا رقية يرقى بها من العقرب وإنك نهيت عن الرقى قال: فعرضوها عليه فقال: «**ما أرى بأساً من استطاع منكم أن ينفع أخاه فلينفعه**» رواه مسلم[4]. وعن عوف بن مالك قال: كنا نرقي في الجاهلية فقلنا: يا رسول الله ما تقول في ذلك؟ فقال: **اعرضوا عليّ رقاكم، لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك**» رواه مسلم[5]. وأما حديث عمران بن الحصين عن النبي ﷺ قال: «**لا رقية إلا من عين أو حمة**»[6]، فصحيح رواه أبو داود والترمذي وغيرهما بأسانيد صحيحة، قال البيهقي: معناه

---

(١) أخرجه مسلم في السلام (١٤/١٨٥) والترمذي في الطب (٤/٣٩٣).
(٢) أخرجه مسلم (١٤/١٨٦).
(٣) أخرجه مسلم (١٨٥ ـ ١٤/١٨٦).
(٤) أخرجه مسلم (١٨٦ ـ ١٤/١٨٧).
(٥) أخرجه مسلم (١٤/١٨٧) وأبو داود في الطب (٤/٢١٤).
(٦) أخرجه أبو داود في الطب (٤/٢١٣) وكذا الترمذي فيه (٤/٣٩٤)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٢٨٩.

هما أولى بالرقى من غيرهما لما فيهما من زيادة الضرر[1]، والله تعالى أعلم.

فرع
في تعليق التمائم.

عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إن الرقى والتمائم والتولة شرك**»، قالت: قلت: لم تقول هذا والله لقد كانت عيني تقذف وكنت أختلف إلى فلان اليهودي يرقيني، فإذا رقاني سكنت، فقال عبدالله: إنما كان عمل الشيطان ينخسها بيده، فإذا رقاها كفّ عنها، إنما كان يكفيك أن تقولي كما كان رسول الله ﷺ يقول: «**أذهب الباس رب الناس، اشفِ أنت الشافي لا شفاء إلا شفاؤك، شفاء لا يغادر سقماً**» رواه أبو داود وابن ماجه[2].

قال أبو عبيد: التولة ـ بكسر التاء ـ هو الذي يحبب المرأة إلى زوجها، وهو من السحر قال: وذلك لا يجوز. وأما الرقى والتمائم قال: فالمراد بالنهي ما كان بغير لسان العربية مما لا يدرى ما هو[3]. قال البيهقي: ويقال: إن التميمة خرزة كانوا يعلقونها يرون أنها تدفع عنهم الآفات، ويقال: قلادة تعلق فيها العوذ[4]. وعن عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من علّق تميمة فلا أتمّ الله له، ومن علّق ودعة فلا ودع الله له**» رواه البيهقي وقال: هو أيضاً راجع إلى معنى ما قال أبو عبيد[5]. قال: ويحتمل أن يكون ذلك وما أشبهه من النهي والكراهة فيمن

---

(١) البيهقي (٩/٣٤٨).

(٢) أخرجه أبو داود في الطب (٢١٢ ـ ٤/٢١٣) وكذا ابن ماجه فيه (١١٦٦ ـ ٢/١١٦٧) وزاد فيه قصة، وصححه الألباني بالزيادة في صحيح ابن ماجه برقم ٢٨٤٥.

(٣) البيهقي في الضحايا: باب التمائم (٩/٣٥٠).

(٤) و(٥) المصدر السابق.

يعلقها وهو يرى تمام العافية وزوال العلة بها على ما كانت عليه الجاهلية، وأما من يعلقها متبركاً بذكر الله تعالى فيها وهو يعلم أن لا كاشف له إلا الله، ولا دافع عنه سواه، فلا بأس بها إن شاء الله تعالى[1]. ثم روى البيهقي بإسناده عن عائشة رضي الله عنها قالت: ليست التميمة ما يعلق قبل البلاء، إنما التميمة ما يعلق بعد البلاء لتدفع به المقادير». وفي رواية عنها قالت: «التمائم ما علق قبل نزول البلاء، وما علق بعد نزول البلاء فليس بتميمة»، قال البيهقي: هذه الرواية أصح. ثم روى بإسناد صحيح عنها قالت: «ليس بتميمة ما علق بعد أن يقع البلاء»، قال البيهقي: وهذه الرواية تدل على صحة التي قبلها[2]. وعن عمران بن الحصين أنه دخل على النبي ﷺ وفي عنقه حلقة من صفر فقال: «**ما هذا؟**» قال: من الواهنة قال: «**أيسرك أن توكل إليها انبذها عنك**» [3]رواه ابن ماجه والبيهقي بإسنادين في كلٍ منهما من اختلف فيه. وعن ابن مسعود: «من علّق شيئاً وكل إليه»[4]. وروى البيهقي بإسناد صحيح عن سعيد بن المسيب أنه كان يأمر بتعليق القرآن وقال: لا بأس به[5]. قال البيهقي: هذا كله راجع إلى ما قلنا، أنه إن رقى بما لا يعرف، أو على ما كانت عليه الجاهلية من إضافة العافية إلى الرقى لم يجز، وإن رقى بكتاب الله أو بما يعرف من ذكر الله تعالى متبركاً به وهو يرى نزول الشفاء من الله تعالى، فلا بأس به، والله تعالى أعلم[6]

فرع
في النشرة ـ بضم النون وإسكان الشين.

قال الخطابي: النشرة ضرب من الرقية والعلاج، يعالج به من كان

---

(١) و(٢) المصدر السابق.

(٣) أخرجه ابن ماجه في الطب (١١٦٧ ـ ٢/١١٦٨) والبيهقي (٩/٣٥١)، واللفظ له، وضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه برقم ٧٧٢.

(٤) البيهقي (٩/٣٥١).

(٥) و (٦) المصدر السابق.

يظن به مس من الجن، قيل: سميت نشرة لأنه ينشر بها عنه، أي يحلّ عنه ما خامره من الداء[1]. وجاء في حديث جابر رضي الله عنه قال: سئل رسول الله ﷺ عن النشرة فقال: «**هو من عمل الشيطان**» رواه أبو داود بإسناد صحيح[2]. قال البيهقي: وقد روي عن النبي ﷺ مرسلاً قال: وهو مع إرساله أصح. قال: والقول فيما يكره من النشرة وفيما لا يكره كالقول في الرقية وقد ذكرناه[3].

فرع
في العين والاغتسال لها.

عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «**العين حق ولو كان شيء سابَقَ القدر سبقته العين، وإذا استغسلتم فاغسلوا**» رواه مسلم[4]. قال العلماء: الاستغسال أن يقال للعائن، وهو الناظر بعينه بالاستحسان، اغسل داخلة إزارك مما يلي الجلد بماء، ثم يصب ذلك الماء على المعين، وهو المنظور إليه. وعن الزهري عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف قال: «مرّ عامر بن ربيعة على سهل بن حنيف وهو يغتسل فقال: لم أر كاليوم ولا جلد مخبّأة، فما لبث أن لبط به، فأتي النبي ﷺ فقيل له: أدرك سهلاً صريعاً، فقال: «**من تتهمون به؟**» قالوا: عامر بن ربيعة فقال: «**على ما يقتل أحدكم أخاه إذا رأى ما يعجبه فليدع بالبركة**» وأمره أن يتوضأ ويغسل وجهه ويديه إلى مرفقيه وركبتيه وداخلة إزاره ويصب الماء عليه، قال الزهري: ويكفأ الإناء من خلفه» رواه النسائي في كتابه عمل اليوم والليلة،

---

(١) معالم السنن (٤/٢٢٠)، ومنه نقلت كلام الخطابي لأنه وقع في المطبوعة تحريف كثير.

(٢) أخرجه أبو داود في الطب (٤/٢٠١)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٢٧٧.

(٣) البيهقي (٩/٣٥١).

(٤) أخرجه مسلم في السلام: باب الطب والمرض (١٤/١٧١) والترمذي في الطب (٤/٣٩٧).

وابن ماجه والبيهقي في سننهما بأسانيد صحيحة[1]. قال البيهقي: قال أبو عبيد: إنما أراد بداخلة الإزار، طرف إزاره الداخل الذي يلي جسده[2]. والله أعلم.

❋ ❋ ❋

باب الصيد والذبائح

قال المصنف رحمه الله: [ولا يحل شيء من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد، إلا بذكاة، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ﴾[3]. ويحل السمك والجراد من غير ذكاة لقوله ﷺ: «**أحلّت لنا ميتتان السمك والجراد**»، ولأن ذكاتهما لا تمكن في العادة فسقط اعتبارهما].

الشرح: هذا الحديث سبق بيانه واضحاً في باب الأطعمة، وذكرنا أنه من رواية ابن عمر، وأن الصحيح أن ابن عمر هو القائل «أحلّت لنا» وأنه يكون بهذه الصيغة مرفوعاً.

والميتة ما فارقت الحياة بغير ذكاة. وقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ أي ما ذبح لصنم ونحوه. والموقوذة المضروبة بعصاً ونحوها. والمتردية التي تسقط من علو فتموت. والنطيحة المنطوحة.

وأما الأحكام: فقد أجمعت الأمة على تحريم الميتة غير السمك والجراد، وأجمعوا على إباحة السمك والجراد. وأجمعوا أنه لا يحل من الحيوان غير السمك والجراد إلا بذكاة.

---

(١) أخرجه النسائي في عمل اليوم والليلة: باب ما يقرأ على من أصيب بعين (٥٦٤) والبيهقي (٣٥١ ـ ٩/٣٥٢) وعنه نقلت لفظ الحديث، وابن ماجه في الطب (٢/١١٦٠) وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ٢٨٢٨.

(٢) البيهقي (٩/٣٥٢).

(٣) المائدة: ٣.

قال المصنف رحمه الله: [والأفضل أن يكون المذكي مسلماً. فإن ذبح مشرك نظرت، فإن كان مرتداً أو وثنياً أو مجوسياً لم يحل لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾[1] وهؤلاء ليسوا من أهل الكتاب. وإن كان يهودياً أو نصرانياً من العجم حلّ للآية الكريمة. وإن كان من نصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب لم يحلّ، لما روي عن عمر رضي الله عنه قال: «ما نصارى العرب بأهل كتاب لا تحلّ لنا ذبائحهم»[2]، وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: «لا تحلّ ذبائح نصارى بني تغلب»[3]، ولأنهم دخلوا في النصرانية بعد التبديل ولا يعلم هل دخلوا في دين من بدّل منهم أو في دين من لم يبدّل منهم، فصاروا كالمجوس لما أشكل أمرهم في الكتاب لم تحل ذبائحهم. والمستحب أن يكون المذكي رجلاً لأنه أقوى على الذبح من المرأة، فإن كانت امرأة جاز لما روى كعب بن مالك أن جارية لهم كسرت حجراً فذبحت به شاة فسأل النبي ﷺ «فأمر بأكلها».

ويستحب أن يكون بالغاً لأنه أقدر على الذبح، فإن ذبح صبي حلّ، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال: «من ذبح من ذكر أو أنثى أو صغير أو كبير وذكر اسم الله عليه حلّ»[4]. وتكره ذكاة الأعمى لأنه ربما أخطأ المذبح، فإن ذبح حلّ، لأنه لم يفقد فيه إلا النظر، وذلك لا يوجب التحريم. ويكره ذكاة السكران والمجنون لأنه لا يؤمن أن يخطىء المذبح ويقتل الحيوان، فإن ذبح حلّ، لأنه لم يفقد في ذبحهما إلا القصد والعلم، وذلك لا يوجب التحريم، كما لو ذبح شاة وهو يظن أنه يقطع حشيشاً].

---

(١) المائدة: ٥.

(٢) أخرجه الشافعي في الأم: كتاب الصيد والذبائح (٢/٢٥٥) و البيهقي في الضحايا (٩/٢٨٤) من طريق الشافعي.

(٣) أخرجه الشافعي في الأم (٢/٢٥٥) ولفظه «لا تأكلوا ذبائح نصارى بني تغلب فإنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر» ومن طريقه البيهقي (٩/٢٨٤)، وصحّح إسناده الحافظ ابن حجر في الفتح (٩/٦٣٧).

(٤) لم أجده.

الشرح: حديث كعب بن مالك رواه البخاري بلفظه[1].

قوله: «وهم بهراء وتنوخ وبنو تغلب» وهي قبائل معروفات.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف. وحقيقة الكتابي نبسطها في كتاب النكاح حيث ذكرها الأصحاب، ومختصره ما أشار إليه المصنف أنه إن كان يهودياً أو نصرانياً من العجم أو ممن دخل في دينهم قبل النسخ والتبديل حلّت ذبيحته، وإن كان من نصارى العرب أو غيرهم ممن شك في وقت دخولهم في دين أهل الكتاب، لم تحلّ ذبائحهم لما ذكره المصنف.

قال أصحابنا: والمناكحة والذكاة متلازمتان لا تفترقان، فمن حلّت مناكحته حلّت ذبيحته، ومن لا فلا، إلا في مسألة: وهي الأمة الكتابية، فإنه تحلّ ذبيحتها ولا تحلّ مناكحتها.

فرع الصحيح في مذهبنا حلّ ذبيحة الصبي والمجنون والسكران، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك وأحمد وابن المنذر وداود: لا تحلّ ذكاة المجنون والسكران والصبي الذي لا يميز. ونقل ابن المنذر الإجماع على حلّ ذكاة المرأة والصبي المميز.

فرع نقل ابن المنذر الاتفاق على ذبيحة الجنب قال: وإذا دلّ القرآن على حلّ ذبيحة الكتابي مع أنه نجس فالذي نفت السنة عنه النجاسة أولى. قال: والحائض كالجنب.

فرع ذبيحة أهل الكتاب حلال، سواء ذكروا اسم الله تعالى عليها أم لا، لظاهر القرآن العزيز، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور، وحكاه ابن المنذر عن علي والنخعي وحماد بن سليمان وأبي حنيفة وأحمد وإسحاق وغيرهم. فإن ذبحوا على صنم أو غيره لم يحلّ. قال ابن المنذر: وقال عطاء: إذا ذبح النصراني على اسم عيسى فكل قد علم الله أنه سيقول ذلك، وبه قال مجاهد ومكحول. وقال أبو ثور: إذا سموا الله تعالى فكل وإن لم يسموه فلا تأكل، وحكي مثله عن علي وابن عمر وعائشة. واختلفوا في ذبائحهم لكنائسهم، فرخّص فيه جمهور ـ العلماء، ومذهبنا تحريمه.

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/٦٣١).

فرع ذكرنا أن مذهبنا تحريم ذكاة نصارى العرب بني تغلب وتنوخ وبهراء، وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء وسعيد بن جبير. وأباحها ابن عباس والنخعي والشعبي وعطاء الخراساني والزهري والحكم وحماد وأبو حنيفة وإسحاق بن راهويه وأبو ثور.

فرع ذبائح أهل الكتاب في دار الحرب حلال كذبائحهم في دار الإسلام، وهذا لا خلاف فيه، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه.

فرع ذبيحة المرتد حرام عندنا، وبه قال أكثر العلماء.

فرع لو وجدنا شاة مذبوحة ولم ندر من ذبحها، فإن كان في بلد فيه من لا يحل ذكاته كالمجوس لم تحلّ، سواء تمحضوا أو كانوا مختلطين بالمسلمين للشك في الذكاة المبيحة والأصل التحريم، وإن لم يكن فيهم أحد منهم حلّت. والله أعلم.

[صفة الذبح والنحر]

قال المصنف رحمه الله [والمستحب أن يذبح بسكين حاد لما روى شداد بن أوس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحدّ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته**». فإن ذبح بحجر محدّد أو ليطة حلّ، لما ذكرناه من حديث كعب بن مالك في المرأة التي كسرت حجراً فذبحت بها شاة. ولما روي أن رافع بن خديج قال: يا رسول الله إنا نرجو أن نلقى العدو غداً وليس معنا مدى، أفنذبح بالقصب؟ فقال رسول الله ﷺ: «**ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا، ليس السن والظفر، وسأخبركم عن ذلك، أما السن: فعظم «وأما الظفر: فمدى الحبشة**». فإن ذبح بسن أو ظفر لم يحلّ، لحديث رافع بن خديج]

الشرح: حديث شداد بن أوس، رواه مسلم[1]. وحديث رافع، رواه

---

(١) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح (١٠٦ ـ ١٣/١٠٧) وأبو داود في الأضاحي (٣/٢٤٤) والترمذي في الديات (٤/٢٣) والنسائي في الضحايا (٧/٢٢٧) وابن ماجه في الذبائح (٢/١٠٥٨).

البخاري ومسلم[1]. وقوله ﷺ: «**فأحسنوا القتلة والذبحة**» هو بكسر القاف والذال أي هيئة القتل والذبح، و«**ليحد**» ـ بضم الياء وكسر الحاء ـ يقال: أحدّ السكين وحدّدها واستحدّها، كله بمعنى، والمدى ـ بضم الميم وفتح الدال ـ وهو جمع مدية ـ بضم الميم وكسرها وفتحها ساكنة الدال ـ وهي السكين سميت مدية، لأنها تقطع مدى حياة الحيوان. وسميت السكين سكيناً لأنها تسكّن حركة الحيوان، وفيها لغتان: التذكيروالتأنيث. قوله: «ليطة» ـ بكسر اللام وبإسكان الياء وبطاء ـ وهي القشرة الرقيقة للقصبة، وقيل مطلق قشرة القصبة، والجماعة ليط. وقوله ﷺ: «**ما أنهر الدم**» أي أساله. وقوله ﷺ: «**أما السن فعظم**» معناه فلا يجوز به لأنه يتنجس بالدم، وقد نهيتم عن تنجيس العظام في الاستنجاء لكونها زاد إخوانكم من الجن. وأما الظفر: فمدى الحبشة وهم كفار، وقد نهيتم عن التشبه بالكفار. والله أعلم.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء بما تحصل به الذكاة.

مذهبنا حصوله بكل محدد إلا الظفر والسن وسائر العظام، وبه قال النخعي والحسن بن صالح والليث، وفقهاء الحديث، وأحمد وإسحاق وأبو داود وأبو ثور وداود والجماهير، وهو رواية عن مالك. وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا يجوز الذبح بالظفر والعظم المتصلين، ويجوز بالمنفصلين وهو رواية عن مالك. وحكى ابن المنذر عن مالك أنه قال: تحصل الذكاة بكل شيء حتى بالسن والظفر، ونحوه عن ابن جريج. وحكى العبدري عن ابن

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح: باب التسمية على الذبيحة (٦٢٣ ـ ٩/٦٢٤) ومسلم في الأضاحي (١٢٢ ـ ١٣/١٢٥) والترمذي في الأحكام (٤/٨١) والنسائي (٧/٢٢٦) وأبو داود (٢٤٧ ـ ٣/٢٤٨).

القصار المالكي أن الظاهر من مذهب مالك إباحة الذكاة بالعظم ومنعه بالسن.

قال المصنف رحمه الله [والمستحب أن تنحر الإبل معقولة من قيام لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما رأى رجلاً أضجع بدنة فقال: «قياماً سنة أبي القاسم ﷺ». وتذبح البقرة والغنم مضجعة لما روى أنس «أن رسول الله ﷺ ضحّى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده، ووضع رجله على صفاحهما وسمّى وكبّر». والبقر كالغنم في الذبح فكان مثله في الاضطجاع. والمستحب أن يوجّه الذبيحة إلى القبلة، لأنه لا بد من جهة، فكانت جهة القبلة أولى. والمستحب أن يسمّي الله تعالى على الذبح لما روى عدي بن حاتم قال: سألت النبي ﷺ عن الصيد فقال: «**إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله عليه وكل**». فإن ترك التسمية لم يحرم، لما روت عائشة رضي الله عنها أن قوماً قالوا: يا رسول الله إن قوماً من الأعراب يأتون باللحم لا ندري أذكروا اسم الله تعالى عليه أم لا؟ فقال رسول الله ﷺ: «**اذكر اسم الله تعالى عليه وكل**». والمستحب أن يقطع الحلقوم والمريء والودجين، لأنه أوحى وأروح للذبيحة، فإن اقتصر على قطع الحلقوم والمريء أجزأه، لأن الحلقوم مجرى النفس، والمريء مجرى الطعام، والروح لا تبقى مع قطعهما. والمستحب أن ينحر الإبل ويذبح البقر والشاة، فإن خالف ونحر البقر والشاة وذبح الإبل أجزأه، لأن الجميع موت من غير تعذيب. ويكره أن يبين الرأس وأن يبالغ في الذبح إلى أن يبلغ النخاع ـ وهو عرق يمتد من الدماغ ويستبطن الفقار إلى عجب الذنب ـ لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه نهى عن النخع، ولأن فيه زيادة تعذيب، فإن فعل ذلك لم يحرم، لأن ذلك يوجد بعد حصول الذكاة. وإن ذبحه من قفاه، فإن بلغ السكين الحلقوم والمريء وقد بقيت فيه حياة مستقرة حلّ، لأن الذكاة صادفته وهو حي. وإن لم يبق فيه حياة مستقرة إلا حركة المذبوح لم يحلّ لأنه صار ميتاً قبل الذكاة. فإن جرح السبع شاة فذبحها صاحبها وفيها حياة مستقرة حلّت، وإن لم يبق فيها حياة مستقرة لم تحلّ، لما روي أن

النبي ﷺ قال لأبي ثعلبة الخشني «**وإن ردّ عليك كلبك غنمك وذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فذكّه وإن لم تدرك ذكاته فلا تأكله**». والمستحب إذا ذبح أن لا يكسر عنقها ولا يسلخ جلدها قبل أن تبرد، لما روي أن الفرافصة قالوا لعمر رضي الله عنه: إنكم تأكلون طعاماً لا نأكله، فقال: وما ذاك يا أبا حسان فقال: تعجلون الأنفس قبل أن تزهق، فأمر عمر رضي الله عنه منادياً ينادي: إن الذكاة في الحلق واللبة لمن قدر، ولا تعجلوا الأنفس حتى تزهق]

الشرح: أما حديث ابن عمر[١] وحديث أنس[٢] وحديث عدي[٣]، فرواها البخاري ومسلم. ولفظ روايتي البخاري ومسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما «ابعثها مقيّدة سنة أبي القاسم ﷺ» وحذف منه المصنف «مقيدة». وأما حديث عائشة[٤]: فصحيح، رواه البخاري وآخرون. وأما حديث أبي ثعلبة[٥]: فروى البخاري ومسلم بعضه، ولفظهما أن النبي ﷺ قال له: «**وما صدت بكلبك الذي ليس بمعلّم فأدركت ذكاته فكل**». وأما الأثر عن عمر: فصحيح، صححه ابن المنذر وذكره البخاري في صحيحه عن ابن عمر[٦]

وقوله في حديث ابن عمر: «قياماً مقيدة» أي معقولة إحدى الرجلين. والروح يذكر ويؤنث لغتان. والنخاع ـ بكسر النون وفتحها وضمها ـ ثلاث لغات حكاهن صاحب المحكم وآخرون. وأما عجب الذنب فبفتح العين واسكان الجيم وهو أصل الذنب. وأما اللبّة ـ فبفتح اللام وتشديد الباء ـ وهي الثغرة التي في أسفل العنق. والنحر هو قطع الحلق أسفل العنق، والذبح هو

---

(١) أخرجه البخاري في الحج (٣/٥٥٣) وكذا مسلم فيه (٩/٦٩).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) أخرجه البيهقي في الضحايا (٢٧٩ ـ ٩/٢٨٠) عن عمر، وأخرجه البخاري في الذبائح: باب النحر والذبح (٩/٦٤٠) عن ابن عمر معلقاً.

قطع الحلق أعلى العنق، والمعتبر في الموضعين قطع الحلقوم والمريء.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع كون الحيوان منتهياً إلى حركة المذبوح أو فيه حياة مستقرة يستيقن وتارة يظن بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة، وشبهه الأصحاب بعلامات الخجل والغضب ونحوهما. قالوا: ومن أمارات الحياة المستقرة: الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء، وانفجار الدم وتدفقه. قال إمام الحرمين: من الأصحاب من قال كل واحد منهما يكفي دليلاً على بقاء الحياة المستقرة. قال: والأصح أن كلاً منهما لا يكفي، لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن وأمارات أخر تفيد الظن أو اليقين فيجب النظر والاجتهاد، هذا كلام الإمام. واختار المزني وطوائف من الأصحاب الاكتفاء بالحركة الشديدة، وهو الأصح المختار، وحكى البخاري في صحيحه معناه عن ابن عباس.

فرع
في مذاهب العلماء فيما يشترط قطعه لحصول الذكاة.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أنه إذا قطع بما يجوز الذبح به وسمى وقطع الحلقوم والمريء والودجين، وأسال الدم، حصلت الذكاة وحلّت الذبيحة. قال: واختلفوا في قطع البعض، وكان الشافعي يقول: يشترط قطع الحلقوم والمريء، ويستحب الودجين. وقال الليث وداود: يشترط قطع الجميع، واختاره ابن المنذر. وقال أبو حنيفة: إذا قطع ثلاثة من الأربعة حلّ. وقال مالك: يجب قطع الحلقوم والودجين، ولا يشترط المريء، ونقله العبدري عنه وعن الليث بن سعد، فيصير عن الليث روايتان، وعن مالك رواية اشتراط قطع الأربعة، وهو قول أبي ثور، وعن مالك أيضاً الاكتفاء بالودجين.

فرع إذا ذبح الشاة ونحوها من قفاها، فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه إن وصل السكين إلى الحلقوم والمريء وفيه حياة مستقرة حلّ، وإلا فلا. قال العبدري: وقال مالك وداود: لا تحل بحال. وقال أحمد: فيه روايتان

إحداهما: تحل، **والثاني**: لا تحل إن تعمد. وقال الرازي الحنفي: قال أصحابنا: إن مات بعد قطع الأوداج الأربعة حلّ، وإلا فلا.

فرع
في مذاهبهم في المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إذا ذكّيت واحدة من هؤلاء.

قال العبدري من أصحابنا: لها ثلاثة أحوال، أحدها: أن يدركها ولم يبقَ فيها إلا حركة مذبوح، فهذه لا تحل عندنا، وبه قال مالك والجمهور. الثاني: أن يدركها وفيها حياة مستقرة ولكن يعلم أنها تموت قطعاً، فتحلّ بالذكاة بلا خلاف عندنا، والصحيح عن مالك أنها لا تحل. الثالث: أن يدركها وهي بحيث يحتمل أن تعيش ويحتمل أن لا تعيش والحياة مستقرة، فتحل عندنا. وقال مالك: لا تؤكل. وقال أبو حنيفة وداود: إذا ذكّاها قبل أن تموت حلّت ولم يفصلا، وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنها لا تحلّ إلا إن علم أنها تعيش يوماً أو أكثر. وقال محمد بن الحسن وأحمد: إن كانت تعيش معه اليوم ونحوه حلّت، وإن كانت لا تبقى إلا كبقاء المذبوح لم تحلّ، هذا نقل العبدري.

[أحكام الصيد]

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز الصيد بالجوارح المعلمة، كالكلب والفهد والبازي والصقر، لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾[1]، قال ابن عباس رضي الله عنه: هي الكلاب المعلّمة والبازي وكل طائر يعلم الصيد. والمعلّم هو الذي إذا أرسله على الصيد طلبه، وإذا أشلاه استشلى، فإذا أخذ الصيد أمسكه وخلى بينه وبينه، فإذا تكرر منه ذلك كان معلّماً وحلّ له ما قتله].

(١) المائدة: ٤.

الشرح: هذا الأثر عن ابن عباس، رواه البيهقي عنه بإسناد ضعيف[1].

وقول المصنف «وإذا أشلاه استشلى» المعروف في اللغة أن قولهم أشلى الكلب أي استدعاه، وأما إرساله فيقال فيه أغراه. وقد استعمله المصنف هنا وفي التنبيه على وفق هذا المشهور في اللغة.

وأما الأحكام فقال الشافعي والأصحاب: يجوز الاصطياد بجوارح السباع المعلّمة كالكلب والفهد والنمر وغيرها، وبجوارح الطير كالنسر والبازي والعقاب والباشق والشاهين وسائر الصقور، وسواء في الكلاب الأسود وغيره. قال أصحابنا: والمراد بجواز الاصطياد بهذه الجوارح: أن ما أخذته وجرحته وأدركه صاحبها ميتاً، أو في حركة المذبوح، أو لم يتمكن من ذبحه، حلّ أكله، ويقوم إرسال الصائد وجرح الجارح في أي موضع كان مقام الذبح في غير الصيد. قالوا: ويشترط لحلّ ما قتله الجارح كونه معلماً، وشرط تعليمه أربعة أمور، أحدها: أن ينزجر بزجر صاحبه. الثاني: أن يسترسل، ومعناه أنه إذا أغري بالصيد هاج. الثالث: أن يمسك الصيد فيحبسه على صاحبه ولا يخليه. الرابع: أن لا يأكل منه. قالوا: وهذه الأمور يشترط تكررها ليغلب على الظن تأدب الجارحة ومصيرها معلمة، والرجوع في عدد ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح على المذهب.

فرع
في مذاهب العلماء.

ذكرنا أن مذهبنا جواز الاصطياد بجميع الجوارح المعلّمة من السباع والطير، قال العبدري: وبهذا قال أكثر الفقهاء. قال: وعن ابن عمر ومجاهد أنهما كرها صيد البازي وغيره من الطيور. وقال الحسن البصري والنخعي وقتادة وأحمد وإسحاق: يجوز بذلك كله إلا الكلب الأسود البهيم. قال ابن المنذر: قال أحمد: ما أعلم أحداً يرخص فيه إذا كان بهيماً. قال ابن

(١) البيهقي (٩/٢٣٥).

المنذر: وقال عوام أهل العلم من أهل المدينة وأهل الكوفة بإباحة صيد الكلب الأسود كغيره.

واحتج لابن عمر ومجاهد بقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ فخصّه بالكلاب. وأجاب أصحابنا بأن الجوارح تطلق على السباع والطيور، والجارحة الكاسب، فكل كاسب منها جارحة. قال الجوهري في الصحاح: الجوارح من السباع والطير ذوات الصيد، وبهذه الحروف قال ابن فارس في المجمل وجماهير أهل اللغة. قال الواحدي في البسيط: الجوارح هي الكواسب من الطير والسباع ذوات الصيد، واحدها جارحة، والكلب الضاري جارحة، سميت جوارح لأنها كواسب أنفسها من جرح واجترح إذا اكتسب. قال: وقوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ للكلب الذي يعلم الكلاب الصيد، وقال أهل المعاني: وليس فيه دليل على أنه إنما أبيح صيد الكلاب خاصة لأنه بمنزلة قولك مؤدّبين.

واحتج أصحابنا للحسن وموافقيه بحديث جابر أن النبي ﷺ أمر بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها وقال: «**عليكم بالأسود البهيم ذي النقطتين فإنه شيطان**» رواه مسلم في صحيحه[1]. والجواب أنه لا يلزم من قتله تحريم صيده، مع أن القتل منسوخ كما سنوضحه في باب ما يجوز بيعه إن شاء الله تعالى.

فرع
في مذاهبهم في ضبط تعليم الجارحة.

ذكرنا مذهبنا في ذلك. قال العبدري: وقال مالك: المعلّم الذي يفقه عن مرسله فيأتمر إذا أمره وينزجر إذا زجره، ولا يشترط ترك الأكل فيه، سواء الكلب وغيره. وقال أبو حنيفة: يعتبر تكرر ذلك مرتين، وفي رواية عنه: لا تقدير في التعليم، بل إذا وقع في نفس صاحبه مصيره معلماً حلّ

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (٢٣٦ ـ ١٠/٢٣٧).

صيده، حدّه: أن يصطاد ولا يأكل. قال: وليس له حد كتعلم الصناعات، وبهذا قال داود.

فرع
في مذاهبهم في اصطياد المسلم بكلب أو طائر علّمه مجوسي.

مذهبنا أنه حلال، ويحلّ ما قتله. قال العبدري: وبه قال الفقهاء كافّة. قال ابن المنذر: وبه قال سعيد ابن المسيب والحكم والزهري ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور، وهو أصح الروايتين عن عطاء. قال: وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصري وعطاء ومجاهد والنخعي والثوري وإسحاق بن راهويه. وكره الحسن الاصطياد بكلب اليهودي والنصراني. وقال أحمد بن حنبل وإسحاق: كلب اليهودي والنصراني أهون.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أرسل من تحل ذكاته جارحة معلمة على الصيد فقتله بظفره أو بمنقاره حلّ أكله لما روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إذا كنت في أرض صيد فأرسلت كلبك المعلم فاذكر اسم الله تعالى وكل**». وأما إذا أرسله من لا تحلّ ذكاته فقتله لم يحلّ، لأن الكلب آلة كالسكين والمذكي هو المرسل، فإذا لم يكن من أهل الذكاة لم يحل صيده. فإن أرسل جارحة غير معلمة فقتل الصيد لم يحل، لما روى أبو ثعلبة أن النبي ﷺ قال: «**إذا أرسلت كلبك الذي ليس بمعلم فما أدركت ذكاته فكل**». وإن استرسل المعلم بنفسه فقتل الصيد لم يحل، لما روى عدي بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا أرسلت كلابك المعلمة فأمسكن عليك فكل**» قلت: وإن قتلن؟ قال: «**وإن قتلن**» فشرط أن يرسل. وإن أرسله فقتل الصيد بثقله، ففيه قولان، **أحدهما**: لا يحل، لأنه آلة للصيد، فإذا قتل بثقله لم يحل، كالسلاح، و**الثاني**: يحل لحديث عدي، ولأنه لا يمكن تعليم الكلب الجرح وإنهار

الدم، فسقط اعتباره كالعقر في محل الذكاة. وإن شارك كلبه في قتل الصيد كلب مجوسي، أو كلب استرسل بنفسه لم يحل، لأنه اجتمع في ذبحه ما يقتضي الحظر والإباحة فغلب الحظر، كالمتولد بين ما يؤكل وبين ما لا يؤكل. وإن وجد مع كلبه كلباً آخر لا يعرف حاله ولا يعلم القاتل منهما لم يحل، لما روى عدي بن حاتم قال: سألت رسول الله ﷺ فقلت: أرسلت كلبي ووجدت مع كلبي كلباً آخر لا أدري أيهما أخذه فقال: «**لا تأكل فإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره**»، ولأن الأصل فيه الحظر فإذا أشكل بقي على أصله].

الشرح: حديث أبي ثعلبة الأول وحديثه الثاني، رواهما البخاري ومسلم بمعناهما[1]. وحديث عدي الأول وحديثه الثاني رواهما البخاري ومسلم[2]. وسبق بيان اسم أبي ثعلبة ونسبه في باب الآنية، ولغات الظفر في باب السواك. وقوله: «كالعقر في محل الذكاة» يعني كما يسقط اعتبار العقر في محل الذكاة الذي هو الحلق واللبة. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع تستحب التسمية عند إرسال الجارحة، أو إرسال السهم على الصيد استحباباً متأكداً، كما ذكرنا في الذكاة، فإن ترك التسمية عمداً أو سهواً حل الصيد بلا خلاف عندنا، وسبقت المسألة بفروعها وأدلتها ومذاهب العلماء فيها في باب الأضحية.

---

(١) حديثا أبي ثعلبة هما حديث واحد فرقه المصنف، وقد أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/٦١٢) ولفظه: «. . . . **وأما ما ذكرت من أنك بأرض صيد، فما صدت بقوسك فاذكر اسم الله ثم كل، وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل، وما صدت بكلبك الذي ليس معلماً فأدركت ذكاته فكل**» وكذا مسلم فيه (١٣/٨٠) وأبو داود في الصيد (٣/٢٧٤) وكذا الترمذي (٤/٦٤) والنسائي (٧/١٨١) وابن ماجه (١٠٦٩ ـ ٢/١٠٧٠) فيه.

(٢) حديثا عدي هما أيضاً حديث واحد فرّقه المصنف، وقد أخرجه البخاري (٩/٦٠٢) ومسلم (١٣/٧٦) وأبو داود (٢٦٩ ـ ٣/٢٧٠) وابن ماجه (٢/١٠٧٠) والنسائي (١٨١ ـ ٧/١٨٢) والترمذي (٤/٦٥).

فرع
في مذاهب العلماء في صيد الكتابي.

مذهبنا أنه يحل صيد الكتابي كما تحل ذبيحته، وبه قال جمهور العلماء. وقال مالك: لا يحل صيده وتحل ذبيحته. وهذا ضعيف.

فرع
في مذاهبهم في الكلب المعلم يسترسل من غير إرسال فيقتل الصيد.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حرام، سواء كان صاحبه خرج به للاصطياد أم لا، وبه قال ربيعة ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر. قال العبدري: هو قول الفقهاء كافة، قال: وقال الأصم: يحل. قال ابن المنذر: وقال عطاء والأوزاعي: يؤكل إن كان إخراجه للصيد. والله أعلم.

فرع إذا قتل الكلب الصيد بثقله من غير جرح فهو حلال عندنا على الأصح. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزني: حرام.

قال المصنف رحمه الله: [وإن قتل الكلب الصيد وأكل منه ففيه قولان، **أحدهما**: يحل، لما روى أبو ثعلبة قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى فكل ما أمسك عليك وإن أكل منه**». و**الثاني**: لا يحل، لما روى عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال: «**إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك وإن قتلن، إلا أن يأكل الكلب منه فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه**». وإن شرب من دمه لم يحرم قولاً واحداً، لأن الدم لا منفعة له فيه، ولا يمنع الكلب من شربه، فلم يحرم. وإن كان الجارحة من الطير فأكل من الصيد فهو كالكلب، وفيه قولان. وقال المزني: أكل الطير لا يحرّم، وأكل الكلب يحرّم، لأن الطير لا يضرب على الأكل والكلب يضرب، وهذا لا

يصح، لأنه يمكن أن تعلّم الطير ترك الأكل كما يعلّم الكلب، وإن اختلفا في الضرب].

الشرح: حديث أبي ثعلبة، رواه أبو داود وإسناده حسن[١]. وحديث عدي، رواه البخاري ومسلم من طرق[٢]. وروى أبو داود في سننه بإسناد حسن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن أعرابياً يقال له أبو ثعلبة قال: يا رسول الله إن لي كلاباً مكلبة فأفتني في صيدها قال: «**فكل مما أمسكن عليك**» قال: وإن أكل منه؟ قال: «**وإن أكل منه**»[٣].

قال البيهقي: حديث أبي ثعلبة مخرج في الصحيحين من غير ذكر الأكل، وحديث عدي في النهي عنه إذا أكل أصح من رواية أبي داود في الأكل، وأصح من حديث عمرو بن شعيب[٤].

أما الأحكام فقال أصحابنا: إذا ثبت كون الكلب أو غيره من جوارح السباع معلماً ثم أكل من صيد قبل قتله أو بعده في موضعه، ففي حل ذلك الصيد قولان مشهوران، أصحهما عند الأصحاب: تحريمه. واحتج من قال بالإباحة بحديث أبي ثعلبة، وأجاب عن حديث عدي بأنه محمول على كراهة التنزيه. واحتج من قال بالتحريم بقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ فإذا أكل منه لم يتيقن أنه أمسك علينا ولم يحل لنا إلا ما تيقنا أنه أمسك علينا. وبحديث عدي، قالوا: وهو أصح، لأنه مشهور في الصحيحين من طرق متكاثرات، وحديث أبي ثعلبة لا يقارنه في الصحة وإن كان حسناً. وتأوله بعض أصحابنا على ما إذا قتل الصيد وفارقه ثم عاد فأكل منه فهذا لا يضر. هذا كله في جوارح السباع كالكلب والفهد والنمر

---

(١) أخرجه أبو داود في الصيد (٣/٢٧٢)، وقال الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٦٠٩: منكر.

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح (٩/٦٠٩) ومسلم (١٣/٧٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٧٥ ـ ٣/٢٧٦)، وقال الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٦١٠: حسن لكن قوله «**وإن أكل منه**» منكر.

(٤) البيهقي (٩/٢٣٨).

وغيرها، وأما جوارح الطير فقد نص الشافعي رحمه الله أنها كالسباع على القولين، وللأصحاب طريقان، أصحهما وبه قطع جمهورهم: أنها على القولين كالسباع، وهذا موافق للنص.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في الصيد الذي تقتله الجارحة من السباع ويأكل منه.

قد ذكرنا أن الأصح في مذهبنا تحريمه، وبه قال أكثر العلماء. وقال طائفة بإباحته، حكاه ابن المنذر عن مالك وغيره. وأما إذا أكلت منه جارحة الطير فالأصح عندنا تحريمه كما سبق، ولا اعلم أحداً وافقنا عليه، بل جماهير العلماء على إباحته. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [إذا أدخل الكلب ظفره أو نابه في الصيد نجس. وهل يجب غسله؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يجب غسله سبعاً إحداهن بالتراب قياساً على غير الصيد. و**الثاني**: لا يجب، لأنا لو أوجبنا ذلك ألزمناه أن يغسل جميعه لأن الناب إذا لاقى جزءاً من الدم نجس ذلك الجزء ونجس كل ما لاقاه إلى أن ينجس جميع بدنه، وغسل جميعه يشق فسقط كدم البراغيث].

الشرح: قوله: «إذا أدخل الكلب ظفره أو نابه في الصيد نجس» يعني الموضع الذي أدخل فيه لا كل الصيد.

واعلم أن الشافعي رحمه الله قال: «إذا أدخل ظفره أو نابه نجس» واقتصر على هذا ولم يذكر الغسل. فمن الأصحاب من قال: أراد به نجس، لا يجب غسله للمشقة، بل يعفى عنه، ولهذا لم يذكر الغسل.

ومنهم من قال: أراد به نجس، يجب غسله فذكر النجاسة واستغنى بذلك عن ذكر الغسل، لأنه متى ثبتت النجاسة وجب الغسل فحذف ذكره

للعلم به. وللأصحاب في المسألة ستة أوجه، أصحها وهو ظاهر نص الشافعي: أنه يجب غسل موضع الظفر والناب سبع مرات إحداهن بالتراب، فيطهر حينئذ ويؤكل.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز الصيد بالرمي، لما روى أبو ثعلبة الخشني قال: قلت يا رسول الله، إنا نكون في أرض صيد فيصيب أحدنا بقوسه الصيد ويبعث كلبه المعلم فمنه ما ندرك ذكاته، ومنه ما لا ندرك ذكاته فقال ﷺ: «**ما ردّت عليك قوسك فكل وما أمسك كلبك المعلم فكل**».

وإن رماه بمحدّد كالسيف والنشّاب والمروة المحدّدة وأصابه بحده فقتله حلّ، وإن رمى بما لا حدّ له كالبندق والدبوس، أو بما له حدّ فأصابه بغير حدّه فقتله لم يحلّ، لما روى عدي بن حاتم قال: سألت رسول الله ﷺ عن صيد المعراض قال: إذا أصبت بحده فكل، وإذا أصبت بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ».

وإن رماه بسهم لا يبلغ الصيد وأعانه الريح حتى بلغه فقتله حلّ أكله، لأنه لا يمكن حفظ الرمي من الريح فعفي عنه. وإن رمى بسهم فأصاب الأرض ثم ازدلف فأصاب الصيد فقتله ففيه وجهان، بناء على القولين فيمن رمى إلى الغرض في المسابقة، فوقع السهم دون الغرض ثم ازدلف وبلغ الغرض.

وإن رمى طائراً فوقع على الأرض فمات حلّ أكله، لأنه لا يمكن حفظه من الوقوع على الأرض. وإن وقع في ماء فمات، أو على حائط أو جبل فتردى منه ومات لم يحلّ، لما روى عدي بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله، فإن وجدته ميتاً فكل إلا أن تجده قد وقع في الماء فمات فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك**»].

الشرح: حديث أبي ثعلبة رضي الله عنه، رواه البخاري ومسلم بمعناه، قال: قلت: يا رسول الله، إنا بأرض صيد أصيد بقوسي أو بكلبي

الذي ليس بمعلم، وبكلبي المعلم فما يصلح لي؟ فقال رسول الله ﷺ «**وما صدت بقوسك فذكرت اسم الله عليه فكل، وما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل، وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل**»[(١)]. وأما حديث عدي بن حاتم الأول فرواه البخاري ومسلم[(٢)]، وحديثه الثاني رواه مسلم[(٣)].

وقوله: «المروة المحددة» هي بفتح الميم وهي الحجر. والمعراض بكسر الميم وهو سهم لا ريش له ولا نصل، وقيل هو حديدة، وقيل هو خشبة محددة الطرف. والوقيذ الموقوذ وهو المضروب بالعصا حتى يموت. وقوله ﷺ: «**وإن أصبت بعرضه فلا تأكل**» هو بفتح العين أي العرض الذي هو خلاف الطول.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن رمى صيداً أو أرسل عليه كلباً فعقره ولم يقتله، نظرت: فإن أدركه ولم يبق فيه حياة مستقرة بأن شقّ جوفه وخرجت الحشوة، أو أصاب العقر مقتلاً، فالمستحب أن يمر السكين على الحلق ليريحه، فإن لم يفعل حتى مات حلّ، لأن العقر قد ذبحه وإنما بقيت فيه حركة المذبوح. وإن كانت فيه حياة مستقرة ولكن لم يبق من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه حلّ. وإن بقي من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه فلم يذبحه أو لم يكن معه ما يذبحه به فمات لم يحل، لما روى أبو ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ قال: «**ما ردّ عليك كلبك المكلّب وذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فذكّه، وإن لم تدرك ذكاته فلا تأكل، وما ردّت عليك يدك وذكرت اسم الله وأدركت ذكاته فذكّه، وإن لم تدرك ذكاته فكله**». وإن عقره الكلب أو السهم وغاب عنه ثم وجده ميتاً، والعقر مما يجوز أن يموت منه ويجوز أن لا يموت منه،

---

(١) سبق تخريجه في ص ١٨٠٩.

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٩/٥٩٩) وكذا مسلم فيه (٧٦ ـ ١٣/٧٧).

(٣) أخرجه مسلم (١٣/٧٩).

فقد قال الشافعي رحمه الله: لا يحل إلا أن يكون خبر فلا رأي. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان **أحدهما**: يحل، لما روى عدي بن حاتم قال: قلت يا رسول الله، إني أرمي الصيد فأطلبه فلا أجده إلا بعد ليلة قال: «**إذا رأيت سهمك فيه ولم يأكل منه سبع فكل**»، ولأن الظاهر أنه مات منه لأنه لم يعرف سبب سواه. و**الثاني**: أنه لا يحل، لما روى زياد بن أبي مريم قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني رميت صيداً ثم تغيّب فوجدته ميتاً فقال رسول الله ﷺ: **هوام الأرض كثير ولم يأمره بأكله**». ومنهم من قال: يؤكل قولاً واحداً لأنه قال: لا يؤكل إذا لم يكن خبر، وقد ثبت الخبر أنه أمر بأكله].

الشرح: حديث أبي ثعلبة رواه البخاري ومسلم مختصراً وسبق بيان لفظه قريباً[(١)].

وحديث عدي رواه البخاري ومسلم، ولفظه: «**فإن وجدته بعد ليلة أو ليلتين فلم تجد فيه أثراً غير أثر سهمك فشئت أن تأكل منه فكل**» هكذا رواه البخاري ومسلم من رواية عدي بن حاتم[(٢)]. وعن أبي ثعلبة قال: قال رسول الله ﷺ: «**إذا رميت سهمك فغاب ثلاث ليال فأدركته فكل ما لم ينتن**» رواه مسلم[(٣)]، قال أصحابنا: النهي عن أكله إذا أنتن للتنزيه لا

---

(١) سبق تخريج حديث أبي ثعلبة في ص **١٨١٥**، واللفظ الوارد في المطبوعة فيه خطأ، وصوابه أن يقال: «**ما رد عليك كلبك المكلّب وذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فذكّه وإن لم تدرك ذكاته فكله**»، والحديث بهذا اللفظ لم أجده إلا أنه ورد عند أبي داود (**٣/٢٧٥**) ما يدل على معناه، وهذا لفظه «عن أبي ثعلبة الخشني قال قال لي رسول الله ﷺ: «**يا أبا ثعلبة كل ما ردت عليك قوسك وكلبك**» زاد عن حرب «**المعلم ويدك فكل ذكياً وغير ذكي**». ودل على هذا المعنى أيضاً رواية البخاري ومسلم إذ إنها أطلقت الحكم بالأكل مما اصطاده الكلب المعلم فشمل ما أدركت ذكاته من الصيد وما لم تدرك، في حين أنها قيدته في غير المعلم بما أدركت ذكاته فقط. والله أعلم.

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح (**٩/٦١٠**) وكذا مسلم فيه (**١٣/٧٨**).

(٣) أخرجه مسلم (**٨٠ ـ ١٣/٨١**) وأبو داود في آخر الصيد (**٢٧٨ ـ ٣/٢٧٩**) والنسائي **١٩٣ ـ ٧/١٩٤**).

للتحريم. وأما حديث زياد بن أبي مريم فغريب[1]، وزياد هذا تابعي، والحديث مرسل.

واعلم أنه لم يثبت عن النبي ﷺ في النهي عن أكل الصيد الذي جرحه ثم غاب عنه ولم يجد أثر سبب آخر شيء، وإنما جاء فيه أحاديث ضعيفة، وفيه أثر عن ابن عباس فيه نظر.

أما الأحكام ففيها مسألتان.

إحداهما: إذا أرسل سهماً أو نحوه أو جارحة معلمة على صيد فأصابه ثم أدركه المرسل حياً نظر: إن لم يبق فيه حياة مستقرة استحب إمرار السكين على حلقه ليريحه، فإن لم يفعل وتركه حتى مات حلّ بلا خلاف، ونقلوا فيه إجماع المسلمين كما ذكره المصنف. أما إذا بقيت فيه حياة مستقرة فله حالان، **أحدهما**: أن يتعذر ذبحه بغير تقصير من صائده حتى يموت، فيحل أيضاً للعذر. و**الثاني**: أن لا يتعذر ذبحه فيتركه حتى يموت أو يتعذر بتقصيره فيموت فهو حرام، كما لو تردى بئراً فلم يذبحه حتى مات، فإنه حرام.

وأما المسألة الثانية: وهي إذا جرح سهمه أو كلبه الصيد ثم غاب الصيد عنه، ثم وجده ميتاً ففيها تفصيل: فإن انتهى الصيد بذلك الجرح إلى حركة المذبوح حلّ ولا أثر لغيبته. وإن لم ينته نظر: إن وجده في ماء أو وجد عليه أثر صدمة أو جراحة أخرى ونحو ذلك لم يحل، سواء وجد الكلب عليه أم لا، لأنه لا يعلم كيف هلك، وإن لم يكن فيه أثر آخر ففيه ثلاث طرق أشهرها على قولين، أصحهما عند الجمهور: التحريم، وأصحهما عند البغوي والغزالي في الإحياء:

---

(١) لم أجده عن زياد بن أبي مريم، وأخرجه البيهقي (٩/٢٤١) والطبراني في الكبير (١٩/٢١٤) عن أبي رزين عن النبي ﷺ في الصيد يتوارى عن صاحبه قال: «**لعل هوام الأرض هي قتلته**» قال البيهقي: وأبو رزين هذا اسمه مسعود مولى شقيق بن سلمة وليس بأبي رزين مولى رسول الله ﷺ، والحديث مرسل قاله البخاري. انتهى.

الحل، وهو الصحيح أو الصواب لصحة الأحاديث السابقة فيه وعدم المعارض الصحيح لها، وقد سبق في كلام المصنف وكلامنا إيضاح دليل الجميع. قال أصحابنا: وتسمى هذه المسألة مسألة الإيماء. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [وإن نصب أحبولة وفيها حديدة فوقع فيها صيد فقتلته الحديدة لم يحل، لأنه مات بغير فعل من جهة أحد فلم يحلّ]

الشرح: قال أصحابنا: الأحبولة ـ بفتح الهمزة ـ هو ما ينصب للصيد فيعلق به من حبل أو شبكة أو شرك، ويقال لها أيضاً حبالة ـ بكسر الحاء ـ جمعها حبائل.

وأما حكم الفصل فهو كما ذكره المصنف.

فرع هذا الذي ذكرناه من تحريم صيد الأحبولة ونحوها إذا لم يدرك ذكاته، هو مذهبنا ومذهب العلماء كافة، إلا ما حكاه ابن المنذر عن الحسن البصري أنه يحل إن كان سمى وقت نصبها.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أرسل سهماً على صيد فأصاب غيره فقتله، حلّ أكله لقوله ﷺ لأبي ثعلبة «**ما ردّت عليك قوسك فكل**»، ولأنه مات بفعله ولم يفقد إلا القصد، وذلك لا يعتبر في الذكاة، والدليل عليه: أنه تصح ذكاة المجنون وإن لم يكن له قصد. فإن أرسل كلباً على صيد فأصاب غيره فقتله نظرت: فإن أصابه في الجهة التي أرسله فيها حل، لقوله ﷺ: «**ما ردّ عليك كلبك ولم تدرك ذكاته فكل**». وإن عدل إلى جهة أخرى فأصاب صيداً غيره ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يحل، وهو قول أبي اسحاق، لأن للكلب اختياراً، فإذا عدل كان صيده باختياره فلم يحل، كما لو استرسل بنفسه فأخذ الصيد. ومن أصحابنا من قال: يحل لأن الكلب لا يمكن منعه من العدول في طلب الصيد].

الشرح: حديث أبي ثعلبة والحديث الآخر سبق بيانهما.

أما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف. وأما أصح الوجهين في المسألة الأخيرة فهو الوجه الثاني وهو الحل.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أرسل كلباً وهو لا يرى صيداً، فأصاب صيداً لم يحل، لأنه أرسله على غير صيد فلم يحل ما اصطاده، كما لو حل رباطه فاسترسل بنفسه واصطاد. وإن أرسل سهماً في الهواء وهو لا يرى صيداً فأصاب صيداً ففيه وجهان: قال أبو إسحاق: يحل لأنه قتله بفعله ولم يفقد إلا القصد إلى الذبح، وذلك لا يعتبر كما لو قطع شيئاً وهو يظن أنه خشبة فكان حلق شاة. ومن أصحابنا من قال: لا يحل، وهو الصحيح؛ لأنه لم يقصد صيداً بعينه فأشبه إذا نصب أحبولة فيها حديدة فوقع فيها صيد فقتلته. وإن كان في يده سكين فوقعت على حلق شاة فقتلها حل في قول أبي إسحاق لأنه حصل الذبح بفعله، وعلى قول الآخر لا تحل، لأنه لم يقصد. وإن رأى صيداً فظنه حجراً أو حيواناً غير الصيد فرماه فقتله، حل أكله، لأنه قتله بفعل قصده، وإنما جهل حقيقته والجهل بذلك لا يؤثر، كما لو قطع شيئاً فظنه غير الحيوان فكان حلق شاة. وإن أرسل على ذلك كلباً فقتله ففيه وجهان، **أحدهما**: يحل كما يحل إذا رماه بسهم. و**الثاني**: لا يحل، لأنه أرسله على غير صيد فأشبه إذا أرسله على غير شيء].

الشرح: أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن توحش أهلي أو ندّ بعير أو تردى في بئر فلم يقدر على ذكاته في حلقه، فذكاته حيث يصاب من بدنه، لما روى رافع بن خديج قال: كنا مع النبي ﷺ في غزاة وقد أصاب القوم غنماً وإبلاً، فندّ منها بعير فرمي بسهم فحبسه الله به، فقال رسول الله ﷺ «**إن هذه البهائم لها أوابد كأوابد الوحش، فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا**»، وقال ابن عباس رضي الله عنه: «ما أعجزك من البهائم فهو بمنزلة الصيد»، ولأنه يتعذر ذكاته في الحلق فصار كالصيد. وإن تأنس الصيد فذكاته ذكاة الأهلي، كما أن الأهلي إذا توحش فذكاته ذكاة الوحشي].

الشرح: حديث رافع، رواه البخاري ومسلم[1]. والأثر المذكور عن ابن عباس صحيح، رواه البيهقي بإسناده، وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً بصيغة الجزم، فهو صحيح عنده[2].

وقوله: «ند» هو بفتح النون وتشديد الدال أي هرب. والأوابد: هي النفور والتوحش، جمع آبدة.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء فيما إذا توحش الحيوان الإنسي المأكول فلم يقدر عليه، أو تردى في بئر وعجز عن عقره في محل الذكاة.

فمذهبنا أن كل موضع من بدنه محل لذكاته، فحيث جرحه فقتله حلّ أكله، وبه قال جمهور العلماء. وقال سعيد بن المسيب والليث بن سعد ومالك: لا يحل إلا بذكاته في موضع الذبح وهو الحلق واللبة، ولا يتغير موضع الذكاة بتوحشه وترديه.

قال المصنف رحمه الله: [وإن ذكّى ما يؤكل لحمه ووجد في جوفه جنيناً ميتاً حل أكله، لما روى أبو سعيد قال: قلنا يا رسول الله، ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة وفي بطنها الجنين، أنلقيه أم نأكله؟ فقال: «**كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه**» ولأن الجنين لا يمكن ذبحه فجعل ذكاة الأم ذكاة له. وإن خرج الجنين حياً وتمكن من ذبحه لم يحلّ من غير ذبح. وإن مات قبل أن يتمكن من ذكاته حلّ].

الشرح: حديث أبي سعيد الخدري هذا رواه أبو داود بلفظه، ورواه أبو داود أيضاً والترمذي وابن ماجه من رواية مجالد عن أبي الوداك عن

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح (٩/٦٣٨) ومسلم في الأضاحي (١٣/١٢٥) والترمذي في الأحكام (٤/٨٢) والنسائي في الضحايا (٧/٢٢٨) وكذا أبو داود فيه (٢٤٧ ـ ٣/٢٤٨).

(٢) أخرجه البيهقي في الصيد (٩/٢٤٦) والبخاري في الموضع السابق معلقاً.

النبي ﷺ قال: «**ذكاة الجنين ذكاة أمه**» قال الترمذي: حديث حسن[1]. قال: وقد روي من غير هذا الوجه عن أبي سعيد. قال: وفي الباب عن جابر وأبي أمامة وأبي الدرداء وأبي هريرة، هذا كلام الترمذي. وهذه الرواية مع رواية المصنف التي نقلها عن سنن أبي داود مدارها على مجالد، وهو ضعيف لا يحتج به. وقد قال الترمذي: إنه حديث حسن، فلعله روي من طريق آخر تقوّى بعضها ببعض فيصير حسناً كما قال الترمذي، فإنه قد ذكر أنه روي من طريق آخر عن أبي سعيد[2]. ورواه البيهقي من طريق جابر مرفوعاً «**ذكاة الجنين ذكاة أمه**»[3] بإسناد جيد، إلا أن فيه رجلاً جرّحه الأكثرون واحتج به البخاري في صحيحه. ثم قال البيهقي: في الباب عن علي وابن مسعود، وابن عمر وابن عباس، وأبي أيوب وأبي هريرة وأبي الدرداء (وأبي أمامة)[4] والبراء بن عازب رضي الله عنهم مرفوعاً. فقد تعاضدت طرقه كما ترى، فلهذا صار حديثاً حسناً كما قاله الترمذي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وقوله: «**ذكاة الجنين ذكاة أمه**» هو بالرفع في ذكاة أمه، تقديره: ذكاة الجنين حاصلة بذكاة أمه.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في المسألة.

مذهبنا أن الحيوان المأكول إذا ذكي فخرج من جوفه جنين ميت حلّ،

---

(١) أخرجه أبو داود في الأضاحي (٢٥٢ ـ ٣/٢٥٣) و الترمذي في الأطعمة (٤/٧٢) وقال: هذا حديث حسن صحيح، كما في نسختنا لسنن الترمذي، وابن ماجه في آخر الذبائح (٢/١٠٦٧) وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٤٥١.

(٢) أخرجه البيهقي في الضحايا (٩/٣٣٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/٢٥٣) والبيهقي (٩/٣٣٥) وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٤٥٢.

(٤) ما بين قوسين غير موجود في المطبوعة وزدته من سنن البيهقي (٩/٣٣٥).

وبه قال العلماء كافة من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم من علماء الأمصار إلا أبا حنيفة وزفر فقال: لا يحل حتى يخرج حياً فيذكّى. وقال مالك: من خرج ميتاً تام الخلق وتمّ شعره فحلال بذكاة الأم، وإن لم يتم ولم ينبت شعره فحرام. قال ابن المنذر: كان الناس على إباحته لا نعلم أحداً خالف ما قالوه إلى أن جاء أبو حنيفة فحرمه، وقال: ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين.

واحتج لأبي حنيفة بأن ذكاة حيوان لا تكون ذكاة حيوان آخر. قال الخطابي: وتأولوا حديث «**ذكاة الجنين ذكاة أمه**» أي ذكاته كذكاة أمه، أي ذكّوه كما تذكّون أمه. قال الخطابي والأصحاب: وهذا المنقول عن رواية أبي داود المذكورة في الكتاب صريح في الدلالة لمذهبنا ومبطل لتأويلهم المذكور[1]. ولأن حقيقة الجنين ما كان في البطن، وذبحه في البطن لا يمكن، فعلم أنه ليس المراد أنه يذكّى كذكاة أمه، بل ذكاة أمه كافية في حلّه. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [إذا أثبت صيداً بالرمي أو بالكلب فأزال امتناعه ملكه، لأنه حبسه بفعله فملكه كما لو أمسكه بيده. فإن رماه اثنان واحد بعد واحد فهو لمن أثبته منهما. فإن ادعى كل واحد منهما أنه هو الذي سبق وأزال امتناعه وأن الآخر رماه فقتله فعليه الضمان، لم يحل أكله، لأنهما اتفقا على أنه قتل بعد إمكان ذبحه فلم يحل ويتحالفان. فإذا حلف برئ كل واحد منهما مما يدعي الآخر. وإن اتفقا على أن أحدهما هو السابق، غير أن السابق ادعى أنه هو الذي أثبته بسهمه وادعى الآخر أنه بقي على الامتناع إلى أن رماه هو، فالقول قول الثاني، لأن الأصل بقاؤه على الامتناع. وإن كان الصيد مما يمتنع بالرِجل والجناح كالقبج والقطا، فرماه أحدهما فأصاب الرِجل، ثم رماه الآخر فأصاب الجناح ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يكون بينهما لأنه زال الامتناع بفعلهما فتساويا. و**الثاني**: أنه للثاني، وهو الصحيح؛ لأن الامتناع لم يزل إلا بفعل الثاني فوجب أن يكون له].

---

(١) معالم السنن (٤/٢٨٢).

الشرح: أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن رمى الصيد اثنان أحدهما بعد الآخر ولم يعلم بإصابة من منهما حتى صار غير ممتنع فقد قال في المختصر: إنه يؤكل ويكون بينهما. فحمل أبو إسحاق هذا على ظاهره فقال: يحل أكله لأن الأصل أنه بقي بعد عقر الأول على الامتناع إلى أن قتله الآخر فيحلّ ويكون بينهما، لأن الظاهر أنهما مشتركان فيه بحكم اليد. ومن أصحابنا من قال: إن بقي على الامتناع حتى رماه الآخر فقتله حل وكان للثاني، وإن زال امتناعه بالأول فهو للأول ولا يحل بقتل الثاني، لأنه صار مقدوراً عليه فيجب أن يتأول عليه إذا لم يمتنع الصيد حتى أدركه وذكاه فيحل، واختلفا في السابق منهما فيكون بينهما. فإن رمى رجل صيداً فأزال امتناعه، ثم رماه الآخر نظرت: فإن أصاب الحلقوم والمريء فقتله حلّ أكله، لأنه قد صار ذكاته في الحلق واللبة، وقد ذكاه في الحلق واللبة، ويلزمه للأول ما بين قيمته مجروحاً ومذبوحاً كما لو ذبح له شاة مجروحة. وإن أصاب غير الحلق واللبة نظرت: فإن وحاه لم يحل أكله، لأنه قد صار ذكاته في الحلق واللبة فقتله بغير ذكاة فلم يحل، ويجب عليه قيمته لصاحبه مجروحاً كما لو قتل شاة مجروحة. فإن لم يوحه وبقي مجروحاً، ثم مات نظرت: فإن مات قبل أن يدركه صاحبه أو بعد ما أدركه وقبل أن يتمكن من ذبحه وجب عليه قيمته مجروحاً لأنه مات من جنايته. وإن أدركه وتمكن من ذبحه فلم يذبحه حتى مات لم يحل أكله لأنه ترك ذكاته في الحلق مع القدرة. واختلف أصحابنا في ضمانه، فقال أبو سعيد الإصطخري: تجب عليه قيمته مجروحاً لأنه لم يوجد من الأول أكثر من الرمي الذي ملك به وهو فعل مباح، وترك ذبحه إلى أن مات وهذا لا يسقط الضمان، كما لو جرح رجل شاة لرجل فترك صاحبها ذبحها حتى ماتت. والمذهب أنه لا يجب عليه كمال القيمة لأنه مات بسببين محظورين جناية الثاني وسراية جرح الأول، فالسراية كالجناية في إيجاب الضمان فيصير كأنه مات من جناية اثنين، وما هلك بجناية اثنين لا يجب على أحدهما كمال القيمة. وإذا

قلنا بهذا قسم الضمان على الجانبين، فما يخص الأول يسقط عن الثاني ويجب عليه الباقي، ونبين ذلك في جنايتين مضمونتين ليعرف ما يجب على كل واحد منهما. فما وجب على الأول منهما من قيمته أسقطناه عن الثاني فنقول: إذا كان لرجل صيد قيمته عشرة، فجرحه رجل جراحة نقص من قيمته درهم، ثم جرحه آخر فنقص درهم ثم مات، ففيه لأصحابنا ستة طرق، أحدها وهو قول المزني: أنه يجب على كل واحد منهما أرش جنايته، ثم تجب قيمته بعد الجنايتين بينهما نصفان فيجب على الأول درهم وعلى الثاني درهم، ثم تجب قيمته بعد الجنايتين بينهما نصفان على كل واحد منهما أربعة، فيحصل على كل واحد منهما خمسة، لأن كل واحد منهما انفرد بجنايته فوجب عليه أرشها، ثم هلك الصيد بجنايتهما فوجب عليهما قيمته. **والثاني**: وهو قول أبي إسحاق: أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته يوم الجناية ونصف أرش جنايته، فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف وسقط عنه النصف، لأن أرش الجناية يدخل في النفس وقد ضمن نصف النفس، والجناية كانت على النصف الذي ضمنه وعلى النصف الذي ضمنه الآخر، فما حصل على النصف الذي ضمنه يدخل في الضمان فيسقط، وما حصل على النصف الآخر يلزم، فيحصل عليه خمسة دراهم ونصف. والآخر جنى وقيمته تسعة، فيلزمه نصف قيمته أربعة ونصف، وأرش جنايته درهم، فيدخل نصفه في النصف الذي ضمنه ويبقى النصف لأجل النصف الذي ضمنه الأول، فيجب عليه خمسة دراهم، ثم يرجع الأول على الثاني بنصف الأرش الذي ضمنه وهو نصف درهم، لأن هذا الأرش وجب بالجناية على النصف الذي ضمنه الأول، وقد ضمن الأول كمال قيمة النصف فرجع بأرش الجناية عليه. كرجل غصب من رجل ثوباً فخرقه رجل ثم هلك الثوب وجاء صاحبه وضمن الغاصب كمال قيمة الثوب، فإنه يرجع على الجاني بأرش الخرق، فيحصل على الأول خمسة دراهم وعلى الثاني خمسة دراهم، فهذا يوافق قول المزني في الحكم وإن خالفه في الطريق. والثالث وهو قول أبي الطيب بن سلمة: أنه يجب على كل

واحد منهما نصف قيمته حال الجناية ونصف أرش جنايته، ويدخل النصف فيما ضمنه صاحبه كما قال أبو إسحاق، إلا أنه قال: لا يعود من الثاني إلى الأول شيء ثم ينظر لما حصل على كل واحد منهما ويضم بعضه إلى بعض وتقسم عليه العشرة، فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف، وعلى الثاني خمسة دراهم، فذلك عشرة ونصف، فما يخص خمسة ونصفاً يجب على الأول وما يخص خمسة يجب على الثاني. والرابع ما قال بعض أصحابنا: أنه يجب على الأول أرش جنايته ثم تجب قيمته بعد ذلك بينهما نصفين ولا يجب على الثاني أرش جنايته، فيجب على الأول درهم ثم تجب التسعة بينهما نصفان على كل واحد منهما أربعة دراهم ونصف، فيحصل على الأول خمسة دراهم ونصف وعلى الثاني أربعة دراهم ونصف، لأن الأول انفرد بالجناية فلزمه أرشها، ثم اجتمع جناية الثاني وسراية الأول فحصل الموت منهما فكانت القيمة بينهما. والخامس ما قال بعض أصحابنا: إن الأرش يدخل في قيمة الصيد، فيجب على الأول نصف قيمته حال الجناية وهو خمسة، وعلى الثاني نصف قيمته حال الجناية وهو أربعة ونصف، ويسقط نصف درهم قال: لأني لم أجد محلاً أوجبه فيه. والسادس وهو قول أبي علي بن خيران: وهو أن أرش جناية كل واحد منهما يدخل في القيمة فتضم قيمة الصيد عند جناية الأول إلى قيمة الصيد عند جناية الثاني فتكون تسعة عشر، ثم تقسم العشرة على ذلك، فما يخص عشرة فهو على الأول، وما يخص تسعة فهو على الثاني. وهذا أصح الطرق، لأن أصحاب الطرق الأربعة لا يدخلون الأرش في بدل النفس، وهذا لا يجوز لأن الأرش يدخل في بدل النفس. وصاحب الطريق الخامس يوجب في صيد قيمته عشرة، تسعة ونصفاً ويسقط من قيمته نصف درهم، وهذا لا يجوز].

الشرح: هذا الفصل مع الفصل الذي قبله والذي بعده مرتبط ومسائله متداخلة وهي متشعبة، وفيما ذكره المصنف كفاية. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [ومن ملك صيداً ثم خلاّه ففيه وجهان، **أحدهما**: يزول ملكه كما لو ملك عبداً ثم أعتقه. و**الثاني**: لا يزول ملكه كما لو ملك بهيمة ثم سيّبها، وبالله التوفيق].

الشرح: قال أصحابنا: إذا ملك صيداً ثم أفلت منه لم يزل ملكه عنه بلا خلاف، ومن أخذه لزمه رده إليه. ولو أرسله مالكه وخلاّه ليرجع صيداً كما كان، ففي زوال ملكه عنه وجهان مشهوران، ذكرهما المصنف بدليلهما، أصحهما باتفاق الصحاب: لا يزول وهو المنصوص.



كتاب البيوع

قال المصنف رحمه الله: [البيع جائز، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2]]

الشرح: حقيقة البيع في اللغة هو مقابلة المال بالمال، وفي الشرع مقابلة المال بالمال أو نحوه تمليكاً.

وذكر الأصحاب في معنى قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ عن الشافعي أربعة أقوال، أصحها عنده باتفاقهم: أن الآية عامة تتناول كل بيع إلا ما نهى الشرع عنه. والله أعلم. والاستثناء في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ هو استثناء منقطع أي: لكن لكم أكلها بتجارة عن تراضٍ منكم.

وأما الحكم الذي ذكره المصنف وهو جواز البيع، فهو مما تظاهرت عليه دلائل الكتاب والسنة وإجماع الأمة. وأجمعت الأمة على أن المبيع بيعاً صحيحاً يصير بعد انقضاء الخيار ملكاً للمشتري.

فرع أركان البيع ثلاثة: العاقدان والصيغة والمعقود عليه. وشروط العاقد أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً بصيراً غير محجور عليه، ويشترط إسلام المشتري إن كان المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً، وعصمته إن كان المبيع

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

سلاحاً. وشروط المبيع خمسة: أن يكون طاهراً منتفعاً به معلوماً مقدوراً على تسليمه، مملوكاً لمن يقع العقد له. وهذه الشروط ستأتي مفصلة إن شاء الله تعالى في مواضعها.

فرع قال أصحابنا: وإذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب وهي: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الخلف، بأن كان شرطه كاتباً فخرج غير كاتب. والإقالة والتحالف، وتلف المبيع.

[شروط العاقدين]

قال المصنف رحمه الله: [ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار. فأما الصبي والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق**»، ولأنه تصرف في مال، فلم يفوّض إلى الصبي والمجنون كحفظ المال].

الشرح: هذا الحديث صحيح من رواية علي وعائشة رضي الله عنهما وسبق بيانه[1].

وقول المصنف [يصح البيع من كل عاقل بالغ مختار] مما ينكر عليه، لأنه يدخل فيه الأعمى، وقد ذكر المصنف بعد هذا هو والأصحاب أن المذهب الصحيح أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه.

ويدخل أيضاً المحجور عليه بالسفه، وهو لا يصح بيعه، فكان ينبغي أن يزيد «بصيراً غير محجور عليه» كما ذكرناه في الفرع السابق. وذكرنا هناك أنه يشترط أيضاً إسلام المشتري إن اشترى عبداً مسلماً أو مصحفاً. والله أعلم.

وأما الأحكام فالمجنون لا يصح بيعه بالإجماع وكذلك المغمى عليه. وأما السكران فالمذهب صحة بيعه وشرائه وسائر عقوده التي تضره والتي تنفعه. وأما الصبي فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقوده، لا

---

(١) سبق تخريجه.

لنفسه ولا لغيره، سواء باع بغبن أو بغبطة، وسواء كان مميزاً أو غيره، وسواء باع بإذن الولي أو بغير إذنه، ولا خلاف في شيء مما ذكرته عندنا.

واستدل المصنف وغيره بهذا الحديث، ووجه الدلالة منه أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبي، وقد صرّح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شيء. وقيل: وجه الدلالة منه أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله، والله تعالى أعلم.

فرع قال الفقهاء: إذا اشترى الصبي شيئاً وسلّم إليه فتلف في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد البلوغ، وكذا لو اقترض مالاً، لأن المالك هو المضيّع بالتسليم إليه. وما دامت العين باقية فللمالك الاسترداد، وإن قبضها الولي من الصبي دخلت في ضمان الولي. ولو سلّم الصبي إلى البائع ثمن ما اشتراه لم يصح تسليمه، ويلزم البائع رده إلى الولي، ويلزم الولي طلبه واسترداده، قال أصحابنا: فإن ردّه إلى الصبي لم يبرأ من الضمان.

فرع
في مذاهب العلماء في بيع الصبي المميز.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يصح سواء أذن له الولي أم لا، وبه قال أبو ثور. وقال الثوري وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق: يصح بيعه وشراؤه بإذن وليّه، وعن أبي حنيفة رواية: أنه يجوز بغير إذنه ويقف على إجازة الولي. قال ابن المنذر: وأجاز أحمد وإسحاق بيعه وشراءه في الشيء اليسير، يعني بلا إذن.

قال المصنف رحمه الله: [فأما المكره، فإن كان بغير حق لم يصح بيعه لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1]، فدلّ على أنه إذا لم يكن عن تراضٍ لم يحلّ

(١) النساء: ٢٩.

الأكل. وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «**إنما البيع عن تراض**»[1] فدلّ على أنه لا بيع عن غير تراض. ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح، ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم. وإن كان بحق صحّ، لأنه قول حمل عليه بحق فصحّ ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحربي].

الشرح: حديث أبي سعيد هذا، رواه البيهقي وهو حديث طويل.

وقول المصنف [وإن كان بحق] فصورة الإكراه بحق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه فيمتنع من بيعه، فالقاضي بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين، وإن شاء أكرهه على بيعه وعزّره بالحبس وغيره حتى يبيعه، قاله القاضي أبو الطيب في كتاب التفليس والأصحاب.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع ذكرنا أن المكره بغير حق لا يصح بيعه، هذا مذهبنا، وبه قال مالك وأحمد والجمهور. وقال أبو حنيفة: يصح ويقف على إجازة المالك في حال اختياره.

[شروط الصيغة]

قال المصنف رحمه الله: [ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول. فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع، لأن اسم البيع لا يقع عليه. والإيجاب أن يقول: بعتك أو ملّكتك أو ما أشبههما. والقبول أن يقول: قبلت أو ابتعت أو ما أشبههما. فإن قال المشتري: بعني، فقال البائع: بعتك، انعقد البيع لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول. وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة، ففيه وجهان **أحدهما**: ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة، و**الثاني**: لا ينعقد، وهو الصحيح فإنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره. وقول القائل الأول

---

(١) أخرجه ابن ماجه بلفظه في التجارات (٢/٧٣٧) والبيهقي مطولاً في البيوع (٦/١٧)، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٧٧٨.

إنه موضع ضرورة لا يصح، لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول].

الشرح: في هذا الفصل مسائل.

إحداها: المشهور من مذهبنا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجاب والقبول، ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير، وبهذا قطع المصنف والجمهور. وفيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه تجوز المعاطاة في المحقرات، وهو مذهب أبي حنيفة، فإنه جوّزها في المحقرات دون الأشياء النفيسة. وقال مالك: كل ما عدّه الناس بيعاً فهو بيع، وهذا هو المختار، لأن الله تعالى أحلّ البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف، فكل ما عدّه الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة، فإنها كلها تحمل على العرف. ولفظة البيع مشهورة وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع من النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم في زمنه وبعده، ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول. والله أعلم.

فرع صورة المعاطاة التي فيها الخلاف السابق أن يعطيه درهماً أو غيره ويأخذ منه شيئاً في مقابلته، ولا يوجد لفظ، أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر، فإذا ظهر بالقرينة وجود الرضى من الجانبين حصلت المعاطاة.

المسألة الثانية: قال أصحابنا: كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتاق والإبراء ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف، كما ينعقد بالصريح. وأما ما لا يستقل به بل يفتقر إلى إيجاب وقبول فضربان، **أحدهما**: ما يشترط فيه الإشهاد كالنكاح، فهذا لا ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف، لأن الشاهد لا يعلم النية. و**الثاني**: ما لا يشترط فيه الإشهاد وهو نوعان، **أحدهما**: ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر كالكتابة والخلع، فينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف، لأن مقصود الكتابة العتق، ومقصود الخلع الطلاق، وهما يصحان بالكناية مع النية. و**الثاني**: ما لا يقبله كالبيع والإجارة والمساقاة وغيرها، وفي انعقاد هذه العقود بالكناية مع النية وجهان

مشهوران في كتب الخراسانيين أصحهما: الانعقاد كالخلع، ولحصول التراضي مع جريان اللفظ وإرادة المعنى. يدل عليه من حيث السنة حديث جابر في قصة بيعه جمله للنبي ﷺ، وهو حديث طويل مشهور في الصحيحين وغيرهما قال فيه: قال لي النبي ﷺ: «**بعني جملك**» فقلت: إن لرجل علي أوقية ذهب فهو لك بها، قال: «**قد أخذته به**» هذا لفظ رواية مسلم[1]. قال أصحابنا: ومثال الكناية في البيع أن يقول: خذه مني بألف، أو هو لك بألف وما أشبهها.

المسألة الثالثة: إذا كتب إلى غائب بالبيع ونحوه، قال أصحابنا: هو مرتب على أن الطلاق هل يقع بالكتب مع النية؟ وفيه خلاف، الأصح صحته ووقوعه. فإن قلنا بالأصح، ففي البيع ونحوه الوجهان في انعقاده بالكناية مع النية، وهذان الوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، أصحهما عند المصنف، لا يصح، والثاني وهو الأصح: أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبة لحصول التراضي، لا سيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة. قال أصحابنا: وإن قلنا يصح، فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب، هذا هو الأصح، وفيه وجه ضعيف أنه لا يشترط القبول، بل يكفي التواصل اللائق بين الكتابين.

فرع قال أصحابنا: يشترط لصحة البيع ونحوه أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول وأن لا يتخللهما أجنبي عن العقد، فإن طال أو تخلل لم ينعقد سواء تفرقا من المجلس أم لا. قال أصحابنا: ولا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول، ولو تخللت كلمة أجنبية بطل العقد.

فرع يشترط في صحة البيع ذكر الثمن في حال العقد، وإلا لا يكون بيعاً بلا خلاف.

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٢٠) ومسلم في المساقاة (١١/٣٣).

فرع قال أصحابنا: في بيع الهازل وشرائه وجهان، أصحهما: ينعقد كالطلاق وغيره.

[خيار المجلس]

قال المصنف رحمه الله: [وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخايرا، لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا أو يقول أحدهما للآخر إختر**». والتفرق أن يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلّمه على العادة لم يسمع كلامه، لما روى نافع «أن ابن عمر رضي الله عنه كان إذا اشترى شيئاً مشى أذرعاً ليجب البيع ثم يرجع»، ولأن التفرق في الشرع مطلق فوجب أن يحمل على التفرق المعهود وذلك يحصل بما ذكرناه. وإن لم يتفرّقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر أو غيره لم يسقط الخيار لأن ذلك لا يسمى تفرقاً. وأما التخاير فهو أن يقول أحدهما للآخر: اختر إمضاء البيع أو فسخه، فيقول الآخر: اخترت إمضاءه أو فسخه، فينقطع الخيار لقوله عليه السلام «**أو يقول أحدهما للآخر: اختر**». فإن خيّر أحدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسؤول، وهل ينقطع خيار السائل؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته: اختاري فسكتت فإن خيار الزوج في طلاقها لا يسقط. و**الثاني**: أنه ينقطع لقوله عليه السلام «**أو يقول أحدهما للآخر: اختر**» فدلّ على أنه إذا قال يسقط خياره. ويخالف تخيير المرأة فإن المرأة لم تكن مالكة للخيار، وإذا خيّرها فقد ملّكها ما لم تكن تملكه، فإذا سكتت بقي على حقه، وههنا المشتري يملك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار. فإن أكرها على التفرق ففيه وجهان، **أحدهما**: يبطل الخيار لأنه كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير، فإذا لم يفعل فقد رضي بإسقاط الخيار. و**الثاني**: أنه لا يبطل لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت، والسكوت لا يبطل الخيار. فإن باعه على أن لا خيار له ففيه وجهان. من أصحابنا من قال: يصح لأن الخيار جعل رفقاً بهما فجاز لهما تركه، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه. وقال أبو إسحاق: لا يصح، وهو الصحيح لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز

إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع. فإن قلنا بهذا، فهل يبطل العقد بهذا الشرط؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يبطل، لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض والمعوض. و**الثاني**: يبطل، لأنه يسقط موجب العقد فأبطله كما لو شرط أن لا يسلّم المبيع].

الشرح: حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم بلفظه[1]. وأما الأثر المذكور عن ابن عمر «**أنه كان يمشي أذرعاً**»، فهو في الصحيحين بغير هذا اللفظ، لفظ البخاري: «فارق صاحبه» ولفظ مسلم: «قام فمشى هنيهة ثم رجع»[2].

أما الأحكام فقال أصحابنا: الخيار ضربان: خيار نقص وهو ما يتعلق بفوات شيء مظنون الحصول، وخيار شهوة وهو ما لا يتعلق بفوات شيء. فالأول له باب مستقل، وهو الذي سماه المصنف بعد هذا باب بيع المصراة والرد بالعيب. وأما الثاني فله سببان: المجلس والشرط، فيقال خيار المجلس وخيار الشرط. وإذا صححنا بيع الغائب أثبتنا فيه خيار الرؤية فتصير الأسباب ثلاثة.

ثم في الفصل مسائل.

إحداها: فيما ثبت فيه خيار المجلس من العقود. وقد جمعها أصحابنا هنا وأعادوها في أبوابها مفرّقة، واقتصر المصنف على ذكرها في أبوابها مفرّقة، والمختار طريقة الجمهور فنسلكها. قال أصحابنا: العقود ضربان، **أحدهما**: العقود الجائزة، إما من الطرفين كالشركة والوكالة والوديعة والعارية والدين والقراض والجعالة، وإما من أحدهما كالضمان والرهن والكتابة، فلا خيار فيها كلها لأنه متمكن من الفسخ متى شاء. الضرب الثاني: العقود اللازمة وهي نوعان: واردة على العين وواردة على المنفعة. والأول كالبيع والصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة،

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٣٢٧ ـ ٤/٣٢٨) وكذا مسلم (١٧٤ ـ ١٠/١٧٥) وأبو داود (٧٣٢ ـ ٣/٧٣٥) والنسائي (٧/٢٤٩) والترمذي (٣/٥٤٧) فيه.

(٢) أخرجه البخاري (٤/٣٢٦) ومسلم (١٠/١٧٥).

فيثبت فيها كلها خيار المجلس ويستثنى منها بعض الصور. وواردة على المنفعة فمنه النكاح ولا خيار فيه بلا خلاف، ولا خيار في الصداق على أصح الوجهين. ومنه الإجارة ولا خيار فيها على أصح الوجهين عند الجمهور، وصحّح المصنف ثبوت الخيار فيها.

المسألة الثانية: لو تبايعا بشرط نفي خيار المجلس ففيه ثلاثة أوجه، ذكرها المصنف بأدلتها أصحها: أن البيع باطل، وهو المنصوص في البويطي والقديم.

المسألة الثالثة: فيم ينقطع به خيار المجلس. قال أصحابنا: كل عقد ثبت فيه هذا الخيار حصل انقطاع الخيار فيه بالتخاير ويحصل أيضاً بالتفرق بأبدانهما عن مجلس العقد. وقول المصنف [وإن خيّر أحدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسؤول، وهل ينقطع خيار السائل؟ فيه وجهان] فأصح هذين الوجهين باتفاق الأصحاب هو الانقطاع.

فرع
في مذاهب العلماء في خيار المجلس.

مذهبنا ثبوته للمتعاقدين، وبه قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم. وقال مالك وأبو حنيفة: لا يثبت، بل يلزم البيع بنفس الإيجاب والقبول.

واحتج لهم بقول الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1] فظاهر الآية جوازه في المجلس. وبحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**من ابتاع طعاماً فلا يَبِعه حتى يستوفيه**»[2] فدلّ على أنه إذا [استوفاه][3] جاز له بيعه في المجلس قبل

---

(١) النساء: ٢٩.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٤٤) وكذا مسلم (١٠/١٦٩) وأبو داود (٣/٧٦٠) والنسائي (٧/٢٨٥) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٤٩).

(٣) ما بين قوسين ليس في المطبوعة، وزدته لدلالة المعنى عليه.

التفرق. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال «**البيّعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار، فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله**»[1] رواه أبو داود والترمذي وغيره بأسانيد صحيحة وحسنة، قال الترمذي: هو حديث حسن، قالوا: وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة. واحتج أصحابنا والجمهور بأحاديث كثيرة صحيحة من رواية جماعة من الصحابة منها حديث ابن عمر المذكور في الكتاب.

قال القاضي أبو الطيب والأصحاب: اعترض مالك وأبو حنيفة على هذه الأحاديث، فإنها بلغتهما. فأما مالك فهو راوي حديث ابن عمر وقال: العمل عندنا بالمدينة خلاف ذلك، فإن فقهاء المدينة لا يثبتون خيار المجلس، ومذهبه أن الحديث إذا خالف عمل أهل المدينة تركه. وأما أبو حنيفة فقد روى البيهقي بإسناده عن علي بن المدائني عن ابن عيينة أنه حدث الكوفيين بحديث ابن عمر عن النبي ﷺ في البيّعين بالخيار ما لم يتفرقا، قال: فحدثوا به أبا حنيفة، فقال أبو حنيفة: ليس هذا بشيء، أرأيت إن كانا في سفينة؟ أي فإنه لا يمكن تفرقهما، قال ابن المدائني: إن الله سائله عما قال[2].

قال أصحابنا: هذه الأحاديث صحيحة والاعتراضان باطلان مردودان لمنابذتهما السنة الصحيحة الصريحة المستفيضة. وأما قول أبي حنيفة «لو كانا في سفينة» فنحن نقول به فإن خيارهما يدوم ما داما مجتمعين في السفينة ولو بقيا سنة وأكثر، ودليله إطلاق الحديث. وأما قول مالك فهو اصطلاح له وحده منفرد به عن العلماء فلا يقبل قوله في ردّ السنن لترك فقهاء المدينة العمل بها. وكيف يصح هذا المذهب مع العلم بأن الفقهاء ورواة الأخبار لم يكونوا في عصره ولا في العصر الذي قبله منحصرين في المدينة ولا في

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (٤/٥٥٠) وقال: هذا حديث حسن وكذا أبو داود (٣/٧٣٦) والنسائي (٢٥١ ـ ٧/٢٥٢) فيه، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٥٠.

(٢) البيهقي (٥/٢٧٢).

الحجاز، بل كانوا متفرقين في أقطار الأرض مع كل واحد قطعة من الأخبار لا يشاركه فيها أحد، فنقلها ووجب على كل مسلم قبولها.

وهذا كله لو سلّم أن فقهاء المدينة متفقون على عدم خيار المجلس، ولكن ليسوا متفقين؛ فهذا ابن أبي ذئب أحد أئمة فقهاء المدينة في زمن مالك قد أنكر على مالك في هذه المسألة وأغلظ في القول بعبارات مشهورة حتى قال: يستتاب مالك من ذلك، فكيف يصح دعوى اتفاقهم!

وأما الجواب عن احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡۚ﴾ فهو أنه عام مخصوص بما ذكرنا، وهكذا الجواب عن حديث «**فلا يبعه حتى يستوفيه**» فإنه عام مخصوص بما ذكرنا. وأما الجواب عن حديث «**لا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله**» فهو أنه دليل لنا كما جعله الترمذي في جامعه دليلاً لإثبات خيار المجلس، واحتج به على المخالفين، لأن معناه مخافة أن يختار الفسخ، فعبّر بالإقالة عن الفسخ. والدليل على هذا أشياء أحدها: أنه ﷺ أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا ثم ذكر الإقالة في المجلس، ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة، فدلّ أن المراد بالإقالة الفسخ. **والثاني**: أنه لو كان المراد حقيقة الإقالة لا يمنعه من المفارقة مخافة أن يقيله، لأن الإقالة لا تختص بالمجلس والله تعالى أعلم.

[خيار الشرط]

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز شرط خيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها، لما روى محمد بن يحيى بن حبان قال: كان جدي قد بلغ ثلاثين ومائة سنة لا يترك البيع والشراء ولا يزال يخدع، فقال له رسول الله ﷺ: «**من بايعته فقل لا خِلابة، وأنت بالخيار ثلاثاً**»[1]. فأما في البيوع التي فيها الربا وهي الصرف وبيع الطعام بالطعام، فلا يجوز فيها شرط الخيار، لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمام البيع. ولهذا لا يجوز أن يتفرقا إلا

(١) أخرجه البيهقي في االبيوع (٥/٢٧٣) مطولاً وابن ماجه في الأحكام بنحوه (٢/٧٨٩) وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٩٠٧.

عن قبض العِوضين فلو جوّزنا شرط الخيار لتفرّقا ولم يتم البيع بينهما. وجاز شرط الخيار في ثلاثة أيام، وفيما دونها لأنه إذا جاز شرط الثلاث فما دونها أولى بذلك، ولا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لأنه غرر، وإنما جوّز في الثلاث لأنه رخصة فلا يجوز فيما زاد. ويجوز أن يشترط لهما ولأحدهما دون الآخر، ويجوز أن يشترط لأحدهما ثلاثة أيام وللآخر يوم أو يومان، لأن ذلك جعل إلى شرطهما فكان على حسب الشرط. فإن شرط ثلاثة أيام ثم تخايرا، سقط قياساً على خيار المجلس].

الشرح: هذا الحديث أتى به المصنف مرسلاً، لأن محمد بن يحيى بن حبان لم يدرك النبي ﷺ، وهذه القصة لم يذكر في هذه الرواية أنه سمعها من غيره وهو تابعي، فثبت أنه وقع هنا مرسلاً.

وخلابة هي بكسر الخاء وهي الغبن والخديعة[1]. وهذا الحديث قد روي بألفاظ منها: حديث ابن عمر قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال له رسول الله ﷺ «**من بايعت فقل لا خِلابة**» رواه البخاري ومسلم[2]. وعن يونس بن بكير قال: حدثنا محمد بن إسحاق قال: حدثني نافع عن ابن عمر قال: سمعت رجلاً من الأنصار وكانت بلسانه لوثة يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه لا يزال يغبن في البيع فقال له رسول الله ﷺ «**إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد**» قال ابن عمر: فلكأني الآن أسمعه إذا ابتاع يقول لا خلابة، يلوث لسانه. هذا الحديث حسن رواه البيهقي بهذا اللفظ بإسناد حسن، وكذلك رواه ابن ماجه بإسناد حسن[3].

---

(١) وقع في بيان لفظة خلابة في المطبوعة سقط، فاستدركته من تهذيب الأسماء واللغات للإمام النووي رحمه الله (٣/٩٦).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٣٧) وكذا مسلم (١٠/١٧٦) وزاد «. . . فكان إذا بايع يقول لا خيابة» بالياء، وهذه الزيادة توضح معنى قول ابن عمر الآتي «يلوث لسانه» وأبو داود (٧٦٥ ـ ٣/٧٦٧) والنسائي (٧/٢٥٢) فيه.

(٣) أخرجه البيهقي في البيوع (٥/٢٧٣) ومنه نقلته لزيادة وقعت عند البيهقي لم ترد في المطبوعة، وأخرجه ابن ماجه في الأحكام من رواية محمد بن يحيىٰ بن حبان مرسلاً كما سبق بيانه، ولم يخرجه من طريق ابن عمر المتصلة.

واعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف. والحديث المذكور يحتج به، لكن في دلالته باللفظ الذي ذكرناه نظر. والله أعلم.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع قال جماعة من أصحابنا: قد اشتهر في الشرع أن قوله: «**لا خِلابة**» عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام. فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعاً، فإن علمه البائع دون المشتري فوجهان مشهوران، أصحهما: لا يثبت.

قال المصنف رحمه الله: [وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان **أحدهما**: لا يصح لأنه حكم من أحكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقِدَين كسائر الأحكام. و**الثاني**: يصح لأنه جعل إلى شرطهما للحاجة، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للأجنبي بأن يكون أعرف بالمتاع منهما. فإن شرطه للأجنبي وقلنا إنه يصح، فهل يثبت له؟ فيه وجهان **أحدهما**: يثبت له لأنه إذا ثبت للأجنبي من جهة فلأن يثبت له، أولى. و**الثاني**: لا يثبت لأن ثبوته بالشرط فلا يثبت إلا لمن شرط له.

قال الشافعي رحمه الله في الصرف: إذا اشترى بشرط الخيار على أن لا يفسخ حتى يستأمر فلاناً لم يكن له أن يفسخ حتى يقول استأمرته فأمرني بالفسخ. فمن أصحابنا من قال: له أن يفسخ من غير إذنه، لأن له أن يفسخ من غير شرط الإستئمار فلا يسقط حقه بذكر الإستئمار، وتأوّل ما قاله على أنه أراد أنه لا يقول استأمرته إلا بعد أن يستأمره لئلا يكون كاذباً. ومنهم من حمله على ظاهره أنه لا يجوز أن يفسخ، لأنه ثبت بالشرط فكان على ما شرط].

الشرح: قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار للعاقدَيْن ولأحدهما بالإجماع. فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، أصحهما باتفاق الأصحاب: يصح البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص

الشافعي رحمه الله، نصّ عليه في الإملاء وفي الجامع الكبير. قال أصحابنا: فإذا قلنا بالأصح أنه يثبت الخيار للأجنبي المشروط له، فهل يثبت للشارط أيضاً؟ فيه خلاف مشهور، والأصح عند الجمهور: لا يثبت، وهذا ظاهر نص الشافعي في الصرف وفي الإملاء.

قال المصنف رحمه الله: [وإذا شرط الخيار في البيع، ففي ابتداء مدته وجهان، **أحدهما**: من حين العقد، لأنه مدة ملحقة بالعقد فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل، ولأنه لو اعتبر من حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولاً، لأنه لا يعلم متى يفترقان. و**الثاني**: أنه يعتبر من حين التفرق لأن ما قبل التفرق، الخيار ثابت فيه بالشرع فلا يثبت فيه بشرط الخيار. فإن قلنا: إن ابتداءه من حين العقد فشرط أن يكون من حين التفرق بطل، لأن وقت الخيار مجهول، ولأنه يزيد الخيار على ثلاثة أيام. وإن قلنا: إن ابتداءه من حين التفرق فشرط أن يكون من حين العقد، ففيه وجهان، **أحدهما**: يصح، لأن ابتداء الوقت معلوم، و**الثاني**: لا يصح، لأنه شرط ينافي موجب العقد فأبطله].

الشرح: قال أصحابنا: إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها، ففي ابتداء مدته وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، أصحهما باتفاق الأصحاب: من حين العقد. فبناءً عليه لو شرطاه من حين التفرق بطل البيع على المذهب.

قال المصنف رحمه الله: [ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ في محضر من صاحبه وفي غيبته، لأنه رَفْع عقد جعل إلى اختياره فجاز في حضوره وغيبته كالطلاق].

الشرح: قال أصحابنا: من ثبت له خيار الشرط كان له الفسخ في حضرة صاحبه وفي غيبته لما ذكره المصنف، هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا، وبه قال مالك وأحمد وزفر وأبو يوسف. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يصح إلا في حضرة صاحبه. ولهذا قاسه المصنف على الطلاق، لأنه مجمع على نفوذه بغير حضورها. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [فإن تصرّف في المبيع تصرّفاً يفتقر إلى الملك كالعتق والوطء والهبة والبيع وما أشبهها نظرت: فإن كان ذلك من البائع كان ذلك اختياراً للفسخ، لأنه تصرف يفتقر إلى الملك فجعل اختياراً للفسخ والرد إلى الملك. وإن كان ذلك من المشتري ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: إن كان ذلك عتقاً كان اختياراً للإمضاء، وإن كان غيره لم يكن ذلك اختياراً لأن العتق لو وجد قبل العلم بالعيب، منع الرد فأسقط خيار المجلس وخيار الشرط، وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد بالعيب فلم يسقط خيار المجلس وخيار الشرط. وقال أبو سعيد الإصطخري: الجميع اختيار للإمضاء، وهو الصحيح، لأن الجميع يفتقر إلى الملك فكان الجميع اختياراً للملك، ولأن في حق البائع الجميع واحد فكذلك في حق المشتري. فإن وطئها المشتري بحضرة البائع وهو ساكت، فهل ينقطع خيار البائع بذلك؟ فيه وجهان، **أحدهما**: ينقطع لأنه أمكنه أن يمنعه فإذا سكت كان ذلك رضاءً بالبيع. و**الثاني**: لا ينقطع، لأنه سكوت عن التصرف في ملكه فلا يسقط عليه حكم التصرف، كما لو رأى رجلاً يخرق ثوبه فسكت عنه. والله أعلم].

الشرح: أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن جنّ من له الخيار أو أغمي عليه انتقل الخيار إلى الناظر في ماله. وإن مات، فإن كان في خيار الشرط انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال، لأنه حق ثابت لإصلاح المال فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن. فإن لم يعلم الوارث حتى مضت المدة ففيه وجهان، **أحدهما**: يثبت له الخيار في القدر الذي بقي من المدة، لأنه لما انتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت، وجب أن ينتقل إلى غير الزمان الذي شرط فيه. و**الثاني**: أنه تسقط المدة ويثبت الخيار للوارث على الفور، لأن المدة فاتت وبقي الخيار فكان على الفور كخيار الرد بالعيب. وإن كان في خيار المجلس، فقد روى المزني أن الخيار للوارث، وقال في المكاتب إذا مات وجب البيع. فمن أصحابنا من قال: لا يسقط الخيار بالموت في المكاتب وغيره، وقوله في المكاتب وجب البيع، أراد به أنه لا

ينفسخ بالموت كما تنفسخ الكتابة. ومنهم من قال: يسقط الخيار في بيع المكاتب ولا يسقط في بيع غيره، لأن السيد يملك بحق الملك، فإذا لم يملك في حياة المكاتب لم يملك بعد موته، والوارث يملك بحق الإرث فانتقل إليه بموته. ومنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وخرّجهما على قولين، **أحدهما**: أنه يسقط الخيار، لأنه إذا سقط الخيار بالتفرق فلأن يسقط بالموت ـ والتفرق فيه أعظم ـ أولى. و**الثاني**: لا يسقط، وهو الصحيح، لأنه خيار ثابت لفسخ البيع فلم يبطل بالموت كخيار الشرط. فعلى هذا إن كان الذي انتقل إليه الخيار حاضراً ثبت له الخيار، إلا أن يتفارقا أو يتخايرا، وإن كان غائباً ثبت له الخيار إلى أن يفارق الموضع الذي بلغه فيه].

الشرح: اتفقت نصوص الشافعي وطرق الأصحاب على أن خيار الشرط وخيار الرد بالعيب ينتقل إلى الوارث بموت المورّث، وإلى السيد بموت المكاتب في مدته. فإن كانت المدة باقية عند بلوغ الخبر ثبت للوارث الخيار إلى انقضائها. وإن كانت قد انقضت فأربعة أوجه، الوجهان الأولان منها مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، أصحهما: يكون على الفور. وأما خيار المجلس فإذا مات أحد المتعاقدين في المجلس، نصّ الشافعي أن الخيار لوارثه، وقال في المكاتب إذا باع ومات في المجلس وجب البيع، وللأصحاب في المسألتين ثلاث طرق مشهورة ذكرها المصنف بدلائلها واضحة، أصحها عند الأصحاب: في المسألتين قولان أصحهما: يثبت الخيار للوارث ولسيد المكاتب كخيار الشرط والرد بالعيب.

قال المصنف رحمه الله: [وفي الوقت الذي ينتقل الملك في البيع الذي فيه خيار المجلس أو خيار الشرط ثلاثة أقوال أحدها: ينتقل بنفس العقد، لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح. و**الثاني**: أنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار، لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار فدلّ على أنه لا يملك إلا بهما. والثالث: أنه موقوف مراعى، فإن لم يفسخ العقد تبيّنا أنه ملك بالعقد، وإن فسخ تبيّنا أنه لم يملك، لأنه لا يجوز أن يملك بالعقد لأنه لو ملك بالعقد لملك

التصرّف، ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار، لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك، فثبت أنه موقوف مراعى.

فإن كان المبيع عبداً فأعتقه البائع نفذ عتقه، لأنه إن كان باقياً على ملكه فقد صادف العتق ملكه، وإن كان قد زال ملكه عنه إلا أنه يملك الفسخ فجعل العتق فسخاً. وإن أعتقه المشتري لم يخل إما أن يفسخ البائع البيع أو لا يفسخ، فإن لم يفسخ وقلنا إنه يملكه بنفس العقد أو قلنا إنه موقوف نفذ عتقه، لأنه صادف ملكه، وإن قلنا إنه لا يملك بالعقد، لم يعتق لأنه لم يصادف ملكه. وإن فسخ البائع وقلنا إنه لا يملك بالعقد أو موقوف، لم يعتق لأنه لم يصادف ملكه، وإن قلنا إنه يملك بالعقد ففيه وجهان. قال أبو العباس: إن كان موسراً عتق، وإن كان معسراً لم يعتق، لأن العتق صادف ملكه وقد تعلّق به حق الغير فأشبه عتق المرهون. ومن أصحابنا من قال: لا يعتق، وهو المنصوص لأن البائع اختار الفسخ والمشتري اختار الإجازة بالعتق، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدّم الفسخ، ولهذا لو قال المشتري أجزت وقال البائع بعده فسخت قدّم الفسخ وبطلت الإجازة، وإن كانت سابقة للفسخ. فإن قلنا لا يعتق عاد العبد إلى ملك البائع، وإن قلنا يعتق فهل يرجع البائع بالثمن أو القيمة؟ قال أبو العباس: يحتمل وجهان **أحدهما**: يرجع بالثمن ويكون العتق مقرراً للعقد ومبطلاً للفسخ. و**الثاني**: أنه يرجع بالقيمة لأن البيع انفسخ وتعذّر الرجوع إلى العين فرجع إلى قيمته كما لو اشترى عبداً بثوب وأعتق العبد ووجد البائع بالثوب عيباً فردّه، فإنه يرجع بقيمة العبد. فإن باع البائع المبيع أو رهنه صحّ؛ لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه، وإما أن يكون للمشتري إلا أنه يملك الفسخ فجعل البيع والهبة فسخاً. وإن باع المشتري المبيع أو وهبه نظرت: فإن كان بغير رضا البائع، فإن قلنا إنه في ملك البائع لم يصح تصرفه. وإن قلنا إنه في ملكه ففيه وجهان، قال أبو سعيد الإصطخري: يصح، وللبائع أن يختار الفسخ، فإذا فسخ بطل تصرّف المشتري، ووجهه أن التصرّف صادف ملكه الذي ثبت للغير فيه حق الإنتزاع فأشبه إذا اشترى شقصاً فيه شفعة فباعه. ومن أصحابنا من قال: لا يصح، لأنه باع عيناً تعلّق

بها حق الغير من غير رضاه فلم يصح كما لو باع الراهن المرهون. فأما إذا تصرّف فيه برضا البائع نظرت: فإن كان عتقاً نفذ، لأنهما رضيا بإمضاء البيع، وإن كان بيعاً أو هبة ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح لأنه ابتدأ بالتصرف قبل أن يتم ملكه. و**الثاني**: يصح، لأن المنع من التصرف لحق البائع وقد رضي البائع].

الشرح: أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان المبيع جارية لم يمنع البائع من وطئها، لأنها باقية على ملكه في بعض الأقوال، ويملك ردّها إلى ملكه في بعض الأقوال، فإذا وطئها انفسخ البيع. ولا يجوز للمشتري وطؤها، لأن في أحد الأقوال لا يملكها. وفي الثاني: مراعى فلا يعلم هل يملكها أم لا، وفي الثالث: يملكها ملكاً غير مستقر. فإن وطئها لم يجب الحد، وإن أحبلها ثبت نسب الولد، وانعقد الولد حراً، لأنه إما أن يكون في ملك أو شبه ملك. وأما المهر وقيمة الولد وكون الجارية أم ولد فإنه يبنى على الأقوال. فإن أجاز البائع البيع بعد وطء المشتري وقلنا إن الملك للمشتري أو موقوف لم يلزمه المهر ولا قيمة الولد وتصير الجارية أم ولد، لأنها مملوكة. وإن قلنا إن الملك للبائع فعليه المهر. وقال أبو اسحاق: لا يلزمه كما لا تلزمه أجرة الخدمة. والمذهب الأول لأنه وطىء في ملك البائع، ويخالف الخدمة فإن الخدمة تستباح بالإباحة والوطء لا يستباح. وفي قيمة الولد وجهان، **أحدهما**: لا تلزمه، لأنها وضعته في ملكه، والاعتبار بحال الوضع ألا ترى أن قيمة الولد تعتبر حال الوضع. و**الثاني**: تلزمه لأن العلوق حصل في غير ملكه، والاعتبار بحال العلوق لأنها حالة الإتلاف وإنما تأخر التقويم إلى حالة الوضع لأنه لا يمكن تقويمه في حال العلوق. وهل تصير الجارية أم ولد؟ فيه قولان كما قلنا فيمن أحبل جارية غيره بشبهة. فأما إذا فسخ البيع وعادت إلى ملكه، فإن قلنا إن الملك للبائع أو موقوف وجب عليه المهر وقيمة الولد، ولا تصير الجارية في الحال أم ولد، وهل تصير أم ولد إذا ملكها؟ فيه قولان. وإن قلنا إن الملك للمشتري، لم يجب عليه المهر لأن الوطء صادف ملكه. ومن أصحابنا من قال: يجب لأنه لم يتم

ملكه عليها، وهذا يبطل به إذا أجاز البائع البيع. وعلى قول أبي العباس تصير أم ولد كما تعتق إذا أعتقها عنده. وهل يرجع البائع بقيمتها أو بالثمن؟ فيه وجهان، وقد بيّنا ذلك في العتق. وعلى المنصوص أنها لا تصير أم ولد له لأن حق البائع سابق فلا يسقط بإحبال المشتري، فإن ملكها المشتري بعد ذلك صارت أم ولد لأنها إنما لم تصر أم ولد، له في الحال لحق البائع، فإذا ملكها صارت أم ولد.

وإن اشترى جارية فولدت في مدة الخيار بنينا على أن الحمل هل له حكم في البيع؟ وفيه قولان، **أحدهما**: له حكم ويقابله قسط من الثمن، وهو الصحيح لأن ما أخذ قسطاً من الثمن بعد الانفصال أخذ قسطاً من الثمن قبل الانفصال كاللبن. و**الثاني**: لا حكم له ولا قسط له من الثمن، لأنه يتبعها في العتق فلم يأخذ قسطاً من الثمن كالأعضاء. فإن قلنا إن له حكماً، فهو مع الأم بمنزلة العينين المبيعتين، فإن أمضى العقد كانا للمشتري وإن فسخ العقد كانا للبائع كالعينين المبيعتين. وإن قلنا لا حكم له نظرت فإن أمضى العقد وقلنا إن الملك ينتقل بالعقد أو موقوف فهما للمشتري، وإن قلنا إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار، فالولد للبائع. فإن فسخ العقد وقلنا إنه يملك بالعقد وإنقضاء الخيار أو قلنا إنه موقوف فالولد للبائع، وإن قلنا يملك بالعقد فهو للمشتري. وقال أبو إسحاق: الولد للبائع، لأن على هذا القول لا ينفذ عتق المشتري، وهذا خطأ لأن العتق يفتقر إلى ملك تام، والنماء لا يفتقر إلى ملك تام].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار فلمن له الخيار الفسخ والإمضاء لأن الحاجة التي دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع. فإن فسخ وجبت القيمة على المشتري، لأنه تعذّر رد العين فوجب رد القيمة. وإن أمضينا العقد، فإن قلنا إنه يملك بنفس العقد أو موقوف فقد هلك من ملكه، وإن قلنا يملك بالعقد وانقضاء الخيار، وجب على من يشتري قيمته. والله أعلم].

الشرح: قوله: «**وجبت قيمته**» لو قال وجب بدله، كان أحسن وأعم

ليدخل فيه المثل فيما له مثل. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع قال أصحابنا: إذا تلف المبيع بآفة سماوية في زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع، وإن كان بعده وقلنا الملك للبائع انفسخ أيضاً فيسترد الثمن ويغرّم المشتري للبائع البدل وهو المثل أو القيمة، وإن قلنا الملك للمشتري أو موقوف فوجهان أو قولان، أصحهما: لا ينفسخ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض.

❋ ❋ ❋

باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز.

قال المصنف رحمه الله: [الأعيان ضربان: نجس وطاهر. فأما النجس فعلى ضربين: نجس بنفسه ونجس بملاقاة النجاسة. فأما النجس في نفسه فلا يجوز بيعه وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات. والأصل فيه ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**إن الله تعالى حرّم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**». وروى أبو مسعود البدري وأبو هريرة رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب»، فنصّ على الكلب والخنزير والخمر والميتة، وقسنا عليها سائر الأعيان النجسة]

الشرح: أما حديث جابر رضي الله عنه، فرواه البخاري ومسلم في صحيحيهما طويلاً، ولفظه فيهما عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة «**إن الله ورسوله حرّما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**» فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال: «**لا هو حرام**». ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «**قاتل الله اليهود، إن الله لما حرّم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا الميتة**»[1].

(١) أخرجه البخاري في أواخر البيوع برقم (٢١٢١)، ومسلم في المساقاة برقم (١٥٨١).

وأما حديث أبي مسعود البدري الأنصاري، فرواه البخاري ومسلم أيضاً، ولفظه عنه «أن رسول الله ﷺ: «نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي، وحلوان الكاهن»[1]. وأما حديث أبي هريرة، فرواه أبو داود بإسناد حسن، بلفظ حديث أبي مسعود[2].

أما حكم المسألة فقد سبق في أول كتاب البيوع أن شروط البيع خمسة: أن يكون طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه معلوماً مملوكاً لمن وقع العقد له، فبدأ المصنف بالشرط الأول وهو الطهارة، وبيّن أن الأعيان النجسة في نفسها لا يجوز بيعها، وهذا لا خلاف فيه عندنا، ودليل المسألة ما ذكره المصنف.

فرع ذكرنا أن بيع الخمر باطل سواء باعها مسلم أو ذمي، أو تبايعها ذميان، أو وكّل المسلم ذميّاً في شرائها له، فكله باطل بلا خلاف عندنا. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يوكّل المسلم ذميّاً في بيعها وشرائها، وهذا فاسد منابذ للأحاديث الصحيحة في النهي عن بيع الخمر.

فرع بيع الخمر وسائر أنواع التصرف فيها حرام على أهل الذمة كما هو حرام على المسلم، هذا مذهبنا. وقال أبو حنيفة: لا يحرم ذلك عليهم. قال المتولي: المسألة مبنية على أصل معروف في الأصول، وهو أن الكافر عندنا مخاطب بفروع الشريعة وعندهم ليس بمخاطب.

فرع مذهبنا أنه لا يجوز بيع الكلب سواء كان معلماً أو غيره، وسواء كان جرواً أو كبيراً، ولا قيمة على من أتلفه، وبهذا قال جماهير العلماء وهو مذهب أبي هريرة والحسن البصري والأوزاعي وربيعة والحكم وحماد وأحمد وداود وابن المنذر وغيرهم. وقال أبو حنيفة: يصح بيع جميع الكلاب التي فيها نفع وتجب القيمة على متلفه. وحكى ابن المنذر عن جابر وعطاء والنخعي جواز بيع الكلب للصيد دون غيره. وقال مالك: لا يجوز بيع الكلب وتجب القيمة على متلفه وإن كان كلب صيد أو ماشية، وعنه: رواية كمذهبنا ورواية كمذهب أبي حنيفة.

---

(١) أخرجه البخاري برقم (٢١٢٢)، ومسلم برقم (١٥٦٧).

(٢) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور برقم (٣٤٨٤).

واحتج لمن جوّز بيعه بالحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ «**أنه نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد**»[(١)]، وفي رواية «**ثلاث كلهن سحت**» فذكر كسب الحجام ومهر البغي، وثمن الكلب إلا كلب صيد»[(٢)]. وعن عمر رضي الله عنه «**أنه غرّم رجلاً عن كلب قتله عشرين بعيراً**»[(٣)]. وعن عبد الله بن عمرو بن العاص «أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً، وقضى في كلب ماشية بكبش»[(٤)].

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة في النهي عن بيعه، والنهي يقتضي الفساد، فإنه لا قيمة على متلفه. فمن الأحاديث حديث أبي مسعود البدري الذي سبق ذكره. وعن أبي جحيفة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم وعن ثمن الكلب ومهر البغي، ولعن آكل الربا وموكله، والواشمة والمستوشمة، ولعن المصوِّر» رواه البخاري[(٥)]. وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب وقال: «**إن جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه تراباً**» رواه أبو داود بإسناد صحيح[(٦)]. وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يحل ثمن الكلب، ولا حلوان الكاهن، ولا مهر البغي**» رواه أبو داود بإسناد صحيح حسن[(٧)]. وعن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ جالساً عند الركن فرفع بصره إلى السماء فضحك فقال: «**لعن الله اليهود ثلاثاً، إن الله حرّم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله إذا حرّم على قوم أكل شيء حرّم عليهم ثمنه**» رواه أبو داود بإسناد صحيح[(٨)].

---

(١) أخرجه البيهقي في البيوع (٦/٦).
(٢) أخرجه البيهقي (٦/٦).
(٣) أخرجه البيهقي (٦/٧) ولكن من رواية عثمان وليس من رواية عمر.
(٤) أخرجه البيهقي (٦/٨).
(٥) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣١٤).
(٦) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٧٥٤)، وصحّح إسناده الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٧٣.
(٧) أخرجه أبو داود (٧٥٥ ـ ٣/٧٥٦)، وصحّحه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٧٥.
(٨) أخرجه أبو داود (٣/٧٥٨) ومنه نقلته، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٧٨.

وأما الجواب عما احتجوا به من الأحاديث والآثار فكلها ضعيفة باتفاق المحدثين، وهكذا وضّح الترمذي والدارقطني والبيهقي ضعفها. ولأنهم لا يفرقون بين المعلّم وغيره، بل يجوّزون بيع الجميع، وهذه الأحاديث الضعيفة فارقة بينهما.

فرع بيع الهرة الأهلية جائز عندنا، وبه قال جماهير العلماء، نقله القاضي عياض عن الجمهور. وقال ابن المنذر: أجمعت الأمة على أن اتخاذه جائز، ورخّص في بيعه ابن عباس وابن سيرين، والحكم وحماد، ومالك والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو حنيفة، وسائر أصحاب الرأي. قال: وكرهت طائفة بيعه منهم: أبو هريرة ومجاهد وطاوس وجابر بن زيد. قال ابن المنذر: إن ثبت عن النبي ﷺ النهي عن بيعه فبيعه باطل وإلا فجائز، هذا كلام ابن المنذر. واحتج من منعه بحديث أبي الزبير قال: سألت جابراً عن ثمن الكلب والسنَّوْر فقال: «زجَرَ النبي ﷺ عن ذلك» رواه مسلم[1]. واحتج أصحابنا بأنه طاهر منتفع به، ووجد فيه جميع شروط البيع بالخيار فجاز بيعه كالحمار والبغل. والجواب عن الحديث من وجهين، **أحدهما**: جواب أبي العباس بن العاص وأبي سليمان الخطابي والقفال وغيرهم أن المراد الهرة الوحشية فلا يصح بيعها لعدم الانتفاع بها[2]. و**الثاني**: أن المراد نهي تنزيه، والمراد النهي على العادة بتسامح الناس فيه[3]، فهذان الجوابان هما المعتمدان. والله أعلم.

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١٠/٢٣٤).

(٢) هذا الجواب بعيد، لأن الهرة الوحشية لا ينتفع الناس بها ولا يحرصون على اقتنائها فلا معنى للنهي عن تبايعها بخلاف الهرة الأهلية، ولأن الأصل حمل كلام النبي ﷺ على الغالب المعتاد دون النادر الشاذ. والله أعلم.

(٣) الأصل في النهي هو التحريم كما يقول الأصوليون أوجمهورهم، ولا يصرف عن التحريم إلى الكراهة إلا بدليل. وما ذكره الشافعية في الجواب الثاني ليس دليلاً لصرف النهي عن أصله، وهو ينطبق على الكلب أيضاً، فيلزم تعدية هذا الجواب إلى الكلب، لأن النهي فيهما واحد والمعنى الصارف إلى الكراهة التنزيهية واحد، فيصبح حلال الثمن، وهذا لا يقوله الشافعية. والأولى عندي في هذه المسألة ما قاله ابن المنذر أن بيعه باطل إن ثبت النهي فيه، وقد ثبت فيه النهي بإخراج مسلم له في صحيحه، فلزم الحكم ببطلان بيعه. والله أعلم.

فرع قال ابن المنذر: أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير وشرائها. قال: واختلفوا في الانتفاع بسعر الخمر، فمنعه ابن سيرين والحكم وحماد والشافعي وأحمد وإسحاق، ورخّص فيه الحسن البصري والأوزاعي ومالك وأبو حنيفة وأبو يوسف.

فرع مذهبنا المشهور أن عظم الفيل نجس ولا يجوز بيعه ولا يحل ثمنه، وبهذا قال طاوس وعطاء بن أبي رباح وعمر بن عبدالعزيز ومالك وأحمد. وقال ابن المنذر: ورخّص فيه عروة بن الزبير وابن سريج. قال ابن المنذر: مذهب من حرّم هو الأصح.

فرع بيع سرجين البهائم المأكولة وغيرها وذرق الحمام باطل وثمنه حرام، هذا مذهبنا. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع السرجين لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على بيعه من غير إنكار، ولأنه يجوز الانتفاع به، فجاز بيعه كسائر الأشياء.

واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق أن النبي ﷺ قال: «**إن الله إذا حرّم على قوم شيئاً حرّم عليهم ثمنه**» وهو حديث صحيح كما سبق بيانه قريباً، وهذا عام إلا ما خرج بدليل كالحمار والعبد وغيرهما.

وأما الجواب عما احتجوا به: فهو ما أجاب به الماوردي أن بيعه إنما يفعله الجهلة والأرذال، فلا يكون ذلك حجة في دين الاسلام، وأما قولهم إنه منتفع به فأشبه غيره، فالفرق أن هذا نجس بخلاف غيره.

فرع جلد الميتة لا يجوز بيعه عندنا وعند الجمهور قبل الدباغ. وجوّزه أبو حنيفة. ودليل المذهبين نحو ما سبق في الفرع قبله. وممن حكى بطلان بيعه عن الجمهور العبدري في أول كتاب الطهارة.

قال المصنف رحمه الله: [فأما اقتناؤها فينظر فيه: فإن لم يكن فيها منفعة مباحة كالخمر والخنزير والميتة والعذرة لم يجز اقتناؤها، لما روى أنس رضي الله عنه قال: سأل رجل النبي ﷺ عن الخمر تصنع خلاً فكرهه وقال: «**أهرقها**»، ولأن اقتناء ما لا منفعة فيه سفه فلم يجز. فإن كان فيه منفعة مباحة كالكلب جاز اقتناؤه للصيد والماشية والزرع، لما روى سالم بن

عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «**من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية، نقص من أجره كل يوم قيراطان**»، وفي حديث أبي هريرة «**إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع**»، ولأن الحاجة تدعو إلى الكلب في هذه المواضع فجاز اقتناؤه. وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدروب؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز للخبر و**الثاني**: يجوز، لأنه حفظ مال فأشبه الزرع والماشية. وهل يجوز لمن لا يصطاد أن يقتنيه ليصطاد به إذا أراد؟ فيه وجهان **أحدهما**: يجوز للخبر، و**الثاني**: لا يجوز، لأنه لا حاجة به إليه. وهل يجوز اقتناء الجرو للصيد والماشية والزرع؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز، لأنه ليس فيه منفعة يحتاج إليها و**الثاني**: يجوز، لأنه إذا جاز اقتناؤه للصيد جاز اقتناؤه لتعليم ذلك. وأما السرجين فإنه يكره اقتناؤه وتربية الزرع به لما فيه من مباشرة النجاسة].

الشرح: أما حديث أنس فرواه مسلم في صحيحه بمعناه عن أنس أن النبي ﷺ سئل عن الخمر يتخذ خلاً فقال: «**لا**»[1]. وفي الصحيح أحاديث كثيرة صريحة في إراقة الخمر. وأما حديث ابن عمر[2] وأبي هريرة[3]، فرواه البخاري ومسلم من طرق في بعضها «**نقص من أجره كل يوم قيراطان**» وفي بعضها «**قيراط**». والجرو، بكسر الجيم وفتحها والكسر أفصح، وحكى الجوهري ضمها.

أما الأحكام فيحرم اقتناء الخنزير والخمر. وأما اقتناء العذرة والميتة فيكره ولا يحرم، وقال المصنف: لا يجوز، وظاهره التحريم وليس هو على ظاهره بل هو محمول على كراهة التنزيه. وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف، وأصح الوجهين في المسائل التي ذكرها المصنف وذكر فيها وجهين هو الجواز.

---

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (١٣/١٥٢).

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح (٩/٦٠٨) ومسلم في المساقاة (١٠/٢٣٨) والترمذي في الأحكام (٤/٧٩) والنسائي في الصيد (١٨٦ ـ ٧/١٨٧).

(٣) أخرجه البخاري في الحرث (٥/٥) ومسلم في المساقاة (١٠/٢٤٠) والنسائي (٧/١٨٩) وأبو داود في أول الصيد (٣/٢٦٦) والترمذي (٤/٨٠).

قال المصنف رحمه الله: [وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة. فينظر فيها: فإن كان جامداً كالثوب وغيره جاز بيعه، لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر وإنما جاورته النجاسة. وإن كان مائعاً نظرت: فإن كان مما لا يطهر كالخل والدبس لم يجز بيعه لأنه نجس لا يمكن تطهره من النجاسة فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة. وإن كان ماء ففيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز بيعه، لأنه نجس لا يطهر بالغسل فلم يجز بيعه كالخمر. و**الثاني**: يجوز بيعه لأنه يطهر بالماء فأشبه الثوب. فإن كان دهناً، فهل يطهر بالغسل؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يطهر، لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل. و**الثاني**: يطهر لأنه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب. فإن قلنا لا يطهر لم يجز بيعه كالخل. وإن قلنا يطهر ففي بيعه وجهان، كالماء النجس. ويجوز استعماله في السراج، والأولى أن لا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة].

الشرح: قوله: «لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل» هذا تعليل فاسد لأنه يقتضي أن المنع من طهارة الخل ونحوه والدهن إنما هو لتعذر العصر، وقد علم أن الصحيح أنه لا يشترط العصر في طهارة المغسول من النجاسة، بل التعليل الصحيح أنه لا يدخل الماء جميع أجزائه بخلاف الثوب ونحوه.

أما الأحكام، فإذا كانت العين طاهرة وتنجست بعارض وهي جامدة، جاز بيعها بلا خلاف لما ذكره المصنف ونقلوا فيه إجماع المسلمين. وإن كانت مائعة ولا يمكن تطهيرها، كالخل واللبن والمرق ونحو ذلك، لم يجز بيعها بلا خلاف لما ذكره المصنف، ونقلوا فيه إجماع المسلمين. وإن أمكن تطهيرها، ففي صحة بيعها وجهان، أصحهما باتفاق الأصحاب: لا يجوز بيعها. واختلفوا في الدهن المتنجس بالمجاورة كالزيت والسيرج والسمن ودهن الحيوان وغيره، هل يطهر بالغسل؟ والصحيح عند الأصحاب أنه لا يطهر شيء من الأدهان بالغسل، وهو ظاهر نص الشافعي، ودليلهم حديث الفأرة تقع في السمن، فلم يأمر النبي ﷺ بالغسل مع نهيه عن إضاعة المال. كما اختلفوا في بيع الماء النجس على وجهين، أصحهما: عدم

الجواز، لأنه لا يطهر بل يستحيل ببلوغه قلتين من صفة النجاسة إلى الطهارة كالخمر يتخلل.

فرع
في مذاهب العلماء في بيع الزيت النجس والسمن النجس.

ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه لا يمكن غسله ولا يصح بيعه، وبه قال مالك وأحمد وجماهير العلماء. وقال أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد: يمكن غسله، ويجوز بيعه قبل غسله كالثوب النجس، وكما يجوز الاستصباح به. وقال داود: يجوز بيع الزيت دون السمن.

واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق أن النبي ﷺ قال: «**إن الله إذا حرّم على قوم أكل شيء حرّم عليهم ثمنه**» وهو حديث صحيح كما سبق[1]. وبحديث الفأرة تقع في السمن، وقد سبق بيانه في آخر باب الأطعمة[2].

والجواب عن قياسهم على الثوب أنه يمكن غسله بالإجماع بخلاف الدهن، ولأن المنفعة المقصودة بالثوب هي اللبس وهو حاصل مع أنه نجس، والمنفعة المقصودة بالزيت الأكل وهو حرام. وأما جواز الاستصباح به فلا يلزم منه جواز البيع كما أنه يجوز إطعام الميتة للجوارح ولا يجوز بيعها.

قال المصنف رحمه الله: [وأما الأعيان الطاهرة فضربان: ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة. فأما ما لا منفعة فيه، فهو كالحشرات، والسباع التي لا تصلح للاصطياد، والطيور التي لا تؤكل ولا تصطاد كالرخمة والحدأة، وما لا يؤكل من الغراب، فلا يجوز بيعه، لأن ما لا منفعة فيه لا

---

(١) سبق بيانه في ص ١٨٥٣.

(٢) سبق بيانه في ص ١٧٨٦.

قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، وبذل العوض فيه من السفه].

الشرح: قد قدمنا أن شروط المبيع خمسة أحدها: أن يكون منتفعاً به، وهذا شرط لصحة البيع بلا خلاف. وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف أصحابنا في بيع دار لا طريق لها أو بيع بيت من دار لا طريق إليه، فمنهم من قال: لا يصح لأنه لا يمكن الانتفاع به فلم يصح بيعه. ومنهم من قال: يصح، لأنه يمكن أن يحصل له طريق فينتفع به فيصح بيعه].

الشرح: هذان الوجهان مشهوران أصحهما: صحة البيع.

قال المصنف رحمه الله: [وأما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**قال ربكم: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفِهِ أجره**»].

الشرح: حديث أبي هريرة، رواه البخاري إلا قوله: «**ومن كنت خصمه خصمته**»، وهذه الزيادة رواها أبو يعلى الموصلي في مسنده بإسناد ضعيف[1]. ومعنى أعطى بي عاهد إنساناً.

وبيع الحر باطل بالإجماع.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع أم الولد لما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد»، ولأنه استقر لها حق الحرية، وفي بيعها إبطال ذلك فلم يجز]

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٤١٧) دون قوله «**ومن كنت خصمه خصمته**»، وأخرجه بهذه الزيادة ابن ماجه في الرهون (٢/٨١٦) والبيهقي في البيوع (٦/١٤).

الشرح: حديث ابن عمر[1]

أما حكم المسألة فقال الشافعي والأصحاب: لا يجوز بيع أم الولد ولا هبتها ولا رهنها ولا الوصية بها. هكذا قطع به الأصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعي. وقال كثيرون من الخراسانيين: للشافعي قول قديم أنه يجوز بيع أم الولد. وبيّن الأصحاب أن بطلان بيع أم الولد مجمع عليه الآن، وما كان فيه من خلاف في القرن الأول فقد ارتفع وصار الآن مجمعاً على بطلان بيعها. والله أعلم. وقد حكى أصحابنا عن داود جواز بيعها مع قولهم: إنه مجمع على بطلانه الآن، فكأنهم لم يعتدوا بخلاف داود. وقد سبق أن الأصح أنه لا يعتد بخلافه ولا خلاف غيره من أهل الظاهر لأنهم نفوا القياس، وشرط المجتهد أن يكون عارفاً بالقياس. وقالت الشيعة أيضاً بجواز بيعها، ولكن الشيعة لا يعتد بخلافهم والله سبحانه أعلم.

والمعتمد في تحريم بيع أم الولد ما رواه مالك والبيهقي وغيرهما بالأسانيد الصحيحة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد»[2]، وإجماع التابعين فمن بعدهم على تحريم بيعها، وهذا على قول من يقول من أصحابنا: إن الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف، وحينئذ يستدل بهذا الثابت عن عمر وبالإجماع على نسخ الأحاديث الثابتة في جواز بيع أم الولد.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز بيع المدبّر[3] لما روى جابر

---

(١) بياض بالأصل، والحديث أخرجه الدارقطني (٤/١٣٥) وفيه زيادة «**لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن، يستمتع بها سيدها ما بدا له، فإذا مات فهي حرة**».

(٢) أخرجه مالك في العتق والولاء (٢/٧٧٦) والبيهقي في عتق أمهات الأولاد (٣٤٢ ـ ١٠/٣٤٣).

(٣) المدبّر هو الذي علّق مالكه عتقه بموت مالكه، أي قال السيد لغلامه أنت حر بعد موتي، سمي بذلك لأن الموت دبر الحياة أو لأن فاعله دبّر أمر دنياه وآخرته، أما دنياه فباستمراره على الانتفاع بخدمة عبده، وأما آخرته فبتحصيل ثواب العتق، أفاده الحافظ في الفتح (٤/٤٢١).

رضي الله عنه «أن رجلاً دبّر غلاماً له ليس له مال غيره، فقال رسول الله ﷺ: «**من يشتريه مني؟**» فاشتراه نعيم»]

الشرح: حديث جابر صحيح، رواه البخاري ومسلم[1]. أما حكم المسألة فمذهبنا جواز بيع المدبر مطلقاً، هذا مذهبنا، وبه قال أحمد وداود وغيرهم. وقال أبو حنيفة: إن كان تدبيراً مطلقاً لم يجز، وإن كان مقيّداً بأن يقول: إن مت من مرضي هذا فأنت حر، جاز. وقال مالك لا يجوز مطلقاً وهو رواية عن أبي حنيفة، ونقله القاضي عياض عن جمهور العلماء من السلف وغيرهم من أهل الحجاز والشام والكوفة، واحتجوا بالقياس على أم الولد.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز بيع المعتق بصفة، لأنه ثبت له العتق بقول السيد وحده فجاز بيعه كالمدبّر. وفي المكاتب قولان: قال في القديم: يجوز بيعه، لأن عتقه غير مستقر فلا يمنع من البيع. وقال في الجديد: لا يجوز لأنه كالخارج من ملكه، ولهذا لا يرجع أرش الجناية عليه إليه كما لو باعه. ولا يجوز بيع الوقف لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: أصاب عمر رضي الله عنه أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: «**إن شئت حبّست أصلها وتصدقت بها**» قال: فتصدّق بها عمر صدقة لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث]

الشرح: حديث ابن عمر، رواه البخاري ومسلم[2]. قوله: «ويجوز بيع المعتق بصفة» أي المعلّق عتقه على صفة، وسواء كانت الصفة محققة الوجود كطلوع الشمس، أو محتملة كدخول الدار، فالبيع صحيح بلا خلاف. وسائر أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب بيع المزايدة (٤/٣٥٤) ومسلم في الأيمان (١٤١ ـ ١١/١٤٢) والترمذي في البيوع (٣/٥٢٣) وكذا النسائي (٧/٣٠٤) فيه، وأبو داود في العتق (٢٦٤ ـ ٤/٢٦٥) وكذا ابن ماجه (٢/٨٤٠) فيه.

(٢) أخرجه البخاري في آخر كتاب الشروط (٣٥٤ ـ ٥/٣٥٥) ومسلم في الوصية (١١/٨٦) والترمذي في الأحكام (٣/٦٥٩) والنسائي في الأحباس (٦/٢٣٠) وأبو داود في الوصايا (٣/٢٩٨).

فرع
في مذاهب العلماء في بيع العين الموقوفة.

ذكرنا أن مذهبنا بطلان بيعها سواء حكم بصحته حاكم أو لا، وبه قال مالك وأحمد والعلماء كافة إلا أبا حنيفة فقال: يجوز بيعه ما لم يحكم بصحته حاكم.

فرع ضبطوا ما به يجوز بيعه من الحيوان: فكل حيوان طاهر منتفع به في الحال أو المآل ليس بحر ولم يتعلق به حق لازم يجوز بيعه. واحترزوا بالطاهر عن النجس، وبالمنفعة عن الحشرات ونحوها، وبالمآل عن الجحش الصغير، وقولهم «لم يتعلق به حق» احتراز من المرهون والموقوف وأم الولد والمكاتب والجاني، وقولهم «لازم» احتراز من المدبّر والمعلّق عتقه والموصى به.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز بيع ما سوى ذلك من الأعيان المنتفع بها من المأكول والمشروب والملبوس والمشموم، وما ينتفع به من الحيوان بالركوب والأكل والدرّ والنسل والصيد والصوف، وما يقتنيه الناس من العبيد والجواري والأراضي والعقار، لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على بيعها من غير إنكار. ولا فرق فيها بين ما كان في الحرم من الدور وغيره، لما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر نافع بن عبدالحرث أن يشتري داراً بمكة للسجن من صفوان بن أمية، فاشتراها بأربعة آلاف درهم، ولأنه أرض حية لم يرد عليها صدقة مؤبدة فجاز بيعها كغير الحرم]

الشرح: هذا الأثر عن عمر مشهور رواه البيهقي وغيره[1]. ونافع هذا صحابي، هكذا قاله الجمهور وأنكر الواقدي صحبته، والصواب المشهور صحبته.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/٣٤).

وقوله: «أرض حية» احتراز من الموات. وقوله: «لم يرد عليها صدقة مؤبدة» احتراز من العين الموقوفة.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم وإجارتها ورهنها.

مذهبنا جوازه، وبه قال عمر وجماعات من الصحابة ومن بعدهم، وهو مذهب أبي يوسف. وقال الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة: لا يجوز شيء من ذلك.

والخلاف في المسألة مبني على أن مكة فتحت صلحاً أم عنوة، فمذهبنا أنها فتحت صلحاً فتبقى على ملك أصحابها فتورث وتباع وتكرى وترهن. ومذهبهم أنها فتحت عنوة فلا يجوز شيء من ذلك.

واحتج هؤلاء بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾[1] قالوا: والمراد بالمسجد جميع الحرم لقوله سبحانه وتعالى: ﴿سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا مِّنَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾[2] أي من بيت خديجة. وبقوله تعالى: ﴿إِنَّمَآ أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ رَبَّ هَٰذِهِ ٱلْبَلْدَةِ ٱلَّذِى حَرَّمَهَا﴾[3] قالوا: والمحرّم لا يجوز بيعه. وبحديث عائشة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله ألا نبني لك بمنى بيتاً أو بناء يظلك من الشمس؟ قال: «**لا إنما هو مناخ لمن سبق إليه**» رواه أبو داود[4]. وبالحديث الصحيح أن

---

(١) الحج: ٢٥.

(٢) الإسراء: ١.

(٣) النمل: ٩١.

(٤) أخرجه أبو داود في الحج (٥٢١ ـ ٢/٥٢٢) وكذا الترمذي فيه (٣/٢٢٨) وقال: هذا حديث حسن صحيح، وابن ماجه (٢/١٠٠٠) وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٤٣٨.

رسول الله ﷺ قال: «**منى مناخ لمن سبق**»، وهو حديث صحيح سبق بيانه في كتاب الجنائز في باب الدفن[1]. قالوا: ولأنها بقعة من الحرم فلا يجوز بيعها وإجارتها كنفس المسجد الحرام.

واحتج الشافعي والأصحاب لمذهبنا بقوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ﴾[2] والإضافة تقتضي الملك. وبحديث أسامة بن زيد أنه قال: «أين ننزل من دارك في مكة؟ فقال: «**وهل ترك لنا عقيل من دار**»، وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب، ولم يرثه جعفر ولا علي، لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين» رواه البخاري ومسلم[3]. قال أصحابنا: فهذا يدل على إرث دورها والتصرف فيها. وعن أبي هريرة رضي الله عنه في قصة فتح مكة قال: فجاء أبو سفيان فقال: يا رسول الله أبيدت خضراء قريش لا قريش بعد اليوم. فقال رسول الله ﷺ «**من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى سلاحه فهو آمن، ومن أغلق بابه فهو آمن**» رواه مسلم[4].

وروى البيهقي بإسناده عن إبراهيم بن محمد الكوفي قال: رأيت الشافعي بمكة يفتي الناس ورأيت إسحاق بن راهويه وأحمد بن حنبل حاضرين. فقال أحمد لإسحاق: تعال حتى أريك رجلاً لم تر عيناك مثله، فقال إسحاق: لم تر عيناي مثله! فقال: نعم. فجاء فوقفه على الشافعي، فذكر القصة إلى أن قال: ثم تقدّم إسحاق إلى مجلس الشافعي فسأله عن كراء بيوت مكة فقال الشافعي: هو عندنا جائز قال رسول الله ﷺ «**وهل**

---

(١) هذا الحديث هو نفس الحديث الذي قبله، وقد ذكرته ثانية كما ذكره النووي رحمه الله، لأنه بيّن في الموضع الثاني صحته، وقد سبق تخريج هذا الحديث، ووقع في المطبوعة لفظة مباح في الموضعين فصححتها إلى مناخ من كتب السنة.

(٢) الحشر: ٨.

(٣) أخرجه البخاري في الحج (٣/٤٥٠) وكذا مسلم فيه (٩/١٢٠) وأبو داود في الفرائض (٣/٣٢٨) وكذا ابن ماجه فيه (٢/٩١٢).

(٤) أخرجه مسلم في الجهاد: باب فتح مكة (١٢٦ ـ ١٢/١٣١).

ترك لنا عقيل من دار» فقال إسحاق: حدثنا يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن أنه لم يكن يرى ذلك، وعطاء وطاوس لم يكونا يريان ذلك. فقال الشافعي لبعض من عرفه: من هذا؟ قال: هذا إسحاق بن راهويه الحنظلي الخراساني، فقال له الشافعي: أنت الذي يزعم أهل خراسان أنك فقيههم؟ قال إسحاق: هكذا يزعمون. قال الشافعي: ما أحوجني أن يكون غيرك في موضعك، فكنت آمر بفراك أذنيه، أنا أقول: قال رسول الله ﷺ، وأنت تقول: قال طاوس والحسن وإبراهيم هؤلاء يرون ذلك وهل لأحد مع النبي ﷺ حجة! وذكر كلاماً طويلاً ثم قال الشافعي: قال الله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ﴾ أفتنسب الديار إلى مالكين أو غير مالكين؟ فقال إسحاق: إلى مالكين. قال الشافعي: قول الله أصدق الأقاويل. وقد قال رسول الله ﷺ: «**من دخل دار أبي سفيان فهو آمن**»، وقد اشترى عمر بن الخطاب رضي الله عنه دار الحجامين، وذكر الشافعي له جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ. فقال له إسحاق: ﴿سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾؟ فقال الشافعي: قال الله تعالى: ﴿وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾ والمراد المسجد خاصة وهو الذي حول الكعبة، ولو كان كما تزعم لكان لا يجوز لأحد أن ينشد في دور مكة وفجاجها ضالّة، ولا ينحر فيها البدن، ولا يلقي فيها الأرواث ولكن هذا في المسجد خاصة، فسكت إسحاق ولم يتكلم، فسكت عنه الشافعي.

وأما الجواب عن أدلتهم، فالجواب عن قوله تعالى: ﴿سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾ سبق الآن في كلام الشافعي. وأما قوله تعالى: ﴿هَٰذِهِ ٱلْبَلْدَةِ ٱلَّذِى حَرَّمَهَا﴾ فمعناه: حرّم صيدها وشجرها وخلاها والقتال فيها كما بيّنه النبي ﷺ في الأحاديث الصحيحة، ولم يذكر شيء منها مع كثرتها في النهي عن بيع دورها. وأما حديث عائشة رضي الله عنها فإن صحّ كان محمولاً على الموات من الحرم، وهو ظاهر الحديث. وأما حديث «**منى مناخ من سبق**» فمحمول على مواتها ومواضع نزول الحجيج منها. وأما الجواب عن قياسهم على نفس المسجد فمردود، لأن المساجد محرّمة محرّرة لا تلحق

بها المنازل المسكونة في تحريم بيعها، ولهذا في سائر البلاد يجوز بيع الدور دون المساجد. والله أعلم.

فرع قال الروياني والأصحاب: هذا الذي ذكرناه من اختلاف العلماء في بيع دور مكة وغيرها من الحرم هو في بيع نفس الأرض، فأما البناء فهو مملوك يجوز بيعه بلا خلاف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه، أنه سئل عن بيع المصاحف فقال: «لا بأس يأخذون أجور أيديهم»[(١)]، ولأنه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال]

الشرح: اتفق أصحابنا على صحة بيع المصحف وشرائه وإجارته ونسخه بالأجرة. وظاهر عبارة المصنف أن بيعه ليس بمكروه، والصحيح من المذهب أن بيعه مكروه، وهو نص الشافعي في كتاب اختلاف علي وابن مسعود. وروى الشافعي والبيهقي بإسناده الصحيح عن ابن مسعود أنه كره شراء المصحف وبيعه[(٢)]. قال الشافعي: ولا يقول أبو حنيفة وأصحابه بهذا، بل لا يرون بأساً ببيعه وشرائه. قال: ومن الناس من لا يرى بأساً بالشراء. قال الشافعي: ونحن نكره بيعها. وروى البيهقي بإسناده الصحيح عن عبد الله بن شقيق التابعي المجمع على جلالته وتوثيقه قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يكرهون بيع المصاحف. قال البيهقي: وهذه الكراهة على وجه التنزيه تعظيماً للمصحف عن أن يبتذل بالبيع أو يجعل متجراً [(٣)].

فرع قال أصحابنا: يجوز بيع كتب الحديث والفقه واللغة والأدب والشعر المباح المنتفع به، وكتب الطب والحساب وغيرهما مما فيه منفعة مباحة. قال أصحابنا: ولا يجوز بيع كتب الكفر، لأنه ليس فيها منفعة مباحة

---

(١) أخرجه البيهقي في البيوع (٦/١٦) عن زياد مولى لسعد أنه سأل عبد الله بن عباس ومروان بن الحكم عن بيع المصاحف لتجارة فيها فقالا: لا نرى أن نجعله متجراً ولكن ما عملت بيديك فلا بأس به.

(٢) البيهقي (٦/١٦).

(٣) البيهقي (١٦ ـ ٦/١٧).

بل يجب إتلافها، وقد ذكر المصنف المسألة في أواخر كتاب السير. وهكذا كتب التنجيم والشعبذة والفلسفة وغيرها من العلوم الباطلة المحرمة، فبيعها باطل لأنه ليس فيها منفعة مباحة. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف أصحابنا في بيع بيض دود القزّ وبيض ما لا يؤكل من الطيور التي يجوز بيعها كالصقر والبازي. فمنهم من قال: هو طاهر، ومنهم من قال: هو نجس، بناء على الوجهين في طهارة مني ما لا يؤكل لحمه ونجاسته. فإن قلنا إن ذلك طاهر جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به، فهو كبيض الدجاج، وإن قلنا إنه نجس لم يجز بيعه، لأنه عين نجسة فلم يجز بيعه كالكلب والخنزير]

الشرح: اتفق أصحابنا على جواز بيع دود القز، لأنه حيوان طاهر منتفع به فهو كالعصفور والنحل وغيرهما. وأما بيض دود القز وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور ففيه وجهان مشهوران أصحهما: صحة البيع. وأما قول المصنف [من الطيور التي يجوز بيعها] فزيادة لا تعرف للأصحاب، لأن الخلاف مبني كما ذكر المصنف والأصحاب على طهارة هذا البيض ونجاسته، والخلاف فيه شامل لما يجوز بيعه وغيره، والله تعالى أعلم.

فروع في مسائل مهمة تتعلق بالباب

فرع بيع لبن الآدميات جائز عندنا لا كراهة فيه، هذا هو المذهب. وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجوز بيعه. وعن أحمد روايتان كالمذهبين.

فرع في بيع القَينة وهي الجارية المغنية، فإذا كانت تساوي ألفاً بغير غناء وألفين مع الغناء، فإن باعها بألف صحّ البيع بلا خلاف، وإن باعها بألفين ففيها ثلاثة أوجه، أصحها: يصح بيعها، لأنها عين طاهرة منتفع بها، فجاز بيعها بأكثر من قيمتها كسائر الأعيان.

فرع بيع الماء المملوك صحيح على المذهب، وبه قطع الجمهور.

فرع قال أصحابنا: السم إن كان يقتل كثيره وينفع قليله كالأفيون جاز

بيعه بلا خلاف، وإن قتل قليله وكثيره، فالمذهب بطلان بيعه، ومال إمام الحرمين ووالده إلى الجواز ليدسّ في طعام الكافر.

فرع آلات الملاهي كالمزمار والطنبور وغيرهما، إن كانت بحيث لا تعدّ بعد الرضّ والحلّ مالاً لم يصح بيعها، لأنه ليس فيها منفعة شرعاً، وإن كان رضاضها يعدّ مالاً ففي صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والفضة وغيرها ثلاثة أوجه، أصحها: البطلان.

فرع قال القاضي حسين والمتولي والروياني وغيرهم: يكره بيع الشطرنج.

❋ ❋ ❋

باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق لما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر». والغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته، ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها في وصف أبي بكر رضي الله عنه: «فردّ نشر الإسلام على غرّه» أي على طيّه. والمعدوم قد انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته فلم يجز بيعه. وروى جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن المعاومة وفي بعضها عن بيع السنين»]

الشرح: حديث أبي هريرة، رواه مسلم[1]. وحديث جابر، رواه مسلم أيضاً ولفظه: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين»[2]، وفي رواية أبي داود

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع (١٥٦ ـ ١٠/١٥٧) وكذا أبو داود (٣/٦٧٢) والنسائي (٧/٢٦٢) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٩).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع: باب كراء الأرض (١٠/٢٠٠). وفي حديث آخر لجابر عند مسلم (١٠/١٩٥) «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة» قال **أحدهما**: (أي أحد الشيخين اللذين روى عنهما مسلم هذا الحديث) بيع السنين هي المعاومة.

«ذكر السنين والمعاومة» كما ذكره المصنف[1]، وإسناده إسناد الصحيح، ولفظ «المعاومة» في الترمذي أيضاً وقال: هو حديث حسن صحيح[2]، وفي رواية لمسلم «بيع تمر سنتين»[3] وهو مفسر لبيع السنين وبيع المعاومة. وأما الأثر المذكور عن عائشة فمشهور من جملة خطبتها المشهورة التي ذكرت فيها أحوال أبيها وفضائله[4]. وقولها: «نشر الإسلام» هو بفتح النون والشين، والإسلام مجرور بالإضافة أي ردّ ما انتشر من الإسلام ودخله من الاختلاف وتفرّق الكلمة إلى ما كان عليه في زمان النبي ﷺ، وهو المراد بقولها على غرّه والله تعالى أعلم.

أما حكم المسألة: فبيع المعدوم باطل بالإجماع، ونقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك.

فرع الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث. والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه، كأساس الدار وشراء الشاة في ضرعها لبن ونحو ذلك، فهذا يصح بيعه بالإجماع. ونقل العلماء الإجماع أيضاً في أشياء غررها حقير. قال العلماء: مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرناه وهو: أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيراً، جاز البيع وإلا فلا. وقد تختلف العلماء في بعض المسائل كبيع العين الغائبة وبيع الحنطة في سنبلها، ويكون اختلافهم مبنياً على هذه القاعدة، فبعضهم يرى الغرر يسيراً لا يؤثر، وبعضهم يراه مؤثراً والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكه لما روى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال: «**لا تبع ما ليس عندك**»،

---

(١) أخرجها أبو داود في البيوع (٦٧١ ـ ٣/٦٧٢).
(٢) الترمذي في البيوع (٣/٦٠٥).
(٣) مسلم (١٠/٢٠٠) بلفظ «عن بيع الثمر سنين» والنسائي في البيوع (٧/٢٦٦).
(٤) مجمع الزوائد (٩/٤٩).

ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير في الهواء، أو السمك في الماء]

الشرح: حديث حكيم صحيح، رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة، قال الترمذي: هو حديث حسن[1].

وأما حكم الفصل فهو كما ذكره المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في تصرف الفضولي بالبيع وغيره في مال غيره بغير إذنه.

مذهبنا المشهور: بطلانه ولا يقف على الإجازة، وكذا الوقف والنكاح وسائر العقود، وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر وأحمد في أصح الروايتين عنه. وقال مالك: يقف البيع والشراء والنكاح على الإجازة، فإن أجازه من عقد له صح وإلا بطل. وقال أبو حنيفة: إيجاب النكاح وقبوله يقفان على الإجازة، ويقف البيع على الإجازة ولا يقف الشراء.

واحتج لهم بحديث عروة البارقي قال: «دفع إلي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكر ما كان من أمره فقال: «**بارك الله لك في صفقة يمينك**»، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً» رواه أبو داود والترمذي وابن

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٧٦٩) وكذا الترمذي (٣/٥٣٤) والنسائي (٧/٢٨٩) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٧)، ولفظه عن حكيم قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: «**لا تبع ما ليس عندك**» هذا لفظ الترمذي ورواه الباقون بنحوه، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٩١.

ماجه، وهذا لفظ الترمذي، وإسناد الترمذي صحيح وإسناد الآخرين حسن، فهو حديث صحيح[1].

وبحديث ابن عمر في قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبي ﷺ قال: «**قال الثالث: اللهم استأجرت أجراء فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحد ترك الذي له وذهب، فثمّرت أجره حتى كثرت منه الأموال فجاءني بعد حين فقال: يا عبد الله أدِّ إلي أجري فقلت: كل ما ترى من أجرك من الإبل والبقر والغنم والرقيق فقال: يا عبد الله لا تستهزىء بي فقلت: لا أستهزىء، فأخذه كله فاستاقه فلم يترك منه شيئاً**» وفي رواية «**استأجرت أجيراً بفرق أرز**» وذكر ما سبق، رواه البخاري ومسلم[2].

واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام السابق. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عني أربع خصال: «**أنه لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا تبع ما لم تملك، ولا ربح ما لم تضمن**» رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة[3].

والجواب عن حديث عروة البارقي أنه محمول على أنه كان وكيلاً للنبي ﷺ وكالة مطلقة، يدل عليه أنه باع الشاة وسلمها واشترى، وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن مالكها، ولا يجوز عند أبي حنيفة شراء الثانية موقوفاً على الإجازة[4].

---

(١) أخرجه البخاري في المناقب: بقية أحاديث علامات النبوة (٦/٦٣٢) والترمذي (٣/٥٥٩) وأبو داود (٦٧٧ ـ ٣/٦٧٩)، ولعل النووي رحمه الله لم ينتبه إلى تخريج البخاري له.

(٢) أخرجه البخاري في أحاديث الأنبياء (٥٠٥ ـ ٦/٥٠٦) ومسلم في الرقاق (٥٥ ـ ١٧/٥٧).

(٣) أخرجه الترمذي (٥٣٥ ـ ٣/٥٣٦) وقال: هذا حديث حسن صحيح وأبو داود (٧٦٩ ـ ٣/٧٧٥) والنسائي (٧/٢٨٨) وابن ماجه (٢/٧٣٨) مختصراً وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٩٢.

(٤) حديث عروة البارقي يدل على جواز تصرف الفضولي بالبيع والشراء والتسليم، لأن=

وأما حديث الغار فجوابه أن هذا شرع لمن قبلنا، وفي كونه شرع لنا خلاف مشهور. فإن قلنا ليس بشرع لنا لم يكن فيه حجة، وإلا فهو محمول على أنه استأجره بأرز في الذمة ولم يسلمه إليه، بل عيّنه له فلم يتعين من غير قبض فبقي على ملك المستأجر، لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح. ثم إن المستأجر تصرّف فيه وهو ملكه، فيصح تصرفه سواء اعتقده له أو للأجير، ثم تبرّع بما اجتمع منه على الأجير بتراضيهما، والله سبحانه وتعالى أعلم[1].

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه، كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض. لما روي أن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله، إني أبيع بيوعاً كثيرة فما يحل لي منها مما يحرم؟ قال: «**لا تبع ما لم تقبضه**»، ولأن ملكه عليه غير مستقر، لأنه ربما هلك فانفسخ العقد وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. وهل يجوز عتقه؟ فيه وجهان، **أحدهما**: أنه لا يجوز لما ذكرناه،

= النبي ﷺ لم ينكر عليه تصرفه هذا، وللمالك بعد ذلك أن يجيز هذا التصرف أو يرده لأنه حق خالص له. وما ذكره الشافعية في الجواب عن هذا الحديث، بأنه محمول على أنه كان وكيلاً للنبي ﷺ وكالة مطلقة، غير ظاهر، بل الظاهر أنه كان وكيلاً وكالة خاصة بشراء شاة، ثم تصرف من عنده تصرفاً فيه فائدة لموكّله ﷺ، وقد علم أن أحداً لا يرد تلك الفائدة. وأما ما ذكروه للتدليل على كون الوكالة عامة، بأن ظاهر الحديث لا يتناسب مع ما يقوله المخالف في بعض أحكامه، فهذا تناقض من المخالف، ولكن لا يرد من أجله ظاهر الحديث.

وحديث عروة يعارض في ظاهره قوله ﷺ «**لا تبع ما لم تملك**» لأن عروة باع الشاة الثانية وليست له، ويمكن التوفيق بين الحديثين بأن يحمل النهي على ما لم يعلم البائع رضى المالك، أما إذا علم بالقرائن رضى المالك جاز والله أعلم. وهذا بيّن في حديث عروة، إذ وكّله النبي ﷺ أن يشتري له شاة بدينار، ودلّت القرينة من عادة الناس أنه لو اشتراها بأقل من دينار رضيَها الموكل، فكيف لو تصرّف ورجع بالدينار ومعه شاة، فهذا غاية الإخلاص في الوكالة.

(١) وهذا الجواب غير شافي، فظاهر الحديث أن المستأجر نمّى أجرة أجيره بغير إذنه، لما علم من عادة الناس في قبول زيادة الخير، ثم الأجير بعد ذلك بالخيار في قبولها أو=

و**الثاني**: يجوز، لأن العتق له سراية فصح لقوته. فأما ما ملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية أو عاد إليه بفسخ عقد فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض، لأن ملكه عليه مستقر فجاز التصرف فيه كالمبيع بعد القبض]

الشرح: حديث حكيم، رواه البيهقي بلفظه هذا وقال: إسناده حسن متصل[1]. وفي الصحيحين أحاديث بمعناه سنذكرها إن شاء الله تعالى في فرع مذاهب العلماء.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في بيع المبيع قبل القبض.

مذهبنا بطلانه مطلقاً سواء كان طعاماً أو غيره، وبه قال ابن عباس ثبت ذلك عنه، ومحمد بن الحسن. قال ابن المنذر: أجمع العلماء على أن من اشترى طعاماً فليس له بيعه حتى يقبضه، قال: واختلفوا في غير الطعام على أربعة مذاهب، أحدها: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما في الطعام، قاله الشافعي ومحمد بن الحسن. و**الثاني**: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون، قاله عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والأوزاعي وأحمد وإسحاق. والثالث: لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض، قاله أبو حنيفة وأبو يوسف.

والرابع: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب، قاله

= ردها، وفي رواية للبخاري ما يدل على هذا إذ قال «**اللهم إن كنت تعلم أنه كان لي أجير عمل لي على فَرَق من أرز، فذهب وتركه، وأني عمدت إلى ذلك الفرق فزرعته فصار من أمره أني اشتريت منه بقراً، وأنه أتاني يطلب أجره**» الحديث.

(١) البيهقي في البيوع (٥/٣١٣).

مالك وأبو ثور. قال ابن المنذر: وهو أصح المذاهب لحديث «النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى».

واحتج لمالك وموافقيه بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: ««**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه**» رواه البخاري ومسلم[(١)]. وعنه قال: لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون جزافاً ـ يعني الطعام ـ فضربوا أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم» رواه البخاري ومسلم[(٢)]. وعن ابن عباس قال: «أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض ـ قال ابن عباس: ـ وأحسب كل شيء مثله» رواه البخاري ومسلم[(٣)]. قالوا: فالتنصيص في هذه الأحاديث يدل على أن غيره بخلافه.

واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام وهو حديث حسن كما سبق بيانه. وبحديث زيد بن ثابت «أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»[(٤)] رواه أبو داود بإسناد صحيح، إلا أنه من رواية محمد بن إسحاق عن أبي الزناد، وابن إسحاق مختلف في الاحتجاج به، وهو مدلس وقد قال عن أبي الزناد، والمدلس إذا قال «عن» لا يحتج به. لكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث، وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده، فلعله اعتضد عنده أو ثبت عنده بسماع ابن إسحاق له من أبي الزناد.

والجواب عن احتجاجهم بأحاديث النهي عن بيع الطعام من وجهين، **أحدهما**: أن هذا الاستدلال بدليل الخطاب، والتنبيه مقدّم عليه، فإنه إذا

---

(١) سبق تخريجه في (١٨٤٠).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٥٠) وكذا مسلم (١٠/١٧٠) وأبو داود (٧٦٤ ـ ٣/٧٦٥) والنسائي (٧/٢٨٧) فيه.

(٣) أخرجه البخاري (٤/٣٤٩) ومسلم (١٠/١٦٨) وأبو داود (٧٦٣ ـ ٣/٧٦٤) والنسائي (٧/٢٨٦) والترمذي (٤/٥٨٦) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٤٩).

(٤) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٧٦٥) وقال الألباني في صحيح أبي داود رقم ٢٩٨٨: حسن بما قبله.

نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره أولى[1]. **والثاني**: أن النطق الخاص مقدّم عليه، وهوحديث حكيم وحديث زيد[2].

واحتج لأبي حنيفة بإطلاق النصوص، ولأنه لا يتصوّر تلف العقار بخلاف غيره. واحتج أصحابنا بما سبق في الاحتجاج على مالك. وأجابوا عن النصوص بأنها مخصوصة بما ذكرناه. وأما قولهم: لا يتصوّر تلفه، فينتقض بالجديد الكثير، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [وأما الديون فينظر فيها، فان كان الملك عليها مستقراً كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض، لأن ملكه مستقر عليه فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض. وهل يجوز من غيره؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يجوز لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة. **والثاني**: لا يجوز، لأنه لا يقدر على تسليمه إليه، لأنه ربما منعه أو جحده، وذلك غرر لا حاجة به إليه فلم يجز. والأول أظهر، لأن الظاهر أنه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود. وإن كان الدين غير مستقر نظرت: فإن كان مسلَماً فيه لم يجز بيعه، لما روي أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل فقال: آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلّتين من الجل، فكرهه ابن عباس وقال: «خذ برأس المال علفاً أو غنماً»، ولأن الملك في المسلَم فيه غير مستقر، لأنه ربما تعذّر فانفسخ البيع فيه، فلم يجز بيعه كالمبيع قبل

---

(١) مراد النووي رحمه الله أن المخالف استدل بدليل الخطاب وهو ما يعرف بمفهوم المخالفة، فقوله ﷺ «**من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه**» يفهم منه أن حكم غير الطعام مختلف، واستدلال الشافعية بالتنبيه بالأدنى على الأعلى، فإنه إذا نهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع كثرة الحاجة إليه فغيره أولى، ودلالة التنبيه أقوى من دلالة المفهوم. والله أعلم.

(٢) هنا يقصد. والله أعلم أن حديث حكيم وحديث زيد دلاّ بالمنطوق على أن النهي عام في كل السلع وليس خاصاً في الطعام، والمنطوق يقدم على المفهوم.

القبض. وإن كان ثمناً في بيع ففيه قولان، قال في الصرف: يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير، فآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم فآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ: «**لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شيء**»، ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك فصار كالمبيع بعد القبض. وروى المزني في جامعه الكبير: أنه لا يجوز لأن ملكه غير مستقر عليه، لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو بالرد بالعيب فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض. وفي بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقان، **أحدهما**: أنه على قولين بناء على القولين في بيع رقبته. و**الثاني**: أنه لا يصح ذلك قولاً واحداً، وهو المنصوص في المختصر، لأنه لا يملكه ملكاً مستقراً فلم يصح بيعه كالمسلَم فيه].

الشرح: حديث ابن عمر صحيح، رواه أبو داود والترمذي والنسائي وآخرون بأسانيد صحيحة عن سماك بن حرب عن سعيد عن ابن عمر بلفظه هنا[1]. قال الترمذي وغيره: لم يرفعه غير سماك. وذكر البيهقي في معرفة السنن والآثار أن أكثر الرواة وقفوه على ابن عمر[2]. قلت: وهذا لا يقدح في رفعه، وقد قدّمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلاً وبعضهم متصلاً وبعضهم موقوفاً وبعضهم مرفوعاً، كان محكوماً بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذي قاله الفقهاء والأصوليون، ومحققو المحدثين من المتقدمين والمتأخرين.

وقوله: «أسلف في حلل» هو جمع حلة ـ بضم الحاء ـ وهي ثوبان، ولا تكون إلا ثوبان كذا قاله أهل اللغة. والدق بكسر الدال، والجل بكسر الجيم وهو الغليظ.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٦٥٠ ـ ٣/٦٥١) وكذا الترمذي (٣/٥٤٤) والنسائي (٢٨١ ـ ٧/٢٨٢) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٦٠) بنحوه، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٢٧.

(٢) معرفة السنن والآثار: كتاب البيوع (٤/٣٥٣).

أما الأحكام فقد لخّصها الرافعي أحسن تلخيص، وهذا مختصر كلامه قال: الدَّين في الذمة ثلاثة أضرب: مثمن، وثمن، وغيرهما. وفي حقيقة الثمن ثلاثة أوجه، أصحها: أن الثمن النقد، والمثمن ما يقابله، فإن لم يكن في العقد نقد أو كان العوضان نقدَين، فالثمن ما ألصقت به الباء كقولك: بعت كذا بكذا، والمثمن ما يقابله.

فإذا عرف هذا عدنا إلى بيان الأضرب الثلاثة.

الضرب الأول: المثمن وهو المسلَم فيه، فلا يجوز بيعه ولا الاستبدال عنه.

الضرب الثاني: الثمن، فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة، ففي الاستبدال عنها طريقان، أشهرهما على قولين، أصحهما وهو الجديد: جوازه، والقديم: منعه. ولو باع في الذمة بغير الدراهم والدنانير، فإن قلنا: الثمن ما ألصقت به الباء، صح الاستبدال عنه كالنقدين وإلا فلا، لأن ما ثبت في الذمة مثمناً لم يجز الاستبدال عنه. وأما الأجرة فكالثمن، وأما الصداق وبدل الخلع فكذلك إن قلنا إنهما مضمونان ضمان العقد وإلا فهما كبدل الإتلاف.

الضرب الثالث: ما ليس ثمناً ولا مثمناً، كدين القرض والإتلاف، فيجوز الاستبدال عنه بلاخلاف، كما لو كان له في يد غيره مال بغصب أو عارية، فإنه يجوز بيعه له. ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ويجوز عكسه. وهذا الذي ذكرناه كله في الاستبدال، وهو بيع الدين ممن هو عليه. فأما بيعه لغيره، كمن له على رجل مائة فاشترى من آخر عبداً بتلك المائة، ففي صحته قولان مشهوران أصحهما: لا يصح لعدم القدرة على التسليم. و**الثاني**: يصح بشرط أن يقبض مشتري الدين الدين ممن هو عليه، وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس، فإن تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد. ولوكان له دين على إنسان، ولآخر مثله على ذلك الإنسان، فباع أحدهما ماله عليه بما لصاحبه، لم يصح سواء اتفق الجنس [أو لم

يتفق] «لنهيه ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء»[1]، هذا آخركلام الرافعي. قلت قد صحّح المصنف هنا وفي التنبيه جواز بيع الدين بغير من هو عليه، وصحّح الرافعي في الشرح والمحرر: أنه لا يجوز.

قال المصنف رحمه الله: [والقبض فيما ينقل النقل، لما روى زيد بن ثابت: «أن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم». وفيما لا ينقل، كالعقار والثمر قبل أوان الجذاذ، التخلية، لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف، والعرف فيما ينقل النقل، وفيما لا ينقل التخلية]

الشرح: أما حديث زيد فسبق بيانه قريباً[2].

وأما الأحكام فقال أصحابنا: الرجوع في القبض إلى العرف، وهو ثلاثة أقسام. أحدها: العقار والثمر على الشجرة فقبضه بالتخلية. **والثاني**: ما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب ونحوها فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به، سواء نقل إلى ملك المشتري أو موات أو شارع أو غيره. والثالث: ما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والثوب ونحوها، فقبضه بالتناول بلا خلاف. وينكر على المصنف كونه أهمله هنا مع شهرته، ومع ذكره له في التنبيه، والله تعالى أعلم.

فرع
في مذاهب العلماء في حقيقة القبض

قد ذكرنا أن مذهبنا أن القبض في العقار ونحوه بالتخلية، وفي المنقول بالنقل، وفي المتناول باليد التناول، وبه قال أحمد. وقال مالك وأبو حنيفة: القبض في جميع الأشياء بالتخلية قياساً على العقار.

دليلنا ما ذكره المصنف. والجواب عن القياس على العقار: أنه لا

---

(١) البيهقي (٥/٢٩٠).

(٢) سبق بيانه في ص (١٨٧٤).

يمكن فيه إلا التخلية، ولأنها قبض له في العرف بخلاف المنقول، والله سبحانه وتعالى أعلم.

واحتج البيهقي للمذهب بحديث ابن عمر قال: «كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام، فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه» رواه مسلم رحمه الله[1].

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء، أو السمك في الماء، والجمل الشارد، والفرس العائر، والعبد الآبق، والمال المغصوب في يد الغاصب، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر» وهذا غرر، ولهذا قال ابن مسعود: «لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر»، ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه. فإن باع طيراً في برج مغلق الباب، أو السمك في بركة لا تتصل بنهر نظرت: فإن قدر على تناوله إذا أراد من غير تعب جاز بيعه. وإن كان في برج عظيم أو بركة عظيمة لا يقدر على أخذه إلا بتعب لم يجز بيعه، لأنه غير مقدور عليه في الحال. وإن باع العبد الآبق ممن يقدر عليه أو المغصوب من الغاصب أو ممن يقدر على أخذه منه جاز، لأنه لا غرر في بيعه منه]

الشرح: حديث أبي هريرة صحيح سبق بيانه[2]. والأثر المذكور عن ابن مسعود صحيح رواه البيهقي مرفوعاً منقطعاً ثم قال: الصحيح أنه موقوف[3].

وقوله في بركة ـ بكسر الباء ـ والنهر ـ بفتح الهاء ـ ويجوز إسكانها.

أما الأحكام فقد سبق أن أحد شروط المبيع القدرة على تسليمه. قال أصحابنا: وفوات القدرة قد يكون حسياً وقد يكون شرعياً. فمن الشرعي:

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع (١٠/١٦٩).
(٢) سبق بيانه في ص (١٨٦٨).
(٣) البيهقي (٥/٣٤٠).

بيع المرهون والوقف وأم الولد وغير ذلك، ومن الحسي: ما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع عين مجهولة، كبيع عبدٍ من عبيد، وثوبٍ من أثواب، لأن ذلك غرر من غير حاجة. ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة، لأنه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر]

الشرح: القفيز مكيال معروف، ومراد الفقهاء به التمثيل. وقول المصنف «لأن ذلك غرر من غير حاجة» احتراز من السلم ومن أساس الدار.

أما الأحكام: فقد سبق أن من شروط المبيع كونه معلوماً. قال أصحابنا: وليس معناه أنه يشترط العلم به من كل وجه، بل المشترط علم عينه وقدره وصفته. وقد ذكر المصنف ذلك كله في فصول متراسلة، فبدأ باشتراط عين المبيع.

فرع مذهبنا أنه لا يجوز بيع عبدٍ من عبيد ولا من عبدين، ولا ثوب من ثياب ولا من ثوبين، سواء شرط الخيار أم لا. وقال أبو حنيفة: إذا باع عبداً من عبدين أو ثلاثة بشرط خيار ثلاثة أيام صح، وإن باعه عبداً من أربعة فأكثر لم يصح. وقال مالك: إذا باع عبداً من عبيد أو ثوباً من ثياب وكلها متقاربة في الصفة، وشرط الخيار للمشتري، صحّ البيع.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها لحديث أبي هريرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»، وفي بيع ما لا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير. فإن علم الجنس والنوع بأن قال: بعتك الثوب المرويّ الذي في كمّي، أو العبد الزنجي الذي في داري، أو الفرس الأدهم الذي في أصطبلي ففيه قولان، قال في القديم والصرف: يصح ويثبت له الخيار إذا رآه لما روى ابن أبي مليكة «أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة ناقَلَه بأرض له بالكوفة، فقال عثمان: بعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي لأني ابتعت مغيّباً وأنت قد رأيت ما ابتعت. فتحاكما إلى جبير بن مطعم فقضى على عثمان أن البيع جائز وأن

النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيّباً»، ولأنه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح. وقال في الجديد: لا يصح لحديث أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر» وفي هذا البيع غرر، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسّلَم. فإذا قلنا بقوله القديم، فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه. و**الثاني**: لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة. والثالث: أنه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات، وهو المنصوص في الصرف، لأن الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار إذا رآه فلا يحتاج إلى ذكر الصفات. فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار. وإن وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان **أحدهما**: لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه. و**الثاني**: أن له الخيار لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار. وهل يكون له الخيار على الفور أم لا؟ فيه وجهان قال ابن أبي هريرة: هو على الفور لأنه خيار تعلق بالرؤية فكان على الفور كخيار الرد بالعيب. وقال أبو اسحاق: يتقدر الخيار بالمجلس لأن العقد إنما يتم بالرؤية فيصير كأنه عقد عند الرؤية، فيثبت له خيار كخيار المجلس. وأما إذا رأى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه. وقال أبو القاسم الأنماطي: لا يجوز في قوله الجديد لأن الرؤية شرط في العقد فاعتبر وجودها في حال العقد كالشهادة في النكاح. والمذهب الأول لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدّمة. فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه، وإن وجده ناقصاً فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة. وان اختلفا، فقال البائع: لم يتغير وقال المشتري: تغير، فالقول قول المشتري لأنه يؤخذ منه الثمن فلا يجوز من غير رضاه. وإن كان مما يجوز أن يتغير ويجوز أن لا يتغير، أو يجوز أن يبقى ويجوز أن لا يبقى، ففيه وجهان **أحدهما**: أنه لا يصح لأنه مشكوك في بقائه على صفته. و**الثاني**: يصح وهو المذهب، لأن الأصل بقاؤه على صفته فصح بيعه قياساً على ما لا يتغير].

الشرح: حديث أبي هريرة صحيح سبق بيانه أول الباب. والأثر المذكور عن عثمان وطلحة رواه البيهقي بإسناد حسن[1]، لكن فيه رجل مجهول مختلف في الاحتجاج به، وقد روى له مسلم في صحيحه.

قوله: «الثوب المروي» باسكان الراء بلا خلاف ولايجوز فتحها، منسوب إلى مرو المدينة المشهورة بخراسان. والزنجي بفتح الزاي وكسرها. وقوله: «قال في القديم والصرف» أي في بيان الصرف من الكتب الجديدة وهو أحد كتب الأم. وقوله: «ناقَلَه بأرض له بالكوفة» هو بالنون والقاف أي بادله بها ونقل كل واحد ملكه إلى موضع آخر. وقوله: «**ابتعت مغيَّباً**» هو بضم الميم وفتح الغين وفتح الياء المشددة.

أما الأحكام فقد سبق أنه يشترط العلم بقدر المبيع وعينه وصفته، وهذا الفصل مع الفصول التي بعده متعلقة بصفة المبيع، وأحكامه كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في بيع العين الغائبة.

أصح القولين في مذهبنا بطلانه، وبه قال الحكم وحماد. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد وابن المنذر وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم: يصح، نقله البغوي وغيره عن أكثر العلماء. قال ابن المنذر: فيه ثلاثة مذاهب، مذهب الشافعي: أنه لا يصح. و**الثاني**: يصح البيع إذا وصفه وللمشتري الخيار إذا رآه، سواء كان على تلك الصفة أم لا، وهو قول الشعبي والحسن والنخعي والثوري وأبي حنيفة وغيره من أهل الرأي. والثالث: يصح البيع وللمشتري الخيار إن كان على غير ما وصف وإلا فلا خيار، قاله ابن سيرين وأيوب السختياني ومالك وعبيد الله بن الحسن وأحمد وأبو ثور وابن نصر، قال ابن المنذر: وبه أقول.

---

(١) البيهقي (٥/٢٦٨) وفيه «. . .ناقله بأرض له بالكوفة فلما تباينا ندم عثمان ثم قال: بايعتك ما لم أره. .» الأثر.

واحتج لمن صحّحه بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1] وهذا على عمومه إلا بيعاً منعه كتاب أو سنة أو إجماع. وبحديث أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول عن النبي ﷺ قال: «**من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه**»[2]. وبحديث عثمان وطلحة المذكور في الكتاب.

واحتج الأصحاب بحديثي أبي هريرة[3] وابن عمر[4] «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر» رواهما مسلم، وهذا غرر ظاهر فأشبه بيع المعدوم الموصوف كحبل الحبلة وغيره[5]. وبحديث «**لا تبع ما ليس عندك**»[6] وسبق بيانه[7].

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فهي عامة مخصوصة بحديث النهي عن بيع الغرر. وأما حديث مكحول فهو ضعيف باتفاق المحدثين، وضعفه من وجهين **أحدهما**: أنه مرسل لأن مكحولاً تابعي. و**الثاني**: أن أحد رواته ضعيف، فان أبا بكر بن أبي مريم المذكور ضعيف باتفاق المحدثين. وممن روى هذا الحديث وضعفه الدارقطني والبيهقي. والجواب عن قصة عثمان وطلحة وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك في الصحابة رضي الله عنهم، والصحيح عندنا أن قول الصحابة ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) البيهقي (٥/٢٦٨).

(٣) سبق بيانه في ص (١٨٦٨).

(٤) حديث ابن عمر لم يروه مسلم وإنما روى حديث أبي هريرة وحده، وقد جمع الحديثين معاً البيهقي (٥/٣٣٨).

(٥) إذا بيّن البائع المواصفات المؤثرة في الثمن، وكان المبيع مطابقاً لهذه المواصفات، انتفى الغرر فلا معنى لإبطال البيع به. وأما قياسه على حبل الحبلة فهو قياس مع الفارق، لأن ذلك معدوم وهذا موجود. والله أعلم.

(٦) البيع المذكور لا يشمله النهي عن بيع ما ليس عنده، لأنه إنما يبيع ما هو عنده حقيقة وإن كان بعيداً عنه، فالبعد أو الغيبة لا تنفي ملكيته له أو تصرفه به. والله أعلم.

(٧) في ص (١٨٧٠).

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع الأعمى أو اشترى شيئاً لم يره، فإن قلنا أن بيع ما لم يره البصير لا يصح، لم يصح بيع الأعمى وشراؤه، وإن قلنا يصح ففي بيع الأعمى وشرائه وجهان، **أحدهما**: يصح كما يصح من البصير فيما لم يره، ويستنيب في القبض والخيار كما يستنيب في شرط الخيار. و**الثاني**: لا يصح لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤية وذلك لا يوجد في حق الأعمى، ولا يمكنه أن يوكل في الخيار لأنه خيار ثبت بالشرع فلا تجوز الاستنابة فيه كخيار المجلس، بخلاف خيار الشرط]

الشرح: قال أصحابنا: المذهب بطلان بيع الأعمى وشرائه، لأنه لا طريق له إلى رؤية الشيء فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار. وذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى تجويزه، ويقام وصف غيره للشيء مقام رؤيته.

فرع الأعمى يخالف البصير في مسائل كثيرة

إحداها: لا يجتهد في الأواني والثياب في قول. الثانية: يكره أن يكون مؤذناً راتباً إلا مع بصير كابن أم مكتوم مع بلال. الثالثة: لا يجتهد في القبلة. الرابعة: لا جمعة عليه إذا لم يجد قائداً. الخامسة: البصير أولى منه بغسل الميت. السادسة: لا حج عليه إذا لم يجد قائداً. السابعة: تكره ذكاته كراهة تنزيه بلا خلاف، ولا يحل صيده بإرساله كلباً أو سهماً في أصح الوجهين. الثامنة: لا يصح بيعه وشراؤه وإجارته، ورهنه وهبته ومساقاته، ونحوها من المعاملات على المذهب الصحيح. التاسعة: لا يجوز كونه وصياً في وجه. العاشرة: لا تجوز مكاتبته عبده في أحد الوجهين. الحادية عشرة: لا يكون ولياً في النكاح في وجه. الثانية عشرة: لا يجزئ في الكفارة. الثالثة عشرة: لا تؤخذ عين البصير بعينه. الرابعة عشرة: لا يكون سلطاناً. الخامسة عشرة: لا جهاد عليه. السادسة عشرة: لا يكون قاضياً. السابعة عشرة: لا تقبل شهادته إلا فيما تحمّله قبل العمي أو بالاستفاضة أو على من تعلق به[1].

(١) ما ذكره الشافعية في حق الأعمى فيه تشدد لا يخفى، والأولى التيسير عليه، وتكفيه مصيبته.

قال المصنف رحمه الله: [إذا رأى بعض المبيع دون بعض نظرت: فإن كان مما لا تختلف أجزاؤه كالصبرة من الطعام والجرّة من الدبس جاز بيعه، لأنه برؤية البعض يزول غرر الجهالة، لأن الظاهر أن الباطن كالظاهر. وإن كان مما يختلف نظرت: فإن كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز في القشر الأسفل جاز بيعه، لأن رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان. وإن لم تشق رؤية الباقي كالثوب المطوي ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان كبيع ما لم ير شيئاً منه. ومنهم من قال يبطل البيع قولاً واحداً لأن ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار، وذلك لا يجوز في عين واحدة]

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف أصحابنا في بيع الباقلاء في قشره، فقال أبو سعيد الإصطخري: يجوز لأنه يباع في جميع البلدان من غير إنكار. ومنهم من قال: لا يجوز، وهو المنصوص في الأم، لأن الحبّ قد يكون صغاراً وقد يكون كباراً، وقد يكون في بيوته ما لا شيء فيه، وقد يكون فيه حبّ متغير، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. واختلفوا أيضاً في بيع نافجة المسك، فقال أبو العباس: يجوز بيعها، لأن النافجة فيها صلاح للمسك، لأن بقاءه فيها أكثر فجاز بيعه فيها كالجوز في القشر الأسفل. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز وهو ظاهر النص لأنه مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. واختلفوا في بيع الطّلع في قشره، فقال أبو إسحاق: لا يجوز بيعه، لأن المقصود مستور بما لا يدّخر فيه فلم يصح بيعه كالتمر في الجراب. وقال أبو علي بن أبي هريرة رضي الله عنه: يجوز لأنه مستور بما يؤكل معه من القشر فجاز بيعه فيه كالقثاء والخيار. واختلف قوله في بيع الحنطة في سنبلها، فقال في القديم: يجوز لما روى أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسودّ، وعن بيع الحبّ حتى يشتد». وقال في الجديد: لا يجوز لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه فلم يجز]

الشرح: حديث أنس، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة[1]. قال الترمذي: هو حديث حسن.

ونافجة المسك هي ظرفه الذي يكون فيه من أصله. والجراب بكسر الجيم وفتحها والكسر أفصح. والقثاء بكسر القاف وضمها والكسر أفصح، وهو ممدود.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

فرع ثبتت الأحاديث الصحيحة أن رسول الله ﷺ «نهى عن المحاقلة»[2]. قال العلماء: المحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بكيل معلوم من الحنطة. واتفق العلماء على بطلانها، وله علتان مع الحديث إحداهما: أنه بيع حنطة وتبن بحنطة وذلك ربا. والثانية: أنه بيع حنطة في سنبلها. فلو باع شعيراً في سنبله بحنطة خالصة صافية وتقابضا في المجلس جاز بلا خلاف، ولو باع زرعاً قبل ظهور حبه بحب من جنسه صحّ البيع بلا خلاف لأن الحشيش ليس ربوياً.

فرع
في مذاهب العلماء في بيع الحنطة في سنبلها.

الصحيح في مذهبنا: بطلانه. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد: يصح.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع مجهول القدر. فإن قال: بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لحديث أبي هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر» وفي بيع البعض غرر لأنه يقع على القليل

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٦٦٨) وكذا الترمذي (٣/٥٣٠) فيه، وقال: حسن غريب، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٤٧)، وصحّحه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٨٨٢.

(٢) منها حديث أبي سعيد الخدري عند البخاري في البيوع (٤/٣٨٤) وكذا مسلم فيه (١٠/٢٠١).

والكثير، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالسلم. وإن قال: بعتك هذه الصبرة جاز وإن لم يعرف قفزانها. وإن قال بعتك هذه الدار أو هذا الثوب جاز وإن لم يعرف ذرعانهما، لأن غرر الجهالة ينتفي عنهما بالمشاهدة. قال الشافعي: وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقيقة. وإن قال: بعتك ثلثها أو ربعها أو بعتك إلا ثلثها أو ربعها، جاز، لأن من عرف الشيء عرف ثلثه أو ربعه وما يبقى بعدهما. وإن قال بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً منها، أو هذه الدار أو هذا الثوب إلا ذراعاً منه نظرت: فإن علما مبلغ قفزان الصبرة وذرعان الدار والثوب جاز لأن المبيع معلوم. وإن لم يعلما ذلك لم يجز، لما روى جابر «أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا»، ولأن المبيع هو الباقي بعد القفيز والذراع وذلك مجهول. وإن قال بعتك عشرة أقفزة من هذه الصبرة جاز، لأنها معلومة القدر والصفة. فإن اختلفا فقال البائع: أعطيك من أسفلها، وقال المشتري: من أعلاها، فالخيار إلى البائع فمن أي موضع أعطاه جاز، لأنه أعطاه من الصبرة. وإن قال: بعتك عشرة أذرع من هذه الدار أو عشرة أذرع من هذا الثوب، فإن كانا يعلمان مبلغ ذرعان الدار والثوب وأنها مائة ذراع صح البيع في عشرها، لأن العشرة من المائة عشرها، فلا فرق بين أن يقول: بعتك عشرها وبين أن يقول: بعتك عشرة من مائة ذراع منها. وإن لم يعلما مبلغ ذرعان الدار والثوب لم يصح، لأنه إن جعل البيع عشرة أذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه عشرها أو ثلثها أو سدسها. وإن جعل البيع في عشرة أذرع من موضع بعينه لم يعرف صفة المبيع، فإن أجزاء الثوب والدار تختلف، وقد يكون بعضها أجود من بعض. وإن قال بعتك عشرة أذرع إبتداؤها من هذا المكان ولم يبين المنتهى ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح لأن أجزاء المبيع مختلفة وقد ينتهي إلى موضع يخالف موضع الابتداء. و**الثاني**: أنه يصح لأنه يشاهد السمت. وإن بين الابتداء والانتهاء صح في الدار. وأما في الثوب فإنه إن كان مما لا ينقص قيمته بالقطع فهو كالدار، وإن كان مما ينقص لم يصح، لأنه شرط إدخال نقص عليه فيما لم يبع من الثوب. ومن أصحابنا من قال: يصح، لأنه رضي بما يدخل عليه من الضرر].

الشرح: حديث أبي هريرة رضي الله عنه في النهي عن بيع الغرر صحيح رواه مسلم وسبق بيانه[1]. وحديث جابر المذكور في الكتاب «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثنيا» رواه مسلم في صحيحه هكذا، ورواه الترمذي والنسائي وزادا «نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم» قال الترمذي: وهو حديث حسن صحيح[2]. وهذه الزيادة التي ذكرها الترمذي والنسائي حسنة، فإنها مبينة لرواية مسلم المذكورة.

وقد سبق بيان القفيز، وأن الذراع تؤنّث وتذكّر، والتأنيث أفصح.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن قال: بعتك هذا السمن مع الظرف كل مَنَا بدرهم نظرت: فإن لم يعلما مقدار السمن والظرف لم يجز، لأن ذلك غرر، لأن الظرف قد يكون خفيفاً وقد يكون ثقيلاً. وإن علما وزنهما جاز لأنه لا غرر فيه]

الشرح: المنا على وزن العصا، هو رطلان بالبغدادي، وفيه لغة ضعيفة: منّ بتشديد النون.

وأما الحكم الذي قطع به المصنف فهو أحد ثلاثة أوجه في هذه المسألة، وهو أصحها عند الجمهور.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف أصحابنا في بيع النحل في الكندوج، فقال أبو العباس: يجوز بيعه لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز، وهو قول أبي حامد الإسفراييني، لأنه قد يكون في الكندوج ما لا يخرج. وإن اجتمع فرخه في موضع وشوهد جميعه جاز بيعه، لأنه معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه]

---

(١) سبق بيانه في ص (١٨٦٨).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع: باب البيوع المنهي عنها (١٠/١٩٥) والترمذي (٣/٥٨٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه، والنسائي (٧/٣٨) وأبو داود (٣/٦٩٥) بالزيادة المذكورة، وصحّحه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٠٦.

الشرح: الكندوج ـ بكاف مضمومة ثم نون ساكنة ثم دال مضمومة ثم واو ثم جيم ـ وهو الخليّة، وهو عجمي معرّب، والخليّة عربية.

قال أصحابنا: بيع النحل في الجملة جائز، لأنه حيوان طاهر منتفع به فأشبه الحمام. فإن كان فرخه مجتمعاً على غصن أو غيره، وشاهده كله، صحّ بيعه بلا خلاف عندنا. فإن كان في الخلية ولم يره في دخوله وخروجه فهو من بيع الغائب وقد سبق بيانه، فيفرّق بين أن يصفه أو لا يصفه. فإن رآه في دخوله وخروجه ولم يعرف أنه خرج جميعه، وقلنا لا يجوز بيع الغائب، ففي بيعه والحالة هذه وجهان مشهوران، ذكرهما المصنف بدليلهما الأصح: الصحة لأنه يعرف غالباً ولأن الحاجة تدعو إليه ولا تمكن رؤيته مجتمعاً إلا في لحظة لطيفة في نادر من الأحوال، فلو اشترطت رؤيته مجتمعاً لامتنع بيعه غالباً، وفي ذلك حرج.

فرع
في مذاهب العلماء في أصل بيع النحل.

ذكرنا أن مذهبنا جوازه، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: لا يجوز كالزنبور والحشرات.

واحتج أصحابنا بأنه حيوان طاهر منتفع به فجاز بيعه كالشاة بخلاف الزنبور والحشرات فإنه لا منفعة فيها، والله سبحانه أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع الحمل في البطن لما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن المجر»، والمجر اشتراء ما في الأرحام. ولأنه قد يكون حملاً وقد يكون ريحاً وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. ولأنه إن كان حملاً فهو مجهول القدر ومجهول الصفة، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. وإن باع حيواناً وشرط أنه حامل ففيه قولان: **أحدهما**: أن البيع باطل، لأنه مجهول الوجود مجهول الصفة. و**الثاني**: أنه يجوز، لأن الظاهر أنه موجود والجهل به لا يؤثر، لأنه لا تمكن رؤيته فعفي عن الجهل به كأساس الدار].

الشرح: حديث ابن عمر، رواه البيهقي وأشار إلى تضعيفه[1]، وضعّفه يحيىٰ بن معين. والمجر - بميم مفتوحة ثم جيم ساكنة ثم راء - وهو بيع الجنين كما فسره المصنف.

وأجمع العلماء على بطلان بيع الجنين، وعلى بطلان بيع ما في أصلاب الفحول، نقل الإجماع فيهما ابن المنذر والماوردي وغيرهما لأنه غرر، وللأحاديث، ولما ذكره المصنف.

أما إذا باع حيواناً من شاة أو فرس أو جارية أو غيرها، وشرط أنها حامل، ففي صحة البيع خلاف مشهور حكاه المصنف والجمهور قولين، أصحهما عند الأصحاب: الصحة.

فرع إذا شرط كونها حاملاً وصحّحنا البيع فلم يجدها كذلك، ثبت الخيار بلا خلاف كما لو شرط أن العبد كاتب فاختلف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع اللبن في الضرع لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «لا تبيعوا الصوف على ظهر الغنم ولا تبيعوا اللبن في الضرع»، ولأنه مجهول القدر، لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السِمَن فيظن أنه من اللبن، ولأنه مجهول الصفة لأنه قد يكون اللبن صافياً وقد يكون كدراً، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز].

الشرح: هذا الأثر عن ابن عباس صحيح، رواه الدارقطني والبيهقي[2]، ورويا عنه مرفوعاً بإسناد ضعيف، قال البيهقي: تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بقوي، قال: والمحفوظ أنه موقوف.

واتفقت نصوص الشافعي والأصحاب على بطلان بيع اللبن في الضرع، لما ذكره المصنف.

فرع أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وإن كان اللبن مجهولاً، لأنه تابع للحيوان، ودليله من السنة حديث المصرّاة.

---

(١) البيهقي (٥/٣٤١).

(٢) البيهقي (٥/٣٤٠) والدارقطني (٣/١٥).

فرع
في مذاهب العلماء في بيع اللبن في الضرع.

قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه، وبه قال جمهور العلماء. وقال طاوس: يجوز بيعه كيلاً. وقال سعيد بن جبير: يجوز بيعه. وقال الحسن البصري: يجوز شراء لبن الشاة شهراً، ومثله عن مالك ومحمد بن مسلمة المالكي. قالوا: لأنه معلوم القدر والصفة في العادة، وقاسوه على ما إذا استأجر امرأة للإرضاع شهراً فإنه يصح ويستحق اللبن. وقولهم «معلوم القدر والصفة في العادة» غير مسلّم، والفرق بينه وبين استئجار المرأة للإرضاع، أن الحاجة تدعو إلى استئجارها بخلاف مسألتنا. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقول ابن عباس، ولأنه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. ولأنه لا يمكن تسليمه إلا باستئصاله من أصله، ولا يمكن ذلك إلا بإيلام الحيوان، وهذا لا يجوز].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء في بيع الصوف على ظهر الغنم.

ذكرنا أن مذهبنا بطلانه، وبه قال جماهير العلماء. وقال سعيد بن جبير وربيعة ومالك والليث بن سعد وأبو يوسف: يجور بيعه بشرط أن يجز قريباً من وقت البيع.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة. فإن باع بثمن مطلق في موضع ليس فيه نقد متعارف لم يصح البيع، لأنه عوض، في البيع فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه. فإن باع بثمن معين تعين لأنه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع. فإن لم يره المتعاقدان أو أحدهما فعلى ما ذكرناه من القولين في بيع العين التي لم يرها المتبايعان أو أحدهما].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز إلا بثمن معلوم القدر. فإن باع بثمن مجهول كبيع السلعة برقمها، وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته، وهما لا يعلمان ذلك، فالبيع باطل، لأنه عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره كالمسلم فيه. فإن باعه بثمن معين جزافاً جاز، لأنه معلوم بالمشاهدة، ويكره ذلك كما قلنا في بيع الصبرة جزافاً. وإن قال: بعتك هذا القطيع كل شاة بدرهم، أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة وعدد القطيع، صح البيع، لأن غرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة، فإذا جاز بالعلم بالجملة جاز بالعلم بالتفصيل].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

فرع روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان»[1] رواه مالك في الموطأ قال: أخبرني الثقة عن عمرو بن شعيب فذكره، ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء. وقال البيهقي في معرفة السنن والآثار: بلغني أن مالكاً أخذه عن عبد الله بن عامر، وقيل: عن ابن لهيعة، وقيل عن الحارث بن عبدالرحمن عن عمرو بن شعيب قال: وفي الجميع ضعف[2]، فالحاصل أن هذا الحديث ضعيف. قال أهل اللغة: في العربان ست لغات: عربان وعربون بضم العين وإسكان الراء فيهما، وعَرَبون بفتحهما، وأربان وأربون وأربون بالهمزة بدل العين والوزن كالوزن، أفصحهن: عربون بفتحهما وهو عجمي معرب، ويقال منه: عربت في الشيء وأعربت. وهو: أن يشتري شيئاً ويعطي البائع دراهم ويقول: إن تم البيع بيننا فهو من الثمن، وإلا فهو هبة لك. قال أصحابنا: إن قال هذا الشرط في نفس العقد فالبيع باطل، وإن قاله قبل ولم يتلفظا به حالة العقد فهو بيع صحيح.

---

(١) أخرجه مالك في أول البيوع (٢/٦٠٩) وأخرجه أبو داود (٣/٧٦٨) وابن ماجه (٢/٧٣٨) من طريق مالك، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٥٤.

(٢) المعرفة (٤/٣٨١).

فرع
في مذاهب العلماء في بيع العربون.

قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه إن كان الشرط في نفس العقد. وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس والحسن ومالك وأبي حنيفة، قال: وهو يشبه قول الشافعي. قال: وروينا عن ابن عمر وابن سيرين جوازه. قال: وروينا عن نافع قال: وقد روينا عن نافع بن عبدالحارث أنه اشترى داراً بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف، فإن رضي عمر فالبيع له، وإن لم يرض فلصفوان أربع مائة[1]. قال ابن المنذر: وذكر لأحمد بن حنبل حديث عمر فقال: أي شيء أقدر أقول، هذا ما ذكره ابن المنذر.

وقال الخطابي: اختلف الناس في جواز هذا البيع، فأبطله مالك والشافعي للحديث، ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر وأكل المال بالباطل، وأبطله أيضاً أصحاب الرأي. وعن عمر وابن عمر جوازه، ومال إليه أحمد بن حنبل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان لرجل عبدان، فباع أحدهما من رجل والآخر من رجل آخر في صفقة واحدة بثمن واحد، فإن الشافعي رحمه الله قال فيمن كاتب عبدين بمال واحد أنه على قولين، **أحدهما**: يبطل العقد لأن العقد الواحد مع اثنين عقدان، فاذا لم يعلم قدر العوض في كل واحد منهما بطل، كما لو باع كل واحد منهما في صفقة بثمن مجهول. و**الثاني**: يصح ويقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما. فمن أصحابنا من قال: في البيع أيضاً قولان، وهو قول أبي العباس. وقال أبو سعيد الإصطخري وأبو إسحاق: يبطل البيع قولاً واحداً، لأن البيع يفسد بفساد العوض. والصحيح: قول أبي العباس، لأن الكتابة أيضاً تفسد بفساد العوض، وقد نص فيها على قولين].

---

(١) البيهقي (٦/٣٤).

الشرح: صورة المسألة أن يقول: بعتك يا زيد هدا العبد وبعتك يا عمرو هذا العبد كليهما بألف درهم فقالا: قبلنا. وفيها طريقان أصحهما: قولان أصحهما: البطلان.

قال المصنف رحمه الله: [فإن قال: بعتك بألف مثقالٍ ذهباً وفضة، فالبيع باطل، لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما فكان باطلاً. وإن قال: بعتك بألفٍ نقداً أو بألفين نسيئة، فالبيع باطل، لأنه لم يعقد على ثمن بعينه، فهوكما لو قال بعتك أحد هذين العبدين].

الشرح: هاتان المسألتان كما قالهما باتفاق الأصحاب، وهما داخلتان في النهي عن بيع الغرر. وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة» رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح[1]. وفسر الشافعي وغيره من العلماء البيعتين في بيعة تفسيرين أحدهما أن يقول: بعتك هذا بعشرة نقداً أو بعشرين نسيئة. والثاني أن يقول: بعتكه بمائة مثلاً على أن تبيعني دارك بكذا وكذا. والأول أشهر، وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع.

فرع
في مذاهب العلماء فيمن باع بألف مثقال ذهب وفضة.

مذهبنا: أنه بيع باطل. وقال أبو حنيفة: يصح ويكون الثمن نصفين.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع بثمن مؤجل لم يجز إلى أجل مجهول كالبيع إلى العطاء، لأنه عوض في بيع فلم يجز إلى أجل مجهول كالمسلم فيه].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٣٣) وكذا النسائي فيه (٧/٢٩٦)، وقال الألباني في صحيح النسائي برقم ٤٣١٨: حسن صحيح.

فرع
في مذاهب العلماء في البيع إلى العطاء والحصاد ونحوهما من الآجال المجهولة.

قد ذكرنا أنه لا يصح عندنا، قال ابن المنذر: وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة. وقال مالك وأحمد وأبو ثور: يجوز بثمن إلى الحصاد والدياس والعطاء ونحو ذلك لأنه معروف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدوم الحاج، لأنه بيع غرر من غير حاجة فلم يجز. ولا يجوز بيع المنابذة وهو أن يقول: إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع. ولا بيع الملامسة وهو: أن يمس الثوب بيده ولا ينشره، وإذا مسه فقد وجب البيع. لما روى أبو سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين المنابذة والملامسة، والمنابذة أن يقول: إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع، والملامسة أن يمسه بيده ولا ينشره فإذا مسه فقد وجب البيع». ولأنه إذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب فقد علق البيع على شرط وذلك لا يجوز. وإذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولاً، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. ولا يجوز بيع الحصى وهو أن يقول: بعتك ما وقع عليه الحصى من ثوب أو أرض، لما روي «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصى»، ولأنه بيع مجهول من غير حاجة فلم يجز. ولا يجوز بيع حبل الحبلة لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة». واختلف في تأويله، فقال الشافعي رضي الله عنه: هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد الناقة ويلد حملها، وقال أبو عبيد: هو بيع ما يلد حمل الناقة. فإن كان على ما قال الشافعي رحمه الله فهو بيع بثمن إلى أجل مجهول، وقد بينا أن ذلك لا يجوز. وإن كان على ما قال أبو عبيد فهو بيع معدوم ومجهول، وذلك لا يجوز. ولا يجوز بيعتان في بيعة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة». فيحتمل أن يكون المراد به أن يقول: بعتك هذا بألف نقداً أو بألفين نسيئة، فلا

يجوزللخبر، ولأنه لم يعقد على ثمن معلوم. ويحتمل أن يكون المراد به أن يقول: بعتك هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف فلا يصح للخبر، ولأنه شرط في عقد وذلك لا يصح. فإذا سقط وجب أن يضاف إلى ثمن السلعة بإزاء ما سقط من الشرط وذلك مجهول، فإذا أضيف إلى الثمن صار مجهولاً فبطل].

الشرح: أما حديث أبي سعيد، فرواه البخاري ومسلم مع تفسيره[1]. وأما حديث النهي عن بيع الحصاة، فرواه مسلم في صحيحه من رواية أبي هريرة[2].

وأما حديث ابن عمر في حبل الحبلة، فرواه البخاري ومسلم[3]. وأما حديث أبي هريرة في النهي عن بيعتين في بيعة، فهو صحيح سبق بيانه قريباً في الفصل الذي قبل هذا وبسطنا القول فيه. وننكر على المصنف قوله: «وروي» في حديث النهي عن بيع الحصاة، فأتى به بصيغة التمريض الموضوعة للضعيف.

وقوله: «**حبل الحبلة**» هو بفتح الباء فيهما، قال أهل اللغة: الحبلة هنا جمع حابل كظالم وظلمة، واتفقوا على أن الحبل مختص بالآدميات وإنما يقال في غيرهن الحمل، يقال حملت المرأة ولداً وحبلت بولد، وحملت الشاة وكذا البقرة والناقة ونحوها. قال أبو عبيد: لا يقال لشيء من الحيوان حبل غير الآدمي إلا ما جاء في هذا الحديث. واختلف العلماء في تفسيره على قولين ذكرهما المصنف، فالذي حكاه عن الشافعي هو تفسير ابن عمر راوي الحديث، ثبت ذلك عنه في الصحيحين، وبه

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٥٨) وكذا مسلم (١٠/١٥٥) وأبو داود (٦٧٣ ـ ٣/٦٧٤) والنسائي (٧/٢٦٠) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٣).

(٢) أخرجه مسلم (١٥٦ ـ ١٠/١٥٧) وأبو داود (٦٧٢ ـ ٣/٦٧٣) وابن ماجه (٢/٧٣٩) والنسائي (٧/٢٦٢).

(٣) أخرجه البخاري (٤/٣٥٦) ومسلم (١٠/١٥٧) وأبو داود (٣/٦٧٥) وابن ماجه (٢/٧٤٠) والنسائي (٧/٢٩٣) والترمذي (٤/٥٣١).

قال مالك وآخرون. والذي حكاه عن أبي عبيد قاله أيضاً أبو عبيدة معمر بن المثنى شيخ أبي عبيد، وقاله أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، وهو أقرب إلى اللغة، ولكن المذكور عن الشافعي وموافقيه أقوى لأنه تفسير الراوي وهو أعرف. وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع لما ذكره المصنف. واعلم أن أبا عبيد الذي ذكره المصنف هنا وفي التنبيه، هو بإسقاط الهاء في آخره، وهو القاسم بن سلام الإمام المشهور في علوم كثيرة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما بيع المنابذة ففيه تأويلات أحدها: أن يجعل نفس النبذ بيعاً، قاله الشافعي وغيره، وهو بيع باطل. والثاني أن يقول: بعتك على أني إذا نبذته إليك انقطع الخيار ولزم البيع، وهو بيع باطل. والثالث: أن المراد به نبذ الحصاة الذي سنذكره إن شاء الله تعالى. وأما بيع الملامسة ففيه تأويلات، أحدها: تأويل الشافعي وجمهور الأصحاب وهو: أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المستام فيقول صاحبه: بعتكه بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ولا خيار لك إذا رأيته. **والثاني**: أن يجعلا نفس اللمس بيعاً فيقول: إذا لمسته فهو بيع لك. والثالث: أن يبيعه شيئاً على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره ولزم البيع. وهذا البيع باطل على التأويلات كلها. وأما بيع الحصاة ففيه تأويلات، أحدها: أن يقول: بعتك من هذه الأثواب ما تقع عليه الحصاة التي أرميها، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى حيث تنتهي إليه هذه الحصاة. **والثاني**: أن يقول: بعتكه على أنك بالخيار إلى أن أرمي الحصاة. والثالث: أن يجعلا نفس الرمي بيعاً وهو: إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع لك بكذا. والبيع باطل على جميع التأويلات.

وأما البيعتان في بيعة ففيه هذان التأويلان اللذان ذكرهما المصنف، وقد نص الشافعي عليهما في مختصر المزني، وظاهر كلام المصنف يقتضي أن التأويلين لنفسه، وليس كذلك، والله سبحانه أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز مبايعة من يعلم أن جميع ماله حرام، لما روى أبو مسعود البدري «أن النبي ﷺ نهى عن حلوان الكاهن

ومهر البغي»[1]، وعن الزهري في امرأة زنت بمال عظيم قال: لا يصلح لمولاها أكله لأن النبي ﷺ «نهى عن مهر البغي». فإن كان معه حلال وحرام كره مبايعته والأخذ منه، لما روى النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**الحلال بيّن والحرام بيّن وبين ذلك أمور مشتبهات، وسأضرب لكم في ذلك مثلاً: إن الله تعالى حمى حمىً وأن حمى الله حرام، وأن من يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى**»[2]. وإن بايعه وأخذ منه جاز، لأن الظاهر مما في يده أنه له فلا يحرم الأخذ منه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

فرع قال الغزالي: إذا أمر السلطان بدفع شيء من خزانته لإنسان يستحق في بيت المال شيئاً وعلم أن الخزانة فيها الحلال والحرام كما هو الغالب في هذه الأزمان، والحلال في أيدي سلاطين هذه الأزمان عزيز أو معدوم، وإذا كان محتملاً كونه من الحلال أو كونه من الحرام، فقد قال قوم: يجوز أخذه ما لم يتيقن أنه حرام. وقال آخرون: لا يجوز حتى يتحقق أنه حلال. قال: وكلاهما إسراف، والأعدل أنه إن كان الأكثر حراماً حرم وإن كان حلالاً ففيه توقف. هذا كلام الغزالي، وهو جارٍ على اختياره أنه إذا كان المختلط أكثره حراماً حرم الأخذ منه، والمشهور أنه مكروه وليس بحرام، وهكذا مثال خزانة السلطان يكون مكروها. قال الغزالي: واحتج من جوّزه بأن جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أخذوا من السلاطين الظلمة ونوابهم الظلمة منهم: أبو هريرة وأبو سعيد الخدري وأبو أيوب وزيد بن ثابت، وجرير بن عبد الله وابن عمر وابن عباس، وأنس والمسور بن مخرمة والحسن البصري والشعبي، وابراهيم النخعي وابن أبي ليلى والشافعي، وأخذ ابن عمر من الحجّاج، والشافعي من هارون الرشيد

---

(١) سبق تخريجه في ص (١٨٥٢).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٢٩٠) ومسلم في المساقاة (٢٧ ـ ١١/٢٨) وأبو داود في البيوع (٦٢٣ ـ ٣/٦٢٤) وكذا الترمذي (٣/٥١١) والنسائي (٢٤١ ـ ٧/٢٤٣) فيه، وابن ماجه في الفتن (١٣١٨ ـ ٢/١٣١٩).

وأخذ مالك من الخلفاء أموالاً كثيرة، وإنما ترك من ترك الأخذ منهم تورعاً، وعن ابن عمر أنه قبل هدية المختار بن أبي عبيد. وزعمت هذه الفرقة أن ما نقل من امتناع جماعة لا يدل على التحريم، كما أن الخلفاء الراشدين وأبا ذر وآخرين من الزهاد تركوا الحلال المطلق الذي لا شبهة فيه زهداً. قال الغزالي: والجواب عن هذا أنه قليل محصور بالإضافة إلى ما نقل من ردهم وإنكارهم، أو يحمل على أنهم تحققوا أن ذلك القدر المصروف إليهم من جهة حلال فحينئذ يكون المدفوع إليهم حلالاً.

فرع قال الغزالي: إذا كان معه مال حرام وأراد التوبة والبراءة منه، فإن كان له مالك معين وجب صرفه إليه أو إلى وكيله، فإن كان ميتاً وجب دفعه إلى وارثه. وإن كان لمالك لا يعرفه ويئس من معرفته فينبغي أن يصرفه في مصالح المسلمين العامة كالقناطر والربط والمساجد ونحوها، وإلا فيتصدق به على فقير أو فقراء.

فرع قال ابن المنذر: اختلفوا في مبايعة من يخالط ماله حرام، وقبول هديته وجائزته، فرخّص فيه الحسن ومكحول والزهري والشافعي، قال الشافعي: ولا أحب ذلك، وكره ذلك طائفة. قال: وكان ممن لا يقبل ذلك ابن المسيب والقاسم بن محمد وبشر بن سعيد، والثوري ومحمد بن واسع وابن المبارك، وأحمد بن حنبل رضي الله عنهم أجمعين.

قال المصنف رحمه الله: [ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر، والتمر ممن يعمل النبيذ، وبيع السلاح ممن يعصي الله تعالى به، لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية. فإن باع منه صحّ البيع، لأنه قد لا يتخذ الخمر ولا يعصي الله تعالى بالسلاح].

الشرح: قال الشافعي رحمه الله في المختصر: أكره بيع العصير ممن يعصر الخمر، والسيف ممن يعصي الله تعالى به، ولا أنقض هذا البيع[1]. هذا نصه، قال أصحابنا: يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر والسلاح

(١) مختصر المزني: كتاب البيع: باب الرد بالعيب (٨/١٨٢).

لمن عرف بالعصيان بالسلاح، فإن تحقق اتخاذه لذلك خمراً وأنه يعصي بهذا السلاح ففي تحريمه وجهان، **أحدهما**: يكره كراهة شديدة ولا يحرم وأصحهما: يحرم. فلو باعه صحّ على الوجهين وإن كان مرتكباً للكراهة أو التحريم.

فرع ذكرنا أن بيع السلاح لمن عرف عصيانه بالسلاح مكروه. قال أصحابنا: يدخل في ذلك قاطع الطريق والبغاة. وأما بيع السلاح لأهل الحرب فحرام بالإجماع، ولو باعهم إياه لم ينعقد البيع على المذهب الصحيح، لأنهم يعدون السلاح لقتالنا فالتسليم، اليهم معصية، فيصير بائعاً ما يعجز عن تسليمه شرعاً، فلا ينعقد[1].

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع المصحف ولا العبد المسلم من الكافر، لأنه يعرض العبد للصَغار والمصحف للابتذال. فإن باعه منه ففيه قولان، **أحدهما**: أن البيع باطل، لأنه عقد منع منه لحرمة الإسلام فلم يصح كتزويج المسلمة من الكافر. و**الثاني**: يصح، لأنه سبب يملك به العبد الكافر فجاز أن يملك به العبد المسلم كالإرث. فإذا قلنا بهذا، أمرناه بإزالة ملكه لأن في تركه في ملكه صَغاراً على الإسلام. فإن باعه أو أعتقه جاز، وإن كاتبه ففيه قولان، **أحدهما**: يقبل منه، لأن بالكتابة يصير كالخارج من ملكه في التصرفات. و**الثاني**: لا يقبل، لأنه عقدة لا يزيل الملك فلا يقبل منه كالتزويج والإجارة. فإن ابتاع الكافر أباه المسلم ففيه طريقان **أحدهما**: أنه على القولين. و**الثاني**: أنه يصح قولاً واحداً، لأنه يحصل له من الكمال بالحرية أكثر مما يلحقه من الصغار بالرق].

الشرح: قال أصحابنا رحمهم الله: يتصور ملك الكافر عبداً مسلماً وجارية مسلمة في صور منها: أن يسلم عبده أو أمته فلا يزول ملكه بنفس

---

(١) ذكر الشافعية هنا أن بيع السلاح لأهل الحرب لا ينعقد لأنه بيع محرم، وذكروا قبل قليل أن بيع السلاح ممن يعصي به ينعقد سواء قلنا بكراهته أو تحريمه، وهذا تفريق بين المتماثلين، والذي يبدو لي أن كل بيع حكمنا بتحريمه يلزمنا أن نحكم ببطلانه، لأن الصحة والبطلان من الأحكام الشرعية، والشرع لا يقر الحرام. والله أعلم.

الإسلام، لكن يؤمر بإزالة الملك. وأما إذا اشترى الكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً فهذا البيع حرام بلا خلاف، وفي صحته خلاف، والصحيح: بطلان البيع. واتفق الأصحاب على أن بيع كتب حديث النبي ﷺ له حكم بيع المصحف. قالوا: وكذا حكم كتب الفقه التي فيها آثار السلف.

فرع قال أصحابنا: يجوز أن يستأجر الكافر مسلماً على عمل في الذمة بلا خلاف، كما يجوز للمسلم أن يشتري منه شيئاً بثمن في الذمة. وهل يجوز للمسلم أن يؤجر نفسه لكافر إجارة على عينه؟ فيه خلاف، والأصح: الجواز سواء كان المسلم حراً أو عبداً، لكن نص الشافعي والأصحاب على أنه يكره ذلك.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع الجارية إلا حملها لأنه يتبعها في البيع والعتق فلا يجوز بيعها دونه كاليد والرجل. ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنين، لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا توله والدة بولدها**»[1]، وقال عليه السلام «**من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**». وإن فرّق بينهما بالبيع بطل البيع، لأنه تفريق محرم في البيع فأفسد البيع كالتفريق بين الجارية وحملها. وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ؟ فيه قولان، **أحدهما**: لا يجوز لعموم الأخبار، ولأنه غير بالغ فلا يجوز التفريق بينه وبين أمه في البيع كما لو كان دون سبع سنين. و**الثاني**: يجوز لأنه مستغنٍ عن حضانتها فجاز التفريق بينهما كالبالغ].

الشرح: حديث «**من فرّق بين والدة وولدها**» رواه الترمذي من رواية أبي أيوب وقال: حديث حسن[2].

---

(١) هذا الحديث لم يتعرض له النووي رحمه الله، وعزاه الحافظ في التلخيص (٣/١٧) للبيهقي من حديث أبي بكر وضعف سنده، ثم قال: وعزاه صاحب مسند الفردوس للطبراني من حديث أبي سعيد.

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٨٠) وقال: حسن غريب، وحسنه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٠٣٢.

وأما الأحكام فقال الشافعي والأصحاب: يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة ونحوها بلا خلاف. والمقصود بالصغر ما قبل سن التمييز وهو نحو سبع سنين أو ثمان تقريباً. واتفقوا على جواز التفريق بعد البلوغ لكنه يكره. واختلفوا فيما بعد التمييز إلى البلوغ على قولين، أصحهما: يكره ولا يحرم.

ويستدل للتفريق بين المرأة وولدها بعد البلوغ بحديث سلمة بن الأكوع قال: «غزونا فزارة وعلينا أبو بكر أمره رسول الله ﷺ علينا. فلما كان بيننا وبين الماء ساعة أمرنا أبو بكر فعرّسنا، ثم شن الغارة فورد الماء فقتل من قتل عليه، وأنظر إلى عنق من الناس فيهم الذراري فخشيت أن يسبقوني إلى الخيل فرميت بسهم بينهم وبين الخيل، فلما رأوا السهم وقفوا، فجئت بهم أسوقهم وفيهم امرأة من بني فزارة معها بنت لها من أحسن العرب، فسقتهم حتى أتيت بهم أبا بكر فنفلني ابنتها، فقدمنا المدينة وما كشفت لها ثوباً، فلقيني رسول الله ﷺ في السوق فقال: «**يا سلمة هب لي المرأة**» فقلت: يا رسول الله أعجبتني وما كشفت لها ثوباً، ثم لقيني رسول الله ﷺ فقال: «**يا سلمة هب لي المرأة**» فقلت: هي لك يا رسول الله. فبعث بها رسول الله ﷺ إلى أهل مكة ففدى بها ناساً من المسلمين كانوا أسروا بمكة» رواه مسلم[1].

❋ ❋ ❋

باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده

قال المصنف رحمه الله: [إذا شرط في البيع شرطاً نظرت: فإن كان شرطاً يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما لم يبطل العقد، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله. فإن شرط ما لا يقتضيه

(١) أخرجه مسلم في الجهاد (٦٧ ـ ١٢/٦٨) وكذا أبو داود (١٤٦ ـ ٣/١٤٧) وابن ماجه (٢/٩٤٩) فيه.

العقد ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد، لأن الشرع ورد بذلك على ما نبينه في مواضعه إن شاء الله وبه الثقة. ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد. فإن شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد، لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها فأراد أهلها أن يشترطوا ولاءها فقال رسول الله ﷺ «**اشتريها وأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق**». وإن اشتراه بشرط العتق فامتنع عن إعتاقه ففيه وجهان **أحدهما**: يجبر عليه، لأنه عتق مستحق عليه فإذا امتنع أجبر كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه. و**الثاني**: لا يجبر بل يثبت للبائع الخيار في فسخ البيع، لأنه ملكه بالعوض، وإنما شرط البائع حقاً فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار، كما لو اشترى شيئاً بشرط أن يرهن بالثمن رهناً فامتنع من الرهن. فإن رضي البائع بإسقاط حقه من العتق ففيه وجهان **أحدهما**: لا يسقط، لأنه عتق مستحق فلا يسقط باسقاط الآدمي كالمنذور. و**الثاني**: أنه يسقط، لأنه حق شرطه البائع لنفسه فسقط بإسقاطه كالرهن والضمين. وإن تلف العبد قبل العتق ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنه ليس للبائع إلا الثمن، لأنه لم يفقد أكثر من العتق. و**الثاني**: يأخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق، فيقوّم من غير شرط العتق ثم يقوّم مع شرط العتق، ويجب ما بينهما من الثمن. والثالث: أنه يفسخ العقد، لأن البائع لم يرض بهذا الثمن وحده، والمشتري لم يلتزم أكثر من هذا الثمن فوجب أن يفسخ العقد].

الشرح: حديث عائشة، رواه البخاري ومسلم[1].

وبريرة ـ بفتح الباء ـ وهي بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضي الله عنها، روت حديثاً واحداً. أما الأحكام، فقال أصحابنا: الشروط خمسة أضرب، أحدها: ما هو من مقتضى العقد، بأن باعه بشرط خيار المجلس أو تسليم المبيع وشبه ذلك، فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف لما ذكره المصنف. الثاني: أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة

(١) أخرجه البخاري في أول المكاتب (٥/١٨٥) ومسلم في العتق (١٠/١٣٩).

للعاقد، كخيار الثلاث والأجل والرهن والضمين والشهادة ونحوها، فلا يبطل العقد أيضاً بلا خلاف، بل يصح ويثبت المشروط.

الثالث: أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعاً، كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة أو لا يلبس إلا الكتان، فهذا الشرط لا يفسد العقد بل يلغو ويصح البيع على المذهب. الرابع: أن يبيعه عبداً أو أمة بشرط أن يعتقه المشتري، ففيه ثلاثة أقوال، الصحيح المشهور: أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به. والخامس: يأتي بيانه قريباً بإذن الله.

قال المصنف رحمه الله: [فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى البيع، بأن باع عبداً بشرط أن لا يبيعه أو لا يعتقه، أو باع داراً بشرط أن يسكنها مدة، أو ثوباً بشرط أن يخيطه له، أو فِلعة بشرط أن يحذوها له، بطل البيع لما روي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع وشرط». وروي أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية وشرطت عليه: أنك إن بعتها فهي لي بالثمن، فاستفتى عبد الله عمر رضي الله عنهما فقال: «لا تقربها وفيها شرط لأحد». وروي أن عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها، فقال له عمر رضي الله عنه: «لا تقربها وفيها مثنوية». ولأنه شرط لم يبنَ على التغليب، ولا هو من مقتضى العقد، ولا من مصلحته، فأفسد العقد، كما لو شرط أن لا يسلم إليه المبيع. فإن قبض المبيع لم يملكه لأنه قبض في عقد فاسد فلا يوجب الملك، كالوطء في النكاح الفاسد. فإن كان باقياً وجب رده، وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كان من حين القبض إلى حين التلف. ومن أصحابنا من قال: يضمن قيمته يوم التلف لأنه مأذون في إمساكه فضمن قيمته يوم التلف كالعارية، وليس بشيء لأنه قبض مضمون في عين يجب ردها، فإذا هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كقبض الغاصب، ويخالف العارية فإن العارية مأذون في إتلاف منافعها، ولأن في العارية لو ردّ العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن، ولو ردّ المبيع ناقصاً ضمن النقصان. وإن حدثت في عينها زيادة بأن سمنت ثم هزلت ضمن ما نقص، لأن ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب. ومن أصحابنا من قال: لا يضمن، لأن البائع دخل في العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة،

والمنصوص هو الأول، وما قاله هذا القائل يبطل بالمنافع فإنه لم يدخل في العقد ليأخذ بدلها ثم تستحق. فإن كان لمثله أجرة لزمه الأجرة للمدة التي أقام في يده، لأنه مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب. فإن كانت جارية فوطئها لم يلزمه الحد، لأنه وطء بشبهة لأنه اعتقد أنها ملكه، ويجب عليه المهر لأنه وطء بشبهة فوجب به المهر كالوطء في النكاح الفاسد. وإن كانت بكراً وجب عليه أرش البكارة، لأن البكارة جزء من أجزائها وأجزاؤها مضمونة عليه فكذلك البكارة. وإن أتت منه بولد فهو حر، لأنه اعتقد أنها جاريته، ويلزمه قيمة الولد لأنه أتلف عليه رقّه باعتقاده، ويقوّم بعد الانفصال، لأنه لا يمكن تقويمه قبل الانفصال، ولأنه يضمن قيمة الولد للحيلولة وذلك لا يحصل إلا بعد الانفصال. فإن ألقت الولد ميتاً لم يضمنه لأنه لا قيمة له قبل الانفصال ولا توجد الحيلولة إلا بعد الانفصال. فإن ماتت الجارية من الولادة لزمه قيمتها، لأنها هلكت بسبب من جهته، ولا تصير الجارية أم ولد في الحال، لأنه علقت منه في غير ملكه. وهل تصير أم ولد إذا ملكها؟ فيه قولان].

الشرح: أما الحديث فغريب[1]. وأما الأثران عن عمر رضي الله عنه فصحيحان، روى الأول مالك في الموطأ[2]، ورواهما جميعاً البيهقي[3]. وعبد الله في الموضعين هو ابن مسعود، والذي أفتاه في الصورتين هو عمر بن الخطاب رضي الله عنه. والفلعة ـ بكسر الفاء وإسكان اللام ـ جمعها فلع وهي جلدة النعل. ومعنى يحذوها يجعلها حذاء.

---

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى: أحكام البيوع (٨/٤١٥) وقال الحافظ في التلخيص (٣/١٤): بيّض له الرافعي في التذنيب واستغربه النووي، وقد رواه ابن حزم في المحلى، والخطابي في المعالم، والطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث من طريق محمد بن سليمان الذهلي عن عبدالوارث بن سعيد، عن أبي حنيفة، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به في قصة طويلة مشهورة، ورويناه في الجزء الثالث من مشيخة بغداد للدمياطي ونقل فيه عن ابن أبي الفوارس أنه قال: غريب. وقال في الفتح (٥/٣١٥): في إسناده مقال.

(٢) مالك في البيوع (٢/٦١٦).

(٣) البيهقي في البيوع (٥/٣٣٦).

أما الأحكام: فقد ذكرنا أن الشروط في البيع خمسة أضرب، ومرت أربعة وهذا الخامس وهو: أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التي تنافي مقتضى البيع، بأن باعه شيئاً بشرط أن لا يبيعه ولا ينتفع به أو لا يسافر به وما أشبه ذلك، فالبيع باطل لمنافاة مقتضاه. ولا فرق عندنا بأن يشترط شرطاً واحداً أو شرطين. وحكى إمام الحرمين والرافعي وغيرهما قولاً غريباً حكاه أبو ثور عن الشافعي: أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال بل يلغو الشرط ويصح البيع لقصة بريرة رضي الله عنها. وهذا ضعيف، وحينئذ البيع عكس النكاح، فإن المشهور أنه لا يفسد بالشروط الفاسدة، وفيه قول شاذ أنه يفسد بها. فإذا جمع البيع والنكاح حصل فيهما ثلاثة أقوال، أحدها: يفسدان بالشروط الفاسدة. **والثاني**: لا. والثالث وهو المذهب المشهور: يفسد البيع دون النكاح، والتفريع على هذا القول، وبالله التوفيق.

فصل متى اشترى شيئاً شراءً فاسداً لم يجز له قبضه. فإن قبضه لم يملك بالقبض سواء علم فساد البيع أم لا، ولا يصح تصرفه فيه ببيع ولا هبة ولا غيرها، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب، ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن، ويلزمه أجرته للمدة التي كان في يده، سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده، لأنه مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب. وإن كان تعيّب في يده لزمه أرش نقصه لما ذكرناه، وإن تلف لزمه ضمانه بلا خلاف لما ذكرناه. وفي القيمة المعتبرة ثلاثة أوجه، أصحها باتفاق الأصحاب: تجب القيمة أكثر مما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب، لأنه مخاطب في كل لحظة من جهة الشرع برده. أما الزوائد الحادثة منه فيلزمه ضمانها إذا تلفت عنده، سواء كانت منفصلة كاللبن والثمرة والولد والصوف وغيرها، أم متصلة بأن سمنت عنده ثم هزلت، وسواء تلفت العين أو ردها، فيلزمه ضمان الزيادة الفائتة عنده على المذهب.

فرع الشرط المقارن للعقد يلحقه، فإن كان شرطاً صحيحاً لزم الوفاء به، وإن كان فاسداً أفسد العقد. وأما الشرط السابق فلا يلحق العقد ولا

يؤثر فيه فلا يلزم الوفاء به، ولا يفسد العقد به إن كان شرطاً فاسداً، لأن ما قبل العقد لغو. وأما الشرط الذي يشترط بعد تمام العقد، فإن كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فهو لغو قطعاً، وإن كان قبله في مدة خيار المجلس أو الشرط فثلاثة أوجه، والصحيح عند الجمهور: يلحق في مدة الخيارين.

فرع
في مذاهب العلماء فيمن باع شيئاً بشرط ينافي مقتضاه، بأن شرط أن لا يبيعه أو لا يبيعه لغيره ونحوه.

ذكرنا أن مذهبنا المشهور: بطلان هذا البيع وسواء شرط واحد أم شرطين، وبه قال ابن عمر وعكرمة والأوزاعي ومالك وأبو حنيفة وجماهير العلماء. وقال ابن سيرين وعبد الله بن شبرمة التابعيان وحماد ابن أبي سليمان: البيع صحيح والشرط. وقال الحسن البصري والنخعي وابن أبي ليلى وأبو ثور وابن المنذر: البيع صحيح، والشرط باطل لاغ. وقال أحمد وإسحاق: إن شرط شرطاً واحداً من هذه الشرائط ونحوها صح البيع ولزم الشرط، وإن شرط شرطين فأكثر بطل البيع، فإذا باع ثوباً بشرط أن يخيطه البائع ويقصره فهما شرطان فيبطل العقد، فإن شرط أحدهما فقط صحّ ولزم.

واحتج من صحّح البيع وأبطل الشرط بقصة بريرة في قوله ﷺ: «**واشترطي لهم الولاء**» رواه البخاري ومسلم[1]، قالوا: فصحّح النبي ﷺ البيع وأبطل الشرط.

واحتج من صحّحهما بحديث جابر رضي الله عنه أنه قال: «كنت مع النبي ﷺ في سفر فاشترى مني جملاً واستثنيت حملانه يعني ركوبه إلى أهلي» رواه البخاري ومسلم[2].

---

(١) سبق تخريجه في ص (١٩٠٣).

(٢) أخرجه البخاري في الشروط (٥/٣١٤) ومسلم في المساقاة (٣٠ ـ ١١/٣١).

وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**المسلمون على شروطهم**» رواه أبو داود بإسناد حسن أو صحيح[١].

واحتج أحمد بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك**» حديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم بأسانيد صحيحة، قال الترمذي: حديث حسن صحيح[٢].

واحتج أصحابنا بحديث عائشة في قصة بريرة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ خطب فقال: «**ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط فهو باطل، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق**» رواه البخاري ومسلم[٣]، وبحديث النهي عن بيع وشرط[٤]، وبالأثرين المذكورين في الكتاب عن عمر رضي الله عنه وهما صحيحان كما سبق. والجواب عن قصة بريرة بجوابين **أحدهما**: أن الشرط لم يكن في نفس العقد بل كان سابقاً أو متأخراً. و**الثاني**: إن معنى «**اشترطي لهم**» أي عليهم، وهذا منقول عن الشافعي والمزني وغيرهما. والجواب عن قصة جابر من وجهين، **أحدهما**: أنه لم يكن بيعاً مقصوداً، وإنما أراد النبي ﷺ برّه والإحسان إليه بالثمن على وجه لا يستحي من أخذه وفي طرق الحديث دلالة على هذا[٥]. و**الثاني**: أن الشرط لم يكن في نفس العقد، ولأنها قضية

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية (١٩ ـ ٤/٢٠)، وقال الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٦٣: حسن صحيح.

(٢) سبق تخريجه في ص (١٨٧١).

(٣) في هذا الحديث دلالة على بطلان الشرط فقط دون البيع، فكيف يستدل به على بطلان البيع وقد أمضاه النبي ﷺ.

(٤) هذا الحديث استغربه النووي ولم تثبت صحته فلا يحتج به.

(٥) الشرط الذي اشترطه جابر لا ينافي مقتضى العقد وهو جائز، ولو كان غير جائز لما أقرّه النبي ﷺ، فإنه لا يقر على باطل سواء كان البيع مقصوداً أو غير مقصود.

عين يتطرق إليها احتمالات ولا عموم لها فلا دلالة فيها، مع أن الحديث فيه اضطراب[1].

والجواب عن حديث: «**المسلمون على شروطهم**» أنه عام مخصوص، والمراد به الشروط الجائزة وليس هذا منها. والجواب عن حديث عمرو بن شعيب أن هذا مفهوم لقب، والصحيح الذي عليه الأكثرون أنه لا يدل على نفي الحكم عما عداه، فلا يلزم النهي عن بيع وشرطين جواز شرط واحد، فهذا هو الجواب المعتمد.

فرع
في مذاهبهم فيمن باع داراً أو بهيمة واستثنى منفعة مدة معلومة.

الصحيح المشهور في مذهبنا: بطلان البيع، وبه قال أبو حنيفة وفقهاء العراق. وقال الأوزاعي وأحمد وإسحاق: يصح البيع ويثبت الشرط، وبه قال أربعة من أئمة أصحابنا الفقهاء المحدثين: أبو ثور ومحمد بن نصر وأبو بكر بن خزيمة وابن المنذر، ونقله ابن المنذر عن أصحاب الحديث. وقال مالك: إن شرط مدة قريبة كالشهر والشهرين أو ركوب الدابة إلى مكان قريب جاز، وإن كانت مدة طويلة أو مكاناً بعيداً فمكروه.

واحتج المجوّزون بحديث جابر السابق. واحتج أصحابنا بما سبق. وأجابوا عن حديث جابر بما سبق.

❋ ❋ ❋

(١) قال البخاري في صحيحه: باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز. وقال ابن حجر في الفتح (٥/٣١٨): وما جنح إليه المصنف (يعني البخاري) من ترجيح رواية الاشتراط هو الجاري على طريقة المحققين من أهل الحديث، لأنهم لا يتوقفون عن تصحيح المتن إذا وقع فيه الاختلاف إلا إذا تكافأت الروايات، وهو شرط الاضطراب الذي يرد به الخبر، وهو مفقود هنا مع إمكان الترجيح.

باب تفريق الصفقة

هي عقد البيع، لأنه كان عادتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد.

قال المصنف رحمه الله: [إذا جمع في البيع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز بيعه كالحر والعبد، وعبده وعبد غيره، ففيه قولان، **أحدهما**: تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز، لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه في أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته في أحدهما، فبطل حمل أحدهما على الآخر وبقيا على حكمهما، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز. والقول الثاني: أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما. واختلف أصحابنا في علته، فمنهم من قال: يبطل لأن العقد جمع حلالاً وحراماً فغلب التحريم، كما لو جمع بين أختين في النكاح أو باع درهماً بدرهمين. ومنهم من قال: يبطل لجهالة الثمن، وذلك أنه إذا باع حراً وعبداً بألف سقط ما يخص الحر من الثمن فيصير العبد مبيعاً بما بقي وذلك مجهول في حال العقد فبطل، كما لوقال: بعتك هذا العبد بحصته من ألف درهم. فإن قلنا بالتعليل الأول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين، وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره، أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره، وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز في الرهن أو الهبة أو النكاح بطل في الجميع، لأنه جمع بين الحلال والحرام. وإن قلنا: إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول، ولا يبطل الرهن والهبة، لأنه لا عوض فيه، ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله. فإن قلنا إن العقد يبطل فيهما، ردّ المبيع واسترجع الثمن. وإن قلنا إنه يصح في أحدهما، فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه، لأنه لا يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار. فإن اختار الإمساك، فبكم يمسك؟ فيه قولان، **أحدهما**: يمسك بجميع الثمن أو يرد، لأن ما لا يقابل العقد لا ثمن له فيصير الثمن كله في مقابلة الآخر. و**الثاني**: أنه يمسكه بقسطه، لأنه

لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما. واختلف أصحابنا في موضع القولين، فمنهم من قال: القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة، فإما يتقسط العوض عليه بالأجزاء فإنه يمسك الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً لأن فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن في مقابلته ليصير معلوماً، وفيما يتقسط الثمن عليه بالأجزاء ما يخص الجائز معلوم فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن في مقابلته. ومنهم من قال: القولان في الجميع. وهو الصحيح، لأنه نص على القولين في بيع الثمرة قبل أن تخرج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء. فإن قلنا يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار، لأنه لا ضرر عليه، وإن قلنا يمسك بحصته فهل للبائع الخيار؟ فيه وجهان **أحدهما**: أنه له الخيار لأنه تبعّضت عليه الصفقة فيثبت له الخياركما يثبت للمشتري. و**الثاني**: لا خيار له لأنه دخل على بصيرة لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن. وإن باع مجهولاً ومعلوماً، فإن قلنا لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما، وإن قلنا تفرق وقلنا إنه يمسك الجائز بحصته بطل البيع فيه لأن الذي يخصه مجهول، وإن قلنا يمسكه بجميع الثمن صحّ العقد فيه. وإن جمع بين حلالين ثم تلف أحدهما قبل القبض بطل البيع فيه. وهل يبطل في الباقي؟ فيه طريقان **أحدهما**: أنه على القولين في تفريق الصفقة، لأن ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود في حال العقد في إبطال العقد، فوجب أن يكون كالموجود في حال العقد فيما ذكرناه. و**الثاني**: لا يبطل إلا فيما تلف، لأن في الجمع بين الحلال والحرام إنما بطل للجهل بالعوض أو للجمع بين الحلال والحرام في العقد ولا يوجد ههنا واحد منهما. فعلى هذا يصح العقد في الباقي وللمشتري الخيار في فسخ العقد، لأنه تفرقت عليه الصفقة. فإن أمضاه أخذ الباقي بقسطه من الثمن قولاً واحداً، لأن العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك].

الشرح: إذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان، **أحدهما**: أن تجمعهما في عقدين مختلفي الحكم، وهذا هو الذي ذكره المصنف في الفصل الذي

بعد هذا. **والثاني**: أن تجمعهما في عقد واحد. وهذا الضرب له حالان **أحدهما**: يقع التفريق في الابتداء. **والثاني**: في الانتهاء. فالحال الأول ينظر فيه: إن جمع فيه شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع، كجمع أختين أوخمس نسوة في عقد نكاح فالعقد باطل في الجميع بلا خلاف. وإن جمع بين ما لا يمتنع جمعهما، فإن كان كل واحد منهما قابلاً للعقد وزّع الثمن عليهما باعتبار القيمة، وإن كان أحدهما قابلاً للبيع دون الآخر فهذه مسألة الكتاب.

فالذي ليس قابلاً للبيع قسمان، **أحدهما**: أن يكون متقوّماً، كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة فلا يصح البيع في عبد غيره، وفي صحته في عبده قولان، أصحهما: يصح، ووجهه أنه يصح العقد عليه لو أفرده فلا يتغير حكمه بضم غير ماله. القسم الثاني: أن لا يكون متقوّماً، كمن باع حراً وعبداً أو باع خلاً وخمراً، فالحر غير متقوّم وكذا الخمر، ففي صحة البيع في العبد والخل طريقان أصحهما: طرد القولين السابقين، والمذهب الصحة.

فرع إذا باع ماله وغيره وصحّحنا العقد في ماله، فإن كان المشتري جاهلاً بالحال فله الخيار في فسخ البيع، فإن فسخ فذاك وإن أجاز فكم يلزمه من الثمن؟ فيه قولان مشهوران أصحهما: صحة حصة المملوك فقط إذا وزّع على القيمتين، لأنه لم يبذل جميع العوض إلا في مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه في مقابلة أحدهما. وإن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له قطعاً، كما لو اشترى معيباً عالماً بعيبه، وفيما يلزمه من الثمن طريقان، المذهب أنه على القولين، أصحهما: القسط.

قال المصنف رحمه الله: [وإن جمع بين بيع وإجارة أو بين بيع وصرف أو بين عبدين بشرط الخيار في أحدهما دون الآخر بعوض واحد ففيه قولان **أحدهما**: أنه يبطل العقدان، لأن أحكام العقدين متضادة وليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل الجميع. **والثاني**: أنه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما، لأنه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم

العقدين وهذا لايمنع صحة العقد، كما لو جمع في البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه. وإن جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد، فالنكاح لا يبطل، لأنه لا يبطل بفساد العوض، وفي البيع قولان، ووجههما ما ذكرناه. وإن جمع بين البيع والكتابة، فإن قلنا في البيع والإجارة إنهما يبطلان بطل البيع والكتابة، وإن قلنا إن البيع والإجارة يصحان بطل البيع ههنا، لأنه لا يجوز أن يبيع السيد من عبده. وهل تبطل الكتابة؟ يبنى على تفريق الصفقة، فإن قلنا لا تفرق بطل، وإن قلنا تفرق بطل البيع وصحت الكتابة].

الشرح: إذا جمع في العقد بين بيع وإجارة، كأن يقول: بعتك عبدي وأجرتك داري سنة بألف، ففيه قولان مشهوران، أصحهما: صحة العقد فيهما ويقسّط العوض عليهما بالقيمة. وإن جمع بين البيع والنكاح بأن قال: زوّجتك بنتي وبعتك عبدي هذا بمائة، صحّ النكاح بلا خلاف، وفي البيع والصداق القولان السابقان في البيع والإجارة أصحهما: الصحة، ويوزّع المسمى على قيمة المبيع والصداق بشرط أن تبلغ حصة الصداق مهر المثل فأكثر، فإن كانت أقل وجب مهر المثل بلا خلاف.

❋ ❋ ❋

باب الربا

الربا مقصور وهو من ربا يربو فيكتب بالألف وتثنيته ربوان. وأصله الزيادة وأربى الرجل عامل بالربا.

قال المصنف رحمه الله: [الربا محرم والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾[2] روي في التفسير، حين يقوم

(١) البقرة: ٢٧٥.
(٢) البقرة: ٢٧٥.

من قبره. وروى ابن مسعود رضي الله عنه قال: لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه»].

الشرح: حديث ابن مسعود صحيح، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة قال الترمذي: هو حديث حسن صحيح[(١)]. ورواه مسلم في صحيحه من رواية جابر بن عبد الله رضي الله عنهما[(٢)]. ووقع في المهذب وسنن أبي داود «**وشاهده**» بالإفراد، وفي الترمذي «وشاهديه» بالتثنية.

وأما الأحكام فقد أجمع المسلمون على تحريم الربا وعلى أنه من الكبائر، وقيل: إنه كان محرّماً في جميع الشرائع، وممن حكاه الماوردي، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فرع قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيما جاء به القرآن من تحريم الربا على وجهين، **أحدهما**: أنه مجمل فسرته السنة، وكل ما جاءت به السنة من أحكام الربا فهو بيان لمجمل القرآن نقداً كان أو نسيئة. و**الثاني**: أن التحريم الذي في القرآن إنما تناول ما كان معهوداً للجاهلية من ربا النَّساء وطلب الزيادة في المال بزيادة الأجل، وكان أحدهم إذا حلّ أجل دينه ولم يوفه الغريم، أضعف له المال وأضعف الأجل، ثم يفعل كذلك عند الأجل الآخر، وهو معنى قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟ أَضْعَٰفًا مُّضَٰعَفَةً﴾[(٣)] قال: ثم وردت السنة بزيادة الربا في النقد مضافاً إلى ما جاء به القرآن قال: وهذا قول أبي حامد المروذي.

فرع لا فرق في تحريم الربا بين دار الإسلام ودار الحرب، فما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الحرب، سواء جرى بين مسلمَين أو مسلم وحربي، وسواء دخلها المسلم بأمان أم بغيره. هذا مذهبنا، وبه

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥١٢) وكذا أبو داود فيه (٣/٦٢٨) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٦٤)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٨٥١.

(٢) مسلم في المساقاة (١١/٢٦) بلفظ «. . . . **وشاهديه** وقال **هم سواء**».

(٣) آل عمران: ١٣٠.

قال مالك وأحمد وأبو يوسف والجمهور. وقال أبو حنيفة: لا يحرم الربا في دار الحرب بين المسلم وأهل الحرب، ولا بين مسلمَين لم يهاجرا منها.

واحتج له بما روي عن مكحول عن النبي ﷺ قال: «**لا ربا بين مسلم وحربي في دار الحرب**»، ولأن أموال أهل الحرب مباحة بغير عقد، فالعقد الفاسد أولى. واحتج أصحابنا بعموم القرآن والسنة في تحريم الربا من غير فرق، ولأن ما كان رباً في دار الإسلام كان رباً محرماً في دار الحرب، كما لو تبايعه مسلمان مهاجران وكما لو تبايعه مسلم وحربي في دار الإسلام. ولأن ما حرم في دار الإسلام حرم هناك كالخمر وسائر المعاصي، ولأنه عقد على ما لا يجوز في دار الإسلام فلم يصح كالنكاح الفاسد هناك.

والجواب عن حديث مكحول أنه مرسل ضعيف فلا حجة فيه، ولو صحّ لتأولناه على أن معناه لا يباح الربا في دار الحرب جمعاً بين الأدلة. وأما قولهم «إن أموال الحربي مباحة بلا عقد» فلا نسلم هذه الدعوى إن دخلها المسلم بأمان، فإن دخلها بغير أمان فالعلة منتقضة، كما إذا دخل الحربي دار الإسلام فبايعه المسلم فيها درهماً بدرهمين، وإنه لا يلزم من كون أموالهم تباح بالاغتنام استباحتها بالعقد الفاسد، ولهذا تباح أبضاع نسائهم بالسبي دون العقد الفاسد.

قال المصنف رحمه الله: [والأعيان التي نص على تحريم الربا فيها: الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح. والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين، فمن زاد أو استزاد فقد أربى».

فأما الذهب والفضة فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة وهي: أنهما من جنس الأثمان فيحرم الربا فيهما ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات. والدليل عليه أنه لا يجوز أن يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما إلى غيرهما من الأموال، لأنه لوكان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسلامهما فيما

سواهما من الأموال، لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر كالذهب والفضة والحنطة والشعير، فلما جاز إسلام الذهب والفضة في الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال دلّ على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما وهو: أنه من جنس الأثمان].

الشرح: حديث عبادة رضي الله عنه، رواه مسلم(١).

وأجمع المسلمون على تحريم الربا في هذه الأعيان الستة المنصوص عليها، واختلفوا فيما سواها. فقال داود الظاهري وسائر أهل الظاهر والشيعة وغيرهم: لا تحريم في الربا في غيرها، وحكاه صاحب الحاوي عن طاوس ومسروق والشعبي وقتادة وعثمان البتي. وقال سائر العلماء: لايتوقف تحريم الربا عليها بل يتعدى إلى ما في معناها، وهو ما وجدت فيه العلة التي هي سبب تحريم الربا في الستة. واختلفوا فيها، فأما الذهب والفضة، فالعلة عند الشافعي فيهما كونهما جنس الأثمان غالباً، وهذه عنده علة قاصرة عليهما لا تتعداهما إذ لا توجد في غيرهما. وقال أبو حنيفة: العلة فيهما الوزن في جنس واحد، فألحق بهما كل موزون كالحديد والرصاص والقطن وكل ما يوزن في العادة. وممن قال بمعنى قول أبي حنيفة: الزهري والحكم وحماد والثوري والأوزاعي.

واحتج لهم بحديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم أنهما حدثاه «أن رسول الله ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: «**أكل تمر خيبر هكذا؟**» قال: لا والله يا رسول الله إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: «**لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو بيعوا هذا واشتروا قيمته من هذا وكذلك الميزان**» رواه البخاري ومسلم(٢)،

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١٢ ـ ١١/١٣) وأبو داود في البيوع (٦٤٣ ـ ٣/٦٤٦) وكذا النسائي (٧/٢٧٦).

(٢) أخرجه البخاري في الوكالة: باب الوكالة في الصرف والميزان (٤/٤٨١) ومسلم في المساقاة (٢٠ ـ ١١/٢١) والنسائي (٢٧١ ـ ٧/٢٧٢) في البيوع.

قالوا: يعني وكذلك الموزون، فيدل على أن كل موزون لا يجوز التفاضل فيه.

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وهو: أنه يجوز إسلام الذهب والفضة في غيرهما من الموزونات بالإجماع كالحديد وغيره، فلوكان الوزن علة لم يجز، كما لا يجوز إسلام الحنطة في الشعير والدراهم في الدنانير.

وأجاب أصحابنا عن حديثهم بثلاثة أجوبة أحدها: جواب البيهقي قال: قد قيل إن قوله: «**وكذلك الميزان**» من كلام أبي سعيد الخدري موقوف عليه. الثاني: جواب القاضي أبي الطيب وآخرين: أن ظاهر الحديث غير مراد، فإن الميزان نفسه لا رباً فيه وأضمرتم فيه الموزون، ودعوى العموم في المضمرات لا يصح. الثالث: أنه يحمل الموزون على الذهب والفضة جمعاً بين الأدلة.

وأما داود وموافقوه فاحتجوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2]، وبأن أصل الأشياء الإباحة.

واحتج أصحابنا بحديث معمر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «**الطعام بالطعام مثلاً بمثل**» رواه مسلم[3]، قالوا: والطعام عام يتناول جميع ما يسمى طعاماً فإن قيل: فقد خصّه بالأشياء الستة، قلنا ذكر بعض ما يتناوله العموم ليس تخصيصاً على الصحيح. والجواب عن الآيتين أنهما عام مخصوص بما ذكرناه. وقولهم: أصل الأشياء الإباحة، ليس كذلك، بل مذهب داود: أنها على الوقف، والصحيح عندنا أنه لا حكم قبل ورود الشرع، والله سبحانه أعلم.

---

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة (١١/٢٠).

قال المصنف رحمه الله: [فأما الأعيان الأربعة ففيها قولان، قال في الجديد: العلة فيها أنها مطعومة والدليل عليه ما روى معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال: «**الطعام بالطعام مثلاً بمثل**» والطعام اسم لكل ما يتطعم، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾[1] وأراد به الذبائح. وقالت عائشة رضي الله عنها: «مكثنا مع نبينا ﷺ سنة ما لنا طعام إلا الأسودان الماء والتمر». وقال لبيد: لمعَفّر قَهْد ينازع شلوه غبْس كواسب ما يمن طعامها، وأراد به الفريسة. والحكم إذا علّق على اسم مشتق كان ذلك علة فيه، كالقطع في السرقة والحد في الزنا. ولأن الحبّ ما دام مطعوماً يحرم فيه الربا، فإذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوماً لم يحرم فيه الربا، فإذا انعقد الحب وصار مطعوماً حرم فيه الربا، فدلّ على أن العلة فيه كونه مطعوماً. فعلى هذا يحرم الربا في كل ما يطعم من الأقوات والإدام والحلاوات والفواكه والأدوية. وفي الماء وجهان، **أحدهما**: يحرم فيه الربا لأنه مطعوم فهو كغيره. و**الثاني**: لا يحرم فيه الربا، لأنه مباح في الأصل غير متموّل في العادة فلا يحرم فيه الربا. وفي الأدهان المطيّبة وجهان، **أحدهما**: لا رباً فيها لأنها تعد للانتفاع برائحتها دون الأكل. و**الثاني**: أنه يحرم فيها الربا، وهو الصحيح، لأنه مأكول وإنما لا يؤكل لأنه ينتفع به فيما هو أكثرمن الأكل. وفي البزر ودهن السمك وجهان **أحدهما**: لا رباً فيه لأنه يعد للاستصباح. و**الثاني**: أنه يحرم الربا فيه، لأنه مأكول فأشبه الشيرج. وقال في القديم: العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة، والدليل عليه أن النبي ﷺ قال: «**الطعام بالطعام مثلاً بمثل**» والمماثلة لا تكون إلا بالكيل أو الوزن، فدلّ على أنه لا يحرم إلا في مطعوم يكال أو يوزن. فعلى هذا لا يحرم الربا فيما لا يكال ولا يوزن من الأطعمة كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها].

---

(١) المائدة: ٥.

الشرح: أما حديث معمر، فرواه مسلم وسبق بيانه. وحديث عائشة[1].

وقوله: «وأما الأعيان الأربعة» هكذا هو في المهذب الأربعة، وكان الأصل أن يقول الأربع، ولكنه أراد بالأعيان الأجناس فأثبت الهاء. وقولها «**الأسودان**» هو من باب التغليب وتسمية الشيئين باسم أحدهما، كالأبوين والقمرين ونظائره، فإن الماء ليس بأسود. قوله في بيت لبيد: لمعَفّر ـ هو بفتح العين والفاء المشددة ـ وهو ولد الظبية إذا أرادت فطامه عن الرضاع، فإنها تقطعه عن الرضاع أياماً ثم تعود إلى إرضاعه أياماً وهكذا حتى لا يضره القطع جملة، فإذا فعلت هذا قيل: عفّرت الظبية ولدها ومعفر هو، هكذا فسره صاحب البيان. وفسّره غيره بأنه: الذي سحب في التراب وعفّر به. والقهد ـ بفتح القاف وإسكان الهاء ـ قيل هو الأبيض وقيل أبيض فيه كدورة وفيه حمرة أوصفرة، وجمعه قهاد. وقوله: «تنازع شلوه» أي تحادف أعضاءه. وقوله: «غبس» ـ بإسكان الباء ـ أي ذئاب جمع أغبس، وهو الذي لونه كلون الرماد. وقوله ما يمنّ طعامها فيه تأويلان أصحهما: أنه لا منة عليها فيه بل تأخذه بالقهر والغلبة لا بالسؤال والمسكنة بخلاف السنّور وشبهه. وأما لبيد فهو أبو عقيل لبيد بن ربيعة بن مالك العامري الصحابي الشاعر المشهور، كان من فحول شعراء الجاهلية، ثم وفد على رسول الله ﷺ فأسلم وحسن إسلامه.

أما الأحكام: ففي علة تحريم الربا في الأجناس الأربعة قولان، أصحهما وهو الجديد: أنها الطعم. فيحرم الربا في كل مطعوم سواء كان مما يكال أويوزن أو غيرهما، ولا يحرم في غير المطعوم. قال الشافعي والأصحاب: المراد بالمطعوم ما يعد للطعم غالباً تقوّتاً أوتأدماً أو تفكهاً أو تداوياً أو غيرها، فيدخل فيه الحبوب والأدام والحلاوات والفواكه والبقول

---

(١) بيّض له النووي رحمه الله، وأخرجه البخاري في الرقاق (١١/٢٨٣) بلفظ «عن عائشة أنها قالت لعروة: ابن أختي، إن كنا لننظر إلى الهلال ثلاثة أهلة في شهرين وما أوقدت في أبيات رسول الله ﷺ نار، فقلت: ما كان يعيشكم؟ قالت: الأسودان التمر والماء» الحديث، وأخرجه مسلم في الزهد (١٨/١٠٧).

والتوابل والأدوية وغيرها، فيحرم الربا في جميع ذلك. وأما الماء، إذا قلنا بالمذهب: إنه مملوك يصح بيعه، فهل يحرم فيه الربا؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما، أصحهما: يحرم، هكذا صحّحه إمام الحرمين والرافعي والجمهور، وهو الصواب. وسائر الأحكام كما ذكرها المصنف.

فرع لا ربا في الحيوان عندنا، فيجوز بيع شاة بشاتين وبعير ببعيرين وكذا سائر الحيوان.

قال المصنف رحمه الله: [وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيها الربا، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً ونسيئة، ويجوز فيها التفرق قبل التقابض، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أجهّز جيشاً فنفدت الإبل فأمرني أن آخذ على قلاص الصدقة، فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة». وعن علي كرم الله وجهه أنه باع جملاً إلى أجل بعشرين بعيراً. وباع ابن عباس رضي الله عنه بعيراً بأربعة أبعرة. واشترى ابن عمر رضي الله عنه راحلة بأربع رواحل ورواحله بالرَّبَذة. واشترى رافع بن خديج رضي الله عنه بعيراً ببعيرين فأعطاه أحدهما وقال: آتيك بالآخر غداً. ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة لما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء» قال أبو عبيدة: هو النسيئة بالنسيئة].

الشرح: حديث ابن عمرو بن العاص رواه أبو داود وسكت عليه، فيقتضي أنه عنده حسن كما سبق تقريره، وإن كان في إسناده نظر، لكن قال البيهقي: له شاهد صحيح، فذكره باسناده الصحيح عن عبد الله بن عمرو بن العاص «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً، قال عبدالله: وليس عندنا ظهر، قال فأمره النبي ﷺ أن يبتاع ظهراً إلى خروج التصدق، فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى خروج التصدق بأمر رسول الله ﷺ» وهذه الرواية رواها أيضاً الدارقطني بإسناد صحيح[1]. وأما الأثر المذكور عن

---

(١) أبو داود في البيوع (٦٥٢ ـ ٣/٦٥٣) وكذا البيهقي (٢٨٧ ـ ٥/٢٨٨) والدارقطني فيه (٣/٦٩)، وضعّفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٢٨.

علي رضي الله عنه، فرواه مالك في الموطأ والشافعي في مسنده وفي الأم بإسناد صحيح عن الحسن بن محمد بن علي عن علي رضي الله عنه، لكن في إسناده انقطاع من طريق الحسن بن محمد بن علي فلم يدركه[1]. وأما الأثر عن ابن عمر فصحيح، رواه مالك في الموطأ، والشافعي عن مالك عن نافع، وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً[2]. وأما الأثر عن رافع بن خديج فصحيح، ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً[3]. وأما حديث «النهي عن بيع الكالىء بالكالىء» فرواه الدارقطني والبيهقي بإسناد ضعيف، مداره على موسى بن عبيدة الزيدي وهو ضعيف[4].

أما ألفاظ الفصل «القلاص» ـ بكسر القاف ـ جمع قلص، والقلص جمع قلوص وهي: الناقة الشابة ذكره الجوهري وغيره. وقوله: «أخذ من قلاص الصدقة» هكذا هو في المهذب «من»، والذي في سنن أبي داود والبيهقي وغيرهما «في» ومعناهما: السلف على إبل الصدقة إلى أجل معلوم. وأما الراحلة فالبعير النجيب. والربذة ـ بفتح الراء والباء والذال ـ موضع على ثلاث مراحل من المدينة.

أما الأحكام ففي الفصل مسألتان، إحداهما: أن ما سوى الذهب والفضة والمطعوم لا يحرم فيه الربا، فيجوز بيع بعير بأبعرة وثوب بثياب وهكذا. الثانية: لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة بأن يقول: بعني ثوباً في ذمتي بصفته كذا إلى شهركذا بدينار مؤجل إلى وقت كذا، فيقول: قبلت. وهذا فاسد بلا خلاف.

---

(١) مالك في البيوع (٢/٦٥٢) وكذا البيهقي (٥/٢٨٨) والشافعي في الأم فيه: باب في بيع العروض (٣/٣٧)، وورد في المطبوعة «حسين بن محمد» فصححته إلى «الحسن» من كتب السنة، وقول النووي رحمه الله «في إسناده انقطاع» أي أن الحسن بن محمد لم يدرك علياً رضي الله عنه.

(٢) مالك (٢/٦٥٢) والشافعي (٣/٣٧) وعلّقه البخاري بصيغة جزم في البيوع: باب بيع العبد والحيوان بالحيوان نسيئة (٤/٤١٩).

(٣) علقه البخاري بصيغة جزم (٤/٤١٩).

(٤) سبق تخريجه في ص (١٨٧٨).

فرع
في مذاهب العلماء في بيان علة الربا في الأجناس الأربعة وهي البر والشعير والتمر والملح.

أحدها: مذهب أهل الظاهر ومن وافقهم: أنه لا رباً في غير الأجناس الستة كما سبق. الثاني مذهب مالك: كونه مقتاتاً مدّخراً، فحرّم الربا في كل ما كان قوتاً مدخراً، ونفاه عما ليس بقوت كالفواكه وعما هو قوت لا يدخر كاللحم. الثالث مذهب أبي حنيفة: أن العلة كونه مكيل جنس، فحرّم الربا في كل مكيل وإن لم يؤكل كالجص، ونفاه عما لا يكال ولا يوزن وإن كان مأكولاً كالسفرجل والرمان. الرابع مذهب سعيد بن المسيب وقول الشافعي في القديم: أن العلة كونه مطعوماً يكال أو يوزن، فحرّمه في كل مطعوم يكال أو يوزن، ونفاه عما سواه وهو: كل ما لا يؤكل ولا يشرب، أو يؤكل ولا يكال ولا يوزن كالسفرجل والبطيخ. الخامس مذهب أحمد وابن المنذر وغيرهما وهو مذهب الشافعي في الجديد: أن العلة كونه مطعوماً فقط، سواء كان مكيلاً أو موزوناً أم لا، ولا رباً فيما سوى المطعوم غير الذهب والفضة. وفي المسألة مذاهب أخرى.

فأما أهل الظاهر فسبق دليلهم والدليل عليهم. واحتج لمالك بأن علته أكثر شبهاً بالأصل فهي أولى. وما قاله مالك منتقض بالرطب، فإنه ربوي بالنص وليس مدّخراً. واحتج لأبي حنيفة بأن الكيل هو المعتبر في التساوي فكان علته. ولا يلزم من كون الكيل معياراً كونه علة، والله سبحانه أعلم.

فرع مذهبنا جواز بيع ثوب بثوبين وثياب من جنسه حالاً ومؤجلاً، وبه قال أبو ثور وابن المنذر. ومنعه مالك وأبو حنيفة. (وقال أبو حنيفة)[1]: لا رباً في القليل من الحنطة والشعير ونحوهما كالحفنة والحفنتين ونحوهما مما لا يكال في العادة. قال: وكذا لا رباً في البطيخ والباذنجان والبيض

(١) ما بين قوسين ليس في المطبوعة وزدته لدلالة المعنى عليه. والله أعلم.

والسفرجل والرمان وسائر الفواكه التي تباع عدداً، بناء على قاعدته السابقة: أنه لا رباً في غير المكيل والموزون. ومذهبنا ومذهب الجمهور: ثبوت الربا في كل ذلك لعموم النصوص في تحريم الربا.

فرع يجوز بيع الحيوان من جنسه متفاضلاً كبعير ببعيرين وشاة بشاتين حالاً ومؤجلاً. هذا مذهبنا وبه قال جماهير العلماء. وقال مالك: لا يجوز بيع بعير ببعيرين ولا ببعير (إلا)[1] إذا كانا جميعاً أو أحدهما لا يصلح إلا للذبح، كالكسير والحطيم ونحوهما، لأنه لا يقصد به إلا اللحم، فهو كبيع لحم بلحم جزافاً أو لحم بحيوان. دليلنا الأحاديث والآثار السابقة في بيع بعير ببعيرين وأبعرة.

فرع ذكرنا أن مذهبنا جواز بيع كل ما ليس مطعوماً ولا ذهباً ولا فضة بعضه ببعض متفاضلاً ومؤجلاً، وبه قال جمهور العلماء. وقال أبوحنيفة: يحرم التأجيل في بيع الجنس بعضه ببعض من أي مال كان، لحديث الحسن عن سمرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة» رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، قال الترمذي: حديث حسن صحيح[2].

واحتج أصحابنا بالأحاديث والآثار السابقة في بيع الإبل بالإبل مؤجّلة. والجواب عن حديث سمرة من وجهين، أحدهما جواب الشافعي: أنه حديث ضعيف. قال البيهقي: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة إلا حديث العقيقة[3]. و**الثاني**: أنه محمول على أن الأجل في العوضين، فيكون بيع دين بدين، وذلك فاسد كما سبق.

قال المصنف رحمه الله: [فأما ما يحرم فيه الربا فينظر فيه: فإن باعه

---

(١) ما بين قوسين ليس في المطبوعة وزدته لدلالة المعنى عليه.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٦٥٢) وكذا النسائي (٧/٢٩٢) والترمذي فيه (٣/٥٣٨) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٦٣)، وصحّحه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٨٦٩.

(٣) البيهقي (٥/٢٨٨).

بجنسه حرم فيه التفاضل والنَّساء، والتفرّق قبل التقابض، لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: «**الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**». فإن باعه بغير جنسه نظرت: فإن كان مما يحرم الربا فيهما لعلة واحدة، كالذهب والفضة، والشعير والحنطة، جاز فيه التفاضل وحرم فيه النساء، والتفرق قبل التقابض لقوله ﷺ: «**فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**». فإن تبايعا وتخايرا في المجلس قبل التقابض بطل البيع، لأن التخاير كالتفرق، ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد فكذلك إذا تخايرا. وإن تبايعا دراهم بدنانير في الذمة وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً نظرت: فإن لم يتفرقا جاز أن يرد ويطالب بالبدل، لأن المعقود عليه ما في الذمة وقد قبض قبل التفرق. وإن تفرقا ففيه قولان **أحدهما**: يجوز إبداله، لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلَم فيه. و**الثاني**: لا يجوز، وهو قول المزني، لأنه إذا أبدله صار القبض بعد التفرق وذلك لا يجوز. وإن كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين، كبيع الحنطة بالذهب، والشعير بالفضة، حلّ فيه التفاضل والنساء، والتفرق قبل التقابض، لإجماع الأمة على جواز إسلام الذهب والفضة في المكيلات المطعومة].

الشرح: حديث عبادة، رواه مسلم[1]. والنساء: ـ بالمد ـ هو التأجيل.

قال الشافعي والأصحاب: إذا باع مالاً ربوياً فله ثلاثة أحوال، أحدها: أن يبيعه بجنسه، كالذهب بالذهب، فيحرم فيه ثلاثة أشياء: التفاضل والنساء: والتفرق قبل التقابض. الثاني: أن يبيعه بغير جنسه لكنهما يشتركان في علة الربا، كالذهب بالفضة، والعلة فيهما الثمنية، أوكالحنطة بالشعير، والعلة فيهما الطعم، فيحرم فيه شيئان: النساء والتفرق قبل التقابض، ويجوز

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١١/١٤) والترمذي في البيوع (٣/٥٤١) وكذا أبو داود فيه (٣/٦٤٧).

فيه التفاضل. الثالث: أن يبيعه بغير جنسه لكنهما يختلفان في علة الربا، كبيع الحنطة بالذهب، والشعير بالفضة، فيجوز فيه التفاضل والنساء، والتفرق قبل التقابض[1]. ودليل الجميع في الكتاب. وحيث شرطنا التقابض، فمعناه التقابض قبل التفرق الذي ينقطع به خيار المجلس كما سبق تفصيله.

قال الشافعي في كتاب الصرف من الأم والأصحاب: لا بأس أن يطول مقامهما في مجلسهما، ولا بأس أيضاً بطوله متماشيين، وإن طال مشيهما وتباعدا عن مجلس العقد ثم تقابضا قبل افتراقهما فيصح البيع لعدم افتراقهما. ولو باعه ديناراً في الذمة بعشرة دراهم في الذمة ووصفا الجميع ولم يكن العوضان حاضرين، ثم أرسلا من أحضرهما أو ذهبا مجتمعين إليهما وتقابضا قبل التفرق، صحّ البيع وسلما من الربا. ومتى تفرقا قبل القبض وحصل القبض بطل العقد ويأثمان بذلك.

وإلى هنا انتهى عمل النووي رحمه الله في المجموع.



(١) ورد في المطبوعة نقص في هذا الموضع نتج عنه خطأ ظاهر، إذ ورد ذكر الحال الثاني دون حكمه، وذكر حكم الحال الثالث دون صورته، فتداخل الكلام حتى صار حكم الحال الثالث تابعاً للحال الثاني، فصححته من كلام المصنف.

من هنا يبدأ عمل السبكي رحمه الله في تكملة المجموع.

وهو الإمام تقي الدين أبو الحسن علي بن عبدالكافي السبكي المصري ثم الدمشقي الشافعي.

ولد سنة ٦٨٣هـ في مصر، وقدم دمشق عام ٧٠٧هـ، وعُني بالحديث أتم عناية.

ولي قضاء الشام سنة ٧٣٩هـ ثم ضعف وترك القضاء لولده تاج الدين عبدالوهاب، ثم توجه إلى وطنه ومات بالقاهرة عام ٧٥٦هـ رحمه الله.

ومن تصانيفه: كتاب التحقيق في مسألة التعليق وهو الرد الكبير على شيخنا تقي الدين ابن تيمية في مسألة الطلاق، كتاب شفاء السقام في زيارة خير الأنام وهو أيضاً رد على ابن تيمية رحمه الله، وكتاب الإبهاج في شرح المنهاج للنووي رحمه الله.

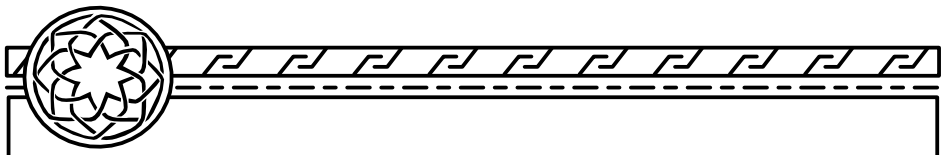
من كتاب ذيل تذكرة الحفاظ للحافظ أبي المحاسن الحسيني رحمه الله.



مختصر
المجموع شرح المهذب

الجزء العاشر

١٩٢٨



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

قال الشيخ الإمام تقي الدين أبو الحسن علي بن عبدالكافي السبكي أثابه الله الجنة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وتثمر، وبفضله يأبى إلا أن يتم نوره ويظهر. أحمده حمد معترف بالعجز مقصر. وأثني عليه بأني لا أحصي ثناء عليه وأستغفر. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة معلن بالإيمان ومظهر. وأشهد أن محمداً عبده ورسوله المبشر المنذر ﷺ، وشمل أصحابه بالرضوان وعمّم.

أما بعد، فقد رغب إلي بعض الأصحاب والأحباب في أن أكمّل شرح المهذب للشيخ الإمام العلامة علم الزهاد وقدوة العباد، واحد عصره وفريد دهره، محيي علوم الأولين وممهد سنن الصالحين، أبي زكريا النووي رحمه الله تعالى. وطالت رغبته إلي وكثر إلحاحه علي، وأنا في ذلك أقدّم رجلاً وأؤخر أخرى، وأستهون الخطب وأراه شيئاً إمراً، وهو في ذلك لا يقبل عذراً. وأقول: قد يكون تعرضي لذلك مع تقعّدي عن مقام هذا الشرح إساءة إليه، وجناية مني عليه، وأني أنهض بما نهض به، وقد أسعِفَ بالتأييد، وساعدته المقادير فقربت منه كل بعيد. ولا شك أن ذلك يحتاج بعد الأهلية إلى ثلاثة أشياء، أحدها: فراغ البال واتساع الزمان، وكان رحمه الله تعالى قد أوتي من ذلك الحظ الأوفى، بحيث لم يكن له شاغل عن ذلك من نفس ولا أهل. و**الثاني**: جمع الكتب التي يستعان بها على

النظر والاطلاع على كلام العلماء، وكان رحمه الله قد حصل له من ذلك حظ وافر لسهولة ذلك في بلده في ذلك الوقت. والثالث: حسن النية وكثرة الورع والزهد والأعمال الصالحة التي أشرقت أنوارها، وكان رحمه الله قد اكتال بالمكيال الأوفى. فمن يكون اجتمعت فيه هذه الخلال الثلاث أنى يضاهيه أو يدانيه من ليس فيه واحدة منها.

فنسأل الله تعالى أن يحسّن نياتنا وأن يمدّنا بمعونته وعونه، وقد استخرت الله تعالى وفوّضت الأمر إليه، واعتمدت في كل الأمور عليه، وقلت في نفسي: لعل ببركة صاحبه ونيته يعينني الله عليه، إنه يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم. فإن منّ الله تعالى بإكماله فلا أشك أن ذلك من فضل الله تعالى ببركة صاحبه ونيته، إذ كان مقصوده النفع للناس ممن كان. وقد شرعت في ذلك مستعيناً بالله تعالى، معتصماً به، ملتجئاً إليه، إنه لا حول ولا قوة إلا به، وهو حسبي ونعم الوكيل. وإياه أسال أن يغفر لي ولوالدي وأهلي ومشايخي وجميع إخواني، وأن يكثر النفع به، ويجعله دائماً إلى يوم الدين.

فصل
في مذاهب العلماء في الأحكام التي ذكرها المصنف في هذا الفصل إلى هذا المكان[1].

اقتضى قول المصنف أنه إذا باع الربوي بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء، والتفرق قبل التقابض، وإذا باعه بما يشاركه في العلة حرم النساء والتفرق فقط، وأن الشعير والحنطة جنسان. فهذه خمسة أحكام، منها ما هو مجمع عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، وسأبين ذلك واحداً واحداً إن شاء الله تعالى.

---

(١) بدأ السبكي رحمه الله بشرح الفصل الأخير الذي وقف عنده النووي رحمه الله إلا أنه قطّعه إلى قطع، وتبدأ القطعة الأولى عنده من قول المصنف «فأما ما يحرم فيه الربا» وتنتهي عند قوله «فكذلك إذا تخايرا».

الحكم الأول: تحريم التفاضل في الجنس الواحد من أموال الربا إذا بيع بعضه ببعض، كبيع درهم بدرهمين نقداً، أو صاع قمح بصاعين، أو دينار بدينارين، ويسمى ربا الفضل، لفضل أحد العوضين على الآخر، وربا النقد في مقابلة ربا النسيئة.

وقد أطبقت الأمة على تحريم التفاضل إذا اجتمع مع النساء. وأما إذا انفرد نقداً، فإنه كان فيه خلاف قديم. صحّ عن ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما إباحته، وكذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما مع رجوعه عنه، وروي عن عبد الله بن الزبير وأسامة بن زيد رضي الله عنهما، وفيه عن معاوية شيء محتمل، وزيد بن أرقم والبراء بن عازب من الصحابة رضي الله عنهم. فأما التابعون فصحّ ذلك أيضاً عن عطاء بن أبي رباح وفقهاء المكيين وروي عن سعيد وعروة. ثم روي عن ابن عباس ما يقتضي رجوعه عن ذلك، كذلك عن ابن مسعود. وانتدب جماعة من العلماء لتبيين رجوع من قال بذلك من الصدر الأول، والتشوّف إلى دعوى الإجماع على التحريم.

واعلم أن الأحاديث في تحريم ربا الفضل صريحة غير قابلة للتأويل، وهي مع ذلك كالمتواترة عن النبي ﷺ. وأتم هذه الأحاديث وأكملها حديث عبادة الذي ذكره المصنف، ولذلك جعله الشافعي العمدة في هذا الباب. ويأتي بعده حديث أبي سعيد الخدري، لا سيما وهو المناظر لابن عباس في ذلك، وهو في أصله متفق على صحته، وقد اعتمد عليه أبو حنيفة رضي الله عنه، فإنه رواه عن عطية العوفي عنه. ولفظه الذي اتفقا عليه مختصراً: أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الوَرِق بالوَرِق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز**»[1]

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب بيع الفضة بالفضة (**٣٧٩ ـ ٤/٣٨٠**) ومسلم في المساقاة (٨ ـ ١١/١٠)، وورد في المطبوعة «ولا تبيعوا بعضها على بعض» فصححتها إلى «**ولا تشفوا بعضها على بعض**» من البخاري ومسلم. ومعنى «**لاتشفوا**» ـ بضم التاء وكسر الشين وتشديد الفاء ـ أي لا تفضلوا، أفاده النووي رحمه الله في شرحه لمسلم (١١/١٠).

وأما ابن عباس وموافقوه فقد استدلوا لقولهم بحديثين **أحدهما**: حديث أسامة بن زيد، وقد ورد بألفاظ مختلفة معناها سواء أو متقارب منها: «**لا ربا إلا في النسيئة**»[(١)]، ومنها: «**لا ربا فيما كان يداً بيد**»[(٢)]، واتفق الأئمة على حديث أسامة، وإن اختلفوا في تأويله. و**الثاني**: حديث البراء بن عازب وزيد بن أرقم، وقد رويناه بطرق مختلفة وألفاظ متباينة. فألفاظه التي في الصحيح لا متعلق لهم بها. ومنها لفظ في طريق خارج الصحيحين لهم فيه متعلق، وهو ما رواه عبد الله بن الزبير الحميدي صاحب الشافعي وشيخ البخاري عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار أنه سمع أبا المنهال يقول: باع شريك لي بالكوفة دراهم بدراهم بينهما فضل فقلت: ما أرى هذا يصلح. فقال: لقد بعتها في السوق فما عاب ذلك علي أحد. فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: «قدم النبي ﷺ المدينة وتجارتنا هكذا فقال: **ما كان يداً بيد فلا بأس، وما كان نسيئة فلا خير فيه**»، وإيتِ ابن أرقم فإنه كان أعظم تجارة مني، فأتيته فذكرت ذلك له فقال: صدق البراء»[(٣)]. وهذا الإسناد من أصح الأسانيد فإن رواته كلهم أئمة ثقات، وقد صرح سفيان بأنه سمعه من عمرو فانتفت شبهة تدليسه، ولكن سنذكر ما علّل به، فشرط الحكم بصحة الحديث سلامته من التعليل. فنذكر الجواب عن كل واحد من الحديثين والله المستعان.

أما حديث أسامة فجوابه من عدة أوجه: أوضحها وأشهرها ما أجاب به الشافعي فإنه قال في كتاب اختلاف الحديث، بعد أن ذكر خبر أسامة وأخبار عبادة بن الصامت وأبي هريرة وأبي سعيد وعثمان بن عفان الدالة على التحريم، ذكرها ثم قال: فأَخَذْنا بهذه الأحاديث التي توافق حديث

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب بيع الدينار بالدينار نساء (٤/٣٨١) ومسلم في المساقاة (١١/٢٦) والنسائي في البيوع (٧/٢٨١) وابن ماجه في التجارات (٧٥٨ ـ ٢/٧٥٩).

(٢) مسلم (٢٥ ـ ١١/٢٦).

(٣) مسند الحميدي: أحاديث البراء (٣١٧ ـ ٢/٣١٨)، ومنه نقلته لاختلاف بسيط ورد في المطبوعة.

عبادة، وكانت حجتنا في أخذنا بها وتركنا حديث أسامة بن زيد، إذ كان ظاهره يخالفها، وقول من قال: إن النفس على حديث الأكثر أطيب لأنهم أشبه أن يحفظوا من الأقل، وكان عثمان بن عفان وعبادة بن الصامت أسنّ وأشدّ تقدم صحبة من أسامة، وكان أبو هريرة وأبو سعيد الخدري أكثر حفظاً عن النبي ﷺ فيما علمنا من أسامة. فإن قال قائل: فهل يخالف حديث أسامة حديثهم؟ قيل: إن كان يخالفها فالحجة فيها دونه لما وصفنا. فإن قال: فأنى يرى هذا؟ قيل: الله أعلم قد يحتمل أن يكون سمع رسول الله ﷺ يسأل عن الربا في صنفين مختلفين ذهب بفضة، وتمر بحنطة قال: إنما الربا في النسيئة فحفظه فأدى قول النبي ﷺ ولم يؤد مسألة السائل، فكان ما أدى عند من سمع أن لا ربا إلا في النسيئة. هذا جواب الشافعي رضي الله عنه.

وأما حديث البراء وزيد بن أرقم فادعي فيه أمران **أحدهما**: النسخ، وبه قال راويه الحميدي، وناهيك به علماً واطلاعاً، لكن الصحيح عند الأصوليين أن قول الراوي هذا منسوخ لا يرجع إليه، لجواز أن يكون قال ذلك من طريق الاجتهاد، بخلاف ما إذا صرح بأنه متأخر فإنه يقبل. كما إذا مرّ على ماء قليل فقال عدل: قد ولغ فيه كلب يقبل، فلو قال: هو نجس ولم يبين لم يقبل. الأمر الثاني: أنه معلول، وهذه الطريقة سلكها البيهقي. وذلك أن لفظه الذي في الصحيح عن أبي المنهال قال: سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فقالا: كنا تاجرين على عهد رسول الله ﷺ فسألنا رسول الله ﷺ عن الصرف فقال: «**إن كان يداً بيد فلا بأس وإن كان نساء فلا يصلح**» رواه البخاري بهذا اللفظ من حديث ابن جريج عن عمرو بن دينار وعامر بن مصعب[1]. ورواه مسلم بلفظ آخر عن أبي المنهال قال: باع شريك لي ورِقاً نسيئة إلى الموسم أو إلى الحج، فجاء إلي فأخبرني فقلت: هذا الأمر لا يصلح قال: فقد بعته في السوق فلم ينكر ذلك علي أحد، فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: «قدم النبي ﷺ المدينة

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب التجارة في البز وغيره (٤/٢٩٧).

ونحن نبيع هذا البيع فقال: «**ما كان يداً بيد فلا بأس به وما كان نسيئة فهو رباً**». وائتِ زيد بن أرقم فإنه أعظم تجارة مني فأتيته فسألته فقال مثل ذلك»[1]. وكذلك رواه البخاري عن علي بن المديني، ومسلم عن محمد بن حاتم، والنسائي عن محمد بن منصور، ثلاثتهم عن سفيان. وهذان اللفظان اللذان في الصحيح لا منافاة بينهما ولا إشكال ولا حجة لمتعلق فيهما، لأنه يمكن حمل ذلك على أحد أمرين: إما أن يكون المراد بيع دراهم بشيء ليس ربوياً ويكون الفساد لأجل التأخير بالموسم أو الحج فإنه غير محرر، وإما أن يحمل ذلك على اختلاف الجنس، ويدل له رواية أخرى عن أبي المنهال قال: سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فكلاهما يقول: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورِق ديناً» رواه البخاري ومسلم وهذا لفظ البخاري[2]. وهذه الرواية ثابتة من حديث شعبة عن حبيب بن أبي ثابت عن أبي المنهال والروايات الثلاث الأول: رواية الحميدي واللتان في الصحيح، وكلها أسانيدها في غاية الجودة، ولكن حصل الاختلاف في سفيان، فخالف الحميدي علي بن المديني ومحمد بن حاتم ومحمد بن منصور، وكل من الحميدي وعلي بن المديني في غاية الثبت، ويترجح أن ابن المديني هنا بمتابعة محمد بن حاتم ومحمد بن منصور له، وبشهادة ابن جريج لروايته، وشهادة رواية حبيب بن أبي ثابت لرواية شيخه، ولأجل ذلك قال البيهقي رحمه الله: إن رواية من قال إنه باع دراهم بدراهم خطأ عنده[3]. فهذا جواب حديثي وقد لا يجسر الفقيه على الحكم بالتخطئة بمجرد ذلك. ونقول: إنه لا منافاة بين روايات عمرو بن دينار، فإن منها ما أطلق فيه الصرف، ومنها ما بيّن أنها دراهم بدراهم، فيحمل المطلق على المقيّد جمعاً بين الروايتين، فإن أحدهما بيّن ما أبهمه الآخر، ويكون حديث حبيب بن أبي ثابت حديثاً آخر وارداً في الجنسين

---

(١) أخرجه البخاري في مناقب الأنصار: بعد باب كيف آخى النبي ﷺ بين أصحابه (٧/٢٧٢) ومسلم في المساقاة (١١/١٦) والنسائي في البيوع (٧/٢٨٠).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٨٢) ومسلم في المساقاة (١١/١٦).

(٣) البيهقي (٥/٢٨١).

وتحريم النساء فيهما، ولا تنافي في ذلك ولا تعارض. وحينئذ يضطر إلى القول بالنسخ إن ثبت موجبه، أو ترجيح أحاديث التحريم، والله تعالى أعلم.

الحكم الثاني: تحريم النسيئة. وهو حرام في الجنس والجنسين إذا كان العوضان جميعاً من أموال الربا كالذهب بالذهب، والذهب بالفضة، والحنطة بالحنطة، والحنطة بالتمر، وذلك مجمع عليه بين المسلمين. وممن نقل الإجماع عليه صريحاً الشيخ أبو حامد، ونقل جماعة عدم الخلاف فيه.

الحكم الثالث: تحريم التفرق قبل التقابض، ويسمى ذلك ربا اليد، ويستوي في ذلك الجنس الواحد والجنسان. أما في الذهب والورق فذلك مما لا خلاف فيه، عن ابن المنذر قال: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد. وأما الطعام، فقد خالف فيه أبو حنيفة رضي الله عنه وقال: إنه إذا باع الطعام بعضه ببعض وافترقا من المجلس ثم تقابضا بعد لم يضر العقد إلا إذا كان المبيع جزءاً مشاعاً من صبرة، وفرق بينه وبين الصرف. وفي الحقيقة ليس التقابض عنده من قاعدة الربا في شيء لا في الصرف ولا في الطعام، وإنما اشترطه في الصرف لأجل التعيين، فإن من أصله أن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين وإنما تتعين بالقبض، فلو تفرقا قبل القبض لصار ديناً، ولكان في ذلك بيع الكالىء بالكالىء، وذلك منهي عنه على الإطلاق في الربويات وغيرها. ويجعلون قوله: «**يداً بيد**» لمنع النساء. وقوله: «**عيناً بعين**» تأكيداً بخلاف ما يفعل أصحابنا. والمالكية والحنبلية موافقون لنا في المسألة يشترطون التقابض في بيع الطعام بالطعام كما هو في الصرف.

وعمدة الحنفية في الجواب مبني على أن الأثمان لا تتعين بالتعيين، فمتى لم يتم لهم ذلك الأصل انحل كلامهم في هذه المسألة بقيام الإجماع على اشتراط القبض في الصرف، وحينئذ لا يبقى فرق بينه وبين الطعام. والله أعلم.

فائدة قال نصر المقدسي رحمه الله: فتحصل في القبض ثلاث مسائل:

ما يعتبر فيه القبض بالإجماع وهو الصرف، وما لا يعتبر فيه بالإجماع وهو بيع المطعوم بنقد، ومختلف فيه وهو بيع المطعوم بعضه ببعض.

الحكم الرابع: جواز التفاضل عند اختلاف الجنس مع تحريم النساء، والتفرق قبل التقابض. ولا خلاف في جواز المفاضلة عند اختلاف الجنس للأحاديث الصريحة السابقة، وكذلك تحريم النساء عند الاتحاد في علة الربا. أما في المنصوص عليه فبالإجماع، وأما في غيره فبإجماع القايسين، والتفرق قبل التقابض حرام كذلك عندنا وعند المالكية والحنبلية خلافاً للحنفية فيما عدا الصرف. وقد مضت الأحاديث الدالة على وجوب التقابض عند اتحاد الجنس. وأما الأحاديث الدالة على وجوب التقابض عند اختلاف الجنس واتحاده فمنها: حديث عمر رضي الله عنه، وهو حديث مجمع على صحته، خرّجه مالك والشافعي والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، وهذا لفظ البخاري: عن مالك بن أوس أنه التمس صرفاً بمائة دينار قال: فدعاني طلحة بن عبيد فتراودنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر بن الخطاب يسمع، فقال عمر رضي الله عنه: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثم قال: قال رسول الله ﷺ: «**الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء**»[1]

الحكم الخامس: أن البر والشعير جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وآخرون. وخالف مالك رحمه الله والأوزاعي والليث بن سعد فقالوا: لا يجوز بيع الحنطة بالشعير إلا مثلاً بمثل، وهو رواية عن أحمد.

قال المصنف رحمه الله: [وإن تبايعا دراهم بدنانير في الذمة وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً نظرت، فإن لم يتفرقا جاز أن يرد ويطالب

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب بيع الشعير بالشعير (٣٧٧ ـ ٤/٣٧٨) ومسلم في المساقاة (١١/١٢).

بالبدل، لأن المعقود عليه ما في الذمة وقد قبض قبل التفرق. وإن تفرقا ففيه قولان، **أحدهما**: يجوز إبداله لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه. و**الثاني**: لا يجوز وهو قول المزني، لأنه إذا أبدله صار القبض بعد التفرق وذلك لا يجوز].

الشرح: هذه المسألة فرع جواز الصرف في الذمة وأنه لا يشترط التعيين في العوضين ولا أحدهما إذا حصل التعيين في المجلس. فلنتكلم على هذه المسألة أولاً ثم نرجع إلى مسألة الكتاب.

فنقول: إن عقد الصرف تارة يرد على معين وتارة يرد على الذمة. والوارد على الذمة إما أن يرد على شيء يستحق بالعقد، وإما أن يرد على شيء كان ثابتاً قبل العقد فيتحول به عما كان عليه. فهذه ثلاثة أقسام، الأول: المعين. و**الثاني**: الموصوف أو ما في معناه. والثالث: الدين. ومن المعلوم أن الصفقة تشتمل على عوضين، والحاصل من ضربهما في الأقسام الثلاثة ستة الأول: أن يكونا معينين. الثاني: موصوفين. الثالث: أن يكونا دينين. الرابع: معين وموصوف. الخامس: معين ودين. السادس: موصوف ودين. فلنتكلم على كل قسم منها وما يجوز منها وما يمتنع.

القسم الأول: وهو أن يكونا معينين، فذلك مما لا خلاف بين الأئمة في جوازه. كما إذا قال: بعتك هذه الدنانير بهذه الدراهم، وكذلك جميع أموال الربا، كبعتك هذه الحنطة بهذا الشعير، فالإجماع على صحة ذلك. ومن أحكام هذا القسم أن العوضين يتعينان بالعقد عندنا، وفائدة ذلك أنه ليس لكل منهما أن يعطي غير المتعين، ومتى تلف قبل القبض بطل العقد، وإذا استحق الرجوع به كأن كان به عيب وجب رد عين تلك الدراهم إن كانت باقية، وهذا هو المشهور عن مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه وهي رواية عن أحمد: الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد، ويجوز للمشتري أن يدفع مثل الدراهم التي وقع العقد عليها، وإن تلفت قبل القبض لم يبطل العقد.

القسم الثاني: أن يكونا موصوفين، أو في معنى الموصوفين وهو

المطلق في موضع فيه نقد متعارف. كما إذا قال: بعتك ديناراً مصرياً في ذمتي بعشرين درهماً من الضرب الفلاني في ذمتك، فقد اتفق جمهور الأصحاب على جواز ذلك إذا تواصفا العوضين ثم يعينان ويتقابضان قبل التفرق، وإن لم يكن معهما فاستقرضا وتقابضا جاز. وهذا مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وأحمد، وقال مالك: لا يجوز الصرف حتى تكون العينان حاضرتين، وعنه: لا يجوز حتى يظهر إحدى العينين ويعين.

القسم الثالث: أن يكونا دينين، كما إذا قال: بعتك الدينار الذي لي في ذمتك بالعشرة دراهم التي لك في ذمتي حتى تبرأ ذمة كل منا، وهذه المسألة تسمى بتطارح الدينين. فمذهب الشافعي رحمه الله وجميع أصحابه أنه لا يجوز، وبه قال جماعة منهم الليث بن سعد وأحمد، ومذهب أبي حنيفة ومالك: الجواز. ومنشأ الخلاف في ذلك أن هذا هل يدخل في بيع الدين بالدين أو لا؟ وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز، نقل ذلك ابن المنذر وقال: قال أحمد: إجماع الأئمة أن لا يباع دين بدين. قلت: وناهيك بنقل أحمد الإجماع فإنه معلوم سنده مع الحديث الذي روي «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء»[1] وإن كان ابن المنذر قال: إن إسناده لا يثبت، ونقل عن أحمد أنه سئل: أيصح في هذا حديث؟ قال: لا. فلو ثبت أمكن التمسك به فإن الكالىء بالكالىء هو الدين بالدين، كذلك فسره نافع راوي الحديث، والدين بالدين حقيقة فيما نحن فيه، أما إذا لم يثبت فالإجماع لا يمكن التمسك به، مع وجود الخلاف في هذه الصورة الخاصة، فإنه يؤول هذا إلى تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه، يعني ما نحن فيه وهو: أن يكون للرجل على الرجل دين فيجعله عليه في دين آخر مخالف له في الصفة أو القدر، فهذا هو الذي وقع الإجماع على امتناعه وهو في الحقيقة بيع دين بما يصير ديناً.

القسم الرابع: معين وموصوف. كما إذا قال: بعتك هذا الدينار بعشرة

---

(١) سبق تخريجه في ص (١٨٧٨).

دراهم. فهذا جائز عندنا وعند جمهور العلماء، إلا ما تقدم من النقل عن مالك رحمه الله.

القسم الخامس: دين بعين. كما إذا كان له عليه دينار فقال: بعتك الدينار الذي لي عليك بهذه العشرة دراهم. فيجوز بشرط أن يكون ذلك الدين مما يجوز الاستبدال عنه وأن يكون حالاً. وإلى جواز أخذ الدراهم عن الدنانير الثابتة في الذمة ذهب أبو حنيفة ومالك والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، واشترطوا أن يقضيه إياها بسعر يومها. وقال أبوحنيفة: يؤخذ بسعر يومها وبأغلى وبأرخص. والعمدة في هذه المسألة حديث ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه عن هذه وأعطي هذه عن هذه، فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه عن هذه وأعطي هذه عن هذه فقال رسول الله ﷺ: «**لا بأس من أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء**» رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو داود واللفظ له[1]، وقد تفرد به سماك بن حرب وهو مختلف فيه، وهو إن شاء الله إلى التوثيق أقرب، وحديثه هذا يدخل في قسم الحسن كما اقتضاه كلام ابن عدي.

القسم السادس: دين بموصوف. كما إذا قال: بعتك الدينار الذي لي في ذمتك بعشرة دراهم موصوفة. فيصح ذلك عندنا أيضاً على الأصح بشرط التعيين في المجلس، وهي مسألة ما إذا صالح من دين على دين، وحديث ابن عمر محتمل له كما تقدم، ولا فرق في المعنى بين هذا القسم وبين الموصوفين. فقد تلخصت هذه الأقسام الستة، وكلها جائزة عند الشافعي رضي الله عنه إلا القسم الثالث فقط، وهو بيع الدين بالدين. والله أعلم.

وأما مسألتنا فصورتها فيما إذا كان العوضان في الذمة، فإذا وجد أحدهما بما قبضه عيباً وهما في المجلس لم يتفرقا جاز أن يرده لا على

---

(١) سبق تخريجه في ص (١٨٧٦).

سبيل الفسخ للعقد، بل على أنه يطالب ببدل المقبوض، لأن العقد وقع على ما في الذمة وما في الذمة صحيح لا عيب فيه، فإذا قبض معيباً كان له أن يطالب بما في ذمته مما يتناوله العقد. أما إذا تفرقا ثم ظهر العيب ففيه قولان حكاهما المصنف والأصحاب وهما منصوصان في مختصر المزني أصحهما: أن له الاستبدال لما ذكره المصنف، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وأحمد ـ في أصح روايتيه ـ والأوزاعي والليث، حكاه عنهم العبدري.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين كبيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة حلّ فيه التفاضل والنساء، والتفرق قبل التقابض لإجماع الأمة على جواز إسلام الذهب والفضة في المكيلات والمطعومات[1]].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وكل شيئين اتفقا في الاسم الخاص من أصل الخلقة كالتمر البرني والتمر المعقلي فهما جنس واحد. وكل شيئين اختلفا في الاسم من أصل الخلقة كالحنطة والشعير والتمر والزبيب فهما جنسان. والدليل عليه: أن النبي ﷺ ذكر ستة أشياء وحرم فيها التفاضل إذا باع كل شيء منها بما وافقه في الاسم، وأباح فيه التفاضل إذا باعه بما خالفه في الاسم. فدل على أن كل شيئين اتفقا في الاسم فهما جنس، وإذا اختلفا في الاسم فهما جنسان].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وما اتخذ من أموال الربا كالدقيق والخبز والعصير والدهن تعتبر بأصولها، فإن كانت الأصول أجناساً فهي أجناس، وإن كانت الأصول جنساً واحداً فهي جنس واحد].

---

(١) قوله «إسلام الذهب والفضة...» وهو ما يعرف ببيع السَلَم وسيأتي بيانه بإذن الله تعالى.

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فعلى هذا دقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان، وخبز الحنطة وخبز الشعير جنسان، ودهن الجوز ودهن اللوز جنسان].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف قوله في زيت الزيتون وزيت الفجل، فقال في أحد القولين هما جنس واحد، لأنه جمعهما اسم الزيت. و**الثاني**: أنهما جنسان. وهو الصحيح لأنهما يختلفان في الطعم واللون فكانا جنسين كالتمر الهندي والتمر البرني، ولأنهما فرعان لجنسين مختلفين فكانا جنسين كدهن الجوز ودهن اللوز].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف قوله في اللحمان، فقال في أحد القولين: هي أجناس، وهو قول المزني، وهو الصحيح لأنها فروع لأصول هي أجناس فكانت أجناساً كالأدقة والأدهان. و**الثاني**: أنها جنس واحد لأنها تشترك في الاسم الخاص في أول دخولها في تحريم الربا فكانت جنساً واحداً كالتمور، وتخالف الأدقة والأدهان لأن أصولها أجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً فاعتبر فروعها بها، واللحمان لا يحرم الربا في أصولها فاعتبرت بنفسها].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن قلنا إن اللحم جنس واحد لم يجز بيع لحم شيء من الحيوان بلحم غيره متفاضلاً. وهل يدخل لحم السمك في ذلك؟ فيه وجهان. وقال أبو اسحاق: يدخل فيها فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوان متفاضلاً لأن اسم اللحم يقع عليه، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾[1]. ومن أصحابنا من قال: لا يدخل فيه لحم

---

(١) النحل: ١٤.

السمك. وهو المذهب، لأنه لا يدخل في إطلاق اسم اللحم ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكل لحم السمك].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن قلنا إن اللحوم أجناس جاز بيع لحم كل جنس من الحيوإن بلحم جنس آخر متفاضلاً. فيجوز بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلاً، ولحم بقر الوحش بلحم بقر الأهل لأنهما جنسان. ولا يجوز بيع لحم الضأن بلحم المعز، ولا لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلاً لأنهما نوعان من جنس واحد].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [واللحم الأحمر والأبيض جنس واحد، لأن الجميع لحم. واللحم والشحم جنسان، واللحم والإلية جنسان، والشحم والإلية جنسان، واللحم والكبد جنسان، والكبد والطحال جنسان، واللحم والكلية جنسان، لأنها مختلفة الاسم والخلقة].

الشرح: إذا انقسم لحم الجنس الواحد إلى أبيض وأحمر كان جنساً ولا أثر للإختلاف في هذا الوصف. أما إذا كان الأبيض من جنس والأحمر من جنس آخر، فلا شك أنهما جنسان على القول بأن اللحوم أجناس. وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وأما الألبان ففيها طريقان، من أصحابنا من قال: هي كاللحمان وفيها قولان. ومنهم من قال: الألبان أجناس قولاً واحداً لأنها تتولد من الحيوان، والحيوان أجناس فكذلك الألبان، واللحمان لا تتولد من الحيوان. والصحيح أنها كاللحمان].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [**فصل** وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا في الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن. لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الذهب بالذهب تبره**

وعينه وزناً بوزن، والفضة بالفضة تبره وعينه وزناً بوزن، والملح بالملح، والتمر بالتمر، والبر بالبر، والشعير بالشعير كيلاً بكيل، فمن زاد أو ازداد فقد أربى].

الشرح: حديث عبادة هذا بهذا اللفظ، أخرجه النسائي في السنن الكبرى وسنده صحيح، ولم يخرجه من الأئمة الستة غيره، ورواه البيهقي أيضاً من غير طريق النسائي[1]، وأخرجه النسائي في كتابه المجتبى بهذا اللفظ أيضاً إلا قوله في آخره «**كيلاً بكيل**» فإن موضعها عنده «**سواء بسواء مثلاً بمثل**». وقد تقدم حديث عبادة رضي الله عنه في موضعين من كلام المصنف، وأصله في صحيح مسلم كما تقدم. وأما التبر فقال الأزهري: التبر من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ ولا مضروب، وكذلك من النحاس وسائر الجواهر ما كان كساراً غير مصنوع آنية ولا مضروب فلوساً، وأصل التبر من قولك: تبرت الشيء أي كسرته حداداً.

وأما الأحكام فقد اتفق أكثر العلماء على أن المساواة المعتبرة هي المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً، ولا يضر اختلاف المكيلين في الوزن ولا اختلاف الموزونين في الكيل.

فرع وقول المصنف رحمه الله تعالى [فيما يكال وفيما يوزن] يعني بالنظر إلى جنسه لا إلى قدره، فلو امتنع لأجل القلة كالحبة والحبتين فإنها لا تكال، والذرة من الذهب والفضة فإنها لا توزن، فعندنا يمتنع بيعها بمثلها، فلا يباع حفنة بحفنة ولا بحفنتين، ولا تمرة بتمرتين، ولا ذرة من ذهب وفضة بذرة. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك كله. وضابط ما يجوز بيعه بجنسه من سائر المكيلات عند الحنفية: أن لا يبلغ نصف صاع، فلو بلغه أحدهما دون الآخر امتنع عندهم.

فرع أطلق الرافعي رضي الله عنه والنووي رضي الله عنه هنا: أن كل

---

(١) أخرجه النسائي في البيوع (٧/٢٧٧) والبيهقي (٥/٢٧٧)، وصححه الألباني في صحيح النسائي برقم ٤٢٥٥.

ما يتجافى في المكيال يباع بعضه ببعض وزناً. وظاهر ذلك شموله لما علم معيار جنسه على عهد رسول الله ﷺ ومالم يعلم، فمقتضاه أن التمر الكبار الذي يتجافى في المكيال يباع وزناً، ولم أر من صرح به، نعم هذا الضابط ذكره غير الرافعي فيما لم يعلم معياره، وعبارة التهذيب مطلقة كعبارة الرافعي.

قال المصنف رحمه الله: [فإن باع صبرة طعام[1] بصبرة طعام وهما لا يعلمان كيلهما لم يصح البيع، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام**»].

الشرح: حديث جابر المذكور بهذا اللفظ الذي في الكتاب رواه النسائي وزاد «**ولا الصبرة من الطعام بالكيل المسمى من الطعام**» وسنده على شرط مسلم[2]. ورواه مسلم بلفظ آخر فقال فيه جابر: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلتها بالكيل المسمى من التمر»[3] ورواه الشافعي في الأم بهذا اللفظ الذي عند مسلم سواء. وفي رواية عند مسلم لم يذكر من التمر في آخر الحديث. فالاختلاف بين روايتي مسلم والرواية الأولى في تقييده الصبرة المعينة بالتمر، وليس هذا باختلاف ضار ولعلهما جميعاً ثابتان فلا تنافي بينهما، لا سيما والإطلاق من لفظ النبي ﷺ، والتقييد في الرواية الأخرى من قول جابر، فلعل جابراً حضر النبي ﷺ وقد سئل عن بيع صبرة من التمر غير معلومة المكيال فنهى عنها، وذكر ﷺ إما في ذلك الوقت وإما في غيره لفظاً شاملاً تندرج فيه تلك الصبرة وغيرها، وروي الأمران عنه فلا يكون ذلك من الباب الذي نحن فيه حمل المطلق على المقيد، وإنما يصح ذلك لو كان الكلامان من قول النبي ﷺ. ولو

---

(١) صبرة: بضم الصاد وإسكان الباء، وهي ما جمع من الطعام بلا كيل ولا وزن بعضه فوق بعض. (لسان العرب).

(٢) أخرجه النسائي في البيوع (٧/٢٧٠) وصححه الألباني في صحيح النسائي برقم **٤٢٣٩**.

(٣) أخرجه مسلم في البيوع: باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر (١٠/١٧٢).

فرضنا أنه لم يمكن الجمع المذكور، وأن الصادر من النبي ﷺ أحدهما فقط وأن ذلك اختلاف في الرواية، فالأخذ باللفظ المنسوب إلى النبي ﷺ أولى من الأخذ باللفظ الذي عبر به الراوي عنه. ولو لم يحصل الترجيح المذكور ولم يثبت إلا الرواية المقيدة لكان القياس الجلي، ويدل على أنه لا فرق بين التمر وغيره. والله أعلم.

ولفظ الحديث عام والمراد به خاص، وهو ما إذا كانتا غير معلومتين بدليل الرواية الأخرى. والله أعلم.

وقول المصنف «صبرة طعام بصبرة طعام» أي من جنسه، وحذف ذلك، لأن كلامه السابق في بيع الجنس الواحد بعضه ببعض فأغنى عن تقييده. وأيضاً فإن الطعام في عرف أهل بغداد والعراق يختص بالقمح، فلذلك كثيراً ما يذكره الفقهاء العراقيون ويريدون ذلك.

وأما الأحكام فإذا باع صبرة من طعام بصبرة من طعام وهما لا يعلمان كيلهما، فإما أن تكون الصبرتان من جنس واحد أو لا. فإن كانتا من جنس واحد لم يجز، نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك، والحديث المذكور حجة له، ولهذا نقول: إن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة. وإن كانتا من جنسين كتمر بزبيب وتبايعاهما جزافاً جاز استدلالاً بقوله ﷺ: «**فإذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم**»، ولمفهوم الرواية الأولى من روايتي مسلم المتقدمة التي فيها «**بالكيل المسمى من التمر**» فتقييده بذلك يدل على أنه لو باعها بجنس غير التمر لجاز، وهذا التقييد هنا زيادة من الراوي يجب قبولها وليس فيها من البحث ما تقدم كما لا يخفى على متأمل. هذا مذهبنا ومذهب أكثر العلماء، ونقل عن أحمد كراهة ذلك.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع صبرة طعام بصبرة طعام صاعاً بصاع فخرجتا متساويتين صح البيع. وإن خرجتا متفاضلتين ففيه قولان، **أحدهما**: أنه باطل، لأنه بيع طعام بطعام متفاضلاً. **والثاني**: أنه يصح فيما تساويا فيه، لأنه شرط التساوي في الكيل. ومن نقصت صبرته فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه بمقدار صبرته، لأنه دخل على أن يسلّم له جميع الصبرة ولم يسلم له فثبت له الخيار].

الشرح: بيع الصبرة بالصبرة له حالتان، **أحدهما**: أن يكون جزافاً وقد تقدم حكمه. **والثاني**: أن يكون مكايلة، والكلام الآن فيه. والمسألة هكذا كما ذكرها المصنف رحمه الله منصوص عليها في الأم في باب المزابنة[1]. قال الشافعي: لو عقدا بيعهما على أن يتكايلا هذين الطعامين جميعاً بأعيانهما مكيالاً بمكيال، فتكايلاه فكانا مستويين جاز، وإن كانا متفاضلين ففيها قولان **أحدهما**: أن للذي نقصت صبرته الخيار في رد البيع، لأنه بيع كيل شيء فلم يسلّم له، لأنه لا يحل له أخذه، أو رد البيع[2]. والقول الثاني: أن البيع مفسوخ، لأنه وقع على شيء بعضه حرام وبعضه حلال فالبيع مفسوخ، وبهذا أقول، والقول الذي حكيت ضعيف ليس بقياس، إنما يكون له الخيار فيما نقص مما لا ربا في زيادة بعضه على بعض، فأما ما فيه الربا فقد انعقد البيع على الكل فوجد البعض محرماً أن يملك بهذه العقدة، فكيف يكون له الخيار في أن يأخذ بعض بيعة وفيها حرام.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع صبرة طعام بصبرة شعير[3] كيلاً بكيل فخرجتا متساويتين جاز. وإن خرجتا متفاضلتين، فإن رضي صاحب الصبرة الزائدة بتسليم الزيادة أقر العقد ووجب على الآخر قبوله، لأنه ملك الجميع بالعقد، وإن رضي صاحب الصبرة الناقصة بقدر صبرته من الصبرة الزائدة أقر العقد، وإن تشاحا فسخ البيع، لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه على التساوي في المقدار وقد تعذر ذلك ففسخ العقد].

الشرح: صورة المسألة أن يبيع كل منهما صبرته بجميع صبرة صاحبه المغايرة لها في الجنس، على أنهما سواء في المقدار. فإن خرجتا متساويتين جاز البيع بلا خلاف. وإن خرجتا متفاضلتين وتراضيا على تسوية الفضل

---

(١) في ص (٣/٦٤)، ومن الأم نقلته لتحريف وقع في المطبوعة.

(٢) الظاهر أن نسخة الأم لم تسلم أيضاً من التحريف أو النقص في هذا الموضع، إلا أنها أوضح من نسخة المجموع.

(٣) قوله صبرة طعام بصبرة شعير، ومعلوم أن الشعير من الطعام، يؤكد كلام السبكي رحمه الله المتقدم من: أن الطعام يراد به نوع خاص وهو القمح في عرف بعض البلاد. والله أعلم.

جاز أيضاً، وإن تمانعا فسخ البيع بينهما لا لأجل الربا، ولكن لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه على أنهما سواء في المقدار، فتبين خلاف ذلك.

قال المصنف رحمه الله: [ويعتبر التساوي فيما يكال ويوزن بكيل الحجاز ووزنه، لما روي أن النبي ﷺ قال: «**المكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة**].

الشرح: الحديث المذكور، رواه أبو داود والنسائي من حديث ابن عمر رضي الله عنهما[1]. وذكر أبو داود اختلافاً في سنده ومتنه.

قال الخطابي رحمه الله في معناه: هذا حديث قد تكلم فيه بعض الناس وتخبّط في تأويله، وزعم أن النبي ﷺ أراد بهذا القول تعديل الموازين والمكاييل، وجعل عيارها أوزان أهل مكة ومكاييل أهل المدينة، ليكون عند التنازع حكماً بين الناس يحملون عليها إذا تداعوا، فادعى بعضهم وزناً أوفى أو مكيالاً أكبر، وادعى الخصم أن الذي لزمه هو الأصغر منهما دون الأكبر. قال: وهذا تأويل فاسد وذلك أن من أقر لرجل مكيلة بر أو بعشرة أرطال من تمر أو غيره، واختلفا في قدر المكيلة والرطل، فإنهما يحملان على عرف البلد وعادة الناس في المكان الذي هو به، ولا يكلف أن يعطي برطل مكة ولا بمكيال المدينة. وإنما جاء الحديث في نوع ما يتعلق به أحكام الشريعة في حقوق الله سبحانه وتعالى دون ما يتعامل به الناس في بياعاتهم وأمور معاشهم. فقوله: «**الوزن وزن أهل مكة**» يريدون الذهب والفضة خصوصاً دون سائر الأوزان، ومعناه: أن الوزن الذي يتعلق به حق الزكاة في النقود وزن أهل مكة، وهي دراهم الإسلام المعدّلة منها العشرة بسبعة مثاقيل، فإذا ملك رجل منها مائتي درهم وجبت فيها الزكاة، وذلك أن الدراهم مختلفة الأوزان في بعض البلدان، وكان أهل المدينة يتعاملون بالدراهم عدداً وقت مقدم رسول الله ﷺ إليها، والدليل على صحة

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٦٣٣ ـ ٣/٦٣٦) والنسائي في الزكاة: باب كم الصاع (٥/٥٤) وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٨٥٧.

ذلك: أن عائشة رضي الله عنها قالت فيما روي عنها في قصة بريرة: «إن شاء أهلك أعدها لهم عدة واحدة فعلت» تريد الدراهم التي هي ثمنها فأرشدهم رسول الله ﷺ إلى الوزن فيها وجعل المعيار وزن أهل مكة دون ما يتفاوت وزنه منها في سائر البلدان. وأما قوله: «**والمكيال مكيال أهل المدينة**» فإنما هو الصاع الذي يتعلق به وجوب الكفارات ويجب إخراج صدقة الفطر به ويكون تقدير النفقات وما في معناها بعياره. والله أعلم. وللناس صيعان مختلفة، فإذا جاء باب المعاملات حملنا العراقي على الصاع المتعارف المشهور عند أهل بلاده، والحجازي على الصاع المعروف ببلاد الحجاز، وكذلك أهل كل بلد على عرف أهله، فإذا جاءت الشريعة وأحكامها فهو صاع المدينة، فهو معنى الحديث وتوجيهه عندي. والله أعلم، هذا آخركلام الخطابي[1].

وقال الشارحون للمهذب والأصحاب: إنه ليس المراد أنه لا يكال إلا بكيل المدينة ولا يوزن إلا بوزن مكة، وإنما المراد أن المرجع في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً إلى هذين البلدين. فكل مطعوم كان أصله بالحجاز في عهد رسول الله ﷺ الكيل كالبر والشعير فاعتبار المماثلة فيه بالكيل، وما كان أصله بالحجاز الوزن كالذهب والفضة ونحوهما فاعتبار المماثلة فيه بالوزن. والحديث وإن لم يذكر فيه إلا مكة والمدينة فلا خلاف أنه لا يختص بهما، بل الحجاز كله كذلك. وعلى هذا التفسير يحمل كلام المصنف، وتقديره: ويعتبر التساوي المذكور في الفصل المتقدم وهو التساوي في الكيل في المكيل، والوزن في الموزون فيما هو مكيل بالحجاز أو موزون به، وأما ما ليس مكيلاً بالحجاز ولا موزوناً به فسيأتي حكمه. فهذا محمل سائغ، ويؤيده أنه لو كان المراد: ويعتبر التساوي بكيل الحجاز ووزنه فيما يكال ويوزن مطلقاً، لم يحسن قوله بعد ذلك «وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن».

قلت: لا شك أن ما قاله الأصحاب من أن المرجع في كون الشيء

---

(١) معالم السنن (٦٠ ـ ٣/٦٤)، ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

مكيلاً أو موزوناً هو إلى ما كان في عهد النبي ﷺ في الحجاز لا شك أنه صحيح. أما قولهم: إن هذا هو تفسير الحديث فلا يستقيم، لأن النبي ﷺ فرّق في الحديث بين مكة والمدينة فاعتبر المكيال لأهل المدينة والوزن لأهل مكة، ولو كان ما قالوه مستقيماً لما احتيج إلى التفريق، فإن ما اعتبر في عهده ﷺ من الأشياء مكيلاً كالبر فهو مكيل عند أهل مكة والمدينة وغيرهم بلا فرق وكذا الموزون. وإنما الصحيح في معنى الحديث هو ما فسره الخطابي رحمه الله. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان مما لا أصل له بالحجاز في الكيل والوزن نظرت: فإن كان مما لا يمكن كيله اعتبر التساوي فيه بالوزن، لأنه لا يمكن غيره، وإن كان مما يمكن كيله ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه يعتبر بأشبه الأشياء به في الحجاز، فإن كان مكيلاً لم يجز بيعه إلا كيلاً وإن كان موزوناً لم يجز بيعه إلا موزوناً، لأن الأصل فيه الكيل والوزن بالحجاز، فإذا لم يكن له في الحجاز أصل في الكيل والوزن اعتبر بأشبه الأشياء به. و**الثاني**: أنه يعتبر بالبلد الذي فيه البيع لأنه أقرب إليه].

الشرح: قوله: «وإن كان» أي الذي يكال أو يوزن، الذي صدّر الفصل به. وحاصله: أن المبيع المطعوم إما أن يكون مما يكال أو يوزن أو لا. وعلى كل من التقديرين فإما أن يكون عهد له أصل بالحجاز أو لا. فالقسم الأول وهو المكيل أو الموزون المعهود بالحجاز، تقدم الكلام فيه في صدر الفصل، وأنه يعتبر الكيل في المكيل والوزن في الموزون. والقسم الثاني: المكيل أو الموزون الذي ليس له أصل بالحجاز، وهو المقصود بهذه القطعة من الفصل. وإنما فرضت كلام المصنف في ذلك ليكون مما يجري فيه الربا قولاً واحداً قديماً وجديداً، فإنه ذكر القسمين الأخيرين في المبيع المطعوم مما لا يكال ولا يوزن[1]، بعد ذلك وفرّعه على الجديد فأفاد كلامه أنه أراد ما ذكرته من التصوير.

---

(١) ورد في هذا الموضع نقص في المطبوعة فاستدركته مما فهمته من كلام الشارح والله اعلم.

وأما حكم الفصل فهو كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان مما لا يكال ولا يوزن، وقلنا بقوله الجديد: إنه يحرم فيه الربا، وجوّزنا بيع بعضه ببعض نظرت: فإن كان مما لا يمكن كيله كالبقل والقثاء والبطيخ وما أشبهها بيع وزناً. وإن كان مما يمكن كيله ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يباع إلا كيلاً، لأن الأصل هو الأعيان الأربعة المنصوص عليها، وهي مكيلة فوجب رده إلى الأصل. **والثاني**: أنه لا يباع إلا وزناً لأن الوزن أحصر].

الشرح: قوله: «وإن كان ـ أي المبيع المطعوم ـ مما لا يكال ولا يوزن» أي في العادة، وإن كان قد يتأتى كيله أو وزنه على خلاف العادة. وهذا القسم يندرج تحته القسم الثالث والرابع من التقسيم المتقدم.

وحكمه كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله

فصل [وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة، كبيع ثوب ودرهم بدرهمين، ومد عجوة ودرهم بدرهمين. ولا يباع نوعان من جنس بنوع كدينار قاساني ودينار سابوري بقاسانيين أو سابوريين، أو كدينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو دينارين قراضة. والدليل عليه ما روى فضالة بن عبيد قال: «أتى رجل إلى رسول الله ﷺ بقلادة فيها خرز معلّقة بذهب فابتاعها رجل بسبعة دنانير أو تسعة دنانير فقال عليه السلام: «**لا حتى تميز بينه وبينه**» قال: أنا أردت الحجارة فقال: «**لا حتى تميز بينهما**»، ولأن الصفقة إذا جمعت شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن عليهما. والدليل عليه أنه إذا باع سيفاً وشقصاً بألف قوّم السيف والشقص وقسم الألف عليهما على قدر قيمتهما، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن على قدر قيمته، وأمسك المشتري السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته. وإذا قسم الثمن على قدر القيمة أدى إلى الربا، لأنه إذا باع ديناراً صحيحاً قيمته عشرون درهماً وديناراً قراضة قيمته عشرة بدينارين، وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما

صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين، والصحيح بالثلثين، وذلك ربا].

الشرح: حديث فضالة رواه بهذا اللفظ أبو داود بسند صحيح[(١)]. وقد روي هذا الحديث بألفاظ مختلفة منها: عن فضالة قال: اشتريت يوم خيبر قلادة ثمنها اثنا عشر ديناراً فيها ذهب وخرز، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «**لا تباع حتى تفصل**» لفظ مسلم وأبي داود في أحد طريقيه والترمذي وقال: حديث حسن صحيح. ولفظ النسائي مثله إلا أنه لم يعين الثمن[(٢)]. ومنها: عن فضالة قال: أتي رسول الله ﷺ وهو بخيبر بقلائد فيها خرز وذهب وهي من الغنائم تباع فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع ثم قال لهم رسول الله ﷺ: «**الذهب بالذهب وزناً بوزن**» رواه مسلم أيضاً[(٣)]. ومنها: عن حنش قال: كنا مع فضالة بن عبيد في غزوة فطارت لي ولأصحابي قلادة فيها ذهب وورق وجوهر فأردت أن أشتريها فسألت فضالة بن عبيد فقال: انزع ذهبها فاجعله في كفة واجعل ذهبك في كفة ثم لا تأخذن إلا مثلاً بمثل، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأخذن إلا مثلاً بمثل**» رواه مسلم أيضاً[(٤)]. ومنها: عن فضالة قال: أصبت يوم خيبر قلادة فيها ذهب وخرز فأردت بيعها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: **افصل بعضها من بعض ثم بعها**» رواه النسائي[(٥)].

قال البيهقي في السنن الكبير: سياق هذه الأحاديث مع عدالة رواتها تدل على أنها كانت بيوعاً شهدها فضالة كلها والنبي ﷺ ينهى عنها فأداها

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع: باب في حلية السيف تباع بالدراهم (٦٤٧ ـ ٣/٦٤٩) بنحوه، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٨٦٦.

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة: باب الربا (١٧ ـ ١١/١٨) وأبو داود في البيوع (٦٤٩ ـ ٣/٦٥٠) وكذا الترمذي (٣/٥٥٦) والنسائي (٧/٢٧٩) فيه.

(٣) مسلم (١١/١٧).

(٤) مسلم (١١/١٩).

(٥) النسائي (٧/٢٧٩)، وصححه الألباني في صحيح النسائي برقم ٤٢٦٥.

كلها، وحنش الصنعاني أداها متفرقاً[1]. وقال في كتاب المعرفة بعد أن ذكر الرواية التي ذكرها المصنف ثم ذكر القصة الأخرى التي ذكرناها عن مسلم، ثم حكم بأنها قصة أخرى قال: لأن في هذه الرواية أنه بنفسه اشتراها وفي تلك أن رجلاً ابتاعها واختلفا أيضاً في قدر الدنانير غير أنهما اتفقا في النهي حتى يفصل، وفي ذلك دلالة على أن المنع من البيع لأجل الجمع بينهما في صفقة واحدة[2]. وهذا الذي قاله البيهقي متعين، فإن أسانيد الطرق كلها صحاح ولا منافاة بينها، فالجمع بينها بذلك أولى من الحكم على بعضها بالغلط. وأيضاً كلها متفقة على النهي عن البيع حتى يفصل كما أشار إليه البيهقي، وهو موضع الاستدلال. وقد رام الطحاوي دفعها بما حصل فيها من الاختلاف قال: وقد اضطرب علينا حديث فضالة الذي ذكرنا، فرواه قوم على ما ذكرنا في أول هذا الباب ورواه آخرون على غير ذلك، فقد يجوز أن يكون رسول الله ﷺ فصل الذهب لأن صلاح المسلمين كان في ذلك ففعل ما فيه صلاحهم لا لأن بيع الذهب قبل أن ينزع مع غيره في صفقة واحدة غير جائز، وهذا خلاف ما روى من روى أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تباع حتى تفصل**» ثم قال: فقد اضطرب هذا الحديث فلم يوقف على ما أريد منه، فليس لأحد أن يحتج بمعنى من المعاني التي روي عليها إلا احتج مخالفه عليه بالمعنى الآخر[3]. قلت: وليس ذلك باضطراب قادح ولا ترد الأحاديث الصحيحة بمثل هذه الاحتمالات، وقوله ﷺ: «**لا يباع حتى يفصل**» صريح لا يحتمل التأويل، وكون فضالة أفتى به في غير طريقة غير مرفوع إلى النبي ﷺ لا ينفي سماعه له، فقد يسمع الراوي شيئاً ثم يتفق له مثل تلك الواقعة فيفتي بمثله. والله أعلم.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

---

(١) البيهقي (٥/٢٩٣).

(٢) المعرفة (٤/٣٠٩).

(٣) معاني الآثار (٧٣ ـ ٤/٧٥)، ومنه نقلته لنقص ورد في المطبوعة.

قال المصنف رحمه الله:

فصل [ولا يباع خالصه بمشوبه كحنطة خالصة بحنطة فيها شعير أو زوان، وفضة خالصة بفضة مغشوشة، وعسل مصفى بعسل فيه شمع، لأن أحدهما يفضل على الآخر. ولا يباع مشوبه بمشوبه كحنطة فيها شعير أو زوان بحنطة فيها شعير أو زوان، وفضة مغشوشة بفضة مغشوشة، أو عسل فيه شمع بعسل فيه شمع، لأنه لا يعلم التماثل بين الحنطتين وبين الفضتين وبين العسلين. ويجوز أن يباع طعام بطعام وفيه قليل تراب، لأن التراب يحصل في سفوف الطعام ولا يظهر في الكيل. فإن باع موزوناً بموزون من جنسه من أموال الربا وفيه قليل تراب لم يجز، لأن ذلك يظهر في الوزن ويمنع من التماثل].

الشرح: قوله مشوب، هو بفتح الميم وضم الشين، وهو ما خالطه غيره. والزوان حب أسود وصغار، وفيه ثلاث لغات حكاها القلعي وابن باطيش: زؤان ـ بضم الزاي والهمز ـ قال القلعي: وهي أفصحها، وزوان ـ بالضم من غير همز ـ وزوان.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها.

قال المصنف رحمه الله: [**فصل ولا يباع رطبه بيابسه على الأرض، لما روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: «أينقص الرطب إذا يبس؟ فقالوا نعم فقال: «لا إذاً»**. فنهى عن بيع الرطب بالتمر، وجعل العلة فيه أنه ينقص عن يابسه، فدل على أن كل رطب لا يجوز بيع رطبه بيابسه].

الشرح: حديث سعد هذا أصل عظيم يجب الاعتناء به، وقد رواه أبو داود والترمذي وقال: حسن صحيح، والنسائي وابن ماجه ومالك والشافعي وأحمد والحاكم وغيرهم[1]. قال الحاكم: هذا حديث صحيح

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع: باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة (٣/٥٢٨) وكذا أبو داود: باب في التمر بالتمر (٦٥٤ ـ ٣/٦٥٧) والنسائي (٧/٢٦٩) ومالك: باب ما يكره من بيع التمر (٢/٦٢٤) فيه، وابن ماجه (٢/٧٦١)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٨٧١.

لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك رحمه الله، وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث، إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح خصوصاً في حديث أهل المدينة، ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن يزيد، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد أبي عياش[1]. وأما قول المصنف «عن بيع» فلم أجده في شيء من كتب الحديث، بل كلهم رواه إما بلفظ الشراء، وإما بحذفهما معاً.

وأما الأحكام: فقد اتفق الأصحاب وجمهور العلماء على مقتضى هذا الحديث وأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وقال أبو حنيفة بجواز بيع الرطب بالتمر كيلاً بكيل مثلاً بمثل. ونقل ابن المنذر أنهم أجمعوا على أن بيع التمر بالرطب لا يجوز إلا أبا حنيفة. ومحل الخلاف في الرطب المقطوع على الأرض.

واحتج المنتصرون لأبي حنيفة بأن الرطب والتمر إما أن يكونا جنساً واحداً أو جنسين، فإن كانا جنساً واحداً فبيع الجنس الواحد بعضه ببعض مثلاً بمثل جائز، وإن كانا جنسين فبيع جنس بجنس آخر أجوز. وفي المبسوط من كتب الحنفية أن أبا حنيفة دخل بغداد فسئل عن هذه المسألة وكانوا شديدين عليه لمخالفته الخبر فذكر هذا الاستدلال، فأورد عليه حديث سعد فقال: إن زيداً أبا عياش لا يقبل حديثه.

وأجاب الأصحاب عن الأول بأنهما جنس واحد، ولا يلزم جواز بيع بعضه ببعض كالدقيق بالحنطة، وقد وافقنا أبو حنيفة على أنه لا يجوز بيعه بها. فإن اعتذروا بأن طحن الدقيق صنعة تعارض عملها، لزمهم أن يجيزوا التفاضل بين الدقيق والحنطة، ثم إن الصنعة لا أثر لها في عقود الربا. وأما حديث سعد فمدار تضعيف من ضعفه على جهالة أبي عياش، وأول من ردّه بذلك أبو حنيفة رحمه الله قال: هو مجهول، وقد قال الدارقطني فيما نقل التربشتي عنه: أنه ثقة، فثبت بذلك عدالته ولا يضره قول من لا يعرفه: أنه

(١) مستدرك الحاكم (٢/٣٩).

مجهول، فإن ذلك ليس بتجريح. ولم أعلم أحداً من أئمة الحديث ضعّف هذا الحديث ولا تكلم في أبي عياش هذا.

قال المصنف رحمه الله: [وأما بيع رطبه برطبه فينظر فيه: فإن كان ذلك مما يدخر يابسه كالرطب والعنب لم يجز بيع رطبه برطبه. وقال المزني: يجوز، لأن معظم منافعه في حال رطوبته فجاز بيع بعضه ببعض كاللبن. والدليل على أنه لا يجوز أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والادخار، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالتمر بالتمر جزافاً، ويخالف اللبن فإن كماله في حال رطوبته، لأنه يصلح لكل ما يراد به والكمال في الرطب والعنب في حال يبوسته، لأنه يعمل منه كل ما يراد منه ويصلح للبقاء والادخار].

الشرح: اتفق جمهور الأصحاب على أنه لا يجوز بيع الرطب بالرطب، ومحل الكلام في الزائد على خمسة أوسق. أما إذا باع خمسة أوسق فما دونها رطباً مقطوعاً على الأرض بمثلها فسيأتي حكمه في العرايا. وقد خالف الشافعي رحمه الله في هذه المسألة أكثر العلماء، فذهب مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد في المشهور عنه والمزني إلى الجواز. وأدلة الفريقين في الكتاب.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان مما لا يدخر يابسه كسائر الفواكه ففيه قولان، **أحدهما**: لا يجوز لأنه جنس فيه رباً فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب. و**الثاني**: أنه يجوز، لأن معظم منافعه في حال رطوبته فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن].

الشرح: المشهور من المذهب أن الذي لا يدّخر يابسه في العادة، كالسفرجل والرمان والتفاح والتوت، والبطيخ والموز والخيار، والباذنجان والبصل وجميع البقول، لا يجوز بيعه رطباً بجنسه، فعلى هذا لا يجوز رمانة برمانتين ولا رمانة برمانة لعدم التماثل.

قال المصنف رحمه الله: [وفي الرطب الذي لا يجيء منه التمر، والعنب الذي لا يجيء منه الزبيب، طريقان **أحدهما**: أنه لا يجوز بيع بعضه

ببعض، لأن الغالب منه أنه يدخر يابسه وما لا يدخر منه نادر فألحق بالغالب. و**الثاني**: وهو قول أبي العباس: أنه على قولين لأن معظم منفعته في حال رطوبته، فكان على قولين كسائر الفواكه].

الشرح: الرطب والعنب على قسمين: منه ما له جفاف وكمال في حالة جفافه، وقد تقدم حكمه، وأنه لا يجوز بيع رطبه برطبه ولا بيابسه جزماً، ويجوز بيع يابسه بيابسه اتفاقاً. ومنه ما لا يجفف في العادة، فهذا القسم فيه شبه من الفواكه، وفي حكمه الطريقان اللذان ذكرهما المصنف، وقد صرح الشافعي في الأم بالمنع، ويدل له عموم الحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تبيعوا الثمرة بالثمرة**» رواه الإسماعيلي في المستخرج[1]، وهو مضبوط هكذا بالهاء في كل منهما. والثمرة اسم عام يشمل ما له جفاف وما لا جفاف له، يخرج من ذلك ما إذا اختلف الجنس كبيع العنب بالرطب لقوله: «**إذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم**» ويبقى فيما عدا ذلك على مقتضى الدليل. وأيضاً الوصف الذي جعل علة وهو قوله: «**أينقص الرطب إذا جف**»، ولا شك أن النقصان موجود فيما يجيء منه تمر وفيما لايجيء منه، وذلك يشير إلى أن التساوي في حال الرطوبة لا اعتبار به. وأما كوننا نتحيّز إلى التعليل بذلك نظراً إلى أشرف حالاته وأكملها وهو حالة الجفاف، وذلك مفقود فيما لا يجيء منه تمر، فهو وإن كان معنى مناسباً، لكنه لا يقوى على معارضة الظاهر المستفاد من العموم ومن الوصف الذي جعل علة. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [وفي بيع اللحم الطري باللحم الطري أيضاً طريقان، **أحدهما**: وهو المنصوص: أنه لا يجوز، لأنه يدخر يابسه فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب. و**الثاني**: وهو قول أبي العباس أنه على قولين، لأن معظم منفعته في حال رطوبته فصار كالفواكه].

---

(١) أخرج البخاري في البيوع: باب بيع المزابنة (٤/٣٨٣) وكذا مسلم (١٠/١٨٣) فيه حديث ابن عمر بلفظ: «**ولا تبيعوا الثمر بالتمر**» ـ بالثاء في الأولى والتاء في الثانية ـ أي الرطب بالتمر.

الشرح: صورة المسألة في بيع اللحم بلحم من جنسه، إن قلنا إن اللحوم أجناس، وهو الصحيح، أو مطلقاً على القول الآخر. أما إذا قلنا إنها أجناس وباعه بغير جنسه، فإنه يجوز متماثلاً ومتفاضلاً، رطبين ويابسين، ورطباً ويابساً، وزناً وجزافاً، لا شك في ذلك، وإنما مقصود المصنف إذا كانا من جنس واحد أو على القول الآخر كما نبهت عليه. والحكم كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن باع منه ما فيه نداوة يسيرة بمثله كالتمر الحديث بعضه ببعض جاز بلا خلاف، لأن ذلك لا يظهر في الكيل. وإن كان مما يوزن كاللحم لم يجز لأنه يظهر في الوزن].

الشرح: مقصود المصنف الكلام على ما يمنع بيع رطبه برطبه أو بيابسه من الأشياء المتقدمة إذا وصل إلى حالة اليبس، هل يشترط تناهي اليبس، أو يكتفى بما دون ذلك، وما الضابط فيه؟ وقد فرّق في ذلك بين المكيل والموزون، وذلك مأخوذ من كلام الشافعي رضي الله عنه.

وقد اتفق الأصحاب على الحكمين اللذين ذكرهما المصنف. وقال الروياني في البحر: لو باع التمر الحديث بالتمر العتيق، قال بعض أصحابنا: يجوز، لأن النقصان يسير فيعفى كقليل التراب في المكيل. قال: وهذا لا يصح والتحقيق أنه ينظر: فإن كان إذا جف تاماً ينقص وزنه ولا يتقلص حبه ولا يظهر في الكيل فيجوز، لأنه لا اعتبار في الوزن فيه، وإن كان يتقلص حبه ويظهر ذلك في الكيل فلا يجوز. قلت: وهذا التفصيل متعين، وهو مراد من أطلق المسألة وليس ذلك خلافاً. والله أعلم.

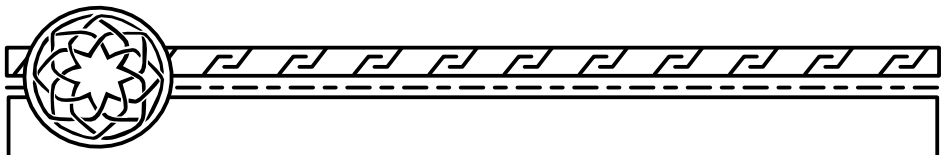


مختصر
المجموع شرح المهذب

الجزء الحادي عشر

١٩٥٩

١٩٦٠



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

باب بيع العرايا

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وأما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصاً، فإنه يجوز للفقراء فيخرص ما على النخل من الرطب وما يجيء منه من التمر إذا جف، ثم يبيع ذلك بمثله تمراً ويسلمه قبل التفرق. والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال: قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر، فرخّص لهم رسول الله ﷺ أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونها رطباً].

الشرح: حديث زيد بن ثابت في العرايا، ثابت في صحيحي البخاري ومسلم وغيرهما[1]. ولفظ البخاري ومسلم «أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً» وألفاظ أخر غير ذلك. وأما ما ذكره المصنف من رواية محمود بن لبيد فلم أرها إلا في كلام الشافعي رضي الله عنه فيها

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٨٤) وكذا مسلم (١٠/١٨٤) وأبو داود (٦٥٩ ـ ٣/٦٧٠) والنسائي (٧/٢٦٧) والترمذي (٣/٥٩٥) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٦٢).

فيما ذكر محمود بن لبيد قال: سألت زيد بن ثابت ... فذكره بنحوه[1]. ونقله البيهقي في المعرفة عن الشافعي كذلك معلقاً لم يذكر له إسناداً يتصل به[2]. وأشار ابن حزم إلى تضعيفه بقوله: إن الشافعي ذكر فيه حديثاً لا يدري أحد منشأه ولا مبدأه ولا طريقه وذكره أيضاً بغير إسناد فبطل أن يكون فيه حجة[3]، يعني في اختصاصها بالفقراء.

والعرايا جمع عرية، وهي تفرد صاحبها للأكل. وأما المراد بها هنا فعندنا هو: بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر على وجه الأرض، والعرايا نوع من المزابنة رخص فيه. قال أهل اللغة الأزهري والهروي وغيرهما: «أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة» وهي: بيع التمر في رؤوس النخل بالتمر، رخّص من جملة المزابنة فيما دون خمسة أوسق، وهو أن يجيء الرجل إلى صاحب الحائط فيقول له: بعني من حائطك ثلاث نخلات بأعيانها بخرصها من التمر[4]، فيبيعها إياها ويقبض الثمن ويسلم إليه النخلات يأكلها ويتمرها.

ومذهبنا ومذهب أكثر أهل العلم منهم: مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام وأحمد وإسحاق وأبو عبيد وداود وغيرهم، أن ذلك جائز وجعله مستثنى من جهة نهي النبي ﷺ عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر كذلك. قال ابن المنذر: وخالف في ذلك أبو حنيفة وأصحابه ولمالك بعض مخالفة في ذلك.

أما الحنفية فحملت العرية على معنى الهبة وهي أن يخص رب الحائط القوم فيعطي الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر هدية يأكلها. قالوا: فكأنه رخص لمن وهب ثمر نخلة لرجل ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك تمراً ويرجع فيها، وسماه بيعاً لأن ما دفع إليه من التمر كالعوض عما وهب به، فتحمل العرية على الحقيقة والبيع على المجاز.

---

(١) الأم (٣/٥٤).

(٢) المعرفة (٣٤٢ ـ ٤/٣٤٣).

(٣) المحلى (٥/٤٦٣).

(٤) بخرصها أي بتقديرها، فالخارص يقدر كم تنتج هذه النخلات من التمر.

وأما مالك رحمه الله تعالى فهو وإن وافق على مقتضى الحديث، يفسر العرايا بتفسير أخص مما يقوله الشافعي وهو: أن يهب الرجل تمر نخلة أو نخلات، ثم يتضرر بمداخلة الموهوب له فيشتريها بخرصها تمراً، وهذه الصورة عندنا من جملة العرايا لكن الخلاف معه في قصرها على ذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وهل يجوز للأغنياء؟ فيه قولان، **أحدهما**: لا يجوز وهو اختيار المزني، لأن الرخصة وردت في حق الفقراء، والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فبقي في حقهم على الحظر. و**الثاني**: أنه يجوز لما روى سهل بن أبي حثمة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا أن تبتاع بخرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً» ولم يفرق. ولأن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع].

الشرح: حديث سهل هذا، رواه البخاري ومسلم وغيرهما[1].

وأما حكم المسألة ففيها طريقان أصحهما: القطع بعموم الرخصة للأغنياء والفقراء.

قال المصنف رحمه الله: [وهل يجوز ذلك في الرطب بالرطب؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها: يجوز وهو قول أبي علي بن خيران لما روى زيد بن ثابت قال: رخص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك. و**الثاني**: لا يجوز وهو قول أبي سعيد الإصطخري لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا تبايعوا ثمر النخل بثمر النخل**»، ولأن الخرص غرر، وقد وردت الرخصة في جوازه في أحد العوضين فلو جوزنا في الرطب بالرطب لجوزناه في العوضين، وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة فلم يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام. والثالث وهو قول أبي اسحاق: أنه إن كان نوعاً واحداً لم يجز، لأنه لا

---

(١) أخرجه البخاري (٤/٣٨٧) ومسلم (١٠/١٨٥) والنسائي (٧/٢٦٨) والترمذي (٣/٥٩٦) وأبو داود (٣/٦٦١).

حاجة به إليه لأن مثل ما يبتاعه عنده، وإن كان نوعين جاز لأنه قد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده].

الشرح: حديث زيد المذكور بهذا اللفظ في سنن أبي داود بسند صحيح[1]، لكن فيه بحث رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى فقالا فيه: «بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك»[2] هكذا، ومع ذلك لا حجة فيه لهذا الوجه، لأنه يحتمل أن يكون شك من الراوي ولا يكون للتخيير[3].

وأما حديث ابن عمر، فرواه البيهقي ولفظه: «**لا تبايعوا الثمرة بالتمر، ثمر النخل بثمر النخل**»[4] إسناده فيه محمد بن الحسين بن أحمد الفارسي، عن أحمد بن سعيد الثقفي لم أعرفهما.

وقول المصنف هل يجوز ذلك في الرطب بالرطب؟ أي سواء كان على رؤوس النخل فبيعا خرصاً أو كان أحدهما في الأرض فبيع الذي على النخل خرصاً بالذي على الأرض كيلاً، فالأوجه الثلاثة في المسألتين قاله القاضي أبو الطيب وغيره، والأقرب في عبارة المصنف أن يكون مراده الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الأرض، لأنه قال

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٦٥٩ ـ ٣/٦٦١)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٨٧٤.

(٢) أخرجه البخاري (٣٨٣ ـ ٤/٣٨٤) ومسلم (١٠/١٨٣).

(٣) احتملت «أو» أن تكون للشك أو للتخيير، فجاءت رواية أبي داود مبينة بأنها للتخيير لا للشك. والله أعلم.

(٤) أخرجه البيهقي (٥/٢٩٦) هكذا بالثاء والتاء، ومنه نقلته لتحريف وقع في المطبوعة، ولم تعد فيه حجة لأبي سعيد الإصطخري، لأن الثمر بالثاء يراد به الرطب وبالتاء يراد به التمر الجاف، وفي هذه الرواية لم يرد النهي عن بيع الرطب بالرطب، وإنما عن بيع الرطب بالتمر وهي المزابنة. ثم لو وردت هذه الرواية بالثاء فيهما لم تكن فيها حجة، لأن هذه في معنى المزابنة المنهي عنها، والمخالف لا ينكر النهي عن المزابنة، إنما يبين أن العرايا مستثناة من جملة النهي، ومنها: بيع الرطب بالرطب كما بينت رواية أبي داود. والله أعلم.

هل يجوز ذلك؟ وإشارة إلى المسألة السابقة وصورتها إذا كان أحدهما في الأرض.

وأما حكم المسألة ففيه الأوجه المذكورة، الصحيح منها: أنه لا يجوز مطلقاً ولا يجوز إلا بالتمر.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز في العرايا فيما زاد على خمسة أوسق في عقد واحد لما روى جابر رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة». فالمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من حنطة. والمزابنة أن يبيع الثمر على رؤوس النخل بمائة فرق. والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع].

الشرح: حديث جابر رضي الله عنه رواه مسلم بهذا اللفظ[1]. وقال البيهقي: إن البخاري رواه، ولم أره في البخاري إلا من رواية أبي سعيد الخدري[2]. وتفسير ما ورد في الحديث يحتمل أن يكون من قول جابر، فإن في مسلم في الرواية قال عطاء: فسّر لنا جابر قال: أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من الثمر، وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً، والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك بيع الزرع القائم بالحب كيلاً [3]. وفي رواية أخرى في مسلم «**والمحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم، والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر، والمخابرة الثلث والربع وأشباه ذلك**»[4]. وفي هذه الرواية ذكر الحديث وهذا التفسير جملة ثم قال الراوي: قلت لعطاء بن أبي رباح أسمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ؟ قال: نعم. وظاهره أن التفسير من قول النبي ﷺ. وعندي فيه توقف، لأن الراوي الأول عن عطاء الذي ميّز التفسير من الحديث أجل من راوي الرواية الأخرى المحتملة.

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع (١٠/١٩٣).

(٢) أخرجه البخاري (٤/٣٨٤).

(٣) مسلم (١٠/١٩٤).

(٤) مسلم (١٠/١٩٤).

وقوله: «بمائة فرق» المقصود بذلك على جهة المثال لا أنه تحديد. والوسق ـ بفتح الواو وكسرها والفتح أفصح ـ يجمع على أوسق وأوساق ووسوق، قال ابن سيده: هو حمل بعير، وقيل هو ستون صاعاً بصاع النبي ﷺ.

وقد اتفق الأصحاب على الحكم المذكور، قال الشيخ أبو حامد والمحاملي: لا خلاف أن فيما زاد على خمسة أوسق لا يجوز، وهو مذهب مالك وأحمد.

فرع قول المصنف «في عقد واحد» مفهومه أنه يجوز في عقود متفرقة. والأمر كذلك يجوز أن يبيع الرجل تمر بستانه كله لجماعة كل واحد منهم دون خمسة أوسق، نصّ على ذلك الشافعي والأصحاب. وقال إمام الحرمين: إنه لا خلاف فيه، ويجوز أن يبيع أيضاً للرجل الواحد في عقود كل عقد دون خمسة أوسق أو خمسة إن جوزناها، نصّ عليه الأصحاب، القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملي، ونفى الخلاف فيه إمام الحرمين والمتولي. قال النووي في الروضة: لأن الرخصة عامة في جميع العقود، وخالف في ذلك أحمد فقال: لا يجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة ولا يشتري أكثر من صفقة واحدة، ومذهبه معروف في سد باب الحيل.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق لما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق»].

الشرح: الثابت في الصحيحين في حديث أبي هريرة «**فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق**»[1] هكذا على الشك من رواية داود كما سيأتي قريباً إن شاء الله تعالى. وفي الترمذي «**فيما دون خمسة أوسق أو كذا**»[2]. وأما روايته بأحد اللفظين فقط كما ذكره المصنف، فلم أره في شيء من

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب بيع الثمر على رؤوس النخل (٤/٣٨٧) ومسلم (١٠/١٨٧).

(٢) الترمذي في البيوع (٣/٥٩٥).

كتب الحديث إلا في نسخة من سماعنا في مسند الشافعي، وراجعت نسخة أصح منها فوجدته على الصواب مكملاً كالروايات المشهورة، وكذلك رواية الشافعي رحمه الله في الأم. ومن عادة الشافعي أن رواياته في الحديث الواحد لا تختلف ولو رواها في مواضع متعددة لشدة ضبطه وإتقانه وتثبته، فتبين أن السقوط في تلك النسخة غلط من ناسخ.

وأما الحكم فهو كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وفي خمسة أوسق قولان **أحدهما**: لا يجوز وهو قول المزني، لأن الأصل هو الحظر وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة أوسق لحديث أبي هريرة رضي الله عنه. وفي خمسة أوسق شك، لأنه روي في حديث أبي هريرة «**فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق**» شك فيه داود بن الحصين فبقي على الأصل. ولأن خمسة أوسق في حكم ما زاد بدليل أنه تجب الزكاة في الجميع فإذا لم تجز فيما زاد على خمسة أوسق لم تجز في خمسة أوسق. والقول الثاني: أنه يجوز لعموم حديث سهل بن أبي حثمة].

الشرح: الحديث المذكور، رواه البخاري ومسلم رحمهما الله من حديث داود بن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق» هذا لفظ البخاري، ولفظ مسلم بنحوه. فشك داود وقال: خمسة أو دون خمسة.

وأما حكم المسألة ففيها قولان، أصحهما: لايجوز.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وما جاز في الرطب بالتمر جاز في العنب بالزبيب، لأنه يدخر يابسه ويمكن خرصه فأشبه الرطب. وفيما سوى ذلك من الثمار قولان، **أحدهما**: يجوز لأنه ثمرة، فجاز بيع رطبها بيابسها خرصا كالرطب. و**الثاني**: لا يجوز، لما روى زيد بن ثابت قال: «رخّص رسول الله ﷺ في العرايا بالتمر والرطب ولم يرخص في غير ذلك» ولأن سائر الثمار لا يدخر يابسها ولا يمكن خرصها لتفرقها في الأغصان واستتارها في الأوراق، فلم يجز بيعها خرصاً].

الشرح: حديث زيد هذا، رواه مسلم[1] وقد تقدم.

أما حكم المسألة: فقد نص الشافعي على أن العرايا من العنب كهي من التمر، واتفق أصحابه على ذلك. ووافقنا في ذلك المالكية وبعض الحنابلة، وخالف فيها الليث بن سعد وأحمد بن حنبل و داود الظاهري. واختلف أصحابنا هل جازت في الكرم نصاً أم قياساً؟ والصواب أن ذلك إنما ثبت بالقياس، وهو الذي يقتضيه كلام الشافعي.

وأما غيرهما من الثمار التي تجفف مثل الخوخ والإجاص والتين والجوز والمشمش، فهل يجوز على شجره بخرصه جافاً؟ فيه طريقان أظهرهما: أن المسألة على قولين، وهي الطريق التي حكاها القاضي أبو الطيب والمصنف والرافعي وغيرهم، أصح القولين: المنع، وبه قطع أصحاب الطريق الثانية. واستدل المانعون بالحديث الذي ذكره المصنف، وفي الاستدلال به نظر، لأنه إن أريد أن النبي ﷺ منع في غير ذلك، فينبغي أن يمتنع العنب بالزبيب ويكون قياسه على الرطب حينئذ في مقابلة النص. وإن أريد أن الرخصة من النبي ﷺ لم تتفق في غير ذلك، فصحيح لكن لا يمتنع القياس على مثل هذا. وإن أريد أن الصحابي ظهر له بقرينة الحال أن الرخصة مقصورة على ذلك، وأوجبنا الأخذ بذلك، فينبغي أن لا يجوز العنب بالزبيب، ولكن الأصحاب لما رأوا إلحاق العنب بالرطب ظاهراً قوياً لم يتركوه بمجرد هذا اللفظ المحتمل لهذه الأمور. ولما كان إلحاق ما سوى ذلك من الثمار ليس بجلي قدموا ذلك اللفظ عليه، لأن مثل ذلك لا يقال إلا عند ظهور ما يدل عليه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يباع منه ما نزع نواه بما لم ينزع نواه، لأن أحدهما على هيئة الادخار والآخر على غير هيئة الادخار ويتفاضلان حال الادخار فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالتمر. وهل يجوز بيع ما نزع نواه بعضه ببعض؟ فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لقوله ﷺ:

---

(١) مسلم (١٠/١٨٣) بلفظ «بالتمر أو بالرطب».

«**لا تبيعوا التمر بالتمر إلا سواء بسواء**». و**الثاني**: لا يجوز لأنه يتجافى في المكيال فلا يتحقق فيه التساوي، ولأنه يجهل تساويهما في حال الكمال والادخار فأشبه بيع التمر بالتمر جزافاً].

الشرح: الحديث المذكور مختصر من حديث عبادة من رواية الشافعي في مختصر المزني وغيره، وليس هذا اللفظ الذي ذكره المصنف بكماله قطعة منه، بل لفظه: «**لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء**»[1]، فاختصر المصنف منه هذه اللفظة.

قال الفارقي تلميذ المصنف رحمه الله: معنى قوله: «يتفاضلان حال الادخار» أنهما قبل نزع النوى إذا كيلا متساويين ثم نزع النوى من أحدهما وكيلا ظهر التفاضل لأنه تنتفش أجزاؤه بالنزع وتتجافى في المكيال.

أما حكم المسألة فقد سوّى الشيخ أبو حامد بين المسألتين، وجعل الوجهين مطلقاً سواء أباع ما نزع منه النوى بما لم ينزع منه أم بمثله، وجزم البغوي في المسألتين بالمنع.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع نيّئه بمطبوخه، لأن النار تعقد أجزاءه وتسخنه. فإن بيع كيلاً لم يجز لأنهما لا يتساويان في الكيل في حال الادخار. وإن بيع وزناً لم يجز لأن أصله الكيل فلا يجوز بيعه وزناً. ولا يجوز بيع مطبوخه بمطبوخه لأن النار قد تعقد من أجزاء أحدهما أكثر من الآخر فيجهل التساوي].

الشرح: ما حرم فيه الربا لا يجوز بيع الجنس الواحد نيئه بمطبوخه ولا مطبوخه بمطبوخه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [واختلف أصحابنا في بيع العسل المصفّى بالنار بعضه ببعض، فمنهم من قال: لا يجوز لأن النار تعقد أجزاءه

---

(١) سبق تخريجه.

فلا يعلم تساويهما. ومنهم من قال: يجوز. وهو المذهب، لأن نار التصفية نار لينة لا تعقد الأجزاء وإنما تميزه من الشمع، فصار كالعسل المصفى بالشمس].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [واختلفوا في بيع السكر بعضه ببعض، فمنهم من قال: لا يجوز لأن النار قد عقدت أجزاءه. ومنهم من قال: يجوز لأن ناره لا تعقد الأجزاء، وإنما تميزه من القصب].

الشرح: الحكم كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلاً، لأن الدقيق هو الحب بعينه، وإنما فرقت أجزاؤه فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة. فأما بيعه به متماثلاً فالمنصوص: أنه لا يجوز. وقال الكرابيسي: قال أبو عبدالله: يجوز. فجعل أبو الطيب بن سلمة هذا قولاً آخر. وقال أكثر أصحابنا: لا يجوز قولاً واحداً، ولعل الكرابيسي أراد عبد الله مالكاً أو أحمد، فإن عندهما يجوز ذلك. والدليل على أنه لا يجوز أنه جنس فيه ربا بيع منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه يتفاضلان في حال الادخار فلم يصح كبيع الرطب بالتمر].

الشرح: قول المصنف «**الحب بدقيقه**» يشمل الحنطة والشعير وغيرهما. وفيه احتراز عن بيعه بدقيق غيره، كبيع الحنطة بدقيق الشعير والشعير بدقيق الحنطة وما أشبه ذلك، فإنه جائز متماثلاً ومتفاضلاً على القول الصحيح المشهور أن الأدقة أجناس. والمقصود بيع القمح بدقيق القمح أو بيع الشعير بدقيق الشعير وما أشبه ذلك.

والحكم فيه ما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه. وروى المزني عنه في المنثور أنه يجوز، وإليه أومأ في البويطي، لأنهما يتساويان في الحال ولا يتفاضلان في الثاني، فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة.

والصحيح هو الأول، لأنه جهل التساوي بينهما في حال الكمال والإدخار فأشبه بيع الصبرة بالصبرة جزافاً].

الشرح: المراد ههنا أيضاً إذا كان الدقيقان من جنس واحد كدقيق القمح بدقيق القمح ودقيق الشعير بدقيق الشعير. فبيع الدقيق بالدقيق من الجنس الواحد لا يجوز سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعماً والآخر خشناً.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز بيع حبه بسويقه، ولا سويقه بسويقه لما ذكرناه في الدقيق، ولأن النار قد دخلت فيه وعقدت أجزاءه فمنع التماثل].

الشرح: قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب: السويق ضربان: نقيع ومطبوخ. فالنقيع ينقع الطعام في الماء ليبرد ثم يجفف ثم يقلى ويجرش. والمطبوخ يطبخ ثم يجفف ثم يقلى ويجرش. فكل واحد منهما قد أخذت النار بعضه، فإنه إذا قلي يكون أصغر جرماً مما كان قبل ذلك، وهذا الذي أراده المصنف بالعلة الثانية. والعلة الأولى ظاهرة فإنه بمنزلة الدقيق وإن لم نلاحظ دخول النار فيه. فهما دليلان جيدان. والحكم كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيعه بخبزه، لأنه دخله النار وخالطه الملح والماء وذلك يمنع التماثل. ولأن الخبز موزون والحنطة مكيل، فلا يمكن معرفة التساوي بينهما].

الشرح: نص الشافعي في البويطي على أنه لا يجوز بيع الخبز بالحنطة، وجزم به طائفة من الأصحاب للعلتين اللتين ذكرهما المصنف. وحكي عن أصحاب أبي حنيفة أنهم قالوا: يجوز بيع الخبز بالحنطة متفاضلاً.

فرع وهكذا الدقيق بالخبز لا يجوز. ونقل المنع في ذلك ابن المنذر عن الشافعي. ونقل عن مالك والليث بن سعد وأبي ثور واسحاق وسفيان الثوري جوازه. وقال أحمد: لا يعجبني.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز بيع خبزه بخبزه، لأن ما

فيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتماثل، فمنع جواز العقد].

الشرح: المراد الخبز بالخبز إذا كانا لينين فلا يجوز، قال الشيخ أبو حامد: بلا خلاف على المذهب لما ذكره المصنف، ولأن أصل ذلك الكيل ولا يمكن اعتبار الكيل فيه.

ونقل ابن المنذر عن مالك أنه إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا بأس به وإن لم يوزن، وبه قال الأوزاعي و أبو ثور. وحكي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا بأس به قرصاً بقرصين. وعن أحمد أنه يجوز بيع الخبز بالخبز متماثلين، لأن معظم منفعتهما في حال رطوبتهما فصار كاللبن باللبن.

ولو كان الخبزان من جنسين جاز يداً بيد، ولا مبالاة بما فيهما من الماء والملح، لأن ذلك مستهلك فيهما كما بين القاضي حسين وغيره.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن جفف الخبز وجعل فتيتاً وبيع بعضه ببعض كيلاً ففيه قولان، **أحدهما**: لا يجوز لأنه لا يعلم تساويهما في حال الكمال، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالرطب بالرطب. و**الثاني**: أنه يجوز، لأنه مكيل مدّخر فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر].

الشرح: الصحيح من القولين الأول وهو أنه لا يجوز.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع أصله بعصيره كالسمسم بالشيرج، والعنب بالعصير، لأنه إذا عصر الأصل نقص عن العصير الذي بيع به].

الشرح: امتناع بيع الشيرج بالسمسم كالمتفق عليه بين الأصحاب، وكذلك كل دهن بأصله، والعنب بعصيره.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز بيع العصير بالعصير إذا لم تنعقد أجزاؤه، لأنه يدّخر على صفته، فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب].

الشرح: إذا بيع العصير بعضه ببعض، فإن كانا جنسين كعصير العنب

بعصير القصب جاز متماثلاً ومتفاضلاً مطبوخاً ونيئاً وكيف كان يداً بيد، لأن العصير أجناس. وإن كانا جنساً واحداً، فإن كانا مطبوخين أو أحدهما مطبوخاً فلا يجوز، وإن كانا نيئين ـ وهو مقصود المصنف ـ جاز متماثلاً.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز بيع الشيرج بالشيرج. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأنه يخالطه الماء والملح وذلك يمنع التماثل فمنع العقد. والمذهب الأول لأنه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالعصير. وأما الماء والملح فإنه يحصل في الكسب ولا ينعصر لأنه لو انعصر في الشيرج لبان عليه].

الشرح: حكم المسألة كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز بيع خل الخمر بخل الخمر، لأنه يدّخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض كالزبيب بالزبيب. ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الزبيب، لأن في خل الزبيب ماء وذلك يمنع من تماثل الخلين. ولا يجوز بيع خل الزبيب بخل الزبيب، ولا بيع خل التمر بخل التمر، لأنا إن قلنا إن الماء فيه رباً لم يجز للجهل بتماثل الماءين والجهل بتماثل الخلين، وإن قلنا لا رباً في الماء، لم يجز للجهل بتماثل الخلين. وإن باع خل الزبيب بخل التمر، فإن قلنا إن في الماء رباً لم يجز للجهل بتماثل الماء فيهما. وإن قلنا لا رباً في الماء جاز لأنهما جنسان فجاز بيع أحدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب. والله أعلم].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن شاة، لأن اللبن يدخل في البيع ويقابله قسط من الثمن. والدليل عليه: «أن النبي ﷺ جعل في مقابلة لبن المصراة صاعاً من تمر». ولأن اللبن في الضرع كاللبن في الإناء، والدليل عليه قوله ﷺ: «**لايحلبن أحدكم شاة غيره بغير إذنه، أيحب أحدكم أن تؤتى خزانته فينتثل ما فيها**» فجعل اللبن كالمال في الخزانة فصار كما لو باع لبناً وشاة بلبن].

الشرح: الحديث المذكور الذي فيه «أن الرسول ﷺ جعل في مقابلة

لبن المصراة صاعاً من تمر» لم أجده بهذا اللفظ صريحاً، ولكن يشير به إلى الحديث المشهور الذي سنذكره إن شاء الله تعالى في باب بيع المصراة وهو متفق عليه، وله ألفاظ ورد بها، أقربها إلى المعنى الذي ذكره المصنف هنا قول الرسول ﷺ «**فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر**» رواه البخاري[1]، وهو يفيد مقصود المصنف، فإن قوله في حلبتها ظاهر في مقابلة اللبن. والحديث الآخر حديث صحيح أخرجه البخاري وغيره من حديث ابن عمر رضي الله عنه عن الرسول ﷺ قال: «**لا يحلبن أحد ماشية امرئ إلا بإذنه، أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته فينتثل طعامه، فإنما يخزن لهم ضروع مواشيهم لطعامهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه**»[2].

وقوله: «**ينتثل**» أي يستخرج، وهو بياء مضمومة ثم بنون ساكنة ثم تاء ثم ثاء مفتوحتين. والمشربة ـ بضم الراء وفتحها ـ الغرفة وجمعها مشارب.

وأما الحكم الذي ذكره المصنف: فمتفق عليه عند الأصحاب. وجوّز أبو حنيفة رضي الله عنه بيع الشاة ذات اللبن باللبن.

قال المصنف رحمه الله: [فإن باع شاة في ضرعها لبن، بشاة في ضرعها لبن ففيه وجهان. قال أبو الطيب بن سلمة: يجوز كما يجوز بيع السمسم بالسمسم وإن كان في كل واحد منهما شيرج، وكما يجوز بيع دار بدار وإن كان في كل واحدة منهما بئر ماء. وقال أكثر أصحابنا: لا يجوز، لأنه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شيء مقصود فلم يجز، كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة. ويخالف السمسم لأن الشيرج في السمسم كالمعدوم، لأنه لا يحصل إلا بطحنٍ وعصر، واللبن موجود في الضرع من غير فعل ويمكن أخذه من غير مشقة، وأما الدار فإن قلنا إن الماء يملك ويحرم فيه الربا، فلا يجوز بيع إحدى الدارين بالأخرى].

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٦٨) من رواية أبي هريرة.

(٢) أخرجه البخاري في اللقطة (٥/٨٨) وكذا مسلم فيه (٢٨ ـ ١٢/٢٩) وأبو داود في الجهاد (٣/٩١) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٧٢).

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض، لأن عامة منافعه في هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر. ويجوز بيع اللبن الحليب بالرائب وهو الذي فيه حموضة، لأنه لبن خالص، وإنما تغير فهو كتمر طيب بتمر غير طيب. ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير].

الشرح: ذكر المصنف ثلاث مسائل، ومقصوده في جميعها جواز البيع من حيث الجملة. وأما كونه متماثلاً أو متفاضلاً فذلك معلوم من كون الألبان جنساً واحداً أو أجناساً، ووجوب التماثل على الأول دون الثاني، وقد تقدم ذلك. والمقصود هنا جواز البيع، وأن ذلك ليس من الرطب الذي يمتنع بيع بعضه ببعض، لأنه لا ينتهي إلى جفاف، ولأن معظم منفعته حال كونه لبناً، ولا خلاف في جواز ذلك.

فرع شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن لا يكون فيه ماء، فأما إذا كان فيه ماء فلا يجوز بيعه بمثله ولا بالخالص بلا خلاف.

فرع يجوز بيع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلاً على الصحيح المشهور أنها أجناس.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن، لأن ذلك مستخرج منه فلا يجوز بيعه به كالشيرج بالسمسم. ولا يجوز بيعه بالمخيض، لأن المخيض لبن نزع منه الزبد، والحليب لم ينزع منه الزبد، فإذا بيع أحدهما بالآخر تفاضل اللبنان. ولا يجوز بيعه بالشيراز واللبأ والجبن، لأن أجزاءها قد انعقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلاً لأنهما يتفاضلان. ولا يجوز بيعها وزناً، لأن اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزناً].

الشرح: قال القاضي أبو الطيب: الذي يتخذ من اللبن أحد عشر شيئاً، كذا في النسخة، وصوابه اثني عشر: الزبد والسمن والمخيض، واللبأ والأقط والمصل، والجبن والشيراز والدجنين، والكشك والطينح والكواميخ؛

قالها القاضي أبو الطيب وغيره. والكبح قاله القاضي حسين.

والقول الجملي أن اللبن لا يجوز بيعه بما يتخذ منه من جميع ذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وأما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض، فإنه إن باع السمن بالسمن جاز، لأنه لا يخالطه غيره. قال الشافعي رحمه الله تعالى: والوزن فيه أحوط. وقال أبو إسحاق: يباع كيلاً لأن أصله الكيل].

الشرح: صورة المسألة في بيع السمن بالسمن من جنس واحد كسمن الغنم بسمن الغنم. أما سمن الغنم بسمن البقر فقد حكينا خلافاً في كون الأسمان جنساً أو أجناساً، فعلى الأول الحكم كذلك، وعلى الثاني يجوز يداً بيد، أي وإن كان متفاضلاً.

وأما حكم المسألة فيجوز بيع السمن بالسمن، ويباع وزناً على الصحيح، ونص عليه الشافعي كما قاله المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن باع الزبد بالزبد ففيه وجهان، **أحدهما**: يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن. و**الثاني**: لا يجوز، لأن الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف، والأصح عند الرافعي المنع.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع المخيض بالمخيض نظرت: فإن لم يطرح فيه الماء جاز لأنه بيع لبن بلبن. وإن طرح فيه ماء للضرب لم يجز لتفاضل الماءين وتفاضل اللبنين].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع الجبن أو الأقط أو المصل أو اللبأ بعضه ببعض لم يجز، لأن أجزاءها منعقدة ويختلف انعقادها، ولأن فيها ما يخالطه الملح والأنفحة وذلك يمنع التماثل].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وأما بيع نوع منه بنوع آخر فإنه ينظر فيه: فإن باع الزبد بالسمن لم يجز، لأن السمن مستخرج من الزبد فلا يجوز بيعه بما استخرج منه كالشيرج بالسمسم. وإن باع المخيض بالسمن فالمنصوص أنه يجوز، لأنه ليس في أحدهما شيء من الآخر. قال شيخنا القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله: هما كالجنسين فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً بلا خلاف. وإن باع الزبد بالمخيض فالمنصوص أنه يجوز. وقال أبو إسحاق: لا يجوز لأن في الزبد شيئاً من المخيض، فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض. وهذا لا يصح لأن الذي فيه من المخيض لا يظهر إلا بالتصفية والنار فلم يكن له حكم. وما سوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر لأنه يؤدي إلى التفاضل].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه، لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا يباع حي بميت**». وروى ابن عباس رضي الله عنه أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر رضي الله عنه، فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني بها لحماً، فقال أبو بكر: لايصلح هذا. ولأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذي فيه مثله فلم يجز كبيع الشيرج بالسمسم].

الشرح: حديث سعيد بن المسيب، رواه أبو داود من طريق الزهري عن سعيد كما ذكره المصنف، ورواه أيضاً من طريق زيد بن أسلم عن سعيد «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان»[1]. وكلا الطريقين مرسل ولم يسنده واحد عن سعيد. وقد روي من طرق أخرى منها عن الحسن عن سمرة «أن النبي ﷺ نهى عن أن تباع الشاة باللحم» رواه الحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح الإسناد رواته عن آخرهم أئمة حفاظ

(١) أخرجه مالك في البيوع (٢/٦٥٥) وكذا البيهقي فيه (٥/٢٩٦).

ثقات وقد احتج البخاري بالحسن عن سمرة، وله شاهد مرسل في الموطأ. هذا كلام الحاكم[1]، ورواه البيهقي في سننه الكبير وقال: هذا إسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عدّه موصولاً، ومن لم يثبته فهو مرسل جيد، انضم إلى مرسل سعيد وغيره[2].

قال ابن عبدالبر: لا أعلم حديث «النهي عن بيع الحيوان باللحم» يتصل عن النبي ﷺ من وجه ثابت، وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب. وكأن ابن عبدالبر لم يطلع على حديث سمرة هذا. وكذلك ابن المنذر فإنه قال: وأخذ الشافعي رحمه الله بحديث مرسل لا يثبت. وأما حكم المسألة فقول المصنف مفروض في بيع الحيوان المأكول بجنسه كالبقر بلحم البقر والغنم بلحم الغنم وما أشبه ذلك. ولا خلاف عندنا في منعه نقداً ونسيئة للآثار المتقدمة، وهو مذهب مالك والأوزاعي والليث بن سعد وأحمد. وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى الجواز، ومال إليه المزني وقال: إذا لم يثبت الحديث عن رسول الله ﷺ فالقياس عندي أنه جائز، وذلك أنه إذا كان فصيل بجزور قائمين جائزاً، ولا يجوزان مذبوحين لأنهما طعامان لا يحلان إلا مثلاً بمثل، فهذا لحم وهذا حيوان وهما مختلفان، فلا بأس به في القياس إن كان فيه قول متقدم ممن يكون بقوله اختلاف، إلا أن يكون ثابتاً عن رسول الله ﷺ، فنأخذ به وندع القياس. وقد مال المزني في هذا الكلام إلى الجواز بشرطين، **أحدهما**: أن لا يكون الحديث ثابتاً عن رسول الله ﷺ. و**الثاني**: أن يكون فيه قول متقدم يعني مخالف لأبي بكر.

تنبيه: قول المصنف «بلحم» ظاهره ليس بمراد، و إنما المراد بلحم مثله. فالمماثلة إما أن تكون مطلقاً فيكون المراد بلحم حيوان من جنسه، وإما أن يكون المراد المماثلة في الوصف الذي ذكره وهو كونه يؤكل، فيكون المراد بلحم حيوان مأكول، وهذا هو الظاهر من مراد المصنف،

---

(١) الحاكم في البيوع (٢/٣٥)، ومنه نقلته لنقص ورد في المطبوعة.
(٢) البيهقي (٥/٢٩٦).

فإنه لم يذكر بعد ذلك إلا بيعه بغير المأكول. وحينئذ يندرج في قول المصنف صورتان إحداهما بيعه بحيوان يؤكل من جنسه، وهو ممتنع بلا خلاف عندنا كلحم الجزور بجزور، ولحم شاة بشاة وما أشبه ذلك. الصورة الثانية: بيعه بجنس آخر من الحيوانات المأكولة مثل لحم الجزور بالشاة. فإن قلنا اللحمان صنف واحد لم يجز قولاً واحداً، وإن قلنا أصناف فطريقان، إحداهما: لا يجوز قولاً واحداً، وهي الصواب. والثانية: فيها قولان، أصحهما: لا يجوز لعموم السنة، و**الثاني**: يجوز لعدم الربا فيه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وفي بيع اللحم بحيوان لا يؤكل قولان، **أحدهما**: لا يجوز للخبر. و**الثاني**: يجوز، لأنه ليس فيه مثله فجاز بيعه به كاللحم بالثوب].

الشرح: القولان حكاهما جماعة من الأصحاب، وقال البغوي في التهذيب: إن الأصح المنصوص في أكثر الكتب لا يجوز للخبر الظاهر. قلت: قوله إنه المنصوص في أكثر الكتب يعني كتب الشافعي. والقول الثاني مذهب مالك وأحمد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ويجوز بيع اللحم بجنسه إذا تناهى جفافه ونزع منه العظم، لأنه يدخر على هذه الصفة فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر. وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم؟ فيه وجهان، قال أبو سعيد الإصطخري: يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز كما لا يجوز بيع العسل الذي فيه شمع بعضه ببعض، ويخالف النوى في التمر، فإن فيه مصلحة له وليس في ترك العظم في اللحم مصلحة له].

الشرح: تقدم الكلام في أنه لا يجوز بيع اللحم الطري بالطري، ولا الطري بالجاف. وشرع المصنف الآن بذكر حكمه إذا جف، وجواز بيعه

---

(١) مختصر المزني (٨/١٧٦).

جافاً. واشتراط التناهي في الجفاف متفق عليه بين الشافعي والأصحاب. وجواز بيع بعضه ببعض إذا نزع منه العظم لا خلاف فيه بين الأصحاب. وأما بيع بعضه ببعض غير منزوع العظم فالوجهان اللذان حكاهما المصنف، وذكر الرافعي أن عدم الجواز هو الأظهر عند الأكثرين.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة في جوفها بيض، لأنه جنس فيه ربا بيع بما فيه مثله، فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان].

الشرح: الحكم المذكور جزم به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني ونقلوه عن الأصحاب وقالوا: إنه لا يجوز قولاً واحداً. ومن المعلوم أن ذلك مفرع على القول الجديد، وأن الربا يجري في البيض.

فرع نختم به باب الربا

الربا يجري في دار الحرب جريانه في دار الإسلام، وبه قال: مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن. وعن أبي حنيفة أن الربا في دار الحرب إنما يجري بين المسلمين المهاجرين، فأما بين الحربيين وبين مسلمَين لم يهاجرا أو أحدهما فلا ربا. وقال: إن الذميين إذا تعاقدا عقد الربا في دار الإسلام فسخ عليهما. فالاعتبار عنده بالدار، وعندنا الاعتبار بالعاقد. فإذا أربى الذي في بلاد الإسلام مع الذمي لم يفسخ، كذا قال القفال في شرح التلخيص. قال: وهكذا سائر البياعات الفاسدة. والله أعلم.

واحتج أبو حنيفة رضي الله عنه بحديث مكحول أن النبي ﷺ قال: «**لا رباً بين مسلم وحربي في دار الحرب**»[1]، وبأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلمين بغير عقد فالعقد أولى.

ودليلنا عموم الأدلة المحرمة للربا، فلأن كل ما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الشرك كسائر الفواحش والمعاصي، ولأنه عقد

---

(١) سبق بيانه في أول باب الربا عند الإمام النووي رحمه الله، بل سبق هذا الفرع نفسه عند النووي، وإنما ذكرته ثانية لزيادة الأدلة التي أتى بها السبكي رحمه الله.

فاسد فلا تستباح به العقود عليه كالنكاح. قلت: وهذا الاستدلال إن كان أبو حنيفة يوافق على فساده. وأما حديث مكحول فمرسل، إن صح الإسناد إلى مكحول، ثم هو محتمل لأن يكون نهياً، فيكون المقصود به تحريم الربا بين المسلم والحربي كما بين المسلمين. واعتضد هذا الاحتمال بالعمومات. وأما استباحة أموالهم إذا دخل إليهم بأمان فممنوعة، فكذا بعقد فاسد. ولو فرض ارتفاع الأمان لم يصح الاستدلال، لأن الحربي إذا دخل دار الإسلام يستباح ماله بغير عقد، ولا يستباح بعقد فاسد. ثم ليس كل ما استبيح بغير عقد استبيح بعقد فاسد، كالفروج تستباح بالسبي، ولا تستباح بالعقد الفاسد.

ومما استدلوا به على أنه لا رباً في دار الحرب: أن العباس بن عبدالمطلب كان مسلماً قبل فتح مكة، فإن الحجاج بن علاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به في القصة الطويلة المشهورة، دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذ، ثم إن النبي ﷺ قال يوم الفتح: «**وأول رباً أضعه ربا العباس بن عبدالمطلب**»[1]، فدخل في ذلك الربا الذي من بعد إسلامه إلى فتح مكة. فلو كان الربا الذي بين المسلم والحربي موضوعاً لكان ربا العباس موضوعاً يوم أسلم.

والجواب أن العباس كان له رباً في الجاهلية من قبل إسلامه، فيكفي حمل اللفظ عليه، وليس ثم دليل على أنه بعد إسلامه استمر على الربا، ولو سلم استمراره عليه لأنه قد لا يكون عالماً بتحريمه، فأراد النبي ﷺ إنشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ.

❋ ❋ ❋

(١) أخرجه مسلم في الحج (٨/١٨٢) وكذا أبو داود فيه (٤٥٥ ـ ٢/٤٦٤)، وهذا الحديث إنما قاله النبي ﷺ في حجة الوداع أي بعد فتح مكة بسنتين، وليس يوم فتح مكة، وقد توارد هذا الخطأ عند كثير من الفقهاء، فلا أدري منشأه، ولعل بعضهم قاله فقلده الآخرون. فإذا تبين هذا لم يعد في الحديث أي متعلق للأحناف، لأنه إن كان العباس استمر على الربا إلى وقت هذا الحديث، فمعناه أن رباه قد وقع في دار الإسلام، لأن مكة بعد الفتح صارت دار إسلام، وهذا لا يجيزه أبو حنيفة، فلم يعد في الحديث متعلق. والله أعلم.

باب بيع الأصول والثمار

الأصول هاهنا المراد بها الأشجار وكل ما يثمر مرة بعد أخرى. والمقصود بهذا الباب أمران، **أحدهما**: بيان حكم الأصول إذا بيعت فيما يكون تابعاً لها وفيما لا يكون. و**الثاني**: الكلام في الثمار إذا بيعت وما يختص بها من الشروط التي لا تشترط في غيرها من المبيعات. فإن شروط المبيع منها ما هو عام، وهي الخمسة التي ذكرها المصنف في باب ما يجوز بيعه. ومنها ما يختص بالربويات، وأفرد له باب الربا وقدمه على هذا الباب لعمومه، لإمكانه في كل وقت، وشدة خطره لقيام الإجماع عليه. ومنها: ما يختص بالثمار فأفرده في هذا الباب. واستلزم الكلام في الأصول الكلام في الأرض، لأن بيع الأصول قد يكون مستقلاً وقد يكون تبعاً للأرض.

قال المصنف رحمه الله: [إذا باع أرضاً وفيها بناء أو غراس نظرت: فإن قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها البناء والغراس، لأنه من حقوقها. وإن لم يقل بحقوقها، فقد قال في البيع يدخل. وقال في الرهن لايدخل. واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق. فمنهم من قال: لايدخل في الجميع، لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء، وتأول قوله في البيع عليه إذا قال بحقوقها. ومنهم من نقل جوابه في الرهن إلى البيع وجوابه في البيع إلى الرهن وجعلهما على قولين، **أحدهما**: لايدخل في الجميع، لأن الأرض اسم للعرصة دون ما فيها من الغراس والبناء. و**الثاني**: يدخل، لأنه متصل بها فدخل في العقد عليها كسائر أجزاء الأرض. ومنهم من قال: في البيع يدخل وفي الرهن لايدخل، لأن البيع عقد قوي يزيل الملك فدخل فيه الغراس والبناء، والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فلم يدخل فيه الغراس والبناء].

الشرح: قال الأصحاب: إذا قال بعتك هذه الأرض دون ما فيها من الشجر والبناء لم يدخل ذلك في البيع بلا خلاف. وإن قال بما فيها من البناء والغراس دخل البناء والغراس بلا خلاف. وإن قال بعتكها بحقوقها، دخل البناء والغراس على المشهور.

أما إذا أطلق البيع فقال: بعتك هذه الأرض ولم يقل بحقوقها، فهل يدخل فيها البناء والغراس؟ قال الشافعي في الأم والمختصر: وكل أرض بيعت فللمشتري جميع ما فيها من بناء وأصل[1]. وقال في الأم: إذا رهن الرجل أرضاً ولم يقل ببنائها فالأرض رهن دون البناء، وكذلك إن رهنه أرضه ولم يقل بشجرها فكان فيها شجر مبدد أو غير مبدد، فالأرض رهن دون الشجر[2].

واختلف الأصحاب في هذه المسألة على طرق ذكرها المصنف. ونقل الماوردي والرافعي الطريقة الثالثة عن جمهور الأصحاب وهي الموافقة لظاهر النصين.

وقد ادعى ابن حزم الإجماع في كتابه المحلى على أن من اشترى أرضاً فهي له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر ثابت، وهذه دعوى منكرة، وهي بإطلاقها تشمل ما إذا قال بحقوقها وإذا لم يقل، بل هي ظاهرة في الثاني، والخلاف مشهور في المذهب، ولم يبلغني في هذه المسألة شيء عن العلماء المتقدمين، بل مذهب أبي حنيفة ومالك استتباع الأرض للغراس والبناء كما نص عليه الشافعي، والحنابلة صنعوا كصنع الشافعية ولعلهم تبعوهم في ذلك.

والراجح عندي أن البناء والشجر لا يدخلان في البيع ولا في الرهن، لأن اسم الأرض لا يشمل ذلك لغة ولا عرفاً، إلا أن يثبت إجماع على الدخول فيتعين اتباعه.

قال المصنف رحمه الله [فإن قال: بعتك هذه القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزارع، لأن القرية اسم للأبنية دون المزارع].

الشرح: إذا قال: بعتك هذه القرية وأطلق، دخل في البيع الأبنية وما

---

(١) مختصر المزني: باب بيع الثمر (٨/١٧٧).

(٢) الأم (٣/١٥٥) وقوله في الأم هذا لم يرد في المطبوعة، وإنما زدته للحاجة إليه.

فيها من المساكن والدكاكين والحمامات والساحات والأرضون التي يحيط بها السور، والسور المحيط بها والدروب. وأما المزارع فلا تدخل في البيع.

قال المصنف رحمه الله: [وإن قال: بعتك هذه الدار، دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة والخوابي والأجاجين المدفونة فيها للانتفاع بها. وإن كان فيها رحاً مبنية دخل الحجر السفلاني في بيعها لأنه متصل بها، وفي الفوقاني وجهان، **أحدهما**: أنه يدخل، وهو الصحيح لأنه ينصب هكذا فدخل فيه كالباب. و**الثاني**: لا يدخل، لأنه منفصل عن المبيع. ويدخل الغلق المسمر في الباب. وفي المفتاح وجهان، **أحدهما**: يدخل فيه، لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه. و**الثاني**: لا يدخل لأنه منفصل فلم يدخل فيه كالدلو والبكرة. وإن كان في الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التي ذكرناها في الأرض].

الشرح: الخوابي والأجاجين ـ بجيمين ـ وهي الأواني التي تغسل فيها الثياب، والمقصود هنا كل ما ثبت من ذلك للصبغ أو الدبغ أو العجن ونحو ذلك

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وأما الماء الذي في البئر فاختلف أصحابنا فيه، فقال أبو اسحاق: الماء غير مملوك، لأنه لو كان مملوكاً لصاحب الدار لما جاز للمستأجر شربه، لأنه إتلاف عين فلا يستحق بالإجارة كثمر النخل، و الواجب أن لا يجوز للمشتري رد الدار بالعيب بعد شربه كما لا يجوز رد النخل بعد أكل ثمرته، فعلى هذا لا يدخل في بيع الدار غير أن المشتري أحق به لثبوت يده على الدار. وقال أبو علي بن أبي هريرة: هو مملوك لمالك الدار، وهو المنصوص في القديم وفي كتاب حرملة، لأنه من نماء الأرض فكان لمالك الأرض كالحشيش، فإذا باع الدار فإن الماء الظاهر للبائع لا يدخل في بيع الدار من غير شرط، و ما يظهر بعد العقد فهو للمشتري. فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الظاهر من الماء

للمشتري، لأنه إذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشتري فينفسخ البيع].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان في الأرض معدن باطن كمعدن الذهب و الفضة دخل في البيع، لأنه من أجزاء الأرض. وإن كان معدنا ظاهراً كالنفط و القار فهو كالماء، مملوك في قول أبي علي ابن أبي هريرة رضي الله عنه، وغير مملوك في قول أبي اسحاق، والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء. وإن باع أرضاً وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع، لأنها ليست من أجزاء الأرض ولا هي متصلة بها، فلم تدخل في بيعها].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف. وقوله: «وإن باع أرضاً وفيها ركاز» أي كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك، سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الإسلام، لا يدخل في البيع ولا يحل للمشتري أخذه إذا وجده، لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متصلاً بها، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذي فيه. والظاهر أنه لمن ملكت منه الدار، فإذا ادعاه فهو له، وإن لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه، وعلى هذا أبداً، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملي وغيرهم من الأصحاب.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع نخلاً و عليها طلع غير مؤبّر، دخل في بيع النخل. وإن كان مؤبراً لم يدخل، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من باع نخلاً بعد أن تؤبّر فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع**» فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبّرة، فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع. ولأن ثمرة النخل كالحمل، لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل. ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع و الحمل الظاهر لا يتبع فكذلك الثمرة. قال الشافعي رحمه الله: وما شقّق في معنى ما أبّر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبّر].

الشرح: حديث ابن عمر رضي الله عنه، رواه البخاري و مسلم

ولفظهما: «**من باع نخلاً قد أبّرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[1] هكذا ورد «**يشترط**» بغير هاء، وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء، كذا قال ابن عبدالبر ونبه على أن المعنى: إلا أن يشترط المبتاع سائر ذلك، فيدل على صحة اشتراط نصف الثمرة أو جزء منها، وهو قول جمهور الفقهاء. و التأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى إذا انشق طلعها وظهر ما في بطنه، وضع فيه شيء من طلع الفحال.

وأما قول المصنف رحمه الله «قال الشافعي رحمه الله: وما تشقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر» فهو كذلك في الأم و المختصر وإن لم يكن بلفظه، و القياس الجلي ظاهر في ذلك لأن الاعتبار بظهور الثمرة فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج، أو تشقق بالرياح اللواقح.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

فرع
في مذاهب العلماء.

وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده: مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن علي والطبري. وقال ابن أبي ليلى: يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه و الكوفيون والأوزاعي: لا يدخل بكل حال مؤبراً كان أو غير مؤبر إلا بالشرط.

فأخذ أبو حنيفة رضي الله عنه بالمنطوق دون المفهوم. وأخذ الشافعي بالمنطوق والمفهوم معاً، ولم يأخذ ابن أبي ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم.

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٤٠١) وكذا مسلم (١٠/١٩٠) وأبو داود (٧١٣ ـ ٣/٧١٥) والترمذي (٣/٥٤٦) والنسائي (٧/٢٩٦) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٤٥).

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن باع فحالاً وعليه طلع لم يتشقق، ففيه وجهان **أحدهما**: أنه لا يدخل في بيع الأصل، لأن جميع الطلع مقصود مأكول وهو ظاهر فلم يتبع الأصل كالتين. و**الثاني**: أنه يدخل في بيع الأصل، وهو الصحيح، لأنه طلع لم يتشقق فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث. وما قاله الأول لا يصح، لأن المقصود ما فيه وهو الكش الذي يلقّح به الإناث وهو غير ظاهر فدخل في بيع الأصل كطلع الإناث].

الشرح: الفحال ـ بضم الفاء وحاء مشددة وآخره لام ـ ذكر النخل. قال ابن قتيبة: وهو فحال النخل ولا يقال فحل. ولذلك اعترض معترض على الشافعي رضي الله عنه حين قال: «وإن كان فيها فحول» فقال هذا المعترض: إن هذا خطأ لأنه لا يقال في النخل فحل ولا في جمعه فحول، وإنما يقال فحال وجمعه فحاحيل. وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز في اللغة، وقد ورد به الشعر قال الشاعر:

تأبدي يا خيرة العسل بأبدى من جيد فسلي

إذ ضن أهل النخل بالفحول. والكش ـ بضم الكاف وبالشين ـ هو ما في بطون الفحال الذي يلقح بها طلع الإناث.

وأما الأحكام فقال الأصحاب تبعاً للشافعي: إذا كان في النخل فحول، فإما أن تفرد بالبيع، وإما أن يبيعهما معاً. فإن أفرد الفحول بالبيع، فإما أن يكون قد تشقّق شيء من طلعها أو لا. فإن تشقّق شيء من طلعها فالثمرة للبائع بلا شبهة، وإن لم يكن تشقق شيء من طلعها فأحد الوجهين: أنه للمشتري، وهو الصحيح. والوجه الآخر: أنه للبائع. وأما إذا جمع في العقد بين الفحول والإناث، فإن كان قد تشقق شيء من طلع الإناث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقاً. وإن لم يتشقق شيء منها أصلاً، لا من طلع الإناث ولا من طلع الفحول، فعلى الصحيح: الكل للمشتري. وعلى الوجه الآخر: طلع الإناث للمشتري والفحال للبائع. وإن كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط، فعلى الصحيح: الطلع كله للبائع. وعلى الوجه الآخر: طلع الفحول للبائع بالظهور، وطلع الإناث للمشتري.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع حائطاً[1] أبّر بعضه دون بعض، جعل الجميع كالمؤبر، فيكون الجميع للبائع. لأنا لو قلنا: إن ما أبّر للبائع وما لم يؤبر للمشتري، أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي، فجعل ما لم يؤبر تبعاً للمؤبر لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم يجعل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر، لأن الظاهر لا يتبع الباطن. ولهذا جعلنا أساس الدار تابعاً لظاهرها في تصحيح البيع ولم نجعل ظاهرها تابعاً للباطن في إفساد البيع].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان له حائط أطلع بعضه دون بعض، فأبّر المطلع ثم باع الحائط ثم أطلع الباقي، ففيه وجهان. قال أبو علي بن أبي هريرة: ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر بل يكون للمشتري، لأنه حادث في ملكه فلا يصير للبائع. و**الثاني**: أنه يتبع المؤبّر فيكون للبائع، لأنه من ثمرة عامه فجعل تابعاً له كالطلع الظاهر في حال العقد. فإن أبّر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذي لم يؤبّر بالبيع، ففي طلعه وجهان، **أحدهما**: أنه للبائع لأنا جعلناه في الحكم كالمؤبر، بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع. و**الثاني**: أنه للمشتري، لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه فيصير تابعاً له، فأما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله].

الشرح: فيه مسألتان.

المسألة الأولى: إذا باع جميع نخل البستان وقد أبّر بعضها، وبعضها لم يطلع بعد، فأطلع بعد البيع في ملك المشتري، فلا إشكال في أن المؤبر للبائع، وأن ما كان وقت العقد مطلعاً غير مؤبر تابع له فيكون للبائع أيضاً. أما ما أطلع بعد ذلك، فإن كان من طلع العام المستقبل فهو للمشتري وليس محل الوجهين، وإن كان من طلع ذلك العام ففيه الوجهان المذكوران،

---

(١) الحائط هو البستان، وأصله البستان الذي أحيط به جدار، فأطلق على البستان اسم الحائط لإحاطة الجدار به.

وصحح الرافعي وغيره الوجه الثاني، وهو قول أبي حامد الإسفراييني.

المسألة الثانية: إذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفرد المؤبر بالبيع، فلا إشكال في أن ثمرته للبائع. وإن أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان، كما ذكر المصنف نقلاً وتعليلاً، والصحيح أن الطلع للمشتري.

قال المصنف رحمه الله: [قال الشافعي رحمه الله: والكرسف إذا بيع أصله كالنخل. وأراد به كرسف الحجاز، فإنه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كمام وتتشقق عنه كالنخل. فإن باع وقد تشقق جوزه فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشتري. وإن تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل. وأما ما لا يحمل إلا سنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزرع، ويجيء حكمه إن شاء الله تعالى].

الشرح: الكُرْسُف: القطن، وهوعلى نوعين: منه ما يبقى في الأرض سنين ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز والشام والبصرة وغيرها، فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ويترك القشر على الشجر، كما يترك كمام الطلع على الشجر. وحكمه كما ذكره المصنف. والنوع الثاني: لا يحمل إلا سنة واحدة وهو قطن بغداد وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة فحكمه حكم الزرع وسيأتي بيانه بإذن الله.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع شجراً غير النخل و الكرسف لم يخل: إما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة. فإن كان يقصد منه الورد، فإن كان ورده يخرج في كمام ثم ينفتح منه كالورد فهو كالنخيل. فإن كان في الكمام تبع الأصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر، وإن كان خارجاً من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر. وإن كان لا كمام له كالياسمين، كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري. وإن كان مما يقصد منه الورق كالتوت، ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه إن لم يتفتح فهو للمشتري، وإن تفتح فهو للبائع، لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار. و**الثاني**: أنه للمشتري تفتح أو لم يتفتح، لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار وليس كالثمر، لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب، أحدها: ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين و العنب. فما ظهر منه فهو للبائع لا يدخل في البيع من غير شرط. وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري، لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر، والباطن منه كالطلع الذي لم يؤبر].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [والثاني: يخرج في كمام لا يزال عنه إلا عند الأكل كالرمان و الموز. فهو للبائع، لأن كمامه من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [و الثالث: ما يخرج و عليه قشرتان كالجوز و اللوز و الرانج. فالمنصوص: أنه كالرمان لا يدخل في بيع الأصل لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان. ومن أصحابنا من قال: هو كثمرة النخل الذي لم يؤبر، لأنه لا يترك في القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة في الطلع].

الشرح: الرانج ـ براء ونون بعد الألف مكسورة وجيم ـ هو الجوز الهندي، وهو النارجيل.

وأما حكم الفصل فهو كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [والرابع: ما يكون في نَور يتناثر عنه النَّور كالتفاح والكمثري. فاختلف أصحابنا فيه، فقال أبو اسحاق والقاضي أبو حامد: هو كثمرة النخل، إن تناثر عنه النور فهو للبائع وإن لم يتناثر عنه فهو للمشتري، وهو ظاهر قوله في البويطي واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله، لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر في الطلع، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة، فكان في الحكم مثلها. وقال الشيخ أبو

حامد الإسفراييني: هو للبائع وإن لم يتناثر النور عنها، لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر، واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض، فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور].

الشرح: النور: الزهر على أي لون كان. وقيل: النور ما كان أبيض والزهر ما كان أصفر.

أما حكم الفصل فإذا باع أصل التفاح والكمثري والسفرجل والإجاص والخوخ والمشمش وما جرى مجراه مما يخرج في نور يتناثر عنه النور، فالمشهور: أنه إذا باع الأصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع إلا أن يشترط المبتاع، وإن لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري، لأن الثمرة مغيبة في الورد وتظهر بعد تناثره، فهي في ذلك كثمرة النخل في التأبير وعدمه، وهو ظاهر قوله في البويطي.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع أرضاً وفيها نبات غير الشجر، فإن كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء، دخل الأصل في البيع، وما ظهر منه فهو للبائع، وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار. وإن كان مما لا يحمل إلا مرة كالحنطة والشعير، لم يدخل في بيع الأصل، لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر].

الشرح: الرطبة ـ بفتح الراء ـ وهو القضب، وهو القتب.

أما الأحكام فقال أصحابنا: النبات ضربان: شجر وغير شجر. فالشجر ثلاثة أضرب: ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر. وقد مضى حكمها وأقسامها. والنخل والكرسف داخلان في التقسيم وإن كان المصنف أفردهما بالذكر أولاً. وغير الشجر ضربان: أصل وغير أصل. ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل.

فالضرب الأول: الأصل، وهو ما يحمل مرة بعد أخرى. وحكمه: أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع إلا أن يشترط المبتاع. وأما أصوله ففيها

الطرق السابقة في تبعية الأصول للأرض. والضرب الثاني: هو الزرع، وهو بعض القسم الأول في كلام المصنف. وهو الأصل الذي ليست له ثمرة بعد ثمرة ولكنه يجذّ مرة بعد أخرى كالكراث والنعنع والهندبا وغيرها. ففي هذا القسم إذا باع الأرض وفيها شيء من ذلك ظاهر على الأرض، فالجذة الظاهرة عند البيع للبائع، لا خلاف في ذلك لأنها ظاهرة في الحال لا تراد للبقاء، فلم تدخل في البيع إلا بالشرط كالثمرة المؤبرة. وفي دخول أصولها الكامنة في الأرض في بيع الأرض الخلاف الذي في الأشجار، هكذا ذكره العراقيون والصيدلاني وغيرهم. وعن الشيخ أبي محمد الجويني: القطع بالدخول هنا، والفرق بينهما وبين الشجر: أن هذه كامنة في الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار فإنها بادية ظاهرة مفارقة للأرض في صفتها.

قال المصنف رحمه الله: [وفي بيع الأرض طريقان. من أصحابنا من قال: فيه قولان، لأنها في يد البائع إلى أن يحصد الزرع، فكان في بيعها قولان كالأرض المستأجرة. ومنهم من قال: يصح بيع الأرض قولاً واحداً، لأن المبيع في يد المشتري وإنما يدخل البائع للسقي أو الحصاد فجاز بيعه قولاً واحداً كالأمة المزوّجة].

الشرح: الطريقان مشهوران، وجمهور الأصحاب على الطريق الثانية، وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع وعلى بيع الأمة المزوجة. وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة: بأن يد المستأجر حائلة بكل حال، فكان كما لو أجر أمته ثم باعها بطل البيع على أحد القولين، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولاً واحداً.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع أرضاً فيها بذر لم يدخل البذر في البيع، لأنه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز. فإن باع الأرض مع البذر ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه يصح تبعاً للأرض. و**الثاني**: لا يصح، وهو المذهب، لأنه لا يجوز بيعه منفرداً فلم يجز بيعه مع الأرض].

الشرح: فصّل الأصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في النبات فقالوا: البذر الذي لا دوام لنباته ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع

الأرض، ويبقى إلى أوان الحصاد، وللمشتري الخيار إن كان جاهلاً به. فإن أجاز، أخذ الأرض بجميع الثمن، لأن النقص الذي في الأرض بترك الزرع إلى الحصاد لا يقسّط عليه الثمن. فإن تركه البائع له سقط خياره وعليه القبول. ولو قال: آخذه وأفرغ الأرض، سقط خياره أيضاً إن أمكن ذلك وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض. وإن اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له، وعليه تركه إلى أوان الحصاد.

والبذر الذي يدوم نباته كنوى النخل وغيره، حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار. هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردي والقاضي أبو الطيب والروياني والرافعي رحمه الله وغيرهم. هذا إذا باع الأرض وأطلق. أما إذا باع الأرض مع البذر، فإن كان من البذر الذي حكمنا بدخوله في البيع، كان تأكيداً كما قال صاحب التتمة. وإن كان من البذر الذي لا يدخل، وهو الذي تكلم فيه المصنف، ففيه وجهان، **أحدهما**: يصح تبعاً كالحمل. والثاني وهو الصحيح المشهور من المذهب: أن البيع لا يصح في البذر للجهالة، ولأنه مقصود بنفسه فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز، ويخالف الحمل فإنه يتبع الأم في البيع المطلق. فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر، ففي بطلانه في الأرض طريقان، إحداهما: أنه على قولي تفريق الصفقة، وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يأخذ بجميع الثمن. والطريقة الثانية: القطع ببطلان بيع الأرض، وهي مقتضى المذهب في أنه يأخذ بالقسط.

قال المصنف رحمه الله: [إذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة إلى أوان الجذاذ. فإن كان مما يقطع بسراً كالبسر الجيسواني والقرشي لم يكلف قطعه إلى أن يصيرا بسراً، وإن كان مما لا يقطع إلا رطباً لم يكلف قطعه إلى أن يصير رطباً، لأن نقل المبيع على حسب العادة. ولهذا إذا اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح. وإن اشتراه في المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر. والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله].

الشرح: الأصل المراد به الشجرة. و الجذاذ ـ بكسر الجيم وفتحها ـ

حكاهما ابن قتيبة. وأوان الجذاذ ـ بكسر الجيم ـ زمان صرم النخيل إذا يبس ثمرها. والجذاذ: القطع. يقال: الجذاذ والصرام في النخل، والقطاف في الكرم، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثري وغيره فيلتقط. والجيسوان ـ بكسر الجيم وآخره نون من غير إضافة ـ قال ابن باطيش وابن التودي: جنس من البسر أسود اللون. والقرش ـ بضم القاف وفتح الراء ـ قال ابن باطيش: هو الأحمر. قال صاحب البيان: لا يقطع إلا بسراً.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك، ففيه قولان، **أحدهما**: لا يكلف البائع قطع الثمرة، لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار إلى الجذاذ فلزمه تركه. و**الثاني**: أنه يكلف قطعه، لأن المشتري إنما رضي بذلك إذا لم يضرّ به، فإذا أضرّ به لم يلزمه تركه. فإن احتاج أحدهما إلى سقي ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه، لأنه إصلاح لماله من غير إضرار بأحد فجاز. وإن كان على الآخر ضرر في السقي وتشاحا، ففيه وجهان، قال أبو اسحاق: يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الإضرار فوجب أن يفسخ. و قال أبو علي بن أبي هريرة: يجبر الممتنع منهما، لأنه حين دخل في العقد رضي بدخول الضرر عليه لأنه يعلم أنه لابد من السقي. ويجب أجرة السقي على من يسقي، لأن منفعته تحصل له].

الشرح: تقدم أن الثمرة إذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها إلى أوان الجذاذ. ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها فيلزم المشتري تمكينه. وقد لا يسقي البائع فيحصل للمشتري الضرر، وقد يحصل الضرر من السقي أيضاً. وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل في مسألتين.

المسألة الأولى: إذا عطشت النخل و كان قد باعها وهي مؤبرة و أبقينا الثمار للبائع، فعطشت النخيل وانقطع الماء ولم يتمكن من سقيها، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة. فإن كان الضرر يسيراً أجبر المشتري عليه، وإن كان كثيراً بأن كان يخاف على الأصول

الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصاناً كثيراً، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف، ففيه قولان منصوصان في الأم، والأصح من القولين: الثاني القائل بالإجبار، وممن صححه النووي والرافعي وغيرهما.

وأما المسألة الثانية: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [لا يجوز بيع الثمار و الزرع قبل بدوّ الصلاح من غير شرط القطع. لما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ: نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها». وروى ابن عمر رضي الله عنه أيضاً «أن النبي ﷺ: نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهي والسنبل والزرع حتى يبيضّ و يأمن العاهة». ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة، ولهذا لو اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح، والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ، فاذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز. وإن باعها بشرط القطع جاز، لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن الغرر. وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز، لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل. وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض، ففيه وجهان، **أحدهما**: يصح، لأنه يحصل لمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر والأرض. و**الثاني**: لا يصح، لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، فأشبه إذا باعها من غير مالك الأصل].

الشرح: حديث ابن عمر رضي الله عنهما الأول، رواه البخاري ومسلم[1]. وأما حديث ابن عمر الثاني، فرواه مسلم ولفظه: «نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري»[2]. وقد وردت أحاديث في الصحيحين وفي غيرهما في

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٩٤) وكذا مسلم (١٧٧ ـ ١٠/١٧٨) وأبو داود (٦٦٣ ـ ٣/٦٦٥) والنسائي (٧/٢٦٢) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٤٦).

(٢) أخرجه مسلم (١٧٨ ـ ١٠/١٧٩) والترمذي (٣/٥٢٩) وأبو داود (٦٦٥ ـ ٣/٦٦٦).

المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح منها: حديث أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو» قال الراوي: فقلنا لأنس: «ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر. قال: أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه» رواه البخاري ومسلم[1]. وقوله: «أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه» ورد في بعض الروايات الصحيحة بيان أنه من كلام النبي ﷺ وذلك من طريق مالك رحمه الله والدراوردي، وخالفهما سفيان الثوري وإسماعيل بن جعفر عن حميد فجعلاه من كلام أنس.

والزهو ـ بفتح الزاي ـ يقال: زها النخل يزهو، قال الخطابي: هكذا روي في الحديث يزهو، والصواب في العربية: يزهي. وقال غيره: ليس هذا القول منه عند كل أحد، فإن اللغتين قد جاءا عند بعضهم. وقد ورد في بعض روايات الشافعي لهذا الحديث: «قيل يارسول الله وما تزهي؟ قال: **«حتى تحمر»**[2]

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضي الله عنه، ولأنه إذا جاز بيعه بشرط القطع، قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى. ويجوز بيعها مطلقاً للخبر، ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقاً كسائر الأموال. ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجذاذ للخبر، ولأن إطلاق البيع يقتضي التبقية إلى أوان الجذاذ، فإذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الإطلاق فجاز].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

---

(١) أخرجه البخاري (٤/٣٩٨) ومسلم في المساقاة: باب وضع الجوائح (١٠/٢١٧) والنسائي (٧/٢٦٤).

(٢) الأم في البيوع: باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار (٣/٤٧).

فرع
في مذاهب العلماء.

وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح. وقال أبو حنيفة: لا يجوز. واحتج له بأنه بيع وإجارة مشبوهة فأشبه اشتراط ترك القماش في الدار. قلنا الشجرة لا تؤجر ولا أجرة لها بخلاف الدار.

قال المصنف رحمه الله: [وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها. فإن كان رطباً بأن يحمر أو يصفر، وإن كان عنباً أسود بأن يتموّه، وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو. وإن كان زرعاً بأن يشتد. وإن كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج. وإن كان قثاء بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل. والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتدّ، وعن بيع العنب حتى يسود، وعن الثمرة حتى تزهي». وروى جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم»].

الشرح: أما حديث أنس، فروى البخاري منه «النهي عن بيع الثمرة حتى تزهي» وفي رواية «ثمر النخل»[1]. وروى الترمذي منه: «النهي عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد» وقال: حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة[2]. وروى البيهقي الجميع كما ذكر المصنف، لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب[3]. وأما حديث جابر، فرواه بهذا اللفظ مسلم[4].

وقوله: «يتموه» قال ابن أبي عصرون: يدور فيها الماء الحلو ويصفو لونها. وقوله: «يشتد» أي يصلب ويقوى. وقوله: «حتى تطعم» ـ بضم التاء

---

(١) سبق تخريجه في ص (١٩٩٦).

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٣٠)، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ٩٨٢.

(٣) أخرجه البيهقي في البيوع (٥/٣٠١).

(٤) أخرجه مسلم في البيوع: باب البيوع المنهي عنها (١٩٣ ـ ١٠/١٩٤).

وكسر العين ـ ويقال: بفتح العين. وضبطه ابن البدري أنه: بفتح التاء والعين أيضاً، وهي خطأ. قال: معناه: حتى تصير طعماً، وقيل: تبلغ حين تطعم. وقد ورد في الصحيح من حديث ابن عمر «أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض»[1]، ولا تنافي بين هذا وبين حديث أنس المتقدم «أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد»، لأن وقت اشتداده وقت مبادي بياضه.

وأما الأحكام فقد اختلف الناس في تفسير بدو الصلاح. فروي عن ابن عمر أن بدو الصلاح في الثمر بطلوع الثريا، وحكي عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجد في الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير، وروي عن النخعي: أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها. وعندي أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع إلى معنى، وكان ابن عمر إنما أطلق طلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالباً عندهم في ذلك الوقت، فتباين الألفاظ عن العلماء في ذلك لا ينبغي أن يعتمد عليه في إثبات اختلاف. ومذهبنا أن بدو الصلاح يرجع إلى تغير صفة في الثمرة، وذلك يختلف باختلاف الأجناس، وهو على اختلافه راجع إلى شيء واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل، وفي ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف، فإن حديث أنس اعتبر الاشتداد في الحب، والاسوداد في العنب، والزهو في الثمرة. وحديث جابر دل على اعتبار الطعم في الثمرة وهي تشمل العنب وغيره. فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه، فلذلك قال في رواية في هذا الحديث «حتى تطيب»[2].

قال المصنف رحمه الله: [فإن وجد بدوّ الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع الجنس كله في ذلك الحائط. لأنا لو قلنا لا يجوز إلا فيما

---

(١) سبق تخريجه في (١٩٩٥).

(٢) حديث «نهى النبي ﷺ عن بيع الثمر حتى يطيب» أخرجه البخاري في البيوع: باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة (٤/٣٨٧) وكذا مسلم فيه (١٠/١٨٠) من رواية جابر.

بدا صلاحه فيه، أدى إلى المشقة والضرر بسوء المشاركة. ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر، ولا ما لم يبد فيه الصلاح في ذلك الجنس من حائط آخر، لأن المنع من ذلك لا يؤدي إلى الضرر بسوء المشاركة. فإن بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفرداً من غير شرط القطع، ففيه وجهان، **أحدهما**: يجوز لأنا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز إفراده بالبيع. و**الثاني**: لا يجوز، لأنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعاً لما بدا فيه الصلاح، وما أجيز بيعه تبعاً لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل].

الشرح: قال الشافعي والأصحاب: إذا بدا الصلاح في بعض الثمرة جاز بيع جميعها، وذلك أن الله تعالى أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقاً بالعباد، فإنها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكههم بها، وإنما تطيب شيئاً فشيئاً. ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر، فإن العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض، فكان يؤدي إلى أنه إما أن لا يباع، وإما أن يباع حبة حبة، وفي كلا الأمرين حرج ومشقة. ولا أعلم بين العلماء خلافاً في أنه لا يشترط الصلاح في جميع المبيع، وإنما اختلفوا في مقدار ما يضبطونه به. ومذهبنا أنه يكفي بدو الصلاح في نخلة واحدة، بل في بسرة واحدة. ولا خلاف أن غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل.

وأما سائر أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا ابتاع زرعاً أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصاد والجذاذ. لأن العادة فيها تركها إلى الحصاد والجذاذ، فلم يكلف نقله قبله. كما نقول فيمن اشترى متاعاً بالليل إنه لا يكلف نقله إلا بالنهار. فإن احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقي لزم البائع ذلك، لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاذ والحصاد، وذلك لا يحصل إلا بالسقي فلزمه].

الشرح: اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية إلى أوان الحصاد في الزروع، والجذاذ في الثمرة. والمخالف في هذه المسألة أبو

حنيفة رضي الله عنه، لأنه يقول: بيع الثمرة مطلقاً ينزل على القطع، ويجب قطعها في الحال. وأما السقي: فجمهور جماعات الأصحاب أوجبه على البائع وجعلوه من تمام التسليم.

قال المصنف رحمه الله: [وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى، ففيه قولان **أحدهما**: ينفسخ البيع، وهو الصحيح، لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد، فإن البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله. فإن رضي البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله، وإذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع. و**الثاني**: لا ينفسخ لأن المبيع باق، وإنما انضاف إليه زيادة فصار كما لو باع عبداً فسنّ أو شجرة فكبرت. فإن قلنا: لا ينفسخ، قلنا للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد، وإن لم تسمح فسخ العقد].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز، ففيه طريقان: قال أبو علي بن خيران وأبو علي الطبري: لا ينفسخ العقد قولاً واحداً بل يقال: إن سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد، لأن المبيع هو الشجر، ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة، والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع. كما لو اشترى داراً وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري فاختلط أحد الطعامين بالآخر، فإن البيع لا ينفسخ في الدار. وقال المزني وأكثر أصحابنا: إنها على قولين كالمسألة قبلها، لأن المقصود بالشجر هو الثمرة، فكان اختلاطها كاختلاط المبيع. وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان، **أحدهما**: أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً بل يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد وإن لم تسمح فسخ العقد، لأنه لم يختلط المبيع بغيره، وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزيلاً فسمن. الثاني وهو الصحيح: أنه على

قولين **أحدهما**: لا ينفسخ البيع. و**الثاني**: ينفسخ، ويخالف السمن والكبر في العقد، فإن تلك الزيادة لا حكم لها، ولهذا يجبر البائع على تسليم العقد مع السمن والكبر، ولهذه الزيادة حكم، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها، فدل على الفرق بينهما].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان له شجرة تحمل حملين، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز، فالبيع باطل. وقال الربيع: فيه قول آخر: إن البيع يصح. ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذّة من الرطبة فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر أن البيع يصح في أحد القولين. والصحيح هو الأول، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، لأن العادة فيها الترك، فإذا ترك اختلط به غيره فتعذر التسليم، بخلاف الرطبة، فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم].

الشرح: ضبط في الاستسقاء حملين بفتح الحاء، قال في الاستسقاء: وقال غيره: الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة، وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر.

وهذه المسألة كالتقييد لما تقدم، وتبين أن ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة إنما محله فيما إذا لم يكن الاختلاط غالباً، أو كان غالباً ولكن شرط القطع على المشتري فلم يتفق حتى وقع الاختلاط. أما إذا كان الاختلاط غالباً ولم يشترط القطع، فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا، وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم.

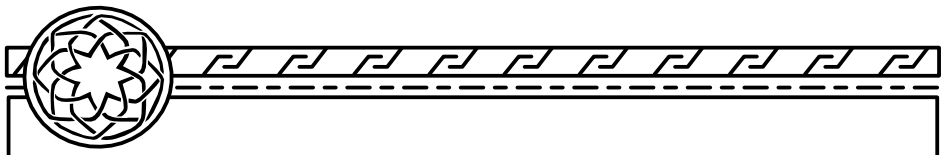


مختصر
المجموع شرح المهذب

الجزء الثاني عشر

٢٠٠٣

٢٠٠٤



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

باب بيع المصراة والرد بالعيب.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم بأنها مصراة، ثم علم أنها مصراة، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد. لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تصروا الإبل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثاً، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر**». وروى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «**من ابتاع محفّلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً**»].

الشرح: حديث أبي هريرة متفق عليه، رواه الأئمة مالك في الموطأ، والشافعي عنه، والبخاري ومسلم في صحيحيهما، وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه. وليس في شيء من ألفاظهم، ولا في غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذي أورده المصنف هكذا. وهذا الحديث رواه عن أبي هريرة جماعة منهم: عبدالرحمن الأعرج المشهور بصحته، ولفظه: «**لا تصَرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر**» رواه البخاري ومسلم وأبو داود[1]، وليس فيه «**بعد أن يحلبها ثلاثاً**».

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٦١) وكذا مسلم فيه: باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١٠/١٦٠) وأبو داود أيضاً (٧٢٢ ـ ٣/٧٢٧) وغيرهم.

ومن الرواة له عن أبي هريرة: أبو بكر محمد بن سيرين، ولفظه: «**من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردّها ردّ معها صاعاً من طعام لا سمراء**» رواه مسلم وأبو داود[١]. ورواه مسلم بنحوه من طريق أبي صالح عن أبي هريرة[٢]. وهناك روايات أخرى عن أبي هريرة، وليس في شيء منها اللفظ الذي ذكره المصنف بتمامه. بل طريق الأعرج جمعت بين النهي عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث، وطريق ابن سيرين وأبي صالح فيها ذكر الثلاث وهي مقتصرة على بيان الحكم. والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثاً واحداً حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة إلى الرواية الأولى، والجمع بينهما كما في الكتاب يقتضي التصريح بحكم لم يصرح به في شيء من الروايتين، وهو أن يكون الخيار بعد الحلب ثلاثاً. فالثلاث إما راجعة للخيار فيقتضي أنه (يثبت له الخيار ثلاثة أيام ويكون ابتداؤها بعد الحلب، وإما راجعة للحلب)[٣] فيقتضي أنه بعد حلبها ثلاثاً يثبت الخيار، وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شيء من الروايات صريحاً. وأما الثاني فلم يدل عليه أصلاً لا صريحاً ولا ظاهراً.

وأما حديث ابن عمر، فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذي ذكره المصنف[٤]. قال الخطابي: وليس إسناده بذاك. قال الحافظ المنذري: والأمر كما قال، فإن جميع بن عمير قال ابن بهير: هو من أكذب الناس.

وأما التصرية، فقال الشافعي: هي أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن، فيراه مشتريها كثيراً فيزيد في ثمنها، فإذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنين، عرف أن ذلك ليس بلبنها.

وقول المصنف «فهو بالخيار» إلى آخره، هذا هو الحكم المقصود من

---

(١) مسلم (١٠/١٦٦) وأبو داود (٣/٧٢٧)، والسمراء هي الحنطة.

(٢) مسلم (١٠/١٦٦).

(٣) ما بين قوسين ليس في المطبوعة، وزدته لدلالة المعنى عليه.

(٤) أخرجه أبو داود (٣/٧٢٨) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٥٣)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٤٦.

هذا الفصل. وممن قال به من الصحابة: عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه، صح ذلك عنهما، ولا مخالف لهما من الصحابة. ونقل العبدري القول به أيضاً عن ابن عباس وابن عمر وأنس. وممن قال به من الفقهاء بعدهم: الشافعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجي، وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث، واتفق جميع أصحابنا على ذلك تبعاً لإمامهم. وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد.

دليلنا في المسألة الأحاديث المتقدمة وهي صريحة في المقصود.

واعتمد المخالفون في الاعتذار عن الحديث أموراً ضعيفة ترجع إلى طريقتين: طريقة الرد وطريقة التأويل.

أما طريقة الرد فقالوا: هذا خبر واحد مخالف لقياس الأصول المعلومة، وما كان كذلك لم يلزم العمل به، لأن الأصول المعلومة مقطوع بها وخبر الواحد مظنون، والمظنون لا يعارض المعلوم. وأما أوجه مخالفته لقياس الأصول المعلومة فعديدة، منها: أنه أوجب غرم اللبن مع إمكان رده، وأوجب غرم قيمته مع وجود مثله، وجعل القيمة تمراً وهي إنما تكون ذهباً أو ورقاً، وجعل القيمة مقدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص بنقصانه، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون في الزيادة والنقصان، وذكروا وجوهاً أخرى.

وأما طريقة التأويل، فحملوه على ما إذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلاً وشرط الخيار، فالشرط فاسد، فإن اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار صح العقد، وإن لم يتفقا بطل، وأما رد الصاع فلأنه كان قيمة اللبن في ذلك الوقت.

والجواب عن الأول من أوجه، منها جواب إجمالي: أنه لا يسلم أن مخالفة الأصول قادحة، ويقال: إن كل ما ورد النص به فهو أصل بذاته لا يعتبر فيه موافقة الأصول، كالدية على العاقلة، والغرة في الجنين وغير ذلك، وليس إبطال أصل لمخالفته أصولاً أخرى بأولى من إبطال تلك

الأصول لمخالفتها ذلك الأصل، والصواب العمل بها جميعاً ويعتبر كل أصل بنفسه.

والجواب عن الثاني من أوجه أيضاً قالها الماوردي، أقواها: أن النهي عن التصرية وما ذكره معه يقتضي تعليق الحكم بالتصرية، وما حملوه عليه يقتضي تعليق الحكم بفساد الشرط، فصار ذكر التصرية لغواً.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف أصحابنا في وقت الرد، فمنهم من قال: يتقدر الخيار بثلاثة أيام، فإن علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار في بقية الثلاث للسنَّة. ومنهم من قال: إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور، فإن لم يردّ سقط خياره، لأنه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب].

الشرح: الذي قال بتقدر الخيار ثلاثة أيام هو القاضي أبو حامد المروروذي، وعليه نص الشافعي في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب في الجزء الخامس عشر من الأم[1]، وهو الصحيح عملاً بالحديث.

فرع إذا قلنا بأن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام، فهل ابتداؤها من حين العقد أو من التفرق؟ فيه الوجهان في خيار الشرط، هكذا قال الرافعي رحمه الله وغيره. والأصح من الوجهين في خيار الشرط أن ابتداءه من العقد.

قال المصنف رحمه الله: [فإن اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذي أخذه. واختلفت الرواية فيه. فروى أبو هريرة «**صاعاً من تمر**» وروى ابن عمر «**مثل أو مثلي لبنها قمحاً**». واختلف أصحابنا فيه. فقال أبو العباس بن سريج: يرد في كل بلد من غالب قوته، وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر، وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح، كما قال في زكاة الفطر «**صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير**» وأراد التمر لمن قوته التمر،

---

(١) الأم (٣/٦٩).

والشعير لمن قوته الشعير. وقال أبو اسحاق: الواجب صاع من التمر لحديث أبي هريرة، وتأول حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع من التمر فتطوّع به].

الشرح: رواية أبي هريرة وابن عمر تقدم بيانهما.

وصورة المسألة التي معنا هي: إذا أراد ردّ المصراة وكان قد حلبها وكان اللبن تالفاً. واتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن، واختلفوا في البدل على أوجه. والصحيح أن الواجب هو التمر، لأن الأحاديث الصحيحة مصرّحة بالتمر، والتي فيها الطعام مطلقاً محمولة عليه، لأن المطلق محمول على المقيد. وأما حديث ابن عمر الذي فيه القمح فقد تقدم التنبيه على ضعف طريقه.

فرع اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف، لأن الصاع بدل اللبن بدليل قوله ﷺ: «**ففي حلبتها صاع من تمر**». وقال ابن حزم: يجب رد مثله مع التمر إن كان تالفاً، وعينه إن كان باقياً، وذلك في اللبن الموجود عند العقد. وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر، وإطلاقه على المحلوب مجاز، ولا دليل عليه. واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده. والله أعلم.

فرع
في مذاهب العلماء.

قال مالك في أحد قوليه: يؤدي أهل كل بلد صاعاً من أغلب عيشهم. وقال أبو حنيفة ومحمد رضي الله عنهما: إذا كان اللبن تالفاً ليس له ردها لكن يرجع بقيمة العيب فقط، وإن كان باقياً رده ولا يرد معها صاع تمر ولا شيئاً، هكذا نقل ابن حزم عنه. والمشهور عنه: أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد. ونقل بعض أصحابنا عن أحمد: أنه إذا حلبها سقط خياره وتعلق حقه في الأرش، وهذا خلاف الحديث.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان. قال أبو اسحاق: يجب عليه قيمة صاع بالحجاز، لأنا لو أوجبنا صاعاً بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبدلها، فوجب قيمة الصاع بالحجاز لأنه هو الأصل. ومن أصحابنا من قال: يلزمه الصاع وإن كان بقيمة الشاة أو أكثر، ولا يؤدي إلى الجمع بين الشاة وبدلها، لأن الصاع ليس ببدل عن الشاة وإنما هو بدل عن اللبن فجاز. كما لو غصب عبداً فخصاه فإنه يرد العبد مع قيمته، ولا يكون ذلك جمعاً بين العبد وقيمته، لأن القيمة بدل عن العضو المتلف].

الشرح: الأصح من الوجهين في هذه المسألة الثاني، وهو وجوب الصاع وإن زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان ما حلب من اللبن باقياً فأراد رده ففيه وجهان. قال أبو اسحاق: لا يجبر البائع على أخذه لأنه صار بالحلب ناقصاً، لأنه يسرع إليه التغيّر فلا يجبر على أخذه. ومن أصحابنا من قال: يجبر، لأن نقصانه حصل لمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد، ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز إفراد الشاة بالرد، لأنه إفراد بعض المعقود عليه بالرد. فلما جاز ذلك ههنا ـ وإن لم يجز في سائر المواضع ـ جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب ـ وإن لم يجز في سائر المواضع ـ].

الشرح: أصح الوجهين في هذه المسألة قول أبي اسحاق لما ذكره المصنف رحمه الله.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى جارية مصرّاة ففيه أربعة أوجه. أحدها: أنه يردها ويرد معها صاعاً، لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار والصاع كالشاة. و**الثاني**: أنه يردها، لأن لبنها يقصد لتربية الولد ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد، ولا يرد بدله لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض. والثالث: لا يردها، لأن الجارية لا يقصد في العادة إلا عينها دون لبنها. والرابع: لا يردها ويرجع بالأرش، لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن، لأنه ليس للبنها عوض مقصود، ولا يمكن ردها من غير عوض، لأنه يؤدي

إلى إسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل، ولا يمكن إجبار المبتاع على إمساكها بالثمن المسمى، لأنه لم يبذل الثمن إلا ليسلم له ما دلس به من اللبن، فوجب أن يرجع على البائع بالأرش، كما لو وجد بالمبيع عيباً وحدث عنده عيب].

الشرح: الكلام في هذا الفصل والفصل الذي بعده يحتاج إلى أصل، وهو أن المنصوص عليه في كلام الشافعي رحمه الله حكم الإبل والغنم والبقر، والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة، والمصرح به من ذلك هو الإبل والغنم. وكثير من الأصحاب يجعلون حكم البقر ثابتاً بالقياس، وبه يشعر كلام الشافعي رحمه الله في المختصر. ومنهم من يأخذه من النص في الحديث الذي لفظه: «**من اشترى مصرّاة**» فإنه عام. واتفقوا على إثبات الحكم في البقر إما بالنص وإما بالقياس، فإن القياس فيها ظاهر جلي وهي في معنى الابل والغنم، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها. أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان، فلا يظهر فيهما أنهما في معنى الأصل المنصوص عليه. وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذي بعده للكلام فيهما، والذي تجري أحكام المصراة عليهما. فطريقه في ذلك إما القياس وإن كان ليس في الجلاء والظهور كالأول، وإما إدراجها في عموم قوله: «**من اشترى مصراة**». والذي لا تجري عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس، ويتبين أنهما غير داخلين في عموم قوله: «**مصراة**»، إما بأن الاسم غير صادق عليهما عند الإطلاق، وإما بإخراجهما من اللفظ بدليل. وقد يقال إن من جملة ما يدل على إخراج الجارية قوله في الحديث «**بعد أن يحلبها**» فإن ذلك يقتضي قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب، وفي إطلاق الحلب على الجارية نظر.

وقد ذكر الماوردي وجهين في التصرية في غير الإبل والبقر والغنم، **أحدهما**: أنها ليست بعيب. و**الثاني**: أن التصرية في كل الحيوان عيب. فإن اعتبرنا تصرية الجارية عيباً، فالحكم فيها ما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى أتاناً مصراة، فإن قلنا بقول الإصطخري أن لبنها طاهر، ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة. وإن قلنا

بالمنصوص أنه نجس، ففيه وجهان، **أحدهما**: إنه يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا قيمة له فلا يقابل ببدل. و**الثاني**: يمسكها ويأخذ الأرش، لأنه لا يمكن ردها مع البدل لأنه لا بدل له، ولا ردها من غير بدل لما فيه من إسقاط حق البائع من لبنها، ولا إمساكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن إلا لتسلم له الأتان مع اللبن، ولم تسلم فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش].

الشرح: الأتان الأنثى من الحمير.

وأما الحكم فإن اعتبرنا تصرية الأتان عيباً، ففي ردها طرق للأصحاب، ذكر المصنف منها طريقاً واحداً. ويمكن تلخيصها بأربعة أوجه، أصحها عند الرافعي وغيره، وهو الذي جزم به المصنف في التنبيه: أنه يردها ولا يرد معها شيئاً.

قال المصنف رحمه الله: [إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال ففيه وجهان، بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها. **أحدهما**: لا يصح، لأنه شرط مجهول فلم يصح. و**الثاني**: أنه يصح، لأنه يعلم بالعادة فصح شرطه. فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الإمساك والرد].

الشرح: بناء المصنف الوجهين على القولين في اشتراط الحبل يقتضي أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا، لأن المشهور صحة اشتراط الحبل، لكن أكثر الأصحاب قطعوا بالبطلان ههنا. والفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن وبين اشتراط الحمل، فإن اشتراط أصل الحمل نظيره اشتراط أصل اللبن، وهذا يصح على الأصح. وأما اشتراط قدر معلوم من اللبن فنظيره اشتراط مقدار أو وصف في الحمل، وذلك لا يمكن تصحيحه، لأنه لا يمكن العلم به.

قال المصنف رحمه الله: [إذا ابتاع جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة، أو اسود شعرها ثم بان بياض شعرها، أو احمرّ وجهها ثم بان صفرة وجهها، ثبت له الرد. لأنه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتصرية. وإن سبط شعرها ثم بان أنها جعدة ففيه وجهان، **أحدهما**: لا

خيار له، لأن الجعدة أكمل وأكثر ثمناً. و**الثاني**: أنه يثبت له الخيار، لأنه قد تكون السبطة أحب إليه وأحسن عنده. وهذا لا يصح لأنه لا اعتبار به، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن، والجعدة أكثر ثمناً من السبطة. وإن ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ثبت له الرد، لما ذكرناه من العلة في المسألة قبلها].

الشرح: الفصل يتضمن مسائل من التغرير الفعلي ملحقة بالمصراة، إما بلا خلاف وإما على وجه. ويستحسن أن نجعل له مقدمة.

قال الإمام: إن أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محل التصرية من البهيمة إذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار. فلو جعد الرجل شعراً تجعيداً لا يتميز عن تجعيد الخلقة ثم زال ذلك، ثبت الخيار للمشتري. فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجعودة، وقد طردت في هذا مسلكاً في الأساليب. وإذا جرى الخلف[1] بشيء لا ظهور له فلا مبالاة به. كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً. ولوكان وقع المداد بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة، فاذا أخلف الظن ففي ثبوت الخيار وجهان. وإذا بنى الأمر على ظهور شيء في العادة، فما تناهى ظهوره يتأصل في الباب، وما لا يظهر يخرج عنه، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه. هذا كلام الإمام، وهو منبه على المراتب الثلاثة التي يثبت الخيار فيها جزماً، والتي لا يثبت جزماً، والتي يتردد فيها.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف. وقوله: «وإن ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة» أي وكان المشتري يظن أنها على استواء الأرض.

تنبيه المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السبوطة المكروهة عند

---

(١) ورد في المطبوعة «**الحالف**» بالحاء، فصححتها إلى «**الخلف**» بالخاء لدلالة المعنى عليه.

العرب، وهو ما يظهر إذا أرسل من التكسير والتقبض والالتواء، وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط فإن ذلك مكروه أيضاً. وأحسن الشعر ما كان بين ذلك. وقد جاء في وصف شعر رسول الله ﷺ أنه «كان جعداً رجِلاً ليس بالجعد القطط ولا بالسبط»[1] وقوله: «سبط» هو بفتح السين وباسكان الباء وفتحها وكسرها ـ أي مسترسل الشعر من غير تقبض. والله أعلم.

[الرد بالعيب]

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ومن ملك عيناً وعلم بها عيباً لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها. لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «**المسلم أخو المسلم، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بينه له**». فإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه. لما روى أبو سباع قال: اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال: هل بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال: أردت بها سفراً أم أردت بها لحماً؟ قلت: أردت عليها الحج قال: إن بخفها نقباً قال صاحبها: أصلحك الله ما تريد إلى هذا، تفسد علي؟ قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول «**لا يحل لأحد يبيع شيئاً إلا بين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بيّنه**». فإن باع ولم يبين العيب صح البيع، لأن النبي ﷺ صحّح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية].

الشرح: حديث عقبة بن عامر هذا رواه ابن ماجه، وأخرجه الحاكم في المستدرك وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه[2]. فأما حكمه بصحته فصحيح لأن رواته كلهم ثقات من رجال

---

(١) أخرجه البخاري في اللباس: باب الجعد (١٠/٣٥٦) ومسلم في الفضائل (١٥/٩٢) من رواية أنس.

(٢) أخرجه ابن ماجه في التجارات (٢/٧٥٥) والحاكم في البيوع (٢/٨)، وقال ابن حجر في الفتح (٤/٣١١): إسناده حسن، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٨٢٣.

الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة. وأما قوله: «إنه على شرط الشيخين» ففيه نظر، لأن في رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقي، وشيخ شيخه عبدالرحمن بن شماسة، وكلاهما لم يرو عنه البخاري وإنما هما من أفراد مسلم.

وللحاكم شيء كثير مثل هذا، وذلك محمول منه. والله أعلم على أن الرجال المذكورين في إسناد هذا الحديث لا تقصر رتبتهم عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم، وإثبات ذلك صعب، فإنه يتوقف على سبر جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء والموازنة بينهما، وإن تأتى ذلك في النادر فإنه يصعب في الأكثر. ولعل عند البخاري شيئاً من حال الشخص الذي لم يخرج له لا نطلع نحن عليه، فدعوى أنه على شرطه فيها ما علمت. نعم هذا الحديث على شرط مسلم، لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم، والباقون متفق عليهم.

وقد ذكر البخاري في جامعه الصحيح هذا الحديث من كلام عقبة بن عامر، فقال في باب إذا بين البيّعان ولم يكتما ونصحا: وقال عقبة بن عامر «لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم بها داء إلا أخبره» [1]، أورده هكذا معلقاً وذلك لا يقدح في رواية من رواه مرفوعاً، وعقبة أفتى بذلك بمقتضى الحديث الذي سمعه من النبي ﷺ.

واعلم أنه ليس في روايتي ابن ماجه والحاكم التقييد بالعلم كما في كلام المصنف رحمه الله، وإن كان العلم لا بد منه في التكليف. نعم التقييد بالعلم مذكور في الأثر الذي ذكره البخاري من كلام عقبة.

وحديث واثلة بن الأسقع أخرجه الحاكم في المستدرك من طريق أبي سباع وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. وفي حكمه بصحته نظر[2].

---

(١) البخاري (٤/٣٠٩).

(٢) أخرجه البيهقي في البيوع (٥/٣٢٠) وكذا الحاكم فيه (٩ ـ ٢/١٠) وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وهذا الحديث دل على أن غير المالك إن علم بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه. وقد جاء في هذا المعنى أحاديث كثيرة منها: عن تميم الداري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الدين النصيحة**» رواه مسلم[1].

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ثم حدث به عيب في ملكه نظرت: فإن كان حدث قبل القبض ثبت له الرد، لأن المبيع مضمون على البائع فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد. وإن حدث العيب بعد القبض نظرت: فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث. وإن استند إلى ما قبل القبض، بأن كان عبداً فسرق أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض، ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يرد، وهو قول أبي اسحاق، لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض. و**الثاني**: أنه لا يرد، وهو قول أبي علي ابن أبي هريرة، لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد، كما لو لم يستند إلى سبب قبله].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف. وأما أصح الوجهين في المسألة الأخيرة فهو قول أبي اسحاق، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردي. ومال الماوردي إلى الوجه الثاني، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد: أنه من ضمان المشتري وليس له الرد، ولكن يرجع على البائع بالأرش، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن.

---

(١) أخرجه مسلم في الإيمان (٣٦ ـ ٢/٣٧).

قال المصنف رحمه الله: [إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً، لم يخل إما أن يكون المبيع باقياً على جهته، أو زاد، أو نقص. فإن كان باقياً على جهته وأراد الرد لم يؤخره، فإن أخره من غير عذر سقط الخيار، لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفوركخيار الشفعة].

الشرح: إذا كان المبيع الذي ظهر به العيب باقياً بحاله فقد تقدم أنه يخير بين إمساكه ورده. فإن أراد رده، فخيار الرد على الفور عندنا وعند جمهور العلماء.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد، لأنه لم يرض بالعيب ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقي، وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد].

الشرح: في هذه المسألة وجهان، ذكر المصنف أحدهما وقطع به. والوجه الثاني: بطلان حقه في الرد، لأنه انتفاع لم تجر العادة به في غير ملكه إلا بإذن المالك، وهذا هو الأصح عند الرافعي والنووي.

فرع إذا كان في رد المبيع مؤنة، فالمؤنة على المشتري قاله صاحب التتمة وغيره. قال: لأن المبيع مضمون في يده، والمال إذا كان مضمون العين كان مضمون الرد.

قال المصنف رحمه الله: [وله أن يرد بغير رضى البائع ومن غير حضوره، لأنه رفع عقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضى صاحبه ولا حضوره كالطلاق].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف

قال المصنف رحمه الله: [فإن اشترى ثوباً بجارية فوجد بالثوب عيباً فوطىء الجارية ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء. و**الثاني**: لا ينفسخ لأن الملك قد استقر للمشتري فلا يجوز فسخه إلا بالقول].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان، بناء على القولين في الأمة إذا أعتقت تحت عبد ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ، **أحدهما**: يسقط الخيار، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر وقد زال الضرر. و**الثاني**: لا يسقط لأن الخيار ثبت بوجود العيب فلا يسقط من غير رضاه].

الشرح: الوجهان مشهوران، والصحيح: السقوط.

قال المصنف رحمه الله: [وإن قال البائع: أنا أزيل العيب، مثل أن يبيع أرضاً فيها حجارة مدفونة يضر تركها بالأرض فقال البائع: أنا أقلع ذلك في مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشتري من الرد، لأن ضرر العيب يزول من غير إضرار].

الشرح: صورة المسألة أن يضر ترك الحجارة ولا يضر قلعها. وقد تقدم الكلام فيها في كتاب بيع الأصول والثمار. وظاهر كلام المصنف هنا أن الخيار ثبت ويسقط بقول البائع ذلك. والذي تقدم هناك أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشتري. والصواب: ما قاله المصنف رحمه الله هنا. ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشتري وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك، فعلى قوله هنا ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك. وإطلاق المصنف السقوط بقول البائع: أنا أقلع، ينبغي أن يكون محمولاً على ما إذا قلع. أما إذا اقتصر على القول، فسقوط الخيار به غير متجه لبقاء العيب.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن قال البائع: أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله، لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن. وإن قال المشتري: أعطني الأرش لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرش، لأنه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن تراضيا على دفع الأرش لإسقاط الخيار ففيه وجهان، **أحدهما**: يجوز وهو قول أبي العباس، لأن خيار الرد يجوز أن يسقط إلى المال، وهو إذا حدث عند المشتري عيب، فجاز إسقاطه إلى المال بالتراضي كالخيار في القصاص. و**الثاني**: لا يجوز وهو المذهب، لأنه خيار فسخ فلم يجز إسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة. فإن تراضيا على ذلك وقلنا إنه لا يجوز، فهل يسقط خياره؟ فيه وجهان، **أحدهما**: أنه يسقط لأنه رضي بإمساك العين مع العيب. و**الثاني**: لا يسقط وهو المذهب، لأنه رضي بإسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقي الخيار].

الشرح: الوجهان في جواز التراضي على إسقاط الخيار إلى بدل سواء كان ذلك البدل جزءاً من الثمن أم غيره. وبالجواز قال أبو حنيفة ومالك. والمنع هو ظاهر المذهب كما قال القاضي أبو الطيب وغيره، وهو الذي صححه البغوي والرافعي وغيرهما، وفيه نظر فإنهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة، والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة: أن ههنا يأخذ الأرش في مقابلة ما فات من المال ويسقط إلى مال كما **قال المصنف رحمه الله تعالى**، فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط، والمعنى الأول أحسن. وصورة المسألة إذا لم يكن مانع من الرد ولا تأخر مسقط.

فائدة: الأرش في اللغة أصله الهرش، أبدلت الهاء همزة، وأرش الجراحة ديتها وذلك لما يكون فيه من المنازعة. وأما في الشرع فقال بعضهم: هو عبارة عن الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت. وقال الرافعي: هو جزء من الثمن، نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن أراد أن يرد بعضه لم يجز، لأن على البائع ضرراً في تبعيض الصفقة عليه فلم يجز من غير رضاه. وإن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيباً فهل له أن يفرده بالرد؟ فيه قولان، **أحدهما**: لا يجوز، لأنه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه. و**الثاني**: يجوز، لأن العيب اختص بأحدهما فجاز أن يفرده بالرد.

وإن ابتاع اثنان عبداً فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز، لأن البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد علّة أحدهما دون الآخر، كما لو باع منهما في صفقتين].

الشرح: هذه ثلاث مسائل.

الأولى: إذا كان المبيع عيناً واحدة في صفقة واحدة، فإن كانت كلها في ملك المشتري فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين، **أحدهما**: تفريق الصفقة. و**الثاني**: أن الشركة عيب فإذا رد النصف كان معيباً، ولا يجوز رد العين إذا حدث فيها عيب.

الثانية: إذا اشترى عينين من رجل صفقة واحدة، فإن وجد العيب بإحداهما وهما باقيان في يده، فهل له إفراد المعيبة بالرد؟ فيه قولان: أظهرهما عند الماوردي والرافعي، وهو ظاهر المذهب كما قال القاضي أبو الطيب والروياني: أنه ليس له ذلك، بل يردهما جميعاً أو يمسكهما جميعاً، سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، وسواء كان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام أو يختلف كالعبدين والثوبين.

الثالثة: إذا اشترى اثنان من واحد عيناً ووجدا بها عيباً، وأراد أحدهما إمساك حصته والآخر رد حصته، جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة، وبه قال أحمد ومالك في رواية، وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى. ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، وهو الأصح. ووجهه: بأنه رد جميع ما ملك مجازاً كالمشتري الواحد. والقول الثاني ويحكى عن رواية أبي ثور عن القديم، وبه قال أبو حنيفة: أنه ليس له الانفراد بالرد، لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملاً والآن يعود إليه بعضه، وبعض الشيء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله. ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وإن تعدد المشتري متحدة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن مات من له الخيار انتقل إلى وارثه، لأنه حق لازم يختص بالمبيع فانتقل بالموت إلى الوارث كحبس المبيع إلى أن يحضر الثمن].

الشرح: الحقوق في المهذب منها ما يورث قطعاً، ومنها ما لا يورث قطعاً، ومنها ما فيه خلاف. وقوله: «حق لازم» احتراز من الحقوق الجائزة التي تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الإقالة ونحو ذلك.

وصورة المسألة: إذا مات المشتري قبل الاطلاع على العيب، أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد، أو بحدوث العيب قبل القبض بعد موت المشتري، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما في سائر الأمور التقديرية.

وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن كان له وارثان، فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز، لأنه تبعيض صفقة في الرد فلم يجز من غير رضا البائع، كما لو أراد المشتري أن يرد بعض المبيع].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت: فإن كانت الزيادة لا تتميز كالسِمَن واختار الرد، رد مع الزيادة، لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك فلا يجوز أن ترد دونها].

الشرح: الزيادة المتصلة التي لا تتميز كالسمن وتعلم العبد الحِرفة والقرآن وكبر الشجر وكثرة أغصانها تابعة للأصل في الرد، ولا شيء على البائع بسببها، ويجبر البائع على قبول العين بالزيادة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن كانت زيادة منفصلة كاكتساب العبد، فله أن يرد ويمسك الكسب. لما روت عائشة رضي الله عنها: أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ ورده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ «**الخراج بالضمان**»].

الشرح: حديث عائشة هذا، رواه أبو داود وقال: هذا إسناد ليس بذاك، وابن ماجه والحاكم في المستدرك وقال: صحيح الإسناد ولم

يخرجاه[1]. وهو من رواية مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، ومسلم هذا وثقه ابن معين، لكن البخاري قال عنه: إنه منكر الحديث.

وروى الترمذي هذا الحديث مختصراً دون ذكر القصة بإسناد جيد وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة[2].

قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم. قال: وتفسير «**الخراج بالضمان**» هو الرجل يشتري العبد فيستغله، ثم يجد به عيباً فيرده على البائع، فالغلة للمشتري، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري، ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان[3].

ومثل غلة العبد في الحكم سكنى الدار وركوب الدابة، فكل ذلك يدخله الأصحاب في اسم الغلة، وإن كان قد لا يشمله اسم الزوائد الذي تضمنه كلام المصنف..

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت، أو شجرة فأثمرت عنده، رد الأصل وأمسك الولد والثمرة، لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد].

الشرح: إذا كانت الفوائد الحاصلة أعياناً متولدة من المبيع كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد، فللعلماء فيه ثلاثة مذاهب. مذهبنا: أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ويرد الأصل بالعيب إذا لم يكن قد نقص بذلك، يعني فلا يغيره، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: لا يكون

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٧٨٠) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٥٤) والحاكم (٢/١٥) بلفظ «**الخراج بالضمان**» وأخرجه الحاكم أيضاً بلفظ «**الغلة بالضمان**» وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وقال الألباني في صحيح أبي داود برقم **٢٩٩٦**: حسن بما قبله.

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٨٢) وكذا أبو داود (٧٧٧ ـ ٣/٧٧٩) والنسائي (٢٥٤ ـ ٧/٢٥٥) فيه، وابن ماجه (٢/٧٥٤)، وحسنه الألباني في صحيح الترمذي برقم **١٠٣٣**.

(٣) الترمذي: (٥٨٢ ـ ٣/٥٨٣).

له الرد ويأخذ الأرش. وقال مالك: يرد مع الأصل الزيادة التي هي من جنس الأصل وهي الولد، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة، بل يرد الأصل وحده. ومعتمدنا في جواز الرد وجود العيب، وفي إمساك الفوائد الحديث، فإن الخراج يشمل كل ما خرج عيناً كان أو منفعة، وقد ورد في رواية أخرى أن «**الغلة بالضمان**» والغلة تشمل الثمرة وغيرها. ومعتمد المخالفين أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعاً، لأنه لا سبب للملك فيها إلا سراية الملك من الأصل إليها، والأصل مبيع فيسري حكمه إليها على صفته.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه. ومن أصحابنا من قال: لا يرد الأم بل يرجع بالأرش، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز. وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة، ولهذا قال الشافعي رحمه الله في الجارية المرهونة أنها تباع دون الولد].

الشرح: رجح المصنف هنا جواز التفريق للضرورة، ونسبه ابن الصباغ إلى أكثر الأصحاب، وقال الروياني: إنه المذهب. وكلام الرافعي يشعر بترجيح منع التفريق ومنع الرد هنا، وهو الأصح.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن اشتراها وهي حامل فولدت عنده، فإن قلنا إن الحمل له حكم رد الجميع، وإن قلنا لا حكم للحمل رد الأم دون الولد].

الشرح: هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب، والصحيح أن له حكماً ويقابله قسط من الثمن، ويحبسه على استيفاء الثمن. فالصحيح أنه يرد الجميع.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن كان المبيع جارية ثيباً فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها، لأنه انتفاع لا يتضمن نقصاً فلم يمنع الرد كالاستخدام].

الشرح: هذه المسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب.

وهذه المذاهب الثمانية مرجعها إلى أربعة أقوال. الأول: يردها ولا شيء معها، وهو مذهبنا، وبه قال مالك والليث وأبو ثور. **والثاني**: يمتنع الرد ويرجع بالأرش وهو مذهب أبي حنيفة. والثالث: يمتنع الرد ولا يرجع بشيء، وهو مذهب الحسن وعمر بن عبدالعزيز. والرابع: يردها ويرد معها شيئاً، على خلاف في تحديد المقدار الواجب رده.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن وجد العيب وقد نقص المبيع نظرت: فإن كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه، كوطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة، لم يجزله الرد بالعيب، لأنه أخذه من البائع وبه عيب فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه. وينتقل حقه إلى الأرش، لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع إلى بدل الجزء الفائت وهو الأرش].

الشرح: النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر، فلذلك قال المصنف «بمعنى» أي حاصل في المبيع.

وأما حكم الفصل فهو كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن قال البائع: أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث، لم يلزمه دفع الأرش، لأنه لم يكن له غير الرد وإنما امتنع للعيب الحادث في يده، فإذا رضي به صار كأنه لم يحدث عنده عيب، فلم يكن له غير الرد. وإن قال المشتري: أرده وأعطي معه عيب الأرش الحادث عندي، لم يلزم البائع قبوله. كما إذا حدث العيب له عند البائع فقال: خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشتري قبوله].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإذا أراد الرجوع بالأرش قوّم المبيع بلا عيب فيقال قيمته مائة، ثم يقوّم مع العيب فيقال قيمته تسعون، فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن، ولا يرجع بما نقص من قيمته، لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت. ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن. فاذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن،

كالجزء لما ضمن جميعه بالدية ضمن الجزء منه بجزء من الدية. ولأنا لو قلنا: إنه يرجع بما نقص من قيمته أدى إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشتري، فإنه قد يشتري ما يساوي مائة بعشرة، فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن إليه، فيجتمع له الثمن والمثمن وهذا لا يجوز].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن اختلفت قيمة المبيع من حال العقد إلى حال القبض قوّم بأقل القيمتين، لأنه إن كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص، كان ما نقص في يده مضموناً عليه، وما كان نقصانه من ضمانه فلا يجوز أن يقوّم على البائع. وإن كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت في يده، فإنها زيادة حدثت في ملك المشتري لا حق للبائع فيها، فلا يجوز إدخالها في التقويم].

الشرح: تقدم أن القيمة تعتبر معنى لإيجاب الأرش، والاعتبار بأنه قيمة فيه طريقان أصحهما وهي التي جزم بها المصنف وغيره: القطع بأن الاعتبار بأقل القيمتين من قيمة يوم العقد ويوم القبض. فإنه إن كان عند العقد أكثر فالنقصان من ضمان البائع، وإن كانت عند القبض أكثر فالزيادة حدثت في ملك المشتري.

واعلم أن هذه المسألة معروفة بالإشكال لا سيما على عبارة المصنف في تعليله.

فرع قال بن أبي عصرون: قوله: «وإن اختلفت قيمة المبيع» قال: فيقال مثلاً قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون، وبالعيب عشرون فينقص عشرة، ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة. وقول ابن أبي عصرون يرجع بخمسة، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن.

قال المصنف رحمه الله: [فإن كان المبيع إناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان فكَسَره ثم علم به عيباً لم يجز له الرجوع بأرش العيب، لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن فيصير الألف بدون الألف، وذلك لا يجوز،

فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يغرم أرش الكسر. وحكى أبو القاسم الداركي وجهاً آخر: يرجع بالأرش، لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرش لا اعتبار به، والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا ولا يقال إن هذا لا يجوز، لأنه يصير الثمن مجهولاً].

الشرح: لم يذكر المصنف تمام صورة المسألة وهو أن يكون الثمن من جنس الإناء، بل سكت عن الثمن بالكلية، وكذلك القاضي أبو الطيب، وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها، والمراد إذا اشتراه بوزنه من جنسه، وإلا فلو كان الثمن من غير النقود، أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسألة، لأنه لا يبقى محذور في المفاضلة، فالمشتري يرجع بأرش العيب القديم.

وأما حكم المسألة: ففيه أوجه، أصحها وهو الذي صدّر به المصنف كلامه: أنه يفسخ المبيع ويرد الإناء ويغرّم أرش النقص الحادث، ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الإناء والثمن وهما متماثلان، والعيب الحادث مضمون عليه. واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثمن ينقص كما ذكره المصنف، وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثمن، وكلا الأمرين رباً. ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشتري يغرم الأرش، لأن تغريمه أرش الكسر متأخر عن الفسخ، والفسخ يرد على الإناء خاصة، وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرش عن الحادث مع المبيع، إذ لو ورد الرد عليها في هذه الصورة أدى إلى الربا. وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه، بل رجوعه إلى ملك المشتري.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه، بأن كان جوزاً أو بيضاً أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه إلا بكسره، فينظر فيه: فإن كسره فوجده لا قيمة للباقي كالبيض المذر والرمان العفن، فالبيع باطل، لأن ما لا قيمة له لا يصح بيعه فيجب رد الثمن].

الشرح: تقدم الكلام في النقص الذي لا يقف استعلام العيب على

جنسه، والكلام الآن فيما يقف. وإنما قال: «على جنسه» ولم يقل «عليه» ليشمل ما إذا كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه، وما إذا كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه، وكلا القسمين سيأتيان في كلامه إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فنقول: ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره مما مأكوله في جوفه أو غيره كالبطيخ والرمان والبيض، فكسره فوجده فاسداً لا قيمة له، فقد نص الشافعي والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن كان له قيمة كبيض النعامة والبطيخ الحامض وما دوّد بعضه من المأكول نظرت: فإن كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه ففيه قولان، **أحدهما**: أنه لا يرد، وهو قول المزني، لأنه نقص حدث في يد المشتري فمنع الرد كقطع الثوب. و**الثاني**: لا يمنع الرد، لأنه معنى لا يوقف على العيب إلا به فلم يمنع الرد كنشر الثوب. فإن قلنا: لا يرد، رجع بأرش العيب على ما ذكرناه. وإن قلنا: يرد، فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر؟ فيه قولان، **أحدهما**: يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة. و**الثاني**: لا يلزمه، لأن الكسر الذي يتوصل به إلى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله أرش].

الشرح: إذا كسر ما لا يوقف على عيبه إلا بكسره وكان للباقي بعد الكسر قيمة، فإن لم يزد على قدر ما يعرف به العيب، مثل إن نقب الرمان فعرف حموضته أو قطعه قطعاً يسيراً فعرف أنه مدوّد، ففيه قولان، أظهرهما عند الأكثرين: أنه لا يمنع الرد، وبه قال مالك وأحمد في رواية، وقاسه الأكثرون على المصراة. والقول الثاني: أنه ليس له الرد قهراً، كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني. فإن قلنا: يرد، وهو الأظهر، فلا يغرم أرش الكسر على أصح القولين عند الرافعي وغيره، لأنه معذور فيه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن قلنا يلزمه الأرش، قوّم معيباً صحيحاً ومعيباً مكسوراً ثم يرجع عليه بما بين القيمتين، لأنه لما رد انفسخ

العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة. ويخالف الأرش مع بقاء العقد، لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن، فضمن نقصانه بجزء من الثمن].

الشرح: إذا قلنا يلزم المشتري الأرش عند رد المكسور، كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذي رجحوه، فالأرش ههنا هل هو كالأرش المأخوذ من البائع عند بقاء العقد؟ وقد تقدم أنه جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم إلى تمامها. أو الأرش هنا مخالف لذلك؟ الذي قاله المصنف هنا: إنه مخالف، وأن الأرش ههنا لا ينسب من الثمن بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره في الكتاب، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان، **أحدهما**: لا يجوز الرد قولاً واحداً، لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج إليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب. و**الثاني**: إنه على القولين، لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج إليه في معرفة العيب، وبين ما زاد عليه فسوّي بين القليل والكثير].

الشرح: الطريقة الأولى هي المذهب، كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو أعتقه أو وقفه، ثبت له أرش العيب، لأنه أيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش، لأنه لم ييأس من الرد. فإن رجع رده بالعيب وإن هلك أخذ عنه الأرش].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرش. قال أبو اسحاق: العلة فيه أنه استدرك الظلامة فغبَن كما غبِن فزال عنه ضرر العيب. وقال أكثر أصحابنا: العلة فيه أنه لم ييأس من الرد، لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه].

الشرح: إذا زال ملكه عن المبيع زوالاً لا يمكن عوده ثم علم بالعيب، فلا خلاف أنه لا يرد في الحال. وأما الرجوع بالأرش، فإن زال بعوض كالبيع كما مثّل المصنف فقولان أشهرهما، وهو الذي قطع به المصنف ونص عليه الشافعي في المختصر: أنه ليس له المطالبة بالأرش، وبه قال جمهور العلماء. القول الثاني، وهو من ترجيح ابن سريج: له الأرش، وبه قال ابن أبي ليلى وهو الأصح عند المالكية.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [فإن رد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول رده على البائع، لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن حدث عند الثاني عيب فرجع على الأول بالأرش رجع هو على بائعه، لأنه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة].

الشرح: جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف: أنه إذا رجع المشتري الثاني على الأول بالأرش، رجع الأول على بائعه، لأنه أيس من الرد أي بحدوث العيب، وبأنه لم يستدرك الظلامة لأخذ الأرش منه.

قال المصنف رحمه الله: [وإن تلف في يد الثاني وقلنا بتعليل أبي اسحاق، لم يرجع لأنه استدرك الظلامة. وإن قلنا بتعليل غيره رجع بالأرش، لأنه قد أيس من الرد].

الشرح: إذا تلف في يد المشتري الثاني فقد حصل اليأس من الرد فيرجع على الأصح.

قال المصنف رحمه الله: [وإن رجع المبيع إليه ببيع أو هبة أو إرث، لم يرد على تعليل أبي اسحاق لأنه استدرك الظلامة. وعلى تعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد].

الشرح: طريقة العراقيين والجمهور البناء في هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المصنف. ويقتضي البناء المذكور أن الأصح: أن له أن يرد، وهو كذلك.

قال المصنف رحمه الله: [فإن لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره، فإن كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه].

الشرح: هذا بين لا إشكال فيه، إلا أن الهبة بعوض بيع، وحينئذ تأتي فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش لأنه لم ييأس من الرد].

الشرح: هذا هو الصحيح تفريعاً على أن المعتبر اليأس. أما إذا علّلنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرش لأنه لم يستدرك.

قال المصنف رحمه الله: [فإن رجع إليه ببيع أو هبة أو إرث فله الرد بلا خلاف، لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة].

الشرح: إذا وهبه بلا عوض ثم رجع إليه، فالصحيح أن له الرد كما قال المصنف، لكن مع حكاية الخلاف في المسائل الثلاث التي ذكرها.

[تعريف العيب]

قال المصنف رحمه الله: [والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيباً، فإن خفي منه شيء رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس].

الشرح: لما تقدمت أحكام العيب احتاج إلى تعريفه، فعقد هذا الفصل لذلك، وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب. ولما كانت الأمثلة لا تنحصر، قدّم عليها الضابط فيها. وما ذكره من الضابط سديد، فإن المدرك في ذلك العرف، فما عدّه الناس وأهل العرف عيباً كان عيباً وما لا فلا. ولكن الإحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الأوقات اليأس، فلأجل ذلك

ضبطه غير المصنف بضابط أبين. وأحسن شيء فيه ما أشار له الإمام رحمه الله ولخصه الرافعي أن يقال: ما ثبت الرد بكل ما في المعقود من نقص القيمة أو العين نقصاً ما يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون في أمثال ذلك المبيع عدمه.

قال المصنف رحمه الله: [فإن اشترى عبداً فوجده أعمى أو أعرج، أو أصم أو أخرس، أو مجذوماً أو أبرص، أو مريضاً أو أبخر، أو مقطوعاً أو أقرع، أو زانياً أو سارقاً أو آبقاً، ثبت له الرد لأن هذا عاهات يقتضي مطلق العقد السلامة منها، فلا يلزمه العقد مع وجودها].

الشرح: ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وإن كانت لا تنحصر، ولا مطمع في استيعابها، لكن المقصود زيادة في البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجده يبول في الفراش، فإن كان صغيراً لم يرد، لأن بول الصغير معتاد فلا يعد عيباً، وإن كان كبيراً رد لأن ذلك عاهة ونقص].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجده خصياً ثبت له الرد، لأن العقد يقتضي سلامة الأعضاء، وهذا ناقص].

الشرح: الخصي الذي نزعت خصيتاه وسلتا. وقيل: من قطعت أنثياه مع جلدتهما. وهو عيب كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجده غير مختون[1]، فإن كان صغيراً لم يثبت له الرد، لأنه لا يعدّ ذلك نقصاً في الصغير، لأنه لا يخاف عليه منه. وإن كان كبيراً ثبت له الرد، لأنه يعد نقصاً لأنه يخاف عليه منه. وإن كانت جارية لم ترد صغيرة كانت أو كبيرة، لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه].

---

(١) ورد في هذا الموضع من المطبوعة تحريف فصححته بما اقتضاه المعنى. والله أعلم.

الشرح: هذا كما قال.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد، لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة، فلم يعدّ ذلك عيباً].

الشرح: هذا مذهبنا. وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار، لأن الغناء حرام، وذلك نقص فيها. ومنع بعض أصحابنا تحريمه. وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله، فله أن يمنعها من استعماله، وأما معرفته فليست بحرام. وحكم العبد في ذلك حكم الأمة. فلو وجده زامراً أو عالماً بالمعزف أو العود فليس له الرد، والسيد قادر على منعه من العمل.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجدها ثيباً أو مسنة لم يثبت له الرد، لأن الثيوبة والكِبَر ليس بنقص، وإنما هو عدم فضيلة].

الشرح: كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا: إذا لم يشرط بكارتها ولا ثيوبتها، فخرجت بكراً أو ثيباً، لم يكن له الخيار، لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس، ولا عرف غالب يدل على ذلك. وذلك الإطلاق محمول على ما إذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها، أما إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة فخرجت ثيباً، ثبت الرد.

قال المصنف رحمه الله: [فإن وجد المملوك مرتداً أو وثنياً ثبت له الرد، لأنه لا يقر على دينه].

الشرح: الردة عيب قطعاً في المملوك الذكر والأنثى. وما سواها من الكفر: فالكتابي قد ذكره المصنف بعد هذا. وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلي كالتوثن والتمجس، قيل لا رد، لا في العبد ولا في الإماء، وبهذا قطع صاحب التتمة. وقال صاحب التهذيب: إن وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد، لأنها محرمة على كافة الناس. وإن وجد العبد كافراً أصلياً أي كفر كان، فلا رد إن كان قريباً من بلاد الكفر بحيث لا تقل الرغبة فيه، وإن كان في بلاد الإسلام بحيث تقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته فله الرد. وصحّح الرافعي والنووي ما قاله في التهذيب.

وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين، فإنه أطلق الرد بالتوثن، وتعليله بأنه لا يقر عليه يقضي أن العبد الوثني (لا)[1] يقبل، والمعروف في المذهب خلافه.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجده كتابياً لم يثبت له الرد، لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه].

الشرح: هذا موافق لصاحب التتمة ومخالف لصاحب التهذيب والرافعي في التفصيل بين أن يكون في بلاد الإسلام، وقيمة الكافر أنقص، فيثبت الرد، أو لا. ولا فرق عند صاحبي التتمة والتهذيب في ذلك بين العبد والأمة. ولعل إطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك، فإن تعليلهم يرشد إليه.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى أمة فوجدها مزوّجة أو عبداً فوجده مستأجراً، ثبت له الرد، لأن إطلاق البيع يقتضي سلامة المنافع للمشتري، ولم يسلم له ذلك فثبت له الرد].

الشرح: هذا كما قال.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى شيئاً فتبيّن أنه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد، لما روي أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «**إذا بعت فقل لا خلابة ولك الخيار ثلاثاً**». ولم يثبت له خيار الغبن. ولأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة البائع تدليس، وإنما فرّط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له الرد].

الشرح: هذا الحديث قد ذكره المصنف في أول كتاب البيوع، فيكتفى بما تقدم من كلام النووي عليه. والأصح أن الذي كان يخدع منقذ والد حبان، والحديث صحيح في الجملة. ومعنى لا خلابة: لا غبن ولا خديعة. وجعلها الشارع لإثبات الخيار، فإذا قالها ثبت الخيار، صرّح باشتراطه أو لا[2].

---

(١) ما بين قوسين ليس في المطبوعة وزدته لدلالة المعنى عليه.

(٢) أي إذا قال المشتري «لا خلابة» ثبت له خيار الرد عند الغبن، سواء صرّح للبائع باشتراط الخيار أو لم يصرح.

ووجه الدلالة من الحديث ظاهر، لأنه لو كان يثبت الخيار بالغبن لبيّنه النبي ﷺ ولم يحتج إلى إرشاده ليقول «**لا خلابة**».

وأما حكم الفصل: فقال أصحابنا: لا يثبت الخيار بالغبن سواء تفاحش أم لا. وإن اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له، ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن، لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة. قال أصحابنا: وثبوت الخيار في المعيب للنقص لا للغبن، ولهذا لو كان مع العيب يساوي أضعاف ثمنه له الرد.

والمخالف لنا في هذه المسألة: مالك وأحمد وأبو ثور. أما مالك فقال: إن غبن بأقل من الثلث فلا خيار له، وإن كان بالثلث أو أكثر فله الخيار. هكذا نقل أصحابنا عنه، وهو قول بعض أصحابه. قال القاضي عبدالوهاب: ولم يحد مالك في ذلك حداً. وأما أحمد فقال: إن كان المشتري مسترسلاً غير عارف بالبيع ثبت له الخيار بالغبن، وإن كان من أهل المعرفة، لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ، فلا خيار له. وأما أبو ثور: فأطلق عنه النقل بإثبات الخيار، وأنه إن فاتت السلعة رجع المغبون بقدر الغبن. ونقل ابن المنذر عنه: أن البيع الذي فيه غبن لا يتغابن الناس بمثله فاسد. وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول.

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث «**لاتلقوا الركبان**»[1] وكونه أثبت الخيار بالغبن. وبحديث «**لا ضرر ولا ضرار**»[2]. وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغرير، فإن المشتري غرّه بالإخبار عن السعر على خلاف ما هو. وعن الثاني بأنا نقول بموجبه.

وقد قال أصحابنا: يكره غبن المسترسل. وإطلاق الكراهة في ذلك

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب النهي للبائع أن لا يحفّل الإبل (٤/٣٦١) وكذا مسلم فيه (١٠/١٦٠) من رواية أبي هريرة.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام: باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢/٧٨٤) من رواية ابن عباس وعبادة بن الصامت، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٨٩٥ و١٨٩٦.

محمول على ما إذا لم يستنصحه المسترسل. أما إذا استنصحه فيجب نصحه، ويصير غبنه إذ ذاك خديعة محرمة. هكذا أعتقده من غير نقل. والمنقول عن مذهبنا ومذهب أبي حنيفة من القول: يلزم العقد، لعله لا ينافي التحريم، أو محمول على ما إذا لم يستنصحه كما تقدم. قال ابن المنذر: وقال بعضهم: كل بيع باعه رجل من مسترسل واختدعه فيه أو كذبه، فالمشتري في ذلك بالخيار إذا تبين له ذلك.

[الرد بخلف الشرط]

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى عبداً بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن، ثبت له الرد، لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد].

الشرح: هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار وهو: إخلاف بالالتزام الشرطي.

وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء.

فإذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة، فخرج بخلاف ذلك، ثبت له الرد.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشتراه على أنه فحل فوجده خصياً، ثبت له الرد، لأن الخصي أنقص من الفحل في الخلقة والبطش والقوة. وإن شرط أنه خصي فوجده فحلاً، ثبت له الرد، لأن الفحل دون الخصي في الثمن والدخول على الحرم[1]].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشتراه على أنه مسلم فوجده كافراً ثبت له الرد، لأن الكافر دون المسلم في الدين].

---

(١) ورد في المطبوعة «إلى الحرم» والصواب «على الحرم» بضم الحاء وفتح الراء، وهم حريم الرجل وأهله.

الشرح: هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض المقصود، وإن كانت المالية قد لا تفوت بل تكون أكثر.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً، ثبت له الرد. وقال المزني: لا يثبت له الرد لأن المسلم أفضل من الكافر. وهذا لا يصح، لأن المسلم أفضل في الدين، إلا أن الكافر أكثر ثمناً لأنه يرغب فيه المسلم والكافر، والمسلم لا يشتريه الكافر].

الشرح: المذهب ثبوت الرد في ذلك، وبه قال أحمد، لا لنقيصة ظهرت، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة، وماليّة الكافر أكثر لما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً، ثبت له الرد، لأن الثيب دون البكر].

الشرح: هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكراً لم يثبت له الرد، لأن البكر أفضل من الثيب. ومن أصحابنا من قال: يثبت له الرد، لأنه قد يكون ضعيفاً لا يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب إليه. والمذهب الأول لأنه لا اعتبار بما عنده، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن، والبكر أفضل من الثيب في الثمن].

الشرح: هذه المسألة الفائت فيها الغرض دون المالية، فهي تشارك في ذلك شرط الفحولة والإسلام. لكن في تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض، وههنا الغرض ضعيف، فإنه خاص به وليس بعام.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باعه حيواناً على أنه بغل فوجده حماراً، أو على أنه حمار فوجده بغلاً، ففيه وجهان، **أحدهما**: أن البيع صحيح، لأن العقد وقع على العين والعين موجودة فصح البيع، وثبت له الرد لأنه لم يجده على ما شرط. و**الثاني**: أن البيع باطل، لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد في جنس آخر].

الشرح: الشروط المتقدمة كانت في الصفات. ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك في الجنس. فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس، ومثّل بالمثالين المذكورين ليعلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذي شرطه أو دونه. وفيها وجهان، والمذهب الصحيح المنصوص: البطلان.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى ثوباً أو أرضاً على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة، فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده، لأنه دخل في العقد على أن تسلّم له العشرة ولم تسلّم له فثبت له الخيار، كما لو وجد بالبيع عيباً. وإن وجده أحد عشر ذراعاً، ففيه وجهان، **أحدهما**: أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن، ويجبر المشتري على قبوله كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة. و**الثاني**: أن البيع باطل، لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة، ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والمساحة من الأرض، لأنه لم يرضَ بالشركة والتبعيض فوجب أن يبطل العقد. فإن اشترى صبرة على أنه مائة قفيز فوجدها دون المائة، فهو بالخيار بين أن يفسخ لأنه لم يسلم له ما شرط، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن، لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة. ويخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها، لأنا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسقطها من الثمن. وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة، لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير إضرار].

الشرح: الذراع فيه لغتان: التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة.

أما الأحكام: فاعلم أنه تقدم الكلام في خلف الشرط في الصفة والجنس، والكلام الآن في المقدار. وذكر المصنف فيه قسمين **أحدهما**: ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة. و**الثاني**: ما يكون بالأجزاء.

وقسّم كلاً من القسمين إلى ما يحصل الخلف فيه بالنقصان، وإلى ما يحصل بالزيادة، فهذه أربع مسائل.

وقد وقع في هذه المسائل خلاف بين الأصحاب على طرق، منها: الطريقة التي ذكرها المصنف وجمهور العراقيين منهم: القاضي أبو الطيب، وهي القطع بالصحة في حالة النقصان في المتقوّم والمثلي مع ثبوت الخيار للمشتري. والقطع بالصحة في حالة الزيادة في المثلي في القدر المشروط خاصة بلا خيار، والتردد في الزيادة في حالة المتقوم، هل يصح ويكون للبائع الخيار؟ وهو الأصح، أو يبطل؟ ومنها: طريقة الخراسانيين والإمام والغزالي والرافعي وغيرهم، وهي إطلاق الخلاف في حالتي النقصان والزيادة في المتقوّم والمثلي. ولم تخل هذه الطرق من إشكال.

فقد استشكل الإمام قول العراقيين وقال: ذكر العراقيون هذه المسألة وحكموا بأن المساحة إذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولاً واحداً، وإن زادت ففي صحة البيع قولان. ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة. فهذا تلخيص الإشكال في طريقة العراقيين. وعلى القول بالبطلان عند زيادة المتقوّم، هل معنى ذلك أن العقد باطل من أصله أو أنه ينفسخ عند التشاحح لتعذر إمضائه؟ إن قلنا بالأول، وهو الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب، فعلة المصنف لا تقتضي ذلك، لأنه علّل بأنه لا يمكن إجبار البائع ولا إجبار المشتري، ومقتضى ذلك أنهما إذا تراضيا صح وأقر العقد، كما قال هو وأكثر الأصحاب في بيع الصبرة بالصبرة كيلاً بكيل إذا خرجتا متفاضلتين وليسا من جنس واحد. فيحتمل أن ينزل القول بالبطلان على هذا المعنى، وحينئذ لا يلزم طرده في شيء من الصور الثلاث، وينزل قول الصحة على أنه يصح في الجميع، ثم يسترجع البائع في المثلي إن شاء الزيادة بغير تقسيط، وفي المتقوم لا يمكنه استرجاع الزيادة وحدها فينفسخ. هذا ما ظهر لي في ذلك وأظنه صواباً، وإن كان الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب خلافه.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باع عبداً جانياً ففيه قولان، **أحدهما**:

أن البيع صحيح، وهو اختيار المزني، لأنه إن كانت الجناية عمداً فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح بيعه كالعبد المرتد، أو يخشى هلاكه وترجى سلامته فجاز بيعه كالمريض. وإن كان خطأً فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره فلا يمنع من بيعه. والقول الثاني: أن البيع باطل، لأنه عبد تعلق برقبته دين لآدمي فلا يصح بيعه كالمرهون].

الشرح: القولان منصوصان[1]. قال الشافعي في مختصر المزني: «ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان، **أحدهما**: أن البيع جائز كما يكون العتق جائزاً، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش جنايته. و**الثاني**: البيع مفسوخ من قبل أن الجناية في عنقه كالرهن، فيرد البيع ويباع فيعطي رب الجناية جنايته، وبهذا أقول، إلا أن يتطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد إن كانت جنايته أكثر كما يكون هذا في الرهن»[2]. والقول بالجواز مذهب أبي حنيفة وأحمد واختيار المزني ورجحه الغزالي. والقول بالبطلان اختيار الشافعي وصححه الجمهور.

قال المصنف رحمه الله: [وفي موضع القولين ثلاث طرق أحدها: أن القولين في العمد والخطأ لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال، ولأنه يسقط إلى مال بالعفو فكان كالمال. و**الثاني**: أن القولين في جناية لا توجب قصاصاً، فأما فيما توجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً، لأنه كالمرتد. والثالث: أن القولين فيما يوجب القصاص، فأما فيما يوجب المال فلا يجوز قولاً واحداً لأنه كالمرهون].

الشرح: الطرق الثلاث حكاها الشيخ أبو حامد وقال: إن الطريق الثاني هو مذهب الشافعي.

---

(١) قوله «القولان منصوصان» أي هما قولان للشافعي، وكذا صنع المصنف. ونقل السبكي عن الشافعي نفسه بعد قليل أنه اختار القول بالبطلان، فالأولى اعتماده مذهباً للشافعي، واعتبار القول الأول مذهباً حكاه الشافعي عن غيره، أو احتمالاً طرحه ولم يرجحه. والله أعلم.

(٢) مختصر المزني وهو ملحق بكتاب الأم (٨/١٨١).

قال المصنف رحمه الله: [إذا قلنا إن البيع صحيح في قتل العمد، فقتِل العبد في يد المشتري، ففيه وجهان: قال أبو العباس وأبو علي بن أبي هريرة: إن علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرش، وإن لم يعلم رجع بأرش العيب، لأن تعلق القتل برقبته كالعيب لأنه ترجى سلامته ويخشى هلاكه فهو كالمريض. وإذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرش، وإن لم يعلم رجع، فكذلك ههنا. فعلى هذا إذا لم يعلم بحاله وقتِل، قوّم وهو جانٍ وقوّم وهو غير جانٍ، فيرجع بما بينهما من الثمن. وقال أبو اسحاق: وجود القتل بمنزلة الاستحقاق، وهو المنصوص[1]. فإذا قتِل انفسخ البيع بالثمن على البائع علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم، لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فأشبه بما إذا استحق. ويخالف المريض، فإنه لم يمت بالمرض الذي كان في يد البائع وإنما مات بزيادة مرض حدث في يد المشتري فلم يرجع بجميع الثمن].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف. وقول المصنف «علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم» تصريح منه بأن الحكم سيان سواء علم المشتري بالجناية قبل العقد أو بعده ولم يفسخ أو لم يعلم أصلاً. ونسب القاضي أبو الطيب هذا القول إلى بعض أصحابنا وقال: إنه غلط، وأن مذهب الشافعي لا يختلف أنه بمنزلة العيب. ونقل عن نص الشافعي في كتاب الرهن: أنه بمنزلة العيب الذي قد رضي به ولا شيء له. قال الرافعي: إنه الأصح عند الجمهور، وهو قول ابن الحداد: أنه لا يرجع بشيء لدخوله في العقد على بصيرة وإمساكه مع العلم بحاله كما قال القاضي أبو الطيب. وتحصّل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق[2]، وعند العلم ينزل منزلة العيب فإذا رضي به سقط أثره، وهو أقوى في المعنى.

---

(١) أي نص عليه الشافعي.

(٢) أي أن سبب الهلاك كان من البائع فأحيل الضمان عليه وإن وجد في يد غيره، ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع، ويعبر عنه أيضاً بأنه كالاستحقاق أي: جعل التلف في يد المشتري بالسبب السابق كظهور الاستحقاق في المبيع بسبب سابق.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى عبداً مرتداً فقتِل في يده ففيه وجهان، في قول أبي اسحاق: ينفسخ البيع ويرجع بالثمن. وعلى قول أبي العباس وأبي علي بن أبي هريرة: إن كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرش، وإن لم يعلم رجع بالأرش. ووجههما ما ذكرناه في الجاني عمداً].

الشرح: بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع المريض المشرف على الهلاك. فإذا قتِل قبل القبض انفسخ العقد، وإن قتِل في يد المشتري بالردة السابقة، فعلى الخلاف المتقدم في الجاني، على قول أبي اسحاق وابن الحداد والمنصوص للشافعي: ينفسخ البيع ويرجع بالثمن إن كان المشتري جاهلاً بردته. وفيما إذا كان عالماً وجهان، رأي المصنف وأبي اسحاق أنه كذلك، ولهذا أطلق هنا. ورأي ابن الحداد وهو الأصح على ما تقدم: أنه لا ينفسخ البيع ولا يرجع بشيء.

قال المصنف رحمه الله: [وإن قتَل العبد في المحاربة وانحتم قتله، فقد ذكر الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله في التعليق: إن البيع باطل لأنه لا منفعة فيه، لأنه مستحق القتل فلا يصح بيعه كالحشرات. وقال شيخنا القاضي أبو الطيب: يصح بيعه لأن فيه منفعة وهو أن يعتقه، فصح بيعه كالزمن. فعلى هذا إذا قتِل في يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمداً في غير المحاربة وقد بيّناه].

الشرح: إذا قتل في المحاربة، فإن تاب قبل أن نقدر عليه فالقود ههنا (غير)[1] متحتم بل هو إلى ولي الدم، والحكم فيه على ما تقدم في جناية العبد. وإن قدر عليه قبل أن يتوب، وقلنا تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر، فكذلك. فإن قلنا لا تسقط، فثلاث طرق، إحداها ما قاله الشيخ أبو حامد: لا يجوز البيع قولاً واحداً لأن قتله محتم. والثانية ما قاله القاضي أبو الطيب: أنه كبيع الجاني يعني عمداً، فيصح على الأصح. وتوجيههما ما ذكره المصنف. والثالثة، قال الرافعي: إنها الأظهر عند كثير من الأئمة: أن بيعه كبيع المرتد.

---

(١) ما بين قوسين ليس في المطبوعة وزدته لوضوحه.

ولا شك أنها أظهر مما قاله القاضي أبو الطيب، لأن جناية العمد قد تصير إلى المال بخلاف هذا. لكن يرد على إلحاقه بالمرتد أن المرتد مرجوّ البقاء بالإسلام بخلاف المحارب الذي تحتم قتله، فهو بلا شك أولى بالمنع منه. ويبقى النظر في منفعة العتق في هذه الحالة، هل هي مقصودة مما يتوصل إليها بالأغراض، فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته، أو أن هذه المنفعة لا تعتبر، والأقرب الأول لأن العتق كيف ما كان فيه أجر، والأجر مقصود متوصل إليه بالأموال.

قال المصنف رحمه الله: [إذا باع عيناً بشرط البراءة من العيب[1] ففيه طريقان، أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أن المسألة على ثلاثة أقوال أحدها: أنه يبرأ من كل عيب، لأنه عيب رضي المشتري به فبرىء منه البائع كما لو أوقفه عليه. **والثاني**: لا يبرأ من شيء من العيوب، لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول. والثالث: أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع. لما روى سالم أن أباه باع غلاماً بثمانمائة بالبراءة من كل آفة، فوجد الرجل به عيباً فخاصمه إلى عثمان رضي الله عنه، فقال عثمان لابن عمر: «احلف لقد بعته وما به داء تعلمه، فأبى ابن عمر أن يحلف، وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة» فدل على أنه يبرأ مما لا يعلم ولا يبرأ مما علمه. قال الشافعي رحمه الله: ولأن الحيوان يفارق ما سواه، لأنه يغتذي بالصحة والسقم وتحوّل طبائعه وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى، فدعت الحاجة إلى التبرؤ من العيب الباطن فيه، لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه. وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان، فلم يجز التبرؤ منه مع الجهالة. والطريق الثاني: أن المسألة على قول واحد وهو: أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره. وتأوّل هذا القائل ما

---

(١) أي يشترط البائع على المشتري أنه يبيعه هذا الشيء دون أن يتحمل شيئاً من تبعات العيوب إذا كان في المبيع عيوباً.

أشار إليه الشافعي من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه. فإن قلنا إن الشرط باطل، فهل يبطل البيع؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضي الله عنه فإنه أمضى المبيع. و**الثاني**: أنه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضي جزءاً من الثمن تركه البائع لأجل الشرط، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط وذلك مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً، فيصير الثمن مجهولاً ففسد العقد. والله أعلم].

الشرح: هذا الفصل باب مستقل بوّب عليه المزني والأصحاب بباب بيع البراءة، وكثير من الأصحاب أدرجوه في هذا الباب لأنه من مسائله.

وقضاء عثمان هذا، رواه مالك في الموطأ، ورواه البيهقي في سننه وفي المعرفة من رواية مالك كذلك[1].

وأما حكم المسألة: فقد اختلف الأصحاب فيها على طرق أشهرها: أنه على ثلاثة أقوال، وهي المذكورة في الكتاب، أظهرها: أنه يبرأ في الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر، ودون ما يعلمه من الباطن، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال.

والحجة عندنا للقول الظاهر من المذهب: ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من قضاء عثمان رضي الله عنه مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بيّنه. فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى إلى أن لا يستقر بيع في حيوان أصلاً. والتمسك به من وجهين، **أحدهما**: أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضاً كذلك، وقد قيل أنه المشتري منه، وترافعهما إلى إمام الوقت في خصومة ويقضي بينهما بقضاء الظاهر، أن ذلك ينتشر ولم يثبت عن أحد منهم الإنكار فكان إجماعاً. واعترض على هذا بأن ابن عمر مخالف فإنه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد. أما علمه فلامتناعه من

---

(١) أخرجه مالك في البيوع: باب العيب في الرقيق (٢/٦١٣) والبيهقي في السنن (٥/٣٢٨) وفي المعرفة (٣٦٥ ـ ٤/٣٦٦).

اليمين، وأما اعتقاده فلو لم يكن كذلك لقبله. وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعاً. قلت: وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما قال البيهقي أنه لم يثبت عن ابن عمر القول بالبراءة. لكن الشافعي رحمه الله في اختلافه مع مالك قال: «وقد اختلف عثمان وابن عمر في العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب، فقضى عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم بأن يحلف ما كان به داء علمه، وقد رأى ابن عمر أن التبرؤ يبرئه مما علم ومما لم يعلم. قال الشافعي يخاطب من سأله: فاخترت قول ابن عمر، وسمعت من أصحابك من يقول عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار، كأنه قول عامتهم، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر»، فهذا الكلام من الشافعي يقتضي اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان. الوجه الثاني من الاستدلال: ما ذكره الشافعي وأشار إليه من اعتضاد قول عثمان رضي الله عنه بالقياس، ومثل هذا يكون حجة عند الشافعي على القديم، لأن قول الصحابي حجة يقدم على القياس، وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابي مع القياس الضعيف يقدم على القياس القوي.

التفريع: وقد ذكره المصنف. إن قلنا: الشرط باطل، ففي بطلان البيع به وجهان: أظهرهما عند الإمام والرافعي وهو ظاهر المذهب كما قال الشيخ أبو حامد: أنه لا يبطل لحديث عثمان رضي الله عنه فإنه صحّح البيع. لكن هذا الاستدلال فيه نظر، لأن الشافعي استدل لصحة الشرط بأثر عثمان، فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط! واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم باليمين أنه ما علم نص منه في أن البيع صحيح.

فرع
في مذاهب العلماء

اختلف العلماء في هذه المسألة على مذاهب.

أحدها: أنه يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه، وهو مذهب

أبي حنيفة وأبي ثور. ودليله قوله ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**»[1]، وبأن الإبراء من المجهول صحيح لقوله ﷺ لرجلين تخاصما عنده في مواريث درست: «**استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه**» رواه البيهقي في كتاب الصلح[2].

الثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يضع يده عليه، وهو رواية عن أحمد. ودليله النهي عن بيع وشرط والنهي عن الغرر.

الثالث: لا يبرأ إلا من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان، وهو مذهب مالك الذي ذكره في الموطأ هنا، قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن باع عبداً أو وليدة أو حيواناً بالبراءة، فقد برئ من كل عيب فيما باع، إلا أن يكون علم في ذلك عيباً فكتمه، فإن كان علم عيباً فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردوداً عليه[3]. وفي المسألة مذاهب أخرى.

فرع نختم به الباب.

قال النووي في الروضة: قال أصحابنا: إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه

---

(١) سبق تخريجه في ص (١٩٠٨).

(٢) أخرجه البيهقي (٦/٦٦) وأبو داود في الأقضية: باب في قضاء القاضي إذا أخطأ (٤/١٤)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٦٦.
وننبه هنا أن أصل هذا الحديث صحيح فهو عند البخاري ومسلم عن أم سلمة عن رسول الله ﷺ أنه سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم فقال: «**إنما أنا بشر وإنه يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها**» أخرجه البخاري في الأحكام: باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه (١٣/١٧٢) واللفظ له، ومسلم في الأقضية (١٢/٤). وإنما ورد الضعف على الزيادة التي رواها أبو داود والبيهقي، وفيها: بيان سبب الخصومة وأنها في مواريث دارسة، وفيها أيضاً في آخر الحديث «فبكى الرجلان وقال كل منهما: حقي لك، فقال لهما النبي ﷺ: «**أما إذ فعلتما فاقتسما وتوخيا الحق، ثم استهما، ثم تحاللا**».

(٣) الموطأ (٢/٦١٤).

الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب: خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف الشرط المقصود، والإقالة، والتحالف، وهلاك المبيع قبل القبض. قلت: والتصرية لما كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك. ولكن قد بقي عليه رجوع البائع عند إفلاس المشتري، وله أن يلحقه بالعيب، لكن مثل هذا التكلف يقتضي عدّ العيب والخلف شيئاً واحداً، فالوجه جعل ذلك قسماً آخر. وبقي عليه أيضاً الافتراق في الربويات قبل التقابض وهو راجع إلى هلاك المبيع. وبقي أيضاً تعذر إمضاء العقد كما في اختلاط الثمار، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة كما تقدم على اختلاف فيها.

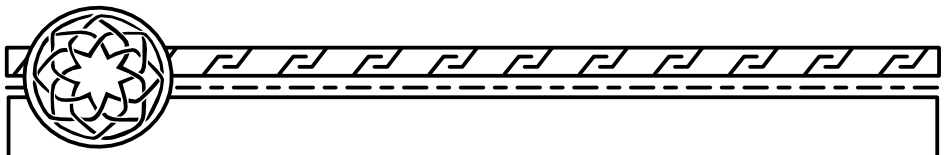
وإلى هنا انتهى عمل السبكي رحمه الله في المجموع.



من هنا يبدأ عمل المطيعي رحمه الله في تكملة المجموع، وهو: الشيخ محمد نجيب المطيعي، ولد سنة ١٩١٥م في الطوابية من قرى صعيد مصر، وينتسب إلى المطيعة وهي بلدة تقع جنوب أسيوط، وله مؤلفات عدة، توفي في المملكة العربية السعودية سنة ١٩٨٥م ودفن بالبقيع.

مختصر
المجموع شرح المهذب

الجزء الثالث عشر



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

باب بيع المرابحة

قال المصنف رحمه الله: [من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه، لقوله ﷺ: «**إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم**». و يجوز أن يبيعها مرابحة وهو: أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول: ثمنها مائة، وقد بعتكها برأس مالها وربح درهم في كل عشرة، لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه: «أنه كان لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده»[1]، ولأنه ثمن معلوم فجاز البيع به كما لو قال: بعتك بمائة وعشرة. ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول: رأس مالها مائة، وقد بعتك برأس مالها ووضع درهم من كل عشرة، لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به كما لو قال: بعتك بمائة إلا عشرة. ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة. فإن كان مما لا تختلف أجزاؤه كالطعام والعبد الواحد، قسّم الثمن على أجزائه وباع ما يريد بيعه منه بحصته. وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبدين قوّمهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما. ولهذا لو اشترى سيفاً وشقصاً بألف، قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته].

(١) ده تعني بالفارسية عشرة. ويازده: أحد عشر. ودوازده: اثنا عشر. ومعناه: أربحك للعشرة أحد عشر واثني عشر.

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وآله وصحبه ومن والاه، وبعد فيقول محمد نجيب المطيعي عفا الله عنه بهذا القيل:

الشرح: الحديث أخرجه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت[1]. وحديث عبد الله بن مسعود سبق تخريجه[2].

قال في مجمع الأبحر: «المرابحة: بيع ما شراه بما شراه به وزيادة. والتولية: بيعه بلا زيادة ولا نقص. والوضيعة: بيعه بأنقص منه»

أما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يخبر إلا بالثمن الذي لزم به البيع. فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه أو ألحق به زيادة نظرت: فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد، ولم يحط في بيع المرابحة ما حط عنه ولا يخبر بالزيادة فيم زاد، لأن البيع استقر بالثمن الأول فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض، فلم يتغير به الثمن. وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد، وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة. وقال أبو علي الطبري: إن قلنا أن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به، لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده. والمذهب الأول، لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به.

وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصّره بدرهم، ورفاه بدرهم، وطرّزه بدرهم، قال: هو عليّ بثلاثة عشر، أو قام علي بثلاثة عشر، وما أشبه ذلك، ولا يقول اشتريت بثلاثة عشر، ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر، لأن ذلك كذب. وإن قال: رأس مالي ثلاثة عشر، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز أن يقول، لأن رأس المال هو الثمن، والثمن عشرة. **والثاني**: يجوز، لأن رأس المال ما وزن فيه، وقد وزن فيه ثلاثة عشر. وإن عمل فيه ذلك بيده قال: اشتريته بعشرة وعملت فيه ما يساوي

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه مختصراً عبدالرزاق في المصنف برقم ١٥٠٠٤.

ثلاثة، ولا يقول هو علي بثلاثة عشر، لأن عمله لنفسه لا أجرة له ولا يتقوّم عليه.

وإن اشترى عيناً بمائة ووجد بها عيباً، وحدث عنده عيب آخر، فرجع بالأرش وهو عشرة دراهم، قال: هي علي بتسعين. ولا يجوز أن يقول الثمن مائة، لأن الرجوع بالأرش استرجاع جزء من الثمن، فخرج عن أن يكون الثمن مائة. ولا يقول اشتريتها بتسعين، لأنه كذب.

وإن كان المبيع عبداً فجنى ففداه بأرش الجناية، لم يضف ما فداه به إلى الثمن، لأن الفداء جعل لاستبقاء الملك فلم يضف إلى الثمن كعلف البهيمة. وإن جني عليه فأخذ الأرش ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه لا يحط من الثمن قدر الأرش لأنه كما لا يضيف ما فدى به الجناية إلى الثمن، لا يحط ما أخذ عن أرش الجناية عن الثمن. و**الثاني**: أنه يحط، لأنه عوض عن جزء تناوله البيع فحط من الثمن كأرش العيب.

وإن حدثت من العين فوائد في ملكه كالولد واللبن والثمرة لم يحط ذلك من الثمن، لأن العقد لم يتناوله. وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبناً كان موجوداً حال العقد حط من الثمن، لأن العقد تناوله وقابله قسط من الثمن فأسقط ما قابله. وإن أخذ ولداً كان موجوداً حال العقد، فإن قلنا: إن الحمل له حكم فهو كاللبن والثمرة. وإن قلنا: لا حكم له لم يحط من الثمن شيئاً.

وإن ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق، لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن. فإن باعه مرابحة ولم يخبره بالأجل ثم علم المشتري بذلك، ثبت له الخيار لأنه دلس عليه بما يأخذ جزءاً من الثمن، فثبت له الخيار كما لو باعه شيئاً وبه عيب ولم يعلمه بعيبه.

وإن اشترى شيئاً بعشرة وباعه بخمسة ثم اشتراه بعشرة، أخبر بعشرة ولا يضم ما خسر فيه إلى الثمن. فإن اشترى بعشرة وباع بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة، أخبر بعشرة ولا يحط ما ربح من الثمن، لأن الثمن ما ابتاع به في العقد الذي هو مالك به وذلك عشرة. وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباع منه، ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام، كره ما

فعله، لأنه لو صرح بذلك في العقد فسد العقد، فإذا قصده كره. فإن أخبر بالعشرين في بيع المرابحة جاز، لأن بيعه من الغلام كبيعه من الأجنبي في الصحة، فجاز أن يخبر بما اشترى به منه. فإن علم بذلك المشتري لم يثبت له الخيار، لأن شراءه بعشرين صحيح].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله [إذا قال: رأس المال مائة، وقد بعتكه برأس المال وربح درهم في كل عشرة، أو بربح ده يازده، فالثمن مائة وعشرة. وإن قال: بعتك برأس المال ووضع ده يا زده، فالثمن أحد وتسعون[1] درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، لأن معناه بعتك بمائة على أن أضع درهماً من كل أحد عشر درهماً، فسقط من تسعة وتسعين درهماً تسعة دراهم، لأنها تسع مرات أحد عشر، ويبقى من رأس المال درهم فيسقط منه جزءاً من أحد عشر جزءاً، فيكون الباقي أحداً وتسعين درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم. وإن قال: بعتك على وضع درهم من كل عشرة، ففي الثمن وجهان **أحدهما**: أن الثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله. و**الثاني**: إن الثمن تسعون درهماً، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله. وهو الصحيح، لأن المائة: عشر مرات عشرة، فإذا وضع من كل عشرة درهماً بقي تسعون].

الشرح: تقدمت مسألة هذا الفصل في الفصلين السابقين

قال المصنف رحمه الله [إذا أخبر أن رأس المال مائة، وباع على ربح درهم في كل عشرة، ثم قال: أخطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين، فالبيع صحيح. وحكى القاضي أبو حامد وجهاً آخر: أن البيع باطل لأنه بان أن الثمن كان تسعين، وأن ربحها تسعة، وهذا كان مجهولاً حال العقد فكان العقد باطلاً. والمذهب الأول، لأن البيع عقد على ثمن معلوم، وإنما سقط بعضه بالتدليس، وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض الثمن بالرجوع

---

(١) الأفضل أن يقول واحد وتسعون.

بأرش العيب. وأما الثمن الذي يأخذه به ففيه قولان، **أحدهما**: أنه مائة وعشرة، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء، كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً. و**الثاني**: أن الثمن تسعة وتسعون. وهو الصحيح، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية. ويخالف العيب، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد، وهاهنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح، وقد بان أن رأس المال تسعون، والربح تسعة. فإن قلنا: إن الثمن مائة وعشرة، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال، وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار. وإن قلنا: إن الثمن تسعة وتسعون، فهل يثبت له الخيار؟ اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: فيه قولان، **أحدهما**: أن له الخيار، لأنه إن كان قد أخطأ في الخبر الأول لم يأمن أن يكون قد أخطأ في الثاني وأن الثمن غيره، وإن كان قد خان في الأول، فلا يأمن أن يكون قد خان في الثاني، فثبت له الخيار. والقول الثاني وهو الصحيح: أنه لا خيار له، لأن الخيار إنما يثبت لنقص وضرر وهذا زيادة ونفع، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع إلى تسعة وتسعين، فلا وجه للخيار. ومنهم من قال: إن ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشتري تسعة وتسعون ولا خيار له، وإن ثبتت بالبينة فهل له الخيار أم لا؟ فيه قولان، لأنه إذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته فلم يتهم في خيانة أخرى، وإذا ثبتت بالبينة كان متهماً في خيانة أخرى فثبت له الخيار. قال أصحابنا: القولان إذا كانت العين باقية، فأما إذا تلفت العين فإنه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولاً واحداً، لأنا لو جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع والضرر لا يزال بالضرر، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيباً لم يملك الفسخ. فإن قلنا: لا خيار له أو قلنا: له الخيار فاختار البيع، فهل يثبت للبائع الخيار؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يثبت له الخيار، لأنه لم يرض إلا بالثمن المسمى وهو مائة وعشرة ولم يسلم له ذلك. و**الثاني**: لا خيار له، لأنه رضي برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله [وإن أخبر أن الثمن مائة وربحه عشرة ثم قال: أخطأت والثمن مائة وعشرة، لم يقبل قوله، لأنه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمي فلم يقبل كما لو أقر له بدين. وإن قال: لي بينة على ذلك لم تسمع لأنه كذب بالإقرار السابق بينته فلم تقبل. فإن قال: أحلفوا لي المشتري أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة، ففيه طريقان، **أحدهما**: أنه إن قال: ابتعته بنفسي، لم يحلف المشتري لأن إقراره يكذبه، وإن قال: ابتاعه وكيل لي فظننت أنه ابتاع بمائة وقد بان لي أنه ابتاع بمائة وعشرة حلف، لأنه الآن لا يكذبه إقراره. و**الثاني**: أنه يبنى على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه، فإن قلنا: إنه كالبينة لم يعرض اليمين، لأنه إذا نكل حصلنا على بينة والبينة لا تسمع، وإن قلنا: إنه كالإقرار، عرضنا اليمين، لأنه إذا نكل حصلنا على الإقرار وإقراره مقبول].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف

[باب النجش، والبيع على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان، والتسعير، والاحتكار]

[حكم النجش]

قال المصنف رحمه الله: [ويحرم النجش، وهو أن يزيد في الثمن ليغرّ غيره. والدليل عليه ما روى ابن عمر «أن النبي ﷺ نهى عن النجش»[1]، ولأنه خديعة ومكر. فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع، فالبيع صحيح لأن النهي لا يعود إلى البيع فلم يمنع صحته كالبيع في حال النداء. فإن علم المبتاع بذلك نظرت: فإن لم يكن للبائع فيه صنع، لم يكن للمبتاع الخيار، لأنه ليس من جهة البائع تدليس. وإن كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان، **أحدهما**: أن له الخيار بين الإمساك والرد، لأنه دلس عليه فثبت له

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٥٥) وكذا مسلم (١٠/١٦١) والنسائي (٧/٢٥٨) فيه وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٤).

الرد كما لو دلس عليه بعيب. **والثاني**: لا خيار له[1]، لأن المشتري فرّط في ترك التأمل وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع].

الشرح: النجش ـ بفتح النون وسكون الجيم ـ وهو في اللغة تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد، يقال: نجشت الصيد أنجشه من باب نصر. وفي الشرع: قال الشافعي: النجش أن يحضر الرجل السلعة فيعطي بها الشيء وهو لا يريد الشراء ليقتدي به السوام فيعطون بها أكثر ما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه[2]

وأما حكم الفصل فهو كما ذكره المصنف. قال ابن بطال: أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله. واختلفوا في البيع إذا وقع على ذلك. ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع إذا وقع على ذلك، وهو قول أهل الظاهر، ورواية عن مالك وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان ذلك بمواطأة البائع أو صنعه. والمشهور عند المالكية في مثل ذلك ثبوت الخيار، وهو وجه للشافعية قياساً على المصراة. والأصح عندهم صحة البيع مع الإثم، وهو قول الحنفية[3].

[حكم البيع على بيع أخيه]

قال المصنف رحمه الله [ويحرم أن يبيع على بيع أخيه، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار فيقول: افسخ فإني أبيعك أجود منه بهذا الثمن أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن. لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا يبع الرجل على بيع أخيه**»، ولأن في هذا إفساداً وإنجاشاً فلم يحل. فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه صح البيع لما ذكرناه في النجش].

---

(١) وهذا الذي صححه النووي رحمه الله في الروضة (٣/٤١٤).

(٢) الأم (٣/٩١).

(٣) فتح الباري (٤/٣٥٥)، ومنه نقلته لنقص ورد في المطبوعة تحرف به قول الحنفية، فنسب ثبوت الخيار إليهم كمذهب المالكية في المشهور عندهم.

الشرح: حديث أبي هريرة متفق عليه[1].

وأما حكم الفصل: فهو كما ذكره المصنف.

فرع في مذاهب العلماء قال الشوكاني: واختلفوا في صحة البيع المذكور، فذهب الجمهور إلى صحته مع الإثم، وذهبت الحنابلة والمالكية إلى فساده في إحدى الروايتين عنهم، وبه جزم ابن حزم في المحلى وابن تيمية في فتاواه الكبرى. والخلاف يرجع إلى ما تقرر في الأصول من أن النهي المقتضي للفساد هو النهي عن الشيء لذاته، ولوصف ملازم لا لخارج[2].

قال المصنف رحمه الله: [ويحرم أن يدخل على سوم أخيه. وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره[3] في بيع سلعة بثمن، فيزيده ليبيع منه. أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها، أو أجود منها بذلك الثمن. لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يسم على سوم أخيه**»[4] ولأن في ذلك إفساداً أيضاً وإنجاشاً فلم يحل. فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعاً فلم ينعم له، جاز لغيره أن يطلبه لأنه لم يدخل على سومه. وإن طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا إجابة ففيه قولان، **أحدهما**: يحرم. و**الثاني**: لا يحرم. كالقولين في الخطبة على خطبة أخيه. وأما إذا عرضت السلعة في النداء، جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد في ثمنها، لما روى أنس رضي الله عنه عن رجل من الأنصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته، فأتى

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٥٣) ومسلم في النكاح: باب تحريم خطبة الرجل على خطبة أخيه (٩/١٩٨) وكذا الترمذي فيه (٣/٤٤٠) والنسائي في البيوع (٢٥٨ ـ ٧/٢٥٩) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٤).

(٢) نيل الأوطار (٥/٢٧٠)، وانظر فتح الباري (٤/٣٥٤).

(٣) أنعم له أي قال له: نعم.

(٤) أخرجه مسلم في النكاح (٩/١٩٩). وأخرج البخاري الشطر الثاني من الحديث وهو النهي عن السوم على سوم أخيه في الشروط: باب الشروط في الطرق (٥/٣٢٤) وأخرج الشطر الأول في جملة حديث أبي هريرة السابق.

رسول الله ﷺ وذكر ذلك له فقال: «**ما عندي شيء، اذهب فأتني بما كان عندك**» فذهب فجاء بحلس وقدح فقال: يا رسول الله هذا الحلس والقدح فقال: **من يشتري هذا الحلس والقدح؟** فقال رجل: أنا آخذهما بدرهم، فقال: **من يزيد على درهم؟**» فسكت القوم قال: «**من يزيد على درهم؟**» فقال رجل: أنا آخذهما بدرهمين، قال: «**هما لك**» ثم قال: «**إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة: لذي دم موجع، أو فقر مدقع، أو غرم مفظع**». ولأن في النداء لا يقصد رجلاً بعينه، فلا يؤدي إلى النجش والإفساد].

الشرح: حديث أنس، رواه أحمد والترمذي وحسنه وقال: لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن أبي بكر الحنفي عنه، وأخرجه أبو داود والنسائي[1]، وأعلّه ابن القطان بجهل حال أبي بكر الحنفي، ونقل عن البخاري أنه قال: لم يصح حديثه.

والحلس ـ بكسر الحاء وسكون اللام ـ كساء رقيق يكون تحت برذعة البعير، قاله الجوهري. والحلس: البساط أيضاً، ومنه حديث: «**كن حلس بيتك حتى تأتيك يد خاطئة أو ميتة قاضية**»، كذا في النهاية لابن الأثير.

وقوله ﷺ: «**لا يسم**» صورته أن يأخذ شيئاً ليشتريه فيقول له: رده لأبيعك خيراً منه بثمنه، أو يقول للمالك: استرده لأشتريه منك بأكثر. وإنما يمنع من ذلك بعد استقرار الثمن وركون أحدهما إلى الآخر. فإن كان ذلك صريحاً، فقد قال في فتح الباري: لا خلاف في التحريم. وإن كان ظاهراً ففيه وجهان في المذهب. وقال ابن حزم: إن لفظ الحديث لا يدل على اشتراط الركون. وتعقب بأنه لا بد من أمر مبين لموضع التحريم في السوم، لأن السوم في السلعة التي تباع فيمن يزيد لا يحرم اتفاقاً كما حكاه في

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٢٢) وأبو داود في الزكاة: باب ما تجوز فيه المسألة (٢/٢٩٢ ـ ٢٩٤) والنسائي مختصراً في البيوع (٧/٢٥٩) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٤١ ـ ٧٤٠) وأحمد (٣/١١٤)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٣٦٠.

الفتح عن ابن عبدالبر، فتعين أن السوم المحرم ما وقع فيه قدر زائد على ذلك[1].

وقوله ﷺ: «**من يزيد**» فيه دليل على جواز بيع المزايدة، وهو البيع على الصفة التي فعلها النبي ﷺ.

فرع في مذاهب العلماء حكى البخاري عن عطاء أنه قال: أدركت الناس لا يرون بأساً في بيع المغانم فيمن يزيد[2]. ووصله ابن أبي شيبة عن عطاء ومجاهد، وروى هو وسعيد بن منصور عن مجاهد قال: لا بأس ببيع من يزيد وكذلك كانت تباع الأخماس. وقال الترمذي عقب حديث أنس المذكور: والعمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا بأساً ببيع من يزيد في الغنائم والمواريث. قال ابن العربي: لا معنى لاختصاص الجواز بالغنيمة والميراث فإن الباب واحد والمعنى مشترك[3].

قال الإمام الشوكاني: ولعلهم جعلوا تلك الزيادة التي زادها ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطني قيداً لحديث أنس المذكور[4]، ولكن لم ينقل أن الرجل الذي باع عنه ﷺ القدح والحلس كانا معه من ميراث أو غنيمة. فالظاهر الجواز مطلقاً إما لذلك وإما لإلحاق غيرهما بهما ويكون ذكرهما خارجاً مخرج الغالب لأنهما الغالب على ما كانوا يعتادون البيع فيه مزايدة. وممن قال باختصاص الجواز بهما: الأوزاعي واسحاق.

ثم قال الشوكاني رحمه الله تعالى: وروي عن النخعي أنه كره بيع المزايدة، واحتج بحديث جابر الثابت في الصحيح أنه ﷺ قال في مدبر

---

(١) هذا التصوير للمسألة وما بعده، ذكره هكذا الشوكاني في نيل الأوطار (٥/٢٦٩) كما ذكره أيضاً الحافظ ابن حجر في الفتح (٤/٣٥٣)، وقد ورد في المطبوعة بعض التحريف والغموض فصححته من الفتح.

(٢) البخاري في البيوع: باب بيع المزايدة (٤/٣٥٤).

(٣) هذا كله كلام الحافظ في الفتح (٤/٣٥٤).

(٤) هذه الزيادة ذكرها الحافظ في الفتح (٤/٣٥٤) من حديث ابن عمر «نهى رسول الله ﷺ أن يبيع أحدكم على بيع أحد حتى يذر إلا الغنائم والمواريث».

«**من يشتريه مني؟**» فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم»[1]. واعترضه الإسماعيلي فقال: ليس في قصة المدبر بيع المزايدة، فإن بيع المزايدة أن يعطي به واحد ثمناً ثم يعطي به غيره زيادة عليه[2]. نعم يمكن الاستدلال له بما أخرجه البزار من حديث سفيان بن وهب قال: «سمعت النبي ﷺ ينهى عن بيع المزايدة» لكن في إسناده ابن لهيعة، وهو ضعيف[3].

[حكم بيع الحاضر للبادي]

قال المصنف رحمه الله: [ويحرم أن يبيع حاضر لباد. وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس إليه في البلد، فإذا باع اتسع، وإذا لم يبع ضاق، فيجيء إليه سمسار فيقول: لا تبع حتى أبيع لك قليلاً قليلاً وأزيد في ثمنها. لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يبع حاضر لباد**»، قلت: ما لا يبع حاضر لباد؟ قال: «**لا يكون له سمساراً**». وروى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لايبع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**». فإن خالف وباع له صح البيع لما ذكرناه في النجش.

---

(١) أخرجه البخاري (٤/٣٥٤).

(٢) وقد وقع هنا وهم للإمام الشوكاني رحمه الله (النيل٥/٢٧١)، فإن هذا الحديث إن دل على بيع المزايدة فإنما يدل على جوازها لا على كراهتها، فكيف يستدل به النخعي على الكراهة! ولعله سبق قلم من الشوكاني، فإن الحافظ ابن حجر قال في الفتح: «وعن إبراهيم النخعي أنه كره بيع من يزيد. ثم أورد المصنف حديث جابر في بيع المدبر...» هكذا وليس فيه أن النخعي استدل بحديث جابر. ويقصد الحافظ بالمصنف الإمام البخاري رحمه الله، فإنه أورد حديث جابر في باب بيع المزايدة. وقد اعترض الإسماعيلي على البخاري إيراده هذا الحديث تحت هذا الباب، إذ ليس فيه دليل على بيع المزايدة برأيه. قال الحافظ: وقد اعترضه الإسماعيلي فقال: ليس في قصة المدبر بيع المزايدة فإن بيع المزايدة أن يعطي به واحد ثمناً ثم يعطي به غيره زيادة عليها. وأجاب ابن بطال بأن شاهد الترجمة منه قوله في الحديث «من يشتريه مني» قال فعرضه للزيادة ليستقصي فيه للمفلس الذي باعه عليه، انتهى كلامه. وبهذا يتبين أن اعتراض الإسماعيلي كان على البخاري لا على النخعي كما ذكر الشوكاني.

(٣) وكذا ضعفه الحافظ في الفتح (٤/٣٥٤).

فإن كان البلد كبيراً لا يضيق على أهله بترك البيع، ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز للخبر. و**الثاني**: يجوز، لأن المنع لخوف الإضرار بالناس، ولا ضرر هاهنا].

الشرح: حديث ابن عباس أخرجه الجماعة إلا الترمذي[1]. وقوله: «**حاضر لباد**» الحاضر: ساكن الحضر. والبادي: ساكن البادية. وأما حديث جابر فقد رواه الجماعة إلا البخاري[2].

قال الشافعي في الأم: وليس في النهي عن بيع حاضر لباد بيان معنى، والله أعلم لم نهى عنه، إلا أن أهل البادية يقدمون جاهلين بالأسواق، ولحاجة الناس إلى ما قدموا به، ومستثقلي المقام، فيكون أدنى من أن يرخص المشترون سلعهم. فإذا تولى أهل القرية لهم البيع ذهب هذا المعنى، فلم يكن على أهل القرية في المقام شيء يثقل عليهم ثقله على أهل البادية فيرخصون لهم سلعهم، ولم تكن فيهم الغرة لموضع حاجة الناس إلى ما يبيع الناس من سلعهم ولا بالأسواق فيرخصوها لهم، فنهوا ـ والله أعلم ـ لئلا يكون سبباً لقطع ما يرجى من رزق المشتري من أهل البادية لما وصفت من إرخاصه منهم. فأي حاضر باع لبادٍ فهو عاص إذا علم الحديث، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه، لأن البيع لو كان يكون مفسوخاً لم يكن في بيع الحاضر للبادي إلا الضرر على البادي من أن يحبس سلعته ولا يجوز فيها بيع غيره حتى يلي هو أو بادٍ مثله بيعها، فيكون كسداً لها وأحرى أن يرزق مشتريه منه بإرخاصه إياها بإكسادها بالأمر الأول من رد البيع وغرة البادي الآخر. فلم يكن ههنا معنى يمنع أن يرزق بعض الناس من بعض، فلم يجز فيه والله أعلم إلا ما قلت من أن بيع الحاضر للبادي جائز غير مردود، والحاضر منهي عنه[3].

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٧٠) وكذا مسلم (١٠/١٦٤) وأبو داود (٧١٩ ـ ٣/٧٢٠) والنسائي (٧/٢٥٧) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٥).

(٢) أخرجه مسلم (١٠/١٦٥) والنسائي (٧/٢٥٦) وابن ماجه (٢/٧٣٤) والترمذي (٣/٥٢٦).

(٣) الأم (٣/٩٣).

[حكم تلقي الركبان]

قال المصنف رحمه الله: [ويحرم تلقي الركبان. وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم. لما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق»، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل. فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه في النجش.

فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن، كان لهم الخيار، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ عليه وسلم قال: «**لا تلقوا الجلب، فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق**»، ولأنه غرهم ودلس عليهم، فثبت لهم الخيار، كما لو دلس عليهم بعيب. وإن بان لهم أنه لم يغبنهم، ففيه وجهان، **أحدهما**: أن لهم الخيار للخبر. و**الثاني**: لا خيار لهم، لأنه ما غرّ ولا دلس. وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقي فرأى القافلة، فهل يجوز أن يبتاع منهم؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يجوز، لأنه لم يقصد التلقي. و**الثاني**: لا يجوز، لأن المنع من التلقي للبيع، وهذا المعنى موجود وإن لم يقصد التلقي فلم يجز].

الشرح: حديث ابن عمر، رواه الشيخان[1]. وحديث أبي هريرة، رواه الجماعة إلا البخاري[2].

أما لغات الفصل فقوله: «**الجلب**» ـ بفتح اللام ـ مصدر بمعنى اسم المفعول المجلوب، يقال جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة. قوله: «**الركبان**» جمع راكب، والمراد قافلة التجارة التي تجلب الأرزاق والبضائع. وذكر الركبان خرج مخرج الغالب في أن من يجلب الطعام يكونون عدداً ركباناً، ولا مفهوم له، بل لو كان الجالب عدداً مشاة أو واحداً راكباً أو ماشياً لم يختلف الحكم.

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٤/٣٧٣) وكذا مسلم (١٦١ ـ ١٠/١٦٢) والنسائي (٧/٢٥٧) وأبو داود (٣/٧١٦) فيه، وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٥).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع مختصراً (٤/٣٧٣) وكذا مسلم فيه بنحوه (١٦٣ ـ ١٠/١٦٤) وأبو داود (٣/٧١٨) والنسائي (٧/٢٥٥) مختصراً والترمذي (٣/٥٢٤).

أما الأحكام: ففي هذه الأحاديث دليل على أن التلقي محرم. وقد اختلف في هذا النهي هل يقتضي الفساد أم لا؟ فقيل يقتضي الفساد وقيل لا، وهو الظاهر. قال الشوكاني رحمه الله تعالى: لأن النهي ههنا لأمر خارج وهو لا يقتضيه كما تقرر في الأصول، وقد قال بالفساد المرادف للبطلان بعض المالكية وبعض الحنابلة، وقال بعضهم بعدم الفساد لما سلف.

قال الشافعي في الأم: وقد سمعت في هذا الحديث ـ يعني حديث أبي هريرة: «**لا تلقوا السلع**» ـ «فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق»، وبهذا نأخذ إن كان ثابتاً. ففي هذا دليل على أن الرجل إذا تلقى السلعة فاشتراها فالبيع جائز غير أن لصاحب السلعة بعد أن يقدم السوق الخيار، لأن تلقيها حين يشتري من البدوي قبل أن يصير إلى موضع المساومين من الغرور لا يوجد النقص من الثمن فإذا قدم صاحب السلعة السوق فهو بالخيار بين إنفاذ البيع ورده، ولا خيار للمتلقي، لأنه هو الغارّ لا المغرور[1].

قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ومن المنكرات تلقي السلع قبل أن تجيء إلى السوق، فإن النبي ﷺ نهى عن ذلك لما فيه من تغرير البائع، فإنه لا يعرف السعر فيشتري منه المشتري بدون القيمة، ولذلك أثبت له النبي ﷺ الخيار إذا دخل السوق. ولا نزاع في ثبوت الخيار له مع الغبن، وأما ثبوته بلا غبن ففيه عن أحمد روايتان إحداهما: يثبت، وهو قول الشافعي لظاهر الحديث. والثانية: لا يثبت لعدم الغبن. ولذلك ثبت الخيار للمشتري المسترسل إذا غبن، وفي الحديث «**غبن المسترسل ربا**» وفي تفسيره قولان: **أحدهما**: أنه الذي لا يعرف قيمة السلعة. والثاني وهو المنصوص عن أحمد: أنه الذي لا يماكس بل يسترسل إلى البائع ويقول أعطني هذا. وليس لأهل السوق أن يبيعوا المماكس بسعر ويبيعوا المسترسل بغيره. وهذا مما يجب على والي الحسبة إنكاره. وهذا

---

(١) الأم (٣/٩٣).

بمنزلة تلقي السلع، فإن القادم جاهل بالسعر. ثم قال ابن القيم: ومن ذلك نهي النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد «**دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**» قيل لابن عباس: ما معنى قوله: «**لا يبيع حاضر لباد**»؟ قال لايكون له سمساراً. وهذا النهي لما فيه من ضرر المشتري، فإن المقيم إذا وكله القادم في بيع سلعة يحتاج الناس إليها، والقادم لا يعرف السعر، أضر ذلك بالمشتري، كما أن النهي عن تلقي الجلب لما فيه من الإضرار بالبائعين[1].

[حكم التسعير]

قال المصنف رحمه الله: [ولا يحل للسلطان التسعير، لما روى أنس رضي الله عنه قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس: يا رسول الله سعّر لنا فقال عليه السلام: «**إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعّر، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطالبني بمظلمة في نفس ولا مال**»].

الشرح: حديث أنس، رواه أبو داود والترمذي وصححه[2].

والتسعير جعل سعر معلوم ينتهي إليه ثمن الشيء.

وأما أحكام الفصل فقد قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية: وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ومنه ما هو عدل جائز. فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام. وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب. فأما القسم الأول: فمثل رواية أنس (التي ساقها المصنف)، فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم، وقد ارتفع السعر إما لقلة الشيء وإما

---

(١) الطرق الحكمية (١٨٧ ـ ١٨٨).

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع (٦٠٥ ـ ٣/٦٠٦) وكذا أبو داود فيه (٣/٧٣١) وابن ماجه في التجارات (٧٤١ ـ ٢/٧٤٢)، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٩٤٥.

لكثرة الخلق فهذا إلى الله، فإلزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق. وأما الثاني: فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فالتسعير ههنا إلزام بالعدل الذي ألزمهم الله به.

ثم قال: وإنما لم يقع التسعير في زمن النبي ﷺ بالمدينة، لأنهم لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكراء، ولا من يبيع طحيناً وخبزاً، بل كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه في بيوتهم، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد، بل يشتريه الناس من الجالبين، ولهذا جاء في الحديث: «**الجالب مرزوق والمحتكر ملعون**».

ثم قال: وقد تنازع العلماء في التسعير في مسألتين.

إحداهما: إذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأغلى من ذلك، فإنه يمنع من ذلك عند مالك. وهل يمنع من النقصان؟ على قولين لهم. واحتج مالك رحمه الله بما رواه في موطئه عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيباً له في السوق، فقال له عمر: «إما أن تزيد في السعر وإما أن ترفع من سوقنا»[1].

قال مالك: لو أن رجلاً أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس لرأيت أن يقال له: إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت. وأما أن يقول للناس كلهم: لا تبيعوا إلا بسعر كذا، فليس ذلك بالصواب. وذكر حديث عمر بن عبدالعزيز في أهل الأبلّة حين حط سعرهم لمنع البحر فكتب: خلِّ بينهم وبين ذلك فإنما السعر بيد الله.

وأما الشافعي فإنه عارض في ذلك بما رواه عن الدراوردي عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد، عن عمر رضي الله عنه أنه مر

---

(١) أخرجه مالك في البيوع: باب الحكرة والتربص (٢/٦٥١).

بحاطب بن أبي بلتعة بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب، فسأله عن سعرهما. فقال له: مدّين لكل درهم. فقال له عمر: «قد حدثت بعير جاءت من الطائف تحمل زبيباً وهم يغترون بسعرك، فإما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زبيبك البيت فتبيعه كيف شئت». فلما رجع عمر حاسب نفسه، ثم أتى حاطباً في داره فقال: «إن الذي قلت لك ليس عزمة مني ولا قضاء إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع». قال الشافعي: وهذا الحديث مستقصى، وليس بخلاف لما رواه مالك، ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه، وهذا أتى بأول الحديث وآخره، وبه أقول لأن الناس مسلطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها أو شيئاً منها بغير طيب أنفسهم، إلا في المواضع التي تلزمهم الأخذ فيها، وهذا ليس منها[1].

وأما المسألة الثانية التي تنازعوا فيها من التسعير فهي: أن يحد لأهل السوق حداً لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب. فهذا منع منه الجمهور حتى مالك نفسه في المشهور عنه. وروى أشهب عن مالك في صاحب السوق يسعّر على الجزارين لحم الضأن بكذا ولحم الإبل بكذا وإلا أخرجوا من السوق، قال: إذا سعّر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به، ولكن لا يأمرهم أن يقوموا من السوق.

قال شيخنا (يقصد شيخ الإسلام ابن تيمية): فهذا الذي تنازعوا فيه. وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل فامتنع.

ومن احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبي ﷺ: «**إن الله هو المسعّر، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال**» قيل له: هذه قضية معينة وليست لفظاً عاماً، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس يحتاجون إليه. ومعلوم أن الشيء إذا قل رغب الناس

(١) مختصر المزني (٨/١٩١).

في المزايدة فيه، فإذا بذله صاحبه كما جرت به العادة، ولكن الناس تزايدوا فيه فهنا لا يسعر عليهم. وقد ثبت في الصحيحين أن النبي ﷺ منع من الزيادة على ثمن المثل في عتق الحصة من العبد المشترك فقال: «**من أعتق شركاً له في عبد، وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد، قوّم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد**»[1]. فلم يكن للمالك أن يساوم المعتق بالذي يريد، فإنه لما وجب عليه أن يملك شريكه المعتق نصيبه الذي لم يعتقه لتكميل الحرية في العبد، قدّر عوضه بأن يقوّم جميع العبد قيمة عدل، ويعطيه قسطه من القيمة، فإن حق الشريك في نصف القيمة لا في قيمة النصف عند الجمهور.

وصار هذا الحديث أصلاً في أن مالا يمكن قسمة عينه، فإنه يباع ويقسم ثمنه، إذا طلب أحد الشركاء ذلك، ويجبر الممتنع على البيع، وحكى بعض المالكية ذلك إجماعاً.

وصار أصلاً في أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل لا بما يزيد عن الثمن. وصار أصلاً في جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة كما في الشفعة. وصار أصلاً في وجوب تكميل العتق بالسراية مهما أمكن[2].

[حكم الاحتكار]

قال المصنف رحمه الله: [ويحرم الاحتكار في الأقوات. وهو: أن يبتاع في وقت الغلاء، ويمسكه ليزداد في ثمنه. ومن أصحابنا من قال: يكره ولا يحرم. وليس بشيء، لما روى عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**الجالب مرزوق والمحتكر ملعون**». وروى معمر العدوي

---

(١) أخرجه البخاري في الشركة: باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل (٥/١٣٢) ومسلم في أول العتق (١٠/١٣٥).

(٢) الطرق الحكمية (١٨٩ ـ ٢٠١).

قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يحتكر إلا خاطىء**» فدل على أنه حرام. فأما إذا ابتاع في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه إذا غلا، فلا يحرم ذلك، لأنه في معنى الجالب. وقد روى عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الجالب مرزوق والمحتكر ملعون**» وروى أبو الزناد قال: قلت لسعيد بن المسيب: بلغني عنك أنك قلت: إن رسول الله ﷺ قال: «**لا يحتكر بالمدينة إلا خاطىء**» وأنت تحتكر! قال: ليس هذا الذي قال رسول الله ﷺ، إنما قال رسول الله ﷺ: «**أن يأتي الرجل السلعة عند غلائها فيغالي بها، فأما أن يأتي الشيء وقد اتّضع فيشتريه ثم يضعه فإن احتاج الناس إليه أخرجه فذلك خير**». وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره، لما روى أبو أمامة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يحتكر الطعام»[(١)]، فدل على أن غيره يجوز. ولأنه لا ضرر في احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه].

الشرح: حديث عمر رضي الله عنه، رواه ابن ماجه والحاكم واسحاق بن راهويه والدارمي وأبو يعلى والعقيلي في الضعفاء، وضعف إسناده الحافظ ابن حجر[(٢)]. وحديث معمر بن عبد الله العدوي، رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم[(٣)].

والخاطىء هو المذنب العاصي وهو فاعل من خطىء من باب علم إذا أثم في فعله قاله أبو عبيدة.

وأما الأحكام: فقال الأصحاب من الشافعية: إن المحرم إنما هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها، ولا مقدار الكفاية منها، وإلى ذلك

---

(١) أخرجه الحاكم في البيوع (٢/١١)، ولم يتعرض الشارح لعزوه.

(٢) أخرجه ابن ماجه في التجارات (٢/٧٢٨) والدارمي في البيوع (٦٤٥) وكذا الحاكم فيه مختصراً (٢/١١) وسكت عنه وقال الذهبي: علي بن سالم ضعيف، وضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه برقم ٤٧١، وورد في المطبوعة حديث ابن عمر والصواب حديث عمر.

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة (١١/٤٣) والترمذي في البيوع (٣/٥٦٧) وأبو داود (٣/٧٢٨) وابن ماجه (٢/٧٢٨).

ذهب الزيدية أصلاً. وذهب الشوكاني إلى أن الأحاديث ظاهرها تحريم الاحتكار من غير فرق بين قوت الآدمي والدواب وبين غيره، والتصريح بالطعام في بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة بل هو من التنصيص على فرد من الأفراد التي يطلق عليها المطلق، وذلك لأن نفي الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب وهو غير معمول به عند الجمهور، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر في الأصول. ثم قال: والحاصل أن العلة إذا كانت هي الإضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضر بهم، ويستوي في ذلك القوت وغيره لأنهم يتضررون بالجميع[1].

وقال النووي في شرحه لصحيح مسلم عند حديث معمر: وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار. قال أصحابنا: الاحتكار المحرم هو الاحتكار في الأقوات خاصة، وهو أن يشتري الطعام في وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه في الحال، بل يدخره ليغلو ثمنه. فأما إذا جاء من قريته أو اشتراه في وقت الرخص وادخره أو ابتاعه في وقت الغلاء لحاجته إلى أكله أو ابتاعه ليبيعه في وقته فليس باحتكار ولا تحريم فيه. وأما غير الأقوات فلا يحرم الاحتكار فيه بكل حال، هذا تفصيل مذهبنا. قال العلماء: والحكمة في تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس. كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعاً للضرر عن الناس. وأما ما ذكر في الكتاب عن سعيد بن المسيب ومعمر راوي الحديث أنهما كانا يحتكران، فقال ابن عبدالبر وآخرون: إنما كانا يحتكران الزيت، وحملا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه والغلاء، وكذا حمله الشافعي وأبو حنيفة وآخرون وهو الصحيح[2].

❋ ❋ ❋

(١) نيل الأوطار: أبواب أحكام العيوب (٣٣٧ ـ ٥/٣٣٨).

(٢) شرح مسلم (١١/٤٣) ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع

قال المصنف رحمه الله تعالى: [إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ولم تكن بينة تحالفا، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم، لكن اليمين على المدّعى عليه**» فجعل اليمين على المدّعى عليه. والبائع مدّعى عليه بيع بألف، والمشتري مدّعى عليه بيع بألفين، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمين، لأن كل واحد منهما مدّعى عليه، ولا بينة، فتحالفا. كما لو ادّعى رجل على رجل ديناراً، وادّعى الآخر على المدّعي درهماً.

فصل

قال الشافعي رحمه الله في البيوع: يبدأ بيمين البائع. وقال في الصداق: إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج، والزوج كالمشتري. وقال في الدعوى والبينات: إن بدأ بالبائع خيّر المشتري، وإن بدأ بالمشتري خيّر البائع، وهذا يدل على أنه مخيّر بين أن يبدأ بالبائع وبين أن يبدأ بالمشتري. فمن أصحابنا من قال: فيها ثلاثة أقوال، أحدها: يبدأ بالمشتري لأن جنبته أقوى، لأن المبيع على ملكه فكان بالبداية أولى. و**الثاني**: يبدأ بمن شاء منهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في الدعوى فتساويا، كما لو تداعيا شيئاً في يديهما. والثالث: أنه يبدأ بالبائع، وهو الصحيح، لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إذا اختلف البيّعان فالقول ما قال البائع والمبتاع بالخيار**» فبدأ بالبائع ثم خيّر المبتاع، ولأن جنبته أقوى لأنه إذا تحالفا رجع المبيع إليه فكانت البداية به أولى. ومن أصحابنا من قال: هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع. ويخالف الزوج في الصداق لأن جنبته أقوى من جنبة الزوجة، لأن البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان بالتقديم أولى. وهاهنا جنبة البائع أقوى لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع فكان البائع بالتقديم أولى. والذي قال في الدعوى والبينات ليس

بمذهب له، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتهاده لأنه موضع اجتهاد فقال: إن حلف الحاكم البائع باجتهاده، خير المشتري، وإن حلّف المشتري خيّر البائع].

الشرح: حديث ابن عباس، رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما كما رواه أصحاب السنن وغيرهم(١).

وأما حديث ابن مسعود رضي الله عنه فقد أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه بلفظ: «**إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان**» وزاد ابن ماجه «**والبيع قائم بعينه**»(٢).

أما لغات الفصل: فقوله: «جنبته» أي جانبه. والبضع ـ بضم الباء وسكون الضاد وجمعه أبضاع مثل قفل وأقفال ـ يطلق على الفرج والجماع.

أما أحكام الفصل: فقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا حصل بين المتابيعين اختلاف في قدر الثمن ولا بينة تحالفا. هذا ما وجدته من مسائل الاتفاق في هذا الفصل. وأما ما اختلفوا فيه، فمن ذلك قول الإمام الشافعي أنه يبدأ بيمين البائع، وذهب أبو حنيفة وبعض الأصحاب من الشافعية إلى أنه يبدأ بيمين المشتري.

قال الشافعي في مختصر المزني: قضى رسول الله ﷺ «**أن البينة على**

---

(١) أخرجه البخاري في التفسير: باب ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ (٨/٢١٣) ولفظه: عن ابن أبي مليكة أن امرأتين كانتا تخرزان في بيت أو في الحجرة فخرجت إحداهما وقد أنفذ بأشفى (مخرز) في كفها، فادّعت على الأخرى، فرفع إلى ابن عباس فقال ابن عباس: قال رسول الله ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم. ذكّروها بالله واقرؤوا عليها ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ فذكروها فاعترفت. فقال ابن عباس: قال النبي ﷺ «**اليمين على المدّعى عليه**». ومسلم في أول الأقضية (١٢/٢) بلفظ: عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدّعى عليه**».

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع (٧٨٠ ـ ٣/٧٨٣) وكذا النسائي فيه (٣٠٢ ـ ٧/٣٠٣) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٣٧)، وصححه الألباني بزيادة ابن ماجه في صحيح ابن ماجه برقم ١٧٧٩.

المدعي واليمين على المدعى عليه» فإذا تبايعا عبداً فقال البائع: بألف، والمشتري: بخمسمائة، فالبائع يدعي فضل الثمن والمشتري يدعي السلعة بأقل من الثمن فيتحالفان. فإن حلفا معاً، قيل للمشتري: أنت بالخيار في أخذه بألف أو رده، ولا يلزمك ما لا تقر به، فأيهما نكل عن اليمين وحلف صاحبه حكم له[1].

قال المصنف رحمه الله: [ويجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات، لأنه يدّعي عقداً وينكر عقداً، فوجب أن يحلف عليهما. ويجب أن يقدم النفي على الإثبات. وقال أبو سعيد الأصطخري: يقدم الإثبات على النفي، كما قدمنا الإثبات على النفي في اللعان. والمذهب الأول. لأن الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي وهي يمين المدعى عليه، فوجب أن يبدأ هاهنا أيضاً بالنفي. ويخالف اللعان، فإنه لا أصل له في البداية بالنفي. وهل يجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة أم لا؟ فيه وجهان. **أحدهما**: يجمع بينهما بيمين واحدة، وهو المنصوص في الأم، لأنه أقرب إلى فصل القضاء. فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبع بألف، ولقد باع بألفين. ويحلف المشتري أنه ما اشترى بألفين، ولقد اشترى بألف. فإن نكل المشتري قضي للبائع، وإن حلف فقد تحالفا.

والثاني: أنه يفرد النفي بيمين والإثبات بيمين، لأنه دعوى عقد وإنكار عقد فافتقر إلى يمينين. ولأنا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلّفنا البائع على الإثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي، وذلك لا يجوز. فعلى هذا

---

(١) الأصل في هذه المسألة حديث ابن مسعود، وهو صريح في أن المتبايعين إذا اختلفا فالقول قول البائع، فإن رضي المشتري بقول البائع كان به وإلا فيترادان، وليس في الحديث ذكر التحالف ولا اشتراطه، والاستدلال عليه بحديث «**اليمين على المدعى عليه**» وكلاهما مدّعى عليه، لا يستقيم، لأن حديث اليمين عام وحديث اختلاف المتبايعين خاص، فيقضى بالخاص على العام. والله أعلم. تنبيه: ورد في بعض روايات حديث ابن مسعود ذكر التحالف إلا أنه لم يصح. قال ابن حجر في التلخيص (**٣/٣٥**): أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث وإنما توجد في كتب الفقه.

يحلف البائع أنه ما باع بألف، ثم يحلف المشتري أنه ما ابتاع بألفين. فإن نكل المشتري حلف البائع أنه باع بألفين، وقضي له. فإن حلف المشتري، حلف البائع أنه باع بألفين، ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف، فإن نكل قضي للبائع، وإن حلف فقد تحالفا].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإذا تحالفا وجب فسخ البيع، لأنه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف. وهل ينفسخ بنفس التحالف أم لا؟ فيه وجهان. **أحدهما**: أنه ينفسخ بنفس التحالف، كما ينفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف، ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولاً والبيع لا يثبت مع جهالة العوض، فوجب أن ينفسخ. و**الثاني**: أنه لا ينفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف. وهو المنصوص، لأن العقد في الباطن صحيح، لأنه وقع على ثمن معلوم فلا ينفسخ بتحالفهما. ولأن البينة أقوى من اليمين، ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع، فلأن لا ينفسخ باليمين أولى. وفي الذي يفسخه وجهان. **أحدهما**: أنه يفسخه الحاكم، لأنه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب. و**الثاني**: أنه ينفسخ بالمتعاقدين، لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتبايعين كالرد بالعيب].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله : [وإذا فسخ أو انفسخ، فهل ينفسخ ظاهراً وباطناً[1] أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه. أحدها: ينفسخ ظاهراً وباطناً، لأنه فسخ بالتحالف فوقع ظاهراً وباطناً كفسخ النكاح باللعان، ولأنه فسخ بيع

---

(١) يقصد بالظاهر هنا الحكم الدنيوي وبالباطن الحكم الأخروي. فمن حكم له بمال أخيه ظلماً وهو يعلم، فإنما يستحله في ظاهر الأمر ولكن لم يحل له في حقيقة الأمر، بل سيحاسب عليه يوم القيامة. قال ﷺ: «**إنكم تختصمون لدي ولعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته من أخيه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقتطع له قطعة من النار**».

لاستدراك الظلامة فصح ظاهراً وباطناً كالرد بالعيب. **والثاني**: أنه ينفسخ في الظاهر دون الباطن، لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن، والثمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن. والثالث: أنه إن كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن، لأنه يمكنه أن يصدق المشتري ويأخذ منه الثمن ويسلم إليه المبيع، فإذا لم يفعل كان ممتنعاً من تسليم المبيع بظلم فلم ينفسخ البيع. وإن كان البائع مظلوماً انفسخ ظاهراً وباطناً، لأنه تعذر عليه أخذ الثمن ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله كما لو أفلس المشتري ووجد البائع عين ماله. فإن قلنا: إن الفسخ يقع في الظاهر والباطن عاد المبيع إلى ملك البائع وإلى تصرفه. وإن قلنا: إن الفسخ في الظاهر دون الباطن، نظرت: فإن كان البائع هو الظالم لم يجز له قبض المبيع والتصرف فيه، بل يلزمه أن يأخذ ما أقر به المشتري من الثمن ويسلم المبيع إليه. وإن كان مظلوماً لم يجز له التصرف في المبيع بالوطء والهبة، لأنه على ملك المشتري، ولكن يستحق البائع الثمن في ذمة المشتري ولا يقدر على أخذه منه فيبيع من المبيع بقدر حقه. كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئاً من ماله].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله : [وإن اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة في يد المشتري، تحالفا وفسخ البيع بينهما. لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة، فوجب أن يثبت التحالف. فإذا تحالفا رجع بقيمته. ومتى تعتبر قيمته؟ فيه وجهان. **أحدهما**: تجب قيمته يوم التلف. **والثاني**: تجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف. وقد ذكرنا دليل الوجهين في هلاك السلعة في البيع الفاسد.

فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك. وحكي عن أبي علي بن خيران أنه قال: ما زاد على الثمن لا يجب لأن البائع لا يدعيه فلم يجب، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه. والمذهب الأول، لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة، فالقول قول المشتري لأنه غارم فكان القول

قوله كالغاصب. فإن تقايلا أو وجد في المبيع عيباً فرده واختلفا في الثمن، فقال البائع: الثمن ألف، وقال المشتري: الثمن ألفان، فالقول قول البائع، لأن البيع قد انفسخ والمشتري مدعٍ والبائع منكر فكان القول قوله].

الشرح: مقصد الفصل أن المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري تحالفا وفسخ البيع ورجع بقيمة المبيع إن كان متقوّماً، وإن كان مثلياً وجب على المشتري مثله. وهذا هو قول الشافعي، ومالك وأحمد في إحدى روايتيهما.

قال المصنف رحمه الله : [وإن مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفوا، لأنه يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث، كاليمين في دعوى المال. وإن كان البيع بين وكيلين واختلفا في الثمن، ففيه وجهان. **أحدهما**: يتحالفان، لأنهما عاقدان فتحالفا كالمالكين. و**الثاني**: لا يتحالفان، لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما فيرجع، والوكيل إذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين في حقه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله : [وإن اختلف المتبايعان في قدر المبيع، تحالفا لما ذكرنا في الثمن. وإن اختلفا في عين المبيع، بأن قال البائع: بعتك هذا العبد بألف، وقال المشتري: بل اشتريت هذه الجارية بألف، ففيه وجهان. **أحدهما**: يتحالفان، لأن كل واحد منهما يدعي عقداً ينكره الآخر، فأشبه إذا اختلفا في قدر المبيع. و**الثاني**: أنهما لا يتحالفان، بل يحلف البائع أنه ما باعه الجارية، ويحلف المشتري أنه ما اشترى العبد. وهو اختيار الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله. لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية، فكان القول فيه قول من ينكر، كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبد والآخر جارية من غير عقد. فإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد وجب على المشتري الثمن. فإن كان العبد في يده أقر في يده، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان، **أحدهما**: يجبر المشتري على قبضه لأن البينة قد شهدت له بالملك.

والثاني: لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه فلم يسلم إليه، فعلى هذا يسلم إلى الحاكم ليحفظه.

وإن اختلفا في شرط الخيار، أو الأجل، أو الرهن، أو في قدرها، تحالفا لما ذكرناه في الثمن. فإن اختلفا في شرط يفسد البيع، ففيه وجهان بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة. **أحدهما**: أن القول قول من يدعي الصحة، لأن الأصل عدم ما يفسد. و**الثاني**: أن القول قول من يدعي الفساد، لأن الأصل عدم العقد فكان القول قول من يدعي ذلك.

فإن اختلفا في الصرف بعد التفرق، فقال **أحدهما**: تفرقنا قبل القبض، وقال الآخر: تفرقنا بعد القبض، ففيه وجهان. **أحدهما**: أن القول قول من يدعي التفرق قبل القبض لأن الأصل عدم القبض. و**الثاني**: أن القول قول من يدعي التفرق بعد القبض، لأن الأصل صحة العقد. وإن اختلفا بعد التفرق، فقال **أحدهما**: تفرقنا عن تراض، وقال الآخر: تفرقنا عن فسخ البيع، ففيه وجهان. **أحدهما**: أن القول قول من يدعي التراضي، لأن الأصل عدم الفسخ وبقاء العقد. و**الثاني**: أن القول قول من يدعي الفسخ، لأن الأصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف.

فأما إذا اختلفا في عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث، فقال البائع: عندك حدث العيب، وقال المشتري: بل حدث عندك، فالقول قول البائع لأن الأصل عدم العيب. فإن اختلفا في المردود بالعيب، فقال المشتري: هو المبيع، وقال البائع: الذي بعتك غير هذا، فالقول قول البائع، لأن الأصل سلامة المبيع وبقاء العقد فكان القول قوله.

فإن اشترى عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيباً فرده، وقلنا: إنه يجوز أن يرد أحدهما، واختلفا في قيمة التالف، ففيه قولان. **أحدهما**: وهو الصحيح، أن القول قول البائع لأنه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذي يقر به، كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن فإن القول قول المشتري لأنه ملك الشقص فلا يزال إلا بما يقر به. و**الثاني**: أن القول قول المشتري لأنه كالغارم فكان القول قوله.

فإن باعه عشرة أقفزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشتري أنها دون حقه، ففيه قولان. **أحدهما**: أن القول قول المشتري، لأن الأصل أنه لم يقبض جميعه. و**الثاني**: أن القول قول البائع، لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه فجعل القول قول البائع].

الشرح: الشقص القطعة من الأرض والطائفة من الشيء. وقوله: «فإن باعه عشرة أقفزة من صبرة» فالقفيز مكيال والجمع أقفزة وقفزان.

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا باعه سلعة بثمن في الذمة ثم اختلفا، فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، فقد اختلف أصحابنا فيه.

فمنهم من قال: فيه ثلاثة أقوال. أحدها: يجبر البائع على إحضار المبيع، والمشتري على إحضار الثمن، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة، لأن التسليم واجب على كل واحد منهما، فإذا امتنعا أجبرا، كما لو كان لأحدهما على الآخر دراهم وللآخر عليه دنانير. و**الثاني**: لا يجبر واحد منهما بل يقال: من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه، لأن على كل واحد منهما حقاً في مقابلة حق له، فإذا تمانعا لم يجبر واحد منهما، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعي فنكل.

والثالث: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري. وهو الصحيح، لأن حق المشتري متعلق بعين، وحق البائع في الذمة فقدم ما تعلق بعين، كأرش الجناية مع غيرها من الديون، ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشتري في المبيع.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد وهو: أن يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه، وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره. فعلى هذا ينظر فيه، فإن كان المشتري موسراً نظرت: فإن كان

ماله حاضراً أجبر على تسليمه في الحال، وإن كان في داره أو دكانه حجر عليه في المبيع وفي سائر أمواله إلى أن يدفع الثمن، لأنه إذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه فيضر بالبائع. وإن كان غائباً منه على مسافة يقصر فيها الصلاة، فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله، لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فجاز له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس المشتري. وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان، **أحدهما**: ليس له أن يختار عين ماله، لأنه في حكم الحاضر. و**الثاني**: له أن يختار عين ماله، لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد. وإن كان المشتري معسراً ففيه وجهان، **أحدهما**: تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها. والمنصوص: أنه يرجع إلى عين ماله، لأنه تعذر الثمن بالإعسار فثبت له الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس بالثمن.

وإن كان الثمن معيناً ففيه قولان، **أحدهما**: يجبران. و**الثاني**: لايجبر واحد منهما. ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع، لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين، والمنع من التصرف فيه قبل القبض].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله : [وإن باع من رجل عيناً فأحضر المشتري نصف الثمن، ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجبر البائع على تسليم شيء من المبيع، لأنه محبوس بدين فلا يسلم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن. و**الثاني**: أنه يجبر على تسليم نصف المبيع، لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر وكل جزء من المبيع في مقابلة شيء من الثمن، فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما في مقابلته، ويخالف الرهن في الدين، فإن الرهن ليس بعوض من الدين وإنما هو وثيقة به، فجاز له حبسه إلى أن يستوفي جميع الدين. وإن باع من اثنين عبداً بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته إليه، لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع، كما لو اشترى عيناً وأحضر ثمنها. والله أعلم].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله : [إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم، لم يخل: إما أن يكون ثمرة أو غيرها. فإن كان غير الثمرة نظرت: فإن كان تلفه بآفة سماوية انفسخ البيع، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع، كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض. فإن كان المبيع عبداً فذهبت يده بآكلة، فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك. فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن، لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن.

وإن أتلفه أجنبي، ففيه قولان. **أحدهما**: أنه ينفسخ البيع، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع كما لو تلف بآفة سماوية. و**الثاني**: أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يقر البيع ويرجع على الأجنبي بالقيمة، لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه في القبض. فإن كان عبداً فقطع الأجنبي يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، وبين أن يجيزه ويرجع على الجاني بنصف قيمته.

فإن أتلفه البائع ففيه طريقان، قال أبو العباس: فيه قولان كالأجنبي. وقال أكثر أصحابنا: ينفسخ البيع قولاً واحداً، لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة، لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة، بخلاف الأجنبي فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن فجاز أن يضمنه بالقيمة. فإن كان عبداً فقطع البائع يده ففيه وجهان. قال أبو العباس: المبتاع بالخيار إن شاء فسخ البيع ورجع بالثمن وإن شاء أجازه ورجع على البائع بنصف القيمة. وقال أكثر أصحابنا: هو بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه ولا شيء له، لأنه جزء من المبيع فلا يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض كما لو ذهب بآكلة.

فإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن لأن الإتلاف كالقبض، ولهذا لو أعتقه جعل إعتاقه كالقبض فكذلك إذا أتلفه. فإن كان عبداً فقطع يده لم يجز له أن يفسخ لأنه نقص بفعله. فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بأرش النقص، فيقوّم مع اليد ويقوّم بلا يد ثم يرجع بما

نقص من الثمن، ولا يرجع بما نقص من القيمة لأن المبيع مضمون على المشتري بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة.

وإن كان المبيع ثمرة، فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة، وقد بيناه. وإن كانت على الشجر، نظرت: فإن تلفت قبل التخلية فهي كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض، وقد بيناه. فإن تلفت بعد التخلية ففيه قولان، **أحدهما**: أنها تتلف من ضمان المشتري، لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل في ضمانه كالنقل فيما ينقل.

والثاني: أنها تتلف من ضمان البائع، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بمَ تأخذ مال أخيك بغير حق!**» وروى جابر أيضاً «**أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح**». فإن قلنا بهذا فاختلفا في الهالك فقال البائع: الثلث، وقال المشتري: النصف، فالقول قول البائع لأن الأصل عدم الهلاك. وإن بلغت الثمار وقت الجذاذ فلم ينقل حتى هلكت، كان هلاكها من ضمان المشتري، لأنه وجب عليه النقل، فلم يلزم البائع ضمانها. والله أعلم].

الشرح: حديث جابر الأول رواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه[1]. وحديثه الثاني رواه مسلم والنسائي وأبو داود وأحمد والشافعي في الأم[2].

وأما لغات الفصل، فالآفة العاهة، وقد أيف الزرع ـ بالبناء للمجهول ـ أي أصابته آفة فهو مئوف ـ على وزن مقول ـ ومعوف. والجوائح جمع جائحة وهي الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها، يقال جاحهم الدهر واجتاحهم إذا أصابهم بمكروه عظيم.

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١٠/٢١٦) وأبو داود (٣/٧٤٦) والنسائي (٧/٢٦٥) وابن ماجه (٢/٧٤٧).

(٢) أخرجه مسلم (٢١٧ ـ ١٠/٢١٨) والنسائي (٧/٢٦٥) وأبو داود (٦٧٠ ـ ٣/٦٧١): باب بيع السنين.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف. قال الشافعي: أخبرنا سفيان عن حميد بن قيس عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح. قال الشافعي: سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيراً في طول مجالستي له لا أحصي ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه أمر بوضع الجوائح، لا يزيد على أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين، ثم زاد بعد ذلك وأمر بوضع الجوائح. قال الشافعي: قال سفيان: وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاماً قبل وضع الجوائح لا أحفظه فكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح لأني لا أدري كيف كان الكلام. ثم قال الشافعي: فقد يجوز أن يكون الكلام الذي لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالصلح على النصف وعلى مثل أمره بالصدقة تطوعاً حضاً على الخير لا حتماً وما أشبه ذلك ويجوز غيره، فلما احتمل الحديث المعنيين معاً ولم يكن فيه دلالة على أيهما أولى به لم يجز عندنا أن نحكم والله أعلم على الناس بوضع ما وجب لهم بلا خبر عن رسول الله ﷺ يثبت بوضعه. ثم قال: وإذا اشترى الرجل الثمرة فخلى بينه وبينها فأصابتها جائحة، فلا نحكم له على البائع أن يضع عنه من ثمنها شيئاً. قال: ولو لم يكن سفيان وهّن حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحة، وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه، فأما أن يوضع الثلث فصاعداً ولا يوضع ما دون الثلث فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول[1].

---

(١) الأم (٣/٥٧). وقال البغوي في شرح السنة (٩٩ ـ ٨/١٠٠): الأمر بوضع الجوائح عند أكثر الفقهاء أمر ندب واستحباب من طريق المعروف، وهو أن من باع ثمرة على الشجر وسلّم إلى المشتري بالتخلية، ثم هلكت بآفة يستحب للبائع أن يضعها عن المشتري ولا يجب، وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لقوله عليه السلام: «**أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه**» ولو كانت الجائحة موضوعة لم يكن البائع آخذاً مال أخيه. وذهب جماعة من أهل الحديث إلى أنها توضع لزوماً وهو في ضمان البائع، قضى به عمر بن عبدالعزيز، وهو قول أحمد وأبي عبيد وقاله الشافعي في القديم، لأن التسليم لم يتم بالتخلية بدليل أن على البائع سقيها إلى أن تدرك. وقال مالك: يوضع الثلث فصاعداً، فإن كان أقل من الثلث فلا توضع وهو من ضمان=

باب السلم

قال المصنف رحمه الله تعالى: [السلم جائز لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾[1] قال ابن عباس: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله في كتابه وأذن فيه فقال ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾].

فصل

ولا يصح السلم إلا من مطلق التصرف في المال، لأنه عقد على مال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع. قال الشافعي رحمه الله: ويصح السلم من الأعمى. قال المزني رحمه الله: أعلم من نطقه أنه أراد الأعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى. قال أبو العباس: هذا الذي قاله المزني حسن، فأما الأكمه الذي لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول، وبيع المجهول لا يصح. وقال أبو إسحاق: يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمه، لأنه يعرف الصفات بالسماع].

الشرح: أثر ابن عباس رواه الشافعي وسعيد بن منصور[2].

أما لغات الفصل، فإن السلم بفتحتين هو الاستسلام، وفي الاصطلاح الفقهي: أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل. ويسمى سلماً وسلفاً، قال الماوردي: السلم لغة أهل الحجاز، والسلف لغة أهل العراق. وهذا السلف يهمز ويجرد فيقال أسلف وسلف. والأكمه هو الذي يولد أعمى.

= المشتري. فأما إذا أصابتها الجائحة قبل التخلية بينها وبين المشتري فيكون من ضمان البائع بالاتفاق. وكذلك كل مبيع هلك في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري ينفسخ البيع وعلى البائع رد الثمن إن كان قد قبض، وتأول بعضهم الحديث (أي الأمر بوضع الجوائح) على هذا الموضع.

(١) البقرة: ٢٨٢.

(٢) الأم (٩٣ ـ ٣/٩٤).

وأما الأحكام: فالسلم نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقد ذكره المصنف من آية الدين، ولفظها يصلح للسلم ويشمله بعمومه[1]. وأما السنة فقد روى الشيخان عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ «**من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**»[2]. وأما الإجماع فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز، قلت: وخالف سعيد بن المسيب في جوازه.

قال الشافعي بعد استدلاله على بيع السلف بالكتاب والسنة والإجماع والآثار: وما كتبت من الآثار بعد ما كتبت من القرآن والسنة والإجماع ليس لأن شيئاً من هذا يزيد سنة رسول الله ﷺ قوة، ولا لو خالفها ولم يحفظ معها يوهنها، بل هي التي قطع الله بها العذر، ولكنا رجونا الثواب في إرشاد من سمع ما كتبنا، فإن فيما كتبنا بعض ما يشرح قلوبهم لقبوله، ولو تنحت عنهم الغفلة لكانوا مثلنا في الاستغناء بكتاب الله عز وجل ثم سنة نبيه ﷺ[3].

والسلم بيع من البيوع الجائزة مستثنى من نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عندك، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري الثمرة، وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها. فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج.

وقد اتفق الأئمة ما عدا ابن المسيب على أن السلم يصح بستة

---

(١) قال الشافعي في الأم (٩٢ ـ ٣/٩٤): وقول الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ يحتمل كل دين ويحتمل السلف خاصة، وقد ذهب فيه ابن عباس إلى أنه في السلف. قال الشافعي: وإن كان كما قال ابن عباس في السلف قلنا به في كل دين قياساً عليه لأنه في معناه.

(٢) أخرجه البخاري في السلم (٤/٤٢٩) ومسلم في المساقاة (١١/٤٢).

(٣) الأم (٩٤ ـ ٣/٩٥)، وهذا الكلام درة من درر الشافعي.

شروط: أن يكون في جنس معلوم، بصفة معلومة، وبقدر معلوم، وبأجل معلوم، ومعرفة مقدار رأس المال، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحمله مؤونة، لكن أبا حنيفة يسمي هذا التابع شرطاً وباقي الأئمة يسمونه لازماً.

قال المصنف رحمه الله: [وينعقد بلفظ السلف والسلم. وفي لفظ البيع وجهان. من أصحابنا من قال: لا ينعقد السلم بلفظ البيع، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً، ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس لأن السلم غير البيع، فلا ينعقد بلفظه. ومنهم من قال: ينعقد، لأنه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف].

الشرح: هذا الخلاف لفظي لأن صورة السلم يمكن أن تكون نوعاً من أنواع البيوع مستثنى منها بإطلاق لفظ السلف أو السلم عليه ولا يؤثر الخلاف اللفظي في جوهره، إلا أنهم قضوا في حالة ما إذا عقد بلفظ البيع ولم يقبضه في المجلس خرج بذلك عن أن يكون سلماً. وكلام الشافعي في السلم في كل أنواعه يطلق عليه لفظ البيع فهو نوع خاص من أنواع البيوع أبيح فيه بعض ما هو ممنوع في صور البيع الأخرى ومنع فيه بعض ما أبيح في البيوع الأخرى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ويثبت فيه خيار المجلس لقوله ﷺ: «**المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا**». ولا يثبت فيه خيار الشرط[1] لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه، ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض، فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه]

الشرح: حديث «**المتبايعان بالخيار**» رواه الشيخان عن ابن عمر[2] وحكيم بن حزام[3].

---

(١) كأن يشترط تطويل مدة الخيار لثلاثة أيام.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع: باب كم يجوز الخيار (٤/٣٢٦) وكذا مسلم (١٠/١٧٣) وأبو داود (٧٣٢ ـ ٣/٧٣٥) والنسائي (٧/٢٤٩) والترمذي (٣/٥٤٧) فيه.

(٣) أخرجه البخاري في البيوع: باب إذا بين البيّعان (٤/٣٠٩) وكذا مسلم (١٠/١٧٦) وأبو داود (٧٣٧ ـ ٣/٧٣٨) والنسائي (٢٤٤ ـ ٧/٢٤٥) فيه.

أما الأحكام: فإنه لا يجوز في عقد السلم أن يتفرقا قبل توفر شروطه بأن يكون في جنس معلوم، بصفة معلومة، ومقدار معلوم، وأجل معلوم، وتسليم رأس المال في المجلس، وتسمية مكان التسليم.

وقول المصنف: «ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض» وذلك العوض هو رأس المال، وهو الثمن الذي يجب تسليمه في المجلس الذي وقع العقد به قبل التفرق منه وقبل لزومه لأن لزومه كالتفرق، إذ لو تأخر لكان في معنى بيع الدين بالدين إن كان رأس المال في الذمة. ولأن في السلم غرراً فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال، فلا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضي أبو الطيب كالصرف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ويجوز مؤجلاً: للآية. ويجوز حالاً، لأنه إذا جاز مؤجلاً فلأن يجوز حالاً وهو من الغرر أبعد، أولى. ويجوز في المعدوم إذا كان موجوداً عند المحل، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمرة السنتين والثلاث فقال: «**أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**» فلو لم يجز السلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنتين والثلاث. ويجوز السلم في الموجود، لأنه إذا جاز السلم في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى، لأنه أبعد من الغرر].

الشرح: قوله للآية، قصد قوله تبارك وتعالى: ﴿إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾. أما حديث ابن عباس فقد رواه الجماعة[1].

أما الأحكام فجوازه مؤجلاً أمر مجمع عليه. أما جوازه حالاً فجمهور المذاهب على خلافه، ويستدلون بحديث ابن عباس «**الى أجل معلوم**» على اعتبار الأجل في السلم شرطاً. وفقهاء المذهب[2] لم يختلفوا على جوازه حالاً، وهم يجيبون على استدلال المخالفين بأن ذكر الأجل في الحديث ليس للاشتراط، بل معناه: إن كان لأجل فليكن معلوماً. والحق ما ذهبنا

---

(١) سبق تخريجه في (٢٠٨١).

(٢) أي الشافعية.

إليه من عدم اعتبار الأجل لعدم ورود دليل يدل عليه، وأما ما يقال من أنه يلزم مع الأجل أن يكون بيعاً للمعدوم ولم يرخص فيه إلا في السلم ولا فارق بينه وبين البيع إلا الأجل، فيجاب عنه بأن الصيغة فارقة وذلك كافٍ[1].

قوله: «ويجوز السلم في الموجود...» قلت: قال ابن رسلان: أما المعدوم عند المسلم إليه وهو موجود عند غيره فلا خلاف في جوازه انتهى. وقد اختلف العلماء في جواز السلم فيما ليس بموجود في وقت السلم إذا أمكن وجوده في وقت حلول الأجل. فذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه قالوا: ولا يضر انقطاعه قبل الحلول. وقال أبو حنيفة: لا يصح فيما ينقطع قبله بل لا بد أن يكون موجوداً من العقد إلى المحل[2]. واستدل أبو حنيفة بما أخرجه أبو داود عن ابن عمر أن رجلاً أسلف رجلاً في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً، فاختصما إلى النبي ﷺ فقال: «**بم تستحل ماله؟ اردد عليه ماله**»، ثم قال: «**لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه**»[3] وهذا نص في التمر، وغيره يقاس عليه. ولو صح هذا الحديث لكان المصير إليه أولى لدلالته على المطلوب، ولكن في إسناده مجهول. ولو صحّ هذا الحديث لحمل على بيع الأعيان[4] أو على السلم الحال الذي يقول به أصحابنا أو على ما قرب أجله.

---

(١) ما يتميز به السلم عن البيع هو الأجل، فإذا انتفى الأجل عاد بيعاً وهو البيع بصفة، والخلاف بين الشافعية والجمهور في هذا خلاف لفظي. وجواب المطيعي بأن الصيغة فارقة لا يسلم لأن الشافعي يطلق على السلم لفظ البيع، فإذا ساواه في اللفظ والمعنى فأين الفارق بينهما!.

(٢) المحل يقصد به وقت حلول الأجل.

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع: باب في السلم في ثمرة بعينها (٣/٧٤٤)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٥٠.

(٤) بيع الأعيان أي أن يبيع سلعة بعينها. قال الشافعي رحمه الله في الأم: البيوع (٣/١٣٩): وبيوع الأعيان لا تصلح إلى أجل، إنما المؤجل ما ضمن من البيوع بصفة، وكذلك لا يجوز أن يقول أبيعك جاريتي هذه بعبدك هذا على أن تدفع إلي عبدك بعد شهر، لأنه قد يهرب ويتلف وينقص إلى شهر.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته، كالأثمان والحبوب والثمار، والثياب والدواب والعبيد والجواري، والأصواف والأشعار والأخشاب والأحجار، والطين والفخار، والحديد والرصاص والبلور والزجاج، وغير ذلك من الأموال التي تباع وتضبط بالصفات. والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار. وروى عبد الله بن أبي أوفى قال: كنا نسلف ورسول الله ﷺ فينا في الزيت والحنطة. وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه «أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة، وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة». وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في السلم في الكرابيس: «إذا كان ذرعاً معلوماً إلى أجل معلوم فلا بأس». وعن أبي النضر قال: سئل ابن عمر رضي الله عنه عن السلم في السرق قال: لا بأس. والسرق: الحرير. فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار، وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات بالقياس على ما ثبت بالأخبار لأنه في معناه].

الشرح: حديث ابن عباس، سبق بيانه في الفصل السابق. وحديث عبد الله بن أبي أوفى، أخرجه البخاري وأصحاب السنن، وله ألفاظ منها: عن محمد بن أبي المجالد قال: بعثني عبد الله بن شداد وأبو بردة إلى عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهما فقالا: سله هل كان أصحاب النبي ﷺ في عهد النبي ﷺ يسلفون في الحنطة؟ قال عبدالله: «كنا نسلف نبيط أهل الشام في الحنطة والشعير والزيت، في كيل معلوم إلى أجل معلوم. قلت: إلى من كان أصله عنده؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك. ثم بعثاني إلى عبدالرحمن بن أبزى فسألته فقال: كان أصحاب النبي ﷺ يسلفون على عهد النبي ﷺ ولم نسألهم ألهم حرث أم لا»[1]. وأما حديث

---

(١) أخرجه البخاري في السلم (٤٣٠ ـ ٤/٤٣١). وقوله نبيط أهل الشام قال ابن حجر في شرحه: هم قوم من العرب دخلوا في العجم والروم واختلطت أنسابهم وفسدت ألسنتهم.

عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، فقد رواه أبو داود في سننه[1]، وله شاهد عند سعيد بن منصور في سننه. والأثران عن ابن عباس[2] وابن عمر رواهما أصحاب السنن.

وأما لغات الفصل، فقوله: «**قلاص**» جمع قلوص وهو من الإبل بمنزلة الشابة من النساء. وقوله: «**الكرابيس**» جمع كرباس وهو نسيج خشن. وقوله: «**السرق**» هي شقق الحرير.

وأما الأحكام: فقوله: «في كل مال يجوز بيعه» خرج بذلك الخمر والخنزير والكلب وكل ما هو غير محترم من الحيوان. وقوله: «وتضبط صفاته» يعني مما يمتنع الخلاف فيه إذا وصفت، ويمكن تمييزها عن غيرها إذا وصفت بصفاتها.

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

فرع اختلف الفقهاء في السلم في الحيوان، فروي أنه لا يصح السلم فيه، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وغيرهم. لأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه، وإن استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفات. ومذهبنا ومذهب أحمد صحة السلم فيه. قال ابن المنذر: وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وغيرهم. قال الشافعي رحمه الله: أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ استسلف بكراً فجاءته إبل من الصدقة فقال أبو رافع: فأمرني رسول الله ﷺ أن أقضي الرجل بكره، فقلت: يا رسول الله إني لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً فقال رسول الله ﷺ: «**أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء**». قال الشافعي: فهذا الحديث الثابت عن رسول الله ﷺ وبه آخذ وفيه أن

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٦٥٣)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٢٨.
(٢) البيهقي في البيوع (٦/٢٦).

رسول الله ﷺ ضمن بعيراً بصفة، وفي هذا ما دلّ على أنه يجوز أن يضمن الحيوان كله بصفة في السلف وفي بيع بعضه ببعض وفي كل أمر لزم فيه الحيوان بصفة وجنس وسن فكالدنانير بصفة وضرب ووزن، وكالطعام بصفة وكيل. وفيه دليل على أنه لا بأس أن يقضي أفضل مما عليه متطوعاً من غير شرط[1].

قال المصنف رحمه الله : [وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه، لأنه يقع البيع فيه على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز. قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز السلم في النبل، لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا يضبط. ولا يجوز في الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان، لأن صفاءها مقصود وعلى قدر صفائها يكون ثمنها، وذلك لا يضبط بالوصف. ولا يجوز السلم في الجلود، لأن جلد الأوراك غليظ وجلد البطن رقيق ولا يضبط قدر رقته وغلظه، ولأنه مجهول المقدار لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه. ولا يجوز في الرق، لأنه لا يضبط رقته وغلظه. ويجوز في الورق لأنه معلوم الصفة].

الشرح: قوله: «الفيروزج» هو من الجواهر الثمينة سماوي اللون، والنسبة إليه فيروزي. والمرجان: صغار اللؤلؤ. والرق ـ بفتح الراء وتشديد القاف ـ جلد رقيق يكتب عليه.

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء، لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط. واختلف أصحابنا في اللبأ المطبوخ، فقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني رحمه الله: لا يجوز، لأن النار تعقد أجزاءه فلا يضبط. وقال القاضي أبو الطيب الطبري رحمه الله: يجوز لأن ناره لينة].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

---

(١) الأم: باب بيع الحيوان والسلف فيه (٣/١١٨).

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز كالغالية والند والمعجون والقوس والخف والحنطة التي فيها الشعير، لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه. ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء، والحنطة التي فيها الزوان، لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد. ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة كخل التمر وفيه الماء، والجبن وفيه الأنفحة، والسمك المملوح وفيه الملح، لأن ذلك من مصلحته فلم يمنع جواز العقد. ويجوز في الأدهان المطيبة، لأن الطيب لا يخالطه وإنما تعبق به رائحته. ولا يجوز في ثوب نسج ثم صبغ، لأنه سلم في ثوب وصبغ مجهول. ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج، لأنه في منزلة صبغ الأصل. ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله كالقرقوبي، لأن ذلك لا يضبط. واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز، لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبه الغالية. ومنهم من قال: يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما. وفي السلم في الرؤوس قولان:

أحدهما: يجوز، لأنه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم. و**الثاني**: لا يجوز، لأنه يجمع أجناساً مقصودة لا تضبط بالوصف، ولأن معظمه العظم وهو غير مقصود].

الشرح: قوله: «الغالية» طيب مختلط فيه المسك بماء الورد والكافور والعنبر، وأول من سماها بذلك سليمان بن عبدالملك. والند ـ بفتح النون ـ نوع من الطيب معرب، وهو من العود كما في المصباح، والصواب أنه مزيج من المسك والعنبر والعود. أما الزوان فهو: حب يخالط الحنطة فيكسبها رداءة. والمعجون: خليط كثيف من الطيب. والقوس معروف.

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز السلم في الطير، لأنه لا يضبط بالسن ولا يعرف قدره بالذرع. ولا يجوز السلم في جارية وولدها ولا في

جارية وأختها، لأنه يتعذر وجود جارية وولدها أو جارية وأختها على ما وصف. وفي الجارية الحامل طريقان، **أحدهما**: لا يجوز السلم فيها، لأن الحمل مجهول. و**الثاني**: يجوز، لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم كما نقول في بيع الجارية الحامل. وفي السلم في شاة لبون قولان، **أحدهما**: لا يجوز، لأنه سلم في شاة ولبن مجهول. و**الثاني**: يجوز، لأن الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة، كما نقول في بيع شاة لبون].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف، إلا أن النووي رحمه الله خالف المصنف في الطير فقال: ويصح السلم في الطير ويذكر النوع والصغر وكبر الجثة[1].

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وفي السلم في الأواني المختلفة الأعلى والأسفل كالإبريق والمنارة والكراز وجهان، **أحدهما**: لا يجوز، لأنها مختلفة الأجزاء فلم يجز السلم فيها كالجلود. و**الثاني**: يجوز، لأنها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة. واختلف أصحابنا في السلم في الدقيق، فمنهم من قال: لا يجوز، وهو قول أبي القاسم الداركي رحمه الله، لأنه لا يضبط. و**الثاني**: يجوز، لأنه يذكر النوع والنعومة والجودة فيصير معلوماً. ولا يجوز السلم في العقار، لأن المكان فيه مقصود، والثمن يختلف باختلافه، فلا بد من تعيينه، والعين لا تثبت في الذمة].

الشرح: قوله: «الكراز» ـ بضم الكاف وفتح الراء مخففة ومشددة ثم

---

(١) قال النووي رحمه الله في الروضة: كتاب السلم (٤/٢٠): ويجوز السلم في الطيور على الصحيح وبه قطع الجماهير، وفي المهذب: لا يجوز. فإن جوزناه، وصف منها النوع، والصغر والكبر من حيث الجثة، ولا يكاد يعرف سنها، فإن عرف وصف به انتهى. قلت: والأصل في هذه المسائل واحد وهو: أن ما ضبط بالوصف جاز السلم فيه وما لا يضبط وصفه لم يجز السلم فيه. واختلاف الفقهاء في بعض الأنواع مرجعه إلى اختلافهم في إلحاقه بما يضبط وصفه أو بما لا يضبط وصفه، مع اتفاقهم على الأصل المذكور. والتوسع في ذكر الأنواع بعد معرفة الأصل لا يجدي كثيراً لأن ما اعتبره الفقهاء في عصرهم غير مضبوط الوصف قد يتغير بعد ذلك ويصبح مضبوط الوصف بسبب استحداث الوسائل المتطورة وبالتالي يتغير حكمه.

ألف فزاي زنة غراب ورمان ـ وهو القارورة أو كوز ضيق الرأس.

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله : [ولا يجوز السلم إلا في شيء عام الوجود، مأمون الانقطاع في المحل. فإن أسلم فيما لا يعم كالصيد في موضع لا يكثر فيه، أو ثمرة ضيعة بعينها، أو جعل المحل وقتاً لا يأمن انقطاعه فيه، لم يصح لما روى عبدالله بن سلام رضي الله عنه أن زيد بن سعنة قال لرسول الله ﷺ: يا محمد هل لك أن تبيعني تمراً معلوماً إلى أجل معلوم من حائط بني فلان؟ فقال: «**لا يا يهودي، ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى كذا وكذا من الأجل**»، ولأنه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد].

الشرح: حديث عبد الله بن سلام مر ذكره في البيوع[1]. وزيد بن سعنة كان من أحبار اليهود أسلم وشهد مع النبي ﷺ مشاهد كثيرة، وتوفي في غزوة تبوك مقبلاً إلى المدينة.

أما أحكام الفصل فقد قال الفقهاء: إن السلم لا يصح في شيء يندر وجوده. ونتيجة لذلك لا يصح إلا في عام الوجود مأمون الانقطاع في المحل المحدد لتسليمه فيه وفي الوقت المعين.

قال المصنف رحمه الله : [ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**». فإن كان في مكيل، ذكر كيلاً معروفاً. وإن كان في موزون، ذكر وزناً معروفاً. وإن كان في مذروع، ذكر ذرعاً معروفاً. فإن علق العقد على كيل غير معروف كملء زبيل لا يعرف ما يسع، أو ملء

---

(١) أخرجه البيهقي في دلائل النبوة مطولاً (٢٧٨ ـ ٦/٢٨٠) وكذا الحاكم (٦٠٤ ـ ٣/٦٠٥) مطولاً، وابن ماجه في التجارات بنحوه مختصراً (٧٦٥ ـ ٢/٧٦٦)، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبي: صحيح، وضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه برقم ٤٩٨.

جرة لا يعرف ما تسع، أو زنة صخرة لا يعرف وزنها، أو ذراع رجل بعينه، لم يجز لأن المعقود عليه غير معلوم في الحال، لأنه لا يؤمن أن يهلك ما علق عليه العقد فلا يعرف قدر المسلم فيه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد، كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه. وإن أسلم فيما يكال بالوزن وفيما يوزن بالكيل جاز، لأن القصد أن يكون معلوماً والعلم يحصل بذلك. وإن أسلم فيما لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقثاء والبطيخ والبقل والرؤوس إذا جوزنا السلم فيها، أسلم فيها بالوزن. وقال أبو إسحاق: يجوز أن يسلم في الجوز كيلاً لأنه لا يتجافى في المكيال. والمنصوص هو الأول].

الشرح: حديث ابن عباس مر ذكره.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

فرع ما عدا المكيل والموزون والمذروع على ضربين: معدود وغيره. فالمعدود نوعان، **أحدهما**: لا يتباين كثيراً كالبيض والبقل، فيسلم فيه عدداً، وهو قول أبي حنيفة والأوزاعي. وقال الشافعي: يسلم في البيض والجوز كيلاً ووزناً ولا يجوز عدداً لأن ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عدداً كالبطيخ فإن فيه الكبير والصغير. النوع الثاني: ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والخيار، فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول، ففيه وجهان، **أحدهما**: يسلم فيه عدداً ويضبطه بالصغر والكبر لأنه يباع هكذا، وهو قول أحمد ومالك. و**الثاني**: لا يسلم فيه إلا وزناً، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، لأنه لا يمكن تقديره بالعدد، لأنه يختلف كثيراً ويتباين جداً فلم يمكن تقديره بغير الوزن فتعين تقديره به. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله : [ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الأثمان كالصغر والكبر، والطول والعرض، والدور والسمك، والنعومة والخشونة، واللين والصلابة، والرقة والصفاقة، والذكورية والأنوثية، والثيوبة والبكارة، والبياض والحمرة، والسواد والسمرة، والرطوبة واليبوسة، والجودة والرداءة، وغير ذلك من الصفات

التي تختلف بها الأثمان. ويرجع فيما لا يعلم من ذلك إلى نفسين من أهل الخبرة. وإن شرط الأجود لم يصح العقد، لأنه ما من جيد إلا ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه فيطالب به فلا يقدر عليه. وإن شرط الأردأ ففيه قولان، **أحدهما**: لا يصح، لأنه ما من رديء إلا ويجوز أن يكون دونه ما هو أردأ منه فيصير كالأجود. و**الثاني**: أنه يصح، لأنه إن كان ما يحضره هو الأردأ فهو الذي أسلم فيه، وإن كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره فوجب قبوله، فلا يتعذر التسليم.

وإن أسلم في ثوب بالصفات التي يختلف بها الثمن، وشرط أن يكون وزنه قدراً معلوماً، ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني، لأنه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المشروط إلا نادراً، فيصير كالسلم في جارية وولدها وكالسلم فيما لا يعم وجوده. و**الثاني**: أنه يجوز، لأن الشافعي رحمه الله نص على أنه إذا أسلم في آنية وشرط وزناً معلوماً جاز، فكذلك هاهنا].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن أسلم في مؤجل وجب بيان أجل معلوم لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**»، ولأن الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه كالكيل والوزن وسائر الصفات. والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب وشهور الفرس وشهور الروم، وأعياد المسلمين والنيروز والمهرجان. فإن أسلم إلى الحصاد أو إلى العطاء أو إلى عيد اليهود والنصارى لم يصح، لأن ذلك غير معلوم، لأنه يتقدم ويتأخر. وإن جعله إلى شهر ربيع أو جمادى صح وحمل على الأول منهما. ومن أصحابنا من قال: لا يصح حتى يبين. والمذهب الأول، لأنه نص على أنه إذا جعل إلى النفر حمل على النفر الأول. فإن قال: إلى يوم كذا، كان المحل إذا طلع الفجر. فإن قال: إلى شهر كذا، كان المحل إذا غربت الشمس من الليلة التي يرى فيها الهلال. فإن قال: محله في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا، ففيه

وجهان. قال أبو علي ابن أبي هريرة: يجوز ويحمل على أوله، كما لو قال لامرأته: أنت طالق في يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا، فإن الطلاق يقع في أولها. **والثاني**: لا يجوز، وهو الصحيح، لأن ذلك يقع على جميع أجزاء اليوم والشهر والسنة فإذا لم يبين كان مجهولاً[1]، ويخالف الطلاق فإنه يجوز إلى أجل مجهول، وإذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم. فإن ذكر شهوراً مطلقة حمل على شهور الأهلة، لأن الشهور في عرف الشرع شهور الأهلة فحمل العقد عليها. فإن كان العقد في الليلة التي رؤي فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة. وإن كان العقد في أثناء الشهر اعتبر شهراً بالعدد وجعل الباقي بالأهلة. فإن أسلم في حال وشرط أنه حال صح العقد. وإن أطلق ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح، لأنه أحد محلي السلم فوجب بيانه كالمؤجل. **والثاني**: أنه يصح ويكون حالاً، لأن ما جاز حالاً ومؤجلاً حمل إطلاقه على الحال كالثمن في المبيع. وإن عقد السلم حالاً ثم جعله مؤجلاً أو مؤجلاً فجعله حالاً أو زاد في أجله أو نقص، نظرت: فإن كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد، لأن العقد استقر فلا يتغير. وإن كان قبل التفرق لحق بالعقد. وقال أبو علي الطبري: إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد، لم يلحق به. والصحيح هو الأول، وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن].

---

(١) لو جعل المتعاقدان الأجل في يوم معين، كان معلوماً ويحمل على جميع أوقات ذلك اليوم، ولا يقال بأنه إذا لم يحدد وقتاً معيناً من اليوم صار مجهولاً، لأن اتفاقهم على تحديد الأجل بيوم معين فهمنا منه عدم اعتدادهم بتحديد ساعة معينة من اليوم، فلو تم التسليم في أية ساعة من ساعات ذلك اليوم صح ذلك لأن الأجل يصدق عليه. ولو كان للمتعاقدين مصلحة في تحديد ساعة معينة من اليوم فلهما ذلك ويجب بيانها، ولا يقال: إن الساعة المعينة تقع على ستين دقيقة فوجب تحديد الدقيقة وإلا كان مجهولاً، لأن هذا يفضي إلى الحرج. وكذا حكم تحديد شهر معين أو سنة معينة، فحيث أطلقا حمل الأجل على كل وقت داخل في هذا الشهر أو تلك السنة. وإذا اتفق المتعاقدان على شهر معين مثلاً فلا يستطيع أحدهما إلزام الآخر بيوم معين منه، بل له الخيار في أي يوم من أيام الشهر، ولو كان في تحديد اليوم مصلحة له لكان عليه أن يتفق مع صاحبه على ذلك أول العقد. والله أعلم.

الشرح: حديث ابن عباس سبق تخريجه. أما لغات الفصل، فشهور العرب هي: المحرم وصفر وربيع الأول وربيع الآخر وجمادى الأولى وجمادى الآخرة ورجب وشعبان ورمضان وذو القعدة وذو الحجة. أما شهور الفرس فقد كان معمولاً بها في الدولة العباسية، وتبدأ سنتها من عيد النيروز وهو نزول الشمس برج الميزان، والمهرجان ـ بكسر الميم ـ نزولها برج الحمل. أما الشهور الرومية فهي: كانون الثاني (يناير) وشباط (فبراير) وآذار (مارس) ونيسان (إبريل) وأيار (مايو) وحزيران (يونيو) وتموز (يوليو) وآب (أغسطس) وأيلول (سبتمبر) وتشرين الأول (أكتوبر) وتشرين الثاني (نوفمبر) وكانون الأول (ديسمبر) وهذه أسماؤها بالسريانية والفرنجية.

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أسلم في جنسين إلى أجل، أو في جنس إلى أجلين، ففيه قولان، **أحدهما**: أنه لا يصح، لأن ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر، وما يقابل أحدهما أجلاً أقل مما يقابل الآخر، وذلك مجهول فلم يجز. و**الثاني**: أنه يصح. وهو الصحيح، لأن كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد جاز في جنسين وفي أجلين، كبيع الأعيان. ودليل القول الأول يبطل ببيع الأعمى، فإنه يجوز إلى أجلين وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما].

الشرح: إذا أسلم في جنسين إلى أجل، وصورة ذلك أن يسلم ديناراً في قميص وكتاب ولم يبين ثمن كل واحد منهما على حدة، فقد جوّزه مالك وأحد القولين عند الشافعي. ومنعه أحمد والقول الآخر عند الشافعي. والقول المجيز يحتج بأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد، كبيوع الأعيان لما يشتمل عليه من مباني وغيرها على النحو الذي سبق في بيوع الأعيان وهو كما لو بين الثمن. ويقول المانعون: إن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول. وإذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين ففيه قولان، **أحدهما**: لا يصح، لأن ما يقابل أبعدهما أجلاً أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم

يجز. قلت: ولنا أن كل بيع جاز إلى أجل واحد جاز في أجلين، وقد أجازه أحمد وأصحابه في أكثر من أجلين إلى آجال كبيوع الأعيان. فإذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن، ولا يجعل للباقي فضلاً عن المقبوض، لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء فيقسط على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله، والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله : [وأما بيان موضع التسليم، فإنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه، وإن كان في موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يجب بيانه لأنه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه كالصفات. و**الثاني**: لا يجب بل يحمل على موضع العقد كما نقول في بيع الأعيان. والثالث: أنه إن كان لحمله مؤنة وجب بيانه، لأنه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها، فإن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب بيانه لأنه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه، كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها].

الشرح: قال النووي رحمه الله تعالى: المذهب أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم، أو يصلح ولحمله مؤنة اشترط محل التسليم وإلا فلا.

قال المصنف رحمه الله : [ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله ﷺ: «**أسلفوا في كيل معلوم**» والإسلاف هو التقديم، ولأنه إنما سمي سلماً لما فيه من تسليم رأس المال، فإذا تأخر لم يكن سلماً فلم يصح. ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس ويسلمه. ويجوز أن يكون معيناً. فإن كان في الذمة نظرت: فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد، وإن كان في البلد نقود حمل على الغالب منها، وإن لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم. وإن كان رأس المال عَرَضاً وجب بيان الصفات التي تختلف بها الأثمان، لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه. وإن كان رأس المال معيناً ففيه قولان، **أحدهما**: يجب ذكر صفاته ومقداره، لأنه لا يؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده.

والثاني: لا يجب ذكر صفاته ومقداره، لأنه عوض في عقد لا يقتضي رد المثل، فوجب أن تغني المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره، كالمهر والثمن في البيع. وإن كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها، فعلى القولين. إن قلنا: يجب ذكر صفاته، لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال، لأنه لا يمكن ذكر صفاته. وإن قلنا: لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال، لأنه معلوم بالمشاهدة. والله أعلم].

الشرح: الحديث هو حديث ابن عباس الذي دار عليه أكثر الفصول السابقة وأوضحناه بلفظه وتخريجه فيما سبق.

أما الأحكام فإنه لا يجوز تأخير قبض رأس المال عن مجلس العقد، لأن الإسلاف هو التقديم فكان لازمه تسليمه قبل الصيغة. وقال الخرقي من الحنابلة: ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفرق. وقوله: «ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة ثم يعينه في المجلس» خلافاً لابن المنذر الذي قال: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنه إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلماً في طعام إلى أجل لم يصح انتهى. وحكى هذا ابن قدامة عن مالك والأوزاعي والثوري وأحمد واسحاق وأصحاب الرأي والشافعي. وعن ابن عمر أنه قال: لا يصح ذلك، وذلك لأن المسلم فيه دين، فإن جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك. قلت: المهم في هذا جواز أن يكون رأس المال في الذمة ولكن يجب إحضاره إلى المجلس بعد تعيينه. وسائر أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.

❋ ❋ ❋

باب تسليم المسلم فيه

قال المصنف رحمه الله تعالى: [إذا حل دين السلم وجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد. فإن كان المسلم فيه تمراً لزمه

ما يقع عليه اسم التمر على الإطلاق، فإن أحضر حشفاً[1] أو رطباً لم يقبل منه. فإن كان رطباً لزمه ما يقع عليه اسم الرطب على الإطلاق، ولا يقبل منه بسر ولا منصف ولا مذنب ولا مشدخ. وإن كان طعاماً لزمه ما نقي من التبن. فإن كان فيه قليل تراب نظرت: فإن كان أسلم فيه كيلاً قبل منه، لأن القليل من التراب لا يظهر في الكيل. وإن كان أسلم فيه وزناً لم يقبل منه، لأنه يظهر في الوزن فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه. وإن كان عسلاً لزمه ما صفي من الشمع. فإن أسلم إليه في ثوب فأحضر ثوباً أجود منه لزمه قبوله، لأنه أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز فلزمه قبوله. فإن جاءه بالأجود وطلب عن الزيادة عوضاً لم يجز، لأنه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع. فإن أتاه بثوب رديء لم يجبر على قبوله، لأنه دون حقه. فإن قال: خذه وأعطيك للجودة درهماً لم يجز لأنه بيع صفة، ولأنه بيع جزء من المسلم فيه قبل قبضه.

فإن أسلم في نوع من جنس فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس كالمعقلي عن البرني، والهروي عن المروي ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجوز، لأنه غير الصنف الذي أسلم فيه فلم يجز أخذه عنه كالزبيب عن التمر. وقال أبو علي بن أبي هريرة: يجوز، لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد، ولهذا يحرم التفاضل في بيع أحدهما بالآخر ويضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة.

فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه فأحضره ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز قبوله، لأنه يصير الثمن هو المثمن، والعقد يقتضي أن يكون الثمن غير المثمن. و**الثاني**: أنه يجوز، لأن الثمن هو الذي سلم إليه، والمثمن هو الموصوف.

وإن أسلم إلى محل فأحضر المسلم فيه قبله، أو شرط أن يسلم في مكان فأحضر المسلم فيه في غير ذلك المكان، فامتنع المسلم من أخذه،

---

(١) الحشف: أردأ التمر، وفي المثل «أحشفاً وسوء كيلة».

(؟؟) الهروي منسوب إلى هراة، والمروي منسوب إلى مرو، وهما بلدان في خراسان.

نظرت: فإن كان له غرض صحيح في الامتناع من أخذه، بأن يلزمه في حفظه مؤن أو عليه في حمله مشقة أو يخاف عليه أن يهلك أو يؤخذ، لم يلزمه أخذه. وإن لم يكن له غرض صحيح في الامتناع لزمه أخذه، فإن لم يأخذه رفع إلى الحاكم ليأخذه عنه. والدليل عليه ما روي أن أنساً رضي الله عنه كاتب عبداً له على مال إلى أجل، فجاءه بمال قبل الأجل فأبى أن يأخذه، فأتى عمر رضي الله عنه فأخذه منه وقال له: «اذهب فقد عتقت» ولأنه زاده بالتقديم خيراً فلزمه قبوله. وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال: أنقصني من الدين حتى أقدمه، ففعل، لم يجز لأنه بيع أجل، والأجل لا يفرد بالبيع. ولأن هذا في معنى ربا الجاهلية، فإنه كان في الجاهلية يقول من عليه الدين: زدني في الأجل أزدك في الدين].

الشرح: الخبر الذي ساقه المصنف عن أنس المذكور في الفصل لم أحفظه بهذه الصورة[1]، وإنما الذي أحفظه ما رواه الأثرم عن أبي بكر بن حزم أن رجلاً أتى عمر فقال: يا أمير المؤمنين إني كاتبت على كذا وكذا وإني أيسرت بالمال فأتيته به فزعم أنه لا يأخذها إلا نجوماً، فقال عمر: يأبى؟ وأمر عامله على بيت المال: فخذ هذا المال فاجعله في بيت المال وأد إليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال[2]. والذي ثبت فيه ذكر أنس حديث أخرجه البخاري عن موسى بن أنس أن سيرين ـ أبا محمد وإخوته ـ سأل أنس بن مالك المكاتبة وكان كثير المال فأبى فانطلق إلى عمر فقال: «كاتبه، فأبى فضربه عمر بالدرة، وتلا عمر ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾»[3].

---

(١) أخرجه البيهقي في المكاتب (١٠/٣٣٤) عن سيرين قال: كاتبني أنس بن مالك على عشرين ألف درهم فكنت فيمن فتح تستر فاشتريت رقة فربحت فيها فأتيت أنس بن مالك بكتابته فأبى أن يقبلها مني إلا نجوماً [أي مقسطة] فأتيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكرت ذلك له فقال: «أراد أنس الميراث، وكتب إلى أنس أن اقبلها من الرجل فقبلها».

(٢) أخرجه البيهقي (١٠/٣٣٥) بنحوه.

(٣) أخرجه البخاري معلقاً في أول المكاتب (٥/١٨٤).

وأما لغات الفصل، فالبسر من ثمر النخل ما قبل الرطب، والمذنب هو الذي أرطب في أذنابه لا غير، والمنصف هو الذي صار نصفه بسراً ونصفه رطباً. وأما المشدخ فهو الذي ضرب بالخشب حتى صار رطباً كما ذكره الشيخ أبو حامد.

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أسلم إليه في طعام بالكيل أو اشترى منه طعاماً بالكيل، فدفع إليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض، لأن المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبض بغير الكيل. فإن كان المقبوض باقياً رده على البائع ليكيله له. وإن تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه لأنه قبض عن حقه. وإن ادعى أنه كان دون حقه فالقول قوله، لأن الأصل أنه لم يقبض إلا ما ثبت بإقراره. فإن باع الجميع قبل الكيل لم يصح، لأنه لا يتحقق أن الجميع له. وإن باع منه القدر الذي يتحقق أنه له ففيه وجهان، **أحدهما**: يصح، وهو قول أبي إسحاق، لأنه دخل في ضمانه فنفذ بيعه فيه كما لو قبضه بالكيل. و**الثاني**: لا يصح، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، وهو المنصوص في الصرف، لأنه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد فلم يصح بيعه، كما لو باعه قبل أن يقبضه. فإن دفع إليه بالكيل ثم ادعى أنه دون حقه، فإن كان ما يدعيه قليلاً قبل منه، وإن كان كثيراً لم يقبل، لأن القليل يبخس به والأصل عدم القبض، والكثير لا يبخس به، فكان دعواه مخالفاً للظاهر فلم يقبل].

الشرح: الأحكام كما ذكرها.

فصل

قال المصنف رحمه الله: [فإن أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح، لأن الحوالة بيع، وقد بينا في كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض. وإن قال: لي عند رجل طعام فاحضر معي حتى أكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز، لما روى جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري» وهذا لم يجر فيه الصاعان. وهل يصح قبض المسلم إليه لنفسه؟ فيه وجهان بناء

على القولين فيمن باع دين المكاتب فقبض منه المشتري، فإن قبض المشتري لنفسه لا يصح. وهل يصح القبض للسيد؟ فيه قولان، **أحدهما**: يصح، لأنه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله. و**الثاني**: لا يصح، لأنه لم يأذن له في قبضه له وإنما أذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له، ويخالف الوكيل فإنه قبضه لموكله. فإن قلنا: إن قبضه لا يصح، اكتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم. وإن قلنا: إن قبضه يصح، كاله للمسلم. فإن قال: احضر معي حتى أكتاله لنفسي وتأخذه ففعل ذلك، صح القبض للمسلم إليه، لأنه قبضه لنفسه قبضاً صحيحاً، ولا يصح للمسلم، لأنه دفعه إليه من غير كيل. وإن اكتاله لنفسه وسلم إلى المسلم وهو في المكيال ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح لما روى جابر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان» وهذا يقتضي كيلاً بعد كيل وذلك لم يوجد. و**الثاني**: أنه يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، ولو ابتدأ بكيله جاز، فكذلك إذا استدامه].

الشرح: حديث جابر، رواه ابن ماجه والدارقطني[1].

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله:

[وإن دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم وقال: اشتر لي بها مثل ما لك علي واقبضه لنفسك ففعل، لم يصح قبضه لنفسه. وهل يصح للمسلم إليه؟ على الوجهين المبنيين على القولين في دين المكاتب. فإن قال: اشتر لي واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل، صح الشراء والقبض للمسلم إليه، ولا يصح قبضه لنفسه، لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في قبض حق نفسه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيباً فله أن

---

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات (٢/٧٥٠)، وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٨١٢.

يرده، لأن إطلاق العقد يقتضي مبيعاً سليماً فلا يلزمه قبول المعيب. فإن رد ثبت له المطالبة بالسليم، لأنه أخذ المعيب عما في الذمة، فإذا رده رجع إلى ماله في الذمة. وإن حدث عنده عيب رجع بالأرش لأنه لا يمكنه رده ناقصاً عما أخذ، ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب، فوجب الأرش].

الشرح: إذا قبض المسلم المسلم فيه فوجد به عيباً فهو بالخيار بين أن يرضى به معيباً وبين أن يرده ويطالب بالمسلم فيه سليماً. فإن حدث عند المسلم بالمقبوض عيب آخر فله أن يطالب بأرش العيب الموجود قبل القبض إلا أن يرضى المسلم إليه بأخذه معيباً فلا يثبت للمسلم المطالبة بالأرش.

قال المصنف رحمه الله : [فإن أسلم في ثمرة فانقطعت في محلها أو غاب المسلم إليه فلم يظهر حتى نفدت الثمرة ففيه قولان، **أحدهما**: أن العقد ينفسخ، لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام وقد هلكت فانفسخ العقد، كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت الصبرة. و**الثاني**: أنه لا ينفسخ، لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة فيأخذ، لأن المعقود عليه ما في الذمة لا ثمرة هذا العام. والدليل عليه أنه لو أسلم إليه في ثمرة عامين فقدم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز، وما في الذمة لم يتلف، وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى عبداً فأبق].

الشرح: إذا سلم في شيء مؤجل إلى وقت، الغالب فيه وجود المسلم فيه في ذلك الوقت، ولم يوجد ذلك الشيء ففيه قولان، **أحدهما**: ينفسخ السلم. و**الثاني**: لا ينفسخ ولكن يثبت الخيار للمسلم بين الفسخ وبين الصبر إلى وجود المسلم فيه، وبه قال أبو حنيفة، وهو الصحيح.

قال المصنف رحمه الله : [يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة، لأن الحق لهما فجاز لهما الرضا بإسقاطه. فإذا فسخا أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين أو بالفسخ في القول الآخر، رجع المسلم إلى رأس المال. فإن كان باقياً وجب رده، وإن كان تالفاً ثبت بدله في ذمة المسلم إليه. فإن أراد أن يسلمه في شيء آخر لم يجز، لأنه بيع دين بدين. وإن أراد أن يشتري به

عيناً نظرت: فإن كان تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالدنانير والحنطة بالشعير، لم يجز أن يتفرقا قبل القبض، كما لو أراد أن يبيع أحدهما بالآخر عيناً بعين. وإن لم تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالحنطة والثوب بالثوب ففيه وجهان، **أحدهما**: يجوز أن يتفرقا من غير قبض، كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عيناً بعين أن يتفرقا من غير قبض. و**الثاني**: لا يجوز، لأن المبيع في الذمة فلا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه كالمسلم فيه. والله أعلم].

الشرح: الإقالة فسخ وليست ببيع على المشهور من المذهب، سواء كان قبل القبض وبعده، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله، لأنه يقول هي بيع في حق غير المتعاقدين فتثبت بها الشفعة. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان قبل القبض فهي فسخ وإن كان بعد القبض فهي بيع. وقال مالك رحمه الله: هي بيع بكل حال. دليلنا أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب. إذا ثبت هذا فإن سلم رجل إلى غيره شيئاً في شيء ثم تقايلا في عقد السلم صح، وقد وافقنا مالك رحمه الله على ذلك، وهذا من أوضح دليل على أن الإقالة فسخ، لأنها لو كانت بيعاً لما صح في المسلم فيه قبل القبض، كما لا يصح بيعه.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

❋ ❋ ❋

باب القرض

قال المصنف رحمه الله تعالى: [القرض قربة مندوب إليه، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه**». وعن أبي الدرداء رضي الله عنه أنه قال: لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إلي من أن أتصدق

بهما[1]. وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما أنهما قالا: قرض مرتين خير من صدقة مرة[2].

فصل

ولا يصح إلا من جائز التصرف، لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع. ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، لأنه تمليك آدمي فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة. ويصح بلفظ القرض والسلف، لأن الشرع ورد بهما. ويصح بما يؤدي معناه، وهو أن يقول: ملكتك هذا على أن ترد علي بدله. فإن قال: ملكتك ولم يذكر البدل، كان هبة، فإن اختلفا فيه، فالقول قول الموهوب له، لأن الظاهر معه فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر. وإن قال: أقرضتك ألفاً وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفاً، فإن لم يطل الفصل جاز، لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب. وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض، لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل].

الشرح: حديث أبي هريرة رضي الله عنه رواه مسلم بلفظ: «**من نفّس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسّر على معسر يسّر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه، ومن سلك طريقاً يلتمس فيه علماً سهّل الله له به طريقاً إلى الجنة، وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله تعالى يتلون كتاب الله تعالى ويتدارسونه بينهم إلا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة وحفّتهم الملائكة وذكرهم الله**

---

(١) أخرجه البيهقي في البيوع (٥/٣٥٣) عن أبي الدرداء قال: لأن أقرض دينارين مرتين أحب إلي من أن أتصدق بهما لأني أقرضهما فيرجعان إلي فأتصدق بهما فيكون لي أجرهما مرتين».

(٢) أثر ابن عباس أخرجه البيهقي (٥/٣٥٣) ولفظه: لأن أقرض مرتين أحب إلي من أن أعطيه مرة.

فيمن عنده، ومن بطّأ به عمله لم يسرع به نسبه»[1]. وأما ما روي عن ابن مسعود، فقد جاء مرفوعاً وموقوفاً بلفظ: «**ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة**» المرفوع رواه ابن ماجه[2]، وفي إسناده سليمان بن بشير وهو متروك، وقال الدارقطني: الصواب أنه موقوف على ابن مسعود.

أما اللغات: فالقرض القطع، والقرض في المكان العدول عنه، ومنه قوله: ﴿وَإِذَا غَرَبَت تَّقْرِضُهُمْ ذَاتَ ٱلشِّمَالِ﴾[3]، وقرضت الوادي جزته، وقرض فلان مات، وقرضت الشعر نظمته. قال ابن دريد: وليس في الكلام يقرض على وزن ينصر البتة، وإنما الكلام على وزن يضرب. والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه، والجمع قروض، واستقرض طلب القرض، واقترض أخذه، ولأنه قطع له من ماله قطعة.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإن كتب إليه وهو غائب: أقرضتك هذا، أو كتب إليه بالبيع ففيه وجهان، **أحدهما**: ينعقد، لأن الحاجة مع الغيبة داعية إلى الكتابة. و**الثاني**: لا ينعقد، لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة، كما لو كتب وهو حاضر. وقول القائل الأول: إن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح، لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد بالقول].

الشرح: إن كتب إليه وهو غائب إلى آخر الصورة التي حكاها المصنف، في انعقاد القرض وصحته وجهان، أصحهما: ينعقد[4]، لأننا قلنا في الفصل قبله: ويمكن انعقاده بما يؤدي معنى ذلك، ولأنه عقد إرفاق وقربة. قال ابن قدامة: والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها

---

(١) أخرجه مسلم في الذكر والدعاء (٢١ ـ ١٧/٢٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الصدقات (٢/٨١٢) مرفوعاً، وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٩٧٢.

(٣) الكهف: ١٨.

(٤) وهو الذي صححه النووي والرافعي والغزالي.

بل بمشروعيتها، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص، فوجب الإبقاء على الإباحة.

قال المصنف رحمه الله : [ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط، لأن الخيار يراد للفسخ، وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء، فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط. ولا يجوز شرط الأجل فيه، لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه، فلا يجوز شرط الأجل فيه. ويجوز شرط الرهن فيه، لأن النبي ﷺ «رهن درعه على شعير أخذه لأهله». ويجوز أخذ الضمين فيه، لأنه وثيقة فجاز في القرض كالرهن].

الشرح: الحديث رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه عن أنس[1].

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

وقوله: «ولا يجوز شرط الأجل فيه» فلو أقرضه شيئاً إلى أجل لم يلزم الأجل وكان حالاً. وهكذا لو كان له عنده ثمن حال فأجله أو كان مؤجلاً فزاد في أجله لم يلزم ذلك. وقال مالك: يدخل الأجل في ابتداء القرض بأن يقرضه إلى أجل، ويدخل في انتهائه بأن يقرضه حالاً ثم يؤجله له فيتأجل[2]. ووافقنا أبو حنيفة أن الأجل لا يدخل في القرض، وأما الثمن الحال فيتأجل بالتأجيل. وقال أصحاب أحمد: لا يجوز له الرجوع، لأن العقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقترض، فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع: باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة (٤/٣٠٢) وكذا الترمذي (٥١٩ ـ ٣/٥٢٠) والنسائي (٧/٢٨٨) فيه، وابن ماجه في الرهون (٢/٨١٥). وورد أيضاً من رواية عائشة عند البخاري ومسلم بلفظ «إن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد».

(٢) وهذا هو الراجح لأنه اذا أقرضه قرضاً إلى أجل فمعناه أنه التزم له أن يصبر عليه إلى وقت حلول الأجل، ويجب عليه بالتالي الوفاء بالتزامه.

قال المصنف رحمه الله: [وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان، **أحدهما**: أنه يملكه بالقبض، لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة. فعلى هذا، إذا كان القرض حيواناً فنفقته بعد القبض على المستقرض، فإن اقترض أباه وقبضه عتق عليه[1]. و**الثاني**: أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والإتلاف، لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض، فإن اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه. واختلف أصحابنا فيمن قدم طعاماً إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه، أحدها: أنه يملكه بالأخذ. و**الثاني**: أنه يملكه بتركه في الفم. والثالث: أنه يملكه بالبلع. والرابع: أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام].

الشرح: متى يملك المستقرض العين التي استقرضها؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف، وصحح الشيخ أبو حامد أنه يملكها بالقبض، لأنه بالقبض يملك التصرف فيها في جميع الوجوه فلو لم يملكها بالقبض لما ملك التصرف فيها. وأما الرجوع في العين المقترضة، فلا خلاف بين أصحابنا أن للمستقرض أن يردها على المقرض[2]. أما المقرض فهل له أن يرجع فيها وهي في يد المستقرض؟ فإن قلنا إن المستقرض لا يملكها إلا بالتصرف فللمقرض أن يرجع فيها. ومنهم من قال: للمقرض أن يرجع فيها بكل حال، وهو المنصوص عليه في الأم، ولا يكون جواز رجوع المقرض فيها مانعاً من ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف، ألا ترى أن الأب إذا وهب لابنه هبة وأقبضه إياها فإن الابن قد ملكها وللأب أن يرجع فيها.

وأما سائر أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

---

(١) أي إذا كان أبوه عبداً فاقترضه من سيده، فبقبضه إياه صار مالكاً له، والابن إذا ملك أباه عتق الأب عليه.

(٢) أي متى شاء.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف، لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه في الذمة، فجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم. فأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز، لأن القرض يقتضي رد المثل، وما لا يضبط بالوصف لا مثل له. و**الثاني**: يجوز، لأن ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة، والجواهر كغيرها في القيمة. ولا يجوز إلا في مال معلوم القدر. فإن أقرضه دراهم لا يعرف وزنها أو طعاماً لا يعرف كيله لم يجز، لأن القرض يقتضي رد المثل، فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ولا يجوز لمن يملك وطأها. وقال المزني رحمه الله: يجوز لأنه عقد يملك به المال فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها كالبيع والهبة. والمنصوص هو الأول، لأنه عقد إرفاق جائز من الطرفين فلا يستباح به الوطء كالعارية. ويخالف البيع والهبة، فإن الملك فيهما تام، لأنه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك، والملك في القرض غير تام، لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ، فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها، أدى إلى الوطء في ملك غير تام، وذلك لا يجوز.

وإن أسلم جارية في جارية ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجوز، لأنا لا نأمن أن يطأها ثم يردها عن التي تستحق عليه، فيصير كمن اقترض جارية فوطئها ثم ردها. ومن أصحابنا من قال: يجوز، وهو المذهب، لأن كل عقد صح في العبد بالعبد صح في الجارية بالجارية كالبيع].

الشرح: يجوز قرض غير الجواري من الحيوان كالعبيد والأنعام وغيرهما مما يصح بيعها ويضبط وصفها. وقال أبو حنيفة: لا يصح قرضها، وبنى ذلك على أصله أن السلم فيها لا يصح. دليلنا ما روى أبو رافع أن رسول الله ﷺ استسلف من أعرابي بكراً فأمرني أن أقضيه فقلت: لم أجد

في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً فقال: «**اقضه فإن خير الناس أحسنهم قضاء**» رواه الجماعة إلا البخاري[1].

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [ولا يجوز قرض جر منفعة. مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق. والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ نهى عن سلف وبيع» والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز.

وروي عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة[2]. ولأنه عقد إرفاق فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه. فإن شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز، لأن مقتضى القرض رد المثل فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يجز كما لو شرط الزيادة. و**الثاني**: يجوز لأن القرض جعل رفقاً بالمستقرض، وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه فلم يجز، وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز.

فإن بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره جاز، لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال: استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكراً، فجاءته إبل الصدقة فأمرني أن أقضي الرجل بكراً فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً فقال النبي ﷺ: «**أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء**»[3]. وروى جابر بن عبد الله

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١١/٣٦)، وقال النووي رحمه الله في شرحه: أما البكر من الإبل فبفتح الباء وهو الصغير كالغلام من الآدميين والأنثى بكرة. فإذا استكمل ست سنين ودخل في السابعة وألقى رباعيته بتخفيف الياء فهو رباع، والأنثى رباعية بتخفيف الياء.

(٢) البيهقي (٣٤٩ ـ ٥/٣٥٠).

(٣) سبق آنفاً.

رضي الله عنه قال: كان لي على رسول الله ﷺ حق فقضاني وزادني»[1].
فإن عرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد في العوض ففي إقراضه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز إقراضه إلا أن يشترط رد المثل، لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجز، فكذلك إذا عرف بالعادة. و**الثاني**: أنه يجوز وهو المذهب، لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد. فإن شرط في العقد شرطاً فاسداً بطل الشرط، وفي القرض وجهان، **أحدهما**: أنه يبطل، لما روي أن النبي ﷺ قال: «**كل قرض جر منفعة فهو ربا**»[2]، ولأنه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط فوجب أن لا يسلم القرض. و**الثاني**: أنه يصح، لأن القصد منه الإرفاق فإذا زال الشرط بقي الإرفاق].

الشرح: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، رواه ابن خزيمة والحاكم وابن حبان[3].

أما لغات الفصل: فقوله: «**سفتجة**» فارسية وهي ما يقال لها بالعامية كمبيالة. وقوله: «بكراً» هي الثني من الإبل، وفي قول أبي عبيد أنه من الإبل بمنزلة الفتى من الناس. وقوله: «خياراً» **أعني مختاراً عند الطلب وقضاء الأمور**.

أما الأحكام: فلا يجوز بيع وسلف وهو أن يقول: بعتك هذه الدار

---

(١) أخرجه البخاري في الاستقراض (٥/٥٩) ومسلم في المساقاة (١١/٣٣).

(٢) قال ابن حجر في التلخيص (٣/٣٩): حديث أن النبي ﷺ «نهى عن قرض جر منفعة» وفي رواية «**كل قرض جر منفعة فهو ربا**» قال عمر بن بدر في المغني: لم يصح فيه شيء، وأما إمام الحرمين فقال: إنه صح، وتبعه الغزالي، وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي باللفظ الأول وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، ورواه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفاً «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا»، ورواه في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم انتهى. قلت: وأثر فضالة الموقوف رواه البيهقي أيضاً في السنن (٥/٣٥٠).

(٣) سبق تخريجه.

بمائة على أن تقرضني خمسين لحديث عمرو بن شعيب. ولا يجوز أن يقرضه دراهم على أن يعطيه بدلها في بلد آخر ويكتب له بها صحيفة (كمبيالة) فيأمن خطر الطريق ومئونة الحمل، وهو مذهبنا. وخالفنا أحمد وغيره مستدلين بأن عبد الله بن الزبير كان يقترض ويعطي من أقرضه صحيفة يأخذ قيمتها من مصعب أخيه واليه على العراق. وفي المغني مزيد بيان. ودليل أصحاب أحمد وخلاصته أنه عقد إرفاق. ودليلنا أن أمن الطريق منفعة وكل قرض جر نفعاً فهو رباً[1].

وأما سائر أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل، لأن مقتضى القرض رد المثل، ولهذا يقال: الدنيا قروض ومكافأة فوجب أن يرد المثل. وفيما لا مثل له وجهان، **أحدهما**: يجب عليه القيمة، لأن ما ضمن بالمثل إذا كان له مثل ضمن بالقيمة إذا لم يكن له مثل كالمتلفات. و**الثاني**: يجب عليه مثله في الخلقة والصورة لحديث أبي رافع «أن النبي ﷺ أمره أن يقضي البكر بالبكر»، ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياساً على ما له مثل، ويخالف المتلفات فإن المتلف متعد فلم يقبل منه إلا القيمة لأنها أحصر، وهذا عقد أجيز للحاجة فقبل فيه مثل ما قبض، كما قبل في السلم مثل ما وصف. فإن اقترض الخبز، وقلنا: يجوز إقراض ما لا يضبط بالوصف، ففي الذي يرد وجهان، **أحدهما**: مثل الخبز. و**الثاني**: ترد القيمة. فعلى هذا إذا أقرضه الخبز وشرط أن يرد عليه الخبز ففيه وجهان، **أحدهما**: يجوز لأن مبناه على الرفق فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق. و**الثاني**: لا يجوز لأنه إذا شرط صار بيع خبز بخبز وذلك لا يجوز].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا أقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها إليه. فإن طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها، لأنه لا ضرر عليه في أخذها فوجب أخذها. فإن أقرضه طعاماً بمصر فلقيه

---

(١) «كل قرض جر نفعاً فهو رباً» هذه القاعدة ينبغي تقييدها بالنفع المشروط حتى لا تتعارض مع حديث أبي رافع وحديث جابر والله أعلم.

بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه إليه، لأن الطعام بمكة أغلى. فإن طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على أخذه، لأن عليه مؤنة في حمله. فإن تراضيا جاز، لأن المنع لحقهما وقد رضيا جميعاً. فإن طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها، لأنه بمكة كالمعدوم، وما له مثل إذا عدم وجبت قيمته، ويجب قيمته بمصر لأنه يستحقه بمصر. فإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضاً جاز، لأن ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة. وحكمه في اعتبار القبض في المجلس حكم ما يأخذه بدلاً عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد بيناه. والله أعلم].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

كتاب الرهن

[ويجوز الرهن على الدين في السفر لقوله عز وجل: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[1]. ويجوز في الحضر، لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ رهن درعاً عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله].

الشرح: حديث أنس، رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه[2].

والرهن ـ بفتح الراء وسكون الهاء ـ الاحتباس من قولهم رهن الشيء إذا دام وثبت، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾[3]. وفي الشرع: جعل مال وثيقة على دين ليستوفى منه الدين عند تعذره ممن عليه. ويطلق أيضاً على العين المرهونة تسمية للمفعول به باسم المصدر. وأما الرهن بضمتين فالجمع، ويجمع أيضاً على رهان بكسر الراء ككتب وكتاب، وقرئ بهما.

والرهن مجمع على جوازه في السفر. وفي حديث أنس دليل على جوازه في الحضر أيضاً، وهو قول الجمهور. والتقييد بالآية في السفر ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، لدلالة الأحاديث على مشروعيته في الحضر. وخالف مجاهد

---

(١) البقرة: ٢٨٣.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المدثر: ٣٨.

والضحاك فقالا: لا يشرع إلا في السفر حيث لا يوجد الكاتب، وبه قال داود وأهل الظاهر، والأحاديث ترد عليهم. وقال ابن حزم: إن شرط المرتهن الرهن في الحضر لم يكن له ذلك وإن تبرع به الراهن جاز وحمل أحاديث الباب على ذلك.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يصح الرهن إلا من جائز التصرف في المال، لأنه عقد على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف في المال كالبيع].

الشرح: لا يصح الرهن إلا من جائز التصرف في المال. فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه فلا يصح منهم الرهن.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض للآية والخبر. ويجوز على الثمن والأجرة والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية وغرامة المتلف، لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبدل القرض. ولا يجوز أخذه على دين الكتابة، لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه ملكه من مال ومنفعة وعضو، والمعوض في الكتابة هو الرقبة وهي باقية على ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالأداء، فلا حاجة به إلى الرهن. ولأن الرهن إنما يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل، والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا شاء فلا يصح توثيقه. فأما مال الجعالة قبل العمل ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز أخذ الرهن به، لأنه مال شرط في عقد لا يلزم، فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة. و**الثاني**: يجوز لأنه دين يؤول إلى اللزوم، فجاز أخذ الرهن به كالثمن في مدة الخيار. وأما مال السبق والرمي ففيه قولان، **أحدهما**: أنه كالإجارة فيجوز أخذ الرهن به. و**الثاني**: أنه كالجعالة فيكون على الوجهين. وأما العمل في الإجارة، فإنه إن كانت الإجارة على عمل الأجير، فلا يجوز أخذ الرهن به، لأن القصد بالرهن استيفاء الحق منه عند التعذر، وعمله لا يمكن استيفاؤه من غيره. وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة جاز أخذ الرهن به، لأنه يمكن استيفاؤه من الرهن بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل].

الشرح: الرهن بمال الجعالة مثاله أن يقول: من رد لي حصاني الجامح فله دينار، فإن رده رجل استحق الدينار وصح أخذ الرهن به. وهل يصح أخذ الرهن به قبل الرد؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف. وسائر أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين، وهو: أن يرهن بالثمن بعد البيع وبعوض القرض بعد القرض. ويجوز عقده مع العقد على الدين، وهو: أن يشترط الرهن في عقد البيع وعقد القرض، لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته. فأما شرطه قبل العقد فلا يصح، لأن الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطه قبله].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

ومثال الرهن قبل ثبوت العقد أن يقول: رهنتك هذا الشيء على عشرة دراهم تقرضنيها. وهذا لا يصح عندنا، وقال مالك وأبو حنيفة: يصح.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز أخذ الرهن على الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية والمأخوذ على وجه السوم، لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح، لأنه رهن على دين قبل ثبوته. وإن رهن على عينها لم يصح، لأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن، لأن العقد لحظّه لا حظّ فيه للراهن فجاز له فسخه إذا شاء. فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض، والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ فوصف الرهن بالقبض فدل على أنه لا يلزم إلا به. ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة. فإن كان المرهون في يد الراهن، لم يجز للمرتهن قبضه إلا بإذن الراهن، لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه. فإن كان في يد المرتهن، فقد قال في الرهن: إنه لا يصير

مقبوضاً بحكم الرهن إلا بإذن الراهن. وقال في الإقرار والمواهب: إذا وهب له عيناً في يده صارت مقبوضة من غير إذن. فمن أصحابنا من نقل جوابه في ا لرهن إلى الهبة وجوابه في الهبة إلى الرهن فجعلهما على قولين، **أحدهما**: لا يفتقر واحد منهما إلى الإذن في القبض، لأنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى إذن مستأنف. و**الثاني**: أنه يفتقر، وهو الصحيح، لأنه عقد يفتقر لزومه إلى القبض فافتقر القبض إلى الإذن، كما لو لم تكن العين في يده. وقولهم: إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف لا يصح، لأن النقل يراد ليصير في يده وذلك موجود، والإذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض الوديعة والغصب، وذلك لا يحصل إلا بإذن. ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال في الهبة لا تفتقر إلى الإذن وفي الرهن يفتقر، لأن الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الإذن لقوته، والرهن لا يزيل الملك فافتقر إلى الإذن لضعفه. والصحيح هو الطريق الأول، لأن هذا الفرق يبطل به إذا لم تكن العين في يده، فإنه يفتقر إلى الإذن في الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر. فإن عقد على عين رهناً وإجارة، وأذن له في القبض عن الرهن والإجارة، صار مقبوضاً عنهما. فإن أذن له في القبض عن الإجارة دون الرهن لم يصر مقبوضاً عن الرهن، لأنه لم يأذن له في قبض الرهن. فإن أذن له في القبض عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضاً عنهما، لأنه أذن له في قبض الرهن، وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن، لأنه مستحق عليه].

الشرح: لا يلزم الرهن من جهة المرتهن بحال، بل متى شاء فسخه، لأنه عقد لحسابه أو لحظه فجاز إسقاطه متى شاء كالإبراء من الدين. وأما من جهة الراهن فلا يلزم قبل القبض، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك رحمه الله: يلزم من جهة الراهن بالإيجاب والقبول؛ فمتى رهن شيئاً أجبر على إقباضه. وكذلك قال في الهبة.

إذا ثبت هذا فالعقود على ضربين: ضرب لازم من الطرفين كالبيع والحوالة والإجارة والنكاح والخلع. وضرب جائز من الطرفين كالوكالة

والشركة والمضاربة والرهن قبل القبض والضمان والكتابة والله تعالى أعلم[1].

قال المصنف رحمه الله: [وإن أذن له في قبض ما عنده، لم يصر مقبوضاً حتى يمضي زمان يتأتى فيه القبض. وقال في حرملة: لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل. والمذهب: الأول، لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء. ولهذا لو استأجر داراً لم يحصل له القبض في منافعها إلا بالاستيفاء أو بمضي زمان يتأتى فيه الاستيفاء فكذلك هاهنا. فعلى هذا إن كان المرهون حاضراً فبأن يمضي زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك، وإن كان غائباً فبأن يمضي هو أو وكيله ويشاهده ثم يمضي من الزمان ما يتمكن فيه من القبض. وقال أبو إسحاق: إن كان مما ينتقل كالحيوان لم يصر مقبوضاً إلا بأن يمضي إليه، لأنه يجوز أن يكون قد انتقل من المكان الذي كان فيه، فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذي يمكن المضي فيه إليه من موضع الإذن إلى موضع القبض. فأما ما لا ينتقل فإنه لا يحتاج إلى المضي إليه، بل يكفي أن يمضي زمان لو أراد أن يمضي ويقبض أمكنه. ومن أصحابنا من قال: إن أخبره ثقة أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضاً، كما لو رآه وكيله ومضى زمان يتأتى فيه القبض. والمنصوص: هو الأول. وما قال أبو إسحاق لا يصح، لأنه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان فلا يتحقق زمان الإمكان، ففي غير الحيوان يجوز أن يكون قد أخذ أو هلك. وما قال القائل الآخر من خبر الثقة لا يصح، لأنه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق إمكان القبض، ويخالف الوكيل فإنه قائم مقامه فقام حضوره مكان حضوره والثقة بخلافه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

---

(١) لو جعل الشارح العقود على ثلاثة أضرب كان أولى، الضربين اللذين ذكرهما، والثالث: ضرب لازم من أحد الطرفين، كالرهن بعد القبض، فإنه لازم من جهة الراهن وجائز من جهة المرتهن، وإلحاق الكتابة بهذا الضرب أولى، لأنها لازمة من جهة السيد جائزة من جهة العبد. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أذن له في القبض ثم رجع لم يجز أن يقبض، لأن الإذن قد زال فعاد كما لو لم يأذن له. وإن أذن له ثم جن أو أغمي عليه لم يجز أن يقبضه، لأنه خرج عن أن يكون من أهل الإذن، ويكون الإذن في القبض إلى من ينظر في ماله. فإن رهن شيئاً ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه، نظرت: فإن باعه أو جعله مهراً في نكاح، أو أجرة، في إجارة، أو وهبه وأقبضه، أو رهنه وأقبضه، أو كان عبداً فكاتبه أو أعتقه انفسخ الرهن، لأن هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن. فإن دبره، فالمنصوص في الأم: أنه رجوع. وقال الربيع: فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعاً. وهذا من تخريجه، ووجهه: أنه يمكن الرجوع في التدبير، فإذا دبره أمكنه أن يرجع فيه فيقبضه في الرهن ويبيعه في الدين. والصحيح: هو الأول، لأن المقصود بالتدبير هو العتق وذلك ينافي الرهن فجعل رجوعاً كالبيع والكتابة. فإن رهن ولم يقبض أو وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعاً على المنصوص، لأن المقصود منه ينافي الرهن. وعلى تخريج الربيع: لا يكون رجوعاً، لأنه يمكنه الرجوع فيه. وإن كان المرهون جارية فزوجها لم يكن ذلك رجوعاً، لأن التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعاً في الرهن. وإن كان داراً فأجرها، نظرت: فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي قبل محل الدين لم يكن رجوعاً، لأنها لا تمنع البيع عند المحل فلم ينفسخ بها كالتزويج. وإن كانت إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها، فإن قلنا: إن المستأجر يجوز بيعه لم يكن رجوعاً، لأنه لا يمنع البيع عند المحل. وإن قلنا: لا يجوز بيعه كان رجوعاً، لأنه تصرف ينافي مقتضى الرهن فجعل رجوعاً كالبيع].

الشرح: إن رهن عيناً وأذن له بقبضها فقبل أن يقبضها المرتهن رجع الراهن عن الإذن، لم يكن للمرتهن قبضها، لأنه إنما يقبضها بإذن الراهن وقد بطل إذنه برجوعه. وكذا إذا أذن له في القبض، فقبل أن يقبض طرأ على الراهن الجنون أو الحجر بطل إذنه بذلك.

وسائر أحكام الفصل هي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن مات أحد المتراهنين، فقد قال في

الرهن: إذا مات المرتهن لم ينفسخ. وقال في التفليس: إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن. فمن أصحابنا من جعل ما قال في التفليس قولاً آخر أن الرهن ينفسخ بموت الراهن، ونقل جوابه فيه إلى المرتهن، وجوابه في المرتهن إليه، وجعلهما على قولين، **أحدهما**: ينفسخ بموتهما، لأنه عقد لا يلزم بحال فانفسخ بموت العاقد كالوكالة والشركة. و**الثاني**: لا ينفسخ، لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار. ومنهم من قال: يبطل بموت الراهن ولا يبطل بموت المرتهن، لأن بموت الراهن يحل الدين ويتعلق بالتركة فلا حاجة إلى بقاء الرهن، وبموت المرتهن لا يحل الدين فالحاجة باقية إلى بقاء الرهن. ومنهم من قال: لا يبطل بموت واحد منهما قولاً واحداً، لأنه إذا لم يبطل بموت المرتهن على ما نص عليه، والعقد غير لازم في حقه بحال، فلأن لا يبطل بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض أولى، وما قال في التفليس لا حجة فيه، لأنه لم يرد أن الرهن ينفسخ، وإنما أراد أنه إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير إذن الورثة].

الشرح: إن عقد الرهن ثم مات أحد المتراهنين قبل القبض، هذه هي صورة المسألة، وحكمها ما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن أو انفسخ العقد قبل القبض نظرت: فإن كان الرهن غير مشروط في العقد بقي الدين بغير رهن. وإن كان الرهن مشروطاً في البيع ثبت للبائع الخيار بين أن يمضي البيع من غير رهن أو يفسخه، لأنه دخل في البيع بشرط أن يكون له بالثمن وثيقةً ولم تسلم له فثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا أقبض الراهن الرهن لزم العقد من جهته ولا يملك فسخه، لأنه عقد وثيقة فإذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان. ولأنا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة وسقط فائدة الرهن].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا ينفك من الرهن شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين، لأنه وثيقة محضة، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه، كالشهادة والضمان. فإن رهن اثنان عند رجل عيناً بينهما بدين له عليهما فبرأ أحدهما، أو رهن رجل عند اثنين عيناً بدين عليه لهما فبرأ من دين أحدهما، انفك نصف العين من الرهن، لأن الصفقة إذا حصل في أحد شطريها عاقدان فهما عقدان، فلا يقف الفكاك في أحدهما على الفكاك في الآخر، كما لو فرق بين العقدين. وإن أراد الراهنان في المسألة الأولى أن يقتسما، أو الراهن في المسألة الثانية أن يقاسم المرتهن الذي لم يبرأ من دينه، نظرت: فإن كان مما لا ينقص قيمته بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من غير رضا المرتهن، وإن كان مما ينقص قيمته ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز من غير رضا المرتهن، لأنه يدخل عليه بالقسمة ضرر فلم يجز من غير رضاه. و**الثاني**: يجوز، لأن المرهون عنده نصف العين فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيباً كان قبل القبض نظرت: فإن كان في رهن عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار في فسخ البيع. وإن كان في رهن شرط في البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه، لأنه دخل في البيع بشرط أن يسلم له الرهن فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار. فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يملك الفسخ، لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التي أخذ فسقط حقه من الفسخ، كما قلنا في المبيع إذا هلك عند المشتري أو حدث به عيب عنده. ولا يثبت له الأرش، لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت، ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله، فإذا فات بعضه لم يجب بدله. والله أعلم].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

❋ ❋ ❋

قال المصنف رحمه الله تعالى:

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

[ما لا يجوز بيعه كالوقف وأم الولد والكلب والخنزير لا يجوز رهنه، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز بيعه، فلم يصح رهنه].

الشرح: كل عين جاز بيعها جاز رهنها، لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها.

قال المصنف رحمه الله: [وما يسرع إليه الفساد من الأطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن استصلاحها، يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فساده، لأنه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه. فأما ما رهنه بدين مؤجل إلى وقت يفسد قبل محله، فإنه ينظر فيه، فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه. وإن أطلق ففيه قولان، **أحدهما**: لا يصح، وهو الصحيح، لأنه لا يمكن بيعه بالدين في محله فلم يجز رهنه كأم الولد. و**الثاني**: يصح، وإذا خيف عليه أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهناً، لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط، والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده، فيصير كما لو شرط ذلك، ولو شرط ذلك جاز رهنه، فكذلك إذا أطلق. فإن رهن ثمرة يسرع إليها الفساد مع الشجر ففيه طريقان. من أصحابنا من قال: فيه قولان كما لو أفرده بالعقد. ومنهم من قال: يصح قولاً واحداً، لأنه تابع للشجر، فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن علق عتق عبدعلى صفة توجد قبل محل الدين لم يجز رهنه، لأنه لا يمكن بيعه في الدين. وقال أبو علي الطبري رحمه الله: إذا قلنا يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد جاز رهنه. وإن

علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ويجوز أن لا توجد، ففيه قولان، **أحدهما**: يصح، لأن الأصل بقاء العقد، وإمكان البيع ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه، فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت في الحيوان المرهون. و**الثاني**: لا يصح، لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة الرهن].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف أصحابنا في المدبر[1]. فمنهم من قال: لا يجوز رهنه قولاً واحداً، لأنه قد يموت المولى فجأةً فيعتق فلا يمكن بيعه، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة الرهن. ومنهم من قال: يجوز قولاً واحداً، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعبد القن[2]. ومنهم من قال: فيه قولان بناءً على القولين في أن التدبير وصية أو عتق بصفة، فإن قلنا: إنه وصية جاز رهنه، لأنه يجوز الرجوع فيه بالقول فجعل الرهن رجوعاً. وإن قلنا: إنه عتق بصفة لم يجز رهنه، لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك، والرهن لا يزيل الملك. قال أبو إسحاق: إذا قلنا انه يصح رهنه فحل الحق وقضى، سقط حكم الرهن وبقي العبد على تدبيره. وإن لم يقض قيل له: أترجع في التدبير؟ فإن اختار الرجوع بيع العبد في الرهن، وإن لم يختر، فإن كان له مال غيره قضي منه الدين ويبقى العبد على التدبير، وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه يحكم بفساد الرهن، لأنا إنما صححنا الرهن لأنا قلنا لعله يقضي الدين من غيره أو يرجع في التدبير، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن. و**الثاني**: أن يباع في الدين، وهو الصحيح، لأنا حكمنا بصحة الرهن، ومن حكم الرهن أن يباع في الدين.

---

(١) التدبير: أن يعتق الرجل عبده عن دبر، وهو أن يعتق بعد موته، فيقول: أنت حر بعد موتي، وهو مدبّر/لسان العرب.

(٢) قال ابن الأعرابي: عبد قن خالص العبودة/لسان العرب. والمراد أنه ليس مدبراً ولا مكاتباً بل هو عبد صرف. والله أعلم.

وما سوى ذلك من الأموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه، لأنه يحصل به مقصود الرهن. وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعاً[1]، لأن المشاع كالمقسوم في جواز البيع فكان كالمقسوم في جواز الرهن. فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت[2] بغير إذن شريكه ففيه وجهان، **أحدهما**: يصح كما يصح بيعه. و**الثاني**: لا يصح، لأن فيه إضراراً بالشريك بأن يقتسما، فيقع هذا البيت في حصته، فيكون بعضه رهناً].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه، لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه في الدين فلم يجز رهنه كالطير الطائر والعبد الآبق. فإن كان في يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حي فباعه أو رهنه، ثم بان أنه قد مات قبل العقد، فالمنصوص: أن العقد باطل، لأنه عقد وهو لاعب فلم يصح. ومن أصحابنا من قال: يصح، لأنه صادف ملكه فأشبه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن رهن مبيعاً لم يقبضه نظرت: فإن رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن، لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه كالمرهون. فإن رهنه بعد نقد الثمن ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح، لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في المبيع قبل القبض كالبيع. و**الثاني**: يصح، وهو المذهب، لأن الرهن لا يقتضي الضمان فجاز فيما لم يدخل في ضمانه بخلاف البيع].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

---

(١) يقال: نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار، ومشاع فيها أي ليس بمقسوم ولا معزول/لسان العرب.

(٢) البيت جزء من الدار.

قال المصنف رحمه الله: [وفي رهن الدين وجهان، **أحدهما**: يجوز، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعين. و**الثاني**: لا يجوز، لأنه لا يدري هل يعطيه أم لا؟ وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد].

الشرح: في بيع الدين المستقر وهبته ورهنه من غير من هو عليه ثلاثة أوجه، أحدها: لا يصح واحد منها، لأنه غير مقدور على تسليمه فلم يصح كالسمك في الماء. و**الثاني**: يصح الجميع منها، وهو اختيار ابن الصباغ، لأن الذمم تجري مجرى الأعيان، ألا ترى أنه يصح أن يشتري بثمن في ذمته ويبيع فيها كما يجوز أن يشتري الأعيان ويبيعها. إلا أن البيع لا يفتقر لزومه إلى القبض، وفي الهبة والرهن لا يلزمان من غير قبض. (والثالث: يصح البيع والهبة)[1] ولا يصح الرهن، لأن البيع والهبة تمليك فجرى مجرى الحوالة بخلاف الرهن.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن، لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق، كبيع ما باعه وإجارة ما أجره. وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن؟ ففيه قولان، قال في القديم: يجوز، وهو اختيار المزني، لأنه اذا جاز أن يكون مرهوناً بألف ثم يصير مرهوناً بخمسمائة، جاز أن يكون مرهوناً بخمسمائة ثم يصير مرهوناً بألف. وقال في الجديد: لا يجوز، لأنه رهن مستحق بدين فلا يجوز رهنه بغيره، كما لو رهنه عند غير المرتهن.

فإن جنى العبد المرهون ففداه المرتهن وشرط على الراهن أن يكون رهناً بالدين والأرش ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هو على القولين. ومنهم من قال: يصح ذلك قولاً واحداً. والفرق بين الأرش وبين سائر الديون، أن الأرش متعلق بالرقبة، فإذا رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقاً بها، وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة فلم يجز رهنه به. ولأن في الرهن بالأرش مصلحة للراهن في حفظ ماله، وللمرتهن في حفظ وثيقته، وليس

---

(١) ما بين قوسين ليس في المطبوعة، وزدته لدلالة المعنى عليه. وورد في هذا الموضع من المطبوعة نقص وتحريف فلينتبه له.

في رهنه بدين آخر مصلحة، ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها. والدليل عليه: أنه يجوز أن يفتدي العبد بقيمته في الجناية ليبقى عليه وإن كان لا يجوز أن يشتري ماله بماله].

الشرح: إذا رهن عبداً عند رجل وأقبضه إياه فقبضه ثم رهنه الراهن عند آخر بغير إذن الأول لم يصح الرهن الثاني لما ذكره المصنف. وإن رهن رجل عبداً بألف درهم ثم رهنه عنده بألف أخرى[1] ففيه قولان، قال في القديم: يصح، وبه قال مالك وأبو يوسف رحمهم الله تعالى، لأنه لما جاز أن يزيد في الحق الواحد رهناً آخر جاز أيضاً أن يرهن الرهن الواحد بحق آخر. وقال في الجديد: لا يصح وبه قال أبو حنيفة، لأنه رهن لازم بدين آخر كما لو رهنه عند غيره[2]. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وفي رهن العبد الجاني قولان. واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاث طرق. فمنهم من قال: القولان في العمد، فأما في جناية الخطأ فلا يجوز قولاً واحداً. ومنهم من قال: القولان في جناية الخطأ، فأما في جناية العمد فيجوز قولاً واحداً. ومنهم من قال: القولان في الجميع. وقد بينا وجوههما في البيع.

فصل ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر، لأنه لا يمكن تسليمه ولا بيعه في الدين فلم يصح رهنه.

فصل وما لا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه، لأن الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن، فإذا لم يجز بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول].

---

(١) وتوضيحه: أن يقترض رجل ألف درهم من آخر ويرهنه عيناً، ثم يقترض ألفاً أخرى منه ويجعل الرهن الأول رهناً للدينين معاً، أي رهناً لألفي درهم.

(٢) والأولى في هذه المسألة التفصيل، فنقول: إن كان ثمن الرهن يستوفي قيمة الدينين معاً صح ذلك، وإن كان لا يستوفي لم يصح ذلك إلا بإذن المرتهن، لأن الرهن ضمان لاستيفاء حقه فإن رضي به على نقصٍ فالأمر راجع إليه.

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وفي رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان، **أحدهما**: لا يصح، لأنه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجز في الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع. و**الثاني**: أنه يصح، لأنه إن كان بدين حال، فمقتضاه أن تؤخذ فتباع فيأمن أن تهلك بالعاهة. وإن كان بدين مؤجل، فتلفت الثمرة لم يسقط دينه وإنما تبطل وثيقته، والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل، فجاز بخلاف البيع، فإن العادة فيه أن يترك إلى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر، فلم يجز من غير شرط القطع].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان له أصول تحمل في السنة مرة بعد أخرى كالتين والقثاء فرهن الحمل الظاهر، فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثاني ويختلط به جاز، لأنه يأمن الغرر بالاختلاط. وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلا بعد حدوث الحمل الثاني واختلاطه به نظرت: فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز، لأنه منع الغرر بشرط القطع. وإن لم يشترط القطع ففيه قولان، **أحدهما**: أن العقد باطل، لأنه يختلط بالمرهون غيره فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه. و**الثاني**: أنه صحيح، لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ويأخذ ما زاد، فإذا أمكن إمضاء العقد لم يحكم ببطلانه].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها، لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يؤدي إلى التفريق بينهما. فإن حل الدين ولم يقضه بيعت الأم والولد ويقسم الثمن عليهما. فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن في قضاء دينه، وما قابل الولد يكون للراهن لا يتعلق به حق المرتهن].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وفي جواز رهن المصحف وكتب الأحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان. قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: فيه قولان كالبيع، **أحدهما**: يبطل. و**الثاني**: يصح ويجبر على تركه في يد مسلم. وقال أبو علي الطبري في الإفصاح: يصح الرهن قولاً واحداً، ويجبر على تركه في يد مسلم، ويفارق البيع، بأن البيع ينتقل الملك فيه إلى الكافر وفي الرهن المرهون باق على ملك المسلم].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن شرط في الرهن شرطاً ينافي مقتضاه مثل أن يقول: رهنتك على أن لا أسلمه أو على أن لا يباع في الدين أو على أن منفعته لك أو على أن ولده لك فالشرط باطل، لقوله ﷺ: «**كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ولو كان مائة شرط**». وهل يبطل الرهن؟ ينظر فيه: فإن كان الشرط نقصاناً في حق المرتهن كالشرطين الأولين فالعقد باطل، لأنه يمنع المقصود فأبطله. وإن كان زيادة في حق المرتهن كالشرطين الآخرين ففيه قولان،

أحدهما: يبطل الرهن، وهو الصحيح، لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله، كما لو شرط نقصاناً في حق المرتهن. و**الثاني**: أنه لا يبطل، لأنه شرط جميع أحكامه وزاد فبطلت الزيادة وبقي العقد بأحكامه. فإذا قلنا: إن الرهن يبطل، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع فهل يبطل البيع؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه لا يبطل، لأنه يجوز شرطه بعد البيع، وما جاز شرطه بعد تمام العقد لم يبطل العقد بفساده كالصداق في النكاح. و**الثاني**: أنه يبطل، وهو الصحيح، لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن، فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذي ترك لأجله وذلك مجهول، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولاً فيصير الثمن مجهولاً، والجهل بالثمن يفسد البيع].

الشرح: الحديث رواه البزار والطبراني عن ابن عباس رضي الله عنهما[1].

وأما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز أن يجعل الرهن في يد المرتهن ويجوز أن يجعل في يد عدل، لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك. فإن كان المرهون أمة لم توضع إلا عند امرأة أو عند محرم لها أو عند من له زوجة، لقوله ﷺ: «**لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم، فإن ثالثهما الشيطان**». فإن جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك، لأنه حصل عند العدل برضاهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله. فإن اتفقا على النقل إلى غيره جاز، لأن الحق لهما وقد رضيا. فإن مات العدل أو اختل فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده، أو مات المرتهن أو اختل والرهن عنده فاختلف الراهن ومن ينظر في مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده، رفع الأمر إلى الحاكم فيجعله عند عدل. فإن جعلا الرهن على يد عدلين فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع في يد الآخر ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز، لأن ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما كالوصية. و**الثاني**: يجوز، لأن في اجتماع الاثنين على حفظه مشقة.

فعلى هذا، إن اتفقا على أن يكون في يد أحدهما جاز، وإن تشاحا نظرت: فإن كان مما لا ينقسم جعل في حرز لهما، وإن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما فيكون عند كل واحد منهما نصفه. فإن اقتسما ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر ففيه وجهان، **أحدهما**: يجوز، لأنه لو سلم إليه قبل القسمة جاز فكذلك بعد القسمة. و**الثاني**: لا يجوز، لأنهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفرداً بحصته فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل في يد كل واحد منهما نصفه. والله أعلم].

الشرح: الحديث سبق. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري في البيوع: باب الشراء والبيع مع النساء: (٣٦٩ ـ ٤/٣٧٠) ومسلم في العتق (١٤٠ ـ ١٠/١٤٤) من رواية عائشة رضي الله عنها.

باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل، وما يملكه الراهن وما لا يملكه.

قال المصنف رحمه الله: [ما يحدث في عين الرهن من النماء المتميز كالشجر والثمر واللبن والولد والصوف والشعر لا يدخل في الرهن، لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه**» والنماء من الغنم فوجب أن يكون له. وعن ابن عمر وأبي هريرة مرفوعاً «**الرهن محلوب ومركوب**» ومعلوم أنه لم يرد أنه محلوب ومركوب للمرتهن، فدل على أنه أراد به محلوب ومركوب للراهن. ولأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة. فإن رهن نخلاً على أن ما يتميز داخل في الرهن، أو ماشية على أن ما تنتج داخل في الرهن، فالمنصوص في الأم: أن الشرط باطل. وقال في الأمالي القديمة: لو قال قائل إن الثمرة والنتاج يكون رهناً كان مذهباً، ووجهه أنه تابع للأصل فجاز أن يتبعه كأساس الدار. والمذهب: الأول، وهذا مرجوع عنه، لأنه رهن مجهول ومعدوم فلم يصح، بخلاف أساس الدار فإنه موجود ولكنه شق رؤيته فعفي عن الجهل به. وأما النماء الموجود في حال العقد ينظر فيه: فإن كان شجراً فقد قال في الرهن: لا يدخل فيه. وقال في البيع: يدخل. واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق، وقد بيناها في البيوع. وإن كان ثمراً نظرت: فإن كان ظاهراً كالطلع المؤبر وما أشبه من الثمار لم يدخل في الرهن، لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزيل الملك، فلأن لا يدخل في الرهن وهو لا يزيل الملك أولى. وإن كان ثمراً غير ظاهر كالطلع الذي لم يؤبر وما أشبه من الثمار ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه قولان **أحدهما**: يدخل فيه قياساً على البيع. و**الثاني**: لا يدخل فيه. وهو الصحيح، لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد. ومنهم من قال: لا يدخل فيه قولاً واحداً، ويخالف البيع، فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشتري، والحادث بعد العقد لا حق للمرتهن فيه. ولأن البيع يزيل الملك فيدخل فيه النماء، والرهن لا يزيل الملك فلم يدخل فيه. واختلف أصحابنا في ورق التوت والآس وأغصان الخلاف، فمنهم من قال: هو كالورق والأغصان من سائر الأشجار فيدخل في الرهن. ومنهم من قال:

إنها كالثمار من سائر الأشجار فيكون حكمها حكم الثمار. وإن كان النماء صوفاً أو لبناً، فالمنصوص: أنه لا يدخل في العقد. وقال الربيع: في الصوف قول آخر أنه يدخل. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان. ومنهم من قال: لا يدخل قولاً واحداً، وما قاله الربيع من تخريجه].

الشرح: الحديث عزاه المصنف لابن عمر وفيه نظر. أما الحديث فقد رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ أن النبي ﷺ كان يقول «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة**»[(١)].

وفي لفظ رواه أحمد «**إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته**»[(٢)]. وللدارقطني والحاكم وصححه من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً «**الرهن مركوب ومحلوب**»[(٣)]، وقال ابن أبي حاتم: قال أبي: رفعه، يعني أبا معاوية، مرة ثم ترك الرفع بعد، ورجح البيهقي أيضاً الوقف.

وأما حديث أبي هريرة الثاني «**لا يغلق الرهن من راهنه، له غنمه وعليه غرمه**» فقد رواه الشافعي والبيهقي وابن حبان وابن ماجه[(٤)]. وصحح أبو داود والبزار والدارقطني وابن القطان إرساله عن سعيد بن المسيب بدون ذكر أبي هريرة[(٥)].

---

(١) أخرجه البخاري في الرهن (٥/١٤٣) والترمذي في البيوع (٣/٥٥٥) وكذا أبو داود (٧٩٥ ـ ٣/٧٩٨) فيه، وابن ماجه في الرهون (٢/٨١٦).

(٢) أحمد (٢/٤٧٢).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/٣٤) والحاكم (٢/٥٨) وقال: إسنادهُ صحيح على شرط الشيخين، والبيهقي (٦/٣٨).

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/٣٢) عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً وقال: وهذا إسناد حسن متصل، والبيهقي (٦/٣٩) والحاكم (٢/٥١) وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، وحكم الألباني في الإرواء بإرساله عن سعيد بن المسيب تحت رقم١٤٠٦، وأخرجه ابن ماجه (٢/٨١٦) مقتصراً على قوله «**لا يغلق الرهن**» وضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه برقم ٥٣١.

(٥) ذكره الشوكاني في النيل: كتاب الرهن (٥/٣٥٤)، وما أورده الشوكاني عن الدارقطني من تصحيح الإرسال يعارض ما نقلناه عنه آنفاً من حكمه عليه بالاتصال.

أما لغات الفصل: فالآس نوع من النبات يقال له الهدس يستخرج منه الطيب، ومثله أغصان الخلاف.

وأما الأحكام فنماء الرهن ضربان: موجود حال الرهن وحادث بعد الرهن. فأما الموجود حال الرهن، فحكمه ما ذكره المصنف. وأما النماء الحادث بعد الرهن كالولد والثمرة واللبن وسائر منافعه: فاختلف أهل العلم فيه. مذهبنا أنه ملك للراهن وأنه لا يدخل في الرهن، وللراهن أن ينتفع بالرهن. وقال قوم من أصحاب الحديث: نماء الرهن ومنافعه ملك لمن ينفق عليه، فإن كان الراهن هو الذي ينفق عليه فالنماء ملك له. وقال أحمد: الرهن ملك للمرتهن فله حلبه وشربه. وقال أبو حنيفة: الثمرة والولد واللبن الحادث بعد الرهن ملك للراهن إلا أنه يدخل في الرهن، وقال أيضاً: ليس للراهن ولا للمرتهن الانتفاع بالرهن بل تترك المنافع تتلف. وقال مالك: الولد الحادث يكون رهناً كقول أبي حنيفة، وأما الثمرة فلا تكون رهناً كقولنا.

دليلنا على أصحاب الحديث وعلى أحمد حديث «**لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه**» وغنمه نماؤه. وأما حديث «**الظهر يركب بنفقته..**» فقد قال الشافعي ومالك وجمهور العلماء: هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين **أحدهما**: التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه، و**الثاني**: تضمينه ذاك بالنفقة لا بالقيمة. قال ابن عبدالبر: هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها، ويدل على نسخه حديث ابن عمر عند البخاري وغيره بلفظ: «**لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه**»[1]. قال الشوكاني: ويجاب عن دعوى مخالفة هذا الحديث للأصول بأن السنة الصحيحة من جملة الأصول فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع، وعن حديث ابن عمر بأنه عام وحديث الباب خاص فيبنى العام على الخاص، والنسخ لا يثبت إلا بدليل

---

(١) سبق تخريجه.

يقضي بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان[1].

قال المصنف رحمه الله: [ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن، كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض لقوله ﷺ: «**الرهن محلوب ومركوب**»، ولأنه لم يدخل في العقد ولا يضر بالمعقود له فبقي على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة، ووطء الأمة المستأجرة. وله أن يستوفي ذلك بالإجارة والإعارة. وهل له أن يستوفي ذلك بنفسه؟ قال في الأم: له ذلك. وقال في الرهن الصغير: لا يجوز. فمن أصحابنا من قال فيه قولان: **أحدهما**: لا يجوز، لأنه لا يأمن أن يجحد فيبطل حق المرتهن. و**الثاني**: يجوز، وهو الصحيح، لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن يستوفيها بنفسه، كمنفعة غير المرهون. ودليل القول الأول يبطل به إذا أكراه من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز. ومنهم من قال: إن كان الراهن ثقة جاز، لأنه يؤمن أن يجحد، وإن كان غير ثقة لم يجز، لأنه لا يؤمن أن يجحد، وحمل القولين على هذين الحالين].

الشرح: إذا ثبت أن منافع الرهن ملك للراهن فله أن يستوفيها على وجه لا ضرر فيه على المرتهن. فإن كان الرهن دابة فله أن يعيرها من ثقة وله أن يؤاجرها من ثقة إلى مدة تنتهي قبل حلول الحق. وهل له أن يستخدمها بنفسه أو يركبها؟ فيه طريقان ذكرهما المصنف، الصحيح منهما: الطريق الأول وهو أن المسألة على قولين، الصحيح منهما: الجواز. فبناء عليه له أن يعير الرهن ويؤاجره ويستوفي ذلك بنفسه بحيث لا يخرجه من

---

(١) النيل (٥/٣٥٤). وأجاب الشوكاني عن حديث «**لا يغلق الرهن..**» بقوله (٥/٣٥٥): قوله «**له غنمه وعليه غرمه**» فيه دليل لمذهب الجمهور المتقدم لأن الشارع قد جعل الغنم والغرم للراهن، ولكنه قد اختلف في وصله وإرساله ورفعه ووقفه، وذلك مما يوجب عدم انتهاضه لمعارضة ما في صحيح البخاري وغيره كما سلف.

سلطان المرتهن. ففي الدابة ليس له أن يسافر بها أو يؤاجرها لمسافر بل عليه أن يسلمها للمرتهن ليلاً. وأما الدار فله أن يسكنها ليلاً ونهاراً ما دامت في سلطان المرتهن. وأما الثوب فليس له أن يلبسه ولا يعيره ولا يؤاجره لأنه مفضٍ إلى إتلافه.

قال المصنف رحمه الله: [وأما ما فيه ضرر بالمرتهن فإنه لا يملك لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**». فإن كان المرهون مما ينقل فأراد[1] أن ينتفع به في السفر أو يكريه ممن يسافر به لم يجز، لأن أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيه فيدخل على المرتهن الضرر. وإن كان ثوباً لم يملك لبسه، لأنه ينقص قيمته. وإن كان أمة لم يملك تزويجها، لأنه ينقص قيمتها. وهل يجوز[2] وطؤها؟ ينظر: فإن كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها، لأنه لا يؤمن أن تحبل فتنقص قيمتها وتبطل الوثيقة باستيلادها. وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: يجوز وطؤها، لأنا قد أمنا الضرر بالإحبال. وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا يجوز، لأن السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع فمنع من الجميع، كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع. فإذا منعنا من الوطء منعنا من الاستخدام، لأنه لا يؤمن أن يطأها، وإذا لم يمنع من الوطء جاز الاستخدام. فإن كان أرضاً فأراد[3] أن يغرس فيها أو يبني لم يجز، لأنه يراد للبقاء وينقص به قيمة الأرض عند القضاء. فإذا خالف وغرس أو بنى والدين مؤجل لم يقلع في الحال، لأنه يجوز أن يقضي الدين من غير الأرض، وربما لم تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدين، فلا يجوز الإضرار بالراهن في الحال لضرر متوهم بالمرتهن في ثاني الحال. فإن حل الدين ولم يقض وعجزت قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع. فإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز. وإن لم يضر بالأرض نظرت: فإن كان يحصد قبل محل الدين جاز، وإن كان لا

---

(١) و(٢) و(٣) أي أراد الراهن..

يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان، **أحدهما**: لا يجوز، لأنه ينقص قيمة الأرض فيستضر به المرتهن. و**الثاني**: يجوز، لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض، وربما وقت قيمة الأرض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه في الحال. وإن أراد[1] أن يؤجر إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها لم يجز له، لأنه ينقص قيمة الأرض. وقال أبو علي الطبري رحمه الله: فيها قولان كزراعة ما لا يحصد قبل محل الدين. وإن كان فحلاً وأراد أن ينزيه على الإناث جاز، لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب. فإن كان أنثى أراد أن ينزي عليها الفحل نظرت: فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز، لأنه لا ضرر على المرتهن. وإن كان الدين يحل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز، لأنه يمكن بيعها.

وإن كان يحل بعد ظهور الحمل، فإن قلنا: إن الحمل لا حكم له جاز، لأنه يباع معها. وإن قلنا: له حكم لم يجز، لأنه خارج من الرهن فلا يمكن بيعه مع الأم ولا يمكن بيع الأم دونه فلم يجز].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويملك الراهن التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كودج الدابة وتبزيغها وفصد العبد وحجامته، لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن. وإن أراد أن يختن العبد، فإن كان كبيراً لم يجز، لأنه يخاف منه عليه. وإن كان صغيراً نظرت: فإن كان في وقت يندمل الجرح فيه قبل حلول الدين جاز، وإن كان في وقت يحل الدين قبل اندمال جرحه لم يجز، لأنه ينقص ثمنه. وإن كانت به آكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع. وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها لم يجز قطعها، لأنه جرح يخاف عليه منه فلم يجز كما لو أراد أن يجرحه من غير آكلة. وإن كانت ماشية فأراد أن يخرج بها في طلب الكلأ، فإن كان الموضع مخصباً لم يجز له ذلك، لأنه يغرر به من غير حاجة، وإن كان الموضع مجدباً جاز له، لأنه موضع ضرورة. وإن

---

(١) أي هل يجوز للراهن وطؤها.

اختلفا في موضع النعجة فاختار الراهن جهة واختار المرتهن أخرى قدم اختيار الراهن، لأنه يملك العين والمنفعة وليس للمرتهن إلا حق الوثيقة، فكان تقديم اختياره أولى. وإن كان الرهن عبداً فأراد تدبيره جاز، لأنه يمكن بيعه في الدين. فإن دبّره وحل الدين، فإن كان له مال غيره لم يكلف بيع المدبر، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين وبقي الباقي على التدبير، وإن استغرق الدين جميعه بيع الجميع].

الشرح: في الفصل لغات منها قوله: «ودج الدابة» ـ بتشديد الدال وتخفيفها ـ وهو منها كالفصد للإنسان، ويسميه العامة في ديارنا الخزام[1]. وقوله: «**تبزيغها**» مثله، وفي المصباح: بزغ البيطار والحاجم بزغاً ـ من باب قتل ـ أي شرط الدم وأساله.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن، لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**». فإن باعه أو وهبه أو جعله مهراً في نكاح أو أجّره في إجارة أو كان عبداً فكاتبه لم يصح، لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير[2] يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ. وإن أعتقه ففيه ثلاثة أقوال أحدها: يصح، لأنه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق كالإجارة. و**الثاني**: أنه لا يصح، لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع. والثالث وهو الصحيح: أنه إن كان موسراً صح وإن كان معسراً لم يصح، لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره. فإن قلنا: إن العتق يصح، فإن كان موسراً أخذت منه القيمة وجعلت رهناً مكانه، لأنه أتلف رقه فلزمه ضمانه كما لو قتله.

---

(١) قال الجوهري: الودج والوداج عرق في العنق وهما ودجان. وودجه ودجاً ووداجاً، وودّجه قطع ودجه/لسان العرب.
وودج الدابة لا تموت منه الدابة، بل فيه حفظ لصحتها شأنه شأن الحجامة للإنسان.

(٢) لا يسري إلى ملك الغير احترازاً من العتق فإنه يسري إلى ملك الغير.

وتعتبر قيمته وقت الإعتاق، لأنه حالة الإتلاف. ويعتق بنفس اللفظ. ومن أصحابنا من قال: في وقت العتق ثلاثة أقوال أحدها: بنفس اللفظ. و**الثاني**: بدفع القيمة. والثالث: موقوف. فإن دفع القيمة حكمنا أنه عتق من حين الإعتاق، وإن لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق في حال الإعتاق، كما قلنا فيمن أعتق شركاً له في عبد أنه يسري، وفي وقت السراية ثلاثة أقوال. وهذا خطأ، لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر، كما لا يسري العتق بإعتاق المعسر في العبد المشترك. وإن كان معسراً وجبت عليه القيمة في ذمته، فإن أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهناً مكانه، وإن أيسر في محل الدين طولب بقضاء الدين. وإن قلنا: إن العتق لا يصح، ففكّه أو بيع في الدين ثم ملكه لم يعتق عليه. ومن أصحابنا من قال: يعتق، لأنه إنما لم يعتق في الحال لحق المرتهن وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق، كما لو أحبلها ثم فكها أو بيعت ثم ملكها. والمذهب: الأول، لأنه عتق لم ينفذ في الحال فلم ينفذ بعد ذلك، كما لو أعتق المحجور عليه عبده ثم فك عنه الحجر. ويخالف الإحبال فإنه فعل، وحكم الفعل أقوى من حكم القول. ولهذا لو أحبل المجنون جاريته، نفذ إحباله وثبت لها حق الحرية، ولو أعتقها لم يصح. وإن قلنا: إنه يصح العتق إن كان موسراً ولا يصح إذا كان معسراً، فقد بينا حكم الموسر والمعسر.

وإن كان المرهون جارية فأحبلها، فهل ينفذ إحباله أم لا؟ على الأقوال الثلاثة، وقد بينا وجوهها في العتق. فإن قلنا: إنه ينفذ فالحكم فيه كالحكم في العتق. وإن قلنا: إنه لا ينفذ إحباله صارت أم ولد في حق الراهن، لأنها علقت بحر في ملكه، وإنما لم ينفذ لحق المرتهن. فإن حل الدين وهي حامل لم يجز بيعها، لأنها حامل بحر. وإن ماتت من الولادة لزمه قيمتها، لأنها هلكت بسبب من جهته. وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه، أحدها: تجب قيمتها وقت الوطء، لأنه وقت سبب التلف فاعتبرت القيمة فيه كما لو جرحها وبقيت ضنيئة إلى أن ماتت. و**الثاني**: تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء إلى حين التلف، كما قلنا فيمن غصب جارية

وأقامت في يده ثم ماتت. والثالث: أنها تجب قيمتها وقت الموت، لأن التلف حصل بالموت. والمذهب: الأول. وما قال الثاني لا يصح، لأن الغصب موجود من حين الأخذ إلى حين التلف، والوطء غير موجود من حين الوطء إلى حين التلف. وما قال الثالث يبطل به إذا جرحها ثم ماتت، فإن التلف حصل بالموت ثم تجب القيمة وقت الجراحة. وإن ولدت نظرت: فإن نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص. وإن حل الدين ولم يقضه فإن أمكن أن يقضي الدين بثمن بعضها بيع منها بقدر ما يقضي به الدين. وإن فكّها من الرهن أو بيعت وعادت إليه ببيع أو غيره، صارت أم ولد له. وقال المزني: لا تصير كما لا تعتق إذا أعتقها ثم فكها أو ملكها. وقد بينا الفرق بين الإعتاق والإحبال فأغنى عن الإعادة].

الشرح: الحديث رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس، وابن ماجه في سننه عن عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ «**لا ضرر ولا ضرار**» وإسناده حسن[1].

أما اللغات فمعنى قوله: «**لا ضرر**» أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه. والضرار فعال من الضرر، أي لا تجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه. والضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين، أو الضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه.

أما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وقف المرهون ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه كالعتق، لأنه حق لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته فصار كالعتق. و**الثاني**: أنه لا يصح، لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة].

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام: باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٢/٧٨٤) من رواية عبادة ومن رواية ابن عباس، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٨٩٥.

الشرح: إذا تصرف الراهن بالرهن بغير العتق كالبيع والإجارة والهبة والوقف وغيره فتصرفه باطل، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية كالعتق فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن.

قال المصنف رحمه الله: [وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطء والتزويج وغيرهما، إذا أذن فيه جاز له فعله، لأن المنع لحقه فزال بإذنه. وما يبطل لحقه كالبيع والعتق وغيرهما إذا فعله بإذنه صح، لأن بطلانه لحقه فصح بإذنه. فإن أذن في البيع أو العتق ثم رجع قبل أن يبيع، أو قبل أن يعتق لم يجز البيع والعتق، لأنه بالرجوع سقط الإذن فصار كما لو لم يأذن. فإن لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان، **أحدهما**: أن يسقط الإذن ويصير كما إذا باع أو أعتق بغير الإذن. و**الثاني**: أنه لا يسقط الإذن بناءً على القولين في الوكيل إذا عزله الموكل ولم يعلم حتى تصرف].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أذن له في العتق فأعتق، أو في الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن، لأنه تصرف ينافي مقتضى الوثيقة فعله بإذنه فبطلت به الوثيقة. فإن أذن له في البيع لم يخل: إما أن يكون في دين حال أو في دين مؤجل. فإن كان في دين حال، تعلق حق المرتهن بالثمن ووجب قضاء الدين منه، لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه. وإن كان في دين مؤجل نظرت: فإن كان الإذن مطلقاً فباع، بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة، لأنه تصرف في عين الرهن لا يستحقه المرتهن فعله بإذنه فبطل به الرهن، كما لو أعتقه بإذنه. وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهناً ففيه قولان قال في الإملاء: يصح، ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً إلى أن يوفيه جاز. وقال في الأم: لا يصح، لأن ما يباع به من الثمن مجهول، ورهن المجهول لا يصح، فإذا بطل الشرط بطل البيع، لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع. وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح البيع. وقال المزني: يبطل الشرط ويصح العقد، لأنه شرط

فاسد سبق البيع فلم يمنع صحته، كما لو قال لرجل: بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها. وهذا خطأ، لأنه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين، وتعجيل الدين لم يسلم له، فإذا لم يسلم له الشرط بطل الإذن، فيصير البيع بغير إذن. ويخالف مسألة الوكيل، فإن هناك لم يجعل العوض في مقابلة الإذن، وإنما جعله في مقابلة البيع، وهاهنا جعل تعجيل الدين في مقابلة الإذن، فإذا بطل التعجيل بطل الإذن، والبيع بغير إذن المرتهن باطل. وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: في هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهناً، كما لو أذن له في البيع بشرط أن يكون ثمنه رهناً].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وما يحتاج إليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها فهو على الراهن، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب نفقته**» والذي يركب ويشرب هو الراهن، فوجب أن تكون النفقة عليه[1]. ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه، فكانت النفقة عليه. وإن احتاج إلى شرب دواء أو فتح عرق فامتنع لم يجبر عليه، لأن الشفاء بيد الله تعالى وقد يجيء من غير فصد ولا دواء، ويخالف النفقة، فإنه لا يبقى دونها فلزمه القيام بها.

فصل: وإن جنى العبد المرهون لم يخل: إما أن يجني على الأجنبي أو على المولى أو على مملوك للمولى. فإن كانت الجناية على أجنبي تعلق حق المجني عليه برقبته، ويقدم على حق المرتهن، لأن حق المجني عليه يقدم على حق المالك، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى. ولأن حق

---

(١) بل ظاهر الحديث أن الذي يركب ويشرب هو المرتهن وليس الراهن، ودليله أن النبي ﷺ جعل الانتفاع بالركوب والشرب في مقابلة النفقة، وهذا يختص بالمرتهن، لأن الراهن ينتفع بذلك في مقابلة ملكه للرهن لا في مقابلة الإنفاق عليه. وزاد المعنى ظهوراً ما ورد في إحدى روايات هذا الحديث من التنصيص على المرتهن وهي رواية أحمد «**إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها**».

المجني عليه يختص بالعين، فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه، وحق المرتهن يتعلق بالعين والذمة، فإذا قدمنا حق المجني عليه لم يسقط حقه، فوجب تقديم حق المجني عليه. فإن سقط حق المجني عليه بالعفو أو الفداء بقي حق المرتهن، لأن حق المجني عليه لم يبطل الرهن، وإنما قدم عليه حق المجني عليه لقوته، فإذا سقط حق المجني عليه بقي حق المرتهن. وإن لم يسقط حق المجني عليه نظرت: فإن كان قصاصاً في النفس، اقتص له وبطل الرهن. وإن كان في الطرف اقتص له، وبقي الرهن في الباقي. وإن كان مالاً وأمكن أن يوفي حقه ببيع بعضه، بيع منه ما يقضي به حقه. وإن لم يمكن إلا ببيع جميعه بيع. فإن فضل عن حق المجني عليه شيء من ثمنه تعلق به حق المرتهن.

وإن كانت الجناية على المولى نظرت: فإن كان فيما دون النفس، اقتص منه إن كان عمداً، وإن كان خطأً أو عمداً فعفي عنه على مال، لم يثبت له المال. وقال أبو العباس: فيه قول آخر: أنه يثبت له المال، ويستفيد به بيعه وإبطال حق المرتهن من الرهن. ووجهه: أن من ثبت له القصاص في العمد ثبت له المال في الخطأ كالأجنبي. والصحيح: هو الأول، لأن المولى لا يثبت له المال على عبده، ولهذا لو أتلف له مالاً لم يستحق عليه بدله. ووجه الأول يبطل بغير المرهون، فإنه يجب له القصاص في العمد ولا يجب له المال في الخطأ. وإن كانت الجناية على النفس، فإن كانت عمداً ثبت للوارث القصاص، فإن اقتص بطل الرهن. وإن كانت خطأً أو عمداً وعفي على مال ففيه قولان، **أحدهما**: لا يثبت له المال، لأن الوارث قائم مقام المولى، والمولى لا يثبت له في رقبة العبد مال، فلا يثبت لمن يقوم مقامه. و**الثاني**: أنه يثبت له، لأنه يأخذ المال عن جناية حصلت وهو في غير ملكه، فصار كما لو جنى على من يملكه المولى. وإن كانت الجناية على مملوك للمولى، فإن كانت على مملوك غير مرهون، فإن كانت الجناية عمداً فللمولى أن يقتص منه. وإن كانت خطأً أو عمداً وعفا على مال لم يجز، لأن المولى لا يستحق على عبده مالاً. وإن كانت الجناية على مملوك مرهون عند مرتهن آخر، فإن كانت الجناية عمداً

فللمولى أن يقتص منه، فإن اقتص بطل الرهن. وإن كانت خطأ أو عمداً وعفي على مال، ثبت المال لحق المرتهن الذي عنده المجني عليه، لأنه لو قتله المولى لزمه ضمانه، فإذا قتله عبده تعلق الضمان برقبته. فإن كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول وأمكن أن يقضي أرش الجناية ببيع بعضه، بيع منه ما يقضي به أرش الجناية ويكون الباقي رهناً. فإن لم يمكن إلا ببيع جميعه بيع، وما فضل من ثمنه يكون رهناً. فإن كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل منه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ينقل القاتل إلى مرتهن المقتول ليكون رهناً مكانه، لأنه لا فائدة في بيعه. و**الثاني**: أنه يباع، لأنه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته، فيحصل عند كل واحد من المرتهنين وثيقة بدينه. وإن كانت الجناية على مرهون عند المرتهن الذي عنده القاتل، فإن كانت عمداً فاقتص منه بطل الرهن. وإن كانت خطأً أو عمداً وعفي عنه على مال نظرت: فإن اتفق الدينان في المقدار والحلول والتأجيل واتفقت قيمة العبدين، ترك على حاله، لأنه لا فائدة في بيعه. وإن كان الدين الذي رهن به المقتول حالاً، والدين الذي رهن به القاتل مؤجلاً بيع، لأن في بيعه فائدة وهو أن يقضي الدين الحال. فإن اختلف الدينان واتفقت القيمتان نظرت: فإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أكثر لم يبع، لأنه مرهون بقدر، فإذا بيع صار مرهوناً ببعضه. وإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أقل، نقل فإن في نقله فائدة وهو أن يصير مرهوناً بأكثر من الدين الذي هو مرهون به. وهل يباع وينقل ثمنه أو ينقل بنفسه؟ فيه وجهان، وقد مضى توجيههما. وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة واختلف القيمتان نظر فيه: فإن كانت قيمة المقتول أكثر لم يبع، لأنه إذا ترك كان رهناً بمائة، وإذا بيع كان ثمنه رهناً بمائة، فلا يكون في بيعه فائدة. وإن كانت قيمة القاتل أكثر، بيع منه بقدر قيمة المقتول، ويكون رهناً بالحق الذي كان المقتول رهناً به وباقيه على ما كان].

الشرح: حديث أبي هريرة رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي، وفي لفظ «**إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب، وعلى**

الذي يشرب نفقته» رواه أحمد. وتقدم كلام المحدثين في أول الباب مستوفى فيراجع[1].

أما أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن جنى العبد المرهون بإذن المولى نظرت: فإن كان بالغاً عاقلاً، فحكمه حكم ما لو جنى بغير إذنه في القصاص والأرش على ما بيناه، ولا يلحق السيد بالإذن إلا الإثم فإنه يأثم، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمه الله**». فإن كان غير بالغ نظرت: فإن كان مميزاً يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه إلا في القصاص لا يجب على الصبي. وإن كان صغيراً لا يميز أو أعجمياً لا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل لم تتعلق الجناية برقبته بل يتعلق حكم الجناية بالمولى. فإن كان موسراً أخذ منه الأرش، وإن كان معسراً فقد قال الشافعي رحمه الله: يباع العبد في أرش الجناية. فمن أصحابنا من حمله على ظاهره وقال: يباع، لأنه قد باشر الجناية فبيع فيها. ومنهم من قال: لا يباع، لأن القاتل في الحقيقة هو المولى وإنما هو آلة كالسيف وغيره، وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه أراد إذا ثبت بالبينة أنه قتله فقال المولى: أنا أمرته، فقال: يؤخذ منه الأرش إن كان موسراً بحكم إقراره، وإن كان معسراً بيع العبد بظاهر البينة. والله أعلم.

فصل

وإن جني على العبد المرهون فالخصم في الجناية هو الراهن، لأنه هو المالك للعبد ولما يجب من بدله. فإن ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره ولم تكن بينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه.

---

(١) تقدم.

فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن. فإن نكل فهل ترد اليمين على المرتهن؟ فيه قولان بناء على القولين في المفلس إذا ردت عليه اليمين فنكل، فهل ترد على الغريم؟ فيه قولان **أحدهما**: لا ترد، لأنه غير مدع. و**الثاني**: ترد، لأنه ثبت له حق فيما يثبت باليمين فهو كالمالك. فإن أقر المدعى عليه أو قامت البينة عليه أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحد القولين، فإن كانت الجناية موجبة للقود فالراهن بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو. فإن اقتص بطل الرهن، وإن قال: لا أقتص ولا أعفو ففيه وجهان: قال أبو علي بن أبي هريرة: للمرتهن إجباره على اختيار القصاص أو أخذ المال، لأن له حقاً في بدله فجاز له إجباره على تعيينه. وقال أبو القاسم الداركي: إن قلنا: إن الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك إجباره، لأنه إذا ملك إسقاط القصاص فلأن يملك تأخيره أولى. وإن قلنا: إن الواجب أحد الأمرين أجبر على التعيين، لأن له حقاً هو القصاص وللمرتهن حقاً هو المال فلزمه التعيين. وإن عفى على مال أو كانت الجناية خطأ وجب الأرش وتعلق حق المرتهن به، لأن الأرش بدل عن المرهون فتعلق حق المرتهن به. وإن أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط، لأنه لو كان الرهن باقياً فأسقط حقه منه سقط، فكذلك إذا أسقط من بدله. فإن أبرأ المرتهن الجاني من الأرش لم يصح إبراؤه، لأنه لا يملكه فلا ينفذ إبراؤه فيه، كما لو كان الرهن باقياً فوهبه. وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يبطل، لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة فإذا سقط الإبراء بقي ما تضمنه من إبطال الوثيقة. و**الثاني**: لا يبطل، لأن الذي أبطله هو الإبراء، والإبراء لم يصح فلم يبطل ما تضمنه. فإن أبرأه الراهن من الأرش لم يصح إبراؤه، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه فلم يصح، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يهبه. فإن أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن منه، فهل ينفذ إبراء الراهن للجاني من الأرش؟ فيه وجهان، **أحدهما**: ينفذ، لأن المنع منه لحق المرتهن وقد زال حق المرتهن

فينفذ إبراء الراهن. و**الثاني**: أنه لا ينفذ، لأنا حكمنا ببطلانه فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه.

وإن أراد أن يصالحه عن الأرش على حيوان أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجز، لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يبيعه من غير رضاه. فإن رضي المرتهن بالصلح فصالح على حيوان تعلق به حق المرتهن وسلم إلى من كان عنده الرهن ليكون رهناً مكانه. فإن كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته، وإن كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه.

فإن كان المرهون جارية فجنى عليها فأسقطت جنيناً ميتاً وجب عليه عشر قيمة الأم ويكون خارجاً من الرهن، لأنه بدل عن الولد والولد خارج من الرهن فكان بدله خارجاً منه. وإن كانت بهيمة فألقت جنيناً ميتاً وجب عليه ما نقص من قيمة الأم ويكون رهناً، لأنه بدل عن جزء من المرهون. فإن ألقته حياً ثم مات ففيه قولان، **أحدهما**: يجب عليه قيمة الولد حياً، لأنه يمكن تقويمه فيكون للراهن، فإن عفى عنه صح عفوه. و**الثاني**: يجب عليه أكثر الأمرين من قيمته حياً أو ما نقص من قيمة الأم، فإن كان قيمته حياً أكثر وجب ذلك للراهن وصح عفوه عنه، وإن كان ما نقص من قيمة الأم أكثر كان رهناً.

فصل:

وإن جني على العبد المرهون ولم يعرف الجاني فأقر رجل أنه هو الجاني، فإن صدقه الراهن دون المرتهن كان الأرش له ولا حق للمرتهن فيه. وإن صدقه المرتهن دون الراهن كان الأرش رهناً عنده. فإن لم يقضه الراهن الدين استوفى المرتهن حقه من الأرش، فإن قضاه الدين أو أبرأه منه المرتهن رد الأرش إلى المقر].

الشرح: حديث «**من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله**» أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه[1].

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن كان المرهون عصيراً فصار في يد المرتهن خمراً زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن، لأنه صار محرماً لا يجوز التصرف فيه فزال الملك فيه وبطل الرهن كالحيوان إذا مات. فإن تخللت عاد الملك فيه، لأنه عاد مباحاً يجوز التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة إذا دبغ. ويعود رهناً، لأنه عاد إلى الملك السابق وقد كان في الملك السابق رهناً فعاد رهناً. فإن كان المرهون حيواناً فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه، فهل يعود الرهن؟ فيه وجهان: قال أبو علي بن خيران: يعود رهناً كما لو رهنه عصيراً خمراً ثم صار خلاً. وقال أبو إسحاق: لا يعود الرهن، لأنه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهناً بخلاف الخمر فإنها صارت خلاً بغير معنى من جهته].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شيء، لما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ أن لا يغلق الرهن ممن رهنه»، ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن. فإن غصب عيناً ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط، فهل يجوز للمالك أن يغرمه؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يغرمه، لأنه دخل على الأمانة. و**الثاني**: له أن يغرمه، لأنه أخذه من يد ضامنة. فإن قلنا: إنه يغرمه فغرمه، فهل يرجع بما غرم على الراهن؟ فيه وجهان،

---

(١) أخرجه ابن ماجه في أول الديات (٢/٨٧٤)، وقال الألباني في ضعيف ابن ماجه برقم ٥٧١: ضعيف جداً.

أحدهما: يرجع لأنه غره. و**الثاني**: لا يرجع، لأنه حصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه. فإن بدأ وغرم الراهن، فإن قلنا: إن المرتهن إذا غرم رجع على الراهن، لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه. وإن قلنا: إن المرتهن إذا غرم لا يرجع على الراهن، رجع عليه الراهن بما غرمه.

فإن رهن عند رجل عيناً وقال: رهنتك هذا إلى شهر فإن لم أعطك مالك فهو لك بالدين، فالرهن باطل لأنه وقّته، والبيع باطل لأنه علقه على شرط. فإن هلك العين قبل الشهر لم يضمن، لأنه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح. وإن هلك بعد الشهر ضمنه، لأنه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح].

الشرح: الحديث مر تخريجه في غير موضع.

وأما الأحكام: فإنه إذا قبض المرتهن الرهن فهلك في يده من غير تفريط لم يلزمه ضمانه ولا يسقط من دينه شيء، وبه قال الأوزاعي وعطاء وأحمد وأبو عبيد، وهي إحدى الروايتين عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه. وذهب الثوري وأبو حنيفة وأصحابه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، فإذا هلك فإن كان الدين مائة وقيمة الرهن تسعين ضمنه بتسعين وبقي له من الدين عشرة، وإن كان الدين تسعين وقيمة الرهن مائة فهلك الرهن سقط الرهن وسقط جميع دينه، ولا يرجع الراهن عليه بشيء لسقوط الدين، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه. وذهب اسحاق بن راهويه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بكمال قيمته ثم يترادان، وهي الرواية الثانية عن علي رضي الله عنه. وذهب الشعبي والحسن البصري إلى أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن سقط جميع دينه، سواء كانت قيمته أكثر من قدر الدين أو أقل أو كانا متساويين. وقال مالك: إن هلك الرهن هلاكاً ظاهراً مثل أن كان عبداً فمات أو داراً فاحترقت فهو غير مضمون على المرتهن، وإن هلك هلاكاً خفياً مثل أن يدعي المرتهن أنه هلك فهو مضمون كما قال اسحاق بن راهويه.

دليلنا ما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن

النبي ﷺ قال: «**لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه**» فهذا الحديث دليل في ثلاثة أمور:

أحدها: قوله ﷺ: «**لايغلق الرهن**» وله ثلاثة تأويلات، أحدها: لا يكون الرهن للمرتهن بحقه إذا حل الحق. والتأويل الثاني: لا يسقط الحق بتلفه. والثالث: أي لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن بل له فكه. الثاني: قوله ﷺ: «**من راهنه**» يعني من ضمانه، قال الشافعي رضي الله عنه: وهذه أبلغ كلمة للعرب في أنهم إذا قالوا هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه. الثالث: قوله ﷺ: «**له غنمه وعليه غرمه**» قال الشافعي رضي الله عنه: وغرمه هلاكه وعطبه. ولأنه مقبوض عن عقد لو كان فاسداً لم يضمن فوجب إذا كان صحيحاً أن لا يضمن أصله، كالوديعة ومال المضاربة والوكالة والشركة، وعكسه المقبوض عن البيع والقرض.

وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

❋ ❋ ❋

باب اختلاف المتراهنين

قال المصنف رحمه الله: [إذا اختلف المتراهنان فقال الراهن: ما رهنتك، وقال المرتهن: رهنتني، فالقول قول الراهن مع يمينه، لأن الأصل عدم العقد.

فصل

وإذا اختلفا في عين الرهن، فقال الراهن: رهنتك العبد، وقال المرتهن: بل رهنتني الثوب، فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب، فإذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهناً بيمينه، وخرج العبد عن أن يكون رهناً برد المرتهن].

الشرح: إذا اختلفا في عين الرهن فادعى المرتهن أنه ارتهن منه الثوب، فقال الراهن: ما رهنتك الثوب وإنما رهنتك العبد، حلف الراهن أنه ما رهنه الثوب وإنما رهنه العبد، فخرج الثوب عن أن يكون رهناً بيمين الراهن، وخرج العبد عن أن يكون رهناً بإنكار المرتهن له. والمسألة الأولى كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإذا اختلفا في قدر الرهن، فقال الراهن: رهنتك هذا العبد، وقال: بل رهنتني هذين العبدين، فالقول قول الراهن، لأن الأصل عدم الرهن إلا فيما أقر به، ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا في أصله كان القول قوله إذا اختلفا في قدره، كالزوج في الطلاق.

فإن رهنه أرضاً وأقبضه ووجد فيها نخيل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن ويجوز أن يكون قبله، فقال الراهن: حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن، وقال المرتهن: بل كان قبل الرهن ورهنتنيه مع الأرض، فالقول قول الراهن. وقال المزني: القول قول المرتهن لأنه في يده. وهذا خطأ، لما ذكرناه في العبدين، وقوله: إنه في يده، لا يصح لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد، ولهذا لو اختلفا في أصل العقد كان القول قول الراهن وإن كانت العين في يد المرتهن.

فإن رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر وقلنا: إنه يصح العقد، فاختلفا في مقدار الحمل الأول، فالقول قول الراهن. وقال المزني: القول قول المرتهن لأنه في يده. وهذا لا يصح، لأن الأصل أنه لم يدخل في العقد إلا ما أقر به، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها في العقد].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اختلفا في قدر الدين، فقال الراهن: رهنتك هذا العبد بألف، وقال المرتهن: بل رهنتنيه بألفين، فالقول قول الراهن، لأن الأصل عدم الألف. فإن قال: رهنته بألف وزادني ألفاً آخر على أن يكون رهناً بالألفين، وقال المرتهن: بل رهنتني بالألفين، وقلنا: لا

يجوز الزيادة في الدين في رهن واحد، ففيه وجهان، **أحدهما**: أن القول قول الراهن، لأنهما لو اختلفا في أصل العقد كان القول قوله، فكذلك إذا اختلفا في صفته. و**الثاني**: أن القول قول المرتهن، لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين، والراهن يدعي أن ذلك كان في عقد آخر والأصل عدمه، فكان القول قول المرتهن. فإن بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال ففعل، ثم اختلف الراهن والمرتهن، فقال الراهن: أذنت له في الرهن بعشرة، وقال المرتهن: بل بعشرين، نظرت: فإن صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلا بعشرة، ولا يمين على الراهن لأنه لم يعقد العقد. وإن صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه، فإذا حلف بقي الرهن على عشرة، وعلى الرسول عشرة، لأنه أقر بقبضها].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [قال في الأم: إذا كان في يد رجل عبد لآخر فقال: رهنتنيه بألف، وقال السيد: بل بعتكه بألف، حلف السيد أنه ما رهنه بألف، لأن الأصل عدم الرهن، ويحلف الذي في يده العبد أنه ما اشتراه، لأن الأصل عدم الشراء، ويأخذ السيد عبده. فإن قال السيد: رهنتكه بألف قبضتها منك قرضاً، وقال الذي في يده العبد: بل بعتنيه بألف قبضتها مني ثمناً، حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعي عليه، لأن الأصل عدم العقد، وعلى السيد الألف لأنه مقر بوجوبها. فإن قال الذي في يده العبد: بعتنيه بألف، وقال السيد: بل رهنتكه بألف، حلف السيد أنه ما باعه، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو في يده، لأن البيع قد زال، والسيد معترف بأنه رهن والمرتهن ينكر، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اتفقا على رهن عين، ثم وجدت العين في يد المرتهن، فقال الراهن: قبضته بغير إذن، وقال المرتهن: بل قبضته بإذنك، فالقول قول الراهن، لأن الأصل عدم الإذن، ولأنهما لو اختلفا في

أصل العقد والعين في يد المرتهن، كان القول قول الراهن، فكذلك إذا اختلفا في الإذن. فإن اتفقا على الإذن، فقال الراهن: رجعت في الإذن قبل القبض، وقال المرتهن: لم ترجع حتى قبضت، فالقول قول المرتهن، لأن الأصل بقاء الإذن. وإن اتفقا على الإذن واختلفا في القبض، فقال الراهن: لم تقبضه، وقال المرتهن: بل قبضت، فإن كانت العين في يد الراهن فالقول قوله، لأن الأصل عدم القبض، وإن كان في يد المرتهن فالقول قوله، لأنه أذن في قبضه والعين في يده، فالظاهر أنه قبضه بحق فكان القول قوله. وإن قال: رهنته وأقبضته ثم رجع وقال: ما كنت أقبضته حلفوه أنه قبض، فالمنصوص: أنه يحلف. وقال أبو إسحاق: إن قال وكيلي أقبضه وبان لي أنه لم يكن أقبضه حلف، وعليه تأول النص، وإن قال: أنا أقبضته ثم رجع لم يحلف، لأن إقراره المتقدم يكذبه. وقال أبو علي ابن خيران وعامة أصحابنا: أنه يحلف لأنه يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض فأقر به، ولم يكن قبض].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن رهن عصيراً وأقبضه ثم وجده خمراً في يد المرتهن، فقال: أقبضتنيه وهو خمر فلي الخيار في فسخ البيع، وقال الراهن: بل أقبضتكه وهو عصير فصار في يدك خمراً فلا خيار لك، ففيه قولان، **أحدهما**: أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني، لأن الراهن يدعي قبضاً صحيحاً، والأصل عدمه. و**الثاني**: أن القول قول الراهن، وهو الصحيح، لأنهما اتفقا على العقد والقبض، واختلفا في صفة يجوز حدوثها، فكان القول قول من ينفي الصفة، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض. وإن اختلفا في العقد فقال المرتهن: رهنتنيه وهو خمر، وقال الراهن: بل رهنتكه وهو عصير، فصار عندك خمراً، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أكثرهم: هي على قولين. وقال أبو علي بن هريرة: القول قول المرتهن قولاً واحداً، لأنه ينكر العقد والأصل عدمه. فإن رهن عبداً فأقبضه في محمل أو ملفوفاً في ثوب ووجد ميتاً، فقال المرتهن: أقبضتنيه وهو ميت فلي الخيار في فسخ البيع، وقال الراهن: أقبضتكه حياً ثم مات عندك

فلا خيار لك، ففيه طريقان أحدهما وهو الصحيح: أنه على القولين كالعصير. والثاني وهو قول أبي علي الطبري: أن القول قول المرتهن، لأن هذا اختلاف في أصل القبض، لأن الميت لا يصح قبضه، لأنه لا يقبض إلا ظاهراً، بخلاف العصير فإنه يقبض في الظرف والظاهر منه الصحة].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان لرجل عبد وعليه ألفان لرجلين لكل واحد منهما ألف، فادعى كل واحد منهما أنه رهن العبد عنده بدينه، والعبد في يد الراهن أو في يد العدل نظرت: فإن كذبهما، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الرهن. وإن صدقهما وادعى الجهل بالسابق منهما، فالقول قوله مع يمينه. فإذا حلف فسخ الرهن على المنصوص، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل، كما لو زوج امرأة وليان من رجلين وجهل السابق منهما. ومن أصحابنا من قال: يجعل بينهما نصفين، لأنه يجوز أن يكون مرهوناً عندهما بخلاف الزوجة. وإن صدق أحدهما وكذب الآخر أو صدقهما وعين السابق منهما، فالرهن للمصدق. وهل يحلف للآخر؟ فيه قولان، **أحدهما**: يحلف. و**الثاني**: لا يحلف، بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو، فهل يغرم لعمرو شيئاً أم لا؟ فيه قولان. فإن قلنا: لا يغرم، لم يحلف، لأنه إن نكل لم يغرم فلا فائدة في عرض اليمين. وإن قلنا: يغرم، حلف لأنه ربما نكل فيغرم للثاني قيمته. فإن قلنا: لا يحلف، فلا كلام. وإن قلنا: يحلف، نظرت: فإن حلف انصرف الآخر، وإن نكل عرضت اليمين على الثاني، فإن نكل انصرف، وإن حلف بنينا على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه. فإن قلنا: إنها كالبينة، نزع العبد وسلم إلى الثاني. وإن قلنا: إنه كالإقرار، ففيه ثلاثة أوجه **أحدهما**: أنه ينفسخ، لأنه أقر لهما وجهل السابق منهما. و**الثاني**: يجعل بينهما لأنهما استويا ويجوز أن يكون مرهوناً عندهما فجعل بينهما. والثالث: يقر الرهن في يد المصدق ويغرم للآخر قيمته ليكون رهناً عنده، لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه. وإن كان العبد في يد أحد المرتهنين نظرت: فإن كان في يد المقر له، أقر في يده، لأنه اجتمع له اليد

والإقرار. وهل يحلف للثاني؟ على القولين. فإن كان في يد الذي لم يقر له فقد حصل لأحدهما اليد وللآخر الإقرار وفيه قولان، **أحدهما**: يقدم الإقرار، لأنه يخبر عن أمر باطن. و**الثاني**: يقدم اليد، وهو قول المزني، لأن الظاهر معه. والأول أظهر، لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد. وإن كان في يدهما فللمقر له الإقرار واليد على النصف، وفي النصف الآخر له الإقرار وللآخر يد، وفيه قولان **أحدهما**: يقدم الإقرار فيصير الجميع رهناً عند المقر له. و**الثاني**: يقدم اليد فيكون الرهن بينهما نصفين].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن رهن عبداً وأقبضه ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل، وصدقه المقر له وأنكر المرتهن، ففيه قولان **أحدهما**: أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني، لأنه عقد إذا تم منع البيع فمنع الإقرار كالبيع. و**الثاني**: أن القول قول الراهن، لأنه أقر في ملكه بما لا يجر نفعاً إلى نفسه، فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهوناً، ويخالف هذا إذا باعه، لأن هناك زال ملكه عن العبد فلم يقبل إقراره عليه، وهذا باق على ملكه فقبل إقراره عليه. فإن قلنا: إن القول قول الراهن، فهل يحلف؟ فيه قولان، **أحدهما**: لا يحلف لأن اليمين إنما يعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذباً، والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه، فلا معنى لعرض اليمين، ولأنه أقر في ملكه لغيره فلم يحلف عليه كالمريض إذا أقر بدين. و**الثاني**: يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن فحلف. فإذا ثبت أنه رهنه وهو جان، ففي رهن الجاني قولان، **أحدهما**: أنه باطل. و**الثاني**: أنه صحيح. وقد بينا ذلك في أول الرهن. فإن قلنا: إنه باطل، وجب بيعه في أرش الجناية. فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع. وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش، وفي الباقي وجهان، **أحدهما**: أنه مرهون، لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجني عليه وقد زال. و**الثاني**: أنه لا يكون مرهوناً، لأنا حكمنا ببطلان الرهن من أصله، فلا يصير مرهوناً من غير عقد. وإن قلنا: إنه صحيح، فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع.

وإن لم يستغرق، بيع منه بقدر الأرش ويكون الباقي مرهوناً. فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول، فبكم يفديه؟ فيه قولان، **أحدهما**: يفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية. و**الثاني**: يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ أو يسلم المبيع. فإن قلنا: إن القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين، لأنه لو رجع قبل رجوعه فحلف. فإذا ثبت أنه غير جان، فهل يغرم الراهن أرش الجناية؟ ففيه قولان بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو، **أحدهما**: يغرم، لأنه منع بالرهن حق المجني عليه. و**الثاني**: لا يغرم، لأنه إن كان كاذباً فلا حق عليه، وإن كان صادقاً وجب تسليم العبد. فإن قلنا: إنه لا يغرم فرجع إليه، تعلق الأرش برقبته، كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد فإنه يعتق عليه. وإن قلنا: يغرم، فكم يغرم؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال: فيه قولان كالقسم قبله. ومنهم من قال: يغرم أقل الأمرين قولاً واحداً، لأن القول الثاني إنما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه فيمتنع، وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية أم الولد. وإن نكل المرتهن عن اليمين، فعلى من ترد اليمين؟ فيه طريقان، **أحدهما**: ترد على الراهن. وإن نكل، فهل ترد على المجني عليه؟ فيه قولان، كما قلنا في غرماء الميت. ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على المجني عليه أولاً، فإن نكل فهل ترد على الراهن؟ على قولين، لأن المجني عليه يثبت الحق لنفسه، وغرماء الميت يثبتون الحق للميت].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا، فقال الراهن: أعتقته بإذنك، وأنكر المرتهن الإذن، فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن. فإن نكل عن اليمين حلف الراهن، وإن نكل الراهن فهل ترد على العبد؟ فيه طريقان، **أحدهما**: أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت. قال في الجديد: لا ترد، لأنه غير المتراهنين فلا ترد عليه اليمين. وقال في القديم: ترد، لأنه يثبت لنفسه حقاً باليمين. ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على العبد قولاً واحداً، لأن العبد يثبت باليمين حقاً لنفسه وهو العتق خلاف غرماء الميت.

فصل

وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن فأتت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن، ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد. وإن اختلفا في الإذن أو في الولد أو في مدة الحمل، فأنكر المرتهن شيئاً من ذلك، فالقول قوله، لأن الأصل في هذه الأشياء العدم.

فصل

فإن كان عليه ألف برهن وألف بغير رهن، فدفع إليه ألفاً ثم اختلفا، نظرت: فإن اختلفا في اللفظ فادعى المرتهن أنه قال: هي عن الألف التي لا رهن بها، وقال الراهن: بل قلت هي عن الألف التي بها الرهن، فالقول قول الراهن، لأنه منه ينتقل إلى المرتهن، فكان القول قوله في صفة النقل. وإن اختلفا في النية فقال الراهن: نويت أنها عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: بل نويت أنها عن الألف التي لا رهن بها، فالقول قول الراهن لما ذكرناه في اللفظ، ولأنه أعرف بنيته. وإن دفع إليه الألف من غير لفظ ولا نية، ففيه وجهان: قال أبو إسحاق: يصرفه إلى ما شاء منهما، كما لو طلق إحدى المرأتين. وقال أبو علي بن أبي هريرة: يجعل بينهما نصفين، لأنهما استويا في الوجوب فصرف القضاء إليهما.

فصل

وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الألف ثم اختلفا، نظرت: فإن اختلفا في اللفظ، فادعى الراهن أنه قال: أبرأتك عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: بل قلت أبرأتك من الألف التي لا رهن بها، فالقول قول المرتهن، لأنه هو الذي يبرىء، فكان القول في صفة الإبراء قوله. فإن اختلفا في النية، فقال الراهن: نويت الإبراء عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: نويت الإبراء عن الألف التي لا رهن بها، فالقول قول

المرتهن لما ذكرناه في اللفظ، ولأنه أعرف بنيته. فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحاق، وجعل بينهما في قول أبي علي بن أبي هريرة.

فصل

وإن ادعى المرتهن هلاك الرهن فالقول قوله مع يمينه، لأنه أمين فكان القول قوله في الهلاك كالمودع. وإن ادعى الرد لم يقبل قوله، لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر. فصل وإن كان الرهن على يد عدل قد وكل في بيعه فاختلفا في النقد الذي يبيع به، باعه بنقد البلد. فإن كان في البلد نقدان متساويان، باع بما هو أنفع للراهن، لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن، فوجب به البيع. فإن كانا في النفع واحداً، فإن كان أحدهما من جنس الدين باع به، لأنه أقرب إلى المقصود وهو قضاء الدين. فإن لم يكن واحد منهما من جنس الدين، باع بأيهما شاء، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ثم يصرف الثمن جنس الدين].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

❋ ❋ ❋

باب التفليس

قال المصنف رحمه الله تعالى: [إذا كان على رجل دين، فإن كان مؤجلاً لم يجز مطالبته، لأنا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل. فإن أراد سفراً قبل محل الدين لم يكن للغريم منعه. ومن أصحابنا من قال: إن كان السفر مخوفاً كان له منعه، لأنه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه. والصحيح هو الأول، لأنه لاحق له عليه قبل محل الدين. وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه قبل المحل، كما يجوز في الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب. وإن قال: أقم لي كفيلاً بالمال لم يلزمه،

لأنه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل، كما لو لم يرد السفر. وإن كان الدين حالاً نظرت: فإن كان معسراً لم يجز مطالبته لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[1]. ولا يملك ملازمته، لأن كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالمؤجل. فإن كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه لم يجبر على ذلك، لأنه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة. وإن كان موسراً جازت مطالبته لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب إنظاره. فإن لم يقضه ألزمه الحاكم. فإن امتنع، فإن كان له مال ظاهر باعه عليه، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه أن يقال سبق الحاج فادّان معرضاً فأصبح وقد رين به، فمن له دين فليحضر فإنا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه. وإن كان له مال كتمه حبسه وعزّره حتى يظهره. فإن ادعى الإعسار نظرت: فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم المال. فإن عرف له مال لم يقبل قوله أنه معسر إلا ببينة، لأن الأصل بقاء المال. فإن قال: غريمي يعلم أني معسر أو أن مالي هلك فحلفوه حلف، لأن ما يدعيه محتمل. فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين. فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل إلا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله، لأن الهلاك يدركه كل أحد، والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه. فإن أقام البينة على الإعسار وادعى الغريم أن له مالاً باطناً فطلب اليمين عليه ففيه قولان، **أحدهما**: لا يحلف، لأنه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف، كما لو ادعى ملكاً وأقام عليه البينة. و**الثاني**: يحلف، لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب، كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه. وإن وجد في يده مال فادعى أنه لغيره نظرت: فإن كذبه المقر له بيع في الدين، لأن الظاهر أنه له. وإن صدقه سلم إليه. فإن

---

(١) البقرة: ٢٨٠.

قال الغريم: أحلفوه لي أنه صادق في إقراره ففيه وجهان، **أحدهما**: يحلف، لأنه يحتمل أن يكون كاذباً في إقراره. و**الثاني**: لا يحلف وهو الصحيح، لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الإقرار، ولو رجع عن الإقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين].

الشرح: خبر عمر رضي الله عنه، رواه مالك في الموطأ والدارقطني وابن أبي شيبة والبيهقي وعبدالرزاق[1].

أما لغات الفصل: فإن الفلس مأخوذ من الفلوس وهو أخس مال الرجل، لأن أقل صنوف النقود هو الفلس. قال في المصباح: وبعضهم يقول أفلس الرجل أي صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم فهو مفلس والجمع مفاليس، وحقيقته الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر، وفلّسه القاضي تفليساً نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلساً. والفلس الذي يتعامل به جمعه في القلة أفلس وفي الكثرة فلوس. ومن هنا كان المفلس هو الذي يملك مالاً تافهاً. وفي اصطلاح الفقهاء من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله. وقوله الأسيفع تصغير أسفع والأنثى سفعاء، والسفعة سواد مشرب بحمرة. وقوله: «فادان معرضاً» أي أنه يتعرض للناس فيستدين ممن أمكنه ويشتري به الإبل الجياد ويروح في الحج فيسبق الحجاج. وقوله: «فأصبح قد رين به» يقال رين بالرجل إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به.

---

(١) أخرجه مالك في الوصية: باب جامع القضاء وكراهيته (٢/٧٧٠) عن عمر بن عبدالرحمن بن دلاف المزني عن أبيه أن رجلاً من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج، فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: «أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ألا وإنه قد دان معرضاً فأصبح قد رين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم وإياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب». وأخرجه البيهقي (٦/٤٩) من طريق مالك. ووصله الدارقطني في العلل (٢/١٤٧) من طريق زهير بن معاوية عن عبيد الله بن عمر عن عمر بن عبدالرحمن بن عطية بن دلاف عن أبيه عن بلال بن الحارث عن عمر ثم قال: والقول قول زهير ومن تابعه.

أما الأحكام: فإذا كان على الرجل دين فلا يخلو إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً. فإن كان حالاً، فإن كان معسراً لم تجز مطالبته لقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، ولا يجوز لغريمه ملازمته، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة: ليس للغريم مطالبته ولكن له ملازمته فيسير معه حيث سار ويجلس معه حيث جلس، إلا أنه لا يمنعه من الاكتساب، وإذا رجع إلى داره فإن أذن لغريمه بالدخول معه دخل معه، وإن لم يأذن له بالدخول كان للغريم منعه من الدخول. دليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فأمر بإنظار المعسر، فمن قال إنه يلازمه خالف ظاهر الآية. وروي أن رجلاً ابتاع ثمرة فأصيب بها فقال النبي ﷺ: «**تصدقوا عليه**» فتصدقوا عليه فلم يف بما عليه، ثم قال: «**تصدقوا عليه**» فتصدقوا عليه، فلم يف بما عليه، فقال النبي ﷺ لغرمائه: «**خذوا ما وجدتم ما لكم غيره**»[1] وهذا نص. فإن كان الذي عليه الدين يحسن صنعة لم يجبر على الاكتساب بها ليحصل ما يقضي به دينه، وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة أهل العلم. وقال أحمد واسحاق بن راهويه: يجبر على الاكتساب لقضاء الدين، وبه قال عمر بن عبدالعزيز وغيره. دليلنا الحديث السابق حيث لم يأمره بالاكتساب لهم.

فإن كان موسراً جازت مطالبته، فإن لم يقضه أمره الحاكم بالقضاء. فإن لم يفعل، فإن كان له مال ظاهر باع الحاكم عليه ماله وقضى الغريم، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يبيع ماله عليه، ولكن يحبسه حتى يقضي الدين بنفسه. دليلنا أثر عمر الذي ذكره المصنف[2].

وإن كتم ماله وأخفاه عزره الحاكم وحبسه إلى أن يظهر ماله، والدليل

---

(١) أخرجه مسلم بنحوه في المساقاة (١٠/٢١٨) وأبو داود في البيوع (٣/٧٤٥) وكذا النسائي (٧/٢٦٥) فيه، وابن ماجه في الأحكام (٢/٧٨٩) والترمذي في الزكاة (٤/٤٤) من رواية أبي سعيد الخدري.

(٢) ويستدل له أيضاً بحديث أبي سعيد الخدري وحديث معاذ بن جبل وسيأتي عند المصنف في الفصل الآتي.

عليه قوله ﷺ: «**لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته**» رواه الشيخان وأبو داود والنسائي وغيرهم عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ[1]، قال وكيع: عرضه شكايته، وعقوبته حبسه. قلت: لم يرد أن يقذفه أو يطعن في نسبه إنما يوصف بالظلم والعدوان. وقوله: «**ليّ الواجد**» الليّ: المطل، يقال: لويته ألويه ليّاً.

وإن كان الدين مؤجلاً لم يجز مطالبته به قبل حلول الأجل.

وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن ركبته الديون ورفعه الغرماء إلى الحاكم وسألوه أن يحجر عليه، نظر الحاكم في ماله، فإن كان له مال يفي بالديون لم يحجر عليه، لأنه لا حاجة به إلى الحجر، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه. فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع ماله عليه، لما روى عبدالرحمن بن كعب بن مالك قال: «كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين، فكلّم النبي ﷺ غرماءه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء». وروى كعب بن مالك «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ وباع عليه ماله». وإن كان ماله يفي بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس، بأن زاد خرجه على دخله ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يحجر عليه، لأنه مليء بالدين فلا يحجر عليه، كما لو لم يظهر فيه أمارة الفلس. و**الثاني**: يحجر عليه، لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء].

---

(١) ذكره البخاري في الاستقراض: باب لصاحب الحق مقال (٥/٦٢) معلقاً ولم يخرجه مسلم، ووصله أبو داود في الأقضية (٤٥ ـ ٤/٤٦) وابن ماجه في الصدقات (٢/٨١١) والنسائي في البيوع (٧/٣١٦)، وحسن إسناده الحافظ في الفتح، وحسنه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٨٦.

الشرح: حديث عبدالرحمن بن كعب بن مالك روي متصلاً، أخرجه الدارقطني والبيهقي والحاكم وصححه من طريق كعب بن مالك أبي عبدالرحمن[1]. أما مرسل عبدالرحمن الوارد في الفصل: فقد أخرجه أبو داود وعبد الرزاق[2]. قال عبد الحق: المرسل أصح، وقال ابن الطلاع في الأحكام: هو حديث ثابت.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

وقوله: «فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع ماله عليه» هذا مذهبنا، وبه قال مالك ومحمد وأبو يوسف. وقال أبو حنيفة: لا يحجر عليه ولا يبيع عليه ماله، بل يحبسه حتى يقضي ما عليه. دليلنا حديث معاذ وحديث أبي سعيد في الرجل الذي أصيب في ثمار ابتاعها، وقد سبق.

قال المصنف رحمه الله: [والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة. فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه. فإن اقترض أو اشترى في ذمته شيئاً صح، لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت في ذمته. ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء في ماله، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة، وأن ديون الغرماء متعلقة بماله، وإن لم يعلم فقد فرط حين دخل في معاملته على غير بصيرة، فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر. فإن تصرف في المال بالبيع والعتق ففيه قولان، **أحدهما**: أنه صحيح موقوف، لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف في المال كالحجر على المريض. و**الثاني**: لا يصح. وهو الصحيح، لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع من التصرف في المال كالحجر على السفيه. ويخالف حجر المريض، لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت، وهاهنا حقوق الغرماء تعلقت

---

(١) أخرجه البيهقي في التفليس (٦/٤٨) والدارقطني (٢٣٠ ـ ٤/٢٣١) مختصراً والحاكم (٣/٢٧٣) وقال: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل، كما ذكر الحافظ ابن حجر في التلخيص: كتاب التفليس (٣/٤٤)، والبيهقي (٦/٤٨).

بماله في الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون. فإن قلنا: يصح تصرفه، وقف: فإن وفَّى ماله بالدين نفذ تصرفه، وإن لم يف فسخ، لأنا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما يقضي به الدين، فإذا عجز فسخ كما نقول في هبة المريض. قال أصحابنا: وعلى هذا ينقض من تصرفه الأضعف فالأضعف، فأضعفها: الهبة، لأنه لا عوض فيه؛ ثم البيع لأنه يلحقه الفسخ؛ ثم العتق لأنه أقوى التصرفات. ويحتمل عندي أنه: يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف. وقوله: «يفسخ الآخر فالآخر من تصرفه» أي سواء كان عتقاً أو هبة أو غيرهما، كما قلنا في تبرعات المريض المنجزة إذا عجز عنها الثلث فإنه ينقض الآخر فالآخر.

قال المصنف رحمه الله: [قال الشافعي رحمه الله: ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله إجازة البيع ورده. فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره وقال: له أن يفعل ما يشاء، لأن الحجر إنما يؤثر في عقد مستأنف وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه. وقال أبو إسحاق: إن كان الحظ في الرد لم يجز وإن كان في الإجازة لم يرد، لأن الحجر يقتضي طلب الحظ فإذا طرأ في بيع الخيار أوجب طلب الحظ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن فإن الولي لا يفعل إلا ما فيه الحظ من الرد والإجازة. ومن أصحابنا من قال: إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يجب الرد وإن كان الحظ في الرد، لأن الملك قد انتقل فلا يكلف رده، وحمل قول الشافعي رحمه الله على هذا القول. وإن قلنا: إن المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد إن كان الحظ في الرد، لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وهب هبة تقتضي الثواب، وقلنا: إن الثواب مقدر بما يرضى به الواهب، ثم أفلس فله أن يرضى بما شاء، لأنا

لو ألزمناه أن يطلب الفضل لألزمناه أن يكتسب، والمفلس لا يكلف الاكتساب].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الإقرار في حقه. وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان، **أحدهما**: لا يلزم، لأنه متهم لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقربه به ويرد عليه. و**الثاني**: أنه يلزمه، وهو الصحيح، لأنه حق يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم في حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة. وإن ادعى عليه رجل مالاً وأنكر ولم يحلف وحلف المدعي، فإن قلنا إن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء في المال. وإن قلنا كالإقرار، فعلى القولين في الإقرار. وإن أقر لرجل بعينٍ لزمه الإقرار قي حقه. وهل يلزم في حق الغرماء؟ فيه قولان، **أحدهما**: لا يلزم. و**الثاني**: يلزم وتسلم العين إلى المقر له. ووجه القولين ما ذكرناه في الإقرار بالدين].

الشرح: إذا أقر المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر، وصادقه المقر له وكذبه الغرماء، تعلق الدين بذمته قولاً واحداً. وهل يقبل إقراره في حق الغرماء؟ فيه قولان: ذكرهما المصنف بدليلهما. وإن كان في يد المفلس عين وقال هذه العين عارية عندي لفلان أو وديعة، فهل يقبل إقراره في حق الغرماء؟ على القولين، والصحيح منهما: أنه يقبل إقراره فيها على الغرماء وتسلم العين إلى المقر له. قال الشيخ أبو حامد: وقد شنّع الشافعي رحمه الله على القول الأول وقال: من قال بهذا أدى إلى أن القصار (أي الحائك أو الخياط) إذا أفلس وعنده ثياب لقوم فأقر أن هذا الثوب لفلان فلا يقبل منه، وهذا لا سبيل إليه.

وإن ادعى رجل على المفلس بدين في ذمته أو عين في يده فجحده، فإن أقام المدعي بينة شارك الغرماء بالدين وأخذ العين. وإن لم يقم بينة فالقول قول المفلس مع يمينه، فإن حلف له انصرف المدعي، وإن نكل المفلس عن اليمين فحلف المدعي، فهل يشارك الغرماء في الدين ويأخذ

العين؟ فيه طريقان، الطريق الأول ذكره المصنف. والطريق الثاني قاله ابن الصباغ وهو: أنه يشارك الغرماء قولاً واحداً كما لو ثبت ذلك بالبينة والله تعالى أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [وإن جنى على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الأرش من المال، لأنه حق لزمه بغير رضى من له الحق فوجب قضاؤه من المال. وإن جني عليه جناية توجب المال تعلق حق الغرماء بالأرش كما يتعلق بسائر أمواله.

فصل وإن ادعى على رجل مالاً وله شاهد، فإن حلف استحق وتعلق به حق الغرماء. وإن لم يحلف، فهل تحلف الغرماء أم لا؟ قال في التفليس: لا يحلفون. وقال في غرماء الميت إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان، **أحدهما**: يحلفون. و**الثاني**: لا يحلفون. فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت إلى غرماء المفلس فجعل فيهما قولين **أحدهما**: يحلفون، لأن المال إذا ثبت استحقوه. و**الثاني**: لا يحلفون، لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز. ومن أصحابنا من قال: لا تحلف غرماء المفلس، وفي غرماء الميت قولان، لأن الميت لم يمتنع من اليمين فحلف غرماؤه. والمفلس امتنع من اليمين فلم تحلف غرماؤه. ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت فحلفوا، وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا.

وإن حجر عليه وعليه دين مؤجل، فهل يحل؟ فيه قولان، **أحدهما**: يحل، لأن الدين تعلق بالمال فحل الدين المؤجل كما لو مات. و**الثاني**: لا يحل، وهو الصحيح، لأنه يملك التصرف في الذمة فلم يحل عليه الدين كما لو لم يحجر عليه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ويرجع إلى الكسب لقوله ﷺ: «**ابدأ بنفسك ثم بمن تعول**» فقدم حق نفسه على حق العيال وهو دين، فدل على أنه

يقدم على كل دين. ويكون الطعام على ما جرت به عادته. ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف، لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت. فإن كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف، لأنهم يجرون مجراه في النفقة والكسوة. ولا تترك له دار ولا خادم، لأنه يمكنه أن يكتري داراً يسكنها وخادماً يخدمه. وإن كان له كسب جعلت نفقته في كسبه، لأنه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته، وهو يكتسب ما ينفق].

الشرح: حديث «**ابدأ بنفسك ثم بمن تعول**» رواه الطبراني عن حكيم بن حزام رضي الله عنه[1].

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله تعالى: [وإذا أراد الحاكم بيع ماله فالمستحب أن يحضره، لأنه أعرف بثمن ماله. فإن لم يكن من يتطوع بالنداء استؤجر من ينادي عليه من سهم المصالح، لأن ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان في الأسواق. فإن لم يكن سهم المصالح اكترى من مال المفلس، لأنه يحتاج إليه لإيفاء ما عليه فكان عليه. ويقدم على سائر الديون، لأن في ذلك مصلحة له. ويباع كل شيء في سوقه، لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع، ومن يطلب السلعة في السوق أكثر. ويبدأ بما يسرع إليه الفساد، لأنه إذا أخر ذلك هلك وفي ذلك إضرار، وقد قال ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**». ثم بالحيوان، لأنه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف. ويتأنى بالعقار، لأنه إذا تأنى به كثر من يطلبه. ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام، لأن فيما زاد إضراراً بالغرماء في تأخير حقهم. فإن كان في المال رهن أو عبد، تعلق الأرش برقبته، بيع في حق المرتهن والمجني عليه، لأن حقهما يختص بالعين فقدّم. وإن بيع له متاع وقبض ثمنه فهلك الثمن واستحق المبيع، رجع المشتري بالعهدة في مال المفلس. وهل يقدم على سائر

---

(١) سبق تخريجه.

الغرماء؟ روى المزني: أنه يقدم. وروى الربيع أنه أسوة الغرماء. فمن أصحابنا من قال: فيه قولان، **أحدهما**: يقدم، لأن في تقديمه مصلحة فإنه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفاً من الاستحقاق، فإذا قدم رغبوا في شراء ماله. و**الثاني**: أنه أسوة الغرماء، لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضى من له الحق فضرب به مع الغرماء كأرش الجناية. ومنهم من قال: إن لم يفك الحجر عنه قدم لأن فيه مصلحة له، وإن فك الحجر عنه كان كسائر الغرماء، وحمل رواية الربيع على هذا].

الشرح: حديث «**لا ضرر ولا ضرار**» مضى تخريجه.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف. وقوله: «وإن بيع له متاع وقبض ثمنه فهلك الثمن واستحق المبيع» مراده: أن الحاكم إن نصّب عدلاً لبيع مال المفلس وقبض ثمنه ثم تلف في يده من غير تفريط تلف من ضمان المفلس، لأن العدل أمين له. فإن باع العدل شيئاً من مال المفلس وقبض ثمنه، ثم أتى رجل ادعى على المشتري أن العين التي اشتراها ملكه، وأقام بينة على ذلك أخذها من يد المشتري. فإن كان الثمن باقياً في يد العدل رجع به إلى المشتري، وإن كان المال قد تلف في يد العدل من غير تفريط رجع المشتري بالعهدة في مال المفلس.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان في الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ووجد عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره، فهو بالخيار بين أن يترك و يضرب مع الغرماء بالثمن، وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء**». وهل يفتقر إلى إذن الحاكم؟ فيه وجهان: قال أبو إسحاق: لا يفسخ إلا بإذن الحاكم، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة. وقال أبو القاسم الداركي: لا يفتقر إلى الحاكم، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد. فإن حكم حاكم بالمنع من الفسخ، فقد قال أبو سعيد الإصطخري:

ينقض حكمه، لأنه حكم مخالف لنص السنة. ويحتمل ألا ينقض، لأنه مختلف فيه فلم ينقض. وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي؟ فيه وجهان، **أحدهما**: أنه على التراخي، لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فكان على التراخي كخيار الرجوع في الهبة. و**الثاني**: أنه على الفور، لأنه خيار ثبت لنقص في العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب. وهل يصح الفسخ بالوطء في الجارية؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يصح كما يصح الفسخ بالوطء في خيار الشرط. و**الثاني**: أنه لا يصح، لأنه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطء. وإن قال الغرماء: نحن نعطيك الثمن ولا نفسخ لم يسقط حقه من الفسخ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببدل العوض، كالمشتري إذا وجد بالسلعة عيباً وبذل له البائع الأرش].

الشرح: الحديث رواه الشيخان[1].

وأما الأحكام فإذا كان في الغرماء من باع من المفلس قبل الإفلاس ولم يقبض الثمن ووجد عين ماله على صفته خالياً من حق غيره، فالبائع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يرجع في عين ماله، وبه قال عثمان وعلي وأبو هريرة رضي الله عنهم ومن التابعين عروة بن الزبير ثم مالك والأوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وأحمد. وخالفنا الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة فقالوا: هو أسوة الغرماء. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ففيه وجهان، **أحدهما**: أن له أن يفسخ، لأنه باعه قبل وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ، كما لو تزوجت امرأة بفقير ثم أعسر بالنفقة. و**الثاني**: أنه ليس له أن يفسخ، لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته فسقط خياره، كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها].

الشرح: إذا اشترى المفلس عيناً بعد أن حجر عليه بثمن في ذمته،

---

(١) أخرجه البخاري في الاستقراض (٥/٦٢) ومسلم في المساقاة (١٠/٢٢١).

فقد ذكرنا أن شراءه صحيح، وهل يثبت للبائع الرجوع إلى عين ماله؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه رجع بحصة ما بقي من الثمن، لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن، رجع في بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن. وإن كان المبيع عبدين متساويي القيمة وباعهما بمائة وقبض من الثمن خمسين، ثم مات أحد العبدين وأفلس المشتري، فالمنصوص في التفليس: أنه يأخذ الباقي بما بقي من الثمن. ونص في الصداق: إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما ثم طلقها قبل الدخول على قولين، **أحدهما: أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق، مثل قوله في التفليس**.

والثاني: أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف. فمن أصحابنا من نقل هذا القول إلى البيع وقال: فيه قولان **أحدهما**: أنه يأخذ نصف الموجود ويضرب مع الغرماء بنصف ثمن التالف، وهو اختيار المزني رحمه الله، لأن البائع قبض الخمسين من ثمنهما وما قبض من ثمنه لا يرجع به. و**الثاني**: أنه يأخذ الموجود بما بقي، لأن ما أخذ جميعه لدفع الضرر إذا كان باقياً أخذ الباقي إذا هلك بعضه كالشقص في الشفعة.

ومن أصحابنا من قال: يأخذ البائع الموجود بما بقي من الثمن قولاً واحداً، وفي الصداق قولان. والفرق بينهما أن البائع إذا رجع بنصف الموجود ونصف بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه، لأن غريمه مفلس، والزوج إذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمة التالف وصل إلى جميع حقه، لأن الزوجة موسرة فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به، لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه. فإن أمكن أن يقضي حق المرتهن ببيع بعضه، بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقي، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان المبيع شقصاً تثبت فيه الشفعة، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: أن الشفيع أحق، لأن حقه سابق فإنه يثبت بالعقد، وحق البائع ثبت بالحجر فقدم حق الشفيع. و**الثاني**: أن البائع أحق، لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر عنه وحده وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما، لأن البائع يرجع إلى عين ماله، والشفيع يتخلص من المشتري فيزول الضرر عنهما. والثالث: أنه يدفع الشقص إلى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه ويدفع إلى البائع، لأن في ذلك جمعاً بين الحقين، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما].

الشرح: الشقص: الطائفة من الشيء، والجمع أشقاص مثل حمل وأحمال.

وأما الأحكام: فإنه إذا اشترى رجل شقصاً من دار أو أرض فثبت فيه الشفعة فأفلس المشتري، وحجر عليه قبل أن يأخذ الشفيع، فهل البائع أحق بالشقص أم الشفيع؟ فيه ثلاثة أوجه ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان المبيع صيداً والبائع محرم لم يرجع فيه، لأنه تمليك صيد فلم يجز مع الإحرام كشراء الصيد].

الشرح: إذا باع صيداً ثم أحرم وأفلس المشتري لم يكن للبائع أن يرجع في الصيد كما لا يجوز أن يبتاعه.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل، وقلنا: إن الدين المؤجل لا يحل، وديون الغرماء حالة، فالمنصوص: أنه يباع المبيع في الديون الحالة، لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل. ومن أصحابنا من قال: لا يباع بل يوقف إلى أن يحل فيختار البائع الفسخ أو الترك، وإليه أشار في الإملاء، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون في حقه بدين مؤجل، فلا يباع في الديون الحالة].

الشرح: إذا اشترى رجل أعياناً بأثمان مؤجلة فحجر على المشتري

بديون حالة عليه، وكانت الأعيان التي اشتراها بالمؤجل باقية في يده، فإن قلنا إن الدين المؤجل لا يحل بالحجر، فما الحكم في العيان التي اشتراها بالأثمان المؤجلة؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف، المنصوص منهما: أنها تباع وتفرق أثمانه على أصحاب الديون، لأنها حقوق حالة فقدمت على الديون المؤجلة، وتبقى الديون في ذمته إلى الأجل، فإذا أيسر طالبوه وإلا كانت في ذمته إلى أن يوسر.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجد المبيع وقد باعه المشتري ورجع إليه، ففيه وجهان، **أحدهما**: أن له أن يرجع فيه، لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره فأشبه إذا لم يبعه. و**الثاني**: لا يرجع، لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجد المبيع ناقصاً نظرت: فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبدين تلف أحدهما أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقي بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف، لأن البائع يستحق المبيع في يد المفلس بالثمن كما يستحق المشتري المبيع في يد البائع بالثمن، ثم المشتري إذا وجد أحد العينين في يد البائع والآخر هالكاً كان بالخيار بين أن يترك الباقي ويطالب بجميع الثمن، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف، فكذلك البائع. وإن كان المبيع نخلاً مع ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة، قوّم النخل مع الثمرة ثم يقوّم بلا ثمرة ويرجع بما بينهما من الثمن. وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض. فإن كانت قيمته وقت العقد أقل قوّم وقت العقد، لأن الزيادة حدثت في ملك المشتري فلا تقوّم عليه. وإن كانت في وقت القبض أقل قوّم في وقت القبض، لأن ما نقص لم يقبضه المشتري فلم يضمنه.

فإن كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهاب يد وتأليف دار نظرت: فإن لم يجب لها أرش بأن أتلفها المشتري أو ذهبت بآفة سماوية،

فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن، وبين أن يتركه ويضرب بالثمن مع الغرماء. كما نقول فيمن اشترى عبداً فذهبت يده أو داراً فذهب تأليفها في يد البائع، فإن المشتري بالخيار بين أن يأخذه بالثمن، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن. فإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبي، فالبائع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن، لأن الأرش في مقابلة جزء كان البائع يستحقه، فاستحق ما يقابله. كما نقول فيمن اشترى عبداً فقطع الأجنبي يده أنه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن، وبين أن يأخذه ويطالب الجاني بالأرش. غير أن المشتري يرجع على الجاني بقيمة اليد لأنها تلفت في ملكه فوجب له البدل، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن لأنها تلفت في ملك المفلس فوجب الأرش له، فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن، لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن. فإن كان المبيع نخلاً عليه طلع غير مؤبر فهلكت الثمرة ثم أفلس بالثمن فرجع البائع في النخل، ففيه وجهان، **أحدهما**: يأخذها بجميع الثمن، لأن الثمرة تابعة للأصل في البيع فلم يقابلها قسط من الثمن. و**الثاني**: يأخذها بقسطها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء، لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين].

الشرح: قول المصنف: «أو داراً ذهب تأليفها» أي صارت غير مألوفة لما طرأ عليها من تصدع أو وحشة.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجد المبيع زائداً نظرت: فإن كانت زيادة غير متميزة كالسمن والكبر، واختار البائع الفسخ، رجع في المبيع مع الزيادة، لأنها زيادة لا تتميز فتبعت الأصل في الرد كما قلنا في الرد بالعيب. وإن كان المبيع حباً فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً أو بيضاً فصار فرخاً ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يرجع به، لأن الفرخ غير البيض والزرع غير الحب. و**الثاني**: يرجع، وهو المنصوص، لأن الفرخ والزرع عين المبيع وإنما تغيرت صفته، فهو كالودي إذا صار نخلاً والجدي إذا صار شاة. وإن

كانت الزيادة متميزة نظرت: فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار رجع فيه دون الزيادة، لأنه نماء ظاهر متميز حدث في ملك المشتري فلم يتبع الأصل في الرد كما قلنا في الرد بالعيب. فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع، وإن اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك، لأنه ملك أحدهما وحق الآخر. وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها وجب القطع، لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه فلا يؤخر بغير رضاه. وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه قولان. روى الربيع: أنه يرجع في النخل دون الطلع، لأن الثمرة ليست عين ماله فلم يرجع بها. وروى المزني: أنه يرجع، لأنه يتبع الأصل في البيع فتبعه في الفسخ كالسمن والكبر. فإذا قلنا بهذا فأفلس وهو غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يرجع في الثمرة، لأنها أبرت وهي في ملك المفلس. فإن اختلف البائع والمفلس، فقال البائع: رجعت فيه قبل التأبير فالثمرة لي. وقال المفلس: رجعت بعد التأبير فالثمرة لي. فالقول قول المفلس مع يمينه، لأن الأصل بقاء الثمرة على ملكه. فإن لم يحلف المفلس، فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان، وقد مضى دليلهما. فإن كذبوه فحلف واستحق وأراد أن يفرقه على الغرماء ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه لا يلزمهم قبوله، لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق. و**الثاني**: يلزمهم قبوله أو الإبراء من الدين، وعليه نص في المكاتب إذا حمل إلى المولى نجماً فقال المولى: هو حرام، أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه منه. فإن صدقه بعضهم وكذبه البعض، فقد قال الشافعي رحمه الله: يفرق ذلك فيمن صدقه دون من كذبه. فمن أصحابنا من قال: لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه، لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه. وقال أبو إسحاق: إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز، كما يجوز إذا كذبوه. وحمل قول الشافعي رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدقه. وإن قال البائع: رجعت قبل التأبير فالثمرة لي، فصدقه المفلس وكذبه الغرماء ففيه قولان، **أحدهما**: يقبل قول المفلس لأنه غير متهم. و**الثاني**: لا يقبل، لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل إقراره فيه. فإذا قلنا بهذا، فهل يحلف الغرماء؟ فيه طريقان. من أصحابنا من قال: هي

على القولين، كما قلنا في القسم قبله. ومنهم من قال: يحلفون قولاً واحداً، لأن اليمين هاهنا توجهت عليهم ابتداء وفي القسم قبله اليمين على المفلس، فلما نكل نقلت إليهم].

الشرح: قوله: «كالودي» بفتح الواو وكسر الدال بعدها ياء مشددة: صغار الفسيل الواحدة ودية.

وأما الأحكام، فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان المبيع جارية فحبلت في ملك المشتري نظرت: فإن أفلس بعد الوضع، رجع في الجارية دون الولد كما قلنا في الرد بالعيب. ولا يجوز التفريق بين الأم والولد، فإما أن يزن البائع قيمة الولد فيأخذه مع الأم، أو تباع الأم والولد فيأخذ البائع ثمن الأم ويأخذ المفلس ثمن الولد. ومن أصحابنا من قال: إما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الأم، وإما أن يسقط حقه من الرجوع. والمذهب: الأول، لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره فثبت له الرجوع.

وإن أفلس قبل الوضع، فإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فيهما لأنه كالسمن. وإن قلنا: إن الحمل له حكم، رجع في الأم دون الحمل، لأنه كالحمل المنفصل. فإن باعها وهي حبلى ثم أفلس المشتري نظرت: فإن أفلس قبل الوضع رجع فيهما. وإن أفلس بعد الوضع، فإن قلنا: للحمل حكم، رجع فيهما، لأنهما كعينين باعهما. وإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع في الأم دون الحمل، لأنه نماء تميز من ملك المشتري فلم يرجع فيه البائع. ولا يفرق بين الأم والولد على ما ذكرناه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشتري أو ثوباً فقصره ثم أفلس نظرت: فإن لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه، ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر عمله، لأن عمله قد استهلك ولم يظهر له أثر. وإن زادت قيمته، بأن كانت قيمته عشرة فصارت قيمته خمسة عشر، ففيه قولان **أحدهما**:

أن البائع يرجع فيه ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر ما عمل فيه، وهو قول المزني، لأنه لم يضف إلى المبيع عيناً وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة، وفي القصارة أظهر بياضاً كان كامناً في الثوب، فلم يصر شريكاً للبائع في العين، كما لو كان المبيع غلاماً فعلمه أو حيواناً فسمنه. و**الثاني**: أن المشتري يكون شريكاً للبائع بقدر ما زاد بالعمل ويكون حكم العمل حكم العين، وهو الصحيح، لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكاً، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه. ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الأجرة، كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن، فدل على أن العمل كالعين، بخلاف كسر الجوز وتعليم الغلام وتسمين الحيوان، فإن الأجير في هذه الأشياء لا يملك حبس العين لقبض الأجرة. فعلى هذا يباع الثوب، فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء، والثلثان إلى البائع. وإن كان قد استأجر المشتري من قصّر الثوب وطحن الطعام ولم يدفع إليه الأجرة، دفع الأجرة إلى الأجير من ثمن الثوب، لأن الزيادة حصلت بفعله فقضى حقه من بدله.

فصل

وإن اشترى من رجل ثوباً بعشرة ومن آخر صبغاً بخمسة، فصبغ به الثوب ثم أفلس نظرت: فإن لم تزد ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة عشر، فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله. فإن اختار الرجوع، صار الثوب بينهما لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث. وإن نقص فصار قيمة الثوب اثني عشر، فقد وجد بائع الثوب عين ماله ووجد بائع الصبغ بعض ماله، لأن النقص دخل عليه بهلاك بعضه. فإن اختار الرجوع، كان لبائع الثوب عشرة، ولبائع الصبغ درهمان ويضرب بما هلك من ماله وهو ثلاثة مع الغرماء. وإن زاد فصار يساوي الثوب عشرين درهماً، بنينا على القولين في أن زيادة القيمة بالعمل كالعين أم لا. فإن قلنا: إنها ليست كالعين، حصلت الزيادة في مالهما، فيقسط بينهما على الثلث والثلثين، لصاحب الثوب الثلثان وصاحب الصبغ الثلث. وإن قلنا: إنها كالعين، كانت الزيادة للمفلس فيكون شريكاً للبائعين بالربع].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان المبيع أرضاً فبناها أو غرسها، فإن أنفق المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس، ثبت للبائع الرجوع في الأرض، لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره فجاز له الرجوع. فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس تسوية الأرض وأرش نقص إن حدث بها من القلع، لأنه نقص حصل لتخليص ماله، ويقدم ذلك على سائر الديون، لأنه يجب لإصلاح ماله فقدم كعلف البهائم وأجرة النقال. وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله ﷺ: «**ليس لعرق ظالم حق**» وهذا غرس وبناء بحق. فإن قال البائع: أنا أعطي قيمة الغراس والبناء وآخذه مع الأرض أو أقلع وأضمن أرش النقص، ثبت له الرجوع، لأنه يرجع في عين ماله من غير إضرار. وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع، وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص، فقد روى المزني فيه قولين، **أحدهما**: أنه يرجع. و**الثاني**: أنه لا يرجع. فمن أصحابنا من قال: إن كانت قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة الأرض فله أن يرجع لأن الغراس والبناء تابع فلم يمنع الرجوع. وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع، لأن الأرض صارت كالتبع للغراس والبناء، وحمل القولين على هذين الحالين. وذهب المزني وأبو العباس وأبو إسحاق: إلى أنها على قولين، **أحدهما**: يرجع، لأنه وجد عين ماله مشغولاً بملك المفلس فثبت له الرجوع، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المفلس بصبغ من عنده. و**الثاني**: لا يرجع، لأنه إذا رجع في الأرض بقي الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شرب فيدخل الضرر على المفلس، والضرر لا يزال بالضرر.

فإن قلنا: إنه يرجع، وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص وامتنع المفلس والغرماء من القلع، فهل يجبر البائع على البيع؟ فيه قولان، **أحدهما**: يجبر، لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين فوجب أن يباع كما يباع الصبغ مع الثوب وإن لم يكن الصبغ له، ويباع ولد المرهونة مع الرهن وإن لم يدخل في الرهن. و**الثاني**: لا يجبر، لأنه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء].

الشرح: حديث «**ليس لعرق ظالم حق**» أخرجه أبو داود والدارقطني والشافعي عن عروة بن الزبير عن النبي ﷺ مرسلاً. وأخرجه أحمد والترمذي، وحسنه وأعله بالإرسال، والنسائي وأبو داود من طريق سعيد بن زيد. ورجح الدارقطني إرساله أيضاً[1].

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان المبيع أرضاً فزرعها المشتري ثم أفلس واختار البائع الرجوع في الأرض جاز له، لأنه وجد عين ماله مشغولاً بما ينقل فجاز له الرجوع فيه، كما لو كان المبيع داراً وفيها متاع للمشتري. فإن رجع في الأرض نظرت في الزرع، فإن استحصد وجب نقله، وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان الحصاد من غير أجرة، لأنه زرعه في ملكه فإذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد من غير أجرة، كما لو زرع أرضه ثم باع الأرض].

الشرح: كلام المصنف في هذا الفصل مضى بيانه في الفصل قبله.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان المبيع من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان فخلطه بجنسه نظرت: فإن خلطه بمثله، كان للبائع أن يرجع، لأن عين ماله موجود من جهة الحكم ويملك أخذه بالقسمة. فإن رجع واتفقا على القسمة، قسم ودفع إليه مثل مكيلته. فإن طلب البائع البيع، فهل يجبر المفلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر، لأنه تمكن القسمة فلا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين. و**الثاني**: يجبر، لأنه إذا بيع وصل البائع إلى بدل ماله بعينه، وإذا قسم لم يصل إلى جميع ماله ولا إلى بدله. وإن خلطه بأردأ منه فله أن

---

(١) أخرجه مالك في الأقضية: باب القضاء في عمارة الموات (٢/٧٤٣) وقال: العرق الظالم كل ما احتفر أو أخذ أو غرس بغير حق، وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٤٥٤ ـ ٣/٤٥٥) عن عروة بن الزبير مرسلاً. ووصله أبو داود (٤٥٣ ـ ٣/٤٥٤) والترمذي في الأحكام (٣/٦٦٢) عن عروة عن سعيد بن زيد، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٦٣٨.

يرجع لأن عين ماله موجودة من طريق الحكم، فملك أخذه بالقسمة. وكيف يرجع؟ فيه وجهان: قال أبو إسحاق: يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما، لأنه إن أخذ مثل زيته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه، وإن أخذ أكثر من زيته كان رباً فوجب البيع. والثاني وهو المنصوص: أنه يأخذ مثل زيته بالكيل، لأنه وجد عين ماله ناقصاً فرجع فيه مع النقص، كما لو كان عين ماله ثوباً فحدث به عيب عند المشتري. فإن خلطه بأجود منه ففيه قولان، **أحدهما**: يرجع وهو قول المزني، لأنه وجد عين ماله مختلطاً بما لا يتميز عنه فأشبه إذا خلطه بمثله أو كان ثوباً فصبغه. و**الثاني**: أنه لا يرجع، لأن عين ماله غير موجود حقيقة، لأنه اختلط بما لا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكماً، لأنه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه. ويخالف إذا خلطه بمثله، لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته، ويخالف الثوب إذا صبغه، لأن الثوب موجود وإنما تغير لونه.

فإن قلنا: إنه يرجع، فكيف يرجع؟ فيه قولان، **أحدهما**: يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما، لأنه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل لأنه يأخذ أكثر من حقه، ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل لأنه ربا، فوجب البيع. و**الثاني**: يرجع من الزيت بقيمة مكيلته، فيكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أسلم إلى رجل في شيء وأفلس المسلم إليه وحجر عليه، فإن كان رأس المال باقياً، فله أن يفسخ العقد ويرجع إلى عين ماله، لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره فرجع إليه كالمبيع. وإن كان رأس المال تالفاً، ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه. فإن لم يكن في ماله الجنس المسلم فيه اشتري ودفع إليه، لأن أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز. وقال أبو إسحاق: إذا أفلس المسلم إليه، فللمسلم أن يفسخ العقد ويضرب مع الغرماء برأس المال، لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ، كما لو أسلم في الرطب فانقطع. والمذهب: أنه

لا يثبت الفسخ، لأنه غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالإفلاس، كما لو باعه عيناً فأفلس المشتري بالثمن والعين تالفة. ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب، لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم، وهاهنا الفسخ بالإفلاس، والفسخ بالإفلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله، وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أكرى أرضاً فأفلس المكتري بالأجرة، فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان المبيعة في البيع، ثم إذا أفلس المشتري والعين باقية ثبت له الفسخ، فكذلك إذا أفلس المكتري والمنافع باقية وجب أن يثبت له الفسخ. وإن أفلس وقد استوفى بعض المنافع وبقي البعض، ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى وفسخ فيما بقي، كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده أحدهما ثم أفلس، فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقي. فإن فسخ وفي الأرض زرع لم يستحصد نظرت: فإن اتفق الغرماء والمفلس على تبقيته بأجرة إلى وقت الحصاد، لزم المكري قبوله، لأنه زرع بحق وقد بذل له الأجرة لما بقي فلزمه قبولها. وإن لم يبذل له الأجرة، جاز له المطالبة بقطعه، لأن التبقية إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء، والضرر لا يزال بالضرر، وفي تبقيته من غير عوض إضرار بالمكري. وإن دعا بعضهم إلى القطع وبعضهم إلى التبقية نظرت: فإن كان الزرع لا قيمة له في الحال كالطعام في أول ما يخرج من الأرض لم يقطع، لأنه إذا قطع لم يكن له قيمة وإذا ترك صار له قيمة فقدم قول من دعا إلى الترك. وإن كان له قيمة كالقصيل الذي يقطع ففيه وجهان، **أحدهما**: يقدم قول من دعا إلى القطع، لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه فلم يؤخر. والثاني وهو قول أبي إسحاق: أنه يفعل ما هو أحظ. والأول أظهر].

الشرح: قوله: «القصيل» فعيل من القصل وهو القطع، وقصل الدابة علفها قصيلاً، والقصل ـ بفتحتين ـ في الطعام مثل الزوان، والقصالة بالضم ما يعزل من البر إذا نقي ثم يداس الثانية.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا قسم مال المفلس بين الغرماء، ففي حجره وجهان، **أحدهما**: يزول الحجر، لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق. **والثاني**: لا يزول إلا بالحاكم، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل إلا بالحاكم، كالحجر على المبذر].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ومن مات وعليه ديون تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته. فإن كان عليه دين مؤجل حلّ الدين بالموت، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل، فالذي عليه حال والذي له إلى أجله**»، ولأن الأجل جعل رفقاً بمن عليه الدين، والرفق بعد الموت أن يقضى دينه وتبرأ ذمته. والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «**نفس المؤمن مرتهنة في قبره بدينه إلى أن يقضى عنه**»].

الشرح: الحديثان اللذان رواهما ابن عمر رضي الله عنهما وأبو هريرة رضي الله عنه تكلم فيهما شيخنا النووي في كتاب الجنائز من المجموع وأطال ووفى[1].

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن تصرف الوارث في التركة قبل مضي الدين ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح، لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضى من له الحق كالمرهون. **والثاني**: يصح، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضى المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض. وإن قلنا: إنه يصح، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه، وإن لم يقض

---

(١) حديث أبي هريرة سبق تخريجه، وأما حديث ابن عمر فأخرجه الدارقطني (٤/٢٣٢).

فسخنا. وإن باع عبداً ومات وتصرف الوارث في التركة، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً فرده، أو وقع في بئر كان حفرها بهيمة، ففي تصرف الورثة وجهان، **أحدهما**: أنه يصح، لأنهم تصرفوا في ملك لهم لا يتعلق به حق أحد. و**الثاني**: يبطل، لأنهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة. فإن كان في غرماء الميت من باع شيئاً ووجد عين ماله، فإن لم تف التركة بالدين فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع في عين ماله، لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال في رجل أفلس: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ «**أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه**»[1]. فإن كانت التركة تفي بالدين ففيه وجهان، أحدهما وهو قول أبي سعيد الإصطخري رحمه الله: أن له أن يرجع في عين ماله لحديث أبي هريرة. و**الثاني**: لا يجوز أن يرجع في عين ماله، وهو المذهب، لأن المال يفي بالدين فلم يجز الرجوع في المبيع كالحي المليء. وحديث أبي هريرة قد روى فيه أبو بكر النيسابوري: «**وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء**»].

الشرح: إذا تصرف الوارث بالتركة أو ببعضها قبل قضاء الدين فهل يصح تصرفه؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف. فإن قلنا بصحة التصرف اشترطنا قضاء الدين، فيكون تصحيح التصرف موقوفاً على قضاء الدين. فإن باع عبداً ثم مات البائع ووجد المشتري بالعبد الذي اشتراه عيباً فرده، فإن كان الثمن باقياً بعينه استرجعه، وإن كان تالفاً رجع المشتري بالثمن في تركة الميت. وكذا إن حفر بئراً في طريق المسلمين ومات ثم وقع في تلك البئر بهيمة أو إنسان وجب ضمان ذلك في تركة الميت. فإن كان الوارث قد تصرف بالتركة قبل ذلك ففي صحة تصرفه وجهان ذكرهما المصنف. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر

---

(١) أخرجه البيهقي في التفليس (٦/٤٦) وله تتمة وهي «... **إلا أن يدع الرجل وفاء**».

دينه، لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه. وإن أكرى رجل داره سنة وقبض الأجرة وتصرف فيها ثم أفلس وقسم ماله بين الغرماء، ثم انهدمت الدار في أثناء المدة فإن المكتري يرجع على المفلس بأجرة ما بقي. وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يشاركهم، لأنه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا، كما لو استقرض مالاً بعد القيمة. و**الثاني**: يشاركهم، لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر فشارك به الغرماء، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة. ويخالف القرض، لأن دينه لا يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر وهذا استند إلى ما قبل الحجر، ولأن المقرض لا يشارك الغرماء في المال قبل القسمة، والمكتري يشاركهم في المال قبل القسمة فشاركهم بعد القسمة].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

❋ ❋ ❋

باب الحجر

قال المصنف رحمه الله تعالى: [إذا ملك الصبي أو المجنون مالاً حجر عليه في ماله، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾[1] فدل على أنه لا يسلم إليه المال قبل البلوغ والرشد].

الشرح: الحجر في اللغة المنع والتضييق. ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجۡرٗا مَّحۡجُورٗا﴾[2] أي حراماً محرماً. ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى: ﴿هَلۡ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٞ لِّذِي حِجۡرٍ ۝٥﴾[3]، سمي حجراً

(١) النساء: ٦.
(٢) الفرقان: ٢٢.
(٣) الفجر: ٥.

لمنعه صاحبه من ارتكاب القبائح وما يضر العاقبة. وسمي حجر البيت حجراً لأنه يمنع من الطواف به. وفي الشريعة: منع الإنسان من التصرف في ماله.

والمحجور عليهم ثمانية: ثلاثة حجر عليهم لحق أنفسهم، وخمسة حجر عليهم لحق غيرهم. فالذين حجر عليهم لحق أنفسهم هم: الصبي والمجنون والسفيه. والمحجور عليهم لحق غيرهم هم: المفلس الذي يحجر عليه لحق الغرماء، والمريض لحق الورثة، والعبد القن، والمكاتب ـ بفتح التاء ـ لحق المكاتب بكسرها، والمرتد لحق المسلمين.

والأصل في ثبوت الحجر على الصبي قوله تعالى «**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم**» واليتيم من مات أبوه وهو دون البلوغ. قال الشافعي رضي الله عنه: فلما علق الله تعالى دفع المال إلى اليتيم بالبلوغ وإيناس الرشد، علم أنه قبل البلوغ ممنوع من ماله، محجور عليه فيه.

والدليل على ثبوت الحجر على السفيه والصبي والمجنون قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾[1] والسفيه يجمع المبذر لماله والمحجور عليه لصغر، والضعيف يجمع الشيخ الكبير الفاني والصغير والمجنون. فأخبر الله تعالى بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فيما لهم وعليهم فدل على ثبوت الحجر عليهم.

قال المصنف رحمه الله: [وينظر في ماله الأب ثم الجد، لأنها ولاية في حق الصغير فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح. فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه الوصي، لأنه نائب عن الأب والجد فقدم على غيره. وإن لم يكن وصي نظر السلطان، لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت فثبتت للسلطان كولاية النكاح. وقال أبو سعيد الإصطخري: فإن لم يكن أب ولا جد نظرت الأم، لأنها أحد الأبوين فثبت لها الولاية في المال

---

(١) البقرة: ٢٨٢.

كالأب. والمذهب أنه لا ولاية لها، لأنها ولاية ثبتت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح].

الشرح: إذا ملك الصبي مالاً فإن الذي ينظر في ماله أبوه إن كان عدلاً. فإن لم يوجد الأب أو كان ممن لا يصلح للنظر كان النظر إلى الجد أب الأب إذا كان عدلاً. فإن مات الأب وأوصى إلى رجل بالنظر في مال ابنه وهناك جد يصلح للنظر، ففيه وجهان، المذهب: أنه لا تصح الوصية إليه بل النظر إلى الجد. فإن لم يكن أب ولا جد نظر الوصي من قبلهما. فإن لم يكونا ولا وصيهما، فهل تستحق الأم النظر؟ فيه وجهان، **أحدهما**: تستحق، وقال أحمد بن حنبل: إن عمر أوصى إلى حفصة. والثاني وهو المذهب: أنه لا وصية لها بل النظر إلى السلطان.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يتصرف الناظر في ماله إلا على النظر والاحتياط ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتباط، فأما مالا حظ فيه كالعتق والهبة والمحاباة فلا يملكه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾[1] ولقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[2]، وفي هذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب أن لا يملكه. ويجوز أن يتجر في ماله، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من ولي يتيماً وله مال فليتجر له بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة**»].

الشرح: حديث «**من ولي يتيماً**» رواه عبدالرزاق وابن جرير عنه بسند صحيح، وسبق للإمام النووي استقصاء رواياته في كتاب الزكاة[3].

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويبتاع له العقار لأنه يبقى وينتفع بغلته، ولا يبتاعه إلا من مأمون لأنه إذا لم يكن مأموناً لم يأمن أن يبيع ما لا يملكه.

---

(١) الإسراء: ٣٤، الأنعام: ١٥٢.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

ولا يبتاعه في موضع قد أشرف على الخراب أو يخاف عليه الهلاك، لأن في ذلك تغريراً بالمال. ويبني له العقار ويبنيه بالآجر والطين ولا يبنيه باللبن والجص، لأن الآجر يبقى واللبن يهلك والجص يجحف به والطين لا ثمن له، والجص يتناثر ويذهب ثمنه، والطين لا يتناثر وإن تناثر فلا ثمن له. ولأن الآجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه ويتلف عليه ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه. ولا يبيع له العقار إلا في موضعين، **أحدهما**: أن تدعو إليه ضرورة، بأن يفتقر إلى النفقة وليس له مال غيره ولم يجد من يقرضه. و**الثاني**: أن يكون له في بيعه غبطة وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع له ويشتري ببعض الثمن مثله، لأن البيع في هذين الحالين فيه حظ وفيما سواهما لا حظ فيه فلم يجز. وإن باع العقار وسأل الحاكم أن يسجل له نظر: فإن باعه الأب أو الجد سجل له لأنهما لا يتهمان في حق الولد، وإن كان غيرهما لم يسجل حتى يقيم بينة على الضرورة أو الغبطة، لأنه تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير بينة. فإن بلغ الصبي وادعى أنه باع من غير ضرورة ولا غبطة، فإن كان الولي أباً أو جداً فالقول قوله، وإن كان غيرهما لم يقبل إلا ببينة لما ذكرناه من الفرق. فإن بيع في شركته شقص، فإن كان الحظ في أخذه بالشفعة لم يترك، وإن كان الحظ في الترك لم يأخذ، لأنا بينا أن تصرفه على النظر والاحتياط فلا يفعل إلا ما يقتضي النظر والاحتياط. فإن ترك الشفعة، والحظ في تركها، ثم بلغ الصبي وأراد أن يأخذ فالمنصوص: أنه لا يملك ذلك، لأن ما فعل الولي مما فيه نظر لا يملك الصبي نقضه، كما لو أخذ والحظ في الأخذ فبلغ وأراد أن يرد. ومن أصحابنا من قال: له أن يأخذ، لأنه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ وفيما لا حظ فيه وقد بلغ فجاز أن يأخذ وإن لم يكن فيه حظ. وهذا خطأ، لأن له أن يتصرف فيما لا حظ فيه إذا كان باقياً، وهذا قد سقط بعفو الولي فسقط فيه اختياره. فإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطة، فالحكم فيه كالحكم في بيع العقار وقد بيناه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة. فإن

كانت السلعة تساوي مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة فالبيع باطل، لأنه باع بدون الثمن. وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن لم يصح البيع، لأنه غرر بالمال. فإن باع بمائة نقداً وعشرين مؤجلاً وأخذ بالعشرين رهناً جاز، لأنه لو باعها بمائة نقداً جاز فلأن يجوز وقد زاده عشرين أولى. وإن باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهناً ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز، لأنه أخرج ماله من غير عوض. و**الثاني**: يجوز وهو ظاهر النص وقول أبي إسحاق، لأنه باع بربح واستوثق بالرهن فجاز.

فصل

ولا يكاتب عبده ولو كان بأضعاف القيمة، لأنه يأخذ العوض من كسبه وهو مال له فيصير كالعتق من غير عوض].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يسافر بماله من غير ضرورة، لأن فيه تغريراً بالمال، ويروى أن المسافر وماله على قلت أي على هلاك، وفيه قول الشاعر:

بغاث الطير أكثرها فراخاً وأم البـاز مقلات نزور

فصل

فإن دعت إليه ضرورة بأن خاف عليه الهلاك في الحضر لحريق أو نهب جاز أن يسافر به، لأن السفر ههنا أحوط].

الشرح: قوله: «قلت» ـ بفتح القاف وسكون اللام ـ هي النقرة في الجبل، و«قلت» ـ بفتح القاف وكسر اللام ـ هي الهلاك، والمقلتة المهلكة. والمقلات: الناقة التي تضع واحداً ثم لا تحمل، والبيت للعباس بن مرداس. وآخذ على المصنف رحمه الله تعالى استشهاده بهذا البيت في

المعنى الذي أراده، فإن معناه أن بغاث الطير وهي الطير التي لا يرغب أحد في صيدها لحقارة شأنها كثيرة الفراخ في حين أن أم الصقر مقلات نزور أي قليلة الفراخ، وليس فيها معنى أن المقلات هي المهلكة.

وأما الأحكام، فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة، لأنه يخرجه من يده فلم يجز. فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق أو أراد سفراً وخاف عليه، جاز له الإيداع والإقراض. فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودع، ولا يودع إلا ثقة. وإن قدر على الإقراض دون الإيداع أقرضه ولا يقرضه إلا ثقة مليئاً، لأن غير الثقة يجحد وغير المليء لا يمكن أخذ البدل منه. فإن أقرض ورأى أخذ الرهن عليه أخذ، وإن رأى ترك الرهن لم يأخذ. وإن قدر على الإيداع والإقراض فالإقراض أولى، لأن القرض مضمون بالبدل والوديعة غير مضمونة فكان القرض أحوط. فإن ترك الإقراض وأودع ففيه وجهان، **أحدهما**: يجوز، لأنه يجوز كل واحد منهما فإذا قدر عليهما تخير بينهما. **والثاني**: لا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ والإقراض ههنا أحسن فلم يجز تركه. ويجوز أن يقترض له إذا دعت إليه الحاجة ويرهن ماله عليه، لأن في ذلك مصلحة له فجاز].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴿٦٧﴾﴾[1]. وإن رأى أن يخلط ماله بماله في النفقة جاز لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ﴾[2].

---

(١) الفرقان: ٦٧.

(٢) البقرة: ٢٢٠.

فإن بلغ الصبي واختلفا في النفقة، فإن كان الولي هو الأب أو الجد فالقول قوله. وإن كان غيرهما ففيه وجهان، **أحدهما**: يقبل، لأن في إقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله. و**الثاني**: لا يقبل قوله كما لا يقبل في دعوى الضرر والغبطة في بيع العقار].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أباً أو جداً جاز ذلك، لأنهما لا يتهمان في ذلك لكمال شفقتهما. وإن كان غيرهما لم يجز، لما روي أن النبي ﷺ قال: «**لا يشتر الوصي من مال اليتيم**»[1]، ولأنه متهم في طلب الحظ له في بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك إليه].

الشرح: حديث «**لا يشتر الوصي من مال اليتيم**» لفظه في سنن الدارمي من قول مكحول: أمر الوصي جائز في كل شيء إلا في الابتياع وإذا باع بيعاً لم يقبل.

وأما حكم الفصل: فهو كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أراد أن يأكل من ماله نظرت: فإن كان غنياً لم يجز لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ وإن كان فقيراً جاز أن يأكل لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهل يضمن البدل؟ فيه قولان **أحدهما**: لا يضمن، لأنه أجيز له الأكل بحق الولاية فلم يضمنه كالرزق الذي يأكله الإمام من أموال المسلمين. و**الثاني**: أنه مال لغيره أجيز له أكله للحاجة فوجب ضمانه كمن اضطر إلى مال غيره].

الشرح: عن عائشة رضي الله عنها في قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا

---

(١) قال ابن حجر في التلخيص (٣/٤٩) عن هذا الحديث: لم أجده، وقد أخرج البيهقي من طريق زهير بن أبي إسحاق عن صلة بن زفر قال: كنت جالساً عند ابن مسعود فجاء رجل من همدان على فرس أبلق فقال: يا أبا عبدالرحمن آشتري هذا؟ قال: ما له؟ قال: إن صاحبه أوصى إلي، قال: لا تشتره ولا تستقرض من ماله.

﴿فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1] أنها نزلت في ولي اليتيم إذا كان فقيراً أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف. متفق عليه[2]

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: «إني فقير ليس لي شيء ولي يتيم فقال: «**كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبادر ولا متأثل**» رواه البخاري ومسلم وأحمد في مسنده والنسائي وأبو داود، وسكت عنه أبو داود وقال ابن حجر في الفتح: إسناده قوي[3].

قال المصنف رحمه الله: [ولا يفك الحجر عن الصبي حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[4]. فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة وهي: الإنزال والسن والإنبات. واثنان تختص بهما المرأة وهما: الحيض والحبل.

فأما الإنزال فهو إنزال المني، فمتى أنزل صار بالغاً والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾[5] فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام فدل على أنه بلوغ. وروى عطية القرظي قال: «عرضنا على رسول الله ﷺ زمن قريظة فمن كان محتلماً أو نبتت عانته قتل» فلو لم يكن بالغاً لما قتل. وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي عنه قال: «عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ولم يرني بلغت وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فرآني بلغت فأجازني».

---

(١) النساء: ٦.

(٢) أخرجه البخاري في التفسير (٨/٢٤١) ولم يخرجه مسلم.

(٣) أخرجه أبو داود في الوصايا (٢٩٢ ـ ٣/٢٩٣) وكذا النسائي (٦/٢٥٦) وابن ماجه فيه (٢/٩٠٧)، وقال الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٤٩٦: حسن صحيح. ولم يخرجه البخاري ولا مسلم. وقوله غير مبادر أي غير مبادر إلى إنفاق مال اليتيم قبل بلوغه، ولا متأثل، أي ولا تتخذ منه أصل مال للتجارة ونحوها.

(٤) النساء: ٦.

(٥) النور: ٥٩.

وأما الإنبات فهو الشعر الخشن الذي ينبت على العانة وهو بلوغ في حق الكافر، والدليل عليه ما روى عطية القرظي قال: كنت فيمن حكم فيهم سعد بن معاذ رضي الله عنه فشكوا فيّ أمن الذرية أنا أم من المقاتلة؟ فقال رسول الله ﷺ: «**أنظروا فإن كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه**»، فنظروا فإذا عانتي لم تنبت فجعلوني في الذرية ولم أقتل». وهل هو بلوغ في نفسه أو دلالة على البلوغ؟ فيه قولان، **أحدهما**: أنه بلوغ، فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلم، لأن ما كان بلوغاً في حق الكافر كان بلوغاً في حق المسلم كالاحتلام والسن. و**الثاني**: أنه دلالة على البلوغ، فعلى هذا هل يكون دلالة في حق المسلم؟ فيه وجهان، **أحدهما**: أنه دلالة، لما روى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر رضي الله عنه فلم يجده أنبت فقال: «لو أنبت الشعر لحددتك»[1]. و**الثاني**: أنه ليس بدلالة في حق المسلم، وهو ظاهر النص، لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم فلم يجعل ذلك دلالة في حقهم، والكفار لا يمكن الرجوع إلى أخبارهم فجعل ذلك دلالة في حقهم. ولأن الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلا وجوب الحرية ووجوب القتل فلا يتهم في مداواة العانة بما ينبت الشعر، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالأحكام فلا يؤمن أن يداوي العانة بما ينبت الشعر فلم يجعل ذلك دلالة في حقه.

فأما الحيض فهو بلوغ، لما روي أن النبي ﷺ قال لأسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما: «**إن المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا**» وأشار إلى الوجه والكف»[2] فعلق وجوب الستر بالمحيض وذلك تكليف، فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف.

وأما الحبل فهو دليل على البلوغ فإذا حبلت حكمنا بأنها بالغ، لأن الحبل لا يكون إلا بإنزال الماء فدل على البلوغ. فإذا كانت المرأة لها زوج

---

(١) البيهقي (٦/٥٨).

(٢) أخرجه أبو داود في اللباس (٣٥٧ ـ ٤/٣٥٨) وقال: هذا مرسل. وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٤٥٨.

فولدت حكمنا بأنها بالغ من قبل الوضع بستة أشهر، لأن ذلك أقل مدة الوضع. وإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج، حكمنا بأنها بالغ من قبل الطلاق. وإن كان خنثى فخرج المني من ذكره أو الدم من فرجه لم يحكم بالبلوغ، لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد. فإن خرج المني من الذكر والدم من الفرج فقد بلغ، لأنه إن كان رجلاً فقد أمنى، وإن كان امرأة فقد حاضت].

الشرح: قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ أي الحلم لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ﴾.

وحال النكاح والبلوغ يكون بخمسة أشياء ذكرها المصنف.

فأما الحيض والحبل فلم يختلف العلماء في أنه بلوغ وأن الفرائض والأحكام تجب بهما. واختلفوا في الثلاث.

فأما السن فقال الأوزاعي والشافعي وابن حنبل: خمس عشرة سنة بلوغ لمن لم يحتلم، وهو قول عمر بن عبدالعزيز وأبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: لا يبلغ الغلام إلا بتسع عشرة سنة وهي رواية محمد عنه، وفي رواية الحسن اللؤلؤي عنه: إذا بلغ ثماني عشرة سنة، وقال في الجارية: بلوغها لسبع عشرة سنة. وقال داود: لا يبلغ بالسن ما لم يحتلم ولو بلغ أربعين سنة. وقال مالك كقول داود: ليس للبلوغ حد في السن. دليلنا حديث ابن عمر الذي أخرجه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة قال: «عرضت على رسول الله ﷺ عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني»[1] أي في المقاتلة، ولا يجاز في المقاتلة إلا بالغ فدل على ما قلناه.

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات (٥/٢٧٦) ومسلم في الإمارة (١٣/١٢). قال ابن حجر في الفتح (٥/٢٧٩): ورواه أبو عوانة وابن حبان في صحيحيهما من وجه آخر عن ابن جريج فذكر هذا الحديث بلفظ «عرضت على النبي ﷺ فلم يجزني ولم يرني بلغت» وهي زيادة صحيحة لا مطعن فيها.

قال ابن العربي: إذا لم يكن حديث ابن عمر دليلاً في السن فكل عدد يذكرونه من السنين فإنه دعوى، والسن التي أجازها رسول الله ﷺ أولى من سن لم يعتبرها ولا قام في الشرع دليل عليها، وكذلك اعتبر رسول الله ﷺ الإنبات في بني قريظة، فمن عذيري ممن ترك أمرين اعتبرهما رسول الله ﷺ فيتأوله، ويعتبر ما لم يعتبره النبي ﷺ لفظاً ولا جعل الله له في الشريعة نظراً.

وأما الإنبات فهو إنبات الشعر القوي الذي يحتاج إلى الموسى لا الزغب الأصفر حول العانة وحول الفرج. ويستدل به على البلوغ، قاله مالك مرة والشافعي في أحد قوليه وأحمد واسحاق وأبو ثور. وقال الشافعي في قوله الآخر إنه بلوغ. وقال أبو حنيفة: الإنبات لا يكون بلوغاً ولا دلالة على البلوغ في حق المسلم والكافر.

دليلنا ما روى عطية القرظي قال: «عرض رسول الله ﷺ بني قريظة فكل من أنبت منهم قتله بحكم سعد بن معاذ ومن لم ينبت استحياه فكنت فيمن لم ينبت فتركني» رواه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وصححه[1].

وأما الإنزال فقال العمراني في البيان: متى خرج منه المني فهو بلوغ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ فلما أمر الأطفال بالاستئذان إذا احتلموا دل على أنهم قد بلغوا لأنهم قبل ذلك لم يكونوا يستأذنون.

وروي أن النبي ﷺ قال: «**رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلي حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يحتلم**» رواه أحمد في مسنده وأبو داود في سننه والحاكم عن علي وعمر رضي الله عنهما. وهل يكون الاحتلام بلوغاً من الصبية؟ فيه وجهان:

---

(١) أخرجه الترمذي في السير: باب ما جاء في النزول على الحكم (٤/١٤٥) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وأبو داود في الحدود: باب في الغلام يصيب الحد (٤/٥٦١) وكذا ابن ماجه فيه (٢/٨٤٩) والنسائي في الطلاق (٦/١٥٥)، وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٢٨.

ولا أدري سبب الأخطاء الموجودة في المطبوعة وهي كثيرة، ومنها عزو هذا الحديث للبخاري ومسلم وليس فيهما.

أحدهما: لا يكون بلوغاً لقوله ﷺ: «**وعن الصبي حتى يحتلم**» فخص الصبي بالاحتلام.

والثاني: وهو طريقة أصحابنا البغداديين: أنه بلوغ، كما روت أم سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت: سألت النبي ﷺ عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، فقالت عائشة رضي الله عنها: فضحت النساء أو يكون ذلك؟ فقال ﷺ: «**فيم يشبهها ولدها؟**» ثم قال ﷺ: «**إذا رأت ذلك فلتغتسل**» رواه الجماعة، فأمرها بالاغتسال فثبت أنها مكلفة.

وأما سائر الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فأما إيناس الرشد فهو إصلاح الدين والمال. فإصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة. وإصلاح المال أن يكون حافظاً لماله غير مبذر. ويختبره الولي اختبار مثله من تجارة إن كان تاجراً أو تناء إن كان تانئاً[1] أو إصلاح أمر البيت إن كانت امرأة. واختلف أصحابنا في وقت الاختبار، فمنهم من قال: لا يختبر في التجارة إلا بعد البلوغ، لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه فلا يصح اختباره. ومنهم من قال: يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار. فعلى هذا كيف يختبر؟ فيه وجهان **أحدهما**: أنه يسلم إليه المال فإذا ساوم وقرر الثمن عقد الولي، لأن عقد الصبي لا يصح. و**الثاني**: أنه يتركه حتى يعقد، لأن هذا موضع ضرورة.

فصل

وإن بلغ مبذراً استديم الحجر عليه، لأن الحجر عليه إنما يثبت للحاجة إليه لحفظ المال، والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر

---

(١) تنأ فهو تانىء إذا أقام في البلد وغيره/لسان العرب فمعناه إذاً الإقامة، وفسر بعض الشارحين التنأ بالزراعة والتانىء بالزارع، وقد بحثت في المعاجم اللغوية فلم أجدها إلا بمعنى الإقامة، وإن كان معنى الزراعة أنسب لما ذكره المصنف، فلعل أصل الكلمة ورد بمعنى الإقامة ثم استعمل بمعنى الزراعة، فالله أعلم.

باقياً. وإن بلغ مصلحاً للمال فاسقاً في الدين، استديم الحجر عليه لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ والفاسق لم يؤنس منه الرشد، ولأن حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق، لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق إلى التبذير فلم يفك الحجر عنه. ولهذا لم تقبل شهادته وإن كان معروفاً بالصدق لأنا لا نأمن أن يدعوه الفسق إلى الكذب.

وينظر في ماله من كان ينظر في حال الصغر وهو الأب والجد والوصي والحاكم، لأنه حجر ثبت من غير قضاء فكان النظر إلى من ذكرنا كالحجر على الصبي والمجنون].

الشرح: أكثر العلماء على أن الرشد لا يكون إلا بعد البلوغ، وإذا لم يرشد بعد البلوغ وإن شاخ لا يزول الحجر عنه. وقال أبو حنيفة: إذا بلغ غير مصلح لماله لم يدفع إليه، لكن إن تصرف فيه ببيع أو عتق أو غيره نفذ تصرفه. فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة انفك عنه الحجر ودفع إليه ماله وإن كان مفسداً لدينه وماله، لأنه قد آن له أن يصير جداً لأنه قد بلغ باثنتي عشرة سنة فيتزوج ويولد له ويبلغ ولده الاثنتي عشرة سنة ويولد له، قال: وأنا أستحي أن أمنع الجد ماله. وأما إذا بلغ مصلحاً لماله مفسداً لدينه، فقد نقل صاحب البيان عن أبي حنيفة أنه يدفع إليه ماله.

دليلنا قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ قال ابن عباس: الرشد الحلم والعقل والوقار. والحلم والوقار لا يكونان إلا لمن كان مصلحاً لماله ودينه، وهكذا قال الحسن البصري. إذا ثبت هذا، فبلغ غير مصلح لماله ولدينه فإنه يستدام عليه الحجر ولا يدفع إليه ماله، لأنه لم يؤنس منه الرشد وإن صار شيخاً، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد.

وأما سائر أحكام الفصل: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن بلغ مصلحاً للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾. وهل يفتقر فك الحجر إلى الحاكم؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يفتقر إلى الحاكم، لأنه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون. و**الثاني**: أنه يفتقر إلى الحاكم، لأنه يحتاج إلى نظر واختبار فافتقر إلى الحاكم كفك الحجر عن السفيه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن فك عنه الحجر ثم صار مبذراً حجر عليه، لما روي أن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه ابتاع أرضاً سبخة بستين ألفاً فقال عثمان: «ما يسرني أن تكون لي بنعليّ معاً، فبلغ ذلك علياً كرم الله وجهه وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه، فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير وذكر أن علياً يريد أن يسأل عثمان رضي الله عنهما أن يحجر عليه، فقال الزبير: أنا شريكك. فجاء علي إلى عثمان رضي الله عنهما وسأله أن يحجر عليه، فقال: كيف أحجر على من شريكه الزبير» فدل على جواز الحجر. ولأن كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ، اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ كالجنون.

فإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقاً ففيه وجهان: قال أبو العباس: يعاد عليه الحجر، لأنه معنى يقتضي الحجر عند البلوغ فاقتضى الحجر بعده كالتبذير. وقال أبو إسحاق: لا يعاد عليه الحجر، لأن الحجر للفسق لخوف التبذير، وتبذير الفاسق ليس بيقين، فلا يزول به ما تيقنا من حفظه للمال. ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحاكم، لأن علياً كرم الله وجهه أتى عثمان رضي الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر، ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر، فإن الغبن قد يكون تبذيراً وقد يكون غير تبذير، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه فلا يجوز إلا بالحاكم. فإذا حجر عليه لم ينظر في ماله إلا الحاكم، لأنه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المفلس. ويستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس بحاله وأن من عامله ضيع ماله.

فإن أقرضه رجل مالاً أو باع منه متاعاً لم يملكه، لأنه محجور عليه لعدم الرشد فلم يملك بالبيع والقرض كالصبي والمجنون. فإن كانت العين باقية ردت، وإن كانت تالفة لم يجب ضمانها، لأن المالك إن علم بحاله فقد دخل على بصيرة وأن ماله ضائع، وإن لم يعلم فقد فرّط حين ترك الاستظهار ودخل في معاملته على غير معرفة.

وإن غصب مالاً وأتلفه وجب عليه ضمانه، لأن حجر العبد والصبي

آكد من حجره، ثم حجر العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف، فلأن لا يمنع حجر المبذر أولى. فإن أودعه مالاً فأتلفه ففيه وجهان، **أحدهما**: أنه لا يجب ضمانه، لأنه فرط في التسليم إليه. و**الثاني**: يجب ضمانه، لأنه لم يرض بالإتلاف.

فإن أقر بمال لم يقبل إقراره، لأنه حجر عليه لحظه فلا يصح إقراره بالمال كالصبي، ولأنا لو قلنا: يصح إقراره، توصل بالإقرار إلى إبطال معنى الحجر. وما لا يلزمه بالإقرار والابتياع لا يلزمه إذا فك عنه الحجر، لأنا أسقطنا حكم الإقرار والابتياع لحفظ المال، فلو قلنا: إنه يلزمه إذا فك عنه الحجر، لم يؤثر الحجر في حفظ المال.

وإن طلق امرأته صح الطلاق، لأن الحجر لحفظ المال والطلاق لا يضيع المال بل يتوفر المال عليه. وإن خالع جاز، لأنه إذا صح الطلاق بغير مال فلأن يصح بالمال أولى. ولا يجوز للمرأة أن تدفع إليه المال، فإن دفعته لم يصح القبض ولم تبرأ المرأة منه، فإن تلف كان ذلك من ضمانها.

وإن تزوج من غير إذن الولي فالنكاح باطل، لأنه يجب به المال. فإذا صححنا من غير إذن الولي، تزوج من غير حاجة فيؤدي إلى إتلاف المال. فإن تزوج بإذنه صح، لأن الولي لا يأذن إلا في موضع الحاجة، فلا يؤدي إلى إتلاف ماله.

فإن باع بإذنه ففيه وجهان، **أحدهما**: يصح، لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح. و**الثاني**: لا يصح، لأن القصد منه المال وهو محجور عليه في المال. فإن حلف انعقدت يمينه، فإذا حنث كفّر بالصوم، لأنه مكلف ممنوع من التصرف بالمال، فصحت يمينه وكفّر بالصوم كالعبد. وإن أحرم بالحج صح إحرامه، لأنه من أهل العبادات. فإن كان فرضاً لم يمنع من إتمامه، ويجب الإنفاق عليه إلى أن يفرغ منه، لأنه مال يحتاج إليه لأداء الفرض فوجب. وإن كان تطوعاً، فإن كان ما يحتاج إليه في الحج لا يزيد على نفقته لزمه إتمامه. وإن كان يزيد على نفقته، فإن كان له كسب إذا أضيف إلى النفقة أمكنه الحج لزمه إتمامه، وإن لم يمكنه حلّله الولي من

الإحرام ويصير كالمحصر. ويتحلل بالصوم دون الهدي، لأنه محجور عليه في المال، فتحلل بالصوم دون الهدي كالعبد.

وإن أقر بنسب ثبت النسب، لأنه حق ليس بمال فقبل إقراره به كالحد. وينفق على الولد من بيت المال، لأن المقر محجور عليه في المال فلا ينفق عليه من المال كالعبد. وإن وجب له القصاص، فله أن يقتص ويعفو، لأن القصد منه التشفي ودرك الغيظ. فإن عفا على مال وجب المال. وإن عفا مطلقاً أو عفا على غير مال، فإن قلنا: إن القتل يوجب أحد الأمرين من القصاص أو الدية، وجبت الدية ولم يصح عفوه عنها. وإن قلنا: إنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال].

الشرح: قصة عبد الله بن جعفر رواها الشافعي في مسنده والبيهقي وأبو عبيدة في كتاب الأموال، وابن حزم في المحلى[1].

أما الأحكام فقد استدل بهذه الواقعة من أجاز الحجر على من كان سيء التصرف، وبه قال علي وعثمان وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن جعفر وشريح وعطاء والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد. وحكى صاحب البحر عن أبي حنيفة أنه: لا يجوز أن يسلم إليه ماله إلا بعد خمس وعشرين سنة، ولا يعاد عليه الحجر إذا أسلم إليه ماله بعد خمس وعشرين سنة، سواء أفسد دينه وماله أو أحدهما. قال الطحاوي: ولم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر على الكبير ولا عن التابعين إلا عن إبراهيم النخعي وابن سيرين.

دليل أبي حنيفة ومن وافقه في ذلك ما رواه قتادة عن أنس أن حبان بن منقذ كان يبتاع وفي عقله ضعف، فقيل: يا رسول الله أحجر عليه فإنه يبتاع وفي عقله ضعف، فاستدعاه رسول الله ﷺ فقال: «**لا تبع**»، فقال: لا أصبر، فقال: «**إذا بايعت فقل لا خلابة ولك الخيار ثلاثاً**»[2].

---

(١) أخرجها الشافعي في الأم (٣/٢٢٥) والبيهقي (٦/٦١).
(٢) سبق تخريجه في ١٨٤٣.

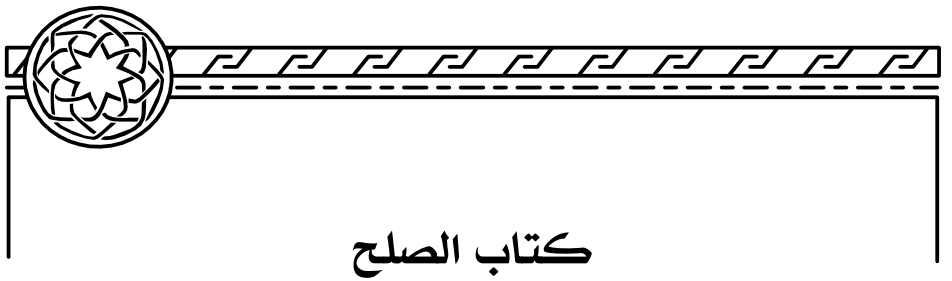
قالوا: فلما سأله القوم الحجر عليه لما كان في تصرفه من الغبن ولم يفعل عليه السلام، ثبت أن الحجر لا يجوز. وهذا لا حجة لهم فيه لأن الحجر لو كان لا يجوز على البالغ لأنكر رسول الله ﷺ عليهم سؤالهم. وإنما لم يجبهم إلى الحجر لاحتمال أن يكون الذي يغبن به مما يتغابن الناس بمثله. ويدل على ما ذكرناه إجماع الصحابة في قصة عبد الله بن جعفر حين قال عثمان رضي الله عنه: كيف أحجر على من شريكه الزبير. وإنما قال هذا لأن الزبير بن العوام رضي الله عنه كان معروفاً ببصره في التجارة، فدل على أن الحجر جائز عندهم بالإجماع.

قال الإمام الشافعي رضي الله عنه: إن كان مفسداً لماله ودينه أو كان مفسداً لماله دون دينه حجر عليه.

وإن كان مفسداً لدينه مصلحاً لماله، فعلى وجهين أحدهما وهو اختيار أبي العباس بن سريج: يحجر عليه. و**الثاني**: لا حجر عليه، وهو اختيار أبي اسحاق المروزي والأظهر من مذهب الشافعي.

وأما سائر الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.





كتاب الصلح

قال المصنف رحمه الله: [إذا كان لرجل عند رجل عين في يده أو دين في ذمته جاز أن يصالح منه، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**المسلمون على شروطهم، والصلح جائز بين المسلمين**». فإن صالح عن المال على مال، فهو بيع يثبت فيه ما يثبت في البيع من الخيار، ويحرم فيه ما يحرم في البيع من الغرر والجهالة والربا، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة. لأنه باع ماله بماله فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه.

وإن صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح، لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض. فإن صالحه من دين على عين وتفرقا قبل القبض ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح، لأنهما تفرقا والعوض والمعوض في ضمان واحد، فأشبه إذا تفرقا عن دين بدين. و**الثاني**: يصح، لأنه بيع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن في الذمة.

وإن صالح عن المال على منفعة فهو إجارة يثبت فيه ما يثبت في الإجارة من الخيار، ويبطل بما تبطل به الإجارة من الجهالة، لأنه استأجر منفعة بالمال فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الإجارة.

فصل

وإن صالح من دار على نصفها ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح، لأنه ابتاع ماله بماله. و**الثاني**: يصح، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه

وهب النصف وأخذ النصف. وإن صالحه من الدار على سكناها سنة ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح، لأنه ابتاع داره بمنفعتها. و**الثاني**: يصح، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو أخذ الدار وأعاره سكناها سنة.

وإن صالحه من ألف درهم على خمسمائة ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يصح، لأنه بيع ألف بخمسمائة. و**الثاني**: أنه يصح، لأنه لما عقد بلفظ الصلح جعل كأنه قال: أبرأتك من خمسمائة وأعطني خمسمائة].

الشرح: حديث أبي هريرة، أخرجه أبو داود والحاكم وقال: على شرطهما، وصححه ابن حبان[1].

وأما لغات الفصل: فالصلح هو التوفيق ومنه صلح الحديبية، والصلاح هو الخير والصواب، وصالح للأمر أي له أهلية القيام به. وفي الدين أقسام: صلح المسلم مع الكافر، والصلح بين الزوجين، والصلح بين الفئتين الباغية والعادلة، والصلح بين المتقاضين، والصلح في الجراح كالعفو على المال، والصلح لقطع الخصومة إذا وقعت المزاحمة إما في الملاك أو في المشتركات، وهذا الصلح الأخير هو الذي يتكلم فيه أصحابنا من أهل الفروع.

أما الأحكام فالصلح على أقسام: قسم هو فرع على البيع وهو: أن يدعي عيناً في يده أو ديناً في ذمته فيقر له به فيصالحه من ذلك على عين

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية (٤/٢٠) بلفظ «**الصلح جائز بين المسلمين**» وقال: زاد أحمد (وهو أحد رواته): «**إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً**» وزاد سليمان بن داود: وقال رسول الله ﷺ «**المسلمون على شروطهم**». والحاكم (**٢/٤٩**) بلفظ «**المسلمون على شروطهم والصلح جائز بين المسلمين**» وقال: رواة هذا الحديث مدنيون ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي بقوله: لم يصححه، وكثير: ضعفه النسائي ومشّاه غيره. وابن حبان في صحيحه (١١/٤٨٨).

وأخرجه الترمذي في الأحكام (**٦٣٤ ـ ٣/٦٣٥**) عن عمرو بن عوف مرفوعاً بلفظ «**الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً**» وقال: هذا حديث حسن صحيح. وصححه الألباني في صحيح الترمذي برقم **١٠٨٩**.

أو دين. القسم الثاني: صلح هو فرع على الإجارة وهو: أن يدعي عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته فيقر له به ثم يصالحه من ذلك على منفعة معلومة. القسم الثالث: صلح هو فرع على الإبراء والحطيطة وهو: أن يدعي عليه نقوداً في ذمته فيقر له بها فيصالحه على بعضها. القسم الرابع: صلح هو فرع على الهبة وهو: أن يدعي عليه عيناً فيقر له بها فيصالحه على بعضها. القسم الخامس: صلح هو فرع على العارية وهو أن يدعي عليه عيناً في يده فيقر له بها ثم يصالحه على استعارتها مدة معلومة[1]. وقد ذكر المصنف أحكامها.

قال المصنف رحمه الله: [وإن ادعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته، فأنكر المدعى عليه، فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح، لأن المدعي اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره، والمدعى عليه عاوض على ملكه فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله. فإن جاء أجنبي إلى المدعي وصدقه على ما ادعاه وقال: صالحني منه على مال، لم يخل إما أن يكون المدعى عيناً أو ديناً. فإن كان ديناً نظرت: فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح، لأنه إن كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه بإذنه، وإن لم يوكله فقد قضى دينه بغير إذنه وذلك يجوز. فإن صالحه عن نفسه وقال: صالحني عن هذا الدين ليكون لي في ذمة المدعى عليه، ففيه وجهان بناء على الوجهين في بيع الدين من غير من عليه، **أحدهما**: لا يصح، لأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمة المدعى عليه. و**الثاني**: يصح، كما لو اشترى وديعة في يد غيره. وإن كان المدعى عيناً، فإن صالحه عن المدعى عليه وقال: قد أقر لك في الباطن ووكلني في مصالحتك، فصدقه المدعي صح الصلح، لأن الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فجاز. ثم ينظر فيه: فإن كان قد أذن له في الصلح ملك المدعى عليه العين، لأنه ابتاعه له وكيله. وإن لم يكن أذن له في الصلح لم يملك

---

(١) القسم الخامس هذا يدخل في الثاني وهو الصلح على منفعة، لأن الاستعارة من جملة المنافع. والله أعلم.

المدعى عليه العين، لأنه ابتاع له عيناً بغير إذنه فلم يملكه. ومن أصحابنا من قال: يملكه ويصير هذا الصلح استنقاذاً لماله، كما قال الشافعي رحمه الله في رجل في يده دار فجعلها مسجداً ثم ادعاها رجل فأنكر، فاستنقذه الجيران من المدعي بغير إذن المدعى عليه أنه يجوز ذلك.

وإن صالحه لنفسه فقال: أنا أعلم أنه لك فصالحني فأنا أقدر على أخذه صح الصلح، لأنه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على أخذه، فإن أخذه استقر الصلح، وإن لم يقدر على أخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ ويرجع إلى ما دفع، وبين أن يصبر إلى أن يقدر كمن ابتاع عبداً فأبق قبل القبض].

الشرح: إذا ادعى عليه عيناً في يده أو ديناً في ذمته فأنكره المدعى عليه ثم صالحه على عين أو دين في ذمته لم يصح الصلح على المذهب لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل، لأن من ادعى على غيره داراً في يده فأنكر ذلك المدعى عليه ثم صالحه عنها بعوض فقد ابتاع ماله بماله وهذا لا يجوز. وروي أن النبي ﷺ قال لبلال بن الحارث «**يا بلال اعلم أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً**» وهذا المدعى لا يخلو إما أن يكون كاذباً أو صادقاً، فإن كان كاذباً فهذا الصلح الذي يصالح به يحل له ما هو حرام عليه، وإن كان صادقاً فإنه يستحق جميع ما يدعيه فإذا أخذ بعضه بالصلح فالصلح حرم عليه الباقي الذي كان حلالاً له فوجب أن لا يجوز، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد. وأجاز الصلح مع الإنكار الحنفية والمالكية والحنابلة، وقاعدتهم أن الصلح يبيح لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله كالصلح بمعنى الهبة، فإنه يحل للموهوب ما كان حراماً عليه والإسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجباً عليه، وقالوا: إن هذا لا يدخل في حديث «**إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً**» لأن الصلح الفاسد لا يحل الحرام وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح. فإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلاً، لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث فيصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق. ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل

فلو أنكر الحق فقامت عليه البينة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار لفظاً. ويقاس عليه ما لو نكل المدعى عليه فحلف المدعي من طريق الأولى، إذ اليمين المردودة كالإقرار على أحد القولين].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن ادعى عليه مالاً فأنكره ثم قال: صالحني عنه، لم يكن ذلك إقراراً له بالمال، لأنه يحتمل أنه أراد قطع الخصومة فلم يجعل ذلك إقراراً. فإن قال: بعني ذلك ففيه وجهان **أحدهما**: لا يجعل ذلك إقراراً، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني، لأن البيع والصلح واحد فإذا لم يكن الصلح إقراراً لم يكن البيع إقراراً. والثاني وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب: أنه يجعل ذلك إقراراً، لأن البيع تمليك والتمليك لا يصح إلا ممن يملك].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أخرج جناحاً إلى طريق لم يخل إما أن يكون الطريق نافذاً أو غير نافذ. فإن كان الطريق نافذاً نظرت: فإن كان الجناح لا يضر بالمارة جاز ولم يعترض عليه. واختلفوا في علته، فمن أصحابنا من قال: يجوز، لأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير إضرار فجاز كالمشي في الطريق. ومنهم من قال: يجوز، لأن الهواء تابع

للقرار فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير إضرار ملك الارتفاق بالهواء من غير إضرار. فإن وقع الجناح أو نقضه وبادر من يحاذيه فأخرج جناحاً يمنع من إعادة الجناح الأول جاز، لأن الأول ثبت له الارتفاق بالسبق إلى إخراج الجناح فإذا زال الجناح جاز لغيره أن يرتفق كما لو قعد في طريق واسع ثم انتقل عنه].

الشرح: قوله: «جناحاً» يقصد به البناء الناتئ البارز من جدار البيت معلقاً في الهواء.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن صالحه الإمام عن الجناح على شيء لم يصح الصلح لمعنيين، **أحدهما**: أن الهواء تابع للقرار في العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل. و**الثاني**: أن ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاجتياز في الطريق. وإن كان الجناح يضر بالمارة لم يجز، وإذا أخرجه وجب نقضه لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»، ولأنه يضر بالمارة في طريقهم فلم يجز كالقعود في المضيق. وإن صالحه الإمام من ذلك على شيء لم يجز لمعنيين **أحدهما**: أن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد. و**الثاني**: أن ما منع منه للإضرار بالناس لم يجز بعوض، كالقعود في المضيق والبناء في الطريق].

الشرح: حديث «**لا ضرر ولا ضرار**» مر معنا.

وأما الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر إلى حال الطريق. فإن كان الطريق لا تمر فيه القوافل ولا تجوز فيه الفوارس لم يجز إخراج الجناح إلا بحيث يمر الماشي تحته منتصباً، لأن الضرر يزول بهذا القدر ولا يزال بما دونه. وإن كان الطريق تمر فيه القوافل وتجوز فيه الفوارس لم يجز إلا عالياً بمقدار ما تمر العمارية تحته ويمر الراكب منتصباً. وقال أبو عبيد بن حربويه: لا يجوز حتى يكون عالياً يمر الراكب ورمحه منصوب، لأنه ربما ازدحم الفرسان فيحتاج إلى نصب الرماح، ومتى لم

ينصبوا تأذى الناس بالرماح. والأول هو المذهب، لأنهم يمكنهم أن يضعوا أطرفها على الأكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا].

الشرح: قوله: «العمارية» من وسائل الهجوم في الجيوش الإسلامية في عصر المصنف وهي أشبه بعربة تجرها الجياد مصنوعة من الخشب السميك ومصفحة بالفولاذ يتترس بها المهاجمون وقد ترتفع إلى حد يتسلق منها المقاتلون إلى أسوار الحصون. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أخرج جناحاً إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز. واختلف أصحابنا في تعليله، فمنهم من قال: لا يجوز، لأنه ارتفاق بما تعين مالكه فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة كأكل ماله. ومنهم من قال: لا يجوز، لأن الهواء تابع للقرار، والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار الجار فلا يملك الارتفاق بهواء داره. فإن صالحه صاحب الدار على شيء لم يجز، لأن الهواء تابع فلا يفرد بالعقد].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أخرج جناحاً إلى درب غير نافذ نظرت: فإن لم يكن له في الدرب طريق لم يجز، لما ذكرناه في دار الجار. وإن كان له فيه طريق ففيه وجهان، **أحدهما**: يجوز، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني، لأن الهواء تابع للقرار، فإذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز جاز أن يرتفق بالهواء بإخراج الجناح.

والثاني: لا يجوز، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله، لأنه موضع تعين ملاكه فلم يجز إخراج الجناح إليه كدار الجار. فإن صالحه عنه أهل الدرب، فإن قلنا: يجوز إخراج الجناح، لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى الشارع. وإن قلنا: لا يجوز إخراجه، لم يجز الصلح لما ذكرناه في الصلح على الجناح الخارج إلى دار الجار].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أراد أن يعمل ساباطاً ويضع أطراف

أجذاعه على حائط الجار المحاذي لم يجز ذلك من غير إذنه، لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه، كحمل المتاع على بهيمة غيره. فإن صالحه منه على شيء جاز إذا عرف مقدار الأجذاع. فإن كانت حاضرة نظر إليها، وإن لم تحضر وصفها. فإن أراد أن يبني عليها ذكر سمك البناء وما يبنى به، فإن أطلق كان ذلك بيعاً مؤبداً لمغارز الأجذاع ومواضع البناء، وإن وقّت كان ذلك إجارة تنقضي بانقضاء المدة].

الشرح: الساباط هو سقيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابيط وساباطات.

وأما الأحكام، فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز أن يفتح كوة ولا يسمّر مسماراً في حائط جاره إلا بإذنه، ولا في الحائط المشترك بينه وبين غيره إلا بإذنه، لأن ذلك يوهي الحائط ويضر به فلا يجوز من غير إذن مالكه. ولا يجوز أن يبني على حائط جاره ولا على الحائط المشترك شيئاً من غير إذن مالكه، ولا على السطحين المتلاصقين حاجزاً من غير إذن صاحبه، لأنه حمل على ملك الغير فلم يجز من غير إذن كالحمل على بهيمته. ولا يجوز أن يجري على سطحه ماء من غير إذنه، فإن صالحه منه على عوض جاز إذا عرف السطح الذي يجري ماؤه لأنه يختلف ويتفاوت].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وفي وضع الجذوع على حائط الجار والحائط الذي بينه وبين شريكه قولان قال في القديم: يجوز فإذا امتنع الجار أو الشريك أجبر عليه إذا كان الجذع خفيفاً لا يضر بالحائط ولا يقدر على التسقيف إلا به، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «**لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره**» قال أبو هريرة رضي الله عنه: «إني لأراكم عنها معرضين والله لأرمينها بين أظهركم»، ولأنه إذا وجب بذل فضل الماء للكلأ لاستغنائه عنه وحاجة غيره، وجب بذل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره. وقال في الجديد: لا يجوز بغير إذن، وهو الصحيح،

لقوله ﷺ: «**لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه**»[1]، ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير إذنه كالحمل على بهيمته والبناء في أرضه، وحديث أبي هريرة نحمله على الاستحباب. وأما الماء فإنه غير مملوك في قول بعض أصحابنا والحائط مملوك، ولأن الماء لا تنقطع مادته والحائط بخلافه. فإن كان الجذع ثقيلاً يضر بالحائط لم يجز وضعه من غير إذنه قولاً واحداً، لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الإضرار، ولهذا لا يجوز أن يخرج إلى الطريق جناحاً يضر بالمارة. وإن كان لا حاجة به إليه لم يجبر عليه، لأن الفضل إنما يجب بذله عند الحاجة إليه، ولهذا يجب بذل فضل الماء عند الحاجة إليه للكلأ ولا يجب مع عدم الحاجة. فإن قلنا: يجبر عليه، فصالح منه على مال لم يجز، لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه. وإن قلنا: يجبر عليه، فصالح منه على مال جاز على ما بيناه في أجذاع الساباط.

فصل

وإذا وضع الخشب على حائط الجار أو الحائط المشترك وقلنا: إنه يجبر في قوله القديم، أو صالح عنه على مال في قوله الجديد، فرفعه جاز له أن يعيده. فإن صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض ليسقط حقه من الوضع جاز، لأن جاز بيعه جاز ابتياعه كسائر الأموال].

الشرح: حديث أبي هريرة رضي الله عنه، رواه البخاري ومسلم وأحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه[2].

أما الأحكام فإن هذه الأحاديث تدل على أنه لا يحل للجار أن يمنع

---

(١) أخرجه أحمد (٥/٧٢) والبيهقي في الغصب (٦/١٠٠) من رواية أبي حرة الرقاشي عن عمه. وقال الهيثمي في المجمع (٤/١٧١): رجاله رجال الصحيح.

(٢) أخرجه البخاري في المظالم (٥/١١٠) ومسلم في المساقاة (١١/٤٧) وأبو داود في الأقضية (٤/٤٩) والترمذي في الأحكام (٣/٦٣٥) وكذا ابن ماجه فيه (٢/٧٨٣) وأحمد (٢/٢٤٠).

جاره من غرز الخشب في جداره ويجبره الحاكم إذا امتنع، وبهذا قال الشافعي في القديم وأحد قولي الجديد وأحمد واسحاق وابن حبيب من المالكية وأهل الحديث. وقال الشافعي في أحد قولي الجديد والحنفية ومالك والجمهور من الفقهاء أنه يشترط إذن المالك ولا يجبر صاحب الجدار إذا امتنع، وحملوا النهي على التنزيه جمعاً بينه وبين الأدلة القاضية بأنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه. وأجيب بأن هذا الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقاً فيبنى العام على الخاص. قال البيهقي: لم نجد في السنن الصحيحة ما يعارض هذا الحكم إلا عمومات لا يستنكر أن يخصها. وحمل بعضهم الحديث على ما إذا تقدم استئذان الجار كما وقع في رواية لأبي داود بلفظ: «**إذا استأذن أحدكم أخاه**»[1]، فإذا تقدم الاستئذان لم يكن للجار المنع لا إذا لم يتقدم. وبهذا يصح الجمع بين الأحاديث العامة والخاصة والمطلقة والمقيدة والله تعالى أعلم.

وأما سائر الأحكام: فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان في ملكه شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها وحصلت في دار جاره جاز للجار مطالبته بإزالة ما حصل في ملكه. فإن لم يزله جاز للجار إزالته عن ملكه، كما لو دخل رجل إلى داره بغير إذنه فإن له أن يطالبه بالخروج، فإن لم يخرج أخرجه. فإن صالحه منه على مال، فإن كان يابساً لم يجز، لأنه عقد على الهواء والهواء لا يفرد بالعقد. وإن كان رطباً لم يجز لما ذكرناه، ولأنه صلح على مجهول لأنه يزيد في كل وقت].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان لرجل في زقاق لا ينفذ دار وظهرها إلى الشارع ففتح باباً من الدار إلى الشارع جاز، لأن له حق الاستطراق في الشارع فجاز أن يفتح إليه باباً من الدار. وإن كان باب الدار

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية: أبواب من القضاء (٤/٤٩).

إلى الشارع وظهرها إلى الزقاق ففتح باباً من الدار إلى الزقاق نظرت: فإن فتحه ليستطرق الزقاق لم يجز، لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في درب مملوك لأهله لا حق له في طريقه. فإن قال: أفتحه ولا أجعله طريقاً بل أغلقه وأسمره ففيه وجهان، **أحدهما**: أن له ذلك، لأنه إذا جاز له أن يرفع جميع حائط الدار فلأن يجوز أن يفتح فيه باباً أولى. و**الثاني**: لا يجوز، لأن الباب دليل على الاستطراق فمنع منه.

وإن فتح في الحائط كوة إلى الزقاق جاز، لأنه ليس بطريق ولا دليل عليه. فإن كان له داران في زقاقين غير نافذين، وظهر كل واحدة من الدارين إلى الأخرى، فأنفذ إحدى الدارين إلى الأخرى ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز، لأنه يجعل الزقاقين نافذين، ولأنه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين إلى الدار التي ليست فيه، ويثبت لأهل كل واحد من الزقاقين الشفعة في دور الزقاق الآخر على قول من يوجب الشفعة بالطريق. و**الثاني**: يجوز، وهو اختيار شيخنا القاضي رحمه الله، لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين ويجعلهما داراً واحدة ويترك البابين على حالهما، فجاز أن ينفذ إحداهما إلى الأخرى].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا كان لداره باب في وسط درب لا ينفذ، فأراد أن ينقل الباب نظرت: فإن أراد نقله إلى أول الدرب جاز له، لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق. وإن أراد أن ينقله إلى آخر الدرب ففيه وجهان، **أحدهما**: لا يجوز، لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق في موضع لم يكن له. و**الثاني**: يجوز، لأن حقه ثابت في جميع الدرب، ولهذا لو أرادوا قسمته كان له حق في جميعه. فإن كان بابه في آخر الدرب وأراد أن ينقل الباب إلى وسطه ويجعل إلى عند الباب دهليزاً، إن قلنا: إن من بابه في وسط الدرب يجوز أن يؤخره إلى آخر الدرب، لم يجز لهذا أن يقدمه، لأنه مشترك بين الجميع فلا يجوز أن يختص به. وإن قلنا: لا يجوز، جاز لهذا أن يقدمه، لأنه يختص به].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم، فدعا أحدهما صاحبه إلى العمارة وامتنع الآخر، ففيه قولان: قال في القديم: يجبر، لأنه إنفاق على مشترك يزول به الضرر عنه وعن شريكه فأجبر عليه كالإنفاق على العبد. وقال في الجديد: لا يجبر، لأنه إنفاق على ملك لو انفرد به لم يجب، فإذا اشتركا لم يجب كزراعة الأرض. فإن قلنا بقوله القديم، أجبر الحاكم الممتنع على الإنفاق، فإن لم يفعل وله مال باعه وأنفق عليه، فإن لم يكن له مال اقترض عليه وأنفق عليه. فإذا بنى الحائط كان بينهما كما كان، ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان. وإن أراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه، لأنه يعيد رسماً في ملك مشترك فلم يمنع منه، كما لو كان على الحائط رسم خشب فوقع. فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم نظرت: فإن بناه بآلته ونقضه معاً عاد الحائط بينهما كما كان برسومه وحقوقه، لأن الحائط عاد بعينه وليس للباني فيه إلا أثر في تأليفه. وإن بناه بغير آلته كان الحائط للباني لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير إذنه. فإن أراد الباني نقضه كان له ذلك، لأنه ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه. فإن قال له الممتنع: لا تنقض وأنا أعطيك نصف القيمة لم يجز له نقضه، لأن على هذا القول يجبر على البناء. فإذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة وجب تبقيته وأجبر عليه كما أجبر على البناء. وإن قلنا بقوله الجديد، فأراد الشريك أن يبنيه لم يمنع، لأنه يعيد رسماً في ملك مشترك وهو عرصة الحائط فلم يمنع منه. فإن بناه بآلته فهو بينهما ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ماله من رسم خشب. وإن بناه بآلة أخرى فالحائط له، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به. وإن أراد نقضه كان له، لأنه لا حق لغيره فيه. فإن قال له الشريك: لا تنقضه وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه، لأن على هذا القول لو امتنع من البناء في الابتداء لم يجبر، فإذا بناه لم يجبر على تبقيته. وإن قال: قد كان لي عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة وأعيد رسم الخشب، قلنا للباني: إما أن تمكنه من إعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة، وإما أن تنقضه ليبني معك، لأن القرار

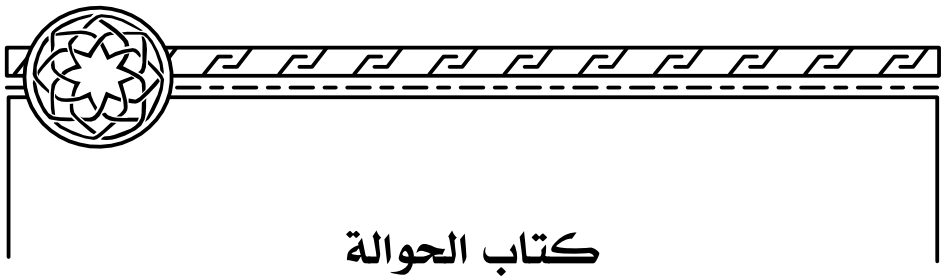
مشترك بينهما فلا يجوز أن يعيد رسمه ويسقط حق شريكه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان لأحدهما علو وللآخر سفل والسقف بينهما، فانهدم حيطان السفل لم يكن لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولاً واحداً، لأن حيطان السفل لصاحب السفل فلا يجبر صاحب العلو على بنائه. وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على البناء؟ فيه قولان، فإن قلنا يجبر ألزمه الحاكم، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه، وإن لم يكن له مال اقترض عليه. فإذا بنى الحائط كان الحائط ملكاً لصاحب السفل، لأنه بني له وتكون النفقة في ذمته، ويعيد صاحب العلو غرفته عليه وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفل، لأنها ملكه لا حق لصاحب السفل فيه. وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما. فإن تبرع صاحب العلو وبنى من غير إذن الحاكم لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بشيء. ثم ينظر: فإن كان قد بناها بآلتها، كانت الحيطان لصاحب السفل، لأن الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بها، ولا يملك نقضها، لأنها لصاحب السفل وله أن يعيد حقه من الغرفة. وإن بناها بغير آلتها، كانت الحيطان لصاحب العلو وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها ولا أن يتد فيها وتداً ولا يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو. ولكن له أن يسكن في قرار السفل، لأن القرار له. ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان، لأنه لا حق لغيره فيها، فإن بذل صاحب السفل القيمة ليترك نقضها لم يلزمه قبولها، لأنه لا يلزمه بناؤها قولاً واحداً، فلا يلزمه تبقيتها ببذل العوض. والله أعلم].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.





كتاب الحوالة

قال المصنف رحمه الله تعالى: [تجوز الحوالة بالدين، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**»].

الشرح: الحوالة ـ بفتح الحاء ـ وهي نقل حق من ذمة إلى ذمة، من قولهم: حولت الشيء من موضع إلى موضع إذا نقله إليه. والمليء: الغني الواسع الثراء.

أما حديث أبي هريرة رضي الله عنه: فرواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه باللفظ الذي ساقه المصنف[1].

وهو دليل على أنه يجب على من أحيل بحقه على مليء أن يحتال، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة وأبو ثور وابن جرير. وحمله الجمهور على الاستحباب.

والحوالة لا تتم إلا بثلاثة أنفس: محيل وهو من يحيل بما عليه. ومحتال وهو من يحتال بما له من الحق. ومحال عليه وهو من ينتقل حق المحتال إليه. واختلفوا هل هي بيع دين بدين ورخص فيه فاستثني عن بيع

---

(١) أخرجه البخاري في أول الحوالة (٤/٤٦٤) ومسلم في المساقاة (٢٢٧ ـ ١٠/٢٢٨) وأبو داود في البيوع (٣/٦٤٠) وكذا النسائي (٧/٣١٧) والترمذي (٣/٦٠٠) فيه، وابن ماجه في الصدقات (٢/٨٠٣).

الدين بالدين، أو هي استيفاء، وقيل هي عقد إرفاق مستقل. ويشترط في صحتها رضا المحيل بلا خلاف، والمحتال عند الأكثر، والمحال عليه عند البعض. ويشترط أيضاً تماثل التقدير في الصفات، وأن يكون في شيء معلوم. ومنهم من خصها بالنقدين ومنعها في الطعام، لأنها بيع طعام قبل أن يستوفى.

قال المصنف رحمه الله: [ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه كعوض القرض وبدل المتلف. فأما ما لا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به، لأن الحوالة بيع في الحقيقة، لأن المحتال يبيع ماله في ذمة المحيل بما له في ذمة المحال عليه، والمحيل يبيع ماله في ذمة المحال عليه بما عليه من الدين، فلا يجوز إلا فيما يجوز بيعه].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [واختلف أصحابنا في جنس المال الذي تجوز به الحوالة، فمنهم من قال: لا تجوز إلا بما له مثل كالأثمان والحبوب وما أشبهها، لأن القصد بالحوالة إيصال الغريم إلى حقه من الوفاء[1] من غير زيادة ولا نقصان، ولا يمكنه ذلك إلا فيما له مثل فوجب أن لا يجوز فيما سواه. ومنهم من قال: تجوز في كل ما يثبت في الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان، لأنه مال ثابت في الذمة يجوز بيعه قبل القبض فجازت الحوالة به كذوات الأمثال.

فصل

ولا تجوز إلا بمال معلوم، لأنا بينا أنه بيع فلا تجوز في مجهول. واختلف أصحابنا في إبل الدية، فمنهم من قال: لا تجوز، وهو الصحيح، لأنه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره. ومنهم من قال: تجوز، لأنه معلوم العدد والسن فجازت الحوالة به].

---

(١) ورد في المطبوعة «اتصال الغريم إلى حقه على الوفاء» هكذا وهي غير واضحة فصححتها فوق بما يوضح المراد.

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا تجوز إلا أن يكون الحقان متساويين في الصفة والحلول والتأجيل. فإن اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة، لأن الحوالة إرفاق كالقرض فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل فتخرج عن موضوعها. فإن كان لرجل على رجلين ألف على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة، فأحال عليهما رجلاً له عليه ألف على أن يطالب من شاء منهما بألف ففيه وجهان، **أحدهما**: تصح، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني رحمه الله، لأنه لا يأخذ إلا قدر حقه. و**الثاني**: لا تصح، وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله، لأنه يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة وذلك لا يجوز، ولأن الحوالة بيع فإذا خيرناه بين الرجلين صار كما لو قال بعتك أحد هذين العبدين].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين، لأنا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة، فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح. ومن أصحابنا من قال: تصح إذا رضي المحال عليه، لأنه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فصح وإن لم يكن عليه مثله كالضمان. فعلى هذا يطالب المحيل بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه. فإن قضاه بإذنه رجع على المحيل، وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال، لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجز من غير رضا صاحب الحق، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عيناً. وهل تصح من غير رضا المحال عليه؟ ينظر فيه: فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا: إنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز إلا برضاه. وإن كان على من له عليه حق، ففيه وجهان، أحدهما

وهو قول أبي سعيد الإصطخري واختيار المزني: أنه لا تجوز إلا برضاه، لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال. والثاني وهو المذهب: أنه تجوز، لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضا من عليه كالتوكيل في قبضه، ويخالف المحتال، فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع، وهاهنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد في البيع].

الشرح: اعتبار رضا المحتال هو مذهبنا ومذهب مالك رضي الله عنه. وقال أحمد وأصحابه وأهل الظاهر: لا يعتبر الرضا. وقال أبو حنيفة: يعتبر رضا المحتال والمحال عليه. ودليل أحمد وأهل الظاهر قوله ﷺ: «**وإذا أحيل على مليء فليحتل**» وهذا أمر، والأمر يقتضي الوجوب. أما دليلنا فإن الحق قد تعلق بذمة المحيل فلا يملك نقله إلى غير ذمته بغير رضا من له الحق، كما لو تعلق بعين فليس له أن ينقله إلى عين أخرى بغير رضا من له الحق، وأما الحديث فمحمول على الاستحباب.

وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، لأن الحوالة إما أن تكون تحويل حق أو بيع حق، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل.

فصل

ولا يجوز شرط الخيار فيه، لأنه لم يبن على المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط. وفي خيار المجلس وجهان، **أحدهما**: يثبت، لأنه بيع فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح. و**الثاني**: لا يثبت، لأنه يجري مجرى الإبراء ولهذا لا يجوز بلفظ البيع، فلم يثبت فيه خيار المجلس].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أحاله على مليء فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع إلى المحيل، لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه

فسقط حقه من الرجوع، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض. وإن أحاله على رجل بشرط أنه مليء فبان أنه معسر، فقد ذكر المزني: أنه لا خيار له. وأنكر أبو العباس هذا وقال: له الخيار، لأنه غرّه بالشرط فثبت له الخيار، كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب. وقال عامة أصحابنا: لا خيار له، لأن الإعسار نقص فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع، ويخالف الكتابة، فإن عدم الكتابة ليس بنقص وإنما هو عدم فضيلة، فاختلف الأمر فيه بين أن يشرط وبين أن لا يشرط].

الشرح: إذا أحال بالحق انتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، وهو قول العلماء كافة. وقال زفر: لا ينتقل الحق من ذمة المحيل وإنما يكون له مطالبة أيهما شاء كالضمان. دليلنا أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، والضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، فيجب أن يعطى كل لفظ ما يقتضيه. فإذا ثبت أن الحق انتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فإن الحق لا يعود إلى ذمة المحيل بإفلاس المحال عليه ولا بموته ولا بجحوده ويمينه، وبه قال مالك والليث وأحمد رضي الله عنهم وروي ذلك عن علي كرم الله وجهه. وقال أبو حنيفة: يرجع إليه في حالين: إذا مات المحال عليه مفلساً، وإذا جحد الحق وحلف. وزاد أبو يوسف ومحمد حالة ثالثة وهي إذا أفلس المحال عليه وحجر عليه. قال الشافعي رضي الله عنه: فلما ندب المحتال إلى اتباع المحال عليه بشرط أن يكون المحال عليه مليئاً علم أن الحق يتحول عن المحيل إلى ذمة المحال عليه تحولاً يمنع المحتال من الرجوع إلى المحيل، إذ لو كان له الرجوع إليه لم يكن لعقد هذا الشرط ضرورة.

فإن أحاله على رجل ولم يشرط أنه مليء أو معسر فبان أنه معسر، لم يرجع المحتال على المحيل سواء علم بإعساره أو لم يعلم، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: إذا لم يعلم بإعساره كان له الرجوع على المحيل. وأما إذا أحاله على رجل بشرط أنه مليء فقبل الحوالة ثم بان أنه معسر، فقد روى المزني عن الشافعي أنه لا يرجع على المحيل أبداً سواء كان المحال عليه غنياً أو فقيراً أفلس أو مات معدماً، غرّه أو لم يغرّه. واختلف أصحابنا

فيه، فقال أبو العباس بن سريج: له أن يرجع على المحيل، وما نقله المزني فلا أعرفه للشافعي رحمه الله في شيء من كتبه. وقال أكثر أصحابنا: ليس له أن يرجع عليه كما نقله المزني.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى رجل من رجل شيئاً بألف، وأحال المشتري البائع على رجل بالألف، ثم وجد بالمبيع عيباً فرده، فقد اختلف أصحابنا فيه. فقال أبو علي الطبري: لا تبطل الحوالة، فيطالب البائع المحال عليه بالمال، ويرجع المشتري على البائع بالثمن، لأنه تصرف في أحد عوضي البيع فلا يبطل بالرد بالعيب، كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه، ثم وجد البائع بالثوب عيباً فرده. وقال أبو إسحاق: تبطل الحوالة، وهو الذي ذكره المزني في المختصر، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه، لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمناً، فإذا خرج عن أن يكون ثمناً ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة. ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه، لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشتري الثاني فلم يمكن إبطاله، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما فوجب إبطالها. وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل ثم ارتدت المرأة قبل الدخول، ففي الحوالة وجهان بناء على المسألة قبلها. وإن أحال البائع رجلاً على المشتري بالألف، ثم رد المشتري المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين، وهو الأجنبي المحتال فلم يجز إبطالها].

الشرح: إذا اشترى رجل من رجل سلعة بألف ثم أحال المشتري البائع بالألف على رجل عليه للمشتري ألف، ثم وجد المشتري بالسلعة عيباً فردها. فإن ردها بعد قبض البائع مال الحوالة انفسخ البيع ولم تبطل الحوالة بلا خلاف على المذهب، بل تثبت في ذمة المحال عليه ويرجع المشتري على البائع بالثمن. وإن رده قبل قبض البائع مال الحوالة، فقد ذكر المزني في المختصر أن الحوالة باطلة. وقال في الجامع الكبير: الحوالة ثابتة. واختلف أصحابنا فيها على أربع طرق، وفيما ذكره المصنف من خلافهم كفاية.

وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بألف، ثم اتفقا على أن العبد كان حراً، فإن كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة، كما لو اشترى عبداً وباعه ثم اتفق البائع والمشتري أنه كان حراً، فإن أقاما على ذلك بينة لم تسمع، لأنهما كذبا البينة بدخولهما في البيع، وإن صدقهما المحتال بطلت الحوالة، لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة].

الشرح: لو اشترى رجل من رجل عبداً بألف ثم أحال البائع رجلاً له عليه ألف على المشتري ثم صادق البائع والمشتري أن العبد كان حراً وقت البيع، فإن صدقهما المحتال على حرية العبد وقت البيع وأن الحوالة وقعت بالثمن حكم ببطلان الحوالة وكان للمحتال أن يطالب البائع بما له عليه، وإن كذبهما المحتال ولم يكن هناك بينة فالقول قول المحتال مع يمينه.

قال المصنف رحمه الله: [إذا أحال رجل رجلاً له عليه دين، على رجل له عليه دين، ثم اختلفا فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتني، نظرت: فإن اختلفا في اللفظ فقال المحيل: وكلتك بلفظ الوكالة، وقال المحتال: بل أحلتني بلفظ الحوالة، فالقول قول المحيل، لأنهما اختلفا في لفظه فكان القول فيه قوله. وإن اتفقا على لفظ الحوالة، ثم اختلفا فقال المحيل: وكلتك، وقال المحتال: بل أحلتني، ففيه وجهان، قال أبو العباس: القول قول المحتال، لأن اللفظ يشهد له. ومن أصحابنا من قال: القول قول المحيل، وهو قول المزني، لأنه يدعي بقاء الحق في الذمة والمحتال يدعي انتقال الحق من الذمة، والأصل بقاء الحق في الذمة.

فإن قلنا بقول أبي العباس وحلف المحتال ثبتت الحوالة وبرىء المحيل وثبتت له مطالبة المحال عليه. وإن قلنا بقول المزني فحلف المحيل، ثبتت الوكالة، فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بإنكاره. فإن كان قد قبض المال أخذه المحيل. وهل يرجع هو على المحيل بدينه؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يرجع، لأنه أقر ببراءة ذمته من دينه. و**الثاني**: له أن يرجع، لأنه يقول: إن كنت محتالاً فقد استرجع مني ما أخذته بحكم

الحوالة، وإن كنت وكيلاً فحقي باق في ذمته فيجب أن يعطيني. وإن هلك في يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه، لأنه يقر بأن ماله تلف في يد وكيله من غير عدوان، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه لأنه يقر بأنه استوفى حقه وتلف عنده. وإن قال المحيل: أحلتك، وقال المحتال: بل وكلتني، فقد قال أبو العباس: القول قول المحيل، لأن اللفظ يشهد له. وقال المزني: القول قول المحتال، لأنه يدعي بقاء دينه في ذمة المحيل والأصل بقاؤه في ذمته.

فإن قلنا بقول أبي العباس فحلف المحيل، برئ من دين المحتال، وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين، لأنه إن كان محتالاً فله مطالبته بمال الحوالة، وإن كان وكيلاً فله المطالبة بحكم الوكالة. فإذا قبض المال صرف إليه لأن المحيل يقول: هو له بحكم الحوالة، والمحتال يقول: هو لي فيما لي عليه من الدين الذي لم يوصلني إليه.

وإن قلنا بقول المزني وحلف المحتال ثبت أنه وكيل، فإن لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بما له في ذمته، وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشيء؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يرجع، لأنه مقر بأن المال صار للمحتال. و**الثاني**: يرجع، لأنه إن كان وكيلاً فدينه ثابت في ذمة المحال عليه، وإن كان محتالاً فقد قبض المحتال المال منه ظلماً، وهو مقر بأن ما في ذمة المحال عليه للمحتال، فكان له قبضه عوضاً عما أخذه منه ظلماً. فإن كان قد قبض المال، فإن كان باقياً صرف إليه، لأنه قبضه بحوالة فهو له، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عما له في ذمة المحيل. وإن كان تالفاً نظرت: فإن تلف بتفريط لزمه ضمانه، وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له في ذمته فتقاصا، وإن تلف من غير تفريط لم يلزمه الضمان، لأنه وكيل ويرجع على المحيل بدينه ويبرأ المحال عليه، لأنه إن كان محتالاً فقد وفاه حقه وإن كان وكيلاً فقد دفع إليه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



مختصر
المجموع شرح المهذب

الجزء الرابع عشر

قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الضمان[1]

الشرح: الأصل في جواز الضمان الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢﴾[2] قال ابن عباس: الزعيم الكفيل. وأما السنة ففي حديث أبي هريرة عند أبي داود والترمذي وقال: حديث حسن أن النبي ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال: «**ألا إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولا تنفق امرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها** فقيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ قال: **ذاك أفضل أموالنا**، ثم قال: **العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم**»[3]، فلولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لم يجعله رسول الله ﷺ غارماً. وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف في صحة الضمان وإن اختلفوا في فروع منه.

فإذا ثبت هذا فإنه يقال: ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير كلها بمعنى واحد. ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون

---

(١) الضمان لغة الالتزام. وشرعاً: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعاً.

(٢) يوسف: ٧٢.

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع: باب في تضمين العارية (٨٢٤ ـ ٣/٨٢٥) وكذا الترمذي فيه مختصراً (٣/٥٦٥) وقال: حسن غريب. وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٤٤.

له. ولا بد من رضا الضامن ولا يعتبر رضا المضمون عنه، لا نعلم في ذلك خلافاً، ولا يعتبر رضا المضمون له، وقال أبو حنيفة: يعتبر، وسيأتي تفصيله في بابه.

قال المصنف رحمه الله: [يصح ضمان الدين عن الميت، لما روى أبو قتادة قال: أقبل بجنازة على عهد رسول الله ﷺ فقال: هل على صاحبكم من دين؟ فقالوا: عليه ديناران، قال ﷺ: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه رسول الله ﷺ». ويصح عن الحي، لأنه دين لازم فصح ضمانه كالدين على الميت].

الشرح: الحديث رواه البخاري وأحمد والنسائي والترمذي وصححه[1].

وأما الأحكام فإنه يصح ضمان الدين عن الميت سواء خلف وفاء بدينه أو لم يخلف، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد. وقال الثوري وأبو حنيفة: لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء بماله أو بضمان ضامن.

قال المصنف رحمه الله: [ويصح ذلك من كل جائز التصرف في ماله. فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي والمجنون والسفيه كالبيع. ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه، لأنه إيجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بثمن في الذمة. وأما العبد فإنه إن ضمن بغير إذن المولى ففيه وجهان قال أبو إسحاق: يصح ضمانه ويتبع به إذا عتق، لأنه لا ضرر فيه على المولى لأنه يطالب به بعد العتق، فصح منه كالإقرار بإتلاف ماله.

وقال أبو سعيد الإصطخري: لا يصح، لأنه عقد تضمن إيجاب مال

---

(١) أخرجه الترمذي في الجنائز (٣/٣٨١) من حديث أبي قتادة وليس فيه تحديد قدر الدين، والبخاري في الحوالة من حديث سلمة بن الأكوع (٤٦٦ ـ ٤/٤٦٧) وفيه تحديد قدر الدين بثلاثة دنانير.

فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح. فإن ضمن بإذن مولاه صح ضمانه، لأن الحجر لحقه فزال بإذنه. ومن أين يقضي؟ ينظر فيه: فإن قال له المولى: اقضه من كسبك، قضاه منه. وإن قال: اقضه مما في يدك للتجارة، قضاه منه، لأن المال له وقد أذن له فيه. وإن لم يذكر القضاء ففيه وجهان **أحدهما**: يتبع به إذا أعتق، لأنه أذن في الضمان دون الأداء. و**الثاني**: يقضي من كسبه إن كان له كسب، أو مما في يده إن كان مأذوناً له في التجارة، لأن الضمان يقتضي الغرم كما يقتضي النكاح المهر، ثم إذا أذن له في النكاح وجب قضاء المهر مما في يده، فكذلك إذا أذن له في الضمان وجب قضاء الغرم مما في يده. فإن كان على المأذون له دين وقلنا: إن دين الضمان يقضيه مما في يده، فهل يشارك فيه الغرماء؟ فيه وجهان **أحدهما**: يشارك به، لأن المال للمولى وقد أذن له في القضاء منه، إما بصريح الإذن أو من جهة الحكم، فوجب المشاركة به. و**الثاني**: أنه لا يشارك به، لأن المال تعلق به الغرماء فلا يشارك بمال الضمان كالرهن. وأما المكاتب فإنه ضمن بغير إذن المولى فهو كالعبد القن، وإن ضمن بإذنه فهو تبرع. وفي تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان نذكرهما في المكاتب إن شاء الله تعالى].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه، لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه جاز ضمان ما عليه من غير رضاه. واختلف أصحابنا في رضا المضمون له، فقال أبو علي الطبري: يعتبر رضاه، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم فشرط فيه رضاه كالثمن في البيع. وقال أبو العباس: لا يعتبر، لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي، ولم يعتبر النبي ﷺ رضا المضمون له.

فصل وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه؟ فيه ثلاثة أوجه **أحدهما**: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه ليعلم أنه هل هو ممن يسدى إليه الجميل، ويفتقر إلى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته

أم لا يصلح، كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال هل يقدر عليه أم لا يقدر عليه.

والثاني: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له، لأن معاملته معه، ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه، لأنه لا معاملة بينه وبينه. والثالث: أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما، لأن أبا قتادة ضمن عن الميت ولم يسأله النبي ﷺ عن المضمون له والمضمون عنه].

الشرح: يصح الضمان من غير رضا المضمون عنه، لأن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن عن الميت بحضرة النبي ﷺ، والميت لا يمكن رضاه. وأما المضمون له، فهل يعتبر رضاه؟ فيه وجهان قال أبو علي الطبري: يعتبر رضاه، وهو قول أبي حنيفة، إلا في مسألة واحدة وهي إذا قال المريض لبعض ورثته اضمن عني ديناً لفلان الغائب فضمن عنه بغير إذن المضمون له وإن لم يسم الدين استحساناً، لأنه إثبات مال لآدمي فلم يصح إلا برضاه أو من ينوب عنه كالبيع والشراء له. وقال أبو العباس بن سريج: يصح من غير رضاه، وبه قال أبو يوسف، لأن أبا قتادة ضمن الدين بحضرة النبي ﷺ بغير رضا المضمون له. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن كما يختلف باختلاف ما يرهن من الرهون. وإن شرط أن يضمنه ثقة لم يجز حتى يعين، لأن الثقات يتفاوتون. فإن لم يف له بما شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار، لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط فثبت له الخيار، كما لو شرط له رهناً ولم يف له بالرهن. وإن شرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود. فإن عين له شاهدين، فهل يجوز إبدالهما بغيرهما؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز كما لا يجوز في الضمان. **والثاني**: يجوز، لأن الغرض لا يختلف].

الشرح: إذا باع رجل من غيره شيئاً بثمن في ذمته بشرط أن يضمن له بالثمن ضامن معين صح البيع والشرط، لأن الحاجة تدعو إلى شرط الضمين

في عقد البيع، فإن لم يضمن له الضمين المعين ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع، لأنه إنما دخل في البيع بهذا الشرط فإذا لم يف له المشتري بالشرط ثبت للبائع الخيار. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والأجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف، لأنه وثيقة يستوفى منها الحق فصح في كل دين لازم كالرهن. وأما ما لا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه، لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه فلم يلزم ضمانه. ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه، لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمانه. وفي مال الجعالة والثمن في مدة الخيار ثلاثة أوجه أحدها: لا يصح ضمانه، لأنه دين غير لازم فلم يصح ضمانه كدين الكتابة. **والثاني**: يصح، لأنه يؤول إلى اللزوم فصح ضمانه. والثالث: يصح ضمان الثمن في مدة الخيار ولا يصح ضمان مال الجعالة، لأن عقد البيع يؤول إلى اللزوم، وعقد الجعالة لا يلزم بحال.

فأما المال المشروط في السبق والرمي ففيه قولان **أحدهما**: أنه كالإجارة فيصح ضمانه.

والثاني: أنه كالجعالة فيكون في ضمانه وجهان].

الشرح: قال أصحابنا: الحقوق على أربعة أضرب أحدها: حق لازم كالثمن في الذمة بعد قبض المبيع، والأجرة في الذمة بعد انقضاء الإجارة، ومال الجعالة بعد العمل، والمهر بعد الدخول، وعوض القرض، وقيم المتلفات، فهذا يصح ضمانه لأنه دين لازم مستقر. **الضرب الثاني**: دين لازم غير مستقر كالمهر قبل الدخول وثمن المبيع قبل قبض المبيع والأجرة قبل انقضاء الإجارة ودين السلم، فهذا يصح ضمانه أيضاً. وقال أحمد في إحدى الروايتين: لا يصح ضمان المسلم فيه، لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم عليه فهو كالحوالة. ودليلنا أنه دين لازم فصح ضمانه كالمهر بعد الدخول. **الضرب الثالث**: دين ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم، وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه. **الضرب الرابع**: دين غير لازم إلا أن

يؤول إلى اللزوم، وهو مال الجعالة قبل العمل، ففي صحة ضمانه وجهان ذكرهما المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز ضمان المجهول، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز مع الجهالة كالثمن في البيع. وفي إبل الدية وجهان **أحدهما**: لا يجوز ضمانه، لأنه مجهول اللون والصفة.

والثاني: أنه يجوز، لأنه معلوم السن والعدد، ويرجع في اللون والصفة إلى عرف البلد.

فصل ولا يصح ضمان ما لم يجب، وهو أن يقول: ما تداين فلان فأنا ضامن له، لأنه وثيقة بحق فلا يسبق الحق كالشهادة].

الشرح: لا يصح ضمان مال مجهول كما لا يصح ضمان ما لم يجب، وبه قال الليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأحمد. وقال مالك وأبو حنيفة: يصح ضمان المجهول وضمان ما لم يجب.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز تعليقه على شرط، لأنه إيجاب مال لآدمي بعقد فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع. وإن قال: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه صح، فإذا ألقاه وجب ما ضمنه، لأنه استدعاء إتلاف بعوض لغرض صحيح فأشبه إذا قال: طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف. وإن قال: بع عبدك من زيد بخمسمائة ولك علي خمسمائة أخرى فباعه، ففيه وجهان **أحدهما**: يصح البيع ويستحق ما بذله، لأنه مال بذله في مقابلة إزالة الملك فأشبه إذا قال: طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف. و**الثاني**: لا يصح، لأنه بذل مال لغرض غير صحيح فلم يجز. ويخالف ما بذله في الطلاق والعتق، فإن ذلك بذل مال لغرض صحيح وهو تخليص المرأة من الزوج وتخليص العبد من الرق].

الشرح: لا يصح تعليق الضمان على شرط بأن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت لك دينك على فلان. وحكى المسعودي أن أبا حنيفة قال يصح. وسائر الأحكام كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل، لأنه رفق ومعروف فكان على حسب ما يدخل فيه. وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالاً؟ فيه وجهان **أحدهما**: يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً. و**الثاني**: لا يجوز، لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً والأصل مؤجلاً].

الشرح: إذا كان لرجل على غيره دين حال فضمنه عنه ضامن إلى أجل معلوم صح الضمان وكان الدين معجلاً على المضمون مؤجلاً على الضامن. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يثبت في الضمان خيار، لأن الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ، والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون وأنه لا حظ له في العقد، ولهذا يقال: الكفالة أولها ندامة وأوسطها ملامة وآخرها غرامة].

الشرح: لا يجوز شرط الخيار في الضمان، فإذا شرط فيه أبطله. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يصح الضمان ويبطل الشرط.

قال المصنف رحمه الله: [ويبطل بالشروط الفاسدة، لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشرط الفاسد كالبيع. وإن شرط ضماناً فاسداً في عقد بيع، فهل يبطل البيع؟ فيه قولان كالقولين في الرهن الفاسد إذا شرطه في البيع، وقد بينا وجه القولين في الرهن].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه. والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال: توفي رجل منا فأتينا النبي ﷺ ليصلي عليه، فخطا خطوة ثم قال: **أعليه دين؟** قلنا: ديناران، فتحملهما أبو قتادة. ثم قال بعد ذلك بيوم: **ما فعل الديناران؟** قال: إنما مات أمس، ثم أعاد عليه بالغد قال: قد قضيتهما، قال: **الآن بردت عليه جلده**». ولأنه وثيقة بدين في الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن. ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه، لأن

الدين ثابت في ذمتهما فكان له مطالبتهما. فإن ضمن عن الضامن ثالث جاز، لأنه ضمان دين ثابت فجاز كالضمان الأول. وإن ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز، لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع، فلا يجوز أن يصير الأصل فرعاً والفرع أصلاً، ولأنه يضمن ما في ذمته، ولأنه لا فائدة في ضمانه وهو ثابت في ذمته].

الشرح: حديث جابر رواه أحمد وأبو داود والنسائي والدارقطني وصححه ابن حبان والحاكم[1].

أما الأحكام فإنه إذا ضمن عن غيره ديناً تعلق الدين بذمة الضامن ولا يبرأ المضمون عنه بالضمان، وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور: تبرأ ذمة المضمون عنه بالضمان ويتحول الحق إلى ذمة الضامن. واحتجوا بقوله ﷺ لأبي قتادة في إحدى روايات حديث جابر «**حق الغريم عليك والميت منه بريء**، قال: نعم». ودليلنا قوله ﷺ في هذا الحديث «**الآن بردت عليه جلده**»، فلو كان قد تحول الدين عن المضمون عنه بالضمان لكان قد برد جلده بالضمان، ولأن الضمان وثيقة بدين فلم يتحول إلى الوثيقة ويسقط عن الذمة كالرهن والشهادة. وأما قوله ﷺ: «**والميت منه بريء**» يريد به من الرجوع في تركته.

إذا ثبت هذا، فيجوز للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٦٣٨ ـ ٣/٦٣٩) والنسائي في الجنائز (٦٥ ـ ٤/٦٦) بلفظ: كان رسول الله ﷺ لا يصلي على رجل مات وعليه دين، فأتي بميت فقال: أعليه دين؟ قالوا: نعم ديناران قال: صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة الأنصاري: هما علي يا رسول الله قال: فصلى عليه رسول الله ﷺ فلما فتح الله على رسول الله ﷺ قال: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً فعلي قضاؤه ومن ترك مالاً فلورثته»، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم **٢٨٥٩**. وأخرجه البيهقي في الضمان (٦/٧٥) والحاكم (٢/٥٨) بقريب من لفظ المصنف وفيه زيادة بعد قوله «فتحملهما أبو قتادة فقال النبي ﷺ حق الغريم وبرئ منهما الميت» هذه زيادة البيهقي وأما الحاكم فلفظ زيادته «هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء» قال الحاكم: صحيح الاسناد، وقال الذهبي: صحيح.

والمضمون عنه، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: لا يطالب الضامن إلا إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه. دليلنا أن الحق متعلق بذمة كل واحد منهما، فكان له مطالبة كل واحد منهما كالضامنين.

قال المصنف رحمه الله: [وإن ضمن عن رجل ديناً بغير إذنه لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه، لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه. وإن ضمن بإذنه نظرت: فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه، لأنه إذا جاز أن يغرمه إذا غرم جاز أن يطالبه إذا طولب. وإن لم يطالب ففيه وجهان **أحدهما**: له أن يطالبه، لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته، كما لو أعاره عيناً ليرهنها فرهنها. و**الثاني**: ليس له، وهو الصحيح، لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم لم يطالبه قبل أن يطالب، ويخالف إذا أعاره عيناً ليرهنها فرهنها، لأن عليه ضرراً في حبس العين والمنع من التصرف فيها، ولا ضرر عليه في دين في ذمته لا يطالب به.

فإن دفع المضمون عنه مالاً إلى الضامن وقال: خذ هذا بدلاً عما يجب لك بالقضاء ففيه وجهان **أحدهما**: يملكه، لأن الرجوع يتعلق بسببين: الضمان والغرم، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر، كإخراج الزكاة قبل الحول، وإخراج الكفارة قبل الحنث، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه على ما قبض، وإن أبرىء من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ، كما يجب رد ما عجل من الزكاة إذا هلك النصاب قبل الحول. و**الثاني**: لا يملك، لأنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه، كما لو دفع إليه شيئاً عن بيع لم يعقده. فعلى هذا يجب رده فإن هلك ضمنه، لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع].

الشرح: إذا ضمن الرجل ديناً عن رجل آخر بغير إذنه لم يكن للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليص ذمته لما ذكره المصنف. وإن ضمن بإذنه ففيه تفصيل ذكره المصنف. وإذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مال الضمان عوضاً عما سيغرم فهل يملكه الضامن؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن قبض المضمون له الحق من المضمون عنه برئ الضامن، لأنه وثيقة بحق فانحلت بقبض الحق كالرهن. وإن قبضه من الضامن برىء المضمون عنه، لأنه استوفى الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الدين، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن. وإن أبرىء المضمون عنه برىء الضامن، لأن الضامن وثيقة بالدين فإذا أبرىء من عليه الدين انحلت الوثيقة، كما ينحل الرهن إذا أبرىء الراهن من الدين. وإن أبرىء الضامن لم يبرأ المضمون عنه، لأن إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض، فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن قضى الضامن الدين نظرت: فإن ضمن بإذن المضمون عنه وقضى بإذنه رجع عليه، لأنه أذن له الضمان والقضاء. وإن ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه لم يرجع، لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع. وإن ضمن بغير إذنه وقضى بإذنه ففيه وجهان، من أصحابنا من قال: يرجع لأنه قضى بإذنه. و**الثاني**: لا يرجع، وهو المذهب، لأنه لزمه بغير إذنه فلم يؤثر إذنه في قضائه. وإن ضمن بإذنه وقضى بغير إذنه فالمنصوص: أنه يرجع عليه، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه اشتغلت ذمته بالدين بإذنه، فإذا استوفى منه رجع، كما لو أعاره مالاً فرهنه في دينه وبيع في الدين. وقال أبو إسحاق: إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع، لأنه قضاه باختياره، وإن لم يمكنه رجع، لأنه قضاه بغير اختياره. وإن أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمة المضمون عنه، لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً. وإن أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحال عليه وقلنا: يصح، برىء الضامن، لأن بالحوالة تحول ما ضمن، ولا يرجع على المضمون عنه لأنه لم يغرم. فإن قبضه منه ثم وهبه له، فهل يرجع على الضامن؟ فيه وجهان بناء على القولين في المرأة إذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول.

فصل

وإن دفع الضامن إلى المضمون له ثوباً عن الدين في موضع يثبت له الرجوع رجع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين، فإن كان قيمة الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة، لأنه لم يغرم. وإن كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة، لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به. وإن كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً فعجل قضاءه لم يرجع به قبل المحل، لأنه تبرع بالتعجيل].

الشرح: إذا قضى الضامن الحق فهل يرجع على المضمون عنه؟ فيه تفصيل ذكره المصنف.

وكل موضع ثبت للضامن الرجوع على المضمون عنه، فأحال الضامن المضمون له بالحق على من له عليه دين فإنه يرجع على المضمون عنه في الحال، لأن الحوالة كالقبض. وإن أحاله على من لا حق له عليه وقبل المحال عليه وقلنا يصح، برئ الضامن والمضمون عنه، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء في الحال، لأنه لم يغرم شيئاً، فإن قبض المحتال من المحال عليه ورجع المحتال عليه على الضامن رجع الضامن على المضمون عنه. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويصح ضمان الدرك على المنصوص. وخرج أبو العباس قولاً آخر: أنه لا يصح، لأنه ضمان ما يستحق من المبيع، وذلك مجهول. والصحيح: أنه يصح قولاً واحداً، لأن الحاجة داعية إليه، لأنه يسلم الثمن ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهناً، ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة، لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان. ولا يمكن أن يجعل القدر الذي يستحق معلوماً فعفي عن الجهالة فيه، كما عفي عن الجهل بأساس الحيطان. ويخالف ضمان المجهول، لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمنه. وفي وقت ضمانه وجهان **أحدهما**: لا يصح حتى يقبض البائع الثمن، لأنه قبل أن يقبض ما

وجب له شيء، وضمان ما لم يجب لا يصح. و**الثاني**: يصح قبل قبض الثمن، لأن الحاجة داعية إلى هذا الضمان في عقد البيع فجاز قبل قبض الثمن.

وإن اشترى جارية وضمن دركها فخرج بعضها مستحقاً، فإن قلنا: إن البيع يصح في الباقي، رجع بثمن ما استحق. وإن قلنا: يبطل البيع في الجميع، رجع على الضامن بثمن ما استحق. وهل يرجع عليه بثمن الباقي؟ فيه وجهان **أحدهما**: يرجع عليه، لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق فضمن كالمستحق. و**الثاني**: لا يرجع، لأنه لم يضمن إلا ما يستحق فلم يضمن ما سواه.

وإن ضمن الدرك فوجد بالمبيع عيباً فرده، فهل يرجع على الضامن بالثمن؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يرجع، وهو قول المزني وأبي العباس، لأنه زال ملكه عنه بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن، كما لو كان شقصاً فأخذه الشفيع. و**الثاني**: يرجع، لأنه رجع إليه الثمن بمعنى قارن العقد، فثبت له الرجوع على الضامن، كما لو خرج مستحقاً. وإن وجد به العيب وقد حدث عنده عيب، فهل يرجع بأرش العيب؟ على ما ذكرناه من الوجهين].

الشرح: قوله: «**الدرك**» ـ بفتح الراء وسكونها ـ التبعة، قال في الصحاح: يقال ما لحقك من درك فعلي خلاصه[1].

أما الأحكام فإنه يصح ضمان العهد على المنصوص في الأم، وهو أن يشتري رجل عيناً بثمن في ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن إن خرج المبيع مستحقاً. وخرّج أبو العباس بن سريج قولاً آخر أنه لا يصح لأنه ضمان ما لم يجب، ولأنه ضمان مجهول لأنه لا يعلم هل يستحق المبيع أو بعضه. والصحيح أنه يصح. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

---

(١) قال الخطيب في مغني المحتاج (٢٠٢ ـ ٣/٢٠٣): الدرك: هو التبعة أي: المطالبة والمؤاخذة وإن لم يكن له حق ثابت، لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً [أي: ملكاً لغيره] ولا يظفر به فاحتيج إلى التوثق به، ويسمى أيضاً ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده.

[كفالة البدن]

قال المصنف رحمه الله: [وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب، وقال في الدعاوى والبينات: إن كفالة البدن ضعيفة. فمن أصحابنا من قال: تصح قولاً واحداً، وقوله: ضعيفة، أراد من جهة القياس. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان **أحدهما**: أنها لا تصح، لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها. و**الثاني**: يصح، وهو الأظهر، لما روى أبو إسحاق السبيعي عن حارثة بن مضرب قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه وقال: أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحد إحنة[1]، وإني كنت استطرقت[2] رجلاً من بني حنيفة، وكان أمرني أن آتيه بغلس، فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة، مسجد عبد الله بن النواحة، فسمعت مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله وأن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي وكففت فرسي حتى سمعت أهل المسجد قد تواطأوا على ذلك. فقال عبد الله بن مسعود: علي بعبد الله بن النواحة، فحضر واعترف، فقال له عبدالله: أين ما كنت تقرأ من القرآن؟ قال: كنت أتقيكم به، فقال له: تب فأبى، فأمر به فأخرج إلى السوق فجز رأسه، ثم شاور أصحاب محمد ﷺ في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم: ثؤلول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه. وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس: استتبهم فإن تابوا كفلهم عشائرهم، فاستتابهم فتابوا وكفلهم عشائرهم». ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين. فإن قلنا: تصح، جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين، لأنه حق لازم لآدمي فصحت الكفالة به كالدين. وإن كان عليه حد، فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به، لأن الكفالة للاستيثاق، وحق الله تعالى مبني على الدرء والإسقاط، فلم يجز الاستيثاق

---

(١) الإحنة: الحقد في الصدر/لسان العرب.

(٢) الطرق: ماء الفحل، وطرق الفحل الناقة يطرقها طرقاً وطروقاً أي: قعا عليها وضربها، واستطرقه فحلاً: طلب منه أن يطرقه إياه ليضرب في إبله/لسان العرب.

بمن عليه. وإن كان قصاصاً أو حد قذف ففيه وجهان **أحدهما**: لا تصح، لأنه لا تصح الكفالة بما عليه فلم تصح الكفالة به كمن عليه حد لله تعالى. و**الثاني**: تصح، لأنه حق لآدمي فجازت الكفالة ببدن من عليه كالدين. ومن عليه دين غير لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة ببدنه، لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة].

الشرح: حديث أبي اسحاق السبيعي أخرجه أبو داود[١].

والثؤلول ـ بضم الثاء وسكان الهمزة ـ والثآليل وهي أورام خبيثة تظهر كالدرن في الجسم[٢].

وأما الأحكام فإن المنصوص للشافعي رضي الله عنه في أكثر كتبه أن الكفالة بالبدن تصح[٣]، وهو قول شريح والشعبي ومالك وأبي حنيفة والليث وأحمد رضي الله عنهم وهو الصحيح لقوله تعالى: ﴿فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ إِنَّا نَرَىٰكَ مِنَ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[٤]، ولحديث ابن مسعود حين استشار الصحابة في المرتدين فأشار عليه بعضهم بأن يستتابوا ويتكفل بهم عشائرهم ففعل ذلك، فدل على أن الكفالة بالبدن كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم إذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك، وإن كان هذا الموضع لم يتوجه عليهم فيه حق فلم يكن موضعاً تصح فيه الكفالة بالبدن إلا أن عبد الله بن مسعود وأصحابه الذين معه أرادوا بهذا الاستظهار على هؤلاء المارقين. وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان عليه دين مجهول ففيه وجهان قال

---

(١) أخرجه البيهقي في الضمان (٦/٧٧) وأخرجه البخاري مختصراً ومعلقاً في أول الكفالة (٤/٤٦٩) بلفظ: وقال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين: استتبهم وكفلهم فتابوا وكفلهم عشائرهم. ولم أجده عند أبي داود.

(٢) الثؤلول يسمى بالعامية تالولة، وليس من الأورام الخبيثة.

(٣) كفالة البدن هي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له/ مغني المحتاج.

(٤) يوسف: ٧٨، والاستدلال بهذه الآية غير متجه لأن يوسف عليه السلام رد عليهم طلبهم هذا واستنكره كما أخبر الله عنه (قال معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده).

أبو العباس: لا تصح الكفالة ببدنه، لأنه قد يموت المكفول به فيلزمه الدين، فإذا كان مجهولاً لم تمكن المطالبة. **والثاني**: أنه تصح، وهو المذهب، لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين.

فصل

وتصح الكفالة ببدن الكفيل كما يصح ضمان الدين عن الضمين].

الشرح: إذا تكفل ببدن رجل لرجل له عليه دين، فمات المكفول به بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه. وقال مالك رضي الله عنه وأبو العباس بن سريج: يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين، لأن الكفالة وثيقة بالحق فإذا تعذر الحق من جهة من عليه الدين استوفي من الوثيقة كالرهن. دليلنا أنه تكفل ببدنه لا بدينه فلم يلزمه ما عليه من الدين كما لو غاب، ويفارق الرهن لأنه علق به الدين فاستوفي منه وههنا لم يتكفل إلا بإحضاره وقد تعذر إحضاره بموته. فإذا قلنا بالمذهب صحت الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل. وإن قلنا بقول أبي العباس لم تصح الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل.

قال المصنف رحمه الله: [وتجوز الكفالة حالاً ومؤجلاً، كما يجوز ضمان الدين حالاً ومؤجلاً. وهل يجوز إلى أجل مجهول؟ فيه وجهان **أحدهما**: يجوز، لأنه تبرع من غير عوض فجاز في المجهول كإباحة الطعام. **والثاني**: لا يجوز، لأنه إثبات حق في الذمة لآدمي فلا يجوز إلى أجل مجهول كالبيع، ويخالف الإباحة، فإنه لو أباحه أحد الطعامين جاز، ولو تكفل ببدن أحد الرجلين لم يجز].

الشرح: إذا تكفل ببدن رجل نظرت: فإن شرط إحضاره حالاً لزمه إحضاره في الحال، كما لو تكفل ببدنه وأطلق اقتضى ذلك إحضاره في الحال. وإن تكفل ببدنه إلى أجل معلوم صحت الكفالة ولا يلزمه إحضاره قبل ذلك كما إذا ضمن الدين إلى أجل معلوم. وإن تكفل ببدنه إلى أجل

مجهول، فهل يصح؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف، والصحيح منهما: أنه لا يصح.

قال المصنف رحمه الله: [وتجوز الكفالة به ليسلم في مكان معين، وتجوز مطلقاً. فإن أطلق وجب التسليم في موضع العقد، كما تجوز حالاً ومؤجلاً، وإذا أطلق وجب التسليم في حال العقد].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به، لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر على تسليمه. ومن أصحابنا من قال: تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير إذن من عليه الدين].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن تكفل بعضو منه ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أنه يصح، لأن في تسليمه تسليم جميعه. و**الثاني**: لا تجوز، لأن إفراد العضو بالعقد لا يصح، وتسريته إلى الباقي لا تمكن، لأنه لا سراية له فبطلت. والثالث: إن كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم البدن، وإن كان عضواً يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح، لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقائه].

الشرح: حكم الفصل كما ذكره المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أحضر المكفول به قبل المحل أو في غير الموضع الذي شرط فيه التسليم، فإن كان عليه في قبوله ضرر أو له في رده غرض لم يلزمه قبوله. وإن لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض وجب قبوله. فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ، كما قلنا في دين السلم. وإن أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ، لأن التسلم المستحق هو التسليم من غير حائل. ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه، وإن سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم، لأن حبس الحاكم

ليس بحائل ويمكن إحضاره ومطالبته بما عليه من الحق.

وإن حضر المكفول به بنفسه وسلم نفسه برىء الكفيل كما يبرأ الضامن إذا أدى المضمون عنه الدين. وإن غاب المكفول به إلى موضع لا يعرف خبره لم يطالب به. وإن غاب إلى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء، لأن ما لزم تسليمه لم يلزم إلا بإمكان التسليم. فإن مضى زمان الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل إلى أن يحضره. فإن أبرأه المكفول له من الكفالة برىء كما يبرأ الضامن إذا أبرأه المضمون له. فإن جاء رجل وقال: أبرىء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به، ففيه وجهان قال أبو العباس: يصح، لأنه نقل الضمان إلى نفسه فصار كما لو ضمن رجل مالاً فأحال الضامن المضمون له على آخر. وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب الطبري رحمهما الله: لا يصح، لأنه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل وذلك شرط فاسد فمنع صحة العقد.

وإن تكفل ببدن رجل لنفسين فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر، لأنه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما، كما لو ضمن لهما دينين فأدى دين أحدهما. وإن تكفل اثنان لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما، فقد قال شيخنا القاضي أبو الطيب رحمه الله: انه لا يبرأ الآخر، لأنه لو أبرىء أحدهما لم يبرأ الآخر فإذا سلمه أحدهما لم يبرأ الآخر. وعندي أنه يبرأ، لأن المستحق إحضاره وقد حصل فبرئا، كما لو ضمن رجلان ديناً فأداه أحدهما، ويخالف الإبراء، فإن الإبراء مخالف للأداء، والدليل عليه: أن في ضمان المال لو أبرىء أحد الضامنين لم يبرأ الآخر ولو أدى أحد الضامنين برىء].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن تكفل ببدن رجل فمات المكفول به برىء الكفيل. وقال أبو العباس: يلزمه ما على المكفول به من الدين، لأنه وثيقة فإذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفي الدين منها كالرهن. والمذهب: الأول، لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه.

فصل

وإن تكفل بعين نظرت: فإن كان أمانة كالوديعة لم يصح، لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى. وإن كان عيناً مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض، ففيه وجهان بناء على القولين في كفالة البدن. فإن قلنا: إنها تصح فهلكت العين، فقد قال أبو العباس فيه وجهان **أحدهما**: يجب عليه ضمانها. و**الثاني**: لا يجب. وقال الشيخ أبو حامد: لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن، فإن البدن لو تلف لم يضمن بدله ولو هلكت العين ضمنها].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن ضمن عنه ديناً ثم اختلفا، فقال الضامن: ضمنت وأنا صبي، وقال المضمون له: ضمنت وأنت بالغ، فالقول قول الضامن، لأن الأصل عدم البلوغ. وإن قال: ضمنت وأنا مجنون، وقال: بل ضمنت وأنت عاقل، فإن لم يعرف له حالة جنون، فالقول قول المضمون له، لأن الأصل العقل وصحة الضمان. وإن عرف له حالة جنون، فالقول قول الضامن، لأنه يحتمل أن يكون الضمان في حالة الإفاقة ويحتمل أن يكون في حالة الجنون والأصل عدم الضمان وبراءة الذمة. وإن ضمن عن رجل شيئاً وأدى المال، ثم ادعى أنه ضمن بإذنه وأدى بإذنه ليرجع، وأنكر المضمون عنه الإذن، لم يرجع عليه، لأن الأصل عدم الإذن. وإن تكفل ببدن رجل ثم ادعى أنه تكفل به ولا حق عليه، فالقول قول المكفول له، لأن الكفيل قد أقر بالكفالة، والكفالة لا تكون إلا بمن عليه حق، فكان القول قول المكفول له. فإن طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك، ففيه وجهان **أحدهما**: يحلف، لأن ما يدعيه الكفيل ممكن فحلف عليه الخصم. و**الثاني**: لا يحلف، لأن إقراره بالكفالة يقتضي وجوب الحق، وما يدعيه يكذب إقراره، فلم يحلف الخصم. وإن ادعى الضامن أنه قضى الحق عن المضمون عنه، وأقر المضمون له، وأنكر المضمون عنه، ففيه وجهان **أحدهما**: أن القول قول المضمون عنه، لأن الضامن يدعي القضاء ليرجع

فلم يقبل قوله، والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض فلم تقبل شهادته، فسقط قولهما وحلف المضمون عنه.

والثاني: أن القول قول الضامن، لأن قبض المضمون له يثبت بالإقرار مرة وبالبينة أخرى، ولو ثبت قبضه بالبينة رجع الضامن، فكذلك إذا ثبت بالإقرار].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الشركة

[يصح عقد الشركة على التجارة، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**قال الله تعالى: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانا خرجت من بينهما**».

ولا تصح الشركة إلا من جائز التصرف في المال، لأنه عقد على التصرف في المال فلم تصح إلا من جائز التصرف في المال.

فصل

ويكره أن يشارك المسلم الكافر، لما روى أبو جمرة عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: لا تشاركن يهودياً ولانصرانياً ولا مجوسياً، قلت: لم؟ قال: لأنهم يربون والربا لا يحل»].

الشرح: حديث أبي هريرة رواه أبو داود والحاكم وصححه، وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان كما أعله بالارسال[1]. وأما أثر أبي جمرة عن ابن عباس فقد رواه الأثرم[2].

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٦٧٧) وكذا الحاكم فيه (٢/٥٢) وقال: صحيح الاسناد، وقال الذهبي: صحيح. وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٣٢.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٦) وورد عند المصنف أبو حمزة بدل أبي جمرة، وهو خطأ والصواب أبو جمرة وهو نصر بن عمران الضبعي.

أما لغات الفصل، فالشِرْكة بكسر الشين وسكون الراء، وحكى ابن باطيش فتح الشين وكسر الراء، وزاد صاحب الفتح حذف الهاء مع فتح أوله وحذف الهاء مع كسر أوله.

والشركة ثبوت الحق لاثنين فأكثر على جهة الشيوع. أما الأحكام فإن الأصل في جواز الشركة الكتاب والسنة والاجماع. **أما الكتاب**: فقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾[1] فجعل الميراث مشتركاً بين الأولاد. وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلۡخُلَطَآءِ لَيَبۡغِي بَعۡضُهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٍ﴾[2] والخلطاء هم الشركاء. **وأما السنة**: فقد روى أبو داود وابن ماجه عن السائب بن أبي السائب المخزومي أنه قال للنبي ﷺ يوم الفتح: كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك كنت لا تداريني ولا تماريني»[3]. **وأما الإجماع**: فإن أحداً من العلماء لم يخالف في جوازها.

إذا ثبت هذا فإن الشركة تنقسم إلى ستة أقسام: شركة في الأعيان والمنافع وشركة في الأعيان دون المنافع وشركة في المنافع دون الأعيان وشركة في المنافع المباحة وشركة في حق الأبدان وشركة في حقوق الأموال.

فأما شركة المنافع والأعيان فهو أن يكون بين الرجلين أو بين الجماعة أرض أو بهائم ملكوها بالارث أو بالبيع أو الهبة مشاعاً.

وأما شركة الأعيان دون المنافع فمثل أن يوصي رجل لرجل بمنفعة أرضه أو داره فيموت ويخلف جماعة ورثة، فإن رقبة الأرض والدار تكون موروثة للورثة دون المنفعة.

وأما الشركة في المنافع دون الأعيان فمثل أن يوصي بمنفعة عربته لجماعة أو يستأجر جماعة عربة.

---

(١) النساء: ١٠.

(٢) ص: ٢٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه في التجارات (٢/٧٦٨) ومنه كتبته، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٨٥٣، ولم أجده عند أبي داود.

وأما الشركة في حقوق البدن فهو أن يرث جماعة قصاصاً أو حد قذف.

وأما الشركة في حقوق الأموال فهو أن يرث جماعة الشفعة أو الرد بالعيب وخيار الشرط وحقوق الرهن ومرافق الطرق.

وأما مسألة الفصل، فتجوز الشركة في التجارة. ويكره للمسلم أن يشارك الكافر سواء كان المسلم هو المتصرف أو الكافر أو هما، ودليله أثر ابن عباس الذي ذكره المصنف. فإن عقد الشركة معه صح، لأن الظاهر مما في أيديهم أنه ملكهم، وقد اقترض النبي ﷺ من يهودي شعيراً ورهنه درعه. وقال أحمد: يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلوان به ويخلو به المسلم[1].

قال المصنف رحمه الله: [وتصح الشركة على الدراهم والدنانير، لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع، وبهما تعرف قيمة الأموال وما يزيد فيها من الأرباح. فأما ما سواهما من العروض فضربان: ضرب لا مثل له، وضرب له مثل. فأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب، فلا يجوز عقد الشركة عليها، لأنه قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه، أفردنا أحدهما بالربح، والشركة معقودة على الاشتراك في الربح. وإن جعلنا الربح بينهما، أعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز. وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز عقد الشركة عليه، وعليه نص في البويطي، لأنه من غير الأثمان فلم يجز عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان. و**الثاني**: يجوز، وهو قول أبي إسحاق، لأنه من ذوات الأمثال فأشبه الأثمان.

وإن لم يكن لهما غير العروض وأرادا الشركة، باع كل واحد منهما

---

(١) لا يخلوان به أي: بمال الشراكة، قال ابن قدامة في المغني (٧/١٠٩): قال أحمد: يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون هو الذي يليه لأنه يعمل بالربا، وبهذا قال الحسن والثوري.

بعض عرضه ببعض عرض الآخر فيصير الجميع مشتركاً بينهما ويشتركان في ربحه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يصح من الشرك إلا شركة العنان، ولا يصح ذلك إلا أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته. فإن كان مال أحدهما دنانير والآخر دراهم، أو مال أحدهما صحاحاً والآخر قراضة، أو مال أحدهما من سكة ومال الآخر من سكة أخرى، لم تصح الشركة، لأنهما مالان لا يختلطان فلم تصح الشركة عليهما كالعروض. فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر مائة درهم، وابتاعا بها شيئاً وربحا، قسم الربح بينهما على قدر المالين. فإن كان نقد البلد أحدهما قوّم به الآخر، فإن استوت قيمتهما استويا في الربح، وإن اختلفت قيمتهما تفاضلا في الربح على قدر مالهما.

فصل

ولا تصح حتى يختلط المالان، لأنه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال. ولأنا لو صححنا الشركة قبل الاختلاط، وقلنا: إن من ربح شيئاً من ماله انفرد بالربح، أفردنا أحدهما بالربح، وذلك لا يجوز. وإن قلنا: يشاركه الآخر، أخذ أحدهما ربح مال الآخر، وهذا لا يجوز. وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا تصح، وهو قول أبي القاسم الأنماطي، لأن الشركة تشتمل على مال وعمل، ثم لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح، فكذلك لا يجوز أن يتساويا في العمل ويتفاضلا في الربح، وإذا اختلف مالهما في القدر، فقد تساويا في العمل وتفاضلا في الربح، فوجب أن لا يجوز. و**الثاني**: تصح، وهو قول عامة أصحابنا، وهو الصحيح، لأن المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما، وذلك يحصل مع تفاضل المالين كما يحصل مع تساويهما. وما قاله الأنماطي من قياس العمل على المال لا يصح، لأن الاعتبار في الربح

بالمال لا بالعمل. والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال ويشتركا في الربح فلم يجز أن يستويا في المال ويختلفا في الربح. وليس كذلك العمل، فإنه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ويشتركا في الربح فجاز أن يستويا في العمل ويختلفا في الربح].

الشرح: الشركة أربعة أنواع: شركة العنان وشركة الأبدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه، ولا يصح من هذه الشركة عندنا إلا شركة العنان. قال في البيان: واختلف الناس لم سميت شركة العنان، فقيل سميت شركة العنان لظهورها وهو أنهما ظاهرا بإخراج المالين، ويقال عنّ الشيء إذا ظهر. وقيل سميت عناناً من المعاننة وهي المعارضة فكل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله. إلى أن قال: وقال أبو بكر الرازي: سميت بذلك مأخوذاً من العنان لأن الانسان يأخذ عنان الدابة بإحدى يديه ويحبسه عليها ويده الأخرى مرسلة يتصرف بها كيف شاء، كذلك هذه الشركة كل واحد من الشريكين بعض ماله مقصور عن التصرف فيه من جهة الشركة وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء. انتهى

وجماع القول في شركة العنان هو أن يخرج كل واحد منهما مالاً من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلطا المالين. ولا خلاف في صحة هذه الشركة لسلامتها من سائر أنواع الغرر. ويشترط فيها لفظ صريح من كل للآخر يدل على الاذن للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما أو كناية تشعر بذلك، وكاللفظ الكتابة وإشارة الأخرس المفهمة. فإن اختلف جنس المال أو صفته كأن كان مال أحدهما دراهم والآخر دنانير أو كانت نقود أحدهما مكسرة والأخرى صحيحة لم تصح الشركة لعدم اتحاد القيمة واحتمال دخول عنصر الغرر أو الربا في الاستبدال والصرف. وقال أبو حنيفة: يصح. فإن خالفا وأخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير وخلطا ذلك وابتاعا فإن ذلك يكون ملكاً لهما على قدر مالهما. وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في

نصيب شريكه إلا بإذنه، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف تصرفا، وإن أذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون في الجميع ولا يتصرف الآخر إلا في نصيبه. ولا يجوز لأحدهما أن يتجر في نصيب شريكه إلا في الصنف الذي يأذن فيه الشريك، ولا أن يبيع بدون ثمن المثل، ولا بثمن مؤجل، ولا بغير نقد البدل، إلا أن يأذن له شريكه، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر في نصفه، فلا يملك إلا ما يملك كالوكيل].

الشرح: إذا عقدا الشركة على مال لهما نصفين فإن كل واحد منهما يملك التصرف في نصف المال من غير إذن شريكه لأنه ملكه. وهل له أن يتصرف في النصف الآخر من غير إذن شريكه؟ فيه وجهان حكاهما المسعودي **أحدهما**: يملك ذلك، وبه قال أبو حنيفة، لأن هذا مقتضى عقد الشركة فلم يحتج إلى إذن الآخر كما لو عقد القراض على مال له. والثاني وهو طريقة البغداديين من أصحابنا: أنه لا يملك ذلك من غير إذن شريكه، لأن المقصود بالشركة هو أن يشتركا في ربح ماليهما وذلك لا يقتضي التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويقسم الربح والخسران على قدر المالين، لأن الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما فكانا على قدر المالين. فإن شرطا التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين، أو التساوي في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد، لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما. فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف، لأن الشرط لا يسقط الإذن فنفذ التصرف. فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه، لأنه إنما عمل ليسلم له ما شرط، وإذا لم يسلم رجع بأجرة عمله].

الشرح: إذا شرط الشريكان التفاضل في الربح أو الخسران مع تساوي المالين أو شرطا التساوي في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح

الشرط عندنا، وقال أبو حنيفة: يصح. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وأما شركة الأبدان، وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهي باطلة، لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**» وهذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى فوجب أن يكون باطلاً. ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يجز أن يشاركه الآخر في بدله. فإن عملاً وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله، لأنها بدل عمله فاختص بها].

الشرح: حديث عائشة رضي الله عنها رواه الشيخان[1]. قال النووي: صنف فيه ابن خزيمة وابن جرير تصنيفين كبيرين أكثرا فيهما من استنباط الفوائد. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف[2].

قال المصنف رحمه الله: [وأما شركة المفاوضة، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان، فهي شركة باطلة لحديث عائشة رضي الله عنها. ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم تصح، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالإرث والهبة. ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم تصح، كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) قال البغوي في شرح السنة (٨/٢١٧): شركة الأبدان هي أن يشترك محترفان على أن يعملا فما يحصل من الربح يكون بينهما، واختلف أهل العلم فيها فأبطلها الشافعي وأبو ثور وأجازها سفيان الثوري وأصحاب الرأي وأحمد سواء اتفقت حرفة المحترفين أو اختلفتا، قال عبد الله بن مسعود: اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر. انتهى. وللأثر تتمة لم يذكرها البغوي وهي «... قال: فجاء سعد بأسيرين ولم أجئ أنا وعمار بشيء» وهذا الأثر أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٦٨١) والنسائي في الأيمان والنذور (٧/٥٧) وابن ماجه في التجارات (٢/٧٦٨) وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٣٥.

منهما ما يجب على الآخر بالجناية. فإن عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا، أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه، لأن الشرط قد سقط وبقي الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط. ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه، لأنه عمل في ماله ليسلم له ما شرط له، ولم يسلم فوجب أجرة عمله].

الشرح: شركة المفاوضة باطلة عندنا وهي أن يشترطا أن يكون ما يملكان من المال بينهما وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان.

قال الشافعي رضي الله عنه في اختلاف العراقيين: لا أعلم في الدنيا شيئاً باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ولا أعلم القمار إلا هذا وأقل منه.

وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي رضي الله عنهم: شركة المفاوضة صحيحة إلا أن أبا حنيفة يقول: من شرط صحتها أن يخرج كل واحد منهما جميع ما يملكه من الذهب والفضة حتى لو أن أحدهما استثنى مما يملكه درهماً لم تصح الشركة، ويكون مال أحدهما مثل مال صاحبه[1].

دليلنا أن النبي ﷺ نهى عن الغرر، وهذا غرر، والنهي يقتضي الفساد.

قال المصنف رحمه الله: [وأما شركة الوجوه، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه في ربح ما يشتريه بوجهه، فهي

---

(١) قال البغوي في شرح السنة (٢١٧ ـ ٨/٢١٨): شركة المفاوضة أبطلها الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وأجازها الأوزاعي وابن أبي ليلى والثوري وأصحاب الرأي، وقال أبو حنيفة والثوري وأبو يوسف: يشترط أن يكون رأس مالهما سواء، ثم ما ملك أحدهما بالشراء يشاركه الآخر فيه، وإن ملك بإرث أو هبة لا يشاركه الآخر فيه، غير أنه إن كان من جنس مال الشركة تفسد الشركة بينهما، وكل ضمان لزم أحدهما بغصب أو إتلاف كان الآخر مؤاخذاً به.

شركة باطلة، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به فلا يجوز أن يشاركه غيره في ربحه. وإن وكّل كل واحد منهما صاحبه في شراء شيء بينهما، واشترى كل واحد منهما ما أذن فيه شريكه، ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه، دخل في ملكهما وصارا شريكين فيه، فإذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه بدل مالهما].

الشرح: شركة الوجوه لا تصح عندنا، وقال أبو حنيفة: تصح[1]. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أخذ رجل من رجل جملاً ومن آخر راوية على أن يستقي الماء ويكون الكسب بينهم، فقد قال في موضع: يجوز، وقال في موضع: لا يجوز. فمن أصحابنا من قال: إن كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب له، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية، لأنه استوفى منفعتهما بإجارة فاسدة فوجب عليه أجرة المثل. وإن كان الماء مباحاً فالكسب بينهم أثلاثاً، لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم فكان الكسب بينهم، كما لو وكلاه في شراء ثوب بينهم فاشتراه على أن يكون بينهم، وحمل القولين على هذين الحالين. ومنهم من قال: إن كان الماء مملوكاً للسقاء كان الكسب له، ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه، وإن كان الماء مباحاً ففيه قولان **أحدهما**: أنه بينهم أثلاثاً، لأنه أخذه على أن يكون بينهم فدخل في ملكهم، كما لو اشترى شيئاً بينهم بإذنهم. و**الثاني**: أن الكسب للسقاء، لأنه مباح اختص بحيازته فاختص بملكه كالغنيمة، ويرجعان عليه بأجرة المثل، لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية ليسلم لهما الكسب ولم يسلم فثبت لهما أجرة المثل].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

---

(١) قال البغوي في المصدر السابق: شركة الوجوه هي أن يشتركا من غير مال بينهما على أن يشتريا في الذمة ويبيعا فما يحصل من الربح يكون بينهما انتهى. وبين رحمه الله أن أهل العلم اختلفوا فيها، فأبطلها الشافعي وأبو ثور وأجازها سفيان الثوري وأصحاب الرأي وأحمد.

قال المصنف رحمه الله: [والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه، فإن هلك المال في يده من غير تفريط لم يضمن، لأنه نائب عنه في الحفظ والتصرف فكان الهالك في يده كالهالك في يده. فإن ادعى الهلاك، فإن كان بسبب ظاهر لم يقبل حتى يقيم البينة عليه، فإذا أقام البينة على السبب فالقول قوله في الهلاك مع يمينه. وإن كان بسبب غير ظاهر، فالقول قوله مع يمينه من غير بينة، لأنه يتعذر إقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه. وإن ادعى عليه الشريك خيانة وأنكر فالقول قوله، لأن الأصل عدم الخيانة. وإن كان في يده عين وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة وادعى هو أنه له فالقول قوله مع يمينه، لأن الظاهر مما في يده أنه ملكه. فإن اشترى شيئاً فيه ربح، فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة وادعى هو أنه اشتراه لنفسه، أو اشترى شيئاً فيه خسارة، وادعى الشريك أنه اشتراه لنفسه وادعى هو أنه اشتراه للشركة، فالقول قوله، لأنه أعرف بعقده ونيته].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان بينهما عبد فأذن أحدهما لصاحبه في بيعه فباعه بألف، ثم أقر الشريك الذي لم يبع أن البائع قبض الألف من المشتري وادعى المشتري ذلك وأنكر البائع، فإن المشتري يبرأ من حصة الشريك الذي لم يبع، لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن إلى شريكه بإذنه، وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشتري وبين الشريكين. فإن تحاكم البائع والمشتري، فإن كان للمشتري بينة بتسليم الثمن قضي له، وإن لم يكن له من يشهد غير الشريك الذي لم يبع فإن شهادته مردودة في قبض حصته، لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته. وهل ترد في حصة البائع؟ فيه قولان. فإن قلنا: تقبل، حلف معه المشتري ويبرأ. وإن قلنا: لا تقبل أو لم يكن عدلا، فالقول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض. فإن حلف أخذ منه نصف الثمن، وليس للشريك الذي لم يبع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئاً، لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرة وأن ما أخذه الآن أخذه ظلماً فلا يجوز أن يأخذ منه. وإن نكل البائع حلف المشتري ويبرأ.

وإن تحاكم الشريكان، فإن كان للذي لم يبع بينة بأن البائع قبض الثمن، رجع عليه بحصته. وإن لم تكن له بينة، حلف البائع أنه لم يقبض ويبرأ. وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الذي لم يبع فيحلف ويأخذ منه حصته. وإن ادعى البائع أن الذي لم يبع قبض الألف من المشتري، وادعاه المشتري وأنكر الذي لم يبع نظرت: فإن كان الذي لم يبع مأذوناً له في القبض، برئت ذمة المشتري من نصيب البائع، لأنه أقر أنه سلمه إلى شريكه بإذنه، وتبقى الخصومة بين الذي لم يبع وبين المشتري وبين الشريكين، فيكون البائع ههنا كالذي لم يبع، والذي لم يبع كالبائع في المسألة قبلها وقد بيناه. وإن لم يكن واحد منهما مأذوناً له في القبض، لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن، لأن الذي باعة أقر بالتسليم إلى من لم يأذن له، والذي لم يبع أنكر القبض، فإن تحاكم البائع والمشتري أخذ البائع منه حقه من غير يمين، لأنه سلمه إلى شريكه بغير إذنه. إن تحاكم المشتري والذي لم يبع، فإن كان للمشتري بينة برىء من حقه، وإن لم يكن له من يشهد غير البائع، فإن كان عدلاً قبلت شهادته، لأنه لا يجر بهذه الشهادة إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً. فإذا شهد حلف معه المشتري وبرىء، وإن لم يكن عدلاً فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه، فإذا حلف أخذ منه حقه.

وإن كان البائع مأذوناً له في القبض والذي لم يبع غير مأذون له، وتحاكم البائع والمشتري قبض منه حقه من غير يمين، لأنه سلمه إلى شريكه من غير إذنه. وهل للشريك الذي لم يبع مشاركته فيما أخذ؟ قال المزني: له مشاركته، وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشتري خمسمائة، وبين أن يأخذ من المشتري مائتين وخمسين ومن الشريك مائتين وخمسين. وقال أبو العباس: لا يأخذ منه شيئاً، لأنه لما أقر أن الذي لم يبع قبض جميع الثمن عزل نفسه من الوكالة في القبض، لأنه لم يبق له ما يتوكل في قبضه فلا يأخذ بعد العزل إلا حق نفسه، فلا يجوز للذي لم يبع أن يشاركه فيه. فإن تحاكم المشتري والذي لم يبع، فالقول قول الذي لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض، لأن الأصل عدم القبض. فإن كان للمشتري بينة قضي له

وبرىء، وإن لم يكن له من يشهد إلا البائع لم تقبل شهادته على قول المزني، لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضرراً وهو رجوع الشريك الذي لم يبع عليه بنصف ما في يده. وعلى قول أبي العباس: تقبل شهادته قولاً واحداً، لأنه لا يدفع بشهادته ضرراً لأنه لا رجوع له عليه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه عن التصرف إذا شاء، لأنه وكيل. وله أن يعزل شريكه عن التصرف في نصيبه، لأنه وكيله فيملك عزله. فإذا انعزل أحدهما لم ينعزل الآخر عن التصرف، لأنهما وكيلان فلا ينعزل أحدهما بعزل الآخر. فإن قال **أحدهما**: فسخت الشركة انعزلا جميعاً، لأن الفسخ يقتضي رفع العقد من الجانبين فانعزلا. وإن ماتا أو أحدهما انفسخت الشركة، لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوديعة. وإن جنّا أو أحدهما أو أغمي عليهما أو على أحدهما بطل، لأنه بالجنون والإغماء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف، ولهذا تثبت الولاية عليه في المال، فبطل العقد كما لو مات. والله أعلم].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الوكالة

الشرح: الوكالة مشتقة من وكل يكل الأمر إليه إذا أنابه عنه واعتمد عليه لعجز أو طلب للراحة[1]. وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ﴾[2] قال ابن العربي في أحكام القرآن: هذا يدل على صحة الوكالة، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة من غيره أو يترفه فيستنيب من يريحه حتى جاز ذلك في العبادات لطفاً منه سبحانه ورفقاً بضعفة الخليقة، ذكرها الله كما ترون وبينها رسول الله ﷺ كما تسمعون وهو أقوى آية في الغرض[3].

وأما السنة: فقد ورد في الوكالة أحاديث كثيرة ستأتي في فصول هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

وأما الإجماع: فهو منعقد على مدى الدهر منذ نزل الوحي إلى اليوم والى يوم الدين.

---

(١) قال الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣/٢٣١): الوكالة ـ بفتح الواو وكسرها ـ لغة: التفويض، يقال: وكل أمره إلى فلان فوّضه إليه واكتفى به، ومنه توكلت على الله. وشرعاً: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.

(٢) الكهف: ١٩.

(٣) أحكام القرآن (٣/١٢٢٨).

قال المصنف رحمه الله تعالى: [تجوز الوكالة في عقد البيع، لما روي عن عروة بن أبي الجعد قال: أعطاني رسول الله ﷺ ديناراً أشتري له شاة أو أضحية، فاشتريت شاتين فبعت إحداهما بدينار وأتيته بشاة ودينار، فدعا لي بالبركة فكان لو اشترى تراباً لربح فيه. ولأن الحاجة تدعو إلى الوكالة في البيع، لأنه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ إليه لكثرة أشغاله، فجاز أن يوكل فيه غيره. وتجوز في سائر عقود المعاملات كالرهن والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعة والإعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والإجارة والقرض والهبة والوقف والصدقة، لأن الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة إلى التوكيل في البيع.

وفي تملك المباحات كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش قولان **أحدهما**: لا يصح التوكيل فيها، لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه كالاغتنام. **والثاني**: يصح، لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه، فجاز أن يوكل فيه كالابتياع والاتهاب، ويخالف الاغتنام، لأنه يستحق بالجهاد وقد تعين عليه بالحضور فتعين له ما استحق به].

الشرح: حديث عروة بن أبي الجعد البارقي رواه البخاري وأحمد وأبو داود والأثرم والترمذي وابن ماجه والدارقطني. وقد رواه البخاري من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقدة سمعت الحي يحدثون عن عروة، وفي إسناد من عدا البخاري سعيد بن زيد أخو حماد وهو مختلف فيه. قال المنذري والنووي: إسناده صحيح لمجيئه من وجهين. ورواه الشافعي عن ابن عيينة وقال: إن صح قلت به، ونقل المزني عنه أنه ليس بثابت عنده، قال البيهقي: إنما ضعفه لأن الحي غير معروفين[1].

وأما الأحكام فإن الإجماع منعقد على أن ما جاز فيه المباشرة من الحقوق جازت فيه الوكالة كالبيع والشراء والاجارة وقضاء الديون

---

(١) أخرجه البخاري في آخر المناقب (٦/٦٣٢) وأبو داود في التجارات: باب في المضارب يخالف (٦٧٧ ـ ٣/٦٧٩) والترمذي في البيوع (٣/٥٥٩) وابن ماجه في الصدقات (٢/٨٠٣)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٣٣.

والخصومات في المطالبة بالحقوق والتزويج والطلاق ونحو ذلك. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز التوكيل في عقد النكاح، لما روي أن النبي ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة. ويجوز في الطلاق والخلع والعتاق، لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه كما تدعو إلى التوكيل في البيع والنكاح. ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار واللعان، لأنها أيمان فلا تحتمل التوكيل. وفي الرجعة وجهان **أحدهما**: لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز في الإيلاء والظهار. و**الثاني**: أنه يجوز، وهو الصحيح، فإنه إصلاح للنكاح، فإذا جاز في النكاح جاز في الرجعة].

الشرح: حديث زواج أم حبيبة رضي الله عنها أخرجه أبو داود وأحمد والنسائي عن عروة عن أم حبيبة[1]. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز التوكيل في إثبات الأموال والخصومة فيها، لما روي أن علياً كرم الله وجهه وكّل عقيلاً رضي الله عنه عند أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال: ما قضى له فلي وما قضى عليه فعليّ، ووكّل عبد الله بن جعفر عند عثمان رضي الله عنه، وقال علي: إن للخصومات قحماً. قال أبو زياد الكلابي: القحم المهالك. ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات، لأنه قد يكون له حق أو يدعى عليه حق

---

(١) أخرجه أبو داود في النكاح: باب في الولي (٢/٥٦٩) وكذا النسائي فيه: باب القسط في الأصدقة (٦/١١٩)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٨٣٧، وليس فيه توكيل النبي ﷺ لعمرو بن أمية. وأخرجه البيهقي في النكاح (٧/١٣٩) عن ابن اسحاق حدثني أبو جعفر قال: بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة بنت أبي سفيان وساق عنه أربعمائة دينار». قال ابن حجر في التلخيص (٣/٥٧): واشتهر في السير أنه ﷺ بعث عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة، وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل في القبول أو النجاشي، وظاهر ما في أبي داود والنسائي أن النجاشي عقد عليها عن النبي ﷺ، وولي النكاح خالد بن سعيد بن العاص كما في المغازي، وقيل عثمان بن عفان وهو وهم.

ولا يحسن الخصومة فيه، أو يكره أن يتولاها بنفسه فجاز أن يوكل فيه. ويجوز ذلك من غير رضى الخصم، لأنه توكيل في حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه كالتوكيل في قبض الديون. ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف، لأنه حق آدمي فجاز التوكيل في إثباته كالمال. ولا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله تعالى، لأن الحق له وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل إلى إسقاطه، وبالتوكيل يتوصل إلى إيجابه فلم يجز. ويجوز التوكيل في استيفاء الأموال، لأن النبي ﷺ بعث العمال لقبض الصدقات[1] وأخذ الجِزَى[2]. ويجوز في استيفاء حدود الله تعالى، لأن النبي ﷺ بعث أنيساً لإقامة الحد وقال: يا أنيس أغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها». ووكّل عثمان رضي الله عنه علياً كرم الله وجهه ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة[3].

وأما القصاص وحد القذف، فإنه يجوز التوكيل في استيفائهما بحضرة الموكّل، لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه، لأنه قد يكون له حد أو قصاص ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكّل فيه غيره. وهل يجوز أن يستوفيه في غيبة الموكل؟ قال في الوكالة: لا يستوفى. وقال في الجنايات: ولو وكّل فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو ففي الضمان قولان. وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل. فمن أصحابنا من قال: يجوز قولاً واحداً، وهو قول أبي إسحاق، لأنه حق يجوز أن يستوفيه بحضرة الموكل فجاز في غيبته كأخذ المال، وحمل قوله لا يستوفى على الاستحباب. ومنهم من قال: لا يجوز قولاً واحداً، لأن القصاص والحد يحتاط في إسقاطهما والعفو مندوب إليه فيهما، فإذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو

---

(١) وفيه حديث أبي حميد الساعدي قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلاً من الأزد على صدقات بني سليم يدعى ابن اللتبية» أخرجه البخاري في الزكاة (٣/٣٦٥) ومسلم في الإمارة (٢١٨ ـ ١٢/٢١٩) وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٣٥٤ ـ ٣/٣٥٥).

(٢) الجزى جمع جزية مثل لحية ولحى/لسان العرب.

(٣) أخرجه مسلم في الحدود (١١/٢١٦) وكذا أبو داود فيه (٦٢٢ ـ ٤/٦٢٣).

عنه، وحمل قوله في الجنايات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل. ومنهم من قال: فيه قولان **أحدهما**: يجوز، و**الثاني**: لا يجوز، ووجههما ما ذكرناه.

فصل

ويجوز التوكيل في فسخ العقود، لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها ففي فسخها أولى. ويجوز أن يوكل في الإبراء من الديون، لأنه إذا جاز التوكيل في إثباتها واستيفائها جاز التوكيل في الإبراء عنها. وفي التوكيل في الإقرار وجهان **أحدهما**: يجوز، وهو ظاهر النص، لأنه إثبات مال في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع. و**الثاني**: لا يجوز، وهو قول أبي العباس، لأنه توكيل في الإخبار عن حق فلم يجز كالتوكيل في الشهادة بالحق. فإذا قلنا: لا يجوز، فهل يكون توكيله إقراراً فيه وجهان

أحدهما: أنه إقرار، لأنه لم يوكل في الإقرار بالحق إلا والحق واجب عليه. و**الثاني**: أنه لا يكون إقراراً كما لا يكون التوكيل في الإبراء إبراء].

الشرح: حديث أنيس أخرجه البخاري ومسلم وسيأتي في كتاب الحدود[1]. وقصة توكيل علي لأخيه عقيل وابن أخيه عبدالله بن جعفر ذكرها الشافعي في الأم فقال: وأقبل الوكالة من الحاضر من الرجال والنساء: في العذر وغير العذر، وقد كان علي بن أبي طالب وكّل عند عثمان عبدالله بن جعفر وعلي حاضر فقبل ذلك عثمان، وكان يوكل قبل عبدالله بن جعفر عقيل بن أبي طالب ولا أحسبه إلا كان يوكله عند

---

(١) أخرجه البخاري في الشروط: باب الشروط التي لا تحل في الحدود (٣٢٣ ـ ٥/٣٢٤) ومسلم في الحدود (٢٠٥ ـ ١١/٢٠٧) وكذا أبو داود (٥٩١ ـ ٤/٥٩٣) والترمذي (٣٩ ـ ٤/٤٠) وابن ماجه (٢/٨٥٢) فيه والنسائي في آداب القضاة (٢٤٠ ـ ٨/٢٤٢).

عمر ولعل عند أبي بكر، وكان علي يقول: إن للخصومة قحماً وإن الشيطان يحضرها[1].

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله [ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف في الذي يوكل فيه بملك أو ولاية. فأما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه كالصبي والمجنون والمحجور عليه في المال والمرأة في النكاح والفاسق في تزويج ابنته فلا يملك التوكيل فيه، لأنه لا يملكه فلا يملك أن يملّك ذلك غيره. وأما من لا يملك التصرف إلا بالإذن كالوكيل والعبد المأذون، فإنه لا يملك التوكيل إلا بالإذن، لأنه يملك التصرف بالإذن فكان توكيله بالإذن. واختلف أصحابنا في غير الأب والجد من العصبات، هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال: يملك، لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع فملك التوكيل من غير إذن كالأب والجد. ومنهم من قال: لا يملك، لأنه لا يملك التزويج إلا بإذن، فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالتوكيل والعبد المأذون].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ومن لا يملك التصرف في حق نفسه لنقص فيه كالمرأة في النكاح، والصبي والمجنون في جميع العقود، لم يملك أن يتوكل لغيره، لأنه إذا لم يملك ذلك في حق نفسه بحق الملك لم يملك في حق غيره بالتوكيل. ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة في حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره، لأنه يملك في حق نفسه بحق الملك فملك في حق غيره بالإذن.

واختلف أصحابنا في العبد، هل يجوز أن يتوكل في قبول النكاح؟

---

(١) الأم: الوكالة (٣/٢٣٧). وأخرج البيهقي (٦/٨١) عن عبد الله بن جعفر قال: كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فلما كبر عقيل وكلني. وفي رواية أخرى أن علياً وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقال: إن للخصومة قحماً.

فمنهم من قال: يجوز، لأنه يملك قبول العقد لنفسه بإذن المولى فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل. ومنهم من قال: لا يجوز، لأنه لا يملك النكاح وإنما أجيز له القبول لنفسه للحاجة إليه ولا حاجة إلى القبول لغيره فلم يجز. واختلفوا في توكيل المرأة في طلاق غيرها، فمنهم من قال: يجوز، كما يجوز توكيلها في طلاقها. ومنهم من قال: لا يجوز، لأنها لا تملك الطلاق وإنما أجيز توكيلها في طلاق نفسها للحاجة ولا حاجة إلى توكليها في طلاق غيرها فلم يجز.

ويجوز للفاسق أن يتوكل في قبول النكاح للزوج، لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق فجاز أن يقبل لغيره. وهل يجوز أن يتوكل في الإيجاب؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز، لأنه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقاً كالولي. و**الثاني**: يجوز، لأنه ليس بولي وإنما هو مأمور من جهة الولي، والولي عدل].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول، لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والإجارة. ويجوز القبول على الفور وعلى التراخي. وقال القاضي أبو حامد المروروذي: لا يجوز إلا على الفور، لأنه عقد في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع. والمذهب: الأول، لأنه إذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع فيه فجاز القبول. ويجوز القبول بالفعل، لأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالإذن في أكل الطعام].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز التوكيل إلا في تصرف معلوم. فإن قال: وكلتك في كل قليل وكثير لم يصح، لأنه يدخل فيه ما يطيق وما لا يطيق فيعظم الضرر ويكثر الغرر. وإن قال: وكلتك في بيع جميع مالي أو قبض جميع ديوني صح، لأنه يعرف ماله ودينه. وإن قال: بع ما شئت من مالي أو اقبض ما شئت من ديوني جاز، لأنه إذا عرف ماله ودينه عرف

أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر. وإن قال: اشتر لي عبداً لم يصح، لأن فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف فيكثر الغرر. وإن قال: اشتر لي عبداً بمائة لم يصح، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر. وإن قال: اشتر لي عبداً تركياً بمائة جاز، لأن مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل الغرر. فإن قال: اشتر لي عبداً تركياً ولم يقدّر الثمن ففيه وجهان قال أبو العباس: يصح، لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمناً فيقل الغرر. ومن أصحابنا من قال: لا يصح، لأن أثمان الترك تختلف وتتفاوت فيكثر الغرر. وإن وكله في الإبراء لم يجز حتى يبين الجنس الذي يبرىء منه والقدر الذي يبرىء منه. وإن وكله في الإقرار وقلنا: إنه يصح التوكيل فيه، لم يجز حتى يبين جنس ما يقر به وقدر ما يقر به، لأنه إذا أطلق عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجز. وإن وكله في خصومة كل من يخاصمه ففيه وجهان: **أحدهما**: يصح، لأن الخصومة معلومة. **والثاني**: لا يصح، لأنها قد تقل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل. ومن أصحابنا من قال: يجوز، لأنه إذن في التصرف فجاز تعليقه على شرط مستقبل كالوصية. والمذهب: الأول، لأنه عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والإجارة، ويخالف الوصية فإنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة فلا يؤثر فيها غرر الشرط، والوكالة تؤثر الجهالة في إبطالها فأثر غرر الشرط. فإن علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف، لأن مع فساد العقد الإذن قائم فيكون تصرفه بإذن فصح. فإن كان قد سمى له جعلاً سقط المسمى ووجب له أجرة المثل، لأنه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل فوجب أجرة المثل كالعمل في الإجارة الفاسدة. وإن عقد الوكالة في الحال وعلق التصرف على شرط بأن قال: وكلتك أن تطلق امرأتي أو تبيع مالي بعد شهر صح، لأنه لم يعلق العقد على شرط وإنما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف، لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما يقتضيه الإذن، والإذن يعرف بالنطق وبالعرف. فإن تناول الإذن تصرفين وفي أحدهما إضرار بالموكل لم يجز، لما فيه من إضرار لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**». فإن تناول تصرفين وفي أحدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل، لما روى ثوبان مولى رسول الله ﷺ قال: «**قال رسول الله** ﷺ: «**رأس الدين النصيحة**. قلنا: يا رسول الله لمن؟ قال: **لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وللمسلين عامة**»، وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل].

الشرح: حديث «**لا ضرر ولا ضرار**» مضى تخريجه. وحديث ثوبان رواه الجماعة[1].

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وكّل في تصرف وأذن له أن يوكل إذا شاء نظرت: فإن عيّن له من يوكله وكّله أميناً كان أو غير أمين، لأنه قطع اجتهاده بالتعيين. وإن لم يعيّن من يوكل لم يوكل إلا أميناً، لأنه لا نظر للموكل في توكيل غير الأمين. فإن وكّل أميناً فصار خائناً فهل يملك عزله؟ فيه وجهان **أحدهما**: يملك عزله، لأن الوكالة تقتضي استعمال أمين فإذا خرج عن يكون أميناً لم يجز استعماله فوجب عزله. و**الثاني**: لا يملك عزله، لأنه أذن له في التوكيل دون العزل. وإن وكّله ولم يأذن له في التوكيل نظرت: فإن كان ما وكّله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر عليه لم يجز أن يوكل فيه غيره، لأن الإذن لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق ولا من

---

(١) حديث ثوبان أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٢/١٠٦) بلفظ المصنف، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير برقم ٣٠٦٧، وأخرجه مسلم في الإيمان (٣٦ ـ ٢/٣٧) من حديث تميم الداري بلفظ «الدين النصيحة قلنا لمن؟ قال لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم».

جهة العرف، لأنه ليس في العرف إذا رضيه أن يرضى غيره. وإن وكّله في تصرف وقال: اصنع فيه ما شئت، ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يجوز أن يوكل فيه غيره لعموم قوله اصنع فيه ما شئت. و**الثاني**: لا يجوز، لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه، وقوله: اصنع فيه ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل في تصرفه بنفسه.

وإن كان ما وكّله فيه مما لا يتولاه بنفسه كعمل لا يحسنه أو عمل يترفع عنه جاز أن يوكل فيه غيره، لأن توكيله فيما لا يحسنه أو فيما يترفع عنه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف. وإن كان مما يتولاه إلا أنه يقدر على جميعه لكثرته جاز له أن يوكل فيما لا يقدر عليه منه، لأنه توكيله فيما لا يقدر عليه إذن في التوكيل فيه من جهة العرف. وهل يجوز أن يوكل في جميعه؟ فيه وجهان **أحدهما**: له أن يوكل في جميعه، لأنه ملك التوكيل فملك في جميعه كالموكل. و**الثاني**: ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه، لأن التوكيل يقتضي أن يتولى الوكيل بنفسه، وإنما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز وبقي فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل.

وإن وكّل نفسين في بيع أو طلاق، فإن جعله إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد به، لأنه إذن لكل واحد منهما في التصرف. وإن لم يجعل إلى كل واحد منهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد به، لأنه لم يرض بتصرف أحدهما فلا يجوز أن ينفرد به. وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاه في حرز لهما. وخرج أبو العباس وجها آخر: أنه إن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه، وإن لم ينقسم جعلاه في حرز لهما كما يفعل المالكان. والصحيح هو الأول، لأنه تصرف أشرك فيه بينهما فلم يجز لأحدهما أن ينفرد ببعضه فيه كالبيع، و يخالف المالكين، لأن تصرف المالكين بحق الملك ففعلا ما يقتضي الملك، وتصرف الوكيلين بالإذن، والإذن يقتضي اشتراكهما، ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه، ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وكل رجلاً في الخصومة لم يملك الإقرار على الموكل ولا الإبراء من دينه ولا الصلح عنه، لأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك. وإن وكله في تثبيت حق فثبته لم يملك قبضه، لأن الإذن في التثبيت ليس بإذن في القبض من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض. وإن وكله في قبض حق من رجل فجحد الرجل الحق، فهل يملك أن يثبته؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يملك، لأن الإذن في القبض ليس بإذن في التثبيت من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه للتثبيت. و**الثاني**: أنه يملك، لأنه يتوصل بالتثبيت إلى القبض فكان الإذن في القبض إذناً في التثبيت.

وإن وكله في بيع سلعة فباعها لم يملك الإبراء من الثمن، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في الإبراء من الثمن. وهل يملك قبضه أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: أنه لا يملك، لأن الإذن في البيع ليس بإذن في قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه قد يرضى الإنسان للبيع من لا يرضاه للقبض.

والثاني: أنه يملك، لأن العرف في البيع تسليم للمبيع وقبض الثمن فحملت الوكالة عليه. وإن وكله في شراء عبد فاشتراه وسلم الثمن ثم استحق العبد، فهل يملك أن يخاصم البائع في درك الثمن؟ فيه وجهان **أحدهما**: يملك، لأنه من أحكام العقد. و**الثاني**: لا يملك، لأن الذي وكل فيه هو العقد وقد فرغ منه فزالت الوكالة].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وكل في البيع في زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده، لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأنه قد يؤثر البيع في زمان لحاجة ولا يؤثر في زمان قبله ولا زمان بعده. وإن وكله في البيع في مكان، فإن كان الثمن فيه أكثر أو النقد فيه أجود لم يجز البيع في غيره، لأنه قد يؤثر البيع في ذلك المكان

لزيادة الثمن أو جودة النقد فلا يجوز تفويت ذلك عليه. وإن كان الثمن فيه وفي غيره واحداً ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يملك البيع في غيره، لأن المقصود فيهما واحد فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر. و**الثاني**: لا يجوز، لأنه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمينٍ وغيرها فلم تجز مخالفته].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وكله في البيع من رجل لم يجز أن يبيع من غيره، لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره فلا يكون الإذن في البيع منه إذناً في البيع من غيره. وإن قال: خذ مالي من فلان فمات لم يجز أن يأخذ من ورثته، لأنه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده ويرضى أن يكون عند ورثته، فلا يكون الإذن في الأخذ منه إذناً في الأخذ من ورثته. وإن قال: خذ ما لي على فلان فمات جاز أن يأخذ من ورثته لأنه قصد أخذ ما له وذلك يتناول الأخذ منه ومن ورثته. وإن وكل العدل في بيع الرهن فأتلفه رجل فأخذت منه القيمة لم يجز له بيع القيمة، لأن الإذن لم يتناول بيع القيمة].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وكل في بيع فاسد لم يملك الفاسد، لأن الشرع لم يأذن فيه، ولا يملك الصحيح، لأن الموكل لم يأذن فيه].

الشرح: إذا وكله في بيع فاسد كبيع الخمر أو الكلب أو الخنزير أو بيع ما لا يملك كالمغصوب أو بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو غيره بطلت الوكالة لأن الشرع لم يأذن فيه للموكل فكان الحظر على الوكيل، وما كان محظوراً على الوكيل لنفسه كان محظوراً عليه نيابة لغيره. فإذا استبدل المبيع المحرم بمباح لم يملك ذلك من قبل أنه لم يأذن له الموكل في ذلك، لأن مقتضى الوكالة في الإذن في البيع الفاسد فلم يصح العدول عن الفاسد إلى الصحيح كما لم يصح نفاذ الوكالة في الفاسد من جهة الشرع. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وكل في بيع سلعة لم يملك بيعها من

نفسه من غير إذن، لأن العرف في البيع أن يوجب لغيره فحمل الوكالة عليه، ولأن إذن الموكل يقتضي البيع ممن يستقصي في الثمن عليه، وفي البيع من نفسه لا يستقصي في الثمن فلم يدخل في الإذن. وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه؟ فيه وجهان **أحدهما**: يملك، وهو قول أبي سعيد الاصطخري، لأنه يجوز أن يبيع منه ماله فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبي. و**الثاني**: لا يجوز، وهو قول أبي إسحاق، لأنه متهم في الميل إليهما كما يتهم في الميل إلى نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل شهادته لنفسه. فإن أذن له في البيع من نفسه ففيه وجهان **أحدهما**: يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة في طلاقها. و**الثاني**: لا يجوز، وهو المنصوص، لأنه يجتمع في عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل والاسترخاص لنفسه فتمانعا. ويخالف الطلاق، فإنه يصح بالزوج وحده فصح بمن يوكله، والبيع لا يصح بالبائع وحده فلم يصح بمن يوكله. وإن وكل رجلاً في بيع عبده ووكله آخر في شرائه لم يصح، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه.

وإن وكله في خصومة رجل ووكله الرجل في خصومته ففيه وجهان **أحدهما**: لا يصح، لأنه توكيل في أمر يجتمع فيه غرضان متضادان فلم يصح، كما لو وكله أحدهما في بيع عبده ووكله آخر في شرائه. و**الثاني**: يصح، لأنه لا يتهم في إقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم.

فإن وكل عبد الرجل ليشتري له نفسه أو عبداً غيره من مولاه، ففيه وجهان **أحدهما**: يجوز، لأنه لما جاز توكيله في الشراء من غير مولاه جاز توكيله في الشراء من مولاه. و**الثاني**: لا يجوز، لأن يد العبد كيد المولى، ولهذا يحكم له بما في يد العبد كما يحكم له بما في يده، ثم لو وكل المولى في الشراء من نفسه لم يجز فكذلك إذا وكل العبد].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وكل في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتري معيباً، لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة من العيب، ولهذا لو

اشترى عيناً فوجد بها عيباً ثبت له الرد. فإن اشترى معيباً نظرت: فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل، لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه فلم يصح له. وإن اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب ثم علم لم يخل: إما أن يرضى به أو لا يرضى.

فإن لم يرض به نظرت: فإن علم الموكل ورضي به لم يجز للوكيل رده، لأن الرد لحقه وقد رضي به فسقط. وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد، لأنه ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه. فإن قال له البائع: أخر الرد حتى تشاور الموكل، فإن لم يرض قبلته لم يلزمه التأخير، لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره. وإن قبل منه وأخره بهذا الشرط، فهل يسقط حقه من الرد؟ فيه وجهان **أحدهما**: يسقط، لأنه ترك الرد مع القدرة. و**الثاني**: لا يسقط، لأنه لم يرض بالعيب. فإن ادعى البائع أن الموكل علم بالعيب ورضي به، فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأن الأصل عدم الرضا. فإن رضي الوكيل بالعيب سقط خياره. فإن حضر الموكل ورضي بالعيب استقر العقد. وإن اختار الرد نظرت: فإن كان قد سماه الوكيل في الابتياع أو نواه وصدقه البائع جاز أن يرده، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب وإنما رضي وكيله فلا يسقط حقه من الرد. وإن لم يسمه الوكيل في الابتياع ولا صدقه البائع أنه نواه، فالمنصوص: أن السلعة تلزم الوكيل، لأنه ابتاع في الذمة للموكل مالم يأذن فيه له. ومن أصحابنا من قال: يلزم الموكل، لأن العقد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل في ترك الرد، ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب، لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه.

وفي الذي يرجع به وجهان **أحدهما**: وهو قول أبي يحيى البلخي: أنه يرجع بما نقص من قيمته معيباً عن الثمن. فإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشيء، وإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة تسعين رجع بعشرة، كما نقول في شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة فأخذت منه ووزن له المشتري الثمن ثم رجع الشهود عن الشهادة، فإن الحكم لا ينقض ويرجع البائع على الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن، فإن كان الثمن

والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشيء، وإن كانت القيمة مائة والثمن تسعون رجع بعشرة. و**الثاني**: أنه يرجع بأرش العيب، وهو الصحيح، لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش.

وإن وكل في شراء سلعة بعينها فاشتراها ووجد بها عيباً، فهل له أن يرد من غير إذن الموكل؟ فيه وجهان **أحدهما**: له أن يرد، لأن البيع يقتضي السلامة من العيب ولم يسلم من العيب فثبت له الرد، كما لو وكل في شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيباً. فعلى هذا يكون حكمه في الرد على ما ذكرناه في السلعة الموصوفة. و**الثاني**: لا يرد من غير إذن الموكل، لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن وكل في بيع عبد أو شراء عبد لم يجز أن يعقد على بعضه، لأن العرف في بيع العبد وشرائه أن يعقد على جميعه فحمل الوكالة عليه، ولأن في تبعيضه إضراراً بالموكل فلم يملك من غير إذن. وإن وكل في شراء أعبد أو بيع أعبد جاز أن يعقد على واحد واحد، لأن العرف في العبيد أن تباع وتشترى واحداً واحداً، ولأنه لا ضرر في إفراد بعضهم عن بعض. وإن وكله أن يشتري له عشرة أعبد صفقة واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة ففيه وجهان قال أبو العباس: يلزم الموكل، لأنه اشتراهم صفقة واحدة. ومن أصحابنا من قال: لا يلزم الموكل، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان.

فصل

ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد من غير إذن، لأن إطلاق البيع يقتضي نقد البلد. ولهذا لو قال: بعتك بعشرة دراهم حمل على نقد البلد. وإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما، لأن نقد البلد هو الغالب. فإن استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل، لأنه مأمور بالنصح له ومن

النصح أن يبيع بالأنفع. فإن استويا باع بما شاء منهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فخير بينهما. وإن أذن له في العقد بنقد لم يجز أن يعقد بنقد آخر، لأن الإذن في جنس ليس بإذن في جنس آخر، ولهذا لو أذن له في شراء عبد لم يجز أن يشتري جارية، ولو أذن له في شراء حمار لم يجز أن يشتري فرساً].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن دفع إليه ألفاً وقال: اشتر بعينها عبداً، فاشترى في ذمته لم يصح الشراء للموكل، لأنه لم يرض بالتزام غير الألف، فإذا ابتاع بألف في الذمة فقد ألزمه في ذمته ألفاً لم يرض بالتزامها فلم يلزمه. وإن قال: اشتر لي في الذمة وانقد الألف فيه، فابتاع بعينها ففيه وجهان **أحدهما**: أن البيع باطل، لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الألف فعقد عقداً ينفسخ بتلف الألف، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به. و**الثاني**: أنه يصح، لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الألف ومع تلفها وقد عقد عقداً يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيراً. وإن دفع إليه ألفاً وقال: اشتر عبداً ولم يقل بعينها، ففيه وجهان **أحدهما**: أن مقتضاه الشراء بعينها، لأنه لما دفع إليه الألف دل على أنه قصد الشراء بها، فعلى هذا إذا اشترى في ذمته لم يصح الشراء. و**الثاني**: أنه لا يقتضي الشراء بعينها، لأن الأمر مطلق، فعلى هذا يجوز أن يشتري بعينها ويجوز أن يشتري في الذمة وينقد الألف فيه].

الشرح: إذا دفع الموكل إلى وكيله مالاً ليشتري له به سلعة، فهذا على ثلاثة أقسام. أحدها: أن يأمره أن يشتري بعين المال سلعة فوجب على الوكيل أن يشتري بعين مال موكله، فإن اشتراه في ذمته لم يلزم الموكل وكان الشراء لازماً للوكيل. وقال أبو حنيفة: الوكيل بالخيار بين أن يشتري الشيء بعين المال وبين أن يشتريه في ذمته وهو في كلا الحالين لازم للموكل، وبنى ذلك على أصله أن الدراهم والدنانير لا يتعينان عنده. قال الماوردي: وهذا خطأ لتعين الدراهم والدنانير عندنا في العقود كما يتعين في

الغصوب، وقد دللنا على ذلك في كتاب البيوع، ولأن يد الوكيل كيد المودع، ومال الوديعة متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين، وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه غير ماله وجب أن يكون الشراء محمولاً على موجب إذنه.

والقسم الثاني: أن يأمره أن يشتري في ذمته وينقد المال في ثمنه، فإن اشتراه في الذمة صح وكان لازماً للموكل، وإن اشتراه بعين المال ففيه وجهان **أحدهما**: أن الشراء جائز وهو للموكل لازم، لأن العقد على المعين أحوط. و**الثاني**: أن الشراء باطل لا يلزم الوكيل لأنه غير مالك للعين فلا يلزم الموكل، لأن الوكيل قد فوّت عليه بالمخالفة غرضاً، لأن العقد في الذمة لا يبطل بتلف الثمن والعقد على العين يبطل بتلف الثمن، فصار فعل الوكيل مخالفاً لأمر الموكل.

القسم الثالث: أن يطلق الإذن في الشراء عند دفع المال فيقول: خذ هذا المال فاشتر لي به سلعة، فقد اختلف أصحابنا هل يكون إطلاقه مقتضياً للتعيين أم لا؟ على وجهين ذكرهما المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن وكله في الشراء ولم يدفع إليه الثمن فاشتراه، ففي الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه على الموكل والوكيل ضامن، لأن المبيع للموكل، فكان الثمن عليه، والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه. فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه. فإن وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل، وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل. و**الثاني**: أن الثمن على الوكيل دون الموكل، لأن الذي التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه. فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه، ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شيء عليه. فإن وزن الوكيل رجع على الموكل، لأنه التزم بإذنه، وإن لم يزن لم يرجع، كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه أنه إذا وزن رجع وإذا لم يزن لم يرجع، وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير

ثمن. والثالث: أن الثمن على الوكيل، وللوكيل في ذمة الموكل مثل الثمن، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن، لأن الأصل في البيع النقد، وإنما يدخل التأجيل لكساد أو فساد، فإذا أطلق حمل على الأصل. فإن أذن له في بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبع إلى أجل أكثر منه، لأنه لم يرض بما زاد على المقدر فبقي على الأصل في المنع. وإن أطلق الأجل ففيه وجهان **أحدهما**: لا يصح التوكيل، لأن الآجال تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح. و**الثاني**: يصح ويحمل على العرف في مثله، لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف، وإن يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه، لأنه مأمور بالنصح لموكله. ومن أصحابنا من قال: يجوز القليل والكثير، لأن اللفظ مطلق. ومنهم من قال: يجوز إلى سنة، لأن الديون المؤجلة في الشرع مقدرة بالسنة، وهي الدية والجزية. والصحيح هو الأول. وقول القائل الثاني: إن اللفظ مطلق لا يصح، لأن العرف يخصه ونصح الموكل يخصه. وقول القائل الثالث لا يصح، لأن الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع، وهذا وجب بإذن الموكل فحمل على المتعارف.

وإن أذن له في البيع إلى أجل فباع بالنقد نظرت: فإن باع بدون ما يساوي نسيئة لم يصح، لأن الإذن في البيع نسيئة يقتضي البيع بما يساوي نسيئة، فإذا باع بما دونه لم يصح. وإن باع نقداً بما يساوي نسيئة، فإن كان في وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق لم يصح، لأنه ضرر لم يرض به فلم يلزمه. وإن كان في وقت مأمون ففيه وجهان **أحدهما**: لا يصح، لأنه قد يكون له غرض في كون الثمن في ذمة مليء ففوت عليه ذلك فلم يصح. و**الثاني**: يصح، لأنه زاده بالتعجيل خيراً.

وإن وكله أن يشتري عبداً بألف فاشتراه بألف مؤجل ففيه وجهان

أحدهما: لا يصح الشراء للموكل، لأنه قصد أن لا يكون عليه دين وأن لا يشتري إلا بما معه. و**الثاني**: أنه يصح، لأنه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيراً.

فصل

ولا يجوز للوكيل في البيع أن يشترط الخيار للمشتري، ولا للوكيل في الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن، لأنه شرط لا حظ فيه للموكل فلا يجوز من غير إذن كالأجل. وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز، لأن إطلاق البيع يقتضي البيع من غير شرط. و**الثاني**: يجوز، لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن، لأنه منهي عن الإضرار بالموكل مأمور بالنصح له، وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع والزيادة على ثمن المثل في الشراء إضرار وترك النصح، ولأن العرف في البيع ثمن المثل، فحمل إطلاق الإذن عليه.

فإن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل، لأنه مأمور بالنصح والنظر للموكل، ولا نصح ولا نظر للموكل في ترك الزيادة. وإن باع بثمن المثل، ثم حضر من يزيد في حال الخيار ففيه وجهان **أحدهما**: لا يلزمه فسخ البيع، لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك. و**الثاني**: يلزمه الفسخ، وهو الصحيح، لأن حال الخيار كحال العقد، ولو حضر في حال العقد من يزيد وجب البيع منه فكذلك إذا حضر في حال الخيار. وقول القائل الأول: إنه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك، لا يصح، لأن الظاهر أنه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك.

وإن باع بنقصان يتغابن الناس بمثله، بأن باع ما يساوي عشرة بتسعة صح البيع. وإن اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها، بأن ابتاع ما يساوي عشرة بأحد عشر صح الشراء ولزم الموكل، لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل، ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فعفي عنه. وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها، بأن ابتاع ما يساوي عشرة باثني عشر، فإن كان بعين مال الموكل بطل الشراء، لأنه عقد على ماله عقداً لم يأذن فيه. وإن كان في الذمة لزم الوكيل، لأنه اشترى في الذمة بغير إذن فوقع الملك له. وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله، بأن باع ما يساوي عشرة بثمانية لم يصح البيع، لأنه بيع غير مأذون فيه. فإن كان المبيع باقياً رد، وإن كان تالفاً وجب ضمانه. وللموكل أن يضمّن الوكيل، لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمّن المشتري، لأنه قبض ما لم يكن له قبضه.

فإن اختار تضمين المشتري، ضمن جميع القيمة وهو عشرة، لأنه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكمال البدل. وإن اختار تضمين الوكيل، ففيه ثلاثة أقوال أحدها: أنه يضمنه جميع القيمة، لأنه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله. و**الثاني**: يضمنه تسعة، لأنه لو باعه بتسعة جاز فلا يضمن ما زاد، ويضمن المشتري تمام القيمة وهو درهم. والثالث: يضمنه درهماً، لأنه لم يفرط إلا بدرهم فلا يضمن غيره، ويضمن المشتري تمام القيمة وهو تسعة. وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشتري، وما يضمنه المشتري لا يرجع به على الوكيل، لأن المبيع تلف في يده فاستقر الضمان عليه.

وإن قدر الثمن فقال: بع بألف درهم، لم يجز أن يبيع بما دونها، لأن الإذن في الألف ليس بإذن فيما دونها. وإن باع بألفين نظرت: فإن كان قد عين من يبيع منه لم يجز، لأنه قصد تمليكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه. وإن لم يعين من يبيع منه جاز، لأن الإذن في الألف إذن فيما زاد من جهة العرف، لأن من رضي بألف رضي بألفين.

وإن قال: بع بألف ولا تبع بما زاد، لم يجز أن يبيع بما زاد، لأنه صرح بالنهي فدل على غرض قصده فلم يجز مخالفته. وإن قال: بع بألف،

فباع بألف وثوب ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يصح، لأنه حصل له الألف وزيادة فصار كما لو باع بألفي درهم. و**الثاني**: أنه لا يصح، لأن الدراهم والثوب تتقسط على السلعة فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعاً بالثوب، وذلك خلاف ما يقتضيه الإذن، فإن الإذن يقتضي البيع بالنقد. فعلى هذا هل يبطل العقد في الدراهم؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة.

وإن وكله في بيع عبد بألف، فباع نصفه بألف جاز، لأنه مأذون له فيه من جهة العرف، لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضي ببيع نصفه بالألف. فإن باع نصفه بما دون الألف لم يصح، لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقي بتمام الألف. وإن وكله في بيع ثلاثة أعبد بألف، فباع عبداً بدون الألف لم يصح، لأنه قد لا يشترى الباقي بما بقي من الألف. وإن باع أحد الثلاثة بألف جاز، لأن من رضي ببيع ثلاثة بألف رضي ببيع أحدهم بألف. وهل له أن يبيع الآخرين؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يملك، لأنه قد حصل المقصود وهو الألف. و**الثاني**: أنه يجوز، لأنه أذن له في بيع الجميع فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم، كما لو لم يقدر الثمن. وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة، فاشتراه بخمسين لزم الموكل، لأنه مأذون فيه من جهة العرف، لأن من رضي أن يشتري عبداً بمائة رضي أن يشتريه بخمسين. وإن قال: اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين، جاز أن يشتري بمائة، لأنه مأذون فيه، ولا يشتري بخمسين، لأنه منهي عنه.

ويجوز أن يشتري بما بين الخمسين والمائة، لأنه لما أذن في الشراء بالمائة دل على أنه رضي بالشراء بما دونها، ثم خرج الخمسون بالنهي وبقي فيما زاد على ما دل عليه المأمور به.

وهل يجوز أن يشتري بأقل من الخمسين؟ فيه وجهان **أحدهما**: يجوز، لأنه لما نص على المائة دل على أن ما دونها أولى إلا فيما أخرجه النهي. و**الثاني**: لا يجوز، لأنه لما نهى عن الخمسين دل على أن ما دونها أولى بالمنع. وإن قال: اشتر هذا العبد بمائة، فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم

الموكل. وقال أبو العباس: يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل ما زاد على المائة، لأنه تبرع بالتزام الزيادة. والمذهب: الأول، لأنه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل، كما لو قال: اشتر لي عبداً فاشتراه بأكثر من ثمن المثل. ولأنه لو قال: بع هذا العبد بمائة، فباعه بمائة إلا عشرة لم يصح، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة، فكذلك إذا قال: اشتر هذا العبد بمائة، فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل، ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائة.

وإن وكله في شراء عبد بمائة، فاشترى عبداً بمائتين وهو يساوي المائتين لم يلزم الموكل، لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهة العرف، لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين. وإن دفع إليه ديناراً وأمره أن يشتري شاة، فاشترى شاتين، فإن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم الموكل، لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوي ديناراً. وإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً نظرت: فإن اشترى في الذمة ففيه قولان **أحدهما**: أن الجميع للموكل، لأن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة، فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتى النبي ﷺ بشاة ودينار فدعا له بالبركة». ولأن الإذن في شاة بدينار إذن في شاتين بدينار، لأن من رضي شاة بدينار رضي شاتين بدينار. و**الثاني**: أن للموكل شاة، لأنه أذن فيه، والأخرى للوكيل، لأنه لم يأذن فيه الموكل فوقع الشراء للوكيل. فإن قلنا: إن الجميع للموكل، فباع إحداهما، فقد خرج أبو العباس فيه وجهين **أحدهما**: أنه لا يصح، لأنه باع مال الموكل بغير إذنه فلم يصح. و**الثاني**: أنه يصح لحديث عروة البارقي. والمذهب: الأول، والحديث يتأول.

وإن قلنا: إن للوكيل شاة، استرجع الموكل منه نصف دينار. وإن اشترى الشاتين بعين الدينار، فإن قلنا فيما اشترى في الذمة: إن الجميع للموكل، كان الجميع ههنا للموكل. وإن قلنا: إن إحداهما للوكيل والأخرى للموكل، صح الابتياع للموكل في إحداهما ويبطل في الأخرى، لأنه لا يجوز أن يحصل الابتياع له بمال الموكل فبطل].

الشرح: حديث عروة مرَّ معنا[1]. وفيه دليل على أنه يجوز للوكيل إذا قال له المالك اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة، لأن مقصود الموكل حصل وزاد الوكيل خيراً. ومثل هذا لو أمره أن يبيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين أو بأن يشتريها بدرهم فاشتراها بنصف درهم، وهو الصحيح عندنا كما نقله النووي في زيادات الروضة. وقد استدل بهذا الحديث على صحة بيع الفضولي، وهو الذي يبيع ما لا يملك أو ما ليس مأذوناً في بيعه، وهو قول مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه والشافعي في القديم وقواه النووي في الروضة، وهو مروي عن جماعة من السلف منهم علي وابن عباس وابن مسعود وابن عمر. وقال الشافعي في الجديد وأصحابه: إن البيع الموقوف والشراء الموقوف باطلان لحديث «**لا تبع ما ليس عندك**». وأجابوا عن حديث عروة بما فيه من المقال، وعلى تقدير الصحة فيمكن أن يكون وكيلاً في البيع أيضاً بقرينة فهمها من النبي ﷺ. وقال أبو حنيفة: إن البيع الموقوف صحيح دون الشراء، والوجه أن الإخراج عن ملك المالك مفتقر إلى إذنه بخلاف الادخال. ويجاب بأن الادخال للمبيع في الملك يستلزم الإخراج من الملك للثمن. وروي عن مالك العكس من قول أبي حنيفة، فإن صح فهو قوي فإن فيه جمعاً بين الأحاديث.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك إلى الموكل، لأن العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه. وإن اشترى ما لم يأذن فيه، فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل فالعقد باطل، لأنه عقد على مال لم يؤذن في العقد عليه فبطل، كما لو باع مال غيره بغير إذنه. وإن اشتراه بثمن في الذمة نظرت: فإن لم يذكر الموكل في العقد لزمه ما اشترى، لأنه اشترى لغيره في الذمة ما لم يأذن فيه فانعقد الشراء له، كما لو اشتراه من غير وكالة. وإن ذكر الموكل في العقد ففيه وجهان **أحدهما**:

---

(١) سبق تخريجه.

أن العقد باطل، لأنه عقد على أنه للموكل لم يأذن فيه فبطل. **والثاني**: أنه يصح العقد ويلزم الوكيل ما اشتراه، وهو قول أبي إسحاق، وهو الصحيح، لأنه اشترى في الذمة ولم يصح في حق الموكل فانعقد في حقه، كما لو لم يذكر الموكل.

فصل

وإن وكله في قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء، لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل، ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه. فإن ادعى الوكيل أنه قضاه وأنكر الغريم لم يقبل قول الوكيل على الغريم، لأن الغريم لم يأتمنه على المال فلا يقبل قوله عليه في الدفع، كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى الصبي.

وهل يضمن المال للموكل؟ ينظر فيه: فإن كان في غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن، لأنه لم يفرط. وإن لم يشهد ضمن لأنه فرط. وإن أشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان **أحدهما**: لا يضمن، لأن الشاهد مع اليمين بينة. **والثاني**: يضمن، لأنه فرط حيث إنه اقتصر على بينة مختلف فيها. وإن كان يمحضر الموكل وأشهد لم يضمن. وإن لم يشهد ففيه وجهان **أحدهما**: لا يضمن، لأن المفرط هو الموكل فإنه حضر وترك الإشهاد. **والثاني**: أنه يضمن، لأن ترك الاشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل، كما لو أتلف ماله وهو حاضر.

وإن وكله في إيداع ماله عند رجل، فهل يلزمه الاشهاد؟ فيه وجهان **أحدهما**: يلزمه، لأنه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود. **والثاني**: لا يلزمه، لأن القول قول المودع في الرد والهلاك فلا فائدة في الإشهاد. وإن وكله في الإيداع فادعى أنه أودع وأنكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه، لأنه لم يأتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه، كالوصي إذا ادعى دفع المال إلى اليتيم. وهل يضمن الوكيل؟ ينظر فيه: فإن أشهد ثم مات الشهود أو فسقوا

لم يضمن، لأنه لم يفرط. وإن لم يشهد، فإن قلنا: إنه يجب الاشهاد، ضمن لأنه فرط. وإن قلنا: لا يجب، لم يضمن لأنه لم يفرط].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن كان عليه حق لرجل، فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدّقه، جاز أن يدفع إليه ولا يجب الدفع إليه. وقال المزني: يجب الدفع إليه، لأنه أقر له بحق القبض. وهذا لا يصح، لأنه دفع غير مبرىء فلم يجبر عليه، كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير إشهاد. فإن دفع إليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل، فالقول قوله مع يمينه أنه ما وكل، لأن الأصل عدم التوكيل. فإذا حلف نظرت: فإن كان الحق عيناً أخذها إن كانت باقية ورجع ببدلها إن كانت تالفة، وله أن يطالب الدافع والقابض، لأن الدافع سلم إلى من لم يأذن له الموكل، والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه. فإن ضمّن الدافع، لم يرجع على القابض. وإن ضمّن القابض، لم يرجع على الدافع، لأن كل واحد منهما يقول: إن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره.

وإن كان الحق ديناً، فله أن يطالب به الدافع، لأن حقه في ذمته لم ينتقل. وهل له أن يطالب القابض؟ فيه وجهان **أحدهما**: له أن يطالب، وهو قول أبي إسحاق، لأنه يقر بأنه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عيناً. و**الثاني**: ليس له، وهو قول أكثر أصحابنا، لأن دينه في ذمة الدافع لم يتعين فيما صار في يد القابض فلم يجز أن يطالب به.

وإن جاء رجل إلى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق فصدقه، وجب الدفع إليه، لأنه اعترف بأنه لا مالك له غيره وأن دفعه إليه دفع مبرىء فلزمه. وإن جاء رجل فقال: أحالني عليك صاحب الحق فصدقه، ففيه وجهان **أحدهما**: يلزمه الدفع إليه، لأنه أقر له أنه انتقل الحق إليه فصار كالوارث. و**الثاني**: أنه لا يلزمه، لأن الدفع غير مبرىء، لأنه ربما يجيء صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمّنه. وإن كذبه لم يلزمه الدفع إليه في المسائل كلها، وهل يحلف؟ إن قلنا: إنه إن صدقه لزمه الدفع إليه

حلف، لأنه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع إليه. وإن قلنا: لا يلزمه الدفع إليه إذا صدقه لم يحلف، لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين].

الشرح: إن كان عليه حق لرجل فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه، فإن أقام على ما ادعاه من الوكالة بينة عادلة حكم بها، والبينة شاهدان عدلان، فإذا قامت البينة بالوكالة أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه إلى الوكيل، لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه إن شاء وتوكيله إن شاء، وليس لمن هو عليه أن يمتنع من تسليمه إلى وكيل مالكه. وإن لم يكن لمدعي الوكالة بينة يثبت بها الوكالة لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه إلى مدعي الوكالة، سواء صدقه على الوكالة أو كذبه. وقال أبو حنيفة وكذا قال المزني: إن صدقه على الوكالة لزمه دفع المال اليه. وهذا خطأ من وجهين **أحدهما**: وهو تعليل أبي اسحاق: أنه دفع لا يبرئه من حق الوكيل عند إنكار الوكالة، ومن لم يبرأ بالدفع عند إنكاره لم يجبر. والتعليل الثاني وهو تعليل أبي علي بن أبي هريرة: أنه مقر في ملك غيره ومدع عقد وكالة لغيره فلم تقبل دعواه ولم يلزم إقراره. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء، لأنه إذن في التصرف في ماله فجاز لكل واحد منهما إبطاله كالإذن في أكل طعامه. وإن رهن عند رجل شيئاً وجعلاه على يد عدل واتفقا على أنه يبيعه إذا حل الدين، ثم عزله الراهن عن البيع انعزل، لأنه وكيله في البيع فانعزل بعزله كالوكيل في بيع غير الرهن. وإن عزله المرتهن ففيه وجهان **أحدهما**: انه ينعزل، وهو ظاهر النص، لأنه يبيع الرهن لحقه فانعزل بعزله كالراهن. و**الثاني**: لا ينعزل، وهو قول أبي إسحاق، لأنه ليس بوكيل له في البيع فلم ينعزل بعزله. وإن وكل رجلاً في تصرف وأذن له في توكيل غيره نظرت: فإن أذن له في التوكيل عن الموكل فهما وكيلان للموكل، فإن بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر. وإن أذن له في توكيله عن نفسه، فإن الثاني وكيل

الوكيل، فإن عزله الموكل انعزل، لأنه يتصرف له فملك عزله كالوكيل. وإن عزله الوكيل انعزل، لأنه وكيله فانعزل بعزله. وإن بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته، لأنه فرع له فإذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع. وإن وكل رجلاً في أمر ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف في ذلك الأمر بالموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر أو الفسق بطلت الوكالة، لأنه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته. وإن أمر عبده بعقد ثم أعتقه أو باعه ففيه وجهان **أحدهما**: لا ينعزل، كما لو أمر زوجته بعقد ثم طلقها. و**الثاني**: أنه ينعزل، لأن ذلك ليس بتوكيل في الحقيقة وإنما هو أمر ولهذا يلزم امتثاله، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه. وإن وكل في بيع عين فتعدّى فيها بأن كان ثوباً فلبسه أو دابة فركبها، فهل تبطل الوكالة أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: تبطل فلا يجوز له البيع، لأنه عقد أمانة فتبطل بالخيانة كالوديعة. و**الثاني**: أنها لا تبطل، لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفاً، فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقي التصرف، كالرهن يتضمن أمانة ووثيقة، فإذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة.

وإن وكل رجلاً في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل ففيه قولان **أحدهما**: لا ينعزل فإن تصرف صح تصرفه، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمر صاحب الشرع. و**الثاني**: أنه ينعزل فإن تصرف لم ينفذ تصرفه، لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق].

الشرح: لما كانت الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه، لأنه إذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله كما لو أذن في أكل طعامه. وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق، ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم. فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك. فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان وللشافعي فيه قولان، وظاهر النص أنه ينعزل علم أو لم يعلم، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه

فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق. وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه، وإن عزل الوكيل نفسه لم ينعزل إلا بحضرة الموكل، لأنه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع في رد الوديعة. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [والوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل، فإن تلف في يده من غير تفريط لم يضمن، لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل، فلم يضمن.

وإن وكله في بيع سلعة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها وتلف الثمن واستحق المبيع، رجع المشتري بالثمن على الموكل، لأن البيع له فكان الرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه].

الشرح: اليد في أموال الغير على ثلاثة أقسام: يد ضامنة ويد أمينة ويد اختلف الشافعي هل هي ضامنة أو أمينة. **فالأولى**: كيد الغاصب والمستعير والمساوم والمشتري والمستقرض، فكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما هلك بأيديهم وإن كان هلاكه من غير تعديهم، لأنهم أصلاً بين متعدٍ أو معاوض.

والثانية: كيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن، فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا، لأنه ليس فيهم متعدٍ بيده ولا معاوض.

وأما اليد المختلف فيها: فَيَد الأجير المشترك إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعدٍ عليه ففيها قولان **أحدهما**: أنها كيد المستعير عليها الضمان. و**الثاني**: أنها كيد المودع لا ضمان عليها.

فإذا تقرر هذا فإن الوكيل أمين فيما بيده لموكله، ولا ضمان عليه إن هلك لأمرين **أحدهما**: أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه وهو لا يلزم لنفسه ضمان ما بيده فكذلك الوكيل الذي هو بمثابته. و**الثاني**: أن الوكيل له عقد إرفاق ومعونة، وفي تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود الارفاق والمعونة فيها، وسواء كانت الوكالة بعوض أو بغير عوض. وكان أبو علي الطبري

رحمه الله يقول: إذا كانت بعوض جرت مجرى الأجير المشترك فيكون وجوب الضمان على قولين. وهذا ليس بصحيح، لأنها إذا خرجت عن حكم الإجارة في اللزوم خرجت عن حكمها في الضمان. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا ادعى رجل على رجل أنه وكله في تصرف فأنكر المدعى عليه، فالقول قوله، لأنه ينكر عقداً الأصل عدمه فكان القول قوله. وإن اتفقا على الوكالة واختلفا في صفتها، بأن قال الوكيل: وكلتني في بيع ثوب، وقال الموكل: بل وكلتك في عبد، أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بألف، وقال: بل وكلتك في البيع بألفين، أو قال الوكيل: وكلتني في البيع بثمن مؤجل، وقال الموكل: بل وكلتك في البيع بثمن حال، فالقول قول الموكل لأنه ينكر إذناً والأصل عدمه. ولأن من جعل القول قوله في أصل التصرف كان القول قوله في كيفيته كالزوج في الطلاق.

فصل

وإن اختلفا في التصرف، فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل، أو اتفقا على البيع واختلفا في قبض الثمن، فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف وأنكر الموكل، ففيه قولان **أحدهما**: أن القول قول الوكيل، لأنه يملك العقد والقبض، ومن ملك تصرفاً ملك الإقرار به، كالأب في تزويج البكر. و**الثاني**: أنه لا يقبل قوله، لأنه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن فلم يقبل، كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه.

وإن وكله في ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا، فقال الوكيل: ابتعتها بإذنك بعشرين. وقال الموكل: بل أذنت لك في ابتياعها بعشرة، فالقول قول الموكل لما بيناه. فإن حلف الموكل صارت الجارية للوكيل في الظاهر، لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الإذن. فإن كان الوكيل كاذباً، كانت الجارية له في الظاهر والباطن، وإن كان صادقاً كانت الجارية للموكل في الباطن وللوكيل في الظاهر. قال المزني: ويستحب الشافعي رحمه الله في

مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول: إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه إياها بعشرين، فإن قال له: بعتك هذه الجارية بعشرين، صارت الجارية للوكيل في الظاهر والباطن. وإن قال كما قال المزني: إن كنت أذنت لك في ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا يصح، لأنه بيع معلق على شرط فلم يصح، وجعل ما قاله المزني من كلام الحاكم لا من كلام الموكل. ومنهم من قال: يصح لأن هذا الشرط يقتضيه العقد، لأنه لا يصح أن يبيعها إلا أن يكون قد أذن له في الابتياع بعشرين، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه. فإن امتنع الموكل من البيع قال المزني: يبيعها الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها. وقال أبو سعيد الاصطخري: فيه وجهان **أحدهما**: ما قال المزني. و**الثاني**: أنه يملكها ظاهراً وباطناً بناء على القولين فيمن ادعى على رجل أنه اشترى منه داراً وأنكر المشتري وحلف أن المستحب للمشتري أن يقول للبائع: إن كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع، وإن لم يفعل المشتري ذلك ففيه قولان **أحدهما**: أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها. و**الثاني**: أن البائع يملك الدار، لأن المشتري صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته، فيكون البائع أحق بعين ماله. وقال أبو إسحاق: لا يملك الوكيل الجارية قولاً واحداً، وتخالف الدار، لأنها كانت للبائع، فإذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع إليه كما يعود إذا تحالف المتبايعان، والجارية لم تكن للوكيل فتعود إليه عند التعذر. فإن قلنا: يملكها ظاهراً وباطناً، تصرف فيها بالوطء وغيره. وإن قلنا: إنها للموكل في الباطن، كان كمن له على رجل دين لا يصل إليه ووجد له مالاً من غير جنس حقه].

الشرح: قال الماوردي في الحاوي: اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام: قسم يقبل فيه قول الوكيل وقسم لا يقبل فيه قوله وقسم اختلف قوله[1] في قبول قوله فيه.

فأما القسم الأول: وهو ما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو في

---

(١) «اختلف قوله» أي: قول الامام الشافعي رحمه الله.

رد ما ائتمنه عليه. وجملة الأيدي التي لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام: أحدها: ما يقبل فيه قول صاحبها في رد ما معه، وهو من ائتمنه المالك على ماله في حق نفسه من غير نفع يعود في أمانته كالمودع فقوله في رد ما بيده من الوديعة على ربها مقبول، لأنه لما أقامه فيها مقام نفسه وجب أن يكون قوله مقبولاً كقوله على نفسه. **والثاني**: من لا يقبل قوله وإن كان أميناً في رد ما بيده، وهو من يده لحق نفسه كالمرتهن فلا يقبل قوله في رد الرهن على راهنه لأنه ليس بنائب عنه فلم يقبل قوله عليه. والثالث: من اختلف أصحابنا في قبول قوله على مؤتمنه، وهو من كان نائباً عن المالك لكن لنفع يعود عليه في نيابته كالعامل في القراض والأجير المشترك، ففي قبول قولهم وجهان **أحدهما**: أن قولهم مقبول في رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك، وهو أظهر الوجهين وهو قول الجمهور. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي علي الطبري: أن قولهم غير مقبول في رد ما بأيديهم لأن عود النفع اليهم يجعلهم كالمتصرفين في حق أنفسهم فلم يقبل قولهم كالمرتهن.

فإذا تقرر هذا الأصل فالوكيل إن كان متطوعاً فقوله في رد ما بيده مقبول على موكله، وإن كان بأجرة ففي قبول قوله وجهان. فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل.

وأما القسم الثاني: وهو ما لا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل: فهو أن يدعي عليه إذناً في تصرف، كقول الوكيل: أمرتني ببيع كذا أو بإعطاء زيد كذا فينكر الموكل ذلك، فالقول قول الموكل دون الوكيل، لأنه في هذه الدعوى بمثابة مدعي عقد الوكالة، ومدعي الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها فكذلك مدعي الاذن لا يقبل قوله في ادعائه. وكذلك إذا اتفقا على الاذن واختلفا في صفته، كقول الوكيل: أمرتني بإعطاء زيد ألفاً، فقال: بل أمرتك بإعطائه ثوباً، وكقوله: أمرتني ببيع عبدك بألف، فقال: بل أمرتك بألفين، فالقول فيه قول الموكل فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا ببينة يقيمها على ادعائه، والبينة شاهدان عدلان لا غير، لأنها بينة في إثبات وكالة.

وأما القسم الثالث: وهو ما اختلف قوله في قبول قول الوكيل فيه على

موكله: فهو أن يوكل في عمل فيدعي الوكيل ايقاعه على الوجه المأذون فيه وينكره الموكل، كتوكيله في بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحة والموهوبة له والمطلقة والقابض والمعتق، ففيه قولان محكيان عن الشافعي ووجهان ذكرهما ابن سريج. فأحد قولي الشافعي: أن القول في جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه، والبينة عليه معتبرة بالمشهود فيه من كونه مالاً أو غير مال، وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود فلم تلزم بمجرد الدعوى. **والقول الثاني**: أن القول في جميع ذلك قول الوكيل، لأن الموكل لما أقامه مقام نفسه نفذ قوله عليه كنفوذ قوله على نفسه. فهذان قولاً الشافعي المحكيان عنه. وأما وجها أبي العباس بن سريج فإنه ذكر في كتاب الوكالة بعد حكاية قول الشافعي وجهين ذكر احتمالهما ونصر توجيههما. **أحد الوجهين**: أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والابراء كان قوله مقبولاً فيه، لأنه لما كان يصح من الوكيل في الحال صح إقراره به في تلك الحال، وما كان بخلافه لم يقبل إقراره به. **والوجه الثاني**: وهو الذي عوّل عليه واعتمد على نصرته: أن ما كان الاقرار به كإيقاعه قبل قوله فيه وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه.

وهذان الوجهان إنما يكون للقول بهما وجه إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقياً على الوكالة، فأما مع عزله عنها فلا وجه لتخريجهما لما يقتضيه تعليل كل واحد منهما. والله أعلم[1].

فرع إذا أمر الموكل وكيله ببيع متاعه وقبض ثمنه، فادعى الوكيل البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل، فإن صدّقه على البيع وقبض الثمن وأنكر أن يكون قبضه منه كان قول الوكيل مقبولاً عليه لكن مع يمينه، لأنه اختلاف في الدفع. ولو صدّقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشتري فهو على قولين، لأن الوكيل يدعي عملاً ينكره الموكل. وإن كذّبه في البيع وقبض الثمن فهو على قولين أيضاً لما ذكرنا.

---

(١) الحاوي الكبير (٥٢٠ ـ ٦/٥٢٢)، ومنه نقلته لتحريف ورد في المطبوعة.

فرع إذا أمر الرجل وكيله أن يشتري سلعة، فقال الوكيل: اشتريتها بألف وقال الموكل: اشتريتها بخمسمائة، فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه اشترى السلعة بألف، لأن قوله في أصل الشراء مقبول وكذا يقبل قوله في قدر أصل ثمنه. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اختلفا في تلف المال، فادعى الوكيل أنه تلف وأنكر الموكل، فالقول قول الوكيل، لأن التلف يتعذر إقامة البينة عليه فجعل القول قوله].

فصل

وإن اختلفا في رد المال، فقال الوكيل: رددت عليك المال وأنكر الموكل نظرت: فإن كانت الوكالة بغير جعل، فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأنه قبض العين لمنفعة المالك فكان القول في الرد قوله كالمودع. وإن كانت الوكالة بجعل، ففيه وجهان **أحدهما**: لا يقبل قوله، لأنه قبض العين لمنفعة نفسه، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر والمرتهن. و**الثاني**: أنه يقبل قوله، لأن انتفاعه بالعمل في العين فأما العين فلا منفعة له فيها فقبل قوله في ردها كالمودع في الوديعة.

فصل

إذا كان لرجل على رجل آخر حق فطالبه به فقال: لا أعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض، نظرت: فإن كان مضموناً عليه كالغصب والعارية، فإن كان عليه فيه بينة فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد ويقيم عليه البينة فيغرمه. وإن كان أمانة كالوديعة أو ما في يد الوكيل والشريك أو مضموناً لا بينة عليه فيه، ففيه وجهان **أحدهما**: أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد، فيحتاج أن يحلف أنه لا يستحق عليه، وفي الناس من يكره أن يحلف. و**الثاني**: أنه ليس له

أن يمتنع، لأنه إذا جحد كان القول قوله أنه لا يستحق عليه شيئاً، وليس عليه في اليمين على الحق ضرر، فلم يجز له أن يمتنع. والله أعلم].

الشرح: هذا الفصل قد أسلفنا الكلام على بعضه. ومجمل القول أنه إذا اختلف الموكل والوكيل ففيه عدة أحوال:

الأول: إذا اختلفا في التلف فقال الوكيل تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فكذبه الموكل، فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع. وكذلك كل من كان في يده شيء على سبيل الأمانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك على اختلاف فيه، إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود ذلك في ناحيته ثم يكون القول قوله في تلفها، وهذا هو مذهبنا ومذهب أحمد، لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى فلا تتعذر إقامة البينة عليه.

الثاني: أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه أنه حمل على الدابة فوق طاقتها أو حمل عليها شيئاً لنفسه أو فرّط في حفظها أو لبس الثوب أو أمره برد المال فلم يفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأنه أمين، ولأنه منكر لما يدعى عليه والقول قول المنكر.

الثالث: أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تبع ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل مع يمينه إن كان بغير جعل، لأنه إن كان بجعل كان أجيراً ويده ضامنة. والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل.



قال المصنف رحمه الله تعالى:

كتاب الوديعة

الشرح: يقال: ودعته أدعه ودعاً تركته، وفي الحديث «**لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات**»[1] أي تركهم. والوديعة فعيلة بمعنى مفعولة وأودعت زيداً مالاً دفعته إليه ليكون عنده وديعة وجمعها ودائع، واشتقاقها من الدعة وهي الراحة[2].

والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ﴾[3].

وأما السنة: فقوله ﷺ: «**أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك**» رواه أبو داود والترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وقال: حديث حسن[4].

---

(١) أخرجه مسلم في الجمعة (٦/١٥٢) من حديث ابن عمر وأبي هريرة وتتمته»...أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين».

(٢) قال الشربيني في مغني المحتاج (٤/١٢٥): الوديعة لغة: الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ، وشرعاً تقال على الايداع وعلى العين المودعة من ودع الشيء يدع إذا سكن لأنها ساكنة عند المودع وقيل من قولهم فلان في دعة أي: في راحة، لأنها في راحة المودع ومراعاته وحفظه. والأصح أنها عقد فحقيقتها شرعاً توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

(٤) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٦٤) وقال: حسن غريب وكذا أبو داود فيه (٣/٨٠٥) من حديث أبي هريرة وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠١٩.

وأما الإجماع: فأجمع علماء كل عصر على جواز الايداع والاستيداع، والضرورة تقتضيها وبالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم.

قال المصنف رحمه الله: [يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة وأداء الأمانة فيها أن يقبلها لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[1] ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه**». فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف إن لم يقبل أن تهلك تعيّن عليه قبولها، لأن حرمة المال كحرمة النفس، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «**حرمة مال المؤمن كحرمة دمه**» ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه فكذلك إذا خاف على ماله. وإن كان عاجزاً عن حفظها أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها، لأنه يغرر بها ويعرضها للهلاك فلم يجز له أخذها].

الشرح: حديث أبي هريرة رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر[2]. أما حديث ابن مسعود فقد رواه أبو نعيم في الحلية، قال في الجامع الصغير: وهو غريب ضعيف[3]. وقد وردت أحاديث كثيرة بمعناه أظهرها ما جاء في خطبة الوداع «**إن الله حرّم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا**»[4] واقتران المال والدم والعرض في

---

(١) المائدة: ٢.

(٢) حديث أبي هريرة أخرجه مسلم في الذكر: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر (١٧/٢١بلفظ من نفّس عن مؤمن كربة...») والترمذي في الحدود: باب ما جاء في الستر على المسلم (٤/٣٤) وأبو داود في الأدب: باب في المعونة للمسلم (٢٣٤ ـ ٥/٢٣٥) وابن ماجه في المقدمة (١/٨٢). وأما حديث ابن عمر الذي أشار إليه الشارح فقد أخرجه البخاري في المظالم (٥/٩٧) ومسلم في البر والصلة: باب تحريم الظلم (١٣٤ ـ ١٦/١٣٦) وأبو داود في الأدب (٥/٢٠٢) والترمذي في الحدود (٣٤ ـ ٤/٣٥).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣/٢٦)، وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير برقم ٣١٤٠.

(٤) سبق تخريجه.

حرمتها وتشبيه الحرمة بحرمة مكة في يوم الوقوف من شهر ذي الحجة يدل على صحة التساوي بين المال والدماء.

أما الأحكام فقد اتفق الأئمة كلهم على أن الوديعة من القرب المندوب إليها واتفقوا على أن حفظها فيه ثواب وأن قبول حفظها أمانة محضة وأن الضمان لا يجب على المودع إلا إذا تعدى، وأن القول قوله في تلفها وردها على الاطلاق مع يمينه على تفصيل سيأتي. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف في المال. فإن أودعه صبي أو سفيه لم يقبل، لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والسفيه كالبيع. فإن أخذها منه ضمنها، لأنه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه. ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر في ماله، كما نقول فيما غصبه من ماله. وإن خاف المودع أنه إن لم يأخذ منه استهلكه فأخذه ففيه وجهان، بناء على القولين في المحرم إذا خلص طائراً من جارحة وأمسكه ليحفظه، **أحدهما**: لا يضمن، لأنه قصد حفظه. و**الثاني**: يضمن، لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يصح إلا عند جائز التصرف. فإن أودع صبياً أو سفيهاً لم يصح الإيداع، لأن القصد من الإيداع الحفظ، والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ. فإن أودع واحداً منهما فتلف عنده لم يضمن، لأنه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه، كما لو تركه عند بالغ من غير إيداع فتلف. وإن أودعه فأتلفه ففيه وجهان **أحدهما**: يضمن، لأنه لم يسلطه على إتلافه فضمنه بالإتلاف، كما لو أدخله داره فأتلف ماله. و**الثاني**: لا يضمن، لأنه مكّنه من إتلافه فلم يضمنه، كما لو باع منه شيئاً وسلمه إليه فأتلفه].

الشرح: إذا أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت في يده لم يضمنها، سواء حفظها أو فرّط فيها. فإن أتلفها أو أكلها أو استهلكها ضمنها

في ظاهر المذهب، وبه قال القاضي من الحنابلة والخرقي وابن قدامة. وذهب بعض الحنابلة وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحابنا إلى أنه لا ضمان عليه، لأن ربها سلطه على اتلافها بدفعها إليه فلا يلزمه ضمانها. ولنا أن ما ضمنه باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ، ولا يصح قولهم إنه سلطه على اتلافها لأنه استحفظه إياها.

قال المصنف رحمه الله: [وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول والقبول بالفعل، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والإغماء والموت كما تنفسخ الوكالة، لأنه وكالة في الحفظ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [والوديعة أمانة في يد المودع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «**من أودع وديعة فلا ضمان عليه**». وروي ذلك عن أبي بكر[1] وعمر[2] وعلي وابن مسعود[3] وجابر رضي الله عنهم، وهو إجماع فقهاء الأمصار. ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده. ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان، فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس في قبولها فيؤدي إلى قطع المعروف فإن أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضموناً، لأنه أمانة فلا يصير مضموناً بالشرط، كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط. وإن ولدت الوديعة ولداً كان الولد أمانة، لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه. وهل يجوز له إمساكه؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز بل يجب أن يعلم صاحبه، كما لو ألقت الريح ثوباً في داره. و**الثاني**: يجوز، لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها].

---

(١) أثر أبي بكر أخرجه ابن أبي شيبة (٥/١٧٠) والبيهقي (٦/٢٨٩).

(٢) أثر عمر أخرجه ابن أبي شيبة (٥/١٧٠).

(٣) أثر علي وابن مسعود أخرجه البيهقي (٦/٢٨٩) وعبد الرزاق برقم ١٤٨٠١.

الشرح: حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رواه الدارقطني[1]، وقال الحافظ ابن حجر: فيه ضعف. وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى بلفظ: «**ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان**»[2] وقال الدارقطني: إنما نروي هذا عن شريح غير مرفوع. قال الحافظ ابن حجر: في إسناده ضعيفان.

وحديث الفصل الذي رواه الدارقطني يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروي عن أبيه، وأبوه شعيب يروي عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، وفي سماع شعيب من جده نظر، وقد أثبتُّ السماع في حاشيتي على تفسير القرآن للعلامة صديق خان[3].

وقد روى ابن ماجه عن ابن عمرو بلفظ: «**من أودِعَ وديعة فلا ضمان عليه**» وفي إسناده المثنى بن الصباح وهو متروك وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي[4].

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٤١) بلفظ «لا ضمان على مؤتمن»، وضعف إسناده الحافظ في التلخيص (٣/١١٢).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/٤١) من طريق عمرو بن عبدالجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وقال: عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع. وقال الحافظ في المصدر السابق: في إسناده ضعيفان.

(٣) تضعيف الحافظ لحديث «لا ضمان على مؤتمن» ليس بسبب عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، فإنها سلسلة معتمدة عند أكثر المحدثين كما في تدريب الراوي (٢/٢٥٧) وعند ابن حجر نفسه، لأنه ضعف الحديث الآخر وهو أيضاً من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مبيناً أن في إسناده راويين ضعيفين، وهما الراويان اللذان ذكرهما الدارقطني، وعصب التضعيف بهما ولم يتعرض لعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقد صرّح الحافظ بتحسين حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في الفتح في عدة مواضع منها (١/٤٣٦) و (٥/٤٠). ولكن حديث الفصل ضعيف، لأن في إسناده ثلاثة من الضعفاء وهم محمد بن عبدالرحمن الحجبي كما في تهذيب التهذيب (٩/٢٦٦)، ويزيد بن عبدالملك كما في تهذيب الكمال (٣٢/١٩٦)، وعبد الله بن شبيب كما في تذكرة الحفاظ (٢/٦١٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه في الصدقات بلفظه (٢/٨٠٢) والبيهقي (٦/٢٨٩)، وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه برقم ١٩٤٥. =

أما الأحكام ففي الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديع. وهذا في حال عدم التفريط في حفظها، أما في حال التفريط فيضمن لأنه نوع من الخيانة والخائن ضامن لقوله ﷺ: «**ولا على المستودع غير المغل ضمان**» والمغل هو الخائن.

وممن قال بهذا القول شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأحمد. وعن أحمد رواية أخرى: إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضمّن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله[1].

دليلنا أن الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافي الأمانة، وحديث عمرو بن شعيب وغيره وعمل الصحابة ومن ذكرنا من أئمة أهل العلم. وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ما ذكرنا. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ومن قبل الوديعة نظرت: فإن لم يعين المودع الحرز، لزمه حفظها في حرز مثلها، فإن أخر إحرازها فتلفت لزمه الضمان، لأنه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها. فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن، لأن الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أطلق حمل على التعارف وهو حرز المثل. فإذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرّط فلزمه الضمان. وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها لم يضمن، لأن من رضي بحرز المثل رضي بما فوقه. فإن قال: لا تقفل عليه، فأقفل عليه، أو قال: لا تقفل عليه قفلين، فأقفل قفلين، أو قال: لا ترقد عليه، فرقد عليه، فالمذهب: أنه لا يضمن، لأنه زاده في الحرز. ومن أصحابنا من قال: يضمن، لأنه نبه اللص عليه وأغراه به.

= وهذا الحديث هو حديث الفصل، وعجب من الشارح إذ جعل حديث «لا ضمان على مؤتمن» الذي رواه الدرقطني حديث الفصل وترك حديث ابن ماجه مع أنه مطابق للفظ الذي أورده الشيرازي.

(١) أخرجه عبدالرزاق برقم **١٤٧٩٩** والبيهقي (٦/٢٨٩).

فصل

وإن عين له الحرز فقال: احفظها في هذا البيت، فنقلها إلى ما دونه ضمن، لأن من رضي حرزا لم يرض بما دونه. وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه لم يضمن، لأن من رضي حرزاً رضي مثله وما هو أحرز منه. وإن قال له: احفظها في هذا البيت ولا تنقلها، فنقلها إلى ما دونه ضمن، لأنه لم يرض بما دونه. وإن نقلها إلى مثلها أو إلى ما هو أحرز منه ففيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخري: لا يضمن، لأنه جعله في مثله فأشبه إذا لم ينهه عن النقل. وقال أبو إسحاق: يضمن، لأنه نهاه عن النقل فضمنه بالنقل. فإن خاف عليه في الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت: فإن كان النهي مطلقاً، لزمه النقل ولا يضمن، لأن النهي عن النقل للاحتياط في حفظها، والاحتياط في هذا الحال أن تنقل فلزمه النقل. فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها، لأنه فرط في الترك. وإن قال له: لا تنقل وإن خفت عليها الهلاك، فنقلها لم يضمن، لأنه زاده خيراً. وإن تركها حتى تلفت ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو إسحاق: لا يضمن، لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأه من الضمان. وقال أبو سعيد الاصطخري: يضمن، لأن نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له لأنه خلاف الشرع فيصير كما لو لم ينهه. والأول أظهر، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله وإن خالف الشرع كما لو قال لغيره: اقطع يدي أو أتلف مالي].

الشرح: قوله الحرز المكان الذي يحفظ فيه والجمع أحراز مثل حمل وأحمال، وأحرزت المتاع جعلته في الحرز[1]. وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن أودعه شيئاً فربطه في كمه لم يضمن. فإن تركه في كمه ولم يربطه نظرت: فإن كان خفيفاً إذا سقط لم يعلم به

---

(١) وحرز المثل هو الموضع المناسب لحفظ هذه العين وأشباهها، فكل عين تحفظ في ما يناسبها من المواضع، فالذهب وأمثاله يحفظ في الخزنة بخلاف الثياب وأمثالها. والله أعلم.

ضمنه، لأنه مفرط في حفظه. وإن كان ثقيلاً إذا سقط علم به لم يضمن، لأنه غير مفرط. وإن تركه في جيبه، فإن كان مزرّراً أو كان الفتح ضيقاً لم يضمن، لأنه لا تناله اليد. وإن كان واسعاً غير مزرّر ضمن، لأن اليد تناله. وإن أودعه شيئاً فقال: اربطه في كمك، فأمسكه في يده فتلف، فقد روى المزني: أنه لا يضمن. وروى الربيع في الأم أنه يضمن. فمن أصحابنا من قال: هو على قولين **أحدهما**: لا يضمن، لأن اليد أحرز من الكم، لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد. و**الثاني**: أنه يضمن، لأن الكم أحرز من اليد، لأن اليد حرز مع الذكر دون النسيان، والكم حرز مع النسيان والذكر. ومن أصحابنا من قال: إن ربطها في كمه وأمسكها بيده لم يضمن، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم، وإن تركها في يده ولم يربطها في كمه ضمن، لأن الكم أحرز من اليد، وحمل الروايتين على هذين الحالين.

وإن أمره أن يحرزها في جيبه، فأحرزها في كمه ضمن، لأن الجيب أحرز من الكم، لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب. وإن قال: احفظها في البيت، فشدّها في ثوبه وخرج ضمنها، لأن البيت أحرز. فإن شدها في عضده، فإن كان الشد مما يلي أضلاعه لم يضمن، لأنه أحرز من البيت، وإن كان من الجانب الآخر ضمن، لأن البيت أحرز منه. وإن دفعها إليه في السوق وقال: احفظها في البيت، فقام في الحال ومضى إلى البيت فأحرزها لم يضمن. وإن قعد في السوق وتوانى ضمنها، لأنه حفظها فيما دون البيت. وإن أودعه خاتماً وقال: احفظه في البنصر، فجعله في الخنصر ضمن، لأن الخنصر دون البنصر في الحرز، لأن الخاتم في الخنصر أوسع فهي إلى الوقوع أسرع. وإن قال اجعله في الخنصر، فجعله في البنصر لم يضمن، لأن البنصر أحرز لأنه أغلظ والخاتم فيه أحفظ. وإن قال: اجعله في الخنصر، فلبسه في البنصر فانكسر ضمن، لأنه تعدى فيه].

الشرح: الجيب عندهم ما ينفتح على النحر قال تعالى: ﴿وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ﴾[1].

---

(١) النور: ٣١.

وهذا الفصل تتلخص أحكامه فيما إذا خالف الوديع المودِع وكانت المخالفة في التهاون أو التفريط وترتب عليها تلف الوديعة ضمن.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أراد المودَع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها إليه فإن لم يجد سلمها إلى الحاكم، لأنه لا يمكن منعه من السفر ولا قدرة على المالك ولا وكيله فوجب الدفع إلى الحاكم، كما لو حضر من يخطب المرأة والولي غائب، فإن الحاكم ينوب عنه في التزويج. فإن سلم إلى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن، لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله، كما لا ولاية له في تزويج المرأة مع حضور الولي أو وكيله. فإن لم يكن حاكم سلمها إلى أمين، لأن النبي ﷺ كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم أيمن واستخلف علياً كرم الله وجهه في ردها. وإن سلم إلى أمين مع وجود الحاكم ففيه وجهان **أحدهما**: لا يضمن، وهو ظاهر النص وهو قول أبي إسحاق، لأنه أمين فأشبه الحاكم. و**الثاني**: يضمن، وهو ظاهر قوله في الرهن وهو قول أبي سعيد الاصطخري، لأن أمانة الحاكم مقطوع بها وأمانة الأمين غير مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به، كما لا يترك النص للاجتهاد. فإن لم يكن أمين لزمه أن يسافر بها، لأن السفر في هذه الحال أحوط. فإن وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر بها ضمن، لأن الإيداع يقتضي الحفظ في الحرز، وليس السفر من مواضع الحفظ، لأنه إما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه، فلا يجوز مع عدم الضرورة.

وإن دفنها ثم سافر نظرت: فإن كان في موضع لا يد فيه لأحد ضمن، لأن ما تتناوله الأيدي معرض للأخذ. فإن كان في موضع مسكون، فإن لم يعلم بها أحداً ضمن، لأنه ربما أدركته المنية في السفر فلا تصل إلى صاحبها. فإن أعلم بها من لا يسكن في الموضع ضمن، لأن ما في البيت إنما يكون محفوظاً بحافظ. فإن أعلم بها من يسكن في الموضع، فإن كان غير ثقة ضمن، لأنه عرضه للأخذ. وإن كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر].

الشرح: الخبر الوارد في الفصل وإن كان شائعاً في كتب الفقه إلا أنه غير موجود في الكتب الستة وليس في مسند أحمد أو سنن الدارمي أو موطأ مالك وليس في مجمع الزوائد للهيثمي وليس في أمهات فقه الحديث كنيل الأوطار وسبل السلام وليس في شيء من كتب تراجم الصحابة كالاستيعاب وسير أعلام النبلاء وليس في كتب السير إلا ما في ابن هشام أن ابن اسحاق قال: بلغني أن رسول الله ﷺ لما هاجر جعل علياً على الودائع ولم يذكر شيئاً عن أم أيمن رضي الله عنها[1].

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر، لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه، كما لا يمكنه الحفظ مع السفر وقد بينا حكمه. وإن قال في مرضه: عندي وديعة ووصفها ولم يوجد ذلك في تركته، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق: لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها، لأن الوديعة أمانة فلا يضمن بالشك. ومن أصحابنا من قال: يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء، وهو ظاهر النص، لأن الأصل وجوب ردها فلا يسقط ذلك بالشك].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أودع الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها، لأن المودع لم يرض بأمانة غيره. فإن هلكت عند الثاني جاز لصاحبها أن يضمّن الأول، لأنه سلّم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمّن الثاني، لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه. فإن ضمّن الثاني نظرت: فإن كان قد علم بالحال لم يرجع بما ضمنه على الأول، لأنه دخل على أنه يضمن فلم يرجع. فإن لم يعلم ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يرجع، لأنه دخل على أنه أمانة فإذا ضمّن رجع على من غرّه. و**الثاني**: أنه لا يرجع، لأنه هلك في يده فاستقر الضمان عليه. فإن ضمّن الأول، فإن قلنا: إن الثاني إذا ضمن

---

(١) الخبر المذكور أخرجه البيهقي (٦/٢٨٩) دون ذكر أم أيمن.

يرجع على الأول، لم يرجع الأول عليه، وإن قلنا: إنه لا يرجع، رجع الأول عليه. فأما إذا استعان بغيره في حملها ووضعها في الحرز أو سقيها أو علفها فإنه لا يضمن، لأن العادة قد جرت بالاستعانة، ولأنه ما أخرجها عن يده ولا فوّض حفظها إلى غيره].

الشرح: قوله يضمن الأول بتشديد الميم أي: يلزمه بالضمان.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أودعه دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن، لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره. فإن خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيه وجهان **أحدهما**: لا يضمن، لأن الجميع له. و**الثاني**: أنه يضمن، وهو الأظهر، لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطاً بالآخر. وإن أودعه دراهم في كيس مشدود فحلّه أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه، لأنه هتك الحرز من غير عذر. وإن أودعه دراهم في غير وعاء فأخذ منها درهماً ضمن الدرهم، لأنه تعدى فيه، ولا يضمن الباقي، لأنه لم يتعد فيه. فإن رد الدرهم، فإن كان متميزاً بعلامة لم يضمن غيره، وإن لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع: يضمن الجميع، لأنه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع. والمنصوص: أنه لا يضمن الجميع، لأن المالك رضي أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن. فإن أنفق الدرهم ورد بدله، فإن كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم، لأنها باقية كما كانت. وإن كان غير متميز ضمن الجميع، لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز عنها فضمن الجميع].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن أودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها، لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها. وإن قال: لا تسقها ولا تعلفها، فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخري: يضمن، لأنه لا حكم لنهيه، لأنه يجب عليه سقيها وعلفها فإذا ترك ضمن كما لو لم ينه عن السقي والعلف. وقال أبو العباس وأبو إسحاق: لا يضمن، لأن الضمان يجب لحق المالك وقد رضي بإسقاطه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها، كإخراج الثياب للتشرير[1] لم يضمن، لأن ذلك من مصلحة الوديعة ومقتضى الإيداع فلم يضمن به. وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها، لأنه تصرف في الوديعة بما ينافي مقتضاها فضمن به كما لو أحرزها في غير حرزها. فإن كان دابة فأخرجها للسقي والعلف إلى خارج الحرز، فإن كان المنزل ضيقاً لم يضمن، لأنه مضطر إلى الإخراج. وإن كان المنزل واسعاً ففيه وجهان **أحدهما**: يضمن، وهو المنصوص، وهو قول أبي سعيد الاصطخري، لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها كما لو أخرجها ليركبها. و**الثاني**: أنه لا يضمنها، وهو قول أبي إسحاق، لأن العادة قد جرت بالسقي والعلف خارج المنزل، وحمل النص عليه إذا كان الخارج غير آمن. وإن نوى إخراجها للانتفاع كاللبس والركوب أو نوى أن لا يردها على صاحبها، ففيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبي العباس: أنه يضمن كما يضمن اللقطة إذا نوى تملكها. والثاني وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي: أنه إن نوى إخراجها للانتفاع بها لم يضمن، وإن نوى أن لا يردها ضمن، لأن بهذه النية صار ممسكاً لها على نفسه، وبالنية الأولى لا يصير ممسكاً على نفسه. **والثالث**: وهو قول أكثر أصحابنا: أنه لا يضمن، لأن الضمان إنما يكون بفعل يوقع في العين، وذلك لم يوجد].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أخذت الوديعة منه قهراً لم يضمن، لأنه غير مفرط في ذلك. وإن أكره حتى سلمها ففيه وجهان، بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم، **أحدهما**: أنه يضمن، لأن فوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه، فأشبه إذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع. و**الثاني**: أنه لا يضمن، لأنه مكره فأشبه إذا أخذت بغير فعل من جهته.

---

(١) شرّرت الثوب: بسطته في الشمس وكذلك التشرير/لسان العرب.

فصل

وإن طالبه المودِع برد الوديعة فأخّر من غير عذر ضمن، لأنه مفرط. فإن أخرها لعذر لم يضمن، لأنه غير مفرط.

فصل

وإن تعدى في الوديعة فضمنها ثم ترك التعدي في الوديعة لم يبرأ من الضمان، لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد إلى المكان، كما لو غصب من داره شيئاً ثم رده إلى الدار. فإن قال المودع: أبرأتك من الضمان أو أذنت لك في حفظها ففيه وجهان **أحدهما**: يبرأ من الضمان، وهو ظاهر النص، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه. و**الثاني**: لا يبرأ حتى يردها إليه، لأن الإبراء إنما يكون عن حق في الذمة، ولا حق له في الذمة فلم يصح الإبراء].

الشرح: فرّق المصنف بين الأخذ منه قهراً وتسليمها للظالم قهراً. فالأخذ قهراً بدون أن يسلم فيها حتى استطاع الظالم أن ينتزعها لم يضمن، أما إذا أكره على تسليمها فسلمها، فإن للمالك تضمينه على أصح الوجهين. ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع عن إعلامه بها جهده، فإن ترك ذلك مع القدرة ضمن، ويجوز له أن يحلف على ذلك لحفظها، ويجب عليه إذا أمكنته التورية أن يورّي، فإن لم يمكنه صرح بغير تورية منكراً لها وكفّر عن يمينه.

فرع إذا تعدى في الوديعة بأي نوع من أنواع التعدي كجحودها ثم عاد فأقر بها انتقلت يده من الائتمان إلى الضمان، ولو زالت أسباب ذلك بالاقرار فإنه يبقى على الضمان ولا يبرأ منه إلا بالرد. فإذا أبرأه المودع من الضمان أو أذن له في حفظها بعد ذلك فوجهان ذكرهما المصنف. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا اختلف المودِع والمودَع فقال: أودعتك

وديعة وأنكرها المودَع فالقول قوله، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبينة على من أنكر**»[1]، ولأن الأصل أنه لم يودعه فكان القول قوله.

فصل

وإن ادعى أنها تلفت نظرت: فإن ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق، لأن الأصل أن لا نهب ولا حريق، ويمكن إقامة البينة عليها، فلم يقبل قوله من غير بينة. فإن أقام البينة على ذلك أو ادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت، لأن الهلاك يتعذر إقامة البينة عليه فقبل قوله مع يمينه.

فصل

وإن اختلفا في الرد فالقول قوله مع يمينه، لأنه أخذ العين لمنفعة المالك فكان القول في الرد قوله. وإن ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الإيداع فأقام المودع بينة بالإيداع فقال المودَع: صدقت البينة أودعتني ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله، لأنه صار خائناً ضامناً فلا يقبل قوله في البراءة بالرد

---

(١) حديث ابن عباس أخرجه البخاري في التفسير (٨/٢١٣) ولفظه عن ابن أبي مليكة أن امرأتين كانتا تخرزان في بيت أو في الحجرة فخرجت إحداهما وقد أنفذ باشفى في كفها فادعت على الأخرى فرفع إلى ابن عباس فقال ابن عباس: قال رسول الله ﷺ لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم. ذكروها بالله واقرؤوا عليها (إن الذين يشترون بعهد الله) فذكروها فاعترفت فقال ابن عباس: قال النبي ﷺ: اليمين على المدعى عليه» ومسلم في أول الأقضية (١٢/٢) وأخرجه البيهقي (١٠/٢٥٢) بزيادة «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» واسنادها حسن أو صحيح كما قال النووي رحمه الله في شرحه لمسلم، وحسن اسنادها أيضاً الحافظ في الفتح (٥/٢٨٣).

والهلاك. فإن قال: أنا أقيم البينة بالتلف أو الرد ففيه وجهان **أحدهما**: أنها تسمع، لأنه لو صدقه المدعي ثبتت براءته فإذا قامت البينة سمعت. و**الثاني**: لا تسمع، لأنه كذب البينة بإنكاره الإيداع.

فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه فقال: ماله عندي شيء، فأقام البينة بالإيداع فقال: صدقت البينة أودعتني ولكنها تلفت أو رددتها قبل قوله مع اليمين، لأنه صادق في إنكاره أنه لا شيء عنده لأنها إذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شيء. والله أعلم].

الشرح: الحديث سبق تخريجه.

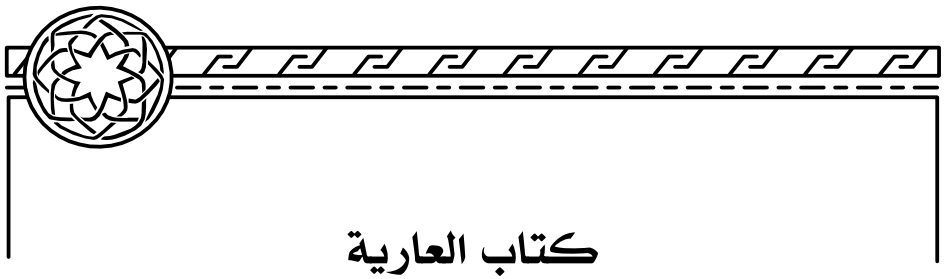
وأما الأحكام فقد جمع الاستاذ محمد الخضراوي من فقهائنا المعاصرين عناصر ذات فائدة في أحكام دعوى الرد على المالك أو وارثه، قال أثابه الله: إذا ادعى الوديع رد الوديعة على من ائتمنه من مالك وحاكم وولي ووصي وقيّم صدّق بيمينه وإن أشهد عليه بها عند دفعها لأنه ائتمنه. أما لو ضمنها بتفريط او عدوان فإنه لا يقبل دعواه ردها. ويجري ما ذكر في كل أمين أو وكيل وشريك وعامل قراض وجابٍ في رد ما جباه على الذي استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح. ولا يصدق ملتقط الشيء ولا من ألقت عليه الريح ثوباً في الرد إلى المالك لأنه لم يأتمنهما.

وضابط الذي يصدق بيمينه في الرد هو كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه إلا المرتهن والمستأجر فإنهما يصدّقان في التلف لا في الرد، لأنهما أخذا العين لغرض أنفسهما. قال ابن القاص وغيره: كل مال تلف في يد أمين من غير تعدٍ لا ضمان عليه إلا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها فتلفت في يده فيضمنها لهم. وإذا ادعى الوديع الرد على غير من ائتمنه كوارث المالك، أو ادعى وارث الوديع الرد للمودع طولب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر إذ الأصل عدم الرد ولم يأتمنه.

مسألة سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعة ولم يعرف

صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التام فقال: يصرفها في أهم مصالح المسلمين ويقدم أهل الضرورة ومسيس الحاجة ولا يبني بها مسجداً ولا يصرفها إلا فيما يجب على الإمام العادل صرفها فيه، وإن جهله فليسأل أورع العلماء بالمصالح الواجبة التقديم، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.





كتاب العارية

العارية بتشديد الياء يقال: تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه، والعارية منه. قال الأزهري: نسبة إلى العارة وهي اسم من الإعارة يقال: أعرته الشيء إعارة وعارة مثل أطعته إطاعة وطاعة. وقال الليث: سميت عارية لأنها عار على طالبها، وقال الجوهري مثله. وبعضهم يقول: مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها. وهما غلط لأن العارية من الواو لأن العرب تقول: هم يتعاورون العواري ويتعوّرونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضاً، والعار وعار الفرس من الياء، فالصحيح ما قال الأزهري. وقد تخفف العارية في الشعر، والجمع العواري بالتخفيف وبالتشديد على الأصل، واستعرت منه الشيء فأعارنيه. والفقهاء يذهبون دائماً إلى الأخذ بقول الجوهري.

قال ابن قدامة: العارية إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال.

قال المصنف رحمه الله: [الإعارة قربة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[1]. وروى جابر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «**ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها وأخفافها**، قال رجل: يا رسول الله ما حق الإبل؟ قال: **حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها**».

---

(١) المائدة: ٢.

فصل

ولا تصح الإعارة إلا من جائز التصرف في المال. فأما من لا يملك التصرف في المال كالصبي والسفيه فلا تصح منه، لأنه تصرف في المال فلا يملكه الصبي والسفيه كالبيع.

فصل

وتصح الإعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها كالدور والعقار والعبيد والجواري والثياب والدواب والفحل للضراب، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ ذكر إعارة دلوها وإعارة فحلها. وروى أنس أن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرساً فركبه»[1] وروى صفوان أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً غزاة حنين» فثبت في هذه الأشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه].

الشرح: الأصل في العارية الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ۝٧﴾[2] روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا: العواري، وفسرها ابن مسعود فقال: القِدر والميزان والدلو[3].

وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة الوداع «**العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعيم غارم**» أخرجه الترمذي وقال:

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة (٥/٢٤٠) ومسلم في الفضائل: باب شجاعته ﷺ (١٥/٦٧) والترمذي في الجهاد: باب ما جاء في الخروج عند الفزع (٤/١٩٩).

(٢) الماعون: ٧.

(٣) أخرج أبو داود في الزكاة: باب في حقوق المال (٣٠٢٢) عن ابن مسعود قوله: كنا نعد الماعون عل عهد رسول الله ﷺ عارية الدلو والقدر» وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ١٤٥٩.

حسن غريب[1]. وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال: أغصباً يا محمد؟ قال: **بل عارية مضمونة**» رواه أبو داود وأحمد والنسائي والحاكم[2]. أما حديث جابر في الفصل فقد رواه أحمد ومسلم[3] وقد استوفى الكلام عليه الإمام النووي في كتاب الزكاة.

وأما الإجماع: فقد انعقد من الأمة كلها على أن العارية مندوب إليها لأنها من القربات.

أما الأحكام فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء: معير ومستعير ومعار. **فالمعير**: وهو كل من كان مالكاً مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ولا يجوز من غير مالك ولا ممنوع من التصرف. **وأما المستعير**: فكل من صح منه قبول الهبة صح منه طلب العارية لأنها نوع من الهبة. **وأما المعار**: فهو كل مملوك صح الانتفاع به مع بقاء عينه، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالمأكولات لاختصاص العارية بالمنافع دون الرقاب[4].

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز إعارة جارية ذات جمال لغير ذي رحم محرم، لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها. فإن كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهى لم يحرم، لأنه يؤمن عليها الفساد. ولا تجوز إعارة العبد المسلم من الكافر، لأنه لا يجوز أن يخدمه. ولا تجوز إعارة الصيد من المحرم، لأنه لا يجوز له إمساكه ولا التصرف فيه. ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة، لأنه يكره أن يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٨٢٤ ـ ٣/٨٢٥) مطولاً وكذا الترمذي فيه (٣/٥٦٥) وقال: حسن غريب وابن ماجه في الصدقات (٨٠١ ـ ٢/٨٠٢)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٤٤، والمنحة عرّفها الشافعي بقوله: أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحاً. كما في الحاوي للماوردي (٧/١١٧).

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع (٨٢٢ ـ ٣/٨٢٣) وأحمد (٣/٤٠١) والحاكم (٢/٤٧)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٤٢.

(٣) أخرجه مسلم في الزكاة (٧٠ ـ ٧/٧١) وأحمد (٣/٣٢١).

(٤) هذا مقتبس من كلام الماوردي في الحاوي (٧/١١٦).

فصل

ولا تنعقد إلا بإيجاب وقبول، لأنه إيجاب حق لآدمي فلا يصح إلا بالإيجاب والقبول كالبيع والإجارة. وتصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر. فإن قال المستعير: أعرني، فسلمها إليه انعقد. وإن قال المعير: أعرتك، فقبضها المستعير انعقد، لأنه إباحة للتصرف في ماله فصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر كإباحة الطعام].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإذا قبض العين ضمنها، لما روى صفوان أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال: أغصباً يا محمد؟ قال: **بل عارية مضمونة**». ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه لا على وجه الوثيقة فضمنها كالمغصوب. فإن هلكت نظرت: فإن كان مما لا مثل له ففي ضمانها وجهان **أحدهما**: يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب، وتصير الأجزاء تابعة للعين، إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء، وإن وجب ضمانها بالتلف ضمان الأجزاء. و**الثاني**: أنها تضمن بقيمتها يوم التلف، وهو الصحيح، لأنا لو ألزمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف أوجبنا ضمان الأجزاء التالفة بالإذن وهذا لا يجوز، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها. وإن كان مما له مثل: فإن قلنا فيما لا مثل له أنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلها. وإن قلنا انه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها. واختلف أصحابنا في ولد المستعارة، فمنهم من قال: إنه مضمون لأنها مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة. ومنهم من قال: لا يضمن، لأن الولد لم يدخل في الإعارة فلم يدخل في الضمان، ويخالف المغصوبة، فإن الولد يدخل في الغصب فدخل في الضمان. فإن غصب عيناً فأعارها من غيره ولم يعلم المستعير وتلفت عنده فضمّن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب، لأنه دخل على أنه يضمن العين. وإن ضمنه أجرة المنفعة، فهل يرجع على الغاصب؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن غصب

طعاماً وقدمه إلى غيره **أحدهما**: يرجع لأنه غره. **والثاني**: لا يرجع، لأن المنافع تلفت تحت يده].

الشرح: قال الماوردي في الحاوي: اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزاء العارية بالاستعمال غير مضمون على المستعير، واختلفوا في تلف عينها، هل يكون مضموناً على المستعير؟ على خمسة مذاهب.

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه: أنها مضمونة سواء تلفت بفعل آدمي أو بجائحة سماوية، وبه قال من الصحابة ابن عباس وعائشة وأبو هريرة رضي الله عنهم، ومن التابعين عطاء، ومن الفقهاء أحمد بن حنبل.

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة: أنها غير مضمونة عليه إلا بالتعدي، وبه قال الحسن البصري والنخعي والثوري والأوزاعي.

والمذهب الثالث: وهو مذهب مالك: إن كان مما يخفى هلاكه ضمن وإن كان مما يظهر لم يضمن.

والمذهب الرابع: وهو مذهب ربيعة: إن تلف بالموت لم يضمن وإن تلف بغيره ضمن.

والمذهب الخامس: وهو مذهب جبارة وأبي قتادة وعبد الله بن حسن العنبري وداود: إن شرط ضمانها لزم وإن لم يشترط لم يلزم.

واستدلوا على سقوط الضمان برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «**ليس على المستعير غير المغل ضمان**»[1] وهذا نفي. وبرواية عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلى عن أبي قال لي رسول الله ﷺ: «**إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً**» فقلت: يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة؟ قال: **بل عارية مؤداة**»[2] فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه اليها.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٨٢٦)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٤٥.

ودليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**»[1] ففيه دليلان **أحدهما**: أنه جعل عليها ما أخذت وهذا تضمين. و**الثاني**: أنه واجب الأداء وذلك بمقتضى عموم الحالين من قيمة وعين. وروى شريك عن عبدالعزيز بن رفيع عن أبيه عن أمية بن صفوان بن أمية أن رسول الله ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: **بل عارية مضمونة**»[2] فوصفها بالضمان بيان لحكمها عند جهله به.

وروى خالد عن حميد عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين رضي الله عنها بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي ﷺ قصعتها التي في بيتها ودفعها بدلاً من القصعة المكسورة»[3] فلولا أن ضمان العارية واجب لما استجاز أن يدفع مالها بدلاً.

فأما الجواب عن قوله: «**ليس على المستعير غير المغل ضمان**» فمن وجهين **أحدهما**: أنه محمول على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال، وهذا إن كان تخصيصاً فلما عارضه من الأخبار المخصصة. و**الثاني**: أن المغل في هذا الموضع ليس بمأخوذ من الخيانة والغلول إنما هو مأخوذ من استغلال الغلة، يقال: قد أغل فهو مغل إذا أخذ الغلة. قال زهير بن أبي سلمى.

فتغلل لكم ما لا تغل لأهلها قرى بالعراق من قفيز ودرهم

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣/٨٢٢) وكذا الترمذي فيه (٣/٥٦٦) وقال: حديث حسن صحيح وابن ماجه في الصدقات (٢/٨٠٢)، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٦١.

(٢) سبق قريباً.

(٣) أخرجه البخاري في المظالم (٥/١٢٤) والنسائي في عشرة النساء: (٧/٧٠) وأبو داود في البيوع (٨٢٦ ـ ٣/٨٢٧).

فيكون معنى الخبر لا ضمان على المستعير غير المغل أي: غير القابض لأنه بالقبض يصير مستغلاً وهذا صحيح[1].

فأما الجواب عما روي أنه عليه الصلاة السلام سئل أعارية مضمونة أو عارية مؤداة فقال: بل عارية مؤداة، فهو أن معناه أعارية مضمونة بالبدل أو مؤداة العين استعلاماً لحكمها هل توجد على طريق البدل والمعاوضة أو على طريق الرد والأداء، فأخبر أنها مؤداة العين لا يملكها الآخذ بالبدل فلم يكن فيه تغيير للضمان.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض، ويجوز للمستعير أن يرد، لأنه إباحة فجاز لكل واحد منهما رده كإباحة الطعام. وإذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ استعار من صفوان بن أمية أَدْرُعاً وسلاحاً فقال: أعارية مؤداة؟ قال: **عارية مؤداة**». ويجب ردها إلى المعير أو إلى وكيله. فإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه لم يبرأ من الضمان، لأن ما وجب رده وجب رده إلى المالك أو إلى وكيله كالمغصوب والمسروق.

فصل

ومن استعار عيناً جاز له أن يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله، لأن الوكيل نائب عنه. وهل له أن يعير غيره؟ فيه وجهان **أحدهما**: يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر. و**الثاني**: لا يجوز، وهو الصحيح، لأنه إباحة فلا

---

(١) وهذا الجواب بوجهيه بعيد، أما الوجه الأول فلأن حمله مورد الضمان على الأجزاء التالفة بالاستعمال غير ظاهر. وأما الوجه الثاني فلأن المستعير يحمل في إطلاقه على من قبض العين المعارة لا على من لم يقبض. والجواب الأفضل أن نقول: بأن الحديث ضعيف فلا حجة فيه إذا لم يخالَف فكيف إذا خالفته الأحاديث الصحيحة. والله أعلم.

يملك بها الإباحة لغيره كإباحة الطعام، ويخالف المستأجر فإنه يملك المنافع ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض فملك نقله إلى غيره كالمشتري للطعام، والمستعير لا يملك ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه فلا يملك نقله إلى غيره كمن قدم إليه الطعام.

فصل

وتجوز الإعارة مطلقا ومعيناً، لأنه إباحة فجاز مطلقاً ومعيناً كإباحة الطعام. فإن قال: أعرتك هذه الأرض لتنتفع بها، جاز له أن يزرع ويغرس ويبني، لأن الإذن مطلق. وإن استعار للبناء أو للغراس جاز له أن يزرع، لأن الزرع أقل ضرراً من الغراس والبناء فإذا رضي بالبناء والغراس رضي بالزرع. ومن أصحابنا من قال: إن استعار للبناء لم يزرع، لأن في الزرع ضرراً ليس في البناء وهو أنه يرخي الأرض. وإن استعار للزرع لم يغرس ولم يبن، لأن الغراس والبناء أكثر ضرراً من الزرع فلا يكون الإذن في الزرع إذناً في الغراس والبناء. وإن استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة، لأن الرضا بزراعة الحنطة رضا بزراعة مثله. وإن استعار للغراس أو البناء ملك ما أذن فيه منهما، وهل يملك الآخر؟ فيه وجهان **أحدهما**: أنه يملك الآخر، لأن الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأبيد فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر. و**الثاني**: أنه لا يجوز، لأن في كل واحد منهما ضرراً ليس في الآخر، فإن ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر، وضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر، فلا يملك بالإذن في أحدهما الآخر].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن أعاره أرضاً للغراس أو البناء فغرس وبنى ثم رجع[1] لم يجز أن يغرس ويبني شيئاً آخر، لأنه يملك الغراس

(١) ثم رجع أي: رجع المعير في إذن الإعارة.

والبناء بالإذن وقد زال الأذن. فأما ما غرس وبني فينظر: فإن كان قد شرط عليه القلع أجبر على القلع، لقوله ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**» ولأنه رضي بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع. فإذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض، لأنه لما شرط عليه القلع رضي بما يحصل بالقلع من الحفر، ولأنه مأذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه. وإن لم يشرط القلع نظرت: فإن لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع قلع، لأنه يمكن رد العارية فارغة من غير إضرار فوجب ردها. فإن نقصت قيمة الغراس والبناء بالقلع نظرت: فإن اختار المستعير القلع كان له ذلك، لأنه ملكه فملك نقله. فإذا قلعه، فهل تلزمه تسوية الأرض؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا تلزمه، لأنه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية كما لو شرط القلع. **والثاني**: تلزمه، لأن القلع باختياره فإنه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس.

وإن لم يختر القلع نظرت: فإن بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الأرض أجبر المستعير عليه، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار. وإن ضمن أرش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار. وإن بذل المعير القيمة ليأخذه مع الأرض وبذل المستعير قيمة الأرض ليأخذها مع الغراس قدم المعير، لأن الغراس يتبع الأرض في البيع فجاز أن يتبعها في التملك، والأرض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك. وإن امتنع المعير من بذل القيمة وأرش النقص، وبذل المستعير أجرة الأرض لم يجبر على القلع، لقوله ﷺ: «**ليس لعرق ظالم حق**» وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق. ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الإضرار به في قلعه. وإن لم يبذل المستعير الأجرة ففيه وجهان **أحدهما**: لا يقلع، لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان.

والثاني: يقلع، لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير أجرة.

فصل

وإذا أقررنا الغراس في ملكه فأراد المعير أن يدخل إلى الأرض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه، لأن الذي استحق المستعير من الأرض موضع الغراس فأما البياض فلا حق للمستعير فيه فجاز للمالك دخوله. وإن أراد المستعير دخولها نظرت: فإن كان للتفرج والاستراحة لم يجز، لأنه قد رجع في الإعارة فلا يجوز دخولها من غير إذن. وإن كان لإصلاح الغراس أو أخذ الثمار ففيه وجهان **أحدهما**: لا يملك، لأن حقه إقرار الغراس والبناء دون ما سواه. و**الثاني**: أنه يملك، وهو الصحيح، لأن الإذن في الغراس إذن فيه فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره. وإن أراد المعير بيع الأرض جاز، لأنه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها. وإن أراد المستعير بيع الغراس من غير المعير ففيه وجهان

أحدهما: يجوز، لأنه ملك له لا حق فيه لغيره. و**الثاني**: لا يجوز، لأن ملكه غير مستقر لأن للمعير أن يبذل له قيمة الغراس والبناء فيأخذهما. والصحيح هو الأول، لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشتري بيعه وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة].

الشرح: حديث «**المؤمنون عند شروطهم**» وكذلك حديث «**ليس لعرق ظالم حق**» أسلفنا القول فيهما في غير موضع.

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن حمل السيل طعام رجل إلى أرض آخر فنبت فيها، فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجاناً؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يجبر لأنه غير مفرط في إنباته. و**الثاني**: يجبر، وهو الصحيح، لأنه شغل ملك غيره بملكه من غير إذن فأجبر على إزالته، كما لو كان في داره شجرة فانتشرت أغصانها في هواء دار غيره.

فصل

وإن أعاره أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع في العارية قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع، ففيه وجهان **أحدهما**: أنه كالغراس في التبقية والقلع والأرش. و**الثاني**: أنه يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل، لأن للزرع وقتاً ينتهي إليه، وليس للغراس وقت ينتهي إليه، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه.

فصل

وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أجذاعاً فوضعها لم يملك إجباره على قلعها، لأنها تراد للبقاء فلا يجبر على قلعها كالغراس. وإن ضمن المعير قيمة الأجذاع ليأخذها لم يجبر المستعير على قبولها، لأن أحد طرفيها في ملكه فلم يجبر على أخذ قيمته. وإن تلفت الأجذاع وأراد أن يعيد مثلها على الحائط لم يجز أن يعيد إلا بإذن، لأن الإذن تناول الأول دون غيره. فإن انهدم الحائط وبناه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الأجذاع على الثاني، لأن الإذن تناول الأول. ومن أصحابنا من قال: يجوز، لأن الإعارة اقتضت التأبيد. والمذهب: الأول.

فصل

وإن وجدت أجذاع على الحائط ولم يعرف سببها ثم تلفت جاز إعادة مثلها، لأن الظاهر أنها بحق ثابت].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

فرع إذا أعار أرضاً لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجوع فيها، لأن دفن الميت للاستدامة والبقاء شرعاً وعرفاً. ولو رضي أولياؤه بنقله منعوا منه، لأنه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمته بالنقل. وليس لصاحب

الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع في العارية وجهاً واحداً لا يختلف لأمرين **أحدهما**: أن العرف غير جار به. و**الثاني**: أن الميت زائل الملك والأولياء لا يلزمهم. فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش وجب أن يعاد إلى قبره جبراً وليس لصاحب الأرض بعد ظهوره أن يرجع في عاريته ويمنع دفنه، لأنه قد صار حقاً للميت مؤبداً. فلو أن رجلاً أذن للناس أن يدفنوا أمواتهم في أرضه، فإن سبّلها للدفن فليس له الرجوع فيها لخروجها عن ملكه. وإن لم يسبّلها فله الرجوع فيها ولا يكون الإذن بالدفن فيها تسبيلاً لها. فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن وليس له نقل من دفن. ويحرم على من أعار الأرض للدفن أن يتصرف على ظاهر القبر من أرضه لما فيه من انتهاك حرمة الميت مع ورود النهي عنه. فلو أراد أن يدفن فيه ميتاً أخر لم يجز إلا أن يتجاوز مكان لَحدِه فيجوز وإن كان مقارناً.

قال المصنف رحمه الله: [إذا استعار من رجل عبداً ليرهنه فأعاره، ففيه قولان **أحدهما**: أنه ضمان وأن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن في رقبة عبده، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين، والمنفعة ههنا للمالك، فدل على أنه ضمان. و**الثاني**: أنه عارية، لأنه استعاره ليقضي به حاجته فهو كسائر العواري.

فإن قلنا: إنه ضمان، لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحله، لأنه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك.

وإن قلنا: إنه عارية، لم يفتقر إلى ذلك، لأنه عارية فلا يعتبر فيه العلم. فإن عين له جنساً وقدراً ومحلاً تعين على القولين، لأن الضمان والعارية يتعينان بالتعيين. فإن خالفه في الجنس لم يصح، لأنه عقد على ما لم يأذن له فيه. وإن خالفه في المحل بأن أذن له في دين مؤجل فرهنه بدين حال لم يصح، لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال. وإن أذن له في دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل. فإن خالفه في القدر بأن أذن له في الرهن بعشرة فرهن بما دونها جاز، لأن من رضي أن يقضي عن غيره عشرة رضي أن يقضي ما

دونه. وإن رهنه بخمسة عشر لم يصح، لأن من رضي بقضاء عشرة لم يرض بما زاد.

فصل: وإن رهن العبد بإذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين في الحال، لأن للمعير أن يرجع في العارية، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان. فإن رهنه بدين مؤجل بإذنه، فإن قلنا: إنه عارية، جاز له المطالبة بالفكاك، لأن للمعير أن يرجع متى شاء. وإن قلنا: إنه ضمان، لم يطالب قبل المحل، لأن الضامن إلى أجل لا يملك المطالبة قبل المحل.

فصل وإن بيع في الدين، فإن قلنا: إنه عارية، رجع السيد على الراهن بقيمته، لأن العارية تضمن بقيمتها. وإن قلنا: إنه ضمان، رجع بما بيع به سواء بيع بقدر قيمته أو بأقل أو بأكثر، لأن الضامن يرجع بما غرم ولم يغرم إلا ما بيع به.

فصل وإن تلف العبد، فإن قلنا: إنه عارية، ضمن قيمته، لأن العارية مضمونة بالقيمة. وإن قلنا: إنه ضمان، لم يضمن شيئاً، لأنه لم يغرم شيئاً.

فصل وإن استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما من الرهن، ففيه قولان **أحدهما**: لا تخرج، لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه دون بعض. و**الثاني**: يخرج نصفه، لأنه لم يأذن كل واحد منهما إلا في رهن نصيبه بخمسين فلا يصير رهناً بأكثر منه].

الشرح: سبق أن قلنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره، ولكن إذا أذن له المعير في إجارتها أو رهنها أو إعارتها مدة معلومة جاز، لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه. وهل تكون العين مضمونة على المستعير أم تبقى يده على الإئتمان؟ قلنا: إن كان ذلك بإذنه لا تكون العين مضمونة. أما إذا خالف المستعير المعير بأن أذن له في رهنها فأعارها ففيه قولان ذكرهما المصنف. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا، فقال المالك: أكريتها فعليك الأجرة، وقال الراكب: بل أعرتنيها فلا أجرة لك، فقد قال في العارية: القول قول الراكب. وقال في المزارعة: إذا دفع أرضه إلى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك: أكريتكها، وقال الزارع: بل أعرتنيها، فالقول قول المالك. فمن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما، فقال في الدابة: القول قول الراكب، وقال في الأرض: القول قول المالك، لأن العادة أن الدواب تعار فالظاهر فيها مع الراكب، والعادة في الأرض أنها تكرى ولا تعار، فالظاهر فيها مع المالك. ومنهم من نقل الجواب في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين، وهو اختيار المزني **أحدهما**: أن القول قول المالك، لأن المنافع كالأعيان في الملك والعقد عليها، ثم لو اختلفا في عين فقال المالك: بعتكها، وقال الآخر: بل وهبتنيها، كان القول قول المالك، فكذلك إذا اختلفا في المنافع. و**الثاني**: أن القول قول المتصرف، لأن المالك أقر بالمنافع له، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضاً لم يقبل قوله. فإن قلنا: إن القول قول المالك، حلف ووجبت له الأجرة. وفي قدر الأجرة وجهان **أحدهما**: يجب المسمى، لأنه قبل قوله فيها وحلف عليها. و**الثاني**: أنه تجب أجرة المثل، وهو المنصوص، لأنهما لو اتفقا على الأجرة واختلفا في قدرها وجبت أجرة المثل، فلأن تجب أجرة المثل وقد اختلفا في الأجرة أولى. فإن نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف، لأن اليمين إنما ترد ليستحق بها حق، والمتصرف لا يدعي حقاً فلم ترد عليه.

وإن قلنا: إن القول قول المتصرف، حلف وبرىء من الأجرة، فإن نكل رد اليمين على المالك، فإذا حلف استحق المسمى وجهاً واحداً، لأن يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين، وكالإقرار في الآخر، وأيهما كان وجب المسمى.

وإن تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا، فإن قلنا: إن القول قول المالك، حكم له بالأجرة. وإن قلنا: القول قول الراكب، فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة؟ فيه وجهان **أحدهما**: يلزمه لاتفاقهما على

استحقاقه. **والثاني**: لا يحكم له بشيء، لأنه لا يدعي القيمة ولا يستحق الأجرة.

فصل

وإن قال المالك: غصبتنيها فعليك الأجرة، وقال المتصرف: بل أعرتنيها فلا أجرة علي، فإن المزني نقل: أن القول قول المستعير. واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: المسألة على طريقين كما ذكرنا في المسألة قبلها **أحدهما**: الفرق بين الأرض والدابة. **والثاني**: أنهما على قولين، لأن الخلاف في المسألتين جميعاً في وجوب الأجرة، والمالك يدعي وجوبها والمتصرف ينكر، فيجب أن لا يختلفا في الطريقين. ومنهم من قال: إن القول قول المالك وما نقل المزني غلط، لأن في تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع فلا يقبل قوله في دعوى العوض، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف، والأصل أنها للمالك.

فصل

وإن اختلفا فقال المالك: أعرتكها، وقال الراكب: بل أجرتنيها، فالقول قول المالك، لأنهما اتفقا أن الملك له واختلفا في صفة انتقال اليد، فكان القول قول المالك. فإن كانت العين باقية حلف وأخذ. وإن كانت تالفة نظرت: فإن لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة. وإن مضت مدة لمثلها أجرة، فالمالك يدعي القيمة والراكب يقر له بالأجرة، فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئاً حتى يحلف، وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ففيه وجهان **أحدهما**: يستحق من غير يمين، لأنهما متفقان على استحقاقه. **والثاني**: لا يستحق من غير يمين، لأنه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب منكر فلم يستحق من غير يمين.

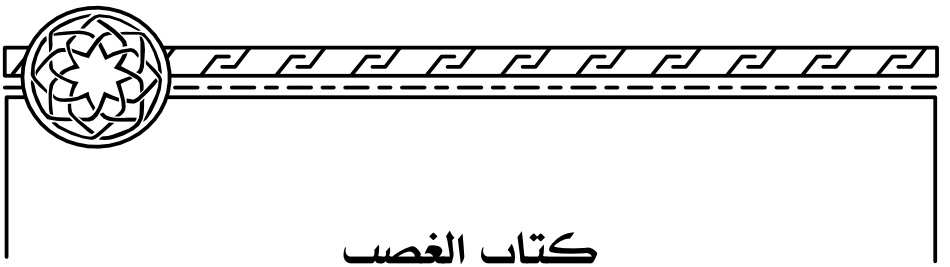
فصل

وإن اختلفا، فقال المالك: غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها، وقال الراكب: بل أجرتنيها فلا يلزمني ضمانها ولا أجرة مثلها، فالقول قول المالك مع يمينه، لأن الأصل أنه ما أجره.

فإن اختلفا وقد تلفت العين حلف واستحق القيمة. وإن بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا، فإن المالك يدعي أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى، فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف، وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين، لأنهما متفقان على استحقاقه. والله أعلم].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.





كتاب الغصب

قال المصنف رحمه الله تعالى:

[الغصب محرم لما روى أبو بكرة قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: **إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا**». وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يحل لامرىء أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه**».

فصل ومن غصب مال غيره وهو من أهل الضمان في حقه ضمنه، لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال: «**على اليد ما أخذت حتى ترده**».

فصل فإن كان له منفعة تستباح بالإجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الأجرة، لأنه يطلب بدلها بعقد المغابنة فضمن بالغصب كالأعيان.

فصل فإن كان المغصوب باقياً لزمه رده، لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «**لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً أو جاداً فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها**». فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته.

وقال أبو ثور من أصحابنا: يضمن كما يضمن زيادة العين. وهذا خطأ، لأن الغاصب يضمن ما غصب والقيمة لا تدخل في الغصب، لأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين، والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء.

فصل

وإن تلف في يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إما أن يكون له مثل أو لا مثل له. فإن لم يكن له مثل نظرت: فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من أعتق شركاً له في عبد فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوّم عليه وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق**»[1] فأوجب القيمة في العبد بالإتلاف بالعتق، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيمة، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه. وإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت، لأنه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها كالحالة التي غصبه فيها. وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلفت العين فيه، لأنه موضع الضمان فوجبت القيمة من نقده. وإن كان من جنس الأثمان نظرت: فإن لم يكن فيه صنعة كالسبيكة والنقرة، فإن كان نقد البلد من غير جنسه أو من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بالقيمة، لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدي إلى الربا فضمن بالقيمة كما قلنا في غير الأثمان. وإن كان نقد البلد من جنسه وإذا قوّم به زادت قيمته على وزنه قوّم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا.

وإن كانت فيه صنعة نظرت: فإن كانت صنعة محرمة ضمن كما تضمن السبيكة والنقرة، لأن الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها. وإن كانت صنعة مباحة، فإن كان النقد من غير جنسه أو من جنسه ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمنه بقيمته، لأنه لا يؤدي إلى الربا. وإن كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهان **أحدهما**: يقوّم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا.

---

(١) أخرجه البخاري في العتق (٥/١٥١) وكذا مسلم (١٠/١٣٥) وأبو داود (٤/٢٥٦) وابن ماجه (٨٤٤ ـ ٢/٨٤٥) فيه والنسائي في البيوع (٧/٣١٩) والترمذي في الأحكام (٣/٦٢٩).

والثاني: أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما بلغت. وهو الصحيح، لأن الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة فلا تؤدي إلى الربا. وإن كان مخلوطاً من الذهب والفضة قوّمه بما شاء منهما.

فصل وإن كان مما له مثل كالحبوب والأدهان ضمن بالمثل، لأن إيجاب المثل رجوع إلى المشاهدة والقطع، وإيجاب القيمة رجوع إلى الاجتهاد والظن، فإذا أمكن الرجوع إلى القطع لم يرجع إلى الاجتهاد، كما لا يجوز الرجوع إلى القياس مع النص.

وإن غصب ما له مثل واتخذ منه ما لا مثل له كالتمر إذا اتخذ منه الخل بالماء أو الحنطة إذا جعلها دقيقاً، وقلنا إنه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الأصل، لأن المثل أقرب إلى المغصوب من القيمة.

وإن غصب ما لا مثل له واتخذ منه ما له مثل كالرطب إذا جعله تمراً ثم تلف لزمه مثل التمر، لأن المثل أقرب إليه من قيمة الأصل. وإن غصب ما له مثل واتخذ منه ما له مثل كالسمسم إذا عصر منه الشيرج ثم تلف، فالمغصوب منه بالخيار إن شاء رجع عليه بمثل السمسم وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن، لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين فرجع بما شاء منهما.

وإن وجب المثل فأعوز، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: تجب قيمته وقت المحاكمة، لأن الواجب هو المثل وإنما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم. ومنهم من قال: تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين تعذر المثل، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف. ومنهم من قال: تضمن قيمه أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم، لأن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم، كما أن الواجب في المغصوب رد العين إلى وقت التلف، ثم يغرم قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، فيجب أن يعتبر في المثل أكثر ما كانت قيمته إلى وقت الحكم. ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكون في وقت وينقطع في وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع، لأنه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة.

وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس وإنما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم، لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم. وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين **أحدهما**: لا يلزمه المثل، لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه، كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة.

والثاني: يلزمه، لأن المثل كالعين ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل].

الشرح: الغصب عند الفقهاء هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق.

وحكمه أنه محرم بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾[1].

وأما السنة: فقد أخرج أحمد والبخاري عن أبي بكرة ولفظه «خطبنا رسول الله ﷺ يوم النحر فقال: **أتدرون أي يوم هذا؟** قلنا: الله ورسوله أعلم، فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال: **أليس يوم النحر؟** قلنا: بلى، قال: **أي شهر هذا؟** قلنا: الله ورسوله أعلم، فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال: **أليس ذا الحجة** قلنا: بلى قال: **أي بلد هذا؟** قلنا: الله ورسوله أعلم فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال: **أليست البلدة الحرام** قلنا: بلى قال: **فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم، ألا هل بلغت**، قالوا: نعم قال: **اللهم اشهد، فليبلغ الشاهد منكم الغائب، فرب مبلغ أوعى من سامع، فلا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض**»[2].

---

(١) النساء: **٢٩**.

(٢) أخرجه البخاري في العلم (٧٥١ ـ ٨٥١/ ١) ومسلم في القسامة (١٦٧ ـ ١١/١٧٠).

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه.

وأما أحاديث الفصل فحديث أبي حميد الساعدي مر تخريجه في كتاب الصلح. وحديث سمرة بن جندب رواه الحسن البصري عن سمرة وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور وقد أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والحاكم[1].

وحديث السائب بن يزيد عند أحمد وأبي داود والترمذي وقال: حسن غريب[2].

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده، بأن كان عبداً فأبق أو بهيمة فضلت، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة، لأنه حيل بينه وبين ماله فوجب له البدل كما لو تلف.

وإذا قبض البدل ملكه، لأنه بدل ماله فملكه كبدل التالف. ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالبيع فلا يملك بالتضمين كالتالف. فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك، وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة إلى أن رده؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يلزمه، لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرته. و**الثاني**: تلزمه، لأنه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان في يد الغاصب فلزمه ضمانها كما لو لم يدفع القيمة. وإذا رد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البدل، لأنه ملكه بالحيلولة وقد زالت الحيلولة فوجب الرد. وإن زاد البدل في يده نظرت: فإن كانت الزيادة متصلة كالسِمَن وجب الرد مع الزيادة، لأن الزيادة

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (٣/٥٦٦) وقال: حسن صحيح وكذا أبو داود فيه (٣/٨٢٢) وابن ماجه في الصدقات (٢/٨٠٢) والحاكم (٢/٤٧) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري ووافقه الذهبي، وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٦١.

(٢) أخرجه الترمذي في الفتن (٤/٤٦٢) وقال: حسن غريب وأبو داود في الأدب (٥/٢٧٣)، وحسنه الألباني في صحيح الترمذي برقم ١٧٥٤.

المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب، وهذا فسخ. وإن كانت زيادة منفصلة كالولد واللبن لم ترد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب].

الشرح: إن وجد الشيء المغصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا في حكمه، فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك المغصوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته. وقال أبو حنيفة: يكون المغصوب ملكاً للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا في قيمته، لأن الجمع بين البدل والمبدل مرتفع في الأصول، وفي بقاء ملك المغصوب منه على الغصب بعد أخذ القيمة جمع بينه وبين بدله وذلك باطل. ودليلنا قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ فما خرج عن التراضي خرج عن الاباحة في التمليك. ولحديث سمرة مرفوعاً «**على اليد ما أخذت حتى ترده**» فجعل الرد غاية الأخذ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن نقص المغصوب نقصاناً تنقص به القيمة نظرت: فإن كان في غير الرقيق، لم يخل إما أن يكون نقصاناً مستقراً أو غير مستقر. فإن كان مستقراً بأن كان ثوباً فتخرق أو إناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاماً فطحن ونقصت قيمته رده ورد منه أرش ما نقص، لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب. فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببدله لم يكن له ذلك. ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه: أن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه، لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق. والمذهب: الأول، لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبة ببدله كالثوب إذا تخرق والشاة إذا ذبحت.

وإن كان نقصاناً غير مستقر، كطعام ابتلّ وخيف عليه الفساد، فقد قال في الأم: للمغصوب منه مثل مكيلته. وقال الربيع: فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص. فمن أصحابنا من قال: هو على قولين

أحدهما: يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تخرق. و**الثاني**: أنه يأخذ مثل مكيلته، لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف فصار كالمستهلك. ومنهم من قال: يأخذ مثل مكيلته قولاً واحداً، ولا يثبت ما قاله الربيع.

وإن كان في الرقيق نظرت: فإن لم يكن له أرش مقدر كإذهاب البكارة والجنايات التي ليس لها أرش مقدر، رده وأرش ما نقص، لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن بما نقص كالثوب إذا تخرق. وإن كان له أرش مقدر كذهاب اليد نظرت: فإن كان ذهب من غير جناية رده وما نقص من قيمته. ومن أصحابنا من قال: يرده وما يجب بالجناية. والمذهب: الأول، لأن ضمان اليد ضمان المال، ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة في النفس فلم يجب فيه أرش مقدر.

وإن ذهب بجناية بأن غصبه ثم قطع يده، فإن قلنا: إن ضمانه باليد كضمانه بالجناية، وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية، لأن اليد في الجناية تضمن بنصف بدل النفس. وإن قلنا: إن ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته، لأنه وجد اليد والجناية فوجب أكثرهما ضماناً. وإن غصب عبداً يساوي مائة ثم زادت قيمته فصار يساوي ألفاً ثم قطع يده لزمه خمسمائة، لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة، ويد العبد كنصفه، فكأنه بقطع اليد فوّت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق.

فصل

وإن نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت: فإن كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة مثل أن غصب عبداً فقطع أنثييه ولم تنقص قيمته أو غصب صاعاً من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته، لزمه في الأنثيين قيمة العبد وفي الزيت نصف صاع، لأن الواجب في الأنثيين مقدر بالقيمة، والواجب في الزيت مقدر بما نقص من الكيل فلزمه ما يقدر به. وإن كان ما نقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة فنقص ولم

تنقص القيمة، كالسمن المفرط إذا نقص ولم تنقص القيمة لم يلزمه شيء، لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمة شيء فلم يلزمه شيء.

واختلف أصحابنا فيمن غصب صاعاً من عصير فأغلاه ونقص نصفه ولم تنقص قيمته، فقال أبو علي الطبري: يلزمه نصف صاع كما قلنا في الزيت. وقال أبو العباس: لا يلزمه شيء، لأن نقص العصير باستهلاك مائية ورطوبة لا قيمة لها، وأما حلاوته فهي باقية لم تنقص، ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه، ولأجزائه قيمة فضمنها بمثلها.

فصل

وإن تلف بعض العين ونقصت قيمة الباقي بأن غصب ثوباً تنقص قيمته بالقطع فشقه بنصفين ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف وهو قيمة نصف الثوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، ورد الباقي وأرش ما نقص، لأنه نقص حدث بسبب تعدى به فضمنه. فإن كان لرجل خفان قيمتهما عشرة، فأتلف رجل أحدهما فصار قيمة الباقي درهمين ففيه وجهان **أحدهما**: يلزمه درهمان، لأن الذي أتلفه قيمته درهمان. و**الثاني**: تلزمه ثمانية، وهو المذهب، لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب تعدى به فلزمه ضمانه.

فصل

فإن غصب ثوباً فلبسه وأبلاه ففيه وجهان **أحدهما**: يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص، لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجرة ولهذا لا يضمن المستأجر أرش الأجزاء. و**الثاني**: تلزمه الأجرة وأرش ما نقص، لأن الأجرة بدل للمنافع والأرش بدل الأجزاء، فلم يدخل أحدهما في الآخر، كالأجرة وأرش ما نقص من السمن.

فصل

وإن نقصت العين ثم زال النقص، بأن كانت جارية سمينة فهزلت ونقصت قيمتها ثم سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان **أحدهما**: يسقط عنه الضمان، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض. و**الثاني**: أنه لا يسقط، وهو قول أبي سعيد الاصطخري، لأن السمن الثاني غير الأول فلا يسقط به ما وجب بالأول. وإن سمنت ثم هزلت ثم سمنت ثم هزلت، ضمن أكثر السمنين قيمة في قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن بعود السمن يسقط ما في مقابلته من الأرش، ويضمن السمنين في قول أبي سعيد، لأن السمن الثاني غير الأول فلزمه ضمانهما.

فصل

وإن غصب عبداً فجنى على إنسان في يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفى في جنايته. فإن كانت الجناية على النفس فأقيد به ضمن الغاصب قيمته، لأنه تلف بسبب كان في يده. فإن كان في الطرف فأقيد منه ضمن. وفي الذي يضمن وجهان **أحدهما**: أرش العضو في الجناية. و**الثاني**: ما نقص من قيمته، لأنه ضمان وجب باليد لا بالجناية، لأن القطع في القصاص ليس بجناية. وقد بينا الوجهين فيما تقدم. فإن عفى عن القصاص على مال لزم الغاصب أن يفديه، لأنه حق تعلق برقبته في يده فلزمه تخليصه منه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب، بأن كانت شجرة فأثمرت أو جارية فسمنت أو ولدت ولداً مملوكاً ثم تلف ضمن ذلك كله، لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب فضمنه بالتلف كالعين المغصوبة. وإن ألقت الجارية الولد ميتاً ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حياً، وهو ظاهر النص، لأنه غصبه

بغصب الأم فضمنه بالتلف كالأم. **والثاني**: أنه لا يضمنه، وهو قول أبي إسحاق، لأنه إنما يقوّم حال الحيلولة بينه وبين المالك، وهو حال الوضع، ولا قيمة له في تلك الحال فلم يضمن، وحمل النص عليه إذا ألقته حيا ثم مات.

فصل

وإن غصب دراهم فاشترى سلعة في الذمة ونقد الدراهم في ثمنها وربح، ففي الربح قولان:

قال في القديم: هو للمغصوب منه، لأنه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد. فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف في يده، كالثمرة والولد. **وقال في الجديد**: هو للغاصب، لأنه بدل ماله فكان له.

فصل

وإن غصب عبداً فاصطاد صيداً فالصيد لمولاه، لأن يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده. وهل تلزم الغاصب أجرة العبد للمدة التي اصطاد فيها؟ فيه وجهان **أحدهما**: تلزمه لأنه أتلف عليه منافعه.

والثاني: لا تلزمه لأن منافعه صارت إلى المولى. وإن غصب جارحة كالفهد والبازي فاصطاد بها صيداً ففي صيده وجهان **أحدهما**: أنه للغاصب، لأنه هو المرسل والجارحة آلة فكان الصيد له، كما لو غصب قوساً فاصطاد بها، وعليه أجرة الجارحة لأنه أتلف على صاحبها منافعها. **والثاني**: أن الصيد للمغصوب منه، لأنه كسب ماله فكان له كصيد العبد. فعلى هذا في أجرته وجهان على ما ذكرناه في العبد.

فصل

وإن غصب عيناً فاستحالت عنده، بأن كان بيضاً فصار فرخاً أو كان

حباً فصار زرعاً أو كان زرعاً فصار حباً، فللمغصوب منه أن يرجع به لأنه عين ماله. فإن نقصت قيمته بالاستحالة رجع بأرش النقص، لأنه حدث في يده. وإن غصب عصيراً فصارخمراً ضمن العصير بمثله، لأنه بانقلابه خمراً سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيواناً فمات. فإن صار الخمر خلاً رده، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل؟ فيه وجهان

أحدهما: يلزمه لأن الخل غير العصير فلا يسقط برد الخل ضمان ما وجب بهلاك العصير. و**الثاني**: لا يلزمه لأن الخل عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير. فعلى هذا، إن كانت قيمة الخل دون قيمة العصير رد مع الخل أرش النقص.

فصل

وإن غصب شيئاً فعمل فيه عملاً زادت به قيمته، بأن كان ثوباً فقصره أو قطناً فغزله أو غزلاً فنسجه أو ذهباً فصاغه حلياً أو خشباً فعمل منه باباً رده على المالك، لأنه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لأنه عمل تبرع به في ملك غيره فلم يشاركه ببدله].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن غصب شيئاً فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه، بأن غصب صاعاً من زيت فخلطه بصاع من زيته أو صاعاً من الطعام فخلطه بصاع من طعامه، نظرت: فإن خلطه بمثله في القيمة فله أن يدفع إليه صاعاً منه، لأنه تعذر بالاختلاط عين ماله فجاز أن يدفع إليه البعض من ماله والبعض من مثله. وإن أراد أن يدفع إليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه ففيه وجهان **أحدهما**: وهو المنصوص: أن الخيار إلى الغاصب، لأنه لا يقدر على رد عين ماله فجاز أن يدفع إليه مثله كما لو هلك. والثاني وهو قول أبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة: أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعاً منه، لأنه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله فلا ينتقل إلى البدل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه. وإن خلطه بأجود منه،

فإن بذل الغاصب صاعاً منه لزم المغصوب منه قبوله، لأنه دفع إليه بعض ماله وبعض مثله خيراً منه. وإن بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعاً منه ففيه وجهان **أحدهما**: وهو المنصوص في الغصب: أن الخيار إلى الغاصب، لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل. و**الثاني**: أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص في التفليس، لأنا إذا فعلنا ذلك أوصلنا كل واحد منهما إلى عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البدل. فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ودخل النقص على الغاصب، لأنه نقص بفعله فلزمه ضمانه. وعلى هذا الوجه، إن طلب المغصوب منه أن يدفع إليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز، وهو قول أبي إسحاق، لأنه يأخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا. و**الثاني**: أنه يجوز، لأن الربا إنما يكون في البيع وليس ههنا بيع، وإنما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فأخذ بعضه وترك البعض.

فصل

وإن خلطه بما دونه، فإن طلب المغصوب منه صاعاً منه وامتنع الغاصب أجبر على الدفع، لأنه رضي بأخذ حقه ناقصاً. وإن طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب أجبر على دفع مثله، لأن المخلوط دون حقه فلا يلزمه أخذه. ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله، وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة، لأنه نقص بفعله.

فصل

وإن غصب شيئاً فخلطه بغير جنسه أو نوعه، فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالشعير أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السمراء

لزمه تمييزه ورده، لأنه يمكن رد العين فلزمه. وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله، لأنه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل إلى مثله.

ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله كما قلنا في القسم قبله.

فصل

وإن غصب دقيقاً فخلطه بدقيق له ففيه وجهان **أحدهما**: أن الدقيق له مثل، وهو قول أبي العباس وظاهر النص، لأن تفاوته في النعومة والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره. فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة إذا خلطها بالحنطة وقد بيناه. و**الثاني**: أنه لا مثل له، وهو قول أبي إسحاق، لأنه يتفاوت في الخشونة والنعومة ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض. فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه، فمنهم من قال: يلزمه قيمته، لأنه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة. ومنهم من قال: يصيران شريكين فيه فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه في الزيت إذا خلطه بالشيرج].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن غصب أرضاً فغرس فيها غراساً أو بنى فيها بناء، فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك، لما روى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال: «**ليس لعرق ظالم حق**». فإن قلعه فقد قال في الغصب: يلزمه أرش ما نقص من الأرض. وقال في البيع: إذا قلع الأحجار المستودعة عليه تسوية الأرض. فمن أصحابنا من جعلهما على قولين **أحدهما**: يلزمه أرش النقص، لأنه نقص بفعل مضمون فلزمه أرشه. و**الثاني**: يلزمه تسوية الأرض، لأن جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة.

ومنهم من قال: يلزمه في الغصب أرش ما نقص وفي البيع يلزمه تسوية الأرض، لأن الغاصب متعد فغلظ عليه بالأرش لأنه أوفى، والبائع غير متعد فلم يلزمه أكثر من التسوية.

وإن كان الغراس لصاحب الأرض فطالبه بالقلع، فإن كان له غرض في قلعه أخذ بقلعه، لأنه قد فوت عليه بالغراس غرضاً مقصوداً في الأرض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت. وإن لم يكن له غرض ففيه وجهان **أحدهما**: لا يؤخذ بقلعه، لأن قلعه من غير غرض سفه وعبث. و**الثاني**: يؤخذ به، لأن المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فوجب أن يؤخذ به.

فصل

وإن غصب أرضاً وحفر فيها بئراً فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها، لأن التراب ملكه وقد نقله من موضعه فلزمه رده إلى موضعه. فإن أراد الغاصب طمها فامتنع صاحب الأرض أجبر. وقال المزني: لا يجبر كما لو غصب غزلاً ونسجه لم يجبر المالك على نقضه. وهذا غير صحيح، لأن له غرضاً في طمها وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها بخلاف نقض الغزل المنسوج. فإن أبرأه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان **أحدهما**: يصح الإبراء، لأنه لما سقط الضمان عنه إذا أذن في حفرها سقط عنه إذا أبرأه منها. و**الثاني**: أنه لا يصح، لأن الإبراء إنما يكون من واجب ولم يجب بعد شيء فلم يصح الإبراء].

الشرح: حديث سعيد بن زيد رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه وأعله بالارسال والنسائي ورجح الدارقطني الارسال أيضاً. وقد اختلف مع ترجيح الارسال على الصحابي الذي رواه فقيل جابر وقيل عائشة وقيل ابن عمر ورجح ابن حجر الأول. وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافاً كثيراً، ورواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة وفي إسناده زمعة وهو ضعيف، ورواه البخاري تعليقاً[1].

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام (٣/٦٦٢) وقال: هذا حديث حسن غريب وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً، وأبو داود في الخراج (٤٥٣ ـ ٣/٤٥٤) وأوله «من أحيا أرضاً ميتة فهي له...» وقواه ابن حجر في الفتح (٥/١٩) وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٢٦٣٨.

وأما الأحكام فلا يخلو غاصب الأرض من أن يكون قد شغلها بغرس أو بناء أو لم يشغلها. فإن لم يكن قد شغلها بغرس ولا بناء ردها وأجرة مثلها مدة غصبه. وإن شغلها بإحداث غرس أو بناء أخذ بقلع بنائه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها سواء أضر قلعها بالأرض أم لا. وقال أبو حنيفة: إن لم يضر القلع بالأرض إضراراً بيناً فله القلع ولا يجبر على أخذ القيمة، وإن كان في قلعه إضرار بالأرض فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة الغرس والبناء مقلوعاً فيجبر على أخذها وبين أن يأخذه بقلع الغرس والبناء فيجبر على قلعها استدلالاً بما جاء عن النبي ﷺ «**لا ضرر ولا ضرار**». ودليلنا ما روى أنس مرفوعاً «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه**». وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا غصب ثوباً فصبغه بصبغ من عنده نظرت: فإن لم تزد قيمة الثوب والصبغ ولم تنقص، بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمة الثوب مصبوغاً عشرين صار شريكاً لصاحب الثوب بالصبغ، لأن الصبغ عين مال له قيمة فإن بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين. فإن زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة في ملكهما، لأنه بفعله زاد ماله ومال غيره؛ وما زاد في ماله يملكه، لأنه حصل بعمل عمله بنفسه في ماله، فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين. وإن نقص قيمتهما بأن صار الثوب يساوي خمسة عشر حسب النقصان على الغاصب في صبغه، لأنه بفعله حصل النقص، فإن بيع الثوب بخمسة عشر دفع إلى صاحب الثوب عشرة وإلى الغاصب خمسة. فإن صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب، فإن بيع الثوب بعشرة دفع العشرة كلها إلى صاحب الثوب، لأنه إما أن يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك أو نقص به قيمة الثوب فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب. فإن صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بصبغه شيئاً، لأنه استهلكه في الثوب، ويلزمه درهمان، لأنه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان.

فصل

إذا استهلك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب في الثوب حق، لأن ماله هو الصبغ وقد استهلكه. وإن بقي للصبغ ثمن فطلب الغاصب استخراجه أجيب إلى ذلك، لأنه عين ماله فكان له أخذه كما لو غرس في أرض مغصوبة غراساً ثم أراد قلعه. فإن نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن ما نقص، لأنه حصل بسبب من جهته. وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ففيه وجهان **أحدهما**: لا يجبر، وهو قول أبي العباس، لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به إلى ذلك، لأنه يمكنه أن يستوفي حقه بالبيع ولا يجوز أن يتلف مال الغير. و**الثاني**: يجبر، وهو قول أبي علي بن خيران، لأنه عرق ظالم لا حق له فيه فأجبر على قلعه كالغراس في الأرض المغصوبة. وإن بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ليتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول، لأنه إجبار على بيع ماله. وإن أراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب بيع، لأنه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديه. وإن أراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان **أحدهما**: يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه. و**الثاني**: لا يجبر، لأنه متعد فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه. وإن وهب الغاصب الصبغ من صاحب الثوب ففيه وجهان **أحدهما**: يجبر على قبوله، لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصارة الثوب. و**الثاني**: لا يجبر، لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن غصب ساجاً فأدخله في البناء أو خيطاً فخاط به شيئاً نظرت: فإن عفن الساج وبلي الخيط لم يؤخذ برده، لأنه صار مستهلكاً فسقط رده ووجبت قيمته. وإن كان باقياً على جهته نظرت: فإن كان الساج في البناء والخيط في الثوب وجب نزعه ورده، لأنه مغصوب يمكن رده فوجب رده كما لو لم يبن عليه ولم يخط به. وإن غصب خيطاً

فخاط به جرح حيوان، فإن كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده، لأنه لا حرمة له فكان كالثوب. وإن كان محرم الدم، فإن كان مما لا يؤكل كالآدمي والبغل والحمار وخيف من نزعه الهلاك لم ينزع، لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان ولا يجوز أخذه لحفظ المال، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال. وإن كان مما يؤكل ففيه قولان **أحدهما**: يجب رده، لأنه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج. و**الثاني**: لا يجب، لأن النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة[1].

فصل

وإن غصب لوحاً وأدخله في سفينة وخاف من نزعه الغرق، فإن كان فيها حيوان لم ينزع لما ذكرناه في الخيط. وإن كان فيها مال غير الحيوان، فإن كان لغير الغاصب لم ينزع، لأنه إتلاف مال من له حرمة بجناية غيره فلم يجز. وإن كان المال للغاصب ففيه وجهان **أحدهما**: ينزع كما تنقض الدار لرد الساج.

والثاني: لا ينزع، لأنه يمكن رده من غير إتلاف المال بأن تجر إلى الشط بخلاف الساج في البناء. وعلى هذا إذا أراد المالك أن يطالب بالقيمة كان له ذلك، لأنه حيل بينه وبين ماله فجاز له المطالبة بالبدل كما لو غصب منه عبداً فأبق. وإن اختلطت السفينة التي فيها اللوح بسفن للغاصب ففيه وجهان **أحدهما**: ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة. و**الثاني**: لا ينقض ما لم تتعين، لأنه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدي.

---

(١) أخرج النسائي في الضحايا (٧/٢٣٩) من حديث عبد الله بن عمرو يرفعه قال: من قتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها سأل الله عز وجل عنها يوم القيامة قيل: يا رسول الله فما حقها؟ قال: «**حقها أن تذبحها فتأكلها ولا تقطع رأسها فيرمى بها**» وضعفه الألباني في ضعيف النسائي برقم ٣٠٢.

فصل

وإن غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له، فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل ضمن قيمة الجوهرة، لأنه تعذر ردها فضمن البدل. وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء على القولين في الخيط الذي خيط به جرح ما يؤكل.

فصل

وإن غصب فصيلاً[1] فأدخله إلى داره فكبر ولم يخرج من الباب نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج. وإن دخل الفصيل إلى داره من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب، لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب.

فصل

وإن غصب ديناراً وطرحه في محبرة كسرت المحبرة ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساج. وإن وقع في المحبرة من غير تفريط من صاحبها كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة، لأنها كسرت لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة.

فصل

وإن غصب عيناً وباعها وقبضها المشتري وتصرف فيها وتلفت عنده، فللمالك أن يضمّن الغاصب، لأنه غصبها، وله أن يضمّن المشتري، لأنه قبض ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب. فإن ضمّن الغاصب العين ضمّنه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى أن تلف في يد المشتري،

---

(١) الفصيل: ولد الناقة إذا فصل عن أمه/لسان العرب.

لأنه من حين الغصب إلى حين التلف في ضمانه. وإن ضمّن المشتري ضمّنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى أن تلف، لأنه لم يدخل في ضمانه قبل القبض فلا يضمن ما قبله. فإن بدأ فضمّن المشتري نظرت: فإن كان عالماً بالغصب لم يرجع بما ضمنه على الغاصب، لأنه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليه كالغاصب من المالك إذا تلف عنده. فإن لم يعلم نظرت فيما ضمن: فإن التزم ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها لم يرجع به على الغاصب، لأن الغاصب لم يغره بل دخل معه على أن يضمنه. وإن لم يلتزم ضمانه بالعقد نظرت: فإن لم يحصل له في مقابلته منفعة كقيمة الولد ونقصان الجارية بالولادة رجع على الغاصب، لأنه غرّه ودخل معه على أن لا يضمنه. وإن حصلت له في مقابلته منفعة كالأجرة والمهر وأرش البكارة ففيه قولان

أحدهما: يرجع به، لأنه غرّه ولم يدخل معه على أن يضمنه. و**الثاني**: لا يرجع به، لأنه حصل له في مقابلته منفعة. وإن بدأ فضمّن الغاصب، فما لا يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم رجع به الغاصب على المشتري. وما يرجع به المشتري على الغاصب لا يرجع به، لأنه لا فائدة في أن يرجع عليه ثم يرجع المشتري به عليه.

فصل

وإن غصب من رجل طعاماً فأطعمه رجلاً، فللمالك أن يضمّن الغاصب لأنه غصبه، وله أن يضمّن الآكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله. فإن ضمّن الآكل نظرت: فإن علم أنه مغصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن، لأنه غاصب استهلك المغصوب فلم يرجع بما ضمنه. فإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب ففيه قولان **أحدهما**: يرجع، لأنه غره وأطعمه على أن لا يضمنه. و**الثاني**: لا يرجع، لأنه حصل له منفعة. فإن أطعمه المالك، فإن علم أنه له برىء الغاصب من الضمان، لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به. وإن لم يعلم ففيه قولان **أحدهما**: يبرأ الغاصب، لأنه عاد إلى يده فبرىء الغاصب من الضمان كما لو رده عليه.

والثاني: لا يبرأ، لأنه إنما ضمن لأنه أزال يده وسلطانه عن المال، وبالتقديم إليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه، لأنه لو أراد أن يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان].

الشرح: قال الشافعي: ولو كان لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً أخذ بقلعه، وبه قال مالك وأهل الحرمين. وقال أبو حنيفة وأهل العراق: يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء لقوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**» وفي أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به. ودليلنا قوله ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**» فلزمه رد اللوح. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن غصب من رجل شيئاً ثم رهنه عنده أو أودعه أو آجره منه، وتلف عنده، فإن علم أنه له برىء الغاصب من ضمانه، لأنه أعاده إلى يده وسلطانه. وإن لم يعلم ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يبرأ الغاصب من الضمان، لأنه عاد إلى يده. و**الثاني**: لا يبرأ، لأنه لم يعد إلى سلطانه وإنما عاد إليه على أنه أمانة عنده. وإن باعه منه برىء من الضمان علم أو لم يعلم، لأن قبضه بابتياع يوجب الضمان فبرىء به الغاصب من الضمان.

فصل

وإن غصب شيئاً فرهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب. وقال المزني: يبرأ، لأنه أذن له في إمساكه فبرىء من الضمان كما لو أودعه. والمذهب: الأول، لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو إذا رهنه شيئاً فتعدى فيه فلا ينافي الضمان.

فصل

وإن غصب حراً وحبسه ومات عنده لم يضمنه، لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد. وإن حبسه مدة لمثلها أجرة، فإن استوفى فيها منفعته لزمته

الأجرة، لأنه أتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه. وإن لم يستوف منفعته ففيه وجهان **أحدهما**: تلزمه الأجرة، لأن منفعته تضمن بالإجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال. و**الثاني**: لا تلزمه، لأنها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب كأطرافه وثياب بدنه.

فصل

وإن غصب كلباً فيه منفعة لزمه رده على صاحبه، لأنه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده. فإن حبسه مدة لمثلها أجرة، فهل تلزمه الأجرة؟ فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز إجارته.

فصل

وإن غصب خمراً نظرت: فإن غصبها من ذمي لزمه ردها عليه، لأنه يقر على شربها فلزمه ردها عليه. وإن غصبها من مسلم ففيه وجهان **أحدهما**: يلزمه ردها عليه، لأنه يجوز أن يطفىء بها ناراً أو يبل بها طيناً فوجب ردها عليه. و**الثاني**: لا يلزمه، وهو الصحيح، لما روي أن أبا طلحة رضي الله عنه سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً فأمره ﷺ أن يهرقها»[1].

فإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه**»[2]، ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل كالميته والدم. فإن صار خلاً لزمه رده على صاحبه، لأنه صار خلاً على حكم ملكه فلزمه رده إليه. فإن تلف ضمنه، لأنه مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه.

---

(١) سبق تخريجه في (٤٤٨).

(٢) سبق تخريجه في (١٥٩١).

فصل

وإن غصب جلد ميتة لزمه رده، لأن له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه. فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان **أحدهما**: يلزمه رده كالخمر إذا صار خلاً. و**الثاني**: لا يلزمه، لأنه بفعله صار مالاً فلم يلزمه رده.

فصل

وإن فصل صليباً أو مزماراً لم يلزمه شيء، لأن ما أزاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «**إن الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة**»[1] فدل على أنه لا قيمة له، وما لا قيمة له لا يضمن. فإن كسره نظرت: فإن كان إذا فصله يصلح لمنفعة مباحة وإذا كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً، لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة فلزمه ضمانه. فإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه شيء، لأنه لم يتلف ما له قيمة].

الشرح: إذا غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا: حكمها حكم الخيط الذي خاط به جرحها. ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب وفارق الخيط، لأنه أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه.

فرع قال الشافعي: فإن أراق له ـ أي للذمي ـ خمراً أو قتل له خنزيراً فلا شيء عليه ولا قيمة لمحرّم، لأنه لا يجري عليه ملك. أما التملك بالخمر والخنزير فمعصية والقول فيها كالقول في الصليب ولا شيء على

---

(١) سبق تخريجه في (١٥٨٩).

متلفها، مسلماً كان أو ذمياً، على مسلم أتلفه أو على ذمي، ويعذران باتلافه على منازلهم أو بيعهم. وقال أبو حنيفة: إن أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلماً كان أو ذمياً، وإن أتلفها على ذمي ضمنها المتلف مسلماً كان أو ذمياً، فإن كان مسلماً ضمن قيمة الخمر والخنزير، وإن كان ذمياً ضمن مثل الخمر وقيمة الخنزير، استدلالاً من وجوب ضمانها للذمي بما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري والى سمرة بن جندب في خمور أهل الذمة أن لهم بيعها وخذ العشر من أثمانها. فكان الدليل من وجهين **أحدهما**: أن جعل لها أثماناً والعقد عليها صحيحاً. و**الثاني**: أخذ العشر منها ولو حرمت أثمانها لحرم عشرها.

ودليلنا حديث جابر الذي ذكره المصنف في تحريم بيع الخمر والخنزير والميتة والأصنام فدل تحريمه لبيعها على تحريم ثمنها وقيمتها، ولأن المرجوع في كون الشيء مالاً إلى صفته لا إلى صفة مالكه، لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالاً، ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه في كونه مالاً. وأما الجواب عن حديث عمر وقوله: «**ولّهم بيعها وخذ العشر من أثمانها**» فمن وجهين **أحدهما**: أن معناه أن ولّهم ما تولوه من بيعها ولا يعترض عليهم فيما استباحوه منها، «**وخذ العشر من أثمانها**» أي: من أموالهم وإن خالطت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها. و**الثاني**: أنه محمول على العصير الذي يصير خمراً.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن فتح قفصاً عن طائر نظرت: فإن نفّره حتى طار ضمنه، لأن تنفير الطائر بسبب ملجىء إلى ذهابه فصار كما لو باشر إتلافه. وإن لم ينفره نظرت: فإن وقف ثم طار لم يضمنه، لأنه وجد منه سبب غير ملجىء ووجد من الطائر مباشرة والسبب إذا لم يكن ملجئاً واجتمع مع المباشرة سقط حكمه كما لو حفر بئراً فوقع فيها إنسان باختياره. فإن طار عقيب الفتح ففيه قولان **أحدهما**: لا يضمن، لأنه طار باختياره فأشبه إذا وقف بعد الفتح ثم طار. و**الثاني**: يضمن، لأن من طبع الطائر

النفور ممن قرب منه فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفّره.

فصل

وإن وقع طائر لغيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمنه، لأن رميه لم يكن سبباً لفواته، لأنه قد كان ممتنعاً وفائتاً من قبل أن يرميه. فإن طار في هواء داره فرماه فأتلفه ضمنه، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فصار كما لو رماه في غير داره.

فصل

وإن فتح زقاً[1] فيه مائع فخرج ما فيه نظرت: فإن خرج في الحال ضمنه، لأنه كان محفوظاً بالوكاء فتلف بحله فضمنه. وإن خرج منه شيء فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه، لأنه ذهب بعضه بفعله وبعضه بسبب فعله فضمنه كما لو قطع يد رجل فمات منه. وإن فتحه ولم يخرج منه شيء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم يضمن، لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمنه كما لو فتح قفصاً عن طائر فوقف ثم طار أو نقب حرزاً فسرق منه غيره. وإن فتح زقاً فيه جامد فذاب وخرج ففيه وجهان

أحدهما: لا يضمنه، لأنه لم يخرج عقيب الحل فصار كما لو كان مائعاً فهبت عليه الريح فسقط. و**الثاني**: أنه يضمن، وهو الصحيح، لأن الشمس لا توجب الخروج وإنما تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح. وإن حل زقاً فيه جامد وقرب إليه آخر ناراً فذاب وخرج، فقد قال بعض أصحابنا: لا ضمان على واحد منهما، لأن الذي

(١) الزق: السقاء، والزق من الأهب: كل وعاء اتخذ لشراب ونحوه/لسان العرب.

حل الوكاء لم توجد منه عند فعله جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن، فصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال، فإنه لا قطع على واحد منهما. وعندي: أنه يجب الضمان على صاحب النار، لأنه باشر الإتلاف بإدناء النار فصار كما لو حفر رجل بئراً ودفع فيها آخر إنساناً. وأما السارق فهو حجة عليه، لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب الضمان ههنا على صاحب النار. وأما القطع فلا يجب عليهما، لأنه لا يجب القطع إلا بهتك الحرز، والذي أخذ المال لم يهتك الحرز، والضمان يجب بمجرد الإتلاف، وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان.

فصل

وإن فتح زقاً مستعلى الرأس فاندفع ما فيه فخرج فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه، ففيه وجهان **أحدهما**: يشتركان في ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين. و**الثاني**: أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثاني كالجارح والذابح.

فصل

وإن حل رباط سفينة فغرقت نظرت: فإن غرقت في الحال ضمن، لأنها تلفت بفعله. وإن وقفت ثم غرقت، فإن كان بسبب حادث كريح هبت لم يضمن، لأنها غرقت بغير فعله. وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان **أحدهما**: لا يضمن كالزق إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط. و**الثاني**: أنه يضمن، لأن الماء أحد المتلفات.

فصل

إذا أجج على سطحه ناراً فطارت شرارة إلى دار الجار فأحرقتها، أو

سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها، فإن كان الذي فعله ما جرت به العادة لم يضمن، لأنه غير متعد. وإن فعل ما لم تجر به العادة، بأن أجج من النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله، ضمن لأنه متعد.

فصل

إذا ألقت الريح ثوباً لإنسان في داره لزمه حفظه، لأنه أمانة حصلت تحت يده فلزمه حفظها كاللقطة. فإن عرف صاحبه لزمه إعلامه فإن لم يفعل ضمنه، لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصار كالغاصب. وإن وقع في داره طائر لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه، لأنه محفوظ بنفسه. فإن دخل إلى برج في داره طائر فأغلق عليه الباب نظرت: فإن نوى إمساكه على نفسه ضمنه، لأنه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب. وإن لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه، لأنه يملك التصرف في برجه فلا يضمن ما فيه].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب، فقال المغصوب منه: هو باق، وقال الغاصب: تلف، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف. وهل يلزمه البدل؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يلزمه، لأن المغصوب منه لا يدعيه. و**الثاني**: يلزمه، لأنه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين فاستحق البدل كما لو غصب عبداً فأبق.

فصل

وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته، فقال الغاصب: قيمته عشرة، وقال المغصوب منه: قيمته عشرون، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل

براءة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به، كما لو ادعى عليه ديناً من غير غصب فأقر ببعضه.

فصل

وإن اختلفا في صفته، فقال الغاصب: كان سارقاً فقيمته مائة، وقال المغصوب منه: لم يكن سارقاً فقيمته ألف، فالقول قول المغصوب منه، لأن الأصل عدم السرقة. ومن أصحابنا من قال: القول قول الغاصب، لأنه غارم والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة. فإن قال المغصوب منه: كان كاتباً فقيمته ألف، وقال الغاصب: لم يكن كاتباً فقيمته مائة، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة. فإن قال المغصوب منه: غصبتني طعاماً حديثاً، وقال الغاصب: بل غصبتك طعاماً عتيقاً، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل أنه لا يلزمه الحديث. فإذا حلف، كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق، لأنه أنقص من حقه.

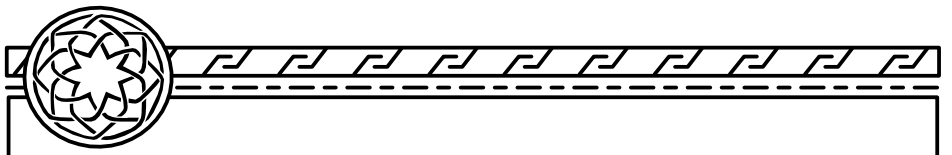
فصل

وإن غصبه خمراً وتلف عنده ثم اختلفا، فقال المغصوب منه: صار خلاً ثم تلف فعليك الضمان، وقال الغاصب: بل تلف وهو خمر فلا ضمان علي، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته، ولأن الأصل أنه باق على كونه خمراً.

فصل

وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب، فادعى المغصوب منه أنها له، وادعى الغاصب أنها له، فالقول قول الغاصب، لأن العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله. والله أعلم].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

كتاب الشفعة

[وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر رضي الله عنه قال: «**قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به**»، ولأن الضرر في العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لإزالة الضرر.

فصل

وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا شفعة إلا في ربعة أو حائط**». وأما البناء والغراس فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة، لما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذه وإن كرهه تركه**»، ولأنه يراد للتأبيد فهو كالأرض. فإن بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة، لأنه ينقل ويحوّل فلم تثبت فيه الشفعة. واختلف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض، فمنهم من قال: تثبت فيه الشفعة، لأنه فرع تابع لأصل ثابت. ومنهم من قال: لا شفعة فيها، لأن القرار تابع لها، فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفي تبعها. وإن كانت دار أسفلها لواحد وعلوها مشترك بين جماعة فباع

أحدهم نصيبه، فإن كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو، لأنه بناء منفرد. وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان **أحدهما**: لا تثبت فيه الشفعة لأنه لا يتبع أرضاً. و**الثاني**: تثبت لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ويأوي إليه فهو كالأرض.

فصل

وإن بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة مع الأصل لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة كثيران الضيعة. فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان **أحدهما**: تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة، لأنها تبعت الأصل في البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس. و**الثاني**: لا تؤخذ، لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل كالزرع والثمرة الظاهرة.

فصل

ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع، فأما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما، لما روى جابر رضي الله عنه قال: إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، ولأن الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به فتدعو الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم.

فصل

ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة. وقال أبو العباس: تثبت فيه الشفعة، لأنه عقار فثبت فيه الشفعة قياساً على ما تجب قسمته. والمذهب: الأول، لما روي عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه

أنه قال: لا شفعة في بئر والأرف تقطع كل شفعة»، ولأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذي يلحقه بالمقاسمة، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم.

وأما الطريق المشترك في درب مملوك ينظر فيه: فإن كان ضيقاً إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقاً يدخل فيه إلى ملكه فلا شفعة فيه. وإن كان واسعاً نظرت: فإن كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة في الطريق، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة فأشبه غير الطريق. وإن لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه أحدها: لا شفعة فيه، لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري لأنه يبقى ملكه بغير طريق، والضرر لا يزال بالضرر. و**الثاني**: تثبت فيه الشفعة، لأنه أرض تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق. والثالث: أنه إن مكّن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له الشفعة وإن لم يمكنه فلا شفعة، لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرار ولا يمكن مع عدم التمكين إلا بالإضرار.

فصل

وتثبت الشفعة في الشقص[1] المملوك بالبيع لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به**». وتثبت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالإجارة والنكاح والخلع، لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة في الشقص المملوك به كالبيع.

فصل

فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة، لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة كما لو ملكه

---

(١) الشقص والشقيص: الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض. قال الشافعي في باب الشفعة: فإن اشترى شقصاً من ذلك، أراد بالشقص نصيباً معلوماً غير مفروز/لسان العرب.

بالإرث. وإن باع من رجل شقصاً فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص إليه بالإقالة لم تثبت فيه الشفعة، لأنه لم يملكه بعوض وإنما انفسخ البيع ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل. فإن باعه شقصاً فعفا الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلاً ثبتت فيه الشفعة، لأن التولية بيع برأس المال. وإن قال لأم ولده: إن خدمت ورثتي شهراً فلك هذا الشقص فخدمتهم ملكت الشقص. وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان **أحدهما**: أنه تثبت، لأنها ملكته ببدل هو الخدمة فصار كالمملوك بالإجارة.

والثاني: لا تثبت فيه الشفعة، لأنه وصية في الحقيقة لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كسائر الوصايا.

وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصاً عن نجم عليه ثم عجز ورق، فهل للشفيع في الشقص شفعة أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا شفعة فيه، لأنه بالعجز صار ماله للمولى بحق الملك لا بالمعاوضة، وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه. و**الثاني**: تثبت فيه، لأنه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده.

فصل

وإن بيع شقص في شركة الوقف، فإن قلنا: إن الموقوف عليه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة، لأنه لا ملك له. وإن قلنا: إنه يملك، ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يأخذ بالشفعة، لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك فأشبه مالك الطلق. و**الثاني**: لا يأخذه، لأن ملكه غير تام بدليل أنه لا يملك التصرف فيه فلا يملك به ملكاً تاماً].

الشرح: قال الضياء المقدسي في شرحه لثلاثيات المسند: **الشفعة لغة**: الزيادة، لأن الشفيع يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه فكأنه كان وتراً فصار شفعاً، والشفيع فعيل بمعنى فاعل. وعرفاً: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه انتهى. قال الحافظ ابن حجر في الفتح: الشفعة ـ بضم المعجمة وسكون الفاء وغلط من حركها ـ وهي

مأخوذة لغة من الشفع وهو الزوج، وقيل: من الزيادة، وقيل: من الاعانة. **وفي الشرع**: انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى انتهى[1].

وقد ثبتت بالسنة والإجماع. **فأما السنة**: فالحديث الذي ساقه المصنف عن جابر. ولفظه عند مسلم والنسائي وأبي داود أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»[2]. ولفظه عند أحمد والبخاري وأبي داود وابن ماجه «**إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**»[3].

أما الإجماع: فقد انعقد ولم يختلف العلماء على مشروعيتها إلا ما نقل عن أبي بكر الأصم من إنكارها وفي ذلك يقول بعضهم: لا عبرة بقول الأصم فإنه عن الحق أصم.

قال الماوردي في الحاوي: إن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر ثم الإجماع عليه منعقد والعلم بكونه شرعاً واقع، وليس في التمسك بحديث «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**» ما يمنع من الشفعة، لأن المشتري يعاوض عليها بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه[4]. فإذا ثبت هذا فإن الشفعة تجوز

---

(١) الفتح (٤/٤٣٦).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة (١١/٤٦) بلفظه، وقال النووي في شرحه لمسلم: والربعة والربع: الدار والمسكن ومطلق الأرض، وأصله المنزل الذي كانوا يتربعون فيه، والربعة تأنيث الربع، وقيل: واحدة والجمع الذي هو اسم الجنس ربع كثمرة وثمر، وأبو داود في البيوع بنحوه (٧٨٣ ـ ٣/٧٨٤) وكذا النسائي فيه (٧/٣٠١) بنحوه.

(٣) أخرجه البخاري في الشركة (١٣٣ ـ ٥/١٣٤) بلفظه وفي أول الشفعة (٤/٤٣٦) بنحوه و ابن ماجه في الشفعة (٢/٨٣٥) بلفظه والنسائي في آخر البيوع (٧/٣٢١) بنحوه وكذا أبو داود فيه (٧٨٤ ـ ٣/٧٨٥) بلفظه والترمذي في الأحكام مختصراً (٣/٦٥٣) وأحمد (٣/٢٩٦) بلفظه.

(٤) الحاوي الكبير (٧/٢٢٧).

للمسلم والكافر عند الشافعي وأبي حنيفة ومالك. وخالف أحمد فقال: لا شفعة لكافر على مسلم. كما تفرد أبو حنيفة دون الثلاثة بوجوب الشفعة للجار، وهو رواية عن أحمد. استدلالاً برواية عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ قال: «**الجار أحق بسقبه**»[1] أي: بقربه. وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «**جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض**»[2] وبرواية عبدالملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «**الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً**»[3]. وروى عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه أنه قال: قلت يا رسول الله: أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار بيعت لي، فقال: «**أنت أحق بشفعة جارك يا شريد**»[4].

---

(١) أخرجه البخاري في الشفعة بزيادة قصة (٤/٤٣٧) والنسائي في آخر البيوع (٧/٣٢٠) وكذا أبو داود فيه (٣/٧٨٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/٧٨٧) والترمذي في الأحكام (٣/٦٥٠) وقال: حسن صحيح، وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٠٣.

(٣) أخرجه أبو داود (٧٨٧ ـ ٣/٧٨٩) وابن ماجه في الشفعة (٢/٨٣٣) والترمذي (٣/٦٥١) وقال: هذا حديث غريب ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبدالملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر، وقد تكلم شعبة في عبدالملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث، وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. وصححه الألباني في صحيح أبي داود برقم ٣٠٠٤، وهذا الحديث مقيد للأحاديث المطلقة في شفعة الجوار بحصرها في الجار المشارك لجاره في الطريق.

(٤) أخرجه النسائي (٧/٣٢٠) عن الشريد أن رجلاً قال: يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار فقال رسول الله ﷺ: «**الجار أحق بسقبه**» وابن ماجه (٢/٨٣٤) بلفظ النسائي إلا أنه جعل الشريد هو السائل وليس رجلاً غيره، وصححه الألباني في صحيح النسائي برقم ٤٣٨٥.

وهذا الحديث نص في محل النزاع، ومبين أن الجار يراد به في الحديث حقيقة الجار وليس يراد به الشريك كما أوّله الجمهور، فلا ينبغي العدول عنه إذا ثبتت صحته، ويمكن الجمع بينه وبين حديث «إنما جعل الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» بتقييد شفعة الجوار فيمن شارك جاره في بعض المرافق كالطريق الواحد ونحوه وإن لم يشاركه في نفس العقار، فمن كانت له دار مستقلة=

ودليلنا حديث جابر «**الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة**» والاستدلال فيه من وجهين **أحدهما**: قوله: «**الشفعة فيما لم يقسم**» فدخول الألف واللام مستوعب لجنس الشفعة فلم يجب في المقسوم شفعة[1]. و**الثاني**: قوله: «**فإذا وقعت الحدود فلا شفعة**» فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة.

قال العلقمي في حاشية الجامع الصغير: يحتج بهذا الحديث ـ يعني: حديث الجار أحق بسقبه» من أوجب الشفعة للجار. ومن لم يثبتها للجار تأول الجار على الشريك[2]، ويحتمل أن يكون المراد أحق بالبر والمعونة وما في معناهما بسبب قربه من جاره[3]. وأجابوا عن حديث سمرة بأن أهل الحديث اختلفوا في لقاء الحسن له، ومن أثبت لقاءه قال: إنه لم يرو عنه إلا حديث العقيقة. وعن حديث «**الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً**» بأن شعبة قال: سها فيه عبدالملك راوي الحديث. قال الإمام أحمد: هذا الحديث منكر، وقال ابن معين: لم يروه إلا عبدالملك وقد أنكر عليه.

قلت: واختار شيخ الاسلام ابن تيمية ثبوت الشفعة للجار بشرط أن يكون شريكاً في الطريق محتجاً بحديث جابر «**الجار أحق بشفعة جاره ينتظر**

= ولجاره دار مستقلة إلا أنهما مشتركان في مدخل الدارين تثبت له الشفعة عند البيع، ولا يعارض هذا قوله ﷺ: «**إنما جعل الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**» لأن الطرق لم تصرف بعد.

(١) والأولى أن يستدل المصنف بما ورد في رواية البخاري من قوله «إنما جعل الشفعة فيما لم يقسم» وهذه الصيغة تفيد الحصر أي: لا شفعة إلا فيما لم يقسم.

(٢) هذا التأويل يرده حديث الشريد بن سويد.

(٣) والى هذا التأويل ذهب البغوي رحمه الله في شرح السنة (٨/٢٤٢) فقال: وليس في هذا الحديث ذكر الشفعة فيحتمل أن يكون المراد منه الشفعة ويحتمل أنه أحق بالبر والمعونة. انتهى وكأن البغوي رحمه الله لم يطلع على القصة التي أوردها البخاري مع هذا الحديث وفيها بيان أن أحقية الجار واردة على الشفعة ولذلك بوب البخاري لهذا الحديث بقوله «باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، وأيضاً في سؤال الشريد بن سويد تأكيد لهذا المعنى.

بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً». قلت: الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه[1]. وبيان انتفاء المعنى هو: أن الشريك ربما دخل عليه شريك فتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم. فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن السقب القرب، وبقية الأحاديث التي تثبت الشفعة للجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك.

والكلام في الشفعة يشتمل على أربعة أقسام

أحدها: ما تجب به الشفعة. **والثاني**: ما تجب فيه. والثالث: من تجب له. والرابع: ما تؤخذ به.

فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقود المعاوضات. والعقود على ثلاثة أقسام: قسم **يجب فيه العوض**: ويشمل البيع والإجارة والصلح والصداق والخلع، فالشفعة مستحقة بالجميع. **وقسم لا يجب فيه العوض**: إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصية، وهذا القسم لا شفعة به. وقسم **اختلف قول الشافعي في وجوب العوض فيه**: وهو عقد الهبة، فقد اختلف قول الشافعي في وجوب المكافأة عليها، فقال في القديم والاملاء بالوجوب، فعلى هذا تجب الشفعة بها. وقال في الجديد بعدم الوجوب، فعلى هذا لا شفعة بها، ويكون انتقال الملك بها كانتقاله بالميراث في سقوط الشفعة به.

وأما القسم الثاني: وهو ما تجب فيه الشفعة فهي: عراص الأرضين وما يتبعها متصلاً دون غيرها، وهي على ثلاثة انواع أحدها: ما وجب فيه الشفعة مقصوداً وهي عراص الأرضين المحتملة للقسمة، فإن لم تحتملها لصغرها ففيه خلاف. **والنوع الثاني**: ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء

---

(١) بل تثبت فيه إذا ثبت النص ولا اجتهاد مع النص.

والغرس إن كان مبيعاً مع الأرض. وأما إن كان البناء والغرس منفصلاً عن الأرض في البيع فلا شفعة فيه عند الشافعي وأبي حنيفة. وقال مالك: تجب الشفعة في البناء المنفرد وفي الثمار والمقاتي لاتصاله بعراص الأرض المستحق فيها الشفعة. **والنوع الثالث**: لا تجب فيه الشفعة لا مقصوداً ولا تبعاً وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرنا. وقال عطاء بن أبي رباح: الشفعة واجبة في كل مشترك من متاع وحيوان وغيره من صنوف الأموال.

وأما القسم الثالث: وهو من تجب له الشفعة فهو: الخليط في الملك المبيع دون الجار، وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في شفعة الجوار.

وأما القسم الرابع: وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو: ما جعل بدلاً عن الشقص المنقول الملك من ثمن إن كان في بيع أو أجرة المثل إن كان في إجارة أو مهر المثل إن كان في صداق على ما سنفصله. والله أعلم[1].

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى شقصاً وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار، لأنه في **أحد الأقوال**: لا يملك الشقص، وفي **القول الثاني**: ملكه موقوف فلا يعلم هل يملك أم لا؟ وفي **القول الثالث**: يملكه ملكاً غير تام، لأن للبائع أن يفسخه. ولأنه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع لأنه يسقط حقه من الفسخ، والضرر لا يزال بالضرر.

وإن شرط الخيار للمشتري وحده، فإن قلنا أنه لا يملك أو قلنا أنه موقوف، لم يأخذ لما ذكرناه في خيار البائع. وإن قلنا أنه يملكه، ففيه قولان **أحدهما**: لا يأخذه، لأنه بيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار للبائع. و**الثاني**: يأخذه، وهو الصحيح، لأنه لا حق فيه لغير المشتري والشفيع يملك إسقاط حقه، ولهذا يملك إسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك قبل لزومه أولى.

---

(١) تقسيم الشارح هذا مأخوذ من كلام الماوردي في الحاوي (٢٣١ ـ ٧/٢٣٥).

فصل

وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضي الله عنه «**لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به**» ولم يفرق. ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب.

فصل

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض، لأنه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشتري، والضرر لا يزال بالضرر. فإن أحضر رهناً أو ضميناً أو عوضاً عن الثمن لم يلزم قبوله، لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين والعوض فيه كالمبيع في يد البائع.

فصل

ويأخذ الشفيع بالعوض الذي ملك به. فإن اشتراه أخذه بالثمن، لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**فإن باعه فهو أحق به بالثمن**». وإن اشترى شقصاً وسيفاً بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشتري بحصته، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته. ولا يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه، لأنه دخل في العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه. وإن اشترى الشقص بثمن ثم ألحق به زيادة أو حط عنه بعضه أو وجد به عيباً فأخذ عنه الأرش، فعلى ما ذكرناه في بيع المرابحة. فإن نقص الشقص في يد المشتري، فقد روى المزني أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن. وقال في القديم: يأخذه بالحصة. واختلف أصحابنا في ذلك، فمنهم من قال: فيه قولان، وهو الصحيح، **أحدهما**: يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع فإن المشتري يأخذه بجميع الثمن. **والقول الثاني**:

أنه يأخذه بالحصة، وهو الصحيح، لأنه أخذ بعض ما دخل في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف. ومنهم من قال: إن ذهب التأليف ولم يذهب من الأجزاء شيء أخذ بالجميع، لأن الذي يقابله الثمن أجزاء العين وهي باقية، فإن تلف بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة، لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقي بالحصة، وحمل القولين على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن كانت العرصة باقية أخذ بالجميع، لأن العرصة هي الأصل وهي باقية، فإن ذهب بعض العرصة أخذ بالحصة، لأنه تلف بعض الأصل فأخذ الباقي بالحصة، وحمل القولين على هذين الحالين.

ومنهم من قال: إن تلف بجائحة من السماء أخذ بالجميع، لأنه لم يحصل للمشتري بدل التالف، وإن تلف بفعل آدمي أخذ بالحصة، لأنه حصل للمشتري بدل التالف، وحمل القولين على هذين الحالين.

فصل

وإن اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال **أحدها**: يأخذ بمائة مؤجلة، لأن الشفيع تابع للمشترى في قدر الثمن وصفته فكان تابعاً له في التأجيل. و**الثاني**: أنه يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى الأجل، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لأن ذلك أكثر مما لزم المشتري، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة لأن الذمم لا تتماثل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشتري، فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته. **والثالث**: وهو الصحيح: أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ وبين أن يصبر إلى أن يحل فيأخذ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه، ولا يمكن أن يأخذ بسلعة لأن الشفيع إنما يأخذ بالمثل أو بالقيمة والسلعة ليست بمثل الثمن ولا هي قيمته فلم يبق إلا التخيير.

فصل

وإن باع رجل في مرضه من وارثه شقصاً يساوي ألفين بألف ولم تجز الورثة بطل البيع في نصفه، لأنه قدر المحاباة. فإن اختار الشفيع أن يأخذ النصف بالألف لم يكن للمشتري الخيار في تفريق الصفقة، لأن الشفيع أخذه بألف، وإن لم يأخذه الشفيع فللمشتري أن يفسخ البيع لتفرق الصفقة عليه. وإن باع من أجنبي وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث المحاباة ففيه خمسة أوجه أحدها: أن البيع يصح في نصف الشقص بالألف وللشفيع أن يأخذه ويبقى النصف للمشتري بلا ثمن، لأن المحاباة وصية والوصية للمشتري تصح ولا تصح للشفيع، فيصير كأنه وهب له النصف وباع منه النصف بثمن المثل، ويأخذ الشفيع النصف بجميع الثمن ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن. و**الثاني**: أن البيع يصح في نصفه بالألف، لأنا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالألف حصلت الوصية للوارث، وإن دفعنا إليه النصف بالألف وتركنا النصف على المشتري ألزمنا الشفيع في النصف أكثر مما لزم المشتري، فلم يبق إلا الفسخ بالنصف ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة. والثالث: أن البيع باطل، لأن المحاباة تعلقت بالكل فلا يجوز أن تجعل في نصفه. والرابع: أنه يصح البيع وتسقط الشفعة، لأن إثبات الشفعة يؤدي إلى إبطال البيع، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة، وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره سقط فسقطت الشفعة وبقي البيع. والخامس وهو الصحيح: أنه يصح البيع في الجميع بالألف ويأخذ الشفيع الجميع بالألف، لأن المحاباة وقعت للمشتري دون الشفيع والمشتري أجنبي فصحت المحاباة له].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

فرع تثبت الشفعة للكافر على المسلم إذا كان شريكاً لحديث جابر «**لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه**» وبه قال مالك وأصحاب الرأي لعموم الحديث. وقال أحمد: لا شفعة لكافر على مسلم وتصح من الذمي للذمي

استدلالاً بحديث «**لا شفعة لنصراني**»[1]، وهو حديث لم يصح اسناداً.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى الشقص بعرض، فإن كان له مثل كالحبوب والأدهان أخذه بمثله، لأنه من ذوات الأمثال فأخذ به كالدراهم والدنانير. وإن لم يكن له مثل كالعبيد والثياب أخذه بقيمته، لأن القيمة مثل لما لا مثل له. ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذي وجب عند وجوب الشفعة. وإن اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيباً ورده أخذ قيمة الشقص، وهل يثبت التراجع للشفيع والمشتري بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يتراجعان، لأن الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده. و**الثاني**: يتراجعان، فإن كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشتري على الشفيع، وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشتري، لأنه استقر الشقص على المشتري بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين. وإن وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشتري بالأرش نظرت: فإن أخذ المشتري من الشفيع قيمة العبد سليماًلم يرجع عليه بالأرش، لأن الأرش دخل في القيمة. وإن أخذ قيمته معيباً فهل يرجع بالأرش؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يرجع، لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذي استقر عليه العقد. و**الثاني**: يرجع بالأرش، لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع.

فصل

وإن جعل الشقص أجرة في إجارة أخذه الشفيع بأجرة مثل المنفعة.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/١٠٨) من طريق : بن نجيح عن سفيان وقال: قال أبو أحمد [يعني به ابن عدي]: أحاديث نائل مظلمة جداً وخاصة إذا روى عن الثوري. وأخرجه البيهقي مقطوعاً على الحسن وقال (٦/١٠٩): هذا هو الصواب من قول الحسن.

فإن جعل صداقاً في نكاح أو بدلاً في خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة، لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها كالثوب والعبد. وإن جعل متعة في طلاق امرأة أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر، لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر.

فصل

والشفيع بالخيار بين الأخذ والترك، لأنه حق ثبت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه. وفي خياره أربعة أقوال، قولان نص عليهما في القديم **أحدهما**: أنه على التراخي لا يسقط إلا بالعفو أو بما يدل على العفو كقوله بعني أو قاسمني وما أشبههما، لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه في تأخيره فلم يسقط إلا بالعفو كالخيار في القصاص. و**الثاني**: أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو، لأنا لو قلنا أنه على الفور أضررنا بالشفيع، لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ في الأخذ أو يأخذه والحظ في الترك فيندم، وإن قلنا أنه على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري، لأنه لا يقدر على التصرف والسعي في عمارته خوفاً من الشفيع فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر.

والثالث نص عليه في سير حرملة: أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام، لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستضر به الشفيع، ولا أن يجعل على التراخي لأنه يستضر به المشتري، فقدر بثلاثة أيام لأنه لا ضرر فيه على الشفيع، لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ في ثلاثة أيام، ولا على المشتري لأنه قريب.

والرابع نص عليه في الجديد: أنه على الفور، وهو الصحيح، لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الشفعة لمن واثبها**» وروي أنه قال: «**الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من**

تركها»[1]. فعلى هذا إن أخر الطلب من غير عذر سقط، لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب. وإن أخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو لبس ثوب أو إغلاق باب فهو على شفعته، لأنه ترك الطلب لعذر. وإن قال: سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة، لأن السلام قبل الكلام سنة[2] فلا تسقط به الشفعة. وإن قال: بارك الله في صفقة يمينك أنا مطالب بالشفعة لم تسقط، لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة، لأنه يجوز أن يكون دعاء للصفقة بالبركة لأنها أوصلته إلى الأخذ بالشفعة.

وإن قال: صالحني عن الشفعة على مال لم يصح الصلح، لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط. وفي شفعته وجهان **أحدهما**: تسقط، لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر. و**الثاني**: لا تسقط، لأنه تركها على عوض ولم يسلم له العوض فبقي على شفعته. فإن أخذه بثمن مستحق ففيه وجهان **أحدهما**: تسقط لأنه ترك الأخذ الذي يملك به من غير عذر. و**الثاني**: لا تسقط، لأنه استحق الشقص بمثل الثمن في الذمة، فإذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقي الاستحقاق كما لو اشترى شيئاً بثمن في الذمة ووزن فيه ما لا يملك].

الشرح: قال الشافعي: وللشفيع الشفعة بالثمن الذي وقع به البيع. وهذا كما قال، والثمن لا يخلو إما أن يكون له مثل كالدراهم والدنانير والبر

---

(١) قال ابن حجر في التلخيص (٣/٦٥): قوله روي أنه ﷺ قال «**الشفعة لمن واثبها**» ويروى «الشفعة كنشط عقال إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها» هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا اسناد، وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ «الشفعة كحل العقال فإن قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه» ذكره عبدالحق في الأحكام عنه وتعقبه ابن القطان بأنه لم يره في المحلى، وأخرج عبدالرزاق من قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها، وذكره بن قاسم بن ثابت في دلائله.

(٢) قال ابن حجر في التلخيص (٣/٦٥): قوله: السنة السلام قبل الكلام، الترمذي من حديث جابر وقال: إنه منكر، وحكم عليه ابن الجوزي بالوضع، وذكره ابن عدي في ترجمة حفص بن عمر الأيلي وهو متروك بلفظ: السلام قبل السؤال من بدأكم بالسؤال قبل فلا تجيبوه.

والشعير أو لا مثل له كالحيوان والعروض، وقد فصل المصنف أحكامه.

قال الماوردي في الحاوي: اعلم أن الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالأخذ. فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين إما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم. فإن لم يعلم بالبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وإن تطاول به الزمان كالمشتري إذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم. وأما إذا علم بالبيع فله حالان إحداهما: أن يكون قادراً على الطلب **والحال الثانية**: أن يكون معذوراً. فإن كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال إحداها: أن يبادر إلى الطلب فهو على حقه من الشفعة. **والحال الثانية**: أن يعفو عن الشفعة فهذا مبطل لشفعته. **والحال الثالثة**: أن يمسك عن الطلب، ففيه ثلاثة أقوال، والقول الذي يفتى به وهو قوله في الجديد والاملاء: أن الشفعة قد بطلت بتقضي زمان المكنة وأن حق طلبها على الفور[1].

قال المصنف رحمه الله: [وإن وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت: فإن لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الإشهاد فهو على شفعته، لأنه ترك بعذر. وإن قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه **أحدها**: وهو قول القاضي أبي حامد: أنه تسقط شفعته لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك. **والثاني**: وهو قول أبي علي الطبري: أنه لا تسقط، لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر، وإن كان بغير عوض احتاج إلى التزام منه وفي تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة. ومن أصحابنا من قال: إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته، لأنه ترك الطلب من غير ضرر، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط، لأنه ترك للضرر.

وإن عجز عن التوكيل وقدر على الإشهاد فلم يشهد ففيه قولان

---

(١) الحاوي (٢٣٨ ـ ٧/٢٤٠)، وقد ذكر الشارح كلام الماوردي هذا في الفصل السابق، وذكره هنا أنسب. وأما الحال الثاني وهو أن يكون معذوراً، فقد أخره الشارح لحين ذكر المصنف له.

أحدهما: تسقط شفعته، لأن الترك قد يكون للزهد وقد يكون للعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة فإذا لم يفعل سقطت شفعته. و**الثاني**: لا تسقط، لأن عذره في الترك ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة.

فصل

وإن قال: أخرت الطلب لأني لم أصدق، فإن كان قد أخبره عدلان سقطت شفعته، لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق. وإن أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان **أحدهما**: لا تسقط، لأنه ليس ببينة.

والثاني: تسقط، لأنه أخبره من يجب تصديقه في الخبر، وهذا من باب الإخبار فوجب تصديقهم فيه.

فصل

فإن قال المشتري: اشتريت بمائة فعفا الشفيع ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته، لأنه عفا عن الشفعة لعذر وهو أنه لا يرضاه بمائة أو ليس معه مائة. وإن قال: اشتريت بخمسين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب، لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة. وإن قال: اشتريت نصفه بمائة فعفا ثم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفعته، لأنه لم يرض بترك الجميع.

وإن قال: اشتريت الشقص بمائة فعفا ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له أن يطالب بالشفعة، لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة. وإن قال: اشتريت بأحد النقدين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الآخر فهو على شفعته، لأنه يجوز أن يكون عفا لإعواز أحد النقدين عنده أو لحاجته إليه.

وإن قال: اشتريت الشقص فعفا ثم بان أنه كان وكيلا فيه وإنما المشترى غيره فهو على شفعته، لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل ولا يرضى مشاركة الموكل.

فصل

وإن وجبت له الشفعة فباع حصته، فإن كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته، لأنه ليس له ملك يستحق به. وإن باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان **أحدهما**: تسقط، لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه. و**الثاني**: لا تسقط، لأنه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده.

فصل

ومن وجبت له الشفعة في شقص لم يجز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض، لأن في ذلك إضراراً بالمشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر. فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفعته، لأنه لا يتبعض فإذا عفا عن البعض سقط الجميع كالقصاص. وإن اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ففيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز، وهو الأظهر، لما فيه من الإضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه. و**الثاني**: يجوز، لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر في أحدهما دون الآخر. فإن كان البائع أو المشتري اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر كما لو اشتراه في عقدين متفرقين.

فصل

وإن كان للشقص شفعاء نظرت: فإن حضروا وطلبوا أخذوا. فإن كانت حصة بعضهم أكثر ففيه قولان **أحدهما**: أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس، وهو قول المزني، لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا كما لو تساووا في الملك. و**الثاني**: أنه يقسم

بينهم على قدر الأنصباء، لأنه حق يستحق بسبب الملك فيقسط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمرة البستان. وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه، لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري. فإن جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم، لأن ذلك عفو وليس بهبة. وإن حضر بعضهم أخذ جميعه، فإن حضر آخر قاسمه، وإن حضر الثالث قاسمهما، لأنا بينا أنه لا يجوز التبعيض. فإن أخذ الحاضر الشقص وزاد في يده، بأن كان نخلاً فأثمرت، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار، لأن الثمار حدثت في ملك الحاضر فاختص بها. وإن قال الحاضر: أنا آخذ بقدر مالي لم يجز. وهل تسقط شفعته؟ فيه وجهان **أحدهما**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنها تسقط، لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه. **والثاني**: وهو قول أبي إسحاق: أنها لا تسقط، لأنه تركه بعذر وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه، والترك للعذر لا يسقط الشفعة، كما قلنا فيمن أظهر له المشتري ثمناً كثيراً فترك ثم بان بخلافه.

فصل

وإن كان المشتري شريكاً، بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع، لأن المشتري أحد الشريكين فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع كما لو كان المشتري أجنبياً. وقال أبو العباس: للشريك أن يأخذ الجميع، لأنا لو قلنا أنه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشتري بالشفعة، والإنسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه. والمذهب: الأول، لأن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ويبقى الباقي على ملكه.

فصل

وإن ورث رجلان من أبيهما داراً ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع أحد هذين الابنين حصته، ففي الشفعة قولان **أحدهما**: أن الشفعة بين

الأخ والعم، وهو الصحيح، لأنهما شريكان للمشتري فاشتركا في الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد. **والثاني**: أنها للأخ دون العم، لأن الأخ أقرب إليه في الشركة لأنهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما. فعلى هذا، إن عفا الأخ عن حقه فهل يستحق العم؟ فيه وجهان **أحدهما**: يستحق به، لأنه شريك وإنما قدم الأخ عليه لأنه أقرب في الشركة فإذا ترك الأخ ثبت للعم، كما نقول فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالأول لأن حقه أسبق، فإذا عفا ولي الأول قتل بالثاني. **والوجه الثاني**: أنه لا يستحق، لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده.

وإن كان بين ثلاثة أنفس دار، فباع أحدهم نصيبه من رجلين وعفا شريكاه عن الشفعة، ثم باع أحد المشتريين نصيبه، فعلى القولين **أحدهما**: أن الشفعة للمشتري الآخر، لأنهما ملكاه بسبب واحد والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين. **والثاني**: أنها بين الجميع، لأن الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة. وإن مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الأختين نصيبها ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هي على القولين **أحدهما**: أن الشفعة للأخت، لأنها ملكت مع الأخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر. **والثاني**: أن الشفعة بين البنات والأخت، لأن الجميع شركاء في الملك.

ومنهم من قال: إن الشفعة بين البنات والأخت قولاً واحداً، لأن الجميع ملكن الشقص في وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضاً].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن تصرف المشتري في الشقص ثم حضر الشفيع نظرت: فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والإجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ، لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ. وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني، لأنه شفيع بالعقدين فجاز أن يأخذ بما شاء منهما. وإن قايل

البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب ويأخذه، لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة والرد بالعيب فملك الفسخ. وإن تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن الذي حلف عليه البائع، لأن البائع أقر للمشتري بالملك، وللشفيع بالشفعة بالثمن الذي حلف عليه، فإذا بطل حق المشتري بالتحالف بقي حق الشفيع. وإن اشترى شقصاً بعبد ووجد البائع بالعبد عيباً ورده قبل أن يأخذ الشفيع، ففيه وجهان **أحدهما**: يقدم الشفيع، لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد. و**الثاني**: أن البائع أولى، لأن في تقديم الشفيع إضراراً بالبائع في إسقاط حقه من الرد، والضرر لا يزال بالضرر. وإن أصدق امرأته شقصاً وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان **أحدهما**: يقدم الزوج على الشفيع، لأن حق الزوج أقوى لأنه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج. و**الثاني**: يقدم الشفيع، لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اشترى شقصاً وكان الشفيع غائباً فقاسم وكيله في القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمناً كثيراً فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ، فإن اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع، لأنه ملكه فملك نقله، ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعد. وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً، لأن النبي ﷺ قال: «**لا ضرر ولا ضرار**» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك.

فصل

وإن اشترى شقصاً وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت: فإن كانت زيادته لا تتميز كالفسيل إذا طال وامتلأ، فإن الشفيع يأخذه مع زيادته،

لأن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب. وإن كانت متميزة كالثمرة، فإن كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق، لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا في الرد بالعيب. وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان قال في القديم: تتبع الأصل كما تتبع في البيع. وقال في الجديد: لا تتبعه، لأنه استحقاق بغير تراض فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد، ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فإذا لم يستثن تبع الأصل.

فصل

إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم، لأن الشفعة ثابتة بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب. فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان **أحدهما**: يجوز أن يأخذ منه، لأنه استحق فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري.

والثاني: لا يجوز أن يأخذ منه بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه، لأن الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة لأنه يفوت به التسليم، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط.

فصل

ويملك الشفيع الشقص بالأخذ، لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات. ولا يثبت فيه خيار الشرط، لأن الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار، والشقص يؤخذ بالإجبار فلم يصح فيه شرط الخيار. وهل يثبت له خيار المجلس؟ فيه وجهان **أحدهما**: يثبت، لأنه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع. و**الثاني**: لا يثبت، لأنه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب.

فصل

وإن وجد بالشقص عيباً فله أن يرده، لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع. وإن خرج مستحقاً رجع بالعهدة على المشتري، لأنه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهدة عليه، كما لو اشتراه منه].

الشرح: قال الشافعي: ولو قاسم وبنى قيل للشفيع: إن شئت فخذ بالثمن وقيمة البناء أو دع لأنه بنى غير متعد فلا يهدم ما بناه. قال المزني: هذا غلط وكيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع ولولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً.

وصورة هذه المسألة في رجل اشترى شقصاً من دار وقاسم عليه[1] ثم بنى في حصته، وحضر الشفيع مطالباً لشفعته، فقد قال الشافعي: يقال للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائماً ولا يجبر المشتري على قلعه لأنه بناء غير متعد. قال المزني: هذا غلط من الشافعي لأن القسمة إن وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفعته وصحت القسمة، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة، فلم تجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة. واعتراض المزني على الشافعي غير مسلم لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه[2] أشار إلى بعضها المصنف في أول الفصل منها: أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلاً فيطالب المشتري الوكيل بمقاسمته على ما اشترى، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله في المقاسمة، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل في طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفعته بعد القسمة ويكون المشتري غير متعد في البناء. فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة لم يجبر المشتري على قلع بنائه بل يقال للشفيع: إن شئت خذ الشقص بثمنه وادفع قيمة البناء. وقال أبو حنيفة: يجبر المشتري على قلع بنائه ولا قيمة له على الشفيع استدلالاً بأن حق

---

(١) أي اشترى نصيباً من دار غير مفروز ثم تمت القسمة والفرز واستقل بنصيبه منها.

(٢) وقد ذكرها الماوردي في الحاوي (٢٦٧ ـ ٧/٢٦٨).

الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب. والجواب أن الغاصب متعد بتصرفه في غير ملكه وأما المشتري فليس متعدياً لتصرفه في ملكه. وسائر أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته، لأنه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع، ولأنه ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب. وإن كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه. وهل يسقط حق الآخر؟ فيه وجهان **أحدهما**: يسقط، لأنها شفعة واحدة فإذا عفي عن بعضها سقط الباقي كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص. و**الثاني**: لا يسقط، لأنه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين.

فصل

إذا اختلف الشريكان في الدار، فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة، وقال الآخر: بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، لأنه يدعى عليه استحقاق ملكه بالشفعة، فكان القول قوله، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة. فإن نكل عن اليمين حلف المدعي وأخذ بالشفعة.

وفي الثمن ثلاثة أوجه أحدها: أنه يقال للمدعى عليه: قد أقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك، فإما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه، كما قلنا في المكاتب إذا حمل نجماً إلى المولى فادعى المولى أنه مغصوب. و**الثاني**: أنه يترك الثمن في يد المدعي، لأنه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر في يده، كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له. والثالث: يأخذه الحاكم ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه، لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك.

فصل

وإن ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده وأنه

يستحق عليه ذلك بالشفعة، فالقول قول كل واحد منهما لما ذكرناه. فإن سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه، ثم يدعي الحالف على الآخر، فإن حلف استقر أيضاً ملكه، وإن نكل الأول ردت اليمين على المدعي، فإذا حلف استحق. وإن أراد الناكل أن يدعي على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه، لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [وإن اختلفا في الثمن، فقال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: هو خمسمائة، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه هو العاقد فكان أعرف بالثمن، ولأنه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة.

فصل

وإن ادعى الشفيع أن الثمن ألف، وقال المشتري: لا أعلم قدره، فالقول قول المشتري، لأن ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف، ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسي، فإذا حلف لم يستحق الشفعة، لأنه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه. وقال أبو العباس: يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلاً فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق، كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفاً فقال المدعى عليه لا أعلم القدر. والمذهب: الأول، لأن ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسي، ويخالف إذا ادعى عليه ألفا فقال: لا أعرف القدر، لأن هناك لم يجب عن الدعوى وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة وإنما ادعى الجهل بالثمن.

فصل

وإن قال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم هل هو ألف

أو أقل، فهل له أن يحلف المشتري؟ فيه وجهان **أحدهما**: ليس له أن يحلفه حتى يعلم، لأن اليمين لا يجب بالشك. و**الثاني**: له أن يحلفه، لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى. وإن قال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم كم هو ولكنه دون الألف، فالقول قول المشتري، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن، لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم.

فصل

وإن اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا في قيمته، فالقول قول المشتري، لأن الشقص ملك فلا ينتزع بقول المدعي.

فصل

وإن أقر المشتري أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري، لم يلزم الشفيع أكثر من الألف، لأن المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه في حقه. فإن كذبه المشتري فأقام عليه بينة أن الثمن ألفان، لزم المشتري الألفان ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف، لأنه كذب البينة بإقراره السابق].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [فإن كان بين رجلين دار وغاب أحدهما وترك نصيبه في يد رجل، فادعى الشريك على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه وأنه استحق أخذه بالشفعة، فأقر به، فهل يلزمه تسليمه إليه بالشفعة؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يسلمه، لأنه اقر بالملك للغائب ثم ادعى انتقاله بالشراء فلم يقبل قوله.

والثاني: يسلم إليه، لأنه في يده فقبل قوله فيه.

فصل

وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن وصدقه الشريك وأنكر الرجل، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا تثبت الشفعة للشريك، لأن الشفعة تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء فلم تثبت الشفعة للشريك. وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة، وهو جواب المزني فيما أجاب فيه على قول الشافعي رحمه الله، لأنه أقر للشفيع بالشفعة وللمشتري بالملك فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر، كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر. وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشتري؟ فيه وجهان **أحدهما**: ليس له ذلك، لأنه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به إلى خصومة المشتري. و**الثاني**: له أن يخاصمه، لأنه قد يكون المشتري أسهل في المعاملة من الشفيع.

فإن قلنا: لا يخاصم المشتري أخذ الشفيع الشقص من البائع وعهدته عليه، لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن. وإن قلنا: يخاصمه، فإن حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهدة عليه، وإن نكل فحلف البائع سلّم الشقص إلى المشتري وأخذ الشفيع الشقص من المشتري ورجع بالعهدة عليه، لأنه منه أخذ وإليه دفع الثمن. وإن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن وأنكر المشتري، فمن قال: لا شفعة إذا لم يقر بقبض الثمن، لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبضه. ومن قال: تثبت الشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن، اختلفوا إذا أقر بقبضه، فمنهم من قال: لا تثبت، لأنه يأخذ الشقص من غير عوض وهذا لا يجوز. ومنهم من قال: تثبت، لأن البائع أقر له بحق الشفعة. وفي الثمن الأوجه الثلاثة التي ذكرناها فيمن ادعى الشفعة على شريكه وحلف بعد نكول الشريك. والله أعلم].

الشرح: قال الشافعي: وعهدة المشتري على البائع وعهدة الشفيع على المشتري. قال الماوردي في الحاوي: أما العهدة فمشتقة من العهد لما فيه

من الوفاء بموجبه[1]. وقال الفيومي في المصباح: العهد الوصية والعهد الأمان والموثق والذمة ومنه قيل للحربي يدخل بالأمان ذو عهد إلى أن قال: وقولهم عهدته عليه من ذلك لأن المشتري يرجع على البائع بما يدركه، وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة لأنه يرجع إليها عند الالتباس انتهى.

وقد اختلف الفقهاء في عهدة الشفيع، هل تجب على البائع أو على المشتري؟ فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع. وقال ابن أبي ليلى: عهدة الشفيع على البائع. وقال أبو حنيفة: إن كان الشفيع قد قبضه من المشتري فعهدته على المشتري وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشتري وكانت عهدته على البائع.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.



(١) الحاوي (٧/٢٨٢).

قال المصنف رحمه الله:

كتاب القراض

قال المصنف رحمه الله: [القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فرحب بهما وسهل وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه في المدينة وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه، فقالا: وددنا، ففعل فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال. فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر: أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما؟ فقالا: لا، فقال عمر: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال: يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه، فقال: أدياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فأخذ رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال»[1]. ولأن الأثمان لا يتوصل إلى نمائها المقصود إلا بالعمل فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالنخل في المساقاة.

---

(١) أخرجه البيهقي (١١٠ ـ ٦/١١١) من طريقين وقد أبهم عامل عمر في أحد الطريقين وبين في الطريق الثاني وهو أبو موسى الأشعري وكان أمير البصرة.

فصل

وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز، وبلفظ المضاربة لأنه موضوع له في لغة أهل العراق، وبما يؤدي معناه لأن المقصود هو المعنى فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك.

فصل

ولا يصح إلا على الأثمان وهي الدراهم والدنانير، فأما ما سواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس فلا يصح القراض عليها، لأن المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك في الربح، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود، لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله إن كان له مثل وفي رد قيمته إن لم يكن له مثل، وفي هذا إضرار بالعامل، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءاً يسيراً من الكسب في رد مثله أو رد قيمته ثم يشارك رب المال في الباقي، وفي هذا إضرار برب المال، لأن العامل يشاركه في أكثر رأس المال، وهذا لا يوجد في الأثمان لأنها لا تقوّم بغيرها. ولا يجوز على المغشوش من الأثمان، لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض.

فصل

ولا يجوز إلا على مال معلوم الصفة والقدر، فإن قارضه على دراهم جزاف لم يصح، لأن مقتضى القراض رد رأس المال وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره. فإن دفع إليه كيسين في كل واحد منهما ألف درهم فقال: قارضتك على أحدهما وأودعتك الآخر، ففيه وجهان **أحدهما**: يصح لأنهما متساويان.

والثاني: لا يصح لأنه لم يبين مال القراض من مال الوديعة. وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده وديعة جاز لأنه معلوم. وإن قارضه

على ألف درهم هي له عنده مغصوبة، ففيه وجهان **أحدهما**: يصح كالوديعة.

والثاني: لا يصح لأنه مقبوض عنده قبض ضمان فلا يصير مقبوضاً قبض أمانة].

الشرح: قال ابن بطال: القراض مشتق من القرض وهو القطع، كأنه يقطع له قطعة من ماله أو قطعة من الربح. وقيل: اشتقاقه من المساواة، يقال: تقارض الشاعران إذا ساوى كل منهما صاحبه في المدح، وتقارضا الثناء. ويسمى مضاربة، قال الرافعي: ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لأن العامل يختص بالضرب في الأرض، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التي تكون من واحد مثل عاقبت اللص.

وقال ابن قدامة في المغني: وهذه المضاربة تسمى قراضاً أيضاً ومعناها: أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه[1].

قال ابن المنذر: وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة. وقال ابن حزم: كل أبواب الفقه فلها أصل في الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد والذي نقطع به أنه كان في عصره ﷺ فعلم به وأقره ولولا ذلك لما جاز[2].

قال الماوردي في الحاوي: والأصل في إحلال القراض وإباحته عموم قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾[3] وفي القراض ابتغاء فضل وطلب نماء. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**» وفي القراض رزق بعضهم من بعض. وروي عن النبي ﷺ أنه ضارب لخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت معه

---

(١) المغني (١٣٢ ـ ٧/١٣٣).

(٢) مراتب الاجماع.

(٣) البقرة: ١٩٨.

خديجة عبداً لها يقال له ميسرة. وروى أبو الجارود عن حبيب بن يسار عن ابن عباس رضي الله عنه قال: كان العباس إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة فإن فعل ذلك فهو ضامن فرفع شرطه إلى النبي ﷺ فأجازه[1]. ثم ذكر أثر عمر الذي استدل به المصنف وقال: وعلى هذا الأثر اعتمد الشافعي لاشتهاره وانعقاد الإجماع له[2].

وأما لغات الفصل، فالنقار: هو مذاب الفضة، وقبل الذوب هي تبر. والسبائك جمع سبيكة وهي القطعة المستطيلة من الذهب. والفلوس جمع فلس وهو أدنى ما يتعامل من المال، ويسمى في الشام قرشاً.

وأما الأحكام، فإذا ثبت جواز القراض، فهو عقد معونة وإرفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين وليس بلازم لهما ويجوز فسخه لمن شاء منهما[3].

ومن أجل تيسير رد رأس المال على صاحبه لم يبحه الفقهاء إلا بالدراهم والدنانير. وحكي عن طاوس والأوزاعي وابن أبي ليلى جواز القراض بالعروض لأنها كالدراهم والدنانير.

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم، فإن قارضه على جزء مبهم لم يصح، لأن الجزء يقع على الدرهم والألف فيعظم الضرر. وإن قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز، لأن

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/١١١).

(٢) الحاوي (٣٠٥ ـ ٣٠٦/٧).

(٣) ذكر هذا الماوردي في الحاوي (٣٠٧/٧)، ومنه سقته لدقة كلامه، وزاد فائدة يجدر ذكرها فقال:
وصحة عقده معتبرة بثلاثة شروط **أحدها**: اختصاص أحدهما بالمال. **والثاني**: انفراد الآخر بالعمل. **والثالث**: العلم بنصيب كل واحد منهما من الربح، وقد يتفرع عن كل شرط من هذه الشروط فروع نستوفيها في موضعها.

القراض كالمساقاة وقد ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع. وإن قارضه على درهم معلوم لم يصح، لأنه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل، وقد لا يربح إلا ذلك الدرهم فيستضر رب المال. وإن قال: قارضتك على أن الربح بيننا، ففيه وجهان **أحدهما**: لا يصح، لأنه مجهول لأن هذا القول يقع على التساوي وعلى التفاضل. و**الثاني**: يصح، لأنه سوّى بينهما في الإضافة فحمل على التساوي، كما لو قال هذه الدار لزيد وعمرو. وإن قال: قارضتك على أن لي نصف الربح، ففيه وجهان

أحدهما: يصح ويكون الربح بينهما نصفين، لأن الربح بينهما فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل. و**الثاني**: لا يصح، وهو الصحيح، لأن الربح كله لرب المال بالملك وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فبطل. وإن قال: قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان **أحدهما**: لا يصح، لأنه لم يبين ما لرب المال. و**الثاني**: يصح، وهو الصحيح، لأن ما لرب المال لا يحتاج إلى شرط لأنه يملكه بملك المال وإنما يحتاج إلى شرط ما للعامل، فإذا شرط للعامل النصف بقي الباقي على ملك رب المال. فعلى هذا لو قال: قارضتك على أن لك النصف ولي الثلث وسكت عن السدس، صح ويكون النصف له، لأن الجميع له إلا ما شرطه للعامل وقد شرط له النصف فكان الباقي له.

فصل

وإن قال: قارضتك على أن الربح كله لي أو كله لك، بطل القراض، لأن موضوعه على الاشتراك في الربح، فإذا شرط الربح لأحدهما فقد شرط ما ينافي مقتضاه فبطل. وإن دفع إليه ألفاً وقال: تصرف فيه والربح كله لك، فهو قرض لا حق لرب المال في ربحه، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض وقد قرن به حكم القرض فانعقد القرض به، كلفظ التمليك لما كان مشتركاً بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعاً. وإن

قال: تصرف فيه والربح كله لي فهو بضاعة، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة، كما قلنا في لفظ التمليك.

فصل

ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما، لأنه ربما يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه، وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر. ولا يجوز أن يخص أحدهما بربح ما في الكيسين، لأنه قد لا يربح في ذلك فيبطل حقه، أو لا يربح إلا فيه فيبطل حق الآخر. ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما في عبد يشتريه، فإن شرط أنه إذا اشترى عبداً أخذه برأس المال أو أخذه العامل بحقه لم يصح العقد، لأنه قد لا يكون في المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر].

الشرح: حديث المساقاة رواه الجماعة عن ابن عمر ولفظه: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع»[1].

وأما الأحكام فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل، لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقة على شرط مستقبل كالبيع والإجارة.

فصل

قال الشافعي رحمه الله: ولا تجوز الشريطة إلى مدة، فمن أصحابنا من قال: لا يجوز شرط المدة فيه، لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقاً فبطل

---

(١) أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة (٥/١٠) ومسلم في أول المساقاة (١٠/٢٠٨) والترمذي في الأحكام (٦٦٦ ـ ٣/٦٦٧) وأبو داود في البيوع (٦٩٥ ـ ٣/٦٩٧) وابن ماجه في الرهون (٢/٨٢٤).

بالتوقيت كالبيع والنكاح. ومنهم من قال: إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح، لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يصح. وإن عقده إلى مدة على أن لا يشتري بعدها صح، لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته.

فصل

ولا يصح إلا على التجارة في جنس يعم كالثياب والطعام والفاكهة في وقتها، فإن عقده على ما لا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق وما أشبهها أو على التجارة في سلعة بعينها لم يصح، لأن المقصود بالقراض الربح فإذا علق على ما لا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود لأنه ربما لم يتفق ذلك. ولا يجوز عقده على أن لا يشتري إلا من رجل بعينه، لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه أو لا يبيع منه ما يربح فيه فيبطل المقصود.

فصل

وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطي والإيجاب والقبول وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف في هذه الأشياء أن يتولاها بنفسه، فإن استأجر من يفعل ذلك لزمه الأجرة في ماله. فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه، لأن العرف في هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه، فإن تولى ذلك بنفسه لم يستحق الأجرة لأنه تبرع به. وإن سرق المال أو غصب، فهل يخاصم السارق والغاصب؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يخاصم، لأن القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة. و**الثاني**: أنه يخاصم فيه، لأن القراض يقتضي حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة.

فصل

ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال، لأن تصرفه بالإذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه. فإن قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثاني في الذمة ونقد الثمن من مال القراض وربح، بنينا على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح. فإن قلنا بقوله القديم إن الربح لرب المال، فقد قال المزني ههنا: إن لرب المال نصف الربح، والنصف الآخر بين العاملين نصفين. واختلف أصحابنا في ذلك، فقال أبو إسحاق: هذا صحيح، لأن رب المال رضي أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه، والنصف الثاني بين العاملين لأنهما رضيا أن يكون ما رزق الله بينهما، والذي رزق الله تعالى هو النصف، فإن النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك.

ومن أصحابنا من قال: يرجع العامل الثاني على العامل الأول بنصف أجرة مثله، لأنه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ولم يسلم له ذلك. وإن قلنا بقوله الجديد، فقد قال المزني: الربح كله للعامل الأول، وللعامل الثاني أجرة المثل. فمن أصحابنا من قال: هذا غلط، لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثاني لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض. ومنهم من قال: الربح للأول كما قال المزني، لأن العامل الثاني لم يشتر لنفسه وإنما اشتراه للأول فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير القراض، فإن ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا يتجر العامل إلا فيما أذن فيه رب المال. فإن أذن له في صنف لم يتجر في غيره، لأن تصرفه بالإذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه. فإن قال له: اتجر في البز، جاز أن يتجر في أصناف البز من المنسوج من القطن والإبريسم والكتان وما يلبس من الأصواف، لأن اسم البز يقع على ذلك كله. ولا يجوز أن يتجر في البسط

والفرش، لأنه لا يطلق عليه اسم البز. وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البركانية؟ فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه يلبس فأشبه الثياب. و**الثاني**: لا يجوز، لأنه لا يطلق عليه اسم البز ولهذا لا يقال لبائعه بزاز وإنما يقال له كسائي. ولو أذن له في التجارة في الطعام لم يجز أن يتجر في الدقيق ولا في الشعير، لأن الطعام لا يطلق إلا على الحنطة.

فصل

ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال، لأن الإذن لم يتناول غير رأس المال. فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى آخر بألف قبل أن ينقد الثمن في البيع الأول، فالأول للقراض لأنه اشتراه بالإذن. وأما الثاني فينظر فيه: فإن اشتراه بعين الألف فالشراء باطل، لأنه اشتراه بمال استحق تسليمه في البيع الأول فلم يصح. وإن اشتراه بألف في الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن في ماله، لأنه اشترى في الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء له.

فصل

ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل، لأنه وكيل فلا يتصرف إلا على النظر والاحتياط. وإن اشترى معيباً رأى شراءه جاز، لأن المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح في المعيب. وإن اشترى شيئاً على أنه سليم فوجده معيباً جاز له الرد، لأنه فوّض إليه النظر والاجتهاد فملك الرد.

فصل

وإن اختلفا فدعا أحدهما إلى الرد والآخر إلى الإمساك فعل ما فيه النظر، لأن المقصود طلب الحظ لهما فإذا اختلفا حمل الأمر على ما فيه الحظ.

فصل

وإن اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لم يلزم رب المال، لأن القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد في شراء من يعتق عليه. وإن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها بغير إذنها، ففيه وجهان **أحدهما**: لا يلزمها، لأن المقصود شراء ما تنتفع به، وشراء الزوج تستضر به، لأن النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها. و**الثاني**: يلزمها، لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره في الربح فلزمها شراؤه.

فصل

ولا يسافر بالمال من غير إذن رب المال، لأنه مأمور بالنظر والاحتياط، وليس في السفر احتياط، لأن فيه تغريراً بالمال، ولهذا يروى أن المسافر ومتاعه لعلى قلت[1]. فإن أذن له في السفر، فقد قال في موضع: له أن ينفق من مال القراض. وقال في موضع آخر: لا نفقة له. فمن أصحابنا من قال: لا نفقة له قولاً واحداً، لأن نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الإقامة، وتأول قوله على ما يحتاج إليه لنقل المتاع وما يحتاج إليه مال القراض. ومنهم من قال: فيه قولان **أحدهما**: لا ينفق لما ذكرناه. و**الثاني**: ينفق لأن سفره لأجل المال فكان نفقته منه كأجرة الحمال. فإن قلنا: ينفق من مال القراض، ففي قدره وجهان **أحدهما**: جميع ما يحتاج إليه، لأن من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته. و**الثاني**: ما يزيد على نفقة الحضر، لأن النفقة إنما لزمته لأجل السفر فلم يلزمه إلا ما زاد بالسفر.

فصل

وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان **أحدهما**: أن الجميع لرب المال

---

(١) القلت ـ بالتحريك ـ: الهلاك، وقال أعرابي: إن المسافر ومتاعه لعلى قلت إلا ما وقى الله/ لسان العرب.

فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة، لأنه لو ملك حصته من الربح لصار شريكاً لرب المال حتى إذا هلك شيء كان هالكاً من المالين، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئاً. و**الثاني**: أن العامل يملك حصته من الربح، لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال.

فصل

وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر، لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره لأنه يقول: الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لي رأس المال. وإن كان الذي امتنع هو العامل لم يجز إجباره، لأنه يقول: لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذه. وإن تقاسما جاز، لأن المنع لحقهما وقد رضيا. فإن حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ، لأنه لا يستحق الربح إلا بعد تسليمه رأس المال.

فصل

وإن اشترى العامل من يعتق عليه، فإن لم يكن في المال ربح لزم الشراء في مال القراض، لأنه لا ضرر فيه على رب المال. فإن ظهر بعد ما اشتراه ربح، فإن قلنا أنه لا يملك حصته قبل القسمة لم يعتق، وإن قلنا أنه يملك بالظهور، فهل يعتق بقدر حصته؟ فيه وجهان **أحدهما**: أنه يعتق منه بقدر حصته، لأنه ملكه فعتق. و**الثاني**: لا يعتق لأن ملكه غير مستقر، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله. وإن اشترى وفي المال ربح، فإن قلنا أنه لا يعتق عليه صح الشراء، لأنه لا ضرر فيه على رب المال. وإن قلنا يعتق لم يصح الشراء، لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه.

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [والعامل أمين فيما في يده. فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن، لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع. فإن دفع إليه ألفاً فاشترى عبداً في الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده في ثمن العبد انفسخ القراض، لأنه تلف رأس المال بعينه. وفي الثمن وجهان **أحدهما**: أنه على رب المال، لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه، كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكّل في شرائه فتلف الثمن في يده قبل أن ينقده. و**الثاني**: أن الثمن على العامل، لأن رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال فلم يلزمه ما زاد. وإن دفع إليه ألفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف أحدهما ففيه وجهان

أحدهما: يتلف من رأس المال وينفسخ فيه القراض، لأنه بدل عن رأس المال فكان هلاكه كهلاكه.

والثاني: أنه يتلف من الربح، لأنه تصرف في المال فكان في القراض. وإن قارضه رجلان على مالين فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم أشكلتا عليه، ففيه قولان **أحدهما**: تباعان، فإن لم يكن فيهما ربح قسم بين ربي المال، وإن كان فيهما ربح شاركهما العامل في الربح، وإن كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لأنه حصل بتفريطه. والقول الثاني: أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما، لأنه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما.

فصل

ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة. فإن فسخ العقد والمال من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز. وإن باعاه جاز، لأن الحق لهما. وإن طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر، لأن حق العامل في الربح وذلك لا يحصل إلا بالبيع. فإن قال رب المال: أنا أعطيك ما لك فيه من الربح وامتنع العامل، فإن قلنا أنه ملك حصته من الربح بالظهور، لم

يجبر على أخذه، كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل أحدهما للآخر عوض حقه. وإن قلنا لا يملك، ففيه وجهان بناء على القولين في العبد الجاني إذا امتنع المولى عن بيعه وضمن للمجني عليه قيمته،

أحدهما: لا يجبر على بيعه، لأن البيع لحقه وقد بذل له حقه. **والثاني**: أنه يجبر، لأنه ربما زاد مزايد ورغب راغب فزاد في قيمته. وإن طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه، لأن حق رب المال في رأس المال ولا يحصل ذلك إلا بالبيع. فإن قال العامل: أنا أترك حقي ولا أبيع، فإن قلنا أن العامل يملك حصته بالظهور، لم يقبل منه لأنه يريد أن يهب حقه، وقبول الهبات لا يجب. وإن قلنا أنه لا يملك بالظهور، ففيه وجهان **أحدهما**: لا يجبر على بيعه، لأن البيع لحقه وقد تركه فسقط. **والثاني**: يجبر، لأن البيع لحقه ولحق رب المال في رأس ماله فإذا رضي بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله. وإن فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه، لأنه دخل في العقد على أن يرد رأس المال فوجب أن يتقاضاه ليرده.

فصل

وإن مات أحدهما أو جن انفسخ، لأنه عقد جائز فبطل بالموت والجنون كالوديعة والوكالة. وإن مات رب المال أو جن وأراد الوارث أو الولي أن يعقد القراض والمال عرض، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق: يجوز لأنه ليس بابتداء قراض إنما هو بناء على مال القراض فجاز. ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح، لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز.

فصل

وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل ومات اعتبر الربح من رأس المال، لأن الذي يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله،

والربح ليس من ماله وإنما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث. وإن مات وعليه دين قدم العامل على الغرماء، لأن حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء.

فصل

وإن قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل نفذ تصرفه، لأن العقد بطل وبقي الإذن فملك به التصرف. فإن حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه شيئاً، لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض. فأما أجرة المثل فإنه ينظر فيه: فإن لم يرض إلا بربح استحق، لأنه لم يرض أن يعمل إلا بعوض، فإذا لم يسلم له رجع إلى أجرة المثل. وإن رضي من غير ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال، ففي الأجرة وجهان **أحدهما**: لا يستحق، وهو قول المزني، لأنه رضي أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض. و**الثاني**: أنه يستحق، وهو قول أبي العباس، لأن العمل في القراض يقتضي العوض فلا يسقط بإسقاطه كالوطء في النكاح.

وإن كان له على رجل دين فقال: اقبض ما لي عليك، فعزل الرجل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض، لأن قبضه له من نفسه لا يصح، فإذا قارضه عليه فقد قارضه على مال لا يملكه فلم يصح. فإن اشترى العامل شيئاً في الذمة ونقد في ثمنه ما عزله لرب المال وربح، ففيه وجهان **أحدهما**: أن ما اشتراه مع الربح لرب المال، لأنه اشتراه له بإذنه ونقد فيه الثمن بإذنه وبرئت ذمته من الدين، لأنه سلمه إلى من اشترى منه بإذنه، ويرجع العامل بأجرة المثل لأنه عمل ليسلم له الربح ولم يسلم فرجع إلى أجرة عمله. و**الثاني**: أن الذي اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه، لأن رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له.

فصل

وإن اختلف العامل ورب المال في تلف المال، فادعاه العامل وأنكره

رب المال، أو في الخيانة فادعاها رب المال وأنكر العامل، فالقول قول العامل لأنه أمين والأصل عدم الخيانة، فكان القول قوله كالمودع.

فصل

فإن اختلفا في رد المال فادعاه العامل وأنكره رب المال ففيه وجهان **أحدهما**: لا يقبل قوله، لأنه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير. و**الثاني**: يقبل قوله، لأن معظم منفعته لرب المال لأن الجميع له إلا السهم الذي جعله للعامل فقبل قوله عليه في الرد كالمودع.

فصل

فإن اختلفا في قدر الربح المشروط، فادعى العامل أنه النصف وادعى رب المال أنه الثلث تحالفا، لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن. فإن حلفا صار الربح كله لرب المال ويرجع العامل بأجرة المثل، لأنه لم يسلم له المسمى فرجع ببدل عمله.

فصل

وإن اختلفا في قدر رأس المال، فقال رب المال: ألفان وقال العامل: ألف، فإن لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل، لأن الأصل عدم القبض فلا يلزمه إلا ما أقر به. وإن كان في المال ربح، ففيه وجهان

أحدهما: أن القول قول العامل لما ذكرناه. و**الثاني**: أنهما يتحالفان، لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط. والصحيح هو: الأول، لأن الاختلاف في الربح المشروط اختلاف في صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، وهذا اختلاف فيما قبض فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن فإن القول قول البائع.

فصل

وإن كان في المال عبد، فقال رب المال: اشتريته للقراض وقال العامل: اشتريته لنفسي، أو قال رب المال: اشتريته لنفسك وقال العامل: اشتريته للقراض، فالقول قول العامل، لأنه قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للقراض ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنية فوجب الرجوع إليه. فإن أقام رب المال البينة أنه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يحكم بالبينة، لأنه لا يشتري بمال القراض إلا للقراض.

والثاني: أنه لا يحكم بها، لأنه يجوز أن يشتري لنفسه بمال القراض على وجه التعدي فلا يكون للقراض لبطلان البيع.

فصل

وإن كان في يده عبد فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه وأنكر العامل، فالقول قول العامل، لأن الأصل عدم النهي، ولأن هذا دعوى خيانة والعامل أمين فكان القول فيها قوله.

فصل

وإن قال: ربحت في المال ألفاً ثم ادعى أنه غلط فيه، أو أظهر ذلك خوفاً من نزع المال من يده لم يقبل قوله، لأن هذا رجوع عن الإقرار بالمال لغيره فلم يقبل، كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى أنه غلط. فإن قال: قد كان فيه ربح ولكنه هلك قبل قوله، لأن دعوى التلف بعد الإقرار لا تكذب إقراره فقبل].

الشرح: أحكام الفصل كما ذكرها المصنف.



قال المصنف رحمه الله:

كتاب المساقاة

[تجوز المساقاة على النخل، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع». وتجوز على الكرم، لأنه شجر تجب الزكاة في ثمرته فجازت المساقاة عليه كالنخل. وتجوز على الفسلان وصغار الكرم إلى وقت تحمل، لأنه بالعمل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والكرم. ولا تجوز على المباطخ والمقاثئ والعلف وقصب السكر، لأنها بمنزلة الزرع فكان المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع. واختلف قوله في سائر الأشجار المثمرة كالتين والتفاح. فقال في القديم: تجوز المساقاة عليها، لأنها شجر مثمر فأشبه النخل والكرم. وقال في الجديد: لا تجوز، لأنه لا تجب الزكاة في ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب والخلاف. واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة، فقال في الأم: تجوز، لأنه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر، فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهي من الغرر أبعد أولى. وقال في البويطي: لا تجوز، لأن المساقاة عقد على غرر، وإنما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة إلى استخراجها بالعمل، فإذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة فلم تجز].

الشرح: حديث ابن عمر رواه الجماعة[1].

---

(١) سبق تخريجه.

والمساقاة[1] على إطلاقها أن يدفع الرجل إلى آخر شجره ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره. إلا أن هذا التعريف على سعته يقتضي وقوع غبن وغرر إذا ظل على إطلاقه، فقيّد الشافعي هذا المفهوم الواسع وقصره على ما يكفل الرفق بالعامل وصاحب المال فخص المساقاة في قوله الجديد بالنخل والكروم، وخصها داود بالنخل فقط، وتجاوز مالك فجعلها تشمل الزرع والشجر واستثنى منها البقول، وأجازها عبد الله بن دينار في البقول، وجعلها أحمد في الشجر والنخل والكرم.

وقد ثبتت المساقاة بالسنة والإجماع. **فأما السنة**: فقد مضى حديث ابن عمر المتفق عليه. **وأما الإجماع**: فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك فلم ينكره منكر فكان إجماعاً[2].

قال الماوردي في الحاوي: والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابة والتابعين في جوازها، وهو قول كافة الفقهاء إلا أبا حنيفة وحده دون أصحابه فإنه تفرد بإبطالها وحكي عن النخعي كراهتها.

واستدل من نصر قول أبي حنيفة على إبطال المساقاة بنهي رسول الله ﷺ عن الغرر، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها وبين قلتها وكثرتها فكان الغرر فيه أعظم فاقتضى أن يكون بإبطالها العقد أحق.

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/٥٢٧): وإنما سميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقي لأنهم يستقون من الآبار فسميت بذلك.

(٢) نقل هذا الإجماع ابن قدامة في المغني (٧/٥٢٧)، ومنه نقلته لنقص ورد في المطبوعة.

والجواب أن المساقاة وإن دخلت في عموم الغرر المنهي عنه فقد صارت مستثناة بالنص الوارد في إباحتها[1].

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا تجوز إلا على شجر معلوم. وإن قال: ساقيتك على أحد هذين الحائطين لم يصح، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع. وهل يجوز على حائط معين لم يره؟ فيه طريقان **أحدهما**: أنه على قولين كالبيع. و**الثاني**: أنه لا يصح قولاً واحداً، لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز أن يضاف إليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع.

فصل

ولا تجوز إلا على مدة معلومة، لأنه عقد لازم فلو جوزناه مطلقاً استبد العامل بالأصل فصار كالمالك. ولا تجوز على أقل من مدة توجد فيها الثمرة، فإن ساقاه على النخل أو على الودي إلى مدة لا تحمل لم يصح، لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة وذلك لا يوجد. فإن عمل العامل فهل يستحق أجرة المثل؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يستحق، وهو قول المزني، لأنه رضي أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الأجرة كالمتطوع في غير المساقاة. و**الثاني**: أنه يستحق، وهو قول أبي العباس، لأن العمل في المساقاة يقتضي العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء في النكاح. وإن ساقاه إلى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان **أحدهما**: أنها تصح، لأنه عقد إلى مدة يرجى فيها وجود الثمرة فأشبه إذا ساقاه إلى مدة توجد الثمرة فيها في الغالب، **والثاني**: أنها لا تصح، وهو قول أبي إسحاق، لأنه عقد على عوض غير موجود، ولا الظاهر وجوده، فلم يصح، كما لو أسلم في معدوم إلى محل لا يوجد في الغالب. فعلى هذا، إن عمل استحق أجرة

---

(١) الحاوي (٣٥٧ ـ ٣٥٩/٧) ومنه نقلته بزيادة لما فيها من فائدة.

المثل، لأنه لم يرض أن يعمل من غير ربح، ولم يسلم له الربح، فرجع إلى بدل عمله.

واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقاة. فقال في موضع: سنة. وقال في موضع: يجوز ما شاء. وقال في موضع: يجوز ثلاثين سنة. فمن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال **أحدهما**: لا تجوز بأكثر من سنة، لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة، لأن منافع الأعيان تتكامل في سنة.

والثاني: تجوز ما بقيت العين، لأن كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها كالكتابة والبيع إلى أجل.

والثالث: أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة، لأن الثلاثين شطر العمر، ولا تبقى الأعيان على صفة أكثر من ذلك. ومنهم من قال: هي على القولين الأولين، وأما الثلاثون فإنما ذكره على سبيل التكثير لا على سبيل التحديد، وهو الصحيح. فإن ساقاه إلى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر، لأن شهور السنة لا تختلف منافعها. وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان **أحدهما**: لا يجب ذكر كل سنة كما إذا اشترى أعيانا بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها. و**الثاني**: يجب، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم نأمن أن ينفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض. ومن أصحابنا من قال: القولان في الإجارة، فأما في المساقاة فإنه يجب ذكر قسط كل سنة من العوض، لأن الثمار تختلف باختلاف السنين، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين.

فصل

وإذا ساقاه إلى عشر سنين فانقضت المدة ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق، لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد. وإن أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهي طلع أو بلح تعلق بها حق العامل، لأنها حدثت قبل انقضاء المدة].

الشرح: المساقاة من العقود اللازمة وليست من العقود الجائزة كالمضاربة. والفرق بينهما أن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل فكان في ترك لزومه تفويت العمل بغير بدل، ونماء المال في المضاربة متصل بالعمل فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل، فلذلك انعقد لازماً في المساقاة وجائزاً في المضاربة.

وإذا كان كذلك فصحة العقد فيها معتبرة بأربعة شرائط: **فالشرط الأول**: أن تكون النخل معلومة، فإن كانت مجهولة بأن قال ساقيتك أحد حوائطي أو على ما شئت من نخلي كان باطلاً. **والشرط الثاني**: أن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوماً بجزء شائع فيها من نصف أو ربع أو عشر قلّ ذلك الجزء أو كثر كالمضاربة، فإن جهل نصيبه لم يجز. **والشرط الثالث**: أن تكون المدة معلومة. وقال بعض أصحاب الحديث: يجوز إطلاقها من غير أن تقدر بمدة معلومة، لأن النبي ﷺ ما قدّر لأهل خيبر مدة. وقال أبو ثور: إن قدرت بمدة لزمت إلى انقضائها وإن لم تقدر بمدة صحت وكانت على سنة واحدة. **والشرط الرابع**: في صيغة العقد وهو أن يعقداه بلفظ المساقاة[1].

وأما سائر أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

قال المصنف رحمه الله: [ولا تجوز إلا على جزء معلوم. فإن ساقاه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لحديث ابن عمر. فإن عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح، لأن ذلك يقع على القليل والكثير فيعظم الغرر. وإن ساقاه على صاع معلوم لم يصح، لأنه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل، وربما لا يحصل إلا ذلك فيستضر رب النخل. وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها لم يصح، لأنه قد لا تحمل تلك النخلات فيستضر العامل، أو لا يحمل

(١) كلام الشارح هذا كله ذكره الماوردي في الحاوي (٣٦٠ ـ ٧/٣٦٢) ومنه نقلته لوضوحه.

إلا هي فيستضر رب النخل. وإن ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة لم يصح، لأنه شرط عليه بعد حقه عملاً لا يستحق عليه عوضاً. وإن شرط له ثمرة السنة العاشرة ففيه وجهان **أحدهما**: أنه يصح كما يصح أن يعمل في جميع السنة وإن كانت الثمرة في بعضها. و**الثاني**: لا يصح، لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها ولا يستحق شيئاً من ثمرها.

فصل ولا يصح إلا على عمل معلوم. فإن قال: إن سقيته بالسيح فلك الثلث وإن سقيته بالناضح فلك النصف، لم يصح، لأنه عقد على مجهول.

فصل وتنعقد بلفظ المساقاة، لأنه موضوع له. وتنعقد بما يؤدي معناه، لأن القصد منه المعنى فصح بما دل عليه. فإن قال: استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته لم تصح، لأنه عقد الإجارة بعوض مجهول القدر فلم تصح.

فصل ولا يثبت فيه خيار الشرط، لأنه إذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه. وفي خيار المجلس وجهان

أحدهما: يثبت فيه، لأنه عقد لازم يقصد به المال فيثبت فيه خيار المجلس كالبيع. و**الثاني**: لا يثبت، لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس، فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع.

فصل وإذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه، لأن النماء متأخر عن العمل فلو قلنا أنه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل ولا تحصل له الثمرة.

فصل وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح وصرف الجريد وإصلاح الأجاجين وتنقية السواقي والسقي وقلع الحشيش المضر بالنخل. وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان

ونصب الدولاب وشراء الثيران، لأن ذلك يراد لحفظ الأصل ولهذا من يريد إنشاء بستان فعل هذا كله. واختلف أصحابنا في الجذاذ واللقاط، فمنهم من قال: لا يلزم العامل ذلك، لأن ذلك يحتاج إليه بعد تكامل النماء. ومنهم من قال: يلزمه، لأنه لا تستغني عنه الثمرة.

فصل وإن شرط العامل في القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح، لأن موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل، فإذا لم يجز شرط المال على العامل لم يجز شرط العمل على رب المال. وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال، فقد نص في المساقاة أنه يجوز. واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه، **فمنهم** من قال: لا يجوز فيهما، لأن عمل الغلمان كعمل رب المال فإذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه، وحمل قوله في المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره. و**الثاني**: يجوز فيهما، لأن غلمانه ماله فجاز أن يجعل تابعاً لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع، بخلاف رب المال فإنه مالك فلا يجوز أن يجعل تابعاً لماله. والثالث: أنه يجوز في المساقاة ولا يجوز في القراض، لأن في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه، وليس في القراض ما يلزم رب المال فلم يجز شرط غلمانه. فإذا قلنا أنه يجوز، لم يصح حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف. ويجب أن يكون الغلمان تحت أمر العامل. وأما نفقتهم، فإنه إن شرط على العامل جاز، لأن بعملهم ينحفظ الأصل وتزكو الثمرة. وإن لم يشرط ففيه ثلاثة أوجه أحدها: أنها على العامل، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه. و**الثاني**: أنها على رب المال، لأن شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه. والثالث: أنها من الثمرة، لأن عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها.

فصل وإذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هي على القولين في العامل في القراض

أحدهما: تملك بالظهور. و**الثاني**: بالتسليم. ومنهم من قال: في المساقاة تملك بالظهور قولاً واحداً، لأن الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال فملك بالظهور، والربح جعل وقاية لرأس المال فلم يملك بالظهور في أحد القولين.

فصل والعامل أمين فيما يدعي من هلاك وفيما يدعى عليه من خيانة، لأنه ائتمنه رب المال فكان القول قوله. فإن ثبتت خيانته ضم إليه من يشرف عليه ولا تزال يده، لأن العمل مستحق عليه ويمكن استيفاؤه منه فوجب أن يستوفى. وإن لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه، لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفي بغيره.

فصل وإن هرب رفع الأمر إلى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه. فإن لم يكن مال اقترض عليه، فإن لم يجد من يقرضه فلرب النخل أن يفسخ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ، كما لو اشترى عبداً فأبق من يد البائع. فإن فسخ نظرت: فإن لم تظهر الثمرة فهي لرب النخل، لأن العقد زال قبل ظهورها وللعامل أجرة ما عمل. وإن ظهرت الثمرة فهي بينهما، فإن عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فيه بغير إذن الحاكم لم يرجع، لأنه متبرع، وإن لم يقدر على إذن الحاكم، فإن لم يشهد لم يرجع، لأنه متبرع، وإن أشهد ففيه وجهان **أحدهما**: يرجع، لأنه موضع ضرورة. و**الثاني**: لا يرجع، لأنه يصير حاكماً لنفسه على غيره وهذا لا يجوز لا لضرورة ولا لغيرها.

فصل وإن مات العامل قبل الفراغ، فإن تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة، وإن لم يعمل، فإن كان له تركة استؤجر منها من يعمل لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة فوجب أن يستوفى كما لو كان عليه دين وله تركة. وإن لم تكن له تركة لم يلزم الوارث العمل، لأن ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث كالدين، ولا يقترض عليه لأنه لا ذمة له، ولرب النخل أن يفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه. فإن فسخ، كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل إذا هرب.

فصل وإن ساقى رجلاً على نخل على النصف، فعمل فيه العامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل، رجع العامل على من ساقاه بالأجرة، لأنه عمل بعوض ولم يسلم له العوض فرجع ببدل عمله. فإن كانت الثمرة باقية أخذها المالك، فإن تلفت رجع بالبدل. فإن أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع، وإن أراد أن يضمن العامل ففيه وجهان **أحدهما**: يضمنه الجميع، لأنه ثبتت يده على الجميع فضمنه كالعامل في القراض في المال المغصوب. و**الثاني**: لا يضمن إلا النصف، لأنه لم يحصل في يده إلا ما أخذه بالقسمة وهو النصف، فأما النصف الآخر فإنه لم يكن في يده، لأنه لو كان في يده لزمه حفظه كما يلزم العامل في القراض.

فصل إذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط، فقال العامل: شرطت لي النصف، وقال رب النخل: شرطت لك الثلث، تحالفا لأنهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط ولا بينة فتحالفا، كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وبالله التوفيق].

الشرح: حديث ابن عمر هو حديث معاملة الرسول ﷺ لأهل خيبر وقد مضى تخريجه.

أما لغات الفصل، فالسيح: هو الماء الجاري وهو ما لا يحتاج إلى شد للماء بالسواقي أو الشواديف وإنما يرتفع الماء في جداوله على أعلى من مستوى سطح الأرض فيفتح الزارع فتحة من المسقاة فينساب الماء سيحاناً إلى الأرض المراد سقيها فيغمرها في لحظات قصيرة. وأما التلقيح: فهو التأبير. وأما صرف الجريد) فهو تنحيته وتخفيفه وبتر أسافله لتهذيب النخل والخلوص إلى العذوق بغير أن تؤذى سلاها. والأجاجين: جمع أجانة وهي الطسوت والمواجير والمراكن الكبيرة التي تغسل فيها الثياب.

وأما أحكام الفصل فهي كما ذكرها المصنف.

❋ ❋ ❋

باب المزارعة[1]

قال المصنف رحمه الله: [لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه، لما روى سليم بن بشار أن رافع بن خديج قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع. قلنا: وما ذاك؟ قال رسول الله ﷺ: **من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى**». فأما إذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقي الأرض إلا بسقيها نظرت: فإن كان النخيل كثيراً والبياض قليلاً جاز أن تساقيه على النخل وتزارعه على الأرض، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع». فإن عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة، لأنها إنما أجيزت تبعاً للمساقاة للحاجة ولا حاجة قبل المساقاة. وإن عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان **أحدهما**: لا تصح، لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبه إذا قدمت.

والثاني: تصح، لأنهما يحصلان لمن له المساقاة. وإن عقدها مع المساقاة وسوى بينهما في العوض جاز، لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع». فإن فاضل بينهما في العوض ففيه وجهان **أحدهما**: يجوز، وهو الصحيح، لأنهما عقدان فجاز أن يفاضل بينهما في العوض.

---

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/٥٥٥): معنى المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها ويعمل عليها، والزرع بينهما. وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم، قال البخاري [كتاب الحرث والمزارعة (٥/١٠)]: قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت [هجرة] إلا ويزرعون على الثلث والربع. قال البخاري: وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا. ثم قال ابن قدامة: وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة، وروي عن ابن عباس الأمران جميعاً، وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الأرض البيضاء.

والثاني: لا يجوز، لأنهما إذا تفاضلا تميزا فلم يكن أحدهما تابعاً للآخر. فإن كان النخل قليلاً والبياض كثيراً ففيه وجهان **أحدهما**: يجوز، لأنه لا يمكن سقي النخل إلا بسقي الأرض فأشبه الكثير. و**الثاني**: لا يجوز، لأن البياض أكثر فلا يجوز أن يكون الأكثر تابعاً للأقل].

الشرح: حديث رافع بن خديج رواه البخاري ومسلم بلفظ: «كنا أكثر الأنصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فأما الورق فلم ينهنا»[(١)].

قال الماوردي: قال الشافعي رحمه الله: أخبرنا سفيان قال سمعت عمرو بن دينار يقول سمعت ابن عمر يقول: كنا نخابر ولا نرى بأساً بذلك حتى أخبرنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة فتركناها لقول رافع[(٢)]. قال الشافعي رحمه الله: والمخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها ودلت سنة رسول الله ﷺ في نهيه عن المخابرة على أن لا تجوز المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا على جزء من الأجزاء لأنه مجهول ولا يجوز الكراء إلا معلوماً. قال الماوردي: وهذا كما قال، المخابرة هي المزارعة وهي ما وصفها الشافعي رضي الله عنه من أنها استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها. وهي على ضربين: ضرب أجمع الفقهاء على فساده وضرب اختلفوا فيه. فأما الضرب الذي أجمعوا على فساده فهو أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصة صاحبه مثل أن يقول قد زارعتك على هذه الأرض على أن ما نبت على الماذيانات[(٣)] كان لي وما

---

(١) حديث رافع باللفظ الذي أورده الشارح وإن أخرجه البخاري (٥/١٥) ومسلم (١٠/٢٠٦) إلا أنه ليس بالحديث الذي أورده المصنف. والحديث الذي أورده المصنف أخرجه مسلم في البيوع: باب كراء الأرض (١٠/٢٠٤) وكذا أبو داود (٣/٦٨٩) فيه وابن ماجه في الرهون (٨٢١ ـ ٢/٨٢٢). وأما البخاري فقد أخرج طرفاً منه في الحرث والمزارعة: باب ما كان من أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً (٥/٢٢) وليس عنده النهي عن كراء الأرض بالثلث والربع والطعام المسمى وإنما فيه النهي عن كرائها على الربيع وعلى الأوسق من التمر والشعير.

(٢) أخرجه البخاري (٥/٢٣) ومسلم (٢٠٣ ـ ١٠/٢٠٤).

(٣) الماذيانات جمع ماذيان وهو النهر الكبير وليست بعربية. /انظر لسان العرب مادة مذن.

نبت على السواقي والجداول كان لك، فهذه مزارعة باطلة اتفق الفقهاء على فسادها. وأما الضرب الذي اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطهما على أن ما أخرج الله من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع ليأخذ الزارع سهمه بعمله ويأخذ رب الأرض سهمه بأرضه، فهذه هي المخابرة والمزارعة التي اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب.

أحدها: وهو مذهب الشافعي: أنها باطلة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض، وبه قال من الصحابة ابن عمر وجابر بن عبد الله ورافع بن خديج رضي الله عنهم، ومن التابعين سعيد بن جبير وعكرمة، ومن الفقهاء الشافعي ومالك وأبو حنيفة رضي الله عنهم. **والمذهب الثاني**: أنها جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض، وبه قال من الصحابة علي وعمار وابن مسعود وسعد بن أبي وقاص ومعاذ رضي الله عنهم، ومن التابعين ابن المسيب وابن سيرين وعبد الرحمن بن أبي ليلى، ومن الفقهاء سفيان الثوري وأبو يوسف ومحمد. **والمذهب الثالث**: أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز وإن شرطه على الزارع جاز، وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه.

واستدل من أجاز ذلك بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع»[1]. وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس: يا أبا عبدالرحمن لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها، فقال: يا عمرو أخبرني أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها ولكن قال: لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً»[2].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة (٥/٢٢) ومسلم في أواخر البيوع (١٠/٢٠٧) وكذا أبو داود فيه (٣/٦٨٢) والنسائي في المزارعة (٧/٣٦) وابن ماجه في الرهون (٢/٨٢١).

وروى عروة بن الزبير عن زيد بن ثابت قال: رحم الله رافع بن خديج أنا أعلم بهذا الحديث منه ـ يعني: ما رواه من المخابرة ـ قال زيد: أتى رسول الله ﷺ رجلان من الأنصار وكانا قد اقتتلا فقال رسول الله ﷺ: «**إن كان هذا شأنكما فلا تكروا المزارع**»[1]. قالوا: ولأن المعاملة على الأصول ببعض نمائها يجوز كالمساقاة على النخل والمضاربة بالمال، وكذلك المخابرة على الأرض. قالوا: ولأنه لما جازت المخابرة إذا اقترنت بالمساقاة جازت بانفرادها.

والدليل على فسادها مع ما رواه الشافعي في صدر الباب عن ابن عمر رواية الشافعي عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة»، والمخابرة: كراء الأرض بالثلث والربع[2]، وحديث رافع بن خديج، ثم ساقه وقال: فهذه دلائل الفريقين في صحة المخابرة وفسادها، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الأمصار مع الضرورة الماسة اليها، وكان ما عارضها محتملاً أن يكون جارياً على ما فسره زيد بن ثابت وقول ابن عباس، كان صحة المخابرة أولى من فسادها مع صحة شهادة الأصول لها في المساقاة والمضاربة[3].



---

(١) أخرجه أبو داود (٦٨٣ ـ ٣/٦٨٤) والنسائي (٧/٥٠) وابن ماجه (٢/٨٢٢) وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود برقم ٧٣٦.

(٢) أخرجه مسلم (١٠/١٩٤) مطولاً وأبو داود (٣/٦٩٤).

(٣) الحاوي (٤٥٠ ـ ٧/٤٥٢) ومنه سقته مع بعض الزيادات التي أوردها الماوردي وتركها الشارح.

الموضوع	الصفحة

الجزء التاسع

كتاب الأطعمة ١٧٦٣
فرع في مذاهب العلماء في لحم الخيل ١٧٦٥

الموضوع	الصفحة

حكم دواب الوحش ١٧٦٨
فرع في مذاهب العلماء في الضب ١٧٧١
فرع في مذاهب العلماء في حشرات الأرض كالحيات والعقارب والجعلان وبنات وردان والفأر ونحوها. ١٧٧٣
فرع في مذاهبهم في أكل السباع التي تتقوى بالناب، كالأسد والنمر والذئب وأشباهها. ١٧٧٤
فرع في أنواع اختلف السلف فيها. منها: ١٧٧٤
[حكم الطير] ١٧٧٥
[حكم ما سوى ذلك] ١٧٧٩
[حكم الجلّالة] ١٧٨١
[حكم حيوان البحر] ١٧٨٣
[حكم غير الحيوان] ١٧٨٥
أما الأحكام ففيها مسائل. ١٧٨٧
[حكم المضطر] ١٧٨٨
[حكم الأكل من بستان الغير] ١٧٩٣
فرع في مذاهب العلماء فيمن مر ببستان غيره وفيه ثمار، أو مر بزرع غيره. ١٧٩٣
[حكم كسب الحجّام] ١٧٩٦
فرع في جملة من الأحاديث الواردة في كسب الحجّام والحجامة. ١٧٩٦
فرع في مذاهب العلماء في كسب الحجام. ١٧٩٧
فرع في فضل الحجامة. ١٧٩٧
فرع في استحباب ترك الاكتواء للتداوي وليس بحرام. ١٧٩٨
فرع في جواز الكي وقطع العروق للحاجة. ١٧٩٨
فرع في جواز الرقية بكتاب الله تعالى وبما يعرف من ذكر الله. ١٧٩٩
فرع في تعليق التمائم. ١٨٠٠
فرع في النشرة ـ بضم النون وإسكان الشين. ١٨٠١
فرع في العين والاغتسال لها. ١٨٠٢

الموضوع	الصفحة

باب الصيد والذبائح ١٨٠٣
[صفة الذبح والنحر] ١٨٠٦
فرع في مذاهب العلماء بما تحصل به الذكاة. ١٨٠٧
فرع في مذاهب العلماء فيما يشترط قطعه لحصول الذكاة. ١٨١٠
فرع في مذاهبهم في المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إذا ذكّيت واحدة من هؤلاء. ١٨١١
[أحكام الصيد] ١٨١١
فرع في مذاهب العلماء. ١٨١٢
فرع في مذاهبهم في ضبط تعليم الجارحة. ١٨١٣
فرع في مذاهبهم في اصطياد المسلم بكلب أو طائر علّمه مجوسي. ١٨١٤
فرع في مذاهب العلماء في صيد الكتابي. ١٨١٦
فرع في مذاهبهم في الكلب المعلم يسترسل من غير إرسال فيقتل الصيد. ١٨١٦
فرع في مذاهب العلماء في الصيد الذي تقتله الجارحة من السباع ويأكل منه. ١٨١٨
فرع في مذاهب العلماء فيما إذا توحش الحيوان الإنسي المأكول فلم يقدر عليه، أو تردى في بئر وعجز عن عقره في محل الذكاة. ١٨٢٥
فرع في مذاهب العلماء في المسألة. ١٨٢٦
كتاب البيوع ١٨٣٢
[شروط العاقدين] ١٨٣٣
فرع في مذاهب العلماء في بيع الصبي المميز. ١٨٣٤
[شروط الصيغة] ١٨٣٥
[خيار المجلس] ١٨٣٨
فرع في مذاهب العلماء في خيار المجلس. ١٨٤٠
[خيار الشرط] ١٨٤٢
باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز. ١٨٥١
فرع في مذاهب العلماء في بيع الزيت النجس والسمن النجس. ١٨٥٨
فرع في مذاهب العلماء في بيع العين الموقوفة. ١٨٦٢

الموضوع	الصفحة

فرع في مذاهب العلماء في بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم وإجارتها ورهنها. ١٨٦٣
فروع في مسائل مهمة تتعلق بالباب ١٨٦٧
باب ما نهي عنه من بيع الغرر وغيره ١٨٦٨
فرع في مذاهب العلماء في تصرف الفضولي بالبيع وغيره في مال غيره بغير إذنه. ١٨٧٠
فرع في مذاهب العلماء في بيع المبيع قبل القبض. ١٨٧٣
فرع في مذاهب العلماء في حقيقة القبض ١٨٧٨
فرع في مذاهب العلماء في بيع العين الغائبة. ١٨٨٢
فرع الأعمى يخالف البصير في مسائل كثيرة ١٨٨٤
فرع في مذاهب العلماء في بيع الحنطة في سنبلها. ١٨٨٦
فرع في مذاهب العلماء في أصل بيع النحل. ١٨٨٩
فرع في مذاهب العلماء في بيع اللبن في الضرع. ١٨٩١
فرع في مذاهب العلماء في بيع الصوف على ظهر الغنم. ١٨٩١
فرع في مذاهب العلماء في بيع العربون. ١٨٩٣
فرع في مذاهب العلماء فيمن باع بألف مثقال ذهب وفضة. ١٨٩٤
فرع في مذاهب العلماء في البيع إلى العطاء والحصاد ونحوهما من الآجال المجهولة. ١٨٩٥
باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده ١٩٠٢
فرع في مذاهب العلماء فيمن باع شيئاً بشرط ينافي مقتضاه، بأن شرط أن لا يبيعه أو لا يبيعه لغيره ونحوه. ١٩٠٧
فرع في مذاهبهم فيمن باع داراً أو بهيمة واستثنى منفعة مدة معلومة. ... ١٩٠٩
باب تفريق الصفقة ١٩١٠
باب الربا ١٩١٣
فرع في مذاهب العلماء في بيان علة الربا في الأجناس الأربعة وهي البر والشعير والتمر والملح. ١٩٢٢

الموضوع	الصفحة

الجزء العاشر

قال الشيخ الإمام تقي الدين أبو الحسن علي بن عبدالكافي السبكي أثابه الله الجنة: ١٩٢٩

فصل في مذاهب العلماء في الأحكام التي ذكرها المصنف في هذا الفصل إلى هذا المكان. ١٩٣٠

الجزء الحادي عشر

باب بيع العرايا ١٩٦١

باب بيع الأصول والثمار ١٩٨٢

فرع في مذاهب العلماء. ١٩٨٦

فرع في مذاهب العلماء. ١٩٩٧

الجزء الثاني عشر

باب بيع المصراة والرد بالعيب. ٢٠٠٥

فرع في مذاهب العلماء. ٢٠٠٩

[الرد بالعيب] ٢٠١٤

[تعريف العيب] ٢٠٣٠

[الرد بخلف الشرط] ٢٠٣٥

فرع في مذاهب العلماء ٢٠٤٤

الجزء الثالث عشر

باب بيع المرابحة ٢٠٤٩

[باب النجش، والبيع على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان، والتسعير، والاحتكار] ٢٠٥٤

[حكم النجش] ٢٠٥٤

[حكم البيع على بيع أخيه] ٢٠٥٥

[حكم بيع الحاضر للبادي] ٢٠٥٩

[حكم تلقي الركبان] ٢٠٦١

[حكم التسعير] ٢٠٦٣

الموضوع	الصفحة

[حكم الاحتكار] ٢٠٦٦
باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ٢٠٦٩
باب السلم ٢٠٨١
باب تسليم المسلم فيه ٢٠٩٧
باب القرض ٢١٠٣
كتاب الرهن ٢١١٣
باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز ٢١٢١
باب ما يدخل في الرهن وما لا يدخل، وما يملكه الراهن وما لا يملكه. ٢١٢٩
فصل: ٢١٤٤
باب اختلاف المتراهنين ٢١٤٧
باب التفليس ٢١٥٥
باب الحجر ٢١٨٠
كتاب الصلح ٢١٩٧
كتاب الحوالة ٢٢١٠

الجزء الرابع عشر

كتاب الضمان ٢٢٢١
[كفالة البدن] ٢٢٣٣
كتاب الشركة ٢٢٤٠
كتاب الوكالة ٢٢٥٢
كتاب الوديعة ٢٢٨٦
كتاب العارية ٢٣٠٢
كتاب الغصب ٢٣١٨
كتاب الشفعة ٢٣٤٥
كتاب القراض ٢٣٧٣
كتاب المساقاة ٢٣٨٩
باب المزارعة ٢٣٩٨